

פרק שמיני: גישת הבטלות היחסית במכרזים ציבוריים

למרות הפגם, כל עוד לא בוטלה על ידי ערכאה שיפוטית מוסמכת.<sup>22</sup> שנית, מבחינה מעשית, ניתן היה לתקוף החלטה בטלה הן בתקיפה עקיפה (collateral attack) והן בתקיפה ישירה (direct attack) בעוד שהחלטה נפסדת היתה ניתנת לתקיפה באופן ישיר בלבד.<sup>23</sup> בבסיס דין הבטלות הונחה תפישת היסוד, כי תפקידם המרכזי של בתי המשפט הוא הקפדה, כי רשויות השלטון תפעלנה על פי חוק ולא תחרוגנה ממסגרת הסמכות הנתונה להן בחוק.<sup>24</sup>

דין הבטלות יוחד תחילה לפגם של חוסר סמכות ובהמשך הורחב לפגמים נוספים, אשר נתפשו כדומים במהות לפגם החריגה מסמכות: פגיעה בכללי הצדק הטבעי<sup>25</sup> ושיקולים זרים.<sup>26</sup> נקודת מפנה חשובה בגישה זו ארעה בפרשת "שפירא", שאדון בה להלן.

## 2.1 הלכת "שפירא"

בפרשת **שפירא א'**,<sup>28</sup> ביצע בית המשפט העליון תפנית משמעותית מן האבחנה המסורתית, שהיתה קיימת עד לאותה פרשה, בין פגם שדינו בטלות ולבין פגם שדינו

---

<sup>22</sup> קרי, החלטה פגומה, אך בעלת תוקף משפטי כל עוד לא בוטלה על ידי בית משפט המוסמך. אולם, יתכן, כי ביטול כאמור, יהול למפרע (ע"א 256/70 פרידמן נ' עיריית חיפה, כד (2) 577, 584 (1970)).

<sup>23</sup> עניין אורט, לעיל ה"ש 20, בעמ' 790–791; יצחק זמיר **השפיטה בעניינים מינהליים** 19 (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר, תשמ"ב) (להלן: זמיר, השפיטה בעניינים מינהליים).

<sup>24</sup> דותן, לעיל ה"ש 21, בעמ' 596.

<sup>25</sup> ע"א 183/69 עיריית פתח תקוה נ' טחן, כג (2) 398 (1969).

<sup>26</sup> ע"א 120/60 הלפרין נ' קוצינסקי, טו (1) 705 (1961).

<sup>27</sup> דותן, לעיל, ה"ש 21 בעמ' 597. כן ראו שם ליד ה"ש 28–26; זמיר, **השפיטה בעניינים מינהליים**, לעיל ה"ש 23, בעמ' 29–28. התפתחות זו בפסיקה גרמה להתגברות הביקורת השיפוטית בתקיפה עקיפה ישירה ולטשטוש גבולות בין החלטה בטלה לבין החלטה הניתנת לביטול (שם, בעמ' 30, 48).

<sup>28</sup> כפי שהתגבשה בשני פסקי הדין: ע"פ 768/80 **ש' שפירא ושות', חברה קבלנית בנתניה בע"מ נ' מדינת ישראל**, לו (1) 337 (1981) (להלן: שפירא – ערעור פלילי); ד"נ 12/81 **ש' שפירא ושות', חברה קבלנית בנתניה בע"מ נ' מדינת ישראל**, לו (3) 645 (1982) (להלן: שפירא –

נפסדות. במקומה של האבחנה המסורתית האמורה, אימץ בית המשפט העליון גישה שלפיה מושג הבטלות הינו מושג "יחסי וגמיש".

בעיקרו של דבר, פירושו של הדבר הוא שני אלה: ראשית, נורמה משפטית עשויה להיות בטלה לעניין אחד, אך תקפה לעניין אחר. שנית, בטלותה של החלטה היא לעולם יחסית למהות הזכות המופרת, לסעד הנדרש, להליך הנבקט ולמיהות מבקש הסעד. כפי שציין השופט (כתוארו אז) אהרן ברק:

"מושג הבטלות, כמושג משפטי ולא טבעי, הוא לעולם מושג יחסי וגמיש. נורמה משפטית יכולה להיות בטלה ומבוטלת לעניין פלוני ותקפה לעניין אלמוני; היא יכולה להיות כאין וכאפס כלפי ראובן ובעלת תוצאות מלאות כלפי שמעון... מכאן, שבטלותה של החלטה חייבת להתייחס תמיד למהות הזכות המופרת, לסעד הנדרש, להליך בו נדרש הסעד ולצדדים הדורשים אותו. כל עוד לא נדרש הסעד הנכון, בהליך הנכון, על-ידי הצד הנכון, ההחלטה הפגועה (כך במקור – א.ש.) ביותר ממשיכה לעמוד..."<sup>29</sup>

באופן מעשי, פירושה של גישת הבטלות היחסית לאור פרשת "שפירא" הינה הענקת שיקול דעת נרחב לבית המשפט בשאלה אם ליתן או לשלול סעד – ואם להעניקו, מה תהא התרופה המתאימה לנוכח פגם שלפי הגישה המסורתית דינו היה בטלות.<sup>30</sup> תוצאותיו של פגם בהחלטה מינהלית תהא יחסית לנסיבות ועל כן תשתנה ממקרה למקרה בהתאם לנסיבות שבית המשפט יראה לנכון לשקול ובהתאם למשקל שיעניק להן. מטעם זה, אין כל ודאות שפגם חמור יביא לביטולה של החלטה מנהלית: יתכן, שבמקרה אחד יביא הפגם לביטול ההחלטה המנהלית הפגומה ואילו במקרה אחר יביא

דיון נוסף).

<sup>29</sup> **שפירא – ערעור פלילי**, לעיל הערה 28 בעמ' 362. במקום אחר, ביאר ברק את המושג "בטלות יחסית" כך: "במסגרת זו ייתכן שהחלטה תבוטל – וייתכן שסעד זה לא ינתן – הכל פי שנדרש על פי הסעדים היחסיים 'על בית המשפט להתאים את התרופה לפגיעה'".

<sup>30</sup> אהרן ברק "ניגוד עניינים: דיון מושגי" מתוך הספר **ניגוד עניינים במרחב הציבורי** 43 (דפנה ברק-ארוז, דורון נבות, מרדכי קרמניצר עורכים, 2009): "במסגרת זו ייתכן שהחלטה תבוטל – וייתכן שסעד זה לא ינתן – הכל פי שנדרש על פי הסעדים היחסיים 'על בית המשפט להתאים את התרופה לפגיעה'".

פרק שמיני: גישת הבטלות היחסית במכרזים ציבוריים

לביטול גדרה של אותה החלטה, לביטולה החלקי, לשינויה ואף לשלילת כל סעד בגינה.<sup>31</sup>

כיום, כארבעה עשורים לאחר פרשת שפירא, ניתן לומר, כי מושג הבטלות היחסית השפיע באופן ניכר על המשפט המנהלי, כך שמנקודת המבט של האזרח לא ניתן לדעת או למצער להעריך מראש מה תהא תוצאתו של פגם בהחלטה מנהלית, גם אם הפגם הינו חמור ונגוע בחוסר סמכות.<sup>32</sup> עניין זה בולט בתחום המכרזים הציבוריים, כפי שאציג בפסקאות הבאות.

## 2.2 יתרונות וחסרונות גישת הבטלות היחסית

יתרונה של גישת הבטלות היחסית הוא הקנייה של כלים לבית המשפט, לרכך את הסעדים שהיה הוא מחויב להעניק לעותר בלעדי אותה גישה, ומתן אפשרות לבית המשפט להתאים את הסעדים לנסיבות המיוחדות של המקרה הקונקרטי שבפניו.

במלים אחרות, ההיבט החיובי של גישת הבטלות היחסית הוא מתן אפשרות לבית המשפט להפעיל שיקול דעת בהענקת סעדים, לצורך עשיית "צדק" כלפי הצדדים לעתירה וכלפי צדדים שלישיים, לרבות הציבור הכללי.<sup>33</sup> אפשר להסביר זאת גם

<sup>31</sup> ראו בדברי השופט יצחק זמיר ברע"פ 4398/99 **הראל נ' מדינת ישראל**, נד (3) 637, 644–645 (2000): "לפיכך אפשר שפגם מאותו סוג, כגון הפרה של חובת ההתייעצות, יוביל במקרים שונים לתוצאות שונות, לפי הנסיבות של כל מקרה ומקרה. אפשר שבמקרה אחד הוא יוביל את בית המשפט להצהיר, כי ההחלטה המינהלית בטלה מעיקרה; במקרה שני הוא עשוי להוביל את בית המשפט לביטול ההחלטה ממועד מסויים שבית המשפט יקבע, אם בעבר ואם לעתיד; ואפשר גם, במקרה אחר, שבית המשפט יקבע, על אף הפגם, כי ההחלטה תקפה ומחייבת כאילו לא נפל בה פגם. כך לגבי כל סוג של פגם, לרבות פגם של חוסר סמכות." ראו גם יצחק זמיר "ניגוד עניינים בשירות הציבורי" בתוך הספר **ניגוד עניינים במרחב הציבורי** 225, 338–339 (דפנה ברק-ארוז, דורון נבות, מרדכי קרמניצר עורכים, 2009).

<sup>32</sup> לדוגמה, בג"ץ 2758/01 **התנועה למען איכות השלטון נ' עיריית ירושלים**, נח (4) 289 (2004) (להלן: התנועה למען איכות השלטון). במקרה זה, עתירה שהוגשה לביטול הסכם בלתי חוקי בין עיריית ירושלים לימק"א נדחתה (תוך יישום גישת הבטלות היחסית) למרות אי חוקיות חמורה שנפלה בכריתת ההסכם. דוגמה נוספת ברע"פ 2413/99 **גיספן נ' התובע הצבאי הראשי**, נה (4) 673 (2001) (להלן: גיספן).

<sup>33</sup> "תכלית זו מיושמת על ידי ביטול "ההבחנה המסורתית בין הבטלות לבין הנפסדות, הבחנה