|  |  |
| --- | --- |
| **בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים** | |
| **בפני כב' השופט א' דראל, סגן נשיא** | **18 דצמבר 2024** |
| **עת"מ 17621-09-24  אגד חברה לתחבורה בע"מ ואח' נ' משרד התחבורה והבטיחות בדרכים ואח'** | |

|  |  |
| --- | --- |
| **בעניין:**  **העותרות** | **1. אגד חברה לתחבורה בע"מ**  **2. אגד החזקות בע"מ**  **ע"י עוה"ד אבי ליכט, דניאל פז, שיר אביטל** |
| **נגד** | |
| **המשיבים** | **1. משרד התחבורה והבטיחות בדרכים**  **ע"י עו"ד ענבל משה**  **2. אלקטרה אפיקים בע"מ**  **ע"י עוה"ד ערן בצלאל, רותם גלמן כסלו, גל חכם אהרן**  **3. אקסטרה תחבורה ציבורית בע"מ**  **4. נתיב אקספרס תחבורה ציבורית בע"מ**  **ע"י עוה"ד עמית גור, אביטל רון**  **5. דן חברה לתחבורה ציבורית בע"מ**  **ע"י עו"ד תמר ענב**  **6. דן בדרום תחבורה (2015) בע"מ**  **7. דן באר שבע תחבורה (2016) בע"מ**  **8. מטרופולין תחבורה ציבורית בע"מ**  **9. סופרבוס ושות' שותפות מוגבלת**  **10. קווים תחבורה ציבורית בע"מ**  **11. תנופה פתרונות תחבורה בע"מ**  **ע"י עוה"ד עמית גור, אביטל רון**  **12. גלים נרקיס הסעות בע"מ** |

|  |
| --- |
| **פסק דין** |

עתירה מנהלית שעניינה מניעת השתתפותן של העותרות בהליך תחרותי מספר 3/2024 לקבלת רישיונות להפעלת קווי שירות בתחבורה הציבורית באוטובוסים בקווי אשכול מטה בנימין ומעלה אדומים (נספח 8 לכתב העתירה, להלן: **ההליך התחרותי** או **המכרז**).

**הרקע העובדתי**

1. החל משנת 1997 הונהגה רפורמה בתחבורה הציבורית שמטרתה הסדרה של פתיחת הענף לתחרות, כך שלצד שתי מפעילות התחבורה הציבורית הוותיקות, יחלו לפעול חברות נוספות. קידום הרפורמה חייב הוצאתם של קווי שירות מידי המפעילות הוותיקות ובהן אגד – אגודה שיתופית לתחבורה בע"מ (להלן אתייחס לעותרת 1 ולאגודה השיתופית בכינוי **אגד,** אלא אם נדרשת הבחנה ביניהן), תוך קביעת לוח הזמנים לצמצום היקף פעילותה של אגד (וכן של דן, שאף היא החלה כאגודה שיתופית והפכה חברה, שהפעילה את מרבית התחבורה הציבורית באזור גוש דן).
2. מדיניות הממשלה גובשה בהחלטות שקיבלה וכן במסמכים הקובעים את דרך הפעלת המדיניות, ובהתאם לאותה מדיניות הופחת חלקה של אגד בפעילות התחבורה הציבורית בדרך של הוצאת קווי תחבורה ציבורית מאגד, פרסום הליכים תחרותיים ובחירת מפעילים אחרים. הליכים אלה נעשו בהסכמה עם אגד תוך מתן ביטוי להיבטים הכספיים השונים, ובמהלך השנים נחתמו הסכמים בין הממשלה לבין אגד שהסדירו את פתיחת הענף לתחרות בהתאם למדיניותה של הממשלה.
3. המסמך הרלוונטי לענייננו הוא "תכנית תחרות ענף התחבורה הציבורית באוטובוסים שנים 2030-2018" מחודש אוגוסט 2018 (נספח 1 לכתב העתירה, להלן: **תכנית התחרות**). תכנית התחרות גובשה במקביל לגיבושו של הסכם הפעלה שנחתם בין אגד לבין הממשלה ביום 7.11.2018 (נספח 3 לכתב העתירה, להלן: **הסכם ההפעלה**), ובו הוגדרו דרכי פעילותה של אגד והאופן שבו תועבר ממנה פעילות לגופים מתחרים.
4. תכנית התחרות והסכם ההפעלה הגדירו תנאים שונים שמטרתם להביא להפחתת חלקה של אגד במתן שירותי תחבורה ציבורית, שינוי מבני באגד והפיכתה מאגודה שיתופית לחברה.
5. בין ההוראות הכלולות בתכנית התחרות מצויה הוראה הקובעת רף עליון לפעילות מפעיל – 25% מכלל פעילות התחבורה הציבורית. הוראה זו נכתבה בסעיף 5.3.1 לתכנית התחרות, שפרשנותו היא העומדת במרכז הדיון בעתירה. הסעיף מורה כי:

"5.3.1 **חלקו של מפעיל מ****כלל פעילות התח"צ באוטובוסים בישראל לא יעלה על כ-25%.**

לנוכח האמור לעיל, יש לקבוע מגבלת השתתפות וזכייה שלא תאפשר חזרה למבנה הענף ששרר ערב יישום הרפורמה, על השפעותיו השליליות.

הגבלת גודלו המקסימאלי של מפעיל לכ-25% מכלל ענף התחבורה הציבורית באוטובוסים, מאזנת בין פגיעה מסוימת בחופש התחרות של המפעילים והשחקנים הפוטנציאליים בענף לבין ההשפעות השליליות הצפויות כתוצאה מהתגבשות של מפעיל או מספר מסוים של מפעילים דומיננטיים. בתום תקופת תכנית התחרות המוצגת במסמך זה, מגבלה זו תשוב ותיבחן בהתאם להתפתחות התחרות בענף.

מגבלה זו, יחד עם כלי הניהול והבקרה על הענף שפותחו במדינה במהלך שנת הרפורמה והפיתוח המתוכנן של אמצעי הסעת המונים, המהווים שירות מתחרה לפחות בחלקו לקווי השירות באוטובוסים הפועלים כיום, יצמצמו למינימום את הסיכוי להתגבשות של מפעיל דומיננטי בעל יכולת השפעה חריגה.

מפעילים שכיום הם מעל ל-25% מהענף, היקף פעילותם יצומצם ב(ה)דרגה להיקף הנ"ל, כך שעד סוף שנת 2029 לא יהיה מפעיל שיחרוג ממגבלה זו."

**עם זאת, למשרד שמורה, על פי שיקול דעתו המקצועי הבלעדי, האפשרות להתיר השתתפות בהליך תחרותי של מפעיל שירות החורג מהמגבלה כאמור."**

[אלא אם צוין אחרת, מכאן ואילך - ההדגשה במקור, והסימון בקו תחתון שלי – א.ד.].

1. לצדה של הוראה זו נקבעו הוראות נוספות המסדירות בנפרד ובנוסף את המגבלות החלות על חלקה של אגד בענף התחבורה הציבורית:

"בימים אלו מתגבש הסכם סובסידיה ותחרות חדש בין המדינה לבין אגד. במסגרת ההסכם לא תותר השתתפות אגד בהליכים תחרותיים בענף במישרין או בעקיפין כל עוד אגד מחזיקה בחברת אגד תעבורה בע"מ בכל שיעור אחזקה.

ככל ושמכרה אגד את אחזקותיה באגד תעבורה ושהיא לא תחזיק בכל גוף אחר המפעיל קווי שירות באוטובוסים בתחבורה ציבורית בישראל, החל מאותו מועד תהיה אגד רשאית להשתתף בהליכים תחרותיים בתחבורה הציבורית, זאת באמצעות חברה קשורה בלבד. בכל מקרה, אגד באמצעות חברה קשורה, תוכל לזכות בהליכים תחרותיים בלא יותר מ-35 מיליון ק"מ רכב שנתי, באשכולות שירות המתוכננים על פי תכנית זו, להתחיל לפעול עד שנת 2029.

באשכולות השירות המפורטים להלן תיאסר השתתפות של אגד או חברות הקשורות לאגד. יובהר כי אגד (או חברת הקשורות לה) לא תוכל להשתתף בהליכים התחרותיים באשכולות אלה גם אם יצורפו אליהם או ייגרעו מהם קווים נוספים או שיצורפו או יגרעו אשכולות נוספים באותו הליך תחרותי:

[...]

בנוסף, באשכולות המפורטים להלן תוכל חברה קשורה של אגד להשתתף בהליכים התחרותיים, אך לזכות ולהפעיל לכל היותר ב-18 מיליון ק"מ רכב בשנה:

[...]

יודגש כי מגבלות ההשתתפות על המפעילים ההיסטוריים הן בנוסף למגבלות ההשתתפות הכלליות..."

1. בתכנית התחרות נקבעו הוראות נוספות לעניין ההגבלות ובהן:
2. הגבלת חלקו של מפעיל שירות במרכז שלושת המטרופולינים הגדולים ל-50% (סעיף 5.3.2 לתכנית התחרות);
3. דרך הקביעה מה חלקו של המפעיל בענף לפי פרמטרים שונים (סעיף 5.3.3 לתכנית התחרות).
4. האפשרות להשתתפות בהליך תחרותי באמצעות חברות קשורות (סעיף 5.3.8.1).
5. באשר להסכם ההפעלה, ההסכם נחתם ובו כלולות הוראות המאמצות את תכנית התחרות. נפנה בקשר לכך לסעיף 28.4 להסכם ההפעלה:

"נציגי הממשלה הציגו לאגד את עקרונות תכנית התחרות המעודכנת עד לשנת 2029, אשר קיבלה תוקף בהחלטת ממשלה [...] ואשר תיושם במהלך תקופת ההסכם ולאחריה על כלל המפעילים, לרבות אגד, ואשר אלה עקרונותיה:

1. חלקו של מפעיל תחבורה ציבורית מכלל פעילות התחבורה הציבורית באוטובוסים לא יעלה על השיעור שייקבע בתכנית התחרות מסך הענף. בסוף שנת 2029 לא יהיה מפעיל שיחרוג ממגבלה זו. משרד התחבורה יפעל לפרסום הליכים תחרותיים אשר יאפשרו עמידה במגבלה זו. האפשרות לחריגה מהמגבלה כאמור בתקופה שעד ל-2029, בנסיבות מסוימות, בין היתר בשל צרכי תחרות תהיה רק באישור של הממשלה עפ"י שיקול דעתה הבלעדי. אין בסעיף זה כדי לגרוע מזכותה של אגד לטעון לעניין מגבלה כאמור בתום תקופת תכנית התחרות וכן לא לחייב את הממשלה לעניין מגבלה כזו או אחרת בתום תכנית התחרות.
2. ...
3. חלקו של המפעיל בענף באזור פעילות או בענף כולו ייקבע כגבוה מבין שני הפרמטרים הבאים:
4. שיעור נסיעות הנוסע מסך הנסיעות בענף (נתון זה יתקבל מהמסלקה).
5. שיעור הק"מ ברישוי מסך כל הק"מ ברישוי אוטובוסים (נתון זה יתקבל ממערכת הרישוי).
6. ...
7. במסגרת מכרזי ההפעלה לאשכולות קווי שירות באוטובוסים תהיה הממשלה רשאית להטיל מגבלות השתתפות נוספות, ככל שתמצא לנכון ועל פי שיקול דעתה הבלעדי, על מנת לשמר את רמת התחרותיות בענף, ומגבלות אלה יוחלו גם על המפעיל ועל התאגידים הקשורים בו..."
8. סעיף רלוונטי נוסף לענייננו הוא סעיף 28.2 להסכם ההפעלה שקובע כי בכל מקרה, לאורך כל תקופת ההסכם, חלקה של אגד לא יעלה על חלקה בענף במועד החתימה על ההסכם.
9. לאחר החתימה על הסכם ההפעלה פעלו הצדדים ליישומו: האגודה השיתופית הפכה חברה; אגד מכרה את אחזקותיה באגד תעבורה, והחלה להיערך להשתתפות בהליכים תחרותיים חדשים.
10. ועדת המכרזים המיוחדת למתן רישיונות להפעלת קווי תחבורה במשרד התחבורה (להלן: **ועדת המכרזים**) פרסמה הליכים תחרותיים שונים. אחד מהם הוא הליך תחרות לקבלת רישיונות להפעלת קווי שירות בתחבורה הציבורית באוטובוסים בקווי אשכול אונו אלעד (להלן: **מכרז אונו אלעד**). ההוראה שנכללה במכרז זה באשר למגבלת ההשתתפות הייתה כי השתתפותה של אגד וכל חברה או גוף הקשור בה תיבחן על ידי ועדת המכרזים בהתאם לתכנית התחרות (סעיף 1.4). ביום 20.10.2021 דנה ועדת המכרזים והחליטה שלא לאפשר את השתתפותה של אגד בשל כך שחלקה הוא מעל 25% וההליך כולל היקף שירות העולה על 18 מיליון ק"מ שנתי (נספח 9 לכתב התשובה של משרד התחבורה). אגד טוענת כי לא הייתה מודעת להחלטתה של ועדת המכרזים ולנימוקיה.
11. בחודש מאי 2022 פורסם הליך תחרותי מס' 4/2021 לקבלת רישיונות להפעלת קווי שירות בתחבורה ציבורית באוטובוסים בקווי אשכול השרון (להלן: **מכרז אשכול השרון**). בסעיף 1.4 למכרז צוין כי אין מגבלות השתתפות בהתאם לתכנית התחרות, ואף הובהר כי חברה בת של אגד, עותרת 2, אגד החזקות בע"מ (להלן: **אגד החזקות**) רשאית להשתתף בו, תוך שהמגבלה היחידה שהוזכרה היא המגבלה של 35 מיליון ק"מ (המכרז – נספח 4 לעתירה, פרוטוקול ועדת המכרזים במכרז אשכול השרון – נספח 5 לעתירה). באותה עת היה חלקה של אגד בענף 24.9%. אגד לא זכתה במכרז אשכול השרון.
12. בחודש נובמבר 2022 פורסם הליך תחרותי מס' 9/2022 לקבלת רישיונות להפעלת קווי שירות בתחבורה הציבורית באוטובוסים בקווי אשכול עוטף ירושלים מערב (להלן: **מכרז אשכול עוטף ירושלים**). גם במכרז זה הותר לאגד להשתתף (נספח 6 לעתירה), נבחנה רק המגבלה של 35 מיליון ק"מ, וכן הוברר כי אגד לא תוכל לזכות במכרז אשכול השרון ובמכרז אשכול עוטף ירושלים יחדיו. אגד זכתה במכרז עוטף ירושלים והקימה לשם כך חברה ייעודית. כמות הק"מ שעתידה להיות מבוצעת במכרז אשכול עוטף ירושלים היא 15 מיליון ק"מ.

**ההליך התחרותי נושא העתירה והוראותיו**

1. עוד קודם לפרסום ההליך התחרותי, דנה ועדת המכרזים בישיבה שקיימה ביום 15.7.2024 במגבלת ההשתתפות של אגד ושל דן במכרז. בדיון נבחנה שאלת השתתפותה של אגד בהליך התחרותי, ונמצא כי לפי ניתוח חלקה בענף, היא חורגת ממגבלות ההשתתפות הכלליות (25%):



1. בהקשר להשתתפותה של אגד נכתב בפרוטוקול הדיון מיום זה (נספח 16 לכתב התשובה):

"חברי הוועדה גם סבורים, כי מקום בו אגד כבר בשלב פרסום ההליך, חורגת ממגבלת ההשתתפות, הרי שלא ניתן לאפשר השתתפות ולהטיל מגבלות זכייה (...). ועל כן, שאלת מגבלות ההשתתפות היא השאלה היחידה המנחה את הוועדה. בהתייחס לכך סבורה הוועדה כי הרי שרוח תכנית התחרות ומטרותיה ברורות, וקובעות כי יש לפעול לשמירה על מתח תחרותי בענף ולנתח את הענף לפני הכל בראי מגבלות ההשתתפות הכלליות. אגד עדיין גורם דומיננטי בענף, ומפעילה אשכולות רבים שבחלקם קיבלו לאורך השנים תוספות שירות משמעותיות לצורך הפעלה מיטבית ושמירה על רמת השירות לציבור הנוסעים. דומיננטיות זו ניתן לראות בעצם החריגה שלה ממגבלות תכנית התחרות הכלליות. לכך מתווסף הסיפא של סעיף 5.3.8.2 לתכנית התחרות, הקובע כי המגבלות הייחודיות למפעילים ההיסטוריים הן בנוסף למגבלות ההשתתפות הכלליות. נוכח כל האמור, סבורים חברי הוועדה כי אגד לא יכולה להשתתף בהליך התחרותי, נוכח העובדה כי אינה עומדת במגבלות ההשתתפות הכלליות וחורגת מ-25% במונחים הארציים בהיקפי ק"מ השירות, ונוכח האמור בסיפא של סעיף 5.3.8.2 לפי מגבלות ההשתתפות על המפעילים ההיסטוריים הן בנוסף למגבלות ההשתתפות הכלליות.

**החלטה**

**1) אישור עקרונות ההליך התחרותי ופרסומו, בהתאם לאמור לעיל, ובכפוף להפצת** **כלל מסמכי ההליך התחרותי לחברי הוועדה כפי שנעשה בכל הליך תחרותי...**

**3) לעניין מגבלות ההשתתפות, דן תוכל להשתתף בהליך התחרותי. אגד מנועה מהשתתפות בהליך התחרותי האמור, בהתאם למפורט לעיל."**

1. בהמשך להחלטה שהתקבלה על ידי ועדת המכרזים ביום 1.8.2024 פרסם המשיב 1, משרד התחבורה והבטיחות בדרכים (להלן: **משרד התחבורה**) את ההליך התחרותי. בסעיף 1.4.1 נקבעה ההוראה הבאה:

"נכון למועד פרסום הליך זה חב' אגד, כהגדרתה בסעיף 2 להלן ["אגד" חברה לתחבורה בישראל בע"מ], אינה רשאית להשתתף בהליך זה. בחינת האפשרות של גוף שהינו מפעיל קיים של קווי שירות באוטובוסים אשר הפעיל קווי שירות לפני ה-1.1.2000 לזכות בהליך זה תהיה בהתאם לתכנית התחרות בענף התחבורה הציבורית, שפורסמה באוגוסט 2018, ותכנית התחרות למטרופולין תל אביב שנגזרת מתכנית התחרות הכללית ופורסמה בינואר 2022."

היקף הנסועה לפי המכרז הוא 11.247 מיליון ק"מ (סעיף 49).

1. אגד שקיבלה לידיה את הוראות ההליך התחרותי פנתה ביום 5.8.2024 במכתב למשרד התחבורה (נספח 9 לכתב העתירה), בבקשה להבהיר כי ההגבלה שצוינה אינה מונעת מחברה בת של אגד להשתתף במכרז. לאחר שלא ניתן מענה, שלחו באי כוחן דאז של העותרות מכתב נוסף שבו ביקשו הבהרה שאין מניעה להשתתפות חברת אגד החזקות במכרז (נספח 10 לכתב העתירה), וביום 13.8.2024 נשלח מכתב שלישי (נספח 11 לכתב העתירה). במכתב האחרון פירטו העותרות את התייחסותן להוראה האוסרת על השתתפותה במכרז ולפרשנות הנכונה של המגבלה שהוטלה בסעיף 5.3.1 למסמך התחרות.
2. עמדת העותרות הייתה כי "הדברים ברורים – מדובר על ירידה **הדרגתית** בחלקה של אגד עד להיקף של 25% בסוף שנת 2029", כך שאין לפרש את ההוראה או את הסכם ההפעלה באופן שמונע את השתתפות חברה בת של אגד במכרזים, אם חלקה של אגד במועד פרסום המכרז עולה על 25%, כפי שסוברת ועדת המכרזים (יצוין כי ועדת המכרזים ראתה את המגבלה כמגבלת כניסה להליך התחרותי, ולכן התירה לאגד להתמודד באמצעות חברה בת, אם במועד פרסום המכרז היה חלקה נמוך מ-25% אף אם בעקבות הזכייה חלקה של אגד עולה על 25%).
3. ועדת המכרזים התכנסה לדון בטענותיה של אגד. בפרוטוקול הדיון מיום 19.8.2024 (נספח 17 לכתב התשובה של משרד התחבורה) פורטה עמדת ועדת המכרזים:

"ראשית, מבהירים חברי הוועדה כי הדיון שהתקיים בוועדה ביום 15.7.2024 הציג במפורט את התשתית להחלטה כי אגד מנועה מלהשתתף בהליך התחרותי דנן. עם זאת, לגופם של דברים סבורים חברי הוועדה כי יש להדגיש כי ההחלטה למנוע את השתתפותה של אגד בהליך שבנדון נובעת ממספר טעמים מרכזיים, המהווים גם מענה לטענותיה של החברה כפי שהובאו בפנייתה:

* האמור בתכנית התחרות על חלקו של כל מפעיל בענף בשנת 2029, הוא יעד קטיגורי לכלל המפעילים. אולם, הכלל הוא, כפי שנקבע מפורשות בסעיף 28 להסכם אגד שבמסגרת התקופה שעד 2029 לא תתאפשר חריגה מתקרה זו, כשהחריג לכך יהיה אך ורק באישור של הממשלה לפי שיקול דעתה הבלעדי. היינו, אין בכך שנקבע יעד שמעבר לו מפעילים קטיגורית לא יחרגו מתקרת הפעילות הענפית ללא שיקול דעת לממשה לאפשר חריגה מתקרה זו לאחר מועד זה, לגרוע מהכלל, שנקבע בהסכם, שתוך כדי התקופה מפעיל לא יחרוג מתקרה זו אלא באישור ובשיקול דעת בלעדיים של הממשלה. יתרה מכך, כאמור על פי התוכנית חלקה של אגד (כמי שחרגה מהמגבלה במועד אישור התוכנית) אמור להצטמצם בהדרגה במהלך התוכנית ואולם בוודאי שלא לגדול.
* כפי שגם נאמר בדיון הוועדה מיום 15.07.2024, סעיף 5.3.8 אשר מורה על מגבלות השתתפות פרטניות למפעילים היסטוריים מורה על האפשרות של אגד להשתתף באמצעות חברה קשורה בהליכים תחרותיים בתנאים מסוימים, לרבות מכירת אחזקותיה של החברה באגד תעבורה, ובדגש כי "מגבלות ההשתתפות של המפעילים ההיסטוריים הן בנוסף למגבלות ההשתתפות הכלליות".
* אל מול הנתונים שמציגה החברה על חלקה בענף ערב פרסום ההליך התחרותי להפעלת אשכול עוטף ירושלים מערב, ציינו גורמי המקצוע כי לפניהם עמדו נתונים שונים, אשר חושבו בהתאם למתודולוגיה, שנקבעה בתכנית התחרות, של כ-24.9% במונחי היקפי ק"מ, על אף שקרוב למגבלה, עדיין נמוך ממנה. וזאת אל מול הנתונים המצויים בפני הוועדה ערב פרסום הליך תחרותי מטה בנימין ומעלה אדומים על חלקה של אגד בענף אשר עומד על כ-25.7% ועל כן מונע מאגד להשתתף בהליך התחרותי בהתאם לקבוע בתכנית התחרות..."

1. בהמשך לדיון, ביום 25.8.2024 השיבה ועדת המכרזים לפנייתן של העותרות:

"כאמור בהסכם ההפעלה, היעד הקטיגורי של תכנית התחרות הוא שבסוף שנת 2029 לא יהיה מפעיל שיחרוג ממגבלת הפעילות הכלל ענפית (25%), ושבהתאם לאמור בסעיף 5.3.1 לתכנית התחרות היקף הפעילות של מפעילים שחלקם הכללי בענף, עובר לתכנית התחרות, היה גבוה מ-25% יצומצם בהדרגה כך שיתקיים היעד האמור במועד האמור. ואולם הכלל הוא, כפי שנקבע מפורשות בהסכם, שבמסגרת התקופה שעד 2029 לא תתאפשר חריגה מתקרה זו, כשהחריג לכך יהיה אך ורק באישור של הממשלה על פי שיקול דעתה הבלעדי. היינו, אין בכך שנקבע יעד מעבר לו מפעילים קטיגורית לא יחרגו מתקרת הפעילות הענפי ללא שיקול דעת לממשלה לאפשר חריגה מתקרה זו לאחר מועד זה, לגרוע מהכלל, שנקבע בהסכם, שתוך כדי התקופה מפעיל לא יחרוג מתקרה זו אלא באישור ובשיקול דעת בלעדיים של הממשלה. יתרה מכך, כאמור על פי התכנית חלקה של אגד (כמי שחרגה מהמגבלה במועד אישור התוכנית) אמור להצטמצם בהדרגה במהלך התכנית ואולם בוודאי שלא לגדול..." (נספח 12 לכתב העתירה).

1. בהמשך המכתב עמדה ועדת המכרזים על כך שמהנתונים שברשותה חלקה של קבוצת אגד בענף עומד על 25.7% במונחי ק"מ רכב ולכן היא חורגת ממגבלת הפעילות הכללית לענף שנקבעה בתכנית התחרות ואינה יכולה להשתתף במכרז.
2. מכאן העתירה, בגדרה מבקשות העותרות להורות על ביטול החלטת ועדת המכרזים, שמונעת את השתתפותה של אגד החזקות במכרז, ושינוי ההוראה שנקבעה בהליך התחרותי. לצד העתירה הגישו העותרות בקשה דחופה למתן צו ביניים ולקביעת דיון דחוף בעתירה. נוכח הדחיפות נקבע דיון בעתירה ליום 14.10.2024 ולוח זמנים קצר להגשת תגובות לבקשה לצו ביניים וכתבי תשובה. במועד שנקבע להגשת התגובה לבקשה הודיעו העותרות ומשרד התחבורה כי הגיעו להסכמה דיונית. לפי ההסכמה יתאפשר לאגד החזקות להירשם להליך התחרותי, להגיש שאלות הבהרה ושמות של יועצים לאישור, וזאת מבלי שיהיה בכך להודות בטענות שבעתירה. בגדרה של ההסכמה קבעו הצדדים לוח זמנים להגשת כתבי תשובה והציעו מועדים לדיון. העתירה נקבעה לדיון ליום 21.11.2024.
3. לאחר הגשת כתבי התשובה, ובמקביל להגשתם של עיקרי טיעון, הגישו העותרות ביום 18.11.2024 הודעת עדכון, שבה ביקשו לעדכן את בית המשפט כי המועד להגשת ההצעות במכרז נדחה ליום 15.1.2025. על פי עמדתן של העותרות, לדחיית המועד להגשת הצעות יש משמעות קריטית, שכן לטענתן זה המועד לקביעת חלקה של אגד בענף, ולפי החישוב שערכה בחודש ינואר 2025 חלקה יעמוד על 23.6% (הכוונה לחלקה לפי התחשיב שנערך בהתבסס על קווים שיוצאו מידה בתוך 3 שנים, יצוין שהמשיבות חולקות על נתון זה).
4. העותרות טענו אפוא כי על ועדת המכרזים לדון מחדש בהחלטתה שלא לאפשר לאגד החזקות להשתתף במכרז, שכן גם על-פי הפרשנות המחמירה של ועדת המכרזים לרף ההשתתפות – אגד החזקות רשאית לגשת למכרז. להודעת העדכון צורף מכתב באי כוחן של העותרות לוועדת המכרזים.
5. ביום 18.11.2024 התכנסה ועדת המכרזים לדון בטענות העותרת ודחתה אותן. עיון ב"רפרנדום ועדת מכרזים" מעלה כי היועץ המשפטי של הוועדה הציג את טענות העותרות והתייחס אליהן, תוך שהפנה לסעיף 1.4 למסמכי המכרז הקובעים "מגבלת השתתפות", להבדיל מתנאי סף שעל המציע לעמוד בו, ומשכך נכתב כי "נכון למועד פרסום הליך זה, חב' אגד...". עמדתו היא שהבחינה לפי הוראות המכרז היא במועד הפרסום ולא במועד הגשת ההצעות, וגישה זו הייתה ידועה וברורה גם לעותרות, שנסמכו בעתירתן על הנתונים הנוגעים למועד פרסום המכרז. בסקירה נדרש היועץ המשפטי של הוועדה לטענות העותרות לכך שנעשתה קביעה אחרת בעניינה של דן והסביר את השוני בין שתי ההחלטות. לאחר שמיעת הסקירה החליטו חברי הוועדה לדחות את בקשת העותרות לבחון את היקף הפעילות סמוך למועד הגשת ההצעות.
6. בהמשך לכך, הגישו העותרות בקשה לתיקון העתירה, באופן שיאפשר להן לתקוף את ההחלטה האחרונה כך שהדיון בעתירה יאפשר למצות בגדרה של עתירה אחת את מכלול הטענות. על אף התנגדות המשיבות לתיקון נעתרתי לבקשה, ביטלתי את הדיון שנקבע וקבעתי לוח זמנים להגשת עתירה מתוקנת וכתבי תשובה מתוקנים (בתוך פרקי זמן קצרים), ואלה הוגשו. הדיון בעתירה התקיים ביום 3.12.2024.

**עיקרי טענותיהן של העותרות**

1. העותרות יוצאות מנקודת מוצא שתכנית התחרות והסכם ההפעלה תקפים ומחייבים והן אינן מבקשות לחלוק על עקרונותיהם ותכליתם. הן מבקשות למקד את הדיון בפרשנות ההוראות השונות ובשאלה האם ההוראה שנכללה בסעיף 1.4.1 להליך התחרותי תואמת את תכנית התחרות והסכם ההפעלה. הן מציגות שלוש שאלות שעל בית המשפט לבחון:
2. השאלה המהותית – בהנחה שעל אגד לעמוד במגבלה של 25%, האם מגבלה זו חלה באופן מידי, או שמדובר בירידה הדרגתית כך שהמועד שבו על אגד לעמוד בדרישה הוא בסיום פרק הזמן שנקבע בתכנית התחרות – 2029?
3. האם הרף שנקבע – "**כ**-25%" הוא רף קשיח או גמיש, והאם ועדת המכרזים מוסמכת לסטות ממנו ובחנה את האפשרות הזו במסגרת החלטתה?
4. מה המועד הקובע לבחינת חלקה של אגד בהספקת שירותי התחבורה הציבורית: מועד פרסום המכרז או מועד הגשת ההצעות?
5. העותרות מבקשות לבטל את החלטת ועדת המכרזים לעניין קביעת מגבלת ההשתתפות במכרז על אגד ואגד החזקות, ולאפשר לאגד החזקות להשתתף בו; ולחלופין, לאור ההחלטה על דחיית מועד הגשת ההצעות למכרז, לבטל את ההחלטה מיום 18.11.2024 הקובעת כי מועד חישוב חלקה של אגד בענף הוא מועד פרסום מסמכי המכרז, ולקבוע כי המועד הנכון הוא המועד להגשת ההצעות. חלופה נוספת המתבקשת על ידי העותרות, היא לקבוע כי מגבלת ההשתתפות היא איננה רף קשיח ועל ועדת המכרזים לשקול האם לאפשר לאגד להשתתף בהליך התחרותי בכל זאת.
6. לטענת העותרות התנהלות משרד התחבורה היא בלתי מתקבלת על הדעת, מונעת שלא כדין מאגד החזקות להשתתף במכרז, ופוגעת בעותרות באופן קשה. המדינה קיימה הליך לא שקוף ולא ברור, והפרה מצגים והתחייבויות שנטלה על עצמה, עליהם אגד הסתמכה ושינתה את מצבה לרעה.
7. נקודת המוצא של טענות העותרות היא כי המדיניות שננקטה להוצאת קווי שירות של התחבורה הציבורית מהמפעילות ההיסטוריות לוותה בקושי, ולכן גובשה בשיתוף פעולה מלא עם אגד תכנית מפורטת שכללה עקרונות ומרכיבים, וקבעה מתווה ולוח זמנים לפרק זמן ארוך. העתירה עוסקת בתכנית התחרות לשנים 2030-2018, שתוצאתה הוצאה מאסיבית של קווי שירות מידיה של אגד (28.8% מכלל פעילותה ופרסומם בהליכים תחרותיים, תוך שהתאפשר לאגד להשתתף בחלק מהמכרזים שיפורסמו בתנאים שהוסכמו). על בסיס אותם תנאים, שאפשרו השתתפות אגד במכרזים, אגד ביצעה שינוי מבנה תאגידי, מכרה נכסים, צירפה בעל מניות חדש שאף הוא הסתמך על התכנית וההסכם, והצדדים פעלו על יסוד אותן הסכמות.
8. ההחלטה שהתקבלה עתה, לשלול מאגד החזקות את האפשרות להשתתף במכרז, התקבלה אצל אגד בהפתעה גמורה והיא מפרה את תכנית התחרות לאחר שאגד שינתה את מצבה לרעה בצורה בלתי הפיכה.
9. אגד מגדירה את פרשנותה של ועדת המכרזים לסעיף 5.3.1 בתכנית התחרות, שאליו מפנה סעיף 28.4 בהסכם ההפעלה, פרשנות אשר רואה ברף ההשתתפות בעל תחולה מידית (להבדיל מתחולה רק בתום 2029) – פרשנות מופרכת. לטענתה, בהינתן שבמוקד העתירה עומדת שאלה משפטית-פרשנית, ובית המשפט אינו נדרש להכרעה עובדתית או מקצועית שבה לוועדת המכרזים וליועציה יכול להיות יתרון כלשהו, היתרון בהכרעה הוא דווקא לבית המשפט.
10. הפרשנות הנכונה, לשיטת העותרות, של ההוראה בתכנית התחרות היא כי הוראות ההגבלה נועדות להבטיח שבסוף תקופת התכנית חלקה של אגד בענף לא יעלה על 25% וזאת לאור הלשון המפורשת של ההסכם, תכנית התחרות, הגיונם הפנימי של הסעיפים שבהם, והתכלית הסובייקטיביות והאובייקטיבית של מסמכים אלה. את פרשנות המשרד מגדירות העותרות כפרשנות חדשה ולא הגונה.
11. נימוקיהן של העותרות להעדפת הפרשנות שאותה הן מציעות הן: הסכם ההפעלה הוא חוזה רגולטורי, שמבוסס על שיתוף פעולה, ולכן יש לתת לו משקל ממשי בפרשנות תכנית התחרות. במסגרת הסכם ההפעלה וכתנאי להשתתפות בהליכים תחרותיים, אגד ויתרה ויתורים משמעותיים ומרחיקי לכת ביחס לזכויותיה ומעמדה בענף, והסכימה למהלכים כואבים מבחינתה, בהסתמך על מצגי המדינה, כי תוכל להשתתף במכרזים; יש לפרש את הוראות תכנית התחרות והסכם ההפעלה באופן הרמוני, וללמוד מהן על הכוונה לצמצום הדרגתי של היקף הפעילות לאורך כל תקופת התכנית כך שרק בסוף שנת 2029 לא יוכל מפעיל לחרוג מהיקף הפעילות שנקבע. העותרות למדות על פרשנות זו מהאמור בסעיף 28.4(1) להסכם ההפעלה, ולטענתן כך יש לפרש את סעיף 5.3.1 לתכנית התחרות. על כן, היעד שנקבע צריך להתקיים בסוף 2029 ולא עתה.
12. העותרות נסמכות בפרשנותן אף למגבלה שנקבעה לשתי המפעילות ההיסטוריות – אגד ודן – מגבלה של 35 מיליון ק"מ. הן מפנות לסעיף 28.5 להסכם ההפעלה ולנוסח שנקבע שם, לפיו המגבלה היא שאגד באמצעות החברה הקשורה תוכל לזכות בהליכים תחרותיים בלא יותר מ-35 מיליון ק"מ שנתי. משמעות קבלת פרשנותה של ועדת המכרזים היא שלהוראה זו אין משמעות, שכן אם חריגה מעבר לרף ההשתתפות מונעת את השתתפות אגד במכרזים, מדוע לקבוע מגבלה על כמות ק"מ שנתית. דווקא פרשנות העותרות מתיישבת עם הצורך בהוראה זו. בהקשר זה מצרפות העותרות טבלת סימולציה שמראה את מהלך הדברים אם אגד תזכה במכרזים בהיקף מצטבר של 35 מיליון ק"מ שנתי ותפחית את פעילותה במהלך השנים (נספח 19 לעתירה):



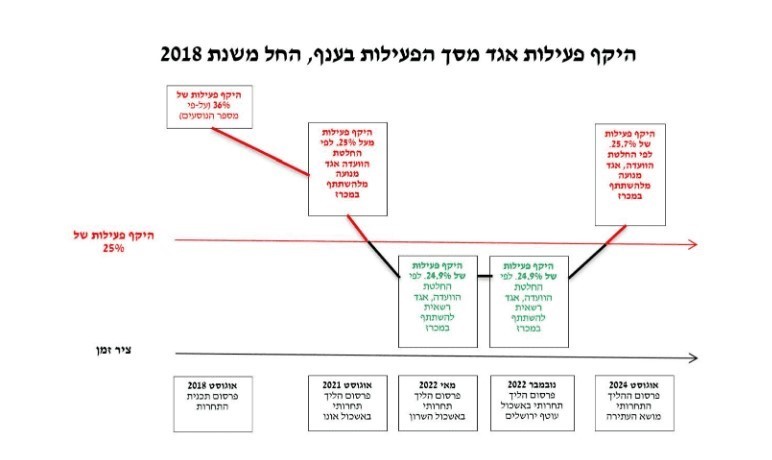
1. עמדתן של העותרות היא אפוא כי הפרשנות הנטענת על ידן, לפיה רף ההשתתפות חל על אגד רק בשנת 2029, משיבה להוראת סעיף 28.2 להסכם ההפעלה את הגיונה הפנימי ואת הרציונל העומד בבסיסה, וכי לפי פרשנות זו, במסגרת הסכם ההפעלה ביקשה הממשלה ליצור עבור אגד מעין "רצועת פעולה" שמטרתה צמצום הדרגתי של חלקה עד תום שנת 2029. אגד אינה יכולה לחרוג מחלקה בענף כפי שהיה במועד כריתת הסכם ההפעלה והיא נדרשת לעמוד ברף ההשתתפות בסוף שנת 2029, אף שהיא מוגבלת בזכייה במכרזים שבהם תשתתף להיקף של עד 35 מיליון ק"מ בענף.
2. העותרות טוענות, כאמור, כי פרשנות תכליתית סובייקטיבית של הוראות תכנית התחרות והסכם ההפעלה תומכת בקבלת עמדתן, שכן העותרות ומפעילות אחרות הבינו שיש לעמוד בהוראת המעבר ביחס לרף ההשתתפות רק בתום שנת 2029. העותרות נסמכות על התצהיר שתומך בעתירה המתוקנת, ועל האופן שבו התייחס פורום חברות התחבורה הציבורית הפרטיות בישראל לטיוטת תכנית התחרות, שלפי מכתב שכתב (נספח 20 לעתירה) הבין כך את ההוראה. לצד זאת, נטען כי ההורדה ההדרגתית בהיקף הפעילות של אגד מתיישבת עם אופיו ההדרגתי של ההסדר כולו וקצב יישומה ההדרגתי של תכנית התחרות.
3. ההיבט האחר של הפרשנות התכליתית, ההיבט האובייקטיבי, תומך אף הוא לטענת העותרות בעמדתן. נוכח הפגיעה באגד נדרשה הוראת מעבר כדי להגן על האינטרסים שלה, ולצמצם את הפגיעה בחופש העיסוק שלה. משכך, חבה הרשות בקביעת הוראת מעבר שתצמצם את הפגיעה ותאפשר היערכות למציאות החדשה. התכלית האובייקטיבית מחייבת אפוא פרשנות המעדיפה יישום הדרגתי ולא תחולה מידית.
4. העותרות טוענות להעדפת הפרשנות שלהן מכוח חובת תום הלב וההגינות, לנוכח הכלל המבכר פרשנות שאינה פוגעת בזכויות יסוד: חופש העיסוק וזכות הקניין; ובחירה בפרשנות המרחיבה את מעגל המציעים.
5. היבט אחר הוא הטענה כי ההחלטות אינן עולות בקנה אחד עם החלטותיה של ועדת המכרזים בשני מכרזים קודמים. העותרות מפנות לכך שבמכרז השרון ובמכרז עוטף ירושלים התאפשר לאגד להשתתף על אף שחלקה עמד על 24.9% ו-25.1% בהתאמה, מבלי שנבחנה עמידתה של אגד ברף ההשתתפות, אלא רק בהוראות המעבר שנקבעו עבור אגד.
6. לחלופין, העותרות טוענות כי למשרד נתון שיקול דעת להתיר חריגה מרף ההשתתפות, מקום בו מדובר בסטייה זניחה, וזאת בכלל, וכן בפרט מקום בו צוין בסעיף 5.3.1, כי חלקו של מפעיל לא יעלה על כ-25%. העותרות מבקשות ללמוד מהביטוי "כ-" על כך שהוא נועד לציין קירוב או אומדן, ולא רף קשיח, ולכן לוועדה שיקול דעת מלא לאפשר חריגה לא משמעותית ממנו, בפרט כאשר מדובר באגד, שחלקה בענף מצוי ממילא במגמת ירידה ועומד כעת על 25.7%. לפי טענתן של העותרות ועדת המכרזים התעלמה מכך שהרף אינו קשיח ולא נתנה את דעתה לכך שמדובר במגבלה שהיא דינאמית, שאינה מחייבת עמידה ברף המדויק של 25% אלא פועלת "כמעין רצועה" שנועדה לאפשר מרחב תמרון במהלך תקופת התכנית ומאפשרת חריגה שאינה מהותית מהרף שנקבע.
7. לצד הטענות הנוגעות לפרשנות, העותרות מעלות טענות הנוגעות להליך שהתנהל. לטענתן, מגבלת ההשתתפות נכללה לראשונה במכרז בהפתעה, ללא עריכת שימוע, תוך הפרת סעיף יישוב המחלוקות ועל יסוד תשתית חסרה. לפי הטענה היה על המשרד לקיים את חובת השימוע, באופן שייתן ביטוי לסעיף יישוב המחלוקות המעוגן בהסכם ההפעלה שנועד להסדיר את אופן פתרון הסכסוכים בין הצדדים ואת דרך בירור המחלוקות; ובאופן שייתן ביטוי למשמעות מגבלת ההשתתפות – שהיא פסילה ספציפית של אגד וחברות הקשורות אליה מלהשתתף במכרז. טענת העותרות היא כי מדובר במקרה ברור שבו ועדת המכרזים לא הייתה רשאית לפטור את עצמה מחובת השימוע.
8. נוסף על הטענות הנוגעות לשימוע, העותרות טוענות כי ההחלטות התקבלו ללא הצגת תשתית עובדתית ומקצועית שעומדת ביסודן. לעותרות לא נמסר באופן שלם ומלא מה הבסיס המתודולוגי לנתונים שהופיעו במכתבה של ועדת המכרזים, ולא התאפשר לעותרות להציג לפני ועדת המכרזים את הקשר שבין מגבלת ה-35 מיליון ק"מ לרף ההשתתפות שנדון בעתירה.
9. הטיעון האחרון שמעלות העותרות הינו הטיעון שהוסף בעקבות דחיית המועד להגשת ההצעות במכרז. העותרות טוענות כי המועד הקובע לבחינת העמידה ברף ההשתתפות הוא מועד הגשת ההצעות במכרז. העותרות נסמכות על הוראות שונות במכרז ועל עמדת המשרד במכרז קודם, אשר לפיהן הבדיקה של ועדת המכרזים נערכת לפי נתונים הנבחנים במועד שנקבע לפי מועד הגשת ההצעות, וכפי שנעשה במכרז אשכול גוש דן. לטענת העותרות יש לדחות את נימוקי ועדת המכרזים ולקבוע כי לשון סעיף 1.4 למכרז תומכת בפרשנות שלהן, וכי אין יסוד להבחנה בין מגבלת השתתפות לבין תנאי סף. לשיטת העותרות, במועד הגשת ההצעות החדש, חלקן יהיה 23.6%.
10. במענה לטענות שהועלו בכתב התשובה של המשרד העותרות חולקות על טענת השיהוי, שמבוססת על אי תקיפתה של הוראה דומה במכרז אונו אלעד. העותרות טוענות כי אין בטענה ממש שכן ההוראה המקבילה במכרז אונו אלעד לא כללה איסור השתתפות אלא הפנתה לתכנית התחרות ללא פירוט, ולא עולה ממנה כי זו הפרשנות שניתנה באותו מכרז. העותרות אף חולקות על טענת המניעות, שכן הן לא ידעו בזמן אמת כי זו עמדת המשרד וועדת המכרזים וממילא לא היו יכולות לתקוף אותה.

**עיקרי טענותיהם של משרד התחבורה וועדת המכרזים**

1. משרד התחבורה טוען שיש לדחות את העתירה על הסף, וכי ההחלטה תואמת את הוראות תכנית התחרות והסכם ההפעלה. משרד התחבורה אינו רואה בשאלה שעומדת להכרעה שאלה "פרשנית" אלא שאלה של השתק, מניעות ושיהוי, שכן הפרשנות שניתנה לסעיף 5.3.1 לתכנית התחרות תואמת את האופן שבו ראו אותה העותרות בזמן אמת ומשכך הן מושתקות מלטעון אחרת. טענה זו נשענת על כך שאגד הלינה על הנוסח שנקבע בתכנית התחרות בזמן אמת ופרשה אותו באותו האופן שבו מפרש את ההוראה משרד התחבורה, אך עמדתה לא התקבלה.
2. היבט אחר של טענת ההשתק נוגע להליך התחרותי למתן רישיונות להפעלת התחבורה הציבורית באשכול אונו אלעד, שגם בו כמו במכרז נושא העתירה לא התאפשר לאגד להתחרות, ואגד לא תקפה את ההחלטה של הוועדה שניתנה עוד ביום 20.10.2021.
3. משרד התחבורה הנסמך על התכליות של תכניות התחרות השונות והחלטות הממשלה, מדגיש את היעד של צמצום הריכוזיות שעמד ביסוד המהלך, וכי צעד זה נעשה לא רק באמצעות הוצאה מאגד של קווים שהפעילה והעברתם למפעילים אחרים, אלא גם בדרך של הגבלת האפשרות הניתנת לאגד להשתתף בהליכים תחרותיים. על רקע האמור נקבעו ההוראות שמגבילות את האפשרות של אגד להשתתף ולזכות במכרזים שיפורסמו להפעלת תחבורה ציבורית באשכולות השונים.
4. בכתב התשובה נטען שאין לקבל את הפרשנות הרואה בסעיף 5.3.1 לתכנית התחרות "הוראת מעבר" למגבלת השתתפות שתחול החל משנת 2029, שכן ממילא התכנית מסתיימת בשנת 2030. משכך, הטענה היא שמדובר בהוראה לצמצום הדרגתי של קווי שירות שחורגים מתקרת 25% במהלך חיי התכנית תוך צמצום הפעילות בהדרגה, מבלי שתתאפשר הוספת קווים נוספים מעבר לתקרה במהלך התקופה.
5. בטיעוניו משרד התחבורה מדגיש כי מגבלת ההשתתפות שנקבעה בסעיף 5.3.8.2 באה בנוסף למגבלה שנקבעה בסעיף 5.3.1, כפי שנקבע בה במפורש, והדבר מלמד על כך שלא נדרשה הוראת מעבר אלא מהלך הדברים היה מכוון לצמצום פעילותה של אגד והגבלת השתתפותה במכרזים חדשים תוך קביעת רף עליון של היקף זכיה ונתח שוק.
6. לצד זאת מפנה משרד התחבורה להוראות השונות בהסכם ההפעלה שאף הן מלמדות על תקרת היקף פעילות מידית, שחריגה ממנה עד סוף 2029 תתאפשר רק בנסיבות מסוימות ובאישור הממשלה ללא "הוראת מעבר". חיזוק לכך מוצא משרד התחבורה בהסכם סובסידיה 2016 שאף במסגרתו אגד לא חלקה על הפרשנות האמורה.
7. משרד התחבורה מוסיף שאין ממש בטענות להיעדר שימוע או לקבלת החלטה מנהלית פגומה, שכן ההחלטות הן פועל יוצא של תכנית התחרות והסכם ההפעלה שאגד הסכימה להוראותיהן. המשרד מוסיף כי ההחלטה אינה משנה את מערך הזכויות של אגד שנקבעו בתכנית התחרות ובהסכם ההפעלה ולכן ובדומה למכרז אונו אלעד לא היה מקום לעריכת שימוע.
8. מכל מקום, משרד התחבורה טוען שאף אם נפל פגם באי עריכת שימוע לאגד בטרם מתן ההחלטה, והוא אינו סבור כך, הרי שיש לראות בהתכתבות בין אגד לבין הוועדה שימוע בכתב, כך שניתנה התייחסות מפורטת לטענות אגד. טענה נוספת נוגעת לכך שהעותרות לא פנו לוועדת המכרזים לעריכת שימוע לאחר שקיבלו את הפרוטוקולים של הדיונים בעניין אשכולות השרון ועוטף ירושלים.
9. לאחר תיקון העתירה התייחס משרד התחבורה בכתב התשובה המשלים לטענות הנוגעות למועד הבדיקה. משרד התחבורה שב על הטענות הנוגעות להיקף ההתערבות, למניעות ולהשתק, וביקש ללמוד מנוסח סעיף 1.4 במכרז כי מועד הבדיקה הוא מועד פרסום המכרז. לטענת משרד התחבורה אין מדובר בתנאי סף שנבחן לאחר הגשת ההצעות אלא בהוראה "מכרזית" מפורשת וברורה, לפיה שאלת האפשרות של אגד להשתתף במכרז נבחנה "נכון למועד פרסום ההליך" ולא בשלב מאוחר. בחינה מאוחרת כפי שהעותרות מבקשות לערוך מנוגדת להוראות המכרז, ומשמעות קבלת הטענה היא כתיבת המכרז מחדש ושכתוב תנאיו.
10. משרד התחבורה מוסיף כי לצורך הגשת הצעה להליכים התחרותיים נדרש פרק זמן משמעותי של הכנות, ולכן החלטה של מציע פוטנציאלי אם הוא מעוניין להתמודד או לא, מחייבת אותו לדעת אם אגד, שהייתה ועודנה המפעיל הגדול בארץ, יכולה להשתתף או לא.

**עיקרי הטענות של המפעילות האחרות**

1. המשיבה 2 (להלן: **אלקטרה אפיקים**) מבקשת לסלק את העתירה על הסף ולחלופין לדחות אותה לגופה. היא מבקשת לראות בטענות העותרות פרשנות חדשה, לאחר שש שנים, להוראות תכנית התחרות והסכם ההפעלה – פרשנות שאינה תואמת את לשון ההוראות, אינה סבירה וסותרת חזיתית את אומד דעת הצדדים בזמן אמת. לצד זאת נטען למניעות והשתק.
2. אלקטרה אפיקים מצביעה על ציר הזמנים הבא:



והיא למדה מציר הזמנים שפרשנותה של ועדת המכרזים הייתה קוהרנטית ועקבית, וכאשר חלקה של אגד או כל מפעיל אחר עלה על 25%, היא מנעה את ההשתתפות בהליכים התחרותיים, וכאשר חלקה של אגד היה נמוך מכך התאפשרה השתתפותה.

1. אלקטרה אפיקים מצטרפת לעמדת משרד התחבורה לעניין פרשנות לשון הסעיפים הרלוונטיים ומבקשת לקבוע כי אגד מנועה מלהשתתף בהליכים תחרותיים ככל שחלקה עולה על 25%, ואין מדובר בהוראת מעבר בלבד כך שרק בסוף 2029 תידרש אגד לעמוד במגבלת 25%. אלקטרה אפיקים אף הוסיפה כי לשיטתה נכונותה של ועדת המכרזים לאפשר לאגד או לחברה בת שלה להשתתף בהליך תחרותי מקום בו חלקה עומד על 24.9% אך שלאחר הזכייה יעלה חלקה על 25% - אינה ברורה מאליה ולטענתה לא היה מקום לאפשר אף הקלה זו, אך אלקטרה אפיקים לא עתרה נגד מתן האפשרות הזו.
2. באשר לטענות הנוספות הנוגעות לדחיית מועד הגשת ההצעות מצטרפת אלקטרה אפיקים לטענת משרד התחבורה כי המועד הקובע הוא מועד פרסום ההליך התחרותי, ולא מועד הגשת ההצעות, שכן מדובר בשינוי תנאי המכרז. מגבלת ההשתתפות היא תנאי מקדמי להשתתפות בהליך ואינה תנאי סף ולכן המבחן צריך להיות במועד הפרסום ולא במועד הגשת ההצעות. לצד זאת אלקטרה אפיקים טוענת כי כך או כך חלקה של אגד גבוה יותר שכן מועד החישוב הוא חודש ינואר 2025 לעומת חודש ינואר 2028, ואין לאפשר לאגד לבחון את היקף פעילות על פני כל השנה. טענה נוספת היא שאין ללמוד בהכרח ממועדי סיום הפעילות של אגד בקווים השונים על כך שהפעילות תסתיים באותו מועד נוכח העיכובים בפרסום הליכים תחרותיים.
3. המשיבות 3, 4, 11-8 (להלן: **המפעילות**) מתנגדות אף הן לקבלת העתירה. וסבורות כי יש לדחות את פרשנות העותרות. לטענתן המגבלה של 25% חלה משך כל תקופת תכנית התחרות, ועמדה זו מתחייבת מבחינת לשונית ומילולית, ולאור הרקע והתכלית לקביעת ההוראה. הן מתייחסות לטענות העותרות ומבקשות להבהיר כי הסכם ההפעלה היה "מתנה יקרת ערך שלא תסולא בפז" עבור אגד, שהיטיבה ושיפרה את מצבה, ותמורתה העניקה אגד ב"חסדה כי רב" את הסכמתה לצמצום חלקה בענף. המפעילות מתייחסות בהרחבה לשיקולים השונים בבחירת הפרשנות שהן תומכות בה כמפורט בכתב התשובה ואף מפרטות את ההשלכות שתהיינה לקביעת עמדה אחרת.
4. באשר לטענה הנוספת מצטרפות המפעילות לבקשה לדחות את הטענה, ואף הן סבורות על יסוד מספר נימוקים שהמועד הוא מועד פרסום המכרז ולא מועד הגשת ההצעות. המפעילות נסמכות על הוראות המכרז, על ההיגיון בבחירת המועד, וכן טוענת כי ממילא אין יסוד לטענה שחלקה של אגד יעמוד על 23.6% אם מועד החישוב יהיה בחודש ינואר 2025. לטענתן הקווים שנוטרלו על ידי אגד בתחשיב שערכה הם קווים, שלא זו בלבד שאין וודאות שיצאו מידיה בשלוש השנים הקרובות, אלא ההיפך, בוודאות מוחלטת אין שום תרחיש בעולם, אפילו לא תרחיש תיאורטי, שעל פיו אגד תסיים הפעלת הקווים בתוך שלוש שנים ממועד חישוב חלקה.

**דיון והכרעה**

1. לאחר עיון בטענות הצדדים הגעתי לכלל מסקנה כי:
2. יש לדחות את העתירה בכל הנוגע לפרשנות סעיף 5.3.1 לתכנית התחרות ולקבוע כי למגבלת ה-25% תחולה מידית;
3. יש לדחות את טענתן של העותרות, שלפיה הבחינה נעשית במועד הגשת ההצעות ולא במועד פרסום המכרז;
4. יש לקבל באופן חלקי את טענת העותרות הנוגעת לאפשרות לחרוג ממגבלת ההשתתפות ולהחזיר את הדיון בשאלה זו לוועדת המכרזים.

להלן אפרט את הנימוקים שהביאו אותי למסקנה זו.

**עיתוי ההחלה של מגבלת ההשתתפות**

1. כעולה מפירוט עיקרי הטענות, המחלוקת ממוקדת בשאלת עיתוי החלתה של מגבלת ההשתתפות: האם יש להחילה באופן מידי או באופן הדרגתי כך שחלקה של אגד בענף התחבורה הציבורית יצומצם לשיעור שנקבע עד לתום שנת 2029.
2. כאמור, הסעיף העומד במרכז המחלוקת הינו סעיף 5.3.1 לתכנית התחרות 2018 המורה כי:
   * 1. **חלקו של מפעיל מ****כלל פעילות התח"צ באוטובוסים בישראל לא יעלה על כ-25%.**

[...]

מפעילים שכיום הם מעל ל-25% מהענף, היקף פעילותם יצומצם בדרגה להיקף הנ"ל, כך שעד סוף שנת 2029 לא יהיה מפעיל שיחרוג ממגבלה זו.

**עם זאת, למשרד שמורה, על פי שיקול דעתו המקצועי הבלעדי, האפשרות להתיר השתתפות בהליך תחרותי של מפעיל שירות החורג מהמגבלה כאמור.**

1. ההוראה האמורה מורה על שני מסלולי הגבלות שונים:

הראשון, מתייחס למפעילים שביום כניסתה לתוקף של תכנית התחרות חלקם בענף היה נמוך מ-25%, הרי שלגביהם נקבע במפורש כי חלקם "מכלל פעילות התח"צ באוטובוסים בישראל לא יעלה על כ-25%" בתחולה מידית;

השני, מיועד למפעילים שביום כניסתה לתוקף של תכנית התחרות היו מעל ל-25% מהענף, אשר לגביהם נקבע כי היקף פעילותם יצומצם בהדרגה ל-25%, כך שעד סוף שנת 2029 הם לא יחרגו ממגבלה זו.

המחלוקת ממוקדת בשאלה מהי המשמעות האופרטיבית של הצמצום ההדרגתי, והאם הוא מונע מאגד להשתתף במכרזים כל עוד חלקה גבוה מ-25%.

1. בחינת לשון הסעיף אינה מלמדת על מסקנה חד משמעית באשר לפרשנות ההוראה לפיה "היקף פעילותם יצומצם ב(ה)דרגה להיקף הנ"ל, כך שעד סוף שנת 2029 לא יהיה מפעיל שיחרוג ממגבלה זו". על-פני הדברים ניתן לומר כי לשון הסעיף עשויה להכיל את שני הפירושים הנטענים – גם כי המגבלה חלה על אגד מידית כך שבמהלך השנים יוצאו ממנה קווים והיקף פעילותה יפחת עד ל-25%, מבלי שיעלה; וגם כי המגבלה תוחל במלואה רק בסוף 2029, ולכן אין מניעה שהשתתפותה וזכייתה של אגד בהליכים תחרותיים יעלו אותה מעבר ל-25%, ובלבד שעד לשנת 2029 תגיע ליעד שנקבע כמגבלת הפעילות.
2. עמדתה של ועדת המכרזים לפיה מגבלת ה-25% היא בעלת תחולה מידית, ולכן יש בה כדי למנוע מאגד להשתתף בהליכים תחרותיים, אם היקף פעילותה עולה על 25% בעת פרסום ההליך התחרותי – מקובלת עלי, וכך גם הטענות שהעלו משרד התחבורה, ועדת המכרזים וכן המשיבות האחרות באשר לפרשנות הוראה זו, ואוסיף את הדברים הבאים.
3. פרשנות הוראת סעיף 5.3.1 לתכנית התחרות מחייבת לתת את הדעת לתכליותיו, ובתוך כך, לכך שביסוד תכנית התחרות (אשר קיבלה תוקף של החלטת ממשלה), נמצאת מדיניות ממשלתית לצמצום חלקן של המפעילות ההיסטוריות, אגד ודן, בשוק התחבורה הציבורית, לצורך פתיחתו לתחרות, ומתן אפשרות להרחבת מעגל המפעילים המספקים שירותי תחבורה ציבורית.
4. משכך, נקבעו בתכנית התחרות מגבלות על השתתפותה של אגד בהליכים תחרותיים, שנועדו להביא לצמצום החלק האמור, ולהגדלת חלקן בשוק של מפעילות תחבורה ציבורית אחרות. החשיבות של צמצום חלקן של המפעילות ההיסטוריות ובתוכן אגד מוסברת בסעיף 5.3 לתכנית התחרות:

"בתנאים מסוימים, עלולה להתפתח תוצאה הפוכה מזו המצופה, אם על ידי התבססות מספר מפעילים קטן מהרצוי או על ידי יצירת מפעיל או מספר מפעילים דומיננטיים המחזיקים בהיקפי שוק גדולים או בדומיננטיות אזורית. כתוצאה מכך, עלול הענף לחזור למבנה דומה לזה ששרר ערב יישום הרפורמה, עם מספר מפעילים מצומצם ורמת שירות נמוכה. לכך יש להוסיף את העובדה שערב תכנית תחרות זו, המפעילים ההיסטוריים מחזיקים בנתחי שוק משמעותיים. כחלק מהתמודדות עם חששות אלו, תקבענה מגבלות השתתפות שימנעו התגבשות של מפעילים דומיננטיים ברמה הארצית או האזורית וישמרו על המתח התחרותי בענף.

[...]

קביעת תנאי אספקת השירות על ידי המדינה אינה נעשית בחלל ריק, אלא מתבססת במידה רבה על ביצועי המפעילים בפועל ולכן ככל שיווצר מפעיל דומיננטי (כפי שכבר היה בעבר), בעל נתח שוק כולל או אזורי גדול מספיק המאפשר לו להשפיע על ביצועי הענף הכוללים יהיה בידיו הכוח להשפיע על תנאי האספקה שייקבעו על ידי המדינה, כך שיטיבו עמו ויהיו נחותים מאלו שהיו נקבעים בתנאי תחרות. הדברים נכונים גם ככל שהמדינה תסיר בהדרגה את מידת הפיקוח הקיימת"

1. עם זאת, תכנית התחרות מורה כי צמצום חלקן של המפעילות ההיסטוריות צריך להיעשות בהדרגה. להוראה זו מספר תכליות אפשריות: שיקולי הוגנות כלפי המפעילות ההיסטוריות, שכן ההדרגתיות מספקת תקופת מעבר אשר מאפשרת למפעילות פרק זמן סביר להתאים את פעילותן לשינוי בהיקף הפעילות; הדרגתיות המאפשרת התמודדות עם הצורך בפרק זמן ממושך יחסית לצורך הקמתם של גופים אחרים שיוכלו לספק את השירות בצורה מיטבית, על רקע מבנה השוק וחסמי הכניסה הקיימים והעתידיים (ר' סעיף 6.1.1 לתכנית התחרות); הדרגתיות הנובעת מההסכמה שהייתה עם אגד במהלך תהליך גיבוש התכנית אשר נועדה לרתום את אגד לתהליך פתיחת השוק לתחרות בעזרת הגעה להסכמות עמה.
2. הפרשנות שאותה בחרה ועדת המכרזים מקיימת את התכליות האמורות להפעלת התכנית בהדרגה. אף שהתחולה היא מידית, הרי שמדובר במהלך הדרגתי, שכן היא מאפשרת נטילה הדרגתית של קווים מאגד, וזאת להבדיל מנטילה מידית של קווים המפסיקה את חוזי ההפעלה הקיימים. היישום בדרך של פרסום הליכים תחרותיים במהלך הזמן מאפשר כניסת מפעילים נוספים לענף, כעולה מתכנית התחרות, ולא מצאתי כי ההסדר שננקט פוגע בהוגנות כלפי אגד. מכאן, שמתן האפשרות לאגד להשתתף בהליכים תחרותיים אם חלקה נמוךמ-25% אינו שולל את התכליות שביסוד ההוראה כי ההפחתה תיעשה בהדרגה.
3. כאן המקום להזכיר כי במהלך הדיון עלתה השאלה האם ועדת המכרזים לא הלכה כברת דרך ארוכה מדי כלפי אגד, באופן שבו היא בוחנת את מגבלת ההשתתפות כמגבלת 'כניסה' להשתתפות בהליך התחרותי, אך מאפשרת חריגה ממנה בעת הזכייה. כך, יכול להיווצר מצב שבו העותרות ישתתפו בהליך תחרותי בשל כך שחלקן בשוק הוא 24.9% ובעקבות הזכייה יגיע חלקן ל-27% לעומת מקרה אחר שבו לא ניתנת להן אפשרות להתמודד בשל כך שחלקן הוא 25.7% אך אם היו זוכות היה חלקן נמוך מ-27%. ההסבר שניתן לכך היה כי ועדת המכרזים רואה את המגבלה כמגבלת השתתפות שמונעת את ההשתתפות אך לא את הזכייה. בא כוח אלקטרה אפיקים סבר כי יתכן והיה מקום לתקוף עמדה זו של ועדת המכרזים מהכיוון ההפוך. נראה אפוא כי משרד התחבורה וועדת המכרזים העדיפו פרשנות שתאפשר השתתפות של אגד בחלק מההליכים התחרותיים, אף שניתן היה לנקוט בפרשנות שתצמצם יותר את ההשתתפות.
4. לכל האמור יש להוסיף, כי מקום בו שתי נקודות המבט לפרשנות אפשריות, הרי שיש לתת משקל לפרשנות שבחרה הרשות, כל עוד הפירוש שנבחר אפשרי (ר' [עע"מ 4487/12](http://www.nevo.co.il/case/5587558) **סטולרו נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה דרום השרון**, פסקה 20 [נבו] (9.10.2013); [עע"מ 9654/06](http://www.nevo.co.il/case/5796222) **החברה להגנת הטבע נ' ועדת המשנה לעררים של המועצה הארצית לתכנון ולבניה**, פ"ד סב(4) 132, 152 (2008); [בג"ץ 6395/98](http://www.nevo.co.il/case/5703738) **אלקושי נ' קצין התגמולים – משרד הביטחון**, פ"ד נד(1) 454, 462-461 (2000)). אכן, בית המשפט אינו כפוף לפרשנות שבחרה הרשות, אם מצא כי פרשנות אחרת ראויה יותר (ר' [דנ"א 4960/18](http://www.nevo.co.il/case/24344769) **זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ**, פסקה 62 לפסק דינו של השופט מלצר [נבו] (4.7.2021)). המשקל העודף הניתן לפרשנות הרשות המנהלית מתבקש בשל כך שהמדובר בעניין שיש בו היבטים של מדיניות התחבורה הציבורית, שלמשרד התחבורה הכלים, הידע והניסיון להתוות אותה, ולבטא את האינטרס הציבורי.
5. איני סבור כי הפרשנות שנתנה ועדת המכרזים להוראת סעיף 5.3.1 לתכנית התחרות, מייתרת את המגבלה הנוספת הייחודית לאגד של 35 מיליון ק"מ המצויה בסעיף 5.3.8.2 לתכנית התחרות. תכנית התחרות והסכם ההפעלה ראו מגבלות אלו כשתי מגבלות משתלבות, וכן צפו מצב, שלעתים תחול רק אחת מהן ודי יהיה בה כדי למנוע את השתתפות אגד בהליכים תחרותיים. כך לדוגמה, בעוד סעיף 5.3.1 המורה על מגבלת ה-25% מעניק למשרד התחבורה שיקול דעת לאפשר השתתפות בהליך התחרותי תוך סטייה מהיקף פעילות זה, למשרד לא ניתן שיקול דעת זהה בסעיף 5.3.8.2 האמור, כך שמגבלת ה-35 מיליון מגבילה את שיקול הדעת של המשרד בנוגע להחרגת חלקה של אגד. הנה כי-כן, אגד מוגבלת בכל מקרה במגבלת ה-35 מיליון ק"מ.
6. טענה זו גם עולה בקנה אחד עם מה שהתרחש במכרז אשכול השרון ובמכרז אשכול עוטף ירושלים בהם התאפשר לאגד להשתתף משום שעמדה מתחת למגבלת ה-25%, אך נוכח כמות הק"מ הכלול במכרז של שני האשכולות אשר עלה על 35 מיליון ק"מ, אפשרה הוועדה לאגד לזכות רק באחד מהאשכולות. על כן, אין לקבל את הטענה שפרשנות ועדת המכרזים מייתרת את המגבלה הנוגעת ל-35 מיליון ק"מ.
7. באופן דומה, ניתן לדחות גם את טענתן של העותרות לפיה פרשנות כאמור מובילה לכך שסעיף 28.2 להסכם ההפעלה הוא מיותר וחסר משמעות. סעיף זה מגביל את שיעור חלקה של אגד לחלקה בענף במועד החתימה על הסכם ההפעלה, אך לעומת המגבלות האחרות, מגבלה זו משקללת בתוכה גם את האחוזים בגין תוספות שירות ("בכל מקרה, לאורך כל תקופת ההסכם חלקה של אגד בענף התחבורה הציבורית באוטובוסים [...], הן בעקבות זכייה בהליכים התחרותיים [...], והן בשל תוספת שירות, לא יעלה על חלקה בענף במועד החתימה על הסכם זה"). מכיוון שמגבלת ה-25% לכאורה אינה כוללת בחישוב את תוספת השירות, באופן היפותטי עשויים להיות מקרים בהם המגבלה של סעיף 28.2 תהיה רלוונטית.
8. כך גם איני סבור כי נכון להגיע לתוצאה אחרת על יסוד ההלכה כי כאשר יש מספר פירושים אפשריים לתנאי מכרז או הליך תחרותי יש לבחור את הפירוש המרחיב את מעגל המציעים האפשריים. המחלוקת נשוא דיוננו היא איננה אודות הפרשנות של תנאי סף במכרז, אלא של תכנית התחרות אשר קיבלה תוקף של החלטת ממשלה, ויש לתת את הדעת לשיקולים האחרים שעמדו ביסוד הכנתה לרבות הרצון לאפשר כניסה של גורמים נוספים לענף התחבורה הציבורית, תוך הקלה על חסמים שמונעים כניסתם של גורמים אלה, ובהם המעמד הדומיננטי של המפעילות הוותיקות.
9. נתתי דעתי גם לטענת העותרות כי יש לקרוא ולפרש את תכנית התחרות באופן הרמוני יחד עם הסכם ההפעלה, עם זאת, לא ראיתי שיש בהסכם ההפעלה בכדי ללמד על פרשנות אחרת לסעיף 5.3.1 לתכנית התחרות.
10. תמיכה נוספת לפרשנות זו עשויה להילמד גם ממתן האפשרות, שאליה אדרש בהמשך, להתיר את השתתפותה של אגד בהליך התחרותי למרות מגבלת ההשתתפות שנקבעה. בסיפא לסעיף 5.3.1 נקבע כזכור ש"למשרד שמורה, על פי שיקול דעתו המקצועי הבלעדי, האפשרות להתיר השתתפות בהליך תחרותי של מפעיל שירות החורג מהמגבלה כאמור".טענת המשיבות היא כי אגד היא המפעילה היחידה שחריגה ממגבלת ה-25% רלוונטית לגביה, ומשכך, קבלת עמדתן הפרשנית של העותרות מייתרת למעשה את שיקול הדעת המצוי בסעיף. יחד עם זאת, לא ראיתי לייחס לכך משקל משמעותי בהינתן כי מדובר בהוראה החלה על כלל המפעילים.

**מועד הבדיקה**

1. השאלה השנייה, נוגעת למועד שבו נבחנת מגבלת ההשתתפות – האם במועד פרסום המכרז או במועד הגשת ההצעה. אף בעניין זה לא מצאתי לקבל את טענות העותרות.
2. כאמור, סעיף 1.4.1 למכרז ההליך התחרותי מורה כי:

"נכון למועד פרסום הליך זה חב' אגד, כהגדרתה בסעיף 2 להלן, אינה רשאית להשתתף בהליך זה"

1. אין בידי לקבל את טענת העותרות כי ניתן לפרש הוראה זו כך שמועד הבדיקה של מגבלת ההשתתפות הינו מועד הגשת ההצעות. פרשנות כאמור, איננה נכנסת בגדר מתחם האפשרויות הלשוניות שבהן ניתן לפרש את ההוראה. זו ברורה והיא מפנה ל"מועד פרסום הליך זה" ולא למועד הגשת ההצעות. בהקשר זה אזכיר כי "נקודת המוצא המקובלת היא כי בענייני מכרזים ציבוריים עיקרון השוויון מחייב את השופט-הפרשן ליתן ללשון משקל מכריע, ולהקפיד שפרשנותו לא תסטה מההוראות שנקבעו במכרז ותכליתן [...] בהתאם יש להידרש, בראש ובראשונה, ללשון ומשמעותה הפשוטה, שהרי המשמעות הלשונית קובעת למעשה את גבולות הפרשנות של הוראות המכרז" ([עע"מ 3719/22](http://www.nevo.co.il/case/28659998) **שירותי בריאות כללית נ' אודיו מדיק בע"מ**, פסקה 55 [נבו] (4.2.2024)). במקרה שלפנינו לא ניתן לצקת לתוך ההוראה תוכן אחר, ועל כן אין מדובר בשאלה של פרשנות.
2. לא ניתן ללמוד ממכתבה של ועדת המכרזים מיום 25.8.2024 שבו ננקט הביטוי "לעת הזו" על האפשרות לבחינת המגבלה בעת הגשת ההצעות, או ללמוד מהתנהלות וועדת המכרזים במכרזי עבר כי הם נוקטים בגישה לפיה קיימת גמישות בקביעת המועד הקובע לבחינת מגבלת ההשתתפות.
3. אף שלא נדרשת הישענות על התכלית שביסוד הוראה זו, טענת משרד התחבורה וועדת המכרזים היא שההוראה באה להבטיח את ידיעתם של המשתתפים האחרים האם אגד עתידה להשתתף או לא, וזאת בשים לב לחשיבות המידע על כך לצורך השתתפותן במכרז. אף שלא הונחה לכך תשתית עובדתית מספקת, נקל להבין מדוע יכולה השתתפות 'שחקן' דומיננטי כל כך בענף בהליך תחרותי להשליך על החלטה של 'שחקנים' דומיננטיים פחות, שחסמי הכניסה והשתתפות שלהם גבוהים יותר, להשתתף בהליך תחרותי כזה או אחר. דרך זו יכולה להועיל בטווח הארוך, אף אם בטווח הקצר הדבר מצמצם את מעגל המציעים.
4. דין טענות העותרות להידחות אף בשל השיהוי בהעלאתן. מקום בו העותרות סברו כי המועד הקובע הוא מועד הגשת ההצעות היה עליהן לתקוף את ההוראה מיד עם פרסומה ולא להמתין עד לדחייה במועד ההצעה, דחייה שאינה כה נדירה במכרזים מסוג זה. האיחור בהעלאת הטענה מקים אפוא טענת שיהוי.
5. נוכח המסקנה שאליה הגעתי, מתייתר הדיון בשאלה האם העותרות טעו בחישוב חלקן בענף, ומכל מקום, אם הייתי מוצא כי יש יסוד לטענות ממילא היה נכון להחזיר את הדיון לוועדת המכרזים לצורך בחינת הנתונים.

**קשיחות הרף - הפעלת שיקול דעת להתיר חריגה מרף ההשתתפות**

1. השאלה האחרונה שיש לדון בה נוגעת לשיקול הדעת של ועדת המכרזים, נוכח נוסח ההוראה ככזו שעניינה מגבלת השתתפות של כ-25% ונוכח הותרת שיקול דעת להתיר השתתפות בהליך התחרותי.
2. העותרות נסמכות בקשר לכך על שני נדבכים:

האחד, הוא השימוש בביטוי "כ-25%" בעת קביעת מגבלת ההשתתפות, בכותרת הסעיף ובפסקה נוספת;

השני, האפשרות שניתנה למשרד **"להתיר השתתפות בהליך תחרותי של מפעיל שירות החורג מהמגבלה כאמור"** וזאת **"על פי שיקול דעתו המקצועי הבלעדי"**.

1. עמדתן של העותרות, לפיה על ועדת המכרזים לשקול באופן נפרד ומובחן את השתתפותן של העותרות בהליך התחרותי, וזאת על בסיס הגמישות שניתנה לוועדה בעת קביעת רף ההשתתפות וההוראה המאפשרת מתן היתר להשתתפות, מקובלת עלי.
2. בשני ההיבטים האמורים – קביעת רף גמיש ומתן שיקול דעת לחרוג ממנו – ניתנה לוועדת המכרזים הסמכות לשקול שיקולים נוספים ומקצועיים באשר לשאלה האם להתיר לאגד החזקות להשתתף בהליך התחרותי, על אף שהיא חורגת במעט מהמגבלה. בהקשר זה הדעת נותנת כי תיבחן מידת החריגה, השינויים הצפויים בחלקן של העותרות בענף בעתיד הקרוב והרחוק מבחינת היקף הפעילות המתוכנן, ושיקולים נוספים.
3. אלא שעיון בהחלטות מיום 15.7.2024 ומיום 19.8.2024 ובדרך קבלתן, מלמד כי אפשרות זו לא נבדקה. ועדת המכרזים יצאה מנקודת הנחה שהרף שנקבע הוא קשיח ואין לחרוג ממנו, וזאת בניגוד לחובתה לשקול מה המשקל שיש לייחס לכך שחלקה של אגד הוא 25.7% בעוד שמגבלת ההשתתפות היא "כ-25%", ובנוסף לשקול האם מתקיימות נסיבות המצדיקות להשתמש בסמכותה להפעיל את שיקול דעתה (ר' [בג"ץ 2344/98](http://www.nevo.co.il/case/5827886) **מכבי שירותי בריאות נ' שר האוצר**, פ"ד נד(5) 729, 758 (2000)).
4. קושי זה מצטרף לקושי נוסף שעניינו במתן זכות טיעון טרם קבלת ההחלטה המונעת את ההשתתפות. אף אם אין בכך כדי להצדיק את קבלת העתירה בהיבטים שפורטו לעיל, מצאתי כי יש בקושי האמור לתמוך בהחזרת הדיון לוועדת המכרזים, שתבחן את הפעלת שיקול דעתה, כמפורט לעיל, ובטרם תעשה כן תאפשר לעותרות זכות טיעון בקשר לכך.

**עמדת ועדת המכרזים בהליכים תחרותיים קודמים**

1. הצדדים, מזה ומזה, ביקשו ללמוד על השתק ומניעות באשר לאופן שבו פעלו בהליכים תחרותיים קודמים. לא ראיתי מקום לייחס לכך משקל. בכל הנוגע למכרז אונו אלעד הוברר כי ההוראה במכרז עצמו הפנתה לתכנית התחרות ולא נקבע בה כלל קטגורי שמונע את השתתפותה של אגד. הוראה כזו ניתנה במסגרת שאלות ההבהרה אך מאחר ואגד ממילא לא השתתפה ספק אם ניתן לייחס לכך משקל. באשר להליכים התחרותיים האחרים, השרון ועוטף ירושלים, הרי שהשתתפות אגד נעשתה במצב שבו חלקה בשוק היה נמוך מ-25% ולכן גם לכך אין לייחס משמעות.

**סיכום**

1. על יסוד האמור:
2. העתירה בכל הנוגע להחלת תחולה מיידית למגבלת ההשתתפות ולמועד שבו נבדקת העמידה במגבלה – נדחית.
3. העתירה בכל הנוגע לבחינת האפשרות לחרוג ממגבלת ההשתתפות בהתאם לסיפא של סעיף 5.3.1 לתכנית התחרות, תוך מתן ביטוי לנוסח שנקבע 'כ-25%' ולשיקול הדעת הנתון לוועדת המכרזים מתקבלת במובן זה שהדיון באפשרות הפעלת הסמכות לפי הסיפא לסעיף 5.3.1 יוחזר לוועדת המכרזים. ועדת המכרזים תאפשר זכות טיעון לעותרות ולכל גורם אחר לפי שיקול דעתה, ולאחר מכן תקבל החלטה נוספת בשאלה האם יש מקום להתיר לעותרות להשתתף בהליך התחרותי מכוחו של אותו חריג.
4. נוכח התוצאה – אין צו להוצאות.

**ניתן היום, י"ז כסלו תשפ"ה, 18 דצמבר 2024, בהעדר הצדדים.**

5129371

54678313