



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 2642/19  
ע"א 2708/19  
ע"א 2898/19  
וערעורים שכנגד

לפני :

כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר  
כבוד השופטת ד' ברק-ארז  
כבוד השופט י' אלרון

המערערת בע"א 2642/19  
והמשיבה בערעור שכנגד :

מועצה מקומית הר אדר

המערערת בע"א 2708/19  
והמשיבה בערעור שכנגד :

ערים – חברה לפיתוח עירוני בע"מ

המערער בע"א 2898/19  
והמשיב בערעור שכנגד :

הממונה על הרכוש הממשלתי הנטוש

נ ג ד

מרכז קניות דוד ויונתן בע"מ

המשיבה בע"א 2642/19,  
בע"א 2708/19 ובע"א  
2898/19 והמערערת  
בערעורים שכנגד :

ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים  
מיום 5.3.2019 בת"א 5539-11-16 שניתן על-ידי כבוד  
הנשיא א' פרקש

תאריך הישיבה : י"ח בכסלו התש"ף (16.3.2019)

בשם המערערת בע"א 2642/19  
והמשיבה בערעור שכנגד :

עו"ד גלעד רוגל

בשם המערערת בע"א 2708/19  
והמשיבה בערעור שכנגד :

עו"ד שגיא תירוש, עו"ד כפיר לוי

בשם המערער בע"א 2898/19  
והמשיב בערעור שכנגד :

עו"ד איילת עומר-ליפשיץ

בשם המשיבה בע"א 2642/19,  
בע"א 2708/19 ובע"א 2898/19  
והמערערת בערעורים שכנגד :

עו"ד שרון אבני, עו"ד עינב בן שימול

## פסק-דין

השופטת ד' ברק-ארז:

1. בקרקע ששווקה במסגרת מכרז ציבורי התגלו תשתיות צנרת המחייבות פינוי יקר לצורך מימוש הבנייה בה. האם הגורמים המינהליים שהיו מעורבים בשיווק הקרקע במסגרת המכרז או בהיערכות לקראתו עמדו בחובות הגילוי המוטלות עליהם? מה צריכה להיות חלוקת האחריות בין הגורמים המעורבים במכרז או בהכנתו, אם יתברר כי חובות אלה הופרו? בנוסף, האם יש לייחס אשם תורם למציע שזכה במכרז, מהיבט חובות הבירור שהיו מוטלות עליו בקשר למצבה של הקרקע? שאלות אלה עמדו במרכז הערעורים שבפנינו.

עיקרי התשתית העובדתית

2. מקורם של הערעורים במכרז לחכירת מקרקעין בתחום המועצה המקומית הר אדר, היא המערערת בע"א 2642/19 (להלן בהתאמה: המקרקעין ו-המועצה) לצורך הקמת מרכז מסחרי.

3. המכרז שעליו נסבה ההתדיינות, הידוע כמכרז יש/34/2013 (להלן: המכרז), פורסם באוגוסט 2013 על-ידי הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש באזור יהודה ושומרון, הוא המערער בע"א 2898/19 (להלן: הממונה). הממונה מנהל את המקרקעין מכוח צו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה ושומרון) (מס' 59), התשכ"ז-1967. כבר עתה יצוין – וכפי שיוסבר בהמשך, יש לעובדה זו חשיבות מסוימת לדיון – כי המכרז פורסם בתיאום עם חברת ערים – חברה לפיתוח עירוני בע"מ (להלן: חברת ערים), המערערת בע"א 2708/19, שהיא חברה ממשלתית הפועלת בתחום של בנייה ופיתוח. כמו כן, שמה של חברת ערים נזכר בחוברת המכרז, וכן בחלק מן הנספחים לה.

4. בחודש אוקטובר 2013 הודיע הממונה לקבוצה של מציעים –דוד מזרחי, יוסי יונתן והרצל מיכאל – כי הצעתם זכתה במכרז. זמן קצר לאחר מכן הקימו חברי הקבוצה את חברת מרכז קניות דוד ויונתן בע"מ (להלן: החברה הזוכה), היא המערערת שכנגד בכל אחד מהערעורים שבפנינו (ובהתאם לכך, הצדדים האחרים הם המשיבים שכנגד). בהמשך לכך, בדצמבר 2013 התקשרה החברה הזוכה בחוזה תשתיות עם חברת ערים, ובינואר 2014 התקשרה בחוזה חכירה עם הממונה.

5. אין חולק על כך שבמקרקעין עוברים מספר צינורות תת-קרקעיים השייכים לחברת "מקורות" (להלן: מקורות). זאת ועוד, אין חולק כי לצורך קבלת היתר להקמת המרכז המסחרי יש להעתיק את הצינורות. מאחר שפעולות ההעסקה כרוכות בעלויות, התגלעה בין הצדדים מחלוקת ביחס לשאלה מי צריך לשאת בהן. בהקשר זה, התחדדה השאלה האם מסמכי המכרז כללו גילוי נאות ומספק של מידע ביחס לתשתיות הנמצאות בשטח ושיידרש פינוי. במלים אחרות, השאלה היא האם המשתתפים במכרז היו אמורים לקבל מידע מסוג זה מבעל המכרז, או שמא היה עליהם לשאת בעצמם באחריות לבדיקה שעניינה הימצאותן של תשתיות כאלה במקום, ולחלופין לשאת בסיכון הכרוך בכך.

6. על מנת לדון במחלוקת שהתעוררה בעניין חשוב להקדים ולהציג הוראות רלוונטיות מתוך מסמכי המכרז. כך, בתיאור תנאי המכרז (נספח א') צוין כי:

"המציע מצהיר כי ראה ובדק את המגרש כולל השטחים התפוסים, המטרדים הקיימים, לרבות המטרדים ההנדסיים והתת-קרקעיים והתכניות החלות על השטח, וכי יישא בכל הוצאות והעלויות הכרוכים בפינוי המחזיקים והמטרדים, לרבות פינוי המפגעים ההנדסיים והתת-קרקעיים ולא יבוא לממונה בכל דרישה ו/או טענה ו/או תביעה בגין האמור בסעיף זה" (עמ' 2 לחוברת המכרז).

7. כמו כן, בעמ' 3 לחוברת המכרז צוין כי "באחריות המציע לברר ולבדוק ברשות המקומית את כל הנתונים הרלוונטיים לתכנון". בהמשך, בסעיף 1(ט) לנספח ב' במכרז מופיע סעיף בנוסח דומה לפיו המציע מתבקש להצהיר כי ראה ובדק את המגרש "כולל השטחים התפוסים, המטרדים הקיימים לרבות המטרדים ההנדסיים והתת-קרקעיים והתוכניות החלות על השטח" וכן כי הוא יישא בכל הוצאות והעלויות הכרוכות בפינויים של אלה.

8. סעיף 13 לחוזה החכירה (נספח ג' למכרז) קובע כי המציע מתחייב לשאת בכל הוצאות הפיתוח, דהיינו כל הוצאה "בגין פיתוח מערכות תשתית... המהוות תנאי לפיתוח המוחכר או לבנייה בו", לרבות מים. בנוסף, סעיף 4(א) בחוזה התשתיות (נספח ו' למכרז) כולל הצהרה של המציע כי "ראה ובדק את המגרש וסביבתו ומצא אותו מתאים לצרכיו ומטרותיו", וכן תניית ויתור לפיה "לא יהיו לו טענות כלשהן כלפי ערים ו/או מי מטעמה בעניין זה". חוזה התשתיות הוסיף ופירט "עבודות אשר תבוצענה מטעם הבונה (קרי, הזוכה במכרז – ד' ב' א') ועל חשבוננו", וצוין בו שאלה כוללות, בין השאר, עבודות ביוב, ניקוז, חשמל וכדומה (סעיף 3 לנספח א' בחוזה התשתיות).

9. למסמכי המכרז צורף גם עותק של התב"ע הרלוונטית (נספח ז'), שעליו חתום מהנדס המועצה. בסעיף 4.12 לפרק ד' לתב"ע צוין כי בשטח המיועד למסחר ולבנייני ציבור וקהילה קיים "מתקן הנדסי להגברת לחץ מים" וכי הוא ישולב במבנה שיוקם. בנוסף, בסעיף 1 לפרק ו' לתב"ע צוין כי "היזמים ו/או החברה המפתחת יבצעו את כל עבודות התשתית לרבות קו ביוב ו/או קו ניקוז... המצויים בתחומי המקרקעין ובסמוך למקרקעין". סעיף 2 לפרק זה הוסיף וקבע כי "היזמים ו/או החברה המפתחת של התשתיות הציבוריות יעתיקו או יתקינו מערכות קיימות ומתקנים והאביזרים הכרוכים בהם למקום המתאים, אשר ייקבע על-ידי הרשות הממונה".

10. לטענת החברה הזוכה, קיומם של הצינורות התגלה לה רק לאחר זכייתה במכרז וחתימתה על החוזים. באותו שלב, כך נטען, היא פנתה לממונה, למועצה, לחברת ערים וכן למקורות בבקשה שיסדירו את העתקת הצינורות. ניסיון מצד המועצה לקדם את הקמת המרכז המסחרי ללא העתקת הצינורות, לא צלח. עוד יצוין כי בשלב זה פנתה החברה הזוכה גם למקורות בבקשה לברר את עלויות העתקת הצנרת. לפי החברה הזוכה, מקורות הבהירה לה כי תוכל לבצע את התכנון והביצוע של העבודות תמורת תשלום, והגישה הצעת מחיר, שעל-פי קביעתו של בית המשפט המחוזי עמדה על 2 מיליון שקלים. לאחר ניהולו של משא ומתן, העמידה מקורות את הסכום הנדרש על כ-1.2 מיליון שקלים (כמפורט בפרוטוקול הדיון בבית המשפט המחוזי מיום 23.5.2018, בעמ' 158-156). מקורות אף קיבלה מהמועצה היתר להנחת קו מים חלופי. עם זאת, בסופו של דבר, העבודות להעתקת הצנרת טרם בוצעו.

11. להשלמת התמונה, ובנוגע למחלוקות הנוספות שהתגלעו בין הצדדים, יצוין כי במקרקעין היו קיימים גם שני מבנים יבילים ששימשו את המועצה. המועצה והחברה הזוכה נחלקו ביחס למועד פינויים. כמו כן יצוין כי הבקשה להיתר הבנייה שהגישה החברה הזוכה לא אושרה, והיא נדרשה להגיש לצורך כך בקשה מתוקנת (שהלכה למעשה, לא הוגשה). גם בהקשר זה עוד קיימות מחלוקות בין הצדדים.

12. בסיכומו של דבר, לנוכח כל האמור, בנייתו של המרכז המסחרי טרם החלה.

ההליך בבית המשפט המחוזי

13. ביום 2.11.2016 הגישה החברה הזוכה תביעה לבית המשפט המחוזי בירושלים (ת"א 5539-11-16, הנשיא א' פרקש) נגד הממונה, המועצה וחברת ערים (שיכנון להלן יחד: הנתבעים). בתמצית, נטען כי קיומם של הצינורות הוא פרט מהותי הנוגע למקרקעין

שהיה בו כדי להשפיע על כדאיות ההשתתפות במכרז וגובה ההצעה שהוגשה בו. עוד נטען, כי לנתבעים הייתה חובה להביא את המידע האמור לידיעת כלל המציעים באמצעים שעמדו לרשותם. בהקשר זה החברה הזוכה הצביעה על מכרז אחר מטעם הממונה שנגע לשיווק מגרשים במועצה למגורים (מכרז יש/397/2011) (להלן: המכרז הקודם) ובו הופיעה רשימה מפורטת של מטרדים תת-קרקעיים, לרבות קווי ביוב, בתחומיו.

14. החברה הזוכה ביקשה אפוא מבית המשפט המחוזי להורות על כך שכלל הנתבעים יחויבו בפניו הצנרת מהמקרקעין ובמסירתם לה כשהם מוכנים לשימוש. בנוסף, החברה הזוכה תבעה פיצוי מהנתבעים, ביחד או לחוד, בסך של 8,830,000 שקלים, בגין הפרה של חובת הגילוי ומצג שווא הרשלני כלפיה. הנזקים וההפסדים הנטענים שנגרמו לחברה הזוכה התבטאו, בין השאר, בעיכוב קידומו של הפרויקט ואי-שימוש במקרקעין מאז זכייתה במכרז. החברה הזוכה הוסיפה וטענה כי המועצה טרם סילקה את המבנים המצויים במקרקעין ושהיה עליה לפנותם עם הזכייה במכרז, ולפיכך היא חייבת בתשלום של דמי שימוש במקרקעין בסך של 330,000 שקלים. יובהר כי בעקבות הגשת התביעה מבנים אלו אכן פונו על-ידי המועצה בחודש דצמבר 2016, אך הצדדים נותרו חלוקים ביחס לחיוב בדמי השימוש עד אותו מועד.

15. מנגד, הנתבעים טענו כי דין התביעה להידחות. ככלל, לשיטתם, הנטל לבצע בדיקות ביחס למקרקעין היה מוטל על החברה הזוכה. הוטעם בהקשר זה כי קיומם של חלק מהצינורות היה גלוי על פני השטח, כך שהחברה הזוכה עצמה הייתה אחראית למחדל והתרשלה בכך שלא נהגה כ"מציע סביר". עוד נטען כי יש לייחס לחברה הזוכה אשם תורם ואי-עמידה בחובה להקטנת הנזק, וכי מכל מקום לכל היותר מדובר בטעות בכדאיות העסקה.

16. בהמשך לכך, כל אחד מן הנתבעים התייחס באופן פרטני לסוגיה. הממונה הדגיש כי לא היה בידיו חומר עדכני שנגע לתשתיות הצנרת התת-קרקעית. טענה דומה הועלתה גם על-ידי חברת ערים. שניהם גם יחד – הממונה וחברת ערים – הטעימו שבכך שונה המקרה דנן מן המצב ששרר בכל הנוגע למכרז הקודם. המועצה מצידה טענה כי אין לייחס לה אחריות ישירה בקשר למכרז, מאחר שלא הייתה צד לו. כמו כן, ביחס לתביעה הספציפית שכוונה נגדה, טענה המועצה כי היא אינה חייבת בתשלום דמי שימוש וכי כל עוד לא ניתן היתר בנייה, ממילא לא נגרם לחברה הזוכה כל חסרון כיס בשל הימצאותם של המבנים במקום.

17. להשלמת התמונה יובהר כי ההתדיינות שעליה נסב הערעור, שהחלה כאמור בשנת 2016, התנהלה כהליך אזרחי, ולא כתובענה לפיצויים שעילתה במכרז לפי חוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000 (להרחבה, ראו: דפנה ברק-ארז "סעדים כספיים במכרזים ציבוריים – בין זכויות לתמריצים" 941 (יהודה אדר ואפי צמח עורכים, 2021) (טרם פורסם). כן ראו: צו בתי משפט לעניינים מינהליים (שינוי התוספות הראשונה והשנייה לחוק), התשע"ח-2018).

18. ביום 5.3.2019 ניתן פסק דינו של בית המשפט המחוזי, שקיבל את התביעה באופן חלקי.

19. תחילה, בית המשפט המחוזי קבע כי החברה הזוכה עמדה בנטל הנדרש לצורך הוכחת מצג שווא רשלני במכרז. בהקשר זה, בית המשפט המחוזי הפנה לפסיקה שהכירה באחריותם הרחבה של רשויות וגופים ציבוריים בגין מצג-שווא רשלני במכרז, וציין כי לא מצופה מהפרט לערוך בירור נוסף ביחס למידע שנמסר לו מגורם מוסמך. כמו כן הודגש כי כל אורגן של המדינה המפרסם מכרז לציבור חב בחובת זהירות מושגית וקונקרטית. לצד זאת, בית המשפט המחוזי הבהיר כי לא כל טעות בשיקול דעת עולה כדי רשלנות, וכי לצורך הוכחתה נדרשת הסתמכות סבירה של הניזוק על המידע שנמסר לו. כך קבע בית המשפט המחוזי באופן כללי – והוסיף התייחסות קונקרטית באשר לכל אחד מהנתבעים, כמפורט להלן.

20. באשר לממונה, הודגש כי תפקידו המיוחד הוא לעסוק בניהול ורישום קרקעות המדינה באזור יהודה ושומרון, ובהתאם לכך עליו לשמור על רמת ידיעה מקצועית גבוהה בכל הנוגע להן ולמצבן המשפטי והרישומי. בית המשפט המחוזי קבע כי הראיות השונות מלמדות על מודעותו של הממונה לתשתיות הקיימות במקרקעין ולצורך בהעתקתן, גם אם מדובר בחומר משנות השמונים והתשעים של המאה הקודמת. בית המשפט המחוזי הדגיש עוד, כי בכל מקרה היה על הממונה לפעול לאיתור מידע רלוונטי ועדכני – תוך דחיית הטענה שזוהי חובה המוטלת על המציעים. כך, בית המשפט המחוזי קבע כי מציע סביר שרוכש חוברת מכרז אמור להסתמך על כך שהמידע שניתן לו הוא עדכני ומדויק ומכיל כל היבט שעשוי להשפיע על גובה הצעתו. עוד הודגש כי כשם שהממונה טען שעל החברה הזוכה היה לדעת על קיום הצנרת ממראה עיניים במקום – היה עליו לדעת על כך בעצמו באותו אופן, לאור העובדה שאיש מקצוע מטעמו ערך ביקור במקום. על סמך כל האמור, בית המשפט המחוזי קבע כי הממונה חב באחריות מלאה לנזק של החברה הזוכה.

21. באשר למועצה, בית המשפט המחוזי קבע כי הגם שאינה צד ישיר למכרז ולחזוזה שבין החברה הזוכה לממונה, יש לראות בה רשות ציבורית שעליה מוטלת חובת גילוי מוגברת, אשר הופרה בנסיבות העניין. בהקשר זה נקבע כי המועצה החזיקה במידע תכנוני רלוונטי וכי היא הייתה צריכה לפעול להנגשתו לציבור. כן הודגש כי המועצה היא בעלת אינטרס בהצלחת המכרז ובהקמת המרכז המסחרי בשטחה, וכי היא הייתה מעורבת בהליכי אישור התב"ע, ולמעשה זמן קצר לאחר שזו אושרה קיבלה המועצה מפה שבה מופיע תוואי הצנרת במגרש. בכלל זה צוין כי המועצה אף לא הפנתה את תשומת ליבו של הממונה לכך שבחוברת המכרז אין התייחסות לסוגיית התשתיות, אף שידעה שהדבר עלה בשיחות בעל-פה עם המציעים שפנו למהנדס המועצה. בנסיבות אלו נקבע כי המועצה אחראית גם היא כלפי החברה הזוכה בניזקין, אך באופן חלקי – בשיעור של 30% מהנזק שנגרם.

22. באשר לחברת ערים, בית המשפט המחוזי קבע כי לפי הראיות קשה להלום את טענתה כי היא מהווה "קבלן ביצוע" בלבד שאיננו קשור למכרז, או את הטענה שלא היו בידיה נתונים רלוונטיים בטרם המכרז. כך, הובהר כי חברת ערים ידעה על הצנרת המצויה במקרקעין ואף שילמה בעבר למקורות על העתקת חלק ממנה לצורך סלילת כביש במגרש. בית המשפט המחוזי אף עמד על כך שהמכרז פורסם מטעם הממונה ומטעם חברת ערים גם יחד – והיא זו שהייתה אמונה על עריכת חוזה התשתיות שנכלל בחוברת המכרז. בית המשפט המחוזי הדגיש כי במסגרת מסמכי החוזה פורטו עבודות התשתית שבאחריותו של הזוכה, ולכן אך מתבקש היה שעבודות הקשורות לצנרת התת-קרקעית במקום יפורטו גם הן. נוכח דברים אלו, בית המשפט המחוזי הטיל גם על חברת ערים אחריות מלאה לנזקי החברה הזוכה.

23. באשר לסוגיית האשם התורם, בית המשפט המחוזי קבע כי החברה הזוכה הגישה את הצעתה מבלי שבדקה ברשויות הרלוונטיות את מצבו המשפטי והתכנוני של המגרש ואף מבלי שהתייעצה עם מומחים בנוגע להתקשרות. בית המשפט המחוזי הטעים כי לדברי החברה הזוכה, הבדיקות מטעם אנשיה הסתכמו בהתייעצות ללא תשלום עם אדריכל תושב המקום, בשיחה עם עובדת המועצה שבה ניתן להם לדבריהם אישור לכך שאין חומר נוסף מלבד מה שצורף למכרז ואין תכנית תשתיות, בהתייעצות פנימית בין בעלי החברה, וכן בקבלת חוות דעת של שמאי לצורך הסדרת ההלוואה מהבנק. בית המשפט המחוזי סבר כי התנהלותה של החברה הזוכה בעניין לא הייתה סבירה, וכי היה מצופה ממנה לפנות למומחים לפני שניגשה למכרז או לערוך בדיקות נוספות, לרבות פנייה ישירה למהנדס המועצה, או לממונה ולחברת ערים. אם כן, בית המשפט המחוזי קיבל את טענות הנתבעים לפיהן היה על החברה הזוכה לערוך בדיקה מוקדמת ביחס

למקרקעין, בפרט נוכח העובדה שהיו בשטח בריכות מים וכן חלקי צנרת גלויים לעין. בעניין זה בית המשפט המחוזי ציין את הסעיפים השונים בחוברת המכרז ובחוזים שעליהם חתמה החברה הזוכה, המתייחסים להתחייבויותיה של החברה בכל הנוגע לבדיקת המצב המשפטי והתכנוני של המקרקעין וכן לנטילת אחריות לפעולות הנדרשות בעניין מטרדים תת-קרקעיים ולנשיאה בהוצאות פיתוח. בכלל זה הודגש כי גם אם מדובר בסעיפים החוזרים על עצמם בכל מכרז, אין לומר כי הם מיותרים או נעדרי תוקף.

24. בית המשפט המחוזי ציין עוד כי בנסיבות רגילות היה מקום לחלק את האחריות בין הצדדים בחלקים שווים, אלא שבמקרה זה יש לתת משקל לכך שהחברה הזוכה התקשרה בחוזה עם גופים שלטוניים, החבים בחובת הגינות מוגברת. בהתחשב בכך ובמכלול נסיבות העניין, בית המשפט המחוזי קבע כי יש לייחס לחברה הזוכה אשם תורם בשיעור של 20%.

25. באשר להקטנת הנזק, בית המשפט המחוזי קבע כי החברה הזוכה לא פעלה כלל להקטנת נזקי העיכוב באמצעים סבירים, מבלי שנתנה לכך הסבר מספק. בהקשר זה בית המשפט המחוזי התייחס בראש ובראשונה למשא ומתן שניהלה החברה הזוכה עם מקורות בכל הנוגע לביצוע העתקת הצנרת. בית המשפט המחוזי הטעים כי לא ניתנה תשובה לשאלה מדוע החברה הזוכה לא שילמה למקורות את הסכום שנדרש ממנה, שהיה נמוך יחסית כאשר מביאים בחשבון את גובה ההשקעה בפרויקט כולו, ושאותו הייתה יכולה לתבוע מהנתבעים בהמשך. על כן, בית המשפט המחוזי קבע כי בגין מחדליה האמורים יש לזקוף לחובת החברה הזוכה את כל תקופת העיכוב.

26. באשר לגובה הפיצוי, בית המשפט המחוזי קבע כי יש להעמידו על סך של 2 מיליון שקלים. הובהר כי הפיצוי הוא בגין מצג השווא הרשלני בלבד – וכי אין להוסיף עליו פיצוי בגין נזקי העיכוב, מאחר שאת אלה כאמור יש לייחס במלואם לחברה הזוכה (על-פי עקרון הקטנת הנזק). סכום הפיצוי נקבע בהתאם לסכום שלטענת החברה הזוכה היא התבקשה לשלם למקורות תמורת ביצוע העבודה בעת שפנתה אליה לראשונה לצורך כך. בית המשפט המחוזי הבהיר שאינו מתבסס על המחיר הנמוך יותר שהציעה מקורות בהמשך בעקבות ניהולו של משא ומתן. בהקשר זה הוסבר כי אם הנתבעים היו מגלים לחברה הזוכה את העובדות הנוגעות לצנרת, הצעתה במכרז הייתה עשויה להיות נמוכה יותר בכ-2 מיליון שקלים בהתאמה, תוך שיקוף עלות ההצעה שהייתה מקבלת ממקורות.

27. באשר לתביעה נגד המועצה, בית המשפט המחוזי קיבל את עמדת המועצה שלפיה היה עליה לפנות את המבנים היבילים רק לאחר תשעה חודשים ממועד שיווק המכרז,

ולא ממועד הזכייה כטענת החברה הזוכה. עם זאת, בית המשפט המחוזי דחה את טענת המועצה שלפיה המתנתה מעבר לתקופה זו הייתה לגיטימית, וקבע כי בשלב זה היא הסיגה את גבול החברה הזוכה. הובהר, כי לעניין זה אין חשיבות לשאלה האם החברה הזוכה הייתה יכולה בשלב זה להמשיך ולבנות את המרכז המסחרי או להציב במקום רכוש אחר – ועל כן היא חייבת בתשלום דמי שימוש בגין תקופה זו (של 28 חודשים). ביחס לקביעת גובהם של דמי השימוש, בית המשפט המחוזי אימץ את חוות דעתו של השמאי מטעם החברה הזוכה, מר אורן ליפשיץ (להלן: השמאי ליפשיץ), וקבע כי על המועצה לשלם לחברה הזוכה דמי שימוש בסכום של 196,000 שקלים. בשולי הדברים בית המשפט המחוזי הכריע במחלוקת הנוספת שהייתה נטושה בין החברה הזוכה למועצה בנוגע לשטח המותר לבנייה לפי התב"ע (והתעוררה כאשר החברה הזוכה הגישה בקשה להיתר בנייה).

28. בסיכומו של דבר, בית המשפט המחוזי הורה כאמור על אכיפת הזכייה במכרז וכן על תשלום פיצוי לחברה הזוכה בשיעור של 2 מיליון שקלים בגין מצג השווא הרשלני, בניכוי 20% מסכום זה (400,000 שקלים) בגין אשם תורם. סכום הפיצוי הועמד אפוא על סך של 1.6 מיליון שקלים, בתוספת הפרשי הצמדה וריבית ממועד הגשת התביעה, והובהר כי הנתבעים יישאו בו ביחד ולחוד בהתאם לחלוקת האחריות שנקבעה בפסק הדין. בנוסף, המועצה חויבה כאמור גם בתשלום דמי שימוש לחברה הזוכה בסך של 196,000 שקלים, גם כן בתוספת הפרשי הצמדה וריבית כאמור. מעבר לכך, בית המשפט המחוזי אף הורה לנתבעים לשאת בהוצאות המשפט של החברה הזוכה (שנקבעו תוך התחשבות בכך שהתביעה התקבלה רק בחלקה).

29. כל אחד מהנתבעים – הממונה, חברת ערים והמועצה – הגיש ערעור על פסק דין זה, ואילו החברה הזוכה הגישה ערעור שכנגד. ביום 20.5.2019 הורה בית משפט זה על עיכוב ביצוע של פסק הדין שנתן בית המשפט המחוזי עד להכרעה בערעורים (השופט ג' קרא). אפנה כעת להצגת הטענות המרכזיות בכל אחד מהם.

#### טענות הנתבעים

30. ככלל, הנתבעים מכוונים את טענותיהם נגד קביעותיו של בית המשפט המחוזי ביחס לאחריותם הנזיקית ולהיקפה. כמו כן, הם טוענים שלא יוחס משקל מספק להתנהלותה של החברה הזוכה עצמה.

31. טענות שעניינן מצג השווא הרשלני, חובות הגילוי שהוטלו והשלכותיהן – הנתבעים טוענים כי בית המשפט המחוזי טעה בקבעו כי הפרו את חובת הגילוי המוטלת עליהם וכי המידע שמסרו ביחס למכרז לא היה מספק. תחילה, הממונה מדגיש בערעורו כי הגורמים שהיו מעורבים בהכנת המכרז בפועל לא היו מודעים לקיומה של הצנרת התת-קרקעית עד להגשת התביעה מטעם החברה הזוכה. הממונה מוסיף ומציין כי מקורם של הצינורות הוא בבריכות מים שהיו מצויות מחוץ לשטח המגרש, ואשר הוקמו שנים לפני פרסום המכרז. בעת פרסום המכרז, כך נטען, לא הייתה ברשות הממונה מפה עדכנית של הצנרת העוברת תחת המגרש. בהקשר זה מוטעם כי רק לאחר הגשת התביעה מטעם החברה הזוכה נודע לממונה כי היו אצלו שתי מפות טופוגרפיות "ישנות מאד" אשר מתייחסות לבריכות המים האמורות, וכן חוזה חכירה ישן שנחתם בינו לבין מקורות לצורך הקמת מפעל מים. בנסיבות אלו, לשיטת הממונה, יש להבחין בין מצב שבו היה לרשויות המדינה בפועל מידע רלוונטי להתקשרות והן לא גילו אותו, לבין מצב שבו זה לא היה ברשותן אך נקבע שהיה עליהן לדעת אותו. לפי הממונה, במצב של היעדר ידיעה קונקרטית יש להעניק משקל משמעותי לאופן שבו הצדדים חילקו ביניהם את הסיכונים והאחריות לאיתור המידע בחוזה עצמו. בנוסף, הממונה מדגיש בערעורו כי ייתקל בקושי מעשי לעמוד בעתיד בהיקף חובת הגילוי שהוטלה עליו וכי היא תוביל להשתת עלויות משמעותיות על הקופה הציבורית או על מתקשרים אחרים.

32. מעבר לכך, המועצה וחברת ערים מדגישות מצדן כי לא היה מקור הולם לחובת הגילוי שהוטלה עליהן. כך, המועצה טוענת כי בית המשפט המחוזי הטיל עליה חובת גילוי אקטיבית הגם שלא הייתה בעלת המכרז וזאת כלפי ציבור בלתי ידוע של מציעים פוטנציאליים, אשר לדבריה אין לה נגישות אליהם. לשיטתה, חובה זו התבססה רק על היותה "בעלת אינטרס" בהצלחתו של המכרז. המועצה מדגישה גם היא את ההיבט העקרוני וטוענת כי הטלת חובה כזו על רשויות איננה סבירה וגלומות בה השלכות רוחב מסוכנות מהיבט ההגנה על כספי ציבור. בדומה לכך, חברת ערים טוענת שאין עוגן משפטי המחייב אותה לתאר כל פרט ופרט ביחס למקרקעין בנסיבות שבהן צוין במפורש בחוזה התשתיות כי על המציע לבדוק אותם. חברת ערים אף מדגישה כי החברה הזוכה לא פנתה אליה בעצמה בבקשה לקבל מידע כלשהו, ומזכירה כי בחוזה התשתיות נכללה תניית ויתור הכוללת הצהרה של החברה הזוכה שמצאה את המגרש מתאים לצרכיה והתחייבות שלא יהיו לה טענות כלשהן בעניין (כמתואר בפסקה 8 לעיל).

33. יתר על כן, שלושת הנתבעים טוענים כי מסקנתו של בית המשפט המחוזי לפיה הציגו מצג שווא רשלני אינה מתיישבת עם הממצאים שנקבעו. זאת, נוכח התייחסותו הרחבה של בית המשפט המחוזי להתחייבויות שהופיעו במסמכי המכרז ובחוזים השונים

באשר לכך שעל החברה הזוכה לפנות מטרדים, לרבות מטרדים תת-קרקעיים, שלשיטת הנתבעים כללו מידע מספק. הממונה אף סבור כי בנסיבות אלו יש לראות את החברה הזוכה כמי שהייתה מודעת לקיומם של הצינורות, ולכל הפחות עצמה עיניה בעניין זה או התנהלה בעצמה ברשלנות.

34. טענות שעניינן היעדר קשר סיבתי – הנתבעים סבורים כי גם אם התקיים מצג שווא רשלני מצדם הרי שמכל מקום לא קיים קשר סיבתי בינו לבין הנזק שנגרם לחברה הזוכה ושאותו יש לייחס להתנהלותה הבלתי סבירה.

35. טענות לאשם תורם מלא של החברה הזוכה – על פי הנטען, בית המשפט המחוזי שגה גם בקביעת שיעורו של האשם התורם מצד החברה הזוכה. נוכח הביקורת שמתח בית המשפט המחוזי על התנהלותה וקביעותיו ביחס להיעדר בדיקות מספקות מצידה, נטען כי היה מקום להעמיד את שיעור האשם התורם על אחוז גבוה יותר, עד כדי 100%.

36. טענות שעניינן גובה הפיצוי שנפסק – כלל הנתבעים סבורים כי לא היה מקום להעמיד את גובה הפיצוי שנפסק לחברה הזוכה על סך של 2 מיליון שקלים. המערערים מדגישים כי מאחר שבשלב הנוכחי כבר ידוע שמקורות הסכימה להעתיק את הצינורות תמורת סכום של כ-1.2 מיליון שקלים ניתן לקבוע שזהו הסכום המגלם את הנזק המרבי שנגרם לכאורה לחברה הזוכה. עוד מודגש כי פיצויי הסתמכות בגין מצג שווא רשלני ניתנים על מנת להחזיר את הניזוק למצב שבו היה נמצא לולא המצג, ולא על מנת להביאו למצב טוב יותר. לצד זאת, הממונה מוסיף בערעורו כי פסיקת פיצויים לחברה הזוכה תעלה כדי שינוי בדיעבד של תנאי המכרז לטובתה באופן לא שוויוני.

37. טענות מצד המועצה בעניין דמי השימוש – בסוגיה ספציפית זו טוענת המועצה כי לא היה מקום לחייבה בתשלום דמי שימוש בהתחשב בכך שהחברה הזוכה מעולם לא פנתה אליה בדרישה לסלק את המבנים היבילים שבשטח לפני הגשת התביעה. עוד היא טוענת שהחברה הזוכה ממילא לא הייתה יכולה לעשות שימוש בקרקע כל עוד לא קיבלה היתר בנייה. המועצה מוסיפה וטוענת כי אף שבית המשפט המחוזי קיבל את טענתה שהמבנים עצמם היו רכושה ושליכך יש לחייבה בדמי השימוש בגין הקרקע בלבד – בפועל הוא שגה באמצו את התעריף של השמאי ליפשיץ ביחס לשטח בנוי. לחלופין, נטען כי לכל היותר, דמי השימוש הראויים צריכים לעמוד על 32,340 שקלים, בהתאם לחישוב של השמאי מר דוד דרון (להלן: השמאי דרון), שחוות דעתו הוגשה לבית המשפט המחוזי מטעם הממונה. חוות דעת זו כללה התייחסות לדמי השימוש הראויים במגרש

כולו, ונטען כי ניתן "לגזור" ממנה את דמי השימוש הרלוונטיים במקרה זה תוך התייחסות לגודלו של השטח שבו מדובר ולתקופה הרלוונטית.

38. טענות נוספות – מעבר לאמור, המועצה מדגישה כי לא היה מקום להידרש לסוגיית השטח המותר לבנייה על פי התב"ע, בשל העלאת הטענה בדרך של הרחבת חזית אסורה מצד החברה הזוכה. טענות בעניין זה מופיעות, בשולי הדברים, גם בערעוריהם של הממונה ושל חברת ערים. בנוסף לכך, המועצה וחברת ערים מעלות טענות הנוגעות לגובה ההוצאות שנפסקו לחובתן.

טענות החברה הזוכה בערעור שכנגד ובתשובותיה

39. שלושת הערעורים שכנגד מטעמה של החברה הזוכה וכן תשובותיה לערעורים העלו בעיקרם סוגיות דומות, ובהתאם לכך לוז הדברים יוצג כעת במרוכז.

40. החברה הזוכה סבורה כי אין מקום לקבל את טענות הנתבעים בנוגע להיקפה של חובת הגילוי שהוטלה עליהם. החברה הזוכה מדגישה בהקשר זה את חובות הגילוי המוטלות על הנתבעים מכוח הדין, וטוענת כי לא ניתן לגבור עליהן באמצעות תניות פטור שונות, כגון אלו שנכללו במסמכי המכרז. החברה הזוכה מוסיפה ומדגישה כי תניות אלו לא כללו את המידע הרלוונטי ביחס לצינורות הקיימים במקום באופן מספק. בהתאם לכך, החברה הזוכה סבורה כי היה מקום להשית אחריות מלאה על חברת ערים בהיותה זרועו הארוכה של הממונה, ומדגישה כי גם על המועצה, כרשות ציבורית, הייתה מוטלת חובה לדאוג כי המידע הקריטי שהיה קיים ברשותה יפורסם. עוד נטען מטעמה כי לרשויות יש נגישות למציעים פוטנציאליים במכרז ולכן הן יכולות לעדכןם במידע מסוג זה. כמו כן, החברה הזוכה סבורה שיש לדחות את הטענות בדבר היעדרו של קשר סיבתי בין התרשלותם של הנתבעים לנזק שנגרם לה.

41. בהמשך לכך, החברה הזוכה מלינה על קביעתו של בית המשפט המחוזי ביחס לאשם התורם שיוחס לה. לטענתה, לא היה מקום לייחס לה אשם תורם, ולחלופין היא סבורה שעליו להיות נמוך במידה ניכרת. בכלל זה החברה הזוכה טוענת שאין לקבל את הגישה הגורסת שנטל איתור המידע מוטל על כתפי המציעים, שלהם אין גישה אליו.

42. כמו כן, החברה הזוכה סבורה כי לא היה מקום לקבוע שלא הקטינה את נזקה בשלב שלאחר הזכייה ולהטיל עליה את מלוא האחריות לעיכוב. באשר לקביעה שהיא הייתה יכולה להקטין את נזקה באמצעות התקשרות מידית עם מקורות, טוענת החברה

הזוכה כי לא היו לה הכנסות שאפשרו לה לעשות כן, ולו על דרך של נטילת הלוואה. מעבר לכך, החברה הזוכה מדגישה כי בכל מקרה לא היה באפשרותה לקדם את הליכי הבנייה בשטח (בין היתר על רקע המחלוקת בעניין היקף הבנייה המותר, דחיית הבקשה שהוגשה לקבל היתר בנייה וקיומם של מבנים במקום). על כן, כך נטען, העובדה שלא התקשרה עם מקורות ממילא לא הייתה הגורם המכריע שחולל את העיכוב ואת הנזק שנגרם לה. בהתאם, החברה הזוכה סבורה כי את עיקר האחריות לעיכוב בתחילת הבנייה יש לייחס למועצה.

43. לצד זאת, באשר לטענות בדבר גובה הפיצוי כפי שנקבע על-ידי בית המשפט המחוזי, בעיקרו של דבר החברה הזוכה סומכת ידיה על מסקנתו של בית המשפט המחוזי, ומדגישה כי הפיצוי שנפסק לה מעמיד אותה במצב שבו הייתה מצויה לולא הוצג לה מצג השווא הרשלני. החברה הזוכה מוסיפה כי לא נחתם בינה לבין מקורות הסכם להעתקת הצינורות בעלות של 1.2 מיליון שקלים וכי לא ידוע אם מחיר זה יישאר על כנו או ישתנה.

44. החברה הזוכה סבורה כי יש לדחות גם את טענותיה של המועצה בעניין דמי השימוש, וכי לא היה פסול באימוץ חוות דעתו של השמאי ליפשיץ בהקשר זה. החברה הזוכה מטעימה עוד כי לפי כללי התקינה השמאית אין מפרידים בין מרכיב הקרקע למרכיבי הבינוי והשימוש, וכי כך נוהגת גם רשות מקרקעי ישראל. בנוסף, החברה הזוכה סבורה כי לא נפל פגם בכך שבית המשפט המחוזי נדרש גם לשאלה של היקף הבנייה. לבסוף, החברה הזוכה טוענת כי נדרשת הבהרה ביחס להיקפן הכולל של ההוצאות שנפסקו לטובתה בבית המשפט המחוזי, ובפרט ביחס לשאלה אם הסכום שצוין כולל גם עלויות נוספות, כגון חוות דעת המומחה.

התשובות לערעור שכנגד

45. בקצרה יצוין כי שלושת הנתבעים דוחים את טענותיה של החברה הזוכה. בין היתר, חברת ערים הדגישה כי הסבריה של החברה הזוכה ביחס לאי-ההתקשרות עם מקורות לא הועלו בפני בית המשפט המחוזי, והממונה הוסיף כי לא הוצגו ראיות בעניין.

דיון והכרעה

46. לאחר עיון בטענות הצדדים בכתב ובעל-פה ובחומר שהוצג, אציע לחבריי כי ערעוריהם של המועצה, הממונה וחברת ערים יתקבלו באופן חלקי, במובן זה שקביעתו של בית המשפט המחוזי בדבר היקפו של הנזק שנגרם בגין מצג השווא הרשלני תשונה, וכן תשונה חלוקת האחריות בכל הנוגע להיקפו של האשם התורם של החברה הזוכה. כמו כן, ערעורה של המועצה יתקבל אף במובן זה שהיקף אחריותה יצומצם וכן יופחת גובהם של דמי השימוש שבהם חויבה. בנסיבות אלו, הערעור שכנגד מטעמה של החברה הזוכה יידחה. יתר ממצאיו וקביעותיו הכלליות של בית המשפט המחוזי ייוותרו על כנן, והכל בהתאם למפורט להלן.

היקפן של חובות הגילוי

47. הסוגיה המשפטית העיקרית שאליה אנו נדרשים במסגרת הדיון היא היקף חובות הגילוי החלות על צדדים בשלב הטרם-חוזי, ובהמשך לכך השאלה האם המידע שנמסר למציעים במקרה זה היה מספק או חסר באופן שמקים אחריות.

48. חובות הגילוי החלות על צדדים בשלב הקודם לכריתת חוזה מעוגנות במספר מקורות נורמטיביים. תחילה, חובת הגילוי נגזרת מחובת תום הלב במשא ומתן לפי סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים). חובה זו מורה, בין היתר, על גילוי עובדות חשובות ורלוונטיות לפני כריתת החוזה (ראו: גבריאלה שלו ואפי צמח דיני חוזים 392-393 (מהדורה רביעית, 2019) (להלן: שלו וצמח)). במקרים מסוימים, כאשר הדבר מתחייב ממהות העסקה ומנסיבות המקרה, אי-גילוי יחשב כהפרת חובת תום הלב אף אם הצד השני יכול היה לגלות את המידע בכוחות עצמו (ראו: ע"א 5267/03 פרג'-גשורי נ' מיטל, פ"ד נט' (5) 337, 347 (2005); ע"א 2469/06 סויסה נ' חברת זאגא בגוש 5027 חלקה 1 בע"מ, פסקה 11 (14.8.2008); שלו וצמח, בעמ' 393). בנוסף לכך, סעיף 15 לחוק החוזים קובע כי אי-גילוייה של עובדה "אשר לפי דין, לפי נוהג או לפי הנסיבות היה על הצד השני לגלות" מהווה הטעיה. ההטעיה נבחנת באופן מהותי ולא מילולי, ועשויה להיווצר הן באמצעות הצהרה פוזיטיבית והן בהימנעות מגילוי פרט מסוים במחדל (ראו: ע"א 7730/09 כהן נ' מבני גזית (2000) בע"מ, פסקה 12 (6.6.2011) (להלן: עניין מבני גזית)). עוד יובהר כי חובת הגילוי אין משמעותה התנהגות עילאית של צד לחוזה על חשבון הבטחת האינטרס שלו עצמו, אלא דרישה להגינות והתחשבות גם בעניינו של האחר (ראו: שלו וצמח, בעמ' 386-390).

49. אם כן, חובות הגילוי הן חלק בלתי נפרד מן השלב הטרם חוזי, והן אף חלות ביתר שאת בהליך של מכרז ציבורי. כידוע, מכרז מהווה מסגרת לניהול משא ומתן לקראת

כריתתו של חוזה, ומסמכיו יוצרים מערכת יחסים חוזית בין עורך המכרז לבין כל אחד מהמציעים (ראו: ע"א 3051/08 טאסי קבלני בנין עפר וכבישים (1996) נ' מדינת ישראל, פסקה 15 (19.1.2010) (להלן: עניין טאסי)). תקנה 17(ב) לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993 כוללת אמנם רשימה של מסמכים שעל הרשות לצרף למכרז, אולם זו איננה רשימה סגורה. כך, תקנה 17(ב)(6) לתקנות אלה קובעת במפורש כי על הרשות לכלול במסמכי המכרז "כל מסמך או מידע אחר הדרושים לדעת ועדת המכרזים לשם ניהול תקין והוגן של המכרז, וכדי להבטיח את קבלת ההצעה המעניקה את מרב היתרונות למשרד, לרבות דרישה לקבלת כל מסמך או מידע בדבר כישוריו, נסיונו או יכולתו של המציע" (ראו גם: עומר דקל מכרזים כרך א 488 (2004) (להלן: דקל)). בהתאם, בית משפט זה ציין בעבר כי חובת הגילוי המוטלת על גוף מינהלי העורך מכרז גדולה בהיקפה מחובת הגילוי החלה במהלך משא ומתן בין צדדים פרטיים, ונגזרת בין היתר גם מחובת ההגינות המוגברת החלה עליהן (ראו: ע"א 3541/98 די וורולי סיאני הנדסה (1990) בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נו(4) 145, 153 (2002)); ע"א 2413/06 מגדלי כספי רג'ואן ובנין בע"מ נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה - ירושלים, פסקה כ"א (10.11.2009) (להלן: עניין מגדלי כספי)). ראו גם: דקל, בעמ' 478-479. בכלל זה הודגש כי על הרשות להבטיח שמסמכי המכרז ישקפו בצורה מלאה ומדויקת את כל המידע המצוי ברשותה ורלוונטי לנסיבות ההתקשרות – לרבות נתונים הפוגעים באטרקטיביות של המכרז (עניין טאסי, בפסקה 12; דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ג – משפט מינהלי כלכלי 103 (2013)).

50. על רקע זה, מוקד הדיון שבפנינו הוא בשאלה האם היה די בסעיפים הכלליים שנכללו בחוברת המכרז ובחוזים השונים על מנת לעמוד בחובת הגילוי הרלוונטית החלה על גופים המעורבים במכרז, ומהו היקפה של החובה האמורה ביחס לכל אחד ואחד מהם.

51. תחילה אבהיר כי אני סבורה שיש לבחון את עניינם של הממונה וחברת ערים בנפרד מעניינה של המועצה. אפתח בעניינם של הראשונים, ובהמשך אתייחס למועצה.

52. בעיקרו של דבר, לא מצאתי מקום להתערב בקביעה כי חברת ערים הייתה שותפה בפרסומו של המכרז. כמוסבר בפסק דינו של בית המשפט המחוזי, טענתה של חברת ערים כי "לא הייתה צד למכרז" איננה מתיישבת עם הרושם העולה מהמכרז עצמו, שבו שמה מופיע בראש חוברת המכרז ובנסיבות שבהן אף אין חולק שהיא ערכה את חוזה התשתיות המצורף לו (נספחים ו' ו-ו'). אם כן, הממונה וחברת ערים שניהם אחראים לפרסום המכרז ועל שניהם חלה חובת גילוי מכוח דיני החוזים הכלליים, על אחת כמה וכמה כגופים ציבוריים במסגרת מכרז.

53. הממונה טען כאמור כי הגורמים שהיו אמונים על הכנת המכרז לא ידעו על קיומם של הצינורות בזמן אמת – אלא גילו בדיעבד, לאחר הגשת התביעה, כי היו ברשותו מסמכים (גם אם ישנים) שמלמדים על קיומה של הצנרת, או לכל הפחות מקימים צורך לערוך בדיקה בעניין זה. עובדה זו כשלעצמה מעוררת קושי. סטנדרט ההתנהגות הנדרש מבעל המכרז אמור לכלול בירור, ולו בסיסי, ביחס למידע שעשוי להיות רלוונטי למכרז, להצעות ולמציעים. אם כן, מדובר בהיבט בעייתי נוסף בהתנהלות במקרה דנן, ובוודאי שאין מקום לראות בו טעם להפחתת אחריות – ולא כל שכן לפטור מלא.

54. בכל הנוגע לחברת ערים יש להטעים כי בשלב הערעור היא לא הכחישה עוד את ידיעתה בדבר הצנרת, אך הדגישה כי המידע שהופיע בחוזה התשתיות בהקשר זה היה מספק. דא עקא, קשה לחלוק על כך שהסעיפים הרלוונטיים שהופיעו בכלל מסמכי המכרז השונים – כגון הצהרות שונות על בדיקת המגרש, מציאתו מתאים לצרכי המציע, ויתור על טענות בעניין, וכן התחייבות לנשיאה בהוצאות הפיתוח (כמתואר בפסקאות 6-8 לעיל) – היו סעיפים כלליים וסטנדרטיים. בנסיבות שבהן המידע בדבר הצנרת היה קיים בידי הממונה וחברת ערים גם יחד, ובהתחשב בכך שמדובר במגבלה תכנונית משמעותית, על מנת לעמוד בסטנדרט הגילוי הנדרש היה מקום לציין מידע זה במפורש ולא להסתפק בסעיפים כלליים כדוגמת אלו. יתר על כן, כפי שהוזכר, בחוזה התשתיות שצורף למכרז אף פורטו עבודות הפיתוח השונות המצויות בתחומי אחריותו של הזוכה במכרז, לרבות בנוגע לקווי מים וביוב (ראו לעיל בפסקה 8). כפי שהדגיש בית המשפט המחוזי, ברי כי "אך מתבקש הוא" שגם עבודות העתקת הצנרת יפורטו באופן ספציפי בהקשר זה.

55. באשר לטענות בדבר השלכות הרוחב שעשויות להיות לכאורה לפסיקתו של בית המשפט המחוזי, אוסיף כי אינני סבורה שההכרה בחובות הגילוי של הנתבעים מטילה עליהם – או על רשויות ציבוריות בכלל – נטל שלא ניתן לעמוד בו. כפי שהובהר לעיל, החובה לכלול במכרז כל מידע הרלוונטי לעסקה נובעת מהחובות שהיו חלות אף על צד פרטי במשא ומתן חוזי, ולא ניתן להשלים עם הניסיון להתנער ממנה כשמדובר ברשות ציבורית, או להציגה כמטילה עומס בלתי סביר. עוד יש להבהיר כי החובה לכלול מידע הנוגע למגבלות תכנוניות במסגרת מכרז, ואף במסגרת עסקאות מכר בין צדדים פרטיים, איננה בגדר חידוש (ראו והשוו: ע"א 9019/99 קינסטלינגר נ' אליה, פ"ד נה(3) 542, 545 (2001); ע"א 2666/05 מדינת ישראל נ' אינסופקו הספקה לתעשייה בע"מ (19.12.2007); עניין סויסה, בפסקה 11; עניין מגדלי כספי, בפסקה כ"ה; עניין סאסי, בפסקה 12; עניין מבני גזית, בפסקאות 9 ו-11). בהתאם, אף אין זה חריג שהפרות בעניין

זה יובילו לסעדים ופיצויים בערכאות הדינויות (ראו למשל: ה"פ (מרכז) 10824-01-09 חברת צרפתי שמעון-אם אב בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל (מחוז מרכז) (31.12.2009); ת"מ (חי') 6411-04-12 אדמירלטי השקעות בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל (12.1.2014). ראו גם: עע"ם 105/14 אדמירלטי השקעות בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, (3.8.2015)). כמו כן יש להזכיר כי המכרז הקודם, שנגע גם הוא למגרשים בשטחי המועצה, כלל רשימה מפורשת של כלל המטרדים הרלוונטיים – תת-קרקעיים ואחרים. אמנם עובדה זו כשלעצמה אינה מכריעה את הכף, אך יש בה כדי לשפוך אור, ולו בעקיפין, על הבנתם של הצדדים עצמם בכל הנוגע לסטנדרט הגילוי הראוי. כן יודגש כי גם החשש שהעלו הנתבעים מההשלכות הצפויות על הקופה הציבורית נדמה כמופרז. ככלל, גילוי מלא במסגרת מכרז הוכר כרצוי גם משיקולי יעילות, בהתחשב בכך שהוא מביא בסופו של דבר להתקשרויות אופטימליות יותר מבחינתה של הרשות (ראו: דקל, בעמ' 479-481).

56. מן הכלל אל הפרט: קשה לומר כי בענייננו חובת הגילוי הטילה נטל מכביד מדי על עורכי המכרז. דומה כי כל הצדדים מסכימים שהמידע בדבר הצנרת היה רלוונטי ביותר. בסופו של דבר, מתברר אף כי חשיפתו לא הצריכה נקיטת פעולות חריגות כלשהן, ולא כל שכן בנסיבות שבהן חלק מהצינורות אף בלטו על פני השטח. יצוין כי הממונה לא הצביע על כך שגילוי של המידע היה כרוך בקושי מיוחד מבחינתו. יתר על כן, אין לקבל את טענתו שלפיה לבעל המכרז "אין כל יתרון" על פני המציע באיתור מידע עדכני – כאשר לרשות, כגוף מומחה ורב משאבים האמון על ניהול הקרקעות, קיים יתרון ברור בהשגת מידע תכנוני על פני צדדים פרטיים (ראו והשוו: עניין סאטי, בפסקה 12. ראו גם: עניין מבני גזית, בפסקה 14) – ובמקרה זה התגלה כאמור שהמידע הרלוונטי אף היה ממילא מצוי אצלה.

57. מכל הטעמים האמורים, אני סבורה כי אין להתערב בקביעתו של בית המשפט המחוזי לפיה הממונה וחברת ערים הפרו את חובות הגילוי שהיו מוטלות עליהן.

58. פני הדברים שונים מעט לגבי המועצה. אמנם, כפי שזו טענה, היא לא הייתה צד ישיר למכרז עצמו, ולא הכינה בעצמה את מסמכיו. אולם, אין לקבל את ניסיונה לצייר עצמה כמנותקת לחלוטין מהמכרז או כחסרת כל חובות ביחס אליו.

59. כך, המועצה היא שיזמה את התב"ע הרלוונטית, אשר בין מטרותיה צוינה "הקמתו של מרכז מסחרי". תהליכי התכנון של התב"ע החלו במועצה כבר בעשור הראשון של שנות ה-2000, ולדברי מהנדס המועצה הן קודמו על-ידו החל מסוף שנת 2007 (ראו: עמ' 319-320 לפרוטוקול הדיון בבית המשפט המחוזי מיום 23.5.2018).

יצוין כי לתב"ע ניתן תוקף בשנת 2009 על-ידי מועצת התכנון העליונה באזור יהודה ושומרון, והיא עודכנה בשנת 2012, סמוך לפרסום המכרז. אם כן, המועצה היא הגורם שהניע מלכתחילה את הפרויקט העומד במוקד הדיון. בהתאם לכך, בשורה של התייחסויות במסמכי המכרז מוזכרת מעורבותה של "הרשות המקומית" בהקשרים שונים, למשל כמי שקובעת את הנחיות הבנייה ומגבלותיהן (עמ' 1 במבוא לחוברת המכרז), וכן כמי שהחברה המפתחת (קרי, חברת ערים) מבצעת את העבודות באתר "בשמה ובמקומה" (עמ' 2 לתנאי המכרז; סעיף 3(ב) לחוזה התשתיות עם חברת ערים). נוסף על כך, כפי שהוזכר לעיל, במבוא לחוברת המכרז צוין כי באחריות המציעים לברר ולבדוק את הנתונים הרלוונטיים לתכנון ברשות המקומית.

60. מכל האמור עולה כי המועצה לא הייתה "זרה" למכרז, ואף צוינה בו כגורם האחראי לריכוז המידע הרלוונטי עבור המציעים. על כך יש להוסיף, כי המועצה אכן סיפקה לדבריה מידע בנושא הצנרת לפחות לשמונה מציעים אחרים שפנו אל מהנדס המועצה ושעיים הוא נפגש (ראו: פסקאות 37-39 לתצהירו של מהנדס המועצה מיום 15.11.2017 שהוגש לבית המשפט המחוזי). עובדה זו כשלעצמה הייתה אמורה להדליק "נורה אדומה" ולעורר את המועצה לתת התראה בעניין. עם זאת, בניגוד לעמדתו של בית המשפט המחוזי, אינני סבורה כי היה על המועצה לתור אחר מציעים פוטנציאליים ולדאוג להביא לידיעתם את המידע באופן אקטיבי. בהקשר מסוים זה מקובלת עליי הטענה כי מדובר בנטל גבוה מדי. לשיטתי, אחריותה של המועצה, בתור מי שלא פרסמה את המכרז בעצמה, אמורה להיות ממוקדת בחובה להפנות את תשומת ליבם של האחראים למכרז עצמו למידע מהותי שהיה ברשותה בנוגע למקרקעין ושהייתה משמעות להכללתו במסמכים הרלוונטיים.

61. נוכח דברים אלו, דעתי היא כי אין מקום להתערב בקביעתו העקרונית של בית המשפט המחוזי, שלפיה המועצה נושאת באחריות (ולו חלקית) כלפי החברה הזוכה. עם זאת, מצאתי כאמור כי יש להפחית מעט מאחריותה כפי שנקבעה שם, בהיקף שיפורט להלן. זאת בהתחשב בחלקה המצומצם של המועצה במכרז, בהשוואה לממונה ולחברת ערים – מי שפרסמו את המכרז והיו האחראים הישירים לתכנון.

שאלת האשם התורם

62. לצד הקביעה שהנתבעים לא קיימו את חובותיהם כלפי החברה הזוכה במלואן, מקובלת עליי גם קביעתו של בית המשפט המחוזי ביחס לקיומו של אשם תורם מצד

החברה הזוכה. עם זאת, אני סבורה כי היקפו של אשם תורם זה צריך להיות גבוה יותר מכפי שנקבע על-ידי בית המשפט המחוזי. הכל כמבואר להלן.

63. ככלל, דוקטרינת האשם התורם פועלת כהגנה העומדת מפני תביעה כאשר הנפגע עצמו תרם גם הוא בעצמו לנזקיו (ראו למשל: ע"א 434/07 פרינץ נ' אמירים מושב עובדים של צמחונים וטבעונים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ, פסקה ל' לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין (14.06.2009); ע"א 4697/05 גבאו אסטבלישמנט נ' דודאי, פסקה 63 (27.8.2012) (להלן: עניין דודאי)). קביעת אחריותו היחסית של הנפגע לנזק נעשית ככלל תוך היזקקות למבחני-עזר שונים שאוזכרו בפסיקה ונוגעים, בין היתר, לסבירות התנהגותו של הנפגע, למידת ה"אשם" שדבק בפעולותיו של כל אחד מהצדדים, לתרומה הסיבתית של כל אחת מההפרות לנזק וכן לפערי הכוח בין הצדדים (ראו: ע"א 3940/94 שמואל רונן חברה לבנין ופיתוח בע"מ נ' ס.ע.ל.ר חברה לבנין בע"מ, פ"ד נב(1) 210, 226-227 (1998); עניין דודאי, בפסקה 64 וההפניות שם).

64. במקרה שבפנינו, מדובר במערכת יחסים חוזית-מסחרית הנוגעת לעסקה בהיקף משמעותי של עשרות מיליוני שקלים. כפי שהדגיש בית המשפט המחוזי, התנהלותה של החברה הזוכה – אף אם לא הייתה מתגלה הצנרת התת-קרקעית במקרקעין – מעוררת אי נחת. מציע הניגש למכרז בהיקף שכזה נדרש לבצע בדיקות מינימליות ולהיוועץ עם מומחים עוד בטרם הגשת ההצעה, ובפרט כאשר מדובר בחברה חדשה שאיננה מורגלת בפרויקטים מסוג זה. נוסף על כך, מסמכי המכרז כללו כאמור סעיפים שונים שהתייחסו לאחריותם של המציע לפינוי מטרדים תת-קרקעיים, וכן לצורך לבדוק מידע תכנוני רלוונטי המצוי ברשות המקומית. אם כן, מדובר בהסדר שהטיל אחריות מפורשת גם על המציע לבחינת הנושא. בהקשר זה מקובלת עליי קביעתו של בית המשפט המחוזי שלפיה אין לומר שהסעיפים האמורים חסרי משמעות רק משום שהם סעיפים סטנדרטיים הנכללים בכל מכרז, וזאת בכפוף לפרשנות המצמצמת הנהוגה ביחס לתניות פטור (ראו: שלו וצמח, בעמ' 541-543). בנסיבות אלה, כפי שהבהיר בית המשפט המחוזי – במסגרת ההסדר האמור לא ניתן היה להסתפק בבדיקות המעטות והבלתי-ממצות אותן ביצעה החברה הזוכה, ובפרט כאשר צוין שחלק מהצנרת הייתה בולטת לעין במקום.

65. אם כן, על פי מבחני-העזר שהוצגו לעיל, זהו אפוא מקרה מובהק המתאים לחלוקת אחריות בין הצדדים, שלמעשה חרגו באופן הדדי מנורמת ההתנהגות הראויה ותרמו בהתנהלותם לנזק שנגרם. חובת הגילוי של עורכי המכרז מחד גיסא וחובת המציע לעמוד בהצהרותיו והתחייבויותיו מאידך גיסא מתקיימות במקביל ואינן מייתרות זו את זו – אלא משלימות את מערכת היחסים החוזית המבוססת על הדדיות.

66. דרך נוספת להשקיף על הדברים היא להביא בחשבון גם את נקודת מבטם של יתר המשתתפים במכרז, הגם שאינם צד פורמלי להליך דנן, וזאת מהיבט התחרות השוויונית במכרז הציבורי. נראה כי אין חולק שהצעתה של החברה הזוכה הייתה זולה יותר מההצעות האחרות נוכח העובדה שלא שקללה בהוצאותיה את עבודות העתקת הצנרת. במצב דברים אחר שבו הייתה משקללת זאת – ייתכן שהצעה של מציע אחר הייתה הופכת לאטרקטיבית יותר ומתקבלת במקומה. אם כן, ייחוס אשם תורם לחברה הזוכה במקרה זה חשוב גם מהיבט התמריצים למשתתפים במכרז – על מנת למנוע מצב בו מציע יימנע ממכרז מעריכת בדיקות נחוצות מתוך הנחה כי יוכל לזכות במכרז על בסיס הצעה שלא כוללת את העלויות האמיתיות, ולאחר מכן גם לזכות בפיצוי מלא.

67. וכעת לשאלת היקפו של האשם התורם. מהנסיבות שתוארו לעיל עולה כי התנהלותה של החברה הזוכה עצמה תרמה באופן משמעותי לאי-ידיעתה על קיומם של הצינורות בטרם הגשת ההצעה. בית המשפט המחוזי ציין כי בנסיבות רגילות היה מקום לקבוע אחריות בחלקים שווים, אולם משיקולים של מדיניות משפטית, ובהינתן שמדובר במקרה זה בהתקשרות עם רשות ציבורית החבה בחובת הגינות מוגברת – בחר להעמיד את האשם התורם על שיעור של 20% בלבד. עצם הפחתת האשם התורם של החברה הזוכה מטעמים אלו מקובלת על ידי כשלעצמה, וזאת גם נוכח הנגישות הרבה יותר של הנתבעים למידע הרלוונטי, מומחיותם וניסיונם בהקשרים אלו. אולם, בשים לב למשקל המשמעותי של מחדלי החברה הזוכה, היקף ההתקשרות שעל הפרק, טענותיהם השונות של הנתבעים בעניין זה וכן החשיבות הנודעת, כנזכר לעיל, ליצירת תמריצים מתאימים למשתתפים במכרז, אני סבורה כי ראוי לייחס לה אחריות בשיעור גבוה יותר (ראו והשוו: ע"א 324/82 עיריית בני-ברק נ' רוטברד, פ"ד מה(4) 102, 126 (1991); ע"א 4079/05 הועדה המקומית לתכנון ובניה-שומרון נ' מעונה חברה לבנין בע"מ, פסקאות 52-54 (11.11.2010)). משכך, אציע להעמיד את שיעור האשם התורם של החברה הזוכה על 40%.

שאלת הקשר הסיבתי

68. כלל הנתבעים טענו כאמור כי גם אם לא נעשה גילוי מלא מצדם, התנהלותה הבעייתית של החברה הזוכה ניתקה את הקשר הסיבתי בינו לבין הנזק שנגרם לה. בעניין זה לא מצאתי מקום להתערב בקביעתו של בית המשפט המחוזי. קבלת טענה בדבר אשם תורם ביחס למצג שווא רשלני לא מובילה בהכרח לאיון הקשר סיבתי בין הנזק שנגרם להתנהלות המפר (ראו: דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א 677 (מהדורה שנייה,

2018)). אם כן, הגם שהתנהלותה של החברה הזוכה כללה פגמים כאמור, והיא הייתה יכולה לנקוט בעצמה בבדיקות לגילוי הצנרת – אין בכך כדי לנתק את הקשר הסיבתי בין הנזק שנגרם לבין המחדלים מצד מפרסמי המכרז (ראו והשוו: עניין דודאי, בפסקה 70). טיכום ביניים: חלוקת האחריות

69. בהתאם לשיקולים שהוצגו לעיל, אני סבורה שיש לחלק את האחריות בין הצדדים כדלקמן: כלל הנתבעים יישאו ביחד ולחוד באחריות ל-60% מן הנזק, בהתחשב בייחוס אשם תורם לחברה הזוכה בשיעור של 40%. החלק של 60% יתחלק כך שהממונה וחברת ערים יישאו באחריות ל-45% מן הנזק (כלומר 75% מן החלק שבו נושאים הנתבעים בכללותם) ואילו המועצה תישא באחריות ל-15% מן הנזק (כלומר 25% מן החלק שבו נושאים הנתבעים בכללותם).

גובה החיוב

70. הפיצוי בגין עלות פינוי התשתיות – בית המשפט המחוזי העמיד כזכור את גובה הפיצוי לחברה הזוכה על 2 מיליון שקלים – בהתאם לסכום שהחברה הזוכה התבקשה לדבריה לשלם למקורות בפנייתה הראשונה. בהמשך, וכפי שהובהר בבית המשפט המחוזי, נאותה חברת מקורות לבצע את העבודה תמורת כ-1.2 מיליון שקל. מכיוון שבמקרה זה העבודות טרם בוצעו, הרי שאמת המידה המתאימה לפיצוי היא השבת המצב לקדמותו בעת הזו. לדרישת התשלום המקורית של מקורות הייתה חשיבות אילו בוצעה העבודה והתביעה הייתה לשיפוי על הוצאות שהוצאו. לא אלה הם פני הדברים. בשלב הנוכחי, יש להתמקד בשאלה מהי עלות ביצועה של העבודה במועד הרלוונטי למתן פסק הדין, נתון שעליו אף הנתבעים אינם חולקים. אשר על כן, בשלב זה יש להעמיד את הפיצוי בגין ראש נזק זה על 1.2 מיליון שקל.

71. הפיצוי בגין העיכוב וסוגיית הקטנת הנזק – לעומת זאת, בית המשפט המחוזי לא חייב את הנתבעים בגין הנזקים הכרוכים בעיכוב הפרויקט, וזאת בהתחשב בחובתה של החברה הזוכה להקטין את נזקה. כידוע, חובתו של ניזוק להקטין את נזקו חלה גם על הפרות מכוח סעיף 12 לחוק החוזים, מכוחו של סעיף 14(א) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970. בספרות ובפסיקה הובהר כי בהקשר זה יש לבחון האם הנפגע חרג מדרך ההתנהגות הראויה שסביר היה לצפות ממנו לנקוט בנסיבות העניין. עם זאת, הואיל ומדובר בהקשר זה "בהתרחשות עצמית" של הנפגע כלפי עצמו, להבדיל מאדם המסב נזק לזולתו, הציפייה היא נמוכה ומקלה יותר (ראו: ע"א 252/86 גולדפרב נ' כלל חברה לביטוח בע"מ פ"ד מה(4) 45, 51 (1991); ע"א 1229/97 אי.א.מ.א. – שיווק

והשקעות בינלאומיים בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ, פ"ד נג(4) 657, 666 (1999); ע"א 4431/17 פלוני נ' פלוני, פסקאות 57-58 (3.10.2019); גבריאלה שלו ויהודה אדר דיני חוזים – התרופות: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 361-356 (2009).

72. בענייננו, בית המשפט המחוזי קיבל כזכור את טענות הנתבעים לפיהן החברה הזוכה הייתה יכולה לפעול באמצעים שונים לקידום הפרויקט ולצמצום הנזק מהעיכוב, אך נמנעה מלעשות כן. בהתאם, בית המשפט המחוזי ייחס לה בלבד את האחריות לנזקים הנובעים מתקופת העיכוב. גם לשיטתי ההתרשמות העולה מחומר הראיות היא שהחברה הזוכה לא נקטה באמצעים הסבירים שעמדו לרשותה על מנת להקטין את נזקיה מהעיכוב – שנמשך למעשה מיום זכייתה במכרז ועד עתה – וזאת אף אם מוחלט בהקשר זה אמת מידה מקלה.

73. תחילה, לכאורה קיימת בעייתיות בעובדה שהחברה הזוכה בחרה שלא להתקשר עם מקורות לאחר קבלת ההצעה האחרונה (והזולה יותר) ממנה. החברה הזוכה ציינה בתשובותיה כי עקב העיכוב בפרויקט, לא היו לה הכנסות שיוכלו לאפשר זאת. טענה זו מעוררת קושי. ראשית, כפי שהדגישו הנתבעים, נימוק זה לא עלה בטיעונים בבית המשפט המחוזי (ראו: שורה 20 בעמ' 57 ושורה 23 בעמ' 58 בפרוטוקול הדיון מיום 23.5.2018 בבית המשפט המחוזי). שנית, אף אם אניח שיש בסיס לטענה – דומה כי היה ניתן, לכל הפחות, לנסות לחתור להסדר עם מקורות שיאפשר את השהיית התשלום המלא, או לפעול לצורך השגת אשראי. כאשר מביאים בחשבון את היחס בין היקפו של הפרויקט שעמד על הפרק לבין ההיקף הכספי של העבודה שנדרשה להקטנת הנזק התמיהה גוברת. כלל הנסיבות הנוגעות לכך נותרו לוטות בערפל.

74. לא מצאתי ממש גם בטענות החברה הזוכה שלפיהן יש להפחית מאחריותה להקטנת הנזק ולייחס את עיקר העיכוב למועצה, בין היתר נוכח ההליכים הנוגעים לקבלת היתר הבנייה, שמנעו גם הם את התקדמות הפרויקט. בעניין זה מקובלת עליי הטענה כי ככל שהיו לחברה הזוכה השגות ביחס לעמדת המועצה בהקשר זה, היא הייתה יכולה לנקוט בהליך כלשהו בטרם הגשת התביעה דנן. בהתחשב בחובה המוטלת על החברה הזוכה להקטין את נזקה, קשה לראות את הבחירה להימנע מכל פעולה נוספת גם בעניין זה כסבירה.

75. חיוב המועצה בדמי שימוש – סוגיה נוספת שהייתה שנויה במחלוקת בין הצדדים נגעה לחיובה של המועצה בדמי שימוש כלפי החברה הזוכה. בעיקרו של דבר, לא מצאתי

פגם בקביעה כי המועצה אכן הייתה חייבת בתשלום מסוג זה, ללא קשר לשאלה האם ניתן היה בינתיים לקדם את הפרויקט או לאו. אולם, עם זאת, מצאתי כי יש מקום לבחון מחדש את גובה דמי השימוש שנקבעו, כמובהר להלן.

76. כפי שציינה המועצה, בית המשפט המחוזי הסכים כי הפיצוי המגיע לחברה הזוכה הוא אך בגין דמי השימוש על רכיב הקרקע (מאחר שהמבנים במקום היו של המועצה). לצד זאת, בית המשפט המחוזי הבהיר כי אומדן הפיצוי ביחס לדמי השימוש הופיע רק בחוות דעתו של השמאי ליפשיץ (מטעמה של החברה הזוכה) ועל כן בחר לאמצה – הגם שזו התייחסה לאובדן דמי השכירות ביחס למבנים הקיימים. בית המשפט המחוזי ציין כי זוהי חוות הדעת היחידה שהתייחסה לסוגיה, בעוד שני השמאים האחרים סברו כי אין לחברה הזוכה ביסוס לדרישת דמי שימוש (ראו: פסקאות 102 ו-104 בפסק דינו של בית המשפט המחוזי).

77. לאחר ששקלתי את הדברים אני סבורה שהדין עם המועצה. המוציא מחברו עליו הראיה, ואם חוות דעתו של השמאי ליפשיץ לא כללה חישוב של דמי השימוש בקרקע פנויה הרי שהחברה הזוכה, היא התובעת, לא הניחה בסיס מספיק לטענותיה בהקשר זה. יחד עם זאת, אני סבורה שיש מקום לקבל את החישוב החלופי שעליו הצביעה המועצה, כ"נגזרת" של האמור בחוות דעתו של השמאי דדון. בהתאם לכך, יש להפחית את דמי השימוש שבהם חויבה המועצה לסך של 32,340 שקלים.

עוללות

78. לבסוף, לא מצאתי לקבל את הטענות שהעלו הצדדים ביחס לשאלות הנוספות שהיו שנויות במחלוקת ביניהם. באשר להכרעה ביחס להיקף הבנייה המותר, התרשמתי כי סוגיה זו אכן עלתה (גם אם בעקיפין) בכתב התביעה מטעם החברה הזוכה, ובנוסף נכללה באופן מפורש בחומר שהוגש לבית המשפט המחוזי ובחקירות העדים. לפיכך, אינני סבורה כי יש ממש בטענות הנתבעים בכל הנוגע לעצם ההידרשות לעניין, וכן לא מצאתי שיש להתערב בקביעה לגופה. לבסוף, לא התרשמתי כי מקרה זה נמנה על המקרים החריגים שיצדיקו התערבות בקביעתה של הערכאה הדיונית בעניין ההוצאות, בהיותה מי שהתרשמה מהצדדים ומהתנהלותם (ראו למשל: ע"א 2076/09 פ.י בלאושטיין בניין והשקעות בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הבינוי והשיכון, פסקה 34 (2.9.2010); ע"א 276/09 טאבא נ' מינהל מקרקעי ישראל, פסקה 23 (2.1.2011); ע"א 9111/15 מרגלית ש.א רכב בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקה 35 (31.10.2017)). למעלה מן הצורך יצוין כי מצאתי שקביעתו של בית המשפט המחוזי בעניין ההוצאות ברורה, אולם ככל שלשיטת

החברה הזוכה יש צורך בהבהרות בעניין – דבר שלשיתתי, כאמור, מוטל בספק – היא רשאית לנקוט בהליך המתאים לצורך כך (ראו למשל: רע"א 7711/06 המכללה המשותפת בע"מ נ' מנדל, פסקה ה' (28.1.2007); רע"א 426/09 טאלח נ' חברת אזהר חברה לפיתוח נכסים, פסקה 15 (10.7.2009)).

סוף דבר

79. בהתאם לאמור לעיל, אציע שערעוריהם של הממונה, חברת ערים והמועצה יתקבלו חלקית – במובן זה שהיקף האשם התורם של החברה הזוכה יועמד על 40%. כמו כן, ערעורה של המועצה יתקבל גם בכל הנוגע להפחתת היקף אחריותה, שיעמוד על 15% בלבד, וגובה דמי השימוש בהם חויבה יופחת ל-32,340 שקלים. הערעור שכנגד מטעם החברה יידחה. נוכח הטעמים שפורטו לעיל, גובה הפיצוי שבו יחויבו הנתבעים יעמוד אפוא על 720,000 שקלים (על בסיס של 1.2 מיליון שקלים בניכוי 40% אשם תורם). לסכום זה יתווספו הפרשי הצמדה וריבית מיום הגשת התביעה לבית המשפט המחוזי. יתר קביעותיו של בית המשפט המחוזי ביחס לסוגיות האחרות דנן יותרו ללא שינוי.

80. סוף דבר: ע"א 2642/19, ע"א 2708/19 וע"א 2898/19 מתקבלים בחלקם כמפורט בפסקה 79 לעיל. הערעור שכנגד נדחה. בנסיבות העניין, אציע כי לא יעשה צו להוצאות בערכאתנו.

ש ו פ ט ת

השופט י' אלרון:

אני מסכים.

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה ח' מלצר:

אני מסכים.

המשנה לנשיאה

הוחלט כאמור בפסק-דינה של השופטת ד' ברק-ארז.

ניתן היום, כ"ה בשבט התשפ"א (7.2.2021).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

המשנה לנשיאה

---

19026420\_A09.docx

מרכז מידע, טלי' 077-2703333, \*3852 ; אתר אינטרנט, <http://supreme.court.gov.il>