



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בעניינים מינהליים

עע"מ 6466/19

לפני : כבוד השופט י' עמית
כבוד השופטת ד' ברק-ארז
כבוד השופט ע' גרוסקופף

המערער : משרד הביטחון

נ ג ד

המשיבים : 1. עמותת חברות הסיעוד
2. או.ר.ס שירותי רפואה 2001 בע"מ
3. תיגבור - מאגר כוח אדם מקצועי זמני בע"מ
4. איגוד נותני שירותי סיעוד בישראל
5. דנאל אדיר יהושע בע"מ
6. מנפאואר קר בע"מ
7. עו"ד עומר יעבץ
8. סאלח ריזק
9. רוני שוורץ
10. נעים עזר
11. עו"ד עידן קלימן
12. הסתדרות העובדים הלאומית
13. ועד העובדים של מלווי נכי צה"ל במערכת הביטחון

המבקשת להצטרף : עמותת מנהיגות אזרחית

ערעור על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מינהליים
בתל אביב (כב' השופטת מ' אגמון-גונן) מיום 01.07.2019
בתיק עת"מ 020878-03-18

תאריך הישיבה : כ"ג באב התש"ף (13.08.2020)

בשם המערער : עו"ד גורט פנחס ועו"ד רנאד עיד

בשם המשיבה 1 : עו"ד אורן רוט ועו"ד עמוס אוסינזון

בשם המשיבה 2 : עו"ד חיים הרציג

בשם המשיבה 3 : עו"ד גיורא אונגר ועו"ד יואב הרטמן

בשם המשיבות 4-6 : עו"ד דן פרידמן ועו"ד יואב זטורסקי

בשם המשיבים 7-9 : רוני שוורץ

בשם המשיבים 11-10 :	עו"ד עידן קליימן, עו"ד יוסי לוי ועו"ד אייל בן שושן
בשם המשיבים 13-12 :	עו"ד יורם ברוק
בשם המבקשת להצטרף :	עו"ד איתן צחור

פסק-דין

השופט י' עמית:

ענייניו של הערעור שלפנינו במכרז לקבלת שירותי ליווי וסיעוד עבור זכאי אגף שיקום נכים במשרד הביטחון.

1. מדינת ישראל מעניקה לנכי צה"ל הטבות ותגמולים שונים. אחת מההטבות הניתנות לזכאים מסוימים היא זכות לליווי סיעודי-רפואי. ההסדר מעוגן בתקנה 24 לתקנות הנכים (טיפול רפואי), התשי"ד-1954 שכותרתה "מלווים לנכים". תקנה 24(א) קובעת כי רופא מוסמך מחוזי רשאי לקבוע כי נכה זקוק עקב נכותו למלווה (או למלווים) ולקבוע את היקף הליווי הנדרש, וזאת לתקופה שלא תעלה על שלושה חודשים. תקנות 24(ב) ו-24(ג) עוסקות בהארכת תקופת הליווי, ואילו תקנה 24(ד) מקנה לנכה שנקבע לו צורך במלווה אפשרות בחירה בין שתי אלה: סיוע במימון ההוצאות להעסקת המלווה שלא יעלה על התעריפים שיקבע משרד הביטחון, או אפשרות להסתייע בליווי לפי ההסדרים שייקבעו בידי משרד הביטחון.

2. מאז שנות התשעים של המאה ה-20 ולמעשה עד היום, שירותי הליווי עבור זכאי אגף שיקום נכים במשרד הביטחון (להלן: הזכאים) ניתנים על ידי חברות המעסיקות מלווים. כיום מספקות את השירות שלוש חברות, ביניהן חלק מהמשיבים בהליך דנן. התקשרות אגף השיקום עם חברות אלה נעשתה ללא מכרז, לפני כניסתו לתוקף של חוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992 (להלן: חוק המכרזים). בשנת 2009 פרסם המערער מכרז פומבי לקבלת שירותי ליווי וסיעוד עבור הזכאים (להלן: המכרז). כנגד נוסח זה של המכרז, כמו נוסחים אחרים שגובשו אחריו, הועלו טענות מצד גורמים שונים, לרבות במסגרת הליכים משפטיים. בעקבות הטענות המערער שב ובחן את עקרונות המכרז, והליכי המכרז לא הסתיימו.

במרץ 2017 פורסם המכרז בנוסחו הרביעי. ההתקשרות במכרז הוערכה אז בשווי של כ-400 מיליון ₪ לשנה, והוצעה למשך חמש שנים עם אופציה להארכה. בתמצית, נוסח זה של המכרז קבע מודל לפיו המערער יתקשר עם שלושה ספקים שינהלו את מערך

שירותי הליווי לזכאים, כשהתחרות במכרז היא על גובה העמלה שתשולם לספקים. יתר רכיבי התמורה שתשולם, ובעיקר שכר המלווים, ייקבעו על בסיס עיקרון של "עלות שעתית ממוצעת" – תחשיב שעת קבוע ולא ניתן לשינוי המגלם את כלל עלויות ההעסקה בטבלת תעריפים קבועה. כנגד נוסח זה של המכרז הוגשו העתירות שהובילו לערעור שלפנינו.

במסגרת ההליך בבית משפט קמא ניתן צו ביניים המורה על עיכוב הליכי המכרז, ומועד הגשת ההצעות נדחה עד למתן פסק הדין. בספטמבר 2017 החליט המערער לשנות חלק ממאפייני המכרז, בעיקר בכל הנוגע למודל הכלכלי הנבחר ולסוגיית איכות השירות. פורסמה חוברת מכרז מתוקנת, שכללה שני תיקונים מרכזיים: הצבת דרישה לעמידה במדדי איכות שמשקלם 15% מהציון הכולל; ושינוי המודל הכלכלי, כך שבמקום "תחשיב עלות שעתית ממוצעת" נקבע מודל "פיקס משולב" עליו יוסבר להלן. בהמשך נערכו במכרז תיקונים נוספים, בין היתר בעקבות הסכמות אליהן הגיע המערער עם ארגון נכי צה"ל (להלן גם: הארגון) שהצטרף להליך, וכללו, בין היתר, הוספת מדדי איכות והעלאת משקל רכיב האיכות ל-20%. על נוסח זה של המכרז, נסב פסק דינו של בית משפט קמא והערעור שלפנינו.

פרטי המכרז

3. נרחיב ונספר על עקרונות המכרז הנתקף בערעור. על פי מסמכי המכרז, מטרת השירות מושא המכרז היא לספק לזכאים ליווי סיעודי איכותי בהתאם לצרכיהם כפי שנקבעו על ידי הגורמים המוסמכים. לצורך כך, המערער-המזמין יתקשר עם שלושה ספקים לניהול והפעלת מערך שירותי הליווי, כל ספק ידרש לתת שירות בפריסה ארצית, אך בחירת הספק נותן השירות בפועל תיעשה על פי החלטת הזכאי. הספקים הזוכים ידרשו לאפשר את המשך העסקתם של המלווים הקיימים, לעבוד מול חברת בקרה שתבחור על ידי המזמין, ולקיים דיווח נוכחות של המלווים באמצעות החתמה ממוחשבת מבוססת מיקום. כן יחויבו הספקים לעמוד בדרישות איכות לגבי המלווים, הן בהכשרתם הן בפעילות השוטפת. משקל החלק האיכותי במכרז הוא 20% ומשקל החלק הכלכלי 80%.

התמורה במכרז מחולקת לשני רכיבים: החזר בגין תשלומי שכר למלווים, ורכיב עמלה בגין ניהול ותפעול המערך, והעמלה היא מושא התחרות במכרז. שכר המלווים ותנאי העסקתם יקבעו על ידי המערער וישולמו למלווים על ידי הספקים. תשלום המערער לספקים יהיה על פי שעות העבודה של המלווים בפועל, במודל כלכלי המכונה

"פיקס משולב". מודל זה כולל טבלה קטגורית המשקללת את כלל המשתנים הרבים הכלולים בתעריף השעה (כגון סוג נכות, מאפייני המלווה לרבות הוותק שלו, סוג המשמרת והאישיות המשפטית של המציע), ומרכזת אותם לכ-7,000 תעריפים שונים. בנוסף לכך, לכל ספק יהיה תקציב ל"סעיף תמרון", שנועד לאפשר לספקים מרווח פעולה בתשלומים למלווים ומענה למקרים חריגים.

לפי המכרז, ההתקשרות תהא לתקופה של חמש שנים עם אופציית הארכה למערער, משרד הביטחון, של עד חמש שנים נוספות. ההתקשרות מוערכת כיום בסכום של כחצי מיליארד ₪ לשנה, ולטענת המערער מיועדת עבור כ-2,200 נכים הזכאים לשירותי ליווי וסיעוד (בדיון שהתקיים בפנינו נטען כי המספר נמוך יותר ועומד על כ-1500 נכים).

ההליך בפני בית משפט קמא

4. פסק דינו של בית משפט קמא הכריע בשש עתירות שהוגשו נגד המכרז: עתירת המשיבה 1 (להלן: עמותת חברות הסייעוד), בה חברים כשלושים תאגידיים שעיסוקם במתן שירותי טיפול וסיעוד; עתירותיהן של המשיבה 2 (להלן: ORS) והמשיבה 3 (להלן: תיגבור), חברות שעיסוקן במתן שירותי סיעוד והן שתיים מהחברות המספקות את השירותים מושא המכרז כיום; עתירת המשיבות 4-6 (להלן יחד: איגוד נותני שירותי הסייעוד), שהן או החברות המאוגדות בתוכן (המשיבה 4) מספקות שירותי סיעוד; ועתירות המשיב 7 והמשיבים 8-11, נכי צה"ל, חלקם נזקקים לליווי סיעודי 24 שעות ביממה, וחלקם בעלי תפקידים בארגון נכי צה"ל.

כפי שצוין, ארגון נכי צה"ל היה מעורב בהליך ופרש לאחר שהגיע להסכמות עם המערער שייתרו את עתירתו. באותה העת כיהנו המשיבים 10-11 כראשי מחוזות בארגון, ונטען כי ההסכמות גובשו ללא התייעצות עימם ומבלי שהתקבלה החלטה בעניין על ידי האורגנים של הארגון (יצוין כי לאחר מתן פסק דינו של בית משפט קמא, נבחר המשיב 11 לכהן כיו"ר הארגון ואילו המשיב 10 נבחר כחבר הוועד הארצי של הארגון). עוד הצטרפו להליך המשיבים 12-13 (להלן גם ובהתאמה: הסתדרות העובדים וועד העובדים של מלווי נכי צה"ל), לאחר שנחתמו הסכמים קיבוציים בין הסתדרות העובדים לבין כל אחת משלוש חברות הסייעוד המעסיקות כיום את המלווים (ORS, תיגבור, וחברת נתיב 2 בע"מ).

5. נקל לראות כי העותרים (המשיבים בהליך שלפנינו) ייצגו קבוצות בעלי אינטרסים שונים במכרז, ומטבעם של דברים העלו טענות שונות נגדו, לעיתים אף מנוגדות. חלק מהעותרים טענו כי תנאי הסף הקבועים במכרז מחמירים מדי, בעוד לעמדתם של אחרים התנאים היו מקלים יתר על המידה. טענות נוספות נסבו, בין היתר, על המשקל שניתן לשיקולי מחיר לעומת שיקולי איכות; שיטת התשלום; התעריפים שנקבעו עבור שכר המלווים; ומנגנון השוואת ההצעות, לפיו להצעות של חברות בע"מ, להבדיל ממלכ"רים, יתווסף מע"מ. הסתדרות העובדים ו-ועד העובדים של מלווי נכי צה"ל טענו כי התקיים הליך בבית הדין לעבודה במסגרתו המערער קיבל את עמדתם במחלוקת בקשר למכרז בנוגע לזכויות המלווים, אך לא עיגן אותם במכרז עצמו. עוד טענו העותרים-המשיבים להתנהלות לא תקינה של המערער בקשר למכרז, שבאה לידי ביטוי בשינויים תכופים במסמכי המכרז ואי הצגת ראיות בדבר עבודת המטה שנטען כי נערכה עובר לפרסומו.

פסק הדין מושא הערעור

6. פסק דינו של בית משפט קמא מקיף ומשתרע על פני למעלה מ-100 עמודים. אעמוד בשלב זה אך על עיקריו.

בפתח הדברים, עמד בית המשפט על החשיבות שבאיכות הטיפול הסיעודי הניתן לנכי צה"ל וצייין כי בשנים האחרונות ניתן לראות ביטוי לשחיקה בטיפול הרפואי בנכים, לרבות בהיבט הסיעודי. בית המשפט קבע כי יש לעמוד על כך שתנאי המכרז יבטיחו שוויון ויעילות כלכלית, לצד הבטחת איכות הליווי הרפואי-סיעודי לנכי צה"ל ושמירה על זכויות העובדים-המלווים.

בית המשפט עמד על התנהלות המערער בקשר למכרז, וקבע כי משמדובר במכרז הנוגע לרווחתם ובריאותם של נכי צה"ל ובעל היקף כספי משמעותי, מוטלת על הרשות חובת הנמקה מוגברת, בעיקר כאשר הטענות נגד המכרז הועלו עם פרסומו ונתמכו בחוות דעת מומחית בנוגע לתעריפי השכר למלווים. נקבע כי די בחוות הדעת שהוגשה כדי לסתור את חזקת התקינות המנהלית, והיה על המערער להבהיר מדוע שגתה המומחית ובמידת הצורך גם להציג חוות דעת מטעמו. טענות המערער כי החלטותיו בקשר למכרז התבססו על חוות דעת מומחה וכי נעזר ברואה חשבון אינן מספקות, והתנהלותו מעלה חשש כי תעריפי השכר לא נקבעו על סמך תשתית עובדתית ראויה. קבלת טענות מי מהעותרים-המשיבים ותיקון המכרז בדרך של הוספת טלאי על טלאי, מקשה לעקוב אחר

השינויים שנעשו במכרז, לבקר את שיקול דעתו של המערער, ולקבל את הטענה כי התנהלותו נופלת במתחם הסבירות.

7. לאחר דברים אלה, פנה בית המשפט לדון בתנאי המכרז גופם. אביא להלן את קביעותיו הרלוונטיות לענייננו ושנתקפו בערעור:

הגבלת מספר הספקים הזוכים: בית המשפט קבע כי ההסברים שניתנו ביחס להגבלת מספר הזוכים במכרז לשלושה בלבד היו כוללניים וסתמיים, ולא הובאה התשתית העובדתית שעמדה ביסוד ההחלטה. תנאי סף המגביל את מספר הזוכים פוגע בחופש העיסוק של נותני השירותים, ולא ברור מדוע מטרת המכרז דורשת הגבלת הספקים לשלושה בלבד. על כן נקבע כי התנאי אינו סביר ויש לשנותו. כפועל יוצא ובהתחשב בשינוי שיתבצע בהיקף ההעסקה המצופה מכל ספק, בית המשפט הורה על שינוי תנאי סף נוספים הנוגעים למחזור הכספי המינימלי הנדרש מכל ספק ולמספר העובדים המועסקים.

משקל הרכיב האיכותי: בית המשפט קבע כי המערער לא הבהיר מדוע הועמד משקל הרכיב האיכותי במכרז מלכתחילה על 15%, ומדוע הועלה ל-20% בלבד. בהינתן שמטרת המכרז היא מתן שירות איכותי לנכי צה"ל, מתן משקל של 20% לשיקולי איכות הוא נמוך ולא סביר. בית המשפט הורה למערער לערוך חשיבה מחודשת בעניין, וככל שיסבור שדי במשקל זה כדי להבטיח טיפול נאות לנכי צה"ל, עליו לנמק את עמדתו.

חפיפה בין מלווים בעת חילופי מלווים: בית המשפט הורה למערער לעגן במסמכי המכרז את נוהל החפיפה בין המלווים, הקובע על דרך הכלל חפיפה של עד 12 שעות למלווה וחריגה ממנה באישור רופא מוסמך ראשי מטעם אגף השיקום. בית המשפט הוסיף וקבע כי על המערער לתת את הדעת לנוהל החפיפה ולמשך החפיפה במקרים חריגים כגון עזיבה פתאומית של מלווה או במקרה של נכות קשה הדורשת טיפול מורכב.

המודל הכלכלי, תעריפי השכר למלווים וסעיף התמרון: בית המשפט קבע כי חוות דעת המומחית מטעם ORS תומכת בטענה בדבר תמחור חסר וקביעת תעריף גרעוני שלא משקף את כלל מרכיבי עלות העסקת המלווים. בכך הורם נטל ההוכחה הראשוני להראות כי התעריף שנקבע במכרז נמוך מהעלויות בפועל כך שהזוכים ידרשו לשאת בחלק ממימון העסקת המלווים. היה על המערער להפריך את האמור ולהוכיח את סבירות התעריפים שקבע, ומשלא הציג חוות דעת נגדית או תחשיב מטעמו, לא ניתן לבדוק את סבירות שיקול דעתו ולקבוע כי התעריפים מבוססים על תשתית עובדתית מספקת. בית

המשפט קיבל את תחשיבי המומחית מטעם ORS וקבע כי התעריף גרעוני ולא כולל את כל רכיבי השכר כנדרש.

ביחס לסעיף התמרון, נקבע כי המערער הוסיף לסעיף זה רכיבי שכר שהם מעבר לייעודו המקורי של תקציב סעיף התמרון, אך לא הגדיל את שיעורו. מתחשיב המומחית עולה כי סעיף התמרון לא יכול להחיל את כלל הרכיבים שהמערער מבקש לכלול בתוכו, המערער לא הציג תחשיב נגדי, וממענה המערער לשאלות הבהרה עולה כי אין ברשותו נתונים לגבי עלויות הרכיבים הנכללים במסגרת סעיף התמרון. על כן, נקבע כי ההסדר הקבוע בסעיף התמרון לוקה בחוסר סבירות. עוד נקבע כי רכיבי שכר הקשורים בזכויות העובדים צריכים להתווסף לתעריף השעתי הקבוע בטבלאות השכר ולא להיכלל בסעיף התמרון.

אשר למודל הכלכלי, בית המשפט ציין כי גם לפי מודל התשלום "גב אל גב" הנהוג כיום (לפיו המערער משפה את הספק שיפוי מלא על כל ההוצאות שהוציא) ההוצאות מפוקחות על ידי המערער, והמערער לא הבהיר כיצד המודל החדש ("פיקס משולב") והתעריפים הקבועים בו יביאו לקידום היעילות. נקבע כי שיטה המבוססת על אלפי תעריפים שונים נראית על פניה מסורבלת, ומכיוון שממילא נפלו בקביעת התעריפים פגמים ועל המערער לבחון אותם מחדש, עליו לבחון גם את עצם הבחירה במודל כלכלי זה, וככל שיתמיד בו, על המערער להבהיר כיצד מודל זה מביא לייעול ההתקשרות.

עלויות חברת הבקרה: נקבע כי המערער לא העמיד בפני המציעים את מלוא הנתונים על אודות העלויות הדרושות לצורך הקמת מערך בקרה כנדרש במכרז, ולכן המציעים אינם יכולים לתמחר כראוי את עמלת הניהול. על המערער לספק למציעים את כלל הנתונים ולהבהיר מה תהיה העלות למציעים בקשר לחברת הבקרה, או לפחות לקבוע סכום מינימלי לעניין זה.

מנגנון השוואת ההצעות – סוגיית המע"מ: בית המשפט נדרש לפסיקה רלוונטית לנושא וקבע כי עיקרון השוויון מחייב להשוות את ההצעות המוגשות למכרז ללא רכיב המע"מ. בחינת ההצעות לפי עקרון העלות למזמין ותוך התחשבות ברכיב המע"מ מפלה לרעה שלא כדין בין חברות שנדרשות לתשלום מע"מ לבין מלכ"רים הפטורים ממע"מ, ומהווה הבחנה בלתי רלוונטית בשלב ההצעות ובחירת הזוכה. הוראות משרד הביטחון הקובעות כי השוואת הצעות במכרזי המערער תיעשה תוך התחשבות ברכיב המע"מ גם אם משתתף בו מלכ"ר, נסוגות מפני עיקרון השוויון ואין בהן כדי להכריע במחלוקת. גם

בהנחה שאין מדובר בהפליה, מחוזר רשות המיסים הנדרש לנושא נובע כי ככל הנראה פעילותם של מלכ"רים לצורך המכרז ממילא תסווג כעסקית והם יחויבו במע"מ, וגם מסיבה זו יש לבחון את הצעות המלכ"רים והחברות באופן שווה.

בית המשפט קבע כי לפי תנאי המכרז, ככל שהזוכה זכה תחת הנחה שהוא פטור ממע"מ אך יתברר בסופו של יום כי אין הוא פטור, הזוכה יישא בעלויות המע"מ בעצמו. אך במצב דברים זה הרווח של הזוכה יצטמצם, והדבר עלול להוביל לפגיעה בזכויות המלווים ובתנאי העסקתם. נקבע, כי נוכח ההשלכות שעלולות להיות להצהרה שאינה נכונה בדבר פטור ממע"מ, הסתפקות באישור רואה חשבון לעניין הפטור אינה סבירה, ומלכ"ר-מציע שסבור כי הוא פטור ממע"מ לצורך המכרז נדרש להביא על כך אישור מפקיד השומה תוך התייחסות להוראות חוזר רשות המיסים.

הדרישה למסירת מידע פלילי: בית המשפט קבע כי הדרישה הכלולה במסמכי המכרז, לפיה מלווה יצהיר כי לא הורשע בעבירות פליליות מסוימות (כגון עבירות מין, אלימות, עבירות שנעשו כלפי זקן ועוד), ולא מתנהל נגדו תיק או חקירה פלילית בגין עבירות אלה – עניינית ורלוונטית למכרז, נוכח תפקידו של המלווה הסייעודי הדורש רמת אמון גבוהה. עם זאת, הגדרת המונח "עבירות פליליות" במסמכי המכרז ככוללת "כל עבירה שיש בה לדעת הגורם המקצועי באגף שיקום כדי למנוע מאדם לשמש כמלווה נכה צה"ל", אינה מידתית ומרחיבה מעבר לנדרש. בית המשפט הורה למערער לנסח את דרישת ההצהרה כך שתכלול מידע לגבי עבירות פליליות מסוימות, ולהבהיר באופן מפורש כי המלווים לא נדרשים למסור מידע אודות הרשעות שנמחקו או התיישנו.

8. בית המשפט דחה טענות נוספות שהועלו על ידי העותרים-המשיבים, וביניהן טענות הנוגעות לכך שהמכרז אינו מותאם לעסקים קטנים ובינוניים (אך צוין כי על המערער לשקול את העניין ככל שיובאו לפניו נתונים על עסקים כאמור שיודרו מהמכרז על פי התנאים הקיימים); ביסוס עמלת הניהול על סכום קבוע ואופן הצמדת העמלה; דרישה להקמת 14 סניפים לאחר זכיית מציע במכרז (אך צוין כי ככל שיוחלט לשנות את המודל הכלכלי של המכרז ל"מכרז רשימה" יהיה מקום לשקול לוותר על תנאי זה); וטענות לפגיעה בפרטיות המלווים כתוצאה מדיווח נוכחות באמצעות החתמה טלפונית מבוססת מיקום. לצד זאת נקבע כי הפגיעה בפרטיות הזכאים הנובעת מכך אינה מוצדקת ואינה מידתית, והמערער לא השיג על קביעה זו.

על פסק דינו של בית משפט קמא הוגש הערעור שבפנינו.

9. לטענת המערער, חסרונות שונים בשיטת ההתקשרות הנוכחית, לצד החובה בפרסום מכרז כדין, הביאו אותו לערוך עבודת מטה סדורה ומקיפה, שנועדה לגבש את מסגרת ההתקשרות עם המלווים. מטרתה של התקשרות זו להעניק מענה מיטבי לאוכלוסיית הזכאים, ולאפשר התייעלות מצד חברות הסיעוד ושמירה על כספי הקופה הציבורית.

עבודת המטה כללה היועצויות בשורה של גורמי מקצוע פנימיים וחיצוניים, שיחד טייבו את מנגנון המכרז שפורסם ואת התנאים שנקבעו בו. לשיטת המערער, המסמכים המצביעים על עבודת המטה הינם בגדר מסמכים פנימיים ולא היתה עליו חובה לצרפם לכתבי הטענות שהגיש במסגרת ההליך. על אף שהמערער הציע להציג את המסמכים בפני בית משפט קמא, בית המשפט לא מצא לבחון אותם, וקבע כי אין להסתפק בהסבר שניתן לעניין עבודת המטה שנעשתה, וכי התיקונים שנעשו במרוצת הזמן לנוסח המכרז עומדים לחובת המערער. על יסוד קביעות אלה התערב בית המשפט בחלק ניכר מתנאי המכרז וקבע כי הם חורגים ממתחם הסבירות. זאת ועוד, חרף בקשת המערער במהלך הדיון המקדמי היחיד שהתקיים בעתירה, לא ניתנה לו הזדמנות להשמיע טענות לגופו של עניין. בפסק דינו, בית המשפט המיר את שיקול דעתה של ועדת המכרזים בשיקול דעתו שלו, וחרג מהיקף הביקורת השיפוטית המקובלת בדיני מכרזים.

המערער הלין על קביעתו של בית משפט קמא לפיה הגבלת מספר הזוכים לשלושה אינה סבירה (וכפועל יוצא, על התערבותו בתנאים נוספים הקשורים בזוכים, כגון דרישה למחזור כספי מסוים ומספר מינימאלי של עובדים), ועל כך שהמערער נדרש לבחון את ההצעות במכרז ללא התחשבות ברכיב המע"מ. לעניין זה, המערער טען כי קביעתו של בית משפט קמא אינה מתיישבת עם דיני המכרזים ועיקרון "העלות למזמין", וזאת מכיוון שהשוואת הצעות צריכה להיעשות לפי ערכן עבור המזמין, מבלי להתחשב במאפייני המציע, כגון דרך התאגדותו. לשיטת המערער, אי הכללת רכיב המע"מ בהצעות לא תביא לנקודת פתיחה שווה של המציעים אלא להפך, ונקודת הפתיחה השוויונית צריכה להיבחן לפי נקודת מבטו של המזמין.

בפי המערער טענות נוספות. כך, נטען כי לא היה מקום לקבוע שמשקל של 20% למדד האיכות אינו סביר ונמוך; כי הערות בית המשפט לגבי המודל הכלכלי והתערבותו בתעריפים שנקבעו אינן מבוססות ומתערבות יתר על המידה בשיקול דעתו; כי הדרישה להבהיר למציעים את העלות שתושט עליהם בקשר לחברת הבקרה אינה מעשית כל עוד

לא נבחרה חברת בקרה; כי אין מקום להידרש לנוהל חפיפה בין מלווים שיחול במקרים חריגים; וכי אין לחייב את ועדת המכרזים לקבוע רשימה סגורה של עבירות פליליות לגביהן ניתן יהיה לקבל מידע בנוגע למלווה.

מטעמים אלה כולם טען המערער כי נפלו שגיאות בפסק דינו של בית משפט קמא המחייבות את ביטולו. עוד נטען כי לא היה מקום לפסוק לחובתו הוצאות בסכום שנקבע, המצטבר לסך של 150,000 ₪ מכספי הקופה הציבורית.

10. המשיבים תמכו בפסק דינו של בית משפט קמא וטענו כי יש לדחות את הערעור. המשיבים העלו טענות דומות, שעיקריהן יוצגו יחד להלן.

המשיבים הלינו על התנהלות המערער בקשר למכרז, ובכלל זאת על השינויים המהותיים שנערכו בו "תוך כדי תנועה", אי חשיפת פרוטוקולים של ועדת המכרזים ומתן הנמקות חלקיות, אם בכלל, לתנאים ולהוראות שנקבעו בו. כל אלה, לשיטתם, מלמדים כי חזקת התקינות המנהלית נסתרה וכי המערער לא ערך עבודת מטה מקיפה כנטען ולא הפעיל שיקול דעת ראוי בגיבוש המכרז. עוד נטען, כי בניגוד למוצג בערעור, "הצעת" המערער להגיש לבית המשפט מסמכים המעידים על עבודת המטה שנעשתה, הועלתה לראשונה בשלב הסיכומים ובשפה מתחמקת ורפה, וממילא היה על המערער לצרפם מלכתחילה. חלק מהמשיבים הוסיפו כי המערער לא התנגד להחלטת בית המשפט לפיה יפסוק על יסוד כתבי הטענות, לא ביקש כי יערך דיון ואף הגיש בקשה למתן פסק דין.

עמותת חברות הסיעוד ו-ORS טענו כי הגבלת מספר הזוכים לשלושה בלבד לא מידתית, לא מתחייבת מאופיו וממהותו של המכרז ופוגעת בחופש העיסוק של המציעים. טענות נוספות מצד ספקים פוטנציאלים (ORS, תיגבור), נוגעות לתעריפים שנקבעו ולמודל הכלכלי שנבחר ("פיקס משולב" חלף "גב אל גב"). לשיטתם, תמחור עלויות שעת עבודה לספק נעשה בחסר משמעותי, הגשת הצעה בתנאים שנקבעו היא בהכרח הצעה הפסדית, ואף אין בסעיף התמרון כדי "לכסות" על הפערים. לטענת ORS, טענה זו נתמכת בחוות דעת מומחה מטעמה, ולטענת תיגבור, אין ממש בטענת המערער כי שינוי המודל הנהוג כיום יביא להתייעלות כלכלית. עוד נטען כי חוסר הבהירות ביחס לתנאי העסקה של המלווים במסגרת המודל החדש 'פיקס משולב' יוביל לפגיעה בזכויות המלווים.

