

מכרזים פרטיים*

מאת

גבריאלה שלו**

פסיקה וכתיבה, בעיקר מפרי עטו של השופט ברק, מעוררות לאחרונה במשפט הישראלי את שאלת קיומו של דין מכרזים פרטי. משאלה זו נגזרת שאלה נוספת והיא שאלת תוכנו של דין המכרזים הפרטי. על שאלות אלה יסוב המאמר. אשיב עליהן הן לפי הדין הקיים, הן לפי השקפתי והן לפי תחזיתי לגבי התפתחות המשפט הישראלי בסוגיה זו. אראה כי שתי תורות חדשניות של הנשיא ברק — תורת הדואליות הנורמטיבית ותורת התחולה העקיפה — מוליכות בענייננו לאותה תוצאה, והיא: תחולת עקרונותיו של דין המכרזים הציבורי גם על מכרזים פרטיים.

בחלק נוסף של המאמר אצביע על תהליך הפוך לתהליך של החלת דין המכרזים הציבורי על מכרזים פרטיים שהתרחש אף הוא במשפטנו, והוא: בחינת מכרזים ציבוריים באספקלריה של המשפט הפרטי, ויישום מונחים ותבניות משפטיות של דיני החוזים על מכרזים ציבוריים.

א. הקדמה 1. מכרזים ודינם; 2. דואליות נורמטיבית ותחולה עקיפה; 3. מכרזים פרטיים — מן המשפט הציבורי אל המשפט הפרטי. 1. הלכת בית יולס — סוף פסוק?; 2. חובת השוויון במכרז פרטי — הלכת בית יולס; 3. תגודת המטוטלת נמשכת — פסק דין קסטנבאום; 4. השפעתה של השקפת ברק על הלכת בית יולס; 5. קשיי החלה וביקורת; 6. דין מכרזים פרטיים; 7. היקף התחולה של דין המכרזים הפרטיים. ג. מכרזים — מן המשפט הפרטי אל המשפט הציבורי. 1. המכרז בתבניות חוזיות; 2. המכרז ודיני ההצעה והקיבול; 3. המכרז כחלק מההליך הטרום-חוזי; 4. המכרז כהצעה לחוזה נספח; 5. המכרז כבסיס להשק; 6. סעדים במסגרת מכרז פרטי. ד. סיכום.

* תודה לעוזר המחקר שלי, איל גור, על עזרתו הרבה בשלבים השונים של כתיבת המאמר והבאתו לדפוס. תודה לחברי מערכת כתב העת משפטים, בהנהגתו של העורך, גיא הלפטיק, על הערותיהם — המהותיות והמבניות — המועילות, ועל כך שאילצו אותי לחדד את עמדותי.
** פרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

א. הקדמה

1. מכרזים ודינם

"המכרז הוא מסגרת ממוסדת לניהול משא-ומתן לקראת כריתתו של חוזה בדרך של תחרות בין הצעות שונות"¹. יסוד התחרות המאורגנת מאפיין את המכרז² ומשמש תו זיהוי צורני שלר³. אמנם, המכרז צמח בעולם העסקי-כלכלי כאמצעי להבטחת תוצאות עסקיות אופטימליות לבעל-המכרז, אולם ברבות השנים הפך המכרז להליך שכיח, לעתים חיוני, במשפט הציבורי, ובמשפט זה התפתחו דיני המכרזים⁴.

ואכן, המכרזים הציבוריים — כחלק אורגני מן המשפט הציבורי — מניחים ביסודם את חובת הרשות הציבורית לנהוג כנאמן הציבור. מהנחת-יסוד זו נובעים דיני המכרזים הציבוריים, על עקרונותיהם, כלליהם ופרטיהם. מהנחת-יסוד זו נובעות גם מטרותיהם של דיני המכרזים הציבוריים. למכרז שתי מטרות: כלכלית וציבורית. מבחינה כלכלית מיועד המכרז להשיג הצעות מתאימות רבות ככל האפשר, לשם בחירת הטובה והנוחה ביותר. מבחינה ציבורית מיועד המכרז להבטיח טוהר-מידות, שוויון והגינות על-ידי פתיחתו למציעים רבים ככל האפשר, על יסוד תחרות הוגנת בתנאים של שוויון⁵. ממטרות המכרז נגזרות גם מטרות דיני המכרזים: דיני המכרזים הציבוריים מבטאים הן את השאיפה לנהוג בחיסכון וביעילות בכספי הציבור, על-ידי השגת מירב היתרונות למזמין⁶, הן את הגשמת עקרון השוויון, על-ידי מתן הזדמנות שווה לכל המציעים.

בתחום המשפט הציבורי שני היבטים אלה של דיני המכרזים הם מקור למתח המתמיד הקיים בין האינטרס הציבורי, המחייב את הרשות הציבורית, בעלת-המכרז, לכלכל את מעשיה ולנהל את ענייניה בדרך שתבטיח שוויון והעדר משוא-פנים כלפי המשתתפים במכרז לבין האינטרס העסקי המיועד להפיק מן ההצעות השונות את

- 1 דברי השופט ברק בד"צ 22/82 בית יולס נ' רביב, פ"ד מג(1) 441, 480.
- 2 ראו בג"צ 118/83 אינווסט אימפקט נ' המנהל הכללי של משרד הבריאות, פ"ד לח(1) 729, 734 (השופט ברק).
- 3 ראו ע"א 6926/93 מספנות ישראל נ' חברת החשמל, פ"ד מת(3) 749, 768 (השופט חשין).
- 4 דברי השופט חשין שם, בעמ' 769.
- 5 השוו לרברי השופט ברנזון בבג"צ 292/61 בית אריזה רחובות נ' שר החקלאות, פ"ד טו 20, 27.
- 6 השוו בג"צ 187/71 "רמט" נ' החברה לשיקום הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים, פ"ד כו(1) 123, 118; וכן דברי השופט שמגר בבג"צ 386/76 גוזלן נ' המועצה המקומית בית שמש, פ"ד לא(1) 505, 511; ודברי השופט שטרסברג-כהן בע"א 6585/95 מ.ג.ע.ר. מרכז גבייה ממוחשבת בע"מ נ' עיריית נשר, פ"ד נ(4) 206, 212.

ההצעה הטובה והיעילה ביותר, כדי שהציבור יקבל את מירב התועלת במחיר זול ונוח ככל האפשר. עם זאת, בתחום הציבורי, שבו מדובר ברשויות ציבוריות העוסקות בכספי ציבור, האינטרס העסקי לעולם אינו אינטרס כלכלי טהור, וגם בחובו ניתן לגלות את האינטרס הציבורי הכללי. ואמנם, בדרך-כלל מוקנית עדיפות — הן בחוק חובת המכרזים, תשנ"ב-1992,⁷ הן בפסיקת בתי-המשפט — לאינטרס הציבורי ולעקרון השוויון שביסודו, על-פני האינטרס הכלכלי.

דין המכרזים הציבוריים מעוגן אפוא במשפט הציבורי ומגשים את עקרונותיו. עם זאת, פסיקה וכתביה, בעיקר מפרי-עטו של השופט הפרופסור ברק, מעוררות במשפט הישראלי את שאלת קיומו של דין מכרזים פרטי. משאלה זו נגזרת שאלה נוספת, והיא שאלת תוכנו של דין המכרזים הפרטי. על שאלות אלה ייסוב המאמר. אשיב עליהן הן לפי הדין הקיים הן לפי השקפתי והן לפי תחזיתי לגבי התפתחות המשפט הישראלי בסוגיה זו. אראה, כי שתי תורות חדשניות של הנשיא ברק — תורת הדואליות הנורמטיבית ותורת התחולה העקיפה — מוליכות בענייננו לאותה תוצאה והיא: תחולת עקרונותיו של דין המכרזים הציבורי גם על מכרזים פרטיים.

בחלק נוסף של המאמר אצביע על תהליך הפוך לתהליך של החלת דין המכרזים הציבורי על מכרזים פרטיים שהתרחש אף הוא במשפטנו והוא: בחינת מכרזים ציבוריים באספקלריה של המשפט הפרטי ויישום מונחים ותבניות משפטיות של דיני החוזים על מכרזים ציבוריים.

ענייננו כאן אפוא בקשר ובהיזון החוזר בין משפט פרטי ומשפט ציבורי. כידוע, התחומים והגבולות בין ענפי המשפט, שהיו כה ברורים בעבר, ניטשטשו עד מאוד בימינו אלה. יש גם הסוברים, כי אין עוד מקום כלל להבחנה בין משפט ציבורי ובין משפט פרטי. אחרים גורסים, כי ההבחנה קיימת בעיקרה, אך "בגבול שבין המשפט הפרטי לבין המשפט הציבורי קיים איזור דמדומים, שבו המשפט הפרטי והמשפט הציבורי משמשים בערבוביה, לעתים זה לצד זה ולעתים זה בתוך זה"⁸. באיזור-הדמדומים שבין המשפט הציבורי ובין המשפט הפרטי נתונים דיני המכרזים הפרטיים — נושא מאמר זה.

7 ס"ח 114. ראו ג' שלו "מכרזים ציבוריים לאחר חוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992" משפט וממשל ב (תשנ"ה) 461, 455.

8 דברי השופט זמיר בע"א 3414/93 און נ' מפעלי כורסת היהלומים, פ"ד מט(3) 196, 204 (להלן: עניין הכורסת ליהלומים).

2. דואליות נורמטיבית ותחולה עקיפה

שתי תורות מבית-מדרשו היוצר של השופט והפרופסור ברק אוצלות במשפטנו על נושא המכרזים הפרטיים: האחת, תורת הדואליות הנורמטיבית, אשר על-פיה חלות בו-בזמן שתי מערכות-דינים נורמטיביות — המשפט הציבורי והמשפט הפרטי — על אותה פעולה של אותו גוף או אדם. השנייה, תורת התחולה העקיפה של עקרונות המשפט הציבורי בתחום המשפט הפרטי.

תורות אלה קשורות ביניהן באורח הדוק, ולפרקים הן מוליכות לתוצאות דומות או זהות, אולם חשוב להבחין ביניהן, גם בהקשר הנדון.

ראשיתה של הדואליות הנורמטיבית — תחולתן הסימולטנית של שתי מערכות-דינים — היתה לעניין פעולותיהן של רשויות מנהליות במישור המשפט הפרטי⁹. על פעולות כאלה הוחלה מערכת-דינים כפולה — ציבורית ופרטית. משם התפשטה הדואליות הנורמטיבית לעבר פעולותיהן של חברות ממשלתיות, שהגוון הציבורי בפעולתן כולט, כמו חברת-החשמל¹⁰. צעד נוסף בהחלת דואליות נורמטיבית נעשה בפרשת קסטנבאום, שבה נקבעה תחולת המשפט הציבורי על גוף פרטי בעל תפקיד ציבורי, כמו חברה קדישא. גוף כזה, שלא הוקם על-ידי חוק ואין לו סמכויות על-פי חוק, אך הוא ממלא תפקידים בעלי אופי ציבורי, כונה בפרשת קסטנבאום גוף "דור-מהותי"¹¹. גם הסוכנות היהודית וההסתדרות הכללית הוכפפו — לפחות עקרונית — לכללי המשפט הציבורי¹². לאחרונה סקרו השופטים ד' לוינ' וזמיר את התפתחות הדואליות הנורמטיבית ונטו להחילה גם על הבורסה ליהלומים¹³.

במקביל ונוסף על הדואליות הנורמטיבית פיתח השופט ברק גם את תורתו בדבר תחולתם של עקרונות המשפט הציבורי במשפט הפרטי. תורה זו הופעלה לראשונה בפסקי-דינו של השופט ברק בפרשת בית יולס וזכתה לאחר-מכן לביסוס מדעי מרשים¹⁴ וליישום מעשי, אם גם על דרך של דיון היפותטי ובאמרת-אגב, בפרשת קסטנבאום. על-

9 ראו ד' ברק-ארו "אחריות אזרחית של גופים ציבוריים — דואליות נורמטיבית" משפט וממשל א (תשנ"ג) 275.

10 ראו בג"צ 731/86 מיקר דף ג' חברת החשמל, פ"ד מא(2) 462, 449; ע"א 700/89 חברת החשמל ג' מליבו, פ"ד מז(1) 675, 667.

11 ראו ע"א 294/91 חברה קדישא ג' קסטנבאום, פ"ד מז(2) 464 (להלן: עניין קסטנבאום), 490 (השופט אלון).

12 בג"צ 4212/91 "בית רבקה" ג' הסוכנות היהודית, פ"ד מז(2) 661, 676, 678; דב"ע נב 12-4 ההסתדרות הכללית — צים (טרם פורסם) פסקה 16.

13 עניין הבורסה ליהלומים, לעיל הערה 8, בעמ' 202 ו-208 (העניין הוחזר לבירור עובדתי נוסף בבית-המשפט המחוזי).

14 ראו א' ברק פרשנות במשפט (תשנ"ד, כרך שלישי — פרשנות חוקתית), שער שמיני, עמ' 649 ואילך.

פי תורה זו, חלים עקרונות המשפט הציבורי ובעיקר זכויות היסוד, במשפט הפרטי, באמצעות מונחי-שסתום, כמו תוס-לב או תקנת-הציבור.

מהו הקשר והיחס בין שתי התורות הנידונות?

נראה לי, כי מבחינה אנליטית קודמת תורת התחולה של עקרונות המשפט הציבורי במשפט הפרטי לתורת הדואליות הנורמטיבית: רק לאחר שייקבע — על-פי התורה הראשונה — כי ישנם טעם, מקום והצדקה להחיל את המשפט הציבורי בתחומי המשפט הפרטי, תופעל התורה השנייה ויחולו שתי מערכות-הדינים על פעילות של אדם או גוף פרטי במשפט הפרטי.

אמנם, בנושא הנידון, המכרזים הפרטיים, מגיעות שתי התורות לאותה תוצאה ומשיגות מטרה זהה — החלת דין המכרזים הציבוריים על מכרזים פרטיים. עם זאת, תורת התחולה העקיפה היא המספקת בסיס תיאורטי לתורת הדואליות הנורמטיבית, ככל שמדובר בדואליות נורמטיבית לגבי גופים או אנשים פרטיים הפועלים בתחום הפרטי. לשון אחר: רק הכרה מראש במודל התחולה העקיפה של ערכי המשפט הציבורי בתחום המשפט הפרטי מאפשרת להחיל את דיני המכרזים הציבוריים, או לפחות את עקרונותיהם, על מכרזים פרטיים. הדואליות הנורמטיבית בנושא המכרזים הפרטיים נשענת אפוא על תחולת עקרונותיהם של דיני המכרזים הציבוריים על מכרזים פרטיים.

ב. מכרזים פרטיים — מן המשפט הציבורי אל המשפט הפרטי

1. הלכת בית יולס — סוף פסוק?

מודעה בכותרת "מכרז" שנתפרסמה בעיתונות היומית מטעם חברה פרטית זכתה להחזיק על גבה את דין המכרזים הפרטיים במדינת ישראל.

וכך התגלגלו פני הדברים:

חברת בית יולס בע"מ (להלן: בית יולס), חברה המחזיקה ומפעילה בית-אבות בחיפה, פרסמה בעיתונים, בתחילת שנת 1976, מכרז להקמת בית-אבות חדש. במכרז נאמר, כי יש לצרף להצעות ערכות בנקאית בשיעור של 5% מגובה ההצעה וכי "אין הנהלת המוסד מתחייבת לקבל את ההצעה הזולה ביותר או כל הצעה שהיא". בין החברות אשר נענו למכרז והציעו את הצעותיהן היו שתי חברות קבלניות פרטיות — חברת רביב משה ושות' בע"מ (להלן: רביב), חברת א' ארנסון בע"מ (להלן: ארנסון) וחברה ציבורית — רסקו, חברה להתיישבות חקלאית ועירונית בע"מ (להלן: רסקו). שתי החברות הראשונות, רביב וארנסון, עמדו בכל תנאי המכרז, לרבות הדרישה לערכות בנקאית; ואילו רסקו לא עמדה בדרישה זו, והצעתה לוותה רק בערכות של חברה-בת שלה שאינה בנק. ועדת-מכרזים שמונתה מטעם בית יולס החליטה, כי היא

מעדיפה למסור את העבודה לקבלן ציבורי, כגון רסקו, אך זאת כתנאי שהצעת רסקו לא תעלה ביותר מ-5% על הצעתה של רביב, שהיתה הזולה מבין ההצעות שעמדו לדיון. לפי החלטה זו, התנהל משא-ומתן מטעם בית יולס עם רסקו ובמהלכו אכן הוזילה רסקו את המחיר שבהצעתה המקורית, בהתאם להחלטת ועדת-המכרזים, ואף קיצרה את התקופה שבה התחייבה לסיים את הבנייה. בעקבות השינויים של רסקו בהצעתה החליטה ועדת-המכרזים לקבלה.

בעקבות זכייתה של רסקו במכרז פנו רביב וארנסון לבית-המשפט המחוזי, תחילה בבקשה לצר-מניעה זמני, אך לאחר-מכן צומצמה התביעה לתשלום פיצויים בלבד. תביעתם של רביב וארנסון נגד בית יולס ורסקו נדחתה. ערעורם של הקבלנים לבית-המשפט העליון התקבל בחלקו ברוב דעות, ובעלת המכרז, בית יולס, חויבה בפיצויים בגין הוצאות ההשתתפות במכרז. בדיון הנוסף בבית-המשפט העליון שוב נהפכה ההחלטה; עתירת בית יולס נתקבלה ברוב דעות, ופסק-דינו של בית-המשפט המחוזי הושב על כנו¹⁵.

תגודות המטוטלת של ההחלטות השיפוטיות בפרשה זו משקפות מחלוקת עקרונית רחבה בשאלת מעמדו של עקרון חופש התחזים במשפטנו. השאלה המיידית שנידונה בפרשת בית יולס, היתה, האם החובה לנהוג בשוויון כלפי משתתפים במכרז ציבורי חלה גם במשפט הפרטי. משאלה זו נגזרה שאלה שנייה, סמוכה אליה: האם קיים במשפטנו דין מכרזים פרטיים.

המענה לשאלות אלה נובע מהשקפת-עולם משפטית בשאלת מעמדו והיקף תחולתו של עקרון חופש התחזים במשפט הישראלי המודרני.

הכול מסכימים כי עקרון חופש התחזים הוא עיקרון חשוב בתחום דיני התחזים. הכול מסכימים גם, כי עיקרון זה אינו עיקרון מוחלט, אלא עיקרון יחסי, ובמקרים ידועים עליו לסגת בפני עקרונות אחרים, כמו עקרון תום-הלב. המחלוקת נעוצה בנקודת-המוצא העקרונית, כאשר נקודת-המוצא משפיעה ואוצלת גם על נקודת-האיזון בין העקרונות המתנגשים. כלומר: מי שיוצא מנקודת-המוצא, שלפיה עקרון חופש התחזים הוא העיקרון החשוב ביותר בדיני התחזים, ימצא את נקודת-האיזון בין העקרונות המתנגשים בסוגיה מסוימת קרוב יותר אל הקוטב של חופש התחזים. מנגד, מי שיוצא מנקודת-המוצא שלפיה עקרון תום-הלב גובר מראש על עקרון חופש התחזים, ימצא את נקודת האיזון קרוב יותר אל הקוטב של תום-הלב. אכן, דיני התחזים המודרניים של מדינת ישראל נקלעים בין שני קטבים אלה — חופש תחזים מצד אחד, ועקרונות-שסתום ערכיים מן הצד האחר — ונקודת-האיזון תימצא בכל סוגיה ובכל פרשה על-פי הנתונים המשפטיים והעובדתיים של העניין הנידון, אך גם על-פי השקפת-עולם משפטית.

15 ת"א (חי') 546/76 רביב נ' בית יולס (מיום 23.1.79); ע"א 207/79 רביב נ' בית יולס, פ"ד לז(1) 533; ד"נ 22/82 בית יולס נ' רביב, לעיל הערה 1.

כך גם בנושא מאמר זה: מהשקפת-עולם המכירה בעליונותו של עקרון חופש החוזים ורואה בו עיקרון חולש בדיני החוזים נובעת תשובה שלילית לשתי השאלות שהוצגו לעיל. כלומר: אין חובה לנהוג בשוויון במכרז פרטי ולפיכך גם אין במשפטנו דין מכרזים פרטיים. והיפוכו: השקפת-עולם שלפיה יש כר נרחב להתערב בחופש החוזים בשם עקרונות אחרים, כמו עקרון תום-הלב, מוליכה להחלת חובת השוויון גם בתחום המכרזים הפרטיים ומכירה בדין מכרזים פרטיים בישראל.

בשאלת מעמדו של עקרון חופש החוזים במשפטנו, בעיקר לאחר חקיקת חוקי-היסוד החדשים, אדון במסגרת אחרת¹⁶. במאמר זה אתרכז בשאלת קיומו של דין מכרזים פרטיים.

את תהפוכות ההחלטה המיידית בפרשת בית יולס ניתן עתה להציג על רקע השאלות שהוצבו לעיל.

בפסקי-הדין הראשון בפרשה — פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי בחיפה — נדחתה, כאמור, תביעת הקבלנים. דחייה זו לוותה בהצהרת השופט (ד' קציר) על השקפת-עולם שיפוטית שלפיה על בית-המשפט להדיר את עצמו מהתערבות בחופש החוזים ובמכרזים פרטיים¹⁷. בערעור לבית-המשפט העליון נקבעה, בדעת רוב, חובת התנהגות שוויונית של בעל-המכרז הפרטי כלפי המשתתפים במכרז, ובכך צומצם חופש החוזים¹⁸; ואילו בדיון הנוסף גברה הדעה המצדדת בחופש החוזים והדחתה את הכנסתה של חובת השוויון למכרזים פרטיים¹⁹.

שאלת קיומו של דין מכרזים פרטיים בישראל נדונה אפוא בפסקי-הדין שניתנו בפרשת בית יולס כשאלה נגזרת מן השאלה, אם מוטלת על גוף פרטי המפרסם מכרז החובה לנהוג בשוויון. תשובה חיובית לשאלה זו — שניתנה על-ידי שופטי הרוב בפסק-הדין בערעור, ושופטי המיעוט בדיון הנוסף — הביאה עמה גם תשובה חיובית לשאלה הרחבה יותר, היא שאלת קיומו של דין מכרזים פרטיים במשפטנו. והיפוכו: מדעת הרוב בדיון הנוסף, שלפיה אין מוטלת חובה לנהוג בשוויון במכרז פרטי, משתמעת תשובה שלילית גם לשאלה, אם קיים דין מיוחד למכרזים פרטיים בישראל. אולם גם בדיון הנוסף לא תם הדיון המשפטי ולא נסתיימו תגודות המוטלת.

16 ראו מאמרי "השפעת חוקי היסוד על דיני החוזים", העומד להתפרסם בעקבות כנס על 25 שנים לחקיקתו של חוק החוזים (חלק כללי), בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת תל-אביב.

17 דברי השופט קציר, ובהם ביטוי להשקפת-עולמו השיפוטית, מובאים — תוך דחייתם — על-ידי השופט ברק בע"א 207/79 רביב נ' בית יולס, לעיל הערה 15, בעמ' 554-555.

18 ע"א 207/79 רביב נ' בית יולס, לעיל הערה 15.

19 ד"צ 22/82 בית יולס נ' רביב, לעיל הערה 1.

התפתחויות משפטיות של העשור האחרון — תחיקה²⁰, פסיקה²¹ וספרות משפטית²² — אוצלות ומשפיעות לא רק על המענה לשאלה אם קיים בישראל דין מכרזים פרטיים, אלא גם על תוכנו של דין זה, ואולי אף משנות אותו.

2. חובת השוויון במכרז פרטי — הלכת בית יולס

נדרון כאן תחילה בשאלה המדויקת, שעליה נסבו פסקי-הדין ומחלוקת הפוסקים בפרשת בית יולס — שאלת תחולתה של חובת השוויון על אדם או גוף פרטי המפרסם מכרז. בערעור האזרחי בפרשה זו קבע השופט ברק, ברעת-הרוב, כי החובה לנהוג בשוויון כלפי כל המשתתפים במכרז מוטלת על בעל-המכרז הפרטי.

למסקנתו בדבר תחולתה של חובת השוויון במכרז פרטי מגיע השופט ברק "הן על פי הקונסטרוקציה 'החוזית' (חובה נספח) (בצרוף הוראת סעיף 39 לחוק החוזים) והן על פי הקונסטרוקציה 'הטרומ חוזית' (במסגרת סעיף 12 לחוק החוזים)..."²³. השופט ברק משקיף אפוא על הליכי המכרז בשתי אספקלריות: אספקלריה טרום-חוזית ואספקלריה חוזית.

הליכי המכרז הם הליכים טרום-חוזיים. המכרז הוא אחד השלבים לקראת כריתתו של החוזה, נשוא המכרז. אשר על-כן, חלה על הליכי המכרז הוראת סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973²⁴ (להלן: חוק החוזים או חוק החוזים הכללי), המטילה על מי שנוטל חלק במשאומתן הטרומ-חוזי את החובה לנהוג בדרך מקובלת ובתום-לב²⁵.

אולם השופט ברק מצביע על דרך נוספת לראיית הליכי המכרז, והיא — ראיית הליכים אלה כמגבשים התקשרויות חוזיות משניות בין המשתתפים במכרז. התקשרויות אלה, הנובעות מתנאי המכרז, יכולות להיות מפורשות ויכולות אף — אליבא דברק²⁶ — להשתמע מעצם הליכי המכרז. למשל: ההתחייבויות שנוטלים על עצמם בעלי המכרז

20 בעיקר חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 150.

21 בעיקר עניין קסטנבאום, לעיל הערה 11.

22 בעיקר כתיבתו האקדמית של פרופ' ברק, לעיל הערה 14.

23 ע"א 207/79 רביב נ' בית יולס, לעיל הערה 15, בעמ' 548.

24 ס"ח 118.

25 כבר כאן עולה השאלה — שתידון בהמשך — אם אכן ניתן ליישב משאומתן עם מכרז, ראו להלן בפרק ב(5)(ג): "מכרז ומשאומתן — תרחי דסתר".

26 אך בהסתייגות שופט המיעוט, השופט ש' לוי, בע"א 207/79 רביב נ' בית יולס, לעיל הערה 15, בעמ' 562; ובאיהסכמת שופטי הרוב בד"נ 22/82 בית יולס נ' רביב, לעיל הערה 1, בעמ' 468 (המשנה לנשיא אלון) 487-ר (השופט ש' לוי).

והמשתתפים בו לקיים את תנאי המכרז. על התקשרויות חוזיות משניות אלה חלים דיני החוזים, ובעיקר הוראת סעיף 39, הדורשת תום-לב בקיום חייבים חוזיים. ומכאן, מסקנת השופט ברק, ברעת הרוב בערעור האזרחי בפרשת בית יולס, כי חובה על בעל מכרז פרטי לנהוג בשוויון כלפי כל המשתתפים במכרז. חובה זו נגזרת — לשיטתו של השופט ברק — מחובת תום-הלב, המוטלת על צדדים למכרז הן על-פי סעיף 12 הן על-פי סעיף 39 לחוק החוזים הכללי.

אמנם, בדיון הנוסף בפרשה זו קיבלה דעת השופט ברק חיזוק נכבד מאת הנשיא שמגר, אולם חרף זאת הפכה לדעת-מיעוט; ואילו דעת המיעוט בערעור האזרחי — דעת השופט ש' לוי — הפכה לדעת-רוב וזכתה לביטוי מרשים בפסק-דינו של המשנה לנשיא השופט אלון.

השופט אלון מתנגד נמרצות להטלת החובה לנהוג בשוויון במכרז פרטי. בהטלת חובה כזו הוא רואה פטרנליזם שיפוטי לא-מוצדק, חקיקה שיפוטית והגבלה לא-ראויה על חופש החוזים. לדעתו, אין לגזור חובות חדשות מעקרון תום-הלב, באשר הרבר יביא לחוסר יציבות משפטית; ומכל-מקום, אין לראות את חובת תום-הלב כמחייבת את בעל-המכרז הפרטי בהתנהגות שוויונית כלפי המשתתפים במכרז²⁷.

התוצאה הסופית של פרשת בית יולס על שלושת גלגוליה — בבית-המשפט המחוזי, בערעור לבית-המשפט העליון ובדיון הנוסף — היא אפוא, כי אין להטיל על בעל מכרז פרטי את חובת השוויון.

3. תנודת המטוטלת נמשכת — פסק-דין קסטנבאום

דעתי נוטה לדעת הרוב בדיון הנוסף בפרשת בית יולס. אמנם, מושג "תום-הלב" הוא "מושג-שסתום", ואפשר להכניס בגדרו התנהגויות טרום-חוזיות ומצבים חוזיים רבים ושונים, אולם יש להיזהר מהפיכתו ל"מושג-סל", הכולל את כל סוגי ההתנהגויות המבוקרות והמצבים הראויים לגנאי מוסרי או משפטי. החובה לנהוג בזולת בשוויון אינה חובה טבעית, אורגנית, במשפט הפרטי, ובהיעדר עיגון אחר יש — לדעתי — להימנע מהכללתה בגדר חובת תום-הלב. לא זו בלבד שאין זהות בין תום-לב ובין שוויון, אלא שיש פער לוגי במעבר הישיר מחובת תום-הלב החוזית אל חובת השוויון הציבורית²⁸. לא נראה לי אפוא, כי יש מקום להטיל על בעל מכרז פרטי חובה לנהוג בשוויון כלפי המשתתפים במכרז.

27 ד"נ 22/82 בית יולס נ' רביב, לעיל הערה 1, בעמ' 468, 470, 473.

28 השוו לרברי השופט ש' לוי בע"א 207/79 רביב נ' בית יולס, לעיל הערה 15, בעמ' 560: "נדמה לי שקיימת כאן קפיצת דרך לוגית: יכול שיקיים פלוני את חיוביו בתום-לב, אף כי לא נהג בשוויון בין המציעים השונים, כשם שיכול שמי שלא נהג בשוויון לא נהג בתום-לב".

עם זאת, ראייה מפוכחת של המצב המשפטי מחייבת התמודדות עם השקפתו של השופט ברק ועם עוצמתה האינטלקטואלית. תהיה זו טעות, או לפחות ראייה צרה מדי, להתבונן אך אל השורה התחתונה של פסק-הדין בדיון הנוסף בפרשת בית יולס ולהסיק ממנה, כי אין כיום בישראל מערכת נורמטיבית נפרדת למכרזים פרטיים.

אמת, נכון הדבר: החלטת הרוב דוחה את הטלת חובת השוויון על בעל מכרז פרטי, אולם השפעתו הרבה של השופט ברק וכוח השכנוע של פסקי-דינו מחייבים העמקה והתמודדות נמשכת עם החיזות שהוצבו על-ידו.

השופט ברק אף אינו מסתיר את חוסר שביעות-רצונו מדעת הרוב בפרשת בית יולס — דעה שלפיה עקרון תוס-הלב אינו מחייב שוויון. בספרו על פרשנות במשפט הוא מציין, כי "דעת הרוב בטעות יסודה" ומביע תקווה כי תשונה²⁹.

נראה לי, כי פסיקתו המאוחרת של בית-המשפט העליון, שניתנה על רקע חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובעיקר פסק-הדין בפרשת קסטנבאום, מחייבים כיום דיון מחודש בשאלה שכביכול נענתה בשלילה בפרשת בית יולס, היא שאלת קיומו של דין מכרזים פרטיים במשפט הישראלי.

אין זה למותר לציין כאן, כי פסק-הדין של בית-המשפט העליון בפרשת קסטנבאום לא עסק כלל במכרז פרטי ואף לא בהיקף תחולתו של עקרון תוס-הלב. השאלה הצרה שנידונה בפרשה זו היתה שאלת תוקפה של הוראה חוזית בטופס של חברה קדישא, האוסרת על כיתוב לועזי על-גבי מצבה המוקמת לפי טופס כזה.

בית-המשפט העליון, בדעת-הרוב (הנשיא שמגר והשופט ברק) אישר את דעת בית-המשפט המחוזי (הנשיא ורדי וזילר), שלפיה התנאי שהציבה חברה קדישא האוסר הוספת כיתוב לועזי על-גבי המצבה הוא "תנאי מקפח" בחוזה אחיד ולפיכך ניתן לביטול. בכך נסללה דרכו של המשיב לקבל את מבוקשו ולהוסיף על המצבה את שמה של רעייתו המנוחה באותיות לטיניות. אולם שופטי הרוב הוסיפו נימוק נוסף לחיזוק השקפתם ולקבלת תביעת המשיב: אופיה המיוחד, הדרמהוטי, של חברה קדישא, המצדיק החלת נורמות ציבוריות על פעולותיה. בדעת-המיעוט הביע השופט אלון את דעתו, כי ההוראה של חברה קדישא בדבר כיתוב עברי בלעדי על המצבה תקפה לפי דיני החוזים ועומדת בנורמות המשפט הציבורי.

אולם בכך לא נסתיימה המחלוקת בין שופטי בית-המשפט העליון ואף לא מוצו הנימוקים לפסילת התניה הנידונה בחוזה האחיד של חברה קדישא. השופט ברק מציין בפסק-דינו, כי "משפטית ואינטלקטואלית"³⁰ ניתוח הבעיה של הכיתוב על-גבי המצבה,

29 ברק, לעיל הערה 14, בעמ' 694. וכן, ראה א' ברק "פרשנות ספר החוקים (הקודקס) האזרחי: נוסח ישראלי" ספר זיכרון לגד טודסקי — מסות במשפט אזרחי (י' אנגלרד, א' ברק, א"מ ראבילוב, ג' שלו עורכים, תשנ"ו) 115, 162 הערה 242.

30 עניין קסטנבאום, לעיל הערה 11, בעמ' 529.

במסגרת דיני החוזים האחידים ובמסגרת כוחותיה של חברה קדישא בגוף דרמהותי הפועל במשפט הציבורי, אינו שלם. לדעתו, מתחייבת מסקנה זוה — לאמור: פסלות התניה החוזית האוסרת כיתוב לרעוי — אף כאשר מדובר בגוף פרטי, שערך חוזה שאינו אחיד. השופט ברק סובר, כי התניה בעניין ייחודיות הכיתוב העברי בטלה, בהיותה נוגדת את תקנת הציבור, ללא קשר הכרחי למהות הצד העורך את החוזה (גוף ציבורי, דרמהותי או פרטי) או למהות החוזה (אחיד או רגיל). מרכז הכובד של הבעיה — אליבא דברק — הוא תחולתם של עקרונות המשפט הציבורי בתחומי המשפט הפרטי. עקרונות אלה — גורס ברק — מוזרמים אל תוך המשפט הפרטי באמצעות דוקטרינות של המשפט הפרטי, כמו תוס' לב ותקנת הציבור.

בתוך פסק-הדין בפרשת קסטנבאום הנשיא שמגר מסכים מפורשות לדעה זו, ואילו המשנה לנשיא אלוף מתנגד לה נמרצות³¹. מחוץ לפסק-הדין ביסס השופט ברק את השקפתו בדבר תחולת עקרונות המשפט הציבורי במשפט הפרטי, בהרחבה ובעמקות, גם בכתיבתו האקדמית.

4. השפעתה של השקפת ברק על הלכת בית יולס

התיזה העיונית של השופט ברק בדבר תחולתם של עקרונות המשפט הציבורי במשפט הפרטי ("מודל התחולה העקיפה")³² היא רחבה ומרחיקה-לכת יותר מן הדעה שהביע בפרשת בית יולס ואשר לא זכתה לרוב בדיון הנוסף. אם בעניין בית יולס ניסה השופט ברק לקבוע את תחולתו של עקרון השוויון בהליכי מכרז פרטי, הרי בעניין קסטנבאום — כעשור לאחר-מכן — נקבעה על-ידו (ולו גם כאוביטר דיקטום) תחולתם העקרונית פוטנציאלית של כל עקרונות המשפט הציבורי, לרבות עקרון השוויון, במשפט הפרטי, באמצעות מונחי-שסתום, כמו תקנת הציבור שבסעיף 30 לחוק החוזים הכללי, ככלים להזרמת עקרונות המשפט הציבורי אל תוך המשפט הפרטי.

נשאלת השאלה, האם, ובאיזו מידה, פסק-הדין בפרשת קסטנבאום משנה את הלכת הדיון הנוסף בפרשת בית יולס? לשון אחר: האם וכיצד אוצלת השקפת השופט ברק בדבר תחולת ערכי המשפט הציבורי במשפט הפרטי, על דיני המכרזים הפרטיים בישראל.

31 שם, בעמ' 485 (הנשיא שמגר) 514-516 (המשנה לנשיא אלוף). לאחרונה הביע גם השופט זמיר את הסכמתו להשקפת השופט ברק: עניין חבורסה ליהלומים, לעיל הערה 8, בעמ' 204. עם זאת יש לציין, כי השופט זמיר אינו עוסק בפסק-דינו בגופים פרטיים מובהקים, אלא בגופים דרמהותיים, כלומר: גופים של המשפט הפרטי הממלאים תפקידים ציבוריים, כמו חברה קדישא, הסוכנות היהודית ועוד. אפילו לגבי תחולת המשפט הציבורי על גופים כאלה הוא מציין, כי "הנסתר רב מן הנגלה" (בעמ' 207 לפסק-הדין).

32 ראו ברק, לעיל הערה 14.

על-אף ששני פסקי-הדין הנידונים — בית יולס וקסטנבאום — מתבססים על תשתית עובדתית שונה (מודעת מכרז באחד, וכיתוב על מצבה באחר), ברור כי מחלוקת הפוסקים בשניהם לא זו בלבד שנתגלעה בין אותם השופטים, אלא שהיא נוגעת להשקפת-עולם שיפוטית שונה ולתפישה מנוגדת בדבר מקומו של עקרון חופש החוזים אל מול עקרונות וערכים אחרים. שופטי המיעוט בדיון הנוסף בפרשת בית יולס — הלוא הם שופטי הרוב בפרשת קסטנבאום, הלוא הם השופטים שמגר וברק — מצמצמים בפסקי-דינם את תחולת עקרון חופש החוזים באמצעות הרחבת תחום פעולתם של עקרונות אחרים, תום-הלב (בדיון הנוסף בעניין בית יולס) ותקנת-הציבור (בפסקי-דין קסטנבאום). מנגד, שופט הרוב בדיון הנוסף בפרשת בית יולס — הלוא הוא שופט המיעוט בפסקי-הדין בעניין קסטנבאום, הלוא הוא השופט אלון — מדגיש את עקרון חופש החוזים ומתנגד בכל אחד מהמקרים לצמצומו של עיקרון זה באמצעות הוראות-שסתום בדבר תום-לב או תקנת-הציבור³³.

אמנם, בכל אחד מן המקרים הנידונים נוגעת מחלוקת הפוסקים לערכים שונים העומדים לדיון ולאיוון, כמו גם לכלי קיבול ואיוון שונה. אולם השאלה הרחבה והעקרונית בשתי הפרשות היא אחת: האם נכון, כעניין של מדיניות משפטית ומדיניות שיפוטית, לצמצם ולהגביל את עקרון חופש החוזים באמצעות מושגי-שסתום המעוגנים בחקיקה (סעיפי תום-הלב בבית יולס וסעיף תקנת-הציבור בקסטנבאום)?

לכאורה ניתן אפוא לומר, כי פסקי-דינו של השופט ברק בפרשת קסטנבאום, הקובע הלכה למעשה את תחולתם של עקרונות המשפט הציבורי במשפט הפרטי, עשוי לשמש בסיס להחלת עקרון השוויון במשפט הפרטי בכלל, ובמכרזים פרטיים בפרט. אם כך הוא, שינה פסקי-הדין בפרשת קסטנבאום את הלכת בית יולס, ודעת-המיעוט בדיון הנוסף בעניין בית יולס הפכה לדעה המובילה.

אמרתי "לכאורה", באשר ספק כעיני אם ההלכה המחילה את עקרונות המשפט הציבורי, ועקרון השוויון ביניהם, במשפט הפרטי באמצעות הוראות-שסתום, כמו תום-לב ותקנת-הציבור, אכן משנה את תוצאת הדיון הנוסף בפרשת בית יולס. ספק זה מעוגן בכמה טיעונים, שנפרש להלן.

33 לעימות נוסף בין עקרון חופש החוזים ובין עקרון תום-הלב, אם כי בהקשר שונה, ראו ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ, פ"ד מט(2) 265.

5. קשיי החלה וביקורת

(א) סוגי שוויון

השוויון הוא ערך מרכזי במשפט הישראלי³⁴. השוויון בין בני-אדם הוא מעקרונות היסוד של משטרנו החוקתי³⁵. בעבר הוכר איסור ההפליה ושוויון הכול לפני החוק כזכות-יסוד הנובעת במישורין מאופיה הדמוקרטי של מדינת ישראל³⁶. כיום, עם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ועל-אף שעקרון השוויון אינו נזכר בחוק זה במפורש, ישנם הרואים את הזכות לשוויון כנגזרת מכבוד האדם ומעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו³⁷. ייתכן אפוא, כי עקרון השוויון הועלה למדרגה של זכות חוקתית, על-חוקית, שהפגיעה בה כפופה להגבלות שבחוק-היסוד. מכל-מקום ברור, כי את עקרון השוויון יש לאזן אל מול זכויות אדם אחרות³⁸.

עמדתו של השופט ברק בפרשת בית יולט, הגורסת כי חובתו של כעל מכרז פרטי לנהוג בשוויון כלפי המשתתפים במכרז, תואמת את השקפותיו בדבר תחולת ערכי היסוד של המשפט הציבורי, וביניהם עקרון השוויון, במשפט הפרטי, ובדבר עיגונו של עקרון השוויון בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

34 ראו לאחרונה בג"צ 726/94 כלל נ' שר האוצר, פ"ד מח(5) 441, 460-461.

35 דברי השופט שטרסברג-כהן בע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני, פ"ד מט(1) 485, 501.

36 ראו דברי השופט לגרודי בבג"צ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693, 698, שלפיהם שוויון הכול לפני החוק הוא "נשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו — כולו", כפי שהובאו לאחרונה על-ידי

השופט ברק בבג"צ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מט(1) 661, 683.

37 ראו י' קרפ "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו — ביוגרפיה של מאבקי כוח" משפט וממשל א (תשנ"ג)

352, 323; ברק, לעיל הערה 14, בעמ' 423-425. ובפסיקה: דברי השופט אור בבג"צ 5394/92 הופרט

נ' יד ושם, פ"ד מח(3) 353; דברי השופט ברק בבג"צ 721/94 אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ'

דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749, 761-759; דברי השופט מצא בבג"צ 453/94 שדולת הנשים נ' ממשלת

ישראל, פ"ד מח(5) 501, 526. לגישה צרה יותר, שלפיה חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מגן מפני

פגיעה בשוויון רק כאשר הפגיעה גורמת להשפלה, כלומר: לפגיעה בכבוד האדם כאשר הוא אדם, ראו

עמדת השופט דורנר בבג"צ 4541/94 אליס מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 133. לעמדה

מנוגדת, שלפיה לא נכלל עקרון השוויון בגדר חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ראו ה' סומר "הזכויות

הבלתי-מגויות — על היקפה של המהפכה החוקתית" משפטים כח (תשנ"ז) 257, 303-274; ובפסיקה: דברי השופט זמיר בבג"צ 454/94 שדולת הנשים נ' ממשלת ישראל, הנ"ל בעמ' 535-536.

38 ברק, לעיל הערה 14, בעמ' 425-426.

עניין לנו כאן בשלוש תיזות משפטיות קונטרוברסאליות, שלובות זו בזו ונובעות זו מזו — כולן מבית-מדרשו הפורה והיוצר של השופט ברק, והן:

- (א) ערכי-היסוד של המשפט הציבורי חלים במשפט הפרטי.
- (ב) עקרון השוויון הוא ערך-יסוד של המשפט הציבורי.
- (ג) בעל מכרז פרטי חייב לנהוג בשוויון כלפי המשתתפים במכרז.

בין שלוש התיזות הנזכרות ישנם קשרים של זיקה ונביעה הדדית וכולן חשופות לביקורת. עם זאת, אתרכז כאן אך בתיזה השלישית הקשורה הדוקות לנושא המאמר — הלוא הוא תחום המכרזים הפרטיים.

את השקפת השופט ברק, שלפיה ניתן להפיק מסעיף 12 לחוק החוזים את חובת בעל-מכרז לנהוג בשוויון כלפי המשתתפים במכרז, אפשר — לדעתי — לבחון גם במנותק משתי התיזות האחרות. גם אם נקבל את התיזה שלפיה מחלחלים ערכי-היסוד של המשפט הציבורי, וביניהם עקרון השוויון, אל תוך המשפט הפרטי; וגם אם נניח כי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אכן כולל תחת כנפיו את עקרון השוויון, אי-אפשר, לדעתי, להפיק מסעיף 12 לחוק החוזים את חובתו של בעל מכרז פרטי לנהוג בשוויון כלפי המשתתפים במכרז. דעתי זו נובעת מהבחנה, שאעשה עתה, בין סוגי שוויון. אני סבורה, כי "השוויון המכרזי" הנידון בפרשת בית יולס אינו זהה ל"שוויון החוקתי", המשמש זכות-יסוד במשפטנו; וגם לא ל"שוויון המנהלי" המחייב כל רשות ציבורית בישראל.

השוויון הנידון בפרשת בית יולס — "השוויון המכרזי" — הוא מיסודות המכרז. עקרון השוויון נחשב מאז ומתמיד לעקרון-יסוד בדין המכרזים. תחרות הוגנת היא בסיסו של המכרז, ותחרות זו מחייבת שוויון³⁹. אכן, השוויון הוא "נשמת אפו של המכרז"⁴⁰ ובלעדיו המכרז אינו מכרז. שוויון זה משמעו יחס וטיפול שוויוני שעל בעל-המכרז להעניק לכל המשתתפים במכרז ואפשר לכנותו "כללי-משחק הוגנים". לעומת זאת, "השוויון החוקתי" משמעו מניעת אפליה על רקע דת, גזע או מין. לפיכך האפליה שמדובר בה ושמוניעתה מגשימה את ערך השוויון, היא אפליה קבוצתית ולא העדפה אקראית של גורמים פרטיים⁴¹.

39 ראו בג"צ 278/67 לוסטיג נ' דוביצקי, פ"ד כב(1) 10, 12.

40 דברי השופט לנדוי בבג"צ 47/68 שרמן נ' שר העבודה, פ"ד כב(1) 496, 499.

41 השו"פ רדאי "הפרטת זכויות האדם" והשימוש לרעה בכוח" משפטים כג (תשנ"ד) 21, 34. במאמר מעניין וחשוב זה מציבה פרופ' רדאי כנגד המודל של השופט ברק בפרשת קסטנבאום מודל של צדק מהותי-קבוצתי, שלפיו מיישמים את זכויות האדם בתחום הפרטי כדי למנוע שימוש-לרעה של כוח סוציו-כלכלי במצבים של אי-שוויון ממוסד.

השוויון החוקתי מיועד אפוא למנוע אפליה קבוצתית או מעמדית, בעוד שהשוויון המכרזי מיועד למנוע אפליה פרסונלית מקרית של מי שבנקודת-זמן ידועה ובסיטואציה מסוימת מגיש הצעה למכרז.

סוג שוויון נוסף – "השוויון המנהלי" – נטוע אף הוא, כמו השוויון החוקתי, בקרקע המשפט הציבורי. השוויון המנהלי מחייב כל רשות ציבורית לנהוג בהגינות וביושר ואוסר עליה לפעול מתוך שרירות, אפליה, משוא-פנים או חוסר-סבירות⁴². השוויון המנהלי הוא אפוא חלק מחובותיה של רשות ציבורית כנאמן של אזרחי המדינה ובכך הוא שונה מן השוויון המכרזי אשר – אליבא דשופט ברק⁴³ – נובע מעצם מהות המכרז ואינהרגטי לו.

בפנינו אפוא שלושה סוגים שונים של שוויון אשר יש להבחין ביניהם הבחן היטב. השוויון החוקתי עניינו מניעת אפליה קבוצתית; השוויון המנהלי עניינו חובות הרשות הציבורית כלפי האזרח; והשוויון המכרזי עניינו כללי-משחק הוגנים.

כאשר בעל-מכרז פרטי אינו נוהג אמות-מידה שוות ביחסו כלפי המשתתפים במכרז, אין הוא פועל באפליה קבוצתית-מעמדית. פעולתו הלא-שוויונית היא כלפי כל המשתתפים במכרז (האחד מועדף לטובה, השאר מופלים לדעה), אשר אינם זוכים ליחס השווה שהם זכאים לו מכוח עקרון התחרות השווה המונח ביסוד דיני המכרזים. אולם אין בכך פגיעה בשוויון החוקתי. לשון אחר: בעל-המכרז אינו מפלה את משתתפי המכרז – לטובה או לדעה – בשל דתם, מעמדם, צבע עורם, גזעם או מינם. האפליה בהקשר המכרזי היא אקראית, מקרית ומעוגנת בנסיבות העובדתיות הקונקרטיות של המכרז המסוים ומשתתפיו האינדיבידואלים. הוא-הדין גם לגבי השוויון המנהלי. בעל-מכרז פרטי המפלה בין המשתתפים במכרז אינו פוגע בשוויון המנהלי, המוטל על רשויות ציבוריות מכוח מעמדם המיוחד כנאמן של אזרחי המדינה. לפיכך, אפילו לפי הדעה הגורסת את תחולת ערכי המשפט הציבורי – ושוויון בקרבם – במשפט הפרטי, אין תחולה מיידית וברורה לדיני המכרזים הציבוריים במשפט הפרטי. עקרון השוויון שריגנים אלה מבטאים אינו שוויון ציבורי, חוקתי או מנהלי, כמוכנו הרגיל, אלא שוויון מכרזי, חלק מכללי המשחק ההוגנים החלים במסגרת המכרז.

42 ראו, למשל, דברי השופט נתניהו בבג"צ 720/82 אליצור נ' עיריית נהריה, פ"ד לו (3) 17, 20.

43 ראו דברי השופט ברק בד"נ 22/82 בית יולס נ' רביב, לעיל הערה 1, בעמ' 481: "אכן, תגיה משתמעת, לפיה המכרז יתנהל בשוויון, מתבקשת מעצם מהותו של המכרז". לעומת זאת, ראו דברי השופט אלון באותו עניין, בעמ' 477: "הסיבה והנימוק לכך שבמכרז ציבורי קיימת חובה שלא להפלות אינם משום שמדובר במכרז אלא משום שהוא ציבורי" (ההדגשות כמקור).

(ב) צינור ההזרמה הנאות

"הוראת ההזרמה" שהופעלה בפרשת קסטנבאום כצינור להעברת עקרונות-היסוד של המשפט, בכלל, וזכויות האדם הבסיסיות, בפרט, אל המשפט הפרטי, היא הוראת סעיף 30 לחוק החוזים הכללי, הקובעת בין השאר פסלותו ובטלותו של חוזה הנוגד את תקנת-הציבור. עם זאת יש לציין כי פרשת קסטנבאום אינה אלא הדגמה לתיאוריה הרחבה של פרופ' ברק בדבר תחולתם של חוקי-היסוד במשפט הפרטי. על-פי תיאוריה זאת, חלות זכויות האדם במשפט הפרטי, ולא רק במשפט הציבורי. תחולתן של זכויות האדם במשפט הפרטי מושגת — אליבא דברק — באמצעות מונחי-שסתום כמו "תקנת-הציבור", "תום-לב", "רשלנות". מונחים אלה משקפים את ערכי-היסוד של שיטת המשפט בישראל, ובאמצעותם מוזרמות זכויות-היסוד החוקתיות אל תוך המשפט הפרטי.

ואכן, בפרשת קסטנבאום נעשה שימוש בסעיף 30 לחוק החוזים ובמושג "תקנת-הציבור" אשר בו כדי להזרים אל תוך המשפט הפרטי את זכויות-היסוד. זכות-היסוד שדובר בה באותה פרשה היא כבוד האדם. לדעת השופט ברק, התניה בדבר ייתור הכיתוב העברי על-גבי המצבה נוגדת את כבוד האדם — הן כבודו של האדם בחייו הן כבודם של בני-משפחתו לאחר מותו. בפסק-דין קסטנבאום יובא הערך של "כבוד האדם" אל דיני החוזים, און אל מול חופש החוזים וגבר עליו. אולם פעילות האיזון שנעשתה בנסיבות קסטנבאום אינה שקולה כנגד החלת עקרון השוויון במכרז פרטי באמצעות סעיף 30. כזכור, נסבה פרשת בית יולס על השאלה אם סעיף 12 לחוק החוזים, התובע תום-לב במשא-ומתן, כולל את עקרון השוויון אולם סעיף 30, אשר פוסל מעיקרא חוזה הנוגד את תקנת-הציבור, אינו חל על הליכי משא-ומתן, אלא על חוזה שכבר נכרת, וקשה — אם לא בלתי-אפשרי — להחילו על מכרז, שהוא חלק מן ההליך הטרנס-חוזי ומשמש אך שלב בדרך לכריתת החוזה. ייתכן כי אפשר להתגבר על קושי זה ולהחיל את סעיף 30, ולפיכך גם את הלכת קסטנבאום, על הליכי מכרז פרטי, אם נאמר כי סעיף 30, הקובע בטלותו של חוזה אשר "כריתתו, תוכנו או מטרתו" סותרים את תקנת-הציבור, חל גם על הליכי הכריתה, דהיינו: על ההליך הטרנס-חוזי. בדרך זו ניתן לראות את הלכת קסטנבאום כמשנה את תוצאת הדיון הנוסף בפרשת בית יולס.

דרך נוספת מצויה בהחלתה של הלכת קסטנבאום על הקונסטרוקציה החוזית שהשופט ברק מציג בפרשת בית יולס. לפי קונסטרוקציה זו, הליך המכרז טומן בחובו התקשרויות חוזיות בין משתתפי המכרז לכין עצמם, ובין משתתפי המכרז ובעל-המכרז. התקשרויות חוזיות אלה יכולות להיות מפורשות ויכולות להשתמע מעצם הליכי המכרז. הן יוצרות חוזים נספחים, אשר תוכנם הוא ההשתתפות במכרז לפי תנאיו המקוריים. על

חוזים אלה חלה הוראת תוס' הלב שבסעיף 39, כלומר: יש לקיים בדרך מקובלת ובתום לב, והפרתם מזכה את הצד הנפגע בכל התרופות החוזיות⁴⁴.

(ג) מכרז ומשא-ומתן — תרתי דסתרי

כלל-יסודי בדיני המכרזים הציבוריים אוסר על ניהול משא-ומתן במסגרת הליכי המכרז: "מקבלים הצעה או דוחים אותה, כמות שהיא, אך אין מנהלים משא ומתן"⁴⁵. איסור זה נובע מעקרון-היסוד, שלפיו חייב מכרז להתנהל בתנאי אמון ותחרות הוגנת בין המציעים. הפסיקה אף מבהירה, כי משא-ומתן בהקשר זה "אין פירושו רק דין ודברים ארוכים ומייגעים, אלא משמעותו כל החלפת דעות בין מוציא המכרז ובין אחד המשתתפים אשר בעקבותיה בא שינוי בהצעה"⁴⁶. עם זאת, האיסור אינו גורף. בנסיבות מסוימות ובמגזרים ידועים של דיני המכרזים הציבוריים מוכרת האפשרות של משא-ומתן במסגרת הליכי המכרז. למשל: כאשר אפשרות זו נקבעה מראש במסמכי המכרז⁴⁷. גם חוק חובת המכרזים, תשנ"ב-1992, והתקנות לפיו, מאפשרים משא-ומתן עם מציעים במכרז⁴⁸. הפסיקה אף הכירה באפשרות של משא-ומתן עם הזוכה להורדת המחיר⁴⁹. ברור, כי בכל מקרה האפשרות לניהול משא-ומתן במסגרת הליכי המכרז כפופה לתובת הרשות הציבורית לנהל את המשא-ומתן בשוויון, ביושר ובהגינות⁵⁰.

אפשר לומר, כי עקרונית מכרז הוא היפוכו של משא-ומתן חופשי. בהליך המכרז אין מקום לדיונים, לגישושים, להצעות ולהצעות נגדיות. המכרז הוא המקור הראשון, והאחרון, לחוזה שיבוא בעקבותיו. בניגוד להליכי משא-ומתן רגילים, שבהם ישנה

44 ראו והשוו ע"א 700/89 חברת החשמל נ' מליבו, לעיל הערה 10, בעמ' 687-689, שם מסיק השופט חשין קיומו של חוזה נספח בין חברת-החשמל, בעלת-המכרז, ובין חברה שניגשה למכרז, אך לא זכתה בו. בחוזה נספח זה מוצא השופט חשין מקור, אחד מארבעה, לזכותה של החברה, שלא זכתה במכרז כלפי חברת-החשמל, לקבלת פיצויי קיום בשל כך שחוזה המכרז נמנע ממנה שלא כדין.

45 בג"צ 316/63 גזית רשחם נ' רשות הנמלים, פ"ד יח 172, 181 (השופט זוסמן); ולאחרונה ע"א 700/89 חברת החשמל נ' מליבו, לעיל הערה 10, בעמ' 681 (השופט חשין).

46 בג"צ 688/81 מיגדה נ' שר הבריאות, פ"ד לו(4) 85, 94 (השופט ברק).

47 ראו לאחרונה סקירה מקיפה של הפסיקה ודין ממצה בנושא על-ידי השופט שטרסברג-כהן בע"א 6585/96 מ.ב.ע.ר. נ' עיריית נשר, לעיל הערה 6. ולביקורת פסק הדין: ש' הרציג "משא ומתן במכרזי רשויות מקומיות" משפט וממשל ד (תשנ"ז) 285. וראה לאחרונה: תקנות העיריות (מכרזים) (תיקון), תשנ"ז-1997, ק"ת 655, האוסרות על ניהול משא ומתן עם משתתפים במכרזים שעורכות עיריות, בטרם נקבע הזוכה במכרז.

48 ראו סעיף 4(א)(3) לחוק חובת המכרזים, תשנ"ב-1992; ותקנה 7 לתקנות חובת המכרזים, תשנ"ג-1993, ק"ת 826.

49 בג"צ 118/83 אינוסט אימפקט נ' המנהל הכללי של משרד הבריאות, לעיל הערה 2, בעמ' 737.

50 ראו דברי השופט חשין בע"א 700/89 חברת החשמל נ' מליבו, לעיל הערה 10, בעמ' 682.

דינמיות ומתרחשים שינויים, מהפכים ותמורות, המכרו הוא הליך נוקשה שכבר עם הוצאתו אפשר לדעת בדיוק מה דמות תהיה לחוזה שייוצר בסוף הדרך. גם אם המכרז מהווה חלק מן ההליך הטרנס-חוזי, תיאורו כחלק מן המשא-ומתן הוא מוקשה. אפשר כמובן לומר, כי חרף לשונו ("במשא-ומתן לקראת כריתתו של חוזה חייב אדם לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב"), חל סעיף 12(א) על השלב הטרנס-חוזי בכללותו, גם אם שלב זה אינו כולל דווקא משא-ומתן. כך, למשל, הוחל סעיף 12 על השלב הטרנס-חוזי של עריכת חוזים אחדים, שבהם נעדר משא-ומתן אמיתי⁵¹. עם זאת, הקושי ביישובו של הליך המכרז עם הליכי משא-ומתן במשמעותם המסחרית הרגילה מקשה על עיכול השקפתו של השופט ברק בפרשת בית יולס, שלפיה סעיף 12 משמש מקור ובסיס להחלת עקרון השוויון במכרזים פרטיים (הקונסטרוקציה הטרנס-חוזית). סעיף 12 מניח בתשתיתו העיונית משא-ומתן חופשי ומורה על התנהגות תמת-לב במסגרתו. קשה ליישם ציווי כזה על מצב שבו אין משא-ומתן חופשי, אלא היפוכו — מסגרת נוקשה ומגבילה של הליך המכרז.

(ד) "דואליות הנורמטיבית"?

בהקדמה למאמר זה תיארנו את תורת הדואליות הנורמטיבית ואת תורת התחולה העקיפה של עקרונות המשפט הציבורי במשפט הפרטי והצבענו על היחס והקשר בין התורות.

כזכור, עברה תורת הדואליות הנורמטיבית שלבים מספר: מתחולתה על גופים ציבוריים הפועלים במשפט הפרטי, עבור לחברות ממשלתיות וכלה בגופים דר-מהותיים. דומה, כי את פסק-דינו של השופט ברק בפרשת קסטנבאום, ככל שהוא מתייחס (אם גם באמרת-אגב) לפעילות פרטית בשדה המשפט הפרטי, אפשר לתאר לא רק כתיזה משפטית בדבר תחולתם של עקרונות המשפט הציבורי בתחום המשפט הפרטי, אלא גם כשלב אחרון, אולטימטיבי, בהתפתחותה של תורת הדואליות הנורמטיבית — החלת שתי מערכות-דינים גם על פעילות פרטית של גוף פרטי. עד לפרשת קסטנבאום, ולמעשה גם בפסק-דין קסטנבאום עצמו, הופעלה הדואליות הנורמטיבית על גופים דר-מהותיים. מפרשה זו ואילך ניתן להסיק כי תורת הדואליות הנורמטיבית חלה גם על גופים פרטיים מובהקים. אמנם, במבט רטרוספקטיבי ניתן לראות התפתחות זאת — כפי שמתארה השופט זמיר בפרשת הבורסה ליהלומים⁵² — כהתפתחות אבולוציונית-הדרגתית. אולם לדעתי בפנינו התפתחות

51 ראו ספרי דיני חוזים (מהדורה שנייה, תשנ"ה) 615-616; א' זמיר פירוש והשלמה של חוזים (תשנ"ו) 48, הערה 101: עצם הכללת תניות בלתי-סבירות בחוזה היא חוסר תוס-לב במשא-ומתן או בכריתה.

52 עניין הבורסה ליהלומים, לעיל הערה 8, בעמ' 207.

רבולוציונית-מהפכנית: לא הרי החלת נורמות וכללים של המשפט הפרטי על רשות ציבורית, הפועלת במישור האזרחי, כהחלת נורמות וכללים של המשפט הציבורי על גוף פרטי הפועל במישור האזרחי; לא הרי החלת נורמות וכללים של המשפט הציבורי על רשות פרטית, הפועלת במישור הציבורי וממלאה תפקידים ציבוריים, כהרי החלת נורמות וכללים של המשפט הציבורי על גוף פרטי, הפועל במישור האזרחי המובהק.

דומה כי בפסיקה ובספרות טרם נעשתה התמודדות של ממש עם השקפתו העיונית של השופט ברק, כפי יישומה בפסק-דין קסטנבאום, בדבר החלת ערכי-המשפט הציבורי וזכויות-היסוד במשפט הפרטי⁵³. כותבים אקדמיים ושופטים נוטים להתייחס לפסק-דין של השופט ברק בעניין קסטנבאום כסב על דואליות נורמטיבית לגבי גוף דו-מהותי⁵⁴. עם זאת, נכון לומר — כפי שציין השופט זמיר לגבי החלת הדואליות הנורמטיבית על גופים דו-מהותיים — כי "הכיוון ברור אך הנתיב טרם סומן. הנסתר רב מן הנגלה"⁵⁵. ואם כך הוא לגבי גופים דו-מהותיים הממלאים תפקידים ציבוריים או בעלי גוון ציבורי, מקל-וחומר שטרם הובהרו די צורכן השאלות הקשורות בדואליות נורמטיבית לגבי גופים פרטיים מובהקים. עם זאת, ארהיב עוז ואומר כי בעיני חשיבותו, עניינו וכובד-משקלו של פסק-דין של השופט ברק בפרשת קסטנבאום הם דווקא באמרת-האגב שבו, הנסבה על תחולתם של עקרונות המשפט הציבורי על גוף פרטי הפועל במישור הפרטי, ולא דווקא, ולא רק, בדואליות נורמטיבית לגבי גופים דו-מהותיים (כמו חברה קדישא, שפעולותיה וחזיה נידונו בפרשת קסטנבאום).

השקפת השופט ברק, שלפיה עקרונות-היסוד של המשפט הציבורי בכלל, וזכויות האדם בפרט, חלים גם במשפט הפרטי וגם לגבי גופים פרטיים מובהקים, אינה נקייה מספקות. ראש וראשון להם — ניסוחם של חוקי-היסוד, המעגנים את זכויות-היסוד. על-פי הוראותיהם המפורשות של חוקים אלה (סעיף 5 לחוק יסוד: חופש העיסוק, וסעיף 11 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו), נועדו זכויות אלה להגן על האזרח מפני רשויות השלטון⁵⁶. לפיכך אין ספק, שזכויות אלה חלות לא רק כאשר רשויות-השלטון פועלות

53 החיזה העיונית של השופט ברק, שלפיה זכויות-היסוד החוקתיות חלות גם בין פרטים בתחום המשפט הפרטי באמצעות עקרונות כמו חוס-לב ותקנת-הציבור, הזכרה תוך הסכמה על-ידי השופט מצא בע"א 453/94 שדולת נשים נ' ממשלת ישראל, לעיל הערה 37, בעמ' 526; ועל-ידי השופט ר' לזין בע"א 232/92 "אגד" נ' משיח, פ"ד מח(2) 66, 71.

54 ברק-ארוז, לעיל הערה 9, בעמ' 292; א' בנבנישתי "תחולת המשפט המינהלי על גופים פרטיים" משפט וממשל ב (תשנ"ד) 11, 17; דברי השופט זמיר בעניין הבורסה ליהלומים, לעיל הערה 8, בעמ' 205, 207.

55 עניין הבורסה ליהלומים, לעיל הערה 8, בעמ' 207.

56 סעיף 5 לחוק יסוד: חופש העיסוק, ס"ח תשנ"ד 90, קובע לאמור: "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את חופש העיסוק של כל אזרח או תושב". סעיף 11 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 150, קובע לאמור: "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה".

בתחום הציבורי, אלא גם כאשר הן פועלות בתחום האזרחי-פרטי. הן חלות גם כאשר הפעולה היא של גוף הקרוב במהותו לרשות מנהלית מחמת התפקידים שהוא מבצע (גוף דו-מהותי). אולם האם אפשר לומר, שזכויות האדם חלות גם ביחסים בין פרטים, במישור הפרטי המובהק?

בניגוד לתחולתן של זכויות-היסוד במשפט הציבורי, שבו זכויות אלה הן כלפי השלטון, ומערך הזכויות הכללי-חברתי אך גדל כתוצאה מהענקתן, הרי במשפט הפרטי תחולתן של זכויות-היסוד יוצרת גם, ובמקביל, חובות אדם חוקתיות המוטלות על אדם אחד כלפי משנהו.

השקפתו של השופט ברק מגבילה אפוא את האוטונומיה של הפרט ומשנה את הדין המהותי בתחומי המשפט הפרטי, על-ידי הרחבת התחום הקוגנטי, שאינו ניתן להתנאה, ועל-ידי הטלת חובות פוטנציאליות נוספות על פרטים וגופים מאוגדים הפועלים במישור הפרטי המובהק.

יש אפוא הבדל, הן מבחינת התחולה עצמה הן מבחינת עוצמת התחולה, בין החלת המשפט הציבורי על גופים פרטיים מובהקים ובין החלתו על רשויות ציבוריות ועל גופים אחרים, בעלי תפקידים ציבוריים, הפועלים במישור המשפט הפרטי.

אציג עתה את השקפתי בעניין התחולה של עקרונות המשפט הציבורי במשפט הפרטי בפשטות ובבהירות: לדעתי, אין מקום, ואף אין צורך, להחיל את המשפט הציבורי בכלל ואת זכויות-היסוד בפרט, בתחום הפרטי המובהק. אדם פרטי או גוף פרטי, הפועלים במישור האזרחי-מסחרי, אינם צריכים להיות כפופים לזכויות-היסוד החוקתיות של פרטים אחרים. עקרון חופש החוזים מתיר להם להפלות, להתנות על חופש העיסוק ולהתנהג כאוות רוחם ורצונם הן במישור הטרנס-חוזי הן במישור החוזי, כמובן כל עוד הם פועלים במסגרת החוק ובתום-לב.

בפרשת הבורסה ליהלומים אומר השופט זמיר את הדברים היפים הבאים:

... צריך להישמר שלא יוטלו על גוף דו-מהותי, שהוא ביסודו גוף פרטי, ככלים של המשפט הציבורי שיכבידו עליו ללא הצדקה לפעול באופן יעיל למילוי תפקידיו והשגת מטרותיו. התווית הדרך לתחולת המשפט הציבורי על גופים דו-מהותיים היא עדינה וקשה, אפשר לומר אפילו מסוכנת, שכן היא מאיימת על האוטונומיה של הפרט. מן הראוי להתקדם בדרך זאת בזהירות ממקרה למקרה, וכך להגיע בהדרגה מן הפרט אל הכלל⁵⁷.

57 עניין הבורסה ליהלומים, לעיל הערה 8, בעמ' 208.

אכן, דברים כדרכנות. מידת הזהירות, הצורך בפיתוח הדרגתי ומתן כבוד לאוטונומיה של הפרט חלים, ומקל-וחומר, כשמדובר בגופים פרטיים מובהקים. לדעתי, אין הצדקה להחיל את המשפט הציבורי בכלל, ואף לא את זכויות-היסוד בפרט, בתחום הפרטי המובהק⁵⁸. תחולה כזו פוגעת בחופש החוזים, באוטונומיה של הפרט ובדינמיות המסחרית.

6. דין מכרזים פרטיים

פסק-דינו של בית-המשפט העליון בדיון הנוסף בפרשת בית יולס — אשר בו גברה הדעה המצדדת בחופש החוזים והדוחה את החלת עקרון השוויון במכרזים פרטיים — לא היה סוף פסוק. חרף קשיי החלה וביקורת, השקפתו של השופט ברק, שלפיה קיים במשפטנו "דין מכרזים פרטיים", ניתנת כיום לביסוס עיוני ולהחלה מעשית. השקפה זו, שאת שורשיה העיוניים ניתן למצוא כבר בפסקי-הדין של השופט ברק בפרשת בית יולס, זכתה לתמיכה בפסיקה מאוחרת ובספרות, ויש להניח כי עטרתה תחזור ליושנה בהזדמנות קרובה.

דעתי-שלי שונה. אני סבורה, כי בתחום המשפטי האזרחי-פרטי אין להחיל את דיני המכרזים הציבוריים. דינים אלה מושתתים על שני אדנים: האדן הציבורי והאדן הכלכלי. על-פי האדן הציבורי, חייבת רשות ציבורית לנהל את פעולותיה בשוויון, בהגינות ובסבירות. על-פי האדן הכלכלי, חייבת רשות ציבורית להשקיע את משאביה — הלוא הם משאבי הציבור שהופקדו בידיה בנאמנות — בתבונה, ביעילות ובחסכנות⁵⁹. אך מה לשיקולים — ציבוריים וכלכליים — אלה ולמשפט הפרטי? הפרט, או הגוף הפרטי, אינם מחויבים לנהוג בסבירות, אף לא בשוויון, שכן אין הם עושים למען הציבור, אלא למען עצמם. כמו-כן אין הם מחויבים לנהוג בשקדנות ובחסכנות או לשקול שיקולים כלכליים נכונים. ושוב — הטעם הוא שהם עושים בשלהם, בכספם וברכושם-שלהם. מותר לו לפרט, לגוף המסחרי הפרטי, לשקול שיקולים טיפשיים, לא-סבירים ולא-כלכליים. מותר לו להסתכן כדי להרוויח, אך בסופו של דבר להפסיד. מי חכם וידע מראש מהו שיקול כלכלי נאות ומהו שיקול כלכלי גלוי? אמת, נכון הדבר: ניתן לדעת בדיעבד, כחכם לאחר מעשה, אם משא-ומתן מסוים נוהל בתבונה ואם תוזה מסוים כלל תניות נבונות, סבירות ומוצלחות. אולם האין בקביעות כאלה משום

58 השוו לעמדתה של ד' ברק-ארו, שלפיה אין הצדקה להחיל את דיני המכרזים הציבוריים על גופים פרטיים שפעולתם בעלת אופי ציבורי: ד' ברק-ארו "תאגידים ציבוריים" עיוני משפט יט (תשנ"ה) 307, 273.

59 ראו והשוו דברי השופט שטרסברג-כהן בעמ' 213 לפסק-דינה בע"א 6585/96 מ.ג.ע.ר. נ' נשר, לעיל הערה 6.

התערבות מיותרת בשיקולים עסקיים של הפרט, כמו גם בתהליך קבלת החלטות על-ידיו?

לדעתי יש אפוא לעצור את מודל הדואליות הנורמטיבית על ספו של המשפט האזרחי. מכאן גם שאין להחיל במשפט הפרטי את דיני המכרזים הציבוריים המושתתים על עקרון השוויון. דינים אלה נולדו במשפט הציבורי ומגשימים ערכים של משפט זה. עקרונות המכרזים נגזרים מחובות הגופים שעליהם הם חלים, והם זרים לרוח דיני החוזים ולרוח המשא-ומתן החופשי.

התערבות שיפוטית במכרזים פרטיים, באמצעות מונחי-שסתום כמו תום-לב במשא-ומתן, תגרום לחוסר-בהירות ותפגע באינטרס ההסתמכות וביכולת התכנון של צדדים למשא-ומתן מסחרי.

דיני המכרזים הציבוריים צמחו במשפט הציבורי⁶⁰ ונובעים ממעמד הציבורי של הגופים העורכים מכרזים, מסוג השירות הניתן על-ידם לציבור, מהמיומן הציבורי של פעולות הגופים הציבוריים ומהנורמות שיש להחיל על פעולותיהם של גופים אלה. כל אלה שיקולים שאינם קיימים במשפט הפרטי ושוללים התערבות שיפוטית, באמצעות נורמות מיובאות מן המשפט הציבורי, בתחום המכרזים הפרטיים.

7. היקף התחולה של דין המכרזים הפרטיים

(א) העיקרון

ראייה מפוכחת של המצב המשפטי ושל עוצמת השפעתו האינטלקטואלית של פרופ' ברק מאפשרת, אולי אפילו מחייבת, התקדמות בהנחה כי אכן קיים — ולמצער יהיה קיים בעתיד — במשפטנו דין מכרזים פרטיים, דין שיחייב גם גופים פרטיים העורכים מכרזים בנורמות דומות לאלו החלות על גופים ציבוריים, ולפחות בערכי-היסוד של המשפט הציבורי וביניהם עקרון השוויון. נגסה עתה לברר תוכנו של דין זה.

אף אם נקבל את ההשקפה העקרונית של השופט ברק, שלפיה חלים גם במשפט הפרטי עקרונות-היסוד של המשפט הציבורי בכלל, וזכויות-היסוד של האדם בפרט⁶¹, אין ספק כי תחולה זו אינה כוללת תחומי המשפט הפרטי ולגבי כל הפעילויות שבמסגרתן. מדובר בתחולה מורכבת, מעודנת, המתחשבת באופיו של הגוף הפועל, במהות תפקידו ובסוג הפעילות הנדונה. השופט ברק עצמו מודה, כי בהעברתם של

60 השוו לדברי השופט חשין בע"א 6926/93 מספנות ישראל ג' חברת החשמל, לעיל הערה 3, בעמ' 769: "גדילתו וצמיחתו (של המכרז) בדין הארץ היו בתחומי המשפט הציבורי דווקא".

61 כביטוי המוצלח של השופט ברק: "שיטת המשפט אינה קונפדרציה של תחומי משפט. היא מהווה אחדות של שיטה ומשפט" (עניין קסטנבאום, לעיל הערה 11, בעמ' 530).

עקרונות המשפט הציבורי אל תחומי המשפט הפרטי חלה בעקרונות אלה תמורה⁶², ובתחום הפרטי המובהק יש משקל-יתר לחופש ההתקשרות⁶³.

קיים אפוא הבדל, הן מבחינת התחולה עצמה הן מבחינת עוצמת התחולה, בין החלת המשפט הציבורי על גופים פרטיים מובהקים ובין החלתו על רשויות ציבוריות ועל גופים אחרים, בעלי תפקידים ציבוריים הפועלים במישור המשפט הפרטי⁶⁴. ההיקף והעוצמה של כללי המשפט הציבורי שיחולו על גוף פרטי מסוים יהיו רחוקים מאלה החלים על רשות מנהלית ככל שאותו גוף פרטי יהיה רחוק יותר במהותו מרשות מנהלית⁶⁵.

ברור אפוא, כי תחולתם של דיני המכרזים הציבוריים על מכרזים פרטיים אין משמעותה תחולה מלאה של דינים אלה, על עקרונותיהם וכלליהם. לא כל דיני המכרזים הציבוריים יחולו על מכרזים פרטיים. בוודאי לא יחולו הדינים הפרטניים, המעוגנים בתקנות חובת המכרזים. מנגד אכן יחול עקרון השוויון, אך גם תחולתו של עיקרון זה לא תהא באותה עוצמה כפי תחולתו על מכרזים ציבוריים.

השופט ברק עצמו אומר⁶⁶: "ברור כי חובתו של השלטון תמורה היא יותר וההגנה על זכויות היסוד כלפיו היא מקיפה יותר". ומכאן שאף לפי הדעה המרחיבה, המחילה את דיני המכרזים הציבוריים על גופים פרטיים, חובת בעל-מכרז להתייחס בשוויון כלפי המשתתפים במכרז צרה בהיקפה מחובת השלטון לקיים את זכותו של כל אדם לשוויון. העברתם של דיני המכרזים הציבוריים אל שדה המשפט הפרטי כרוכה אפוא בשינויים ובתמורות. ברור כי מקבילית הכוחות, המאזנת בין האינטרס הציבורי של המשתתפים ובין האינטרס העסקי של הרשות הציבורית, תשתנה, ומשקל רב יותר יינתן לאינטרס העסקי-כלכלי של הגוף הפרטי, מאשר לאינטרס הציבורי. לשינויים ולתמורות בהחלת העקרונות והכללים של דיני המכרזים הציבוריים על מכרזים פרטיים אייחד את השורות הבאות.

62 ברק, לעיל הערה 14, 691-692.

63 עניין קסטנבאום, לעיל הערה 11, בעמ' 531.

64 השו"ב ברק-ארוז, לעיל הערה 58, בעמ' 280.

65 השו"ב לדברי השופט זמיר בעניין הבורסה ליהלומים, לעיל הערה 8, בעמ' 207: "סביר להניח כי ההיקף והעוצמה של כללי המשפט הציבורי החלים על גוף דו-מהותי מסוים יהיו קרובים לאלה החלים על רשות מנהלית ככל שאותו גוף יהיה קרוב יותר במהותו לרשות מנהלית". דאו גם דברי השופט ד' לוי, שלפיהם "כמובן שככל שהקניין מתקרב יותר לקוטב הציבורי ומתרחק מן הקוטב הפרטי יחולו עליו יותר ויותר הגבלות מתחום המשפט הציבורי" (שם, בעמ' 202).

66 בעניין קסטנבאום, לעיל הערה 11, בעמ' 531, אם כי הדברים נאמרו בהקשר שונה ולגבי זכות-ייסוד שונה (כבוד האדם).

(ב) הקלות והגמשות

על-פי מודל התחולה העקיפה, חלים עקרונות-היסוד של המשפט הציבורי, במשפט הפרטי, באמצעות צינורות ייבוא של המשפט הפרטי, כמו סעיפי תום-הלב או תקנת הציבור. סעיפים אלה כוללים "מושגי-שסתום" המאפשרים, ואולי אף מחייבים, איזון הזכויות והערכים, המיובאים מן המשפט הציבורי, עם עקרונות המשפט הפרטי. בענייננו ברור כי יש לאזן את עקרון השוויון אל מול עקרון חופש החוזים. איזון כזה מחייב ריכוך והתאמה של דיני המכרזים הציבוריים במשפט הפרטי.

המעבר של הדינים מן התחום של המנהל הציבורי אל התחום של המגזר הפרטי עשוי לחולל בהם שינויים⁶⁷. כך, למשל, יוכל בעל מכרז פרטי לקבל הצעה יקרה ופחות-כלכלית גם במקרים שבהם היה הדבר נבצר מגוף ציבורי. והטעם: האינטרס הציבורי, הגובר במקרים רבים על האינטרס הכלכלי ומחייב לעתים קבלת ההצעה הזולה (או היקרה) ביותר⁶⁸, אינו צריך לחול כלפי בעל מכרז פרטי. זה האחרון רשאי לשקול — במסגרת האוטונומיה החוזית — גם שיקולים כלכליים נוספים, לבר ממחיר ההצעה, כמו איכות ההצעה, ניסיון המציע, מומחיותו וכיו"ב. זאת ועוד: בעל מכרז פרטי רשאי גם לשנות בשיקוליו הכלכליים או לשקול שיקולים שאינם כלכליים (אלא פסיכולוגיים או רגשיים). עקרון חופש החוזים, המוסיף לחול גם בתחום המכרזים הפרטיים, מאפשר ומחיר שגיאות, שגיונות ושיקולים לא-רציונליים. כמו-כן, מכוח עקרון חופש החוזים ואוטונומיה הרצון שהיא חלק ממנו, שיקולים הנחשבים כבלתי-לגיטימיים בתחום הציבורי — כמו, למשל, הגבלת ההשתתפות במכרז לקבלנים מקומיים⁶⁹ — עשויים להיחשב לגיטימיים במכרז פרטי.

ריכוך דיני המכרזים הציבוריים בהעברתם לתחום הפרטי יכול להיעשות גם באמצעות כלים פנימיים של דיני החוזים. כך, למשל, סעיף 26 לחוק החוזים הכללי, המאפשר השלמת פרטים חסרים מכוח נהגים בין הצדדים או בחוזים מאותו סוג⁷⁰, יחד עם הקונסטרוקציה של החוזה הנספח⁷¹, מאפשר הכרה בהגבלות מסוימות שנקבעו במכרז פרטי, הגבלות שדין המכרזים הציבוריים — בהיותו דין קוגנטי⁷² — אינו מכיר בהן; למשל: תנאים במכרז המגבילים את ההשתתפות בו לסוחרים או לקבלנים בתחום

67 כדברי השופט זמיר בעניין הבורסה ליהלומים, לעיל הערה 8, בעמ' 207.

68 בג"צ 173/82 מבני פלס נ' עיריית נהריה, פ"ד לו(2) 472, 476.

69 בג"צ 45/77 רחמים יעקב נ' עיריית צפת, מופיע אצל ש' הרציג דיני מכרזים (תש"ן, כרך א) עמ' 44 לנספח פסקי-הדין.

70 לפירוש סעיף זה ראו ספרי, לעיל הערה 51, בעמ' 316-322.

71 ראו לעיל, הטקסט הקודם להערה 44.

72 ראו ע"א 6926/93 מספנות ישראל נ' חברת החשמל, לעיל הערה 3, בעמ' 769.

מסוים. הגבלות כאלה נוגדות את דיני המכרזים הציבוריים, שעקרונית דורשים פתיחות מרבית ונגישות מרבית אל המכרז, אך אין מגיעה להכיר בהן במסגרת המשפט הפרטי. לא רק השיקולים לבחירת ההצעה הזוכה במכרז יעברו ריכוך והתאמה במעבר מהתחום הציבורי לתחום הפרטי. הסדרים שונים החלים על דרך ניהולו של המכרז יפים הם למכרזים ציבוריים, אך אין חובה להחילם על מכרזים פרטיים; שכן, כאמור לעיל, יש להבחין בין העקרונות הרחבים של דיני המכרזים, ובהם עקרון השוויון, ובין הכללים הפרטניים המרכיבים דינים אלה.

לדוגמא: התקנות לעניין העדפתה של תוצרת הארץ ותוצרת מאזורי עדיפות לאומית במכרזים ציבוריים, שהותקנו מכוח חוק חובת המכרזים⁷³. תקנות אלו נועדו לעשות שימוש בחוזי הרשות לשם השגת יעדים משקיים וחברתיים ומוכן מאליו, כי אין הן חלות על מכרזים פרטיים. באותו אופן אין להחיל על מכרזים פרטיים כללים שונים שמקורם במשפט המנהלי, ועוגנו בתקנות חובת המכרזים. ביניהם ניתן למנות את ההוראות המסדירות את עבודת ועדת המכרזים (תקנה 10 לתקנות חובת המכרזים, תשנ"ג-1993), את כללי פרסום המכרז (תקנה 15 לתקנות), את זכות העיון של המשתתפים במסמכי המכרז (תקנה 21(ה) לתקנות) ועוד.

ג. מכרזים – מן המשפט הפרטי אל המשפט הציבורי

1. המכרז בתבניות חוזיות

במקביל לתהליך שנסקר לעיל – שבו הוזרמו אל המשפט הפרטי נורמות של המשפט הציבורי, לשם יצירת דין מכרזים פרטיים – התרחש במשפטנו תהליך הפוך. בתהליך זה הוזרמו אל המשפט הציבורי מושגים אנליטיים ותבניות משפטיות מן המשפט הפרטי, ומכרזים ציבוריים נבחנו גם באספקלריה של המשפט הפרטי. ואכן, הצבת המכרז במסגרת האנליטית של דיני החוזים מאפשרת הבנה נכונה ועמוקה יותר של המתרחש בהליכי המכרז. במושגי המשפט הפרטי, כל מכרז – ציבורי או פרטי – אפשר לתארו כחלק מההליך הטרנס-חוזי, המוליך לכריתת החוזה. המכרז משמש גם הזמנה להציע הצעות, ואולי אף הצעה לחוזה נספח. יש שהעובדות במסגרת המכרז יבססו טענת

73 תקנות חובת המכרזים (הערפת תוצרת הארץ, וחובת שיתוף פעולה עסקי), תשנ"ה-1995, ק"ת 562; תקנות חובת המכרזים (הערפת תוצרת מאזורי עדיפות לאומית), תשנ"ה-1995, ק"ת 1490 (אלה האחרונות פקעו ב-31.3.1997, בעקבות פקיעת סעיף 3א(א)(3) לחוק חובת המכרזים, שהיה המקור המסמיך להתקנות; ראה סעיף 23 לחוק הפרשנות, תשמ"א-1981, ס"ח 302).

השתק. מתחולת דיני החוזים על הליך המכרז משתמעת גם תחולת דיני ההפרה והתרופות על הפרת כללי המכרז. בהקשרים חוזיים וטרם-חוזיים אלה נעסוק עתה.

2. המכרז ודיני ההצעה והקיבול

(א) המכרז כהזמנה

באספקלריה של דיני החוזים, המכרז אינו בגדר הצעה לכריתת חוזה. המכרז הוא רק הזמנה לציבור – מסוים או בלתי-מסוים – להציע הצעות⁷⁴. הטעם לכך הוא, שהמכרז נעדר פרטים חיוניים הדרושים לכריתת חוזה. על-כן אין בו גמירת-הדעת והמסוימות החיוניים לשם אפיון פנייה כהצעה. המשתתפים במכרז אינם יכולים לשכלל חוזה עם מזמין המכרז בהודעת קיבול.

(ב) הצעות המשתתפים במכרז

על-פי המבנה החוזי המוצע, פניות המשתתפים במכרז, המתקבלות בתשובה ובתגובה למכרז, הן המהוות "הצעות"⁷⁵, שסעיף 2 לחוק החוזים חולש עליהן ומסדירן. הפניות הן בגדר הצעות, משום שהן מעידות על גמירת-דעתם של המשתתפים להתקשר עם הניצע – הוא מזמין המכרז – בחוזה; וכאשר הן מתייחסות למכרז המפורט, הן מסוימות כדי אפשרות לכרות את החוזה בקיבול אחת מהן.

עם פרסום המכרז נקבעת המסגרת הנורמטיבית של החוזה העתידי. אחד מיסודותיה של מסגרת זו הוא, שהצעות המשתתפים יתאימו לתנאי המכרז. תגובת משתתף שאינה תואמת את תנאי המכרז אינה יכולה להיחשב כהצעה ואינה ניתנת לקיבול במסגרתו⁷⁶. בהעדר קביעה אחרת, כל הצעה של משתתף במכרז היא בבחינת הצעה בלתי-חוזרת, באשר היא קובעת מכללא מועד לקיבולה – הלוא הוא מועד פתיחת המעטפות והחלטת ועדת-המכרזים. אשר על-כן, אין המציעים יכולים לחזור בהם מהצעותיהם לאחר שנמסרו לבעל-המכרז (סעיף 3(ב) לחוק החוזים הכללי).

זאת ועוד: הצעות המשתתפים במכרז הן הצעות מותנות בתנאי (משתמע) – הלוא הוא התנאי המוסכם על כל מציע הניגש למכרז, שלפיו תיבחר ותקובל ההצעה המתאימה ביותר. עם קבלת ההצעה הזוכה מתבטלות מאליהן כל שאר ההצעות (סעיפים

74 להבחנה בין הזמנה להצעה ראו ספרי, לעיל הערה 51, בעמ' 104-106.

75 בג"צ 462/79 שרביב נ' ראש עיריית נהריה, פ"ד לז' (1) 467, 472; בג"צ 632/81 מיגדה נ' שר הבריאות, פ"ד לו' (2) 673, 679; בג"צ 688/81 מיגדה נ' שר הבריאות, לעיל הערה 46, בעמ' 91; צ"א 431/82 חסיד נ' פרוזת, פ"ד לט' (4) 451, 455.

76 השוו דברי השופט ברק בבג"צ 691/82 חסם נ' משטרת ישראל, פ"ד לז' (1) 473, 475.

29 ו-61 (ב) לחוק החוזים). למסקנה משפטית זו חשיבות לעניין מעמדן של ההצעות המפסידות — עניין שידון להלן⁷⁷.

(ג) קיבול ההצעה הזוכה ושכלול החוזה

תגובות המשתתפים במכרז הן אפוא הצעות במובן סעיף 2 לחוק החוזים. לפיכך מזמין המכרז הוא הניצע והוא גם מי שמבצע את הקיבול. הקיבול חייב לחפוף את ההצעה, וקיבול של ההצעה בחלקה, או קיבול הכולל שינוי, אינו בגדר קיבול אלא הצעה חדשה⁷⁸.

הודעתו של מזמין המכרז למשתתף על זכייתו במכרז היא קיבול במובן סעיף 5 לחוק החוזים הכללי, הקובע: "הקיבול יהיה בהודעת הניצע שנמסרה למציע...". מקביעה זו, המתיישבת עם התיאוריה האובייקטיבית של דיני החוזים, אשר מדגישה את הביטוי החיצוני של הרצון, משתמע כי החוזה בין בעל-המכרז ובין המציע הזוכה משתכלל בעת מסירת ההודעה על הזכייה למציע (ולא בעת עצם ההחלטה על הזכייה)⁷⁹.

מבנה משפטי זה, שלפיו החוזה משתכלל במועד מסירת ההודעה לזוכה ולא קודם-לכן, מאפשר גם חופש תמרון למזמין לחזור בו מהחלטתו, כל עוד לא נמסרה הודעת הקיבול למציע, בלי שייחשב כמפר חוזה. כמו-כן אם הבחירה בזוכה טעונה אישור של גורם נוסף, יהיה אישור זה חלק משרשרת ההחלטות על הזכייה⁸⁰.

מכל-מקום, רגע הודעת מזמין המכרז למציע על זכייתו הוא המועד המאוחר ביותר שאפשר לראותו כמועד כריתת החוזה. משהודע למציע דבר זכייתו, קשורים הוא ומזמין המכרז בקשר חוזי מחייב. מרגע זה אין הצדדים יכולים עוד לסגת באורח חד-צדדי מן

77 סעיף קטן (ד) בפרק זה.

78 ראו סעיף 11 לחוק החוזים הכללי. וראו גם בג"צ 462/79 שרביב נ' ראש עיריית נהריה, לעיל הערה 75, בעמ' 473; בג"צ 632/81 מיגדה נ' שר הבריאות, לעיל הערה 75 (דעת הרוב).

79 הפסיקה טרם נדרשה לשאלה, מהו המועד המדויק שבו נכרת החוזה. ניתן למצוא בה אמרות, שלפיהן עצם ההחלטה על הזוכה היא המהווה קיבול (ראו, למשל, דברי השופט ברק בבג"צ 462/79 שרביב נ' ראש עיריית נהריה, לעיל הערה 75, בעמ' 472: "...משנבחרת ההצעה הראויה, נעשה מעשה הקיבול, ונכרת החוזה"; וכן בג"צ 632/81 מיגדה נ' שר הבריאות, לעיל הערה 75, בעמ' 679; ובג"צ 688/81 מיגדה נ' שר הבריאות, לעיל הערה 46, בעמ' 91). לעומתן מופיעות בפסיקה אמרות, שלפיהן הקיבול הוא בהודעה לזוכה (ראו, למשל, ע"א 431/82 חסיד נ' פרוות, לעיל הערה 75, בעמ' 455; ע"א 3545/90 אלחנפא נ' עמידר, פ"ד מה(3) 578, 581). עם זאת, אמרות אלו לא לוו ליבון הדברים לעומקם.

80 לסיטואציה כזו ראו בג"צ 632/81 מיגדה נ' שר הבריאות, לעיל הערה 75, בעמ' 681-682; בג"צ 545/82 אינג' אליהו פבר נ' מנהל מדור חוזים והתקשרויות במשרד הביטחון, פ"ד לז(1) 441.

העסקה המבוטאת בחוזה. "נסיגה" כזו היא הפרת חוזה, עם כל המשתמע מכך. גם אם לאחר-מכן נחתם בין הצדדים חוזה פורמלי, חוזה כזה הוא חלק מביצוע חיובי הצדדים, על-פי החוזה שכבר נכרת ביניהם בעבר⁸¹.

תנאי המכרז המפורטים — הכספיים והטכניים כאחד — יבואו בתשובון לשם קביעת תוכנו של החוזה. תנאים אלה יהיו חלק מן החוזה, כחלק מביטוי לרצונם ולהסכמותיהם של הצדדים⁸². אפשר גם להשלים פרטים בתנאי המכרז הנכללים בחוזה בהתאם להוראות סעיף 26 לחוק החוזים⁸³.

(ד) ההצעות המפסידות

ההשקפה הרווחת היא, שעם הבחירה בהצעה הזוכה, מסתיים המכרז ונבלע בחוזה שנכרת⁸⁴. משמעות הדבר היא, שכל שאר ההצעות, אשר השתתפו במכרז אך לא זכו בו, פוקעות. מסקנה זו עולה מיישום סעיף 4(1) לחוק החוזים, הקובע, כי הצעה פוקעת בדחייתה או בעבור המועד לקיבולה. בעצם קבלת ההצעה הזוכה אפשר לראות משום דחייה משתמעת של שאר ההצעות. תיתכן כמובן גם דחייה מפורשת, והיא כאשר מזמין המכרז מודיע למשתתפים האחרים כי לא זכו במכרז. אפשר להגיע למסקנה זוהי (פקיעת ההצעות שלא זכו) על-ידי קריאה בכל הצעה של תנאי משתמע, שלפיו המועד האחרון לקיבול ההצעה הוא מועד ההודעה לזוכה. כאשר נבחרת הצעה אחת, פוקעות שאר ההצעות, משום שעבר המועד לקיבולן.

עם זאת, המזמין רשאי גם רשאי לקבוע בתנאי המכרז, כי ההצעות שלא זכו במכרז לא תפקענה עם כריתת החוזה עם הזוכה. כוחו של המזמין לקבוע תנאי כזה נובע מהיותם של דיני ההצעה והקיבול, כרוב דיני החוזים, דינים דיספוזיטיביים. לקביעה כזו בתנאי המכרז עשוי להיות יתרון מעשי במקרים שבהם לא עלה יפה החוזה עם מגיש ההצעה הזוכה. במצב כזה נשאלת השאלה, אם יכול מזמין המכרז להתקשר בחוזה עם המשתתף שהגיש את ההצעה השנייה הטובה ביותר. שאלה זו חשובה הן במסגרת יחסי המזמין והמשתתף, שהצעתו היא השנייה בתור, הן במסגרת יחסי המזמין והמציעים האחרים. רק אם ההצעה השנייה טרם פקעה ועודנה בתוקף,

81 השוו ע"א 431/82 חסיד נ' פרזות, לעיל הערה 75, בעמ' 455.

82 על הכללת תוכן של הזמנות בחוזה ראו ספרי, לעיל הערה 51, בעמ' 106 הערה 7.

83 ע"א 431/82 חסיד נ' פרזות, לעיל הערה 75, בעמ' 451.

84 השוו בג"צ 545/82 פבר נ' מנהל מדור חוזים והתקשוריות במשרד הביטחון, לעיל הערה 80, בעמ' 444.

יוכל המזמין להתקשר עם המציע במסגרת אותו מכרז. לעומת זאת, אם פקעה ההצעה השנייה, לא יוכל המזמין להתקשר עם המציע במסגרת אותו מכרז⁸⁵.

מנגד, כאשר כפוף המזמין לחובת מכרז, הוא לא יוכל לפנות למציע השני, כניצב בסיבוב נוסף. לכל היותר יוכל המזמין לערוך מכרז חדש, ומגיש ההצעה השנייה יתבקש להגיש את הצעתו בשנית. נראה כי פתרון זה אינו רצוי מבחינה כלכלית-עסקית, מפאת העלויות הגבוהות הכרוכות בעריכת המכרז החדש, עיכוב ביצוע החוזה והפגיעה בסודיות ובתחרות השווה⁸⁶.

אשר על-כן, נראה רצוי להכליל במכרז תניה מפורשת שלפיה יוכל המזמין להתקשר בחוזה עם מציע שהצעתו היא השנייה בטיבה, במקרה שבו בוטל החוזה אשר נכרת עם המציע שזכה⁸⁷. במסגרת דיני החוזים תניה כזו כוחה יפה הן כלפי המציע, שהצעתו היא השנייה, הן כלפי המציעים האחרים.

3. המכרז כחלק מההליך הטרומי-חוזי

ההליך הטרומי-חוזי, במקום שהוא קיים, הוא שלב מוקדם ליצירת חוזה. כאשר נערך מכרז — ויהא זה מכרז פרטי או מכרז ציבורי — הריהו שלב מוקדם ליצירת החוזה שיבוא בעקבותיו וחלק מן ההליך הטרומי-חוזי. עם פרסום המכרז מתחיל ההליך הטרומי-חוזי, אם כי זהו הליך טרומי-חוזי מסוג מיוחד, באשר חלים עליו כללי המכרז.

על ההליך הטרומי-חוזי חלות נורמות משפטיות שונות, כדברי השופט ברק בפסק-דינו הראשון בפרשת בית יולס: "השלב הטרומי חוזי אינו שלב, בו נתונה לבעל-המכרז

85 כדברי השופט גולדברג בבג"צ 2709/91 חפציבה נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מה(4) 428, 439: "עם קבלת אחת ההצעות בא המכרז אל קצו, ואין הוא מקבל חיות מחודשת אף אם בוטל החוזה לאחר מכן". ראו גם דברי השופט בן בע"א 3545/90 אלחנפא נ' עמידר, לעיל הערה 79, בעמ' 581: "הזמנה אשר כל מטרתה להביא לכריתת חוזה מסוים, אין לה קיום עוד, משנכרת אותו חוזה עם מאן דהוא. עם ביטול החוזה שנכרת על פיה אין ההזמנה המקורית, אשר נבלעה בחוזה, קמה לתחייה, ללא החלטת המזמין לחדשה".

86 השו"ע"א 3545/90 אלחנפא נ' עמידר, לעיל הערה 79, בעמ' 582. בעניין זה ובבג"צ 2709/91 חפציבה נ' מינהל מקרקעי ישראל, לעיל הערה 85 (שנידונו על-פי הדין שקדם לחוק חובת המכרזים), נידונה האפשרות של מזמין המכרז להתקשר עם מגיש ההצעה השנייה לאחר ביטול החוזה עם מגיש ההצעה הזוכה, בעיקר מנקודת-מבט של המשפט המנהלי, ועוצבו בהם הכללים להפעלת שיקול-הדעת במקרים כאלה. לדיון בפסקי-דין אלה ובמתח שבין השיקולים הנוגדים בסוגייה זו ראו א' בנדור "לקט פסיקה וביקורת" משפט וממשל א (תשנ"ב) 213, 216.

87 מנגד, הדרישה מן המציע השני להיות מוכן בכל עת לקיבול על-ידי המזמין גם היא אינה נקייה מקשיים כלכליים. עליכן ראוי לקצוב את פרק-הזמן שבו ההצעות תהיינה בתוקף.

ולמשתתפים בו חסינות מתחולתן של נורמות משפטיות מקובלות. השלב הטרומי חוזי אינו שלב טרום משפטי⁸⁸.

מבין הנורמות המשפטיות החלות בדרך-כלל על ההליך הטרומי-חוזי — נורמות המעוגנות בדיני הנזיקין, בדיני עשיית עושר ולא במשפט, בדיני ההשתק ובדיני החוזים עצמם⁸⁹ — הנורמה הבולטת והחשובה ביותר היא זו הקבועה בסעיף 12 לחוק החוזים הכללי והמטילה על צדדים להליך הטרומי-חוזי את החובה לנהוג בדרך מקובלת ובתום-לב במהלך המשא-ומתן לקראת כריתתו של חוזה. הוראת סעיף 12 קובעת עילה נוספת, המצטרפת לנורמות המשפטיות הכלליות מתחום דיני החיובים, החלות על ההליך הטרומי-חוזי.

בהיות הליכי המכרז הליכים טרום-חוזיים במובן זה שהם מתרחשים לפני כריתת החוזה עם אחר ממשתתפי המכרז, חלות עליהם כל הנורמות המשפטיות הכלליות הנזכרות, ובעיקר חלה על הליכי המכרז הוראת סעיף 12 לחוק החוזים. מכאן שעל פרסום המכרז, ניסוח תנאיו והתנהגות על-פיו, קבלת ההצעות, שקילתן והבחירה מתוכן חלה הוראת סעיף 12 ותובעת מבעל-המכרז, ומן המשתתפים במכרז התנהגות שתישב כהתנהגות מקובלת ובתום-לב.

עם זאת, יש להעיר, כי תחולתו של סעיף 12 על הליכי המכרז מעוררת קושי אנליטי מסוים, שכבר עסקנו בו לעיל⁹⁰. מנגד, בוודאי לא יהיה זה נכון לומר, כי אין לסעיף 12 תחולה על הליכי המכרז. סעיף 12 פורש מטריה נורמטיבית על כל השלבים וההליכים הקודמים לחוזה וכאשר במסגרת הליכים ושלבים אלה יש מכרז — פרטי או ציבורי — חל עליו סעיף 12.

4. המכרז כהצעה לחוזה נספח

המכרז אינו הצעה היכולה להפוך לחוזה על-ידי קיבולה, אלא אך הזמנה, שבעקבותיה באות הצעות המשתתפים במכרז. עם קיבולה של אחת מהצעות אלה נוצר חוזה⁹¹. עם זאת, טמונות בהליכי המכרז התקשרויות נוספות שאופיין חוזי. בעצם הוצאת המכרז וקביעת תנאיו מזמין בעל-המכרז הצעות, אך גם מציע כי הצעות אלה ייבחנו ויטופלו על-פי התנאים הקבועים במכרז. על-ידי השתתפות במכרז והגשת הצעה למכרז מקבל המשתתף במכרז את ההצעה המשנית של בעל-המכרז ויוצר בכך מעין "חוזה

88 ע"א 207/79 רביב נ' בית יולס, לעיל הערה 15, בעמ' 542.

89 ראו דברי השופט ברק, שם, בעמ' 543; ג' שלו "ההליך הטרומי חוזי" עיוני משפט יד (תשמ"ט) 293, 314-306.

90 ראו לעיל, "מכרז ומשא-ומתן — תרתי דסתרי", פרק (5)(ג).

91 ראו לעיל, "המכרז ודיני ההצעה והקיבול", פרק (2).

נספח", שלפיו יטופלו ההצעות וייעשה הקיבול הסופי של החוזה, נשוא המכרז, בדרך שנקבעה במכרז⁹².

על החוזה הנספח הזה, הנוצר בין בעל-המכרז והמשתתפים בו, חלים דיני החוזים. על-כן סטייה של בעל-המכרז מכללי המכרז תהיה הפרת חוזה, עם כל המשתמע מכך. מתיאור ההתחייבויות הגלומות במכרז כהתחייבויות חוזיות משתמעת גם חובת הצדדים למכרז לקיים התחייבויות אלה בדרך מקובלת ובתום-לב, כמצוות סעיף 39 לחוק החוזים הכללי.

5. המכרז כבסיס להשתק

דיני ההשתק מיועדים להגן על עניינו של צד המסתמך על מצג או הבטחה של רעהו.

כאשר המכרז יוצר מצג מסוים או טומן בחובו הבטחה מסוימת, ניתן לראות בו בסיס לטענת השתק — הן השתק על-ידי מצג הן השתק מכוח הבטחה. עם זאת, יש להעיר, כי סעיפי תום-הלב בחוק החוזים הכללי צמצמו במידה רבה את מרחב-המחיה של דיני ההשתק במשפטני⁹³.

6. סעדים במסגרת מכרז פרטי

ברור כי כאשר נכרת חוזה בתום ההליך המכרזי, כפוף חוזה זה — החוזה העיקרי — לתחולת דיני החוזים במלואם. אולם לא רק החוזה אלא גם הליך המכרז עצמו נשלט על-ידי דינים ועקרונות של דיני החוזים במובנם הרחב, ככוללים גם את השלב הטרומי-חוזי.

כמבואר לעיל, המכרז הוא חלק מן ההליך הטרומי-חוזי. לפיכך חלות עליו כל הנורמות המשפטיות החלות על הליך זה, ובמיוחד הוראת סעיף 12 לחוק החוזים הכללי. עם זאת, המכרז יוצר גם חוזה בין מזמין המכרז ובין המשתתפים בו. על חוזה נספח זה חלים, כאמור, דיני החוזים, ובכללם דיני ההפרה והתרופות.

92 רעיון זה הועלה לראשונה על-ידי פרופ' יצחק זמיר במאמרו "דיני מכרזים ציבוריים" הפרקליט כ (תשכ"ד) 226, 403, 408, ופותח על-ידי השופט ברק בפסקי-הדין שלו בפרשת בית יולס: ע"א 207/79 רביב ג' בית יולס, לעיל הערה 15, בעמ' 546-547; וד"נ 22/82 בית יולס ג' רביב, לעיל הערה 1, בעמ' 480, שם מתאר השופט ברק את החוזה הנספח שבין בעל המכרז ובין המשתתפים כ"מנוע עזר המסייע למטוס לנוע על מסלול שדה התעופה בטרם יופעלו המנועים העיקריים להמראה ולטיסה".

93 דאו ג' שלו "הבטחה, השתק ותום לב" משפטים טז (תשמ"ז) 295, 310-314.

הסעד הרגיל שיינתן במקרה של הפרת החובה לנהוג בדרך מקובלת ובתום-לב כמצוות סעיף 12 הוא פיצויים בעד הנזק שנגרם עקב המשא-ומתן או עקב כריתת החוזה. פיצויים אלה הם פיצויי הסתמכות — פיצויים שליליים, שמטרתם החזרת המצב לקדמותו. כלומר: העמדת הצד הנפגע, באמצעות פיצויי כסף, במצב שבו היה נתון אלמלא נכנס למשא-ומתן או אלמלא הופרה כלפיו החובה לנהוג בדרך מקובלת ובתום-לב במהלך המשא-ומתן.

יישום הוראת סעיף 12 להליך המכרז מורה על כך, שאם הפר מי מן הצדדים להליך זה — בעל-המכרז או משתתף במכרז — את חובת תום-הלב, אפשר יהיה לתבוע ממנו פיצויים שליליים. רק על-פי דעה מרחיקה-לכת — שטרם קנתה לה אחיזה מלאה במשפטנו⁹⁴ — יוכל משתתף במכרז שכלפיו נהגו בחוסר תום-לב לקבל צו-אכיפה במסגרת הוראת סעיף 12⁹⁵.

שאלה קשה אחרת היא, אם חוזה שנוצר עקב הפרת החובה לנהוג בתום-לב בהליכים טרום-חוזיים (הליכי מכרז) עשוי להיחשב כחוזה שכריתתו היא בלתי-חוקית ולפיכך הוא בטל, כקבוע בסעיף 30 לחוק החוזים הכללי, ותוצאותיו, בעיקר השבה הדרת, קבוצות בסעיף 31 לחוק זה.

על-פי הקונסטרוקציה החוזית הנזכרת לעיל, שלפיה המכרז יוצר קשר חוזי בין בעל-המכרז לבין כל אחד מן המשתתפים בו, יש מקום לדיון בסעדים נוספים. תוכנו של הקשר החוזי האמור הוא קיום תנאי המכרז. מכאן שכאשר בעל-המכרז פועל בניגוד לכללי המכרז, הוא מפר את התחייבותו החוזית כלפי המשתתפים במכרז להתנהג לפי תנאי המכרז, ולכאורה זכאי כל אחד מן המשתתפים לתרופות הניתנות בדרך-כלל בשל הפרת חוזה (והן בעיקר אכיפה, ביטול ופיצויים — כקבוע בחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970).

כך, למשל, משתתף במכרז פרטי, שזכייתו נשללה ממנו שלא כדין ונמסרה לאחר, יהיה זכאי לצו-אכיפה הכולל, על-פי הגדרת האכיפה בחוק התרופות, גם צו-מניעה (צו "לא תעשה").

94 ע"א 829/80 שיכון עובדים נ' זפניק, פ"ד לו(1) 579, 583. בפסק-דין זה חיוותה השופטת בן-פורת את דעתה שהסעד בגין הפרת סעיף 12(א) אינו מוגבל לסעד הפיצויים שבסעיף 12(ב), אלא אפשר לתבוע בגין הפרה כזו כל סעד שהוא, כולל אכיפת החוזה (שטרם נכרת). דעה זו זכתה לתמיכה ולחיזוק מאת השופט ברק בע"א 579/83 זונגשטיין נ' גבסו, פ"ד מב(2) 278, 286 ואילך. לביקורתה ראו ס' דויטש "סעיף 12 לחוק החוזים — האמנם תרופה לכל מכאוב?" מחקרי משפט ד (תשמ"ו) 39; ג' שלו "זכרון דברים ותום לב" משפטים יט (תש"ן) 457.

95 השופט ברק עצמו, אבי הדעה המרחיבה את גבולות סעיף 12 והסעדים בשל הפרתו, מודה בכך שבמסגרת סעיף 12 לא יוכל משתתף במכרז לזכות בצו-אכיפה: ע"א 207/79 רביב נ' בית יולס, לעיל הערה 15, בעמ' 548.

משתתף במכרז שהיה צריך לזכות במכרז, אך הזכייה נשללה ממנו שלא כדין, יכול גם לזכות בפיצויים חיוביים — פיצויי קיום. הדבר נקבע על ידי השופט חשין בפרשת מליבו⁹⁶, אם כי לגבי יצור-כלאיים, חברה ממשלתית בעלת-מונופול. השופט חשין ביטל את הענקת הפיצויים החיוביים למשתתף המאוכזב על ארבעה מקורות⁹⁷: המקור העיקרי והראשון לטענה לפיצויים אלה הוא המשפט המנהלי. מקור זה כמובן אינו ישים למכרזים פרטיים. מנגד, המקור השני, החוזה הנספח הנוצר בהליך המכרז, בין בעל-המכרז ובין כל אחד ממשתתפיו, חשוב במיוחד בהקשר המכרזים הפרטיים. על-פי הקונסטרוקציה של חוזה נספח יוכל משתתף במכרז, שזכייתו ניטלה ממנו תוך הפרת כללי המכרז (החוזה הנספח), לתבוע ולקבל פיצויים על נזקיו בשל החוזה שנשלל ממנו (פיצויים חיוביים בשל רוח שנמנע).

ד. סיכום

גלגוליה של פרשת בית יולס הסתיימו בהכרעה שיפוטית אשר לפיה אין מוטלת על בעל-מכרז פרטי — להבדיל ממזמין מכרז ציבורי — החובה לנהוג בשוויון במשתתפים במכרז. בכך גבר עקרון חופש החוזים על עקרון תום הלב. אולם עיון בפסק-דינו של השופט ברק כעניין קסטנבאום מעלה, כי חופש החוזים אולי ניצח בקרב, אך לא במערכה.

בפסק-דין קסטנבאום, כמו גם בכתיבתו האקדמית, מבקש הנשיא ברק להביא להחלה (גם אם מוגמשת ומבוקרת) של עקרונות המשפט הציבורי בכלל, ושל זכויות האדם בפרט, במשפט הפרטי. לדידו, זוהי אחת מהשלכותיה של המהפכה החוקתית. תורת התחולה העקיפה בוודאי לא תדלג על תחום המכרזים הפרטיים. היא עשויה להפוך על פיה את הלכת בית יולס. היא יוצרת כמשפטנו דין מיוחד למכרזים פרטיים: דיני החוזים ותבניותיהם המוכרות ששלטו עד כה במכרזים הפרטיים איבדו את בלעדיותם; מכרזים פרטיים יהיו כפופים גם לעקרונות שפותחו בדיני המכרזים הציבוריים, ובראשם עקרון השוויון.

נגד תהליך צפוי זה — עוד בטרם התרחש — מופנית הביקורת במאמר. היא מכוונת כנגד תורת התחולה העקיפה של חוקי-היסוד במשפט הפרטי, ומבקשת למנוע את החלתה של דוקטרינת הדואליות הנורמטיבית על גופים פרטיים, תוך הגנה על מעמד הבכורה של עקרון חופש החוזים. אם לא תאצור לכך כוח, לפחות תשמש תמרור-

96 ע"א 700/89 חברת החשמל נ' מליבו, לעיל הערה 10.

97 והם: המשפט המנהלי, חוזה נספח, סעיף 12 לחוק החוזים ועילת הנוזקין של הצהרה כחובת רשלנות. ראו שם, בעמ' 684-689.

אזהרה: בעיצוב "דין המכרזים הפרטיים" יש לנהוג באיפוק ובתבונה, תוך התחשבות בעקרונות היסוד של המשפט הפרטי, ובעיקר בעמוד-האש של משפט זה — חופש החוזים.