

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 4832/23

לפני :
 כבוד השופטת יעל וילנר
 כבוד השופט חאלד כבוב
 כבוד השופטת רות רונן

המערערים :
 1. אל מול הים בע"מ
 2. משה אהרוני

נגד

המשיבה :
 עיריית בת ים

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו מיום
 27.4.2023 בת"א [15169-09-15](#) [נבו] שניתן על ידי כב'
 השופט י' גייפמן

תאריך ישיבה : כ"ו באייר התשפ"ד (3.6.2024)

בשם המערערים : עו"ד אבי שרף ; עו"ד דנה שוורץ אשתר

בשם המשיבה : עו"ד תמר באומרינד-איגרא

כתבי עת :

עומר דקל, "מהו המכרז האופטימלי: המכרז כמשחק", משפטים, ל (תשנ"ט-תש"ס) 637

ספרות :

דניאל פרידמן, נילי כהן חוזים

עומר דקל מכרזים

טל חבין התיישנות

גבראלה שלו ואפי צמח דיני חוזים

חקיקה שאוזכרה :

חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 : סע' 3(א), 4(ב), 12, 12(ב), 15(ב)

חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970 : סע' 15, 14, 13, 12, 11, 10(א), 15.ב, 15.ג

חוק החברות, תשנ"ט-1999 : סע' 6(ב)

מינני-רציו :

* התקבל ברוב דעות ערעור על פסק-דינו של בית המשפט המחוזי, בו נקבע כי העירייה זכאית לפיצויי קיום בקשר עם מכרז למכירת זכויות במקרקעין, בשיעור ההפרש בין ההצעה הגבוהה ביותר שהחווה על פיה לא נחתם בסופו של דבר, לבין ההצעה השנייה, כאשר שתי ההצעות הוגשו בשם שתי חברות שונות על-ידי אותו בעל שליטה; נקבע בדעת הרוב, כי לא הוכח שהתנהלות המציעים במכרז הייתה בחוסר תום-לב, וכי בנסיבות העניין הערכות שימשה בגדר פיצוי מוסכם, ולאחר חילוטה אין עוד אפשרות לתבוע פיצויי קיום.

* מכרזים – אמות מידה – לבחירה ההצעה הזוכה

* מכרזים – הצעות – פגמים

* מכרזים – הליכי המכרז – כריתת חוזה

* מכרזים – תנאי המכרז – ערבות בנקאית

* מכרזים – פגמים במכרז – ערבות בנקאית

* משפט מינהלי – מכרזים – הצעות

* משפט מינהלי – מכרזים – הליכי מכרז

* חוזים – משא ומתן לכריתת חוזה – בדרך מקובלת ובתום-לב

* חוזים – פיצויים – פיצויי קיום

* חוזים – פיצויים – פיצויים שליליים

* חברות – אחריות – נושאי משרה

* חברות – מנהלים – אחריות אישית

* התיישנות – שיהוי – אימתי מתקיים

* בתי-משפט – ערעור – התערבות במימצאים עובדתיים

* ראיות – מידת ההוכחה – בהליך אזרחי

ערעור על פסק דינו של בית משפט המחוזי בתל אביב-יפו, בו נקבע כי המשיבה, עיריית בת-ים, זכאית לפיצויי קיום בקשר עם מכרז למכירת זכויות העירייה במקרקעין. המערער 2 הוא יזם, והוא הבעלים היחיד של המערערת 1, חברת אל מול הים, וגם בעלים (בשרשור) של 50% ממניותיה של נווה מול הים בע"מ (חברת נווה); המערער הגיש הצעות למכרז – הן בשמה של חברת אל מול הים והן בשמה של חברת נווה. כאשר נפתחו המעטפות הסתבר כי ההצעות הגבוהות ביותר שהוגשו למכרז היו הצעתה של חברת אל מול הים, בסכום של כ-71 מיליון ש"ח; והצעתה של חברת נווה, בסכום של כ-66 מיליון ש"ח. חברת אל מול הים, שהצעתה הייתה הגבוהה ביותר, הוכרזה כזוכה במכרז, אולם בפועל לא חתמה על הסכם המכר, ואף לא העבירה לעירייה את הכספים שהיה עליה להעביר; עקב כך הודיעה העירייה שהזכייה של חברת אל מול הים במכרז בטלה, וכי הזוכה החדשה היא חברת נווה. מספר שנים מאוחר יותר הגישה העירייה את התביעה דגן כנגד המערערים. לטענת העירייה, המכרז יצר הסכם מחייב בינה לבין חברת אל מול הים, אשר הופר על ידי המערערים; משום כך העירייה זכאית לא רק לחילוט הערבות הבנקאית, אלא גם לפיצויי קיום, המסתכמים בהפרש בין שתי ההצעות. נטען, כי הפרת הסכם המכר נעשתה על ידי המערערים בחוסר תום לב תוך עשיית עושר שלא במשפט, היות והמערער מחזיק בשרשור בחברת נווה. מנגד, המערערים טענו, בין היתר, כי הסעד המבוקש בתובענה מנוגד לסעד המוקנה לעירייה על פי תנאי המכרז; כי מספר תנאים מתלים במכרז לא התקיימו, שלא באשמת המערערים; וכי חברת אל מול הים הייתה מעוניינת לקיים את המכרז, אך לא יתאפשר לה לקבל מימון בנקאי. בית משפט קמא קבע כי המערערים פעלו בחוסר תום לב רבתי בשלב הטרם חוזי; וכי בנסיבות אלה זכאית העירייה לפיצויי קיום בסך של 4.5 מיליון ש"ח. לטענת המערערים, הקביעה לפיה חברת אל מול הים נהגה בחוסר תום לב ופעלה ללא כוונה להתקשר מלכתחילה בהסכם המכר, היא קביעה המנוגדת לראיות בתיק ואף מנוגדת ללשון מסמכי המכרז.

בית המשפט העליון (השופט ח' כבוב, בהסכמת השופטת י' וילנר לעניין התוצאה, ובניגוד לדעתה החולקת של השופטת ר' רונן) קיבל את הערעור ופסק כדלקמן:

השופט ח' כבוב קבע, כי דין הערעור להתקבל. השופט כבוב ציין, כי אף שמקצת מקביעותיו של בית משפט קמא נוסחו ככאלו שעניינן במהימנות עדותו של המערער, הרי שעיון מעמיק בפסק הדין מלמד כי קביעות אלו לא התבססו בעיקרן על התרשמות בלתי אמצעית מאופן מסירת העדות, אלא הן שיקפו את מסקנותיו של בית המשפט ביחס להשתלבות העדות ביתר הראיות שבתיק. לגופם של דברים, המערער העיד כי בניגוד לשותפיו בחברת נווה, הוא העריך את הזכייה במכרז בסכום גבוה יותר, והיה מוכן להציעו באמצעות המערער (שבמנייתיה הוא החזיק באופן מלא), כדי לזכות במכרז בעצמו, אולם לאחר הזכייה במכרז, התברר לו כי אין בידו להשיג מימון לשם כך. לאחר עיון, לא נמצא כי הראיות שהובאו על-ידי המשיבה מצדיקות את דחיית גרסת המערער; גם התנהגותו לאחר פתיחת המעטפות אינה מתיישבת עם תכנון מלכתחילה ליסוג מהצעת המערער. זאת, בפרט לנוכח הנטל המוגבר הנדרש לצורך ביסוס טענה שיש בה משום ייחוס מרמה במשפט אזרחי. אכן, יתכן שהצעת המערערים לא גובתה ברצינות המתחייבת במכרז מסוג זה, ואף יתכן כי המערער לא עשה כל שביכולתו כדי להשיג מימון לכיסוי הצעתו. ברם, מצב דברים מעין זה אינו עולה כדי חוסר תום לב רבתי או תכסיסנות כפי שיוחס למערערים במכרז – היעדר רצינות לחוד, וחוסר תום לב רבתי לחוד. פסיקת פיצויי קיום בגין הפרת חובת תום הלב תיעשה במקרים חריגים ביותר; לפיכך, אף אם היה ממד מסוים של "קלות דעת" מצד המערער ביחס ליכולתה הכלכלית של המערער לעמוד בהצעה שהגישה, אין בכך כדי להצדיק הטלת פיצויי קיום.

במקרה דנן, נראה כי כלל לא מדובר בהפרת החובה לנהוג בתום לב במשא ומתן, אלא בהפרת חוזה. המערער התחייבה, ללא כל סייג, כי אם הצעתה תתקבל היא תעביר את התשלומים ותמציא את הערבויות הנדרשות ממנה לשם קיום תנאי חוזה המכר; לפיכך, משעה שהתקבלה הצעת המערער, נכרת בין הצדדים חוזה מחייב, שלפיו המערער תפעל על מנת לקדם את החתימה על חוזה המכר. ואולם, המערער הפרה את התחייבותה, ולא פעלה באופן שאפשר את כריתת חוזה המכר. הגם שחוזה המכר לא נחתם, אין בכך כדי לפגוע בעובדה שמסמך ההצעה נחתם גם נחתם, והפרתו מזכה את הנפגע בכל הסעדים העומדים למי שנפגע מהפרת חוזה.

ברם, חרף האמור, במקרה דנן המשיבה אינה זכאית לקבלת פיצויי קיום מהמערער, וזאת לנוכח חילוט הערבות הבנקאית שהגישה המערער על-ידי המשיבה. כידוע, לערבות הבנקאית הנדרשת בעת הגשת הצעה במכרז יש שתי תכליות עיקריות: הבטחת רצינות כוונותיו של המציע, ומתן ביטחון-מה לעורך המכרז שיוכל לשפות את עצמו על נזקים שייגרמו לו. כאשר עורך המכרז בוחר לממש את זכותו ולחלט את הערבות הבנקאית של המציע, חלות על כך הוראות סעיף 15 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, שעניינן פיצויים מוסכמים. משעה שהחליטה המשיבה לממש את הערבות הבנקאית, שוב אין ביכולתה לתבוע פיצויי קיום מכוח סעיף 10 לחוק התרופות. זאת על אחת כמה וכמה, כאשר המשיבה החליטה על חילוט הערבות הבנקאית ועל העברת הזכייה לחברת נווה יום אחד בלבד לאחר שחלף המועד למימוש זכייתה של המערער, וזאת מבלי שנאמר למערערים באותו שלב כי המשיבה מתעתדת לתבוע מהם פיצויי קיום.

בנוגע לאפשרות העקרונית להתיר למציע להגיש מספר הצעות ולתמרן ביניהן, בדיעבד, כאשר מתברר כי כמה מהצעותיו גבוהות מהצעותיהם של כל יתר משתתפי המכרז, לגישתו של השופט כבוב ניתן להצביע גם על יתרונות מסוימים בדרך פעולה מעין זו. כך, במכרז מחיר ראשון, כאשר כל מציע יכול להציע רק הצעה אחת, קיים לו תמריץ ברור שלא להציע את מלוא הערכתו הריאלית ביחס לשווי הזכייה עבורו במכרז. לעומת זאת, אם יתיר למציע לתמרן בין הצעותיו השונות, כל עוד הן מעל הצעתו של המציע השני בגובהו – הרי שישתלם לו להציע את המחיר הריאלי שבו הוא מעריך את הזכייה, בודעו כי בשלב מאוחר יותר הוא יוכל לסגת בו מהצעה זו ככל שיתברר כי הוא הציע הצעה גבוהה מידי, ולעמוד מאחורי הצעתו הנמוכה יותר. אם גם שאר המציעים חושבים בצורה דומה, גם הם יציעו מספר הצעות, אך לפחות אחת מהצעותיהם תשקף את מלוא הערך שבו הם מעריכים את הזכייה במכרז. ברם, הדיון בדבר אפשרות זו, אינו מתעורר במקרה דנן; אך זאת לא מכיוון שמדובר באיסור הטמון, מניה וביה, בדיני המכרזים, אלא מכיוון שמסמכי המכרז שעליהם חתמה המערער אוסרים בפירוש על פרקטיקה מעין זו.

השופטת י' וילנר הסכימה לתוצאה שאליה הגיע השופט ח' כבוב. עם זאת, היא ציינה, כי המקרה מעלה מספר סוגיות כבדות משקל אשר ההכרעה בהן אינה נדרשת לשם הגעה לתוצאה זו, כגון האפשרות להתיר למציע במכרז לתמרון בין מספר הצעות שהגיש על-מנת למקסם את רווחיו; וזכאות עורך מכרז לקבל פיצויי קיום ממציע שחזר בו מהצעתו. שאלות אלה יש להתיר בצריך עיון.

השופטת ר' רונן, בדעת מיעוט, סברה כי יש לדחות את הערעור. היא ציינה, כי הערעור מציב שאלה הנוגעת לאפשרות של פעולה תכססנית במכרז לרכישת נכס, שיזכה בו מי שיגיש את הצעת המחיר הגבוהה ביותר. התנהלות תכססנית כזו נועדה לשנות את כללי המשחק במכרז ולאפשר למציע לתמרון בין שתי הצעות שונות שהוצעו על ידיו כדי לשלם סכום נמוך יותר מזה שהיה מוכן לשלם מלכתחילה. תוצאה כזו פוגעת בעורך המכרז (שלא יקבל את הסכום הגבוה יותר תמורת הנכס); פוגעת בשוויון בין המשתתפים במכרז; מונעת את הגשמת תכלית המכרז שהיא קבלת הסכום המרבי עבור הנכס המוצע במכרז; ולמותר לציין כי היא אינה רצויה. השופטת רונן סברה, כי במקרה דנן הוכח שהמערערים פעלו באופן תכססני כדי להשיג את רכישת המקרקעין במחיר נמוך יותר מהמחיר המקסימלי שהם היו מוכנים לשלם עבורו, לאחר שהסתבר להם כי הם יוכלו לרכוש אותו גם במחיר נמוך יותר (המחיר של ההצעה השנייה). הטעם לכך הוא מחדלם הבלתי מוסבר של המערערים מלמש או לנסות לממש את הזכייה שלהם במכרז לאחר שהודע להם כי זכו בו.

הסעד הבסיסי אותו מעניק סעיף 12(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, בגין הפרת חובת תום הלב בשלב הטרם חוזי הוא סעד של "פיצוי שלילי" – פיצויי הסתמכות. פיצויים כאלה נועדו להחזיר את הנפגע למצבו אילו לא היה נכנס למשא ומתן או אלמלא בוצעה כלפיו התנהגות חסרת תום לב. אולם, במקרים נדירים הכירה הפסיקה גם באפשרות של "פיצוי חיובי" – פיצויי קיום בגין חוסר תום לב במשא ומתן. פיצויים כאלה מגנים על אינטרס הציפייה של מי שנפגע, והם נועדו להחזיר את הנפגע למצב בו היה אילו החוזה היה מתקיים. פיצויי קיום ייפסקו רק במקרים בהם המשא ומתן הגיע לשלב כה מתקדם עד כי ברור מה היה תוכנו של חוזה שהיה נחתם; אך השכלול הסופי של החוזה לא התקיים נוכח חוסר תום לב של אחד הצדדים. בנסיבות המקרה דנן, החששות העקרוניים הנוגעים לפסיקת פיצויי קיום אינם פוגעים במסקנה אליה הגיע בית משפט קמא. למעשה, דווקא בחינת מערך התמריצים של צדדים עתידיים, היא המכוונת לפסיקת פיצויי קיום.

לאור האמור, הערעור התקבל; פסק דינו של בית המשפט המחוזי בוטל.

פסק-דין

השופטת רות רונן:

לפנינו ערעור על פסק דינו של בית משפט המחוזי בתל אביב-יפו (כב' השופט י' גייפמן) בת"א [15169-09-15](#) [נבון] מיום 27.4.2023, בו נקבע כי המשיבה (להלן: העירייה) זכאית לפיצויי קיום בקשר עם מכרז למכירת זכויות העירייה במקרקעין, הכל כפי שיתואר להלן.

הרקע לפסק הדין

1. **המערער 2 (להלן: אהרוני)** הוא יזם, והוא הבעלים היחיד של **המערערת 1** (להלן: חברת אל מול הים). אהרוני הוא גם בעלים (בשרשור) של 50% ממניותיה של נווה מול הים בע"מ (להלן: חברת נווה). בשנת 2010 פרסמה העירייה מכרז למכירת זכויותיה במקרקעין בגוש 7121 חלקה 27 (להלן: המכרז);

והמקרקעין בהתאמה). למכרז הוגשו חמש הצעות. יחד עם ההצעות, הפקיד כל אחד מהמציעים ערבות בנקאית בסכום של 500,000 ש"ח. אהרוני הגיש הצעות למכרז – הן בשמה של חברת אל מול הים והן בשמה של חברת נווה. שתי ההצעות הוגשו על ידיו באותו יום. כאשר נפתחו המעטפות הסתבר כי ההצעות הגבוהות ביותר שהוגשו למכרז היו הצעתה של חברת אל מול הים, בסכום של כ-71 מיליון ש"ח; והצעתה של חברת נווה, בסכום של כ-66 מיליון ש"ח.

ביום 1.11.2010 הודיעה העירייה כי חברת אל מול הים, שהצעתה הייתה הגבוהה ביותר, היא שזכתה במכרז. העירייה דרשה ממנה להעביר מסמכים שהיו חסרים בהצעתה, וחברת אל מול הים העבירה את המסמכים ביום 4.11.2010. החברה אף נדרשה על ידי העירייה לחתום על הסכם לרכישת המקרקעין נושא המכרז (להלן: הסכם המכר) ולהעביר 80% מסכום התמורה מכוח ההסכם לידיה, וזאת עד ליום 5.12.2010. אולם, בפועל חברת אל מול הים לא חתמה על הסכם המכר בתקופה האמורה, ואף לא העבירה לעירייה את הכספים שהיה עליה להעביר לה. משום כך, הודיעה העירייה לחברת אל מול הים ביום 6.12.2010 שזכייתה במכרז בטלה. בעקבות כך, הודיעה העירייה על זכייה במכרז למציעה הבאה אחריה – היא חברת נווה; ואילו הערבות הבנקאית של חברת אל מול הים – חולטה.

2. מספר שנים מאוחר יותר, בשנת 2015, הגישה העירייה את התביעה דנן כנגד המערערים. לטענת העירייה, המכרז יצר הסכם מחייב בינה לבין חברת אל מול הים, אשר הופר על ידי המערערים. משום כך – כך נטען – העירייה זכאית לא רק לחילוט הערבות הבנקאית, אלא גם לפיצויי קיום אשר יעמידו אותה במצב בו הייתה אלמלא הופר ההסכם עמה. בפרט נטען כי העירייה זכאית לפיצוי בסכום של כ-4.5 מיליון ש"ח, המהווים את ההפרש בין הצעת חברת אל מול הים לבין הצעת חברת נווה, בניכוי הערבות הבנקאית שחולטה. העירייה הוסיפה כי הפרת הסכם המכר נעשתה על ידי המערערים בחוסר תום לב תוך עשיית עושר שלא במשפט. היות ואהרוני מחזיק בשרשור בחברת נווה; ובהתאם היה לו אינטרס ממשי להפר את הסכם המכר עם העירייה.

מנגד, המערערים טענו בין היתר כי הסעד המבוקש בתובענה מנוגד לסעד המוקנה לעירייה על פי תנאי המכרז. זאת, שכן הוראות המכרז מבחינות בין הפרה שנעשתה בתקופת ההצעה או הזכייה ובטרם נחתם הסכם המכר – בגינה רשאית העירייה להתקשר בחוזה עם אדם אחר

ולחלט את הערבות הבנקאית; לבין הפרה שנעשתה לאחר שהסכם המכר נחתם על ידי היזם – שאז יחולו הוראותיו של הסכם המכר לעניין ההפרה. בהתאם להוראות אלה, העירייה זכאית לפיצוי בגובה 18% מסכום התמורה. על פי הנטען, בין העירייה לחברת אל מול הים לא נכרת הסכם מכר מחייב, ולכן העירייה אינה רשאית להחיל את הוראות הסכם המכר לעניין הפרתו ולדרוש את הפיצוי שנקבע בו.

כן נטען כי מספר תנאים מתלים במכרז לא התקיימו, שלא באשמת המערערים; כי חברת אל מול הים הייתה מעוניינת לקיים את המכרז, אך גילתה שהמחיר שהוצע על ידיה גבוה מאוד וכי משום כך לא יתאפשר לה לקבל מימון בנקאי; כי גם הצעת חברת נווה הייתה גבוהה מאוד, כך שלעירייה לא נגרמו נזקים; וכי התביעה אינה מגלה כל עילה אישית כנגד אהרוני.

פסק דינו של בית משפט קמא

3. בית משפט קמא קבע כי המערערים פעלו בחוסר תום לב רבתי בשלב הטרורם חוזי. הוא הבהיר כי התנהגותם מנעה את כריתת הסכם המכר, באופן השקול לניהול משא ומתן מבלי כוונת התקשרות המהווה הפרה של [סעיף 12 לחוק החוזים](#) [חלק כללי], התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים). קביעה זו נסמכה על מספר טעמים.

ראשית, אהרוני היה מעורב באופן ישיר וממשי בהגשת ההצעות מטעם שתי החברות: הוא זה שהגיש את שתי ההצעות באותו מועד והוא אף נכח בפתיחת ההצעות במכרז – שם נוכח שהצעת חברת נווה היא ההצעה השנייה בדירוג המכרז (קרי אם הצעתה של חברת אל מול הים לא תתקבל, תזכה חברת נווה במכרז ותוכל לרכוש את המקרקעין). זאת כאשר חברת אל מול הים הוקמה בסמוך להגשת ההצעה במכרז; אהרוני הוא הבעלים שלה ונציגה היחיד; ולחברה לא היו תוכן ממשי או עובדים. יוער כי בהמשך פסק הדין מצוין כי חברת נווה הוקמה אף היא רק לצורך הגשת ההצעה במכרז; וכי מעיון בתדפיסי רשות התאגידים שהוגשו בבית משפט קמא, עולה על פני הדברים כי חברת נווה נרשמה ביום 10.11.2010, לאחר ההודעה על הזכייה של חברת אל מול הים ולפני ביטול ההסכם עמה.

משום כך, אהרוני הוא גם זה שהחליט בשם חברת אל מול הים שלא לחתום על הסכם המכר או להעביר 80% מהכספים לידי העירייה. נוכח דברים אלה, וחרף העובדה שלא הייתה תניה מפורשת במכרז שאסרה על הגשת שתי הצעות מטעם אותו בעל עניין, קבע בית המשפט כי פעולותיו המודעות של אהרוני עולות כדי אשם אישי וסובייקטיבי במעשים שיש בהם הפרה של חובת תום הלב בשלב הטרורם חוזי.

שנית, אהרוני הגיש את ההצעה במכרז בשמה של אל מול הים, למרות שידע שאין לו (ולה) יכולת מימון עצמי לעסקה ואין לו אישור עקרוני של הבנק למימון עסקה בסך של כ-71 מיליון ש"ח. זאת, כאשר נכסי המערערים היו משועבדים לבנק הפועלים, באופן שמנע מהם לפנות לכל בנק אחר על מנת לקבל מימון לעסקה. בית המשפט התייחס לגרסת המערערים לפיה הנהלת בנק הפועלים סירבה לממן את העסקה לאחר הזכייה במכרז – ומשום כך הסתלק אהרוני מהסכם המכר. בית המשפט קבע כי גרסה זו לא הוכחה ולא נמצאה מהימנה. זאת מאחר שהמערערים הודו שלא הגישו בקשה בכתב לבנק הפועלים; הודו שלא קיבלו הודעת סירוב בכתב של הנהלת הבנק בנושא; ואף נמנעו מלהעיד נציג מהנהלת בנק הפועלים בנושא סירובו לממן את העסקה. בית המשפט קבע כי גם טיעונים נוספים של המערערים הנוגעים לסיבות בגינן לא היה ניתן לקבל מימון – הופרכו בחקירתו הנגדית של אהרוני.

בנוסף, בית המשפט קבע כי טענתו של אהרוני לפיה הוא רצה לזכות במכרז בעצמו באמצעות חברת אל מול הים – אינה מהימנה. זאת משום שחברת נווה הוקמה אך ורק לצורך המכרז נושא הדיון; משום שלמערערים – בניגוד לשותפיו של אהרוני בחברת אל מול הים – לא הייתה יכולת כלכלית לממן את רכישת המקרקעין נושא המכרז או אישור עקרוני של בנק מלווה; ומשום שאהרוני העיד ששותפיו בחברת נווה הם שהובילו את מהלך הרכישה והוא "נגרר" אחריהם.

4. בית משפט קמא הפנה לפסיקה לפיה במקרים בהם משא ומתן הגיע לשלב מתקדם, אך ההתקשרות בהסכם נמנעה בעקבות חוסר תום לב של אחד הצדדים, זכאי הצד הנפגע לקבל פיצויי קיום מכוח [סעיף 12 לחוק החוזים](#). בית המשפט קבע כי אלה הן נסיבות המקרה דנן. השלב הטרומי חוזי במכרז היה מתקדם ביותר, כאשר למעשה כל שנדרש לשכלול הסכם המכר היה החתימה עליו. למרות זאת בחרו המערערים להסתלק מהעסקה ולא לחתום על הסכם המכר, רק על מנת לזכות במכרז באמצעות הצעה נמוכה יותר. זאת כאשר מחומר הראיות שהונח בפני בית המשפט עולה שהמערערים לא ביצעו פעולות כלשהן לשם קבלת מימון בנקאי, עובר למכרז או לאחרי. משום כך, מקרה זה הוא אחד המקרים המיוחדים שבהם יש לחייב את המפר לשלם לנפגע פיצויי קיום – והעירייה זכאית משום כך לפיצוי בגובה ההפרש בין הצעותיהן של שתי החברות.

לצד זאת, בית המשפט קבע כי לא ניתן לבסס את החובה לפצות את העירייה בהתאם להוראות הפיצויים בהסכם המכר. זאת מאחר שהסכם המכר קובע במפורש שההתקשרות בין העירייה לבין הזוכה תיכנס לתוקף רק לאחר החתימה עליו. מאחר שכאמור, הסכם המכר לא נחתם בפועל, הרי שלא ניתן לבסס עליו ועל ההוראות בו את חובת הפיצוי.

בסופו של דבר חייב בית משפט קמא את המערערים בסכום של כ-4.5 מיליון ש"ח – המשקף כאמור את ההפרש בין הצעת חברת נווה לבין הצעתה של אל מול הים, בניכוי הערבות הבנקאית שחולטה.

על פסק דין זה הוגש הערעור שלפנינו.

טענות הצדדים

5. לטענת המערערים, הקביעה לפיה חברת אל מול הים נהגה בחוסר תום לב ופעלה ללא כוונה להתקשר מלכתחילה בהסכם המכר, היא קביעה המנוגדת לראיות בתיק. לגישתם, המסקנה העולה מחומר הראיות היא כי לחברה הייתה כוונה להתקשר בהסכם המכר, והיא ביצעה לשם כך פעולות בפועל ואף המציאה לעירייה מסמכים ותיעוד שהתבקש על ידה כחלק מהליך מימוש הזכייה. כל אלה מעידים על כוונתה הכנה של חברת אל מול הים להתקשר בהסכם המכר.

בנוסף, לעמדת המערערים פסק דינו של בית משפט קמא מנוגד ללשון מסמכי המכרז. במסמכים אלה, לא נאסרה הגשה של מספר הצעות על ידי גופים שיש ביניהם קשרי בעלות, וכך גם קבע בית המשפט בפסק דינו. עוד נטען כי הקשרים בין שתי החברות היו גלויים לעירייה, מאחר ששתייהן הובטחו באותה ערבות מכרז. המערערים טוענים כי למרות הקשר של אהרוני לשתי ההצעות – הן אינן זהות במהותן. זאת מאחר שבניגוד לחברת אל מול הים, בחברת נווה הייתה שותפה קבוצה עסקית חזקה מאוד.

במסמכי המכרז נקבע גם כי על מנת לשכלל את הסכם המכר, נדרש אקט פוזיטיבי של חתימה עליו ושל תשלום 80% מסכום התמורה. משחברת אל מול הים לא עמדה בתנאים אלה – ביטלה העירייה את זכייתה במכרז. העירייה אף מימשה את הפיצוי המוסכם כפי שהוא הוגדר בתנאי המכרז, כאשר היא חילטה את ערבות המכרז בסכום של 500,000 ש"ח.

המערערים מדגישים כי בית משפט קמא עמד אף הוא על כך שבפועל לא נכרת בין הצדדים הסכם מכר. משום כך לטעמם של המערערים, פסק דינו של בית משפט קמא "עוקף" את הוראות מסמכי המכרז, שקבעו כי ניתן לתבוע את הפרש השווי בין ההצעות רק לאחר חתימה על הסכם המכר. לחלופין, נטען כי משהורתה העירייה על חילוט הערבות של חברת אל מול הים – שוב אינה יכולה לתבוע פיצוי נוסף בגין אותה ההפרה, בדמות פיצויי קיום.

המערערים מוסיפים כי התנהלות העירייה, שבחרה להגיש תביעה כנגדם רק בחלוף חמש שנים – הייתה צריכה לחייב את דחיית התביעה. נטען גם כי לעירייה כלל לא נגרם נזק, הואיל והצעותיהן של שתי החברות עלו באופן משמעותי על המחיר המינימלי שנקבע במכרז. מנגד, לאהרוני לא צמחה תועלת כלכלית מהאירועים המתוארים. זאת מאחר שלו הייתה חברת אל מול הים רוכשת את המקרקעין, אהרוני היה זוכה ב-100% מהרווחים; ואילו מאחר שחברת נווה זכתה במכרז – אהרוני נהנה מ-50% מהרווחים בלבד.

המערערים טוענים כי לא הוכח חוסר תום לב של אהרוני עצמו, אלא רק נטילת סיכון כלכלי בכך שניגש למכרז מבלי שהייתה לו יכולת מימון עצמית או אישור עקרוני מבנק למימון העסקה. לעמדת המערערים, בית משפט קמא שגה כאשר זקף לחובתם את אי-העדתו של נציג בנק הפועלים; וזאת מאחר שנטל השכנוע היה מוטל על כתפי העירייה – התובעת, ולא עליהם. אמנם, לעתים הימנעות מהזמנת עד עשויה לחזק את גרסתו של בעל הדין שכנגד – ואולם אין בה כשלעצמה כדי לבסס את טענתו.

על כן, מבקשים המערערים כי ייקבע שתנאי המכרז והוראותיו שללו מהעירייה את האפשרות לתבוע את הפרש השווי בין ההצעות; כי בחירתה של העירייה לחלט את ערבות המכרז בתור פיצוי מוסכם שוללת ממנה את האפשרות לתבוע פיצוי בעין בגין נזקיה הנטענים; וכי המערערים לא נהגו בחוסר תום לב ולא ניהלו משא ומתן ללא כוונת התקשרות.

6. העירייה מנגד עומדת על כך שהתנהלות המערערים נגועה בחוסר תום לב. זאת כאשר חברת נווה הוקמה כחברה ייעודית לטובת הגשת המכרז; אהרוני הוא הבעלים הן של חברת אל מול הים והן של מחצית הזכויות בחברת נווה; אהרוני הודה כי הסתיר מיתר מנהלי חברת נווה את העובדה שהגיש הצעה נוספת מטעם חברת אל מול הים; אהרוני הוא זה שהגיש בפועל את שתי ההצעות; והוא אף היה זה שנכח במועד פתיחת ההצעות.

לטענת העירייה, המערערים מעלים בערעור טענות כנגד קביעות עובדתיות וקביעות בדבר מהימנות העדים, נושאים שערכאת הערעור איננה מתערבת בהם בדרך כלל. כך למשל, הטענה כי אהרוני העדיף את מימוש העסקה באמצעות חברת אל מול הים ולא באמצעות חברת נווה, נמצאה בלתי מהימנה על ידי בית משפט קמא. נטען כי הרציונל בבסיס מכרז כמו המכרז דנן הוא השאת התועלת המרבית ממכירת המקרקעין על בסיס תחרות שוויונית והוגנת. לכן ברי כי אין ממש בטענות לפיהן לא נגרם לעירייה נזק כתוצאה מהשתלשלות האירועים.

העירייה הבהירה כי בית משפט קמא ביסס את פסק דינו על הפרה של חובת תום הלב בשלב הטרומ חוזי; הפרה שעשויה במקרים מיוחדים להצדיק חיוב בפיצוי קיום. קביעה זו מבוססת על מספר טעמים הנוגעים להתנהלות המערערים לפני המכרז ולאחר ההודעה על הזכייה בו, והיא נקבעה חרף נכונות המערערים להעביר את מסמכי ההתאגדות מיד לאחר זכייתה של חברת אל מול הים. משום כך, קבע בית משפט קמא כי אין תחולה להוראות הפיצוי המוסכם בהסכם המכר – קרי, פיצוי של 18%. זאת להבדיל מסעדים על הפרה של חיובים שנקבעו במסמכי המכרז עצמם, ובפרט, חתימה על הסכם המכרז ותשלום התמורה שנקבעה בו תוך 30 יום.

העירייה מוסיפה כי מסמכי המכרז מציינים מפורשות שאין בחילוט הערבות כדי לפגוע בזכויות או סעדים אחרים, כך שאין ממש בטענת המערערים לפיה לאחר חילוט הערבות שוב לא ניתן לתבוע סעדים נוספים. כך גם עולה מהוראות [סעיף 15 לחוק החוזים \(תרופות בשל הפרת חוזה\)](#) התשל"א-1970 (להלן: חוק התרופות). מכל מקום, מתביעת העירייה אף הופחתו דמי הערבות שחולטה מההפרש בין הצעות, על מנת שלא ייווצר מצב של כפל פיצויים. בנוסף, לעמדת העירייה יש מקום להחיל על המערערים את החובות החוזיות שנקבעו בהסכם המכרז עצמו; ולהשית עליהם פיצוי קיום מתוקף הסכם זה.

באשר לטענות הנוגעות לתום ליבם של המערערים – לעמדת העירייה, מדובר בממצאים שבעובדה וממצאי מהימנות של בית משפט קמא, שאין עילה להתערבות בהם במסגרת הערעור. העירייה אף מפנה לראיות השונות מהן עולה שגם לו היה רצון ערטילאי כלשהו מצד המערערים להתקשר בהסכם המכרז, הרי שהוא לא גובה ברצינות ובהיערכות המתחייבת במכרז מסוג זה. השימוש בשתי הצעות לצורך מיקסום יכולת זכייה מהווה תיאום מחירים אסור וחוסר תום לב. גם הטענה הנוגעת לאי-העדת נציג הבנק שגויה לעמדת העירייה. זאת מאחר שהמערערים הם שהעלו מיוזמתם טענה בדבר קיומן של נסיבות חיצוניות שמנעו מהם לחתום על הסכם המכרז, ובהתאם הוטל עליהם הנטל להוכיח את טענתם.

7. בדיון שהתקיים לפנינו ביום 3.6.2024 חזרו הצדדים על טענותיהם. המערערים חזרו והבהירו כי הגשת שתי הצעות בשם אותו בעל עניין נעשה כדין;

כי אהרוני היה לכל היותר רשלן או אופטימי כאשר הגיש את הצעתו, אך לא היה חסר תום לב; וכן כי הסנקציה הקבועה במסמכי המכרז הייתה פיצוי מוסכם של חילוט הערבות. העירייה התייחסה להפסדיה בעקבות מעשי המערערים; לכך שהגשת הצעות חלופיות נעשתה בחוסר תום לב ובתכססנות; ולכך שהוראות מסמכי המכרז – לפיהן היה על הזוכה לחתום על הסכם המכר ולהעביר את התשלום לעירייה, הופרו על ידי המערערים. במסגרת הדיון הובהר כי אהרוני ידע במועד פתיחת ההצעות שהצעת חברת נווה הייתה ההצעה השנייה אחרי הצעת חברת אל מול הים – קרי הוא ידע כי חברת נווה תזכה במכרז אם ההסכם עם אל מול הים לא ייחתם.

דיון והכרעה

8. הערעור שלפנינו מציב שאלה הנוגעת לאפשרות של פעולה תכססנית במכרז לרכישת נכס, שיזכה בו מי שיגיש את הצעת המחיר הגבוהה ביותר. במכרז כזה, יש אינטרס למציעים לנסות להציע את ההצעה בסכום הנמוך ביותר שיאפשר להם זכייה במכרז (כל עוד הסכום הזה אינו עולה על הסכום שהם מוכנים להשקיע ברכישת הנכס המוצע).

במכרז כמו המכרז דנן, המציעים השונים אינם אמורים לדעת מהן ההצעות האחרות שהוגשו על ידי המתחרים האחרים. באופן זה, עשוי מציע להציע הצעה שהיא גבוהה באופן משמעותי מההצעה הבאה אחריה (נכנה הצעה כזו להלן: הצעה גבוהה מדי). לו היה המציע יודע זאת מראש, הוא היה נמנע כמובן מלהציע הצעה גבוהה מדי, והיה מסתפק בהצעה שהיא גבוהה רק במעט יותר מזו שבאה אחריה, שדי היה גם בה להביא לכך שהוא יזכה במכרז.

כדי שלא להציע הצעה גבוהה מדי – מעוניין המציע לדעת מהי ההצעה השנייה לאחר הצעתו שלו. מאחר שמידע זה אינו זמין לו, הוא עשוי לנסות לנקוט בצעד תכססני – ולהציע יותר מהצעה אחת. כל אחת מההצעות תהיה בסכום שונה. לאחר פתיחת המעטפות, המידע המלא יהיה בפני המציע. בשלב זה – אם יסתבר לו כי ההצעה הגבוהה ביותר שלו היא "גבוהה מדי" – היינו

הוא יכול היה לזכות במכרז גם לו היה מציע הצעה נמוכה יותר, הוא לא יממש את ההצעה הגבוהה מדי, יוותר עליה, ויזכה בהצעה הנמוכה יותר – הכדאית יותר עבורו (ופחות עבור עורך המכרז).

פעולה כזו מותנית במספר תנאים – בכך שההפרש בין ההצעות הוא גבוה יותר מאשר סכום הערבות הבנקאית שתחולט אם המציע לא יעמוד מאחורי ההצעה הגבוהה מדי; ובכך שהמציע סבור כי ההצעה ה"גבוהה מדי" היא הצעה שהוא יהיה מוכן לעמוד מאחוריה אם יסתבר כי ההצעה הבאה אחריה היא נמוכה ממנה, אך גבוהה מההצעה השנייה של המציע.

בנסיבות כאלה, כדאי למציע לוותר על הערבות הבנקאית ועל ההצעה הגבוהה מדי, כדי לזכות בהצעה השנייה שהוא הציע, במחיר שהוא נמוך יותר אך גם הוא מבטיח את זכייתו במכרז. מבחינת המציע, פעולה כזו מאפשרת לו שני אפיקי פעולה ששניהם רצויים מבחינתו (win win): אם יזכה באמצעות ההצעה הגבוהה ויסתבר לו כי זו ההצעה היחידה באמצעותה הוא יכול לזכות, יממש את ההצעה הזאת, שלגישתו היא הצעה שהוא מוכן לעמוד מאחוריה. אם לעומת זאת יסתבר לו כי הוא יכול לזכות גם באמצעות ההצעה הנמוכה יותר, יחזור בו מההצעה הגבוהה מדי, ויממש את ההצעה הנמוכה יותר.

9. התנהלות תכססנית כזו נועדה לשנות את כללי המשחק במכרז ולאפשר למציע לתמרן בין שתי הצעות שונות שהוצעו על ידיו כדי לשלם סכום נמוך יותר מזה שהיה מוכן לשלם מלכתחילה (כזכור – הפעולה התכססנית מותנית בכך שאם ההצעה הגבוהה מדי תזכה ולא יתאפשר למציע לסגת ממנה ולזכות עם ההצעה השנייה, הוא יהיה מעוניין לרכוש את הנכס תמורת הסכום שננקב בהצעה זו). כלומר, מתן אפשרות לפעול בדרך התכססנית שתוארה לעיל, מאפשר למציעים להציע סכום נמוך יותר מזה שהיו מציעים לו דרך הפעולה האמורה לא הייתה מתאפשרת. תוצאה כזו פוגעת בעורך המכרז (שלא יקבל את הסכום הגבוה יותר תמורת הנכס); פוגעת בשוויון בין המשתתפים במכרז; מונעת את הגשמת תכלית המכרז שהיא קבלת הסכום המרבי עבור הנכס המוצע במכרז; ולמותר לציין כי היא אינה רצויה.

לאור האמור לעיל, במסגרת הערעור דנן יש לבחון ראשית, האם המערערים אכן נהגו באופן התכססני שתואר לעיל; ושנית – אם התשובה לכך היא חיובית, מהי ההשלכה של פעולה כזו:

האם היא מזכה את העירייה רק בחילוט הערבות או שמא גם בפיצוי אותו פסק בית המשפט המחוזי בפסק דינו, בשווי הפרש בין שתי ההצעות. עניינים אלה יידונו בפירוט להלן.

האם הוכח שהמערערים פעלו באופן תכססני?

10. אני סבורה כי הוכח שהמערערים פעלו באופן התכססני שתואר לעיל, כדי להשיג את המטרה שהובהרה לעיל – רכישת המקרקעין במחיר נמוך יותר מהמחיר המקסימלי שהם היו מוכנים לשלם עבורו, לאחר שהסתבר להם כי הם יוכלו לרכוש אותו גם במחיר נמוך יותר (המחיר של ההצעה השנייה).

הטעם לכך הוא מחדלם הבלתי מוסבר של המערערים מלממש או לנסות לממש את הזכייה שלהם במכרז לאחר שהודע להם כי זכו בו. בהקשר זה אינני סבורה כי יש מקום להתערב בממצאיו העובדתיים של בית משפט קמא, לפיהם המערערים לא עשו כל מאמץ לאחר הזכייה לפנות לבנק ולקבל מימון לצורך תשלום יתרת התמורה. ודוק – המערערים היו מודעים לסכום שהציעו במסגרת הצעת חברת אל מול הים, וחזקה עליהם שביררו את האפשרות לעמוד בו לפני שהגישו את הצעתם (ועל כל פנים הם לא הוכיחו אחרת). משהם זכו ולא פעלו כדי לממש את האפשרות הזו, המסקנה הלכאורית המתבקשת היא כי הם העדיפו שלא ה"הצעה הגבוהה מדי" היא שתזכה במכרז, אלא ההצעה השנייה. כזכור, אף הצעה זו הוצעה על ידי אותו מציע, קרי אהרוני עצמו, והיא איפשרה את רכישת המקרקעין בסכום נמוך יותר בכ-5 מיליון ש"ח.

ואכן, ההפרש בין שתי ההצעות הצדיק את ההעדפה של ההצעה השנייה, גם במחיר של חילוט הערבות – שהמערערים לא ניסו למנוע אותו. כך הושגה בדיוק התוצאה שתוארה לעיל – רכישת הנכס במחיר נמוך הרבה יותר, לאחר שנודע כי "אין צורך" בהצעה הגבוהה מדי, וניתן להסתפק בהצעה השנייה. כפי שהובהר לעיל, אלמלא היו המערערים נוהגים באופן זה – הם היו מציעים את ההצעה הגבוהה מדי בלבד (כדי לוודא שיזכו במכרז, ולאור ההנחה כי הם היו מוכנים לשלם תמורת המקרקעין גם את המחיר הזה) – באופן שהיה מזכה את העירייה במחיר גבוה יותר מזה ששולם לה עבור המקרקעין בסופו של דבר.

יובהר כי אינני מתייחסת במסגרת פסק הדין הנוכחי למערכת היחסים בין אהרוני לבין שותפיו בחברת נווה. לא הובהר במסגרת פסק דינו של בית המשפט המחוזי האם שותפים אלה היו "בסוד המהלך התכססני" של אהרוני אם לאו (לטענתו שלו הם לא היו מודעים לאופן ההתנהלות שלו). גם בהנחה שאהרוני פעל על דעת עצמו, אין בכך כדי לשנות את המסקנה שלעיל. זאת מאחר שממכלול האמור נובע כי לאהרוני היה כדאי יותר לנקוט בדרך בה הוא נקט גם אם חלקו

בזכייה יהיה קטן יותר, וזאת לאור ההפרש הגדול בין שתי ההצעות, וה"מחיר" של הנסיגה מההצעה הגבוהה (שעמד כזכור על 500,000 ש"ח – סכום הערבות שחולטה).

הטענה לפיה מסמכי המכרז לא אסרו על הגשת יותר מהצעה אחת

11. אינני סבורה כי העובדה שמסמכי המכרז לא אסרו על הגשת יותר מהצעה אחת, משמעה כי אופן הפעולה של המערערים היה מותר ולגיטימי. כך, כפי שאין צורך לציין במסמכי המכרז באופן מפורש כי חובה על המשתתפים לנהוג בתום לב, אין גם צורך לציין במפורש כי נאסר עליהם לנהוג בתכססנות. כאשר המכרז נועד להשיג עבור העירייה את המחיר הגבוה ביותר עבור המקרקעין שהיא העמידה למכירה, כאשר המציעים לא היו רשאים לקבל מידע זה על הצעותיו של זה – כדי להשיא את התמורה לעירייה – מובן כי אופן הפעולה של המערערים לא היה לגיטימי, ולא עלה בקנה אחד עם תכלית המכרז. זאת כאמור גם בהעדר תניה מפורשת במסמכי המכרז שקבעה זאת.

יוער במאמר מוסגר כי אין פירושו של האמור לעיל כי הגשת מספר הצעות בשם אותו מציע מהווה פעולה אסורה וחסרת תום לב ביחס לכל מכרז. כך למשל, כאשר מדובר במכרז שהמציעים נדרשים להציע בו שירות שנבחן לא רק על פי מחירו, עשוי מציע אחד להציע מספר "חבילות" שכל אחת נבדלת מהאחרת בחלק מרכיביה – כדי שעורך המכרז יוכל לבחור את ההצעה המתאימה לו יותר ([ע"מ 10397-01-11](#) אראן אלקטרוניקס (1969) נ' מדינת ישראל – רשות השידור, פסקאות 20-36 [נבו]). (27.2.2011).

אולם אלה אינם פני הדברים במקרה דנן. ראשית כפי שצוין לעיל, הנתון היחיד אותו ציינו המציעים במכרז, לבד מפרטיהם, היה המחיר המוצע – כך שהתנאי המהותי היחיד במכרז היה הצעת המחיר הגבוה ביותר עבור המקרקעין (ראו נספח ג' למסמכי המכרז). יצוין במאמר מוסגר כי בהתאם למסמכי המכרז, העירייה לא התחייבה לבחור במציע שהציע את הסכום הגבוה ביותר. אולם אין ספק כי מדובר בתנאי בעל משמעות רבה מאוד בהתייחס לזכייה. הראיה שבסופו של דבר באופן זה אכן נבחרו ההצעה הזוכה וההצעה השנייה.

שנית, אהרונני לא הציע את שתי ההצעות בשמו של אותו מציע עצמו אלא בשם שתי חברות שונות. אף עניין זה הוסיף להכבדה בגילוי העובדה שמדובר למעשה במציע אחד המבקש ליהנות ממידע שלא היה אמור להיות בידיו ולנצל לטובתו. בהקשר זה יוער כי כעולה מתדפיסי רשות התאגידיים שהוגשו על ידי העירייה במסגרת ההליך בבית משפט קמא, חברת אל מול

הים נרשמה כחברה ביום 26.10.2009 – עובר למכרז, וככל הנראה במטרה ייעודית לגשת אליו; ואילו על פני הדברים – חברת נווה נרשמה ביום 10.11.2010, קרי לאחר הזכייה של חברת אל מול הים במכרז. בזהירות המתבקשת, ממידע זה מתעורר חשש לפיו רק במהלך 30 הימים בהם הייתה צריכה חברת אל מול הים לפעול להשלמת הזכייה במכרז (וכאשר כבר היה ברור שהאפשרות העדיפה היא כי חברת נווה היא שתזכה), פעלה חברת נווה להשלים את רישומה שלה.

המערערים טענו כי העירייה ידעה אודות הקשר בין החברות, אולם בית משפט קמא לא קיבל את הטענה. מפסק דינו עולה כי בעקבות שמועות בהקשר זה, פנה היועץ המשפטי של העירייה לחברת נווה ושאל האם הם שותפים של חברת אל מול הים או שיש קשר ביניהן, ונענה בשלילה (פסקה 3 לפסק דינו של בית משפט קמא). במסקנה עובדתית זו אינני סבורה כי מין הראוי שנתערב.

12. סיכומה של נקודה זו – הוכח כי המערערים פעלו באופן תכססני כאשר הגישו שתי הצעות שונות למכרז, כשבכל אחת הוצע מחיר שונה עבור המקרקעין. העירייה לא ידעה כי מדובר בשתי הצעות של אותו מציע. לאחר שההצעה הגבוהה יותר התקבלה והסתבר כי אין הצעה בטווח בין שתי ההצעות שאהרוני היה אחראי להן, חברת אל מול הים לא מימשה את זכייתה, והצעתה הנמוכה יותר של חברת נווה היא שזכתה במכרז. באופן זה ניצל אהרוני שלא כדין מידע שלא היה אמור להיות ברשותו כדי לקבל החלטה בדבר ההצעה שהוא יעמוד מאחוריה, כדי להשיא את רווחיו על חשבון העירייה.

הסעד

13. לאחר שנקבע כי המערערים פעלו בחוסר תום לב, יש לבחון את השאלה מהו הסעד לו זכאית העירייה. כאמור, המערערים טוענים כי העירייה הייתה זכאית לסעד של חילוט הערבות בלבד. זאת מאחר שמדובר בשלב שלפני ההתקשרות בהסכם המכר, ומאחר שזהו הסעד שנקבע במסמכי המכרז. עוד נטען כי לא היה מקום לחייב את אהרוני באופן אישי בתשלום. אני סבורה כי יש לדחות גם טענות אלה.

14. הסעד הבסיסי אותו מעניק [סעיף 12\(ב\) לחוק החוזים](#) בגין הפרת חובת תום הלב בשלב הטרם חוזי הוא סעד של "פיצוי שלילי" – פיצויי הסתמכות. פיצויים כאלה נועדו להחזיר את הנפגע למצבו אילו לא היה נכנס למשא ומתן או אלמלא בוצעה כלפיו התנהגות חסרת תום לב. כך למשל, צד למשא ומתן שהוציא כספים במסגרת משא ומתן (למשל שילם דמי תיווך או שמאות), אך המשא ומתן לא הבשיל לכדי חוזה עקב חוסר תום לב של הצד השני – יהיה זכאי לפיצויים שיחזירו אותו למצב בו היה אילו לא נכנס למשא ומתן (קרי – להחזר הוצאותיו במסגרת המשא ומתן. [ע"א 230/80](#) פניזר, חברה להשקעות פתוח ובנין בע"מ נ' קסטרו, פ"ד לה (2) 713, 727 (1981); גבריאלה שלו ואפי צמח [דיני חוזים](#) 136-124 (מהדורה רביעית 2019) (להלן: שלו וצמח); דניאל פרידמן ונילי כהן [חוזים](#) 744-731 (כרך א, מהדורה שנייה 2018).

אולם, במקרים נדירים הכירה הפסיקה גם באפשרות של "פיצוי חיובי" – פיצויי קיום בגין חוסר תום לב במשא ומתן. פיצויים כאלה מגנים על אינטרס הציפייה של מי שנפגע, והם נועדו להחזיר את הנפגע למצב בו היה אילו החוזה היה מתקיים ([ע"א 6370/00](#) קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ, פ"ד נו (3) 289 (2002) (להלן: עניין קל בנין); [ע"א 8143/14](#) חלפון נ' בנק דיסקונט למשכנתאות בע"מ, פסקאות 15-17 לפסק דינו של השופט נ' הנדל [נבון] (29.1.2017) (להלן: עניין חלפון); שלו וצמח, בעמודים 136-137).

פסיקת פיצויי קיום בקשר עם חוסר תום לב במשא ומתן ולפני שהצדדים התקשרו בקשר חוזי היא נדירה בשל חופש החוזים של הצדדים, קרי החירות שלהם לבחור ולהחליט האם להתקשר בהסכם אם לאו. משום כך, בית המשפט אינו מעוניין בדרך כלל "להשלים את החסר" ולחתום בשם צדדים על חוזה שהם לא היו מעוניינים בו. סעד כזה מעורר אפוא קושי עקרוני, לאור עקרון חופש החוזים המקנה לצדדים במשא ומתן את "חופש הנסיגה" עד לרגע האחרון. מתן סעד כזה עלול להרתיע צדדים מלקיים משא ומתן מלכתחילה, או להפעיל לחץ על צדדים שכבר נמצאים במשא ומתן – להתקשר בהסכם בניגוד לרצונם. זאת ועוד. סעד של פיצויי קיום עשוי לחייב את בית המשפט בהשלמת מידע שלא קיים בפניו: אודות השאלה האם אלמלא חוסר תום הלב, היה החוזה משתכלל בסופו של דבר; ואם כן – באילו תנאים.

משום כך, פיצויי קיום ייפסקו רק במקרים בהם המשא ומתן הגיע לשלב כה מתקדם עד כי ברור מה היה תוכנו של חוזה שהיה נחתם; אך השכלול הסופי של החוזה לא התקיים נוכח חוסר תום לב של אחד הצדדים. במצב כזה העמדת הצדדים במצב בו היו אלמלא הופרה חובת תום הלב

– פירושה פסיקת פיצויי קיום (עניין קל בניין, בעמודים 300-302; עניין חלפון, בפסקה 16 לפסק דינו של השופט נ' הנדל; שלו וצמח, בעמודים 136-143).

15. אני סבורה כי המקרה שלפנינו בא בגדר אותם מקרים חריגים המצדיקים פסיקת פיצויי קיום. כך, המשא ומתן בין הצדדים הגיע במקרה דנן ל"ישורת האחרונה", ולא נותרה כל מחלוקת ביחס לכלל תנאי הסכם המכר שהם היו אמורים להתקשר בו. תנאים אלה היו קבועים וכל פרטיהם ידועים וברורים לצדדים. למעשה, מלבד הסכום לתשלום – התנאים היו קבועים כבר ערב המכר. כל שנדרש על מנת לשכלל את הסכם המכר היה חתימה של חברת אל מול הים שהגישה הצעה במכרז וזכתה בו, והעברת התמורה על ידי העירייה. אכן, ניתן להעלות על הדעת מקרים בהם ההסכם לא נחתם שלא בנסיבות של חוסר תום לב של המציע שזכה במכרז. כך, ייתכן שהמציע אינו מתקשר בהסכם המכר בשל שינוי ביכולתו הכלכלית, בשל שינוי בלתי צפוי אחר בנסיבות שהתרחש לאחר הגשת ההצעה.

יובהר כי לטעמי, ככלל (ומבלי לקבוע מסמרות), כאשר מי שהגיש הצעה למכרז ואינו עומד מאחוריה, ודאי כאשר קיים חשד לחוסר תום לב, הנטל מוטל על המציע להבהיר מדוע הוא לא הצליח לעמוד בהצעה, מה עשה כדי לעמוד בה וכיו"ב.

במקרה דנן, וכפי שהובהר בפירוט לעיל, הסכם המכר לא נחתם. זאת לא בשל נסיבות בלתי צפויות כאלה אלא רק בשל חוסר תום ליבם של המערערים וההתנהגות התכססנית שלהם. על כל פנים ולפי קביעתו העובדתית של בית משפט קמא שאינני רואה לנכון להתערב בה, המערערים לא הוכיחו אחרת. על כן, העמדת העירייה במצב בו הייתה אלמלא מעשיהם התכססנים של המערערים – פירושה פסיקת פיצויי קיום בגובה הסכום שהפסידה העירייה (השוו: ע"א 829/80 שיכון עובדים בע"מ נ' זפניק, פ"ד לז(1) 579, 582-585 (1983)). פיצויים אלה משמעם העמדת העירייה במצב בו הייתה אלמלא חוסר תום הלב של אהרוני, שהיה מביא לכך שאהרוני היה מציע הצעה אחת בלבד, ההצעה הגבוהה, וכאשר היה זוכה בה – היה מממש אותה.

בנסיבות המקרה דנן, החששות העקרוניים הנוגעים לפסיקת פיצויי קיום אינם פוגעים במסקנה שלעיל. החשש מפני פגיעה בחופש החוזים של צדדים עתידיים אינו מתקיים. בניגוד לחוזים בהם מתנהל משא ומתן ממושך עובר לחתימה על החוזה – במכרז דנן, כל פרטי העסקה למעט הסכום ידועים זה מכבר. אין אפוא כל חשש שצדדים תמי לב יימנעו מלהיכנס למשא ומתן או שיווצר לחץ על צדדים לסיים משא ומתן בניגוד לרצונם. צדדים תמי לב לא היו נכנסים למכרז שתנאיו ידועים כאשר אין בכוונתם לעמוד בתשלום הסכום שהם עצמם הציעו, רק אם אפשרות כזו תהיה יותר כדאית מבחינתם.

למעשה, דווקא בחינת מערך התמריצים של צדדים עתידיים, היא המכוונת לפסיקת פיצויי קיום. כך, אילו – כפי שטוענים המערערים, היו הפיצויים שנפסקים עומדים על גובה הערבות שחולטה בלבד, הדבר היה מתמרץ צדדים עתידיים לפעול כפי שפעל אהרוני. זאת, תוך פגיעה בעקרונות יסוד של ניהול מכרזים, בעיקרון של ערך השוויון בהם, ובעיקרון לפיו "לא יהא חוטא נשכר".

כפי שהובהר לעיל, פסיקת פיצויי קיום במקרה דנן פירושו העמדת העירייה במצב בו הייתה אילו הייתה חברת אל מול הים זוכה במכרז בהתאם להצעתה לשלם עבור המקרקעין סכום של כ- 71 מיליון ש"ח. אלה היו פני הדברים – כפי שהובהר לעיל, אלמלא היה אהרוני נוהג באופן תכססני ואילו הוא היה מגיש הצעה אחת בלבד. בפועל הזוכה במכרז הייתה חברת נווה, ששילמה על הזכויות במקרקעין סכום של כ-66 מיליון ש"ח בלבד. העירייה חילטה כאמור את הערבות שהפקידה חברת אל מול הים בסכום של 500,000 ש"ח. העמדת העירייה במצב הכלכלי בו הייתה אילולא הפרת חובת תום הלב על ידי המערערים פירושה אם כן פיצוי העירייה בסכום של כ-4.5 מיליון ש"ח – הסכום שנפסק להם בבית משפט קמא.

16. כאמור, אני סבורה שאין להתערב גם במסקנתו של בית משפט קמא לחייב את אהרוני באופן אישי בסכום הפיצוי. הלכה פסוקה היא שהחובה לנהל משא ומתן בתום לב לפי [סעיף 12 לחוק החוזים](#), חלה על כל צד למשא ומתן ולא רק על מי שהופך בסופו של יום לצד לחוזה. בפרט, החובה לנהוג בתום לב עשויה לחול גם על אורגנים ונושאי משרה בתאגידים. הפרה מודעת של חובת תום הלב על ידי אורגן או נושא משרה, עשויה להוביל לכך שתוטל עליו אחריות אישית ([ד"נ 7/81](#) פנידר, חברה להשקעות פתוח ובנין בע"מ נ' קסטרו, פ"ד (4) 673 (1983); [ע"א 313/08](#) נשאיבי נ' רינראוי, פ"ד סד (1) 398, 420-423 (2010); שלו וצמח, בעמודים 112-113).

בענייננו, אהרוני הוא בעלים יחיד ודירקטור יחיד של חברת אל מול הים; הוא זה שקיבל את ההחלטה להגיש את ההצעה מטעמה – והוא אף זה שקיבל את ההחלטה שלא לבצע פעולות על מנת לממש את הסכם המכר לאחר הזכייה בו. אהרוני היה מודע לפרטי ההצעה של חברת נווה והיה שותף משמעותי ברווחיה. אהרוני הוא זה שהגיש באותו מועד את שתי ההצעות והוא אף נכח בפתיחת ההצעות. אין מנוס מלקבוע שהוא זה שפעל באופן אישי בחוסר תום לב, ויש להטיל עליו אחריות אישית לצד האחריות המוטלת על חברת אל מול הים. מסקנה אחרת תותר בעינה את התמריץ לפעול בצורה תכססנית באמצעות הקמת חברות שהן שיציעו את ההצעות – חברות שספק אם יש להן תוכן ממשי שיאפשר מבעל המכרז להיפרע מהן את נזקיו.

יער במאמר מוסגר כי אינני מחווה כמובן כל דעה ביחס למערכת היחסים הפנימית בין אהרוני, חברת אל מול הים וחברת נווה, ולהשלכה של החיובים נושא פסק דין זה על מערכת זו. העובדות הרלוונטיות לצורך כך לא התבררו בערכאה דלמטה עד תום, וככל שלגישת אהרוני עומדת לו עילת שיפוי של מי מהחברות – הוא יוכל לכלכל את צעדיו בהתאם.

עוד יצוין כי המערערים העלו גם טענת שיהיו כנגד העירייה. ואולם, הלכה ידועה היא כי דחייה מחמת שיהיו של תביעה שהוגשה במסגרת תקופת ההתיישנות – תיעשה במקרים חריגים ביותר. שיהיו יוכר במקרים בהם ניתן היה להסיק מהתנהגות התובע כי הוא מוותר על זכות התביעה שלו, וכאשר הנתבע שינה את מצבו לרעה בעקבות מצג שווא של התובע – ונפגע ([ע"א 6805/99](#) תלמוד תורה הכללי והישיבה הגדולה עץ חיים בירושלים נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ירושלים, פ"ד נז(5) 433, 444-452 (2003) (להלן: עניין עץ חיים); [ע"א 65/23](#) מ.א. אוטומטים בע"מ נ' מש-קר בע"מ, פסקה 12 [נבו] (17.1.2023); טל חבקיין [התיישנות 13](#) (מהדורה שניה, 2021)).

בענייננו, התביעה הוגשה בתוך תקופת ההתיישנות, כחמש שנים לאחר קיום המכרז. לא נטען כי העירייה הציגה מצג של ויתור על זכות התביעה שלה, אלא רק כי היא פעלה לחילוט הערבות מבלי להצהיר במפורש על כוונתה העתידית לתבוע את המערערים. בנוסף, לא נטען כי המערערים שינו את מצבם לרעה כתוצאה מחלופי הזמן, אלא רק שהיו מכלכלים את צעדיהם אחרת לו היו יודעים על כוונת העירייה לתבוע באופן עתידי, בפרט בעניין חילוט הערבות. הימנעותה של העירייה מלהודיע באופן אקטיבי על כוונתה לתבוע, אינו עולה כדי "מצג ברור מצד התובע על אודות ויתור או מחילה מצדו על זכות התביעה הנתונה לו" (עניין עץ חיים, בעמוד 447). זאת בפרט כאשר המערערים היו חתומים על מסמכי המכרז, שהצהירו מפורשות כי אין בחילוט הערבות על מנת לפגוע בזכויות

אחרות של העירייה (נספח ג' למסמכי המכרז, [בסעיף 4\(ב\)](#)). בדומה, המערערים לא שינו את מצבם לרעה בחלוף הזמן או בעקבות התנהגות העירייה, אלא רק נמנעו מלהיערך לקראת תביעה עתידית, מאחר שלא ידעו כי תוגש כזו. אשר על כן, לעמדתי אין מקום לקבל טענה זו.

17. סוף דבר: אמליץ לחבריי לדחות את הערעור – ולהותיר את פסק דינו של בית משפט המחוזי על כנו.

רות רונן שופטת

השופט האלד כבוב:

1. קראתי בעיון את חוות דעתה של חברתי, השופטת ר' רונן. לאחר ששקלתי את הדברים לעומקם, לא אוכל להצטרף למסקנתה. לגישתי, דין הערעור להתקבל.

עיקרי העובדות הדרושות לעניין

17. בשנת 2010 פרסמה המשיבה את חוברת מסמכי 'מכרז פומבי מס' 14/10' (להלן: המכרז או חוברת מסמכי המכרז), בגדרה הזמינה את הציבור להציע הצעות לרכישת זכויות בקרקע המיועדת להקמת מבנה מגורים בבניה רוויה במתחם תכנית בי/מק/3/450 בעיר בת ים. חוברת תנאי המכרז כללה מספר מסמכים, וביניהם: נוסח ההודעה על המכרז; פרטי המכרז ותנאי ההשתתפות בו (להלן: תנאי המכרז); חוזה המכר שעתידי להיחתם בין הזוכה במכרז לבין המשיבה ונספחיו (להלן: חוזה המכר); נוסח הערבות לצורך הגשת הצעה במכרז; ונוסח הצעת המציע (להלן: מסמך ההצעה). מסמך ההצעה היה מסמך מובנה. ההבדל בין ההצעות השונות בא לידי ביטוי בגובה הסכום המוצע לרכישה (סעיף 5א למסמך ההצעה).

בפשטות, המשתתפים במכרז נדרשו להציע את המחיר שהם מסכימים לשלם עבור קרקע מסוימת בעיר בת ים.

18. בתוך כך, סעיף 2.8.1 לתנאי המכרז קבע כי "תוך 30 ימים מן היום שבו יוזמן הזוכה לחתום על חוזה ההתקשרות, ולא יאוחר מאשר עד חתימתו של החוזה, ישלם הזוכה לעירייה סך של 80% מן התמורה בתוספת מע"מ ככל שיהול". במקביל, סעיף 4 למסמך ההצעה, שעליו חתמה המערערת עת הגישה את הצעתה במכרז, קבע כדלהלן:

"א. אם הצעתי/נו תתקבל, הריני/ו מתחייב/ים לשלם [למשיבה] את התשלומים ולהמציא את הערבויות כמפורט בהוראות המכרז, להבטחת קיום תנאי החוזה [חוזה המכר – ח' כ'], הכל מן המועד שבו אקבל את הזמנתכם לחתום על החוזה.

ב. אני מצהיר בזאת, כי ידוע לי, שאם לא אשלם התשלומים ו/או לא אמציא הערבות הבנקאית האמורה כנדרש ובמועד אאבד את זכותי לרכוש הקרקע [והמשיבה] תהא רשאית לחלט את הערבות הבנקאית המצורפת להצעת/נו זו. כן ידוע לי, שבחילוט הערבות לא יהא כדי לפגוע בכל זכות או סעד שיעמדו לעירייה עקב הפרת ההתחייבויות שאני נוטל על עצמי עם הגשת הצעתי למכרז".

19. בחודש אוקטובר 2010 הגיש המערער לתיבת המכרז, בו ביום, שתי הצעות מטעם שתי חברות הקשורות אליו. האחת, הצעת המערער, שמלוא מניותיה הוחזקו על-ידו, בסכום של 71,071,000 ש"ח; והשנייה, הצעת חברת נווה מול הים בע"מ (להלן: נווה), שמחצית ממניותיה הוחזקו (בשרשור) על-ידו, בסכום של 66,030,000 ש"ח.

20. ביום 01.11.2010, לאחר פתיחת תיבת המכרז, התברר כי הצעת המערער הייתה ההצעה הגבוהה ביותר, אך היא לא הכילה את מסמכי התאגדותה. הצעתה של נווה נמצאה כהצעה השנייה בגובהה. בהתאם, ועדת המכרזים של המשיבה החליטה לקבל את הצעת המערער, בתנאי שתשלים את הגשת מסמכי התאגדותה החסרים. בנוסף, כך נקבע באותה החלטה, אם לא יושלמו המסמכים האמורים בתוך שלושה ימים, הזכייה תועבר לחברת נווה. וזו הייתה לשון ההחלטה:

"הוחלט לקבל את ההצעה הגבוהה ביותר, של [המערער], בסכום של 71,071,000 ש"ח, בתנאי שימציא את המסמכים החסרים המאשרים התאגדותה של המציעה לרבות: תעודת התאגדות, מסמכי התאגדות פרוטוקול החברה ואישור זכויות חתימה, עד ליום 4/11/10 שעה 12:00 למשרדי חב' חוף בת-ים בע"מ, במסירה ידנית + חותמת נתקבל. היה ולא יומצאו המסמכים הנדרשים עד למועד הנ"ל, אנו מכריזים כי הזוכה הוא עו"ד אמיר אורגז [בא-כוחה של נווה – ח' כ], בסכום של 66,030,000 ש"ח שהיא ההצעה השניה בגובהה" (ההדגשה במקור – ח' כ; פרוטוקול ועדת המכרזים מיום 01.11.2010, נספח 3 לתצהיר המשיבה בבית משפט קמא).

21. ביום 04.11.2010 הוגשו המסמכים החסרים למשרדי המשיבה, ובכך הושלמה זכייתה של המערער במכרז. ואולם, חרף תזכורות שנשלחו למערערים (ביום 28.11.2010 וביום 02.12.2010), המערער לא העבירה את הסכום שהיא נדרשה להעביר לידי המשיבה בהתאם לסעיף 2.8.1 לתנאי המכרז, שעמד כזכור על 80% מהתמורה הנקובה במסמך ההצעה. בהתאם, ביום 06.12.2010, יום אחד בלבד לאחר שחווה המכר אמור היה להיחתם, הודיעה המשיבה למערער על ביטול זכייתה במכרז, תוך שמירת זכותה לתבוע מהמערערים את כל נזקיה. יומיים לאחר מכן, ביום 08.12.2010 התכנסה ועדת המכרזים בשנית, והחליטה כי –

"נוכח הסתלקותו של המציע של ההצעה הגבוהה [המערער – ח' כ] אשר לא הגיע לחתום על החוזה למרות פניות חוזרות והזמנתו לחתימה. הוחלט כי אנו מבטלים את זכייתו במכרז ולמסור את הזכייה למציע השני והבא אחריו הוא עו"ד אמיר אורגז [מטעם נווה – ח' כ]. וכמובן שהערבות של המציע הראשון תחולט" (פרוטוקול ועדת המכרזים מיום 08.12.2010, נספח 7 לתצהיר המשיבה בבית משפט קמא).

ואכן, בהתאם להחלטת ועדת המכרזים האמורה, חילטה המשיבה ביום 30.12.2010 את הערבות הבנקאית שהגישה המערער בסך של 500,000 ש"ח.

22. בחלוף כשישה חודשים מעת חילוט הערבות, פנתה המשיבה אל המערערים בדרישה לתשלום הפיצויים המוסכמים שנקבעו בסעיף 11(א) לחוזה המכר, בסך של 18% מסכום התמורה שהציעה המערערת (12,792,780 ש"ח). לטענת המשיבה, עם קבלת הצעת המערערת, נכרת בין הצדדים חוזה מחייב המקנה למשיבה זכות לקבלת "פיצויים קבועים ומוסכמים מראש". לצד זאת, כך נכתב באותה דרישה, "ניתנת לכם [למערערים – ח' כ'] הזדמנות לסלק את החוב בסכום מופחת של 5,041,000 ש"ח בתוספות הפרשי הצמדה וריבית המהווה את ההפרש שבין הצעתכם במכרז לבין ההצעה שלפיה נאלצה מרשתנו [המשיבה – ח' כ'] למכור את המגרש". מכתב זה לא נענה.

23. חלפו מספר שנים, וביום 01.10.2015 הגישה המשיבה לבית משפט קמא תביעה בסדר דין מקוצר נגד המערערים. בתמצית, המשיבה טענה כי בין הצדדים נכרת חוזה מחייב, ועל כן, המערערים חייבים בפיצויים המוסכמים הקבועים בחוזה המכר. לצד זאת, כך נטען, המשיבה החליטה "משקולי אגרה" להעמיד את תביעתה על ההפרש שבין גובה הצעתה של המערערת לבין גובה הצעתה של נווה, בהפחתת סכום הערבות שחולטה. לחלופין נטען, כי מסמך ההצעה מהווה התחייבות חד-צדדית שהמערערים אינם יכולים לחזור בהם ממנה. לחלופי חלופין נטען, כי המערערים פעלו בחוסר תום לב בקיום החוזה ובמשא ומתן לכריתתו, ועשו עושר ולא במשפט, מאחר שהם נסוגו מההצעה הגבוהה על מנת לזכות בפער שבין הצעת המערערת לבין הצעתה של נווה.

24. המערערים הגישו בקשת רשות להתגונן. הגנתם, בתמצית, הייתה כי סעיף 18.3 לתנאי המכרז קבע בפירוש כי הוראות חוזה המכר לעניין הפרה יחולו רק לאחר שחוזה המכר נחתם על-ידי היזם. ואולם, בענייננו, חוזה המכר לא נחתם על-ידי הצדדים, ועל כן, הסעד היחיד העומד למשיבה הוא חילוט הערבות הבנקאית שהוגשה על-ידי המערערת, כפי שכבר נעשה. כמו כן, כך נטען, אין כל בסיס לתביעה אישית נגד המערער, מאחר שהמקרה דנן אינו נמנה עם המקרים החריגים המצדיקים את הרמת מסך ההתאגדות של המערערת וייחוס של חובה לבעל מניותיה – המערער. מכל מקום, הטענה שלפיה המערערים חפצו לסגת מהצעת המערערת במטרה לחסוך את הפער שבין הצעתה לבין ההצעה של נווה – הוכחה, תוך שצוין כי מבחינת המערער לא הייתה זהות אינטרסים בין המערערת לבין נווה, בשים לב לגובה החזקותיו בכל אחת מהן.

25. בית משפט קמא קיבל את טענת המערערים שלפיה סעיף הפיצויים המוסכמים שבחוזה המכר לא נכנס לתוקף עד לחתימתו על-ידי הצדדים. ואולם, נקבע כי המערערים אינם יכולים להיבנות מטענה זו, שכן הם פעלו בחוסר תום לב רבתי בניהול משא ומתן. בהקשר זה נקבע, כי כבר בעת הגשת ההצעה מטעם המערערת, המערער התכוון לזנוח את הצעתה ככל שההצעה הבאה אחריה תהיה זו של נווה, וזאת על מנת לחסוך לעצמו את הפער הכספי שבין ההצעות. בנסיבות אלו, נקבע כי יש לחייב את המערערים בפיצויי קיום, שיעמידו את המשיבה במצב שבו הייתה אילו חוזה המכר היה נכרת.

מכאן הערעור שלפנינו. משחברתי פירטה את טענות הצדדים, אמנע מלפרט אותן בשנית, ואעבור להכרעה.

דיון והכרעה

26. חברתי מאמצת את קביעותיו העובדתיות של בית משפט קמא בכל הקשור לחוסר תום לבם של המערערים בניהול משא ומתן. ואולם, כשלעצמי, לא שוכנעתי כי כך הם פני הדברים. בהקשר זה אעיר, כי אף שמקצת מקביעותיו של בית משפט קמא נוסחו ככאלו שעניינן במהימנות עדותו של המערער, הרי שעיון מעמיק בפסק הדין מלמד כי קביעות אלו לא התבססו בעיקרן על התרשמות בלתי אמצעית מאופן מסירת העדות, אלא הן שיקפו את מסקנותיו של בית המשפט ביחס להשתלבות העדות ביתר הראיות שבתיק (ראו: עמודים 7-11 לפסק הדין). בנסיבות אלו, יתרונה של הערכאה הדיונית על פני ערכאת הערעור – מצומצם יחסית (ראו: ע"פ 1324/23 אבו עבד נ' מדינת ישראל, פסקה 58 [נבן]; (15.07.2024) ע"פ 8146/09 אבשלום נ' מדינת ישראל, פסקה 19 [נבן]). (08.09.2011).

27. לגופם של דברים, המערער העיד כי בניגוד לשותפיו בחברת נווה שהסכימו להציע כ-66 מיליון ש"ח במסגרת המכרז, הוא העריך את הזכייה במכרז בסכום גבוה יותר, והיה מוכן להציע באמצעות המערערת (שבמניותיה הוא החזיק, כאמור, באופן מלא), סכום של כ-71 מיליון ש"ח, כדי לזכות במכרז בעצמו. ברם, לאחר הזכייה במכרז, התברר לו כי אין בידו להשיג מימון לשם כך. לאחר עיון, לא מצאתי כי הראיות שהובאו על-ידי המשיבה מצדיקות את דחיית גרסת המערער. זאת, בפרט לנוכח הנטל המוגבר הנדרש לצורך ביסוס טענה שיש בה משום ייחוס מרמה במשפט אזרחי (ראו, למשל: ע"א 475/81 זיקרי יעקב נ' כלל חב' לביטוח בע"מ, פ"ד מ(1), 589 (1986); ע"א 78/04 המגן חברה לביטוח בע"מ נ' שלום גרשון הובלות בע"מ, פ"ד סא(3) 18, 49 (2006)); ועל אחת כמה וכמה, כאשר העובדות שנקבעו על-ידי בית משפט קמא עלולות להיות גם בעלות משמעות פלילית (עומר דקל [מכרזים](#) כרך א-200-199 (2004) (להלן: דקל – [מכרזים](#))). לא זו בלבד, אלא שלגישתי, הראיות שהובאו בבית משפט קמא מבססות היטב את טענת המערער. אסביר את עמדותי.

28. כאמור לעיל, אין חולק כי לאחר פתיחת המעטפות, כאשר כבר התברר כי הצעתה של נווה הייתה ההצעה השנייה בגובהה, המערער המשיך וסיפק למשיבה את המסמכים שהתבקשו על-ידיה לשם מימוש הזכייה במכרז.

וזאת יש לזכור – בפרוטוקול ישיבת ועדת המכרזים של המשביה מיום 01.11.2010 צוין בפירוט כי זכייתה של המערער מותנית בהשלמת המסמכים האמורים. מפאת חשיבות הדברים אביאם בשנית כלשונם:

"הוחלט לקבל את ההצעה הגבוהה ביותר, של [המערער], בסכום של 71,071,000 ש"ח, בתנאי שימציא את המסמכים החסרים המאשרים התאגדותה של המציעה לרבות: תעודת התאגדות, מסמכי התאגדות פרוטוקול החברה ואישור זכויות חתימה, עד ליום 4/11/10 שעה 12:00 למשרדי חב' חוף בת-ים בע"מ, במסירה ידנית + חותמת נתקבל. היה ולא יומצאו המסמכים הנדרשים עד למועד הנ"ל, אנו מכריזים כי הזוכה הוא עו"ד אמיר אורגז [בא-כוחה של נווה – ח' כ], בסכום של 66,030,000 ש"ח שהיא ההצעה השנייה בגובהה".

29. נשאלת השאלה, אילו תכנן המערער מלכתחילה ליסוג מהצעת המערער – מדוע הוא העביר את המסמכים שהתבקשו על-ידי המשיבה, בתוך שלושה ימים לאחר פרסום החלטת ועדת המכרזים, ולא נמנע מכך באופן שהיה שולל מעיקרא את ההכרזה על הצעת המערער כזוכה. במילים אחרות, אם המערער תכנן מראש למשוך את הצעת המערער במידה שהצעת נווה הייתה מוכרזת כזוכה תחתיה, מה היה יכול להיות יותר פשוט עבורו מאשר להימנע מהעברת מסמכי ההתאגדות של המערער, כך שהזכייה הייתה עוברת באופן אוטומטי לידיה של נווה, בהתאם להחלטת ועדת המכרזים האמורה?

30. בית משפט קמא השיב על קושיה זו בשלוש תשובות:

"ראשית, עו"ד חנה כהן, היועצת המשפטית של עיריית בת-ים, העידה בעמ' 37 לפרוטוקול מ-18.10.22 שורות 17-20: '...גם בפתיחת ההצעות נשאל נציג [המערער], שנכח באולם, מדוע לא צורפו המסמכים האלה, ואם יש אפשרות להמציא את המסמכים באופן מידי, והנציג של [המערער] ענה לנו, שאין שום בעיה להמציא עוד היום למספר פקס...'

שנית, ההכרזה על הזכייה במכרז של [המערער] הייתה ב-1.11.10 [נספח 2 לתצהירי [המשיבה]]. המסמכים החסרים הומצאו ע"י [המערער] ב-4.11.10, כחלוף 3 ימים [נספח 3 לתצהיר [המשיבה]]. החתימה על חוזה המכרז והתשלום היו צריכים להתבצע עד 5.12.10, בחלוף כחודש ימים [ראו נספח 4 לתצהירי [המשיבה]].

לא ניתן ללמוד מהמצאת המסמכים החסרים הנ"ל על ההחלטה של [המערער] וכוונת בעליה.

שלישית, במכתב ששלח ב-4.11.10 פרקליט [המערער] [למשיבה], שאליו צורפו המסמכים החסרים, נאמר: 'אין בהמצאת המסמכים כדי להוות הסכמה כלשהי לטענותיכם ו/או ויתור על טענות מרשתי' [נספח 3 לתצהירי [המשיבה]]."

31. בכל הכבוד, דומני כי אף אחת משלושת תשובות אלו אינה משכנעת. אשר לתשובה הראשונה, אין זה ברור כיצד ניתן ללמוד מכך שהמערער אמר שהוא יוכל להמציא את המסמכים, כבר לאחר פתיחת המעטפות, על פגם בטוהר כוונותיו? אדרבה, אם המערער התכוון לוותר על זכייתו לנוכח הגילוי שהצעתה של נווה הייתה ההצעה השנייה בגובהה – ניתן היה לצפות כי המערער היה קופץ על ההזדמנות כמוצא שלל רב, ומתחיל להערים קשיים על המצאת המסמכים בפרק הזמן הקצר שניתן לו לשם כך. אשר לתשובה השנייה, לא ברור מה המשמעות שניתן לייחס לפער בין מועד המצאת המסמכים (04.11.2010) ובין המועד שבו חוזה המכרז היה צריך להיחתם (05.12.2010)? הלוא השאלה הרלוונטית היא מה הניע את המערער להמציא מסמכים עבור הצעה שהוא מעולם לא התכוון לזכות בה, ואשר לתשובה השלישית, איני יודע כיצד למד בית משפט קמא על פגם בתום לבו של

המערער מכך שפרקליטו צירף למסמכים את ההצהרה שלפיה "אין בהמצאת המסמכים כדי להוות הסכמה כלשהי לטענותיכם ו/או ויתור על טענות מרשתי"? מדובר בנוסח גנרי שגלווה פעמים רבות למכתבי עורכי-דין, כחלק משגרת המקצוע, ומכל מקום, אין בהערה זו כדי לספק תשובה לשאלה הבסיסית מדוע המערער לא עט על ההזדמנות להכשיל את הצעת המערער, אם זו הייתה כוונתו מלכתחילה?

32. זאת ועוד, אין חולק כי החזקותיו של המערער במערער ובנווה לא היו זהות. בראשונה הוא החזיק באופן מלא, ואילו בשנייה הוא החזיק, בשרשור, ב-50% בלבד. עובדה זו כשלעצמה מעוררת סימני שאלה בדבר התיזה שלפיה הצעתה של המערער נועדה רק על מנת לאפשר למערער לתמרן בין הצעה זו לבין הצעתה של נווה. שכן, ניתן להניח כי המערער לא היה אדיש לשאלה אם הוא יזכה במכרז באמצעות המערער, שבה הוא שלט לבדו; או באמצעות נווה, שבה הוא החזיק בשותפות עם אחרים, ועל כן, הרווח מזכייה במכרז באמצעות נווה היה מתחלק בינו לבין שותפיו.

33. המשיבה הוסיפה וציינה כי מסירת המסמכים הנוספים מטעם המערער אינה יכולה להפריך את מסקנת בית המשפט המחוזי, שכן "כל שהיא מעידה היא שהיה רצון ערטילאי כלשהו מצד המערערים, שאינה מגובה ברצינות המתחייבת במכרז מסוג זה בהיעדר כל יכולת מימון בשלב זה, לבחון אפשרות לזכייה במכרז" (פסקה 58 לכתב התשובה לערעור; ההדגשה במקור – ח' כ'). לטענה זו אין לי אלא להסכים; אלא שהיא סותרת את התיזה שאומצה על-ידי בית משפט קמא, שלפיה המערער התכוון, עוד בעת שהגיש את ההצעה מטעם המערער, ליסוג בו מהצעה זו, ככל שהצעתה של נווה תהיה השנייה בגובהה. אכן, יתכן שהצעת המערערים לא גובתה "ברצינות המתחייבת במכרז מסוג זה", כלשון המשיבה, ואף יתכן כי המערער לא עשה כל שביכולתו כדי להשיג מימון לכיסוי הצעתו. ברם, מצב דברים מעין זה, אינו עולה כדי חוסר תום לב רבתי או תכסיסנות כפי שיוחס למערערים, כאשר נקבע כי הם מעולם לא התכוונו לכבד את הצעתם במכרז. היעדר רצינות לחוד, וחוסר תום לב רבתי לחוד. לא מותר לציין כי פסיקת פיצויי קיום בגין הפרת חובת תום הלב תיעשה במקרים חריגים ביותר (ע"א 434/07 פרינץ נ' אמירים מושב עובדים של צמחונים וטבעונים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ, פסקה כ"ג [נבו] (14.06.2009)). לפיכך, אף אם היה ממד מסוים של 'קלות דעת' מצד המערער ביחס ליכולתה הכלכלית של המערער לעמוד בהצעה שהגישה, אין בכך כדי להצדיק הטלת פיצויי קיום על המערער.

34. הנה כי כן, לגישתי, לא הוכח כי המערער ניהל משא ומתן בחוסר תום לב, וממילא, נשמט היסוד להטלת חיובים, הנובעים מהתחייבויותיה של המערער, על שכמו. ואולם, בכך לא תם הדיון בערעור. עדיין נדרשת הכרעה בשאלה אם ניתן לחייב את המערער בגין הפרת התחייבויותיה שבמסמך ההצעה. לסוגיה זו אפנה כעת.

הפרת החוזה מצד המערער, ומשמעותה

35. כפי שהדגשתי לעיל, בענייננו, המערערת התחייבה, ללא כל סייג, כי אם הצעתה תתקבל היא תעביר את התשלומים ותמציא את הערבויות הנדרשות ממנה לשם קיום תנאי חוזה המכר ("אם הצעתינו תתקבל, הריני/ו מתחייב/ים לשלם [למשיבה] את התשלומים ולהמציא את הערבויות כמפורט בהוראות המכרז, להבטחת קיום תנאי החוזה, הכל מן המועד שבו אקבל את הזמנתכם לחתום על החוזה"). לפיכך, משעה שהתקבלה הצעת המערערת, נכרת בין הצדדים חוזה מחייב, שלפיו המערערת תפעל על מנת לקדם את החתימה על חוזה המכר. ואולם, המערערת הפרה את התחייבותה, ולא פעלה באופן שאפשר את כריתת חוזה המכר.

36. ודוק, באומרי כי עם קבלת הצעת המערערת על-ידי המשיבה נכרת חוזה, אין כוונתי לדוקטרינת 'החוזה הנספח' שפותחה על-ידי הנשיא א' ברק) [ד"נ 22/82](#) בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ, פ"ד מג(1) 480, 441 (1982) או בלשונו של השופט ש' לויין 'חוזה-מכרז' ([ע"א 4850/96](#) קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ, פ"ד נב(5) 562, 571 (1998)). ללא קשר לדוקטרינה זו, חתימת המערערת בענייננו על מסמך ההצעה משקפת הצעה חוזית, קרי, התחייבות לעשות כל שנדרש ממנה כדי להתקשר עם המערערת בחוזה המכר, ככל שהצעתה תתקבל; ואילו הכרזת המערערת כזוכה על-ידי המשיבה מהווה קיבול של האמור במסמך ההצעה. יוצא אפוא, כי בין הצדדים נכרת חוזה מחייב, ככל משפטו וחוקתו, שלפיו המערערת תעביר את התשלומים והערבויות שיאפשרו את החתימה על חוזה המכר. ואולם, המערערת לא קיימה את התחייבותה ולא העבירה את התשלום שנדרש ממנה לשם חתימה על חוזה המכר (80% מהצעתה במכרז, בהתאם לסעיף 2.8.1 לחוזה המכרז).

37. כאשר מתבוננים על הדברים באספקלריה זו נקל לראות כי עיקר ענייננו הוא בהפרת החוזה שנכרת בין הצדדים, ולא בהפרת החובה לנהוג בתום לב במשא ומתן. אומנם, כפי שקבע בית משפט קמא, חוזה המכר (להבדיל ממסמך ההצעה) לא נחתם על-ידי הצדדים, ולכן סעיף הפיצויים המוסכמים שבסעיף 18 לחוזה המכר – לא נכנס לתוקפו. שהרי, בתנאי המכרז נקבע בפירוש כי "הופר החוזה לאַחַר שנחתם ע"י היזם, יחולו הוראות החוזה לעניין ההפרה" (שם, בסעיף 18.3; ההדגשה נוספה – ח' כ). ואולם, הגם שחוזה המכר לא נחתם, אין בכך כדי לפגוע בעובדה שמסמך ההצעה נחתם גם נחתם, והפרתו מזכה את הנפגע בכל הסעדים העומדים למי שנפגע מהפרת חוזה. כפי שנקבע בפסיקה בעבר, "ברגע שהודע לאחד המשתתפים במכרז על זכייתו בו, נכרת חוזה עם הלה [...]. כאשר הודיע הזוכה לאחר מכן על ויתורו, הרי יש לראות בכך משום ביטול החוזה או הפרתו, עם כל הכרוך

בכד [...] "ע"א 3549/90 אלחנפא מסחר ושירותים בע"מ נ' עמידר, החברה הלאומית לשיכון עולים בישראל, פ"ד מה(3) 578, 581 (1991)).

[במאמר מוסגר: בבג"ץ 688/81 מיגדה בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד לו(4) 85, 94 (1982) נקבע, כי מציע שלא הגביל את הצעתו בזמן, "רשאי לחזור בו מהצעתו בהודעה למוציא המכרז, ובלבד שהודעת החזרה נמסרה לפני שניתנה הודעת קיבול (סעיף 3א) לחוק החוזים (חלק כללי))". שכן, רק לאחר שהצעת המכרז התקבלה על-ידי עורך המכרז, בפנינו חוזה מושלם הכולל התחייבות מצד המציע לקיים את האמור בהצעתו וקבלה של ההצעה על-ידי מוציא המכרז. ואולם, בכתיבה האקדמית קיימת דעה אחרת, לפיה אין לאפשר למציע לחזור בו מהצעתו כבר במועד פתיחת המעטפות (ראו: דקל – מכרזים, בעמודים 513-517). יצוין, כי דקל מעגן את הצעתו בשיקולי מדיניות עקרוניים שאינם מבוססים בהכרח על הוראות חוק החוזים, ועל כן יתכן שהצעתו היא בגדר 'דין רצוי' יותר מאשר 'דין מצוי'. מכל מקום, סוגיה זו אינה מתעוררת בענייננו, מאחר שהמערכת נסוגה מהצעתה לאחר שהודעת קיבול נשלחה אליה, ועל כן ניתן להותיר את ההכרעה בסוגיה זו לעת מצוא].

38. משבאתי לכלל מסקנה כי המערערת הפרה את ההתחייבות שנטלה על עצמה במסגרת מסמך ההצעה, המסקנה לכאורה היא כי קמה למשיבה זכות תביעה לפיצויי קיום, קרי, על המערערת להעמיד את המשיבה במצב שבו הייתה אילו החוזה היה מקיים (ע"א 355/80 נתן אניסימוב בע"מ נ' מלון טירת בת שבע בע"מ, פ"ד לה(2) 800, 808 (1981); ע"א 195/85 בנק איגוד לישראל בע"מ נ' ז'אק סוראקי, מב(4) 811, 834 (1989)). במקרה כזה, המשיבה הייתה זוכה לקבל את מלוא הצעתה של המערערת. על פני הדברים אפוא, יש ממש בטענת המשיבה בדבר זכותה לקבלת הפער הכספי שבין גובה ההצעה של המערערת לבין גובה ההצעה של נווה.

ואולם, חרף האמור, סבורני כי במקרה דנן המשיבה אינה זכאית לקבלת פיצויי קיום מהמערערת, וזאת לנוכח חילוט הערבות הבנקאית שהגישה המערערת על-ידי המשיבה, לסוגיה זו אפנה כעת.

משמעות חילוט הערבות הבנקאית

39. כידוע, לערבות הבנקאית הנדרשת בעת הגשת הצעה במכרז יש שתי תכליות עיקריות: הבטחת רצינות כוונותיו של המציע, ומתן ביטחון-מה לעורך המכרז

שיוכל לשפות את עצמו על נזקים שייגרמו לו. עמד על הדברים השופט מ' חשין **בע"א** [7699/00](#) טמג"ש חברה לניהול ופיתוח פרויקטים בע"מ נ' רשות הניקוז קישון, פ"ד נה(4):873 (2001): 884,

"ערבות הנדרשת כתנאי להשתתפות במכרז, ייעודה הוא להבטיח רצינות כוונתו של המציע מעיקרו ולאפשר לבעל המכרז חזרה אל המציע אם לא יקיים התחייבויותיו: **בג"ץ 368/76** גוזלן נ' המועצה המקומית בית-שמש, בעמ' 512-513. גובה הערבות נגזר דרך כלל מגובה ההצעה, והוצאת ערבות כרוכה בנטל כספי – לעתים נטל כספי לא קל – המוטל על המשתתף במכרז. נכונותו של המציע לשאת בנטל ההוצאות הכרוכות בהוצאת הערבות מלמדת – ומכל מקום, עשויה היא ללמד – על רצינות המציע וההצעה, ויש בה בערבות כדי להקנות לבעל-המכרז ביטחון-מה כי יוכל לשפות עצמו על נזקיו – ולו באורח חלקי – אם יחזור בו המציע מהצעתו" (ראו גם: שם, בעמוד 893 בחוות דעתה של השופטת ט' שטרסברג-כהן).

וראו: **ע"מ 1966-02** המועצה המקומית מג'אר נ' ג'מאל אבראהים, פ"ד נז(3) 505, 511-512 (2003); **ע"מ 5834/09** אדמונית החורש בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי, פסקה 3 לחוות דעתו של השופט ח' מלצר [נבו] (31.01.2010).

40. בהקשר זה יובהר, כי עורך המכרז – בענייננו, המשיבה – הוא זה שקובע את גובה הערבות הבנקאית. באופן זה הוא יכול להגדיר את הפיצויים המוסכמים שהוא יוכל לחלט במקרה של הפרת ההתחייבות לממש את הזכייה במכרז. במקרה דנן, המשיבה, מטעמיה, בחרה לקבוע את הערבות הבנקאית בסכום נמוך יחסית לשווי המכרז, דבר שהשפיע באופן משמעותי על הצורך בניהול ההליך שבכותרת. מכל מקום, משעה שהחליטה המשיבה על חילוט הערבות הבנקאית, שוב אין ביכולתה לתבוע פיצויי קיום, ואסביר.

41. כאשר עורך המכרז בוחר לממש את זכותו ולחלט את הערבות הבנקאית של המציע, חלות על כך הוראות **סעיף 15 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה)**, התשל"א-1970 (להלן: חוק התרופות). סעיף זה קובע, תחת הכותרת פיצויים מוסכמים, כדלהלן:

"(א) הסכימו הצדדים מראש על שיעור פיצויים (להלן – פיצויים מוסכמים), יהיו הפיצויים כמוסכם, ללא הוכחת נזק; אולם רשאי בית המשפט להפחיתם אם מצא שהפיצויים נקבעו ללא כל יחס סביר לנזק שניתן היה לראותו מראש בעת כריתת החוזה כתוצאה מסתברת של הפרה.
(ב) הסכם על פיצויים מוסכמים אין בו כשלעצמו כדי לגרוע מזכותו של הנפגע לתבוע במקומם פיצויים לפי סעיפים 10 עד 14 או לגרוע מכל תרופה אחרת בשל הפרת החוזה.
(ג) לענין סימן זה, סכומים שהמפר שילם לנפגע לפני הפרת החוזה והצדדים הסכימו מראש על חילוטם לטובת הנפגע, דינם כדין פיצויים מוסכמים" (ההדגשה הוספה – ח' כ').

42. משמעות צירופן של הוראות **סעיף 15(ב) ו-(ג)** לחוק התרופות היא כי עורך מכרז שמעוניין לתבוע את נזקיו מידי מציע במכרז יכול לבחור באחת משתי

דרכים חלופיות: או לתבוע את הפיצויים המגיעים לו, שככלל, יהיו פיצויי קיום; או לחלט את הערבות הבנקאית בתור פיצוי מוסכם. דברים ברורים נקבעו בנדון בגדרי ע"א 2251/05 ואן דאם נ' דניאל כהן, פסקה 13 [נבן] (05.07.2007):

"להוראת חוק זו שתי נפקויות עיקריות. הראשונה היא, כי ככלל, נפגע לא יוכל לחלט כספים, ובו זמנית לתבוע את נזקו הממשי. כלל זה נלמד מהוראת סעיף 15(ב) לחוק התרופות, לפיו בידי הנפגע הבחירה האם לתבוע את הפיצויים המוסכמים או פיצויים בגין נזקו הממשי; ובבוחרו בדרך האחת, אין בידו לילך גם בשנייה. ברוב המקרים, מדובר בדרכים חלופיות, ולא מצטברות. הדרכים תהיינה מצטברות רק מקום בו נקבעו פיצויים עבור ראשי נזק שונים, למשל, כאשר הפיצויים המוסכמים ייקבעו בעבור נזק ספציפי (ע"א 2981/92 כהן נ' צמד ע.א. בע"מ, פ"ד נ(2), 869 בפסקה 13; ע"א 466/89 צברי נ' מסוארי, פ"ד מה(1) 177; ע"א 628/87 חורי נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד מו(1) 115, בפסקה 8). משמעותו המעשית של הדבר היא, כי צד שממש את הוראת החילוט שבחזוה, אינו יכול עוד לתבוע פיצויים בגין נזקו הממשי, וכן להיפך" (ההדגשות בקו תחתון נוספו – ח' כ').

43. אם כן, משעה שהחליטה המשיבה לממש את הערבות הבנקאית, המוגדרת כפיצויים מוסכמים בהתאם לסעיף 15(ג) לחוק התרופות, שוב אין ביכולתה לתבוע פיצויי קיום מכוח סעיף 10 לחוק התרופות. אכן, לגביית פיצויים מוסכמים שנקבעו בחזוה יש יתרונות וחסרונות. היתרון המרכזי הוא שלא נדרש להוכיח קיומו של נזק (בכפוף לחריג שבסיפא לסעיף 15(א) לחוק התרופות); ואילו החיסרון הוא, שככלל, בגביית הפיצויים המוסכמים יש משום ויתור על היכולת להוכיח שהנזק שנגרם כתוצאה מהפרת החזוה היה גבוה יותר.

44. בהקשר זה יוער, כי אין בהוראה שבסיפא לסעיף 4ב למסמך ההצעה כדי לסייע למשיבה. הוראה זו קובעת כי "[...] בחילוט הערבות לא יהא כדי לפגוע בכל זכות או סעד שיעמדו [למשיבה] עקב הפרת ההתחייבויות שאני נוטל על עצמי עם הגשת הצעתי למכרז". המשיבה מבקשת ללמוד מהסעיף האמור כי היא זכאית לתביעה של פיצויי קיום במקביל למימוש הערבות הבנקאית. דא עקא, שבפסיקה נקבע כי תניות מעין אלו יש לפרש באופן שאינו שולל את הוראת סעיף 15(ב) לחוק החוזים. כך, למשל, ביחס לתנאי שקבע כי חילוט הערבון יהיה "מבלי שהדבר יפגע בזכויותיה האחרות של החברה, והקונה לא יהיה רשאי לדרוש מהחברה החזרת הערבון או כל חלק ממנו", נקבע כי:

"יש להבין הוראה זו כמאפשרת למשיבה לתבוע, בנוסף לחילוט, סעדים אחרים, אשר אינם פיצויים לפי סעיף 10 לחוק. בהיעדר טענה לסתור יש לפרש את סעיף 4 לתנאים הכלליים באופן שתואם את הוראת סעיף 15(ב) לחוק. הווי אומר, הצדדים לא ביקשו במסגרת סעיף 4 לתנאים הכלליים להתנות על האמור בסעיף 15(ב) לחוק. לפיכך, חילוט העירבון על-ידי המשיבה שולל מהמשיבה את זכותה לתבוע פיצויים על-פי סעיף 10 לחוק" (ע"א 628/87 חורי נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד מו(1) 115, 123 (04.12.1991) (להלן: עניין חורי.))

45. ובדומה, אף בענייננו יש לפרש את הוראת הסיפא של סעיף 4ב למסמך ההצעה כמתייחסת לסעדים אחרים שאינם נובעים מסעיפים 10-14 לחוק התרופות, כך שלא תישלל הוראת סעיף 15(ב) לחוק התרופות. הנה כי כן, כמובהר בעניין חורי, ניתן באופן עקרוני להתנות על הוראת סעיף 15(ב) לחוק התרופות, אך יש לעשות כן בצורה

מפורשת, תוך קביעה כי ניתן יהיה לתבוע פיצויי קיום במקביל לפיצויים המוסכמים, וזאת על מנת שהצד השני יוכל להבין בבירור כי קיימת התנאה על הוראת החוק. לא די בתנאי שבו מוצהר, בצורה כוללנית, כי לא יהיה בחילוט הערבות משום ויתור על זכויות אחרות.

46. ובענייננו, משעה שהמשיבה לא התנתה בפירוש על הוראת [סעיף 15\(ב\)](#) לחוק התרופות, הרי שהחלטתה לגבות את הערבות הבנקאית שצורפה על-ידי המערער, שללה ממנה את זכותה לתבוע פיצויי קיום בגין הפרת מסמך ההצעה. על אחת כמה וכמה, כאשר המשיבה החליטה על חילוט הערבות הבנקאית ועל העברת הזכייה לנוה יום אחד בלבד לאחר שחלף המועד למימוש זכייתה של המערער, וזאת מבלי שנאמר למערערים באותו שלב כי המשיבה מתעתדת לתבוע מהם פיצויי קיום. למעשה, אילו הייתה המשיבה פונה למערערים כבר באותו שלב, ומודיעה להם על כוונתה לתבוע מהמערערים פיצויי קיום – ובכלל זאת מהמערער באופן אישי – לא מן הנמנע כי המערער היה מתאמץ יותר על מנת להעמיד מימון (אף בדרך של ערבויות אישיות) שיאפשר לו להגשים את זכייתו במכרז. ודוק. אף אם התנהלות המשיבה אינה עולה כדי שיהוי (בהתאם לאמות המידה שהותרו בע"א [6805/99](#) תלמוד תורה הכללי והשיבה הגדולה עץ חיים בירושלים נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ירושלים, פ"ד נז(5) 433 (2003)), יש בכך כדי להמחיש את החשיבות שבהתנאה מפורשת על הוראת [סעיף 15\(ב\)](#) לחוק החוזים. על מנת שידע כל מציע מה הסנקציות הצפויות לו כאשר הוא נסוג מהצעתו.

47. אשר לטענת המשיבה כי בשל זכייתה של נוה במכרז, המערער עשה עושר ולא במשפט על גבה – טענה זו מניחה כי ניתן להרים את מסך ההתאגדות של נוה, ולייחס את זכייתה למערער באופן חד-חד ערכי. ברם, על מנת שטענה זו תתקבל, המשיבה הייתה צריכה להראות כי מוצדק להרים את מסך ההתאגדות של נוה, ולייחס את זכייתה במכרז למערער כבעל מניותיה (ראו: [סעיף 6\(ב\)](#) לחוק החברות, התשנ"ט-1999). ברם, המשיבה לא טענה בנדון בצורה סדורה, לא בבית משפט קמא ואף לא לפנינו, וממילא היא לא הצליחה להרים את הנטל שנדרש ממנה על מנת להצדיק הרמת מסך שכזו.

עוללות - על האפשרות להתיר למציע לתמרן בין מספר הצעות

48. טרם סיום, אבקש להעיר, בתמצית, על האפשרות העקרונית להתיר למציע להגיש מספר הצעות, ולתמרן ביניהן, בדיעבד, כאשר מתברר כי כמה מהצעותיו

גבוהות מהצעותיהם של כל יתר משתתפי המכרז. מקריאת חוות דעתה של חברתי עולה, כי היא סבורה כי יש לשלול מכול וכול את הלגיטימיות של דרך פעולה שתאפשר למציע להגיש שתי הצעות כספיות מתוך כוונה לסגת מהצעתו הראשונה ככל שיתברר כי די בהצעתו השנייה כדי לזכות במכרז. לשיטתה, "מתן אפשרות לפעול בדרך התכסיסנית שתוארה לעיל, מאפשר למציעים להציע סכום נמוך יותר מזה שהיו מציעים לו דרך הפעולה האמורה לא הייתה מתאפשרת. תוצאה כזו פוגעת בעורך המכרז (שלא יקבל את הסכום הגבוה יותר תמורת הנכס); פוגעת בשוויון בין משתתפי המכרז; מונעת את הגשמת תכלית המכרז שהיא קבלת הסכום המרבי עבור הנכס המוצע במכרז; ולמותר לציין כי היא אינה רצויה" (פסקה 9 לחוות דעתה). חברתי הוסיפה וציינה כי "[...] כפי שאין צורך לציין במסמכי המכרז באופן מפורש כי חובה על המשתתפים לנהוג בתום לב, אין גם צורך לציין במפורש כי נאסר עליהם לנהוג בתכסנות" (פסקה 11 לחוות דעתה).

49. דעתי שלי מעט פחות נחרצת בעניין זה, ולטעמי ניתן להצביע גם על יתרונות מסוימים בדרך פעולה מעין זו. אמנם, כפי שציינה חברתי, דרך פעולה זו מאפשרת למציע לשלם סכום נמוך יותר מזה שהיה עליו לשלם לו הוא היה נדרש לעמוד מאחורי הצעתו הגבוהה ביותר. ואולם, דברים אלו נכונים רק כאשר בוחנים את הדברים בחוכמה שלאחר מעשה; כאשר מסתכלים על הדברים במבט 'אקס-אקנטה' – התמונה משתנה. ואסביר.

50. 'מכרז מחיר ראשון', כדוגמת המכרז בענייננו, הוא מכרז שבו הצעות המשתתפים במכרז הן חסויות. הזוכה במכרז הוא מי שהציע את ההצעה הגבוהה ביותר, ועל מנת לממש את זכייתו הוא נדרש לשלם את גובה הצעתו במכרז. אחת הבעיות המוכרות במכרז שכזה הוא שבפני המציעים במכרז מצויים שני תמריצים מנוגדים: מחד גיסא, קיים למציע תמריץ להציע את המחיר הגבוה ביותר (כמובן עד להערכתו הסובייקטיבית של שווי הזכייה עבורו). שכן בכך הוא ממקסם את סיכויי זכייתו במכרז על פני מתחריו; אך מאידך גיסא, קיים למציע תמריץ להציע סכום נמוך יותר מהערכתו הריאלית, על מנת שהוא יוכל להגדיל את רווחיו ככל שההצעה הבאה אחריו תהיה נמוכה יותר במידה משמעותית.

אסביר את הדברים בדוגמה מספרית פשוטה: נניח שהמזייע מעריך את הזכייה במכרז עבורו ב-100. מצד אחד, קיים לו תמריץ להזייע סכום קרוב ביותר ל-100, כדי למקסם את סיכויי זכייתו; אך באותה מידה קיים לו תמריץ להזייע סכום נמוך משמעותית מ-100, אם הוא חושש שההזעה הבאה אחריו תעמוד על 50 בלבד. שהרי במקרה כזה הוא יכול להזייע 51, ובכך גם לזכות במכרז וגם להרוויח 49 נוספים (דהיינו הפער שבין הערכתו את הזכייה עבורו (100) לבין ההזעה שלו במכרז (51)). בעיה זו קשורה לתופעה המכונה בספרות הכלכלית 'קללת המנצח' (להרחבה, ראו: עומר זקל "מהו המכרז האופטימלי: המכרז כמשחק" משפטים ל 637, 661-664 (תש"ס) (להלן: זקל – מכרז אופטימלי)). על כן, ההנחה המקובלת בספרות הכלכלית היא שקיים, כמעט בהכרח, פער בין הערכת המזייעים את שווי הזכייה במכרז עבורם לבין הצעותיהם במכרז בפועל. פער זה פוגם ביעילות משלל סיבות. ראשית, הוא יוצר מצב שבו כל הצדדים חוששים מפני הגשת הצעה 'גבוהה מידי', ולכן המכרז עלול להסתיים כאשר מפרסם המכרז קיבל מחיר נמוך משמעותית מערכו של הנכס הנמכר בעיני משתתפי המכרז. שנית, קיים סיכוי לא מבוטל שהנכס הנמכר לא יגיע לידי מי שמעריך אותו במחיר הגבוה ביותר, וזאת ככל שאותו אדם מעריך את הצעותיהם של יתר משתתפי המכרז בחסר. שלישית, מכרז כזה מעודד ריגול תעשייתי, במסגרתו מזייעים מנסים לאתר את כוונותיהם של המזייעים הפוטנציאליים האחרים על מנת לקבוע את גובה הצעותיהם, והוא גם מחייב את כלל המזייעים להתמגן מפני ריגול שכזה.

לנוכח הפגמים המתוארים במכרז מחיר ראשון, הכלכלן, זוכה פרס הנובל, פרופ' William Vickrey, הזייע מכרז מסוג אחר – 'מכרז מחיר שני' (ע"א 6069/21 לוי נ' לוי, פסקה 20 [נבו] (21.06.2022), והאסמכתאות שם). במסגרת שיטה זו, הזוכה במכרז הוא זה שהזייע את ההזעה הגבוהה ביותר, אך מוטל עליו לשלם רק את המחיר שנקבע על-ידי המזייע השני במכרז. באופן זה, האינטרס של כל מזייע הוא להזייע במכרז את הערך הריאלי שבו הוא מעריך את הזכייה במכרז עבורו. נמחיש את הדברים בדוגמה מספרית נוספת. נניח שפלוני מעריך את הזכייה במכרז ב-100. אם ההזעה הבאה אחריו תהיה 99, השתלם לו להזייע 100, שכן הוא יזכה במכרז (תוצאה שהיא רצויה מבחינתו) והוא ישלם 99 בלבד. בדומה, גם אם המזייע שאחריו יזייע 50, פלוני שהזייע 100 לא הפסיד דבר מהצעתו הגבוהה מידי, שכן הוא יחויב בתשלום של 50 בלבד, בהתאם לגובה הצעתו של המזייע השני. לצד זאת, אין למזייע שכזה כל אינטרס להזייע מחיר הגבוה מהערכתו את הזכייה, שכן אם אותו אדם יזייע 110 במכרז, על אף שהוא מעריך את הזכייה בשווי של 100, והמזייע השני יזייע 105, הרי שהזכייה במכרז שכזה תהיה

זכיית הפסד. הנה כי כן, מכרז כזה מתמרץ כל מציע להציע בדיוק את המחיר שבו הוא מעריך את הזכייה עבורו, וכך פוחת החשש מפני כך שהזכייה במכרז תגיע לידי מי שלא העריך את הזכייה במידה הגבוהה ביותר. כמו כן, אין למציעים אינטרס ממשי בריגול תעשייתי עבור מכרז שכזה, שכן התמריצים של כל מציע אינם תלויים בגובה הצעותיהם של יתר המשתתפים, ועל כן, אין גם צורך בהתמגנות מפני ריגול שכזה. עם זאת, גם מכרז מחיר שני אינו חף מפגמים (ראו למשל: דקל – המכרז האופטימלי, בעמודים 668-673).

51. הארכת מעט בתיאור התמריצים השונים הרלוונטיים למשתתפים במכרז מחיר ראשון ובמכרז מחיר שני, כדי להראות כיצד, ברמה העקרונית, יכולה לצמוח תועלת למפרסם המכרז מכך שמציעים יוכלו להגיש מספר הצעות ולתמרן ביניהם. כך, במכרז מחיר ראשון, כאשר כל מציע יכול להציע רק הצעה אחת, קיים לו תמריץ ברור שלא להציע את מלוא הערכתו הריאלית ביחס לשווי הזכייה עבורו במכרז. לעומת זאת, אם יותר למציע לתמרן בין הצעותיו השונות, כל עוד הן מעל הצעתו של המציע השני בגובהו – הרי שישתלם לו להציע את המחיר הריאלי שבו הוא מעריך את הזכייה (בדומה למכרז מחיר שני), ביודעו כי בשלב מאוחר יותר הוא יוכל לסגת בו מהצעה זו ככל שיתברר כי הוא הציע הצעה גבוהה מידי, ולעמוד מאחורי הצעתו הנמוכה יותר. אם גם שאר המציעים חושבים בצורה דומה, גם הם יציעו מספר הצעות, אך לפחות אחת מהצעותיהם תשקף את מלוא הערך שבו הם מעריכים את הזכייה במכרז. במקרה כזה, אמנם מפרסם המכרז לא יקבל בהכרח את ההצעה הגבוהה ביותר (שכן המציע של הסכום הגבוה יוכל לתמרן בין הצעותיו, במידה שיש לו הצעה נוספת שגבוהה יותר מהצעתו של המציע השני), אך הוא יקבל בהכרח תמורה שעולה על הערך הריאלי של הזכייה עבור המציע השני. מפרסם מכרז המעוניין ליהנות מהיתרונות שתוארו לעיל מבלי לקבל אינסוף הצעות מכל מציע, יכול לקבוע מראש כי כל הצעה צריכה להיות מלווה בערבות בנקאית נפרדת. ובדוגמה מספרית: אם הערבות הבנקאית היא בגובה 500,000 ש"ח, אזי הפערים שבין ההצעות של כל מציע, יעלו בהכרח על סכום זה (שכן לא ישתלם למציע לוותר על הצעתו הגבוהה כדי להרוויח 400,000 ש"ח כאשר הערבות הבנקאית שתחולט בגין הוויתור על הצעתו הראשונה תהיה גבוהה יותר). באופן זה, לא זו בלבד שעורך המכרז יקבל הצעה שבהכרח תהיה גבוהה מהערכתו הריאלית של הזוכה השני, כמפורט לעיל, אלא שעורך המכרז גם

יוכל, במקביל, לחלט את הערבות הבנקאית של ההצעה 'הגבוהה מידי' שממנה נסוג המציע בעל ההצעה הגבוהה ביותר.

52. לצד זאת, כפי שפורט בספרות, מתן אפשרות למציע לחזור בו מהצעתו במכרז לאחר פתיחת המעטפות, יוצר סיכון משמעותי לקרטל בין המציעים השונים (להרחבה, ראו: דקל – [מכרזים](#), בעמודים 515-517); דבר שאינו רצוי כלל ועיקר (להמחשת הסיכון מפני קרטלים שעלולים להיווצר במצב כזה, ראו למשל: [עת"מ \(ב"ש\) 226/02](#) מתווה הגדסת בנין בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל מחוז הדרום [נבו] (13.10.2002)). ואולם, ככל שבמכרז נכללת הוראה שלפיה מציע יוכל לתמרן בין הצעותיו רק כאשר מדובר בהצעות שכולן גבוהות מהצעתו הגבוהה ביותר של המציע השני במכרז, החשש מהיווצרות קרטל בין המציעים לאחר פתיחת המעטפות אינו רלוונטי עוד. גם אין חשש שמציע יציע הצעת סרק שהוא לא מתכוון לעמוד מאחוריה, שכן המציע יודע כי הוא לא יוכל לסגת מהצעתו אלא במידה שגם הצעתו השנייה גבוהה יותר מזו של כל המציעים האחרים (וגם אז, הערבות הבנקאית של הצעתו הגבוהה מידי – תחולט).

53. ודוק. הדיון בדבר אפשרות זו, אינו מתעורר בענייננו. זאת, לא מכיוון שמדובר באיסור הטמון, מניה וביה, בדיני המכרזים, כעולה מחוות דעתה של חברתי; אלא מכיוון שמסמכי המכרז שעליהם חתמה המערערת אוסרים בפירוש על פרקטיקה מעין זו. שכן, במסמך ההצעה נכתב באופן שאינו משתמע לשני פנים כי מציע שהצעתו תתקבל מתחייב לעשות כל שנדרש כדי להשלים את חתימת חוזה המכר בהתאם להצעתו (כמצוטט בפסקה 3 לעיל); ומכאן שמציע אינו רשאי לזנוח את הצעתו שזכתה, ללא קשר לתועלת שתצמח לו מכך. כמו כן, כפי שצינתי לעיל, אינני סבור כי הוכח בענייננו שהמערערים פעלו מלכתחילה בחוסר תום לב במשא ומתן. למעשה, עיון בכתב התביעה שהוגש לבית משפט קמא מלמד כי אף המשיבה סברה כי סוגיית תום הלב אינה העיקר. סוגיה זו באה לידי ביטוי בשולי כתב התביעה, בטיעון שהוגדר על-ידי המשיבה כ"לחלופי חלופין" (פסקאות 27-28). לגיטימי, מוקד העניין הוא בהפרת התחייבותה החוזית של המערערת במסגרת מסמך ההצעה; ובכך דנתי בחוות דעתי.

54. והערה אחרונה לפני סיום: כפי שמצוין אצל דקל – המכרז האופטימלי, ניתוח אופטימלי של סוג המכרז הרצוי והתניות הכלולות בו, יכול לתרום רבות ליעילותו של המכרז. בכך קיים אינטרס ציבורי מהמעלה הראשונה, לצורך כך, ראוי לשקול התייעצות עם מומחים כלכליים, ובפרט מומחים בעלי הבנה בתורת המשחקים, וזאת על מנת לגבש את המכרז האופטימלי שימקסם את האינטרס הציבורי. במובן זה, הדברים שאמרתי לעיל, בדבר האפשרות להתיר למציעים לתמרן בין כמה הצעות, נועדו בעיקר לאתגר את המחשבה; לא לקבוע מסמרות לכאן או לכאן.

סוף דבר

55. לו תישמע דעתי, הערעור יתקבל, פסק דינו של בית המשפט המחוזי יבוטל, והמשיבה תחויב בהוצאות המערערים בשתי הערכאות בסך של 50,000 ש"ח.

חאלד כבוב
שופט

השופטת י' וילנר:

אני מסכימה לתוצאה שאליה הגיע חברי, השופט ח' כבוב .

ענייננו מעלה מספר סוגיות כבדות משקל אשר ההכרעה בהן אינה נדרשת לשם הגעה לתוצאה אליה הגיע חברי; ובכלל זה, השאלה בנוגע לאפשרות להתיר למציע במכרז לתמרון בין מספר הצעות שהגיש על-מנת למקסם את רווחיו (מעין "הפרה יעילה"), וכן השאלה בדבר זכאות עורך מכרז לקבל פיצויי קיום ממציע שחזר בו מהצעתו (אף במקרה בו עורך המכרז לא חילט את הערבות שנדרשה במסגרת המכרז). שאלות אלה מורכבות הן, ואבקש להותירן בצריך עיון.

יעל וילנר
שופטת

הוחלט ברוב דעות (השופטים י' וילנר וח' כבוב, כנגד דעתה החולקת של השופטת ר' רונן), לקבל את הערעור כאמור בפסקה 40 לפסק-דינו של השופט ח' כבוב .

ניתן היום, י"ט באלול התשפ"ד (22.9.2024).

רות רונן
שופטת

חאלד כבוב
שופט

יעל וילנר
שופטת

יעל וילנר 54678313-4832/23
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

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