|  |
| --- |
| **בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים מנהליים** |

**עע"מ 24684-08-24**

**עע"מ 43325-08-24**

|  |  |
| --- | --- |
| לפני: | כבוד ממלא מקום הנשיא יצחק עמיתכבוד השופט עופר גרוסקופףכבוד השופטת גילה כנפי-שטייניץ |
| המערערת בעע"מ 24684-08-24והמשיבה 4 בעע"מ 43325-08-24:המערערות בעע"מ 43325-08-24והמשיבות 5-4 בעע"מ 24684-08-24: | אלקטרה אפיקים בע"מ1. סופרבוס הסעים ותיור בע"מ2. סופרבוס העמקים בע"מ |
| נ ג ד |
| המשיבות בעע"מ 24684-08-24 ובעע"מ 43325-08-24:  | 1. המועצה האזורית גולן2. החברה הכלכלית לישובי הגולן בע"מ3. מאיה תור בע"מ |
|  | ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז בלוד מיום 5.8.2024 ב[עת"מ 29852-03-24](http://www.nevo.co.il/case/30518668) [נבו] שניתן על ידי כב' השופט מיכאל קרשן  |
| תאריך ישיבה:  | י"ז אב תשפ"ד (21.8.2024) |
| בשם המערערת בעע"מ 24684-08-24והמשיבה 4 בעע"מ 43325-08-24:בשם המערערות בעע"מ 43325-08-24והמשיבות 5-4 בעע"מ 24684-08-24:בשם המשיבות 2-1 בעע"מ 24684-08-24 ובעע"מ 43325-08-24:  | עו"ד יהושע חורש; עו"ד ערן בצלאל; עו"ד רותם גלמן-כסלו; עו"ד דוד זילברבוים; עו"ד יוחאי שפירא; עו"ד מוחמד עבאבסהעו"ד ערן וינר; עו"ד צופיה שינפלדעו"ד רועי מגל  |
| בשם המשיבה 3 בעע"מ 24684-08-24 ובעע"מ 43325-08-24:  | עו"ד אילן סופר; עו"ד יונתן דורי; עו"ד אבישי תעיזי  |

|  |
| --- |
| **פסק-דין** |

**השופט ע' גרוסקופף:**

 לפנינו שני ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז בלוד בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים (כב' השופט **מיכאל קרשן**) מיום 5.8.2024 ב[עת"מ 29852-03-24](http://www.nevo.co.il/case/30518668) [נבו] (להלן: **פסק הדין**). פסק הדין הורה על ביטולו של מכרז למתן שירותי תחבורה ציבורית באשכול רמת הגולן בשל ניגוד עניינים מהותי שהתקיים אצל יועץ חיצוני ששימש במכרז, וזאת בשל קשרי עבודה הדוקים בינו לבין הזוכה במכרז. הערעורים שלפנינו, אשר הוגשו על ידי הזוכה במכרז מזה, והמשתתף שהוכרז כ"כשיר השני" מזה, מבקשים לשנות תוצאה קשה זו, כשמטבע הדברים כל מערער טוען שעל פי הדין יש להכריז עליו כזוכה. מהטעמים שיפורטו להלן הגעתי למסקנה כי אין מנוס מאישור התוצאה אליה הגיע בית המשפט קמא, ומכאן שדין שני הערעורים להידחות. זו תמצית הדברים, להלן פירוטם.

**רקע והשתלשלות העניינים**

1. בשנת 2010 פרסמה המשיבה 1, מועצה אזורית גולן (להלן: **המועצה**), מכרז לבחירת מפעיל לחלק מקווי התחבורה הציבורית באשכול רמת הגולן. במכרז זכתה חברת רמה תחבורה בע"מ (להלן: **רמה**), אשר מוחזקת כיום בבעלות מלאה על ידי המשיבה 3, חברת מאיה תור בע"מ (להלן: **מאיה**). ביום 6.11.2023, מספר חודשים לפני תום תקופת ההתקשרות בין המועצה ורמה, פרסמה המועצה, באמצעות המשיבה 2 – החברה הכלכלית ליישובי הגולן בע"מ, את מכרז מס' 21/2023 "**למתן שירותי תגבור לקווי התחבורה הציבורית באשכול גולן**" (להלן: **המכרז**) לבחירת מפעיל לשירותי תחבורה ציבורית במועצה. לצורך ניסוח מסמכי המכרז וליוויו הסתייעה המועצה ביועץ משפטי חיצוני, עו"ד רונן משה (להלן: **עו"ד משה**), לו מומחיות בתחום מכרזי התחבורה הציבורית.בכובעו כיועץ השתתף עו"ד משה בכל הישיבות שקיימה ועדת המכרזים.
2. בין תנאי המכרז נקבע כי על המציעים להימנע ממצב של ניגוד עניינים או חשש לניגוד עניינים, וכי במקרה של חשש כאמור על המציע לפרט את הפרטים הרלוונטיים הנדרשים לשם קבלת החלטה אם יש באותו מצב כדי להוות ניגוד עניינים (סעיף 14.1 למכרז). כן נקבע, כי החלטה בדבר הימצאות במצב של ניגוד עניינים או קביעה בדבר קיום חשש של ניגוד עניינים מצויות בסמכות המועצה (סעיף 14.2 למכרז). נוסף על הוראות כלליות אלה, נאסר על המציעים להעסיק או להיעזר ביועצים ששימשו את ועדת המכרזים באופן שיעמידם במצב של ניגוד עניינים. בטופסי המכרז אף ננקב במפורש שמם של מספר יועצים לוועדת המכרזים לגביהם הובהר באופן ממוקד כי האיסור חל, ובכללם עו"ד משה (סעיף 20.4 למכרז). עוד נקבע כי ככל שקיים לגבי יועץ או גורם המסייע למציע חשש לניגוד עניינים, על המציע לפנות למועצה בעניין (סעיף 20.4.6 למכרז).
3. ביום 1.1.2024, יומיים לפני המועד האחרון להגשת הצעות במכרז, פנתה המערערת בעע"מ 24684-08-24, חברת אלקטרה אפיקים בע"מ [נבו] (להלן: **אפיקים**), לוועדת המכרזים במכתב בו ציינה כדלקמן:

1. עוה"ד רונן משה שמנוי ברשימת יועצי המועצה מספק מעת לעת שירותי ייעוץ משפטי למציע בקשר עם עניינים שוטפים כגון תביעות נזקי תאונה, ייעוץ בתובענות ייצוגיות והסכמי רכש אוטובוסים. יודגש, כי עוה"ד משה הוא רק אחד מני עורכי דין רבים אשר מספקים שירותים משפטיים למציע.

2. ידוע למציע, כי עליו להימנע מניגוד עניינים מכל מין וסוג שהוא ומשכך, בהתאם לאמות מידה המקובלות במכרזים מסוג זה, עוה"ד רונן משה אינו מייעץ למציע בקשר עם ההצעה, לא העניק בעבר ואינו מעניק כיום שירותים למציע בקשר עם המכרז, בין במישרין ובין בעקיפין. מעבר לכך, עוה"ד רונן משה אינו מספק למציע שירותים משפטיים בהליכים מכרזיים כלשהם.

[...]

4. לאור האמור, אנו סבורים כי לא מתקיים ניגוד עניינים כלשהו ואף לא חשש לניגוד עניינים.

1. בהמשך לאמור, העבירו גורמי המועצה את מכתבה של אפיקים לעיונו של עו"ד משה, שמסר ביום 2.1.2024 במסגרת תכתובת דואר אלקטרוני כי "**זה נכון – אני עובד עם חברות תחבורה רבות, לא על מכרזים**" ובהמשך, "**אני לא מייעץ לאף חברת תחבורה בנוגע** [ל]**מכרזים ובוודאי שלא בנושא המכרז שלנו (נזהר מאוד בנושא) ולכן אני לא רואה בעיה – דווקא עצם הוצאת המכתב עומד בתנאי המכרז, והכל שקוף**" (נספח 4 לתשובת המועצה בהליך קמא). בהמשך לכך, על פי הנטען על ידי המועצה, בחנו גורמי מקצוע מטעמה, לרבות היועץ המשפטי של המועצה, את הדברים והגיעו לכלל מסקנה שאין עילה לפסול את אפיקים מלהתמודד במכרז. יובהר, כי ההתייעצות וההחלטה לא מצאו ביטוי בזמן אמת בכתובים, וכי לעניין בכללותו לא ניתן באותה עת ביטוי פומבי, ובכלל זה הוא לא הובא לידיעת יתר המציעות במכרז.
2. תיבת המכרזים נפתחה ביום 7.1.2024; ועדת המכרזים התכנסה ביום 17.1.2024; ומספר ימים לאחר מכן, ביום 21.1.2024, החליטה ועדת המכרזים לבחור באפיקים כזוכה במכרז. עוד קבעה ועדת המכרזים כי המשיבות 4 ו-5 בעע"מ 24684-08-24 (הן המערערות בעע"מ 43325-08-24), חברת סופרבוס הסעות ותיור בע"מ וחברת סופרבוס העמקים בע"מ (שתיהן יכונו יחד להלן: **סופרבוס**) יוכרזו כ"כשיר שני". מאיה דורגה שלישית במכרז.
3. משנודעו לה תוצאות המכרז, החליטה מאיה על עריכת חקירה בנוגע לקשריה של אפיקים עם עו"ד משה. במסגרת החקירה נמצא כי עו"ד משה ייצג את אפיקים לאורך השנים, לרבות במהלך המכרז, בעשרות הליכים משפטיים, רובם בתחום נזקי הרכוש. בהמשך לממצאי החקירה, הגישה מאיה תביעה אזרחית לבית המשפט המחוזי מרכז בלוד ([ת"א 4616-02-24](http://www.nevo.co.il/case/30461351)), [נבו] בה ביקשה כי בית המשפט יורה על ביטול המכרז בשל ניגוד עניינים של עו"ד משה, יחד עם בקשה למתן צו ארעי ולמתן צו ביניים (להלן: **התביעה האזרחית**). ביום 11.3.2024 הורה בית המשפט המחוזי (כב' השופט הבכיר **יעקב שפסר**) על מחיקת התובענה, וזאת בהיעדר סמכות עניינית של בית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט לעניינים אזרחיים לדון בה. בו יום, הגישה מאיה עתירה לבית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים, בה ביקשה בשנית את ביטולו של המכרז בשל ניגוד העניינים של עו"ד משה. לצד העתירה הוגשה בקשה למתן צו ביניים.
4. ביום 7.4.2024 דחה בית המשפט קמא (כב' השופט **קרשן**) את בקשתה של מאיה למתן צו ביניים, וזאת לאור העובדה כי מאיה לא הוכיחה שייגרם לה נזק בלתי הפיך או כזה שלא ניתן לפצות בכסף. לצד זאת, ציין בית המשפט קמא, כי אף שהבקשה למתן צו ביניים נדחתה "**טוב יעשו המשיבות אם יכלכלו את צעדיהן בתבונה ולאור העובדה כי מתנהל הליך משפטי בעניין המכרז**" (פסקה 11 להחלטת בית המשפט קמא מיום 7.4.2024).

**פסק דינו של בית המשפט קמא**

1. ביום 5.8.2024 ניתן פסק הדין קמא, אשר הורה על קבלת העתירה וביטול המכרז (להלן: **פסק הדין**). לאחר שסקר את הפסיקה הנוגעת לאיסור על הימצאות בניגוד עניינים בתחום המכרזים, לרבות ביחס למקרים בהם מי שנמצא בניגוד עניינים הוא יועץ חיצוני של עורכת המכרז, קבע בית המשפט קמא כי עו"ד משה קלע עצמו לניגוד עניינים. לעמדתו של בית המשפט קמא, מאחר שעו"ד משה ניסח את המכרז וליווה את ההליכים הקשורים בביצועו עד לבחירת ההצעה הזוכה, ובאותה העת הועסק כיועץ משפטי של אחת המציעות במכרז, היה עו"ד משה מצוי בניגוד עניינים מהותי. לעניין זה הבהיר בית המשפט קמא כי החשש לניגוד עניינים נבחן באמת מידה אובייקטיבית – האם אדם סביר המעורה בפרטי העניין היה מוצא שמתקיים חשש סביר כי מילוי תפקיד ציבורי מסוים יושפע מאינטרסים אחרים של עובד הציבור באופן שיימנע ממנו לבצע את עבודתו ללא משוא פנים. בשים לב לאמת מידה זו, קבע בית המשפט קמא כי בנסיבות העניין קיים חשש שעו"ד משה היה עלול להיות מושפע מאינטרסים אחרים במסגרת מילוי תפקידו, וזאת אף שלא הונחה בפני בית המשפט ראיה לכך שהוא ביצע בפועל פעולה פסולה שמקורה באינטרס אישי. על רקע האמור, קבע בית המשפט קמא כי במכרז נפל פגם מהותי של ניגוד עניינים. כן הודגש, כי אין בעובדה שאפיקים פנתה למועצה טרם הגשת הצעתה, וגילתה על קשריה עם עו"ד משה בהתאם לתנאי המכרז, כדי לרפא את הפגם. זאת, בין היתר, מאחר שהפנייה של אפיקים לא נמסרה על ידי המועצה למשתתפים האחרים במכרז, וכפועל יוצא נמנעה מהם האפשרות להשיג על כך; מאחר שאת ההחלטה על ניגוד העניינים הייתה צריכה לקבל המועצה עצמה, ולא ניתן היה להסתפק בבחינה שנעשתה על ידי גורמי המקצוע; ומאחר שבחינת קשריו של עו"ד משה עם אפיקים הייתה צריכה להוביל למסקנה כי הוא היה מצוי בניגוד עניינים מהותי.

 משמצא בית המשפט קמא כי לאור קשריו של עו"ד משה עם אפיקים נפל במכרז פגם של ניגוד העניינים, הוא עבר לבחון את תוצאתו. בית המשפט ציין כי אומנם סעד של ביטול המכרז שמור למקרים חריגים, בהם אין דרך לרפא את הפגם שנפל באמצעי אחר, אך קבע כי במקרה בו עסקינן, קיים חשש לניגוד עניינים של מי שניסח את מסמכי המכרז וליווה אותו מתחילתו ועד סופו, ועל כן הוא מסוג המקרים המחייבים את ביטול המכרז. לעניין זה הדגיש בית המשפט כי מאחר שניגוד העניינים של עו"ד משה השתרע על כל שלבי המכרז, לא ניתן בנסיבות העניין להסתפק בהשבת ההחלטה על הזוכה לוועדת המכרזים. כמו כן, סבר בית המשפט קמא שלא ניתן להכריז על סופרבוס, שהוכרזה כ"כשיר שני", כזוכה במכרז במקום אפיקים, שכן כל הליכי המכרז היו נגועים בניגוד עניינים, מבלי שניתן לבודד את החלק הפגום בעבודת ועדת המכרזים. עוד ציין בית המשפט קמא כי הכרזה על סופרבוס כזוכה במכרז לא תהיה הוגנת כלפי אפיקים, שפעלה לגלות על קשריה עם עו"ד משה בהתאם להוראות המכרז. לאור זאת, קבע בית המשפט קמא כי אין מנוס אלא להורות על ביטול המכרז בכללותו.

 לסיום, ציין בית המשפט קמא כי בהתחשב בכך שהמועצה ידעה על קשריו של עו"ד משה עם אפיקים, עוד בשלב שבו שכרה את שירותיו כיועץ לצורך ניסוח המכרז וליוויו, היה עליה להבין שאין היתכנות בהעסקתו כיועץ למכרז מבלי לוודא מראש שאין בכוונת אפיקים להשתתף בו, או לחלופין לפסול מראש את השתתפותה של אפיקים במכרז.

 על הכרעה זו הוגשו שני הערעורים שלפנינו – האחד על ידי אפיקים (ע"א 24684-08-24. להלן: **ערעור אפיקים**); השני, לו ניתנה כותרת של ערעור שכנגד, על ידי סופרבוס (ע"א 43325-08-24. להלן: **ערעור סופרבוס**).

**טענות הצדדים**

1. מאחר שעמדות וטענות כל אחד מהצדדים בשני הערעורים דומות במהותן, יוצגו להלן מכלול הטענות של כל צד ביחס לשני ההליכים באופן מאוחד.
2. בערעורה טוענת אפיקים כי שגה בית המשפט בכך שקבע כי נפל פגם בהשתתפותה במכרז, באופן המצדיק את ביטול זכייתה. לעמדתה, קביעתו של בית המשפט, לפיה מרגע שהחליטה המועצה להיעזר בשירותיו של עו"ד משה, היא הייתה מנועה מלהשתתף במכרז, פוגעת פגיעה קשה בזכות לחופש העיסוק, ואינה עולה בקנה אחד עם דיני המכרזים. חלף איסור מוחלט על אפשרות השתתפותה במכרז, אפיקים סבורה כי ניתן היה להסתפק בקביעת כללים בתוך המכרז, אשר בכוחם למתן את החשש מניגוד העניינים מבלי לפגוע בתחרות, כפי שנעשה בענייננו. נוסף על כך, לעמדת אפיקים בית המשפט שגה משלא הביא בחשבון ראיות קריטיות לעניין ההכרעה בהליך. בתוך כך, נטען כי בית המשפט לא נתן משקל לכך שלעו"ד משה היו קשרים למציעות נוספות במכרז, לרבות מאיה עצמה, ולכך שהצהיר כי אפיקים אינה "לקוח עוגן" של משרדו. עוד הוסיפה אפיקים וטענה כי מרגע שגילתה את החשש לניגוד העניינים בהתאם למנגנון שנקבע במכרז, הוסרה האפשרות להטיה, במיוחד בהתחשב בכך ששיטת הניקוד במכרז מבוססת על אמות מידה אובייקטיביות, ואינה מאפשרת לעו"ד משה להשפיע על בחירת ההצעה הזוכה. גם מנקודת מבט רוחבית, אפיקים סבורה שבית המשפט קמא שגה, שכן תוצאת פסק הדין תוביל לכך שרשויות ציבור לא יוכלו, הלכה למעשה, לקבל ייעוץ משפטי ממומחים בתחומם, אשר מומחיותם מחייבת היכרות עם השחקנים הפועלים בשוק, וזאת מחשש לניגוד עניינים.

