



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בעניינים מינהליים

ע"ם 7383/23

לפני:

כבוד ממלא מקום הנשיא ע' פוגלמן
כבוד השופט ד' מינץ
כבוד השופט ח' כבוב

המערערת:

מחצבות כפר גלעדי – שותפות מוגבלת

נ ג ד

המשיבות:

1. רשות מקרקעי ישראל
2. הנסון מוצרי חציבה (ישראל) בע"מ
3. מחצבי אבן בע"מ

ערעור על פסק הדין של בית המשפט לעניינים מינהליים
בחיפה (כב' השופט הבכיר מ' רניאל) בעת"ם 16340-08-23
מיום 20.9.2023

תאריך הישיבה:

י' באדר א' התשפ"ד (19.2.2024)

בשם המערערת:

עו"ד ניר רבר; עו"ד טליה סולומון; עו"ד נדב דורון

בשם המשיבה 1:

עו"ד תהילה רוט

בשם המשיבה 2:

עו"ד דוד תדמור; עו"ד אסף פריאל; עו"ד אלון
יפת; עו"ד נדב פיינמן

בשם המשיבה 3:

עו"ד טל מישר; עו"ד זאב גוטרייך; עו"ד איתי זיו-
אב

פסק-דין

ממלא מקום הנשיא ע' פוגלמן:

לפניי ערעור על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מינהליים בחיפה (כב' השופט הבכיר מ' רניאל) אשר דחה עתירה נגד החלטתה של ועדת המכרזים במשיבה 1 (היא רשות מקרקעי ישראל; להלן: רמ"י) שלא לבחור בהצעתה של המערערת במסגרת מכרז להפעלת מחצבת אשרת דרום, ולהכריז על הצעתן של המשיבות 2-3 כהצעה הזוכה במכרז.

1. מחצבת אשרת דרום אשר עומדת במוקד הערעור שלפנינו (להלן גם: המחצבה), ממוקמת באזור הגליל המערבי ממזרח לעיר נהריה, בסמוך למחצבה נוספת, היא מחצבת אשרת צפון (מחצבת אשרת דרום ומחצבת אשרת צפון יכוננו להלן ביחד: המחצבות או מחצבות אשרת). מחצבות אשרת משמשות מקור מרכזי עבור הפקת חומרי בנייה לאזור הצפון, כאשר תפוקת החציבה השנתית ופוטנציאל הפקת החומרים לענף הבנייה ממחצבת אשרת דרום גדולים מאלה של מחצבת אשרת צפון. במרוצת השנים הפעילה חברת מחצבי אבן בע"מ (היא המשיבה 3; להלן גם: חברת מחצבי אבן), את המחצבות, אולם לקראת סיום חוזה ההרשאה שמכוחם פעלה האחרונה, ולצורך הגברת התחרותיות בענף זה, החליטה רמ"י על פיצול הפעלת המחצבות בין חברות שונות, כך שחברה שתזכה במכרז להפעלת אחת מן המחצבות לא תוכל לזכות במכרז להפעלת המחצבה הנוספת.

2. בחודש פברואר 2022 פרסמה רמ"י את מכרז צפ/פ/2022/17 "התקשרות בחוזה הרשאה להפעלת מחצבת אשרת דרום בתוכנית ג/7568" (להלן: המכרז), שבמסגרתו נקבע – ביחס לזהות הזוכה במכרז – כי "ועדת המכרזים תכריז על המציע אשר הצעתו נמצאה כהצעה הכשרה הגבוהה ביותר – כזוכה במכרז" (שם, סעיף 18; ההדגשה במקור – ע' פ'; לסייגים שנקבעו בזיקה לאמור בסעיפים 27-28 למכרז המעודכן ראו פסקה 23 להלן). בנוסף, בהתאם לסעיף 17 למכרז שבמסגרתו צוין, בין היתר, כי מכרזים שעניינם בכרייה וחציבה יועברו לידיעת רשות התחרות, פנתה רמ"י לרשות עובר לפרסום המכרז כדי שזו תביע את עמדתה בעניין זה, וכן ביחס למכרז שעניינו במחצבת אשרת צפון (להלן גם: הרשות).

3. ביום 25.4.2022 הגישה רשות התחרות את עמדתה בעניין מכרזי מחצבות אשרת, תוך שצוין כי זו מתבססת על מחקר מקיף שפרסמה בעבר בעניין הגברת התחרותיות בענף המחצבות שמשמשות להפקת חומרי בנייה (להלן: עמדת רשות התחרות). במסגרת עמדתה ניתחה הרשות את כמות המפעלים לחומרי בניין שפועלים באזור הביקוש של המחצבות, וכן את פעילותן של יתר המחצבות באזור, ובהתאם קבעה כי ישנן 4 חברות שמפעילות מחצבות באזור של מחצבות אשרת, ובהן חברת מחצבות כפר גלעדי (היא המערערת; להלן גם: חברת כפר גלעדי או החברה). בתוך כך קבעה רשות התחרות, בין היתר, כי זכייה של שתיים מבין 4 החברות האמורות במכרזים להפעלת המחצבות צפויה להוביל להפחתת ההיצע עבור המפעלים לחומרי בניין באזור, בעוד שזכייה במקביל של שתי חברות שאינן נמנות על 4 חברות אלו במכרזים תוביל בהכרח לשיפור התחרותיות,

תשפר את מצבם של כל המפעלים שפועלים באזור, ועולה כדי התוצאה התחרותית הטובה ביותר. בצד האמור, צוין כי הגם שאין מדובר בתוצאה התחרותית הטובה ביותר, ככל שאחת מבין 4 החברות האמורות תזכה במכרז להפעלת אחת ממחצבות אשרת, במקביל לזכייתה של חברה שאינה נמנית עליהן במכרז הנוסף, ישתפר מצבם רק של חלק ממפעלי חומרי הבנייה ולא יהיו מפעלים שייפגעו מכך; וכן כי עמדת הרשות רלוונטית, הן למחצבת אשרת צפון, הן למחצבת אשרת דרום, אולם בשל היקף הכרייה הפוטנציאלי של האחרונה קיימת חשיבות רבה לזכייתו של שחקן חדש במכרז להפעלתה.

4. ביום 28.4.2022 שלח ראש תחום בכיר מחצבות ופרויקטים מיוחדים ברמ"י מכתב למנכ"ל חברת כפר גלעדי, שבמסגרתו העביר לו את עמדת רשות התחרות תוך שצוין כי בשלב זה יימשך המכרז, אולם ככל שהצעתה של החברה או של גורם שקשור אליה תהיה הגבוהה ביותר, "ועדת המכרזים ברמ"י תידרש להמלצה על כל המשתמע מכך" (שם, סעיף 3; להלן: המכתב מיום 28.4.2022). ביום 3.5.2022 פרסמה רמ"י הודעת עדכון בצירוף עמדת רשות התחרות שבמסגרתה צוין כי "לתשומת לב המציעים - רשות מקרקעי ישראל מודיעה בזאת שכל וימצא כי ההצעה הגבוהה היא של גורם המומלץ על ידי רשות התחרות למנוע את השתתפותו במכרז, ועדת המכרזים ברמ"י תידרש להמלצות אלה על כל המשתמע מכך" (להלן: הודעת העדכון מיום 3.5.2022). בנוסף, בהמשך לפניות של חברת כפר גלעדי לרמ"י ולרשות התחרות שעניינן, בעיקרם של דברים, במכרז להפעלת מחצבת אשרת צפון, ביום 18.5.2022 שלח מנהל אגף בכיר שיווק ומכרזים ברמ"י מכתב לחברה שבמסגרתו חזר על האמור במכתב מיום 28.4.2022 לעניין ההשלכות האפשריות של עמדת הרשות על הזוכה במכרז.

5. ביום 17.5.2023 פרסמה רמ"י חוברת מכרז מעודכנת וביום 12.6.2023 נסגר המכרז להגשת הצעות (להלן גם: המכרז המעודכן). לאחר פתיחת תיבת ההצעות, ומשנמצא כי הצעתה של חברת כפר גלעדי בסך 922,747,107 ש"ח היא ההצעה הגבוהה ביותר, התכנסה ועדת המכרזים ברמ"י לדיון שבסיומו קבעה כי בשים לב לעמדתה של רשות התחרות, תזומן החברה לשימוע עובר לקבלת החלטה בעניינה. בהמשך לכך, ביום 2.7.2023 קיימה ועדת המכרזים שימוע בנוכחות נציגי חברת כפר גלעדי ונציגי רשות התחרות – שלאחריו אף הגישה החברה טיעון כתוב – ושבמסגרתו התבקשו נציגי החברה להתייחס לעמדתה של הרשות שלפיה התוצאה התחרותית הטובה ביותר תתקבל ככל שתזכה במכרז להפעלת מחצבת אשרת דרום חברה שאינה אחת מ-4 חברות שפורטו בעמדה, שהחברה נמנית עליהן.

6. בהמשך לכך, במהלך חודש יולי 2023 פנתה רמ"י פעם נוספת לרשות התחרות בבקשה לקבל את עמדתה לעניין הזוכה במכרז, ובפרט ביחס לזכייתה האפשרית של חברת כפר גלעדי; וביום 24.7.2023 שלחה כלכלנית ברשות התחרות מכתב לראש תחום מחצבות ברמ"י שבמסגרתו ציינה, בין היתר, כי לאחר בחינת הטענות שעלו בשימוע, וכן בטיעון המשלים בכתב שהגישה חברת כפר גלעדי, עמדת הרשות עומדת בעינה, כך שהתוצאה התחרותית הטובה ביותר תתקבל ככל שתזכה חברה שאינה נמנית על 4 חברות מסוימות שמפעילות מחצבות נוספות באזור, ובהן חברת כפר גלעדי (להלן: המכתב מיום 24.7.2023). בנוסף, רשות התחרות הדגישה כי עמדתה מתבססת, בעיקרם של דברים, על בחינת התחרות האופקית, קרי כמות המחצבות שמפעילה חברה מסוימת באזור הביקוש, תוך שניתן משקל מופחת להיבטים של תחרות אנכית, כלומר לכמות המפעלים לייצור חומרי בנייה שבבעלות אותה החברה.

7. ביום 2.8.2023 קבעה ועדת המכרזים ברמ"י כי הגם שהצעתה של חברת כפר גלעדי היא ההצעה הגבוהה ביותר במכרז, בשים לב לעמדתה של רשות התחרות, ולאחר שערכה שימוע לחברה בעניין זה "הצעת [חברת כפר גלעדי – ע' פ'] תיפסל"; וכי הצעתן של המשיבות 2-3 – היא ההצעה השנייה בגובהה בסך 908,000,000 ש"ח – תזכה במכרז. עוד צוין במסגרת ההחלטה כי "לא ניתן להתעלם מהעובדה [שחברת – ע' פ'] כפר גלעדי הינה בעלת שתי מחצבות באזור הצפון" וכן כי "רמ"י רואה חשיבות של ממש בהגדלת מספר השחקנים המחזיקים במחצבות בפריסה אזורית [...] ונראה כי האינטרס הציבורי מחייב בנסיבות העניין העדפת זוכה שאין לו כל מחצבה בתחום האזור הרלוונטי" (נספח 17 לערעור).

ההליכים המשפטיים וטענות הצדדים

8. ביום 7.8.2023 הגישה חברת כפר גלעדי עתירה מינהלית המכוונת להחלטת ועדת המכרזים ברמ"י שבמסגרתה עתרה, בעיקרם של דברים, לביטול החלטה זו וכן כי הצעתה תוכרז כהצעה הזוכה במכרז להפעלת מחצבת אשרת דרום. בצד הגשת העתירה, הגישה חברת כפר גלעדי בקשה לצו ביניים שיורה בעיקרו לרמ"י ולמשיבות 2-3 להימנע מכל פעולה למימוש זכייתן של האחרונות במכרז; וביום 27.8.2023 קיבל בית המשפט לעניינים מינהליים את הבקשה באופן חלקי.

9. ביום 20.9.2023 דחה בית המשפט לעניינים מינהליים בחיפה (כב' השופט הבכיר מ' רניאל) את העתירה. בפתח הכרעתו ציין בית המשפט כי בשים לב להודעת העדכון מיום 3.5.2022 אשר עולה כדי חלק מתנאי המכרז, השאלה המרכזית שמתעוררת

בעתירה היא האם במסגרת עמדתה של רשות התחרות נקבע כי יש למנוע את השתתפותו של גורם מסוים במכרז. בהקשר זה נקבע, בין היתר, כי הגם שבעמדתה של רשות התחרות אין המלצה לפסילתו של גורם מסוים או מניעה של השתתפותו במכרז, ישנה המלצה שנוגעת להשגת התוצאה התחרותית הטובה ביותר; וכי הלכה למעשה מדובר בהמלצה לעניין הזכייה במכרז חלף פסילת גורם מסוים מהשתתפות בו. עוד קבע בית המשפט בהקשר זה, כי אף אם אופן הניסוח של הודעת העדכון מיום 3.5.2022 לא היה מדויק, עיון בהודעה זו וכן במכתב ששלחה רמ"י לחברת כפר גלעדי ביום 28.4.2022, מלמד כי האחרונה ידעה שלעמדת רשות התחרות עשויות להיות השלכות על סיכויי זכייתה במכרז; וכן דחה את טענתה של חברת כפר גלעדי שלפיה להודעה זו אין כל משמעות בהיעדר המלצה של רשות התחרות לפסול גורם מסוים מהשתתפות במכרז. בית המשפט קבע בנוסף, כי בהתאם לסעיף 11 לחוק לקידום התחרות ולצמצום הריכוזיות, התשע"ד-2013 (להלן: החוק לקידום התחרות), וכן לסעיף 28 למכרז המעודכן, ועדת המכרזים ברמ"י רשאית הייתה לשקול שיקולי תחרות אף מבלי לפרסם הודעת עדכון בנושא; וכי ממילא פעלה האחרונה כדין עת שנדרשה לעמדת רשות התחרות בנוגע לגורם הזוכה במכרז. לבסוף, בית המשפט דחה את יתר טענותיה של חברת כפר גלעדי שעניינן, בין היתר, בסבירות ומידתיות ההחלטה של ועדת המכרזים ברמ"י נוכח המשקל הרב שניתן, כנטען, לשיקולי תחרות; בפגמים שלטענתה נפלו בשימוע שנערך לה עובר להחלטה על ההצעה הזוכה במכרז; וכן בנוגע לשיקולים ששקלה רשות התחרות במסגרת גיבוש עמדתה; וחייב אותה בהוצאות המשיבות כמפורט בפסק הדין.

10. ביום 4.10.2023 הגישה חברת כפר גלעדי את הערעור שלפנינו ובצדו בקשה למתן סעד זמני לשמירת המצב הקיים בנוגע להפעלת מחצבת אשרת דרום עד להכרעה בערעור; וביום 30.10.2023 דחה השופט נ' סולברג את הבקשה. חברת כפר גלעדי טוענת, בין היתר, כי בשים לב לעמדתה של רשות התחרות שאינה כוללת המלצה על פסילתו של גורם כלשהו מהשתתפות במכרז, בצירוף הודעת העדכון מיום 3.5.2022 שעניינה ב"גורם המומלץ על ידי רשות התחרות למנוע את השתתפותו במכרז" (שם), החלטת ועדת המכרזים ברמ"י לפסול את הצעתה חורגת מהוראות המכרז ויש לבטלה. בהקשר זה טוענת חברת כפר גלעדי, כי בניגוד לקביעתו של בית המשפט לעניינים מינהליים, ככל שישנה עמימות פרשנית בנוגע לנוסח הודעת העדכון מיום 3.5.2022, יש להעדיף פרשנות אשר מקיימת את הצעתה על פני כזו שפוסלת אותה. בנוסף, נטען כי החלטתה של ועדת המכרזים ברמ"י עולה כדי שינוי תנאי המכרז בדיעבד, שכן כנטען ניתן משקל מרבי לזכייתו של הגורם שמשפר בצורה הטובה ביותר את המצב התחרותי, חלף בחירה בגורם שהציע את ההצעה הגבוהה ביותר כמתחייב מהוראות המכרז; זאת, בשים לב, בין היתר, לכך שבמכרז בעניין מחצבת אשרת צפון זכתה חברה שאינה נמנית על 4 החברות

שמוזכרות בעמדת רשות התחרות, ומשכך, בהתאם לעמדה זו, זכייה של חברת כפר גלעדי במכרז נושא הערעור עולה כדי התוצאה השנייה הטובה ביותר בפן התחרותי. לבסוף, לשיטת חברת כפר גלעדי, ההחלטה על פסילתה חרף העובדה שהצעתה היא ההצעה הגבוהה ביותר במכרז אינה מידתית, וזאת, בין היתר, נוכח חלופות אפשריות שבהן ניתן היה לנקוט ושהיו מביאות לפגיעה פחותה בחברה.

11. רמ"י מצדה טוענת, בעיקרם של דברים, כי בשים לב לאמת המידה להתערבות שיפוטית בהליכי מכרז, אין מקום להתערבות בהחלטת ועדת המכרזים נושא הערעור. לעמדתה של רמ"י, המשמעות של פסילת ההצעה של חברת כפר גלעדי במסגרת ההחלטה נושא הערעור אינה כי הצעתה נפסלה מלכתחילה, אלא כי אין בכוחה לזכות במכרז בהתאם לנימוקים שפורטו בהחלטה; זאת, בשים לב להליך המקיף שערכה ועדת המכרזים עובר לקבלת ההחלטה שכלל, בין היתר, שימוע בעניין זה וכן בחינה נוספת של עמדת רשות התחרות. בנוסף, נטען כי ההחלטה לבחור בהצעתן של המשיבות 2-3 תואמת את הוראות המכרז המעודכן, ובהן סעיפים 27-28 שקובעים, בין היתר, כי רמ"י אינה מחויבת לבחור בהצעה הגבוהה ביותר, וכי עובר לבחירתה ייתכן ותידרש להמלצת רשות התחרות בהקשר זה. לעניין זה צוין, כי בשים לב לכך שהצעתה של חברת כפר גלעדי גבוהה מזו של המשיבות 2-3 בכ-15 מיליון ש"ח בלבד, וכן לעדיפות שיש לבחירה בהצעתן של האחרונות בהיבט שיפור התחרותיות בענף – היבט קריטי כנטען עבור תפקודו התקין של שוק הבינוי והדיר – מדובר בהחלטה שתואמת את האינטרס הציבורי; שאינה חורגת ממתחם הסבירות; ושמסקפת את שיקול הדעת של רמ"י בקביעת האיזון בין גובה ההצעה לבין שיקולים נוספים, ובהם שיקולי תחרות. לבסוף, רמ"י סומכת את ידה על קביעותיו של בית המשפט לעניינים מינהליים ביחס למודעותה של חברת כפר גלעדי למשמעות הודעת העדכון מיום 3.5.2022 ולעמדת רשות התחרות בהקשר זה; וכן ציינה כי בנסיבות העניין, ובהתאם לתנאי המכרז, ההחלטה שלפיה הצעתה של האחרונה לא תזכה במכרז היא מידתית, וממילא אין חלופה אחרת אשר תואמת את הוראות המכרז.

12. חברת הנסון מוצרי מחצבה (ישראל) בע"מ (היא המשיבה 2; להלן: חברת הנסון) סומכת את ידה על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מינהליים, כמו גם על עמדתה של רמ"י. בנוסף, חברת הנסון טוענת, בין היתר, כי הפרשנות שאותה מבקשת חברת כפר גלעדי לאמץ ביחס להודעת העדכון מיום 3.5.2022 – שלפיה, כנטען, בהיעדר המלצה ברורה של רשות התחרות על פסילת גורם מסוים מהשתתפות במכרז, אין מקום להידרש לעמדת הרשות – מרוקנת את ההודעה מתוכן ואינה מתיישבת עם הוראות נוספות במכרז המעודכן, ועם החובה שמוטלת על רמ"י לשקול את הצורך בהגברת התחרותיות בענף. עוד טוענת חברת הנסון, כי בשים לב להודעת עדכון שפרסמה רמ"י ביום 7.6.2023,

שלפיה בתנאים מסוימים יכול הזוכה במכרז לקבל החזר של 2.5% מסכום הצעתו ועד לסכום של 15 מיליון ש"ח, ומשנקבע כי הטבה זו לא תחול על חברת מחצבי אבן וכן על חברה שתזכה עמה במשותף במכרז, הלכה למעשה הצעתן של המשיבות 2-3 גבוהה מזו של חברת כפר גלעדי. לבסוף, נטען כי החלטתה של ועדת המכרזים ברמ"י היא מידתית, וממילא חברת כפר גלעדי מושחתת מהעלאת טענות בהקשר זה נוכח השימוע שנערך לה ומשלא העלתה במסגרתו אפשרויות חלופיות שיאפשרו את זכייתה במכרז. חברת מחצבי אבן מצטרפת, בעיקרם של דברים, לטיעוניה של חברת הנסון ואף היא סומכת את ידה על פסק הדין נושא הערעור.

דיון והכרעה

13. כפי שנקבע בעבר, בבסיס המכרז הציבורי עומדים שני עקרונות יסוד אשר משקפים את המתח שבין כובעיה של הרשות הציבורית כשזו פועלת בשוק הפרטי; האחד, השמירה על השוויון וטוהר המידות; והשני, יעילות וחסכון כספי הציבור (ראו, מיני רבים, ע"מ 7293/20 פנגיה די דבליו בע"מ נ' רשות שדות התעופה, פסקה 12 (24.1.2021) (להלן: עניין פנגיה די דבליו); ע"מ 8382/19 מ.ג.ע.ר בע"מ נ' מועצה מקומית קציר-חריש, פסקה 10 (31.8.2020); ע"מ 8284/08 תעשיות אבן וסיד בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פסקה 33 (13.9.2010); ע"מ 10785/02 חברת י.ת.ב בע"מ נ' מדינת ישראל, משרד הפנים, פ"ד נח(1) 897, 905 (2003); כן ראו דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ג 36-39 (2013) (להלן: ברק-ארז, משפט מינהלי)). בנוסף, בשים לב להנחה שלפיה הקפדה על עקרון השוויון תגביר את אמון הציבור במנגנון המכרזים ותוביל בטווח הארוך להגשמת האינטרסים הכלכליים שביסודם, נקבע כי מבין העקרונות האמורים, זוכה עקרון השוויון למעמד בכורה (ע"מ 4363/14 מדינת ישראל – משרד הרווחה והשירותים החברתיים נ' עמותת אקים ישראל, פסקאות 6-9 (12.4.2015) (להלן: עניין אקים); ע"מ 6823/10 מתן שירותי בריאות בע"מ נ' משרד הבריאות, פסקה 21 (28.2.2011) (להלן: עניין מתן); עומר דקל מכרזים כרך ראשון 331-333 (2004) (להלן: דקל, מכרזים)).

14. העקרונות העומדים בבסיס דיני המכרזים מלמדים, בין היתר, על החשיבות הרבה שבניסוח ברור ומפורט של תנאי המכרז, כמו גם הקפדה על קיומם (ע"מ 6145/12 עיריית נצרת עילית נ' הרטמן, פסקה 13.1.2013) (להלן: עניין הרטמן); עניין מתן, פסקאות 22-23; ע"מ 5487/06 סופרמאטיק בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פסקה 7 (12.4.2009); אמיר לוי דיני המכרזים בישראל 87-90 (2012); חשיבות אשר מקבלת משנה תוקף בנוגע לתנאי הסף, שכן אלה עולים כדי "כרטיס הכניסה" להתמודדות במכרז

(עניין פנגיה די דבלין, פסקה 12; ע"מ 1785/18 אולניק חברה להובלה, עבודות עפר וכבישים בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הבינוי והשיכון, פסקה 10 (2.10.2018); ברק-ארז, משפט מינהלי, בעמ' 108). בצד האמור, עורך המכרז רשאי לפרסם הבהרות לתנאי המכרז בכפוף, בין היתר, לפרסומן בפומבי ולמועד שבו פורסמו בשים לב למועד האחרון להגשת הצעות, ואלו יחייבו את מגישי ההצעות כיתר התנאים במכרז (עניין מתן, פסקה 36; ע"מ 1847/06 בזק – החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' מדינת ישראל משרד האוצר – החשב הכללי, פסקאות 7-8 (25.4.2007); דקל, מכרזים, בעמ' 496-498).

15. במסגרת הערעור שלפנינו נדרש אפוא להכריע בשתי שאלות עיקריות; האחת, מהי המשמעות של השימוש במונח "תיפסל" בהחלטת ועדת המכרזים ברמ"י בנוגע להצעתה של חברת כפר גלעדי; והשנייה, האם בנסיבות העניין החלטתה של הוועדה לבחור בהצעתן של המשיבות 2-3 כהצעה הזוכה במכרז – הגם שהצעתה של חברת כפר גלעדי גבוהה ממנה – מקימה עילה להתערבות שיפוטית. כפי שיפורט להלן, בנסיבות המקרה דנן איני סבור כי קיימת עילה להתערבות בפסק דינו של בית המשפט לעניינים מינהליים, שלפיו החלטתה של ועדת המכרזים ברמ"י תיוותר בעינה והצעתן של המשיבות 2-3 תזכה במכרז להפעלת מחצבת אשרת דרום.

משמעות המונח "תיפסל" בהחלטת ועדת המכרזים ברמ"י

16. בענייננו, חברת כפר גלעדי טוענת כי בהיעדר תנאי סף שנוגע לשיקולי תחרותיות במסמכי המכרז המעודכן, ובשים לב לכך שרשות התחרות נמנעה מלהמליץ על פסילה של גורם כלשהו מהשתתפות במכרז, החלטתה של ועדת המכרזים ברמ"י חורגת מהוראות המכרז המעודכן שכן במסגרתה, כנטען, נפסלה הצעה כשרה, אשר עומדת בתנאי המכרז. אכן, בהיעדר קיומו של תנאי סף תואם במסמכי המכרז המעודכן או בהמלצת רשות התחרות שבאה לידי ביטוי בהודעת העדכון מיום 3.5.2022 שעניינה ב"גורם המומלץ על ידי רשות התחרות למנוע את השתתפותו במכרז", קיים קושי מסוים בשימוש במונח פסילה בהחלטתה של ועדת המכרזים ברמ"י. אולם, לאחר ששקלתי טענה זו, על רקע מכלול הנתונים שעמדו לפני ועדת המכרזים, איני סבור כי בנסיבות העניין יש בה כדי להקים עילה להתערבותנו.

17. ראשית, במסגרת ההחלטה נושא הערעור נכתב בזו הלשון:

"לאחר בחינת הועדה את המלצות רשות התחרות, את טיעוני [חברת כפר גלעדי – ע' פ'] כפי שעלו במהלך השימוע, ותשובת רשות התחרות לטיעונים אלה במסמך

מיום 24.7.23, מחליטה הוועדה משיקולי תחרותיות, לאמץ את המלצת רשות התחרות.

הוועדה מוצאת לנכון לציין כי לא ניתן להתעלם מהעובדה שמחצבת כפר גלעדי הינה בעלת שתי מחצבות באזור הצפון עמיעד המצויה במרחק של כ-44 ק"מ ממחצבות אושרת דרום וכן כפר גלעדי המצויה במרחק של כ-68 ק"מ ממחצבת אושרת דרום.

רמ"י רואה חשיבות של ממש בהגדלת מספר השחקנים המחזיקים במחצבות בפריסה אזורית, בוודאי בתחום אזורי מצומצם לטווח של כ-44 ק"מ ונראה כי האינטרס הציבורי מחייב בנסיבות העניין העדפת זוכה שאין לו כל מחצבה בתחום האזור הרלוונטי.

לאור האמור לעיל, מחליטה הוועדה כלהלן:

הצעת [חברת כפר גלעדי – ע' פ'] תיפסל" (נספח 17 לערעור; ההדגשות הוספו – ע' פ').

הנה כי כן, מקריאת ההחלטה על נימוקיה, עולה כי הוועדה בחנה את הצעתה של חברת כפר גלעדי כהצעה הכשרה הגבוהה ביותר במכרז, ולבסוף החליטה לבחור בהצעתן של המשיבות 2-3 בשים לב לשיקולי תחרותיות ולאינטרס הציבורי. כאמור, הגם שקיים קושי מסוים בשימוש במונח "תיפסל", יש להבינו בהקשר ההחלטה כולה, אשר מלמדת לשיטתי כי משמעות ההחלטה היא שהצעתה של חברת כפר גלעדי לא תזכה במכרז חלף משמעות שלפיה הצעה זו נפסלה מהשתתפות בו. אכן, ועדת המכרזים ברמ"י לא דייקה בדבריה כשבחרה במונח "תיפסל" ביחס להצעתה של חברת כפר גלעדי, כשלמעשה עולה בבירור מההחלטה כי לגופם של דברים נוכח מכלול השיקולים, יש לבכר את הצעתן של המשיבות 2-3 על פני הצעתה של הראשונה.

18. סבורני כי מסקנתי זו אף זוכה לתימוכין בשים לב לנסיבות המקרה ולאופן שבו נבחנה הצעתה של חברת כפר גלעדי במשך הליך המכרז כולו. כפי שצוין לעיל, לאחר שרשות התחרות הגישה את עמדתה, שלחה רמ"י ביום 28.4.2022 מכתב לחברת כפר גלעדי שבמסגרתו נכתב, בין היתר, כי "בהתאם להחלטת ועדת המכרזים, בשלב זה הליכי המכרז ימשכו כסדרם. עם זאת ככול וימצא כי ההצעה הגבוהה ביותר היא של חברתכם [...] ועדת המכרזים ברמ"י תידרש להמלצה על כל המשתמע מכך" (שם, סעיף 3; ההדגשה הוספה – ע' פ'). בהמשך לכך, לאחר שפתחה את תיבת ההצעות, ומשהתברר כי הצעתה של חברת כפר גלעדי היא ההצעה הגבוהה ביותר שהוגשה במכרז, הזמינה ועדת המכרזים ברמ"י את החברה לשימוע, שלאחריו פנתה הוועדה לרשות התחרות כדי שזו תביע את עמדתה פעם נוספת ביחס לזכייתה האפשרית של חברת כפר גלעדי במכרז.

במצב דברים זה, טענתה של חברת כפר גלעדי שלפיה הצעתה נפסלה על הסף מוקשית, ואינה תואמת את עובדות המקרה ובראש ובראשונה את התנהלות ועדת המכרזים ברמ"י, אשר בחרה שלא למנוע את השתתפותה של החברה לאחר שרשות התחרות הגישה את עמדתה; בחנה את ההצעה לגופה; ובחרה בסופו של יום בהצעתן של המשיבות 2-3 כהצעה הזוכה.

19. אכן, טוב הייתה עושה ועדת המכרזים ברמ"י אם הייתה מקפידה על קוצו של יוד גם בניסוח החלטתה לעניין ההצעה הזוכה במכרז, בדומה לחשיבות הרבה בהקפדה על ניסוח במכרזים ככלל שעליה עמדת לעיל (עניין הרטמן, פסקה 10; עניין מתן, פסקאות 22-23). ואולם, אף תחת הנחה לטובת חברת כפר גלעדי שלפיה נפל פגם בהחלטה בהקשר זה איני סבור כי יש בכך כדי לשנות מהתוצאה במקרה דנן; זאת, לאחר שמצאנו כי הלכה למעשה הצעת החברה נבחנה לגופה בהתאם לכללי המכרז ודיני המכרזים. כידוע, עצם קיומו של פגם במכרז או בהצעות שהוגשו במסגרתו לא תוביל בהכרח להתערבות שיפוטית, ושאלת הסעד נגזרת מעוצמת הפגם ונסיבותיו הפרטניות (ע"מ 4529/15 אורט ישראל (חל"צ) נ' המועצה המקומית דלית אל כרמל, פסקה 14 (24.8.2015) (להלן: עניין אורט ישראל); בג"ץ 161/80 מלון סן טרופז בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד לד(4) 709, 711 (1980); עומר דקל מכרזים כרך שני 269 (2006); ברק-ארז, משפט מינהלי, בעמ' 157). במקרה דנן, אין מדובר בפגם אשר יורד לשורש העניין, וממילא אין הוא פוגע בעקרונות היסוד שבבסיס דיני המכרזים, ובפרט בעקרון השוויון (עניין אורט ישראל, פסקה 14; ראו גם: ע"מ 7111/03 "יוסף חורי" חברה לעבודות בנין בע"מ נ' מדינת ישראל ע"י מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נח(6) 170, 176 (2004); בג"ץ 504/82 כח (2000) אחזקות בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד לז(1) 651, 660 (1983)); זאת, בשים לב, בין היתר, לכך שהפגם הנטען הוא בלשונה של החלטת ועדת המכרזים ברמ"י עצמה ולא בתנאי המכרז, בהצעות שהוגשו במסגרתו או בהחלטה לגופה; משאין בו כשלעצמו כדי לפגוע בשוויון ההזדמנויות של המציעים שהשתתפו במכרז, לרבות חברת כפר גלעדי; וכן משהחברה הייתה מודעת להשפעתה האפשרית של עמדת רשות התחרות על סיכויי זכייתה במכרז, ואף ניתנה לה ההזדמנות להציג את טיעוניה לעניין זה (ראו והשוו: ע"מ 5525/11 נ.ע מעלות שער העיר בע"מ נ' משרד האוצר, פסקה מה (15.1.2012)).

20. האם החלטתה של ועדת המכרזים ברמ"י לבחור בהצעתן של המשיבות 2-3 כהצעה הזוכה במכרז, הגם שהצעתה של חברת כפר גלעדי גבוהה ממנה, מקימה עילה להתערבותנו? לשאלה זו אפנה כעת.

הבחירה בהצעתן של המשיבות 2-3 כהצעה הזוכה במכרז

21. נקודת המוצא לענייננו היא ההלכה שלפיה במסגרת הביקורת השיפוטית על הליכי מכרז, בית משפט זה אינו יושב כ"וועדת מכרזים עליונה" ולא יחליף את שיקול דעתה המקצועי של ועדת המכרזים בשיקול דעתו שלו. בתוך כך, נדרש בית המשפט לבחון את סבירות החלטתה של הוועדה, והאם זו נתקבלה כדין ועל בסיס שיקולים רלוונטיים; ובשים לב לעקרונות המכרז הציבורי שעליהם עמדתי לעיל, האם נפל בה פגם שיצדיק את התערבותו (ע"ע"ם 6466/19 משרד הביטחון נ' עמותת חברות הטיעוד, פסקה 14 (11.10.2020); עניין אקים, פסקה 9; ע"ע"ם 5525/13 אשת שירותי תיירות בע"מ נ' משרד הביטחון, פסקה 28 (19.5.2014) (להלן: עניין אשת); עניין מתן, פסקה 26; ע"ע"ם 3190/02 קל בנין בע"מ נ' החברה לטיפול בשפכים רמת לבנים בע"מ, פ"ד נח(1) 590, 598-597 (2003) (להלן: עניין קל בנין)).

22. כאמור, חברת כפר גלעדי טוענת, בעיקרם של דברים, כי משהצעתה נמצאה כהצעה הגבוהה ביותר שהוגשה במכרז, ובהיעדר המלצה של רשות התחרות כי זו תיפסל מהשתתפות במכרז, היה על ועדת המכרזים ברמ"י לבחור בה כזוכה במכרז; וכן כי בשים לב לעמדתה של הרשות, זכייתה במכרז להפעלת מחצבת אשרת דרום, לצד זכייה של חברה שאינה נמנית על 4 חברות מסוימות שצוינו בעמדה במכרז להפעלת מחצבת אשרת צפון, משפרת את המצב התחרותי בענף המחצבות לחומרי בניין ואף משכך היה על הוועדה להכריז על הצעתה כהצעה הזוכה. את עמדתה זו מבססת חברת כפר גלעדי, בין היתר, על הוראות המכרז המעודכן, כמו גם הודעת העדכון מיום 3.5.2022 ועל עמדתה של רשות התחרות, אשר מצביעות לשיטתה על כך שהחלטת ועדת המכרזים ברמ"י עולה כדי שינוי תנאי המכרז בדיעבד, חורגת ממתחם הסבירות, ופוגעת בה בצורה שאינה מידתית.

23. ניתן למצוא תימוכין לטענת החברה בסעיף 4 למכרז המעודכן אשר קובע כי התחרות במכרז היא על "סכום דמי ההרשאה שישולם לרשות עבור ההרשאות שבחווה", ובצדו קובע סעיף 24 כי "ועדת המכרזים תכריז על המציע אשר הצעתו נמצאה ההצעה הכשרה הגבוהה ביותר – זוכה במכרז" (ההדגשה במקור – ע' פ'). חברת כפר גלעדי טוענת כי לפי סעיפים אלה, הקריטריון העיקרי במסגרת בחירת ההצעה הזוכה הוא סכום דמי ההרשאה שמוכן המציע לשלם לרמ"י עבור קבלת הזכויות להפעלת מחצבת אשרת דרום. ואולם, בצד האמור, קובעים סעיפים 27-28 למכרז המעודכן כי:

27. על אף האמור בכל מקום במסמכי המכרז, מובהר כי הרשות אינה מתחייבת לקבל את ההצעה הגבוהה ביותר, או

כל הצעה שהיא, ואין בהוראות סעיף זה כדי לגרוע מסמכויות ועדת המכרזים עפ"י כל דין, לרבות החלטה שלא להכריז על כל הצעה כזוכה, או לחילופין, להורות על ביטול הליכי המכרז לחלוטין, או על עריכתו מחדש, והכל לפי שיקול דעתה הבלעדי וכפי שתמצא לנכון. במקרה זה מציע במכרז לא יבוא בטענה כנגד הרשות על ביטול המכרז ופרסום מכרז חדש.

28. רשות מקרקעי ישראל מודיעה כי מכרזי כרייה וחציבה מועברים לידיעת רשות התחרות וכי בבואה לקבוע את הזוכה במכרז יתכן והיא תידרש להמלצת רשות התחרות ככל ותינתן. משותף במכרז לא יבוא בכל דרישה, תביעה או טענה כלפי רשות מקרקעי ישראל בקשר לכך" (ההדגשות הוספו – ע' פ').

הוראות אלו ברורות אפוא, והן מלמדות על שני "כללי משחק" שנקבעו במכרז – לצד כללים נוספים שאינם מענייננו – ועומדים במוקד הערעור דנן; הכלל הראשון הוא כי הגם שהקריטריון העיקרי בבחינת ההצעה הזוכה במכרז נוגע לגובה ההצעה, רשאית ועדת המכרזים ברמ"י שלא לבחור בהצעה זו כהצעה הזוכה; הכלל השני, נוגע לאפשרות שעומדת לוועדת המכרזים ברמ"י להידרש להמלצת רשות התחרות בנוגע לגורם הזוכה עובר להחלטתה. בנוסף, נקבע מפורשות כי מגישי ההצעות לא יבואו בטענות כלפי רמ"י בנוגע לסעיפים אלה, ובהקשר זה יש ליתן משקל גם להוראות הדין כמפורט בסעיף 24 להלן. בשים לב לאמור, דומה כי טענתה של חברת כפר גלעדי – שלפיה משהצעתה נמצאה כהצעה הגבוהה ביותר שהוגשה, היה על ועדת המכרזים ברמ"י לבחור בה כהצעה הזוכה – אינה עולה בקנה אחד עם לשונם הפשוטה של סעיפי המכרז, ואף לא תואמת את עקרונות הפרשנות התכליתית של שיטתנו המשפטית (עצ"ם 3973/21 רשות מקרקעי ישראל נ' קחם חברה להשקעות בע"מ, פסקה 32 (20.12.2021); עניין פנגיה די דבליו, פסקה 16; עניין מתן, פסקה 31).

24. ומכאן לטענה שלפיה מנוסח הודעת העדכון מיום 3.5.2022 עולה כי בהיעדר המלצה ברורה של רשות התחרות על פסילת גורם מסוים מהשתתפות במכרז, לא היה מקום לשקול שיקולי תחרות במסגרת ההחלטה נושא הערעור. סבורני כי חברת כפר גלעדי מבקשת לקרוא להודעת העדכון את שאין בה. כך, קובעת הודעה זו כי "ככל וימצא כי ההצעה הגבוהה ביותר היא של גורם המומלץ על ידי רשות התחרות למנוע את השתתפותו במכרז, ועדת המכרזים ברמ"י תידרש להמלצות אלה על כל המשתמע מכך", אולם אין באמור כדי ללמד על הגבלה לבחון שיקולי תחרותיות כחלק מהליך הבחירה בהצעה הזוכה.

25. זאת ועוד, סעיף 28 למכרז המעודכן שעניינו בעמדת רשות התחרות בנוגע לגורם הזוכה במכרז, הופיע במסגרת המכרז המקורי אשר פורסם לציבור בחודש פברואר 2022 (סעיף 17 למכרז). מהוראות הסעיף עולה מפורשות כאמור כי רמ"י רשאית להידרש להמלצת רשות התחרות בבואה לקבוע את הזוכה במכרז. לא זו אף זו, ממילא במסגרת סעיף 11(ב) לחוק לקידום התחרות, אשר חל, בין היתר, על הקצאת זכות להפעלת מחצבות, נקבע כי "לא יקצה המאסדר את הזכות האמורה אלא לאחר ששקל שיקולים של קידום התחרותיות הענפית [...] בהתייעצות עם הממונה על התחרות". משאלה הם פני הדברים, דומה כי אין בהודעת העדכון מיום 3.5.2022 כדי ללמד על הגבלה כלשהי על סמכותה של ועדת המכרזים לשקול שיקולי תחרותיות במסגרת החלטתה, וממילא כשעשתה כן לא חרגה הוועדה מהוראות המכרז או גרמה לשינויים בתנאיו בדיעבד.

26. בנפרד מן האמור יצוין בנוסף, כפי שכבר הוזכר, כי בשלהי חודש אפריל 2022 שלחה רמ"י מכתב לחברת כפר גלעדי שבמסגרתו הביאה לידיעתה את עמדת רשות התחרות ואת השפעתה האפשרית על ההחלטה בעניינה, ואף פרסמה את הודעת העדכון מיום 3.5.2022. דומה אפוא, כי חברת כפר גלעדי הייתה מודעת להשלכות האפשריות של עמדת רשות התחרות על זכייתה במכרז עובר להגשת הצעתה, כמו גם על עצם כוונתה של ועדת המכרזים ברמ"י לשקול שיקולי תחרותיות במסגרת החלטתה, והגם שכך בחרה להמשיך בהליך המכרז. ודוק: העלאת טענותיה בנוגע לתנאי המכרז וכן להודעת העדכון מיום 3.5.2022 בשלב הנוכחי – לאחר שהצעתה נבחנה והליך המכרז הסתיים – מעוררת קושי של ממש, בפרט מקום שבו לא הסתפקה רמ"י בהודעת העדכון ובחרה לשלוח מכתב בנושא ישירות לחברה (ע"ע"ם 6366/20 קונטאל אוטומציה ובקרה בע"מ נ' אפקון בקרה ואוטומציה בע"מ, פסקה 63 (20.5.2021) (להלן: עניין קונטאל); עניין אורט ישראל, פסקה 10).

27. אף איני סבור כי החלטתה של ועדת המכרזים ברמ"י חורגת ממתחם הסבירות, לא כל שכן באופן שיצדיק את התערבותנו במקרה דנן. הגם שהצעתה של חברת כפר גלעדי עולה כדי ההצעה הגבוהה ביותר במכרז, הפער בינה לבין הצעתן של המשיבות 2-3 אינו משמעותי בשים לב לגובהן של ההצעות, ועומד על כ-1.5% מגובה ההצעה של חברת כפר גלעדי. בצד האמור, במסגרת עמדתה – עמדה שעליה חזרה במכתב ששלחה לרמ"י מיום 24.7.2023 – הדגישה רשות התחרות את החשיבות שיש לזכייתה של חברה שאינה מפעילה מחצבה נוספת באזור הצפון לשיפור התחרותיות בענף, ואף ציינה כי "הרשות עומדת על המלצתה שלפיה התוצאה התחרותית הטובה ביותר מתקבלת כאשר לא תזכה במכרז אשרת דרום אחת מבעלות המחצבות, ובכלל זה [חברת כפר גלעדי – ע' פ']" (שם, סעיף 13). בנסיבות אלו, איני סבור כי ההחלטה נושא הערעור חורגת ממתחם

הסבירות, וממילא זו משקפת את שיקול הדעת הרחב שנתון לוועדת המכרזים בקביעת האיזון בין גובה ההצעה לבין הגברת התחרותיות בענף המחצבות להפקת חומרי בניין (השוו: ע"מ 7514/21 שמאור מוקד הבטחון הישראלי בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים, פסקה 27 (14.3.2022); ע"מ 877/21 ממ"ל – מפעלי מיחזור לישראל בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד האוצר והמשרד להגנת הסביבה, פסקה 49 (19.7.2021) (להלן: עניין ממ"ל); עניין קונטאל, פסקה 83).

28. לבסוף, יודגש כי טענתה של חברת כפר גלעדי, שלפיה בשים לב לחלופה שבמסגרתה תותר החברה על המחצבות הנוספות שהיא מפעילה באזור הצפון החלטתה של ועדת המכרזים פוגעת בה פגיעה שאינה מידתית, אינה תואמת את הוראות המכרז, לא כל שכן את הכלל שלפיו חל איסור על עורך המכרז לבוא במשא ומתן עם מגיש הצעה עובר לזכייה באופן שפוגע בעיקרון השוויון במכרזים (עניין ממ"ל, פסקה 35; עניין קל בנין, בעמ' 601-603; ברק-ארז, משפט מינהלי, בעמ' 36). יתר טענותיה של חברת כפר גלעדי, ובהן הטענות שעניינן בשיקולים שעמדו בבסיס גיבוש עמדתה של רשות התחרות ושעליהם נסמכה ועדת המכרזים ברמ"י בהחלטתה, ובפרט ביחס למשקל שניתן לתחרות האופקית על פני התחרות האנכית, אף הן אינן מקימות עילה להתערבותנו בשים לב לשיקול הדעת הרחב שנתון לוועדה, ומשמדובר בשיקולים מקצועיים שנוגעים לאופן הגברת התחרותיות בשוק המחצבות לחומרי הבניין (ע"מ 7002/19 צ"ינה מוטורס בע"מ נ' משרד התחבורה והבטיחות בדרכים, פסקה 50 (7.7.2020); עניין אשת, פסקה 28).

סוף דבר

29. נוכח האמור לעיל, אני סבור כי בנסיבות המקרה אין עילה להתערבותנו בהחלטת ועדת המכרזים ובפסק דינו של בית המשפט לעניינים מינהליים. משאלה הם פני הדברים אציע לחבריי כי נדחה את הערעור, וכי בשים לב לפגם שנפל בניסוח ההחלטה של ועדת המכרזים, לא ייעשה צו להוצאות.

מ"מ הנשיא

השופט ד' מינק:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט ח' כבוב:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של ממלא מקום הנשיא ע' פוגלמן.

ניתן היום, כ' באייר התשפ"ד (28.5.2024).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

מ"מ הנשיא

מב 23073830_M06.docx
מרכז מידע, טל' 077-2703333, *3852 ; אתר אינטרנט, <https://supreme.court.gov.il>