

## פיצויים מינהליים ומכרזים ציבוריים

### דפנה ברק-ארז\*

א. בעיית המעשה העשוי. ב. הצורך בפיצויים והחסר בפיצויים מינהליים. ג. דיני המכרזים הציבוריים כמקרה פרטי. ד. הלכת הפיצויים בבג"צ בראשיתה. ה. הלכת הפיצויים בבג"צ בהתפתחותה. ו. סמכות השיפוט בענייני מכרזים. ז. פיצויים בדיני מכרזים בבתי-המשפט האזרחיים. ח. פיצויים במשפט המינהלי ופיצויים בבג"צ. ט. התפתחות המשפט האנגלי. י. סיכום.

### א. בעיית המעשה העשוי

המשפט המינהלי מגן על זכויותיו של היחיד מפני הרשות. הגנה זו באה לידי ביטוי, קודם כולל, בצווים הפררוגטיביים הניתנים על-ידי בג"צ. במלים אחרות, הזכויות מתחום המשפט המינהלי מוגנות באמצעות הסעד האפקטיבי והחוק שהמשפט מכיר בו – הציווי. אולם, לסעד הציווי יש גם נקודת תורפה, ההופכת את ההגנה על הזכויות לחסרה. ההגנה על זכויותיו של הפרט מפני הרשית היא הגנה מלאה רק מלכתחילה. אורח, היוזע סבעור מועד כי זכויותיו עתידות להיפגע, יכול לעתור לבג"צ ולבקש צו שימנע את הפגיעה. כך למשל, אם המשטרה מסרבת לתת רשיון הפגנה משיקולים זרים, ובהתנהגותה זו פוגעת בזכותו של הפרט לחופש ביטוי ולחופש הפגנה, ניתן לעתור לבג"צ נגד החלטת הסירוב ולקבל ממנו סעד. וזה דבר המתרחש מדי יום ביומו.

אורח שנשלל ממנו זיכיון, מבלי שניתנה לו זכות טיעון נגד ההחלטה, יכול אף הוא לעתור לבג"צ ולקבל סעד. סעד זה יהיה אפקטיבי כל עוד לא ניתן הזיכיון לאתר. גם בכך אין רבותא. קיימות דוגמות רבות לעתירות, המוגשות נגד החלטות פגומות, והמביאות לשינויין. שונים הם פני הדברים במצבים שבהם אפילו צו של בג"צ אינו יכול להשיב את הנעשה, כמו למשל, כאשר הזיכיון כבר ניתן לאחר. בעיה זו של "המעשה העשוי" אינה משנית, והיא מותירה מגזר שלם של מקרים חסר הגנה משפטית. התוצאה המעשית היא,

\* מרצה בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.

שהוכיחה מתחום המשפט המינהלי הן בעלות תוקף מוגבל, הנדחה מפני כוחם של חיי המעשה.<sup>1</sup> בעיה זו ופתרונותיה ייבחנו במאמר זה הן מן ההיבט של המקרה הפרטי – מכרזים ציבוריים, והן מן ההיבט הכללי.

## ב. הצורך בפיצויים והחסר בפיצויים מינהליים

בנסיבות שבהן קיים מעשה עשוי, הסעד המתאים הוא פיצויים. את הגעשה כבר אין להשיב, אך ניתן לפצות בגין הנזק שנגרם. דיני הנוזקין המסורתיים, השבת המצב לקדמותו בדרך של פסיקת פיצויים היא עניין שבשגרה – הפיצויים הם הסעד העיקרי בדיני הנוזקין.<sup>2</sup> סביר היה להניח, שאלה יהיו פני הדברים גם כאשר הזכות המופרת היא בתחום המשפט המינהלי. אולם מן הכתובים עולה מצב שונה.

המשפט המינהלי המסורתי לא הביר בסעד כספי. לעתים היתה הפעולה המינהלית הפגומה בסיס לתביעת פיצויים, אך זאת רק כאשר התקיימו יסודותיה של אחת העולות מתחום דיני הנוזקין. משום כך ניתן הסעד הכספי רק בחלק קטן מאוד של פעולות מינהליות פגומות. דיני הנוזקין הכלליים נותנים ביטוי לזכות להגנה על שלמות הגוף (בעולת התקיפה), לחירות התנועה (בעולת של כליאת שווא), לזכות לקניין (העולות בפרק 1 לפקודת הנוזקין), וכן לזכות לפרטיות (המוגנת כיום בחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981).<sup>3</sup> בשנים האחרונות ניתן להוסיף על כך שימוש מורחב יותר בעולות המסגרת – רשלנות והפרת חובה חקוקה. אולם בכך עדיין לא ניתן מענה שלם לצורך בפיצויים בתחום המינהלי.<sup>4</sup>

החסר בפיצויים בגין פעולות מינהליות פגומות הוא פרי מורשתו של המשפט המינהלי האנגלי. ניתן לו ביטוי בפסק-דינו הידוע של Lord Wilberforce בעניין Hoffman-La Roche & Co. A.G. v. Secretary of State for Trade and Industry.<sup>5</sup> לדבריו:

In truth when the court says that an act of administration is voidable or void but not ab initio this is simply a reflection of a conclusion, already reached on unexpressed grounds, that

1. לכעית המעשה העשוי בפסיקת בג"צ ראו, למשל, בג"צ 22/49 סבו נ' המרשל הצבאי, יפו, פ"ד ב 701 ובג"צ 47/49 מטוסיאן נ' הממונה על מחוז ירושלים ואח', פ"ד ד 199 (הנכסים כבר נמסרו לצד שלישי); בג"צ 217/51 דנקנר נ' עיריית פתח-תקנה, פ"ד ו 45 (הנכס כבר נהרס).
2. סעיף 74 לפקודת הנוזקין [נוסח חדש], נ"ח 266 (להלן, פקודת הנוזקין).
3. ס"ח 128.
4. ראו ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט (1) 113.
5. (1975) A.C. 295.

the court is not willing in casu to give compensation or other redress to the person who establishes the nullity. Underlying the use of the phrase in the present case, and I suspect underlying most of the reasoning in the Court of Appeal, is an unwillingness to accept that a subject should be indemnified for loss sustained by invalid administrative action. It is this which requires examination rather than some supposed visible quality of the order itself. In more developed legal systems this particular difficulty does not arise. Such systems give indemnity to persons injured by illegal acts of the administration... There is clearly an important principle here which has not been elucidated by English law, or even brought into the open.<sup>6</sup>

### ג. דיני המכרזים הציבוריים כמקרה פרטי

הצורך בסעד הפיצויים והחסר בו בתחום המשפט המינהלי באו לידי ביטוי בפסיקה הענפה בתחום המכרזים הציבוריים.<sup>7</sup> עתירות שנסבבו על נושא המכרזים זימנו מקרים רבים שבהם התברר כי הזכייה במכרז נשללה מן העותר שלא כדין. במקרים אלה הסעד הראשון הוא הציווי – צו לביטול החלטתה של ועדת המכרזים (להעביר את הזכייה לעותר או לבטל את המכרז כולו, על-פי העניין).<sup>8</sup> אולם, לעתים, הציווי אינו אפשרי, מאחר שנוצר מצב של מעשה עשוי. כאלה היו העובדות ביסוד פסק-הדין המפורסם בבג"צ 292/61 מת אריזה רחובות בע"מ ואח' נ' שר החקלאות ואח'.<sup>9</sup> העתירה במקרה זה כוונה נגד אי זכייתה של ההצעה הזולה ביותר, שהוגשה במסגרת מכרז לביצוע עבודות קטיף. בג"צ הגיע לכלל מסקנה שהדין עם העותרת, וכי היתה ראויה לזכות במכרז. אולם בינתיים נתתם חוזה עם המתחרה, שוועדת המכרזים החליטה על זכייתה. זו עשתה את כל ההכנות הדרושות

<sup>6</sup> Ibid., at pp. 358-359.

ההחלטות להשלמתו של החסר הקיים בתחום הסעדים המינהליים הותמצה, לאתר שכתב המינוי של ה-Law Commission בנושא הסעדים במשפט המינהלי התייחס רק לסעדים המסורתיים בתחום הביקורת השיפוטית. ראו Report on Remedies in Administrative Law (1976) No. 73.

<sup>7</sup> לדיני המכרזים הציבוריים כאופן כללי, ראו י' זמיר "דיני מכרזים ציבוריים" הפרקליט כ (תשכ"ד) 226, 403; ש' הרציג דיני מכרזים (מהדורה שנייה, 1990).

<sup>8</sup> לתוצאות של פגמים במכרז, ראו בג"צ 504/82 כח (2000) אחזקות בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח', פ"ד לז (1) 651.

<sup>9</sup> פ"ד טו 20.

לביצוע העבודות, ואף החלה בהן. כמו כן, עונת הקטיף והשיווק של פרי החרר היתה כבר בעיצומה. בג"צ סבר כי בנסיבות שנוצרו, ובעיקר נוכח הפגיעה הצפויה לזוכה, אין הוא יכול לקבל את העתירה.

השופט ברנזון הסביר את דחיית העתירה: "לא גזק אם ניתן צו שיהיה בו משום עשיית עוולה לה. אין מתקנים עוול בעוול".<sup>10</sup> לפיכך, הסתפק בית-המשפט כמתן צו, שהכריז על בטלותה של ההחלטה שקיבלה ועדת המכרזים. תוצאה זו, כמוכן, אינה מניחה את הדעת. השופט ברנזון הביע את מורת רוחו ממנה, והוסיף: "בעבר הביע בית-משפט זה בכמה הזדמנויות את המשאלה למחוקק לשקול את תיקון החוק אשר יאפשר לו לתת תרופה שלמה במקרים שלאחר המעשה; אולי מותר לנו להשתמש בהזדמנות זו כדי לחזור על המשאלה הנ"ל".<sup>11</sup>

אכן, בחיי המעשה חזר ונחשף החסר בסעד המשלים – סעד הפיצויים – בתחום המכרזים הציבוריים, ונתגלה כחסר מטריד במשפט המינהלי. בנוסף לכך, התפתחויותיהם של דיני המכרזים הציבוריים ושל דיני הפיצויים היו שלובות זו בזו, כמעט ללא הפרד. מבחינות רבות היו דיני המכרזים הציבוריים ערש התפתחותם של הפיצויים המינהליים.

#### ד. הלכת הפיצויים כבג"צ בראשיתה

פסק-הדין המפורסם של השופט ברנזון בבג"צ 102,101/74 בינוי ופיתוח בנגב בע"מ נ' שר הביטחון ואח',<sup>12</sup> שהביר באפשרות שבג"צ יפסוק פיצויים, נועד להתמודד עם הבעיה של נזק שאיגו ניתן לתיקון. גם מקרה זה נסב על מכרז. העתירה הוגשה על-ידי חברות בנייה, שזכו במכרז לבצע עבודות סלילה. על אף זכייתן, הוחלט שלא להתקשר עמן בחוזה, לאחר שהתבררה האפשרות של ביצוע עצמי (באמצעות מע"צ). השופט ברנזון הכיר בצדקתה של ההחלטה המינהלית, שלא למסור את העבודה לעותרות בנסיבות החדשות שנוצרו. עם זאת, דעתו לא היתה נוחה מן הפגיעה בעותרות. הוא החליט להתעמת עם השאלה: האם בג"צ יכול לפסוק להן פיצויים?

השופט ברנזון ראה בשאלה זו בעיה של סמכות. לגבי דידו היתה השאלה: האם בג"צ מוסמך לפסוק פיצויים, בנוסף לסעדים האחרים שהוכרו בעבר כמצויים בתחום סמכותו? בהתאם לכך, בהן פסק-הדין את השאלה באספקלריה של סעיף החוק שבו מעוגנת סמכות השיפוט של בג"צ – סעיף 7 לחוק בתי-המשפט, תשי"ז-1957,<sup>13</sup> שהיה לסעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה.<sup>14</sup> דעתו של השופט ברנזון היתה, כי הסעיף מלמד ש"אין כל הגבלה על הסעדים שבית-משפט זה יכול להושיט לאזרח הנפגע על-ידי מעשה או מחדל של רשות

10. שם, 31.

11. שם, 32.

12. פ"ד כח (2) 449 (להלן, בינוי ופיתוח).

13. ס"ח 148.

14. ס"ח תשמ"ד 78. ראו עניין בינוי ופיתוח (לעיל, הערה 12) 455.

ממלכתית או ציבורית. כל תרופה וכל סעד, שיישרו בעיני בית-משפט זה והנראים לו כדרושים לעשיית צדק, הם בהישג ידו.<sup>15</sup> בהמשך הדברים מוכתר, כי סמכותו הרחבה של בג"צ יכולה לשמש בסיס גם לפסיקת פיצויים מתוך למסגרות המשפטיות המוכרות:

ברוב המקרים של המקרים המגיעים כדין לבית-משפט זה, לא מתעוררת כלל שאלה של אחריות לפי דיני החוזים או לפי דיני הנזיקין. אף-על-פי-כן עשוי האזרח להיפגע ולסבול נזק כתוצאה מפעולה בלתי-כשרה או בלתי-באותה או מהימנעות מפעולה שלא כדין או מאיחור בלתי-סביר ובלתי-מוצדק בעשיית הפעולה, ומן הצדק שגם במקרים אלה תישא הרשות באחריות כדי לפצות על הפגיעה או הגזק שנגרם. בכך נתקרב לאחריות מינהלית כללית של הממשל, ובמקרה של נזק הנגרם עקב התנהגות שלא כשורה, לא הפרט הנזוק יישא בו, כי אם הגוף אשר בשמו, למענו או מטעמו הוא נגרם.<sup>16</sup>

פסק-הדין, שהיו שותפים לו גם השופט זוסמן ממלא-מקום הנשיא (כתוארו אז) והשופט עציוני, יצא מיסוד הסמכות ויצר בסיס אחריות חדש. הוא מצדד בפסיקת פיצויים גם מעבר למגבלותיהם של דיני הנזיקין והחוזים, ובכך מכיר, למעשה, בעילה חדשה. כמקור השראה להליכה בדרך זו שימש המשפט המינהלי הצרפתי, שאחד מיסודותיו הוא הכרה באחריות מיוחדת ללא אשם המינהל. עם זאת, תחומיה המדויקים של ההלכה המוצעת אינם ברורים.

השופט ברנזון עצמו כתב שאת פסיקת הפיצויים על-ידי בג"צ צריך יהיה לפתח "בהדרגה ובזהירות, נדבך אחרי נדבך".<sup>17</sup> כמו כן, הוא הכהיר שפיצויים אלה ייפסקו על-פי אמות-מידה שונות מאלה הנוהגות לגבי פיצויים בתחום המשפט הפרטי, המבוססים על הוכחת נזק. לדבריו, יהיו אלה פיצויים שייפסקו על-פי אומדן כללי, כמתחייב מהיותם סעד של צדק, שנפסק על-ידי בג"צ כספל לדיון בעתירה: "אם לתביעה רגילה של פיצויים על נזקן פני העותרות מועדות, כי אז לא בית-משפט זה הוא המקום המתאים לכך, הן לפי סדר הדין הנוהג בו והן לפי מהות הסעד שהוא מסוגל להושיט 'למען הצדק'. לכל היותר, נפסוק פיצוי על-פי אומדן כללי ביותר בלי לדקדק יתר-על-המידה בפרטים, וגם לא נשתמש בהכרח במאזני הצדק שלנו באבני הבוחן הרגילות להערכת הנזק".<sup>18</sup>

15. שם, 455-456.

16. שם, 456.

17. שם, 458.

18. שם, 459.

חשיבותו של פסק-הדין היתה בנכונות העקרונית לשבור את "מחסום הכסף" בהגנה על הזכויות המינהליות.<sup>19</sup> נכונות זו הביאה גם לראשיתה של הכרה בבסיס אחריות חדש, ולכן הוא מסמן צעידה בכיוון חשוב. עם זאת, ניתן להשיג על חלק לא מבוטל מיסודותיה של ההגמקה השיפוטית. באשר ליסוד התיאורטי, יש לומר, כי היה צריך להניח בבסיסו של הדיון בפיצויים המינהליים את שאלת ההכרה בעילה חדשה, ולא את סוגיית הסמכות. סמכות לפסוק פיצויים אינה מלמדת, כשלעצמה, על קיומה של אחריות מהיבט המשפט המהותי. בהתייחס לפרטיה של ההלכה, ניתן להוסיף ולתהות, האם פיצויים מכוחה של תורה כזו צריכים להיות פיצויים כלליים, שאינם משקפים את נזקו של הנפגע? אם לא יהיה בהם פיצוי אמיתי, כיצד יוכלו להגשים את התכלית שלשמה נוצרו – הגנה על הזכות המינהלית? כמו כן, ניתן להשיג על ייחודו של סעד הפיצויים המינהליים לבג"צ, כפי שעוד יתברר בהמשך לגבי התפתחויות פסיקתיות שהביאו לדיון בנושאים מינהליים גם בבתי-המשפט האזרחיים.<sup>20</sup>

מכל מקום, אל להם לפרטי הביקורת להסיח את הדעת מן העיקר: פריצת הדרך החשובה הביאה להכרה עקרונית בפיצוי תלופי, כאשר לא ניתן להוסיף לנפגע סעד באמצעות ציווי. האמור בעניין בינוי ופיתוח היה יכול לשמש יסוד מספיק לפיתוחה של תורת פיצויים מינהלית משלימה, אילו התגבשה בבית-המשפט העליון תמימות דעים בתושה בנושא. אולם ההתפתחות בכיוון זה לא היתה מובנת מאליה או מוסכמת על הכול.

#### ה. הלכת הפיצויים בבג"צ בהתפתחותה

להלכת בינוי ופיתוח לא היה המשך כשמעותי בפסקי-הדין הבאים, שדנו באפשרות של פסיקת פיצויים בבג"צ והיו, בדרך כלל, פסקי-דין בנושא מכרזים ציבוריים. אכן, ההלכה לא בוטלה, אולם ההבטחה שהיתה צפונה בה לא התממשה. מקצת השופטים התנגדו לפסיקת פיצויים על-ידי בג"צ, ואחרים רק הביעו ספקות לגביה. אלה כאלה ייחדו התייחסותם בעיקר להיבט הסמכות. במהלך השנים החלו הפיצויים שלא על-פי אומדן מרויך ללבוש צביון של פיצויים סמליים בלבד – פיצויים כמעט נומינליים. כמאמר מפרי עטו נודמן לשופט ברנזון עצמו להביע את אכזבתו מכך שלא נמצאו ממשיכים לשיטתו. לדבריו: "למרבה הצער, לא נתמלאה ציפייה זו מאז; במשפטים שנדונה בהם שאלת הפיצוי הכספי, לא זו בלבד שלא נעשה המאמץ הדרוש לבסס סעד זה כהלכתו, אלא שהוא בוובז במידה רבה, ונותר כמעט ערטילאי וחסר משמעות מעשית".<sup>21</sup>

19. זה הביטוי שטבע פרופ' זמיר בהקשר להלכת בינוי ופיתוח. ראו י' זמיר השפיטה בעניינים מינהליים (1982) 194. עם זאת, פרופ' י' זמיר כיוון דבריו לשבירת "מחסום הכסף" מהיבט סמכותו של בג"צ, ואילו כאן מודגש התידוש העקרוני של שבירת "מחסום הכסף" מבחינת המשפט המינהלי המהותי.

20. ראו להלן, סעיף 1.

21. צ' ברנזון, "בג"ץ כפוסק פיצויי נזקים", ספר יצחק כהן (1989) 280, 281.

שאלת הפיצויים עלתה בבג"צ 358/77 דרון נ' עיריית ירושלים ואח' 22 במקרה זה, החליטה ועדת המכרזים שלא למסור את העבודה לעותר, למרות שהיה בעל ההצעה הזולה ביותר. העותר ביקש לבטל את החלטת הוועדה ולקבוע שהוא הזוכה, או לחלופין – לחייב את העירייה בפיצוי. השופט אשר, שלפסק-דינו הצטרפו השופטים בן פורת ואלון (כתוארם אז), הוצרך להתמודד עם הלכת בינו ומיתוח. גישתו היתה, שסעד הפיצויים בבג"צ אמנם קיים, אך הוא סעד מצומצם בהיקפו, שצריך להיות "בבחינת סעד יוצא-דופן בבית-משפט זה" 23. הוא הסביר כי:

זוהי מעין תורת "פיצויים כלליים", שאינה מבוססת על בסיס אחר  
זולת הרגשת הצדק שבלב השופט וטבעה זה של התורה החדשה  
מחייב זהירות והתאפקות רבתי מצדו של בית-המשפט העושה  
שימוש בה. 24

בסיכומו של דבר, הוחלט "להסתפק בקביעת פיצוי צנוע ההולם את נסיבותיו המיוחדות של המקרה דנן. מצאנו במעשה ועדת המכרזים שיקול בלתי-נכון אך לא הוכח העדר תום-לב מצדה, והפיצוי ההולם את התנהגותה חייב להיות בסכום סמלי" 25. נקל לראות, כי אף שפסק-הדין מבוסס על הלכתו של השופט ברנזון, הוא מצמצם את היקפה ואת משמעותה. יסוד החסד שבהלכה מודגש יותר מיסוד הזכות, והפיצוי הכללי הפך לפיצוי סמלי מובהק.

גם במתכונת צנועה זו היו שהתנגדו לפיצוי מכותו של בסיס אחריות חדש. כאמור, ההתנגדות באה לידי ביטוי ברור בפסק-דינו של השופט ויתקון בבג"צ 35/78 י.שג. פ.א.ב. חברה קבלנית לעבודות בניין בע"מ נ' עיריית ירושלים ואח' 26 במקרה זה, בית-המשפט היה יכול להימנע מהתייחסות לשאלת הפיצוי, מאחר שלגופו של עניין לא נמצא פסול בהתנהגותם של המשיבים: העותרת נעדרה את הכושר המקצועי הנדרש. עם זאת, השופט ויתקון ראה לגבון לתת ביסוי להתנגדותו העקרונית לפיצויים במתכונת של הלכת בינו ומיתוח, ושמר את עיקר חיצו ביקורתו לבעייתיות שביצירת עילה חדשה, ולא לשאלת הסמכות. ואמנם, מבחינת הניתוח המשפטי, צדק השופט ויתקון בהגדרת מהותו של הדיון. וכך הסביר:

נפתרה אמנם שאלת סמכותו של בית-משפט זה, אך טרם נפתרה  
השאלה, מה היא בעצם עילת התביעה לפיצויים... אף מי שאינו  
מתקומם, עקרונית, נגד יצירת דין חדש בדרך של "חקיקה

22. פ"ד לב (1) 729 (להלן, דרון).

23. שם, 732.

24. שם, שם.

25. שם, 736.

26. פ"ד לב (2) 581 (להלן, ישי פאב).

שיפוטית" מוכרח לשאול את עצמו מנין לנו הכסיס לחיוב הרשויות  
הציבוריות למיניהן לפצות את האזרח על כל מעשה או מחדל  
שלטוני בלתי-תקין.<sup>27</sup>

על הסתייגות בסיסית זו הוסיף השופט ויתקון ביקורת שהתייחסה גם להיבטים  
המעשיים של ההלכה. לדבריו, ואף בכך צדק במידה רבה, "בלתי דרישה וחקירה זו כל  
הערכת הנזק לא תהיה אלא השערה בעלמא".<sup>28</sup>

השופט ויתקון השכיל למקד את פסק-דינו בלב העניין. ובכל זאת, המסקנות שהגיע  
אליהן על יסוד הניתוח המשפטי הנכון, אינן הכרחיות. אכן, ההכרח בעילה חדשה אינה  
פשוטה, ואינה יכולה לנבוע מאליה מעובדת קיומה של סמכות שיפוט. אולם אין היא  
בהכרח לא אפשרית, ואין לדחותה על הסף. פסיקת פיצויים על דרך של השערה והערכה  
היא בעייתית, אך החלופה לה אינה צריכה להיות שלילה גורפת של דרך הפיצוי.

מכל מקום, עמדתו השוללת של השופט ויתקון לא היתה להלכה. שני השופטים  
האחרים לא הצטרפו לחלק זה של פסק-דינו, שבאופן רשמי נכתב אגב אורחא בלבד.  
הנשיא ווסמן כתב בקיצור מיוחד: "אין אני רואה חובה לעצמי להעלות על כתב, בהערת  
אגב נוספת, את דעתי בסוגיה זו גופה; המעוניין בכך יוכל לנחש ולא יסעה".<sup>29</sup> דבריו אלה  
כוונו, כמובן, להשתתפותו בהרכב השופטים שקבע את הלכת בינוי ופיתוח. השופט לוין  
נמנע מנקיטת עמדה כלפי ההלכה, משום שהדברים לא היו צריכים לדיון, ורק ציין כי "לא  
מן הנמנע הוא שהיא טענה בדיקה נוספת".<sup>30</sup>

השגות לגבי ההלכה, ולחלופין – חתירה לצמצום היקפה, באו לידי ביטוי גם בפסק-  
דינו של ממלא מקום הנשיא (כתוארו אז) השופט י" כהן בבג"צ 346/81 ס.ע. רינגל בע"מ  
נ' מעוצה מקומית כרמיאל ואח'.<sup>31</sup> השופט כהן תיאר את הלכת בינוי ופיתוח כזו שהדעות  
חלוקות לגביה, והוסיף שדעתו שלו כדעת השופט ויתקון בעניין ישי פאב.<sup>32</sup> הוא גרס, כי  
"יש להשתמש בסמכות זו במקרים מיוחדים בלבד, כאשר ביכולתו של בית-המשפט לקבוע  
את כל העובדות הנחוצות לשם פסיקת פיצויים".<sup>33</sup> וכי מטעם זה, ממילא אין לפסוק  
פיצויים לעותר. השופטת בן פורת (כתוארה אז) והשופט בייסקי הסכימו עם פסק-דינו של  
השופט כהן, מבלי להבהיר אם הסכמתם מתייחסת רק לנסיבות המקרה או גם להסתייגות  
הכללית מן ההלכה. אולם השופטת בן פורת היתה שותפה גם לפסק-דינו של השופט אשר  
בעניין רדן, שבו ההלכה לא נשללה, אלא הוגדרה באופן מצמצם בלבד.

27. שם, 585-586.

28. שם, 586.

29. שם, 588.

30. שם, שם.

31. פ"ד לה (4) 825 (להלן, רינגל).

32. שם, 831.

33. שם, שם.

לצד ההתנגדות התקיפה ניתן להצביע על פסקי-דין נוספים, המתייחסים לפסיקת הפיצויים בבג"צ כאל חלק מן המשפט הנוהג, מבלי לברר את יסודותיה התיאורטיים.<sup>34</sup> פסק-דין חשוב, שחזר ואישר את ההלכה, ניתן על-ידי השופט ברק בבג"צ 686/81 מיגדה בע"מ נ' שר הבריאות ואח'.<sup>35</sup> דא עקא, גם הוא לא שפך אור על השאלה שבלב העניין – שאלת העילה, ובמידת מה הוא אף שטש אותה. בבואו לבחון את סוגיית הפיצוי הסביר השופט ברק, בצדק רב, כי:

יש להבחין בעניין זה בין שלוש שאלות נפרדות, אשר לא פעם מתערבבות זו בזו: האחת היא שאלה של סמכות, דהיינו – אם מוסמך בית-המשפט הגבוה לצדק ליתן טעד של פיצויים; השנייה היא שאלה של עילה, דהיינו – מהו הדין הטובסטנטיבי, המצמיח זכות לפיצויים; השלישית היא שאלה של שיקול דעת, היינו – אם ראוי לו לבית-המשפט להפעיל את סמכותו במקום שקיימת עילה.<sup>36</sup>

את שאלת הסמכות פטר השופט ברק כנקייה מספקות.<sup>37</sup> בהתייחס למישור שיקול הדעת, הוסיף השופט ברק והסביר, כי טעד הפיצויים נתון באופן מובהק לשיקול דעתו של בג"צ, בהתאם לנסיבות של כל מקרה ומקרה. בעניין זה מקובלת עליו הגישה, הגורסת מתן טעד כספי על-ידי בג"צ רק "במקרים יוצאי דופן".<sup>38</sup> לעומת זאת, אין בפסק-הדין תשובה לבעיית העילה, והוא גם אינו מציע כל הנחייה בהקשר זה. במלים אחרות, השופט ברק הציג את השאלות הנכונות, אך נמנע מלהשיב עליהן.<sup>39</sup>

34. ראו בג"צ 89/80 אוהיון נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד לד (2) 530:

בג"צ 654/81 אלקרט נ' שר הפנים והמשטרה ואח', פ"ד לו (2) 611.

35. פ"ד לו (4) 85 (להלן, מיגדה).

36. שם, 96.

37. שם, 97-99.

38. שם, 100.

39. השופט ברק הוסיף ושאל כך:

"חידושו של השופט ברנזון בעניין יצירתה של עילה חדשה אכן מעורר שאלות יסוד באשר להיקף האחריות המינהלית מחר גיטא ולכות התקיקה של בית-המשפט מאידך גיטא. היכול בית-המשפט הגבוה לצדק ליצור הלכות שיפוטיות, המטילות אחריות לתשלום פיצויים מתוך לנורמות, המקובלות בדין הפרטי, ומעבר להן? האם יצירתה של אחריות זו רצויה היא? מה גבולותיה של האחריות? האם היא מוטלת רק על המדינה או גם על עובד הציבור שפעל בשמה? שאלות אלה ואחרות דורשות פתרון, כסרם ניתן יהיה ליחן תשובה כוללת לשאלת העילה. כשם שרחוק אני מלזמר כי טעה השופט ברנזון בבג"צ 102,101/74, כן

ההימנעות המוחלטת של השופט ברק מנקיטת עמדה ביחס לשאלה המרכזית היתה מאכזבת. אמנם, הימנעות מהבעת דעה בסוגיות מהותיות – שאינן צריכות לדיון – רצויה בדרך-כלל; אולם קיים ספק רב אם התייחסות לשאלת העילה היתה מיותרת בעניין מיגדה. השופט ברק סבר כך, משום שהעותרת ביקשה פיצוי לפי עילה מוכרת מתחום המשפט הפרטי.<sup>40</sup> אולם עיון נוסף בדברים מראה, ששיקול זה אינו מתיישב עם הלכתו של השופט ברנזון בעניין ביגוד ופיתוח.

הלכה זו נועדה, מעצם הגדרתה, לחול בנסיבות שבהן לא עומדת לעותר עילה מתחום המשפט הפרטי. השופט ברנזון כיוון אותה למקרים, שבהם ללא פסיקת פיצויים על-ידי בג"צ ישאר העותר נטול סעדים. הוא לא התכוון לאפשר פסיקת פיצויים, כמתבקש בנסיבות שבהן קיים חוק סעד. לעומת זאת, האישור שניתן להלכת ביגוד ופיתוח בעניין מיגדה הכיר במשתמע באפשרות של פסיקת פיצויים בבג"צ בנסיבות שבהן ניתן לתבוע אותם בבית-משפט אורחי.

גישה זו סותרת, במידת מה, את האמור בהלכה המקורית. היא מסיטה את מרכז הכובד של ההלכה מן המהות לסמכות, בעוד שמלכתחילה היה הדיון בסמכות רק אילן שהשופט ברנזון נתלה בו. מבחינה זו, פסק-דינו של השופט ויתקון בעניין ישי סאב מדויק יותר מפסק-דינו של השופט ברק בעניין מיגדה, גם אם מסקנותיו אינן מקובלות לגופם של דברים.

ללא הכרעה בשאלה העקרונית – שאלת העילה – הפכה הלכת הפיצויים בבג"צ להלכה בעלת משמעויות מעשיות מוגבלות, שלא לומר שוליות. לאחרונה חזרה ונרונה ההלכה בעתירה נוספת בענייני מכרזים בבג"צ 2167/90 מיקרונט בע"מ נ' משרד החינוך והתרבות.<sup>41</sup> ההצעה שהגישה העותרת במסגרת המכרז נדחתה שלא כדין, בעוד שלמעשה היתה צריכה לזכות. העתירה לביטולה של ההחלטה התקבלה, אך צומצמה כך שתחול רק על הסחורה שעדיין לא סופקה על-ידי החברות, שזכו במכרז שלא כדין ופעלו על סמך זכותן. בקשת הפיצויים התייחסה לרכישה שהיתה כבר בגדר מעשה עשוי. אף-על-פי-כן נדחתה הבקשה. השופט אור, שכתב את פסק-הדין, חזר והכיר בסמכותו של בג"צ לפסוק פיצויים.<sup>42</sup> אולם הוא הוסיף והסביר כי: "בכל מקרה תתעורר השאלה, אם העילה לפסוק פיצויים ושיעורם של הפיצויים הראויים נתלבנו די הצורך".<sup>43</sup> כמו כן, בעקבות הלכת מיגדה, הוא קבע ש"רק במקרים חריגים ייטה בית-המשפט הגבוה לצדק לפסוק פיצויים

רחוק אני מלומר, כי הדין עמו. השאלה היא סבוכה, ואין זה רצוי כלל ועיקר לבחון אותה, בלא שהכרעה בה דרושה לצורך העניין.

שם, 99.

40. שם, 99-101.

41. פ"ד מה (1) 45 (להלן, מיקרונט).

42. שם, 55.

43. שם, שם.

במקרה של הליכי מכרז פסולים.<sup>44</sup> בהלכה כזו אין, כמובן, פתרון לכעיה של פיצויים מינהליים – לא דיני מכרזים ולא בהקשרים מינהליים אחרים.<sup>45</sup>

### ו. סמכות השיפוט בענייני מכרזים

ההתפתחויות בתחום סמכות השיפוט מציבות סימני שאלה נוספים באשר למעמדה של הלכת הפיצויים בבג"צ. בשנים האחרונות גברה הנטייה השיפוטית להעביר עניינים מינהליים לשיפוט בבתי-משפט אורחיים, בעיקר כדי להקל את העומס המוטל על בית-המשפט העליון.<sup>46</sup> אחד הביטויים המרכזיים של מדיניות זו היה העברת הדיון בעניינים של מכרזים ציבוריים לבתי-המשפט האורחיים בבג"צ, כמו במקרה 991/91 פסטרנק בע"מ ואח' נ' שר הבינוי השיכון ואח'.<sup>47</sup> השופט ברק בחן את השיקולים התומכים בהשאת הדיון בענייני מכרזים בידי בג"צ ואת השיקולים התומכים בהעברת הדיון בהם לבתי-המשפט האורחיים. מחד גיסא, עמדו לזכות הדיון בבג"צ מהירות הדיון, הצווים הפרורוגטיביים האפקטיביים, וכוחו לקבוע תקדימים מחייבים, שיש בהם כדי לקדם את דיני המכרזים. מאידך גיסא, הוצגו שיקולים כבדי משקל התומכים בהעברת הדיון לבתי-המשפט האורחיים: תהליך מתאים לבידורן של שאלות עובדתיות, קיום מערכת סדרים מספקת – סדרים כספיים וסדרים הצהרתיים, וכן ניסיון מספק גם בתחום פיתוח המשפט (בכפוף לביקורת השיפוטית של בית-המשפט העליון).

בשנים האחרונות חל שינוי באיזון השיקולים האלה, עקב תמורות שחלו במערכת המשפטית בישראל: עומס העבודה המוטל על בג"צ, פיתוח הסער ההצהרתי בבתי-המשפט האורחיים כתחליף לצו עשה, והשלמת התפתחותם של דיני המכרזים עצמם. בנסיבות אלה בשלה העת למהלך של העברת הדיון בענייני המכרזים לבתי-המשפט האורחיים. הלכת פסטרנק צופנת בחובה בהמשך הדרך גם את הפוטנציאל של העברת עניינים מינהליים נוספים לבתי-המשפט האורחיים.<sup>48</sup>

העברת הדיון בענייני מכרזים לבתי-המשפט האורחיים מחייבת, בין השאר, דיון מחודש בהלכת הפיצויים בבג"צ. אמנם, פסק-הדין בעניין פסטרנק כלל אינו מתייחס לשאלת הפיצויים המינהליים, ואף אינו מתיימר לצמצם את היקף סמכותו של בג"צ. אולם, מן ההיבט המעשי, העתירות שבהן גדונה בעיקר הלכת הפיצויים בבג"צ – עתירות

44. שם, שם.

45. כן ראו בג"צ 513/88 קסקס ואח' נ' ראש עיריית לוד ואח', פ"ד מג (4) 455.

46. ראו, למשל, בב"צ 159/81 חברת מיור בע"מ ואח' נ' חברת נתיבי איילון בע"מ, פ"ד לה (3) 596; בג"צ 731/86, בשג"צ 91/87 מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד

כא (2) 449.

47. פ"ד סה (5) 50 (להלן, פסטרנק).

48. ראו, למשל, רע"א 1287/92 בוסקילה נ' צמח (טרם פורסם); ובאופן יותר כללי: י' זמיר "מכרזים ציבוריים בבית-משפט אורחיי", משפט וממשל א (תשנ"ב-תשנ"ג) 197.

המכרזים, שוב לא תידונה בבג"צ. מתעוררת איפוא שאלה כפולה: ראשית יש לשאול, מה תהיה המסגרת לפסיקת פיצויים בהליכים שייסובו על ענייני מכרזים בבתי-המשפט האזרחיים? בהמשך לכך מתעוררת השאלה הרחבה יותר, האם הלכת הפיצויים בבג"צ הפכה למיותרת?

### ז. פיצויים בדיני מכרזים בבתי-המשפט האזרחיים

העברת הדיון בענייני מכרזים לבתי-המשפט האזרחיים מעוררת את השאלה: האם בדין האזרחי יש בסיס לפסיקת פיצויים בדיני מכרזים?<sup>49</sup> התשובה לשאלה זו היא חיובית. מאז חקיקתו של חוק התוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973<sup>50</sup> ברור, כי השלב הטרם-חוזי אף הוא שלב משפטי, והפרת הנורמות המחייבות במסגרתו מהווה בסיס להסלתם של חיובים כספיים. השאלה ברבר פסיקת פיצויים בגין הפרה של תנאי המכרז נדונה בע"א 207/79 רביב משה ושות' בע"מ ואח' נ' בית יולס בע"מ ואח',<sup>51</sup> בהתייחס למכרז של חברה פרטית, המסיבה. המערערות, שהגישו הצעות במסגרת המכרז, תבעו פיצויים בגין העדפתה של מציעה אחרת, בניגוד לתנאי המכרז.<sup>52</sup> תביעתן התקבלה, אך בפסקו להן פיצויים שליליים בלבד (בשיעור ההוצאות שנגרמו להן).<sup>53</sup>

במכרז נכלל התנאי ש"אין הנהלת המוסד מתחייבת לקבל את ההצעה הזולה ביותר או כל הצעה שהיא".<sup>54</sup> על כן לא היה מקום לפסיקת פיצויים חיוביים, שיתנו ביטוי גם להיבט של מניעת רווח: "בהעדר קשר סיבתי בין ההפרה לבין אי-כריתת התווה, אין מקום לפיצויים בגין הנוק, הנובע מאי-כריתתו של התווה".<sup>55</sup> בנסיבות אלה ניתן היה להשאיר ב"צדיך עיון" את השאלה העקרונית של היקף הפיצויים.<sup>56</sup> המסגרת הנורמטיבית לפסיקתם של פיצויים אלה היתה של הדין האזרחי – סעיף 12 לחוק התוזים, שעניינו

49. במסגרת עקרון הדואליות הנורמטיבית. ראו, למשל, בג"צ 840/79, המ 830/79, 860 מרכז הקבלנים והבונים בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד לד (3) 729: ובאופן יותר כללי: ד' ברק-ארז "אתריות אזרחית של גופים ציבוריים: דואליות נורמטיבית" משפט וממשל א (תשנ"ב-תשנ"ג) 275.

50. ס"ח 118 (להלן, חוק התוזים).

51. פ"ד לו (1) 533 (להלן, ע"א בית יולס).

52. מציעה זו הוערפה, למרות שלא צירפה ערבות כנדרש, בעקבות משא ומתן שנוהל עמה בלבד.

53. בעניין זה נחלקו הדעות, אם הנוק כולל רק את עלותה של העדבות הבנקאית וכדעתו של השופט ש' לוין, בדעת מיעוט) או משתרע גם על שאר ההוצאות שהוצאו בקשר למשא ומתן (כדעתו של השופט ברק, בדעת הרוב).

54. ראו ע"א בית יולס (לעיל, הערה 51) 540.

55. שם, 553.

56. שם, 552-553.

חובת תום הלב או הדגם של חוזה נספח,<sup>57</sup> אמנם בפרשה זו קוים דיון נוסף, אך הוא לא נסב על שאלת הפיצויים, אלא על מעמדו של עקרון השוויון במכרז הפרטי.<sup>58</sup> מפסק-הדין בע"א בית יולס ניתן היה ללמוד, שעם העברת ענייני המכרזים הציבוריים לבתי-המשפט האזרחיים יחול שינוי משמעותי גם בסיב הפיצויים שיפסקו בעניינם: לא עוד פיצויים סמליים, אלא פיצויים המשקפים את נזקו האמיתי של התובע. השאלה המתעוררת בשלב זה היא: מהו נזקו האמיתי של התובע? האם אמנם נזק מסתכם רק בהוצאות שהוצאו לצורך ההשתתפות במכרז, או שמא יש מקום לפסיקת פיצויים חיוביים – פיצויי ציפייה (או קיום)? כדי לענות על כך יש לחזור ולעמוד על ההבדלים בין המכרז הפרטי למכרז הציבורי.

אחד מעקרונות היסוד של דיני המכרזים הציבוריים הוא, שדין ההצעה הוולה ביותר לזכות. כלומר, לבעל ההצעה הוולה ביותר יש זכות לזכות במכרז – זכות מתחום המשפט המינהלי (בכפוף לכמה חריגים).<sup>59</sup> זכות זו מיוחדת למכרז הציבורי, ונובעת ממעמדו המיוחד של עקרון השוויון בו. במכרז פרטי קיימת חובה לנהוג תום-לב במציעים, אך כפי שנקבע בד"ג בית יולס, תום-לב אין משמעותו בהכרח שוויון. עולה מכך, שבדרך כלל, זכייתו של בעל ההצעה הוולה ביותר במכרז ציבורי היא ודאית. כאשר הזכייה נשללת ממנו, נשללים ממנו גם רווחי הזכייה. משתמע מכך, שבאשר החלטה הפגומה של ועדת המכרזים שוב אינה ניתנת לשינוי, יש לפצות את המציע גם על שווייה של הזכייה שנשללה ממנו ולפסוק לו פיצויי ציפייה.

פסיקתם של פיצויי ציפייה למציע במכרז ציבורי, שזכייתו נשללה ממנו שלא כדין, הוכרה בע"א 700/89 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' מליבו ישראל בע"מ ואח'.<sup>60</sup> במקרה

57. שם, שם.

58. ראו די"ג 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ ואח', פ"ד מג (1) 441 (להלן, די"ג בית יולס).

השאלה שעלתה בדיון הנוסף היתה: האם גם במכרז פרטי חייב בעל המכרז לנהוג שוויון במציעים? בנסיבות העניין, השאלה היא: האם מותר היה לנהל משא ומתן רק עם אחת המציעות. ההלכה שנקבעה בפסק-דינם של שופטי הרוב היתה, שעיקרון השוויון אינו מחייב במכרזים פרטיים. ההלכה נקבעה כנגד דעת מיעוט עקרונית של הנשיא שמגר והשופט ברק. בכך זכתה לאישור בערעור האזרחי דווקא דעת המיעוט של השופט ש' לוי.

59. ראו בג"צ 148/64 קציף בע"מ נ' עיריית אילת ואח', פ"ד יח(3) 423. לדברי השופט זוסמן: "מטבע הדברים וכאי המציע הוול ביותר לצפות לכך, שבעל המכרז יקבל את הצעתו אפילו ההפרש בינו ובין מתחרהו אינו גדול אלא אם כן קיימת סיבה מוצדקת לבכר על פניו מציע אחר. בעל המכרז רשאי לדחות את ההצעה הוולה ביותר ולקבל הצעה גבוהה יותר, ובלבד שינתג כך מתוך נימוק השייך לענין. באין נימוק לכך פועל בעל המכרז בשדירות-לב, אם הוא מקבל את ההצעה היקרה, אף אם ההפרש בינה ובין ההצעה הוולה היה קטן."

שם, 425.

60. טרם פורסם (להלן, מליבו).

זה, חברת החשמל – המערערת – גמנעה מלהתקשר עם החברה המשיבה, שהצעתה היתה הזולה ביותר. בנסיבות המקרה לא התקיים אף אחד מן ההריגים, שבגינם היה ניתן להימנע מהתקשרות עם המציע הזול ביותר. בית-המשפט העליון דחה את כל הטענות שנועדו להצדיק את התנהגותה של חברת החשמל. בנסיבות אלה עלתה מחדש וכמלוא עוצמתה שאלת הפיצויים בעניין המכרז הציבורי.

בפסק-דין עקרוני הכיר השופט חשין בוכאות לפיצויים מלאים – פיצויי ציפייה, שייחגו ביטוי מלא גם לרווח שנמנע בשל אי הזכייה במכרז. פסק-הדין מבוסס על דיני המכרזים הציבוריים, ומשלים את הוצאתם מן הכוח אל הפועל. אם קיימת זכות לזכות במכרז, מן הדין לפצות על הפגיעה בה. זו התוצאה המתחייבת מכך: מניעת הזכייה מן המציע הזכאי לה מהווה הפרה של החוזה הנספח שבין בעל המכרז למציעים. כאשר המכרז הוא ציבורי, כולל החוזה הנספח, יש לכבד את ההתחייבות להתקשר עם המציע הזול ביותר.<sup>61</sup>

דרך אחרת להגיע לתוצאה דומה, והיא המעניינת יותר בהקשר הכללי של המשפט המינהלי, גורסת שהפרה של זכות צריכה לזכות בסעד מתאים – כך לגבי כל זכות, וכך גם לגבי זכות מתחום המשפט המינהלי. הסעד הולך אחר הזכות.

השופט חשין דחה את הגישה, שלפיה מעמדו של סעד הפיצויים בתחום המשפט המינהלי הוא נחות. לדבריו, "אין ולא כלום בסענת חברת החשמל, כי סעד הפיצויים במשפט המינהלי כרעיו רזות וחלשות". אמנם, בפסק-דינו של השופט ברק בעניין מיגדה הושארה שאלת העילה המינהלית ב"צריך עיון", אך כאשר תביעת הפיצויים נדונה בבית-המשפט האזרחי לא היה עוד מקום להיסוסים: "העילה המהותית קיימת – ב'בוא' מן המשפט המינהלי שפותח בבג"צ – ואילו את הסעד מספק בית-המשפט המוסמך: UBI IUS IBI REMEDIUM – הלך הסעד אחר הזכות".

#### ה. פיצויים במשפט המינהלי ופיצויים בבג"צ

פסק-הדין בעניין מליבו ממשיך בתגובה מחודשת את המהפכה בתחום הפיצויים המינהליים, שהחל בה השופט ברנזון בעניין בינוי ופיתוח. חשיבות פסק-הדין היא בשני משוורים: הפרטי והכללי. ראשית, הוא שב ומכניס שינוי חשוב בדיני המכרזים הציבוריים עצמם. שנית, וזה העיקר, הוא שב ומכניס את סעד הפיצויים אל זירתו של המשפט המינהלי, וללא תלות בסמכות השיפוט של בג"צ.

החידוש בתחום דיני המכרזים הציבוריים הוא, כי במקרים שבהם לא יהיה ניתן לחייב את הרשות להעניק את הזכייה במכרז לזכאי לה, יהיה ניתן לחייב אותה בתשלום פיצויים, שייחגו ביטוי מלא לקיומה של זכות בתחום המשפט המינהלי לזכות במכרז. במקרים אלה יתוקן במלואו נזקו של המציע, שזכותו נשללה ממנו. הוא לא יצטרך עוד להסתפק בפיצוי חלקי, כללי או סמלי.

61. השופט חשין מדגיש, כי: "במכרז הנשלט בידי המשפט הפרטי בלבד, עשוי תוכנו של החוזה הנספח להיות שונה".

הלכת בינוי ופיתוח חידשה בכך שזיכתה את הנפגע בפיצוי. הלכת מליבו משלימה וקובעת, שפיצוי זה יהיה פיצוי מלא ובזכות. מעתה אין סער הפיצויים תלוי עוד בסמכות החסד של בג"צ. אדרבה, פסיקת הפיצויים במתכונת החידשה והמלאה מתאפשרת דווקא הודות להעברת הדיון בעניינים מינהליים לבתי-המשפט האזרחיים, אשר הוסמכו לכך במפורש על-ידי המחוקק האמונים על פסיקת פיצויים.<sup>62</sup> במלים אחרות, הלכת הפיצויים בבג"צ, שנולדה מלכתחילה לצרכיו של המכרז הציבורי, תפסיק להיות בעלת משמעות מעשית בנושא מכרזים ציבוריים. הדרך המלך בעניין המכרזים הציבוריים תהיה תביעת פיצויים כחליף אזרחי, שיתקיים בפני בית-משפט אזרחי. מבחינה זו, פסק-הדין החדש יחסית בעניין מיקרונט, שבו נתבקש בג"צ לפסוק פיצויים בעניינו של מכרז, הוא שירת הברבור של יישום ההלכה בתחום המכרזים הציבוריים.

אולם חשיבותה של הלכת מליבו חורגת מן ההקשר המידי של ריני המכרזים הציבוריים. היא נותנת תוקף לרעיון כללי ורחב יותר: גם במשפט המינהלי קיים צורך בסעד של פיצויים במקרה של הפרת זכויות. החסר בסעד זה מורגש, ויש להשלימו. אמנם לצורך השלמת החסר ניתן להשתמש בכלים מתחום המשפט הפרטי (באופן ספציפי, נדרש השופט חשין לרעיון של חוזה נספח). אולם הרבר אינו הכרחי. ניתן גם ללכת בדרך ישירה יותר, ולהכיר בכך שהסעד הולך אחר הזכות, כפי שכבר נקבע בהקשר אחר, בע"א 140/53 ארמה חברה בינלאומית בישראל בע"מ נ' לוי.<sup>63</sup> אלה הם פני הדברים בתחום המשפט האזרחי, ואלה צריכים להיות פני הרברים גם בתחום המשפט המינהלי. הזכות מתחום המשפט המינהלי אינה זכות נזותה, ואף היא ראויה להגנה.

אם כן, מהו מעמדה הנוכחי של הלכת הפיצויים בבג"צ? האם משמעות הדברים היא, שאין בה עוד צורך? התשובה לשאלה זו היא מורכבת. בהקשר של מכרזים ציבוריים שוב אין להלכה חשיבות מעשית. מעבר לכך, גם בהקשרים אחרים של המשפט המינהלי יש לשאוף לכך, שהפיצוי על הנוק שנגרם (אם נגרם) על-ידי הרשות יהיה פיצוי מלא שייפסק בעניין של זכות בבתי-המשפט האזרחיים. עם זאת, סמכותו המיוחדת של בג"צ לפסוק פיצויים עודנה קיימת. היא נשארת על כנה, אך צריכה להיות מופעלת כסמכות מיוחדת-שיודית, שתמומש במקרים חריגים. הכוונה היא למקרים, שבהם נודעת חשיבות לפסיקת פיצויים כדי לספק את הצורך של הפרט בהכרה כי נגרם לו עוול. סמכות זו אינה יכולה להיות תחליף לפסיקת פיצויים מלאים, מכוח הדיון, במקרים שבהם הפרת הזכות גרמה לנוק ממש.

62. סעיף 73 לחוק בתי-המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984, ס"ח 198.

63. פ"ד ט 1666.

## ט. התפתחויות במשפט האנגלי

הצורך להגן על זכות בתחום המשפט המינהלי גם באמצעות סעד כספי הוכר אף בשיטות משפט אחרות. ניתן היה לחזור ולהזכיר כאן את דיני הנוזיקן המינהליים בצרפת.<sup>64</sup> אולם מעניין יותר להיווכח שמסקנה דומה מתגבשת במשפט האנגלי, שממנו שואבים הן המשפט המינהלי והן דיני הנוזיקן בישראל.

המשפט המינהלי המסודר באנגליה לא הכיר בסעד כספי. זכויות הפרט זכו להגנה כספית, במידת האפשר, רק על-ידי שימוש בעוולות הכלליות הרגילות מתחום דיני הנוזיקן.<sup>65</sup> אולם, במשך השנים, חזרה להתפתח בריני הנוזיקן באנגליה עוולה נוספת, שעניינה תביעה בגין פעולה שלטונית פסולה – היוק במילוי תפקיד ציבורי (misfeasance in public office). כפי שיתברר, ההכרה בעוולה זו התפתחה כהשלמה חיונית להגנה על הפרט מפני השלטון באמצעות הצווים הפרווגטיביים.

העוולה של misfeasance in public office מכירה בזכות התביעה נגד בעלי תפקידים מינהליים, שהשתמשו בסמכותם המינהלית בזרז (יסוד נפשי שמשמעותו תיבחן בהמשך). ראשית התפתחותה של עוולה זו מיוחסת לתקדים שנקבע בעניין *Ashby v. White*.<sup>66</sup> במקרה זה הוגשה התביעה לאתר שנמנע מן התובע להשתתף בבחירות, למרות שהיה זכאי לכך. כאשר גדוגה התביעה בפני ה-King's Bench, היא נדחתה, כנגד דעתו החולקת של השופט Holt. בבית הלורדים בהפכו היוצרות, והתקבלה דעת המיעוט. נקדת המוצא של פסק-הדין שפסק השופט Holt היתה, שהתביעה נסבה על הפרתה של זכות חשובה. הוא דחה את הדעה, שלפיה לא נגרם לתובע כל נזק או שהנזק הוא בבחינת *de minimis*. עקב חשיבותה של הזכות, על שיטת המשפט להגן עליה. את השופט הנחתה ההשקפה המסורתית של המשפט המקובל, שלפיה שיטת המשפט מגינה על זכות באמצעות סעד מתאים.<sup>67</sup> במהלך המאה ה-19 יושמה העוולה במקרים נוספים, ולא הוגבלה למסגרת הנסיבתית של פגיעה בזכות לבחור.<sup>68</sup>

64. L.N. Brown & J.S. Bell, *French Administrative Law* (Oxford, כללי: 1993) 174-192, 4th ed.

65. ראו, למשל, הדוגמות של תביעות כגון *trespass* ב- *Wilkes v. Wood* (1763) 98 E.R. 489; *Cooper v. The Board of Works for the Wandsworth District*, (1863) 143 E.R. 414.

66. 126 E.R. 92 (1703).

67. לדברי השופט Holt:

"If the plaintiff has a right, he must of necessity have a means to vindicate and maintain it, and a remedy if he is injured in the exercise or enjoyment of it; and indeed it is a vain thing to imagine a right without a remedy; for want of right and want of remedy are reciprocal."

*Ibid.*, at p.136

68. ראו *Williams v. Lewis* (1797) 170 E.R. 229; *Whitelegg v. Richard* (1823) 107 E.R.

בראשית המאה ה-20 הוטל צל כבד של ספק על קיומה של העוולה בשל פסק-הדין בעניין *Davis v. Bromley Corporation*.<sup>69</sup> פסק-דין זה קבע שאין יסוד לתביעה נגד רשות ציבורית בגין החלטה שקיבלה בתחום סמכותה הפורמלית, גם אם פקידיה הונעו על-ידי מניע לא-כשר. פסק-הדין לא הביא לשינוי ההלכה, אך ציין את הפיכתה של עוולת ה-*misfeasance in public office* לעוולה שולית יחסית במשך כמה עשרות שנים.<sup>70</sup> מאז ניתנו פסקי-דין בעיקר בקנדה ובאוסטרליה, שבהם התקבלו תביעות גויקין בגין התנהגות חרונית של אנשי רשות.<sup>71</sup> אחר-כך החלו שוב להופיע פסקי-דין, שהכירו בקיומה המשפטי של עוולת ה-*misfeasance in public office*. תחילה היו אלה פסקי-דין של מועצת המלכה (Privy Council), אך בהמשך ניתנו פסקי-דין רומים גם במשפטים באנגליה עצמה. כיום כבר לא ניתן לערער על קיומה של העוולה במשפט האנגלי, ובשנים האחרונות נעשה בה שימוש גובר והולך.

פסק-הדין הראשון, שראוי להזכירו כאן, ניתן בעניין *Asoka Kumar David v. M.A.M.M. Abdul Kader*.<sup>72</sup> במקרה זה טען התובע, שבקשתו לקבל רשיון להפעלת בית-קולנוע נדחתה שלא כדין ובחזון. בתחילה נדחתה התביעה על הסף מחוסר עילה, על יסוד הדעה שלא ניתן להגיש תביעת פיצויים בגין סירוב להעניק רשיון, והסעד היתיר בנסיבות אלה הוא הסעד הפרודוגטיבי. בית הלורדים, בכשירותו כמועצת המלכה, קיבל את הערעור, תוך שלילת ההסתמכות על פסק-הדין בעניין *Davis*. שיקול הדעת הסטטוטורי אינו בלתי מוגבל, ולכן הפרתה של החובה לפעול במסגרת המגבלות החלות עליו עשויה להצמיח זכות תביעה. הובהר כי אין יסוד לשלילה גורפת של האפשרות לתבוע בגין פעולות שלטוניות פסולות.

פסק-הדין החשוב הבא של מועצת המלכה ניתן בעניין *Dunlop v. Woolahara Municipal Council*.<sup>73</sup> התובע היה בעלים של חלקה, שזכויות הבנייה בה הוגבלו מכוח החלטות שקיבלה הרשות המקומית. על סמך עצה משפטית מוטעית שניתנה לרשות, היא קיבלה החלטות שחרגו מסמכותה. כמו כן, היא לא אפשרה לתובע לסעון נגד ההחלטות עובר לקבלתן. הבעלים תבע פיצויים בגין ההפסדים שגרמו לו ההחלטות, שהתקבלו ללא סמכות. *Lord Diplock*, שכתב את פסק-הדין, קבע, כי בהעדר זדון אין מקום לקבל תביעה מבוססת על העוולה של *misfeasance in public office*. אולם בהתייחסו לעוולה

E.R. 300; *Partridge v. The General Council of Medical Education and Registration of the United Kingdom* (1890) 25 Q.B.D. 90.

<sup>69</sup> 1 K.B. 170 (1908) (להלן, *Davis*).

<sup>70</sup> פסק-הדין הבא, שניתן להצביע עליו בהקשר זה, ניתן לאחר כמה עשרות שנים.

<sup>71</sup> ראו *Smith v. East Elloe Rural Council District* (1956) A.C. 736. לקנדה,

ראו *McGillivray v. Kimber* (1915) 26 D.L.R. 164; *Roncarelly v. Duplessis*

689 (1959) 16 D.L.R. (2d) 689. לאוסטרליה, ראו *Farrington v. Thomson and Bridgl*

86 (1959) V.R.

<sup>72</sup> 57 (1963) 3 All E.R.

<sup>73</sup> 1202 (1981) 1 All E.R.

הגדיר אותה "the well-established tort of misfeasance by a public officer in the discharge of his public duties"<sup>74</sup> בכך הוא נתן אישור מחודש לקיומה של העוולה, למרות דרך התהוותם שעברה בפסיקה.

בפסיקה המודרנית נעשה הדיון המקיף ביותר בעוולה בפסק-דינו החשוב של בית- המשפט לערעורים בעניין *Bourgoin S.A. v. Ministry of Agriculture Fisheries and Food*<sup>75</sup> במקרה זה הוגשה התביעה נגד משרד החקלאות הבריטי, בעקבות ביטולו של רשיון לייבא בשר הודו מצרפת לאנגליה. הטעם הרשמי לביטול היה הצורך להתגונן מפני התפשטות לאנגליה של מתלת עופות. התובעים טענו כי, למעשה, האיסור נועד להגן על החקלאות המקומית מפני יבוא מתחרה בענף זה, תוך הפרה של ההתחייבויות כלפי הקהילה האירופית. בהליך שהתקיים בפני בית-המשפט האירופי נקבע, שביטול הרשיון היה פסול. בהמשך לכך הגישו הנפגעים תביעת פיצויים במערכת המשפט האנגלית המקומית. אחת האפשרויות לביסוס התביעה היתה על יסוד עוולת ה- *misfeasance in public office*. לא נטען שם, שהשר פעל מתוך כוונה רעה להזיק ליבואנים. בית-המשפט היה צריך להכריע בשאלה, אם די בכך שירע כי פעולתו חרגה מן המסורת שעליהן היה מוסמך להגן, וכי יש בה כדי לפגוע בתובעים. השופט Mann, שדן בתביעה בערכאה הראשונה (Queen's Bench Division), השיב על שאלה זו בחיוב. לדבריו, מפסק-הדין בעניין *Dunlop* עולה, שהיסוד הגפשי של ידיעה מספיק לגיבוש העוולה של היזק במילוי תפקיד ציבורי. השופט Mann ביסס את מסקנתו גם על שיקולים של מדיניות. לגישתו, קיימת הצדקה להטיל אחריות לא רק כאשר הפעולה נעדרת הסמכות נועדה להזיק, אלא גם כאשר נעשתה ביריעה שאין סמכות לעשותה ושהיא עלולה לפגוע בתובע.<sup>76</sup> עמדתו של השופט Mann אומצה על-ידי שופטי בית-המשפט לערעורים. גם הם לא מצאו להבחין בעניין זה בין זדון כמובן הצר לבין ידיעה.<sup>77</sup>

בית הלורדים דן בעוולה בעניין *Calveley v. Chief Constable of the Merseyside Police*<sup>78</sup>. הפעם היו התובעים שוטרים, שנגקטו נגדם הליכים משמעתיים. אחד מן התובעים טען, כי המפקד על חקירתו פעל מתוך שיקולים וריס, וכי פעולותיו מגבשות אחריות במסגרת העוולה של *misfeasance in public office*. הטענה נדחתה ללא דיון מעמיק ביסודותיה של העוולה. Lord Bridge of Harwich הסביר, שהעוולה חלה בנסיבות שבהן היה פגם בהפעלתה של סמכות. השוטר שנטען לגביו כי הונע על-ידי

<sup>74</sup> Ibid., at p. 1210.

<sup>75</sup> 3 All E.R. 585 (1985).

<sup>76</sup> Ibid., at p. 602.

<sup>77</sup> הסביר השופט Oliver:

"If an act is done deliberately and with knowledge of its consequences, I do not think that the actor can sensibly say that he did not 'intend' the consequences or that the act was not "aimed" at the person who, it is known, will suffer them."

<sup>78</sup> Ibid., at p. 624.

<sup>78</sup> 1 All E.R. 1025 (1989).

מניעים לא כשרים, לא הפעיל כל סמכות כלפי הנתבע. מי שהחליט על השעייתו של התובע בומן החקירה היה ממונה, שכשרות מניעיו לא היתה שנויה במחלוקת; ואילו דיווחיו של השוטר על מהלך החקירה לממונים עליו לא היו פעולות שנעשו בתוקף סמכותו כלפי הנחקר. לכל היותר, יכלו אלה לשמש בסיס לתביעת של לשון הרע נגדו, אם היה בהם פסול.<sup>79</sup> עם זאת, מעניין לציין, שכאין צורך לבחון את פרסיה של העוולה, תיאר אותה Lord Bridge of Harwich באופן רחב מן המקובל. לדבריו, העוולה מתבצעת כאשר מופעלת סמכות "in bad faith or possibly without reasonable cause".<sup>80</sup>

לאחרונה נדרש בית-המשפט לערעורים פעם נוספת לעוולה של misfeasance in public office בעניין Jones v. Swansea City Council,<sup>81</sup> פסק-הדין נסב על החלטה של מועצת רשות מקומית לדחות בקשה של שוכרים להשתמש בנכס של הרשות למטרה שונה מו שצוינה בתווה השכירות. השוכרים טענו כי ההחלטה נבעה מאיבה אישית כלפיהם, שמקורה ביריבות פוליטית, וכי בכך נוצעה כלפיהם העוולה של misfeasance in public office. בית-המשפט לערעורים קיבל את התביעה. בפסק-הדין הוסבר, כי לאור פסקי הדין בעניין Dunlop ובעניין Bourgoin אין עוד ספק באשר למעמדה המבוטס של העוולה במשפט האנגלי. אי הבהירות שנוותרו לגביה מתייחסות רק לתחומי תחולתה של העוולה. בהתייחס לנסיבות המקרה פסק בית-המשפט לערעורים, כי העוולה חלה גם על הפעלה של סמכות שאינה סטטוטורית, אלא נובעת מחוזה.<sup>82</sup> ואמנם, הערעור שהוגש על פסק-הדין לבית הלורדים התקבל.<sup>83</sup> אולם בית הלורדים סמך את יריו על הגיטות המשפטיות שבפסק-הדין. הערעור התקבל על סמך הקביעה העובדתית, שלא הוכח יסוד הודון.

התפתחותה המתודשת של עיוולת ה-misfeasance in public office מבטאת באופן ברור את הצורך שחשפו חיי המעשה - להגן על האזרח מפני פעולות מינהליות לא תקינות לא רק באמצעות הסעדים הקלטיים של המשפט המינהלי, הצווים הפרווגטיביים, אלא גם באמצעות סעד כספי. עוולה זו אינה חלק מן המשפט הישראלי, המכיר בעילות תביעה בנויקין על יסוד חקיקה בלבד.<sup>84</sup>

מנקודת מבטו של המשפט הישראלי, ההתייחסות להתפתחות המחודשת שחלה במשפט האנגלי חשובה מצד ההכרה בחסר המשותף לשתי השיטות, ולאן דווקא מצד אימוץ הפתרון שהוצע בו. עם זאת, הפתרון האנגלי מעורר למחשבה, שגם במסגרת המשפט הישראלי ניתן לשקול פתרון משלים מתחום דיני הנויקין. מבחינת מסרתם, דיני הנויקין מיועדים לפצות על פגיעה באינטרסים שהוכרו על-ידי החברה כאינטרסים מוגנים.<sup>85</sup> הם

<sup>79</sup> Ibid., at pp. 1031-1032.

<sup>80</sup> Ibid., at p. 1031.

<sup>81</sup> 3 All E.R. 162 (1989).

<sup>82</sup> Ibid., at p. 174.

<sup>83</sup> ראו Jones v. Swansea City Council (1990) 3 All E.R. 737.

<sup>84</sup> ראו ע"א 153/84 ירר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד י 1246.

<sup>85</sup> ראו י' אנגלרד, א' ברק ומ' חשין, דיני הנויקין - חזרת הנויקין הכללית, עורך - ג' מדסקי, (מהדורה שנייה, 1977) 25-26.

יכולים לשמש כלי משפטי מתאים להגנה על זכויות הפרט כלפי הרשות לא פחות משהם משמשים להגנה על אינטרסים "ותיקים" יותר. בהעדר חקיקה חדשה בתחום דיני הנויקין, ניתן לשקול פתרון שיהיה מעוגן בעוולות המסגרת של פקודת הנויקין [נוסח חדש].<sup>86</sup> הפרת חובה חקיקה יכולה להימצא בהפרת הזכויות המעוגנות בחוקי היסוד.<sup>87</sup> רשלנות יכולה להימצא בהתייגה מסטנדרטים ראויים של תקינות מינהלית וכיבוד זכויות אזרח.<sup>88</sup>

### י. סיכום

במשפט המינהלי היה חסר מתמשך בסעד פיצויים משלים, כאשר העוול שנגרם לא ניתן להשלמה באמצעות ציווי. בפסק-דינו של השופט ברנזון בעניין בנאי ופיתוח הבשילה הנכונות לפסוק פיצויים על-ידי בג"צ במסגרת סמכותו השיקול-רעיתית הרחבה. אולם יותר משהיה בפסק הדין פתרון לבעיה היתה בו הכרה בצורך להגן על הזכות המינהלית גם באמצעות סעד פיצויים. הזיקה שיצר פסק-הדין בין הסעד הכספי לסמכות בג"צ, שהיתה העוגן שבו נאחו השופט ברנזון, הביאה, בסופו של דבר, לעיכובים ולהיסוסים בפיתוח ההלכה. הפיצויים בבג"צ הפכו לפיצויי חסד סמליים. בכך לא היה, כמובן, דין, ויעיד היישום החסר של ההלכה בדיני המכרזים הציבוריים.

עם ההתפתחויות החדשות שחלו בתחום סמכות השיפוט בעניינים מינהליים, נפתחו אופקים חדשים לפסיקת פיצויים. בבתי-המשפט האזרחיים, הדנים היום ביותר ויותר עניינים מינהליים, פסיקת פיצויים היא עניין שגרתי ומובן מאליו.

בתחום דיני המכרזים הציבוריים כבר ניתן להצביע על ההשפעה המבורכת של ההתדיינות בבית-המשפט האזרחי. על-פי הלכת מליבו ייפסקו פיצויים מלאים למציע שהיה ראוי לזכות במכרז הציבורי, וזכייתו נשללה ממנו שלא כדין. גם הזכות המינהלית ראויה להגנה מלאה. כפי שנאמר בהקשר אחר, הגיעה העת "לקחת את הזכות המינהלית 'ברצינות'... זו יצאה כבר מתקופת 'הילדות', והרי היא זכאית למעמד שווה ערך כמו כל זכות משפטית אחרת".<sup>89</sup>

<sup>86</sup> נ"ח 266.

<sup>87</sup> חוק יסוד: תופש העיסוק, ס"ח תשנ"ב 114; וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 150.

<sup>88</sup> השווה א' ברק "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי", ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (1993) 163.

<sup>89</sup> דברי השופט ברק בבג"צ 170/87 אסולין ואח' נ' ראש עיריית קריית-גת ואח' / פ"ד מב (1) 692, 678.