 אשר לתוצאה אליה הגיע בית המשפט קמא – ביטול המכרז בכללותו – טוענת אפיקים כי מדובר בתוצאה קיצונית ובלתי מידתית בשים לב לשיקולי יושר, וכן בהתחשב בחלופות, ובראשן האפשרות להשיב את הדיון לוועדת המכרזים לבחירה מחודשת של זוכה. ביטולו של המכרז, כך נטען, יביא לדחייה ארוכה ביכולת לשפר את שירותי התחבורה באשכול רמת גולן; יסב לה נזקים כלכליים משמעותיים, בהתחשב בכך שהחלה בהיערכות להפעלת שירותי התחבורה עוד בטרם הוגשה התביעה האזרחית; ואינו הוגן, בהתחשב בכך שפעלה בהתאם להוראות המכרז. לפיכך, סבורה אפיקים כי היה על בית המשפט קמא להשיב את הדיון לוועדת המכרזים לטובת בחירה מחדש של זוכה יחד עם הוראות מתאימות, ככל שהן נדרשות, כדי להתגבר על כל חשש לניגוד העניינים. עוד טענה אפיקים במסגרת תשובתה לערעור סופרבוס, כי אין מקום להורות על זכייתה של סופרבוס במקומה. לעניין זה מדגישה אפיקים כי סופרבוס מנועה מלטעון לזכייתה בהליך שלפנינו, שעה שלא הגישה עתירה מטעמה לבית המשפט קמא, ואף הציגה את עמדתה זו בהליך קמא בשיהוי ניכר; וכך גם, מאחר שסופרבוס לא צירפה את הצעתה במכרז לביקורת שיפוטית, וקיבלה לידיה בחזרה את הערבות הבנקאית שהעמידה לטובת המכרז.

1. בדומה לאפיקים, אף המועצה סבורה כי שגה בית המשפט קמא משהורה על ביטול המכרז. במסגרת טיעוניה התמקדה המועצה במאפייני השוק בו עסקינן – לטענתה מדובר בשוק מצומצם וייחודי, אשר מספר גורמי המקצוע הפועלים בו אינו גדול. לפיכך, הטלת מגבלות נוקשות, כפי שקבע בית המשפט קמא ביחס לטיב הקשר בין המציעות לבין היועצים שנמנו בסעיף 20.4 למכרז, הייתה מובילה לאחת משתי תוצאות – או שהמועצה הייתה נכשלת במציאת יועץ (לאור חשש של היועצים מפגיעה בפרנסתם השוטפת) או שכלל המציעות היו נפסלות, ולא ניתן היה לקיים את ההליך התחרותי. במציאות זו, המועצה סבורה כי היה על בית המשפט קמא להסתפק במנגנון שנקבע במכרז להתמודדות עם החשש לניגוד עניינים, חלף קביעתו של רף גבוה יותר. כך במיוחד, שעה שגורמי המקצוע במועצה בחנו באופן פרטני את החשש לניגוד עניינים בעניינה של אפיקים, וסברו כי ניתן לאפשר לה להתמודד במכרז חרף קשריה עם עו"ד משה. לאור האמור, גם המועצה טוענת כי שגה בית המשפט בקביעתו כי נפל פגם במכרז, תוך שהבהירה שאף אם יימצא שנפל פגם כאמור, הרי שהיה על בית המשפט לבחור בפתרון המאפשר את קיומו של המכרז, כדוגמת החזרת העניין לבחינה מחודשת של ועדת המכרזים.
2. מאיה, לעומת זאת, סומכת את ידיה על פסק דינו של בית המשפט קמא. לעמדתה, צדק בית המשפט קמא משקבע כי קיים ניגוד עניינים מובהק ואינהרנטי בין תפקידו של עו"ד משה בגיבוש וליווי המכרז לבין קשריו ההדוקים עם אפיקים. ניגוד עניינים זה, כך סבורה מאיה, מחייב את ביטולו של המכרז בשל הפגם שנפל בו; וזאת במובחן ממצב בו נפל פגם בהצעה של הזוכה בלבד. מאיה מוסיפה ומדגישה כי בניגוד לנטען על ידי אפיקים, הכרעה זו אינה שוללת בהכרח את האפשרות של אפיקים מלהתמודד במכרז. לדידה, אם אפיקים לא הייתה מסתפקת בפנייה לוועדת המכרזים, והייתה מגלה מבעוד מועד על קשריה עם עו"ד משה גם ליתר המציעות, ייתכן כי ניתן היה למצוא מתווה אשר היה מאפשר את השתתפותה במכרז. לבסוף, נטען כי המועצה ניצלה את חלון הזמן ממועד מתן פסק הדין ועד לדיון בערעור על מנת להודיע לה על הפסקת ההתקשרות עמה החל מיום 15.8.2024, וזאת כחלק ממספר ניסיונות שלה לשנות את המצב הקיים, ולאיין את ההכרעה בערעור.

 ביחס לערעור סופרבוס, סבורה מאיה כי אין מקום להכיר בסופרבוס כזוכה במכרז הגם שהוכרזה כ"כשיר שני". זאת, הן לנוכח הפגם החמור שנפל במכרז ומחייב את ביטולו, הן בשים לב לכך שסופרבוס לא עתרה נגד תוצאות המכרז עם היוודע לה עליהן.

1. לעמדתה של סופרבוס, יש לדחות את ערעור אפיקים, במובן זה שתאושר הקביעה כי הליך המכרז היה פגום, באופן המחייב את פסילת זכייתה של אפיקים, ולקבל את ערעורה, כך שחלף פסילת המכרז, תוכרז סופרבוס כזוכה במכרז מכוח מעמדה כ"כשיר שני". אשר לערעור אפיקים, סופרבוס סבורה כי הפגם בהליך המכרזי נפל, בין היתר, בשל התנהלותה ומחדלה של אפיקים, אשר העסיקה את עו"ד משה בניגוד להוראות המכרז ובמקביל להשתתפותה בו. לטענת סופרבוס, לו אפיקים הייתה פונה לוועדת המכרזים בזמן, ובאופן שהיה מובא לידיעת כלל המציעות במכרז, או שהייתה עותרת ביחס לתנאי המכרז עם פרסומו, ניתן היה להימנע מניגוד העניינים או לקבוע הוראות ביחס אליו. בראייתה של סופרבוס, כפי שתוארה בהרחבה בערעור שכנגד, קביעתו של בית המשפט קמא לפיה נפל פגם במכרז הייתה צריכה להוביל לבחירתה כזוכה, וזאת בהינתן שהוכרזה כ"כשיר שני". זאת, בשים לב לסעיף 17.9.4 למכרז, בו נקבע כי ככל שההתקשרות עם המציע לא תוכל לצאת אל הפועל, המועצה תהיה רשאית לאשר את ההתקשרות עם המציע אשר סיים במקום השני; לכך שניגוד העניינים נוגע להצעה של אפיקים בלבד, ולגביה לא קיים חשש כאמור; ולכך שתוצאה זו תביא לפתרון מידתי והולם, העולה בקנה אחד עם העיקרון לפיו יש לבכר מתן פרשנות מקיימת למכרז חלף ביטולו.
2. יצוין, כי במקביל להגשת הערעור הגישה אפיקים בקשה לעיכוב ביצוע פסק הדין יחד עם בקשה למתן סעד ארעי לעיכוב ביצוע פסק הדין עד להכרעה בבקשה. בהחלטתי מיום 11.8.2024, הוריתי על קביעת הדיון בפני הרכב ביום 21.8.2024. לצד זאת ציינתי בהחלטה כי "**בשים לב למשמעות עיכוב הביצוע המבוקש, ולאור מועד הדיון שנקבע, לא ראיתי מקום להיעתר לבקשה בעת הזו**".
3. בדיון שהתקיים לפנינו ביום 21.8.2024 חזרו הצדדים על עיקר טענותיהם. בתמצית, טענה אפיקים כי בבואו של בית המשפט לפרש את הוראות המכרז עליו לעשות זאת בהתחשב במאפייני השוק, כמו גם בפרשנותה של המועצה להוראות שקבעה. לטיעון זה הצטרפה המועצה, אשר הוסיפה והבהירה כי הליך גיבושו של המכרז נעשה תחת פיקוח של משרד התחבורה, עניין שיש בו, בראייתה, כדי למתן את החשש מניגוד עניינים. עוד ציינה המועצה, ביחס לאפשרות כי ייקבע שסופרבוס תוכרז כזוכה במכרז חלף אפיקים, כי לאחר שנודע לה על תוצאות המכרז הוחזרה לסופרבוס הערבות שהפקידה באופן אשר מאיין את הצעתה. מן העבר השני, מאיה שבה וטענה כי הפגם שנפל נוגע למכרז כולו, ולא לאחת מההצעות בלבד. לנוכח זאת, מאיה סבורה כי אין מנוס מלהורות על ביטולו של המכרז בכללותו. יצוין, כי במענה לשאלתנו בעניין, מאיה אישרה שכשנה וחצי לפני המכרז אף היא נעזרה באופן ממוקד ומצומצם בשירותיו של עו"ד משה. לבסוף, סופרבוס טענה כי מאחר שלה אין קשר עם היועצים שנמנו בסעיף 20.4 למכרז, אין מקום לפסול את הצעתה. עוד ציינה סופרבוס במסגרת הדיון כי ככל שהיא תוכרז כזוכה היא תוכל להיכנס בנעלי אפיקים, ולהתחיל לספק את השירות בתוך "**שבועות בודדים**" (עמ' 11 לפרוטוקול הדיון, ש' 21).

 בתום דיון ממושך, המלצנו הן לאפיקים והן לסופרבוס שלא לעמוד על ערעוריהם, ואולם ביום 29.8.2024 מסרה כל אחת מהן הודעה מטעמה לפיה היא עומדת על ערעורה.

 עוד יצוין כי אפיקים ביקשה ביום 3.9.2024 "למען הזהירות בלבד" שתינתן לה אפשרות להשלים תשובה תמציתית בכתב ביחס לערעור סופרבוס (לגביו לא הוגשו תשובות בשל לוח הזמנים הקצר שנקבע לדיון במעמד הצדדים). מבוקשה ניתן לה, ובעקבות זאת הגישו כלל המשיבות בערעור סופרבוס את תשובותיהן עד ליום 18.9.2024. בהיאסף כל אלה בשלה העת למתן הכרעתנו.

**דיון והכרעה**

1. לאחר ששמעתי ברוב קשב את טיעוני הצדדים בעל-פה בדיון שנערך לפנינו, ועיינתי בטיעוניהם הכתובים, הגעתי לכלל מסקנה כי יש לדחות את שני הערעורים, וכך אציע לחבריי לעשות.
2. כידוע, האיסור על ניגוד עניינים נובע מהחובה החלה על הרשות לפעול בהתאם לכללי הצדק הטבעי, בהגינות ובתום לב, לשקול שיקולים עניינים בלבד, ולא להיות מושפעת משיקולים אישיים או זרים ([בג"ץ 415/19](http://www.nevo.co.il/case/25325002) **לוי נ' שר הפנים**, פסקה 16 [נבו] (21.4.2020) (להלן: **עניין לוי**); [עע"מ 3597/20](http://www.nevo.co.il/case/26731671) **ארבע איי התפלה בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד האוצר, משרד האנרגיה ורשות המים**, פסקה 24 [נבו] (19.8.2020) (להלן: **עניין ארבע איי התפלה**); [עע"מ 7664/20](http://www.nevo.co.il/case/27136211) **המועצה הארצית לתכנון ובנייה נ' ה.ה. משקיעים במקרקעין בע"מ**, פסקה 41 [נבו] (5.7.2022)). כללי ניגוד העניינים הם מניעתיים מטבעם – הם חולשים לא רק על פעולה שנעשתה במצב של ניגוד עניינים, אלא גם על עצם ההימצאות במצב של ניגוד עניינים ([עע"מ 4011/05](http://www.nevo.co.il/case/5931280) **דגש סחר חוץ (ספנות) בע"מ נ' רשות הנמלים**, פסקה 38[נבו] (11.2.2008); עניין **לוי**, בפסקה 18; דפנה ברק-ארז [**משפט מינהלי**](http://www.nevo.co.il/safrut/bookgroup/2057)כרך א 531 (2010) (להלן: **ברק-ארז**)). עוד נקבע, כי האיסור על ניגוד עניינים חל לא רק על גופים בעלי סמכות לקבל החלטות אופרטיביות, אלא גם כאשר עסקינן בפעילותם של גורמים ממליצים, לרבות יועצים חיצוניים לרשות (**ברק-ארז**, בעמ' 553; [בג"ץ 794/78](http://www.nevo.co.il/case/17931641) **חרות בע"מ נ' שר הבריאות**, פ"ד לג(2) 716 (1979) (להלן: **עניין חרות**)). המבחן לקיומו של ניגוד עניינים הוא מבחן אובייקטיבי, בגדרו נדרש בית המשפט לבחון אם אדם סביר המעורה בפרטי העניין היה מוצא שמתקיים חשש, במידת ההסתברות הנדרשת, כי מילוי תפקיד ציבורי מסוים יושפע מאינטרסים אחרים של עובד הציבור, באופן שיימנע ממנו לבצע את עבודתו ללא משוא פנים ([בג"ץ 11745/04](http://www.nevo.co.il/case/5704127) **רמות למען הסביבה נ' המועצה הארצית לתכנון ולבניה**, פסקה 15[נבו] (4.9.2008) (להלן: **עניין רמות**); [בג"ץ 9485/08](http://www.nevo.co.il/case/6153904) **עזרא נ' ועדת המשנה לנושאים תכנוניים עקרוניים (ולנת"ע)**, פסקה 19 [נבו] (30.1.2012); עניין **ארבע איי התפלה**, בפסקה 24). יוער, כי טרם הוכרעה בפסיקה באופן חד משמעי השאלה אם רמת ההסתברות הנדרשת כדי למנוע מעובד ציבור לעסוק בנושא מסוים היא רמת הסתברות של "אפשרות ממשית" לניגוד עניינים או שדי ב"חשש סביר" לקיומו של ניגוד עניינים; אם כי קיימת מגמה לפיה במקרים בהם ניגוד העניינים נובע מאינטרס אישי נוגד (בשונה מאינטרס מוסדי או ציבורי), די להצביע על חשש סביר לניגוד עניינים ([בג"ץ 202/90](http://www.nevo.co.il/case/17914297) **י.ב.מ ישראל נ' משרד המשפטים**, פ"ד מה(2) 265, 272 (1990) (להלן: **עניין י.ב.מ.**); עניין **רמות**, בפסקה 15; עניין **ארבעה איי התפלה**, בפסקה 24; [בג"ץ 1213/24](http://www.nevo.co.il/case/30427241) **ארגון לביא נ' שר המשפטים**, פסקה 8 [נבו] (19.2.2024) (להלן: **עניין לביא**)).
3. האיסור הכללי על הימצאות במצב של ניגוד עניינים חל גם, וביתר שאת, כאשר עסקינן במכרזים שעורכת הרשות, והוא נובע, בין היתר, מעיקרון השוויון אשר עומד בבסיס דיני המכרזים ([בג"ץ 35/82](http://www.nevo.co.il/case/17920264) **ישפאר בע"מ נ' שר הביטחון**, פ"ד לז(2) 505, 520 (1982) (להלן: **עניין ישפאר**); [בג"ץ 788/90](http://www.nevo.co.il/case/17931598) **זוהר חוצות בע"מ נ' עיריית רמלה**, פ"ד מד(3) 843, 849-847 (1990); [ע"א 3744/94](http://www.nevo.co.il/case/17920809) **אבן** **הבונים בע"מ נ' ארבל הנדסה וקבלנות** (1984), פ"ד נ(5) 59, 66 (1996) (להלן: **עניין אבן הבונים**)). בהתאם, ניגוד עניינים בהכנת המכרז או בניהולו נחשבים כפגם במכרז, אשר עשוי להצדיק במקרים מסוימים אף את ביטולו (עניין **ישפאר**, בעמ' 522; עניין **י.ב.מ.**, בעמ' 274-273**;** והשוו: [עע"מ 6090/05](http://www.nevo.co.il/case/6048054) **מ.ג.ע.ר – מרכז גבייה ממוחשבת בע"מ נ' מי נתניה (2003) בע"מ**, פסקה 13 [נבו] (27.2.2006) (להלן: **עניין מ.ג.ע.ר**)). ההכרעה בשאלה אם פגם שנפל במכרז בשל ניגוד עניינים מצדיק את ביטולו אינה פשוטה, ותלויה מצד אחד בעוצמת ניגוד העניינים, ומצד שני, בקיומן של דרכים חלופיות להסרת החששות הנובעים ממנו ([ע"א 6763/98](http://www.nevo.co.il/case/5857331) **כרמי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נה(1) 418, 428 (1999) (להלן: **עניין כרמי**)). ודוק, לנוכח ההשלכות של ביטול מכרז, הן על האינטרס הציבורי והן על המשתתפים במכרז, נקבע לא אחת כי סעד של ביטול מכרז יישמר רק למקרים קיצוניים, בהם אין דרך חוקית אחרת לריפוי הפגם שנפל בו ([עע"מ 8409/09](http://www.nevo.co.il/case/6128846) **חופרי השרון בע"מ נ' א.י.ל. סלע (1991) בע"מ**, פסקאות פב-פג [נבו] (24.5.2010) (להלן: **עניין חופרי השרון**); [עע"מ 4607/16](http://www.nevo.co.il/case/21475154)Alstom Transport SA **נ' נת"ע נתיבי תחבורה עירוניים בע"מ**, פסקה 49 [נבו] (18.4.2017)).
4. מצוידים בעקרונות אלה, עלינו לבחון את המקרה שלפנינו בשני שלבים: האם בנסיבות העניין קיים חשש לניגוד עניינים בשל זיקתו של עו"ד משה לאפיקים; וככל שהתשובה על כך חיובית – מה תוצאתו של פגם זה, ובפרט האם הוא מחייב את ביטול המכרז.

**האם קיים בענייננו חשש לניגוד עניינים?**

1. כזכור, במסגרת פסק הדין בית המשפט קמא קבע כי נוצר ניגוד עניינים מהותי הנובע מכך שעו"ד משה שימש הן כיועץ חיצוני של המועצה לעניין המכרז, והן כעורך דין חיצוני המעניק באופן תדיר ייעוץ משפטי לאחת המציעות במכרז (אפיקים). זאת, בשים לב לתפקידו המרכזי של עו"ד משה בניסוח המכרז ובליוויו עד לשלב בחירת ההצעה הזוכה מחד גיסא, ולעובדה כי הועסק על ידי אפיקים במגוון תחומים ובמספר ניכר של מקרים, הן בעבר והן בהווה, מאידך גיסא. לעמדת אפיקים והמועצה, מסקנתו האמורה של בית המשפט שגויה. שגיאתו, כך הן סבורות, נובעת מכך שהתעלם מראיות הנוגעות לטיב הקשר בין עו"ד משה לאפיקים ולמציעות אחרות; מכך שלא ייחס משקל למאפייני השוק בו עסקינן; ומכך שלא הסתפק במנגנון שנקבע במכרז להתמודדות עם החשש לניגוד עניינים. אקדים מסקנה לדיון, ואציין כי אין בידי לקבל טענות אלה.
2. באשר לטענה כי שגה בית המשפט קמא בהערכת טיב הקשר בין עו"ד משה לבין אפיקים, סבורני כי אין מקום להתערב במסקנתו לפיה בנסיבות העניין קיים ניגוד עניינים מהותי בין תפקידו של עו"ד משה כיועץ למועצה ובין תפקידו כעורך דין בשירותה של אפיקים. בית המשפט קמא עמד בהרחבה על מידת מעורבותו של עו"ד משה בהליך גיבוש המכרז ובליוויו, כמו גם על היקף שיתוף הפעולה בין עו"ד משה ואפיקים, וקבע כי בנסיבות אלה קיים חשש שמא עו"ד משה יושפע מאינטרסים אחרים באופן שימנע ממנו לבצע את עבודתו ללא משוא פנים (פסקאות 30-29 לפסק הדין). בשים לב להיקף השירותים המשפטיים אותם העניק עו"ד משה לאפיקים, אשר כללו ייצוג בלמעלה מ-50 הליכים משפטיים שונים בין השנים 2023-2021, חלק לא מבוטל מהם במקביל לקיומו של הליך המכרז, אני סבור כי קביעה זו עולה בקנה אחד עם אמות המידה שנקבעו בפסיקה לבחינת קיומו של ניגוד עניינים, כמו גם עם הכרעות קודמות שניתנו על ידי בית משפט זה ביחס למקרים בהם התעורר חשש לניגוד עניינים של יועץ לוועדת מכרזים (ראו והשוו: עניין **חרות**; עניין **י.ב.מ.**, בעמ' 273; עניין **אבן הבונים**, בעמ' 66; [ע"א 9201/00](http://www.nevo.co.il/case/6147370) **מסיעי אריה שאשא בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד התחבורה** [נבו] (20.3.2002) (להלן: **עניין מסיעי שאשא**)). בהינתן האמור, אף לא מצאתי לקבל את טענת אפיקים כי היה מקום לייחס משקל משמעותי להצהרתו של עו"ד משה שאפיקים אינה "לקוח עוגן" של משרדו (למען הדיוק, המדובר בהצהרה כללית שנתן עו"ד משה בתצהיר מיום 28.2.2024, ואשר בו נאמר: "**משרדי מייצג מספר חברות בתחום התח"צ, וכן לקוחות נוספים מתחומים אחרים, כאשר אף אחד מהם לא מהווה "לקוח עוגן" מבחינת המשרד**". סעיף 2 לתצהירו של עו"ד משה שצורף במסגרת נספח 16 לערעור). המונח "לקוח עוגן" לא הוגדר על ידי עו"ד משה, ולא ברור למה כוונתו בהצהירו שאף לקוח אינו "לקוח עוגן" מבחינת המשרד. דומה שאיש לא יחלוק על כך שלקוח עסקי מסוגה של אפיקים המספק למשרד עורך דין קטן במשך שלוש שנים יותר מ-50 תיקים הוא לקוח משמעותי מבחינת המשרד, וזאת גם אם למשרד יש לקוחות משמעותיים נוספים. בכך די על פי מבחן "**האדם הסביר המעורה בפרטי העניין**", על מנת ליצור חשש למשוא פנים כאשר עו"ד משה משמש כיועץ משפטי חיצוני למכרז בו משתתף אותו לקוח. ויובהר, על בחינת קיומו של חשש לניגוד עניינים להיעשות בהתאם למכלול הנסיבות, תוך בחינה מהותית של הקשרים העשויים לבסס את ניגוד העניינים (**ברק-ארז**, בעמ' 544; עניין **לביא**, בפסקה 10 (19.2.2024)). לפיכך, היצמדות לכותרות כאלה ואחרות שהגורמים המעורבים בחרו לתת ליחסיהם (לבטח מבלי שניתן הסבר מספק באשר לטיבן המדויק) אינה עולה בקנה אחד עם ההלכה הנוהגת. באותו אופן, לא מצאתי כי קשריו של עו"ד משה עם מציעות נוספות ממתן את החשש לניגוד עניינים. כך, בוודאי, כאשר הקשר האמור קיים רק עם חלק מהמשתתפים האחרים במכרז, ואף לגבי אלה היקף השירותים אשר ניתן על ידי עו"ד משה שונה בתכלית.

1. ויודגש, לא בכל מקרה בו יועץ חיצוני למכרז נתן בעבר שירותים מקצועיים לאחד המשתתפים במכרז יוצר הדבר מבחינה משפטית חשש לניגוד עניינים מהותי. מגוון רחב של נסיבות נדרש להביא בחשבון לעניין זה, ובהן: (1) היקף השירותים שנתן היועץ במסגרת המכרז מזה ולמשתתף מזה; (2) טיב השירותים האמורים והדמיון ביניהם; (3) רמת המומחיות של היועץ וייחודיות שירותיו; (4) חלוף הזמן; ועוד. בהחלט ייתכנו מקרים בהם הצטברות השיקולים הללו ילמדו כי למרות שהתקיימו קשרי עבודה בין יועץ חיצוני לאחד המשתתפים, אין הם בעוצמה מספיקה על מנת לעורר קושי מהותי. כך, למשל, לו היה מתברר כי עו"ד משה טיפל בעבור אפיקים בתביעה או שתיים לפני מספר שנים, בהיקפים שאינם משמעותיים מבחינת פעילותו, ובהקשרים שאינם משיקים לתחום המכרז, ייתכן מאד שניתן היה לקבל את טענת אפיקים כי לא מתקיים חשש לניגוד עניינים מהותי. אפס, כאשר עסקינן בטיפול מתמשך, בעבר הקרוב ובהווה, בעשרות רבות של תיקים, וממילא בהיקף משמעותי מבחינת עורך דין עצמאי – שָׁאנֵי. כך, אף אם אניח לקולא כי התיקים בהם טיפל עו"ד משה בעבור אפיקים לא נגעו כלל לתחום המכרזי, וכי בנושא מכרזי תעבורה יש לעו"ד משה מומחיות ייחודית.

1. בדומה, אינני סבור כי יש במאפייני השוק במקרה דנן – יועצים משפטיים למכרזים בתחום התחבורה – כדי לשנות מן המסקנה אליה הגיע בית המשפט קמא. אכן, כפי שנפסק בעניין **י.ב.מ.**: "**בקביעת ההתנהגות הראויה אין להציב אידיאלים שאינם בני השגה**"(שם, בעמ' 273). כך במיוחד, בנסיבות בהן מדובר בשוק מצומצם בו קיימת היכרות מוקדמת בין השחקנים השונים בשוק, והצבת רף גבוה מדי עלולה להביא לפגיעה ביכולתה של הרשות להיעזר במומחים הטובים ביותר או לצמצום במספר המתחרים במכרז (דפנה ברק-ארז [**משפט מינהלי**](http://www.nevo.co.il/safrut/bookgroup/2057) **– משפט מינהלי כלכלי** כרך ג 162 (2013); והשוו: [בג"ץ 3346/09](http://www.nevo.co.il/case/5890082) **פורום משפטי למען ארץ ישראל, ע"ר נ' שר החינוך**, פסקה 28 [נבו] (26.4.2009)). אולם, מן העבר השני, אין במיעוט השחקנים בשוק כדי להביא לביטול גורף של הכלל האוסר על ניגוד העניינים. כך, בוודאי כאשר קשרי העבודה בין היועץ לבין המשתתף הם הדוקים ומשמעותיים כמו אלה שקיימים בענייננו. במקרים מעין אלה על בית המשפט לאזן בין התכליות השונות, תוך מתן משקל לאפשרות לקבוע במכרז כללים הממתנים את החשש לניגוד עניינים (ראו עניין **כרמי**, בעמ' 430; עניין **מ.ג.ע.ר**, בפסקה 15). כך נעשה גם במכרז שלפנינו, אשר כלל מספר הוראות שמטרתן התמודדות עם מצב של ניגודי עניינים הנוגע ליועצי המכרז, ובהם עו"ד משה (ראו פסקה 2 לעיל). ואולם, הליכים אלה לא הופעלו, ובפניית אפיקים כשלעצמה אין כדי לרפא את פגם במקרה דנן. ארחיב קמעה בנקודה זו, המהווה את קו הטיעון השלישי שהעלו אפיקים והמועצה נגד הקביעה כי נפל פגם במכרז.
2. כפי שפורט, אפיקים פנתה זמן קצר (יומיים) לפני המועד האחרון להגשת ההצעות במכרז במכתב לוועדת המכרזים, ומסרה כי עו"ד משה "**מספק מעת לעת שירותי ייעוץ משפטי למציע בקשר עם עניינים שוטפים**". לשיטתה של אפיקים, בכך יצאה ידי חובתה על פי התנאים שנקבעו במכרז, ועובדה זו, בצירוף החלטת הגורמים המקצועיים, די בה כדי לרפא את הפגם שנפל במכרז. למרבה הצער, כפי שקבע בית המשפט קמא, לא ניתן לקבל קו טיעון זה, שכן בנסיבות העניין אין בגילוי שנערך על ידי אפיקים כדי לרפא את החשש מקיומו של ניגוד עניינים.
3. טוב עשתה אפיקים שפנתה לוועדת המכרזים בטרם הגישה הצעה במכרז, על מנת שזו תוכל לבחון את החשש לקיומו של ניגוד העניינים. אכן, מוטב היה שפנייה זו הייתה מועברת בשלב מוקדם יותר, ולא ברגע האחרון, ומן הראוי היה לכלול בה גילוי נרחב יותר בדבר היקף היחסים וטיבם. ואולם, מוטב מאוחר מאשר לעולם לא, באשר ניתן לסבור כי די היה בפניה שהועברה כדי לאפשר לוועדת המכרזים לקיים בירור נאות בעניין זה. אפס, טיפולה של ועדת המכרזים בפנייה לא נעשה בהתאם להוראות המכרז, ולא הוביל לבירור בעיית ניגוד העניינים. כתוצאה מכך, אין בפנייה זו כדי למתן את החשש הממשי מניגוד עניינים המתעורר במקרה זה. על פי הוראות המכרז (סעיף 14.2), החלטה על ענייני ניגוד העניינים היא בסמכות המועצה, ואולם פנייתה של אפיקים לא הובאה כלל לידיעת המועצה, וממילא לא נידונה על ידה. זאת ועוד, הלכה למעשה, הטיפול בפנייתה של אפיקים בזמן אמת היה שטחי מאד, והתמצה בהפנייתה לעו"ד משה, אשר הדף אותה בקש. לא ברור כלל, בהיעדר תיעוד, מי קיבל את ההחלטה להכשיר את ניגוד העניינים, על בסיס איזה מצע עובדתי ועל סמך אילו נימוקים. במצב דברים זה, אין הפנייה לבדה יכולה להכשיר את ניגוד העניינים. כך משלושה טעמים, שיפורטו להלן.

 **ראשית**, מבחינה פורמאלית, בהיעדר החלטה של הגורם המוסמך (המועצה), לא ניתן לטעון כי המנגנון למניעת ניגוד עניינים הופעל בזמן אמת. ודוק, ליועצים מקצועיים סמכות לקבל החלטה להתעלם מטענות חסרות בסיס עובדתי או משפטי לפגמים במכרז, ואין מחובתם להביא כל עניין המגיע לידיעתם להכרעת הגורם המוסמך. ואולם, ככל ששגו בחוות דעתם המקצועית, ונמנעו מהבאת סוגיה שעל פי דין נדרש היה להביאה בפני הגורם המוסמך, הרי שהפגם המנהלי נותר בעינו. זהו מצב הדברים בענייננו. כפי שהובהר, ניגוד העניינים בו עו"ד משה מצוי בקשר להשתתפותה של אפיקים במכרז הוא עמוק ומהותי, וככזה חייב דיון על ידי הגורם המוסמך, דהיינו על פי סעיף 14.2 למכרז, המועצה. העובדה שהגורמים המקצועיים המייעצים לוועדת המכרזים הגיעו בזמן אמת למסקנה שאין צורך בכך, ככל הנראה בעקבות התייחסותו המבטלת של עו"ד משה לעניין, אין בה כדי להכשיר את ניגוד העניינים בו הוא עצמו היה מצוי.

 **שנית**, בהיעדר החלטה מתועדת ומנומקת, לא של המועצה, וכמובהר גם לא של הגורמים המקצועיים, אין כל אפשרות להעביר תחת שרביט הביקורת את תקינותה המנהלית וטעמיה (השוו [בג"ץ 3751/03](http://www.nevo.co.il/case/5913435) **יוסי אילן נ' עיריית תל-אביב-יפו**, פ"ד נט(3) 817, 840-836 (2004); [עע"מ 6823/10](http://www.nevo.co.il/case/5926085) **מתן שירותי בריאות בע"מ נ' משרד הבריאות**, פסקה 27 [נבו] (28.2.2011)). כך, למשל, אין אנו יכולים לדעת מהי הבדיקה שבוצעה בקשר לטיב היחסים שבין עו"ד משה לבין אפיקים, והאם היא אִפשרה לוועדת המכרזים להתרשם מהיקף וטיב היחסים המקצועיים, כפי שהתברר בהליכים המשפטיים. ייתכן, ואינני קובע בעניין זה כל ממצא, כי לוועדת המכרזים הוצג בזמן אמת מידע חסר, אשר חשף טפח (עצם קיום קשרי עבודה) אך הסתיר טפחיים (היקף היחסים הללו). אם כך, הרי שגם אם הייתי מניח שהתקבלה החלטה לפי תנאי המכרז להתיר את השתתפות אפיקים, היא לא הייתה יכולה לעמוד בביקורת מנהלית, ולשמש כסות להכשרת ניגוד העניינים בו עו"ד משה מצוי.

 **שלישית**, להחלטה לאפשר את השתתפות אפיקים במכרז למרות המידע שנמסר בפנייתה לא ניתן פומבי בשעתו, וכתוצאה מכך לא התאפשר ליתר המשתתפים במכרז להשיג עליה בזמן אמת – לא בפני ועדת המכרזים ולא באמצעות פניה לערכאות משפטיות (לאפשרות ליתן זכות טיעון למי שעלולה להיפגע זכותו בהליכי מכרז ראו [בג"ץ 346/81](http://www.nevo.co.il/case/17919868) **ס.ע.** **רינגל בע"מ נ' מועצה מקומית כרמיאל**, פ"ד לה(4) 825, 830-828 (1981); [עע"מ 7201/11](http://www.nevo.co.il/case/5599413) **רחמני ד.א. עבודות עפר בע"מ נ' רשות שדות התעופה**, פסקאות 48-46 [נבו] (7.1.2014)).

1. מכל הטעמים הללו, בוודאי בהצטברותם, ברור וגלוי כי אין די בעצם פנייתה של אפיקים לוועדת המכרזים, ולא ניתן להסתפק באופן בו נבחנו הדברים על ידי ועדת המכרזים, כדי לקבוע שניתן מענה לחשש מניגוד עניינים. ויובהר, אין אנו נדרשים לעסוק בשאלה מיהו הגורם האחראי לכשל שנפל בטיפול בפניית אפיקים (ואף לא שמענו טיעון מלא בעניין זה). לכך פנים לכאן ולכאן, ואין אנו מביעים בסוגיה זו כל עמדה. לצורך ההתדיינות הנוכחית די בקביעה שלא ניתן לראות בפניה כפי שטופלה משום תרופה לניגוד העניינים המהותי המונח לפתחנו, ובכך נסתפק.
2. שאלה אחרת היא האם, בהנחה שפניית אפיקים הייתה מטופלת כראוי, רשאית הייתה המועצה לקבל החלטה המאפשרת את השתתפותה במכרז למרות ניגוד העניינים המהותי שהיה כרוך בכך. בשלב זה, המדובר בשאלה היפותטית, וככזו אינני סבור כי ראוי שנרחיב בה. אציין עם זאת, כי בניגוד לבית המשפט קמא, אינני משוכנע כי הגילוי שעשתה אפיקים היה חייב להוביל את המועצה למסקנה כי לאור קשריה עם עו"ד משה מתחייבת פסילתה מראש כמציעה. לא מן הנמנע כי בחינה כאמור הייתה יכולה להוביל גם למסקנה כי ניתן להתמודד עם החשש לניגוד עניינים – בין אם באמצעות הטלת מגבלות על אפיקים, בין אם באמצעות הטלת מגבלות על עו"ד משה ובין אם באמצעים אחרים (השוו: עניין **מ.ג.ע.ר**, בפסקה 15). מכל מקום, אותיר שאלה זו בצריך עיון.
3. לאור האמור לעיל, לא מצאתי כי יש מקום להתערב בקביעתו של בית המשפט קמא לפיה נפל במכרז פגם מהותי בשל ניגוד העניינים של עו"ד משה. משאלו פני הדברים, נעבור עתה לבחון מה משמעותו של פגם זה במישור התוצאה.

**האם יש להורות על ביטול המכרז?**

1. בפסק דינו קבע בית המשפט קמא כי הפגם שנפל במכרז בשל ניגוד העניינים של עו"ד משה הוא פגם מהותי, אשר "**פוגע בעקרונות היסוד של דיני המכרזים, ובמיוחד בעיקרון השוויון והתחרות ההוגנות**" (פסקה 39 לפסק הדין). לאור זאת, ואף שביטול המכרז הוא סעד השמור למקרים חריגים, מצא בית המשפט כי אין מנוס אלא להורות על ביטול המכרז. בעניין זה הבהיר בית המשפט קמא כי מאחר שעו"ד משה ליווה את המכרז לאורך כל שלביו, לא ניתן להסתפק בהחזרת העניין להכרעת ועדת המכרזים. עוד הובהר, כי הפגם שנפל במכרז אינו נוגע רק להצעתה של אפיקים, אלא למכרז כולו, ולכן גם אין בכוחה של הכרזה על סופרבוס כזוכה במכרז כדי לרפא את החשש מניגוד עניינים.

 לעמדת אפיקים, המועצה וסופרבוס שגה בית המשפט קמא משהורה על ביטול המכרז, ולא על סעד מתון יותר – בין אם החזרת העניין לוועדת המכרזים לצורך בחינה מחדש (כעמדת אפיקים והמועצה), ובין אם הכרזה על סופרבוס כזוכה במכרז חלף אפיקים (כעמדת סופרבוס בערעור שכנגד). כך, לעמדת אפיקים, הפגם שמצא בית המשפט קמא נוגע להצעתה בלבד (להבדיל מהמכרז כולו), וניתן גם כיום להחזיר את העניין לבחינה מחדש של ועדת המכרזים יחד עם הוראות מתאימות לגבי מעורבותו של עו"ד משה אשר ירפאו את החשש לניגוד עניינים. בדומה, גם המועצה סבורה כי יש להחזיר את העניין לוועדת המכרזים, שתבחן ותנקד מחדש את ההצעות של המשתתפים במכרז מבלי להיוועץ בעו"ד משה. אף סופרבוס סבורה כי אין מקום לבטל את המכרז בכללותו, אך בשונה מאפיקים ומהמועצה, לעמדתה, בשל ההכרזה עליה כ"כשיר שני", יש להורות על זכייתה במכרז חלף אפיקים. לאחר שבחנתי את מכלול הטענות, סבורני כי בנסיבות העניין אין מקום להתערב בתוצאה אליה הגיע בית המשפט קמא, ויש להורות על ביטול המכרז.

1. אמת, לא בנקל יורה בית המשפט על סעד של ביטול המכרז בכללותו. יפים לעניין זה דבריו של השופט **מני מזוז** ב[עע"מ 4529/15](http://www.nevo.co.il/case/20402386) **אורט ישראל (חל"צ) נ' המועצה המקומית דלית אל כרמל** [נבו] (24.8.2015):

ביטול המכרז כולו הוא סעד השמור למקרים חריגים, "כאשר אין דרך חוקית אחרת לריפוי הפגם שנפל בו" (ענין **מיצויוסי**, פסקה כ"ז; ראו גם: [עע"מ 8696/10](http://www.nevo.co.il/case/6135661) **שערי ריבית בע"מ נ' מדינת ישראל - משרד האוצר**, פסקה 10 [נבו] (6.9.2011)). הטעם להיותו של סעד הביטול חריג הוא כפול: ראשית, ביטול המכרז עלול לפגוע באינטרס **הציבורי** בשל כך שההתקשרות עם המציע הזוכה תידחה, ובכך יידחה מימוש התכלית הציבורית שלשמה נערך המכרז. [...] שנית, ביטול המכרז פוגע מטבע הדברים באינטרס ההסתמכות והציפייה של **המציע שזכה במכרז**, ופגיעה זו בוודאי אינה מוצדקת כאשר הפגם שנמצא אינו בהצעתו של הזוכה אלא בהתנהלות ועדת המכרזים. ביטול המכרז גם יעמיד את המציע שזכה בעמדת נחיתות ביחס למציעים במכרז החדש, שכן הצעתו כבר נחשפה. לעתים קיימת פגיעה גם בהיבט של הפסד הזדמנויות עסקיות אחרות עליהן ויתר המציע לצורך השתתפות במכרז במכרז (ראו למשל: **ברק-ארז**, בעמ' 149; ענין **מיצויוסי**, פסקה כ"ז; ענין **יוסף חורי**,שם). (שם, בפסקה 15).

 בענייננו, המועצה הדגישה בטיעוניה כי מדובר בהליך מכרזי שנמשך קרוב לשנתיים, בו הושקעו מאמצים ומשאבים רבים. עוד היא הוסיפה כי ביטולו של המכרז בנקודת הזמן הנוכחית, לאחר שהסתיימה ההתקשרות עם מאיה ומבלי שבאפשרותה להתקשר עם גורם אחר, לצד ההבנה כי יידרשו זמן ומשאבים רבים על מנת לקיים את המכרז מחדש, היא תוצאה קשה ובלתי סבירה. אכן, אין להתעלם מההשפעה הקשה של ביטול המכרז על תושבי אשכול רמת גולן, כמו גם על משתתפות המכרז. כך, על פי הנטען, אחת ממטרות המכרז הייתה לשפר את שירותי התחבורה הציבורית באזור, תוך החלפת צי האוטובוסים בו נעשה שימוש (ראו פסקה 92 לערעור); ומטבע הדברים, ביטול המכרז יוביל לעיכוב נוסף בהגשמת מטרה ראויה זו. ברם, מצאתי כי אף בשים לב לשיקולים אלה, בנסיבות העניין אין מנוס מלהורות על ביטולו של המכרז.

1. **ראשית**, כפי שהדגיש בית המשפט קמא, הפגם שנפל בהליכי המכרז הוא פגם חמור, באשר מדובר בניגוד עניינים מהותי הנוגע לפעולתו של יועץ מרכזי למכרז, שמלכתחילה הוזהרו המציעים בתנאי המכרז שלא להעסיקו (סעיף 20.4.5 למכרז. ודוק, גם אם ניתן לפרש הוראה זו כמתייחסת להעסקה לצורכי המכרז בלבד, פשיטא כי היא מלמדת על תפקידו המרכזי של עו"ד משה בהליכי המכרז). בפסיקת בית משפט זה נקבע בעבר, במקרה קרוב, כי פגם מסוג זה חמור דיו על מנת להביא לביטול המכרז. בעניין **מסיעי שאשא** נידון מקרה שיש לו דמיון מפתיע לזה שלפנינו: גם שם דובר במכרז להפעלת שירותי תחבורה שפורסם על ידי רשות ציבורית (משרד התחבורה להסעות בישוב אלעד); גם שם ניגוד העניינים נגע להעסקת יועץ חיצוני ששימש הן את הרשות הציבורית והן את המציע הזוכה (אלא ששם היה זה יועץ לענייני תעבורה); גם שם ניגוד העניינים לא נבע מהעסקת היועץ ביחס למכרז על ידי שני הגורמים הללו (אלא שבאותו מקרה הועסק היועץ בענייני המכרז על ידי הזוכה, ובעניינים כלליים על ידי הרשות). והנה, באותו עניין בית המשפט סבר כי ניגוד העניינים האמור די בו, במכלול הנסיבות, כדי להביא לביטול המכרז בכללותו (באותו מקרה, בעיקר בשל הזמן שחלף מאז נערך המכרז).
2. **שנית**, הפגם שנפל במכרז בשל ניגוד העניינים של עו"ד משה נוגע למכרז כולו, ולא רק להצעתה של אפיקים. עו"ד משה היה מעורב בניסוח המכרז ולקח חלק בישיבות ועדת המכרזים מתחילת ההליך ועד לבחירת הזוכה. בנסיבות אלה, סבורני כי הפגם שנפל במכרז חולש על כל שלביו, מבלי שניתן לבודד חוליה כזו או אחרת אשר ממנה כבר לא יעמוד החשש לניגוד עניינים (השוו: עניין **י.ב.מ.**, בעמ' 273). כל זאת, למרבה הצער, מבלי שהחשש לניגוד עניינים נבחן על ידי המועצה באופן שיש בו כדי להניח את הדעת (כמפורט בפסקה 25 לעיל).

 ויובהר, אילו אפיקים לא הייתה זוכה במכרז, ומקל וחומר אילו לא הייתה משתתפת בו כלל, החשש לניגוד עניינים בו עסקינן, הגם שהוא נוגע למכרז בכללותו, לא היה מצדיק לבדו מתן סעד משפטי של ביטול המכרז, ולמעשה, אף לא של ביטול הזכייה. במצב דברים זה, בהיעדר ראיות משכנעות לכך שניגוד העניינים הביא בפועל לעיוות תנאי המכרז או אופן התנהלותו, אינני סבור כי ניתן היה לראות בו טעם המצדיק מתן סעד השולל מזוכה תם לב את זכייתו. כך, שכן הן מבחינת עיקרון השוויון בין מציעים והן מבחינת מראית פני הדברים, לא היה בניגוד העניינים האמור כדי להצדיק תוצאה מסוג זה. מבחינת עקרון השוויון – שהרי המציע הזוכה לא הועמד בעמדת יתרון מול המציעים האחרים בשל ניגוד העניינים; מבחינת מראית פני הצדק – שכן זכייתו של מציע "נקי" מלמדת שפוטנציאל השחיתות הטמון בניגוד העניינים לא התממש. לפיכך, בהיעדר ראיות לכך שניגוד עניינים פוטנציאלי זה פגם הלכה למעשה בהתנהלות המכרז, קשה לראות הצדקה לביטול המכרז, ולמעשה לכל סעד אופרטיבי המשליך על הזכייה במכרז.

 שונים הדברים מקום בו הפגם של ניגוד עניינים לא רק שנוגע לכל שלבי המכרז, אלא שהוא מתייחס למציע אשר זכה במכרז. במצב דברים זה, הן מראית פני הצדק והן עקרון השוויון בין מציעים מחייבים מתן סעד אופרטיבי, וסעד זה עשוי, במקרים בהם אין מנוס מכך, להיות ביטול המכרז בכללותו.

1. **שלישית**, לא מצאתי כי בנסיבות המקרה דנן ניתן להסתפק בסעד מתון יותר, לא בחלופה שהוצעה על ידי אפיקים והמועצה מזה (החזרת הדיון לוועדת המכרזים), ולא בחלופה שהוצעה על ידי סופרבוס מזה (הכרזה עליה כזוכה במכרז). אפרט.
2. אשר לחלופה של החזרת הדיון בשלב זה לוועדת המכרזים – חלופה בה תמכו אפיקים והמועצה – הרי שבנסיבות המקרה אין בה כדי לרפא את הפגם שנפל במכרז. החשש שנוצר עקב מעורבותו של עו"ד משה בהליך המכרז אינו מתעורר אך ביחס לשלב בו נבחרה ההצעה הזוכה, אלא הוא נוגע, כאמור, למכרז בכללותו. זאת, בהתחשב במעורבותו של עו"ד משה גם בשלבים המוקדמים של גיבוש המכרז, לצד העובדה שלא נקבעו, או למצער שלא נבחנו כהלכה ובמועד המתאים, אמצעים למיתון החשש לניגוד עניינים. במצב דברים זה קשה לראות כיצד ניתן בדיעבד, לאחר שהמכרז התנהל, ואפיקים הוכרזה כזוכה, לתקן את הפגם באופן שישמר את האמון הציבורי בתקינות ההליך, ויבטיח שמירה על עקרון השוויון בין המציעים. הדרך היחידה שעשויה להועיל להסרת חשש זה בשלב הנוכחי, היא להורות על החזרת הדיון לוועדת המכרזים בתנאי שמועמדותה של אפיקים תוסר מהפרק, דהיינו שהלכה למעשה הצעתה תיפסל. ואולם, לתוצאה כה קשה מבחינת אפיקים אין הצדקה, בהינתן שהיא פעלה בהתאם למנגנון שנקבע במכרז והודיעה לוועדת המכרזים על קשריה עם עו"ד משה, ואין בסיס לטעון שפעלה בחוסר תום לב. בנסיבות אלה, חסימת דרכה של אפיקים מהאפשרות לזכות במכרז פוגעת בה למעלה מן הראוי, במיוחד בהתחשב בכך שהצעתה נבחרה על ידי ועדת המכרזים כטובה ביותר.
3. אשר לאפשרות להכריז על סופרבוס כזוכה במכרז, בהינתן ההכרזה עליה כ"כשיר שני", הרי שלאחר לבטים, הגעתי למסקנה כי גם היא אינה ראויה במכלול נסיבות המקרה. כך, בשל משלב של טעמים שיפורטו להלן.
4. על פי תנאי המכרז, המועצה אינה חייבת להתקשר בהסכם עם הכשיר השני, אלא רשאית לעשות כן (סעיף 17.9.4 למכרז: "[...] **רשאית המועצה, אך לא חייבת, לאשר התקשרות לגבי מתן השירותים, או כל** **חלק מהם, עם המציע הבא אחריו בהליך (המציע השני בדירוג המציעים)**"). מכאן שהסעד אותו ניתן לתת במקרה זה הוא החזרת העניין למועצה על מנת שתבחן אם ברצונה להתקשר עם סופרבוס. בהינתן עמדת המועצה בהליך שלפנינו, שלא הביעה עניין בסעד מסוג זה, ספק אם תועלתו של הליך מסוג זה עולה על עלותו במקרה דנן.
5. הכרזת סופרבוס כזוכה שקולה, מבחינת אפיקים, לפסילת הצעתה, וכמובהר זו תוצאה שאינה הוגנת כלפיה, בהינתן שהיא התריעה מבעוד מועד על החשש לניגוד עניינים, ואין בסיס לקבוע שפעלה בחוסר תום לב.
6. סופרבוס לא פעלה נגד זכיית אפיקים במכרז ולא הגישה את העתירה בעניין (כזכור העתירה מושא הערעור הוגשה על ידי מציע שלישי, מאיה). עובדה זו אינה שוללת אומנם את **מעמדה** של סופרבוס כ"כשיר שני", אך יש בה כדי להחליש משמעותית את **דרישתה** להכריז עליה כזוכה(ובכלל זה לכפות על המועצה, הר כגיגית, לדון באפשרות זו).
7. קושי נוסף בקבלת החלופה שהציעה סופרבוס נעוץ בכך שהושבה לה הערבות שהיא העמידה לצורך המכרז (עמ' 23 לפרוטוקול דיון, ש' 8-2). כך, בהתאם להלכה הפסוקה, לפיה משתתף שהושבה לו ערבותו על פי בקשתו אומנם יוכל לדרוש את ביטולו של המכרז, אך ככלל לא יוכל לבקש סעד של העברת הזכייה לידיו משום שאינו עומד בתנאי המכרז (ראו דעת הרוב (השופטת **טובה שטרסברג-כהן** והשופט **אדמונד לוי**) ב[ע"א 7699/00](http://www.nevo.co.il/case/6110570) **טמג"ש חברה לניהול ופיתוח פרויקטים בע"מ נ' רשות הניקוז קישון**, פ"ד נה(4) 873, 897-896 (2001) (להלן: **עניין טמג"ש**)). ויובהר, לו קושי זה היה עומד לבדו, ייתכן מאד כי ניתן היה להתגבר עליו בנסיבות מקרה זה. כך, בין אם משום שהשבת הערבות נעשתה ביוזמת המועצה, הגם שתוך שיתוף פעולה מצד סופרבוס (השוו: עניין **חופרי השרון**, בפסקאות סח-עא בו נעשתה אבחנה בין ערבות שהוחזרה באופן חד צדדי לערבות שהושבה לפי דרישה); בין אם בשל מעמדה של סופרבוס כ"כשיר שני", אשר לגביו נקבעו הוראות מפורשות ביחס לעיתוי השבת הערבות במכרז (ראו סעיף 13.16.1 למכרז); ובין אם משום הצורך בבחינה מחודשת של ההלכה שנקבעה בעניין **טמג"ש** (וזאת, בשים לב לדעת המיעוט החזקה של השופט **מישאל חשין** בעניין **טמג"ש**, הגורסת כי, ככלל, אין לחסום את דרכו של מתמודד שהושבה לו ערבות ההשתתפות מלטעון לזכייתו במכרז (שם, בעמ' 891)). מכל מקום, בהינתן שמדובר באחד ממספר שיקולים מצטברים, לא סברתי כי ראוי להעמיד את ההלכה בעניין זה על מכונה במקרה דנן.

 שילוב הטעמים הללו, יותר מאשר כל אחד מהם בפני עצמו, מצדיק לשיטתי את המסקנה כי גם החלופה שמציעה סופרבוס לא תסכון במקרה דנן.

1. **לבסוף**, נתתי דעתי לכך שהמועצה הבהירה במהלך הדיון כי בשלב זה היא ממשיכה להפעיל את שירותי התחבורה הציבורית באשכול רמת הגולן באמצעות קבלני משנה, וכי ככל שהמכרז יבוטל, היא תעשה מאמץ לערוך את המכרז מחדש במהירות האפשרית. אכן, כך ראוי, ויש לקוות כי כך גם יעשה.
2. אשר על כן, ומהטעמים שפורטו לעיל, לא מצאתי כי יש מקום להתערב בקביעתו של בית המשפט קמא לפיה יש להורות ביטול המכרז.
3. **סוף דבר**: לו תישמע דעתי נורה על דחיית שני הערעורים. בנסיבות העניין, ובשים לב לתוצאה אליה הגעתי, אציע כי נחייב את אפיקים בהוצאות מאיה בלבד, ואף זאת באופן חלקי, בסכום של 40,000 ש"ח. עוד אציע לחייב את סופרבוס בהוצאות מאיה בלבד, וביחס לערעור שסופרבוס הגישה בלבד, בסכום של 20,000 ש"ח. כך, משום שמאיה היא היחידה שטענותיה התקבלו באופן מלא, ואפיקים וסופרבוס הן שערערו, ועמדו על מתן הכרעה בערעוריהן.

|  |
| --- |
| עופר גרוסקופףשופט |

**ממלא מקום הנשיא י' עמית:**

|  |
| --- |
| יצחק עמיתממלא מקום הנשיא |

 אני מסכים.

|  |
| --- |
| גילה כנפי-שטייניץ שופטת |

 **השופטת ג' כנפי-שטייניץ:**

 אני מסכימה.

לפיכך הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט **ע' גרוסקופף**.

ניתן היום, י"ח תשרי תשפ"ה (20 אוקטובר 2024).

יצחק עמית

ממלא מקום הנשיא

-

עופר גרוסקופף

שופט

-

### גילה כנפי-שטייניץ שופטת

51293715129371

5467831354678313