



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 12912-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 33261-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

19.6.2022

לפני כבוד השופטת תמר בר-אשר

העותרות:

1. שיכון ובינוי בע"מ
2. אגד החזקות בע"מ

נגד

1. המשיבות בעת"מ 12912-03-22 : מדינת ישראל – ועדת המכרזים הבין-משרדית לרכבת הקלה בירושלים (משרד האוצר, משרד התחבורה ועיריית ירושלים)
2. רשות התחרות – הוועדה לצמצום הריכוזיות
3. שפיר הנדסה אזרחית וימית בע"מ
4. CAF Investment Projects SA
5. נוי 3 להשקעה בתשתיות ואנרגיה, שותפות מוגבלת
6. Alstom Transport SA
7. אלקטרה זכיינות בע"מ
8. קבוצת מנרב בע"מ
9. אלייד תשתיות בע"מ
10. "דן" חברה לתחבורה ציבורית בע"מ
11. JSC Transmashholding
12. LLC Northern Capital Tram
13. לפידות קפיטל בע"מ
14. ג'נריישן קפיטל בע"מ
15. הפניקס חברה לביטוח בע"מ

1. המשיבות בעת"מ 33261-03-22 : מדינת ישראל – ועדת המכרזים הבין-משרדית לרכבת הקלה בירושלים (משרד האוצר, משרד התחבורה ועיריית ירושלים)
2. שפיר הנדסה אזרחית וימית בע"מ
3. CAF Investment Projects SA
4. נוי 3 להשקעה בתשתיות ואנרגיה, שותפות מוגבלת
5. Alstom Transport SA
6. אלקטרה זכיינות בע"מ
7. קבוצת מנרב בע"מ
8. אלייד תשתיות בע"מ
9. "דן" חברה לתחבורה ציבורית בע"מ
10. JSC Transmashholding
11. LLC Northern Capital Tram
12. לפידות קפיטל בע"מ
13. ג'נריישן קפיטל בע"מ
14. הפניקס חברה לביטוח בע"מ

- באי-כוח העותרות בשתי העתירות : עו"ד נרי לוי, עו"ד שיר גידיץ' הלל, עו"ד גלעד וקסלמן
- באי-כוח המדינה בשתי העתירות : עו"ד יעקב פונקלשטיין, עו"ד ראופה קאסם, עו"ד אסתר גלקוף
- באי-כוח המשיבות 3-5 (קבוצת שפיר) : עו"ד צבי אגמון, עו"ד מתן מרידור, עו"ד זאב גוטרייך, עו"ד נוי איתן
- באי-כוח המשיבות 2-4 (קבוצת שפיר) : עו"ד יוסי בנקל, עו"ד חן נוסל, עו"ד עדיה וולטמן
- בעת"מ 12912-03-22 : עו"ד צבי אגמון, עו"ד מתן מרידור, עו"ד זאב גוטרייך, עו"ד נוי איתן
- בעת"מ 33261-03-22 : עו"ד יוסי בנקל, עו"ד חן נוסל, עו"ד עדיה וולטמן

פסק דין



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 12912-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 33261-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

1 חמש קבוצות של מציעות עברו בהצלחה את השלב המוקדם של המכרז לתכנון, מימון, הקמה,
2 תפעול ותחזוקה של הקו הכחול של הרכבת הקלה בירושלים (להלן, לפי העניין – מכרז הקו הכחול
3 או המכרז; הקו הכחול) ונמצאו כשירות להגיש את הצעותיהן למכרז (נכון להיום, המועד האחרון
4 להגשתן הוא ביום 29.6.2022). עם חמש קבוצות אלו נמנית קבוצת העותרות, שיכון ובינוי בע"מ
5 ואגד החזקות בע"מ (להלן לפי העניין, גם – שיכון ובינוי; אגד). קבוצת מציעות נוספת שעברה את
6 השלב המוקדם כוללת את שפיר הנדסה אזרחית וימית בע"מ, את חברת CAF Investments
7 Projects SA ואת נוי 3 להשקעה בתשתיות ואנרגיה, שותפות מוגבלת (להלן, לפי העניין –
8 שפיר; CAF; נוי. שלושתן יחד יכוננו להלן גם – קבוצת שפיר או שפיר).
9
10 בשתי העתירות הנדונות נתקפות החלטותיה של ועדת המכרזים הבין-משרדית לרכבת הקלה
11 בירושלים (משרד האוצר, משרד התחבורה ועיריית ירושלים) (להלן – ועדת המכרזים) מיום
12 1.11.2021 ומיום 31.1.2022, אשר דחו את טענותיהן של העותרות שלפיהן יש לפסול את שפיר
13 מהשתתפות במכרז.
14
15

א. חלק כללי – העתירות וסדר הדיון

16
17
18 2. בכל אחת משתי העתירות הנדונות נתקף היבט אחר של החלטותיה של ועדת המכרזים
19 אשר בהן נקבע כאמור, אין למנוע משפיר להשתתף במכרז הקו הכחול.
20

21 עת"מ 12912-03-22 – העתירה בנושא הריכוזיות: עתירה זו הוגשה ביום 6.3.2022 נגד ועדת
22 המכרזים, נגד הוועדה לצמצום הריכוזיות (להלן – ועדת הריכוזיות), כמשמעה בחוק לקידום
23 התחרות וצמצום הריכוזיות, התשע"ד-2013 (להלן – חוק הריכוזיות או החוק) וכן נגד כל החברות
24 הנמנות עם חמש קבוצות המציעות אשר עברו את השלב הראשון של המכרז ונמצאו כשירות
25 להשתתף בו ובהן גם קבוצת שפיר (שפיר, CAF ונוי הן המשיבות 3-5 בעתירה זו).
26

27 טענות העיקריות של העותרות בעתירה זו היא כי שפיר היא גורם ריכוזי ברמה גבוהה ולפיכך,
28 משיקולי ריכוזיות כלל-משקית, אין לאפשר לשפיר להשתתף בהליך הקצאת הזכות (הליך המכרז),
29 כמשמעם של מונחים אלו בחוק הריכוזיות (שעליהם נעמוד בהמשך הדברים). בהתאם לכך טענו
30 העותרות, כי יש להורות על פסילתה של שפיר מהשתתפות במכרז הקו הכחול.
31

32 עת"מ 33261-03-22 – העתירה בנושא הטענה להיעדר שוויון בין המציעים: עתירה זו הוגשה ביום
33 15.3.2022 נגד ועדת המכרזים ונגד כל החברות הנמנות עם חמש הקבוצות אשר עברו את השלב
34 הראשון של המכרז ונמצאו כשירות להשתתף בו ובהן כאמור, גם קבוצת שפיר (שפיר, CAF ונוי הן
35 המשיבות 2-4 בעתירה זו).



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 12912-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 33261-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

- 1
- 2 טענתן העיקרית של העותרות בעתירה זו נסמכת על כך ששפיר ו-CAF הן בעלות המניות
- 3 בחברת TransJerusalem J-Net LTD, אשר זכתה בשנת 2019 במכרז מיזם ה-J-Net
- 4 בירושלים, המכרז להקמה, מימון, תפעול ואחזקה של הקו הירוק, הארכת הקו האדום, ולהפעלת
- 5 הקו האדום הקיים ולהחזקתו (להלן, לפי העניין – **מכרז ה-J-Net**; **מיזם ה-J-Net** או **ה-J-Net**).
- 6 בהתאם לכך, חברה זו היא הזכיינית המפעילה כיום את הקו האדום של הרכבת הקלה בירושלים,
- 7 אשר מקימה את הרחבת הקו האדום ואת הקו הירוק ולאחר השלמת ההקמה, תתחזק ותפעיל את
- 8 שני הקווים. על-פי טענת העותרות, מכרז הקו הכחול הוא בפועל הרחבה של מיזם ה-J-Net ולפיכך
- 9 לטענתן, נוצר מצב שבו שפיר ו-CAF נהנות במכרז מיתרונות שונים לעומת שאר המציעים
- 10 המשתתפים במכרז הקו הכחול וזאת לטענתן, תוך הפרת עיקרון השוויון. לפיכך טענו הן, כי יש
- 11 לפסול את שפיר ואת CAF מלהשתתף במכרז הקו הכחול. לחלופין טענו, כי יש לשנות את תנאי
- 12 המכרז ואת אופן בחירת הזוכה, כך שיעמידו את כל המציעים בנקודת פתיחה שווה.
- 13
- 14 3. הדיון בשתי העתירות אוחד בהסכמה והתקיים ביום 16.5.2022. לקראת הדיון הוגשו
- 15 מטעם המשיבות (ועדת המכרזים וועדת הריכוזיות; שפיר ו-CAF) תגובות מקדמיות בעניין כל אחת
- 16 משתי העתירות, אשר נתמכו בתצהירים. שאר המשיבות לא הגישו תגובות ונמנעו מנקיטת עמדה
- 17 בעניין העתירות.
- 18
- 19 4. **סדר הדברים והדיון יהיו כלהלן:** החלק הכללי (**חלק א'**); רקע ועיקרי העובדות בעניין
- 20 מכרז הקו הכחול, בעניין החלטותיה של ועדת המכרזים ובעניין הגשת העתירות (**חלק ב'**); הרקע
- 21 הנורמטיבי: חוק הריכוזיות, ועדת הריכוזיות ומסמך המתודולוגיה המתווה את העקרונות שלפיהן
- 22 מחווה ועדת הריכוזיות את דעתה בנושא שיקולי ריכוזיות כלל-משקית (**חלק ג'**).
- 23
- 24 בהמשך לרקע האמור, יובאו עיקרי שתי חוות דעתה של ועדת הריכוזיות (**חלק ד'**), וכן פירוט
- 25 החלטותיה של ועדת המכרזים שבעניין הוגשו שתי העתירות הנדונות (**חלק ה'**).
- 26
- 27 לאחר הרקע האמור, יובאו עיקרי טענותיהם של הצדדים. תחילה טענותיהם בעניין העתירה בנושא
- 28 הריכוזיות (עת"מ 12912-03-22) ולאחר מכן בעניין העתירה שעניינה הטענה להיעדר שוויון בין
- 29 המציעים (עת"מ 33261-03-22) (**חלק ו'**).
- 30
- 31 אחר כל אלו יובא חלק הדיון וההכרעה בכל אחת משתי העתירות (**חלקים ז' ו-ח'**), אשר ייחתמו
- 32 בחלק הסיכום (**חלק ט'**).
- 33
- 34



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 12912-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 33261-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

1 **ב. רקע ועיקרי העובדות – המכרז, החלטות ועדת המכרזים והגשת העתירות**

2

3

מיזם ה-J-Net ומכרז הקו הכחול

4

5 5. בשנת 2002 זכתה חברת סיטיפס בע"מ (להלן – **סיטיפס**) במכרז להקמת הקו האדום של
6 הרכבת הקלה בירושלים ולהפעלתו. השלמת הקמתו הסתיימה בשנת 2011 ומאז פועל הקו האדום,
7 שאורך מסילתו כ-14 ק"מ והוא כולל 23 תחנות לאורכו (משכונת פסגת זאב עד הר הרצל). על רקע
8 מחלוקות בין המדינה לסיטיפס ובהתאם להוראות ההסכם שנחתם ביניהן, רכשה המדינה בשנת
9 2017 בחזרה את הקו האדום (Buy Back). בשנה זו פרסמה המדינה את המכרז למיזם ה-J-Net
10 (במקום סיטיפס).

11

12 במכרז זה וכאמור, זכתה בשנת 2019 חברת TransJerusalem J-Net LTD, בבעלות שפיר ו-
13 CAF, אשר מאז מפעילה את הקו האדום הקיים (באמצעות חברת כפיר בע"מ), מרחיבה את מסילת
14 הקו האדום ב-7 ק"מ נוספים, שיכללו 12 תחנות נוספות (עד בית החולים הדסה עין כרם בדרום ועד
15 שכונת נווה יעקב בצפון) ומקימה את הקו הירוק, שאורך מסילתו כ-22 ק"מ ואשר יכלול 42 תחנות
16 (הצפוי לחבר בין מרכז ירושלים לשכונות גילה ומלחה וכן יכלול שלוחות אל שכונת הר-נוף במערב
17 ואל האוניברסיטה בהר הצופים בצפון-מזרח העיר).

18

19 מיזם ה-J-Net, שאותו מפעילות ומקימות שפיר ו-CAF, הצפוי להתחיל לפעול במלואו בשנת 2026,
20 כולל אם כן, את הפעלת **הקו האדום** (הפועל), את הקמת מקטעיו הנוספים המצויים בשלבי הקמה
21 ואת **הקו הירוק** המצוי בשלבי הקמה, את החזקת קווים אלו ואת הפעלתם לאחר השלמת הקמתם.

22

23 6. **הקו הכחול**, שהמכרז להקמתו ולהפעלתו נדון בשתי העתירות הנדונות, הוא אחד ממיזמי
24 PPP (Public Private Partnership – שותפות ציבורית-פרטית לביצוע מיזם ציבורי בדרך כלל
25 באמצעות זיכיון ארוך טווח (להלן – **מיזם PPP**)), שהמדינה מקדמת עם גופים פרטיים מתוך מטרה
26 לשפר את התחבורה הציבורית בירושלים ואת השירות שיינתן לציבור הנוסעים ברכבת הקלה בעיר.
27 מיזם הקו הכחול כולל הקמת מסילה שאורכה כ-31 ק"מ, מתוכם כ-2.5 ק"מ תת-קרקעיים; הקמת
28 53 תחנות לאורכו, מתוכן 3 תת-קרקעיות; אספקת כ-132 קרונות; והקמת מבנה דִּיפּוֹ (בצרפתית
29 dépôt ובעברית – **קֶרְפִּיף**, שפירושו שטח מסילתי המשמש לתחזוקת רכבות, לחנייתן ולתפעולן),
30 ששטחו כ-60,000 מ"ר. המכרז כולל גם את תחזוקת הקו הכחול ואת הפעלתו במשך שנים רבות.
31 על-פי הערכה, תקופת ההקמה תסתיים בשנת 2028 ולאחר מכן כן הזכיון יתחזק את הקו הכחול
32 ויפעיל אותו במשך כחמש-עשרה שנה.

33



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 12912-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 33261-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

- 1 בעניין הגורם אשר יפעיל את הקו הכחול בעתיד ישנן שלוש אפשרויות, אך טרם נקבע איזו מהן
- 2 תיבחר. על-פי "תרחיש הבסיס", זכיון ה-J-Net יפעיל את הקו האדום ואת הקו הירוק ואילו את
- 3 הקו הכחול יפעיל זכיון הקו הכחול שייבחר. על-פי "אופציה מספר 1", זכיון הקו הכחול יפעיל את
- 4 שלושת הקווים. על-פי "אופציה מספר 2", ייבחר זכיון אחר, צד שלישי (Successor Operator),
- 5 כהגדרת המונח במכרז), אשר יפעיל את שלושת הקווים.
- 6
- 7 7. מיזם הקו הכחול הוא מיזם רחב היקף, שעלותו נאמדת במיליארדי שקלים. המכרז
- 8 להקמתו ולהפעלתו הוא דו-שלבי. השלב הראשון כלל הליך של מיון מוקדם, אשר במסגרתו נדרשו
- 9 המתמודדים לעמוד בתנאי סף מקצועיים ופיננסיים. רק המתמודדים שעמדו בתנאי הסף ואשר
- 10 בסיום השלב הראשון הוכרזו כשירים רשאים להשתתף בשלב השני, שבו ייבחנו הצעות המחיר
- 11 ואיכות ההצעות. בשל מורכבות המיזם וחשיבותו הציבורית, הליכי המכרז מלווים בגורמים
- 12 מקצועיים, הכוללים מומחים טכניים מתחומים שונים ויועצים משפטיים. בהתאם לכך וכפי שאף
- 13 עולה מהפרוטוקולים של דיוני ועדת המכרזים (אלו שהוגשו), כל החלטה מתקבלת לאחר דיונים
- 14 מעמיקים ולאחר קבלת ייעוץ משפטי, ייעוץ פיננסי וייעוץ טכני.
- 15
- 16 ההזמנה להליך המיון המוקדם (השלב הראשון) פורסמה בחודש אפריל 2020. ביום 4.3.2021 הוגשו
- 17 הצעותיהן של חמש קבוצות מציעים. לאחר שוועדת המכרזים מצאה כי כל חמש קבוצות המציעים
- 18 עמדו בתנאי הסף שנקבעו, הוועדה הכריזה ביום 1.7.2021 כי כל חמש המציעות כשירות להתמודד
- 19 במכרז.
- 20
- 21 ביום 3.8.2021 פורסמה ההזמנה לחמש המציעות שעברו את השלב הראשון להגשת הצעותיהן
- 22 במסגרת השלב השני של המכרז. המועד להגשת ההצעות נדחה מספר פעמים. נכון להיום וכאמור,
- 23 הוא קבוע ליום 29.6.2022.
- 24

החלטותיה הנדונות של ועדת המכרזים והגשת העתירות

- 25
- 26
- 27 8. עם שלוש מתוך חמש קבוצות המציעים נמנים גורמים ריכוזיים כהגדרתם בחוק
- 28 הריכוזיות. גורמים אלו הם שפיר, CAF, אלקטרה זכיינות בע"מ, אלייד תשתיות בע"מ והפניקס
- 29 חברה לביטוח בע"מ (כולן משיבות בשתי העתירות הנדונות ולהלן יכונן, לפי העניין – אלקטרה ;
- 30 אלייד ; הפניקס). בשל כך ומאחר שמדובר בהליך הקצאת זכות לגורם ריכוזי, המחייב את ועדת
- 31 המכרזים לשקול גם שיקולי ריכוזיות כלל-משקית בטרם תינתן החלטתה לאפשר לגורם הריכוזי
- 32 להשתתף בהליך הקצאת הזכות (כמשמעם של מונחים אלו בחוק הריכוזיות, שעליהם נעמוד
- 33 בהמשך הדברים), חלה על ועדת המכרזים חובת התייעצות עם ועדת הריכוזיות (סעיף 5(ב) בחוק).
- 34 כמו כן, מאחר שמדובר בהליך הקצאת זכות הכלולה ברשימת הזכויות (על-פי סעיף 13 בחוק),



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 12912-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 33261-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

- 1 המחייב את ועדת המכרזים לשקול שיקולים של קידום התחרות הענפית, חלה על ועדת המכרזים
- 2 חובת התייעצות עם הממונה על התחרות קודם להקצאת הזכות (סעיף 11(ב) בחוק).
- 3
- 4 לעת הזו ובתמצית נעיר, כי **ריכוזיות כלל-משקית** היא תופעה שבה נכסים רבים ומשמעותיים ובכלל
- 5 זה תשתיות חיוניות, מוחזקים בידי מספר גורמים מצומצם. **שיקולי ריכוזיות כלל-משקית** בוחנים
- 6 את כוח המיקוח ואת ההשפעה העודפת שיש לגורם הריכוזי מול קובעי המדיניות (הרגולטור
- 7 המקצועי והדרג הפוליטי), לנוכח החזקתו בנכסים הרבים והמשמעותיים. **שיקולי התחרות הענפית**
- 8 הנשקלים בעת הקצאת זכות בתשתית חיונית, עוסקים בחשש מפני אפשרויות העשויות להביא
- 9 לפגיעה בתחרות בענף שבו נעשית הקצאת הזכות לגורם הריכוזי. במסגרת זו נבחנת השאלה אם
- 10 מקור היכולת לפגיעה הענפית נובע מכוח המיקוח וההשפעה שיהיו לגורם הריכוזי כלפי דרג מקבלי
- 11 ההחלטות, אם הזכות תוקצה לו. כן נבחנת סוג הפגיעה ובכלל זה פגיעה אפשרית באינטרס הציבורי.
- 12
- 13 בהתאם לחובת התייעצות האמורות החלות על ועדת המכרזים מכוח חוק הריכוזיות, הוועדה
- 14 פנתה ביום 6.7.2021 אל הממונה על התחרות ויו"ר ועדת הריכוזיות הגב' מיכל הלפרין, כדי לקבל
- 15 את עמדתם של שני גורמים אלו וכדי להתייעץ עמם כמתחייב מהוראות חוק הריכוזיות (סעיף 5(ב)
- 16 בחוק בעניין ריכוזיות כלל-משקית; סעיף 11(א) בחוק בעניין תחרות ענפית). בפנייתה אל ועדת
- 17 הריכוזיות וכפי שעוד יפורט בהמשך הדברים, ביקשה ועדת המכרזים לאשר את השתתפות כלל
- 18 הגורמים הריכוזיים, אשר נמנו עם הקבוצות המציעות.
- 19
- 20 9. ביום 20.10.2021 ניתנה חוות דעתה של ועדת הריכוזיות, אשר דנה בשאלת השתתפותם
- 21 במכרז של כל הגורמים הריכוזיים הנמנים עם הקבוצות המציעות, ואשר המליצה לאשר את
- 22 השתתפותם במכרז ובכלל זה את השתתפותה של שפיר (להלן – **חוות דעתה הראשונה של ועדת**
- 23 **הריכוזיות**). ביום 1.11.2021 דנה ועדת המכרזים בחוות דעתה הראשונה של ועדת הריכוזיות ולאחר
- 24 דיון זה החליטה לאמץ את המלצתה (להלן גם – **ההחלטה הראשונה של ועדת המכרזים**). ביום
- 25 15.11.2021 פורסמה החלטה זו לכל המציעות במכרז.
- 26
- 27 10. ביום 16.11.2021 פנו העותרות אל ועדת המכרזים וביקשו לפסול את שפיר מהתמודדות
- 28 במכרז (להלן גם – **הפנייה הראשונה**). טענותיהן היו כי שפיר היא גורם ריכוזי ברמה גבוהה ולכן
- 29 לטענתן, זכייתה תגביר באופן משמעותי ומסוכן את כוחה הריכוזי; הניתוח שערכה ועדת הריכוזיות
- 30 שגוי וכי ניתוח זה לא שקל כראוי את הנזק הצפוי מהתגברות כוחה הריכוזי של שפיר; החלטת ועדת
- 31 המכרזים לאמץ את המלצת ועדת הריכוזיות אינה סבירה ומצביעה על רצונה בזכייתה של שפיר.
- 32
- 33 ביום 29.11.2021 דנה ועדת המכרזים בפנייתן האמורה של העותרות ובעקבות דיון זה החליטה
- 34 להתייעץ פעם נוספת עם ועדת הריכוזיות, אשר התבקשה לבחון את טענותיהן של העותרות ולשקול
- 35 אם יש בה כדי לשנות את חוות דעתה הראשונה (מיום 20.10.2021). טענותיהן של העותרות נשמעו
- 36 גם בעל-פה במסגרת פגישה שנערכה עם נציגיהן ביום 14.12.2021 (בהיוועדות חזותית ("זום")),



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 12912-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 33261-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

- 1 במסגרת מפגשי הבהרות שנערכו עם כל המתמודדים במכרז. במקביל ולנוכח ההיבטים העובדתיים
- 2 שהעלו העותרות בפנייתן, התבקשה גם תגובתה של שפיר לטענותיהן. תגובתה של שפיר התקבלה
- 3 ביום 29.12.2021 ובה טענה כי לא נפל כל פגם בחוות דעתה של ועדת הריכוזיות ולכן לטענתה, יש
- 4 לדחות את טענותיהן של העותרות בפנייתן.
- 5
- 6 11. בין לבין, ביום 18.11.2021, התקבלה חוות דעתה של הממונה על התחרות בנושא התחרות
- 7 הענפית (חוות דעתה של הגב' מיכל כהן, מ"מ הממונה על התחרות), אשר אינה נוגעת לנושאים
- 8 הנדונים בעתירות הנדונות. חוות דעתה נדונה בישיבתה של ועדת המכרזים מיום 18.12.2021, אשר
- 9 החליטה לאמצה. החלטת ועדת המכרזים בעניין זה פורסמה לכל המתמודדים ביום 26.12.2021.
- 10
- 11 12. ביום 30.12.2021 הגישו העותרות אל בית משפט זה בקשת ארכה להגשת עתירה מינהלית
- 12 בעניין החלטת ועדת המכרזים בהשגתן בנושא הריכוזיות, כך שתוגש עשרים יום לאחר מתן
- 13 החלטת ועדת המכרזים (עת"מ (ירושלים) 67633-12-21). ועדת המכרזים נמנעה מנקיטת עמדה
- 14 בעניין בקשה זו וביום 6.1.2022, לאחר הגשת תגובתה של קבוצת שפיר, ניתנה לעותרות הארכה
- 15 שהתבקשה, אך זאת "בלי לגרוע מטענות הצדדים" (החלטת כבוד השופטת ע' אבמן-מולר).
- 16
- 17 13. ביום 11.1.2022 פנו העותרות פעם נוספת אל ועדת המכרזים (להלן גם – **הפנייה השנייה**)
- 18 וטענו כי אם לא יוחלט לפסול את שפיר מטעמי ריכוזיות, אזי על ועדת המכרזים לפסול את שפיר
- 19 בשל היתרונות שמהן נהנית שפיר, לפי טענתן, בהיותה בעלת הזכויות במיזם ה-J-Net. לחלופין
- 20 טענו, כי יש לנקוט אמצעים שונים, אשר יהיה בהם כדי לנטרל את אותם יתרונות.
- 21
- 22 14. ביום 20.1.2022 ניתנה חוות דעתה השנייה של ועדת הריכוזיות. במסגרתה נדונו כל
- 23 טענותיהן של העותרות ולאחר דיון זה הגיעה ועדת הריכוזיות לכלל מסקנה כי אין מקום לשנות
- 24 ממסקנותיה בחוות דעתה הראשונה (להלן – **חוות דעתה השנייה של ועדת הריכוזיות**).
- 25
- 26 ביום 31.1.2022 דנה ועדת המכרזים בחוות דעתה השנייה של ועדת הריכוזיות וכן נדונו טענותיהן
- 27 של העותרות בפנייתן השנייה, בדבר היתרונות שמהם לטענתן, נהנית שפיר, בשל היותה בעלת
- 28 הזיכיון במיזם ה-J-Net. לאחר דיון מקיף בהשתתפות יועצים ומומחים, החליטה ועדת המכרזים
- 29 לאמץ את גם את חוות דעתה השנייה של ועדת הריכוזיות וכן לדחות את כל טענותיהן והשגותיהן
- 30 של העותרות בעניין השתתפותה של שפיר במכרז (להלן גם – **ההחלטה השנייה של ועדת**
- 31 **המכרזים**). החלטה זו פורסמה ביום 14.2.2022.
- 32
- 33 15. ביום 8.2.2022, בטרם פורסמה החלטתה האחרונה של ועדת המכרזים, הגישו העותרות
- 34 עתירה מינהלית שבה טענו כי ועדת המכרזים לא החליטה בעניין טענותיהן במשך כשלושה חודשים
- 35 (עת"מ (ירושלים) 18717-02-22). בעקבות פרוסום החלטת ועדת המכרזים (ביום 14.2.2022), הגישו



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 12912-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 33261-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

1 העותרות ביום 20.2.2022 בקשה לתקן את עתירתן, אך בהחלטה מיום 23.2.2022 (החלטת כבוד סגן
2 הנשיא, השופט מ' סובל), נקבע כי יש להעדיף את האפשרות של הגשת עתירה חדשה ובהתאם לכך
3 העתירה האמורה נמחקה.
4

5 16. ביום 6.3.2022 הגישו העותרות את העתירה הראשונה מבין שתי העתירות הנדונות,
6 שעניינה שתי החלטותיה של ועדת המכרזים בנושא הריכוזיות (עת"מ 12912-03-22). עתירתן
7 השנייה, בעניין החלטתה השנייה של ועדת המכרזים, אשר דחתה את טענותיהן בעניין היעדר
8 השוויון בין המציעים (עת"מ 33261-03-22), הוגשה ביום 15.3.2022.
9

10 לשלמות הדברים נוסף, כי עוד קודם לכן, ביום 3.3.2022, הגישו העותרות עתירה נוספת, אשר
11 במסגרתה ביקשו לפסול שתי חברות הנמנות עם שתי קבוצות מציעות נוספות אשר צלחו את השלב
12 הראשון של המכרז ובהתאם לכך נמצאו כשירות להגיש את הצעותיהן במסגרת השלב השני (עת"מ
13 8880-03-22, הקבועה לדיון ביום 26.6.2022 לפני כבוד השופט ע' שחם).
14
15

16 ג. רקע נורמטיבי – חוק הריכוזיות, ועדת הריכוזיות ומסמך המתודולוגיה

17 (1) חוק הריכוזיות

18 17. חוק הריכוזיות עיגן את המלצותיה של הוועדה הממשלתית להגברת התחרותיות במשק
19 (ועדת חיים שני, שהמלצותיה הוגשו לממשלה ביום 18.3.2012 ואומצו בהחלטתה מיום 22.4.2022).
20 עמדת הוועדה הייתה כי "המשק הישראלי מתאפיין בריכוזיות על-ענפית יתירה בהשוואה
21 לשווקים אחרים ברחבי העולם. ריכוזיות זו מתבטאת, בין השאר, בכך שמספר מצומצם של אנשי
22 עסקים שולט בשיעור ניכר של נכסים ריאליים ופיננסיים במשק. שליטה זו מושגת בחלק ניכר
23 מהמקרים באמצעות קבוצות עסקיות המסודרות במבנה פירמידלי" (המבוא לדברי ההסבר להצעת
24 חוק לקידום התחרות ולצמצום הריכוזיות, התשע"ב-2012 (ה"ח הממשלה 706 מיום 9.7.2012, עמ'
25 1084) (להלן – הצעת חוק הריכוזיות או הצעת החוק או דברי ההסבר)). כמוסבר שם, "המבנה
26 הריכוזי מעורר חשש לפגיעה באיתנות המערכת הפיננסית, לפגיעה בתחרות העסקית ואף לפגיעה
27 בציבור החוסכים, בבעלי מניות המיעוט בחברות הציבוריות" ובאחרים כמפורט שם. המלצותיה
28 נועדו אפוא, "להגביר את התחרותיות במשק הישראלי, להבטיח שוק תחרותי יעיל, להגן על ציבור
29 המשקיעים ולחזק את איתנותם של המתווכים הפיננסיים ואת יציבותם" (שם).
30
31
32

33 המלצותיה של ועדת שני היו בשלושה מישורי פעולה, אשר נועדו להגביר את התחרות במשק
34 ולהפחית את הריכוזיות הכלל-משקית באמצעות פישוט המבנה של הקבוצות העסקיות וביזור
35 השליטה במשק.
36



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 12912-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 33261-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

- 1 חוק הריכוזיות, אשר אימץ את המלצות הוועדה, קבע לשם כך שלושה מישורי פעולה: **המישור**
- 2 **הראשון**, הסדרת חלוקת נכסי המדינה באופן שימנע פגיעה בתחרות ויפחית את הריכוזיות הכלל-
- 3 משקית (סימן ב' בפרק ב' בחוק); **המישור השני** קובע שינויים והגבלות על פעולותיהן של קבוצות
- 4 עסקיות הבנויות במבנה של "פירמידה" (פרק ג' בחוק); **המישור השלישי** עוסק בתנאי החזקות של
- 5 גוף פיננסי משמעותי בגוף ריאלי משמעותי (תאגיד שאינו גוף פיננסי) ולהפך, בידי אותו בעל שליטה
- 6 (פרק ד' בחוק).
- 7
- 8 טענותיהן של העותרות (בעת"מ 12912-03-22) וסמכויות הייעוץ של ועדת הריכוזיות הנוגעות
- 9 לעתירתן – שאליהן נידרש בהמשך הדברים – נוגעות למישור הראשון, שעניינו שיקולי ריכוזיות
- 10 כלל-משקית אשר נשקלים בעת הקצאת זכויות (מתן רישיון, התקשרות בחוזה או העברת החזקה
- 11 בשיעור משמעותי) לגורם ריכוזי, כמשמעות מונחים אלו בחוק.
- 12
- 13 18. על-פי סעיף 5 בחוק הריכוזיות, מאסדר אשר מקצה זכות בתשתית חיונית לגורם ריכוזי,
- 14 חייב לשקול שיקולי ריכוזיות כלל-משקית ולשם כך עליו להתייעץ עם הוועדה לצמצום הריכוזיות.
- 15
- 16 אין מחלוקת בעניין תחולתו של סעיף 5 בחוק בענייננו. ועדת המכרזים היא "מאסדר", אשר מקצה
- 17 זכות בתשתית חיונית מכוח מכרז (הגדרות "מאסדר", "הקצאה", "זכות", "חוזה", "רישיון",
- 18 "נושא תשתית חיונית" ו"תחום תשתית חיונית" בסעיף 2 בחוק, שהוא סעיף ההגדרות של פרק ב'
- 19 בחוק; הגדרות "גורם ריכוזי" ו"הקצאת זכות" לגורם ריכוזי בסעיף 3 בחוק). "נושא התשתית
- 20 החיונית" הנדון (סעיף 2 בחוק), הוא "מסילות ברזל מקומיות" (פרט 17 בתוספת של החוק). "תחום
- 21 התשתית החיונית" (תחום הפעילות שבו נעשה שימוש בתשתית החיונית), שלגביו נדרש זיכיון
- 22 להפעלת מסילת ברזל מקומית, הוא לפי סעיף 46 בפקודת מסילות הברזל (נוסח חדש), התשל"ב-
- 23 1972 (להלן – **פקודת מסילות הברזל**) (פרט 17.1 בתוספת של החוק).
- 24
- 25 אף אין מחלוקת על כך ששפיר היא גורם ריכוזי על-פי ההגדרות בחוק, ולכן על נסיבות הקצאת
- 26 הזכות הנדונה לשפיר ואף על השתתפותה בהליך ההקצאה של הזכות (הליכי המכרז הנדון), חלה
- 27 הוראת סעיף 5, כפי שיוסבר להלן.
- 28
- 29 19. שפיר היא "גורם ריכוזי", המנוי ברשימת הגורמים הריכוזיים המתפרסמת מכוח סעיף 4
- 30 בחוק, מכוח שתי חלופות (ראו לעניין זה ביתר הרחבה, בפסקה 8 בחוות דעתה הראשונה של ועדת
- 31 הריכוזיות):
- 32
- 33 **האחת**, מכוח סעיף 4(א)(3) בחוק, מכיוון שקבוצת המחזיקים (כהגדרתה בסעיף 4(ו)), שאליה שפיר
- 34 משתייכת, היא בעלת זכויות בלפחות ארבעה תחומי תשתיות חיוניות (כהגדרתן בסעיף 2),
- 35 באמצעות לפחות עשרה רישיונות או חוזים (כהגדרתם בסעיף 2).



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 12912-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 33261-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

- 1
- 2 **השנייה**, מכוח סעיף 4(א)(2) בחוק, בשל החזקה של למעלה ממחצית הפעילות בתחום התשתית
- 3 החיונית שלגבי נדרש זיכיון להפעלת מסילת ברזל מקומית (פרט 17.1 בתוספת של החוק), בהיות
- 4 שפיר הזכיינית של מיזם ה-J-Net (מפעילת הקו האדום בירושלים, המקימה של הקו הירוק ושל
- 5 הארכת הקו האדום והיא תתחזק ותפעיל את שני הקווים).
- 6
- 7 אף CAF, השותפה של שפיר במיזם ה-J-Net, שאף מתמודדת עמה באותה קבוצת מציעים (קבוצת
- 8 שפיר) במכרז הנדון, היא גורם ריכוזי על-פי ההגדרה בסעיף 4(א)(2) בחוק, בהיותה מחזיקה מעל
- 9 מחצית מתחום זה של תשתית חיונית (מסילות ברזל מקומיות). אולם כמוסבר בחוות דעתה
- 10 הראשונה של ועדת הריכוזיות, מאחר ש-CAF היא גורם ריכוזי רק מהטעם האמור, הקצאת זכויות
- 11 אליה אינה נחשבת "להקצאת זכות". מסיבה זו ועל-פי החלופה של הגדרת "הקצאת זכות" בסעיף
- 12 3(2) בחוק, ועדת המכרזים (המאסדר) אינה נדרשת לשקול שיקולי ריכוזיות כלל-משקית בעניין
- 13 השתתפותה של CAF במכרז הנדון.
- 14
- 15 20. לנוכח האמור ועל-פי סעיף 5 בחוק הריכוזיות, ועדת המכרזים (המאסדר) רשאית שלא
- 16 להקצות זכות לגורם ריכוזי, אם מצאה כי סביר שלא תיגרם פגיעה של ממש לאותו תחום (סעיף
- 17 5(א)). כמו כן, אם ועדת המכרזים מבקשת להקצות זכות לגורם הריכוזי, כי אז עליה לשקול שיקולי
- 18 ריכוזיות כלל-משקית (כמשמעותם בסעיף 5(ד)) ולשם שקילתם, חלה עליה חובה להתייעץ עם
- 19 הוועדה לצמצום הריכוזיות (סעיף 5(ב)). עוד מורה סעיף זה, כי הפעלת הסמכות האמורה "תיעשה
- 20 באופן שיבטיח כי לא תיגרם פגיעה משמעותית ברווחת הצרכנים" (סעיף 5(ה)). אלו הן אפוא,
- 21 הוראות סעיף 5, שכותרתו "שיקולי ריכוזיות בהקצאת זכות לגורם ריכוזי", הנוגעות לענייננו.
- 22
- 23 (א) בלי לגרוע מהוראות סעיף קטן (ב), מאסדר רשאי שלא להקצות זכות
- 24 לגורם ריכוזי, לאחר שמצא כי סביר שלא תיגרם פגיעה של ממש לתחום שבו
- 25 מוקצית הזכות ולהסדרת התחום האמור בשל אי-ההקצאה.
- 26
- 27 (ב) מאסדר המבקש להקצות זכות לגורם ריכוזי לא יעשה כן, ובכלל זה לא
- 28 יאפשר לגורם ריכוזי להשתתף בהליך ההקצאה של זכות כאמור ולא יקבע תנאים
- 29 המאפשרים את הקצאת הזכות לגורם ריכוזי, אלא לאחר ששקל שיקולי ריכוזיות
- 30 כלל-משקית, בהתייעצות עם הוועדה לצמצום הריכוזיות.
- 31
- 32 ...
- 33
- 34 (ד) המאסדר ... וכן הוועדה לצמצום הריכוזיות, ישקלו בהתאם להוראות
- 35 סעיפים קטנים (א) עד (ג), נוסף על כל שיקול אחר שעליהם לשקול לפי דין לעניין



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 12912-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 33261-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

- 1 ההקצאה, שיקולים של מניעת הרחבת הפעילות של גורם ריכוזי, בשים לב
- 2 לתחומי הפעילות הנוגעים לעניין ובהתחשב בזיקה ביניהם.
- 3
- 4 (ה) הוראות סעיף זה יחולו על אף האמור בכל דין, ובלבד שהפעלת הסמכות
- 5 לפיהן תיעשה באופן שיבטיח כי לא תיגרם פגיעה משמעותית ברווחת הצרכנים.
- 6
- 7 21. הוראות סעיף 5 נועדה לאפשר בחינה כוללת של התחום המוסדר, של הגורמים אשר כבר
- 8 פועלים בו ושל אלו המתמודדים על קבלת הזכות המוקצית, וזאת תוך שקילת שיקולי ריכוזיות
- 9 כלל-משקית, אך גם תוך מתן משקל משמעותי לכך שלא יהיה באותם שיקולים כדי להביא לפגיעה
- 10 משמעותית ברווחת הצרכנים. הוראה זו נועדה אפוא, "להסמיך את המאסדר להימנע מהקצאת
- 11 הזכות לגורם ריכוזי, בכפוף למניעת פגיעה ברווחת הצרכן, ולהימנע מהרחבת הריכוזיות במשק,
- 12 לאחר שנבחנו על ידו השיקולים כמפורט לעיל, וזאת בהסתכלות כוללת על התחום המוסדר על
- 13 ידו, הגורמים הפועלים בו והגורמים שעשויים להיות רלוונטיים לקבלת הזכות המוקצית... חזקה
- 14 על המאסדר אשר אמון על התחום שבאחריותו, שידע לשקול את כל השיקולים הרלוונטיים כדי
- 15 להבטיח שבהחלטתו לא יהיה כדי לפגוע בתחום התשתית החיונית או בהסדרתו... הוראת סעיף
- 16 קטן (א) המוצע כפופה להוראת סעיף קטן (ה) המוצע, ולפיה הפעלת הסמכות תיעשה באופן
- 17 שיבטיח כי לא תיגרם פגיעה משמעותית ברווחת הצרכנים" (דברי ההסבר לסעיף 5, הצעת החוק
- 18 עמ' 1091).
- 19
- 20 **ג(2) הוועדה לצמצום הריכוזיות ומסמך המתודולוגיה**
- 21
- 22 22. הוועדה לצמצום הריכוזיות, אשר סמכויותיה הוגדרו בחוק ובכלל זה, הסמכות לייעץ
- 23 לוועדת המכרזים (על-פי סעיף 5), הוקמה מכוח סעיף 40(א) בחוק והיא מונה שלושה חברים, יו"ר
- 24 הוועדה הוא הממונה על התחרות ושני חבריה הנוספים הם מנכ"ל משרד האוצר וראש המועצה
- 25 הלאומית לכלכלה (או מחליפיהם, כהגדרתם שם).
- 26
- 27 לשם בחינת אפשרות השתתפותם של גורמים ריכוזיים במכרזים מן ההיבט של שאלת הריכוזיות
- 28 הכלל-משקית, ערכה ועדת הריכוזיות מסמך "מתודולוגיה לבחינת ריכוזיות כלל-משקית", אשר
- 29 פורסם ביום 3.3.2019 (להלן – **מסמך המתודולוגיה**). מסמך המתודולוגיה, נערך לאחר פרסום
- 30 טיוטה להערות הציבור, לאחר קבלת הערות מגורמים רבים ובכלל זה אנשי אקדמיה, תנועות
- 31 ציבוריות וגורמים מהמגזר העסקי, לאחר דיונים מעמיקים לנוכח אותן הערות ולאחר שנצבר ניסיון
- 32 בגיבוש חוות דעה של ועדת הריכוזיות. מסמך זה "נועד לשמש ככלי מנחה להפעלת שיקול דעתה
- 33 של הוועדה עת היא נדרשת לייעץ למאסדר בהקצאת זכות, במטרה להבטיח שתי תכליות
- 34 עיקריות: האחת, קבלת החלטות ראויות לאור מטרות החוק ורוחו – צמצום הריכוזיות הכלל-
- 35 משקית על השלכותיה השליליות על המשק, ובו בזמן לאפשר הקצאת זכות לגורם ריכוזי בנסיבות



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 12912-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 33261-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

- 1 בהן הקצאתה לגורם זה צפויה להועיל לענף ולמשק; והשנייה, הגדלת הוודאות והשקיפות באשר
- 2 לשיקולים שמנחים את הוועדה כמתחייב מעקרונות הדין המינהלי... (שם, פרק א' מבוא, עמ' 2).
- 3
- 4 23. כמוסבר בחלק המבוא של מסמך המתודולוגיה, חוק הריכוזיות נועד להתמודד עם כשלי
- 5 השוק ועיוותים העשויים להתגלע במצב של משק ריכוזי באופן העשוי לפגום ביכולת הצמיחה של
- 6 המשק וביכולתה של התחרות להביא ליעילות ולרווחה לצרכן (שם עמ' 1). לצד זה הודגש הצורך
- 7 בנקיטת זהירות בהפעלת הוראות חוק הריכוזיות. כמוסבר שם, "שימוש בלתי מרוסן ובלתי מבוקר
- 8 בשיקולי ריכוזיות כלל-משקית על מנת למנוע מגורמים המבקשים לקבל זכויות ורישיונות או
- 9 שמבקשים לרכוש נכסים מן המדינה מלעשות כן, אף אם הם נחשבים לגורמים ריכוזיים, עלול
- 10 לפעול כחריב פיפיות, ולפגוע בצמיחה ובהתפתחות המשק". מאחר שלעיתים הפגיעה כתוצאה
- 11 מהקצאת זכות לגורם ריכוזי עלולה להתרחש רק בטווח הארוך, מציע מסמך המתודולוגיה כלים
- 12 שיאפשרו לשקול באופן ראוי שיקולי ריכוזיות כלל-משקית בעת הקצאת נכסי המדינה, תוך שקילת
- 13 כלל השיקולים לרבות את האפשרות האמורה (שם, עמ' 2-3).
- 14
- 15 מסמך המתודולוגיה, אשר כאמור בו, עשוי להתעדכן מעת לעת, מבוסס כאמור, על המלצות הוועדה
- 16 הממשלתית להגברת התחרותיות במשק (ועדת שני), על דברי ההסבר להצעת החוק, על חוות דעה
- 17 קודמות של ועדת הריכוזיות, על כתיבה אקדמית ועל ההערות שהתקבלו לטיוטת מסמך
- 18 המתודולוגיה שפורסמה (שם, עמ' 3).
- 19
- 20 מסמך המתודולוגיה מחזיק שמונה פרקים. פרק א' הוא פרק המבוא, שבו מוסבר הרקע לעריכתו,
- 21 משמעותו, אופן עריכתו ועיקריו, כמובא בתמצית לעיל (עמ' 1-3).
- 22
- 23 24. פרק ב' במסמך המתודולוגיה עוסק בפרשנות המונח "ריכוזיות כלל-משקית" (עמ' 3-8)
- 24 ובמהותם של שיקולי ריכוזיות כלל-משקית. כמוסבר שם, משמעות המונח "ריכוזיות כלל-
- 25 משקית", בתמצית, היא "תופעה בה נכסים רבים – ומשמעותיים – מוחזקים בידי מספר קטן של
- 26 שחקנים" (שם, עמ' 3). שיקולי ריכוזיות כלל משקית, הם שיקולים אשר בוחנים את "יכולת
- 27 המיקוח וההשפעה העודפת מול קובעי המדיניות שיווצרו לגורם ריכוזי כתוצאה מהרחבת
- 28 פעילותו בתחומי תשתית חיונית" (שם). בשונה משיקולי התחרות הענפית, הנבחנים במסגרת
- 29 סמכות הייעוץ של הממונה על הגבלים עסקיים, החשש בבסיס האפשרות של ריכוזיות כלל-משקית
- 30 הוא מפני הפעלת כוח מיקוח והשפעה כלפי מקבלי ההחלטות בדרג המאסדר ובדרג הפוליטי.
- 31 השפעה עודפת מעין זו על קובעי המדיניות, עלולה לגרום לכך שהחלטותיהם בתחומי פעילותם
- 32 ייטיבו עם הגורם הריכוזי על חשבון האינטרס הציבורי בתחומים שונים, כגון איכות הסביבה, תכנון
- 33 ובניה, מיסוי וכדומה.
- 34
- 35 25. פרקים ג'-ה' במסמך המתודולוגיה כוללים את העקרונות לניתוח הקצאות לגורמים
- 36 ריכוזיים בשלושה שלבים:



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 12912-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 33261-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

- 1
- 2 **השלב הראשון: קביעת פרמטרים למדידת כוח המיקוח וההשפעה של הגורם הריכוזי (פרק ג'),**
- 3 עמ' 8-13). פרק זה מונה שלוש קבוצות משתנים המאפשרות להעריך את מידת כוח המיקוח
- 4 וההשפעה הנתונים לגורם הריכוזי הנבחן: (א) **תחומי פעילות חיוניים** – לשם בחינת כוח המיקוח
- 5 וההשפעה הנתונים לגורם הריכוזי הנבחן, יש לתת את הדעת לכך שאינו דומה תחום פעילות שהוגדר
- 6 כחיוני ביותר (כגון, פעילות בתחומי חשמל, מים וביוב, מוצרי דלק, גז טבעי ושירותי טלפוניה
- 7 ואינטרנט), לתחומים שהוגדרו כחיוניים במידה גבוהה (טלפוניה ניידת, נמלי תעופה, נמלי הים
- 8 ותחבורה ציבורית) או תחומים שהחזקה בהם מאפשרת לגורם הריכוזי להשפיע על קובעי המדיניות
- 9 (כגון, תקשורת ושידורים ובעיקר שידורי חדשות ואקטואליה או תחומי פעילות בעלי ממשקים
- 10 משמעותיים מול קובעי המדיניות); (ב) **נתוני פעילות מאקרו-כלכלית** – נתונים אלו אינם עוסקים
- 11 בתחום הפעילות הספציפיים של הגורם הריכוזי הנבחן, אלא בנתוני פעילות הכלליים במשק.
- 12 במסגרת זו נבחנים בין השאר, גודלו של הגורם הריכוזי (היקף פעילותו האבסולוטי והיחסי וכן
- 13 היקף נכסיו), חשיבות פעילותו לענפי משק אחרים (כך למשל, לגופים פיננסיים עשויה להיות השפעה
- 14 ענפה על פעילויות שונות במשק התלויות באשראי שהם מספקים), בחינה אם מדובר בגורם המעסיק
- 15 עובדים מאוגדים בוועדי עובדים בעלי כוח מיקוח והשפעה; (ג) **מאפיינים שעשויים להצביע על**
- 16 **השפעה רגולטורית** – אלו נועדו לבחון אם יש מקום לחשש מפני תופעת "שבי רגולטורי" (כגון, אם
- 17 לגורם הריכוזי ממשק תכוף עם מקבלי ההחלטות, אם ישנה תלות של קובעי המדיניות בגורם
- 18 הריכוזי, אם הגורם הריכוזי מחזיק בכלי תקשורת המגביר את כוחו מול קובעי המדיניות וכדומה).
- 19
- 20 **השלב השני: ניתוח ההקצאה וזיהוי הקצאות אשר לגביהן עשויה להיות הצדקה למניעתן (פרק**
- 21 **ד', עמ' 13-14).** פרק זה עוסק בשלב שבו נבחנת הקצאת הזכות. בכלל זה, אם מדובר בתשתית
- 22 חיונית, מעמד ההקצאה בתחום הפעילות, אם מדובר במעמד דומיננטי של מבנה השוק או בזוכה
- 23 שהוא אחד מתוך רבים. כן נבחנות משך תקופת ההקצאה, אם מדובר בהקצאה לתקופה ארוכה,
- 24 בלתי מוגבלת או לתקופה קצרה, שאז יש לבחון את אפשרות הארכתה. כן נבחנים גורמים נוספים
- 25 ובהם אם מדובר בשוק חדש נעדר שחקנים פעילים (שאז לשחקנים הראשונים עשויה להיות השפעה
- 26 על עיצוב הרגולציה שתונהג בו), אם מדובר בשוק מפותח, בשוק שהציבור מעורב בפעילותו, אופן
- 27 הקצאת הזכות וכדומה.
- 28
- 29 **השלב השלישי: תיאור אופן השפעת ההקצאה של הזכות לגורם הריכוזי על היקף הריכוזיות**
- 30 **הכלל-משקית (פרק ה', עמ' 14-15).** בשלב הזה נבחנים השיקולים המנויים בסעיף 5(ד) בחוק,
- 31 שעניינם "מניעת הרחבת הפעילות של גורם ריכוזי, בשים לב לתחומי הפעילות הנוגעים לעניין
- 32 ובהתחשב בזיקה ביניהם". כמוסבר שם ובהתאם לדברי ההסבר בהצעת החוק, הכוונה היא
- 33 שהרחבת השליטה של מחזיק חזק בתשתית חיונית אל תשתית חיונית נוספת, תיעשה באופן מבוקר
- 34 תוך שקילת כלל ההשלכות (דברי ההסבר להצעת החוק, עמ' 1085). מאחר שמצב שבו גורם ריכוזי
- 35 מרחיב את פעילותו לתחומים נוספים מגביר את כוח המיקוח שלו, נדרשת בחינת יכולתו למנף את
- 36 כוח המיקוח וההשפעה החדשים כתוצאה מההקצאה אל עבר פעילויות קיימות של הגורם הריכוזי



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 12912-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 33261-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

- 1 הנבחן בתחומים אחרים. במצב שבו יש חשש להשלכה זו, בדרך כלל יהיה צורך לבחון את הגורמים
- 2 החלופיים ולהעדיף גורם פחות ריכוזי. אפשרות נוספת היא יכולתו של הגורם הריכוזי להשתמש
- 3 בכוחו כתוצאה מפעילותו בשוקים האחרים על ההקצאה. במקרה זה, אם ההקצאה צפויה להגדיל
- 4 את הריכוזיות הכלל-משקית של הגורם הריכוזי, יהיה צורך לבחון אם בצדה של ההקצאה ישנה
- 5 תועלת צרכנית משמעותית העשויה להצדיק את הפגיעה הכלל משקית. בכך עוסק הפרק השישי.
- 6
- 7 26. **פרק ו' עוסק בחשש מפני פגיעה ברווחת הצרכנים** (עמ' 16-17). על-פי סעיף 5(ה) בחוק
- 8 וכאמור, על ועדת הריכוזיות להבטיח כי הפעלת סמכותה לא תביא לפגיעה משמעותית ברווחת
- 9 הצרכנים. בהתאם לכך, פרק זה עוסק בדרכים שבהם רווחת הצרכנים עשויה להיפגע כתוצאה
- 10 מהימנעות מההקצאה לגורם הריכוזי הנבחן. כאמור שם, **"גם במקרים שבהם תסבור הוועדה כי**
- 11 **ההקצאה אכן צפויה להגדיל את הריכוזיות הכלל-משקית, עליה לבחון אם יש בצידה תועלת**
- 12 **צרכנית משמעותית העשויה להצדיק הגדלה זו של הריכוזיות במשק. רווחת הצרכנים תיבחן כאן**
- 13 **במובנה הרחב ותתייחס מעבר לרמת מחירים גם לשיקולים נוספים לטובת הציבור, כמו שיפורים**
- 14 **טכנולוגיים, קידום חדשנות, הגדלת המגוון, הבטחת היצע מספיק של נכסים או שירותים לציבור,**
- 15 **הגנת הסביבה, הגדלת אפשרויות התעסוקה, שיקולי חוץ וביטחון וכדומה"** (ההדגשות אינן
- 16 במקור) (שם, עמ' 16).
- 17
- 18 במסמך המתודולוגיה מובאות שתי דרכים אפשריות לפגיעה בצרכנים בשל הגבלת גורם ריכוזי
- 19 מהשתתפות בהקצאת זכות (מהשתתפות במכרז).
- 20
- 21 **האחת, פגיעה בתהליך התחרותי להענקת רישיונות.** הגבלת ההשתתפות בהליך הקצאה תחרותי
- 22 (מכרז) מקטין את מספר המתמודדים ובשל כך התהליך התחרותי עשוי להיפגע וממילא אף
- 23 הצרכנים עשויים להיפגע מכך. מידת הפגיעה מושפעת ממספר המתמודדים הנוותרים ומזהותם.
- 24 **"כך, ככל שמדובר בגריעתו של שחקן בעל תועלת משמעותית בתחום הצפוי לתת הצעה תחרותית,**
- 25 **או ככל שמספר המתמודדים בהליך התחרותי קטן יותר, היעדרותו של הגורם הריכוזי מהמכרז**
- 26 **צפויה להביא לאובדן לחצים תחרותיים משמעותיים יותר בהליך התחרותי, ותפחת ההצדקה**
- 27 **להתנגד להשתתפותו. לחילופין, ככל שגופים רבים יותר מתמודדים על ההקצאה ובין השחקנים**
- 28 **הנוותרים יש חברות יעילות, מנוסות או בעלות יכולות מיוחדות אחרות בתחום (דוגמת חדשנות),**
- 29 **כך הפגיעה בהליך התחרותי תפחת ותגדל ההצדקה להתנגד להשתתפותו של הגורם הריכוזי"**
- 30 (ההדגשה אינה במקור) (שם, עמ' 16).
- 31
- 32 **השנייה, הפסד התועלת מכניסת הגורם הריכוזי לענף.** בשונה מהשיקולים שעניינם הגדלת
- 33 הריכוזיות הכלל-משקית, מסמך המתודולוגיה עומד על כי **"עשויים להיות מקרים בהם התחרות**
- 34 **הענפית או המשק כולו יצאו נשכרים מכניסה של גורם ריכוזי לענף ספציפי. כך למשל במקרה בו**
- 35 **הענף נשלט על-ידי גורמים דומיננטיים, או אז דווקא שחקן גדול (וריכוזי במובן הכלל-משקי)**



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 12912-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 33261-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

1 עשוי להיות בעל פוטנציאל טוב יותר להתחרות בענף ולחולל בו תחרות. כך גם במקרה של הקצאת
2 זכות בשוק אשר הכניסה אליו דורשת השקעות רבות וידע טכנולוגי מתקדם או ניסיון בינלאומי,
3 יתכן שיהיה מקום לשקול את התועלת בכניסה של שחקנים בעלי אמצעים וידע אשר יוכלו לפתח
4 את השוק, גם כאשר אלו גורמים ריכוזיים. מניעת ההקצאה מהגורם הריכוזי במקרים אלו תביא
5 להפסד התועלות לרווחת הצרכנים (ההדגשות אינן במקור) (שם, עמ' 17).
6

7 בנסיבות שהן כמתואר נאמר, כי אם ועדת הריכוזיות תשתכנע כי "החלטה שלא להקצות זכות
8 לגורם ריכוזי כלשהו תוביל לפגיעה קשה בתשתית החיונית שבבסיס הזכות או בפיתוחה, יינתן
9 משקל מוגבר לתועלות שעשויות לקום משימור או מפיתוח התשתית על ידי הגורם הריכוזי" (שם).
10

11 במילים פשוטות, משיקולים של רווחת הצרכן המפורטים לעיל, ישנם מצבים שבהם דווקא ישנה
12 עדיפות לאפשר לגורם ריכוזי להשתתף בהליך הקצאת הזכות ובאותם מצבים, אין למנוע את
13 השתתפותו. זאת בין השאר, מאחר שהיעדרותו מהליך המכרז תפחית את התחרות ובכך עשויה
14 רווחת הצרכנים להיפגע.
15

16 27. פרק ז' עוסק בהמלצת ועדת הריכוזיות לגורם המאסדר, המצריכה איזון בין הגדלת
17 הריכוזיות הכלל-משקית לבין פגיעה ברווחת הצרכנים (עמ' 17-18). כאמור שם, איזון זה ייעשה
18 בהתאם לנסיבותיו הייחודיות של כל מקרה ובהתאם לכללי המשפט המנהלי, שוועדת הריכוזיות
19 מחויבת בהם ככל רשות מינהלית. בהתאם לכך, עליה לבחון את כל החלופות העשויות להשיג את
20 התכלית של הסרת החששות העולים מההקצאה. כמו כן הובהר, כי "האפשרות להמליץ שלא
21 להקצות זכות לגורם מסוים תישמר לאותם מקרים בהם השתכנעה הוועדה כי ההקצאה צפויה
22 להגדיל את הריכוזיות הכלל-משקית, כשבו בזמן אין בצידה תועלת צרכנית העשויה להצדיק
23 פגיעה זו" (שם, עמ' 17).
24

25 פרק ח' הוא פרק הסיכום של מסמך המתודולוגיה (עמ' 19).
26
27

28 ד. שתי חוות הדעה של ועדת הריכוזיות

29
30 ד(1) פניית ועדת המכרזים אל ועדת הריכוזיות

31
32 28. פניית ועדת המכרזים אל ועדת הריכוזיות לשם ההתייעצות הנדרשת על-פי סעיף 5(ב) בחוק
33 הריכוזיות, הייתה כאמור לעיל, ביום 6.7.2021. בפנייה זו מובא הרקע בעניין הרכבת הקלה
34 בירושלים ופירוט של הליכי מכרז הקו הכחול, לרבות השינויים שנעשו בו לעומת מכרז ה-J-Net,



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 12912-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 33261-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

1 בין השאר, לנוכח לקחי העבר מיישום הקו האדום. בכלל זה נאמר, כי נעשו מספר התאמות מתוך
2 רצון לצמצם את מרחב שיקול הדעת של הזכיון שייבחר (שם, פרק א).
3
4 בפנייה זו פורטו היבטי הריכוזיות הנוגעים לגופים הפוטנציאליים לזכייה במכרז. בכלל זה, פורטו
5 החברות הנמנות עם הקבוצות אשר לאחר המיון המוקדם (השלב הראשון) נמצאו כשירות להשתתף
6 במכרז ואשר על-פי חוק הריכוזיות הן הוכרזו כגורם ריכוזי; היקפי התחרות במכרזי PPP בשנים
7 האחרונות, שמהם עולה כי בדרך כלל מספר המשתתפים במיון המוקדם עולה על מספרם בשלב
8 הליך המכרז, במיוחד בתחום הרכבות הקלות ובפרט בירושלים וכן פורטו ההסברים המשוערים
9 לפער זה; הוסבר כי מנתוני מכרזי התשתיות עולים נתונים המצמצמים את סיכון הריכוזיות ביחס
10 לחברות תשתיות המחזיקות במספר תשתיות חיוניות, וזאת בשל כך שחברות תשתיות נוהגות לממש
11 את אחזקותיהן באופן מלא או חלקי (כמוסבר שם, בפרק ב.2); החשיבות הרבה בכך שמספר
12 המשתתפים במכרז יהיה גדול וזאת אף בשל כך שלעתים חברות המתמודדות במכרז עשויות
13 להתמוגג, שאז עליהן להמשיך להתמודד כמציע אחד ולכן אף תופעה זו מצמצמת את מספר
14 המתמודדים במכרז; עמדת ועדת המכרזים בהקשר של שאלת הריכוזיות הכלל-משקית, אשר לפיה
15 ולנוכח האמור, עמדתה היא "כי נכון שלא תוגבל השתתפות הגופים אשר הוכרו כגורם ריכוזי...
16 ולא תוטל מגבלה על הענקת הזכייה למציעים שבהם משתתפות חברות אלה" (שם, פרק ב.5).
17
18 בהמשך פורטו גם שיקולי תחרותיות ענפית שאינם נוגעים לענייננו ובכלל זה, נושא הפעלת הרכבת
19 הקלה בירושלים באמצעות מפעיל תחבורה ציבורית, תוך התייחסות אל מכרז ה-J-Net; שאלת
20 התחרותיות בעניין מעורבותן של שפיר ו-CAF; פירוט עמדת ועדת המכרזים בהקשרי התחרות
21 הענפית, שלפיה לא מתעורר קושי גם בהיבט הזה.
22

23 **ד(2) חוות דעתה הראשונה של ועדת הריכוזיות והחלטתה הראשונה של ועדת המכרזים (מיום** 24 **1.11.2021) לאמץ את המלצתה**

26 29. חוות דעתה הראשונה של ועדת הריכוזיות ניתנה כאמור, ביום 20.10.2021. בחוות דעתה
27 המפורטת ומנומקת פירטה ועדת הריכוזיות את הנושא שבו עוסקת חוות דעתה, תוך פירוט
28 הקבוצות המתמודדות במכרז שעמן נמנים גורמים ריכוזיים. כמו כן הובאה המסגרת הנורמטיבית
29 בעניין חובת ההיוועצות בוועדת הריכוזיות, הוראות מסמך המתודולוגיה ושלבי הבחינה שערכה
30 ועדת הריכוזיות (שם, פרקים א'-ב'). כן פורטה מהות ההקצאה במכרז ומאפייניה לנוכח הצורך
31 בבחינת השפעתה על הריכוזיות הכלל-משקית (שם, פרק ג'). לאחר מכן בחנה ועדת הריכוזיות את
32 השפעת ההקצאה על הריכוזיות הכלל-משקית (שם, פרק ד'), ערכה בחינה פרטנית של הריכוזיות
33 הכלל-משקית של שפיר (שם, פרק ה') ושל הקבוצות האחרות שמתמודדות במכרז שעמן כאמור,
34 נמנים גורמים ריכוזיים (אלקטרה, קבוצת אלייד, והפניקס – שם, פרקים ו'-ח').
35



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 12912-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 33261-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

- 1 לאחר בחינה זו בחנה ועדת הריכוזיות את השפעת ההקצאה על הריכוזיות הכלל-משקית (פרק ט').
- 2 במסגרת זו עמדה ועדת הריכוזיות בין השאר, על החשיבות של ריבוי המציעים במכרז ועל כך
- 3 שמדובר בהקצאת זכות הצפוייה להעניק כוח מיקוח רב לזוכה בה ובייחוד מול משרד התחבורה.
- 4 לצד זה הטעימה, כי על-פי סעיף 5(ה) בחוק על ועדת הריכוזיות "להבטיח כי הפעלת סמכותה לא
- 5 תביא לפגיעה משמעותית ברווחת הצרכנים". כמו כן, על-פי מסמך המתודולוגיה, "האפשרות
- 6 להמליץ שלא להקצות זכות לגורם מסוים תישמר למקרים שבהם השתכנעה הוועדה כי ההקצאה
- 7 צפויה להגדיל את הריכוזיות הכלל-משקית שלו באופן ניכר, כשבו בזמן אין בצידה תועלת ציבורית
- 8 שמצדיקה פגיעה זו" (שם, פסקה 66). בהתאם לכך נבחנו כל הקבוצות המתמודדות במכרז שעמן
- 9 מנויות חברות שהוכרזו כגורם ריכוזי (כמפורט לעיל).
- 10
- 11 30. בעניין שפיר נאמר בחוות דעת זו, כי אמנם מדובר בגורם בעל ריכוזיות כלל-משקית גבוהה
- 12 ביותר בשל פעילויותיה הרבות בתחומי תשתית חיוניים וכי היא אף בעלת כוח מיקוח והשפעה רבים
- 13 מול קובעי המדיניות, בעיקר בשל שליטתה בפרויקט ה-J-Net ופעילויותיה הנוספות ובכללן,
- 14 פעילותה הצפויה בחלוקת גז טבעי, מעמדה הדומיננטי בענף המחצבות וזכייתה במתקן להתפלת
- 15 מי-ים באשדוד. עם זאת, מחזור מכירותיה אינו חוצה את הרף לקביעתה כתאגיד ריאלי משמעותי
- 16 וכך גם ברוב התחומים שבהם היא פעילה, היא אינה שחקנית מובילה ולמוצריה ישנן חלופות, כך
- 17 שחלק ניכר מפעילויותיה לא מעניק לה אחיזה ב"שאלטר" (כוח המאפשר איום בהפסקת הפעילות
- 18 החיונית). אף מדובר בקבוצה בעלת ניסיון רב בתשתיות תחבורה ובביצוע מיזמים משמעותיים וכי
- 19 היא הוכיחה את יכולותיה בתחומי התשתית. כן צוינה פעילותה של שפיר בתחום הרכבת הקלה
- 20 בירושלים, שזו פעילות בעלת זיקה ממשית למיזם הקו הכחול וכי עובדה זו מגדילה את החשש מפני
- 21 הגדלת ריכוזיותה הכלל-משקית.
- 22
- 23 אולם, מוסיפה ועדת הריכוזיות, כי לפעילותה של שפיר במסגרת ה-J-Net ישנם גם יתרונות
- 24 המתבטאים בניסיון הרלוונטי ביותר שהיא מחזיקה לצורך התמודדותה במכרז הקו הכחול, וכי
- 25 ניסיון זה עשוי להוביל אותה להגיש הצעה תחרותית ולסייע לה בהקמת מיזם הקו הכחול
- 26 ובהפעלתו. אף ישנם יתרונות תפעוליים בכך ששני המיזמים, הקו הכחול וה-J-Net, יופעלו
- 27 באמצעות גורם אחד, דבר שיהיה פשוט יותר אם הקבוצה ששפיר מתמודדת במסגרתה תזכה
- 28 במכרז. כמו כן, הפעולות אשר צפויות להיעשות בעתיד כדי שכלל הקווים יופעלו באמצעות גורם
- 29 אחד, ממילא יעניקו לכל מפעיל שייבחר ריכוזיות כלל-משקית בתפעול כלל קווי הרכבת הקלה
- 30 בירושלים. לפיכך, אם שפיר תזכה במכרז היא לא תהיה חריגה בכך לעומת מפעילים אחרים
- 31 העשויים לזכות במכרז, שאף להם יינתן בשלב מאוחר יותר הזיכיון להפעלת כל הקווים בירושלים,
- 32 לרבות ה-J-Net. עוד הודגש, כי מאחר שחלקה של שפיר בקבוצה שעמה היא מתמודדת הוא בשיעור
- 33 40% בלבד, הדבר אף מצמצם את יכולתה להשתמש בכוח המיקוח ובהשפעה הטמונים במיזם
- 34 לצורך תחומי פעילות אחרים שבהם היא עוסקת (שם, פסקאות 70-72).
- 35



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 12912-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 33261-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

31. בהמשך הדברים מובאת חוות דעתה של ועדת הריכוזיות בעניין שאר הגורמים הריכוזיים הנמנים עם הקבוצות המתמודדות במכרז (בעניין קבוצת אלקטרה-אלייד – פסקאות 73-74; בעניין קבוצת הפניקס – פסקה 75). בסופם של הדברים מובאת המלצתה (שם, פרק י'), שעל-פיה זכייתן של כל המתמודדות שנדונו, בהן שפיר, צפויה להגדיל את הריכוזיות הכלל-משקית שלהן ולהגדיל את הריכוזיות במשק. למרות זאת נאמר, כי לנוכח היקפם של המכרז הנדון ושל המיזם, בשל חשיבותם למשק וכדי להבטיח רמת תחרותיות נאותה במכרז, מסקנתה של ועדת הריכוזיות היא כי יש לאפשר לכל החברות שהן גורם ריכוזי להשתתף במכרז. השתתפותה של שפיר, שהיא בעלת ניסיון ממוקד בתחום הרכבות הקלות בירושלים, תוסיף לחץ תחרותי משמעותי ותשפר את התחרות במכרז. עוד הודגש, כי ראוי לאפשר לכל אותם גורמים ריכוזיים להתמודד במכרז כדי לא לפגוע ברווחת הציבור. אך עם זאת הודגש, כי זכיית כל אחת מהקבוצות שנבחנו צפויה להגדיל את ריכוזיותה באופן שיציב אותה בין הקבוצות הריכוזיות ביותר במשק הישראלי. הדבר עשוי לחייב בחינה זהירה של שיקולי ריכוזיות כלל-משקית בנוגע להקצאות **עתידיות** בתחומי תשתית חיונית וביתר שאת בנוגע להקצאות בתחומים שבהם כל אחת מאותן חברות פועלת.

32. ביום 1.11.2021 דנה ועדת המכרזים בחוות דעתה הראשונה של ועדת הריכוזיות ולאחר הצגתה ודיון בה, החליטה לקבל את המלצתה (ההחלטה הראשונה של ועדת המכרזים).

ד(3) חוות דעתה השנייה של ועדת הריכוזיות

33. בעקבות טענותיהן של העותרות במכתבן מיום 16.11.2021 (הפנייה הראשונה) ולאחר פנייתה הנוספת של ועדת המכרזים, מיום 15.11.2021 (כמתואר לעיל), שבה ועדת הריכוזיות ודנה בשאלת השתתפותה של שפיר במכרז לנוכח כלל טענותיהן של העותרות. לאחר דיון מפורט זה ניתנה חוות דעתה השנייה של ועדת הריכוזיות, מיום 20.1.2022, אשר מסקנתה הייתה כי אין מקום לשנות ממסקנותיה בחוות דעתה הראשונה, כי לאחר שקילת שיקולי ריכוזיות כלל-משקית, נמצא כי יש לאפשר לכלל הגורמים הריכוזיים, לרבות שפיר, להתמודד במכרז.

על עיקרי טענותיהן של העותרות ועל עיקרי חוות דעתה של השנייה של ועדת הריכוזיות בעניין כל אחת מאותן טענות, נעמוד עתה בקצרה.

34. טענת העותרות בעניין פגיעה ב"תחרות השוואתית": העותרות טענו כי זכיית שפיר במכרז תמנע מהמאסדר אפשרות לערוך "תחרות השוואתית" בין הזכייניות השונות המפעילות את הרכבת הקלה בירושלים (הכוונה לתחרות בין גורמים שונים הפועלים באותו תחום, אשר כתוצאה מהשוואת נתונים שונים ביניהם יכול המאסדר לשפר את איכות השירות הניתן באותו תחום). לפיכך טענו הן, כי לא רק שלא תצמח תועלת לצרכנים מהתמודדותה של שפיר במכרז, אלא השתתפותה וזכייתה אף תפגענה ברווחת הצרכנים. עוד טענו, כי "תחרות השוואתית" תסייע לקבל החלטות המבוססות על מידע ממספר גורמים ולדרוש עמידה במדדי איכות המבוססים על השוואה.



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 12912-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 33261-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

- 1
- 2 מהנימוקים הבאים, דחתה ועדת הריכוזיות את טענותיהן האמורות של העותרות: **ראשית**,
- 3 השתתפות שפיר ואף זכייתה במכרז לא ימנעו אפשרות לעריכת "תחרות השוואתית", מאחר שאין
- 4 מניעה לעריכת השוואה זו בין קבוצות שונות אשר יקימו ויתחזקו קווי רכבת קלה במקומות אחרים
- 5 בארץ ובין השאר, בתל-אביב (שעם אחת המפעילות בתל-אביב נמנית אגד). בייחוד שכך בשל
- 6 העובדה שבמכרזים בעניין הרכבת הקלה בתל-אביב נקבע כי כל קו יופעל באמצעות מפעיל אחר ;
- 7 **שנית**, גם בירושלים מתוכננים קווים נוספים, כך שלא ניתן לומר כי בעתיד לא יוכל המאסדר לערוך
- 8 "תחרות השוואתית" בין מפעילי הקווים השונים בעיר; **שלישית**, ספק אם מניעת אפשרות לעריכת
- 9 "תחרות השוואתית" מצדיקה פסילת מתמודד במכרז, או אם ערכה של "תחרות השוואתית" עולה
- 10 על התועלת התחרותית הנובעת מהתמודדותו של מתמודד כלשהו במכרז. כך גם הנחת המוצא היא
- 11 כי המאפיינים התחרותיים בכל מקרה ייקבעו מראש, כך שהצורך ב"תחרות השוואתית" נחלש.
- 12
- 13 35. **טענת העותרות כי זכיית שפיר תמנע את האפשרות להחלפת הזכיון והמפעיל בקווי**
- 14 **הרכבת הקלה במצב קיצון:** אף טענה זו נדחתה בחוות דעתה של ועדת הריכוזיות וזאת מהטעמים
- 15 הבאים: **ראשית**, תנאי המכרז מאפשרים החלפת זכיון או מפעיל אם הדבר יידרש, כפי שאף נעשה
- 16 בעבר לגבי הפעלת הקו האדום (הקיים), בכך שחברת סיטיפס הוחלפה בשפיר (כמתואר לעיל),
- 17 למרות העובדה שאותה עת לשפיר לא היה ניסיון בהפעלת רכבת קלה. אף אין הכרח שהמחליף של
- 18 הזכיון שייבחר, אם הדבר יידרש, יהיה גורם המפעיל רכבת קלה דווקא בירושלים; **שנית**, צפויים
- 19 לקום קווי רכבת קלה נוספים בירושלים, כך שיתכן כי המפעילים של אותם קווים יוכלו להחליף
- 20 את מפעילי הקווים שיהיו קיימים אותה עת; **שלישית**, אירוע של החלפת זכיון או מפעיל הוא מקרה
- 21 נדיר, חריג ומורכב, כך שלא מובן מדוע דווקא זכיית שפיר מוסיפה מורכבות או קושי להחלפת
- 22 מפעיל, באופן המצדיק את פסילת התמודדותה במכרז מראש; **רביעית**, כלל לא ברור כי התועלת
- 23 מפעילותו של זכיון או מפעיל נוסף לצורך החלפתם במקרה קיצון, עולה על הערך של התמודדות
- 24 מתמודד במכרז. מכל מקום, ההנחה היא כי מנגנוני המכרז יבטיחו את ביצוע המיזם במלואו, כך
- 25 שלא יעלה צורך להחליף מפעיל. לפיכך פסילת מתמודד כדי לשמר אותו לצורך אפשרות החלפתו
- 26 של זכיון או מפעיל אם הדבר יידרש, אינה סבירה.
- 27
- 28 36. **טענת העותרות כי המחצבות שבידי שפיר עשויות לפגוע בתחרות:** טענת העותרות היא כי
- 29 כוחה של שפיר, הנובע מהעובדה שהיא מפעילה מחצבות באזור ירושלים ומהמידע שיש ברשותה
- 30 בשל הפעלת ה-J-Net, עלולים לפגוע ביכולתן של מתמודדות אחרות להתחרות עמה.
- 31
- 32 אף טענה זו נדחתה בחוות דעתה של ועדת הריכוזיות. כך מהנימוקים הבאים: **ראשית**, טענה זו
- 33 היא מתחום התחרות הענפית אשר רק בעקיפין עוסקת בשיקולי ריכוזיות כלל-משקית; **שנית**,
- 34 הטענה לוקה בהיבט העובדתי, מאחר שלתוצרי המחצבות של שפיר ישנם תחליפים בגבולות הקו
- 35 הירוק ומחוצה לו; **שלישית**, לא ברור כיצד התמודדות שפיר פוגעת בשאר המתחרות. המתמודדות



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 12912-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 33261-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

- 1 במכרז ובהן העותרות הן חברות מנוסות, המסוגלות להעריך את מחיר חומרי הגלם שישמשו אותן
2 במכרז, כך שהצעותיהן אינן תלויות בהצעות מחיר שיקבלו משפיר טרם המכרז. אם קבוצה שאינה
3 שפיר תזכה, מחירי התשומות שלה יהיו בהתאם למצב השוק ולפיכך התמודדות שפיר לא צפויה
4 להשפיע על מחירי חומרי הגלם שתספק; **רביעית**, העותרות לא הסבירו מדוע יתרונותיה הנטענים
5 של שפיר מתחום המחצבות שבהן היא מחזיקה, הוא יתרון שאינו לגיטימי. קבוצה בעלת תשומות
6 רלוונטיות הפועלת בתחומים משיקים עשויה להציע הצעה תחרותית ואף סביר שתיקח בחשבון את
7 היעילות הנובעת מכך לתועלת הציבור. עוד הוער, כי העותרות התמודדו מול שפיר במכרז ה-J-Net,
8 בלי שהועלתה הטענה בעניין יתרונה של שפיר בתחום המחצבות.
9
- 10 **37. טענת העותרות כי פרויקט ה-J-Net מקנה לשפיר יתרון לא הוגן במכרז:** טענת העותרות
11 כי פרויקט ה-J-Net, שאותו מפעילה שפיר, מקנה לה יתרון לא הוגן, נשענת על טענתן כי שפיר
12 שולטת במידע ובקניין הרוחני שהוא בגדר תשומה חיונית למתחרות במכרז הקו הכחול ולזכיין
13 שיזכה במיזם זה. זאת לטענתן, בשל הדרישה לתיאום מלא בין המערכות כך שהמתמודדות צריכות
14 לקחת בחשבון את העובדה שיהיה עליהן לשתף פעולה עם שפיר ולטענתן, מצב זה מייקר עבורן את
15 המיזם. לטענתן, אף קיים חשש ששפיר תקשה על מתחרותיה להתחבר אל המערכות שבשליטתה
16 וכך היא תוכל להעלות את עלויותיהן ולדרוש תשלומים גבוהים. כך, לטענת העותרות, המתחרות
17 יהפכו ל"לקוחות שבויים".
18
- 19 בדומה לטענותיהן הקודמות של העותרות, אף טענה זו, שלפיה המתמודדות יידרשו לשתף פעולה
20 עם שפיר, בהיותה הזכיינית המפעילה את ה-J-Net, נדחו ממספר נימוקים. **ראשית**, אם שפיר לא
21 תזכה במכרז, לא יהיה לה תמריץ לפגוע בזוכה או להקשות על שיתוף הפעולה עמו ומכל מקום, אף
22 העותרות לא הצביעו על תמריץ כזה; **שנית**, הצורך בפתרון לתיאום עם המערכות הקיימות של
23 שפיר והצורך בהעברת מידע רלוונטי לשם השתתפות במכרז, נדרש ונקבע במכרז בכל מקרה. כך
24 בין אם שפיר תתמודד במכרז ובין אם לא תתמודד. לפיכך, על-פי המכרז, ועדת המכרזים תפתח
25 לכלל המתמודדים במכרז חדר מידע שיכלול את המידע הרלוונטי בעניין מערכות ה-J-Net;
26 **שלישית**, טענותיהן של העותרות מחזקות את עמדת ועדת הריכוזיות בדבר יתרונותיה של שפיר
27 בשל הפעילויות שבידיה, אשר יאפשרו לה להגיש הצעה תחרותית לטובת הציבור, אשר תשקלל את
28 היעילות בהפעלת מערכת אחת המוכרת לה היטב. ועדת הריכוזיות אף סבורה כי החשש מהגידול
29 בריכוזיות הכלל-משקית של שפיר מצטמצם בשל האפשרות שהמדינה שמרה לעצמה לפעול, כך
30 שישנה אפשרות שבעתיד כל קווי הרכבת הקלה בירושלים יופעלו באמצעות אותו גורם. במצב זה,
31 כל גורם שיזכה במכרז עשוי לקבל לידיו את הפעלת כלל הקווים בירושלים בלי שיידרש תיאום
32 מיוחד בין שתי הקבוצות.
33
- 34 **38. טענת העותרות בדבר טעות במשקל שניתן לכוונה שלפיה כלל קווי הרכבת הקלה יופעלו**
35 **בעתיד באמצעות אותו גורם:** העותרות טענו כי ועדת הריכוזיות שגתה בכך שנתנה משקל לכוונה



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 12912-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 33261-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

- 1 שלפיה בעתיד יהיה גורם אחד אשר יפעיל את כל קווי הרכבת הקלה בירושלים. כן טענו, כי ועדת
2 הריכוזיות שגתה בקביעתה כי הריכוזיות הכלל-משקית שתהיה בידי שפיר, אם תזכה, תהיה בידי
3 כל מפעיל שיבחר להפעיל את הקו הכחול ואת קווי הרכבת הקלה האחרים בירושלים. כך לטענתן,
4 מאחר שמדובר בהחלטה שעדיין אינה ודאית, שתתקבל רק עוד שנים רבות ומכל מקום, עניינה
5 בזהות המפעיל של הקו הכחול ולא בזהות הזכיון שיקים ויתחזק קו זה.
6
7 את דחיית הטענה האמורה נימקה ועדת הריכוזיות באלו: ראשית, הכוונה להביא לכך שכל קווי
8 הרכבת הקלה בירושלים יופעלו באמצעות גורם אחד מצביעה על יעילות, שאף עשויה להתבטא
9 בהצעות תחרותיות שיציעו המתמודדים במכרז, בהם שפיר, לרכיבי הפעלת הרכבת הקלה לתועלת
10 הציבור ולשם הפעלה יעילה יותר של מערכת הרכבות; שנית, היעילות אינה נוגעת רק להפעלת
11 הרכבות, אלא גם להקמת מיזם הקו הכחול ותחזוקתו, העשויות להתבצע באופן יעיל יותר ומתואם
12 יותר וכי הדבר עשוי להתבטא גם בהצעת מחיר תחרותית ואף בהיבטים הנוגעים לבטיחות;
13 שלישית, העובדה שעל-פיה אם שפיר תזכה במכרז, תהיה הפעלה אחודה כבר מתחילת המיזם (ללא
14 המתנה להחלטה בעניין רכישה חוזרת), היא יעילות נוספת לטובת הציבור שאפשר לשקול, אשר
15 עשויה להתבטא גם בהצעת המחיר התחרותית שתציע שפיר.
16
17 39. הערות נוספות של ועדת הריכוזיות: בסוף חוות דעתה השנייה הוסיפה ועדת הריכוזיות
18 והדגישה את הנושאים הבאים: האחד, מחוות דעתה של הממונה על התחרות בעניין הייעוץ הענפי
19 (שכאמור, הוגשה ביום 18.11.2021), עלה כי היא לא מצאה בטענותיהן של העותרות נושאים
20 המעלים חששות תחרותיים משמעותיים; השני, בעוד ועדת הריכוזיות פועלת על-פי דין, העותרות
21 מבטאות עמדה של מתמודד בעל אינטרס להפחתת "הלחץ התחרותי" באמצעות פסילת מתמודד.
22 במיזם ה-J-Net התמודדו רק שפיר והעותרות ולפיכך נאמר, כי את הטענות הנשמעות מפי גורם
23 בעל עניין יש לבחון בזהירות; השלישי, לא ניתן לקבל את טענת העותרות כי יש להעניק לשפיר
24 "ניקוד שלילי", כדי שתיתן עדיפות לקבוצות לא ריכוזיות. כך מאחר ש"ניקוד שלילי" עלול למנוע
25 את התועלת מהתמודדותה של שפיר במכרז ואף למנוע את זכיית הגורם שיציע את ההצעה
26 התחרותית ביותר וכי הדבר עשוי להביא לפגיעה באינטרס הציבורי. כמו כן, על מתן "ניקוד שלילי"
27 מטעמי ריכוזיות כלל-משקית להיעשות באופן שוויוני וכולל, אשר לפי טענת העותרות, צריך
28 להיעשות בהתאם ל"רמת הריכוזיות הכלל משקית" של כל גורם. אולם בשל חשיבות המכרז,
29 התחרות שתהיה בו וחשיבות המיזם, לא יהיה זה נכון להעניק ניקוד שלילי, העלול לפגוע בתחרות
30 שבמכרז ובקידום המיזם; הרביעי, בשני מכרזים בתחומי תשתיות חיוניות (התחנה הפוטו-
31 וולטאית באזור דימונה ותחנת הכוח 'חגית'), זכו העותרות בהתמודדות מול שפיר. בכך יש כדי
32 לצמצם את החשש מגידול הריכוזיות הכלל-משקית של שפיר ומנגד, מעלה את הריכוזיות הכלל-
33 משקית של שיכון ובינוי, שעשויה להיכלל ברשימת הגורמים הריכוזיים כתאגיד ריאלי משמעותי,
34 אם היא תענה על הקריטריונים לכך.
35



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 22-03-12912 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 22-03-33261 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

1

2

3

4

5

6

7

8

9

10

11

12

13

14

15

16

17

18

19

20

21

22

23

24

25

26

27

28

29

30

31

32

33

34

ה. החלטותיה הנדונות של ועדת המכרזים

ה(1) דיוני ועדת המכרזים מיום 31.1.2022 והחלטתה – כללי

40. חוות דעתה הראשונה של ועדת הריכוזיות ניתנה ביום 20.10.2021 וכאמור לעיל, המלצותיה אומצו בהחלטתה הראשונה של ועדת המכרזים מיום 1.11.2021.

ביום 31.1.2022 קיימה ועדת המכרזים דיון מקיף, אשר במהלכו נדונו חוות דעתה השנייה של ועדת הריכוזיות (מיום 20.1.2022), כלל טענותיהן של העותרות – כפי שייטענו בהמשך הדברים במסגרת שתי העתירות הנדונות – ונושאים נוספים שאף טרם הועלו או נדונו. לאחר דיון ממושך זה, ניתנה החלטתה השנייה של ועדת המכרזים, אשר בה הוחלט לאמץ את המלצותיה של ועדת הריכוזיות בחוות דעתה השנייה, לאמץ את המלצות הצוות המקצועי בעניין טענותיהן של העותרות ולדחות את כל טענותיהן.

41. הנושאים אשר נדונו בוועדת המכרזים כללו דיון מפורט בכל הנושאים הבאים: דיון פרטני בכל הנושאים אשר נדונו בחוות דעתה השנייה של ועדת הריכוזיות לנוכח טענותיהן של העותרות בפנייתן הראשונה במכתבן מיום 16.11.2021, אשר נתמכו בחוות דעתם של עו"ד דרור שטרם ושל הכלכלנית מרב בארי, ותגובתה של שפיר לאותן טענות, מיום 29.12.2021 (פסקאות 1-26); המלצות הצוות המקצועי-משפטי בעניין מעמד חוות דעתה של ועדת הריכוזיות ושאלת אימוץ מסקנותיה (פסקאות 27-32); טענותיהן של העותרות בעניין נוכחותה המשמעותית של שפיר בכלל מיזמי PPP, במיוחד בתחום התחבורה ובפרט בירושלים. הדיון בטענות אלו היה לאחר קבלת סקירה בנושא זה מנציג החשב הכללי האמון על רוב מיזמי PPP בישראל ולאחר הצגת המידע בדבר המיזמים בתחום התחבורה בירושלים (פסקאות 34-36); עובדת זכייתה של שפיר ביום 30.1.2022 במכרז להקמה ולתחזוקה של הקו סגול של הרכבת הקלה בתל-אביב, עדכון בדבר דיון שהתקיים מראש בעניין אפשרות זכייתה זו (בהשתתפות נציגי החשב הכללי, אגף התקציבים והלשכה המשפטית במשרד האוצר) והשלכותיה האפשריות, אם בכלל, של זכייה זו על השתתפותה במכרז הנדון (פסקה 37); טענותיהן של העותרות בעניין הקושי העשוי לעלות במצבי קיצון שבהן תבקש המדינה לרכוש חזרה את הזיכיון של הקו הכחול (buy-back), ובעניין אפשרות האיום של "הורדת השאלטר" (פסקאות 38-39); טענותיהן של העותרות בדבר יתרונותיה הנטעים של שפיר בשל היותה מפעילה מחצבות באזור ירושלים (פסקה 40); טענותיהן של העותרות בעניין יתרונותיה הנטענים של שפיר, הנובעים מעובדת היותה הזכיון של מיזם ה-J-Net (פסקאות 41-74), אשר יפורטו עתה ביתר הרחבה.



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 12912-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 33261-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

- ה(2) דיוני ועדת המכרזים והחלטתה (מיום 31.1.2022) בעניין הטענה ליתרונות מובנים של שפיר
42. תמצית טענותיהן של העותרות בפניותיהן אל ועדת המכרזים מיום 16.11.2021 (הפנייה הראשונה) ומיום 11.1.2022 (הפנייה השנייה) עסקו בנושא הריכוזיות הכלל-משקית הנטענת של שפיר (שכבר נדונה). בפנייה השנייה נטען גם כי מאחר ששפיר היא בעלת מניות בזכיון של מיזם ה-J-Net היא נהנית מיתרונות בעניין מידע וזכויות יוצרים החיוניים למתחרים במכרז ואף מיתרונות נוספים אשר יעמדו לה, אם תזכה במכרז. הטענות בדבר היתרונות הנטענים העומדים לשפיר בהיותה המפעילה של ה-J-Net (שעניין העתירה בעת"מ 33261-03-21), נדונו כאמור, בהרחבה בישיבת ועדת המכרזים מיום 31.1.2022 (שם, פסקאות 41-74) והן נדחו בהחלטתה ממועד זה, אשר אימצה את המלצותיה של הוועדה המקצועית בעניין. להלן נעמוד בקצרה על עיקרי טענותיהן אלו של העותרות ועל עיקרי נימוקי דחייתן בהחלטתה של ועדת המכרזים.
43. "יתרונות חיצוניים" לעומת "יתרונות פנימיים": טענותיהן של העותרות עוסקות ביתרונות שמהם על-פי טענותיהן שפיר נהנית, אשר לשיטתן הם בגדר יתרונות תחרותיים ייחודיים הנובעים מעובדת היותה המפעילה של מיזם ה-J-Net.
- טענות אלו נדחו משני הטעמים העיקריים הבאים: ראשית, כמוסבר בהמלצותיה של הוועדה המקצועית-משפטית, על-פי הפסיקה, אין לפסול מתחרה במכרז בשל היעדר "שוויון חיצוני" למכרז, שמשמעותו היא כי הוא מתחרה במכרז מעמדת פתיחה טובה יותר. על השוויון במכרז להיות "שוויון פנימי" בלבד, שעניינו בכך שעל תנאי מכרז לחול באופן שווה על כלל המציעים. בחינת טענותיהן של העותרות מעלה כי כולן נוגעות ליתרונות "חיצוניים" נטענים (שם, פסקאות 42-44); שנית, כמוסבר בדיוני ועדת המכרזים, בשל ממשקי הקו הכחול עם מיזם ה-J-Net, ננקטו במכרז אמצעים אשר נועדו לנטרל את חוסר הוודאות הנובעים מכך, כדי לאפשר חלוקת סיכונים אופטימלית בין זכיון הקו הכחול לבין המדינה וכדי למנוע מצב שבו מתמודדי מכרז הקו הכחול יאלצו לתמחר סיכונים שלא לצורך. בכלל זה ננקטו האמצעים הבאים (שם, פסקה 45): העמדת חדר מידע בעניין ה-J-Net לשימוש כלל המציעים; הסכמות עם ספק מערכות מיזם ה-J-Net (אלקטרנס); פרסום פרק הכולל מנגנונים לניהול הממשקים בין מערכות ה-J-Net ומערכות הקו הכחול; פרסום תכנית העמדת אתרים וקביעת אחריות המדינה בעניין מועד העמדת האתרים ובעניין כל הקשור לצמתים משותפים לרשת ה-J-Net ולרשת הקו הכחול; קביעת מנגנונים חוזיים המעניקים סעדים לזכיון שאינו זכיון ה-J-Net בשל עיכובים, דחיות או הפרעות אחרות לביצוע פעולות הקמה, תפעול ותחזוקה אשר יגרמו, אם יגרמו, בשל התנהלותו של זכיון ה-J-Net; הכללת מנגנון של מומחה בלתי תלוי לפתרון סכסוכים בין זכיון ה-J-Net לזכיון הקו הכחול.



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 12912-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 33261-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

- 1 עוד נאמר, כי טענות דומות עלו גם במכרז של מיזם ה-J-Net, אך בפועל ניסיונו של מפעיל הקו
2 האדום לא היה בגדר "יתרונות פנימיים". בסופו של דבר, אף לא הוגשה מטעמו הצעה לאותו מכרז
3 ובמבחן התוצאה ניתן לראות, כי אותו מפעיל לא נהנה מאותם יתרונות נטענים. כמו כן, קבוצת
4 העותרות שהשתתפה במכרז למיזם ה-J-Net, העלתה בשעתו טענות דומות, אך נראה כי הסתפקה
5 בתשובת ועדת המכרזים (שם, פסקה 46).
6
7 **44. דחיית טענת העותרות בדבר העדפת שפיר:** ועדת המכרזים דחתה את טענותיהן של
8 העותרות ואת רמיזותיהן כאילו הוועדה רוצה בזכיית שפיר ו-CAF במכרז. הוועדה דחתה טענות
9 אלו מכל וכל, חזרה על טעמי אימוץ המלצותיה של ועדת הריכוזיות בשתי חוות דעתה והוסיפה כי
10 ועדת המכרזים מנהלת את המכרז באופן אחראי, מאוזן, ראוי, ללא משוא פנים וללא העדפות וכי
11 יש להצר על הרמיזות האמורות. עוד הודגש, כי לא נמצא טעם ממשי המצדיק את דחיית עמדת
12 ועדת הריכוזיות שלפיה אין לאסור על שפיר להשתתף במכרז וכי מדובר בעמדה עניינית שעל-פיה
13 באיזון שנעשה, גוברים היתרונות באישור השתתפותה של שפיר במכרז על פני החסרונות העשויים
14 לעלות בשל השתתפותה (שם, פסקאות 47-49).
15
16 **45. טענת העותרות בדבר הצורך ב"נטרול" יתרונותיה של שפיר באמצעות העמדת כלל**
17 **המציעים ב"נקודת פתיחה שווה":** תמצית טענותיהן של העותרות הן כי הקו הכחול אינו "עוד קו"
18 אלא המשך והרחבה של ה-J-Net. מכאן לטענתן, יתרונה של שפיר ולטענתן, אף אין מדובר במצב
19 רגיל שבו לאחד המתמודדים ישנם יתרונות "חיצוניים" ולגיטימיים על פני יתר המתחרים, אלא
20 יתרונותיה של שפיר הם יתרונות "פנימיים" המפרים את שוויון ההזדמנויות בין המתמודדים.
21 העותרות אומדות את היתרון הנטען בכמיליארד שקלים. לפיכך טענו, כי לשם נטרול חוסר השוויון
22 הנטען האמור, על ועדת המכרזים לנקוט שורת צעדים ובין השאר, אלו: שינוי שיטת הניקוד או
23 הערכת ההצעות, כך שיופחת כמיליארד שקלים מהצעות המתמודדים, למעט שפיר; שינוי תנאי
24 המכרז בעניין מועד הפעלת הקו הכחול; הפרדה מוחלטת של פעילות הקווים, כך שייאסר על שימוש
25 כלשהו במשאבי ה-J-Net לטובת הקו הכחול (בכלל זה, עובדים, מבנה ארגוני, מערכות מידע,
26 תשתיות, קרונות, חדרי בקרה, מערכות וכיוצא באלה). לתמיכה בטענותיהן הציגו העותרות
27 דוגמאות מהארץ ומהאיחוד האירופי שבהן לטענתן, ננקטו צעדים לנטרול יתרונות של מתמודדים
28 (שם, פסקאות 50-56).
29
30 בהתאם להמלצות הצוות המקצועי, החליטה ועדת המכרזים לדחות את כלל טענותיהן האמורות
31 של העותרות מהמטעמים הבאים: כל היתרונות של שפיר שעליהם הצביעו העותרות, אינם נובעים
32 מהמכרז ומתנאי, אלא מנסיבות חיצוניות למכרז; בכל מקרה, שפיר אינה המציע היחיד הנהנה
33 מיתרונות חיצוניים וכי אחד המציעים הנהנים מכך הוא אגד (אחת משתי העותרות), כמפורט שם;
34 מכרז הקו הכחול אינו הרחבה של ה-J-Net, אלא זהו מיזם נפרד ועצמאי, אף אם ישנם ממשקים



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 12912-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 33261-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

- 1 בינו לבין הקו האדום והקו הירוק. הדבר מתבטא גם בהיבטים התפעוליים ובכלל זה מהדרישה
2 להקמת חברות תפעול ייעודיות נפרדות, מהוראות פקודת מסילות הברזל שמהן נגזרות מחויבויות
3 וסמכויות נפרדות של כל אחד מזכייני כל אחד מהקווים, וכן הדרישה להקמת 'דיפו' נפרד לכל אחד
4 מהמיזמים. העובדה שהקו הכחול ייסע במקטעים מסוימים על מסילת הקו הירוק, אינה הופכת
5 אותו להרחבה או להפעלה משותפת של המיזמים. מכל מקום, עם הפעלת הקו הכחול תצומצם
6 פעילות הקו הירוק באותן מסילות, כך שלא ייווצר מצב של נסיעה בו זמנית של שני קווים על אותה
7 מסילה (שם, פסקאות 57-63).
- 8
- 9 **46. טענות העותרות שלפיהן יש לקבוע מראש שזכיון הקו הכחול יפעיל את כל הקווים:** כפי
10 שכבר הוזכר, טרם הוחלט מי יהיה הגורם אשר יפעיל בעתיד את קווי הרכבת הקלה בירושלים.
11 בעניין זה, כאמור לעיל, ישנן שלוש אפשרויות. לפי "תרחיש הבסיס" קווי ה-J-Net יפעלו לצד הקו
12 הכחול תוך שמירת הפרדה ביניהם, לפי "אופציה מספר 1" זכיון הקו הכחול יפעיל גם את ה-J-Net
13 ולפי "אופציה מספר 2" זכיון אחר יפעיל את כל הקווים.
- 14
- 15 העותרות טענו כי "אופציה מספר 1" ממחישה את טענתן כי הקו הכחול הוא הרחבה של מערכת ה-
16 J-Net ולכן טענו, כי יש לקבוע כבר היום כי אפשרות זו תהיה תרחיש הבסיס.
- 17
- 18 ועדת המכרזים סברה כי אין מקום לבחירת אופציית ההפעלה קודם לשלב הגשת ההצעות. על-פי
19 נימוקיה, תרחיש הבסיס והאופציה הראשונה ממחישות את העובדה שמדובר במערכות נפרדות
20 אשר יתפקדו זו לצד זו, בעוד שכל זכיון יפעיל את קווי השירות שיועדו לו ואף יהיה זכאי לתמורה
21 ביחס למספר הקילומטר המסחרי שיקים ובדומה, גם בקנסות שיידרש לשלם, הוא יימדד לפי
22 ביצועיו. הובהר כי תרחיש הבסיס גובש תוך היועצות ביועצים בינלאומיים בעלי ניסיון ומכל מקום,
23 לא ניתן לראות באופציה הראשונה משום המחשה לכך שהקו הכחול הוא הרחבה של ה-J-Net. כך
24 או אחרת, חרף המורכבות הנובעת מהיעדר החלטה בשלב הזה בדבר אפשרות ההפעלה שתיבחר,
25 התקשרויות לטווח ארוך מטבע הדברים מתאפיינות בהיבט של חוסר ודאות ולכן אין מקום לבחירת
26 אפשרות אופן הפעלת הקווים כבר עתה (פסקה 64).
- 27
- 28 **47. טענות הנובעות ממשקים בין הקווים:** טענות העותרות בדבר היעדר שוויון לנוכח
29 הממשקים בין קווי ה-J-Net והקו הכחול נדחו אף הן. כמוסבר בהחלטת ועדת המכרזים, על-פי
30 מסמכי המכרז, אמנם ישנם ממשקים בין ה-J-Net לבין הקו הכחול בשלבי ההקמה, התפעול
31 והתחזוקה, אך אין בהם כדי ללמד על כך שהקו הכחול הוא הרחבה של ה-J-Net. כל זכיון יעבוד
32 באופן נפרד ועצמאי. העובדה שבמצבי חירום יהיה ממשק מצומצם בין המפעילים והעובדה שהקו
33 הכחול ייסע על תוואי מסילה של הקו הירוק, אינה משנה מכך וכי הדבר קיים ומקובל גם במקומות
34 אחרים. לפיכך נדחו טענותיהן של העותרות בדבר היעדר ודאות מספיקה. שכן גם במסגרת מסמכי



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 12912-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 33261-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

1 המכרז הוסדר כל הדרוש לעניין ניהול מבחני ההרצה על קווי ה-J-Net, המיקומים, המועדים ומשך
2 התקופה שבה זה ייעשה. אף נקבעו סעדים לזכיין, שאינו מפעיל ה-J-Net, אם מפעיל ה-J-Net
3 יעכב את מפעיל הקו הכחול או יפריע לו לקיים את התחייבויותיו (פסקאות 65-68).
4

5 48. דחיית הפתרונות שהציעו העותרות: ועדת המכרזים דחתה את הפתרונות שהציעו
6 העותרות כדי לנטרל את חוסר השוויון הנטען בין שפיר לבין מציעות אחרות במכרז, כמפורט לעיל.
7 בעניין זה נאמר בהחלטת ועדת המכרזים כי העותרות לא הסבירו כיצד חושבה ההפחתה בסך
8 מיליארד שקלים, שאותה הציעו העותרות כתנאי להעמדת כלל המציעים בנקודת פתיחה זוהה
9 ושווה. מכל מקום וכאמור, הקו הכחול הוא נפרד ועצמאי וכי אינו הרחבה של ה-J-Net ולכן נדחו
10 כל טענותיהן של העותרות בעניין זה. כך גם נדחו טענותיהן כי לשפיר יתרונות הפוגעים בשוויון בין
11 המציעים, מאחר שאפילו היא נהנית מאותם יתרונות נטענים, הרי שכולם בגדר יתרונות "חיצוניים"
12 למכרז. אף הפתרונות המבוקשים הנוספים שהציעו העותרות אינם נדרשים, מאחר שכל נושא
13 הממשקים בין הקווים הוסדר במנגנונים שנקבעו בהוראות המכרז. בכל אותם מנגנונים אף יש כדי
14 לאזן באופן מידתי בין היתרונות התחרותיים של המכרז לבין הרצון להימנע מתמחור יתר בשל
15 ניהול סיכונים לא נכון ובשל שולי ביטחון גבוהים הנובעים מניהול הממשקים בין הקווים.
16

17 לבסוף הדגישה ועדת המכרזים, כי חלק ניכר מההיבטים העובדתיים שעליהם ביססו העותרות את
18 טענותיהן (בכלל זה, היות שפיר גורם ריכוזי ועובדת היותה נמנית עם זכיין ה-J-Net), היו ידועים
19 זה מכבר ולפיכך סברה הוועדה, כי חל שיהוי בהעלאת טענותיהן של העותרות (פסקאות 69-74).
20

21

22

23

24

25

26

27

28

29

30

31

32

33

34

35

36

37

38

39

40

41

42

43

44

45

46

47

48

49

ו. עיקרי טענות הצדדים בעתירות הנדונות

ו(1) עיקרי טענות הצדדים בעת"מ 12912-03-22 – העתירה בנושא הריכוזיות הכלל-משקית

25

26

27

28

29

30

31

32

33

34

35

36

37

38

39

40

41

42

43

44

45

46

47



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 12912-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 33261-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

1
2 50. בעתירתן הנדונה העלו העותרות שש טענות עיקריות, כלהלן:

3
4 **ראשית,** הקצאת הקו הכחול לשפיר תביא לעלייה משמעותית ומסוכנת בריכוזיות הכלל-משקית
5 שלה. לטענתן, כבר עתה שפיר היא גוף בעל ריכוזיות כלל-משקית ברמה גבוהה ביותר ובפרט בתחום
6 הרכבת הקלה בירושלים, בהיותה המפעילה של ה-J-Net ולפיכך, לטענת העותרות, היא אינה
7 יכולה להשתתף במכרז. עוד טענו, כי הקצאת הקו הכחול לשפיר תיצור מונופול שבו שפיר שולטת
8 בכל קווי הרכבת הקלה בירושלים באופן שיקנה לה יכולת של "הורדת השאלטר". בהקשר זה טענו
9 העותרות, כי המדיניות שהותוותה בעניין קווי הרכבת הקלה בירושלים שונה באופן שאינו סביר
10 לעומת המדיניות הנהוגה בתל-אביב, ששם נקבע כי לכל קו יהיה זכין אחר.

11
12 **שנית,** ועדת המכרזים וכך גם ועדת הריכוזיות, התעלמו מכל ההשלכות ארוכות הטווח שיש
13 לריכוזיות הכלל-משקית של שפיר, תוך העדפת הסתכלות לטווח הקצר. כך בעיקר שגו בכך שראו
14 בכוח הריכוזי של שפיר משום יתרון תחרותי והתעלמו מההשלכות האפשריות העשויות להיות
15 להקצאת הקו הכחול לשפיר ובכלל זה לאלו: ההקצאה תביא להגדלת התלות בשפיר מצד קובעי
16 המדיניות באופן שייצור "שבי רגולטורי"; תעצים את הריכוזיות הגבוהה בהפעלת קווי הרכבת
17 הקלה בירושלים; תמנע אפשרות לעריכת "תחרות השוואתית"; תגביל את יכולת המאסדר לממש
18 סנקציות ובכלל זה הפעלת מנגנון השבת הזכויות (Buy Back); תעצים את כוחה של שפיר
19 בתחבורה הציבורית ותחזק את איום "הורדת השאלטר"; תאפשר לשפיר לדרוש שינויים ותוספות
20 בטווח הארוך; שליטת שפיר בכלל קווי הרכבת הקלה בירושלים תקנה לה כוחות במישורים רבים
21 ובכלל זה עיכוב מיזמי בנייה, סירוב לשדרוג מערכות וכדומה.

22
23 **שלישית,** קביעת ועדת הריכוזיות כי השיקול של רווחת הצרכנים גובר על הגדלת הריכוזיות הכלל-
24 משקית של שפיר אינה סבירה ולשיטת העותרות, אף עומדת בניגוד למסמך המתודולוגיה. כן טענו
25 העותרות, כי לא תיגרם כל פגיעה צרכנית, בוודאי לא פגיעה משמעותית, אם תימנע השתתפותה של
26 שפיר במכרז.

27
28 **רביעית,** התמודדות שפיר במכרז מרתיעה מתמודדים כשירים מלהתחרות במכרז ולפיכך עצם
29 השתתפותה עשויה להפחית את מספר המתחרים.

30
31 **חמישית,** הנמקת ועדת הריכוזיות, שלפיה הקצאת הקו הכחול לשפיר אינה בעייתית, מאחר שעל-
32 פי תנאי המכרז, ישנה אפשרות שבעתיד זכין אחד יפעיל את כל קווי הרכבת הקלה בירושלים, היא
33 הנמקה שגויה. כך מאחר ששאלת השתתפות שפיר במכרז צריכה להיבחן לפי המצב הקיים ולא לפי
34 אפשרות עתידית שאינה ודאית; התוצאה המיידית של הקצאת הקו הכחול לשפיר היא יצירת מצב
35 של ריכוזיות בזכיונות בעניין ההקמה וההחזקה, מעבר לעצם ההפעלה; לשפיר יהיה כוח עצום אשר



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 12912-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 33261-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

1 יפגע ביכולת המאסדר לנקוט נגדה סנקציות (דוגמת הפעלת מנגנון השבת הזכויות (Buy Back)).
2 גם בהקשר זה הלינו העותרות על ההבדל בין מדיניות מכרזי הרכבת הקלה בתל-אביב, שלפיהם לכל
3 קו יהיה זכיין אחר, לבין מדיניות המכרזים בירושלים, המאפשרים זכיין אחד לכל הקווים.
4

5 **שישית,** שתי חוות דעתה של ועדת הרכוזיות ניתנו לפני זכיית שפיר במכרז הקו הסגול בתל-אביב.
6 העותרות טענו, כי זכייה זו היא בגדר שינוי נסיבות מהותי אשר מחייב בחינה זהירה ומיוחדת של
7 השתתפותה של שפיר במכרז.
8

טענותיהן של ועדת המכרזים ועדת הרכוזיות – המשיבות 2-1

9
10
11 51. ועדות המכרזים ועדת הרכוזיות (להלן גם – **המדינה**) טענו כי דין העתירה להידחות
12 בהיעדר עילה להתערבות בהחלטותיה המקצועיות של ועדת המכרזים אשר אימצה את המלצותיה
13 המקצועיות של ועדת הרכוזיות. לטענתה, מדובר בהחלטות אשר התקבלו לאחר שוועדת המכרזים
14 בחנה את מכלול העובדות, הפעילה שיקול דעת מינהלי כנדרש והתייעצה עם ועדת הרכוזיות על-פי
15 הדין. אף ועדת הרכוזיות ניתחה את נסיבות המקרה על כל היבטיו, בהיותה הגוף המקצועי
16 המוסמך על-פי הדין ליעץ לוועדת המכרזים בעניין שיקולי רכוזיות כלל-משקית לגבי הקצאת
17 זכויות לגורם רכוזי. מסקנת ועדת הרכוזיות הייתה כאמור, כי למרות היותה של שפיר גורם
18 רכוזי, ישנו אינטרס ציבורי לאפשר את השתתפותה במכרז. טענת המדינה היא אפוא, כי
19 המלצותיה של ועדת הרכוזיות והחלטותיה של ועדת המכרזים הן החלטות מבוססות ומנומקות,
20 המאזנות כראוי בין ההשפעה הפוטנציאלית של הקצאת הזכות בתשתית חיונית לגורם רכוזי על
21 הרכוזיות הכלל-משקית הגלומה בכך, לבין שיקולי רווחת הצרכנים.
22

23 בנסיבות אלו שבהן שיקול הדעת העצמאי של ועדת המכרזים תואם את שיקול דעתה העצמאי,
24 המקצועי והנפרד של ועדת הרכוזיות ובעוד ששתי הוועדות הגיעו למסקנה כי יש לאפשר לשפיר
25 להשתתף במכרז, הפעלת שיקול הדעת של בית המשפט, לטענת המדינה, מצומצמת יותר. כך
26 מהטעם שמדובר בהתערבות בהחלטה מקצועית המצויה בתחום מומחיותה של ועדת המכרזים,
27 אשר מוסמכת להחליט החלטות מקצועיות, תוך הסתמכות על המלצתה המקצועית של ועדת
28 הרכוזיות אשר מצויה בתחום מומחיותה. בנסיבות אלו טענה המדינה, כי העותרות לא הציגו
29 טעמים כבדי משקל המצדיקים לסטות מהחלטת ועדת המכרזים ומהמלצתה של ועדת הרכוזיות.
30 מאחר שלטענת המדינה לא נפל כל פגם מינהלי בתהליך קבלת החלטותיה של ועדת המכרזים
31 המצדיק התערבות בהן, לטענתה, אף אין להתערב בהחלטותיה.
32

33 52. המדינה הוסיפה וטענה, כי יש לבחון את טענותיהן של העותרות בהיבט רחב, בשל כך
34 שהעתירה הנדונה היא חלק ממה שכינתה **"קמפיין משפטי נרחב"** של העותרות לפסילת
35 השתתפותן של שלוש קבוצות מציעות (מתוך חמש קבוצות שעברו את השלב הראשון). "קמפיין"



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 12912-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 33261-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

- זה, כך נטען, כולל את שתי העתירות הנדונות, שנועדו להביא לפסילתה של שפיר, את העתירה
הנוספת שהוזכרה לעיל (עת"מ (ירושלים) 8880-03-22), אשר במסגרתה מבקשות העותרות להביא
לפסילתן של עוד שתי קבוצות מציעות ובנוסף לכך, טענותיהן כי זכייה במכרז להפעלת קו בתל-
אביב מונעת התמודדות במכרז הקו הכחול בירושלים, עשויה להשליך על השתתפותה של מציעה
נוספת. בשל כך טוענת המדינה, כי נראה שמטרת העותרות אינה אלא להביא לצמצום התחרות
באופן שייטיב עמן. טענת המדינה היא אפוא, כי "בתכסיסנות ומניפולטיביות לא הגונה, חותרות
העותרות לפגוע בתחרות באופן אנוש ובקופה הציבורית, כל זאת בשם עקרונות 'התחרותיות
ורוחת הצרכנים לטווח הארוך' – לכאורה" (פסקה 8).
53. בעניין טענותיהן של העותרות בכל הנוגע למעמדה הריכוזי של שפיר, המדינה טענה כי
עובדה זו לא נעלמה מעיני הוועדות – ועדת הריכוזיות וועדת המכרזים – אך לאחר איזון כלל
השיקולים והאינטרסים, מצאו הן כי דחיקת רגלי שפיר מהמכרז עלולה לפגוע באינטרס הציבורי.
- עוד הוסיפה המדינה וטענה בעניין זה כלהלן: בניגוד לטענותיהן של העותרות, ועדת המכרזים וועדת
הריכוזיות לא התעלמו מההשלכות לטווח הארוך, אך כמוסבר בניתוח שערכה כל אחת מהוועדות,
ההשלכות שלקיומן טוענות העותרות אינן חמורות כטענתן. זאת בין השאר, בשל הסנקציות
הנוקשות והחמורות שנקבעו בתנאי המכרז ובכלל זה סנקציית השבת הזכויות (Buy Back), אשר
נקבעו למקרה של הפרת החוזה ואשר יש בהן כדי לצמצם את כוח המיקוח וההשפעה שיהיו לשפיר,
אם תזכה במכרז; טענת העותרות בכל הנוגע לפגיעה אפשרית ב"תחרות השוואתית", אינה מבוססת
ומכל מקום, תחרות השוואתית עשויה להתקיים גם בהשוואה לקווי רכבת קלה אחרים בישראל,
אשר בהקמתם מעורבים גורמים שונים, כך שיש גיוון מספיק כדי לעורר תחרות השוואתית. מכל
מקום, לפי חוות דעתה של ועדת הריכוזיות הנזק מפגיעה ביכולת לערוך תחרות השוואתית אינו
שקול לנזק מפסילת מתמודד במכרז; האיזון הנכון שנעשה בין רוחת הצרכנים לבין חיזוק
הריכוזיות של שפיר מלמד כי יתרונותיה עשויים לתרום לתחרות אמיתית ומשמעותית בהליך המכרז
ולהביא לביצוע יעיל של המיזם, אם תזכה בו. מנגד, גריעת שפיר מהתחרות עלולה לפגוע בתחרות
במכרז; שאלת הרתעת שחקנים מלהתמודד במכרז אינה רלוונטית, בהיותה חותרת תחת ההיגיון
של דיני המכרזים. פתיחת התחרות לכל המתחרים האופציונאליים נועדה למקסם את יתרונות
התחרות, תוך מתן אפשרות למתחרה היעיל ביותר לזכות במכרז באמצעות ההצעה התחרותית
ביותר. בהקשר זה הדגישה המדינה, כי העותרות מבקשות לדחוק את רגליו של מתחרה יעיל, אשר
להשתתפותו ישנה תועלת משמעותית לקיום מכרז תחרותי ויעיל, בעוד שדווקא פסילת מתמודד
כאמור, עשויה לפגוע בציבור.
54. בעניין זכיית שפיר במכרז הקו הסגול בתל-אביב הדגישה המדינה, כי אין בכך משום שינוי
נסיבות וכי אין זה מקרה שטענה זו הובאה כטענה אחרונה מבין טענותיהן של העותרות. התמודדות
שפיר במכרז הקו הסגול הייתה ידועה לכל הגורמים ולפיכך אף אפשרות זכייתה במכרז הקו הכחול



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 22-03-12912 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 22-03-33261 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

1 בירושלים לצד זכייתה במכרז הקו הסגול בתל-אביב נבחנו ונדונו (עמדת ועדת הריכוזיות בחוות
2 דעתה השנייה, פסקה 6; ועדת המכרזים בהחלטתה השנייה מיום 31.1.2022, פסקה 37). המדינה
3 הוסיפה כי אם זכייה במכרז להפעלת רכבת קלה בתל-אביב תביא לפסילת השתתפות במכרז הקו
4 הכחול בירושלים, כי אז הדבר עשוי להשליך על מתמודדות נוספות (למשל, אלקטרה, שהיא גורם
5 בעל ריכוזיות גבוהה במשק, זכתה במכרז להפעלת הקו הירוק בתל-אביב).
6
7 55. המדינה טענה עוד, כי יש להוציא את חוות דעת המומחים שצירפו העותרות אל העתירה.
8 בעניין חוות דעתו של עו"ד שטרס נטען, כי אין מקום להגשת חוות דעת משפטית המבקשת להחליף
9 את שיקול דעת בית המשפט, האמון על ההכרעה בעתירה. בעניין עו"ד שטרס באופן מיוחד הדגישה
10 המדינה כי זה מקרוב ניתנה החלטה שכך קבעה ולפיכך ראוי היה שיימנע מהגשת חוות דעת
11 משפטיות לתמיכה בעתירות מינהליות. בעניין חוות דעתה של הכלכלנית הגב' בארי נטען, כי בית
12 המשפט לעניינים מינהליים אינו שומע עדים, אינו גובה ראיות, אינו ממנה מומחים או שומע את
13 חוות דעתם.
14

טענותיה של קבוצת שפיר (שפיר, CAF ונוי) – המשיבות 3-5

15
16
17 56. שפיר טענה כי החלטת ועדת המכרזים היא החלטה של גוף מינהלי אשר התייעץ על-פי הדין
18 עם ועדת הריכוזיות, שהיא גוף מינהלי בעל מומחיות מיוחדת, שתחום התמחותו הוא יישום חוק
19 הריכוזיות, ואשר קיבל את המלצתו. בנסיבות אלו ועל-פי ההלכה הפסוקה, על ועדת המכרזים
20 לאמץ את המלצת ועדת הריכוזיות, בהיותה בעלת המומחיות, זולת אם התקיימו נסיבות חריגות
21 ביותר, אשר העותרות לא הצביעו כי התקיימו. לטענת שפיר, אין לקבל את טענות העותרות,
22 שמשמעותן היא כי דווקא הן שקלו נכונה את האינטרס הציבורי, בעודן גורס בעל עניין אשר ייחנה
23 מפסילת שפיר.
24
25 57. בעניין טענותיהן של העותרות כי אין לאפשר למפעילת קווי רכבת קלה בירושלים להתמודד
26 במכרז להפעלת קו נוסף, טענה שפיר, כי מדובר בטענה אשר כלל אינה קשורה בסוגיית הריכוזיות
27 הכלל-משקית, אלא לכל היותר לסוגיית התחרות הענפית. בעניין זה טענה שפיר, כי דווקא אגד
28 (העותרת 2), עומדת בפני קשיים בהיבט זה, מאחר שקווי הרכבת הקלה הם חלופה לאוטובוסים,
29 כפי שאף עלה מחוות דעתה של הממונה על התחרות (מיום 18.11.2021), אשר המליצה כי במצב
30 שבו העותרות ובהן אגד, יזכו במכרז, יבוטלו קווי האוטובוסים המשמשים חלופה לקו הרכבת
31 הקלה. כאמור לעיל, על-פי סעיף 11 בחוק הריכוזיות, בנושא התחרות הענפית ועדת המכרזים
32 התייעצה עם הממונה על התחרות. בעניין ייעוץ זה ובעניין חוות דעתה של הממונה על התחרות
33 טענה שפיר, כי העותרות נהגו בחוסר תום לב ובחוסר ניקיון כפיים בכך שנמנעו במפגיע מהזכרת
34 חוות דעה זו, אשר עסקה בתחום התחרות הענפית, וכי הן אף כלל לא התמודדו עם מסקנותיה.
35



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 12912-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 33261-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

- 1 שפיר אף טענה כי בעת בחינת טענותיהן של העותרות יש לתת את הדעת לכך שמדובר בשני תאגידי
- 2 ענק וכי כך במיוחד לגבי שיכון ובינוי שהיא תאגיד רב זרועות, המקדם ומפעיל מספר עצום של
- 3 מיזמים, הרבה מעבר לאלו ששפיר מפעילה. כך שלנוכח אופיין של אגד ושל שיכון ובינוי, זכייתן
- 4 במכרז לא תוביל לתוצאה טובה יותר מההיבט של ריכוזיות כלל-משקית, מאשר זכייתה של שפיר.
- 5 כן טענה שפיר, כי אף יש לתת את הדעת לכך שבמסגרת שתי העתירות הנדונות והעתירה הנוספת
- 6 שהגישו העותרות נגד שתי קבוצות משתתפות אחרות במכרז, מבקשות העותרות לפסול מתמודדים
- 7 במכרז ובכך לצמצם לחלוטין את התחרות במכרז ואולי אף לבטלה.
- 8
- 9 58. עוד טענה שפיר, כי העתירה הנדונה הוגשה בשיהוי ניכר תוך חריגה ממסגרת הזמנים
- 10 הקבועה בדיון. כך מאחר שעיקר טענותיהן של העותרות נוגעות למבנה המכרז ולתנאיו, אשר פורסמו
- 11 כשנתיים קודם להגשת העתירה וכי בפועל, טענותיהן אינן רלוונטיות להחלטות הנתקפות בעתירה.
- 12 כך במיוחד בכל הנוגע לטענותיהן של העותרות כי שפיר מנועה מלהשתתף במכרז בהיותה המפעילה
- 13 של קווי הרכבת הפועלים עתה בירושלים. שכן, כבר עם פרסום המכרז הדבר היה ידוע, לרבות
- 14 העובדה שבשונה מהמכרזים לקווי הרכבת הקלה בתל-אביב, במכרז הנדון לא הייתה מניעה לכך
- 15 שזכיין אחד יזכה בהפעלת יותר מקו אחד של הרכבת הקלה בירושלים.
- 16
- 17 59. בעניין העובדה ששפיר היא גורם ריכוזי, כמשמעותו בחוק הריכוזיות, טענה שפיר, כי
- 18 השתתפותה במכרז לא תוביל לעלייה משמעותית ומסוכנת בריכוזיות שלה ובכוח המיקוח שלה מול
- 19 מקבלי ההחלטות, כטענת העותרות. כפי שאף קבעה ועדת הריכוזיות, השתתפותה של שפיר במכרז
- 20 דווקא תצמיח תועלת משמעותית לרווחת הציבור. בהקשר זה עמדה שפיר על כלל האיזונים
- 21 הקבועים בחוק הריכוזיות ועל כך שתכלית החוק אינה למנוע הקצאת זכויות לגורם ריכוזי, אלא
- 22 לאזן בין שיקולי ריכוזיות כלל-משקית לבין שיקולים נוספים. בכלל זה טענה שפיר, כי החוק מחייב
- 23 לבחון אם ההקצאה לגורם הריכוזי תניב תועלת משמעותית לרווחת הציבור, שאז תהיה הצדקה
- 24 להקצאת הזכות חרף הגדלת הריכוזיות הכלל-משקית שלו. בנסיבות הנדונות, ועדת הריכוזיות
- 25 מצאה כי היתרונות הגלומים בהשתתפותה של שפיר במכרז עולים על הפגיעה העשויה להיגרם מאי
- 26 השתתפותה ולכן בצדק לא נפסלה השתתפותה במכרז.
- 27
- 28 60. שפיר טענה כי התמונה שמציגות העותרות אינה משקפת נכונה את כוח השוק של שפיר מול
- 29 המאסדר. בכלל זה הצביעה שפיר על כך שמיומי PPP אינם מנוהלים באמצעות משרד ממשלתי
- 30 אחד לבדו, אלא באמצעות ועדות מכרזים בין-משרדיות וכן הצביעה על צמצום פעילותה של שפיר
- 31 בירושלים ועל כך שאינה דומיננטית בתחום מיומי PPP. זכייתה של שפיר במכרז אף לא תקטין
- 32 את יכולת המאסדר למנוע "הורדת השאלטר". זאת בין השאר, בשל חלקה המצומצם של שפיר
- 33 בקבוצת המציעים שעמם היא נמנית (חלקה הוא בשיעור 40%), וכי דווקא כוחה של אגד בתחום
- 34 התחבורה הציבורית בירושלים עשוי להביא לאיום ב"הורדת השאלטר".
- 35



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 12912-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 33261-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

- 1 מכל מקום, שפיר הדגישה, כי המכרז קובע מסגרת סנקציות נוקשה, אשר נועדה להתמודד עם מצב
- 2 מעין זה ובכלל זה וכאמור, נקבע מנגנון השבת הזכויות (Buy Back), שכבר הופעל בעבר (עם חברת
- 3 סיטיפס שהפעילה את הקו האדום משנת 2011 עד שנת 2019, שאז הוחלפה בשפיר ו-CAF).
- 4
- 5 61. עוד ביקשה שפיר לדחות את טענותיהן של העותרות שלפיהן לשפיר יכולת השפעה על
- 6 המכרז בשל אחזקותיה בתחום המחצבות בירושלים. טענה זו, כפי שקבעה ועדת הריכוזיות, שגויה
- 7 בהיבט העובדתי, מאחר שישנן מחצבות נוספות באזור ירושלים. מכל מקום, הטענה נוגעת לתחום
- 8 התחרות הענפית, בהיותה נוגעת לטענה בדבר יתרונותיה של שפיר בהשוואה למתחרותיה.
- 9
- 10 שפיר הוסיפה וטענה כי יש לדחות את כל טענותיהן של העותרות הנוגעות לנושא התחרות
- 11 ההשוואתית. כך מאחר שטענות אלו אינן נוגעות לנושא העתירה, שעניינו החלטת ועדת המכרזים
- 12 לאמץ את חוות דעתה של ועדת הריכוזיות, אלא לנושאים מתחום התחרות הענפית; כלל לא נמנעת
- 13 האפשרות ל"תחרות השוואתית", מאחר שזו תתקיים באמצעות אפשרות השוואה בין קווי רכבת
- 14 קלה שונים ברחבי הארץ ובין השאר, בתל-אביב; לנוכח שונות קווי הרכבת הקלה בירושלים
- 15 ובמאפייניהם השונים, בכל מקרה לא ניתן לערוך ביניהם "תחרות השוואתית".
- 16
- 17 62. בעניין זכייתה במכרז הקו הסגול בתל-אביב, טענה שפיר, כי אין בכך משום שינוי נסיבות
- 18 ואף אין בכך כדי להצדיק בחינה מחודשת של אפשרות השתתפותה במכרז הקו הכחול בירושלים.
- 19 לטענת שפיר, לא רק שהעלאת טענה זו לוקה בחוסר ניקיון כפיים, בהיעדר מיצוי הליכים ובשיהוי
- 20 ניכר, אלא שהזכייה האמורה אף אינה משפיעה על ריכוזיותה הכלל-משקית של שפיר באופן
- 21 המצדיק את בחינת השתתפותה במכרז הנדון מחדש.
- 22
- 23 63. בדומה לטענותיה של המדינה, אף שפיר טענה כי אין מקום לחוות דעתם של המומחים
- 24 אשר צורפו לעתירה. זאת לנוכח ההלכה הפסוקה שלפיה אין מקום להעדיף את חוות דעתו של
- 25 מומחה חיצוני על פני חוות דעתה המקצועית של הרשות המינהלית. כך על אחת כמה וכמה בכל
- 26 הנוגע לחוות דעתו המשפטית של עו"ד שטרום, וזאת לנוכח ההלכה שלפיה אין מקום להגשת חוות
- 27 דעה מסוג זה. בעניין חוות דעתו הוסיפה שפיר וטענה, כי לנוכח תפקידו הקודם, העובדה שהיה חבר
- 28 בוועדת האיתור לתפקיד הממונה על התחרות והתחייבותו להימנע מייצוג לקוחות מול רשות
- 29 התחרות, אף נראה כי הייתה מניעה להגשת חוות דעתו.
- 30
- 31 עם זאת יוער, כי אף שפיר צירפה לטענותיה את חוות דעתו של הכלכלן מנחם פרלמן (אשר בין
- 32 השאר, כיהן בעבר בתפקיד הכלכלן הראשי ברשות התחרות ובתפקיד המשנה לממונה על התחרות).
- 33
- 34



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 12912-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 33261-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

- (2) עיקרי טענות הצדדים בעת"מ 33261-03-22 – העתירה שעניינה הטענה להיעדר שוויון בין המציעים
- טענות העותרות
64. תמצית טענתן של העותרות בעתירה הנדונה היא כי מיזם הקו הכחול אינו עומד לעצמו, אלא כי זהו מיזם המשך של מיזם ה-J-Net, התלוי בו באופן משמעותי, שאף חייב להתאים לו. לפיכך לטענתן, יש לבטל את החלטת ועדת המכרזים הקובעת כי קבוצת שפיר אינה נהנית מיתרונות שאינם הוגנים, לקבוע כי מטעם זה שפיר אינה רשאית להתמודד במכרז ולחלופין, לקבוע כי שפיר תוכל להתמודד במכרז רק אם ינוטרלו אותם יתרונות נטענים באמצעות אחד המנגנונים שמציעות העותרות.
65. טענת העותרות היא כי תנאי המכרז מקנים לקבוצת שפיר, המפעילה של ה-J-Net, "יתרונות פנימיים" לא הוגנים, לעומת שאר המציעים במכרז. יתרונות אלו לטענתן, הם משלושה סוגים: **יתרון ההתאמות** – יתרון אשר לטענת העותרות מתבטא בכך שעל כל המציעים להשקיע כספים כדי שהקו הכחול יתאים ל-J-Net; **יתרון ההפעלה** – לגבי כל המציעים ישנה עמימות בעניין אפשרות הפעלת כל קווי הרכבת הקלה בירושלים, אך שפיר יודעת כי בכל מקרה, אם קבוצתה תזכה במכרז, היא תפעיל את כל שלושת הקווים; **יתרון ההרצה** – כלל המציעים יודעים שאם יזכו במכרז הקו הכחול, הם יידרשו לתאם את מבחני ההרצה עם מפעילת ה-J-Net, אך שפיר תיהנה מיתר גמישות, מאחר שלא תצטרך להידרש להוצאות הכרוכות בכך, בהיותה מפעילת ה-J-Net.
- לנוכח היתרונות הנטענים שמהם לטענת העותרות, נהנית שפיר לעומת מציעות אחרות, העותרות טוענות כי כאמור, יש לפסול אותה מלהשתתף במכרז. לחלופין, כי יש לנטרל את היתרונות שמהם לטענת העותרות שפיר נהנית וזאת באמצעות נקיטת הצעדים הבאים: את יתרון ההתאמות ניתן לנטרל באמצעות הערכת עלויות ההתאמה של כל המערכות ובהתאם לכך לתת לכל המציעים שאינם שפיר "מקדם" בהצעת המחיר שיהיה בסך מיליארד שקלים; את יתרון ההפעלה ניתן לנטרל באמצעות שינוי תנאי מכרז הקו הכחול, בין בכך שייקבע כי הזוכה יפעיל את כל שלושת קווי הרכבת הקלה בירושלים ובין בכך שייקבע כי מפעילת הקו הכחול תהיה חברה אחרת, שאינה מפעילת ה-J-Net; בעניין יתרון ההרצה נטען, כי הפתרון היחיד הוא קביעת זמני הרצה קשיחים ובלתי ניתנים לשינוי, תוך צמצום זמני של פעילות ה-J-Net באותם זמנים, באופן שייצר ודאות מוחלטת.
66. לשם ביסוס טענותיהן האמורות, הרחיבו העותרות וטענו בעניין האינטגרטיביות של מערכת הרכבת הקלה בירושלים, אשר לפי טענותיהן, כוללת מערכת קווי רכבת "הפועלים באינטגרציה מלאה". לטענתן, זו הסיבה שבגללה מערכת הרכבת הקלה בירושלים מוקמת שלב



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 12912-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 33261-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

- 1 אחר שלב, בשונה ממערכת הרכבת הקלה בתל-אביב, הבנויה מקווים עצמאיים ונפרדים, שאינם
2 קשורים זה בזה ואשר מוקמים במקביל.
- 3
- 4 67. כאמור לעיל בתמצית, העותרות טוענות כי ישנה תחולה לא שוויונית של דרישות המכרז
5 בנושא התשתיות הפיזיות של הקו הכחול ובנושא מערכותיו. לטענתן, בעוד שפיר אינה נדרשת
6 להתאמות כלשהן, מציעים אחרים יידרשו לערוך התאמות למערכות של שפיר במיזם ה-J-Net.
7 העותרות פירטו בהרחבה רבה את רכיבים שונים ומערכות שונות של הרכבת הקלה, אשר לטענתן,
8 כלל המציעים יידרשו להתאים אותם אל המערכות של שפיר. בעניין שורה של מערכות הקו הכחול
9 הפנו העותרות אל הוראות המכרז, אשר על-פי טענתן, מחייבות לכאורה, התאמות כלשהן בין לבין
10 מערכתיה של ה-J-Net. בעניין זה הפנו העותרות אל ההוראות הנוגעות אל המערכות הבאות:
11 מערכת בקרת התפעול; המערכת המחברת בין מרכז בקרת התפעול של הקו הכחול ובין מרכז בקרת
12 התפעול של ה-J-Net; מערכת העדפת תנועה בצמתים; מערכת ניהול ממשקי צמתים מרומזרים;
13 מערכת סימנור – רמזורי הרכבת; מערכת תקשורת הנתונים העורפית; מערכת טלפון וקריאת
14 חירום; מערכת בקרת כניסה וזיהוי פריצות; מערכת חשמל עילית; מערכת איתור; צי קרונות;
15 מסילת הרכבת).
- 16
- 17 עוד נטען כאמור ובהרחבה, בעניין התחולה הלא שוויונית שתהיה בהפעלת מיזם הקו הכחול ובעיקר
18 לנוכח העמימות הנובעת מכך שעדיין לא הוחלט מה תהיה האפשרות שלפיה ייבחר מפעיל קווי
19 הרכבת בירושלים בעתיד (תרחיש הבסיס, אופציה מספר 1 או אופציה מספר 2, שפורטו לעיל).
20 בדומה נטען כאמור, לעניין אופן עריכת מבחני ההרצה של רכבות הקו הכחול, אשר על-פי תנאי
21 המכרז כרוכים בתיאומים עם מפעילי ה-J-Net.
- 22
- 23 68. העותרות חלקו על עמדת ועדת המכרזים בהחלטתה, כי כל היתרונות שמנו העותרות הם
24 בגדר "יתרונות חיצוניים" למכרז. לטענתן, מדובר ב"יתרונות פנימיים". לתמיכה בטענותיהן הפנו
25 העותרות אל מספר פסקי דין, אשר יידונו בהמשך הדברים ואשר על-פי טענת העותרות תומכים
26 בטענותיהן כי זכיין פעיל המתמודד במכרז, נהנה מיתרונות לעומת מי שאינו פעיל בשטח. כך בעוד
27 שעל-פי טענותיהן, מדובר ביתרונות שערכם הכספי עצום.
- 28
- 29 הנתבעות הוסיפו וטענו, כי מכל המנגנונים שנקבעו במסמכי המכרז עולה כי ועדת המכרזים מכירה
30 בכך ששפיר אמנם נהנית מיתרונות בלתי הוגנים, אך היא סבורה כי ישנם מנגנונים המנטרלים זאת.
31 כך בעוד שלפי טענותיהן של העותרות, מדובר במנגנונים אשר כלל אינם מנטרלים את אותם
32 יתרונות נטענים. כך לטענת העותרות בכל הנוגע ליתרון אשר לטענתן, נובע מדרישת ההתאמה אל
33 המערכות של שפיר ואל התשתיות שלה וכך אף בכל הנוגע ל"חדר המידע", אשר הוזכר לעיל כאמצעי
34 אשר אמור לכלול את כל המידע הנוגע למערכות של ה-J-Net, כדי לאפשר לכל המציעים להתאים



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 12912-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 33261-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

את מערכותיהם המוצעות למערכות ה-J-Net. כך גם לגבי היתרון שממנו לטענת העותרות שפיר נהנית בשלב ההפעלה וכך לטענתן, לגבי יתרונותיה הנטענים של שפיר בשלב מבחני ההרצה.

טענותיה של ועדת המכרזים – המשיבה 1

69. תמצית טענתה של ועדת המכרזים (אשר מטעמי נוחות תכונה להלן גם – **המדינה**), היא כי העתירה נשענת על הנחות שגויות, הן בהבנת תנאי המכרז הן בשאלה המשפטית שעניינה שוויון או שונות בתנאי הפתיחה של המתמודדים במכרז.

עמדת המדינה היא כי הקו הכחול אינו "המשך" או "הרחבה" של הקו האדום או של הקו הירוק, אלא מדובר במיזם העומד בפני עצמו, גם אם יש לו ממשקים כלשהם למיזם ה-J-Net. כמו כן, לשיטת המדינה, אפילו יונח כי לקבוצת שפיר (שפיר ו-CAF) ישנם יתרונות כלשהם לעומת אלו של העותרות, הרי שאין מדובר ביתרונות אשר נובעים מתנאי המכרז, כי אם ממאפייניהן של חברות אלו, שהן בגדר "נסיבות חיצוניות". לא זו בלבד, אלא לטענת המדינה, קבוצת שפיר אף אינה המתמודדת היחידה במכרז אשר נהנית מיתרונות חיצוניים.

בעניין טענתן החלופית של העותרות, כי יש לנטרל את היתרונות הנטענים של קבוצת שפיר, טענה המדינה כי על ועדת המכרזים לא מוטלת חובה לנטרל יתרונות חיצוניים של מתמודד במכרז וכי היא אינה רשאית לעשות כן או להתערב בכך. המדינה הטעימה, כי דווקא אותם אמצעים שהעותרות טוענות כי יש לנקוט לשם נטרול היתרונות הנטענים של קבוצת שפיר, הם אשר יביאו לפגיעה בעקרון השוויון ובתחרות, שהם מאבני היסוד של דיני המכרזים.

70. המדינה חזרה על נימוקי ועדת המכרזים אשר דחתה את טענותיהן של העותרות בעניין היתרונות הנטענים שמהם לטענתן, נהנית קבוצת שפיר. במסגרת טענותיה אלו נדרשה המדינה אל מהותו של מיזם הקו הכחול ואל כלל טענותיהן של העותרות בעניין תנאי המכרז, שמהם הן מבקשות להסיק כי מיזם הקו הכחול הוא המשך או הרחבה של ה-J-net. המדינה עמדה על פירוט תנאי המכרז ובהתאם לכך ביקשה להצביע על כך שמסקנתן האמורה של העותרות שגויה וכי כאמור, מדובר בשני מיזמים נפרדים, אפילו יש ביניהם נקודות השקה. כך פירטה המדינה על שום מה מדובר במיזמים נפרדים בכל המישורים ועל שום מה, לטענתה, אין לומר כי קבוצת שפיר נהנית מהיתרונות הנטענים.

71. בעניין טענתן המשפטית של העותרות טענה המדינה, כי העותרות מפרשות באופן שגוי את המונחים "יתרונות חיצוניים" ו"יתרונות פנימיים" במכרז ולטענתה, העותרות עושות כן תוך הסתמכות על אמרות אגב בפסיקה, אשר לא קבעה כפי שלטענתן נקבע. המדינה טוענת אפוא, כי עמדת הפסיקה היא כי אין לפסול מתחרה במכרז בשל יתרונות תחרותיים ייחודיים, כי המזמין אינו



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 12912-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 33261-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

1 נדרש להעמיד את כל המתחרים ב"נקודת פתיחה" שווה וכי אילו היה עושה כן, היה פוגע בכללי
2 השוויון ובעקרונות היסוד של דיני המכרזים.
3
4 המדינה הדגישה כי על-פי הפסיקה (שאליה הפנתה ואשר תידון בהמשך הדברים), מכרז אינו אמור
5 להשוות בין מתחרים אשר מלכתחילה יש ביניהם הבדלים ולפיכך אין ביניהם שוויון "חיצוני".
6 השוויון שעליו יש להקפיד במכרז הוא "שוויון פנימי", אשר משמעותו היא כי תנאי המכרז יחולו
7 באופן שווה על כלל המציעים. מסיבה זו הוסיפה וטענה, כי אין מקום למניפולציות או לנקיטת
8 אמצעים מלאכותיים אשר נועדו "לתקן" את תנאי המכרז כדי להביא לשוויון "חיצוני". כך מאחר
9 שדווקא אמצעים אלו, שבאמצעותם הציעו העותרות לנטרל את אי השוויון הנטען, הם אשר בהכרח
10 יגרמו לפגיעה בשוויון הפנימי של המכרז.

11
12 72. לבסוף טענה המדינה, כי על-פי ההלכה הפסוקה התערבות בית המשפט בהחלטותיה של
13 ועדת המכרזים מצומצמת וכי הכלל הוא כי בית המשפט אינו מחליף את שיקול דעתן של ועדות
14 המכרזים בשיקול דעתו. התערבות בית המשפט תיעשה רק במקרים חריגים שבהם נמצא כי ועדת
15 המכרזים סטתה סטייה מהותית מכללי היסוד של דיני המכרזים, או שהתקיימה אחת מעילות
16 הביקורת השיפוטית המצדיקה לפסול החלטה מנהלית. בנסיבות הנדונות, טענה המדינה, כי
17 החלטת ועדת המכרזים ניתנה בסמכות, הונחתה משיקולים ענייניים ואף הושתתה על מסד נתונים
18 ראוי. לפיכך טענה המדינה, כי החלטתה של ועדת המכרזים באה בגדרו של מתחם הסבירות ולכן
19 אין מקום להתערב בה. בהתאם לכך עתרה המדינה לדחות את העתירה.
20

טענותיה של קבוצת שפיר (שפיר, CAF ונוי) – המשיבות 2-4

21
22
23 73. קבוצת שפיר טענה כי העתירה הוגשה באיחור ובשיהוי ניכר, וכן כי מדובר בעתירה אחת
24 מתוך שלוש עתירות שהגישו העותרות, אשר נועדו לצמצם את התחרות ולפגוע במתמודדים במכרז.
25 שפיר הדגישה כי העותרת 1 (שיכון ובינוי) היא אחת מחברות התשתית והבניה המובילות והגדולות
26 בארץ וכי העותרת 2 (אגד) היא מחברות התחבורה הגדולות בארץ, אשר עד לפני שנים בודדות פעלה
27 כמונופול תחבורה ציבורית בירושלים.

28
29 לחלופין טענה שפיר, כי יש לדחות את העתירה לגופה מאחר שאין להתערב בהחלטותיה של ועדת
30 המכרזים אשר דחתה את טענותיהן של העותרות.
31

32 74. בעניין טענת השיהוי והאיחור בהגשת העתירה טענה שפיר, כי העובדה שהיא הזכיקן של ה-
33 J-Net ידועה עוד משנת 2019, אז זכתה במכרז של מיזם ה-J-Net. השלב המוקדם (השלב הראשון)
34 של המכרז הנדון פורסם כאמור עוד בחודש אפריל 2020. פרסום זה כלל את מהות המיזם ותיאורו
35 ובמסגרתו לא נקבעה כל הגבלה על השתתפותה של קבוצת שפיר במכרז, למרות היותה בעלת



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 12912-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 33261-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

- 1 המניות בזכיון של מיזם ה-J-Net. פרסום חמש קבוצות המציעות שעברו את שלב המיון המוקדם
- 2 ובהן גם קבוצת שפיר, היה כאמור לעיל, ביום 1.7.2021. ביום 3.8.2021 פורסמה ההזמנה למציעות
- 3 שעברו את השלב הראשון להגיש את הצעותיהן למכרז עצמו (השלב השני), ואף במסגרתה לא נקבע
- 4 כי זכיון ה-J-Net (שקבוצת שפיר נמנית עם בעלי המניות שלו), מנועה מלהשתתף בשלב הזה.
- 5
- 6 שפיר טוענת אפוא, כי אם העותרות מבקשות לתקוף את עצם השתתפותה במכרז, בהיותה
- 7 המפעילה של ה-J-Net, כי אז היה עליהן לעשות כן כבר בעת פרסום מסמכי השלב הראשון של
- 8 המכרז, כשנתיים קודם להגשת העתירה, או לכל המאוחר סמוך לאחר פרסום תוצאת השלב
- 9 הראשון, כשבעה חודשים קודם להגשת העתירה. לטענת שפיר, הגשת העתירה בעניין ההחלטה
- 10 מיום 31.1.2022 (אשר פורסמה למציעות ביום 14.2.2022), היא בגדר ניסיון מלאכותי להתגבר על
- 11 השיהוי הכבד בהגשת העתירה. עוד הטעימה שפיר, כי בנסיבות העניין מתקיים הן שיהוי
- 12 סובייקטיבי הן שיהוי אובייקטיבי וזאת בשל העובדה ששפיר הסתמכה על הכרזתה כמציעה כשירה.
- 13 בשל כך היא פעלה ופועלת באינטנסיביות להכנת הצעתה למכרז ולהגשתה, בעוד שכידוע, הכנתה
- 14 כרוכה בהשקעת ממון רב ומשאבים עצומים.
- 15
- 16 לטענת שפיר, משני טעמים בקשת הארכה שהגישו העותרות להגשת העתירה הנדונה (בקשתן מיום
- 17 30.12.2021 בעת"מ (ירושלים) 67633-12-21), אינה עוצרת את השיהוי הניכר בהגשת העתירה.
- 18 ראשית, הארכה התבקשה בקשר למכתבה של ועדת המכרזים מיום 29.11.2021, שבו נאמר כי
- 19 טענות העותרות נבחנות, בעוד שבמועד זה טרם עמדו לפני ועדת המכרזים טענותיהן של העותרות
- 20 העולות בעתירה הנדונה. מכאן טענת שפיר, כי הארכה לא התבקשה בקשר לנושא העתירה הנדונה.
- 21 שנית, בהחלטת בית המשפט מיום 6.1.2022, בעניין בקשת הארכה, הודגש כי הארכה ניתנה "בלי
- 22 לגרוע מטענות הצדדים".
- 23
- 24 75. לגופה של העתירה טענה שפיר כי כאמור, כל טענותיהן של העותרות עוסקות בנושאים
- 25 חיצוניים למכרז, אשר אינם פוגעים בשוויון בין המתחרים במכרז ולכן אין הם מצדיקים פסילת
- 26 מתחרה במכרז. כל היתרונות שעליהם הצביעו העותרות (יתרון ההתאמה, יתרון ההפעלה ויתרון
- 27 ההרצה), נובעים ומתמצים בסוגיות החיצוניות למכרז ובכלל זה, המצב התכנוני בשטח שעל-פיו
- 28 נקבע סדר הקמת קווי הרכבת הקלה בירושלים והמבנה שלהם וכי אין מדובר בתנאי סף, במשקולות
- 29 או בכל מרכיב "מכרזי" אחר העשוי להעניק לשפיר יתרון כלשהו על פני מציעים אחרים ובהם גם
- 30 העותרות.
- 31
- 32 עוד טענה שפיר, כי היא אינה המציע היחיד הנהנה מיתרונות חיצוניים וכי אף אגד נהנית מיתרונות
- 33 שונים. בהקשר זה טענה שפיר, כי בכל הנוגע לרכישת הקרונות, העותרות נהנות מיתרון לעומת
- 34 מציעים אחרים, מאחר שאחת היצרניות הגדולות של הקרונות תְּבָרָה אל העותרות במכרז הנדון.
- 35



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 12912-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 33261-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

- 1 שפיר הוסיפה והדגישה כי אין מחלוקת על כך שוועדת המכרזים פעלה ביושר, בשוויון כלפי
- 2 המציעים, ללא שיקולים זרים ולא מתוך שרירות וכי החלטתה היא החלטה סבירה אשר ניתנה
- 3 בעניין מקצועי טהור, המסור לשיקול דעתה. זאת בייחוד לנוכח אופיו של המכרז, כמכרז תשתיות
- 4 מורכב בהיקף כספי עצום. בנסיבות אלו טענה שפיר, כי אין מקום להתערבות בית המשפט בהחלטה
- 5 המצויה ב"גרעין הקשה" של שיקול הדעת המקצועי של ועדת המכרזים.
- 6
- 7 76. בעניין "יתרון ההתאמה" הנטען, טענה שפיר, כי אין מקום לטענותיהן של העותרות, לנוכח
- 8 העובדה שהקו הכחול הוא מיזם נפרד ועצמאי וכי אינו מיזם "המשך" או "הרחבה" של ה-J-Net
- 9 וזאת גם אם ישנם ממשקים בין שני המיזמים. כל זאת כפי שאף קבעה ועדת המכרזים בהחלטתה.
- 10 שפיר פירטה בהרחבה על שום מה לטענתה, אין בסיס לכל טענותיהן של העותרות שעניינן ב"יתרון
- 11 ההתאמה" ולטענתה, אף אין כל מקום לטענות שלפיהן שפיר תוכל "לשכפל" את מיזם ה-J-Net
- 12 וזאת מאחר שהקו הכחול שונה ונפרד וכי טענותיהן של העותרות בעניין זה אינן אלא בגדר הנחות
- 13 תיאורטיות. עוד נטען, כי בכל מקרה, הממשקים בין המיזמים אינם עניין חריג, הם קיימים
- 14 במיזמים דומים, הם מוסדרים בתנאי המכרז ואף נקבעו סעדים למציעים שאינם שפיר, למקרה של
- 15 הפרעות או עיכובים אשר ינבעו מפעילות ה-J-Net. מכל מקום, אין כל הצדקה להצעת העותרות
- 16 "לנטרל" את אותם יתרונות נטענים בדרך של קביעת מקדם בסך כמיליארד שקלים, מאחר שאינו
- 17 מבוסס עובדתית, משפטית או מקצועית ובכל מקרה, יפגע בשוויון בין המתחרים במכרז.
- 18
- 19 בעניין "יתרון ההפעלה" הנטען, טענה שפיר, כי מדובר בטענה מובהקת שלגביה חל שיהוי ניכר. מכל
- 20 מקום, העובדה שטרם נקבע הגורם אשר יפעיל את הקו הכחול בעתיד (אם לפי תרחיש הבסיס,
- 21 אופציה מספר 1 או אופציה מספר 2, כמפורט לעיל), יוצרת עמימות ואי ודאות לגבי כל המציעים,
- 22 לרבות שפיר. כן טענה, כי הפעלת כל אחד מהקווים היא נפרדת (בהתאם למכרז, יש להקים חברות
- 23 תפעול ותחזוקה נפרדות, יינתנו היתרי הפעלה שונים, יוקמו מרכזי בקרה נפרדים, יוקם דיפו נפרד
- 24 ועוד). אולם וכאמור, אפילו ישנו יתרון בהפעלה, הרי שמדובר ביתרון חיצוני למכרז, שאינו פוגע
- 25 בשוויון בין המתחרים.
- 26
- 27 לבסוף טענה שפיר, כי אף אין ממש בטענת "יתרון ההרצה" הנטען. מבחני ההרצה ייעשו רק על
- 28 מסילת הקו הכחול, בעוד שהתיאום הנדרש הוא רק לצורך מעבר נקודתי אל המסילה החדשה וכי
- 29 מעבר זה ייעשה בזמן מוגבל ובעוד מסילות הקו הירוק באזור המעבר (דיפו מלחה), ממילא יהיו
- 30 בשליטת הקו הכחול. כמו כן, כל זכיין של הקו הכחול, לרבות שפיר, יידרש לעריכת התאמות עם
- 31 חברת התפעול של ה-J-Net. בכל מקרה, מסמכי המכרז מספקים מענה לכל חששותיהן של
- 32 העותרות, מאחר שנקבעו בהם מנגנונים ברורים אשר נועדו לאפשר את מבחני ההרצה, לרבות
- 33 כאמור, סעדים שיינתנו לזכיין הקו הכחול, שאינו שפיר, במקרה של עיכובים או הפרעות מצד זכיין
- 34 ה-J-Net.
- 35



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 12912-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 33261-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

1

2

ז. דיון והכרעה – עת"מ 12912-03-22 – העתירה בנושא טענת הריכוזיות

3

4

ז(1) החלטותיה של ועדת המכרזים המאמצות את המלצותיה של ועדת הריכוזיות

5

6

גילוי עמדת ועדת המכרזים בפנייתה להתייעצות עם ועדת הריכוזיות

7

8

77. העתירה בנושא הריכוזיות תוקפת את שתי החלטותיה של ועדת המכרזים (מיום 1.11.2021

9

ומיום 31.1.2022), אשר בהן אומצו שתי חוות דעתה של ועדת הריכוזיות, אשר בשתייהן נדונו שיקולי

10

הריכוזיות הכלל-משקית לנוכח העובדה ששפיר היא גורם ריכוזי ברמה גבוהה ובשתייהן הומלץ

11

לאפשר לשפיר להשתתף במכרז הקו הכחול (הלך הקצאת הזכות).

12

13

החלטות אלו ניתנו כאמור, בהתאם להוראת סעיף 5(ב) בחוק הריכוזיות, הקובעת כי ועדת המכרזים

14

(המאסדר) תוכל לאפשר לגורם ריכוזי להשתתף בהליך מכרז בתחום התשתיות החיוניות (הלך

15

ההקצאה של זכות בהתאם להגדרות בסעיף 3 בחוק הריכוזיות), רק לאחר ששקלה שיקולי ריכוזיות

16

כלל-משקית, תוך התייעצות עם הוועדה לצמצום הריכוזיות.

17

18

78. בפנייתה של ועדת המכרזים אל הממונה על התחרות לשם קבלת עמדת ועדת הריכוזיות

19

בעניין הריכוזיות הכלל-משקית ולשם קבלת עמדת הממונה על התחרות בעניין התחרות הענפית

20

(פניה מיום 6.7.2021), פירטה ועדת המכרזים את הרקע לפנייתה. בכלל זה וכאמור, פורטה העובדה

21

שעם קבוצות המציעות נמנים גורמים ריכוזיים וכן הוסיפה מידע חיוני בעניין מיזם הקו הכחול

22

ומהותו, כמפורט לעיל. כבר בפנייתה המנומקת, כמתחייב מהוראת סעיף 6 בחוק, הביעה ועדת

23

המכרזים את עמדתה בשני המישורים. בעניין שיקולי ריכוזיות כלל-משקית הוסבר בין השאר,

24

הרקע לחשש מפני אפשרות של מספר מתמודדים מצומצם בשלב המתקדם של המכרז והחשש מפני

25

פרישת מתמודדים בשלב הגשת ההצעות (שם, פרק ב', פסקאות 12-26). על רקע זה הביעה ועדת

26

המכרזים את עמדתה כי יהיה זה נכון שלא להגביל את השתתפותם של הגורמים הריכוזיים במכרז

27

ובהם קבוצת שפיר (שם, פסקה 26). בעניין שיקולי תחרותיות ענפית – שאינם נוגעים לעתירה

28

הנדונה – הוסבר שנראה כי לא מתעורר קושי בהיבט זה וכי מהטעמים שהוסברו שם, אף אין צורך

29

בהגבלת השתתפותם במכרז של מפעילי תחבורה ציבורית או של קבוצת שפיר (שם, פרק ג' פסקאות

30

27-40; בעניין קבוצת שפיר – שם, פסקאות 34-39).

31

32

79. העותרות הלינו על כך שוועדת המכרזים ציינה את עמדתה כבר בפנייתה להיוועץ בוועדת

33

הריכוזיות, בעוד שלטענתן, לא היה זה נכון שעמדתה תובא מראש לידיעת ועדת הריכוזיות. לטענתן,

34

היה על ועדת המכרזים לגבש את עמדתה רק לאחר קבלת חוות דעתה של ועדת הריכוזיות.

35



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 12912-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 33261-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

- 1 לא ניתן לקבל את טענתן האמורה של העותרות, מאחר שגילוי עמדתה של ועדת המכרזים כבר
2 בשלב פנייתה אל ועדת הריכוזיות מתיישבת עם הוראות חוק הריכוזיות ועם תכליתן כפי שהדבר
3 משתקף מדברי ההסבר להצעת החוק. הדבר אף עולה בקנה אחד עם הפסיקה העוסקת בדרכי
4 התייעצותה של רשות מוסמכת, אשר חלה עליה חובה מכוח החוק להיוועץ בגורם מקצועי קודם
5 למתן החלטתה. כל זאת כפי שיובהר עתה.
6
- 7 80. בעת פניית ועדת המכרזים להתייעצות עם ועדת הריכוזיות, עליה לנמק את פנייתה וממילא
8 שעליה לפרט את עמדתה אשר לגביה מבוקשת עמדת ועדת הריכוזיות (סעיף 6 בחוק וכן דברי
9 ההסבר להצעת החוק, עמ' 1093). העובדה שוועדת המכרזים רשאית לנקוט עמדה בפנייתה
10 להתייעצות עם ועדת הריכוזיות עולה אף מהוראות סעיף 5 בחוק. סעיף 5(א) מסמיך את ועדת
11 המכרזים (המאסדר) להימנע מהקצאת זכות לגורם ריכוזי ובלבד שלא יהיה בכך משום פגיעה
12 בתחום שבו מוקצית הזכות, שלא תהיה בכך פגיעה ברווחת הצרכן (כמתחייב מסעיף 5(ה) בחוק)
13 ובכפוף להוראת סעיף קטן (ב), שעניינו חובת ההיוועצות בוועדת הריכוזיות. סעיף 5(ב) קובע כי
14 ועדת המכרזים תוכל לאפשר לגורם הריכוזי להשתתף בהליכי המכרז ובלבד שמשקלו שיקולי
15 ריכוזיות-כלל משקית בהתייעצות עם ועדת הריכוזיות. מכאן אפוא, עולה כי על ועדת המכרזים
16 לגבש עמדה ראשונית קודם לפנייתה אל ועדת הריכוזיות להתייעצות.
17
- 18 81. עם זאת, בעניין הנסיבות שבהן תחול חובת ההתייעצות של ועדת המכרזים עם ועדת
19 הריכוזיות, דומה כי חל שינוי בין נוסח הצעת החוק לבין נוסחו הסופי של החוק, אך גם נראה כי
20 הנוסח הסופי תואם את האמור בדברי ההסבר של הצעת החוק.
21
- 22 על-פי דברי ההסבר להצעת החוק, ועדת המכרזים הוסכמה להימנע מהקצאת זכות לגורם ריכוזי.
23 בכל הנוגע לשיקולים שעניינם פגיעה בתחום שבו מוקצית הזכות ולשיקולי רווחת הצרכן, נאמר כי
24 מובן שישנם הבדלים המשתנים בין תחומי הקצאת הזכויות השונים. לפיכך הנחת המוצא היא כי
25 **"חזקה על המאסדר, אשר אמון על התחום שבאחריותו, שידע לשקול את כל השיקולים**
26 **הרלוונטיים כדי להבטיח שבהחלטתו לא יהיה כדי לפגוע בתחום התשתית החיונית או**
27 **בהסדרתו".** כך גם, כי **"הפעלת הסמכות תיעשה באופן שיבטיח כי לא תיגרם פגיעה משמעותית**
28 **ברווחת הצרכן"** (דברי ההסבר לסעיף 5(א), עמ' 1091).
29
- 30 על-פי דברי ההסבר להצעת החוק, החובה החלה על ועדת המכרזים להתייעץ עם וועדת הריכוזיות
31 כמה בשני מצבים, אשר המשותף להם הוא שמדובר במצב שבו ועדת המכרזים **מצאה כי אין למנוע**
32 את השתתפותו של הגורם הריכוזי במכרז (בהצעת החוק הוצע כי ההתייעצות תהיה רק עם הממונה
33 על הריכוזיות, אך החוק הרחיב זאת להתייעצות עם ועדת הריכוזיות). **האחד**, אם לאחר שקילת
34 השיקולים הקבועים בסעיף 5(א), נמצא כי חסימת ההקצאה אמנם תפגע בתחום התשתית החיונית
35 (נוסח החוק, בשונה מהצעת החוק, תואם את דברי ההסבר בכך שהובהרה כפיפותה של הוראה זו
36 לחובת ההתייעצות הקבועה בסעיף קטן (ב)). **השני**, אם ועדת המכרזים מצאה כי ההקצאה לגורם



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 12912-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 33261-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

- 1 הריכוזי לא תפגע בתחום התשתית החיונית ובהסדרתו או שטרם הכריעה בשאלה זו (דברי ההסבר
- 2 לסעיף 5, עמ' 1091-1092).
- 3
- 4 מדובר בשני מצבים שבהם ועדת המכרזים מוצאת כי אין מניעה לאפשר לגורם הריכוזי להשתתף
- 5 בהליך המכרז (הליך הקצאת הזכות). בנסיבות אלו נקבע (בסעיף 5(ב) ובסעיף 5(א) בנוסחו הסופי),
- 6 כי בטרם אישור השתתפותו של הגורם הריכוזי במכרז, על ועדת המכרזים לשקול שיקולי ריכוזיות
- 7 כלל-משקית. שיקולים אלו עליהם לשקול בהתייעצות עם ועדת הריכוזיות. זאת כמוסבר שם, "מכיוון
- 8 ששיקולי ריכוזיות כלל-משקית עניינם גם במידע ובמומחיות כלל משקיים, אשר מחוץ לתחום
- 9 שעליו אמון המאסדר" (דברי ההסבר לסעיף 5, שם).
- 10
- 11 במילים אחרות, קודם לפנייתה להתייעצות עם ועדת הריכוזיות, על ועדת המכרזים לשקול את
- 12 השיקולים הקבועים בסעיף 5(א) ו-5(ב). כמו כן, על-פי סעיף 5(ה), עליהם לשקול גם שלא תהיה פגיעה
- 13 ברווחת הצרכנים. אם כלל השיקולים האמורים הובילו את ועדת המכרזים להימנע מפסילת הגורם
- 14 הריכוזי, אזי עולה הצורך לשקול שיקולי ריכוזיות כלל-משקית. לשם שקילת שיקולים אלו, דרושה
- 15 התייעצות עם ועדת הריכוזיות, שהיא הגורם המקצועי האמון על שקילתם. אולם אם מלכתחילה,
- 16 על-פי הוראת סעיף 5(א) ועל סמך מומחיותה של ועדת המכרזים בתחום אחריותה, היא מצאה כי
- 17 התקיימו התנאים הקבועים בסעיף קטן זה, המאפשרים הימנעות מהקצאת הזכות לגורם הריכוזי,
- 18 כי אז ניתן היה להניח כי לא בהכרח תידרש התייעצות עם ועדת הריכוזיות (הוראות דומות, אך לא
- 19 זהות, קבועות גם בסעיף 11 בחוק לעניין התייעצות עם הממונה על התחרות בנושא התחרות
- 20 הענפית). אולם דומה כי מטעם זה הוסיף המחוקק כי הוראת סעיף קטן (א) היא "בלי לגרוע
- 21 מהוראת סעיף קטן (ב)". מכאן שבכל מקרה ואף בנסיבותיו של סעיף 5(א) (שלפיהן מאסדר רשאי
- 22 להימנע מהקצאת זכות לגורם ריכוזי אם לא תיגרם בשל כך פגיעה של ממש לתחום שבו מוקצת
- 23 הזכות), כפופה לחובת ההתייעצות עם ועדת הריכוזיות.
- 24
- 25 כך או אחרת, לנוכח הפרשנות האמורה של סעיף 5, כפי שהיא עולה מדברי ההסבר להצעת החוק
- 26 ולנוכח חובתה של ועדת המכרזים לנמק את פנייתה אל ועדת הריכוזיות, כמתחייב מסעיף 6, ממילא
- 27 נדרשת ועדת המכרזים לנקוט עמדה כבר בעת פנייתה אל ועדת הריכוזיות לשם שקילת שיקולי
- 28 ריכוזיות כלל-משקית, הנעשית בהתייעצות עם ועדת הריכוזיות.
- 29
- 30 82. לכל האמור בעניין הוראות חוק הריכוזיות, יש להוסיף גם את הכלל שלפיו אם חלה על
- 31 הרשות חובה להתייעץ עם גורם מקצועי, כי אז עליה להביא לפניו את תוכן החלטתה הראשונית,
- 32 הכפופה לעמדתו המקצועית. זאת כדי שניתן יהיה לעמת את הגורם המקצועי עם החלטת הרשות
- 33 ולקבל את עמדתו לגביה. עצם העובדה שהרשות הביאה לידיעת הגורם המייעץ את עמדתה
- 34 המתגבשת, אינה פוגמת בהתייעצות ואף אין משמעות הדבר כי זו בהכרח תהיה החלטתה הסופית.
- 35



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 12912-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 33261-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

1 הכלל הוא כי "כאשר הרשות חייבת להתייעץ עם רשות אחרת, מן ההכרח שהיא תביא בפני
2 הרשות המייעצת הצעה מסוימת, ואין לראות בהבאת הצעה כזו כל קביעת עמדה סופית, אלא רק
3 קביעת עמדת ביניים, שתוכל להשתנות עקב העצה שתתקבל או מסיבות אחרות" (בג"ץ
4 512/81 המכון לארכיאולוגיה של האוניברסיטה העברית, ירושלים נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד
5 לה (4) 533 (1981), כבוד מ"מ הנשיא י' כהן, פסקה 5). על כך חזר בית המשפט העליון פעמים רבות,
6 תוך הדגשה כי הבאת עמדת הרשות המייעצת לפני הגורם המייעץ היא חלק מתהליך ההתייעצות.
7 "רשות מוסמכת החייבת להיוועץ, מטבע הדברים, תפתח בתהליך ההיוועצות רק באותם מקרים
8 שבהם היא סבורה, או לפחות נוטה לדעה, שעליה לקבל החלטה מסוימת. תוכן ההחלטה,
9 שלדעתה הינה לכאורה נחוצה ושלגביה מוטל עליה להיוועץ, ברוב המקרים ידוע היטב לרשות
10 מראש. בבקשה את עצת הגורמים המייעצים מוטל על הרשות המחליטה להביא לפנייהם את תוכן
11 ההחלטה. מטרת ההיוועצות היא לעמת את הגורמים המייעצים עם ההחלטה המתגבשת ולאפשר
12 להם להביע את עמדתם..." (בג"ץ 1934/95 תה ויסוצקי (ישראל) בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד מט(5)
13 625 (1996), כבוד השופט א' מצא, פסקה 25). על החובה לפרוס בפני הגורם המקצועי המייעץ את
14 מלוא התמונה, לרבות את ההחלטה המתגבשת, נאמר, כי "אלה טיבה וטבעה של התייעצות-
15 אמת... בהיעדר כל אלה, לא תהיה התייעצות – לא כהוראתה ולא כמשמעותה" (בג"ץ 5933/98
16 פורום היוצרים הדוקומנטריים נ' נשיא המדינה, פ"ד נד(3) 496 (2000), כבוד השופט מ' חשין,
17 פסקה 29).

18
19 נמצא אם כן, כי לא רק שלא נפל כל פגם בכך שכבר בפנייתה אל ועדת הריכוזיות גילתה ועדת
20 המכרזים את עמדתה, אלא שכך היה עליה לנהוג.

21

22 אימוץ עמדת ועדת הריכוזיות בהחלטותיה של ועדת המכרזים

23

24 83. ועדת הריכוזיות בחנה פעמיים את הנושאים שהונחו לפתחה ובשתי חוות דעתה, שעל
25 עיקריהן עמדנו לעיל, היא דנה בהרחבה רבה בסוגיית הריכוזיות הכלל-משקית של שפיר (כמו גם
26 של הגורמים הריכוזיים הנוספים שבעניינם נדרשה לחוות את דעתה, כמובא בחוות דעתה
27 הראשונה). בשתי חוות דעתה, בחנה ועדת הריכוזיות את השאלה אם חרף העובדה ששפיר היא גורם
28 ריכוזי ברמה גבוהה, יש לאפשר לה להתמודד במכרז. בחינה זו כללה כאמור, אף את בחינת
29 טענותיהן של העותרות (בחוות דעתה השנייה של ועדת הריכוזיות), ותוך שקילת שיקולי ריכוזיות
30 כלל-משקית בהתאם למסמך המתודולוגיה, המשמש כלי מנחה להפעלת שיקול דעתה עת היא
31 נדרשת לייעץ למאסדר בנושא הקצאת זכויות. בהיותה הגורם המקצועי המייעץ מכוח החוק
32 ובהיותה בעלת המומחיות בנושא הריכוזיות הכלל-משקית, הגיעה ועדת הריכוזיות למסקנתה,
33 אשר נומקה בהרחבה, כי אין לפסול את שפיר מהשתתפות במכרז, חרף היותה גורם ריכוזי.

34

35 84. לא אחת נקבע, כי הרשות המוסמכת אשר נדרשת להחליט בנושא שלגביו עליה להיוועץ
36 בגורם מקצועי בעל מומחיות, צריכה לתת משקל של ממש להמלצת הגורם המקצועי וכך במיוחד



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 12912-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 33261-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

- 1 עת הפעלת הסמכות של הרשות מחייבת אותה להיוועץ עם הגורם המקצועי האמון על נושא
- 2 ההחלטה. לעניין זה נקבע, כי "כלל הוא כי רשות מוסמכת חייבת ליתן משקל ראוי להתייעצות עם
- 3 גופים מייעצים, שהמלצתם היא חלק מהליך הפעלת הסמכות. המשקל של עמדת הגוף המייעץ,
- 4 תלוי בנסיבות המקרה. בין השאר הוא תלוי 'במהות העניין הנדון, בלשון ובתכלית של הגוף
- 5 המסמך, במעמד ובמומחיות של הגוף המייעץ, בכשירות ובניסיון של הרשות המתייעצת,
- 6 ובשאלה אם הרשות המתייעצת קיימה היא עצמה בדיקה יסודית של העניין הנדון' (יצחק זמיר
- 7 הסמכות המינהלית כרך ב 1217 (מהדורה שנייה, 2011))" (בג"ץ 8134/11 עו"ד ורו"ח משה אשר נ'
- 8 שר האוצר (29.1.2012), כבוד השופט ע' פוגלמן, פסקה 1).
- 9
- 10 הכלל האמור חל גם אם הייעוץ בגורם המקצועי אינו מעוגן בחוק, אך הרשות המוסמכת ראתה
- 11 לנכון להיעזר בו או בוועדת מומחים מייעצת, בעלת ידע וכישורים מקצועיים, בטרם קבלת החלטתה
- 12 (ראו למשל, בבג"ץ 8976/08 הקרן לרווחה לנפגעי השואה בישראל נ' החברה לאיתור ולהשבת
- 13 נכסים של נספי השואה בע"מ (20.8.2009), כבוד השופט י' דנציגר, פסקה 21). אולם אם חובת
- 14 הייעוץ מעוגנת בחוק, כי אז על אחת כמה וכמה שיידרשו טעמים כבדי משקל לשם סטייה מהמלצת
- 15 הגורם המקצועי בעל המומחיות ליעוץ בנושא החלטתה של הרשות. "על דרך העיקרון, 'ממליץ
- 16 סטטוטורי' מעמדו המשפטי נעלה הוא ממעמדו של יועץ פנימי; מתוך שהמחוקק קרא בשמו
- 17 מפורשות ועשאו איבר במנגנון ההחלטה, נדע כי חייב הוא בעל-הסמכות לכרות אוזנו ולשמע את
- 18 המלצתו-עצתו של אותו ממליץ-יועץ, ולאחר שישמע – כי ישקול בכובד-ראש המלצה וייעוץ
- 19 שקיבל" (בג"ץ 2344/98 מכבי שירותי בריאות נ' שר האוצר, פ"ד נד(5) 729 (2000), כבוד השופט מ'
- 20 חשין, פסקה 48). מטעם זה הודגש, כי להמלצתו של הגורם המקצועי המייעץ, אשר החובה להיוועץ
- 21 בו מעוגנת בחוק, "נודע ונועד – על-פי חוק – משקל כבד" (שם, פסקה 49) וכדי לסטות מהמלצתו
- 22 יידרשו טעמים כבדי משקל, עניינים ומבוססים היטב (שם).
- 23
- 24 "אכן, עמדת הגוף המייעץ כשמה עצה היא ואין הרשות המינהלית מחויבת לקבלה; ואולם, עליה
- 25 לנמק היטב אם רצונה לסטות הימנה. מובן כי משקל העצה תלוי בנסיבות, במהות העניין, בלשון
- 26 ובתכלית, במומחיות הגוף המייעץ ובניסיון של הגורם המתייעץ (זמיר 849) ... אכן, 'השורה
- 27 התחתונה' היא החלטת הרשות, אך נודעת חשיבות רבה להידרשות בכובד ראש להמלצה" (ע"א
- 28 9300/05 מדינת ישראל - המפקח על הביטוח נ' קוסקוסי (18.2.2007), כבוד השופט א' רובינשטיין,
- 29 פסקה 9), בעניין משקלה של המלצת הוועדה שהוקמה מכוח סעיף 4 בחוק הפיקוח על שירותים
- 30 פיננסיים (ביטוח), תשמ"א-1981. ראו גם: דנג"ץ 3201/96 שר החקלאות נ' המועצה האזורית עמק
- 31 לוד, פ"ד נא(3) 661 (1997), כבוד השופט ת' אור, פסקה ג.22).
- 32
- 33 נמצא אם כן, כי אם הרשות רואה לנכון לסטות בהחלטתה מהמלצתו של הגורם המקצועי, בעל
- 34 המומחיות המיוחדת בתחום שבו הוא מייעץ ואשר הצורך להיוועץ בו מחויב מכוח החוק, כי אז
- 35 יהיה עליה להצביע על טעמים כבדי משקל, עניינים ומבוססים היטב כדי לעשות כן. בהיעדר אותם



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 22-03-12912 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 22-03-33261 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

טעמים כבדי משקל, בדרך כלל יהיה על הרשות לאמץ את המלצת הגורם המקצועי שעל-פי החוק היא מחויבת להיוועץ בו קודם למתן החלטתה. כלל זה חל לגבי החלטת כל רשות מינהלית ובכלל זה, ועדת מכרזים (ראו למשל, עע"מ 7590/13 החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ נ' לינום בע"מ (18.4.2013), כבוד השופט ע' פוגלמן, פסקה 3, כבוד השופטת א' חיות (להלן – עניין החברה הלאומית לדרכים)).

סבירות החלטותיה של ועדת המכרזים – הכלל

85. כידוע, נקודת המוצא לבחינת החלטתה של ועדת המכרזים, היא כי "אין בית-המשפט שם עצמו בנעליה של ועדת המכרזים ומחליף את שיקול-דעתו בשיקול-דעתה. תפקידו לבחון את החלטותיה על-פי מידת עמידתן בעקרונות דיני המכרזים. נקודת המוצא בבחינה זו היא כי רק סטייה מהותית מעקרונות יסוד של ניהול מכרז תקין תצדיק התערבות שיפוטית בהחלטת הוועדה" (עע"מ 3190/02 קל בנין בע"מ נ' החברה לטיפול בשפכים רמת לבנים בע"מ, פ"ד נח(1) 590 (2003), כבוד השופטת א' פרוקציה, פסקה 7. ראו מבין רבים, גם ע"א 1255/13 אולניק חברה להובלה עבודות עפר וכבישים בע"מ נ' בני וצביקה בע"מ (13.5.2013), כבוד השופט י' דנציגר, פסקה 16 והפסיקה הרבה הנזכרת שם).

כפי שנקבע לא אחת, "על התערבות בהחלטותיה של ועדת המכרזים חל הכלל שלפיו בית-המשפט הבוחן החלטה מינהלית אינו נכנס בנעלי הרשות ואינו קובע מהי ההחלטה שהוא היה מקבל בנסיבות האמורות, אלא הוא בוחן אם החלטת הרשות נתקבלה כדין ומשיקולים ענייניים, ואם מצויה היא במיתחם הסבירות. בענייני מכרזים אף נקבע כי גם כאשר פגם שנפל בהחלטת ועדת המכרזים הוא פגם מהותי, הנובע מטעות בתום-לב, ואין הוא גורם להפרת השוויון או לפגיעה בעקרון ההגינות, הרי שבית-המשפט לא ימהר להתערב בשיקול-דעת ועדת המכרזים כל עוד החלטתה אינה שרירותית או בלתי צודקת בעליל (...). בית-המשפט יתערב בהחלטת ועדת המכרזים במקרים שנתקיימה בהם אחת מעילות הביקורת השיפוטית הפוסלת את ההחלטה, או כאשר נפל בהליך המכרז פגם מהותי הפוגע בעקרונות היסוד של דיני המכרזים (...)" (ע"א 334/01 מדינת ישראל נ' אבו שינדי, פ"ד נז(1) 883 (2003), כבוד השופטת ד' ביניש, פסקאות 12-13 וכן ראו את הפסיקה הרבה המוזכרת שם).

נקודת המוצא האמורה והכללים האמורים שלפיהם בית המשפט אינו יושב כ"ועדת מכרזים עליונה", ואינו מחליף את שיקול דעתה של הרשות המינהלית בשיקול דעתו "נכונים במיוחד כאשר המחלוקת בין הצדדים נסבה אל שאלות מקצועיות" (בג"ץ 4587/18 ערוץ לשידורי הכנסת בע"מ נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין בשבתה כוועדת מכרזים לבחירת בעל הרישיון לשידור בערוץ הכנסת, לפי חוק שידורי ערוץ הכנסת, התשס"ד-2003 (19.7.2018), כבוד השופט י' עמית, פסקה 13). כך גם אם מדובר בנושאים מקצועיים מובהקים המצריכים מומחיות מיוחדת. מכאן נקבע, כי "גם כאשר ניתן להגיע לתוצאה אפשרית אחרת, ואפילו תוצאה עדיפה בעיני בית



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 12912-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 33261-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

1 המשפט, בית המשפט לא יתערב מקום בו ועדת המכרזים בחרה באלטרנטיבה אחרת כל עוד
2 ההחלטה מצויה במתחם הסבירות ואינה פוגעת בעקרונות היושר, השוויון וההגינות שבבסיס דיני
3 המכרזים" (שם וכן ראו את פסקי הדין המובאים שם).
4

5 86. ניתן אפוא, לסכם, כי עניין לנו בהחלטותיה של ועדת המכרזים, אשר אימצו את המלצותיה
6 של ועדת הריכוזיות, שהיא גורם מקצועי מייצג מכוח החוק ובעלת מומחיות מיוחדת בכל הנוגע
7 לשיקולי ריכוזיות כלל-משקית. בנסיבות אלו יש אפוא, לבחון את סבירות ההחלטה, אם התקבלה
8 משיקולים ענייניים ואם היא מצויה במתחם הסבירות. מאחר שמדובר בהחלטה בשאלות
9 מקצועיות מובהקות, היקף הביקורת של בית המשפט ומידת התערבותו בהחלטת ועדת המכרזים
10 מצומצם במיוחד (ראו למשל: עע"מ 9023/14 פנינת י.ב.א בע"מ נ' משרד האוצר - החשב הכללי
11 מנהל נכסי (27.7.2015), כבוד השופט נ' הנדל, פסקה 8 והפסיקה הנזכרת שם; עע"מ 3597/20 ארבע
12 איי התפלה בע"מ נ' מדינת ישראל - משרד האוצר, משרד האנרגיה ורשות המים (19.8.2020),
13 כבוד השופט ע' גרוסקופף, פסקה 22 והפסיקה הנזכרת שם). כך בדרך כלל וכך על אחת כמה וכמה
14 במקום שבו הכרעתה של ועדת המכרזים בסוגיה המקצועית המובהקת, נסמכה על המלצת ועדת
15 הריכוזיות, שהיא הגורם המקצועי בעל המומחיות המיוחדת בשיקולי ריכוזיות כלל-משקית,
16 שחובת ההתייעצות עמו מעוגנת בחוק (השוו: עניין החברה הלאומית לדרכים, כבוד השופט א'
17 חיות).
18

בחינת סבירות החלטותיה של ועדת המכרזים

19
20
21 87. בחינת החלטותיה של ועדת המכרזים המאמצות את המלצותיה של ועדת הריכוזיות בשתי
22 חוות דעתה, אשר עיקרי תוכן הובאו בהרחבה לעיל, מובילות למסקנה כי מדובר בהחלטות שהן
23 החלטות סבירות אשר לא נמצאה עילה להתערב בהן.
24

25 ועדת הריכוזיות ובעקבותיה ועדת המכרזים אשר ראתה לנכון לאמץ את המלצותיה, בחנו את
26 שיקולי הריכוזיות הכלל-משקית לנוכח היבט רווחת הצרכנים, כמתחייב מהוראותיו של חוק
27 הריכוזיות (ובכלל זה סעיף 5(ה) בחוק), דנו בכל טענותיהן של העותרות באופן מעמיק וראו לנכון
28 לדחותן ולקבוע כי אין למנוע משפיר להשתתף במכרז. מדובר אפוא בהחלטה סבירה, אשר לא נפל
29 בה או באופן קבלתה כל פגם ואשר היא מצויה בתחום מומחיותה של ועדת הריכוזיות. בדומה, אף
30 שאלת אימוץ המלצותיה של ועדת הריכוזיות מצויה בתחום מומחיותה של ועדת המכרזים הבין-
31 משרדית (משרד האוצר ומשרד התחבורה).
32

33 88. אכן, אין מחלוקת על כך ששפיר היא גורם בעל ריכוזיות כלל-משקית גבוהה לנוכח
34 פעילויותיה בתחומי התשתיות החיוניות. עובדה זו הודגשה כבר בפנייתה של ועדת המכרזים אל
35 ועדת הריכוזיות, בשתי חוות דעתה של ועדת הריכוזיות ובהחלטותיה של ועדת המכרזים. עם זאת,
36 ניתן משקל גם לעובדה שחלקה של שפיר בקבוצת המציעים שעמה היא נמנית הוא בשיעור 40%



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 22-03-12912 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 22-03-33261 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

- 1 בלבד, כך שיש בכך כדי לצמצם את יכולתה לנצל את מעמדה הריכוזי ואת יכולתה להשפיע על
- 2 מקבלי ההחלטות. בדומה נשקלו אף ההשלכות האפשריות העשויות להיות לזכייתה של שפיר
- 3 במכרז, לנוכח העובדה שהדבר עשוי להגדיל עוד את ריכוזיותה הכלל-משקית. אך כאמור בחוות
- 4 דעתה של ועדת הריכוזיות, אף אפשרות זו ושאלת השתתפותה במכרז על רקע אפשרות זו, נבחנו
- 5 לנוכח השאלה אם מניעת השתתפותה במכרז (הליך הקצאת הזכות), תגרום ל"פגיעה משמעותית
- 6 ברווחת הצרכנים" (סעיף 5(ה) בחוק).
- 7
- 8 בהינתן מכלול העובדות האמורות, הסבירה ועדת המכרזים כי להשתתפותם של כל הגורמים
- 9 הריכוזיים במכרז, בכלל זה שפיר, עשויה להיות תרומה משמעותית ולעומת זאת, שלילת
- 10 השתתפותו של מי מהם עשויה לפגוע בתחרות ובכך אף ברווחת הצרכנים. זו אף הייתה עמדת ועדת
- 11 הריכוזיות, שהיא הגורם המקצועי בעל המומחיות המיוחדת ובעל הסמכות מכוח החוק לייצץ
- 12 לוועדת המכרזים.
- 13
- 14 89. כמוסבר במסמך המתודולוגיה, המנחה את שיקול דעתה של ועדת הריכוזיות וכאמור, אף
- 15 אם נמצא כי הקצאת הזכות תעצים את הריכוזיות הכלל-משקית של הגורם הריכוזי המתמודד
- 16 במכרז, עדיין נדרשת ועדת המכרזים (המאסדר) לוודא כי הפעלת סמכותה תיעשה באופן שיבטיח
- 17 שלא תיגרם פגיעה משמעותית בצרכנים. לפיכך על בחינת האפשרות למנוע מגורם ריכוזי בעל
- 18 ריכוזיות כלל-משקית גבוהה להשתתף במכרז, להיעשות תוך שקילת שיקול זה. מסמך
- 19 המתודולוגיה מנחה (כמפורט לעיל), כי הפגיעה ברווחת הצרכנים עשויה להיות באחת משתי דרכים
- 20 מרכזיות. **האחת**, פגיעה בהליך התחרותי בשל הקטנת מספר המתמודדים במכרז. **השנייה**, בשל
- 21 הפסד התועלת הנובעת מכניסת הגורם הריכוזי לענף (תחרות ענפית ובכלל).
- 22
- 23 בשל היקפו העצום והחריג של מיזם הקו הכחול, ששווי נאמד במיליארדי שקלים, נמצא כי ישנה
- 24 חשיבות רבה לכך שתובטח רמת תחרות מרבית, אשר תאפשר את בחירת בעל ההצעה האיכותית
- 25 ביותר, שתהיה היעילה ביותר ושמחירה יהיה הטוב ביותר. ועדת המכרזים הסבירה את חשיבות
- 26 מספר המתמודדים הרציניים, ככל הניתן, בעיקר על רקע הניסיון המלמד כי מסיבות שונות, מספר
- 27 המתמודדים במכרזים מהסוג הנדון מצטמצם באופן משמעותי לקראת שלב הגשת ההצעות. בשל
- 28 החשיבות הרבה בשימור מציעים משמעותיים ובעלי ניסיון, כמו שפיר, אשר יבטיחו את התחרות
- 29 במכרז ומאחר שגרירת מתמודדים בהכרח תפגע ברווחת הצרכנים, החליטה ועדת המכרזים על יסוד
- 30 המלצת ועדת הריכוזיות, כי אין למנוע מהגורמים הריכוזיים ובהם שפיר, להשתתף במכרז.
- 31
- 32 90. החלטתה האמורה של ועדת המכרזים, אשר אינה פוסלת את שפיר מלהשתתף במכרז, היא
- 33 ללא ספק החלטה סבירה, המתיישרת עם שיקולי ריכוזיות כלל-משקית, שאותם נדרשה לשקול
- 34 קודם להחלטתה.
- 35



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 12912-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 33261-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

- על-פי חוק הריכוזיות ומאחר שמדובר בהליך הקצאת זכות לגורם ריכוזי, ועדת המכרזים נדרשה לשקול שיקולי ריכוזיות כלל-משקית ולשם כך להיוועץ בוועדת הריכוזיות (סעיף 5(ב)). לאחר שהתקבלה כל אחת משתי חוות דעתה של ועדת הריכוזיות, קיימה ועדת המכרזים דיונים מקיפים בהמלצותיה ולאחריהם החליטה לאמץ. בהיעדר נימוקים כבדי משקל, אשר יצדיקו סטייה מהמלצת הגורם המקצועי בעל המומחיות, החלטות ועדת המכרזים המאמצות את המלצותיה של ועדת הריכוזיות הן בהחלט החלטות סבירות.
- השאלה שאותה יש לבחון בעת ההכרעה בעתירה הנדונה איננה אם ניתן היה להחליט אחרת, שהרי בית המשפט אינו יושב כ"ועדת מכרזים עליונה" ואף אינו מחליף את שיקול דעתה של ועדת המכרזים בשיקול דעתו. השאלה היחידה הדרושה הכרעה היא אפוא, אם החלטותיה של ועדת המכרזים המאמצות את המלצת הגורם המקצועי, הן החלטות סבירות. אם אמנם כך, כי אז אין מקום להתערב בהחלטותיה. "כך בדרך כלל, וכך במיוחד כאשר הרשות המינהלית משתיתה את החלטתה על בסיס חוות-דעת מקצועיות של גורמים מקצועיים (...). מקום שהפעילה הרשות מומחים מטעמה, לא ישים עצמו בית-המשפט מומחה" (בר"מ 3186/03 מדינת ישראל נ' עין דור, פ"ד נח(4) 754 (2004), כבוד השופטת ד' ביניש, פסקה 9 וכן הפסיקה שם (להלן – עניין עין דור)). כך אפילו עשויות להיות החלטות אפשריות סבירות נוספות. "אכן, לעולם לכל בעיה יהיו פותרים ופתרונים אחדים. ייתכן אף שבית-המשפט ייטה אחר החלטה המבכרת פתרון זה ולא פתרון אחר. אך בכך אין כדי להביא את בית-המשפט להחליף את שיקול-דעתה של הרשות בשיקול-דעתו" (שם).
- משנמצא כי החלטות ועדת המכרזים שלא לפסול את שפיר מלהתמודד במכרז נעשתה לאחר בחינת מכלול הדברים ולנוכח המלצותיה של ועדת הריכוזיות אשר ניתנו בהסתמך על מסמך המתודולוגיה ולאחר בחינת כלל טענותיהן של העותרות, המסקנה המתבקשת היא כי מדובר בהחלטה סבירה, אשר אין מקום או הצדקה להתערב בה.
91. לנוכח המסקנה האמורה, ספק אם נדרש דיון של ממש בכלל טענותיהן של העותרות, אשר ועדת הריכוזיות כבר דנה בהן וראתה לנכון לדחותן. מכל מקום, אף אם הדבר הוא בבחינת למעלה מהדרוש, נדון בקצרה בכל אחת משש טענותיהן, אך תחילה נבקש לדחות את צירופן של חוות דעת המומחים מטעם העותרות.
- ז(2) מחיקת חוות דעת המומחים אשר צורפו לשם תמיכה בעתירה**
92. קודם שנפנה לדון בטענותיהן של העותרות לגופן של ההחלטות שבעניין הוגשה העתירה, יש להבהיר כי לא היה מקום לתמיכת עתירתן בחוות דעתו המשפטית של עו"ד דרור שטרומ ואף לא בחוות דעתה המקצועית של הכלכלנית מרב בארי ולפיכך לא ראיתי לנכון להידרש אליהן.



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 12912-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 33261-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

93. בעניין חוות דעתו המשפטית של עו"ד שטרם, שעניין חוק הריכוזיות ויישום הוראותיו
בנסיבותיה של העתירה הנדונה, הכלל הוא כי **"כידוע, 'בית-המשפט אינו נזקק לחוות דעת מומחה
בקשר לדין, משמעותו ויישומו' (יעקב קדמי, על הראיות חלק שני, עמוד 948 (2009))"** (רע"א
1115/20 קינן נ' פקיד שומה חיפה (15.3.2020), כבוד השופט נ' סולברג, פסקה 4).
- "פרשנות הדין הישראלי אינה טעונה הגשת חוות דעת מומחים"** (בג"ץ 5722/12 אבו גוש נ' היועץ
המשפטי לממשלה (12.12.2017), כבוד השופט א' שהם, פסקה 15). כפי שהוסבר לא אחת, **"על
השאלה מה אומר הדין הישראלי חייבת להינתן תשובה על ידי בית המשפט בישראל. אין זה עניין
למומחים חיצוניים. בית המשפט הוא והוא בלבד המומחה לדבר. על כן, אין לאפשר לבעל דין
המתדיין בבית משפט ישראלי להמציא חוות דעת של מומחה שיסביר לבית המשפט מהו הדין
הישראלי"** (בג"ץ 4025/06 Red Rock Holdings Ltd נ' בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו
(3.7.2007), כבוד השופט א' גרוניס, פסקה 4).
- כפי שהצביעו באי-כוח המשיבות, כך אמנם נקבע לפני כחודש לגבי חוות דעתו של עו"ד שטרם,
אשר הוגשה לשם הבהרת עניין בתחום ההגבלים העסקיים. כאמור שם, **"לצד ההכרה במקצועיותו,
ניסיונו הרב, והבנתו של עורך חוות דעת את תחום ההגבלים העסקיים, לא ניתן לקרוא את חוות
הדעת אלא כניסיון להחליף את שיקול דעתו של בית המשפט"** (ההדגשה אינה במקור) (תא"ק
(מחוזי מרכז) 52081-12-20 בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' אקספון 018 בע"מ (נבו
(04.05.2022), כבוד השופטת ה' סליש, פסקה 67).
94. בדומה, במסגרת עתירה מינהלית אף אין מקום לחוות דעה מקצועית, לרבות בתחום
הכלכלי, לשם תמיכה בעמדת העותרות ולשם התעמתות עם מסקנותיהן של ועדת הריכוזיות או של
ועד המכריזים. לא אחת נקבע כי **"בעניינים בהם מדובר בהפעלת שיקול דעת שלטוני, המשפט
המנהלי אינו מכיר במחלוקת מקצועית בין מומחי הרשות למומחים אחרים"** (עע"מ 896/22 חוף
הכרם בע"מ נ' עיריית תל אביב (6.2.2022), כבוד השופט א' שטיין, פסקה 15. כן ראו על כך
בהרחבה: בג"ץ 4874/21 אליקים בן ארי בע"מ נ' רשות מקרקעי ישראל (6.2.2022), כבוד השופט
א' שטיין, פסקאות 29-33; עע"מ 2149/09 הועדה המחוזית המשותפת לתכנון ולבניה נ' אחל"ה
איכות חיים לתושבי השרון (31.12.2009), כבוד השופט ע' פוגלמן, פסקה 19; עניין עין דור, פסקה
9. כן ראו את הפסיקה הנזכרת בפסקי דין אלו).
- הטעם להלכה שלפיה בהליך מינהלי לא ניתן להסתמך על חוות דעתו של מומחה חיצוני נעוץ
בעקרונות היסוד של הליך השיפוט המינהלי ובאופיו של הליך הביקורת השיפוטית על החלטותיה
של הרשות המינהלית. כפי שנקבע לעניין זה, במסגרת ביקורת שיפוטית זו אין מקום לחוות דעתם
של מומחים מטעם הצדדים ואף לא מטעם בית המשפט. **"השוואה בין חוות-דעת המומחה מטעם
בית-המשפט לבין חוות-דעת של מומחים אחרים וקביעת העדפתה על פני החלטת הרשות**



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 12912-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 33261-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

1 המינהלית – אינה מתיישבת עם אופיו של הליך הביקורת השיפוטית. בית-המשפט המינהלי
2 יבחן בהליך המתקיים בפניו את החלטת הרשות על-פי עילות הביקורת השיפוטית, אך אין הוא
3 משמש ערכאה המחליטה במקום הרשות המינהלית; הוא אינו שוקל את שיקוליה ולא ימיר את
4 שיקול-דעתה בשיקול-דעתו שלו" (עניין עין דור, פסקה 9 והפסיקה שם).

5
6 לנוכח עקרונות אלו, "כל עוד החלטת הרשות אינה חורגת ממיתחם הסבירות, כלומר כל עוד מדובר
7 בהחלטה שרשות מינהלית סבירה הייתה יכולה לקבל, לא יתערב בית-המשפט בהחלטה (...). כך
8 בדרך כלל, וכך במיוחד כאשר הרשות המינהלית משתייכת את החלטתה על בסיס חוות-דעת
9 מקצועיות של גורמים מקצועיים (...). מקום שהפעילה הרשות מומחים מטעמה, לא ישים עצמו
10 בית-המשפט מומחה, וודאי שלא ימנה מומחה תחתיו כדי להכריע לגופה של מחלוקת מקצועית"
11 (שם והפסיקה שם). כך אפילו עשויים להיות פתרונות אפשריים סבירים נוספים (שם).

12

13 ז(3) דיון בטענותיהן של העותרות

14

15 הערות בעניין טענותיהן של העותרות ובעניין הנחתן המשפטית

16

17 95. העותרות העלו שש טענות מרכזיות התוקפות את שיקול דעתה של ועדת המכרזים אשר
18 אימצה את מסקנותיה של ועדת הריכוזיות. כל שש טענותיהן נדונו בשתי חוות דעתה של ועדת
19 הריכוזיות (רובן בחוות דעתה השנייה) ואף נדונו בדיוני ועדת המכרזים ובהחלטותיה (רובן בהחלטה
20 השנייה, מיום 31.1.2022). לאחר דיון מקיף זה ראתה ועדת המכרזים לנכון שלא לקבל את
21 טענותיהן של העותרות.

22

23 96. הנחת המוצא של העותרות, כך נראה, היא כי הכלל הוא כי יש למנוע מגורם ריכוזי בעל
24 ריכוזיות כלל-משקית ברמה גבוהה להתמודד במכרז. אולם דומה כי מדובר בנקודת מוצא שגויה,
25 אשר אינה עולה בקנה אחד עם תכליתו של חוק הריכוזיות. על-פי נוסח החוק ועל-פי תכליתו
26 הנלמדת מדברי ההסבר של הצעת החוק, וכך גם על-פי מסמך המתודולוגיה המנחה את ועדת
27 הריכוזיות בחוות דעתה, תכלית החוק אינה בהכרח הצבת מחסומים לגורמים ריכוזיים, אשר ימנעו
28 לחלוטין מצבים שבהם יוקצו להם זכויות ורישיונות. תכליתו היא דווקא הגברת התחרותיות במשק
29 הישראלי, הבטחת שוק תחרותי ויעיל, הגנה על ציבור המשקיעים וחיזוק איתנותם של המתווכים
30 הפיננסיים (תאגידים בנקאיים וכיוצא באלו (ראו פרק ד' בחוק)) ושל יציבותם (המבוא להצעת החוק,
31 עמ' 1084). החוק נועד אפוא, להבטיח שוק תחרותי ויעיל ולפקח על ההשלכות של הריכוזיות הכלל-
32 משקית תוך יצירת שקיפות אשר הוסדרה בהוראות החוק.

33

34 בכל הנוגע לסמכויותיו של המאסדר (ועדת המכרזים) בהגבלת יכולת השתתפותם של גורמים
35 ריכוזיים בתהליכי הקצאת זכויות (מכרזים) בנכסי המדינה, הסמכות שנקבעה בחוק נועדה לאפשר
36 לאזן בין שיקולי ריכוזיות כלל-משקית לבין שיקולים נוספים שהעיקרי שבהם הוא הגנה על כך שלא



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 12912-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 33261-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

- 1 תגרם פגיעה משמעותית לרווחת הצרכנים. כמוסבר בדברי ההסבר להצעת החוק, מטרת הוראות
2 פרק ב' בחוק להקנות לוועדת המכרזים סמכויות לשקול שיקולי תחרות ענפית ושיקולי ריכוזיות
3 כלל-משקית בעת בחירת המשתתפים בהליכי המכרזים, וזאת כדי להבטיח את הגברת התחרותיות
4 הענפית ואת ביזור הריכוזיות הכלל-משקית בהליכים שבהם מוקצים נכסי המדינה לגורמים
5 פרטיים. לשם כך, נקבעו הוראות אשר לפיהן לשם שקילת שיקולים מקצועיים אלו, על ועדת
6 המכרזים להיוועץ בוועדת הריכוזיות ובממונה על התחרות, בעלי המומחיות בתחומים אלו.
7
8 עוד הוסבר בדברי ההסבר להצעת החוק וכפי שאף נקבע במסמך המתודולוגיה המנחה את ועדת
9 הריכוזיות, שיקולי ריכוזיות כלל-משקית לא בהכרח נועדו למנוע הקצאת זכויות לגורמים
10 ריכוזיים, אלא נועדו לקבוע הסדרים שיאפשרו זאת באופן **מבוקר**. כאמור שם, **"שיקולי ריכוזיות**
11 **כלל משקית עניינים בביזור הכוח המוענק למחזיקים בתשתיות חיוניות, כך שהרחבת שליטה של**
12 **מחזיק חזק אל תשתית חיונית נוספת לזו שבה הוא פועל, תיעשה באופן מבוקר ותוך שקילת כל**
13 **ההשלכות הרלוונטיות"** (ההדגשה אינה במקור) (דברי ההסבר לפרק ב' בחוק, עמ' 1085).
14
15 ברוח הדברים האמורים, נקבע במסמך המתודולוגיה כי הפעלת שיקול דעתה של ועדת הריכוזיות
16 עת היא נדרשת לייעץ בנושא הקצאת זכות, נועדה להבטיח שתי תכליות עיקריות. **"האחת, קבלת**
17 **החלטות ראויות לאור מטרות החוק ורוחו – צמצום הריכוזיות הכלל משקית על השלכותיה**
18 **השליליות על המשק"**, אך הודגש כי **"בו בזמן לאפשר הקצאת זכות לגורם ריכוזי בנסיבות שבהן**
19 **הקצאתה לגורם זה צפויה להועיל לענף ולמשק"** (מסמך המתודולוגיה, פרק המבוא, עמ' 2). לאמור,
20 הכוונה היא כי אכן יש לצמצם את הריכוזיות הכלל-משקית, שמשמעותה היא מצב שבו גורם אחד
21 מחזיק במספר רב של נכסים ובכך גוברות יכולת המיקוח שלו והשפעתו העודפת מול קובעי
22 המדיניות. עם זאת וכאמור, בה בעת יש לאפשר הקצאת זכויות לאותם גורמים ריכוזיים, אם
23 הקצאתן דווקא תועיל לענף שבו הזכות מוקצית ולמשק כולו. התכלית **השנייה** היא כאמור, הגדלת
24 וודאות ושקיפות בכל הנוגע לשיקולים המנחים את ועדת הריכוזיות.
25
26 97. לא זו בלבד, אלא שבמסמך המתודולוגיה אף מודגש הצורך בזהירות בעת הפעלת החוק
27 ובייחוד בעת מניעת הקצאת זכויות מגורמים ריכוזיים. כאמור שם, **"כגודל חדשנותו של חוק**
28 **הריכוזיות כך גם הזהירות הנדרשת בהפעלתו. שימוש בלתי מרוסן ובלתי מבוקר בשיקולי**
29 **ריכוזיות כלל משקית על מנת למנוע מגורמים המבקשים לקבל זכויות ורישיונות או שמבקשים**
30 **לרכוש נכסים מן המדינה מלעשות כן, אף אם הם נחשבים לגורמים ריכוזיים, עלול לפעול כחרב**
31 **פיפיות, ולפגוע בצמיחה ובהתפתחות המשק"** (מסמך המתודולוגיה, חלק המבוא, עמ' 2-3).
32
33 במילים אחרות, כבר בפתח מסמך המתודולוגיה מובאת מעין **"הערת אזהרה"**, שלפיה על שיקולי
34 הריכוזיות הכלל-משקית להישקל באופן מרוסן ומבוקר. כך, כדי שלא ייווצר מצב שבו תִּמְנַע
35 מגורמים ריכוזיים הקצאת זכויות או רכישת נכסים מהמדינה, רק בשל חשש מפני נזקים העשויים
36 להיגרם לכלל המשק דווקא ממצב שבו יימנע מאותם גורמים חזקים להיות שותפים להתפתחותו.



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 12912-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 33261-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

1
2 על רקע האמור, נבחן בקצרה את טענותיהן של העותרות, אשר כאמור לעיל, כבר נדונו ונבחנו
3 במסגרת שתי חוות דעתה של ועדת הריכוזיות, אשר אומצו בהחלטותיה של ועדת המכרזים לאחר
4 דיון בכל אותן טענות לגופן.

5
6 **הטענה הראשונה – הקצאת הקו הכחול לשפיר תביא לעלייה משמעותית ומסוכנת**
7 **בריכוזיות הכלל-משקית שלה**

8
9 98. כפי שטענו המשיבות בצדק, האפשרות בדבר העצמת כוחה הריכוזי של שפיר נשקלה
10 במסגרת חוות דעתה של ועדת הריכוזיות ואף נדונה בוועדת המכרזים. לצד זה ובהתאם להוראת
11 סעיף 5(ה) בחוק, נעשה איזון של שיקול זה אל מול אינטרס רווחת הצרכנים. כמוסבר בפנייתה של
12 ועדת המכרזים אל ועדת הריכוזיות וכפי שעולה משתי חוות דעתה, ניתן משקל של ממש להכרח
13 שמספר המציעים במכרז יאפשר תחרות ממשית. זאת לנוכח הניסיון שלפיו במכרזים מהסוג הנדון
14 רק מספר מועט מאוד של מציעים משתתפים בסופו של דבר בשלב ההצעות הסופי.

15
16 99. **היקף מעורבות שפיר במיזמי PPP:** בכל הנוגע לטענותיהן של העותרות בעניין היקף
17 מיזמי PPP שבהם מעורבת שפיר, כבר הוסבר כי הנחת המוצא של העותרות נסמכת על עובדות
18 שאינן מדויקות, מאחר שהן בחנו רק את המיזמים בתחום התחבורה. המאפיינים של מיזמי PPP
19 אינם ייחודיים רק לתחום התחבורה וכפי שעולה מהנתונים שהציגו נציגי החשב הכללי לוועדת
20 המכרזים, מיזמים אלו מבוצעים באמצעות גורמים מגוונים ובהם גם העותרת 1 (שיכון ובינוי).

21
22 100. **מיזמים בירושלים:** בדומה, אף טענותיהן של העותרות בכל הנוגע למיזמים שמפעילה
23 שפיר בירושלים, נשענות על עובדות שאינן מדויקות. כפי שהוצג, בירושלים מבוצעים מיזמים רבים
24 בין השאר, בתחום הכבישים והתשתיות, בעוד ששפיר כמעט אינה מעורבת בהם. היא אף לא הייתה
25 מעורבת באף לא מיזם אחד שבוצע באמצעות חברת מוריה (מוריה, החברה לפיתוח ירושלים בע"מ)
26 בשנת 2021.

27
28 101. **טענת המונופול בתחום המחצבות:** בכל הנוגע לטענת העותרות שלפיה שפיר היא מונופול
29 בתחום המחצבות, הרי שטענה זו נבחנה ונדחתה כמפורט לעיל. זאת בתמצית מהטעמים שנדונו
30 בוועדת המכרזים, כפי שכבר פורטו, כלהלן: **ראשית**, מדובר בטענה מתחום התחרות הענפית אשר
31 נבחנה בנפרד במסגרת חוות דעתה של הממונה על התחרות, בעוד העותרות אינן תוקפות את
32 מסקנות ועדת המכרזים הנשענות המלצותיה; **שנית**, לא נראה כי יש מקום לחששות שעליהן
33 הצביעו העותרות, מאחר שכאמור בחוות דעתה השנייה של ועדת הריכוזיות, ישנם תחליפים במשק
34 לתוצרי המחצבות של שפיר; **שלישית**, על פי הערכת היועצים הפיננסיים וכמוסבר לעיל, עבודות
35 ההנדסה האזרחית הן חלק מוגבל ומצומצם מתוך עלויות הקמת הקו הכחול ולכן חומרי הגלם



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 22-03-12912 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 22-03-33261 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

- 1 שמקורם במחצבות אינם מרכיב דומיננטי בעלויות ההקמה; רביעית, בשלב המכרז שפיר אינה
2 יכולה להשפיע על העלויות של תוצרי המחצבות ומכל מקום, חזקה על הקבוצות המתמודדות
3 במכרז ובהן העותרות, כי בכוחן להעריך את מחירי חומרי הגלם שישמשו אותם בשלבי ההקמה.
4 לאחר המכרז, אם שפיר תזכה, לא תהיה לכך עוד חשיבות ואם תפסיד, ממילא לא יהיה לה תמריץ
5 להעלות את מחירי תוצרי המחצבות.
6
7 102. הטענה כי שפיר תהיה מונופול בתחום התחבורה בירושלים: בעניין טענות "המונופול",
8 מקובלות עליו טענותיהן של המשיבות כי מדובר בטענות הנוגעות לתחום התחרות הענפית, אשר
9 כלל אינן נתקפות בעתירה. מכל מקום, לשליטת שפיר בקווי הרכבת הקלה בירושלים לא תהיה
10 משמעות רבה בשל מאפייני המכרז ובעיקר בשל העובדה שהמדינה היא זו הקובעת את המחיר
11 שישלמו הצרכנים, כך שבפועל, בהקשר זה אין תחרות בין המתמודדים במכרז. כמו כן, את טענת
12 העותרות כי הקצאת הקו הכחול לשפיר תיצור מונופול שבו שפיר שולטת בכל קווי הרכבת הקלה
13 בירושלים באופן שיעצים את כוחה, יש לבחון על רקע העובדה שקווים מסוימים של הרכבת אמנם
14 עשויים ליצור מונופול לגבי אותם מסלולי נסיעה. לפיכך, סביר כי הזוכה במכרז הקו הכחול אמנם
15 יהיה בעל מונופול ביחס לקווים שיפעיל (בדומה לכך שהעותרת 2, אגד, היא בעלת מונופולין בתחום
16 התחבורה הציבורית בירושלים ואף במקומות נוספים). מכל מקום, התחרות שנעשית במסגרת
17 המכרז אינה על מחיר נסיעה או על מסלול נסיעה, אלא על עצם בחירת המפעיל ולכן טענת העותרות
18 בדבר המונופול שייווצר לזוכה, אינה מצדיקה את פסילת שפיר מלהשתתף במכרז.
19
20 103. העותרות אף העלו טענות כלפי עצם תנאי המכרז בירושלים, השונים ממכרזי מיזמי הרכבת
21 הקלה בתל-אביב. מעבר לשיהוי בהעלאת טענות אלו, ישנם הבדלים מהותיים בין המכרזים בכל
22 אחת מהערים.
23
24 ראשית, כפי שהוסבר בתשובותיהן של המשיבות, מכרזי ההקמה והתחזוקה של קווי הרכבת הקלה
25 בתל-אביב, בשונה מירושלים, אינם כוללים את מרכיב ההפעלה של הקווים. לפיכך אין מדובר
26 בהקצאת זכות בתחום תשתית חיונית, כהגדרתה בחוק (על פי פרט 17(1) בתוספת של חוק
27 הריכוזיות, שעניינו מסילות ברזל מקומיות, תחום תשתית חיונית הוא רק מצב שבו ניתן זיכיון
28 להפעלת מסילת ברזל מקומית). מכיוון שכך, המאסדר בעניין המכרזים לקו הירוק ולקו הסגול
29 בתל-אביב (ועדת המכרזים) כלל לא יכול היה לשקול שיקולי ריכוזיות כלל-משקית. לכן ועדת
30 המכרזים שם אף לא נדרשה להתייעץ בנושא זה עם הוועדה לצמצום הריכוזיות. זו הסיבה לכך
31 שהשיקולים שנשקלו במסגרת המכרזים בתל-אביב היו רק שיקולים תחרותיים. זאת בשונה
32 משיקולי ריכוזיות כלל-משקית שאותם נדרשת ועדת המכרזים של הקו הכחול לשקול, בשל כך
33 שהמכרז הנדון כולל גם את מרכיב ההפעלה של הקו ולא רק את מרכיבי ההקמה והתחזוקה.
34
35 שנית, ישנם הבדלים משמעותיים נוספים בין קווי הרכבת הקלה בירושלים לבין הקווים בתל-אביב
36 ובשל אותם הבדלים אין מקום להשוואה בין המכרזים שנערכו לגבי קווי הרכבת בכל אחת מהערים.



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 12912-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 33261-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

1 כד למשל, קווי הרכבת בתל-אביב נפרדים ולכל היותר חוצים זה את זה, בשונה מהקווים בירושלים,
2 הכוללים ממשקים ביניהם. כמו כן, שני הקווים בתל-אביב מוקמים בו זמנית ולכן נקבע כי כל זכיין
3 יוכל לזכות רק בהקמת קו אחד. לעומת זאת בירושלים, מכרז ה-J-Net הסתיים לפני שנים רבות,
4 כך שעבודות הקמתו אינן במקביל לעבודות הקו הכחול.

5

6 הטענה השנייה – נשקלו רק שיקולים קצרי טווח, תוך התעלמות מהשלכות ארוכות טווח

7

8 104. על-פי טענת העותרות, הן ועדת המכרזים הן ועדת הריכוזיות התעלמו משורה של השלכות
9 ארוכות טווח העשויות להיות לריכוזיות הכלל-משקית של שפיר, תוך בחינת שיקולים הנוגעים רק
10 לטווח הקצר. בהקשר זה, הצביעו העותרות על שורה של תרחישים העשויים להתרחש בטווח
11 הארוך, אם שפיר תזכה במכרז הקו הכחול וזאת לטענתן, לנוכח כוחה הריכוזי הרב. אף בכל הנוגע
12 לטענותיהן של העותרות בהקשר זה, מקובלת עליי עמדתן של כל המשיבות כי אין בכל אותם
13 "תרחישי אימה" תאורטיים שהעלו העותרות כדי להצדיק התערבות בהחלטותיה של ועדת
14 המכרזים. זאת במיוחד מאחר שמדובר במיזם אשר עתיד לפעול שנים רבות, בהתחשב בכך שמסמכי
15 המכרז נותנים מענה לכל אותם תרחישים אפשריים ואף מאחר שספק רב אם החלטות צריכות
16 להתקבל על יסוד אפשרויות תיאורטיות של תרחישי קיצון. זאת בתמצית, כפי שיוסבר להלן.

17

18 105. תרחיש "הורדת השלטר": כמוסבר לעיל, הכוונה למצב שבו החזקה בתשתית חיונית
19 משמעותית או בפעילות שהיא בצומת מרכזי במשק, מקנה כוח מיקוח והשפעה עודפים, אשר
20 נובעים מהחשש מפני הפסקת פעילותה של אותה תשתית חיונית (ראו במסמך המתודולוגיה בפרק
21 ב', העוסק במשמעותה של ריכוזיות כלל-משקית, בעמ' 6). תרחיש זה חוזר בהקשרים שונים ורבים
22 בטענותיהן של העותרות והוא אמנם נשקל, אך מהטעמים שהוסברו בחוות דעתה הראשונה של
23 ועדת הריכוזיות וכפי שציינה ועדת המכרזים עוד בפנייתה אל ועדת הריכוזיות, אין בכך כדי לשנות
24 מההחלטה. אכן, ישנם קשיים מובנים העשויים לעלות אם גורם אחד יפעיל את כל קווי הרכבת
25 הקלה בירושלים. עם זאת, כבר במסגרת המכרז והחוזה שייחתמו עם הזוכה נקבעו הסדרים
26 שנועדו להתמודד עם אותם קשיים. בין אותם מנגנונים שנועדו להתמודד עם אפשרות "הורדת
27 השלטר" או נקיטת אמצעים דומים מצד הזכיין, נקבעו הסדרי פיצויים מוסכמים, קנסות
28 ומנגנונים ליישוב סכסוכים. במקרים קיצוניים אף ישנה אפשרות לביטול ההסכם עם הזכיין. כמו
29 כן, מיזמי PPP מתאפיינים במעורבות רבה ובפיקוח של המאסדר באופן הממתן את ניצול כוחו של
30 הזכיין לרעה. מכל מקום וכאמור, הקשיים האמורים נשקלו, אך לא נמצא כי בהם כדי למנוע משפיר
31 להתמודד במכרז.

32

33 106. הטענות בנושא התחרות ההשוואתית: "תחרות השוואתית" (Yardstick Competition)
34 משמעה, כמוסבר לעיל, מצב שבו הפעלת קווי הרכבת באמצעות מפעילים שונים עשויה לאפשר
35 למאסדר להחליט החלטות על סמך מידע המתקבל ממספר מפעילים, אשר באמצעותו ניתן לדרוש



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 12912-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 33261-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

1 מהם לעמוד במדדי איכות המבוססים על השוואה ביניהם. טענתן של העותרות בנושא זה היא כי
2 אם שפיר תזכה בהפעלת הקו הכחול, תימנע אפשרות של יצירת תחרות השוואתית ובכך תיפגע
3 רווחת הצרכנים.
4

5 אף טענה זו נדונה בוועדת הריכוזיות ובדיוני ועדת המכרזים אשר קדמו למתן החלטתה ואף בעניין
6 זה מקובלות עליו הנמקותיה של ועדת המכרזים וטענותיהן של המשיבות, שאלו בתמצית עיקריהן:
7 **ראשית**, העותרות לא הראו כי התועלת מתחרות השוואתית עולה על התועלת מהתחרות במכרז
8 עצמו ולכן, פסילת מתמודד במכרז רק כדי לאפשר תחרות השוואתית אינה סבירה. מכל מקום,
9 נראה כי מדובר בנושא הקשור בתחרות הענפית ולא בנושא הריכוזיות הכלל-משקית; **שנית**,
10 התחרות ההשוואתית עשויה להיות גם בין קווי רכבת קלה בערים שונות ובכלל זה, בין הקווים
11 בירושלים לאלו שבתל-אביב וכן לקווים הנוספים המתוכננים להיבנות בעתיד בירושלים.
12

13 107. **הטענה בעניין הגבלת אפשרות הפעלת מנגנון השבת הזכויות (Buy-Back):** אף טענת
14 העותרות כי בחירה בשפיר עשויה להגביל את יכולת המאסדר לממש סנקציות כלפיה ובכלל זה, את
15 הפעלת מנגנון השבת הזכויות (Buy-Back), אינה ברורה. בכל מקרה, אין בה כדי להצדיק את
16 פסילת שפיר מהשתתפות במכרז. כך מהטעמים הבאים: **ראשית**, תנאי המכרז מאפשרים החלפת
17 זכיין או מפעיל אם הדבר יידרש, כפי שנעשה בירושלים בשנת 2019, בהחלפת סיטיפס בשפיר;
18 **שנית**, בירושלים צפויים לקום קווי רכבת קלה נוספים, כך שאם הדבר יידרש, לא מן הנמנע כי מי
19 מהזכיינים של אותם קווים יוכל להחליף את מפעילי הקווים שיפעלו אותה עת; **שלישית**, מצב שבו
20 מוחלף מפעיל של קו רכבת קלה מכוח מנגנון השבת הזכויות (Buy-Back), הוא נדיר ומורכב. מכל
21 מקום, לא ברור מדוע זכייה אפשרית של שפיר במכרז תוסיף קושי נוסף על אלו הקיימים. אף לא
22 ברור מדוע נדרש זכיין אחר, שאינו המפעיל של הקווים הקיימים, כדי להתגבר על הקשיים העשויים
23 לעלות באותם מצבי קיצון שיצריכו את החלפת המפעיל. כך או אחרת, האפשרות התיאורטית בדבר
24 מצב קיצוני שיצריך החלפת זכיין, לא יכולה להצדיק פסילת מתמודד במכרז.
25

26 הטענה השלישית – המשקל שניתן לשיקול רווחת הצרכנים

27
28 108. העותרות טוענות כי קביעת ועדת הריכוזיות שלפיה השיקול שעניינו רווחת הצרכנים גובר
29 על שיקולי ריכוזיות כלל-משקית, אינה סבירה ואף עומדת בניגוד למסמך המתודולוגיה. כן טענו,
30 כי לא תיגרם פגיעה ברווחת הצרכנים אם תימנע משפיר אפשרות ההשתתפות במכרז.
31

32 **ראשית לכל**, מבלי להידרש אל כלל טענותיהן של העותרות, דומה כי לא ניתן להפריז בחשיבותו של
33 שיקול רווחת הצרכנים, שהוא שיקול שהמאסדר **חייב** לשקול ולאזן אל מול שיקולי ריכוזיות כלל-
34 משקית (סעיפים 5(ב) ו-1(ה) בחוק). שיקול רווחת הצרכן עומד בליבת המכרז ולמעשה, בליבת כל
35 מכרז. **"עריכת מכרז, נזכור, נועדה להעלות לפני הרשות את ההצעות המיטביות שניתן לקבל מן**



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 12912-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 33261-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

1 הציבור, וחסימת דרכו של שמעון... תמנע מן הרשות – ומכל מקום, עלולה היא למנוע ממנה –
2 אפשרות לבחור בהצעה הראויה ביותר" (ע"א 7699/00 טמג"ש חברה לניהול ופיתוח פרויקטים
3 בע"מ נ' רשות הניקוז קישון, פ"ד נה(4) 873 (2001), כבוד השופט מ' חשין, פסקה 22). כמוסבר
4 בהרחבה במסמך המתודולוגיה, הפגיעה ברווחת הצרכנים עשויה לבוא לידי ביטוי בשתי דרכים
5 מרכזיות. האחת, פגיעה בהליך התחרותי בשל הגבלת השתתפותו של גורם ריכוזי, באופן המצמצם
6 את המתמודדים במכרז. השנייה, הפסד התועלות הכרוכות בכניסת גורם ריכוזי לענף (פרק ו'
7 במסמך המתודולוגיה). שיקולים אלו בהחלט מתקיימים לגבי שפיר ומצדיקים שלא למנוע את
8 השתתפותה במכרז בשל השיקול שעניינו רווחת הצרכנים.

9
10 שנית, מקובלות עליי טענותיהן של המשיבות כי אין מקום להשוואה בין מכרזים בעניין תשתיות
11 אחרות, שבהן שפיר הייתה מעורבת, לבין המכרז הנדון ואף לא מצאתי לנכון להרחיב בעניינים אלו.
12 בתמצית יוער, כי בשל התחרות בין נמלי הים שדרכם נכנסות סחורות, אין מקום לאפשר לגורם
13 אחד להפעיל שני נמלים, מאחר שפעילותו של האחד עשויה לבוא על חשבון האחר. זאת בשונה
14 מקווי רכבת שאינם מתחרים ביניהם, אלא משרתים את האוכלוסיות הנזקקות למסלול הנסיעה
15 המתאים. בעניין המכרזים להקמת המתקן הסולארי הפוטו-וולטאי בדימונה ובעניין תחנת הכוח
16 חגית יוער, כי אמנם שפיר השתתפה במכרזים, אך העותרת 1, שיכון ובינוי, הייתה מי שזכתה בהם.

17 18 הטענה הרביעית – הרעת מתמודדים כשירים

19
20 109. טענת העותרות כי התמודדות שפיר במכרז מרתיעה מתמודדים כשירים מלהתחרות
21 במכרז ולפיכך עצם השתתפותה עשויה להפחית את מספר המתחרים, היא במקרה הטוב תמוהה.
22 ראשית, פתיחת התחרות לכל המתמודדים האפשריים, לרבות כלל הגורמים הריכוזיים שנבחנו
23 בחוות דעתה של ועדת הריכוזיות, נועדה לאפשר את בחירת המתחרה שהצעתו תהיה הטובה ביותר.
24 דחיית רגליו של מתחרה חזק, בהכרח תפגע ברווחת הצרכנים ואף עומדת בניגוד להיגיון התחרותי
25 העומד בבסיס המכרז. זהו בדיוק המצב שהמחוקק ביקש למנוע באמצעות הוראת סעיף 5(ה) בחוק;
26 שנית, לנוכח הסבריהן של המשיבות, נראה כי אין מקום להשוואת המכרז הנדון למכרז ה-J-Net,
27 אשר במסגרתו המליצה ועדת הריכוזיות לפסול את שיכון ובינוי מטעמי ריכוזיות כלל-משקית
28 (ראו: 'חוות דעת נוספת של הוועדה לצמצום הריכוזיות בדבר השתתפות גורמים ריכוזיים בהקצאת
29 פרויקט J-Net', מיום 5.6.2018, אשר בה הומלץ כאמור, בדעת רוב). הנימוק לפסילתה היה נעוץ
30 בהיותה גורם ריכוזי מכוח השתייכותה לקבוצת מחזיקים בגוף פיננסי משמעותי (סעיף 4(א)(1)(א)
31 בחוק), בשל שליטת קבוצת אריסון גם בשיכון ובינוי וגם בבנק הפועלים, אשר שווי נכסיו הוא מעל
32 הרף המוגדר לקביעת גוף פיננסי משמעותי (כהגדרתו בסעיף 4(ו) בחוק). לפיכך ובשל העירוב בין
33 התאגיד הריאלי של שיכון ובינוי ובין התאגיד הפיננסי של בנק הפועלים (כהגדרתם בסעיף 28), עלה
34 חשש ממשי מתחום הריכוזיות הכלל-משקית (ראו לעניין זה את הוראות פרק ד' בחוק הכולל
35 הוראות שעניינן "הפרדה בין תאגידים ריאליים משמעותיים ובין גופים פיננסיים משמעותיים").



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 12912-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 33261-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

מדובר אפוא, בנסיבות שונות לחלוטין, אשר אין בהן כדי להשליך על שיקולי הריכוזיות הכלל-משקית בעניינה של שפיר.

הטענה החמישית – האחדת הפעלת קווי הרכבת הקלה בירושלים

110. העותרות סבורות כי הנמקתה של ועדת הריכוזיות לכך שאין מניעה להקצות את הקו הכחול לשפיר בשל האפשרות שבעתיד זכיון אחד יפעיל את כל קווי הרכבת הקלה בירושלים, היא הנמקה שגויה משורה של טעמים, כמפורט לעיל. בתמצית ייאמר, כי לטענה זו אין מקום. ראשית, מדובר בטענה שהלכה למעשה, נטענה בשיהוי. אם העותרות ביקשו להעלות טענה כלפי האפשרות שמפעיל אחד יפעיל את כל הקווים בירושלים, כי אז היה עליהם להעלות את טענתם זו כבר עם פרסום קבוצות המתמודדים שצלחו את השלב הראשון ובהן קבוצת שפיר; שנית, המשיבות טוענות כי הכוונה להפעיל את כל קווי הרכבת הקלה באמצעות מפעיל אחד מצביעה על יעילות וכי מטעם זה נקבעו שלושת תרחישי אפשרויות הפעלת הקווים (תרחיש הבסיס, אופציה מספר 1 ואופציה מספר 2 שפורטו לעיל). כך או אחרת, להפעלה אחודה ישנם יתרונות משמעותיים, שעליהם הצביעו המשיבות ואשר נשקלו, כמפורט לעיל; שלישית, אפילו ישנם חסרונות בהפעלה אחודה של כל קווי הרכבת הקלה בירושלים, הרי שלא ניתן לטעון כי החלטה על הפעלה בדרך זו היא בגדר החלטה שאינה סבירה המצדיקה את התערבות בית המשפט. נושא זה אף נדון בהרחבה בהיבטי ריכוזיות כלל-משקית, הן בשתי חוות דעתה של ועדת הריכוזיות הן בהחלטותיה של ועדת המכרזים, אשר מצאו כי אין בכך כדי למנוע משפיר להשתתף במכרז. בכלל זה וכאמור לעיל, נשקלו כל טענותיהן של העותרות בדבר הכוח העשוי להיות בידי שפיר כלפי מקבלי ההחלטות, אם תזכה במכרז, וכן נשקלו אפשרויות ההתמודדות עם מצב זה, בעיקר לנוכח תנאי המכרז (בכלל זה המנגנונים שנועדו להתמודד עם מצבי קיצון, כמפורט לעיל).

הטענה השישית – זכיית שפיר במכרז להקמה ולתחזוקה של הקו הסגול בתל-אביב

111. בעקבות זכיית שפיר במכרז להקמה ולתחזוקה של הקו הסגול בתל-אביב ופרסום זכייתה ביום 30.1.2022 (יום קודם לדיוני ועדת המכרזים ולהחלטתה מיום 31.1.2022), לאחר מתן חוות דעתה השנייה של ועדת הריכוזיות, העותרות טענו כי מדובר בשינוי נסיבות מהותי, אשר מחייב בחינה זהירה ומחודשת של השתתפות שפיר במכרז הקו הכחול בירושלים, לנוכח שיקולי ריכוזיות כלל-משקית.

אכן, זכייתה האמורה של שפיר הייתה לאחר מתן חוות דעתה השנייה של ועדת הריכוזיות (מיום 20.1.2022), אך התמודדותה בשני מכרזים בתל-אביב, מכרז הקו הירוק ומכרז הקו הסגול, הייתה ידועה מראש לוועדת הריכוזיות (ראו פסקה 41 בחוות דעתה הראשונה). עובדה זו אף נשקלה ונדונה באופן מקיף בוועדת המכרזים, אשר דנה בשאלה אם הזכייה שפורסמה יום קודם לכן היא בגדר "טעם מיוחד" המחייב לשקול מחדש את המלצת ועדת הריכוזיות (החלטת ועדת המכרזים מיום

עת"מ 12912-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'
עת"מ 33261-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

11 עת"מ 12912-03-22 – העתירה בנושא טענת הריכוזיות – סיכום (4)

בנסיבות אלו, כפי שנקבע לא אחת, אם החלטת הרשות המינהלית מושתתת על חוות דעה מקצועית של גורם מקצועי, כי אז בית המשפט לא ישים את עצמו מומחה ולא יחליף את שיקול דעתה של הרשות בשיקול דעתו. כך על אחת כמה וכמה אם חובת הרשות להיוועץ בגורם המקצועי קבועה בחוק. אמנם ועדת המכרזים הייתה רשאית לסטות מהמלצותיה של ועדת הריכוזיות, אך זאת רק מטעמים כבדי משקל. טעמים אלו לא נמצאו.

31
32
33
34
35
36



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 12912-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 33261-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

- ח. דיון והכרעה – עת"מ 33261-03-22 – העתירה בעניין הטענה להיעדר שוויון בין המציעים
- ח(1) איחור ושיהוי בהגשת העתירה
- רקע
113. את העתירה הנדונה, אשר הוגשה ביום 15.3.2022, יש לדחות מחמת שיהוי ניכר בהגשתה. כפי שטענו המשיבות ובעיקר שפיר, בצדק, העתירה הנדונה תוקפת את ההחלטה לאפשר לשפיר להשתתף במכרז, חרף היותה בעלת המניות בזכיין המקים, מתחזק ומפעיל את מיזם ה-J-Net. עובדה זו נקבעה עם זכיית שפיר במכרז ה-J-Net בשנת 2019, אשר בעקבותיה החלה להפעיל את הקו האדום, להשלים את הקמת המקטעים הנוספים של הקו האדום ולהקים את הקו הירוק.
- נוכיר כי השלב המוקדם (הראשון) של מכרז הקו הכחול הנדון, פורסם בחודש אפריל 2020 ובמסגרתו פורסמו מהות מיזם הקו הכחול ותיאורו. למרות העובדה ששפיר בעלת מניות בזכיין ה-J-Net, לא נקבעה הגבלה כלשהי על השתתפותה במכרז הקו הכחול. אם העותרות סברו כי אין לאפשר לשפיר להשתתף במכרז מהנימוק שהיא המפעילה של מיזם ה-J-Net, כי אז היה עליהן להעלות טענה זו כבר בשלב פרסום השלב הראשון של מכרז הקו הכחול.
- לחלופין, היה על העותרות להעלות את טענותיהן האמורות סמוך לאחר יום 1.7.2021, שזה המועד שבו פורסמו חמש קבוצות המציעות שעברו את שלב המיון המקודם של מכרז הקו הכחול ובהן גם קבוצת שפיר. אפילו ננקוט גישה מקלה יותר, כי אז לכל המאוחר היה על העותרות להעלות את טענותיהן אשר הועלו בעתירה הנדונה, סמוך לאחר יום 3.8.2021, מועד פרסום ההזמנה לחמש קבוצות המציעות שעברו את השלב הראשון להגיש את הצעותיהן. כך בעוד שאף במסגרת הזמנה זו לא נקבע כי זכיין ה-J-Net מנוע מלהשתתף במכרז הקו הכחול.
114. עוד יש להזכיר, כי טענותיהן של העותרות בשתי העתירות הנדונות עלו במסגרת שתי פניות שהן הפנו אל ועדת המכרזים, אשר נדונו במסגרת החלטת ועדת המכרזים מיום 31.1.2021. **בפנייתן הראשונה, מיום 16.11.2021**, הועלו הטענות הנוגעות לריכוזיות הכלל-משקית של שפיר (החלטת ועדת המכרזים, מיום 31.1.2022 : פניית העותרות, טענותיהן ותשובת שפיר – פסקאות 4-17; דיון בהמלצת ועדת הריכוזיות ובטענות העותרות – פסקאות 18-47; סיכום הדיון והחלטה – פסקאות 48-49). **בפנייתן השנייה, מיום 11.1.2022**, הועלו טענותיהן של העותרות הנדונות בעתירה הנדונה בכל הנוגע ליתרונות הנטענים שמהם לטענתן, נהנית שפיר, בהיותה הזכיין של ה-J-Net (שם : פניית העותרות ועיקרי טענותיהן – פסקאות 50-56; הדיון בטענות – פסקאות 57-71; סיכום הדיון והחלטה – פסקאות 71-74). לכך נידרש בהמשך הדברים.



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 12912-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 33261-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

טענת השיהוי

115. מכל האמור עולה אם כן, כי חל שיהוי בכך שרק ביום 15.3.2022 הוגשה העתירה בעניין היתרונות הנטענים שיש לשפיר בהיותה הזכין של ה-J-Net. כך מאחר שהיה על העותרות להגיש את עתירתן עם פרסום המכרז בחודש אפריל 2020, עם פרסום חמש המציעות שנמצאו כשירות לאחר השלב המוקדם, ביום 1.7.2021 או לכל המאוחר סמוך ליום 3.8.2021, מועד פרסום ההזמנה לחמש המציעות שנמצאו כשירות להגיש את הצעותיהן למכרז.

116. כפי שטענה שפיר בצדק, ניסיוןן של העותרות לטעון כי העתירה הנדונה הוגשה בעניין החלטת ועדת המכרזים מיום 31.1.2022, אשר פורסמה למציעות ביום 14.2.2022, היא בגדר ניסיון מלאכותי להתגבר על השיהוי בהגשת העתירה, אך אין בה כדי לסייע לעותרות.

העובדה שהעותרות העלו לראשונה את טענותיהן הנדונות רק בפנייתן השנייה אל ועדת המכרזים מיום 11.1.2022, אינה מאיינת את השיהוי בהגשת העתירה. העלאת הטענות באיחור אינה יכולה לשנות לעניין המועד שבו ניתן להגיש את העתירה, כמתחייב מהוראות תקנה 3 בתקנות בתי משפט לעניינים מנהליים (סדרי דין), התשס"א-2000 (להלן – **תקנות בתי משפט לעניינים מנהליים** או **התקנות**) ואף אין בה כדי לגבור על השיהוי בהגשת העתירה, על-פי תקנה 4 בתקנות אלו.

כך נקבע בנסיבות דומות: "העותרת מבקשת בעתירתה להשיג על תוצאות המכרז, ולכן ההחלטה שאותה היא תוקפת – או שאותה עליה לתקוף – בעתירתה, היא ההחלטה... שבה נקבעו תוצאות המכרז. העובדה כי העותרת פנתה למשיב בבקשה לשנות את תוצאות המכרז והמשיב סירב לכך אין בה כדי לשנות מהאמור לעיל. הטעם לכך הוא שמסקנה אחרת, שלפיה מירוף המועדים לעניין תקנה 3(ב) יחל רק לאחר שתתקבל החלטה בבקשתו של עותר לשנות החלטה קודמת שנתקבלה בעניינו, יש בה כדי לסכל את מטרת התקנה האמורה בכלל, ובפרט בכל הנוגע לעתירות ענייני מכרזים, שבהן קיימת חשיבות מיוחדת למימז הזמן" (ההדגשה אינה במקור) (עת"מ (ירושלים) 1770/09 יתרב - חברה לשירות סיעוד ורווח בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי (1.11.2009), כבוד השופט מ' ארד, פסקה 14).

שיהוי המצדיק דחיית עתירה אינו נוגע רק לאיחור בהגשת העתירה לבית המשפט, אלא גם לאיחור בפנייה אל הרשות המינהלית, מאחר שאף שיהוי זה עלול לפגוע באינטרס ההסתמכות של הרשות או של צדדים שלישיים. כאמור בהקשר זה: "נסיבות אלו, מצדיקות גם הן את דחיית הערעור, מחמת השיהוי שדבק בפניית החברה לרשות. אמנם, השימוש השכיח בדוקטרינת השיהוי נוגע לאיחור בפניית העותר, בגשתו לערכאות, אך בפסיקה הוכרה האפשרות לעשות שימוש בדוקטרינה זו, גם ביחס לשיהוי עוד קודם לכן, בפנייה לרשות המינהלית, שהרי גם שיהוי בפנייה



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 22-03-12912 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 22-03-33261 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

- 1 זו, עלול לפגוע באינטרס ההסתמכות של הרשות ושל צדדים שלישיים (ראו, למשל, עע"מ 9168/11
2 פלוני נ' משרד הפנים, פסקה 22 (25.11.2013); בג"ץ 2188/12 שאהין נ' מדינת ישראל (26.6.2013);
3 יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב 1076-1077, ה"ש 33 (מהדורה שנייה, 2011)) (ההדגשות
4 במקור) (עע"מ 6945/21 ק.מ. מדף 4 בע"מ נ' רשות מקרקעי ישראל (18.11.2021), כבוד השופט נ'
5 סולברג, פסקה 21 (להלן – עניין מדף 4)).
6
7 117. כמו כן, משני הטעמים שהעלתה שפיר, אין בבקשת הארכה שהגישו העותרות ביום
8 30.12.2021 (עת"מ (ירושלים) 21-12-67633), כדי לסייע להן. האחד, עניינו בכך שהארכה התבקשה
9 בקשר לאמור במכתב של ועדת המכרזים מיום 29.11.2021, שבו נאמר כי טענות העותרות בפנייתן
10 הראשונה נבחנות. כך בעוד שפנייתן הראשונה עסקה רק בטענות הריכוזיות הכלל-משקית של
11 שפיר, ולכן אותה עת טרם עמדו לפני ועדת המכרזים טענות העותרות בפנייתן השנייה (מיום
12 11.1.2022), העולות במסגרת העתירה הנדונה. השני, אמנם הוגשה בקשת ארכה להגשת העתירה,
13 אך בהחלטה (מיום 6.1.2022), הקובעת כי העותרות יוכלו להגיש את עתירתן תוך עשרים יום מיום
14 מתן החלטת ועדת המכרזים, הודגש במפורש כי ארכה זו ניתנת "בלי לגרוע מטענות הצדדים".
15 לפיכך אם אמנם חל שיהוי, עצם מתן הארכה אינה שוללת את אפשרות העלאת טענת השיהוי ואף
16 לא את אפשרות קבלת הטענה.
17
18 118. תקנה 3(ב) בתקנות בתי משפט לעניינים מינהליים קובעת כי אם לא נקבע מועד להגשת
19 העתירה, "תוגש העתירה בלא שיהוי, לפי נסיבות העניין, ולא יאוחר מארבעים וחמישה ימים
20 מיום שההחלטה פורסמה כדין...". לא אחת עמדו בתי המשפט על חשיבות העמידה במועד זה
21 בכלל ובכל הקשור לענייני מכרזים בפרט (ראו למשל, עע"מ 1981/02 קיסר - הנדסה ופתוח בע"מ
22 נ' מדינת ישראל - משרד הבטחון (24.3.2002), כבוד השופט מ' חשין).
23
24 בעניינו, לא רק שהעתירה הוגשה באיחור כאמור, אלא שבכל מקרה, אפילו הייתה מוגשת במסגרת
25 המועדים הקבועים בתקנה 3, היה מקום לדחותה מחמת שיהוי מכוח תקנה 4 בתקנות.
26
27 119. כידוע, שלושה יסודות מרכיבים את טענת השיהוי. היסוד הסובייקטיבי, היסוד
28 האובייקטיבי ואילו היסוד השלישי נעוץ בשאלת חומרת הפגיעה בשלטון החוק המתגלה במעשה
29 המינהלי שבעניינו הוגשה העתירה. "היחס בין שלושת היסודות הרלוונטיים לשיהוי ייקבע על-פי
30 משקלו היחסי של כל אחד מהשיקולים בנסיבותיו של כל עניין" (עע"מ 7142/01 הוועדה המקומית
31 לתכנון ולבנייה חיפה נ' החברה להגנת הטבע, פ"ד נו(3) 673 (2002), כבוד השופטת ד' ביניש, פסקה
32 4 והפסיקה שם (להלן – עניין החברה להגנת הטבע)).
33
34 העתירה הנדונה הוגשה חודשים רבים לאחר שהעותרות ידעו על כך ששפיר הוכרזה כאחת מחמש
35 המציעות הכשירות להשתתף במכרז, בעוד עובדת היותה הזכיין של ה-J-Net הייתה ידועה זה



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 22-03-12912 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 22-03-33261 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

מכבר. לפיכך יש בכך משום **שיהוי סובייקטיבי**, המלמד על ויתור מצד העותרות על טענותיהן בהקשר זה.

לכך מצטרף גם **השיהוי האובייקטיבי**, הנחשב לרכיב החשוב יותר מבין שלושת רכיבי השיהוי הנבחנים (ע"א 1054/98 חוף הכרמל נופש ותיירות (1989) בע"מ נ' עמותת אדם טבע ודין אגודה ישראלית להגנת הסביבה, פ"ד נו(3) 385 (2002), כבוד השופטת ד' ביניש, פסקה 6 (להלן – עניין חוף הכרמל)). במסגרת רכיב זה, אין מתמקדים במחדליו של העותר, אלא "במסגרתו נבדקת הפגיעה באינטרסים ראויים של הרשות הציבורית או של צדדים שלישיים" (עע"מ 3874/02 עיריית חדרה נ' חברת שיקרצ'י תעשיות 1995 בע"מ (17.6.2004), כבוד השופט א' ריבלין, פסקה 5. ראו גם: בר"מ 5793/06 דיאב נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה נצרת (20.9.2006), כבוד השופט ד' חשין, פסקה 12)). "במסגרת בחינת הרכיב האובייקטיבי של השיהוי עלינו לתת דעתנו לא על עצם חלוף הזמן וגם לא על התנהגותו של העותר אשר שתק ולא מיחה, אלא על השאלה אם ההשתהות בהגשת העתירה הביאה לשינוי במצב, לפגיעה באינטרסים ראויים להגנה ולנזק משמעותי שהיה נמנע אילו הוגשה העתירה במועד. בייחוד ניתן דעתנו על בחינת הנזק שנגרם לצד שלישי שהסתמך על סופיותה ואמינותה של ההחלטה המינהלית" (עניין חוף הכרמל, שם).

בשל היקפו העצום של מכרז הקו הכחול, העובדה שהמועד המקורי להגשת ההצעות כבר חלף ועתה קבוע ליום 29.6.2022, מקימה חזקה כי כטענתה המפורשת של שפיר, היא כבר פעלה ופועלת באינטנסיביות רבה לשם הכנת הצעתה למכרז, תוך השקעת ממון רב ומשאבים עצומים. הגשת העתירה במועד שהוגשה, לוקה אם כן, בשיהוי אובייקטיבי של ממש.

אשר ליסוד השלישי, מאחר שלא נמצא כי דחיית העתירה מחמת שיהוי עלולה להביא לפגיעה **חמורה** בשלטון החוק, אף לא נראה כי ישנה הצדקה למחול על השיהוי בהגשת העתירה. עניין זה יידון עתה, עת נידרש מחמת הזהירות, לטענות שעלו בעתירה לגופה.

ח(2) **"יתרונות חיצוניים" לעומת "יתרונות פנימיים"**

רקע

120. נושא העתירה הנדונה הוא השאלה אם שפיר נהנית מיתרונות הפוגעים בשוויון בין המתמודדים הפוטנציאליים במכרז בשל היותה בעלת מניות בזכיון של מיזם ה-J-Net. העותרות טענו כי מצב זה מקנה לה שלושה סוגי יתרונות לא הוגנים: יתרון ההתאמה, יתרון ההפעלה ויתרון ההרצה, שאת שווים היא אמדה בכמיליארד שקלים.



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 12912-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 33261-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

1 כמפורט בהרחבה לעיל, ועדת המכרזים הבין-משרדית ויועציה, דנו באריכות רבה בכל טענותיהן
2 של העותרות בעניין אותם יתרונות נטענים ולאחריהן ראתה הוועדה לנכון לדחות את טענותיהן של
3 העותרות. כך סוכם הדיון בעניין זה (החלטת ועדת המכרזים מיום 31.1.2022, פסקאות 72-74):
4

5 "72. לסיכום הדיון בטענות המציע 1 [העותרות] בפנייתו השנייה, מוסבר
6 שמאחר שפרויקט הקו הכחול הוא פרויקט עצמאי ונפרד מפרויקט ה-J-Net,
7 ומאחר שעצם היותו של שפיר ו-CAF חברות בזכיון ה-J-Net הוא עניין
8 'חיצוני' למכרז הקו הכחול שאינו נובע מתנאיו והוראותיו, מוצע שלא לקבל את
9 טענות מציע 1 בהקשר זה ומשכך, ממילא אין צורך ליישם את הפתרונות
10 שהתבקשו על ידו.
11

12 "73. פתרונות אלה מיותרים גם משום שוועדת המכרזים יישמה בהוראות
13 המכרז מנגנונים אשר יש בהם בכדי להסדיר את הממשקים בין מערכת ה-J-
14 Net למערכת הקו הכחול. אמנם מנגנונים אלה יושמו על ידי ועדת המכרזים על
15 מנת לוודא שהסיכונים בפרויקט מנוהלים נכון וביעילות, אולם בוודאי שיש
16 במנגנונים שיושמו על ידה בכדי למתן (אם לא לאיין כליל) את החששות שהוצגו
17 על ידי מציע 1. ועדת המכרזים אינה עיוורת לחששות המתמודדים, והמנגנונים
18 שיושמו על ידה במסמכי המכרז, מהווים כלי להתמודד עם חששות אלה, תוך
19 שהם מאזנים באופן מידתי וראוי בין היתרונות התחרותיים והתועלת שתצמח
20 מכך לקופה הציבורית לבין הרצון למנוע תמחור יתר שנובע מניהול לא נכון של
21 סיכונים ושולי ביטחון גבוהים בגין ניהול הממשקים.
22

23 "74. נוסף למעלה מן הצורך בשלב זה, כי חלק מההיבטים העובדתיים
24 עליהם קובלת קבוצה מס' 1 ידועים מזה זמן (היות שפיר גורם ריכוזי, היותה
25 חלק מזכיון ה-J-Net ועוד). בהקשר זה תשומת לב בחרי הוועדה מופנית גם
26 לדברים שהוסברו בסעיפים 148-150 להמלצת הצוות המקצועי ולעניינים שבהם
27 מציע מס' 1 נמצא בשיהוי".
28

שאלת ההתערבות בהחלטת ועדת המכרזים

29
30
31 "121. כל טענותיהן של העותרות, אשר עיקריהן פורטו לעיל, נוגעות להיבטים מקצועיים של
32 המכרז, רכיביו שלביו ודרכי יישום מיזם הקו הכחול. כך בעניין טענותיהן הנוגעות לסוגיית שאלת
33 "ההתאמה" בין מיזם ה-J-Net למיזם הקו הכחול, כך בעניין טענותיהן שעניין רכיבי ההשקה בין
34 המיזמים בשלב "ההפעלה" וכך בכל הנוגע לאותם ממשקים בשלב "ההרצה".



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 22-03-12912 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 22-03-33261 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

1
2 ועדת המכרזים בחנה את כל טענותיהן של העותרות מן ההיבט העובדתי, תוך הסתמכות על יועציה
3 המקצועיים, כמפורט בפרוטוקול הדיון, ולאחריהן הגיעה למסקנה כי אין ממש בטענותיהן של
4 העותרות. כך מהטעם שהן נשענות על הנחה שגויה כי מיזם הקו הכחול הוא מעין המשך או הרחבה
5 של מיזם ה-J-Net וכך בשל היבטים עובדתיים ומקצועיים רבים אחרים, שתמציתם כבר פורטה
6 לעיל, עת נדרשנו לעיקרי החלטותיה של ועדת המכרזים. בנסיבות אלו, הדברים שהובאו לעיל, אשר
7 לפיהם אל לו לבית המשפט להתערב בהחלטותיה המקצועיות של הרשות, יפים אף לעניין העתירה
8 הנדונה ולעניין היעדר ההצדקה להתערב בהחלטה הנדונה של ועדת המכרזים. כך בדרך כלל וכך
9 במיוחד עת מדובר בהחלטות מקצועיות הנסמכות על עמדותיהם של הגורמים המקצועיים אשר
10 יעצו לוועדת המכרזים. כך שכבר מטעם זה, יש לדחות את העתירה.
11

מה בין "יתרונות חיצוניים" ל"יתרונות פנימיים"

12
13
14 122. השוויון בין המציעים בהליך המכרז הוא עיקרון יסוד בניהול מכרז ועל כן נדרשת הקפדה
15 מלאה בכל הנוגע לשמירת השוויון בין המציעים בהליכי המכרז. עם זאת, מטבע הדברים יש הבדל
16 בין מצב של שונות והיעדר שוויון בנתוני הפתיחה של כל אחד מבין המציעים, לבין נושא עיקרון
17 השוויון בתנאי המכרז. כל מציע נושא באמתחתו את כישוריו, את יכולותיו, את נכסיו, את ניסיונו
18 ועוד שורה ארוכה של מרכיבים ותכונות שעמם הוא מתייצב אל נקודת ההזנקה של התחרות, אשר
19 עשויים להקנות לו יתרונות בעת התמודדותו במכרז. כל המאפיינים והתכונות שעמם מגיע
20 המתמודד אל המכרז, הם בגדר **יתרונות חיצוניים**, אשר לגביהם מטבע הדברים אין שוויון בין
21 המתמודדים. לעומת זאת, התנאים הקבועים במכרז עצמו, שעניינם מרכיבי התחרות, חייבים לחול
22 באופן שווה על כל המתמודדים, כך שלא יימצא מצב שבו מתמודד אחד נהנה מ**יתרונות פנימיים**
23 למכרז, אשר מתמודד אחר אינו נהנה מהם.
24

25 כך נקבע בנושא השוני בין "יתרונות פנימיים" במכרז ל"יתרונות חיצוניים" למכרז:

26
27 "מכרז מתאפיין בהיותו 'מסגרת אירגונית, מעין 'שוק', שבה מתבקשות
28 ומתקבלות הצעות הנבחנות זו כנגד זו תוך תחרות חופשית ביניהן' (בג"ץ 118/83
29 אינווסט אימפקט בע"מ נ' המנהל הכללי של משרד הבריאות, פ"ד לח(1) 729,
30 734 (1984)). מטבע הדברים, אין לצפות לזהות מוחלטת בין המשתתפים במכרז
31 מבחינת נתוני הרקע שלהם ומבחינת תנאי הפתיחה שהם מביאים איתם אל
32 המכרז. ההבדלים בין המשתתפים, ככל שהם נוגעים לפרמטרים שהינם
33 חיצוניים למכרז, אינם יכולים על כן להיחשב כפגיעה בעיקרון השוויון ובלבד
34 שתנאי המכרז עצמם שומרים על תחולה שוויונית והוגנת של הדרישות כלפי כלל
35 המשתתפים. תנאי הרישיון של המערערת... אכן מעמיד את המערערת בנקודת



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 22-03-12912 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 22-03-33261 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

- 1 פתיחה נחותה לעומת יתר המשתתפות במכרז ... אולם, חובת הגילוי המוטלת על
- 2 המערער מתוקף תנאי רישיונה אינה נובעת מן התנאים שנקבעו במכרז עצמו,
- 3 ואין על כן מקום לטענה שהעלתה המערער בדבר פגיעה בעיקרון השוויון ככל
- 4 שהדבר נוגע לתנאי המכרז או להליכים על פיו. **אכן, עיקרון השוויון הוא מנשמת**
- 5 **אפו של הליך המכרז** (ראו בג"ץ 47/68 א' שרמן ובנו, 1954 בע"מ, **חברה פרטית**
- 6 **נ' שר העבודה**, פ"ד כב(1) 496, 499 (1968)) **ויש להקפיד הקפדה יתרה לקיימו**
- 7 **בכל תג ותו הנוגע להליך זה. עם זאת, אין לדרוש מעורך המכרז כי יציב את כל**
- 8 **המשתתפים בנקודת זינוק זה, ככל שהדבר נוגע לנתוני רקע שהינם חיצוניים**
- 9 **למכרז**" (ההדגשות אינן במקור) (עע"מ 1847/06 **בזק** **החברה הישראלית**
- 10 **לתקשורת בע"מ נ' מדינת ישראל משרד האוצר החשב הכללי** (25.4.2007), כבוד
- 11 השופט א' חיות, פסקה 6 (להלן – **עניין בזק**)).
- 12
- 13 משנקבע כאמור, כי ההבדלים בין המציעים באותו עניין היו חיצוניים למכרז, אף נקבע כי אין לאמץ
- 14 את המתווה החלופי לעריכת המכרז שהציעה המערער באותו עניין (עניין **בזק**). כך מאחר
- 15 שמשמעותו של אותו מתווה מוצע, **"אינה אלא עיצוב מחדש של תנאי המכרז על ידי המערער**
- 16 **והתאמתם למידותיה שלה, ולכך אין מקום"** (שם).
- 17
- 18 בדומה לעניין **בזק**, שבו דובר בחסרונות נטענים בשל תנאי רישיון שהיה לה ומנגד, ביתרונות מכוח
- 19 היותה מי שערב המכרז סיפקה את השירות שלגבי התנהל המכרז, כך נקבע לא אחת גם לגבי
- 20 יתרונות או חסרונות אחרים שהיו למי מבין המשתתפים במכרזים שונים. כך למשל נקבע, בנסיבות
- 21 שבהן מי מבין המתמודדים במכרז נהנה מיתרונות הנובעים מכך שחלה עליו מערכת נורמות שונה,
- 22 אשר אפשרה לו להציע הצעה זולה יותר מהצעתם של מתחריו (בג"ץ 1234/10 א' **דינמיקה אחזקות**
- 23 **2002 בע"מ נ' המינהל האזרחי לאזור יהודה ושומרון** (21.7.2010), כבוד השופט ע' פוגלמן, פסקה
- 24 28), או מתמודד שנהנה מיתרונות הנובעים מיכולתו להגיש הצעות משותפות עם גורמים מוסדיים
- 25 או אחרים (עניין **מדף 4**, פסקה 22).
- 26
- 27 123. על רקע האמור וכפי שיפורט להלן, נמצא כי כל היתרונות אשר לטענת העותרות עומדים
- 28 לשפיר במכרז הנדון, הם בגדר יתרונות חיצוניים ולפיכך אין לקבל את טענת העותרות כי יש באותם
- 29 יתרונות נטענים כדי לפגוע בשוויון בין המתמודדים במכרז. שכן, **"בבסיס טענה זו, עומדת הנחת-**
- 30 **יסוד מוטעית, כי עקרון השוויון מחייב את עורך המכרז להתחשב בנתוני הרקע שיש לכל מציע**
- 31 **ומציע, בעת קביעת הוראות המכרז; דהיינו: לקבוע תנאים שונים למציעים שונים, על מנת**
- 32 **להביאם לנקודת פתיחה שווה. דא עקא, ההליך המכרזי לא נועד לשם כך; אין לדרוש מעורך**
- 33 **המכרז להעמיד את כל המשתתפים בו בנקודת פתיחה זהה, ו'לאזן' בין נתוני הרקע שלהם. משל**
- 34 **למה הדבר דומה? לטענה שלפיה תנאי מכרז מסוים מקלים יותר עם העשיר, שהפרוטה מצויה**
- 35 **בכיסו, מאשר עם אדם דל-אמצעים, שיתקשה לגייס ממון שיאפשר את השתתפותו במכרז. אין**
- 36 **זו דרך פעולתם של מכרזים, ואין זו הדרישה מעורך המכרז. תפקידו של זה האחרון, הוא לפרסם**



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 12912-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 33261-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

- 1 מכרז פומבי, שהוראותיו ברורות, ואשר תנאיו וכלליו גלויים וידועים לכולי עלמא. לאחר מכן, יוכל
- 2 כל מציע החפץ להשתתף במכרז, להביא עמו בתרמילו את יתרונותיו היחסיים, כמו גם חסרונותיו,
- 3 ויהא עליו להעריך את סיכוייו, ביחס למציעים אחרים" (עניין מדף 4, שם).
- 4
- 5 124. העותרות ניסו לבסס את טענותיהן שלפיהן היתרונות הנטענים הם יתרונות "פנימיים"
- 6 למכרז, בשונה מיתרונות שהם "חיצוניים" למכרז, המצדיקים את "נטרולם" באמצעים שונים על
- 7 האמור בפסק הדין בעניין בג"ץ 4915/00 רשת חברת תקשורת והפקות (1992) בע"מ נ' ממשלת
- 8 ישראל, פ"ד נד(5) 451 (2000) (להלן – עניין רשת). אולם כפי שטענה המדינה בצדק, עיון בפסק-דין
- 9 זה מעלה כי במסגרתו נדונה סוגיה שונה לחלוטין, אשר כלל אינה עוסקת ביתרונות שיש למי
- 10 מהמשתתפים במכרז.
- 11
- 12 באותו עניין נתקפו תיקוני חקיקה שנעשו לקראת מכרז להפעלת ערוץ טלוויזיה שלישי, תוך קביעת
- 13 מגבלות אשר מנעו את מזכייניות הערוצים הקיימים להשתתף במכרז. בשונה מטענותיהן של
- 14 העותרות בעתירה הנדונה, באותו עניין לא נדונו יתרונותיהם של מי מבין המתמודדים לעומת
- 15 מתמודדים אחרים. הנושא שנדון שם עסק בסוגיית מניעת ריכוז השליטה באמצעי התקשורת
- 16 דווקא, מאחר שריכוז שליטה זה עלול לפגוע בחופש הביטוי ולהביא לריכוז כוח בידי מעט גורמי
- 17 תקשורת. כאמור שם, האיסור על בעלי זיכיונות קיימים ועל בעלי שליטה בהם להתמודד במכרז
- 18 לזיכיונות בערוץ השלישי נועד למנוע ריכוז שליטה באמצעי התקשורת ובעלויות צולבות בהם. עוד
- 19 נקבע שם, כי אף אם יש באיסור זה משום פגיעה בחופש העיסוק של הזכייניות הקיימות ושל בעלי
- 20 השליטה בהן, הרי שאותה פגיעה עומדת במבחני המידתיות. זאת לנוכח הצורך להבטיח תחרות
- 21 ראויה וכן לשם השגת מטרת הקמת הערוץ השלישי, אשר נועד לשמש חלופה תרבותית ותקשורתית
- 22 לערוץ השני (כבוד השופטים ת' אור, מ' חשין, י' טירקל, פסקאות 23-26).
- 23
- 24 הסוגיות שנדונו בעניין רשת, כרוכות בעצם העובדה שדובר בערוץ תקשורת שכאמור, נועד לשמש
- 25 חלופה תרבותית, אך הן אינן רלוונטיות לתשתיות תחבורה שתכליותיהן שונות לחלוטין.
- 26
- 27 **ח(3) בחינת טענותיהן של העותרות בעניין ה"יתרונות" הנטענים**
- 28
- 29 125. **מכרז הקו הכחול ומיזם ה-J-Net הם שני מיזמים נפרדים:** כפי שכבר נאמר וכפי שהוסבר
- 30 בהחלטתה השנייה של ועדת המכרזים (מיום 31.1.2022), הנחת המוצא של העותרות שלפיה מכרז
- 31 הקו הכחול הוא מעין המשך או הרחבה של מיזם ה-J-Net, היא הנחה שגויה. בדומה, אין יסוד
- 32 להנחה שלפיה על המציעים להתאים את כל המערכות שיופעלו במיזם הקו הכחול אל המערכות של
- 33 ה-J-Net ואילו על שפיר רק "לשכפל" את מערכותיו. אפילו כך היה, אין בכך כדי להצדיק קביעת
- 34 תנאים שונים למציעים שונים באותו מכרז. בדומה, אפילו כך היה, עדיין היה מדובר ביתרון חיצוני
- 35 לתנאי המכרז.



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 12912-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 33261-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

1
2 לא נחזור על כל האמור בהחלטתה של ועדת המכרזים, אך בתמצית נאמר, כי אפילו יש צורך
3 בהתאמות כלשהן בין המערכות השונות, אין בכך כדי להפוך את מכרז הקו הכחול להרחבה או
4 להמשך של מיזם ה-J-Net. ההנחה שזה המצב היא אפוא, הנחה שגויה.

5
6 כפי שהוסבר, העובדה שמדובר בשני מיזמים נפרדים באה לידי ביטוי בהיבטים רבים, כלהלן:

7
8 **בהיבט התפעולי** – כל אחד מהזכיינים חייב להקים חברת תפעול ותחזוקה נפרדת וייעודית בכל
9 אחד מהמיזמים; לכל זכייין יינתן היתר הפעלה נפרד ועצמאי (כהגדרתו בפקודת מסילות הברזל);
10 לכל זכייין ימונה מנהל תפעול מטעמו; בכל אחד מהקווים יידרש הזכייין לעמוד בתנאי השירות ואף
11 יידרש לשאת בהשלכות הפרתם; אף נושא השימוש של הקו הכחול במקטע של הקו הירוק, הוסדר
12 כך שבפועל, לא תהיה חפיפה בין שני הקווים; כל זכייין יידרש להקים משרדי מכירת כרטיסים
13 נפרדים; מרכז הבקרה של הקו הכחול יוקם במבנה הדיפו של ה-J-Net (דיפו 25), אך באופן נפרד
14 ואילו מרכז הבקרה המשני יוקם בדיפו מלחה, שהוא ייעודי לקו הכחול.

15
16 **הסדרת הממשקים בין הקו הכחול לקו הירוק** – חרף הממשקים בין הקו הכחול לקו הירוק, אין
17 בכך כדי להצביע על כך שהקו הכחול הוא חלק מהקו הירוק ולהפך. כפי שהוסבר בהרחבה, אכן
18 ישנם ממשקים שונים שיצריכו שיתוף פעולה זה או אחר בין שני המיזמים, אך בפועל, נשמרת
19 הפרדה מוחלטת בין הקווים. בשל אותו שיתוף פעולה נדרש, נקבעו הוראות מפורטות המסדירות
20 ממשקים אלו, לרבות בשלב ההרצה, אך לצד אלו נקבעה שורה של מנגנונים תומכים, אשר נועדו
21 לנטרל מצב של חוסר ודאות ולמנוע תמחור שלא נדרש בשל הדרישות הנוגעות לאותם ממשקים.
22 בכלל זה העמדת חדר מידע רלוונטי לגבי התשתיות של מיזם ה-J-Net והסדרת מערכות תקשורת
23 שונות שנועדו לתת מענה לממשקים בין מערכות התקשורת והאחרות של כל אחד מהמיזמים.

24
25 **מתן מענה לתקלות בעטיו של מיזם ה-J-Net** – כפי שכבר הוזכר, המכרז קובע שורה של אמצעים
26 וסעדים לזכייין הקו הכחול למצב שבו יחולו עיכובים או הפרעות בשלבי ההקמה, התפעול והתחזוקה
27 של הקו הכחול אשר ייגרמו בשל התנהלות זכייין ה-J-Net. בכלל זה, אפשרות תביעת פיצויים
28 מהמדינה, עדכון לוחות הזמנים שנקבעו במכרז וסנקציות כלפי זכייין ה-J-Net. כל אלו לא יעמדו
29 לזכייין הקו הכחול אם יהיה זה אותו זכייין של ה-J-Net.

30
31 **יתרונות ההתאמה הנטענים:** העותרות מנו את כל המערכות אשר לגביהן נדרשות
32 התאמות כלשהן אל המערכות במיזם ה-J-Net, ולגבי כל אחת מאותן מערכות רבות ביקשו
33 להראות כי עצם הצורך באותן התאמות מקים יתרונות לשפיר, זכיינית ה-J-Net. לא ראיתי צורך
34 להיכנס לכל אותם מרכיבים טכנולוגיים אשר פורטו בהרחבה במסגרת טענותיהן של העותרות



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 22-03-12912 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 22-03-33261 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

- ובמענה לכך, אף בתשובותיהן של המשיבות. בתמצית ייאמר, כי שוכנעתי מהסבריהן של המשיבות, כי העותרות מחליפות בין הצורך במערכות **תואמות** לבין הצורך במערכות **זהות**. כך בעוד שתנאי המכרז דורשים שתתאפשר תקשורת בין המערכות (התאמה, אך לא זהות). לפיכך, אף שפיר, אם תזכה, תצטרך להתאים את מערכות הקו הכחול לאלו הפועלות במיזם ה-J-Net. מכל מקום, כפי שטענו המשיבות בצדק, העותרות כלל לא הראו כי הצורך בהתאמת המערכות כאמור, יטיל עליהן הוצאות עודפות או כי הוצאותיה של שפיר, זכיין ה-J-Net, יהיו נמוכות יותר בהיותה הזכיין של קו הרכבת הקלה הפעיל. לא זו בלבד, אלא כפי שהוסבר, מערכות ה-J-Net הקיימות הן ישנות יחסית ולכן אין יסוד לטענה שלפיה שפיר לא תידרש להוצאות מתאימות לשם רכישת אותן מערכות מתקדמות הנדרשות במכרז הקו הכחול.
- מכל האמור עולה כי כאמור, אפילו יידרשו התאמות בין המערכות השונות, אין בכך כדי להפוך את מכרז הקו הכחול להרחבה או להמשך של מיזם ה-J-Net. גם שפיר, אם תזכה במכרז תידרש לאותן התאמות נדרשות בין שתי המערכות. כך שבנסיבות אלו ספק אם שפיר אמנם נהנית מהיתרונות הנטענים הנובעים מעובדת היותה הזכינית של ה-J-Net. אולם אפילו היא נהנית מהיתרונות הנטענים, בכל מקרה מדובר ביתרונות חיצוניים למכרז אשר לכל היותר מציבים אותה בנקודת פתיחה משופרת. בכל מקרה, אין מדובר ביתרונות פנימיים הנובעים מהוראות המכרז. מסקנה זו נכונה לגבי כלל המערכות אשר לגביהן האריכו העותרות בטענותיהן ובכלל זה, בכל הנוגע להקמת מרכז בקרה ותפעול, לצי הקרונות, למסילות וכן לכלל המערכות אשר פורטו בטענותיהן (כמפורט לעיל, במסגרת פירוט עיקרי טענות העותרות).
127. **יתרונות ההפעלה הנטענים:** כפי שכבר הוסבר, נכון להיום טרם הוחלט כיצד יופעלו בעתיד כל קווי הרכבת הקלה בירושלים ולעניין זה נקבעו שלוש אפשרויות שהוזכרו לעיל ("תרחיש הבסיס", לכל אחד מהמיזמים יהיה מפעיל אחר ובהתאם לכך את הקו הכחול יפעיל הזכיין שייבחר במכרז; "אופציה מספר 1", זכיין הקו הכחול יפעיל כל את הקווים; "אופציה מספר 2", ייבחר זכיין שלישי להפעלת כל הקווים). מצב העמימות שנוצר בשל כך שטרם הוחלט איזו אפשרות תיבחר חל על כל המציעים, לרבות שפיר, מפעילת ה-J-Net באופן שווה. לכן, אין ממש בטענות שלפיהן בשל עמימות זו שפיר נהנית מיתרון כלשהו. בדומה, אף החלטה מראש על בחירת אופציה מספר 1 לא תנטרל את היתרונות הנטענים שיש לשפיר. אפילו היה נקבע מראש כי זו האפשרות שתיבחר, שפיר יכולה הייתה להגיש הצעה שתשכלל את היתרונות והחסרונות הגלומים באפשרות זו, בדומה לכל מציע אחר, היכול לשכלל במסגרת הצעתו את כל אותם יתרונות וחסרונות.
128. **יתרונות ההרצה הנטענים:** טענותיהן של העותרות בכל הנוגע למבחני ההרצה של הקו הכחול מבוססות על הנחה שלפיה אותה הרצה תלויה בזכיין ה-J-Net, שפיר, וברצונו הטוב לשתף פעולה. מדובר בהנחה שגויה מאחר שאותם מבחני הרצה ייעשו בחלונות זמן שיקבע משרד



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 12912-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 33261-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

1 התחבורה, שהם וכלליהם יהיו כפופים באותה מידה לכל זכיון שייבחר לקו הכחול, בין אם תהיה
2 זו שפיר, זכיינית ה-J-Net, ובין אם תהיה זו מציעה אחרת. לכך יש להוסיף כי במקרה של הפרעות
3 ועיכובים מצד זכיון ה-J-Net וכפי שכבר נאמר, המדינה תידרש להתמודד עם המצב ואף נקבעו
4 מנגנונים שונים, שכבר פורטו, כדי להתמודד עם אותם עיכובים, אם ייגרמו. מטעמים אלו, לא נמצא
5 כי שפיר נהנית מיתרונות בשל היותה זכיינית ה-J-Net ומכל מקום, אין מדובר ביתרון הנובע מתנאי
6 המכרז.

7
8 129. הצעותיהן של העותרות "נטרול" היתרונות הנטענים של שפיר: לנוכח המסקנה כי כל
9 היתרונות הנטענים הם בגדר יתרונות חיצוניים למכרז, ממילא אין עוד צורך לבחון את אותם
10 אמצעים שהציעו העותרות כדי "לנטרל" את היתרונות הנטענים. עם זאת יוער, כי בכל מקרה לא
11 היה מקום לאותם פתרונות מוצעים. ההצעה לשינוי התמחור של ההצעות במכרז, בדרך של מתן
12 "מקדם" בסך מיליארד שקלים לא יכולה לעמוד, ולו מן הטעם שהעותרות כלל לא הראו כיצד חושב
13 סכום עצום זה. הצעות אחרות אינן יכולות לעמוד, מאחר שכאמור, ככלל אין מקום לקביעת תנאים
14 שונים למשתתפים שונים. כפי שנאמר בעניין אחר, הצעת העותרות "אינה מביאה לשוויון
15 הזדמנויות, כי אם לשיפור עמדות" (עניין מדף 4, פסקה 22). כמו כן, "היענות לסעד... על דרך של
16 אימוץ מתווה חלופי לעריכת המכרז משמעותה אינה אלא עיצוב מחדש של תנאי המכרז על ידי
17 המערערת והתאמתם למידותיה שלה, ולכך אין מקום" (עניין בזק, פסקה 6).
18

19 ח(4) עת"מ 33261-03-22 - העתירה בנושא הטענה להיעדר שוויון בין המציעים - סיכום

20
21 130. סיכום הדברים בעניין העתירה הנדונה הוא כי כאמור לעיל, יש לדחותה מחמת שיהיו
22 בהגשתה.
23

24 אפילו הייתה העתירה נבחנת לגופה, כי אז וכפי שקבעה ועדת המכרזים בצדק ומהטעמים שעליהם
25 עמדנו, כל היתרונות אשר יוחסו לשפיר בשל היותה הזכיון של ה-J-Net, הם בגדר יתרונות חיצוניים
26 למכרז, אשר לכל היותר עשויים להעמיד אותה בנקודת פתיחה משופרת לעומת המציעות האחרות.
27 אין מדובר ביתרונות המציבים דרישות שונות למתמודדות שונות באופן היוצר חוסר שוויון בין
28 המציעות מבחינת תנאי המכרז. קביעת ועדת המכרזים כי מדובר ביתרונות חיצוניים כאמור, נשענת
29 בעיקרה על קביעות מקצועיות של היועצים המקצועיים המלווים את ועדת המכרזים, הבקאים
30 בתנאי המכרז, במרכיביו ובכל המערכות שידרשו לשם הקמת הקו הכחול, להחזקתו ולהפעלתו.
31

32 בנסיבות אלו, אין בית המשפט מתערב באותן קביעות מקצועיות. כך בדרך כלל וכך על אחת כמה
33 וכמה לנוכח כלל ההסברים שהציגו המשיבות, אשר תומכים בכך שכאמור, הנחות המוצא של



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 12912-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 33261-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

העותרות שלפיהן מכרז הקו הכחול הוא המשך או הרחבה של ה-J-Net שגויות וכך גם הנחותיהן בדבר היתרונות אשר לפי טענותיהן עומדים לשפיר בשל היותה מפעילת ה-J-Net.

131. כפי שכבר עמדנו על כך, "ההלכה הנוהגת עימנו תוחמת את גדר ההתערבות בהחלטותיה של ועדת מכרזים לאותם המקרים שנתקיימה בהם אחת מעילות הביקורת השיפוטית הפוסלת את ההחלטה, או כאשר נפל בהליך המכרז פגם מהותי הפוגע בעקרונות היסוד של דיני המכרזים" (ע"א 334/01 מדינת ישראל נ' אבו שינדי, פ"ד נז(1) 883, 895 (2003) (...); ראו גם: ע"ס 3190/02 קל בנין בע"מ נ' החברה לטיפול בשפכים רמת לבנים בע"מ, פ"ד נח(1) 590, 597-598 (2003) (...); עומר דקל מכרזים כרך שני 393 (תשס"ו) (...)). הלכה זו תואמת את הכלל הרחב הנקוט בדין המינהלי לפיו בית המשפט אינו נכנס בנעלי הרשות ואינו קובע מהי ההחלטה שהוא היה מקבל בנסיבות האמורות, אלא הוא בוחן אם החלטת הרשות נתקבלה כדין ומשיקולים ענייניים, ואם מצויה היא במיתחם הסבירות" (עניין אבו שינדי, 895) (עניין בזק, שם).

בהתאם לכך ומשלא נמצאה עילה כאמור, המצדיקה התערבות בהחלטת ועדת המכרזים, משנמצא כי החלטתה התקבלה משיקולים ענייניים וכי מדובר בהחלטה המצויה במיתחם הסבירות, אין מקום להתערבות בית המשפט בהחלטתה.

לפיכך אף העתירה הנדונה נדחית. הן מטעמי שיהוי בהגשתה הן לגופה.

ט. סיכום הדיון בשתי העתירות

132. מכל הטעמים שנדונו בהרחבה – אולי בהרחבה יתירה – שתי העתירות שהגישו העותרות נדחות. כך לגבי העתירה בנושא הריכוזיות (עת"מ 12912-03-22) וכך לגבי העתירה בנושא הטענה להיעדר שוויון בין המציעים (עת"מ 33261-03-22).

למסקנה זו הגענו לאחר שלא נמצאה כל עילה להתערב בשתי החלטותיה של ועדת המכרזים (מיום 1.11.2021 ומיום 31.1.2022), ומשנמצא כי החלטותיה כי אין לפסול את קבוצת שפיר מהשתתפות במכרז הקו הכחול, היא החלטה סבירה אשר ניתנה משיקולים מקצועיים וענייניים, לאחר הליך קבלת החלטות אשר נערך כדין וכי לא נמצא כי נפל בו פגם כלשהו.

העתירה בעת"מ 12912-03-22 נדחית לגופה.

העתירה בעת"מ 33261-03-22 נדחית מחמת שיהוי בהגשתה ואף לגופה.



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 12912-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עת"מ 33261-03-22 שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

- 1 133. לנוכח תוצאתן של שתי העתירות, יישא העותרות בהוצאותיהן של המשיבות. אילו סכום
- 2 ההוצאות היה נגזר משווי העניין או מהיקפן של העתירות, היה מקום להשתת הוצאות בסכומים
- 3 ניכרים, מעבר לאלו שייקבעו. בנסיבות העניין, ראיתי לנכון לחייב את העותרות לשלם למדינה
- 4 הוצאות בסך 200,000 ₪ (100,000 ₪ לכל עתירה) וכן לחייבה לשלם לשפיר הוצאות בסך 200,000
- 5 ₪ (100,000 ₪ לכל עתירה).
- 6
- 7
- 8
- 9
- 10

ניתן היום, כ' בסיוון התשפ"ב, 19 ביוני 2022, בהיעדר הצדדים.

תמר בר-אשר, שופטת

11