



בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בעניינים מנהליים

עע"מ 6552/21

לפני: כבוד הנשיאה א' חיות
כבוד השופטת ע' ברון
כבוד השופט י' אלרון

המערערת: ש.י.א. רפאל פרויקטים בע"מ

נגד

המשיבים: 1. מדינת ישראל – משרד הבינוי והשיכון
2. רשות מקרקעי ישראל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מנהליים
בבאר שבע מיום 8.7.2021 בת"מ 34297-07-20 אשר ניתן
על ידי כבוד השופטת ג' לוין

תאריך הישיבה: י"ט בתמוז התשפ"ב (18.7.2022)

בשם המערערת: עו"ד יהושע חורש; עו"ד אוריאל פרינץ;
עו"ד אילן גולוד

בשם המשיבות: עו"ד יצחק ברט

פסק-דין

הנשיאה א' חיות:

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע בשבתו כבית משפט
לעניינים מנהליים (כב' השופטת ג' לוין) בת"מ 34297-07-20 מיום 8.7.2021, אשר דחה
על הסף את תובענת המערערת לקבלת פיצויים בגין פגמים שנפלו לטענתה במכרז שערכו
המשיבים – משרד הבינוי והשיכון (להלן: משרד השיכון) ורשות מקרקעי ישראל (להלן:
רמ"י).

רקע הדברים

1. ביום 25.1.2017 פרסמו משרד השיכון ורמ"י מכרז פומבי לחכירת שלושה מגרשים בבאר שבע (מכרז בש 25/2017; להלן: המכרז). לפי התכנית התקפה החלה על המגרשים, שניים מהם מיועדים, בין היתר, לבניית 260 יחידות דיור; ומגרש נוסף הוגדר כמגרש מסחרי (להלן: המצב הקיים). במסגרת המכרז נדרש הזוכה להתחייב שיפעל לקידום שינוי תכנוני שיוביל להגדלת מספר יחידות הדיור ל-450 יחידות, אשר יפוזרו בין שלושת המגרשים. שינוי זה הוצג כ"מצב מוצע בהתאם להנחיות התכנוניות של עיריית באר שבע" (להלן: המצב המוצע). בתנאי המכרז צוין כי הזוכה יידרש להגיש לוועדות הסטטוטוריות בקשה לשינוי תכנוני מ"מצב קיים" ל"מצב המוצע", בתוך 24 חודשים (סעיף 2.1.2 למכרז). כמו כן, צוין כי בנוסף לסכום שיציע הזוכה בגין הקרקע, הוא יידרש לשלם כ-103 מיליון ש"ח בגין הוצאות פיתוח, השתתפות בהקמת מבני ציבור ושדרוג תשתיות בשכונות ותיקות. במכרז נקבע כי חובות התשלום יחולו על הזוכה בכל מצב – "בין אם תאושר התכנית החדשה, בין אם תאושר באופן שונה מהמוצע, ובין אם לא תאושר כלל, וליזם לא תהיה שום טענה או זכות בעניין זה" (סעיף 2.1.4 למכרז). עוד הובהר כי אחד התנאים למימוש הזכייה הוא חתימה על חוזה תשתיות מול עיריית באר שבע (להלן: העירייה), שהוגדר ברשימת הנספחים למכרז כ"נספח ו'1 נוסח חוזה לביצוע תשתיות שיחתם על ידי עיריית באר שבע (יפורסם בהמשך באתר רמ"י)" (להלן: חוזה התשתיות).

בנספח ג'9 למכרז שכותרתו "הנחיות תכנוניות של עיריית באר שבע", פורט מספר יחידות הדיור המתוכנן בכל אחד משלושת המגרשים. עם זאת, בסיוור למציעים שנערך שבוע לפני המועד האחרון להגשת ההצעות הובהר כי "על פי החלטת העירייה יותר ניוד זכויות בניה בין המגרשים ובלבד שמש' יח"ד לא ישתנה מ-450" (פרוטוקול מפגש המציעים מיום 20.8.2017 שצורף על ידי המערערת כנספח 3.2).

2. שלוש הצעות הוגשו למכרז – הצעת המערערת בסכום של 66,018,000 ש"ח; הצעת חברת ארזי הנגב ייזום ובנייה בע"מ (להלן: ארזי הנגב) בסכום של 41,518,804 ש"ח; והצעת אביסרור משה ובניו עבודות בניין ופיתוח בע"מ בסכום של 18,000,000 ש"ח. ביום 26.11.2017 הוכרזה המערערת כזוכה במכרז, ובהתאם לתנאי המכרז רמ"י מימשה את הערבות לקיום ההצעה בסכום של 10,310,000 ש"ח (להלן: הערבות) וזאת כחלק מן התמורה עבור הקרקע. על פי תנאי המכרז נדרשה המערערת לשלם את יתרת

התמורה וכן את התשלום עבור הוצאות הפיתוח (סכום כולל של כ-170 מיליון ש"ח; להלן: יתרת התמורה) עד ליום 25.2.2018. בנוסף, עד למועד זה נדרשה המערערת לחתום על חוזה תשתיות מול העירייה ולהמציא למשרד השיכון אישור על חתימת החוזה.

3. ביום 6.12.2017 הציגה המערערת את הצעתה התכנונית במסגרת ישיבה בהשתתפות נציגי העירייה. לפי התכנית שהוצגה, בשניים מהמגרשים ייבנו 450 יחידות דיור גדולות ב-5 בניינים בני 25 קומות; ובמגרש השלישי יוקם בניין משרדים בן 17 קומות לצד שטחי מסחר. זאת, בשונה מ"המצב המוצע" במסמכי המכרז, לפיו יחידות הדיור יפוזרו בין שלושת המגרשים. ביום 17.12.2017 מסר אדריכל העירייה למערערת כי לעמדת הלשכה המשפטית של העירייה קיים חשש כי בהצעת המערערת יש משום שינוי מהותי של תנאי המכרז, שעלול לפגוע בעקרונות הבסיסיים של דיני המכרזים. בעקבות זאת, ביום 18.1.2018 – כחודש לפני המועד האחרון להעברת יתרת התמורה – הגישה המערערת המרצת פתיחה לבית המשפט המחוזי בבאר שבע (ה"פ 44377-01-18; להלן: המרצת הפתיחה) ובה ביקשה להצהיר כי בהתאם לפרשנות מסמכי המכרז היא רשאית לקדם תכנית סטטוטורית חדשה שבה זכויות הבנייה יחולקו באופן שונה מ"המצב המוצע" שהוצע על ידי העירייה.

4. בינתיים, ביום 22.2.2018 פנתה המערערת לרמ"י ולמשרד השיכון בבקשה דחופה לדחיית המועד האחרון לתשלום יתרת התמורה ולחתימה על חוזה התשתיות, וזאת עד להכרעה ביחס לפרשנות מסמכי המכרז במסגרת המרצת הפתיחה. בפנייה נטען כי חוסר הוודאות ביחס לאופן ביצוע הפרויקט מקשה על המערערת לקבל את המימון הנדרש לצורך מימוש זכייתה במכרז. כן נטען כי חוזה התשתיות לא צורף למסמכי המכרז ולא פורסם באתר רמ"י עד למועד האחרון להגשת ההצעות למכרז, ולמעשה רק ביום 18.12.2017 (מספר שבועות לאחר זכיית המערערת), לאחר שפנתה למשרד השיכון, קיבלה המערערת לידה נוסח הסכם גג של העירייה (להלן: הסכם הגג). עם זאת, המערערת ציינה כי הסכם הגג לא התאים לתנאי המכרז והטיל עליה התחייבויות נוספות שלא נכללו בו, ונכון לאותו מועד הצדדים טרם הגיעו להסכמות באשר לתיקון ההסכם.

בו ביום דחתה ועדת המכרזים את בקשת המערערת להארכת המועד להעברת יתרת התשלום והעברת חוזה התשתיות החתום, בציינה כי אינה מוצאת לחרוג מתנאי המכרז. כן הובהר בהחלטה כי במידה שהמערערת לא תעמוד בתנאי המכרז, העסקה עמה תבוטל. משכך, ביום 25.2.2018 הגישה המערערת עתירה מנהלית לבית המשפט המחוזי בבאר שבע (עת"ם 56935-02-18) שבה התבקש בית המשפט לדחות את המועד האחרון לביצוע הפעולות הנדרשות לצורך מימוש הזכייה כך שאלה יבוצעו בתוך 14 ימים לאחר

ההכרעה בהמרצת הפתיחה (להלן: העתירה להארכת מועד התשלום). בקשה לצו ארעי לדחיית המועד האחרון לביצוע הפעולות הנדרשות נדחתה ביום הגשת העתירה.

5. ביום 18.3.2018 ניתן פסק הדין בהמרצת הפתיחה אשר במסגרתו נתקבלה בקשת המדינה לסילוק ההמרצה על הסף בשל היעדר סמכות עניינית, בנימוק כי מדובר ב"ענייני מכרזים" הנתונים לסמכותו של בית המשפט לעניינים מנהליים. כן נקבע כי מדובר בעתירה מוקדמת, היות שהתכנית המוצעת על ידי המערערת לא הובאה לפתחה של הוועדה המקומית ולא התקבלה כל החלטה לגביה. בנוסף נקבע כי המערערת לא מיצתה הליכים בנושא מול משרד השיכון ורמ"י, שכן לא נעשתה כל פנייה אליהם בנושא. על רקע פסק הדין בהמרצה הודיעה המערערת כי היא אינה עומדת על העתירה להארכת מועד התשלום, ומשכך עתירה זו נמחקה בפסק דין מיום 30.3.2018. יצוין כי ערעור שהוגש לבית משפט זה על פסק הדין בהמרצת הפתיחה נדחה, בהסכמת המערערת, תוך חיובה בהוצאות (ע"א 3756/18 ש.י.א רפאל פרוייקטים בע"מ נ' עיריית באר שבע (27.12.2018)).

6. ביום 20.3.2018, כחודש לאחר המועד האחרון לביצוע הפעולות הנדרשות על פי המכרז, שלחה המערערת מכתב לרמ"י ובו ביקשה "[...] לאשר, כי בהתאם למסמכי המכרז, ניתן לקדם תכנית סטטוטורית חדשה, שזכויות הבנייה שבה יחולקו באופן שונה, מהאופן בו הציעה עיריית באר שבע לחלק את זכויות הבנייה [...]" ביום 6.5.2018 נשלח מענה מטעם רמ"י ובו הובהר כי אין מקום לדון בפניית המערערת בטרם תיבחן עמידתה בתנאי המכרז. ביום 7.5.2018 הודיעה רמ"י למערערת כי בכוונתה להביא לדיון בוועדת המכרזים את סוגיית ביטול זכייתה במכרז. לאחר שניתנה למערערת הזדמנות להציג טענותיה בהקשר זה, ביום 18.2.2019 החליטה ועדת המכרזים לבטל את זכיית המערערת במכרז. בהחלטה על ביטול הזכייה צוין כך:

"לעניין הטענה לפיה הזוכה לא קיבל מימון לאור התנהלות הרשות – מועדי התשלום היו ידועים למציע עוד בטרם הגיש הצעתו, בוודאי לאחר שנקבע כזוכה ונשלח לו מכתב הזכייה. המדובר במכרז בעל קונספט שונה המצריך תכנון חדש בהתאם להוראות המכרז ואישורם במוסדות התכנון ומשכך הטענה בדבר 'חוסר וודאות' שנוצרה רק לאחר הזכייה במכרז איננה נכונה. שאלת התכנון המוצע ועמידתו בתנאי המכרז היתה יכולה להיבדק לו עמד הזוכה בכל תנאי המכרז, לרבות התשלום הנדרש. ממילא התכנון המבוקש על ידי הזוכה טרם הוצג בפני נציגי הרשות, או בפני עורכי המכרז [...]"

לעניין הטענה לפיה המדינה לא העבירה לזוכה נוסח של חוזה תשתית מותאם – מבירור טענת הזוכה בדבר העדר פרסום הסכם התשתית באתר הרשות, עולה, כי, הסכם התשתית פורסם באתר עם פרסום המכרז, ובשל תקלה טכנית נעדר מהאתר למשך פרק זמן מסויים. הוועדה אינה מקבלת את טענת הזוכה כי יש באמור להוות סיבה לדחיית מועדי התשלום. [...] יובהר כי [...] אין חובות כספיות נוספות מכוחו של הסכם התשתית המותאם. לפיכך לא ברורה טענת הזוכה בעניין התשלום הנוסף הנדרש ממנו”.

7. ביום 21.3.2019 הגישה המערערת עתירה מנהלית נוספת (עת”ם (מנהליים ב”ש) 49390-03-19) שהופנתה נגד משרד השיכון, רמ”י, העירייה והמשתתפים האחרים במכרז (להלן: עניין ביטול הזכייה). בעתירה טענה המערערת כי ההחלטה לבטל את זכייתה במכרז היא בלתי סבירה באופן קיצוני, בפרט בהתחשב בכך שהמדינה והעירייה הן שמנעו מהמערערת לעמוד במועד בתנאי המכרז ובהינתן שההחלטה התקבלה מבלי שנערך דיון בטענותיה של העותרת ביחס למסמכי המכרז ולחוזה התשתיות.

העתירה בעניין ביטול הזכייה נדחתה בפסק דין מיום 2.6.2019. בפתח פסק דין הבהיר בית המשפט כי אינו רואה מקום להידרש לטענות המופנות בפועל נגד התנהלות המשיבים והחלטותיהם שקדמו להחלטה על ביטול הזכייה מיום 18.2.2019. כך, צוין כי הפגמים במכרז שלכאורה מנעו מהמערערת את מימוש זכייתה היו ידועים לה לכל המאוחר בינואר 2018 אך היא בחרה שלא לעמוד על קיום ביקורת שיפוטית בעניין זה עד להגשת העתירה בעניין ביטול המכרז. הובהר כי “נקיטה בהליך שגוי אינה מחסנת אותה מפני טענת השיהוי, ומכל מקום אין הסבר לכך שהעותרת לא פנתה לבית המשפט לעניינים מינהליים לאחר פסק הדין בהמרצת הפתיחה”. כמו כן צוין כי המערערת בחרה במודע להימנע מתקיפת החלטות נוספות של ועדת המכרזים, ובכלל זאת ההחלטה מיום 22.2.2018 שלא להאריך את המועד לקיום דרישות המכרז. זאת, אף שצד הרואה עצמו נפגע מהליכי מכרז נדרש להגיש עתירה ללא דיחוי. עוד הובהר כי “בשלב בו ביקשה העותרת הארכת מועד, היא הייתה מנועה ומושתקת לטעון לגבי הבהרת מסמכי המכרז ולגבי העדר נוסח של הסכם תשתיות” וזאת בהתאם להלכה לפיה “מציע הסבור כי נפל פגם במכרז, אך אינו טוען נגדו אלא לאחר פרסום תוצאות המכרז, יהיה מנוע מלהישמע בנדון [...]”. לגופם של דברים קבע בית המשפט כי “לא נפל פגם בהחלטת ועדת המכרזים מיום 18.2.2019, שמצדיק החזרת הדיון לוועדת המכרזים”, ובהקשר זה צוין כי דיון בעניין ביטול הזכייה בגין אי עמידה בתנאי המכרז אינו המקום לדון בסוגיה התכנונית ובטענות שנוגעות להתנהלות קודמת ביחס לחוזה התשתיות. בית המשפט סיכם כי “משהגיעה ועדת המכרזים למסקנה כי לא הייתה הצדקה לאי עמידת העותרת בדרישות

המכרז במועד, ובמשך למעלה משנה, ועדת המכרזים הייתה רשאית, ואולי אף חייבת, לבטל את זכייתה 'כדי לקיים את תנאי המכרז כהלכתם ולשמור בקפדנות על השוויון בין משתתפי המכרז' [...]."

8. על פסק הדין בעתירה בעניין ביטול הזכייה לא הוגש ערעור והוא הפך חלוט. ביום 12.6.2019 הוכרזה ארזי הנגב, שהצעתה דורגה שנייה, כזוכה במכרז. ביום 31.5.2020 החליטה ועדת המכרזים לחלט 75% (7,732,500 ש"ח) מהערבות שהפקידה המערערת עם הגשת הצעתה. זאת, בגין נזקים ממוניים בשל ההסתפקות בהצעה נמוכה יותר; ונזקים לא ממוניים, לרבות הנזקים הנובעים מהעיכוב במימוש הפרויקט. עם זאת, לנוכח פרק הזמן שנדרש לצורך גיבוש ההחלטה והתמשכות ההליכים בנושא, הוועדה החליטה שלא לחלט את הערבות במלואה.

התובענה המנהלית נושא הערעור

9. ביום 15.7.2020 הגישה המערערת את התובענה המנהלית נושא הערעור דגן נגד רמ"י ומשרד השיכון, בה דרשה פיצויים בסך 40 מיליון ש"ח (להלן: התובענה המנהלית). בתובענה נטען כי המשיבים ניסחו את מסמכי המכרז באופן רשלני, שכן ניתן היה להבין ממנו כי הזוכה רשאי להציע תכנית שונה מזו שהציעה העירייה. עוד נטען כי חוזה התשתיות שהועבר למערערת לא עלה בקנה אחד עם הוראות המכרז ואי השלמת החתימה על החוזה עד ליום 25.2.2018 רובצת כולה לפתחם של המשיבים. על רקע זה, טענה המערערת כי היא זכאית לפיצוי בגין הרווח שנמנע ממנה לנוכח ביטול זכייתה (40 מיליון ש"ח). לחלופין נטען כי על המשיבים לפצותה בפיצויי הסתמכות בגין ההוצאות שהיו נמנעות ממנה אלמלא השתתפה במכרז, שמסתכמות אף הן ב-40 מיליון ש"ח וכוללות פיצוי בגין הותרת חלק מסכום הערבות בידי המשיבים (7,732,500 ש"ח); פיצוי בגין הוצאות הגשת ההצעה למכרז (350,000 ש"ח); פיצוי בגין הוצאות שנדרשו לאחר הזכייה במכרז (287,433 ש"ח); ופיצוי בגין אבדן עסקאות אלטרנטיביות (31,630,067 ש"ח). בד בבד עם התובענה המנהלית הגישה המערערת עתירה מנהלית נגד החלטת ועדת המכרזים מיום 31.5.2020 בנוגע לחילוט 75% מכספי הערבות (עת"ם (מנהליים ב"ש) 34229-07-20; להלן: העתירה בעניין חילוט הערבות). לשיטת המערערת, העתירה בעניין חילוט הערבות הוגשה למען הזהירות בלבד, והיא סבורה כי התובענה המנהלית היא ההליך המתאים לבירור טענותיה גם בעניין זה.

10. המשיבים הגישו בקשה לסילוק התובענה על הסף בטענה כי התובענה נעדרת עילה ואינה עונה להגדרה של תביעה לפיצויים ש"עילתם במכרז". ביום 4.3.2021

התקיים דיון קדם משפט בתובענה, וכשבוע לאחר מכן הוגשה הודעה מטעם המערערת בה צוין כי לנוכח הערות בית המשפט היא אינה עומדת על קבלת פיצויי הקיום, אך היא עומדת על בירור התובענה ביחס לפיצויי ההסתמכות. ניסיונות הידברות בין הצדדים לסיום ההליך בהסכמה לא נשאו פרי. הצדדים אף לא הגיעו להסכמות דיוניות באשר להמשך בירור התובענה, והמשיבים הודיעו כי הם מבקשים הכרעה בבקשה לסילוק על הסף.

11. ביום 8.7.2021 ניתן פסק הדין של בית המשפט קמא אשר קיבל את בקשת המשיבים לדחיית התובענה על הסף. בית המשפט ציין כי בעע"מ 7401/14 קסם מילניום בע"מ נ' רשות שדות התעופה (9.9.2015) (להלן: הלכת קסם מילניום) נקבע שהטוען כי זכייתו במכרז קופחה נדרש לתבוע סעד של אכיפת הזכייה בטרם יתבע סעד של פיצויי קיום. אמנם, כך צוין, אותה פרשה עסקה במציע שלא זכה במכרז, ואילו בענייננו המערערת זכתה במכרז ומימוש זכייתה סוכל לשיטתה בשל פגמים בהתנהלות הרשויות. אולם, לגישת בית המשפט קמא, הטעמים שבבסיס החובה להקדים עתירה מנהלית לתביעת הפיצויים נכונים הן לגבי פיצויי קיום והן לגבי הסעד החלופי של פיצויי ההסתמכות, ולא הוצג טעם מהותי להבחנה בין השניים. בהקשר זה צוין בפסק הדין כי לו נקטה המערערת בהליכים המתאימים לתיקון הפגמים שנפלו לכאורה במכרז, ניתן היה ליישב את הדברים ולחסוך את הנזקים הנטענים על ידה. בית המשפט קמא ציין כי על פי הפסיקה, אם תובע פעל בזמן ובהליך המשפטי הנכון ותיקון הפגם המנהלי נמנע ממנו אך בשל טעמים שאינם קשורים בהתנהלותו – למשל בשל "מעשה עשוי" – כי אז אפשר שלא תיחסם דרכו לתבוע פיצוי בתובענה מנהלית. ואולם, בענייננו המערערת לא פעלה כנדרש לתקיפה ישירה של הפגמים שנפלו לטענתה במכרז, והקביעות בעניין זה הן בגדר השתק פלוגתא לנוכח האמור בפסק הדין בעניין ביטול הזכייה. אשר לסוגיית חילוט הערבות, סבר בית המשפט קמא כי יש לבררה במסגרת העתירה המופנית נגד ההחלטה בעניין החילוט. בשולי הדברים העיר בית המשפט קמא כי הפיצויים שאותם העמידה המערערת על סכום של 40 מיליון ש"ח נטענו בעלמא, ללא פירוט וללא ביסוס עובדתי מספק.

12. מכאן הערעור דנן שהוגש על ידי המערערת ביום 4.10.2021. בעקבות הגשת הערעור הורה המותב שדן בעתירה בעניין חילוט הערבות, כי לשם היעילות הדיונית יושהה אותו הליך עד להכרעה בערעור דנן.

13. המערערת טוענת כי יש לקבל את הערעור, לבטל את פסק הדין של בית המשפט קמא ולהורות לו לדון בתובענה המנהלית לגופה. המערערת מציינת כי בשל הניסוח הרשלני של מסמכי המכרז, היא הסיקה כי היא רשאית להציע תכנית שונה מזו שהציעה העירייה. למרות זאת, כך נטען, ההצעה התכנונית של המערערת נפסלה על הסף מבלי שנבחנה לגופה, ובשל כך לא הצליחה המערערת לגייס את המימון הנדרש לצורך מימוש זכייתה במכרז. כמו כן, נטען כי בשל התנהלות המשיבים נמנעה מהמערערת האפשרות לחתום על חוזה תשתיות בהתאם לתנאי המכרז.

לשיטת המערערת, פסק הדין מבוסס על הרחבה מרחיקת לכת של הלכת קסם מילניום, ובית המשפט שגה בקובעו כי הלכה זו רלוונטית גם לתובענה מנהלית לפיצויי הסתמכות של משתתף במכרז, בגין פגמים שנפלו בניסוח מסמכי המכרז ובניהול הליכי המכרז. ממילא, המערערת טוענת כי הקביעה לפיה היא לא פעלה כנדרש במסלול "התקיפה הישירה" אינה מדויקת. לטענתה, בניגוד לקביעת בית המשפט קמא, לא קם בהקשר זה השתק פלוגתא הנובע מפסק הדין בעניין ביטול הזכייה. לגישתה, עצם הגשת העתירה המנהלית לביטול ההחלטה על ביטול זכיית המערערת במכרז, מעידה כי היא לא ישבה בחיבוק ידיים, ומשכך לא הייתה הצדקה לדחיית התובענה המנהלית על הסף. עוד נטען כי בית המשפט קמא שגה בקובעו כי יש לברר את סוגיית חילוט הערבות במסגרת עתירה מנהלית ולא במסגרת תובענה מנהלית. זאת, שכן התביעה לפיצוי בגין כספי הערבות שחולטו היא "תובענה לפיצויים שעילתה במכרז" שאמורה, ולמצער יכולה, להתברר במסגרת של תובענה מנהלית. לשיטתה, כל עוד לשון החוק מאפשרת זאת, יש להותיר את הבחירה בין שני המסלולים בידי התובע.

בשולי הדברים מציינת המערערת כי בית המשפט שגה בקביעתו כי טענותיה בדבר הנזקים שנגרמו לה הן "ספקולטיביות", שכן הסעד מפורט בכתב התביעה בהתאם לנדרש על פי הדין וההליך טרם הגיע לשלב שבו יש להוכיח את סכום הפיצוי. לבסוף טוענת המערערת כי בהליך דלמטה התקיים דיון קדם משפט אחד בלבד, שהתמקד בהצעות שונות של בית המשפט קמא לייעול ההליך ומיקודו, ובפסק הדין התקבלה הבקשה לסילוק התובענה על הסף מבלי שהתקיים דיון ייעודי בבקשה זו.

14. המשיבים מצידם סבורים כי לא נפל פגם בפסק הדין נושא הערעור וכי דין הערעור להידחות. לשיטת המשיבים, בכל מקום שבו מוגשת תביעה לפיצויים בגין פגמים במכרז, וניתן היה להגיש קודם עתירה לתיקון פגמים אלה – חלים במלוא תוקפם כל הרציונאלים של הלכת קסם מילניום. בענייננו, כך נטען, המערערת נמנעה מהגשת עתירה מנהלית במועד המתאים, והמתינה עד שזכייתה במכרז תבוטל כדי להגיש תובענה

מנהלית לקבלת פיצויים בגין הפגמים שלכאורה נפלו בו, ומשכך בצדק נדחתה תובענה זו על הסף. עוד טוענים המשיבים כי היה מקום לדחיית התובענה על הסף גם בשל קיומו של מעשה בית דין, וזאת בין היתר, בהתחשב בכך שבפסק הדין שניתן בעתירה בעניין ביטול הזכייה נקבע כי לאחר זכייתה במכרז, הייתה המערערת מנועה ומושתקת מלטעון לגבי הבהרת פרשנות מסמכי המכרז ולגבי היעדר נוסח של הסכם התשתיות.

המשיבים מוסיפים וטוענים כי בית המשפט קמא קבע בצדק שיש לברר את סוגיית חילוט הערבות במסגרת עתירה מנהלית, וזאת בפרט משום שמבחינה מהותית מדובר בתקיפה של החלטה מנהלית. המשיבים מציינים כי סוגיית ההליך המתאים לתקיפת החלטות בעניין חילוט ערבות במכרזים התעוררה בעע"מ 1/21 מדינת ישראל – ועדת מכרזים של רשות מקרקעי ישראל נ' ידיד (21.10.2021) (להלן: עע"מ ידיד), וזאת על רקע חוסר אחידות בפסיקת בתי המשפט לעניינים מנהליים בהקשר זה, אך הערעור באותו עניין נמחק. לבסוף המשיבים עומדים על כך שאין כל חובה לקיים דיון בבקשה לסילוק תובענה על הסף, וכי מכל מקום הדיון ביום 4.3.2021 עסק גם בבקשה זו.

דיון והכרעה

15. לאחר בחינת טענות הצדדים בכתב ובעל-פה הגעתי לכלל מסקנה כי דין הערעור להידחות.

התובענה המנהלית נושא הערעור דנן מתמקדת בשלושה פגמים שנפלו, לטענת המערערת, במסמכי המכרז ובהתנהלות המשיבים: (1) ניסוח לקוי של המכרז שבא לידי ביטוי בכך שהשינוי התכנוני המוזכר בו פורש באופן שונה על ידי המערערת ועל ידי העירייה; (2) עיכוב בהעברת הנוסח הנכון של חוזה התשתיות לידי המערערת; (3) החלטת ועדת המכרזים בדבר חילוט 75% מהערבות שהפקידה המערערת. המערערת טענה כי בגין פגמים אלה היא זכאית לפיצויים בסכום של 40 מיליון ש"ח. בית המשפט קמא דחה על הסף את התובענה ביחס לכלל רכיביה – הטענות הנוגעות לשני הפגמים הראשונים נדחו על הסף בהתבסס על הלכת קסם מילניום; ובאשר לטענות הנוגעות לפגם השלישי שעניינו חילוט הערבות, נקבע כי דינן להתברר בהליך של עתירה מנהלית. כפי שאסביר להלן, לא מצאתי להתערב בקביעות אלה של בית המשפט קמא.

16. בעניין קסם מילניום קבע בית משפט זה כי "[...] ככלל, מציע שקופח במכרז לא יוכל לתבוע סעד של פיצויי קיום בגין אי-זכייה במכרז מבלי שיראה כי הקדים לתקוף את ההליך המכרזי עצמו, או כי אפשרות זו נמנעה ממנו מטעמים שאינם קשורים

בהתנהלותו-שלו" (שם, בפסקה 21 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן; כן ראו: עע"ם 9423/05 רשות השידור נ' קטימורה בע"מ, חוות דעתה של הנשיאה ד' ביניש (13.8.2007) (להלן: עניין קטימורה); עע"ם 5487/06 סופרמאטיק בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פסקה 18 (12.4.2009); עע"ם 4028/14 איגוד ערים לאיכות הסביבה "דרום יהודה" נ' עופר ובניו חברה חקלאית בע"מ, פסקה 21 (26.5.2015)). גישה זו נתמכת בשורה של שיקולים ובהם: חיוב הנפגע להגיש עתירה לאכיפת זכויותו יסייע בתיקון הפגם שנפל בהתנהלות הרשות ויקדם את התכלית של הגנה על שלטון החוק; שיקולי יעילות וחיסכון במשאבי הציבור שבבסיסם הרצון למנוע תשלום "כפול" של הרשות (לזוכה בפועל ולמזיע שהיה אמור לזכות), ולהבטיח כי ההצעה הזוכה תהיה היעילה ביותר; פנייה למסלול האכיפה לפני דרישת פיצויים מתיישבת עם עקרון הקטנת הנזק; וקיומו של יתרון דיוני בכירור הטענות במסגרת עתירה מנהלית שבה מוטלת חובה לצרף את כל מי שמתבקש נגדו סעד או יושפע כתוצאה מקבלתו (עניין קסם מילניום, בפסקאות 15-20 לפסק דינו של השופט פוגלמן). לנוכח שיקולים אלה נקבע כי דרך המלך לתקיפת מכרז מצד מי שטוען שהיה אמור לזכות בו היא בהגשת עתירה מנהלית לתיקון הפגם שנפל בפעולת הרשות. זאת, בכפוף לשני חריגים: חריג פרוצדורלי הנוגע למצבים שבהם המזיע לא יכול היה להגיש עתירה מנהלית או לקבל את הסעד המבוקש על ידו מטעמים שאינם תלויים בו; וחריג מהותי הנוגע למקרים נדירים שבהם הפגם שנפל בפעולת הרשות הוא חמור במיוחד ויש בו כדי לערער את יסודות שלטון החוק (שם, בפסקאות 23-26 לפסק דינו של השופט פוגלמן; ראו גם: ע"א 4564/19 אסום – חברה קבלנית לבניין בע"מ נ' שירותי בריאות כללית, פסקאות 45-52 (14.6.2021) (להלן: עניין אסום)). בסיכומו של דבר נקבע בעניין קסם מילניום כי בדין נדחתה התובענה המנהלית על הסף וזאת מן הטעם שלא הוגשה קודם לתובענה עתירה מנהלית התוקפת את ההחלטה בדבר הזוכה במכרז.

17. כפי שצוין לעיל, הלכת קסם מילניום נקבעה ביחס למזיע שמבקש לקבל פיצויי קיום משום שהיה עליו לזכות במכרז. ההלכה האמורה אינה מתייחסת למצבים אחרים שבהם מזיע מבקש לקבל פיצויים בשל פגמים במכרז, למשל כשמדובר בדרישה לפיצויי הסתמכות מצד מי שאינו טוען כי היה אמור לזכות במכרז. בהקשר זה נקבע בפסיקה כי:

"פגמים בניסוח מסמכי המכרז, כגון חסרים או סתירות, שאירעו עקב התרשלותה של הרשות, מזיקים לכל הצדדים להליך המכרז ויכולים לעתים להביא אף לביטול המכרז. ואולם אף אם הפגמים אינם עולים בחומרתם כדי הצדקת ביטול המכרז, הרי שהם עלולים, בנסיבות מסוימות, לגרום למשתתפים במכרז להוציא הוצאות מיותרות, ובנסיבות אלו הרשות מפרה את חובתה כלפי משתתפי המכרז, ואף ייתכן כי היא גורמת להם נזק שהוא

בר-פיצוי. כך לדוגמה עלול ניסוח פגום של מכרז לגרום נזק בכך שיעודד את האזרח להגיש את הצעתו למכרז שממילא אין לו סיכוי לזכות בו. במקרה כזה, לו נוסח המכרז באופן הולם, היו נחסכות מהאזרח ההוצאות שהוציא לשם הכנת הצעתו, ואולי גם נזקים עסקיים או מסחריים אחרים. ודוק, אין מדובר בעילה נזיקית או חוזית דווקא אלא בעילה מינהלית הנעוצה בהתנהגות הרשות, ועל-כן יש להבחין בין הפיצוי בגין נזק זה לבין הפיצוי בגין נזק שנגרם למי שהיה ראוי כי יזכה במכרז [...]” (עע”מ 7357/03 רשות הנמלים נ’ צומת מהנדסים תכנון תאום וניהול פרוייקטים בע”מ, פ”ד נט(2) 145, 166-167 (2004); ראו גם: עע”מ 9660/03 עיריית רחובות נ’ שבדרון, פ”ד נט(6) 241, 265 (2005); דפנה ברק-ארז “סעדים כספיים במכרזים ציבוריים – בין זכויות לתמריצים” ספר גבריאלה שלו – עיונים בתורת החוזה 957, 973-974 (יהודה אדר, אהרן ברק ואפי צמח עורכים, 2021) (להלן: ברק-ארז, סעדים כספיים)).

המערערת טוענת כי היות שבמהלך ניהול ההליך בפני בית המשפט קמא היא ויתרה על דרישתה לפיצויי קיום, והסעד המבוקש על ידה מתמצה בפיצויי הסתמכות בלבד, אין מקום להחיל את הלכת קסם מילניום בענייננו. אכן, ספק אם ניתן להחיל את הכללים שנקבעו בעניין קסם מילניום כמות שהם בנסיבות שבהן מציע במכרז מעוניין לנקוט בהליך משפטי לצורך קבלת פיצויי הסתמכות. כך למשל, אם מדובר במציע שלא זכה במכרז ומבקש לקבל פיצוי בגין פגם במכרז שגרם לו להוציא הוצאות מיותרות אך אין בפגם כדי להוביל לביטול המכרז או לשינוי הזוכה בו, כלל לא ברור אם ניתן להגיש בנסיבות אלה עתירה מנהלית לפני הגשת תובענה לקבלת הפיצוי. משכך, ובשונה מבית המשפט קמא, אינני סבורה כי ניתן לקבוע באופן גורף שאין מקום להבחנה בין פיצויי קיום לפיצויי הסתמכות בכל הנוגע לתחולת הלכת קסם מילניום. עם זאת, אני סבורה כי בנסיבות הקונקרטיות שלפנינו – מציע שהשתתף במכרז, זכה בו ורק לאחר שבוטלה זכייתו דורש לקבל פיצויי הסתמכות בגין פגמים שנפלו במכרז עצמו – הרציונאליים של הלכת קסם מילניום מתקיימים במלואם, ובצדק קבע בית המשפט קמא כי יש לדחות על הסף את התובענה המנהלית שהגישה המערערת (ככל שהיא נוגעת לתנאי המכרז וחוזת התשתיות), לנוכח הימנעותה מהגשת עתירה מנהלית מתאימה במועד.

18. כפי שצוין, זמן קצר לאחר שנודע למערערת על זכייתה במכרז התברר לה כי העירייה סבורה שהצעה לשינוי התכנוני שבכוונת המערערת להגיש, אינה עומדת בתנאי המכרז. בעקבות כך הגישה המערערת בינואר 2018 המרצת פתיחה שבה התבקש בית המשפט לקבוע כי בהתאם לפרשנות מסמכי המכרז היא רשאית לקדם את התכנית הסטטוטורית המוצעת על ידה. המרצה זו נדחתה על הסף, תוך שהובהר כי הסוגיה

האמורה מעוררת שאלות מובהקות מדיני המכרזים הנוגעות לשלב הטרום-חוזי (שכן טרם השתכלל חוזה בעקבות הזכייה במכרז), ומשכך אין לבררה בהליך אזרחי אלא בהליך מתאים בבית המשפט לעניינים מנהליים (קביעה זו התבססה על האמור בע"א 9347/01 וייספיש נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נז(5) 241, 249 (2003) (להלן: עניין וייספיש); ראו גם: רע"א 3995/11 וולך נ' מדינת ישראל – משרד האוצר, מנהל הדיור הממשלתי (11.7.2012); ע"מ 3309/11 קוטלרסקי נ' המועצה המקומית תל מונד, פסקה 28 לחוות דעתו של השופט י' עמית (6.1.2013) (להלן: עניין קוטלרסקי)). עוד צוין בפסק הדין שניתן בהמרצת הפתיחה כי "בדיון בפני הבהירה ב"כ המדינה, כי במקרים כגון אלו כאשר מתקבלת פניה מסוג זה, נערכת בחינה מסודרת של התוכנית המבוקשת אל מול מסמכי המכרז ע"י הגורמים המקצועיים במשרד השיכון וברמ"י, ובמידת הצורך הדבר אף מובא לפתחה של ועדת המכרזים. ברי כי דבר מאלו לא נעשה, שעה שהמבקשת לא פנתה כלל אל המשיבות" (ש"ס, בפסקה 42). יש להוסיף כי במסגרת המרצת הפתיחה כלל לא הועלו טענות הנוגעות לחוזה התשתיות אף שהיעדרו של חוזה זה הייתה ידועה למערערת עוד לפני שהגישה את הצעתה למכרז, ואף שהיא קיבלה לידיה את נוסח הסכם הגג כבר ביום 18.12.2017 (כחודש לפני הגשת המרצת הפתיחה).

בהינתן כל האמור לעיל, לאחר שהמרצת הפתיחה נדחתה על הסף הייתה פתוחה בפני המערערת הדרך להגיש עתירה מנהלית, בכפוף למיצוי הליכים מול המשיבים, שבה היא יכולה הייתה לדרוש לממש או "לאכוף" את זכייתה במכרז בהתאם לפרשנות שלה לגבי תנאיו, ובמסגרת זו להעלות גם את טענותיה ביחס לחוזה התשתיות. מטעמים השמורים עם המערערת, עתירה כזו לא הוגשה. על הפגמים שנפלו לשיטתה במסמכי המכרז ובחוזה התשתיות עמדה המערערת רק במסגרת עתירתה לעניין ביטול זכייתה במכרז – שהוגשה במרץ 2019, אך בכך אין כדי להוות תחליף לתקיפת הפגמים שנפלו במכרז ובהתנהלות הרשויות "בזמן אמת". כפי שנקבע בפסק הדין בעניין ביטול הזכייה, "אם סברה [המערערת] כי המדינה נוהגת באופן בלתי ראוי, היה עליה לעתור לאלתר. היא בחרה להימנע מכך, ללא שום הסבר" (ש"ס, בפסקה 35).

19. משאלה הם פני הדברים, אני סבורה כי מתן אפשרות להגשת תביעת פיצויים כמעט 3 שנים לאחר זכיית המערערת במכרז, בגין פגמים נטענים שניתן היה לפעול לתיקונם (או לכל הפחות לקיים בירור משפטי בעניינם) בסמוך לאחר הזכייה, יהיה בה משום חתירה תחת ההיגיון העומד בבסיסה של הלכת קסם מילניום. ראשית, גם במקרים דוגמת המקרה שלפנינו, הגשת עתירה מנהלית על ידי הזוכה במכרז יכולה לסייע בריפוי "[...] הפגם הקונקרטי שנפל בפעולת הרשות בזמן אמת", וזאת מעבר להמרצת הרשות לנהוג כדין במבט צופה פני עתיד, המושגת הן בתביעת פיצויים הן בעתירה מנהלית"

(עניין קסם מילניום, בפסקה 15 לפסק דינו של השופט פוגלמן). שנית, הגשת עתירה מנהלית במועד יש בה כדי לסייע בשמירה על כספי ציבור, שכן הגשת תובענה לפיצויי הסתמכות על ידי הזוכה במכרז רק לאחר שבוטלה זכייתו תפגע בביצועו היעיל של המכרז ועשויה להוביל להוצאות מיותרות שהיו נחסכות לו טענות הזוכה היו מתבררות בהליך משפטי מבעוד מועד ובטרם בוטלה הזכייה במכרז (ראו והשוו: עומר דקל מכרזים כרך שני 372 (2006) (להלן: דקל)). שלישית, מיצוי מסלול העתירה המנהלית מקום שבו ניתן להגיש עתירה כזו מגשים את עקרון הקטנת הנזק. מדובר בפעולה סבירה שהזוכה במכרז יכול לנקוט ובאמצעותה ניתן להקטין או אף לאיין את הנזק שייגרם לו (ראו והשוו: רע"א 2063/16 גליק נ' משטרת ישראל, פסקה 39 לחוות דעתו של השופט עמית (19.1.2017) (להלן: עניין גליק)). לצד השיקולים הללו, יש להוסיף את החשש מהתנהלות אסטרטגית של זוכה במכרז, אשר עשוי להסיק בשלב מסוים כי מימוש זכייתו אינו משתלם עבורו, ובעקבות כך לפעול לביטול זכייתו ולאחר מכן לדרוש פיצויים בגין פגמים שנפלו לכתחילה במכרז (ראו והשוו: חוות דעתה של הנשיאה ביניש בעניין קטימורה).

מכל הטעמים האמורים, לגישתי, יש מקום להחיל את הכלל שנקבע בהלכת קסם מילניום גם בענייננו. אכן, כפי שציין בית המשפט קמא, "לו נקטה [המערערת] בהליכים המשפטיים הנאותים לתיקון הפגמים הנטענים [...] ככל שהדין היה לצידה של [המערערת], ניתן היה ליישב את הדברים ולחסוך את הנזק הנטען" (פסקה 42 לפסק הדין). לא למותר לציין כי בענייננו לא מתקיימים החריגים שנזכרו בהלכת קסם מילניום – אין מדובר במצב שבו נמנע מהמערערת להגיש עתירה מנהלית או לקבל את הסעד המבוקש על ידה מטעמים שאינם תלויים בה; ואף אם נניח כי הפגמים הנטענים על ידה אכן נפלו, הם אינם עומדים ברף הגבוה של אותם מקרים נדירים שיש בהם כדי לערער את יסודות שלטון החוק (ראו והשוו: עניין אסום, בפסקאות 45-52).

20. אוסיף ואציין כי לגישתי ניתן היה לדחות על הסף את הטענות הנוגעות לליקויים במסמכי המכרז ובחווה התשתיות מחמת מעשה בית דין, וזאת אף מבלי להידרש להלכת קסם מילניום. בפסק הדין בעניין ביטול הזכייה צוין כי "אין מקום להידרש לטענות שמעלה העותרת נגד התנהלות והחלטות של המשיבים, שקדמו להחלטה מיום 18.2.2019" (שם, בפסקה 29). בהקשר זה צוין בין היתר כך:

"[...] בשלב בו ביקשה העותרת הארכת מועד, היא הייתה מנועה ומושתקת לטעון לגבי הבהרת מסמכי המכרז ולגבי העדר נוסח של הסכם תשתיות.

הלכה, היא, כי הסתייגות מתנאי מכרז יש להעלות לפני הגשת ההצעות, וכי מציע הסבור כי נפל פגם במכרז, אך אינו טוען נגדו אלא לאחר פרסום תוצאות המכרז, יהיה מנוע מלהישמע בנדון, זאת מטעמי ההגינות והשוויון כלפי מציעים אחרים, לרבות מציעים פוטנציאליים [...]

בענייננו, מאז פרסום המכרז בינואר 2017, ועד להגשת ההצעות ביום 28.8.2017, במשך חודשים ארוכים, העותרת לא פנתה למשיבים או לעירייה בקשר לתכנון 'המוצע' לעומת התכנון אותו ביקשה לקדם ועליו ביססה את הצעתה במכרז. גם לאחר שקיבלה הודעה על זכייתה במכרז ביום 26.11.2017, ועד למועד שנקבע לקיום ההתחייבויות וביצוע התשלומים, העותרת לא פנתה למדינה בקשר לשינוי התכנון [...] העותרת פנתה לראשונה למדינה בסוגיה התכנונית רק ב- 20.3.2018, כחודש לאחר שכבר חלף המועד לביצוע הוראות המכרז.

העותרת גם לא התריעה מבעוד מועד על היעדר חוזה תשתיות. היא פנתה לראשונה בעניין רק ביום 13.12.2017 לאחר זכייתה במכרז. הגם שמדובר, כך נראה, בתקלה מצד המשיבים, על שלא דאגו לפרסם את נוסח חוזה התשתיות במסגרת מסמכי המכרז, משלא התריעה על כך העותרת, היא אינה יכולה להשתמש בתקלה כהצדקה לאי עמידה בדרישות המכרז" (שם, בפסקאות 37-38; ההדגשה הוספה).

