



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בעניינים מינהליים

עע"מ 5484/19

לפני :
כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופטת ד' ברק-ארז
כבוד השופט ג' קרא

המערערות :
1. ישראל מקו נגב 2
2. תמר פטרוליום בע"מ
3. דור חיפושי גז
4. אוורסט תשתיות

נ ג ד

המשיבות :
1. חברת החשמל לישראל בע"מ
2. דלק קידוחים
3. Noble Energy Mediterranean Ltd.
4. רציו חיפושי נפט (1992)

ערעור על פסק הדין של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו
בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים מיום 7.7.2019
בעת"מ 42660-04-19 שניתן על ידי כבוד השופט א' יקואל

בשם המערערות : עו"ד תמר תורג'מן-קדם ; עו"ד חן כהן
בשם המשיבה 1 : עו"ד יהושע חורש ; עו"ד ליאור מימון ; עו"ד לינה מחולה
בשם המשיבות 2-4 : עו"ד צבי אגמון ; עו"ד יונתן קהת ; עו"ד חנן סידור

פסק-דין

השופט נ' סולברג:

1. לפנינו ערעור בעניין 'הליך תחרותי' בין שני מאגרי הגז 'תמר' ו'לוויתן', שאותו ערכה המשיבה 1, חברת החשמל לישראל בע"מ (להלן: חברת החשמל, או החברה), במטרה לרכוש אספקת גז טבעי בהיקף של כ-535 מיליון דולר. המערערות הן תאגידים המחזיקים במאגר תמר באחזקה כוללת בשיעור של 53% מהמאגר. ביתר המאגר, מחזיקות המשיבות 2-3, שמחזיקות במקביל גם ב-85% ממאגר לווייתן. המשיבה 4 מחזיקה ב-15% ממאגר לווייתן.

2. כזכור, בפתח הדיון ביום 21.5.2020 נתבקשנו על-ידי ב"כ הצדדים ליתן להם ארכה בת שבועיים-ימים כדי להגיע להסכמה ביניהם, משום שלדבריהם "אנחנו במשא ומתן מתקדם, הגענו להסכמות עקרוניות שצריך להעלות אותן על הכתב". בהחלטה מאותו יום, 21.5.2020, נעתרנו למבוקש, תוך שציינו ש"אם לא תתגבש הסכמה, ינתן פסק הדין על סמך הטיעונים שבכתב, מבלי להשלים טיעונים בעל-פה". מני אז ועד היום הוגשה בקשה מטעם הצדדים להארכת המועד להגשת הודעה, משום ש"דרושה לצדדים שהות נוספת להגיע להסכם מלא" (בקשה מיום 4.6.2020), לגביה הוחלט "כמבוקש"; בקשה נוספת הוגשה ביום 21.6.2020, ובה התבשרנו על "הבנות עקרוניות" ועל "דיונים מתקדמים ביניהן על מנת ליישם הבנות אלו במסגרת הסכם מלא ומפורט". גם לבקשה זו נעתרנו. עוד בקשה דומה הוגשה ביום 16.7.2020, ובעקבותיה בקשה נוספת ביום 5.8.2020; לכולן נעתרנו, מחמת הרוח האופטימית שנשבה בין השיטין.

לפני שבוע-ימים הוגשה הודעה שלפיה משלא נחתם עד כה הסכם מחייב, נדרשת הכרעה בערעור לגופו של עניין. נעשה זאת אפוא להלן, ונשתדל שיהיה זה בקיצור נמרץ.

3. כך הוא, בתמצית, סיפורו של ההליך: בשנים הקרובות, צפויה צריכת הגז של חברת החשמל לגדול אל מעבר לכמות המינימלית שאותה התחייבה לרכוש ממאגר תמר על-פי הסכמים קיימים. על רקע זה, החליטה ועדת המכרזים של החברה לערוך הליך תחרותי בין שני מאגרי הגז, במטרה לרכוש כמות נוספת בתנאים משופרים; ובחודש דצמבר 2018 פנתה החברה לנציגי המאגרים בהזמנה להציע הצעות במסגרת ההליך. לאחר שיג ושיח על תנאי ההליך, הבהירה החברה ביום 22.1.2019, כי מחיר הגז יהיה "הקריטריון היחיד לקביעת ההצעה הזוכה", וכי לא יתקיים שלב תחרותי סופי (best & final). עוד הובהר, כי הזכייה לא תתחלק בין המשתתפים, אלא תוענק לזוכה אחד בלבד, והדברים קיבלו ביטוי במסמכי ההליך הסופיים.

4. ביום 7.3.2019 הגישו נציגי החברות את הצעותיהן. או אז, הפלא ופלא – עם פתיחת המעטפות התברר, כי שתי ההצעות זהות לחלוטין. בכל הצעה ארבע חלופות תמחור; בכל חלופה – המחירים שהציעו תמר ולוויתן אחידים המה. בהעדר יכולת להכריע בין ההצעות, פנתה ועדת המכרזים לשני המאגרים בבקשה להגיש הצעות מחיר משופרות, וזאת חרף הבהרותיה המוקדמות לפיהן לא יתקיים הליך best & final. דא עקא, גם בכך לא נמצא מזור, שכן נציגי לוויתן עמדו על הצעתם המקורית, ונציגי תמר בחרו שלא להשיב לפנייה. בעקבות זאת התכנסה ועדת המכרזים לדיון בתוצאות ההליך התחרותי. הוועדה בחנה את האפשרות לבטל את ההליך ולערכו מחדש, אולם מצאה כי

"במצב השוק הקיים בו קיימים שני ספקים בלבד עם בעלויות צולבות, הרי כי כל הליך חדש [...] לא יביא כל תועלת ואף עשוי להסב נזק לחברה ולאינטרס הציבורי". הוועדה עמדה על כך שהמחיר שהוצע נמוך באופן משמעותי בהשוואה למחיר הגז על-פי ההסכם הקיים עם תמר, וכי למען אינטרס הציבור ואינטרס החברה בהוזלת סל הדלקים שלה, נדרש לקבוע ספק זוכה.

5. בהעדר הבדל במחיר, סברה הוועדה, כי בנסיבות שנוצרו "השיקול הענייני והסביר היחיד אשר יכול להביא לחברה ובכך גם למשק את מירב היתרונות הינו: הגדלת הזמינות, האמינות, והביטחון האנרגטי". לאחר דיון בקריטריונים הללו מצאה הוועדה, כי להתקשרות עם מאגר לווייתן יתרונות על פני התקשרות עם תמר, הן במישור זמינות המאגר לאספקת גז, הן במישור האמינות, הן במישור הביטחון האנרגטי. לפיכך, החליטה הוועדה להכריז על לווייתן בתור הספק הזוכה בהליך. בהמשך, הסכימו חלק משותפי לווייתן ליתן הנחה נוספת לחברת החשמל, במתכונת של 'הנחת כמות'.

6. המערערות לא השלימו עם החלטת ועדת המכרזים, ועתרו לבית המשפט לעניינים מינהליים בטענה להפרת דיני המכרזים ופגיעה בעיקרון השוויון. בפסק הדין מיום 7.7.2019 דחה בית המשפט את עתירתן. הודגש, כי הגשת ההצעות הזהות היא אשר הובילה את ההליך למבוי סתום, וכי המניע לכך "נותר לוט בערפל". נוכח התנהלות המאגרים, קבע בית המשפט כי בנסיבותיו החריגות של העניין, ההחלטה להכריז על זוכה במכרז על בסיס שיקול 'מכלול היתרונות' הריהי החלטה סבירה, המתיישבת עם תכלית המכרז והאינטרס הציבורי שביסודו. מסקנה זו יסודה בהעדר תוחלת בעריכת הליך נוסף; בסיווג ההליך כ'מכרז גמיש' ותכליתו ככזה; ובלשון מסמכי ההליך. עוד קבע בית המשפט, כי אמנם קיים טעם לפגם בהחלטת חברת החשמל להסתמך על תשתית עובדתית מסוימת ביחס לתפוקת המאגרים, אמינותם וזמינותם, מבלי שניתנה לנציגי המאגרים הזדמנות להציג נתונים עדכניים בעניין. יחד עם זאת, ניכר כי עיקר ההכרעה נסוב על הרצון לבזר את מקורות אספקת הגז, ולהימנע מהסתמכות על מאגר אחד בלבד. בנסיבות אלו, דומה שממילא לא היה בנתונים כדי לשנות ממסקנת הגורמים המקצועיים הרלוונטיים.

7. מכאן הערעור שלפנינו, בגדרו טוענות המערערות כי החלטת בית המשפט לעניינים מינהליים נסמכת על נוסח ישן של מסמכי ההליך, ובפרט על תנאי שלא נכלל בנוסח הסופי. עוד נטען, כי פסק הדין סוטה מההלכה המושרשת, לפיה קיים איסור קוגנטי על קביעה בדיעבד של אמות מידה להכרעה בהליך. בתוך כך, גורסות המערערות כי שגה בית המשפט בכך שייחס חשיבות מיוחדת לנסיבות החריגות של העניין ולמבוי הסתום שנוצר. לטענתן, חברת החשמל היתה מודעת לאופיו של השוק, ובפרט לקיומם

של שני ספקים בלבד שלבעליהם אחזקות צולבות, והדבר אף צוין במפורש במסמכי ההליך. ככל וכתוצאה מנסיבות אלה הגיע ההליך למבוי סתום, האחריות לכך רובצת לפתחה של חברת החשמל – מעצבת כללי ההליך. עוד טוענות המערערות, כי בפסק הדין אין התייחסות לכך שוועדת המכרזים לא בחנה חלופות פעולה אפשריות, כגון פיצול הזכייה בהליך, או ניהול משא ומתן. אשר על כן, מבקשות המערערות להורות על ביטול ההליך, או לחלופין על השבת הדיון לוועדה לבחינת חלופות אפשריות נוספות.

8. חברת החשמל גורסת, כי דין הערעור להידחות. המערערות לא הסבירו מדוע ולמה הוגשו הצעות המחיר הזרות, ואין לקבל את ניסיוןן להטיל את האחריות למבוי הסתום על החברה. ברי, כי ידיעתה של החברה על האחזקות הצולבות במאגרים אינה מצדיקה ציפייה לתיאום ההצעות ביניהם. עוד נטען, כי עיון בפסק הדין מעלה, שבניגוד לטענת המערערות בית המשפט לא הסתמך על התנאי שבוטל, אלא על תנאי דומה שנכלל בנוסח הסופי, לפיו חברת החשמל רשאית לוותר על כל דרישה מהוראות ההליך, תוך שקילת 'מכלול היתרונות'. המשיבות 2-4, המחזיקות במאגר לויתן, טענו גם הן, כי על-פי מסמכי ההליך, מוסמכת חברת החשמל לשקול את 'מכלול היתרונות'.

9. בסיכומי התשובה, ביקשו המערערות לדחות את טענותיהן של חברת החשמל ושל המשיבות 2-4. המערערות – שהן בעלות זכויות במאגר תמר בלבד – הדגישו כי לא היתה להן מעורבות בקביעת המחיר של מאגר לויתן, וכי הן לא תיאמו מחירים. אשר לסעיף במסמכי ההליך אשר אליו הפנו המשיבות, טוענות המערערות כי הוא מאפשר לחברת החשמל לוותר על תנאי, אך לא להוסיף אמות מידה בדיעבד. ממילא, האיסור על הוספת אמות מידה בדיעבד הוא קוגנטי, ואין בכוחו של הסעיף להתגבר עליו.

10. לאחר עיון בפסק הדין של בית המשפט לעניינים מינהליים ושקילת טענות הצדדים, מזה ומזה, באתי לכלל מסקנה כי דין הערעור להידחות. יאמר כבר בפתח הדברים, הסבר המערערות, או שמא העדר ההסבר, לזהות המוחלטת בין ההצעות מעורר תמיהה, לשון המעטה. הדברים אמורים ביתר שאת, בשים לב לביקורת שהובעה בפסק הדין של בית המשפט לעניינים מינהליים, ובפרט לקביעה כי "לא נסתר החשש [...] כי העותרות פעלו בתיאום מחירים בכוונת מכוון לפצל את המכרז". חרף הדברים הללו, לא ראו המערערות לנכון לפרוס את מלוא היריעה לפנינו; גילו טפח, וכיסו טפחיים. את טענתן, לפיה היה על חברת החשמל לצפות את התוצאה בעת עריכת מסמכי ההליך יש לדחות מכל ומכל. בדין טענה החברה, כי הנחת היסוד היא "שכל מאגר פועל בהתאם לשיקוליו הפרטניים", ובידיעה על האחזקות הצולבות אין לשנות מכך כלל ועיקר. משאמרנו זאת, אין מנוס אלא להניח שהאחריות ליצירת המבוי הסתום רובצת לפתחן של המשתתפות בהליך.

11. שלוש ברירות עמדו לפני ועדת המכרזים: לבטל את ההליך ולערוך הליך נוסף; לפצל את הזכייה בין שני המאגרים, בניגוד לתנאי ההליך; או להכריז על זוכה חרף זהות ההצעות. בהקשר הזה יש להזכיר, שעובר למתן ההחלטה ניתנה לנציגי המאגרים הזדמנות לשפר את הצעתם ולשבור את השוויון, אולם נציגי לווינתן עמדו על הצעתם, ונציגי תמר נמנעו מלהשיב לפנייה. משאלו הם פני הדברים, בהחלט מתקבלת על הדעת קביעתה של ועדת המכרזים, לפיה לא היתה תוחלת בביטול ההליך וניהולו מחדש. זאת ועוד, המחיר שהוצע נמוך בשיעורו באופן משמעותי מהמחיר שבו רוכשת חברת החשמל גז ממאגר תמר על-פי ההסכם הקיים. הן אינטרס החברה, הן האינטרס הציבורי, תמכו בהשלמת ההליך. לבסוף, אין להתעלם מן העלויות הכרוכות בניהולו של הליך מורכב נוסף.

12. המערערות סבורות, כי חברת החשמל היתה צריכה להעדיף את החלופה השנייה – פיצול הזכייה בהליך – באופן אשר שומר על עקרונות של הגינות ושוויון בין המשתתפות, שהצעותיהן קיבלו ניקוד שווה, ומידת זכאותן זהה. לטענתן, אמנם הדבר מנוגד לתנאי ההליך, אולם חברת החשמל שמרה לעצמה שיקול דעת אשר מתיר ויתור על תנאי מתנאי ההליך. משנקלעה למבוי הסתום – היה עליה להפעיל את שיקול הדעת באופן זה, ולפצל את הזכייה. אין ממש בטענה זו. לא אחת במהלך המשא ומתן שקדם להליך, הבהירו נציגי החברה, כי הזכייה לא תפוצל בין המאגרים. לא בכדי בא הדבר לידי ביטוי במסמכי ההליך באופן מפורש וברור. הניסיון לכופף כעת את ידה של החברה, כאשר ברקע מרחף החשש שלתכלית זו בדיוק תואמו ההצעות, מקומם; אין לו על מה לסמוך. אף אין להתעלם מעלויות העסקה הכרוכות בפיצול מסוג זה.

13. הנה כי כן, נותרנו עם הדרך השלישית – הכרעה בין ההצעות השוות, והכרזה על זוכה בהליך. אין לכחד, קיים קושי בהכרעה על-פי מנגנון שלא נקבע באופן ברור במסמכי ההליך. יחד עם זאת, בנסיבותיו החריגות של העניין, נוכח המבוי הסתום שאליו נקלע ההליך בעקבות התנהלותן של המשתתפות, לצד הקשיים שפורטו לגבי יתר החלופות, קושי זה אינו מצדיק את ביטול ההחלטה של ועדת המכרזים, ולא את ביטול פסק הדין, על-פי גדרי התערבותנו בכגון דא. אני מייחס גם משקל לכך שעסקינן בהליך שאינו מכרז טהור, אלא מעין מכרז מובהק שעל-פי תנאיו כרוך בגמישות רבה יותר ולמעשה אף המערערות טוענות להחלתו בגמישות – זו הנוחה והמועדפת מבחינתן. גם בהפעלת שיקול הדעת של הוועדה על-פי קריטריון 'מכלול היתרונות' לא נמצא פגם המצדיק זאת. אמנם, כפי שטוענות המערערות, ההחלטה התקבלה על סמך תשתית עובדתית מסוימת ביחס ליכולת המאגרים לספק את הקיבולת הנדרשת, מבלי לאפשר לצדדים להציג נתונים עדכניים בעניין. ברם, המערערות אינן מצביעות על פגם קונקרטי

בתשתית העובדתית שעמדה בבסיס ההחלטה, כל שכן על פגם כזה שהוביל לעיוות תוצאת ההליך. ממילא, כפי שקבע בית המשפט לעניינים מינהליים, את הכף הכריעה השאיפה לביזור מקורות אספקת הגז, ולהפסקת התלות בגורם יחיד.

14. משהגעתי למסקנה שאליה הגעתי, לא מצאתי לנכון להידרש לטענות המערערות בעניין הסתמכותו של בית המשפט לעניינים מינהליים על הסעיף שלא נכלל בנוסח הסופי של מסמכי ההליך. עוד אציין, כי לא נעלמה מעינינו העובדה שהמערערות מחזיקות ב-53% ממאגר תמר בלבד, וכי המשיבות 2-3, שמחזיקות הן ביתר המאגר, הן בכ-85% ממאגר לויתן, סמכו את ידן על תוצאות ההליך. לטענת המערערות "אין כל היגיון בהטלת האחריות [עליהן] ולא על אותן שותפות שיש להן אחזקות צולבות (משיבות 2-3), שהן הגורמים היחידים שלקחו חלק בקביעת המחיר בשתי ההצעות שהוגשו" (ההדגשה הוספה). אולם דומה, כי ההליך שלפנינו אינו המקום המתאים לטענה זו. בהליך התחרותי השתתפו שותפות תמר ביחד, ושותפות לויתן ביחד. לא ניתן להפריד כעת, בין הדבקים, בין השותפות בכל אחד מהמאגרים. ככל והמערערות סבורות, כי הן נפגעו מההתנהלות של שותפותיהן, יתכן ועומדים להן סעדים במישור היחסים שביניהן; לא בהליך זה, לא על חשבון האינטרס הציבורי. על כל פנים, משלא הונחה לפנינו התשתית העובדתית במלואה, מובן כי איננו מחווים דעה בעניין זה.

אציע אפוא לחברי לדחות את הערעור.

המערערות תישאנה בהוצאות חברת החשמל ובשכ"ט עו"ד בסך כולל של 50,000 ₪.

פסק הדין יועבר לעיונה של הממונה על התחרות.

ש ו פ ט

השופטת ד' ברק-ארז:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

השופט ג' קרא:

אני מסכים.

ש ו פ ט

לפיכך הוחלט כאמור בפסק הדין של השופט נעם סולברג.

ניתן היום, ד' באלול התש"ף (24.8.2020).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט