



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 4874/21

לפני: כבוד הנשיאה א' חיות  
כבוד השופט נ' סולברג  
כבוד השופט א' שטיין

העותרת: אליקים בן ארי בע"מ

נגד

המשיבות: 1. רשות מקרקעי ישראל  
2. יחידת הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש  
באזור יהודה ושומרון  
3. מועצת מקרקעי ישראל

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה: י' בטבת התשפ"ב (14.12.2021)

בשם העותרת: עו"ד יהושע חורש; עו"ד אוריאל פרינץ;  
עו"ד הגר פינס גינזבורג; עו"ד טל וקס

בשם המשיבות: עו"ד תהילה רוט

### פסק-דין

השופט א' שטיין:

העתירה

1. העתירה שלפנינו מהווה דוגמה לשאיפתם של בני אנוש לקחת את הטוב מכל אחד מהעולמות שסובבים אותם כאשר אינם יכולים להימצא בעולמות הללו בו-זמנית. חברת אליקים בן-ארי בע"מ, שהניחה את העתירה לפתחנו (להלן: העותרת), מבקשת להגשים שאיפה זו באופן הבא:

א. באמצע שנות ה-90 של המאה הקודמת קיבלה העותרת מידי המדינה, בפועלה באמצעות המשיבה 2, זרועו של הממונה על הרכוש הנטוש והממשלתי באזור יהודה ושומרון (להלן: הממונה), אשר כפופה למדיניותן ולהחלטותיהן של המשיבות 1 ו-3, רשות מקרקעי ישראל (להלן: רמ"י) ומועצת מקרקעי ישראל (שלוש משיבות אלה תיקראנה להלן יחדיו: המדינה), הסכם פיתוח, הסכם הרשאה לחציבה ורישיון חציבה ביחס למחצבת חוצה יהודה – אדורה (להלן: מחצבת אדורה או המחצבה). במסגרת ההתקשרות כאמור, אשר מתחדשת מתקופה לתקופה, התירה המדינה לעותרת, ללא מכרז, לחצוב מהמחצבה חצץ כנגד תשלום של תמלוג ששיעורו ייקבע "... בדרך שתהיה נהוגה ע"י הממונה [המשיבה 2 – א.ש.] באותה עת לכל המחצבות" (כאמור בסעיף 1ד סיפא להסכם הפיתוח מיום 9.1.1995, נספח 4 לעתירה ומש/13 (ההדגשה הוספה – א.ש.); וראו גם סעיף 3א) להסכם ההרשאה מיום 10.10.2013, מש/15, אשר קובע כי "התמלוגים יעודכנו מפעם לפעם וישולמו בהתאם למחירון מעודכן למועד התשלום, של חומרי מחצבה אשר מוציא המינהל, או כפי שייקבע על ידו בהחלטות מאוחרות").

ב. הביטוי "כל המחצבות" מתייחס למחצבות הידועות כ"מחצבות הפטור" – אלו שבעליהן קיבלו אותן מהמדינה ללא מכרז לתקופות קצובות המוארכות בהתאם להסכמי ההתקשרות (להלן: מחצבות הפטור). מחצבות הפטור נבדלות מ"מחצבות המכרז" באופן בו נקבע התמלוג שהמדינה גובה מבעליהן. בעוד שביחס למחצבות הפטור התמלוג הוא רגולטורי, אחיד, ואינו מתייחס לשונות שבין המחצבות השונות, במחצבות שבעליהן התחרו עליהן וזכו בהן במסגרת מכרזים בשוק החופשי (להלן: מחצבות המכרז) התמלוג שמשולם למדינה נקבע בשיעור תחרותי אינדיבידואלי שהינו, ככלל, הגבוה ביותר מבין אלו שהוצעו למדינה על ידי המתחרים במכרז. תמלוג זה נקבע ביחס לכל מחצבה ומחצבה על ידי כוחות השוק התחרותי ולא על ידי החלטה שלטונית של המדינה.

ג. במילים אחרות, לפנינו שני מסלולים: (1) מסלול הפטור ממכרז בו התמלוג נקבע על ידי המדינה באופן אחיד לכלל מחצבות הפטור, ללא התייחסות לשונות האינדיבידואלית בין מחצבה למחצבה; ו-(2) מסלול של מכרז בו התמלוג נקבע על ידי השוק התחרותי ותוך התייחסות למאפייניה של המחצבה הנתונה. בעלי מחצבות הפטור נהנים אפוא מיתרון כלכלי משמעותי: המדינה אפשרה להם – ועודנה מאפשרת להם – לבחור בין שני המסלולים.

ד. כפי שאפרט להלן, בהחלטותיה מיום 29.12.2020 ומיום 14.6.2021 עדכנה המדינה את שיעור התמלוג אשר יחול ביחס לכל מחצבות הפטור, כפי שמאפשר לה החוזה שכרתה עם מחצבות הפטור ובהן העותרת. העותרת מבקשת לבטל את התמלוג הרגולטורי שהמדינה קבעה ביחס אליה, כאחת ממחצבות הפטור, ולהעמיד תחתיו תמלוג נמוך יותר שהמומחה הכלכלי מטעמה מתארו כנכון ומותאם למצבה הייחודי.

ה. בדרך זאת מבקשת העותרת לשחרר את עצמה, בבת-אחת, מקשיחותו של הרגולטור, שהחלטותיו הכלליות אינן מתחשבות במצבה הייחודי, ומלחציו הכלכליים של השוק החופשי וסביבתו התחרותית. מהלך זה אמור לאפשר לעותרת לקבל, בו-זמנית, את הטוב מכל אחד משני העולמות: קביעת התמלוג בהתחשב במצבה האינדיבידואלי, כפי שנעשה בעולמו של השוק התחרותי, ופטור ממכרז ומלחצי התחרות, אשר מוענק לבעלי מחצבות הפטור בעולם הרגולטורי.

2. מהלך זה מנוגד לתנאי ההתקשרות שבין העותרת למדינה, ומשמעו העשרת העותרת על חשבון הקופה הציבורית. מטעמים אלה, אשר יוסברו להלן, אציע לחברי לדחות את העתירה.

#### העובדות

3. כאמור, החל מאמצע שנות ה-90 של המאה הקודמת נהנית העותרת מרישיון חציבה בפטור ממכרז בהתאם למערכת ההסכמית שחתמה עם המדינה. ביום 4.3.2020, החליטה המשיבה 3, מועצת מקרקעי ישראל, כי רמ"י תעדכן את סכום התמלוג על חצץ אשר משולם למדינה על ידי מחצבות הפטור ותקבע הוראות מעבר לעניין זה – זאת, בהתייעצות עם אגף התקציבים במשרד האוצר. כמו כן נקבע כי עדכון התמלוג יתבצע בשתי פעימות בהפרש של שנה אחת. החלטה זו התקבלה על רקע הנתונים האמפיריים אשר נאספו ממכרזי מחצבות על ידי מומחים מטעם המדינה (חברת סדן לובנטל) ואשר הראו כי "השווי הכלכלי ההוגן של תמלוג החצץ גבוה משמעותית ממחיר התמלוג הנהוג במחצבות ללא מכרז". המומחים המליצו אפוא למדינה לקבוע כי תמלוג החצץ במחצבות הפטור יועלה מ-5 ש"ח לטון בקירוב ל-11 ש"ח לטון.

4. בעקבות החלטה זו, הוקם צוות מקצועי מטעם רמ"י ואגף התקציבים באוצר אשר בחן את הסוגיה והמליץ על עדכון התמלוג כדלקמן:

א. החל מיום 1.7.2021, יעמוד התמלוג על חצץ במחצבות הפטור על סך של 8 ש"ח לטון, במקום 5.03 ש"ח לטון.

ב. החל מיום 1.7.2022, יעמוד התמלוג על חצץ במחצבות הפטור על סך של 11 ש"ח לטון, במקום 8 ש"ח לטון.

5. רמ"י פעלה בהתאם להמלצה זו והפכה אותה להחלטה הרשמית ביום 29.12.2020.

6. החלטה זו של רמ"י חייבה את הממונה לעדכן את תמלוגיהן של מחצבות הפטור הממוקמות באיו"ש; וכך נעשה.

7. העלאת תמלוג זאת לא התקבלה בעין יפה על ידי העותרת, הבעלים של מחצבת אדורה, והעותרת מחתה על כך באזני הממונה באמצעות בא-כוחה.

8. באת-כוח הממונה דחתה מחאה זו במכתבה מיום 13.6.2021, בו נאמר כדלקמן:

"יחידת הממונה על הרכוש הנטוש והממשלתי באיו"ש פועלת בהתאם לנהלי רשות מקרקעי ישראל ומאמצת את החלטותיה. [...]"

גביית תמלוגי כלל המחצבות באדמות המדינה (בתוך ומעבר לקו הירוק) נעשית באמצעות רמ"י ובהתאם לתעריף שנקבע ע"י הנהלתה ואין שוני בין גובה התמלוגים שנגבים בתוך ומחוץ לקו הירוק. [...]"

ע"כ, צר לי להודיעך כי אין ביכולתי ו/או בסמכות הממונה לדון בבקשתך לבחון את הצדקת גובה התמלוגים הנגבים ממרשך, ללא קשר עם ייחודיות המקרה.

לסיום, כידוע לך, כלל מחצבות האזור נמצאות כרגע בהליך בחינת חידוש הרשאה בפטור ממכרז. מתן הפטור, כשלעצמו, מהווה הטבה לאין שיעור, לעומת מחצבות אחרות שזכו במכרז על גובה תמלוג והציעו מחיר גבוה משמעותית מזה המשולם היום על ידי מחצבות במסלול

פטור ממכרז. ע"כ, אם העלאת גובה התמלוג, להערכת מרשך, מהווה מכשול להמשך הפעלת המחצבה, באפשרותו לפנות אל הממונה בבקשה שלא לחדש את ההרשאה והקרקע ישוק [כך במקור – א.ש.] במכרז.

9. מחאת העותרת נגד התמלוג החדש התבססה על מאפייניה הייחודיים, שלשיתתה מוציאים אותה מכלל מחצבות הפטור הרגילות ואמורים להילקח בחשבון בקביעת התמלוג עבורה. מאפיינים אלה כוללים את ההפרדה בין אתר החציבה של מחצבת אדורה לבין אתר מתקניה. אתרים אלה ממוקמים במרחק של כ-13 ק"מ זה מזה מסיבות שלטענת העותרת לא היו בשליטתה ולמעשה נכפו עליה. מרחק זה מעלה באופן ניכר את עלויות השינוע של חומרי גלם מאזור המחצבה לאזור התעשייה ומתקני הגריסה. מאפייניה הייחודיים של העותרת כוללים, לפי דבריה, גם את הצורך להתמודד עם סיכונים ביטחוניים של איו"ש. סיכונים אלה מחייבים את העותרת לממן שירותי ליווי ביטחוני למכליות אשר מובילות דלק לאתר החציבה ולאחר המתקנים. לצד כל אלה, הפעלת המחצבה תלויה בעובדים פלשתינאים. לדברי העותרת, בשל תלות זו המחצבה אינה פועלת בימי שישי ובלילות – דבר הפוגע בכושר הייצור שלה וברווחיותה.

10. כפי שעולה ממכתבה של באת-כוח הממונה וממסמכים נוספים שהמדינה הניחה על שולחננו, עמדתה העקרונית של המדינה בכל הנוגע לתמלוג בו יש לחייב את מחצבות הפטור, ללא יוצא מן הכלל, היא זו:

א. התמלוג צריך להישאר אחיד ולהתעדכן כפי שעודכן בהחלטת רמ"י מיום 29.12.2020.

ב. המציאות התפעולית והכלכלית של מחצבה כזאת או אחרת איננה רלבנטית לעניין התמלוג ושיעורו, כל אימת שמדובר באחת ממחצבות הפטור. זאת, מאחר שהמערכת ההסכמית עם מחצבות הפטור, בשונה ממחצבות המכרז, אינה קשורה למאפייניה הייחודיים של כל מחצבה ומחצבה, ועל כן התמלוג שמחצבות הפטור אמורות לשלם אמור להיגזר משיעור הרווחיות הכללי הנוהג בענף המחצבות כולו.

ג. המדינה מדגישה כי אם בעלי מחצבת הפטור אינם עוד רוויים נחת מהחלטתם לבחור במסלול הפטור ממכרז, שבמסגרתו משולם תמלוג רגולטורי אחיד, הם רשאים לעבור אל פסי השוק התחרותי. הווה אומר: בעלי המחצבה יכולים להשתחרר מהסכמיהם עם המדינה בתום תקופה ההרשאה – ואף לפניה, כפי

שנמסר לנו על ידי נציגת המדינה במהלך הדיון בעתירה – ולהשתתף במכרז אשר יקבע את גובה התמלוג שישולם למדינה בעד החצץ בתנאי שוק תחרותיים, הכוללים את מאפייניה הייחודיים של כל מחצבה ומחצבה. לא זו אף זו: אחד מיעדיה הכלכליים של המדינה הוא השתחררות מההתקשרויות עם מחצבות הפטור וקביעת התמלוגים שייגבו מבעלי מחצבות באמצעות מכרזים תחרותיים. המדינה מאמינה כי דרך זו של שוק תחרותי תאפשר לה למקסם את התמלוגים המשולמים לה בעד אחד ממשאביה הציבוריים – חצץ המשמש בבנייה – וזאת אף מעבר לגובה תמלוג אשר נקבע בהחלטות נושא העתירה.

11. עמדתה זו של המדינה אינה מקובלת על העותרת, ומכאן העתירה שמונחת כעת לפנינו.

#### טענות הצדדים

12. טענות העותרת מחולקות לשני ראשים. הראש הראשון נוגע לשיעור התמלוג החדש ככזה: העותרת טוענת כי שיעור זה הינו מופרז ובלתי מידתי. הראש השני קשור לכך שהמשיבות החילו את התמלוג החדש גם על מחצבת אדורה מבלי להתחשב במאפייניה הייחודיים.

13. על מנת לבסס את טענתה שהתמלוג החדש הינו מופרז באופן קיצוני, צירפה העותרת לעתירתה את חוות דעתו של מומחה כלכלי, פרופ' א' בלס, אשר אומדת את שיעור ההשתתפות הראוי של המדינה ברווחי מחצבות (ה-government take), שייקרא להלן: ה-GT) ותוקפת את המסקנות אליהן הגיע הצוות המקצועי של רמ"י והאוצר, שכאמור היוו בסיס להחלטת המדינה בדבר העלאת התמלוג. להערכת פרופ' בלס, התמלוג החדש שנקבע כאמור מעלה את ה-GT לרמה בלתי סבירה אשר פוגעת בתמריצי היזם הפרטי להשקיע במחצבה ולהרחיב את פעילותה.

14. ביחס להחלת התמלוג החדש על מחצבת אדורה נטען שהמשיבות פעלו באופן בלתי סביר בעליל בהחילם את התמלוג על המחצבה מבלי להתחשב במאפייניה הייחודיים. בהקשר זה נטען כי התמלוג החדש גוזר על מחצבת אדורה הפסדים – טענה, שאף היא נסמכת על האמור בחוות דעתו של פרופ' בלס אשר סוקרת את מאפייניה הייחודיים של המחצבה. העותרת מוסיפה וטוענת כי קביעת התמלוג החדש מבלי לעשות

את ההבחנה המתבקשת בין מחצבות הפטור השונות והתנאים הספציפיים בהם הן פועלות – בבחינת "one size fits all" – מפלה אותה לרעה, לנוכח מאפייניה הייחודיים.

15. כמו כן טוענת העותרת כי היא כלכלה את עסקיה בהסתמך על כך ששיעור התמלוג שעליה לשלם למדינה לא יעלה באופן חד. העותרת מפרטת וטוענת כי מתוך ציפייה כאמור היא השקיעה משאבים עצומים בהקמת המחצבה, בתשתיות הסמוכות לה ובניהול הליכים משפטיים בקשר לזכויותיה במחצבה.

16. מנגד, השיבה המדינה לטענות העותרת כדלקמן:

א. ביחס לטענה כי שיעור התמלוג שנקבע אינו סביר באופן קיצוני, השיבה המדינה כי ההחלטה על העלאת התמלוג התבססה על נכונות אמתית לשלמו אשר הוכחה באופן אמפירי באמצעות ניתוח הנתונים של מכרזי מחצבות. המדינה פירטה וטענה כי נכונות היזמים בשוק החופשי לשלם תמלוג כאמור מוכיחה כי שיעורו הינו סביר בהחלט. כפועל יוצא מכך, שיעור ה-GT אף הוא בגדר סביר ואינו מופרז כלל ועיקר.

ב. המדינה מוסיפה וטוענת כי התמלוג הקודם ששילמו לה בעליהן של מחצבות הפטור במשך שנים ארוכות היה נמוך מדי. כתוצאה מכך, לדבריה, בעלי המחצבות הזרימו לכיסיהם רווחים מופרזים והעשירו את עצמם על חשבון הציבור.

17. ביחס לטענה כי יש לבחון את מצבה של מחצבת אדורה באופן פרטני, בנפרד משאר מחצבות הפטור, טענה המדינה שמודל התמלוגים במחצבות הפטור – בו היא עושה שימוש מזה שנים ארוכות – הוא מודל תמלוגים אחיד, כפי שבא לידי ביטוי בהסכמים אשר נחתמו בין העותרת למדינה. כן נטען כי אין לסטות ממדיניות התמלוג האחיד, בדומה לנהוג ברוב מדינות העולם, שכן קביעתם של תמלוגים דיפרנציאליים – המשתנים ממחצבה למחצבה – שלא במסגרת מכרז איננה דבר מעשי והיא אף עלולה להוציא את הענף כולו משיווי משקל. שלא כמו במסגרת של מכרזים, אשר מאפשרת לכוחות השוק התחרותי לקבוע את שיעורו של התמלוג הפרטני, קביעתו של תמלוג פרטני למחצבות הפטור תחייב קבלת החלטה של הרשות בנוגע לרווחיותה של כל מחצבה ומחצבה תוך התייחסות למאפייניה הייחודיים. מדיניות זו תיצור חוסר ודאות ואי-הסכמות, תעודד פניות לערכאות והתדיינות בלתי פוסקות, וכן תפגע בתחרות

בשוק ותדלל את תמריץ ההתייעלות אשר צריך להנחות את פועלם של בעלי המחצבות. טענות אלה של המדינה נסמכות, בין היתר, על האמור בהתייחסותו של המומחה הכלכלי מטעמה, מר יובל יעקובי, סגן ראש המועצה הלאומית לכלכלה, לחוות דעתו של פרופ' בלס.

18. כמו כן טוענת המדינה כי היא תקבל כברכה את החזרתה של מחצבת אדורה לידיה לשם העמדתה למכרז תמלוגים תחרותי, בו העותרת תוכל להשתתף לצד מציעים אחרים. טענה זו הועלתה כטענה כללית וכן כמענה לטענת העותרת בדבר הפסדיה הצפויים במציאות הכלכלית שנוצרה בעקבות העלאת התמלוג. דברי ההתייחסות של מר יעקובי לחוות דעתו של פרופ' בלס, אף הם תמכו בטענתה זו של המדינה.

19. באשר למאפייניה הייחודיים של מחצבת אדורה – לטענת המדינה, העותרת הקימה את המחצבה ואת מתקניה, כפי שהיא עצמה תכננה אותם, והיא בוודאי היתה מודעת למצב הביטחוני באזור יו"ש. התקשרות המדינה עם העותרת, במסגרתה נקבע כי התמלוג ייקבע באופן כוללני ואחיד, ולא פרטני, נעשתה על רקען של בחירות עסקיות אלה, והעותרת אינה יכולה כעת להטיל את עלות בחירותיה שלה – או כל חלק מאותה עלות – על המדינה.

20. בהחלטתנו מיום 2.1.2022, נענינו לבקשת העותרת לאפשר לפרופ' בלס להגיב בקצרה להתייחסותו של מר יעקובי. בהתאם לרשות שניתנה, הגישה העותרת את תגובתו של פרופ' בלס, ובה נאמר, בין היתר, כי החזרת המחצבה לרמ"י תוריד את השקעות העותרת במחצבה לטמיון, בשעה ש"מבחינה כלכלית, אפילו אם יש הפסדים ... נכון להפעיל את המחצבה, תוך ספיגת הפסדים כל עוד ההכנסות עולות על ההוצאות המשתנות. זאת, משום שכך מתאפשר החזר, ולו חלקי, של ההשקעות שכבר הוצאו". פרופ' בלס מוסיף ומציין כי לפי הייעוץ המשפטי שקיבל, תכנית המכרז של המדינה עלולה שלא להתממש לנוכח זכותה של העותרת לקבל מהמדינה שיפוי בגין השקעותיה במחצבה. עמדת המדינה כי התמלוג צריך להיות אחיד לכל מחצבות הפטור, אף היא אינה מקובלת על פרופ' בלס. לדבריו, תמלוגי החצץ הנוהגים אינם בגדר חזות הכל; ואין כל רע בהחלפתם בתמלוג דיפרנציאלי, בו המדינה עצמה עושה שימוש ביחס לכריית משאבי טבע אחרים, כדוגמת סלע הפוספט.

21. עניין נוסף שראוי להזכירו הוא הבהרתו של בא-כוח העותרת כי עתירתה באה לתקוף את החלטות המשיבות בפועלן כשלטון במישור הרגולטורי, בהתבסס על כללי

המשפט המינהלי. זאת, להבדיל מטענות הקשורות להתקשרות החוזית שבין העותרת למדינה ולהתנהלות המדינה כ-fiscus, שדרכן להתברר בבית משפט אזרחי רגיל, ולא בבג"ץ, ואותן העותרת אינה מעלה כאן. בהקשר זה, אקדים ואומר כי פרטי ההתקשרות החוזית שבין המדינה לעותרת נחוצים להכרעתנו בחלק מטענות העותרת אשר נסמכות על כללי המשפט המינהלי. כוונתי בעיקר לטענת הפליה והטענה בדבר הסתמכות, והדברים יוסברו בהמשך.

22. להשלמת התמונה אציין כי באותו יום בו נשמעה עתירה זו שמענו גם את עתירתה של עמותת איגוד יצרני חומרי המחצבה בישראל, אשר ביקשה לתקוף את גובה התמלוג החדש מטעמים שונים מאלו שהועלו כאן (בג"ץ 1466/21). לאחר שמיעת הערותינו, הודיעה עמותת איגוד יצרני חומרי המחצבה בישראל כי היא אינה עומדת על עתירתה. העותרת, אף היא קיבלה מאתנו המלצה לשקול האם היא עומדת על עתירתה. במענה לכך, הודיעתנו העותרת כי היא מבקשת שהסוגיות שהעלתה בעתירתה תוכרענה על-ידינו. כך ביקשה וכך נעשה.

#### דיון והכרעה

23. כפי שצויין על ידי בראשית הדברים, סבורני כי דין העתירה להידחות. מסקנתי זו עומדת על שלושה נדבכים שאציגם ואסבירם להלן.

24. ראשית, בנוגע לטענות העותרת לפיהן התמלוג אשר נקבע על ידי המדינה אינו סביר באופן קיצוני – אין בידי לקבל את חוות דעתו של המומחה מטעם העותרת, פרופ' בלס. חוות דעת זו מתיימרת להציג תזה כלכלית עצמאית אשר נועדה לאתגר את הרציונל הכלכלי שמאחורי התמלוג החדש, וככזאת היא מנוגדת לכללי המשפט המינהלי אשר אוסרים על פגיעה בעצמאותו של שיקול הדעת שהופעל על ידי הרשות (רמ"י, במקרה דנן). במסגרתו של שיקול הדעת שניתן לרמ"י בניהול משאבי הטבע של המדינה כדוגמת חצץ, רשות זו רשאית לאמץ לעצמה כל עמדה כלכלית סבירה – דהיינו: כל דעה כלכלית השייכת לקשת הדעות המקובלות על מומחים כלכליים – וכך היא עשתה. מסיבה זאת, ככל שחוות דעתו של פרופ' בלס מתיימרת לייחס לרציונל הכלכלי שמאחורי התמלוג החדש חוסר סבירות קיצוני, האמור בחוות דעת זו איננו נכון ואף אינו מקובל עלי לגופם של דברים. בהקשר זה אציין, כי לקביעתו של תמלוג אחיד יש רציונל כלכלי מוצק: היסכון משמעותי בעלויות אדמיניסטרטיביות אשר עלולות להיגרם על ידי הנהגת התמלוג הדיפרנציאלי.

25. שנית, באשר לטענת העותרת לפיה יש לבחון את עניינה באופן פרטני, בנפרד משאר מחצבות הפטור – טענה זו אינה עולה בקנה אחד עם האמור בכללי ההתקשרות המוסכמים שבין העותרת למדינה. כפי שכבר ציינתי, כללים אלו קובעים, בין היתר, כי המדינה תקבע את שיעור התמלוג "בדרך שתהיה נהוגה [אצלה] באותה עת לכל המחצבות" (ראו שוב: סעיף 1 ד סיפא להסכם הפיתוח מיום 9.1.1995, נספח 4 לעתירה ומש/13). הוזה אומר: העותרת – על כל מאפייניה הייחודיים והלא ייחודיים – קיבלה על עצמה לשלם למדינה תמלוג בשיעור אחיד אשר יחול על כלל מחצבות הפטור, בהתעלם מנסיבותיהן הספציפיות. העותרת היתה, מן הסתם, מודעת למאפייניה הייחודיים של מחצבת אדורה, אותה תכננה בעצמה, גם בזמן שחתמה על ההסכמים עם המדינה. אם כך הוא הדבר, ואם העותרת אכן סברה כי מאפיינים אלו מייחדים את מחצבתה משאר מחצבות הפטור – הרי שהיה עליה להעלות את הדברים כבר במועד חתימתה על ההסכמים עם המדינה, ולא אחרי המעשה, ואחרי שהמדינה באה ליישם את ההסכמים ככתבם וכלשונם.

26. במסגרת הסכמים אלו, אין העותרת יכולה להלין על החלטת המדינה לעדכן את שיעור התמלוג בהתבסס על התמלוגים המשולמים לה בפועל על ידי בעליהן של מחצבות המכרז – תמלוגים ששיעורם מבטא את שיווי המשקל הכלכלי בשוק תחרותי. טענת העותרת כי היא הסתמכה על כך שהתמלוג הישן לא יועלה באופן חד, כפי שהועלה בפועל, לאו טענה היא. זאת, מאחר שטענה זו נסתרת על ידי כללי התקשרותה של העותרת עם המדינה, אשר מתועדים בהסכם שהעותרת חתומה עליו, וכן על ידי הכלל הבסיסי של המשפט המינהלי אשר מחייב את רשויות המדינה לפעול למען האינטרס הציבורי שעליו הן מופקדות, כל אימת שהן פועלות במסגרת סמכויותיהן ואינן מפרות הסכמים (ראו, למשל: בג"ץ 8676/00 אדס טבע ודין אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' עיריית רעננה, פסקה 15 (19.10.2004)). כך הוא גם לגבי טענת ההפליה שהעותרת העלתה בעתירתה. קביעתו של התמלוג באופן אחיד לכלל מחצבות הפטור במסגרת ההסכמים שנחתמו עמן איננה מפלה בין מחצבה ומחצבה. נהפוך הוא: היא מקיימת שוויון תמלוגי בין המחצבות. יתרה מכך: היענות לדרישת העותרת תזכה אותה בהטבה מפליגה אשר תיצור הפליה לרעת יתר מחצבות הפטור ולרעתן של כל מחצבות המכרז.

27. שלישית, כפי שהובהר על ידי המדינה, המדינה ממילא אינה כופה על העותרת את המשך ההתקשרות עמה. אם תשלום התמלוג החדש גורם לעותרת הפסדים, כטענתה, העותרת מוזמנת להחזיר את המחצבה לידי המדינה כדי שהמחצבה תשווק מחדש – הפעם, באמצעות מכרז תחרותי אשר יקבע את שיעורו הנכון של התמלוג המגיע למדינה בעד החצץ שהזוכה יהא זכאי לכרות. במילים אחרות, העותרת רשאית לבחור בין שני

עולמות שונים: העולם הרגולטורי בו היא נמצאת כעת, ובו עליה לשלם למדינה את התמלוג החדש; והעולם התחרותי של השוק החופשי, אשר יפקיד את המחצבה בידי הגורם היזמי שישלם למדינה את התמלוג הגבוה ביותר מבין אלו שיוצעו לה במכרז. העותרת איננה רשאית להישאר בעולמן הרגולטורי של מחצבות הפטור תוך הצבת מגבלות על כוחה של המדינה לקבוע את שיעור התמלוג בהתבסס על תזה כלכלית המנותקת ממחירי השוק, כפי שאלו באים לידי ביטוי במכרזים.

28. אלו הם הדברים בתמצית, וכעת ארחיב ואפרט.

האם שיעור התמלוג שנקבע על-ידי המדינה אינו סביר באופן קיצוני?  
עצמאותו של שיקול-הדעת המינהלי והיזקקות לחוות דעת של מומחים פרטיים

29. כפי שכבר צויין על ידי, טענתה של העותרת ביחס לשיעור התמלוג שנקבע נסמכת על חוות דעת כלכלית, המבקשת להציע מודל בחינה אחר מהמודל בו הלכו המומחים מטעם המדינה. דא עקא, הלכה פסוקה הנהוגה מזה זמן רב בהליכי בג"ץ ובהליכים המתנהלים בפני בתי משפט לעניינים מינהליים פוסלת את חוות הדעת של מומחים פרטיים אשר באים לחלוק על החלטת הרשות המינהלית שנסמכת על עבודתם ועל ממצאיהם של מומחים פנימיים משלה, ככל שחוות הדעת הפרטיות מתיימרות להתערב בשיקול דעתה העצמאי של הרשות, אשר הוענק לה על ידי המחוקק בשל היותה מומחית – אם לא המומחית – בתחומי פעילותה (ראו: ע"מ 6626/18 תעשיית אבן וסיד בע"מ נ' הוועדה הארצית לתכנון ולבניה של מתחמים מועדפים לדיור, פסקאות 16-17 לפסק דיני והאסמכתאות שם (17.12.2019)).

הלכה זו סוכמה על ידי השופט ע' פוגלמן באלו המילים:

"העדפת חוות דעת מומחה 'חיצוני' על פני חוות דעת המקצועית של הרשות המינהלית, אינה מתיישבת עם אופיו של הליך הביקורת השיפוטית." (ראו: ע"מ 2141/09 הוועדה המחוזית המשותפת לתכנון ולבניה נ' אחל"ה איכות חיים לתושבי השרון, פסקה 19 לפסק דינו של השופט פוגלמן (17.11.2010); עוד ראו: בג"ץ 1554/95 עמותת "שוחרי גיל"ת" נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נ(3) 2, 19-21 (1996); בג"ץ 7456/09 מידברג נ' בית משפט השלום בראשון לציון, פסקאות 9-10 לפסק דינה של השופטת מ' נאור (כתוארה אז) (21.1.2010); וכן בג"ץ 1255/94 "בזק", החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מט(3) 661, 688-689 (1995); כן ראו: דפנה ברק-ארז משפט

מנהלי כרך א 760, ה"ש 128 (2010); דפנה ברק-ארוז  
משפט מינהלי כרך ד 452-453, 487-488 (2017).

30. הלכה זו נסמכת, במידה רבה, על האמור בפסק דינה המנחה של השופטת ד' ביניש (כתוארה אז) בבר"מ 3186/03 מדינת ישראל נ' עין דור, פ"ד נח(4) 754 (2004) (להלן: עניין עין דור):

"הגישה העולה מפסק-הדין ביחס למינוי מומחה מטעם בית-המשפט לעניינים מינהליים אינה עולה בקנה אחד עם כללי הביקורת השיפוטית על מעשי המינהל. הדרך שהשופט קמא בחר לילך בה – השוואה בין חוות-דעת המומחה מטעם בית-המשפט לבין חוות-דעת של מומחים אחרים וקביעת העדפתה על פני החלטת הרשות המינהלית – אינה מתיישבת עם אופיו של הליך הביקורת השיפוטית. בית-המשפט המינהלי יבחן בהליך המתקיים בפניו את החלטת הרשות על-פי עילות הביקורת השיפוטית, אך אין הוא משמש ערכאה המחליטה במקום הרשות המינהלית; הוא אינו שוקל את שיקוליה ולא ימיר את שיקול-דעתה בשיקול-דעתו שלו. כל עוד החלטת הרשות אינה חורגת ממתחם הסבירות, כלומר כל עוד מדובר בהחלטה שרשות מינהלית סבירה הייתה יכולה לקבל, לא יתערב בית-המשפט בהחלטה. כך בדרך כלל, וכך במיוחד כאשר הרשות המינהלית משתיתה את החלטתה על בסיס חוות-דעת מקצועיות של גורמים מקצועיים. מקום שהפעילה הרשות מומחים מטעמה, לא ישים עצמו בית-המשפט מומחה, וודאי שלא ימנה מומחה תחתיו כדי להכריע לגופה של מחלוקת מקצועית. אכן, לעולם לכל בעיה יהיו פותרים ופתרונים אחדים. ייתכן אף שבית-המשפט ייטה אחר החלטה המבכרת פתרון זה ולא פתרון אחר. אך בכך אין כדי להביא את בית-המשפט להחליף את שיקול-דעתה של הרשות בשיקול-דעתו. כך בבית-המשפט הגבוה לצדק, וכך כמובן גם בבית-המשפט המחוזי בשבתו כבית-המשפט לעניינים מינהליים, ובכל ערכאה שיפוטית הנדרשת לכללי המשפט המינהלי" (שם, בעמ' 767-768; אסמכתאות הושמטו – א.ש.).

31. הלכה זו אינה מאפשרת לנו להסתמך על האמור בחוות דעתו של פרופ' בלס כבסיס להתערבותנו בשיקול הדעת הכלכלי אשר הופעל על ידי רמ"י בהישען על מומחה. ביקורת שיפוטית על החלטותיה של רשות מינהלית אינה משאירה מקום ל"קרב של מומחים" אשר מתנהל, לעתים, בבתי המשפט הרגילים בדונם בעניינים אזרחיים ופיליליים. בכפוף לכללי ההתערבות הצרים והמוגדרים אשר נזכרים להלן, לעובדה שמומחה פלוני, מכובד ככל שיהיה, חולק על מומחי הרשות אין כל נפקות. זהו הכלל המשפטי היסודי לפיו אנו פועלים בבואנו לבחון את תקינותן של החלטות רשות. כלל זה עומד על שני נדבכים. ראשית, מחלוקת מומחים – ובפרט, חילוקי דעות בין מומחים

כלכליים – היא בגדר דבר רגיל ושכיח (ראו: בג"ץ 2887/04 אבו מדיגם נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד סב(2) 57 (2007), פסקה 24 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל; וראו גם: Richard A. Posner, *The Law and Economics of the Economic Expert Witness*, 13 (1999) 91 (J. ECON. PERSPECTIVES). שנית, וזאת העיקר: בבואה להפעיל את שיקול הדעת שהופקד בידיה מכוח דין, רשות שלטונית חופשיה לאמץ לעצמה כל דעה מקשת הדעות המקובלות על המומחים, וכל אימת שהיא בוחרת דעה מקובלת, בית משפט זה, או בית משפט לעניינים מינהליים, לא יחליף את שיקול דעתה של הרשות בדעתו שלו ולא יתערב בהחלטתה, גם אם הדעה המקצועית עליה נסמכת הרשות עומדת במחלוקת כנה בין מומחים.

יפים לעניין זה דבריו של השופט ח' כהן (כתוארו אז) בבג"ץ 13/80 "נון" תעשיית

שמורים בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות, פ"ד לד(2) 693, פסקה 5 (1980):

"יוצאים אנו מן ההנחה שכמו בכל שאלה מקצועית כן גם בשאלה אם מזון פלוני ראוי או אינו ראוי למאכל אדם, יכול והדעות של אנשי המקצוע חלוקות: כמו בין כל המומחים לסוגיהם כן גם בין מומחים וטרינריים יש מהם המחמירים ויש מהם המקילים, יש בעלי שיטות שונות ויש בעלי אסכולות שונות. ומוכנים אנו להניח לטובת העותרת שהמומחים שלה אשר חיוו לה דעתם שהדגים האלה ראויים הם למאכל אדם, גדולים הם במקצועם לא פחות מאשר מומחי משרד הבריאות – כשם שמוכנים אנו להניח שהוטרנרים האיטלקים יודעים את מלאכתם לא פחות מאשר הוטרנרים הישראליים. אבל בית-משפט זה אינו מוסמך, ואינו מסוגל, להכריע בשאלה מקצועית כמו זו בין המומחים בעלי הפלוגתא: אין זה ענין אשר בו עומדת השאלה המקצועית להכרעה בבית-המשפט כשאלה השנויה במחלוקת בין בעלי הדין, ואשר בו נאלץ בית-המשפט לשם מילוי תפקידו השיפוטי להעדיף ולאמץ לו אחת מן הדעות הסותרות. בענין שלפנינו הסמיך החוק את "הרופא הוטרינרי הממשלתי": הוא הבודק, הוא הקובע, הוא הפוסל. אפילו חולקים עליו כל חכמי הוטרינרים, מבחינת החוק דעתם שלהם אינה מעלה ואינה מורידה. הוא חייב להחליט לפי מיטב ידיעתו ואמונתו ושכנועו שלו. לכן אין נפקא מינה גם בעיני בית-המשפט מה דעתם של מומחים אחרים בשאלה שעמדה לפני הרשות אשר רק היא מוסמכת לפי החוק: בית-המשפט מניח, כמעט כדבר המובן מאליו, שיש או שתיתכנה דעות אחרות השוללות את קביעתם של המומחים המוסמכים על-פי חוק, אלא שלדעות האחרות ההן אינה נודעת שום נפקות משפטית." (ההדגשה הוספה – א.ש.).

32. מכאן עולה כי מומחה פרטי לא יוכל לבוא בשערינו במטרה לשכנענו כי החלטתה של רשות מינהלית, אשר נסמכת על דעת מומחים מקובלת ואפשרית, איננה נכונה או איננה ראויה בנסיבות העניין, וכי עלינו לבכר על פניה את משנתו-שלו. קרב מומחים שאותו מומחה יבקש לנהל לא ינוהל בין כתלינו – זאת, מאחר שהרשות המינהלית המוסמכת היא זאת שאמורה להחליט מהי עמדת המומחים המקובלת עליה מבין קשת הדעות המשתייכות לדיסציפלינה כזאת או אחרת. היא – ולא אנחנו. כדברי השופט ת' אור (כתוארו אז), בבג"ץ 528/88 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מג(4) 297, 305 (להלן: עניין אביטן):

"אכן, כמו בעניינים רבים אחרים, גם בענייננו קיימת מחלוקת בין מומחים, והדבר, כמובן, לגיטימי. בניגוד לדעת מומחי המשיבים, יש אחרים הסבורים שגישת המשיבים הינה פטרנליסטית, ומתעלמת מהצרכים האמיתיים של הבדואים, ואינה מתיישבת עם רצונם ומאווייהם. ואולם נראה לי, שאין מקום שביט-משפט זה יחווה את דעתו שלו ויכריע במי מדעות המומחים יש לצדד. כשיושב בית-המשפט על מדוכת בחינת התנהגותה של הרשות, אין הוא נוטל עליו את תפקידה, ואין עליו להכריע במקומה ולהכתיב לה את המדיניות הראויה והרצויה במקרה הנדון לפניו. על בית המשפט לבחון, אם המשיבה פעלה על סמך תשתית ראייתית מספקת, אם שקלה את השיקולים הענייניים הרלוואנטיים והתעלמה משיקולים זרים ופסולים, ואם שקלה והחליטה החלטה שרשות סבירה הייתה מחליטה באותן נסיבות".

33. כללים אלה משאירים למומחים פרטיים, אשר באים להשמיע את דברם בהליכים מינהליים, מרחב פעולה מצומצם ביותר בכל הקשור לניסיונם לבקר את עמדתם של מומחי הרשות המינהלית. מומחה פרטי אינו יכול להציג לבית המשפט את עמדתו החולקת על מומחי הרשות, ותו לא, שכן במקרה של מחלוקת בית המשפט יעדיף את עמדת מומחי הרשות. מומחה פרטי יכול אפוא רק לנסות לשכנע את בית המשפט כי מומחי הרשות קיבלו החלטה שנמצאת מחוץ לקשת הדעות המקובלות בתחום מומחיותם, ועל כן החלטתם איננה סבירה באופן קיצוני (ראו: עניין אביטן, פסקה 11; והשוו: בג"ץ 6406/00 בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' שר התקשורת, פ"ד נ"ח(1) 433, 435 (2001)).

34. כפי שאראה להלן, חוות דעתו של פרופ' בלס מנסה לעשות הרבה מעבר לכך, ועל כן לא נוכל לראות בה משקל-נגד לחוות הדעת הכלכלית עליה נסמכה רמ"י בהחלטתה מושא העתירה. חוות דעתו של פרופ' בלס ממילא אינה מזהה חוסר סבירות קיצוני בעמדתם של מומחי המדינה, ועל כן אינה יוצרת עילה להתערבות שיפוטית בתמלוג החדש גופו.

האם הוכיחה העותרת שהתמלוג שנקבע למחצבות הפטור מופרז במידה קיצונית?

35. לשאלה זו אין לנו להשיב אלא בלאו מוחלט. התמלוג החדש נקבע על ידי רמ"י בהתבסס על הסכומים שמפעילי מחצבות המשתתפים במכרזי המדינה מוכנים לשלם לה בעד טון של חצץ. קביעה זו משקפת את העיקרון הכלכלי היסודי "כסף מדבר", לפיו סכום כסף אשר משולם מרצון על ידי קוניהם של טובין הוא מחירם הנכון של הטובין (ראו: ע"א 8717/17 מדינת ישראל רשות מקרקעי ישראל נ' עזבון המנוח איסמעיל, פסקאות 34-37 לפסק דיני (23.7.2019) (להלן: עניין איסמעיל)).

36. פרופ' בלס ביקש בחוות דעתו לקבוע את שיעור התמלוג הראוי באופן שונה. חלף הגישה האמפירית שביסוד העיקרון "כסף מדבר", העמיד פרופ' בלס מודל כלכלי תאורטי לקביעת התמלוג הראוי בעבור מחצבת אדורה, אשר לוקח בחשבון את מאפייניה הייחודיים. ראשית, גם אם נקבל את המודל המוצע על-ידי פרופ' בלס כמודל אפשרי, הרי שאין בכך כדי לסייע לעותרת בעתירתה. כאמור לעיל, על-מנת שנקבע כי התמלוג החדש חושב באופן בלתי סביר, היה על העותרת להוכיח, באמצעות מומחה מטעמה, כי המודל שנבחר על-ידי המדינה חורג מקשת הדעות המקובלות על-ידי מומחים בתחום זה. חוות הדעת אינה עושה כן; ומשכך, אינה מגלה כל עילה להתערבותנו בהחלטתה של רמ"י. העובדה כי ישנו מודל חלופי תקף לבחינת גובה התמלוג – ואיני נדרש לשאלה האם המודל החלופי שהוצע כאמור הוא אכן תקף מבחינה כלכלית – אינה מעלה ואינה מורידה בענייננו-שלנו. זאת, מאחר שהמדינה כאמור רשאית לבחור בכל מודל מבין המודלים המקובלים על-ידי המומחים הכלכליים. כך עשתה המדינה בענייננו, וחוות דעתו של פרופ' א' בלס אינה מוכיחה אחרת.

37. למעלה מהצורך אציין כי בעניין איסמעיל, נקטתי בעמדה עקרונית הנותנת עדיפות לקביעת מחיריהם של מקרקעין וטובין בדרך אמפירית – שבבסיסה נכונות מוכחת לשלם – על פני מודלים כלכליים תאורטיים. לפי גישה זו, כסף שעובר מיד ליד מדבר בקול רם יותר ממודל כלכלי תאורטי אשר בנוי על היפותזות כאלה או אחרות; וחבריי למותב, השופט נ' הנדל (כתוארו אז) והשופט ג' קרא, לא חלקו עליה. במקרה דנן, אין אנו נדרשים ליתן עדיפות לגישה זו, שכאמור אומצה על ידי המדינה בקביעת התמלוג. כל שנדרשים אנו לעשות הוא לאשר את סבירותה, וזאת לא נתקשה לעשות. ברי הוא שהעותרת לא הרימה את נטל הראיה, המוטל עליה, על-מנת שנקבע כי התמלוג

שרמ"י קבעה בהתבסס על האומדנים האמפיריים של מומחי המדינה הוא בגדר מופרז במידה קיצונית.

האם שיעור ההשתתפות של המדינה ברווחי מחצבות הפטור מופרז במידה קיצונית?

38. גם לשאלה זו יש להשיב בשלילה.

39. לאחר שידענו כי התמלוג החדש שנקבע על ידי רמ"י למחצבות הפטור איננו בלתי סביר, ברי הוא כי שיעור ההשתתפות של המדינה ברווחי מחצבות הפטור (ה-GT) אף הוא נמצא במתחם הסבירות ואינו חורג ממתחם זה אפילו במקצת.

40. במילים אחרות: שיעור ה-GT הנכון נגזר ממה שקונים מרצון (מפעילי מחצבות) מוכנים לשלם למדינה עבור טון של חצץ, כפי שקבעו מומחי המדינה. חוות דעתו של פרופ' בלס אינה מבססת את הטענה כי קביעה כלכלית זו לוקה בחוסר סבירות, קל וחומר בחוסר סבירות קיצוני.

41. לנוכח האמור, מן הדין הוא שנדחה את כל טענות העותרת בנוגע לשיעור התמלוג אשר נקבע על-ידי המדינה.

האם סירוב המדינה להחיל בעניינה של העותרת תמלוג דיפרנציאלי לוקה בחוסר סבירות קיצוני?

42. תשובתי החד-משמעית לשאלה זו היא: לא.

43. ראשית, אינני בטוח כי שאלה זו יכולה כלל להישאל במקרה הנוכחי לנוכח הקביעה המפורשת בהסכמי ההתקשרות שבין העותרת למדינה כי התמלוג שייקבע על ידי המדינה יהא אחיד לכל מחצבות הפטור.

אסביר את דבריי.

44. התשתית הנורמטיבית לפטור ממכרז שניתן למחצבות הפטור נדונה בעבר על-ידי בית משפט זה, ואיננו נדרשים לחזור על הדברים במלואם (ראו: ע"מ 4013/06 אקדשטיין צבי בע"מ נ' הוועדה המקצועית לעניין תקנה 25(29) לתקנות חובת המכרזים

פסקאות 26-29 (4.12.2008); עע"מ 8284/08 תעשיות אבן וסיד בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל פסקה 28 (13.9.2010) (להלן: עניין אבן וסיד)). אסתפק בלצטט את דבריו של השופט ע' פוגלמן מפסק הדין בעניין אבן וסיד (פסקה 28):

"תקנה 25(29) הותקנה בשנת 1993, ומאפשרת ליתן פטור ממכרו להתקשרות של המינהל לביצוע עסקה במקרקעין שעניינה מתן הרשאות לכרייה וחציבה של חול, כורכר או אבן למי שהוא בעל זכויות הרשאה קודמת, בסייגים שנקבעו. ביסוד תקנה זו עמד, בין היתר, הרצון לאזן בין ההגנה על אינטרס הציפייה של בעל ההרשאה לכרייה ולחציבה, אשר השקיע בפיתוח והכשרת המחצבה בתקופה שבה לא היתה חובת מכרז בחוק, לבין האינטרס הציבורי בדבר שמירה על משאבי ציבור ואוצרות טבע מוגבלים. [...] מדובר במעין "הוראת מעבר", שבמסגרתה נשקל מתן הרשאות נוספות לחציבה ולכרייה בפטור ממכרו לתקופות מוגבלות נוכח האיזון בין האינטרסים האמורים." (אסמכתאות וציטוטים הוסרו – א.ש.).

45. הפטור ממכרז כאמור לא ניתן למחצבות חינם-אין-כסף. תמורתו, התחייבו המחצבות לשלם למדינה תמלוג ששיעורו ייקבע "בדרך שתהיה נהוגה [אצלה] באותה עת לכל המחצבות". בפני מחצבות הפטור כולן, ובהן העותרת, עמדה האפשרות שלא להתחייב בתמלוג אשר נקבע על-ידי המדינה, אלא לנסות ולזכות במחצבה בדרך של מכרז. בעלי המחצבות בחרו שלא ללכת בדרך של מכרז תחרותי והעדיפו להתחייב בתשלום התמלוג האחיד, כפי שייקבע על ידי המדינה. מאחר שזאת היתה העדפתם, ומאחר שעל בסיס התחייבותם לשלם את התמלוג האחיד הם פטרו את עצמם מסיכוני המכרז – מן דין הוא שנקבע כי הינם מנועים כעת מלטעון נגד היותו של התמלוג אחיד ולא דיפרנציאלי.

46. בניסיונה לחזק את טענתה לפיה קביעת התמלוג האחיד אינה סבירה באופן קיצוני, הציגה העותרת, באמצעות חוות דעתו של פרופ' בלס, דוגמאות שונות בהן המדינה גובה תמלוגים דיפרנציאליים. מבלי להתייחס למחלוקת המומחים בעניין הדוגמאות שהוצגו על-ידי פרופ' בלס (וראו בעניין זה את התגובה אשר צורפה להודעת המדינה מיום 23.1.2022) – אין בדוגמאות אלו כדי לסייע לעותרת. אין חולק שהמדינה הייתה רשאית לקבוע למחצבות הפטור תמלוג דיפרנציאלי חלף התמלוג האחיד שקבעה. ברם, כל טענותיה של העותרת בעניין זה אמורות היו להישמע בזמן אמת: קרי, בזמן שחתמה על ההסכמים עם המדינה, ולא כעת, בחלוף של למעלה מ-25 שנים מהמועד שבו היא קיבלה לידיה את מחצבת אדורה בפטור ממכרז.

47. לא זו אף זו: לא מצאתי כי נפל פגם כלשהו בהחלטת המדינה לדבוק במודל התמלוג האחיד. כפי שקבעו מומחי המדינה, החלפת התמלוג האחיד בתמלוג דיפרנציאלי, אשר משקלל בתוכו את מאפייניה הייחודיים של כל מחצבה ומחצבה, כרוכה בעלויות אדמיניסטרטיביות רבות. עלויות אלו כוללות את עלות הבדיקות הפרטניות ביחס לנתונים התפעוליים ולנתוני התפוקה של כל מחצבה ומחצבה – בדיקות שתבצענה, על-פי רוב, במצב של מידע אסימטרי אשר מעניק יתרון לבעלי המחצבות; עלויות הכרוכות במשא ומתן עם בעלי המחצבות ובבדיקת הנתונים החשבונאיים; עלויות פיקוח; וכך העלויות שתיגרמנה על ידי התדיינויות בלתי נמנעות בבתי משפט סביב גובה התמלוג הדיפרנציאלי. שיטת התמלוג האחיד שנבחרה על ידי המדינה חוסכת אפוא עלויות עסקה נכבדות מאד – בהתאם לאחת מתובנות היסוד של תורת הכלכלה (ראו: R.H. Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 J. LAW & ECON. 1, 15-19 (1960)).

48. הדוגמאות שהוצגו בחוות דעתו של פרופ' בלס למקרים בהם בחרה המדינה לנקוט במודל תמלוגים דיפרנציאלי אינן יכולות לגרוע מסבירותה של החלטת המדינה לחסוך עלויות עסקה משמעותיות מאד על ידי קביעתו של תמלוג אחיד לכל מחצבות הפטור. כמו כן ברי הוא, כי תמלוג דיפרנציאלי מתאים יותר לעולמם של מכרזים תחרותיים אשר מקטינים במידה ניכרת, אם לא מאיינים לחלוטין, את יתרון המידע של בעלי המחצבות בכל הקשור למאפייניהן הייחודיים. הסביבה התחרותית של מכרז – לרבות הכלים הנלווים שהמדינה רשאית להפעילם, כדוגמת עריכת התמחרות בין המציעים השונים – גורמת למציעים לגלות את המחיר המרבי, או הכמעט מרבי, שאותו הם מוכנים לשלם בעד המקרקעין, בעד הטובין או בעד השירות מושא המכרז (ראו: עומר דקל מכרזים כרך ראשון 100-101 (2004)); והדברים ידועים.

הסתמכות והפליה – האמנם?

49. האם כינונו של התמלוג החדש מפלה את העותרת לרעה ופוגע באינטרס ההסתמכות שלה, כפי שהיא טוענת לפנינו?

50. תשובתי לשאלה זו היא: לא ולא.

51. אצטט פעם נוספת את הוראת ההסכם שבין העותרת למדינה אשר מקנה למדינה את הכוח לקבוע את שיעור התמלוג "בדרך שתהיה נהוגה [אצלה] באותה עת לכל

המחצבות". הוראה מפורשת זו של ההסכם לא אפשרה לעותרת לגבש הסתמכות סבירה ולכלכל את צעדיה לפי ההנחה ש"מה שהיה הוא מה שיהיה". למעשה, ההפך הוא הנכון. הוראה מפורשת זו הייתה צריכה ליצור אצל העותרת ציפייה לכך ששיעור התמלוג ישתנה מעת לעת. מסקנה זו מקבלת תמיכה וחיזוק מהמציאות שבה המדינה פועלת להגדלת מספרן של מחצבות המכרז ולהקטנת מספרן של מחצבות הפטור. גביית התמלוגים הגבוהים יחסית מבעליהן של מחצבות המכרז – אשר לבסוף השפיעה על קביעת התמלוג החדש, הגבוה באופן משמעותי מקודמו, עבור מחצבות הפטור – גם היא היתה חלק מאותה מציאות אשר עמדה לנגד עיני העותרת.

52. לצד כל אלה, עמדה – ומוסיפה לעמוד – חובתה הכללית של רמ"י לנהל את מקרעי המדינה ואת משאבי הטבע הטמונים בהם לטובת הציבור (ראו: סעיף 1א(1) לחוק רשות מקרקעי ישראל, התש"ך-1960; ע"מ 7752/12 אטל נ' מינהל מקרקעי ישראל, פסקאות י"א-י"ב לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין (2.11.2014)). חובה בסיסית זו אינה מאפשרת לרמ"י ולגורמים הכפופים לה, כדוגמת המשיבה 2, לחלק טובות הנאה ליזמים פרטיים על חשבון הציבור. בכך די כדי לדחות את טענת ההסתמכות שהעלתה העותרת.

53. באשר לטענת ההפליה – תקפותה תלויה בקו ההתחלתי של ה"שוויון בין שווים", שאותו, לעתים, קשה עד מאד לסרטט (ראו: Peter Westen, *The Empty Idea of Equality*, 95 HARV. L. REV. 537 (1982)). קושי זה איננו נחלתנו, שכן, במקרה הנוכחי, הקו ההתחלתי של שוויון נקבע במילים מפורשות בהסכם שבין העותרת למדינה. הסכם זה קובע כי התמלוג שייקבע על ידי המדינה יהא אחיד ושווה לכל מחצבות הפטור. בצרפה את עצמה להסדר זה, העותרת הסכימה שמאפייניה הייחודיים, ככל שישנם כאלה, אינם – ולא יהיו – רלבנטיים לעניין התמלוג שעליה לשלם למדינה עבור כל טון של חצץ. ברי הוא, על כן, כי התמלוג החדש שהנהיגה המדינה באופן אחיד בכל מחצבות הפטור איננו מבחין בין מחצבה ומחצבה; ולפיכך, הוא אינו מפלה את העותרת לרעה משום בחינה.

54. נהפוך הוא: כפי שכבר צויין על ידי, כל הנחה בתמלוג אשר תינתן לעותרת מתוך התחשבות במאפייניה הייחודיים תפלה אותה לטובה בהשוואה לשאר מחצבות הפטור ובהשוואה לכל מחצבות המכרז. במקרה כזה, בעליהן של מחצבות אלו יהיו מופלים לרעה – וזאת, כמובן, לא ניתן, וממילא לא ראוי, להרשות.

55. התוצאה היא שטענת ההפליה שנישאת בפי העותרת תלויה על בלימה; ועל כן אני דוחה אותה בשתי ידיים.

הוצאת המחצבה למכרז תחרותי – למה לא?

56. אם העותרת תסכים לוותר על אחיזתה במחצבת אדורה, והמחצבה תעמוד למכרז תחרותי, נוכל לדעת בוודאות, או כמעט בוודאות, מהו התמלוג שראוי לשלם למדינה עבור טון של חצץ המוצא מהמחצבה.

57. המדינה הודיעה כי תקבל מהלך כזה בברכה, אולם העותרת מתנגדת לו למרות הצהרתה שהתמלוג החדש יגרום לה הפסדים כבדים. האם להתנגדות זו יש טעם ענייני-כלכלי, ואם כן, מהו?

58. כפי שכבר ציינתי, מענה לשאלה זו ניתן על ידי מומחה מטעם העותרת, פרופ' בלס, בתגובתו למה שנאמר בהתייחסותו של מומחה המדינה, מר יעקובי, לחוות דעתו. פרופ' בלס סבור כי מבחינה כלכלית נכון יהיה להפעיל את המחצבה תוך ספיגת הפסדים כל אימת שהכנסותיה עולות על ההוצאות המשתנות. מענה זה יוצר עמימות באשר למהותם של אותם "הפסדים" – זאת, במיוחד אחרי שהפסדים אלה כומתו על ידי פרופ' בלס בחוות דעתו המקורית (בעמ' 16-18) כפונקציה של שקלים לטון של חצץ (בנקודה זאת, כמו קודם, אני מכבד את בקשת העותרת לחיסיון של סוד מסחרי ונמנע מלפרט את המספרים). יתרה מכך: מענה זה אינו מנתח את תוצאותיו של המכרז העתידי, בהינתן רווחיותה המופחתת-עד-מאד של המחצבה. כתוצאה מכך, לא קיבלנו תשובה לשאלה הבאה: אם אכן יש אמת בסיפור ההפסדים, מדוע לא תנסה העותרת להפחית את התמלוג באופן ניכר על ידי החזרת המחצבה למדינה והשתתפות במכרז בו המחצבה תשווק מחדש?

59. פרופ' בלס מפנה בהקשר זה לייעוץ המשפטי שקיבל (מבלי לציין את מקורו) ולפיו "המדינה מתעלמת מכך שהחזרת המחצבה תקים [לעותרת] טענה לשיפוי בגין השקעותיה במחצבה". בנקודה זו, חרג פרופ' בלס מדל"ת אמות מומחיותו ככלכלן. גדולה מכך: מבלי להיכנס לפרטים, אציין כי טענת השיפוי שנזכרה על ידו אינה עולה בקנה אחד עם האמור בהסכמי ההתקשרות שבין העותרת למדינה. כוונתי להוראותיהם של סעיף 22 להסכם הרשאה לכרייה או לחציבה – שטח החציבה מיום 17.12.1995 (מ/ש/13); סעיף 24(ג) לחוזה הרשאה לחציבה מיום 10.10.2013 (מ/ש/15); סעיפים

10(א)(2) ו-11(ה) לחוזה ההרשאה ביחס למתקנים מיום 21.3.2002 (מ/ש/14); וסעיפים 10(א)(2) ו-11(ה) לחוזה הרשאה למפעלים מיום 6.9.2020 (מ/ש/16)). על פניו, האמור בהוראות אלו שולל את זכותה של העותרת להחזר השקעותיה בסיום התקשרותה עם המדינה. כך או אחרת: התשובה לשאלה "מהו התמלוג הראוי?" טמונה במכרז; ומשמיאנה העותרת ללכת בדרך זאת, אין בידינו להטות אוזן קשבת לטענתה כי התמלוג שקבעה לה המדינה, בהתבססה על נתוניהם של מכרזי מחצבות, אינו נכון ואינו ראוי. הדרך שבה קבעה המדינה את התמלוג הינה סבירה, מידתית, ולטעמי אף מתבקשת ונכונה.

סוף דבר

60. מהטעמים שפורטו לעיל, הנני מציע לחבריי כי נדחה את העתירה ונחייב את העותרת לשלם למשיבות הוצאות משפט בסך כולל של 100,000 ש"ח.

ש ו פ ט

הנשיאה א' חיות:

אני מסכימה.

ה נ ש י א ה

השופט נ' סולברג:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' שטיין.

ניתן היום, ה' באדר א' התשפ"ב (6.2.2022).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ה נ ש י א ה