



בבית המשפט העליון

דנ"מ 889/21

דנ"מ 901/21

כבוד הנשיאה א' חיות

לפני :

רשות שדות התעופה בישראל

המבקשת בדנ"מ 889/21 :

אומגה המכון להוראה מודרנית בע"מ

המבקשת בדנ"מ 901/21 :

נ ג ד

1. פנגיה די דבליו בע"מ
2. אומגה המכון להוראה מודרנית בע"מ
3. הקריה הרפואית לבריאות האדם - בית חולים רמב"ם
4. מדינת ישראל - משרד הבריאות
5. אמ.אי חדשנות דנטלית בע"מ
6. רס ק.ר.מ בע"מ
7. קבוצת אל.אר בע"מ
8. איי. איי די. גנומיקס בע"מ
9. ווי. פי. גיי ישראל בע"מ

המשיבות בדנ"מ 889/21 :

1. פנגיה די דבליו בע"מ
2. רשות שדות התעופה בישראל
3. הקריה הרפואית לבריאות האדם - בית חולים רמב"ם
4. מדינת ישראל - משרד הבריאות
5. אמ.אי חדשנות דנטלית בע"מ
6. רס ק.ר.מ בע"מ
7. קבוצת אל.אר בע"מ
8. איי. איי די. גנומיקס בע"מ
9. ווי. פי. גיי ישראל בע"מ

המשיבות בדנ"מ 901/21 :

בקשה לקיום דיון נוסף מטעם המבקשת בדנ"מ 889/21
על פסק דינו של בית משפט זה בעע"ם 7293/20 מיום
24.1.2021 אשר ניתן על ידי השופטים ע' פוגלמן, ג'
קרא וא' שטיין;

תשובה מטעם המשיבה 1 בדנ"מ 889/21 מיום
23.2.2021;

בקשה לקיום דיון נוסף מטעם המבקשת בדנ"מ 901/21
על פסק דינו של בית משפט זה בעע"ם 7293/20 מיום
24.1.2021 אשר ניתן על ידי השופטים ע' פוגלמן, ג'
קרא וא' שטיין;

הודעה מטעם המשיבה 1 בדנ"מ 901/21 מיום
24.2.2021;

בשם המבקשת בדנ"מ
: 889/21

עו"ד אסף שובינסקי; עו"ד רעות אושרי

בשם המשיבה 1 בדנ"מ
: 889/21

עו"ד ערן בצלאל; עו"ד הגר פינס; עו"ד אור פי-אל

בשם המבקשת בדנ"מ
: 901/21

עו"ד קרן רייכבך סגל; עו"ד גיא אידו; עו"ד
יבגניה גלוחמן

בשם המשיבה 1 בדנ"מ
: 901/21

עו"ד ערן בצלאל; עו"ד הגר פינס; עו"ד אור פי-אל

החלטה

בקשות לקיים דיון נוסף בפסק דינו של בית משפט זה (השופטים ע' פוגלמן, ג' קרא וא' שטיין) בעע"ם 7293/20 מיום 24.1.2021 (להלן: פסק הדין), שבו התקבל ערעורה של פנגיה די דבליו בע"מ (להלן: פנגיה) על פסק-דינו של בית המשפט לעניינים מנהליים, ובוטלה זכייתה של אומגה המכון להוראה מודרנית בע"מ (להלן: אומגה) במכרז להקמת מעבדה לעריכת בדיקות קורונה בנמל התעופה בן גוריון. הבקשות הוגשו בנפרד, אך מאחר ששתיהן עוסקות באותה מסכת עובדתית ובאותו פסק דין, החלטתי להכריע בהן להלן במאוחד.

הרקע בתמצית

1. ביום 6.8.2020 פרסמה רשות שדות התעופה (להלן: רש"ת) מכרז "לקבלת הרשאה להתאמה, ניהול והפעלה של מערך לביצוע בדיקות קורונה לנוסעים" (להלן: המכרז). במכרז נקבע כי הזוכה יהיה המציע "אשר הצעתו תעמוד בכל התנאים המקדמיים והתנאים הנוספים וכן שהצעתו תהיה הנמוכה ביותר". סעיף 7.1.1 למכרז קבע כי מציע רשאי להשתתף במכרז רק אם נכון למועד האחרון להגשת ההצעות הוא מפעיל ומנהל לפחות מעבדה אחת לביצוע בדיקות קורונה בישראל המאושרות על ידי משרד הבריאות. סעיף 7.2.1 קבע כי לצורך עמידה בתנאי הניסיון מציע יהיה רשאי להסתמך על קבלן משנה אשר "יעניק כקבלן משנה מטעם המציע [...]" את שירותי המעבדה ויתר השירותים המצויים בתחום כשירותו" (שני הסעיפים יחד יכוננו להלן: תנאי הניסיון). בטיוטת החוזה שצורפה למכרז נקבע כי המציע לא יעשה שימוש ב"משאב התשתיות הלאומיות הפועל כיום למתן שירותים אלו לציבור הרחב, וזאת בהתאם להנחיית הרגולטור".

2. למכרז ניגשו שבע מציעות. ביום 31.8.2020 נפתחה תיבת המכרזים, והצעתה של אומגה – המבקשת בדנ"מ 901/21 והמשיבה 2 בדנ"מ 889/21 – דורגה במקום הראשון, בעלות של 44.88 ש"ח לבדיקה לנוסע. לצורך עמידה בתנאי הניסיון הסתמכה הצעת אומגה על בית החולים הממשלתי רמב"ם (המשיב 3 בשתי הבקשות; להלן: רמב"ם) כקבלן משנה. הצעת פנגיה – המשיבה 1 בשתי הבקשות – דורגה במקום השני, בעלות של 149 ש"ח לבדיקה לנוסע. ועדת משנה לבחינת עמידת ההצעות שהוגשו בתנאי המכרז, שהוקמה מטעם ועדת המכרזים המרכזית להתקשרויות מסחריות ברש"ת, קיימה שימוע שבו השתתפו נציגי אומגה, ולאחר קבלת הבהרות ודיון שהתקיים בוועדת המכרזים העליונה של רש"ת – הוכרזה הצעת אומגה כהצעה הזוכה, והצעת פנגיה דורגה כהצעה השנייה.

פנגיה לא השלימה עם זכייתה של אומגה, ובמשך מספר שבועות לאחר ההכרזה על הצעת אומגה כהצעה הזוכה ניהלה התכתבויות עם גורמים ברש"ת, שבהן טענה, בין היתר, כי הצעתה של אומגה אינה עומדת בתנאי המכרז. זאת, שכן לטענת פנגיה, בהסתמכה על רמב"ם כקבלן משנה, אומגה תעשה שימוש במשאבים שהם חלק ממשאבי התשתיות הלאומיות ללא אישור מטעם משרד הבריאות. לאחר שהתקבלה התייחסותה של אומגה לטענות פנגיה, דנה ועדת המכרזים העליונה של רש"ת בטענות וביום 15.9.2020 קבעה שאין מקום לשנות מהחלטתה.

3. ביום 24.9.2020 הגישה פנגיה עתירה מנהלית נגד זכייתה של אומגה (עת"מ 56531-09-20), שנדחתה ביום 15.10.2020 על ידי בית המשפט לעניינים מנהליים בשל שיהוי בהגשתה וכן לגוף הדברים בנימוק שאומגה תעסוק בהקמת המעבדה בתור קבלן ראשי, בעוד שרמב"ם יספק אך את הליווי המקצועי בתור קבלן משנה, מהלך התואם את תנאי המכרז.

פסק הדין נושא הבקשות

4. על החלטת בית המשפט לעניינים מנהליים הגישה פנגיה ערעור לבית משפט זה, אשר התקבל ביום 24.1.2020. בפסק הדין נקבע כי לפי תנאי המכרז המציע עצמו צריך שיהיה בעל ניסיון בהפעלת מעבדה מאושרת או שייעזר בקבלן משנה מנוסה שיפעיל בעצמו ובפועל את המעבדה. בית המשפט עמד על כך שפרשנות זו של תנאי המכרז מתחייבת מתכלית תנאי הניסיון שנקבעו במכרז – קרי, להבטיח ששירותי המעבדה שיינתנו יהיו מקצועיים, איכותיים ואמינים. לפיכך, כך נקבע, ספק אם די בייעוץ או

בהובלה מקצועית – להבדיל מביצוע הבדיקות בפועל – כדי להגשים תכלית זו ומכל מקום, הדבר אינו תואם את לשון המכרז. עוד נקבע בפסק הדין כי הפרשנות שאומצה על ידי רש"ת ואומגה, שלפיה די בכך שקבלן המשנה יספק שירותי ייעוץ בלבד על מנת לעמוד בתנאי הניסיון – מהווה שינוי בדיעבד של תנאי המכרז.

בית המשפט הוסיף וציין כי עד למתן פסק הדין נותרה עמימות עובדתית ביחס לתפקידו של רמב"ם במערך הבדיקות בנתב"ג, והתשובות שניתנו על-ידי רש"ת ואומגה ביחס לנקודה זו התפתחו והשתנו לאורך ההליכים. מכל מקום, כך נקבע, ניתן להסיק שהמצג שהוצג לוועדת המכרזים העליונה של רש"ת היה שרמב"ם ינהל ויפעיל את מעבדת הקורונה שתוקם בנתב"ג, בעוד שבפועל מי שמבצע את הבדיקות ומנהל את המעבדה בנתב"ג הוא גורם אחר. בית המשפט ציין כי "יש להצר" על כך שעניין זה מתברר במלואו לראשונה בהליך הערעור אף שהיה באפשרותן של ועדות המכרזים של רש"ת לעמוד על כך בעת בחינת הצעתה של אומגה, ולמצער לאחר הגשת השגות פנגיה.

5. נוכח האמור קבע בית המשפט כי הצעתה של אומגה לא עמדה בתנאי הסף שנקבעו במכרז לקיומו של ניסיון בהפעלת מעבדת קורונה, וכי הכרזה עליה כזוכה במכרז חרף כך מגלמת פגיעה ממשית בעיקרון השוויון. עם זאת, במישור הסעד, קבע בית המשפט שיש ליתן את הדעת, בין היתר, לכך שבין רש"ת ובין אומגה כבר נכרת חוזה למתן השירותים; לכך שמערך הבדיקות בנתב"ג כבר הוקם; ולכך שכבר ניתן בו שירות לקהל הנוסעים. לפיכך, נקבע שהסעד הראוי מצוי בדוקטרינת התוצאה היחסית, תוך שמירה על רצף השירות במערך הבדיקות שכבר הוקם. בהתאם, בית המשפט הורה להשיב את הדיון לוועדת המכרזים של רש"ת שתכריע מהי הדרך הראויה להמשך הליכי המכרז בשים לב לקביעות בפסק הדין, ועוד נקבע כי עד להחלטה אחרת של וועדת המכרזים של רש"ת תמשיך אומגה להפעיל את מערך הבדיקות בנתב"ג. בית המשפט הוסיף וחייב את משרד הבריאות ורמב"ם, רש"ת ואומגה בהוצאות פנגיה בסך 20,000 ש"ח כל אחד.

הבקשות

6. מכאן הבקשות שלפניי, במסגרתן טוענות רש"ת ואומגה (להלן יחד: המבקשות) כי בפסק הדין נושא הבקשות נקבעו שתי הלכות חדשות המצדיקות מתן דיון נוסף. ההלכה הראשונה, כך המבקשות, היא ביטול ההבחנה הקיימת בפסיקה בין השלב המכרזי ובין שלב קיום החוזה. לטענת המבקשות, בפסיקה נקבע זה מכבר כי עם חתימת ההסכם

בעקבות זכייה במכרז ותחילת מתן השירותים מכוחו של הסכם זה, מסתיים השלב המכרזי והיחסים בין הצדדים הופכים להיות יחסים חוזיים לכל דבר ועניין. בהתאם, כך המבקשות, הפרה שמתרחשת בשלב החוזי מקבלת את תרופתה לפי דיני החוזים – והרשות המנהלית רשאית להחליט אם רצונה באכיפת החוזה או בביטולו תוך מיצוי התרופות הקבועות בהסכם או בדין. לגישת המבקשות, בפסק הדין בחן בית המשפט את המצב העובדתי ששרר לאחר המעבר לשלב החוזי – כאשר החוזה נחתם ואומגה כבר מפעילה בפועל את המעבדה – וקבע כי בשל ההפרה בביצוע החוזה, יש לפסול למפרע את הצעתה של אומגה בתור ההצעה הזוכה במכרז. ההלכה השנייה שחידש בית משפט זה, כך המבקשות, עניינה בהיקף התערבות ערכאת ערעור בממצאים שבעובדה. לטענת המבקשות, בית המשפט ערך במהלך הדיון "בירור עובדתי" בנוגע לאופן מתן השירותים על ידי רמב"ם חלף החזרת הדיון לערכאה הדיונית או לוועדת המכרזים על מנת לברר את "העמימות העובדתית" שנותרה.

7. לגישת המבקשות, שתי הלכות אלה הן הלכות קשות המצדיקות דיון נוסף. המבקשות טוענות כי תוצאת פסק הדין מצמצמת משמעותית את מתחם שיקול הדעת המסור לרשות עורכת המכרז, אשר בפניה פתוחות אפשרויות רבות יותר כאשר הסעדים להם היא זכאית מצויים במישור החוזי. לגישת רש"ת, "לא בכדי" נמנע בית המשפט ממסירת הזכייה במכרז לידי פנגיה והותיר את שיקול הדעת בהקשר זה לוועדת המכרזים. זאת, שכן לגישתה בית המשפט היה "ער לקשיות המיוחדת הנובעת מהפקעת הזכייה בשלב שבו הסתיים שלב הקמת המעבדה והחל מתן השירותים בפועל". בנוסף, רש"ת מדגישה כי הצעת פנגיה, שדורגה במקום השני, יקרה יותר מפי שלושה מהצעתה של אומגה – דבר אשר ייצור נטל כלכלי כבד על ציבור הנוסעים שנושא בעלות בדיקת הקורונה, ורש"ת מפנה בהקשר זה לפסיקה לפיה הפסד כלכלי לציבור עשוי להיחשב ל"קשיות" הלכה המצדיקה דיון נוסף. אומגה מצדה מוסיפה כי בענייננו מוצדק לקיים דיון נוסף שמטרתו להעמיד הלכה על מכונה ולהבהיר את הדין הקיים בנוגע לזכותו של זוכה במכרז להביא את ראיותיו ביחס לטענה של הפרת חוזה בפני ועדת המכרזים, כחלק מזכותו להליך הוגן.

8. ביום 23.2.2021 הגישה פנגיה תגובה לבקשת רש"ת לקיום דיון נוסף בהתאם לתקנה 9 לתקנות סדר הדין בדיון נוסף, התשמ"ד-1984. לטענת פנגיה, יש לדחות את הבקשה לדיון נוסף. לגישתה, לא נקבעה כל הלכה חדשה בפסק הדין ומדובר ביישום של הדין הקיים על נסיבות העניין. לטענת פנגיה, פסק הדין אינו מאיין את ההבחנה בין השלב המכרזי לשלב החוזי, מאחר שהצעת אומגה לא נפסלה בשל הפרה בשלב הביצוע, אלא מפני שהתברר שאומגה כלל לא עמדה בתנאי הסף למכרז. פנגיה מוסיפה וטוענת כי

אין זה צודק לאפשר לאומגה לתקן את הפרותיה בשלב החוזי, משהתברר שהיא לא עמדה בתנאי הסף וכלל לא הייתה צריכה להגיע לשלב זה. עוד נטען כי בית המשפט לא קבע קביעות עובדתיות אלא הסתמך על הקביעות העובדתיות שקבע בית המשפט המחוזי ועל העמימות שנותרה גם לאחר הדיון שהתקיים בפניו. מכל מקום, לשיטת פנגיה, אפילו תאמר כי בית המשפט התערב בממצאים עובדתיים, הרי שבהתאם להלכה הפסוקה, בית המשפט שלערעור אינו מנוע מלעשות כן ובוודאי שכך הדבר בערעור על עתירה מנהלית. לבסוף, פנגיה סבורה כי פסק הדין אינו מעלה כל קושי מיוחד המצדיק דיון נוסף, בפרט לנוכח פרסומים בעיתונות הכלכלית לפיהם מחיר הבדיקה שגובה אומגה בפועל גבוה בהרבה מזה שלו התחייבה, ולפיכך גם הטענה להכבדה כלכלית על הציבור אינה נכונה.

דיון והכרעה

9. עיינתי בבקשות ובתגובת פנגיה והגעתי למסקנה כי דינן להידחות. כפי שנפסק פעמים הרבה, הליך של דיון נוסף הינו הליך חריג ותנאי לקיומו הוא שבפסק הדין נושא הבקשה נפסקה הלכה אשר "עומדת בסתירה להלכה קודמת של בית המשפט העליון, או שמפאת חשיבותה, קשיותה או חידושה" יש מקום לקיים בה דיון נוסף (ראו סעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984; דנ"א 3949/20 פלונית נ' בית חולים אסף הרופא, פוריות הגבר ובנק הזרע, פסקה 4 (6.7.2020) (להלן: עניין פלונית)). עוד נפסק כי כדי להצדיק דיון נוסף לא די בכך שבפסק הדין נקבעה הלכה חדשה, אלא על ההלכה להיות, בין היתר, "ברורה ומפורשת" (דנ"א 8100/19 ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ, פסקה 12 (19.4.2020)). בענייננו, בית המשפט לא קבע אף אחת משתי ההלכות שייחסו לו המבקשות, וכל שכן לא באופן מפורש וגלוי.

10. אשר לטענת המבקשות לפיה בית המשפט ביטל בפועל את ההבחנה בין השלב המכרזי ובין השלב החוזי כאשר ביטל למפרע את זכייתה של אומגה במכרז, לאחר שכבר התקשרה בחוזה עם רש"ת. עיון בפסק הדין מעלה כי בית המשפט לא ביטל את ההבחנה בין השלבים, ולמעשה ההפך הוא הנכון – בית המשפט ציין מפורשות שהוא נותן משקל לכך "שבין [רש"ת] לבין אומגה כבר נכרת חוזה למתן השירותים", ובין היתר משום כך הורה על סעד מתחום דוקטרינת התוצאה היחסית. זאת ועוד, בית המשפט הבהיר ב"רחל בתך הקטנה" כי החלטתו ניתנה בהינתן המסקנה שאומגה לא עמדה בתנאי הסף מלכתחילה, ולא בגין הפרה בשלב ביצוע החוזה, כנטען על ידי המבקשות. בשים לב לכך שבית המשפט הבהיר שפסק דינו ניתן על רקע נסיבותיו הקונקרטיות של המקרה, תוך יישום ההבחנה בין השלב המכרזי ובין השלב החוזי בנסיבות אלה – אין כל בסיס לטענת המבקשות בהקשר זה.

11. כמו כן, אין בסיס לטענה כי בית המשפט קבע הלכה חדשה בנוגע להתערבות ערכאת הערעור בממצאי עובדה של הערכאה הדיונית. קביעותיו של בית המשפט נטועות כולן בנסיבות הספציפיות של המקרה, והוא לא התערב בממצאים העובדתיים שקבע בית המשפט לעניינים מנהליים. כך, בית המשפט קיבל את הממצא העובדתי העיקרי שקבע בית המשפט לעניינים מנהליים ולפיו רמב"ם משמש אך כ"יועץ" לפרויקט. בית המשפט ציין בהקשר זה כי החסר העובדתי נוגע לשאלת היקף מעורבותו של רמב"ם כיועץ, עניין שלא הוברר עד תום בשלבים מוקדמים יותר של ההליך שכן באותו שלב טרם התברר שרמב"ם אינו מתעתד להפעיל את המעבדה בעצמו. זאת, בין היתר, משום שאומגה ורמב"ם, מטעמיהם, נמנעו לכל אורך ניהול ההליכים מלצרף את המסמכים שהיו יכולים לפזר עמימות עובדתית זו. בכך אין כל התערבות בממצאים עובדתיים שקבע בית המשפט לעניינים מנהליים, וטענת המבקשות לפיה זכות הטיעון שלהן נפגעה מכך שבית משפט זה הסיק בעצמו מסקנות מהעמימות העובדתית שנוצרה – אין לה מקום בשל הימנעותם של אומגה ורמב"ם להציג את המסמכים שבידיהם. למעלה מן הצורך יצוין כי אף שככלל טיטה ערכאת הערעור שלא להתערב בממצאים עובדתיים שקבעה הערכאה הדיונית, כלל זה חריגים בצדו, ואחד מהם עניינו באותם מקרים – כמו המקרה דנן – שבהם לערכאה הדיונית אין יתרון מובנה בהערכת חומר הראיות אשר התבסס כולו על תצהירים וחומרים כתובים (ראו, מיני רבים: ע"פ 1656/16 דוידוביץ' נ' מדינת ישראל, פסקה 62 (20.3.2017)). לנוכח האמור, אין לקבל את טענת המבקשות שפסק הדין קבע הלכה חדשה בנוגע להתערבות בית המשפט שלערעור בממצאי עובדה של הערכאה הדיונית.

יתר הטענות שהעלו המבקשות הינן "ערעוריות" באופיין, וכידוע - דיון נוסף אינו "ערעור נוסף" (עניין פלונית, פסקה 6).

אשר על כן, הבקשות נדחות. המבקשות תשאנה בהוצאות המשיבה 1 ובשכר טרחת עורך-דין בבקשה בסך 30,000 ש"ח, כל אחת.

ניתנה היום, ד' בניסן התשפ"א (17.3.2021).

ה נ ש י א ה