



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בעניינים מינהליים

ע"ם 7401/14

לפני : כבוד השופט ע' פוגלמן
כבוד השופט מ' מזוז
כבוד השופטת ע' ברון

המערערת : קסם מילניום בע"מ

נגד

המשיבה : רשות שדות התעופה

ערעור על פסק הדין של בית המשפט לעניינים מינהליים
מרכז-לוד (כב' סגנית הנשיא ו' מרוז) בת"מ 21434-05-14
מיום 23.9.2014

תאריך הישיבה : כ"ח בתמוז התשע"ה (15.7.2015)

בשם המערערת : עו"ד שי פורת

בשם המשיבה : עו"ד אסף שובינסקי ; עו"ד אייל בן שושן

פסק-דין

השופט ע' פוגלמן:

מציע שהשתתף במכרז טוען כי זכייתו בו קופחה עקב פגם שנפל בהתנהלותה של הרשות, ויש בידו להוכיח כי אילולא אותו הפגם היה הוא זוכה במכרז. אותו מציע אינו מגיש עתירה מינהלית שבה הוא מבקש לממש את זכייתו הנטענת במכרז, אלא תובע פיצויים מהרשות בגין הרווח שהיה מפיק לו היה זוכה במכרז, קרי: פיצויי קיום. האמנם רשאי המציע לתבוע פיצויים בנסיבות אלו או שמא תנאי מקדים לקבלת סעד זה הוא כי המציע הגיש קודם לכן עתירה מינהלית לאכיפת זכייתו הנטענת? זו השאלה העומדת לפתחנו בערעור זה.

1. בין השנים 2009-2013 הפעילה חברת קסם מילניום בע"מ (להלן: המערערת) חניון לכלי רכב שנמצא בצמוד לשדה התעופה דב הוז (להלן: החניון). בתחילת שנת 2013 פרסמה המשיבה, רשות שדות התעופה (להלן: המשיבה), מכרז לניהול והפעלה של החניון (להלן: המכרז). סעיף 8.2 לטופס הזמנת הצעות למכרז קבע כי במכרז לא תוכל להתמודד:

“אישיות משפטית אשר בינה לבין הרשות [המשיבה – ע' פ',] נחתם חוזה [...] ובמהלך תקופה של 5 שנים שקדמו למועד פרסום המכרז, הרשות שלחה למתקשר הודעת ביטול לחוזה שהיה קיים בין הצדדים ו/או חילטה ערבות של המתקשר בסיום החוזה הנ"ל, עקב טענה בדבר הפרתו על ידי המתקשר, ו/או עקב קיום חוב עומד בסיום ההתקשרות [...] מובהר בזאת כי ההגבלה המפורטת בסעיף זה תחול גם ביחס ל: (i) אישיות משפטית שהינה בעלת אחזקות במישרין או בעקיפין במתקשר [...]” (להלן: סעיף 8.2; עמ' 92 למוצגי המערערת).

המערערת, חברת אי.פי.אי ישראל חניה ובקרה (1999) בע"מ (להלן: אי.פי.אי) וחברות נוספות הגישו הצעות במכרז. הצעתה של חברת אי.פי.אי הייתה הזולה ביותר, אך ועדת המשנה למכרזים מטעם המשיבה (להלן: ועדת המשנה) המליצה על פסילתה מן הטעם שהיא לא עומדת במגבלה הקבועה בסעיף 8.2. נמצא כי חברת אי.פי.אי מצויה באחזקה מלאה של חברה אחרת (להלן: חברת האם), אשר המשיבה התקשרה עמה בעניין אחר; וכי המשיבה חילטה את הערבות הבנקאית של חברת האם בגין חוב נטען כלפיה, המתברר בהליך משפטי. משכך, ועדת המשנה המליצה לבחור בהצעת המערערת, שדורגה שנייה לאחר אי.פי.אי. ועדת המכרזים העליונה של המשיבה (להלן: הוועדה העליונה) דחתה את ההמלצה דנן, בנימוק שלפיו החוב המיוחס לאי.פי.אי אינו נובע במישרין מהוראות הסכם ההתקשרות שנכרת בין המשיבה לבין חברת האם ולכן החליטה כי המקרה של אי.פי.אי אינו בא בגדרי המגבלה הקבועה בסעיף 8.2; וכי בהינתן שהצעתה הייתה הגבוהה ביותר יש להכריז עליה כזוכה. ביום 2.5.2013 הודיעה המשיבה למערערת על זכייתה של אי.פי.אי במכרז. ביום 7.5.2013, לבקשת המערערת, העמידה המשיבה לרשותה את פרוטוקול הדיון של הוועדה העליונה. באותו היום שלחה המערערת למשיבה מכתב שבו דרשה כי ההכרזה על אי.פי.אי כזוכה במכרז תבוטל או למצער תעוכב, עד לבירור טענותיה בבית המשפט. דרישות אלו לא נענו, וביום 15.5.2013 המערערת פינתה את החניון והפעלתו נמסרה

על ידה לאי.פי.אי. המערערת לא הגישה עתירה מינהלית למימוש זכייתה הנטענת במכרז.

2. ביום 9.10.2013 – כ-5 חודשים לאחר שנודע לה דבר זכייתה של אי.פי.אי במכרז ולאחר שפינתה את החניון והפעלתו נמסרה לאי.פי.אי – הגישה המערערת תביעה נגד המשיבה לפיצויי קיום בשל הפגם שנפל לטענתה בבחירתה של אי.פי.אי כזוכה (יוער כי תחילה הוגשה התביעה לבית משפט השלום בתל אביב, אך זו נמחקה בהסכמה ביום 27.3.2014 מחמת העדר סמכות עניינית). בהמשך לכך הגישה המערערת ביום 13.5.2014 תובענה מינהלית לפיצויים בסכום של כ-1.1 מיליון ש"ח לבית המשפט לעניינים מינהליים מרכז-לוד. ביום 29.6.2014 הגישה המשיבה בקשה לסילוק התובענה על הסף בטענה כי משהמערערת לא נקטה בהליכי אכיפה לשינוי תוצאות המכרז, אין באפשרותה לתבוע פיצויים; וכי התובענה – שהוגשה בחלוף למעלה משנה מהמועד שבו נודע למערערת על תוצאות המכרז – לוקה בשיהוי כבד ויש בה משום שימוש לרעה בהליכי משפט. בפסק דין מיום 23.9.2014 נעתר בית המשפט לעניינים מינהליים מרכז-לוד (כב' סגנית הנשיא ו' מרוז) לבקשה ודחה את התובענה על הסף. הוטעם כי למערערת הייתה אפשרות מעשית להגיש עתירה למימוש זכייתה הנטענת במכרז, אך היא נמנעה מלעשות כן; וכי התובענה הוגשה בשיהוי כבד. נוכח דברים אלה, קבע בית המשפט כי אין מקום לדון בתובענה וזו נדחתה על הסף.

טענות הצדדים

3. מכאן הערעור שלפנינו. לטענת המערערת לא היה מקום לדחות את התובענה על הסף שכן בפסיקתנו כבר נקבע כי לרשות הטוען לקיפוח במכרז נתונות שתי דרכי פעולה חלופיות: האחת, להגיש עתירה מינהלית לאכיפת זכייתו במכרז; והשנייה להגיש תובענה לפיצויים. לפיכך, שגה בית המשפט לעניינים מינהליים שקבע כי אי הגשת עתירה מינהלית מבעוד מועד מהווה עילה לדחיית התובענה לפיצויים על הסף, שכן אין זו ההלכה הפסוקה שיצאה מלפני בית משפט זה, הגם שדברים ברוח דומה מצאו ביטויים בכמה אמרות אגב. עוד נטען כי גם אם יקבע בסופו של דבר בהליך זה כי יש לאמץ הלכה מחייבת כאמור, הרי שלא יהיה מקום להחילה באופן רטרואקטיבי על עניינה של המערערת. לבסוף, טענה המערערת כי לא היה בידיה להגיש עתירה מינהלית במועד הרלוונטי משום שהמשיבה לא מסרה לה פרטים עובדתיים חיוניים הדרושים להגשתה.

4. המשיבה טוענת מצדה כי הדרישה שלפיה יש להקדים לתביעת פיצויי קיום שעילתה פגם במכרז עתירה מינהלית לאכיפת זכייתו של הטוען לקיפוח אומצה בפסיקה, לרבות על ידי בית משפט זה. עוד נטען כי הגשת התובענה על ידי המערערת בחלוף שנה ממועד ההכרזה על הזוכה במכרז נגועה בשיהוי ניכר; וכי במהלך תקופה זו המערערת לא נקטה בהליך מתאים כך שנוצר "מעשה עשוי" והמשיבה, כמו גם צדדים שלישיים, שינו את מצבם לרעה.

דיון והכרעה

5. נדון אפוא בשני הראשים של טענות המערערת: תחילה יש ליתן מענה לשאלה אם בדין נדחתה התובענה המינהלית על הסף מן הטעם שהמערערת לא הגישה קודם לתביעתה עתירה נגד ההחלטה על אודות אי זכייתה במכרז. אם תהיה התשובה לכך שלילית יגיע דיוננו אל קצו והערעור יתקבל. אם התשובה לשאלה זו תהא בחיוב נידרש לראש השני של טענות המערערת, שלפיו גם אם תיקבע דרישה מקדימה כאמור, אין מקום להחיל קביעה זו למפרע בעניינה.

סעדים בשל פגם במכרז: מסלול האכיפה ומסלול הפיצויים

6. הטוען לפגיעה כתוצאה מפגם בפעולת הרשות במסגרת הליך מכרז רשאי לבקש שני סוגים של סעדים: הראשון, סעד האכיפה – שבמסגרתו מצווה הרשות לתקן את הפגם שנפל בפעולתה, הוא הסעד האופייני המסורתי בגין הפרת כללי המשפט המינהלי. הסעד השני, הוא סעד הפיצויים שבגדרו זכאי הנפגע לתבוע את הנזקים שנגרמו לו כתוצאה מהפגם שנפל בפעולת מהרשות המינהלית. להבדיל מהסעד המינהלי הקלאסי, סעד הפיצויים בגין העילה המינהלית בדיני המכרזים הציבוריים התגבש בפסיקת בית משפט זה בתהליך מדורג. כך, בראשית הדרך רווחה הגישה שלפיה המשפט המינהלי המסורתי כלל לא מכיר באפשרות לקבל סעד כספי (ראו בג"ץ 292/61 בית אריזה רחובות בע"מ נ' שר החקלאות, פ"ד טז 20, 32 (1962)). למי שנפגע מפעולה מינהלית עמדה אפוא האפשרות לתבוע פיצוי כספי מהרשות רק כאשר התקיימו יסודותיה של אחת מהעוולות המוכרות בדיני הנזיקין או בשל עילות חוזיות. בהמשך, ניכרו ניצני שינוי כאשר לא נשללה אפשרות לפסוק פיצויים לאזרח הנפגע ממעשה או מחדל של הרשות, גם אם אלה לא מקימים אחריות לרשות לפי דיני החוזים או דיני הנזיקין (בג"ץ 101/74 בינוי ופיתוח בנגב בע"מ נ' שר הבטחון, פ"ד כח (2) 449, 456 (1974) (עניין בינוי ופיתוח); על התפתחות ההכרה בסעד הפיצויים המינהליים בכלל ובמסגרת דיני המכרזים בפרט ראו דפנה ברק-ארוז "פיצויים מינהליים ומכרזים

ציבוריים" משפט וממשל ב 35, 40 (1994) (להלן: ברק-ארז, פיצויים מינהליים); ראו גם התיאור בדבר הפסיקה העוקבת לפסק הדין בעניין בינוי ופיתוח (שם, בעמ' 40-45).

7. ציון דרך נוסף בסוגיית הפיצויים המינהליים בקשר לדיני המכרזים מצוי בפסק הדין בעניין מליבו, שבו שב והכיר בית משפט זה בזכותו של מציע – אשר אלמלא הפגם שנפל בפעולת הרשות היה בידו לזכות במכרז – לקבל פיצויים מהרשות בגין עילה מינהלית (ע"א 700/89 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' מליבו ישראל בע"מ, פ"ד מז(1) 667, 685-687 (1993) (לעיל ולהלן: עניין מליבו)). נקבע כי הפרה של זכותו של מציע במכרז לזכות במכרז – גם כזו שקמה כתוצאה מהפרת כללי המשפט המינהלי – מזכה את המציע הנפגע בסעד, ובכלל זאת גם בסעד הפיצויים, בבחינת "הלך הסעד אחר הזכות" (שם, בעמ' 687). חשיבות פסק הדין בעניין מליבו הייתה גם בכך שהוכרה זכותו של המציע שזכייטו במכרז קופחה לקבל פיצויי קיום, קרי פיצויים שנועדו להעמידו במקום שבו היה עומד אילו פעלה הרשות כדין (שם, בעמ' 686-687; ראו והשוו גם עע"ם 7357/03 רשות הנמלים נ' צומת מהנדסים תכנון תאום וניהול פרויקטים בע"מ, פ"ד נט(2) 145, 166-167 (2004); עע"ם 9660/03 עיריית רחובות נ' שבדרון, פ"ד נט(6) 241, 265 (2005) (להלן: עניין שבדרון); ברק-ארז, פיצויים מינהליים, בעמ' 48-49). בסיס נוסף לקביעה כי מציע כאמור זכאי לפיצויי קיום בגין עילה זו מצא בית המשפט בדוקטרינת "החווה הנספח". לפי מתווה זה, כל ההתחייבויות הנובעות מקיום הליך המכרז מגבשות למעשה יחסים חוזיים בין הרשות לבין מי שמשתתף במכרז – הוא חווה הנספח, ולכן הפרת אחד מכללי דיני המכרזים, משמעה הפרה של חווה זו. על כן, פיצויים בגין הפרת כללי דיני המכרזים, לפי גישה זו, הם משום תרופה בשל הפרת אותו חווה (עניין מליבו, בעמ' 687-688; לחלופות אפשריות נוספות לקביעת החבות של הרשות, ראו שם, בעמ' 689).

8. ההלכה שנפסקה בעניין מליבו פורשה בפסיקתנו ככזו שמתווה שני מסלולים חלופיים למי שיש בפיו טענת קיפוח בהליכי מכרז: המסלול הראשון הוא מסלול האכיפה, שבמסגרתו מבקש המציע כי בית המשפט יורה על תיקון הפגם שנפל בפעולת הרשות, ויכריז עליו כזוכה (יצוין כי הלכה למעשה הסעד במקרים אלה יכול שיהיה – מלבד קביעה כי העותר הוא הזוכה – ביטול המכרז או החזרת הדיון לוועדת המכרזים; ראו גם עע"ם 8409/09 חופרי השרון בע"מ נ' א.י.ל סלע (1991) בע"מ, פסקאות פ"ב-פ"ג (24.5.2010) (להלן: עניין חופרי השרון); למען הנוחות נתייחס להלן למסלול האכיפה כמקשה אחת, מבלי להבחין בין הסעדים השונים הנובעים ממנו). המסלול השני הוא מסלול הפיצויים, שביסודו קבלת סעד כספי בגין הרווח שנמנע מהמציע עקב העובדה שלא זכה במכרז. כדי לזכות בפיצויים אלה, על המציע להראות כי נפל פגם בפעולת

הרשות וכי אלמלא אותו הפגם היה הוא זוכה במכרז (ראו למשל ע"מ 9423/05 רשות השידור נ' קטימורה בע"מ, פסקה 6 (13.8.2007) (להלן: עניין קטימורה); ע"א 6926/93 מספנות ישראל בע"מ נ' חברת ישראל בע"מ, פ"ד מח(3) 749, 789-790 (1994) (להלן: עניין מספנות ישראל); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ג – משפט מינהלי כלכלי 176-173 (2013) (להלן: ברק-ארז); עומר דקל מכרזים כרך שני 323 (2006) (להלן: דקל)).

9. השאלה העומדת לפתחנו בגדרו של ערעור זה נוגעת אפוא ליחס בין שני מסלולים אלה: האמנם מסלול האכיפה ומסלול הפיצויים "מקבילים" הם, כך שהמציע שזכייתו קופחה במכרז יכול לבחור ביניהם כאוות נפשו, או שמא זכותו לתבוע פיצויים מותנית בכך שפנה קודם לכן למסלול האכיפה והגיש עתירה מינהלית למימוש הזכייה הנטענת במכרז?

10. שאלה זו לא קיבלה מענה חד משמעי בעניין מליבו שכן עיקר הדיון שם הוקדש לשאלת זכותו של מתמודד במכרז לקבל פיצויי קיום מהרשות בגין עילה מינהלית, הנובעת ממערכת היחסים בין הפרט המשתתף במכרז לבין הרשות. יחד עם זאת, בית המשפט ציין שם כי "בפיצוי מדברים אנו כאן, הואיל והעבודה נמסרה הלכה למעשה לבן יקר, ולדרוקר לא נותר אלא סעד הפיצויים בלבד"; כי "דין הוא שאותו מציע במכרז זכאי כי בעל המכרז יושיב אותו על אותו כס שהיה זכאי לישיב עליו לו היו הליכי המכרז מתנהלים כסדר, [...] ואם לא קיבל [את העבודה נושא המכרז – ע' פ'] – זכאי הוא לפיצוי כדי הרווח שהיה מפיק מאותה עבודה, לו קיבלה"; וכי "בית המשפט קמא יכול היה אפוא – כעיקרון – ליתן צו עשה, ובאין צו עשה – פיצויים כדי ערכו של צו עשה" (שם, בעמ' 685 ובעמ' 687, בהתאמה; ההדגשות הוספו – ע' פ'). חרף אמירות אלו, דומה כי בהעדר דיון בשאלת היחס בין הסעדים, לא ניתן למצוא בפסק הדין מענה מפורש לשאלה זו (וראו גם עניין מספנות ישראל, בעמ' 789-790).

11. ואולם, מאז פסק הדין בעניין מליבו השתנתה המציאות הנורמטיבית. בראש ובראשונה, הוקמו בתי המשפט לעניינים מינהליים, אשר הוסמכו לדון בין היתר גם בתובענה מינהלית לפיצויים שעילתה במכרז (סעיף 5(3) לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000 (להלן: חוק בתי משפט לעניינים מינהליים)); ראו גם פרט 1 לתוספת השלישית ופרט 5 לתוספת הראשונה לחוק (זה). מלבד תובענה לפיצויים שעילתה במכרז כאמור, מוסמך בית המשפט לעניינים מינהליים לדון, נכון לשלב זה, בסוג נוסף אחד בלבד של תובענות מינהליות, הנוגעות לבקשות אישור תובענה ייצוגית נגד רשות לפי סעיף 5(ב)(2) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006. בכך, העתיק החוק הלכה למעשה את ההתדיינות בהיבטים מסוימים של תביעות פיצויים שעילתן

במכרז מבית המשפט האזרחי לבית המשפט לעניינים מינהליים (על הרקע לחקיקה זו ראו עניין שבדרון, בעמ' 249-246; מני מזוז "רפורמה בשיפוט המינהלי בישראל – חוק בתי-משפט לעניינים מינהליים, תש"ס-2000" משפט וממשל ו' 233 (2001); לדיון במוסד התובענה המינהלית ובשאלת תיחום הגבול בינו לבין הליך התביעה האזרחית בתחום המכרזים ראו ע"מ 3309/11 קוטלרסקי נ' המועצה המקומית תל מונד, פסקאות 18-28 לחוות דעתו של השופט י' עמית (6.1.2013) (להלן: עניין קוטלרסקי)). השאלה שלפנינו – הנוגעת ליחס בין סעד הפיצויים לבין סעד האכיפה – מוגבלת אפוא לתובענות שעילתן במכרז כאמור.

12. בהתייחס לשאלת היחס בין הסעדים, הובעה בפסיקת בית משפט זה לא אחת עמדה שלפיה מציע במכרז שטוען כי היה צריך לזכות בו, נדרש לפעול למימוש הזכייה הנטענת במכרז בהליך של עתירה מינהלית עובר לתביעת הפיצויים שעילתה בטענתו זו. בעניין קטימורה ציינה הנשיאה ד' ביניש כי קיים קושי בקביעה כי כנקודת מוצא, שני המסלולים – הפיצויים והאכיפה – יהיו נתונים לבחירת מציע שטוען לקיפוח במכרז:

"קושי זה בולט במיוחד כאשר מדובר בתובע הטוען כי היה עליו לזכות במכרז, בנסיבות בהן לא ניסה לאכוף את זכייתו, וויתר 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" (עניין קטימורה, חוות דעתה של הנשיאה ד' ביניש; לגישה זו ראו גם דבריו של השופט (כתוארו אז) א' גרוניס (שם, פסקה 6)).

תמיכה בגישתה של הנשיאה ד' ביניש הביעה גם השופטת (כתוארה אז) מ' נאור

בעניין סופרמאטיק:

"באשר לטענת המשיבה שביקשה כי תאומץ הגישה לפיה מציע הנמנע מלתבוע את אכיפת המכרז ומשהה את תביעתו לא יוכל לדרוש פיצוי כספי על כך שנמנע ממנו לזכות במכרז: אכן, בעניין זה קבעה הנשיאה ביניש כי 'ככלל, נראה שאין לקבל את הדילוג על פני שלב המימוש, היינו, עתירה לאכיפת הזכייה במכרז, לשלב התובענה המינהלית לשם קבלת פיצוי' [...]. לכאורה רואה אני טעם בגישה זו, ובלבד שלא תופעל ככלל נוקשה" (ע"מ 5487/06 סופרמאטיק בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פסקה 18 (12.4.2009) (לעיל ולהלן: עניין סופרמאטיק)).

בעניין רם-שן העיר השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין כי "הסדר הטוב מצביע לכיוון של דבר דבור על אופניו, ושלב מימוש תחילה" (ע"א 8835/07 רם-שן שירותים והשקעות בע"מ נ' עיריית ירושלים, פסקה טו (8.12.2010) (לעיל ולהלן: עניין רם-שן)); ראו והשוו גם עניין קוטלרסקי, פסקה 22 לחוות דעתו של השופט י' עמית). לבסוף אציין כי גם בעניין איגוד ערים, ציינו שניים משופטי ההרכב כי מקובלת עליהם הגישה שלפיה הגשת תובענה שעניינה פיצויי קיום צריכה לבוא בהמשך לעתירה מינהלית שבה הטוען לקיפוח במכרז ניסה לממש את זכייתו הנטענת. כך ציינה שם השופטת ד' ברק-ארז:

"באופן עקרוני מקובלת עליו הגישה לפיה הגשתה של תובענה לפיצויי קיום חייבת לבוא בהמשך לעתירה מינהלית שבה ניסה התובע, בשלב ראשון, לעמוד על זכייתו במכרז" (עע"ם 4028/14 איגוד ערים לאיכות הסביבה "דרום יהודה" נ' עופר ובניו חברה חקלאית בע"מ, פסקה 21 (26.5.2015) (לעיל ולהלן: עניין איגוד ערים)); לעמדה זו הצטרף גם השופט מ' מזוז, ראו חוות דעתו באותו עניין).

עמדה זו זכתה לתמיכה גם בספרות המלומדים (ראו למשל דקל, בעמ' 337-334; אמיר לוי דיני המכרזים בישראל 563 (2012) (להלן: לוי)). דא עקא, כפי שטענה המערערת, בית משפט זה טרם פסק הלכה בסוגיה זו. דומה אפוא כי בשלה העת להכרעה. לשם כך נפנה לבחון את השיקולים הצריכים לעניין.

שיקולים התומכים בהותרת חופש בחירה לנפגע בין שני המסלולים

13. השיקול העיקרי התומך במתן אפשרות למתמודד במכרז הטוען כי זכייתו בו קופחה בשל פגם בפעולת הרשות לתבוע פיצויים מהרשות, אף אם לא הקדים והגיש עתירה מינהלית לאכיפת זכייתו, הורתו בעקרון הבסיסי שלפיו הסעד הולך אחר הזכות: *ubi jus ibi remedium* (עניין מליבו, בעמ' 687). לפי גישה זו, הפרת חובותיה המינהליות של הרשות והנזק שנגרם אגב כך לתובע שהזכייה במכרז נמנעה ממנו, על המשמעות הכספית הגלומה בכך – הם שמקימים לאותו מתמודד במכרז את הזכות להיפרע מהרשות בגין נזקיו. מנקודת מבט זו, השאלה האם הקדים התובע לתביעתו עתירה לצורך אכיפה אינה מעלה ואינה מורידה. שיקול נוסף התומך בהכרה בזכות לתבוע פיצויי קיום, גם אם לא הוגשה עתירה למימוש הזכייה הנטענת, הוא הכוונת התנהגותה של הרשות. חיוב הרשות בתשלום פיצויים למציע, בסך הרווח שהיה מפיק אילו היה זוכה במכרז נועד גם לתמרץ את הרשות לפעול כדין ולהקפיד קלה כבחמורה בניהול ההליך המכרזי (ברק-ארז, בעמ' 183).

14. שיקולים אלה תומכים בכך שמסלול הפיצויים יהיה פתוח גם למתמודד שלא הקדים לתביעתו עתירה לאכיפת זכייתו ובהותרת הבחירה מבין הסעדים – האכיפה והפיצויים – בידי הנפגע. זאת, בדומה לגישה הניצבת ביסודם של דיני התרופות מתחום החוזים, המקנים לנפגע מהפרת חוזה חירות לבחור מבין קשת התרופות האפשריות – שבהן גם אכיפה או פיצוי – את התרופה הרצויה לו ביותר לתיקון הפגיעה שנגרמה לו (ראו סעיף 2 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 (להלן: חוק התרופות); גבריאלה שלו ויהודה אדר דיני חוזים – התרופות: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 72 (2009) (להלן: שלו ואדר); ע"א 156/82 ליפקין נ' דור הזוב בע"מ, פ"ד לט(3) 85, 96 (1985); ע"א 1846/92 לוי נ' מבט בניה בע"מ, פ"ד מז(4) 49, 55 (1993)).

שיקולים בגינם יש להקדים עתירה לאכיפת הזכייה במכרז לתביעת פיצויי קיום

15. מנגד, שיקולים כבדי משקל תומכים בחיובו של מי שטוען כי זכייתו במכרז קופחה להקדים ולתבוע את אכיפת זכייתו בטרם יגיש תובענה לקבלת פיצויי קיום, כך שסעד אחרון זה יהיה סעד משלים למקרים שבהם מסלול האכיפה אינו אפשרי. הראשון שבהם נובע מעקרונות שלטון החוק וחוקיות המינהל. הגשת עתירה מינהלית נגד הרשות נועדה בראש ובראשונה לתקן את הפגם שנפל בהחלטתה, ולמנוע מצב שבו הזוכה במכרז יזכה בו שלא כדין. כפי שצינתי בעניין אי.בי.סי:

"עקרון השמירה על שלטון החוק טומן בחובו, אם כן, את אינטרס הציבור בכך שרשויות השלטון יקיימו את הדין – הן הדין החקוק, אשר מקנה לפרטים זכויות בדרגות חשיבות שונות ומקדם את אינטרס הציבור; הן הדין הפסוק, שבגדרו באים עקרונות היסוד של המשפט המינהלי כפי שעוצבו בפסיקתנו" (ע"ע"ם 867/11 עיריית תל אביב-יפו נ' אי.בי.סי ניהול ואחזקה בע"מ, פסקה 28 (28.12.2014) (לעיל ולהלן: עניין אי.בי.סי)).

מקום שבו הפרה הרשות את אחד הכללים החלים עליה, האינטרס הציבורי בהגנה על שלטון החוק משמיע כי יש לתקן את הפגם שנפל בהתנהלותה, ככל שהדבר אפשרי. על כן, חיוב הנפגע להגיש עתירה לאכיפת הזכייה – שמשמעותה המעשית היא תיקון הפגם שנפל בפעולת הרשות, מקדם את ההגנה על שלטון החוק ועל עקרון חוקיות המינהל (דקל, בעמ' 334; ראו גם דפנה ברק-ארוז, בעמ' 177). ודוק: גם תביעת הפיצויים בשל פגם שנפל בפעולת הרשות מקדמת את ההגנה על האינטרס הציבורי

בשמירה על שלטון החוק בכך שיש בה כדי לתמרץ את הרשות לנהוג כדין כאמור לעיל. ברם, התועלת שבעתירה מינהלית עולה על התועלת שבתביעת הפיצויים בהיבט זה, שכן במסגרת העתירה ניתן לרפא את הפגם הקונקרטי שנפל בפעולת הרשות ב"זמן אמת", וזאת מעבר להמרצת הרשות לנהוג כדין במבט צופה פני עתיד, המושגת הן בתביעת פיצויים הן בעתירה מינהלית. מטעם זה נראה כי ברגיל, כלל שמכווין בעלי דין לפנות תחילה למסלול שבמסגרתו יתוקן הפגם שנפל בפעולת הרשות מגשים את התכלית של הגנה על עקרון שלטון החוק בצורה מלאה יותר.

16. שנית, שיקולי יעילות וחסכון במשאבי הציבור תומכים אף הם בחיוב מי שטוען לקיפוח במכרז להקדים עתירה מינהלית לאכיפת זכיתו בטרם פונה הוא למסלול הפיצויים. בעניין מליבו נקבע, כאמור מעלה, כי מקום שבו ימצא כי לולא הפגם שנפל במכרז היה מציע זוכה בו, אותו מציע יהיה זכאי לפיצויי קיום. לפיכך, מצב הדברים שעשוי להיווצר הוא שהרשות המינהלית תידרש לשלם פעמיים: פעם למי שזכה במכרז בפועל ופעם ל"זוכה הוירטואלי", בדרך של פיצויי קיום – המגלמים כאמור את הרווח שהיה הוא מפיק לו היה זוכה במכרז. עמדה על כך הנשיאה ד' ביניש בחוות דעתה בעניין קטימורה:

"[...] הרשות הציבורית [עלולה] 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" (שם; ראו גם פסקה 6 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) א' גרוניס באותו עניין).

זאת ועוד, במקרה כזה עלולים להיגרם נזקים עקיפים לקופה הציבורית כתוצאה מהמשך ההתקשרות עם מציע אשר – על פניו – לא זכה בדין במכרז, הנובעים מכך שייתכן שההתקשרות בפועל אינה זו היעילה ביותר או זו המגשימה בצורה מרבית את מטרות המכרז (דקל, בעמ' 318). בנתון לאמור, אך מובן מדוע השיקול שעניינו חיסכון בכספי ציבור מטה את הכף לטובת מתווה שבו הטוען לפגיעה ינסה תחילה לפעול לתיקון הפגם בהליך המכרז במסגרת עתירה מינהלית, בכפוף לכך שהייתה לו אפשרות מעשית לעשות כן (וראו התהייה שהועלתה על ידי השופט (כתוארו אז) א' גרוניס שלפיה דברים אלה מעוררים ספק אשר לעצם ההצדקה לפסיקת פיצויי קיום למי שקופח במכרז; ראו שם, פסקה 6 לחוות דעתו).

17. שלישיית, קביעת כלל שלפיו על מציע שמבקש לקבל סעד של פיצויי קיום בשל פגם בהליכי המכרז לפנות קודם לכן למסלול האכיפה מתיישבת גם עם עקרון הקטנת הנזק. לפי הילוכו של העקרון, מקום שבו הראה הנתבע כי התובע יכול היה – באמצעים סבירים – להקטין את נזקו, זכאי הנתבע כי הפיצויים שבהם הוא חב יופחתו בשיעור שהיה נחסך ממנו לו היה התובע עושה כן (ראו בדיני החוזים, סעיף 14(א) לחוק התרופות; ובדיני הנזיקין, ע"א 252/86 גולדפרב נ' כלל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מה(4) 45, 51-53 (1991); יצחק אנגלרד, אהרן ברק ומישאל חשין דיני הנזיקין: תורת הנזיקין הכללית 252-255 (גד טדסקי עורך, 1976) (להלן: אנגלרד, ברק וחשין, תורת הנזיקין הכללית)). השאלה אם בתביעת פיצויים מכוח עילה מינהלית במסגרת מערכת היחסים המכרזית – בדומה לתביעה מכוח עילה חוזית או נזיקית – יש להטיל על התובע את נטל הקטנת הנזק טרם זכתה לליבון בפסיקתנו (אך ראו והשוו ע"א 1188/92 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה ירושלים נ' ברעלי, פ"ד מט(1) 463, 477-478 (1995); ע"א 6581/98 זאבי נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(6) 1, 11-13, 15-18 (2005), שבהם נקבע כי בתביעות פיצויים נגד הרשות – בגין פגיעה במקרקעין בשל אישור תכנית ובגין הפקעה, בהתאמה – על הפרט שתובע פיצויים להקטין את נזקו). בספרות מלומדים הוצע כי החלת דוקטרינת הקטנת הנזק גם במקרים של פיצויים מינהליים, נובעת מעקרון הסיבתיות המשפטי. לפי עקרון זה לא ניתן לייחס לרשות – הנתבעת – נזק שהתובע היה יכול למנוע על ידי פעולה סבירה לאחר התרחשותו של האירוע המזיק (שלזו ואדר, בעמ' 359-360; להצעת מקורות נוספים שמהם ניתן לשאוב את תחולת הדוקטרינה לעילת הפיצויים המינהלית ראו דקל, בעמ' 330-331).

18. כשלעצמי, אינני רואה טעם לקביעה שלפיה עקרון הקטנת הנזק לא יחול מקום שבו עילת התביעה לפיצויים כתוצאה מפגם שנפל בהליך המכרז היא מינהלית, וזאת בשים לב לדוקטרינות אחרות שחלות על פיצויים מעין אלה, הלקוחות גם הן מעולם המשפט האזרחי (ראו עניין מליבו, בעמ' 685-686; ראו גם דבריו הפרטניים של בית המשפט שם באשר לכך שהרשות לא הוכיחה כי התובעת לא צמצמה את הנזק שנגרם לה, בעמ' 694). ההגנה שניתנת לנתבע שלפיה הוא לא יהיה חייב בפיצויים בגין נזק שיכל התובע לצמצמו מבטאת עקרון משפטי כללי בעל תחולה רחבה בדיני החיובים. עמד על כך מ' שמגר בציינו כי "ההצדקה לעיקרון של הקטנת הנזק – זו הכלכלית וזו המוסרית – יפה לכל דיני החיובים. [...] משנגרם הנזק, הדין מטיל את הנטל של הקטנת הנזק על הניזוק. מה לי אם הנזק נגרם עקב פגיעה חוזית או עקב פגיעה נזיקית?" (מאיר שמגר "מגמות במשפט" עיוני משפט כ 5, 19 (1996); ראו גם ע"א 320/87 גנוך נ' אריה חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מה(1) 743, 745-746 (1991)). ונוסף אנחנו לשאול, ממה נפשך? שהרי גם כאשר הפגיעה שמקימה זכות לפיצויים נוצרה

כתוצאה מהפרת חובה מינהלית, היא העילה בתובענה המינהלית, רשאי הנתבע לטעון כי יש להפחית את חבותו בפיצויים בשל נזק שהיה ניתן להפחיתו. ודוק: הקטנת הנזק אינה מהווה חיוב משפטי המוטל על הנפגע, לכן נפגע שאינו פועל להקטנת נזקיו אינו מפר חובה כלשהי המוטלת עליו (ראו שלו ואדר, בעמ' 354-355; ראו גם עניין רם-שן, שבו ציין השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין כי בתביעת נזיקין נגד הרשות בשל התרשלות הרשות בהליכי מכרז יש לברר אם המערערת, הניזוקה, פעלה להקטנת הנזק הנטען (שם, פסקה כ"ה); לשימוש בעקרון זה בפסיקת בתי המשפט לעניינים המינהליים כנימוק לדחיית תביעות פיצויים בשל פגמים בהליכי מכרז משלא קדמה להן עתירה מינהלית כאמור, ראו ע"א (מחוזי ת"א) 2428/06 צורגו בע"מ נ' עמידר החברה הלאומית לשיכון בישראל בע"מ, פסקה 30 (18.5.2009) (להלן: עניין צורגו); ראו והשוו גם ת"מ (מינהליים חי') 202/06 פ.א.ט. תשתיות וחשמל בע"מ נ' המועצה האזורית מעלה יוסף, פסקאות 25-29 (28.8.2007).

19. יוצא אפוא כי לפי עקרון הקטנת הנזק, הרשות לא תימצא אחראית בגין נזק שנגרם בגין פגם שנפל במכרז מקום שבו המציע שהיה זוכה בו לולא הפגם היה יכול לממש את זכייתו בעתירה מינהלית – קרי כאשר הוא היה יכול להקטין נזק זה או לאיינו לחלוטין (בכפוף להנחה כי המציע היה זוכה בעתירתו והסעד שהיה ניתן שם היה מביא בסופו של דבר לכך שיזכה במכרז; אנגלרד, ברק וחשין, תורת הנזיקין הכללית, בעמ' 253; אולם ראו הערתו של השופט (כתוארו אז) מ' חשין בעניין מליבו שלפיה גם היה מוכח כי התובעת העסיקה עצמה בעבודות אחרות לא היה בכך על פניו כדי להפחית ממלוא הפיצוי שהרשות חבה בו (שם, בעמ' 689); ראו בהקשר זה גם דקל, בעמ' 331-332).

20. שיקול רביעי התומך בקביעת כלל כאמור נובע מן השוני בין הכללים הדיוניים החלים על הליך העתירה המינהלית בהשוואה להליך התובענה המינהלית, ועניינו היעילות שבבירור הטענות המופנות נגד הליכי מכרז. בעתירה מינהלית על העותר מוטלת חובה לצרף כמשיבים לעתירה את כל מי שכנגדו מתבקש הסעד או מי שעלול להיפגע כתוצאה מקבלתו, בדומה לחובה המוטלת על עותר לבית המשפט הגבוה לצדק. כלל זה עוגן בתקנה 6 לתקנות בתי משפט לעניינים מינהליים (סדרי דין), התשס"א-2000 (להלן: תקנות בתי משפט לעניינים מינהליים (סדרי דין)) והוא חל בעתירות הנוגעות לטענות בדבר פגמים בהליך המכרז (בג"ץ 1901/94 לנדאו נ' עיריית ירושלים, פ"ד מח(4) 403, 415 (1994); עע"ם 6881/07 ברגר נ' המועצה האזורית עמק חפר, פסקה 19 (14.6.2010); עע"ם 9168/05 טווקולי נ' מנהל אגף רישוי ופיקוח בעיריית תל אביב יפו, פסקה 4 (22.5.2008); דקל, בעמ' 359-360). לפיכך, הגשת

עתירה מינהלית על ידי מציע שקופח במכרז צפויה "להכניס" תחת כנפי הליך משפטי יחיד את כלל הטוענים נגד אותו הליך מכרז ויש בה כדי לצמצם הלכה למעשה את ההתדיינות האפשריות בנושא הליך זה וליצור ודאות בשאלת זהות הזוכה (ראו גם לוי, בעמ' 588; ראו והשוו לחובה המוטלת על מי שעותר להורות על זכייתו במכרז לצרף את הצעתו-שלו לעתירה, בכדי שתיבחן השאלה אם לא נפלו בה פגמים; עניין חופרי השרון, פסקה ע"ב). לעומת זאת, התובענה המינהלית ממוקדת במערכת היחסים הפרטנית בין מציע מסוים לבין הרשות, כך שיתר הצדדים הנוגעים בדבר אינם צד לה והתובע אינו מחויב, על פני הדברים, בצירופם. תובענה זו מנוהלת בדומה לתביעה אזרחית רגילה ועל פי סדרי הדין הנהוגים בה (ראו תקנה 29 לתקנות בתי משפט לענינים מינהליים (סדרי דין); ראו גם עניין שבדרון, בעמ' 248). ההבדל בין ההליכים האמורים עשוי להביא למצב שבו, כפי שציין השופט (כתוארו אז) א' גרוניס, למצער מבחינת תיאורטית, בתום בירור התובענה לפיצויי קיום יתגלו מציעים נוספים שנפגעו מפעולת הרשות ושביהם טענות אחרות נגד התנהלותה. כתוצאה מכך, אפשר שהרשות תידרש לשלם פיצויי קיום יותר מפעם אחת (עניין קטימורה, פסקה 6 לחוות דעתו).

21. סיכומם של דברים, להשקפתי, איזון בין מכלול השיקולים הצריכים לענייננו מוביל למסקנה 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. כלל זה מבטיח את זכותו של הטוען לפגיעה לקבל סעד שירפא את הפגם בעניינו; ובצד זאת מאפשר להגשים תועלות ברורות אחרות הנוגעות לשמירה על שלטון החוק; חסכון במשאבי ציבור; ויעילות דיונית. הגם שבקביעה זו יש כדי לשלול – במקרים מסוימים – את כוחו של מי שנפגע מהפרת כללי המשפט המינהלי במסגרת הליך המכרז לזכות בסעד הפיצויים, אני סבור כי השיקולים שעליהם עמדנו תומכים בקביעת תנאי מקדים כאמור. למסקנה זאת הגעתי גם בהתחשב בכך שאין בכלל האמור כדי לשלול באופן מוחלט ממציע שקופח את האפשרות לקבל סעד מבית המשפט אלא להמריצו לפעול תחילה למען תיקון הפגם במכרז באמצעות הגשת העתירה; ובכך שאם הליך העתירה לא יביא סופו של יום להחלפת הזוכה מטעמים שאינם קשורים בו – המציע יהא רשאי לפנות לקבלת פיצויים מהרשות.

22. ואולם כל כלל וחריגיו הוא. אימתי הימנעותו של הזוכה הוירטואלי מלפעול לאכיפת הזכייה הנטענת במכרז לא תביא לחסימת אפשרותו להגיש תביעה לפיצויים? לשאלה זו נפנה כעת. אומר כבר עתה כי אין בדברים אלה כדי למצות את החריגים

האפשריים לכלל שקבענו כאן, וכדרכה של הפסיקה, זו תוכל להגדיר את גבולותיהם ולפתחם ככל שהדבר יידרש.

חריג פרוצדורלי: מסלול האכיפה לא צלח בשל טעמים שאינם קשורים בעותר

23. בקבוצת המקרים הנוגעים לחריג זה המציע שקופח לא יכול היה להגיש עתירה מינהלית או לקבל סעד באמצעותה, מטעמים שאינם תלויים בו. כך למשל כאשר הנתונים הרלוונטיים הנדרשים (לנקיטה בין בהליך מינהלי בין בהליך לקבלת פיצויים) נודעים למציע – שפעל בשקידה סבירה כדי לגלותם – בשלב שבו ביטול ההתקשרות עם הזוכה בפועל אינו אפשרי, ועל כן מסלול האכיפה מתייתר למעשה (ראו הפירוט אצל דקל, המונה תרחישים אפשריים למצב זה, למשל כאשר הרשות לא סיפקה למציע מידע שהיה דרוש לו (ושהיא הייתה חייבת במסירתו) כדי לעמוד – במועד רלוונטי להגשת עתירה – על הפגם שנפל בהליכי המכרז; דקל, בעמ' 335-336; ראו גם ת"מ (מינהליים י-ם) 202/05 טי. וי. שלוש בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פסקה 22 (7.3.2007) (להלן: עניין טי. וי.) (ערעור על פסק הדין נמחק על ידי בית משפט זה בהסכמה, ראו עע"ם 3411/07 טי. וי. שלוש בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (21.1.2008)); עת"ם (מינהליים י-ם) 1961/09 דפוס בארי שותפות מוגבלת נ' היולט פקוד (ישראל) בע"מ, פסקה 24 (13.1.2013) (להלן: עניין דפוס בארי)).

24. כך יהיה גם כאשר המציע שקופח פתח בהליך אכיפה, היינו: הגיש עתירה מינהלית שבה ביקש לפעול למימוש זכיותו הנטענת במכרז אך הרשות או בית המשפט הכירו הלכה למעשה בכך שלא ניתן יהיה לממש את זכיותו בטרם תוכרענה טענותיו לגופן. בגדר מקרים אלה ניתן להביא מצב שבו הרשות הסכימה כי זכותו של המציע שקופח לתבוע פיצויים תישמר לו אף אם לא יעמוד על זכיה במכרז במסגרת הליכי האכיפה. הכרה בחריג זה מאפשרת לרשות גמישות בפעולותיה בנסיבות שבהן קיימת דחיפות גבוהה בהשלמת ההתקשרות והיא מעריכה כי במאזן שיקולי עלות-תועלת עדיפה האפשרות שלפיה לא יוקפאו הליכי המכרז. הקביעה כי במקרה זה לא תיחסם דרכו של המציע לתבוע פיצויים מתיישבת גם עם חלק מהשיקולים שעליהם עמדנו לעיל, שהרי במצב זה הנזק לכספי הציבור כתוצאה מהקפאת הליכי המכרז – כפי שהרשות מעריכה אותו – גדול מזה שייגרם לה לו ייקבע כי היא חבה בפיצויים. אלה הם פני הדברים גם כאשר בית המשפט שדן בעתירה מחליט שלא ליתן סעד זמני שיקפיא את הליכי המכרז, ולא ניתן עוד, בשלב סיום הדיון בעתירה, להחליף את הזוכה בפועל אף אם נקבע במסגרתה כי הוא זכה במכרז שלא כדין (לדיון בזיקה שבין נכונות בתי המשפט ליתן סעדים זמניים בהליכי תקיפת מכרז לבין הכרתם במסלול הפיצויים

ראו ברק ארז, בעמ' 176-184). כך הוא המקרה, למשל, כאשר עסקינן במכרז להקמת מערכת או תשתית, שהיא מטבעה פעולה חד פעמית ולכן אם לא ניתן סעד זמני בעתירה התוקפת את המכרז, לא יוכל המציע – בחלק מן המקרים – לממש את זכייתו היה וטענותיו תתקבלנה בסופו של דבר (להבחנה הנהוגה בפסיקתנו בין סעדים זמניים בהליכים התוקפים מכרזים מסוג זה לבין הליכים הנוגעים למכרזים של אספקת שירותים ראו למשל עע"מ 2915/12 ש.ו.ת. ורד בר כבישים ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ, פסקה 9 (31.5.2012)).

חריג מהותי: פגיעה חמורה בשלטון החוק

25. עמדנו על כך שברגיל, איזון השיקולים הנוגעים לענייננו מביא לתוצאה שלפיה מקום שבו מציע שקופח במכרז לא נקט בעתירה מינהלית לאכיפת הזכייה הנטענת, תביעת הפיצויים בגין הפגם שבפעולת הרשות לא תיכון. מהו הדין מקום שבו סעד האכיפה אינו אפשרי עוד בשל מחדל מצדו של המציע שזכייתו קופחה, אך הפגם שנפל בפעולת הרשות חמור במיוחד, כגון פגיעה בטוהר המידות או שיקולים זרים מצדה של האחרונה. סבורני כי בנסיבות קיצוניות מעין אלו האיזון בין השיקולים שעליהם עמדנו לעיל יכול להשתנות באופן שיטה את הכף לעבר מתן אפשרות למציע לתבוע פיצויים מהרשות גם אם לא הקדים לתביעתו עתירה מינהלית (וראו ת"מ (מינהליים ת"א) 124/07 חניוני הצלחה בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (18.11.2008) (השופטת ר' רונן)). במצבים אלה, יש להשאיר שיקול דעת לבית המשפט המינהלי לסייג את תחולת הכלל האמור. יודגש הדגש היטב: הפתח שאנו פותחים כאן לחריגה מהכלל המעניק את הבכורה למסלול האכיפה, פתח צר הוא. בפגם המינהלי שיבוא בגדרי החריג דנן צריכה להיות משום חומרה מיוחדת, שאם לא כן, ייעקף הכלל שקבענו כאן מניה וביה. חריג זה יוחל אפוא במשורה ויישמר לאותם מקרים נדירים שבהם פעולת הרשות מערערת את יסודות שלטון החוק.

26. קביעת חריג כאמור איננה זרה במחוזות המשפט המינהלי. יסודה הרעיוני בא לידי ביטוי גם בדוקטרינת השיהוי. כך למשל בית משפט זה הכיר באפשרות לדון לגופה של עתירה נגד פעולת הרשות חרף העובדה שהוגשה בשיהוי אם המעשה המינהלי הנדון היה נגוע באי חוקיות ברורה (בג"ץ 170/87 אסולין נ' ראש עיריית קריית גת, פ"ד מב(1) 678, 685-686 (1988); ע"א 1054/98 חוף הכרמל נופש ותיירות (1989) בע"מ נ' עמותת אדם טבע ודין אגודה ישראלית להגנת הסביבה, פ"ד נו(3) 385, 399-400 (2002); עניין אי.בי.סי, פסקה 30). כך גם כאשר הרשות גבתה כספים שלא כדין והיא מבקשת פטור מהשבתם בשל הנזק החמור שעלול להיגרם לפעילותה התקינה, היינו

כאשר מבקשת היא ליהנות מ"הגנת התקציב". בית משפט זה קבע כי יש לשקול – בהחלטה אם ליתן פטור כאמור, בין היתר, את עוצמת הפגיעה בעקרון שלטון החוק (ע"א 1761/02 רשות העתיקות נ' מפעלי תחנות בע"מ, פ"ד ס(4) 545, 588 (2006); ראו גם עניין אבו שינדי, שם קבע בית המשפט כי בהחלטה אם להעניק זכות עמידה לעותר שלא השתתף במכרז לטעון נגדו יש להתחשב גם בשאלה אם יש בפיו טענות בדבר פגמים חמורים במכרז (ע"א 334/01 מדינת ישראל נ' אבו שינדי, פ"ד נז(1) 883, 893 (2003) (לעיל ולהלן: עניין אבו שינדי)). בענייננו, מובן כי שיקול הדעת השיפוטי שיבחן את מידת הפגיעה בעקרון שלטון החוק יופעל בהתאם לנסיבות הפרטניות של המקרה, תוך שנשוב ונדגיש כי תחולתו של החריג דנן מצומצמת היא, ובית המשפט לעניינים מינהליים ישתמש בו במשורה ובמקרים נדירים.

27. נסכם: דרך המלך לתקיפת הליך מכרז מצד מציע הטוען שזכייתו בו קופחה היא באמצעות עתירה מינהלית לתיקון הפגם שנפל בפעולת הרשות. מציע שנמנע מלממש את זכייתו הנטענת במכרז במסגרת הליך זה, בלא טעם מוצדק להימנעותו, לא יוכל לתבוע פיצוי כספי בשל אובדן הרווח שהיה מפיך לו היה זוכה במכרז. זאת, בכפוף לחריגים שעליהם עמדנו.

מן הכלל אל הפרט

28. בית המשפט לעניינים מינהליים קיבל כאמור את בקשת המשיבה לסלק את התובענה על הסף. נקבע כי המערערת לא פעלה לאכיפת זכייתה במכרז בדרך של הגשת עתירה מינהלית; וכי היה ביכולתה להגיש עתירה מעין זו בטרם נכנס המכרז לתוקף או בסמוך למועד זה. אשר לטענה שלפיה המשיבה מנעה מהמערערת מידע שהיה נחוץ לה להגשת עתירה ומשכך לא ניתן לזקוף את ההימנעות מהגשתה לחובת המערערת – נמצא כי המשיבה העמידה לרשות המערערת את פרוטוקול הדיון של הוועדה העליונה ימים ספורים לאחר ההודעה על זהות הזוכה במכרז; כי בפרוטוקול זה היה מצוי המידע הדרוש לשם הגשת עתירה; וכי נוכח אלה – אין לקבל את הטענה כי נמנעה מהמערערת אפשרות לקבל סעד של מימוש זכייתה. בממצאים אלה של בית המשפט קמא – לא ראיתי להתערב. משכך, אין מקום לקבוע כי בענייננו המערערת נמנעה מלהגיש עתירה מינהלית מטעם מוצדק. אשר לחומרת הפגם הנטען בבחירת הזוכה בענייננו, המחלוקת שהתעוררה בין הצדדים נוגעת לפרשנות מגבלה הקבועה בתנאי המכרז. גם אם אניח כי הפרשנות המוצעת על ידי המשיבה אינה נכונה, אני סבור כי אין מדובר בפגם שעוצמתו חריגה במידה המצדיקה – בנסיבות המקרה דנן – להתיר למערערת לפסוח על מסלול האכיפה. משכך, המקרה של המערערת אינו בא בקהלם של

החריגים שהתוונו כאן, ומשזו לא הגישה עתירה מינהלית למימוש זכייתה הנטענת כאמור – בדין קבע בית המשפט קמא כי יש לדחות את התובענה שהגישה על הסף.

מועד התחולה

29. קבענו אפוא כי מקום שבו מציע שקופח במכרז לא פנה לקבל סעד במסלול האכיפה, ואין ביכולתו להראות כי נמנעה ממנו אפשרות זו, לא יוכל הוא לפנות לבית משפט בתביעה לפיצויי קיום, אלא אם נפל פגם חמור בהתנהלות הרשות. בכך לא נסתיים דיוננו. שכן כאמור, המערערת טענה – בכתובים ועל פה – כי גם אם זו תהא מסקנתנו, עליה לחול באופן צופה עתיד. המשיבה טענה לעומת זאת כי בית המשפט קמא אך יישם את העמדה הרווחת שהושמעה על ידי בית משפט זה, שחזרו עליה הן בתי המשפט לעניינים מינהליים, ולכן אין הצדקה כי הכלל האמור לא יחול בעניין שלפנינו.

30. נקודת המוצא לענייננו היא כי הלכה שיפוטית חדשה חלה הן רטרוספקטיבית הן פרוספקטיבית (דנ"א 3993/07 פקיד שומה ירושלים 3 נ' איקאפוד בע"מ, פסקה 36 לחוות דעתה של השופטת א' פרוקצ'יה (14.7.2011) (להלן: עניין איקאפוד); רע"א 8295/04 סולל בונה בניין ותשתיות בע"מ נ' עזבון אלחמיד, פ"ד סא(1) 126, 141 (2006) (להלן: הלכת סולל בונה); ע"א 751/10 פלוני נ' דיין-אורבך, פסקה 40 לחוות דעתי (8.2.2012)). יחד עם זאת, בית המשפט יכול לחרוג מכלל זה וליתן לפסיקתו תוקף פרוספקטיבי בלבד, והשיקול המנחה המרכזי לחריגה מעין זו עניינו באינטרס ההסתמכות (הלכת סולל בונה, בעמ' 150; עניין איקאפוד, פסקה 45 לחוות דעתה של השופטת א' פרוקצ'יה; ע"א 4243/08 פקיד שומה גוש דן נ' פרי, פסקה 34 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה א' ריבלין (30.4.2009)).

31. סבורני כי בענייננו הפגיעה הנטענת באינטרס ההסתמכות של המערערת אינה מצדיקה חריגה מהכלל שקובע תחולה רטרוספקטיבית להלכות חדשות. אכן בפסיקת עבר, שקדמה לחקיקת חוק בתי משפט לעניינים מינהליים, הובעה העמדה שלפיה מסלול האכיפה ומסלול פיצויי הקיום – מסלולים חלופיים הם (ראו עניין מליבו; עניין מספנות ישראל). ברם, בעניין קטימורה, ובפסקי הדין שלאחריו הביעו שופטי בית משפט זה בהזדמנויות שונות תמיכה בגישה המסתייגת ממתן מעמד "עצמאי" לכל אחת מדרכי הפעולה. הגם שפסקי דין אלה לא הכריעו סופית בשאלת מעמדה של הפסיקה המסורתית בנושא זה, באמירות הברורות שנכללו בהם יש כדי לצמצם את מידת ההסתמכות שאפשר לייחס לאותה פסיקה. כמו כן, יש ליתן את הדעת, במסגרת בחינת

מידת ההסתמכות וסבירותה במקרה שלפנינו, לפסיקה הנוהגת בבתי המשפט לעניינים מינהליים. סקירת פסקי הדין שניתנו שם מראה כי הגישה שהובעה על ידי הנשיאה ד' ביניש והשופט (כתוארו אז) א' גרוניס בעניין קטימורה חלחלה ואומצה הלכה למעשה גם בפסיקת הערכאות הדיוניות, ובכך טעם נוסף לקביעה כי אין מקום ליתן משקל ניכר להסתמכות הנטענת במקרה דנן.

32. כך למשל ציין בית המשפט לעניינים מינהליים בירושלים (כב' השופט י' נועם) כי "האפשרות ליתן לבעל-דין הטוען לקיפוחו בהליך של מכרז להמתין מן הצד, בבחינת 'לשבת על הגדר', בעוד שהרשות ממשיכה בהתקשרות החוזית עם הזוכה במכרז, ורק בשלב מאוחר להגיש תובענה לפיצויי קיום, אינה סבירה ותוצאותיה קשות" (ת"מ (מינהליים י-ם) 12/01 עתיר בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקאות 27-29, 31 (26.10.2008)). יצוין כי ערעור על פסק הדין דנן נדחה על ידי בית משפט זה, שלא נדרש לקביעה זו של בית המשפט לעניינים מינהליים (ראו ע"מ 10065/08 חברת עתיר בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקה 24 (28.4.2013)). בעניין אחר ציינה סגנית הנשיאה י' צור: "מקום שמציע במכרז היה יכול לפנות לבית המשפט בתביעת סעד להכריז עליו כזוכה במכרז [...] עליו לעשות כן. מציע הנמנע – מסיבות התלויות בו – מלתבוע אכיפת המכרז [...] אינו יכול לתבוע פיצויי כספי על כך שנמנע ממנו לזכות במכרז" (עניין ט"י. וי., פסקה 24; ראו התבטאויות ברוח זו בת"מ (מינהליים ת"א) 106/07 כח עצמה בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקה 16 (27.8.2008): "בנסיבות אלה, בהן התובעת בחרה לוותר על סעד האכיפה, מבלי נימוק ראוי ומבוסס, מושתקת התובעת מלתבוע פיצויי קיום" (כב' השופטת ש' גדות). לדוגמאות נוספות ראו בש"א (מינהליים נצ') 320/09 מועצה אזורית הגלבוע נ' ויקטור גרייב בע"מ, פסקה 28 (25.11.2009): ת"מ (מינהליים ת"א) 16630-12-09 תום אבטחה בע"מ נ' מועצה מקומית פרדסיה, פסקה 4 (21.8.2011); ת"מ (מינהליים ב"ש) 101/08 עיריית נתיבות נ' און, פסקה 3 (4.6.2009) (סגן הנשיא (כתוארו אז) נ' הנדל); עניין דפוס בארי, פסקאות 21-25; ת"מ (מינהליים ת"א) 35925-06-11 אינג' א. דומן מהנדסי חשמל (1983) בע"מ נ' חברת נ.ת.ע נתיבי תחבורה עירוניים להסעת המונים בע"מ, פסקאות 14-16 (19.3.2013); ת"מ (מינהליים י-ם) 403/09 י.ו.ק.א נדל"ן בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פסקה 23 (12.12.2012); עניין צורגו, פסקה 28; ת"מ (מינהליים ת"א) 105/02 אדוס נ.ו. נ' מדינת ישראל, פסקה 19 (27.8.2008)).

33. נוכח האמירות המפורשות שיצאו מלפני בית משפט זה, בהזדמנויות שונות, ופסיקתם העקבית של בתי המשפט לעניינים מינהליים שנדרשו לעתים תכופות לסוגיה, לא ראיתי ליתן משקל ניכר להסתמכות הנטענת על הפסיקה בעניין מליבו. משכך, אין

אני סבור כי המקרה שלפנינו בא בגדרי החריג המצדיק קביעת תחולה פרוספקטיבית לכלל שקבענו כאן והוא יחול גם על עניינה של המערערת.

סוף דבר

34. אציע אפוא לחבריי כי נדחה את הערעור וכי פסק הדין של בית המשפט לעניינים מינהליים יעמוד על כנו. בנסיבות העניין, אציע לחבריי לא לעשות צו להוצאות.

ש ו פ ט

השופט מ' מזוז:

1. אני מסכים לפסק דינו המקיף והממצה של חברי השופט ע' פוגלמן - לתוצאתו ולנימוקיו, ואוסיף אך כמה הערות קצרות.

2. אך לפני כ-3 חודשים הזדמן לי להביע דעתי, בהערת אגב, "שככלל תובענה לפיצויים, ובוודאי לפיצויי קיום, אפשרית רק בהמשך לעתירה מינהלית בה ניסה התובע לממש את זכותו הנטענת לזכיה במכרז" (עע"מ 4028/14 איגוד ערים לאיכות הסביבה "זרום יהודה" נ' עופר ובניו חברה חקלאית בע"מ (26.5.2015), להלן: ענין איגוד ערים). באותו ענין הבענו דעתנו בסוגיה זו אך היא לא נדרשה בסופו של דבר להכרעה והערותינו לענין זה בפסק הדין היו בגדר הערות אגב. כעת הגיעה שעת הכרעה.

3. המערערת ביקשה לתמוך יתדותיה בערעורה נגד פסק הדין קמא אשר דחה על הסף את תובענת הפיצויים שהגישה בעיקר בדברים שנקבעו בענין מליבו ובענין מספנות ישראל, הנזכרים בפסק דינו של חברי, לפיהם מי שקופח לטענתו במכרז עומדות לרשותו שתי דרכי תביעה חלופיות - הליך לאכיפת הזכייה הנטענת או תובענה לפיצויים. לפיכך, כך נטען, פעל בית המשפט קמא בניגוד להלכה הפסוקה ודין פסק דינו להיבטל.

4. טיעון זה לוקה לדעתי בשלושה: ראשית, בענין מליבו אכן דובר על שתי דרכי פעולה אך לא נדונה שאלת היחס בין שני הסעדים, ומהם התנאים והסייגים לנקיטה בהליך של תובענה לפיצויים; ומכל מקום - כפי שהעיר חברי השופט פוגלמן (פסקה 10 לפסק דינו) - אין בענין מליבו קביעה מפורשת בשאלה דנן, האם ניתן להגיש תובענה

לפיצויים ללא מיצוי הליך לאכיפת זכיה במכרז. שנית, ההכרעה בשאלה זו לא נדרשה בענין מליבו, שכן בנסיבות הענין שם לא עמדה כלל האפשרות למליבו לתבוע מימוש זכיה במכרז, וממילא הדברים שנאמרו שם לענין הנדון אינם בגדר הלכה. ושלישית, וזה עיקר - גם אילו קיבלנו את טענת המערערת שנקבעה הלכה בענין מליבו, היא לא הייתה תקפה בענייננו מהטעם ש"הסביבה הנורמטיבית" השתנתה מהותית מאז. פסק הדין בענין מליבו ניתן בשנת 1993, במציאות משפטית בה ענייני מכרזים נדונו בהליך אזרחי וכבית משפט אזרחי, ותובענה לפיצויים שעילתה במכרז נדונה כתובענה אזרחית לכל דבר וענין. בינתיים, בשנת 2000, נחקק חוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000, אשר השיב את ענייני המכרזים תחת כנפי השיפוט המינהלי (פסקה 5 לתוספת הראשונה לחוק). חוק זה גם קבע - כחידוש חקיקתי - את הליך התובענה המינהלית במסגרת התוספת השלישית לחוק, שכללה במקורה אך סוג אחד של תובענה מינהלית: "תובענה לפיצויים שעילתה במכרז", וזאת תוך הפניה לפסקה 5 לתוספת הראשונה לחוק הקובעת את סמכותם של בתי המשפט לעניינים מינהליים לדון ב"ענייני מכרזים" בהליך של עתירה מינהלית.

5. קביעת המחוקק כי תביעה לפיצויים עקב מכרז תידון כהליך מינהלי בבית משפט מינהלי, מהווה כאמור שינוי מהותי בסביבה הנורמטיבית של הסוגיה הנדונה לעומת זו שנהגה בעת שניתן פסק הדין בענין מליבו. שינוי זה מחייב בחינה מחדש של שאלת היחס בין סעד האכיפה לסעד הפיצויים במכרזים ציבוריים, בעיניים של המשפט המינהלי, לרבות העיקרון של מיצוי הליכים שנועד להבטיח, בין היתר, את היעילות והוודאות בפעילות רשויות השלטון. אשר על כן, גם לו נהגה בעבר הלכה - ואין הדבר כך - לפיה נתון חופש בחירה מלא בידי התובע בין הליך אכיפתי להליך פיצויי, הלכה זו איבדה מתוקפה עם חקיקת חוק בתי משפט לעניינים מינהליים, ונדרשה כאמור בחינה מחודשת של הסוגיה.

ואכן, כמפורט על ידי חברי, הן בית משפט זה והן בתי המשפט לעניינים מינהליים לא ראו בענין מליבו כהלכה החלה בענין זה וכמחסום להצבת הדרישה למיצוי ההליך האכיפתי כתנאי להגשת תובענה לפיצויים שעילתה במכרז.

6. ובאשר לחריגים לכלל שמנה חברי השופט פוגלמן בפסק דינו. התלבטתי באשר לחריג של "פגיעה חמורה בשלטון החוק". מחד גיסא, חריג זה מתבקש כמעט כדבר מובן מאליו וכן באנלוגיה לחריג בדיני השיהוי המינהלי שאינם זרים לסוגיה הנדונה. מאידך גיסא, חריג זה מעורר חשש ממשי לסיכול ההלכה שאנו קובעים כאן, שכן לכאורה כל פגם בהתנהלות הרשות עורכת המכרז יכול שיוכתר על ידי התובע כ"פגיעה

בשלטון החוק". בצדק הטעים חברי כי יש להשתמש בחריג זה "במשורה ובמקרים נדירים". אוסיף, כי לדעתי יש לייחד את החריג רק למקרים חריגים וקיצוניים של פגיעה חמורה בשלטון החוק, כגון חשש מבוסס למעשי שחיתות או לפגיעה אחרת בטוהר המידות. כן יש לתת את הדעת לשאלה, האם דחיית תובענה לפיצויים על הסף בשל אי מיצוי ההליך האכיפתי אכן תוביל להנצחתה של "פגיעה חמורה בשלטון החוק", או שמא פגיעה זו מצאה את תקנתה, או עשויה לבוא על תיקונה במסגרת הליך אחר, כגון חקירה פלילית. שיקול הדעת באשר להחלת החריג מסור לבית המשפט אליו הוגשה התובענה וחזקה עליו כי יעמוד בפרץ מול ניסיונות להרחבת החריג מעבר לגבולותיו הצרים.

7. אעיר לבסוף, באמרת אגב, בהמשך להערתי בענין איגוד ערים, כי אני שותף לספקות שהעלה השופט (כתוארו אז) גרוניס באשר לצדקתה של ההלכה בדבר פסיקת פיצויי קיום דווקא בתובענות לפיצויים שעילתן במכרז. ספק בעיני אם פיצויי קיום צריכים להיות הכלל בתובענות לפיצויים שעילתן במכרז, ומכל מקום, וודאי בעיני שישנם מקרים בהם אין הצדקה לפיצויי קיום, להבדיל מפיצוי בגין הוצאות בעין של משתתף במכרז, כגון מקום בו הרשות ביטלה מכרז עקב פגמים שנפלו בניסוחו, או מטעם אחר חיצוני למכרז, וזאת בטרם נבחר זוכה, או אף בטרם נפתחו ההצעות. סוגיה זו אינה נדרשת לענייננו ואין צורך להרחיב בה כאן, אך משנדרשנו להלכה שנקבעה בענין מליבו אני מוצא לנכון לציין זאת.

ש ו פ ט

השופטת ע' ברוך:

אני מצטרפת לפסק דינו של חברי, השופט ע' פוגלמן – המתווה הלכה סדורה בסוגיה שמעסיקה את בתי המשפט חדשות לבקרים, ומורה בקול ברור וצלול ומנומק כי ככלל אין לשעות לתביעה לפיצוי כספי בגין אי-זכייה במכרז אלא אם כן נעשה ניסיון קודם לתקוף את הליך המכרז עצמו. אשר להערתו של חברי השופט מ' מזוז בנוגע לחריג לכלל זה שעניינו "פגיעה חמורה בשלטון החוק" – דומני כי אין למעשה כל פער בין עמדותיהם של שני חבריי, ואני מסכימה עימם. כפי שהובהר על ידי השופט ע' פוגלמן, שומה על בית משפט לעשות שימוש בחריג זה במשורה ובמקרים חריגים בלבד, וחזקה כי ייעשה כן במידה ובשום שכל. ועוד אעיר, כי אני נוטה להסכים עם עמדתו של השופט מ' מזוז כי יש מקום לבחינה מחודשת של ההלכה שלפיה עם קבלתה

של תובענה מינהלית לפיצויים שעילתה במכרז יש לפסוק לתובע פיצויי קיום דווקא –
ואולם כאמור סוגיה זו אינה דורשת הכרעה בענייננו ועל כן נותרה לעת מצוא.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק הדין של השופט ע' פוגלמן.

ניתן היום, כ"ה באלול התשע"ה (9.9.2015).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט