

שומרי הסף נרדמו? הנפגעים ישלמו

הערת פסיקה בעקבות ע"א 4564/19 אסום חברה קבלנית לבניין בע"מ נ' שירותי בריאות כללית

אבינועם מגן*

הלכת קסם מילניום מטילה על נפגעי מכרזים פגומים את מלוא האחריות למחדל שפגע בהם. בפסק דין שפורסם לאחרונה, סגן נשיאת בית המשפט העליון (בדימוס) קרא לצמצום ההלכה.

א. ישר לעניין

לפני כעשור יצאה בת קול מבית המשפט העליון והכריזה כי דלתות בתי המשפט לא תפתחנה עוד בפני מי שמבקש לתבוע פיצוי מרשות מינהלית בעילה מכרזית, אלא אם עתר האחרון נגד המכרז בזמן אמת.¹

הלכה זו, הלכת "קסם מילניום", אכן הלכה קסמים על רשויות המינהל ושבתה את לב פרקליטיהן, אשר ששו עליה כמוצאי שלל רב. רשויות שנתבעו לפצות תובעים בגין נזקי מחדלים או עוולות מינהליות, מיהרו לטעון כי היה על התובעים להקדים ולעתור בזמן אמת. בקשות לדחייה על הסף הוגשו ביד רחבה, כמעט אוטומטית, גם כאשר לא דובר כלל על ענייני מכרזים שאליהם הוגבלה ההלכה החדשה.² בתי המשפט מצידם נטו לקבל טענות אלו, ולמצער הטו להן אוזן קשבת.³ במקרים אחדים בתי המשפט העלו את ההלכה ביוזמתם כחיוזוק

* אבינועם מגן, בעל תואר שלישי במשפטים, מרצה למשפט מנהלי וחוקתי ועמית הוראה באוניברסיטה הפתוחה.

חלק מהאמור ברשימה זו מבוסס על עבודת הדוקטור של המחבר.

1 עע"ם 7401/14 קסם מילניום בע"מ נ' רשות שדות התעופה (נבו 9.9.2015).

2 ראו, למשל, ת"א (מחוזי מר') 21872-10-09 מחצבות בית מאיר בע"מ נ' רשות מקרקעי ישראל (נבו 29.12.2016).

3 שם. ראו גם ע"א 62946-03-15 מדינת ישראל נ' גליק (נבו 17.1.2016). במקרה זה הוגשה תביעה נגד משטרת ישראל שמנעה מיהודה גליק לעלות להר הבית ובכך פגעה בפרנסתו. המדינה טענה כי היה על התובע להגיש בזמן אמת עתירה נגד הרחקתו מההר. בית המשפט

לדוקטרינות קיימות כגון תקיפה עקיפה, שיהוי או צמצום הנזק.⁴ הלכת קסם מילניום, הייתה למעין עילת-סף חדשה שבכוחה להביא לסילוק תביעות. היא יצרה מעין "חובת עמידה" או "חובת גישה לערכאות". דרישה חדשה זו הקצינה עוד את העדיפות המובנית לה זכות רשויות המינהל בהליכים מינהליים והעמיסה על כתפי התובעים נטל לא להם. טעם מרכזי להלכה זו היה הרצון לטפל במכרז פגום בזמן אמת ולתקן את הפגם על אתר, במקום לפצות, בדיעבד, בכספי ציבור. הערה של סגן נשיאת בית המשפט העליון, השופט בדימוס חנן מלצר, בשולי פסק דין שניתן באחרונה קוראת לצמצום הלכת קסם מילניום באמצעות הרחבת חריגיה.⁵ ברשימה קצרה זו אבקש לדון בהשלכות הלכת קסם מילניום על טוהר המידות ועל תקינות המינהל לקראת המשך פיתוחה הצפוי.

ב. על התנדבות שהייתה לחובה

מסופר על גמלאי בודד ונדיב לב, שנהג לעזור לתלמידים לחצות כביש סואן בדרך לבית הספר. מדי בוקר, בלי איחור ובלי חיסור, התייצב האיש על שפת המדרכה – השגיח הסביר, עודד ועזר. הפקחים שסייעו לתלמידים בעבר זכו סוף סוף למנוחה קצרה. העירייה, המשטרה, ההורים, והנהלת בית הספר הוקירו את האיש ואת פועלו. בוקר אחד, חש האיש ברע ונאלץ להיעדר. המוקד העירוני הוצף בתלונות הורים זועמים. העירייה שיגרה לאיש מכתב חריף, התראת פיטורין וזימון לבירור משמעותי בגין נטישת משמרת והפקרת ילדים.

עד כאן המשל. ומכאן לנמשל.

למשתתפי מכרזים ציבוריים תרומה משמעותית לפיקוח על ניהולו התקין וההוגן של המכרז שבו הם משתתפים. מציעים שמתמודדים במכרז ומבקשים לזכות בו, עוקבים אחר אופן ניהולו בקנאות. נכון הדבר במיוחד לגבי מי שלא זכה

המחוזי קיבל עמדה זו אף על פי שאין מדובר בענייני מכרזים. בערעור שהוגש נגד פסק הדין (רע"א 2063/16 גליק נ' משטרת ישראל, (נבו 19.1.2017)) קבע השופט עמית כי יש להתיר את הלכת קסם מילניום במסגרת דיני המכרזים, ואין להקיש ממנה בהכרח על דיני המשפט המינהלי בכללותו.

4 ראו, למשל, ת"א (מחוזי ב"ש) 20682-01-12 ש.י. מובילי מרחבים בע"מ נ' רשות שדות התעופה בישראל (נבו 22.3.2020).

5 ע"א 4564/19 אסום חברה קבלנית לבניין בע"מ נ' שירותי בריאות כללית (נבו 14.6.2021).

במכרו ומבקש לוודא כי כללי המשחק נשמרו. אינטרס זה של משתתפי המכרו עולה בקנה אחד עם האינטרס הציבורי של שמירת כשרות המכרזים כאמצעי לקידום שוויון, יעילות וטוהר מידות.⁶

הלכת קסם מילניום לקחה את העניין שיש למשתתפים בטוהר המכרו, צעד אחד קדימה, שלא לומר צעד אחד יותר מדי. הבקרה החיצונית באמצעות משתתפי המכרו הפכה כה מובנת וברורה מאליה עד שלפתע הימנעות מהגשת עתירה נגד מכרו פגום נתפסת כנטישת משמרת אסורה שסנקציה בצידה. זכות העמידה הייתה לחובת עמידה וזכות הגישה לערכאות הייתה לחובת גישה לערכאות.

בית המשפט מצא לזקוף לחובת משתתף במכרו את הימנעותו מהגשת עתירה נגד מחדלי הרשות בזמן אמת, כאילו הוא הגורם האמון על שמירת טוהר המידות.⁷ השאלה שעמדה לפני בית המשפט הייתה אם יש לאפשר למי שהפסיד במכרו שלא כדין, לתבוע פיצויי קיום, אף אם לא עתר נגד המכרו בזמן אמת. בית המשפט חידש וקבע כי מי שלא עתר נגד המכרו, לא יוכל לתבוע פיצויי קיום.⁸ עם זאת קבע בית המשפט חריגים אחדים לכלל. למשל, מקרה שבו המכרו התנהל תוך פגיעה חמורה בשלטון החוק.⁹ עם שלל הנימוקים בעד התניית הפיצוי בהגשת עתירה מוקדמת, כתב השופט פוגלמן נימוק כדלקמן:

"מקום שבו הפרה הרשות את אחד הכללים החלים עליה, האינטרס הציבורי בהגנה על שלטון החוק משמיע כי יש לתקן את הפגם שנפל בהתנהלותה, ככל שהדבר אפשרי. על כן, חיוב הנפגע להגיש עתירה לאכיפת הזכייה – שמשמעותה המעשית היא תיקון הפגם שנפל בפעולת הרשות, מקדם את ההגנה על שלטון החוק

6 תק' 1א(א) לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993; אבינועם מגן המשפט האזרחי והמאבק בשחיתות 65 (2020).

7 בהקשר זה יש לציין כי דווקא שומרי הסף והגורמים הרשמיים האמונים על אכיפת המנהל התקין אינם לוקים שעה שמכרו פגום חמק תחת ידם. להרחבה ראו מגן, שם, בפרק ו' העוסק ב"דיני הנויקין כאמצעי למאבק בשחיתות", בתת-הפרק "המדינה כמפקחת, אחריות הממונים ושומרי הסף", בעמ' 234-238.

8 לדוגמאות ליישום הלכה זו ראו: ת"מ (מנהליים ב"ש) 4929-02-16 דובליה למען הסביבה נ' עיריית אשקלון (נבו 22.5.2018); ת"מ (מנהליים ח') 46077-03-13 האחים אבו עיאש בע"מ נ' המכללה האקדמית להנדסה אורט בראודה (נבו 17.9.2015); ת"מ (מנהליים מר') 38749-02-15 תיור וסיוור הגליל ה.ס. בע"מ נ' עיריית כפר קאסם (נבו 1.10.2017); ת"מ (מנהליים ת"א) 10505-12-16 מ. יוקלה ושות' מנהרסים ויועצים נ' מגן דוד אדום בישראל (נבו 7.1.2018).

9 עניין קסם מילניום בע"מ, לעיל ה"ש 1, בפס' 25-26 לפסק הדין.

[...] במסגרת העתירה ניתן לרפא את הפגם הקונקרטי שנפל בפעולת הרשות ב'זמן אמת' [...]. נראה כי ברגיל, כלל שמכווין בעלי דין לפנות תחילה למסלול שבמסגרתו יתוקן הפגם שנפל בפעולת הרשות מגשים את התכלית של הגנה על עיקרון שלטון החוק בצורה מלאה יותר".¹⁰

דברי בית המשפט נכוחים. הנימוק דלעיל אינו הנימוק היחיד שעליו ביסס בית המשפט את מסקנתו. יש צדק בהטלת הגבלות על מי שתובע פיצוי בגין נזק שנגרם לנגד עיניו בלי שנקף אצבע למניעתו. שאם לא כן יעדיפו תובעים להתפרנס מתביעות ולא מעבודה או מעסקים. בית המשפט יכול היה להגיע לתוצאות דומות על בסיס חובת הקטנת הנזק ועל פי דוקטרינת האשם התורם.¹¹ עם זאת, נימוקו של בית המשפט העליון בכל הקשור לדרישה ממשנתפי מכרזים להתגייס למאבק בשחיתות, ללא תמורה ותוך נטילת סיכון, כתנאי להגשת תביעה כספית, מטיל על כתפי משנתפי המכרז משימה לא להם. קשה לקבל את הפיכת העתירה הוולונטרית של איש עסקים, מטעמי שול, מרשות לחובה. דומה הדבר לאדם שהתריע נגד מפגע עירוני ברשות הרבים וכעבור זמן מה איתרע מזלו, הוא נתקל במפגע, ניזוק, ותבע את העירייה. לא יהיה זה צודק לקבוע כי היה עליו לעתור לסילוק המפגע בזמן אמת ומכיוון שלא פעל כאמור, תביעתו תידחה על הסף.

שאלות דומות עולות גם נוכח נימוק נוסף של בית המשפט העליון שלפיו עתירה בזמן אמת חוסכת במשאבי ציבור:

"[...] שיקולי יעילות וחיסכון במשאבי הציבור תומכים אף הם בחיוב מי שטוען לקיפוח במכרז להקדים עתירה מינהלית לאכיפת זכייתו בטרם פונה הוא למסלול הפיצויים".¹²

10 שם, בפס' 15 לפסק הדין של השופט פוגלמן.

11 ס' 68א לפקודת הנויקין [נוסח חדש] קובע: "סבל אדם נזק, מקצתו עקב אשמו שלו ומקצתו עקב אשמו של אחר, לא תיכשל תביעת פיצויים בעד הנזק מחמת אשמו של הניזוק, אלא שהפיצויים שייפרעו יופחתו בשיעור שבית-המשפט ימצא לנכון ולצודק תוך התחשבות במידת אחריותו של התובע לנזק"; ס' 14 לחוק החווים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 קובע: "(א) אין המפר חייב בפיצויים לפי סעיפים 10, 12 ו-13 בעד נזק שהנפגע יכול היה, באמצעים סבירים, למנוע או להקטין. (ב) הוציא הנפגע הוצאות סבירות למניעת הנזק או להקטנתו, או שהתחייב בהתחייבויות סבירות לשם כך, חייב המפר לשפות אותו עליהן, בין אם נמנע הנזק או הוקטן ובין אם לאו; היו ההוצאות או ההתחייבויות בלתי סבירות, חייב המפר בשיפוי כדי שיעורן הסביר בנסיבות העניין".

12 עניין קסם מילניום בע"מ, לעיל ה"ש 1, בפס' 16 לפסק הדין של השופט פוגלמן.

לדעתי, דווקא הנימוקים הנוגעים לעקרון הקטנת הנזק וליעילות דיונית משכנעים יותר. אולם דוקטרינות קיימות ומבוססות כמו תום לב, ניקיון כפיים, שיהוי, תקיפה עקיפה ועשיית עושר ולא במשפט יכולות בהחלט לתת מענה הולם במקרים המתאימים.

ראוי להדגיש כי ההלכה שנקבעה עוסקת בפיצויי קיום בלבד. כלומר, תביעה שבה משתתף במכרז מבקש פיצוי כגודל הרווח שאותו היה מפיק לו היה זוכה במכרז. במקרים כאלה העותר נדרש למצות תחילה את האפשרות לשנות את תוצאת המכרז באמצעות עתירה מינהלית בזמן אמת. זאת בשונה מתביעה כספית לפיצויי שלילי (פיצויי הסתמכות) בגין נזקים שנגרמו למציע בשל עצם השתתפותו במכרז.¹³ ואולם, כפי שתואר לעיל,¹⁴ השימוש בהלכה זו חצה לא רק את גבולות פיצויי הקיום בדיני מכרזים אלא אף את ענייני המכרזים בכללותם.

ג. התפרקות מאחריות

האחריות לשמור על מינהל תקין ועל טוהר המידות מוטלת על המדינה ולא על משתתפי המכרז. אומנם יש מקום לדרוש מהציבור לגלות אזרחות טובה ולדווח לרשויות על מחדלים שונים. אולם, הגשת עתירה אינה דיווח על תקלה אלא טיפול בה. חובת הגשת עתירה חורגת מגדר גילוי אזרחות טובה ועולה כדי העברת האחריות אל הקורבן. אם מבקשים להטיל על מציע חובה אזרחית לחשוף מעשי שחיתות, תוך השקעת משאבים ונטילת סיכון, אזי יש לעודד אותו לעשות כן באמצעים אחרים, חיוביים. למשל: פיצוי ללא הוכחת נזק, שיפוי בגין הוצאות שהוציא או פסיקת הוצאות לדוגמה לטובתו, לכפי שנעשה במקרים אחרים של אכיפה אזרחית.¹⁵ מכל מקום דומה כי אין מקום לכפות על מי שנפגע מהמכרז הפגום למלא את מקומם של גורמי הפיקוח המוסמכים ובוודאי לא להטיל עליו סנקציה אם לא עשה כן.

ד. הכבדת הנטל על כתפי התובעים

הגשת עתירה בזמן אמת אינה עניין של מה בכך. היא כרוכה בעלויות משמעותיות ואף עלולה לסכן את מערכת היחסים של המציע עם הרשות

¹³ בית המשפט העליון הסתייג מקביעה גורפת של בית משפט מחוזי שלפיה, לעניין הלכת קסם מילניום, דין פיצויי הסתמכות כדין פיצויי קיום. ע"ם 6552/21 ש.י.א. רפאל נ' מדינת ישראל בפס' 17 לחוות דעתה של הנשיאה חיות (נבו 5.12.2022).

¹⁴ פרשת גליק, לעיל ה"ש 3.

¹⁵ לפירוט ולדוגמאות ראו מגן, המשפט האזרחי והמאבק בשחיתות, לעיל ה"ש 6, בעמ' 79 וההפניות שם.

שפרסמה את המכרז ועם רשויות אחרות. שלא כגורמי אכיפה ציבוריים, המציע רשאי לשקול שיקולים תועלתניים ובכלל זה השלכות אפשריות על מעמדו כשחקן חוזר בשוק מושא המכרז.¹⁶

עתירה בזמן אמת עשויה להידחות מטעמים רבים שאינם תלויים בעותר ובצדקתו. למשל, אם ימצא בית המשפט שמדובר במעשה עשוי; שההחלטה אינה חורגת באופן קיצוני ממתחם הסבירות; שהעותר לא הצליח להוכיח מניעים זרים בדיון המינהלי, המבוסס על תצהירים; או שלא הצליח לקעקע את חזקת תקינות המעשה המינהלי. בית המשפט אף עשוי לדחות את העתירה על פי דוקטרינת הבטלות היחסית ועוד. אומנם לא נדרש מהתובע לזכות בעתירתו אלא רק לנסות לשנות את החלטת ועדת המכרזים באמצעות עתירה בזמן אמת, אולם במקרה שבו העתירה נדחת, אף אם מטעמים שאינם קשורים לצדקתו או לגוף טענותיו, נקודת הפתיחה של התובע בתביעת הפיצויים נראית נמוכה.¹⁷

ה. החריגים להלכה

להלכת קסם מילניום כמה חריגים. כל אחד מהם מעורר קשיים ייחודיים לצד קשיים המשותפים לחריגים כולם. אדגים את הקשיים האמורים באמצעות ניתוח חריג טוהר המידות, המייצג בעיני את פסגת החצנת האחריות.

לפי ההלכה, תובע שלא עתר בזמן אמת יידרש להוכיח קיומו של אחד החריגים, שאם לא כן תביעתו תידחה על הסף. בירור קיומו של חריג, ובייחוד של חריג הנוגע להתנהלות מושחתת של הרשות, מצריך ממילא בירור ראייתי. בעקבות הלכת קסם מילניום, רשויות מגישות בקשות לסילוק על הסף של תובענות המוגשות נגדן כל אימת שהתובעים לא הקדימו עתירה לתובענה. בתי המשפט דוחים (ולעיתים על כורחם) תובענות מינהליות שלא קדמה להן עתירה מינהלית. זאת גם אם יש ספק בעניין טוהר המידות של הרשות המינהלית, שכן אין די בספק קל כדי להפעיל את החריג של שמירה על טוהר המידות. והכול שעה שקשה עד מאוד להוכיח קיומו של חריג בשלב מקדמי של הליך משפטי. יתרה מזו, חריג טוהר המידות שנקבע בהלכת קסם מילניום דורש לא פחות מ"פגיעה חמורה בשלטון החוק",¹⁸ ו"חשש מבוסס למעשי שחיתות או לפגיעה

¹⁶ לדברים נוספים ברוח זו ראו עניין ש.י.א רפאל, לעיל ה"ש 13, בפס' 3 לחוות דעתו של השופט אלרון.

¹⁷ ראו עע"מ 3719/13 ש. מרדכי עבודות עפר נ' משרד הבינוי והשיכון (נבו 6.9.2018), שם בית המשפט נתן דעתו לקשיים אלה ומצא ליתן פסק דין הצהרתי שלפיו דין המכרז היה להתבטל, אלא שהוא לא מבוטל רק מטעמי מעשה עשוי.

¹⁸ שם, בפס' 25–26 לפסק הדין של השופט פוגלמן.

אחרת בטוהר המידות".¹⁹ דחיית בקשה לסילוק על הסף מחמת שמירה על טוהר המידות, בשלב המקדמי, היא קשה ויש בה, לכאורה, כדי להטיל דופי בהתנהלות הרשות לפני שנשמעו ראיות. זאת בייחוד נוכח מובהקות החשש לשחיתות, הנדרשת לשם הפעלת החריג. התוצאה היא שבית המשפט נדחק להכריע בעניין מהותי זה בשלב מוקדם של ההליך המשפטי. באחד המקרים סיכם בית המשפט המחוזי את המצב במשפט ממצה אחד: "[...] על מנת לעבור בפתח הצר, נדרשים אנו כי באמתחתנו יהיו ראיות לפגיעה חמורה בשלטון החוק, ואין די בטענות המועלות בעלמה. זהו אינו המצב בענייננו".²⁰

1. חריג מול חריג, סילוק על הסף אל מול זכות הגישה לערכאות

בתי המשפט, המחויבים להלכת קסם מילניום, חורגים מהכלל המשפטי המקובל שלפיו סילוק תובענה על הסף ייעשה במקרים חריגים ביותר. זאת כפי הנראה נוכח המבחן הטכני-בינארי שנקבע בהלכת קסם מילניום. אומנם ההלכה מונה חריגים לדרישה להתניית תובענה בעתירה מוקדמת, אולם מקובל שחריגים יש לפרש בצמצום.²¹ נמצא כי נוצרת "תחרות" בין שני חריגים נוגדים: החריג של סילוק תובענות על הסף "מושך" לכיוון אחד שלפיו יש להימנע מלסלק תובענה ללא בירור לגופו לעניין; והחריגים להלכה המחייבת לסלק תובענה מינהלית שלא קדמה לה עתירה מינהלית "מושכים" לכיוון אחר שלפיו יש לסלק את התביעה. נמצא כי הלכת קסם מילניום מנוגדת לכלל שלפיו יש להימנע מסילוק תובענות על הסף. הדברים מקבלים משנה תוקף עת מדובר בדחיית התביעה באופן בלתי הפיך ולא רק במחיקתה. כלל זה מתכתב עם זכות הגישה לערכאות ועם ההעדפה ליתן לצדדים את יומם בבית המשפט באופן שטענותיהם תתבררנה לגופן.

זכות הגישה לערכאות היא זכות בסיסית ויסודית שנועדה לאפשר לכל מי שחש כי זכויותיו נפגעו לפנות לבית המשפט, לקבל שם את יומו ולזכות בסעד הולם. בהיעדר גישה לערכאות, זכויות עשויות להפוך עניין דקלרטיבי גרידא, משום כך יש המייחסים לזכות הגישה לערכאות מעמד מעין חוקתי. לא בכדי

19 שם, בפס' 6 לפסק הדין של השופט מזוז.

20 ת"א (מחוזי מר') 18-11-6931 אסום – חברה קבלנית לבניין בע"מ נ' שירותי בריאות כללית, פסק הדין של השופט עוז ניר-נאווי (נבו 26.5.2019). ראו גם עניין מגן דוד, לעיל ה"ש 8. גם שם התקבלה בקשה לרחות תובענה מינהלית על הסף משום שלא הוגשה קודם לכן עתירה מינהלית בזמן אמת.

21 לגבי חריג טוהר המידות, בית המשפט ציין מפורשות כי חריג זה יוחל במשורה, ורק במקרים נדירים שבהם יש חשש לערעור יסודות שלטון החוק. ראו עניין קסם מילניום בע"מ, לעיל ה"ש 1, בפס' 25 לפסק הדין.

נפסק כי בית המשפט יסלק תביעה על הסף רק במקרים חריגים ביותר [...] שבהם אין ולו אפשרות קלושה כי התביעה תתקבל [...]; ובמקרים חריגים שבהם התביעה לוקה בשיהוי מצד התובע אשר יש בו כדי ללמד על ויתור על זכותו המהותית וניצול לרעה של ההליך השיפוטי, ובעקבות השיהוי הורע מצבו של הנתבע [...]”²².

קשה עד מאוד להשלים עם הפגיעה בזכות מעין חוקתית ועם הגבלת הגישה לערכאות. במונחי פסקת ההגבלה שבחוקי היסוד מדובר בפגיעה שלא נעשתה בחוק אלא בפסיקה. תכלית הגבלת הגישה לערכאות היא שמירה על טוהר המידות ועל מינהל תקין. אין חולק כי תכלית זו ראויה היא, אולם אפשר להשיגה תוך פגיעה פחותה בזכות המעין-חוקתית, באמצעות חזרה לדרך המלך של אכיפת המינהל התקין על ידי רשויות המדינה. למעשה, אפשר להסתפק בדרישה מהתובע לפנות או להגיש תלונה לגורם הרלוונטי, כדי שיבחן את המכרז ואת חוקיותו. עמידה דווקנית על הגשת עתירה לבית המשפט משדרת אי-אמון בשומרי הסף ובגורמי הפיקוח והאכיפה שלא לומר, ויתור להם ויתור עליהם.

לדעתי לא היה הבדל גדול, מבחינת יעילות ההליך, אילו תביעות מסוג זה היו מתבררות כמו כל תביעה אזרחית, שבה בית המשפט בוחן, בין היתר את: התנהגות התובע; את מילוי חובתו לצמצם את הנזק; את תום ליבו; את נקיין כפיו; ואת שיעור אשמו התורם. במקרה של תביעה אזרחית בענייני מכרזים, יש מקום לבחון את המאמץ שהיה כרוך בהגשת עתירה בזמן אמת ולשקול אם היה בכוחה של עתירה בזמן אמת למנוע את הנזק – כלומר לשנות את תוצאת המכרז. יתרה מזו, אם נאמץ את ההסדר הקבוע בחוק החוזים,²³ יפוצה הנפגע בגין הוצאות סבירות שהוציא לשם צמצום הנזק אף אם הנזק לא צומצם. בהתאם, אם עותר הגיש עתירה בזמן אמת ועתירתו נדחתה, והוא מגיש תביעה כספית נגד הרשות, יש לפצותו בגין ההוצאות שהוציא בניסיון לצמצם את הנזק באמצעות הגשת העתירה.

הדברים באו לידי ביטוי בפסק הדין בעניין ש.י.א רפאל שניתן לאחרונה.²⁴ בית המשפט קבע כי יש להחיל את הלכת קסם מילניום גם על מקרה שבו מציע זכה במכרז, ורק לאחר שזכייתו בוטלה הוא ביקש פיצויי הסתמכות בגין פגמים שנפלו במכרז עצמו.²⁵ גם לדעתי, ככלל, אין מקום להעלות טענות נגד תנאי המכרז לאחר זכיה בו, ולאחר מעבר משלב המכרז לשלב החוזה. אולם ברירת

²² ע"א 1985/19 אורתם סהר הנדסה בע"מ נ' פרויקט אורנים בע"מ, פס' 16 לפסק הדין (נבו 6.1.2021).

²³ ס' 14 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה).

²⁴ עניין ש.י.א רפאל, לעיל ה"ש 13.

²⁵ שם.

מחדל של סילוק על הסף, המתנגשת עם זכות הגישה לערכאות קשה בעיני, חרף חריגה של הלכת קסם מילניום.²⁶ לדידי דרך המלך היא לבחון את הטענות לגופן ולהכריע. ודוק, משעה שהגיש התובע את תביעתו, סילוק על הסף אינו יעיל יותר מדחיית התביעה לגופה, למעט חיסכון בזמן שיפוטי, שאף שאין להקל בו ראש, אין להופכו לעיקר.²⁷ אפשר להשיג את תכליות הלכת קסם מילניום באמצעות דיון בתביעה, אלא שאז הרציונלים שבבסיס ההלכה יהפכו לשיקולים מנחים שבית המשפט יביא בחשבון בבואו להכריע בתביעה. כך, למשל, הימנעות התובע מלפעול בזמן אמת תובא בחשבון בהקשר לחובתו לצמצום הנזק.²⁸ מכל מקום, לעניינינו, חשובה יותר הערת אגב של הנשיאה חיות שלפיה הלכת קסם מילניום לא אמורה לחסום תביעה של משתתף במכרז המבקש לתבוע פיצויי הסתמכות בגין הוצאות שנגרמו לו בשל פגם במכרז או בשל ניסוח רשלני שלו. ובלבד שאין בפגם או ברשלנות האמורים, כדי לשנות את תוצאות המכרז. במקרה כזה, אין התובע מבקש לשנות את תוצאות המכרז ולא תובע פיצויי קיום. עוד ציינה הנשיאה כי לשיטתה אין לקבוע באופן גורף כי דין פיצויי קיום כדין פיצויי הסתמכות לעניין תחולת הלכת קסם מילניום. אולם, המקרה הקונקרטי שבו בית המשפט דן באותה פרשה, לא הצריך הכרעה בסוגיה זו ולא נקבעה הלכה. סבורני כי מדובר בדיוק חשוב של גבולות הלכת קסם מילניום. ברי כי במקרים של תביעת פיצויי הסתמכות בלבד ללא ניסיון לשנות את תוצאות המכרז, אין לעתירה בזמן אמת עדיפות או יתרון משמעותיים על פני תביעה כספית בדיעבד.

ז. עקרון השוואת המעמד

לפי עקרון השוואת המעמד (the idea of equality) המדינה אחראית בנזיקין כמו כל מזיק. בישראל, סעיף 2 לחוק הנזיקים האזרחיים קובע כי "דין המדינה, לעניין אחריות בנזיקים, כדין כל גוף מואגד [...]".²⁹ הלכת קסם מילניום מבדילה בין

²⁶ ראו שם, בפס' 3 לחוות דעתו של השופט אלרון.

²⁷ באשר לחיסכון בזמן שיפוטי באמצעות סילוק על הסף, אפשר לראות כי בית המשפט קמא וערכאת הערעור כאחד, נדרשו ממילא לגופן של הטענות. אם כן, נמצא כי סילוק על הסף אינו כה חסכוני לעומת בירור הטענות לגופן. במקרים מתאימים, אם כי חריגים, אפשר לרפא את בזבוז הזמן השיפוטי באמצעות פסיקת הוצאות לטובת המדינה.

²⁸ דומה הדבר להבחנה בין סילוק תובענה על הסף בגין התיישנות לבין דחייתה בדיעבד בגין התיישנות.

²⁹ חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952. השופט ברק הכריז בפרשת גורדון כי "שעתו היפה של המשפט הישראלי הייתה כשבוטלה החסינות המיוחדת של המדינה". ראו ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113, 136 (1985). העמדה המקובלת בעבר

תביעה נזיקית נגד רשות מינהלית לבין תביעה דומה נגד גורם פרטי. זאת בניגוד לעקרון השוואת המעמד. הבדל זה אף פוגע בשוויון ומעניק לרשויות המינהלית יתרון על פני נתבעים אחרים.

המטרה שעמדה בפני בית המשפט בעניין קסם מילניום חשובה ורצויה ביותר. אין ספק כי מוטב לעצור את המכרז הפגום בזמן אמת, למנוע את הרע טרם יארע, ולחסוך פיצוי עתידי המשולם על חשבון הציבור. עם זאת הטלת אחריות לשמירה על טוהר המידות על כתפי משתתפי המכרז, צורמת. לדעתי, הדרישה להגיש עתירה היא דרישה מחמירה יתר על המידה – היא הופכת את העתירה לבית המשפט לחלק ממיצוי ההליכים לקראת הגשת תביעה ובכך מעניקה לרשות הגנה מופרזת תוך פגיעה בהרתעה ובזכות הגישה לערכאות. שופטי בתי המשפט לענינים מינהליים, כבר מודעים לפרקטיקה של הגשת עתירות לשם יציאה ידי חובת קסם מילניום. עתירות אלה מוגשות בליט ברירה, אף אם הן חסרות סיכוי, רק כדי שלא לחסום את דרכם של העותרים להגשת תביעה כספית. קושי נוסף נוגע למקרים שבהם בית המשפט ממליץ לעותרים למשוך את עתירתם מסיבות שונות שאינן קשורות לצדקת טענותיהם. מקרים אלו נפוצים ביותר. בפני העותרים עומדת דילמה ממשית באשר להשלכות שעשויות לנבוע מקבלת המלצת בית המשפט למשוך את העתירה.

כפי שצוטט לעיל, בית המשפט סבור כי, "[...] כלל שמכווין בעלי דין לפנות תחילה למסלול שבמסגרתו יתוקן הפגם שנפל בפעולת הרשות מגשים את התכלית של הגנה על עקרון שלטון החוק בצורה מלאה יותר"³⁰. לדעתי, מסלול שיביא לתיקון הפגם כאמור, לא צריך להיות כרוך בפנייה לבית המשפט. קביעה זו של בית המשפט העליון מלמדת על חוסר אמון בכושרה של הרשות לתקן את מעשיה. יש להסתפק בכך שמציע הסבור כי תוצאות המכרז שגויות, וכי הצעתו היא שצריכה לזכות, ישגר לרשות התראה בכתב ויציג את טענותיו. לכל היותר אפשר לדרוש ממנו כי פנייה שכזו תופנה גם לגורם מוסמך נוסף, בכיר יותר, שיש בידו לבחון את התנהלות הרשות. מכאן ואילך, הרשות תהא אחראית להתנהלותה והמתלונן יהא רשאי לבחור באמצעי המשפטי שבו הוא חפץ. דומה

הלא רחוק הייתה שהמדינה אינה יכולה לטעות: "The King can do no wrong", ולפיכך אין לתבוע ממנה פיצוי נזיקין. להרחבה בעניין המדינה כנתבעת בנזיקין ראו ישראל גלעד "האחריות בנזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור (חלק ראשון)" משפט וממשל ב 339 (1994); ישראל גלעד "האחריות בנזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור (חלק שני)" משפט וממשל ג 55 (1995) וכן: Edwin M. Borchard, *Government Liability in Tort*, 34 YALE L. J. 1, 1-8 (1924).

30 עניין קסם מילניום בע"מ, לעיל ה"ש 1, בפס' 15 לפסק הדין.

כי שומרי הסף נרדמו בשמירה ואילו משתתפי המכרז שאמורים היו לסמוך על שומרי הסף, נאלצים למלא את מקומם של הללו, על חשבונם ובעל כורחם.

ח. תחושת אי-צדק: הנפגע חייב, הפוגע פטור והפגם לא נבדק

יש מקום לחשש כי הלכת קסם מילניום תביא לתוצאה הפוכה מהמצופה. תחת קידום טוהר המידות ותקינות המינהל, עשויה היא להביא לצמצום הביקורת השיפוטית על מכרזים פגומים ולפגיעה דווקא במי שנפגע מהפגם שבמכרז. תובע מבקש לתבוע פיצוי משום שלטענתו אלמלא הפגם שנפל במכרז, הוא היה זוכה בו. ככל שיש ממש בטענתו, הרי שהוא נפל קורבן לפגם שאינו תלוי בו. פגם זה יכול להיות תקלה טכנית, אולם ייתכן שמדובר בשיקולים זרים או אף בהעדפת מקורבים. תביעה שיגיש התובע תביא לבירור הפרשה בבית המשפט. כדי לזכות בפיצוי, התובע ידרש להוכיח את טענותיו. לפי הלכת קסם מילניום, אם הנפגע לא הגיש עתירה מינהלית נגד המכרז בזמן אמת, תביעתו לפיצויים תידחה. דחיית התביעה מונעת את בירור הפרשה בבית המשפט. בהלכת קסם מילניום לא נקבע כי טענות התובע תועברנה לבדיקה אחרת כלשהי. אומנם התביעה האזרחית לא נועדה לבחון את התנהלות הרשות, אולם במקרים רבים אלמלא התביעה, הפרשה עשויה להיגנו לעד. נמצא כי אם הנפגע מסרב לקבל על עצמו את המשימה לתקן את דרכי הרשות באמצעות עתירה בזמן אמת, הוא ייאלץ להשלים עם הפסדו הבלתי מוצדק לכאורה, ואף יהיה מנוע מלתבוע פיצוי על נזקיו. בה-בעת הרשות המינהלית שערכה את המכרז זוכה מן ההפקר. התנהלות הרשות שלא התבררה בזמן אמת לא תתברר גם בדיעבד, והאחראים למחדל הנטען יוצאים מבית המשפט כמנצחים שידם על העליונה. קל עד מאוד להציג לציבור "תמונת נצחון" המציגה את דחיית התביעה כתעודת כשרות להתנהלות הרשות.

ט. דיס הרמוניה בין הליכים שונים נגד הרשות המינהלית

בפרשת יונס³¹ נקבע ברוב דעות כי אין חובת פנייה מוקדמת לרשות המינהלית טרם הגשת תובענה ייצוגית נגדה.³² עם זאת נקבע כי הפיצוי שייפסק עשוי להיות מושפע מהתנהלות התובעים ובכלל זה מהשאלה אם הקדימו פניה

³¹ ד"ם 5519/15 יונס נ' מי הגליל תאגיד המים והביוב האזורי בע"מ (נבו 17.12.2019).

³² הנשיאה חיות, המשנה לנשיאה מלצר והשופטים פוגלמן, עמית, סולברג וברק-ארוז, נגד דעתו החולקת של השופט הנדל.

לתביעה אם לאו. פסק דין זה ניתן לאחר פרסום הלכת קסם מילניום, שאף הוזכרה בהרחבה בחוות דעתו של השופט הנדל.

ברי כי כשם שאפשר להקטין את הפיצוי שייפסק בהליך ייצוגי נגד רשות מינהלית בהתחשב בשאלות אם היה מקום לנקוט פניה מוקדמת, ואם נעשתה פניה כזו, כך גם בתובענה בגין נזק שנגרם בעקבות הליך מכרזי פגום, אפשר יהיה לשקלל את סוגיית הפנייה המוקדמת בשעת קביעת הפיצוי או ההוצאות. מנגנון מסוג זה עשוי לגרום לתובעים לכלכל צעדיהם באופן כלכלי תוך שקילת שיקולי כדאיות בלי לפגוע בזכות הגישה לערכאות ובלי להעמיס על כתפי התובעים משימות שעניינן חינוך רשויות המינהל.³³

קשה להסביר את ההבדל בין הלכת יונס לבין הלכת קסם מילניום. בעוד טרם הגשת תביעה ייצוגית נגד הרשות המינהלית אין אפילו חובה לשגר מכתב התראה, הרי שלפני הגשת תביעה לפיצוי בדין נזק שעילתו במכרז, אין די בשיגור התראה כי אם חובה להגיש עתירה מינהלית. יתרה מכך, בתובענה ייצוגית, שאלת הפניה המוקדמת תשפיע לכל היותר על גובה הפיצוי או על שיעור צמצום הנזק והאשם התורם, ואילו בתביעה לפיצוי בגין נזק שעילתו במכרז, מי שלא הקדים ועתר בזמן אמת כלל לא יקבל את יומו בבית המשפט. תוצאה זו דומה לחיובו בגין אשם תורם בשיעור מלוא הנזק.

המצב המתואר לעיל לוקה בדיס-הרמוניה: המבקש לתבוע פיצוי מרשות מינהלית בגין נזק שנגרם לו בעקבות פגם במכרז נדרש להקדים ולהגיש עתירה מינהלית בזמן אמת, שאם לא כן תביעתו תידחה על הסף. אם הנזק נגרם בשל מחדל מינהלי שאינו קשור במכרז הרי שהלכת קסם מילניום לא חלה ואין חובה להקדים עתירה לתביעה. עם זאת עשוי התובע להיתקל בגישה המאמצת את רוח הלכת קסם מילניום וזוקפת לחובתו את ההימנעות מהגשת עתירה בזמן אמת. במקרה של תובענה ייצוגית נגד רשות מינהלית אין חובה לנקוט פניה מוקדמת ובוודאי אין חובה להגיש עתירה בזמן אמת. לפיכך אין התובע מסתכן בסילוק תביעתו על הסף אלא, לכל היותר, בהקטנת הפיצוי בהתאם לנסיבות העניין. קשה ליישב או להסביר את חוסר ההתאמה ואת ההבדלים בין ההליכים השונים ודומה כי דרך המלך היא קביעת מדיניות אחידה וברורה.

ההבדל בין תביעות נגד גופים פרטיים לבין תביעות נגד רשויות מינהליות פוגע בשיויון. הדרישה להגיש עתירה כתנאי להגשת תביעה מעניקה לרשות הגנה מופרזת. הגנה מעין זו אינה נתונה לנתבעים פרטיים. תובע פרטי לא נדרש

³³ שאלה חשובה אחרת עוסקת בפרדוקס הקשור בתשלום פיצוי מהקופה הציבורית על חשבון הציבור, פיצוי שספק רב עד כמה הוא מסוגל להרתיע את הרשות המינהלית. לעניין זה ראו מגן, המשפט האזרחי והמאבק בשחיתות, לעיל ה"ש 6, בעמ' 226-227.

להגיש תביעה לצו עשה או לצו מניעה כדי למנוע או להפסיק עוולה, כתנאי להגשת תביעה לפיצוי בגין נזקי אותה עוולה.
אפשר לסכם חלק זה ולומר כי הלכת קסם מילניום מזכירה את הדרישה ממשלתפי חתונה קתולית, להביע את התנגדותם על אתר או לנצור את לשונם לעד: "speak now or forever hold your peace".

י. בת קול חדשה מתוככי בית המשפט

פתחנו בבת קול שיצאה מבית המשפט העליון לפני כעשור. באחרונה, ניתן בבית המשפט העליון פסק דין בערעור שהוגש על פסק הדין בעניין אסום. באותה פרשה הוגשה לבית המשפט המחוזי תביעת פיצויים בגין נזק שלטענת התובעת נגרם לה בעקבות מכרו פגום. הנתבעת הגישה בקשה לסילוק התובענה על הסף זאת בהתבסס, בין היתר, על הלכת קסם מילניום. בית המשפט המחוזי פסק כי הסמכות לדון בתובענה לא מסורה לו אלא לבית המשפט לענינים מינהליים וכי התובעת לא עשתה כל ניסיון להשיג על המכרו בזמן אמת. לפיכך קיבל בית המשפט המחוזי את הבקשה לסילוק התובענה על הסף והורה על דחיית התביעה.³⁴ התובעת ערערה על פסק הדין. בית המשפט העליון גיבה את פסק דינו של בית המשפט המחוזי ודחה את הערעור פה אחד.³⁵ אולם החשוב לדיון דנן נמצא דווקא במילים קצרות של סגן הנשיאה השופט בדימוס חנן מלצר, כדלקמן:³⁶

"לשיטתי יש מקום להרחיב את החריגים שנקבעו להלכת קסם מילניום [...] שכן לא תמיד יש צורך לדרוש מתובעים-ככוח לנהל הליך מוקדם כאשר בעיניהם מדובר בהליך סרק (ולעיתים מסיבות אובייקטיביות הם צודקים בכך). אם תאמר אחרת – נמצאת מגביל את זכות הגישה לערכאות מעבר לדרוש. [...]"

הנה כי כן, החריגים שמוצע לדון בהם ולהרחיבם (כמו, למשל, ביחס לאפשרות להגיש עתירה מינהלית לאכיפת הזכיה, יחד עם תביעה חילופית – לפיצויים 'חיוביים', או 'שליליים' וכן באשר לנפקויות השונות של דחיית העתירה המינהלית) – ודאי עוד יפותחו בעתיד, ואינני רוצה לקבוע בהם מסמרות כאן" (ההדגשות במקור).

34 עניין ת"א אסום, לעיל ה"ש 20.

35 עניין ע"א אסום, לעיל ה"ש 5.

36 שם, בפס' 2-3 לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימוס) מלצר.

נמצא כי, הקריאה לצמצום הלכת קסם מילניום, באמצעות הרחבת חריגיה, יצאה אף היא מבית המשפט העליון עצמו, וזאת על בסיס זכות הגישה לערכאות. דומה כי הכוחות הפועלים להרחבת ההלכה מחד גיסא ולצמצומה מאידך גיסא ימשיכו לפעול את פעולתם וכי המוטטלת תמשיך לנוע מצד אל צד עד מציאת האיזון הראוי. השופט פוגלמן, אבי הלכת קסם מילניום, צפה את התהליך האמור מראש וציין:³⁷

"אומר כבר עתה כי אין בדברים אלה כדי למצות את החריגים האפשריים לכלל שקבענו כאן, וכדרכה של הפסיקה, זו תוכל להגדיר את גבולותיהם ולפתחם ככל שהדבר יידרש".

יש לקוות כי דברי השופט מלצר יזרזו את המהלך תוך שמירה על ארבעה עקרונות: ראשית, הרמוניה ותיאום בין התנאים המוקדמים להגשת תובענה מינהלית לפיצוי בגין נזק שנגרם בעקבות מכרז, לבין תובענה ייצוגית נגד רשויות; שנית, מיצוי הכלים הקיימים ובכלל זה צמצום הנזק, תום לב, שיהוי, תקיפה ישירה ותקיפה עקיפה; שלישית, הימנעות משחרור רשויות הפיקוח והאכיפה מאחריותם לשמירה על מינהל תקין ומהעברת הנטל אל בית המשפט ואל משתתפי המכרז בכפיה וללא תמורה; רביעית, זהירות מפני סילוק סיטוני של תביעות בלי לבררן לגופו של עניין, ובעיקר הימנעות מסילוק שכזה הנתפס כסנקציה נגד תובע שלא עמד בציפיות שנכפו עליו. המשך בוודאי יבוא.

³⁷ עניין קסם מילניום בע"מ, לעיל ה"ש 1, בפס' 22 לחוות דעתו של השופט פוגלמן.