



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 480/23
בג"ץ 3622/23

לפני: כבוד ממלא מקום הנשיא (בדימ') עוזי פוגלמן
כבוד השופט עופר גרוסקופף
כבוד השופט אלכס שטיין

העותרת בבג"ץ 480/23: אלומיי אגירה שאובה (2014) בע"מ

העותרת בבג"ץ 3622/23: פי אס פי השקעות בע"מ

נגד

המשיבים בבג"ץ 480/23: 1. יושב ראש רשות החשמל
2. נגה – ניהול מערכת החשמל בע"מ

המשיבות בבג"ץ 3622/23: 1. רשות החשמל
2. נגה – ניהול מערכת החשמל בע"מ

עתירות למתן צו על-תנאי

תאריך ישיבה: כ"ב באדר ב התשפ"ד (1.4.2024)

בשם העותרת בבג"ץ 480/23: עו"ד צבי אגמון; עו"ד מיכאל מקייה; עו"ד עינת שרקי; עו"ד גל קויתי

בשם העותרת בבג"ץ 3622/23: עו"ד רן שפרינצק; עו"ד עמיחי וסרטיל; עו"ד הדס פרסקי

בשם המשיב 1 בבג"ץ 480/23 והמשיבה 1 בבג"ץ 3622/23: עו"ד יונתן נד"ב; עו"ד גיא ורדי

בשם המשיבה 2 בבג"ץ 480/23 ובבג"ץ 3622/23: עו"ד ענת קליין; עו"ד דנה טל; עו"ד ליאת ברגמן; עו"ד גלעד פרץ

פסק-דין

השופט עופר גרוסקופף:

עניינן של העתירות שלפנינו בטענות העותרת בבג"ץ 480/23, אלומיי אגירה שאובה (2014) בע"מ (להלן: אלומיי), והעותרת בבג"ץ 3622/23, פי אס פי השקעות בע"מ (להלן: פי אס פי ויחד עם אלומיי: העותרות), חברות פרטיות העוסקות בייצור

חשמל בטכנולוגיה של אגירה שאובה, כי המשיבה 1 בבג"ץ 3622/23, רשות החשמל (להלן: הרשות), שינתה שלא כדין את האסדרה החלה על עיסוקן.

רקע והשתלשלות העניינים

1. ברקע העתירות דנן ניצבת טכנולוגיית האגירה השאובה, באמצעותה מיוצר חשמל המועבר למשיבה 2, חברת נגה – ניהול מערכת החשמל בע"מ, שהינה חברה ממשלתית האחראית על ניהול משק החשמל בישראל (להלן: מנהל המערכת). טכנולוגיה זו מאפשרת ייצור אנרגיה חשמלית, באמצעות הפלת מים ממאגר מים עליון למאגר מים תחתון, תוך ניצול הפרשי הגובה בין מאגרים אלו (המתקנים בהם מופעלת טכנולוגיה זו יכוננו להלן: מתקני אגירה שאובה או המתקנים). כחלק מההיגיון המסדר של טכנולוגיה זו, שאיבת המים מהמאגר התחתון למאגר העליון נעשית ב"שעות שפל" של צריכת החשמל, בעוד שהפלת המים נעשית ב"שעות שיא" שבהן הביקוש גבוה. במילים אחרות, מדובר בטכנולוגיה המאפשרת אגירת אנרגיה כשעלות ייצורה נמוכה לטובת ניצולה כשעלות ייצורה גבוהה. יתרונה של הטכנולוגיה הוא בזמינותה הגבוהה להפעלה לפי דרישה בעת הצורך, וביכולתה לייצר אנרגיה חשמלית בטווחי זמן קצרים. הזמינות הגבוהה של טכנולוגיה זו מאפשרת למנהל המערכת לווסת ולתזמן ביעילות את ייצור החשמל בהתאם לצורכי משק החשמל המשתנים, המצויים בתחומי אחריותו.

2. מקור אסדרת הפעילות במשק החשמל הישראלי הוא חוק משק החשמל, התשנ"ו-1996 (להלן: חוק משק החשמל), אשר מטרתו להסדיר פעילות כאמור "לטובת הציבור, וזאת תוך הבטחת אמינות, זמינות, איכות, יעילות, והכול תוך יצירת תנאים לתחרות ומזעור עלויות" (סעיף 1 לחוק זה). במסגרת סעיף 21 לחוק משק החשמל הוקמה רשות החשמל, אשר מתוקף תפקידה מסדירה את התעריפים לספקי חשמל (שם, בסעיף 30(1)), ובהם ספקים העושים שימוש באנרגיית אגירה שאובה (להלן: יצרני אגירה שאובה או היצרנים), ואת אמות המידה לאיכות השירות שניתן על ידם (שם, בסעיף 30(2)). מכוח חוק זה אף תוקנו תקנות משק החשמל (יצרן חשמל פרטי קונבנציונלי), התשס"ה-2005 (להלן: התקנות או תקנות משק החשמל), אשר מכוחם מוסדרת הקמתם של מתקני האגירה השאובה. התקנות קובעות תנאי סף עבור קבלת "רישיון מותנה" (לפי תקנה 11 לתקנות) לצורך תכנון והקמת מתקן אגירה שאובה לייצור חשמל; כאשר לאחר עמידה בתנאים הקבועים ברישיון זה ובתקנות, ובהם סגירה פיננסית הכוללת "העמדת כל האשראי והאמצעים הפיננסיים לרבות הגנות פיננסיות, ככל שיידרשו, מגורם מממן, הדרושים להקמת מיתקן עד לסינכרונו לרשת החשמל" (הגדרת "סגירה פיננסית" בתקנה 1 לתקנות), יינתן לבעל המתקן "רישיון ייצור" (ראו שם, הגדרת "רישיון מותנה").

3. כחלק מאסדרת התחום ובהמשך לאמור בתקנות, ביום 8.11.2009 התקבלה ברשות החלטה מס' 2 משיבה 279 בעניין "אסדרה תעריפית ליצרן חשמל פרטי הפועל בטכנולוגית אגירה שאובה" (להלן: החלטה 279 או האסדרה התעריפית). להחלטה צורפו נספח אמות מידה ("אמות מידה להתנהלות יצרנים פרטיים באגירה שאובה") ונספח תעריפים ("הסדר תעריפי בגין עסקאות רכישת יכולת זמינה ואנרגיה וכן תועלות דינמיות ותכנוניות"). בהחלטה זו, אשר תוקנה מספר פעמים לאורך השנים (בתיקונים שאינם מענייננו בתיק זה), נקבעו האופן שבו יש להפעיל את מתקני האגירה השאובה והתעריפים אשר ישולמו ליצרנים בהתאם. להשלמת התמונה, יצוין כי לצד החלטה 279 קבעה הרשות את אמת מידה 127 בספר אמות המידה של הרשות, שעניינה מכירה ורכישת אנרגיה ויכולת זמינה מיצרני אגירה שאובה, המפנה בעיקרה לאסדרה התעריפית אשר בהחלטה 279 (אמת מידה 127(א) לספר אמות המידה של רשות החשמל (1.1.2023) (להלן: ספר אמות המידה)).

4. במסגרת החלטה 279 נקבעה גם המכסה הכוללת לייצור חשמל באמצעות טכנולוגיית אגירה שאובה (סעיף 7(iii)), אשר נתפסה במלואה על ידי שלוש חברות שקיבלו רישיון להקים מתקן אגירה שאובה בישראל. שתיים מחברות אלו הן העותרות בעתירות שלפנינו – אלומיי, אשר קיבלה ביום 26.7.2016 רישיון מותנה, וככל שתעמוד בהשלמת אבני הדרך לפי לוחות הזמנים הקבועים ברישיונה המותנה צפויה לקבל רישיון ייצור בחודש יוני 2026; ופי אס פי, אשר קיבלה ביום 29.3.2020 רישיון ייצור, ובהתאם המתקן שהקימה החל בפעולתו. למען שלמות התמונה, יצוין כי בעלת הרישיון השלישית מחזיקה אף היא, נכון ליום הגשת התגובה המקדמית מטעם המדינה, ברישיון מותנה בלבד, ועניינה אינו עומד לפנינו בהליך זה. לאחר מתן הרישיונות על-ידי הרשות, ובאישורה, נחתמו הסכמים דומים למדי לרכישת יכולת זמינות וייצור חשמל (Power Purchase Agreement) בין כל אחת מהעותרות למנהל המערכת – אשר בזמנו פעל כיחידה תחת חברת החשמל לישראל (להלן: ההסכמים). יובהר, כי התשלומים ליצרני אגירה שאובה מתחילים ממועד ההפעלה המסחרית של המתקן, כך שעד כה רק פי אס פי החלה לקבל תשלומים ממנהל המערכת לפי ההסכם.

5. בטרם החלה ההפעלה המסחרית של פי אס פי, התגלעו מחלוקות אחדות בינה לבין מנהל המערכת באשר לתעריפים להם היא זכאית מכוח החלטה 279 וההסכם. בעקבות מחלוקות אלו, שתוכנן יוצג להלן, פנו השניים לרשות ביום 8.8.2019, ולאחר התכתבות ענפה בין הצדדים, התקיימה ביום 12.10.2020 פגישה בין פי אס פי לרשות,

בו האחרונה צידדה בעמדת מנהל המערכת. בהמשך לפגישה זו, שלחה פי אס פי ביום 6.5.2021 חוות דעת כלכלית מטעמה בנוגע לסוגיות שבמחלוקת. בתגובת הרשות לחוות דעת זו, אשר נשלחה ביום 23.8.2021, היא דחתה את כלל טענות פי אס פי, וצירפה מסמך המסכם את עמדתה בסוגיות שבמחלוקת (להלן: המסמך המסכם). משראה "הצוות המקצועי ברשות" (פסקה 62 לתגובת הרשות לעתירות) כי המסמך המסכם נוגע לסוגיות שלהן השלכות רוחביות, הוא עיבד אותו לכדי מסמך הבהרות פומבי, שכותרתו "שאלות ותשובות בנושא התחשבנות באסדרת אגירה שאובה על פי החלטה מס' 2 משיבה 279 מיום 8.11.09 על תיקוניה והחלטה מס' 50502 מיום 12.12.16 על תיקוניה", והפיצו ביום 30.8.2021 (להלן: מסמך ההבהרות).

6. לאחר פרסום מסמך ההבהרות ולאורו, התקיים שיח נרחב בין הרשות לבין בעלות רישיונות הייצור האחרות. כך, אלומיי פנתה לרשות בטענה כי מסמך ההבהרות משנה חלקים מהאסדרה התעריפית, ואף הגישה בקשה לבחינה מחדש של מסמך זה בטענה כי נפלו בו טעויות במספר נושאים. כן נערכו מספר פגישות בין אלומיי לרשות, במסגרתן הציעה אלומיי חלופות שונות לשיטות החישוב העומדות במחלוקת בין הצדדים, אשר נדחו על ידי הרשות ביום 21.7.2022. בהמשך להשתלשלות עניינים זו הוגשו העתירות שלפנינו, כאשר הראשונה בהן הוגשה על ידי אלומיי, ביום 17.1.2023, נגד יושב ראש הרשות ומנהל המערכת (בג"ץ 480/23. להלן: עתירת אלומיי), וזו שאחריה על ידי פי אס פי, ביום 11.5.2023, נגד הרשות ומנהל המערכת (בג"ץ 3622/23. להלן: עתירת פי אס פי). בהתאם לבקשה שצירפה פי אס פי לעתירתה, ביום 29.5.2023 הורה בית משפט זה על איחוד הדיון בעתירות.

7. בטרם אעמוד על הטענות המפורטות בעתירות אלו, אציג את הרקע המקצועי למחלוקת בין הצדדים, תוך ביאור מנגנון האסדרה התעריפית של רשות החשמל.

מנגנון האסדרה התעריפית והסוגיות שעל הפרק

8. במוקד המחלוקת בין העותרות לבין הרשות, אז כמו היום, עומדת טענת העותרות שלפיה מסמך ההבהרות חורג מהאסדרה התעריפית שנקבעה בהחלטה 279, ואף עומד בניגוד להסכמים בין הצדדים, בעיקר בשלושת העניינים הבאים:

(1) המועד שבו יש לבדוק את הפרמטרים התפעוליים של המתקן, המרכיבים את "התועלות הדינמיות" שמעמיד המתקן לטובת מנהל המערכת, שעל בסיסם,

בין היתר, מתבצע חישוב חלק מהתעריף לו זכאי היצרן (להלן: מחלוקת מועד הבדיקות).

(2) אופן בחינת קצב שינוי עומס ההספק החשמלי (Ramp Rate), שהינו פרמטר אחד של התועלות הדינמיות (להלן: מחלוקת קצב עליית ההספק).

(3) אופן חישוב תוספת תעריף לזמני מעבר ממצב שאיבה (PU) למצב ייצור (TU), שמהווה פרמטר נוסף בחישוב התועלות הדינמיות (להלן: מחלוקת זמן המעבר).

למותר לציין, כי לגישתן של העותרות, השינוי המגולם במסמך ההבהרות (על פי הנטען) בכל אחד מהעניינים הללו משנה לרעתן את מנגנון החישוב של התעריפים להם הן זכאיות.

9. כפי שכבר צוין, תכונה מרכזית של טכנולוגיית האגירה שאובה, אשר מבחינה אותה מטכנולוגיות אחרות לייצור חשמל, היא הזמינות הגבוהה שהיא מעמידה לרשות מנהל המערכת לייצור מידי של חשמל. תכונה זו עומדת ביסוד האסדרה התעריפית שמנהיגה רשות החשמל, אשר מיועדת לתמרץ יצרני אגירה שאובה לעמוד בדרישה לזמינות לייצור חשמל באופן מהיר, רצוף וממושך, תוך עמידת המתקן בפרמטרים תפעוליים וביצועיים גבוהים. משכך, האסדרה התעריפית בנוגע לאגירה שאובה קבעה תעריף זמינות, הניתן בגין עצם העמדת זמינות המתקן לרשות מנהל המערכת, וזאת בנפרד מתעריף אנרגיה, המשולם בתמורה לייצור בפועל של חשמל והעברתו למערכת. במסגרת תעריף הזמינות, אפשרה האסדרה התעריפית לכל יצרן לבחור בין תעריף ברירת מחדל, אשר ניתן על בסיס עמידה בביצועים בסיסיים שנקבעו, לבין "תעריף יכולת זמינה קבועה עם מלוא התועלות הדינמיות והתכנוניות", המקנה ליצרן תמורה גבוה יותר בעבור עמידה בביצועים משופרים (להלן: תעריף הזמינות המשופרת). העותרות בחרו בתעריף הזמינות המשופרת, ולגבי אופן יישומו נחלקו הצדדים.

10. בהינתן תכליתה האמורה של האסדרה התעריפית, הפרמטרים שעל פיהם נקבע תעריף הזמינות המשופרת נועדו למדוד את יכולת המתקן להעמיד למשק חשמל אנרגיה חשמלית באופן היעיל ביותר. האסדרה התעריפית מפרטת את הפרמטרים והערכים הבסיסיים שבהם נדרש יצרן אגירה שאובה לעמוד כדי להיכלל בגדרי תעריף הזמינות המשופרת (ראו לוח תעריף 1-6.8 (ב), בעמ' 13 להחלטה 279. להלן: הערכים הבסיסיים

ו-טבלת הערכים הבסיסיים, בהתאמה), ומציגה תעריפים עבור ביצועים החורגים מהם, אשר מיטיבים עם מתקנים שביצועיהם טובים מהערכים הבסיסיים על ידי מתן פרס ומרעים עם מתקנים שביצועיהם פחותים מהערכים הבסיסיים על ידי הטלת קנס (ראו לוח תעריף 2-6.8, בעמ' 14 להחלטה 279. להלן: לוח התעריפים החורגים).

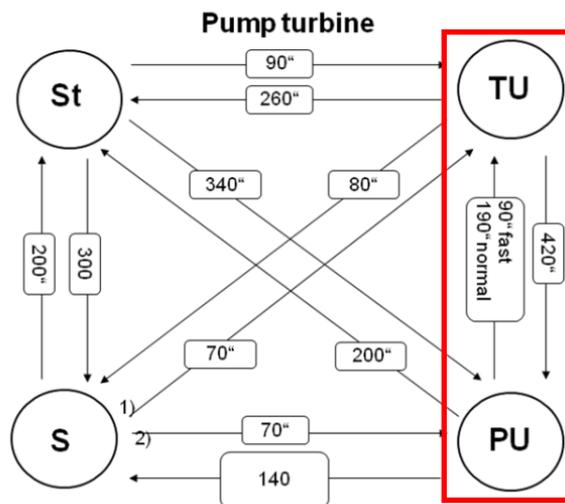
11. המחלוקת הראשונה בין העותרות לבין הרשות, מחלוקת מועד הבדיקות, נוגעת לנקודת הזמן בה נבדקים ביצועי המתקן באשר לתועלות הדינמיות. מוסכם על הכל כי למתקן נעשות בדיקות קבלה ערב קבלת רישיון הייצור, במסגרתן נבדקות התועלות הדינמיות, כאשר עליו לעמוד בפרמטרים מסוימים ביחס אליהן כדי לקבל רישיון זה (ראו אמת מידה 72(ב)(2) לספר אמות המידה. להלן: בדיקות הקבלה). עם זאת, הצדדים חלוקים באשר לקיומן של בדיקות נוספות של ביצועי המתקן. העותרות טוענות כי לפי האסדרה התעריפית וההסכמים התועלות הדינמיות נבדקות ככלל בבדיקות הקבלה בלבד, ולחילופין לפי התנאים שנבדקו בבדיקות אלו. לעומת זאת, הרשות טוענת, וכך כתבה במסמך ההבהרות, כי בדיקות הקבלה קובעות אך את הערכים הראשוניים של המתקן, וכי במהלך חיי המתקן נעשות בדיקות נוספות "מענת לענת" (סעיף 86 לתגובת הרשות לעתירות) אשר עשויות להשפיע על גובה התעריף בהתאם לתוצאותיהן.

12. המחלוקת השנייה והשלישית נוגעות לאופן החישוב של חלק מהפרמטרים עצמם. הפרמטר האחד שהצדדים חלוקים על חישובו נקרא קצב עליית הספק (להלן: פרמטר קצב עליית הספק). פרמטר זה מודד את הקצב בו עולה הספק המתקן, דהיינו קצב הגברת ייצור האנרגיה החשמלית, במעבר מייצור בהספק חלקי לייצור בהספק מלא. חשיבות פרמטר זה נעוצה בכך שככל שקצב עליית הספק להספק מקסימלי הוא מהיר יותר, כך ניתן לספק את המענה לביקוש עבור החשמל במהירות רבה יותר. בהתאם לכך, ככל שפרמטר קצב עליית הספק של המתקן גבוה יותר, כך התעריף ליצור גבוה יותר. זה המקום לציין, כי מבחינה טכנולוגית ככל שעליית הספק נעשית מרף הספק נמוך יותר – קצב עליית הספק הוא מהיר יותר. כך, מעבר מהספק מינימאלי להספק מלא הוא מהיר יותר ממעבר מהספק בינוני להספק מלא. המחלוקת השנייה בין הצדדים נעוצה איפוא בגובה ההספק שממנו יש למדוד את קצב עליית הספק מלא: העותרות, מצידן, סבורות כי לפי האסדרה התעריפית וההסכמים קצב עליית הספק צריך להימדד מהספק מינימאלי; הרשות, מצידה, קבעה במסמך ההבהרות כי פרמטר זה יימדד לפי כלל המצבים בהם הספק המתקן עולה מהספק חלקי להספק מלא, וזאת באמצעות עריכת ממוצע בין המצבים הבאים: מצב A – קצב עליית הספק מהספק מינימאלי (50% להספק מלא (100%)) אשר העותרות טוענות, כאמור, כי זהו המצב היחיד שיש למדוד במסגרתו את

הפרמטר) ; מצב B – קצב עליית ההספק מיכולת של 67% מהמתקן להספק מלא (100%); ומצב C – קצב עליית ההספק מיכולת של 83% עד הספק מלא (100%) (להלן: הסדר מצבי הביניים). על-פי ההסבר הטכנולוגי שהובא לעיל, עמדת הרשות מביאה לתוצאה נמוכה יותר מעמדת העותרות במדידת פרמטר קצב שינוי העומס, ובהתאם גם לתגמול נמוך יותר ליצרני החשמל.

13. הפרמטר הנוסף שלגביו חלוקים הצדדים נקרא "זמני מעבר בין מצבי St, S, PU למצב TU" (להלן: פרמטר זמני מעבר בין מצבים). פרמטר זה מודד את הזמן הנדרש למתקן האגירה לעבור בין מצבי ההפעלה השונים של יחידת אגירה שאובה, כאשר ככל שזמן המעבר קצר יותר, כך התועלת מבחינת הזמינות בייצור החשמל גבוהה יותר, ובהתאם גם התגמול שמקבל היצרן. לאסדרה התעריפית צורפה דיאגרמה המפרטת את מצבי ההפעלה השונים (שם, בעמ' 13, דיאגרמת מצבים 6.8 – 1 (א) (להלן: דיאגרמת המצבים); הדיאגרמה מצורפת להלן (הסימון המלבני נוסף)), כאשר במעבר בין מצב שאיבה, בו המערכת מעלה מים למאגר העליון, ולפיכך צורכת חשמל (PU), למצב ייצור, בו המערכת מזרימה מים למאגר התחתון, ולפיכך מייצרת חשמל (TU), צוינו שני סוגים של זמני מעבר והערכים הבסיסיים שלהם: זמן מעבר מהיר (fast), העומד על 90 שניות; וזמן מעבר רגיל (normal), העומד על 190 שניות. יובהר, כי זמן המעבר המהיר נועד עבור מקרים של דחיפות מיוחדת, בעוד זמן המעבר הרגיל נועד עבור פעילות שגרתית של המתקן (ראו סעיף 68 לתגובת מנהל המערכת לעתירת פי אס פי).

Mode Change Times for Pump Turbines



14. לפי לוח התעריפים החורגים, שיפור של עשר שניות ביחס לערכים הבסיסיים "בכל אחד מהזמנים" יוביל להוספת 1% לתעריף "לכל אחד מהשיפורים". הצדדים חלוקים על יישומו של כלל זה, בנסיבות בהן, הלכה למעשה, קיים רק זמן מעבר אחד, העומד בדרישה המחמירה (קרי, הוא נמוך מ- 90 שניות). העותרות טוענות כי לפי האסדרה התעריפית וההסכמים יש לחשב את השיפור ביחס לכל אחד מזמני המעבר בנפרד. כך, אם זמן המעבר היחיד ממצב שאיכה למצב ייצור יעמוד על 50 שניות, יש לקבל תוספת של 4% עבור השיפור ביחס לזמן המעבר המהיר $(0.01 * ((90-50)/10)$ ועוד תוספת של 14% עבור השיפור ביחס לזמן המעבר הרגיל $(0.01 * ((190-50)/10)$ – סך הכל 18% תוספת לתעריף הזמינות. לעומת זאת, הרשות הבהירה כי לעמדתה החישוב ייערך עבור השיפור ביחס לשני סוגי הזמנים במצטבר. לפי מסמך ההבהרות, זמן מעבר של 50 שניות יקבל תוספת לתעריף הזמינות בגובה 10% עבור השיפור ביחס לזמן המעבר הרגיל ועוד 4% עבור השיפור ביחס לזמן המעבר המהיר – סך הכל 14% (דרך חלופית להצגת עמדת הרשות בנסיבות בהן יש רק זמן מעבר אחד, היא שהתוספת ניתנת רק בגין שיפור זמן המעבר האיטי מ-190 ל-50, ולא בגין השיפור החופף בחלקו בזמן המעבר המהיר).

משהובהר הרקע לשלוש המחלוקות שביסוד העתירות, נפרט את טענות הצדדים במסגרת כל אחת מהן.

טענות הצדדים בעתירות שלפנינו

15. העתירות שלפנינו נשענות על הטענה כי מסמך ההבהרות מכונן שינוי מהותי של האסדרה שחלה מכוח החלטה 279, ומיושמת בעניינן של העותרות על-ידי ההסכמים. הן אלומי והן פי אס פי גורסות, בעיקרם של דברים, כי שינוי זה מקים מגוון פגמים בתוקפו של מסמך ההבהרות, כאשר כל אחת מהן עותרת לסעדים דומים, גם אם לא זהים, ביחס אליו: אלומי, מצדה, מבקשת את ביטולם של שני סעיפים במסמך ההבהרה (סעיף א(2) וסעיף ב) העוסקים במועד הבדיקות ובפרמטר קצב עליית ההספק, וכן כי ייקבע שחישוב תשלומי הזמינות ייעשה על סמך האסדרה התעריפית וההסכם שנערך עמה; ואילו פי אס פי, מבקשת שנקבע כי "אין תוקף מחייב" למסמך ההבהרות, וכי נורה למנהל המערכת לשלם ליצרני אגירה שאובה לפי האסדרה שחלה עובר לפרסום מסמך זה.

16. על רקע המתואר, ניתן לחלק את הטענות המרכיבות את העתירות לשתי קבוצות: אחת, המבססת את הפער הנטען בין מסמך ההבהרות לבין האסדרה שקדמה לו, עניינה בנקודות המחלוקת שפורטו בפסקאות 11-14 לעיל; ושנייה, שעניינה בעילות הנטענות

לקבלת הסעדים המבוקשים, בהתבסס על שינויי האסדרה הנטענים. בהינתן החפיפה הקיימת בין מרבית טיעוני העותרות, ולמען הנוחות, טענותיהן של העותרות יוצגו במאוחד, תוך ציון הבדל בין עמדות העותרות, כאשר קיים הבדל כזה. לצד זאת, יוצגו עמדות הרשות ומנהל המערכת כפי שהובאו בתגובות המקדמיות מטעמם. תחילה יובאו עמדות הצדדים במחלוקות הפרשניות שהתגלעו ביניהם, ולאחר מכן עמדותיהם ביחס לעילות המשפטיות המבססות את העתירות.

מחלוקת מועדי הבדיקות

17. באשר למחלוקת מועדי הבדיקות, עתירת אלומיי נשענת במידה רבה על העיקרון העומד בבסיס האסדרה התעריפית, לפיו תעריף הזמינות יכסה ליצרן את עלות ההקמה והתפעול של המתקן (להלן: עיקרון הכיסוי). התייחסותה של החלטה 279 לעיקרון זה נוסחה כך:

התעריף שישלם מנהל המערכת לייצרן בגין העמדת היכולת הזמינה... מבוסס על החזרה של 100% מעלות ההקמה בתוספת תשואה על מקורות המימון (הון עצמי והון זר) וכן 100% מהוצאות התפעול הקבועות של יחידת הייצור. (החלטה 279, בעמוד 20. ראו גם לוח תעריף 6.8 – 1, שם, בעמ' 12; אמת מידה 127(א)(1) לספר אמות המידה).

לגישת אלומיי, עיקרון הכיסוי מחייב כי תשלומי תעריף הזמינות יהיו "קשיחים וקבועים מראש" (פסקה 133 לעתירת אלומיי), תוך שגובהם ייקבע במועד בדיקות הקבלה בלבד (שם, בפסקאות 71-74). זאת, כדי להבטיח ליצרן כי אכן תוחזר לו עלות הקמת המפעל ועלות תפעולו הקבועה. משמסמך ההבהרות קובע כי הפרמטרים ייבדקו באופן רציף במשך חיי המתקן, ולפי יכולותיו בפועל, נטען כי הוא חוטא לעיקרון הכיסוי.

18. בדומה לטענת אלומיי, פי אס פי טוענת כי תעריף הזמינות ניתן בשל העמדת "זמינות פוטנציאלית [...] בין אם נעשה [בה] שימוש בפועל ובין אם לאו" (פסקאות 88-89 לעתירת פי אס פי), וכחיזוק לכך מפנה להסכם שחתמה מול מנהל המערכת הקובע כי תעריף הזמינות ניתן בעבור "העמדת הזמינות של מתקן היצרן" (סעיף 4.9.2.2 להסכמים) ולא בעבור השימוש במתקן בפועל. לפיכך, פי אס פי טוענת כי על תעריף הזמינות להיקבע באופן חד-פעמי במסגרת בדיקות הקבלה, וזאת על בסיס ההסכמים המציינים במפורש כי תמורת הזמינות תשולם "כפי שנמדדה בנקודת המסירה" (סעיף 4.9.1.5 להסכמים), וכך גם בפרט ביחס לחלק מן הפרמטרים עצמם (ראו סעיף 4.7.8.4

להסכמים). לצד זאת, מודה פי אס פי כי הרשות יכולה לערוך למתקן בדיקות נוספות כדי לוודא שיכולותיו לא השתנו, ובלבד שבדיקות אלה יערכו בתנאים הזהים לאלו של בדיקות הקבלה (פסקה 90 לעתירת פי אס פי). על כן, טוענת פי אס פי כי מסמך ההבהרות חורג מהאסדרה התעריפית ומההסכמים.

19. לעומתן, הרשות ומנהל המערכת סבורים כי מסמך ההבהרות אינו משנה בעניין זה את האסדרה התעריפית, אשר קובעת במפורש כי לסטייה מהערכים הבסיסיים ישנה משמעות לעניין קבלת התעריף "בכל נקודת זמן שהיא במהלך 8,760 שעות בשנה" (סעיף 7(ii) לאסדרה התעריפית). מנהל המערכת מפנה בהקשר זה אף להוראות ההסכמים בהם נקבע כי "במקרים בהם יסטה היצרן מהפרמטרים התפעוליים [...] ישולמו תעריפים מופחתים כמפורט באישור התעריפי" (סעיף 4.7.8.7 להסכמים). עוד טענו המשיבים, כי אין היגיון בפרשנות העותרות, שכן לפיה ליצרנים מגיעה תמורה על שירות שאינו משקף את הביצוע בפועל של המתקן שלהם, באופן שלא מתמרץ אותם לייעל ככל הניתן את פעילות המתקן לאורך זמן. פרשנות כזו, כך נטען, עומדת בניגוד למטרת תעריף הזמינות המשופרת ולהיגיון המסחרי שבהסכמים. אשר לטענת העותרות כי על תעריף הזמינות לכסות את הוצאות היצרן, סבורה הרשות כי כיסוי זה מגולם בתשלומי הזמינות הבסיסיים ולא בתשלום עבור התועלות הדינמיות.

מחלוקת קצב עליית ההספק

20. באשר למחלוקת על קצב עליית ההספק, העותרות מפנות לנספח ח' להסכמים, בו מתוארת פרוגרמת בדיקות הקבלה שיש לבצע במתקן לפני הפעלתו המסחרית (להלן: פרוגרמת בדיקות הקבלה). בסעיף 8 לנספח זה מתוארות הבדיקות שיש לבצע לקביעת פרמטר קצב עליית ההספק, ובו נכתב במפורש כי הבדיקה תיעשה מהספק המינימום. בהמשך לעמדת העותרות כי הפרמטרים ייקבעו על בסיס בדיקות הקבלה בלבד, עולה כי הפרמטר נקבע לפי עלייתו מהספק מינימאלי בלבד, בניגוד לנקבע במסמך ההבהרות. פי אס פי מפנה בהקשר זה גם לטבלת הערכים הבסיסיים, בה מכונה הפרמטר "קצב שינוי עומס מינימאלי במעבר מעומס חלקי לעומס מלא". לבסוף, מלינה פי אס פי על כך שהסדר מצבי הביניים שמציג מסמך ההבהרות אינו מוזכר בכל החלטה קודמת, בהסכמים או באמות המידה.

21. המשיבות מתנגדות לטענות העותרות גם בסוגיה זו. באשר לפרוגרמת בדיקות הקבלה, נטען כי מדובר בהצעה בלבד לביצוע הבדיקות, כאשר למעשה בדיקות הקבלה

שנערכו לפי אס פי נעשו באופן דומה להסדר מצבי הביניים. ביחס לשם הפרמטר בטבלת הערכים הבסיסיים, המשיבות עומדות על כך שהמילה "מינימאלי" מתייחס לקצב שינוי העומס שיש לעמוד בו על מנת לזכות בתעריף הזמינות, ולא לרף ממנו נמדד קצב עליית ההספק לצורך קביעת התעריף ליצרן. לפיכך, נטען כי הסדר מצבי הביניים אינו סותר את ההסכמים או את האסדרה התעריפית אלא מהווה הבהרה להם. עוד צוין כי הסדר מצבי הביניים עוצב בהתאם להצעה שהציעה פי אס פי במכתבה לרשות.

מחלוקת זמן המעבר

22. ראשית, יצוין כי בעתירת אלומיי לא נכללה כל טענה ביחס למחלוקת זמן המעבר, כך שעתירתה של פי אס פי בנדון ניצבת בעניין זה לבדה. לגופה של מחלוקת, הצדדים חלוקים על הפרשנות הראויה לקביעה בלוח התעריפים החורגים כי תינתן תוספת בגין שיפור "בכל אחד מהזמנים": האם יש לחשבה באופן עצמאי ביחס למעבר מהיר וביחס למעבר רגיל – כך שזמן מעבר בפועל הנמוך מ-90 שניות יזכה את היצרן הן בגין השיפור ביחס למצב המעבר הרגיל והן בגין השיפור ביחס למצב המעבר המהיר; או שמא יש לחשבה במצטבר – כך שזמן מעבר כאמור יזכה את היצרן רק בגין השיפור ביחס למצב המעבר המהיר (וראו ההמחשה המובאת לעיל בפסקה 13). בתמצית, עמדתה של פי אס פי היא כי לשון האסדרה מתייחסת לשיפור ביחס לכל אחת מהחלופות, ולכן עליה לקבל את התוספת לתעריף עבור השיפור שהיא ביצעה ביחס לכל אחד מהן. כמו כן, נטען כי תכלית האסדרה התעריפית היא לתמרץ יצרני אגירה שאובה לקצר את זמן המעבר כמה שיותר, כך שיש לזכות אותה בתוספת לתעריף בגין קיצור הזמן במצב רגיל אל פחות מ-90 שניות. מנגד, המשיבות טוענות כי פרשנות העותרות מביאה לכפל תשלומים ליצרן בגין אותה התועלת, אשר אינו מוצדק מבחינה מסחרית. עוד ציינו המשיבות כי משיח עם פי אס פי עלה כי במתקן שבבעלותה יש "כפתור הפעלה אחד [...] עבור מעבר ממצב של שאיבה (PU) לייצור (TU)" (פסקה 131 לתגובת הרשות לעתירות), מה שממחיש כי אין מדובר בשתי תועלות נפרדות, כגישתן.

העילות בגינן מבוקשים הסעדים

23. בהסתמך על ההנחה בדבר שינוי האסדרה שהחיל מסמך ההבהרות, בהתאם לעמדתן שפורטה לעיל, העותרות טוענות כי זה חסר תוקף משפטי, בשל פגמים שנפלו בו במספר מישורים. במישור הסמכות, טוענת פי אס פי כי הרשות לא הצביעה על מקור סמכות אשר מכוחו פורסם מסמך ההבהרות. בתוך כך, נטען כי אין לרשות סמכות לפרש

או להבהיר החלטות קודמות שלה, שכן זהו תפקידו הבלעדי של בית המשפט, וזאת בוודאי במקרה דנן בו הרשות אינה פרשנית ניטרלית. כמו כן, אלומיי טוענת כי אין לרשות סמכות לשנות את האסדרה התעריפית, שהיא חקיקה משנית, באמצעות המסמך שמדרגו הנורמטיבי נמוך יותר. במישור ההליך, נטען כי נפלו בהליך פרסום המסמך מספר פגמים. כך, נטען כי לפי סעיף 25(ב) לחוק משק החשמל החלטות הרשות יתקבלו ברוב דעות חברי הרכב הרשות (ראו סעיף 22(ב) לחוק זה), בעוד המסמך גובש ופורסם על ידי "צוות מקצועי" שאין לו כל מעמד חוקי. בהקשר דומה, נטען על ידי פי אס פי כי מסמך ההבהרות לא הובא לידיעתו של שר האנרגיה, בניגוד לחובה הנטענת להעביר החלטות של הרשות לבחינת השר (סעיף 25(ד) לחוק משק החשמל). בנוסף, אלומיי טוענת כי לא נערך לה שימוע כדין טרם פרסום מסמך ההבהרות. במישור שיקול הדעת, אלומיי טוענת כי מסמך ההבהרות חוטא לעיקרון הכיסוי, ועל כן הוא אינו סביר במידה קיצונית. כמו כן, העותרות טוענות כי מדידת הערכים בזמן אמת, להבדיל מהערכים שנמדדים במועד בדיקות הקבלה, מושפעת באופן ישיר מאופן הפעלת המערכת על ידי מנהל המערכת. כלומר, כך נטען, מסמך ההבהרות מכפיף למעשה את תשלומי הזמינות, אותם משלם מנהל המערכת, לפעולותיו שלו – מצב אבסורדי ובלתי סביר, אשר דינו להתבטל. לבסוף, העותרות גורסות כי שינוי ההסכמים והאסדרה התעריפית על ידי הרשות פוגע בהסתמכות הכלכלית המוצדקת שלהן על האסדרה המקורית.

24. מן העבר השני, המשיבות דוחות את מרבית הטענות הללו, בעיקר בהסתמך על עמדתן לפיה מסמך ההבהרות מהווה אך פרשנות ויישום של האסדה הקבועה בדין בהתאם לעקרונותיה, ולא החלטה חדשה המשנה אותה. לגישתן של המשיבות, הרשות רשאית לפרש את הדין ולפעול לפי פרשנות זו, כאשר הפרשנות ניתנת לתקיפה ולביקורת על ידי הערכאה המוסמכת. יתרה מכך, המשיבות טוענות כי חלה חובה על הרשות לפרסם את פרשנותה לאסדרה מעת שהיא סיפקה מענה לפניויה של פי אס פי, וזאת בהתאם לקוד האתי של עובדי רשות החשמל. המשיבות אף מפנות לאישור התעריף שניתן לכל אחת מהעותרות, שם נקבע במפורש כי "בכל מקרה של הבהרה הנוגעת לאישור התעריף, יכדיע יושב ראש הרשות בנושא" (ראו נספח 8 לעתירת אלומיי, בעמ' 3. להלן: אישור התעריף).

25. להשלמת התמונה, יצוין כי המשיבות סבורות גם כי יש לדחות את העתירות על הסף, בעיקר בשל השיהוי שחל בהגשתן. מסמך ההבהרות פורסם בחודש אוגוסט 2021, כך נטען, בעוד העתירות הוגשו במהלך שנת 2023, על אף שהמשיבות הבהירו לאורך כל הדרך את עמדתן לעותרות. בתשובותיהן לתגובות המקדמיות דוחות אלומיי ופי אס פי

את טענת השיהוי: אלומיי טוענת כי לפי לוחות הזמנים וההתכתבויות שנעשו בין הצדדים לא נפל כל שיהוי בהגשת עתירתה, וזאת בפרט בהינתן שלא נערך לה שימוע כדין; ופי אס פי טוענת כי לאור טווח הזמן הארוך (כ-20 שנה) שבו צפוי לפעול המתקן, יש לייחס משקל נמוך לשיהוי; כי השיהוי מתגמד לעומת חומרת הפגיעה מטעם הרשות; וכי לא חל שיהוי אובייקטיבי, עקב מספר הגורמים המצומצם שהסתמך על מסמך התשובות.

הדיון בעתירות

26. ביום 1.4.2024, נערך בפנינו דיון במעמד הצדדים (להלן: הדיון). בפתח הדיון התבקשו הצדדים להתייחס לאפשרות שהעתירות ינוהלו כתיקים אזרחיים ובפני ערכאה אזרחית, מפני שהמחלוקות בין הצדדים תלויות בפרשנות ההסכמים והאסדרה התעריפית, ולא בשאלה הנורמטיבית של סמכות הרשות לשנות את האסדרה שהיא קבעה (ראו פרוטוקול הדיון, בעמ' 24-25). באי-כוח העותרות הודיעו כי ככלל הן אינן שוללות את העברת העתירות לערכאה אזרחית (שם, בעמ' 3 ו-5-6), בעוד בא-כוח הרשות טען כי ההיבט המרכזי בעתירות הוא רגולטורי ומנהלי, ולכן על העתירות להתנהל בבית משפט זה בשבתו כבית משפט גבוה לצדק (שם, בעמ' 9-11).

27. במהלך הדיון לגופם של דברים, שבו באי-כוח העותרות על מרבית טענותיהם שבכתב. לצד זאת, באי-כוח העותרות הציגו את טענותיהם במחלוקת מועדי הבדיקות, אך כחלק ממחלוקת עליית קצב ההספק, ולא באופן עצמאי (שם, בעמ' 15-17 ו-27-28). באותו עניין, חידד בא-כוח פי אס פי כי אין היא סבורה שהרשות לא יכולה לבדוק את ביצועי המתקנים לאחר מועד בדיקות הקבלה, אלא שיש לעשות זאת בהתאם ל"פרוטוקול של בדיקות הקבלה" (שם, בעמ' 41). עוד הובהר כי אין מחלוקת בין הצדדים באשר לעצם סמכותה של הרשות להוציא הבהרות ופרשנויות להחלטותיה (שם, בעמ' 6-7). בנוסף, בא-כוח הרשות טען כי אף אם ישנה סתירה כלשהי בין האסדרה התעריפית לבין ההסכמים, הרי שבהסכמים עצמם כתוב במפורש כי במקרה כזה האסדרה גוברת (תוך הפניה לסעיפים 1.4-1.6 להסכמים), והפנה לאישור התעריף שניתן לעותרות, בו נכתב כי "התעריפים האמורים יהיו בתוקף בהתאם ובכפוף לתנאים הקבועים [...] בלוחות התעריפים, אמות המידה והחלטות הרשות הרלבנטיות" (אישור התעריף, בסעיף 1.2).

28. לאחר שעיינתי בטענות הצדדים, אלו שבכתב ואלו שבעל פה, הגעתי למסקנה כי יש לדחות את העתירות – וכך אציע לחבריי שנעשה. כפי שיפורט להלן, אני סבור כי דין העתירות להידחות בהיעדר עילה להתערבות בית משפט זה בכל הנוגע למסמך ההבהרות שפרסמה הרשות ולמשמעויותיו.

29. בטרם אפנה לדון ולהכריע במחלוקות העיקריות הניטשות בין הצדדים, אעמוד על שלושה עניינים שמצויים ברקע העתירות, ונדרשים לשם הכרעה בהליך דנן. ראשית, אתחם את הדיון, תוך מיקודו בסוגיית פרשנותם של האסדרה התעריפית וההסכמים. שנית, אתייחס לשאלה מהו ההליך המשפטי המתאים לברור סכסוכים דוגמת זה בו עסקינן, העוסקים במערכת היחסים שבין אסדרה לבין הסכמים שנעשים בצילה של האסדרה. שלישית, אציג את כללי הפרשנות הרלוונטיים לכתובים שביאורם נצרך להכרעה בעתירות דנן.

תיחום הדיון: תוקפו של מסמך ההבהרות או פרשנות האסדרה הרגולטורית

30. קריאה בעתירות שלפנינו עשויה ליצור רושם כי עיקר יעדן מכוון לביטולו של מסמך ההבהרות (או חלקו, על פי עתירת אלומי) בשל פגמים מנהליים שנפלו בו. כך, למשל, נטען כי מסמך ההבהרות פורסם שלא בסמכות; כי הרשות לא עמדה בתנאים הפרוצדורליים הנדרשים לפרסום המסמך; וכי פרסום המסמך לוקה בחוסר סבירות. ואכן, אין חולק כי החלטה של רשות מנהלית בדבר שינוי הנחיותיה הרגולטוריות חשופה לבחינה שיפוטית בדבר תוקפה, בדומה לכל ביקורת שיפוטית על פעולותיהן של רשויות מנהליות – במישורי הסמכות, ההליך ושיקול הדעת (בהקשר ביקורת שיפוטית על אסדרה ראו בג"ץ 8205/17 פרטנר תקשורת בע"מ נ' שר התקשורת, פסקה 3 (22.5.2018); דנ"א 4960/18 זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ, פסקה 75 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימ') חנן מלצר (4.7.2021) (להלן: דנ"א זליגמן); יובל רויטמן "המשפט המנהלי בעידן המדינה הרגולטורית" משפט וממשל יח 219, 263-236 (2017); נטע זיו "ביקורת שיפוטית פוגשת רגולציה: מיפוי מושגי ראשוני" ספר אליקים רובינשטיין 1125 (אהרן ברק ואח' עורכים, 2021)).

31. אפס, הלכה למעשה, מוקד דיוננו אינו בביקורת שיפוטית מהסוג האמור. במה דברים אמורים? טענות העותרות ביחס לפגמים השונים שחלו בפרסום מסמך ההבהרות

נשענות, כזכור, על ההנחה בדבר השוני שבין מסמך ההבהרות לבין החלטה 279 וההסכמים. טול הנחה זו – ונמצאת שומט את הבסיס לטענות האמורות. והנה, בניגוד להנחת העותרות, הרשות עמדה באופן חד-משמעי, הן בתגובתה המקדמית (פסקה 7 לתגובת הרשות לעתירות) והן במסגרת הדיון (עמ' 10 לפרוטוקול הדיון), על כך שמסמך ההבהרות איננו "החלטה חדשה", אלא אך הבהרת האסדרה התעריפית, על דרך של הצגת הפרשנות הנכונה לה לשיטת הרשות. העותרות, מצדן, גורסות כי הצבת תוכנו של המסמך אל מול נוסח החלטה 279 וההסכמים מלמדת אחרת, כמתואר לעיל. לנוכח דברים אלו, נראה כי ההכרעה במחלוקת פרשנית זו שבין הרשות (ומנהל המערכת) לבין העותרות, קודמת, הן מהותית והן פורמלית, לטענות שעניינן בתוקף מסמך ההבהרות כאמור. ענייננו, איפוא, אינו בשאלה נורמטיבית – מה תוקפו של מסמך ההבהרות; אלא בשאלה פרשנית – האם מסמך ההבהרות הוא פרשנות נכונה של האסדרה הקיימת (להבחנה בין פרשנות הנחיות מנהליות לביקורת עליהן ראו דנ"א זליגמן, בפסקה 79 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר). אמור מעתה, במקרה דנן – ככל שמסמך ההבהרות חורג מהאסדרה הקיימת, ומהווה שינוי שלה, אף הרשות אינה טוענת כי יש לו תוקף מחייב; ככל שמסמך ההבהרות תואם את האסדרה הקיימת, ומהווה פרשנות נכונה שלה, אף העותרים אינם טוענים כי נפל בו דופי.

32. ויובהר: אין ספק, ובדיון אף התברר שאין מחלוקת, כי לרשות עומדת הסמכות להבהיר את עמדתה הפרשנית ביחס לאסדרה קיימת (וזאת להבדיל משינוי אסדרה זו. ראו בעמ' 3-7 לפרוטוקול הדיון). כפי שמבהירה הרשות בתגובתה, מסמך ההבהרות גובש על ידי הצוות המקצועי המוסמך ברשות כחלק ממענה מפורט שמסרה הרשות במסגרת תגובתה לפניית פי אס פי אליה. בנסיבות אלו, פרסום הבהרה כאמור ביחס לעמדתה הפרשנית של הרשות אינו רק לגיטימי, אלא אף רצוי. הבהרה כזו היא בעלת תפקיד חשוב במערכת היחסים שבין המאסדר לבין הגופים הנתונים לאסדרתו, בייחוד במרחב ה"רגולציה ההסכמית" שהולך ונפוץ בימינו. כך, שכן היא מגשימה תועלות של ודאות ואחידות רגולטורית, ובכלל זה מאפשרת הסתמכות של נמעני הרגולציה, מחד גיסא, והגשת השגות על פרשנות הרשות מבעוד מועד, מאידך גיסא (לחשיבות הודאות הרגולטורית ראו בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר) נ' ראש ממשלת ישראל, פסקה 6 לחוות דעתה של השופטת (כתוארה אז) אסתר חיות (27.3.2016) (להלן: עניין התנועה למען איכות השלטון); דנ"א זליגמן, בפסקה 98 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר). בנוסף, פרסום כאמור ממלא אחר חובות השקיפות וההגינות החלים על הרשות, באופן השולל תחושות וטענות לשרירות ולהפליה (ראו עע"מ 2955/05 עיריית תל אביב נ' לוי, פסקה 6 (14.8.2006); בג"ץ 3100/05 שטוקלמן

נ' מינהל מקרקעי ישראל, פסקה 33 (17.8.2009)). לא בכדי, הקוד האתי של הרשות מורה כי "פניות יזמים בסוגיות שלהן השלכות רוחביות, ובפרט הבהרות לגבי החלטות הרשות, ייבדקו על ידי הצוות המקצועי וככל שיוחלט כי נדרש מענה, הוא יפורסם לכלל הציבור במסמכי שאלות ותשובות שיעודכנו באתר הרשות מעת לעת" (כלל 5 לקוד האתי – כללי התנהגות של עובדי הרשות למול יזמים פרטיים (29.12.2019, עודכן 8.3.2020)). הנה כי כן, ככל שעסקינן בהבהרה פרשנית אשר אינה חורגת מגדרי האסדרה הקיימת, כטענת הרשות, הרי שזו לא רק פעולה הנעשית כדת וכדין, אלא גם כראוי וכנכון. גם מזווית זו, איפוא, עלינו למקד את דיוננו בגוף המחלוקת הפרשנית, ולא בעצם תוקפו של מסמך ההבהרות.

בין הרגולטורי לחוזי: שאלת ההליך המשפטי המתאים

33. מגרש המשחקים שבו מתחולל הסכסוך המשפטי מושא הליך זה הוא מגרש ה"רגולציה החדשה". מגרש זה כולל פעמים רבות שתי קומות, אחת של משפט מנהלי, ושניה של משפט פרטי, ומשלב היבטים כופים והיבטים הסכמיים (ראו: שרון ידין רגולציה: המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים 28-35 (2016) (להלן: ידיו); בג"ץ 7846/19 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' פרקליטות המדינה יחידת הסייבר, פסקאות 46-47 (12.4.2021)). ראו גם עניין התנועה למען איכות השלטון, בפסקאות 4-7 לחוות דעתו של השופט נעם סולברג). בתמצית, בעוד שמנגנוני הפיקוח המסורתיים שהפעילה המדינה על אספקת שירותים חיוניים התבססו על ציווי ושליטה, האסדרה העכשווית מעוצבת בצורה רכה יותר, תוך שימוש במוסדות פרטיים (או חצי ציבוריים) ובחוזים, באופן שמקרבה לשוק ולתועלותיו (ראו: ידיו, בעמ' 31). ואכן, ענייננו כולל מרכיבים מובהקים של "רגולציה חדשה" כאמור, החלה בימינו בהקשרים שונים על התחומים של ייצור ואספקת חשמל. כך, סקירת השחקנים הפועלים במגרש זה תגלה את הרשות – היא נציגתה הישירה של המדינה; את מנהל המערכת – חברה ממשלתית הפועלת מכוח רישיון שהעניקה לה הרשות; ואת העותרות – חברות פרטיות העוסקות באגירה שאובה מכוח רישיונות שהעניקה להן הרשות ומכוח הסכמים שכתרו עם מנהל המערכת. בהמשך לכך, ניתן לזהות את כלי המשחק הנורמטיביים באמצעותם מתנהלים השחקנים בענייננו: האסדרה התעריפית שנקבעה בהחלטה 279 (שהינה הנחיה מנהלית של הרשות); ההסכמים (שבין החברות הפרטיות לחברה הממשלתית, הכפופים להנחיות הרשות); ומסמך ההבהרות (שמהווה, כאמור, מסמך הצהרתי-פרשני הפונה בעיקר ליצרניות).

34. איננו עוסקים איפוא ברגולציה בלבד, במובנה המסורתי והכופה, כי אם ביחסים שבינה לבין ההסכמים שנכרתו בהתבסס עליה, וזאת כחלק ממרחב הרגולציה הגמיש יותר המופעל כיום. עם זאת, וכמו כל חוזה אחר, ההסכמים כפופים לאסדרה הרלוונטית בתחומם (כפי שגם הובהר בהסכמים עצמם ובאישור התעריף, ראו לעיל בפסקה 27 ולהלן בפסקה 45), אשר בענייננו נקבעה על ידי רשות החשמל במסגרת האסדרה התעריפית. כלומר, במסגרת הכרעה זו עלינו להידרש בראש ובראשונה לפרשנות האסדרה, שהרי פרשנות ההסכמים כפופה לה.

35. שני מישורים, אם כן, שזורים בענייננו: המישור הרגולטורי והמישור החוזי. מישורים אלו מתגלמים גם בסעדים המבוקשים בעתירות, כאשר סעד אחד הוא ביטול מסמך ההבהרות בטענה כי הוא משנה את האסדרה התעריפית, והסעד השני הוא חיוב מנהל המערכת לשלם את התעריפים לפי ההסכמים. עם זאת, וכפי שהובהר לעיל, לוז המחלוקת בין הצדדים אינו במישור המנהלי – האם האסדרה שונתה כדין; אלא במישור הפרשנות – האם מסמך ההבהרות מעניק פרשנות נכונה לאסדרה התעריפית ולהסכמים הכפופים לה.

36. במקרים כגון דא, בפני הצדדים עומדות כביכול שתי אפשרויות דיונית: הראשונה היא תקיפה ישירה של התנהלות הרשות בכל הנוגע לפרשנות שנתנה לאסדרה התעריפית בפני בית המשפט המנהלי המתאים (בענייננו, בית המשפט הגבוה לצדק); והשנייה היא תקיפה עקיפה של פרשנות הרשות לאסדרה זו במסגרת תביעה לסעד (כספי, צווי או הצהרתי) בגין הפרת ההסכמים בפני ערכאה אזרחית. כידוע, לתקיפה עקיפה יתרונות וחסרונות. יתרונה הגדול של התקיפה העקיפה הוא היעילות. שכן, בעוד התקיפה הישירה של המעשה השלטוני תצריך, לעיתים, קיומו של הליך אזרחי נוסף ונפרד (התלוי בתוצאות התקיפה הישירה), התקיפה העקיפה כורכת את שני אלו יחד לדיון אחד ממוקד וקונקרטי (ראו ע"א 3129/19 זנלכל בע"מ נ' פקיד שומה חיפה, פסקה 72 (25.8.2022) (להלן: עניין זנלכל); ע"א 4151/20 נוה-גד בניין ופתוח בע"מ נ' עיריית באר שבע, פסקה 10 (18.10.2023)). לעומת זאת, לתקיפה עקיפה גם חסרונות, ובהם היעדר מומחיות לביצוע ביקורת שיפוטית על המעשה השלטוני (ראו ע"א 4291/17 אלפריח נ' עיריית חיפה, פסקה 12 (6.3.2019); עניין זנלכל, שם). בעניין זנלכל הרחבתי על ההבחנה בין תקיפה ישירה לתקיפה עקיפה, ושם פרשתי את השיקולים המנחים להעדפת אחת מאפשרויות דיוניות אלו, ובהם: מהות ההליך ומרכז הכובד שלו; סוג הפעולה השלטונית הנתקפת; סוג הפגם, חומרתו ותוצאתו; והשלכותיה של הסוגיה הנדונה (ראו שם, בפסקה 74).

37. לאור שיקולים אלו, סבורני כי בענייננו תקיפה עקיפה היא הדרך העדיפה מבחינה דיונית. לכך שלושה טעמים עיקריים: הטעם הראשון להעדפת התקיפה העקיפה הוא מהות ההליך ומרכז כובדו, עליו אפשר ללמוד מהסעד המבוקש (ראו רע"א 6607/19 מדינת ישראל - משטרת ישראל נ' יעקובוב, פסקה 5 (12.2.2020)). ראו והשוו רע"א 88/17 גולן נ' ראש עיריית תל אביב, פסקאות 2-3 (9.5.2018). סוף-סוף, על אף "העטיפה" המנהלית בהן עטפו את עתירותיהן, הסעד העיקרי אחריו תרות העותרות הוא מימוש נכון של הזכות הכספית המגיעה להן (כעת ובעתיד), לשיטתן, מכוח ההסכמים (ראו עמ' 5 לפרוטוקול הדיון: "בסוף, ההסכם שלי הוא עם נוגה"). לפיכך, ההסכמים והסעד שהעותרות מבקשות מכוחם, הגם שהם כפופים לאסדרה ומושפעים מהפרשנות שלה, הם שעומדים במוקד הסכסוך. בהתאם, על ההליך להתנהל כהליך אזרחי המתמקד בסעד ה"אזרחי" המבוקש. הטעם השני נובע מטעמי מומחיות. פרשנות הסכמים עסקיים מורכבים דורשת התעמקות בתשתית עובדתית מורכבת ולעיתים קרובות מצריכה חקירת עדים ומומחים. ודוק, הצורך בעיסוק מקצועי מהסוג הנזכר קיים בשל הצורך להתייחס להוראות בעניינים מקצועיים נישתיים – וזאת בין אם מקורן של הוראות אלה בהסדרה (כמצב הדברים בענייננו) ובין אם הן נזכרות בהסכמים בלבד. אלה כאלה מובנים רק ליודעי ח"ן, ופירושם מצריך לעיתים קרובות קבלת ראיות ושמיעת מומחים. ברי כי הערכאה המתאימה לבירורים אלו היא הערכאה האזרחית, אשר לה נתונים הכלים הדרושים לכך. זאת, בניגוד למקרים בהם המחלוקת נעוצה בעיקרה בשאלת תוקפו הנורמטיבי של שינוי באסדרה – נושא לגביו קיימת מומחיות דווקא לבתי המשפט המנהליים ולבית המשפט הגבוה לצדק. ולבסוף, הטעם השלישי לביכור התקיפה העקיפה בתיקים כשלנו, הוא סוג הפעולה השלטונית הנתקפת. ראשית, ב"תיקי רגולציה" דוגמת זה שלפנינו, הנורמה מושא הטענות לרוב אינה "בעלת רמה נורמטיבית גבוהה" והרשויות המינהליות הרלוונטיות אף הן אינן ממוקמות גבוה בהיררכיית המוסדות שהוזכרה בעניין זנלכל (שם, בפסקה 74). יתרה מכך, בענייננו, כזכור, מסמך ההבהרות הוא על פני הדברים חסר תוקף של החלטה, ומהווה אך הצגת העמדה הפרשנית של הרשות בנדון דידן. בהתאם לכך, וכאמור, הדיון שיש לנהל ביחס למסמך ההבהרות אינו בעל אופי של ביקורת שיפוטית אלא בעל אופי פרשני. משכך, לא מתקיים חסרונה הראשי של התקיפה העקיפה אשר נמנה לעיל, וממילא אין מניעה כי ההליך יתנהל בפני ערכאה אזרחית, וייהנה מיתרון יעילות הדיון שהוזכר.

38. סיכומם של דברים, אם כן, הוא כי מבחינה עקרונית, ככלל ראוי לטעמי שהליכים כגון זה שלפנינו, העוסקים בעיקרם בפרשנות אסדרה וההסכמים הכפופים לה, יידונו

בפני ערכאה אזרחית (ראו והשוו: ע"א 322/70 עיריית תל אביב-יפו נ' סוכנות לאמנים בע"מ, פ"ד כד(2) 588, 591 (1970); ע"א 4135/22 מדינת ישראל - הרשות הממשלתית למים ולביוב נ' קדש נפתלי מושב עובדים, פסקה 17 (8.2.2023); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ד 160-161 (2017)). זאת, לעומת הליכים העוסקים בתוקפו הנורמטיבי של שינוי באסדרה, אשר ראוי שיידונו בפני בתי המשפט המנהליים ובית המשפט הגבוה לצדק. יחד עם זאת, במקרה דנן, משהצדדים הותירו את העניין לשיקול דעתנו, ומאחר שטענות הצדדים כבר נקראו ונשמעו, וסברנו כי יעיל יהיה שגם יוכרעו בעת הזו, מצאנו לנכון להכריע בסכסוך במסגרת העתירות העומדות לפנינו, בבחינת היוצא מן הכלל שאינו מעיד על הכלל.

כללי הפרשנות בענייננו

39. וכעת, לכללי הפרשנות אשר לאורם יש להכריע במחלוקות שלפנינו. ענייננו, כזכור, בשני כתובים עיקריים שפרשנותם נדרשת: האסדרה התעריפית שנקבעה בהחלטה 279; וההסכמים שנכרתו בין מנהל המערכת לבין העותרות.

40. אשר לאסדרה התעריפית, הרי שיש לפרשה בדומה לכל דבר חקיקת משנה אחר (ראו, למשל, דנ"א זליגמן, בפסקאות 48 ו-68(א) לחוות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימ') (מלצר)). לנוכח כללי הפרשנות המקובלים בשיטת משפטנו, בבואנו לפרש דבר אסדרה עלינו, ראשית כל, להידרש ללשון האסדרה, וככל שזו סובלת מספר פירושים אפשריים, לבחור את הפרשנות המגשימה באופן מיטבי את תכליתה. תכלית זו, כידוע, מורכבת משני רבדים: תכלית סובייקטיבית, כלומר כוונת יוזמי ומנסחי האסדרה, ותכלית אובייקטיבית, כלומר המטרות אותן נועדה האסדרה להגשים (ראו רע"א 3899/04 מדינת ישראל נ' אבן זוהר, פ"ד סא(1) 301, 315-318 (2006); בג"ץ 1765/22 משרד תומר ורשה עורכי דין נ' שרת הפנים, פסקה 23 (3.7.2022)). ראו גם אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה 143-144 (1993) (להלן: ברק פרשנות החקיקה)).

הערה: מכיוון שעסקינן בפרשנות הרשות לאסדרה התעריפית שהיא עצמה קבעה, עשויה להתעורר השאלה הידועה על מעמדה של פרשנות הרשות לרגולציה שלה עצמה. שאלה זו נידונה בדנ"א זליגמן, ובו הוכרע, ברוב דעות, כי אין לייחס מעמד בכורה לעמדת רשות המאסדרת בפרשנות הנחיותיה (ראו שם, בפסקה 101 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימ') (מלצר)). נראה כי להכרעה זו תוקף משכנע במיוחד כאשר עסקינן בסוגיה פרשנית, המתעוררת אגב סכסוך שהרשות היא צד מעוניין בו, בדומה למצב

הדברים בעניינינו (וזאת להבדיל ממצב הדברים בו עסק דנ"א זליגמן). מכל מקום, מכיוון שהצדדים לא מיקדו את טיעוניהם בסוגיה זו, אינני רואה צורך לעסוק בסוגיה זו בעניינינו, ודי לומר כי את פרשנות האסדרה נערוך בהתאם לכללי הפרשנות הרגילים שנפרשו לעיל.

41. אשר לפרשנות ההסכמים, במספר מקומות כבר הבהרתי כי לגישתי יש לפרש חוזה כשים לב ל"זהות המתקשרים בהסכמים", כאשר זו משפיעה על התכלית אותה יש לקדם במסגרת פרשנות החוזה (ע"א 7649/18 ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ, פסקה 1 לחוות דעתי (20.11.2019)). ראו גם ע"א 8336/17 ראובן נ' סופר-דוש בע"מ, פסקה 37 (15.5.2022); ע"א 839/21 הקר נ' חברת קלמטיס אוברסיז בע"מ, פסקה 32 (6.3.2024)). בעניינינו, בצד אחד להסכמים עומדות חברות עסקיות (העותרות), בעוד בצד השני עומדת חברת נוגה, שהיא חברה ממשלתית. ואולם, אין מדובר בחברה ממשלתית מן המניין. למרות שלא הוכרע באופן גורף בשיטת משפטנו האם ובאיזו מידה יש להחיל על חברות ממשלתיות את כללי המשפט המנהלי (ראו בג"ץ 7391/13 דנה שירותי לוגיסטיקה בע"מ נ' חברת נמל אשדוד בע"מ, פסקה 8 (31.10.2013); ע"א 3414/93 און נ' מפעלי בורסת היהלומים (1965) בע"מ, מט(3) 196, 204-205 (1995); יצחק זמיר הסמכות המינהלית 528-529 (כרך א, מהדורה שנייה מורחבת, 2010); וראו והשוו גם אברהם וינרוט חברות ממשלתיות – תחולת המשפט המנהלי 108-110 (1995)), הפסיקה החריגה לעניין זה את חברת החשמל, אשר נוגה הייתה חלק ממנה בגלגולה הקודם, ונקבע כי יש לראותה כ"ייצור כלאיים [...] בעל סמכויות שלטוניות" (בג"ץ 731/86 מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד מא(2) 449, 462-463 (1987)). לפיכך, יש לראות בהסכמים בעניינינו כחוזי רשות עסקיים, או כחוזים הקרובים לסיווג זה. התכליות אותן נרצה להגשים במסגרת חוזים שכאלו הן שכלול ההתקשרות החוזית, בשל התחכום ואופיים העסקי של הצדדים לחוזה, מחד גיסא, וקידום ערכי היסוד של שיטת המשפט, בשל מעמדה הציבורי של נוגה, מאידך גיסא. כתוצאה מכך יש לייחס בפרשנותם של הסכמים אלה משקל נכבד ללשון ההסכמים, ואולם אין להתעלם גם מערכי היסוד של השיטה (להרחבה, ראו עופר גרוסקופף ויפעת נפתלי בן ציון "תכליות דיני פרשנות החוזים: באיזו דרך עלינו ללכת כשחשוב לנו לאן נגיע?" ספר גבריאלה שלו – עיונים בתורת החוזה 561-562 (יהודה אדר, אהרן ברק ואפי צמח עורכים, 2021)). הלכה למעשה, דומה ששילוב זה מקרב בין כללי הפרשנות באמצעותם יש לפרש את ההסכמים שערכה הרשות, לכללי הפרשנות באמצעותם יש לפרש את הוראות האסדרה.

מצוידים בכלי עבודה אלו, ניגש למחלוקות השונות שנפלו בין הצדדים.

42. כמתואר לעיל, עניינה של המחלוקת הראשונה שהתגלעה בין הצדדים הוא במועדים בהן יבוצעו המדידות שעל פיהן נקבע התעריף שיקבלו היצרנים – אם במסגרת בדיקות הקבלה המקדמיות בלבד או אף במסגרת בדיקות נוספות שיבוצעו במהלך פעולת המתקן. לכאורה, זוהי המחלוקת המרכזית בין הצדדים. ואולם, נראה כי הפער בין הצדדים בעניין זה אינו רחב כפי שהיה נדמה בתחילה. על הכל מוסכם כי הערכים הנקבעים בבדיקות הקבלה הם לכל הפחות הערכים הראשוניים שעל פיהם ניתנים התעריפים, כולל התעריף בגין התועלות הדינמיות ("תעריף הזמינות שנקבע למתקן באותה עת, אכן [מבוסס] על תעריף הזמינות והתועלות הדינמיות כפי שנמדדו בבדיקות הקבלה" (פסקה 86 לתגובת הרשות לעתירות)). בהמשך לכך, פי אס פס הודתה בעתירתה, וחזרה על כך במהלך הדיון, כי אף לשיטתה יכולה הרשות לבדוק את ביצועי המתקן לאחר מועד בדיקות הקבלה, אך זאת "בתנאים הזהים לאלו של בדיקות הקבלה בלבד" (פסקה 90 לעתירת פי אס פי; עמ' 41 לפרוטוקול הדיון). ספק ביחס לקיומה של המחלוקת האמורה עולה גם מכך שבמהלך הדיון שנערך בפנינו העותרות לא טענו ביחס למועדי הבדיקות באופן נפרד ממחלוקת קצב עליית ההספק. אם כן, המחלוקת בהקשר זה קיימת, אם בכלל, לא בגין עצם קיומן של הבדיקות הנוספות אלא ביחס לתזמונן (ראו סעיף 4.7.8.7 להסכמים ואמת מידה 85(א)(1) לספר המידות) ותוכנן. סוגיה זו, של תבנית ביצוע הבדיקות, לא התבררה בפנינו בנפרד מטענות העותרות ביחס לשתי המחלוקות האחרות, ולפיכך איננו נדרשים לדון בה כשלעצמה. מחלוקת מועדי הבדיקות היא איפוא, לעת הזו, מחלוקת מדומה.

43. למעלה מן הצורך, אציין בתמצית כי אין כל ספק (כפי שהסכימה גם פי אס פי, כאמור) כי הרשות ומנהל המערכת אכן רשאים לבדוק את ביצועי המתקן בפועל אף לאחר מועד בדיקות הקבלה. כך עולה במפורש מההסכמים (למשל, סעיף 4.7.8.7: "במקרים בהם יסטה היצרן מהפרמטרים התפעוליים בהם מחויב מתקנו ישולמו תעריפים מופחתים...") ומהחלטה 279 (למשל, סעיף 7(ii): "במקרים של סטייה מפרמטרים אלה בהתאם לאמור בטבלה 6.8-2 [לוח התעריפים החורגים – ע"ג] בכל נקודת זמן שהיא במהלך 8,760 שעות בשנה..."). ההדגשה הוספה). יתרה מכך, תוצאה זו מתחייבת גם מתכלית האסדרה התעריפית, שכן אילו לא היו נבדקים ביצועי המתקן לאחר מועד בדיקות ההפעלה, לא היה כל תמריץ ליצרנים לשמור על ביצועי המתקנים בעת הפעלתם באותו הסטנדרט בו עמדו בטרם החלו לפעול, באופן השומט את ההיגיון המסחרי מאחורי תעריף הזמינות המשופרת. באשר לעיקרון הכיסוי, עליו נשענה במידה רבה עתירת אלומיי, נראית לי

עמדת הרשות כי תעריף הזמינות בבסיסו אכן נועד לכסות את הוצאות היצרנים באופן קשיח – אך משבחרו העותרות בתעריף הזמינות המשופרת, אזי הוא ניתן בהתאם ללוח התעריפים החורגים, המגלם בתוכו סיכוי לרווח גבוה יותר אך גם סיכון להפסד.

מחלוקת קצב עליית ההספק

44. את טענתן כי קצב עליית ההספק צריך להימדד מהספק מינימלי בלבד סומכות העותרות על שני מקורות עיקריים – נספח פרוגרמת בדיקות הקבלה שצורף להסכמים, וטבלת הערכים הבסיסיים שבהחלטה 279. הראשון הוא חלק מהמערך ההסכמי; השני חלק מהרגולציה. מהנימוקים שאציג כעת, אני סבור כי שני מקורות אלו אינם יכולים לסייע לעותרות, וכי יש לקבל את פרשנות המשיבות אף בסוגיה זו.

45. במסגרת נספח פרוגרמת בדיקות הקבלה, המפרט כיצד יש לבצע בדיקות אלו, נכתב כי בדיקת קצב עליית ההספק יבחן מהספק מינימלי: "Checking the Ramp-Up rate capability of the Units from **Minimum** partial load..." (ההדגשה נוספה). העותרות מבקשות ללמוד ממשפט זה לענייננו, אלא שלגישתי האמור בנספח זה כלל לא יכול לבסס את טענת העותרות, וזאת משני טעמים עיקריים.

ראשית, מכיוון שנספח הפרוגרמה אינו קובע באופן סופי כיצד יש לערוך את בדיקות הקבלה, אלא רק מתווה קווים ראשוניים לכך (כפי שעולה מכותרת המשנה לנספח ("פרוגרמה ראשונית [...] אשר] תעודכן בשלב התיאום הטכני") וכן מההוראות הכלליות בהן הוא נפתח: "The following clauses set out only the headlines of test procedures"). לא בכדי, הרשות טענה – ללא הכחשת העותרות – כי אף בדיקות הקבלה שנערכו למתקן של פי אס פי חרגו מהנכתב בפרוגרמה, ולמעשה היו קרובות ביותר להסדר מצבי הביניים (פסקה 104 לתגובת הרשות לעתירות). על כן, אין בידי לקבל את טענת העותרות כי על מדידת פרמטר קצב עליית ההספק להיעשות בהתאם לנספח הפרוגרמה.

שנית, אף אם נסכים לראות בנספח הפרוגרמה ככזה שמתאר באופן מחייב כיצד יש לבצע את בדיקות הקבלה, סבורני כי אין לגזור גזרה שווה מהאופן שבו מתנהלות בדיקות הקבלה לאופן שבו נמדד ומחושב גובה התעריף שיש לשלם לעותרות בגין עמידתן בתועלות הדינמיות. זאת, מפני שתכליתן שונה: בדיקות הקבלה בוחנות את תקינות המתקן ויכולתו לעמוד בערכים הנדרשים לפי האסדרה התעריפית, בעוד

הבדיקות שנערכות בהמשך חיי המתקן בוחנות את ביצועי המתקן ביחס לתועלות הדינמיות אשר תמורתם נקבעים התעריפים המוענקים לעותרות. על מנת לקשור בין בדיקות ביצועי המתקן לבדיקות הקבלה, מפנות העותרות למספר סעיפים בהסכמים – אך נראה שאין בהם כדי לסייע לעותרות. סעיף 4.7.8.4, הקובע כי קצב שינוי ההספק יעשה "כפי שיוכח בבדיקות הקבלה" איננו רלוונטי, שכן הוא דן באופן שבו יש לתפעל את המערכת – ולא באופן שבו יש למדוד את ביצועי המתקן או לחשב את התמורה בגין ביצועים אלו; אף הסעיפים בתת-הפרק הרלוונטי ("תמורה ואופן תשלומה" (סעיף 4.9 להסכמים)) אינם מבססים את טענת העותרות: סעיף 4.9.1.5 להסכמים קובע כי התמורה תשולם עבור זמינות המתקן "כפי שנמדדה בנקודת המסירה" – אך "נקודת המסירה" מוגדרת בהסכמים כ"נקודה פיזית" (שם, בסעיף 2.1.34), כך שאין לסעיף קשר כנטען לבדיקות הקבלה; וסעיף 4.9.2.2.1 אומנם מתייחס לבדיקות הקבלה, אך זאת ביחס לגובה המים במאגר העליון ולא ביחס למדידת הפרמטרים התפעוליים השונים. אם כן, העותרות לא הצליחו להצביע על מקור בהסכמים הקושר בין בדיקות הקבלה לחישוב התמורה שיש לשלם להן על זמינות המתקן. חלף זאת, סעיף 4.9.2.2 להסכמים, אליו לא הפנו העותרות, קובע כי מנהל המערכת ישלם ליצרן על זמינותו, לרבות התועלות הדינמיות, "כמפורט באישור התעריפי", כאשר זה בתורו מפנה לאסדרה התעריפית (אישור התעריף, בסעיף 1.2).

מכל מקום, ולמעלה מכל האמור, במסגרת ההסכמים נקבע במפורש כי הוראות האישור התעריפי והוראות אמות המידה, אשר מפנות גם הן לאסדרה התעריפית (אמת מידה 127 (א) לספר אמות המידה), גוברות על הוראות ההסכם (ראו סעיפים 1.4-1.6 להסכמים). משכך, אף אם הפרשנות הנכונה של הוראות ההסכמים היא זו שמציגות העותרות, הרי שעל פני הדברים גוברים סעיפי האסדרה, אשר כפי שיוצג להלן עולים בקנה אחד עם מסמך ההבהרות. ויודגש, הוראה ברורה זו, המכפיפה את ההסכם לאסדרה, היא הוראה מפורשת שעמדה לנגד עיני העותרות, ושלא הוצג לפנינו כל טיעון המצדיק התעלמות ממנה. לפיכך, בהתאם לכללי הפרשנות של חוזה רשות עסקי, אין כל הצדקה שלא לתת לה תוקף. אם כך, עלינו למקד את דיוננו הפרשני באסדרה התעריפית.

46. ואכן, אף ביחס לנקבע באסדרה התעריפית חלוקים הצדדים. במוקד מחלוקת זו ניצב כינוי פרמטר קצב עליית ההספק בטבלת הערכים הבסיסיים: "קצב שינוי עומס מינימאלי" במעבר מעומס חלקי לעומס מלא" (ההדגשה נוספה). המחלוקת ניטשת, מטבע הדברים, על תפקידה של התיבה "מינימאלי" בכינוי זה. ניתן לסבור, אומנם, כי הופעת מילה זו בשם הפרמטר מחזקת את עמדת העותרות כי ההספק נמדד מעומס מינימאלי

לעומס מלא, אלא שבחינה לשונית מדוקדקת מלמדת כי אין זה המצב. על פניו, התיבה "מינימאלי" אינה נסובה על העומס אשר ממנו נמדד קצב השינוי, שכן אילו זו הייתה כוונת הכתוב היה על התיבה "מינימאלי" להחליף את התיבה "חלקי" – אשר היא שמוסכת על העומס שממנו נמדד קצב השינוי. בניגוד לפרשנות העותרות, משמעות התיבה "מינימאלי" בענייננו היא הרף התחתון שבו יש לעמוד במסגרת פרמטר זה, וזאת בתוך ההקשר הכללי של טבלת הערכים הבסיסיים המציגה את הערכים המינימליים שבהם על המתקן לעמוד. במילים אחרות, התיבה הנדונה נסובה על "קצב שינוי העומס" שברישא של הכינוי (ונדרש לעמוד על 2.5% לפחות על פי טבלת הערכים הבסיסיים), ולא על "עומס" המוצא ממנו מתחילה המדידה. חיזוק נוסף לפרשנות זו נובע משמות הפרמטרים הנוספים בטבלת הערכים הבסיסיים, אשר רובם מכילים גם הם את התיבה "מינימאלי" (או "מקסימאלי"/"מירבי") במשמעות דומה. אם כן, לא ניתן להסיק מכינוי פרמטר קצב עליית ההספק כי הוא נמדד מעומס מינימלי, כטענת העותרות.

47. עם זאת, אין כל עדות באסדרה התעריפית גם להסדר מצבי הביניים המפורט שהציעה הרשות, ואף היא אינה טוענת לכך. כל שנכתב באסדרה התעריפית באשר לעומס ממנו נמדד פרמטר קצב עליית ההספק הוא תיאורו כ"עומס חלקי". ומהו אותו עומס חלקי? מצד אחד עומדת פרשנות העותרות, כי מדובר בעומס מינימלי, ומצד שני עומד הסדר מצבי הביניים שהציעה הרשות. מכיוון ש"עומס חלקי" הוא תיאור מופשט מאוד, מבחינה לשונית הוא סובל את שתי הפרשנויות – ועל ההכרעה ביניהן להיעשות בהתאם לתכלית האסדרה.

48. לפי כללי הפרשנות שנפרשו לעיל, היה עלינו לפתוח בתכלית הסובייקטיבית של האסדרה התעריפית. אלא שקושי כפול יש בכך. ראשית, לא הועמד לפנינו כל מקור, כגון פרוטוקול הישיבה או הדיונים שקדמו לקבלת החלטה 279, ממנו ניתן לאתר את כוונת המאסדר. שנית, וחשוב מכך, הרשות הודתה כי בעת האסדרה היא שגתה לחשוב כי אין כל משמעות לגובה ההספק החלקי ממנו נבדק פרמטר עליית קצב ההספק (ראו פסקה 118 לתגובת הרשות לעתירות). בשל טעות מקצועית זו, נדמה כי בעת ניסוח שם פרמטר קצב עליית ההספק היה המאסדר אדיש ביחס לפרשנות הראויה למילים "הספק חלקי", כך שהתכלית הסובייקטיבית אינה מסייעת להכרעה בין העמדות השונות.

49. לעומת זאת, התכלית האובייקטיבית של האסדרה התעריפית מטה את הכף לטובת פרשנות הרשות. תכלית האסדרה הבלתי מעורערת, היא לתגמל את היצרן בעבור הזמינות של המתקן לספק אנרגיה למערכת החשמל, וכן בעבור אספקת האנרגיה

כשלעצמה (ראו לעיל, בפסקה 9). בתוך כך, תכלית תעריף הזמינות המשופרת היא לתמרץ את היצרן לשכלל את הביצועים התפעוליים של המתקן, כדי לייעל את זמינות המתקן ויכולת העברת האנרגיה החשמלית ממנו למערכת החשמל. לאור אלו, ברור כי את פרמטר קצב עליית ההספק, כמו גם את שאר הפרמטרים, יש למדוד באופן שמשקף את הביצועים הריאליים של המתקן. אם כך, אין היגיון במדידת פרמטר זה בתצורה המשקפת את ביצועיו באופן נקודתי וחלקי בלבד, אלא יש לבחון את יכולותיו של המתקן וביצועיו בפועל באופן מלא ומקיף. מכיוון שאין מחלוקת כי ביצועי המתקן משתנים כאשר קצב עליית ההספק עולה מרמות עומס שונות, מדידת פרמטר זה רק מעומס מינימלי לעומס מקסימלי, כפי שמציעות העותרות, אינה משקפת את ביצועיו הריאליים. חלף זאת, הסדר ביצועי הביניים שהציעה הרשות במסמך ההבהרות הינה דרך אפשרית, גם אם לא יחידה, למדוד את ביצועי המתקן. משכך הם פני הדברים, נראה שפרשנות הרשות ל"עומס חלקי" כמיצוע בין קצב עליית ההספק בשלושה טווחי מדידה שונים (החל מ-50%, החל מ-67%, והחל מ-83%, כפי שנקבע בהסדר מצבי הביניים, מגשימה את תכלית האסדרה התעריפית באופן טוב יותר מפרשנות העותרות, המתייחסת לטווח מדידה אחד בלבד (החל מעומס מינימאלי, דהיינו 50%).

50. אומנם, צודקות העותרות כי הסדר מצבי הביניים הוא הסדר ספציפי ומפורט אשר לא מוזכר באסדרה התעריפית או בכל החלטה אחרת של הרשות הקודמת למסמך ההבהרות. אך אין בכך כדי לשנות ממסקנתו. שכן, הגם שהסדר זה אינו מופיע ככתבו וכלשונו באסדרה התעריפית, כך גם לא הפרשנות שמציעות העותרות. זהו בדיוק מטרתו של הליך הפרשנות – לתת מובן חד-ערכי לטקסט נשוא הפרשנות, כאשר מבחינה לשונית הוא יכול לשאת במספר משמעויות מתחרות (ראו ברק פרשנות החקיקה, בעמ' 42). מכל מקום, אף אם אקבל את טענת העותרות בהקשר זה, ואסבור כי לא ניתן לתלות את הסדר מצבי הביניים בשתי תיבות בלבד, אזי אגיע למסקנה כי יש חוסר (לאקונה) באסדרה התעריפית, אשר לא מפרטת כיצד יש למדוד את פרמטר עליית קצב העומס. כידוע, מילוי לאקונה אף הוא חלק מהליך הפרשנות, במובנה הרחב (ראו בג"ץ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור, פ"ד נ(2) 793, 812 (1996); בג"ץ 2257/04 סיעת חד"ש – תע"ל נ' יושבת-ראש ועדת הבחירות, פ"ד נח(6) 685, 711 (2004). ראו גם אהרן ברק פרשנות במשפט – תורת הפרשנות הכללית 40-41 (1992)). לפיכך, גם במסלול זה נגיע לאותה התוצאה – עמדת העותרות אינה עולה בקנה אחד עם תכלית האסדרה התעריפית, ובהתאם אין היא יכולה למלא כראוי את החוסר הקיים בה; לעומת זאת, הסדר מצבי הביניים מציע דרך מתקבלת על הדעת למדידת הפרמטר התואם את תכלית האסדרה, ולכן ממלא כדבעי את

הלאקונה הקיימת. אם כן, בין כך ובין כך נגיע למסקנה כי עמדת הרשות היא זו בה יש לנקוט באשר לאופן שבו יש למדוד את פרמטר קצב עליית ההספק.

51. טרם סיום חלק זה, אציין כי המסקנה אליה הגענו מספקת מענה מסוים לטענות העותרות באשר לפגיעה בהסתמכותן. שהרי, משקבענו כי לשון האסדרה התעריפית סובלת את שתי הפרשנויות, ובוודאי לאור הקביעה כי עמדת העותרות אינה הולמת את תכלית האסדרה, אזי יש קושי משמעותי ביכולתן לטעון להסתמכות על פרשנותן לאסדרה. ככל שרצו העותרות להסתמך על האסדרה התעריפית לפי פרשנותן – אשר כאמור אינה מתחייבת מלשון האסדרה ואף אינה עולה בקנה אחד עם תכליתה – היה עליהן לפנות לרשות בטרם הוצאת ההסתמכות לפועל. משלא עשו זאת, אין להן להלין אלא עצמן. עוד אעיר, בשולי הדברים, כי אין ממש גם בטענת העותרות כי ההסדר הנוכחי מביא להכפפת תשלומי הזמינות לפעולות מנהל המערכת, שכן הסדר מצבי הביניים מבוסס על מיצוע בין קצב עליית ההספק בשלושה טווחי מדידה שונים. לפיכך, גם אם מנהל המערכת יקפיד להעלות את קצב ההספק של המתקן בעיקר מעומס מוצא גבוה, אשר במסגרתו קצב עליית ההספק איטי יותר, לא יהיה בכך כדי להשפיע על תעריף הזמינות. קיצורו של דבר, חלק זה של העתירות דינו להידחות.

מחלוקת זמן המעבר

52. בניגוד למחלוקת קצב עליית ההספק, מחלוקת זמן המעבר אינה נוגעת להסכמים, אלא מתמקדת במשפט אחד בלוח התעריפים החורגים המתאר את התגמול המגיע ליצרנים בגין שיפור בביצועים בזמני המעבר בין מצבים שונים: "שיפור של כל 10 שניות בכל אחד מהזמנים". לפנינו איפוא שאלה בה יש להכריע על פי כללי הפרשנות של הוראות האסדרה (ראו פסקה 40 לעיל).

53. מבחינה לשונית, הגם שפרשנות פי אס פי מתיישבת יותר עם משמעותה הפשוטה של לשון האסדרה, אין לומר כי זו הפרשנות היחידה האפשרית. כך, שכן הנוסח בו בחר הרגולטור אינו מבהיר כיצד יש לנהוג במקרה בו זמן המעבר יורד מ-90 שניות, ונכנס למעשה תחת הזמנים הרלוונטיים (גם) למצב מהיר. כן אין בלשון התייחסות למצב בו מבחינה תפעולית יש רק זמן מעבר אחד, ולא שניים. לפיכך, ובהינתן שעסקינן בפרשנות חקיקת משנה (ולא בפרשנות חוזה עסקי) אינני סבור כי המשמעות הפשוטה של הלשון בה נקט הרגולטור מכריעה את המחלוקת בין הצדדים. לפיכך, גם במחלוקת זו יש

להכריע בהתאם לתכלית האסדרה התעריפית, בפרט לעניין תכליתה לתמרץ את היצרנים לשפר ולייעל את ביצועי המתקנים בפרמטרים התפעוליים הנבחנו.

54. אלו מעמדות הצדדים תביא להגשמת תכלית האסדרה התעריפית בהקשר זה באופן מיטבי? במבט ראשון, קוסמת עמדת פי אס פי, לפיה פרשנות הרשות יוצרת תמרוץ-חסר באשר לשיפור המעבר בין מצבים במסגרת זמן מעבר רגיל. זאת, מפני שלפי פרשנות הרשות אין כל תמריץ ליצרן להוריד את זמן המעבר של המתקן אל פחות מ-90 שניות במסגרת זמן מעבר זה, שכן לא ניתן על כך תגמול עצמאי ונפרד מהתגמול שניתן על שיפור זמן המעבר המהיר. כלומר, עמדת המדינה מתמרצת את היצרן לשכלל את המתקן כך שיעבור בין מצבים בשגרה ב-90 שניות בלבד ולא בפחות מכך – מה שכביכול נוגד את תכלית האסדרה לתמרץ את היצרן להוריד כמה שניתן את זמן המעבר בין המצבים. אלא שמדובר בהיעדר תמרוץ מדומה בלבד. יש לזכור, כי לפי הוראות ההסכמים מי שקובע האם מעבר בין מצבים יעשה בזמן רגיל או בזמן מהיר הוא מנהל המערכת:

בנהלים יקבע כי, מנהל המערכת יהיה רשאי להעביר את מתקן הייצור ממצב שאיבה למצב ייצור בשתי דרכים, כמפורט להלן:
 [-] FAST – בתוך 90 שניות.
 [-] NORMAL – בתוך 190 שניות.
 (סעיף 4.7.4.3 להסכמים).

כלומר, בהתאם לצורכי המערכת (ובכפוף לשאר הוראות סעיף 4.7.4.3, על תתי-סעיפיו, להסכמים) יכול להורות מנהל המערכת על מעבר בין מצבים בזמן מהיר (fast) המונה לכל היותר 90 שניות. ממילא, לכאורה, אין כל תועלת בכך שזמן המעבר בין מצבים בשגרה (כלומר, בזמן רגיל (normal)) יהיה פחות מ-90 שניות – כאשר מנהל המערכת מעוניין במעבר מהיר בין מצבים, הוא יורה ממילא על מעבר במסגרת זמן מהיר. לפיכך, אומנם צודקות העותרות שפרשנות המדינה לאסדרה אינה מתמרצת את היצרנים להוריד את זמן המעבר הרגיל בין המצבים לפחות מ-90 שניות, אך תוצאה זו איננה תקלה, אלא דווקא אחד מאפיוני המערכת לפי הוראות האסדרה. כביטוי הידוע – It's not a bug, it's a feature. בהינתן תובנה זו, פרשנותה המשתמעת של הרשות, לפיה זמן המעבר הרגיל מוגבל לטווח הזמנים של 90-190 שניות (וממילא שהפחתה בו אל מתחת ל-90 שניות אינה מזכה את היצרן בתוספת), עושה היגיון עסקי. הצד השני של המטבע הוא שעמדת פי אס פי מביאה לכפל תשלומים לא מוצדק בגין אותו שיפור, אשר חוטא לתכלית האסדרה התעריפית. כך, כאשר הלכה למעשה המתקן של פי אס פי אינו מעמיד שתי חלופות של מעבר ממצב צבירה למצב ייצור, אלא רק חלופה אחת (מהירה).

במצב דברים זה, קיימת חפיפה הגדרתית בין התועלת המושגת משני השיפורים להם טוענת פי אס פי – זה המתייחס לזמן הרגיל וזה המתייחס לזמן המהיר, וממילא הדרישה לתשלום כפול בגינם אינה יכולה להתקבל. לאור דברים אלו, סבורני כי עמדת הרשות היא שמגשימה בצורה מיטבית את תכלית האסדרה, ולכן יש לנקוט בה. לפיכך, גם חלק זה של העתירות דינו להידחות.

טוף דבר

55. ממכלול הנימוקים שהובאו עולה כי בגיבוש ובפרסום מסמך ההבהרות לא נפל כל פגם המצדיק מתן סעד משפטי, וכי במחלוקות הפרשניות שניטשו בין הצדדים והוצגו לפנינו ידן של המשיבות על העליונה, שכן הפרשנות שהובעה במסמך ההבהרות היא פרשנות אשר עולה בקנה אחד עם לשונם ותכליתם של האסדרה התעריפית וההסכמים. לפיכך, אציע לחבריי לדחות את העתירות. עוד אציע כי נחייב את העותרות בתשלום הוצאות הרשות בסך של 25,000 ש"ח, ובהוצאות מנהל המערכת בסך של 15,000 ש"ח.



עופר גרוסקופף
שופט

ממלא מקום הנשיא (בדימ') עוזי פוגלמן:

אני מצטרף בהסכמה לחוות דעתו של חברי, השופט ע' גרוסקופף. אף לשיטתי, אין עילה להתערבות במסמך ההבהרות שפרסמה רשות החשמל ("שאלות ותשובות בנושא התחשבנות באסדרת אגירה שאובה על פי החלטה מס' 2 מישיבה 279 מיום 8.11.09 על תיקוניה והחלטה מס' 50502 מיום 12.12.2016 על תיקוניה" (20.8.2021)), ומשכך דינן של העתירות להידחות. אבקש להתייחס אך לעמדתו של חברי לעניין שאלת המסגרת הדיונית המתאימה לבירור עתירות מעין אלה.

מוכן אני להניח, כנקודת מוצא, כי מקום שבו בחינת הסעד המבוקש בעתירה מובילה למסקנה שמדובר במהותו בסעד כספי, מקומה של העתירה להתברר בהליך

אזרחי, שם יוכלו הצדדים לפרוש את מלוא היריעה העובדתית והמשפטית הדרושה להכרעה, ופרשנות האסדרה תוכל להבחן באמצעות תקיפה עקיפה (וכידוע, בתי המשפט הם רבים אך המשפט המנהלי הוא אחד; בג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבונינים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(3) 729, 747 (1980)). ברם, הייתי נמנע מקביעה גורפת בשאלת זהות הערכאה המתאימה לבחינת פרשנות אסדרה וההסכמים הכפופים לה. לא אחת, סוגיות שעניינן פרשנות אסדרה נוגעות לליבת המשפט המינהלי, ועל כן דווקא הערכאה המינהלית, על מומחיותה הייחודית, עשויה להיות המתאימה ביותר לבירורן, בפרט כאשר בלב המחלוקת עומדת פרשנות האסדרה. בשים לב למורכבות הדיונית עליה עומד חברי, ייתכן שיש מקום לשקול תיקון של התוספת הראשונה לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000, באופן שיסמיך את בתי המשפט לעניינים מינהליים לדון בפרשנות האסדרה, במקרים המתאימים. מכל מקום, בנקודת הזמן הנוכחית, איני סבור כי עלינו לאמץ כלל גורף – אלא עלינו לבחון כל מקרה לפי מכלול נסיבותיו הפרטניות, ובכלל אלה השאלה הדומיננטית העומדת בבסיס ההליך.



עוזי פוגלמן
ממלא מקום הנשיא
(בדימ')

השופט אלכס שטיין:

אני מסכים לפסק דינו של חברי, השופט ע' גרוסקופף.

גם הערותיו של חברי, מ"מ הנשיא (בדימ'), השופט ע' פוגלמן, מקובלות עלי.



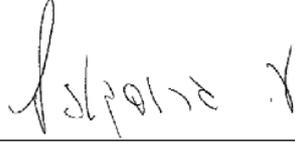
אלכס שטיין
שופט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ע' גרוסקופף.

ניתן היום, כ"ד כסלו תשפ"ה (25 דצמבר 2024).



אלכס שטיין
שופט



עופר גרוסקופף
שופט



עוזי פוגלמן
ממלא מקום הנשיא
(בדימ')