

בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ע"א 29612-01-13

בפני: כב' השופטת שרה דברת, ס. נשיא - אב"ד
כב' השופטת רחל ברקאי
כב' השופט אריאל ואגו

המעוררת: יהלומית פרץ עבודות בנין ופיתוח בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד מ.אנגלסמן וא.פרזד

נגד

המשיבה: עיריית באר שבע
ע"י ב"כ עו"ד א.בירנבוים

פסק דין**כב' השופט א.ואגו:**

לפנינו ערעור על פסק דינו של בימ"ש השלום בקריית גת (כב' השופט א.חזק), שניתן ביום 02.12.12, ולפיו נדחתה תביעת המעוררת להשבת כספים שגבתה המשיבה ממנה עבור אגרות והיטלי פיתוח, והוטלו עליה הוצאות ושכ"ט בסכום כולל של 35,000 ₪.

המעוררת זכתה בשני מכרזים, שפורסמו בשנת 2001, על ידי משרד הבינוי והשיכון מחוז דרום (להלן: "משב"ש") יחד עם מינהל מקרקעי ישראל מחוז דרום, לבניית דירות מגורים במתחמים המצויים בשטח העירייה המשיבה. האחד – מכונה "פרוייקט רמות" והשני – "פרוייקט נווה זאב". בגדרי ההתחייבויות, עפ"י המכרזים, היה על המעוררת לשאת באגרות ובהיטלים שיושטו עליה מכוח חוקי העזר של המשיבה – עיריית באר שבע, בזיקה למתחמים הנבנים על ידה. לאחר שנשאה בתשלומים שונים, לפי החיובים שהושתו עליה, הגישה המעוררת תביעה כספית להשבתם, באשר, כנטען, גביית האגרות והיטלי הפיתוח בפרוייקטים בהם בוצעו עבודות הפיתוח והתשתית שלא ע"י העירייה אינה חוקית. נטען, שהדין אינו מקים זכות למשיבה לגבות אגרה עבור עבודות שלא היא ביצעה.

ביחס לפרוייקט "נווה זאב" דרישת ההשבה הייתה בגין מקדמת היטלים בסך 720,000 ₪, ששולמה תחת מחאה, והתבקשה השבה משהמשיבה לא נשאה בפועל בהוצאות הפיתוח של הפרוייקט. ביחס לפרוייקט "רמות" נדרשה השבה בגין אגרת הנחת צינורות בסכום של כ- 293,000 ₪ וזאת בהתבסס על העילה דגן של העדר בסיס חוקי לגביית הסכומים.

התביעה להשבת המקדמה ב"נווה זאב" נדחתה מיד בפתח פסק דינו של בימ"ש קמא, לפי שהתברר, ולמעשה הדבר לא היה במחלוקת עוד, שהסכום ששולם כמקדמה שימש, לימים, בשנת 2009,

לפירעון חיוב חדש שחל על המערערת בגין אגרות והיטלים אחרים ושוניים, ובאופן זה, הוחזר בעצם למערערת. גם קודם לכן עמד סכום המקדמה לרשות המערערת, ככל שחפצה בכך, והמשיבה לא עמדה כלל על הותרתו בידיה.

הגם שמערערת טוענת, בערעור, כנגד חוקיות גביית המקדמה, בשעתו, וכנגד התנהלות המשיבה בהקשר זה, אין היא חולקת כעת על הקביעה העובדתית שבפסה"ד ולפיה, בפועל, הוחזרו הסכומים. משכך - התייטר המשך הדיון בכל האמור במקדמה בגין פרוייקט "נווה זאב".

טענות המערערת, כיום, עניינן בנימוקי בימ"ש השלום בדחותו תביעת ההשבה ביחס לאגרת הנחת צינורות בפרוייקט "רמות".

טעמי בימ"ש קמא לדחיית התובענה לנדון מצויים בשני רבדים. האחד – עוסק בכך שהמערערת מנועה מלתבוע סעד שמשמעותו תהא ביטול, בדיעבד, של התחייבות חוזית הכלולה במכרז שבו זכתה. היא לא מחתה על כך טרם הגשת הצעתה, ולא עתרה אז לביטול התנאי, דבר שיביא כעת לפגיעה בעיקרון השוויון, שהרי מציעים אחרים לקחו בחשבון את העלויות וההוצאות הללו. הרובד השני – עוסק בבחינה, לגופם של דברים, באשר לזכותה של העירייה המשיבה לגבות ההיטל הרלוונטי, בהתאם לחוק העזר, ובאשר לסבירות והצדק הקביעה כי החיוב יעשה על בסיס של כ- 50% מהתעריף הרגיל הנקוב בחוק העזר. נפסק, עובדתית, שהתמלאו התנאים המאפשרים גביית ההיטל כחוק וכי התעריף נכון וסביר.

במישור המכרז – איזכר ביהמ"ש את תנאי מכרז פרוייקט "רמות" ועל פיהם היה על הזוכה להתקשר בהסכם פיתוח עם קבלן שנבחר לבצע את עבודות הפיתוח בפרוייקט. בנוסף לכך, התחייב הזוכה לשאת בכל האגרות וההיטלים אשר יוטלו עליו ע"י עיריית באר שבע בהתאם לחוקי העזר העירוניים. נקבע, שהוראה זו היא התחייבות לטובת צד ג', כלומר – העירייה, המשיבה שלפנינו, ומקימה חבות ישירה של המערערת כלפיה. המערערת, בשעתו, לא תקפה את תנאי המכרז ולא טענה לבטלותם. הסיכום שבין המשיבה לרשויות המדינה ולפיו זוכי המכרזים יחויבו ב- 50% מהשיעור הקבוע בחוקי העזר, כאשר עבודות הפיתוח אינן מתבצעות במישרין ע"י העירייה, היה ידוע למערערת והיה נהוג גם במכרזים קודמים רבים שהמערערת השתתפה בהם. עלה מעדות מנהל המערערת שכבר לעת הגשת ההצעה במכרז נהיר היה לו שתוגש בעתיד, לאחר שהמערערת תזכה, תביעה להשבת הסכומים הללו. נפסק, שמצב דברים זה נועד להקנות למערערת יתרון על פני מתמודדים אחרים במכרז, ואין להלום תוצאה ולפיה המערערת תשלם, לבסוף, סכומים נמוכים בהרבה מאלה שהציעה במסגרת המכרז. בעניין זה, סיכם כבי' השופט חזק בציינו **"ניתן אף לומר כי גם אם סוגיית החשש לאי שיויון הייתה עומדת כטענה היחידה כנגד התובעת, עדיין היה בטענה זו שהינה כבדת משקל להביא לדחיית טענות התובעת"** (עמוד 5 לפסק הדין).

ניתן לומר, לאור דברים אלה, שהמשך ההנמקה, במישור דרך קביעת האגרות וסבירות הסכומים, אף היה מעבר לצריך ולמתחייב לשם התוצאה האופרטיבית של דחיית תביעת ההשבה הכספית.

עם זאת, בחן ביהמ"ש קמא לעומק את הטענות הפרטניות שהעלתה המערערת. נסקרה ההלכה הפסוקה שהכירה בחוקיות ההסדר שלפיו מוטלות עבודות הפיתוח והתשתית, במיזמי בנייה, על הקבלן, ובתמורה מזכה אותו הרשות המקומית בפטור חלקי מאגרות והיטלי פיתוח. ככלל, הרשות המקומית רשאית לגבות אגרות והיטלים, מהסוג האמור, בגין עלויותיה והוצאותיה בהקשר התשתיות הצמודות של כל שכונה, וכן ביחס לתשתיות העל (צנרת מים בקוטר גדול, מובילי ניקוז ראשיים וכו') הקושרות את השכונה לסביבתה. כאשר חלק מהעבודות אינן מבוצעות ע"י הרשות המקומית, בין שהמבצע הינו רשות ממשלתית ובין שעבודות הפיתוח מתבצעות ע"י קבלן, שהיזם משתתף במימונו, יש לקזז ולנכות מהעלות הכוללת את החלק שהרשות המקומית אינה מממנת, קודם לחיוב היזם באגרה, לפי הקריטריונים שבחוק העזר.

הוברר, שעפ"י מערכת הסכמית שבין המשיבה למשרד השיכון, הושגו הסכמות ולפיהן חיוב היזם בפרוייקטים של בנייה מסוג זה יהא לפי תעריף מופחת של 50% מהסך הקבוע בחוקי העזר. סיכום נוסף, ספציפי, בין המשיבה למשרד השיכון, מ-2002, מעגן גביית 45% מאגרת הנחת הצינורות באותם אתרים שבהם עבודות הפיתוח הכללי מתבצעות ע"י המדינה.

לאחר סקירה מפורטת ומקיפה של העובדות הצריכות לכך, קבע בימ"ש השלום, בפסק הדין, כי החיוב בשיעור 45%, בענייננו, שהוא אף פחות מהתעריף של 50%, שניתן היה לגבות עפ"י הסיכום הכללי הקודם, הינו בהחלט בגדר הסביר. נקבע, שאין ממש בטענת המערערת על כי המשיבה כלל אינה מוסמכת לגבות האגרה, בכל שיעור שהוא, מאחר שלא הניחה את צינורות המים בפרוייקט "רמות". ניסוחו של חוק העזר (**חוק עזר לב"ש (אספקת מים), תשס"א - 2001**) מלמד כי למשיבה הסמכות לגבות אגרה לכיסוי מלוא הוצאותיה בגין פיתוח מפעל מים בתחומה, וללא זיקה לעלות ביצוע עבודות הנחת צינורות המשמשות את אותו נכס שבגינו נדרש התשלום. הוכח, בראיות שנמצאו מבוססות ומשכנעות, שהמשיבה ביצעה עבודות של תשתיות – על, כמו הקמת תחנות שאיבה ובריכות מים, והוציאה לשם כך סכומים נכבדים. אף אם לא הוכחו כל הסכומים המדוייקים, ופירוט חלוקת העלויות הספציפיות בין המדינה, המממנת זאת חלקית, לבין המשיבה, די במה שהוכח כדי לבסס עצם הזכאות לגביית ההיטלים והאגרות, באותו שיעור מופחת של 45%, שנמצא סביר והוגן.

מכל הטעמים הללו – וכפי שנאמר ברישא – נדחתה תביעת המערערת על כל ראשיה.

בערעור שלפנינו משיגה המערערת על כל הקביעות והנימוקים המפורטים בפסק הדין שבו עסקינן, ואין היא משלימה עם הממצאים העובדתיים שנעשו, כמו גם עם המסקנות המשפטיות שהוסקו. ברמה העובדתית, סבורה ב"כ המערערת, עו"ד אנגלסמן, שנפלה שגגה בקביעת נטלי ההוכחה והשכנוע, כפי שנעשה, וכי באותם עניינים שבהם סבר בימ"ש השלום שהיה על המערערת להביא בהם ראיות מוצקות, בעצם הנטל היה על כתפי המשיבה, שלא עמדה בכך.

בהינתן שהרובד הראשון בהנמקת פסק הדין נשוא הערעור הוא בליבת ההכרעה, וצויין שדי בנימוק של מניעות מכח עיקרון השיוויון במכרזים כדי להביא לדחיית תביעת ההשבה, אתייחס תחילה, דווקא לרובד השני, שבדק לגופם של דברים, את חוקיות גביית ההיטל ואת שיעורו.

האם, לו הייתה המערערת צולחת את המשוכה של "מניעות מכרזית", מן הדין היה להכיר בתביעתה הכספית? אקדים ואומר – אין כך פני הדברים וגם לגופה של עילת התביעה, מן הדין היה לדחותה, כפי שנעשה.

מהטעמים שיפורטו, אני סבור שלא נמצאה שגגה כלשהי בהילוכו של בימ"ש השלום, הן באיתור המסד הנורמטיבי ופרשנותו הראויה והן בגיבוש הממצאים העובדתיים הצריכים להכרעה.

חוק העזר הנדון קובע, במפורש, בסעיף 9(א) כי "היטל הנחת צינורות נועד לכיסוי הוצאות העירייה בשל פיתוח מפעל מים בתחומה, בלא זיקה לעלות ביצוע עבודת הנחת צינורות המשמשת את נכס החייב דווקא". ניסוח זה רחב דיו לאפשר הכללת עלויות "תשתיות העל", שהמשיבה הוציאה לפיתוח מפעל המים העירוני, אל תוך התחשיב שעליו מבוסס חיוב המערערת. אין מקום להסתמך על פסיקה הרלוונטית למקרים אחרים, ולניסוחים שאינם זהים, בחוקי עזר שנדונו בעבר, ושעליהם מבקשת המערערת להתבסס (כך, למשל, נסמכת המערערת על פסה"ד של בימ"ש זה [בע"א \(ב"ש\) 1192/08 ש.א.ב.נ. עיריית ב"ש](#), שטעם הפסק שלו נעוץ בהוראת חוק העזר, בניסוחו הקודם, שקבע את היפוכה של ההוראה דהיום. הסמכות לגביית אגרת הנחת הצינורות נשענה על כך שהעירייה היא שהניחה. את הצנרת הגובלת בנכס). איני מוצא ממש בפרשנות המערערת ולפיה גם כיום הטלת האגרה מותנית בכך שהעירייה בעצמה הניחה את הצינורות המשמשים את הנכס הנדון, (מה שאכן לא התקיים בענייננו שהרי משרד הבינוי והשיכון או המערערת בעצמה ביצעו זאת). אומנם, סעיף 9(ב) של חוק העזר מונה את האירועים יוצרי הסמכות לגביית היטל ואומנם הרלוונטי לענייננו הינו זה שבא בסעיף 9(ב)(1), "בעקבות הנחת הצינורות, או קבלת החלטה על הנחת צינורות למפעל מים, המשמשים את נכסו", אולם, אין להלום שכוונת חוק העזר היא לסייג זכות העירייה לגביית היטל רק למקרים שבהם היא עצמה מניחה את הצנרת הגובלת בנכס. הסעיף הנ"ל מונה מספר "אירועים מכוננים" המקימים חבות של בעל נכס לשאת בהיטל הנחת הצינורות. אירועים אלה אינם מצריכים כל זיקה בין עבודות של העירייה באזור הנכס בכלל, ולשם הנחת צינורות בפרט. די, למשל, בכך ששונה יעודה של אדמה חקלאית או שהוספה בנייה בנכס (סעיף 9(ג) לחוק). יתר על כן - אפילו כשמדובר על "הטריגרי" הספציפי של הנחת צינורות, די בכך שהתקבלה החלטה על הנחת צינורות, לרבות אישור תוכנית פיתוח או תקציב גרידא (סעיף 9(ב)(1) סיפא). זו לשון החוק. נעלה מספק, שלעת קבלת החלטה עקרונית בלבד, ברוח האמור, אין העירייה יודעת כלל ועיקר, מי יניח את הצינורות בפועל.

אמור מעתה – היטל הנחת הצינורות הוא בר גבייה בהתקיים אחד "מהאירועים המכוננים" המנויים בסעיף 9 של חוק העזר. כאשר מתקיים אירוע כזה, אין זכותה של העירייה לגבותו מותנית בזיקה ישירה שלה להנחת הצינורות המשרתים או אף גובלים בנכס שעל בעליו מוטל החיוב. כמו כן – ההיטל ישקף הוצאות לשם פיתוח מפעל המים בכללותו והוא נטול זיקה לעבודות הנחת הצנרת הצמודה או הסמוכה לנכס.

מכאן – וכאשר אין חולק שבפרויקט "רמות" התקיים "אירוע מכונן" אשר כזה, בדיון נפסק שחיובה של המערערת בהיטל נעשה כדיון.

באשר לסכום שנקבע, ודרך חישובו, הן בזיקה לנוהג ולנוהל של 45% היטל מתוך התעריף הרגיל של חוק העזר והן בזיקה לפילוח העלויות וההוצאות בגין תשתית העל, זו המושתתת על העובדות שבאו לפני בימ"ש השלום – מצאתי שאין כל מקום להתערבותנו בממצאים ובמסקנות. נימוקי כב' השופט חזק, בפרק העובדתי דנן, אינם מושתתים אך על קביעת נטלי ההוכחה והעמידה בהם במבחן מאזן ההסתברויות. מדובר בכך, שהערכאה המבררת השתכנעה מהראיות שהוצגו ומדברי העדים, באופן שניתן היה לגזור מהם ממצאים וקביעות פוזיטיביים, וכך נעשה. צוינה ההתרשמות מהעדים, אוזכרו המסמכים התומכים בעדויות ונמצא שיש תשתית קוהרנטית ומהימנה לגרסת המשיבה על כי הוציאה "הוצאות נכבדות עבור תשתיות העל", כהגדרת ביהמ"ש (עמ' 13). בין הראיות הללו ניתן למנות את חוות דעתו ועדותו של המומחה קווסור צבי, מתכנן ערים, עדות מר צבי טל יוסף מהנדס העיר דאז, מהנדס תאגיד המים של באר שבע, מר ל. הייבלום, שהיה אז עובד המשיבה, ועדות מר קלרמן מנהל מחוז הדרום במשב"ש. נפסק, שהוכח שהמשיבה הקימה מטעמה ובמימונה שתי בריכות לאגירת מים המשרתות גם את פרויקט רמות, בעלות של למעלה מ-4 מיליון ₪ וכי נרכשו זכויות מים מחברת מקורות בעלות של מיליוני ש"ח. זהו, אם כן, "מפעל מים" שפותח בתחומה של העירייה המשיבה, כפי האמור בסעיף 9 (א) של חוק העזר.

נמצא, איפוא, שקביעת בימ"ש קמא, על כי הדין הוא עם המשיבה ועמדתה, הן מהפך העקרוני, של ההצדק והחוקיות לגביית ההיטל, והן מהפך הפרטני של סבירות ונכונות גובה החיוב, מבוססת היטב ואינה מקימה עילה להתערבות ערכאת הערעור.

כעת אפנה לבחינת ההנמקה הראשונית לדחיית התביעה, שהיא בבחינת קבלת טענה בעלת אופי מקדמי שהועלתה ע"י המשיבה. עניין זה הגדרתי לעיל בתור "מניעות מכרזית".

עפ"י סעיף 39.7 של החוזה, המהווה חלק ממסמכי מכרז רמות, ושעליו על הזוכה במכרז לחתום, התחייבה המערערת "לשלם בנפרד היטלים ואגרות נוספות שיוטלו על החברה ע"י גורם כלשהו, כגון רשות מקומית וכל רשות סטטוטורית אחרת" ועפ"י סעיף 43, שכותרתו "אגרות" התחייבה המערערת "לשלם לרשות המקומית אגרות בנייה וכל אגרה או היטל אחר עפ"י החוק הן לרשות המקומית והן לרשויות סטטוטוריות אחרות ואו לגורמים אחרים".

מקובל על הכל שהתחייבות חוזית זו, המופיעה במכרז, רחבה דיה לכלול גם את חובת הנשיאה בהיטלי הנחת צנרת המים, נשוא דיוננו.

אין חולק על כך שתנאים אלה היו ידועים למערערת, עת ניגשה למכרז, ואולם, כמסתבר, כבר כאשר הוגשה הצעתה ותומחרה, תכננה היא לדרוש, לאחר מעשה, השבת הסכומים שישולמו, כפי שאכן נעשה בתביעה שנדונה בפני כב' השופט חזק, ובאותן עילות שכבר אז היו ידועות ומוכרות למערערת.

מנהל המערערת, מר דוד פרץ, העיד באופן ברור, ויש לומר לזכותו שגם הגון, כי גם בפרויקטים קודמים נהג בדרך דומה. המערערת שילמה תחת מחאה כהגדרתו (אין סימוכין ל"מחאה" כזו בזמן

אמת), את כל הנדרש ממנה וקיבלה לאחר מכן החזר משום שהראתה שהגבייה לא הייתה חוקית (עמ' 13 פרוטוקול מיום 25.03.09).

הוא נשאל ע"י ב"כ העירייה האם, לאור ניסיונו, חפץ גם הפעם לנקוט בשיטה זו, שבה המערערת תגיש הצעה למכרז ביודעין שעליה לשאת ב- 50% מההיטל ואח"כ תוגש תביעה להשבת הסכום, והוא משיב "כשאנו ניגשנו למכרזים, אנו לוקחים בחשבון, שכל ההיתרים (צ"ל, כמובן, "היטלים") האלה נגבה אותם ואין לנו ברירה. אנו שילמנו ורשמנו תחת מחאה ואחרי זה נגיע ונתבע, כי זה לא חוקי בעליל" (הדגש אינו במקור – עמ' 14 ש 22-23). ובהמשך, נשאל האם המחשבה מראש הייתה אכן לגשת למכרז ביודעין שבסופו של יום תתבקש השבת כל הסכום ששולם עפ"י ההתחייבות שניתנה במסגרת תנאיו ומשיב, חד וחלק, "זה נכון אמרנו נשלם ואח"כ נתבע כי זה לא חוקי" (עמ' 15 ש' 21).

מדברים ברורים אלה, אנו למדים, שהמערערת הייתה ערה מהרגע הראשון לכך שההיטל אינו חוקי, לשיטתה, וחלף פנייה לשינוי תנאי המכרז, או הבהרתם, או לגריעת ההיטל הספציפי הזה ממנו, היא בחרה לנקוט גישה תכסיסנית שתעניק לה יתרון על פני מתחריה האחרים. בעוד שאר המתמודדים מתמחרים את הצעתם עפ"י העלויות הצפויות בהתאם לתנאי המכרז, הצעתה של המערערת כבר לוקחת בחשבון את האפשרות הריאלית (ובמידה מסויימת זו הנשענת על ניסיון העבר, שהרי המערערת אכן הציגה מקרים שבהם בתי המשפט, ואף בימ"ש זה נעתרו לתביעות ההשבה שלה אם כי בנסיבות שונות), שרכיב זה של ההצעה "יחזור לכיסה". אימוץ גישה זו ומתן גושפנקא ליישומה - יהווה פגיעה בעקרון השוויון שהוא יסוד חיוני בדיני המכרזים ויעודד תופעה לא ראויה שבמסגרתה המתמודד במכרז נמנע מלהציף טענה מקדמית, כנגד אחד התנאים, וממתין לזכייתו, על מנת, בדיעבד, להביא לצמצום עלויותיו. המתחרים במכרז, מהיבט ציפיותם הסבירה, ערוכים לקיים את כל תנאי החוזה שעליו יחתמו, אם יזכו, ורשאים הם לראות בחיובים המוטלים עליהם לשאת באגרות ובהיטלים שמכוח חיקוק משום הוצאה מנדטורית וכזו המושתת על הוראות דין הנהנות מחזקת התקינות.

אכן - המערערת מציגה את ההלכה הפסוקה, שלפיה אין בכוחה של הסכמה חוזית לשאת בהיטל בלתי חוקי "להכשיר" את הגביה, ועילת ההשבה מוסיפה להתקיים, לאחר התשלום, אולם, אין הנדון דומה לראיה. פסה"ד המרכזי בתחום זה, בעניין "דירות יוקרה" (ע"א 7368/06 דירות יוקרה בע"מ נ. ראש עיריית יבנה, פורסם בנבו), אינו עוסק בתכנון מניפולטיבי לדרישת השבה לאחר ביצוע תשלום שרק נחזה להיות מוסכם מראש, אלא בתרחיש קוטבי - ההסכמה נכפתה, למעשה, על המשלם, בנסיבות של לחץ וסד זמנים דוחק, תוך מחאה והשגה על כך בזמן אמת, וכאשר המתחייב בהיטל עומד על כך, מראש, שלשיטתו מדובר בדרישה הנעדרת ביסוס חוקי. ברי, שאין בהלכה זו לסייע בידי המערערת כאן.

יתרה מזו - ההלכה הפסוקה, שקדמה לפרשת "דירות יוקרה", הצדיקה שלילת ההשבה למי ששילם היטל לא חוקי לרשות, כאשר ההסכמה לכך ניתנה ביודעין, ומתוך רצון "לסגור את העסקה" ולקדם אינטרס של המשלם. ההסכמה המודעת יכול ותביא ל"רפוי" אי החוקיות ותקים מניעות לתבוע החזר הסכום (ע"א 7664/00 רובינשטיין ושות' נ. עיריית חולון, פד"י נ"ו (4) 117).

בענייננו - ברור היה למערערת, מראש, שההתחייבות במכרז לשאת בכל האגרות וההיטלים כוללת את האגרה נשוא המחלוקת. ההסכמה מצידה נעשתה על מנת לאפשר הגשת הצעה אטרקטיבית מטעמה, על בסיס תכנון כספי שלפיו, אם תזכה במכרז, תזדרז ותדרוש השבת הכספים ה"לא חוקיים". בכך- ייווצר לה יתרון על פני המציעים האחרים שאינם מתכננים "ספין" אשר כזה והמבקשים לקיים, בעתיד, את ההתחייבויות שנטלו על עצמם פשוטם כמשמעם.

מתן לגיטימציה לתכססנות מעין זו, היא בלתי הוגן הן כלפי מפרסם המכרז והן כלפי המשתתפים האחרים. במקרה שלנו- כשההתחייבות לתשלום היא כלפי צד ג', המשיבה, ולא כלפי בעל המכרז, הדגש הוא על הפגיעה באינטרס הצפייה הלגיטימי של המתחרים האחרים.

על כך נאמר: " ... אדם אשר שתק בזמן שהגיש הצעתו למכרז, מוותר על האפשרות להטיל דופי, לאחר מעשה, במכרז ובתנאיו. מפרסם המכרז והמשתתפים בו זכאים לבטוח, שכל אחד מהמשתתפים קיבל על עצמו את תנאיו, ושההליכים תקינים ומקובלים יוכל המזמין לקבל את ההצעה הטובה והנוחה לו ביותר... " (בג"צ 126/82 טיולי הגליל נ. ממשלת ישראל, פד"י ל"ו (4), 44).

הפגיעה הקשה בעקרון השוויון המכרזי, יכולה להקים מניעות כלפי מבקש הסעד ההשבתי, כנימוק העומד בפני עצמו. זאת, גם כאשר, שלא כבענייננו, עילת ההשבה לגופה, נשענת על אדנים מוצקים. ברם, יש בכוחן של נסיבות הרקע, והיות התשלום כזה המעוגן בהתחייבות במסגרת מכרז רב-משתתפים, כדי להטות את הכף.

כך, למשל, מצינו בפסה"ד של בימ"ש המחוזי בירושלים בעניין " משה"ב" (ת.א 5032/03 משה"ב בע"מ נ. מ.מ"י, כב' השופט ב. אוקון, פורסם בנבו, ערעור שהוגש נמחק בהמלצת ביהמ"ש העליון- ע"א 2841/04) :

"אכן, אם תישמע טענת התובעת כי יש להשיב לידיה את רוב רובו של התשלום בשל מחיר הפיתוח - עקרון השוויון יופר. המכנה המשותף שעל פיו פעלו משתתפים אחרים, ומתמודדים פוטנציאליים שהעדיפו לא להגיש את הצעותיהם, יתפורר".

אנו רואים, איפוא, שגם מטעם זה של שמירת עקרונות השוויון וההוגנות בהליכי מכרז, ראוי היה לדחות תביעת המערערת, כפי שנעשה, וגם בכך לא נפלה טעות מלפני בימ"ש השלום.

לאור כל האמור, ומהנימוקים שפורטו, אמליץ לחברותי הנכבדות כי נורה על דחיית הערעור, ועל חיוב המערערת בהוצאות ושכ"ט של המשיבה בסכום כולל של 20,000 ₪.

אריאל ואגו, שופט

כב' ס. הנשיא, השופטת שרה דברת – אב"ד:

אני מסכימה.

שרה דברת, שופטת,
ס.נשיא

כב' השופטת רחל ברקאי:

אני מסכימה.

רחל ברקאי, שופטת

לפיכך, הוחלט כאמור בפסק דינו של כב' השופט א. ואגו.

הערבון שהופקד ע"י המערערת יועבר למשיבה, באמצעות בא-כוחה, על חשבון ההוצאות שנפסקו.

ניתן היום, ג' סיוון תשע"ג, 12 מאי 2013, בהעדר הצדדים.

אריאל ואגו, שופט

רחל ברקאי, שופטת

שרה דברת, ס. נשיא
אב"ד

שרה דברת 54678313-/-

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

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