



בבית המשפט העליון

ע"א 8422/17

וערעור שכנגד

לפני : כבוד הנשיאה א' חיות
כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר
כבוד השופט ג' קרא

המערער והמשיב שכנגד : מדינת ישראל - משרד התחבורה

נ ג ד

1. המועצה הלאומית למניעת תאונות דרכים בע"מ
2. עו"ד מרדכי מיכאלי המנהל המיוחד למועצה הלאומית

ערעור וערעור שכנגד על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים מיום 4.9.2017 בת"א 47860-03-10 אשר ניתן על ידי כבוד השופטת ע' כהן

תאריך הישיבה : י"ג באב התש"ף (3.8.2020)

בשם המערער והמשיב
שכנגד : עו"ד יואב שחם

בשם המשיבים והמערערים
שכנגד : עו"ד מרדכי מיכאלי ; עו"ד גיא סגלוביץ

פסק-דין

הנשיאה א' חיות:

ערעור וערעור שכנגד על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (השופטת ע' כהן) בת"א 47860-03-10 מיום 4.9.2017, בו התקבלה באופן חלקי תביעתה של המשיבה 1 (להלן: המועצה) לפיצוי בגין נזקים שנגרמו לה כתוצאה מהפרת התחייבותיו של המערער (להלן: משרד התחבורה או המשרד) כלפיה.

1. בחודש פברואר 2005 פרסם משרד התחבורה מכרז "לניהול והפעלת קורסי חובה ע"פ תקנות התעבורה" (להלן: המכרז), שעניינו הקמה ותפעול של מערך קורסים בהתאם לתקנות התעבורה, התשכ"א-1961 (להלן, בהתאמה: קורסי החובה, ותקנות התעבורה או התקנות). קורסים אלו כוללים "קורס ריענון", שאותו יש לעבור לאחר מספר שנים מקבלת רישיון הנהיגה, וכן קורסי "נהיגה נכונה" המיועדים לנהגים שביצעו עבירות תנועה. עד לפרסום המכרז הופעל מערך הקורסים על ידי המכון הארצי לתחבורה (להלן: המכון הארצי), אשר הוקם בשנת 1985 בהתאם להסכם בין משרד התחבורה והמועצה, שהינה מוסד ללא כוונת רווח שהוקם על מנת להילחם בתאונות הדרכים בישראל.

2. במכרז הובהר כי מערך הקורסים יופעל על ידי שלוש ספקיות לכל היותר, וכי משרד התחבורה יהיה רשאי לבחור "זוכה" (כשיר) רביעי שאליו ניתן יהיה לפנות ככל שמי מהן לא תפעל כראוי. המועצה היא אחת משלוש הזוכות במכרז, והודעה על כך נמסרה לה ביום 5.5.2005. מספר חודשים לאחר מכן, ביום 27.10.2005, נחתם הסכם בין המועצה ובין משרד התחבורה על בסיס תנאי המכרז (להלן: ההסכם). ההסכם עמד בתוקפו עד יום 26.4.2009, ובהמשך הוארכה תקופת ההתקשרות עד יום 1.9.2010.

3. ביני לביני, ביום 25.8.2005 – לאחר שנמסרה ההודעה על הזכייה אך בטרם נחתם ההסכם עם המועצה – הובא לאישורה של ועדת הכלכלה של הכנסת (להלן: ועדת הכלכלה) תיקון לתקנה 213 לתקנות התעבורה ולפיו ותק רישיון הנהיגה שנדרש לקבלת זימון לקורס ריענון עלה משלוש שנים לחמש שנים. תיקון זה התקבל ופורסם ברשומות ביום 22.12.2005 – דהיינו לאחר חתימת ההסכם עם המועצה (ק"ת 6446, 204-205; להלן: שינוי תקנות התעבורה) – ובמסגרתו נקבעה הוראת מעבר לפיה עד יום 31.12.2007 יזומנו לקורסי הריענון "גם בעלי רישיון נהיגה שחלה עליהם תקנה 213 לתקנות העיקריות כנוסחה ערב תחילתן] של [השינוי בתקנות התעבורה]" (להלן: הודאת המעבר). משמעות השינוי בתקנות התעבורה היא, לשם המחשה, כי נהגים שקיבלו לראשונה את רישיונותיהם בשנים 2005-2006 לא זומנו לקורס ריענון בשנים 2008-2009, אלא בשנים 2010-2011.

4. לקראת תום תקופת ההתקשרות בהסכם, ביום 28.3.2010, הגישה המועצה תביעה כספית נגד משרד התחבורה, בה טענה כי המשרד הפר את חובותיו כלפיה במישור החוזי והנזיקי וכי עקב כך נגרמו לה נזקים כספיים שהוערכו על ידה ב-30 מיליון ש"ח, לצרכי אגרה. המועצה טענה, בין היתר, כי המשרד לא זימן חלק מהנהגים לקורסים

הרלוונטיים ושלח זימונים בדואר רגיל ולא בדואר רשום; לא אכף את ההתייחסות לקורסים באמצעות התליית רישיונותיהם של נהגים שלא התייבשו; ביטל ללא הצדקה זימונים שנשלחו; התבסס על מידע חסר מהמשטרה בנוגע לנהגים החייבים בקורסים; ולא הפסיק את ההתקשרות עם יתר הספקיות הזוכות על אף שלא עמדו בדרישה שצוינה במכרז להקמת מערך מולטימדיה. לשיטתה של המועצה, חלק מחובות אלו מקורן בתנאי המכרז וההסכם וחלקן מעוגנות בתקנות התעבורה, שאותן התחייב המשרד לקיים. נוכח כל זאת טענה המועצה כי אם תנאי המכרז היו מקוימים, היא הייתה הספקית היחידה שזכאית להעביר את קורסי החובה, למצער החל מהמועד שבו הפעילה את מערך המולטימדיה שלה. לפיכך טענה המועצה כי יש לפצותה על בסיס תחשיב הרואה בה ספקית יחידה, בעלת נתח שוק של מאה אחוזים.

5. עוד טענה המועצה כי המשרד התיר לצה"ל להעביר קורסי ריענון במקביל לשלוש הספקיות הזוכות. המועצה הכירה בעובדה שקורסים אלו הועברו בצה"ל גם לפני פרסום המכרז, אך לשיטתה "ברור היה לצדדים" כי מערך הקורסים שקדם למכרז "בטל", וכי רק שלוש הספקיות שתיבחרנה במכרז תהיינה זכאיות להעביר את קורסי החובה. עוד טענה המועצה כי המשרד הציג במסגרת המכרז מספר מצגים מחייבים, ובפרט נתונים סטטיסטיים על אודות מספר הנהגים שלמדו בקורסי החובה בשנת 2003 (להלן: נתוני 2003), אשר צורפו כנספח י' למכרז – ואשר היו גבוהים ממספר הנהגים שהתייבשו לקורסים בפועל. המועצה טענה כי המציעים במכרז "הוזמנו להסתמך" על נתוני 2003, והפנתה להבהרה שצורפה לנספח י' למכרז ולפיה נתוני 2003 מהווים "אינדיקציה בלבד שכן בקורסי החובה צפויים לחול שינויים כמפורט בסעיף 21.2.1.2 למכרז". לשיטתה של המועצה, מכך נובע כי מספר התלמידים בקורסים יכול היה להשתנות מהסיבות שנמנו בסעיף 21.2.1.2 למכרז, אך "לא בשל מחדל בזימון הנהגים או מחדל באכיפתם [...]".

6. המועצה הוסיפה וטענה כי המשרד הפר את התחייבויותיו בהסכם ובמכרז עקב שינוי תקנות התעבורה. לגישתה, הארכת ותק הרישיון שנדרש לצורך קורס הריענון הובילה לדחייה של קורסי ריענון "אל מחוץ לתקופת המכרז", כך שמספר הנהגים שעבר את קורסי הריענון בשנים 2008-2009 היה נמוך משמעותית מאשר בשנים אחרות – מכיוון שבשנים אלו לא זומנו נהגים שקיבלו את רישיונותיהם בשנים 2005-2006. עוד הדגישה המועצה כי שינוי התקנות הובא לאישור ועדת הכלכלה ביום 25.8.2005, כחודשיים לפני שנחתם ההסכם בין המשרד והמועצה, וכי נציגה מטעם משרד התחבורה התייחסה להשפעת השינוי על ספקיות קורסי החובה במסגרת דיון שנערך בנושא בוועדת הכלכלה ביום 1.11.2005. על כן, כך טענה המועצה בסיכומיה, "עולה השאלה מדוע לא

קיימה [המדינה] גילוי נאות וגילתה למועצה (ולשאר הספקיות) לפני החתימה על הסכם ההתקשרות (או בהסכם עצמו!) על כי בכוונתה לערוך שינוי זה".

7. המשרד חלק על טענות המועצה וטען, בין היתר, כי המכרז וההסכם לא כללו התחייבות להבטחת מספר תלמידים מסוים בקורסי החובה או לאכיפת התייצבותם של הנהגים; כי נתוני 2003 צורפו למכרז כאינדיקציה שאינה מחייבת; וכי המועצה היא שהפרה את תנאי המכרז במספר היבטים. בנוסף נטען כי אף אילו היה המשרד מבטל את ההתקשרויות עם הספקיות האחרות, היה ביכולתו להתקשר עם הזוכה הכשיר הרביעי שנבחר, כך שהמועצה לא הייתה נותרת בהכרח כספקית יחידה. אשר לשינוי בתקנות התעבורה, טען המשרד כי שינוי זה לא הפחית את מספר התלמידים בקורסי הריענון אלא להיפך: בזמן תחולת הוראת המעבר נשלחו יותר זימונים והתייצבו יותר תלמידים. לחלופין טען המשרד כי אין פסול בעצם שינוי התקנות, והוסיף כי המועצה ידעה על השינוי בתקנות התעבורה עוד טרם אישורו בכנסת. זאת, לטענתו, בהינתן העובדה שטרם החתימה על ההסכם נשלחה למכון הארצי – "שהיה חלק מן [המועצה]" – הזמנה לדיון בוועדת הכלכלה מיום 1.11.2005. דיון זה עסק, כאמור, בשינוי תקנות התעבורה. עוד ציין המשרד כי ההתקשרות עם המועצה מחולקת למעשה לשתי תקופות: תקופת ההתקשרות הראשונה (מיום חתימת ההסכם ועד ליום 26.4.2009, הוא מועד תום ההתקשרות המקורית) ותקופת ההארכות (מיום זה והלאה). המשרד סבר כי אין לייחס משקל לטענות המועצה בדבר נזקים שנגרמו לה בזמן תקופת ההארכות, שכן בעת הארכת ההתקשרות ידעה המועצה את מלוא הנתונים הרלוונטיים, לרבות בנוגע לשינוי התקנות, והיה ביכולתה להימנע מלבקש את הארכת ההתקשרות.

להשלמת התמונה יצוין כי בשנת 2014 נכנסה המועצה להליכי פירוק, אך בית המשפט של פירוק אישר ביום 28.5.2015 את המשך ניהול התביעה נושא הערעור דנן.

פסק דינו של בית המשפט קמא

8. ביום 4.9.2017 קיבל בית המשפט קמא בחלקה את תביעת המועצה. בית המשפט דחה את טענות המועצה בנוגע לאי-עמידת המשרד בהוראות תקנות התעבורה. נקבע כי חובותיו של המשרד על פי תקנות התעבורה "אינן כלפי [המועצה]", וזאת בכל הנוגע לאכיפת התייצבות מלאה לקורסים, להתליית רישיונותיהם של הנהגים שאינם מתייצבים ולשליחת זימונים בדואר רשום, ומכל מקום, כך הוסיף בית המשפט וקבע, לא נסתרה הצהרתו של בעל תפקיד מטעם המשרד לפיה הזימונים אכן נשלחו בדואר רשום. עוד נקבע כי התליית הרישיונות היא סוגיה המסורה לשיקול דעתו המנהלי של המשרד.

כמו כן, בית המשפט קבע כי המועצה לא הוכיחה את טענותיה בדבר מצגי שווא שהציג כביכול המשרד לגבי משלוח הזימונים, אכיפת ההשתתפות בקורסים והתליית הרישיונות. נקבע כי צירוף נתוני 2003 למכרז לא יצר התחייבות לזימון כל הנהגים החייבים בקורסים; כי לא הוכח שלפני פרסום המכרז נשלחו זימונים לכל הנהגים ונאכפה התייצבותם; וכי "[המועצה] היא שזימנה לקורסי החובה עד למכרז וידעה את המצב העובדתי". באשר להתליית הרישיונות, ציין בית המשפט כי סנקציה זו רלוונטית רק לקורסי הנהיגה הנכונה ולא לקורסי הריענון, וכי בתקופת ההתקשרות הראשונה ממילא התייצב לקורסי הנהיגה הנכונה מספר נהגים גבוה מההערכה שצוינה במכרז.

9. בית המשפט דחה את טענות המועצה גם בכל הנוגע להעברת קורסים בצה"ל, בצינו כי צה"ל אינו מעביר קורסי ריענון בעצמו אלא מעביר קורסים של "נהיגה מונעת" שמזכים בפטור מקורס הריענון – וכי עובדה זו אינה מהווה הפרה של ההסכם מול המועצה. עוד נדחתה הטענה בנוגע לאי-הפסקת ההתקשרויות עם הספקיות שלא הקימו מערכי מולטימדיה. נקבע כי אף שהסוגיה מעלה "שאלות מורכבות מתחום דיני המכרזים", לא מתקיימת עילה לפיצוי המועצה בהקשר זה והאכסניה הראויה לטענות אלה היא תובענה מנהלית. בית המשפט הוסיף כי הפרת תנאי מערך המולטימדיה ממילא אין משמעה כי המשרד היה מחויב לבטל את ההתקשרויות עם הספקיות האחרות, ומכל מקום הזוכה הכשיר הרביעי היה יכול להיכנס בנעלי אחת הספקיות האחרות, כך שהמועצה לא הייתה נותרת בהכרח כספקית יחידה.

10. מנגד, בית המשפט דחה את טענת המשרד לפיה המועצה התנהלה באופן כושל וכי הגדלת היקף פעילותה הייתה מובילה להגדלת הפסדיה. עוד נדחתה טענת המשרד באשר להפרות של ההסכם על ידי המועצה, ובהקשר זה ציין בית המשפט כי המשרד בחר להאריך את ההתקשרות עם המועצה כך שאין לייחס להפרות אלו "כל משמעות".

11. בית המשפט קיבל את טענת המועצה בדבר נזקים שנגרמו לה בשל הפחתת מספר התלמידים בשנים 2008-2009, אשר נבעה משינוי תקנות התעבורה, וקבע:

"אני מקבלת את טענת [המועצה] לפיה כאשר שינוי התקנות עמד על הפרק, וברור היה שאם השינוי יתקבל לא יגיעו תלמידים לקורס ריענון במשך שנתיים, לא נכון היה להציג במכרז את נתוני שנת 2003 כאינדיקציה למספר התלמידים שיגיעו לקורס, במיוחד כאשר מדובר בחוזה לתקופה של שלוש וחצי שנים. הצגת דברים זו מטעה ומהווה הפרה של חובת תום הלב".

באשר לכימות הפיצוי לו זכאית המועצה עקב הירידה בהיקף התלמידים בשנים 2008-2009, קבע בית המשפט כי יש להגביל את תקופת הפיצוי לתקופת ההתקשרות הראשונה בלבד (עד סוף אפריל 2009). בהתבסס על הקביעה שנתח השוק של המועצה בקורסי הריענון עמד על 58% (כחלקה מתוך שלוש הספקיות שזכו במכרז), ובהתבסס על נתוני 2003 כאינדיקציה למספר המתייצבים לקורסים, קבע בית המשפט קמא שאובדן ההכנסה של המועצה עמד על 7,863,212 ש"ח, והוא הוסיף וקבע כי יש לנכות מסכום זה הוצאות שהיו נגרמות למועצה עקב התייצבות הנהגים. בית המשפט קמא קבע כי יש להעמיד את ההוצאות על שיעור של 50% מההכנסות, והפיצוי לו זכאית המועצה הועמד אפוא על 3,931,606 ש"ח, בתוספת הפרשי הצמדה וריבית. כמו כן, חייב בית המשפט קמא את משרד התחבורה בשכר טרחת עורכי דינה של המועצה בסך של 350,000 ש"ח וכן בהוצאות משפט.

12. שני הצדדים לא השלימו עם פסק הדין וערערו עליו. בקשת המשרד לעיכוב ביצוע פסק דינו של בית המשפט קמא עד להכרעה בערעור, התקבלה בהחלטתו של השופט ד' מין מיום 28.11.2017, משיקולי מאזן הנוחות.

טענות הצדדים בערעור ובערעור שכנגד

13. משרד התחבורה סבור כי אין בסיס לחיובו בפיצוי כלפי המועצה או בהוצאותיה והוא שב וטוען כי המכרז לא כלל התחייבות למספר תלמידים מינימלי; כי הובהר במכרז שביצוע הקורסים כפוף לתקנות התעבורה כפי שיעודכנו מעת לעת; וכי נתוני 2003 צורפו למכרז כאינדיקציה בלבד. באשר לחובת הגילוי על שינוי תקנות התעבורה, מציין המשרד כי שינוי זה גובש "רק כמה חודשים לאחר פרסום המכרז" והונח על שולחן ועדת הכלכלה לאחר בחירת הזוכים במכרז – כך שלא ניתן היה לכלול במסמכי המכרז הודעה על השינוי הצפוי בתקנות. מכל מקום, המשרד סבור כי המועצה ידעה על שינוי זה לפני החתימה על ההסכם, וזאת נוכח ההזמנה לדיון בוועדת הכלכלה שנשלחה למכון הארצי, אשר "הופעל" על ידי המועצה והיה "חלק בלתי נפרד ממנה". המשרד מוסיף כי המועצה "לא הכחישה באופן ברור" את קבלת הזימון ולא טענה "באופן פוזיטיבי" כי לא ידעה על השינוי הצפוי בתקנות.

14. לחלופין טוען המשרד כי לא חלה עליו חובת גילוי בנוגע לשינוי תקנות התעבורה, מכיוון שחובה מעין זו חלה רק לגבי "עובדות מהותיות להתקשרות, שעשויות להשפיע על ההחלטה להתקשר בחוזה" או לגבי עובדות שגורעות באופן ניכר מציפיותיו

הסבירות של הצד שכנגד. זאת, לשיטת המשרד, בין אם חובת הגילוי נובעת מחובת תום הלב שמעוגנת בסעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים) ובין אם היא נובעת מעילת ההטעיה שבסעיף 15 לחוק זה. לעמדת המשרד שינוי התקנות אינו בבחינת עובדה מהותית שכזו, שכן השינוי לא השפיע על מספר התלמידים בקורסים ולא גרם למועצה נזק. זאת, נוכח הוראת המעבר, אשר הביאה לכך שבמשך כשנתיים זומנו נהגים בעלי ותק רישיון של שלוש שנים במקביל לנהגים עם ותק של חמש שנים. המשרד שב וטוען כי נוכח התנהלותה הגרעונית של המועצה, קבלת תלמידים נוספים הייתה למעשה מגדילה את הפסדיה. לטענתו, המספר הכולל של הנהגים שהתייצבו לקורסי החובה בתקופת ההתקשרות הראשונה, תאם לנתוני 2003 ואף אם מספר המתייצבים לקורסי הריענון פחת, מספר המתייצבים לקורסי הנהיגה הנכונה היה גבוה מאשר בנתוני 2003. על כן, כך סבור המשרד, בפועל לא נגרם למועצה כל נזק. עוד סבור המשרד כי שינוי התקנות לא השפיע על החלטת המועצה להתקשר עמו בהסכם, וזאת נוכח העובדה שהמועצה לא העלתה כל טענות בנושא זה עד להגשת התביעה, ואף בחרה להאריך את ההתקשרות עמו.

15. לחלופי חלופין טוען המשרד כי אין לחייבו בפיצוי קיום, שמטרתם להעמיד את המועצה במקום שבו הייתה אלמלא השינוי בתקנות התעבורה. לטענת המשרד, ככל שהיה מקום לחייבו בפיצויים, היה ראוי לפסוק פיצויי הסתמכות בגין הנזקים שנגרמו למועצה עקב הפרת חובת הגילוי, שמטרתם היא להעמיד את המועצה במקום שבו הייתה אילו לא התקשרה בחוזה עם המשרד. בנוסף, לשיטת המשרד, הפיצויים שנפסקו למועצה הם בבחינת פיצוי על עצם שינוי התקנות, והדבר פוגע בסמכותן של הרשויות להתקין תקנות ולאשרן באמצעות הצמדת "תג מחיר" לשימוש בסמכות.

מכל מקום, כך מציין המשרד, טענת המועצה בדבר הפרת חובת הגילוי על שינוי התקנות הועלתה רק בשלב הסיכומים בהליך שבפני בית המשפט קמא ועל כן, הייתה בבחינת הרחבת חזית אסורה.

16. לגישת המשרד ייתכן ששינוי תקנות התעבורה הקטין במידה מסוימת את הכנסות המועצה בשנים 2008-2009. אולם, לעמדתו, שנים אלו לא היו "שנים ריקות" – וזאת, בין היתר, נוכח העובדה שנהגים אשר זומנו בשנים 2006-2007 אך לא התייצבו בשל סיבה סבירה, זומנו בשנית בשנים 2008-2009. זאת ועוד, לטענת המשרד, ההפחתה במספר התלמידים בשנים 2008-2009 "מתקזזת" עם העובדה שבשנים 2006-2007 זומנו נהגים רבים יותר מאשר בשנים אחרות עקב הוראת המעבר. ומכל מקום, כך לעמדת המשרד, הנהגים שלא זומנו בשנת 2008 זומנו בשנת 2010, בזמן תקופת ההארכות של

ההסכם עם המועצה, כך שהכנסות המועצה ביחס לתלמידים אלה לא נפגעו. המשרד מוסיף וטוען כי בית המשפט קמא טעה בכך שהסתמך, בעת חישוב הפיצוי, על "מעין 'מוצע'" לא מנומק בין ההערכות השונות בנוגע להוצאותיה של המועצה, כפי שהובאו בחוות דעת המומחים שהוגשו בהליך.

עוד משיג המשרד על כך שבית המשפט קמא חישב את הפיצויים על בסיס מספר המתייצבים השנתי הכולל שבנתוני 2003, מבלי לנכות מנתון זה את מספר הנהגים שהיו מתייצבים לקורסים גם אלמלא השינוי בתקנות. לעמדת המשרד, בכל שנה מתייצבים לקורסי הריענון הן נהגים שזומנו לראשונה באותה השנה והן נהגים שהתעכבו בהתייצבותם לאחר שזומנו בשנים קודמות – אך שינוי התקנות השפיע רק על הנהגים שהיו אמורים להיות מוזמנים לראשונה בשנים 2008-2009. על כן, לשיטת המשרד, היה מקום לחשב את הפיצוי למועצה בהתבסס על מספר נהגים קטן יותר מזה שלפיו חישב בית המשפט קמא. בנוסף, לעמדת המשרד היה מקום לקזז את הפיצויים למועצה עם ההכנסות שקיבלה כתוצאה מהפרותיה את תנאי המכרז וההסכם.

17. המועצה, מצדה, טוענת במסגרת הערעור שכנגד כי היה מקום לקבל את התביעה במלואה. המועצה חוזרת על הטענות שהעלתה בפני בית המשפט קמא, בין היתר, בנוגע לחובת המשרד לזמן נהגים ולאכוף את התייצבותם ובנוגע למצגים שבמכרז. המועצה טוענת כי התקשרה עם המשרד מתוך הנחה כי זה יאכוף את תקנות התעבורה; כי תקנות אלו "הוחלו לתוך ההתחייבות החוזית", בין היתר נוכח העובדה שתקנות התעבורה אף צוינו בכותרת המכרז; וכי הימנעות המשרד מלאכוף אותן יוצרת כלפי המועצה "חבות מכח דיני המכרזים". עוד טוענת המועצה כי בית המשפט קמא לא התייחס לטענותיה בדבר ביטול זימונים לקורסים, וכי שיקול הדעת שנתון למשרד בנוגע להתליית רישיונות אינו מצדיק הימנעות גורפת משימוש בסמכות זו. המועצה מוסיפה וטוענת כי משרד התחבורה נמנע מלגלות נתונים ולזמן עדים רלוונטיים וכי יש לזקוף עובדה זו לחובתו, וכן כי בית המשפט קמא ייחס משקל-יתר לתצהירו ולעדויות של בעל תפקיד מטעם המשרד.

18. בנוסף מדגישה המועצה כי הסתמכה על המצגים שבמכרז והשקיעה סכומים משמעותיים בהקמת מערך הקורסים, וכי נגרמו לה נזקים עקיפים כתוצאה מאי-התייצבותם של תלמידים לקורסים שהפעילה. המועצה סבורה כי הדרישות המרובות שבמכרז יצרו מצג שלפיו "מדובר במערך ענק" המיועד למספר נהגים רב, וכי המשרד התחייב ל"מצג כללי מסוים" של נהגים אשר לא התממש. המועצה מוסיפה ומדגישה כי היא הייתה תלויה לחלוטין במשרד התחבורה בכל הנוגע לשליחת זימונים לנהגים. עוד

לטענת המועצה, מהעובדה שבית המשפט קמא הסתמך על נתוני 2003 לצורך חישוב הפיצוי, ניתן להסיק שנתונים אלו מחייבים את משרד התחבורה. המועצה מוסיפה ומשיגה על קביעותיו של בית המשפט קמא בנוגע למערך המולטימדיה, וטוענת כי יש טעם לפגם בכך שבית המשפט קמא קבע רק בפסק הדין, ולא קודם לכן, שהיה עליה לפנות לבית המשפט לעניינים מנהליים בנוגע לסוגיה זו. כמו כן חולקת המועצה על קביעתו של בית המשפט קמא לפיה אין מקום לתקוף בהליך אזרחי את החלטת המשרד שלא לבטל את ההתקשרויות עם הספקיות האחרות. המועצה מוסיפה ומפנה לסעיף 1.8 למכרז, בו נקבע כי משרד התחבורה מתחייב שלא לעשות שינוי "במתכונת הקורסים" בשנה הראשונה להתקשרות, וטוענת כי שינוי תקנות התעבורה עומד בסתירה להתחייבות זו. באשר לחובת הגילוי על שינוי תקנות התעבורה, טוענת המועצה כי המשרד לא הוכיח שהמכון הארצי קיבל את הזימון לדיון בוועדת הכלכלה, ומכל מקום "המכון הארצי לתחבורה אינו [המועצה]".

19. בתגובה לטענות המועצה טוען המשרד, בין היתר, כי יש לדחות על הסף את הערעור שכנגד שהגישה המועצה בשל היעדר זיקה נושאת בינו ובין הערעור. עוד עומד המשרד על טענותיו בדבר התנהלותה הגרעונית של המועצה ובדבר קיזוז נזקיה הנטענים אל מול הכנסות שקיבלה עקב הפרת תנאי המכרז וההסכם.

דיון והכרעה

20. אקדים ואומר כי לאחר שעיינתי בטענות הצדדים, הגעתי לכלל מסקנה כי יש לדחות הן את הערעור והן את הערעור שכנגד.

במסגרת הערעור והערעור שכנגד עולות שלוש שאלות מרכזיות: הראשונה – האם התנהלות המשרד במהלך תקופת ההתקשרות מהווה הפרה של הוראות המכרז או ההסכם; השנייה – האם התנהלות המשרד טרם ההתקשרות בהסכם, בכל הנוגע לשינוי בתקנות התעבורה, מקימה עילה לפיצוי המועצה; והשלישית – ככל שהמועצה זכאית לפיצויים, מהו שיעורם.

אדרש לשאלות אלו כסדרן.

21. תחילה, אציין כי לא מצאתי מקום להתערב במסקנתו של בית המשפט קמא ולפיה לא קמה עילה לפיצוי המועצה עקב אירועים שהתרחשו במהלך תקופת ההתקשרות עם המשרד. כמפורט לעיל, טענותיה של המועצה בהיבט זה הן כי המשרד נמנע מלשלוח

זימונים לקורסים בדואר רשום; לא אכף את ההתייחסות הנהגים, בפרט על דרך של התליית רישיונות; הסתמך על מידע לקוי של המשטרה; לא אכף את דרישת מערך המולטימדיה על הזכות האחרות במכרז; הכיר בקורסים שהועברו בצה"ל בתור קורסי ריענון; והוביל לכך שבפועל התייצב לקורסים של המועצה מספר נהגים נמוך מזה שבנתוני 2003. חלק מטענות אלו נשען על ההנחה לפיה תקנות התעבורה מטילות על המשרד חובה לפעול בדרך מסוימת, וכי חובות אלו הוטמעו במכרז ובהסכם במובן זה שהפרתן מקימה למועצה זכאות לפיצוי. הנחה זו על שני חלקיה נדחתה בפסק דינו של בית המשפט קמא, אשר קבע כי חובותיו של המשרד על פי תקנות התעבורה "אינן כלפי [המועצה], אינן חלק מתנאי המכרז והחווה והפרת חובות אלה, כשלעצמן, לא יכולה לשמש [למועצה] בסיס לתביעת פיצוי". לצד זאת הוסיף בית המשפט וקבע כלהלן:

42. גם אם, כטענת [המועצה], התנהלות משרד התחבורה לא הייתה מיטבית, ואולי גם לקויה, התנהלות זו, כשלעצמה, לא מהווה כאמור הפרת חוזה ולא מקנה לתובעת סעד. לא ניתן לקבל את טענת [המועצה] כי באי הפעלת הסמכות על פי התקנות, הפר משרד התחבורה את המכרז או את ההסכם.

43. כפי שטוען [המשרד], [המועצה] היא שזימנה לקורסי החובה עד למכרז וידעה את המצב העובדתי. [המועצה] לא טענה ולא הוכיחה כי עובר למכרז נשלחו זימונים לכלל הנהגים ונאכפה ההתייחסות של כולם.

44. לו הייתה [המועצה] טוענת כי לאחר פרסום המכרז והחתימה על החוזה נהג המשרד באופן קיצוני ובלתי סביר בכל הנוגע להזמנת הנהגים היה אולי המצב שונה. אולם לא זה המצב ולא אלה הטענות. לא נטען כי בשנת 2003 נשלחו כל הזימונים ולא נטען כי הייתה חריגה משמעותית בהתנהגות משרד התחבורה אל מול היקפי הזימונים ואכיפת ההתייחסות לקורסים בשנים קודמות. בנסיבות אלה לא יכולות להישמע טענות [המועצה] המבוססות על הפרת חובות המוטלות על המשרד על פי תקנות התעבורה.

22. השאלה אם אי-עמידה של המשרד בהוראות תקנות התעבורה עשויה הייתה לעלות בנסיבות מסוימות כדי הפרת ההסכם היא שאלה נכבדה. ואולם, בהינתן הקביעות העובדתיות של בית המשפט קמא, ההכרעה בה אינה נדרשת לענייננו. בית המשפט קמא קבע, וקביעה זו לא נסתרה, כי המועצה ידעה את המצב העובדתי לאשורו בכל הנוגע לשליחת הזימונים ולאכיפת ההתייחסות לקורסי החובה, ולמרות זאת החליטה להגיש הצעה במסגרת המכרז ולהתקשר בהסכם עם המשרד. המועצה אף לא טענה, במסגרת ההליך שהתנהל בפני בית המשפט קמא, כי מצב עובדתי זה השתנה לרעה לאחר החתימה

על ההסכם. זאת ועוד, בפסק הדין נקבעה קביעה עובדתית נוספת ולפיה הזימונים לקורסים אכן נשלחו בדואר רשום. לא שוכנעתי כי יש מקום להתערב בקביעות עובדתיות אלו של בית המשפט קמא, ומשכך אין לקבל את טענות המועצה לפיה המכרז כלל מצג, שעליו הוזמנה להסתמך, ולפיו המשרד יקיים את תקנות התעבורה במלואן, או כי התנהלות המשרד מהווה הפרה של ההסכם שנקשר בעקבות זכיית המועצה במכרז. אוסיף ואציין כי לא שוכנעתי בקיומה של הצדקה להתערבות בקביעותיו של בית המשפט קמא כי נתוני 2003 הובאו במכרז כאינדיקציה בלבד; כי ההכרה בקורסים שמועברים בצה"ל אינה מהווה הפרת התחייבות מטעם המשרד; וכי התנהלות המשרד בכל הנוגע למערכי המולטימדיה אינה עולה כדי הפרת התחייבות כלפי המועצה המקימה זכאות לפיצויים.

23. על כן, במענה לשאלה הראשונה שהוצגה, אני סבורה כי המועצה לא הציגה טעם מבואר המצדיק התערבות בקביעותיו של בית המשפט קמא בכל הנוגע להתנהלות המשרד במהלך תקופת ההתקשרות עמה. משכך הערעור שכנגד שהגישה המועצה, והנוגע כולו לקביעותיו של בית המשפט קמא בהקשר זה – דינו להידחות.

שתי השאלות הנוספות שהוצגו בפתח הדיון נוגעות לערעור המשרד, ואליהן אפנה עתה.

קיומה של חובת גילוי על שינוי תקנות התעבורה

24. בית המשפט קמא קבע, כאמור, שהמועצה זכאית לפיצוי מכיוון שהמשרד לא יידע אותה על השינוי הצפוי בתקנות התעבורה. בהקשר זה קבע בית המשפט כי "לא נכון היה להציג במכרז את נתוני שנת 2003 כאינדיקציה למספר התלמידים שיגיעו לקורס [...] הצגת דברים זו מטעה ומהווה הפרה של חובת תום הלב".

בקביעתו זו שגה בית המשפט קמא שכן, כפי שפורט לעיל, נוסח השינוי בתקנות הונח על שולחן ועדת הכלכלה רק ביום 25.8.2005 – דהיינו, כשישה חודשים לאחר פרסום המכרז ולמעלה מחודשיים לאחר מסירת הודעת הזכייה למועצה, והמועצה לא הוכיחה שהשינוי התגבש טרם פרסום המכרז. לפיכך, לא ניתן היה להתייחס במכרז עצמו לשינוי הצפוי בתקנות. עם זאת וכפי שאפרט להלן, אין בכך כדי לשנות ממסקנתו הסופית של בית המשפט קמא לפיה התנהלותו של משרד התחבורה בהיבט זה הייתה נגועה בחוסר תום לב.

25. כהערה מקדימה אציין כי המשרד העלה בהקשר זה, לראשונה בשלב הערעור, טענה בדבר הרחבת חזית מצד המועצה. טענה זו דינה להידחות, ולו מן הטעם שהיא הועלתה לראשונה רק במסגרת הערעור, בעוד אשר במסגרת סיכומי בבית המשפט קמא התייחס המשרד לגופה של הטענה ולא העלה שם טענה כלשהי בדבר הרחבת חזית (ראו: ע"א 499/85 עיזבון המנוחה שפייר נ' מנהל מס שבח מקרקעין, חיפה, פ"ד מד(3) 256, 260-259 (1990); חמי בן-נון וטל חבקיין הערעור האזרחי 329 (מהדורה שלישית, 2012) (להלן: בן-נון וחבקיין)).

לגופם של דברים, אין חולק כי משרד התחבורה ידע על השינוי הצפוי בתקנות לכל הפחות ביום 25.8.2005, בעת שהתיקון הונח על שולחן ועדת הכלכלה, ובאותו שלב ניתן היה ליידע את המועצה על כך. המשרד סבור כי לא חלה עליו חובה לעשות כן – לשיטתו, שינוי התקנות לא השפיע כלל על המועצה וזאת נוכח הוראת המעבר, שבעטיה זומנו במקביל נהגים בעלי ותק רישיון של שלוש וחמש שנים, ובשנים 2006-2007 הגיע על כן מספר משתלמים רב מהרגיל לקורסי הריענון. לחלופין טוען המשרד כי הנהגים שלא זומנו בשנת 2008 זומנו בהמשך, בזמן תקופת ההארכות, כך שההפחתה במספר התלמידים השפיעה על המועצה, לכל היותר, בחודשים ינואר-אפריל 2009.

טענות אלו דינן להידחות.

26. אלמלא השינוי בתקנות, נהגים היו מוזמנים לקורסי הריענון בחלוף שלוש שנים מקבלת רישיונותיהם. כך, מקבלי הרישיון של שנת 2004 היו מוזמנים בשנת 2007; מקבלי הרישיון של שנת 2005 היו מוזמנים בשנת 2008; וכן הלאה. שינוי התקנות הוביל לכך שהזימון נשלח לאחר חמש שנים מקבלת הרישיון, אך עקב הוראת המעבר זומנו עד סוף שנת 2007 "גם בעלי רישיון נהיגה שחלה עליהם תקנה 213 לתקנות העיקריות כנוסחה ערב [השינוי]". כלומר, גם לאחר השינוי, מקבלי הרישיון של השנים 2004-2003 זומנו בשנים 2006-2007. אך מקבלי הרישיון של שנת 2005 זומנו רק בשנת 2010 ומקבלי הרישיון של שנת 2006 זומנו רק בשנת 2011, וכן הלאה. משמעות הוראת המעבר אינה, אפוא, כי נהגים רבים יותר זומנו בשנים 2006-2007, אלא שעד סוף 2007 המשיך למעשה לחול ההסדר הישן, שלפיו זומנו נהגים בעלי ותק של שלוש שנות רישיון. אמנם, כטענת המשרד, מקבלי הרישיון של שנת 2005 זומנו בשנת 2010, ובאותה השנה (למצער עד חודש ספטמבר) נמשכה ההתקשרות עם המועצה בשל הארכת תקופת ההסכם. אך במקביל, מקבלי הרישיון של שנת 2007 (שהיו מוזמנים בשנת 2010 אלמלא השינוי בתקנות) זומנו רק בשנת 2012, דהיינו לאחר תום תקופת ההתקשרות המוארכת.

השינוי בתקנות התעבורה הוביל, אפוא, ל"הסטת" הנהגים-התלמידים בקורסי הריענון על ציר הזמן, באופן שיצר פער של שנתיים שבו לא נשלחו זימונים חדשים לנהגים. "הסטה" זו בוודאי השפיעה על הכנסותיה של המועצה ומכל מקום, טענתה בהקשר זה לא נסתרה. טענות המשרד כי השנים 2008-2009 לא היו "שנים ריקות", וכי המספר הכולל של המתייצבים לקורסי החובה בתקופה הרלוונטית היה דומה לנתוני 2003 (מכיוון שמספר המתייצבים לקורסי הנהיגה הנכונה היה גבוה מאשר בנתוני 2003) – אינן מעלות ואינן מורידות לעניין זה, שכן אלמלא השינוי בתקנות היו מתייצבים נהגים רבים יותר בשנים 2008-2009.

27. טעם נוסף שמעלה המשרד לביסוס עמדתו כי לא חלה עליו חובת הגילוי הנטענת הוא כי חובת גילוי מכוח סעיפים 12 ו-15 לחוק החוזים קמה רק באשר לעובדות שעשויות להשפיע על ההחלטה להתקשר בחוזה או גורעות באופן משמעותי מציפיותיו הסבירות של הצד שכנגד. דומה כי היקפה של חובת הגילוי לפי סעיפים 12 ו-15 לחוק החוזים הוא רחב יותר מכפי שסבור המשרד (וראו, מיני רבים: ד"נ 7/81 פנידד, חברה להשקעות פתוח ובנין בע"מ נ' קסטרו, פ"ד לז(4) 673, 696-697 (1983); ע"א 4739/19 ש.י. מיטב השקעות ייזום ובנין בע"מ נ' זר תחנות דלק בע"מ, פסקה 28 (19.7.2020); ע"א 2469/06 סויסה נ' חברת זאגא בגוש 5027 חלקה 1 בע"מ, פסקה 11 (14.8.2008); גבריאלה שלו ואפי צמח דיני חוזים 116-118, 387-396 (מהדורה רביעית, 2019) (להלן: שלו וצמח)). בהקשר זה לא למותר לציין כי לצד חובת תום הלב מכוח דיני החוזים, חלה על המשרד גם חובת ההגינות מכוח המשפט הציבורי (ע"א 3051/08 סאסי קבלני בנין, עפר וכבישים (1986) בע"מ נ' מדינת ישראל, משרד הבינוי והשיכון, פסקה 12 (19.1.2010); גבריאלה שלו חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית 43-44 (1999) (להלן: שלו)).

ואולם, כפי שאבאר להלן, אינני רואה צורך להידרש לטענות שהועלו בדבר היקפה של חובת הגילוי לפי סעיף 12 לחוק החוזים ולהיקף הפיצוי המגיע בגין הפרתה, שכן לגישתי חובת הגילוי החלה על המשרד במקרה דנן מעוגנת בסעיף 39 לחוק החוזים.

28. כפי שנפסק לא אחת, ככל שלא נקבע במכרז אחרת, הודעת הזכייה במכרז מכוננת יחסים חוזיים בין הצדדים. אכן, צורת הקיבול נקבעת על ידי המזמין, ויכול הוא לקבוע בתנאי המכרז כי "הקיבול ייעשה רק בחתימה על החוזה בין זוכה המכרז לבין מזמין המכרז" (ע"א 3979/01 בניני ישקו ומקרקעין בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נז(5) 423, 430 (2003)). אך ככל שלא עשה כן, הודעת המזמין למשתתף במכרז בדבר

זכירתו מהווה קיבול, כך ש"החוזה הכתוב והחתום משלים את המסגרת הפורמאלית, אך חוזה מחייב נכרת, בדרך כלל, ברגע שבעל המכרז מודיע למגיש ההצעה, שהוא זכה במכרז ושהצעתו אכן נתקבלה" (ע"א 431/82 חסיד נ' פרזות, חברה ממשלתית עירונית לשיכון ירושלים בע"מ, פ"ד לט(4) 451, 455 (1985); ע"מ 10073/17 מטיילי ירון בר בע"מ נ' מועצה אזורית יואב, פסקה 10 (5.12.2018); ראו גם עומר דקל מכרזים – כרך שני 140-142 (2006); שלו, בעמ' 147-148).

עיון במסמכי המכרז נושא הערעור דנן מגלה כי לא נכלל בו תנאי המתנה את כינון היחסים החוזיים בחתימה על ההסכם (אשר נחתם בפועל ביום 27.10.2005), ומשרד התחבורה אף לא טען לקיומו של תנאי כזה. על כן, בחודש אוגוסט 2005, בעת שהשינוי בתקנות התעבורה הונח על שולחן ועדת הכלכלה, כבר היו המועצה והמשרד קשורים בחוזה לכל דבר ועניין, וזאת בהינתן העובדה שהודעת הזכייה המהווה קיבול, נמסרה למועצה עוד ביום 5.5.2005. חוזה זה חייב את המשרד לנהוג כלפי המועצה בתום לב כהוראת סעיף 39 לחוק החוזים, המורה כי "בקיום של חיוב הנובע מחוזה יש לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב; והוא הדין לגבי השימוש בזכות הנובעת מחוזה". החובה לנהוג בתום לב, הקבועה בסעיף 39 לחוק החוזים, עשויה להקים, במקרים מתאימים, חובת גילוי כלפי הצד השני לחוזה (ראו למשל ע"א 4612/95 מתתיהו נ' שטיל, פ"ד נא(4) 769, 789 (1997) (להלן: עניין מתתיהו); ע"א 144/87 מדינת ישראל נ' אינג' פבר, חברה לבנין, פ"ד מד(3) 769, 778 (1990); ע"א 5320/90 א.צ. ברנוביץ נכסים והשכרה בע"מ נ' רשות ניירות ערך, פ"ד מו(2) 818, 839 (1992); שלו וצמח, בעמ' 81-82; על תחולתו של סעיף 39 לחוק החוזים על רשות ציבורית ראו שלו, בעמ' 41-44). בענייננו, כמפורט לעיל, השינוי בתקנות התעבורה השפיע באופן משמעותי על הכנסותיה ועל פעילותה של המועצה בכל הנוגע לקורסי הריענון בשנים 2008-2009. משכך, מוטלת הייתה על המשרד החובה לגלות למועצה על אודות השינוי הצפוי בתקנות, ובשים לב לכך שהמשרד היה מודע לשינוי הצפוי לכל הפחות מאז חודש אוגוסט 2005, דהיינו למעלה מחודשיים לאחר מתן ההודעה על הזכייה, היה עליו ליידע את המועצה על כך מיד עם הנחת נוסח התיקון על שולחן ועדת הכלכלה.

29. המשרד הוסיף וטען כי ככל שחלה עליו חובת גילוי בנדון, הוא קיים אותה בכך ששלח למכון הארצי הזמנה לדיון שהתקיים בוועדת הכלכלה ביום 1.11.2005, במסגרתו עלה השינוי בתקנות התעבורה. המשרד אף צירף תעודת עובד ציבור מטעם רכזת בכירה בוועדת הכלכלה, בה צוין כי הזמנה כאמור נשלחה למכון הארצי לפני יום החתימה על ההסכם (27.10.2005). המועצה טוענת, מצדה, כי כלל לא הוכח שההזמנה התקבלה במשרדי המכון הארצי – ומפרוטוקול הישיבה בוועדת הכלכלה מיום 1.11.2005 אף

עולה כי נציג מטעם המכון הארצי לא נכח בישיבה. אך גם אם אניח לטובת המשרד שההזמנה אכן התקבלה, אינני סבורה כי הוא יצא ידי חובת הגילוי החלה עליו במשלוח ההזמנה למכון הארצי. המסמך שצורף לתעודת עובד הציבור (מוצג י' למוצגי המשרד) הוא הזמנה למספר ישיבות של ועדת הכלכלה אשר נקבעו לימים 31.10.2005, 1.11.2005 ו-2.11.2005, וכלול בה פירוט בדבר נושאים שונים שיידונו בוועדה – ובהם הפיקוח על טיסות של חברות שכר זרות, הצעת חוק בנוגע לנתיבים מהירים לרכב ציבורי, ופתרונות בתחום החקלאות למפוני חבל עזה וצפון השומרון. השינוי בתקנות התעבורה נכלל אמנם בין נושאים אלו, אך החלק הרלוונטי לא הודגש ואין בהזמנה כל פירוט באשר לתוכנו של השינוי המוצע בתקנות ואף לא באשר להשפעתו הצפויה על הזכויות במכרז. כל שמצוין בהזמנה בהקשר זה הוא כי הישיבה ביום 1.11.2005 תכלול, בין היתר, דיון ב"תקנות התעבורה (תיקון מס') התשס"ה-2005 בדבר רשיונות נהיגה, תצלומים, רשיונות זרים, מבחני נהיגה, השתלמויות וקורסים, בדיקות רפואיות וביטוח". לטענת המשרד, צורף להזמנה גם נוסח השינוי בתקנות. טענה זו אין לה עיגון בנוסח ההזמנה המצורף לתעודת עובד הציבור, אך גם אם אניח לטובת המשרד כי כך הוא, ברי כי מדובר לכל היותר ב"גילוי" רופף וכי ניתן בנקל שלא להבחין כי ההזמנה קשורה באופן כלשהו לקורסי נהיגה, לא כל שכן קורסי הנהיגה נושא המכרז. ואם תאמר כי הקורא חד-העין יאתר בהזמנה את המילים "השתלמויות וקורסים", עדיין קשה להבין מכך מהו תוכן הישיבה שנקבעה ליום 1.11.2005 ועד כמה עשוי השינוי בתקנות התעבורה להשפיע על הקורסים הללו.

על כן, ההזמנה שנשלחה אינה מקיימת להשקפתי את חובת הגילוי שחלה על משרד התחבורה מכוח סעיף 39 לחוק החוזים – ומסקנה זו מקבלת משנה תוקף גם נוכח העובדה שההזמנה נשלחה למכון הארצי ולא למועצה עצמה, שהינה הזוכה במכרז. המשרד סבור אמנם כי המכון הארצי מהווה "חלק" מן המועצה, אך דומה כי אף הוא אינו חולק על כך שהמועצה והמכון הארצי אינם היינו הך. בנסיבות אלו, ובהינתן עמימותה של ההזמנה ושליחתה לגוף שונה מזה שכלפיו יש לקיים את חובת הגילוי, הסיכוי שהגורם הרלוונטי במועצה ייחשף להזמנה ויבין ממנה את השלכותיו של השינוי המוצע בתקנות התעבורה, הוא נמוך עד לא קיים. זאת, גם אם נניח לטובת המשרד את כל ההנחות שהונחו לטובתו.

30. הטענה בדבר כינון יחסים חוזיים בין המשרד למועצה עם משלוח הודעת הזכייה, ובדבר תחולתו של סעיף 39 על היחסים ביניהם כפועל היוצא מכך, לא הועלתה על ידי המועצה ב"רחל בתך הקטנה" ולא עליה ביסס בית המשפט קמא את מסקנתו בדבר הפרת חובת תום הלב על ידי המשרד. ואולם, כבר נפסק כי "אין כל מניעה שערכאת הערעור

תידחה את הערעור מנימוק שונה מזה שניתן על ידי הערכאה הדיונית" (ע"א 4440/12 חלה נ' כהן, פסקה 6 (8.12.2013); תקנות 415 ו-462 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984). המלומדים בן-נון וחבקין התייחסו בעניין זה להבדל שבין דחיית ערעור על בסיס נימוק שלא הובא בטענות הצדדים ובין קבלת ערעור על בסיס נימוק כזה, והדגישו כי "קבלת ערעור על סמך טענה שלא נטענה כרוכה במתן סעד למערער ובשינוי המצב הקיים, ואילו דחיית טענה על סמך נימוק שלא נטען משמרת אותו" (בן-נון וחבקין, בעמ' 339). מכל מקום, עיון בסיכומי המועצה בפני בית המשפט קמא מלמד כי הטענה שהעלתה באשר להפרת חובת הגילוי על ידי המשרד לא התייחסה בהכרח לשלב הטרם-חוזי, אלא כללה השגה כללית על כך שהמשרד לא קיים "גילוי נאות [וגילה] למועצה (ולשאר הספקיות) לפני החתימה על הסכם ההתקשרות (או בהסכם עצמו!) על כי בכוונת[ו] לערוך שינוי זה". המשרד מצדו השיב לטענה זו, לגופה, במסגרת סיכומיו בפני בית המשפט קמא. בפסק דינו קבע בית המשפט קמא כי הפרת חובת הגילוי התבטאה בכך שהמשרד לא התייחס במסמכי המכרז לשינוי בתקנות, וכפי שצוין לעיל, בכך שגה. זאת משום שעל פי לוח הזמנים שאותו פירטנו, שינוי זה בא לעולם רק לאחר פרסום המכרז ואף לאחר ההודעה על הזוכים בו. ואולם, למשרד ניתנה מלוא ההזדמנות להשיב לטענה בדבר הפרת חובת תום הלב על פי לוח הזמנים הנכון – שתחילתו בחודש אוגוסט 2005, עת הונח נוסח השינוי על שולחן ועדת הכלכלה, עבור דרך הדיון בוועדת הכלכלה מיום 1.11.2005 ועד לפרסום השינוי בתקנות ביום 22.12.2005. בנסיבות אלו, אינני סבורה כי העובדה שבית המשפט קמא מיקם – בטעות – את הפרת חובת הגילוי בשלב הטרם חוזי, חוסמת את האפשרות למקם אותה, על פי הראיות שהוצגו, בשלב הנכון על ציר הזמן, דהיינו לאחר הודעת הזכייה וכינון היחסים החוזיים בין הצדדים.

31. צדק, אפוא, בית המשפט קמא בקבעו שהמשרד הפר את חובת הגילוי שחלה עליו כלפי המועצה בכל הנוגע לשינוי בתקנות התעבורה, אם כי הטעמים שהובילו אותי למסקנה זו שונים, כאמור, מן הטעמים שאותם מנה בית המשפט קמא. לגישתי חובה זו קמה מכוח סעיף 39 לחוק החוזים, נוכח כינון היחסים החוזיים בין המשרד למועצה עם בחירתה ביום 5.5.2005 כזוכה במכרז. זאת לצד חובת ההגינות החלה על המשרד על פי כללי המשפט המינהלי.

משכך יש להוסיף ולבחון האם זכאית המועצה לפיצוי בגין הפרת חובת הגילוי על ידי המשרד, ואם כן, באיזה שיעור.

כימות הפיצוי לו זכאית המועצה

32. כפי שפורט לעיל, שינוי תקנות התעבורה אכן הוביל להפחתה במספר המוזמנים לקורסי הריענון בשנים 2008-2009 וכפועל היוצא מכך, להפחתה בהכנסותיה של המועצה. בית המשפט קמא הכיר בזכאותה של המועצה לפיצויים בהיבט זה אך הגביל אותם לתקופה שעד סוף חודש אפריל 2009, מכיוון שהמועצה בחרה להאריך את ההתקשרות עם המשרד אף שבאותו השלב כבר ידעה על השינוי בתקנות התעבורה. בערעורו טוען משרד התחבורה כי גם בכל הנוגע לתקופה זו, לא היה מקום לפסוק פיצויי קיום אשר מעמידים את המועצה במקום שבו הייתה אלמלא השינוי בתקנות, וכי לכל היותר יש לפסוק לה פיצויי הסתמכות אשר יעמידו אותה במקום שבו הייתה אילו לא התקשרה בהסכם. לחלופין מעלה משרד התחבורה טענות בנוגע לשגיאות שנפלו, לשיטתו, בכימות הפיצוי שנפסק – ובהן כי לא היה מקום לפצות את המועצה כלל עקב התנהלותה הגרעונית; כי יש לקזז רווחים שקיבלה המועצה עקב הפרת המכרז וההסכם על ידה; כי יש לקזז מהחישוב את מספר התלמידים שהתייצבותם לא הייתה תלויה בשינוי תקנות התעבורה; וכי בית המשפט שגה בקבעו כי הוצאותיה של המועצה עמדו על 50% מהכנסותיה.

33. טענת משרד התחבורה כי לכל היותר יש לפסוק למועצה פיצויי הסתמכות, אשר יעמידו אותה במקום בו הייתה אילו לא התקשרה עמו בהסכם, מבוססת על ההנחה כי הזכות לפיצוי נובעת מסעיף 12 לחוק החוזים ומהפרת חובת תום הלב בשלב הטרם-חוזי. משקבעתי כי בנסיבות המקרה דנן חובת הגילוי החלה על המשרד מעוגנת בסעיף 39 לחוק החוזים, ממילא נשמט הבסיס לטענה זו שכן, הפרת חובת תום הלב המעוגנת בסעיף 39 לחוק החוזים כמוה כהפרת החוזה עצמו (עניין מתתיהו, בעמ' 789; ע"א Eximin S. A. 3912/90, תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פראררי בע"מ, פ"ד מז(4) 64, 78 (1993); ע"א 9447/06 פוקס נ' אלבט, פסקה 24 (25.3.2008)) – והסעדים שניתן לפסוק בהקשר זה כוללים גם פיצויים (בג"ץ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר-שבע בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד לה(1) 828, 838 (1981) (להלן: עניין שירותי תחבורה); שלו וצמח, בעמ' 102-103). בענייננו, השינוי בתקנות התעבורה לפיו מספר שנות ותק הרישיון הנדרש לזימון לקורס ריענון עלה משלוש שנים לחמש שנים, הפחית את מספר המשתלמים בקורסי הריענון בשנים 2008-2009. שינוי זה, שקודם בידיעת המשרד לאחר כינון היחסים החוזיים בין הצדדים, לא הובא על ידו לידיעת המועצה, והתנהלותו זו של המשרד מהווה קיום בחוסר תום לב של החוזה מצדו. אשר על כן, המועצה זכאית לפיצוי המיועד להעמידה במקום שבו הייתה אילו לא הפר המשרד את חובת הגילוי. בית המשפט קמא חישב את הפיצוי בהתבסס על אובדן הרווחים של המועצה בשנים 2008-2009, והמשרד מצדו לא הציג חישוב אחר שיש בו כדי לבטא באופן מדויק יותר את הנזק שנגרם למועצה עקב הפרת חובת הגילוי.

לכך יש לצרף את הכלל הנקוט בידינו ולפיו ערכאת הערעור אינה נוהגת להתערב בסכומי הפיצוי שפסקה הערכאה הדיונית אלא מקום שבו נפלה טעות ממשית בקביעתם (ע"א 8265/15 בתי זיקוק לנפט בע"מ נ' קבוצת אקוסנס (מזרח תיכון בע"מ), פסקה 15 (1.12.2016); ראו והשוו ע"א 617/80 גבאי נ' תע"ל, תעשית עץ לבוד קבוצת משמרות בע"מ, פ"ד לו(3) 337, 345 (1982)). טעות ממשית כזו לא נפלה, לגישתי, במקרה דנן ולפיכך לא קמה עילה להתערבות בסכום הפיצוי הכולל שפסק בית המשפט קמא.

34. סוגיה אחת, ראויה בכל זאת להתייחסות קצרה, והיא נוגעת לשיעור ההוצאות שאותו הביא בית המשפט קמא בחשבון לצורך חישוב הפיצוי. כפי שצוין לעיל, בית המשפט קמא העמיד שיעור זה על 50% בעת שחישב את אובדן הרווח של המועצה (פסקה 77 לפסק דינו), וקביעה זו אכן מעוררת קושי מסוים בהיעדר הנמקה מפורטת (רע"א 290/15 ברנד פור יו בע"מ נ' רמי לוי שיווק השקמה בע"מ, פסקה 11 (8.12.2015)). כזכור, בפני בית המשפט עמדו שתי חוות דעת שונות בנוגע לאופן חישוב ההוצאות של המועצה, אשר נבדלו זו מזו מבחינת השנים שעל בסיסן חושבו ההוצאות ומבחינת הפרמטרים שנקבע כי יש לקחת בחשבון בהקשר זה. המועצה הגישה חוות דעת של רואה החשבון צור פניגשטיין (מוצג כ"ו לתיק המוצגים של המשרד), אשר ביסס את מסקנותיו על הרווח התפעולי בפועל אל מול הרווח התפעולי שהיה מושג אילו היו מתקיימים תנאי המכרז במלואם (אומדן הכנסות פחות אומדן הוצאות תפעוליות; עמ' 14 לחוות דעתו). על פי חוות דעת זו, כך קבע בית המשפט, שיעור ההוצאות של המועצה עמד על 23%. המשרד, מצדו, הגיש חוות דעת של רואה החשבון חגית ימין ג'ורג'י (מוצג י"ט לתיק המוצגים של המשרד). על פי חוות דעת זו, כך קבע בית המשפט, "עלות הפעילות" (כלומר ההוצאות של המועצה) עמדה על שיעור של 63% מהמחזור. לטענת המשרד בית המשפט שגה בניתוח חוות הדעת של המומחית מטעמו, ולגישתו עולה ממנה כי הוצאותיה של המועצה היו מעל 100% מהכנסותיה. הערכה נוספת של הוצאות המועצה הוצגה על ידי מנכ"ל המועצה, אשר העריך בעדותו כי הוצאות המועצה עמדו על שיעור של 1/3 מההכנסות (עמ' 118 לפרוטוקול הדיון מיום 23.5.2016) והסביר כי ההפסדים שנרשמו בדו"חות הכספיים של המועצה נבעו משנים עברו ולא "בגלל קורסים" (שם, בשורות 12-14).

35. כעולה מפרוטוקול הדיונים שהתנהלו בפני בית המשפט קמא בסוגיה זו (ביום 17.5.2016, 23.5.2016 ו-24.5.2016), שאלת ההוצאות של המועצה נדונה באריכות ומלוא הנתונים הרלוונטיים הונחו בפני בית המשפט קמא. בעקבות זאת, נקבע בפסק הדין כי מחוות הדעת שהגישו הצדדים עולה שהוצאותיה של המועצה "לא היו קבועות"

וכי "היחס בין ההוצאות להכנסות של [המועצה] לא היה אחיד כל השנים". כפי שצוין, העובדה שבסופו של דבר נקב בית המשפט בשיעור הוצאות של 50% ללא הנמקה, אכן מעוררת קושי מסוים. אולם, בהינתן מכלול הנסיבות שפורטו – ובפרט בהינתן העובדה שגם לאחר חקירות המומחים הרלוונטיים התקשה בית המשפט לחלץ משתי חוות הדעת נתונים חד-משמעיים בדבר שיעור הוצאותיה של המועצה, לא שוכנעתי כי יש הצדקה להתערב בהחלטת בית המשפט, אשר בסופו של דבר הכריע בסוגיה זו על דרך האומדנא, הנסמכת על מכלול הנתונים שהיו בפניו (השוו לע"א 2080/09 אחים שרבט חברה לבנין בע"מ נ' מדינת ישראל - משרד הבינוי והשיכון ומינהל מקרקעי ישראל, פסקה 34 (23.6.2013); גבריאלה שלו ויהודה אדר דיני חוזים - התרופות 445 (2009); להלן: שלו ואתר).

36. לאחר הדברים האלה עיינתי בחוות דעתו של חברי, השופט ג' קרא, וראיתי לנכון להתייחס אל האמור בה ולהבהיר את עמדתי באשר לסוגיות שהועלו על ידו. חברי מסכים כי משרד התחבורה הפר את חובת תום הלב המוטלת עליו בקיום חוזה, אך לגישתו, אין לגזור מכך את המסקנה כי המועצה זכאית לפיצויי קיום המחשבים לפי אובדן רווחים שנגרם לה עקב ההפחתה במספר המשתלמים בשנים 2008-2009. זאת, לשיטת חברי, משום שזנק זה נגרם בשל שינוי תקנות התעבורה ולא הוכח קשר סיבתי עובדתי בין הפרת חובת תום הלב על ידי המשרד ובין הנזק האמור.

דעתי שונה.

37. כפי שנפסק לא אחת, חוזה עם רשות ציבורית הוא "בן-כלאיים" משפטי במובן זה שתוכנו מושפע הן מדיני החוזים והן מהעובדה שאחד מהצדדים לחוזה הוא רשות ציבורית, אשר כפופה לחובה מוגברת לנהוג בתום לב ובהגינות (ע"א 9073/07 מדינת ישראל - משרד הבינוי והשיכון נ' אפרופים שיכון וייזום (1991) בע"מ, פסקה 18 (3.5.2012); ע"א 4872/17 המועצה המקומית זכרון יעקב נ' מאיר אפרת אחזקות בע"מ, פסקה 34 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז (9.10.2018)). חובת תום הלב המוגברת של משרד התחבורה יש לה בענייננו משנה חשיבות נוכח הנסיבות הייחודיות שאפפו את חתימת ההסכם עם המועצה וציר הזמנים שבו התרחשו האירועים שעליהם עמדתי בחוות דעתי. כפי שצינתי, המכרז עצמו, על תנאיו, פורסם בחודש פברואר 2005; ההודעה על זכייתה של המועצה נמסרה לה כשלושה חודשים לאחר מכן, במאי 2005; וההסכם עצמו נחתם בחודש אוקטובר 2005. נוסח השינוי לתקנות הונח על שולחן ועדת הכלכלה בחודש אוגוסט 2005, דהיינו כשלושה חודשים לאחר ההודעה למועצה על זכייתה במכרז וכחודשיים טרם החתימה על ההסכם, והן פורסמו ברשומות בדצמבר 2005. למעשה,

בתקופה זו, ולמצער מחודש אוגוסט, פעל משרד התחבורה בשתי חזיתות במקביל: ביד אחת קידם המשרד שינוי בתקנות שהיה בו כדי להפחית מרווחיה של המועצה; וביד השנייה "הכתיב" למועצה – במסגרת תנאי המכרז – הסכם אשר התעלם מהפחתה צפויה זו, ונמנע מליידע אותה על כך לאחר זכייתה במכרז. בנסיבות אלו, שבהן הצד שמכתיב את תנאי החוזה הוא גם הרגולטור אשר מקדם שינוי משמעותי בתשתית המשפטית שתחול על אותו חוזה, נדמה בעיניי כי ההפרדה שמבקש חברי השופט קרא לבצע בין התנהלות המשרד ובין עצם שינוי התקנות היא מלאכותית ואינה משקפת נאמנה את היקף החובה החלה על משרד התחבורה לנוכח כפל תפקידיו – כרגולטור, וכמתקשר הנסמך בנסיבות העניין על תוכן הרגולציה.

38. בענייננו, הפרת חובת תום הלב מצד המשרד הובילה לחתימת הסכם שלא נתן ביטוי להפחתה הצפויה ברווחיה של המועצה, וזאת ללא ידיעתה או הסכמתה לכך. בהקשר זה יודגש כי "אבדן רווח הוא ההפסד הכלכלי המתבטא בפגיעה ביכולתו של הנפגע לשפר את מצבו הכלכלי כתוצאה מקיום החוזה, באמצעות גידול בהכנסות או צמצום בהוצאות" (שלו ואדד, בעמ' 442). בהחלט ייתכן כי שקיפות מטעם המשרד בנוגע לשינוי בתקנות התעבורה הייתה עשויה להוביל להגדלת רווחיה של המועצה על דרך של צמצום עלויות הפעלת קורסי הריענון, וכפי שטענה בפסקה 129 לסיכומיה בערעור דנן: "אמנם התקנות שוננו, אך [ה]דרישות מהזכייניות בדבר כמות הכיתות, העובדים, המענה הטלפוני ומערכי השיעור נותרו זהות" (ראו גם פסקה 211 לסיכומי המועצה שהוגשו לבית המשפט קמא). ודוקו: אין מדובר בנזק שנגרם עקב "הוצאות השקעה" שהוציאה המועצה בפועל במהלך התקופה שבה לא הייתה מודעת לשינוי, אלא על רווחים שנמנעו ממנה בשל חוסר תום הלב של המשרד, אשר ביד אחת כבל אותה לתנאי ההסכם שקבע המכרז וביד האחרת נמנע מלגלות לה על שינוי נסיבות שהמשרד הוא זה שהשפיע באופן משמעותי על התרחשותו. לפיכך, אני סבורה כי הקשר הסיבתי העובדתי בין הפרת חובת תום הלב על ידי המשרד ובין קיומו של נזק למועצה הוכח במידת ודאות מספקת.

39. זאת ועוד – כבר נפסק בעבר שהסעד הראוי עקב הפרת חובת תום הלב המעוגנת בסעיף 39 לחוק החוזים, משתנה מעניין לעניין בהתאם לנסיבותיו. עמד על כך השופט (כתוארו אז) א' ברק, בצינינו:

"היעדר הוראה באשר לתוצאות הנובעות מאי-קיום החובה האמורה בסעיף 39 לחוק החוזים, מקורו בעובדה, שתוצאות אלה אינן אחידות, אלא הן משתנות על-פי ההקשר בו מתעוררת השאלה. לעתים תוצאת אי-קיום החובה היא בתשלום פיצויים או במתן אכיפה. לעתים

התוצאה היא בשלילת פיצויים או אכיפה מהצד המפר. לעתים תוצאת ההפרה היא במתן כוח לבעל החוזה האחר לפעול פעולות מסוימות בתחום החוזה, שאחרת היו נחשבות להפרה, או שלילת כוח, הנתון לבעל החוזה המפר על-פי הוראות החוזה" (עניין שירותי תחבורה, בעמ' 838-839).

כן ראו בג"ץ 1683/93 יבין פלסט בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד מז 702, 708 (1993), שם נקבע:

"הוראת סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי) היא הוראה 'מלכותית' רבת פנים. יש שהיא מטילה חובות שזכרן לא בא במפורש בחוזה שבין הצדדים, יש שהיא מעניקה סעדים חדשים הדרושים להגשמתה [...] יש שהיא פועלת כחרב, יש שהיא מהווה אך מגן, יש שהיא פועלת במישור הזכויות, יש שהיא פועלת במישור הסעדים."

40. כפי שהדגשתי בחוות דעתי, חובת תום הלב הופרה על ידי המשרד בשלב שבו כבר היו הצדדים קשורים במערכת יחסים חוזית מתוקף הודעת הזכייה, והפרה זו השפיעה על רווחיה של המועצה למצער בחלק מתקופת ההתקשרות בין הצדדים. בנסיבות אלו, עמדתי היא שהסעד הראוי הוא העמדת המועצה במקום שבו הייתה אילו ההסכם היה מקוים בהתאם לציפיותיה הסבירות בעת החתימה עליו. דהיינו, חלף "כבילת" המועצה להסכם שאת תנאיו לא יכלה לשנות ולשינוי נסיבות שהמשרד יזם וקידם אך נמנע מלגלות לה, יש "לכבול" את המשרד למצב העובדתי שאותו בחר לשקף למועצה בעת חתימת ההסכם, ולפיו רווחיה בשנים 2008-2009 אינם צפויים לרדת עקב שינוי עתידי בתקנות התעבורה.

מן הטעמים שפירטתי, אינני סבורה כי נפלה טעות בתוצאה שאליה הגיע בית המשפט קמא ולפיה יש לחשב את הפיצוי למועצה על בסיס רווחיה האבודים בשנים 2008-2009.

41. סיכומם של דברים – לו תישמע דעתי, היינו מותירים על כנו את פסק דינו של בית המשפט קמא ודוחים הן את ערעורו של משרד התחבורה והן את הערעור שכנגד שהגישה המועצה. עוד אציע כי נוכח תוצאה זו כל צד יישא בהוצאותיו.

ה נ ש י א ה

השופט ג' קרא:

לאחר שעיינתי בחוות דעתה של חברתי, הנשיאה א' חיות, הגעתי למסקנה כי לא אוכל לצרף את דעתי לדעתה. לטעמי, יש לקבל את ערעור משרד התחבורה (להלן: המשרד) ולדחות את הערעור שכנגד שהגישה המועצה הלאומית למניעת תאונות דרכים בע"מ (להלן: המועצה).

1. הנשיאה ציינה בפסקה 20 לחוות דעתה, את שלוש השאלות המרכזיות העולות לשיטתה במסגרת הערעור והערעור שכנגד.

השאלה הראשונה – האם התנהלות המשרד במהלך תקופת המכרז מהווה הפרה של הוראות המכרז או ההסכם. לשאלה זו השיבה הנשיאה בשלילה (פסקאות 21-23 לחוות דעתה). בסוגיה זו, דעתי כדעת הנשיאה, לפיה יש לאמץ את קביעותיו של בית המשפט קמא אשר קבע כי המשרד פעל לשליחת הזימונים לקורסים; כי ההכרה בקורסים שמועברים בצה"ל אינה מהווה הפרת התחייבות מטעם המשרד; וכי התנהלות המשרד בכל הנוגע למערך המולטימדיה אינה מקימה למועצה זכאות לפיצויים. עוד קבע בית המשפט קמא, וקביעות עובדתיות אלו יש לאמץ, כי תקנות התעבורה, התשכ"א-1961 (להלן: התקנות) לא הטילו חובה על המשרד כלפי המועצה ולא היוו חלק מתנאי המכרז והחווה, כך שאי-עמידה של המשרד בהוראות התקנות לא הובילה להפרה של ההסכם; וכי המכרז לא כלל מצג, עליו הוזמנה המועצה להסתמך, לפיו המשרד יקיים את התקנות, והנתונים שהובאו בו בדבר מספר הנרשמים לקורסים בשנת 2003 – הובאו כאינדיקציה בלבד שאינה מחייבת. לפיכך, אני מסכים כי יש לדחות את הערעור שכנגד שהגישה המועצה.

השאלה השנייה – האם התנהלות המשרד עובר להתקשרות בהסכם ביום 27.10.2015, בכל הנוגע לשינוי שנעשה בהמשך בתקנות, מקימה עילה לפיצוי המועצה. לשאלה קונקרטית זו, השיבה הנשיאה בשלילה, תוך שדחתה את קביעתו של בית המשפט קמא, לפיה לאור השינוי הצפוי בתקנות, הטעה המשרד את המועצה והפר את חובת תום הלב בשלב הטרם-חוזי. שכן לשיטתה, לא ניתן היה להתייחס במכרז עצמו לשינוי הצפוי בתקנות, משום שנוסח השינויים בהן הונח על שולחן ועדת הכלכלה רק ביום 25.8.2005, כשישה חודשים לאחר פרסום המכרז (פסקאות 24-25 לחוות דעתה). עם זאת, הגיעה הנשיאה למסקנה כי אין הדבר משפיע על התוצאה הסופית אליה הגיע בית המשפט קמא. הנשיאה קבעה כי בהתאם לדיני המכרזים, יש לראות את מועד מסירת הודעת הזכייה במכרז, כמועד ביצוע הקיבול וכריתת החווה בין הצדדים וכי על המשרד הייתה מוטלת החובה לגלות למועצה על אודות השינוי הצפוי בתקנות, למצער ביום 25.8.2005, עת

הונח נוסח השינויים לתקנות על שולחן ועדת הכלכלה, דהיינו למעלה מחודשיים לאחר שנכרת החוזה. משכך, חובת הגילוי מצד המשרד צמחה בשלב החוזי, מכוח סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים) (פסקה 28 לחוות דעתה). על כן, חלה על המשרד החובה לנהוג כלפי המועצה בתום לב בקיום החוזה, חובה אשר אותה הפר המשרד משלא יידע את המועצה בדבר השינוי הצפוי בתקנות (פסקאות 25-31 לחוות דעתה). גם בסוגיה זו, דעתי כדעת הנשיאה.

השאלה השלישית – האם המועצה זכאית לפיצויים ומהו שיעורם. משקבעה הנשיאה כי במועד הפרת חובת תום הלב, היו הצדדים כבר קשורים בחוזה, קלה הייתה דרכה לקבוע כי הפרת חובה זו, כמוה כהפרת חוזה המזכה את המועצה בפיצויי קיום. "המועצה זכאית לפיצוי המיועד להעמידה במקום שבו הייתה אילו לא הפר המשרד את חובת הגילוי. בית המשפט קמא חישב את הפיצוי בהתבסס על אבדן הרווחים של המועצה בשנים 2008-2009, והמשרד מצדו לא הציג חישוב אחר שיש בו כדי לבטא באופן מדויק יותר את הנזק שנגרם למועצה עקב הפרת חובת הגילוי" (פסקאות 32-33 לחוות דעתה).

למסקנה זו של הנשיאה לא אוכל להצטרף ואביא את נימוקיי לכך מיד בסמוך.

2. הנשיאה שמה דגש על נקודת הזמן שבה הופרה חובת תום הלב. משקבעה כי המשרד הפר את חובת תום הלב במועד בו נכרת כבר חוזה בין הצדדים, הרי שהמשמעות היא, לשיטתה, כי המועצה זכאית לפיצויי קיום עקב הפרת החוזה. העובדה כי הפרת חובת תום הלב נעשתה בשלב החוזי היא אמנם, ככלל, תנאי הכרחי לצורך פסיקת פיצויי קיום, אך אין היא תנאי מספיק.

3. סעיף 10 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970, קובע כדלקמן:

"הנפגע זכאי לפיצויים בעד הנזק שנגרם לו עקב ההפרה ותוצאותיה ושהמפר ראה אותו או שהיה עליו לראותו מראש, בעת כריתת החוזה, כתוצאה מסתברת של ההפרה".

זכאות הנפגע לפיצוי בגין הפרת חוזה תלויה אפוא בהתקיימות שלושה יסודות מצטברים, מעבר לעצם קיומה של הפרת חוזה: נזק; קשר סיבתי עובדתי בין ההפרה לנזק; וצפייתו בפועל או בכוח של המפר, בעת כריתת החוזה, את קרות הנזק כתוצאה מסתברת של ההפרה (ראו: גבריאלה שלו ויהודה אדר דיני החוזים – התרופות 294-295

(2009) (להלן: שלו ואדר; שם מציינים המחברים כי הפסיקה הכירה למעשה ביסוד רביעי והוא הוכחת שיעורו של הנזק).

כאמור לעיל, הנחתי, כשיטת הנשיאה, כי במקרה דנן הפר המשרד את חובת תום הלב בקיום חוזה ובכך הפר את החוזה. כמו כן, אניח כי לכאורה מתקיים יסוד הנזק, הבא לידי ביטוי באובדן הרווחים שסבלה המועצה מכך שפחות נהגים נרשמו לקורסי הריענון. ואולם, בענייננו לא מתקיים יסוד הקשר הסיבתי העובדתי בין ההפרה לנזק. הנזק הנטען, לא נגרם עקב הפרת חובת תום הלב, אלא עקב שינוי התקנות. אסביר.

על דרישת הסיבתיות עמדו המלומדים שלו ואדר כדלקמן:

“מטרת הפיצויים היא לפצות את הנפגע על נזק שניתן לייחס אותו להפרת החוזה. על נזק זה – ורק על נזק זה – זכאי הנפגע לפיצוי מכוח חוק התרופות. נזק שאותו סבל הנפגע – אך נגרם לו ללא כל קשר להפרת החוזה – אין הנפגע זכאי לפיצוי בגינו. במושגים של תורת הפיצוי: בהיעדר קשר סיבתי עובדתי בין המעשה או המחדל המהווים הפרה לבין הנזק הנתבע – לא תקום זכות לפיצויים.

[...]

המבחן המסורתי לבחינת הסיבתיות העובדתית הוא מבחן הסיבה-שאינ-בלתה (causa sine qua non). השאלה שתישאל היא זו: האם אלמלא הופר החוזה היה מתרחש הנזק שהנפגע תובע פיצוי בגינו? אם התשובה שלילית – כלומר, הנזק לא היה מתרחש אלמלא ההפרה – מתקיים קשר סיבתי והמפר אחראי לכאורה לגרימת הנזק. אם, לעומת זאת, התשובה חיובית – כלומר הנזק היה מתרחש ממילא גם אלמלא הופר החוזה ולו קיום כהלכתו בידי המפר – כי אז אין מתקיים קשר סיבתי, וממילא אין לחייב את המפר בפיצויים” (שלו ואדר, בעמ’ 327-328).

ציינתי מקודם כי לכאורה מתקיים יסוד הנזק ולא בכדי. שכן, כפי שמסבירים

המלומדים שלו ואדר:

“הגדרה זו מלמדת על הקשר ההדוק שבין הדרישה לקיומו של ‘נזק’ לבין דרישת הסיבתיות – שעניינה הקשר הסיבתי (העובדתי) בין הנזק שסבל התובע לבין ההפרה המיוחסת לנתבע. אכן, בגדרם של דיני הפיצויים על הפרת חוזה, נזק ופגיעה שהנפגע מלין עליהם, ואשר אינם קשורים בקשר סיבתי להפרת החוזה, כלל אינם בגדר ‘נזק’. ההבחנה בין ה‘נזק’ לבין הסיבתיות כיסודות בתביעת הפיצויים היא אפוא מלאכותית במידת-מה” (שלו ואדר, בעמ’ 298).

הנה כי כן, המועצה זכאית לפיצויים רק על הנזק שנגרם עקב הפרת חובת תום הלב מצד המשרד. לשם כך יש לשאול, האם אלמלא הופרה חובת תום הלב היה מתרחש הנזק שהמועצה תובעת בגינו פיצויי קיום? אני סבור כי התשובה לכך היא בחיוב – גם אילו פעלה המועצה בתום לב וקיימה את חובת הגילוי, עדיין היה מתרחש הנזק ומכאן כי אין קשר סיבתי עובדתי בינו לבין ההפרה. חובתו של המשרד, גם לשיטת הנשיאה, הייתה לגלות למועצה על השינוי הצפוי בתקנות. חובתו לא הייתה שלא לשנות את התקנות. אכן, עצם שינוי התקנות הוא אשר הוביל לנזק ולא עצם אי-הגילוי מצד המשרד. הפרת חובת תום הלב לא הייתה סיבה-בלעדיה-אין לקרות הנזק; היה זה שינוי התקנות. במילים אחרות, גם אלמלא הופרה חובת הגילוי, נוסח השינויים לתקנות כבר הונח על שולחן ועדת הכלכלה, ושינוי התקנות לבדו הוא שהוביל לכך שלמועצה נגרם אובדן הרווחים הנטען.

ואולם, שינוי התקנות, כשלעצמו, אינו מהווה הפרה של החוזה. מסקנתי זו מבוססת על הקביעות העובדתיות של בית המשפט קמא, אשר קבע כי המכרז לא כלל התחייבות כלשהי מצד המשרד לעמידה במכסת מינימום לנרשמים לקורסי הריענון, או למספר נרשמים כלשהו; כי התקנות אינן מהוות חלק מתוכן המכרז והחוזה; וכי כמות הנרשמים לקורסים בשנת 2003 אשר הופיעה במסמכי המכרז שימשה כאינדיקציה בלבד ואינה עולה כדי התחייבות חוזית. יתרה מזאת, אם הטענה היא כי שינוי התקנות אשר הוביל לנזק, מהווה כשלעצמו הפרה של החוזה, מה לי בכלל לשאלה האם הפר המשרד את חובת הגילוי??!

למעשה, דומה כי גם הנשיאה שותפה לקביעות עובדתיות אלה (פסקאות 21-22 לחוות דעתה). נוסף על כך, מחוות דעתה של הנשיאה אני למד כי גם היא שותפה למסקנה כי הנזק הנטען נגרם עקב שינוי התקנות: "השינוי בתקנות התעבורה הוביל, אפוא, ל'הסתת' הנהגים-התלמידים בקורסי הריענון על ציר הזמן... 'הסטה' זו בוודאי השפיעה על הכנסותיה של המועצה.. אלמלא השינוי בתקנות היו מתייצבים נהגים רבים יותר בשנים 2008-2009"; "כפי שפורט לעיל, שינוי תקנות התעבורה אכן הוביל להפחתה במספר המוזמנים לקורסי הריענון בשנים 2008-2009 וכפועל היוצא מכך, להפחתה בהכנסותיה של המועצה" (פסקאות 26 ו-32, בהתאמה, לחוות דעתה של הנשיאה; ההדגשות הוספו – ג.ק.).

4. הנשיאה מציינת כי "המועצה זכאית לפיצוי המיועד להעמידה במקום שבו הייתה אילו לא הפר המשרד את חובת הגילוי" (פסקה 33 לחוות דעתה). אולם מבחינה אופרטיבית, פסיקת פיצויי קיום כשיטת הנשיאה וכשיטת בית המשפט קמא – אינה

מעמידה את המועצה במקום בו הייתה אילו לא הפר המשרד את חובת גילוי; היא מעמידה אותה במקום בו הייתה אלמלא שונו התקנות. כדי להעמיד את המועצה במקום בו הייתה אלמלא הפר המשרד את חובת תום הלב בקיום החוזה, יש לפצות אותה רק בגין הנזק שניתן היה למנוע אילו היה המשרד מקיים חובה זו. בענייננו, נזק שכזה יכול להיות, למשל, הוצאות השקעה מוגדלות שהוציאה המועצה בתקופה שבה נותרה "באפלה", רק בשל העובדה שהמשרד הפר את חובת תום הלב ולא הודיע לה על השינוי הצפוי בתקנות (התקופה שבין המועד בו הונח נוסח השינויים בתקנות על שולחן ועדת הכלכלה לבין מועד פרסומן של התקנות). במצב היפותטי זה הייתה המועצה זכאית לקבל את ההפרש בין ההוצאות שהוציאה בפועל לבין ההוצאות שהייתה מוציאה אלמלא המעשה הפסול (ראו: דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א 741 (מהדורה שנייה, 2018) (להלן: פרידמן וכהן, כרך א). אכן, במצב שכזה קיים קשר סיבתי עובדתי – אלמלא הפרת חובת תום הלב, יכולה הייתה המועצה לצמצם את ההוצאות שהוציאה. בניסוח אחר – אילו ידעה המועצה על כך שכמות הנרשמים לקורסים צפויה לקטון, נוכח שינוי התקנות הצפוי שהמשרד ידע עליו אך לא הודיע לה, ייתכן שהייתה יכולה להשקיע משאבים פחותים לקיום החוזה בתקופת ההקמה של מערך הקורסים. סעד שכזה אינו כולל סתירה מהותית לרווחים שהפיקה המועצה מן החוזה, שכן הוא לא נועד להעמיד אותה במצב בו הייתה אלמלא נכרת החוזה. הוא נועד להעמיד אותה במצב בו הייתה אלמלא הופרה חובת תום הלב. ייתכן כי מטרתו של סעד שכזה היא לשחזר את השקילות החוזית (ראו: איל זמיר "תרופות בשל הפרת חוזה: פיצויי ציפייה, פיצויי הסתמכות, השבת התעשרות ושחזור השקילות החוזית (בעקבות ע"א 1632/98 אברוס נ' אברהם רובינשטיין ושות' – חברה קבלנית)" משפטים לד(1) 91, 143-151 (2004)). אולם, טענה שכזו, להשקעות מוגדלות שלא לצורך בתקופה האמורה, לא נטענה לפנינו (מה שנטען הוא כי המועצה השקיעה סכומים משמעותיים בהקמת מערך הקורסים וכתוצאה מאי-אכיפת התייצבותם של נהגים על ידי המשרד נגרם לה אובדן הכנסות – טענה שבית המשפט קמא דחה כאמור); וממילא לא הוכח קיומו של נזק ושיעורו. לכן, איני רואה צורך להידרש לסוגיה היפותטית זו במסגרת הערעורים דנן.

[במאמר מוסגר, אם הייתה מתקבלת ההנחה כי הפרת חובת תום הלב בוצעה כבר בשלב הטרם-חוזי, כשיטת בית המשפט קמא, אז יכולה הייתה המועצה לטעון כי מגיעים לה פיצויי הסתמכות, מכוח סעיף 12 לחוק החוזים, משנמנע המשרד לגלות לה על השינוי הצפוי, למרות שידע על כך כבר בעת קיום המכרז. פיצויים אלה עשויים לכלול הוצאות בקשר למשא ומתן לקראת כריתתו של החוזה או אובדן הזדמנות חלופית, אם הייתה מוכיחה כי אכן הייתה לה כזאת וכי לולא ההפרה הייתה מנצלת את ההזדמנות שאבדה (ראו: פרידמן וכהן, כרך א, בעמ' 737-745). מסופקני אם עמדה למועצה הזדמנות

חלופית בהינתן השירות המיוחד והספציפי שבבסיס החוזה. מכל מקום, המועצה לא הייתה יכולה לדרוש כיום, לאחר שהחוזה הושלם, פיצוי הסתמכות נוסף על הרווחים שהפיקה מקיום החוזה. שכן, המועצה לא יכולה להימצא בו-זמנית במצב שבו הייתה אלמלא נכרת החוזה וכן במצב שבו הייתה אילו החוזה קיים. מדובר בסעד הכולל סתירה מהותית – פיצויי ההסתמכות צופים פני עבר ואילו קיום החוזה צופה פני עתיד (ובענייננו, העתיד כבר כאן – החוזה מומש והמועצה נהנתה מרווחי הקיום שלו) (על סתירה מהותית בין סעדים, ראו: שלו ואדר, בעמ' 74-80; ד"נ 20/82 אדרס חמדי בנין בע"מ נ' הרלו אנד גוניס ג.מ.ב.ה., פ"ד מב(1) 221, 269 (1988); ע"א 8850/10 שיר משכנות ותיקים בע"מ נ' הליגה למניעת מחלות ריאה תל אביב, פסקאות 15-18 (20.8.2013)). במצב כזה, פסיקת פיצויי הסתמכות על הוצאות שהוציאה המועצה לשם כריתת החוזה, אם אפשרית היא בכלל כיום, משמעה כי יש לנכות מהם את הרווחים שצמחו לה מן החוזה.]

5. מכל האמור לעיל עולה, כי לא הוכח שהפרת חובת תום הלב מצד המשרד גרמה למועצה נזק. פסיקת פיצויי קיום על אובדן הרווחים אפשרית רק אם עצם שינוי התקנות, כשלעצמו, היווה הפרה של החוזה. מסקנה כזו לא מצאתי – לא בפסק דינו של בית המשפט קמא ולא בחוות הדעת של הנשיאה. לפיכך, איני רואה כיצד ניתן לפסוק למועצה פיצויי קיום עקב הפרת חובת תום הלב בלבד. אובדן הרווחים של המועצה, הוא הנזק הנטען, נגרם עקב שינוי התקנות ולא עקב הפרת חובת תום הלב.

6. סוף דבר, לו נשמעה דעתי, היינו מקבלים את ערעור המשרד ודוחים את הערעור שכנגד שהגישה המועצה.

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה ח' מלצר:

1. אני מצטרף לתוצאה ולהנמקותיה של חברתי, הנשיאה א' חיות, לרבות בסוגיה שבה נתגלעה מחלוקת בינה לבין חברי, השופט ג' קרא. נוכח חשיבות הדברים, ארשה לעצמי להוסיף מספר תובנות וטעמים להצדקת התוצאה.

2. ככלל ובהיעדר התנאה נוגדת במסמכי המכרז – הודעת עורך המכרז למי מהמציעים כי זכה במכרז היא בבחינת קיבול, ומועד זה נחשב כמועד כריתת החוזה. יחד

עם זאת לכלל זה יש גם חריגים והדבר תלוי בתנאי המכרז הכלליים, בחיקוקים הרלבנטיים למכרז, בהוראות החוזה האמור להיות מצורף למסמכי המכרז על פי הוראות תקנה 17 (ב) (3) לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1973 וכן בנסיבות.

ראו: ע"מ 10996/02 עיריית קרית גת נ' אבישי כץ בע"מ, פ"ד נ"ח (1), 490, 499 (2003) מפי חברתי, השופטת א' חיות (כתארה אז); ע"א 10859/07 חברת קדישא גחש"א נ' לוי, (22.01.2012). עיינו גם: דניאל פרידמן ונילי כהן, חוזים כרך א' (מהדורה שנייה) עמ' 197-193 (2018) (להלן – פרידמן וכהן, חוזים כרך א').

הנה כי כן, בדיני מכרזים (בדומה לדיני ביטוח – ראו: סעיף 2 לחוק חוזה הביטוח, התשמ"א-1981) ההנחה היא, כדברי המלומדים פרידמן וכהן בספרם הנ"ל, שהחוזה בין הצדדים נכרת בשלב הראשוני עם קביעתו של הזוכה במכרז. עם זאת בין הצדדים צריך להיחתם, בדרך כלל, חוזה נוסף מפורט, אך זהו חוזה פורמלי המגבש קשר שכבר נכרת (פרידמן וכהן, חוזים כרך א' עמ' 336).

3. במקרה שלפנינו, משרד התחבורה יזם שינוי בתקנות התעבורה, תשכ"א-1961 (להלן – תקנות התעבורה) וזה הובא לאישור ועדת הכלכלה של הכנסת בתאריך 05.08.2005, לאחר שנמסרה כבר למשיבה 1 הודעה על היותה אחת מהזוכות במכרז, אותו פירסם משרד התחבורה – להקמה ולתפעול של קורסים נדרשים בהתאם לתקנות התעבורה.

שינוי זה בתקנות התעבורה קבע, בין השאר (שם בתקנה 213 לתקנות), כי ותק רישיון הנהיגה שנדרש לקבלת זימון לקורס ריענון עולה משלוש שנים – לחמש שנים, ואף נכללו בשינוי הוראות מעבר (ראו: פסקה 3 לחוות דעתה של חברתי הנשיאה; שינויים אלו בתקנות התעבורה, הרלבנטיים לענייננו, ייקראו להלן: התיקון בתקנות).

התיקון בתקנות הרע את מצבה החוזי של המשיבה 1, כמבואר בחוות דעתה של חברתי הנשיאה ויזמת התיקון בתקנות לא הובאה ע"י משרד התחבורה לידיעת המשיבה 1. המשיבה 1 אף לא זומנה לדיון שהתקיים בעניין בפני ועדת הכלכלה של הכנסת. התיקון בתקנות התקבל ופורסם ברשומות, בחתימת שר התחבורה, בתאריך 22.12.2005 (ק"ת 6446, עמ' 204-205), קרי לאחר שההסכם בין משרד התחבורה המערער לבין המשיבה 1 נחתם בתאריך 27.10.2005 (להלן – ההסכם).

4. בנסיבות המתוארות לעיל – אי הגילוי של יוזמת התיקון בתקנות ואף השינוי עצמו שחל בתקנות לקו בשניים:

א) נמנעה מהמשיבה 1 האפשרות לנסות ולהעביר את רוע הגזירה, או למיצער לשנות את הוראות המעבר כך שהכנסותיה על פי ההסכם לא תיפחתנה, וזאת למשל באמצעות הופעה בפני ועדת הכלכלה של הכנסת.

ב) התיקון בתקנות סיכל ציפיות חוזיות של המשיבה 1 לגבי תועלות הזכייה במכרז מבחינתה, ואף את שיתוף הפעולה הנדרש בין צדדים לחוזה, המחייב אותם לפעול כדי לסייע, לכל אחד מהם, לממש את ציפיותיו מהחוזה. ראו:

ע"א 5786/15 אזורים חברה להשקעות בפיתוח ובבנין בע"מ נ' חסן (03.09.2017); ע"א 5892/06 דואק נ' המועצה המקומית גדרה (19.05.2009); עיינו: גבריאלה שלו ואפי צמח, דיני חוזים (מהדורה רביעית), עמ' 78 ו-81 (2019) (להלן: שלו וצמח, חוזים).

ההתנהגות הנ"ל של משרד התחבורה לקחה איפוא במה שמגבש עילה של התנהלות שלא בדרך מקובלת ושלא בתום לב – במשמעות סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 (להלן – חוק החוזים), זאת מאחר ומוטלת על הרשות החובה להבטיח שכל המידע המצוי ברשותה ורלבנטי לנסיבות ההתקשרות, לרבות נתונים הפוגעים באטרקטיביות של המכרז ותוצאותיו יובאו בפני המתקשר עמה (ראו לאחרונה: ע"א 2642/19 מועצה מקומית הר אדר נ' מרכז קניות דוד ויהונתן בע"מ (07.02.2021)). סעיף זה מתאים יותר להחלה כאן מסעיף 12 לחוק החוזים, שהרי החוזה כבר נכרת. ראו: בג"צ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר-שבע בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד לה (1) 828 (1980); ע"א 3912/90 Eximin S. A, תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פרארי בע"מ, פ"ד מז (4) 64 (1993). עיינו: דניאל פרידמן ונילי כהן, חוזים כרך ג', פרק 26 בהשתתפות מנחם מאוטנר, עמ' 337-338 (2003) (להלן – פרידמן וכהן, חוזים כרך ג' (מאוטנר)).

5. יתר על כן – אי קיום חובת הגילוי, לא רק שיש בה חוסר תום לב במשמעותה המשפטית כמובהר לעיל, אלא שהיא נחשבת, בנפקותה, כהפרה של החוזה. ראו: ע"א 380/77 יהושוע שלמה נ' ישר יעקב (22.03.1979); ע"א 794/86 החברה המרכזית לשכון ולבנין בע"מ נ' אגנס פינק, פ"ד מד (1) 226 (1990); ע"א 4612/95 מתיתיהו נ' שטיל פ"ד נא (4) 769 (1997); השוו: ע"א 144/87 מדינת ישראל נ' אינג' פבר, חברה לבנין, פ"ד מד (3) 769 (1990). עיינו עוד: פרידמן וכהן, חוזים כרך א', עמ' 414, ה"ש 159, וכן עמ' 694 וכן: דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים – כרך ב' (מהדורה שניה), עמ' 161-172 ובמיוחד עמ' 171 ה"ש 82 (2020); להלן – פרידמן ונילי כהן, חוזים כרך ב'.

6. התנהלות זו של משרד התחבורה אף פגמה בחובת ההגינות המינהלית, שדורשת מהרשות סטנדרט גבוה יותר מחובת תום הלב הרגילה. ראו: בג"צ 4422/92 שלמה עפרן

נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מ"ז (3), 853, 860 (1993); בג"צ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר אגף המכס והמע"מ, פ"ד נ"ב (1), 289, 321 (דברי השופט י' זמיר), ובעמ' 348, 352, 355 (דברי השופט א' ברק) (1998); ע"א 5042/96 כהן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נ"ג (1), 743, 761 (1999). עיינו עוד: פרידמן וכהן, חוזים כרך ג' (מאוטנר), בעמ' 341-342.

7. התוצאה של הפרת חובת תום הלב החוזית (או של ההגינות המינהלית), מאפשרת לתבוע בגין ההפרה, והיא מולידה סעד של פיצויים, אפילו אם החוזה לא בוטל ע"י הנפגע. ראו: סעיף 2 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970 (להלן – חוק החוזים תרופות), והשוו:

ע"א 829/80 שכונ עובדים בע"מ נ' שרה זפניק, פ"ד ל"ז (1), 579, 584 (1983) (להלן – ענין ז'פניק); ע"א 49/83 מרדכי קסלר נ' תקוה מאירוב, פ"ד מ"א (2), 547, 550-551 (1987); ע"א 2666/05 מדינת ישראל נ' אינסופקו הספקה לתעשייה בע"מ (19.12.2007); ע"א 10137/05 ליברמן נ' תדביק בע"מ (14.08.2008) (להלן – ענין תדביק); ע"א 7730/09 כהן נ' מבני גזית (2000) בע"מ (06.06.2011). עיינו: פרידמן וכהן, חוזים כרך א', עמ' 635-636; שלו וצמח, חוזים, עמ' 103.

8. עתה נשאלת השאלה מהו סוג הפיצוי שזכאית המשיבה 1 לקבל בשל ההפרה – פיצויי הסתמכות, או פיצויי קיום. התשובה מתבססת על השוני שבין סעיף 12 לבין סעיף 39 לחוק החוזים.

לפי סעיף 12 לחוק החוזים הכלל הוא של פסיקת פיצויי הסתמכות, שכן טרם נחתם חוזה, והחריג הם פיצויי קיום (כאשר רואים את המו"מ שבין הצדדים כאילו הביא לכריתת חוזה, או מחזיקים צד כמנוע מלהתכחש להתקשרות). ראו: ענין ז'פניק ו-ע"א 6370/00 קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. דעננה לבניה והשכרה בע"מ פ"ד נ"ו (3), 289, (2002). עיינו עוד: פרידמן וכהן, חוזים כרך א', עמ' 753.

מנגד עילה מכח סעיף 39 לחוק החוזים מולידה תוצאה של "תמונת ראי" נוכח הוראת סעיף 10 לחוק החוזים (תרופות), דהיינו שהכלל הוא פסיקת פיצויי קיום, והחריג הם פיצויי הסתמכות, ויש שוני נוסף, שכאן הברירה היא בידי הנפגע לתבוע את סוג הפיצויים המבוקש. ראו: ע"א 3666/90 מלון צוקים בע"מ נ' עירית נתניה, פ"ד מ"ו (4), 45 (1992). עיינו: דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים, כרך ד', ע"מ 549-554 (2011) (להלן – פרידמן וכהן, חוזים כרך ד').

9. לעתים ניתן לתבוע גם מכח סעיף 12 לחוק החוזים בגין חוסר תום לב בניהול המו"מ לקראת החוזה, אף אם נכרת החוזה. ראו: ענין תדביק, שם בפסקה 20 לפסק דינה של השופטת א' חיות (כתארה אז) ו-ע"א 2413/06 מגדלי כספי רג'ואן בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה ירושלים, בפסקה מ' לפסק דינו של השופט רובינשטיין (10.11.2009).

אחד המבחנים הקובעים אם המצג (במקרה שלנו נתוני 2003 – נספח י' למסמכי המכרז) נכלל בחוזה גופו, או היה לבר-החוזה **תלוי בכוונת הצדדים**, ונתון זה עשוי להכריע גם אם התביעה תהיה מכוח סעיף 12, או סעיף 39 לחוק החוזים. השוו: ע"א 6025/92 צמיתות (81) בע"מ נ' חרושת חימר בע"מ, פ"ד נ (1), 826 (1996). עיינו גם: פרידמן וכהן, חוזים כרך א', עמ' 666-672; שלו וצמח, חוזים, 379; יובל פרוקצ'יה, סעדים בגין מצגי שווא, משפטים מ"ג, 251, 288-289 (2012).

10. בענייננו עצם העובדה שמשרד התחבורה בחר **להסתיר מהמשיבה 1 את יוזמת התיקון בתקנות ואת משמעויות התיקון לאחר שהתקבל**, וזאת עד לאחר חתימת ההסכם, שנערך בעקבות המכרז- מלמדת שכוונת הצדדים היתה שהנתונים שצוינו במכרז יהיו בבחינת אינדיקציה לגבי כמויות הקורסים הצפויות. מעבר לכך – המשיבה אותה במצגיה כלפי מי שנטל חלק במכרז כי המצב העובדתי הנתון והתשתית הנורמטיבית, שהיו בפני המשתתפים במכרז ושררו גם בעת הקיבול – אף הם צפויים שלא להשתנות, אלא **במגבלות שפורטו בסעיף 21.2.1.2 לתנאי המכרז** (שלא התקיימו במקרה שלפנינו עקב תיקון התקנות). מכאן שתיקון התקנות סטה מהמצגים האמורים, מעבר לחוסר תום הלב שבהסתרת הדברים. עיינו: פרידמן וכהן, חוזים כרך ב' עמ' 194-204. התנהלות שכזו מצדיקה פיצויי קיום אפילו מכוח סעיף 12 לחוק החוזים, וודאי שכך מכוח סעיף 39 לחוק החוזים.

11. העולה מן המקובץ מלמד שההבחנה שאותה מבקש חברי, השופט ג' קרא, לעשות, בין אי-הגילוי כאן, שלא גרם כשלעצמו נזק כביכול, לבין התיקון בתקנות, שאין בצידו עילה לפיצויים – איננה מקובלת עלי. עיקר הטעמים לעמדתנו זו יובאו מיד בסמוך.

12. ההסתרה פה חתרה תחת התכלית שהיתה אמורה להיות משותפת לצדדים – לאפשר לכל אחד מהם לממש את ציפיותיו מההתקשרות. בסיטואציה שכזו הפיצויים מיועדים להעמיד את הנפגע, ככל שניתן לעשות כן, באמצעות תשלום כספי, באותו מצב שבו היה נתון... אילו קויים החוזה (כפי שהצדדים צפו אותו – תוספת שלי – ח"מ).

ניסוח זה ננקט על פי התרגום המובא בפרידמן וכהן, חוזים כרך ד', שם בעמ' 531 ואשר נלקח מפסק הדין 1 Ex. 850 (1848) Robinson v. Harman (כן ראו הפניות לאסמכתאות שציטטו עיקרון זה בפסיקה הישראלית, שם שם). במסגרת פיצויים אלה נכללים גם רווחים שנמנעו מהנפגע עקב הפרת החוזה, והדבר מופיע במפורש בהגדרת: "נזק" בסעיף 1 לחוק החוזים תרופות, עיינו: פרידמן וכהן, חוזים כרך ד', שם שם. הסיבתיות לנזק כאן היא אינהרנטית וכרוכה באי הגילוי, כמו גם במה שנגרם כתוצאה מתיקון התקנות. הדבר נכון מהותית ואף מכח נטלי הראיה, שאותם לא הצליח משרד התחבורה להרים (עיינו והשוו: ע"א 3654/97 קרטין נ' עתרת ניירות ערך (2000) בע"מ, פ"ד נג (3) 385 (1999)).

13. בפסיקה האמריקאית, שעסקה בדין קרוב ובמצבים דומים, בהם הרשות שהיתה קשורה בחוזה – יזמה, או תמכה בשינוי סטטוטורי שפגע במי שהתקשר עמה, וגרמה לו נזק, לרבות הפחתה של הכנסותיו, או של רווחיו הפוטנציאליים – נקבע כי הנפגע זכאי לפיצויים, או להשבה (ושם היה מדובר בפיצויי עתק אל מול המצגים, או ההנחות, או ההתניות שעמדו בבסיס ההתקשרות). ראו: 518 (1) United States v. Winstar Corp., 518 U.S. 839, 116 S. Ct. 2432 (1996); (2) Mobil Oil Expl. & Producing Se. v. United States, 530 U.S. 604, 120 S. Ct. 2423 (2000); (3) Anchor Sav. Bank, F.S.B. v. United States, 52 Fed. Cl. 406 (2002); (4) Anchor Sav. Bank, FSB v. United States, 597 F.3d 1356 (Fed. Cir. 2010); (5) Anchor Sav. Bank, FSB v. United States, 123 Fed. Cl. 180 (2015). פסיקה זו והרציונלים שלה ראויים לדיון נפרד ונרחב, ואולם לעניינו די בהפניות האמורות. עיינו גם: ד"ר שרון ידין, רגולציה חדשה: מהפכה במשפט הציבורי, (2018), הסוקרת בעמ' 17, 63, 212-217 לספרה את פסקי הדין (1) ו-(5) שאוזכרו לעיל ואת נפקותם למשפט הישראלי.

14. החלת העקרונות הנ"ל על ענייננו, בצירוף הנימוקים והאסמכתאות שהביאה חברתי הנשיאה, מצדיקים איפוא את התוצאה המוצעת על ידה ולפיכך הנני מצטרף כאמור לדעתה. לקח זה, אם ילמד, יביא את הרשויות עורכות המכרזים לנהוג בשקיפות הנדרשת עם המשתתפים במכרזים שאותם הן עורכות ועם הזוכים, ואם לא תתנהלנה כך – הן תישאנה בתוצאות.

המשנה לנשיאה

הוחלט כאמור בפסק דינה של הנשיאה א' חיות.

ניתן היום, כ"ו בשבט התשפ"א (8.2.2021).

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה

ה נ ש י א ה

מרכז מידע, טל' 3852, 077-2703333 ; אתר אינטרנט, <http://supreme.court.gov.il> גק 17084220_V31.docx