

מקומם של פיצויי קיום במכרזים ציבוריים

עו"ד מאיר שריקי

תל-אביב, אוגוסט 2013

פרק א': מבוא

דיני המכרזים חובקים נושאים רבים, וברבות השנים הם העסיקו ומעסיקים רבות את בתי המשפט בישראל. עד לתחילת שנות התשעים של המאה העשרים, כל סכסוך שנסב סביב שאלת תוקפו, פרשנותו וביצועו של מכרז, היה מובא להכרעה בפני בית המשפט העליון, בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק במסגרת עתירות לבג"צ, עד אשר הוקמו בשנת 2000 בתי הדין המנהליים¹, אליהם הועברה הסמכות להכריע בסכסוכים כגון אלה, ובכך הוקל העומס על בית המשפט העליון.

בעבודה זו נעסוק בשאלת מקומם של **פיצויי קיום במכרזים ציבוריים**, אך לצורך הבנת ההקשר של סוגיית פיצויי הקיום לדיני המכרזים, שומה עלינו לבחון תחילה את סיווגם המשפטי של דיני המכרזים, כענף ייחודי בדיני החוזים, לצורך החלת **כללי הפרשנות** והסעדים הרלוונטיים והמיוחדים להם.

עד שנגיע לדון בשאלת סיווגם של דיני המכרזים ובשאלת מקומם של פיצויי הקיום בדיני המכרזים, מן הראוי להקדים ולהזכיר מושכלות יסוד, כיצד הגדירה הפסיקה את המכרז. בבג"צ **אימפקס**² הגדיר השופט ברק (כתאורו אז) את המכרז ב-4 מאפיינים עיקריים אלה:

- מסגרת ממוסדת לניהול מו"מ לקראת כריתת חוזה רשות (ציבורית);
- שבה מתבקשות ע"י הרשות הצעות הנבחנות תוך תחרות חופשית;
- שמטרת התחרות היא השגת ההצעות הראויות ביותר מבחינתו של המזמין;
- תוך שמירה על עקרונות יסוד של שוויון, הגינות וטוהר המידות;

מבין המאפיינים הנ"ל, ולצורכי עבודה זו, להלן נייחד את הדיבור למאפיין הראשון, שעניינו **"ניהול מו"מ לקראת כריתת חוזה"**, ומאליה עולה השאלה, האם בשלב כה מוקדם של פרסום המכרז ע"י הרשות, עסקינן כלל במסמך בעל משמעות חוזית, עד כי יש להחיל עליו את הדוקטרינה של ניהול מו"מ בתו"ל לקראת כריתת חוזה, כמשמעותה בסעיף 12 לחוק החוזים הכללי, או שמא נאמר כי בשלב מוקדם זה, המכרז אף טרם נכנס לטרקליניהם של דיני החוזים, וטרם הגיעה השעה לעשות שימוש בדוקטרינת ניהול מו"מ בתום לב, שהרי טרם נעשה דבר, ואף טרם פורסמה/הוגשה "הצעה" מטעם מפרסם המכרז, אלא לכל היותר פנייה/הזמנה לציבור להציע לו הצעות.

גם אם נניח כי עצם פרסום המכרז ע"י הרשות מתניע בעצם את תהליך ניהול המו"מ לקראת כריתת החוזה, עדיין עומדת בעינה השאלה, באיזה שלב משלבי ניהול המכרז משתלב שלב המו"מ, על השלכותיו החוזיות? שאלת מיקומו של המו"מ בניהול המכרז איננה שאלה תיאורטית, ויש לה חשיבות משפטית ומעשית כאחד על יחסי המזמין והמציע, שכן בשלב מוקדם זה, ניתן לחשוב, שלכאורה, כל מה שנעשה הוא פרסום המכרז ע"י המזמין כאקט חד-צדדי מצידו.

יתרה מזו, אחד מכללי היסוד בדיני המכרזים הציבוריים הוא האיסור לנהל משא-ומתן במסגרת הליכי המכרז בין מפרסם המכרז לבין מציע אחד או יותר (אלא אם כן הדבר נעשה בכפוף לתקנות המכרזים או נקבעה אפשרות כזו מראש בתנאי המכרז, וגם אז יש לממשה בשוויון ובדרך הוגנת עם כל המציעים)³. כלל זה נובע מהעיקרון המחייב כי המכרז יתנהל בתנאים של אמון, שוויון ותחרות הוגנת בין המציעים השונים, ואין לאפשר חילופי דברים והחלפת דעות, העשויים להכניס שינויים בהצעה של מציע זה אחר. מכאן

¹ **חוק בתי משפט לעניינים מנהליים, תש"ס-2000**. בשלב ראשון הועברו אליהם ענייני מכרזים, ובשלב מאוחר יותר גם תובענות ייצוגיות.

² 118/83, **אינוסט אימפקס נ' מנכ"ל משרד הבריאות**, פ"ד לח(1) 729.

³ ע"א 6926/93, **מספנות ישראל בע"מ נגד חברת החשמל**, מפי השופט חשין.

עולה לכאורה כי מכרז ומו"מ הם תרתי דסתרי, וקיימת סתירה פנימית אינהרנטית בין הליך המכרז, שכבר עם פרסומו ניתן לדעת כיצד ייראה החוזה שייחתם בסופו של דבר בין מפרסם המכרז לבין המציע שהצעתו תוכרז כזוכה, לבין משא-ומתן חופשי. בעוד בהליך המכרז אין מקום לדיונים, להצעות ולהצעות נגדיות, הרי במשא-ומתן רגיל מתרחשים תהליכים העשויים להשפיע על דמותו של החוזה שייחתם בסופו של דבר בין הצדדים, מבלי יכולת לדעת מראש כיצד ייראו תנאיו הסופיים של חוזה כזה. תהייה זו מוצאת את פתרונה בפסיקה במסגרת המוסד החוזי הקרוי "**החוזה הנספח**". כאמור בעניין **אימפקס** לעיל, נקבע כי הליך המכרז יוצר "**מסגרת ממוסדת לניהול מו"מ לקראת כריתת חוזה**", המהווה את "**החוזה הנספח**", והוא מטיל על כל אחד מהצדדים, הנוטלים חלק בהליך המכרז, חבויות שונות, ובלשון פרופ' י' זמיר⁴: "**עיתן לראות במכרז התחייבות-מכללא לנהוג בהצעות שתתקבלנה על-פי דיני המכרז; ההשתתפות במכרז על יסוד הבטחה זו, יוצרת חוזה בין הרשות לבין המשתתף וסטייה של הרשות מדיני המכרז תהווה הפרת החוזה**". דברים דומים נאמרו לימים ע"י השופט ברק (כתוארו אז) בפרשת **בית יולס**⁵: "**עם ההיענות להזמנתו של בעל המכרז נכרת חוזה בין בעל המכרז לבין המשתתפים, באשר לתנאים במסגרתם תטופל ההצעה ויעשה הקיבול. זהו 'חוזה נספח', מעין מנוע עזר המסייע למטוס לנוע על מסלול שדה התעופה בטרם יופעלו המנועים העיקריים להמראה ולטיסה**".

נמצאנו למדים איפוא כי המכרז מהווה חלק מהשלב הטרם חוזי של ניהול מו"מ, והוא משתרע על כל השלב הקודם לגמירות הדעת לקראת חתימת חוזה. זהו **שלב החוזה הנספח**, הקובע את "כללי המשחק" בין הצדדים – מפרסם המכרז והמשתתפים – לקראת כריתת החוזה הראשי הגלום במכרז. במסגרת 'החוזה הנספח', בכל השלב שבין פרסום המכרז ועד להשלמת הקיבול, חייבת הרשות לנהוג בתו"ל ובהגינות עם כל המציעים, ועליה לקיים את התחרות ביניהם להשגת ההצעות הראויות ביותר מבחינתה, תוך שמירה קפדנית על עקרונות יסוד של שוויון, הגינות וטוהר המידות, ובה במידה על המציעים השונים לנהוג בהתאם למתחייב מאותם 'כללי משחק'. כך למשל, על המציע להגיש את הצעתו המסוימת עפ"י מסמכי המכרז, ולשלשל אותה לתיבת ההצעות במועד שנקבע לכך, ומשעה שקובלה הצעתו, אין הוא יכול לחזור בו ממנה, ואם יעשה כן, הוא צפוי לסנקציות הכלולות בתנאי המכרז, לרבות חילוט ערבות המכרז אותה צירף להצעתו.

ניתן איפוא לסכם ולומר כי 'החוזה הנספח', חולש על יחסי הצדדים למן רגע פרסום המכרז ועד להתקשרות עם המציע-הזוכה, ובתור שכזה, החוזה הנספח מעניק לצד הנפגע מהפרתו ע"י הרשות, את כל הסעדים של חוק התרופות, לרבות צווי אכיפה או אף 'פיצוי קיום'.

כחלק בלתי נפרד מהעיסוק בשאלת מקומם של פיצויי הקיום בדיני המכרזים, וכדי לבחון אם פיצויי הקיום נכללים ב"סל התרופות" העומדות לרשות הצד הנפגע, יש לבחון איפוא את המתודולוגיה הפרשנית, המשמשת את בתי המשפט בסוגיית פרשנות מכרזים, תוך בחינת השאלה המקדימה האם ראוי בכלל להחיל על המכרז את כללי הפרשנות המקובלים בדיני חוזים, או שמא יש לפתח כללי פרשנות ייחודיים לדיני המכרזים, על הסעדים הרלוונטיים להם. בחינה זו תיעשה בשלושה היבטים:

ראשית, נדון בתמצית במלאכת הפרשנות המשפטית הכללית.

שנית, נפנה להבין באלו נסיבות מתעורר הצורך בפרשנות, כאשר הטקסט המשפטי הוא מכרז.

⁴ במאמרו "**דיני מכרזים ציבוריים**", הפרקליט כ' (תשכ"ד) 226

⁵ ע"א 207/79, **רביב משה ושות' בע"מ ואח' נ' בית יולס בע"מ ואח'**, פ"ד לו(1) 533

שלישית, נדון בפסיקה העוסקת בפרשנות המכרזים, תוך בחינת יתרונות, חסרונות ושיקולי המדיניות. בבחינת שאלת הפרשנות הנוגעת לדיני המכרזים דווקא, מן הראוי להתעכב בקצירת אומר ובתמצית הדברים על השאלה הכללית יותר, מהי פרשנות משפטית? כידוע, אבי תורת "הפרשנות התכליתית" בישראל הוא הנשיא אהרון ברק.⁶ לדידו, כל טקסט משפטי זקוק לפרשנות, ומתפקידו של השופט לשמש בראש ובראשונה כפרשן. לשיטתו, בבוא השופט לגשת למלאכת פרשנותו של טקסט, עליו להיות מונחה, בראש ובראשונה, בהבנת תכליתו והמטרה אותה הוא בא להגשים. הקשר הראשוני אליו מכוון הנשיא ברק הוא הקשר בין הטקסט לבין הנורמה הגלומה בו.⁷ הטקסט הוא הכלי המבטא את הנורמה, והנשיא ברק אינו מסתפק רק בבחינת המכשיר עצמו, אלא הוא בוחן גם את נבכי הנורמה עצמה כדי לחתור לתכליתו. זוהי לדידו מהותה של הפרשנות המשפטית, וזוהי בעיניו המלאכה המוטלת על הפרשן. חשיבותה של מלאכת הפרשנות כה רבה בעיניו עד כי ייאמר שילשפוט משמעו לפרש⁸.

השופט ברק מונה שלושה מרכיבים לפרשנות⁹: **המרכיב הלשוני**, התוחם את המסגרת שבתוכה תיערך הפרשנות; **מרכיב המטרה**, אשר באמצעותו נעשית הבחירה בין מספר משמעויות לשוניות, המסמלת את המטרה לשמה נועד הטקסט המשפטי; **מרכיב שיקול הדעת השיפוטי**, שאליו מגיעים, כאשר גם המרכיב השני אינו מספק תשובה חד משמעית. כל המרכיבים הללו צריכים להימדד ע"י הפרשן באמת מידה אובייקטיבית, ועליו לשים עצמו בזמן עבר, ולהתחקות אחר המשמעות לשמה נועד הטקסט. הביקורת על מלאכת הפרשנות המוצעת לעיל ע"י הנשיא ברק מתמצית בעיקר בעובדה שגוף חיצוני, ניטרלי, שאיננו מעורב כלל בניסוח הטקסט, הוא דווקא זה המתבקש להעניק לו את הפרשנות. במצב כזה, לעולם יתקיים החשש להחטאת המטרה לשמה נועד הטקסט, שהרי פרשנות הינה מלאכה אינטלקטואלית-פילוסופית גרידא. כאשר עסקינן במכרז (ובענייננו בעיקר מכרזים מטעם הרשות), הבעיה מתחדדת אף יותר, שכן צצה ועולה השאלה, עד כמה רצויה תהיה התערבות פרשנית של גורם חיצוני מבקר – כאשר יש לזכור כי מטרת המכרז היא לשרת אך ורק את מפרסם המכרז (הרשות) ואת צרכיו נשוא המכרז, וכל התערבות חיצונית עלולה לפגום בהשגת מטרה זו (וראה עוד להלן בהמשך הדברים).

* * *

*

6 בספרו "הפרשנות חיונית למשפט".
7 ברק, לעיל, בעמ' 112.
8 ברק, לעיל, בעמ' 159.
9 ברק, לעיל, בעמ' 222.

פרק ב': יחסי הגומלין בין דיני החוזים הכלליים לבין דיני מכרזים

(1) פרשנות המכרז על רקע דיני החוזים:

בהיות שאלת פיצויי הקיום חלק ממשטר התרופות של דיני החוזים, מן הראוי לבחון את הצורך הפרשני של המכרז תוך בחינת מאפייניו ומרכיביו, וכיצד יש להבינו מעבר לטקסט הכתוב. בהיות המכרז, כטקסט משפטי, חלק מדיני החוזים הכלליים, יש להחיל עליו פרשנות מיוחדת תוך התייחסות לעובדה כי עסקינן בחוזה מסוג מסוים, אליו יש לצקת את כללי הפרשנות הרצויים לו. בשל מעורבות הרשות במכרזים, הדבר אף רצוי ותכליתי, שכן יש לייחד להם כללי פרשנות שיעלו בקנה אחד עם המדיניות השיפוטית הרצויה, שיהיה בה כדי לבסס היטב את הנורמה הגלומה בפרשנות.

נקודת עוגן לדיון בשאלה זו ניתן למצוא בפסה"ד שניתן בעניין **אלישרא**¹⁰, מפי השופטת שטרסברג-כהן, העוסק בסוגיית פרשנות המכרז. בעניין זה חוזרת השופטת שטרסברג-כהן על ארבעת מאפייניו של המכרז, כפי שנקבעו ע"י הנשיא ברק בפרשת **אימפקס** לעיל, ובסכמה את ההלכה בשאלה זו (שאף נדונה בפסקי דין קודמים), בדבר האופן שבו יש לפרש את טקסט המכרז, היא קובעת כי **'המכרז כפוף לשת** מערכות דינים החלות עליו בו זמנית – דיני החוזים והמשפט הציבורי"¹¹.

בית המשפט העליון העניק איפוא למכרז שתי משמעויות הקשורות לפן החוזי שלו: האחת, המכרז כהזמנה להציע הצעות - ההשתתפות במכרז היא ההצעה, והחלטת בעל המכרז היא הקיבול. השנייה, בעל המכרז מציע הצעה לגבי כללים מסוימים על פיהם ינוהל המכרז (כללים טכניים) ואילו בהגשת ההצעות של המשתתפים יש משום קיבול של "החווה הנספח".

אנו רואים איפוא, כי בית המשפט העליון בחר לפרש מכרז על פי דיני החוזים, אולם אין אנו פטורים מלעסוק בשאלה, האם ראוי להעניק למכרז מובן של חוזה, על כל המשתמע מכך. כדי להשיב על שאלה זו, להלן נבחן את השיקולים העומדים ביסוד הקביעה לפיה מכרזים יש לפרש על פי דיני החוזים:

(א) השיקול הכלכלי – אין ספק כי המכרז הינו בעל פן כלכלי מובהק¹², שנועד להשיא למפרסם המכרז את התועלת המירבית שתופק מהזוכה במכרז. מרכיב זה הינו בעל חשיבות ראשונה במעלה, אולם במסגרת הפרשנות "החוזית" המוענקת למכרז ע"י בית המשפט, הוא עלול לאבד מחשיבותו. הפן הכלכלי הוא לב ליבו של המכרז והוא משקף את המטרה לשמה נועד המכרז, קרי, לבחור, במסגרת של תחרות, תוך בחינת השיקול הכלכלי, את המשתתף האופטימאלי שיציע למפרסם המכרז את השירות שישא לו את מקסימום התועלת. שיקול כלכלי כזה נדון בפסה"ד בעניין **מחלב**¹³, שם פורש המכרז באופן המאפשר להרחיב ולהגמיש את הפעילות העסקית, כדי להשיג קשת רחבה יותר של מציעים, שתוביל להגברת התחרות, ואף תוביל להורדת מחירים וחסכון בכספי הציבור.

¹⁰ ע"א 4605/99, **אלישרא מערכות אלקטרוניות נ' רשות שדות התעופה**, פ"ד נה (1) 1.
¹¹ ראה גם: בג"צ 18/82, 632/81, **מיגדה בע"מ נ' שר הבריאות**, פ"ד לו(2) 673; בג"צ 462/79, **שרביב בע"מ נ' ראש עיריית נהריה**, פ"ד לד(1) 467; בג"צ 22/82, **בית יולס נ' רביב**, פ"ד מג(1) 441.
¹² שם, בהערה 6, עמ' 938, מדגישה השופטת את המטרה הכלכלית של המכרז.
¹³ עת"מ (תל-אביב-יפו) 1381/02, **מחלב גדי שירות הסעות נ' עיריית רעננה**, תק-מוח 2003 (2) 2553, בפסקה 5.

(ב) האם מתיישבים כללי היסוד של דיני המכרזים עם כללי היסוד של דיני החוזים ?

שאלה זו היא בעלת נפקות רבה לענייננו, שכן סתירה בין שתי מהויות אלה, עלולה להוביל למסקנה כי על אף הדמיון הקיים בין החוזה לבין המכרז, עדיין השיוך ביניהם הוא שגוי. בפס"ד **אלישרא** מונה השופט שטרסברג-כהן את כללי היסוד העומדים בבסיס דיני המכרזים: שמירה על השוויון, שמירה על תחרות הוגנת ושמירה על טוהר המידות. לשלושה אלה היא מוסיפה כלל חשוב נוסף והוא, **הגנה על הציפיות הסבירות של משתתפי המכרז**. בהקשר זה עולה השאלה, האם כללי היסוד הללו עולים בקנה אחד עם פרשנותו של המכרז כחוזה ? האם אלו יכולים להתיישב עם העקרונות הבסיסיים של דיני החוזים, כגון חופש הצדדים לעיצוב החוזה וחופש ההתקשרות, חתירה להבנת ולהשגת אומד דעת הצדדים בעת ההתקשרות וכיוצא ב ? להבנתנו, רק הכלל האחרון, בדבר שמירה על ציפיותיהם הסבירות של הצדדים, יכול להתיישב עם רוחם של דיני החוזים, שכן ניתן להמשילו לאינטרס ההסתמכות או לאינטרס הציפייה, הזוכים להגנה במסגרת דיני החוזים.

(ג) האם יש לשאוב את כללי הפרשנות מדיני החוזים לתוך דיני המכרזים ?

בפס"ד **אלישרא** השיבה השופטת שטרסברג-כהן בחיוב לשאלה זו והחילה מספר כללי פרשנות הלקוחים במובהק מדיני החוזים והחילה אותם על דיני המכרזים:

(1) **פרשנות המקיימת את החוזה עדיפה על פרשנות הפוסלת אותו**: בהקשר זה מביאה השופטת

שטרסברג-כהן את נימוק ההגנה על **ציפיותם הסבירה של המשתתפים במכרז**¹⁴. לדידה, מקום בו ניתן להעניק מספר פרשנויות, המתיישבות עם לשון המכרז ותכליתו, אזי יש להעדיף את זו המאפשרת את קיומה של הצעת המשתתף על פני כזו הפוסלת אותה.

(2) **העדפת כלל פרשנות אובייקטיבי על פני פרשנות סובייקטיבית**: בהקשר זה מדובר בייבוא ישיר

של כלל פרשני מובהק מדיני החוזים, אך עולה השאלה האם בהקשר של דיני המכרזים, יש מקום לאימוץ כלל פרשני אובייקטיבי ? כמבואר לעיל, מענה חד-משמעי לשאלה זו אינו פשוט כל עיקר שכן, **מחד גיסא**, מדובר במכרז, שכל מהותו היא לשרת את מפרסם המכרז במציאת משתתף שיספק לו את השירות הטוב, הזול והיעיל ביותר. לפיכך לא ניתן לצפות כלל לפרשנות אובייקטיבית של המכרז, שעה שהכוח והעוצמה נתונים דווקא בידי מפרסם המכרז להשגת מטרתו, ומן הראוי היה לאמץ דווקא כלל פרשני סובייקטיבי, על פי הבנתו ורצונו של מפרסם המכרז. **מאידך גיסא**, ההגינות והשוויון במכרז אכן מחייבים אימוץ של כלל פרשני אובייקטיבי, שכן עפ"י רוב עסקינן במפרסם מכרז שהוא הרשות, ומטבע הדברים שהוא מצוי מראש בעמדת כוח, וכדי לרסן ולאזן עמדה בלתי שוויונית זו, עדיף דווקא לאמץ כלל פרשני אובייקטיבי.

(3) **אימוץ כלל הפרשנות נגד המנסח**: מטרת הכלל היא לתמרץ את בעל המכרז לנסח את כלליו

בבהירות ובאופן חד משמעי ככל שהדבר ניתן. אולם, גם בנושא זה עומדת בעינה השאלה, האם ראוי לאמץ כלל זה במסגרת דיני המכרזים ? כפי שכבר צוין לעיל, כלל פרשני זה חוטא לתכליתו הכלכלית והעיקרית של המכרז, שנועדה לספק את צרכי הרשות, מפרסמת המכרז. היא זו הקובעת את תנאיה ואת צרכיה, ומי שמוכן לקבל על עצמו לספק את השירות, מן הראוי שיקבל על עצמו גם את תנאיה, מבלי שירחף מעל ראשה של הרשות החשש התמידי כי יתכן שביום מן הימים היא תיאלץ לשנות את צרכיה במכרז או להתפשר עליהם, רק משום שביהמ"ש החליט כי תנאי כלשהו מתנאי החוזה לא היה ברור דיו, וכך תצא מטרתו הכלכלית של המכרז בהפסדו.

14 ראה גם רע"א 3343/00, מפעלי תחנות בע"מ נ' רשות שדות התעופה, תק-על 2000 (3) 248, פסקה 9 להחלטה.

(4) **התחקות אחר כוונת הצדדים לאיתור "אומד דעתם"**: לדעת השופט שטרסברג-כהן, מן הראוי שכלל זה יאומץ גם הוא במכרזים, שכן בעל המכרז הוא המנסח, והמשתתף אמור לקבל עליו את תנאיו כמות שהם, ועל כן יש להתחקות אחר כוונת בעל המכרז. גם יישומו של כלל זה על דיני המכרזים אינו נקי מספקות, שכן אין דינה של התקשרות המתבצעת במסגרת המכרז, כדין התקשרות מן הסוג המתבצע במסגרת חוזה רגיל. בעוד שבחווה רגיל, שני הצדדים שותפים באופן הרמוני ליצירת ההתקשרות, ומתנהל ביניהם מו"מ דינמי שבסופו הם מגיעים לשילוב רצונות ולהתקשרות, הרי כאשר במכרז עסקין, ניתן יותר לקבוע כי תנאי ההתקשרות מוכתבים ע"י מפרסם המכרז ומי שמבקש לזכות בו, עליו לקבלם כמות שהם בבחינת **"קבל או דחה"**. מבחינה זו, ההתחקות אחר "אומד דעתם" של הצדדים במכרז, אינה כה מובנת מאליה כמו בחוזה רגיל, ויותר משיש לבחון את אומד דעת הצדדים, יש לבחון את אומד דעתו של מפרסם המכרז.

(2) **נפקות הקביעה הפרשנית של מכרז בהתקשרות חוזית:**

לקביעה הפרשנית כי המכרז כמוהו ככל התקשרות חוזית, יש מספר נפקויות על מערכת היחסים שבין מפרסם המכרז לבין המציע, ולהלן נבחן מספר נפקויות, אליהן עוד נשוב ונזדקק בהמשך, בדוננו בשאלת פיצויי הקיום כחלק ממשטר הסעדים החלים על מערכת יחסים זו.

(2.1) **חזרת המציע הזוכה מהצעתו**: בפסקי הדין בעניין **מיגדה**¹⁵, **שרביב**¹⁶, ו**אלחנפא**¹⁷, ובהמשך גם בפסה"ד בעניין **מחלב**¹⁸, כחוט השני חוזרת בהם הקביעה כי מאחר שהמכרז מהווה הזמנה להציע הצעות, והגשת הצעת המשתתף הינה בגדר "הצעה", הרי הודעה בדבר הזכייה במכרז מהווה הודעת ה"קבול" של מפרסם המכרז, ו"משנבחרת ההצעה ונעשה מעשה הקיבול נכרת חוזה". מכאן שכל החלטה או פעולה בשלב מאוחר יותר, הינה בגדר פעילות המתרחשת בתקופה החוזית. לאור הלכה זו, קבע בית המשפט כי כל פעולה, ואפילו אי-פעולה, בתקופה זו תיחשב להפרת חוזה, וממנה ינבעו הסעדים העומדים לצדדים על פי דיני החוזים. זהו השלב שבו נבלע המכרז בתוך החוזה, וחדל להתקיים¹⁹. מעניין להזכיר בהקשר זה את הקביעה בפסה"ד בעניין **אלחנפא**²⁰, שבו משחזרה בה הזוכה במכרז, עתרה השנייה בתור לביהמ"ש לקבוע כי תוכרז היא כזוכה במכרז, אולם לאור הקביעה כי לאחר הקיבול נבלע המכרז בתוך החוזה (וכך סוברת **פרופ' ג' שליו**²¹) נקבע, כי לאחר כריתת החוזה על ידי אקט הקיבול, בא המכרז לסיומו, ואם לאחר הזכייה הודיעה הזוכה על ויתור, הרי יש לראות בכך משום ביטול החוזה או הפרתו, על כל הכרוך בכך, ואין בהתפתחות מעין זו כדי להקים את המכרז "לתחייה". במקרה כזה, אמנם עומדת לרשות האפשרות לפרסם מכרז חדש, אם כי, לדעת השופט בך בעניין **אלחנפא**, בטרם תפרסם הרשות מכרז חדש, יש לתת את הדעת לשיקולים אחרים בדבר שינוי בנסיבות, שיקולים כלכליים, שיקולי הגינות, צדק ותום לב.

15 ע"א 688/81, מיגדה בע"מ נ' שר הבריאות ואח', פ"ד לו(4) 85, פסקה 8 לפסק דינו של השופט ברק
 16 בג"ץ 462/79, שרביב נ' ראש עיריית נהריה, פ"ד לד(1) 467, פסקה 6 לפסק דינו של השופט ברק
 17 ע"א 3549/90, אלחנפא מסחר ושירותים בע"מ נ' עמידר, פ"ד מה(3) 578, פסקה 4 לפסק דינו של הש' בך.
 18 שם, הערה 9, פסקה 8 לפסה"ד.
 19 ג. שליו, דיני חוזים (תשנ"ה) 651.
 20 שם, הערה 13, פסקה 4 לפסק דינו של הש' בך.
 21 ג' שליו, חוזי רשות בישראל, (ירושלים, תשמ"ה) 57.

2.2) **קיבול תוך כדי שינוי**: נפקות נוספת הנובעת מסיווג המכרז כחוזה, נובעת מהכלל בדיני החוזים בדבר "קיבול תוך כדי שינוי", שכמוהו כ"הצעה חדשה". נפקות זו ראויה לבחינה מיוחדת במסגרת דיני המכרזים.

בפסה"ד בעניין **שרביב**²² חוזר השופט ברק על ההלכה בדבר היות המכרז בעל פן חוזי, המהווה הזמנה להציע הצעות, והתהוותו של חוזה על ידי הצעה וקיבול. משנבחרה ההצעה הראויה, נעשה מעשה הקיבול, ונכרת החוזה. במצב הדברים הרגיל בעל המכרז מבצע קיבול של הצעה פלונית, תוך דחיית שאר ההצעות, או אף דחיית כל ההצעות.

הקיבול חייב לחפוף את ההצעה²³ ושינוי מהותי בתנאי המכרז אינו מהווה קיבול, אלא הריהו בגדר **הצעה חדשה**. כך למעשה, קיבול תוך שינוי, אינו מביא לכריתת חוזה על פי ההצעה המקורית, ובמקרה כזה ברירת הקיבול עוברת אל המציע המקורי ועימה גם כוח הסירוב. המציע אינו מחויב לדבוק בהצעתו או להתאימה לשינוי בקיבול²⁴. בפסה"ד בעניין **פבר**²⁵ החמיר השופט ברק בגישה זו באומרו, כי לא רק שמציע אינו רוכש לעצמו "זכות קנויה" להמשיך בהליכי המכרז הישן עפ"י ההצעה החדשה, ולא רק שלא מוטלת על בעל המכרז החובה להמשיך במכרז המקורי מהשלב בו הופסק, אלא שמוטלת על שני הצדדים החובה שלא להמשיך בהצעה החדשה במסגרת המכרז המקורי.

פתרון אחר אפשרי לסיטואציה מעין זו, הוא "פיצול" ההצעה. יכול והפיצול יתבטא בכך שבעל המכרז יבקש לקבל חלק מהצעתו של פלוני (תוך דחיית יתרת הצעתו) וחלק מהצעתו של אלמוני (תוך דחיית יתרת הצעתו), או יתכן כי הפיצול יתבטא בכך, שבעל המכרז יבקש לקבל חלק מהצעתו של פלוני תוך דחיית כל היתר. משמעות הדבר היא כי לגבי חלק מהעבודה לא ייכרת, בשלב זה, כל חוזה. כאשר בעל המכרז מבקש לקבל רק חלק מההצעה, הרי הקיבול אינו חופף את ההצעה, והוא מהווה שינוי לעומתה. קיבול כזה כמוהו כהצעה חדשה. על-פי כללי המכרז, אין לנהל משא ומתן על הצעה חדשה זו במסגרת המכרז המקורי, אלא יש לקיים מכרז חדש. השיקול העומד בבסיס גישה זו הוא ההגינות כלפי שאר המציעים. גם כאן מתגלה משמעותו הכלכלית-עסקית של המכרז, כאשר הצעתו של מציע מהווה איזון בין יסודות שבהם יש לו יתרונות ורווחים, לבין יסודות שבהם יש לו חסרונות והפסדים. על יסוד איזון זה הוגשה הצעתו בשלמות אחת.

כדי שבעל המכרז יוכל לבצע "פיצול", עליו לשמור לעצמו בצורה ברורה ומפורשת את הזכות, במסגרת תנאי המכרז. כך למעשה המציע ידע כי הוא נוטל על עצמו את הסיכון של הפיצול. באופן זה, בהיות הפיצול חלק מתנאי המכרז, אין לומר על הקיבול החלקי כי הוא מהווה הצעה חדשה, והקיבול של חלק מההצעה מהווה הלכה למעשה ביצוע המכרז המקורי.

נפקותה של קביעה זו היא מכרעת בכל הנוגע לדיני המכרזים. נראה כי בעיקרו של דבר, **שיקולי צדק והגינות** הנחו את בית המשפט במסקנתו זו בפסה"ד בעניין **מיגדה**²⁶:

(1) הגנה על ציפיותם הסבירה של המשתתפים במכרז, אשר כלכלו צעדיהם על יסוד מערכת נתונים, שהועמדה לרשותם על-ידי הרשות הציבורית, לפיה ההחלטה תיפול על יסוד מערכת נתונים זו.

22 בג"צ **שרביב**

23 **מיגדה**, פסקה 8 לפסק דינו של ברק

24 ע"א 3643/97, **כהן עיצובים בע"מ נ' מדינת ישראל פ"ד נג(5) 553**, פסקה 7 לפסק דינו של הש' ריבלין.

25 בג"צ 545/82, **פבר נ' מנהל מדור החוזים**, פ"ד לז(1) 441, פסק-דינו של הש' ברק.

26 **מיגדה**, פסקה 8 לפסק דינו של השופט ברק

(2) הרצון שלא לפגוע במציעים, במתחרים פוטנציאליים, אשר לא הגיבו על ההזמנה להציע הצעות, אך ייתכן כי היו מגיבים, לו ידעו, כי ההזמנה כוללת בחובה נתונים חדשים, השונים באופן מהותי מהנתונים המקוריים. שינוי התנאים פוגע בציפייתם שלהם.

(3) עפ"י רוב, בעל מכרז עשוי לבוא בדברים עם המציעים השונים או חלקם, לצורך גיבוש הצעה חדשה, אולם משא ומתן זה פסול הוא, בהיותו פוגע בעקרון השוויון.

(4) מבחינת דיני המכרזים, המכרז המקורי יכול לשמש "בית קיבול להצעה המקורית" בלבד, ואילו ההצעה החדשה אינה יכולה "לצמוח" במכרז המקורי, אלא היא זקוקה למקור מחיה חדש משלה בדמות מכרז חדש. הלכה זו ניתן לבסס גם בשיקולים כלכליים רבי משמעות למפרסם המכרז, כגון: חסכון בעלויות ובהוצאות רבות הן למפרסם המכרז והן למציעים. אולם, כאשר הרשות משריינת לעצמה את הזכות לפצל את המכרז, בכך מכוונת היא את המציעים לצרכיה המיוחדים ותוכל לחסוך מעצמה את הצורך לערוך מכרז נוסף.

(5) ככל שדרישות מפרסם המכרז יותר ספציפיות, ישירות ומכוונות, כך ניתן יהיה ליעל את הליך המכרז, לחסוך בעלויות מיותרות ולהתמקצע בו.

2.3 **תוצאת ביטול המכרז:** נפקות נוספת הראויה להתייחסות היא מסקנת ביטול המכרז, שהיא פועל יוצא של מלאכת הפרשנות החוזית, אותה יש להחיל על המכרז. מאחר שהפסיקה בחרה לפרש מכרז כ"חוזיה", הרי שעפ"י אמות המידה הפרשניות, עלולה להתקבל הקביעה שבנסיבות מסוימות כלל לא נכרת חוזה, ולדעת ג' שלי²⁷, זהו כישלון של הליך הפרשנות של המכרז כחוזיה. קביעה כזו תוצאותיה קשות, שכן היא תוביל לפגיעה קשה בעיקרון התחרות השוויונית ובזבוז משאבים רבים של שני הצדדים, ברוב המקרים הרבה מעבר לפגיעה בהקשר של חוזים רגילים. לדעתנו יש לאמץ את הגישה שנקבעה בפסה"ד בעניין **טרפיטק טכנולוגיות**²⁸, ולקבוע שמן הראוי יהיה כי במסגרת דיני המכרזים, ניתן יהיה לנקוט גישה מחמירה ולהגיע לתוצאה של ביטול מכרז, רק באותם מקרים קיצוניים שבהם נמצא חוסר ניקיון כפיים וחוסר תום לב מצד מי מהצדדים למכרז. בהעדר עילה כזו, אין לדעתנו מקום להביא לתוצאה מרחיקת לכת של ביטול המכרז, שכאמור, תוצאתו קשה וחמורה שבעתים מביטולו של חוזה רגיל.

2.4 **התקשרות בעל פה או בהתנהגות:** נפקות נוספת מאוזכרת בפסה"ד בעניין **נידר**²⁹. כפי שכבר צוין לעיל, הליכי המכרז, משלב פרסומו ועד להכרזת הזוכה במכרז, מסווגים כשלב "טרום חוזי", והודעת מפרסם המכרז על קיבול הצעת המציע מהווה אקט ההתקשרות החוזית, אף אם לעיתים טרם נחתם החוזה הפורמלי. בהקשר זה, כידוע, דיני החוזים חלים על ההתקשרות גם מקום בו זו נעשתה בעל-פה או נלמדה מהתנהגות. נשאלת השאלה, האם ראוי שגם במסגרת המכרז, יחול כלל זה של התקשרות בין המציע לניצע אפילו היא נלמדה מהתנהגות הצדדים או מחילופי דברים ביניהם? דומה שלאור כללי הפרשנות המיוחדים לדיני המכרזים, לא יכולה להיות תחולה לכלל זה, שכן בעוד תכליתו של כלל זה בדיני החוזים היא הרחבת קשת ההתקשרויות האפשריות, והכול כדי לקיים את כלל הזהב בדבר חופש ההתקשרות בין שני צדדים לחוזה, הריהו נוגד את אופיו של המכרז, שההתקשרות בו נלמדת משני מרכיביה הקלאסיים, ההצעה והקיבול – ובפרשנות

²⁷ בספרה לעיל של פרופ' ג. שלו, עמ' 293, הערה 19.

²⁸ עת"מ (ירושלים) 373/01, **טרפיטק טכנולוגיות נ' מדינת ישראל**, תק-מח 4/2001, בפסקה 8 לפסה"ד.

²⁹ ת"א (ירושלים) 1235/99, **נידר חברה לבניין נ' מדינת ישראל**, תח-מח 1/2003 (1) 953. פסקה 15 לפסה"ד.

מצמצמת ודווקנית: על ההצעה להיות כתובה, ברורה וחד משמעית, וכמוה גם מעשה הקיבול צריך להיות כתוב וחד-משמעי. **עמדה דווקנית זו עולה בקנה אחד עם ההגנה על ציפיותיהם הסבירות של הצדדים**, על מנת שיוכלו לדעת באופן שאינו מותיר מקום לספק מיהו הזוכה במכרז. זוהי גם עמדת הפסיקה הדורשת אקט ברור וחד משמעי של קיבול, על אף שבעבר התגלעה מחלוקת בשאלת תוקף מועד הקיבול. הגישה המרחיבה³⁰ גרסה כי עצם קבלת ההחלטה על הזוכה מהווה את הקיבול, ואילו הגישה הדווקנית והשלטת גורסת כי הקיבול מתקיים אך ורק בעת מסירת ההודעה על הזכייה לזוכה באופן שאינו מותיר ספק כי הושלם המעבר מהשלב הטרומי חוזי אל השלב החוזי³¹. גישה זו דורשת אקט ברור וחד משמעי, ולא ניתן להסתפק בדיבור על-פה או במעשה התנהגות.

(3) **לסיכום**, משביססנו לעיל את היסודות לקביעה כי המכרז הינו טקסט משפטי-חוזי, עליו יש להחיל את כללי הפרשנות של דיני החוזים, ממילא, במקרה של הפרת תנאי המכרז, יהיה מקום לעשות שימוש גם בתרופות ובסעדים המוכרים בחוק התרופות, ובכללם **"פיצויי הקיום"**. בהמשך הדברים נבחן את מיקומם של פיצויי הקיום בדיני המכרזים, את השיקולים והנסיבות בהן פסקו בתי המשפט בסוגיה זו, את התפתחות המגמה בהענקת פיצויי קיום, וכן את המצב המשפטי במדינות העולם, אך מעל כולם, את התייחסות המשפט העברי לדיני המכרזים, המשמש כידוע מקור והשראה לפי חוק יסודות השפיטה.

* * *

*

³⁰ פס"ד מיגדה, פסקה 8 לפסק דינו של השי' ברק.
³¹ פס"ד אלחנפא, פסקה 4 לפסק דינו של השי' בד.

פרק ג': פיצויי קיום בדיני מכרזים

כמו בדיני החוזים, כך גם בדיני המכרזים עשויה כל הפרה לזכות את המציע בסעדים משפטיים, אף אם טרם הוכרזה הצעתו כזוכה, במקרה נתון של הפרת חיובי בעל המכרז. המציע זכאי להגנה על ציפיותיו לזכות במכרז ועל הסתמכותו שהליך המכרז יונהל באופן שוויוני וצודק, ומטבע הדברים שסעדים בשל הפרת דיני המכרזים, יכול שיינתנו הן בשלב הטרום-חוזי (בתקופת 'החווזה הנספח') והן לאחר זכיית המציע במכרז, לאחר שהצעתו קובלה ע"י מפרסם המכרז.

כאמור, בעבודה זו נבחן את תרופת הפיצויים בראי דיני המכרזים, תוך מיקוד תשומת הלב לתרופת **פיצויי הקיום** והשיקולים ההולכים ומתרחבים, צריך לומר, להענקתם.

כבר הבהרנו בהרחבה בפרק ב' לעיל, כי המשפט הישראלי החיל את דיני החוזים על דיני המכרזים³², וכפועל יוצא, תביעת פיצויים שנולדה למציע, אשר זכותו להשתתף במכרז נפגעה או נשללה ממנו שלא כדין, ניתנת לביסוס גם על דיני החוזים, לרבות בשלב הטרום-חוזי (החווזה הנספח) וגם על דיני הנזיקין.

בכל הנוגע לביסוס החוזי לתביעת פיצויים, יכול המציע לזכות בפיצויים בהסתמך על הקשר החוזי שנוצר עם מפרסם המכרז כבר עם פרסום המכרז, במסגרת החווזה הנספח, שבו נוטל על עצמו מפרסם המכרז, מכללא, התחייבות חוזית כלפי המציעים השונים לנהל את המכרז באופן הוגן ושוויוני לכולם, וכל הפרה מצידו, בין אם מדובר בהפרת תנאי מתנאי המכרז (במישור המשפט הפרטי) ובין אם מדובר בהפרה של דיני המכרזים ככלל (במישור המשפט הציבורי) – מהווה הפרת חוזה כלפי המציע שנפגע מההפרה. מציע כזה, אשר נושג שלא כדין מהזכייה במכרז, זכאי לתבוע הן במסגרת החוזית כאמור, והן במסגרת השלב הטרום-חוזי, בהסתמך על סעיף 12 לחוק החוזים בעילה של חוסר תו"ל.

אך בטרם נבחן את התנאים, הנסיבות והשיקולים להענקת תרופת פיצויי הקיום, ובהיות אלה אחד ממרכיבי תרופת הפיצויים, נבחן להלן בקצרה את סיווגה ומרכיביה של תרופה זו במשטר התרופות במשפט הישראלי.

אחד מסוגי "הנזק" ברי הפיצוי המוכרים בחוק התרופות הוא הנזק בשל "הפסד רווח", הנגרם מהפרת חוזה. מטרת הפיצויים המשולמים בשל הפסד הרווח מהחוזה היא להעמיד את הנפגע מההפרה באותו מצב שבו היה נמצא אלמלא ההפרה, ואילו קיום החוזה כלפיו כהלכתו. פיצויים אלה מוגדרים כאותו ערך אותו מצפה הנפגע לקבל מהחוזה אלמלא הופר כלפיו, ואלה נקראים "פיצויי ציפייה" או "פיצויי קיום". במדרג התרופות העומדות לרשות הנפגע, יש לתרופת הפיצויים במשפט הישראלי מעמד שיורי (בבחינת אמצעי אחרון), שכן כידוע, שיטת המשפט הישראלי מעניקה מקום של בכורה לסעד האכיפה בדיני התרופות³³, בשונה מהמשפט האנגלו-אמריקאי, שבו הסעד הראשון במעלה הוא הפיצויים, ורק במקרה שאין בהם כדי להיטיב עם הנפגע במידה מספקת, הולכים לסעד האכיפה.

³² ראה פרק ב' לעיל

³³ ע"א 20/82, אדרס חומרי בנין בע"מ נ' הרלו את ג'ונס, פ"ד מב(1) 221

פיצויי הקיום נבדלים מ**פיצויי ההסתמכות**, הקרויים גם "**פיצויים שליליים**". מטרתם של אלה האחרונים היא לפצות את הנפגע על הנזק וההוצאות שנגרמו לו עקב הפרת החוזה כלפיו, לא בבחינת "הפסד הרווח" שנמנע ממנו כתוצאה מאי-קיום החוזה, כמו במקרה של פיצויי הקיום, אלא כדי למנוע ממנו נזק וחסרון כיס שנגרמו לו כתוצאה מהפרת החוזה ע"י הצד השני. במילים אחרות, בעוד שפיצויי הקיום עיניהם צופיות פני עתיד, והם מדלגים באופן רעיוני על פני המשוכה של הפרת החוזה ומציבים את הנפגע באותו מקום בו היה נמצא אלמלא הופר החוזה כלפיו, הרי במקרה של פיצויי ההסתמכות – אלה צופים פני עבר, והם נועדו בראש ובראשונה להציב את הנפגע במקום בו היה, ערב כניסתו להתקשרות החוזית הכושלת שגרמה לו להוצאות מיותרות ולנזק.

כפי שנראה להלן, בתקופה שלאחר חקיקת חוק בתי המשפט המנהליים, הפכו תביעות לקבלת פיצויי הקיום נפוצות בנוף דיני המכרזים, ולא אחת קורה שמציע הסבור כי נגזלה ממנו שלא כדין הזכייה במכרז, נוקט בהליכי תביעה נגד בעל המכרז לקבלת פיצוי על הרווח שנמנע ממנו כתוצאה מאובדן הזכייה במכרז, וכך עלולה קופת הציבור לצאת נפסדת פעמיים, שכן הרשות תצטרך במקרה זה לשלם את התמורה החוזית למציע שזכה במכרז ואף ביצע את העבודה על-פיו, ובנוסף, היא תיאלץ לשלם פיצויי קיום עפ"י פסק-דין גם למציע שנושל מהמכרז שלא כדין³⁴.

* * *
*

³⁴ יש לסייג אמירה נפוצה זו בכך, שהלכה למעשה, אין כאן משום כפילות מלאה בסכומים המשולמים, שכן המציע שביצע את העבודה מקבל תשלום על פי הצעתו שהתקבלה (לרבות רכיבי עבודה, חומרי גלם ורווח קבלני) בעוד שפסיקת פיצויי קיום נועדה לשקף את הרווח שנמנע מהמציע שנושל מזכייתו, הזוכה הוירטואלי.

פרק ד': משפט משווה בסוגיית פיצויי קיום בדיני מכרזים

(1) עמדת הפסיקה באנגליה:

הצורך להגן על זכויות הפרט במשפט המנהלי, גם באמצעות הענקת סעד כספי הוכר במשפט האנגלי, שממנו כידוע ינק המשפט הישראלי בכלל, והמשפט המנהלי בפרט. בעבר, המשפט המנהלי באנגליה לא הכיר בסעד הכספי, וזכויות הפרט זכו להגנה כספית, במקרה מתאים, רק ע"י שימוש בעוולות הכלליות שבדיני הנוזיקין.³⁵ אולם במשך השנים התפתחה בדיני הנוזיקין באנגליה עוולה נוספת שעניינה תביעה בגין פעולה שלטונית פסולה: "היזק במילוי תפקיד ציבורי" (misfeasance in public office). עוולה זו התפתחה כהשלמה חיונית להגנה על הפרט מפני השלטון, והיא מכירה בזכות תביעה נגד בעלי תפקידים מנהליים שהשתמשו בסמכותם המנהלית בזדון או בעצימת עיניים.

ראשית התפתחותה של עוולה זו מיוחסת לתקדים שנקבע בעניין Ashby v. White³⁶. במקרה זה הוגשה תביעה לאחר שנמנע מהתובע להשתתף בבחירות למרות שהיה זכאי לכך. כאשר נדונה התביעה בפני ה-King's Bench היא נדחתה, אולם בבית הלורדים נהפכו היוצרות, ונדחתה קביעת ה-King's Bench לפיה לא נגרם לתובע כל נזק, או שהנזק הוא בבחינת de minimis, ונקבע שעקב חשיבותה של הזכות, על שיטת המשפט להגן עליה באמצעות סעד מתאים.

במשך שנים רבות הוטל ספק בקיומה של עוולה זו, ואולם במחצית המאה ועשרים החלו שוב להופיע פסקי-דין שהכירו בקיומה של עוולת ה-misfeasance in public office. תחילה היו אלה פסקי-דין של מועצת המלכה (Privy Council), אך בהמשך ניתנו פסקי-דין דומים גם במשפטים באנגליה עצמה, **עד כי ניתן לומר שכיום לא קיים עוד ערעור על קיומה של עוולה זו במשפט האנגלי, ובשנים האחרונות נעשה בה שימוש גובר והולך.**

כך למשל, בעניין Asoka Kumar David v. M.A.M.M. Abdul Kader³⁷ טען התובע, שבקשתו לקבל רישיון להפעלת קולנוע נדחתה שלא כדין ובזדון. תחילה נדחתה התביעה על הסף מחוסר עילה, על יסוד הדעה שלא ניתן להגיש תביעת פיצויים בגין סירוב להעניק רישיון, והסעד היחיד בנסיבות אלה הוא סעד הציווי. בית הלורדים קיבל את הערעור תוך הקביעה שהפרת החובה לפעול, במסגרת המגבלות החלות על שיקול הדעת הסטטוטורי, עשויה להצמיח זכות תביעה, ונקבע איפוא כי אין יסוד לשלילה גורפת של האפשרות לתבוע בגין פעולות שלטוניות פסולות.

בפסיקה מודרנית יותר נעשה דיון מקיף בעוולה זו של "היזק במילוי תפקיד ציבורי" בפסק-דין של בית-המשפט לערעורים בעניין Bourgoin S.A. v. Ministry of Agriculture Fisheries and Food³⁸. במקרה זה הוגשה תביעה נגד משרד החקלאות הבריטי, בעקבות ביטול רישיון לייבא בשר הודו מצרפת לאנגליה. הנימוק הרשמי לביטול היה הצורך להתגונן מפני התפשטות מחלת העופות לתחומי אנגליה. התובעים טענו כי למעשה האיסור נועד להגן על החקלאות המקומית מפני יבוא מתחרה בענף זה, תוך הפרה של ההתחייבויות כלפי הקהילייה האירופית. בהליך שהתקיים בפני בית-המשפט האירופי נקבע, שביטול הרישיון היה פסול. בהמשך לכך הגישו התובעים תביעת פיצויים באנגליה, על יסוד העוולה של **misfeasance in public office**. בית-המשפט היה צריך להכריע בשאלה, אם די בכך שהשר ידע כי פעולתו חרגה מהמטרות שעליהן היה מוסמך להגן, וכי יש בה כדי לפגוע בתובעים. השופט Mann שדן בתביעה בערכאה הראשונה השיב על שאלה זו בחיוב. לדבריו, היסוד הנפשי של ידיעה מספיק לגיבוש

³⁵ למשל בפרשת Cooper v. The Board of Works for the Wandsworth District, (1863) 143 E.R. 414

³⁶ (1703) 92 E.R. 126

³⁷ (1963) 3 All E.R. 57

³⁸ (1985) 3 All E.R. 585

העוולה של 'היזק במילוי תפקיד ציבורי' והוא ביסס את מסקנתו גם על שיקולים של מדיניות. לגישתו, קיימת הצדקה להטיל אחריות לא רק כאשר הפעולה נעדרת הסמכות נועדה להזיק, אלא גם כאשר נעשתה בידיעה שאין סמכות לעשותה ושהיא עלולה לפגוע בתובע. עמדתו של השופט Mann אומצה ע"י שופטי בית-המשפט לערעורים, שגם הם לא מצאו להבחין בעניין זה בין זדון במובן הצר לבין ידיעה.

בשנת 1989, נדרש בית-המשפט לערעורים פעם נוספת לעוולה של misfeasance in public office בעניין Jones v. Swansea City Council³⁹. פסק-הדין נסב על החלטה של מועצת רשות מקומית לדחות בקשה של שוכרים להשתמש בנכס של הרשות למטרה שונה מזו שצוינה בחוזה השכירות. השוכרים טענו כי ההחלטה נבעה מאיבה אישית כלפיהם שמקורה ביריבות פוליטית, וכי בכך בוצעה כלפיהם העוולה של misfeasance in public office. בית-המשפט לערעורים קיבל את התביעה והסביר בפסק הדין כי לאור הפסיקה הקודמת בעניין Bourgoin לעיל, אין עוד ספק באשר למעמדה המבוסס של העוולה במשפט האנגלי.

בשנת 1999, נדון במחוז Wales באנגליה אחד המקרים היותר מפורסמים שעסק בזכות לקבלת פיצויים בגין אובדן רווחים, בעניין Harmon⁴⁰, בבית המשפט לטכנולוגיה ובנייה - England and Wales High Court - Technology and Construction Court⁴¹.

Harmon הייתה חברה-בת של חברה צרפתית, הגישה הצעה למכרז לביצוע עבודות תחזוקה בבניין הפרלמנט הבריטי בלונדון, והצעתה הייתה הזולה ביותר. לפרלמנט הבריטי הייתה מדיניות סמויה מן העין לעודד "קנה בריטניה" (על משקל "קנה כחול-לבן"), ובית המשפט קבע שחב' Harmon לא זכתה במכרז מסיבות לאומיות, קרי מטעמי אפליה, בהיותה חב' צרפתית. השופט קיבל את תביעת החברה וקבע שהיא זכאית לכל ההוצאות שנגרמו לה, בנוסף לפיצויים על אובדן הרווח הגולמי שהיה נוצר לה אילו זכתה במכרז, בהדגישו כי הגישה לתביעת פיצויים צריכה להיות על בסיס זכות חוזית ולא על בסיס עוולה נזיקית.

לסיכום, התפתחותה המחודשת של עוולת ה-misfeasance in public office מבטאת באופן ברור את הצורך להגן על האזרח מפני פעולות מנהליות פגומות לא רק באמצעות הסעדים הקלסיים של המשפט המנהלי, אלא גם באמצעות סעד כספי. כפי שנראה בהמשך הדברים, חסר זה אכן הושלם גם במשפט הישראלי, הגם שלא עפ"י הפתרון (העילה) שאומץ במשפט האנגלי לעיל.

2) עמדת הפסיקה בקנדה :

בסוף שנות התשעים של המאה העשרים, נקבעו בקנדה מבחנים להענקת פיצויים למשתתפים במכרזים, בנסיבות של הפרת המכרז כלפיהם. להלן נביא מבחר של 4 פסקי-דין המשקפים את עמדת המשפט הקנדי, בהם נדונה שאלת פיצויי הקיום הקרויים במקור גם - Expectation Damages ו- Lost Profits:

³⁹ (1989) 3 All E.R. 162

⁴⁰ Harmon CFEM Facades (UK) Ltd v. The Corporate Officer of the House of Commons [1999] EWHC Technology 199 (28th October, 1999)

⁴¹ בית משפט לטכנולוגיה ובנייה הינו בית משפט להליכים אזרחיים בלבד, אין מעליו בית משפט לערעור בנושאים הנדונים בו, והוא כפוף ישירות לבית המשפט הגבוה לצדק.

1.1 בעניין [Enterprises Ltd.](#)⁴² פסק בית המשפט העליון של קנדה (Supreme Court of Canada) שמשותף במכרז יהיה זכאי לפיצויי ציפייה בסכום הרווחים שהוא היה מרוויח לו היה זוכה במכרז (הפיצוי הוגדר שם כ"הערכת נזקים" - Assesses Damages), בהתקיים התנאים הבאים:

(א) על הקבלן להוכיח שמפרסם המכרז נהג שלא בהגינות;

(ב) על הקבלן לשכנע שהוא היה מקבל מכרז אחר, או לפחות הייתה לו הזדמנות לזכות במכרז אחר, לולא היה משותף במכרז שהופר כלפיו;

(ג) הקבלן יכול לתבוע גם את עלות ההשתתפות שלו במכרז;

1.2 בעניין [Martel Building Ltd.](#)⁴³ נדונה בבית המשפט העליון טענתו של קבלן, אשר טען לרשלנות של מפרסם המכרז. בית המשפט פסק כי באופן רגיל עליו לבסס את החובה של מפרסם המכרז כלפיו, את ההפרה, הנזק והסיבתיות, ואולם במקרים של נזק כלכלי טהור, נדרשת רמה גבוהה יותר של בדיקה, ובנסיבות חריגות אם יוכחו - עשוי הקבלן לקבל את הפיצוי המבוקש.

1.3 בעניין [Naylor Group](#)⁴⁴ קיבל בית המשפט העליון תביעה לפסיקת אובדן רווחים (lost profits) ו־ expectation damages) וקבע שהם ראויים להינתן למתמודד שתבע, ואף העלה את סכום הפיצוי מעבר לזה שנפסק ע"י בית המשפט לערעורים. בית המשפט העליון בקנדה הוסיף וקבע כי מאחר ש-Naylor Group נמצאו זכאים לנזקי אובדן רווחים הנובעים מהפרת החוזה, לא הייתה שום סיבה לשקול את החלופה לנזקים הנובעים אך מהתעשרות שלא כדין.

1.4 בעניין [Tracon Contractors](#)⁴⁵: בשנת 2000, בפרובינציית 'בריטיש קולומביה' בקנדה פרסם משרד התחבורה מכרז לתכנון ולבניית כביש. מספר קבוצות התמודדו במכרז ובהן קבוצת Tracon וקבוצת Brentwood. מיד לאחר שקיבל את ההצעות מהמשתתפים, החליט משרד התחבורה לשנות את המכרז, כך שהוא יבצע את התכנון בעצמו והמציעים יבצעו את העבודה בלבד, ולצורך זה הוא פרסם מכרז חדש. במכרז החדש הוספה דרישת סף לפיה רק הקבוצות שהשתתפו במכרז הקודם שבוטל יוכלו להשתתף במכרז החדש. כמו כן, הוסף סעיף התחייבות שנוסח באופן רחב לפיו 'אין אחריות כלשהי לפרובינציה אם נגרם נזק כלשהו למשתתפים במכרז'. חב' Brentwood לא הצליחה להגיש הצעה תחרותית, מכיוון שלא היה לה הניסיון כנדרש במכרז, ועל כן היא חברה לחב' נוספת (EAC) Emil Anderson Construction. חב' Brentwood הגישה את המסמכים הנדרשים לשינוי השם למיזם משותף חדש, אך משרד התחבורה התעלם מהבקשה, וחב' Brentwood הגישה את המכרז בשמה וזכתה במכרז. חב' Tracon לא השלימה עם התוצאה ותבעה את משרד התחבורה על נזקיה בגין הפרה של המכרז, בכך שמשרד התחבורה קיבל משותף פסול, וההפרה גרמה לה שלא לזכות בפרויקט. השופט בהרכב יחיד (Trail Judge) קיבל את טענת Tracon ופסק לטובתה פיצויי קיום (Expectation Damages), תוך שהוא מאמץ את דוקטרינת Contra Proferentem - "כנגד

42 זכו לפיצויי ציפייה בגין חוזה המכרז האבוד (סעיפים 55-60) *Enterprises Ltd v Defence Construction (1951) Ltd*

43 חרעת ביהמ"ש העליון נגד המבקש: *Martel Building Ltd. v. Canada*, 2000 SCC 60, [2000] 2 SCR 860

44 *Naylor Group Inc v Ellis-Don Construction Ltd*

45 *Tercon Contractors Ltd. v British Columbia (Transportation and Highways)*, 2006 BCSC 499, rev'd 2007 BCCA 592, rev'd 2010 SCC 4, [2010] 1 SCR 69

המנסח – לפיה על הפירוש הבעייתי לפעול כנגד מנסח הסעיף, הוא משרד התחבורה. בערעור שהוגש לבית המשפט העליון בקנדה אמנם נהפכה החלטה על בסיס פרשנות סעיף הפטור בחוזה, והוחלט לפרש את הסעיף בחוזה באופן שאינו מטיל אחריות על משרד התחבורה, אך **לענייננו חשובה התייחסות השופט בערכאה הראשונה שקיבל את התביעה ומצא לנכון לפסוק לתובעת פיצויי קיום**.

(3) עמדת הפסיקה בארצות הברית:

המונח האמריקאי הרווח להגדרת פצויי קיום או פיצויי ציפייה הוא Lost Of Profit, ומהווה את התרופה העיקרית העומדת לנפגע מהפרת חוזה (בהבדל מהמשפט הישראלי או האנגלי לפיו האכיפה היא מלכת התרופות). אלא שכידוע, הפסיקה בארה"ב משתנה ממדינה למדינה, ועל אף המאמצים שהושקעו על-ידנו לאתר את עמדת בית המשפט הפדראלי העליון בארה"ב בשאלה נשוא עבודה זו⁴⁶, לא צלחה המלאכה בידנו, ונמסר לנו כי אין בנמצא פסק-דין מנחה בסוגיה זו של פיצויי קיום בדיני מכרזים שיצא מבית המשפט הפדראלי העליון בארה"ב. ועדיין, בהסתמך על ה- Restatement (Second) of Contracts (הקודיפיקציה של החוזים), נמצא כי קיים גיוון משמעותי בפרשנות שניתנה לסוגי חוזים שונים במדינות שונות, בהסתמך על ה- Restatement (Second) of Contracts, ולהלן נבחן באופן מדגמי את עמדתן של מספר מדינות ברחבי ארה"ב בסוגיה הנדונה, לאיתור עמדתן בשאלת **פיצויי קיום בענייני מכרזים**.

בסעיפים 347-353 של ה- Second Restatement נקבעו הכללים הבאים לקביעת פיצויים המגיעים לצד הנפגע בחוזים במובנם הרחב, ולא דווקא בענייני מכרזים:

(א) **הפסד הערך** שנגרם ע"י פעילות הצד המפר, שגרם להפרת החוזה. בתוספת,

(ב) **כל אובדן אחר**, כולל אובדן נלווה או תוצאתי, שנגרם לנפגע על ידי ההפרה.

בעוד דבר החקיקה הנ"ל התיר לנפגע לתבוע פיצויי אובדן רווח, הרי בתי המשפט במדינות שונות ברחבי ארה"ב פירשו את ההוראה הנ"ל באופן מצמצם, השולל ברוב המכריע של המקרים, מהצד הנפגע פיצויי אובדן רווח, תוך עשיית שימוש בעיקרון השמירה על האינטרס הציבורי.

(3.1) מדינת אוהיו:

בעניין Cementech Inc. v. Fairlawn⁴⁷ הפרה עיריית פיירלון את חיוביה עפ"י חוק המכרזים המדינתי, שעה שדחתה את הצעתו של המציע הזול ביותר, ונקבע כי כאשר עירייה מפרה את הוראות המכרז הציבורי, המפסיד-הנפגע אינו יכול לתבוע ולקבל פיצוי עבור "אובדן הרווחים", ועליו להסתפק בהוצאות שנגרמו בשל הכנת המכרז (פיצויי הסתמכות) בלבד. החברה ערערה לבית המשפט לערעורים אשר ישב בהרכב מיוחד של תשעה שופטים והוציא תחת ידיו החלטה עקרונית לפיה המדיניות המשפטית היא להגן על האינטרס ציבורי ולמנוע תשלום עבור המכרז פעמיים גם אם אחד הצדדים צודק:

"it was not in the public's interest to allow a rejected bidder to recover lost profits, because the public had already paid for performance by the successful bidder (including its profits) and should not be required to pay profits a second time".

⁴⁶ כולל פנייה אישית אל שגרירות ארה"ב בתל-אביב
⁴⁷ *Cementech, Inc. v. Fairlawn*, 109 Ohio St.3d 475, 2006-Ohio-2991

השופטת אליס רוזניק, שישבה בראש ההרכב, הוסיפה והסבירה את בסיס המדיניות, מכוחה היא מצאה לנכון לדחות את הערעור לפסיקת פיצויי אובדן רווח בענייני מכרזים וקבעה, כי יש להגן על האינטרס הציבורי (בתרגום חופשי): **"הכוונה של מכרז היא להגן על משלם המסים, למנוע עלויות חריגות, שיטות מושחתות ותחרות כנה בהתמודדות על חוזים ציבוריים"**. באומרה כן הסבירה השופטת רוזניק כי "הענשה" של העירייה בעצם פסיקת פיצויי קיום לנפגע, מהווה בעצם עונש למשלם המיסים האמריקאי. בית המשפט שב והזכיר כי ככלל יש להימנע מפסיקת פיצויים עונשיים כנגד עיריות או רשויות ציבוריות, כדי שלא לפגוע בעקיפין במשלם המיסים האמריקאי.

3.2 מדינת ויסקונסין:

בעניין D.M.K. Inc. v. Town of Pittsfield⁴⁸ בית המשפט לערעורים של מדינת ויסקונסין קבע שמתמודד במכרז אינו יכול לקבל פיצויים בגין אובדן רווחים "משום שהם אינם תרופה זמינה למציע במכרז". בעניין זה דובר על חב' DMK אשר הגישה הצעות למכרז לביצוע ארבעה פרויקטים לבניית כבישים עירוניים, והתברר שהצעותיה היו הזולות ביותר בכל אחד מהפרויקטים. עם זאת, מועצת העיר, כסמכות החוקית, הביעה דאגה מהביצועים של DMK בביצוע חוזים קודמים וקבעה שהחברה תקבל שני פרויקטים בלבד "מתוך דאגה ליכולת הביצוע שלה". D.M.K. סירבה לקבל שני חוזים בלבד והודיעה על כוונתה לתבוע את העירייה, בשל סירובה למסור לה את כל החוזים עפ"י הצעותיה הזולות לכל המכרזים. במו"מ אותו ניהלו הצדדים נדרשה החברה לוותר על תביעתה בתמורה לקבלת שני חוזים אולם החברה סירבה, ובתגובה מסרה מועצת העיר את הביצוע בכל החוזים למתמודדים אחרים. חב' D.M.K. הגישה תביעה נגד העירייה ע"ס \$ 200,000 בגין אובדן רווחים. החברה טענה כי העירייה פעלה בניגוד לחובתה לתת את החוזים למציע הזול ביותר על בסיס סעיף 60.47 § של ה-Wis. Second Restatement, וביקשה לקבל את תרופת אובדן רווחים. בית המשפט לערעורים קבע כי **פיצויים העומדים לרשות מציע שלא זכה במכרז, אינם כוללים אובדן רווחים**.

החב' ערערה לבית המשפט העליון לערעורים אשר דחה את הערעור ואישר את פסק דינו של בית המשפט לערעורים בוויסקונסין, בקובעו שהמשא ומתן שקדם להליכים המשפטיים היה ניסיון כן למנוע התדיינות משפטית, והחב' לא זכתה במכרזים עקב שיקול דעת נכון וראוי של מועצת העיר. בית המשפט הוסיף וקבע כי אובדן רווחים אינם בין הנזקים העומדים לרשות המציע הזול, שלכאורה היה אמור לזכות במכרז, וכי לא יהיה זה הוגן לצפות שהעירייה תשלם תשלום כפול עבור אותו פרויקט. תוצאת פסק הדין הייתה שהתובעת קיבלה פיצויי הסתמכות בלבד כפיצוי על התנהגות העירייה.

3.3 מדינת פלורידה:

בעניין MIAMI-DADE COUNTY SCHOOL BOARD vs J. RUIZ SCHOOL BUS SERVICE INC.⁴⁹ נדון ערעור של מועצת בתי הספר בעיר מיאמי על פסיקת בית המשפט להעניק "רווחים אבודים" לשתי חברות אוטובוסים שהיו אמורות לזכות במכרז להסעת תלמידים לבתי הספר ברחבי העיר. בערעור עתרה המערערת לבטל את פסק דינו של בימ"ש קמא לאור פסיקה קיימת במדינות שונות בארה"ב לפיה לא ניתן לפסוק "רווחים אבודים" כנגד גוף ציבורי, בשל אינטרס ההגנה על כספי משלם המיסים.

D.M.K., Inc. v. Town of Pittsfield, 711 N.W.2d 672 (Wis. Ct. App. 2006)

48

MIAMI-DADE COUNTY SCHOOL BOARD vs J. RUIZ SCHOOL BUS SERVICE INC. and A. OLIVEROS TRANSPORTATION, INC

49

בית המשפט לערעורים במדינת פלורידה (DISTRICT COURT OF APPEAL OF FLORIDA) קבע כי לא מדינת פלורידה או כל בית משפט אחר במדינות ארה"ב התייחס בעבר במפורש לשאלה האם אובדן רווחים הם הפיצוי הראוי למציע שלא זכה במכרז, בין בשל טעות ובין בכוונת זדון. לאחר סקירה מקיפה של החלטות שיפוטיות שניתנו במדינות שונות ברחבי ארה"ב, הגיע בית המשפט לערעורים להחלטה לפיה משקלם המכריע של ההחלטות עד כה הוא נגד האפשרות להעניק פיצויי "אובדן רווחים" למציע שלא זכה בחוזים ציבוריים, ויחד עם זאת, בית המשפט רואה לנכון לציין כי במספר מצומצם של בתי משפט ברחבי ארה"ב הוחלט שאובדן רווחים במכרז, מקים את "עיקרון ההשבה" אך ורק כאשר הוכח חוסר תום לב מטעם המפר, ונמצא כי רק בשני מקרים העניק בית המשפט פיצויים בגין "רווחים אבודים" בשל מכרז לא תקין:

האחד במדינת קליפורניה בעניין ⁵⁰Wilson v. Los Angeles County Metro. Transp. Auth.

השני במדינת קונטיקט בעניין ⁵¹Lawrence Brunoli, Inc. v. Town of Branford

בשני מקרים אלה נפסקו פיצויים בגין "אובדן רווח" למציעים שלא זכו במכרזים, על אף שהצעותיהם היו הזולות ביותר, בנסיבות שבהן הפעולה המכשילה של רשויות המדינה נעשתה בשרירות ובחוסר תום-לב. בכל שאר המקרים הרבים שנסקרו בפסק הדין, מצאו בתי המשפט השונים לנכון לדחות את הדרישה לאובדן רווחים, תוך עשיית שימוש בעיקרון לפיו **החוקים הנוגעים לענייני מכרזים נועדו לטובת הציבור, ותשלום בגין אובדן רווחים יפגע באופן מובהק בקופת הציבור**. הענקת אובדן הרווח למציע הבודד, תהווה למעשה הענשה בלתי הולמת ובלתי מידתית לכלל הציבור, ויש בכך כדי להעניק רווחים למציע שהפסיד במכרז, על אף שלא ביצע את העבודה, ולא לקח את הסיכונים הכרוכים בביצוע העבודה בפועל. בית המשפט לערעורים בפלורידה מצטט מפסיקה של בית המשפט העליון במיססיסיפי⁵² לפיה: **'אני מאמין כי מתן עילה פרטית בדרישה לפיצויים בעבור נזקים נגד העיר על ידי המציע שהפסיד עקב רשלנות של העיר... עומד בניגוד לתכלית החקיקה של חוקי הרכש, ונוגד את תקנת הציבור'** (בתרגום חופשי מהטקסט המקורי).

(4) עמדת המשפט העברי:

כידוע, ביסוד דיני המכרזים עומדת חובת הפנייה הפומבית אל המציעים והמועמדים הפוטנציאליים לביצוע עסקה עם הרשות המנהלית בכל רכישה או מכירה של מוצרים ושירותים, וכפי שנראה בפרק זה להלן, שורשיה של שיטה זו מצויים כבר במקורות ההלכה והמשפט העברי. במדרש מסופר על משה רבנו כי לאחר שסיים את מלאכת הקמת המשכן, הוא נפנה לתת דין וחשבון מפורט על הפעולות שביצע. בשעה שציווה ה' למשה להקים את המשכן **'ויבואו כל איש אשר נשאו ליב, וכל אשר נדבה רוחו איתו הביאו את תרומת ה'...**', התברר כי בני ישראל תרמו יותר ממה שהיה דרוש לבניית המשכן. שאל משה את ה' מה לעשות בנותר ו-ה' ציווה אותו להקים ביתרת התרומות את משכן הָעֲדוּת. משסיים את המלאכה, ראה משה חובה לעצמו לדווח על הפעולות והרכש שביצע בכסף שתרם

Wilson v. Los Angeles County Metro. Transp. Auth., 1 P.3d 63, 70 Cal.2005.5 lexis 4551

Lawrence Brunoli, Inc. v. Town of Branford, 722 A.2d 271, 275 (Conn. 1999)

CITY OF DURANT v. LAWS CONSTRUCTION COMPANY INC. No. 94-CA-00710-SCT.

50

51

52

הציבור, ומכאן למדנו כי **חובת השקיפות והפומביות בניהול כספי הציבור, מושרשת היטב במקורות המשפט העברי ובדיני המנהל הציבורי, המקובלים גם בימנו אנו**⁵³.

על מנת שנוכל לבחון לעומקה את השאלה האם המשפט העברי הכיר ומכיר בקיומם של פיצויים בכלל, ובפיצויי קיום בפרט, נחלק את הדיון להלן לשלושה נושאי משנה:

- א) נבחן את המעבר העיוני-רעיוני מ"תקנת ההכרזה" הנזכרת בפְּשָׁנָה ועד לדיני המכרזים של ימנו.
- ב) נבחן את המקור לתרופת הפיצויים בדין העברי ואת סוגי הפיצויים הקיימים (גרמי ו-גרמא).
- ג) נבחן את יישום עקרונות המשפט העברי, בכל הנוגע לפיצויי קיום, בפסיקה הישראלית.

4.1 המעבר מדיני ההכרזה לדיני המכרזים:

"תקנת ההכרזה" נזכרת במשנה⁵⁴, והיא עוסקת במכירת נכסי יתומים לפירעון חובות אביהם שנפטר, ובמכירת נכסי הקדש לשם פדיונם מן ההקדש ע"י גוף ציבורי. בית הדין מוכר את נכסי היתומים, וגזבר ההקדש מוכר את נכסי ההקדש. תקנת ההכרזה קובעת כי ישום היתומים שלושים יום וישום ההקדש שישים יום ומכריזין בוקר וערב,⁵⁵ דהיינו, על נכסי היתומים העומדים למכירה יש להכריז במשך 30 יום, ועל נכסי ההקדש יש להכריז במשך 60 יום, בוקר וערב. ההכרזה היא פנייה לציבור להציע הצעות לרכישת הנכס העומד למכירה, ובית הדין או הגזבר בוחרים את ההצעה הטובה ביותר.

תכליתה של תקנת ההכרזה היא טובת החייב: כאשר בית הדין מוכר נכס של אדם, עליו לעשות זאת במכירה פומבית לכל המרבה במחיר, וכך הוא הדבר כאשר בית הדין מוכר את נכסי היתומים לשם פירעון חוב המוטל על כתפיהם. כדי שיהיה מיצוי מלא של הפוטנציאל הכלכלי הגלום בנכס, יש צורך במכרז, באמצעות ההכרזה, כדי להביא לידיעת הציבור (בעיקר בימי ב' ו-ה' – ימי השוק) על דבר קיומה של המכירה המוצעת.

הפרטים שיש לכלול בהכרזה (במכרז), לפרקי הזמן הקצובים לעיל, מצויים אף הם במשנה: יאומר: שדה פלוני בסימניה ובמצריה, כך היא יפה וכך היא שומא. כל הרוצה ליקח, יבוא וייקח, על מנת ליתן לאישה בכתובתה ולבעל חוב בחובו.⁵⁶ לאמור, המפרסם הכרזה בדבר מכירת מקרקעין, למשל, צריך לכלול בה את כל הפרטים הרלוונטיים העשויים לעניין את הרוכש הפוטנציאלי: מיקום המקרקעין וגודלם (יסימניה ומצריה); איכותם (יכך היא יפה); מחיר השוק שלהם (יכך היא שומא); ואף את תכלית המכירה (יעל מנת ליתן לאישה בכתובתה ולבעל חוב בחובו) – כל אלה מתוך הגינות כלפי הקונה, כדי שיוכל להעריך נכונה את כדאיות העסקה מבחינתו.

מוסיפה המשנה וקובעת כי אם טעה בית הדין ולא הכריז על המכירה או שזו נעשתה שלא כראוי, הדבר נחשב לטעות של בית הדין והמכר בטל. דין זה חל גם כאשר המחיר אותו גבה בית הדין נמוך ממחיר השומא של הקרקע, ואולם אם מתברר בדיעבד שנפלה טעות בשומא, ונמכר הנכס בפחות מערכו – אין המכר בטל⁵⁵.

התלמוד מכיר בחריגים לחובת ההכרזה. במקרה שהמכירה דרושה לתשלום מזונות לאישה או להוצאות קבורה, היא נעשית בלא הכרזה, זאת כדי להשיג מטרה דחופה שאינה ניתנת לדיחוי,

⁵³ חיבורו של אלעזר כהנא, "מתקנת ההכרזה לדיני המכרזים", בהוצאת משרד המשפטים, המחלקה למשפט עברי.

⁵⁴ במסכת ערכין, פרק ו' דף א'.

⁵⁵ רמב"ם, הילכות מלווה ולווה, הלכה יא.

והתשלום אינו סובל שיהוי העלול להיגרם כתוצאה מהליך ההכרזה למשך המועדים שנקבעו בתקנת ההכרזה.⁵⁶

בהבדל מחובתו של כל אדם לבצע את מכירת הנכס באמצעות בית הדין, המשנה מכירה בזכותה של האלמנה, התובעת את כתובתה מן העיזבון, למכור את נכסי העיזבון שלא באמצעות בית הדין, זאת להבדיל כאמור מאדם פרטי המחויב לעשות כן.⁵⁷ בעלי התוספות הסבירו פטור זה לאלמנה בכך שהטעם העקרוני להתקנת תקנת ההכרזה נעוץ ברצון להימנע מפגיעה בנכסי היתומים, אך כאשר מדובר באלמנה, אין סיבה לחייב אותה בהכרזה באמצעות בית הדין, משום שהיא אדם פרטי, ואין חשש לפגיעה או לנזק ליתומים. במקרה שהובא בפני בית הדין הרבני האזורי בתל-אביב, עלתה השאלה האם לאשר מכירת נכס ע"י אלמנה, ששימשה גם אפוטרופוס על נכסי ילדיה היתומים. במקרה זה האלמנה מצאה רוכש וסיכמה עימו מחיר מסוים עבור הנכס, והיא ביקשה מבית הדין לאשר את דבר המכירה. בית הדין מצא שהמכירה נועדה בראש ובראשונה לטובת היתומים, ומכירה מעין זו אינה צריכה הכרזה.⁵⁸ **בית הדין נימק את עמדתו בכך שמדובר בחובתו הציבורית לדקדק בטובתם של היתומים וכדי למנוע נזק מן המתדיינים לפניו.**

אם נשווה את האמור לעיל לדיני המכרזים של ימנו, נמצא שני קווי דמיון עיקריים: **עיקרון השוויון ועיקרון התכלית הכלכלית**, וכידוע, בפסיקה המודרנית קיימת עדיפות ברורה לעיקרון השוויון והשקיפות, ושמירה על ניקיון כפיהם של עובדי הציבור.⁵⁹

ראינו איפוא כי היסוד הבולט בתקנת ההכרזה הוא המרכיב של מיצוי הפוטנציאל הכלכלי, אך חובה זו יוחדה לעסקאות הנעשות דווקא ע"י בית הדין, להבדיל מאדם פרטי. הדבר מלמד שחובה זו נועדה לשרת אינטרס ציבורי, לתת מסגרת ברורה ומוגדרת לבחינת פעולות הנעשות ע"י בית הדין. למעשה, כאשר במשפט העברי בית הדין מוכר נכסיו של אדם, הוא אינו פועל כערכאה שיפוטית, אלא בתפקיד מנהלי של הוצאה לפועל. מכאן גם החשיבות שבניהול הליך הוגן כלפי החייב, ובה במידה הליך שוויוני כלפי הציבור.

נמצאנו למדים איפוא כי ניתן בהחלט לראות בתקנת ההכרזה סעיף מיוחד בהגדרת חובת הנאמנות הציבורית הנוהגת גם כיום, בכל הקשור בניהול כספי ציבור בכלל, וניהול כספי הזולת בפרט. לכל ידוע שעקרונות השוויון והשמירה על ניקיון כפיהם של עובדי הציבור ושליחיו היו מאז ומתמיד נר לרגליהם של חז"ל.⁶⁰

הגם שמוסד המכרז, במובנו ובמרכיביו המודרניים לא היה קיים בעבר, הרי נמצא שיסודותיו ההלכתיים של מוסד זה קיימים, נטועים ומפורטים היטב במקורות המשפט העברי.

4.2 **המקור לתרופת הפיצויים בדין העברי וסוגי הפיצויים הקיימים:**

כדי לקשור עבר עם הווה ו"תקנת הכרזה" עם "פיצויי קיום", נבדוק להלן את המקור לתרופת הפיצויים בדין העברי ואת ההבחנה בין סוגי הפיצויים המוכרים בו.

כמו המשפט הישראלי, כך גם המשפט העברי מכיר בשני סוגים של נזק: **נזק ישיר** (מדין "גְרָמִי") ו**נזק עקיף** (מדין "גְרָמֵא")⁶¹. בעוד על פעולה הגורמת נזק ישיר (גרמי) יש חובה לשלם עליה תשלומי נזק, הרי שעל פעולה הגורמת נזק עקיף (גרמא), **ובכלל זה אובדן רווח**, אין חייבים עליה תשלומי נזק

56 מסכת כתובות, פרק פ"ז, דף ע"א.

57 במסכת כתובות, פרק י"א, דף ב'.

58 פד"ר כרך ב', עמ' 178.

59 למשל: בג"צ 173/82, מבני פלס נ' עיריית נהרייה, פ"ד לו(2) 472.

60 דברי כב' השופט רובינשטיין ב-עמ"מ 7357/03, רשות הנמלים נ' צומת מהנדסים, פ"ד נט(2) 145.

61 ירושלמי, בבא קמא, פרק ס' דף א', וכן אנציקלופדיה תלמודית, כרך ו' עמ' תס"א בעמ' תפב-תפח.

(פיצויים). מקור הדברים מצוי בתלמוד לפיו 'המבטל כיס חברו - אין לו עליו אלא תרעומת', וחז"ל פירשו אמירה זו של התלמוד בכך, שכאשר מדובר בפעולה שמנעה מאדם רווח 'אינו חייב לשלם ולפייסו בעד הרווח', קרי, האדם שפגע ברעהו פגיעה עקיפה, אין עליו חובה לשלם לרעהו פיצויים ואף לא לפייסו, ולכל היותר יש לנפגע 'תרעומת' בלבד כלפי המזיק (תרעומת במובן המוסרי, הנבדלת מטענה בעלת בסיס משפטי).

נמצאנו למדים אם כן כי המשפט העברי אינו מכיר באופן עקרוני בזכותו של אדם לקבלת פיצוי על נזק עקיף שנגרם לו, שהוא בבחינת אובדן רווח עתידי, או בלשון ימנו 'פיצויי קיום'. אעפ"כ, וכפי שנראה להלן, עמדה זו של המשפט העברי אינה כה החלטית, וקיימות דרכים שונות לסווג את הנזק כדין 'גרמיי', כדי לזכות את הנפגע בפיצויים, על אף שבמהותם של דברים, מדובר לכאורה בנזק מדין 'גרמא', שאינו בר-פיצוי.

4.3 יישום עקרונות המשפט העברי, בכל הנוגע לפיצויי קיום, בפסיקה הישראלית:

בעניין שהובא בפני בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' השופט משה דרורי), עשה בית המשפט שימוש נרחב במקורות המשפט העברי בכל הנוגע לדניי הפיצויים במשפט העברי, ובדניי פיצויי קיום בפרט, ובהיות הדברים רלוונטיים לנושא חיבורנו זה, להלן נביא את עיקרי הדברים.

ב-ת"א 2220/00⁶², נדונה תביעתה של חברה שזכתה במכרז לאספקת תאי דואר לרשות הדואר. התביעה כללה סעדים כספיים שונים ובהם גם עתירה לפסוק לתובעת 'פיצויי קיום', בטענה שרק היא הייתה כשירה להיות הזוכה במכרז, וכי למציע הנוסף (שזכה באספקת מרבית תאי הדואר) לא הייתה הכשירות לזכות במכרז, ולא הייתה כל הצדקה לזכותו בביצוע העבודה עפ"י המכרז.

בדונו בסעד פיצויי הקיום שנכללו בתביעה, מסביר כב' השופט דרורי כי המשפט העברי מכיר בשני סוגי נזק: נזק מדין 'גרמא' ונזק מדין 'גרמיי'. בעוד שנזק מדין 'גרמא' (נזק עקיף) אינו בר פיצוי במשפט העברי, שכן הוא נחשב לאובדן רווח עתידי, ומבוסס על ההלכה 'מבטל כיסו של חברו' (קרי, מונע מחברו רווח שאולי יקבלו בעתיד), הרי נזק מדין 'גרמיי' (נזק ישיר) הינו בר פיצוי.

בית המשפט אינו מסתפק בהגדרה דיכוטומית זו, והוא דן לעומקה בשאלה: **האם על פי המשפט העברי ראוי לפצות את התובעת, או כל מי שזכאי לזכות במכרז, גם בפיצויים חיוביים על אף שהם בגדר 'גרמא' (נזק עקיף)?** בית המשפט משיב על שאלה זו בחיוב, ומוצא ארבעה מקורות הלכתיים לקביעתו, לפיה ראוי לפצות את מי שזכאי לזכות במכרז גם בפיצויים חיוביים.

המקור הראשון: בהסתמכו על פסיקת הריצבי"א⁶³ לפיה 'דינא דגרמי הוי מטעם קנס... ולכן כל היזק המצוי ורגיל לבוא – קנסו חכמים. וטעם דקנסו, שלא יהא כל אחד הולך ומזיק לחברו בעין' [דין גרמי מהווה קנס שהוטל ע"י חכמים כדי למנוע מכל אדם להזיק לחברו באופן ישיר]. בית המשפט מיישם הלכה זו בעניין שנדון לפניו וקובע כי גם בענייננו ראוי לנהוג כך, כדי שלא תוכל כל רשות שלטונית להתעלם מדיני השוויון שבמכרז, ותזיק לכל מציע שזכאי לזכות במכרז. המדיניות המשפטית ('קנסו חכמים') היא כי נזק כזה אינו נזק בדין גרמא שאין לפצות בגינו, אלא הוא בגדר גרמי, שבו על הרשות לפצות את הנפגע, כי הוא הרי 'היזק המצוי ורגיל לבוא', כדברי הריצבי"א לעיל. לפי מקור זה בהלכה, ראוי איפוא לפסוק כי בעל מכרז הסוטה מעיקרון השוויון, חייב לפצות את המציע שלא זכה, שלא כדיון, אף ביחס לאובדן הרווח, גם אם ניתן לסווג סוג פיצוי זה כ'מבטל כיסו של חברו', כי ראש נזק זה הוא בגדר גרמי, המחייב פיצוי.

62 מפעלי תאורה א. הכט בע"מ נ' רשות הדואר, פורסם בנבו. ניתן ביום 31/07/2003

63 תוספות, בבא בתרא, דף כב, עמ' ב'.

המקור השני: בהסתמכו על פסיקת החת"ם סופר⁶⁴ וכן על פסיקת המשנה לנשיא המנוח פרופ' מנחם אלון, בשנות שבתו בבית המשפט העליון⁶⁵, מבצע בית המשפט הבחנה לפיה אחד הצדדים להליך הנדון בפניו היא רשות ציבורית, ובלשון המקורות – הקהילה וטובי העיר, לגביהם יש כללי התנהגות מיוחדים במשפט העברי. בפסיקת החת"ם סופר בשאלה שהובאה בפניו הוא קבע כי הציבור צריך לשלם פיצויי נזק לאלמנה שגג ביתה נשרף, בהיותו סמוך למבנה בית כנסת, והציבור נאלץ להרוס את גג ביתה כדי להציל את בית הכנסת מִפְּלֵה. בית המשפט מיישם הלכה זו של החת"ם סופר וקובע כי מקור הילכתי זה מלמד על כך שהציבור צריך לשלם פיצויי נזיקין מעבר לדיני הגרמא, וזאת מדין הפסוק בספר דברים (פרק ו' פסוק י"ח) *"ועשית הישר והטוב"*. פסוק זה מהווה כלל-על המנחה כל הנהגה באשר היא, בדרך שבה ראוי לה לנהוג. מסקנת בית המשפט היא כי אמנם ביחסים בין אנשים פרטיים, אין חובת פיצוי בדין "גרמא", ואולם **מקום בו הנמען-המזיק הוא הציבור, מוטלת עליו החובה לפצות את הנפגע, גם אם מדובר בנזק מדין "גרמא" (נזק עקיף), זאת מכוח מדיניות ציבורית ומשפטית רצויה, וכאמור בשל החובה "ועשית הישר והטוב"**.

המקור השלישי: בית המשפט מוסיף ומאזכר את הכלל בנזקי גרמא הקובע: *"פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמיים"*⁶⁶. לפי כלל זה, גם אם נראה בפיצויים החיוביים לזוכה במכרז דין "גרמא" (שאינם מזכים בפיצויי אבדן רווח), הרי שהרוצה לקיים אחר חובותיו כלפי שמים, חייב בתשלום פיצוי כזה, זאת מכוח התוספתא המונה ארבעה מקרים שאמנם אינם חייבים לשלם מן הדין אולם אין השמיים מוחלים להם עד שישלמו. אחד מאותם מקרים הוא המקרה שבו בא אדם לפני בית הדין וזה מודיע לו כי אמנם *"אין אנו כופין אותך [לשלם], אבל אתה צריך לצאת ידי שמים כי דינך מסור לך, כדי שתיתן על ליבך לרצות חברך"*⁶⁷. **בית המשפט מוצא עוגן בהלכה זו לקבוע כי ראוי לראות את הציבור המזיק – הרשות המנהלית – כמי שעליו למלא חובות אלה כלפי שמים, ועל כן ניתן לחייב את הציבור – משפטית – לשלם פיצוי, גם אם הוא כולל בחובו חיוב כספי מסוג גרמא.**

המקור הרביעי: מקור אחרון זה מתבסס על הכלל ההלכתי לפיו *"גרמא בנזיקין אסור"*⁶⁸. בית המשפט קובע כי ניתן לראות בכלל זה מקור לכך שיש איסור ליצור סיטואציה שבה ייגרם נזק, גם אם לעניין פיצוי, הנזק מסווג כ"גרמא". **בהקשר של דיני המכרזים, כאשר מדובר בציבור – רשות מנהלית – יש לומר כי לא רק שאסור ליצור נזק כזה, אלא יש מקום להורות כי אם הציבור פעל בניגוד לכלל זה, עליו לפצות את הנפגע, זאת גם כאשר הפיצוי הינו בגדר גרמא.**

נמצאנו למדים איפוא, כי על אף הכלל בדיני הגרמא לפיו *"המבטל כיסו של חברו"* אינו חייב בפיצוי, המשפט העברי מכיר בתשלום **פיצויי קיום**, זאת על אף שפיצויים כאלה, בגין אבדן רווח עתידי, הינם בגדר "גרמא". בית המשפט פירט בפסק הדין ובהרחבה, ארבעה מקורות הלכתיים לחיוב הרשות השלטונית לשלם, למי שהיה צריך לזכות במכרז, **פיצויים חיוביים על אבדן זכויותו**, בדרך של תשלום רווחיו הצפויים: (א) הנזק *"מצוי ורגיל לבוא"* והמדיניות המשפטית מסווגת אותו כ"גרמא" (מקור ראשון); (ב) בשל העובדה כי משלם הפיצוי הוא הציבור הניצב מול הפרט, על

64 שו"ת חת"ם סופר, חלק ב', יורה דעה, סימן רלט.

65 למשל פסק-דינו של השופט פרופ' מנחם אלון בבג"צ 135/90, ז'רז'בס'קי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749 והמקורות המובאים שם.

66 תלמוד בבלי, מסכת בבא קטא, דף נה, עמ' ב'.

67 תוספתא, מסכת שבועות, פרק ג' הלכה ב'.

68 תלמוד בבלי, בבא בתרא, דף כב, עמ' ב'.

הציבור לפצות את הנפגע מדין *"ועשית הישר והטוב"* (מקור שני); (ג) גם אם נסווג את הפיצוי כגרמא, ניתן עדיין לחייב את הרשות השלטונית לשלם פיצוי זה כי *"חייב בדיני שמיים"* הופך לחובה מעשית לתשלום, כאשר החייב הוא הקהל או הציבור (מקור שלישי); (ד) על-פי הכלל *"גרמא בנזיקין אסור"*, אם הציבור מפר כלל זה וגורם לנזק, יש לחייבו לפצות את הנפגע, אף אם מדובר בנזק מסוג *"גרמא"*.

כידוע, סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, תש"ס-1980 קובע כי על בית המשפט להכריע בפסיקתו, בין היתר, גם *"לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר, והשלום של מורשת ישראל"*. בפירוט המקורות ההלכתיים לעיל מהמשפט העברי, ובאימוץ האמור בהם, עולה כי יש לקבוע שכאשר מדובר בנזק שנגרם לפרט ע"י הציבור, הרשות השלטונית, גם אם הנזק מסווג כגרמא, מן הראוי ששיטת המשפט הישראלית המודרנית תטיל על קופת הציבור את חובת הפיצוי, כל מקום שהמטרה ראויה, זאת כדי לעודד את הערך של השוויון בדיני מכרזים וחינוך המנהל הציבורי לנורמות שלטוניות של הוגנות. מבחינה זו, ההסתמכות על עקרונות מהמשפט הבינלאומי וממדינות העולם, עם כל החשיבות שיש לייחס לה, עלולה להיחשב כ"רעייה בשדות זרים", שעה שהיסודות לעקרונות אלה נמצאים, ובשפע, במקורות המשפט העברי, המשמש אחד המקורות לפסיקת בתי המשפט בחוק יסודות השפיטה.

* * *

*

פרק ה': עמדת המשפט הישראלי בסוגיית פיצויי קיום בדיני מכרזים

בשנים שבהן היו המכרזים מובאים לפתחו של בית המשפט העליון, בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק, היו הם נדונים במסגרת נוקשה ועל-פי כללי המשפט הציבורי, מבלי שנעשה שימוש בנורמות הלקוחות מהמשפט הפרטי. הסיבות הבולטות לכך היו נעוצות, בין היתר, בעובדה שהשלב הטרומ-חוזי ("החוזה הנספח") טרם התפתח במידה הראויה כדי ליישם על דיני המכרזים את דיני תום הלב, ורק מקרים חריגים של התנהגות בלתי הוגנת או בלתי שוויונית מצד הרשות, גררו את התערבותו של בג"צ.⁶⁹

בנוסף, העתירות שהוגשו לבג"צ בענייני מכרזים, בטרם חקיקתו של חוק בתי משפט לעניינים מנהליים, תש"ס-2000, נדונו אף הן עפ"י כללי המשפט הציבורי, והוגבלו לסעדים של ציווי, שלא אפשרו הענקת סעד אופרטיבי של פיצויים, שכן המשפט המנהלי, בהיותו מגן על זכויות היחיד מפני הרשות, עשה שימוש בסעד האפקטיבי, הוא סעד הציווי, אלא שלסעד זה היה חיסרון בולט בכל אותם מקרים בהם המעשה היה כבר "מעשה עשוי", והעבודה נשוא המכרז כבר נמסרה למשתתף אחר, תוך קיפוח זכותו של המציע שהיה ראוי לזכות בה. במצבים שבהם אפילו צו של בג"צ אינו יכול להשיב את הנעשה, נמצא העותר ללא סעד ממשי.

בנסיבות שבהן את הנעשה לא ניתן היה להשיב וקיים מעשה עשוי, הסעד המתאים מטבע הדברים הוא סעד הפיצויים, ואולם המשפט המנהלי המסורתי לא הכיר בסעד כספי, אלא רק במקרים חריגים, וגם אז רק אם התקיימו היסודות של אחת העולות המוכרות בדיני הנזיקין. משום כך הסעד הכספי ניתן רק בחלק קטן מאוד של פעולות מנהליות פגומות, ועל רקע זה, החסר בפיצויים בגין פעולות מנהליות פגומות היה בולט, ושופטי בג"צ הביעו לא אחת תקווה כי המחוקק ימצא דרך להסדיר סוגיה זו, שנים רבות לפני חקיקת חוק בתי משפט לעניינים מנהליים.

הצורך בסעד הפיצויים והחסר בו במשפט המנהלי, באו לידי ביטוי בפסיקה הענפה בתחום המכרזים הציבוריים. ריבוי העתירות בנושא המכרזים ברבות השנים לימד, כי היו מקרים רבים שבהם התברר שהזכייה במכרז נשללה מהעותר שלא כדין, ובמקרים אלה סעד הציווי היה חסר תועלת מאחר שנוצר כאמור מצב של מעשה עשוי. כך אירע בפסק-הדין בעניין **בית אריזה רחובות בע"מ ואח' נ' שר החקלאות ואח'**⁷⁰, שבו נדונה עתירה נגד אי זכיית ההצעה הזולה ביותר, שהוגשה במסגרת מכרז לביצוע עבודות קטיפ. בג"צ הגיע לכלל מסקנה שהדין הוא אמנם עם העותרת, וכי היא הייתה ראויה לזכות במכרז, אלא שבינתיים נחתם חוזה עם המתחרה, שוועדת המכרזים החליטה על זכייתה, וזו כבר החלה בביצוע העבודות. בג"צ סבר כי בנסיבות שנוצרו, אין הוא יכול לקבל את העתירה, וראויים במיוחד לציטוט דברי השופט ברנזון שהסביר את דחיית העתירה: **"לא נצדק אם ניתן צו שיהיה בו משום עשיית עוולה... אין מתקנים עוול בעוול"**. במקרה זה הסתפק בית-המשפט במתן צו, שהכריז על בטלות ההחלטה שקיבלה ועדת המכרזים, אלא שלא היה בהחלטה זו כדי להושיע לעותרת, והשופט ברנזון הביע את מורת רוחו מהתוצאה והוסיף: **"בעבר הביע בית-משפט זה בכמה הזדמנויות את המשאלה למחוקק לשקול את תיקון החוק אשר יאפשר לו לתת תרופה שלמה במקרים שלאחר המעשה; אולי מותר לנו להשתמש בהזדמנות זו כדי לחזור על המשאלה הנ"ל"**. בפסק דין זה נחשף באופן בולט החסר בסעד הפיצויים, במקרים המתאימים, בתחום המכרזים הציבוריים.

בפסק-הדין בעניין **בינוי ופיתוח בנגב בע"מ נ' שר הביטחון ואח'**⁷¹, נדונה עתירה של חברות בנייה, שזכו במכרז לביצוע עבודות סלילה, ועל אף זכייתן, הוחלט שלא להתקשר עימן בחוזה, לאחר שהוחלט על

⁶⁹ ראה בד"נ 22/82, **בית ילס נ' רביב**, פ"ד מג(1) 441.

⁷⁰ בג"צ 292/61, פ"ד ט"ז עמ' 20

⁷¹ בג"צ 101/74, 102, פ"ד כח (2) 449

ביצוע עצמי ע"י מע"צ. השופט ברנזון הכיר אמנם בצדקת ההחלטה המנהלית הנ"ל, ויחד עם זאת, הוא העלה לדיון ישיר את השאלה: האם בג"צ מוסמך לפסוק לעותרות פיצויים? בהסתמכו של לשון סעיף 7 לחוק בתי-המשפט, תשי"ז-1957 (שלימים הפך לסעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה), קבע השופט ברנזון כי הסעיף מלמד שאין כל הגבלה על הסעדים שבג"צ יכול להושיט לאזרח הנפגע על-ידי מעשה או מחדל של רשות ציבורית, וכל תרופה או סעד שייראו צודקים בעיני בית-המשפט, הריהם בהישג ידו, וסמכותו הרחבה של בג"צ יכולה לשמש בסיס גם לפסיקת פיצויים גם מעבר למגבלות של דיני הנזיקין והחוזים, ובכך הכיר, למעשה, בעילה חדשה של הכרה באחריות מיוחדת ללא אשם הרשות. השופט ברנזון הוסיף שאת פסיקת הפיצויים על-ידי בג"צ צריך יהיה לפתח **"בהדרגה ובוהירות, נדבך אחרי נדבך"**, וכי פיצויים אלה ייפסקו על-פי אמות-מידה שונות מאלה הנוהגות לגבי פיצויים בתחום המשפט הפרטי, המבוססים על הוכחת נזק. לגישתו, פיצויים אלה ייפסקו על-פי אומדן כללי, בשל היותם סעד של צדק, שנפסק על-ידי בג"צ כטפל לדיון בעתירה, ואם בכוונת העותרות לקבל סעד מלא על נזקן, הן ייאלצו לפנות לערכאה המתאימה ולנהוג עפ"י כללי הדיון הנוהגים בה.

חשיבותו של פסק-הדין הייתה בנכונות העקרונית של בג"צ להכיר בזכות הפיצוי לצורך הגנה על זכויות מנהליות, וזו הביאה בעקבותיה להכרה בסוג אחריות חדש, **אחריות הרשות הציבורית לתשלום פיצויים במקרה של פגיעה בזכויות הפרט**, אלא שלהלכת **בינו ופיתוח** לא היה המשך בפסיקה שבאה אחריה, והגם שההלכה לא בוטלה, הרי שהיא לא התממשה, בשל התנגדות חלק משופטי העליון לפסוק פיצויים על-ידי בג"צ.

כך למשל עלתה שאלת הפיצויים בעניין **דדון נ' עיריית ירושלים**⁷² במקרה זה, החליטה וועדת המכרזים שלא למסור את העבודה לעותר למרות שהיה בעל ההצעה הזולה ביותר. העותר ביקש לבטל את החלטת הוועדה ולקבוע שהוא הזוכה, או לחלופין, לחייב את העירייה בפיצוי. השופט אשר בדעת רוב התמודד עם הלכת **בינו ופיתוח** וקבע שסעד הפיצויים בבג"צ אמנם קיים, אך הוא סעד מצומצם בהיקפו, שצריך להיות **"בבחינת סעד יוצא-דופן בבית-משפט זה"**, והסביר כי מדובר בפיצויים כלליים המבוססים על הרגשת הצדק שבלב השופט, ומחייבים זהירות והתאפקות רבה מצד בית-המשפט.

פסק הדין שחזר ואישר את ההלכה, ניתן על-ידי השופט ברק בעניין **מיגדה בע"מ נ' שר הבריאות**⁷³ אלא שגם הוא לא פתר לעומקה את השאלה שהעסיקה רבות את שופטי הבג"צ – היא שאלת העילה שמכוחה ניתן לפסוק פיצויים מנהליים לעותר. השופט ברק הצטרף לדעת קודמיו וקבע כי סעד הפיצויים נתון באופן מובהק לשיקול דעתו של בג"צ, בהתאם לנסיבות של כל מקרה ומקרה, וכי מקובלת עליו הגישה, הגורסת מתן סעד כספי על-ידי בג"צ רק **"במקרים יוצאי דופן"**.

באופן זה הפכה הלכת הפיצויים בבג"צ להלכה בעלת משמעויות מעשיות מוגבלות, שלא לומר שוליות. בעניין **מיקרונט בע"מ נ' משרד החינוך והתרבות**⁷⁴ (1990) חזרה ונדונה ההלכה בעתירה נוספת בענייני מכרזים. הצעה אותה הגישה העותרת במסגרת המכרז נדחתה שלא כדין, בעוד שלמעשה הייתה צריכה לזכות. העתירה לביטול ההחלטה התקבלה, אך צומצמה כך שתחול רק על הסחורה שטרם סופקה ע"י החברות שזכו במכרז שלא כדין ופעלו על סמך זכיינתן. בקשת הפיצויים התייחסה לרכישה שהייתה כבר בגדר מעשה עשוי. אף-על-פי-כן נדחתה הבקשה, והשופט אור אמנם חזר והכיר בסמכות בג"צ לפסוק פיצויים, אולם נמנע מלפסוק אותם, תוך שהוא שב וקובע בעקבות **פרשת מיגדה** כי **"דק במקרים חריגים יטוה בית-המשפט הגבוה לצדק לפסוק פיצויים במקרה של הליכי מכרז פסולים"**.

⁷² בג"צ 358/77 פ"ד לב (1) 729

⁷³ בג"צ 688/81, פ"ד לו (4) 85

⁷⁴ בג"צ 2167/90, פ"ד מה (1) 45

במעבר של ענייני המכרזים מבית המשפט הגבוה לצדק אל בתי-המשפט האזרחיים, לא עלתה עוד ההתלבטות האם יש לפסוק פיצויים בשל פעולה מנהלית פגומה, אולם נשאלה השאלה מהו הבסיס בדין האזרחי לפסיקת פיצויים בדיני מכרזים? התשובה לכך נמצאה בחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, מכוחו התפתח השלב הטרומ-חוזי, והפרת הנורמות המחייבות במסגרתו מהווה בסיס להטלת חיובים כספיים. שאלה זו של פסיקת פיצויים בגין הפרה של תנאי המכרז (פרטי) נדונה בפרשת **רביב משה ושות'** **בע"מ ואח' נ' בית יולס בע"מ ואח'**⁷⁵ שם הגישו המערערות הצעות במסגרת **מכרז פרטי** ותבעו פיצויים בגין העדפתה של מציעה אחרת בניגוד לתנאי המכרז. תביעתן התקבלה, אך נפסקו להן פיצויים שיליים בלבד. במכרז נכלל התנאי **ש'אין הנהלת המוסד מתחייבת לקבל את ההצעה הזולה ביותר או כל הצעה שהיא**, ועל כן לא היה מקום לפסיקת פיצויים חיוביים, שיינתנו ביטוי גם למניעת הרווח. בית המשפט קבע שם כי **'בהעדר קשר סיבתי בין ההפרה לבין אי-כריתת החוזה, אין מקום לפיצויים בגין הנזק, הנובע מאי-כריתתו של החוזה'**, ובנסיבות אלה לא נפסקו פיצויי קיום, על אף שהמסגרת הנורמטיבית לפסיקת פיצויים אלה הייתה של סעיף 12 לחוק החוזים, שעניינו חובת תום הלב מכוח החוזה הנספח. בעקבות פסיקה זו עלתה השאלה האם אמנם נזק מסתכם רק בהוצאות שהוצאו לצורך ההשתתפות במכרז, או שמא יש מקום לפסיקת פיצויים חיוביים - פיצויי קיום? המענה לשאלה זו טמון בהבדלים שבין מכרז פרטי למכרז ציבורי. בעוד במכרז פרטי קיימת חובה לנהוג תום-לב במציעים, אך תום-לב אין משמעותו בהכרח שוויון, הרי במכרז הציבורי, עיקרון יסוד הוא כי דין ההצעה הזולה ביותר לזכות, וזוהי זכות מתחום המשפט המנהלי, ופירוש הדבר שזכייטו של בעל ההצעה הזולה ביותר במכרז ציבורי היא ודאית, וכאשר היא נשללת ממנו, נשללים ממנו גם רווחי הזכייה. משתמע מכך, שכאשר ההחלטה הפגומה של ועדת המכרזים אינה ניתנת עוד לשינוי, יש לפצות את המציע גם על שווייה של הזכייה שנשללה ממנו שלא כדין ולפסוק לו פיצויי קיום.

התפתחות זו בדיני המכרזים ופיתוח מגוון סעדים לרבות פיצויים קיבלו את ביטויים בפסיקה שהתפתחה החל מסוף שנות ה-90 של המאה העשרים, תקופה אשר סימנה את תחילתה של מגמה שהתפתחה בסוגיית 'פיצויי קיום' בדיני המכרזים, עד לאחרונה ממש.

לא אחת חזרה ונשמעה בפסיקה טענה מפי בעלי מכרזים לפיה המשפט המנהלי אינו מכיר בסעד הפיצויים, ולראיה סמכו על פסיקות עבר של בית המשפט הגבוה לצדק בהן נמנע מלפסוק פיצויים בדונו בעתירות מכרזים, אלא שטענה זו נדחתה בפסיקה החדשה ונקבע כי העילה המהותית לקביעת ההפרה קיימת "ביבוא" מהמשפט המנהלי שפותח בבג"צ, ואילו את הסעד מספק בית המשפט המוסמך, מכוח דיני המשפט הפרטי.

ואולם, בהינתן כי סעד הפיצויים כפוף לדינים של המשפט המנהלי ושל המשפט הפרטי כאחד, חלה חובה על הטוען לזכותו לקבלת פיצויים, לקיים "עילות סף" ולהראות כי הוא מקיים את הכללים המתחייבים מהוראות המשפט המנהלי, ולא רק את העילות והכללים שבתחום המשפט הפרטי.

כך למשל, ביטוי בולט לחובת תום הלב הנובעת מהפן הציבורי של דיני המכרזים, שבה מחויב לפעול מתמודד במכרז, היא חובת **מיצוי מוקדם של הליכי אכיפה מנהליים ע"י מתמודד במכרז, בטרם יוכל**

⁷⁵ ע"א 207/79, פ"ד לו (1) 533. ראה גם ד"ר 22/82, **בית יולס נ' רביב**, פ"ד מג(1) 441 בו נהפכה דעתו של השופט ברק לדעת מיעוט.

הוא **לפנות בתביעה מנהלית לפיצויים** - פיצויי קיום - על קיפוחו באי-זכייתו במכרז. כאמור, חובה זו חלה על המציע הרואה עצמו נפגע, מכוח מאפייניו של הייחודיים של המשפט המנהלי החל על המכרז הציבורי. תביעה לפיצויי קיום מהווה, הלכה למעשה, תחליף לתביעת האכיפה, ובמקרה של אי מיצוי הליכי עתירה אכיפתיים לקבלת העבודה נשוא המכרז, עלול להיפגע קשות האינטרס הציבורי.⁷⁶

באופן זה, במקרה של הכרה בזכותו של מתמודד במכרז לתבוע פיצויי קיום, חלף סעד האכיפה בהליכי עתירה, עלול הדבר להוביל לתשלום כפול מתוך הקופה הציבורית עבור אותו שירות או נכס – שיינתנו הן לתובע בעקבות תביעתו לפיצויי קיום, והן למתמודד שהוכרז כזוכה במכרז. דרישה זו למיצוי מוקדם של הליכי אכיפה מנהלתיים בטרם הגשת תביעה לפיצויי קיום, מהווה איפוא תמונת ראי **לעקרון חובת הקטנת הנזק** – במסגרת המשפט האזרחי-הפרטי, והיא מחויבת ביתר שאת במסגרת המשפט המנהלי-הציבורי, שבו סעד הפיצויים הינו חריג, והיא באה לידי ביטוי בעילות סף מנהליות כגון שיהוי, מניעות והיעדר תום לב הגובל אף באי-ניקיון כפיים.

במילים אחרות, תרופת הפיצויים המנהליים לא תכיר ככלל באפשרות לפסיקת פיצויי קיום בעילה שמקורה במכרז, אם לא מוצו קודם לכן הליכים בעתירה אכיפתית, כאשר לתובע עוד עמדה האפשרות לעשות כן. גישה זו, המקנה במובהק עדיפות לאינטרס הציבורי של יעילות וחסכון בכספי ציבור, נובעת משילוב של עקרונות המשפט הפרטי, של חובת תום הלב וחובת הקטנת הנזק, עם כללי המשפט המנהלי, כמו אי-מיצוי הליכים, שיהוי וחוסר ניקיון כפיים.

בעניין חב' החשמל נ' מליבו⁷⁷ (להלן: **פרשת מליבו**), בפסק דינו המקיף והעקרוני של כב' השופט חשין, נחרש התלם הראשון, ולראשונה נפסקו פיצויים חוזיים - **פיצויי קיום** - למציע במכרז ציבורי שהזכייה נמנעה ממנו שלא כדין. בהיות פסה"ד בפרשת **מליבו** הנ"ל מהווה אבן יסוד בסוגיית פיצויי קיום בענייני מכרזים, להלן נעניק לו מקום של כבוד בעבודה זו, במסגרת סקירת הפסיקה שהתפתחה ב-20 השנים האחרונות. בפרשת מליבו פרסמה חב' החשמל מכרז לביצוע עבודות בנייה בתחנת הכוח שלה באשקלון והוגשו לה ארבע הצעות. הצעתה של חב' דרוקר זכריה (לימים חב' מליבו) הייתה הזולה ביותר, ולכאורה היא הייתה הזכאית לזכות בביצוע העבודה, ואעפ"י כן, חב' החשמל מסרה את ביצוע העבודה לחב' בן-יקר גת. בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' השופט פינקלמן) פסק לזכותה של מליבו ולחובתה של חב' החשמל, ועל פסק-דין זה הגישה חב' החשמל ערעור שכלל נימוקי ערעור רבים, בעוד מליבו הגישה אף היא ערעור-שכנגד בשאלת גובה הפיצויים. מבין שלל הנימוקים והטענות שנכללו בערעור, להלן נמקד את הדברים בסוגיית **פיצויי הקיום**.

באזכרו את ההלכה שנפסקה בפס"ד **פסטרנק**⁷⁸, לפיה עקרונות דיני המכרזים מחייבים לפעול בהגינות, בסבירות ובשוויון בין כל המציעים, קבע השופט חשין כי הגם שעקרונות אלה נקבעו בפסיקתו של בית המשפט הגבוה לצדק, הרי יש להחיל אותם גם בבית משפט אזרחי. לאחר שדן במכלול הטענות של חב' החשמל ואימץ את קביעותיו של בימ"ש קמא, הגיע השופט חשין לכלל מסקנה כי חב' החשמל אכן נהגה

⁷⁶ יצוין כי ב-עע"מ 9423/05, **רשות השידור נ' קטימורה בע"מ**, הושארה בצריך עיון סוגיית החובה למצות את ההליך המנהלי ע"י הגשת עתירה מנהלית-אכיפתית, בהסכמת השופטת ארבל וכנגד דעתה החולקת של הנשיאה בייניש. בתיק ת"מ 403/09, י.ו.ק.א. **נדל"ן בע"מ נ' מנהל מקרקעי ישראל** (פס"ד של השופט סולברג במחוזי בירושלים, ניתן ביום 12/12/2012) הובעה דעה נחרצת בשאלה זו, ותביעה מנהלית לפיצויי קיום נדחתה בשל כך בלבד שזו **'הוגשה מבלי שהתובעת מיצתה הליכים למימוש זכייתה במכרז – הן בפנייה למינהל עצמו, והן בהגשת עתירה מנהלית ככל שפנייתה לא הייתה מענית'**, והתובעת לא הצביעה על נסיבות חריגות שיאפשרו "דילוג" על שלב העתירה המנהלית.

⁷⁷ ע"א 700/89, **חברת החשמל לישראל בע"מ נ' מליבו בע"מ ואח'**, פ"ד מו(1) 667.

⁷⁸ בג"צ 991/91, **פסטרנק בע"מ ואח' נ' שר הבינוי והשיכון ואח'**, פ"ד מה(5) 50.

שלא כדין כלפי מליבו, והוא מצא לנכון לדחות את הערעור שלה והוא נפנה לדון בערעור הנגדי של מליבו בשאלת הפיצויים וגובהם.

בבואו לדון בשאלת הפיצויים המגיעים למליבו, קובע השופט חשין בשפתו הציורית את העיקרון לפיו **"דין הוא שאותו מציע במכרז זכאי כי בעל המכרז יושב אותו על אותו כס שהיה זכאי לישיב עליו לו היו הליכי המכרז מתנהלים כסדר, לאמור, זכאי הוא לראות עצמו כמי שקיבל את העבודה, ואם לא קיבל - זכאי הוא לפיצוי כדי הרווח שהיה מפיק מאותה עבודה, לו קיבלה".** לביסוס קביעתו זו, מפנה השופט חשין לשני מקורות משפטיים עיקריים:

מקור ראשון: עקרונות המשפט המנהלי בכלל, ומשפט המכרזים בפרט, מהווים את "הדין האישי" של חב' החשמל וחלים עליה בלא סייג. לו היה עניינה של חב' החשמל נדון בפני בית המשפט הגבוה לצדק, בלא צל של ספק שהיה ניתן נגדה צו מוחלט והיא הייתה חייבת להעניק את העבודה למליבו, ואם כך הוא המצב, כך יהא דינה גם בבית המשפט המוסמך האזרחי שדן בעניינה, והוא (בימ"ש קמא) היה מוסמך בדין להגיע לתוצאה אליה הגיע ולחייב את חב' החשמל למסור את העבודה למליבו, אולם בשל העובדה שזו נמסרה זה מכבר לחב' בן-יקר גת, אין מנוס מן המסקנה שיש לפסוק לזכותה של מליבו פיצוי **"כדי ההפסד שנשאה בו"**. השופט חשין מאזכר בהקשר זה את פסק הדין שניתן בבג"צ **מיקרונט⁷⁹**, בו התבטא השופט תיאודור אור ואמר במקרה חריג, שבו התברר כי הליכי המכרז היו פסולים ובעקבות זאת נגרם נזק למשתתף במכרז, כי רק בשל העדר נתונים מספיקים **"על-פיהם נוכל לקבוע את גובה הפיצוי הראוי"** – הוא נמנע מלעשות כן. בעניין מליבו, השופט חשין מפרש את כוונת דברי השופט אור בעניין מיקרונט וקובע כי **"בנסיבות העניין, ברור שכוונת השופט אור היא לפיצוי קיום (פיצוי ציפיה) ולא אך לפיצויי הסתמכות (פיצויים שליליים)"**. השופט חשין דוחה את טענת חב' החשמל לפיה המשפט המנהלי אינו מכיר בסעד הפיצויים וקובע כי העילה המהותית קיימת "ביבוא" מהמשפט המנהלי שפותח בבג"צ, ואילו את הסעד מספק בית המשפט המוסמך, בבחינת **"הלך הסעד אחר הזכות"**.

המקור השני: לזכותה של מליבו כלפי חב' החשמל מצוי במוסד המשפט הקרוי "חוזה נספח", קרי, אותה מסגרת נורמטיבית שיוצר הליך המכרז והחבויות שהוא מטיל על כל אחד מהנוטלים חלק בהליך המכרז. משנקבע כי חב' החשמל הפרה את חובתה כלפי מליבו עפ"י אותו "חוזה נספח" בכך שלא זיכתה אותה במכרז על אף שהייתה חייבת לעשות כן, ממילא זכאית מליבו שהדין יעמיד לרשותה סעד בצידה של אותה הפרה. הסעד המתבקש במקרה זה הוא שחב' החשמל תעמיד את מליבו באותו מקום בו הייתה עומדת לולא ההפרה. במילים אחרות, מליבו זכאית לצו אכיפה, או לחילופין, לרווח שנמנע ממנה עקב הפרת אותו חוזה נספח. לדעת השופט חשין, היתרון של 'החוזה הנספח', על פני סעיף 12 לחוק החוזים, הוא במגוון הסעדים שהוא - החוזה הנספח - מציע. בהיותו מוסד חוזי, עומדים לצד הנפגע בשל הפרתו כל הסעדים של חוק התרופות, לרבות אכיפה או פיצוי קיום. לעומת זאת, סעיף 12 מוגבל לפיצויי הסתמכות בלבד, או למצער, זהו הסעד הראשוני שבו.

בפרשת **קל בניין נ' ע.ר.מ. רעננה⁸⁰** (להלן: **פרשת קל-בניין**), ובשונה מעמדתו של השופט חשין בפרשת מליבו (לפיה סעיף 12(ב) לחוק החוזים הכללי אינו מאפשר הענקת פיצוי קיום אלא פיצויי הסתמכות בלבד), מעמיד הנשיא ברק לדיון את השאלה, האם אכן יש מקום להגביל את הפיצוי על-פי סעיף 12(ב) לחוק

⁷⁹ בג"צ 2167/90, מיקרונט בע"מ נ' משרד החינוך והתרבות ואח', פ"ד מה(1) 45 מפי השופט תיאודור אור.
⁸⁰ ע"א 6370/00, קל בניין נ' ע.ר.מ. רעננה, פ"ד נו(3) 289.

החוזים הכללי לפיצויי הסתמכות בלבד, או שמא, מציע שכלפיו נהגה החברה שלא בתום-לב, זכאי לפיצויים בגין הרווח שנמנע ממנו מאי קיומו של החוזה עימו ("פיצויי קיום")?

השופט ברק סקר את הפסיקה שפירשה בעבר את סעיף 12(ב) לחוק החוזים באופן מצומצם וקבעה שמטרת הפיצויים לפי סעיף זה היא להעמיד את הנפגע באותו מצב שבו היה נתון לולא נכנס כלל למו"מ ("פיצויים שליליים" או "פיצויי הסתמכות"). לפי גישה זו, כאשר לא נכרת חוזה ולא ידוע מה תוכנו של החוזה שהיה נכרת אילו הסתיים המו"מ, אין כל אפשרות, במסגרת השבת המצב לקדמותו, להעמיד את הצדדים באותו מצב שבו היו נתונים אילו היה החוזה נכרת ומבוצע כדין. כל שניתן לעשות הוא להעמיד את הצדדים באותו מצב שבו היו נתונים לולא נכנסו למו"מ. השופט ברק מחדש וקובע כי עפ"י לשונו של סעיף 12(ב), אין מניעה שצד נפגע יקבל פיצויים חיוביים (פיצויי קיום) בגין הפרת החובה לנהל מו"מ בתום-לב. חובתו של הפוגע-המפר היא לשלם לנפגע פיצויים בעד הנזק שנגרם לו עקב המו"מ, דהיינו, הסעיף חל לא רק על נזק בגין הכניסה למו"מ וניהולו, אלא גם מקום שבו המו"מ הסתיים, אך החוזה לא נכרת בשלב אחרון, בשל חוסר תוויל של צד למו"מ:

הנה כי כן, במצב הדברים הרגיל, התרופה בגין הפרת החובה לנהל משא ומתן לקראת כריתתו של חוזה בתום לב, היא בפיצוי על הנזק הנגרם לנפגע מעצם הכניסה למשא ולמתן ("פיצויים שליליים"; "פיצויי הסתמכות"). עם זאת, ישנם מקרים חריגים בהם זכאי הנפגע לפיצויים בגין הנזק שנגרם לו בכך שההסכם אותו עמדו לכות לא נכרת ולא הוגשם ("פיצויים חיוביים"; "פיצויי קיום"). המאפיין מצבים מיוחדים אלה הוא, שהמשא והמתן הבשיל, למעשה, לכדי חוזה, ורק ההתנהגות חסרת תום הלב מנעה את שכלולו. על כן אין לומר כי סעיף 12 (ב) לחוק מוגבל אך ל"פיצויים שליליים", כשם שאין לומר שכל הפיצויים הנפסקים על פיו הם אך "פיצויים חיוביים". הכל תלוי בנסיבותיו המיוחדות של המקרה, תוך התחשבות במידת חוסר תום הלב, בצפיפות של הצדדים, בשלב בו מצוי המשא והמתן ובנתונים אחרים העשויים להיות רלוונטיים (ההדגשות לא במקור).

השופט ברק מבחין איפוא בין המצבים שבהם ייפסקו פיצויי הסתמכות אן פיצוי קיום: במרבית המקרים, הפיצויים היחידים האפשריים הם פיצויי הסתמכות, שכן אין לדעת אם היה נכרת הסכם אילו נוהל המו"מ בתום-לב, וגם אין לדעת מה היה תוכנו של החוזה שהיה נכרת, אם היה נכרת. לעומת זאת, במצבים בהם המו"מ בין הצדדים הגיע לשלב מתקדם, עד כי תוכנו של ההסכם אותו מבקשים הצדדים לכות הוא ידוע, ותנאיו כבר גובשו, אלא שבשל חוסר תום הלב נמנע השכלול הסופי של המו"מ לכדי חוזה, במצב כזה, החזרת המצב לקדמותו תביא את הצדדים לידי ראיית המצב כאילו שוכלל החוזה. במקרה כזה יש לתת תוקף לתוכן ההסדר שעוצב בידי הצדדים טרם הפרה ('חוזה כפוי'), וקיימת הצדקה בנסיבות כאלה להטיל פיצויים חיוביים על הצד הפוגע.

המסקנה העולה איפוא מפסק הדין בפרשת קל-בנין היא זו: ככל שעיצוב החוזה בין הצדדים ותוכנו נמצאים במצב מתקדם כתוצאה מהמו"מ שנוהל ביניהם, ורק התנהגות חסרת תום לב מנעה את שכלולו הסופי וחתמתו ברגע האחרון – כי אז יהיה מקום להשית פיצויי קיום על הצד הפוגע. הואיל וקל-בנין עמדה בכל תנאי המכרז, והצדדים הגיעו להסכמה לגבי כל הפרטים הנחוצים (למעט אישור מועצת המנהלים של בעלת המכרז) – התקיימו במקרה זה אותן נסיבות המזכות אותה בקבלת "פיצויי קיום".

לדעתנו, חשוב לציין כי יישום ההלכה בפרשת קל-בנין על דיני המכרזים ככלל, תביא בהכרח למסקנה כי ברוב המקרים של המקרים ייפסקו פיצויי קיום למציע הנפגע, שהרי המכרז, בהיותו 'חוזה נספח', מהווה מסגרת ברורה של תנאים המוכרים וידועים לשני הצדדים, והיענות המציע לתנאי המכרז מהווה הלכה למעשה את הבשלתו וסיומו של המו"מ לקראת חתימת החוזה עם בעל המכרז. קל וחומר נכונים הדברים אם בעל המכרז מוצא לנכון לנהל מו"מ עם המציעים (בכפוף לתנאי המכרז ולתנאי השוויון), שאז

בוודאי יהיה מקום לקבוע כי בעל המכרז הפר את חובתו "לנהל משא-ומתן בתום-לב" ברגע האחרון ובאופן ממש, ולחייבו בשל כך בתשלום פיצויי קיום.

לשון אחרת, בשונה מדיני החוזים הכלליים במשפט הפרטי, שם יש לבחון כל מקרה לגופו האם נוהל מו"מ בין הצדדים בתום לב ולאיוזה שלב הגיע המו"מ בין הצדדים, זאת כדי להשיב נכונה לשאלה האם במקרה נתון ייפסקו פיצויי הסתמכות או שמא פיצויי קיום, הרי בדיני המכרזים אנו פטורים מלהיזקק לשאלות עובדתיות אלה, שהרי תנאי המכרז מתפרסמים ומוכתבים, ותגובתו של המציע לתנאי המכרז (בהנחה שאינה חורגת מהם), מהווה מעין תחליף למו"מ המתנהל בין אנשים פרטיים. בהינתן שניים אלה – פרסום המכרז והיענות המציע למכרז – אין מניעה לקבוע כי המו"מ הבשיל כדי חתימת חוזה ולפסוק פיצויי קיום, באותם מקרים בהם בעל המכרז נוהג בחוסר תו"ל שעה שהוא מקפח את זכותו של המציע לזכות במכרז. מבחינה זו יש לראות בדיני המכרזים משום דרך סלולה וקלה יותר לפסיקת פיצויי קיום מאשר במשפט החוזים הפרטי הכללי, שכן הפורמט המשפטי - החוזה הנספח - קיים ומגובש בתנאי המכרז, הוא מוכר היטב הן לבעל המכרז והן למציע, וכל שנתר לעשות הוא לפעול בתו"ל מכוח "החוזה הנספח" לחתימת החוזה הגלום במכרז. בהינתן הפרה מצד בעל המכרז – יהיה מקום לפסוק פיצויי קיום, עפ"י הרציונאל של הנשיא ברק בפרשת **קל-בנין לעיל**.

בפס"ד **עומר הנדסה ובנייה (1986) בע"מ נ' אירוס הגלבוע בע"מ**⁸¹ (2006) נדונה תביעתה של חב' עומר הנדסה שלטענתה זכתה במכרז אותו פרסמה הנתבעת לביצוע עבודות תשתית במתחם איקאה בראשון-לציון, אלא שברגע האחרון חזרה בה הנתבעת בחוסר תום לב מההחלטה להעניק לה את הזכייה במכרז, כדי להעניק את העבודה לצד שלישי, חבר של אחד מבעלי השליטה בנתבעת. בתביעה עותרת התובעת לפיצוי בגובה הרווח שהייתה צפויה להפיק מביצוע העבודה נשוא המכרז. הנתבעת התגוננה בטענה מרכזית כי אין מדובר במכרז ציבורי אלא במכרז פרטי, ואין להחיל במקרה זה את העקרונות החלים במשפט הציבורי, ויש מקום לתת עדיפות לחופש ההתקשרות בחוזים במשפט הפרטי. השופט ברנר הסכים כי אכן מדובר במכרז פרטי, אולם בהסתמכו, בין היתר, על פרשת **קל-בנין לעיל**, הוא קובע כי הנתבעת לא הייתה רשאית למסור את העבודות למציע אחר אך ורק בשל העובדה שהוא חבר של הבעלים, תוך הפרת עקרון השוויון וחובת ההגינות. נקבע כי גם במישור דיני החוזים, התנהגות זו של הנתבעת נגועה בחוסר תו"ל, שכן היא סיכלה את מסירת העבודות לתובעת בתואנות שווא. **כאשר מתנהל מו"מ לקראת כריתתו של חוזה, ואחד הצדדים מתנער מההתקשרות ברגע האחרון לפני כריתת החוזה, בלא סיבה עניינית, מהווה הדבר חוסר תו"ל מצידו, המזכה את הנפגע בפיצויי קיום. כך הם פני הדברים במשפט המכרזים הציבורי וכך הם הדברים גם במשפט החוזים הפרטי.**

בפס"ד **פ.א.ס. תשתיות וחשמל בע"מ נ' המועצה האזורית מעלה יוסף ואח'**⁸² (2006) נדונה תביעה מנהלית לקבלת פיצוי בעילת מכרז אותו פרסמה הנתבעת, שבו הודע לתובעת על זכייתה, ולמרות זאת, לא נחתם עימה חוזה לביצוע העבודה. השופטת וסרקרוג מניחה את הבסיס הנורמטיבי וקובעת כי הנתבעת – מועצת מעלה יוסף – הינה בגדר "רשות", ובתור שכזו היא כפופה לשתי מערכות דינים: הן המשפט הציבורי והן המשפט הפרטי. המכרז עצמו מהווה הזמנה להציע הצעות וניתן לראות בו כהצעה ליחידה נספח. על שלב זה חלות הוראות סעיף 12 לחוק החוזים הכללי, המרחיב את חובת תום הלב לשלב המו"מ לקראת כריתת חוזה, ומכוחו נדרשים הצדדים להתנהגות בדרך מקובלת ובתום לב, ובכך

⁸¹ ת"א 64803/06, פסק-דינו של השופט חגי ברנר מביהמ"ש המחוזי בת"א, פורסם בנבו.

⁸² ת"מ 202/06, פסק דינה של ס' הנשיאה ש' וסרקרוג מביהמ"ש המחוזי בחיפה, פורסם בנבו.

יש לראות מקור נוסף לחובתה הציבורית של הרשות לנהוג ביושר ובהגינות. עם פרסום המכרז מתקבעת המסגרת הנורמטיבית של החוזה העתידי ועל ההצעות המוגשות על-פיו להתאים לתנאי המכרז 'כך שלמעשה משתכלל החוזה בין בעל המכרז לבין המציע הזוכה בעת מסירת ההודעה על הזכייה למציע. משהודע למציע על דבר זכייתו, קשורים הוא ובעל המכרז בקשר חוזי מחייב. מרגע זה אין הצדדים יכולים עוד לסגת באורח חד-צדדי מן העסקה המבוטאת בחוזה. נסיגה, ככל שתהא, היא בגדר הפרה". למעט באותם מקרים בהם עומדת לרשות "זכות ההשתחררות", שבהם ייפסקו פיצויים בשיעור מופחת, יהיה על הרשות לשאת בפיצויי קיום באותם מקרים בהם חזרתה מהחוזה נעשתה שלא כדין ובחוסר תום-לב.

לאחרונה ממש, בחודש יוני 2013, ניתן פסק-דין של בית המשפט העליון, בע"א 2080/09, אחים שרבט חברה לבנין בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל/משרד הבינוי והשיכון ואח',⁸³ בערעור וערעור שכנגד על פס"ד של בית המשפט המחוזי, אשר חייב את משרד הבינוי והשיכון ואת מינהל מקרקעי ישראל לשלם למערערות פיצויים בסכומים שונים בגין הפרת חוזים שנכרתו עימן לבניית מאות יחידות דיור בעיר נצרת. בעניין זה נדון ערעורן של חמש חברות בנייה שזכו בשנת 1996 במכרז של משרד הבינוי והשיכון להקמת פרויקט מגורים בן 673 יחידות דיור בשכונת שנלר בנצרת. בערעור זה טענו המערערות, בתמצית הדברים, כי משרד הבינוי והשיכון הפר כלפיהם את החוזים שנחתמו איתו באי העמדת הקרקע לרשותן במשך תקופה של כ-3 שנים, ומשהמדינה סירבה לבקשתן לבצע את התיאומים וההתאמות הנדרשות בלוחות הזמנים ובשאר תנאיהם הכלכליים של החוזים בשל חלוף השנים מאז זכו במכרז, הן הודיעו למדינה על ביטול החוזים, תוך שמירה על זכויותיהן לתבוע את המדינה על הנזקים הרבים שנגרמו להן, ובכלל זה גם את אובדן הרווח שנמנע מהן בשל הפרת החוזים ע"י המדינה. בשנת 2002 הגישו המערערות לבית המשפט המחוזי בחיפה תביעה כספית בסכום העולה על 47 מיליון ₪ בגין ההוצאות שהוציאו לשם ביצוע החוזים, בגין אובדן הרווח שהיה צפוי להן לו קוימו החוזים, ובגין הפסדי המענקים הכספיים שנקבעו בחוזים עבור עמידה בלוחות הזמנים. בית המשפט המחוזי בחיפה (כב' השופטת בר-זיו) קיבל את התביעה הכספית באופן חלקי ופסק לחברות פיצויים, כולל פיצויי קיום, בסכומים הפחותים משמעותית מאלה שנדרשו בתביעה, ועל כן הגישו המערערות ערעור לבית המשפט העליון בשאלת גובה הפיצויים שנפסקו להן, ומנגד הגישה המדינה ערעור-שכנגד על עצם קביעת בית-משפט קמא כי היא זו שהפרה את החוזים עם החברות, וכן בשאלת גובה הפיצויים שנפסקו על-ידו לחברות התובעות.

בית המשפט העליון (מפי כב' השופטת חיות) דן במכלול הנושאים המורכבים שעלו בערעור, אך לענייננו נתייחס לקביעות של בית המשפט בכל הנוגע לשאלת פיצויי הקיום. בהסתמכו על הוראת סעיף 10 לחוק התרופות, הכיר בית המשפט בזכותן של החברות-המערערות לקבלת פיצויי קיום בשל הפרת החוזים ע"י המדינה, וקובע כי אין מניעה לכך שמי שנפגע מהפרת חוזה יפעל לביטולו (כפי שעשו החברות בענייננו), ובנוסף לכך יתבע פיצוי בגין הרווחים שאבדו לו בשל אי קיום החוזה, זאת משום שאבדן הרווחים הוא תוצאה של הפרת החוזה (ע"י המדינה) ולא של ביטולו, ומשום שהנפגע זכאי בהקשר זה לפיצוי שיעמיד אותו במקום שבו היה אילו קיום החוזה ואלמלא הופר. מוסיף בית המשפט וקובע כי הנזק של אובדן רווחים הוא אחד הנזקים שנגרמו לחברות עקב הפרה ותוצאותיה, ואותו היה על המדינה לצפות מראש כתוצאה מסתברת של הפרה בעת כריתת החוזים, על כן, כהוראת סעיף 10

⁸³ ניתן ביום 23/06/2013 ופורסם בנבו.

לחוק התרופות, מדובר בנוק המצוי מבחינת הסיבתיות והצפיות של המדינה במתחם הנזקים אשר בגינם זכאיות החברות לפיצוי על נזקהן, לרבות פיצויי קיום. ראוי לנו להעיר כי על אף שלכאורה בית המשפט מתייחס למדינה כאל בעל דין רגיל, נראה כי פסק הדין מקפל בתוכו ביקורת, נכונה ומוצדקת על המדינה על אשר ניצלה ומנצלת את כוחה הכלכלי הרב והעובדה שקבלנים מעוניינים להמשיך ולקבל עבודות ממנה, היא ניסתה להכתיב להם תנאים חדשים להסכם, על אף שכמי שהפרה את החוזה המקורי והייתה אחראית למצב הדברים שנוצר, ניתן היה לצפות כי לא תכתיב את התנאים החדשים וודאי שלא תציב דרישה לחתימה על כתב היעדר תביעות. הנה כי כן, ובהסתמכו על דברי מלומדים ועל פסיקה קודמת⁸⁴, נתן בית המשפט העליון משנה תוקף להלכה לפיה הפרת חוזים שנכרתו כדין במסגרת מכרזים אותם פרסמה המדינה, מזכה את המציעים לפיצויי קיום, כחלק ממגוון הסעדים העומדים לרשותם בחוק התרופות.

* * *

*

⁸⁴ ראה למשל: דניאל פרידמן ונילי כהן "חוזים", כרך ד' 380; ע"א 262/86, רוט נ' Deak and Co., פ"ד מה(2) 353; ע"א 1846/12, לוי נ' מבט, פ"ד מז(4) 49 ועוד.

פרק ו': סיכום

במשפט המנהלי היה חסר מתמשך בסעד הפיצויים כסעד משלים, כאשר העוול שנגרם לפרט לא ניתן היה להשלמה באמצעות סעדי הציווי. בפסק-דינו של השופט ברנזון בעניין **בינוי ופיתוח** נפתח "צוהר" לפסיקת פיצויים על-ידי בג"צ במסגרת שיקול דעתו וסמכותו הרחבה, ואולם, יותר משהיה בפסק הדין פתרון ממשי לבעיית הסעד הכספי במשפט המנהלי, הייתה בו הכרה בצורך להגן על הזכות המנהלית גם באמצעות סעד הפיצויים. גם אז, הזיקה שיצר השופט ברנזון בפסק-הדין בין הסעד הכספי לבין סמכות בג"צ, הביאה לעיכובים ולהיסוסים בפיתוח ההלכה, והפיצויים בבג"צ הפכו לפיצויי חסד סמליים, ובכך כמובן לא היה די.

עם ההתפתחויות החדשות שחלו בסמכות השיפוט בעניינים מנהליים, ועם הקמת בתי המשפט לעניינים מנהליים בסוף שנות ה-90 של המאה העשרים, והעברת ענייני המכרזים לבתי משפט אזרחיים, הדנים כיום יותר ויותר בעניינים מנהליים, פסיקת פיצויים היא עניין שבשגרה ודבר יום ביומו.

בתחום דיני המכרזים הציבוריים והפסיקה הענפה המלווה אותו, ניתן כבר להצביע על תוצאות ממשיות בתהליך גיבוש עמדת הפסיקה בישראל לסוגיה הנדונה, ומבחינה זו יש לציין לטובה את ההשפעה המבורכת של ההתדיינות בבתי המשפט האזרחיים. על-פי **הלכת מליבו**, ולאחרונה ממש גם על-פי **הלכת אחים שרבט**, יש להניח כי בעתיד ייפסקו פיצויים מלאים למציע הוירטואלי, שהיה ראוי לזכות במכרז הציבורי, וזכייתו נשללה ממנו שלא כדין.

באשר למדינות העולם, דומה כי ניתן להצביע על חלוקה דיכוטומית, בקווים כלליים, של המדינות שנבדקו בעבודה זו, בשאלת התייחסותן לסוגיית פיצויי הקיום בענייני מכרזים. נראה כי בעוד עמדת המשפט **האנגלי והקנדי**, אליהן מצטרפת גם עמדת המשפט **העברי והישראלי**, גורסת כי במקרים מתאימים, וכדי להגן על הפרט מפני פעולות הרשות, פיצויי קיום יהוו סעד הולם לזוכה וירטואלי שהודח מהזכייה במכרז שלא כדין, הרי שעמדת המשפט **האמריקאי**, ככלל, מקדשת את האינטרס הציבורי ומעדיפה אותו על פני אינטרס הפרט. בִּשְׁם ובשל החשש לפגיעה בקופת הציבור ובמשלם המיסים, בתי המשפט בארה"ב נמנעו מלפסוק פיצויי קיום והסתפקו בפיצויי הסתמכות⁸⁵. לעמדה זו של המשפט בארה"ב, יש לצרף גם את עמדת המשפט הגרמני, הקובעת כי מציע שקופח ונמנעה ממנו הזכייה שלא כדין, יהיה זכאי לפיצויים שליליים בלבד⁸⁶. עמדה זו של המשפט האמריקאי, המעדיפה את האינטרס הציבורי של פני זה של הפרט מעוררת קושי, שכן כל מהותו של המשפט המנהלי לא באה אלא כדי להגן מפני פגיעת הרעה של הרשות בזכויות הפרט. עמדה המעדיפה באופן כמעט אוטומטי את "משלם המיסים" ואת קופת הציבור, יש בה כדי לקעקע את היסודות עליהם עומדת שיטת המשפט המנהלי כולה, והאזרח הקטן יאלץ להישחק בגלגלי הרשות גם באותם מקרים בהם ברור לעין כל כי היא קיפחה את זכותו ופעלה בניגוד למתחייב. הימנעות מפסיקת פיצויי קיום, לא זו בלבד שיש בה קיפוח זכותו של הפרט, אלא יש בה משום מסר שיפוטי לרשויות המנהליות בארה"ב לפיו העונש המרבי על פעולתן הפגומה והפוגענית לא יעלה בכל מקרה על פיצויים שליליים, וכל זאת במדינה שחרתה על דגלה את זכויות הפרט, והלוא הן חקוקות היטב בחוקה שלה.

⁸⁵ ראה פס"ד Wilson בהערת שוליים 50 לעיל, שניתן בקליפורניה ופסק פיצויי הסתמכות בלבד.
⁸⁶ בהתאם לחוק הרכישות הממשלתיות הגרמני, בספרו של ע' דקל, **מכרזים**, כרך שני, עמ' 322, ה"ש 80.