גם הסתדרות העובדים וועד העובדים של מלווי נכי צה"ל טענו כי תנאי המכרז יובילו לפגיעה בזכויות המלווים, באשר התשלום שישלם המערער לחברות הזוכות יהיה

תשלום בחסר, וכי זכויות רבות של המלווים לא תומחרו במסגרת המכרז וטבלאות התמחור הנכללות בו. כך למשל, התעריף בגין הרכיב "תוספת המשמרות" לא מגלם בתוכו תשלום זכויות סוציאליות, התשלום הקבוע עבור נסיעות אינו נותן כיסוי לצורך הנדרש, והתקציב לסעיף התמרון לא גדל כלל, חרף הודעתו של המערער כי סעיף סל זה יתן מענה למצבים פרטניים הדורשים תוספת תשלום וכולל את עלויות מנגנון הפיצוי. המודל הכלכלי "פיקס משולב" הוא מורכב ומהווה פתח לפגיעה בעובדים, בעוד שקיימת חלופה מידתית יותר, שתיתן מענה לחשש המערער לתשלום יתר ותשמור על זכויות העובדים. עוד לטענתם, הם ניהלו הליך בפני בית הדין לעבודה (ס"ק 18-03-26298) למול המערער והספקים הקיימים שהסתיים בקביעת תנאים שלא הופיעו במסמכי המכרז (שמירת ותק ותנאי העסקת עובדים במעבר בין חברות וכן בקשר למנגנון הפיצוי להגנה על זכויות ושכר העובדים במקרה של פער בשל שינויים במבנה השכר). על כן, יש להוסיף נושאים אלה למכרז וליידע עליהם את המציעות על מנת שיתחשבו בכך בהצעותיהן.

המשיבים 7-11, נכי צה"ל, עמדו על החשיבות שבמתן שירות ליווי וטיפול איכותי ומוקפד לזכאים. טיפול זה משליך על בריאותם ואיכות חייהם של הנכים, ונטען כי מבחינת הנכים הקשים והמונשמים אף יכול לחרוץ את גורלם לשבט או לחסד. עוד הפנו המשיבים 7-11 להערות מבקר המדינה בדו"ח שעסק בנושא, וטענו כי המכרז נותן משקל נמוך מידי לשיקולי איכות הטיפול. לשיטתם, התנהלותו הרשלנית של המערער בקשר למכרז, הבאה לידי ביטוי בין היתר בעיכוב סיום הליכי המכרז ואי השוואת שיעור העמלות המשולם לספקים הקיימים, היא זו שמביאה לבזבז כספי הציבור על חשבון התקציב המיועד לטיפול בזכאים. המשיבים 7-11 טענו כי יש להותיר על כנה את הוראת בית המשפט לתקן את המכרז כך שיכלול התייחסות לנושא החפיפה, ובכלל זאת לאופן בו ניתן מענה למקרים חריגים כגון עזיבת מלווים באופן פתאומי ולתקופת החפיפה הנדרשת במקרה של נכויות קשות.

טענה מרכזית בפיהם של מרבית המשיבים נוגעת למנגנון השוואת ההצעות ורכיב המע"מ. אלה חזרו וטענו כי אי נטרול רכיב המע"מ, רכיב חיצוני המובחן מההצעה עצמה, פוגע בשוויון ובתחרות הוגנת בין חברות למלכ"רים, בניגוד לעקרונות בסיסיים בדיני מכרזים. עוד נטען, בין היתר, כי טענת המערער בדבר אופן ישום עקרון העלות למזמין מתעלמת מכך שהמע"מ שמשולם "חוזר" למדינה (רשות המיסים) ולא חלק מהעלות למזמין בפועל. המשיבים תומכים בקביעה לפיה יש לספק אישור מפקיד השומה בדבר פטור ממע"מ, וטענו כי הסתפקות באישור רו"ח ובהצהרה מצד המציע עלולה להוביל לזכיית שווא על בסיס מצג שלא יעמוד במבחן המציאות. במידה והמציע יזכה

ויחויב במע"מ במועד מאוחר, לא יהיה ניתן להחזיר את הגלגל לאחור, וכתוצאה מכך תהפוך הצעת הזוכה לגרעונית ותסב נזק לציבור הזכאים ולמערער. עוד נטען כי אין משמעות כלכלית אמיתית לתנאי המע"מ בנסיבות המכרז דנן, וגם אם תתקבל טענתו הכללית של המערער, אין מקום לשנות מקביעתו של בית משפט קמא כי השוואת ההצעות במכרז זה תעשה בנטרול רכיב המע"מ.

11. בהקשר זה יצוין כי הוגשה בקשת הצטרפות להליך מטעם עמותת מנהיגות אזרחית, ארגון גג של ארגוני החברה האזרחית והמגזר השלישי בישראל. העמותה טענה כי קביעתו של בית משפט קמא בסוגיית המע"מ משליכה על מעמדם של כלל העמותות והמלכ"רים בישראל במכרזי המדינה, והצגת עמדתה נדרשת טרם תיקבע הלכה בנושא.

לגופו של עניין נטען, בין היתר, כי בתוצאה אליה הגיע בית משפט קמא לא נלקח בחשבון רכיב מס שכר המוטל על עמותות ומלכ"רים בלבד, כך שהעלויות שיושתו עליהם יהיו גבוהות מאלו שיושתו על חברות ובכך הם מופלים לרעה; כי התוצאה מפרה את האיזון וההקבלה בין החיוב במע"מ וקיצוץ התשומות; וכי אין יסוד להחלת ההסדר הקבוע בפקודת מס הכנסה [נוסח חדש] (להלן: פקודת מס הכנסה) בכפייה כאמצעי להשגת אישור מפקיד השומה, כפי שהוצע על ידי בית משפט קמא. עוד התבקשה הוספת מסמך מטעמה שלשיטתה משקף עמדה הפוכה לעמדת בית משפט קמא הרואה בהכנסות מוסד ציבורי כהכנסות מעסק.

12. המערער הגיש סיכומי תשובה מטעמו, בהם חזר וחידד את עיקר טענותיו. נטען כי עומדת למערער חזקת התקינות המנהלית וכי נכונותו להיות קשוב לטענות הצדדים והתיקונים שביצע במכרז לא גורעים מעבודת המטה המקיפה שנערכה. לשיטתו, יש לדחות את הטענה כי משהגיש המערער בקשה למתן פסק דין ויתר על הצגת אסמכתאות מטעמו, וכן יש לתת משקל לכך שהתקיים דיון אחד בעתירה, שהיה דיון מקדמי וטכני באופיו.

ביחס לתנאי המכרז גופם, המערער שב וטען כי ההתקשרות במכרז נועדה, בין היתר, לתת הזדמנות שווה למציעים הפוטנציאלים בהתאם לצורכי המזמין, והמזמין לא מחויב להגדיל את כמות הזוכים במכרז בשל פגיעה נטענת בחופש העיסוק. ממילא לא כל פגיעה באינטרס עסקי עולה כדי פגיעה בחופש העיסוק, ולמשיבים אין זכות קנויה שהצעתן היא זו שתבחור במכרז. עוד נטען, בין היתר, כי אין יסוד לקביעת בית המשפט כי מדד איכות כה נמוך יפגע באיכות הטיפול בזכאים; התערבות בית המשפט בנקודה זו היא בליבת שיקול הדעת של המערער ונעשתה מבלי שנבחן המצע העובדתי כדבעי; כי לעניין

התעריפים שנקבעו במכרז, בית המשפט החיל על המערער כללים ראייתיים המתאימים באופיים להליך אזרחי; וכי הטענה שתשלומי המע"מ ישובו לקופה הציבורית אינה עולה בקנה אחד עם אופן חלוקת התקציבים בין משרדי הממשלה ובעלת השלכות על מכרזים ממשלתיים.

דיון והכרעה

13. לאחר בחינת טענות הצדדים ושמיעתם בדיון הארוך שהתקיים בפנינו, מצאתי כי דין הערעור להתקבל בחלקו, הכל כפי שיוסבר להלן.

הביקורת השיפוטית בהליכי מכרזים

14. הלכה עמנו כי התערבות בית המשפט בהליכי מכרז תיעשה בזהירות ואף ב"זהירות יתרה" (עע"ם 4011/05 דגש סחר חוץ (ספנות) בע"מ נ' רשות הנמלים (חברת נמלי ישראל פיתוח ונכסים בע"מ), בפסקה 76 (11.2.2008) (להלן: עניין דגש סחר חוץ); עע"ם 2914/09 אגודת מגן דוד אדום בישראל נ' מדינת ישראל - משרד החינוך, בפסקה 5 (24.11.2009); עע"ם 1985/10 חברת נתיבי איילון בע"מ נ' די. אנד די. בטיחות בע"מ, בפסקה 8 (18.7.2010) (להלן: עניין נתיבי איילון); עע"ם 10089/07 אירוס הגלבוה בע"מ נ' ברוך, בפסקה 48 (5.4.2011) (להלן: אירוס הגלבוה)). זאת, נוכח חזקת התקינות המנהלית ויישומה בדיני המכרזים, ומשום שהתערבות בהליכי מכרז ובפרט ביטולו, עלולים לפגוע בכללי השוויון והסודיות העומדים ביסוד המכרז הציבורי (עניין דגש סחר חוץ, בפסקה 76).

על הרשות האמונה על המכרז לנהלו כדין ובהתאם לכללי המשפט הציבורי (להבחנה בין הרובד החיצוני והרובד הפנימי של המכרז, ראו עניין דגש סחר חוץ, בפסקאות 34-36; יגאל מרזל "הרובד הפנימי של המכרז הציבורי" משפט ועסקים יח 363, 368-370 (התשע"ה) (להלן: מרזל)). תנאי המכרז נדרשים להתחייב "מאופיו או ממהותו של המכרז" (סעיף 2א(א) לחוק המכרזים) ולעמוד במבחנים של ענייניות, סבירות ומידתיות (עומר דקל מכרזים כרך א 459-469 (2004) (להלן: דקל), וראו גם דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ג – משפט מינהלי כלכלי 99-103 (2013) (להלן: ברק-ארז). על כפיפותם של תנאי המכרז לכללי המשפט הציבורי ראו באופן כללי אצל מרזל, בעמ' 375-372).

קביעת תנאי המכרז ותנאי הסף שבו הם עניין שבשיקול דעת הרשות. בית המשפט יטה שלא להתערב בתוכן המכרז "והתערבות שיפוטית בתוכן המכרז תהא אך ורק במקרים ברורים וקיצוניים במיוחד של חריגה ממתחם הסבירות" (דקל, עמ' 297 ו-468; עע"ם 5525/11 נ.ע מעלות שער העיר בע"מ נ' משרד האוצר, פסקה ל"ה (15.1.2012)), אם כי החלטתו של עורך המכרז לא חסינה מביקורת שיפוטית (עניין נתיבי איילון, פסקה א' לפסק דינו של השופט רובינשטיין; עע"ם 7736/10 הרקולס את סנפיר בע"מ נ' טייפון קבלנים בע"מ, בפסקה 18 (6.9.2011) (להלן: עניין הרקולס)). בית המשפט אינו מחליף את שיקול דעתה של הרשות ולא שם עצמו בנעליה, ואין הוא קובע מה ההחלטה שהוא היה מקבל באותן הנסיבות. בית המשפט בוחן אם החלטת הרשות נתקבלה כדין ומשיקולים ענייניים, ואם היא מצויה במתחם הסבירות. התערבות בהחלטת ועדת המכרזים שמורה למקרים "שנתקיימה בהם אחת מעילות הביקורת השיפוטית הפוסלת את ההחלטה, או כאשר נפל בהליך המכרז פגם מהותי הפוגע בעקרונות היסוד של דיני המכרזים" (ע"א 334/01 מדינת ישראל נ' אבו שינדי, פ"ד נז(1) 883, 895 (2003); עע"ם 1847/06 בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' מדינת ישראל משרד האוצר החשב הכללי, בפסקה 6 (25.4.2007) (להלן: עניין בזק); עניין דגש סחר חוץ, בפסקה 37).

מן הכלל אל הפרט

15. ענייננו במכרז לקבלת שירותי ליווי וסיעוד עבור זכאי אגף שיקום נכים במשרד הביטחון. המדובר בהתקשרות בנושא עדין ורגיש, ועל כך יכולים להעיד משך הזמן בו המערער מנסה להוציא לפועל את המכרז, מספר הגורמים המעורבים, וריבוי הטענות שהועלו בקשר למכרז לאורך השנים. אין עוררין על כך שאוכלוסיית הזכאים, עליה נמנים נכי צה"ל הקשים ביותר, ששילמו בבריאותם ובשלמות בגופם למען בטחון המדינה, זכאים לטיפול איכותי ומיטבי. עוד אין עוררין על כך שמתן זכויות הולמות למלווים של נכי צה"ל הוא אבן יסוד בהליך שיקומם ותפקודם של הנכים-הזכאים, ובכלל, "ההגנה על זכויות עובדיו של מציע במכרז ציבורי היא חלק בלתי נפרד מדיני המכרזים" (עע"ם 9241/09 שלג לבן 1986 בע"מ נ' עיריית אשקלון, בפסקה 3 (8.7.2010)). דומה כי לפחות המערער והמשיבים-הנכים בהליך שבפנינו, מחזיקים בדעה כי המצב הנוכחי דורש שינוי. מכאן הצורך והחשיבות בהתקשרות במכרז מושא דיוננו.

[במאמר מוסגר: תקנה 3(23) לתקנות חובת המכרזים (התקשרויות מערכת הבטחון), התשנ"ג-1993 (להלן: תקנות חובת המכרזים (התקשרויות מערכת הבטחון)) קובעת כי אין חובה על משרד הבטחון לערוך מכרז "לעסקה לרכישת תרופות, שירותי בריאות או אשפוז או שירותי סיעוד או רווחה אישיים לזכאי אגף השיקום במשרד

הבטחון" (וראו גם אצל גבריאלה שלו חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית 239 (התש"ס) (להלן: שלו)). לצד זאת התקנות קובעות חובת העדפה לבצע ככל האפשר התקשרויות בדרך של מכרז פומבי גם בנושאים שהתקנות התירו שלא לערוך מכרז (תקנה 2א).

16. הטענות שהועלו כנגד המכרז הובילו את בית משפט קמא לבחון את עקרונות המכרז ותנאיו לפני ולפנים. נקודת המוצא של בחינה זו הייתה כי לא די באמירת המערער כי החלטותיו התקבלו לאחר שנערכה עבודה מטה ועל בסיס חוות דעת מומחים מטעמו; כי מוטלת עליו חובת הנמקה מוגברת; כי היה על המערער לסתור את חוות דעת המומחית שהוצגה מטעמה של ORS; ובמידת הצורך אף להציג חוות דעת מטעמו. עוד העיר בית המשפט קמא על התנהלות המערער בקשר למכרז ועל קבלת טענות המשיבים בדרך של "טלאי על טלאי", באופן שהקשה על בחינת שיקול הדעת שהופעל וסבירות התנהלותו. קביעות אלה הובילו במידה רבה להתערבותו של בית המשפט בתנאים השונים של המכרז, ולטעמי, מעבר לראוי ולמחויב מההלכה בדבר היקף הביקורת השיפוטית בהליכי מכרזים.

17. ביחס להתנהלותו של המערער בקשר למכרז, איני רואה את הדברים עין בעין עם בית משפט קמא. אכן, הניסיונות להוציא את המכרז לפועל נמשכים מזה שנים, ובמהלך הדרך נערכו שינויים בעקרונות המכרז, חלקם שינויים משמעותיים הנוגעים לטיב המודל הכלכלי של המכרז ולסוגיית מדדי האיכות. רשות מנהלית נדרשת לקבל החלטה ולהפעיל את שיקול הדעת המסור לה על יסוד תשתית עובדתית (יצחק זמיר הסמכות המנהלית כרך ב' 1119 (מהדורה שנייה, 2011)), ומוטב היה שהנתונים שעמדו ביסוד ההחלטה על ביצוע שינויים במכרז היו נאספים עובר לפרסומו. עם זאת, איני סבור כי השינויים שנעשו מעידים על שרירותיות בקבלת החלטות מצד המערער, שמא נהפוך הוא, והדבר מעיד על פתיחות ונכונות לקבל הערות ורעיונות.

הפסיקה מכירה באפשרות לשנות את תנאי המכרז בהליך הבהרות הקודם לשלב ההצעות במכרז (עניין בזק, בפסקה 7; ברק-ארז, עמ' 109). בהקשר זה נאמר: "אכן ראוי ורצוי הוא שעורך המכרז יגבש את תנאי המכרז באופן שלא יצריך עריכת שינויים בהם לאחר הפרסום, אך אין להתעלם מכך שלעתים מתעורר צורך בעריכת שינויים כאלה. כן אין להתעלם מכך כי הליך אותנטי של השגות והבהרות [...] יש לו יתרונות שאין לבטלם. במקרים מסוימים הוא עשוי לקדם את התחרות ולעודד משתתפים פוטנציאליים להגיש הצעה. כמו כן הוא מאפשר לעורך המכרז לאתר ולתקן טעויות ופגמים שנפלו בנוסח המכרז בשלב מוקדם..." (עניין בזק, בפסקה 7; דקל, בעמ' 396-398). ויודגש כי בענייננו,

בעקבות השינויים במכרז הווארד המועד להגשת הצעות, ואין בפנינו טענה כי השינויים כשלעצמם פגעו בעקרונות התחרות והשוויון.

בהינתן רגישות הנושא, הצורך בקידום המכרז, והסדרת שירותי הליווי לזכאים במתכונת יעילה ומיטבית – ניתן להבין מדוע המערער היה נכון לערוך חשיבה מחודשת בניסיון לצמצם את יריעת המחלוקת בין בעלי העניין, ובראשם ארגון נכי צה"ל בו ראה כמייצג את הזכאים. איני סבור כי התייחסות משרד הביטחון בלב פתוח ובנפש חפצה לטענות שהועלו כנגד המכרז בצורתו המקורית, צריכה להיזקק לחובתו ולהוביל למסקנה כי עבודת המטה שקדמה לפרסומו לוקה בחוסר סבירות שהצדיק התערבות שיפוטית.

18. כאמור, בית משפט קמא נתן משקל לכך שהמערער לא ביסס את טענתו כי נערכה עבודת מטה רצינית במסמכים ובאסמכתאות, ואף קבע כי די בחוות דעת המומחית מטעם ORS כדי לסתור את חזקת התקינות וכי היה על המערער להבהיר מדוע שגתה המומחית, וככל שנדרש גם להציג חוות דעת מטעמו.

המשיבים טענו כי היה על המערער לצרף לכתב התשובה שהגיש את המסמכים שהיוו בסיס להחלטתו וזאת מכוח תקנה 10(ד) לתקנות בתי משפט לענינים מינהליים לתקנות בתי משפט לענינים מינהליים (סדרי דין), התשס"א-2000 (להלן: תקנות בתי משפט לענינים מינהליים או התקנות) הקובעת כי "לכתב תשובה יצורפו, ככל שניתן, העתקים צילומיים של כל המסמכים הנוגעים לענין"; כי טענת המערער שמדובר ב"מסמכים פנימיים" הועלתה לראשונה בשלב הערעור; כי פרוטוקולים של ועדת מכרזים אינם יכולים להיות חסויים בהיותם כלי לביקורת שיפוטית וציבורית על החלטת הרשות; וכי הצעתו המתחמקת של המערער להציג מסמכים הועלתה לראשונה בשלב הסיכומים.

19. גם בנקודה זו השקפתי שונה. ולדידי, כפי שיוסבר עוד להלן, נקודת מוצא זו של הדיון אינה עולה בקנה אחד עם רוחו של ההליך המנהלי.

בענייננו, לאחר קיום דיון מקדמי קצר וטכני באופיו, בית המשפט קמא הורה על הגשת כתב תשובה כהגדרתו בתקנות ועל ניהול הדיון בדרך של סיכום טענות בכתב (תקנה 8(ד) לתקנות). כפי שציין המערער, התייחסותו לסוגיית עבודת המטה שנערכה וטענתו (שלא הוכרעה) כי האסמכתאות הקיימות הן בבחינת תכתובת פנימית הובעה כבר בכתב התשובה (שהוגש תחת הכותרת "תגובה", מוצג ה' למוצגי המערער, בפסקה 226). נזכיר כי אין מדובר בפרוטוקולי ועדת המכרזים לעניין בחירת הזוכים, אלא במערך הנתונים ששימש את עורך המכרז לקביעת תנאי המכרז עצמם. טענת המערער היא אפוא,

כי במתווה הדיון עליו הורה בית משפט קמא, לא ניתנה לו הזדמנות של ממש להוכיח את עבודת המטה שנעשתה.

לדידי, בנסיבות העניין, ומשמצא בית המשפט להורות למשיב להגיש כתב תשובה ולהעמיק במחלוקת הראייתית, היה מקום לקיים דיון בעתירה גם לגופם של דברים (ראו תקנה 10(ה) ו-14(א) לתקנות המתייחסות לדיון בעתירה לאחר הגשת כתב תשובה). נזכיר, כי סדרי הדין בעתירות המנהליות נועדו לחקות באופן עקרוני את סדרי הדין בבית המשפט הגבוה לצדק (סעיף 8 לחוק בתי משפט לענינים מינהליים, התש"ס-2000; ברק-ארז משפט מינהלי כרך ד – משפט מינהלי דיוני 478-479 (2017) (להלן: ברק-ארז, משפט מינהלי דיוני); יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ד – סדרי הביקורת המשפטית 2754 (2017) (להלן: זמיר)). על פי רוב, מדובר בהליך קצר ומהיר והדיון בעתירה הוא על פי ראיות המובאות בתצהירים, אך עדיין נשמרת מתכונת הדיון ה"דו שלבית" המוכרת מבג"ץ (ברק-ארז, משפט מינהלי דיוני, עמ' 481; עע"ם 10811/04 טורחי נ' משרד הפנים, פ"ד נט(6) 411, 417-418 (2005); עע"ם 5674/04 עיריית תל-אביב-יפו נ' פרידמן חכשורי חברה להנדסה ולבניה בע"מ, פסקה 6 (4.6.2008). על האפשרות לברר עובדות בעתירות מנהליות, הוראות התקנות וחיי המעשה, ראו אצל מיה רויזמן-אלדור עתירות מנהליות - היבטים תיאורטיים ומעשיים של הליך ההתדיינות 109-113, 115-120 (2019) (להלן: רויזמן-אלדור). לטענת המחברת, קיים טשטוש במאפייני ההליך הדו-שלבי בבתי המשפט המנהליים והיעדר הקפדה בפועל על יישום הוראות התקנות. עוד ראו אצל זמיר, עמ' 2757-2758, 2868).

20. גם איני סבור כי פניית המערער לבית המשפט קמא למתן פסק דין מעידה על השלמתו עם המתווה הדיוני שנקבע, כפי שנטען על ידי חלק מהמשיבים. בתחילת הדיון המקדמי בעתירה, עמדה ב"כ המערער על הצורך בשמיעת ההליך באופן מזורז וביקשה להשמיע את טענותיה בפני בית המשפט (עמ' 2 לפרוטוקול, שורות 8-11). בסוף הדיון קבע בית המשפט את המתווה לבירור העתירה, הכולל הגשת כתב תשובה וסיכומים. הבקשה למתן פסק הדין הוגשה יותר משנה לאחר מכן ובמסגרתה עמד המערער על הפגיעה באינטרס הציבורי עקב העיכוב בפרסום המכרז. אין לזקוף לחובתו את הניסיון לקדם את הליך לאחר שכבר נקבע המתווה לבירורו.

21. לסיכום נקודה זו, לשיטתי, את טענות המערער בערעור שלפנינו יש לבחון על רקע מאפייני הביקורת השיפוטית בהליך המנהלי ובהתחשב בכך שלא התקיים דיון בהליך בו נשמעו טענות המערער (והצדדים בכלל) לגופם. עוד ראוי לציון כי בדיון שהתקיים בפנינו הוגשו על ידי המערער מסמכים שונים העוסקים במכרז, ונשמעו גורמים

מטעם המערער שהיו שותפים בעיצובו, ויש להניח כי כך היה נעשה אילו היה מתקיים דיון לגופם של הדברים.

כעת אפנה לבחון את טענות המערער ביחס לעקרונות ותנאי המכרז השונים.

הגבלת מספר הספקים הזוכים

22. כזכור, במכרז נקבע כי המערער יתקשר עם שלושה ספקים לניהול והפעלת שירותי הליוי לזכאים, אך בית משפט קמא קבע כי מדובר בתנאי שאינו סביר והורה לשנותו. קביעה זו נשענה במידה רבה על ההנחה שהיה על המערער להציג את הנתונים שעמדו בבסיס החלטתו והביאו לגיבוש העמדה כי מודל שלושת הספקים מאפשר פיקוח ובקרה הולמים על הספקים ועל איכות השירות הניתן על ידם לזכאים. כאמור, נקודת המוצא של בית משפט קמא בנוגע להצגת הנתונים והמתווה הדיוני הייתה לדידי שגויה. כפועל יוצא, אני סבור כי בקביעותו לעניין מספר הזוכים האפשרי והפיקוח הנדרש התערב בית המשפט יתר על המידה בשיקול דעתו של המערער כעורך המכרז.

23. אכן, בית משפט זה הכיר בעבר בקושי המתעורר מהגבלת מספר נותני שירותים במכרז, ומהפגיעה שעלולה להיגרם בחופש העיסוק ובעיקרון השוויון. בבג"ץ 7217/95 עמותת חברות הסיעוד בישראל נ' המוסד לביטוח לאומי ואח' פ"ד נא(3) 561, 574-573 (1997) (להלן: עניין עמותת חברות הסיעוד) עתרה המשיבה 1 נגד מכרז דומה למכרז הנדון בענייננו, שקבע מאגר ספקים לשירותי סיעוד עבור זכאי המל"ל. גם שם אחד הנימוקים להגבלת מספר הספקים היה הצורך של המל"ל לפקח באופן יעיל ואמין על מתן השירותים. בית המשפט עמד על כך שיש בתנאי זה כדי לפגוע פגיעה עמוקה בחלק מנותני השירות, שאף על פי שהם נמצאו ראויים למתן השירות עלולים להיפסל בשל טעמים שאינם נוגעים לטיב עבודתם (שם, בעמ' 573-574). בעע"ם 6464/03 לשכת שמאי המקרקעין בישראל נ' משרד המשפטים, אגף שומת מקרקעין, פ"ד נח(3) 293, 303 (2004) (להלן: עניין לשכת שמאי המקרקעין) נדון מכרז שקבע רשימת שמאים שיבצעו עבודות עבור משרדי הממשלה. גם שם צוין כי ההגבלה המספרית עלולה לפגוע בשוויון באשר היא שוללת מראש זכייה של משתתפים שהצעותיהם עמדו בתנאי הסף וזהות למשתתפים אחרים שזכו (שם, בעמ' 303). בקשה לדיון נוסף נדחתה – דנ"ם 2142/04 מיום 18.6.2004). יש לציין כי באותם מקרים בית המשפט התייחס לשאלה המתעוררת בעקבות הגבלת מספר הזוכים אך היא לא הוכרעה לגופה (להרחבה על תנאי מכרז, תחרות וחופש העיסוק, ראו אצל ברק-ארוז, בעמ' 93-96; דקל, עמ' 278-279).

פסקי הדין הנזכרים עמדו נגד עיני בית משפט קמא והיוו נימוק לקביעתו בדבר אי סבירותה של החלטת המערער בעניין זה. בית המשפט אבחן את עניינינו מתוצאת פסק הדין בעניין עמותת חברות הסיעוד, וקבע כי אף אם נכונה טענת המערער כי השירותים מושא המכרז מהווים פחות מ-10% מכלל שירותי הסיעוד במשק, עדיין מדובר במכרז בהיקף כספי רב שמניעת זוכים מלהשתתף בו עלולה לפגוע בהם מבחינה כלכלית. בית המשפט הוסיף כי באחד מגלגוליו הקודמים של המכרז, המודל שנקבע היה מכרז מאגר, כך שכל מי שעמד בתנאי הסף והוכר כספק של משרד הביטחון יכול היה להיכנס לרשימת נותני השירות, והמערער לא הבהיר מדוע שונתה מתכונת זו.

24. המשיבה 1, עמותת חברות הסיעוד, טענה לפגיעה בחופש העיסוק גם במקרה שלפנינו, ואף הפנתה לטיוטת מסמך מטעם רשות התחרות שפורסם להערות הציבור ביום 6.3.2019 ועניינו בשקילת שיקולי תחרות במכרזים. בהקשר זה, ומבלי לקבוע מסמרות, אפנה לעמדה לפיה קביעה כי תנאי סף ותנאים במכרז פוגעים בחופש העיסוק אינה רצויה, וכי הבחינה הרלוונטית היא סבירות פעילותה של הרשות ויישום עיקרון השוויון במובנו המהותי (ברק מדינה "החיפוש אחר תיאוריה של דיני מכרזים בישראל – ספרו של עומר דקל: מכרזים" עלי משפט 359, 368-371 (2005); כן ראו אצל ברק-ארז, בעמ' 96-95).

אולם, עניינינו שונה מהמקרה הנדון בעמותת חברות הסיעוד במובן זה שמזמין השירות שם היה המל"ל, לגביו צוין כי הוא המעסיק הראשי במשק בתחום הסיעוד, והמכרז צמצם את מספר נותני השירותים הקיימים שהיו חתומים עם המל"ל בהסכמים למתן שירותי סיעוד.

25. המשיבות 1-2 טענו בין היתר, כי מודל של ריבוי זוכים ישפר את רמת השירות שניתנת לזכאי; כי מספר הזוכים צריך לגדול בהתאם לעלייה במספר הזכאים; כי הפיקוח הנדרש מצד המערער מוגבל לנוכח העובדה שממילא מועסקת חברת בקרה; וכי קיימים אמצעים להבטחת פיקוח שיפגעו במציעים הפוטנציאלים במידה פחותה.

מנגד, המערער הסביר כי הבחירה בשלושה ספקים, במודל זהה להתקשרות הקיימת כיום, נותנת מענה לצורך בבקרה ובפיקוח יעיל ואמין על הספקים, לצד מתן שירות מיטבי לזכאים. האחריות לפיקוח על איכות הטיפול הניתנת לזכאים מונחת בסופו של יום לפתחו של המערער, בחירה במספר גדול של ספקים עלולה לגרוע מהשירות שיינתן, ועלול להיווצר מצב שזכאי לא יקבל את השירות שמגיע לו. זאת ועוד. בהינתן שהזכאים רשאים לבחור בעצמם את הספק שיתן להם את השירות, וייתכן מעבר של

זכאים בין הספקים הקיימים, לא כל זוכה יספק את שירותי הליווי בהיקף נרחב או בכלל. במצב דברים זה, עלול להיווצר מצב שבו זוכים יגרעו מאיכות העבודה והבקרה על המלווים על מנת לצמצם עלויות, למשל, באי העסקת איש קשר ייעודי בקשר לשירות, או בצמצום של הכשרת המלווים, מה שיוביל לפגיעה בזכאים.

26. ככלל, בית המשפט אינו נכנס בנעלי הרשות, ומידת התערבותו בשיקול דעת עורך המכרז ובקביעת תנאים כגון דא היא מועטה (דקל, בעמ' 279; על כלל אי ההתערבות בתנאי סף במכרזי רשות ראו בעניין נתיבי איילון, בפסקה 14 והאסמכתאות הנזכרות שם; עניין הרקולט, בפסקאות 16-19).

המודל המכרזי נקבע על ידי עורך המכרז בהתאם למאפייני ההתקשרות וצרכי המזמין. קביעת מספר הספקים הנדרש היא החלטה הכרוכה בהפעלת שיקול דעת מקצועי. יש טעם בהסברים שניתנו על ידי המערער ודי בכך כדי לקבוע כי בחירת המערער במספר מוגבל של זוכים ולא במודל של מכרז "מאגר" מצויה במתחם הסבירות. העובדה כי באחד מבין חמשת נוסחי המכרז שפורסמו נקבע שהמכרז יהיה מכרז "מאגר", לא כובלת את עורך המכרז ולא מקנה למציעים זכות קנויה כי המכרז ישאר במתכונת זו, ובלבד שהשינוי שנעשה הוא פועל יוצא של הפעלת שיקול דעת כדין (ראו והשוו לעע"מ 2879/08 מגאמא חברה להנדסה, טכנולוגיות ותוצרים בע"מ נ' מדינת ישראל - משרד הבינוי והשיכון, בפסקה 7 (15.11.2009)). המערער אף טען לשוני בין המכרז מושא הדיון לבין מכרז ה"מאגר" של המל"ל, שבא לידי ביטוי בהיקף שירות הסיעוד והדרישות המקצועיות הנחוצות. ואכן, מאפייני שירותי הליווי הניתנים לזכאי אגף שיקום נכים אצל המערער, כשלעיתים מדובר בליווי צמוד 24 שעות ביממה, לנכים קשים וקשים מאוד, יכול להצדיק בחירה במודל שונה מזה הנוהג במכרזי המל"ל. לא למותר לציין כי בדיון שהתנהל בפנינו, המשיבים 8-11 או מי מהם, תמכו בעמדת המערער בנקודה זו, והביעו עמדתם כי מספר רב של זוכים עלול לפגוע באיכות השירות.

גם אם ניתן היה להחליט על מספר זוכים שונה, אין הדבר גורר בהכרח התערבות שיפוטית. כדברי השופטת (כתוארה אז) נאור בעניין נתיבי איילון: "אינני קובעת כי תנאי הסף שקבעה המערערת הם תנאי הסף היחידים האפשריים. ואולם, יש לזכור, כפי שקבע חברי השופט ריבלין, כי 'פעמים רבות אין החלטה אחת בלבד שרשות סבירה הייתה רשאית לקבל. במקרים כאלה נפתח בפני הרשות 'מיתחם של סבירות'. כל החלטה המתקבלת בגדר אותו מיתחם, לא יתערב בה בית-המשפט. רק החלטות שמתגלה בהן חריגה קיצונית מ'מיתחם הסבירות', יכול שבית-המשפט יתערב בהן' (בג"ץ 1993/03

התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, פ"ד נז(6) 817, 837-838 (2003)."

27. מכל האמור עולה כי לא היה מקום לקבוע שהגבלת מספר הזוכים במכרז לשלושה בלבד אינה סבירה, ודין קביעה זו של בית משפט קמא להתבטל.

לצד זאת, יצוין כי בדיון הועלו גם טענות ביחס לקיומם של ספקי שירות טובים ואמינים שפועלים רק בחלק משטח המדינה. יש מקום לכך שמשרד הביטחון ישקול (ואיננו קובעים בעניין זה מסמרות) לפתוח את התחרות על בסיס אזורי (כך שיהיו מספר ספקי שירות נוספים, ועדיין לא מספר "פתוח" ובלתי מוגבל שלהם).

משקל מTD האיכות

28. בית משפט קמא קבע כי מתן משקל של 20% לרכיב האיכותי הינו נמוך ונמצא מחוץ למתחם הסבירות, ועל המערער לערוך חשיבה מחודשת בעניין זה ולנמק את עמדתו.

גם קביעה זו של בית המשפט התבססה על היעדר נימוקים מצד המערער או הסברים באשר לשינוי עמדתו, ואני סבור כי יש להתערב בה.

בידי המזמין לקבוע את אמות המידה לבחירת הזוכה במכרז על פי צרכיו ודרישותיו, וכפי שציין גם בית משפט קמא, שאלת האיזון בין אמות המידה במכרז מסורה לשיקול דעתו (עע"ם 2310/02 איגוד ערים אזור דן נ' דסאל מרחבים – חברה לעבודות עפר, פ"ד נט(6) 337, 346-347 (2002)). מה גם שבעניינו של המערער, תקנה 14(ג) לתקנות חובת המכרזים (התקשרויות מערכת הבטחון) קובעת כי במכרזים רגילים אמת המידה לבחירת הספק הזוכה היא המחיר, אלא אם מתקיים טעם מיוחד שיירשם בידי ועדת המכרזים או יצוין במסמכי המכרז. נקודת המוצא היא אפוא שאין על המערער חובה לכלול במכרזיו מדדי איכות, וגם בכך יש כדי ללמד על היקף שיקול הדעת המסור לו.

לאחר פניות שהופנו אליו בנושא, בחר המערער לסווג את המכרז כ"מכרז מיוחד" בו, בין היתר, עורך המכרז רשאי להתחשב במדדי איכות לצורך קביעת הזוכה (שלו, בעמ' 235), ולהכליל בו אמות מידה איכותניות. בתחילת הדרך ניתן למדד האיכות משקל של 15% ובהמשך הועלה רכיב האיכות ל-20%. מוטב היה שהחלטה זו, המשליכה

על אופיו של המכרז היתה נעשית מלכתחילה, אך משבחר המערער לכלול מדד איכות במכרז, איני סבור כי קמה עילה להתערבות במשקל שיש לתת לו.

יש ממש בטענת המערער, כי הקביעה שמדד איכות נמוך של 20% יפגע באיכות הטיפול אינה מבוססת. זאת בהינתן שהמציע-נותן השירותים נדרש ממילא לעמוד בתנאי סף שמעידים ומקרינים במישרין ובעקיפין גם על מדד האיכות, כגון ניסיון מוקדם בתחום שירותי הסיעוד ואיתנות פיננסית.

שירותי הליווי ניתנים לזכאים שהם נכי צה"ל הקשים ביותר. אין חולק כי הם זכאים לטיפול המיטבי, וברי כי לרמתו ולמסירותו של המטפל יש השפעה ישירה על איכות חייהם. אך יש לזכור כי המכרז הוא בעל אופי "ארגוני" של פיקוח על הספקים שמעסיקים את המלווים, ואינו עוסק בטיב הסיעוד עצמו, ונכי צה"ל-הזכאים רשאים לבחור את המלווה האישי שלהם ולדרוש את החלפתו במידת הצורך מבלי להיות כבולים לספק זה או אחר. כפי שנמצאנו למדים, אחוז לא מבוטל מהזכאים מעסיק כמלווה בן משפחה. בהינתן ששכר המלווים נקבע ומשולם על ידי המערער, מה שאמור לסייע בהבטחת תנאי העסקת המלווים וטיב השירות שיספקו, ובהינתן קיומה של חברת בקרה שאמורה לפקח על הזוכים במכרז ולהבטיח את טיב השירות לזכאים – ניתן לומר כי המכרז כולל תנאים נוספים שנועדו להבטיח את איכות השירות (השוו לעניין בזק, בפסקה 9). בנסיבות אלה, אין לומר שמתן משקל של 20% לרכיב האיכות כשלעצמו חורג ממתחם הסבירות.

גובה תעריפי השכר, סעיף התמרון והמודל הכלכלי

29. בית המשפט קיבל את תחשיבי המומחית מטעם ORS וקבע כי תעריפי השכר גרעוניים, כי סעיף התמרון לוקה בחוסר סבירות, וכי על המערער לבחון מחדש את המודל הכלכלי שנבחר. קביעותיו בנושאים אלה, ובעיקר בעניין חוסר סבירותם של תעריפי השכר, מתבססות על חוות הדעת שהוגשה מטעם ORS ועל אי הצגת תחשיב נגדי מטעם המערער.

לטעמי, קביעות אלה מרחיקות לכת, והן אינן מתיישבות עם אופיו של הליך הביקורת השיפוטית בבית-המשפט המינהלי. בהליך המינהלי בית המשפט בוחן את החלטת הרשות על-פי עילות הביקורת השיפוטית, אך אינו מחליט במקום הרשות המינהלית ואינו מחליף את שיקול-דעתה בשיקול-דעתו שלו ו"לא ישים עצמו בית-המשפט מומחה, וודאי שלא ימנה מומחה תחתיו כדי להכריע לגופה של מחלוקת

מקצועית" (בר"מ 3186/03 מדינת ישראל נ' עין דור, פ"ד נח(4) 754, 767-768 (2004) (להלן: עניין עין דור)). הלכה זו, שלפיה אין מקום להידרש לחוות דעת מומחים בהליך המינהלי, חזרה ונשנתה בפסיקה:

"קביעות אלה אינן עולות בקנה אחד עם ההלכה ביחס למקומן של חוות דעת מקצועיות המוגשות מטעם עותרים בהליך המנהלי [...] העדפת חוות דעת מומחה 'חיצוני' על פני חוות דעת המקצועית של הרשות המינהלית, אינה מתיישבת עם אופיו של הליך הביקורת השיפוטית" (עע"ם 2141/09 הועדה המחוזית המשותפת לתכנון ולבניה נ' אחל"ה איכות חיים לתושבי השרון, בפסקאות 18-19 (31.12.2009) (להלן: עניין אחל"ה)).

"העדפת עד מומחה אשר בא לחלוק על עמדתה של הרשות השלטונית מהווה התערבות בלתי ראויה בשיקול דעתה העצמאי, אשר הוענק לה על ידי המחוקק בשל היותה מומחית – אם לא המומחית – בתחומה" (עע"ם 6626/18 תעשיית אבן וסיד בע"מ נ' הוועדה הארצית לתכנון ולבניה של מתחמים מועדפים לדיר, פסקה 16 (17.12.2019) (הדגשה במקור – י"ע)).

המערער הסביר כי בקבעו את המודל הכלכלי של המכרז הסתייע בגורמי מקצוע פנימיים וכן ברואה חשבון חיצוני שנסכר לטובת העניין. כאמור, אין מדובר בהכרעה "רגילה" בין שני מומחים בתביעה אזרחית הניצבים זה מול זה ומנסים לשכנע בצדקתם (עע"ם 7357/03 רשות הנמלים נ' צומת מהנדסים תכנון תאום וניהול פרויקטים בע"מ, פ"ד נט(2) 145, 162 (2004) (להלן: עניין רשות הנמלים)). בהליך המינהלי, בית המשפט לא יכריע במחלוקת מקצועית בין מומחים (בג"ץ 80/13 "נון" תעשית שמורים בע"מ נ' מדינת ישראל משרד הבריאות, פ"ד לד(2) 693 (1980); בג"ץ 7456/09 מידברג נ' בית משפט השלום בראשון לציון, בפסקה 10 (21.1.2010)), ולא ימנה מומחה מטעמו על מנת להכריע בה (עניין עין דור, בעמ' 766; עניין רשות הנמלים; ברק-ארוז, משפט מנהלי דיוני, בעמ' 452). בהליך המינהלי, הדין מסמיך את הרשות לקבל את ההחלטה, גם אם קיימים מומחים בעלי דעה אחרת (בג"ץ 6274/11 דלק חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' שר האוצר, בפסקה 11 (26.11.2012)). כפי שצוטט לעיל מעניין אחל"ה, העדפת חוות דעתו של מומחה "חיצוני" על פני חוות דעתה המקצועית של הרשות לא מתיישבת עם אופיה של הביקורת השיפוטית המינהלית על החלטותיה של הרשות (לטענה כי קיימת אמביוולנטיות בפסיקת בתי המשפט המנהליים בנוגע למינוי מומחה והגשת חוות דעת מומחים מטעם הצדדים, ראו רויזמן-אלדור, בעמ' 121-123).

30. כאמור, המערער הסביר כי בקביעת המודל הכלכלי ותעריפי השכר התבסס על חוות דעת אנשי מקצוע, ובכתב הטענות התייחס גם לפערים בתמחור סעיף התמרון בין תחשיביו לתחשיבי המומחית. במהלך הדיון לפנינו נשמע רואה חשבון מטעם המערער והוצגו הטעמים לבחירה במודל שנקבע, וסביר להניח כי כך היה נעשה אילו נשמעו טענות הצדדים בהליך קמא. גם אם סבור בית המשפט כי השיטה שנבחרה על ידי המערער היא סבוכה או מורכבת, אין בכך כדי לגלות עילה להתערבותו: "אכן, לעולם לכל בעיה יהיו פותרים ופתרונים אחדים. ייתכן אף שבית-המשפט ייטה אחר החלטה המבכרת פתרון זה ולא פתרון אחר. אך בכך אין כדי להביא את בית-המשפט להחליף את שיקול-דעתה של הרשות בשיקול-דעתו" (עניין עין דוד, בעמ' 766). אמנם בית המשפט לא מינה מומחה מטעמו אלא החזיר את הסוגיה לבחינה מחודשת אצל המערער, אך פסילת התעריפים השעתיים באופן גורף, בנימוק כי המערער לא סתר את חוות הדעת האמורה, ומבלי שהדברים נבחנו לגופם, אינה יכולה לעמוד.

31. איני מוצא להיכנס לנבכי הטענות והתחשיבים שהציגו הצדדים בקשר לקביעת תעריפי השכר, וכבר אמרנו שמדובר בעניין שבמומחיות מקצועית, והנכונות להתערב בהחלטה מקצועית הנתונה למומחיות מיוחדת היא פחותה (ראו והשוו לבג"ץ 6356/17 פנימיית אחוזת שרה - אמונה נ' משרד העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים (18.7.2019)).

זאת ועוד. המשיבים 12-13 ניהלו נגד המערער הליך בבית הדין לעבודה במסגרתו תקפו את תנאי המכרז בקשר לזכויות המלווים. הליך זה הסתיים בהודעת המערער על עדכון תנאי המלווים תוך החלת טבלת שכר חדשה. בהודעה נאמר, בין היתר:

"טבלת השכר משקפת שכר בסיס לכל מלווה ממשיך, בהתאם לסוג הנכה אותו מלווה ולוותק המקצועי שנקבע לו על ידי החברה וכפי שמצוין בתלוש השכר. יובהר, כי סוגי הנכויות נקבעות בהתאם להגדרות הקבועות בהוראות אגף השיקום ובמכרז המלווים.

החלת טבלת השכר החדשה ותנאי העבודה המפורטים בנספח ב' להודעה זו, המהווה חלק בלתי נפרד ממנה, יעודכנו למלווי נכי צה"ל ממועד המשכו של המכרז, קרי ממועד הודעת עורך המכרז על הגשת הצעות או מיום 1.10.17 – לפי המוקדם מביניהם. ממועד החלת הטבלה האמורה, תפוצל אוכלוסיית המלווים למלווים ממשויכים ולמלווים חדשים, בהתאם לתנאים הקבועים במכרז."

