

בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בעניינים מנהליים

ע"ם 4011/05

בפני :

כבוד השופטת א' פרוקצ'יה
כבוד השופט א' רובינשטיין
כבוד השופט ס' גובראן

המערערות :

1. דגש סחר חוץ (ספנות) בע"מ
2. אוליבקס בע"מ
3. שטיבל בע"מ
4. הקבוצה הירושלמית ליבוא ושווק מספוא (2001) בע"מ
5. טחנת קמח מפרץ בע"מ
6. טית בית תעשיות מזון בע"מ
7. צנציפר חברה ליבוא תבואות ומספוא בע"מ
8. טחנת קמח דגן לישראל בע"מ

נ ג ד

המשיבות :

1. רשות הנמלים (חברת נמלי ישראל פיתוח ונכסים בע"מ)
2. דגון בתי ממגורות לישראל בע"מ
3. ממן מסופי מטען וניטול בע"מ
4. לו-גי סחר ותעשיות בע"מ
5. כימוביל בע"מ
6. משקי הנגב - אגודה שיתופית מרכזית לחקלאות בע"מ
7. seehafen rostock umschlagsgesellschaft mbh
8. צמח מכון לתערובת אגודה חקלאית שיתופית בע"מ
9. עמיר חברה להספקה של התאחדות האיכרים בישראל בע"מ
10. אשבר בע"מ

ערעור על פסק-דינו של בית המשפט לעניינים מנהליים בתל-אביב-יפו מיום 24.3.05 בעת"מ 1191/03 שניתן על-ידי כבוד השופט א' טל

בשם המערערות :

עו"ד גיורא ארדינסט ; עו"ד ניר אמודאי ; עו"ד יריב דן

בשם המשיבה 1 :

עו"ד רנאטו יאראק

בשם המשיבה 2 :

עו"ד אסף רנצלר

בשם היועץ המשפטי
לממשלה :

עו"ד אבי ליכט

פסק-דין

השופטת א' פרוקצ'יה:

פתח דבר

1. זהו ערעור על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מינהליים בתל-אביב (כב' השופט א. טל) אשר דחה את עתירת המערערות כנגד מיכרז שפרסמה רשות הנמלים והרכבות (להלן – רשות הנמלים) לזיכיון לניהול והפעלה של ממגורות נמל חיפה.

2. בתי ממגורות חיפה הוחזקו והופעלו בידי משיבה 2, דגון בתי ממגורות לישראל בע"מ (להלן: דגון) מאז 1951. הפעלת הממגורות נעשתה באמצעות זיכיון שניתן לדגון בידי ממשלת ישראל לצורך אספקת שירות חיוני ליבואנים ומובילים בתחום התבואות שעיקרו פריקה מאניות והחסנה של דגנים בממגורות עד להפצתם ברחבי הארץ.

לקראת פקיעת הסכמי ההפעלה בין דגון לממשלה לקראת שנת 2003, פרסמה רשות הנמלים מיכרז, שתכליתו לפתוח לתחרות את זהות מפעיל ממגורות חיפה מכאן ואילך.

במסגרת המיכרז, נתאפשרה השתתפותם של מתחרים שיש להם, במישרין או בעקיפין, מעורבות בשיעור מוגדר בשוק היבוא וההובלה של התבואות, ובצריכה של שירותי הממגורות. בהקשר זה, הותר למציע, שבהנהלתו שותף גורם המעורב בעסקי יבוא והובלה של תבואות בשיעור מסוים של אמצעי שליטה, להתחרות במיכרז.

הזכות במיכרז הן שתי חברות שבכוונתן להתאגד ולהקים חברה מיוחדת לצורך הפעלת הממגורות. אחת מן החברות הינה גורם עיסקי הפעיל בשוק התבואות, וככזו הינה צרכנית של שירותי הממגורות. על פי המבנה הצפוי של החברה המיוחדת, ובהתאם לתנאי המיכרז, אותה חברה אמורה להחזיק ב-36% של אמצעי השליטה בחברה המיוחדת. מבנה זה עולה בקנה אחד עם דרישות הסף של המיכרז.

כדי למנוע מצב של ניגוד עניינים בפעולת החברה המיוחדת האמורה להפעיל את הממגורות עקב מעורבות גורם עיסקי – צרכן שירות בהנהלתה, נכללו תנאים והגבלות שונים במיכרז שתכליתם למנוע, או להחליש תופעות של ניגוד, כאמור.

השאלות המרכזיות העולות בהליך זה נועדו לבחון מה דינו של זכיון מונופוליסטי רב שנים הנוגע למתן שירות ציבורי חיוני, הניתן במיכרז למפעיל פרטי שבהנהלתו מעורב גורם עיסקי הנזקק, הוא עצמו, לאותו שירות; האם הסדר מיכרזי כזה נגוע בניגוד עניינים פסול; האם התנאים ואמצעי הפיקוח שהוטלו על המפעיל במיכרז עשויים להפיג את החשש מפני פעילות פסולה עקב ניגוד עניינים; האם הסדר כזה עומד במבחן הדין; מה תוצאותיו המשפטיות של המיכרז לאור תנאי הסף הנכללים בו, המתירים לגורם עיסקי- צרכן שירותי ממגורות להחזיק באמצעי שליטה במפעיל, ונוכח זכייה במכרז של קבוצה, שמתקיימת בה מעורבות גורם עיסקי, כאמור.

הצדדים בערעור

3. המערערות: העותרות בעתירה המינהלית, המערערות בפנינו, הינן חברות העוסקות בייבוא והובלה של דגנים לישראל, וככאלה הן צרכניות של שירותי ממגורות חיפה. המערערות לא השתתפו במכרז נשוא הערעור, ואין להן ענין בניהול והפעלה של הממגורות. טענתן כנגד המכרז מושתתת על חשש בעל אופי כפול: האחד – כי מתחרה שלהן בשוק ייבוא והובלת תבואות, העתיד להיות מעורב בהנהלה הפעילה של מפעיל הממגורות שזכה במיכרז, ינצל את מעמדו החדש לצורך השגת יתרון פסול עליהן במסגרת התחרות בין גורמים עיסקיים פרטיים בשוק הדגנים בישראל. והשני – כי מפעיל הממגורות, שבהנהלתו ישותף גורם עיסקי, עלול לפעול מתוך ניגוד עניינים, תוך העדפה פסולה או הפלייה פסולה בין צרכני השירות.

המשיבה 1 – רשות הנמלים – היוותה תאגיד סטטוטורי, שהוקם בשנת 1961 מכוח חוק רשות הנמלים והרכבות, התשכ"א-1961 (להלן: חוק רשות הנמלים). הרשות באה במקומו של הממונה על הנמלים, שפעל במסגרת משרד התחבורה על פי פקודת הנמלים [נוסח חדש], התשל"א-1971. הרשות הופקדה, בין היתר על תכנון, בנייה, פיתוח, ניהול, החזקה והפעלה של נמלי הים של ישראל בחיפה, באשדוד ובאילת, וכן על מתן שירותי הנמל בהם (סעיפים 4 ו-24 לחוק רשות הנמלים). בהיותה מופקדת על כל נמלי החוף של ישראל, שמשה רשות הנמלים למעשה, "מונופולין על שער הכניסה והיציאה הימי של ישראל" (פסקה 2 לחוות דעתו של הממונה על ההגבלים העסקיים מיום 28.7.02). מכוח סמכויותיה על פי חוק, פרסמה רשות הנמלים את המכרז לניהול והפעלה של ממגורות חיפה, נשוא העתירה. רשות הנמלים בצעה את תפקידיה על פי החוק עד לביטולה בחוק רשות הספנות והנמלים, תשס"ד-2004 (להלן

– חוק רשות הספנות והנמלים). את מקומה תפסה על פי חוק זה וצווים מכוחו חברת נמלי ישראל פיתוח ונכסים בע"מ (להלן: חב' נמלי ישראל). חברה זו הינה חברה ממשלתית בבעלות מלאה של הממשלה, אשר קמה מכח סעיף 9 לאותו חוק. חברה זו באה בנעלי רשות הנמלים בהליך זה.

המשיבה 2, דגון, היא חברה פרטית שהוקמה בשנת 1951 ותחום פעולתה לאורך השנים ועד למיכרו נשוא הליך זה הוא הפעלת בתי המגורות בנמל חיפה. באמצעות חברת בת, ממגורות אשדוד בע"מ, מפעילה דגון גם את בתי המגורות בנמל אשדוד. הזיכיון שניתן לדגון מתייחס לפעולות ניטול ואיחסון גרעינים. לצורך פריקת גרעינים בתפזורת ועיבודם, כנדרש לצורך מסירתם ללקוחות, מפעילה דגון מתקני פריקה ושינוע, ואגפים לאיחסון גרעינים. בהסכם מ-10.5.51 בין ממשלת ישראל לבין דגון, התחייבה דגון להקים שני בתי מגורות בנמל חיפה כנגד התחייבות הממשלה לאפשר לה להפעיל מגורות אלה לתקופה של 51 שנה, עד 1.2.03. בתום התקופה, אמורים היו בתי המגורות לעבור לבעלות הממשלה, תוך שמירת זכות קדימה לדגון להמשיך ולהפעילם אם הממשלה תבחר שלא להפעילם בעצמה (להלן – ההסכם). במסגרת הסכם זה, הקימה דגון את שני בתי המגורות האמורים. בשנת 1960 הוסכם בין הממשלה לדגון על הקמת מבנה מגורה שלישי בידי דגון בנמל חיפה. בשנת 1968 נחתם הסכם להקמת מבנה רביעי, ועל כל אלה חלים הוראות ההסכם המקורי משנת 1951.

עם הקמת רשות הנמלים ב-1961, הומחו לרשות כל התקשרויות הממשלה הנוגעות לנמלים, ובכללן גם ההסכמים עם דגון.

נושא זכות הקדימה שניתנה לדגון על פי ההסכם הועמדה לבחינתו של הממונה על ההגבלים העסקיים. בחוות דעת הממונה, מר דרור שטרומ, מ-28.7.02, נקבע כי זכות הקדימה שניתנה לדגון על פי ההסכם אינה מתיישבת עם החוק, בהיותה הסדר כובל הפוגע בתחרות. יחד עם זאת, לא נאסר על דגון להשתתף במיכרו, כאחת המציעות, בלא זכות קדימה (להלן – חוות דעת הממונה).

לקראת פקיעת ההסכמים בין הממשלה לדגון, ולאור חוות דעת הממונה על ההגבלים העסקיים, החליטה רשות הנמלים לפרסם מכרז להפעלת מגורות חיפה. פרסום המכרז נועד להפקיע את המונופולין של דגון בשוק המגורות, לאחר שהיא ריכזה בידיה את חלק הארי של שירותי המגורות בישראל במשך למעלה מחמישים שנה, ולחשוף לתחרות את בחירת מפעיל המגורות. תכליתו של המכרז שפורסם היתה לאפשר למציעים מן הציבור הרחב להתמודד על מתן שירותי הפעלה של מגורות

חיפה במסגרת זיכיון רב שנים. המכרז פורסם, איפוא, בלא מתן זכות קדימה לדגון, תוך סטייה מהוראות ההסכם המקורי, ותוך שהותר לדגון להתמודד במכרז ככל מציע אחר.

בהתחשב במהלכי המכרז, הגיעו רשות הנמלים ודגון להסכמה לפיה דגון תמשיך להפעיל את הממגורות לתקופה נוספת של שנתיים, עד ליום 31.1.05. הסכם ההפעלה הוארך כחלק מהסדר ביניים, ולאחר מכן ניתן צו ביניים בבית משפט זה, שמכוחו ממשיכה דגון להפעיל את הממגורות עד להכרעה בערעור.

המשיבות 4-5 – חברת לו-גי סחר ותעשיות בע"מ (להלן: לוגי) וחברת כימוביל בע"מ (להלן: כימוביל) – הינן חברות אשר זכו במיכרז במשותף כקבוצה לצורך ניהול והפעלה של ממגורות חיפה. על פי המיכרז, ולצורך הפעלה משותפת כאמור, אמורה לקום חברה מיוחדת, אשר תאגד בתוכה את שתי החברות הזוכות (להלן: החברה המיוחדת). יחס האחזקות של שני התאגידים בחברה המיוחדת הוא – 64% לחב' כימוביל ו-36% לחב' לוגי. לכימוביל אין כל קשר לשוק העיסקי של היבוא וההובלה של דגנים בישראל; לעומת זאת, לוגי פועלת כגורם עיסקי בשוק התבואות, ובין היתר, ביבוא דגנים לארץ והובלתם. בכשירותה כגורם עיסקי בשוק התבואות, היא משמשת גם צרכנית של שירותי הממגורות בחיפה, ומתחרה במערערות ובגופים עיסקיים אחרים הפועלים בשוק היבוא וההובלה של הדגנים בישראל.

פרטי העובדות וההליכים

4. בתאריך 4.9.01 פרסמה רשות הנמלים את המכרז נשוא העתירה. המכרז חולק לשני שלבים: שלב מקדים, שנועד לבחון את עמידתם של מציעים בתנאי סף שנקבעו, ושלב המכרז גופו, שנועד לבחון את הצעות הגורמים שקיימו את תנאי הסף, ולבחור מביניהם את הזוכה.

5. תנאי הסף המקוריים של המיכרז מנעו לחלוטין את השתתפותם בתחרות של גורמים העוסקים בייבוא או בהובלה של תבואה לישראל, או בתחומיה, כדי למנוע ניגוד עניינים בהפעלת הממגורות. כך הורה תנאי הסף המקורי בענין זה:

“כדי למנוע ניגוד אינטרסים בהפעלת הממגורות, מועמד ראוי וכן כל גוף המשתתף בקבוצה המגישה הצעה להשתתף במכרז, לא יהיה אחד מאלה-

- א. יבואן תבואות לארץ.
- ב. עוסק בהובלה ימית של תבואות בארץ.
- ג. עוסק בהובלה יבשתית של תבואות בארץ.
- ד. חברת דגון וכל חברה הקשורה עם דגון" (סעיף 9.3).

6. כשלושה חודשים לאחר מכן, בתאריך 2.12.01, פרסמה רשות הנמלים תיקון לתנאי הסף שבסעיף 9.3 למכרז, אשר איפשר גם לגופים העוסקים באחת מהפעילויות האמורות בשוק התבואה (להלן – פעילות מוגבלת), והעומדים בתנאים מסוימים, להשתתף במכרז (להלן: גוף מוגבל). התנאי להשתתפות גוף מוגבל במכרז קבע כי, סך כל ההחזקות של הגוף המוגבל במציע לא יעלה על 36%, וכן כי במציע יכלול גם משתתף שאינו עוסק כלל בפעילות מוגבלת, ובתנאי ששיעור החזקותיו של משתתף כזה בגוף המציע יהיה גבוה מסך ההחזקות של המשתתפים המוגבלים; כך קובע סעיף 9.3 למכרז בנוסחו החדש:

"(א) מציע יחיד או גוף בתאגיד מציע... לא יהיה אחד מן הגורמים הבאים (להלן: "גוף מוגבל"), אלא אם עמד בתנאים המפורטים בסעיף קטן (ד) להלן:

- (1) יבואן תבואות לארץ.
- (2) עוסק בהובלה ימית של תבואות בארץ.
- (3) עוסק בהובלה יבשתית של תבואות בארץ.

(ב) ... בנוסף לאמור בסק(א) גוף(פים) מוגבל(ים) ישתתף(פו) במציע רק אם סך כל ההחזקות המצטברות של הגופים המוגבלים המשתתפים במציע מכל סוג של אמצעי שליטה:

- (1) לא יעלה על 36% מאותו סוג של אמצעי שליטה; וכן
- (2) יהא נמוך משיעור ההחזקות באותו סוג של אמצעי שליטה שבידי משתתף במציע שאינו גוף מוגבל, ושבידיו שיעור ההחזקות הגבוה ביותר באותו סוג של אמצעי שליטה;

"...

סעיף קטן (ד) מגדיר מתי ייחשב משתתף "כגוף מוגבל", וזאת בהתקיים אחד משני אלה: מחזור העסקים שלו בגין הפעילויות המוגבלות עולה על 25% ממחזור העסקים הכולל שלו; או, שחלקו בכל הפעילויות המוגבלות עולה על 10% מהיקף אותן פעילויות במסגרת ענף יבוא התבואות בארץ:

"לצורך סעיפים קטנים (א) ו-(ב) – מציע או גוף המשתתף במציע (לפי העניין) יוגדר כמי שעוסק בפעילויות המפורטות בסעיפים קטנים א(1) עד א(3) (להלן: "הפעילויות המוגבלות"), בהתקיים לפחות אחד מן התנאים הבאים:

- (1) מחזור העסקים שלו בגין כל הפעילויות המוגבלות עולה על 25% ממחזור העסקים הכולל שלו; ...
- (2) חלקו בכל הפעילויות המוגבלות עולה על 10% מההיקף – בטונות – של אותן פעילויות במסגרת ענף יבוא התבואות בארץ".

כן מגדיר המכרז מהי "השתתפות במציע", ומהם "שליטה", "אמצעי שליטה", "החזקה", "החזקה ביחד עם אחרים" ו"החזקה בעקיפין".

7. ביום 14.2.02 הגישו 8 מציעים את הצעותיהם לשלב המקדים במכרז. ביום 7.4.02 אישרה ועדת המכרזים של רשות הנמלים כי 7 מתוך המציעים מקיימים את תנאי הסף המתוקנים של המכרז, וזכאים לגשת לשלב המכרז גופו.

ביום 13.2.03 פרסמה רשות הנמלים את מסמכי המכרז גופו (המכונה גם "המכרז המסחרי"), ובו, בין היתר, פירוט של מגבלות שונות על הזוכה במכרז, שתכליתן להפחית את החשש מפני ניגוד עניינים לאור השינוי בתנאי הסף במיכרז, המאפשר למציע לכלול בהנהלתו משתתף מוגבל, המעורב בשוק התבואה בשיעור החזקה מסוים. ביום 27.3.03 הגישו המערערות את עתירתן כנגד תנאי הסף של המכרז לבית המשפט לעניינים מינהליים. בית המשפט החליט, בהסכמת המערערות ורשות הנמלים, כי לא יינתן צו ביניים המונע את המשך הליכי המכרז, אולם תוצאות המכרז תהיינה כפופות לתוצאות העתירה.

8. במקביל להגשת העתירה, ביום 30.3.03, פנו המערערות לממונה על ההגבלים העסקיים, בבקשה שיאסור על השתתפותם של "גופים מוגבלים" במכרז. בעקבות זאת, בתאריך 14.4.03, פנה הממונה על ההגבלים העסקיים למנכ"ל רשות הנמלים, והתייחס בפנייתו לשינוי תנאי הסף במכרז, המאפשר השתתפות גופים מוגבלים במפעיל השירות. הוא ציין, כי ראוי לבחון את חוקיות ההסדר הנשען על תנאי הסף המתוקנים כבר בשלב זה, ובטרם יימשכו הליכי המכרז, שכן עלול להיות כי יש בתנאים החדשים משום הסדר כובל המנוגד לחוק. בתשובתו לממונה, פירט מנכ"ל רשות הנמלים את הרקע להחלטת הרשות בדבר שינוי תנאי הסף, אולם, לא נערכה פנייה מסודרת לקבלת חוות דעת הממונה בדבר חוקיות תנאי הסף המתוקנים בטרם הופעלו הליכי המכרז.

9. בתאריך 27.5.04 הודיעה רשות הנמלים לקבוצת לוגי וכימוביל כי הן הזכות במשותף במכרז, בכפוף לתוצאות העתירה. המשיבה מס' 10 אשכר בע"מ וחב' פליניג קרגו זכו במקום השני במכרז, ואילו חב' דגון זכתה במקום השלישי.

עיקרי העתירה המינהלית

10. העותרות – הן המערערות – גופים העוסקים ביבוא והובלת גרעיני תבואות לארץ, וצרכניות קבועות של שירותי פריקה ואחסון המסופקים על ידי ממגורות חיפה, בקשו בעתירתן לבטל את המכרז לניהול והפעלת הממגורות, ולחלופין, לאסור על מי שעוסק ביבוא, בהובלת תבואות לארץ ובתוך הארץ, או בסחר של תבואות, להשתתף במכרז. לחילופי חילופין, בקשו להורות כי זכייתו של משתתף במכרז תותנה בהפסקת כל פעילות על ידו בתחום יבוא והובלה של תבואות. טענתן המרכזית של המערערות בעתירה היתה כי אצילת סמכויות וחובות ציבוריות המוטלות על רשות הנמלים לגופים פרטיים, מחייבת אותה למנוע מצב שבו מפעיל הממגורות ימצא במצב של ניגוד עניינים. שינויו של תנאי הסף בסעיף 9.3 למכרז, באופן המאפשר לזוכה להימצא במצב של ניגוד עניינים בין אחריותו הציבורית כמפעיל הממגורות לבין האינטרסים המסחריים שלו כצרכן שירותי ממגורות הינו פסול, ויורד למהותו של ההסדר המיכרזי. קביעת תנאים ומגבלות שונות על מקבל זיכיון ההפעלה שמטרתם לפקח עליו מפני ניגוד עניינים אינם מרפאים את הפסול. כן נטען, כי לא ניתנה לצרכני שירותי הממגורות הזדמנות להשמיע את עמדתם בטרם שונו תנאי הסף, וכי ועדת המכרזים קבלה את החלטתה בענין השינוי האמור בהעדר תשתית עובדתית מלאה, בלא חוות דעת מקצועיות רלבנטיות, ובלא קבלת עמדה מחייבת של הממונה על ההגבלים העיסוקיים בדבר חוקיות תנאי הסף החדשים. כן נטען כי בפעולתה כאמור, פגעה רשות הנמלים בחופש העיסוק שלהם ושל גופים עיסוקיים אחרים הפועלים בשוק התבואות. לאור האמור, טענו המערערות כי המכרז נגוע בחוסר סבירות קיצוני, המצדיק את ביטולו.

דגון ומשיבה 6 (משקי הנגב – אגודה שתופית מרכזית לחקלאות בע"מ) הצטרפו לטיעוני המערערות. דגון הוסיפה שורה של טעמים מטעמה מדוע, לגישתה, ההגבלות שהוטלו על הזוכה במיכרז אינן מנטרלות את החשש לניגוד עניינים הנוצר עקב שיתוף "גוף מוגבל" במפעיל הממגורות.

רשות הנמלים העלתה טענות שיהוי כלפי העתירה. כן טענה כי שינוי תנאי הסף במכרז נועד להגשים את תכליתו העיקרית של המכרז, שהיא פתיחת הליך תחרות רחב

ככל האפשר לבחירת מפעיל ממגורות חיפה באופן שיאפשר השתתפות גורמים מקצועיים רציניים מצד אחד, תוך הכללת הגבלות אפקטיביות שתמנענה מצבים קונקרטיים של ניגוד עניינים בפעולות הזוכה. בנוסף לתנאים המגבילים שננקבו בסעיף 9.3 המתוקן של המיכרז, הוספו, על פי הטענה, בהסכם ההפעלה סנקציות משמעותיות על המפעיל הזוכה, הנותנות בידי צרכני שירותי המגורות אמצעים לפעול כנגד המפעיל באם מתגלה ליקוי בפעולותיו. כמו כן נטען, כי בידי רשות הנמלים סמכויות פיקוח ושיקול דעת, המבטיחות גם הן את תקינות פעולותיו של הזוכה. עוד טענה רשות הנמלים כי אפילו נגרמת פגיעה מסוימת במערערות עקב תנאי הסף המתוקנים, הרי שפגיעה זו נעשתה לתכלית ראויה והיא מידתית; ובכל מקרה, אין מקום לבטל את המכרז אלא לנקוט, לכל היותר, בדרך של הוספת אמצעים נוספים שיש בהם כדי לתרום תרומה נוספת לביטול החשש לניגוד עניינים או להחלשתו.

חברות לוגי וכימוביל העלו טענות דומות.

פסק הדין של בית המשפט המחוזי

11. בית המשפט המחוזי דחה את העתירה, ופסק כי המכרז, וזכיית חברות לוגי וכימוביל על פיו יעמדו בעינם. הוא קבע כי העתירה אינה לוקה בשיהוי, שכן האיחור בהגשת העתירה נעוץ במידה לא מבוטלת באופן התנהלות הרשות ודרך תשובתה לפניות המערערות, ממנה עלה כי לגישה, עליהן להמתין לפרסום המכרז המסחרי כדי להיווכח שהשגותיהן בדבר ניגוד עניינים אינן מוצדקות. נוכח עמדה זו, כך נפסק, לא תשמענה המשיבות בטענת שיהוי, משהמערערות לא נחפזו להגיש עתירה, טרם פרסום המיכרז המסחרי.

לגופה של המחלוקת בית המשפט פסק כי השינוי בתנאי הסף של המיכרז היה נחוץ וראוי כדי להגביר את התחרות בבחירת המפעיל, ונוכח החשש למיעוט משתתפים במכרז על פי תנאי הסף המקוריים. גם לאחר תיקון תנאי הסף, הגישו רק 8 קבוצות מציעים את הצעותיהן למכרז המקדים, ובסיומו נותרו רק 5 מציעים, שמתוכם רק דגון ומציעה נוספת היו עומדות בתנאי הסף המקוריים. השינוי בתנאי הסף נעשה, איפוא, ככורח המציאות, בסבירות ולמטרות ראויות, לצורך הגשמת מטרת המכרז לקדם את מירב היתרונות התפעוליים באמצעות מנגנון של תחרות בהיקף הרחב ביותר האפשרי מבחינת הדין. בכל מקרה, כך נפסק, גם במצב של ניגוד עניינים, יש לשקול יישום אמצעים מתונים יותר לניטרול הניגוד, ואין הכרח לפסול את המכרז והזכייה מכל וכל.

בית המשפט הגיע למסקנה כי יש במגבלות הכלולות בסעיף 9.3 המתוקן לתנאי הסף של המכרז, בתנאי המכרז המסחרי, ובתנאי הסכם ההפעלה כדי לנטרל את החשש לניגוד עניינים. המגבלות שהוטלו על מבנה הגופים המשתתפים בכל הקשור לשיעור אחזקות הגופים המוגבלים בהם מבטיחים, לדעת בית המשפט, כי המפעיל לא ימצא במצב של ניגוד עניינים. לכך מצטרפת ההוראה בסעיף 1.11.4 לתנאי המכרז המסחרי, המחייבת את הזוכה במכרז בהקמת חברה חדשה, שמטרתה ופעילותה היחידים יהיו מתן שירותים לצרכני הממגורות על פי ההסכם. כמו כן, בהסכם ההפעלה נקבעו תנאים וסנקציות המרתיעים מפעיל ממגורות מלנהוג תוך ניגוד עניינים, והמבטיחים את פיקוח הרשות הציבורית על פעולתו. בין היתר, נקבע איסור על הפלייה בין יבואנים במתן שירות ומחיר השירות; כן הוכרה זכותה של הרשות הציבורית לבטל את הסכם ההפעלה אם חובה זו לא תקויים, ובמקרה כזה עומדת לה גם זכות לממש ערבויות בנקאיות שניתנו כערובה מפני הפרת ההסכם. מעבר לכך, נתונות לרשות הציבורית סמכויות פיקוח הן בקביעת המדיניות והן במתן הוראות למפעיל, שחובתו לציית להן. מאחר שהממגורות תופעלנה על ידי חברה מיוחדת שתעסוק במהלך תקופת הזיכיון רק בתפעול הממגורות מהבחינה הטכנית, ואילו סמכויות-העל תישארנה בידי הרשות הציבורית, לא תיווצר, לדעת בית המשפט, תחרות בין המפעיל לבין המערערות, ומכאן שאין חשש לניגוד עניינים ולהעדפה פסולה של הגוף המוגבל השותף בהנהלת המפעיל. בית המשפט דחה גם את טענת המערערות לפיה הסדרי המכרז עלולים לפגוע בחופש העיסוק שלהן, ולא ראה ממש בחששן מפני חשיפת סודות מסחריים שלהן, וכן בטענה כי לא ניתנה להם זכות טיעון בפני הרשות הציבורית בנושא העומד למחלוקת בין בעלי הדין.

הטענות בערעור

12. לטענת המערערות, תנאי המכרז וזכיית קבוצת לוגי וכימוביל, יוצרים חשש מהותי לניגוד עניינים, מובנה ויום-יומי, בכל אחד ואחד מתפקידי הממגורות הכוללים פריקה, אחסון ומסירה של תבואות. ניגוד עניינים זה אינו נפתר על ידי התנאים והמגבלות שהוטלו על המפעיל במכרז ואלה אינם מפיגים את החשש מפני פעילות פסולה תוך ניגוד עניינים על ידי גוף המופקד על מתן שירות ציבורי חיוני לציבור. הקונקרטיזציה לחשש לניגוד עניינים מוצא את ביטויו בדברים הבאים:

א. נגישות למידע מסחרי הנוגע לגופים עיסקיים מתחריים ולמידע פנים אצל מפעיל הממגורות: מעורבות הגוף המוגבל במפעיל הממגורות תתן לו יתרון במידע משני

סוגים: מידע מסחרי הנוגע לגופים מסחריים צרכניים הזורם למפעיל הממגורות, ואינו זמין בדרך כלל למתחרים; כן יהיה בידו מידע פנים לגבי עניינים הקשורים בניהול הממגורות, שיאפשר לו להשתמש בו למטרות עיסקות-צרכניות, תוך השגת יתרון עיסקי על פני צרכני שירות מתחרים שמידע כזה אינו זמין בידיהם. וכיתר פירוט: באמצעות הדירקטורים של לוגי בחברה המיוחדת עשויים לזרום אליה מכלול נתונים שיגיעו למפעיל לגבי צרכני השירות המתחרים כגון, למשל, סוגי הגרעינים המיובאים על ידם, הכמויות, האיכויות, זהות הצרכנים והספקים של המתחרים, מצבם הפיננסי, ועוד. על פי הטענה, מדובר במידע עיסקי סודי ומוגן, הן על פי ההלכה הפסוקה והן על פי סעיפים 9(א)(3) ו-9(ב)(6) לחוק חופש המידע, תשנ"ח-1998 (להלן: חוק חופש המידע), וסעיפים 5 ו-6 לחוק עוולות מסחריות, תשנ"ט-1999. כמו כן, לגוף המוגבל תהיה נגישות למידע המתייחס לממגורות, אשר אינו נגיש למתחרים האחרים, כגון הפסקות תחזוקה מתוכננות, רמת עומסים על מתן השירות בזמן נתון, אופי תקלות ודרכי הטיפול בהן, תכניות פיתוח, וכיוצא באלה. הגוף המוגבל יוכל לעשות שימוש במידע זה לצרכיו העיסקיים תוך יצירת עדיפות פסולה על פני מתחריו בשוק.

ב. השפעה פסולה של הגוף המוגבל על החלטות המפעיל ודרך פעולתו: עוד הועלה חשש כי נציגי הגוף המוגבל בדירקטוריון החברה המיוחדת והעובדים והמקורבים שימונו לתפקידים שונים במפעיל, עלולים להפעיל את סמכויותיהם תוך העדפה פסולה של האינטרסים המסחריים של לוגי בתורת גורם עיסקי בשוק התבואה, ולא על דרך ראיית האינטרס הציבורי הכללי במתן שירותי הממגורות. כמו כן, תלותם של נושאי משרה במפעיל בתחום המינוריים, הפיטורין, והשכר עלולה להביאם לפעול במסגרת תפקידם בדרך שתרצה את הנהלת המפעיל. שיעור החזקותיו של הגוף המוגבל במפעיל, המגיע לכדי 36%, וזכותו למנות כשליש מהדירקטורים, עשויים להביא לכך שלאינטרסים העיסקיים של הגוף המוגבל תהיה השפעה מהותית על פעילותו של מפעיל הממגורות, ועל החלטותיו. יתר על כן, החשש מפני השפעתו של הגוף המוגבל על פעילות מפעיל הזיכיון בולטת במיוחד לאור נסיונו ומעמדו המקצועי בתחום התבואה. המערערות מביאות דוגמאות מעשיות לאפשרות יצירת העדפות פסולות ברמת שירותי ההפעלה היומיומיים של הממגורות. כך, למשל, במסגרת הקצאת שירותי פריקת התבואות מכלי שיט, ניתן להעניק עדיפות לפריקת תבואותיהם של הגופים המקורבים, או לעכב את פריקת התבואות של המתחרים, כגון תזמון הפסקות בפעולות הממגורות לצורך ביצוע עבודות תחזוקה תקופתיות במועדים בהם המתחרים ממתינים לקבלת השירותים. על פי הטענה, עלות עיכוב פריקה של מטען אנייה הינה למעלה מ-100,000 ₪ ליום. במסגרת אחסון התבואות, יוכל המפעיל להשפיע על איכותה של התבואה, כגון בדרך של הקצאה מפלה של שירותי הפרדת אבק, בקרת טמפרטורה

ולחות, והדברת חרקים. המערערות מוסיפות, די בהיווצרות ספק אצל יבואן מוביל, או לקוח פוטנציאלי שלהם, כי לגוף המוגבל במפעיל יש יתרון עיסקי על פני מתחריו כדי להקנות לגוף כזה יתרון מסחרי ממשי בעיני ציבור הלקוחות של הגורמים העיסקיים הפועלים בשוק התבואות.

13. המערערות מדגישות כי הפסול בניגוד העניינים האמור אינו מותנה בהכרח במימוש הניגוד הלכה למעשה, ובבצוע פעולות או מתן החלטות מפלות באופן קונקרטי. מקור הפסול נובע מעצם היותו של הגוף המוגבל מעורב במתן שירות ציבורי מונופוליסטי לציבור הרחב, ובו זמנית גורם עיסקי בשוק התבואות וצרכן של שירות הממגורות המתחרה בשאר צרכני השירות. קיים, לטענתן, איסור על הענקת זיכיון להפעלת שירות ציבורי מונופוליסטי לידי גוף בעל אינטרסים מסחריים באותו שירות (רע"א 4802/98 שידורי פרסומת מאוחדים בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד נה(1) 587, 694 (להלן: פרשת שידורי פרסומת מאוחדים)). עוד נטען, כי האינטרסים של הגוף המוגבל בהפעלת הממגורות בענייננו קטנים לאין שיעור מהאינטרסים המסחריים-עיסקיים המכוונים את פעילותו בשוק התבואות. לשם המחשה, הן מציינות כי מחזור מכירות התבואה של לוגי עמד בשנתיים האחרונות על כ- 100 מיליון \$ בשנה, בעוד ששוק פריקת הגרעינים על-ידי הממגורות עומד על כ- 11 מיליון \$ בשנה בלבד. מכאן הן מסיקות כי לגוף המוגבל יש תמריץ ברור לקדם את ענייניו המסחריים כגורם עיסקי בשוק, הגובר באופן ברור על האינטרס בקידום ענייניו של הציבור במתן שירותי הממגורות.

14. עוד טוענות המערערות, כי המגבלות שהוטלו על המפעיל במסמכי המכרז אינן מסירות חשש אמיתי לניגוד עניינים. מגבלת שיעור ההחזקות של הגוף המוגבל במפעיל העומדת על 36% אינה מנטרלת את החשש לניגוד עניינים, שכן לגוף המוגבל נותרת גם בשיעור האחזקה האמור השפעה מהותית על החלטות המפעיל, מדיניותו, ופעולותיו. לטענתן, מהות השליטה בתאגיד נקבעת על פי מבחנים מהותיים, ולא רק על פי שיעורי ההחזקות הכמותיות בתאגיד. באשר לסנקציות הקבועות במסמכי המכרז, אין בהן כדי למנוע מצב של ניגוד עניינים, אלא רק כדי להרתיע את הגוף המוגבל ואת המפעיל מלפעול באופן מפלה; יכולת הפיקוח של הרשות על המפעיל הינה מוגבלת ביותר, הן בשל היקף הפעולות הרחב, שהמפעיל מעורב בהן, והן בשל הקושי הניצב בפני המערערות – כצרכניות שירותי הממגורות – לבחון ולדעת האם מתקיים מצב של הפלייה או העדפה פסולה בין צרכני השירות, באיזה הקשר ובשל אלו טעמים. לדבריהן, לצרכן אין נגישות ממשית למנגנוני החלטות ודרכי ההפעלה של הממגורות באופן המאפשר פיקוח ממשי על מימוש החובה להעניק שירות שוויוני לכלל צרכני

שירותי הממגורות. לבסוף, המערערות חוזרות ומעלות את טענותיהן בנוגע לפגיעה שנגרמה לחופש העיסוק שלהן עקב מעורבותו הצפויה של הגוף המוגבל במפעיל הממגורות, וכן בענין הפרת זכות הטיעון הנתונה להן, שלא כובדה בידי הרשות, ועל כך שהחלטת הרשות לתקן את תנאי הסף במכרז נתקבלה בלא תשתית עובדתית ומקצועית רלבנטית ומלאה.

15. חברת דגון, ככלל, מצטרפת לעמדת המערערות ולטיעוניהן. היא מדגישה מצידה את קיומן של בעלי דעות מיעוט שהושמעו ברשות הנמלים, אשר התנגדו לתיקון תנאי הסף במכרז המקדים ולמתן אפשרות לגוף מוגבל להשתתף בהנהלת המפעיל. כן היא משיגה על כך שרשות הנמלים התעלמה מעמדת הממונה על ההגבלים העסקיים, לפיה, היה ראוי לבחון את חוקיות תנאי הסף המתוקנים מבחינת דיני ההגבלים העסקיים קודם להפעלת הליכי המכרז ובחירת הזוכה.

16. חברת נמלי ישראל מבקשת לאמץ את עיקרי פסק הדין של בית המשפט המחוזי, להוציא בענין השיהוי. היא חוזרת על עמדתה לפיה לא היה מנוס מלהגמיש את תנאי הסף המקוריים במכרז באופן מבוקר, שאם לא כן, היה נוצר קושי ממשי לפתוח את ההליך המיכרזי למתחרים פוטנציאליים רציניים, והיתה נמנעת תחרות חופשית אמיתית על זהות המפעיל החדש, שזו תכליתו של המכרז מלכתחילה. על פי הטענה, הפעלת הממגורות מחייבת, על פי טיבה, שיתופם של גופים בעלי משאבים גדולים הבנויים, על פי רוב, ממערכים של שיתופי פעולה מסחריים. גם לאחר תיקון תנאי הסף של המכרז המקדים, הגישו רק 8 קבוצות מציעים את הצעותיהן, ובחמש מתוכן נכללו גופים מוגבלים. מתוך חמשת הגופים שהגיעו לקו הסיום של המכרז, רק דגון ומציעה נוספת (אשבר בע"מ) היו עומדות בתנאי הסף המקוריים. לפיכך, אלמלא שינוי תנאי הסף, היתה התחרות במכרז מוגבלת רק לדגון ולמתחרה אחת נוספת, ובכך היתה נמנעת תחרות אפקטיבית. מוסיפה חב' נמלי ישראל כי התנאים, המגבלות, והסנקציות שהוטלו במסמכי המיכרז לצורך התמודדות עם חשש לניגוד עניינים עקב מעורבות גוף מוגבל במפעיל מנטרלים באופן ממשי חשש כזה. אלה כוללים מגבלות מבניות, איסור הפלייה בין יבואנים, הטלת סמכות פיקוח מטעם הרשות, וסנקציות חמורות במקרה של הפרה. לבסוף, נטען כי היה מקום לדחות את העתירה המינהלית מלכתחילה, בשל השיהוי הכבד בהגשתה בידי המערערות – כארבע מאות ימים לאחר פרסום תנאי הסף המתוקנים.

17. לוגי וכימוביל, הזוכות במכרז, מבקשות אף הן לאמץ את פסיקת בית המשפט המחוזי, למעט בענין השיהוי. בתשובתן, הן מדגישות את הניתוק הקיים בין החברה

המיוחדת ועובדיה לבין הגוף המוגבל, ואת העובדה כי כימוביל אינה עוסקת בפעילויות מוגבלות כלל. כן הן טוענות, כי הדירקטורים שימונו מטעם הגוף המוגבל בחברה המיוחדת, כדרכם של דירקטורים, לא יהיו מעורבים בניהול ובהפעלה יומיומית של הממגורות, והם יהוו חלק מהדירקטוריון שתפקידו לפקח על ההנהלה המרכזית ואין סכנה שישתמשו בתפקידם לרעה. הן חוזרות ומעלות את טענת השיהוי שנדחתה בבית המשפט המחוזי. הן מדגישות את הנזק הרב שייגרם להן באם המיכרז יבוטל לאור השקעותיהן הרבות בהליכי המכרז, ואת הנזק הרב שייגרם לציבור מאי קיומו של המכרז ויישום תוצאותיו.

הצעה מטעם כימוביל ולוגי להוסיף להסדר המכרז מגבלות שיחלישו את החשש לניגוד עניינים

18. במהלך הדיון בערעור, העלו כימוביל ולוגי שורת הצעות שתכליתן להחליש עוד את החשש מפני ניגוד עניינים. לגישתן, תנאי המכרז, כשלעצמם, הסירו כל חשש ממשי מפני ניגוד עניינים עקב מעורבות גוף מוגבל במפעיל. אולם הן נכונות להוסיף מגבלות נוספות, המסירות, לטעמן, כל ספק שנותר בענין זה. יש להבהיר כבר בתחילה כי הצעה זו אינה כוללת אפשרות כי לוגי, הגוף המוגבל במפעיל, תשתחרר באופן מלא מכל מעורבות עיסקית בשוק התבואות. הצעתן, בתמצית, היא זו:

א. אמצעי פיקוח ובקרה נוספים על פעילות הממגורות

(1) קביעת נוהלים, התייעצות ופרסום: החברה המיוחדת, מפעילת הממגורות, תקבע נוהלים במספר עניינים, ובהם: עריכת הפסקות אחזקה קבועות; הפרדת מטעני גרעינים של צרכנים שונים של הממגורות; ייחוס עודפים או חוסרים הנוצרים בתאי הממגורות לצרכנים; הפרדת אבק וייחוסו לבעלי המטענים; סדר מסירת מטעני גרעינים למובילים יבשתיים; פרסום דו"חות תפעול הממגורות; הגשת הצעות לרשות הנמלים לשינוי תעריפי הממגורות; מתן הודעה אודות כל חריגה מנוהלי ההפעלה; ופרסום מידע לגבי סוגים וכמויות של תבואות המטופלות בממגורות, ככל שתתיר זאת חב' נמלי ישראל. הנוהלים יכנסו לתוקפם לאחר שתינתן הזדמנות לכל הגורמים הנוגעים בדבר להגיש את הערותיהם והשגותיהם.

(2) מינוי משקיף: לצורך פיקוח על הפעלה שוויונית של שירותי הממגורות, ימונה משקיף מטעם חב' נמלי ישראל. המינוי ייעשה לאחר התייעצות עם איגוד המשתמשים בתובלה ימית בתפזורת. המשקיף יהיה רשאי להשתתף בישיבות

הדירקטוריון של החברה המיוחדת, ובוועדותיה. למשקיף לא תהא זכות הצבעה, והוא לא יהיה זכאי לשכר בגין פעילותו.

(3) מינוי נציג: המשקיף יוכל למנות נציג מטעמו. הנציג יקבל באופן שוטף העתקים מכל הדו"חות המופקים על-ידי הממגורות בקשר עם פריקת מטעני גרעינים, אחסונם ומסירתם. החברה המיוחדת תשתתף בשכרו של הנציג.

(4) בוררות: צרכן שיהיה סבור כי נפגע מפעולות החברה המיוחדת, יהיה רשאי להביא את עניינו להכרעה בפני בורר בתוך 20 ימים, והבורר יתן החלטתו בתוך 10 ימים נוספים.

ב. הגבלות מבניות ואישיות

(1) בהתאם לנתון שנמסר בדיון בפני בית המשפט, הפעילות המוגבלת של לוגי הועברה לחברת רודמקו בע"מ (להלן: רודמקו) שהיא חברה נכדה של לוגי, המחזיקה בה, באמצעות חברת בת, במירב אמצעי השליטה.

(2) המנכ"ל של החברה המיוחדת והדירקטורים שלה לא יהיו עובדים, דירקטורים, מנהלים, או בעלי מניות בלוגי או בחברה כלשהי בשליטתה.

ג. "תחנת הערכה"

עוד מוצע, כי בתום 5 שנים מתחילת הפעלת הממגורות בידי החברה המיוחדת תוכל חב' נמלי ישראל לבצע הערכה ביחס לרמת ההפעלה של שירותי הממגורות, ולתת דעתה, בין היתר, לשאלת קיומה של הפלייה במתן השירות. בעקבות הערכה זו ותוצאותיה תוכל חב' נמלי ישראל לפעול בהתאם לזכויות המוקנות לה בחוזה ההפעלה, הכוללות גם זכות לבטל את החוזה.

19. חב' נמלי ישראל הודיעה בתגובתה כי ההסדרים המוצעים על ידי הזכות מקובלים עליה, בכפוף למספר תנאים: היא תאשר כל פרסום שיוסיף לשקיפות, בכפוף לחיסיון החל על פי דין, כגון בגין סודות מסחריים ועניינים החוסים תחת הגנת הפרטיות; היא מסכימה למינוי משקיף, אולם אינה רואה מקום לכפוף את המינוי לחובת היוועצות עם איגוד המשתמשים בתובלה ימית בתפוזות; אשר להסכם הבוררות, היא הודיעה כי לא תהא צד לו, ואין בהחלטת בורר כדי לפגוע בסמכויותיה; לענין "תחנת הערכה", עמדתה היא כי המועד שנקבע בהצעה לצורך כך, העומד על 5

שנים, אינו גורע מזכותה לפעול בהתאם לסמכויותיה על-פי החוזה עוד קודם למועד זה.

20. עמדת המערערות היא, כי האמצעים הנוספים המוצעים על ידי הזכות אינם אלא הסדרי פיקוח בעלי אפקטיביות נמוכה, ואין בהם תשובה לשורש הבעיה הנעוצה בחשש לניגוד עניינים, ולשינוי המבני במפעיל הממגורות המתחייב בעטייה. לגישתן, רק הרחקת לוגי, בתורת גוף מוגבל מכל אינטרס ניהול במפעיל, או התפרקותה מכל פעילות מסחרית בשוק הייבוא וההובלה של תבואות בישראל, בין במישרין בין בעקיפין, תפיג את החשש הממשי הקיים לניגוד עניינים, כפי שפורט בעמדתן לעיל. המערערות התייחסו גם לגוף ההסדרים המוצעים: קביעת נוהלים ופרטומם – אמצעים אלה אינם מוסיפים באופן מהותי לאמצעים הקיימים, שכן המפעיל ממילא חייב בהם על-פי כללי המשפט המינהלי; מינוי משקיף – ספק אם הוא יתממש בשל התנגדות איגוד המשתמשים בתובלה ימית בתפזורת. כמו כן, נטען כי המשקיף אינו יכול לשמש גורם מפקח ממשי על עשרות פעולות של מפעיל הממגורות, שכן אין לו נגישות אמיתית להחלטות מפלות העלולות להתקבל בחדרי חדרים, ואין בידו לחסום את חשיפת הגוף המוגבל במפעיל למידע מסחרי סודי של מתחריו ומידע פנים המצוי אצל המפעיל. הליך הבוררות המוצע אינו חוקתי, שכן הוא פוגע בזכות הגישה לערכאות. יתר על כן, בהיעדר יכולת פיקוח אפקטיבית, אין להליך הבוררות נפקות ממשית; ההגבלות האישיות על המנכ"ל ועל הדירקטורים אינן רלוונטיות, שכן הן לא תנטרלנה את יכולת השפעה של הגוף המוגבל, הנגוע בניגוד עניינים, על נושאי המשרה, התלויים בו במידה רבה בכהונתם ובשכרם, והעשויים לפעול תחת השראתו. בעיקרם של דברים, גם בקיומן של ההגבלות המוצעות, נותר משקל רב לגוף המוגבל במפעיל, לאור מעמדו המקצועי, ומעמד זה מקנה לו יכולת השפעה רבה בדרכי הניהול של המפעיל. אשר להעברת הפעילות של לוגי לרודמקו, נטען כי לו-גי מחזיקה באמצעות חב' בת כ-85% מהונה המונפק של רודמקו, בהסתמך על דו"ח שהגישה רודמקו לרשות לניירות ערך, וכי לאחר העברת הפעילויות המוגבלות לרודמקו, החזקותיה העקיפות של לוגי באותה חברה יעלו לכדי 90%. מכאן, כי אין בהעברת הפעילות המוגבלת מלוגי לרודמקו כדי לנטרל את ניגוד העניינים הנטען; לענין "תחנת ההערכה": נטען כי היא אינה מסייעת לפתרון הענין, ראשית משום שממילא חב' נמלי ישראל מחויבת על פי הסכם ההפעלה לבצע הערכה של תיפקוד המפעיל גם בטרם חלפו 5 שנים, ושנית, למערערות עלול להיגרם נזק עיסקי רב בשל פעילות המפעיל תוך ניגוד העניינים גם במשך חמש השנים הראשונות לפעולתו, ואין להשלים עם אפשרות כזו.

21. נגן סבורה אף היא כי אין בתנאים ובמגבלות הנוספים שהוצעו על ידי הזכות כדי לנטרל במידה מספקת את ניגוד העניינים העלול להיווצר עקב מעורבותה של לוגי בשוק התבואות. לטענתה, היסוד המרכזי הנלמד מן ההצעה הוא סירובן של הזכות לוותר על שיתופו של גוף מוגבל בניהולו של המפעיל, ואף להקטין את החזקתו במפעיל לשיעור הנמוך מ-36%. הותרת מבנה פגום זה בעינו אינה מאפשרת ניטרול ניגוד העניינים, ואינה נותנת מענה ראוי לפגיעה הצפויה בתחרות בשוק התבואות עקב מבנה החזקות האמור. מוסיפה דגון וטוענת כי ההסדרים המוצעים מהווים הסדר כובל, שכן הם מבוססים על הסדר דומה לזה שנפסל על-ידי הממונה על ההגבלים העסקיים. לגבי המשקיף, טוענת דגון כי תנאי העסקתו והשכר שהוצע לנציג מטעמו אינם מבטיחים פיקוח אפקטיבי על ידם. מעבר לכך, גישה המטילה בדיעבד מגבלות על הגוף הזוכה, מנוגדת לעקרונות דיני המכרזים. אפילו היו המגבלות המוצעות מנטרלות את ניגודי העניינים, הרי שבעשיית שינוי כזה בדיעבד יש כדי לפגוע בתחרות המיכרזית ביחס למציעים פוטנציאלים, אשר נמנעו מלהשתתף במכרז בהשענם על תנאי המיכרז כפי שפורסמו, שעל פיהם העריכו את סיכוייהם בתחרות.

עמדת היועץ המשפטי לממשלה

22. לאור ההיבט העקרוני של הסוגיות העולות לדיון בהליך זה, ונוכח השלכתן הציבורית הרחבה, פנינו בבקשה ליועץ המשפטי לממשלה כי יואיל לחוות דעתו עליהן, ולהתייחס להיבטים המשפטיים ולמדיניות הראויה בעיניו בשאלת ניגוד העניינים הנטען ביחס לתנאי הסף במיכרז המקדים. ראינו חשיבות בקבלת עמדת היועץ המשפטי הן בשל משמעותן הציבורית הכללית של סוגיות ניגוד העניינים והשפעתן על התחרות בין גופים עסקיים במכרזים של גופים ציבוריים, והן בשל מעמדן המיוחד של ממגורות חיפה כנותנות שירות ציבורי חיוני לגופים עסקיים הפועלים בשוקי הדגנים בישראל, במסגרת זיכיון מונופוליסטי רב-שנים.

היועץ המשפטי לממשלה בתשובתו הבחין בין שתי שאלות: האחת - האם היה מקום לשינוי תנאי הסף במכרז לצורך הגברת התחרות המיכרזית. והשניה - בהנחה שהיה מקום לשינוי, האם התנאים שנקבעו לניטרול או להפחתת ניגוד העניינים מגשימים באופן ראוי את מטרתם. היועץ המשפטי לממשלה השקיף על שתי שאלות אלה כעל עניינים עובדתיים גרידא, והודיע כי לא יוכל להביע עמדה לגביהם מאחר שהעובדות הרלוונטיות אינן מצויות בידיו, או בידי נציגי הממשלה, מפאת העדר

מעורבותם בהחלטות נשוא הערעור. בנסיבות הענין, ביקש אפוא, היועץ המשפטי לממשלה שלא לנקוט עמדה בסוגיות העולות בהליך זה.

יש להצטער על עמדה זו של היועץ המשפטי, העומד בראש מערכת אכיפת החוק ברשות המבצעת, ומנחה את הרשויות הציבוריות כאשר לאמות המידה הראויות של ההתנהלות הציבורית בכלל, ובתחום ניגוד הענינים בשירות הציבורי בפרט.

הכרעה

טענת השיהוי

23. דין טענת השיהוי שהעלו חב' נמלי ישראל והזוכות כימוביל ולו-גי כנגד המערערות להידחות. אמנם, כטענתן, העתירה המינהלית הוגשה ביום 27.3.03, כשנה ומספר חודשים לאחר פרסום תנאי הסף המתוקנים של המכרז ביום 2.12.01, וקרוב לשנה לאחר סיום בדיקת תוצאות המיכרז המקדים ופרסום המועמדים הזכאים לגשת למכרז גופו ביום 7.4.02. על פי תקנה 3(ב) לתקנות בתי משפט לעניינים מינהליים (סדרי דין), התשס"א-2000, יש להגיש עתירה "בלא שיהוי, לפי נסיבות הענין, ולא יאוחר מארבעים וחמישה ימים מיום שההחלטה פורסמה כדין, או מיום שהעותר קיבל הודעה עליה, או מיום שנודע לעותר עליה, לפי המוקדם". יחד עם זאת, בנסיבות הענין, המועד הרלוונטי לתחילת מניין הימים לצורך טענת השיהוי, הוא מועד פרסום המכרז גופו ביום 13.2.03, להבדיל ממועד פרסום תנאי הסף המתוקנים, כקביעתו של בית המשפט קמא, וזאת מטעמים הבאים:

הפנייה הראשונה מצד המערערות לרשות הנמלים בענין תנאי הסף היתה במכתבה של המערערת 1 לרשות הנמלים ביום 22.12.02. אכן, פנייה זו, שנעשתה כשנה לאחר פרסום תנאי הסף המתוקנים, היתה מאוחרת. הרשות אף ציינה בתשובתה למערערת מיום 9.1.03, כי פנייתה לוקה בשיהוי רב, המצדיק, כשלעצמו, את דחייתה. יחד עם זאת, הרשות הוסיפה וכתבה, כי על המערערת להתכבד ולהמתין לפרסום מסמכי המכרז, "ובכך תראה כי אין כל בסיס לטענותיה", כך על פי הכתוב. תשובה זו חזרה על עצמה במכתב ב"כ הרשות לב"כ המערערות ביום 20.1.03, בו נכתב: "לשאלתך, מרשתי עתידה לפרסם את המכרז במהלך השבועות הקרובים; או אז, תוכל מרשתך לעיין בהוראותיו ולהפיג את כל חששותיה". מדברים אלה של הרשות ניתן היה להבין כי בכוונת הרשות היה לפעול להסרת החשש לניגוד עניינים באמצעות מגבלות שונות שאמורות היו להיכלל בהוראות המכרז גופו, ואפשר שהיו מניחות את דעתן של המערערות. בנסיבות אלה, סביר להניח כי אילו הוגשה העתירה על יסוד תנאי הסף

בלבד, בלא להמתין לפרסום הוראות המכרז גופו, היא היתה נתפסת כעתירה מוקדמת שהוגשה קודם זמנה, ולפני שהיה סיפק לבדוק את תנאי המכרז. בנסיבות ענין זה, יש בסיס איתן לקביעת בית המשפט המחוזי, לפיה המועד הקובע לחישוב המועד הסביר לצורך הגשת העתירה המינהלית הוא מועד פרסום המכרז גופו, להבדיל ממועד פרסום השינויים בתנאי הסף, שקדם לו בלמעלה משנה. משכך, בזמן שחלף ממועד פרסום המכרז גופו ב-13.2.03 ועד להגשת העתירה ב-27.3.03 לא היה כדי להוות שיהוי כמובנו של מושג זה בתקנה 4 לתקנות סדרי הדין בבתי המשפט לעניינים מינהליים. טענת השיהוי נדחית, אפוא.

רקע כללי

שירותי הממגורות כשירות ציבורי חיוני

24. ענייננו במכרז שהוצא בידי רשות הנמלים, תאגיד סטטוטורי הפועל על פי דין. מכח חוק רשות הנמלים, הוטל על רשות הנמלים "לתכנן, לבנות, לפתח, לנהל, להחזיק, ולהפעיל ביעילות" את נמלי הרשות (סעיף 4 לחוק). עם הקמתה של הרשות בחוק ב-1961, היא קבלה מידי המדינה את כל הנכסים, הזכויות וההתחייבויות שהיו בידיה עד אותה עת בקשר לנמלי הרשות (פרק שישי לחוק). הרשות הועמדה לפיקוחו הכללי של שר התחבורה (סעיף 68 לחוק).

25. סעיף 24 לחוק רשות הנמלים קובע:

ביצוע שירותים

- (א) הרשות רשאית לעסוק, בין בעצמה, ובין על ידי אחרים, בכל שירות הניתן בנמל או במסילות הברזל, או הקשור בפעולותיהם. כמו כן, רשאית הרשות, על פי הצעת שר התחבורה, ובאישור הממשלה, להקים תאגידים בבעלותה או להיות שותפה בתאגידים עם גופים אחרים לצורך ביצוע תפקידיה או הקשור בפעולותיו.
- (ב) הרשות רשאית לקבוע הסדרים ולהתנות תנאים למתן שירותים, בין בעצמה ובין על ידי אחרים, ולפרסמם בדרך שתיראה לה.
- (ג) הרשות רשאית להעניק זיכיון למתן שירות בנמליה, או באחד מהם, או במסילת ברזל.
- (ד) מסירת ביצוע שירות לאחרים לעשר שנים ויותר, וכן הענקת זיכיון למתן שירות לתקופה כלשהי, טעונות אישורה של הממשלה או של מי שהסמיכה לכך.

(ה) התקשרות בדבר מסירת ביצוע שירות לאחרים, המקנה זכות לחדשה או להאריכה, וכן התקשרות כאמור לתקופה נוספת, שבצירופה לקודמת הן עולות יחד על עשר שנים, טענות אישור כאמור בסעיף קטן (ד).”

26. בין שירותי הנמל החיוניים הנתונים לפיקוח הרשות הציבורית, מצוי שירות פריקת הדגנים בנמלים, ואיחסונם בממגורות. שירותי פריקה ואיחסון של תבואות כאמור הם שירותים חיוניים לציבור אשר הרשות הציבורית אחראית לאספקתם התקינה. כבר בסמוך לקום המדינה, בעת שנמלי ישראל היו בפיקוחה של הממשלה, פעל הגוף הציבורי האחראי על הנמלים להסדרת שירותי הממגורות באמצעות מתן זיכיון רב שנים למפעיל השירות. מאז 1951 הופעלו שירותי הממגורות באמצעות זיכיון שניתן לדגון אשר הסתיים בשנת 2003. עם הקמתה של רשות הנמלים, הועברו אליה גם הזכויות והחובות של הממשלה בקשר להסכמי הזיכיון עם דגון.

27. בתי הממגורות בחיפה חולשים על כ-75% מעסקי הפריקה והאחסון של התבואות המגיעות לישראל; 15% נוספים מעסקי הפריקה והאחסון מתבצעים בנמל אשדוד, ויתרתם בבתי ממגורות קטנים בפנים הארץ (הנתונים מצויים בחוות דעת הממונה). יוצא, אפוא, כי ממגורות חיפה מרכזות בידיהן את חלק הארי של פעילות הפריקה והאחסון של התבואות המגיעות לישראל.

28. בשנת 2001, עם התקרב המועד לפקיעת הזיכיון שבידי דגון, פרסמה רשות הנמלים מכרז לניהול והפעלת הממגורות בנמל חיפה. מטרתו של המכרז היתה לפתוח את נושא הפעלת ממגורות חיפה לתחרות אפקטיבית בין מציעים שונים. המכרז תוכנן לתקופת הפעלה של עשר שנים, עם אפשרות הארכה לחמש שנים נוספות (סעיף 4 להסכם ניהול והפעלת ממגורות נמל חיפה (נספח ב' למכרז) (להלן – הסכם הפעלה)). משמעות המכרז, היא, אפוא, מתן זיכיון לזוכה במכרז להפעלת ממגורות נמל חיפה, למשך תקופה ארוכה של עד 15 שנים. מדובר בזיכיון להפעלת שירותי ממגורות החולשים על שלושה רבעים מסך כל שירותי הפריקה והאחסנה של התבואות בישראל.

29. על רשות הנמלים כתאגיד סטטוטורי חלים כללי המשפט הציבורי. על המכרז שהיא פרסמה להפעלת ממגורות חיפה חלים עקרונות דיני המכרזים. כללי המשפט הציבורי, ודיני המכרזים בכללם, הם שינחנונו בבחינת הסוגיות שבמחלוקת בהליך זה.

30. בשנת 2004 בוטל חוק רשות הנמלים, ועמו נתבטל גם מעמדה של רשות הנמלים. בשנה זו נכנס לתוקפו חוק רשות הספנות והנמלים. מכח חוק זה הוקמה רשות הספנות והנמלים במשרד התחבורה שתפקידה, בין היתר, לפקח על הספנות והנמלים, על פיתוחם, קידומם, והסדרת פעילותם (סעיף 2(ב) לחוק). שרי התחבורה והאוצר נדרשו להסמיך חברה ממשלתית בבעלות ממשלתית מלאה לשמש חברה לפיתוח ונכסים, שתפקידה יהא להחזיק את נכסי הנמלים, ולרכוש נכסים לנמלים על פי תכניות פיתוח, ולשלוט ולנהל את נכסי הנמלים (סעיף 9 לחוק). עוד הורה החוק, כי ניתן להסמיך תאגיד לשמש "חברת נמל", שיפעיל נמל, ויספק לו שירותי נמל, וכן להסמיך תאגיד, שלא הוסמך כחברת נמל, לתת שירותי נמל, כפי שייקבע (להלן - תאגיד מורשה). "שירותי נמל" לצורך הענין כוללים, בין היתר, "שירות של ניטול מטענים והחסנתם" (הגדרה בסעיף 1). על פי סעיף 20 לחוק, השר בהתייעצות עם הרשות, יקבע את שירותי הנמל שעל חברת נמל ותאגיד מורשה לתת, וכן רשאי הוא לקבוע הוראות לענין הרמה, הטיב והאיכות המינימאליים של שירותי נמל שעליהם לספק לצורך עמידה באחריות של הפעלה תקינה, בטיחותית ויעילה של הנמל והשירותים הניתנים במסגרתו.

ההסדר החדש בחוק נשען על ההנחה לפיה ענף השירותים הנמליים בישראל היה לאורך שנים רבות בלתי תחרותי, דבר שהביא לרמת ניצול נמוכה של התשתית הקיימת, לתפוקות שאינן גבוהות דיו, וכתוצאה מכך לרמת שירות נמוכה לצרכני שירותי הנמל ולעלויות שכר גבוהות ביותר (הצעת חוק רשות הספנות והנמלים, התשס"ד-2003, הצ"ח הממשלה 59 (תשס"ד) 18). השינוי המבני והארגוני בניהול הנמלים בישראל נועד ליצור רפורמה במשק ניהולי חסר תחרות, ולהביא למשק ניהולי שמתקיימת בו תחרות ברמה סבירה, העשויה להביא להורדת מחירים, ולשיפור רמת השירות וכושר התחרות של המשק הישראלי. לאור התלות הרבה של המשק הישראלי כולו בענף השירותים הנמליים, חוסר היעילות בענף זה היה בעל השלכות חמורות על הכלכלה הישראלית בכללותה. הובא, כדוגמא, משך ההמתנה התפעולי של אניות מטען, הממתינות לשירותי נמל בישראל מרגע הגעת האנייה לארץ ועד לקבלת השירות; עלות ההמתנה הממושכת משולמת בעקיפין על ידי הצרכן, ופוגעת ברווחה הכללית במשק הישראלי. עוד נמצא, כי חוסר היעילות בנמלים השפיע על פעילות עיסקית של אלפי עסקים ומפעלי תעשייה התלויים בשירותים הנמליים, פגע ביעילותם, והקטין את רווחיותם. באשר לעסקים רבים הנזקקים לשירותים נמליים, השיפור ברמת השירות והורדת מחירי השירותים עשויים להשפיע באופן מהותי על שיעורי הריווחיות שלהם. לאור זאת, הוחלט על יצירת הפרדה בין ניהול נכסי הנמלים ופיתוחם העתידי,

לבין תחום הניהול וההפעלה של הנמלים, הלכה למעשה, תוך יצירת גורמי תחרות ביניהם. במסגרת זו, הוקמה רשות נמלים וספנות במשרד התחבורה, האחראית על הסדרת הענף; הוקמה חברה ממשלתית הפועלת כחברת נכסים המחזיקה, מנהלת ומפתחת את נכסי הנמלים, והוחלט על הקמת חברות ממשלתיות שיוסמכו כחברות נמל בנמלים הגדולים.

על פי הוראות המעבר שבחוק החדש, וצו שהוצא מכוחו, באה חב' נמלי ישראל בנעליה של רשות הנמלים לצורך הליך זה.

31. השינויים המיבניים שיצר החוק החדש אינם משנים את מסגרת העקרונות החלים על המכרז שהוצא. הדינים שחלו על המכרז בעת שרשות הנמלים פרסמה אותו ופעלה על פיו הם אותם דינים החלים עליו כיום, בעת שחב' נמלי ישראל, חברה ממשלתית בבעלות מלאה של המדינה, באה בנעליה של הרשות.

ניגוד עניינים בהסדרי מיכרז

מאפייני המיכרז

32. מספר מאפיינים עומדים ביסוד המכרז: קידום האינטרס הכלכלי של בעל המכרז, המבקש להשיג את התועלת המירבית מהנכס או השירות אותם הוא מבקש לרכוש או למכור; ומתן סיכוי לכל אדם להתחרות באופן שוויוני והוגן על הזכייה במכרז, תוך ניהול תקין וראוי של הליכי המכרז (בג"ץ 368/76 גוזלן נ' מועצה מקומית בית שמש, פ"ד לא(1) 505, 512 (להלן: פרשת גוזלן); עע"מ 1966/02 המועצה המקומית מג'אר נ' אבראהים, פ"ד נז(3) 505, 510-511; עע"מ 3190/02 קל בנין בע"מ נ' החברה לטיפול בשפכים רמת לבנים בע"מ, פ"ד נח(1) 590).

33. מנקודת ראותו של המשפט הציבורי, המיכרז נועד להגשים ערכים של שמירה על טוהר המידות בהתקשרות עם הרשות הציבורית, מתן אפשרות לרשות המינהלית להתקשר בעסקה שתמצה את תועלתה הכלכלית, והבטחת תנאים של שוויון בתחרות על הזכייה. בניהול המכרז, על הרשות להקפיד על כללי סבירות, הגינות ושוויון, כמשמעותם במשפט הציבורי (עע"מ 687/04 ינון-תכנון יעוץ ומחקר בע"מ נ' רשות הנמלים והרכבות – רכבת ישראל, תק-על 2006(2) 3699 (פסקה 12)). היסודות השונים המאפיינים את המכרז שלובים אלה באלה ואוצלים האחד על רעהו. על המכרז חלים גם עיקרים מתחום דיני החוזים, החולשים על ההיבטים החוזיים של המיכרז – הצעה,

קיבול, חזרה מהצעה, דיני תום הלב וכיוצא באלה. על בעל המיכרז חלים, אפוא, דינים מתחום המשפט הציבורי, הקובעים את הנורמות הציבוריות בניהול מיכרז – ובהם, שוויון בתחרות, גילוי מלא, וכן סבירות, תום לב והגינות בהתנהלות הרשות הציבורית ובהחלטותיה. לצידם, חלים עליו עקרונות משפט החוזים, ובהם חובות תום הלב כמשמעותם כדיני חוזים (פרשת ינון, שם פסקה 12).

הרובד החיצוני והרובד הפנימי של המכרז במבחן המשפט הציבורי

34. כפיפותו של המכרז לכללי המשפט הציבורי מתייחסת לשני רבדים: הרובד החיצוני למכרז – עוסק בחובות הרשות הציבורית בהתנהלותה כבעלת המיכרז, שעיקרן בחיובה לפעול בהגינות, בשוויון, בסבירות ובתום לב בעריכת המכרז ובדרך ניהולו; הרובד הפנימי – עוסק בתוכנו הפנימי של המכרז, ובמהות ההסדרים הפנימיים שהוא קובע, ובמידת התאמתם לדין. בחינת הרובד הפנימי של המיכרז נועדה לבדוק האם ההסדר המהותי שהמיכרז קובע עומד, כשהוא לעצמו, במבחן העקרונות של המשפט הציבורי; בחינה זו נוגעת להסדר המיכרזי המשקף החלטה מינהלית שנתקבלה על ידי בעל מכרז, הנדרשת לעמוד במבחן הדין.

בחינת המיכרז ברובד החיצוני וברובד הפנימי לו אינה חופפת זו לזו, אלא משלימה זו את זו. יתכן מצב שבו תוכנו הפנימי של המיכרז יתיישב עם הדין, אך התנהלותה של הרשות הציבורית בניהול המכרז תהא פגומה, ויתכן גם ההפך מכך – כי התנהלות הרשות תהא תקינה אך ההסדר הפנימי-מהותי שהמכרז מושתת עליו לא יתיישב עם הדין. בחינה כפולה זו של שני הרבדים במכרז מתבקשת, אפוא, בבדיקת חוקיות המיכרז.

35. ואמנם, כפיפותו של המיכרז לכללי המשפט הציבורי אינה מסתכמת בחובת עמידתו בנורמות הנוגעות לדרך ניהולו. בבחינת חוקיות המכרז, אין די בעמידת הרשות בנורמות של דיני המכרזים, המחייבים להבטיח, במסגרת המכרז, קיומם של כללי תחרות הוגנת ותמת לב בין המציעים בתנאים של שוויון. על המכרז לעמוד גם בכללי היסוד של המשפט המינהלי מבחינת תוכנו הפנימי, במובן ההסדרים המהותיים שהוא קובע לצורך מתן השירות או ביצוע העסקה שהוא מבקש להגשים, בבחינת החלטה מינהלית החייבת לעמוד באמות המידה של עקרונות המשפט הציבורי, ואשר כפופה לביקורת שיפוטית. ביקורת שיפוטית על תוכנו הפנימי של המכרז מהווה, למעשה, ביקורת על הפעולה המינהלית גופה, אשר המכרז משמש לה מעטה ומסגרת. פגם

במיכרז עלול להימצא לא רק ברובד החיצוני של המכרז, הנוגע להתנהלות הרשות בניהול המכרז, כגון ליקוי בקיום תחרות לא שוויונית, בהפרת כללי הגילוי, או בהפרת כללי צדק טבעי וכיוצא באלה; הוא עלול להימצא גם בתוכן הפנימי של המכרז, למשל, מקום שההסדר או העסקה הנדונים במיכרז נגועים בפסול, כגון אי חוקיות, שרירות, חוסר הגינות וחוסר תום לב, ניגוד עניינים, פגיעה בשוויון או הפלייה מובנית, חוסר סבירות, וכיוצא באלה.

ענייננו כאן עוסק בעיקרו בטענות פסול ביחס לתוכנו הפנימי של המיכרז, קרי: ביחס להסדר המעוגן בתנאי הסף המתוקנים של המכרז, המאפשר בחירתו של מפעיל ממגורות בחיפה שגוף מוגבל מעורב בהנהלתו, תוך אחזקת אמצעי שליטה משמעותיים. טענת ניגוד העניינים המשמשת עילת העתירה תוקפת את ההסדר המהותי שנקבע במכרז ביחס למבנה התאגידי של מפעיל הממגורות בעתיד. ליבת המחלוקת נסבה על טענת פגם בתוכנו הפנימי של המיכרז מבחינת ההסדר המהותי שנקבע בו באשר לאופיו ומבנהו של מפעיל הממגורות המיועד, על רקע כללי המשפט הציבורי הנוגעים לניגוד עניינים ודרישות ההגינות בהפעלת שירות בעל אופי ציבורי מונופוליסטי. תנאי הסף המתוקנים של המיכרז, המגדירים את כשירותם של מציעים להשתתף במיכרז, ומאפשרים מעורבות גורמים עסקיים בשוק התבואה בהנהלת מפעיל הממגורות עד לשיעור מסוים, מחייבים העמדת הסדר זה במבחן עקרונות המשפט הציבורי בתחום ניגוד העניינים.

36. בצד בחינת הרובד הפנימי-מהותי של ההסדר המיכרזי האמור לגופו, נדרשת גם בחינה של הרובד החיצוני למיכרז, הקשור בהתנהלות הרשות הציבורית בעלת המיכרז בכל הנוגע לשינוי תנאי הסף במכרז בענין כשירות המציעים, בנוהל קבלת החלטותיה בענין זה, בסבירותן ובחוקיותן. נעמוד על הדברים הללו, אחד לאחד.

37. התערבות שיפוטית במכרז – בין ברובד החיצוני לו ובין ברובד הפנימי-מהותי לו – כפופה לעיקרון לפיו בית המשפט הבוחן החלטה או פעולה של רשות מינהלית, לא יכנס בנעליה של הרשות, ולא יקבע כיצד היה הוא נוהג בנסיבות דומות. תפקידו לבחון האם פעולת הרשות נתקבלה כדין, משיקולים ענייניים, והאם מצויה היא במתחם הסבירות (ע"א 334/01 מדינת ישראל נ' אבו שינד'י, פ"ד נז(1) 883, 894-895) ההתערבות השיפוטית מתוחמת לאחת מעילות ההתערבות במעשה מינהלי, המוכרות במשפט הציבורי.

הרובד הפנימי-מהותי של המכרז

האיסור על ניגוד עניינים

38. בחינת הרובד הפנימי של המכרז מחייבת ניתוח הסוגיה העיקרית העולה בהליך זה והיא – האם ההסדר המכרזי, המאפשר מתן זיכיון למפעיל שמעורב בהנהלתו גורם עסקי, הצורך שירותי ממגורות, עומד במבחן האיסור על ניגוד עניינים.

הכלל האוסר על ניגוד עניינים משתרע על כל תחומי המשפט – הפרטי והציבורי גם יחד. הוא חל על בעלי תפקידים במשפט הציבורי והפרטי; הוא חל על בעלי תפקידים שיפוטיים, חקיקתיים, מינהליים, ופרטיים כאחד (בג"צ 595/89 שמעון נ' ממונה על המחוז פד"י מד(1) 409, 413; רע"א 6763/98 רם כרמי נ' מדינת ישראל, פד"י נה(1) 418, פסקה 7).

הכלל בדבר ניגוד עניינים אוסר על מי שפועל למען עניינו של אחר לפעול מתוך ניגוד בין עניינו שלו, לבין ענין שונה אחר. זהו כלל נורמטיבי המבטא תפיסה חברתית-מוסרית באשר להתנהגות הראויה של אדם הפועל למען זולתו. שלושה שיקולים עיקריים עומדים ביסוד האיסור על ניגוד עניינים בתחום הציבורי: האח – חובת האימון שחלה על ממלא תפקיד ציבורי כלפי הציבור במילוי תפקידו; חובה זו אוסרת על בעל התפקיד להימצא במצב בו יתקיים חשש לניגוד בין חובתו כלפי הציבור לבין אינטרסים אחרים, זרים לענין; השני – דרישות ההגינות, תום הלב, והצדק הטבעי המוטלות על ממלא תפקיד ציבורי; והשלישי – דרישות המינהל התקין (פרשת שמעון, שם).

האיסור על ניגוד עניינים הוא עקרון מושרש במשפט הציבורי והוא נמנה על עקרונות היסוד של השיטה (בג"ץ 8912/05 מפגשים - עמותה למעורבות חינוכית חברתית נ' שרת החינוך התרבות והספורט, תק-על 2007(1) 3270). הוא חולש על כל תחומי הפעילות של המינהל הציבורי (בג"ץ 174/54 ישראל שימל נ' רשות מוסמכת לצורך הסדר תפיסת מקרקעין, פ"ד ט(1) 459, בג"ץ 531/79 סיעת "הליכוד" נ' מועצת עיריית פתח-תקווה, פ"ד לד(2) 566 (להלן: פרשת סיעת הליכוד)).

האיסור על ניגוד עניינים מקורו בכללי הצדק הטבעי וכללי חובות האמון. כללים אלה אוסרים על משוא פנים ודעה קדומה, ומחייבים כי בעל תפקיד ציבורי יפעל בתפקידו באימון, ביושר ובהגינות. כאשר מתקיים ניגוד עניינים אצל בעל תפקיד, עולה

חשש כי שיקולים זרים עלולים להנחות את פעולותיו ואת החלטותיו, ולהסיט אותו מדרך הניהול התקיין. הדבר עלול לפגוע באיכותן של הפעולות המתבצעות וההחלטות המתקבלות, ולפגוע באינטרס ציבורי חיוני. הדבר עלול לפגוע גם באימון הציבור במערכת השלטונית. ניגוד עניינים מובהק מתקיים כל אימת שעולה ניגוד בין האינטרס הטמון בביצוע ראוי של התפקיד לבין שיקול זר ולא ענייני – בין אישי, בין רכושי, ובין אחר (בג"צ 7805/00 אלוני נ' מבקרת עיריית ירושלים פד"י נז(4) 577, 596; בג"צ 971/99 התנועה למען איכות השלטון נ' ועדת הכנסת, פד"י נו(6) 117, 149; בג"צ 6499/99 המפדל נ' הרב שלמה בן עזרא, פד"י נג(5) 606, 618).

גרעינו של הכלל בדבר איסור על ניגוד עניינים שאוב מהתפיסה לפיה השירות הציבורי הינו נאמן הציבור, ומי שנושא בתפקיד במסגרתו חייב בהתנהגות נקייה מכל רבב ומחשש לניגוד עניינים, למען הגנה על אינטרס הציבור. כללי הצדק הטבעי וכללי האמון העומדים ביסוד האיסור על ניגוד עניינים בעובדי ציבור נועדו להבטיח כי מפעיל הסמכות יצפה לנגד עיניו את השיקולים הרלבנטיים להפעלת הסמכות, ואותם בלבד. קיום ניגוד עניינים עלול להביאו להפעלה בלתי ראויה של סמכותו, על ידי התייחסות לשיקולים שאינם ממין העניין. קיומו ותיפקודו של שירות ציבורי נאות תלוי באופן מכריע בקיום אמון הציבור בהגיונותו של השירות הניתן, ובטוהר כפיהם של נותני השירות. קיום ניגוד עניינים עלול לפגוע באמון הציבור במערכות השלטונית והציבוריות (פרשת סיעת הליכוד, עמ' 571).

האיסור על ניגוד עניינים הוא כלל מניעתי ולא תוצאתי. תפקידו למנוע את הרע בטרם ארע והוא צופה פני העתיד (סיעת הליכוד, שם, עמ' 572). העיקרון האוסר על ניגוד עניינים בא להקדים רפואה למכה. הוא נועד לאסור מראש על קיום חשש לניגוד עניינים, ואינו מסתפק ביצירת מערך של איסורים והגבלות המכוונים לאפשר את פוטנציאל הניגוד, תוך התראה או פיקוח מפני מימושו (בג"ץ 1993/03 התנועה לאיכות השלטון נ' ראש הממשלה, פ"ד נז(6) 817, 861). הוא נועד למנוע פיתוי גם מאדם ישר והגון, בבחינת "אל תביאנו לידי ניסיון" (פרשת סיעת הליכוד, עמ' 572). ואמנם, האיסור על ניגוד עניינים במשפט הציבורי אינו מתמצה במצבים של וודאות לקיומו של ניגוד כזה (בג"ץ 6728/06 עמותת "אומץ" נ' ראש ממשלת ישראל, תק-על 2006(4) 2797, פסקה 48 לפסק דיני). הוא נועד גם לקדם פני סכנה כי אמון הציבור עלול להיפגע עקב חשש לקיום ניגוד עניינים בעובד ציבור. לפיכך, אין צורך בהוכחת התממשות של ניגוד אינטרסים בפועל, אלא די בחשש סביר כי פעולתו של ממלא תפקיד במערכת הציבורית תיעשה בצילם של אינטרסים נוגדים (בג"ץ 3132/92 מושלב נ' ועדה מחוזית לתכנון ולבניה - מחוז הצפון, פ"ד מז(3) 741, עמ' 747 (להלן: פרשת

מושלב); בג"ץ 7279/98 יוסי שריד נ' ממשלת ישראל, פ"ד נה(1) 740, 757 (להלן: פרשת שריד)).

כלל האוסר ניגוד העניינים אינו מחייב, איפוא, הוכחה להתממשות ניגוד העניינים, אלא הוא נועד למנוע מראש אפשרות של היווצרות פסול כזה. "ניגוד עניינים הוא מצב אובייקטיבי היוצר אפשרות ממשית... של ניגוד עניינים, ואין צורך להוכיח בפועל שהתקיים ניצול לרעה כתוצאה מניגוד עניינים" (איגוד שמאי הביטוח, שם, פסקה 36); (בג"צ 2074/95 אגודת טכנאי השיניים בישראל נ' מנכ"ל משרד הבריאות, פד"י נג(3) 462, 441 (להלן: פרשת אגודת טכנאי השיניים); בג"ץ 7721/96 איגוד שמאי הביטוח נ' המפקח על הביטוח, פ"ד נה(3) 658, 625 (להלן: פרשת איגוד שמאי הביטוח)). החשש מפני ניגוד עניינים אינו מתמצה בחשש מפני התממשות הניגוד הלכה למעשה, אלא גם בחשש למראית פני הדברים בעיני הציבור, ולהשפעתה של מראית זו על מידת האימון שהציבור נותן בגורם בו הוא תלוי לצורך בצוע פונקציה בעלת אופי ציבורי (בג"צ 202/90 י.ב.מ. נ' משרד המשפטים, פד"י מה(2) 265, 270-271 (להלן: פרשת י.ב.מ.)). המבחן הוא מבחן אובייקטיבי, מבחנו של האדם הסביר המודע לכל נתוני העניין. השאלה היא – "האם אדם כזה; המסתכל מבחוץ, היה גורס שהתפקידים אותם ממלא פלוני עשויים ליצור ניגוד עניינים עד כי לא יוכל לפעול ללא משוא פנים ודעה קדומה" (השופט ברק בבג"צ 1100/95 דוד קאסוטו נ' ראש עיריית ירושלים, פד"י מט(3) 691, פסקה 11 (להלן: פרשת קאסוטו)).

גם אינטרס עיסקי עקיף ומרוחק למדי עשוי להקים עילת פסילה בשל חשש לניגוד עניינים (פרשת שידורי פרסומת מאוחדים, פסקה 29 לפסק דינו של השופט אור). על אחת כמה וכמה כך הוא, כשמדובר באינטרס עיסקי ישיר, נוגד, המתמשך לאורך שנים רבות במפעיל שירות ציבורי (פרשת שריד, שם, פסקה 19).

איזון בין הכלל הפוסל ניגוד עניינים לבין אינטרסים ציבוריים נוגדים

39. כלל האיסור על ניגוד עניינים במשפט הציבורי אינו מוחלט; הוא נושא משקל יחסי כשהוא מתמודד כנגד אינטרס ציבורי חשוב נוגד; קיום ניגוד כזה עשוי לחייב איזון ראוי. במסגרת האיזון הנדרש, נקבע המשקל היחסי של ניגוד העניינים, בין היתר, על פי עוצמת הפסול, וקיומן של דרכים להסרתו או להחלשתו (פרשת כרמי, פסקה 8). כך למשל, ניגוד עניינים שהוא בבחינת חשש תיאורטי או בעל הסתברות התממשות נמוכה, עשוי להצדיק, בנסיבות מסוימות, מינויים בעלי ערך ורמה מיוחדים לשירות הציבורי, הגם שהעסקתם אינה חפה לחלוטין מחשש לניגוד עניינים, וזאת כדי להשיג

תכלית ציבורית של איוש משרות ברמה גבוהה (פרשת מושלב, עמ' 747; פרשת קאסטוט, בעמ' 699; ע"א 6983/94 פחימה נ' פרץ, פ"ד נא(5) 829, 835 (להלן: פרשת פחימה); פרשת י.ב.מ, בעמ' 273). במסגרת איזון השיקולים, יש לשקול גם אפשרות של עיצוב מגבלות שונות שתפחתנה את החשש לניגוד עניינים. אפשרות כזו ננקטת במקום שהאינטרס הציבורי הכולל מביא להעדפה של פתרון ביניים על פני פתרון – קצה, הכרוך בויתור כולל על אחד משני האינטרסים הנוגדים (פרשת קאסטוט, עמ' 699; פרשת פחימה, עמ' 835, פרשת שריד, עמ' 758; פרשת כרמי, 428-429 שפניץ, לוסטהויז, ניגוד עניינים בשירות הציבורי, ספר אורי ידין, מאמרים לזכרו, כרך ב, 315, עמ' 321-322).

לאיזון בין ערך האיסור על ניגוד עניינים בשירות הציבורי לבין הצורך להתחשב בתכלית ציבורית נוגדת ישנם קווים אדומים במקום שמערכת המגבלות הנדרשת כדי להקטין את החשש לניגוד עניינים עלולה לעקר את התפקיד או הפונקציה הנדונים מתוכנם הממשי ולפגוע בתכליתם, או מקום שניתן להניח כי מתכונת האיזון לא תצליח (פרשת שמעון, שם) שנית, הגמשת האיסור על ניגוד עניינים לצורך השגת תכלית ציבורית נוגדת אינה יכולה לרדת מתחת לרף המינימלי הראוי, שנועד להבטיח את טוהר השירות הציבורי ואת אמון הציבור בו (פרשת גוזלו, עמ' 512); הדברים אמורים במקום שלא מתקיים מצב של צורך חיוני, בבחינת כורח, העשוי, לעיתים, לחייב פעולה תוך ניגוד עניינים (פרשת סיעת הליכוד, עמ' 576; בג"ץ 3262/95 ח"כ פורז נ' ממשלת ישראל, פ"ד מט(3) 153, 161-2). מצב של "כורח" הוא מצב חריג לכלל הנוהג, ומאפשר פעולה במצבים מיוחדים ונדירים שאינם מותרים חלופה סבירה אחרת.

התמודדות עם טענה של ניגוד עניינים בשירות הציבורי מצריכה, תחילה, לאפיין את נקודות המגע בתחום פעולתו של הגורם הציבורי, העלולות ליצור חיכוך וניגוד בין האינטרס הציבורי לאינטרס הזר. במסגרת זו, יש ליתן את הדעת על מהות הנושאים שמתקיימים לגביהם ניגודי עניינים פוטנציאליים, על מידת האינטנסיביות של הניגודים ועוצמתם (פרשת קאסטוט, עמ' 699; פרשת שריד, עמ' 750, 757; שפניץ ולוסטהויז, עמ' 321-322). בשלב שני, באם מתגלים ניגודי עניינים אפשריים, המעלים חשש כאמור, יש לבחון האם סביר להטיל מגבלות על נושא התפקיד הציבורי, והאם יש באותן מגבלות כדי לאיין או כדי להפחית באופן ניכר את החשש האמור. בחינה זו צריכה להיעשות תוך שימת לב לכך שהמגבלות תהיינה אפקטיביות כדי לנטרל באופן מהותי את הניגוד הקיים, וכי הן לא תפגענה בתכלית התפקיד הציבורי, ותשמרנה את אמון הציבור במערכת הציבורית.

השאלה אימתי ניגוד עניינים פוטנציאלי הינו פסול, עשויה להיות מורכבת וקשה. במרבית המקרים, הצורך באמות מידה קפדניות לשמירה על טוהר השירות הציבורי מן הצד האחד, והדאגה ליעילותו של השירות מן הצד האחר, משתלבים בראייה כוללת זה עם זה, ומקדמים האחד את רעהו (בג"ץ 466/82 עוזר את רובננקו שותפות לביצוע עבודות בעבודה אזרחית נ' עיריית רמת-גן, פ"ד לז (1) 697, 700). אולם לעיתים, עולה מתח בין השניים, שיש לגשר עליו. אלה הם המקרים הקשים, בהם יש למצוא את נקודת האיזון הראויה, אשר תתן מענה הולם לקשיים אובייקטיביים שיש למצוא להם מענה בנסיבות המקרה, מבלי לוותר על רמתו הראויה של טוהר השירות. במתח הקיים בין הדרישה לרמת התנהגות ראויה המשוחררת מניגוד עניינים, לבין צרכים חברתיים ומערכתיים אחרים אין להיגרר אחר נוהגים נפוצים ומוסכמות המקלות ראש בערך המוסרי והחברתי הנדרש ממלא תפקיד ציבורי. יש לעמוד על הערך הנורמטיבי הראוי שבאיסור על ניגוד עניינים, ולשאוף להשיגו ככל הניתן בשים לב לאפשרויות ולצרכים החיוניים שהמציאות מנציבה. יפים לענין זה דברי השופט ברק, בפרשת י.ב.מ, ביחס לניגוד עניינים בעובדי ציבור:

"ישאל השואל: היכן יוצב הגבול, ומתי תיפסק אותה "שרשרת" של ניגוד עניינים? תשובתי היא פשוטה: השרשרת תיקטע באותה חוליה, שממנה ואילך שוב לא יעלה החשש האובייקטיבי לניגוד עניינים. המבחן אינו סיבתי-עובדתי, אלא נורמטיבי. הכללים בדבר איסור על ניגוד עניינים משקפים השקפה חברתית-אתית באשר להתנהגות הראויה של אדם הפועל למען זולתו. הם נגזרים בכל הנוגע לעובדי ציבור, מרצונה של החברה לשמור על אמון הציבור ברשויות השלטון. בהצבתו של הגבול יש להתחשב כמובן בנסיבות כל עניין ועניין. ... זאת ועוד: בקביעת ההתנהגות הראויה אין להציב אידיאלים שאינם בני השגה. סופם של אלה אינו אלא אכזבה. אין להטיל מגבלות ואיסורים לשמם בלבד. עמדתי על כך בפרשה אחת, בצייני:

'.. אין להחמיר עם עובדי הציבור לשם החמרה בלבד. יש לקחת תמיד בחשבון את השיקול, כי עובד ציבור מוכשר ויעיל הוא גם עובד ציבור, המעורה בחיי קהילתו והמפתח לעתים פעולות כדין מחוץ לתפקידו כעובד הציבור. יש גם לקחת בחשבון את העובדה כי חלק מעובדי הציבור הם נבחרים, כאשר בחירתם באה לעתים דווקא בשל קרבתם לאינטרסים האחרים עליהם הם מופקדים. הדינים על איסור ניגוד עניינים אינם עומדים בסתירה למציאות מורכבת זו. נהפוך הוא: הדינים הללו משתלבים יפה במציאות זו, ולוקחים אותה בחשבון' (עניין שמעון, עמ' 418-419).

אכן, עלינו להיות מציאותיים. אך אין לזהות דרישה זו עם הורדת רמת הציפיות. להיות מציאותי אין פירושו לרדת לרמה הנמוכה ביותר. להיות מציאותי אין משמעו ללכת אחר נוהגי השוק. אכן ההלכה השיפוטית צריכה להדריך את ההתנהגות החברתית על-פי הרמה הראויה הניתנת להשגה" (פרשת י.ב.מ. ישראל בע"מ, עמ' 273; וראו גם דברי השופט שמגר בפרשת גוזלן, עמ' 512). (הדגשות אינן במקור).

דיני האיסור על ניגוד עניינים מתחשבים במציאות המורכבת ולוקחים אותה בחשבון עד לגבול האפשרי והראוי מהבחינה הנורמטיבית.

תחולת האיסור על ניגוד עניינים בתאגיד פרטי האחראי על מתן שירות ציבורי חיוני

40. הכלל האוסר על ניגוד עניינים אינו מוגבל ליחידים בלבד. הוא חל באופן דומה על התאגידים הסטוטוריים הפועלים על פי דין, על החברות הממשלתיות, ועל התאגידים הפועלים מכח חוק החברות. הוא חל על תאגיד הפועל למטרותיו העסקיות (איגוד שמאי הביטוח, שם, פסקה 34). מקורו של הכלל כענין מוסרי שבין אדם לחברו הפך אותו לעקרון משפטי החוצה את כל תחומי המשפט – פרטי וציבורי כאחד. הוא חל גם על תאגיד שהוקם במשפט הפרטי, מקום שהופקדה בידיו אחריות למתן שירות בעל אופי ציבורי חיוני. תהליך התפרקותה של המדינה מתפקידיה כספק שירותים לציבור בתחומים מסוימים לא גרעה מחובתו של המשפט הציבורי להמשיך ולפקח על ספק השירות הציבורי גם כאשר הוא גוף יציר המשפט הפרטי. התייחס לכך השופט זמיר בפרשת איגוד שמאי הביטוח (שם, בעמ' 650):

"דווקא השינוי שהתרחש לאחרונה באופי המדינה ברוח השוק החופשי, מגדיל את חשיבות הפיקוח. חופש אינו הפקרות. לכן, התפרקות המדינה מן התפקיד של ספק שירותים ומצרכים צריכה להיות מלווה בפיקוח על אספקת שירותים ומצרכים על ידי המשק הפרטי. השוק החפשי נותן הזדמנות למשק הפרטי לצבור כוח כלכלי רב. גם כוח כלכלי עלול להשחית. אסור לשכוח את הלקח המר של המדינה המתירנית שאפשרה לכח הכלכלי לגרום תחת הסיסמה של חופש, הרבה עושק ועוול. דוקא בתנאים של שוק חופשי נדרשת המדינה להגן על חלשים...."

ואכן, גם תאגיד יציר המשפט הפרטי, בהיותו ממלא תפקיד ציבורי, מחוייב בכללי המשפט הציבורי האוסרים על ניגוד עניינים. מבחינת תכליותיו של הכלל האוסר על ניגוד עניינים במישור הציבורי – קידום פני החשש שהפעילות הציבורית תכוון על-

ידי שיקולים זרים, וצרכי ההגנה על טוהר המינהל הציבורי ועל אמון הציבור בו – אין הבדל ממשי אם נושא התפקיד הציבורי הינו אדם בשר ודם, או תאגיד בעל אופי ציבורי שהוקם מכח חוק או שהממשלה מחזיקה את מירב כח השליטה בו, או תאגיד יציר המשפט הפרטי הממלא תפקיד ציבורי. ניגוד עניינים מעין זה עלול להיווצר, כאשר התאגיד עצמו עוסק בפעילות נוספת הנוגדת לתפקיד הציבורי המצוי באחריותו. הוא עלול להתעורר גם במקום בו גורם הפועל במסגרת התאגיד הינו בעל ענין בפעילות הנוגדת, והוא בעל יכולת השפעה מהותית על פעילות התאגיד הממלא תפקיד ציבורי (פרשת שידורי פרסומת מאוחדים, שם). המתח הפנימי הקיים בין הצורך לכוון את פעולות התאגיד להשגת התכלית הציבורית, לבין קיום גורם בעל השפעה בתאגיד, המודרך על ידי אינטרס נוגד, מעלה חשש לניגוד עניינים העלול להביא לתוצאה כי התפקיד הציבורי ינוצל לטובת האינטרס הנוגד, באופן שיפגע באינטרס הציבורי. הוא עלול לפגוע באימון הציבור בטוהר פעולתו של התאגיד ובעניינות שיקוליו.

איתור הגורם בעל ניגוד העניינים בתאגיד

41. השפעת גורם בעל ניגוד עניינים על פעולת תאגיד שהוא מעורב בהנהלתו מותנית במספר גורמים. היכולת לכוון את פעולת התאגיד מצויה, בראש וראשונה, בידי זה שבידיו כוח השליטה הכמותי באמצעי השליטה בתאגיד. אולם היא עשויה להימצא גם בידי מי שבידיו אמצעי שליטה מהותיים, גם אם לא בשיעור כמותי המקנה שליטה. השאלה היא, לעולם, האם בידי בעל אמצעי השליטה כוח השפעה ממשי על התנהלות התאגיד המופקד על מתן השירות לציבור (עת"מ 6352/01 חדשות ישראל (טי.אי.אן.סי) בע"מ נ' שר התקשורת, פ"ד נו(2) 97, 113-117 (להלן: פרשת חדשות ישראל), וכן ראו אוריאל פרוקצ'יה דיני חברות חדשים לישראל (תשמ"ט-1989) 371-373).

42. המבחן לקיומו של ניגוד עניינים בתאגיד העוסק בפעילות בעלת אופי ציבורי דומה בעיקרו לזה החל לגבי אדם הממלא תפקיד ציבורי; הוא מתמקד בשאלת קיומו של חשש סביר לכך שפעולות התאגיד תתבצענה תחת צילם של אינטרסים זרים לתכלית הציבורית. לצורך כך, יש לבחון את נסיבות פעילותו של התאגיד לגופן. החזקת אמצעי שליטה בתאגיד בידי גורם המעורב בפעילות נוגדת עלולים להוות ניגוד עניינים מקום ששיעורם של אמצעי שליטה שבידו, לבדם או בנוסף לגורמים אחרים מאפשרים לו להשפיע על פעילות התאגיד, ואגב כך, לכוון את התנהלות התאגיד לטובת עניינו הנוגד. יכולת ההשפעה כאמור היא ענין תלוי-נסיבות, הנבחן לעולם על פי התנאים המיוחדים למקרה:

"מושג השליטה הוא סבוך ונלוות לו משמעויות שונות בהקשרים שונים (ע"א 817/79 קוסי נ' בנק י.ל. פויכטונגר בע"מ, פ"ד לח(3) 253, 286-287). הוא עשוי ללבוש צורה ולפשוט בהתאם להקשר הדברים ולתכלית שלשמה הוא נבחן. עניינו עשוי להיות אחד לצורך בחינת חובות אמן בחברה ואחר לצורך הסדרת המסחר בניירות ערך להגנה על ציבור המשקיעים. הוא עשוי להיות שונה לצורך רישוי בנקים ובהקשר של איתור עיסקאות עם בעלי עניין (ע"א 1186/93 מדינת ישראל, משרד המשפטים נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ, פ"ד מח(5) 353). מהותן של הגדרות השליטה בתאגיד נגזרות אפוא מהצורך המיוחד ומההקשר שלשמן הובאו" (פרשת חדרות ישראל, עמ' 114).

43. הכלל האוסר על ניגוד עניינים חל על האורגנים של השירות הציבורי והגופים המוסמכים לקבל החלטות מטעמו. הוא חל על הסדרים הנעשים מטעמה של הרשות הציבורית, ומשתרע גם על פעולות של גופים פרטיים הפועלים בשם הרשות הציבורית ומטעמה. הוא חל על פונקציות המצויות באחריותה של הרשות הציבורית גם כאשר היא מאצילה לגופים אחרים, ובכלל זה גופים פרטיים, סמכויות לבצען מטעמה.

תנאי הסף במיכרז ממגורות חיפה בראי האיסור על ניגוד עניינים

44. האחריות על מתן שירותי נמל בנמלי ישראל רובצת על הרשות הציבורית. רשות הנמלים הוקמה מכח חוק רשות הנמלים כתאגיד סטוטורי המופקד על החזקה, ניהול והפעלה של נמלי ישראל. מכח מעמד זה, היתה רשות הנמלים אחראית מכח דין להפעלתם התקינה של הנמלים. במסגרת אחריות זו, נשאה הרשות באחריות לקיומם של שירותי ממגורות בבחינת שירות חיוני לציבור. בהיותה מופקדת על פי חוק על ניהול הנמלים ומתן שירותים לציבור במסגרתו, חבה רשות הנמלים חובה למלא את תפקידיה בנאמנות כלפי הציבור בכללותו. בכלל זה, היא חבה חובת נאמנות לציבור במתן שירותי הממגורות. במתן שירות זה, הרשות היתה כפופה לכללי המשפט המינהלי במלואם, ובכללם לאיסור החל על האורגנים שלה להימצא במצב של ניגוד עניינים. כפיפות זו חלה על הרשות בכל פעולותיה – הן אלה שאופייין שלטוני במהותן, והן אלה שאופייין מסחרי (בג"ץ 262/62 פרץ נ' כפר שמריהו, פ"ד טז 2101, 2107; בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421 (להלן: פרשת דפי זהב); בג"ץ 731/86 מיקרו דף נ' חב' החשמל, פ"ד מא(2) 449, 459; 3-461 (להלן: פרשת מיקרו דף); י' זמיר הסמכות המינהלית (תשנ"ו-1996) 401, 469-470). חובה זו

הוא צלה למי שאמור לקבל מהרשות זיכיון להפעלת שירות חיוני לציבור בנמלים. לענין האיסור להימצא במצב של ניגוד עניינים, אחד הוא, אם הרשות מבצעת את חובתה הציבורית במישרין, או בעקיפין באמצעות גורם אחר. אכן,

"הדברים יפים הן לגבי פעולות, שמבצע עובד הציבור בעצמו, במישרין, והן לגבי פעולות, שהוא עושה באמצעות שליחיו ועושי רצונו. שלוחו של אדם כמותו, ועובד ציבור, המשתמש לצורך מילוי חובותיו בשירותו של שלוח, שאותו העמיד במצב של ניגוד אינטרסים, כאילו פעל כך בעצמו". (דברי השופט נתניהו בבג"צ 35/82 ישפאר בע"מ נ' שר הבטחון, פד"י לז(2) 505, 520 (להלן – פרשת ישפאר).

כפיפות רשות הנמלים לעקרון המשפט המינהלי האוסר על ניגוד עניינים, מתרחבת, אפוא, גם לפעולותיהם של גופים פרטיים בהם היא נעזרת למילוי תפקידיה על-פי דין; בכלל אלה מצוי התאגיד הפרטי, הזוכה במיכרז, שמכוחו עתיד הוא להפעיל מטעם הרשות הציבורית את ממגורות חיפה. רשות הנמלים מכח חוק רשות הנמלים, ולאחר מכן חב' נמלי ישראל שבאה בנעליה, הוסמכו להפקיד שירותי נמל חיוניים בידי תאגידים פרטיים כדי שיבצעו מטעמן שירותים אלה לטובת הציבור הרחב. אצילה זו של החובה הציבורית לתאגידים פרטיים מטילה עליהם חובות מכח המשפט המינהלי. יתר על כן, באצילת הכח לתאגיד הפרטי לבצע שירות חיוני כאמור, נותרת הרשות הציבורית אחראית לפיקוח על מבצע השירות מטעמה, ועליה להבטיח כי השירות יבוצע ברמה נאותה, ביעילות, בהגינות, וכי נותני השירותים מטעמה יזכו לאמון הציבור. תנאי מתחייב מכך הוא כי לא יתקיים בנותן השירות ניגוד עניינים העלול לפגוע בענייניו החלטותיו ובהגינות פעולותיו.

מאפייני שירות ציבורי בעל אופי מונופוליסטי לתקופה ארוכה

45. שירות ציבורי חיוני בעל אופי מונופוליסטי, הניתן לבעל זכיון פרטי מטעמה של הרשות הציבורית למשך תקופה ארוכה מחייב הקפדה מיוחדת על האיסור מפני ניגוד עניינים. במשק שבו בעל מונופול אחד חולש על חלק הארי של השירות הציבורי הנדרש, אשר הרשות הציבורית היא אחראית לאספקתו, חובת ההישמרות מפני מצב של ניגוד עניינים הינה בעלת משמעות מיוחדת. תלותו של הציבור הרחב בשירות המונופוליסטי, והעדר תחרות המאפשרת חופש בחירה בין ספקי שירות שונים, מחייבים כי נותן השירות מטעם הרשות הציבורית יהיה חף משיקול זר במתן השירות הציבורי. די בחשש לקיום ניגוד עניינים מובנה בנותן השירות כדי ליצור קושי מערכתי בולט; קושי זה מתבטא בחשש לקיום תהליכי קבלת החלטות, גיבוש מדיניות, ודרכי

יישומם שלא על בסיס ענייני טהור; קיומו של ניגוד כזה עלול להביא לערעור אמון הציבור ככלל, וזה של צרכני השירות הנוגע בדבר בפרט, באמינותו של נותן השירות, ובעניינות שיקוליו.

קיום ניגוד עניינים מובנה בספק של שירות ציבורי בעל אופי מונופוליסטי, הפועל על פי זכיון ארוך טווח, עלול להוות פגם מהותי, היורד לשורשו של ההסדר המינהלי העומד ביסודו; הוא עשוי לשמש עילה לביטולו של ההסדר, באם לא ניתן למצוא מענה שיסלק את הניגוד, ויבטיח כי הפעלת השירות תיעשה בידי גורם ששיקוליו ענייניים, הן לגופם והן במראית פני הדברים; גורם אשר מבנהו ומעמדו יבטיחו את אמון הציבור בנותן השירות, ובשירות הניתן על ידו.

מטבע הדברים, בשירות ציבורי בעל אופי מונופוליסטי ארוך טווח, עוצמת האיסור על ניגוד עניינים עשויה להכריע בהתמודדות כנגד אינטרסים ציבוריים נוגדים, מלבד במקרים חריגים ויוצאי דופן ביותר.

שירותי הממגורות כשירות ציבורי בעל אופי מונופוליסטי ארוך טווח

46. גם על פי החוק החדש, אשר נועד ליצור תחרות בשוק שירותי הנמל באמצעות שינויים מבניים בענף, נשמרה השיטה לפיה אספקת שירותי הממגורות לציבור ניתנת למפעיל אחד בזיכיון לתקופה ארוכה. בעל הזיכיון, הנושא אופי מונופוליסטי והאחראי לאספקת שירות ציבורי, כפוף לעקרונות יסוד של המשפט הציבורי (פרשת מיקרו דף, עמ' 462-463; ע"א 3414/93 און נ' מפעלי בורסת היהלומים, פ"ד מט(3) 196, 208; ע"א 294/91 חב' קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 484; א' בנבנישתי "תחולת המשפט המינהלי על גופים פרטיים", משפט וממשל ב (תשנ"ד) 11; עמ' 4-33; ד' ברק-ארז "תאגידים ציבוריים" עיוני משפט יט (תשנ"ה) 273). זיכיון מונופוליסטי המופקד בידי גוף פרטי לתקופה ארוכה, מטיל עליו אחריות לאספקת שירות חיוני לציבור, ומחייב אותו לעמוד באמות מידה נאותות שיבטיחו כי הציבור יזכה בשירות שהוא ראוי לו. הסדר כזה אינו מותנה בעמידה בדיני ההגבלים העסקיים בלבד; חלה על בעל זיכיון כזה חובה מכח המשפט הציבורי לנהוג בנאמנות כלפי הציבור, ולהבטיח כי השירות החיוני יסופק באופן יעיל, הוגן ושוויוני לציבור הרחב. על המחזיק בזיכיון חלה חובה לנהוג בזכות הפעלה שהופקדה בידי בנאמנות כלפי הציבור; חובה מקבילה חלה על הרשות הציבורית להבטיח כי חובה זו תקויים בידי בעל הזיכיון (ד' ברק-ארז, "משפט ציבורי ומשפט פרטי - תחומי גבול והשפעות גומלין" משפט וממשל ה (תש"ס) 95, 115).

על חובתו של בעל הזיכיון לקיים חובות מהמשפט הציבורי נאמר:

”מי שקיבל זיכיון מהציבור, צריך להתנהג כלפי הציבור באופן המצדיק הענקת זיכיון זה. אין בעל הזיכיון עושה בו כבתוך שלו. הוא עושה למען הציבור, ועל-כן הוא חב לו חובות מהמשפט הציבורי” (השופט ברק בפרשת מיקרו דף, שם).

גם אם אין מחזיק הזיכיון המונופוליסטי כפוף לכללי המשפט המינהלי במלוא היקפם, בכל מקרה חלים עליו עקרונות היסוד של כללי הצדק הטבעי וחובות האמון, ובהם האיסורים על משוא פנים, ועל הימצאות במצב של ניגוד עניינים. במסגרת זו, יש להתחשב גם באופיו הפרטי של נושא הזיכיון, הפועל ברשות ובסמכות לצורך הפקת רווח כלכלי מהזיכיון שניתן לו (פרשת מיקרו דף, שם, עמ' 673). עם זאת, התכלית המרכזית בהחלת עקרונות מהמשפט המינהלי על תאגיד פרטי בעל זיכיון מונופוליסטי, טמונה במניעת ניצול לרעה של הכוח הייחודי הטמון בזיכיון לטובת אינטרסים פרטיים זרים, החורגים מתכלית הענקתו. ניצול לרעה מעין זה, פוגע לא רק ביעילות אספקת השירות הציבורי, אלא גם בטוהר המידות במתן השירות הציבורי, ובאמון הציבור בבעל הזיכיון וברשות הציבורית, האחראית כלפי הציבור למתן השירותים הציבוריים בדרך נאותה, יעילה, והוגנת.

47. שירותי הממגורות מהווים שירות נמל ציבורי חיוני שהרשות הציבורית אחראית לספקו בנמליה. השירות הניתן בממגורות חיפה הוא שירות מונופוליסטי, החולש על כ- 75% מהשיעור הכולל של שירותי הפריקה והאחסנה של התבואות המגיעות לישראל. ציבור הצרכנים הנזקק לשירותי הממגורות תלוי בשירותיו של המפעיל כנותן שירות יחידי בנמל חיפה, הפועל ללא תחרות, ובלא שקיימת חלופה לשירות מתחרה באותו איזור. הזיכיון הניתן למפעיל הבלעדי הוא לתקופה ארוכה הנעה בין 10 ל-15 שנים.

הרשות הציבורית מבקשת לפתוח לתחרות את הפעלת ממגורות חיפה למפעיל עתידי שיקבל זיכיון הפעלה לתקופה של עד 15 שנה כאמור. לצורך בחירת המפעיל, היא פרסמה מכרז שבו היא בקשה להרחיב במידת האפשר את מינעד אפשרויות התחרות בין מציעים רבים ככל האפשר לצורך קבלת הזיכיון. חשוב להדגיש כי התחרות לצורך ענין זה הינה על זהות המפעיל העתידי, בלבד, שגם הוא עתיד להיות מפעיל בעל זכיון מונופוליסטי. אין מדובר ביצירת תחרות בין מפעילים בשוק הממגורות שתכליתה לשנות מאופיו של משק הממגורות כמשק מונופוליסטי, האמור

לפעול גם בשנים הבאות כמשק ייחודי וסגור, הנתון בידי מפעיל אחד שייבחר במכרז תחרותי.

מאפיינים אלה הופכים את שירות הממגורות בעבר, בהווה ובעתיד – על פי רוח המיכרז – לבעל אופי ציבורי-מונופוליסטי לתקופה ארוכה. על נותן שירות הנושא אופי כזה חל איסור להימצא במצב של ניגוד עניינים. לאיסור כזה נילוית עוצמה יתירה בשל חיוניות השירות הנדרש, תלותו של הציבור בנותן השירות, בלעדיות השירות, ומשך הזמן הרב של הזיכיון. אופיו של שירות ההפעלה כשירות בעל אופי ציבורי מונופוליסטי לטווח ארוך מחייב כי שיקולי הפעולה המכוונים את מפעיליו לא יושפעו מכל שיקול זר, בין בפועל, ובין כתרחיש אפשרי. טיבו של השירות כאמור, מחייב קיומה של מדיניות הפעלה עניינית שיש בה לא רק כדי לקיים פעילות תקינה וראויה של הממגורות, אלא גם כדי להבטיח את אימונו של ציבור צרכני השירות במפעיל – ציבור הנזקק לשירותי הממגורות והתלוי במפעיל תלות מוחלטת, בהעדר כל תחרות בשוק שירותים זה באיזור צפון הארץ. אכן, גם החוק החדש, חוק רשות הספנות והנמלים, נוקט עמדה האוסרת על תאגיד המעניק שירות נמל מונופוליסטי מלהימצא בניגוד עניינים, על-מנת למנוע ניצולו של הכוח המונופוליסטי הציבורי לרעה (ראו סעיף 10(ג) לחוק וכן את דברי ההסבר להצעת החוק בקשר אליו).

מן הכלל אל הפרט:

ניגוד עניינים במפעיל הזוכה של ממגורות חיפה

אופי שירותי הממגורות

48. הזוכה במכרז להפעלת ממגורות חיפה מקבל לידי זיכיון לשירות ציבורי רב שנים. שירות הממגורות בחיפה חולש על 75% משוק הפריקה והאחסנה של התבואות. היקף התבואות העוברות דרך בתי הממגורות בחיפה הינו כ- 3 מיליון טון בשנה, מתוך כ- 4 מיליון טון תבואות המיובאות לישראל בשנה (סעיף 1.5.8 למכרז). בישראל קיימות רק שתי ממגורות נמליות – בנמל חיפה ובנמל אשדוד. בפנים הארץ קיימים בתי ממגורות נוספים, אולם אלו אינם תחליפים לממגורות הנמליות, שכן השימוש בהם מחייב פריקת הסחורה מהאניות באמצעות משאיות להובלת התבואה לממגורות בעוד הפריקה בממגורות הנמליות מתבצעת באופן אוטומטי באמצעות מסועים הישר לממגורות. הפריקה באמצעות משאיות כרוכה בעלויות ניכרות ובהיערכות לוגיסטית מורכבת. פריקה כזו הינה איטית בהרבה מהפריקה האוטומטית, ומאלצת את האוניות להמתין זמן רב יותר בנמל, כאשר העלות הכוללת של יום המתנה של אניית משא

בנמל, נעה בין \$13,000 ל-\$22,000 (הנתונים לקוחים מחוות דעת הממונה על ההגבלים העיסקיים, שם).

49. מהמקובץ עולה, כי תלותם של יבואני התבואה בבתי הממגורות בחיפה הינה גבוהה, וכמעט מוחלטת. כיום, ובטווח הזמן הנראה לעין, אין ליבואני התבואה חלופה אחרת, ועליהם להמשיך ולהיזקק לשירותי הנמל של מפעיל הממגורות בחיפה. תלות זו נוגעת לכל אחד ואחד מתפקידיו המרכזיים של מפעיל הממגורה: מחיר הניטול וההנחות הניתנות בו, מהירות הניטול וזמינותו, איכות אחסנת התבואה, וכיוצא באלה.

50. מפעיל הממגורות בתורת ספק שירות מונופוליסטי בעל אופי ציבורי, חב חובת נאמנות מלאה לציבור. הוא אמור לשקול שיקולים המכוונים, כל כולם, לקדם את טובתו של המפעל עליו הוא מופקד. הוא חייב לבצע את תפקידו בנאמנות, תוך נקיטת שוויון מלא בין צרכני השירות, ללא משוא פנים וללא שרירות. כך, אכן, קובע הסכם ההפעלה הנספח למכרז בסעיף 5.10:

”המפעיל יבצע את התחייבויותיו לפי הסכם זה בנאמנות בשיתוף פעולה מלא עם הרשות, תוך נקיטת שוויון בין היבואנים, ללא משוא פנים - כיאה לגוף הפועל עבור ומטעם גוף ציבורי, ובכפוף לכל דין”.

סעיף 7.2 להסכם קובע כי במהלך תקופת ההסכם, לא יפלה המפעיל בין יבואן ליבואן במתן השירות, ברמת השירות, או בגובה מחיר הניטול שיגבה מהיבואנים. לצורך הענין, רואים כהפליה אסורה קביעת תנאים שונים למתן שירות בין יבואנים בעלי נתונים דומים, ובכלל זה, לענין קצב ביצוע שירות ניטול תבואות, תנאי תשלום מחיר הניטול או דמי אחסון תבואות, התניית מתן שירות בתנאים שאינם נוגעים לשירות, וקביעת קדימויות בין יבואנים שונים הממתינים לקבלת השירות שלא על פי סדר הזמינות לקבלת השירות.

51. על הצורך המעשי-כלכלי להישמר מפני ניגוד עניינים בהפעלת שירותי הפריקה ואחסון התבואות בממגורות עמדה כבר בימים עברו ועדה ממשלתית שמונתה במרץ 1985 על ידי שר המסחר והתעשייה דאז, אריאל שרון, לצורך מתן דין וחשבון בענייני סחר ממשלתי; בדו"ח הועדה בפרק המוכתר "גרעינים כללי" (עמ' 9) נאמר:

”כדי למנוע כל מצב של אפשרות ו/או חשש העדפה, או מצבים תיאורטיים של ניגודי אינטרסים בממגורות הפריקה

בנמלים, אנו ממליצים כי תיאסר השתתפותם הישירה או העקיפה של חב' דגון, חברות קשורות ונילוות לה ו/או של בעלי ענין בחברה זו, לא כשהם לבדם, או כשהם ביחד עם גורמים אחרים, ואסור יהיה לכל מי שיעסוק ביבוא להיות מעורבים עם גורמים אלה בכל דרך ביחס לאינטרס המסחרי ביבוא גרעינים".

הועדה ראתה לנכון להמליץ על הפרדה מוחלטת בין דגון, בעלת הזיכיון דאז, וגורמים הקשורים עימה, לבין גורמים אחרים בעלי אינטרס מסחרי ביבוא גרעינים. הטעם להמלצה זו נהיר על פניו – למנוע ניגוד עניינים בין חובת המפעיל כלפי הציבור, לבין אינטרס עיסקי בשוק התבואות, שהעוסקים בו הם צרכני שירות הממגורות.

עורכי המיכרז המקורי אימצו גישה זו של ניטרול מוחלט של מפעיל הממגורות מחשש לניגוד עניינים בקובעם בתנאי הסף המקוריים, כי לא תותר השתתפותו של מציע במיכרז אם יש לו מעורבות כלשהי כעוסק פרטי בשוק יבוא תבואות לישראל או בשוק ההובלה הימית או היבשתית של תבואות בארץ.

52. כשלושה חודשים בלבד לאחר פרסום תנאי הסף המקוריים במכרז, ובלא נסיון לבדוק את התאמתם של מתחרים פוטנציאליים המקיימים תנאים אלה, החליטה הרשות הציבורית לשנות מתנאי הסף, ולאפשר גם לגופים, שמעורבים בהנהלתם גופים העוסקים ביבוא ובהובלה של תבואות בישראל, להשתתף בתחרות במכרז ההפעלה של הממגורות. זאת, בתנאי שהגוף המוגבל מחזיק בלא יותר מ-36% מאמצעי השליטה במציע, ובתנאי ששיעור אחזקותיו בכל סוג של אמצעי שליטה נמוך מזה המוחזק בידי בעל השליטה העיקרי.

53. שילובו של גורם עיסקי בשוק התבואות בהנהלת בעל הזיכיון, המחזיק באמצעי שליטה בשיעור אחזקה משמעותי, מעלה חשש ממשי ליצירת ניגוד עניינים בפעילות המפעיל. היות גורם עסקי כזה, המהווה בה בעת גם צרכן שירות, שותף פעיל בהנהלת המפעיל, מעלה חשש ממשי לניגוד עניינים בין חובת המפעיל לשקוד על קידום אינטרס הכלל במתן השירות החיוני לציבור, לבין קיומו של אינטרס כלכלי פרטי, המכוון את הגורם העיסקי במפעיל. ניגוד עניינים זה, עלול להשפיע על דרכי פעולתו של בעל הזיכיון בכיוון של קידום אינטרסים עיסקיים שלו, תוך פגיעה בציבור הרחב של צרכני השירות, הנזקק לממגורות. היותם של שירותי ממגורות חיפה נשוא זיכיון מונופוליסטי למשך שנים רבות, וחיוניותם של שירותים אלה לציבור, הופכים את החשש לניגוד עניינים לבעל עוצמה מיוחדת.

אמצעי שליטה בתאגיד ומידת השפעתם על פעולתו

54. לוגי, אחת הזוכות במיכרז, המעורבת כגורם עיסקי בשוק התבואות, אמורה להחזיק ב-36% מאמצעי השליטה בחברה המיוחדת העתידה לקום ולשמש מפעיל הממגורות.

החזקת אמצעי שליטה בתאגיד בשיעור של 36% עשויה להקנות, בנסיבות מסוימות, יכולת השפעה ממשית בהכוונת פעילות התאגיד. שיעור כזה של אמצעי שליטה עשוי לתת כח בידי בעליו למנות שלישי ממספר הדירקטורים בחברה, ולהחזיק בידו כוח וטו למניעת החלטות מיוחדות באספה הכללית, המצריכות רוב מיוחד של 75% מבעלי כוח ההצבעה בתאגיד המפעיל. עשויים להימצא גם גורמים נוספים העשויים לתרום להגדלת כוחו והשפעתו של בעל אמצעי שליטה על דרכי ניהול התאגיד – כגון, קשר משפחתי או קרבה אחרת בין בעל אמצעי השליטה לבין בעל השליטה, ידע מקצועי מיוחד או נסיון מיוחד בתחום עיסוקו של התאגיד, חולשה אישית של בעל השליטה המשתקפת בקשיי ניהול, וכיוצא באלה מצבים המעניקים לבעל אמצעי השליטה מעמד ערכי בעל השפעה בהנהלה, שאינו תואם בהכרח את שיעורם הכמותי של האמצעים המוחזקים בידיהם.

55. המושג "שליטה" בתאגיד הוא מושג מורכב, שאינו מתמצה בהגדרות כמותיות. בבירור מושג השליטה, אין בהכרח קשר ישיר בין שיעור הבעלות בהון לבין גורם השליטה, וההיקף הכמותי של אמצעי השליטה המוחזקים אינו מעיד בהכרח על מידת יכולת ההשפעה על ניהול התאגיד. נדרשת בחינה מהותית של מידת יכולתו של בעל מניות להשפיע בפועל על מהלך קבלת החלטות בחברה (פרשת חדשות ישראל, שם). המבחן הכמותי המתבסס על שיעור אמצעי השליטה עשוי לשמש כלי עזר לבחינת יכולת ההשפעה על פעילות התאגיד, אך אין לראות בו מבחן ממצה, כשהוא עומד לעצמו (אירית חביב-סגל, דיני חברות, 2007, עמ' 641 ואילך).

יכולתם של בעלי מניות, בין קבוצות ובין יחידים, לרכז כוח הצבעה לצורך קבלת החלטות, או להשפיע בדרך אחרת על הגופים המנהלים בחברה, עשויה להיחשב כוח שליטה. בעל מניות שהוא בבחינת "לשון מאזניים", או בעל זכות וטו למנוע קבלת החלטה חשובה, עשוי להיחשב בעל כוח שליטה. יתכן כי בעל מניות יהיה בעל השפעה על התנהלות התאגיד, גם שלא באמצעות כוח הצבעה.

למושג שליטה בתאגיד פנים הרבה, וההתחקות אחר טיבה הינה תלויה נסיבות ותלויה תכלית שלשמה היא נבחנת. "מהותן של הגדרות השליטה בתאגיד נגזרות, אפוא, מהצורך המיוחד וההקשר שלשמן הובאו" (פרשת חדשות ישראל, שם). מאחר שלצורך איתור השליטה בתאגיד נדרש מבחן מהותי-איכותי, ואין די ביישום מבחן מתימטי-כמותי, הבחינה צריכה להיעשות בהקשר לנסיבות המקרה לגופו, תוך התייחסות לנתוני היכולת האפקטיבית הממשית של הגורם הנבחן לשלוט או להשפיע על תהליך קבלת ההחלטות.

המבחן הכמותי של אמצעי השליטה המוחזקים בידי בעל מניות יוצר חזקה ראשונית לצורך בחינת היקף השליטה, אך הוא אינו ממצה את טווח האפשרויות הנתונות בידי בעל מניות לכוון את פעילות התאגיד;

"המבחן שנקבע בהגדרה הוא תמיד פונקציה של נסיבות הענין המיוחדות. המבחן אינו מתמצה בבדיקה כמותית של אמצעי שליטה שביד השולט בתאגיד. המדובר הוא במבחן פונקציונלי-איכותי גמיש...".

אכן, החזקה באמצעי שליטה, היא אחת הדרכים לשלוט בתאגיד, אך זו אינה הדרך היחידה...".

(דברי השופט אור בע"א 4275/94 הבורסה לניירות ערך בת"א נ' ניהול מאגר הספרות התורנית, פד"י נ(5) 485, 545).

כך, למשל, בענין *Rochester Tel. Corp. v. US*, (307 U.S. 125, 145-6 בענין (1939)) נדחתה הטענה כי בעלי שליט בלבד מאמצעי השליטה בתאגיד הינם נטולי שליטה אפקטיבית. באותו ענין נקבע כי חברה המחזיקה בשליט בלבד מאמצעי שליטה בתאגיד עשויה להיחשב בעלת שליטה. בע"א 817/79 קוסוי נ' בנק י.ל. פויכטונגר בע"מ, פ"ד לח(3) 253, יוחס מעמד של בעל שליטה למי שהחזיק ב-20% ממניות תאגיד, וזאת לצורך בחינת חובות האמון החלות עליו, נוכח העובדה כי השתייך לקבוצת בעלי מניות שהיתה בעלת שליטה בחברה.

56. לצורך בחינת השאלה אם מתקיים ניגוד עניינים בהנהלת תאגיד, מבחן השליטה הוא רחב. כך למשל, אם ההסדר המשפטי נועד למנוע מבעל שליטה שימוש במידע המגיע אליו במהלך תפקידו בחברה לתועלתו הפרטית, יש מקום לתחולה רחבה של הגדרת השליטה (אירית חביב-סגל, שם, עמ' 647). קרבת משפחה בין גורם המשתתף בהנהלתו של גוף מפוקח לבין גורם השותף בהנהלת גוף מפוקח עשויה להוות ניגוד

עניינים גם כאשר שיעור האחזקה הכמותית באמצעי השליטה בגוף המפוקח המוחזקים בידי מנהלו אינו גדול. כך למשל בדוח מבקר המדינה מס' 44 לשנת 1993 (עמ' 841) העיר מבקר המדינה כי בין השנים 1984 ועד 1990, כיהן בתפקיד מנכ"ל דגון גיסו של מנכ"ל רשות הנמלים, שבבעלותו 5% ממניות בממגורות אשדוד, המנוהלת אף היא על ידי דגון. אומר על כך מבקר המדינה:

"קרבת המשפחה לא נדונה במועדה, ולא נקבעו הסדרים מתאימים לטיפול הרשות בנושאים המשותפים לה ולדגון שיביאו בחשבון את קרבת המשפחה האמורה, וימנעו מצב של ניגוד עניינים אפשרי בדיוני המועצה בענייני דגון".

57. המיכרז בענייננו מגדיר את מושג ה"שליטה" בתאגיד תוך שהוא משלב מבחן מהותי וכמותי יחדיו. בהגדרה המובאת בו, הוא שם דגש על היכולת לכוון את פעולות התאגיד, תוך הסתייעות במבחן השליטה הכמותית של החזקת מחצית או יותר מאמצעי השליטה בתאגיד. הוא מרחיב את חזקת השליטה גם למצבים של יכולת למנוע קבלת החלטות עסקיות בתאגיד כסממן של שליטה, בהותירו את המבחן המהותי לזיהוי השליטה בעינו, קרי: יכולת לכוון את פעילות התאגיד. החזקות השונות המובאות בהגדרה הן כלי עזר לבחינת מידת התקיימותו של המבחן המהותי האמור.

המושג "שליטה" בסעיף 9.3 במכרז המתוקן הוגדר כדלקמן:

"שליטה" – היכולת לכוון את הפעילות של התאגיד, למעט יכולת הנובעת רק ממילוי תפקיד של דירקטור או משרה אחרת בתאגיד, וחזקה על אדם שהוא שולט בתאגיד אם הוא מחזיק מחצית או יותר מסוג מסוים של אמצעי שליטה; ומבלי לגרוע מכלליות האמור, חזקה גם על אדם או תאגיד שהוא שולט בתאגיד, אם התקיים בו אחד מאלה:

(1) בידו השיעור הגדול ביותר של אמצעי שליטה מסוג כלשהו, או שלא קיים גורם המחזיק לבד או יחד עם אחר, אמצעי שליטה מסוג כלשהו בשיעור העולה על שיעור אחזקותיו באותו סוג של אמצעי שליטה.

(2) בידו היכולת למנוע קבלת החלטות עסקיות בתאגיד, למעט החלטות שעניינן הנפקה של אמצעי שליטה, או החלטות שעניינן מכירה או חיסול של רוב עסקי התאגיד, או שינוי מהותי בהם".

המושג "אמצעי שליטה" הוגדר כאחד מאלה:

- (1) זכות הצבעה באספה הכללית של חברה או גוף מקביל לה של תאגיד אחר;
- (2) הזכות למנות דירקטור או מנהל כללי;
- (3) הזכות להשתתף בריווחי תאגיד;
- (4) הזכות לחלק ביתרת נכסי התאגיד לאחר סילוק חובותיו בעת פירוקו.

58. בחינת היקף השפעתה של לוגי בחברה המיוחדת, מפעילת הממגורות, מביא למסקנה כי אמצעי השליטה הכמותיים שהיא אמורה להחזיק בתאגיד המפעיל, בתוספת נתונים רלבנטיים נוספים, נותנים בידה יכולת ממשית להשפיע ולכוון את פעילותו של התאגיד מפעיל השירות.

בחברה המיוחדת האמורה לקום, כימוביל ולוגי אמורות להחזיק באמצעי השליטה בתאגיד. כימוביל, שהיא גוף בלתי קשור לשוק התבואות, אמורה להביא עימה את עיקר ההון, ולהחזיק ב-64% מאמצעי השליטה בתאגיד. לוגי אמורה להחזיק ב-36% מאמצעי השליטה בחברה המיוחדת, אך היא מביאה עמה את הידע, הנסיון, המקצועיות, ואת המעורבות העמוקה בשוק התבואות. היא מביאה עמה גם נסיון רב בצרכנית שירות של הממגורות, בהיותה מעורבת בשוק כמוביל וכיבואן של תבואות. שילוב זה בין הגורם המשקיע, שמזרים הון אך אינו מעורב בשוק הדגנים, לבין גורם מקצועי-עיסקי שבא מענף זה ומכיר אותו על בוריו, מצביע על מידת ההשפעה הצפויה של לוגי על פעילותה של החברה המיוחדת, על קביעת מדיניותה, ועל יישום המדיניות הלכה למעשה. אין ספק כי ללוגי, בתור גורם עסקי פעיל בשוק התבואות, צפויה השפעה ממשית על פעילות החברה המיוחדת בזכות מעמדה ומשקלה המקצועי בתאגיד המפעיל. בידי לוגי גם כח כמותי של אמצעי שליטה בתאגיד המפעיל, שיש לו עוצמה ניכרת. הוא עולה על שליש מאמצעי השליטה הכמותיים בתאגיד; הוא נותן בידי לוגי כוח למנות שלישי מהדירקטורים, וזכות וטו למנוע קבלת החלטות המחייבות רוב מיוחד של 75% מבעלי כוח ההצבעה באסיפה הכללית. שילוב זה בין המעמד המיוחד של לוגי בתאגיד המפעיל כבעלת ידע מקצועי ומעורבות בשוק התבואות, לצד בעל שליטה שאינו בעל ידע ומעורבות בתחום זה, בתוספת כמות ניכרת של אמצעי שליטה בכח הצבעה וכח למנות דירקטורים מטעמה, מבטיחים לה השפעה ניכרת על פעילותו של התאגיד המפעיל ועל דרך התנהלותו.

מעורבותה העמוקה והדומיננטית הצפויה של לוגי במפעיל הממגורות, והיותה בעת ובעונה אחת גורם צרכני פעיל במשק התבואות, הנזקק לשירותי הממגורות, יוצרים ניגוד עניינים בולט במבנה הפנימי של החברה המיוחדת, האמורה לשמש מפעיל הממגורות.

בהקשר זה חשוב לציין את היקפו של הניגוד הקיים בפעילותה של לוגי העשוי להשתמע מהנתונים שהובאו על ידי המערערות בסיכומיהן. על פי נתונים אלה, בשנים 2003-2005 עמד מחזור המכירות של לו-גי בשוק התבואות על 100 מליון דולר בשנה, ואילו היקפם הכספי הכולל של שירותי הממגורות עמד על 11 מליון דולר בשנה (נספח יז' לסיכומי המערערות). נתונים אלה מצביעים על עוצמת האינטרס הכלכלי שיש ללוגי בפעילותה העיסוקית בשוק התבואות, אל מול משקל האינטרס הכלכלי, הפחות בהרבה, בפעילות שירותי הממגורות.

59. בהודעתן של כימוביל ולוגי מיום 12.7.05 הן מודיעות כי לו-גי שוב אינה עוסקת בפעילויות המוגבלות, ואלה הועברו במלואן לחב' רודמקו, חברה ציבורית הנסחרת בבורסה. לנתון האמור אין השלכה מהותית לענייננו, שכן חב' רודמקו היא חברה-נכדה ללוגי ונשלטת שליטה מלאה על ידה באמצעות חברת בת. מבנה זה המותיר את לוגי בעלת עניין עסקי התבואות, בד בבד עם היותה גורם בעל השפעה ממשית בהנהלת בעל הזיכיון, יוצר חשש לניגוד עניינים ממשי ומתמשך בפעילותו השוטפת של המפעיל.

60. כוחו המונופוליסטי של מפעיל השירות נותן בידו כח רב להשפיע על דרך מתן השירות ליבואנים השונים, ובכלל זה ליצור מערכות העדפות ביניהם הן במישור הכספי והן באופן מתן השירות, איכותו, זמינותו ויעילותו, מקום שהוא מונחה משקולים שיש בהם ניגוד עניינים. חוסר השוויוניות במתן השירות עשוי להתרחש בדרכים עקיפות שקשה להתחקות אחריהן ולפקח עליהן כדי למונען. קיום נוהלי הפעלה עשוי, אמנם, לשפר את מידת הפיקוח על פעולות מפלות ולצמצמן, אך ספק אם יש בו כדי להוות פתרון מלא לבעיית ניגוד אפשרית. קשה להניח כי נוהלים כלליים עשויים להקיף את מלוא מגוון הפעולות הרחב שבאמצעותן ניתן להעדיף יבואן מסוים, או להפלות לרעה אחר. גם במסגרת נוהלים שייקבעו לא קל להוכיח העדפה פסולה או הפלייה פסולה, העלולים להתרחש גם תחת מעטה של אמות מידה חיצוניות שוויוניות. כך, למשל, תתכן העדפה פסולה על דרך העברת מידע מוקדם לצרכן שירות אודות מדיניות המפעיל בתחום מסוים העומדת להיכנס לתוקף, המאפשרת לו לכלכל צעדיו מראש. העברת מידע מסחרי בין המפעיל לבין צרכן מועדף עשויה להיות בעלת ערך כלכלי רב.

כמו כן, המפעיל נחשף למאפייני יבוא התבואות מבחינת סוגי התבואה, הכמויות המיובאות והאיכויות של התבואה לגבי כלל היבואנים; כן הוא נחשף לנתונים בדבר צפי הייבוא שלהם בעתיד הקרוב, עקב הצורך לתאם עמו מראש את זמני הפריקה והאחסון. מידע זה עשוי לעבור בנקל באמצעות המפעיל לגורם העיסקי, השותף בהנהלתו, שהוא עצמו מתחרה ליבואנים האחרים. המפעיל, כספק שירות, מצוי בעמדה העשויה לאפשר לו גם לזהות בשלב מוקדם יחסית קשיים כלכליים הנוצרים אצל אחד היבואנים, ולעשות שימוש בלתי ענייני במידע זה לטובת גורם עיסקי הפועל בהנהלתו. מן העבר האחר, הגורם העיסקי בהנהלת המפעיל, עשוי להיחשף בזמן אמת למידע פנימי של הממגורות אודות תקלות שירות צפויות, טיפולי תחזוקה שאינם חלק משגרת האחזקה, ושאר נתונים העלולים לעכב את הטיפול בתבואות, ולהיערך לכך מבעוד מועד, תוך שימוש עדיף במידע פנים שאינו מצוי בידי היבואנים האחרים.

ואכן, אחד המאפיינים העיקריים של ניגוד עניינים בפעולת מפעיל ממגורות שמעורב בהנהלתו גורם צרכני משוק התבואות הוא שימוש פסול במידע פנים הפועל באופן דו כיווני: מידע המצוי בידי המפעיל עשוי לתת יתרון בידי הגוף המוגבל בפעולתו בשוק. מנגד, האינטרס הכלכלי של הגוף המוגבל בשוק עלול לכוון ולהשפיע על מהלכיו של המפעיל, ועל המדיניות שיאמץ, מעת לעת, במתן השירות לציבור.

61. בהקשר לטענה כי מעורבות גורם צרכני בהנהלת המפעיל עלולה לכוון שימוש פסול במידע, נטען על ידי הזוכות כי מדובר, ממילא, במידע החייב בגילוי לציבור על פי חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998, ולכן אין בחשש האמור ממש.

קשה לקבל טענה זו.

ראשית, אין זה ברור מאליו כי "החברה המיוחדת" על פי המיכרוז עונה על הגדרת "רשות ציבורית" על פי החוק, הכפופה לחובת גילוי מידע על פי חוק חופש המידע; שנית, "מידע" החייב בגילוי על פי החוק הוא "כל מידע המצוי ברשות ציבורית, והוא כתוב, מוקלט, מוסרט, מצולם או ממוחשב". מידע חשוב מצרכני השירות מגיע למפעיל במתכונות שונות, שאינן עונות בהכרח על הגדרת "מידע" החייב בגילוי. ושלישית, "רשות ציבורית" אינה חייבת למסור מידע המהווה סוד מסחרי או סוד מקצועי בעל ערך כלכלי, שפרסומו עלול לפגוע פגיעה ממשית בערכו, וכן מידע הנוגע לעניינים מסחריים או מקצועיים הקשורים לעסקיו של אדם, שגילוי עלול לפגוע פגיעה ממשית באינטרס מקצועי, מסחרי או כלכלי (סעיף 9(ב)(6) לחוק). מכאן, כי מידע המצוי בידי מפעיל אודות צרכני שירות עשוי לחסות בצל הפטור האמור ולא

להיחשף לידיעת הציבור. מצד שני, בעל הענין במפעיל עשוי לעשות שימוש במידע כזה לצורך תכנון עסקיו הכלכליים וקידום עניינו המסחרי בשוק. במקביל לכך, גם מידע פנים על תכניות המפעיל ודרכי פעולתו, עשויים לשמש את בעל הענין בכניית האסטרטגיה של עיסקו הכלכלי בשוק.

62. הדוגמאות שהובאו לעיל אינן ממצות את המצבים השונים בהם עשוי ניגוד העניינים להתממש, מקום שבמפעיל השירות החיוני לציבור מעורב גורם בעל אינטרס עיסקי בשוק אותו נועד השירות לשרת. יתכנו קווי פעולה סמויים מן הענין שיש בהם כדי לקדם אינטרס כלכלי של בעל ענין כאמור, העלולים לפגוע במתחרים, ובה בעת בתכלית הציבורית הכללית שבמתן שירותי ממגורות לציבור. יתר על כן, אין הכרח בהתממשות ניגוד העניינים הלכה למעשה. נזק משמעותי לציבור עלול להיגרם גם בעצם קיום חשש לניגוד כזה, הכרוך באובדן האימון בתקינות פעולותיו של המפעיל, על כל הנגזר מכך.

איזון השיקולים: החשש לניגוד עניינים מול אינטרס הרחבת התחרות לצורך בחירת מפעיל

63. ניגוד העניינים במפעיל הממגורות יוצר חשש ממשי לפגיעה בתקינות פעולתו. החשש מתבטא באפשרות כי אינטרסים עיסקיים המכוונים את התנהלותה של לוגי כגורם עיסקי בשוק התבואות ישפיעו על החלטות המפעיל ודרך פעולתו. החשש האמור מתעצם לאור העובדה כי מדובר בשירותי ציבורי חיוני, בעל אופי מונופוליסטי, הניתן לבעל זיכיון לתקופה ארוכה, העשויה להגיע כדי 15 שנים.

עוצמת החשש מפני ניגוד עניינים מקבלת מישנה תוקף עקב היות הניגוד מובנה בהרכבו של המפעיל, דבר ההופך את הפסול לאינהרנטי ורציף לאורך שנים רבות. אין מדובר בפסול חד-פעמי בנקודת זמן מסוימת, אלא בפגם מתמשך לאורך שנים רבות, הדבק בזכיון מונופוליסטי של שירות חיוני לציבור.

פגם של ניגוד עניינים במכרז, המאפשר מעורבות גורם עיסקי בהנהלת בעל הזיכיון, אינו מותנה בקיום וודאות לפעילות נגועה בניגוד כזה. די בחשש לקיומו כדי להטיל מום בהסדר המכרז, ולו מן הטעם שהדבר עלול לפגוע באימון הציבור, ולהעלות ספק באשר למידת הענייניות בפעילותו של התאגיד המפעיל.

מנגד, טוענת הרשות הציבורית כי שילובו של גורם עיסקי בהנהלת המפעיל מאפשר פתיחת התחרות לבחירת בעל זכיון לקבוצה גדולה יותר של מתחרים, ובכך ניתן מענה לאינטרס ציבורי חשוב של קידום התחרות במשק, שהיה מסוכל אלמלא תוקנו תנאי הסף במכרז. בהקשר זה יש להדגיש, כי אין מדובר בפתיחת עצם מתן שירותי הממגורות לתחרות – שירותים אשר היו בעבר ונותרו בהווה ובעתיד בלעדיים בידי זכיון אחד – אלא בפתיחה לתחרות של זהות הזכיון, אשר יקבל את הזכיון לשנים הבאות, כשתכלית הרשות הציבורית היא לפתוח תחרות זו למספר גדול ככל האפשר של מתמודדים.

64. האיזון בין השיקולים הנוגדים מביא למסקנה בלתי נמנעת, כי הנזק לציבור בהותרה בעינו של פסול ניגוד העניינים בתנאי הסף במכרז, גובר על היתרון הטמון בהרחבת גורם התחרות לבחירת מפעיל עתידי לממגורות. הרחבת התחרות, על דרך הכללת מתחרים שיש בהם בעלי ניגוד עניינים מובנה, אינה שקולה בחשיבותה כנגד צמצום התחרות לגופים המנותקים מקשר עיסקי כלשהו לשוק התבואות, המבטיח הגינות חסרת פניות בהפעלת זכיון לשירות ציבורי רב שנים. בהעדיפה את אינטרס הגברת התחרות לבחירת מפעיל על חשבון הדאגה לניתוקו של המפעיל העתידי מהשפעה של ניגודי עניינים, פעלה הרשות הציבורית בחוסר סבירות קיצונית. באיזון שנעשה על ידה בין הגורמים הרלבנטיים השונים, היא יחסה משקל רב, במידה לא ראויה, לאינטרס התחרות, והמעטיה באופן בלתי סביר בחשיבות פסול ניגוד העניינים, בהתירה לגורמים עיסקיים, צרכני השירות נשוא הזכיון, להיכלל בהנהלת המפעיל. האיזון בין הערכים המתנגשים לוקה, איפוא, לכאורה, בפסול המצדיק התערבות, לצורך ניטרול ניגוד העניינים העלול לפגוע במעמדו הציבורי של המפעיל, ובאימון הציבור בדרך פעולתו. כל זאת, בכפוף לבדיקת התנאים והמגבלות שנקבעו במכרז והוצעו על ידי הזוכות, לצורך בחינה אם יש בהם כדי לרפא את הפגם או להחלישו ולהביאו לרמה נסבלת. ואמנם, אין בדברים האמורים משום התעלמות מן הכלל לפיו, גם אם נפל פגם במכרז, ואפילו פגם מהותי, יש למצות דרכים לתיקונו, ואין לבטל את המכרז אלא באין מוצא אחר (פרשת פחימה, עמ' 6-835; פרשת כרמי, עמ' 9-428; פרשת שריד, שם).

התנאים והמגבלות על פעולת בעל הזכיון בראי ניגוד העניינים

65. בחנתי את שורת התנאים והמגבלות שהוצעו הן במכרז והן בידי הזוכות במסגרת ההליך בערעור, ולא מצאתי כי יש בהם כדי להסיר או להחליש את תופעת

ניגוד העניינים באופן המאפשר את הותרת זכייתה של קבוצת כימוביל-לוגי כמות שהיא.

בראש וראשונה, חשוב להדגיש, כי מבין הצעותיהן של הזכות להוספת מגבלות ותנאים נוספים, לא נכללה הצעה שמשמעותה ביטול או הפחתה משמעותית של החזקותיה של לוגי בחברה המיוחדת, או, לחלופין, התפרקותה של לוגי מכל מעורבות ישירה או עקיפה בשוק עסקי התבואות. לוגי וכימוביל אינן מותרות, כהוא זה, על שיעורי ההחזקה של אמצעי השליטה המותרים להן על פי תנאי הסף המתוקנים, גם במסגרת הצעותיהן שהועלו בערעור. נקודת המוצא מבחינתן היא כי שילובה של לוגי במפעיל כגורם עסקי בשוק התבואות הוא נתון קשיח שאין כוונה לשנותו.

שאר התנאים והמגבלות המוצעים, המיועדים להפחית את החשש לניגוד עניינים, אינם נותנים תשובה מהותית לבעיית ניגוד העניינים המובנה, ולקושי להתחקות אחר דרכי מימושו הלכה למעשה.

66. נטען, כי התנאים הבאים בהצטברותם מתמודדים כראוי עם בעיית ניגוד העניינים: הקמת חברה חדשה שתפעיל את המגורות, ואשר מטרתה היחידה תהיה מתן שירותי מגורות; הגבלת אמצעי השליטה שיוחזקו בידי הגוף המוגבל לכדי 36% בחברה המיוחדת; איסור הפלייה בין יבואנים במתן שירות ובמחיר, וזכות לפיצוי במקרה של הפרה (סעיפים 7 ו-21 להסכם הפעלה); מינוי בורר בכל טענה של הפלייה כנגד מפעיל המגורות; זכות הרשות הציבורית לבטל הסכם הפעלה בכל מקרה של הפלייה, וזכות למימוש ערבויות בנקאיות במקרה כזה (סעיפים 20.25 ו-14.7 להסכם הפעלה); סמכויות פיקוח לרשות הציבורית על נותן השירות (נספח ד' להסכם הפעלה); קביעת מחירי אחסון, ניטול והנחות על ידי הרשות הציבורית והמפעיל (סעיף 12.3 להסכם הפעלה); חובת המפעיל לשתף פעולה עם מנכ"ל הרשות ולהישמע להוראותיו (סעיפים 3 ו-5.10 להסכם הפעלה). לכל אלה מתווספים התנאים הנוספים שהציעו הזכות: קביעת נוהלים על ידי החברה המיוחדת לגבי דרכי מתן השירות; פרסום דוחות תפעול המגורות ומתן הודעה על כל חריגה מנוהלי הפעלה; מינוי משקיף מטעם הרשות הציבורית שיוכל להשתתף בישיבות הדירקטוריון ובוועדות, ואפשרות מינוי נציג מטעמו; כן הוצע כי צרכן יוכל להביא את תלונתו בפני בורר, שיתן את הכרעתו במהירות; מנכ"ל ודירקטורים בחברה המיוחדת לא יהיו בעלי תפקידים בלוגי, ובחברה שבשליטתה; העברת הפעילות המוגבלת של לוגי לחברה נכדה, הנשלטת על ידה באמצעות חברת בת, וקיום תחנת הערכה לאחר 5 שנים.

עוד נטען בידי הזוכות כי כימוביל, כשותף בכיר, צפויה להוביל את החברה המיוחדת ברוח אינטרס כלכלי של השאת רווחי מפעיל הממגורה. אינטרס זה אינו מתיישב עם הפלייה של יבואנים על ידי מתן הטבות שתפגענה ברווחיות המפעיל. לפיכך, הסיכוי לפעולה בניגוד עניינים בהנהלת המפעיל אינו גדול, שכן ניגוד כזה עלול לפגוע באינטרס הכלכלי של המפעיל. כן נטען, כי המגבלות המטילות אמצעי פיקוח וסנקציות על המפעיל למקרה שיפעל בניגוד עניינים יוצרות הרתעה ממשית מפני פעולה שיש בה ניגוד, כאמור. כמו כן, המגבלות הנוספות נועדו לחזק את מגמת העצמאות של החברה המיוחדת באמצעות פרסום הנוהלים, מינוי המשקיף ונציגו, הסכם הבוררות, ו"תחנת ההערכה". קביעת הנוהלים ויכולתם של צרכני השירות להשיג על פעולות המפעיל, ואפשרות הצרכנים להשיג עליהם מבעוד מועד, מגדילה את שקיפות פעולותיו של מפעיל הממגורות בתחומים שונים, החשופים לאפשרות של הפלייה, ומצמצמת בכך את ההסתברות להתרחשותה של תופעה זו. המגבלות על עיסוקי המנכ"ל והדירקטורים נועדו להרחיקם מאפשרות השפעה של הגוף המוגבל. העברת הפעילות המוגבלת מלוגי לחברה נכדה, נועדה לצמצם את מידת העניין שעשוי להיות לה לנצל את כוחה בחברה המיוחדת למען קידום הפעילויות המוגבלות.

67. שורת המגבלות שנקבעו במכרז, והוצעו על ידי הזוכות, אינה מפיגה קיומו של חשש סביר לניגודי עניינים משמעותיים בין חובת מפעיל הממגורות לקיים שירות חיוני לתועלת הציבור בלבד, לבין האינטרסים הנוגדים של הגוף המוגבל המעורב בהנהלת המפעיל, ופועל בעת ובעונה אחת בשוק עיסוקי התבואות. מעמדו המהותי של הגוף המוגבל במפעיל, גם לאחר הטלת המגבלות האמורות, מקנה לו כח השפעה ממשי על התנהלות המפעיל, לטובת ענייניו הנוגד כגורם עיסוקי הפועל בשוק התבואות.

הטעמים לכך נעוצים, בעיקרם, בשלושה אלה:

ראשית, כח השליטה, הכמותי והאיכותי, העתיד להימצא בידיה של לוגי כגורם מעורב בהנהלת בעל הזיכיון, אמור להקנות בידיה השפעה משמעותית על התנהלות המפעיל. בכך זה ניתן לעשות שימוש, בין היתר, כדי לקדם אינטרסים עיסוקיים של לוגי בשוק התבואות, ובכך ליצור ניגוד עניינים מובהק לחובתו של בעל הזיכיון לתת שירות חיוני לציבור מתוך ראיית טובת הכלל בלבד.

שנית, שורת התנאים והמגבלות המוצעים מהווה מסגרת חיצונית של פיקוח אשר אינה נותנת מענה לניגוד עניינים אינהרנטי ומתמשך המצוי במבנה ארגוני של מפעיל, ויורד לשורש פעילותו בכל היקפה;

שלישית, אין הכרח בהוכחת התממשות מצבים של ניגוד עניינים, הלכה למעשה, כדי לפסול את המבנה המוצע. די בקיום חשש ממשי לפגיעה באימון הציבור במעמדו של המפעיל, ובכשרות שיקוליו כדי להסב נזק לאינטרס הציבורי, וכדי להצדיק את תיקונו של הפגם.

אפרט:

68. מעמדה של לוגי בחברה המיוחדת מקנה לה אמצעי שליטה כמותיים ואיכותיים שיש בהם כדי להשפיע על פעילותו של בעל הזיכיון. היקף אמצעי השליטה הכמותיים שבידה, במשולב עם מעמדה המקצועי, נסיונה ומעורבותה בשוק התבואות, מקנים לה השפעה אפקטיבית על התנהלות המפעיל, במיוחד לאור העובדה כי כימוביל חסרה את הידע והמומחיות בשוק התבואות המאפיינים את לוגי. כח השליטה של לוגי מתעצם נוכח פערי המידע והמומחיות בינה לבין כימוביל. מנגד, מעורבותה של לוגי באמצעות רודמקו, בשוק התבואות היא עמוקה וממשית. יכולתה של לוגי לנצל את מעמדה בבעל הזיכיון כדי לקדם את ענייניה בשוק המסחרי מסתברים מאליהם. עניינה הכלכלי בשוק המסחרי גובר בהיקפו על עניינה כגורם מעורב בהפעלת המגורות. ניגוד עניינים זה הוא מובנה בהנהלת המפעיל, מתמשך לאורך שנים רבות, ומתייחס לשירות ציבורי חיוני שהציבור הרחב תלוי בו באורח מוחלט.

69. התנאים והמגבלות המוצעים אינם נותנים מענה למצבים השונים של ניצול לרעה של ניגוד העניינים המובנה בהנהלת המפעיל. הם אינם נותנים תשובה לבעיית המידע הדו כיווני הזורם לידיה של לוגי בהיותה שותפה להנהלת המפעיל: מידע רב על מתחרותיה, הנוגע לנתונים מסחריים שונים שאחרת לא היו בידעתה, ומידע פנים לגבי מדיניות התפעול של בעל הזיכיון, שאינו בידעת המתחרים. אף אחד מהתנאים והמגבלות המוצעים אינו עונה להיבט זה של ניגוד העניינים. יתר על כן, מימוש ניגוד העניינים באופנים שונים אינו ניתן לגילוי בקלות, וביחוד נוכח פערי המידע והמקצועיות הקיימים בין לוגי לבין כימוביל, ה"שותף הבכיר" בחברה המיוחדת. פערי המידע האמורים מאפשרים לגוף המוגבל לכוון את פעילות החברה המיוחדת לצורך קידום ענייניו העיסוקיים בשוק התבואות, באופן שהסיכוי לחושפו אינו גבוה. השפעת אמצעי הפיקוח המוצעים לצורך צמצום עוצמת ניגודי העניינים אינה גבוהה, ופערי המידע כאמור מקשים על נקיטת פעולות פיקוח אפקטיביות.

70. ומעבר לכל אלה:

ניגוד עניינים במתן שירות לציבור הוא פסול שיש להסירו. על אחת כמה וכמה כך הוא, בשירות ציבורי בעל אופי זכייני-מונופוליסטי, הניתן בידי בעל זיכיון לאורך שנים רבות. תלותו של הציבור בשירות כזה מעצים את הצורך להסיר ניגוד עניינים אפשרי. החשש לקיום ניגוד עניינים בגוף נותן השירות טומן בחובו, כשלעצמו, נזק לאינטרס הציבורי. אימונו של הציבור בכלל, ושל ציבור צרכני שירותי הממגורות בפרט, חיוני ליכולת תפקודו הראוי של בעל הזיכיון. בלא אימון זה לא תוכל החברה המיוחדת לבצע את תפקידה; תפיסה האומרת כי פעילותו של בעל זיכיון המופקד על שירות חיוני לציבור, תהא נתונה כל העת תחת עיניה הפקוחות של הרשות הציבורית כדי לוודא שלא מתבצעות בה פעולות הנגועות בניגוד עניינים, משקפת מצב לא בריא בבסיסו. מתן שירות חיוני לציבור אמור להיות בנוי על תשתית ניהולית איתנה, הרואה לנגד עיניה את טובת השירות בלבד, וזוכה לאימונו המלא של הציבור באשר לתקינות פעולותיה.

הטלת מערכת תנאי פיקוח על בעל זיכיון, המיועדת להבטיח שלא יפעל מתוך ניגוד עניינים, בבחינת "כלב שמירה" בכל עיתות השנה, ולאורך שנים רבות, מצביעה על ליקוי מובנה במערך ההפעלה של השירות, המחייב שינוי. קיומו של חשש לניגוד מובנה בבעל הזיכיון, ובניית מערך אמצעי פיקוח לבחון את מידת התממשותו, מערערים את אימונו של הציבור בטוהר פעולתו של המפעיל, ויוצרים אורה של חשדנות וחששות אצל צרכני השירות מפני נזק העלול להיגרם להם במצב דברים זה.

מנגד, ניצב האינטרס הציבורי הנוגד, אשר לשמו הותרה כניסתם של מציעים בעלי אינטרס עיסקי בשוק התבואות לתחרות על הפעלת הממגורות. אינטרס זה שעניינו הגברת התחרות בין מציעים, אינו מצדיק בנסיבות הענין בחירת מפעיל שבמבנהו הארגוני טומן חשש לניגוד עניינים מובנה.

מציאת מועמד ראוי לניהול הממגורות למשך השנים הבאות הוא גורם בעל חשיבות רבה. הרחבת היצע המועמדים היא תכלית ראויה, כשלעצמה. עם זאת, אם מחירה של ההרחבה האמורה הוא הגמשת האיסור על ניגוד עניינים אל מתחת לרף הנסבל לצורך שמירה על טוהר השירות לציבור ואימון הציבור בנותן השירות, כי אז אין לה מקום. זה מצב הדברים במקרה זה.

בענין הנדון, עוצמת החשש לניגוד עניינים גם על רקע התנאים והמגבלות במכרז, ואלה שהוצעו מאוחר יותר, גבוהה מכדי שניתן להצדיקה בנימוק של הרחבת

התחרות לבחירת מפעיל במכרז. אין יחס הולם בין הנזק העלול להיגרם בהותרת ניגוד העניינים בעינו לבין התועלת לציבור ברחבת התחרות במיכרז. יש להדגיש בהקשר זה כי ניתן למצוא מועמדים מתאימים לניהול הממגורות גם מקרב גורמים שאינם מעורבים בשוק עיסקי התבואות, ואינם נגועים בניגוד עניינים; הראייה היא, כי מתוך שלוש הקבוצות הזוכות במכרז, הזוכות השניה והשלישית הן גופים בלתי נגועים, כאמור. חשוב גם להעיר, כי ועדת המיכרזים לא אפשרה כלל את מימוש התחרות בין גופים בלתי נגועים על פי תנאי הסף המקוריים, והיא קיימה תחרות אפקטיבית רק על פי תנאי הסף המתוקנים, כך שההיקף הקונקרטי של התחרות על פי המצב המקורי לא הועמד כלל למבחן, הלכה למעשה. עם זאת, יש להניח כי ויתור על מתחרים בעלי ניגוד עניינים יקטין באופן טבעי את מרחב הבחירה הנתון לרשות הציבורית במכרז לבחירת מפעיל. אולם, חסרון זה אינו שקול במשקלו כנגד הצורך להבטיח בחירת מפעיל שירות, נקי מפגמים מובנים, מסוג אלה שהותרו בתנאי הסף המתוקנים במכרז.

האיזונים הנדרשים בין התכליות הציבוריות הנוגדות מאפשרים, לעיתים, הותרת ניגוד עניינים כדי להשיג תכלית ציבורית חיונית ומכרעת, עליונה בחשיבותה. המשפט הציבורי מכיר במצבים שבהם במתח שבין אינטרס חשוב ביותר לציבור לבין קיומו של ניגוד עניינים תהא נכונות להשלים עם פתרון ביניים המחליש את הניגוד, גם אם אינו מבטל אותו כליל. אלה הם מצבים של אין-ברירה, כאשר האינטרס הציבורי הנוגד הוא בעל חשיבות עליונה. אין זה מקרה.

70 דבר: ניגוד העניינים במבנה הארגוני של החברה המיוחדת האמורה לאגד את כימוביל ולוגי אינו יכול לעמוד. מסקנה זו מתבקשת כדי שצדק לא רק ייעשה במכרז אלא גם יראה (בג"צ 794/78 חרות בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד לג(2), 716, 719).

פגמים ברובד החיצוני של המיכרז – דרכי התנהלותה של ועדת המיכרזים

71. עד כה עסקנו ברובד הפנימי של הסדר המכרז, העוסק בפגם המהותי בתנאי הסף המתוקנים, המאפשרים השתתפות מציעים בעלי ניגוד עניינים מובנה בהנהלתם. מעבר לכך, נמצאו ליקויים גם ברובד החיצוני של המיכרז, המתייחסים לדרכי התנהלותה של ועדת המיכרזים, ובדרך קבלת החלטותיה בכל הקשור לפתיחת המכרז לתחרות בין גורמים בעלי זיקה לשוק המסחרי של התבואות. אלה הלקויים העיקריים:

72. ראשית, ועדת המכרזים כלל לא העמידה במבחן המציאות את תנאי הסף המקוריים במכרז שהגבילו את התחרות לגורמים שבמבנה הפנימי שלהם לא נכלל גוף

מוגבל העוסק בפעילות מוגבלת. תנאי הסף המקוריים פורסמו ביום 4.9.01, ואילו תנאי הסף המתוקנים פורסמו ב-2.12.01, כאשר, בין לבין, נפגשו עורכי המכרז עם גורמים בעלי עניין, ולא התנהל הליך מסודר של קבלת הצעות כלשהן על פי תנאי הסף המקוריים. בנסיבות אלה, לא ניתן למציעים פוטנציאליים, שהם גופים לא מוגבלים, להיערך להגיש הצעות. התוצאה היא כי לא נבחנו, הלכה למעשה, סיכויי התחרות בין גורמים שאינם בעלי עניין. יתכן, שלולא השינויים בתנאי הסף, היו מציעים נוספים, שאינם בעלי עניין, מגבשים הצעות בנות סיכוי.

73. שנית, לא ניתן הסבר רציונלי בידי ועדת המכרזים לטעם העומד מאחורי קביעת רף של 36% כשיעור המירבי של אמצעי השליטה שרשאי בעל עניין להחזיק במפעיל. שיעור זה אינו מבטא שיעור מוכר של אמצעי שליטה, המשקף יחסי כוחות מקובלים בתאגידים, כנדרש לצורך קבלת החלטות ברמות שונות של חשיבות כגון 25% (זכות וטו) 50% (רוב הנדרש להחלטה רגילה) או 75% (רוב הנדרש להחלטה מיוחדת). על פני הדברים, לא נשלל הרושם, אשר לא הופרך בחומר הראיות, כי שיעור זה של אמצעי שליטה זה נועד להתאים מראש, ככפפה ליד, לגוף או גופים מסוימים בשוק, שהמכרז ביקש לכלול אותם בין המתחרים, ומכל מקום, לא ניתן הסבר רציונלי ברור לטעם שבקביעת שיעור אמצעי השליטה המירבי של 36% שהותר לגוף מוגבל להחזיק בחברה המפעילה.

74. שלישית, תמוהה במיוחד התעלמותה של ועדת המכרזים מעמדתו של הממונה על ההגבלים העסקיים, אשר הצביע במילים ברורות במכתבו למנכ"ל רשות הנמלים על קיום חשש כי בתנאי הסף המתוקנים במכרז עלול להתקיים הסדר כובל, הפוגע בתחרות. חרף זאת, ועדת המכרזים לא ראתה לנכון לפנות לממונה במישרין, ולבקש את חוות דעתו המקצועית בשאלה זו בטרם תיכנס לעובי ההליך המכרזי המורכב של קבלת הצעות ובחירת הזוכה. בנוהגה כך, היה על הוועדה להבין כי יתכן שכל המהלך המכרזי על פי תנאי הסף המתוקנים עלול להיפסל לאחר מעשה, ולו בשל איסורים שמקורם בדיני ההגבלים העסקיים. חשש זה לא היה בעל משקל מספיק בעיני הוועדה כדי לעצור את המהלך המיכרזי ולברר את הטעון בירור בעניין זה. נרחיב מעט בעניין זה.

תנאי הסף המתוקנים במכרז יוצרים חשש ממשי לניגוד עניינים פסול בשל מעורבות גורם צרכני בהנהלתו של מפעיל שירות ציבורי חיוני בתנאי זיכיון מונופוליסטי למשך שנים רבות. אולם בכך לא מתמצה הפסול שבתנאי הסף האמורים. תנאים אלה עלולים ליצור חשש לאי חוקיות מבחינת דיני ההגבלים העסקיים.

משמעותו של הסדר כובל בחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 הוא הסדר הנעשה בין בני אדם המנהלים עסקים, לפיו אחד מהם, לפחות, מגביל את עצמו באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בינו לבין הצדדים האחרים להסדר או חלק מהם, או בינו לבין אדם שאינו צד להסדר (סעיף 2 לחוק). על קיום הסדר כובל חל איסור שבדין, אלא אם כן הוא אושר בידי בית הדין להגבלים עסקיים, או שחל עליו פטור (סעיף 4 לחוק).

תנאי הסף המתוקנים במכרז, המאפשרים לצרכן בשוק היבוא וההובלה של תבואות להיות מעורב בגוף המפעיל את הממגורות, עשויים ליצור הסדר כובל, כמשמעותו בחוק ההגבלים העסקיים. עמד על כך הממונה על ההגבלים העסקיים במכתבו למנכ"ל רשות הנמלים עוד ביום 14.4.03, באומרו:

"ביום 4 בספטמבר 2001 פרסמה רשות הנמלים והרכבות מכרז לניהול והפעלת הממגורות בנמל חיפה. בימים אלה, הובא לידיעתנו כי בתיקון המכרז מיום 2.12.02, היתרתם השתתפותם בתנאים של גופים כגון יבואני תבואות, אשר להם ניגוד עניינים בהפעלת הממגורות בשל פעילותם בשווקים אנכיים.

אנו מבקשים להפנות את תשומת לבכם כי השתתפותם של מתחרים משווקים אנכיים אלו במכרז להפעלת הממגורות, עלול להוות הסדר כובל כמשמעותו בסעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988.

המדובר בשוק ממגורות הנתון במונופולין, אשר מתחרים בשווקים אנכיים כגון יבואני תבואה, חבים בשירותיו. שיתופם של אלו בבעלות במונופולין, יתן בידיהם יתרון של ממש אל מול מתחריהם, והוא עלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים. כך ימצא המכרז, אותו מבקשת רשות הנמלים והרכבות לערוך, על מנת לחשוף, לראשונה, את הפעלת הממגורות שבנמל חיפה לתחרות לאחר יובל שנים שלטון יחיד, חוטא למטרתו.

על מנת למנוע מצב בו יימצא פגם בחוקיותה של ההתאגדות לאחר שייבחר זוכה, אנו סוברים כי נכון יהא אם חוקיותן של התאגדויות אלו לפי חוק ההגבלים העסקיים תיבחן כבר בשלב זה". (הדגשה לא במקור).

ביום 25.6.03, השיב מנכ"ל רשות הנמלים לממונה על ההגבלים העסקיים, כי סוגיית ניגוד העניינים נבחנה בכובד ראש בוועדת המכרזים, וכי הנושא נדון גם במועצת רשות הנמלים. כמו כן, פירט המנכ"ל את הרקע שהביא להגמשת תנאי הסף, וסקר את המגבלות השונות שהטילה וועדת המכרזים על הגוף המוגבל, המקטינות,

לטענתו, עד "למינימום האפשרי" כדבריו, את החשש לפגיעה בצרכני הממגורות. הוא אף מצא להטיל ספק באפשרות שהעלה הממונה במכתבו כי תנאי הסף המתוקנים אינם מתיישבים עם דיני ההגבלים העיסקיים, וחיווה דעתו כי מדובר בפרשנות מרחיקת לכת. וכך כתב:

"לאחר פרסום המכרז המקדים, עם קבלת שאלות ההבהרה של מציעים פוטנציאליים, והסיוור המקדים שנערך בשטח הממגורות עם מציעים אלה, התחוויר לרשות כי שתי מגבלות מרכזיות במכרז ובתנאיו גורמות לכך שמעטים הסיכויים כי גורמים מקצועיים וכבדי משקל ישתתפו במכרז, ובכך עלול להתקפח מימד התחרות, שהוא לב ליבו של המכרז... ברור היה גם שעקב פרוץ האינתיפאדה, גורמים מעטים מחו"ל, אם בכלל, יבחרו ליטול חלק במכרז.

המגבלה הראשונה היא אותה זכות סירוב ראשונה של דגון... השנייה, החריפה יותר, היא ההגבלה הגורפת שבסעיף 9.3 לתנאי הסף של המכרז המקדים, האוסרת על יבואן תבואות, מוביל ימי, או מוביל יבשתי של תבואות (להלן – "הגופים המוגבלים") ליטול חלק בהליכי המכרז. למעשה, כך התברר, מנע המכרז המקדים, בנוסחו המקורי מגורמים מקצועיים, שלהם לא רק הבנה מעמיקה בנושא הממגורות, אלא גם יכולת להציג תחרות של ממש, ולהשתתף בו.

בהקשר זה יודגש גם, כי הנוסח המקורי של סעיף 9.3 האמור לא מנע מצב של ניגוד עניינים הלכה למעשה, מאחר ולא הוטלה כל הגבלה על השתתפותם של גופים מוגבלים במכרז באמצעות חברות קשורות הנשלטות על ידם...

לפיכך דנה ועדה המכרזים בכובד ראש וקיימה דיונים רבים סביב האפשרות לתקן את תנאי הסף... במהלך הדיונים נדונה לפני ולפנים סוגיית ניגוד העניינים העלול להיווצר אם יזכה במכרז גוף מוגבל, ונדונו הדרכים השונות למנוע את ניגוד העניינים...

...

ההחלטה על התרת השתתפותם של גופים מוגבלים במציע, נתקבלה על רקע נסיבותיו המיוחדות של מכרז זה, ורק לאחר שנחה דעתה של ועדת המכרזים, כי המגבלות שיוטלו על הזוכה במכרז יקטינו למינימום האפשרי את החשש לפגיעה במי מצרכני שירותי הממגורות, כתוצאה מניגוד העניינים...

...

הנה כי כן, הרשות ערכה שינוי סביר בתנאי הסף רק לאחר קיומם של דיונים מעמיקים ושקילת כל השיקולים הצריכים לעניין, וזאת במסגרת הסמכויות המוקנות לרשות. אין ספק, כי לו עמדה הרשות על שמירת תנאי הסף בנוסחו המקורי, היה

נמצא המכרז אותו פרסמה הרשות, חוטא למטרתו, וככל הנראה מנציח את שליטתה של 'דגון' בשוק.

...

מבלי לגרוע מן האמור לעיל במכרז שבנדון, בכוונת הרשות להתייחס בכובד ראש אל הדברים האמורים במכתבך. יחד עם זאת, כאן המקום לומר שהרשות רואה את הפרשנות המשתמעת ממכתבך, לפיה עצם השתתפותו של גוף עסקי במכרז אותו פרסמה הרשות עלול להוות הסדר כובל, כי אותה השתתפות במכרז או זכייה בו מהווה 'התאגדות', וכי אותה 'התאגדות' עשויה להיות אסורה, כמרחיקת לכת.

בכל מקרה, אנו מתכוונים לפנות אל כל אחד מהמשתתפים הרלבנטיים במכרז, וליידע אותם בדבר המלצתך כי סוגיה זו תיבחן כבר בשלב זה" (הדגשה לא במקור).

היה סביר לצפות כי כאשר הממונה על ההגבלים העיסקיים, המייצג את הרשות המוסמכת המקצועית בתחום זה, מציע לוועדת המכרזים להעמיד במבחן דיני ההגבלים העיסקיים את שאלת ההסדר המוצע על פי תנאי הסף המתוקנים, כי הוועדה תעצור את הליכי המכרז, תפנה אליו לקבל את חוות דעתו המקצועית, ותימנע מהולכת המכרז קדימה כל עוד לא הוסר החשש כי מדובר בהליכי סרק, העלולים להתבטל בשלב מאוחר יותר בשל אי חוקיות. הליכי סרק כאלה גוררים, מטבע הדברים, השקעת משאבים רבים בהון כספי ואנושי הן מטעם הרשות הציבורית והן מטעם המתחרים, ואין לנקוט בהם כאשר נדלקים תמרורי אזהרה בעוד מועד, וכל עוד המכשולים לא הוסרו.

ואכן, על תנאי הסף המתוקנים במכרז מעיב לא רק צל ניגוד העניינים המובנה במתחרים שהשתתפותם במכרז הותרה, אלא גם צילם של דיני ההגבלים העיסקיים, ששאלת חוקיותם מהיבט זה לא עמדה עד כה במבחן מעמיק (לניתוח טענה בדבר הסדר כובל במסגרת תנאי מכרז ראו ע"מ 6464/03 לשכת שמאי המקרקעין בישראל נ' משרד המשפטים - אגף שומת מקרקעין, פ"ד נח(3) 293). טענת המערערות בדבר הפגיעה בתחרות החופשית הנגרמת להן ממעורבות גורם בעל ענין במפעיל הממגורות משתלבת עם טענתן בדבר הפגיעה בחופש העיסוק, הנגרמת להן עקב הסדר זה (בג"צ Samedan Mediteranean Sea 5812/00 נ' הממונה על ענייני הנפט במשרד התשתיות הלאומיות, פ"ד נה(4) 312, 344-345; ראו גם בג"ץ 4915/00 רשת, חברת תקשורת והפקות (1992) בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נד(5) 451, 463-464).

75. ורביעית, יש מן הצדק בטענת המערערות לפיה, בתיקון תנאי הסף במכרז, לא נזקקה ועדת המכרזים לתשתית עובדתית ומקצועית רצינית ומלאה. זאת, בין היתר,

באמצעות חוות דעת מומחים לגבי ההשלכות האפשריות של שינוי תנאי הסף על שוק שירותי הממגורות בנושא כה מורכב, שעניינו זיכיון רב שנים למתן שירות ציבורי מונופוליסטי. הדעת נותנת, כי בטרם שינוי כזה, תיזקק הועדה לנתונים ולדעות מקצועיות ביחס להשפעה האפשרית של ניגוד עניינים במפעיל על נותן השירות וציבור הצרכנים הנזקק לשירות. יתר על כן, הועדה גם לא שמעה את טיעוניהם של נציגי החברות הצרכניות של שירותי הממגורות, טיעונים שהם בעלי רלבנטיות וחיבות רבה במהלך עיצוב החלטות הרשות המינהלית ביחס לתנאי הסף הראויים להשתתפות במיכרז. במיוחד כך הדבר כאשר מדובר במכרז בעל אופי ייחודי, הנושא עמו חשיבות ציבורית מיוחדת, כמכרז הנדון.

לא למותר לציין כי נמצאו בעלי דעות מיעוט בועדת המכרזים אשר התנגדו לשינוי תנאי הסף בדרך בה נקטה הוועדה.

משקלן המצטבר של התמיהות העולות ביחס לדרך התנהלותה של ועדת המיכרזים בענין מכרז זה, על אופיו הייחודי, בעל אופי ייחודי תורם את חלקו למסקנה כי תנאי הסף המתוקנים ותוצאות המיכרז על-פיהם נגועים בפגמים מהותיים.

תוצאות המכרז

76. עקרון נטוע במשפט הציבורי קובע כי מעשה מינהל מוחזק ככשר וראוי כל עוד לא הוכח אחרת. כך הוא הדין בדיני המכרזים, המהווים ענף במשפט המינהלי. זכיית מציע במכרז של רשות ציבורית ראוי לקיימה גם אם נתגלו במהלך הדברים ליקויים ופגמים, אלא אם כן מדובר בפגמים מהותיים היורדים לשורשו של ענין (פרשת חדשות ישראל, עמ' 141; פרשת ישפאר, עמ' 522; בג"ץ 751/89 א' לוי קבלני בנין בע"מ נ' עיריית נצרת עילית, פ"ד מד(2) 441, 443). דרך כלל, בהליכי מכרז, ובפרט במכרזים למתן זיכיון ארוך טווח כבענייננו – מושקעים משאבים רבים הן של הגוף הציבורי, עורך המכרז, והן של הגופים המתחרים במכרז. ביטולו כרוך בנזקים כלכליים לגורמים המעורבים במכרז. מעבר לכך, התערבות בהליכי מכרז, ובעיקר ביטולו, עלולים לפגוע בכללי השוויון והסודיות המונחים ביסוד המכרזים הציבוריים (בג"ץ 246/76 חיים נ' עיריית ירושלים, פ"ד לא(1) 218, 220, ע"מ 7111/03 "יוסף חורי" חברה לעבודות בנין בע"מ נ' מדינת ישראל ע"י מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נח(6) 170, 177-178). כל אלה מובילים לזהירות יתרה בה יש לנקוט בהתערבות בהליך מכרז; מידת הריסון תהא גבוהה יותר, ככל שהמכרז מצוי בשלב מתקדם יותר, ובעיקר מקום שמשמעות ההתערבות היא ביטול המכרז (פרשת כרמי, 432; ע"א 6283/94 "מנורה" איזי אהרון

בע"מ נ' מדינת ישראל - משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נא(1) 21, 26; פרשת גוזלן, עמ' 515).

עם זאת, מקום בו נפל פגם מהותי היורד לשורשו של ענין בהפעלת שיקול הדעת המינהלי בעריכת המכרז, אין מנוס מהתערבות שיפוטית (פרשת שידורי פרסומת מאוחדים, עמ' 612-613; פרשת חדשות ישראל, עמ' 141). כאשר ההסדר נשוא המכרז פגום, ומידת אימון הציבור בו עלולה להיפגע, אין להותירו בעינו, אלא לבחון דרך לתיקון הפגם, ואם לא תימצא כזו, לבטלו.

77. בענייננו, לוקה המכרז בפגמים מהותיים בהיבטים שונים: פגמי מהות, היורדים לשורש ההסדר בדבר תנאי הסף לבחירת המפעיל, שהשלכתם ארוכת טווח ביחס לאופן הפעלת שירות ציבורי חיוני מונופוליסטי למשך שנים רבות; ופגמי "מסגרת", הנוגעים לאופן התנהלותה של ועדת המיכרזים בכל הקשור בתיקון תנאי הסף, ובשינוי הקריטריונים להשתתפות מציעים בתחרות, המאפשרים כניסת בעלי ענין לשורת המתחרים על הזיכיון להפעלת הממגורות. אופיים של הליקויים ומשקלם המצטבר אינו מותיר ברירה אלא להתערב בהליכי המכרז ובתוצאותיו, כדי להביא לתיקון הליקויים המהותיים שנפלו בהליך.

הסעדים

78. בבחינת מערכת הסעדים האפשרית לתיקון פגמי המיכרז פתוחות שתי דרכים אפשריות: האחת – ביטול המוחלט של המיכרז ופתיחתו מחדש בהליך מתוקן, בלא לאפשר השתתפות גורם בעל ענין בתחרות על זיכיון ההפעלה של הממגורות. השנייה – עריכת שינויים והתאמות מיבניים בסיסיים בתוצאות המיכרז הקיים. לכל אחת מן האפשרויות הללו יתרונות וחסרונות בצידה. ביטול המכרז הקיים ופתיחתו של מיכרז חדש פוגעת פגיעה מסוימת בעקרון השוויון והסודיות, ושמה לאל השקעות רבות שהושקעו בניהול המיכרז הקיים הן על ידי בעל המכרז והן על ידי המציעים. השארתו של המיכרז הקיים, בכפיפות לשינויים בסיסיים במבנה המפעיל, כרוכה בפגיעה במתחרים פוטנציאליים, אשר אילו צפו כי יבוטלו תנאי הסף המתוקנים המאפשרים קיום ניגוד עניינים במפעיל בשיעור מסוים, אפשר והיו מנסים את מזלם בהשתתפות במיכרז.

79. בנסיבות הענין, לא ניתן להשיג תוצאה אופטימלית שיהיו בצידה יתרונות בלבד; לפיכך, יש לבחור בסעד אשר, מצד אחד, ישיג תוצאה של ביטול ניגוד העניינים במפעיל, ומצד שני יהיה כרוך בפגיעה מינימלית במציעים הקיימים, ובהשקעות שהשקיעו בהשתתפות במכרז, כמו גם בהשקעה הגדולה שהשקיעה הרשות הציבורית בהליכי המכרז.

בנסיבות אלה, האפשרויות, על פי מידרג ראוי, הן אלה:

(א) זכייתן של כימוביל ולוגי במתכונת הקיימת תתבטל, משהיא לוקה בפסול של ניגוד עניינים, ואפשר אף שהיא אינה עומדת במבחן דיני ההגבלים העיסקיים – ענין שלא נבדק באופן ממצה על ידי הרשות המוסמכת, המופקדת על תחום מקצועי זה.

את זכייתן של כימוביל ולוגי כקבוצה ניתן להכשיר אם ובמידה שלוגי תיקח על עצמה להתפרק לחלוטין, במישרין ובעקיפין, מכל אחזקה בגורם עיסקי הפועל בשוק ההובלה והיבוא של התבואות. אם יקויים תנאי זה, תוכל הקבוצה לממש את זכייתן במיכרז.

באם אפשרות זו לא תסתייע, כי אז זכייתן של הקבוצה כימוביל-לוגי תתבטל. במסגרת המיכרז הקיים, תוכל ועדת המיכרזים לשקול להעניק את הזיכיון לאחת משתי המציעות האחרות מבין משתתפי המיכרז, המקיימת את תנאי הסף המקוריים של המיכרז, ולפיכך אינן נגועות בכל פגם של ניגוד עניינים. על פי הנתונים העולים ממסמכי התיק, אשבר בע"מ (זוכה מס. 2) ודגון (זוכה מס. 3) אינן נגועות בניגוד עניינים. בחירה של מי מהן כזוכה עשויה לעלות בקנה אחד עם דין המיכרזים ועם האינטרס הציבורי להגן על אמינות שירות המפעיל, ועל אימוץ הציבור בו. אין בדברים האמורים כדי להתעלם מהנתון כי דגון הפעילה במשך קרוב ל-60 שנה את הממגורות כבעלת זיכיון בלעדי ללא מכרז, ואת החשיבות הציבורית לפתוח לתחרות אפקטיבית את בחירת מפעיל הממגורות לשנים הבאות.

באם האפשרות האמורה לא תסתייע, נראה כי לא יהיה מנוס מביטול המיכרז והוצאת מיכרז חדש, נקי מפגמים, שבו תינתן לכלל המציעים הפוטנציאליים הכשירים להתחרות הזדמנות להשתתף.

100 דבר

80. אציע לחבריי כדלקמן:

א. לבטל את זכייתה של קבוצת כימוביל-לוגי במיכרז, במתכונת שהופעלה על פי תנאי הסף המתוקנים של המכרז. ניתן יהיה לאשר את זכייתה של הקבוצה אם לוגי תתפרק מכל מעורבות ישירה או עקיפה בשוק היבוא וההובלה של התבואות בישראל.

ב. באם לא ישונה מבנה הקבוצה כימוביל-לוגי בדרך של הוצאת הגורם בעל העניין מהנהלתה, יוחזר העניין לשיקולה של ועדת המכרזים.

ג. ועדת המכרזים תהיה רשאית לשקול אפשרות להעניק את זיכיון ההפעלה של הממגורות לאלה מבין המציעות שהשתתפו במכרז, ואשר אין בהנהלתן גורם בעל ניגוד עניינים. הזכות השניה והשלישית במכרז – אשבר בע"מ ודגון עונות לתנאי זה. אין צריך לומר, כי אפשרות זו כפופה לכך שמציעות אלה עדיין מעוניינות ויכולות לקבל על עצמן את הפעלת הזיכיון לשנים הבאות.

ד. באם תחליט ועדת המיכרזים כי בנסיבות העניין אף אחת מן המציעות האמורות בסעיף ג' דלעיל אינה יכולה או אינה מתאימה לשאת בתפקיד בעת זו, היא תהיה רשאית לפרסם מיכרז חדש, אשר תנאיו ינוסחו באופן שייתיישב עם האמור בפסק דין זה.

ה. בהמשך לצו הביניים שניתן בהליך ערעור זה, תמשיך דגון בניהול בפועל של הממגורות לתקופת מעבר עד לגיבושו של הסדר חדש, כפי שייקבע בידי הרשות המוסמכת.

אציע, איפוא, לקבל את הערעור בכפיפות לאמור לעיל, לבטל את פסק הדין של בית המשפט המחוזי, ולחייב את המשיבות לשלם למערערות שכר טרחת עו"ד בשתי הערכאות בסך 200,000 ₪ שיחולק בחלקים שווים בין חב' נמלי ישראל מצד אחד וקבוצת כימוביל ולוגי מצד שני.

ש ו פ ט

השופט ס' ג'ובראן:

אני מסכים.

ש ו פ ט

א. חברתי השופטת פרוקצ'יה פרשה יריעה רחבה של דיני המכרזים, מהיבטים שונים, והגיעה לתוצאה שלפיה זכייתה של קבוצת כימוביל-לוגי במכרז דינה להתבטל, אלא אם כן תפרוש לוגי ממעורבות בשוק היצוא וההובלה של תבואות בישראל; ועוד הוסיפה ומנתה תנאים מוצעים לטיפול במכרז בעקבות הכרעה זו, ככל שלא ישתנה מבנה הקבוצה כימוביל-לוגי.

ב. אפתח באמירה, כי בסופו של יום, לא בלי התלבטות, החלטתי להצטרף להכרעה של חברתי. אודה כי לא כך היתה התרשמותי הראשונית, הן בשלב של בקשה לסעד זמני (החלטה מ-11.5.05) והן בעת העיון הראשוני במסמכי הערעור גופם ובדיון בפנינו. חרף זאת, ונוכח המשאלה לעת ההיא גם לקבל את חוות דעת היועץ המשפטי לממשלה, הייתי שותף להחלטה מיום 2.8.05. ואולם, ככל שעיינתי בחומר שלפנינו ובחוות דעת חברתי, נשתכנעתי כי יש מקום לקבל את הערעור, וזאת בהקשרו הספציפי ובמבט רחב על דיני המכרזים הציבוריים. בעוד שבראשונה סברתי כי ניתן יהא לסיים בהקדם את הטיפול בתיק בשל חשיבותו (ועל כן גם ביקשתי בהחלטה מ-11.5.05 את שמיעתו למועד מוקדם), סבורני לעת הזאת כי תהא נכונה נקיטת אותה גישה מערכתית רחבה שמבטאת חברתי. גישה זו מובילה לתוצאה של קבלת הערעור. לדידי במובן מסוים - לא "אחד לאחד" - קרובים הדברים לאמירת חכמים "מנין לדיין שלא יעשה סניגרון (מליצות יושר, סניגוריה - א"ר) לדבריו, תלמוד לומר מדבר שקר תרחק" (בבלי שבועות ל'); פירוש הדברים על-ידי רש"י הוא "אם דן דין וליבו נקפו לומר שהוא טועה, לא יחזיק דבריו להביא ראיות להעמידם שהוא בוש לחזור, אלא לכל צדדים יחזור להוציא דין לאמיתו".

ג. בשעתו, בהחלטה מיום 11.5.05, הבעתי ספק בסיכויי הערעור לפחות ככל שהמדובר בעצם ההחלטה על הזכיה במכרז. יום אחד לפני החלטתי ניתן - ב-10.5.05 - פסק דינו של בית משפט זה בעע"מ 1166/05 דגון נ' חברת נמלי ישראל (לא פורסם, מפי השופט עדיאל). באותו ענין נתקפה בידי דגון עמידתן בתנאי הסף של כימוביל-לוגי ושל משתתפות נוספות במכרז נשוא ענייננו, ובית המשפט לעניינים מינהליים, ואחר כך בית משפט זה, לא קיבל טענות אלה וקבע כי עמדו בתנאי הסף. ההתמקדות לדידי בשלב הסעד הזמני היתה בעיקר ברובד החיצוני למכרז, סדרי עריכתו, רובד שגם אליו נדרשה חברתי. אף כי לוז פסק דינה עוסק ברובד הפנימי למכרז, קרי, בשאלת ניגוד העניינים שיצרה הזכיה.

ד. גם אני מיצר על כך שלא נהנינו מהתייחסות רחבה יותר מטעם היועץ המשפטי לממשלה. כשלעצמנו סברנו שחשיבותו של הנושא, והעניינים העולים בו, מצדיקים זאת. אומר

כצופה פני עתיד: משמופרט בצורה זו או אחרת גוף ממשלתי, הוא מיוצג בהתדיינות בידי עורכי דין פרטיים, שעליהם להידרש לנורמות הנכונות במשפט הציבורי החלות, או צריך שיחולו, על הגוף הנוצר; מבלי לפגוע, נחוצה מאוד בכגון דא הדרכתן של הרשויות המשפטיות של המדינה, שמבטן כולל והיכולות להאיר עיניים.

ה. אין חולק כי במקרה דנא חלים דיני המכרזים הציבוריים. לדבר זה חשיבות וגם משמעות ערכית. העובדה שמטעמי נוחות, יעילות או גדרי הפרטה אחרים בחרה המדינה לעצב מסגרת משפטית שונה לגופים שונים, שחלקם קרויים שירות המדינה, חלקם הם רשויות על פי דין וחלקם חברות ממשלתיות – אינה משנה את העובדה ש"אב אחד לכולנו", שכל אלה הם חלק מן השירות הציבורי ודיני המכרזים חלים וצריך שיחולו עליהם. אין לעניינו, גם במבט צופה פני עתיד, הבדל בין רשויות הנמלים או חברות נמלי ישראל. היחס המשפטי לפי חובת המכרזים, תשנ"ב – 1991 סעיף 2, והיחס הערכי בהתאם, הוא לרכוש הציבור, ולכן לנורמות הציבוריות. "מולך ההפרטה" אינו צריך לטשטש זאת (ראו גם בג"צ 7721/96 איגוד שמאי ביטוח בישראל נ' המפקחת על הביטוח, פד"י נה(3) 625, 650 (2001) (השופט זמיר); בר"מ 1006/04 ועדה מקומית לתכנון ובניה חיפה נ' חברת החשמל (לא פורסם) (2006); בג"צ 3690/05 בנק החקלאות נ' בנק ישראל (לא פורסם) (2005)). מסכים אני אפוא לדברי חברתי כי "תהליך התפרקותה של המדינה מתפקידיה כספק שירותים לציבור בתחומים משלימים לא גרע מחובתו של המשפט הציבורי לפקח על ספק השירות הציבורי גם אם הוא פועל בשוק הפרטי". בשעתו, בתפקידי כיועץ משפטי לממשלה, הבעתי הסתייגות ממה שנראה לי כצעד של הפרטתו של מוביל המים הארצי, בביטוי "את אמא אין מוכרים". ראו להיבטי הפרטה גם אלעד פינקלשטיין, המשטר המשפטי של הליך הגישור (תשס"ח-2007), 56-70; דברי המחבר עניינם גישור, אך הוא מתואר כחלק מתהליך ההפרטה, ועל כן מובאות אסמכתאות רבות לעניין ההפרטה בכלל, וראו במיוחד עמ' 56; ראו גם רשימתי "קרקעות המדינה: משפט, צדק ומינהל תקיין" – קרקע 60 (כסלו תשס"ו- דצמבר 2005) 9, 14, 15. וכדברי המלומדת ג' שלו חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית (תש"ס-1999) 16-17, "...יש להתייחס לחוזי רשות בלא הבחנה בין חוזים שלטוניים לחוזים מסחריים. בנידון דידן, הפרטתה של רשות הנמלים אינה צריכה להשפיע על רמת הנורמות משדה המשפט הציבורי עליהן יש להקפיד, כך גם במבט צופה פני עתיד. ראו גם על גישתו של המשפט המינהלי העברי ("והייתם נקיים מה' ומישראל" (במדבר ל"ב, כ"ב)), עע"מ 7357/03 רשות הנמלים נ' צומת מהנדסים פ"ד נט (2) 145, 173-175.

ו. נושא ניגוד העניינים תופס חלק מרכזי בחוות דעתה של חברתי. ברובד הפנימי של המכרז, הוא ניגוד העניינים, מסכים אני לדברי חברתי. אני רואה זאת גם בראי המדרון החלקלק, החשש פן תקלקל התרת הרצועה את השורה. לכך אייחד דברים קצרים.

ז. (1) אכן, ביסוד הדוקטרינה בדבר ניגוד עניינים, וביסוד הניתוח העיוני של חברתי מכוח זה, עומדת המציאות האנושית, והמציאות הישראלית בכללה ואולי ביתר שאת רחמנא ליצלן, של "יצר לב האדם" (בראשית ח', כ"א), ואם נרצה – "יצר לב התאגיד", שמטרתו ביסודה השאת רווחים (סעיף 11 לחוק החברות) ההנחה היא שאינטרסים כלכליים עלולים לגבור על נורמות ציבוריות, שפירצה קוראת, ושאינן אפטרופוס ללחצים פלוני או אלמוני או לחיבת הממון; הדברים נאמרים בלא רצון לפגוע חלילה בפלוני או אלמוני מן הצדדים בתיק דנא. החשש מפני ניגוד עניינים כרוך גם במראית העין, וחברתי נדרשה לכך על האסמכתאות שהביאה. מטרת הכללים בתחום זה היא, כדברי חכמים מפי אנשי כנסת הגדולה "ועשו סייג לתורה" (משנה אבות א', א'), קרי עשיית גדרות בחינת – "ושמרתם את משמרת" (ויקרא י"ח, ל') 'עשו משמרת למשמרת' (בבלי, מועד קטן ה', א') המשמעות היא איפוא שימת גבולות; ראו גם רשימתי 'מי לה' אלי... והרגו איש את אחיו', על סכנת המדרון החלקלק", פרשת השבוע (א' הכהן ומ' ויגודה, עורכים) 65, כי תשא תשס"ב. המדרון החלקלק עניינו "שמה שנראה לנותן הוראה... כדבר ראוי, עלול לשמש לבעלי כוונות לא טהורות, ולעיתים אף לתמימים, פתח שראשיתו קופו של מחט וסופו פתחו של אולם, למעשים שאינם ראויים וגם לעבירות". (שם). מבלי להטיל דופי, כללי ניגוד העניינים באים למנוע זאת. בהקשר אחר נזדמן לי לציין, באשר לפגמים במכרזים, כי "במציאות הישראלית, שאין צריך להכביר עליה מלים, יש חשש לא מבוטל למדרון חלקלק ופתח שהוא 'כחודה של מחט' עלול להיפתח כפתח שיהיו עגלות וקרונות נכנסות בו" (שיר השירים, דבה, ה') (עמ"מ 6090 מגע"ר נ' מי נתניה (לא פורסם) (2006)).

(2) ולענייננו שלנו, אמנם, בשעתו, שעה שדנתי בבקשה לסעד זמני, סברתי כי ניתן יהא לחזק לפי הצורך את הפיקוח בנושא ניגוד העניינים. ואולם, למקרא דברי חברתי, וגם עם חלוף הזמן, נשתכנעתי כי הפתרון צריך להיות רדיקלי יותר. שבה ומתבלטת, לדידי, הדוקטרינה שלפיה "לתורת המכרזים יפה גישת בית שמאי. אין מנוס" (עמ"מ 5853/05 אחים כ'אלדי נ' רכבת ישראל (לא פורסם) (2007)). כך גם באשר לאפשרות לניגוד עניינים (ראו בג"צ 531/79 סיעת הליכוד בעיריית פתח תקוה נ' מועצת ערית פתח תקוה, פ"ד לד(3) 567, 572 (1979)(השופט (כתארו אז) ברק); בג"צ 794/78 חרות נ' שר הבריאות פ"ד לג(2) 716 (1979), (השופט – כתארו אז – שמגר (עמ' 718), השופט (כתארו אז) ברק (עמ' 719)):

(3) לכך מוסיפה גישתו של הממונה על ההגבלים העסקיים. גם אם לא ארחיק לכת כחברתי בעמדתה באשר לתנאי הסף המתוקנים בזיקה ל"רובד החיצוני" של המכרז, וזאת מתוך הנחת תום לב של הרשות, על פי כוונתה ושאיפתה להשיג תחרות ותמורה, יש לייחס משקל לכך שלא ניתנה הדעת די הצורך לגישתו של הממונה על ההגבלים העסקיים.

(4) המחבר ד"ר ע' בוקשפן בספרו המהפכה החברתית במשפט העסקי (תשס"ז – 2007) מפנה, בין השאר, זרקור להגנת האמון בדיני החוזים המנהליים, ולעניין זה נדרש (בעמ' 414-415) לע"א 6283/94 מנורה איזי אהרון נ' מדינת ישראל – משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נא(1) 21 שם נאמר: "קיום דווקני של עקרונות השוין וההגינות ייטיב גם עם האינטרס של הרשויות לזכות בהצעות הנוחות ביותר, אף אם – במקרה פרקטיקולרי זה או אחר, תיאלץ הרשות לקבל הצעה שאינה מושלמת" (עמ' 26-27, מפי השופטת דורנר). כלשונו של המלומד בוקשפן, עסקינן ב"רוחו של רעיון האמון".

ח. בענייני תבואה עסקינן, ואביא מדברי חכמים באשר לזהירות הנחוצה דווקא בעסקי תבואה: הגה מתוך סוגיה בכבלי בבא מציעא נ"ט, א': "אמר רב יהודה, לעולם יהא אדם זהיר בתבואה בתוך ביתו, שאין מריבה מצויה מתוך ביתו של אדם אלא על עסקי תבואה, שנאמר (תהלים קמ"ז, י"ד), 'השם גבולך שלום חלב חטים ישביעך' – ואמר רב חיננא בר פפא: לעולם יהא אדם זהיר בתבואה בתוך ביתו, שלא נקראו ישראל דלים אלא על עסקי תבואה, שנאמר, 'והיה אם זרע ישראל ועלה מדין ובני קדם' (שופטים ו', ג')". חשיבותה של התבואה בתרבות האנושית לא פסה גם בימינו, ובמיוחד שעה שבמונופולין עסקינן.

ט. סוף דבר, משהגענו הלום, המוצע על ידי חברתי מקובל עלי.

ש ו פ ט

לפיכך הוחלט כאמור בפסק-דינה של השופטת א' פרוקצ'יה.

ניתן היום, ה' באדר א התשס"ח (11.2.2008).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט