



בבית המשפט העליון

עע"ם 7385/20

לפני: כבוד השופט ע' פוגלמן

המבקשת: חברת החשמל לישראל בע"מ

נ ג ד

- המשיבות: 1. אפקון בקרה ואוטומציה בע"מ
2. קונטאל אוטומציה ובקרה בע"מ
3. מוטורולה סולושנס ישראל בע"מ
4. סימנס ישראל בע"מ

בקשה לעיכוב ביצוע פסק הדין של בית המשפט לעניינים
מינהליים בחיפה (כב' השופטת ר' למלשטריך-לטר)
בעת"ם 29740-09-20 מיום 10.10.2020

בשם המבקשת: עו"ד ליאור מימון; עו"ד לינה מחולה

בשם המשיבה 1: עו"ד אייל בליזובסקי

בשם המשיבה 2: עו"ד אלון רון; עו"ד אילת לשם; עו"ד רותם
פיטרמן-גינגולד

החלטה

בקשה לעיכוב ביצוע פסק הדין של בית המשפט לעניינים מינהליים, במסגרתו
נקבע כי על המבקשת, חברת החשמל לישראל בע"מ (להלן: חח"י), לאפשר למשיבה 1
ולמגיעה נוספת לשפר את ההצעות שהגישו במכרז שהוציאה המבקשת, או לנהל עמן
משא ומתן לגביהן, בטרם יוחלט על ביטול המכרז.

רקע עובדתי

1. ביום 11.9.2019 פרסמה חח"י מכרז פומבי לניהול ותפעול מערכת ACS
(Advanced CS), מערכת לניהול מערך תקשורת ליחידות הקצה כחלק משדרוג מערכת
השליטה והבקרה על רשת המתח הגבוה שמבצעת החברה (להלן: המכרז ופרויקט ה-

(ACS). כיום נעשה שימוש במערכת CS, שפותחה על ידי חברת אפקון בקרה ואוטומציה בע"מ, היא המשיבה 1 בענייננו (להלן בהתאמה: המערכת הקיימת ואפקון). המכרז כלל שני שלבים: בשלב המיון המוקדם, שהתחלק לשתי פעימות, נבחנה תחילה, בפעימה הראשונה, עמידת המציעות בתנאי הסף ולאחר מכן, בגדרי הפעימה השנייה, נדרשו המציעות שעמדו בתנאים אלה להגיש הצעה טכנית מפורטת. בשלב השני למכרז הוזמנו מציעות שקיבלו ציון טכני גבוה מספיק להגיש הצעות מחיר מפורטות. האומדן הכולל שהכינה חח"י להתקשרות נושא המכרז עמד על כ-8.9 מיליון דולר (להלן: האומדן). במסמכי המכרז נקבע כי במידה ויוגשו הצעות מחיר "מרעות עם חח"י", היא תהיה רשאית לקבוע כי כל המשתתפות במכרז שעומדות בתנאיו יגישו הצעות משופרות, מבלי לגרוע מסמכותה לבטל את ההליך. 4 מן ההצעות שהוגשו נמצאו עומדות בתנאי הסף, ובסופו של יום שלוש מהמציעות הגישו הצעות מחיר בשלב השני: אפקון, קונטאל אוטומציה ובקרה בע"מ, היא המשיבה 2 לפניי (להלן: קונטאל), ומציעה נוספת.

2. עם פתיחת תיבת המכרזים נמצא פער גבוה בין ההצעות לבין האומדן. בהמשך לכך המליצו הגורמים המקצועיים בחח"י לעדכן את האומדן ודירגו את הצעת קונטאל בדירוג הגבוה ביותר. בהחלטה מיום 6.4.2020 אישרה ועדת המכרזים של חח"י (להלן: ועדת המכרזים) את עדכון האומדן לסכום של כ-12.9 מיליון דולר (להלן: האומדן המעודכן) והכריזה על קונטאל, שהצעתה עלתה ב-10% על האומדן המעודכן, כזוכה במכרז. לאחר מסירת ההודעה על הזכייה, הגישה אפקון עתירה מינהלית נגד זכייתה של קונטאל במכרז, וטענה כי האחרונה לא עמדה בתנאי הסף של המכרז בעקבות השינוי במערכת שהוצעה על ידה וכי ההיתר לאותו שינוי ניתן לה שלא כדין (להלן: העתירה הראשונה). בגדרי העתירה הראשונה ניתן ביום 1.7.2020, לבקשת אפקון, צו ארעי להקפאת ההתקשרות בין קונטאל לבין חח"י בכפוף לתנאים שנקבעו. ביום 10.8.2020 קיבל בית המשפט לעניינים מינהליים בחיפה (כב' השופטת ר' למלשטריך-לטר) את העתירה באופן חלקי וקבע כי קונטאל לא עמדה בתנאי הסף הקבועים במכרז. בצד האמור, בשים לב לכך שהצעתה של אפקון הייתה גבוהה באופן משמעותי מהאומדן, בית המשפט לא נעתר לבקשתה להכריז עליה כזוכה, וחלף זאת השיב את הדיון בעניין לוועדת המכרזים.

3. בעקבות פסק הדין בעתירה הראשונה ולאחר שיג ושיח לגבי הצעת המחיר של אפקון בינה לבין חח"י, החליטה ועדת המכרזים על ביטול המכרז, נוכח הפער המשמעותי בין ההצעות לבין האומדן המעודכן. במקום זאת, הוחלט על קיומו של הליך תחרותי פטור ממכרז, על רקע הדחיפות שבקידום פרויקט ה-ACS ונוכח השתתפותן של החברות המרכזיות בתחום במכרז (להלן: ההליך התחרותי). נגד החלטה אחרונה זו

הגישה אפקון עתירה מינהלית נוספת, ובה ביקשה להכריז עליה כזוכה במכרז ולחלופין להורות על ניהול משא ומתן בינה לבין חח"י או על מתן אפשרות להגיש הצעת מחיר משופרת על ידה, היא העתירה נושא ההליך שלפניי (להלן: העתירה השנייה). לצד העתירה הוגשה גם בקשה למתן צו ביניים וצו ארעי, שבה עתרה אפקון לאסור על קידום ההליך התחרותי עד להכרעה בעתירה וביום 13.9.2020 נעתר בית המשפט לבקשה והורה על מתן צו ארעי שאוסר על חח"י לפתוח את ההצעות שיוגשו אליה במסגרת ההליך התחרותי, לדון בהן ולבחור הצעה זוכה.

לשלמות התמונה יצוין כי ביום הגשת העתירה השנייה הגישה קונטאל לבית משפט זה ערעור על פסק הדין בעתירה הראשונה (ע"מ 6366/20), וההליך בעניין תלוי ועומד. בצד הערעור הוגשה גם בקשה למתן צו ארעי ולעיכוב ביצוע פסק הדין, ובהחלטה מיום 18.10.2020 (השופט מ' מ' (1111)) נקבע כי הדיון בה התייתר נוכח הצו הארעי שהוצא כאמור בגדרי העתירה השנייה.

4. בפסק דין מיום 10.10.2020 (כב' השופטת ר' למלשטריך-לטר) התקבלה חלקית העתירה השנייה (להלן: פסק הדין). בית המשפט קבע כי ביטול מכרז לאחר פתיחת הצעות, ובפרט שעה שצפוי להתקיים הליך תחרותי באותו נושא, הוא צעד השמור למקרים חריגים וכי במקרה דנן לא מוצו האפשרויות לקיומו (ובהן האפשרות למתן הצעה משופרת או ניהול משא ומתן). בהינתן האמור ועל רקע הקביעות בפסק הדין בעתירה הראשונה נקבע כי החלטת ועדת המכרזים לבטל את המכרז לוקה בחוסר סבירות. לפיכך הוחלט כי על ועדת המכרזים לאפשר לאפקון ולמציעה הנוספת להגיש בתוך תקופת זמן סבירה הצעה משופרת או לפתוח במשא ומתן עמך, וכי לאחר הליך שיפור ההצעות, תוכל ועדת המכרזים לשקול שיקולי סבירות לגבי המחיר המוצע. עוד נקבע כי תיבת ההצעות של ההליך התחרותי לא תיפתח אלא לאחר 14 ימים מיום שאפקון והמציעה הנוספת יקבלו את החלטת ועדת המכרזים לגבי ההצעות המשופרות שניתנו.

טענות הצדדים

5. חח"י ערערה על פסק הדין, ובצד הערעור הגישה בקשה לעיכוב ביצוע, היא הבקשה שלפניי. לטענת חח"י, מאזן הנוחות נוטה לטובת קבלת הבקשה. לעמדתה, ניהול משא ומתן בינה לבין אפקון והמציעה הנוספת צפוי להפוך את הערעור המוגש, שנועד להביא להותרת החלטת ועדת המכרזים על כנה וכפועל יוצא – להמשך ניהול ההליך התחרותי, לתיאורטי. לעומת זאת, נטען, הוראה על עיכוב המשך ביצוע הליכי המכרז לא תגרום לאפקון לנזק, בשים לב לכך שלא הוכרזה כזוכה במכרז; לכך שהיא החברה

שמספקת את שירותי התמיכה למערכת הקיימת, כך שכל עיכוב בשדרוג המערכות יוצר פוטנציאל להארכת תקופת אספקת השירותים על ידה; ולכך שככל שהערעור יידחה לא תהא מניעה להמשיך את הליכי המכרז מהנקודה בה נעצרו. חח"י מציינת כי למרות שבהליכים הקודמים לפני בית המשפט לעניינים מינהליים התנגדה לעיכוב הליך המכרז בנימוק שיש דחיפות בקידומו, בחודשים האחרונים החלה בקידום פתרון ביניים שייתן מענה מסוים לעיכוב בהשלמת פרויקט ה-ACS, כך שעיכוב ביצוע פסק הדין לא צפוי לפגוע בקידום השדרוג המתוכנן למערכת השליטה והבקרה על רשת המתח הגבוה. בצד טענותיה אלו טוענת חח"י כי סיכויי ערעורה טובים בהעדר הצדקה להתערבותו של בית המשפט בהחלטותיה של ועדת המכרזים, שהפעילה שיקול דעתה במקצועיות ותוך בחינת כלל השיקולים הרלוונטיים בנסיבות שנוצרו במקרה הנוכחי.

בהחלטתי מיום 29.10.2020 הוריתי על מתן צו ארעי שלפיו הוראות בית המשפט לגבי המשך ההליך המכרזי בין חח"י לבין אפקון והמציעה הנוספת בפסק הדין יעוכבו, (וכפועל יוצא של הדברים, עוכב גם קידום ההליך התחרותי). כן התבקשה תשובת המשיבות.

6. תשובות התקבלו מטעם קונטאל ואפקון. בתשובתה הביעה קונטאל את הסכמתה לעיכוב הביצוע, וזאת כל עוד תלוי ועומד הערעור שהגישה לבית משפט זה נגד פסק הדין בעתירה הראשונה, שקבע כזכור כי הצעתה לא עמדה בתנאי הסף של המכרז. גם לעמדתה של קונטאל מאזן הנוחות נוטה לטובת עיכוב הביצוע, כדי לא לאיין את הערעורים שהוגשו – הן מטעם חח"י, הן מטעמה שלה – על פסקי הדין בעתירה הראשונה ובעתירה השנייה. כן נטען כי אפקון לא יכולה לחלוק בתום לב על טענות אלו לגבי מאזן הנוחות, מפני שבמסגרת העתירות שהגישה ביקשה אפקון צווים זמניים להקפאת הליכי המכרז וטענה כי מאזן הנוחות נוטה לטובתה. עוד נטען כי סיכויי של הערעור דנן, כמו גם של הערעור מטעמה, טובים, וזאת מהטעמים שפורטו על ידה בעע"ם 6366/20.

7. אפקון מתנגדת לבקשה. לטענתה אין מקום להורות על עיכוב ביצוע פסק הדין, וזאת בהסתמך על עמדתה של חח"י עצמה בהתייחס לסעדים הזמניים שהתבקשו בגדר העתירה הראשונה והשנייה, שלפיה העיכוב יביא לנזקים כבדים ולפגיעה באינטרס הציבורי. לפי טענת אפקון, שיקול זה, מעבר לכך שמטה את מאזן הנוחות לעבר דחיית הבקשה, גם מקים השתק שיפוטי כלפי חח"י מלבקש עיכוב ביצוע של פסק הדין. לטענת אפקון, ביצוע פסק הדין אף לא צפוי לגרום נזק לחח"י ואף עשוי להועיל לה ולאינטרס הציבורי, בהתחשב בכך שפסק הדין מאפשר לה לקבל הצעות אטרקטיביות ומשופרות

ולקדם את הפרויקט, תוך ששמורה לה הזכות לבטל את המכרז ולקיים את ההליך התחרותי. לעניין סיכויי הערעור, אפקון סומכת ידיה על קביעות בית המשפט לעניינים מינהליים בפסק דינו וכן בפסק הדין בעתירה הראשונה. לטענתה, ערעורה של חח"י מכוון לקביעות עובדתיות של בית המשפט לעניינים מינהליים, שבהן ככלל ערכאת הערעור לא נוטה להתערב.

דיון והכרעה

8. לאחר שבחנתי את הבקשה, התשובות לה, וצירופותיהן, מצאתי כי דין הבקשה להתקבל. כידוע, הזוכה בתביעתו זכאי ליהנות מפירות זכייתו ולכן, ככלל, אין בהגשת ערעור על פסק הדין כשלעצמה כדי לעכב את ביצועו (תקנה 42 לתקנות בתי משפט לעניינים מינהליים (סדרי דין), התשס"א-2000). על המבקש עיכוב ביצוע של פסק דין להצביע על התקיימותם של שני תנאים, המקיימים ביניהם יחס של "מקבילית כוחות": סיכויי הערעור טובים, ומאזן הנוחות נוטה לטובת קבלת הבקשה. במסגרת התנאי האחרון, הוא אכן הבוחן המרכזית לבחינת בקשות מן הסוג דנן, נדרש המבקש לעכב ביצועו של פסק דין להראות כי אם תידחה בקשתו והערעור יתקבל בסופו של יום – ייגרם לו נזק בלתי הפיך (ראו, מני רבים, ע"מ 4669/20 נ' הממונה על רשות שוק ההון, ביטוח וחיסכון, פסקה 7 (22.7.2020); ע"מ 3243/19 חירבאווי נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה מחוז ירושלים, פסקה 7 (6.5.2020); ע"מ 5206/17 עיריית קרית ביאליק נ' מליסרון בע"מ, פסקה 9 (12.7.2017)).

9. מבלי שאקבע מסמרות בשאלת סיכויי הערעור, אני סבור כי בענייננו יש להיעתר לבקשה לעיכוב ביצוע מן הטעם שדחייתה אכן עלולה להביא לכך שהערעור ייהפך תיאורטי. כמפורט לעיל, הטענות בערעור מכוונות להוראת בית המשפט להמשיך ולקיים את הליכי המכרז (כפי שפורטו) והחלטתו לפסול – למצער בשלב הנוכחי – את החלטת ועדת המכרזים לבטלו. לפי הוראות אלו, על חח"י לקיים משא ומתן או לאפשר הגשת הצעות משופרות על ידי אפקון והמציעה הנוספת במסגרת ההליך המכרזי, בעוד שחח"י עומדת בערעורה על הותרת החלטת ועדת המכרזים על כנה, קרי: קיום הליך תחרותי חלף המכרז. במילים אחרות, אם לא יעוכב פסק הדין, חח"י תהיה מחויבת להמשיך את ההליך המכרזי (שתוצאותיו עשויות להביא להתדיינויות משפטיות נוספות), ובנסיבות אלו גם אם ערעורה יתקבל בסופו של יום ייתכן ולא יהיה עוד טעם בקיום ההליך התחרותי הלכה למעשה, והסעד המבוקש על ידה יהפוך תיאורטי (ראו והשוו: ע"מ 7685/18 ועדת המשנה להתנגדויות נ' גמ"ח קהל חסידיים, פסקה 9 (2.12.2018); ע"מ 1846/18 הוועדה לתכנון מתחמים מועדפים לדיור נ' החברה להגנת הטבע, פסקה 12

(20.3.2018); ע"מ 5525/11 נ.ע מעלות שער העיר בע"מ נ' משרד האוצר, פסקה 8 (30.8.2011)). למכלול האמור יש להוסיף את טענותיה של קונטאל לפניי, שמפנה לערעורה התלוי והעומד על ההכרעה בעתירה הראשונה.

10. זאת ועוד, אפקון לא טענה כי עיכוב פסק הדין יגרום לה לנזקים והסתמכה בהתנגדותה לבקשה שלפניי בעיקר על הנזקים שנטענו על ידי חח"י עצמה בגדרי הבקשות לסעדים זמניים בהליכים לפני בית המשפט לעניינים מינהליים. בעניין זה טענה חח"י בבקשתה כי נוכח ההתדיינות המשפטיות המרובות בקשר למכרז נמצא על ידה פתרון ביניים שנועד לגשר על הפגיעה בקידום השדרוג המתוכנן למערכת השליטה והבקרה על רשת המתח הגבוה ולא מצאתי כי בטיעוניה של אפקון יש להפריך טענות אלו, או להטות את הכף לדחיית הבקשה.

11. כמו כן, אמנם מהחומר שלפניי לא עולה כי מדובר במכרז להקמת תשתית "קלאסי", במובן זה שדחיית הבקשה לעיכוב ביצוע – נוכח סוג העבודות – עלולה לסכל את האפשרות לתת סעד אפקטיבי אם הערעור יתקבל. ברם, המכרז בהליך דנן עוסק בתכנון, פיתוח והטמעה של מערך תקשורת, במסגרת פרויקט מורכב ורחב היקף שבמסגרתו נדרשות גם התאמות לפרויקט שביצעו כבר החל וסנכרון ביניהם. בנסיבות אלו אני סבור כי שיקולי מאזן הנוחות תומכים בהקפאת הוראות פסק הדין עד לבירור הערעור גם במובן זה שקידום ההתקשרות עם חברה פלונית יכולה לבוא בסתירה לתוצאות הערעור (מבלי שאביע עמדה באמור) ובכך – נוכח אופי השירות נושא המכרז – כרוכה מורכבות על פני הדברים (ראו והשוו: ע"מ 7230/19 גילי ויואל עזריה בע"מ נ' בן ארי תל רם פרויקטים בע"מ, פסקה 15 (11.11.2019); ע"מ 4269/19 איגוד יבואני מכשירי השמיעה בישראל נ' שירותי בריאות כללית, פסקה 26 (2.7.2019)).

אני מקבל אפוא את הבקשה לעיכוב ביצוע פסק הדין. הצו הארעי שניתן בהחלטתי מיום 29.10.2020 יעמוד בעינו עד להכרעה בערעור. אפקון תישא בהוצאות חח"י בסך כולל של 8,000 ש"ח.

ניתנה היום, ט"ו בכסלו התשפ"א (1.12.2020).

ש ו פ ט