

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 3136/98

בפני:

כבוד השופט א' מצא

כבוד השופט י' קדמי

כבוד השופט י' אנגלרד

העותרים:

1. אגד אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ

2. הסתדרות העובדים הכללית החדשה

נגד

המשיבים:

1. שר התחבורה

2. המפקח הארצי על התחבורה

עתירה למתן צו על-תנאי וצו ביניים

תאריך הישיבה: י"ג בסיוון תשנ"ח (11.6.98)

בשם העותרת 1: צ' אגמון, א' כספי,
ע' רוזנבלט, א' קידר

בשם העותרת 2: ד' פילוסוף, ט' בן שלמה

בשם המשיבים: עו"ד ע' פוגלמן

פסק – דין

השופט א' מצא:

1. עתירת אגד אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ (העותרת 1; להלן: **אגד**) להכרזה על בטלותו - ולחלופין, על החובה לתקנו ולשנות את תנאיו - של מכרז משרד התחבורה, לבחירת מועמדים להפעלת קווי-שירות באוטובוסים. משהוגשה העתירה, ביקשה

הסתדרות העובדים הכללית החדשה (העותרת 2; להלן: **ההסתדרות**) להצטרף אליה, במטרה לתמוך בה. בפתח הדיון בעתירה החלטנו להיעתר לבקשת ההסתדרות והורינו על צירופה כעותרת נוספת.

2. ביום 8.1.97 החליטה הממשלה "לפתוח את ענף התחבורה הציבורית בישראל לתחרות על-ידי הקצאת רישיונות להפעלת קווי השירות בתחבורה הציבורית בתנאים תחרותיים". בפברואר 1998, בעקבות עבודת הכנה לביצוע ההחלטה האמורה, פרסם משרד התחבורה את המכרז נשוא העתירה (מס' 2/98; להלן: **המכרז**), בו הוזמנו הצעות להפעלת עשרים-ושניים קווי-שירות לתחבורה באוטובוסים. על-פי האמור במכרז, בחירת המועמדים בגדרו עתידה להתבצע בשני שלבים. השלב הראשון הוגדר כהליך מיון מקדמי מסוג Pre Qualification. במסגרתו אמורים להיבחר עד עשרה "מועמדים מנוסים, המסוגלים והמתאימים להפעיל שירות של תחבורה ציבורית באוטובוסים במדינת ישראל" (סעיף 3.1 למכרז). בשלב השני - כך מורים תנאי המכרז - יוזמנו המועמדים שנבחרו בשלב הראשון (ורק הם), להגיש את הצעותיהם ולהתחרות ביניהם על קבלת רישיונות להפעלת קווי השירות המוצעים. ההשתתפות במכרז נאסרה על הקואופרטיבים הגדולים לתחבורה ציבורית, אגד ו"דן", ועל תאגידים הקשורים בהם. וכך נקבע, לעניין זה, בסעיף 8 לתנאי המכרז:

8. לא רשאים להגיש הצעה מי שהוא אחד מאלה:

8.1 אגד.

8.2 דן.

8.3 תאגיד אשר הוא עצמו או נושא משרה בו או בעל עניין בו, הינו בעל שליטה באגד או בדן.

8.4 תאגיד אשר אגד או דן הינו בעל עניין בו.

8.5 תאגיד שנושא משרה או בעל עניין בו משמש נושא משרה באגד או בדן.

3. תשעה-עשר מקווי השירות, שהוצעו במסגרת המכרז, הם מן הקווים המופעלים על-ידי אגד. לנוכח הפגיעה בעניינה הנובעת מכך, ולנוכח שלילת זכותה ליטול חלק במכרז, הגישה אגד את העתירה שלפנינו. העתירה הוגשה לבית המשפט ביום 20.5.98. כיון שהמועד האחרון להגשת הצעות במסגרת המכרז חל ביום 11.6.98, ביקשה אגד גם מתן צו-ביניים המעכב את מהלכי המכרז. צו-ביניים לא ניתן, אך משום דחיפות העניין קבענו את הדיון בעתירה ליום 7.6.98, ובהסכמת בעלי הדין (לרבות ההסתדרות, שבפתח הישיבה אושר צירופה כעותרת נוספת) דנו בעתירה לגופה, כאילו ניתן בה צו על-תנאי.

לאחר עיון בטענות הצדדים, הגענו למסקנה, כי דין העתירה החלופית להתקבל. בהיעדר צו-ביניים, ובמטרה למנוע נזק אפשרי למשתתפים במכרז מחשיפת הצעותיהם, הועדנו את התיק לשימוע פסק-דין ליום 11.6.98, שבו, כאמור, חל המועד האחרון להגשת ההצעות. ואולם, בבוקר היום שנקבע לשימוע פסק הדין הוגשה לנו בקשת בא-כוח המדינה, לאפשר למשיבים להגיש תצהיר נוסף, ולאור זה לדחות את מתן פסק הדין. החלטנו להיעתר לבקשה זו; דחינו את שימוע פסק הדין והתרנו למשיבים להגיש תצהיר נוסף. עם זאת, ובנסיבות שנוצרו, החלטנו ליתן צו-ביניים, המורה למשיבים לעכב את מהלכי המכרז עד למתן פסק-דין בעתירה. בעקבות זאת הוגשו לנו תצהיר משלים מטעם המשיבים ותגובות מטעם אגד ומטעם ההסתדרות על הטענות שנכללו בתצהיר המשלים.

4. מאז ועד כה הונחו לפנינו שלוש בקשות ביניים נוספות. בימים 18.10.98 ו-3.11.98 הוגשו לנו בקשות להצטרפות ולביטול צו הביניים מטעם חברות להסעת נוסעים, שהגישו הצעות במכרז. וביום 4.12.98 הוגשה לנו בקשת המדינה לצמצום צו הביניים, באופן שיאפשר פרסום מכרז למתן רישיון להפעלת קווי-שירות של אוטובוסים מפתח-תקווה אל היישוב אלעד ובחזרה. על בקשת המדינה, לצמצום צו הביניים, לא נתעכב, שכן מתן פסק-דינו זה מיתר את הצורך להכריע בה. אך עד שנפנה לדון בעתירה נקדים ונתייחס בקצרה לשתי הבקשות הראשונות.

דין שתי הבקשות הללו להידחות מחמת שיהיו. פשיטא שאילו הוגשו הבקשות לקראת, או במהלך, הדיון בעתירה, רואים היינו לצרף את המשתתפות במכרז ומאפשרים להן להשמיע את טיעוניהן. אלא שהבקשות הוגשו יותר מארבעה חודשים לאחר המועד בו ניתן צו הביניים, שמנע את פתיחת ההצעות, ובעוד העתירה מצויה בעיון לקראת פסק-דין. באף אחת מן הבקשות לא נטען, כי דבר קיום העתירה וצו הביניים לא נודע למבקשות מבעוד מועד, ובאף אחת מהן לא נכלל הסבר לשיהוי המופלג בו הוגשו הבקשות. בנסיבות אלו, ומשלא שוכנענו בקיום טעם לביטול צו הביניים, לא ראינו מקום לאפשר את פתיחת הדיון בעתירה פעם נוספת.

5. אגד טוענת, כי הממשלה לא הייתה רשאית לפרסם את המכרז, הן מחמת היותו פוגע שלא כדין בזכות קנויה ומוגנת של אגד, והן עקב התחייבות חוזית-שלטונית תקפה של הממשלה כלפי אגד. לחלופין, טוענת אגד, כי לפחות במתכונתו הנוכחית אין המכרז יכול לעמוד: ראשית, מפני שפורסם ללא בדיקה עובדתית מספקת והוא לוקה בחסר של פרטים ונתונים חיוניים; שנית, בשל התנאי, המפלה והפוגע, המונע מאגד ומתאגידים הקשורים בה להשתתף במכרז; ושלישית, מפני שאין הוא קובע תקופת מעבר סבירה, שתאפשר לאגד, לחבריה ולעובדיה להתארגן ולהיערך כראוי לפני שיוצאו מרשותה קווי השירות נשוא המכרז. ההסתדרות, שתמכה בעמדת אגד, מיקדה את טיעונה בחשש שצמצום מספר הקווים שבשליטת אגד יביא, קודם כול, לפיטוריהם של אלפי עובדיה השכירים של אגד.

6. בשתי טענותיה הראשונות חתרה אגד לשכנענו, כי לפחות במהלך השנים הקרובות מנועה הממשלה מלפגוע בנפח הפעילות של אגד. ראשית, סמכה אגד את עמדתה על פעילותה הענפה בתחום התחבורה הציבורית במשך יותר משישים שנה ברציפות. אגד טוענת, כי בזכות פעילות זו, הכוללת קיום שירות סדיר גם בקווים לא-רווחיים והספקת שירותי

הסעה בשעת-חירום, קמה לה זכות מעין-קניינית בקווי השירות. כיון שהמכרז אינו מקיים את התנאים לפגיעה בזכות יסוד מוגנת, דינו להיבטל. שנית, הסתמכה אגד על הסכם שנכרת בינה לבין הממשלה ביום 21.2.96. בהסכם זה (המכונה "הסכם העקרונות") הסדירו הממשלה ואגד את עקרונות ההתחשבות ביניהם; ובהסכם נקבע, כי הוא יהיה בתוקף במשך עשר שנים. אגד טענה, כי בפרסום המכרז הפרה הממשלה התחייבות חוזית, או הבטחה שלטונית, שניתנה על-ידה לאגד במסגרת ההסכם. בסעיף 8(ו) להסכם הוצהר, כי הוא מבוסס "על מערך הפעילות הקיימת של אגד", שממנו "נגזרות תכניות התפעול, ההשקעות וההצטיידות העתידיות של אגד", ומהצהרה זו ביקשה אגד להסיק, כי הממשלה התחייבה שלא לשנות את היקף פעילותה של אגד במשך תקופת ההסכם.

7. דינן של שתי טענות אלו להידחות. מן הנתונים שהומצאו על-ידי בא-כוח המדינה עולה, שכ-70 אחוזים מקווי האוטובוס במדינה נשלטים על-ידי אגד. לטענת המדינה, השירות הניתן על-ידי אגד הינו, במקרים רבים, בלתי יעיל, בעוד שעלות שכרם הגבוה של חברי אגד מאמירה את מחירו. כיון שהמדובר בשירות חיוני לציבור, נדרשת הממשלה למעורבות בהסדרת השירות ובפיקוח על תעריפי הנסיעה. במקביל היא נאלצת להעניק לאגד סובסידיה למימון ההפעלה, המחושבת על-פי קריטריונים שנקבעו בהסכם העקרונות, וכן לכסות את רוב העלות הקשורה בהצטיידות וברכישת אוטובוסים חדשים. על יסוד הניסיון המצטבר, וחוות-דעת מומחים, הגיעה הממשלה לכלל מסקנה, כי ייעול והוזלת השירות לציבור תלוי, בראש ובראשונה, בפתיחת ענף התחבורה הציבורית לתחרות, באמצעות הקצאת רישיונות להפעלת קווים בתנאים תחרותיים. יוזמת הממשלה נראית, לכאורה, מוצדקת, אך גם מבלי לעסוק בצדקתה, אין כל ספק שהממשלה הייתה מוסמכת ורשאית להחליט כפי שהחליטה. ברי שהחלטתה פוגעת באגד, אך לאגד אין זכות לתבוע שהמונופולין שנפלו בחלקה, ושמעולם לא הוענקו לה כדין, יישארו נחלתה לעולם. ההלכה לעניין הענקת מונופולין, שנתייסדה שנים רבות לפני תחילתו של חוק-יסוד: חופש העיסוק, ידועה היא וברורה: הואיל ובהענקת מונופולין לאחד יש משום שלילת זכות הרבים לחופש עיסוק, רשות שלטונית אינה רשאית להעניק מונופולין אם לא הוסמכה, בחוק מפורש, להעניקם (ראו בג"ץ 5336/94 דורני-ברן (1986) בע"מ נ' ממשלת ישראל, תקדין-עליון 195(1) 843, בעמ' 844, והאסמכתאות המאזכרות שם).

כן אין לקבל את טענת אגד, שבהסכם העקרונות התחייבה הממשלה שלא לשנות, במשך עשר שנים, את מערך הקווים המופעלים על-ידי אגד. ככלל, התחייבות של הממשלה אינה ראויה להתפרש ככוללת ויתור על שימוש בסמכויותיה השלטוניות (בג"ץ 402/89 ההתאחדות לכדורגל בישראל נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד מג(2) 179, 182), ובהסכם העקרונות אין כל אחיזה לטענת אגד, שהממשלה עשתה בו ויתור על שימוש בסמכות כזאת. אכן, הסכם העקרונות קובע כללים להתחשבות הממשלה עם אגד, לרבות לעניין קביעת גובה הסובסידיה; ובסעיף 8(ו) להסכם אמנם הוצהר, כי ההסכם מבוסס על נתוני מערך הפעילות הקיים של אגד. אך ההסכם אינו מגביל את יכולת הממשלה לפעול במסגרת סמכויותיה לשינוי מערך הפעילות הקיים. אדרבה, בסעיף 11 להסכם אף נקבע, כי "תיערך התחשבות כספית לגבי שינויים בנפח השירות הנובעים מהוראות

המפקח על התעבורה". משמע, כי הצדדים הביאו בחשבון שינויים אפשריים בנפח השירות, שקביעתו נתונה לסמכות המפקח הארצי על התעבורה.

8. דחיית שתי טענותיה הראשונות של אגד אינה גוזרת את דין עתירתה. כאמור, היו בפי אגד גם שלוש טענות חלופיות. להבדיל מקודמותיהן, טענות אלו אינן מופנות נגד עצם פרסומו של המכרז, אלא נגד חוקיות וסבירות חלק מתנאיו. כפי שנראה להלן, די במשקלן המצטבר של טענות אלו כדי להוביל למסקנה, כי במתכונתו הנוכחית אין המכרז יכול לעמוד. די יהיה אם נעמוד על צדקת הטענות בשילובן, מבלי שנדרש להכריע בצדקתה של כל אחת מן הטענות בנפרד. אסקור תחילה את עיקרי הטענות, שלעיל הובאו אך ברמז.

בטענתה האחת הלינה אגד על כך, שהמכרז אינו מגלה דבר אודות הפרוגרמה הכוללת הניצבת ביסודו. ידועה אמנם כוונת הממשלה, לפתוח את שירותי התחבורה הציבורית לתחרות, ואף נמסר במפורש שפרסום המכרז נועד לקדם מדיניות זאת. אך ביחס למרכיביה, ולוא גם העיקריים, של התוכנית הרחבה, שהמכרז מהווה רק מהלך ראשון בדרך לביצועה, שותק המכרז לחלוטין. המכרז פותח לתחרות תשעה-עשר מקווי השירות של אגד ושלושה קווי-שירות נוספים. אך המכרז איננו מגלה מתי ובאיזו תדירות מתכוונת הממשלה לפרסם מכרזים נוספים כדוגמתו, כמה קווי-שירות נוספים, מאלה שבשליטת אגד ומאלה שבשליטת גורמים אחרים, ייפתחו לתחרות במכרזים הבאים, ומה השיקולים המנחים את הממשלה בבחירת קווי השירות. חסרונם של פרטים אלה, טוענת אגד, מעיד כי המכרז פורסם קודם לגיבושה של תכנית כוללת כזאת. לנוכח אופי והיקף פעילותה של אגד, ובהתחשב במהות וגודל השינוי שבכוונת הממשלה לחולל בענף התחבורה, גיבושה המוקדם של תוכנית כוללת מהווה חלק מן התשתית הנדרשת לקביעת תנאיו של המכרז. כל עוד לא גובשה התוכנית הכוללת, לא הוגדרו רכיביה ושליביה ולא נקבע לוח זמנים לביצועה, אין כלל לדעת אם המכרז, כמות שהוא, עשוי לקדם את המטרה שהציבה הממשלה. כך, למשל, לא ברור כיצד פיצול השליטה בענף בין גורמים שונים, יאזן את הפרשי הרווחיות בין הקווים, שבמצב הקיים מוסדר על-ידי אגד בשיטת "הסבסוד הצולב", כשהעלאה מסוימת בתעריפי הנסיעה בקווים יותר רווחיים מכסה את הוצאות התפעול בקווים פחות רווחיים. בנסיבות אלו, ולנוכח פגיעתו הקשה של המכרז באגד, בחבריה ובעובדיה, אין להתירו.

בטענתה השנייה קבלה אגד על האיסור שהטיל המכרז, עליה ועל התאגידים הקשורים עימה, להשתתף בו. איסור זה, טענה אגד, מפלה אותה לרעה ופוגע ללא כל הצדקה בחופש העיסוק שלה. לתנאי כזה היה מקום, אילו מטרת המכרז הייתה לפתוח את קווי השירות בפני מפעילים נוספים, שיוכלו לפעול לצידה של אגד ולהתחרות בה בקווים השונים. ואולם מטרת המכרז אינה לבחור במפעיל או במפעילים נוספים, שיתחרו עם אגד בקווים השונים, אלא לבחור במפעיל אחד לכל קו-שירות, שיחליף את אגד ויפעל, באותו קו, כמפעיל בלעדי. הואיל ובענף התחבורה הציבורית, כל קו-שירות מהווה "שוק" נפרד, בחירת מפעיל בלעדי חדש לכל אחד מהקווים, לא תביא ל"תחרות בתוך השוק". התחרות היחידה שהמכרז מאפשר היא "תחרות על השוק", שהזוכה בה יהפוך תחת אגד, למונופול דה-פקטו בקו השירות בו זכה. ובתחרות מסוג זה, אין שמץ צידוק לשלול מאגד את זכות ההשתתפות; הלוא אפשר, שבמסגרת התחרות על הזכות להפעיל קו זה או אחר, תגיש אגד את ההצעה הזולה והטובה ביותר.

בטענתה השלישית השיגה אגד על אי-קביעתה, כחלק מתנאי המכרז, של תקופת מעבר סבירה. ביום 11.1.98 מסר מנכ"ל משרד התחבורה לאגד את פירוט קווי השירות שיוצעו במכרז. במכתב נאמר, כי הפסקת פעילותה בקווים אלה צפויה בתוך כשישה חודשים, וכי הודעה על הזמנים המדויקים תימסר לה "לפחות 60 יום לפני מועד הפעלת הקווים על ידי המפעילים החדשים". אגד טענה, כי העברת הקווים לשליטת מפעילים אחרים תגרום לה, וכן לחבריה ולעובדיה המועסקים בקווים אלה, בעיות קשות וסבוכות והזמן שיידרש, לה ולאנשיה, להתארגנות לקראת המצב החדש, הוא כשלוש שנים.

9. אתייחס לטענות, בחינת מן הקל אל הכבד, בסדר הפוך מזה שבו הועלו ונסקרו. גם אם נניח, שדרישת אגד לתקופת מעבר בת שלוש שנים היא מופרזת, טענתה כי המכרז אינו קובע תקופת מעבר סבירה, ראויה להישמע. אין לבטל, מן הבחינה הזאת, את צורכי ההיערכות של אגד עצמה, שלפחות חלק מהשקעותיה בקווי-שירות מסוימים אינן ניתנות להסבה לקווי-שירות אחרים. בהקשר זה יש מקום להתחשב גם בציפיות של אגד, המבוססות על הסכם העקרונות. במסגרת הסכם זה, העוסק גם בשינוי מבנה ההון של אגד, התחייבה אגד להנפיק מניות לציבור. בצדק טוענת אגד, כי הנפקת מניות לציבור מחייבת ודאות ושקיפות ביחס לתחומי פעילותו של התאגיד הנוגע בדבר. והמכרז, שבכל הנוגע לעתידה של אגד, לוקה בערפול ובעמימות, עלול לסכל את מהלכיה בתחום ההון ולגרום לה נזק. כן היה מקום ליחס משקל גם לצורכי ההתארגנות של אלה מחברי אגד ומעובדיה, המועסקים בקווי השירות הספציפיים. אין זה כה מובן מאליו, כי אגד תוכל להציע לכולם (בוודאי לא לעובדים השכירים) פתרונות של תעסוקה בקווים אחרים. גם העובדה שרבים מהחברים והעובדים גרים עם משפחותיהם באזורי ההפעלה של קווי השירות הנדונים (ובמקרים רבים אף העתיקו את מגוריהם למקומות אלה) תכביד על האפשרות לשלבם בעבודה באזורים אחרים. בנסיבות אלו, התראה מוקדמת של שישים ימים, ואפילו של שישה חודשים, להוצאת הקווים משליטת אגד, אינה יכולה להיחשב כסבירה. אך הואיל ואיננו נדרשים לקבוע, כי די היה בפגם זה בתנאי המכרז כדי להצדיק את התערבותנו, נימנע מהכרעה בשאלה, מה אורך תקופת המעבר שהיה על המשיבים לקבוע.

10. התנאי שנקבע במכרז, המונע מאגד (כמו גם מ"דן"), ומתאגידים הקשורים בה, להשתתף במכרז, הוא קשה ובעייתי. הוא קשה, מפני שבעצם הטלת איסור על עוסק, לקחת חלק במכרז הנוגע לתחום עיסוקו, יש משום הפלייתו לרעה ופגיעה בזכות היסוד שלו לחופש העיסוק. והוא בעייתי, לנוכח טענת המשיבים שהשתתפות אגד במכרז תפר את השוויון בין המתמודדים, וכי האיסור שהוטל על השתתפותה של אגד מהווה תנאי הכרחי לקיום השוויון בין המתמודדים האחרים. הכיצד? לאגד, טענו המשיבים, יש יתרונות ברורים על פני כלל המתמודדים האחרים: להבדיל מן האחרים, היא אינה צריכה לרכוש אוטובוסים חדשים ולבנות תחנות לצורך הפעלת הקווים המוצעים במכרז. כן עומדים לרשותה כוח-אדם מקצועי ומנוסה ותשתית ארגונית וניהולית הפרוסה בכל רחבי המדינה. ובהסתמכה על שיטת הסבסוד הצולב מסוגלת אגד להגיש למכרז הצעות שתתבססנה על רווח אפסי, או אף על מחירי הפסד. המשיבים חוששים, שאגד תנצל יתרונות אלה ובנקיטת אמצעים כאלה ואחרים תפעל להנצחת מעמדה המונופוליסטי בשוק התחבורה הציבורית. מאידך,

הרחקת אגד מן ההשתתפות במכרז תאפשר קיום תחרות שוויונית והוגנת בין יתר המתמודדים, והטובים שביניהם ייכנסו לענף. בדרך זו ישרת האיסור על השתתפותה של אגד את קידום התחרות בענף. נמצא שהפגיעה בחופש העיסוק של אגד היא לתכלית ראויה, ובהתחשב במספר הקטן-יחסית של קווי-שירות מאלה שבשליטת אגד שהוצעו במסגרת המכרז (תשעה-עשר מתוך יותר מ-1,300 קווי-שירות), גם אין לומר שהפגיעה באגד אינה מידתית. המשיבים הוסיפו, כי השתתפותה של אגד במכרזים מסוג זה תתאפשר בעתיד, לאחר שייווצרו תנאים המאפשרים תחרות אמיתית בענף.

11. מסופקני אם תשובה זו מספקת מענה מניח את הדעת לטענת אגד, בדבר ההבחנה הנדרשת בין מכרז שמטרתו ליצור תחרות "בתוך" קווי השירות לבין מכרז שכל מטרתו לאפשר תחרות "על" קווי השירות. מחד, למשל, ניתן להקשות, אם הכוונה להוציא את אגד מן התחרות בשל היותה בעלת תשתית פיזית ומקצועית, לא תביא לייקור השירות. מאידך, וכעולה מתגובת אגד, כלל לא ברור, שהתאגדויות של מספר חברות להסעת נוסעים, שגם להן ציי אוטובוסים וכוח-אדם מקצועי, לא היו מסוגלות להתחרות באגד "בתוך" קווי השירות, ואפילו "על" קווי השירות, בתנאים שווים. בתצהיר המשלים ניסו המשיבים להראות, כי מדינות שונות פתחו לתחרות את התחבורה הציבורית במקומותיהן בעזרת מכרזים שהגורמים ששלטו בענף בעבר לא הורשו להשתתף בהם. אלא שאגד, בתגובתה לאמור בתצהיר המשלים, כפרה באמיתות הנתונים שהוצגו, או הצביעה על הבדלים משמעותיים בין הדוגמאות שהובאו לבין המצב בארץ.

12. עם כל זאת, וחרף הקושי העקרוני הכרוך בדבר, לא הייתי פוסל על הסף מתכונת של מכרז המוציא את אגד מן התחרות, לוא נוכחתי שביסוד המכרז מונחת תכנית סדורה ובדוקה שמטרתה להביא, בתוך תקופה מוגדרת, לרפורמה אמיתית בתחבורה הציבורית. במה דברים אמורים? בקיום תכנית מפורטת, שעקרונותיה ומרכיביה היסודיים גלויים וידועים והמתווה שיטת ביצוע מחושבת ולוח זמנים מוגדר. דא עקא שתכנית כזאת אינה נמצאת. המכרז, כפי שנטען על-ידי אגד בצדק, אינו מגלה דבר אודות קיומה של תכנית כוללת ורחבה. בתצהיר המשלים ניסו אמנם המשיבים להשלים את החסר. כאן נטען (וזאת לראשונה) כי ביצוע התכנית, לפתיחת הענף לתחרות, יושלם "במהלך תקופה בת עשר שנים, כאשר בשנה הראשונה להכנסת התחרות לענף יוצאו למכרז קווי שירות המופעלים כיום על ידי 'אגד' בהיקף שלא יעלה על 8% מסך פעילותה בתחום התחבורה הציבורית (במונחי מספר נוסעים לשנה); בשנה שלאחריה - 10% וב-8 השנים הבאות - עד 15% בכל שנה". ובתשובה לשאלה, מתי תורשה אגד להשתתף במכרזים, נאמר בתצהיר המשלים (אף כאן לראשונה), כי התנאים שיאפשרו את שיתופה של אגד ייווצרו לאחר שבנוסף לאגד יפעלו בענף עוד כחמישה מפעילים חדשים, שכל אחד מהם יפעיל מאה אוטובוסים לפחות ויקיים תשתית תפעולית סבירה; ותחזית זו עשויה, להערכתם, להתממש "כאשר נתח שוק של כ-15% יעבור מידיה של אגד לידיהם של מפעילים מתחרים שיזכו במכרזים העתידיים לצאת לפועל". חוששני, כי הערכות אלו, שנמסרו בתצהיר שהוגש ימים ספורים לאחר הדיון בפנינו, אינן מתקנות את הפגם הכרוך בפרסום מכרז, שמעיקרה לא התבסס על תכנית כוללת סדורה. במהלך הדיון לפנינו הקשינו על המשיבים בשאלות, ביחס לעצם קיומה, למטרותיה ולתוכנה, של תכנית כזאת; ומן

התשובות שקיבלנו נקל היה להיווכח, שתכנית כזאת טרם גובשה. על יסוד התרשמות זאת סברנו, כי מן הדין לבטל את המכרז, על מנת שיהיה בידי המשיבים, קודם לפרסומו של מכרז חדש, לעשות את שהיה עליהם לעשות קודם לפרסומו של המכרז הנוכחי: לקיים מהלך מסודר של איסוף הנתונים הנחוצים, מיונם ובדיקתם, שבסיומו ניתן יהיה לערוך תכנית ראויה לשמה לרפורמה בתחבורה הציבורית. על ההכרח בקיומו של תהליך כזה, קודם לגיבושה של החלטה מנהלית כלשהי, עליו עמד מ"מ הנשיא שמגר בבג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29, 48, חזר בית המשפט פעמים רבות נוספות (מכלל רבים אחרים, ראו: בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412, 423-425; ובג"ץ 1934/95 תה ויסוצקי (ישראל) בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד מט(5) 625, 638). היה ברור לחלוטין, בעת הדיון לפנינו, כי להחלטה לקיים את המכרז נשוא פרשתנו לא קדם תהליך כאמור. וההערכות שמסרו המשיבים בתצהירים המשלים, במעין ניסיון לספק מענה לשאלות המכבידות שהציג להם בית המשפט במהלך הדיון, אינן יכולות למלא את החסר בתכנית כוללת, שלפחות את קווי היסוד שלה מן הראוי היה לכלול במכרז גופו.

13. מטעמים אלה, הנסמכים על הטענות החלופיות שבעתירה, נעשה בזה צו מוחלט המורה על ביטול המכרז שפורסם על-ידי המשיבים. אין בצו זה כדי למנוע מן המשיבים, לאחר עשיית הנדרש מצידם, לפרסם מכרז (או מכרזים) לביצוע החלטת הממשלה בנושא פתיחת ענף התחבורה הציבורית לתחרות. המשיבים ישלמו לעותרת 1 שכר-טירחת עורך-דין בסך 15,000 ש"ח. אין צו להוצאות ביחס לעותרת 2.

השופט י' קדמי: אני מסכים.

השופט י' אנגלרד: אני מסכים.

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' מצא.

ניתן היום, ט"ז בטבת תשנ"ט (4.1.99).

שופט

שופט

שופט

העתק מתאים למקור
שמריהו כהן - מזכיר ראשי