בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 6147-10-21 ישראל ואח' נ' מפעל הפיס (חל"צ)

לפני כבוד השופטת איריית קלמן ברום

תובעים
1.חנן ישראל
2.י.ח. גליל בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד אליהו מאיר

נגד

נתבע
מפעל הפיס (חל"צ)
ע"י ב"כ עו"ד אלה גור

פסק דין

בבקשה למתן צו מניעה זמני שבפני, התבקש בית המשפט להורות למשיב להימנע מקבלת הצעות במכרז פומבי שהוציא שמספרו 671/2021 ולחילופין, למנוע מהמשיב לקבל החלטה אלו אזורי שיווק יוקצו לזוכים במכרז. הגשת הצעות למכרז נקבעה עד ליום 18.10.2021. הבקשה לצו מניעה הוגשה יחד עם הגשת תביעה למתן סעדים דומים.

הקדמה

הבקשה למתן סעד ארעי במעמד צד אחד נדחתה על ידי, יחד עם זאת קבעתי דיון דחוף בבקשה ליום 19.10.2021. לבקשת המבקש (להלן גם: "**התובע**") הדיון נדחה ליום 26.10.2021. המועד האחרון להגשת הצעות נקבע ליום 18.10.2021 (בהערת אגב יצוין כי מועד זה נדחה ליום 21.10.2021 בשל עתירה אחרת נגד המכרז, ר' ת"א 21755-10-21 **בן חור - שיווק והפצה בע"מ נ' מפעל הפיס**, בפסקה 27 (פורסם במאגרים, 20.10.2021)). בכל מקרה הבהיר המשיב (להלן גם: "**הנתבע**") כי הצהרה על הזוכים במכרז וחלוקת אזורי הזכייה נעשית בשלב מאוחר יותר.

בדיון שהתקיים בפניי ביום 26.10.2021 בבקשה לסעד זמני, הסכימו הצדדים, בהתאם לסעיף 99 לתקנות סדר הדין האזרחי התשע"ט-2018, לאחד את הדיון בבקשה לסעד זמני עם הדיון בתביעה העיקרית וכך יעשה.

בסיום הדיון הודיעה באת כח הנתבע כי לא יוכרזו הזוכים במכרז עד ליום 11.11.2021, דהיינו שבעה ימים ממועד סיכומי הנתבע.

הצדדים והטענות

1. הנתבע, מפעל הפיס, התאגד לפני כשבעים שנה כחברה בע"מ, למכירת מוצרי הגרלה שונים מכח היתר שניתן לו על ידי שר האוצר או מי מטעמו בהתאם לסעיף 231(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 והמתחדש מעת לעת, וזאת במטרה לגייס כספים לטובת כלל הציבור במדינת ישראל.

2. מוצרי ההגרלה של הנתבע משווקים באמצעות תחנות המופעלות על ידי זכיינים מורשים הפזורים על פני כל הארץ, חלקם מוכרים בנקודות מכירה שבבעלות הנתבע וחלקם מוכרים את מוצרי הנתבע במסגרת פעילותם האחרת. הנתבע חילק במשך השנים את הארץ לאזורים, במסגרת מכרזים קודמים, בכל אזור שיווק נבחר משווק שהצעתו זכתה במכרז. למשווק תפקיד חשוב וקריטי במימוש ייעודו של מפעל הפיס, המשווק אחראי בין היתר על ניהול הזכיינים, תפעול, ניהול קידום ופיתוח של המכירות.

3. הנתבע פרסם מכרז פומבי שמספרו 671/2021 (להלן: "**המכרז**"), עניינו בחירת משווקים אזוריים, המכרז בוחן משווקים קיימים וחדשים. במכרז קיימת הוראה המונעת ממשווק קיים לדרג בהעדפותיו את אותו אזור שיווק שבו עסק משנת 2004, הוראה 3.5.3 (להלן: "**תנאי המניעות**").

4. התובעים, התובע חנן (והחברה שבבעלותו) הינו משווק קיים באזור ה"גליל". התובע משווק באזור הגליל משנת 2000 בהתאם לזכייתו במכרזים בשנים 2000, 2003, 2009, 2014. הצדדים שניהם מסכימים שהתובע הגיע להישגים טובים במהלך שנות עבודתו והינו משווק טוב.

5. במסגרת המכרז הנוכחי, התובע פנה אל הנתבע בבקשה לקבלת הבהרות. הובהר לו שתנאי המניעות חל על מציע שהוא משווק משנת 2004 באותו האזור (ששמו לא השתנה משנת 2004) - חל עליו וכי הוא לא יוכל לדרג את אזור הגליל כאזור מועדף. נוסח הסעיף אף תוקן באופן שמחדד את משמעותו. המשמעות היא שמתוך שבעה אזורים התובע רשאי לדרג רק שישה.

6. בפי התובע שתי טענות עיקריות, האחת הינה פרשנות שונה לסעיף המניעות. האזור אומנם נקרא באותו שם אזור "הגליל" אולם במהות הוא שונה, משנעשה שינוי בחלוקת האזורים; הטענה השנייה, נוגעת לסבירותו של הסעיף, ככל שזו הפרשנות. סעיף המניעות פוגע בו פגיעה שאינה מידתית, הוא רשאי לבחור רק שישה אזורים ולא שבעה כמו המתמודדים האחרים.

נימוקי התובע

טענה ראשונה

7. טענתו הראשונה של התובע עוסקת בפרשנות – יש לפרש את המשמעות של "אזור" פירוש מהותי ולא שֵׁמי. המשיב ערך שינויים בגבולות האזורים, החלוקה שונתה משמונה אזורים לשבעה. אזור הגליל שהיה נכון למכרז הקודם שונה במהלך השנים ואף במכרז הנוכחי שינוי גבולות מהותי. אזור הגליל כולל ישובים אחרים, תחנות מכירה אחרות, לפיכך אין לו מניעות לבחור את אזור הגליל. השם אומנם זהה אולם האזור אינו חופף לאזור הגליל הקודם. אזור גליל 2014 אינו אותו אזור גליל במכרז 2022, על המשיב היה לכנות את האזורים בשמות שונים כמו "גליל 2014" לעומת "גליל 2022".

8. רשימת הזכיינים באזור הגליל שהציג התובע שונתה במהלך השנים, מעידה על השונות באזורים. יש לכך משמעות הן באשר לפרשנות והן באשר לרציונל שעומד מאחורי סעיף המניעות. מאז שנת 2004, נגרעו מאזור הגליל 63 יישובים, נוספו 7 יישובים, האוכלוסייה קטנה ב-632,382 תושבים, נגרעו 222 תחנות פיס. יתרה מכך, רוב הזכיינים התחלפו במרוצת השנים ורק 38 זכיינים פועלים מאז שנת 2004.

9. כל פרשנות אחרת לסעיף המניעות פוגמת בעניינית, במידתיות ובסבירות של המכרז. בכדי שלא תהיה פגיעה בעקרונות אלו יש לקבוע שלשמו של האזור בלבד אין כל נפקות אלא לגבולות האזור.

10. כללי הפרשנות מחייבים את הפרשנות שמציע התובע. תנאי המכרז חייבים להיות "בהירים כשמש", יש לפרש את הסעיף לפי הכלל שמחייב פרשנות תנאי מכרז המקיימת הצעת משתתף

על פני פרשנות הפוסלת. יש להעדיף פרשנות שתביא למזעור הנזק, ויש להפעיל את הכלל המחייב פרשנות נגד המנסח, הצד החזק, ופגיעה מינימלית בעקרון השוויון.

11. נוסחו של סעיף המניעות עבר מספר גלגולים, תחילה הדרישה הייתה שהשם לא השתנה, "אשר שמו לא השתנה משנת 2004", לאחר מכן, בעקבות שאלות הבהרה התקבל תיקון ל: "**באותו איזור שיווק**". הנתבע לא הבהיר בתצהירו כיצד התקבל נוסח התיקון, ולא הציג בפרוטוקול כיצד התקבל השינוי המהותי.

12. הנתבע הציג פרוטוקולים מושחרים ובכללם השחרת חלק מהאמירות שנאמרו בפרק "קדנציות" שאמורים להיות רלוונטיים. העד מטעם הנתבע הודה בחקירתו הנגדית שהקטעים המושחרים כוללים דיון על משווק אחר שאינו רלוונטי לתובע. נטל ההוכחה בעניין הזה מוטל על הנתבע שלא הרימו ויתרה מכך הסתרת ראיות על ידי הנתבע מקימה את החזקה שהראיות פועלות נגדו ובכך כשל הנתבע להוכיח את טענתו כי סעיף זה חל על משווק נוסף ולא רק על התובע.

13. עובדי הנתבע הציגו מצג מטעה בפני שני שופטים מחוזיים בדימוס שהיו חברי ועדת המכרזים אשר לא ידעו על היקף השינויים באזורי השיווק. התברר שנערכו היוועצויות פנימיות בין עובדי הנתבע מבלי לערוך פרוטוקול.

14. אף שהסעיף כוון נגד התובע, לא זימנו אותו לשימוע.

טענה שניה

15. הטענה השנייה שמעלה התובע היא כי הסעיף מפלה, אינו ענייני, אינו מידתי ובלתי סביר על כן יש לבטלו. סעיף המניעות פוגע ביכולתו של התובע להתמודד באופן שוויוני, פוגע בתחרות שלא לצורך.

16. הסעיף מותיר לתובע אפשרות להתמודד רק על שישה אזורים בעוד האחרים מתמודדים על שבעה אזורים ובכך יש פגיעה בעקרון השוויון, בהזדמנות השווה.

17. הגבלה זו היא פרסונלית חלה רק על התובע.

18. החשש של הנתבע מפגיעה בתואר המידות אינו מוצדק, פעולותיו של כל משווק נתונות לפיקוח קפדני של הנתבע, הפעולות הכספיות מתבצעות באמצעות מערכות מממוחשבות של הנתבע, למשווק אין כל אפשרות להשפיע עליהן כך שאין מקום לחשש מפני שחיתויות. הנתבע לא הצביע במהלך עדותו על אפשרות של יצירת קשרים פסולים המונעים המשכיות עבודה כמשווק באותו אזור.

19. הנתבע העלה את טענת הריענון בחוסר תום לב ובהעדר ניקיון כפיים, בעוד שאצל הנתבע נושאי משרה ובכללם המצהיר מטעם הנתבע, סמנכ"ל הכספים, מכהנים שנים ארוכות, לא החילו עליהם רטרואקטיבית את נוהל הקוצב תקופת כהונה. התובע לעומתם עומד למכרז כל פעם מחדש באופן שוויוני והישגיו נבחנים.

20. התובע עלול להפסיד את המכרז אף אם ייכלל בשבע ההצעות הזוכות רק משום שלא ניתנה לו האפשרות לדרג את אזור הגליל.

21. העתקת מקום עיסוקו של התובע יגרור הוצאות רבות ובכך מעמדו נחות לעומת מציע קיים שאינו מחויב להעתיק את מקום עיסוקו.

22. קביעת שנת 2004 הינה קביעה שרירותית שמשפיעה רק על התובע. אם קיימת הצדקה למנוע ממשווק קיים להתמודד על האזור שלו היה על הנתבע לקבוע תחולה זו על משווק משנת 2009 או משנת 2014 ולאו דווקא משנת 2004.

23. אין לפסול מציע רק משום שזכה במכרזים קודמים, להפך יש להתחשב בביצועי העבר, התובע היה משווק מצטיין והישגים אלה צריכים לפעול לטובתו.

נימוקי הנתבע

24. פרשנות סעיף המניעות ברורה, הכוונה להגביל את שנות העבודה של משווק באותו אזור. כל פרשנת אחרת מרוקנת את הסעיף מכל תוכן לאור העובדה שחלו שינויים כאלו ואחרים בכל האזורים.

25. הפרשנות המתבקשת הינה למעשה הליך של 'פרה-רולינג' באופן שמבוקש מבית המשפט להתערב בשיקול הדעת של ועדת המכרזים, ואין לאפשר זאת.

26. סעיף המניעות הינו מידתי ונועד לתכלית ראויה, הסעיף נועד לשמירה על מנהל תקין וטוהר המידות (יצוין שאין טענה כזו נגד התובע) על ידי ריענון משווקים מאותו אזור שבו הם פועלים במשך שנים רבות כ-17 שנים, לאפשר רוטציה ולהגביר את התחרות. תחלופת משווקים טובים נועדה לתועלת כלכלית, קידום אזורים חלשים יותר.

27. סעיף המניעות אינו פוגע בעקרון השוויון ואינו פוגע בחופש העיסוק של התובע מעבר לנדרש. הסעיף אינו פוגע בסיכויו של התובע לזכות במכרז. שיבוץ האזורים והתחשבות בהעדפות של הזוכים נעשית רק לאחר בחירת הזוכים במכרז. ההיתכנות שהתובע מתאר לפיה המניעות לדרג שבעה אזורים תוביל להפסד המכרז בכללותו היא בלתי סבירה, הן משום שמשווקים אחרים שאינם עובדים באותו אזור שיווק משנת 2004 יציינו שבעה מקומות וישובצו בהתאם למיקומם במכרז, והן משום ששמורה לנתבע האפשרות במקרים חריגים להחליט על שיבוץ באותו אזור, בהתקיים מקרה חריג שכזה, תנאי המניעות בכל מקרה לא יבטל זכייה במכרז.

28. לתובע אין זכות קנויה באזור הגליל.

29. השינויים שחלו באזור הגליל אינם מצדיקים שינוי שמו ואין בהם כדי לשנות את העקרונות שעמדו בבסיס יצירת סעיף המניעות.

30. אין מדובר בסעיף פרסונלי, הסעיף חל גם על משווק נוסף מאזור אחר. התובע יודע עובדה זו היטב, בכך לוקה טענת התובע בחוסר תום לב.

31. אין לקבל את הטענה לפגיעה בשוויון בשל הצעת מחיר גבוהה יותר אותה יאלץ התובע להגיש באזור אחר משום שממילא עליו להגיש הצעות זהות במחיר לכל האזורים. הפגיעה הנטענת, לו הייתה נכונה, אמורה לפגוע בכל המשווקים הקיימים. התובע מתמודד במכרז גם מול משווקים חדשים. לגופו של ענין הצעת המחיר נשענת על תשתית קיימת שתשרת את כל המציעים כך שאין מדובר בהוצאות משמעותיות.

32. התובע משווק באזור הגליל החל משנת 2000 כאשר זכה ברציפות באזור שיווק זה בשנים 2000, 2004, 2009 ו-2014.

33. בחקירה נגדית הובהר שהתובע מתגורר באזור חיפה, המניע העיקרי לרצונו לחזור ולשווק באזור הגליל נובע מהיכרותו את האזור, בנימוק זה נשמטה הקרקע לטענה שחלו שינויים מהותיים באזור ויש בו כשלעצמו להצדיק את סעיף המניעות.

34. המכרז המדובר הינו מכרז מורכב בעל משמעות קריטית למימוש מטרותיו של הנתבע, אשר דומה במהותו יותר להליך איתור מנכ"ל לאזור שיווק מאשר בחירת ספק.

35. השינויים שנעשו באזורים אינם כה מהותיים עד כדי פגיעה בתכלית של סעיף המניעות. משווק מנהל את נקודות מכירה ולכן רק למספר נקודות המכירה יש משמעות בבחינת שינויים שנעשו באזור. אין רלוונטיות למניין מספר היישובים שנגרעו או הוספו באזור מסוים. כך למשל נגרעו מאזור הגליל 49 יישובים בהשוואה למכרז 2014 ולא 63 כפי שמציג התובע, כשמתוכם רק ב-17 יישובים יש נקודות מכירה. באזור הגליל ממכרז 2004 ועד היום יש 45 יישובים שבהם יש נקודות מכירה. היישובים הללו מהווים 85% מסך כל היישובים שהיו במכרז 2004. שבעה יישובים רלוונטיים נוספים שמהווים 13% היו חלק מהאזור במכרז 2004, הוצאו ממנו במכרז 2009 והוחזרו במכרז שלאחריו ב-2014.

36. מבחינת נקודות מכירה ישנם 229 נקודות מכירה שהיו באזור ונשארו גם במכרז הנוכחי, אלה מהווים 66% מסך נקודות המכירה.

37. ועדת המכרזים דנה בתנאי המניעות ואשרה את הסעיף כפי שמשתקף בפרוטוקול דיוני ועדת המכרזים. ועדת המכרזים עשתה את האיזון הנכון בין חופש העיסוק והתחרות לבין החשש מפני השפעות שליליות של התקשרות מתמשכת, היתרון הכלכלי שעשוי לצמוח לציבור מריענון האזורים, אורך הקדנציות הרצוי למול צמצום הפגיעה במשווק קיים, בהעדפת שינוי אזורי עדיפות ולא מניעה מוחלטת. העדפת אזור השיווק שבו פועל המשווק פוגע בעקרון השוויון בכך שאחרים נמנעים מלציין אזור שנראה כ"שמור" למשווק הקיים.

38. הוועדה בחנה את אורך תקופת ההעסקה בכובד ראש. הוחלט שקדנציה אחת בת שבע שנים הינה קצרה מדי נוכח הצורך בהתארגנות. שתי קדנציות עלולות לזעזע את המערכת מאחר וקיימים ארבעה משווקים שתנאי זה יחול עליהם, לכן הוחלט לקצוב את תקופת העסקה לשלוש קדנציות, החל ממכרז 2004. ההחלטה הינה שיש לנתק את הקשר בין הזכיין שזכה שלוש פעמים באותו אזור גם אם מספר הזכיינים ונקודות המכירה השתנו. יש משמעות לנוכחות של המשווק באותו אזור גיאוגרפי, מדובר במראית עין. התפקיד הינו תפקיד רגיש ואסטרטגי ונכון לרענן.

39. הוועדה נעתרה לבקשה שהוגשה לה והותירה למשווק קיים להציג את תכנית העבודה לאזור השיווק שלו אף שהוא מנוע מלציינו כאזור מועדף על מנת שיוכל להוכיח את פועלו ולא יפגע עקרון השוויון ולא על מנת לבחון את תוצאות העבר באזור השיווק כפי שנטען.

המסגרת הנורמטיבית

40. הדיון בתוקפו של תנאי במכרז נעשה במסגרת הליך אזרחי. הנתבע, מפעל הפיס, הינו גוף דו מהותי, אינו כלול בתוספת לחוק בתי המשפט לעניינים מנהליים התש"ס-2000, יחד עם זאת חלה עליו חובת המכרז ועקרונות דיני המכרזים חלים עליו (ר' ע"א 8189/11 **רפאל דיין נ' מפעל הפיס** (פורסם במאגרים, 21.2.2013)).

<u>דיון והכרעה</u>

41. שני יסודות עיקריים עומדים בבסיסו של המכרז שהינם בבחינת מושכלות יסוד; האחד, שמירה על טוהר המידות, מתן הזדמנות שווה למתמודדים ללא משוא פנים; השני, יעילות לטובת הציבור. מנגנון המכרז מאפשר קבלת ההצעה הטובה ביותר, שילוב של הצעה הטובה ביותר מבחינה כספית ואיכותית. ר' לענין זה, בפסק דינו של כב' השופט ע' פוגלמן ב-עע"מ 6823/10 **מתן שירותי בריאות בע"מ נ' משרד הבריאות** (פורסם במאגרים, 28.02.2011):

> **"ביסודו של המכרז הציבורי, עומדים, כידוע, שני עקרונות יסוד: הראשון, עניינו בשמירה על השוויון וטוהר המידות על-ידי מתן הזדמנות שווה לכל המציעים, בלא משוא פנים ובלא שרירות. השני הוא השאיפה לנהוג ביעילות ולחסוך בכספי ציבור על-ידי השגת מירב היתרונות למזמין באמצעות מנגנון המכרז (ראו עע"מ 1966/02 המועצה המקומית מג'אר נ' אבראהים, פ"ד נז(3) 505, 510-511 (2003); עע"מ 8284/08 תעשיות אבן וסיד בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, סעיפים 24-25 ([פורסם בנבו], 13.9.10))."**

42. מושא המחלוקת הינו מכרז שהוצא על ידי הנתבע לבחירת משווק אזורי בכל אזורי השיווק כשבמוקד המחלוקת עומד פרשנותו ותוקפו של סעיף 3.5.3 למכרז, נוסחו של הסעיף שונה במהלך הוצאת המכרז ונוסחו האחרון הינו:

"משווקים קיימים הפועלים באזור שיווק אשר שמו לא השתנה משנת 2004 (להלן: "האזור הקיים") לא יהיו רשאים לציין את האזור הקיים כאזור מעודף, ואם יזכו במכרז, הרי שמפעל הפיס לא ישבץ אותם לאזור הקיים, אלא אם התקיימו נימוקים מיוחדים שבגינם מפעל הפיס יחליט אחרת".

המחלוקת בין הצדדים תבחן על רקע עקרונות דיני המכרזים.

43. פרשנות: במחלוקת באשר לפרשנות הנכונה של הסעיף יש להחיל את כללי הפרשנות המקובלים בדיני המכרזים פרשנות העולה עם הפרשנות המילולית הברורה של הסעיף ומתיישבת עם תכלית הסעיף למנוע ממשווק ותיק לחזור ולעסוק באותו אזור שיווק שבו עסק מאז שנת 2004, ובכך מועדפת הפרשנות של הנתבע על פני הפרשנות של התובע.

44. על פרשנות תכליתית ר': עע"מ 5487/06 **סופרמאטיק בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ** (פורסם במאגרים, 12.04.2009):

> **"פירושם של מסמכי המכרז צריך להיעשות על פי פרשנות תכליתית. פרופ' ברק מציין כי "הפרשנות התכליתית משתרעת על הפעולות המשפטיות כולן" (אהרן ברק פרשנות במשפט כרך רביעי - פרשנות החוזה 48 (2001)). אכן, גם בדיני מכרזים עלינו לבצע "בחינה כוללת של לשון המכרז, תנאיו ומטרתו" (עע"ם 7111/03 "יוסף חורי" חברה לעבודות בנין בע"מ נ' מדינת ישראל ע"י מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נח(6) 170, 178 ו (2004)) וכפי שכבר נקבע:**
>
> > **"הוראות המכרז טעונות אף הן פירוש תכליתי. בפירושן, יש לבחון ולשקול את התכלית האובייקטיבית שלשמה נקבעו ואת המטרות ואת והאינטרס הציבורי שהן נועדו להגשים" (עע"ם 6352/01 חדשות ישראל (טי.אי.אן.סי) בע"מ נ' שר התקשורת, פ"ד נו(2) 97, 125 (2001); כן ראו והשוו: בג"ץ 691/82 חסם מערכות הגנה אמינות בע"מ נ' משטרת ישראל, פ"ד לז(1) 473 (1983); ע"א 6160/97 ר.ג.א. שירותים ונקיון בע"מ נ' עריית בת-ים, פ"ד נב(4) 278 (1998)).**
>
> **במסגרת הפרשנות התכליתית יש ל"שלוף" את המשמעות המשפטית מבין מגוון המשמעויות הלשוניות. המשמעות המשפטית היא המשמעות הלשונית המגשימה את התכלית (אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ראשון - תורת הפרשנות הכללית 122 (תשנ"ב)).**"

45. טענת התובע שהפרשנות הנכונה צריכה להיות לפי מהות אזור השיווק ולא לפי שמו חוטאת לנוסחו המדויק של הסעיף ולתכליתו. הכוונה המפורשת של הנתבע קיבלה ביטוי במילים המפורשות "ששמו לא השתנה..."‏, הנתבע נקב במילים אלו מתוך ידיעה שחלו שינויים מסוימים בגבולות אזורי השיווק, (על היקף השינויים אעמוד בהמשך), וחרף השינויים ביקש להיצמד לשמו של האזור. הכלל הפרשני של פרשנות נגד המנסח אינו יכול לחול במקרה זה, הסעיף נוסח מתוך ראיית טובת כלל המתמודדים והיתרון לציבור, אף אם התובע נפגע מסעיף זה, אין לומר שפרשנות הנתבע היא פרשנות לטובת המנסח אלא לטובת קיום תכלית הסעיף. מדובר בסעיף מניעות שמטבעו מצמצם את זכויותיו של אותו משווק העוסק באותו אזור שיווק משנת 2004. פרשנותו של התובע מרוקנת את סעיף המניעות מכל תוכן. במרוצת השנים חלו שינויים בהיקפים כאלו או אחרים בכל האזורים. אכן, בכללי דיני המכרזים יש להעדיף את הפרשנות המקיימת את הצעות המשתתפים על פני פרשנות שתביא לפסילתם (ר' עע"מ 5949/07 **אמישראגז - גז טבעי בע"מ נ' פז-גז (1993) בע"מ** (פורסם במאגרים, (28.04.08)), אולם בבחירה בין קיום ההצעות ואיון סעיף המניעות, יש להעדיף את הפרשנות שמקיימת את הסעיף, בכפוף לכך שהמניעות נועדה לתכלית ראויה (על כך אדון בהמשך). די בכך שהנתבע הודיע שחלוקת הארץ לאזורים השתנתה משמונה אזורים לשבעה בכדי להבין שחלו שינויים בגבולות האזורים.

46. טענת התובע לשינויים שחלו בלשון הסעיף רק מחזקת את המסקנה שיש לדבוק בפרשנות המילולית. בעקבות שאלות הבהרה, בכדי למנוע אי בהירות ולהבהיר היטב את תכלית הסעיף, תיקן הנתבע מבעוד מועד את לשון הסעיף ובכך לא הותיר מקום לפרשנות אחרת. הנתבע נקט בפירוש במילים "שם האזור" חלף "האזור" בכדי למנוע פרשנויות אחרות, כדוגמת פרשנות התובע למילה "אזור" לפי מהותו, לא לפי שמו.

47. מקובלת עלי עמדת המשיב לפיה השינויים שחלו באזור אינם שינויים מהותיים, וכך אף עולה מהנתונים שצירף המשיב (נספח 1 לתשובת המשיב לבקשה למתן צו מניעה זמני) וזאת בניגוד לעמדת התובע, בה הוא נאחז אף בסיכומי תשובתו, לפיה האזור "השתנה מהותית". הנתונים המהותיים באזור גיאוגרפי המשמעותיים לענייננו כוללים את מספר הישובים שבהם יש נקודות

מכירה פעילות, להבדיל למשל ממספר הזכיינים וזהותם או אף ממספר הישובים באזור לכשעצמו. כך למשל, ניתן לראות כי בשטח הגיאוגרפי באזור "גליל" היו במכרז 2004 - 346 נקודות מכירה פעילות, במכרז 2009 היו 316 נקודות מכירה פעילות, במכרז 2014 היו 310 נקודות מכירה פעילות ובמכרז הנוכחי קיימות 229 נקודות מכירה פעילות המהוות כיום נתח משמעותי ועיקרי בשיעור של 66% ממספר נקודות המכירה בהשוואה למכרז 2004. בחינת מספר הישובים באזור גליל מלמדת כי במכרז 2004 היו באזור 94 ישובים, במכרז 2009 היו 83 ישובים, במכרז 2014 היו 84 ישובים ובמכרז הנוכחי קיימים 67 ישובים, המהווים את מרבית הישובים שהיו במכרז 2004. עם זאת יש להתמקד, כאמור, במספר נקודות המכירה הפעילות באזור, המורכבת ממספר נקודות המכירה בכל ישוב. בהקשר זה יש להדגיש כי במסגרת רשימת הישובים באזור, נמנים ישובים בהם אין כלל נקודות מכירה פעילות. מכאן נובעת החשיבות של התמקדות בישובים בהם יש נקודות מכירה פעילות, ויש לבחון את השינויים בהיבט ממוקד זה.

48. ניתן לראות כי מתוך רשימת 67 הישובים השייכים לאזור "גליל" במכרז הנוכחי, קיימים 53 ישובים בהם נקודות מכירה פעילות. 45 ישובים מתוכם, המהווים 84.9% השתייכו לאזור "גליל" לאורך כל התקופה החל ממכרז 2004 דרך מכרז 2009 ומכרז 2014 ועד למכרז הנוכחי. למעשה, כפי שצוין לעיל, 7 ישובים נוספים מתוך 53 הישובים האמורים היו חלק ממכרז שנת 2004 אולם הוסרו ממכרז 2009 והושבו במכרז 2014, כך שהשתייכו לאזור במרבית התקופה (3 מתוך 4 מכרזים). למעשה, רק ישוב יחיד מתוך 53 הישובים האמורים (המהווה 1.9%) השתייך לאזור רק במסגרת תקופה אחת ויחידה.

49. לאחר בחינה פרטנית של השינויים הגעתי לכלל מסקנה ששינוי גבולות האזור אינו כה מהותי עד כדי קביעה כי מדובר באזור אחר. הגרעין המוצק של האזור נשאר על כנו. תוספת של מספר זכיינים למול גריעה של זכיינים אחרים אינה משנה מהותית את אזור השיווק שבבסיסו נותר אותו אזור.

50. הטענה לשינויים מהותיים בגבולות האזור נסתרה על ידי התובע עצמו כאשר נימק במהלך החקירה הנגדית את רצונו להמשיך לעסוק באותו אזור בשל היכרותו את האזור, מובן שגם התובע מסכים שהגרעין הבסיסי של האזור נשאר על כנו וזה המבחן הנכון לבחינת היקף האזור.

51. הסוגיה הנוספת שמעלה התובע, נוגעת לתכלית וסבירות סעיף המניעות. סוגיה זו שלובה בפרשנות הראויה לסעיף המניעות ובדיון בתוקפו של סעיף המניעות. נטען שסעיף המניעות פוגע בזכות השוויון, התובע רשאי לבחור רק שישה אזורים מתוך שבעה בעוד מתמודדים אחרים שאינם "משווק קיים" רשאים לבחור שבעה אזורים מועדפים.

52. לטענת הנתבע מדובר בתפקיד משווק שדומה במהותו לתפקיד מנכ"ל. המשווקים מפעילים את הזכיינים שבאזוריהם, חשיבות תפקידו של המשווק ברורה ומובנת ומכאן החשיבות בריענון בחירת משווקים באזורים השונים. ועדת המכרזים סברה שקציבת קדנציות לעבודת המשווק הינה החלטה נכונה, תכליתה מניעת השפעות שליליות אשר עלולות להיגרם מהתקשרות ממושכת באותו אזור, החשש מפני שחיתויות, ניצול קשרים שנרקמים במהלך הפעילות העסקית לצד התועלת הציבורית בהעברת משווקים טובים שיכולת עבודתם מוכחת לאזורים אחרים ובכך לרענן את פעילות משווקים. כל זאת מבלי לפגוע במשווקים הקיימים. מודגש שאין טענה כזו כלפי התובע, מדובר במחשבה צופה פני עתיד. הוועדה עשתה את האיזון הנכון שבין התועלת בקציבת הקדנציות מהטעמים שפורטו לפגיעה מינימלית במשווק ובחופש העיסוק. מהפרוטוקולים של הדיונים בוועדת המכרזים עולה שהדיון בקדנציות נעשה בכובד ראש, תוך בחינת החלופות של קציבת קדנציות קצרות יותר, מניעת השתתפות במכרז אחרי מספר קדנציות, בחירת שלוש קדנציות שלאחריהן לא נמנע מהמשווק להתמודד אלא רק יצירת מניעות מידתית שלא לציין את האזור שבו פעל כאזור מועדף. לנתבע שמורה הזכות במקרים חריגים לאור תוצאות המכרז לשבצו באותו אזור.

53. לאחר שנערך דיון הגיעה הוועדה למסקנה שהאיזון הנכון והפגיעה המינימלית במשווק תהיה בקציבת תקופת זמן של שלוש קדנציות. לא נמנע מהמשווק להגיש מועמדות אלא רק הגבלת

מועמדות לאותו אזור שבו הוא משווק למעלה מ-17 שנים. שוכנעתי שזו תקופת זמן סבירה בהחלט.

54. הדיון והאיזון שערכה ועדת המכרזים משתקף מפרוטוקול הדיונים, כך למשל, במהלך דיוני הוועדה צוין כי:

"... לא מונעים מלהשתתף במכרז אך משווק קיים לא יוכל לזכות באזור בו היה משווק במשך 2-3 קדנציות רצופות. כך לא פוגעים בחופש העיסוק מצד אחד ומן הצד השני מוציאים אותו מהאזור שהוא מחובר אליו כבר שנים רבות" (נספח 2 לתשובת המשיב, פרוטוקול מס' 4 מיום 17.3.2021, סעיף 25).

ובהמשך:

"... המלצת המפעל היא להודיע במכרז נוכחי שמסגרת חלוקת האזורים שהיא לשיקול דעתו המלאה של המפעל. מי ששלוש קדנציות באותו אזור, הנחת המוצא שהוא יוחלף אלא אם למפעל יהיו נימוקים חריגים" (שם, בסעיף 70).

"למה 3 קדנציות ולא 2? מדובר על 14 שנים" (שם, בסעיף 71).

"כרגע יש 4 משווקים שהם ב-2 קדנציות כלל כזה יכניס שינויים בכל המערכת ויזעזע אותה מדי לכן חשבנו לצמצם" (שם, בסעיף 72).

ובישיבה הבאה:

"...שיהיה ברור שחלק מהשיקולים של הוועדה הוא הרצון לרענן את האזורים ולתת משקל למספר הקדנציות" (נספח 2 לתשובת המשיב, פרוטוקול מס' 5 מיום 22.3.2021, סעיף 32).

"האם שני המשווקים לא יכולים לומר שלא היה להם מספיק זמן להתכונן להחלפת האזור" (שם, בסעיף 56).

"הם עובדים 21 שנים, מכירים את המפעל טוב, לא צריך להיות להם קושי אמיתי להחליף אזור לדעתי" (שם, בסעיף 57).

ובישיבה הבאה:

"הרציונל בבסיס ההחלטה על המניעות הגיאוגרפית היה שספק, במיוחד בתפקיד רגיש כמו הנדון כאן, הדומה יותר לכהונה בתפקידים רגישים מאשר לספק שירותים רגיל, בעל היכרות קרובה עם האזור, הספקים, הלקוחות, הזכיינים, הרשויות ועוד, דבר המחייב לכשעצמו רענון והחלפה. למעשה, הטענה של הפונה היא שאם במהות לא מדובר באותו אזור – הרציונל לא מתקיים. לצורך דיון בטענה, נערכה בדיקה עובדתית של השינויים באזורים הרלבנטיים" (נספח 2 לתשובת המשיב, פרוטוקול מס' 9 מיום 5.9.2021, סעיף 17).

"בעקבות דיון פנימי נוסף שקיימנו, אנחנו סבורים כי כמו בכל חברה ובכל תשתית של ארגון יש עניין של קדנציות, אנשים בתפקידים רגישים נדרשים ל"קציבת כהונה". מכוח זכייה במכרז הזה, המשווק מקבל זיכיון לתפקיד רגיש מאד. והחלטנו שמי שכיהן 3 קדנציות באותו אזור, גם אם נבחר כל פעם במכרז פומבי, יהיה מנוע מלהגיש הצעה לאותו אזור בפעם הרביעית. חשוב לזכור שלא מנענו ממנו להגיש הצעה למכרז ולזכות בו אלא רק לנתק את הקשר ארוך השנים בינו לבין האזור..." (שם, בסעיף 25).

"מה לגבי הטענה שצריך להשקיע בתשתית, ומי שממשיך באותו אזור לא צריך לשאת בהשקעה הזו ולכן זה יוצר חוסר שוויון" (שם, בסעיף 26).

"על פניו שזה לא מדוייק מכמה טעמים: (1) כפי שהוסבר לנו ההשקעה אינה משמעותית, הזוכים מקבלים בסה"כ עסק עובד (2) גם למשווקים הקיימים האחרים אין בטחון שיישארו באותם אזורים..." (שם, בסעיף 27).

55. שוכנעתי שוועדת המכרזים דנה בכובד ראש בהשלכות של סעיף המניעות, ההחלטה שהתקבלה הינה החלטה סבירה אשר נועדה לתכלית ראויה. לא בנקל יתערב בית המשפט בשיקול דעת

ועדת המכרזים ולא יחליף את שיקול דעתו בשיקול דעת הוועדה כשנמצא שפעלה מטעמים סבירים והגיוניים ולא ממניעים זרים הנגועים במשוא פנים.

בהקשר זה נפסק בהחלטתו של כב' השופט י' עמית ב-עע"מ 1338/21 **חנן אום אלפחם, חברה למתן שירותי בית ורווחה בע"מ נ' מדינת ישראל - משרד העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים**, בפסקה 10 (פורסם במאגרים, 22.3.2021) (להלן: "**ענין חנן אום אלפחם**"):

> **"כך, הלכה היא עמנו כי התערבות של בית המשפט בהליכי מכרז תיעשה בזהירות יתרה, וככל שהמכרז מצוי בשלב מתקדם יותר מידת הריסון תהא גבוהה יותר (עע"מ 4011/05 דגש סחר חוץ (ספנות) בע"מ נ' רשות הנמלים (חברת נמלי ישראל פיתוח ונכסים בע"מ), [פורסם בנבו], בפסקה 76 (11.2.2008)). כמו כן, נקבע כי קביעת תנאי המכרז היא עניין שבשיקול דעת הרשות, כך שבית המשפט יתערב בתוכן המכרז אך במקרים ברורים של חריגה ממתחם הסבירות (עניין משרד הביטחון, בפסקה 14; עע"מ 1847/06 בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' מדינת ישראל משרד האוצר החשב הכללי, [פורסם בנבו] בפסקה 6 (25.4.2007)). במקרה דנן, המכרז מצוי בשלב מתקדם – תם שלב הגשת ההצעות; ועיקר השגותיהן של המבקשות נסבות על תנאי המכרז."**

וכן נפסק, זה לא מכבר, מפי כב' השופט נ' סולברג, בפסקה הדין בענין **חנן אום אלפחם**, בפסקה 26 (פורסם במאגרים, 6.10.2021):

> **"הלכה נושנה וידועה היא כי בית המשפט אינו משמש 'ועדת מכרזים עליונה', ולא נועד להמיר את שיקול דעתה של ועדת המכרזים בשיקול דעתו-שלו. נקודת המוצא, היא ואין בְּלתה, כי רק סטייה מהותית מעקרונות יסוד של ניהול מכרז תקין, עשויה להצדיק התערבות שיפוטית בהחלטת ועדת המכרזים (ראו: עע"מ 4011/05 דגש סחר חוץ (ספנות) בע"מ נ' רשות הנמלים (חברת נמלי ישראל פיתוח ונכסים בע"מ), פסקה 76 (11.2.2008); עע"ם 2914/09 אגודת מגן דוד אדום בישראל נ' מדינת ישראל – משרד החינוך, פסקה 5 (24.11.2009);**

> **עע"ם 1985/10 חברת נתיבי איילון בע"מ נ' די. אנד די. בטיחות בע"מ, פסקה 8 (18.7.2010); עע"ם 10089/07 אירוס הגלבוע בע"מ נ' ברוך, פסקה 48 (5.4.2011)). הלכה זו מקבלת משנה תוקף, כאשר מתבקשת התערבותו של בית המשפט בהחלטה שקיבל עורך המכרז בקשר עם קביעת תנאי המכרז ומתכונתו, כפי שמבקשים המערערים בעניין דנן לעשות. נקודת המוצא במקרים אלה היא, כי המתכונת המכרזית, תנאי המכרז ותנאי הסף שנקבעו בו, מצויים בלב שיקול הדעת של עורך המכרז. מכאן, שבמצבים אלה ימנע בית המשפט מלהתערב, והדבר יֵעשה במקרים חריגים בלבד (על דברים אלה עמד בהרחבה השופט י' עמית בעניין משרד הביטחון, אשר לו קווי דמיון רבים לענייננו-אנו (ראו: עניין משרד הביטחון' פסקה 14 והאסמכתאות הנזכרות שם))."**

בהקשר זה ראו גם: עע"מ 5525/13 **אשת שירותי תיירות בע"מ נ' משרד הביטחון**, בפסקה 28 (פורסם במאגרים, (19.5.2014)):

> **"בנוגע לאדן הביקורת השיפוטית, הכלל הוא כי בית המשפט לא מחליף את שיקול דעתו בשיקול דעתה של ועדת המכרזים, ואינו יושב כ"ועדת מכרזים עליונה" (ראו: עע"מ 6823/10 מתן שירותי בריאות נ' משרד הבריאות, [פורסם בנבו] פסקה 26 (28.2.2011); ע"א 4964/92 נשיץ נ' עשת, פ"ד נ(3) 762, 767 (1996)). אמת המידה להתערבות היא של סבירות. לועדת המכרזים מוקנה מתחם של סבירות, וככל שהחלטותיה מצויות בתוך מתחם זה – אף אם בית המשפט סבור כי ההחלטה לגופה מוטעית היא – החלטה בדין."**

56. לקציבת קדנציות יש שחשיבות במתן אפשרות לתחרות הוגנת בין המציעים האחרים. מציעים פוטנציאלים עלולים להירתע מבחירה באזורים בהם עוסק משווק ותיק במשך שנים רבות. המשך העסקתו באותו אזור עלול להתפרש כזכות קנויה באזורו, זכות הנוגדת את מהות דיני המכרזים והשוויון בין המתחרים. הנתבע הציג טבלה של מכרזים קודמים לפיהם איש לא דירג

את אזור הגליל כאזור מועדף, יש ממש בסברה שהדבר נבע מהמחשבה שהאזור שייך לתובע שפועל בו שנים רבות. את המצב הזה, סעיף המניעות נועד למנוע.

57. גם הנימוק הנוסף של הנתבע מחשש לשחיתויות הינו נימוק סביר אף שהתובע לא נחשד במאומה. החשש אינו פרסונלי, נועד למנוע יצירת מצב שיאפשר השפעות שליליות על תעסוקת המשווק. התובע אף הבהיר בחקירתו שרצונו העז להמשיך לשווק באזור הגליל נובע מהיכרותו את האזור, בכך חיזק את הרציונל שבסעיף המניעות. בתחילת הדרך לומד המשווק את אזור השיווק שלו. תנאי המכרז מאפשרים לעסוק בכפוף לזכייה במכרזים הבאים באותו אזור שיווק שנים רבות ולנצל את יתרון היכרות האזור, יתרון זה פוגע בעקרון השוויון ביחס למתמודדים אחרים ולכן הוועדה עשתה את האיזון הראוי בהגבלה לשלוש קדנציות.

58. לחלופי הגברי באזורי השיווק יש חשיבות גם מבחינת התועלת הציבורית. העברת משווק כדוגמת התובע, שהוגדר על ידי הנתבע כמשווק טוב, ולטענת התובע משווק מצוין, אחרי שהוכיח את עצמו שנים רבות באזור הגליל למקום אחר, ככל שיזכה במכרז – תשרת את טובת הציבור.

59. בשולי החלטתי אתייחס לטענות הנוספות שהועלו על ידי הצדדים; טענת התובע שהסעיף הוא פרסונלי. טענה זו נסתרה עובדתית על ידי הנתבעת בציינה שהסעיף חל על משווק נוסף. הנתבע ציין את שמו ואזור השיווק של המשווק הנוסף, טענה זו לא נסתרה ולא מצאתי לדחותה. מדובר בסך הכל בשמונה אזורים, שמונה משווקים, תחולה על שניים מהם הינה תחולה של 25% מהמציעים הינה תחולה סבירה. במאמר מוסגר אציין שאף אם הייתה חלה רק על משווק אחד ספק אם היה בכך כשלעצמו כדי לפסול את הסעיף.

60. טענת התובע שלא זומן לשימוע: נוכח הפגיעה המינימלית בתובע, לא נפגע חופש העיסוק, הוא לא מנוע מלהציע הצעות ולדרג שישה אזורים במקום שבעה, לפיכך לא קמה חובה לזמנו לשימוע.

61. העדר שקיפות הדיונים בוועדה בשל השחרת הפרוטוקולים: במהלך הדיון הציג הנתבע פרוטוקולים מהדיונים מוועדת המכרזים. הפרוטוקולים שהוצגו היו בחלקם מושחרים, הנתבע הסביר שהם רשאים לחשוף רק את הדיונים הקשורים לתובע ונמנעו מלחשוף נתונים מהוועדה שקשורים בעניינים אחרים בעיקר כשהמכרז עדין לא הסתיים והוא חי נושם. במהלך הדיון הסכים הנתבע להצעתי לחשוף בפניי את החלקים המושחרים לבחינת טענת החיסיון והרלוונטיות של הקטעים המושחרים. היה זה דווקא התובע שהתנגד להצעה זו. מקובלת עלי הגישה העקרונית שלא לחשוף פרטים מועדת המכרזים שאינם עוסקים בתובע, בעיקר כשהמכרז עדין מתקיים ובטרם הוכרז זוכה. תקנה 59(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018 מאפשרת להציג לבחינת בית המשפט את טענת החיסיון. הנתבע הסכים להצגת המסמך בפני בית משפט, סירובו של התובע יחשב לטובת טענת החיסיון. על הימנעותו של מתדיין לאפשר פתרון מידתי בשאלת חסינות ר' רע"א 7114/05 **מדינת ישראל נ' חנה חיזי** (פורסם במאגרים, 11.12.2007) (להלן: "**פרשת חיזי**"):

> **"דומה שהמצב המיטבי בנסיבות המיוחדות הינו זה בו תוגש עתירה. כך תינתן אפשרות לשופט של בית משפט זה לבחון את החומר, על יסוד טענותיהם של בעלי הדין. אם תוצא תעודה ולא תוגש עתירה עלול הדבר לפעול כנגד המשיבות, אלא אם יתנו הסבר משכנע לדרך הילוכם."**

אף שבפרשת **חיזי** דובר בתעודת חסיון שהוצאה לטובת בטחון המדינה, העיקרון שנקבע בהלכה זו ברור, צד שמונע בירור טענת החיסיון באמצעים מידתיים – הדבר יפעל לרעתו.

על כן הנני דוחה את טענת התובע שהנתבע הסתיר במכוון פרטים רלוונטיים מפרוטוקול ועדת המכרזים.

62. דיון פנימי: במהלך חקירת המצהירים עלה שנציגי הנתבע ערכו דיון פנימי ביניהם והביאו את מסקנות הדיון בפני ועדת המכרזים, לא ראיתי פסול בכך. אין כל חובה לערוך פרוטוקול של שיחה או היוועצות פנימית נפרדת מדיוני הוועדה ואין בקיומם לפגוע בשקיפות ההליך, לא כל

שכן במקרה זה. הדיון הקובע הוא הדיון בוועדת המכרזים שבוחנת את טענות הנתבע והחלטותיה הן אלו שעומדות במבחן סבירותו ותקינותו של המכרז.

63. טענת התובע שנושאי משרה בכירים אצל הנתבע מכהנים שנים רבות ולא מקיימים את נושא הקדנציות. אין להשליך מאופן ההתנהלות עם נושאי משרה שכירים אצל הנתבע, על התכלית הראויה שנקבעה במכרז הנוכחי לגבי בחירת משווק באמצעות מכרז. התביעה אינה עוסקת בתקיפה הקדנציות בקרב נושאי משרה אצל הנתבע, אין מסמכותי לחוות דעה כלשהי בעניין זה.

64. טענת הנתבע שבית משפט אינו מוסמך לפרש את הסעיף, הטענה ל'פרה-רולינג': ראשית הטענה הועלתה לראשונה בסכומים ולא בתגובת המשיב, וממילא לא מצאתי בה ממש ואין צורך להכריע בה לאור המסקנות אליהן הגעתי באשר לפרשנות הסעיף.

65. לאור האמור לעיל מצאתי שהתכלית של סעיף המניעות הינה תכלית ראויה, נכונה, אין מקום להתערב בשיקול דעת ועדת המכרזים הן באשר לפרשנות והן באשר לתוקפו של הסעיף.

אשר על כן התביעה והבקשה לצו מניעה נדחים.

הוצאות הנתבע בסך 15,000 ₪ ישולמו על ידי התובע.

ניתן היום, ג' כסלו תשפ"ב, 07 נובמבר 2021, בהעדר הצדדים.

אירית קלמן ברום, שופטת

1