



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 4587/18

בג"ץ 5064/18

לפני: כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט ג' קרא
כבוד השופט ע' גרוסקופף

העותרת בבג"ץ 4587/18 :
והמשיבה 3 בבג"ץ 5064/18 : ערוץ לשידורי הכנסת בע"מ

העותרות בבג"ץ 5064/18 :
והמשיבות 3-4 בבג"ץ :
4587/18 :
1. חדשות 2 – ערוץ הכנסת בע"מ
2. חברת החדשות הישראליות בע"מ

נגד

המשיבות בבג"ץ 4587/18 :
1. המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין
בשבתה כוועדת מכרזים לבחירת בעל הרישיון
לשידור בערוץ הכנסת, לפי חוק שידורי ערוץ
הכנסת, התשס"ד-2003
2. ערוץ 10 כנסת ישראל בע"מ
3. חדשות 2 - ערוץ הכנסת בע"מ
4. חברת החדשות הישראליות בע"מ
5. שידורי העם בע"מ

המשיבות בבג"ץ 5064/18 :
1. משרד התקשורת – המועצה לשידורי
כבלים ולשידורי לוויין בשבתה כוועדת
מכרזים לבחירת בעל הרישיון לשידורים, לפי
חוק שידורי ערוץ הכנסת, התשס"ד-2003
2. ערוץ 10 כנסת ישראל בע"מ
3. ערוץ לשידורי הכנסת בע"מ
4. שידורי העם בע"מ

עתירות למתן צו על תנאי ובקשה לצו ביניים

תאריך הישיבה: כ"ט בתמוז התשע"ח (12.7.2018)

בשם העותרת בבג"ץ 4587/18 :
והמשיבה 3 בבג"ץ 5064/18 :
עו"ד יוסי עבאדי ; עו"ד אליזבטה טראב-
מידן ; עו"ד מירי נאור

בשם העותרות בבג"ץ 5064/18 :
והמשיבות 3-4 בבג"ץ 4587/18 :
ד"ר ישגב נקדימון ; עו"ד דקלה בירן

בשם המשיבה 1 בבג"ץ 4587/18 :
והמשיבה 1 בג"ץ 5064/18 :
עו"ד נחי בן אור ; עו"ד שי כהן

בשם המשיבה 2 בבג"ץ 4587/18 :
והמשיבה 2 בג"ץ 5064/18 :
עו"ד זוהר לנדה ; עו"ד אייל נחשון ; עו"ד
עומר קידר

בשם המשיבה 5 בבג"ץ 4587/18
והמשיבה 4 בג"ץ 5064/18 :
אין התייצבות

פסק-דין

השופט י' עמית:

עניינן של שתי העתירות שלפנינו במכרז להפעלת שידורי ערוץ הכנסת (להלן: המכרז). עתירה אחת נסבה על פסילת ההצעה שזכתה לניקוד הגבוה ביותר במכרז, והעתירה השנייה נסבה על בחירת ההצעה שזכתה במקום השני בניקוד ההצעות.

המסגרת הנורמטיבית

1. המכרז למתן רישיון לשידור בערוץ הכנסת, נעשה בהתאם לחוק שידורי ערוץ הכנסת, התשס"ד-2003 (להלן: החוק). סעיף 3(א) לחוק קובע כי "שידורי הכנסת והמישדרים המוספים ישודרו בערוץ הכנסת בהתאם להוראות חוק זה"; ובסעיף 2, סעיף ההגדרות, מוסברת ההבחנה בין סוגי השידורים:

"מישדרים מוספים" – מישדרים העוסקים בענייני הכנסת, או מישדרים שמטרתם טיפוח מודעות אזרחית וחיזוק ערכי הדמוקרטיה, או שענינם מתן מידע או העשרה, והכול בזיקה למגוון היבטי עבודת הכנסת, לפעילות חברי הכנסת או לפעילות פוליטית, או עדכונים כתובים בענייני היום בארץ ובעולם שישודרו בהתאם לתקנות לפי סעיף 4;

"שידורי הכנסת" – שידורים של ישיבות מליאת הכנסת, של ישיבות ועדות הכנסת ושל אירועים ממלכתיים הנערכים על ידי הכנסת במשכן הכנסת או מחוץ למשכן (בחוק זה – אירועים ממלכתיים);

ערוץ הכנסת משדר גם תשדירי שירות המוגדרים כלהלן:

"תשדיר שירות" – מישדר מטעם גוף ממלכתי, שמטרתו העברת מידע לציבור בנושאי בריאות, בטיחות, ביטחון, איכות סביבה, רווחה וזכויות וחובות האזרח, ובלבד שאין בהם כדי לקדם ענין מסחרי של גוף כלשהו או רכישה של מוצר או שירות כלשהו.

את ערוץ הכנסת מפעילות כיום המשיבות 3-4 (להלן ולשם הנוחות: ערוץ 2) בעקבות זכייתן במכרז קודם שנערך על ידי המשיבה 1, היא המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין לפי סעיף 6ב לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982 (להלן: המועצה). המכרז הקודם נערך בשנת 2006 לתקופה של 10 שנים. תקופה זו הסתיימה לפני כשנתיים, אך בשל התארכות הליכי המכרז מושא דיוננו, ערוץ 2 ממשיך להפעיל גם כיום את ערוץ הכנסת.

2. סעיף 7(א) לחוק קובע כי "הגוף המסדר ייבחר במכרז אשר תפרסם המועצה". סעיף 19 לחוק קובע כלהלן:

19. מקורות מימון

שידורי הערוץ, לרבות התמורה שתשולם לגוף המסדר, ימומנו מהמקורות האלה בלבד:
(1) הסכום שהוקצה לכך בתקציבה המאושר של הכנסת;
(2) שידור תשדירי שירות.

מכאן, שעל פי הוראות החוק, את שידורי הערוץ יש לממן אך ורק מהסכום שהוקצה לכך בתקציב הכנסת ומשידור תשדירי שירות כהגדרתם לעיל. נקדים כבר כעת את המאוחר ונדגיש כי לעיקרון הקבוע בסעיף 19 לחוק נפקות כפולה לעניין המכרז: האחת – ההצעה אינה יכולה להיות הפסדית; השניה – לא ניתן להביא "כסף מהבית" כדי לממן את שידורי הערוץ. הטעם לכך הוא חשיבותו של ערוץ הכנסת כ"במה" לשידורים מתוך לב הפוליטיקה בישראל. בנושא קרוב לעניינו, דן בית משפט זה במכרז למתן רישיון משדר ערוץ טלוויזיה ייעודי לשידור ערוץ חדשות, ושם נאמר:

"ענף תקשורת זה אוצר בתוכו כוח השפעה רב על עיצוב דעת הקהל והוא שולט על מקורות מידע חיוניים המוזרמים לציבור בתחומים שונים. הוא נושא אופי של משאב לאומי-ציבורי אשר נועד לענות על צורך חברתי רב משמעות" (ע"מ 6352/01 חדשות ישראל (טי.אי.אן.סי) בע"מ נ' שר התקשורת, פ"ד נו(2) 97, 118 ד-ה (2001)).

והדברים יפים גם לשידורי ערוץ הכנסת.

3. המכרז מושא דיוננו נוהל על ידי המועצה. המועצה פעלה כוועדת המכרזים בהתאם לסעיף 7(ב) לחוק הקובע כי "המועצה תשמש ועדת מכרזים לבחירת הגוף המסדר" (ועל כן תיקרא להלן: המועצה או ועדת המכרזים).

המכרז קבע קריטריונים להערכת ההצעות כלהלן: פרטי התוכנית העסקית והשאלון (100 נקודות); יכולת מקצועית ועסקית של הצוות המוביל (300 נקודות); חברי דירקטוריון המציע, חלקם או כולם (100 נקודות); ואפיון הערוץ ותכניו (500 נקודות).

רקע עובדתי או 'כיצד הגענו עד הלום'?

4. כאמור, את ערוץ הכנסת מפעיל מאז שנת 2006 ערוץ 2, לאחר שזכה במכרז קודם וקיבל רישיון שידור לתקופה של עשר שנים. עשר השנים התארכו בשל ההליכים מושא דיוננו, כפי שיתואר להלן.

למכרז הוגשו ארבע הצעות על ידי הצדדים בבג"ץ 4587/18: הצעת העותרת, שהיא חברה פרטית הנמצאת בשליטתו של בעל השליטה בערוץ 20, הידוע במקומותינו כערוץ מורשת ישראל, כך שמדובר בחברות אחיות (לכן, ולשם הנוחות, תקרא העותרת להלן: ערוץ המורשת או הערוץ); הצעת המשיבה 2 (להלן ולשם הנוחות: ערוץ 10); הצעת ערוץ 2; והצעת המשיבה 5 (להלן: ערוץ העם).

לאחר בחינת ההצעות הכריזה המועצה ביום 4.5.2017 על זכיית ערוץ המורשת, לאחר שהצעתו קיבלה 929.9 נקודות מתוך 1000; במקום השני הגיע ערוץ 10 עם 822 נקודות; למקום השלישי הגיע ערוץ 2 עם 813.8 נקודות; ולמקום הרביעי הגיע ערוץ העם, עם 751 נקודות.

כבר כעת ניפרד מערוץ העם, שהוא המציע היחיד שאינו מתעבר על תוצאות המכרז.

5. כנגד החלטה זו הוגשו שתי עתירות, של ערוץ 2 ושל ערוץ 10 (בג"ץ 5304/17 ובג"ץ 5491/17, בהתאמה). על אף שענייננו במכרז, העתירות הוגשו לבית משפט זה, בהתאם להוראת סעיף 7(ה) לחוק הקובעת כי "עתירות נגד החלטות של ועדת מכרזים לפי חוק זה יידונו בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק בלבד".

בעוד העתירות תלויות ועומדות, ערוץ 2 הגיש חוות דעת כלכלית, של חברת TASC לייעוץ אסטרטגי ופיננסי, ממנה עולה כי הצעת ערוץ המורשת אינה מתכנסת

לתקציב הסגור של המכרז. לאור חוות הדעת והטענות שהועלו בעתירות, הודיעה המועצה לבית המשפט כי בדעתה לבחון שוב את ההצעות.

כך נעשה, ולסופה של בחינה, החליטה המועצה ביום 25.7.2017 להותיר את ערוץ המורשת כזוכה במכרז.

6. בעקבות ההחלטה המאשרת את זכייתו של ערוץ המורשת, הוגשו עתירות מתוקנות במסגרת שתי העתירות הנ"ל. לעתירות אלה, נוספה עתירה שהוגשה על ידי התנועה ליהדות מתקדמת בישראל והתנועה המסורתית (להלן: התנועה הרפורמית), בטענה שנוכח ההפרות הנטענות של ערוץ 20 את תנאי הרישיון, אין להעניק לאותם בעלים את הזכייה גם במכרז להפעלת ערוץ הכנסת (בג"ץ 6516/17).

הנה כי כן, כנגד זכייתו של ערוץ המורשת, הוגשו שלוש עתירות (להלן: העתירות הקודמות).

7. נוכח הטענות השונות שהועלו, נבחנו הדברים על ידי היועץ המשפטי של המועצה, שהניח בפני המועצה חוות דעת משפטית מנומקת, על דעת משרד המשפטים. בחוות הדעת נקבע, בין היתר, כי הצעת ערוץ המורשת אכן אינה מתכנסת לתקציב הסגור הנתון לערוץ על פי המכרז ועל פי הוראות החוק, ולכן יש לפסול את ההצעה (להלן: חוות הדעת הפוטלת).

משכך, התכנסה המועצה והחליטה ביום 7.12.2017 כי לאור האמור בחוות הדעת אין מנוס מלפסול את הצעת ערוץ המורשת (להלן: החלטת הפסילה). המועצה, בכובעה כוועדת המכרזים, ביקשה לבחון את הצעת ערוץ 10, אך זה עתר וקיבל צו ביניים האוסר על בדיקת הצעתו, טרם הכרעה בעתירות.

8. לאור החלטת הפסילה, הגיש ערוץ המורשת עתירה כנגד פסילת הצעתו (בג"ץ 10178/17). העתירה אוחדה עם שלוש העתירות הקודמות, וארבע העתירות נשמעו במאוחד ביום 22.2.2018.

עוד באותו יום ניתן פסק דין (להלן: פסק הדין הקודם), שבחלקו האופרטיבי קובע כלהלן:

4. בהינתן העובדה שהצעתו של ערוץ המורשת נבחנה ביסודיות, אנו סבורים, ולו מכוח עיקרון השוויון, כי יש לדחות את טענתו של ערוץ 10, שהלין על כך שהצעתו עומדת לבדיקה חוזרת טרם הכרזתו כזוכה.

בנסיבות שנוצרו, אנו סבורים כי יש ממש בטענת המועצה כי לפנינו עתירות מתגלגלות אשר משנות את אופיין בהתאם להתפתחויות, וכי יש לאפשר למועצה לקבל החלטה סופית לגבי המכרז ללא עיכובים נוספים.

כאשר ההליך המינהלי יושלם, תיווצר מציאות עובדתית חדשה על בסיס החלטה מינהלית חדשה, וכל צד שיהיה מעוניין בכך יוכל להגיש עתירה חדשה בהתאם לתוצאות ההחלטה.

5. אשר על כן, אנו מורים על מחיקת כל העתירות ללא צו להוצאות.

זכויות וטענות הצדדים שמורות להם.

למען הסר ספק, מובהר בזה כי צו הארעי שניתן ביום 19.7.2017 נותר על כנו, כך ששידורי ערוץ הכנסת יימשכו על ידי המפעילה הנוכחית, וזאת עד לבחירת זוכה במכרז או עד להחלטה אחרת.

9. לאחר מחיקת ארבע העתירות קיימה המועצה מספר ישיבות במהלכן נבחנו הטענות בעניין ערוץ 10. זאת, לאחר שהונחה בפני המועצה חוות דעת של היועץ המשפטי של המועצה מיום 30.5.2018, שנכתבה בהתייעצות עם משרד המשפטים, ולפיה יש לבחון את הצעת ערוץ 10 על פי אותן אמות מידה לפיהן נבחנה הצעת ערוץ המורשת. על פי חוות דעת זו, הצעתו של ערוץ 10 מתכנסת לתקציב הסגור ואין מקום לפסילתה (להלן: חוות הדעת המכשירה).

בתום הליך הבדיקה של הצעת ערוץ 10, שנעשתה בליווי יועצי תוכן ויועצים כלכליים, ולאור חוות הדעת המכשירה, החליטה המועצה ביום 31.5.2018 להכריז על ערוץ 10 כזוכה במכרז (להלן: החלטת הבחירה).

10. בעקבות החלטה זו הוגשו שתי העתירות שלפנינו: האחת – עתירת ערוץ המורשת נגד החלטת הפסילה של הצעתו (בג"ץ 4587/18), והשנייה – עתירת ערוץ 2 נגד החלטת הבחירה של ערוץ 10 כזוכה במכרז, ולחילופין, לביטול המכרז ועריכתו מחדש (בג"ץ 5064/18).

שתי העתירות אוחדו ונשמעו בפנינו ביום 12.7.2018, שאם וככל שתתקבל העתירה נגד החלטת הפסילה ממילא מתייתרת העתירה הנוגעת להחלטת הבחירה.

הערה מקדמית

11. השתלשלות הדברים כפי שנסקרה לעיל מעידה על תהפוכות המכרז. למקרא החלטת הפסילה של המועצה בשבתה כוועדת מכרזים, עולה בבירור כי אילולא העמדה המשפטית הנחרצת של היועץ המשפטי של המועצה, שנתמכה על ידי היועץ המשפטי לממשלה, ועדת המכרזים הייתה בוחרת בהצעתו של ערוץ המורשת, שלדידה "התבלטה על פני ההצעות האחרות בכך שהציעה תוכן טלוויזיוני מגוון ומקורי לערוץ פרלמנטרי, שטרם נראה על המרקע כיום וספק אם קיים בערוצים פרלמנטריים אחרים בעולם".

אלא שכאמור, ענייננו במכרז חריג ומיוחד, בהינתן שעל פי הוראת סעיף 19 לחוק, על המשתתפים במכרז להגביל את עצמם למסגרת תקציבית סגורה של 25.2 מליון ש"ח כולל מע"מ, שהוא הסכום שהוקצה על ידי הכנסת לשידורים (בתוספת הכנסה מתשדירי שירות). הגבלה מיוחדת זו נועדה למנוע את החשש שבעלי השליטה של מפעילי הערוץ, ישפיעו על תכני הערוץ, בניגוד לתפקיד המיוחד שהועיד המחוקק לערוץ הכנסת, כאמור בסעיף 1 לחוק:

"מטרתו של חוק זה להסדיר את שידורי ערוץ הכנסת בטלוויזיה ובאינטרנט והפצתם לציבור הרחב, כדי לאפשר נגישות לדיוני הכנסת ולמגוון היבטי עבודתה, לטפח מודעות אזרחית ולחזק את ערכי הדמוקרטיה ובכללם את מעמד הכנסת כבית הנבחרים של המדינה, והכול בזיקה לעבודת הכנסת ובדרך שתבטיח שקיפות לגבי עבודתה".

12. המחוקק ביקש אפוא לאסור על הזרמת כספים חיצונית למפעיל, על מנת למנוע השפעה על תכני הערוץ או מראית עין של השפעה. בכך נבדל מכרז זה ממכרזים רגילים בהם מתחרים המציעים על המחיר הגבוה או הזול ביותר המוצע על ידם.

המכרז שלפנינו מורכב מבחינת הניקוד בפרמטרים השונים, ומעורר סוגיות מקצועיות הנמצאות בליבת שיקול הדעת הכלכלי-מקצועי של ועדת המכרזים, כפי שעולה מחוות הדעת הכלכליות והמשפטיות השונות שהוצגו במהלך השתלשלות הדברים. כך, חוות הדעת הפוסלת אוחדת 37 עמודים ופירוט נוסף של 47 עמודים,

וחוות הדעת המכשירה מחזיקה 58 עמודים ו-220 סעיפים ונתמכת בחוות דעת כלכלית של 19 עמודים. ועדת המכרזים ישבה על המדוכה בעוד העתירות תלויות ועומדות, ובחנה וסרקה ב"מסרקות ברזל" את ההצעות לאורן של הטענות שהועלו בעתירות.

13. בהינתן הייחודיות והמורכבות של המכרז דכאן, נזכיר את נקודת המוצא, לפיה בית המשפט אינו יושב כ"וועדת מכרזים עליונה" ואינו מחליף את שיקול דעתה של הרשות המנהלית בשיקול דעתו (ראו, מבין רבים, ע"א 1255/13 אולניק חברה להובלה עבודות עפר וכבישים בע"מ נ' בני וצביקה בע"מ, פסקה 16 והאסמכתאות שם (13.5.2013)). הדברים נכונים במיוחד כאשר המחלוקת בין הצדדים נסבה על שאלות מקצועיות (עע"מ 9023/14 פנינת י.ב.א. בע"מ נ' משרד האוצר – החשב הכללי (27.7.2015); רע"א 8240/11 ג.א. מהנדסי הצפון נ' תאגיד המים והביום האזורי אלעין, פסקה 8 (4.2.2011)) ו"כך, בפרט, כשהחלטה הנתקפת נוגעת למתן ציונים ולחלוקת ניקוד, המצויים ב'גרעין הקשה' של שיקול הדעת המקצועי של הוועדה, ונסמכים על ניסיונה ומומחיותה בתחום" (עע"מ 6823/10 מתן שירותי בריאות בע"מ נ' משרד הבריאות, פסקה 26 (28.2.2011) (להלן: עניין מתן שירותי בריאות). מכאן, שגם כאשר ניתן להגיע לתוצאה אפשרית אחרת, ואפילו תוצאה עדיפה בעיני בית המשפט, בית המשפט לא יתערב מקום בו ועדת המכרזים בחרה באלטרנטיבה אחרת כל עוד ההחלטה מצויה במתחם הסבירות ואינה פוגעת בעקרונות היושר, השוויון וההגינות שבבסיס דיני המכרזים (עע"מ 2126/10 מטאור מערכת טכנולוגיה וארגון בע"מ נ' מנהלת אורות לתעסוקה – ועדת המכרזים הבין משרדית, פסקה י"ט (8.12.2010)).

מנקודת מוצא זו נצא לדרכנו.

החלטת הפסילה – עתירת ערוץ המורשת (בג"ץ 4587/18)

14. בעתירה זו עומד ערוץ המורשת נגד המועצה ושני הערוצים האחרים.

ערוץ המורשת העלה בעתירתו שלל טענות נגד החלטת הפסילה, ואציין להלן את עיקריהן. נטען, בין היתר, כי התוכנית העסקית מהווה רק 10% מהניקוד במכרז, כך שהחריגה הנטענת מהתקציב הסגור היא סוגיה איזוטרית, שאינה יכולה להוות בסיס לפסילת הצעות; כי ההצעה נבחנה באופן נוקדני תוך גילוי משפטנות יתר בשאלות שוליות; כי החלטת הפסילה התקבלה למעשה בניגוד לדעת המועצה שראתה עצמה אנוסה על פי הדיבר, קרי, על פי חוות דעתו של היועץ המשפטי של המועצה. עוד נטען כי נוצר מעין מעגל שוטה שהזין את עצמו, ולפיו ככל שהועלו טענות כלפי הצעת ערוץ

המורשת, הערוץ נדרש ליתן הבהרות, הבהרות אלו גררו שאלות נוספות שגררו בתורן הבהרות נוספות, ולסוף תהליך נטען נגד הערוץ כי ההבהרות שניתנו על ידו הן בגדר שינויים להצעה.

לגופם של מספרים וחשובים, העלה הערוץ שלוש טענות עיקריות: אין נפקא מינה אם ההצעה היא גרעונית; אופן חישוב ימי השידור – 240 לעומת 260; "שיטת האשכולות" מוזילה את העלויות ומאפשרת התכנסות למסגרת התקציבית.

אקדים את המאוחר ואומר כי דין עתירת ערוץ המורשת להידחות.

15. אני נכון להניח כי הצעת התוכן של ערוץ המורשת נמצאה כהצעה הטובה ביותר, כפי שעולה מדיוני ועדת המכרזים. אלא שהצעת התוכן היא אך אחד הרכיבים של ההצעה בכללותה.

המכרז חולק למספר פרקים. פרק ג' הוא פרק התוכן, הכולל בהצעתו של ערוץ המורשת 90 עמודים, במסגרתם יש פירוט של כמות התכניות שיופקו לצורך השידור בערוץ לפי קטיגוריות שונות, תוך פירוט של הפורמטים השונים ועלות כל תכנית ותכנית. לדוגמה: התכנית "בוקר ישראלי" - כוח אדם ישיר של 7 אנשים ועלות ההפקה לפרק עומדת על 6,500 ₪, או "חדשות הכנסת" - כוח אדם ישיר של 14 אנשים ועלות הפקה לפרק עומדת על 11,000 ש"ח. פרק ד' להצעה עוסק ב"ניסיון, יכולת מקצועית ויכולת עסקית" ומשתרע על 40 עמודים; ופרק ה', הוא פרק התכנית העסקית, משתרע על 74 עמודים, וכאמור, הוא מהווה אך 10% מהניקוד. מכאן טענת ערוץ המורשת, כי השאלה אם ההצעה גרעונית אם לאו, היא בשולי המכרז.

16. דין הטענה להידחות.

ניקוד ההצעה לחוד ותנאי סף לחוד. הקדמנו וציינו כי על פי סעיף 19 לחוק, מפעיל ערוץ הכנסת אינו יכול "להביא כסף מהבית", ולכן ההצעה אינה יכולה להיות גרעונית. בדיון לפנינו תמה ב"כ ערוץ המורשת, מדוע שבעלי השליטה בערוץ ירצו להביא כסף מהבית, שהרי התנהלות מעין זו נוגדת הגיון כלכלי. התשובה לתמיהה זו נעוצה באמור לעיל – ערוץ הכנסת אוצר בחובו כוח רב, וכפי שנכתב בהצעת ערוץ המורשת (בעמ' 13 לפרק ג' להצעה), הכנסת זוכה גם לפופולריות בעולם הדיגיטלי בקרב הציבור.

במכרז רגיל, הצעה גרעונית עלולה להיפסל בשל תכסיסנות או מחשש שהזוכה לא יעמוד בהצעתו או יפגע בזכויות העובדים (ע"מ 3499/08 ד"ר עבודות עפר ייזום ופיתוח מ.א. בע"מ נ' ועדת המכרזים - עיריית עפולה, פסקה 19 (18.1.2009); ע"מ 6861/11 י.א. אחזקה ושירותים בע"מ נ' עיריית באר שבע, פסקה 30 (26.8.2015)). במכרז שלפנינו, פסילת ההצעה מן הטעם שהיא גרעונית (ביחס לתקציב שהוגדר מראש), אינה נובעת בהכרח מטעמים אלה, אלא נגזרת מכוח החוק, בבחינת תנאי סף. לכן, לא ניתן לקבל את טענת ערוץ המורשת, כי גם אם יימצא שהצעתו גרעונית, אין בכך עילה לפסילת ההצעה. ההתכנסות לתקציב הסגור שנקבע לערוץ הכנסת, היא למעשה מעין תנאי סף, ולמיצער, תנאי מהותי במכרז, הנובע מהוראת סעיף 19 לחוק. לכן אין נפקא מינה שהניקוד עבור התוכנית העסקית מהווה 10% בלבד מהניקוד הכולל ואין לראות בחריגה מהתכנית העסקית עניין שולי ואיזוטרי כפי שנטען. גם בנספח ד' למכרז "עיקרי תנאיו של הרישיון" הובהר בסעיף 28.1 כי "שידורי הערוץ ימומנו מהסכום שהוקצה לכך בתקציב המאושר של הכנסת ומשידור תשדירי שירות בלבד".

התכנית העסקית נותנת גיבוי כספי להצעת התוכן שבפרק ג', שאם לא כן, ניתן להציע בפרק התוכן "הרים וגבעות" שאין מאחוריהם כיסוי כספי. כאמור, במקרה דנן נקבע כי הצעתו של ערוץ המורשת היא גרעונית ואינה מתכנסת למסגרת התקציבית. בחירת המציע שהצעתו חורגת מהתקציב הנתון, לא רק שמנוגדת להוראות החוק, היא גם פוגעת בעקרון השוויון בין המציעים, בהיותה חורגת מ"כללי המשחק" של המכרז.

17. הסכומים והמספרים בחוות הדעת הפוסלת, תואמו עם הממונה על ההיבט הכלכלי במועצה ונכתבו על דעתה, והמסקנה הייתה כי הצעת ערוץ המורשת הייתה גרעונית ומחייבת את המפעיל "להביא כסף מהבית", בניגוד לחוק. ועדת המכרזים אימצה את המסקנה כי לפרק התוכן של ההצעה אין כיסוי תקציבי בתכנית העסקית, כך שמדובר בהצעה גרעונית.

ערוץ 10 טען כי ערוץ המורשת נקט למעשה בגישה תכסיסנית, כאשר הבטיח בהצעתו "הרים וגבעות" בפרק התוכן, וכך זכה לניקוד גבוה של 457 נקודות מתוך 500 נקודות אפשריות בפרק התוכן, תוך שהוא מקריב את הפרק של "התאמת התכנית העסקית" (40 נקודות אפשריות) בתוך הקריטריון של פרטי התכנית העסקית והשאלון.

איני נדרש לטענת התכסיסנות ואסתפק באמור בחוות הדעת הפוסלת "לא...לא יכולה להיות תחרות הוגנת על תוכן כאשר יישום ההצעה חורג מן התקציב הנתון שכן,

אותו מציע שהצעתו חורגת מהתקציב הנתון לערוץ, מקבל הלכה למעשה יתרון כלכלי לא הוגן כלפי שאר המציעים".

18. ערוץ המורשת תקף את אופן החישוב בחוות הדעת הפוסלת. איני רואה להידרש לרזולוציות ולפרטי הפרטים של רכיבים ושברירי רכיבים בחישובים השונים בחוות הדעת הפוסלת, ואתמקד בטענות העיקריות הנוגעות לחישוב ימי השידור ול"שיטת האשכולות".

19. ימי השידור: המסקנה כי הצעתו של ערוץ המורשת היא גרעונית, נובעת, בין היתר, מהמסקנה שההצעה מבוססת על 48 שבועות שידורים בלבד, דהיינו 240 ימי שידור בשנה ($5 \times 48 = 240$ ימי שידור בשבוע) חלף 52 שבועות, שהם 260 ימי שידור, כפי שנעשה על יד המציעים האחרים. משכך, נקבע בחוות הדעת הפוסלת כי יש להוסיף לתחשיב בתכנית העסקית, סכום נוסף המבטא 20 ימי שידור נוספים. ערוץ המורשת העלה בהקשר זה טענות עליהן נעמוד להלן.

ערוץ המורשת טען כי בתנאי המכרז לא נקבעה הוראה לגבי מספר ימי השידור, אלא רק מספר תכניות מינימלי בממוצע שנתי. לשיטת הערוץ, הצעתו התבססה על ביטולם של 4 שבועות מלאים, קרי 240 יום, מאחר שבכל שנה נחסכים 20 ימי שידור בגין ימי חג ומועד וימים בהם יש יום שידורים מיוחד, כדוגמת יום הזכרון לחללי צה"ל. בהקשר זה, הפנה הערוץ לנספח ד/1 למכרז שעניינו "מתכונת השידורים בערוץ" לסעיף 3.1.3 הקובע כי "בעל הרישיון ישדר בכל יום בין הימים א'-ה' תכנית בוקר יומית שתחל לא יאוחר מהשעה 08:30, אך רשאי שלא לשדרה בחגי ישראל ובערבי חגי ישראל, כהגדרתם בכללי המועצה...".

20. דין הטענה להידחות.

ראשית, ככל שתתקבל הטענה, יש בכך כדי לפגוע בשוויון בין המציעים, שערכו את הצעתם לפי 260 ימי שידורים בשנה, לאחר שהבינו את הדברים כפשוטם.

שנית, הגם שניתן להצביע על שנים בהן לא התקיימו 260 ימי שידור, הרי שאין תקדים לשנה בה מספר ימי השידורים פחת עד כדי 240 ימי שידור. ערוץ המורשת עצמו טען כי בשנה יש 35 שבועות של כנס ו-17 שבועות של פגרה (סה"כ 52 שבועות), ורק בדיעבד העלה את הטענה כי די בתקצוב של 33.5 שבועות כנס ו-14.5 שבועות של פגרה (סה"כ 48 שבועות). דומני כי יש טעם בהשערה שהועלתה בחוות

הדעת הפוסלת (שם, סעיף 129 בעמ' 27), כי ההצעה התקציבית של ערוץ המורשת התבססה על חישוב מוטעה לפיו יש 4 שבועות בחודש, שאז 4 שבועות בחודש X חמשה ימים בשבוע X 12 חודשים = 240 יום. אך כידוע, בחודש יש יותר מ-4 שבועות, ומכאן ואילך ניתנו הסברים מלאכותיים, שאינם מתיישבים עם ההצעה כפי שהוצעה.

כאמור, לא עלה בידי ערוץ המורשת להצביע על שנה בה בוטלו 20 ימי שידורים. ובכלל, לוח השנה לעשר השנים הקרובות נמצא בהישג ידו של כל אחד מהמציעים, וככל שערוץ המורשת סבר כי ניתן להחסיר 20 ימי שידורים, היה עליו לפרט ולהסביר זאת בהצעתו. על פי מסמכי המכרז, על כל אחד מהמציעים "לציין בפירוט את הנתונים התומכים בתחזיותיו ובהנחותיו", ולא כך נעשה בהצעה.

מבלי לחטוא בירידה מוגזמת לפרטים, אציין, לדוגמה, כי ערוץ המורשת טען כי יש לבטל 6 ימי חג מדי שנה. אך כפי שנטען על ידי המועצה אין כל סיבה שעד לכניסת החג ומצאת החג לא ישודר הלוח הרגיל. ודוק: סעיף 3.1.3 לנספח ד/1 שצוטט לעיל, ועליו הסתמך ערוץ המורשת בטיעונו, פוטר את המציע מלשדר תכנית בוקר יומית בלבד. ואילו ההוראה הקובעת לעניינו נמצאת בסעיף 7.1 לתנאי המכרז ולפיו "הערוץ ישדר במשך כל ימות השבוע, לרבות בימי שישי ובערבי חג ומועדי ישראל ומוצאי שבת ומוצאי חגי ומועדי ישראל, הן בתקופות שהכנסת מכונסת והן בתקופות פגרת הכנסת, ובלבד שלא יקוימו שידורים בשבת ובמועדי ישראל...". לכך לא ניתן תקציב בהצעה.

ערוץ המורשת טען כי ממילא עד שעה לפני כניסת החג ישודרו רק שידורים חוזרים. תשובה זו מהווה שינוי בדיעבד של ההצעה, ואף לא הוסבר מדוע לא ניתן לשדר את הלוח שהוצע על ידה עד כניסת החג. כך גם לגבי הטענה כי יש לבטל 5.5 ימי שידורים של "תוכן מותאם". אלא שבימים אלה אין מדובר בביטול של השידורים אלא בהתאמתם לאופי הימים בהם הם משודרים. לדוגמה, ביום הזיכרון לחללי צה"ל אין מניעה לשדר, בכפוף להתאמת אופי השידורים ליום הזיכרון. לא רק שאין כאן יום שנחסך, אלא נהפוך הוא, ניתן לסבור כי התאמת התכנים אף עשויה להגדיל את העלויות. כפי שהובהר על ידי המועצה, אף אין ממש בטענת ערוץ המורשת כי חלף הימים של "תוכן מותאם" תוקצבו 20 ימי ניידות. זאת, מאחר שהימים בהם נדרשות ניידות השידור (10 אירועים ממלכתיים מחוץ למשכן ו-10 דיונים של ועדות מחוץ למשכן) הם בגדר "שידורי הכנסת" כהגדרתם בסעיף 2 לחוק, כפי שצוטט לעיל.

שלישית, ערוץ המורשת התחייב למספר כולל של תכניות, ולשיטתו שלו עליו לשדר 1974 תכניות. ביטול תכניות עקב חגים וערבי חגים אינו מאיין את החובה לשדר מספר זה של תכניות על פי לוח השידורים שבהצעה, שכן אין מניעה כי התכניות ששידורן בוטל ישודרו במועד אחר. דא עקא, שאין בהצעה תקצוב ל-1974 תכניות (בדיון בפנינו נטען כי טענה זו נזנחה בחוות הדעת הפוסלת, ולא היא – סעיף 110 ואילך בעמ' 23 לנספח לחוות הדעת). גם בהיבט זה נפגע עקרון השוויון, באשר אצל המציעים האחרים, התכניות שבוטלו למשל בימי חג, תוקצבו כך שהן אמורות להיות מופקות ומשודרות במועד אחר.

21. ערוץ המורשת טען כי ניתן לגשר על הפער באמצעות תכניות זולות יותר, אם באמצעות רכש (74 תכניות) ואם באמצעות שידורי לקטים או שיתופי פעולה עם אוניברסיטאות (40-60 תכניות). ברם, בהצעה אנו מוצאים אמירה כללית בעמ' 10 לפרק ג', שם מתואר במספר שורות "שיתוף פעולה עם אוניברסיטאות ומכללות". זאת, מבלי לציין כי שיתוף פעולה זה אמור להניב עשרות תכניות משותפות בעלות אפס או בעלות נמוכה. לכן, יש לראות את טענת הערוץ כתיקון בדיעבד של ההצעה, תוך הפרה של עקרון השוויון בין המציעים.

22. זאת ועוד. כפי שהראתה המועצה בתגובתה לעתירה ובחוות הדעת הפוסלת, אפילו על פי חישוב של 48 שבועות בלבד ובשלושה תרחישים שונים, ההצעה של ערוץ הכנסת עודנה גרעונית, והדברים פורטו ברזולוציות גבוהות בחוות הדעת הפוסלת. דהיינו, גם אם נוטלים את העלויות לתוכניות הנקובות בפרק התוכן שבהצעת ערוץ המורשת ומכפילים עלויות אלו במספר התוכניות שגם לשיטת ערוץ המורשת ישודרו, ואפילו למשך 48 שבועות בלבד, מתקבלת הצעה גרעונית.

ערוץ המורשת ביקש "לזנוח" את העלויות בהן נקב בפרק התוכן, בטענה כי יש לבחון אותן בשיטת האשכולות, אך למעשה מדובר בניסיון תיקון בדיעבד של ההצעה. על כך אעמוד להלן.

23. שיטת האשכולות: ערוץ המורשת טען כי העלויות שציין לגבי כל אחת מהתכניות בפרק התוכן לא מתיימרות לבטא עלות סופית אלא עלות גולמית של כל תכנית כשהיא עומדת בפני עצמה (stand alone). אלא שבפועל, הכוונה היא כי התכניות יופקו בשיטת האשכולות, בדומה לשיטה של מרכזי רווח (Profit Centers), ועל כן עלות ההפקה תהא נמוכה יותר. לטענת הערוץ, שיטת האשכולות מוסברת בפרק ה' של ההצעה, שם נכתב כי "תמחור עלות לוח השידורים בוצע ברמת קבוצות תוכניות

בעלות מאפייני הפקה דומים. הרציונל המנחה הינו שכל צוות הפקה יעסוק בהפקת מספר תוכניות...".

דא עקא, שמדובר בהסבר בדיעבד. הלכה למעשה, ערוץ המורשת מבקש כיום להתעלם מהמספרים הנקובים בהצעתו, בהסבר בדיעבד כי העלות המפורטת לגבי כל אחת מהתכניות אינה העלות האמיתית, וכי העלויות אמורות להיות נמוכות יותר. זאת, לא ניתן לקבל, באשר מדובר בשינוי הצעה בדיעבד. ההסברים המלומדים לגבי החיסכון שיושג בשיטת האשכולות, לא הופיעו בהצעה, ולא נכתב בהצעה כי ההפקה במסגרת האשכולות המפורטים בתכנית העסקית, אמורה להוזיל את העלויות בהן נקב ערוץ הכנסת בהצעתו. זאת, בניגוד לדרישה במכרז כי "התכנית הפיננסית המוצגת בפרק זה תסביר את הצעת המציע ותתמוך בה, לרבות התאמתה לאפיון הערוץ, למבנה הארגוני, לאמצעי ההפקה והשידור, למימון השידורים ולהתאמת ההוצאות לתנאי ולמחירי השוק. לגבי כל אחד מהנושאים המפורטים בפרק זה, יש להציג נתונים מפורטים, לרבות עלויות כל תוכנית שהוצעה במסגרת לוח השידורים". יצויין כי אף אחד מהמציעים האחרים לא טען כי התכנית העסקית שהוצגה על ידו בפרק ה', אינה מבוססת על העלויות שננקבו בפרק ג', הוא פרק התוכן.

בנקודה זו אצטט מתוך חוות הדעת הפוסלת, שכאמור, שימשה בסיס להחלטת

הפסילה:

"42. דא עקא, כל ההסברים הללו להם טוענת הזוכה עתה, כלל וכלל אינם מופיעים בהצעתה כפי שהוגשה. בפרט לא מופיעה בהצעה הטענה כי הפקה במסגרת האשכולות המפורטים בתכנית העסקית (פרק ה') יש בה כדי להוזיל מן העלויות הרשומות בפרק התוכן (פרק ג'). ודוק, בהתאם לתנאי המכרז, רשאי היה המציע לקבוע הנחות עובדתיות העומדות בבסיס תשובותיו לשאלון ובלבד שהביא להן בסיס. ואולם, כאמור, בהקשר זה לא הובאו כל הנחות עובדתיות בהצעה וכל שכן לא הוצג כל בסיס לאותן הנחות.

43. היעדר ההסבר הנ"ל בהצעה הוא בעייתי במיוחד בשים לב לחשש כי טיב ואיכות התכניות יוערכו גם על בסיס העלות כפי שהופיעה בפרק ג' ושעתה נטען כי יש למעשה להתעלם ממנה.

44. יתר על כן, עלויות רבות לתכנית הנקובות בפרק ג' (פרק התוכן) זהות הלכה למעשה לעלויות לתכנית המופיעות בפרק ה' (התכנית העסקית) מה שמלמד כי ההסברים שניתנו בדיעבד על כך שהפקה באשכולות תוזיל מן העלויות הנקובות בפרק ג' אינם מתיישבים עם

ההצעה כפי שהוגשה. לכן, קיים קושי רב לקבל את טענות הזוכה בעניין".

24. אדגים להלן את הדברים.

עמ' 34 לתכנית העסקית של ערוץ המורשת, מפרט את האשכולות ("קבוצות התוכניות לפיהן בוצע התמחור") ובעמ' 41 אנו מוצאים את סיכום תמחור עלויות ההפקה של האשכולות. לדוגמה, באשכול 3 נכללות שש תכניות כלהלן: "תחנת תרבות"; "קול העם"; "מיני מליאה"; "תכנית תרבות (הסצינה)"; "בדימוס"; ו-"ראיון הפוך". בחנתי את עלויות תכניות אלה כפי שפורטו בפרק ג' להצעה, ומצאתי כי כל אחת מהתכניות הוערכה בסכום של 8,200 ₪ לתכנית, למעט התכנית השבועית "בדימוס" שהוערכה בסכום של 3,000 ₪ לתכנית. בתכנית העסקית העלות לתכנית הועמדה על 8,241 ₪. אילו התמחור אכן התבסס על "שיטת האשכולות", ניתן היה לצפות כי המחיר יהיה נמוך יותר, ואף במידה משמעותית, מהסכום של 8,200 ₪ שננקב בפרק התוכן כעלות של חמש מתוך שש התכניות.

דוגמה נוספת. אשכול 6 כולל 8 תכניות שבועיות – שש מתוכן מתומחרות בפרק ג' בסכום של 16,000 ₪ כל אחת, תכנית אחת בסכום של 16,123 ₪ ותכנית נוספת בסכום של 10,000 ₪. בתכנית העסקית נכתב: 62 תכניות בשנה בעלות של 16,123 ₪ לתכנית. שוב, ניתן היה לצפות כי המחיר יהיה נמוך יותר, ואף במידה משמעותית, מהסכום של 16,000 ₪ שננקב בפרק התוכן כעלות של שש מתוך שמונה תכניות.

די בדוגמאות אלה, ואיני נדרש לטענת המועצה על אודות החוסרים בתקצוב המגזינים באמהרית וברוסית.

[במאמר מוסגר: עיינתי בתשובה שניתנה על ידי ערוץ המורשת לחוסר הלכאורי בתקצוב לגבי המגזין בשפה האמהרית (275,200 ₪ = 8 חודשים $4.3 \times$ שבועות $8,000 \times$), בעוד שלכאורה צ"ל $52 \times 8,000 = 416,000$ ₪), והתקשיתי לקבל את ההסבר לגבי העלות הכוללת של שתי התכניות, הסבר שאינו מתיישב גם עם המספר הכולל שהוקצב לשני המגזינים. עוד אציין כי ערוץ המורשת שינה טעמו ופעם טען כי הפקת המגזינים תיעשה במיקור חוץ ופעם כי ייעשה שימוש בשיטת האשכולות].

25. הדוגמאות שהובאו לעיל, משקפות כי שיטת האשכולות לא הביאה להנחה בעלות התכניות. ובכלל, ניסיון לבצע "הנדסה חוזרת" בתכנית העסקית, כדי לפענח את העלות שניתנה לכל אחת מהתכניות, בהשוואה לעלות שנקבה בפרק ג', אינה צולחת. על הסיבה לכך, ניתן לקרוא בסעיף 60 לחוות הדעת הפוסלת:

"עתה מבקשת הזוכה [ערוץ המורשת – י"ע] לטעון, כי באותו עמוד יש לקרוא פעם אחת את המונח 'תכניות' כ'מי צילום', פעם אחרת כ'תכניות' ופעם שלישית כ'שעות', ובהתאם אף להתעלם מכל כמויות התכניות המפורטות שם. בהתאם מבקשת הזוכה כי נתעלם גם מן העלות לתכנית שנכתבה לצד כמות התכניות ותחת זאת נקבל מספרי תכניות אחרים ועלויות אחרות לאותן תכניות".

26. ערוץ המורשת טען כי חוות הדעת הפוסלת התעלמה לחלוטין מחוות דעת כלכלית של יועץ חיצוני עצמאי, ד"ר רועי שלם מחברת "נומריקס" (NUMERICS), חוות דעת שקבעה כי יש היתכנות להצעת העותרת.

אלא שככל שההצעה חורגת מהתקציב הסגור של ערוץ הכנסות, ההיתכנות הכלכלית שלה אינה מעלה ואינה מורידה, והיא רלוונטית אך לצורך ניקוד ההצעה. מכל מקום, ד"ר שלם בחן את ההצעה בהיבט הכלכלי, ולא עסק בשאלה המשפטית אם התשובות וההבהרות שניתנו על ידי ערוץ המורשת, מהווים תיקון בדיעבד של ההצעה. אדרבה, חוות דעתו של ד"ר שלם אך מאששת את חוות דעת הפסילה, באשר עולה ממנה עד כמה תשובות ההבהרה שניתנו על ידי ערוץ המורשת, הן בבחינת תיקון ההצעה בדיעבד:

"הסברים אלה הינם מתקבלים כחלק משיטת האשכולות. הנושא שלחוות דעתי הינו בעייתי הוא חוסר עקביות ביישום המתודולוגיה שהוסברה לעיל. בעוד שבאשכולות 1-3 הכוונה בכמות תוכניות היא כמות ימי צילום בחודש. באשכולות 4-5 כוונת המונח כמות תוכניות הינה לכמות תוכניות בפועל. וכי באשכול 6 הכוונה בכמות תוכניות היא לכמות תוכניות בשעה" (שם, עמ' 5).

27. ערוץ המורשת טען כי ההבהרות שנדרשו ממנו קלעו אותו למלכוד, בכך שהתשובות שניתנו על ידו שימשו ככלי ניגוח נגדו. עוד נטען כי הערוץ נאלץ להגיב תוך יום אחד לחוות דעת TASC, מה שגרם לטעויות במענה שניתן בחופזה. מענה זה

נמשך על ידי ערוץ המורשת ובהמשך, הוגש במקומו מענה אחר, אליו צורפו חוות דעת של חברת ייעוץ כלכלי MNS וחוות דעת מומחה של פרופ' ירון זליכה.

אכן, כאשר נתברר שהתכנית העסקית אינה עומדת בהלימה לפרק התוכן בהצעה, נדרשו מהערוץ הבהרות שונות. התשובות וההסברים שניתנו על ידי הערוץ במענה להבהרות שנדרשו, נתפסו, ובצדק, כמקצה שיפורים וכתיקון בדיעבד של ההצעה ולא כתשובות להבהרה. לא ייפלא אפוא, כי בחינת ההצעה של ערוץ המורשת דרשה בדיקה קפדנית תוך ירידה לרזולוציות של חישובים מפורטים. כדוגמה בלבד, אציין כי על פי ההצעה, 50,000 ₪ יועדו לרכישת 5 סרטים, אך בעקבות ההבהרות שנדרשו, הערוץ הסביר כי סכום זה יועד להפיק 74 תכניות בעלות של 675 ₪ לתוכנית. לפנינו דוגמה לתיקון הצעה בדיעבד. כדוגמה נוספת, ערוץ המורשת התחייב לקמפיין פרסומי בעלות לא מבוטלת, שאף היא לא תוקצבה במסגרת ההצעה (בהקשר זה ראו גם עמ' 12 לחוות דעתו של ד"ר שלם, שהוגשה כאמור מטעם ערוץ המורשת, שם נכתב: "לפיכך, לא מצוינות כלל הוצאות השיווק של הקמפיין הפרסומי בסך של כמיליון ₪ בתוכנית העסקית"). בתשובה להבהרות, בוטלה הוצאה אחרת שנזכרה בהצעה כדי להעביר סכום זה לטובת אותו קמפיין פרסומי.

28. סוף דבר, שאיננו רואים להתערב בהחלטת הפסילה של הצעת ערוץ המורשת והעתירה נדחית.

כפי שהודגש על ידי המועצה, אמות המידה שהוחלו על בחינת הצעתו של ערוץ המורשת, יושמו גם על הצעתו של ערוץ 10, וגם הוא נדרש להשיב על שאלות והבהרות שהופנו אליו. בנקודה זו אנו מגיעים לעתירות התוקפות את זכייתו במכרז.

החלטת הבחירה - עתירת ערוץ 2 (בג"ץ 5064/18)

29. עתירת ערוץ 2 נסבה על החלטת הבחירה, והיא נתמכת גם על ידי ערוץ המורשת.

שקלנו בכובד ראש לדחות את עתירת ערוץ 2 על הסף, בשל חוסר ניקיון כפיים ועשיית דין עצמי. בסיפא לפסק הדין הקודם מיום 22.2.2018 נאמר כלהלן:

"למען הסר ספק, מובהר בזה כי צו הארעי שניתן ביום 19.7.2017 נותר על כנו, כך ששידורי ערוץ הכנסת יימשכו על ידי המפעילה הנוכחית, וזאת עד לבחירת

זוכה במכרז או עד להחלטה אחרת" (הדגשה הוספה – י"ע).

כאמור, ביום 31.5.2018 החליטה המועצה להכריז על ערוץ 10 כזוכה במכרז. באותה החלטה נקבע, כי ערוץ 10 יתחיל לפעול ביום 1.8.2018, וכי האינטרס הציבורי מחייב שהפעלת הערוץ תתבצע בהקדם.

אזכיר לקורא, כי כל עוד התנהלו הליכי המכרז והעתירות שבעקבותיו, המשיך ערוץ 2 להפעיל את ערוץ הכנסת מכוח רישיון שניתן לו בשנת 2006 למשך 10 שנים, שחלפו לפני כשנתיים. בהסכם בין ערוץ 2 לכנסת, נקבע כי "בעל הרישיון מתחייב לפעול להבטחת מעבר חלק ונוח של שידורי הערוץ. במקרה של ביטול ההסכם והרישיון, הפסקתם או תום תוקפם, מכל סיבה שהיא, באופן שלא יפגעו רצף השידורים ורמתם כתוצאה מהמעבר לשידורים על ידי גורם אחר. בעל הרישיון מתחייב לגלות רצון טוב, שיתוף פעולה מלא ומקיף, לקיים את כל בקשות הכנסת ולסייע לה לממש את הצלחת המעבר".

ערוץ 10 טען כי ערוץ 2 הכשיל במזיד את "העברת השרביט" אליו, ונמנע מלהשתתף בישיבת תיאום שכללה גם את צוות התיאום של הכנסת ונציגי המועצה.

30. ברי כי כל עוד לא ניתן צו ביניים אשר "מקפיא" את המצב הקיים, היה על ערוץ 2 לעמוד בהוראות ההסכם בינו לבין הכנסת ולהתחיל בפעולות הנדרשות לשם העברה חלקה של ההפעלה, שנקבעה כאמור ליום 1.8.2018. אלא שנוכח המחלוקת העובדתית שנתגלעה בין הצדדים בנוגע לסיבות בגינה לא יצאה ישיבת התיאום אל הפועל, ומחלוקות עובדתיות בנוגע לצעדים הנדרשים להעברת הפעלת הערוץ, לא מצאנו לדחות את עתירתו של ערוץ 2 על הסף.

אדון אפוא בעתירת ערוץ 2 לגופה ואקדים ואומר כי גם עתירה זו דינה להידחות.

31. בעקבות החלטת הפסילה נבחרה הצעתו של ערוץ 10 שזכתה בניקוד במקום השני. עוד בשלב ניקוד ההצעות נכתב כי ההצעה מציגה "תפיסת שידור דינמית, בעלת פוטנציאל להגיע למעגלי צופים רחבים באמצעות הפלטפורמות הדיגיטליות עם סינרגיה מירבית בין הפלטפורמות השונות. המטרה: לא רק לשקף לציבור את עבודת הכנסת אלא גם לשתף כמה שיותר צופים באופן פעיל בחיי הכנסת. לוח השידורים

מציע רצועות שידור מגוונות עם רצף שידורי ועדכונים לאורך כל היום [...] הקונספט הוא להביא קהלים חדשים וצעירים לערוץ, מבלי לאבד את הקהל הותיק והנוכחי".

ערוץ 2 העלה מספר טענות כנגד זכייתו של ערוץ 10 במכרז, ואדון בהן להלן.

32. רווח שנתי של 5%: בפרק ה' סעיף 9.1 למכרז נקבע כי "על התוכנית העיסקית שיציג המציע לכלול הצגת רווח של לפחות 5% מתקציב הערוץ (מובהר כי לבעל הרישיון לא מובטח רווח כזה או אחר כתוצאה מהפעלת הערוץ)".

ערוץ 2 טען כי מדובר בתנאי סף מהותי, וכי ערוץ 10 לא עמד בו.

דין הטענה להידחות. המועצה מצאה כי ברכיב ההוצאות בהצעה, ערוץ 10 רשם הוצאות בלתי מתוכננות (בלת"ם) של כ-255,000 ₪ ומנגד, נמצאו הוצאות נוספות של כ-320,000 ₪ שלא תוקצבו (קרי, לא נרשמו כהוצאה). מאחר שבמכרז לא היתה דרישה להקצות סכום לבלת"ם, קיזזה המועצה את החוסר של 320,000 ₪ מסעיפי הבלת"ם כך שסך ההוצאות הלא מתוקצבות עמד על 65,000 ₪, מה שהביא לכך שהרווח התפעולי עמד על 4.9922%.

ערוץ 2 הלן על קיזוז הבלת"ם מהסכום החסר, אך לטעמי יש הגיון בדרך בה נקטה המועצה. מאחורי סעיף הבלת"ם אין הוצאה אמיתית, ואין דרישה במכרז להקצות סכום להוצאות בלתי מתוכננות. לכן, יש לראות את סכום הבלת"ם בו נקב ערוץ 10 בהצעתו, כמעין זרבה תקציבית שניתן להשתמש בה לשם קיזוז חוסרים שאותרו. יפים לענייננו הדברים הבאים:

"השאלה המתעוררת היא אפוא אם הייתה הרשות השנייה רשאית לאפשר למערערת לתקן את הפגם שנפל בהצעתה בכך שלא נרשמה בה זרבה שנדרשה על-פי תנאי המכרז, בסך של כמיליון ש"ח לשנה, לצורך כיסוי אירועים חדשתיים מיוחדים, וזאת בהתחשב בכך שבהצעה נרשמה זרבה כספית כללית בסך של כ-16.6 מיליון ש"ח. [...]"

על-כל-פנים, הכללתה מלכתחילה בהצעת המערערת של העתודה הכספית הנדרשת, הגם שכספים אלו נרשמו באופן שגוי, שוללת את הטענה כי נפגע השוויון המהותי.

מן המקובץ עולה, כי לא היה מקום לפסול את הצעת המערער עקב הפגם של היעדר רזרבה ביחס להשקעה בחברת החדשות" (ע"מ 5678/01 שידורי עדן בע"מ נ' אפיק רום - הערוץ הישראלי החדש בע"מ, פ"ד נו(1) 917, 922-923 (2001)).

בדומה, איני רואה מניעה לייחס את העתודה הכספית בדמות הוצאות בלתי מתוכננות לטובת חוסרים אחרים בהצעה. כך עשתה המועצה, ומשכך, קשה להלום כי בשל פחות ממאת האחוז ייקבע כי ערוץ 10 לא עמד בשולי הרווח של 5%. בהקשר אחר נאמר על ידי בית משפט זה:

"לאחר עיון ושמיעת הצדדים סברנו, כי נוכח השיעור הזניח מאוד של הפרש הערכות המיטיב (82 שח, 0.0002% ותום הלב שאין עליו חולק, וכן העדר יתרון למערער, נכנס המקרה לגדרי החריג הנדיר בנושאי ערבויות, ואינו פוגע באופן ממשי בהלכה המחמירה בהקשרים אלה..." (ע"מ 5345/15 מפרם בע"מ נ' עירית טבריה (8.5.2016)).

33. למעלה מן הצורך, ובהנחה שהמועצה לא הייתה רשאית לקזז את החוסרים מול הוצאות הבלתי"ם, אזי הרווח התפעולי היה עומד על 3.8%. לגישת ועדת המכרזים, גם במקרה זה, לא היה מקום לפסילתה של ההצעה. זאת, לאור הפרשנות שנתנה המועצה לדרישה במכרז לרווח של 5% ולפיה דרישה זו אינה מהווה תנאי סף, אלא נועדה ליתן שולי ביטחון לדרישה כי ההצעה לא תהיה גרעונית. כפי שהוסבר, נדון והוחלט בישיבת וועדת המכרזים מיום 25.7.2017: "דרישה זו – היות החברה לא הפסדית – היא הדרישה המהותית והעיקרית, הדרישה להציג רווח תפעולי של 5% נועדה להבטיח 'שולי ביטחון' על מנת שלא לחרוג מהדרישה המהותית".

ערוץ 2 תקף פרשנות זו בעתירתו, באשר לשיטתו הדרישה לרווח תפעולי מהווה תנאי סף במכרז.

34. לא אכחד כי שאלת הפרשנות היא גבולית ואינה נקיה מספקות. אך לסופו של יום, אני סבור כי אין מקום להתערב בפרשנות של ועדת המכרזים. הלכה עמנו כי כאשר לשון התנאי סובלת שני פרושים אפשריים ניתן משקל לעמדתה הפרשנית של ועדת המכרזים (ע"מ 7590/12 החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ נ' לינום בע"מ (18.4.2013) (להלן: עניין החברה הלאומית)). הלכה נוספת עמנו, כי יש ליתן עדיפות

לפרשנות המקיימת את הצעות המשתתפים על פני פרשנות הפוסלת אותן (עניין החברה הלאומית; עניין מתן שירותי בריאות; ע"מ 1873/12 אסום חברה קבלנית לבניין בע"מ נ' אוניברסיטת באר שבע, בפסקה 3 (6.8.2012); ע"א 4605/99 אלישרא מערכות אלקטרונית בע"מ נ' רשות שדות התעופה, פ"ד נה(1) 1, 9-10 (1999); ע"מ 5487/06 סופרמאטיק בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, בפסקאות 11-12 (12.4.2009); ע"מ 5949/07 אמישרגז גז טבעי בע"מ נ' פזגז (1993) בע"מ, בפסקה 9 (28.4.2008); ע"מ 5511/13 א.נ.א. חשמל בע"מ נ' חברת נמל אשדוד, בפסקה 28 (16.6.2014)).

תנאי הסף פורטו בסעיף 19 של תנאי המכרז, והדרישה לרווח תפעולי של 5% אינה נכללת בתנאים אלה. בבואנו לפרש את הסעיף, יש ליתן משקל כי בסמוך לדרישה לרווח של לפחות 5% נקבע כי "מובהר כי לבעל הרישיון לא מובטח רווח כזה או אחר כתוצאה מהפעלת הערוץ".

עמדנו על כך שההצעה במכרז אינה יכולה להיות גרעונית, ועליה להתכנס למסגרת התקציבית על פי התשלום השנתי שהכנסת מקצה לשידורי הערוץ. דרישה זו, כאמור, נובעת מהחוק עצמו ולא ניתן לחרוג ממנה, אך החוק אינו מחייב רווח, ולא התיימר לקבוע רף של רווח תפעולי. לכן, יש הגיון בפרשנות לפיה תנאי זה נכנס למכרז על מנת לקבוע שולי בטחון שהמציע לא ירד מהם ויגיע לכדי הצעה גרעונית. זה הפירוש שנתנה הוועדה למכרז בזמן אמת, עוד בשלב בו הוכרז ערוץ המורשת כזוכה, ופרשנות זו הגיונה בצידה. אף לא למותר לציין כי ערוץ 10 לא היה היחיד שפירש באופן זה את המכרז, וגם על פי הצעתו של ערוץ המורשת, לשיטתו-שלו, הרווח התפעולי עמד על 3.41% בלבד (כאמור, לא כך נמצא לסופה של בדיקה, כפי שפורט בחוות הדעת הפוסלת).

לכך יש להוסיף כי ניקוד פרק התכנית העסקית לא כולל התייחסות מפורשת לרווח התפעולי. גם מטעם זה סברה ועדת המכרזים כי אין מדובר בתנאי סף.

35. השקעה של 84%: סעיף 5.1 לנספח ד' 1 למסמכי המכרז קובע כלהלן: "מידי שנה ישקיע בעל הרישיון בתוכניות מהפקה מקומית המשודרות בשידור ראשוני בשידורי הטלוויזיה (שידורי הכנסת והמשדרים הנוספים) ובשידורי הוועדות באתר האינטרנט של הערוץ, סכום שלא יופחת מ-84% מסכום התמורה".

ערוץ 2 טען בעתירתו כי ערוץ 10 לא עמד בדרישה להשקעה של 84% מסכום התמורה.

אין ממש בטענה זו. סעיף 5.2 למכרז מבהיר כי לצורך בחינת העמידה בחובת ההשקעה של 84% ניתן להתחשב גם ב"רכש מקומי" או רכש זר עד לשיעור של 5% מסכום ההשקעה הנדרש. כך נעשה על ידי ערוץ 10, שהתחייב ל"רכש זר" בסכום של 620,000 ₪. בשל טעות, ערוץ 10 לא סכם הוצאה זו במסגרת התחשיב שערך ואין מקום להתעבר על טעות זו.

אכן, וכפי שהוסבר על ידי המועצה, באחת הטבלאות של חוות הדעת הכלכלית שצורפה להחלטת הבחירה, חלק מכספי הבלת"ם חושבו בטעות כהוצאה לצורך העמידה בחובת ההשקעה של 84%. אך גם אם מנטרלים את סכום הבלת"ם שנכלל באותה טבלה, שיעור ההשקעה על פי הצעת ערוץ 10 עומד על 85.41%, דהיינו יותר מ-84% כפי שנדרש (וזאת גם לאחר ניכוי ההוצאות על תכניות שאורכן קצר מ-15 דקות ואשר המועצה לא לקחה אותן בחשבון).

36. הטענה לניקוד עודף: אין חולק כי אחד מחברי ועדת המכרזים העניק במספר סעיפי משנה יותר מהניקוד המקסימלי שנקבע במכרז לאותם סעיפים. על כך הלין ערוץ 2 בעתירתו בטענה כי יש לפסול את כל הניקוד שניתן על ידי אותו חבר ועדה.

אלא שהדברים לא נעלמו מוועדת המכרזים, שבדקה ומצאה כי גם "בניטרול" הטעות בניקוד, דירוג ההצעות לא משתנה. זאת, גם אם ועדת המכרזים הייתה הולכת לשיטתו של ערוץ 2 ומבטלת את כל הניקוד שהעניק אותו חבר ועדה, ולא רק בקריטריונים בהם הוענק הניקוד העודף. גם פעולה בדרך זו לא היתה מביאה לכך שערוץ 2 יוכרז כזוכה אלא לצמצום הפער בלבד. כשלעצמי, אני סבור כי הדרך של ביטול כל הנקודות שהוענקו על ידי אותו חבר ועדה, לא נראית לי עדיפה מהדרכים האחרות בהן נבחן העניין על ידי ועדת המכרזים. נהפוך הוא.

37. תוספת ניקוד: ערוץ 2 טען כי היה על ועדת המכרזים להעניק להצעתו 20 נקודות נוספות במסגרת סעיף היכולת הטכנולוגית. הסעיף הרלוונטי במכרז הוא סעיף 44.6.1 הקובע כלהלן:

"ניסיון של מי מנושאי המשרה המפורטים בסעיף 44.2.2 לעיל באיפיון או פיתוח או הקמה או ניהול ותחזוקה של אתר אינטרנט הכולל נגן ותכני וידאו (40 נק'); ניסיון בכל אחד מהפרמטרים יקנה 10 נק'. ניסיון בכל הפרמטרים יקנה לא יותר מ-40 נק'".

בסעיף 44.2.2 למכרז אנו מוצאים את נושאי המשרה הבאים: מנכ"ל המציעה, עורך ראשי, מפיק ראשי ומנהל טכני (אשר יכול להיות גם מנהל חברה חיצונית שנשכרה לצורך זה).

במסגרת סעיף זה זכה ערוץ 2 ב-20 נק' עבור המנכ"ל, וזאת בגין הפרמטרים של "הקמה" ו"ניהול".

לאחר שוועדת המכרזים הכריזה על ערוץ 10 כזוכה במכרז, פנה ערוץ 2 לוועדת המכרזים בטענה כי היה עליה להעניק ניקוד נוסף בגין ניסיונו של מר רמי דניאל, מנהל של חברה חיצונית, שהוצע על ידה לתפקיד של מנהל טכני. ועדת המכרזים בחנה את קורות חייו של מר דניאל, ולא מצאה כי יש להעניק 20 נק' נוספות בגין איפיון ופיתוח אתר אינטרנט הכולל נגן ותכני וידאו.

מבלי להידרש לפרטי הפרטים של טענת ערוץ 2, מוקד הטענה הוא שאין להבחין בין ניסיונו האישי של דניאל לבין החברה בה הוא עובד, ואין להבחין בין אתר אינטרנט הכולל נגן ותכני וידאו לבין ניסיון באפיון ופיתוח אפליקציה.

38. דין הטענה להידחות.

ועדת המכרזים הבהירה כי המציעה רשאית לשכור שרותי חברה חיצונית, אולם הניקוד לא ניתן בגין ניסיונה של החברה החיצונית אלא בגין הניסיון של אדם בשר ודם. ממילא אין נפקות לשאלה אם ניתן להכיר בניסיון החברה לגבי אפיון או פיתוח אפליקציה כתחליף לאפיון או פיתוח אתר אינטרנט אינה רלבנטית.

עם הגשת העתירה המתוקנת, העלה ערוץ 2 לראשונה את הטענה כי למר דניאל עצמו יש ניסיון באפיון ובפיתוח של אתר אינטרנט, בנוסף לאפיון ופיתוח אפליקציה (טענה שלא נטענה בעתירה המקורית ולא קודם להגשתה). בנוסף, אף צורפה חוות דעת של פרופ' שיזף רפאלי המתייחסת לשאלה אם ניסיונו של מר דניאל באפיון ובפיתוח של אפליקציה, בנוסף לניסיונו בתחומים אלה באתר אינטרנט, הולם את דרישות המכרז.

הוועדה סברה כי פירוט ניסיון שלא הוצג בהצעה, במיוחד לאחר שניתנו מספר הזדמנויות לכך, מהווה שיפור אסור של ההצעה.

39. לא אכחד כי קו הגבול בין הבהרה או השמטה טכנית לגבי ניסיון קודם, לבין שיפור הצעה בדיעבד, אינו תמיד חד וברור. לעיתים, קורות החיים או תעודות על תואר או הסמכה וכיוצ"ב מסמכים, מעידים על כך שמלכתחילה המציע עמד בתנאים הנדרשים, אך השמיט בטעות מההצעה פרטים נוספים שנדרשו. לעיתים, עצם העובדה שהמציע כתב כי יש לו ניסיון בתחום מסוים או שהוא מוסמך בתחום מסוים, מאפשרת גמישות-מה באופן שיתאפשר למציע להוכיח טענתו לאחר הגשת ההצעות. מנגד, יש מקרים בהם פירוט ניסיון שלא נזכר כלל בהצעה מהווה מקצה שיפורים:

"אין לאפשר הליך הבהרה שמעניק למציע 'מרחב תימרון' המהווה למעשה תיקון ושינוי ההצעה באופן מהותי. זאת, משום שקיום הליך שכזה עם אחד המציעים טרם הכרזת הזוכה במכרז – עולה למעשה כדי משא ומתן אסור הפוגע בכללים של שוויון ושל תחרות הוגנת שהם לב ליבו של ההליך המכרזי [...]."

אשר על כן, האפשרות שניתנה למשיב לצרף המלצות נוספות לא הייתה אלא 'מקצה שיפורים' העולה כדי שינוי ותיקון של ההצעה, תוך פגיעה בעקרון השוויון ביחס למציעים אחרים. פנייה זו לא תאמה את עקרונות השוויון והתחרות ההוגנת שעליהם מושתתים דיני המכרזים, ולכן צירוף שתי המלצות הנוספות להצעת המשיב – לא היה כדין" (עע"מ 1012/12 קופי טיים בע"מ נ' אחוה המכללה האקדמית לחינוך, בפסקה 12 (22.8.2012)).

(עוד לחשש כי הבהרה עלולה להקנות למציע "טווח תמרון" שיאפשר לו להכניס שינויים בהצעתו במסווה של מתן הבהרה, ראו עע"מ 5853/05 אחים כאלדי בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ, בפסקה ט"ו (16.1.2007)).

40. במקרה דנן ועדת המכרזים אפשרה מספר סבבי הבהרות ושאלות (צורפו כנספח א' לעתירה), אך ערוץ 2 לא הפנה שאלת הבהרה, ובקורות חייו של מר דניאל כפי שצורפו להצעה לא צויין כל ניסיון בפיתוח אתר אינטרנט הכולל נגן ותכני וידיאו. בנסיבות אלה, לאחר מספר סבבי הבהרה, דומה כי גם עיקרון הסופיות צריך לבוא לידי ביטוי, ועל כן איני רואה להתערב בנקודה זו בהחלטתה של ועדת המכרזים.

עוד אפנה להוראת סעיף 42.2 למסמכי המכרז, ולפיו:

"[...] הוועדה לא תהיה חייבת לאפשר למציעים להשלים ו/או להבהיר את הצעתם לאחר הגשתה, וכי אין בסמכות

הוועדה לאפשר השלמות או הבהרות כאמור, כדי לגרוע מחובתם של המציעים לכלול בהצעתם פרטים מלאים ומדויקים [...]”.

לא למותר לציין, כי גם מציעים אחרים “איבדו נקודות” בסעיף זה בגין היבטי ניסיון שלא פורטו דיים. מכאן שיש ממש בטענת המועצה כי מתן אפשרות להוסיף פרטים חדשים עלול לפגוע בשוויון, במיוחד לאחר סבבי ההבהרות.

ביטול המכרז

41. עמדנו על החלטת הפסילה ועל החלטת הבחירה. מדיוננו לעיל, ניתן להתרשם ממורכבותו של המכרז ומכך שגם בהצעת ערוץ 10 נפלו פגמים כאלה ואחרים. מכאן העתירה החלופית של ערוץ 2 ושל ערוץ המורשת לביטול המכרז ולעריכתו מחדש. בהקשר זה נטען ל”צללים כבדים” האופפים את המכרז, כמו השינוי בהרכב חברי הוועדה, השחרות בפרוטוקולים, ניקוד שנעשה בעפרון ועוד.

בטענות כלליות אלה, שחלקן נושאות אופי קונספירטיבי, לא מצאתי ממש. נוכח התארכות הליכי המכרז, חל שינוי בהרכבה של ועדת המכרזים, וקשה להלום כי כל שינוי בהרכב המועצה ידרוש בחינת ההצעות מהתחלה, כאילו לא נעשה דבר. השחרת חלקים מהפרוטוקולים באה על מנת לאפשר לחברי המועצה להתבטא באופן חופשי ועל מנת להגן על סודות מסחריים של המציעים.

[במאמר מוסגר: האינטרס של ערוץ 2 בביטול המכרז מובן מאליו. כל עוד לא נכנס המפעיל החדש לתמונה, ערוץ 2 ממשיך להפעיל את ערוץ הכנסת מכוח צו הארעי שניתן על ידי בית משפט זה ביום 19.7.2017].

42. ידועה ההלכה כי ביטול מכרז הוא סעד קיצוני, אינו עניין של מה בכך, יש להימנע מתוצאה זו ככל הניתן ולנקוט בדרך זו רק אם אין אפשרות אחרת (ראו, מבין רבים, עע”מ 4818/17 טל אופיר גינון ופיתוח בע”מ נ’ עיריית כרמיאל (28.2.2018); עע”מ 53/14 אריאל וימאזור בקרת תנועה וחניה בע”מ נ’ ועדת המכרזים-משטרת ישראל (24.2.2014); עומר דקל מכרזים כרך ב, בעמ’ 309-312 (2006)). לצד האינטרס הציבורי שעלול להיפגע בשל דחייה במימוש המכרז, הרי ש”ביטול מכרז שם לאל עבודה והשקעות מרובות בהכנת הצעות; הוצאת מכרז חדש עלולה לפגוע בעקרון הסודיות והשוויון; הדבר פותח פתח להתקשרות עם מציע שלא היה זכאי לזכות במכרז

המקורי, והדבר עלול לשבש את התחרות ההוגנת" (ע"א 5035/98 משהב חברה לשיכון בניין ופיתוח בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נו(4) 11, 27 (2002)).

הלכה זו כוחה יפה על דרך של קל וחומר בענייננו, כאשר מדובר במכרז מורכב שבו הושקעו משאבים רבים ומאות ושמא אלפי שעות עבודה; מכרז מיוחד הקבוע בחוק מיוחד, שהמחוקק ביקש להביאו ישירות לפתחו של בית משפט זה, להבדיל ממכרזים אחרים אשר נדונים כדבר שבשגרה בבית המשפט לעניינים מינהליים. מכרז חדש יחתור תחת העיקרון של תחרות הוגנת ושוויון לאחר שנחשפו פרקי התוכן שהציעה כל אחת מהמציעות, וביטול המכרז, יש להניח, אך יביא לסבבים נוספים של התדיינות אין קץ.

קיצורו של דבר, שאיני רואה מקום להיעתר לסעד החלופי של ביטול המכרז.

סיכום וסוף דבר

43. המכרז להפעלת ערוץ שידורי הכנסת הגיע לקו הסיום לאחר תהפוכות ותלאות, ולאחר שאסף בדרכו מספר עתירות. הצעתו של ערוץ המורשת הוכרזה פעמיים כזוכה, אך לסופו של יום נפסלה על-ידי המועצה, והצעת ערוץ 10 הוכרזה כהצעה הזוכה.

ככל שהעמקנו חקר בטענות הצדדים, וככל שדרשתי ונכנסתי לבחינת המסמכים והמספרים, כך התחזקה דעתי כי יש לחזור לנקודת המוצא לפיה בית המשפט אינו יושב כוועדת מכרזים עליונה. הדברים נכונים בפרט כאשר מדובר בניקוד של מכרז מורכב, שנמצא בליבת שיקול הדעת המקצועי של המועצה בשבתה כוועדת מכרזים, ובמיוחד משנסתייעה הוועדה במומחים מטעמה. באספקלריה זו של ביקורת שיפוטית מצאתי כי לא נפלו בהחלטת הוועדה "מריעין בישין" של המשפט המינהלי ולא נפל פגם מהותי העומד בניגוד לדיני המכרז הציבורי.

44. אשר על כן, אמליץ לחברי לדחות את שתי העתירות.

ערוץ המורשת (העותרת בבג"ץ 4587/18) יישא בהוצאות המשיבים 4-1 בעתירתו סך 30,000 ₪ כל אחד (סה"כ 120,000 ₪). ערוץ 2 (העותרת בבג"ץ 5064/18) יישא בהוצאות המשיבים 3-1 בעתירתו בסך 30,000 ₪ כל אחד (סה"כ – 90,000 ₪).

ש ו פ ט

השופט ג' קרא:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט ע' גרוסקופף:

אני מסכים לפסק דינו המפורט לעילא ולעילא של חברי, השופט יצחק עמית.

אבקש להוסיף אך זאת: העותרות בבג"ץ 5064/18 העלו טענות ומענות נגד אופן בחינת הצעת הזוכה (ערוץ 10), אשר משמען כי לשיטתן עלינו לבחון את החלטות ועדת המכרזים ב"עוקצי תאנים" (בבלי, סנהדרין ט, ע"ב). חברי נענה לאתגר, ובדיקותיו וחקירותיו העלו כי גם במבחן מחמיר זה עומדת החלטת ועדת המכרזים. כשלעצמי, רמת ביקורת זו עולה בהרבה על הנדרש, וחלק ניכר מהטענות והמענות שהעלו העותרות בבג"ץ 5064/18 ניתן היה לדחות בלא צורך בדיון לגופן, בהיותן השגות על קביעות מקצועיות של ועדת המכרזים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' עמית.

ניתן היום, ז' באב התשע"ח (19.7.2018).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט