



בבית המשפט העליון

ע"מ 3665/20

לפני: כבוד השופט ג' קרא

המבקשת: אור עד מהנדסים (1987) בע"מ

נגד

המשיבות:

1. עיריית חדרה
2. חברה כלכלית חדרה בע"מ
3. געש לד אגודה שיתופית חקלאית בע"מ
4. אלמור חשמל התקנות ושירותים (1986) בע"מ
5. א.א.כ.י. שירותי חשמל ואחזקה בע"מ

בקשה לסעד זמני עד להכרעה בערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים מיום 2.6.2020 בעת"מ 17595-03-20 שניתן על ידי כב' השופט ד"ר מ' רניאל

בשם המבקשת: עו"ד רות ברק; עו"ד אמוץ ויס

בשם המשיבות 1-2: עו"ד איתן רוטשילד; עו"ד אורון אלוני

בשם המשיבה 3: עו"ד ערן וינר; עו"ד אסף וינר

החלטה

לפניי בקשה לסעד זמני עד להכרעה בערעור שהוגש על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים (כב' השופט ד"ר מ' רניאל) מיום 2.6.2020 בעת"מ 17595-03-20.

הרקע לבקשה

1. ביום 28.6.2018, הגישה המשיבה 1, עיריית חדרה (להלן: העירייה), בקשה לתמיכה בהתייעלות אנרגטית ולהפחתת פליטות גזי חממה (מכוח הוראת מנכ"ל 4.41) וזאת במסגרת שיתוף פעולה בין העירייה למשיבה 3 (להלן: געש). הבקשה התבססה על

גופי התאורה של געש לביצוע פרויקט התייעלות אנרגטית במאור רחובות העיר חדרה (להלן: שיתוף הפעולה). הבקשה התייחסה לשני סעיפי מענקים: האחד, מענק בגין ביצוע פרויקט התייעלות אנרגטית; השני, מענק מוגדל בגין התקנה מסחרית של טכנולוגיה ישראלית חדשנית של גופי התאורה של געש (להלן: המענק המוגדל). ביום 26.11.2018, העירייה זכתה במענק החדשנות הטכנולוגית של משרד הכלכלה והתעשייה (באמצעות הרשות לחדשנות) בגין הבקשה שהגישה במסגרת ה"קול קורא". הודעה בדבר זכיית העירייה ב"קול הקורא" פורסמה ביום 12.5.2019 באתר האינטרנט "אתר השירותים והמידע הממשלתי".

2. משאושרו המענק והמענק המוגדל, הסמיכה העירייה את המשיבה 2, תאגיד עירוני בבעלותה המלאה של העירייה והעוסקת בניהול ובביצוע פרויקטים עירוניים בעיר חדרה (להלן: החברה הכלכלית או החברה), לפעול בשם העירייה ובמקומה להוצאתו לפועל של הפרויקט להתייעלות אנרגטית בתחום תאורת הרחובות, במסגרתו החברה הכלכלית תפרסם מכרז להתקנת גופי תאורה ומערכות שליטה ובקרה של געש בעיר חדרה באמצעות קבלן מבצע.

ביום 24.12.2019, נכרת הסכם בין החברה הכלכלית לגעש לרכישת גופי התאורה מגעש (להלן: ההסכם). במסגרת ההסכם, געש התחייבה למכור ולספק לחברה או לקבלן המבצע שיזכה במכרז – גופי תאורה, לרבות תקופת אחריות. בנוסף, געש התחייבה להכין ולספק תכנון מקדים מפורט ועריכת חישובי תאורה לכל מערכת המאור הציבורי בעיר חדרה וכן לספק מערכת שליטה ובקרה.

3. ביום 26.12.2019, פרסמה החברה הכלכלית את מכרז פומבי 15/2019 לאספקה, התקנה ומימון תאורת רחובות ושטחים ציבוריים בטכנולוגיית לד ומערכות שליטה ובקרה (להלן: המכרז). במכרז הובהר כי כל המערכות נשוא המכרז תסופקנה על ידי געש. למכרז צורף כנספח ההסכם שבין החברה הכלכלית לגעש. במכרז נכתב כי הזוכה במכרז ירכוש את הטובין הנדרשים ישירות מגעש, יתקין ויתפעל אותם. עבודות המכרז כוללות, בין היתר: תכנון, הספקה והחלפת תאורת רחובות הקיימת בתאורת לד חסכונית; תכנון הספקה והתקנת יחידת תקשורת בכל פנס אשר תאפשר את ניהול התאורה ברמת הפנס הבודד; תכנון, הספקה והתקנת מערכת שליטה ובקרה באמצעותה תנוהל מערכת התאורה החדשה, לרבות התקנת תשתיות חשמל ותקשורת לתפעול וחיבור מערכות השליטה והבקרה. בהתאם למכרז, הקבלן שיזכה בו ירכוש את מערכות געש לפי המחירים שסוכמו בהסכם עם געש ויתקין את המערכות באזורי עבודה, לפי תכנון של געש. כנגד ביצוע התחייבויות הזוכה במכרז, הזוכה יקבל תשלום שנתי עבור כל פנס

חדש שהוא התקין לפי סוג הפנס במשך תקופת החזר של תשע שנים, שתחילתה מהשנה השנייה (אחרי שנת הבדק) לאחר התקנת הפנסים בפועל.

4. המבקשת, ספקית ויבואנית מורשית של גופי תאורה לרבות גופי תאורת לד, השתתפה בסיוור קבלנים (מפגש מציעים) ביום 9.1.2020. בפרוטוקול מפגש המשתתפים הנ"ל (פרוטוקול מיום 13.1.2020), נכתב בחלק של 'שאלות ותשובות' כי "האם חובה לגשת למכרז עם הציוד של געש? - געש הוא הספק שאושר על ידי הרשות לחדשנות כספק ציוד לעיריית חדרה במסגרת המענק שאושר לפרויקט זה".

החברה עדכנה כי המשתתפים במפגש המציעים רשאים לפנות לחברה ולבקש הבהרות בקשר למכרז עד ליום 30.1.2020. ביום 30.1.2020 פנתה המבקשת לראשונה לעירייה ולחברה בטענה כי היה נדרש לפרסם מכרז טרם ההתקשרות עם געש בהסכם ומכיוון שהמכרז מבוסס על התקשרות בלתי חוקית – דינו בטלות. המבקשת גם דרשה להקפיא את הליכי המכרז ובנוסף להציג מסמכים הקשורים להסכם. בתשובה לפניית המבקשת מיום 30.1.2020, טענו העירייה והחברה בכתב מיום 10.2.2020, כי "לנוכח בחירת געש, על ידי הרשות לחדשנות, כגורם המקצועי היחיד הרלוונטי בנסיבות העניין (שבעטיו אושר המענק המוגדל), החליטה העירייה לקדם פרויקט... (ההדגשה הוספה), הרי ההתקשרות עם געש לא דרשה הליך מכרזי מעבר להליך הבחירה הפומבי שערכה הרשות לחדשנות, "וממילא יוזכר כי געש הינה הגוף המקצועי היחיד שהינו גם בעל הידע והמומחיות הנדרשים לביצוע הפרויקט בנסיבות אלה" (שם). בין הצדדים הוחלפו תכתובות נוספות בנושא. ביום 6.2.2020, הודיעה החברה על דחיית המועד האחרון להגשת ההצעות ליום 11.3.2020. לתיבת המכרז הוגשו שתי הצעות – של המשיבות 4 ו-5.

5. ביום 9.3.2020, המבקשת הגישה עתירה מינהלית לבית משפט קמא (להלן: העתירה). בעתירה נתבקש לקבוע כי התקשרות העירייה והחברה לרכישת גופי התאורה, לרבות ההסכם, היא בלתי חוקית ובטלה, כי התקשרות העירייה עם געש להגשת הבקשה ללא הליך תחרותי קודם היא בלתי חוקית ובטלה וכי המכרז בטל ולחלופין כי יש לשנותו כך שלא תוגבל האפשרות להתקין גופי תאורה של המבקשת או של ספקים אחרים. לפי הצו הזמני שניתן במסגרת העתירה, ההצעות שהוגשו במכרז נפתחו, מבלי שנפתחו המעטפות של הצעות המחיר, ונבדקו עמידתן בתנאי הסף שנקבעו במכרז ו"איכותן" לפי אמות המידה האיכותיות שנקבעו בהזמנה למכרז. נמצא כי ההצעות שהוגשו עומדות בתנאי הסף.

ביום 26.3.2020, העירייה פנתה למשרד הכלכלה להעברת "מכתב המאשר כי הטכנולוגיה היחידה המאושרת לביצוע ומימוש המענק במסגרת כתב האישור לעיל הינו של געש לד וזאת כספק יחיד ובפטור ממכרז בהתאם לתכולת הבקשה שהוגשה ואושרה". במענה לפנייה זו, מיום 29.3.2020, שכותרתו "כתב אישור מ20/12/18" שנכתב לעירייה מהכלכלן הראשי במשרד הכלכלה והתעשייה, נכתב כי במסגרת כתב האישור אושר מענק כספי וכי:

"ועדת המחקר ברשות לחדשנות בדקה ומצאה כי בעניינה של חברת געש מוצרי תאורה בע"מ, מדובר בהתקנה מסחרית של טכנולוגיה ישראלית חדשנית... לאור האמור, חברת הטכנולוגיה הישראלית החדשנית שעומדת בהגדרה היא החברה היחידה שלה בעלות על הקניין הרוחני המאושרת במסגרת כתב אישור זה".

פסק דינו של בית משפט קמא

6. בית משפט קמא דחה את העתירה. נקבע, כי העתירה הוגשה נגד שני מעשים: האחד, שיתוף הפעולה של העירייה עם געש להגשת בקשה למימון ממשלתי; השני, ההסכם בין החברה הכלכלית לגעש מיום 24.12.2019. בית משפט קמא הדגיש, כי "כפי שעולה במפורש בהודעת העותרת, העתירה לא הוגשה כנגד המכרז, והאזכור של המכרז, לרבות בבקשת הסעד לא היה אלא תוצאה מסתברת של ביטול ההחלטות שכנגדן מוגשת העתירה".

7. נקבע כי העתירה הוגשה באיחור (להבדיל משיהוי) ושלא בהתאם למועדים הקבועים בתקנה 3(ב) לתקנות בתי משפט לענינים מינהליים (סדרי דין), התשס"א-2000, לפיה עתירה תוגש לא יאוחר מ-45 ימים ממועד פרסום ההחלטה או מיום ידיעת העותר עליה. המבקשת ידעה על כך ביום 26.12.2019, בעוד העתירה הוגשה רק ביום 9.3.2020. למרות שהמבקשת לא ביקשה להאריך את המועד להגשת העתירה, בית משפט קמא בחן את האיחור בהגשת העתירה לפי כללי השיהוי. נקבע, כי המבקשת לא הסבירה את האיחור בתקיפת ההחלטות. בית המשפט קבע כי התקיים שיהוי אובייקטיבי וסובייקטיבי בהגשת העתירה ולפיכך קבע כי דין העתירה להידחות עקב איחור בלתי מוצדק בהגשתה.

לעניין הסמכות העניינית, נקבע כי שיתוף הפעולה איננו 'חוזה' כאמור בפרט 5 לתוספת הראשונה חוק בתי משפט לענינים מינהליים, התש"ס-2000, אלא היה מדובר בהגשת בקשה מתואמת של העירייה וגעש למענק ממשרד הכלכלה. לכן, אין לבית המשפט לענינים מינהליים סמכות לדון בכך. לעומת זאת, נקבע כי ההסכם לרכישת גופי התאורה הוא הסכם לרכישת טובין ושירותים ויש סמכות עניינית לבית המשפט לענינים

מינהליים לדון בהסכם משום שהחברה הכלכלית, למרות היותה תאגיד עירוני, היא ידה הארוכה של העירייה.

8. לגופו של עניין, בית משפט קמא בחן את ההסכם, שנכרת מבלי שהתקיים מכרז, וקבע כי:

"בהינתן המענק ממשרד הכלכלה, ובחירתו של משרד הכלכלה במשיבה 3 כספק המתאים למימוש המענק לעידוד חדשנות טכנולוגית ישראלית בהתייעלות אנרגטית, אני מקבל את טענת המשיבות שמבחינה עניינית התקיימו תנאי תקנות המכרזים לפטור ממכרז, לפי סעיף 3(4)... (שם, בפס' 38; ההדגשה הוספה).

סעיף 3(4) לתקנות העיריות (מכרזים), התשמ"ח-1987 קובע פטור ממכרז כשמדובר בספק לטובין או מומחה בעבודה יחידים בארץ והוועדה מינתה מומחה שקבע בכתב באישור הוועדה שאכן אותו ספק או מומחה הוא היחיד בארץ. בית משפט קמא חזר על ההלכה הפסוקה לפיה יש לפרש את התנאים לפטור ממכרז באופן דווקני ומצמצם. משלא התקיימו תנאים אלו בענייננו, היה על העירייה, באמצעות ידה הארוכה החברה הכלכלית, לקיים מכרז. עם זאת, נקבע כי:

"למרות אי קיום התנאים, העותרת לא היתה זוכה לשום יתרון אילו היה מתקיים המכרז הפומבי. זאת, משום שלמרות טענתה בעתירתה שהיא עומדת בתנאים לקבלת המענק בגין חדשנות טכנולוגית ישראלית, היא לא ניגשה כלל למשרד הכלכלה לאישורה על פי הקול הקורא. ההחלטה שלפיה המשיבה 3 היא ספק יחיד המתאים לכללי המענק לא התקבלה על ידי המשיבות 1,2, אלא הוכתבה על ידי משרד הכלכלה, ועל כן בשלב שלאחר החלטת משרד הכלכלה, נותרה למעשה המשיבה 3 כספק יחיד. בכך שונים הדברים מבר"מ 2349/10 שעשועים וספורט בע"מ נ' עיריית בני ברק (ניתן 20.5.10) שבו ההחלטה התקבלה על ידי הרשות המקומית. אילו היה מפורסם מכרז בשלב זה שלפני עריכת ההסכם מיום 24.12.19, לא היתה העותרת יכולה לזכות בו, משום שאינה עונה לתנאים של המענק שלפיו מבוצע הפרויקט. השלב שבו ניתן היה לבחור בספק אחר הוא השלב שלפני החלטת משרד הכלכלה, אך העותרת לא השתתפה בשלב זה. [...]

על כן, אפילו נפל פגם בכך שלא קוימו הוראות סעיף 3(4) לתקנות העיריות (מכרזים) כלשונן, זכויותיה של העותרת לא נפגעו" (שם, בפס' 40, 43; ההדגשות הוספו).

9. ביום 8.6.2020, הוגשו הערעור והבקשה למתן סעד זמני. במסגרת בקשה זו התבקש צו האוסר על העירייה והחברה להמשיך בהליכי המכרז ובכלל זה צו האוסר על פתיחת ההצעות הכספיות שהוגשו למכרז ולחלופין צו האוסר על ביצוע ההסכם. באותו

היום, השופטת ד' ברק-ארז נתנה צו ארעי האוסר על פתיחת ההצעות הכספיות שהגישו המשיבות 4-5.

טענות המבקשת

10. לעניין שיקול מאזן הנוחות, לטענת המבקשת מדובר במכרז להקמת תשתית – מערכות בקרה וגופי תאורה ולכן נקודת המוצא היא מתן צו. המבקשת מסתמכת על בר"ם 2349/10 שעשועים וספורט בע"מ נ' עיריית בני ברק (20.5.2010) (להלן: עניין שעשועים וספורט) (שם תקפה המבקשת מכרז להספקת משחקים ולהתקנתם); בר"ם 4297/15 כרמל פלור דיזיין בע"מ נ' דשא עוז (5.7.2015) (מכרז להתקנת משטחי בטיחות מדשא סינתטי – התקנה שהיא במהותה פעולה חד פעמית). המבקשת טוענת כי מהתנהלות העירייה והחברה הכלכלית עולה כי אין דחיפות בקידום הפרויקט. המבקשת טוענת כי הנזק שייגרם לה בגין מימוש התקשרות בלתי חוקית עם געש הוא בלתי הפיך: מניעת יכולתה להתחרות על אספקת גופי התאורה שלה לעירייה, בין במישרין ובין בעקיפין באמצעות קבלן שיזכה במכרז להתקנת הגופים. מנגד, הנזק שייגרם לעירייה ולחברה הכלכלית הוא דחייה קצרה בפתיחת המעטפות במכרז או בביצוע הפרויקט. המבקשת התמקדה בבקשתה בשיקול של סיכויי הערעור, כאשר לטענתה סיכויי הערעור גבוהים. המבקשת טוענת כי היות שבית משפט קמא קבע כי ההתקשרות בהסכם לא עמדה בתנאי הליך הפטור ממכרז, ההתקשרות אינה חוקית ולכן יש להורות על ביטולה. לטענת המבקשת, אין רלוונטיות לכך שלא נפגעו זכויותיה של המבקשת, בניגוד לקביעתו של בית משפט קמא. מעבר לכך, זכויות המבקשת נפגעו שכן נמנע ממנה להתחרות על אספקת גופי תאורה לעירייה. בנוסף, המבקשת טוענת כי בית משפט קמא שגה בקביעתו כי מבחינה "עניינית" התקיימו תנאי הפטור ממכרז מכיוון שמשרד הכלכלה ערך בדיקה לבקשת הרשות המקומית. יש למלא את תנאי הליך הפטור בדווקנות, דבר שלא התקיים בענייננו. כך, בין היתר, היה צורך בחוות דעת מומחה לפיה מדובר בספק יחיד. המבקשת טוענת כי גופי התאורה של געש אינם היחידים המתאימים לעירייה או היחידים המתאימים לקבלת המענק. בנוסף, המבקשת טוענת כי בית המשפט שגה לעניין קביעת העדר סמכותו העניינית וזאת משום שכתנאי סף להגשת הבקשה למשרד הכלכלה נדרשה הרשות המקומית למסור התחייבות לביצוע הפרויקט הכלול בבקשה. בית משפט קמא שגה בקבעו שהעתירה הוגשה באיחור. המבקשת טוענת כי היא לא הייתה יכולה לדעת על היעדר החלטה של ועדת המכרזים לעניין התקשרות עם ספק יחיד עד לקבלת מענה העירייה לפניית המבקשת מכוח חוק חופש המידע, כשבוע לפני הגשת העתירה. פרסום המכרז, לרבות ההסכם שצורף אליו כנספח, לא מעידה שלא התקבלה החלטה מינהלית רלוונטית על מתן פטור ממכרז. כמו כן, שגה בית משפט קמא בקביעתו כי משרד הכלכלה הכתיב את זכייתה של געש במענק כך שבשלב החלטת משרד הכלכלה נותרה געש כספק

יחיד. זאת, משום שמשרד הכלכלה אישר כי גופי התאורה של געש עומדים בדרישת החדשנות הישראלית, אך לא הכתיב דבר לעירייה ולא קבע כי געש היא היחידה שעומדת בדרישת החדשנות הישראלית. המבקשת טוענת כי גופי התאורה שלה עומדים בתנאי הסף של גופי התאורה במכרז, שאינם כוללים דרישה לחדשנות ישראלית. המבקשת מוסיפה וטוענת כי המחירים שנקבעו בהסכם לגופי התאורה גבוהים בכארבעים אחוזים ממחיר השוק של גופי תאורה מקבילים.

טענות המשיבות

11. העירייה והחברה טוענות בתגובתן כי דין הבקשה להידחות. פעולות המשיבות נעשו משיקולים ענייניים ובתום לב ולטובת קידום מטרות ציבוריות-עירוניות ראויות. לטענתן, מאזן הנוחות מטה את הכף במובהק לטובת דחיית הבקשה. מדובר בפרויקט בעל חשיבות עירונית וציבורית בתחום של התייעלות אנרגטית. הפרויקט נשען על המענקים שאושרו ועל רכיב מימון הרכישה על ידי הזוכה במכרז. מנגד, המבקשת לא הצביעה על נזקים העלולים להיגרם לה מדחיית הבקשה וביכולתה להגיש תובענה לפיצויים, ככל שנגרמו לה נזקים. כמו כן, לטענתן סיכויי הערעור נמוכים. ההסכם, שנכלל במפורש במכרז, אינו כפוף לחובת מכרז. לחלופין, הרשות לחדשנות אישרה את הפרויקט וניתן לבצעו רק עם מי שאישרה הרשות (געש), כך שמתקיימים המאפיינים של התקשרות עם ספק יחיד בפטור ממכרז. היה הליך תחרותי פומבי שבו געש נבחרה כזוכה. לחלופין, מהותית חלים התנאים להיות געש "ספק יחיד" מעצם בחירת געש והמערכות שלה במסגרת "הקול הקורא" על ידי הרשות לחדשנות כספק היחיד שענה על הקריטריונים המאפשרים את ביצוע הפרויקט בתנאים שאושרו. אין צורך במומחה שכן רשות ממשלתית קבעה כי געש היא הספק היחיד שעומד בקריטריונים לביצוע הפרויקט. מוצרי המבקשת אינם מהווים טכנולוגיה "ישראלית" שכן המבקשת מייבאת ומרכיבה גופי תאורה שמייצרים יצרנים בחו"ל, ולכן הם אינם עומדים בקריטריונים הנדרשים לביצוע הפרויקט נשוא המכרז אשר נשען על המענקים שאושרו. לטענתן, הטענות שהועלו בעתירה אינן מצויות בגדרי סמכותו העניינית של בית המשפט לעניינים מינהליים. לא הייתה כל התחייבות של העירייה כלפי געש. לכן, אין סמכות בעניין שיתוף הפעולה. אין סמכות גם ביחס להסכם ואין די בהיות החברה "זרועה הארוכה" של העירייה כדי "לקנות" סמכות. טענות המבקשת הועלו באיחור רב, לאחר שכל הצדדים, כולל המתמודדות במכרז, שינו מצבם לרעה ולאחר שהמשיבות השקיעו כספים רבים לצורך מימוש המכרז והפרויקט ואף עלולים לחלט ערבויות שהפקידו המשיבות להבטחת התחייבויותיהן כלפי משרד הכלכלה. העתירה הוגשה גם בשיהוי ניכר. במהלך הזמן בו השתתה המבקשת להגיש את העתירה, התקדמו הליכי המכרז, התקיימו שני מפגשי משתתפים, הוגשו בקשות להבהרות שנבחנו על ידי החברה ונענו ואף הוכנו

והוגשו הצעות. בנוסף, מדובר במכרז מורכב מבחינה מקצועית-הנדסית, כלכלית ומשפטית. געש היא הגורם המקצועי היחיד באמצעותו ניתן לממש את הפרויקט אגב קבלת המענק המוגדל – בהסכם לאספקת המוצרים שאישרה הרשות לחדשנות. לכן נקבעה בבירור במכרז הדרישה לאספקת מוצרים מתוצרת געש בלבד. מעבר לכך, זכויות המבקשת לא נפגעו. לעניין טענות המבקשת כי המחירים שנקבעו בהסכם הם גבוהים – טענות אלו לא גובו בתשתית ראייתית או בחוות דעת מומחה. גם הסעד לו עותרת המבקשת (ביטול מכרז) הוא סעד קיצוני וחריג. מתן סעד כזה או עיכובים נוספים בהליכי המכרז עלולים בסבירות גבוהה להוריד לטמיון את כל הפרויקט והמשאבים שהושקעו בקידומו בשל לוחות הזמנים שנקבעו ב"קול הקורא".

12. געש חזרה בתגובתה על טענות רבות שטענו העירייה והחברה. לטענתה, מאז הנוחות מחייב את דחיית הבקשה. זה איננו מכרז רגיל לרכישת גופי תאורה אלא הוא נועד ליישם החלטת ממשלה בדבר התייעלות אנרגטית והפחתת פליטת גזי חממה. טענת המבקשת לנזק "בלתי הפיך" היא טענה לנזק ספקולטיבי ובלתי ממשי. המבקשת לא הציגה ראיות או תימוכין לנזקים, ולבטח לנזקים בלתי הפיכים, שייגרמו לה אם לא יינתן הסעד הזמני. אין די בטענות בעלמא כי ייגרמו נזקים אלא על המבקשת להוכיח נזקה הנתענים. למבקשת לא ייגרם נזק שאינו בר תיקון שכן הפרויקט שהיא מבקשת להקפיא אינו עוסק בעבודות תשתית אלא מכרז לאספקת שירותים – התקנת מערכות תאורה. גם אם הערעור יתקבל, ניתן יהיה להחליף את הגורם שיבצע את שירותי הפירוק וההרכבה. מסקנה זו מתחזקת בשים לב לכך ששירותי הפירוק וההרכבה בהם עוסק המכרז צפויים להימשך זמן רב וסביר להניח שהערעור יוכרע לפני השלמת העבודות. מנגד, מתן סעד זמני יגרום לנזקים כבדים ובלתי הפיכים למשיבות, ובראשן לגעש. געש השקיעה משאבים רבים בהליכים. יתרה מכך, מתן הסעד הזמני עלול לסתום את הגולל על הפרויקט כולו – הקפאה או עיכוב נוספים של הפרויקט יגרמו להפסדים ולהיעדר כדאיות בביצוע הפרויקט בהתחשב במענקים. גם האינטרס הציבורי הוא שהפרויקט יתממש. העיכוב בקידומו של הפרויקט יעכב את החיסכון המשמעותי בהוצאות הגלום בפרויקט ואף עלול לסכן את האפשרות של העירייה והחברה לקבל את המענקים. בהיעדר המענקים, לא יבוצע הפרויקט. כמו כן, לערעור סיכויים נמוכים להתקבל. הרציונל העומד בבסיס מסגרת הזמנים אותה קובעת התקנות מתקיים ביתר שאת בעתירות בענייני מכרזים, בהן לטענת השיהוי משקל מיוחד. במקום להגיש עתירה, המבקשת התכתבה עם הרשות. במסגרת בחינת השיהוי נבחנת גם הפגיעה בציבור ובצדדים שלישיים והפגיעה שתיגרם להם עקב הגשתה המאוחרת של העתירה. במועד הגשת הבקשה למענק, געש הייתה הספק היחיד באמצעותו ניתן היה לקבל את מלוא המענק הממשלתי – היינו, הספק היחיד לטכנולוגיות ישראליות חדשות בתחום (פנס חכם עם יכולות תקשורת

מתקדמות). המבקשת לא טענה כי היא הייתה יכולה להגיש בקשה לקבלת המענק הממשלתי לעניין טכנולוגיות ישראליות חדשות. הפגם (אי מילוי דרישות תקנות הפטור) נרפא, כשביורר הייחודיות של געש כספקית טכנולוגיה ישראלית חדשנית לתאורת רחוב נבחנה ואושרה במסגרת הליך מקצועי שקיימה רשות החדשנות וכך ביתר שאת לאחר הזכייה במענק הממשלתי.

13. בתשובת המבקשת לתגובת המשיבות (שהוגשה ברשות), חזרה בעיקרה המבקשת על טענותיה בעניין הסתרת מסמכי העירייה, ההתחייבות של העירייה לביצוע הפרויקט, סוגיית קיומו של ספק יחיד, העדר שיהוי ונזק וקיומה של סמכות עניינית.

דיון והכרעה

14. לאחר שעיינתי בבקשה, בתגובות לה ובתשובה לתגובות, הגעתי למסקנה כי דין הבקשה להידחות.

ההלכה הפסוקה לעניין מתן סעד זמני בערעור קובעת כדלקמן (ראו, למשל: ע"מ 2738/19 תוסף קומפאונדס בע"מ נ' רשות מקרקעי ישראל (7.7.2019)):

"הלכה פסוקה היא כי בעל דין שזכה בהליך משפטי זכאי ליהנות מפירות זכייתו, כך שסעד זמני בתקופת הערעור יינתן במקרים חריגים (ראו, למשל: ע"מ 4639/07 א.ג. ייזום ונכסים בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל (4.2.2008)). על המבקש סעד זמני לתקופת הערעור להוכיח התקיימות התנאים המצטברים של סיכויים טובים לקבלת הערעור וכן ש'מאזן הנוחות' נוטה לטובתו, כמובן זה שאם יזכה בערעור יהיה קושי ממשי להשיב את המצב לקדמותו (ראו, למשל: ע"מ 7537/12 פלונית נ' בית הדין לביקורת משמורת של שוהים שלא כדין (20.11.2012) וההפניות שם; ע"א 427/13 דעוס נ' דופני (28.8.2013)). מדובר במקבילית כוחות, כאשר 'מאזן הנוחות' הוא אבן הבוחן המרכזית להכרעה בבקשה לסעד זמני (ע"מ 6949/17 בני עאדל גבאלי חברה לעבודות עפר ופיתוח בע"מ נ' ועדת המכרזים של החברה הכלכלית לפיתוח מעלות תרשיחא (1989) בע"מ (26.9.17); ע"מ 9897/17 א.ש. אלפא נכסים בע"מ נ' רשות מקרקעי ישראל (11.1.2018)). בהליך מינהלי נדרש בית המשפט במסגרת בחינת מאזן הנוחות גם לפגיעה באינטרס הציבורי (ע"מ 122/19 זכרון זאב צבי נ' מועצת עיריית ירושלים, בפס' 13 (13.2.2019))" (שם, בפס' 10).

(ראו גם: ע"מ 978/19 מוריה שירותי ניקיון אחזקה ושמירה בע"מ נ' שירותי בריאות כללית, בפס' 8 (27.2.2019)).

סיכויי הערעור

15. המועד האחרון להגשת ההצעות למכרז נקבע ליום 11.3.2020. בית משפט קמא קבע כי ידיעת המבקשת אודות ההסכם נתגבשה בוודאי ביום 26.12.2019. המבקשת פנתה למשיבות בעניין זה ביום 30.1.2020. חרף כך, העתירה הוגשה רק ביום 9.3.2020 – יומיים בלבד לפני המועד האחרון להגשת ההצעות במכרז וכחודשיים וחצי לאחר שהמכרז, אליו צורף ההסכם, פורסם ובו נכתב במפורש על ההסכם בין החברה לגעש לרכישת גופי התאורה. כלומר, העתירה הוגשה מעל 45 ימים לאחר ידיעת המבקשת כאמור (לעיל בפס' 7). עד למועד הגשת העתירה בחודש מרץ, הניחה המבקשת להליכי המכרז להתקדם באין מפריע ומבלי לתקוף אותו באמצעות הגשת עתירה לבית המשפט המוסמך. מכך עולה, כי המבקשת איחרה לכאורה בהגשת העתירה. בקביעות אלו בעניין השיהוי או האיחור בהגשת העתירה, הסיכויים כי בית משפט שלערעור יתערב לכאורה אינם גבוהים. יצוין, כי המבקשת מנסה ללמוד גזירה שווה מעניין שעשועים וספורט. באותו עניין, הרשות המקומית היא שהחליטה על קיומו של ספק יחיד (ראו: בפס' 40 לפסק דינו של בית משפט קמא). כמפורט, המקרה שלפנינו הוא שונה. לפיכך, ומבלי לקבוע מסמרות בעניין, נראה כי סיכויי הערעור לכאורה אינם גבוהים.

מאזן הנוחות

16. בענייננו, מאזן הנוחות מטה את הכף במובהק אל עבר דחיית הבקשה.

במכרזים למתן שירותים, להבדיל ממכרזי הקמת פרויקט, הנטייה היא להימנע ממתן סעד זמני בערעור שכן לרוב קבלת הערעור אינה גורמת לנזק בלתי הפיך (ראו, למשל: עע"ם 4269/19 איגוד יבואני מכשירי השמיעה בישראל נ' שירותי בריאות כללית, בפס' 26 וההפניות שם (2.7.2019) ("כאשר מדובר במכרז לאספקת שירותים הימנעות ממתן סעד זמני אינה יוצרת ככלל נזק בלתי הפיך, בהתחשב בכך שניתן להפסיק את ההתקשרות עם הזוכה במכרז אף לאחר שהחלה תקופת המכרז, ולפצות את הנפגע על הנזקים שנגרמו לו בגין אי מתן הסעד הזמני"); עע"ם 2915/12 ש.ו.ת. ורד בר כבישים ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ, בפס' 9 (31.5.2012)); השוו: בר"ם 9760/06 רחמני ששון (אפיק) 1991 בע"מ נ' משרד הביטחון, בפס' 12 (27.11.2006) (מכרז לאספקת ציוד ושירות או מכרז מסוג תפעול שוטף, ובשונה ממכרז להקמת מערכת או תשתית)). זאת, מאחר שבמכרזים למתן שירותים ניתן "להפקיע" את הזכייה מן הספק שנבחר ולהורות לרשות להתקשר עם ספק אחר. "הנזק שעלול להיגרם למבקשת מאי-מתן הסעד הזמני ניתן לכימות כספי, כך שאם יתקבל הערעור ולא ניתן יהיה לאכוף התקשרות בין הצדדים – עדיין אין לומר שאי-קבלת הבקשה תגרום לנזק בלתי הפיך, והמבקשת תוכל לתבוע פיצויים אם תחפוץ בכך" (עע"ם 6441/17 המוביל הדרומי צביקה (1990) בע"מ נ' עיריית באר שבע, בפס' 13 (23.8.2017)). בהלכה הפסוקה נקבע כי גם סיווגו של מכרז כמכרז

תשתית או הקמה – לא יטה את הכף אוטומטית לטובת מבקש הסעד הזמני (ראו והשוו: עע"ם 5643/11 אלקו התקנות ושירותים 1973 בע"מ נ' המועצה האזורית עמק הירדן, בפס' 6 (4.9.2011) ("גם אם נסווג את המכרז דנן כמכרז הקמה לכל דבר ועניין, אין בכך להטות את הכף באופן אוטומטי לטובת מבקש הסעד הזמני, שאם לא כן, נמצאת הופך את הכלל לפיו אין לעכב ביצוע פסק דין לחריג, ואת החריג לכלל"); עע"ם 3377/19 שותפות שפיר מר-טר רציף 21 נ' חברת נמלי ישראל פיתוח ונכסים בע"מ – (29.5.2019)). המכרז הוא לפרויקט של עבודות התקנת מערכות תאורה (ותפעולן) – החלפת גופי התאורה ברחובות ובשטחים הציבוריים בעיר חדרה בתאורת לד חסכונית, כאשר הקבלן שיזכה במכרז ירכוש את גופי התאורה מגעש ויתקין אותם. יוער, כי ממסמכי המכרז עולה כי העבודות המבוצעות הן בהתקנות אינדיבידואליות פר פנס, אשר יתפרשו על פני תקופה. סיווג העבודות במסגרת המכרז לכאורה אינו נוטה לכיוון של פרויקט תשתית או הקמה. כמובן זה, אם הערעור יתקבל, ניתן יהיה להחליף את הגורם שיבצע את שירותי ההתקנה והתפעול. יתר על כן, מתן סעד זמני יגרום לנזקים למשיבות, אשר השקיעו משאבים בהליכים. העירייה והחברה אף טוענות כי מתן הסעד הזמני עלול לסתום את הגולל על הפרויקט כולו וכי עיכובים בפרויקט יגרמו להפסדים. המבקשת הגישה את העתירה לאחר שהצדדים, כולל המתמודדות במכרז, שינו מצבם לרעה ולאחר שהמשיבות השקיעו כספים רבים לצורך מימוש המכרז והפרויקט. כך, בין היתר, במהלך הזמן בו השתתה המבקשת להגיש את העתירה, התקדמו הליכי המכרז, התקיימו שני מפגשי משתתפים, הוגשו בקשות להבהרות שנבחנו על ידי החברה ונענו ואף הוכנו והוגשו הצעות.

בבחינת האינטרס הציבורי, מדובר בפרויקט ציבורי בתחום של התייעלות אנרגטית – החלפת כלל תאורת הרחובות בעיר חדרה בתאורה חסכונית. הפרויקט נועד ליישם החלטת ממשלה בדבר התייעלות אנרגטית והפחתת פליטת גזי חממה, כאשר המכרז נעשה במסגרת תכנית מענקים. לפרויקט כזה חשיבות כלכלית וסביבתית בדמות חיסכון משמעותי בצריכת אנרגיה ובכספי ציבור. מקובלת עליו טענת העירייה והחברה הכלכלית, כי עיכוב בקידומו של הפרויקט יעכב את החיסכון המשמעותי בהוצאות הגלום בפרויקט (ולטענתן אף עלול לסכן את האפשרות של העירייה והחברה לקבל את המענקים, שבהיעדרם לא יבוצע הפרויקט).

טרוניות המבקשת הן על עצם ההתקשרות של החברה בהסכם עם געש לרכישת גופי תאורה – התקשרות שקדמה למכרז עצמו, בעוד המבקשת מנסה לבטל מכרז להתקנת גופי התאורה. כפי שציין בית משפט קמא, "העתירה לא הוגשה כנגד המכרז" (לעיל בפס' 6). זהו שיקול נוסף המטה את הכף כנגד מתן סעד זמני בענייננו.

סוף דבר

17. הבקשה נדחית והצו הארעי שניתן ביום 8.6.2020 מבוטל. המבקשת תישא בהוצאות המשיבות 1-2 בסך 5,000 ש"ח ובהוצאות המשיבה 3 בסך 5,000 ש"ח.

ניתנה היום, ג' בתמוז התש"ף (25.6.2020).

ש ו פ ט