ההודעה הפיסה את דעתם של המשיבים 12-13 ובעקבותיה ביקשו מבית הדין לדחות את ההליך של בקשת צד בסכסוך קיבוצי שהגישו, וכך נעשה על ידי בית הדין (ס"ק 17-05-23528 וס"ק 18-03-26298 הסתדרות העובדים הלאומית, ועד העובדים של מלווי נכי צה"ל במערכת הבטחון נ' מדינת ישראל – משרד הבטחון (פסקי דין מיום 5.8.2017 ומיום 11.10.2018)). חזקה על המערער כי יכלול במכרז ובתעריפים את השינויים שעליהם הצהיר במסגרת ההליכים הנ"ל, ואשר היו על דעתם של המשיבים 12-13. מכל מקום, למשיבים אלה ולכל אחד מהצדדים שמורה הזכות להעלות טענותיהם בנושא (ויובהר כי איני מביע עמדה לגבי ההליך שעודנו מתנהל בטענה לאי תמחור הפרשות סוציאליות עבור רכיב "תוספת המשמרות").

גם לשיטתו של המערער, אם יתברר בעתיד כי יש לערוך שינויים בתעריפים, בין אם בשל פסיקת בתי הדין לעבודה, בין אם בשל שינויי חקיקה או במקרה של טעות באחד החישובים, הרי שטבלת התעריפים תעודכן בהתאם. נזכיר כי התחרות במכרז אינה על תשלום השכר למלווים (שנעשה על בסיס טבלת התעריפים וסעיף התמרון באופן שווה לכלל הספקים) אלא על רכיב העמלה, כך שעדכון התעריפים לא אמור להשפיע על ההצעות שתוגשנה למכרז.

אשר לסעיף התמרון, מבחינה אופרטיבית, ומאחר שבמעלה הדרך המערער הכיר ברכיבי שכר בהם לא הכיר קודם לכן וכלל אותם במסגרת סעיף התמרון, ראוי כי במסגרת המכרז החדש שיפורסם, אותם רכיבי שכר יתומחרו בטבלת התעריפים, וסעיף התמרון יוכל לשמש לייעודו המקורי. מכל מקום, על המערער לחזור ולבחון את סעיף התמרון גם לאור הערות בית המשפט קמא בנושא.

עניין נוסף שחשוב לתת עליו את הדעת הוא סוגית החזר הוצאות הנסיעה על בסיס תחשיב "ממוצע". החזר במתכונת זו עלול לקפח את שכרם של המלווים המתגוררים במקומות יותר רחוקים, ואף זהו עניין שראוי להסדירו, מתוך דאגה לשמירה על רמת שכר נאותה לטובת המלווים והנכים הנזקקים להם.

משך תקופת החפיפה בין מלווים

32. המשיבים-הזכאים העלו טענות בקשר למשך תקופת החפיפה בין המלווים בעת חילופי מלווים, חפיפה הנדרשת לצורך הכשרת המלווה החדש על מנת שילמד ויכיר את הצרכים והטיפול הייחודי והאישי לו זקוק הנכה. במענה לדברים טען המערער כי במקרים בהם לדעת הספק נדרשת חפיפה ארוכה יותר מ-12 שעות, ניתן לקבל על כך

אישור של רופא מוסמך ראשי מטעם אגף השיקום. בית המשפט הורה למערער לעגן את נוהל החפיפה הקיים במסמכי המכרז ולתת את הדעת למצב בו מלווה מתחלף באופן פתאומי ואין שהות לפנות לרופא אגף השיקום ולהמתין להחלטתו. עוד הורה בית המשפט לשקול אם די ב-12 שעות חפיפה בכל המקרים או שיש להבחין בין סוגי הנכויות ולאפשר חפיפה ארוכה יותר לנכים קשים שהטיפול בהם מורכב.

33. במסגרת הערעור טען המערער כי בנוהל הקיים ניתן מענה למקרים חריגים בדרך של הגשת בקשה לחריגה, וכי הנוהל נקבע בהתאם לעמדה רפואית מקצועית ואין מקום להתערב בו.

דין הערעור בנקודה זו להידחות. בטענותיהם בכתב ובמהלך הדיון שהתקיים בפנינו, פרטו המשיבים 7-11 את השינויים בתקופת החפיפה שעמדה בעבר על 48 שעות, בסוף שנת 2016 הופחתה ל-6 שעות, ורק בהתערבות ארגון נכי צה"ל הועלתה ל-12 שעות. המשיבים-הזכאים עמדו במהלך הדיון על המורכבות והחשיבות שבהכשרת מלווה והצורך בחפיפה בין מלווים גם בשעות הלילה. קשה להלום כי מלווה חדש יצליח לעמוד תוך 12 שעות על הצרכים הייחודיים של הנכה-הזכאי. בהינתן שקיים שוני בין הנכויות של הזכאים ובהיקף הליווי לו הם זכאים, יש בסיס לטענה כי על הנוהל להבחין מלכתחילה בין נכים שהטיפול בהם מורכב יותר לבין נכים אחרים, ומוטב להימנע מבירוקרטיה ומסרבול הליכים במקרים בהם בקשה לחפיפה חריגה צפויה להיות מאושרת.

על כן, איני מוצא להתערב בקביעתו של בית משפט קמא בסוגיית החפיפה, ועל המערער לתת את דעתו לנושא במסגרת המכרז המעודכן שיפרסם.

עלות חברת בקרה והדרישה מהמלווים למסירת מידע בדבר עבר פלילי

34. בית המשפט קמא הורה למערער להבהיר מה תהיה עלות המציעים בקשר לחברת הבקרה; פסל את דרישת המערער כי המלווה יצהיר על מידע בנוגע לכל עבירה פלילית שלדעת הגורמים המקצועיים מטעמו מונעת מאדם לשמש כמלווה; והורה לציין בטופס ההצהרה שהמלווה לא נדרש למסור מידע על הרשעות שנמחקו או התיישנו.

35. במסגרת הערעור, המערער הסביר כי לאור ניסיון העבר וביטולים חוזרים ונשנים של המכרז, מצא שלא לצאת עדיין במכרז לבחירת חברת הבקרה בטרם יסתיימו הליכי המכרז מושא הערעור, והוא מודע לקושי הנובע מכך בכימות העלות המדויקת שתושג

על החברות הזוכות בקשר לחברת הבקרה. רשמנו אפוא לפנינו את הצהרת המערער כי מאחר שממילא נדרש פרסום המכרז מחדש, "תיבחן במסגרת זו האפשרות לגדר את עלויות חברת הבקרה, תוך גיבוי שיינתן על ידי המערער לחריגות אפשריות" (פסקה 65 לסיכומי המערער), ויש להניח כי יימצא פתרון מספק לקושי האמור. עוד רשמנו לפנינו את הצהרת המערער כי יצרף לנוסח הצהרת המלווה הבהרה באשר להיקף המידע שעל המלווה למסור ואם הוא כולל הרשעות שהתיישנו (ונמחקו), לאחר שיחליט על זהות הגורם לו ימסר המידע ובהתאם למצב החוקי שישרור באותה העת, נוכח כניסתו לתוקף של חוק המידע הפלילי ותקנת השבים, התשע"ט-2019 בחודש ינואר 2021, שאמור להחליף את חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, התשמ"א-1981.

אשר לדרישת המערער לקבל מידע לא רק לגבי העבירות המנויות במסמכי המכרז במפורש (כגון עבירות מין, אלימות, הונאה ומרמה, עבירות שנעשו כלפי זקן וכו'), אלא גם לגבי כל עבירה שלדעת הגורם המקצועי באגף השיקום עלולה למנוע מאדם לשמש כמלווה לזכאים – התקשיתי לרדת לסוף דעתו של המערער בעניין זה. ככל שהמידע הנדרש מהמלווים בהצהרתם מתייחס לכל עבירה פלילית באשר היא, הרי שהדברים אינם מתיישבים עם אשר נפסק על ידי בית משפט זה בע"א 8189/11 ד"ר נ' מפעל הפיס, פסקה 37 (21.2.2013) ועם דרישת המידתיות. מנגד, איני רואה פסול בכך ש"עבירה פלילית" תוגדר במסמכי המכרז כרשימת עבירות שאינה סגורה, במובן זה שניתן יהיה לשנות ולהוסיף להצהרה עבירות שלדעת הגורם המקצועי באגף השיקום עלולות למנוע מאדם לשמש כמלווה. כפי שציין בית משפט קמא, בחינת העבר הפלילי רלוונטית להעסקת מלווה סיעודי, נוכח מאפייני התפקיד, ובהיותו תפקיד הדורש רמת אמון גבוהה.

סוגיית המע"מ

36. על פי מסמכי המכרז, השוואת ההצעות ברכיב המחיר תיעשה על פי עיקרון ה"עלות למזמין", כך שלהצעת המחיר של חברות בע"מ יתווסף מע"מ, בעוד שהצעתו של מציע הפטור ממע"מ תחושב ללא תוספת מע"מ (להלן: תנאי המע"מ). עוד נקבע במכרז כי מציע המוכר כמלכ"ר לעניין חוק מס ערך מוסף, התשל"ו-1975 (להלן: חוק מע"מ) נדרש לצרף להצעתו תצהיר רואה חשבון שיבחן אם פעילותו בקשר למכרז אינה במישור העסקי וכי הוא אכן פטור ממע"מ. אם הצעתו תזכה אך יתברר כי על העסקה חלה חובת תשלום מע"מ, הרי שהזוכה יישא בעצמו בהוצאות אלה.

למען בהירות התמונה אציין כי תנאי המע"מ רלוונטי אך בקשר לרכיב העמלה עליו מתבצעת התחרות, רכיב המהווה רק כ-4.5% מסך התמורה במכרז, כשיתר התמורה היא בגין תשלומי שכר למלווים בהם נושא המערער.

37. כזכור, בית משפט קמא קבע כי בחינת ההצעות תוך התחשבות ברכיב המע"מ מפלה בין חברות למלכ"רים, ועיקרון השוויון מחייב להשוות את ההצעות המוגשות למכרז בנטרול רכיב המע"מ. עוד נקבע כי לעניין סיווג הפעילות והמשתתף כמלכ"ר, אין להסתפק באישור רואה חשבון, ונדרש להמציא אישור מפקיד השומה בהתאם להליך הקבוע בסעיף 158 לפקודת מס הכנסה (הכוונה לסעיפים 158 ב-158 ו לפקודה זו שעניינם ב"החלטת מיסוי"). על קביעות אלה השיג המערער בטענה כי פסילת תנאי המע"מ אינה עולה בקנה אחד עם עקרונות יסוד בדיני מכרזים.

38. על אף שהמשיבות 1-6 התמקדו בטיעוניהן בסוגיית המע"מ, אקדים ואומר כי ייתכן שהדיון בנושא זה הוא תיאורטי. זאת, מכיוון שככל שפעילות המלכ"ר בקשר למכרז תסווג כפעילות עסקית החייבת במע"מ, לא יהיה כל שוני בין חברות למלכ"רים בעניין זה, והצעותיהם יבחנו באותו האופן ותוך שקלול רכיב המע"מ. נזכיר כי רשות המס רשאית, מכוח הסמכות שבסעיף 58 לחוק מע"מ, לסווג מלכ"ר לצורך עיסוק מסוים כ"עוסק" החייב במע"מ. לטענת חלק מהמשיבים, יישום המבחנים שנקבעו לעניין זה בפסק הדין המנחה, ע"א 767/87 עמותת "בשערייך ירושלים" נ' מנהל המכס ומע"מ, פ"ד מד(4) 800 (1990) (להלן: עניין עמותת בשערייך ירושלים), מוביל למסקנה כי מלכ"ר שיזכה במכרז דגן יסווג בהכרח כ"עוסק" והפעילות תחויב במע"מ, ונטען כי כך גם עולה מחוזר רשות המיסים שעסק בנושא.

אלא שסיווג פעילות המלכ"ר לפי מבחני עמותת בשערייך ירושלים תלוי בנתוני המלכ"ר הספציפי הנדון, כך שלא ניתן לקבוע מראש כלל גורף של חיוב במע"מ לפעילות מושא המכרז ולגופים המשתתפים. לפי תנאי המכרז, בשלב הגשת ההצעות ובחינתן, די בהצהרת רואה חשבון בנוגע לסיווג הפעילות וקיומו של פטור ממע"מ. מלכ"ר הגורס כי הוא פטור יגיש הצעתו ללא שקלול המע"מ, אך אם יזכה ויתברר כי הוא חב במע"מ הרי שיהא עליו לשאת בחיוב זה, אולם זאת לאחר שכבר זכה במכרז. על כן, ולמרות שייתכן שהדיון להלן הוא תיאורטי, נידרש לטענה כי השוואת ההצעות מלכתחילה בשקלול רכיב המע"מ אינה סבירה ופוגעת בעיקרון השוויון ובתחרות בין חברות למלכ"רים.

39. לטענת המערער, משמעות עיקרון ה"עלות למזמין" היא שהשוואה בין ההצעות צריכה להיעשות לפי הסכום אותו ידרש המזמין לשלם למציע בפועל. לשיטתו, המזמין,

הגוף הממשלתי, אדיש לאופן ההתארגנות של המציעים והוא לא נדרש למאפיינים מיסויים של המציעים, כמו גם למאפיינים אחרים שעורך המכרז כלל אינו נדרש לבחון.

לביסוס עמדה זו, הפנה המערער להוראת תכ"ם (תקנון כספים ומשק של אגף החשב הכללי באוצר) 7.4.1.6 שכותרתה "הגדרת מסמכי מכרז", שקובעת, בין היתר, כי "במסמכי המכרז יש לציין כי המחיר המוצע יהיה הסכום הסופי, הכולל בתוכו מע"מ וכל מס או תשלום אחר..." וכן כי "ההנחיה תחול גם במכרז שבו משתתפים מוסדות ללא כוונת רווח". לא נעלמה מעיני הטענה כי אין בהוראה זו התייחסות למתכונת השוואת ההצעות, אך עיון בהוראת תכ"ם 7.4.3.5 שכותרתה "בדיקת הצעות והשוואתן" על ידי ועדת המכרזים מעלה כי היא כוללת הוראה דומה, ותומכת בעמדתו של המערער:

"ועדת המכרזים תערוך השוואה בין הצעת המחיר לאומדן שווי ההתקשרות שנקבע מראש, אם נקבע מראש וצוין במסמכי המכרז. ועדת המכרזים תתייחס להצעת המחיר כסכום הכולל מע"מ וכל מס או תשלום אחר שעל עורך המכרז לשלם לזוכה גם במכרזים שבהם המציעים הם בעלי מבנה התאגדות שונה, כגון מכרז שבין המציעים בו יש גם מלכ"רים וגם חברות מסחריות".

נזכיר כי ענייננו-שלנו במכרז של משרד הביטחון (לגביו נטען כי לא חלות עליו הוראות התכ"ם, למצער בעניין הנדון), ומשכך הפנה המערער גם להוראת משרד הביטחון מס' 44.01 "בחירת ספקים במכרז רגיל מוצרים ושירותים – הוראת יסוד" (16.5.1993). הוראה זו קובעת לגבי התקשרות עם ספק שהוא מלכ"ר כי השוואת ההצעות "תיעשה בין סכום ההצעות כולל מסים", ו"הנ"ל בהתאמה עם הגדרת 'סכום עסקה' בסעיף 1 לתקנות חובת המכרזים (התקשרויות מערכת הבטחון), התשנ"ג-1993, דהיינו 'סכום הנקוב בחוזה כולל מסים'".

40. לעמדת המערער ניתן למצוא תימוכין בפסיקה. הרשות, בכובעה הפרטי, חותרת למקסום התועלת הכלכלית הגלומה בעסקה, ככל "שחקן עסקי" אחר (עע"ם 4363/14 מדינת ישראל משרד הרווחה והשירותים החברתיים נ' עמותת אקים ישראל, בפסקה 7 (12.4.2015) (להלן: עניין אקים)). בכך בא לידי ביטוי אחד משני עקרונות היסוד העומדים ביסוד המכרז הציבורי: שמירה על השוויון ועל טוהר המידות באמצעות מתן הזדמנות שווה לכל המציעים, והשאיפה להתקשרות יעילה ולחסכון בכספי ציבור על ידי השגת מירב היתרונות למזמין (עע"ם 1966/02 המועצה המקומית מג'אר נ' ג'מאל אבראהים, פ"ד נז(3) 505, 510-511 (2003); עע"ם 3499/08 רון עבודות עפר ייזום ופיתוח מ.א. בע"מ נ' ועדת המכרזים - עיריית עפולה, בפסקה 12 (18.1.2009) (להלן: עניין רון);

ע"מ 6823/10 מתן שירותי בריאות בע"מ נ' משרד הבריאות, בפסקה 20 (28.2.2011);
עניין אירוס הגלבוט, בפסקה 24).

בעניין בזק שהוזכר לעיל, נטען כי פרסום תעריפון שירותיה של בזק (דבר המתחייב על פי תנאי רישיונה) עובר להגשת הצעות במכרז מסוים, פגע ביכולתה להתחרות באופן אמיתי במציעים האחרים. השופטת (כתוארה אז) חיוות דחתה את הטענה, וקבעה כי אין לדרוש מעורך המכרז להציב את כלל המשתתפים בנקודת זינוק זהה ככל שהדבר נוגע לנתוני רקע שהינם חיצוניים למכרז:

"מכרז מתאפיין בהיותו "מסגרת אירגונית, מעין 'שוק', שבה מתבקשות ומתקבלות הצעות הנבחנות זו כנגד זו תוך תחרות חופשית ביניהן" (בג"ץ 118/83 אינווסט אימפקט בע"מ נ' המנהל הכללי של משרד הבריאות, פ"ד לח(1) 729, 734 (1984)). מטבע הדברים, אין לצפות לזהות מוחלטת בין המשתתפים במכרז מבחינת נתוני הרקע שלהם ומבחינת תנאי הפתיחה שהם מביאים איתם אל המכרז. ההבדלים בין המשתתפים, ככל שהם נוגעים לפרמטרים שהינם חיצוניים למכרז, אינם יכולים על כן להיחשב כפגיעה בעיקרון השוויון ובלבד שתנאי המכרז עצמם שומרים על תחולה שוויונית והוגנת של הדרישות כלפי כלל המשתתפים" (שם, בפסקה 6).

הגישה העולה מפסק דינו של בית משפט קמא ומטיעוני המשיבים, היא כי על הרשות לקבוע את תנאי המכרז ולקיים הליכים לפיו באופן שיתקן אי שוויון הקיים בין המציעים, ובכך למנוע את הפלייתם (ראו מרזל, בעמ' 379). במספר מקרים, הפסיקה דחתה טענה מעין זו, וראו האסמכתאות המוזכרות אצל מרזל, הטקסט ליד ה"ש 74: עניין בזק הנזכר לעיל; ע"מ 8340/04 מורדן-שירותי גבייה וייעוץ לרשות בע"מ נ' איגוד ערים לשירותי כבאות אילת-אילות (11.4.2005) (להלן: עניין מורדן), שם נדונה, בדומה לענייננו, שאלת ההתחשבות ברכיב המע"מ לצורך השוואת הצעותיהם של מציע שהוא תושב אילת ופטור ממע"מ לבין מציע שאינו כזה; ובג"ץ 1234/10 א. דינמיקה אחזקות 2002 בע"מ נ' המינהל האזרחי לאזור יהודה ושומרון, בפסקה 28 (21.7.2010), שם נדונה טענה לחוסר שוויון במכרז לשירותים בשטחי האזור בין מציע פלסטיני שאינו מחויב לשלם שכר מינימום לעובדים לבין מציע ישראלי המחויב לחקיקת המגן של דיני העבודה. יצוין שהשופט פוגלמן העיר כי אינו רואה צורך בנסיבות העניין "לטעת מסמרות בשאלת היקף פרישתם של הדברים שנאמרו בענין בזק". עוד ראו והשוו לבג"ץ 7872/10 המועצה המוסלמית ביפו נ' ראש ממשלת ישראל (7.6.2012) שם נדונה השאלה אם הטבה לחיילי מילואים היא בגדר הטבה "חיצונית" למכרז, כך שלא המכרז ותנאיו הם שיצרו את אי השוויון.

41. "על בעל המכרז לדאוג לשוויון במסגרת תנאי המכרז, אך הוא אינו נדרש להבטיח כי המתמודדים במכרז יהיו שווים" (עניין הרקולט, פסקה 22 לפסק דיני). מציעים במכרז נבדלים זה מזה במאפיינים שונים, מבנה עלויות והוצאות, ועורך המכרז לא אמור להתחשב במאפיינים ובשיקולים של כל מציע ומציע. אך לטענת חלק מהמשיבים, שונים הם פני הדברים משמדובר במע"מ, מס עקיף המוטל על המוצר עצמו (אהרון נמדר מס ערך מוסף 34 (מהדורה חמישית, 2013) (להלן: נמדר)) והינו בבחינת רכיב מובחן מההצעה. כך, לפי הנטען, שלא כמו יתר העלויות של המציע, המע"מ אינו נתון לשליטתו ואף אינו נותר בידי, שכן המציע מהווה מעין "גובה מס" עבור המדינה.

איני סבור כך. בהיעדר הוראה אחרת בחוזה במפורש או במשתמע, מס ערך מוסף מהווה חלק ממחיר העסקה. כך באופן כללי (ע"א 738/80 נתן נ' זגורי, פ"ד לז(4) 387, 391 (1983); ע"א 9922/02 רשות השידור נ' שפ"מ שידורי פרסומות מאחדים בע"מ, בפסקה 7 (22.8.2007); ע"א 7195/17 חברת נ.ב.ע. בע"מ נ' גמלא הראל נדל"ן למגורים בע"מ, בפסקה 31 (25.8.2020) (להלן: עניין חברת נ.ב.ע.); נמדר, בעמ' 38), וכך גם במכרזים, "רכיב המע"מ הנו חלק אינטגרלי מהתמורה המשתלמת על-ידי המזמין למציעים במכרז" (עניין מורדן בפסקה 17), ולא למותר לציין כי תקנות חובת המכרזים (התקשרויות מערכת הבטחון) מגדירות "סכום עסקה" כ"הסכום הנקוב בחוזה, כולל מסים". התעלמות מרכיב המע"מ בהצעות משמעותה בחינת ההצעות במכרז לפי מחיר שונה מהמחיר שישולם בפועל, והיא יוצרת עיוות מבחינה כלכלית (לדחיית הטענה כי נותן השירות החייב במס משמש "כצינור" טכני בלבד להעברת המע"מ ראו עניין חברת נ.ב.ע., בפסקה 32). אף אין ממש בטענה כי המע"מ אינו בגדר "הוצאה" מבחינת הרשות, באשר הוא עובר מ"כיס" אחד של המדינה לאחר, והיא אינה עולה בקנה אחד עם אופן חלוקת התקציבים בין הרשויות השונות.

השוני בין מלכ"רים לחברות בכל הנוגע לחבות במע"מ, מקורו בחקיקה, והוא "מבוסס על אופיו המיוחד של מלכ"ר, הפועל שלא למטרות רווח, ועל ההנחה שלמלכ"רים אין בדרך כלל רווחים תפעוליים, אלא הפסדים תפעוליים, הממומנים על-ידי תרומות וסובסידיות ולפיכך, 'מוטל המס רק על השכר, שרק הוא מהווה את הערך המוסף' [...]" (בג"ץ 2979/09 מפעלי אנקורי (1971) בע"מ נ' משרד החינוך, בפסקה 9 (24.11.10) (להלן: עניין אנקורי); עניין עמותת בשערייך ירושלים, עמ' 805-806; עניין אקים, פסקה 12; נמדר, בעמ' 294-295). עניין זה מקשה על קבלת הטענה כי שיטת השוואת ההצעות מפלה בין המציעים (השוו לעניין אנקורי, בפסקה 11). ממה נפשך, אם אחד מהמציעים במכרז פטור מתשלום מע"מ בגלל דרך התאגדותו, או אם הוא פטור

ממע"מ בגלל מקום מושבו (עניין מורדון, וראו את דברי ברק-ארז, בעמ' 137, הטקסט ליד ה"ש 390: "למעשה, עסקים הפועלים בישובים הנהנים מהטבות מס זוכים ליתרון עקיף גם במכרזים ממשלתיים").

42. בית משפט קמא קבע כי בחינת ההצעות לפי עיקרון העלות למזמין מפלה שלא כדין בין חברות למלכ"רים בהסתמך על פסק הדין בעניין אקים. באותו עניין נדון מכרז של משרד הרווחה והשירותים החברתיים לרכישת שירותי דיור בקהילה לאנשים עם מוגבלות, ונקבע כי בנוסף לתמורה שתשולם לזוכים עבור מלוא העלויות הכרוכות בפעילות, חברות שיזכו במכרז – להבדיל מעמותות – יזכו בתשלום נוסף של 4% מהתמורה בגין "מרכיב רווח". בית המשפט בעניין אקים קבע, כי על מזמין המכרז להחיל את מדיניות התשלום גם על העמותות, שכן התשלום לחברות בלבד עולה כדי פגיעה בשוויון שאינה קלת ערך.

לדידי, אין לגזור מהתוצאה בעניין אקים לענייננו. שם, בית המשפט התערב בתנאי שנקבע על ידי עורך המכרז, ואילו בענייננו מדובר בחובות מיסוי שונות החלות מכוח החוק על המשתתפים השונים במכרז (ראו עת"מ (מחוזי י-ם) 14-11-60671 שח"ד שירותי חברה - רווחה - משפחה בע"מ נ' מדינת ישראל - משרד הרווחה והשירותים החברתיים, פסקה 15 (28.12.2014) (להלן: עניין שחר), שם הועלתה ונדחתה הטענה כי קביעת תעריף אחיד לחברות ולעמותות מבלי להתחשב במע"מ פוגעת בשוויון. יצוין כי בשונה מענייננו, בעניין שחר התחרות במכרז היתה על מדדי איכות בלבד, כך ששאלת ההתחשבות במע"מ לא השליכה על עצם הזכייה במכרז). לטעמי, פסק הדין בעניין אקים, דווקא תומך בטענת המערער, לאור האמור בו: "התמריץ הכלכלי של כל אחת מצורת ההתאגדות הוא שיקול חיצוני לתכלית המכרז – לספק שירות שווה באיכותו, על פי סטנדרטים מקצועיים וטיפוליים שקבעו גורמי המקצוע המתאימים ובגיננו יש לשלם תמורה שווה" (שם, פסקה 15). בדומה, נקבע בעניין אנקורי (שם, פסקה 9):

"מודל התקצוב איננו מבחין בין סוגי הבעלויות השונים של המוסד החינוכי – עוסק מורשה או מלכ"ר – לעניין חבויות המס השונות החלות עליהם. שלא כהשקפת העותרת, איני סבור כי נתון זה הופך את מודל התקצוב הקיים לבלתי סביר, או כי הוא מקים עילה להתערבותנו. אופן ההתאגדות של הבעלות המפעילה את בית הספר נתון לבחירתה, המושפעת, מטבע הדברים, משיקולי כדאיות שונים. הדעת נותנת כי צורת ההתאגדות נבחרת על ידי הבעלות בשים לב להשלכותיה השונות. כך למשל, בעוד שחברה רשאית לחלק רווחים ולנכות מס תשומות,

מלכ"ר איננו רשאי לעשות כן. מנגד, כפי שציינו לעיל, מלכ"ר אינו מחויב ככלל במע"מ. [...]. הבעלות, אשר בחרה משיקוליה היא את צורת ההתאגדות שלה זכאית לתקציב נתון, הנקבע באופן אחיד, ועליה לכלכל את צעדיה במסגרת תקציב נתון זה. [...]. אין עילה לחייב את המשיב לחרוג ממודל התקצוב הנורמטיבי האחיד עליו החליט, ולהוסיף לעותרת תקציב נוסף בגין צורת ההתאגדות שנבחרה על ידה".

43. שיקול נוסף שעמד ביסוד קביעתו של בית משפט קמא היה הודעת רשות המיסים בדבר "שאלת האפליה בהתמודדות במכרזים או פעילות המבוצעת הן על ידי מלכ"רים והן על ידי עוסקים" (11.1.2018) (להלן: חוזר רשות המיסים). בחוזר זה, שנטען כי פורסם בעקבות פניות של חלק מהמשיבים לרשות, עמדה הרשות על כך שמלכ"רים מנהלים פעילות עסקית באמצעות שירותים הניתנים למשרדי ממשלה ורשויות מקומיות, בהתקשרויות שמבוצעות בשיטת מכרזים. צוין כי בשל שיעורי המס השונים החלים על עוסק ועל מלכ"ר, נוצר למלכ"ר יתרון מובנה לפיו המחיר המוצע על ידו נמוך מהמחיר המוצע על ידי עוסק. לפי החוזר, לאור אחד המבחנים שנקבעו בהלכת עמותת בשערייך ירושלים ולפיו יש לבדוק אם סיווג פעילות המלכ"ר אינה מהווה גורם תחרותי לעסקים אחרים; היות שהחלת שיעורי מס שונים על המתחרים משפיעה על גובה הצעתם; ועל מנת לשמור על ניטרליות מיסויית – רשות המיסים הודיעה כי במקרים בהם בין מגישי הצעות במכרז יהיו גם מלכ"רים וגם "עוסקים" החייבים במע"מ, ויתברר כי מטרת פעילות המלכ"ר המתמודד במכרז היא לשם השגת רווחים, הרשות תפעל לסיווג המלכ"ר כ"עוסק" שיחויב במע"מ.

גם על פי חוזר רשות המיסים סיווג מלכ"ר כעוסק אינו "אוטומטי", ונדרשת בחינת הדברים לגופם. על כן, איני סבור כי החוזר כשלעצמו מהווה טעם להשוות בין ההצעות של מלכ"רים וחברות בנטרול מע"מ כפי שקבע בית משפט קמא (ואציין כי בסיכומי המערער נטען כי רשות המיסים בוחנת אם יש צורך "לחדד" את החוזר הנ"ל). אכן, ניתן לראות בחוזר כגילוי דעת של רשות המיסים כי קיימים סיכויים לא מבוטלים שיראו במלכ"ר המתחרה במכרז כ"עוסק", מה שמקטין בפועל את האפשרות לפער בין הצעות המלכ"רים והחברות ולפגיעה בשוויון. כך, ככל שהמלכ"ר מהווה גורם תחרותי ועונה על המבחנים הקובעים לעניין, תסווג פעילותו כ"עוסק" החייב המע"מ, ו"היתרון" המוקנה למלכ"ר בדין ישמר רק למקרים ולגופים הראויים לכך. ובקיצור, החוזר אך מחזק את האפשרות שהמחלוקת בנושא המע"מ היא תיאורטית.

