



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בעניינים מינהליים

ע"ם 4821/10

ע"ם 5051/10

בפני :
כבוד השופט א' רובינשטיין
כבוד השופט ס' גובראן
כבוד השופט י' דנציגר

המערערים בע"ם 4821/10
המשיבים בע"ם 5051/10 :
1. מינהל מקרקעי ישראל
2. משרד הבינוי והשיכון

נגד

המשיבה בע"ם 4821/10
המערערת בע"ם 5051/10 :
צ.מ.ח. המרמן בע"מ

המבקשת להצטרף להליך :
בונה הצפון קבלני בנין בעכו בע"מ

ערעורים על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מינהליים
בחיפה מיום 23.5.10 בעת"מ 12159-09-09 שניתן על-ידי
השופטת ב' בר-זיו

תאריך הישיבה :
כ"ח באדר ב התשע"א (31.3.2011)

בשם המערערים בע"ם
4821/10 והמשיבים בע"ם
5051/10 :
עו"ד אורי קידר

בשם המשיבה בע"ם 4821/10
המערערת בע"ם 5051/10 :
עו"ד אלון לוי ; עו"ד אורן סלעי

בשם המבקשת להצטרף
להליך :
עו"ד אריאל פלביאן

פסק-דין

השופט א' רובינשטיין:

א. ערעורים - שניים במספר - על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה
בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים (השופטת בר זיו) בעת"מ 12159-09-09 מיום

23.5.10. במוקד הערעור מכרז לחכירת מגרשים שפירסמו המערערים בעע"ם 4821/10 והמשיבים בעע"ם 5051/10 (להלן המערערים), ופסיקת בית המשפט המחוזי, בעקבות פערי שומה, למנות שמאי מכריע.

רקע

ב. בחודש יוני 2007 פורסם לציבור מכרז לחכירת מגרשים לבניית 78 יחידות דיור בטירת הכרמל. שני מכרזים קודמים שפורסמו ביחס למתחם הנדון בוטלו לאחר שלא הוכרז זוכה (במכרז הראשון הוגשה הצעה אחת בלבד, ובמכרז השני לא הוגשו הצעות כלל). בתנאי המכרז נקבע, כי המערערים אינם מפרסמים מחיר מינימום, וכי במקביל להצעות המוגשות למכרז תוגש גם מעטפה אטומה, אשר תכלול שומת שמאי שתשמש כאינדיקציה לקביעת הזוכה במכרז (להלן שומת עורך המכרז או שומת המערערים). ביום 1.8.07 נפתחו מעטפות המכרז. הצעת המשיבה בעע"ם 4821/10 והמערערת בעע"ם 5051/10 (להלן המשיבה) היתה ההצעה היחידה שהוגשה. ביום 15.8.07 התכנסה ועדת המכרזים (להלן גם הועדה), והחליטה שלא להכריז על זוכה במכרז, זאת כיוון שההצעה היתה נמוכה בכ-75% משומת עורך המכרז, קרי המערערים (שומת המשיבה עמדה על 1,555 מיליון ₪ ושומת עורך המכרז עמדה על 5,8 מיליון ₪). המערערים העבירו את שומת השמאי מטעמם לבחינתו של השמאי הממשלתי, אשר מצא את שומת המערערים סבירה ואף על הצד הנמוך (שומת השמאי הממשלתי עמדה על 7.6 מיליון ₪). המשיבה הגישה ביום 25.9.07 עתירה מינהלית (עת"מ 4341/07), וביקשה כי תוכרז כזוכה במכרז. העתירה נמחקה ביום 16.10.07 (על-ידי סגן הנשיא גינת) לאחר שהוסכם כי תינתן למשיבה זכות טיעון בפני ועדת המכרזים. ועדת המכרזים קיימה שימוע - בו הוצגה גם שומה שערכה שמאית מטעם המשיבה, אשר העריכה את הקרקע בסך 1,240,000 ₪ ללא הוצאות פיתוח - והחליטה ביום 12.3.08 כי אין מקום לשנות את עמדתה. המשיבה פנתה לוועדה ביום 17.7.08 לאחר התכתבויות וביקשה למנות שמאי מכריע. בקשה זו נדחתה ביום 28.12.08. ביום 20.8.09 שבה המשיבה ופנתה בבקשה דומה. ביום 30.8.09 נענתה המשיבה בשלילה. ביום 10.9.09 פרסמו המערערים מכרז חדש לשיווק המקרקעין (להלן המכרז הרביעי). ביום 13.9.09 הוגשה העתירה נשוא הערעור. יצוין כי כנמסר לא נפתחה תיבת המכרזים במכרז הרביעי.

פסק דינו של בית המשפט לעניינים מינהליים

ג. בית המשפט לעניינים מינהליים הורה על ביטול המכרז נשוא העתירה, ועל מינוי שמאי מכריע מטעם בית המשפט שישום את שווי המקרקעין נשוא המכרז. נקבע,

כי תוך 15 יום ממועד מתן פסק הדין תפורסם הודעה בדבר המינוי, וכי השומה שייתן השמאי המכריע תהיה חסויה. לאחר קבלת השומה יפרסמו המערערים מכרז חדש, ושומת השמאי המכריע תהא בו "שומת מכרז".

ד. בהנמקה צוין, כי הגם שבית המשפט אינו נוטה להחליף את שיקול דעתה של הרשות המינהלית בשיקול דעתו בקיימו ביקורת שיפוטית על החלטתה, הנה במצב דברים זה, שבו הגיעו הצדדים למבוי סתום, יש להורות על מינוי שמאי מכריע על מנת לממש את המכרז. הודגש, כי מינוי שמאי מכריע הוא כלי שאותו אימץ המחוקק בסוגיית היטל ההשבחה, ומן הראוי כי דין זהה יחול במקרה של חילוקי דעות מן הסוג שהתעורר במכרז נשוא הערעור.

ה. ביצוע פסק הדין עוכב, בהסכמת הצדדים, עד להכרעה בערעור, בהחלטת השופט הנדל מיום 28.7.10 (קדמה לכך החלטה מיום 23.6.10 שבגדרה עוכב ביצוע פסק הדין עד למתן החלטה אחרת).

ענ"ם 4821/10

טענות המערערים

ו. לטענת המערערים, לא היה מקום להתערבות בהחלטת הועדה שלא לקבל את הצעת המשיבה במכרז; החלטת הועדה שלא להכריז על זוכה, מקום שנמצא כי ההצעה היחידה שהוגשה נמוכה בצורה משמעותית וקיצונית משומת עורך המכרז, היא החלטה נכונה וסבירה, שכן המדובר בכספי הקופה הציבורית. הודגש, כי משנפתחה תיבת המכרזים ונמצא פער משמעותי בין השומה לבין הצעת המשיבה במכרז, נערכה פניה אל השמאי הממשלתי בבקשה כי יבחן את שומת עורך המכרז. שמאית מטעם השמאי הממשלתי בחנה את השומה ומצאה כאמור כי היא סבירה, ואף על הצד הנמוך; בהמשך נערך שימוע למשיבה, ובמהלכה הוצגה חוות דעת שמאית מטעמה, וזו נבחנה על ידי שמאי עורך המכרז.

ז. כנטען, לא היה מקום להפקיע מידי המערערים את שיקול הדעת בקביעת שומת המקרקעין במכרז שיפורסם, משלא נפל פגם בהליך קבלת החלטה. נטען בהקשר זה, כי העובדה שמול שומת עורך המכרז הציגה המשיבה שומה סותרת ונמוכה משמעותית, אינה גורעת מסבירות החלטתה של ועדת המכרזים; ההחלטה נשענת על חוות דעת מומחה מקצועי, וקיומה של מחלוקת מקצועית אינו מקים כשלעצמו עילה להתערבות שיפוטית.

ח. הוסף, כי לא הונחה כל תשתית עובדתית או משפטית שיש בה כדי להביא לפתרון החריג של מינוי מומחה חיצוני מטעמו של בית המשפט. כנטען, ההשוואה שערך בית המשפט להליכים הנוגעים להיטל השבחה אינה ישימה בענייננו, שכן ההליך דנא אינו בוחן את השאלה מהו ערכם של המקרקעין, והוא אינו בחינת סכסוך על גובה התשלום שאותו יש לשלם לרשות, אלא מהותו ביקורת שיפוטית על החלטת הרשות, שהתבססה על הערכה מקצועית. יתרה מכך - נאמר - בהליכים דוגמת היטל השבחה, כאשר ממונה שמאי מכריע, נעשה הדבר בהתאם לפרוצדורה הקבועה בדין, הכוללת מערכת הסדרים שלמה.

ט. בהקשר זה הודגש, כי נוכח האינטרסים השונים המנחים את המערערים: מחד גיסא שיווק המקרקעין במחיר גבוה, תוך שהתמורה נכנסת לקופת הציבור, ומאידך גיסא עידוד פיתוח ובניה, אין הועדה פוסלת אוטומטית הצעות הנמוכות מן השומה, אלא רק מקום שבו הפער הוא ניכר. עוד נטען, כי לא נפל כל פגם בכך שהמשיבה לא נשמעה בפני השמאי הממשלתי, שכן הליך הבקרה שערך השמאי הממשלתי הוא פנימי ונערך קודם להגשת העתירה.

י. הוסף, כי פסיקת בית המשפט קמא פוגעת באוטונומית הרצון של בעלי המקרקעין. כנטען, אין זכות קנויה למשיבה לקבל את המקרקעין לידיה במחיר שבו נקבה, וממילא אין לחייב את המערערים להתקשר עם המשיבה במחיר הנמוך שאותו הציעה.

י"א. הוסף, כי דין העתירה היה להידחות מחמת שיהוי. כנטען, השתהות המשיבה בהגשת העתירה גרמה לשינוי מצבם של המערערים לרעה, שכן ביום 10.9.09 פורסם המכרז החדש וננקטו כל ההליכים מכוחו על כל העלויות הכרוכות בכך. יתרה מכך, המשיבה אף לא ביקשה צו ביניים, והניחה למכרז להמשיך ולהתנהל. כן נטען, כי על בית המשפט לעניינים מינהליים היה להורות על צירוף משיבים רלבנטיים שנפגעו מפסק דינו, באשר למעשה הורה בו על ביטול המכרז הרביעי.

י"ב. לבסוף נטען, כי שגה בית המשפט כאשר הורה שבתוך פרק זמן כה קצר יחל ההליך למינוי שמאי מכריע, ושלאחר קבלת שומה יפורסם מכרז חדש.

תגובת המשיבה

י"ג. המשיבה סמכה ידיה על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מינהליים. לטענתה, מינוי שמאי מכריע נדרש נוכח המבוי הסתום שאליו נקלעו הצדדים ועל מנת לאפשר את מימוש המכרז, אשר בוטל כבר פעמיים קודם לכן. עוד נטען, כי מינוי שמאי מכריע מוצדק נוכח הפער שבין הערכת השמאי מטעם עורך המכרז לבין הערכת השמאי הממשלתי. כנטען, הוכח כי בבסיס חוות דעתו של שמאי עורך המכרז, כמו גם בחוות דעתו של השמאי הממשלתי, נפלו טעויות ופגמים מהותיים היורדים לשורשו של עניין, בין היתר נוכח העובדה כי תחת חישוב ובדיקה על פי המצב הקיים והתכניות המאושרות באותו יום, נסמכות השומות על תכניות ועל שינויים עתידיים וספקולטיביים.

י"ד. עוד נטען, שהצדקה נוספת למינוי שמאי מכריע נעוצה בכך שלאחר שהוסכם שתינתן למשיבה זכות טיעון, היה מקום ליתן לה זכות שכזו גם בפנייתה אל השמאי הממשלתי. מה גם שחוות דעתו הוסתרה מעיניה. יתרה מכך, המערערים אינם יכולים לטעון להתערבות באוטונומיית הרצון של בעלי המקרקעין, שכן קביעת בית המשפט לא נועדה להתערב בשיקול דעתה של הרשות, כי אם למנות גורם מקצועי נוסף. הוסף, כי לא היה שיהוי בהגשת העתירה, שכן זו הוגשה מיד לאחר קבלת תשובתם הלקונית של המערערים.

תשובת המערערים

ט"ו. לטענת המערערים, קיומם של חילוקי דעות כשלעצמו אינו מעיד על אי סבירות קיצונית בהחלטת הועדה. זאת ועוד צוין, כי יש לתת את הדעת לכך שהיה פער עצום בין הצעת המשיבה לשומת עורך המכרז, וכי חוות הדעת שעליה מסתמכת המשיבה הוכנה בדיעבד לאחר פסילתה של הצעתה. כן נטען, כי אין ממש בטענות המשיבה בהתייחס לשמאות, שכן בניגוד לנטען עלויות הבניה, שנלקחו בחשבון על ידי השמאית מטעם השמאי הממשלתי, הן גבוהות מהמקובל, ולא מדובר בשומה על סמך שינויים ספקולטיביים, אלא על בסיס התכנון הקיים. הודגש לעניין השיהוי, כי פנייתה של המשיבה למערערים מיום 20.8.09, היתה מלאכותית, וכל תכליתה להתגבר על מכשלת השיהוי.

טענות חברת בונה הצפון- חברת קבלני בניין בעכו בע"מ (להלן חברת בונה הצפון)

ט"ז. חברת בונה הצפון, שהגישה הצעה במסגרת המכרז הרביעי, וביקשה להצטרף להליך דנן בבית המשפט המחוזי ב-11.3.11 אך בקשתה לא הוכרעה, עתרה להצטרף לערעור. מצאנו לנכון לאפשר לה זאת, כפי שיפורט. בסיכומיה טוענת חברת בונה הצפון לשיהוי בהגשת העתירה ולאי צירוף צדדים נחוצים. נטען, כי הצעתה שלה היא בגבולות שומתו של עורך המכרז ובסטיית תקן מקובלת. הודגש בהקשר זה, כי היא הוציאה הוצאות מרובות תוך הסתמכות על המכרז החדש - הרביעי. הוסף, כי לא היה מקום שבית המשפט ישם עצמו בנעליה של הרשות כל עוד החלטתה עומדת במתחם הסבירות; יתרה מכך, במינוי שמאי מכריע שם עצמו בית המשפט כמומחה להכריע בגופה של מחלוקת, ולכך אין מקום.

טע"ם 5051/10

טענות המשיבה

י"ז. לגישת המשיבה, משקיבל בית המשפט את טענותיה בדבר הצורך במינוי שמאי מכריע, היה עליו להורות למערערים לבדוק פעם נוספת את הצעתה במסגרת אותו מכרז, וזאת לאחר קבלת שומת השמאי המכריע ונוכח ממצאיה. לטענתה, קביעתו של בית המשפט מובילה לפגיעה בזכות השויון העומדת בבסיס דיני המכרזים, וזכותה של המשיבה כי הצעתה במכרז - היחידה שהוגשה - תיבחן באופן אובייקטיבי נוכח שומת השמאי המכריע, כאילו היתה זו השומה שעמדה בפני ועדת המכרזים שעה שבחנה את הצעת המשיבה. כנטען, פתיחת המכרז לכולי עלמא אינה מאפשרת לממש את המכרז נשוא העתירה, שכן קבלת הצעות נוספות לא תאפשר, כנטען, לבחון את הצעתה של המשיבה כפי שהיתה אמורה להיבחן במכרז נשוא העתירה. יתרה מכך, שינוי בתנאי השוק יפגע באינטרס ההסתמכות של המשיבה, אשר התכוננה לבצע את הפרויקט נשוא המכרז בתנאי השוק ששררו שעה שהציעה הצעתה. הוסף, כי שגה בית המשפט כשקבע כי שומת עורך המכרז מנעה ממציעים פוטנציאליים לגשת למכרז. כנטען, משהצעתה של המשיבה היתה היחידה, אין יכולה להיות כל פגיעה בשויון ובמציעים אחרים, ובודאי שלא נמנע ממציע פוטנציאלי כלשהו להגיש הצעה מטעמו. הוסף לעניין הבקשה לצירוף חברת בונה הצפון כמשיבה, כי היא לא היתה צד למכרז נשוא הערעור, וכי הובהר במסגרת סיוור הקבלנים שנערך במסגרת המכרז הרביעי לכל המציעים הפוטנציאליים, שתלויה ועומדת עתירה מינהלית בגין ביטול המכרז נשוא הערעור. מכל מקום, משלא צורפה החברה כמשיבה בבית המשפט לעניינים מינהליים, אין להורות על צירופה עתה.

תגובת המערערים

י"ח. לטענת המערערים, פסק דינו של בית המשפט קמא, הגם שהוא שגוי לשיטתם, יאפשר למערערים אם יעמוד בערעור להתקשר עם מציעה שהציעה הצעה גבוהה יותר, ולא יחייב אותם להתקשר עם מציעה אשר הציעה את ההצעה הנמוכה ביותר. לטענתם, חיוב המערערים להתקשר עם המשיבה מנוגד לעקרונות בבסיס דיני המכרזים ולאוטונומיית הרצון של בעל המקרקעין, ויביא לפגיעה בקופת הציבור.

ט"ט. אשר לטענה כי ביטול המכרז מעמיד את המשיבה בעמדת נחיתות שכן המחיר שהציעה נחשף, צוין כי נוכח חלוף הזמן הפגיעה - ככל שתיגרם - למשיבה מחשיפת המחיר שהציעה, היא זניחה ביותר, ואינה שקולה לפגיעה בטובת הציבור. יתרה מכך נטען, כי ככל הידוע, המשיבה לא הגישה הצעה למכרז הרביעי, ובכך גילתה דעתה כי אין לה עניין לשוב ולהתמודד על רכישת המקרקעין. לא זו אף זו, כנטען, עמדת המשיבה שלפיה סעד של ביטול יינקט רק במקרים חריגים, מעידה מתוכה על חולשת טענותיה; זאת, משום שפסק דינו של בית המשפט קמא - ככל שיעמוד - הביא למעשה לביטולו של המכרז הרביעי שפורסם קודם להגשת העתירה. הוסף, כי טענת המשיבה שהתכוונה לבצע את הפרויקט בתנאי שוק ששררו בעת שהגישה הצעתה, אינה יכולה להתקבל, שכן לא היתה למשיבה כל ודאות שתזכה במכרז, ולכן טענה זו אינה מציגה כל אינטרס הסתמכות ראוי להגנה.

תשובת המשיבה

כ. כנטען, מינוי השמאי המכריע נועד לרפא את הפגמים שנמצאו בהליך המכרזי ולהימנע מהסעד הקיצוני של ביטול המכרז. הוסף, כי אין המערערים יכולים לטעון להתערבות באוטונומיית הרצון של בעלי המקרקעין, שכן פסק דינו של בית המשפט קמא לא ביקש להתערב בהחלטת הרשות, אלא למנות גורם נוסף שיפתור את שאלת הפער בין שמאוויות. לבסוף נטען, שאין לראות באי השתתפותה של המשיבה במכרז הרביעי משום מצג שלפיו אין לה עניין לשוב ולהתמודד על רכישת המקרקעין, וכי המערערים אינם יכולים לטעון שהצעתה של המשיבה נמוכה מן השומה שהציגו, שכן אין להם כל אומדן מהימן וריאלי שיהווה נקודת ייחוס.

הדיון בפנינו

כ"א. בדיון בפנינו חזרו הצדדים על עיקר טענותיהם בכתב. בא כוח המערערים הדגיש, כי מינהל מקרקעי ישראל אינו כבעל מקרקעין פרטי; אין הוא יכול למכור את

המקרקעין בכל מחיר העולה על דעתו, המינהל כפוף להנחיות בנוגע לשאלה מתי באפשרותו לקבל הצעה נמוכה מהשומה, ולפיהן מדובר בפער של 50% לכל היותר (בעבר היה זה פער של 75%). הודגש, כי הפרוצדורה של מינוי שמאי מכריע בהקשר של היטל השבחה מעוגנת בדין, מה שאין כן בענייננו. בא כוח המשיבה טען, כי השומה מטעם עורך המכרז אינה סבירה, והיא מתעלמת ממספר נתונים. כן נטען, כי ככל שיימצא שהחלטה לעניין מינוי שמאי מכריע היא במקומה, יש לבחון את הצעתה של המשיבה נוכח שומה זו במסגרת המכרז נשוא העתירה. בא כוח חברת בונה הצפון הדגיש, כי המשיבה השתתה עד מאוד בהגשת העתירה. בינתיים פורסם מכרז חדש, הושקעו משאבים לצורך הגשת ההצעה, והחברה שינתה מצבה לרעה.

הכרעה

כ"ב. מושכלות יסוד כי על ועדת המכרזים, כגוף מינהלי, להפעיל את שיקול דעתה בהגיונות ובתום לב, כנובע ממעמדה כנאמן ציבור. עליה לפעול ביושר, בשיוון, ללא משוא פנים או שרירות, וכמובן בסבירות, תוך התחשבות בכלל השיקולים הרלבנטיים ואיזון בין האינטרסים השונים, ובהסתמכות על תשתית ראייתית מהימנה ומבוררת. כגוף מינהלי, היא כפופה כמובן לכללי הצדק הטבעי, וחלה עליה בין היתר החובה לאפשר טיעון למתמודד שזכותו עלולה להיפגע מהחלטתה (עומר דקל מכרזים, כרך ב' (2006), 25 (להלן דקל); ע"א 7699/00 טמג"ש חברה לניהול ופיתוח פרויקטים בע"מ נ' רשות הניקוז, פ"ד נה(4) 873, 896; בג"ץ 35/82 ישפאר בע"מ נ' שר הביטחון, פ"ד לז(2) 505, 519-521; בג"ץ 101/74 בינוי ופיתוח בנגב בע"מ נ' שר הביטחון פ"ד כח(2) 449, 451-452).

כ"ג. בענייננו דומה כי לא זו בלבד שהחלטת ועדת המכרזים היא סבירה בנסיבות הפער בין השומות, אלא שהחלטה אחרת, קרי הכרזה על הצעת המשיבה כזוכה, היתה ככל הנראה בלתי סבירה. ככלל מתייחס הדין, כאל אדם מן היישוב, בעין חוקרת ובודקת - אם נרצה, חשדנות - לעובדה שלמכרז פומבי הוגשה הצעה אחת; ראו תקנה 23(א) לתקנות חובת המכרזים, תשנ"ג-1993; תקנה 22(ו) לתקנות העיריות (מכרזים), תשמ"ח-1987. תקנה 23(א) לתקנות חובת המכרזים עניינה הצעת יחידה, והיא קובעת על פי תיקונה מתשס"ט (קובץ התקנות 6750, ט"ו בשבט תשס"ט, 9.2.09):

"(א) הוגשה במכרז פומבי הצעה יחידה, או שנותרה הצעה יחידה לדיון לפני ועדת המכרזים, במחיר המרע עם עורך המכרז לעומת אמדן שווי ההתקשרות, רשאית ועדת המכרזים להודיע על כך למגיש ההצעה, ולאפשר

לו להגיש הצעת מחיר בתנאים המיטיבים עם עורך המכרז, במועד שתקבע".

(1א) הוגשה במכרז פומבי הצעה יחידה, או שנותרה הצעה יחידה לדיון לפני ועדת המכרזים ורשאית ועדת המכרזים להחליט על בחירת ההצעה או על עריכת מכרז חדש (הדגשות אינן במקור- א"ר)

(2א) ועדת המכרזים אינה רשאית לבחור בהצעה יחידה מקום שנתקיים מכרז סגור, אלא באישור ועדת הפטור אם זו נוכחה לדעת שעריכת מכרז נוסף לא תביא תועלת".

הנוסח הקודם של התקנות קבע בתקנה (א)

"נתקיים מכרז פומבי, רשאית ועדת המכרזים, מנימוקים שיירשמו, להחליט על בחירת הצעה גם אם היתה זו הצעה יחידה שהוגשה או שנותרה יחידה לדיון בפניה הועדה אינה רשאית לעשות כן מקום שנתקיים מכרז סגור, אלא באישור ועדת הפטור אם זו נוכחה לדעת שעריכת מכרז נוסף לא תביא תועלת".

עינינו הרואות כי מחוקק המשנה ביקש לאפשר גמישות לעורך המכרז במקרה של הצעה אחת; ליחס להצעה אחת ראו גם ע"מ 8196/08 אור הייטק בע"מ נ' עיריית אילת (לא פורסם) (פסקאות ט"ז- י"ז והאסמכתאות שם). ועוד, הנטיה על פי הפסיקה היא להימנע מביטול מכרז אם התוצאה תהא פרסום מכרז אחר (ע"מ 8610/03 מטילות נ' המועצה המקומית מג'אר, פ"ד נח (6) 755, 761; ע"א 6283/94 מנורה נ' מדינת ישראל, פ"ד נא (1) 21, 27). זאת, הואיל וביטול המכרז ופרסום מכרז חדש תחתיו עלולים לפגוע באינטרס ההסתמכות של המציעים במכרז, יוצרים חלילה פתח לשחיתות, ומשמעותם עלולה להיות מתן אפשרות לבעלי ההצעות הפחות טובות לשפר את הצעותיהם (דקל, 186). כאמור אף קיומה של הצעה יחידה אינו בהכרח עילה לביטול המכרז, שכן ככל שההצעה עונה על דרישות המכרז, קיימים טעמים כבדי משקל לבחור בה (דקל, 131). ראשית, המכרז מבטא צורך במימוש ההתקשרות, וביטול המכרז יחייב את דחייתה; שנית, אין זה מובטח כי דחיית ההתקשרות ופתיחת הליך חדש יובילו להתקשרות יעילה יותר מבחינה כלכלית; שלישית, ביטול המכרז עלול - כאמור - לפגוע באינטרס ההסתמכות ולהוות כר פורה לשחיתות, רחמנא ליצלן.

כ"ד. ואולם כאשר מדובר בהצעה יחידה שהיא בלתי סבירה לרעה, יתכן כי אין מנוס אלא מביטול המכרז (דקל, 127); בחירת הצעה כגון דא תעמוד בניגוד לתכלית המכרז ולעקרונות שבבסיסו. כידוע, למכרז הציבורי יסודות אחדים: הגנה על עקרון השוויון, שמירה על טוהר המידות ומניעת משוא פנים ושחיתות, והכל בצד השאיפה לאפשר

לרשות להתקשר בעסקה כלכלית מיטבית תוך התנהלות יעילה החוסכת בכספי הציבור (למאפייני המכרז הציבורי ראו בג"ץ 292/61 בית אריזה רחובות בע"מ נ' שר החקלאות, פ"ד טז 20, 27; בג"ץ 368/76 גזולן נ' המועצה המקומית בית-שמש, פ"ד לא (1) 505, 512-511, 522; ע"א 6585/95 מ.ג.ע.ר. מרכז גביה ממוחשבת בע"מ נ' עיריית נשר, פ"ד נ(4) 206, 212). כאשר מדובר בהצעה הנמוכה במידה ניכרת ביחס להערכת הרשות, בחירה בה אינה משיגה תכלית מרכזית שבבסיס המכרז והיא יעילות כלכלית; והרי עסקינן בכספי ציבור, ובמקרה זה בחירה של הצעה נמוכה באופן משמעותי משמעה בהכרח גריעה מקופת הציבור שעליה מופקדת הרשות. יודגש, כי המערערים אינם בעלי מקרקעין מן השורה; הם נאמני הציבור (בג"ץ 6698/95 קעדאן ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1), 258, עמ' 274; בג"ץ 262/62 פרץ נ' יושב ראש, חברי המועצה המקומית ותושבי כפר שמריהו, פ"ד טז 2115, 2101). הם מופקדים על רכוש הציבור, ועליהם לנהלו בתבונה, שאם לא כן יימצאו מועלים בתפקידם. בצד תפקידם בשיווק המקרקעין ובעידוד פיתוח בניה וצמיחה עומדת גם החובה להגן על רכוש הציבור, ולא למכרו בנזיד עדשים:

"ומשמצאה ועדת המכרזים בענייננו, כי המחירים שהוצעו במכרז נופלים במידה ניכרת מן השווי המוערך של הקרקע, רשאית היתה להחליט שלא להקצות כלל את המתחם. למבקשת אין עילה לתבוע שהקרקע תוקצה לה, שכן 'אין לאף גורם זכות מוקנית לזכות ברכוש הציבור ובוודאי לא במחיר נמוך מערכו' (הנשיא שמגר בבג"ץ 81/85 חסיד נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד לט(3) 424, 425 (רע"א 202/98 צרפתי נ' מינהל מקרקעי ישראל (לא פורסם) (השופט - כתארו אז - מצא); ע"ם 8328/02 ב. יאיר חברה קבלנית לעבודות בניה בע"מ נ' עיריית חברה לפיתוח עירוני בע"מ, פ"ד נח(1) 145, 153).

הדברים עולים בקנה אחד עם תקנה 21 (א) לתקנות חובת המכרזים הקובעת "שלאחר סיום בדיקת כל ההצעות ובירור יתר הפרטים הנדרשים תיתן ועדת המכרזים את החלטתה; הועדה רשאית להחליט על בחירת ההצעה המתאימה ביותר או להחליט שלא לבחור כל הצעה שהיא, והכל במטרה להבטיח את מרב היתרונות לעורך המכרז" (הדגשות אינן במקור - א"ר), וכבר הזכרנו את תקנה 23.

כ"ה. נוסף, כי בנדון דידן נראה כי נהגה הרשות בהגינות, וכבקה פנימית לאחר בחינת ההצעות אף פנה המערער 1 לשמאי הממשלתי בבקשה שיבחן את השומה שניתנה על ידי השמאי מטעם המערערים, ואף לאחר השימוע בחן שמאי ממשלתי את שומת המשיבה. אכן, לאחר שהתברר שהצעת המשיבה נמוכה משמעותית משומת עורך המכרז, היה מקום לערוך למשיבה שימוע וליתן לה האפשרות להסביר על מה מבוססת

השומה שהגישה, ולא היה צורך להמתין לעתירה לשם כך; זאת בפרט נוכח העובדה שהמכרז בוטל כבר פעמיים, והרי המערערים חפצים בשיווק המקרקעין. היה עליהם איפוא לבחון עוד קודם לכן מדוע לא צלח המכרז בעבר, והאם נפל פגם בהערכותיהם, ואולי נוכח העדר ביקוש למקרקעין יש ליתן לכך ביטוי במחיר שבו מוכנה הרשות לשווק את המקרקעין, ככל שעודנה מחזיקה ברצון לעשות כן. ועוד, היה על המערערים לתת את הדעת כיצד קיים פער של קרוב לשני מיליון ש"ח בין השומה שהציגו לשומת השמאי הממשלתי; אמנם אין מדובר בסדר הגודל של הפער בין שומת המשיבה לשומת עורך המכרז, אך גם אין מדובר בפער של מה בכך, ויש להסיק את המסקנות המתבקשות באשר לדרכי שומה.

כ"ו. זה המקום להביע ביקורת חריפה של שכל ישר ושל התנהלות מקצועית על ההבדלים בין השומות השונות, מקום שההבדלים הללו עצומים כפי שתואר מעלה. הדבר מזכיר את התנהלותם של מומחים מקצועיים, רפואיים למשל, במקרים מסוימים - והדברים נאמרים מבלי לפגוע או להכליל, ובלשון חדה לשם המחשה - שלעתים התובע בתיק רשלנות רפואית מתואר על-ידי מומחה מטעמו כאילו סבבו בשוק הסופדים וחברה קדישא מצפה, ואילו מומחה הנתבעים מציג כאילו בכוח התובע לרוץ מרתון בקלילות; ראו ע"א 4330/08 מוזס נ' משרד הבריאות (לא פורסם). בנידון דידן, ומבלי רצון לפגוע, מי בית משפט שיתן ערך של כבוד לשומות שיש ביניהן פער של 75%, או למצער לחלק מהן. אין תימה איפוא כי בית המשפט קמא ביקש להחיל, מתוך דאגה ואולי תסכול, פתרון יצירתי שובה לב, מתוך כוונה לקיים את המכרז שבוטל פעמיים קודם לכן, והרי במשפטים אזרחיים מתמנה לא אחת מומחה על-ידי בית המשפט (ראו תקנה 130 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984). ואולם הפתרון שאותו ביקשה המשיבה, ושאותו אימץ בית המשפט, חסר - בכל הכבוד - עיגון והסדרה בדין בהקשר המאטריה שלפנינו, שהיא דיני מכרזים לפי חוק חובת המכרזים, תשנ"ג-1993 והתקנות. הפתרון שטבע בית המשפט מעלה שאלות שונות הנוגעות בין היתר לאופן בחירתו של השמאי המכריע, לכשירותו, לתקיפת החלטתו ועוד, כמוסדר בהקשרים אחרים ועל כך להלן. בחקיקה נקבע, אולי מתוך אותו תסכול של חוות דעת בקצוות בלתי מובנים, הליך של שמאי מכריע, שכל תפקידו שמאות מכריעה ועל כן אינו יד ארוכה, במשים או בלא משים, של אחד הצדדים, ועשה כן על-ידי חקיקה וחקיקה משנה הקובעת סדרי דין. נקודה זו מרכזית בעיני ואפרט במקצת.

כ"ז. אכן, המחוקק בחר להפקיד שומות בנסיבות מסוימות בידי שמאי מכריע (מוסד שאינו חדש עמנו מכבר כשלעצמו), אם לפי פרק ח'1 (סעיף 136) לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965 והתוספת השלישית, העוסקת בהיטל השבחה, ולפי סעיף 14(ב)(1) בה

מתמנה שמאי מכריע לעניין ההיטל, ואם לפי פרק ט'1 בסעיף 198(ה) לחוק, המאפשר הכרעה במחלוקת על פיצוי בקשר לפגיעה במקרקעין על-ידי תכנית לפי סעיף 197. שמאי מכריע זה מתמנה על-ידי יושב ראש מועצת שמאי המקרקעין (סעיף קטן (ה)2(שם)), וניתן לערור על הכרעתו, לפי סעיף קטן 4(א), לפני ועדת הערר לפיצויים ולהיטל השבחה; ועל החלטות מסוימות של הועדה או יושב הראש שלה ניתן לערער לבית המשפט לעניינים מינהליים. בקצרה אזכיר, כי מוסד "השמאי המכריע החדש", קרי, על פי רשימת שמאים שיקדישו כל זמנם לכך, נחקק בתיקון 84 מתשס"ח לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965, שלפי דברי ההסבר לו (הצעות חוק הממשלה 369, הצעות חוק תשס"ח, 418 ואילך), תחת המתכונת בעבר של בחירת שמאי מכריע על-ידי הצדדים, ממונים הוא או היא על-ידי ראש מועצת השמאים מתוך רשימה שיערוך שר המשפטים, תוך מאמץ להליך שמאות ש"ייערך באופן הגון וראוי" (עמ' 419). יש להטעים את האמור בדברי ההסבר (עמ' 420), כי "שמאי מכריע הוא מעין שופט או בורר בעניין המובר לפניו, ועל כן יש להקפיד מאוד בכל חשש לנגד עניינים בין בטרם מינויו של שמאי מקרקעין לכהונת שמאי מכריע, ובין לאחר המינוי". אולי עיקר העיקרים הוא (סעיף 202'ח לחוק) ייחוד פעולתו של שמאי מכריע, קרי, האיסור לעסוק "בכל עיסוק אחר פרט לעיסוק כשמאי מכריע, אלא אם כן אין בעיסוק האחר כדי ליצור ניגוד עניינים עם פעולתו כשמאי מכריע". לעבודת השמאי המכריע נקבעו הסדרים מיוחדים (תקנות התכנון והבניה (סדרי דין בבקשה להכרעה לפני שמאי מכריע או שמאי מייעץ), תשס"ט - 2008); ראו גם תקנות התכנון והבניה (סדרי הדין שבועדות ערר בעררים לפי סעיף 198 לחוק), תשנ"ח-1997; וכן סעיף 9א לפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) וההפניה לסעיף 2 בו לחוק התכנון והבניה להגדרת שמאי מכריע.

כ"ח. נחזור לענייננו: דומה, כי בנסיבות שבהן ההצעה היחידה שהוגשה היתה נמוכה בכ-75% - לא פחות - משומת עורך המכרז, ואף ביותר מכך משומת השמאי הממשלתי, החלטת ועדת המכרזים היא סבירה בנסיבות, ולא היה מקום להתערבות בה. איני רוצה לומר מה היה על אחריות הועדה, אילו התעלמה מפער השומות.

כ"ט. ועוד, התפיסה הגורסת כי שומת עורך המכרז ושומת המשיבה מייצגות בהכרח חוות דעת שוות ערך, וכי בהינתן מחלוקת יש מקום למינוי שמאי מכריע על ידי בית המשפט, חוששני כי אינה תואמת את ההליך המכרזי כפי שהוא מובנה בחוק ובפסיקה. המכרז הוא הזמנה להציע הצעות במסגרת של תחרות מאורגנת (בג"ץ 118/83 אינווסט אימפקט בע"מ נ' המנהל הכללי של משרד פ"ד לח(1), 729, עמ' 734-735). אין מדובר בסכסוך אזרחי שבו חפצים שני מתדיינים לטעון כל אחד לשומה שונה, ובית המשפט נדרש לקבוע מה גובה השומה לעניין הסעד המתבקש, ואף לא בדיני פיצוי והשבחה

שהוסדרו על-ידי המחוקק. במכרז הרשות היא היוזמת את הגשת ההצעות, היא המתווה את הכללים למכרז, והיא הקובעת את אמת המידה לבחינת ההצעות השונות. שמאי הרשות אמור לייצג אינטרס ציבורי, ועל כן אין הוא אמור להיות בעל הטיה; תפקידו של בית המשפט הוא עריכת ביקורת שיפוטית על החלטת הרשות, והוא אינו יושב "כועדת מכרזים עליונה" (עצ"ם 3499/08 רון עבודות עפר ייזום ופיתוח מ.א. בע"מ נ' ועדת המכרזים (לא פורסם) (השופטת חיות), פסקה 11). בהחלטה על מינוי שמאי מכריע שם בית המשפט עצמו בנעלי הרשות, כדי להחליט בין חוות הדעת במבט רחב; אך עם כל ההבנה דומה שמקרה זה אינו יאה לכך.

ל. נבקש בהקשר זה גם אנו, כבית המשפט קמא וכמעוררים להביא מדבריה של השופטת ביניש, כתארה אז, בבר"מ 3186/03 מדינת ישראל נ' שולמית עין דור, פ"ד נח(4), 754, עמ' 766-767.

"הגישה העולה מפסק הדין ביחס למינוי מומחה מטעם בית המשפט לענינים מינהליים אינה עולה בקנה אחד עם כללי הביקורת השיפוטית על מעשי המינהל. הדרך שהשופט קמא בחר לילך בה - השוואה בין חוות דעת המומחה מטעם בית המשפט לבין חוות דעת של מומחים אחרים וקביעת העדפתה על פני החלטת הרשות המינהלית - אינה מתיישבת עם אופיו של הליך הביקורת השיפוטית. בית המשפט המינהלי יבחן בהליך המתקיים בפניו את החלטת הרשות על פי עילות הביקורת השיפוטית, אך אין הוא משמש ערכאה המחליטה במקום הרשות המינהלית; הוא אינו שוקל את שיקוליה ולא ימיר את שיקול דעתה בשיקול דעתו שלו... כל עוד החלטת הרשות אינה חורגת ממתחם הסבירות, כלומר כל עוד מדובר בהחלטה שרשות מינהלית סבירה יכולה הייתה לקבל, לא יתערב בית המשפט בהחלטה... כך בדרך כלל, וכך במיוחד כאשר הרשות המינהלית משתיתה את החלטתה על בסיס חוות דעת מקצועיות של גורמים מקצועיים (ראו לעניין זה את פסק דינו של השופט חשין, בבג"ץ 5785/03 גדבאן ואח' נ' מדינת ישראל ואח' (טרם פורסם) והאסמכתאות שם). מקום שהפעילה הרשות מומחים מטעמה, לא ישים עצמו בית המשפט מומחה, וודאי שלא ימנה מומחה תחתיו, כדי להכריע לגופה של מחלוקת מקצועית. אכן, לעולם לכל בעיה יהיו פותרים ופתרונים אחדים. ייתכן אף שבית המשפט יטה אחר החלטה המבכרת פיתרון זה ולא פתרון אחר. אך בכך אין כדי להביא את בית המשפט להחליף את שיקול דעתה של הרשות בשיקול דעתו... כך בבית המשפט הגבוה לצדק, וכך כמובן, גם בבית המשפט המחוזי בשבתו כבית המשפט לענינים מינהליים, ובכל ערכאה שיפוטית הנדרשת לכללי

המשפט המינהלי" (ראו גם בג"ץ 2887/04 אבו מדיגם נ' מינהל מקרקעי ישראל (לא פורסם)).

ועוד:

"העדפת חוות דעת מומחה 'חיצוני' על פני חוות דעת המקצועית של הרשות המינהלית, אינה מתיישבת עם אופיו של הליך הביקורת השיפוטית" (ע"מ 2141/09 הועדה המחוזית המשותפת לתכנון ולבניה נ' אחל"ה איכות חיים לתושבי השרון (לא פורסם) (השופט פוגלמן), פסקה 19).

אודה ואטעים, כי אינני נמנה על המצמצמים יתר על המידה את התערבות בית המשפט בתחום המינהלי, מתוך ניסיון ומבט רחב; לדעתי דבר זה טעון התייחסות גמישה בהקשרים המתאימים, אך אין מקרה זה בא בקהלם.

ל"א. קשה להלום את הטענה שמינוי שמאי מכריע נדרש נוכח הפער בין חוות דעתו של השמאי הממשלתי לחוות דעתו של השמאי מטעם עורך המכרז, שהרי בחוות דעתו של השמאי הממשלתי נקבעה שומה גבוהה אף יותר משומת שמאי עורך המכרז. בסופו של יום, הפער העצום בין הערכת המשיבה לזו של המערערים, בשתי גירסאותיה, אינו מותיר ברירה; רשות ציבורית אחראית אינה יכולה למכור את קרקעות הציבור שעליה האחריות להם יותר מאשר אחריות כל אחד מפקידיה לרכושם הפרטי – בלא מחיר.

ל"ב. כללם של דברים, החלטת ועדת המכרזים בדין יסודה, וחוששני – עם כל רצונו הטוב של בית המשפט קמא - שלא היה מקום בנסיבות למינוי שמאי מכריע. נוכח האמור אין צורך להידרש לערעור המשיבה שעניינו תקיפת ההחלטה לערוך מכרז חדש, שבו שומת השמאי המכריע תהיה שומת המכרז.

ל"ג. אציין לבסוף, כי דומה שבנסיבות הספציפיות אין פגם בכך שלמשיבה לא ניתנה זכות טיעון בפני השמאי הממשלתי; הרשות ביקשה להיעזר בחוות דעת השמאי הממשלתי כדי לבדוק עצמה שמא יצאה שגגה תחת ידו של השמאי מטעמה. אין מדובר בהליך המתנהל מול המציע, אלא כפי שציין בא כוח המערערים מדובר בהליך בקרה פנימי. מה גם שכאמור אין המדובר בשתי חוות דעת שוות מעמד, האחת מול רעותה, שנדרשת הכרעה ביניהן.

ל"ד. אשר לטענת השיהוי, כידוע שני פנים לכגון דא: האחד, שיהוי סובייקטיבי, המבקש לבחון את התנהגותו של העותר. השאלה היא, "אם העותר פעל בזריזות המתחייבת בנסיבות העניין, ואם עתירתו אינה נגועה בהשתהות הנובעת מאשמתו" (בג"ץ 2632/94 דגניה א' נ' שר החקלאות, פ"ד נ(2), 715, 724 (השופט -כתארו אז- אור)), שכן חלוף הזמן יכול ללמד כי ויתר על זכויותיו (עע"ם 2408/05 הושעיה ישוב קהילתי כפרי של אגוד המושבים של הפועל המזרחי נ' מדינת ישראל-משרד הבטחון (לא פורסם), פסקאות 29-30). השני, שיהוי אובייקטיבי, המבקש לבחון האם גרם חלוף הזמן לשינוי המצב לרעה ולפגיעה באינטרסים של המשיב או של צדדים שלישיים. מנגד תיבחן השאלה האם הימנעותו של בית המשפט מהידרשות לעתירה מחמת השיהוי בהגשתה תביא לפגיעה קשה וחמורה בחוק או בשלטון החוק (עע"ם 6881/07 ברגר ואח' נ' המועצה האזורית עמק חפר (לא פורסם), פסקה 22 (להלן פרשת ברגר); בג"ץ 2285/93 נחום נ' ראש עיריית פתח תקוה, פ"ד מח(5) 630, 641-642). בענייננו המתינה המשיבה כשמונה חודשים עד אשר תקפה את החלטת ועדת המכרזים. בינתיים, פורסם מכרז חדש, רביעי במספר, הוגשה הצעה נוספת, ועורך המכרז ומציעה במכרז הרביעי (חברת בונה הצפון) שינו מצבם לרעה. המשיבה, לעומת זאת, לא התמודדה במכרז זה ואף לא ביקשה סעד זמני לשם עצירת הליכוי אלא אך במועד הדיון בעל פה ביום 30.11.09, בעוד המועד האחרון להגשת ההצעות נקבע ליום 2.12.09. גם אם מטעמים הנעוצים בשלטון החוק, כשעסקינן בדיני מכרזים, היה מקום למחול על כך (ראו והשוו עע"ם 2126/10 מטאור נ' מנהלת אורות לתעסוקה (לא פורסם), פסקה כ"ה), הנה נוכח קביעותינו מעלה איננו צריכים להידרש לזאת.

לה. לבסוף יצוין, כי אכן נפל פגם משלא צורפה חברת בונה הצפון כמשיבה בעתירה. כידוע, בעתירה יהיו משיבים כל הנוגעים בדבר: הרשות שכנגד החלטתה מכוונת העתירה, כל רשות אחרת הנוגעת בדבר וכל צד שלישי העלול להיפגע מן העתירה (תקנה 6(א) לתקנות בתי משפט לעניינים מינהליים (סדרי דין), תשס"א-2000; בג"ץ 353/67 "אגד" אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' שר התחבורה, פ"ד כב(1) 332, 336), ובית המשפט רשאי לתקן פגם בהקשר זה בכל שלב משלבי הדיון (תקנה 6(ב)).

"הבסיס לכלל זה כפול: שלא לפגוע בצד שעתיד להיפגע מהחלטה בעתירה בלא שניתנה לו האפשרות להציג את עניינו לפני בית המשפט ופריסת התמונה העובדתית המלאה לפני בית המשפט בידי הגורמים שהנתונים הרלבנטיים נמצאים בידיהם" (פרשת ברגר, פסקה 19 (השופט דנציגר)).

בנדון דידן, לא יתכן חולק כי עתירה המבקשת למנות שמאי מכריע במכרז נשוא הערעור, בעוד מכרז חדש כבר פורסם, ועתידות להיות מוגשות במסגרתו הצעות על ידי מציעים שונים - יש בה כדי לפגוע במציעים הללו. משהוגשה הצעה למכרז הרביעי היה מקום לצרף את המציעה כמשיבה; על כן איפשרנו את צירופה של חברת בונה הצפון, וטענותיה מפורטות מעלה.

לו. סוף דבר וסיכומו: הערעור בע"מ 4821/10 מתקבל. איננו נעתרים לערעור בע"מ 5051/10. החלטת ועדת המכרזים לביטול המכרז בעינה עומדת, וכך גם ההחלטה בדבר המכרז החדש, היכול עתה לשוב ולהתנהל. המשיבה תשלם למדינה שכר טרחת עורך דין בסך 15,000 ₪, ולמבקשת להצטרף - חברת בונה הצפון קבלני בנין בעכו בע"מ - שכר טרחת עורך דין בסך 10,000 ₪.

ש ו פ ט

השופט ס' ג'ובראן:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט י' דנציגר:

אני מסכים.

ש ו פ ט

לפיכך הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' רובינשטיין.

ניתן היום, י"ג בניסן תשע"א (17.4.2011).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט