



## **בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כבוד השופט רם וינוגרד**

עת"מ 20788-07-21 אורקל ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל ואח'

**העותרת אורקל ישראל בע"מ**

ע"י ב"כ עו"ד יוסי לוי, עו"ד אסף הדני, עו"ד תומר רייף ועו"ד תום אפלשטיין

**נגד**

**המשיבות 1. מדינת ישראל - משרד האוצר**

**מנהל הרכש הממשלתי של אגף החשב הכללי**

ע"י ב"כ עו"ד יואל פוגלמן, מפרקליטות מחוז ירושלים - אזורי

**2. Google LLC**

ע"י ב"כ עו"ד עומר דקל

**3. Amazon Web Services EMEA Sarl**

ע"י ב"כ עו"ד צבי אגמון, עו"ד מתן מרידור, עו"ד זאב גוטרייך,

עו"ד ג'ואי לייטסטון ועו"ד טליה שיין קלמנזון

**4. Microsoft Corporation**

ע"י ב"כ עו"ד נועם רונן

### **פסק-דין**

### **[גרסה מותרת לפרסום]**

1. עניינה של העתירה בקביעת ועדת המכרזים של המשיבה 1 (להלן: **ועדת המכרזים של המשיבה והמשיבה**, בהתאמה), מיום 8.3.2021, לפיה הצעת העותרת לא הועברה לשלב הבדיקה הכלכלית במכרז מרכזי 01-2020 שעניינו "אספקת שירותי ענן על גבי פלטפורמה ציבורית עבור משרדי הממשלה ויחידות הסמך" (להלן: **המכרז**). בהחלטה מושא העתירה קבעה ועדת המכרזים כי הצעת העותרת לא עמדה בציון האיכות המזערי שנקבע במכרז ולפיכך אין להכריז עליה כזוכה, קביעה עליה אין העותרת עוררת; והוסיפה וקבעה שיש לפסול את הצעת העותרת באופן שאינו מאפשר את ההכרה בה ולו כ"כשיר נוסף", הן בשל ציון האיכות לו זכתה ההצעה הן לנוכח "עמדות השותפים לפרוייקט".

2. בקליפת אגוז ייאמר כי המכרז מושא העתירה הוא חלק מ"פרויקט נימבוס" שמטרתו העברת משרדי הממשלה לשימוש במודל של מחשוב ענן. הצעות העותרת והמשיבות



## בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

עת"מ 21-07-20788 אורקל ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל ואח'

4-2 עברו את שלב המיון המוקדם של המכרז. הצעת המשיבה 4 נפסלה בשלב קבלת ההצעות. הצעות העותרת והמשיבות 2 ו-3 (להלן: **גוגל ו-אמזון**, בהתאמה) זכו לבדיקה מקיפה על ידי צוותים מקצועיים. בתום בדיקה זו נמצא כי הצעות גוגל ואמזון זכו לציונים המצויים הרבה מעל סף האיכות המזערי שנקבע במכרז. הצעת העותרת כשלה בעמידה ברף זה. המשיבה שקלה את האפשרות להכריז על העותרת כ"כשיר נוסף" (בהתאם למנגנון שבסעיף 1.3.5 למכרז). בסופו של דבר נפסלה אפשרות זאת לנוכח העובדה כי הצעתה כשלה בעמידה בציון האיכות המזערי הן בשתי תת קטגוריות משמעותיות הן בציון הכולל; כמו גם לאחר התייעצות של המשיבה עם "השותפים לפרוייקט" – צה"ל, מערך הסייבר הלאומי ורשות התקשוב הממשלתי – וקבלת עמדתם לפיה אישור הצעתה יביא לכך שתיגרם פגיעה באפשרות לפיתוח יכולות מסויימות [.....]. מכאן העתירה שלפני.

3. העותרת הבהירה בעתירתה שאין היא מבקשת מבית המשפט להתערב בקביעות המשיבה בנוגע לניקוד האיכות שניתן לה, על אף שלשיטתה הוא חסר ושגוי (סעיף 11 לעתירה). טענתה היא כי היה על ועדת המכרזים להכיר בה כ"כשיר נוסף", ולהעביר את הצעתה לשלב הבדיקה הכלכלית במכרז. כן טענה כי יש להורות על פסילת הצעת אמזון מאחר שזו הוגשה בחלקה באיחור, וכללה הסתייגות אסורה.

4. לאחר עיון בתגובות המקדמיות המפורטות עד מאוד, על שלל נספחיהן, ולאחר דיון מוקדם ממושך בו נדונו הקשיים המשמעותיים בטענות העותרת, הגעתי למסקנה לפיה יש להורות על דחיית העתירה ללא צורך במתן הוראה על הגשת כתבי תשובה.

5. הילוכו של פסק-הדין יפתח בהבאת העובדות הרלוונטיות הנוגעות להליכי המכרז ולהגשת ההצעות. לאחר מכן תיסקרנה הוראות המכרז העיקריות העומדות בעין הסערה של מחלוקת הצדדים. בתום תיאור ההשתלשלות העובדתית תובאנה טענות הצדדים בקצרה, ואלה ידונו ויוכרעו בפרק החותם את הדיון.

### 1. העובדות הנוגעות לעניין

#### א. כללי

6. אין חולק כי הפרוייקט מושא המכרז הוא, גם לשיטת העותרת, "פרוייקט חשוב, מורכב ומכונן" (סעיף 2 לעתירה) וכי השירותים שיוענקו במסגרתו הם "שירותים רגישים ביותר" (סעיף 5 לעתירה). המשיבה הבהירה בתגובתה המקדמית כי המכרז יצא לדרך לאחר מספר שנים של תהליך למידה והיערכות, ובסופו של יום הוחלט כי הזוכים



## בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

עת"מ 21-07-20788 אורקל ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל ואח'

במכרז יקימו תשתית ענן המחויבת לעמוד "בדרישות אבטחה, עמידות ורציפות תפעולית התואמות את צרכי ממשלת ישראל" (סעיף 32 לתגובה). הובהר כי המועד להגשת ההצעות נדחה פעמים מספר "בין היתר לנוכח הצטרפותם של משרד הביטחון וצה"ל למכרז (כרוכשי שירותים צפויים)" (סעיף 38 לתגובה). [.....]

.....

[.....]

7. המכרז נוהל במתכונת דו-שלבית:

**השלב הראשון**, הוא "שלב המיון המוקדם", כלל סינון מציעים פוטנציאליים בדרך של בחינה אם הם עומדים בתנאי הסף לצורך הגשת הצעה ב"שלב הבקשה המפורטת", הוא שלב הגשת הבקשות העוסקות במאפייני המערכת (ראו סעיפים 1.1, 1.4.1 ו-1.4.2.1 לתנאי מסמך ההזמנה להגשת ההצעות לשלב המיון המוקדם, שצורף כנספח 10 לתגובת אמזון).

**בשלב השני**, במסגרתו הוגשו הצעות מקצועיות מפורטות לשירותים הנכללים במכרז, נבחנו ההצעות של אותם מציעים שנמצאו כעומדים בתנאי הסף. בשלב זה נבחנת תחילה איכות ההצעות. על פי תנאי המכרז, מציעים שהצעותיהם ענו לדרישות המכרז בנוגע לציון האיכות המזערי יעברו לשלב הבדיקה הכלכלית ויגישו את "המענה לפרק העלות" (סעיף 1.2.1.2.2 למכרז). בשלב זה ייערך ייבחנו הצעות המחיר שהגישו, וייערך שקלול של ציון האיכות עם ההצעה הכספית (סעיף 1.6 למכרז). תוצאת השקלול, המכונה "מחיר הערכה" (סעיף 1.6.2.2.1 למכרז), קובעת את הדירוג של ההצעה בין ההצעות שעברו את השלבים השונים של המכרז. בהקשר זה הובהר במכרז כי "ככל שהציון המשוקלל נמוך יותר, כך דירוג ההצעה גבוה יותר, כאשר ההצעה המדורגת ראשונה היא ההצעה בעלת מחיר הערכה הנמוך ביותר" (סעיף 1.6.2.3 למכרז).

8. מסמכי שלב המיון המוקדם פורסמו ביום 20.1.2020. לאחר מספר דחיות, הוחלט כי המועד האחרון להגשת ההצעות יהיה ביום 4.5.2020 בשעה 13:30. במועד זה נמצאו בתיבה חמש הצעות. כאמור, התברר כי מתוך ששת הקבצים שצורפו להצעת אמזון צורף פעמיים אחד הקבצים ואילו הקובץ שכותרתו "חוברת ההצעה" לא צורף (נספח 4 לתגובת המשיבה 1). ועדת המכרזים דנה בסוגיה זו ביום 6.5.2020 והגיעה למסקנה



## **בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כבוד השופט רם וינוגרד**

**עת"מ 21-07-20788 אורקל ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל ואח'**

שמדובר בעניין טכני שניתן להשלמה, תוך שהיא מציינת כי יתכן שמקור התקלה הוא בשימוש בתיבת מכרזים דיגיטאלית שהשימוש בה נעשה במסגרת פיילוט (שם). לפיכך פנה עורך המכרז לאמזון ביום 7.5.2020 בשעה 09:55 וציין כי הוא ביקש את השלמת החסר. 32 דקות לאחר מכן (בשעה 10:27) שלחה אמזון את חוברת ההצעה (נספחים 5 ו-6 לתגובת המשיבה 1). בדיקה של המשיבה העלתה כי קובץ זה נחתם ביום 3.5.2020 בשעה 15:11, בדומה ליתר הקבצים שצורפו להצעת אמזון (נספח 7 לתגובת המשיבה 1). לפיכך נקבע כי גם הצעת אמזון עומדת בתנאי הסף.

9. ביום 24.9.2020 פורסם נוסח ראשוני של שלב הבקשה המפורטת, שגובש לאחר מכן לחוברת המכרז. בעקבות פרסום זה נערך סבב נרחב ביותר של שאלות הבהרה, שכלל כ-1,000 שאלות. המענה לשאלות אלה הוביל לתיקונים רבים בתנאי המכרז. בין אלה נכללה שאלה מס' 60 והמענה לה. שאלה זו נגעה לנוסחת החישוב הכלולה בהוראות המכרז, ועניינה יידון להלן אגב תיאור גלגולי ההוראות הנוגעות לנוסחת החישוב ותוצאותיה.

### **ב. הוראות המכרז המצויות בליבת המחלוקת**

10. טענתה העיקרית של העותרת היא שעל המשיבה חלה חובה להכיר בה כ"כשיר נוסף", כמשמעו בתנאי המכרז. מחלוקת הצדדים בהקשר זה סובבת, בין היתר, את הוראות סעיפים 1.3.5 ו-1.7.6 למכרז. לצורך עמידה על טיב המחלוקת יובאו להלן עיקרי הוראות אלה על "מיקומן הגיאוגרפי" והקשרן בחוברת המכרז:

סעיף 1.3.5 למכרז הוא מסעיפי המשנה של סעיף 1.3 למכרז שכותרתו "הערכת איכות ההצעות". סעיף 1.3.1 למכרז קובע את המשקלות לפיהן תוערך איכות ההצעות. בין היתר נקבע כי 50% מציון האיכות הכולל יינתן ל"הערכת פלטפורמת הענן הציבורי המוצע". בהקשר זה נקבע "ציון איכות מזערי" של 75% "עבור הנושא כולו", וציון איכות מזערי של 80% "עבור תת-נושא יכולות אבטחה, הגנה וסייבר". לקטגוריה השניה, העוסקת באופן ספציפי באזור הישראלי, נקבע משקל של 33% מציון האיכות הכולל. גם במקרה זה נקבע ציון איכות מזערי של 75% "עבור כל הנושא" וציון איכות מזערי של 80% "עבור תת-נושא יכולות אבטחה, הגנה וסייבר". בנוסף נקבע המשקל שיינתן לפרמטרים נוספים. עוד נקבע בסעיף כי ציון האיכות המזערי לציון הכולל של ההצעה הוא 80%.



## **בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כבוד השופט רם וינוגרד**

**עת"מ 21-07-20788 אורקל ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל ואח'**

סעיף 1.3.4 הבהיר במפורש כי "עבור כל נושא מהנושאים המפורטים לעיל, קבע עורך המכרז ציון איכות מזערי בנפרד, כמפורט בטבלה לעיל. הצעה שבנושא מסוים לא תעמוד בציון האיכות המזערי תיפסל".

אין מחלוקת כי לאחר שהצוותים המקצועיים בדקו את ההצעות התברר כי הצעתה של העותרת אינה עומדת בציון האיכות המזערי הן בנושא של "הערכת פלטפורמת הענן הציבורי המוצע", הן בתת-הנושא של הערכת יכולות ההגנה והסייבר של המציע תחת נושא "הערכת פלטפורמת הענן הציבורי המוצע", הן בכל הנוגע לציון הכולל.

11. סעיף 1.3.5, הבא בהמשך לסעיפים העוסקים בהערכת איכות ההצעות ולסעיף 1.3.4 העוסק בחשיבות המוענקת לציון האיכות המזערי, שהיא אך טבעית לנוכח מאפייניו של המכרז, קובע כי:

"אם ימצא עורך המכרז, לאחר שקלול ציון האיכות המזערי, כי מס' ההצעות שעברו את ציון האיכות המזערי הכללי וכן איכות הציון המזערי לפרקים או לנושאים המוגדרים בטבלה לעיל, נמוך מ-3 הצעות, עורך המכרז יהיה רשאי, בהתאם לשיקול דעתו הבלעדי, לבחור מבין ההצעות שלא עברו את ציון האיכות המזערי את ההצעות בעלות ציון האיכות המשוקלל הגבוה ביותר, כך שמספר ההצעות הכשרות יעמוד, ככל הניתן, על 3 הצעות".

12. על החשיבות הנודעת לבחירה בכשירים נוספים לומדת העותרת גם מהוראת סעיף 1.7.6. סעיף זה נכלל תחת סעיף 1.7 למכרז העוסק ב"בחירת זוכה". קודמות לו הוראת סעיף 1.7.2 הקובעת כי בתום הליך הבדיקה יוכרזו המועמדים לזכייה, והוראת סעיף 1.7.3 הקובעת כי "המציעים שעמדו בדרישות המכרז, ידורגו על ידי עורך המכרז בהתאם למפורט בסעיף 1.7.1 לעיל", ואלה שהצעתם דורגה במקום השלישי ואילך יוגדרו ככשירים נוספים. סעיפים אלה עניינם, איפוא, בקביעת כשירים נוספים מבין אלה "שעמדו בדרישות המכרז".

סעיף 1.7.6 למכרז עוסק ב"תיחורי המשך מבין הכשירים". נקבע בו כי במהלך חמש שנים מיום ההודעה על הזוכים במכרז רשאי עורך המבצע לבצע "בהתאם לשיקול דעתו



## בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

עת"מ 21-07-20788 אורקל ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל ואח'

הבלעדי" הליכים תחרותיים נוספים בין "כלל הכשירים הנוספים שאינם הזוכים", לצרכים שפורטו בסעיף. סעיף 1.7.6.2 קובע כי התיחור יבוצע "בדרך של פניה לכשירים לזכייה שאינם זוכים במכרז". מכאן מסקנת העותרת כי קיים צורך ממשי בבחירת כשירים נוספים, כך שניתן יהיה לפנות אליהם לתיחורים נוספים במקרה הצורך.

בהקשר זה יש להזכיר גם את הוראת סעיף 1.7.6.5 הקובעת כי "תיחור המשך לא יתקיים במקרים בהם רק לכשיר אחד יש את השירות הנדרש". המשיבות טוענות כי יש ללמוד מהוראה זו כי כאשר נקבע כשיר אחד בלבד – לא ניתן כלל לקיים תיחור. פרשנות זו אינה נקייה מספקות, אולם ספק אם יש צורך להידרש לה לנוכח המסקנה לפיה יש לדחות את יתר טענות העותרת בהקשר זה.

13. עניין נוסף שיש להידרש לו בנוגע לתנאי המכרז הוא דרך חישוב הציון המשוקלל (סעיף 1.6 למכרז), שתוצאתו היא "מחיר הערכה" הקובע את מיקומה היחסי של ההצעה בין ההצעות ששוקללו. לעניין זה נקבעה נוסחת חישוב בסעיף 1.6.2.2 [צילום של הוראות המכרז הנוגעות לנוסחה יובא להלן בנוסח המתוקן שפורסם בתנאי המכרז לאחר תיקון הנוסחה כתוצאה מהליך שאלות ההבהרה]. קודם לתיקון קבעה הנוסחה כי **כל הצעה שציונה הכולל יפחת מ-80%** תזכה למקדם הכפלה של "אינסוף". מאחר שההצעה הנמוכה ביותר היא הזוכה, תוצאת שקלול ההצעה הכספית במכפלה באינסוף מביאה לתוצאה שהיא שוות ערך לאינסוף ולפיכך גבוהה באופן שאינו מאפשר זכייה.

הנוסחה המתימטית המשמשת לשקלול הובאה בסעיף 1.6.2.2.1. דוגמה מספרית הממחישה את החלתה הוצגה בסעיף 1.6.2.5. על פי הדוגמה המספרית, שכללה חמש מציעות תיאורטיות, דורגו הארבע שציוניהן עלו על ציון האיכות המזערי בהתאם לשקלול בין הציון לבין ההצעה הכספית. המציעה החמישית, שציון האיכות שלה נפל מציון האיכות המזערי, זכתה ל"מחיר הערכה" של אינסוף, ובעמודת הדירוג **לא דורגה כלל**.

להמחשת עניין זה יובאו סעיפים אלה להלן (בנוסח המתוקן, הקובע כי שקלול באינסוף יחול על הצעות שציון **נמוך מ-75%**, כפי שהוא מופיע בעמ' 13 לחוברת המכרז), באופן שימחיש לקורא את הדברים:



## בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

עת"מ 20788-07-21 אורקל ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל ואח'

1.6.2.2.1. ציון הצעת המציע ייקבע על-ידי חישוב "מחיר הערכה" (EP) ולהלן: "מחיר הערכה", מחיר זה ייקבע תוך שקלול איכות ההצעה והבחירה המוצע בהתאם לנוסחה הבאה:

$$EP(P_i, Q_i) = \begin{cases} P_i - 0.01 * (Q_i - 90) * \beta & 90 \leq Q_i \leq 100 \\ P_i - 0.03 * (Q_i - 90) * \beta & 85 \leq Q_i < 90 \\ P_i - (0.04 * (Q_i - 85) - 0.15) * \beta & 75 \leq Q_i < 85 \\ \infty & Q_i < 75 \end{cases}$$

1.6.2.3. ככל שהציון המשוקלל נמוך יותר, כך דירוג ההצעה גבוה יותר, כאשר ההצעה המדורגת ראשונה היא ההצעה בעלת מחיר הערכה הנמוך ביותר.

1.6.2.4. מחיר הערכה הינו כלי דירוג בלבד ולא מחיר ההצעה בפועל, התשלום לזוכה יהיה לפי הצעתו.

1.6.2.5. לחלן דוגמה מספרית:

המחיר הממוצע של ההצעות בעלות ציון איכות 90-100: 580				
הצעה	ציון איכות	מחיר מחל הייחוס	מחיר הערכה	דירוג
A	88	500	534.80	1
B	99	590	537.80	2
C	80	350	553.00	4
D	74	360	$\infty$	
E	95	570	541.00	3

א. כאמור, בשלב הראשון מחושב ממוצע ההצעות בעלות ציון האיכות 90-100. הצעות B ו-E עומדות בקריטריון ולכן מחושב ממוצע בין מחיריהן:  $(570+590)/2=1160/2=580$ .

ב. עבור כל אחת מההצעות, מחושב מחיר ההערכה בהתאם לציון האיכות. לדוגמה, עבור הצעה A יחושב מחיר ההערכה לפי השורה השנייה בסעיף 1.6.2.2.1 לעיל, שכן ציון האיכות הוא 88:  $580 - 0.03 * (88 - 90) * 580 = 580 - 0.03 * (-2) * 580 = 580 + 0.34 = 580.34 = 534.8$ .

ג. עבור הצעה B יחושב מחיר ההערכה לפי השורה הראשונה בסעיף 1.6.2.2.1 לעיל, שכן ציון האיכות הוא 99:  $580 - 0.01 * (99 - 90) * 580 = 580 - 0.01 * 9 * 580 = 580 - 0.52 = 579.48 = 537.80$ .

ד. עבור הצעה C יחושב מחיר ההערכה לפי השורה השלישית בסעיף 1.6.2.2.1 לעיל, שכן ציון האיכות הוא 80:  $350 - (0.04 * (80 - 85) - 0.15) * 580 = 350 - (0.04 * (-5) - 0.15) * 580 = 350 - 203 = 553$ .

14. נוסחת החישוב תוקנה בעקבות שאלות ההבהרה שהוגשו לאחר פרסום המכרז במתכונתו הראשונית. בין אלה נכללה שאלה מס' 60, העוסקת ביחס בין סעיף 1.3.5 לבין נוסחת החישוב בסעיף 1.6.2.2. בשאלה נאמר כי מאחר שעל פי נוסחת החישוב כל הצעה שציונה נופל מ-80% - שסעיף 1.3.1 למכרז קובע שהוא ציון האיכות המזערי להצעה – ייקבע לה מחיר הערכה של אינסוף, הרי שאין כלל משמעות פרקטית לסעיף 1.3.5. סעיף 1.3.5 אמור לאפשר בחירה בהצעה מבין ההצעות "שלא עברו את ציון האיכות המזערי", אך לנוכח הוראת סעיף 1.6.2.2 כל הצעה שציונה נמוך מציון האיכות המזערי לא תוכל לזכות. מכאן שקיימת סתירה בין שתי הוראות אלה.





## בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

עת"מ 21-07-20788 אורקל ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל ואח'

בישיבה שערכה המשיבה ביום 25.11.2020 (נספח 10 לתגובת המשיבה) התקבלה טענה זו. הובהר כי על פי המכרז אם תמצא ועדת המכרזים כי פחות משלוש הצעות עברו את ציון האיכות המזערי "יהיה עורך המכרז רשאי לבחור מבין ההצעות שלא עברו את ציון האיכות המזערי את ההצעות בעלות ציון האיכות המשוקלל הגבוה ביותר, כך שמספר ההצעות הכשירות יעמוד, ככל הניתן, על 3 הצעות". צוין כי נוסחת החישוב בסעיף 1.6.2.2 מביאה לכך "שהצעה שקיבלה ציון איכות נמוך מ-80 לא תוכל לזכות במכרז, שכן מחיר הערכה שלה יהיה אינסופי". כדי למנוע סתירה זו נקבע כי "עודכנה הנוסחה כך שגם הצעות בציון 75 ומעלה ישוקללו כראוי וזאת ללא שינוי באופן מחיר הערכה, ככל ולא יהיה צורך בהפחתת ציון המזערי".

בעקבות החלטה זו כללו תנאי המכרז את הנוסח המתוקן של סעיף 1.6.2, כפי שהובא לעיל, כך שנקבע בו כי רק הצעות שציון האיכות הכללי שניתן להן נופל מ-75% ישוקללו במכפלה באינסוף.

15. אין חולק שההצעות ב"שלב הבקשה המפורטת" הוגשו כחודשיים לאחר שניתן מענה זה של המשיבה. מכאן שבמועד הגשת ההצעות ידעו המציעים היטב כי על פי התשובות לשאלות ההבהרה "רשאי" עורך המכרז לבחור מבין ההצעות שלא עברו את ציון האיכות המזערי "את ההצעות בעלות ציון האיכות המשוקלל הגבוה ביותר, כך שמספר ההצעות הכשירות יעמוד, ככל הניתן, על 3 הצעות". כמו כן, הן היו מודעות לכך שעל פי שאלות ההבהרה והתשובות, כמו גם על פי הטבלה המדגימה את תוצאות נוסחת החישוב, אין תחולה פרקטית להוראת סעיף 1.3.5 על הצעות שציון האיכות המשוקלל שלהן נופל מ-75%, מהטעם הפשוט שציון זה יוכפל במקדם אינסוף ולא יזכה לדירוג כלשהו.

### ג. ההתרחשויות לאחר הגשת ההצעות

16. ביום 17.1.2021 הגישו העותרת והמשיבות 2-4 את הצעותיהן בשלב הבקשה המפורטת. ביום 4.2.2021 החליטה המשיבה לאשר פניה למציעים לצורך עריכת השלמות והבהרות בהצעותיהן (פרוטוקול ישיבה מס' 26, שצורף כנספח 14 לתגובת המשיבה). יוער, כי בעוד שמאמזון ומגוגל התבקשו 64 ו-67 השלמות, בהתאמה, התבקשה העותרת לספק 115 השלמות. גם לאחר דרישה זו סיפקה העותרת השלמות לקוניות יותר מאלה של אמזון וגוגל. לאחר כל אלה בחנו צוותי הבדיקה את ההצעות





## **בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כבוד השופט רם וינוגרד**

**עת"מ 21-07-20788 אורקל ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל ואח'**

וניקדו אותן. ועדת המכרזים דנה בתוצאות הבדיקות ובמכלול השיקולים בישיבתה מיום 8.3.2021. הוועדה המליצה על פסילת הצעת העותרת. בהקשר זה ניתן משקל לא רק לאי העמידה בציון האיכות המזערי אלא גם לעמדת השותפים המקצועיים: עמדת צה"ל שפורטה במסמך העמדה מיום 8.3.2021 של ראש מנהלת הטרנספורמציה הדיגיטלית באגף התקשוב וההגנה בסב"ר בצה"ל; עמדת מערך הסייבר הלאומי שפורטה במסמך העמדה מיום 8.3.2021, החתום בידי ראש מערך הסייבר הלאומי; ועמדת רשות התקשוב הממשלתי, שהובאה בדיון על ידי חבר הוועדה המשמש כמ"מ ראש הרשות (נספח 15 לתגובת המשיבה 1, על נספחיו). המלצות אלה עוגנו בהחלטת הוועדה מיום 10.3.2021 (נספח 16 לתגובת המשיבה 1).

17. העותרת פנתה למשיבה בדרישה לקבלת מסמכים שונים. במקביל פנתה לבית המשפט בבקשה לקבלת ארכה להגשת עתירה, תוך שהיא מציינת כי המשיבה הסכימה למתן הארכה אך אינה נדרשת כלל לעמדת יתר המשיבות. ביום 1.6.2021 הגישה העותרת השגה מפורטת שעסקה הן בטיעונים מושא העתירה, הן בטענות ספציפיות הנוגעות לניקוד שניתן להצעתה תחת ראשים שונים. להשגה זו צורפה חוות-הדעת מטעמה (נספח 18 לתגובת המשיבה 1). לאחר קבלת התייחסות מפורטת של צוות הניקוד לאמור בחוות-הדעת (נספח 19 לתגובת המשיבה 1), הוציאה המשיבה תחת ידה ביום 23.6.2021 החלטה האוחזת 27 עמודים ובה התייחסות מפורטת לטענות העותרת.

העותרת בחרה שלא לעתור נגד הקביעות הנוגעות להשגותיה על הניקוד שניתן לה. טענותיה, שפורטו לעיל, מופנות כלפי הכרעות הוועדה מהתאריכים 8.3.2021 (שעוגנה בהחלטה מיום 10.3.2021) ו- 23.6.2021.

18. ההסכמים עם גוגל ואמזון נחתמו ביום 13.5.2021. המשיבה קבעה כי הן יחלו לפעול מכוח הסכמים אלה רק ביום 12.7.2021, כך שניתן יהיה לקיים את הליכי ההשגה בתקופת הביניים. העתירה הוגשה ביום 11.7.2021, יום קודם לתחילת פעולתן של גוגל ואמזון.

מתגובות הזכות לבקשה למתן צו ביניים עולה כי עד כה הושקעו על ידם סכומי עתק הן בהסכמים הנוגעים להקמת התשתיות הנדרשות בישראל, הן לצרכי הדרכה (בהתאם לדרישות שבמכרז).



## **בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כבוד השופט רם וינוגרד**

עת"מ 21-07-20788 אורקל ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל ואח'

### **2. טענות הצדדים**

19. העותרת טוענת כי המשיבה פעלה בניגוד להוראות המכרז כאשר לא הכירה בה ככשירה נוספת. לשיטתה, קבע עורך המכרז עקרון לפיו "מספר ההצעות הכשרות יעמוד, ככל הניתן, על 3 הצעות" (סעיף 1.3.5 למכרז). העותרת טוענת כי קביעת הוועדה מבטלת את התכלית שקבע עורך המכרז, לפיה יוכרזו "כשירים נוספים" כך שיימצאו לכל הפחות שלוש "הצעות כשרות", וכשירים נוספים אלה ישתתפו ב"תיחורי המשך" כמשמעותם בסעיף 1.7.6 למכרז. היא סבורה כי עורך המכרז העניק למשיבה שיקול דעת מצומצם ביותר – אם בכלל – בנוגע לאפשרות שלא להכריז על שלוש הצעות כשרות לכל הפחות. מכאן שהמשיבה פעלה בניגוד להוראות המכרז ורוחו.

גם לגוף העניין נטען כי המשיבה שגתה בקביעה לפיה יש לפסול את ההצעה. לא ניתן היה לפסול את העותרת כ"כשיר נוסף" אך מהטעם שהצעתה לא עמדה בציון איכות מזערי, מאחר שההוראה העוסקת בקביעת כשיר נוסף (סעיף 1.3.5 למכרז) עניינה דווקא באותם מקרים בהן הוצגו לפני המשיבה "הצעות שלא עברו את ציון האיכות המזערי", כפי שנקבע בסעיף 1.3.5. יתרה מזו: במהלך בדיקת הצוותים המקצועיים זכתה העותרת לציון איכות של "מענה ברמה המינימלית שניתן לקבל" (3 מתוך 5 נקודות אפשריות) במרבית פרמטרי האיכות שנקבעו ב"מסמך המתודולוגיה" שפרסמה המשיבה (המסמך, שנערך ביום 14.1.2021, צורף כנספח לפרוטוקול 32 של ועדת המכרזים מיום 8.3.2021; נספח 15 לעתירה). לשיטת העותרת יש בכך כדי ללמד כי הצוותים המקצועיים סברו שהצעתה עונה להגדרה של הצעה אותה "ניתן לקבל", ולפיכך היה מקום לקבוע כי ההצעה היא לכל הפחות מספקת ועונה להגדרת "הצעה כשרה". מכאן שהיה על המשיבה לקבוע שההצעה כשרה ולהכריז על העותרת כ"כשיר נוסף".

העותרת תקפה גם את החלטת הוועדה להסתמך בנימוקיה לפסילת ההצעה על "עמדות השותפים לפרוייקט" – צה"ל, מערך הסייבר הלאומי ורשות התקשוב הממשלתי – כשהיא טוענת, בין היתר, כי עמדות השותפים היו לקוניות, לא מנומקות ולא סבירות; הם התעלמו מההוראה המכרזית לפיה יש לחתור לאישור "כשיר נוסף" שלישי; תהליך קבלת המלצות השותפים לא היה סדור ומתועד; ועמדתם ניתנה פרק זמן קצר ביותר לאחר שהוועדה פנתה אליהם.



## בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

עת"מ 21-07-20788 אורקל ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל ואח'

העותרת המשיכה וטענה שלא היה מקום להכריז על גוגל ואמזון כזוכות כאשר בשירותי הענן שלהן תועדו מקרי פריצה משמעותיים, כעולה מחוות-הדעת המקצועית מטעם העותרת, שנערכה על ידי האלוף (במיל') עוזי מוסקוביץ שכהן בעבר כראש אגף התקשוב וההגנה בסייבר בצה"ל (להלן: **חוות-הדעת**). לטענת העותרת, שירותי הענן שלה לא נפרצו מעולם. עוד נטען כי המשיבה לא נתנה דעתה לסיכונים הנובעים מהתארגנויות אנטי-ישראליות של עובדים בגוגל ואמזון. לטענתה, מפרסומים בתקשורת עולה כי התארגנויות עובדים בחברות אלה הביאו בעבר לפרישה של גוגל ממכרזים ולביטול שירותי ענן ודחייה במתן שירותים על ידי אמזון. נטען כי האירועים הביטחוניים שתכפו על ישראל במסגרת מבצע "שומר החומות" הביאו למחאות עובדים בגוגל ואמזון, וקיים חשש כי אלה יגרמו להפרת ההסכמים על ידי גוגל ואמזון כך שהמשיבה תימצא מול שוקת שבורה בהיעדר כשיר נוסף.

לבד מכל אלה, תוקפת העותרת את ההחלטה להכריז על אמזון כזוכה. לטענתה היה על המשיבה לפסול את הצעת אמזון מאחר שבשלב הראשון של המכרז ("**שלב המיון המוקדם**") הוגשה הצעתה באופן חלקי בלבד, כשהיא אינה כוללת את "חוברת ההצעה". חוברת ההצעה הוגשה רק לאחר שהמשיבה הסבה את תשומת לב אמזון לעובדה כי הגישה מסמך אחר פעמיים חרף הגשת החוברת. לשיטתה לא היה מקום לקביעה לפיה מדובר בפגם טכני בלבד.

כן טענה העותרת שהצעת אמזון כללה הסתייגות מתנאי המכרז באופן המביא למסקנה שיש לפסול את ההצעה.

העותרת הקדישה פרק בעתירה לטענות הנוגעות להיעדר תיעוד מספק לתהליך בדיקת ההצעות וניקודן. טענות אלה לא ידונו בהרחבה להלן. זאת הן מהטעם שהן זכו למענה מספק בתגובת המשיבה 1, הן מהטעם הפשוט שיש בהן כדי להשפיע אך על הציון שנקבע לעותרת, ואילו זו מצאה לנכון להדגיש בפתח עתירתה כי ככל שהדברים אמורים בציון שניתן לה היא "אינה מבקשת בעתירה דנן מבית המשפט הנכבד להתערב בו או לשנותו" (סעיף 11 לעתירה).

20. המשיבות דחו את טענות העותרת. בקצרה ייאמר כי לשיטתן לא נפל כל פגם בהחלטה לפסול את הצעתה. זו נפלה מציון האיכות המזערי **בשלוש** קטגוריות, להן נודעה חשיבות רבה, באופן שדי בו כשלעצמו להביא לפסילתה. המשיבה 1 הבהירה כי הכרזה



## **בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כבוד השופט רם וינוגרד**

**עת"מ 21-07-20788 אורקל ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל ואח'**

על כשיר נוסף היתה אפשרית, ככלל, לו נמצא כי הצעתו נפלה מציון האיכות המזערי בקטגוריה אחת; ואף זאת רק במקרים בהם ציונו הכולל עלה על 75%. עוד נטען כי שיקול הדעת שניתן למשיבה בנוגע להכרזה על כשיר נוסף הוא רחב, ואין מקום לטענה לפיה היה עליה להכריז על כשיר נוסף גם אם הצעתו אינה מתאימה למכרז כה רגיש ומורכב.

אשר להתייעצות עם השותפים לפרוייקט, טענה המשיבה כי היא רשאית היתה להתייעץ עמם ועמדתם היא בעלת משקל רב בסוגיה זו. שותפים אלה היו מעורים בכל שלבי המכרז, שנמשך זמן רב, וגיבשו את עמדתם המקצועית במקביל לעבודת הצוותים המקצועיים והמשיבה. בנסיבות אלה אין גם מקום לטענות בעניין מהירות קבלת ההמלצה.

כל המשיבות גם יחד טענו שאין תוחלת בדיון בעתירה מהטעם שגם אם היו טענות העותרת מתקבלות הרי שלנוכח הציון הכולל בו זכתה הצעתה, הנופל מ-75%, היתה ההצעה נכשלת בשלב קביעת "מחיר הערכה", מאחר שהיתה מוכפלת במקדם האינסוף (להלן: **טענת האינסוף**). תוצאת המכפלה במקדם האינסוף, כפי שהובהר לעיל, היא שההצעה אינה באה בקהל ההצעות הכשרות לדירוג וכלל אינה מדורגת.

בעניין הפריצות לשירותי הענן של גוגל ואמזון נטען כי מדובר בטענה המבוססת על פרסומים עיתונאיים; פריצות שאירעו בעבר התרחשו בשל משגים של הלקוחות ולא בשל כשל בשירותי הענן של החברות; והצוותים המקצועיים שבחנו את ההצעות העניקו לגוגל ואמזון ציונים גבוהים ביותר בתחום "יכולות אבטחה, הגנה וסייבר" (גוגל ואמזון זכו לציונים של 89.57% ו-96.17% בהערכת יכולת הגנה וסייבר כללית, בעוד העותרת זוכה לציון של 71.97% בלבד), וציונים כמעט מושלמים תחת הפרמטר "אבטחה והגנת סייבר באיזור הישראלי" (גוגל ואמזון זכו בציון 99% בהקשר זה, בעוד העותרת זוכה בציון של 85% בלבד).

נטען כי הטיעון בנוגע לאפשרות תיאורטית שהתארגנויות עובדים יביאו לביטול ההסכם הוא טיעון משולל בסיס. טיעון זה נשען אף הוא על פרסומים עיתונאיים בלבד; הוא עומד בניגוד לעובדה שהסכמי ההתקשרות עם גוגל ואמזון נחתמו במהלך תקופת מבצע "שומר החומות", על אף ההתנגדות הנטענת; ואין כל בסיס להנחה כי הזכות תמשוכנה ידיהן ממכרז שהיקפו מיליארדי דולרים ושבמסגרתו השקיעו כבר



## **בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כבוד השופט רם וינוגרד**

**עת"מ 21-07-20788 אורקל ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל ואח'**

השקעות כספיות משמעותיות ביותר (הזכות טענו כי הושקעו כבר סכומים של מאות מיליוני דולרים).

אשר לטענות בעניין הצעת אמזון נטען כי הפגם שנפל בהגשת ההצעה בשלב המיון המוקדם היה פגם טכני בלבד שאינו מביא למסקנה לפיה יש לפסול את ההצעה, מה גם שיתכן כי מקור הפגם בהגשה במערכת המחשוב החדשה בה עשתה המשיבה שימוש לצורך הגשת ההצעות. עוד נטען כי ההסתייגות הנטענת בהצעת אמזון אינה הסתייגות; וכי מכל מקום הצעת העותרת כללה הסתייגות משמעותית יותר באופן שאינו מאפשר לה להעלות טענה מעין זו.

21. בתגובה לתגובות המקדמיות טענה העותרת שלא היה מקום להעלות "טענת האינסוף" על ידי המשיבה 1, שעה שהיא לא עשתה שימוש בטענה זו בהחלטותיה. העותרת אף ביקשה לתקן את עתירתה תוך התייחסות לסוגיה זו. בקשתה נדחתה בהחלטה מיום 1.9.2021, הן מהטעם שהטיעון בסוגיה זו הועלה בתגובה המקדמית של כל אחת מהמשיבות, הן מאחר שהוראות המכרז בעניין זה היו גלויות וידועות לעותרת ונראה שהיא בחרה במודע שלא להתייחס להן בעתירתה.

### **3. דיון והכרעה**

22. כידוע, בעת שנדרש בית המשפט לבחינת סבירות החלטות של ועדות מכרזים אין הוא שם עצמו בנעלי הוועדה ואין הוא מחליף את שיקול דעתה בשיקול דעתו (עע"מ 3190/02 קל בנין בע"מ נ' החברה לטיפול בשפכים רמת לבנים בע"מ, פ"ד נח(1) 590, 597-598 (2003), להלן: הלכת קל בנין; עע"מ 7002/19 צ'ינה מוטורס בע"מ נ' משרד התחבורה והבטיחות בדרכים, מיום 7.7.20, בפסקה 50 לפסק-הדין). עוד נקבע כי התערבות בית המשפט בהליכי מכרז תעשה "בזהירות יתרה" (עע"מ 6466/19 משרד הביטחון נ' עמותת חברות הסיעוד, מיום 11.10.20, בפסקה 14 לפסק-הדין והאסמכתאות הנזכרות שם, להלן: הלכת חברות הסיעוד; עע"מ 5655/20 כפר ילדים ונוער "אהבה" – עמותה לקידום ילדים, נוער וצעירים בסיכון נ' מדינת ישראל, מיום 9.2.21, בפסקה 27 לפסק-הדין). יסודן של הלכות אלה בתפיסה לפיה ההתערבות בהליכי המכרז עלולה לפגוע בכללי השוויון והסודיות עליהם מושתתים דיני המכרז הציבורי, כמו גם במשקל הניתן לחזקת התקינות המינהלית (עע"מ 4011/05 דגש סחר חוץ (ספנות) בע"מ נ' רשות הנמלים, מיום 11.2.08, בפסקה 76 לפסק-הדין, ורבים אחרים).



## **בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כבוד השופט רם וינוגרד**

**עת"מ 21-07-20788 אורקל ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל ואח'**

קביעות כלליות אלה יפות אף יותר שעה שמדובר במכרז "העוסק בתחום טכני מיוחד, המחייב ידע ומומחיות מקצועיים ייחודיים, ומותיר תחום נרחב לתכנון פרטני עתידי" (הלכת קל בנין, בעמ' 598). תיאור זה כאילו נכתב לענייננו, שעה שאין חולק שבמקרה דנא מדובר במכרז מורכב ביותר, העוסק בתחום טכני מיוחד, מחייב ידע ומקצועיות בתחומים ייחודיים, ומותיר, גם על פי הוראותיו, תחום נרחב לשינויים עתידיים בשל ההתקדמויות הצפויות בטכנולוגיה. המעט שניתן לומר הוא שבמכרז מעין זה חל הכלל לפיו "בית המשפט ירסן את מידת התערבותו השיפוטית" בהתקשרויות מורכבות הכוללות היבטים מקצועיים הדורשים מומחיות מיוחדת (עמ"מ 7371/20 רולן בע"מ נ' מועצה אזורית גולן, מיום 22.7.21, בפסקה 12 לפסק-דינו של כבוד השופט מינץ, להלן: הלכת רולן).

במקרה דנא, ישבה ועדת המכרזים על המדוכה פעמים רבות בעת שדנה במכרז. את החלטותיה קיבלה רק לאחר בחינה מקצועית מעמיקה של ההצעות על ידי צוותי בדיקה מקצועיים, ולאחר דיון מעמיק בטענות שהועלו לפניה. ההחלטה לפסול את הצעת העותרת התקבלה לאחר שהוועדה השתכנעה שהפתרונות המוצעים על ידה אינם תואמים לדרישות הייחודיות של המכרז. במצב דברים מעין זה, נראה כי אכן יש מקום לריסון במידת ההתערבות השיפוטית. זו תישמר אך למקרים בהם השתכנע בית המשפט כי נפל פגם משמעותי בדרך התנהלותה של הוועדה ובדרך קבלת ההחלטות על ידה. כפי שיובהר להלן, לא נראה שבמקרה זה נפל פגם בדרך התנהלות המשיבה, ואין מקום להתערבות בהחלטותיה.

טענות העותרת שיש להידרש להן ידונו על רקע קביעות אלה והשלכותיהן.

### **א. טענת האינסוף**

23. אמנם, החלטות ועדת המכרזים (הן ההחלטה מיום 8.3.2021 והן ההחלטה בהשגה מיום 23.6.2021) לא נשענו על טענת האינסוף. עם זאת, אין מקום להתעלם מטענה זו, ולו מהטעם שהיא מעידה על חוסר התוחלת שבדיון בעתירה.

כאמור, "נוסחת החישוב" שעל פיה אמורה המשיבה להנחות עצמה בשלב בו משוקללים ציון האיכות עם ההצעה הכספית עד שמתקבל "מחיר הערכה" (סעיף 1.6.2.2.1 למכרז), היא מהתנאים הבסיסיים של המכרז. אין כל חולק שאלה עמדו



## בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

עת"מ 21-07-20788 אורקל ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל ואח'

לנגד עיני העותרת, ויש לשער שנבחנו על ידה בשבע עיניים, כפי שניתן לצפות ממציעים מסחריים האמונים על רזי הניסוח של מסמכי מכרז (השוו ע"א 7649/18 **ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ**, מיום 20.11.2019; הלכת רולן, בפסקה 36 לפסק-דינו של כבוד השופט גרוסקופף).

הובהר לעיל כי סוגיית היחס בין "נוסחת החישוב" לבין הקביעה בסעיף 1.3.5 למכרז נדונה במפורש במסגרת שאלת הבהרה מס' 60 והתשובה המפורטת שניתנה לה בהחלטת הוועדה מיום 25.11.2020. במסגרת החלטה זו של המשיבה הובהר כי עורך המכרז "רשאי" לבחור מבין ההצעות שלא עברו את ציון האיכות המזערי "את ההצעות בעלות ציון האיכות המשוקלל הגבוה ביותר, כך שמספר ההצעות הכשירות יעמוד, ככל הניתן, על 3 הצעות". עוד הובהר כי "גם הצעות בציון 75 ומעלה ישוקללו כראוי" (ולא רק הצעות שציוןן עולה על 80%). מכאן שעל פי החלטת הוועדה מיום 25.11.2020 ישוקללו אך ורק הצעות שציוןן האיכות שניתן להן עולה על 75%.

24. העותרת לא תקפה את החלטת הוועדה מיום 25.11.2020 לאחר שניתנה. היא אף בחרה שלא להתייחס אליה בעתירה שהגישה. ממילא אין היא רשאית לתקוף כיום קביעה זו, מה גם שזו עולה בקנה אחד עם ההוראות הברורות של סעיף 1.6.2.2.1 למכרז, ועם הדוגמה המספרית בסעיף 1.6.2.5 למכרז ממנה ניתן ללמוד בבירור כי הצעה שציוןן האיכות שלה נופל מ-75% אינה מדורגת כלל.

25. המסקנה מכל אלה היא שעל פי גישתה המקצועית של ועדת המכרזים אין מקום לאמץ הצעה שציוןן האיכות שלה נופל מ-75%. גישה מקצועית זו תואמת את אופיו המיוחד של המכרז מושא העתירה והשלכתו רחבת ההיקף על כל תחומי החיים במדינת ישראל. נראה כי יסודה, בין היתר, בחשש כי בחירה בהצעה שאינה מבטיחה כראוי את ביטחון המידע ושאינה מאפשרת צמיחה ופיתוח של שרותי ענן בהתאם לדרישות המקצועיות של עורך המכרז, [.....]

..... במקרים מעין אלה רשאית ועדת המכרזים לקבוע, ויש שהיא אף מחויבת לעשות כן, כי הצעות הנופלות מרף איכות מסוים לא תוכלנה להיחשב כהצעות כשרות לצורך המכרז (לדיון בסוגיה זו ראו פסק-דיני בעת"מ 19-12-68001 ק.פ.מ. **ייעוץ ותכנון הנדסי בע"מ נ' רשות מקרקעי ישראל**, מיום 1.11.20).





## בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

עת"מ 21-07-20788 אורקל ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל ואח'

26. מכאן שככל שהדברים אמורים בעותרת אין תוחלת פרקטית בעתירה. אף לו היו מתקבלות טענות העותרת, לא היה בכך כדי להביא למצב בו הצעתה יכולה היתה להיות מוכרזת כהצעה כשרה. ציון האיכות הכולל שניתן להצעתה נפל מ-75%. על פי נוסחת החישוב, מוכפל ציון מעין זה במקדם אינסוף, אינו זוכה לדירוג כלשהו ולא יכול להיחשב כהצעה המובאת בחשבון ההצעות הכשרות. מכאן שאף לו היתה ההצעה עובדת לשלב "הבדיקה הכלכלית", היא היתה נפסלת לנוכח הוראות סעיפים 1.6.2.2.1 ו-1.6.2.5 למכרז.

למעשה, די בקביעה זו כדי להביא לדחיית עתירת העותרת, ככל שהיא עוסקת בסעד המרכזי שעניינו בהעברת הצעתה לשלב "הבדיקה הכלכלית".

### ב. החובה לבחור כשיר נוסף

27. לשיטת העותרת, קבע עורך המכרז עיקרון-על לפיו "מספר ההצעות הכשרות יעמוד, ככל הניתן, על 3 הצעות" (סעיף 1.3.5 למכרז). לטענתה, קביעת ועדת המכרזים שלא לאשר את הצעתה לראות בה כמי שמתאימה להיות "כשיר נוסף", עומדת בניגוד לקביעת עורך המכרז. העותרת טענה שלועדת המכרזים אין שיקול דעת בסוגיה זו, ולכל היותר ניתן לומר כי הוענק לה שיקול דעת מצומצם ביותר שעניינו אך ורק בהכרעה בכמה כשירים נוספים להכיר (סעיף 41 לעתירה). על פי הפרשנות שהיא מעניקה להוראות המכרז, עצם הבחירה בשלוש הצעות זוכות אינה בתחום שיקול הדעת של הוועדה. עיגון לפרשנות זו מוצאת העותרת גם בעובדה שעל פי הוראות המכרז, אמורים להתבצע "תיחורי המשך" בין אותם כשירים נוספים.

28. על מנת להקל על מרוצת הקורא, תובא הוראת סעיף 1.3.5 למכרז פעם נוספת, אף שזו צוטטה לעיל. הוראה זו קובעת כי :

"אם ימצא עורך המכרז, לאחר שקלול ציון האיכות המזערי, כי מס' ההצעות שעברו את ציון האיכות המזערי הכללי וכן איכות הציון המזערי לפרקים או לנושאים המוגדרים בטבלה לעיל, נמוך מ-3 הצעות, עורך המכרז יהיה רשאי, בהתאם לשיקול דעתו הבלעדי, לבחור מבין ההצעות שלא עברו את ציון האיכות המזערי את ההצעות בעלות ציון



## בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

עת"מ 21-07-20788 אורקל ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל ואח'

האיכות המשוקלל הגבוה ביותר, כך שמספר ההצעות הכשורות יעמוד,  
ככל הניתן, על 3 הצעות".

עינינו הרואות כי על פי הוראת סעיף זה "רשאי" עורך המכרז "בהתאם לשיקול דעתו הבלעדי" לבחור הצעות נוספות מבין ההצעות שלא עברו את ציון האיכות המזערי. עוד ניתן ללמוד מהסעיף כי הפעלת שיקול דעת זה מותנה בכך שהדבר אפשרי על פי תפיסת הוועדה, ולפיכך נקבע בהוראה כי הדבר ייעשה "ככל הניתן". הפרשנות המצמצמת של העותרת אינה מתיישבת עם לשונו הפשוטה של הסעיף, הקובעת כי הסמכות לקבוע כשיר או כשירים נוספים היא סמכות שברשות, היא מופעלת על פי "שיקול דעת בלעדי" של ועדת המכרזים, ואף זאת – "ככל הניתן".

29. יתירה מזו: ההנחה לפיה גזר עורך המכרז על ועדת המכרזים לבחור הצעות נוספות גם כאשר אלה אינן עונות לקריטריונים התואמים את טיב המכרז ודרישותיו המקצועיות, אינה הולמת את הפרשנות התכליתית של הוראות המכרז. שעה שמדובר במכרז מורכב, רגיש "ומכונן", במסגרתו אמורות הזוכות להעמיד לרשות מדינת ישראל "שירותים רגישים ביותר", וכל זאת בדרך של הקמת תשתית ענן שעליה לעמוד "בדרישות אבטחה, עמידות ורציפות תפעולית התואמות את צרכי ממשלת ישראל", גובר הצורך בהענקת שיקול דעת רחב לוועדת המכרזים. הפרשנות לפיה ידי ועדת המכרזים כבולות, ועליה לבחור כשיר נוסף מבין ההצעות המונחות לפניו, אף אם סבורה היא, על יסוד שיקול דעתה המקצועי, שהצעתו אינה מתאימה לדרישות המכרז, היא הנחה שנחזית להיות מופרכת על פניה ואין היא עולה בקנה אחד עם טיב המכרז ותכליתו.

הנחה פרשנית זו אף אינה מתיישבת עם לשון הסיפא של סעיף 1.3.5. זו קובעת כי הבחירה אמורה להביא לכך "שמספר ההצעות הכשורות" יעמוד, ככל הניתן, על שלוש הצעות. **הצעות כשורות** הן, מעצם טבען, אך הצעות שוועדת המכרזים סבורה שהן תואמות מבחינה מקצועית לדרישות המכרז.

30. על כל אלה ניתן להוסיף כי מהחלטת ועדת המכרזים מיום 25.10.2020 עולה כי זו פירשה את הסמכות הנתונה לה מכוח סעיף 1.3.5 למכרז כסמכות שברשות, המופעלת אך ורק כאשר ציון האיכות המזערי עולה על 75%. בהקשר זה יש להזכיר את הכלל לפיו כאשר לשון המכרז סובלת שני פירושים אפשריים – והובהר שלא כך הם פני הדברים במקרה דנא – יש לתת משקל לעמדה הפרשנית של ועדת המכרזים (בג"צ



## **בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כבוד השופט רם וינוגרד**

**עת"מ 21-07-20788 אורקל ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל ואח'**

4587/18 ערוץ לשידורי הכנסת בע"מ נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, מיום 19.7.2018, בפסקה 34 לפסק-הדין; עע"מ 3597/20 ארבע איי התפילה בע"מ נ' מדינת ישראל, מיום 19.8.2020, בפסקה 22 לפסק-הדין; הלכת רולן, בפסקה 4 לפסק-דינו של כבוד השופט מינץ).

31. מטעמים אלה אין גם מקום לשעות לטענת העותרת לפיה די בכך שצוותי הבדיקה המקצועיים העניקו לה ציון של שלוש מתוך חמש, המוגדר בטבלה ששימשה צוותים אלה כ"מענה ברמה המינימלית שניתן לקבל", כדי לחייב את המסקנה שהצעתה מהווה "הצעה כשרה" אותה ניתן וצריך לקבל. על פי פרשנות זו, די בציון איכות של 60% (שלוש מתוך חמש) כדי להביא הצעה בגדרי "הצעה כשרה". פרשנות זו אינה עולה בקנה אחד עם הוראות המכרז הקובעות ציון איכות מזערי של 75% לכל הפחות לכל אחת מהקטגוריות המקצועיות בהצעה (ולחלק מהקטגוריות נקבע ציון איכות מזערי של 80% וכך נקבע גם ביחס ל"ציון הכולל" להצעה כולה); עם העולה מנוסחת החישוב שבסעיף 1.6 למכרז; או עם הפרשנות שהעניקה ועדת המכרזים להוראות המכרז, המתישבת עם טיב המכרז ומהותו.

32. לנוכח כל אלה, יש לדחות את טענתה העקרונית של העותרת לפיה הוטלה חובה על המשיבה לפעול בכל דרך אפשרית כדי לאפשר מצב בו ייבחרו שלוש הצעות, ובכלל זה הצעה של "כשיר נוסף". יש, אפוא, לקבוע כי החלטת המשיבה אינה עומדת בסתירה להוראות סעיף 1.3.5 וסעיף 1.7.6 למכרז. הוראות אלה עניינן אך במצב בו הוצגו לפני ועדת המכרזים הצעות שאף שלא עמדו בציון האיכות המזערי שנקבע בהוראות סעיף 1.3.1 למכרז, הן עונות על רף איכות מזערי מקצועי "מוחלט" המחוייב על פי הוראות המכרז (ובכללן הוראות תתי הסעיפים לסעיף 1.6 למכרז, והעולה משאלת הבהרה 60 והמענה לה). רף איכות זה נקבע על ידי המשיבה בהתבסס על מהות וטיב המכרז והנדרש מהמערכת, על פרשנות הוראות המכרז ועל הערות השותפים לפרוייקט.

### **ג. מתן משקל לעמדת השותפים לפרוייקט**

33. בהחלטת המשיבה מיום 8.3.2021 נאמר כי צוות המכרז בחן את שאלת הכשרת הצעת העותרת לפי סעיף 1.3.5 למכרז ו"בכלל זה, בחן צוות המכרז את הסעיפים שביחס אליהם אורקל לא עברה את ציון האיכות המזערי ואת הפער בין ציון ההצעה באותו סעיף לבין ציון האיכות המזערי שנקבע וכן קיים התייעצויות עם שותפים מרכזיים לפרוייקט – צה"ל, מערך הסייבר הלאומי ורשות התקשוב הממשלתי. עמדתם של השותפים לפרוייקט בעניין היתה



## בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

עת"מ 21-07-20788 אורקל ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל ואח'

ברורה ולפיה הצעת אורקל אינה עומדת בדרישות האיכות בפרמטרים חשובים והכרחיים לצורך עבודתם התקינה של הגופים, הן בהיבט המקצועי-טכני והן בהיבטי אבטחת מידע והגנה בסייבר". הוועדה הפנתה לעניין זה למסמכי העמדה של צה"ל ושל מערך הסייבר הלאומי, וציינה בהחלטתה כי חבר הוועדה – שהוא מ"מ ראש רשות התקשוב הממשלתי והציג בוועדה גם את עמדתה של שותפה זו – תמך בעמדה זו.

עיון במסמך העמדה מטעם צה"ל מעלה כי צוינו בו מספר פגמים מרכזיים באיכות הטכנית של הצעת העותרת. ....]

.....  
.....  
.....  
.....  
.....  
.....  
.....

מסמך העמדה מטעם מערך הסייבר הלאומי ציין אף הוא מספר "פערים מרכזיים" בין הצעת העותרת לבין הצרכים והדרישות של גופי המכרז (סעיפים 3(א) – 3(ו) למסמך העמדה). ראש מערך הסייבר הלאומי הוסיף והתייחס גם לעובדה שהערכת ההצעות בוצעה במקביל בשלושה צוותים מקצועיים נפרדים לחלוטין, ועל אף זאת לא עלה בידי העותרת לעמוד ברף ההגנה המזערי הנדרש על פי המכרז ועל פי דרישות וצרכי גופי המכרז.

34. העותרת סבורה שהמשיבה לא היתה רשאית להסתמך על עמדת גופים אלה. לשיטתה, המלצות הגופים השותפים לפרויקט היו לקוניות ולא מנומקות כראוי; השותפים לפרויקט התעלמו מההוראה שבסעיף 1.3.5 למכרז לפיה יש לחתור לאישור כשיר נוסף, כך שמספר ההצעות הכשרות יעמוד לכל הפחות על שלוש; תהליך קבלת המלצות השותפים לא היה סדור ומתועד; ועמדתם ניתנה בתוך 24 שעות לאחר שהוועדה פנתה אליהם, באופן שמחייב את המסקנה כי לא קדם לה עיון של ממש.

35. גם לגוף העניין סבורה העותרת כי ההנמקות שנכללו במסמכי העמדה שגויות. לעניין זה הסתמכה על העולה מחוות הדעת מטעמה.



## בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

עת"מ 21-07-20788 אורקל ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל ואח'

טענה זו יש להסיר מהדרך כבר עתה. זאת אף ללא צורך להידרש לעובדה כי בגוף חוות הדעת התייחס המומחה מטעם העותרת רק לחלק מההנמקות שנכללו במסמכי העמדה מטעם השותפים (פרק ג' לחוות הדעת, בעמודים 431-434 לכרך הנספחים מטעם העותרת), ורק בנספחים ב' ו-ג' לחוות הדעת בחר להתייחס לטענות נוספות (לחלקן התייחס באופן כללי בלבד - עמודים 511-516 לכרך הנספחים מטעם העותרת). זאת מהטעם שלטענות בחוות הדעת אין מקום להעניק משקל של ממש לצורך ההכרעה בעתירה. לא די בכך שאלה נבחנו על ידי המשיבה במסגרת הדיון וההחלטה מיום 23.6.2021 ונדחו על ידיה, אלא שקבלת טענות מעין אלה עומדת בניגוד להלכה הפסוקה לפיה אין להידרש לחוות דעת מומחים חיצוניים במסגרת הליך מינהלי ואין מקום להעדפת חוות דעת של מומחה חיצוני "על פני חוות דעת המקצועית של הרשות המינהלית" (עע"מ 2141/09 הועדה המחוזית המשותפת לתכנון ולבניה נ' אחל"ה – איכות חיים לתושבי השרון, מיום 31.12.2009, בפסקאות 18-19 לפסק-הדין; עע"מ 6626/18 תעשיית אבן וסיד בע"מ נ' הוועדה הארצית לתכנון ולבניה של מתחמים מועדפים לדיור, מיום 17.12.2019, בפסקה 16 לפסק-הדין; הלכת חברות הסיעוד, בפסקה 29 לפסק-הדין).

36. גם יתר טענות העותרת בנוגע לסוגיית ההתייעצות עם השותפים דינן להידחות:

לוועדת המכרזים עומדת הזכות, ולעיתים אף החובה, להתייעץ עם גורמים מקצועיים בגופים שהם נמעני המכרז. זכות כללית זו מעוגנת בהוראת תקנה 8א(א)(10) לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993, הקובעת כי מתפקידי ועדת המכרזים "להיוועץ במי שאינו חבר בוועדת המכרזים לרבות במי שאינו עובד של עורך המכרז". היא אף עוגנה במפורש בתנאי המכרז. לעניין זה נקבע בתנאי המכרז כי עורך המכרז או מי מטעמו רשאי לעשות "שימוש בידע המקצועי העומד לרשותו, ובמקורות מידע מהימנים... חוות דעת יועצים מקצועיים... וכן כל מקור מידע אמין אחר" (סעיף 1.10.1.2 למכרז). עוד נקבע כי "עורך המכרז יהיה רשאי לבדוק את הצעות בכל אופן שימצא לנכון" (סעיף 1.10.1.3 למכרז; השגיאה במקור). לא נקבעו במכרז אמות-מידה למתווה בו תבוצענה בדיקות מעין אלה. אלא שלנוכח התכליות והערכים העומדים בבסיס דיני המכרזים ניתן לומר כי בכל עת שעורך המכרז פועל בשקיפות המאפשרת בחינה של דרך פעולתו, רשאי הוא להפעיל סמכויות אלה. מכאן שוועדת המכרזים רשאית היתה להסתמך על כל מקור מידע, ואף לפנות לקבלת חוות דעת של יועצים מקצועיים ולהסתמך עליהן. לפיכך אין



## **בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כבוד השופט רם וינוגרד**

**עת"מ 21-07-20788 אורקל ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל ואח'**

כל פסול בכך שהיא פעלה בפועל בדרך דומה, והתייעצה עם נמעני הפרוייקט. הדברים קל וחומר כאשר מדובר בפניה לגופים המאגדים מידע מקצועי רב, מגוון ורגיש הנוגע באופן ישיר לליבת המכרז. פנייה לגופים אלה (השותפים לפרוייקט) אינה מחייבת פרסום מראש של הדרך בה תעשה הפניה.

מאחר שנקבע לעיל שהמשיבה פעלה כדין עת הפעילה את שיקול הדעת הנתון לה מכוח הוראת סעיף 1.3.5 והחליטה שאין מקום לחתור בכל מחיר לאישור שלוש הצעות, מובן שגם השותפים לפרוייקט לא היו מחוייבים להעניק את הבכורה לשיקול זה או להתייחס אליו כתנאי חיוני ומהותי.

אשר לפרק הזמן שחלף ממועד הפניה לשותפים לפרוייקט ועד לקבלת המלצותיהם, הבהירה והצהירה המשיבה כי שותפים אלה – צה"ל, מערך הסייבר הלאומי ורשות התקשוב הממשלתי – היו שותפים פעילים לכל אורך שלבי המכרז וגיבשו את עמדתם המקצועית במקביל לעבודת הצוותים המקצועיים. בנסיבות אלה יש לקבוע שניתן הסבר מספק לעובדה לפיה עלה בידי גופים אלה להמציא מסמכי עמדה מסודרים בתוך פרק זמן קצר במיוחד מהמועד בו התבקשו להציג מסמכים אלה לפני ועדת המכרזים.

37. על כל אלה ניתן להוסיף כי בשל טיבו הייחודי של המכרז, והמידע החיוני והרגיש שאמור להישמר בענן, לא רק שהוועדה רשאית היתה לפנות לגופים מקצועיים אלה, אלא שניתן לומר שהוטלה עליה החובה לעשות כן. עוד יש להבהיר כי כאשר עמדת הגופים המקצועיים נוסחה על ידי גורמים העומדים בראשם, שאין חולק כי הם בעלי ידע רלוונטי מקיף בסוגיה, הרי שלא נפל כל פגם בהחלטת ועדת המכרזים להסתמך גם על עמדת שותפים מקצועיים אלה.

### **ד. החשש לפריצות לשירותי הענן של הזוכות**

38. העותרת טענה שמהעיתונות עולה כי תועדו בעבר מקרי פריצה משמעותיים לשירותי הענן של הזוכות (סוגיה שזכתה להתייחסות גם בחוות הדעת מטעמה, שנשענה על אותם פרסומים). לטענתה יש לחשוש כי מצב דברים זה ישוב על עצמו. עוד טענה כי לא ידוע על פריצות לשירותי הענן המוצעים על ידה, וגם מטעם זה היה מקום להכיר בה ככשיר נוסף.



## **בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כבוד השופט רם וינוגרד**

**עת"מ 21-07-20788 אורקל ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל ואח'**

לטענה זו אין לשעות. מבחינה ראייתית היא מבוססת על פרסומים עיתונאיים הנעדרים משקל ראייתי של ממש. לגוף העניין נראה כי אין בטענה כדי להעלות או להוריד, שעה שלפני המשיבה ולפני בית המשפט עמדו ועומדות תוצאות הבדיקה של צוותי הבדיקה המקצועיים. בדיקות אלה מצאו כי המערכת המוצעת על ידי גוגל ואמזון זוכה לציונים גבוהים במיוחד בתחומי "יכולת אבטחה, הגנה וסייבר". כפי שהובהר בפתח הדברים, זכו גוגל ואמזון לציונים של 89.57% ו-96.17% בהערכת יכולת הגנה וסייבר כללית, בעוד שהעותרת, הטוענת ששירותי הענן שלה לא נפרצו מעולם, זכתה לציון של 71.97% בלבד בתחום זה, ציון הנופל באופן משמעותי מציון האיכות המזערי. כמו כן, גוגל ואמזון זכו שתיהן בציון של 99% תחת הקטגוריה של "אבטחה והגנת סייבר באזור הישראלי" (בעוד העותרת זוכה בתחום זה בציון של 85% בלבד). מכאן שהבדיקה המקצועית, להבדיל מהפרסומים העיתונאיים, מצביעה באופן ברור על כך שהשירותים המוצעים על ידי גוגל ואמזון בטוחים לאין ערוך מאלה שמוצעים על ידי העותרת.

### **ה. התארגנויות אנטי-ישראליות של עובדים**

39. בעתירה נטען שהמשיבה לא נתנה דעתה לסיכונים הנובעים מהתארגנויות אנטי-ישראליות של עובדים בגוגל ואמזון. גם בהקשר זה הסתמכה העותרת על פרסומים בתקשורת העולמית. היא טוענת שמפרסומים אלה עולה כי התארגנויות עובדים בחברות הזוכות הביאו בעבר לפרישה ממכרזים ולביטול מתן שירותי ענן או דחיה בהענקתם. נטען כי עובדי חברות אלה פעלו למניעת התקשרות החברות בהסכם עם ממשלת ישראל בתקופת מבצע "שומר החומות". לפיכך טענה העותרת שלא היה על המשיבה לחתום על הסכמים עם גוגל ואמזון ללא פנייה אליהן וקבלת עמדתן בנושא; וכי היה עליה להתקשר בהסכם עם העותרת כדי להקטין סיכון לתוצאות מעין אלה של התארגנות עובדים עתידית.

40. גוגל ואמזון טענו שאין בסיס לטענות אלה, הנשענות על פרסומים עיתונאיים. בדיון שהתקיים ביום 13.9.2021 טען בא-כוחה של גוגל כי האמור ב"פרסומים ערטילאיים בעיתון" אינו משפיע בדרך כלשהי "על העמדה של גוגל כמי שחתמה על החוזה, מקיימת אותו, מוציאה מאות מיליוני דולרים ומגייסת עובדים". הוא הצהיר כי לא עולה על דעתה של גוגל "שלא לקיים את החוזה כלשונו" וכי היא רואה "במכרז זה מכרז אסטרטגי ונותנת לו משקל עצום". לדבריו, גם אם יש בגוגל העולמית מספר עובדים שלהם דעות





## **בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כבוד השופט רם וינוגרד**

**עת"מ 21-07-20788 אורקל ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל ואח'**

פוליטיות כאלה או אחרות, אין בכך כדי להשפיע "על העמדה הפורמלית והמעשית של גוגל", המחויבת לחוזה.

בא-כוחה של אמזון הצהיר אף הוא שאמזון תעמוד בהצעתה וכי "הנהלת אמזון עומדת מאחורי ההצעה ומשקיעה פה מאות מיליוני דולרים בשביל להתקין את המתקן שממנו יינתנו השירותים... אם יש לעובד כזה או אחר דעה פוליטית באמזון, זה לא ישפיע עלינו. צריך לזכור שבאמזון יש למעלה מ-1.2 מיליון עובדים, ו-500 עובדים כתבו מה שכתבו".

41. פרסומים עיתונאיים, מטבעם, אינם בגדר ראייה קבילה. עם זאת, גם בדברי באי-כוחן של גוגל ואמזון ניתן למצוא תימוכין לעצם העובדה שקבוצה של עובדים המזוהה פוליטית עם גורמים העוינים את ישראל מבקשת לעצור את ההתקשרות בין ממשלת ישראל לחברות. אלא שעמדתם של עובדים כאלה ואחרים לא די בה כדי להביא לפסילת הצעה. בוודאי שאין להעניק לה משקל של ממש כאשר מבחן המעשה הוכיח כי גוגל ואמזון חתמו על הסכמים עם ממשלת ישראל ואף השקיעו מאות מיליוני דולרים עד כה בתשתיות הנצרכות לקיום ההסכם. יש אף טעם בטענת המשיבה 1 לפיה קבלת טענה מעין זו תביא לכך שמדינת ישראל לא תוכל להתקשר בהסכמים עם חברות גלובליות רבות, בשל החשש מהתארגנות עתידית אפשרית של עובדים במדינה זו או אחרת שתבקש להביא להפרות הסכמים עם ישראל. חשש מעין זה קיים גם בנוגע לעותרת עצמה, שהיא חברה בינלאומית שלה עסקים חובקי עולם, והיא מעסיקה עובדים רבים שלא ניתן לדעת מה טיב הזדהותם הפוליטית.

42. במכלול דברים זה, כאשר מדובר בטענה המבוססת על פרסומים עיתונאיים; במצב דברים בו נחתמו ההסכמים עם גוגל ואמזון בשיאה של הסלמה ביטחונית באזור, ועל אף אותה התנגדות נטענת; כאשר מאז ועד היום הושקעו על ידיהן סכומי עתק במטרה לקיים את התחייבויותיהן על פי ההסכם; ושעה שהן הצהירו במפורש שבכוונתן לדבוק בהסכם ולקיימו, הרי שאין לשעות אף לטענות אלה של העותרת.

### **ו. הטענות כלפי הצעת אמזון**

#### **1. איחור בהגשת הצעת אמזון בשלב המיון המוקדם**

43. בפרק העובדתי הובהר שאת המסמכים הנדרשים לשלב המיון המוקדם היה על המציעים להגיש לתיבת המכרזים הדיגיטלית עד ליום 4.5.2020 בשעה 13:30. אין מחלוקת כי בשעה שוועדת המכרזים פתחה את הקבצים שהוגשו על ידי אמזון התגלה



## **בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כבוד השופט רם וינוגרד**

**עת"מ 21-07-20788 אורקל ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל ואח'**

כי "למרות שהחברה הגישה מספר קבצים תקין, אחד הקבצים בהצעתה צורף פעמיים (קובץ כפול) וקובץ המענה על חוברת ההצעה לא צורף" (סעיף 2.2 לפרוטוקול הוועדה מיום 6.5.2020).

הוועדה החליטה לאפשר לאמזון להשלים את הקובץ החסר משלושה נימוקים: **האחד**, מאחר שמדובר "בהשלמה טכנית ולא מהותית", שכן במסמכי שלב המיון המוקדם נדרשו המציעות אך להוכיח את עמידתן בתנאי הסף הטכניים. **השני**, הפירוט שבחוברת ההצעה הוא פירוט טכני שניתן להשלימו גם בדרכים אחרות. **השלישי**, העובדה שההצעה הוגשה באמצעות תיבת מכרזים דיגיטלית שהיתה באותה עת "בשלב הרצה ראשוני ('פילוט') והתגלו בה קשיים וסוגיות טכנולוגיות שונות", באופן שלא מאפשר לדעת אם מקור התקלה בשגיאה של המציע או בתקלה בתיבת המכרזים הדיגיטלית.

הוועדה פנתה לפיכך לאמזון בבקשה להשלים את החסר. זו שלחה את חוברת ההצעה 32 דקות לאחר הפניה. כפי שהובהר לעיל, הוכח שחוברת ההצעה נחתמה ביום 3.5.2020, באותו הזמן שנחתמו יתר הקבצים שצורפו להצעת אמזון.

המשיבה 1 הבהירה בתגובתה המקדמית כי בפועל כל המידע שאמור היה להיכלל בחוברת ההצעה הוא בגדר מידע הנגיש לציבור באופן פומבי, שעל פי סעיף 4.1.2 להוראות שלב המיון המוקדם רשאי עורך המכרז לעשות בו שימוש (טענה זו נתמכה במסמכים שצורפו כנספח 21 לתגובה המקדמית).

44. העותרת סבורה שלנוכח ההלכה הפסוקה הנוגעת לאיחורים בהגשת הצעות, היה על ועדת המכרזים לפסול את הצעתה של אמזון מאחר שזו לא הוגשה במועד. לעמדתה "יש להקפיד בנושא זה הקפדה יתרה, קלה כחמורה".

45. גם דין טענה זו של העותרת להידחות. העותרת לא טענה שהאיחור בהגשת חוברת ההצעה הקנתה לאמזון יתרון כלשהו או פגעה במציעים אחרים. הוכח שכל הקבצים כולם נחתמו באותה עת. ממילא לא היתה כל מניעה מהגשתם כאחד, ולא צמחה כל תועלת לאמזון מהגשת אחד הקבצים פעמיים והשמטת הקובץ הנוסף. מכאן המסקנה שאם אין מדובר בתקלה טכנית בתיבת המכרזים הדיגיטלית, הרי שמדובר לכל היותר



## **בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כבוד השופט רם וינוגרד**

**עת"מ 21-07-20788 אורקל ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל ואח'**

בטעות בתום לב במשלוח הקבצים, כך שאחד הקבצים נשלח פעמיים חלף משלוח הקובץ הנוסף.

46. אכן, ככלל יש להימנע מהכשרת פגמים בהצעות כדי למנוע פגיעה בשוויון בין המציעים. עם זאת, מצאה הפסיקה לנכון להבחין, גם במסגרת דיני המכרזים, בין פגמים שהם טכניים בלבד לבין פגמים מהותיים שעלולים לפגוע בתחרות ההוגנת בין משתתפי המכרז ובעיקרון השוויון. ועדת המכרזים רשאית להכשיר פגמים בעלי אופי טכני, שמקורם בטעות בתום לב מצד המציע ואינם פוגעים בכללי היסוד של המכרזים (עע"מ 1811/09 **אסוס חברה קבלנית לבניה בע"מ נ' מועצה אזורית שדות נגב**, מיום 6.1.2010, בפסקה 23 לפסק-הדין; עע"מ 5409/18 **רשות מקרקעי ישראל נ' סלימאן**, מיום 3.1.2019, בפסקה 15 לפסק-הדין; עע"מ 1912/19 **רשות מקרקעי ישראל נ' אביסרור משה ובניו עבודות בנין ופיתוח בע"מ**, מיום 13.1.2020, בפסקה 12 לפסק-דין של כבוד השופט מינץ). לעניין זה נעשתה אבחנה בין פגם העשוי להעניק יתרון כלכלי או תחרותי לאחד המשתתפים במכרז או כזה שמשבש את כללי המכרז באופן שאינו מאפשר להשוות בין המציעים השונים, לבין פגם טכני שעניינו בטעות בתום לב מצד המציע (עע"מ 5853/05 **אחים כאלדי בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ**, מיום 16.1.2007, בפסקאות י"א–י"ג לפסק-הדין; והשוו עע"מ 5375/15 **בטחון שירותים אבידר בע"מ נ' נתיבי ישראל – החברה הלאומית לתשתיות תחבורה בע"מ**, מיום 11.8.2016, בפסקה 9 לפסק-דינה של כבוד הנשיאה נאור; עע"מ 9289/20 **לייט טי.אל.וי.אן.טי.איי בע"מ נ' נת"ע – נתיבי תחבורה להסעת המונים בע"מ**, מיום 20.5.2021, בפסקה 12 לפסק-הדין).

47. במקרה דנא, מדובר, על פני הדברים, בטעות שנעשתה בתום לב, בלא כוונת מכוון וללא כל תועלת בצידה. לפיכך, אף אם אכן מדובר בטעות של אמזון ולא בתקלה בתיבת המכרזים הדיגיטלית, רשאית היתה ועדת המכרזים לאפשר לאמזון לתקן פגם טכני שולי מעין זה. במקרים מעין אלה יש להעניק משקל גם להיקף המכרז וטיבו. האיזון בין מכלול שיקולים אלה מביא למסקנה כי החלטת הוועדה לאפשר לתקן את הפגם היתה מוצדקת וראויה.

### **2. הכללת "הסתייגות" בהצעת אמזון**

48. העותרת טוענת כי בהצעת אמזון נכללה "הסתייגות מפורשת (ואסורה) בכל אחד ממסמכי הצעתה". לטענתה, יש לראות הסתייגות זו כהצעה שאינה תואמת את תנאי המכרז



## בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

עת"מ 21-07-20788 אורקל ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל ואח'

ולפיכך לא יכולה להיחשב כהצעה במסגרתו. לעניין זה הפנתה לאמירה שנכללה בתחתית העמודים של הצעת אמזון, המובאת להלן לצורך נוחות הקורא:

AWS is pleased to submit the attached package for your review. AWS has provided answers based on its current knowledge, but these answers may change due to a variety of factors, including changes in your requirements, the capabilities of any third party selected to assist with implementation, and changes to AWS service offerings. Unless required by law, Customer agrees not to disclose the contents of this document. Where Customer is requested to disclose document contents by law, Customer will provide AWS with written notice and an opportunity to seek redactions or otherwise prevent disclosure of the information to the maximum extent permitted by law. This package may include a set of suggested solutions for this opportunity. These solutions are potential suggestions for your evaluation based on our limited understanding of Customer's requirements. The responsibilities and liabilities of AWS to its customers are controlled by AWS agreements, and this document is not part of, nor does it modify, any agreement between AWS and its customers. For current prices for AWS services, please refer to the AWS website at [www.aws.amazon.com](http://www.aws.amazon.com).

לטענת העותרת, האמירה בכיתוב (בתרגום חופשי מאנגלית) לפיה ההצעה מבוססת על הידע הנוכחי של אמזון וכי תוכן ההצעה עשוי להשתנות בהתאם למגוון תרחישים, ובכלל זה שינוי בדרישות עורך המכרז, האפשרות של צדדים שלישיים לסייע בקיום המכרז ובקיום הדרישות על פי המכרז והשינויים בשירותיה של אמזון, מהווה הסתייגות אסורה מהאמור במכרז.

49. במענה לטענה זו של העותרת השיבו המשיבה 1 ואמזון כי ההסתייגות הנטענת כלל אינה הסתייגות. זאת הן לנוכח לשונה המצביעה על כי מדובר באמירה כללית בלבד; הן לנוכח העובדה שמדובר בהסכם ארוך טווח המניח במפורש שבמהלכו יחולו שינויים משמעותיים ביותר בטכנולוגיה ובהתאם לכך גם בדרישות עורך המכרז, ומכאן ש"ההסתייגות" אינה אלא אמירה התואמת את דרישות המכרז; הן לנוכח העובדה שאמזון הבהירה פעם אחר פעם בהצעתה שהיא מתחייבת לקיים כל פרט בדרישות המכרז.

50. על העובדה לפיה המכרז התייחס במפורש לצורך בגמישות ובהתאמה עתידית בכל הנוגע לדרישותיו, עמדו המשיבה 1 ואמזון בפירוט. צוין כי נקבע במכרז שעל המציעות לעמוד בדרישותיו "תוך ביצוע שדרוגים טכנולוגיים, שמירה על עדכניות הפתרון ביחס לטכנולוגיות ולפרקטיקות הנהוגות בשוק, עדכון תקנים, והתאמה לתקנים חדשים המקובלים בשוק" (סעיף 3.2 למכרז); כי על המציע להציג "הצעות ופתרונות יצירתיים" תוך התייחסות ל"מה כבר קיים ומה צפוי להיות קיים בעתיד" (סעיף 2.2.4 לתנאי המכרז); להתייחס ל"תכניות עתידיות לרבות יכולת הצפנה חוזרת עתיד" (סעיף 2.25.4.5 למכרז); ולהיערך, בין היתר, להעברת יום עיון ל"עדכונים טכנולוגיים, תהליכיים או



## בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

עת"מ 21-07-20788 אורקל ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל ואח'

עסקיים שוטפים למזמינים" (הוראת סעיף 3.23.5 למכרז). באמירות אלה, העולות בקנה אחד עם טיב ההסכם כהסכם ארוך-טווח הצופה בהכרח התפתחויות טכנולוגיות ושינויים (שיתכן שאף יהיו מרחיקי לכת) במרוצת חייו, יש כדי לתמוך בפרשנות לפיה ה"הסתייגות" אינה אלא הבהרה כי עשויים לחול אותם שינויים עתידיים שהם צפויים ממילא. ממילא אין מקום לטענה כי מדובר ב"הסתייגות" מההצעה.

51. דין טענת העותרת להידחות גם מהטעם שעיון בהצעת אמזון מעלה כי היא אכן שבה והתחייבה לעמוד בכל תנאי המכרז. היא מסכימה לכך ש"אין להתנות, לשנות, למחוק או לבצע כל שינוי אחר בדרישות המכרז" (סעיף 2.1.2 למכרז, שאמזון חתמה כי היא קראה והבינה אותו); הצהירה כי היא קראה, הבינה ומסכימה להוראת סעיף 2.7.1.1 למכרז לפיה "המציע קרא בעיון רב את מסמכי המכרז על כל פרקיו, נספחיו, תנאיו וחלקיו, לרבות כל ההבהרות שפורסמו על-ידי עורך המכרז, הוא הבין את כל האמור בהם ומסכים להם". כמו כן, אישרה אמזון שהיא מודעת, מבינה ומסכימה שכל סעיף בהוראות המכרז מחייב אותה, ושהיא מושתקת מלהעלות טענות כנגד תנאי המכרז מרגע הגשת ההצעה (סעיף 2.9 להצעה).

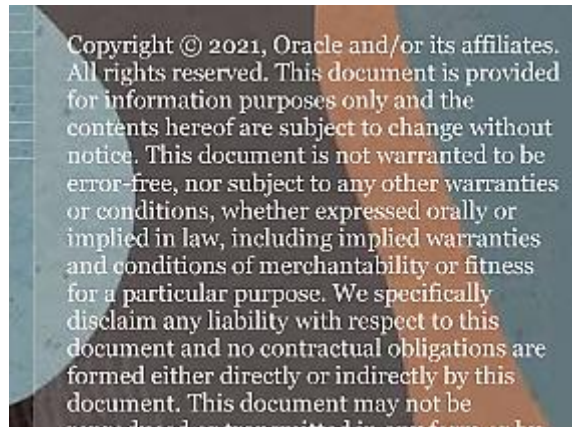
המסקנה היא, איפוא, שה"הסתייגות" הכללית שצוטטה לעיל אינה בגדר הסתייגות מההתחייבות המפורשת לעמוד בכל תנאי המכרז והוראותיו, אותם נטלה אמזון על עצמה עת חתמה על ההצעה.

52. די באלה כדי להביא לדחיית טענת העותרת. אלא שלבד מכל אלה טענו המשיבה 1 ואמזון כי אין לשמוע מפי העותרת טענה מעין זו שעה שהיא עצמה כללה במסמכי הסתייגות מרחיקת לכת יותר מזו שהיא מייחסת לאמזון. לעניין זה הפנו המשיבות לאמירה שנכללה במסמכי ההצעה של העותרת, לפיה:



## בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

עת"מ 20788-07-21 אורקל ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל ואח'



המשיבות טוענות שמדובר בהסתייגות של ממש, שהרי על פי הצהרת העותרת האמור במסמך נועד אך ורק לצורכי מסירת מידע והוא כפוף לשינויים ללא התראה מוקדמת וכי העותרת דוחה בפרט כל אחריות שתוטל עליה מכוח המסמך או כל התחייבות חוזית שנוצרה במסגרת מסמך זה באופן ישיר או עקיף.

לכאורה, כך טוענות המשיבות, עולה מהצהרת העותרת שהיא לא נטלה על עצמה כל התחייבות חוזית במסגרת הצעתה. מאחר שהעותרת סבורה שההסתייגות שכללה במסמכה אינה בגדר הסתייגות, הרי שעד שהיא מבקשת שאמזון תיטול קיסם מבין שיניה עליה ליטול קורה מבין עיניה. לפיכך סבורות המשיבות שהעותרת מושתקת מלהעלות טענה מעין זו נגד אמזון.

53. גם מכוח טענה זו ניתן היה לדחות את טענת העותרת נגד ה"הסתייגות" שנכללה לכאורה במסמכי אמזון. על פני הדברים ה"הסתייגות" שכללה העותרת בהצעתה היא מרחיקת לכת פי כמה מזו שהיא מייחסת לאמזון. על אף זאת סבורה העותרת שהצעתה מחייבת. אין זאת אלא שלשיטת העותרת הסתייגות מעין זו לא נועדה לחתור תחת ההתחייבויות המפורשות שבהצעה עצמה. ממילא אין העותרת רשאית לטעון כי ה"הסתייגות" שנכללה במסמכי אמזון, ואשר נוסחה בשפה רפה מזו שהעותרת עשתה בה שימוש, מהווה שינוי מתנאי המכרז או הסתייגות ממנו.

54. מכאן המסקנה שאין מקום לטענת העותרת לפיה כללה הצעת אמזון הסתייגות שיש בה כדי להביא לפסילת ההצעה; וכי העותרת עצמה מושתקת מלהעלות טענה מעין זו לנוכח ההסתייגות שנכללה בהצעתה.



## בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

עת"מ 21-07-20788 אורקל ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל ואח'

### 3. שיהוי ומעשה עשוי

55. בשולי הדברים, נראה שיש טעם בטענות אמזון לפיה הוגשה העתירה בעניינה בשיהוי ניכר שאמור להביא לדחייתה. אמנם, העותרת פנתה לבית המשפט וביקשה הארכה להגשת העתירה. אלא שבאותה בקשה ציינה העותרת רק את הסכמת המשיבה 1 ולא פנתה כלל אל הזכות לקבלת עמדתן. מאחר שבעתירה הועלו טענות ספציפיות בעניין הצעתה של אמזון, הרי שהוטלה על העותרת החובה לפנות מבעוד מועד לאמזון ולקבל את עמדתה בעניין בקשתה להארכת המועד להגשת העתירה. לו היתה העותרת מבהירה שבכוונתה לטעון שיש לפסול את הצעת אמזון, יש להניח שאמזון היתה מתנגדת לבקשה זו וכוללת בהתנגדותה חלק מאותן הנמקות עובדתיות אותן פרשה בהרחבה בתגובתה לבקשה לצו ביניים, המתארות את ההשקעה הכספית אליה נכנסה כבר בשלב הביניים. יש בכך כדי לתמוך בטענה כי העיכוב בהגשת העתירה הביא לשינוי לרעה במצבה של אמזון והקים את יסוד השיהוי האובייקטיבי, באופן שיתכן שהיה מכריע את הכף במקרה דנא (ראו עע"מ 8539/11 **מלכה אנגלסמן ושות' משרד עורכי דין נ' משרד האוצר, אגף החשב הכללי**, מיום 5.7.2012, בפסקה 15 לפסק-הדין; עע"מ 3665/20 **אור עד מהנדסים (1987) בע"מ נ' עיריית חדרה**, מיום 23.5.2021, בפסקאות 65 ו-81 לפסק-הדין, להלן: **הלכת אור עד**).

על כל אלה ניתן להוסיף גם את הטענה שהעלתה העותרת בבקשה למתן צו ביניים, לפיה אי-מתן צו הביניים יהפוך את העתירה לתיאורטית, מאחר שגוגל ואמזון "תתחלנה בהליכי האישורים והוצאת היתרים להקמת אזור ישראלי" ואולי אף "תתחלנה בבנייתו בפועל" (סעיפים 200-201 לבקשה למתן צו ביניים). מתגובות גוגל ואמזון עולה כי מאז חתימת ההסכמים הן התקדמו עד מאוד בהליכי השגת האישורים, ובחלק מהמקרים אף סיימו את הליכי קבלת האישורים וההיתרים והחלו בבניית אתרים בפועל. מכאן שעל פי גישת העותרת עצמה, מדובר במעשה עשוי ובעתירה שהפכה להיות תיאורטית (השוו הלכת **אור עד**, בפסקה 81 לפסק-הדין). גם מטעם זה יש לדחותה ככל שהיא מוסבת כלפי הטענה לפיה יש לפסול את זכיית אמזון או את זכיית גוגל.

### סוף דבר

56. העתירה נדחת. העותרת תישא בהוצאות כל אחת מהמשיבות 1, 2 ו-3, בסכום כולל של 90,000 ₪ (ובסך הכל בסכום כולל של 270,000 ₪). אמנם, לנוכח היקף כתבי הטענות והנספחים המרובים שצורפו להם, יש לשער שסכום ההוצאות אינו מכסה את





## **בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כבוד השופט רם וינוגרד**

**עת"מ 21-07-20788 אורקל ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל ואח'**

ההוצאות המשפטיות בהן נשאו המשיבות 2 ו-3 בפועל במסגרת העתירה. אלא שיש מקום להעניק משקל גם לעובדה שמדובר במכרז ייחודי, כמו גם לכך שהדיון בעתירה הסתיים לאחר הדיון המוקדם ובטרם נדרשו הצדדים להגיש כתבי תשובה.

57. לצדדים ניתנה האפשרות להתייחס לסוגיית פרסום פסק-הדין בנוסחו המקורי. הנוסח הנוכחי כולל מחיקות של קטעים שאינם מותרים לפרסום. יובהר כי מתן ההיתר לפרסום פסק-הדין אינו משמיע כי ניתן היתר לעיין בתיק בית המשפט, הכולל גם מסמכים שאין לפרסם את תוכנם.

**המזכירות תשלח העתק מפסק-הדין לב"כ הצדדים.**

**ניתן היום, כ"ז בתשרי התשפ"ב, 3 באוקטובר 2021, בהעדר.**

**הנוסח המותר לפרסום ניתן היום, י"ד בחשון התשפ"ב, 20 באוקטובר 2021, בהעדר.**

**רם וינוגרד, שופט**