44. גם בהנחה שתנאי המע"מ מפלה בין מציעים, שאלה היא אם נטרול רכיב המע"מ אכן מביא ליצירת השוויון המיוחל. מלכ"רים וחברות נבדלים זה מזה בהסדרי המס החלים עליהם. כך, עוסק המבצע עסקה בישראל חייב במע"מ בשיעור הקבוע בחוק, העומד כיום על 17%, ורשאי לנכות מס תשומות ולחלק רווחים. מלכ"ר אינו חייב במע"מ, אך חייב בתשלום מס שכר העומד כיום על 7.5% (עניין עמותת בשערייך ירושלים, בעמ' 805-806; עניין אנקורי, פסקה 9).

מכאן שנטרול רכיב המע"מ לבדו, והתעלמות מהיבטי מס אחרים כמו מס השכר שחל על מלכ"ר והזכות לניכוי מס תשומות על ידי עוסק, אינה עולה בקנה אחד עם האיזון בין החיוב במע"מ לניכוי תשומות (על עקרון ההקבלה הקושר בין החיוב במס לבין ניכוי מס התשומות ראו אצל נמדד, בעמ' 39-42), יוצרת הבחנות מלאכותיות בתוך מערכת דיני המס, ואולי יש בה כדי להיטיב עם מציעים מסוימים ולהפלות אחרים.

45. המערער טען כי נוכח מס השכר החל על המלכ"רים ואפשרות החברות לנכות מס תשומות, הפער בין אלה לאלה במישור המס עומד על פחות מ-9.5% והינו זניח. המשיבים מנגד טענו כי הפער גבוה יותר, בין היתר משום שהתשומות שניתנות לניכוי הן זניחות ונטל מס השכר האפקטיבי נמוך מ-7.5% או לא קיים. עוד נטען, בין היתר, כי תנאי המע"מ חסר משמעות כלכלית אמיתית במקרה דנן, בהיותו חל רק על 4.5% בלבד מסך ההתקשרות, ומאחר שרכיב העמלה כולל רווח ותקורה, מציעים שהינם חברות לא יוכלו "לכסות" על פערי המיסוי באמצעות ויתור על רווח.

מבלי להידרש לפרטי הטענות והחישובים, אני נכון להניח כי פערי המיסוי המובנים יקשו על חברות להתחרות במכרז מול מלכ"רים. עם זאת, יש להפנות בהקשר זה לנקודת המוצא של הדיון, ולפיה גם על פי טענות המשיבים עצמם, התמודדות מלכ"ר במכרז כפטור ממע"מ כשלעצמה אינה סבירה, נוכח יישום מבחני עמותת בשערייך ירושלים וחוזר רשות המיסים בעניין. בנסיבות אלה, החשש להדרה גורפת של חברות מהמכרז בהשוואה למלכ"רים, או חשש להעלאת מחירים מצד המלכ"רים, פוחת במידה ניכרת.

46. נקודה זו מובילה לדיון בקביעה נוספת של בית משפט קמא, לפיה על מציע סבבור כי הוא פטור ממע"מ להצטייד מראש באישור מפקיד השומה ואין להסתפק בתצהיר רואה חשבון כנדרש לפי תנאי המכרז.

לטענת המערער, חזקה על רואה חשבון כי הוא בעל השכלה והכשרה מתאימה לערוך ניתוח באשר לחבות מלכ"ר במע"מ ולבסס כדבעי את הצהרתו כי המציע זכאי לפטור ממע"מ בקשר לפעילות מושא המכרז. לדידי, יש טעם בשיקולים שהציג בית משפט קמא, בין אם בשל חשש שהסתפקות בתצהיר כאמור תוליד פתח לתכסיסנות ובין אם בשל חשש לטעות בתום לב בסיווג המציע, אך יחד עם זאת מתחייבת התאמה מסוימת בתוצאה שהגיע אליה. כאמור, בתנאי המכרז נקבע כי מציע שזכה במכרז כמי שפטור ממע"מ אך בהמשך יתברר כי חלה על העסקה חובת תשלום, יישא בעלויות המס. יש לתת לכך משקל של ממש, הן בשל האפשרות לזכיה במכרז על בסיס נתונים שאינם נכונים, הן בשל החשש מהפיכת ההצעה הזוכה להצעה גרעונית, על המשמעויות הכרוכות בדבר.

אישור מרשויות המס שהמציע פטור מתשלום המע"מ, בבחינת פרה-רולינג, יצמצם את הקשיים העולים בסיטואציה כגון זו. יחד עם זאת, עמותת מנהיגות אזרחית, שלא הייתה חלק מההליך קמא, הצביעה על מספר קשיים פרקטיים בהמצאת אישור מרשויות המס לפי המנגנון הקבוע בסעיפים 158-ב-1158 לפקודת מס הכנסה. כך למשל, נטען כי פרק הזמן הנדרש לקבלת החלטה מקדמית על ידי הגורם המוסמך עומד כיום על כחצי שנה. זאת ועוד, למבקש הבקשה נתונה הזכות להגיש השגה על ההחלטה, מה שעלול לעכב עוד יותר את השגת האישור המבוקש, ואת הליכי המכרז בכלל.

רשויות המס אינן צד לדיון, ודומה כי המשמעות האופרטיבית של המצאת אישורן לעניין הפטור לא התבררה בפנינו עד תום. עם זאת, לאחר ששקלנו את הנתונים כפי שהוצגו לנו על ידי הצדדים, אנו סבורים כי הדרך שהתווה בית המשפט המחוזי אמורה להיות דרך המלך, וככלל, על מלכ"ר שמגיש הצעה להצטייד מראש באישור מרשויות המס. עם זאת, וכחריג, ועדת המכרזים תהא רשאית להמיר דרישה זו בהמצאת אישור של עורך דין או רואה חשבון חיצוני בעל התמחות בנדון, במקרים שבהם יצרף המציע להצעתו פנייה לרשות המסים שנעשתה מבעוד מועד ולא יאוחר מ-45 יום מן המועד האחרון להגשת ההצעות במכרז.

47. לקראת סופו של חלק זה של הדיון, אציין כי המשיבים טענו שבניגוד לטענת המערער, בפרקטיקה המדינה נוהגת אחרת, ובמכרזים של רשויות המדינה בחינת ההצעות נעשית ללא רכיב המע"מ. המשיבים תמכו טענתם במספר אסמכתאות. לדוגמה, במענה לשאלת הבהרה שהוגשה במכרז 27/2017 של משרד הבינוי והשיכון, שהוגשה בעקבות חוזר רשות המיסים, הובהר על ידי משרד הבינוי והשיכון כי "[...] בדיקת הצעות המחיר תיעשה לפי מחיר שאינו כולל מע"מ. המזמין ישלם בנוסף למחיר ההצעה

הזוכה, גם מע"מ כדין [...] עוד יובהר כי במקרה שמלכ"ר יזכה במכרז, יודיע המזמין על הזכייה לרשות המיסים, שתפעל בהתאם להוראות הודעת הרשות מיום 11.1.2018... (מוצג 15 לתיק המוצגים מטעם המשיבה 3, המענה לשאלה מספר 19). כמו כן, ORS הצביעה בסיכומיה על מכרז 10/2015 של משרד הבריאות הקובע כי "נוסחת החישוב של עורך המכרז תהיה ללא שקלול רכיב המע"מ, וזאת על מנת לא להעניק יתרון מפלה לגופים שאינם מחויבים במע"מ".

מכאן, שספק אם ניתן לקבל את טענת המערער כי ביטול תנאי המע"מ הוא בבחינת "שינוי סדרי עולם" באופן בו נבחנות כיום הצעות מחיר במכרזי המערער והמדינה בכלל. מהדוגמאות שהוצגו עולה כי ייתכן שיש פער בין הצהרה זו של המערער לבין הנעשה בשטח על ידי משרדים ורשויות אחרות, וכי סוגית נטרול רכיב המע"מ משתנה בהתאם למדיניות כל משרד ומשרד. ככל שזה אכן מצב הדברים, יש לבחון אם אין מקום "ליישר קו" בנושא זה ולוודא יישומה של מדיניות אחידה בכל מכרזי המדינה.

טיכום

48. אסכם את המסקנות אליהן הגעתי:

(-) ערעור המערער מתקבל, במובן זה שקביעתו של בית המשפט ביחס לאי סבירות הגבלת מספר הספקים הזוכים בטלה. עוד בטלה הקביעה כי מתן משקל של 20% לרכיב האיכותי חורג ממתחם הסבירות; כי התעריפים השעתיים לא כוללים את רכיבי השכר כנדרש; וכי על המערער לבחון מחדש את הבחירה במודל הכלכלי של המכרז. אשר לסעיף התמרון, ראוי כי במסגרת המכרז שיפורסם רכיבי השכר שהוספו לסעיף התמרון יתומחרו בטבלת התעריפים, והסעיף ייבחן וייבדק שוב, כך שסעיף התמרון יוכל לשמש לייעודו המקורי. כן נדרשת בחינה מחודשת של נושא החזר הוצאות הנסיעה על בסיס "ממוצע".

לצד זאת, טוב יעשה משרד הביטחון אם יבחן גם את האפשרות של תחרות על בסיס אזורי.

(-) בסוגיית חפיפת המלווים, קביעותיו של בית משפט קמא יעמדו על כנן.

(-) המערער יגדר במסמכי המכרז את עלויות חברת הבקרה שיושתו על הזוכים, תוך התייחסות לחריגות אפשריות. כמו כן, המערער יבהיר אם המלווה נדרש למסור מידע לגבי הרשעות שהתיישנו ונמחקו בכפוף להוראות הדין שיחול.

(-) אשר לסוגיית המע"מ – אנו סבורים שהדין עם המערער לגבי ההבחנה בין מלכ"רים לבין חברות. עם זאת, יש טעם בקביעה שנודעת עדיפות להגשת אישור מרשות המסים, אך תוך הותרת פתח להגשת תצהיר של עורך דין או רואה חשבון על מנת לתת מענה למצב בו המענה של רשות המיסים מתעכב.

49. לקראת סיום אדגיש כי בחלוף למעלה מעשר שנים, יש חשיבות רבה להוציא את המכרז לדרך, ועל כך עמדו הן המערער והן המשיבים 7-11. ההנחה היא, שהפעלת מערך הליווי בהתקשרות החדשה על פי המודל שנבחר תיטיב עם הזכאים ועם האינטרס הציבורי בכללותו. יש לקוות כי קידום הליכי המכרז מעתה והלאה יתאפשר במהירות וביעילות והמכרז יצא לדרכו וגם יגיע אל סופו בהקדם ככל שניתן.

בסופו של יום, מטרת המכרז היא להבטיח כי מערך שירות הליווי והסיעוד לנכי צה"ל הזכאים, יפעל באופן איכותי ויעיל. בדיון שנערך בפנינו טענו המשיבים-הזכאים מדם ליבם והדגישו את החשיבות שבטיפול איכותי לזכאים והשפעתו על שגרת חייהם. בתוך כך, נטען לחוסר הידברות בין המערער לזכאים, וכי בתכנון המכרז לא היו מעורבים גורמים עם רקע שיקומי. ניכר מהשתלשלות המכרז וההליך שהתנהל בפני בית משפט קמא כי ניתן משקל לעמדת ארגון הנכים והושגו הסכמות שבאו לידי ביטוי בתנאי המכרז. מאז השתנו בעלי התפקידים בארגון, וחזקה על המערער כי ימשיך בהידברות עם נציגי הנכים ויהיה קשוב להערותיהם.

50. סוף דבר, הערעור מתקבל בחלקו כמפורט לעיל.

נוכח התוצאה אליה הגעתי, ובהתחשב בהוצאות שנפסקו לחובת המערער בהליך קמא, אציע לחבריי כי המשיבה 1 (עמותת חברות הסיעוד), המשיבה 2 (ORS), המשיבה 3 (תיגבור), והמשיבים 4-6 (איגוד נותני שירותי הסיעוד ואח'), יישאו בהוצאות המערער בסך 25,000 ₪ כל אחד. עוד אציע כי ביחס למשיבים 7-11 (נכי צה"ל) ולמשיבים 13-12 (הסתדרות העובדים הלאומית וועד העובדים של מלווי נכי צה"ל), לא יעשה צו להוצאות.

השופט ע' גרוסקופף:

אני מסכים.

ש פ ט

השופטת ד' ברק-ארז:

1. מכרז של משרד הביטחון לצורך הסדרת הליווי שלו נדרשים נכי צה"ל הקשים ביותר הוא צומת שאליו מתנקזים החוב האינסופי של החברה הישראלית למי שנזקקים לכך, מצד אחד, והצורך להשקיף על הדברים גם במשקפיים ניהוליים וכלכליים, מצד אחר. זהו צומת שקשה מאד לצלוח בשלום, והעידו על כך הרגשות הטעונים שלהם ניתן ביטוי בדיון. מבחינה פורמאלית, הצדדים העיקריים לדיון היו בעל המכרז ומשתתפיו – משרד הביטחון והגופים הפועלים בתחום הסיעוד. אולם, נציגים של נכי צה"ל הצטרפו לדיון גם כן והעלו טענות – שיצאו מלבבות מורתחים – כי צרכיהם אינם נשמעים. הם הסבירו כי מנקודת מבטם ידו של השיקול הכלכלי היתה על העליונה והוא גבר על ההבנה למצוקתם. הדברים היו מכאיבים.

2. לגוף הדברים, אקדים ואומר כבר עתה כי אני מסכימה לפסק דינו של חברי השופט י' עמית. בית המשפט המחוזי קלע היטב להבנת הרגישות העצומה וכובד האחריות בקבלת ההחלטות בתחום זה, אך במידה מסוימת הלך כברת דרך ארוכה מדי לעבר החלפת שיקול דעתן של הרשויות המוסמכות בשיקול דעתו שלו.

3. צודק חברי כי לנוכח הזמן הרב שחלף הגיעה העת להשלמת הטיפול בהליכי המכרז בנושא. לצד זאת, אוסיף כי דומה שגם כעת משרד הביטחון יכול לצאת נשכר מעריכת פגישה עם נציגיהם העדכניים של נכי צה"ל לצורך קבלת התייחסויות משלימות. גם אם בשלב הנוכחי שיתוף מסוג זה אינו נדרש על-פי שורת הדין, דומה שהוא יכול להועיל לצדדים כולם – אפשר שגם בגיבוש הפרטים שטרם נסגרו. אכן, המסגרת צריכה להיות ברורה. ההחלטות הן בידי משרד הביטחון, ואין מקום לחזור לנקודת ההתחלה. אולם, זהו אחד התחומים שבהם הליכה "לפנים משורת הדין" בתהליך קבלת ההחלטות היא כמעט מתחייבת. לא למותר לציין כי ניתן להתרשם שכמה מן התנאים שנכללו במכרז ולא היה להם מקום (כדוגמת זמן "חפיפה" קצר מדי במקרים של החלפה בין מלווים) לא היו באים לעולם אילו עמדתם של הנכים הייתה נשמעת במלוא מובן המילה מבעוד מועד.

ש ו פ ט ת

אשר על כן, הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' עמית.

ניתן היום, כ"ג בתשרי התשפ"א (11.10.2020).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט