

1. Alstom Transport SA

2. Citadis Israel

על ידי ב"כ עו"ד תמר תורג'מן קדם
מרח' דניאל פריש 3, תל אביב, 6473104
טל': 03-6944290 ; פקס': 03-6069616

3. אפקון החזקות בע"מ

ע"י ב"כ עו"ד יוסי שם טוב
מרח' יגאל אלון 55, תל אביב, 6789115
טל': 03-6088300 ; פקס': 03-6090620

המערערות

נ ג ד

1. רכבת ישראל

על ידי ב"כ עו"ד ר' יאראק
מרח' השלושה 2, תל אביב, 6706054
טל': 03-7540000 ; פקס': 03-7450001

2. Sociedad Espanola de Montajes Industriales

על ידי ב"כ עו"ד דרור הרפז
מרח' השלום 53, גבעתיים, 5345433
טל': 03-7331515 ; פקס': 03-7331516

3. Eleonor S.a (פורמאלי)

על ידי ב"כ עוה"ד ענת מססה קינן ואבי שרף
מרח' אבא הלל סילבר 12, רמת גן, 5250606
טל': 03-6134401 ; פקס': 03-6134402

המשיבות

עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה

1. בהתאם להחלטת בית המשפט מיום 10.10.2017, ולארכות שניתנו, מוגשת בזאת עמדת היועץ המשפטי לממשלה ביחס לאישור הסדר הפשרה המוצע.

פתח דבר

2. עניינו של ההליך שבכותרת הוא ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב – יפו בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים (עת"מ 16-01-14562, כבוד השופטת מ' אגמון – גונן, מיום 18.4.16), אשר דחה את עתירתן של המערערות לבטל את החלטת ועדת המכרזים של המשיבה 1 (להלן: "רכבת ישראל") להכריז על המשיבה 2 (להלן: "SEMI") כזוכה במכרז "לתכנון, ביצוע ותחזוקה של תשתית החשמול של רכבת ישראל". המדובר במכרז בהיקף כספי של כ-3 מיליארד ש"ח, בעל חשיבות ציבורית ובעל השלכות רחבות היקף על המשק הישראלי.

3. בפסק-דינו המפורט והמנומק קבע בית משפט קמא "כי לא נפל כל פגם בהחלטת ועדת המכרזים של רכבת ישראל" להכריז על SEMI כזוכה. בית המשפט קבע כי "החלטת ועדת המכרזים התקבלה לאחר הליך מכרזי ארוך, סדור ומקצועי, ובוודאי שלא ניתן לומר כי היא חורגת ממתחם הסבירות". עוד נקבע, כי "הסתבר, מעל לכל צל של ספק, כי לא נפלה כל שחיתות בהליך העלאת הניקוד, ואף לא התערבות של הנהלת הרכבת בהליך המכרז".

4. לצד הערעור הוגשה בקשה למתן סעד זמני, בגדרה התבקש בית המשפט הנכבד, כי יעוכב ביצוע עבודות חישמול תשתית מסילות הרכבת עד להכרעה בערעור. בהחלטה מיום 22.5.2016 דחה בית המשפט את הבקשה.

5. במסגרת הדיונים בערעור, הציע בית המשפט הנכבד לצדדים לפעול למיצוי הליכי פשרה ביניהם. כך, בין היתר, קבע בית המשפט הנכבד בהחלטה מיום 26.10.2016:

"לאחר עיון במכלול החומר הצענו לבאי-כוח הצדדים כי ידברו ביניהם כדי לברר אפשרויות להסדר משום דרכי שלום, על פי מה שהוצע בפתח הדיון, בכפוף לכל האישורים הנדרשים לכך, מה שייתר את הצורך בהכרעה שיפוטית בערעור".

6. בסופו של יום, ובעקבות הערות בית המשפט הנכבד בדיונים ובפרט בדיון שהתקיים ביום 18.12.2016, הבינה רכבת ישראל כי קיים סיכון משפטי וכלכלי ממשי בעמידתה על תוצאות המכרז, על כן פעלה הרכבת לגיבוש הסדר פשרה עם המערערת 1 (להלן: "אלסטום").

7. ביום 10.7.2017 הוגש הסדר הפשרה לאישורו של בית המשפט. יוער, כי בין המערערת 3 ובין הזוכה נחתם הסדר קבלנות משנה שהרכבת אינה צד לו, אשר אף הוא חלק מהסדר הפשרה.

8. לאחר שהתבקשו השלמות והבהרות מן הצדדים על הסדר הפשרה, ניתנה ביום 10.10.2017 החלטת בית המשפט, בה נקבע בין היתר:

"נוכח האמור בפסקאות 1-3 שלעיל ובהחלטותינו מהתאריכים 14.09.2017 ו-19.09.2017 – הצדדים מתבקשים להעביר את כל החומר הרלוונטי, לרבות ההודעות המשלימות שבכותרת, יחד עם האישורים של נציגי משרד האוצר ומשרד התחבורה (נספח 1 להודעת המשיבה 1 שבכותרת), הנספח החסוי להחלטתנו זו, וההודעות המשלימות שתימסרנה כאמור לבית המשפט עד לתאריך

23.10.2017 – לעיון היועץ המשפטי לממשלה, כדי שיחווה את דעתו עד לתאריך 16.11.2017 האם ניתן לאשר את הסדר הפשרה המוצע".

9. בהתאם להחלטת בית המשפט האמורה, הועברו החומרים לעיון היועץ המשפטי לממשלה, ונערכו ישיבות במשרד המשפטים עם הגורמים הרלוונטיים, בין היתר, בראשותו של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט כלכלי).
10. כפי שיובא להלן, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא, כי להסדר הפשרה עלות בלתי מבוטלת והוא אינו מיטבי. יחד עם זאת, **בנסיבות העניין**, ולנוכח האפשרות הממשית להתערבות שיפוטית בפסק דינו של בית המשפט קמא, כפי שהדבר עלה מהערותיו של בית המשפט הנכבד, ובשים לב לעלויות הישירות והעקיפות המשמעותיות העלולות לנבוע מכך, הסדר הפשרה הוא סביר ואין מניעה משפטית מאישורו.

קידום הסדר הפשרה

11. היועץ המשפטי לממשלה יקדים ויאמר, כי לעמדתו אין עילה להתערבות משפטית בפסק דינו של בית המשפט קמא. זאת, נוכח העובדה שבמוקד פסק הדין נבחן למעשה שיקול דעתה של ועדת המכרזים ובפרט שיקול דעתם של הצוותים המקצועיים, אשר בחנו וניקדו את ההצעות, עוד קודם לאישורה של ועדת המכרזים וקודם לפתיחת ההצעות הכספיות, ובשים לב לכך שמדובר במכרז ראשוני מסוגו ומורכב.
12. בעניין זה יוער, כי הליך הניקוד מצוי ב"גרעין הקשה" של שיקול דעתה המקצועי של ועדת המכרזים שכן הוא נסמך על ניסיונם ומומחיותם של חברי הוועדה (ראו ע"מ 6823/10 **מתן שירותי בריאות בע"מ נ' משרד הבריאות**, פסקה 26 (פורסם בנבו, 28.2.2011). כאשר מדובר במכרז ראשוני מסוגו ומורכב, אשר האלמנטים המקצועיים בו משמעותיים, היקף התערבותו של בית המשפט בהחלטות ועדת המכרזים מצומצם עוד יותר (ע"מ 3190/02 **קל בנין בע"מ נ' החברה לטיפול בשפכים רמת לבנים בע"מ**, פ"ד נח(1) 590, 606-609 (2003); ע"מ 4513/11 **המחדש תעשיות קמן (2006) בע"מ נ' קולחי הגולן בע"מ**, פסקה 2 (פורסם בנבו, 10.8.2011); ע"מ 5525/13 **אשת שירותי תיירות בע"מ נ' משרד הביטחון**, פסקה 28 (פורסם בנבו, 19.5.2014)). זאת, על רקע קביעתו העובדתית של בית משפט קמא בעניינו, לאחר שחקר את המצהירים מטעם הרכבת, לפיה לא נשקלו שיקולים זרים על-ידי ועדת המכרזים.
13. יחד עם זאת, לאחר שהתקיימו שני דיונים בערעור, ונוכח הערותיו של בית המשפט הנכבד בדיון מיום 18.12.2016, הבינה רכבת ישראל, כי בית המשפט הנכבד רואה קשיים משפטיים ממשיים בהליך המכרזי. זאת, בין היתר על רקע העובדה שבית המשפט הנכבד ציין כי קיימים ארבעה תרחישים אפשריים: התערבות בתוצאות המכרז והכרזה על אלסטוס כזוכה; החזרה לדיון בוועדת המכרזים; ביטול המכרז; או פסיקת פיצויים.

14. על כן, סברה רכבת ישראל, כי קיים סיכון משפטי וכלכלי ממשי בעמידתה על תוצאות המכרז. נוכח הצעותיו החוזרות של בית המשפט הנכבד לקיום מגעים בין הצדדים לקידום הסדר פשרה, פעלה רכבת ישראל בהתאם וניסתה להגיע להסדר פשרה עם אלסטום. למותר לציין, כי ההחלטה לפעול בהתאם להמלצתו של בית המשפט הינה החלטה סבירה וראויה.
15. הליכי הפשרה האמורים התמקדו בראשיתם, בניסיונות להגיע להסכמה בין המציעות בדרך של קבלות משנה או בדרך אחרת. אלא שהצדדים לא הצליחו להגיע להסדר משך זמן רב. בניסיונותיו להביא את הצדדים לידי פשרה, נתן בית המשפט לצדדים ארכות חוזרות ונשנות לשם מיצוי הליכים אלו.
16. יצוין, כי בתקופה זו הזוכה – SEMI, הייתה מצויה בחוסר ודאות לגבי עתידו של החוזה שנחתם עמה, ומשכך, לטענת רכבת ישראל, נוצרו קשיים ביישום החוזה עד כדי סיכון בגרימת עיכובים משמעותיים בהשלמתו במועד.
17. בנסיבות אלו, כאשר רכבת ישראל הבינה, כי קיימת אפשרות ממשית להתערבות בתוצאות המכרז ובשים לב לשלב בו הוא היה מצוי, ונוכח עמדותיה הנחרצות של אלסטום במסגרת המשא ומתן שנוהל עימה, הגיעה רכבת ישראל להסדר הפשרה הנוכחי, במסגרתו ניתנה לאלסטום אחריות חלקית לתחזוקה של קווי הרכבת.

סבירותו של הסדר הפשרה

18. עיקרו של הסדר הפשרה הוא בחלוקת האחריות לתחזוקת קווי הרכבת בין הזוכה – SEMI ובין אלסטום. יוער, כי הסדר הפשרה משנה למעשה את תנאי המכרז בהם נקבע, כי הזוכה יקבל את כל האחריות על תחזוקת קווי הרכבת.
19. להסדר הפשרה חסרונות לא מבוטלים אותם יבקש היועץ המשפטי לממשלה לפרוס לפני בית המשפט הנכבד.
- ראשית, עלות הסדר פשרה זה היא כ-160 מיליון ש"ח עודפים על המחיר שנקבע במכרז, עלות אשר מקורה בכספי ציבור.

שנית, לפיצול המכרז בדרך שנעשה במסגרת הסדר הפשרה חסרונות תפעוליים בולטים. מכרז להקמה, תפעול ותחזוקה בידי גורם אחד אינו דומה למכרז המפצל את ההקמה והתחזוקה בין שני קבלנים, וכן מפצל את התחזוקה עצמה בין שני קבלנים, וזאת לא רק בהיבט הכספי של עלות השירות, אלא גם מבחינת חלוקת הסיכונים בין רכבת ישראל

לבין הזוכים. משכך נדמה, כי לצד העלות הכספית שנוספה נלווה גם חוסר יעילות בהקצאת כספי ציבור.

שלישית, הסדר פשרה זה מהווה למעשה שינוי בדיעבד של תנאי המכרז, שכן הוא מחלק את הזכיה בין המציעים, בשונה מהמתווה המקורי לפיו נקבע כי הזוכה יקבל את כל האחריות על תחזוקת קווי הרכבת. שינוי בדיעבד של תנאי המכרז במסגרת הליך פשרה עשויות להיות השלכות רוחב מורכבות על עולם המכרזים. כמו כן, הסדר פשרה מעין זה, אף עשוי לעורר שאלות לעניין השוויון ואף פוגע בהסתמכות של המציע הזוכה, אשר הציע הצעתו על סמך המכרז כפי שפורסם וייתכן והיה משנה הצעתו אילו נדרש לתת רק חלק מן השירות.

רביעית, הסדרי פשרה מסוג זה עלולים לייצר פגיעה בוודאות של כלל השחקנים בשוק לגבי תוצאות הליכים מכרזיים, אשר עלולה להיות מתומחרת בהצעותיהם. בעולם של מכרזים מורכבים וגדולים, הכוללים מספר גדול של רכיבים ותמחור מורכב של סיכונים, תמחור של חוסר ודאות כאמור עשוי להיות מתורגם לעלות משקית משמעותית.

חמישית, יש לציין את הערותיו של בית המשפט קמא בנוגע להתנהלות החמורה של אלסטום, כפי שהדבר עולה מפסק הדין, ואשר ביחס להתנהלות זו אמר בית המשפט קמא "אילולא חשיבות המכרז נשוא ענייננו, הייתי מוצאת לנכון לדחות את העתירה על הסף אך מהטעם הזה". הסדר הפשרה במצב דברים זה, דומה במקצת למצב של "יוצא חוטא נשכר".

20. על אף קשיים לא מבוטלים אלו, בשל החשש להתערבות שיפוטית בתוצאות המכרז, סברו הרכבת והגורמים הרלוונטיים במשרד האוצר והתחבורה, כי בסיכומו של דבר ולאחר שיקול העלות מול התועלת היתרונות שבהסדר הפשרה עדיפים על עלויותיו ונכון לקדמו.

21. הטעמים העיקריים להחלטה זו הם העלויות הישירות והעקיפות, אשר עשויות להיגרם מעיכוב בהוצאה לפועל של פרויקט חישובול מסילות הרכבת כתוצאה מהתערבות שיפוטית בתוצאות המכרז. העלויות הישירות, עניינן בתשלומי היתר שיתכן שידרשו לשלם במצב דברים בו יוכרז על זוכה אחר; תשלומי פיצויים לגורמים שונים (ספקים ומציעים); עלויות "הבלאי הטבעי" והנזק לצידוד הנייד (קטרים) שיגרם מאי שימוש ואובדן אחריות. העלויות העקיפות, עניינן בהערכה כלכלית של הפגיעה בתכנית התפעולית של הרכבת והעלויות של הפסדי הנסיעות בגין שנות העיכוב. לצד עלויות אלו הובאו בחשבון אף ההשלכות התחבורתיות והמשקיות הכלליות כאמור שבעיכוב ביצוע עבודת תשתית חישובול פסי הרכבת.

22. בהקשר זה יזכיר היועץ המשפטי לממשלה, כי פרויקט החישמול מהווה מרכיב מרכזי בתכנית האסטרטגית של חברת רכבת ישראל לשנת 2040, ומהווה בסיס להתקדמותה. פרויקט החישמול עתיד להביא לקיצור זמן הנסיעה, להגברת תדירות הרכבות ולשיפור דיוקן, ולפי הערכות משרד התחבורה ומשרד האוצר הוא עתיד להביא לתועלת משקית של מאות מיליוני שקלים בשנה, כתוצאה ממעבר נוסעים מרכבים פרטיים לתחבורה ציבורית והפחתת זיהום האוויר ומפגעי רעש שיתלוו לכך.
23. בחינת עלויות אלו העלתה, כי יהיה יעיל וכלכלי יותר לשאת בעלויות הכרוכות בהסדר הפשרה, מאחר שהתערבות שיפוטית שתביא לדחיית פרויקט החישמול – בנקודת הזמן בו הוא מצוי – תגרום לעלויות משמעותיות ביותר, הנאמדות במאות מיליוני שקלים. משכך יהיה כלכלי יותר – אף אם הסיכוי להתערבות במכרז הוא נמוך – לשאת בעלויות הכרוכות בהסדר הפשרה חרף עלותו הגבוהה, מאשר לשאת בעלויות הישירות והעקיפות הנגזרות מכל התערבות שיפוטית בתוצאות המכרז.
24. כאמור, הסדר הפשרה הובא לידיעת משרד האוצר והתחבורה ובשים לב לכלל השיקולים המפורטים, הוא אושר על ידם.
25. היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי החלטת הרכבת וגורמי הממשלה לאשר את הסדר הפשרה מצויה במתחם הסבירות, ולעמדתו בנסיבות העניין אין מניעה משפטית מאישורו של הסדר הפשרה.
- הסדר פשרה מחייב התפשרות על בסיס הסיכונים והסיכויים שבהליך. בנסיבות העניין, הסיכון המשפטי שהוערך על ההשלכותיו המשקיות הרחבות, מאפשר להצדיק את ההחלטה להתפשר על אף העלויות הכרוכות בהחלטה זו.
26. יש לזכור, כי הסדר פשרה מעצם טבעו מבוסס על משא ומתן ויכולת מיקוח. בהיבט זה, הערות בית המשפט תורגמו גם לעמדות הפתיחה במשא ומתן של כל הצדדים המעורבים בדבר. לעניין זה יפים דברי כבוד השופטת נאור – כתארה אז – בבג"ץ 4999/03 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה (פורסם בנבו, 10.5.2006) בפסקה 5 לפסק דינה: "בעשיית פשרה ובקביעת ה'מחיר' אין להתעלם משיקולים מעשיים ובהם יכולתו המשפטית של הצד האחר לגרום 'צרות'. לפשרה (הדרך ההסכמית) יתרון של ודאות (או ודאות יחסית)".

סיכום

27. עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא, כי להסדר הפשרה קשיים ועלויות לא מבוטלות. חרף האמור, בעיתוי הנוכחי ובהתחשב במכלול הסיכונים שפורטו לעיל, ולנוכח הערות בית המשפט הנכבד, אין מניעה משפטית מאישורו של הסדר הפשרה. זאת, בשל העלויות

המשקיות המשמעותיות שעשויות להיגרם כתוצאה מעיכוב בהוצאתו לפועל של פרויקט חישמול פסי הרכבת, והערכת רכבת ישראל, כי קיים סיכון ממשי של התערבות שיפוטית שתוביל לעיכוב כאמור. בשולי הדברים, מבקש היועץ המשפטי לממשלה להבהיר, שלדידו אין להשליך מהאמור בעמדה זו, שעניינה בהסדר פשרה שגובש בנסיבות ייחודיות, על דיני המכרזים הכלליים ועקרונותיהם בהתאם לדין.

היום, ב' בטבת התשע"ח

20 בדצמבר 2017

17
תהילה רוט, עו"ד
סגנית במחלקת הבג"צים
בפרקליטות המדינה

יונתן ברמן, עו"ד
סגן בכיר במחלקת הבג"צים
בפרקליטות המדינה