

בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 47167-11-10 אירוס הגלבווע בע"מ נ' עומר הנדסה בע"מ

בפני כב' השופט שנלר – אב"ד
כב' השופט ד"ר ורדי
כב' השופטת לבהר-שרון

אירוס הגלבווע בע"מ
המערערת: ע"י ב"כ עו"ד אסף הדסי

נגד

עומר הנדסה בע"מ
המשיבה: ע"י ב"כ עו"ד אהרון מילשטיין

מיני-רציו:

* בימ"ש מחוזי דחה ברובו ערעור על פס"ד בו התקבלה תביעה של המשיבה לעניין ביטול זכייתה במכרז פרטי בקובעו, כי התנהלות המערערת בביטול הזכייה הייתה פסולה וחסרת תום לב, תוך הפרה של עקרונות דיני המכרזים, ביניהם חובת השוויון וההגינות.

* מכרזים – זכייה במכרז – ביטולה

* מכרזים – מכרזים פרטיים – תחולת דיני המכרזים הציבוריים

* מכרזים – עקרונות המכרז – שוויון

* חוזים – פיצויים – פיצויי קיום

ערעור על פסק דינו של בימ"ש השלום, במסגרתו קיבל ביהמ"ש ברובה את תביעת המשיבה לפיצויי קיום בגין אובדן רווחים שנמנעו ממנה עקב ביטול זכייתה במכרז פרטי שפירסמה המערערת.

בית המחוזי בתל-אביב-יפו, בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים, כב' השופטים שנלר, ורדי ולבהר-שרון, דחה את הערעור ברובו, בקובעו כדלקמן:

אמנם, טענת המערערת יכולה לשבות את הלב ממבט ראשון, בו ישאל הקורא הכיצד "מתעשרת" לכאורה המשיבה בסכום הנכבד שנפסק לטובתה, וזאת בזמן שחלף יום אחד בלבד בין ההודעה על זכייתה במכרז לבין ההודעה על נישולה מכך. יחד עם זאת, לאחר קריאה מעמיקה ומקיפה בחומר הראיות יש לדחות טענה זו מכל וכל.

מדובר, כפי שקבע בית משפט קמא, בהתנהלות פסולה וחסרת תום לב של המערערת, המהווה הן הפרה של עקרונות דיני המכרזים, בין היתר חובת השוויון וההגינות, והן הפרה של חובת תום הלב, הן במו"מ לפי סעיף 12 לחוק החוזים והן מכוח עקרון העל של תום הלב וההגינות וכן סעיף 39 לחוק החוזים.

העובדות, כפי שנקבעו על ידי בית משפט קמא הינן פשוטות ומצמררות. מפורסם מכרז פרטי על ידי המערערת שמראש מעוניינת למסור את העבודות במכרז לחברת נתיבים, שבעליה הינו חבר של בעל הבית של המערערת, ברם במחיר לא יותר יקר מהמחיר שתזכה בו הזוכה במכרז.

לכן, למרות שהמשיבה זכתה במכרז והודע לה על זכייתה במכרז ע"י החברה שאמונה על כך, עקב לחץ ו"כיפוף ידיים" של המערערת, מבוטלת זכייה זו מתוך כוונה למוסרה לחברת נתיבים, שבראשה עומד חברו של בעל הבית של המערערת.

והנה, עקב זאת שחברת נתיבים לא יכולה לבצע את העבודות של הביסוס על פי חוק רישום קבלנים, ומשיקול פסול זה בלבד, ולא משיקולים עניינים ומקצועיים, הוחלט ע"י המערערת לפצל את העבודות נשוא המכרז בין חברת נתיבים (עבודות עפר) לחברת עבודות הביסוס – בייס פייל.

כפי שקבע בית משפט קמא, מדובר אכן במכרז פרטי שדיני המכרזים חלים גם עליו. אמנם בעמוד 9 למסמכי ההליך נאמר "בכל מקום בו מופיעה המילה "מכרז" הכוונה להזמנה להגשת הצעות יובהר כי הזמנה זו אינה כפופה לחוק המכרזים", אך אמירה זו אינה חזות הכל, והמסקנה המתבקשת הינה שמדובר במכרז.

בדומה להליך "דמוי מכרז" או בהליך הפטור מחובת מכרז, מוטלת חובת ההגינות על יוזם ההליך, החייב לנהוג בשוויון ובהגינות כלפי המציעים המשתתפים גם בהליכים אלו, בהתאם לחובות המוטלות עליו הן על פי המשפט הפרטי והן על פי המשפט הציבורי. גם אם לא היה מדובר במכרז פרטי, אין בכך לגרוע, כפי שקבע בית משפט קמא, מחובת ההגינות וחוסר תום הלב, כעקרון על במסגרת החוזית של מו"מ לכריתת חוזה ויחסים חוזיים וטרום חוזיים.

בית המשפט רשאי לפסוק פיצויי קיום שמטרתם להעמיד את התובע במקום שבו היה לולא הפעולה שלא כדין, דהיינו תשלום הרווח שנמנע ממנו כתוצאה מההתנהגות הפסולה. זאת גם מכוח סעיף 12 לחוק החוזים בגין חוסר תום לב במו"מ במקרים חריגים (פס"ד קל בניין). פסיקת פיצויים חיוביים מצריכה זהירות רבה בין היתר עקב הקשיים העיוניים והמעשיים ולכן פסיקתם תהא במקרים חריגים במשורה ובמידה.

במקרה דנן, קובע בית המשפט, אכן מדובר במקרה חריג ונדיר שיש לעשות בו שימוש ולפסוק פיצויי קיום. יחד עם זאת, נראה כי בנסיבות העניין, מעת שמדובר בסופו של יום בהערכה, יש מקום להפחתה בשיעור 20% מסכום הפיצוי שקבע בית משפט קמא.

להחלטה בעליון (29-01-2012): [רעא 235/12 אירוס הגלבווע בע"מ נ' עומר הנדסה בע"מ](#) שופטים: ע' פוגלמן, עו"ד: רווית צמח, אריאל בנדור, אסף הדסי

להחלטה בעליון (29-01-2012): [רעא 235/12 אירוס הגלבווע בע"מ נ' עומר הנדסה בע"מ](#) שופטים: ע' פוגלמן, עו"ד: רווית צמח, אריאל בנדור, אסף הדסי

להחלטה בעליון (27-02-2012): [רעא 235/12 אירוס הגלבווע בע"מ נ' עומר הנדסה בע"מ](#) שופטים: ע' פוגלמן, עו"ד: אהרן מילשטיין, רווית צמח, אריאל בנדור, אסף הדסי

פסק דין

ערעור על פסק דינו של בית משפט השלום בתל-אביב (כבוד השופט חגי ברנר) מיום 30/9/10 [בת.א. 64803/06](#) [פורסם בנבו] שקיבל ברובה את תביעת המשיבה כנגד המערערת.

הרקע, העובדות והמחלוקות

1. מדובר בתביעה כספית ע"ס 1,674,089 ₪ (כולל מע"מ) לפיצויי קיום בגין מכרז שהמשיבה השתתפה בו ולטענתה אף זכתה בו, כאשר התביעה הייתה לפיצויי קיום בגין אובדן הרווחים שנמנעו מהמשיבה עקב אי מסירת העבודות נשוא המכרז לביצועה.

אין מחלוקת שהמשיבה היא חברה קבלנית העוסקת בביצוע עבודות הנדסה ובניה ושהמערערת היא חברה העוסקת בייזום פרויקטים. אין גם מחלוקת שביום 23/2/06 פירסמה המערערת מכרז פרטי ובקשה לקבלת הצעות למכרז לעבודות חפירה, עבודות ביסוס וקירות תומכים במתחם מעיין שורק ראשון לציון (להלן: "המכרז"), מתחם שעליו הוקם לימים מתחם איקאה.

2. על פי כתב התביעה, מי שהופקד על ניהול ותיאום הליכי המכרז וביצוע הפרוייקט נשוא המכרז הייתה וקסמן גוברין חברה להנדסה בע"מ (להלן: "וקסמן"), כאשר כל הצעות המכרז הוגשו אליה, והיא אמורה הייתה לנהל את המכרז ולפקח על ביצוע הפרוייקט נשוא המכרז.

ביום 24/2/06 נערך סיור קבלנים של משתתפי המכרז. המשיבה הגישה את הצעתה למכרז ביום 5/3/06, הצעה שעמדה על סך 13,305,501 ₪ (לא כולל מע"מ).

בעקבות פגישה עם נציגי חברת וקסמן, הגישה המשיבה הצעה מתוקנת נמוכה יותר בסך 12,878,576 ₪ (לא כולל מע"מ).

ביום 12/3/06 החליטה חברת וקסמן על שינוי שיטת הביסוס וביקשה מהמשיבה להגיש הצעה מתוקנת לגבי שתי חלופות ביסוס והמערערת הגישה הצעה מתוקנת כזו בסך 14,058,820 ₪ (לא כולל מע"מ) עבור ביסוס בשיטת CFA ובסך 13,527,997 ₪ (לא כולל מע"מ) עבור ביסוס בשיטת הבנטונייט.

3. לטענת המשיבה בכתב התביעה, ביום 13/3/06 התקשר אל מנהלה מר זאב סלנט (להלן: "סלנט") מר שמעון פרנפס (להלן: "פרנפס") שהופקד מטעם חברת וקסמן על ניהול המכרז כמנהל הפרוייקטים שלה, והודיע לה על זכייתה במכרז כבעלת ההצעה הנמוכה ביותר, אך ביקש את הסכמתה לכך שקבלן המשנה לביצוע עבודות העפר תהיה חברת נתיבים דרום בע"מ (להלן: "נתיבים"), בקשה שהייתה מקובלת על המשיבה.

לטענת המשיבה בכתב התביעה, למחרת היום, ביום 14/3/06 התקשר פרנפס למשיבה והודיע לסלנט כי מאחר וחברת נתיבים אינה מוכנה להיות קבלן משנה של המשיבה, ובעקבות קשריו של מנהל הנתיבים עם המערערת, החליטה המערערת, בניגוד להמלצת חברת וקסמן, למסור את ביצוע כל העבודות נשוא המכרז לחברת נתיבים.

ביום 19/3/06 הודיע פרנפס לסלנט כי בכוונת המערערת לפצל את העבודות, באופן שאת עבודות הביסוס יבצע קבלן אחד, בעוד את עבודות העפר יבצע קבלן אחר - חברת נתיבים, ושהמשיבה לא זכתה במכרז למרות שהצעתה הייתה הזולה ביותר, שכן המערערת רצתה לנתב את העבודות לחברת נתיבים, כאשר אחד מבעלי המערערת (מר פישר) אף ציין בפני חברת וקסמן שהוא רוצה את חברת נתיבים בפרוייקט שכן בעליה הוא חבר שלו.

ביום 20/3/06 הודיעה חברת וקסמן למשיבה כי קבלן אחר נבחר לביצוע העבודות. בסופו של יום נמסרו עבודות העפר לחברת נתיבים, ועבודות הביסוס נמסרו לחברת בייס פייל בע"מ (להלן: "חברת בייס פייל").

4. לטענת המשיבה בכתב תביעתה, היא זכתה במכרז, כאשר המערערת ניהלה עמה מו"מ בחוסר תום לב, בניגוד להוראות סעיף 12 [לחוק החוזים \(חלק כללי\)](#)

התש"ל-ג-1973 (להלן: "חוק החוזים"), תוך הפרת חובת תום הלב גם לאחר כריתת החוזה לפי סעיף 39 לחוק החוזים או תוך הפרת חוזה ותפירת המכרז לזוכים "חדשים" בדיעבד, כדי ליתן את העבודה ל"חבר של הבעלים" בחברת נתיבים, ותוך הפרת חוק רישום קבלנים לעבודות הנדסה בנאיות התשכ"ט-1969 (להלן: "חוק רישום קבלנים") ותוך פגיעה בעקרונות דיני המכרזים והפרתם, ולכן המשיבה זכאית לפיצויי קיום בגין הרווח שנמנע ממנה מביצוע העבודות נשוא המכרז, רווח העומד על סכום התביעה.

5. המערערת טענה כי לא מדובר כלל במכרז עליו חלים דיני המכרזים וכי המשיבה לא הוכרזה מעולם כזוכה במכרז, כאשר ההחלטה לפצל את המכרז בין שני מציעים שונים, שהמשיבה אינה נמנית עליהם, התקבלה משיקולים מקצועיים גרידא ובתום לב (כאשר נתיבים קיבלה את ביצוע עבודות העפר בלבד) והמשיבה לא זכאית, בכל מקרה, לפיצויי קיום, בגין אובדן רווח, אלא לכל היותר לפיצויים שליליים בגין ההוצאות שהיו לה, מה גם שתחשיב הרווח של המשיבה אינו מבוסס.

6. לטענת המערערת, הצעת המשיבה לא הייתה הזולה ביותר או הטובה ביותר והיא לא הייתה זוכה בביצוע העבודות, שכן נוכח היקף העבודות ולוח הזמנים הקצר, הוחלט כי מבחינה מקצועית נכון יותר למסור את העבודות לקבלנים ייעודיים המתמחים כל אחד בעבודה ספציפית במקום לקבלן ראשי, הנעזר בקבלני משנה כמו המשיבה, כאשר שני הקבלנים שזכו בביצוע העבודות הם ידועים ואיכותיים והצעותיהם היו המתאימות ביותר לביצוע העבודות, באופן שנתיבים קיבלה את ביצוע עבודות העפר בלבד, בעוד עבודות הביסוס נמסרו לחברת ביס פייל שאינה קשורה, גם לשיטת המשיבה, למערערת, ואין כל הסבר למשיבה מדוע היא לא קיבלה לבצע את עבודות הביסוס.

לטענת המערערת, לא מדובר ב"מהלכי טשטוש" אלא לכל היותר אי סדרים שנעשו ע"י חברת וקסמן בהיסח הדעת, בשל הלחץ להוציא לפועל את הפרוייקט בלוח זמנים קצר, ולא הוכחה כל קונספירציה או חוסר תום לב, אלא שיקולים עסקיים טהורים, כשוודאי לא הוכח שנכרת הסכם בין המשיבה למערערת, והמשיבה לא זכאית בכל מקרה לפיצויי קיום חיוביים ובוודאי שלא בסכום הנתבע על ידה בכתב התביעה.

פסק דינו של בית משפט קמא

7. בית המשפט הכריע בשאלה המרכזית הטעונה לדידו הכרעה, שחברת וקסמן באמצעות פרנפס הודיעה למנהל המשיבה סלנט ביום 13/3/06 על זכייתה במכרז לביצוע העבודות, תוך קבלת גירסתה העובדתית של המשיבה באמצעות מר סלנט והעדפתה על פני גירסת פרנפס, וקביעה שגירסתו של סלנט הינה משכנעת יותר ומהימנה יותר מגירסתו של פרנפס, והיא זו שמשקפת את מצב הדברים כהווייתם, כפי שהדברים נתמכים בצורה ברורה ומפורשת בשיחות הטלפון המוקלטות בין השניים וכן בשיחות אחרות של סלנט עם וקסמן וכן יעיש (מנהל נתיבים).

בשיחות מוקלטות אלו מאשר פרנפס שאכן הודיע למשיבה באמצעות סלנט על זכייתה במכרז לביצוע העבודות כהצעה הזולה ביותר, אך הזכיה נלקחה ממנה עקב רצון בעל הבית של המערערת להכניס את חברת נתיבים ולתת לה את העבודה, כאשר פיצול העבודות נועד להתגבר על הבעיה החוקית של היעדר סיווג קבלני מתאים לחברת נתיבים (בית משפט קמא מפנה לקטעים הרלבנטיים בתמלילים השונים בעמודים 4-6 לפסק דינו).

בית משפט קמא קבע כי מהעדויות והראיות שהובאו בפניו עולה כי הובטח לבעליה של חברת נתיבים, מר בן יעיש, על ידי מר שלום פישר מבעלי המערערת כי אם בסופו של דבר הצעתו לא תהיה יקרה יותר מהצעות אחרות, העבודות תימסרנה לידיו, ובדיעבד, לאחר שהתברר כי הצעת חברת נתיבים יקרה יותר מהצעת המשיבה, ולאחר שכבר נמסרה למשיבה הודעה טלפונית בדבר זכייתה במכרז, ניתנה לחברת נתיבים אפשרות להזיל את המחיר ולקבל את העבודה במקום המשיבה.

בית המשפט קבע עוד, כי הניסיון להצדיק בדיעבד את הבחירה בקבלנים אחרים נגוע בחוסר כנות, והוא מעיד על רצון להכשיר בדיעבד את התנהלותה הפסולה של המערערת, ודחה את טענות המערערת כי העבודות נמסרו לחברת נתיבים ולחברת בייס פייל משיקולים מקצועיים גרידא, כאשר המערערת נקטה בטקטיקה פסולה, ובאופן שגרמה למשיבה להשתתף במכרז

אך ורק על מנת להשיג מחיר טוב יותר מחברת נתיבים כדי שהעבודות יימסרו לנתיבים.

בית המשפט לא קיבל את עדותם של שלום פישר ונחום הדסי, וקבע שמדובר בהיתממות ולא הייתה "המלצה" לחברת וקסמן על חברת נתיבים אלא מדובר בלחץ ו"כיפוף ידיים" של ממש, ומסר שהועבר להם ע"י פישר והדסי שיש למסור את העבודות לחברת נתיבים.

בית המשפט קמא ניתח בהרחבה את כל טענות המערערת ודחה אותן אחת לאחת, כשהוא קובע בסיכומו של דבר, כי המשיבה אכן נבחרה כזוכה במכרז לביצוע העבודות אך בשל לחץ שהפעיל נחום הדסי על נציגי חברת וקסמן, הם נאלצו לחזור בהם מהחלטה המקורית ולמסור את העבודות לחברת נתיבים, אך ורק בשל הקשר החברי שבין בעליה לשלום פישר מבעלי המערערת, והחלטה זו חייבה את פיצול העבודות, שכן לחברת נתיבים לא היה סיווג מתאים לעבודות הביסוס, ולכן עבודות הביסוס נמסרו לחברת בייס פייל.

בית המשפט קבע כי אין ספק שמדובר בהליך של מכרז פרטי, קרי עריכת מכרז ע"י גוף שאינו מחייב על פי דין לערוך מכרז, שכללי דיני המכרזים חלים גם על מכרז פרטי ובמקרה דנן הופרו עקרון השיוויון וחובת ההגינות במישור דיני המכרזים.

כך גם מדובר במישור החוזי בהתנהגות חסרת תום לב של המערערת שסיכלה את מסירת העבודות למשיבה בתירוצי שווא, כאשר מתנהל מו"מ לקראת כריתת חוזה, והמערערת מתנערת מההתקשרות ממש לפני כריתת החוזה, בלא כל סיבה עניינית לכך, כאשר ההחלטה שלא למסור את העבודות למשיבה, לאחר שכבר נמסרה לה הודעת הזכיה, נבעה משיקולים זרים ופסולים.

מכאן, עבר בית המשפט קמא לדון בשאלת הסעד לו זכאית המשיבה, שזכייתה במכרז נמנעה ממנה, תוך יישום ההלכה שנקבעה בע"א [6370/00](#) [קל בניין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבנייה והשכרה בע"מ, פ"ד נו\(3\) 289](#) (להלן: "קל ובניין"), והגיעה למסקנה כי בנסיבות העובדתיות שבפניו, מתקיימות

הנסיבות המיוחדות המצדיקות פסיקת פיצויי קיום לטובת המשיבה ולא רק פיצויי הסתמכות - פיצויים שליליים, שכן המו"מ בין המערערת למשיבה, הגיע לשלב כה מתקדם, עד אשר נמסר למשיבה על זכייתה במכרז וכל שנותר הינו להשיג לכך את הסכמתה הפורמלית של המשיבה ולחתום על החוזה שישוכלל סופית, דבר שנמנע אך ורק מחמת חוסר תום ליבה של המערערת.

לכן, החזרת המצב לקדמותו היא העמדת הצדדים במצב בו היו נמצאים אלמלא חוסר תום ליבה של המערערת, ויש לראות את הצדדים כמי שנכרת ביניהם חוזה לביצוע עבודות המכרז והמשיבה זכאית לפיצוי בגובה הרווח שנמנע ממנה מחמת מסירת העבודות לאחרים.

מכאן, עבר בית המשפט לדון בשאלת שיעור הנזק ובטענות המערערת כנגד חוות דעת המומחה מטעם המשיבה המהנדס יבלון. בית המשפט קיבל את רוב רובה של חוות הדעת ומצא להפחית מחוות דעת זו סכומים של 29,601 ₪ בגין בדיקות אולטראסוניות, שלא אושרו, וכן סך של 113,000 ₪ בגין הוצאות יתר נוספות שלא הובאו בחשבון ולכן קבע, בסופו של יום, את אובדן הרווח שנגרם למשיבה בשל התנהלות המערערת בסך של 1,306,827 ₪ בצירוף מע"מ, כסכום שהמשיבה זכאית לפיצוי מהמערערת בגין אובדן רווח.

טענות הצדדים בערעור

8. המערערת טוענת שלא יעלה על הדעת כי מזמין עבודה פרטי יחוייב לשלם סכום עתק (משוערד) של מעל 2 מיליון ₪ לשלם למי שלא ביצע כלל את העבודה, בגין "רווח תיאורטי", שנבע כביכול ממניעת עבודה ממנו עקב מסירתה לקבלנים אחרים וזאת בזמן שהודע לו יום לאחר ההודעה על "זכייתו במכרז" על כך שהעבודה נמסרה לאחרים, ושהמשיבה לא זכתה בהליך. לטענת המערערת, לא מדובר במכרז אלא בהליך וולנטרי פרטי שנוהל על ידי גוף פרטי מטעם גוף פרטי, וזאת הן מהפך הפורמלי והן מהפך המהותי, כפי שהדבר נאמר מפורשות במסמכי ההליך (עמוד 9), כאשר פיצול העבודות נעשה משיקולים לגיטימיים הנדסיים ומקצועיים, בין שני קבלנים המתמחים כל אחד בתחומו (חברת נתיבים וחברת בייס פייל).

כן נטען שלא נמסרה כלל "הודעת זכייה" טלפונית, וגם אם נמסרה כזו ע"י מר פרנפס שעבד כשכיר אצל חברת הניהול (וקסמן), אין זה מחייב אותה, וגם אם כן לא מדובר בכריתת חוזה שכן טרם התגבש יסוד המסויימות ולא נוצר חוזה מחייב ולא נכרת חוזה.

כן נטען שלא מדובר בהתנהגות חסרת תום לב בניהול מו"מ לקבלת כריתת חוזה, ואין לקבל את קביעת בית משפט קמא שמקור הפיצול היה ניסיון למסור עבודה לחברו של בעל הבית של המערערת.

לטענת המערערת, בכל מקרה, לא היה מקום לפסיקת פיצויי קיום חיוביים אלא לכל היותר פיצויים שליליים, כאשר המשיבה לא ניסתה לאכוף את ההתקשרות בינה למערערת, ויש ליישם את הלכת **קל בניין**, אם בכלל, במקרים חריגים בלבד כאשר המו"מ הבשיל לכדי חוזה, ולא זהו המקרה שבפנינו.

כן נטען, שבכל מקרה יש להפחית מהפיצוי שנפסק, כאשר אין מקום לאפשר למשיבה להתעשר שלא כדין במיליוני ₪ ולפסוק את מלוא הרווח התיאורטי, ללא כל השקעה, טרחה או סיכון (שהרי הפרוייקט יכול היה גם להפסיד), וזאת בזמן שחלפו 24 שעות בלבד בין מועד ההודעה הנתענת למשיבה על זכייתה במכרז לבין המועד שנמסר לה שהוחלט לפצל את ביצוע העבודות ולא למסור לה.

בנוסף השיגה על סכומים שנכללו בחוות דעת המומחה יבלון, כך גם שלא הובאו בחשבון הסיכונים הכרוכים בביצוע עבודות שכאלו ובמיוחד לאור סד הזמנים.

כן טענה המערערת, לראשונה במסגרת הערעור, שמשלא ביקשה המשיבה צו מניעה למניעת הזכייה במכרז ע"י האחרים אינה יכולה לתבוע פיצויים חיוביים, שכן המשיבה לא הקטינה את נזקה.

9. לטענת המשיבה, יש לאמץ את קביעותיו של בית משפט קמא, הן העובדתיות והן המשפטיות, כאשר מדובר בקביעות עובדתיות נחרצות העוסקות גם במהימנות ואין דרכה של ערכאת הערעור להתערב בכגון דא.

לטענת המשיבה, מדובר במקרה חסר תקדים של חוסר תום לב מצד המערערת, כאשר מדובר גם במכרז פרטי שחלים עליו דיני המכרזים ודיני תום הלב; ואין להכשיר ולקבל את ההתנהגות הפסולה של המערערת לתת

את העבודה לחבר של בעל הבית ועקב כך, וכדי לאפשר זאת, בהתחשב בסיווג של חברת נתיבים, לפצל את העבודות במכרז.

לטענת המשיבה, בצדק יישם בית משפט קמא את הלכת קל בניין שכן החוזה השתכלל עד הסוף ופשוט לא נכרת, ומניעת כריתת החוזה, לאחר ההודעה על הזכייה, נובעת אך ורק מחוסר תום הלב ואין זה משנה אם חלפו רק 24 שעות בין ההודעה על הזכייה ובין ביטולה.

משהודע למשיבה על זכייתה בביצוע העבודות על ידי מי שמוסמך לכך כמנהל הפרויקט, לא היה ניתן לחזור מכך משיקולים פסולים וזרים, כפי שהיה בענייננו, כאשר כתוצאה מהתנהגותה חסרת תום הלב של המערערת נמנע השכלול הסופי של המו"מ לכדי חוזה מחייב, ולכן היה גם היה מקום ליישם את הלכת קל בניין, להחזרת המצב לקדמותו ולפסיקת פיצויי קיום חיוביים בגין אובדן הרווח הצפוי מהעבודות, שהוכח על פי חוות הדעת שלא נסתרה (ולא הובאה חו"ד אחרת מטעם המערערת).

כך גם בדין נדחתה הטענה של המערערת לכך שהפיצול בעבודות המכרז בין שני קבלנים לא נעשה משיקולים ענייניים ומקצועיים אלא משיקולים זרים ופסולים, כדי לאפשר לנתיבים לקבל עבודות לביצוע (עבודות עפר), לאחר שהתברר שלא ניתן לתת להם את עבודות הביסוס.

כן נטען, כי הטענות לגבי הקטנת הנזק והצורך לבקש צו מניעה כתנאי לפיצויי קיום, לא נטענו בבית משפט קמא, מה גם שלא היה זמן לכך שכן הדברים נעשו מהיום למחר והעבודות החלו מייד בסמוך למועד ההתרחשות נשוא התביעה ומועד גילוי חוסר תום הלב מצד המערערת.

דיון

לאחר ששמענו את הצדדים ולאחר שעיינתי בהודעת הערעור, ובעיקרי הטיעון והמוצגים השונים, אמליץ לחברי להרכב לדחות את הערעור ברובו, למעט הפחתה של 20% משיעור הפיצוי שנפסק.

כללי

10. אמנם, לכאורה טענת המערערת יכולה לשבות את הלב ממבט ראשון, בו ישאל הקורא הכיצד "מתעשרת" לכאורה המשיבה בסכום הנכבד שנפסק לטובתה,

וזאת בזמן שחלף יום אחד בלבד בין ההודעה על זכייתה במכרז לבין ההודעה על נישולה מכך.

יחד עם זאת, לאחר קריאה מעמיקה ומקיפה בחומר הראיות יש לדחות טענה זו מכל וכל.

מדובר, כפי שקבע בית משפט קמא בהתנהלות פסולה וחסרת תום לב של המערערת, המהווה הן הפרה של עקרונות דיני המכרזים, בין היתר חובת השוויון וההגינות, והן הפרה של חובת תום הלב הן במו"מ לפי סעיף 12 לחוק החוזים והן מכוח עקרון העל של תום הלב וההגינות וכן סעיף 39 לחוק החוזים.

לא ניתן להתעלם גם מסכום המכרז הגבוה שהפיצוי מהווה כ-10% משווי העבודות נשוא המכרז.

העובדות, כפי שנקבעו על ידי בית משפט קמא הינן פשוטות ומצמררות. מפורסם מכרז פרטי על ידי המערערת (ואכן, כפי שקבע בית משפט קמא מדובר במכרז פרטי כפי שיפורט מייד בהמשך), שמראש מעוניינת למסור את העבודות במכרז לחברת נתיבים, שבעליה הינו חבר של בעל הבית של המערערת, ברם במחיר לא יותר יקר מהמחיר שתזכה בו הזוכה במכרז.

לכן, למרות שהמשיבה זכתה במכרז והודע לה על זכייתה במכרז ע"י החברה שאמונה על כך (חברת וקסמן), עקב לחץ ו"כיפוף ידיים" של המערערת באמצעות מר פישר ומר הדסי, מבוטלת זכייה זו מתוך כוונה למוסרה לחברת נתיבים, שבראשה עומד חברו של בעל הבית של המערערת (ראו בין היתר עדות מר וקסמן בעמודים 79 ו-84 לפרוטוקול מיום 28/12/08).

והנה, עקב זאת שחברת נתיבים לא יכולה לבצע את העבודות של הביסוס על פי חוק רישום קבלנים, ומשיקול פסול זה בלבד, ולא משיקולים עניינים ומקצועיים, הוחלט ע"י המערערת לפצל את העבודות נשוא המכרז בין חברת נתיבים (עבודות עפר) לחברת עבודות הביסוס - בייס פיל.

11. קשה להאמין, אך הדברים, מעבר לכך שנקבעו מפורשות ונחרצות על ידי בית משפט קמא, שקבע ממצאים עובדתיים וממצאי מהימנות והעדיף את גירסת מנהל המשיבה מר סלנט כמהימנה ואמינה עליו על פני גירסת המערערת, תוך קביעות חד משמעיות לגבי חוסר תום הלב וחוסר כנות המערערת, הדברים עולים גם בבירור מההקלטות שהובאו כראיות על ידי המשיבה.

מהקלטות אלו עולה מפורשות שלמרות שההצעה של המשיבה הייתה הזולה והזוכה, הרי בעל הבית של המערערת לחץ על חברת וקסמן להכניס את חברת נתיבים כשהוא "מוכן לשלם יותר" כדי שחברו מחברת נתיבים יקבל את העבודה.

כפי שהתרברב בעצמו החבר מחברת נתיבים, מר בן יעיש, בשיחה המוקלטת בינו למר סלנט מ-21/3/06 בעמוד 1 לתמליל (נספח יב' 3 למוצגי המשיבה) "זה לא חוכמה; אני זכיתי כי אני, אני חבר של הבעלים, אבל הייתי צריך לרדת למחירים שלכם" ובהמשך (בעמודים 10-11 לשיחה מיום 21/3/06 נספח יב' 4 למוצגי המשיבה) "הוא רצה שאני אתחרה ואזכה בעבודה... תשתתף, תהיה הכי זול, תיקח... שמע, החברה האלה הם חברים אבל הם אוהבים כסף".

והדברים חמורים ביותר ומדברים בעד עצמם.

12. כך גם אני מאמץ את יתר קביעותיו העובדתיות של בית משפט קמא שאין מקום להתערב בהן.

כך, לעניין הטענה שהמשיבה לא נבחרה כזוכה, בקבעו שלא הייתה כל בעיה להכריז על המשיבה כזוכה, גם בטרם תיוודע זהות קבלני המשנה, והדבר לא מנע את ההודעה למשיבה על זכייתה במכרז. כך גם לא הייתה מניעה להודיע על הזכייה גם אם טרם נפלה הכרעה סופית בדבר שיטת הביסוס.

כך גם הוגשה, במועד ההכרזה על המשיבה כזוכה, הצעת מחיר מהמשיבה לגבי הביסוס בשיטת בנטונייט.

כך גם קיבל בית המשפט את עדות סלנט שנאמר לו בשיחה הטלפונית מפרנפס שהצעת המשיבה היא הזולה ביותר ומכל מקום ברגע שהודע לה על הזכייה זה מחייב, מה גם שניתן היה לבחור זוכה שהצעתה אינה הזולה ביותר (למציעה אחרת לא היה סיווג קבלני מתאים ולכן דין הצעתה של מציעה זו היה להיפסל על סף).

כך גם, מי שהיה אמור להחליט בדבר זהות הקבלנים שיבצעו את הפרויקט זו חברת וקסמן, ופרנפס לא העלה על דעתו כי ההחלטה לבחור במשיבה כזוכה במכרז תבוטל והוא ראה עצמו מוסמך להודיע למשיבה על הזכייה והוא אכן היה מוסמך לכך.

לכן, לכאורה גם אם לא נחתם חוזה פורמאלי היה ברור שמדובר במצב שבו נבחרה המשיבה כזוכה במכרז, שההליכים לגביו בוצעו בלחץ זמנים, כאשר השכלול הסופי של החוזה נמנע אך ורק מחמת חוסר תום ליבה של המערערת.

בנסיבות אלו, נכונה מסקנת בית משפט קמא שהמשיבה נבחרה כזוכה במכרז, אך עקב לחץ שהופעל על וקסמן בוטלה זכייתה במכרז ונמסרו העבודות לחברת נתיבים אך ורק עקב הקשר החברי בין בעלי נתיבים לבעלי המערערת, ולכן פוצלו העבודות כדי לאפשר את זכיית נתיבים בעבודות העפר.

מכל מקום, אין זה משנה אם נכרת חוזה אם לאו (ראה לענין זה הגישות השונות בדעת הרוב ובדעת המיעוט בע"א 4850/96 קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. [רעננה לבנין והשכרה בע"מ, פ"ד נב\(5\) 562](#) שכן, בכל מקרה מדובר בניהול מו"מ בחוסר תום לב שבנסיבות הענין מספיק לפסיקת פיצויי קיום.

האם מדובר במכרז ומה הנפקות לכך

13. כפי שקבע בית משפט קמא, מדובר אכן במכרז פרטי שדיני המכרזים חלים גם עליו.

אמנם בעמוד 9 למסמכי ההליך נאמר "בכל מקום בו מופיעה המילה "מכרז" הכוונה להזמנה להגשת הצעות יובהר כי הזמנה זו אינה כפופה לחוק [המכרזים](#)", אך אמירה זו אינה חזות הכל, והמסקנה המתבקשת הינה שמדובר במכרז.

מהבקשה המפורטת להזמנת הצעות ומיתר המסמכים המפורטים עולה לכאורה שמדובר במכרז, כך גם נאמר מפורשות לדוגמא בפרוטוקול סיום הקבלנים מיום 24/2/06 שנרשם ע"י פרנפס מחברת וקסמן תוך ציון ש"שיש לקרוא בעיון את תנאי המכרז" ולמלא את המכרז.

גם כך פונה המשיבה למר פרנפס בבקשה להבהרה בחוברת המכרז, וכך גם פונה המשיבה אל המערערת באמצעות עורך דינה לגבי ביטול זכייתה במכרז ונענית לגוף מכתבה, לכן אין לקבל את טענת המערערת שלא מדובר במכרז פרטי.

בדומה להליך "דמוי מכרז" או בהליך הפטור מחובת מכרז, מוטלת חובת ההגינות על יוזם ההליך, החייב לנהוג בשוויון ובהגינות כלפי המציעים המשתתפים גם בהליכים אלו, בהתאם לחובות המוטלות עליו הן על פי המשפט הפרטי והן על פי המשפט הציבורי (כב' הנשיאה בייניש בבר"ם [3844/04 מעברים הנדסה אזרחית בע"מ נ' התעשייה הצבאית לישראל בע"מ](#) (לא פורסם) [פורסם בנבו] (27/5/04)).

יש להדגיש גם, שפס"ד קל בניין עצמו הינו דוגמא לכך שנפסקו פיצויי קיום במקרה של מכרז פרטי, כאשר כבר ב"גלגול הקודם" של תיק זה (בע"א [4850/96 קל בניין בע"מ נ' ע.ר.מ רעננה לבניה והשכרה בע"מ, פ"ד נב\(5\) 562](#)), נפסק כי רואים מכרז פרטי זה כ"מעין מכרז" שעליו חלים דיני המכרזים במלואם, כולל נורמת ההגינות והשוויון (וזאת בין אם נכרת חוזה מחייב (דעת המיעוט של כבוד השופט ש. לוי) ובין אם מכוח סעיף 12 לחוק החוזים עקב חוסר תום לב במו"מ לקראת הסכם (דעת הרוב כבוד השופטים גולדברג ושטרסברג-כהן)

מעבר לכך, ומעבר לצורך, גם אם לא היה מדובר במכרז פרטי, אין בכך לגרוע, כפי שקבע בית משפט קמא, מחובת ההגינות וחוסר תום הלב, כעקרון על במסגרת החוזית של מו"מ לכריתת חוזה ויחסים חוזיים וטרום חוזיים גם בין צדדים רגילים פרטיים, כך שמגיעים למעשה לאותה תוצאה.

פיצויי קיום

14. כידוע בית המשפט רשאי לפסוק פיצויי קיום שמטרתם להעמיד את התובע במקום שבו היה לולא הפעולה שלא כדן, דהיינו תשלום הרווח שנמנע ממנו כתוצאה מההתנהגות הפסולה.

זאת גם מכוח סעיף 12 לחוק החוזים בגין חוסר תום לב במו"מ במקרים חריגים (פס"ד קל בניין).

בית המשפט בעניין קל בניין מפרט את המצבים המיוחדים שבהם יש לפסוק פיצויים חיוביים, וכדבריו של כבוד הנשיא ברק בעמוד 302 לפס"ד קל בניין:

"גישתנו, שלפיה במקרים מיוחדים - שבהם המשא והמתן הגיע לשלב מתקדם שבו תנאי החוזה גובשו, ולולא חוסר תום-הלב היה החוזה נכרת - זכאי הנפגע לפיצויים "חיוביים" ("פיצויי קיום")."

...

"הנה כי כן, במצב הדברים הרגיל התרופה בגין הפרת החובה לנהל משא ומתן לקראת כריתתו של חוזה בתום לב היא בפיצוי על הנזק שנגרם לנפגע מעצם הכניסה למשא ולמתן ("פיצויים שליליים"; פיצויי הסתמכות"). עם זאת יש מקרים חריגים שבהם זכאי הנפגע לפיצויים בגין הנזק שנגרם לו בכך שההסכם שעמדו לכרות לא נכרת ולא הוגשם ("פיצויים חיוביים"; "פיצויי קיום"). המאפיין מצבים מיוחדים אלה הוא שהמשא והמתן הבשיל, למעשה, לכדי חוזה, ורק ההתנהגות חסרת תום-הלב מנעה את שכלולו. על כן אין לומר כי סעיף 12(ב) לחוק מוגבל אך ל"פיצויים השליליים", כשם שאין לומר שכל הפיצויים הנפסקים על פיו הם אך "פיצויים חיוביים". הכול תלוי בנסיבותיו המיוחדות של המקרה תוך התחשבות במידת חוסר תום הלב, בציפיות של הצדדים, בשלב שבו מצוי המשא והמתן ובנתונים אחרים העשויים להיות רלוונטיים. אין זה רצוי - לא בכלל, ובוודאי לא בשלב זה של פיתוח ההלכה - לקבוע בסוגיה שלפנינו קטגוריות נוקשות של מצבים. עניין לנו בתחום גמיש המחייב זהירות רבה, והתאמת המשפט למציאות החיים המשתנים."

פסיקת פיצויים חיוביים מצריכה זהירות רבה בין היתר עקב הקשיים העיוניים והמעשיים ולכן פסיקתם תהא במקרים חריגים במשורה ובמידה (ע"א 434/07 אריק פרינץ נ' אמירים מושב עובדים של צמחונים וטבעונים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ (לא פורסם) [פורסם בנבו] (14/6/09) (להלן: "פס"ד פרינץ").

כבוד השופט רובינשטיין בפס"ד פרינץ מציין מהם המקרים הנדירים והחריגים שבהם יש להחיל פיצויים חיוביים.

"סבורני, כי אחד הרכיבים החשובים, עליו יש לתת את הדעת בפסיקת פיצויים חיוביים, הוא בחינת השלב בו מצוי המשא והמתן; אלה יינתנו ככלל

רק בשלב מתקדם שלו, כשהבשיל לכדי ערב כריתת חוזה (ראו דברי הנשיא ברק בעניין קל בניין שהובאו לעיל);

ע"א 10385/02 דן מכנס ואח' נ' ריג'נט השקעות בע"מ ואח', פ"ד נח(2) 53, 57 (השופט כתוארו אז מצא)); כן ראו על דרך ההיקש פסק דינו של הנשיא ביניש בע"א 9423/05 רשות השידור נ' קטימורה בע"מ (לא פורסם) [פורסם בנבו]. שיקול מרכזי זה נבחן יחד עם מלוא הנסיבות של הליך המשא והמתן, כולל התנהגות הצד הנפגע והלך הרוח של הצדדים הקשורים להליך זה."

המלומד ד"ר עומר דקל בספרו "דיני מכרזים" חלק ב' בעמודים 328 - 323 מציין כי פיצויי ציפייה בגין הרווח שאבד אפשריים במקרים של תחליף לאכיפה, כשיש צורך בהתקיימות שלושה תנאים מצטברים לפסיקת פיצויי קיום על פי סעיף 12 לחוק החוזים:

- (1) להראות התנהגות שלא כדין.
- (2) הוכחה שקיים קשר סיבתי בין ההתנהגות לבין אי הזכיה במכרז (שאלמלא ההתנהגות היה זוכה במכרז).
- (3) אי הזכיה במכרז הסבה נזק כלכלי.

יישום: האם היה מקום לפסוק פיצויי קיום במקרה הספציפי?

15. יישום ההלכות המשפטיות שנסקרו לעיל, בהתאם לנסיבות העובדתיות הספציפיות של המקרה, כפי שניתח אותן בהרחבה כבוד השופט ברנר בבית משפט קמא, מצביע כי אכן מדובר במקרה חריג ונדיר שיש לעשות בו שימוש ולפסוק פיצויי קיום.

מדובר כאמור, על פי קביעותיו העובדתיות של בית משפט קמא, בהתנהגות חסרת תום לב של המערערת, שנישלה את המשיבה מזכייתה במכרז אך ורק בשל הקשר החברי שבין בעל המערערת מר שלום פישר לבין בעל חברת נתיבים, כאשר העבודות פוצלו כדי לאפשר לחברת נתיבים לעשות עבודות (עפר) שכן לא היה לה סיווג מתאים לעבודות ביסוס, וזאת כשהמערערת "מוכנה לשלם יותר" ומפעילה לחץ ו"כיפוף ידיים" על החברה שניהלה את המכרז.

כך גם קבע בית המשפט כי המו"מ הגיע לשלב מתקדם ביותר עד שהודע למשיבה על זכייתה במכרז, וכל שנותר הוא חתימה פורמלית של המערערת על החוזה, כאשר השכלול הסופי של החוזה נמנע אך ורק מחמת חוסר תום הלב

של המערערת, ולכן יש לראות בכך מצב מיוחד שכאילו נכרת חוזה בין הצדדים ובכל מקרה חוסר תום לב בניהול מו"מ שבגינם המשיבה זכאית לפיצוי בגובה הרווח שנמנע ממנה.

כך גם קבע בית המשפט שחוה"ד של המשיבה לגבי אובדן הרווחים והנוק הנטען לא נסתרה במהותה (למעט הפחתות קלות) וזאת בזמן שהמערערת לא הביאה חוות דעת נגדית מטעמה.

אומנם מדובר ברווח תיאורטי המבוסס על צפי בלבד, וייתכן ובסופו של יום היה מתברר שבפועל אין רווח (כמו גם האפשרות של רווח יותר גדול), אך לאור זאת שנמנעה מהמבקשת זכייתה במכרז והאפשרות להצביע על הרווח האמיתי שהייתה מרוויחה מהפרויקט עקב התנהגות המערערת, אין למערערת אלא להלין על עצמה בענין זה, ומשקבע בית המשפט שחוה"ד המומחה מקובלת עליו, תוך פירוט והנמקות מבוססות בענין זה, אין מקום להתערב גם בכך, למעט התחשבות בסיכונים הכרוכים בביצוע העבודות.

בנסיבות אלו, ולאור כל האמור, אין מקום להתערב בקביעות העובדתיות המבוססות של בית משפט קמא ובמסקנותיו המשפטיות.

הקטנת הנזק

16. מדובר בטענה יפה ומעניינת שעלתה לראשונה בהודעת הערעור ובעיקרי הטיעון בלא שהובאה כלל לדיון והכרעה בבית משפט קמא, ולכן אין מקום להידרש בה בנסיבות דנן.

על פי טענה זו, לבד מחילופי מכתבים בין הצדדים לא ביצעה המשיבה ואף לא ניסתה לבצע כל מהלך של ניסיון לאכוף את אותה התקשרות נטענת בינה למערערת ולא הגישה תביעה לאכיפת ההתקשרות ולכן הדבר שולל לחלוטין ממנה את האפשרות לדרוש פיצויים חיוביים.

זאת תוך הסתמכות בעיקר על [ע"מ 9423/05 רשות השידור נ' קטימורה](#) בע"מ (לא פורסם) [פורסם בנבו] (13/8/07) (להלן: "פס"ד קטימורה"). כפי שנראה בהמשך, בפס"ד קטימורה הביעו השופטים "הרהורים" בשאלה זו "בלא להכריע בה, וגם אני אצרף "הרהורי" בעניין, וזאת כאמור למעלה מן הצורך.

בפס"ד קטימורה נפסק כי אין לאשר את פסיקת פיצויי הקיום שנפסקו למי שלא זכה במכרז שכן לא הוכח קיומו של קשר סיבתי בין הפגמים שנפלו במהלכה של הרשות הציבורית לבין אי הזכייה במכרז. מעבר לצורך, ובלא להכריע בכך העלה בית המשפט העליון "הרהורים" לגבי הטענה שאין לפסוק פיצויי קיום שכן מי שלא זכתה במכרז ועתרה לפיצויי הקיום לא התמידה בטענה המקורית להכיר בה כזוכה ולאכוף את זכייתה. כבוד השופט גרוניס מציין כי אין בכוונתו ליתן תשובה לתהיה זו. כבוד הנשיאה בייניש מצטרפת בפס"ד קטימורה להערותיו והרהוריו של כבוד השופט גרוניס ביחס לקשיים המתעוררים בפסיקת פיצויי קיום בתובענה מינהלית המוגשת עקב פגמים שנפלו במכרז תוך ציון הדברים הבאים:

"קושי זה בולט במיוחד כאשר מדובר בתובע הטוען כי היה עליו לזכות במכרז, בנסיבות בהן לא ניסה לאכוף את זכייתו, ויותר על עתירתו המינהלית למימוש הזכייה הנטענת. ככלל, נראה שאין לקבל את הדילוג על פני שלב המימוש, היינו עתירה לאכיפת הזכייה במכרז, לשלב התובענה המינהלית לשם קבלת פיצויי קיום. מהטעמים שפירט חברי עלולה הרשות הציבורית להימצא חייבת בתשלום הן בגין התמורה לזוכה במכרז והן בנוסף לכך בפיצויי קיום ל"זוכה הוירטואלי" ואולי אפילו ליותר מזוכה אחד. יתרה מזו, במצבים מסויימים עשוי התובע להעדיף תביעה כספית על פני ניסיון לאכוף זכייה במכרז לאחר שהתבררו לו הנתונים, והרשות תימצא מממנת את התוצאה. בשיטתנו המשפטית עדיין נמצאת התובענה המינהלית בחיתוליה, ופסיקתנו ביקשה לעודדה בשל התכלית הראויה של הטלת אחריות על הרשויות הציבוריות בגין הפגמים ואי התקינות המתגלים בעבודתן. מבלי לקבוע מסמרות דומה שבדרך כלל יהיו אלה פיצויי הסתמכות בלבד שייפסקו אף כי יתכן שבמצבים חריגים מסויימים יהיה מקום אף לפסוק פיצויי קיום (ראו והשוו ע"א 700/89 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' מליבו ישראל בע"מ, פ"ד מז(1) 667, 685-687 (1993); ע"א 6370/00 קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ, פ"ד נ(3) 289, 300-302 (2002); עע"מ 7357/03 רשות הנמלים נ' צומת מהנדסים תכנון תאום וניהול פרויקטים בע"מ, פ"ד נט(2) 145, 166-168 (2004) הנזכרים בפסק דינו של חברי). השאלה אם אכן כך

ייקבע, היא בוודאי תלויית נסיבות ואינה פשוטה. מכל מקום השאלה אינה טעונה הכרעה בנסיבות העניין שלפנינו".

דהיינו, גם כבוד הנשיאה **בייניש** וגם כבוד השופט **גרוניס** לא מכריעים בשאלה מעניינת זו, למרות שלכאורה הכלל הינו שאין לדלג על תביעה לאכיפת זכיה במכרז ופסיקת פיצויי קיום במכרז תהיה חריגה והיא תלויה בנסיבות המקרה.

כך גם המלומד **ד"ר עומר דקל** בספרו **"מכרזים"** חלק ב' בעמודים 334-336, מציין שראוי שהסדר משפטי יקבע כי דרישה לפיצויים לגיטימיים רק במקרים שבהם אכיפה אינה אפשרית בשל נסיבות שאינן תלויות במציע עצמו, כך שדרך המלך תהא תביעה לאכיפת המכרז ותביעה לפיצויי קיום תהיה שיורית, בנסיבות שבהן המציע עצמו אינו יכול לממש את זכייתו לאכיפת המכרז מטעמים שאינם תלויים בו או בהתנהגותו (כמו במקרה שביטול הזכיה של הזוכה כבר לא הייתה אפשרית), או טעם מוצדק אחר להימנעות מתביעת האכיפה ושאם לא תהא הצדקה לאי הגשת תביעה לאכיפה בסמוך לגילוי ההתנהגות הפגומה של הרשות ניתן לראות בכך ויתור היוצרים מניעות והשתק.

17. הרהורים אלו יפים ומעניינים אך גם במקרה דנן אינם מחייבים הכרעה, שכן בענייננו הטענה לא נטענה עד לערעור ולא נבחנו היבטים שונים הדורשים ליבון גם מהפן העובדתי. כך, כפי שנסקר ע"י חברתי כב' השופטת **רוזן בת.מ. (ת"א) 124/07 חניוני הצלחה בע"מ נ' מדינת ישראל - משרד הבטחון** (לא פורסם) [פורסם בנבו] (18/11/08) (שם אפילו הוגשה בקשה שהתקבלה לדחיית התובענה על הסף עקב כך), יש לבחון מספר קריטריונים כדי להכריע בשאלה מתי יהיה מקום לדון בתביעה כספית של מציע שלא זכה במכרז ולא הגיש עתירה מינהלית, כמו השאלה מדוע לא הוגשה עתירה מינהלית לאכיפת הזכייה, האם היה חסר לתובע מידע ביחס לטעמים בשלהם לא זכה במכרז, האם ניתן היה בלוח הזמנים של הזכייה וביצוע העבודה נשוא המכרז להגיש את העתירה, והאם הגשת העתירה הייתה אפשרית לאור מכלול הנסיבות.

כן יש לבחון את התנהגות הרשות, וככל שהרשות סתתה בצורה בוטה ובצורה משמעותית יותר מסטנדרט התנהגות סביר ולגיטימי של רשות, תגדל הנטייה להתיר את הגשת התביעה כדי ליצור תמריץ לרשות לפעול כדין, תוך בחינת

השיהוי של מבקש הסעד, והנזק שעלול להיגרם לרשות של תשלום כפול וחומרת הפגיעה בשלטון החוק.

ואכן, כדי לבחון את הטענה של הקטנת הנזק ואי הזכאות לפיצויי קיום עקב אי פעולות מספיקות של המשיבה, היה מקום וצורך להיכנס לבחינה עובדתית של הנסיבות, האם אכן הייתה למשיבה הצדקה בנסיבות העניין להימנעות מתביעת אכיפה והאם יכלה להגיש תביעת אכיפה.

והנה, מכיוון שטענה זו לא נטענה כלל על ידי המערערת בהליכים בפני בית משפט קמא, לא הייתה כל התמודדות של המשיבה עם טענה זו ובית המשפט לא נצרך לה לכן כלל ועיקר, ולכן אין גם מקום שערכאת הערעור תעשה זאת לראשונה במסגרת הערעור.

18. מעבר לצורך, במקרה דנן לא ניתן להתעלם מכך שלא מדובר בגוף ציבורי ובבזבוז כספי ציבור של תשלום כפול הן לזוכה במכרז והן למי שנשללה ממנה הזכייה במכרז, אלא בגוף פרטי, שלגביו לא נשקל שיקול זה של בזבוז כספי ציבור.

כן לא ניתן להתעלם מכך שלכאורה מדובר, כפי שקבע בית משפט קמא בהתנהגות חמורה ובוטה של המערערת, שחרגה מכל סטנדרט התנהגות סביר ופעלה בחוסר תום לב של ממש לביטול זכיית המשיבה במכרז והעדפת חברה שבעליה חבר של בעל הבית גם אם תצטרך לשלם יותר (והיא אכן נצרכה לשלם יותר), כך שיש דווקא תמריץ בהגשת התביעה על מנת שגופים פרטיים המפרסמים מכרז, יפעלו כדין ובהגינות.

בנוסף, המשיבה פנתה באמצעות עורך דינה כבר ב-9/4/06 במכתב רשום לנתיבים וטענה שנכרת הסכם מחייב לביצוע העבודות, לאחר שהצעתה הוכרה כהצעה הזוכה והתברר שנוהל הליך סרק שבסופו נבחרה זו ש"בעל המאה" חפץ ביקרה, ונענתה בשלילה ב-27/4/06, כאשר צו התחלת עבודה לחברה הזוכה במכרז ניתן כבר ב-30/4/06, ולא ניתן לשלול את טענת המשיבה כי העבודות החלו בסמוך למועד ההתרחשויות נשוא עילת התביעה ולמועד גילוי חוסר תום הלב של המערערת שטענה בעצמה בסעיף 8 להודעת הערעור ש"מדובר בעבודות שביצוען נדרש בדחיפות וההליכים לגביהן בוצעו בלחץ זמן ניכר", וכפי שקבע גם בית משפט קמא בפסק דינו שהמכרז נוהל בדרך חפוזה ובלחץ זמן גדול מאוד.

בנסיבות אלו, משלא נבחנו כלל טענות עובדתיות אלו מאחר ולא נטענו כלל ע"י המערערת בהליכים בבית משפט קמא ולא ניתנה למשיבה ההזדמנות להתמודד עם הטענה ולהראות האם הייתה יכולה בכלל לעצור את המכרז, אין מקום לכך שערכאת הערעור היא זו שתכריע לראשונה בשאלות אלו.

19. לא ניתן להתעלם גם מכך שהמערערת טוענת מחד שלא מדובר כלל במכרז שדיני המכרזים לא חלים כאן ושלא מדובר ברשות ציבורית אלא בגוף פרטי (דבר שכמובן נכון), ומאידך מבקשת להחיל עליה את מה שהיא מסיקה בעניין קטימורה העוסק במכרז.

כך גם יש הבדל כמובן בין גוף ציבורי שלגביו יש יותר הקפדה על מניעת תשלומי כפל ובזבוז כספי ציבור בתשלום כפול הן לזוכה במכרז והן למי שלא זכתה במכרז עקב ההתנהלות הפסולה של עורך המכרז, לבין גוף פרטי שחלים עליו אמנם דיני המכרזים אך אין מדובר בחיובו הכפול בבזבוז כספי ציבור אלא גם באקט חינוכי והרתעתי שיש לו חשיבות רבה כדי למנוע מגופים פרטיים לנהוג בחוסר תום לב לפרסם מכרז ולנהל הליך שוויוני כביכול, בעוד הכוונה הינה, בכל מקרה, לתת את העבודות לחברה בבעלות חבר, גם אם זה יעלה יותר ואף לפצל את העבודות כדי לאפשר זאת, וישנה חשיבות ציבורית רבה ואינטרס ציבורי לכך שמקרים כאלו לא יישנו, וחיוב בתשלום כפול, יכול דווקא לשרת מטרה זו היטב.

יודגש כי מדובר בקביעות עובדתיות הנכונות לתיק זה על נסיבותיו הספציפיות, כפי שנקבעו על ידי בית משפט קמא ואין להשליך מכך על תיקים אחרים ועל התוצאה הראויה במקרה שתיטען הטענה לגבי הקטנת הנזק, טענה שראוי אכן לבחנה בכובד ראש בהתאם לנסיבות.

שיעור הפיצויים שיש לפסוק במקרה זה

20. כאמור, המערערת השיגה על כך שבית משפט קמא, לא הפחית סכומים שונים שלטענתה היה מקום להפחיתם, אולם למעט השגה בנושא אחד, שאר ההשגות נבחנו ונידונו ע"י בית משפט קמא, ולא מצאתי מקום להתערב בקביעותיו אלו.

21. המערערת טענה כי בית המשפט לא היה אמור לפסוק את מלוא הרווח התיאורטי, תוך התעלמות מהסיכונים הרבים הקיימים בביצוע פרויקט מורכב

מעין זה, כולל לחץ הזמנים, חשיפה לקנסות ועוד (ראו סעיף 80.6 להודעת הערעור).

22. כפי שציין הנשיא ברק בעניין קל בניין "לא ניתן לקבוע בבירור את שיעור הרווח שנמנע ממנה. על-כן מדובר בשיעור הרווח המשוער או הצפוי..." (עמ' 303). כך פירט ביהמ"ש את אופני החישובים השונים ובסופו של יום קבע סכום הנמוך מחישובי המערערת שם. אכן, מעת שדנים אנו בשאלת רווח נמנע, מדובר בתחזית ובהשערה. המומחה מטעם המשיבה, נקט בדרך חישוב של הפחתת ההוצאות הצפויות מהתמורה, שיטה שהוזכרה בעניין קל בניין, אולם מדובר בחישוב תיאורטי שלא נכללו בו הסיכונים או אירועים בלתי צפויים שיכול וישפיעו על הרווח שהייתה מקבלת המשיבה בסופו של יום. במיוחד יפים הדברים נוכח מורכבות הפרויקט כך גם סד הזמנים הנצרך לו.

23. אכן, כפי שצינתי לעיל, המקרה דנן הינו המקרה הראוי לפסיקת פיצויי קיום, אך כפי שנקבע בפס"ד פרינץ, פסיקתם תהא במשורה ובמידה. נראה לי, כי בנסיבות העניין מעת שמדובר, בסופו של יום בהערכה, יש מקום להפחתה בשיעור 20% מסכום הפיצוי שקבע בית משפט קמא.

התוצאה

24. התוצאה הינה כי אמליץ לחברי להרכב לדחות את הערעור ברובו, למעט הפחתה של 20% מסכום הפיצוי שקבע בית משפט קמא. ככל שהמערערת שילמה למשיבה מעבר לסכום הפיצוי לאחר ההפחתה, תשיב המשיבה למערערת את הסכום העודף בצירוף הפרשי הצמדה מעת התשלום ועד השבתו. בנסיבות העניין ולאור התוצאה אין צו להוצאות בערעור זה.

הסכום שהפקידה המערערת בקופת בית המשפט יוחזר למערערת, באמצעות בא כוחה.

השופט י' שנלר, אב"ד:

אני מסכים ומצטרף לפסק דינו המקיף והמעמיק של חברי כבוד השופט ד"ר ורדי.

ישעיהו שנלר, שופט
אב"ד

השופטת ר' לבהר שרון:

אני מסכימה ומצטרפת לחוות דעתו של חברי השופט ד"ר קובי ורדי. אף אני סבורה שבנסיבות העניין ראוי היה לקבוע "פיצויי קיום" לאור ההתנהגות הפסולה וחסרת תם הלב של המערערת, אם כי ראוי היה להפחית מהערכת הרווח התיאורטי, מרכיבים שלא נכללו בו, כגון סיכונים ואירועים בלתי צפויים, מה גם שקשה להתעלם, אף כי הדבר לא נטען בפני בית משפט קמא, כי המשיבה לא נקטה בשום פעולות אכיפה לקיום המכרז.

רות לב הר שרון, שופטת

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ד"ר קובי ורדי.

המזכירות תשלח העתק מפסק הדין לצדדים.

ניתן היום, יא כסלו תשע"ב, 07 דצמבר 2011, בהעדר הצדדים.

רות לב הר שרון, שופטת

ד"ר קובי ורדי, שופט

ישעיהו שנלר, שופט
אב"ד

ישעיהו שנלך 54678313-/-

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](#)