

בבית המשפט העליון

עע"מ 8064/20 - א'

לפני: כבוד השופט י' עמית

המבקשת: גילי ויואל עזריה בע"מ

נגד

המשיבות:

1. רכבת ישראל בע"מ
2. שיכון ובינוי סולל בונה תשתיות בע"מ
3. דניה סיבוס בע"מ
4. א.מ.צ שמש (1990) בע"מ
5. אולניק חברה להובלת עבודות עפר וכבישים בע"מ
6. קבוצת אשטרום בע"מ

בקשה לעיכוב ביצוע פסק הדין של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים [בעת"מ 10572-10-20](#) [פורסם בנבו] מיום 15.11.2020 שניתן על ידי כבוד השופט ר' אמיר

בשם המבקשת: עו"ד ארז איקולסקר

בשם המשיבה 1: עו"ד ניר שמרי; עו"ד דוד חדד

בשם המשיבה 2: עו"ד גלעד וקסלמן; עו"ד ניר רבר; עו"ד דנה קאשי; עו"ד נדב דורון

מיני-רציו:

* קיים אינטרס ציבורי משמעותי בקידום העבודות מושא המכרז שבנדון, אינטרס לו יש לתת משקל של ממש בשיקולי מאזן הנוחות; אכן, אין להקל ראש בכך שעסקינן במכרז להקמת תשתית ולא במכרז לאספקת שירותים. עם זאת, סיווג המכרז כמכרז הקמה אינו מוביל לקבלת בקשה לסעד זמני באופן אוטומטי, וגם אם תזכה המבקשת בערעורה פתוחה בפניה האפשרות לתבוע את נזקיה מבעל המכרז ולקבל פיצוי כספי.

* בתי-משפט – סעדים זמניים – שיקולים בהענקתם

* משפט מינהלי – צו ביניים – מכרזים

* משפט מינהלי – צו ביניים – השיקולים להענקתו

"בקשה למתן צו ביניים" בה התבקשה עצירת הליכי מכרז חדש שפרסמה רכבת ישראל, עד להכרעה בערעור על פסק דינו של בימ"ש לעניינים מנהליים בו נדחתה עתירה מנהלית כנגד ההחלטה לבטל מכרז קודם ואת זכיית המבקשת בו. המכרז הוא מכרז להקמת מסילת רכבת שתחבר את "נמל דרום" המתוכנן בעיר אשדוד לרשת המסילות הארצית, לצורך הובלת מטענים אל הנמל החדש וממנו.

ביהמ"ש העליון דחה את הבקשה בקבעו:

לא נמצא לקבוע מסמרות ביחס לסיכויי הערעור. את הדגש בענייננו יש לשים על שיקולי מאזן הנוחות, ואלו נוטים לעבר דחיית הבקשה.

עיכוב הליך המכרז החדש והשלכותיו מהווים נימוק כבד משקל לדחיית הבקשה. הוסבר כי חנ"י התחייבה למסור את שטח נמל דרום למפעילתו עד ליום 1.4.2024, לאחר שיסתיימו העבודות להקמתו, לרבות עבודות להקמת תשתית מסילתית לרכבת. מדובר בפרויקט רב שלבי הכולל מספר קבלנים, והעבודות מושא המכרז הן רק חלק מהעבודות הנדרשות לשם מסירת המסילה לחנ"י ולמפעילת הנמל.

נוכח משך הזמן הדרוש להשלמת העבודות והעיכוב בו מצוי הפרויקט, גם אם יוכרז זוכה במכרז החדש עד ליום 1.1.2021 (בעוד פחות משבועיים ימים), הרי שהצפי לסיום העבודות יהיה רק בחודש מרץ 2024. במצב דברים זה, לא יותר "מרווח בטחון" לאירועים בלתי מתוכננים. בהתאם להחלטת ממשלה, איחור במסירה בשל עיכוב במסילת הברזל יגרור תשלום פיצוי למפעילת הנמל על חשבון הקופה הציבורית, פיצוי שיעמוד על סך של 100 נה למכולה, עד לסכום כולל שלא יעלה על 4 מיליון נה בשנה. לכך יש להוסיף כי איחור בהפעלת הנמל החדש יגרור משמעות כלכלית ותחבורתיות אחרות, וישליך על מקבלי השירותים מהנמל ועל המשק בכללותו. כל אלה מבססים אינטרס ציבורי משמעותי בקידום העבודות מושא המכרז שבפנינו, אינטרס לו יש לתת משקל של ממש בשיקולי מאזן הנוחות.

אכן, אין להקל ראש בכך שעסקינן במכרז להקמת תשתית ולא במכרז לאספקת שירותים, וההלכות הנוגעות לבקשות לסעד זמני ולהבחנה בין המכרזים ידועות. עם זאת, סיווג המכרז כמכרז הקמה אינו מוביל לקבלת בקשה לסעד זמני באופן אוטומטי, וגם אם תזכה המבקשת בערעורה פתוחה בפניה האפשרות לתבוע את נזקיה מבעל המכרז ולקבל פיצוי כספי.

לא נעלמה מעיני ביהמ"ש הטענה לשיהוי בהתנהלות הרכבת בקשר להליך המכרז וכן הצעת-בקשת המבקשת לערוך בירור מהיר של ההליך. עם זאת, בשים לב לאינטרס הציבורי שעל הפרק; השלב בו מצוי המכרז החדש; והשינוי בנקודת האיזון בין האינטרסים של הצדדים עקב דחיית העתירה – לא נמצא להיעתר למבוקש.

החלטה

בקשה שהוכתרה "כבקשה למתן צו ביניים" בה התבקשה עצירת הליכי מכרז שפרסמה המשיבה 1 (להלן: הרכבת), וזאת עד להכרעה בערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים (כב' השופט ר' אמ"ד), בעת"מ 10572-10-20 [פורסם בנבו] מיום 15.11.2020.

1. עניינו של ההליך במכרז להקמת מסילת רכבת אשר תחבר את "נמל דרום" המתוכנן בעיר אשדוד לרשת המסילות הארצית, לצורך הובלת מטענים אל הנמל החדש וממנו. במסגרת העבודות מושא המכרז, נדרש הזוכה להקים קירות סלארים, קרי, קירות דיפון, שנועדו לשריין את הקרקע טרם ביצוע עבודות החפירה במקום. במפרט הטכני שצורף למסמכי המכרז נקבע כי קירות הדיפון יחפרו בשיטת ביצוע המכונה "הידרומיל", אך הקבלן רשאי להציע כי ביצוע העבודות יעשה בשיטה שונה, וכי הצעה זו תוגש למנהל הפרויקט שרשאי לקבלה או לדחותה (סעיפים 23.01 ו-23.03 למפרט המיוחד).

2. ביום 27.1.2020 פרסמה הרכבת הזמנה להציע הצעות למכרז, והמבקשת והמשיבות 2-6 הגישו הצעותיהן. שיטת החפירה שהוצעה על ידי המבקשת הייתה שיטת עבודה שונה משיטת הידרומיל אשר מכונה "כפות". יצוין כי המבקשת לא הייתה היחידה שהציעה שיטה זו, ועוד מציעות כללו בהצעותיהן את שיטת הכפות, בין אם כשיטת חפירה יחידה בין אם כשיטה נוספת.

3. ביום 8.7.2020 הוכרזה המבקשת כזוכה. חלק מהמציעות הגישו השגות על זכייתה של המבקשת, בהן נטען כי נפלו פגמים מהותיים בניקוד המקצועי שהוענק להצעה הזוכה על ידי חברי הוועדה המקצועית של המכרז.

ביום 16.9.2020 קבעה ועדת המכרזים של הרכבת (להלן גם: הוועדה) כי הצעתה של המבקשת נוקדה שלא על בסיס שיטת הביצוע שנקבעה בהוראות המכרז, ומשכך ההצעות לא נוקדו באופן שוויוני ונפל פגם בהליך המכרזי. הוועדה מצאה כי קיים קושי בניסוח המכרז, ואם סברה הוועדה המקצועית כי היה ראוי לאפשר למציעות להציג הן את שיטת הידרומיל והן את שיטת הכפות היה ראוי לנסח בהתאם את מסמכי המכרז. אילו נתגלה הפגם עובר לפתיחת ההצעות הכספיות וההכרזה על הזוכה ניתן היה לנקד מחדש את ההצעות, אך בשלב הנוכחי, בהינתן אי הבהירות הקיימת ביחס לשיטת הביצוע במכרז, ציפיות כלל הצדדים והחשיבות שבשמירה על עיקרון השוויון – אין מנוס מביטול המכרז ופרסומו מחדש. לצד זאת, ועדת המכרזים החליטה על פרסום כלל ההצעות הכספיות שהוגשו במכרז ללא שמות המציעים, וזאת על מנת לצמצם את הפגיעה בשוויון. עוד הנחתה הוועדה כי המכרז החדש יכלול מראש את שתי שיטות הביצוע באופן שיסייע לצמצום הפגיעה במציעים כתוצאה מניהול המכרז מבראשית.

4. על רקע זה הוגשה עתירת המבקשת לבית המשפט קמא. במסגרת ההליך הוחלט כי הרכבת תוכל לפרסם מכרז חדש לביצוע העבודות (להלן: המכרז החדש), אך ועדת המכרזים לא תפתח את ההצעות שתוגשנה עד שתוכרע העתירה.

5. בתמצית, בית המשפט קבע בפסק דינו כי עולה מהמפרט המיוחד ומהודעת ההבהרה שפורסמה באותו עניין, שהמכרז קבע בצורה מפורשת חובה לכלול בהצעות המוגשות חפירה בשיטת הידרומיל, והאפשרות לשנות את שיטת החפירה הייתה נתונה לזוכה שצלח את השלב המכרזי והתקשר בחוזה עם הרכבת. גם אם הייתה אי בהירות מסוימת בהוראות המכרז לעניין שיטת הביצוע שאותה מותר להציג בשלב ההצעות כשיטה נוספת, יש לפרש את הוראות המכרז כמחייבות להציע חפירה בשיטת הידרומיל לפחות כאחת מהאפשרויות המוצעות. המבקשת כלל לא הציגה בהצעתה חפירה בשיטת הידרומיל, ובכך חרגה ממתחם אי הבהירות האפשרי של המכרז. נקבע כי הצעתה של המבקשת לא תאמה את המכרז, וצדקה ועדת המכרזים שביטלה את זכייתה. עוד קבע בית המשפט כי בשל אי הבהירות שנלוותה למכרז, כפי שגם עלה מההצעות השונות שהוגשו על ידי המציעות, וכן בהתחשב בהתחייבות הרכבת לפרסם את כלל ההצעות הכספיות במכרז, ההחלטה על ביטולו סבירה ולא מגלה עילה להתערבות.

6. על פסק הדין הגישה המבקשת ערעור ולצידו הבקשה שבפניי. כאמור, במסגרת הבקשה עתרה המבקשת למנוע את המשך הליכי המכרז החדש, שהמועד האחרון להגשת ההצעות במסגרתו נקבע ליום 3.12.2020. בהחלטתי מיום 19.11.2020 לא מצאתי לתת צו ארעי כפי שנתבקש, אך הוריתי כי ההצעות שתוגשנה לא יפתחו עד להחלטה אחרת.

7. לטענת המבקשת, לא היה מקום להורות על סעד חריג של ביטול הזכייה והמכרז כי עדיפה פרשנות המקיימת את המכרז, ופרשנות זו עולה בקנה אחד עם עמדת הוועדה המקצועית ועם תכליתו. נטען, בין היתר, כי עבודות החפירה הן חלק קטן יחסית מהעבודות מושא המכרז, והמציעות לא נדרשו להתייחס לשיטת החפירה בשלב ההצעה; כי אין חולק כי שיטת החפירה לא הייתה בבחינת תנאי סף למכרז; ולא נקבע כי שיטת החפירה תילקח בחשבון בניקוד ההצעות. לשיטתה של המבקשת, המכרז אפשר למציעות להתבסס על שיטות חפירה שונות בכפוף לאישור הרכבת, ובפרשנות זו של המכרז החזיקו מציעות נוספות כמו גם הוועדה המקצועית של הרכבת. הצעת

המבקשת ענתה לתנאי המכרז והיא התחייבה כי ככל ששיטת הכפות לא תאושר, החפירה תבוצע בשיטת הידרומיל. עוד נטען כי גם אם נפל פגם בהצגת שיטת הכפות כשיטת העבודה, מדובר בפגם טכני, שאין בו כדי להשפיע על דירוג ההצעות או לפגוע בעיקרון השוויון. בשל כל אלה סבורה המבקשת כי סיכויי הערעור להתקבל גבוהים.

במישור מאזן הנוחות, המבקשת הדגישה כי עסקינן במכרז לעבודות הנדסה ובינוי ולא במכרז לאספקת שירותים, כך שביצוע העבודות על ידי הזוכה יצור מצב בלתי הפיך.

8. הרכבת טענה מנגד כי מאזן הנוחות נוטה במובהק לעבר דחיית הבקשה, בשם לב לכך שהעבודות הן חלק מפרויקט לאומי רב חשיבות שכבר היום נמצא בעיכוב משמעותי. התועלת הלאומית שתצמח מהפעלת הנמל החדש מאיינת לטענת הרכבת כל נזק כספי תיאורטי שעלול להיגרם למבקשת, זאת בנוסף לכך שסיכויי הערעור להתקבל הינם נמוכים.

כך נטען, בין היתר, כי ההחלטה לבטל את המכרז סבירה והוגנת, שאם לא כן, תמצא ועדת המכרזים משלימה עם פגם חמור בהליך המכרז; הפגם בניסוח המכרז אינו מאפשר למבקשת להימנע מהצגת יכולתה על פי שיטת הידרומיל הקבועה במכרז כברירת מחדל; בפועל, חברי הוועדה המקצועית ניקדו את ההצעות על בסיס שיטת הביצוע שהוצגה בפניהם בשלב הפרזנטציה, קרי בהתחשב בשיטת הכפות; בניקוד שניתן להצעתה של המבקשת היא זכתה ליתרון בלתי הוגן על פני יתר המציעות; ומדובר בפגם מהותי שלא ניתן לריפוי בדרך של החזרת העניין לבחינה מחודשת של הוועדה. הרכבת סבורה כי בנסיבות העניין ובהינתן הפערים בין ההצעות לא היה מנוס מביטול זכייתה של המבקשת ויציאה במכרז חדש, והחלטתה אינה מגלה עילה להתערבות.

גם המשיבה 2 הגישה תגובה מטעמה בה תמכה בביטול המכרז ודחיית הבקשה לעיכוב הליכי המכרז החדש.

9. לאחר עיון בטענות הצדדים, מצאתי כי דין הבקשה להידחות.

10. איני מוצא לקבוע מסמרות ביחס לסיכויי הערעור עליהם הרחיבו הצדדים בטענותיהם. אזכיר בקצרה כי בפני המבקשת עומדת ההלכה לפיה אין דרכו של בית המשפט להתערב בשיקול דעתה של ועדת המכרזים, וככל שההצעות במכרז נוקדו בפועל בהתחשב בשיטת הביצוע, יש בסיס לחשש מפגיעה בעיקרון השוויון בין המציעים (או מציעים פוטנציאליים).

11. את הדגש בענייננו יש לשים לטעמי על שיקולי מאזן הנוחות, ואלו נוטים לעבר דחיית הבקשה.

עיכוב הליך המכרז החדש והשלכותיו מהווים נימוק כבד משקל לדחיית הבקשה. כך, הוסבר כי חברת נמלי ישראל (להלן: חנ"י) התחייבה למסור את שטח נמל דרום למפעילתו עד ליום 1.4.2024, וזאת לאחר שיסתיימו העבודות להקמתו, לרבות עבודות להקמת תשתית מסילתית לרכבת. כפי שנלמד מתגובת הרכבת, מדובר בפרויקט רב שלבי הכולל מספר קבלנים, והעבודות מושא המכרז הן רק חלק מהעבודות הנדרשות לשם מסירת המסילה לחנ"י ולמפעילת הנמל.

נוכח משך הזמן הדרוש להשלמת העבודות והעיכוב בו מצוי הפרויקט, גם אם יוכרז זוכה במכרז החדש עד ליום 1.1.2021 (בעוד פחות משבועיים ימים), הרי שהצפי לסיום העבודות יהיה רק בחודש מרץ 2024. במצב דברים זה, לא יותר "מרווח בטחון" לאירועים בלתי מתוכננים שעשויים להתרחש בפרויקט מורכב בסדר גודל זה. בהתאם להחלטת ממשלה מיום 8.3.2015, איחור במסירה בשל עיכוב במסילת הברזל יגרור תשלום פיצוי למפעילת הנמל על חשבון הקופה הציבורית, פיצוי שיעמוד על סך של 100 נ"ח למכולה ששינועה התבקש באמצעות רכבת כפי שמפורט שם, עד לסכום כולל שלא יעלה על 4 מיליון נ"ח בשנה. לכך יש להוסיף כי איחור בהפעלת הנמל החדש יגרור משמעותיות כלכליות ותחבורתיות אחרות, וישליך על מקבלי השירותים מהנמל ועל המשק בכללותו, כפי שנטען על ידי הרכבת. כל אלה מבססים אינטרס ציבורי משמעותי בקידום העבודות מושא המכרז שבפנינו, אינטרס לו יש לתת משקל של ממש בשיקולי מאזן הנוחות.

12. איני מקל ראש בכך שעסקינן במכרז להקמת תשתית ולא במכרז לאספקת שירותים, וההלכות הנוגעות לבקשות לסעד זמני ולהבחנה בין המכרזים ידועות (ראו, בין היתר, בר"מ [9760/06](#) רחמני ששון (אפיק) 1991 בע"מ נ' מדינת ישראל - משרד

הבטחון, [פורסם בנבו] בפסקה 12 (27.11.2006); עע"מ 2628/11 אפקון בקרה ואוטומציה בע"מ נ' מדינת ישראל - הרשות הממשלתית, [פורסם בנבו] בפסקה 5 (11.5.2011) (להלן: עניין אפקון); עע"מ 5643/11 אלקו התקנות ושירותים 1973 בע"מ נ' המועצה האזורית עמק הירדן, [פורסם בנבו] בפסקאות 4 ו-6 (4.9.2011) (להלן: עניין אלקו). עם זאת, סיווג המכרז כמכרז הקמה אינו מוביל לקבלת בקשה לסעד זמני באופן אוטומטי, וגם אם תזכה המבקשת בערעורה פתוחה בפניה האפשרות לתבוע את נזקיה מבעל המכרז ולקבל פיצוי כספי (ראו והשוו עע"מ 9347/09 י.ד. ברזאני בע"מ נ' קל-בנין בע"מ, [פורסם בנבו] בפסקה 7 (13.12.2009); בר"מ 918/11 אשר גרין מבנים בע"מ נ' משרד הבריאות, [פורסם בנבו] בפסקה 8(ב) (27.2.2011); עניין אפקון, בפסקה 5; עניין אלקו, בפסקה 6).

אוסף כי לא נעלמה מעיני הטענה לשיהוי בהתנהלות הרכבת בקשר להליך המכרז וכן הצעת-בקשת המבקשת לערוך בירור מהיר של ההליך. עם זאת, בנסיבות העניין, בשים לב לאינטרס הציבורי שעל הפרק; השלב בו מצוי המכרז החדש; והשינוי בנקודת האיזון בין האינטרסים של הצדדים בעקבות דחיית העתירה שנדונה בבית המשפט קמא – איני מוצא להיעתר למבוקש.

13. אי לכך, הבקשה נדחית.

הצו הארעי עליו הוריתי בהחלטתי מיום 19.11.2020 – מבוטל.

היומן יקבע את הערעור לדיון בהקדם האפשרי.

המבקשת תישא בהוצאות המשיבות 1-2 בסך 7,000 ₪ לכל אחת.

ניתנה היום, א' בטבת התשפ"א (16.12.2020).

ש ו פ ט

20080640_E03.docx שצ

מרכז מידע, טל' 077-2703333 *3852; אתר אינטרנט, <http://supreme.court.gov.il>

י' עמית 54678313-8064/20
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, תיקיה ועוד באתר נבו – הקש כאן](#)