מהדברים האמורים עולה כי בפסק הדין בעניין ביטול הזכייה – שהפך חלוט משלא הוגש עליו ערעור – נקבע מפורשות כי כבר ביום 22.2.2018 (המועד שבו פנתה המערערת בבקשה לדחות את המועד האחרון להעברת יתרת התמורה ולביצוע יתרת הפעולות הנדרשות על פי המכרז), הייתה המערערת מושתקת מהעלאת טענות לגבי ניסוח מסמכי המכרז וחוזה התשתיות. קביעה זו התבססה על ההלכה המושרשת לפיה מי ש" [...] שתק בזמן שהגיש הצעתו למכרז, מותר על האפשרות להטיל דופי לאחר מעשה במכרז ובתנאיו" (בג"ץ 126/82 "טיולי הגליל" בע"מ נ' ממשלת ישראל – משרד התחבורה, פ"ד לו(4) 44, 48 (1982); ראו גם: בג"ץ 252/71 "רסקו" חברה להתיישבות חקלאית ועירונית בע"מ נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד כה(2) 582, 588 (1971); בג"ץ 632/81 מיגדה בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד לו(2) 673, 682 (1982); בר"ם 6745/10 מטיילי תור בע"מ נ' חברת נמל אשדוד בע"מ, פסקה 8 (21.9.2010)). אף בספרות צוין בהקשר זה כי " [...] הימנעות של הנפגע מהגשת תביעה לאכיפה בסמוך לגילוי ההתנהגות הפגומה של הרשות, ללא כל הצדקה נראית לעין, מהווה השלמה מצידו עם התנהגות זו. השלמה זו מהווה למעשה ויתור של הנפגע על זכות התביעה העומדת לו, היוצר כלפיו השתק או מניעות" (דקל, בעמ' 336-337; ראו גם: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ג – משפט מינהלי כלכלי 190-191 (2013)).

21. אני סבורה כי קביעה זו בדבר מניעותה של המערערת מהעלאת טענות נגד תנאי המכרז וחווה התשתיות, היא כשלעצמה מקימה בענייננו השתק פלוגתא, אשר די בו כדי לסלק את הטענות שנטענו על ידי המערערת בהקשר זה בתובענה המנהלית (לעניין תחולתו של כלל השתק הפלוגתא בבתי המשפט לעניינים מנהליים ראו: ע"מ 1370/07 קרמר נ' המועצה המקומית אבן-יהודה, פסקה 20 (28.12.2011); בנוסף ראו והשוו: עניין גליק, בפסקה 11 לחוות דעתו של השופט עמית; ע"א 9211/09 איזוטסט בע"מ נ' דריזין (4.7.2012)).

המערערת טוענת כי בנסיבות העניין לא מתקיימים התנאים לצורך החלת השתק פלוגתא שכן טענותיה בעניין הפגמים בניסוח תנאי מסמכי המכרז וההתנהלות בנוגע לחווה התשתיות כלל לא התבררו לגופן. אלא שהפלוגתאות הזהות שהתעוררו בשני ההליכים – בפסק הדין בעניין ביטול הזכייה ובתובענה המנהלית נושא ערעור זה – נוגעות לעצם האפשרות לטעון טענות נגד תנאי המכרז וחווה התשתיות. ביחס לשאלה זו התקיימה התדיינות בין הצדדים בעניין ביטול הזכייה; התדיינות זו הסתיימה בהכרעה מפורשת ונקבעה לגביה מסקנה פוזיטיבית בהתבסס על ההשתלשלות העובדתית שהובאה בפני בית המשפט; וההכרעה האמורה נדרשה לצורך סילוק הטענות הנוגעות לתנאי המכרז וחווה התשתיות בפסק הדין בעניין ביטול הזכייה. על כן, מתקיימים התנאים הדרושים לקיומו של השתק פלוגתא (ראו: ע"א 1545/08 מוסקונה נ' סולל בונה בע"מ, פסקה 9 (4.3.2010)). אכן, עסקינן בשני הליכים שונים באופיים (עתירה מנהלית ותובענה מנהלית) והעילות שהועלו בהן אינן זהות (ומשכך לא מתקיים בהקשר זה השתק עילה), אך בכל הנוגע לקביעה כי המערערת מנועה מהעלאת טענותיה לנוכח התנהלותה, חלים הרציונאלים של מעשה בית דין [...] שעיקרם ברצון למנוע כפל התדיינויות ופסיקות סותרות וכן ברצון למנוע הטרדתם של בעלי דין בעניין שכבר הוכרע [...] (ע"א 9656/08 מדינת ישראל נ' סעידי, פסקה 18 (15.12.2011)). כל מסקנה אחרת הייתה מובילה לכך שהיינו מאפשרים למערערת להכניס "דרך החלון" את הטענות שפסק הדין בעניין ביטול הזכייה הוציא "דרך הדלת".

22. עד כה דנתי בפגמים הנוגעים לניסוח המכרז ולחווה התשתיות. כאמור, רכיב נוסף בתובענה המנהלית שהגישה המערערת נוגע לחילוט חלק מן הערבות שהופקדה על ידה. בית המשפט קמא קבע כי על רכיב זה להתברר במסגרת העתירה המנהלית שהוגשה, כאמור, לצד התובענה המנהלית. זאת בקובעו כי [...] דרך המלך להשיג על החלטה של רשות מנהלית לחלט ערבון היא בעתירה מינהלית המופנית נגד אותה החלטה" (פסקה 38 לפסק הדין). המערערת מציינת כי דרישתה היא לקבל פיצוי בגין הסכום שחולט ולא

הושב לאחר ביטול זכייתה ומשכך יש לראות בכך "תובענה לפיצויים שעילתה במכרז" שיש לבררה כתובענה מנהלית בהתאם לתוספת השלישית לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000 (להלן: חוק בתי משפט לעניינים מנהליים). לכל הפחות, לטענתה, יש לאפשר ליוזם ההליך זכות בחירה בין בירור טענותיו לגבי חילוט ערבות במכרז כתובענה מנהלית ובין בירורן בעתירה מנהלית. המשיבים סבורים מנגד כי הטענות בעניין חילוט הערבות תוקפות למעשה את חוקיותה, סבירותה ומידתיותה של ההחלטה המנהלית שקיבלה בעניין זה ועדת המכרזים ומשכך יש לבררן במסגרת עתירה מנהלית, בהיותה האכסניה המתאימה לקיום ביקורת שיפוטית על החלטות מנהליות.

23. סוגיית ההליך המתאים לבירור מחלוקות הנוגעות לחילוט ערבות שהוגשה על ידי מציע במכרז התעוררה לאחרונה בעת"ם (מנהליים מר') 61866-09-20 י"ד נ' ועדת המכרזים של רשות מקרקעי ישראל (19.11.2020). באותו עניין קבע בית המשפט לעניינים מנהליים, בניגוד לעמדת הצדדים בהליך, כי "[...] מרגע שהסעד המבוקש הוא השבת כספים, האכסניה המתאימה לבירור העניין היא תובענה מנהלית". המדינה הגישה ערעור על פסק הדין לבית משפט זה, אך לאחר שהצדדים לערעור הגיעו לפשרה ההליך הסתיים ללא הכרעה בשאלת ההליך המתאים לדיון בסוגיית חילוט (ראו: עע"ם י"ד נ', מכל מקום, עיון באסמכתאות שאליהם הפנו הצדדים להליך דנן מצביע על כך שבפועל טענות הנוגעות לחילוט ערבות התבררו עד היום הן במסגרת עתירות מנהליות והן במסגרת תובענות מנהליות, וזאת מבלי שבתי המשפט נדרשו לשאלת המסלול המתאים מבין השניים (ראו, בין היתר: עת"ם (מנהליים ת"א) 27770-06-11 רחמני ד.א.מ. עבודות עפר בע"מ נ' רשות שדות התעופה (28.7.2011) והערעור עליו – עע"ם 7201/11 רחמני ד.א. עבודות עפר בע"מ נ' רשות שדות התעופה (7.1.2014) (להלן: עע"ם רחמני); עת"ם (מנהליים י-ם) 42572-04-12 איי ווי סי מערכות בע"מ נ' שר התקשורת (5.9.2012); עת"ם (מנהליים ב"ש) 49794-06-19 אלגריןאוי מחמד בע"מ נ' רשות מקרקעי ישראל (22.11.2020); ומנגד: ת"מ (מנהליים חי') 19625-07-17 ח"ד נ' מדינת ישראל – רשות מקרקעי ישראל (17.9.2018); ת"מ (מנהליים חי') 37043-12-16 יובל הנדסה בע"מ נ' רשות מקרקעי ישראל חיפה (13.12.2018)). בנסיבות אלה, מתחדד הצורך בהבהרת המצב המשפטי לאשורו, ולו לשם הבטחת האחידות באופן ניהול ההליכים בבתי המשפט לעניינים מנהליים.

24. המבחן לקביעת סמכותם העניינית של בתי המשפט לעניינים מנהליים הוא מבחן העילה, ולא מבחן הסעד. על פי מבחן העילה, "ככל שישנה הוראת חוק אשר מקנה לערכאה שיפוטית ייחודית סמכות לדון בעניין מסויים – הרי שלאותה ערכאה, ורק לה, תהא נתונה הסמכות לדון באותו עניין" (עניין אטום, בפסקה 24). סעיף 5 לחוק בתי

משפט לעניינים מנהליים קובע כי בית משפט לעניינים מנהליים ידון, בין היתר, ב"עתירה נגד החלטה של רשות או של גוף המנוי בתוספת הראשונה בענין המנוי בתוספת הראשונה [...]". פסקה 5 לתוספת הראשונה היא הרלוונטית לענייננו:

"מכרזים – עניני מכרזים של גוף או רשות המנויים בסעיף 2 לחוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992, ועניני מכרזים של רשות מקומית, שענינם התקשרות בחוזה לביצוע עסקה בטובין או במקרקעין, לביצוע עבודה או לרכישת שירותים, וכן מכרזים שענינם מתן רישיון או זיכיון לפי דין".

לצד זאת נקבע בסעיף 5 לחוק כי בית משפט לעניינים מנהליים ידון גם ב"תובענה המנויה בתוספת השלישית". הפסקה הראשונה בתוספת השלישית מתייחסת ל"תובענה לפיצויים שעילתה במכרז, כאמור בפסקה 5 לתוספת הראשונה". מהוראות אלה ניתן ללמוד כי עניני מכרזים יידונו ככלל במסלול של עתירה מנהלית, למעט תובענות לפיצויים שעילתן במכרז – שיידונו במסלול של תובענה מנהלית.

25. ואולם, כפי שכבר צוין בעבר, השאלה "מה נופל בגדרה של 'תובענה לפיצויים שעילתה במכרז' איננה] תמיד ברורה], וישנם מקרים בהם דרוש מאמץ פרשני במלאכת סיווגה של התובענה" (עניין אטום, בפסקה 26 והאסמכתאות שם). דומה כי דברים אלה יפים גם לענייננו, שכן לשונה של התוספת השלישית אינה מספקת תשובה ברורה באשר לשאלה מהו ההליך המתאים לדיון בטענות בדבר חילוט ערבות במכרז. מחד גיסא, דרישה לביטול חילוט של ערבות (או חלק ממנה כבענייננו) שהופקדה כרוכה במשמעויות כספיות, אך יש קושי לראותה כ"פיצוי" במובן הרגיל של מונח זה (להבדיל למשל מפיצויי קיום או פיצויי הסתמכות בגין הוצאות מיותרות שנבעו מפגם במכרז). מאידך גיסא, ניתן לטעון כי עסקינן ב"השבה", שכן מדובר בסכומים ששילם המציע בגין המכרז. טענה זו יפה בעיקר בנסיבות הדומות לענייננו שבהן הערבות מומשה לכתחילה על חשבון חלק מהתשלום שהזוכה נדרש לשלם, להבדיל מנסיבות אחרות שבהן המציע לא שילם ולא אמור היה לשלם דבר עד להחלטה על חילוט ערבותו (למשל, כשמדובר בחילוט ערבות של מציע שלא זכה במכרז אך "נהג במהלך המכרז בערמה, בתכסיסנות או בחוסר ניקיון כפיים" כאמור בתקנה 16ב(1) לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993; וראו בהקשר זה: עע"ם רחמני).

26. בהתחשב בכך שלשון החוק אינה חד-משמעית וכל עוד המחוקק אינו נדרש לסוגיה זו, עלינו לבחון את טיבם ומהותם של ההליכים שבהן מועלות טענות נגד חילוט

ערבות במכרז, בראי תכליות חוק בתי משפט לעניינים מנהליים, כדי לקבוע מהו המסלול המתאים להעלאת טענות אלה. אומר כבר עתה כי לגישתי מן הראוי לדון בטענות בדבר חילוט ערבות במכרז על דרך של עתירה מנהלית.

27. החלטה בדבר חילוט ערבות של מציע במכרז וכן בדבר סכום החילוט, היא החלטה מנהלית שמחייבת הפעלת שיקול דעת והתייחסות לכלל השיקולים הנוגעים לעניין (עניין וייספיש, בעמ' 252; דקל, בעמ' 84). כאשר מציע מבקש להצביע על פגמים שנפלו בהחלטה זו הוא למעשה מבקש מבית המשפט לקיים ביקורת שיפוטית על החלטה מנהלית כדי להביא לביטולה או לשינויה של החלטה. במסגרת זו, לצד בחינת שיקול דעתה של ועדת המכרזים, ייתכן כי בית המשפט יידרש לדון בסוגיות הנוגעות לתקינות ההליך ולדרישות שבהן מחויבת הוועדה בהקשר זה כמו מתן זכות טיעון למציע והנמקת החלטתה (עע"ס רחמני, פסקה 49 לחוות דעתו של השופט א' שהם ופסקה 8 לחוות דעתו של השופט ס' ג'ובראן). מקומו "הטבעי" של הדיון בכלל ההיבטים הללו הוא בהליך שבו נדונה "תקיפה ישירה" של החלטה המנהלית, קרי – עתירה מנהלית.

יתרה מכך, חוק בתי משפט לעניינים מנהליים קובע כי "סדרי הדין בעתירה מינהלית יהיו במתכונת דומה לסדרי הדין הנהוגים בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, בשינויים שיקבע שר המשפטים, באופן שיבטיחו סעד מהיר ויעיל תוך אפשרות לקיום בירור עובדתי ככל שהדבר דרוש" (סעיף 13(2) לחוק). ואכן, התקנות שהותקנו מכוח החוק מתוות מסלול מהיר ויעיל של דיון בעתירות מנהליות שמתנהל, ככלל, על סמך תצהירים וללא שמיעת עדויות (פרק ב' לתקנות בתי משפט לעניינים מינהליים (סדרי דין), התשס"א-2000 (להלן: תקנות בתי משפט לעניינים מנהליים); ראו: עניין קוטלרסקי, בפסקה 16 לחוות דעתו של השופט עמית). לעומת זאת, הדיון בתובענה המינהלית מתקיים, ככלל, על פי תקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018 (להלן: התקנות החדשות) וזאת בשל הצורך בבירור עובדתי מלא בדומה להליכים אזרחיים (תקנה 29 לתקנות בתי משפט לעניינים מנהליים; דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ד – משפט מינהלי דיוני 246, 488 (2017)). על רקע זה נקבע בפסיקה כי "התובענה המינהלית לפיצויים מתנהלת על פי סדרי הדין האזרחי, מצריכה שמיעת ראיות והליכים מקדמיים, וככזו, היא חריג להליך המהיר והיעיל הנוהג בבית המשפט לעניינים מינהליים, ויש לפרשה על דרך הצמצום" (עניין קוטלרסקי, בפסקה 32 לחוות דעתו של השופט עמית; ההדגשה הוספה). עוד ראוי לציין כי במצב הדברים הרגיל, הליכים הנוגעים לחילוט ערבות אינם מעוררים שאלות עובדתיות מורכבות דוגמת אומדן נזק, שכן סכום הערבות הוא סכום קצוב והמחלוקת בין הצדדים בהליכים מסוג זה מתמקדת בבחינה האם החלטה המנהלית בנוגע לחילוט הערבות התקבלה כדין. בשים לב לכך ובהינתן הכלל

לפיו יש לפרש בצמצום את ההליכים הנדונים בבית המשפט לעניינים מנהליים כתובענה מנהלית, אני סבורה כי המסלול המתאים לניהול הליך שעניינו חילוט ערבות במכרז הוא עתירה מנהלית.

28. טענת המערערת לפיה הכרעה זו עשויה להוביל לפיצול הליכים בלתי רצוי בנסיבות מסוימות יש בה ממש – למשל כאשר הטענות בדבר חילוט הערבות מועלות לצד דרישה לפיצוי בגין היבטים אחרים הנוגעים למכרז. עם זאת, כפי שצוין בספרות – “הפרדה זו מכבידה, אך היא עולה בקנה אחד עם הגישה שלפיה ההליך של עתירה מנהלית אמור להתנהל כהליך מהיר, שברגיל אינו מבוסס על שמיעת ראיות” (ברק-אדו, סעדים כספיים, בעמ' 969, ה"ש 54). למעשה, האפשרות ליישב באופן יעיל את המחלוקת הנוגעת לחילוט הערבות – במקום לכרוך אותה בסוגיות מורכבות יותר שיידונו כתובענה מנהלית – עשויה דווקא לסייע למציעים ששואפים להשיב לידיהם במהרה את הערבות שחולטה. כמו כן, כאשר סכום הערבות שחולט הוא גבוה, המסלול של עתירה מנהלית אף מיטיב עם המציע בכל הנוגע לתשלום אגרה (פרטים 20 ו-22 לתוספת לתקנות בתי המשפט (אגרות), התשס"ז-2007; ראו בהקשר זה: דקל, בעמ' 337-338).

לנוכח טעמים אלה, לא מצאתי מקום להתערב בקביעת בית המשפט קמא כי טענות המערערת בעניין חילוט הערבות יתבררו בעתירה המנהלית שהוגשה בעניין זה.

29. לבסוף, אף לא מצאתי ממש בטענות הנוספות שנטענו על ידי המערערת. אשר לטענה כי בקשת המשיבים לסילוק התובענה על הסף התקבלה מבלי שהתקיים בעניינה דיון, יוטעם כי על פי הדין רשאי בית המשפט להכריע בבקשה כזו על יסוד הבקשה והתשובה לה (ראו: תקנה 241(ד) לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984 ותקנה 50(4) לתקנות החדשות, אשר חלות מכוח תקנה 29 לתקנות בתי משפט לעניינים מנהליים). אינני סבורה כי המקרה שלפנינו הוא המקרה החריג שבו נדרשת התערבות ערכאת הערעור בהקשר זה (ראו והשוו: ע"א 2582/09 גנאים נ' בית החולים רמב"ם (8.8.2010)), וזאת בשים לב לכך שטענות המערערת הוצגו באופן ממצה בתשובתה בכתב מיום 24.12.2020 לבקשה לסילוק על הסף וחלק מטענות אלה (למשל, לעניין המסלול הנכון לדיון בחילוט הערבות) אף נשמעו בדיון קדם המשפט שהתקיים ביום 4.3.2021 (עמ' 1 לפרוטוקול הדיון).

אשר לטענת המערערת כי בית המשפט קמא שגה בקובעו כי הנזקים שהוצגו בתובענה המנהלית הם “ספקולטיביים” – קביעה זו נכללה בפסק הדין כהערה “בשולי הדברים” ולא עליה התבססה דחיית התובענה על הסף.

30. אשר על כן, אציע לדחות את הערעור. בהינתן תוצאה זו ובשים לב לכך שהליך הערעור דגן נוהל במלואו, אציע כי המערערת תישא בהוצאות המשיבים ושכר טרחת עורך דין בערעור בסך 30,000 ש"ח.

ה נ ש י א ה

השופטת ע' ברון:

אני מצרפת את הסכמתי לפסק דינה של חברתי הנשיאה א' חיות, למסקנותיה ולנימוקיה.

ש ו פ ט ת

השופט י' אלרון:

1. אני מסכים לפסק דינה של חברתי, הנשיאה א' חיות, ולעיקר הנמקתה.

ארבעה הליכים שונים הגישה המערערת בעניינו של המכרז הנדון לערכאות הדיוניות – המרצת פתיחה, שתי עתירות מנהליות ותובענה מנהלית. בכל זאת נדחו על הסף דרישותיה לקבלת פיצויי הסתמכות מאחר שהן לא הועלו בעיתוי הנכון, באופן הנכון או בהליך הנכון. במקרה הייחודי שלפנינו, בהינתן הקביעות השיפוטיות החלוטות בהליכים הקודמים, תוצאה זו מקובלת עליי.

2. חברתי מוסיפה ומציעה להחיל את הלכת קסם מילניום (עצ"מ 7401/14 קסם מילניום בע"מ נ' רשות שדות התעופה (9.9.2015) (להלן: הלכת קסם מילניום) גם כאשר מדובר במציע אשר השתתף במכרז, זכה בו ולאחר שבוטלה זכייתו הוא דורש לקבל

פיצויי הסתמכות (פסקה 17 לחוות דעתה). לגישתה, היה על המערערת לעתור בעודה הזוכה במכרז ולדרוש לממש או "לאכוף" את זכייתה במכרז על פי פרשנותה לתנאיו (פסקה 18 לחוות דעתה). מקביעה זו אני מסתייג.

3. יתרונותיה ותכליותיה של הלכת קסם מילניום נפרשו בהרחבה בחוות דעתה של חברתי. יתרונות אלו, ובפרט החשש מפני חיוב הרשות בתשלום כפול – לזוכה במכרז ובמסגרת פיצויי קיום למתמודד אחר (שם, פסקה 16), הם שמצדיקים, באותן נסיבות, את הגבלת זכות הגישה לערכאות הנגזרת מדחיית תובענה על הסף. אולם, כאשר מדובר בטענה אשר בפי הזוכה, איני סבור כי איזון בין שיקולים אלו מוליך לתוצאה דומה:

ראשית, כאמור, עסקינן ביישומה של הלכת קסם מילניום מקום בו אין מדובר בתביעה לפיצויי קיום, אלא לפיצויי הסתמכות. על כן החשש כי הרשות תידרש לשלם בכפל אינו מתעורר.

שנית, ניתן בהחלט להעלות על הדעת מקרים שבהם משיקולים לגיטימיים זוכה במכרז אינו רואה לנכון לעתור נגד הרשות. כך למשל, כאשר הגשת עתירה ובלימת התקדמות המכרז תגרום לו לנזקים כספיים גדולים מאשר המשך קידומו חרף הפגם שהוא סבור כי נפל בהתנהלות הרשות. במקרה כזה, עשוי הזוכה להעדיף להעלות את טענותיו ולאפשר לרשות לשנות את עמדתה, אולם ככל שהשגותיו לא יתקבלו – לפעול על פי דרישת הרשות. אחרת, המציע עלול להיות חשוף, בין היתר, לביטול זכייתו. בחירה שכזו מצד מציע, שלא לנקוט בהליך משפטי אשר ממנו יצא שכרו בהפסדו, אינה צריכה לשאת עמה מחיר בדמות ויתור על טענותיו לפיצוי כספי. אם הרשות עומדת על דעתה ומסרבת לתקן את ה"פגם" לו טוען הזוכה, הרי שהיא לוקחת על עצמה את הסיכון כי בסופו של יום תידרש לשלם לזוכה פיצויים.

שלישית, ייתכן אף מצב שבו בפי המציע הזוכה השגות מוצדקות על התנהלות הרשות, אולם בראי ההלכות הקיימות בדבר היקף התערבות בית המשפט בהחלטות ועדת המכרזים, עתירה נגד החלטותיה או התנהלותה – לא תצלח (ראו והשוו: חוות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר בע"א 4564/19 אסום חברה קבלנית לבניין בע"מ נ' שירותי בריאות כללית (14.6.2021)). זאת בשונה מתובענה לסעד כספי הנבחנת באופן שונה. בהתאם, ביקורת שנמתחה על הלכת קסם מילניום עד כה גורסת כי אין הצדקה לחייב מציע לנהל עד תום הליך משפטי שהוא אינו מאמין בהצלחתו, רק על מנת לשמור על זכותו לבירור טענותיו לסעד כספי (אבינועם מגן המשפט האזרחי והמאבק בשחיתות 84 (2020) (להלן: מגן); אורן שבת העתירה המינהלית והסעדים במכרזים ציבוריים 612-

611 (2017)). כאשר על הפרק הרחבת הלכת קסט מילניום גם ביחס לתובענה לפיצויי הסתמכות ובעניינו של מציע שזכה במכרז, ביקורת זו מקבלת משנה תוקף.

רביעית, עצם הרחבת תחולת הלכת קסט מילניום מעבר לנסיבות המתוחמות שבהן נקבעה, תגרור עמה חוסר ודאות במצב המשפטי. חוסר ודאות זה ידחוף לכך שבכל מקרה של מחלוקת בין המציע הזוכה לבין הרשות, הזוכה לא יסתפק בפנייה לרשות בה ישיג על התנהלותה, אלא יעתור לבית המשפט כדי לשמור על טענותיו הכספיות. פעמים רבות, לצד העתירה אף יתבקשו סעדים זמניים לעצירת ההתקשרות לאור המכרז. בכך עלול להתעכב ההליך המכרזי; ייפגע האינטרס הציבורי; "יועמסו" הליכים משפטיים נוספים סביב הליכי מכרז; וכל זאת כ"קדימון" לתובענה מנהלית אשר עתידה ממילא להתברר היה ובית המשפט לא יתערב בעמדת הרשות.

חמישית, ואולי חשוב מכול, קיים אינטרס של ממש כי ליקויים באופן ניהול המכרז ייחשפו ויתוקנו. מוטב בזמן אמת, אולם יש ערך גם בתיקונם בדיעבד. זאת, הן לשיפור התנהלות הרשות במקרים הבאים, הן כדי לתמרץ השתתפות של מתחרים רבים ככל שניתן, הן על מנת לממש את עקרונות דיני המכרזים ולהבטיח הליך שוויוני המשיג את התוצאה הכלכלית המיטבית עבור הרשות. הרחבת הלכת קסט מילניום – משמעותה הרחבת המקרים שבהם למרות שנפל פגם בהתנהלות הרשות שגרם למציע נזק, היא לא תידרש לפצותו עבור נזק זה. מדובר לטעמי בהגנה מופרזת לרשות (ראו והשוו: מגן, בעמ' 85), אשר ספק אם תקנה לה תמריץ ראוי לגילוי או תיקון ליקויים. וביישום לענייננו, הליכים רבים נוהלו ביחס לטענות המערערת כאשר לפגמים שנפלו במכרז, אולם הכרעה שיפוטית לגופן של טענות אלו – אין.

4. כל זאת, כאשר הימנעות המציע מלהעלות את טענותיו באופן אשר אינו עולה בקנה אחד עם חובתו להקטנת נזקו, ממילא יכול שתילקח בחשבון במסגרת קביעת היקף הפיצוי. בדומה, איני רואה חשש של ממש כי זוכה במכרז המסיק כי מימוש הזכייה אינו משתלם עבורו יפעל באופן אסטרטגי לביטול זכייתו, מאחר שבמקרה כזה אותו מציע יהיה חשוף לרוב גם לחילוט ערבות הצעתו, כפי שאכן קרה בענייננו.

5. בכפוף לאמור, אני מצטרף לעמדת הנשיאה, א' חיות.

הוחלט כאמור בפסק דינה של הנשיאה א' חיות.

ניתן היום, י"א בכסלו התשפ"ג (5.12.2022).

שׁוֹפֵט

שׁוֹפֵט

הַנְּשִׂיָּאָה