

פרק שמייני: גישת הבטולות היחסית במכרזים ציבוריים

לביטול נדחה של אותה החלטה, לביטול החקלאי, לשינויו ואף לשלילת כל סעדי גינה.³¹

כיוון, כארבעה עשרים לאחר פרשת שפירא, ניתן לומר, כי מושג הבטולות היחסית השפיע באופן ניכר על המשפט המנהלי, כך שמנוקותת המבטו של האורה לא ניתן לדעת או למצער להעדרך מראש מה תהא תוצאתו של פגם בהחלטה מנהלית, גם אם הפגם הינו חמור ונוגע בחוסר סמכות.³² עניין זה בולט בתחום המכרזים הציבוריים, כפי שאציג בפסקאות הבאות.

2.2 יתרונות וחרוגים גישת הבטולות היחסית

יתרונות של גישת הבטולות היחסית הוא הקנייה של כלים לבית המשפט, דרך את הסעדים שהוא מחייב להעניק לעוטר בלוויו אותה גישה, ומתן אפשרות לבית המשפט להתאים את הסעדים לנסיבותו המיוחדות של המקרה הקונקרטי שבפניו.

במלים אחרות, ההיבט החובי של גישת הבטולות היחסית הוא מתן אפשרות לבית המשפט להפעיל שיקול דעת בהעתקת סעדים, לצורך עשיית "צדקה" כלפי הצדדים לעתירה וככלפי צדדים שלישיים, לרבות הציבור הכללי.³³ אפשר להסביר זאת גם

³¹ ראו בדברי השופט יצחק זמיר ברע"פ 4398/99 **הראל נ' מדינת ישראל**, נד (3) 637–644, 645–645 (2000): "לפיכך אפשר שפגם מאותו סוג, כגון חפירה של חותם התייעצויות, יוביל במקרים שונים לתוצאות שונות, לפי הנסיבות של כל מקרה ומדובר. אפשר שבמקרה אחד הוא יוביל את בית המשפט להצהיר, כי ההחלטה המינימלית בטלת מעיקורה; במקרה שני הוא עשוי להוביל את בית המשפט ל לבטל החלטה ממூעד מסוים שבית המשפט יקבע, אם בעבר ואם לעתיד; ואפשר גם, במקרה אחר, שבית המשפט יקבע, על אף הפגם, כי ההחלטה תקפה ומהייתה כאילו לא נפל בה פגם. כך לגבי כל סוג של פגם, לרבות פגם של חוסר סמכות." ראו גם יצחק זמיר "ניגוד עניינים בשירות הציבור" בתק **הספר ניגוד עניינים במחלוקת הציבורית** 225–338 (דפנה ברק-ארון, דורון נבות, מרדכי קרמנצ'ר עורךים, 2009).

³² לדוגמה, בג"ץ 2758/01 **התנוועה למען איקות השלטון נ' עיריית ירושלים**, נח (4) 289 (2004) (להלן: התנוועה למען איקות השלטון). במקרה זה, עתירה שהוגשה ל לבטל הסכם בלתי חוקי בין עיריית ירושלים לימק"א נדחתה (תיק יישום גישת הבטולות היחסית) למורות אי חוקיות חמורה שנפלה בכריתת הסכם. דוגמה נוספת ברע"פ 2413/99 **גיטפן נ' התובע הציבוריאי הראשי**, נח (4) 673 (2001) (להלן: גיטפן).

³³ "תכלית זו מושמת על ידי ביטול "הבחנה המסורתית בין הבטולות לבין הנפסדות, הבחנה

בלשונה של ברק-ארז: "מלאכת השפיטה נזקקת למידה של גמישות... ובמונחים רבים מספקת גישת הבטולות היחסית את האמישות הדרושה למלאכה זו".³⁴ יתרון זה של גישת הבטולות היחסית לא פסח על תחום המכרזים הציבוריים. עניין זה בא לידי ביטוי מובהק ברכוך התוצאות הקשות העוללות לנבוע מבטולות החלטות ועדת מכרזים על צדדים שלישיים תמיימים, במוחך לאחר שהתגבש "מעשה עשויה". לדוגמה, בפרשת פורז³⁵ הקצה מנהל מקרקעי ישראל מפרקען ללא פרסום ולא תוצאות שוויונית, בגיןו למתחיכב בנسبות העניין. עד למועד פסק הדין הספיקו עמותות, שהוקטו להן שטחים לבניית יחידות דיור, לכרות מאות חוות עם משתכנים ולקבל תשלוםomiים על חשבו ייחidot דיור שכשו. בית המשפט קבע, כי בעוד שדין ההקצתה להתבטל מחייב פסולות הליצי ההקצתה, הרי שתוצאה זו תפגע בצדדים שלישיים תמי לב.

לפיכך, קבע בית המשפט, כי לצורך איזון בין האינטרסים לקיום מינהל שלטוני תקין ולמנוע שימוש לרעה בסמכות, ובין האינטרס שלא לפגוע בצדדים שלישיים תמי לב, יש לבצע ביטול חלקי של ההקצתה, על ידי הגבלת תקורת יחידות הדיור המותרת לכל עמותה³⁶, תוך החזרת יתרת היחידות לחלקה מחדש על ידי מינהל

שהיתה מבוססת על קטגוריזציה שלא תמיד הייתה ברורה ועקבית בין הפגמים השונים". (ברק-ארז **משפט מינימלי** כרך ב, לעיל ה"ש 7, עמ' 835). גישת הבטולות היחסית מונעת תוצאה של "יקוב הדין את ההר" כתוצאה מהכרזה על בטלות מעיקרה של החלטה מינימלית, ללא אבחנה בין מקרה ומקרה, כפי שמצוין השופט אליו מצא בבג"ץ 10455/02 אמר נ' לשכת עורכי דין, נו(2) (2003) 729, 739: "עקרון הבטולות היחסית מאפשר לבית-המשפט לדzon, בנפרד, בתוצאותיה של החלטה בטללה. הכרזה על בטלתה מעיקרה של ההחלטה שוב אינה חייכת להביא בכל מקרה וכפועל יוצרת המתחייב מן הכרזה – בחינת "יקוב הדין את ההר" – גם לבטולות תוצאותיה...עקרון הבטולות היחסית הוא, בעצם, כל של מדיניות שיפוטית שבידי בית-המשפט להפעילו, או להימנע מהפעלו, תוך התחשבות בניסכויות של המקרה הנוכחי ובחינת השלכותיו האפשריות של ה הכרעות החלופיות הבאות בחשbon – הכל במטרה להציג, במידת האפשר, לתוצאה מעשית העושה זדק ייחסי עם כלל הגורמים העולמים להיות מושפעים מן ההחלטה, ובهم מומדיינים והשרות הנוגעת בדבר".

³⁴ ברק-ארז **משפט מינימלי** כרך ב, לעיל ה"ש 7, עמ' 834–835.

³⁵ ראו בה"ש 33 לעיל.

³⁶ בג"ץ 5023/91 פורז נ' שר הבינוי והשיכון, מ"ו(2) 804, 793 (1992) (להלן: פורז).

³⁷ בית המשפט הגביל את תקורת היחידות המותרת לכל עמותה באופן מסווני, כך שלא נגרמה

מרקעי ישראל.³⁸ עניין פורז מדגים היבט את פועלות גישת הבטולות היחסית, כאשר הבאה למנוע את נוקשות הסעד, כאשר ריכוך הסעד התבקש לצורך מניעת פגיעה חמורה באזרחים תמיימים שלא היו מעורבים באירוע והשקיעו מיטיב בסוף לצורך רכישת בתי מגורים.³⁹ למורות היתרון החשוב של גישת הבטולות היחסית ברכיב הוצאה של פגם בהחלטה המינימלית, כפי שהסבירו לעיל, הרי שיש בגישה זו גם חסרונות ממשמעותיים.

אחד החסרונות המרכזיים שלה הוא השarraה על כן של החלטות מינימליות מפרות, דבר המכוסם בעקרון שלטון החוק,⁴⁰ לשון אחר, במקרים שבהם מיישם בית המשפט את גישת הבטולות היחסית ומשאיר החלטה מינימלית פגומה על כנה, במיוחד (אך לא רק) במקרים שבו הם איבר החקיקות הינה בוטה, פטור למעשה בית המשפט את הרשות הציבורית מהובת כבוד החוק. אומנם, במקרים כאלה, בדרך כלל עשויי בית המשפט

פגעה במשתכנים שכבר שילמו על חשבונם ייחודות הדירור שרכשו.

³⁸ כפי שציין הנשיא (כתוארו אז) השופט מאיר שmagor בפרשנות פורז, לעיל ה"ש, עמ' 804: "מהמת פסלותם של ההליכים ראוי היה להלכה שכל ההקצאה תחבטל. אולם בית המשפט איננו צריך לחתudem בכך שעד להוצאת צו עלי-ידי בית המשפט נעשה, על-ידי אנשים שביקשו להשתכן בעמישב, פועלות, שהיו כרוכות בהוצאות כספיות ניכרות. המדוברanganims שהיו תמי-לב, ואין לפקדן עליהם עwon ההתנהגות הפסולה של הרשות הציבורית, כפי שתואר לעיל."

³⁹ ראו גם ע"מ 15/4529 אourt ישראל חלי"ץ נ' המועצה המקומית דלית אל כרמל (24.8.2015), שבו החזיר בית המשפט את ההחלטה ועדת המכרזים הפגומה לדין חדש בועדה, ואת במקומ מתן סעד של ביטול מוחלט של המכרז, שהוא סעד גורף מידי בנטיות העניין, מה גם שהוא פתרון מידתי יותר, כאמור. כפי שציין השופט מנוי מזור (ambilי לבס במשפטן של החלטתו על דוקטרינת הבטולות היחסית), בהסתמכת יתר חבריו המותב: "על כן, ככל שנייתן לתקן את הפגם על ידי החזרת העניין לוועדת המכרזים כדי שזו תקבל החלטה מתוקנת,ambilי שהדבר יפגע בעקרון השוויון – זהה ידרך המלך' שיש לצoud בה. ודוק: החזרת העניין לוועדת המכרזים גם היא בגין סעד של ביטול מעשה מינימלי, אלא שמדובר בביטול נקודתי של חלק הפגום בלבד ולא בביטול ההליך המינימלי כולם. השאלה שיש לבחון בכל מקרה לגופו היא אם כן, האם הפגם ניתן לתייקן על ידי החזרת העניין להחלטה חדשה, או שהוא אין מנוס מלhortות על ביטול המכרז ככלו משום שאין אפשרות מעשית להחזיר את העניין לוועדה או משום שהדבר כרוך בפגיעה בעקרונותasis היסוד של דיני המכרזים." (שם, פס' 15).

⁴⁰ דפנה ברק-ארז, "בטלות ייחסית ושיקול-דעת שיפוטי" **משפטים** כ"ד (3) 519, 539 (תשנ"ה) (להלן: ברק-ארז, בטלות ייחסית ושיקול דעת שיפוטי).

להביע אי נחת ואף לגנות על גבי פסק הדין את הפסול שדק בהחלטה הרשות ובהתקנותה⁴¹, אך בסופו של דבר ניצבת החלטה הפגומה על כנה. תוצאה זו, ככלעצמה, ניצבת בניגוד לצייפה הבסיסית מהרשות המינימלית, כי תכבד את החוק. עניין זה עשוי להשפיע בטוחה הארוך על אמון הציבור במוסדות השלטון ובבתי המשפט. שכן, המסר שנקלט על ידי הציבור הרחב, הוא כי בית המשפט "הכשיר" אי חוקיות.⁴² חסרונו מרכיבי שני, הגולם בגישת הבטולות היחסית הוא, פגעה באפקטיביות הסעד. ברק-ארזו מציין, כי הפעלת הבטולות היחסית גורמת להגמת ההגנה על זכויות היסוד.⁴³

היא מדגישה, כי גם ללא גישת הבטולות היחסית קיימים מנגנונים בפני אכיפת זכויות האזרח כנגד הרשות הציבורית, הכוללים העדר מודעות לזכויות והעדר גישות לשירותים משפטיים.⁴⁴ בדומה, על כן, כי מחלוקת על הפרת החוק על ידי הרשות הציבורית הינה בעלת השלוות חמורות על זכויותיהם של עותרים שכן צלחו את דרכם לבתי המשפט למטרות מנגנונים אלה.

מטעם זה, בין השאר, מציע ברק-ארזו לאמץ גישה שונה להפעלת הבטולות היחסית – גישה שבה תגבר "ההකפדה על כך שהפרה מינימלית תהיה מלאה בסعد אפקטיבי".⁴⁵ ומיר מצביע על אותו חסרונו של גישת הבטולות היחסית,⁴⁶ אך הוא מדבר בלשון של חיזוק "הזכות המינימלית" שהיא כהגדתו "אגד הזכות המסדרות יחסים

⁴¹ ראו לדוגמה עניין התנוועה למען איקות השלטון, לעיל ה"ש 32, בעמ' 312–313.

⁴² אליעד שרגא ורווי שחר *המשפט המינימלי: סעדים כרך ד* 79 (2012) (להלן: שרגא ושהר, *המשפט המינימלי: סעדים*).

⁴³ במילותיה של ברק-ארזו: "במקרה הטיפוסי, הפעלה של הבטולות היחסית במשפט הציבורי מוניה תוקף לפועלות שיש בהן פגימות בלתי חוקיות בנסיבות... כלומר, בית המשפט מוחל על הפגיעה בפרט לטובתו של השלטון, ומגמיש בכך את ההגנה על זכויות יסוד." (ברק-ארזו *משפט מינימלי* כרך ב, לעיל ה"ש 7 בעמ' 834).

⁴⁴ שם, בעמ' 828. סוגית המנגנונים הקשימים הניצבים בפני קבלת סعد משפטי על ידי המתמודד המקופח במכרו ציבורי נדונה בפרקם הקודמים ויורח בפרק הבא העוסק בגישה לערכאות ובגיגיות המתחזק המקופח לסעדים.

⁴⁵ שם, בעמ' 836–837. אורחיב על גישתה של ברק-ארזו בפסקאות הבאות.

⁴⁶ המכונה על ידו "תוצאה ייחסית".