



בבית המשפט העליון

רע"א 470/08

בפני : כבוד השופט א' רובינשטיין
כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופט י' דנציגר

המבקשת : כרמל התפלה בע"מ

נגד

המשיבים : 1. מדינת ישראל - משרד האוצר
2. החשב הכללי באוצר
3. נציבות המיס - מנהלת התפלה WDA

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי
בירושלים מיום 16.12.07 בה"פ 5094/06 שניתן על ידי כבוד
השופט מ' רביד

תאריך הישיבה : י"ב באלול תשס"ט (1.9.09)

בשם המבקשת : עו"ד מ' ליפא ; עו"ד א' דר-לולו

בשם המשיבים : עו"ד ל' פלד

פסק-דין

השופט י' דנציגר:

בקשת רשות הערעור שלפנינו נסבה על דחיית בקשתה של המבקשת לביטול פסק בוררות שניתן על ידי כבוד השופט בדימוס ד' ביין (להלן: הבורר) אשר חייב את המבקשת לשלם למדינה פיצויים בסך 34,695,667 ש"ח. כפי שיפורט להלן, בית המשפט המחוזי בירושלים (כבוד השופט מ' רביד) דחה את טענותיה של המבקשת

להתקיימות שתי עילות לביטול פסק הבוררות - העילה לפי סעיף 24(7) לחוק הבוררות, התשכ"ח-1968 (להלן: חוק הבוררות) והעילה לפי סעיף 24(9) לחוק הבוררות.

נתחיל בתיאור העובדות כפי שפורטו על ידי בית המשפט המחוזי, וזאת בהתבסס על קביעותיו העובדתיות של הבורר.

הרקע העובדתי

1. ביום 10.5.2001 פרסמה המדינה מכרז בשיטת BOO (Build, Operate, Own), שעניינו מימון, תכנון, הקמה ותפעול של מתקנים להתפלת מי ים. משמעות הדבר כי יזם מהמגזר הפרטי מקבל על עצמו להקים, לממן, לתפעל ולתחזק את המתקן ואילו הרשות הציבורית מתחייבת כי במשך תקופה מוגדרת מראש היא תרכוש את תוצרת המתקן או תשלם עבור הפעלתו או השימוש בו.

2. המכרז נערך בשני שלבים: בשלב ראשון, על המציעים היה להציע אתרים להקמת המתקן, כאשר האתרים המוצעים היו צריכים לענות על תנאי סף מסוימים. בשלב שני, נבחן ההיבט המסחרי, הכלכלי והפיננסי של ההצעה.

3. במסגרת תנאי הסף נדרש, בין היתר, שהאתרים המוצעים יימצאו באזורים המוגדרים בתכניות המתאר הרלוונטיות כאתר התפלה ו/או אזורי תעשייה ו/או אזורים המיועדים למתקני תשתית ואשר אושרו להפעלת מתקנים תעשייתיים וכי לאתרים כל האישורים וההיתרים הדרושים לפי חוק התכנון והבניה, התשכ"ח-1965 למטרות בניה והפעלת מתקני התפלת מי ים. לחילופין, במידה וחסרים כל האישורים וההיתרים כאמור, ניתן היה להציע את האתר, בהתקיים אחת החלופות המנויות במכרז (התנאי היה שנותר הליך תכנוני אחד שיש לנקוט בו, מאלו שנמנו במכרז). רק אתרים שאושרו כאתרים מתאימים (eligible sites) יכלו לשמש כאתרים שלגביהם ניתן להגיש הצעה להקמת מתקן התפלה.

4. המבקשת, כרמל התפלה בע"מ (להלן: כרמל) הציעה את אתר "דור", הממוקם במפרץ חיפה. האתר יועד לתעשייה על פי תכנית מפורטת חפ/1508 ותמ"א 13. להצעתה של כרמל צורפו כל המסמכים הנדרשים ובין היתר חוות דעת של האדריכלית בינה נודלמן שבה נאמר שהיא עשתה את כל המאמצים ליידע את עצמה באשר לתכניות הפיתוח הנמצאות על סדר היום או הנידונות בוועדות התכנון, וכי בהסתמך על הבדיקות שערכה, יש לה יסוד סביר להאמין והיא אכן מאמינה שביצוע הפרויקט,

לרבות השגת כל היתרי הבניה במסגרת לוח הזמנים הנדרש לסיום הפרויקט, הם אפשריים ומעשיים.

5. צוות הבדיקה שמינתה ועדת המכרזים אישר 16 אתרים כמתאימים מתוך 30 האתרים שהוצעו, ובהם אתר דור. בהודעה שנמסרה על ידי ועדת המכרזים נאמר כי אישור אתר כ"מועמד" אין בו כדי ליצור כל מחויבות או מצג כלפי המציעים וכל משמעותו מתן הרשאה להגיש הצעה למכרז בהתייחס לאותו אתר.

6. בשלב השני הוגשו שש הצעות ובהן הצעתה של כרמל המתייחסת לאתר דור. בהצעתה כללה כרמל רכיב שלפיו תוקם באתר, פרט למתקן ההתפלה, גם תחנת כוח שתופעל באמצעות גז טבעי. יודגש כי בתנאי המכרז לא הופיע רכיב של הקמת תחנת כוח והוספתו הייתה ביוזמת כרמל, כדרך להוזיל את עלויות תפעול הפרויקט. כרמל קיבלה על עצמה להשיג את כל האישורים לפרויקט מתקן ההתפלה, לרבות תחנת הכוח.

7. כרמל הוכרזה כזוכה במכרז ביום 18.10.2002. ביום 28.10.2002 חתמו המדינה וכרמל על הסכם להפקת מים מותפלים בשיטת BOO (להלן: ההסכם). על פי ההסכם, היה על כרמל לחתום על הסכם מימון עד תום ששה חודשים ממועד החתימה על ההסכם. כמו כן התחייבה כרמל על פי ההסכם להשיג את כל האישורים, ההיתרים והרשיונות הסטטוטוריים הדרושים לביצוע הפרויקט, על פי לוח זמנים שנקבע בהסכם.

8. בהמשך נתגלו קשיים הן במישור המימוני והן במישור הסטטוטורי, ובמיוחד לעניין רישוי תחנת הכוח. במישור המימוני, בנק לאומי חזר בו מהסכמתו לממן את הפרויקט במלואו, וכרמל התקשתה בהשגת מקורות מימון חלופיים. המדינה הסכימה למתן ארכות חוזרות ונשנות לכרמל לצורך השגת המימון. אשר לקשיים במישור הסטטוטורי, מדובר בעיקר בקשיי רישוי הנובעים מדרישת מוסדות התכנון להכנת תכנית מפורטת כתנאי לקבלת היתר לבניית מתקן להתפלת מים באתר דור וכן מהתנגדותם להקמת תחנת כוח באתר. הדרישה לקבלת תכנית מפורטת עלתה במסגרת הליכי עריכתה של תכנית מתאר ארצית למשק המים (תמ"א 34ב) שעסקה בין היתר בנושא ההתפלה. בשלבי עריכתה השונים של תמ"א 34ב (להלן: התמ"א) עלתה האפשרות שהתמ"א תכלול דרישה להכנת תכנית מפורטת כתנאי לקבלת היתר בניה להקמת מתקן התפלה. יחד עם זאת, בטיוטה הראשונה של התמ"א, מיום 18.10.2002, לא דובר על חובה להכנת תכנית מפורטת לצורך קבלת היתר בניה כאמור. רק בטיוטת התמ"א מיום 6.2.2003 נקבע לראשונה כי תנאי למתן היתר בניה למתקן התפלה הוא

הגשת תכנית מפורטת, ואכן בתכנית שהתקבלה בסופו של דבר ואושרה ביום 27.6.2004 על ידי ממשלת ישראל, מופיעות הוראות המחייבות הכנת תכנית מפורטת למתקני התפלה. יצויין כי עוד לפני פרסום הנוסח הסופי של התמ"א עלתה האפשרות שהיתר בנייה יינתן למתקן באחת משתי דרכים: מכוח התב"ע המקומית לתעשייה החלה על האתר או באמצעות היתר לשימוש חורג.

כמו כן, בשלבים שונים של עריכת התמ"א עלה נושא הקשיים בהקמת מתקן התפלה באזור מפרץ חיפה בשל הזיהום השורר בו והרמה הירודה של המים באזור. בשלב מאוחר יותר התברר שאיכות מי המקור אינה מהווה מניעה טכנית להקמת מתקן ההתפלה.

אשר לסוגיית תחנת הכוח, בטיוטות הראשונות של התמ"א לא הייתה התייחסות לנושא הקמת תחנת כוח בסמוך למתקני התפלה. יחד עם זאת, בנוסח הסופי של התמ"א שאושר והתקבל נקבע כי בתכנית מפורטת למתקן התפלה ניתן יהיה להתיר הקמת תחנת כוח המופעלת בגז טבעי, זאת בכפוף לתקנים של איכות הסביבה ולתמ"א 10 (תכנית מתאר ארצית לתחנות כוח קטנות).

9. נוכח הקשיים האמורים ולאחר הארכות מועד חוזרות ונשנות, ביום 16.2.2004 שלחה כרמל מכתב למדינה, שבמסגרתו טענה כי הפרויקט לא מומש בשל טעות, הטעיה, העדר תום לב וסיכול, שמכוון קמה לכרמל, לטענתה, הזכות לבטל את ההסכם. בד בבד, הציעה כרמל הצעות חילופיות לפתרון ולהמשך הפרויקט. לטענת כרמל, הפרויקט סוכל בעיקר בשל העדר אפשרות להקים תחנת כוח באתר דור ומכיוון שתמ"א 2/ב34 דרשה הכנת תכנית מפורטת. במכתב מיום 9.3.2004 דחתה המדינה את טענות כרמל והפתרונות המוצעים על ידה. ביום 22.3.2004 שלחה כרמל מכתב נוסף למדינה, שבמסגרתו חזרה על טענותיה בעניין הרישוי של הפרויקט וביקשה להעביר את הסכסוך לבוררות בהתאם להסכם. ביום 1.4.2004 פנתה המדינה לכרמל בהודעה על כוונתה לבטל את ההסכם ביום 2.5.2004, ולחלט את הערבות הבנקאית שהפקידה כרמל. ביום 5.5.2004, לאחר החלטת הבורר בנושא חילוט הערבות, פנתה המדינה לבנק ודרשה את חילוט הערבות הבנקאית.

10. המדינה הגישה לבורר כתב תביעה ובו תבעה מכרמל סך של 79,429,000 ש"ח, הכולל את הסכום של הערבות הבנקאית בסכום נומינאלי של 35,000,000 ש"ח, שחולטה, ולחילופין סכום של 49,290,000 ש"ח. לטענת המדינה, כרמל הפרה את ההסכם בכך שהפרה את התחייבותה להשיג מימון לפרויקט וכן הפרה את החובה

להשיג את כל האישורים הסטטוטוריים הנחוצים לשם ביצוע הפרויקט במועדים שנקבעו בהסכם. לחילופין, הסתמכה המדינה על עוולת הרשלנות. כרמל הגישה כתב הגנה וכתב תביעה שכנגד נגד המדינה. לטענת כרמל, המדינה היא שהפרה את ההסכם בכך שלא גילתה לכרמל מידע מהותי בנוגע לתמ"א 34 ב והציגה לכרמל מצגים מטעים. לחילופין טענה כרמל כי היא פעלה מתוך טעות יסודית, כאשר למעשה על מנת לממש את ההסכם יהיה עליה לנקוט בהליכים סטטוטוריים מורכבים וארוכים כדי להביא לאישורה של תכנית מפורטת להתפלה. לחילופי חילופין נטען, כי ההסכם סוכל באשר נוצרו נסיבות שבהן קיום ההסכם הוא בלתי אפשרי או שונה באופן יסודי. לטענת כרמל, הקושי המימוני קשור קשר הדוק עם שאלת הרישוי הסטטוטורי ובעיקר המניעה להקים באתר תחנת כוח, שהפכה את הפרויקט מרווחי להפסדי.

פסק הבוררות

11. ביום 29.1.2006 נתן הבורר את פסק הבוררות, המשתרע על פני 101 עמודים. הבורר פתח בכך שאין למעשה מחלוקת שכרמל לא עמדה בהתחייבויותיה על פי ההסכם, אלא שהשאלה היא מי אחראי לכך. הבורר קבע כי הקשיים הסטטוטוריים בנושא מתקן ההתפלה לא הם שמנעו את קבלת המימון, וזאת בניגוד לטענת כרמל, אלא נושא הרישוי של תחנת הכוח הוא שמנע את קבלת המימון, ולגבי נושא זה לא ניתן לייחס למדינה כל אחריות.

12. קביעה מקדמית נוספת של הבורר הייתה כי נוכח הוראות ההסכם, המחייבות את כרמל להשיג את ההיתרים, הרי שנטל השכנוע בכל הנוגע לטענות בדבר קשיים בלתי פתירים בהשגת היתרים, בדבר קיום הטעיה מצד המדינה וקיומו של קשר סיבתי בין הטעיה זו לבין השגת ההיתרים, וכן הקשר בין הקשיים הסטטוטוריים לקשיים בהשגת המימון - מוטל על כרמל.

13. באשר לאפשרות להשגת היתר להקמת מתקן התפלה, סבר הבורר שאכן היו קיימים קשיים סטטוטוריים שלכל הפחות היו עלולים להביא לדחייה רצינית בלוח הזמנים המוסכם. התב"ע שחלה על האתר ייעדה אותו לתעשייה, ומתקן התפלה לא נכלל בייעוד זה. לכן, נותרו למעשה שתי אפשרויות - האחת, הגשת תכנית מפורטת, דבר שכרוך בהגשת התנגדויות ובירורן אשר צפויות להאריך מאוד את ההליך ושלשמו נדרש זמן ארוך יותר מאשר נחזה תחילה בעת קביעת לוח הזמנים בחוזה; השנייה, נקיטה בהליך של שימוש חורג, כפי שהציעה היועצת המשפטית של משרד הפנים דאז, עו"ד שרית דנה, אולם נראה כי הסיכוי לכך היה די קטן. באשר לתחנת הכוח, קבע

הבורר כי נראה שהיה סיכוי קטן ביותר להשגת היתר, בעיקר נוכח הוראות תמ"א 10 ונוכח עמדת הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה.

14. עוד קבע הבורר שאין ספק שקשיים פיננסיים התעוררו מיד בתחילת הדרך, עוד בטרם נודע לכרמל דבר קיומם של הקשיים הסטטוטוריים. יחד עם זאת, קבע הבורר, קשיים אלו לא היו בלתי פתירים. הקשיים הפיננסיים הפכו לבלתי פתירים כאשר הובהר סופית כי הסיכוי להקמת תחנת כוח באתר דור הוא קלוש. יחד עם זאת, כרמל לא קשרה בין הקשיים הפיננסיים לבין הנושא הסטטוטורי עד לשיבת הסטטוס האחת עשרה במספר, מיום 30.6.2003.

15. הבורר דחה את טענתה של כרמל כי המכרז פורסם ללא תשתית תכנונית פרלימינארית בתחום ההתפלה.

16. אשר לטענת ההטעיה, הבורר קבע כי במכרז או בתנאיו לא נכלל מצג בלתי נכון. לדבריו, עורכי המכרז באו בדרישות תכנוניות מסוימות למציעים, לגבי ההיבט התכנוני של האתרים המוצעים על ידם, ואם סברו המציעים שהחלופות האמורות אינן ריאליות או אינן סבירות, היה עליהם לתקוף אותן בטרם הגשת ההצעות למכרז. יתרה מכך, קבע הבורר, כרמל היא זו שהציגה מצג כאילו אתר דור עומד בדרישות המכרז, ואף צירפה אישור של אדריכלית בדבר התאמת האתר מבחינה סטטוטורית. הבורר הוסיף וקבע כי אם אכן חלה אצל כרמל טעות שהביאה לחתימתה על החוזה, הרי שהיא לא תוכל להסתמך על הטעות, שכן היא נטלה על עצמה כחלק מתניות ההסכם את סיכוני הטעות. רק אם ניתן לייחס למדינה הטעיה בתקופה הרלוונטית ובאם ייקבע שקיים קשר סיבתי בין ההטעיה לבין כניסתה של כרמל להתקשרות, תוטל אחריות על המדינה.

17. מכאן עבר הבורר לדון בטענות ההטעיה שהעלתה כרמל, ודחה את כולן מלבד אחת. הבורר קבע כי אין לראות הטעיה בעצם אי הגילוי של תהליך גיבוש התמ"א. לדבריו, המדינה רשאית הייתה לסמוך על הפרסום שנעשה עוד בשנת 1999 בדבר הכנת תמ"א לעניין התפלה. עוד קבע הבורר כי העובדה שחלק מחברי ועדת העורכים של התמ"א היו אנשי ה-WDA (המינהלת להתפלת מים) לא חייבה מתן דיווח שוטף לכרמל על ישיבות ופרטי הדיונים בישיבות אלה. אשר לטענה כי המדינה הייתה צריכה לגלות לכרמל כי במהלך ישיבות ועדת העורכים של התמ"א הועלו טענות כנגד איכות מי המקור במפרץ חיפה, הרי ברור היה לכרמל שאיכות המים במפרץ חיפה אינה מן המשופרות, והיה עליה להבהיר לעצמה נקודה זו, במסגרת הסיכונים שלקחה על עצמה.

יתר על כן, כפי שהתברר בהמשך, נושא איכות המים לא היווה בסופו של דבר מכשול. הבורר הוסיף וקבע כי אין לקבל את טענת כרמל שעל המדינה היה ליידע אותה על כך שהמועצה הארצית לתכנון ובניה אינה מכירה בנושא תחנות כוח כחלק מהתכליות של התמ"א כפי שעמדה זו באה לידי ביטוי בטיוטה הראשונה של התמ"א. לשיטת הבורר, אי התייחסות התמ"א (במסגרת הטיוטה הראשונה) לנושא תחנות כוח לא מהווה הסדר שלילי, ומי שרוצה להקים תחנת כוח עליו להסדיר את הליכי הרישוי לפי התמ"א המיוחדת המתייחסת לתחנות כוח - תמ"א 10. לדברי הבורר, בתקופה שעד לחתימת החוזה, לא היה כל נתון הנוגע להקמת תחנת כוח ואשר הופיע בטיוטות התמ"א או נידון במועצה הארצית שהצביע על שינוי במצב התכנוני מעבר לנדרש בתמ"א 10, שהייתה קיימת מאז 1998, ועל כן ברור שלא הייתה כל הטעיה מצד המדינה בנושא זה.

18. הטענה היחידה של כרמל שהתקבלה על ידי הבורר, היא הטענה שהייתה הטעיה בכך שבשלב המכרזי השיבה המדינה בשלילה לשאלה האם התמ"א חלה על אתר דור, ואילו בהמשך כשהתברר כי התמ"א כן חלה על אתר דור לא גילתה המדינה את אוזנה של כרמל בעניין זה. יחד עם זאת, קבע הבורר כי אין קשר סיבתי בין הטעיה זו לבין החתימה על ההסכם על ידי כרמל.

לפי קביעת הבורר, הנושא המרכזי שהיה קריטי מבחינת כרמל ומבחינת הבנק המממן היה נושא תחנת הכוח, ובנושא זה לא הייתה כל הטעיה, שכן התמ"א לא שינתה דבר לעומת המצב לפי תמ"א 10. הבורר הוסיף וקבע כי גם כאשר נודע לכרמל על התמ"א היא לא באה בכל טענה של הטעיה כלפי המדינה, ולא עשתה שימוש בכוחה לבטל את ההסכם או להתריע על כך, אלא להפך, ביקשה ארכות לקיומו. כרמל אף הראתה שהיא משלימה עם הדרישה להכנת תכנית מפורטת בעצם זה שהיא פנתה למשרד אדריכלים שיכין עבורה תכנית מפורטת. בנוסף, נשלל קיומו של קשר סיבתי בין טענות ההטעיה לבין הכניסה להסכם, שכן כרמל הביאה בחשבון שינויים במצב התכנוני, כפי שעולה מן ההסכם, ואף נושא איכות מי המקור התברר כנושא שניתן להתגבר עליו.

הבורר הוסיף כי הקביעות בנוגע לקשר הסיבתי חלות לא רק על טענת ההטעיה, אלא גם לגבי טענת הטעות, ויש בהן גם להביא לדחיית הטענות בנוגע לקיומו של חוסר תום לב בניהול המשא ומתן לקראת כריתת ההסכם.

19. עוד קבע הבורר כי כרמל אינה יכולה להסתמך על טענה של סיכול, מקום שהקשיים התעוררו בנושאים סטטוטוריים שלגביהם היא נטלה על עצמה סיכון בלעדי.

לדבריו, התפתחויות מסוג זה לא היו מעבר למה שכרמל הייתה יכולה לצפות בעת עריכת ההסכם. הדרישה להכנת תכנית מפורטת, הגם שיצרה קושי, אינה בבחינת אירוע מסכל. גם אם הדבר מקשה ומאריך את תהליך קבלת ההיתר, אין לראות מכשול זה כהופך את הפרויקט לבלתי מעשי. סיכול אינו מוכר מקום שרק כדאיות העסקה נפגעת. גם בנושא קבלת ההיתר לתחנת הכוח, לא נוצרו נסיבות חדשות בעלות אופי מהותי שלא ניתן היה לצפותן מראש בעת חתימת החוזה, ויתרה מכך, התמ"א לא הוסיפה למעשה על התנאים הנדרשים בתמ"א 10 כך שלא חל שינוי יסודי במצב הדברים שניתן לבסס עליו טענת סיכול.

20. בסיכום שאלת האחריות הוסיף הבורר וקבע כי לו הייתה הטעיה היה על כרמל לבקש את ביטול החוזה תוך זמן סביר, אלא שהיא לא פעלה כך ואף להיפך, ביקשה ארכות לקיומו. טענה שלפיה ההטעיה היא בבחינת הפרה יסודית של ההסכם יכולה הייתה להיטען רק אם מצג בלתי נכון הפך לתנאי בחוזה, דבר שלא אירע. משנדחו טענות ההגנה של כרמל, נותרה על כנה העובדה שההסכם הופר על ידי כרמל ועליה לשאת באחריות לתוצאותיה של הפרה זו. מכאן עבר הבורר לדון בשאלת הפיצויים שלהם זכאית המדינה בגין הנזקים שנגרמו לה בעקבות ההפרה.

21. הבורר קבע כי המדינה לא הצליחה להוכיח, ברמת הודאות הנדרשת במשפט אזרחי, את נזקיה הממשיים. לדבריו, חישובי הנזק כפי שהופיעו בחוות הדעת מטעם המדינה הם ספקולטיביים וחסרים נתונים אובייקטיביים מינימאליים המאפשרים לחשב את הנזק על פי מידת הסתברות כלשהי.

יחד עם זאת, קבע הבורר כי המדינה זכאית לפיצוי בשיעור ההוצאות שהוציאה לעריכת המכרז ובמהלך קיומו של ההסכם (השבה). בהקשר זה קיבל הבורר את התחשיב מטעם המדינה שעמד על הסך של 5,229,000 ש"ח, סכום שכלל בעיקר הוצאות להעסקת יועצים חיצוניים וכן העסקת עובדים ונציגים של המדינה.

22. אף שהמדינה לא הצליחה להוכיח את נזקיה הממשיים, קבע הבורר כי היא זכאית לפיצויים מוסכמים שנקבעו בסעיף 4.2 לנספח M להסכם במקרה שה"מוכר" אינו עומד במועד סיום הבניה. בסעיף זה הודגש כי הסעד הקבוע בו אינו פוגע בכלליות הוראות ההסכם ובעיקר בזכותה של המדינה לבטל את ההסכם. כלומר, ביטול ההסכם על ידי המדינה, בין עקב הפרה בפועל ובין כאשר מדובר בהפרה צפויה, אינו שולל את זכותה לפיצוי מוסכם.

הבורר הוסיף וקבע כי כעיקרון הצד הנפגע זכאי לפיצוי החל מהמועד שבו היה על הצד המפר להשלים את חלקו בהסכם ועד למועד שבו באופן סביר ניתן היה לבצע את ההסכם לאחר ביטול, אך קיימים פרמטרים נוספים שמשפיעים על תקופת הפיצוי, כגון סבירות התנהגות הנפגע בכל הנוגע להתקשרות בחוזה חילופי, עיכובים כתוצאה מסיבות חיצוניות וגורמים נוספים. בענייננו, לא הוצא מכרז חילופי וכלל לא בטוח שהמדינה אכן הייתה מעוניינת לרכוש בפועל מים מותפלים בהיקף שהתחייבה כרמל לספק. לפיכך, על אף שהבורר קיבל כעיקרון את דרך חישוב הפיצוי המוסכם מטעם המדינה, הוא קבע כי בנסיבות המקרה ונוכח הפרמטרים שנקבעו לעיל, יש לפסוק למדינה פיצוי בהיקף של 66% מהסכום שנתבע על ידה, קרי 29,466,667 ש"ח נכון ליום הגשת התביעה. לבסוף קבע הבורר כי הסכומים שנפסקו לטובת המדינה יקוזזו כנגד הערכות הבנקאית שחולטה.

פסק הדין של בית המשפט המחוזי

23. כאמור, כרמל הגישה בקשה לביטול פסק הבוררות שבה העלתה שתי טענות אשר לשיטתה מצדיקות את ביטולו של פסק הבורר - האחת, הבורר פסק בניגוד לדין המהותי, עילת הביטול לפי סעיף 24(7) לחוק הבוררות; השנייה, תוכנו של הפסק מנוגד לתקנות הציבור, עילת הביטול לפי סעיף 24(9) לחוק הבוררות.

24. יצויין כי תחילה נדונה התובענה לפני כבוד השופט ב' אוקון. בדיון שהתקיים לפניו ביום 13.6.2006 קבע השופט אוקון כי הבקשה לביטול פסק בורר מעלה "שאלות שונות הנוגעות לפסק הבורר". עוד קבע כי "למקרא החומר עלה נושא שראוי לאפשר לצדדים להשלימו". נושא זה הוא עניין פסיקת הפיצויים המוסכמים והפיצוי בגין ההוצאות לאחר שנדחתה תביעת הפיצויים מטעם המדינה בשל הנזקים הממשיים שנגרמו לה. על רקע דברים אלו קבע השופט אוקון כי על הצדדים להתייחס לשאלות הבאות: (1) האם כרמל העלתה טענה לפי סעיף 15(ב) סיפא לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 (להלן: חוק התרופות), ואם העלתה טענה כזו, תצביע על כתב הטענות שבו הועלתה; (2) אם הועלתה הטענה, האם עומדת תניית הפיצוי בדרישות סעיף 15 לחוק התרופות; (3) האם יכול היה הבורר לפסוק פיצוי מוסכם כסעד חלופי לאחר שקבע שהוא דוחה את התביעה לפיצויים משום שלא הוכחה; (4) האם יכול היה הבורר להפעיל את תניית הפיצוי המוסכם לאחר שפסק למשיבה פיצויים הנוגעים להוצאותיה; (5) האם התערבות הבורר בסכום הפיצוי המוסכם אינה מלמדת שהבורר עצמו סבר שקיים קושי בעניין זה ומה היה היסוד להתערבות.

השופט אוקון העיר במפורש כי "אין בשאלות אלה כדי לומר שאם אכן יתברר כי התשובות לשאלות שונות לתשובות שניתנו בפסק הבורר [כך במקור - י.ד.], יש עילה להתערבות בית משפט זה. יחד עם זאת, הצדדים יתייחסו ביחס לכל שאלה, בקיצור נמרץ, לאפשרות שאם אכן התשובה היא שונה מהתשובה שניתנה על ידי הבורר, מתקיימת עילת התערבות שמקורה בתקנת הציבור".

25. פסק הדין בתובענה ניתן בסופו של דבר על ידי כבוד השופט מ' רביד. אשר לעילת הביטול הראשונה, לפי סעיף 24(7) לחוק הבוררות, ציין השופט רביד כי הלכה פסוקה היא שבית המשפט לא יבטל פסק בוררות בהתאם להוראת סעיף 24(7) לחוק הבוררות מקום שהבורר טעה ביישום הדין המהותי, שכן מדובר בסיכון שהצדדים נטלו על עצמם כאשר חייבו את הבורר לפסוק בהתאם לו. לדברי השופט רביד, כל מה שחייב הבורר לעשות הוא ליישם את הדין ואם טעה לגביו, טעותו אינה ניתנת לתיקון. לעומת זאת, אם הבורר התעלם מהדין המהותי ולא פעל על פיו, זו תהא עילה לביטול פסק הבורר. לגופו של עניין, קבע השופט רביד, כי הטענות של כרמל, אפילו אם הן נכונות, אינן מצדיקות התערבות בפסק הבוררות, שכן אין חולק כי הבורר פעל על פי הדין ויישמו בנסיבות המקרה דנן. עוד הוסיף השופט רביד, כי לאחר שקרא מספר פעמים את פסק דינו של הבורר, סבר כי לא נפלו טעויות ביישום הדין וזאת בהתחשב בקביעותיו העובדתיות, שגם אותן ניסתה כרמל לקעקע במסווה של טעות ביישום הדין.

השופט רביד הוסיף כי טענה אחת הטרידה אותו, אלא שאין צורך לדון בה, מהטעם שבית המשפט אינו יושב כערכאת ערעור על פסקו של הבורר. מדובר בטענה שלפיה הבורר פסק לטובת המדינה פיצוי מוסכם שאינו דורש הוכחת נזק - פיצויי קיום, ובנוסף פסק לטובתה פיצויי הסתמכות. השופט רביד ציין כי הטענה לא הועלתה לפני הבורר ואף לא בבקשה לביטול פסק הבורר, אלא הועלתה על ידי השופט אוקון מיוזמתו. אלא שגם כאן, אפילו טעה הבורר בפסיקתו בשאלת הפיצויים, אין הדבר מעלה עילה להתערב בסכומים שפסק.

גם את הטענה שתוכנו של הפסק מנוגד לתקנת הציבור דחה השופט רביד. לדבריו, מדובר בסכסוך כספי שנתגלע בין כרמל למדינה. זהו סכסוך שאינו מעלה שאלות ערכיות הנוגעות להשקפות המוסר או התרבות שלנו או מושגי יסוד של צדק. לאור האמור, דחה בית המשפט המחוזי את הבקשה לביטול פסק הבוררות ואישר אותו. כן קבע כי מאחר שמדובר בבקשת סרק, על כרמל לשלם למדינה הוצאות בסך 100,000 ש"ח.

כעת אעבור לדון בטענותיה של כרמל לפי הסדר הבא: תחילה אדון בטענותיה באשר לשאלה האם יש מקום ליתן רשות ערעור במקרה דנן; לאחר מכן אדון בטענותיה של כרמל בנוגע לעילות לביטול פסק הבוררות; ולבסוף אתיחס לטענותיה ביחס לשאלות שהעלה השופט אוקון.

מתן רשות ערעור

טענות כרמל

26. כרמל מעלה מספר טעמים המצדיקים לשיטתה מתן רשות ערעור במקרה זה. הטעם הראשון, לטענתה, נעוץ בדחיית טענותיה על ידי בית המשפט המחוזי ללא הנמקה ותוך התעלמות (לדבריה) מהטענות שהועלו לפניו. לטענת כרמל, בית המשפט המחוזי לא דן ולא הכריע באף קביעה מקביעות הבורר שכרמל הצביעה עליהן ככאלה שניתנו תוך התעלמות מהדין המהותי או תוך פגיעה בתקנת הציבור ואף הגדיל לעשות בקובעו כי "אין חולק כי הבורר פעל על פי הדין ויישמו", כאשר בדיוק על כך המחלוקת. השופט רביד אף התעלם מהשאלות שהעלה השופט אוקון ושאליהן התייחסו הצדדים בסיכומיהם, למרות שחייב היה להכריע בשאלות אלה. לטענת כרמל, לחובה לנמק את פסק הדין חשיבות עליונה שעה שעסקינן בערכאה דיונית הדנה בבקשה לביטול פסק בוררות.

הטעם השני, לשיטת כרמל, המצדיק מתן רשות ערעור, נוגע לטענתה כי פסיקתו של הבורר סותרת, לדבריה, עקרונות יסוד קוגנטיים המעוגנים בדין, ובכך סטה במודע מהדין המהותי שעל פיו הוסמך לפסוק וגרם לעיוות דין. כרמל מפרטת חמש קביעות שבהן יש לשיטתה משום התעלמות מדין מהותי-קוגנטי, ואלה הן בקצרה: יצירת פטור מוחלט (כך לטענתה) מחובת זהירות מושגית לעורך מכרז, גם מקום שבו נפלה טעות בתנאי הסף; הימנעות מהכרעה בשאלת המצב המשפטי-תכנוני שחל במועד פרסום המכרז; טעויות במתודולוגיה לבחינת הקשר הסיבתי בין ההטעיה לבין התקשרותה של כרמל במכרז; קביעה כי כרמל הייתה מסכימה להתקשר בהסכם גם אילו הייתה יודעת על ההטעיה ערב הכריתה, וזאת בניגוד לממצאים עובדתיים ברורים; וקביעה כי היעדרו של קשר סיבתי שולל את יסוד חוסר תום הלב בהתנהגותה של המדינה.

הטעם השלישי למתן רשות הערעור, לשיטתה של כרמל, הוא התעלמותו של הבורר - כך לדבריה - מחובות ההגינות ותום הלב המוגברות החלות על המדינה בהתקשרויותיה, מתוקף עיקרון הדואליות הנורמטיבית. כל הטעמים הללו, לשיטתה

של כרמל, מצביעים על חשיבות ציבורית כללית ועל עיוות דין שנגרם לכרמל, ולכן מצדיקים לדעתה מתן רשות ערעור, וזאת בין אם מדובר בגישה המחמירה (הרואה בבקשת רשות ערעור בענייני בוררות דיון שלישי באותו עניין) ובין אם מדובר בגישה המקלה (הרואה בבקשות מסוג זה "גלגול שני" בלבד).

טענות המדינה

27. המדינה סבורה כי אין מקום להעניק למבקשת רשות ערעור. לטענתה, הגישה השלטת בהלכה של בית משפט זה היא כי רשות ערעור על החלטות של בית משפט בענייני בוררות אינה ניתנת כדבר שבשגרה, אלא רק במקרים חריגים שבהם עולה שאלה בעלת אופי משפטי או ציבורי החורגת מדל"ת אמותיהם של הצדדים למחלוקת.

28. המדינה מוסיפה כי טענות לקיומן של טעויות משפטיות ולהיקפה של המחלוקת בין הצדדים מתקיימות בסכסוכים רבים ואין הן חורגות מגדרה של המחלוקת בין הצדדים. אף מיהותה של המדינה כצד לסכסוך אינה מצדיקה כשלעצמה מתן רשות לערעור.

29. אשר לטענה כי בית המשפט המחוזי לא נימק את פסק דינו, טוענת המדינה כי בית המשפט המחוזי לא נדרש להכריע בכל טענותיה העובדתיות והמשפטיות של כרמל, שכן אין הוא יושב כערכאת ערעור על פסק דינו של הבורר, אלא בחינתו מצומצמת להתקיימותן של עילות הביטול שבחוק הבוררות.

30. עוד מוסיפה המדינה כי מרבית טענותיה של כרמל מכוונות נגד קביעותיו העובדתיות של הבורר. גם טענותיה המשפטיות לכאורה של כרמל אינן מלמדות על התעלמות מן הדין המהותי, אלא לכל היותר, על טעות ביישומו, שאינה מהווה עילה לביטול פסק בוררות. טענותיה של המבקשת אף אינן מבססות פגיעה בתקנת הציבור, שכן מדובר במחלוקת כספית שאינה פוגעת בערכיו של הציבור.

דיון והכרעה - מתן רשות ערעור?

31. ההלכה המושרשת בבית משפט זה היא כי רק במקרים חריגים תינתן רשות ערעור בהתייחס לפסקי דין הנוגעים לביטול או אישור פסקי בוררות. רשות זו שמורה למקרים שבהם עולה שאלה מיוחדת בעלת אופי משפטי או ציבורי החורגת מגדר עניינם של הצדדים למחלוקת או כאשר נדרשת התערבות משיקולים של צדק למניעת עיוות דין [רע"א 3505/00 רם חברה לעבודות הנדסיות בנין ושוברי גלים בע"מ נ' אחים

שורק בע"מ (לא פורסם, 11.7.2000). הלכה זו חזרה ונשנתה בפסיקתו של בית משפט זה והיא השלטת בכיפה כיום [רע"א 8902/04 מוסדות שערי ציון נ' סימן טוב (לא פורסם, 27.12.2005); רע"א 10123/07 צביק נ' מולד את מולדבסקי (לא פורסם, 25.2.2008); רע"א 9553/08 קיסר הנדסה ופיתוח בע"מ נ' י.ע.ז. חברה לבניה ופיתוח (לא פורסם, 5.3.2009); רע"א 1721/09 הרפובליקה של בולגריה נ' זאבי אחזקות בע"מ (לא פורסם, 10.6.2009)]. גישה זו נגזרת מהוראת סעיף 38 לחוק הבוררות, המתנה ערעור על החלטת בית משפט בעניין של בוררות כמתן רשות, ומהתכלית העומדת ביסוד הסדר זה - לחזק את מוסד הבוררות ולהגביל למינימום את התערבות בתי המשפט בהליכי בוררות, בין היתר על דרך הגבלת הביקורת הערעורית בעניינים אלו. יתרה מכך, מקום שבורר כבר נתן דעתו על העניין ולאחר מכן הנושא נדון בבית המשפט המחוזי, רואים את בעל הדין המבקש רשות לערער כמי שמבקש שערכאה שלישית תדון בעניינו, ועל כן חלה בעניין זה ההלכה הנוהגת בעניינים של מתן רשות ערעור ב"גלגול שלישי" [רע"א 103/82 חניון חיפה בע"מ נ' מצת אור (הדר חיפה) בע"מ, פ"ד לו(3) 123 (1982); רע"א 443/03 מעדי נ' פרידמן (לא פורסם, 5.8.2003)].

32. אכן, הושמעה הדעה שלפיה כאשר מדובר בבקשות רשות ערעור בעניין ביטול או אישור של פסק בוררות אין מדובר בדיון ב"גלגול שלישי", שהלא רק ערכאה אחת נתנה את דעתה לסוגיות שבמחלוקת על פסקו של הבורר" [ראו: סמדר אוטולנגי בוררות דין ונוהל כרך ב 1240 (מהדורה רביעית מיוחדת, 2005) (להלן: אוטולנגי)]; וכן הערתו של חברי השופט רובינשטיין ברע"א 1285/05 אלון כהן בע"מ נ' פרומודקס בע"מ (לא פורסם, 14.5.2006)]. היות וזו אינה הגישה הרווחת בבית משפט זה אעיר רק כי דווקא במקרה כגון המקרה דנן, שבו מדובר בבורר שהינו משפטן מובהק, בולטת חולשתה של גישה זו. זאת ועוד, סבורני כי במיוחד כאשר הטענה המרכזית המועלית במסגרת בקשת הביטול היא העילה לפי סעיף 24(7) לחוק הבוררות, קשה לומר כי בית המשפט המחוזי דן בטענות בפעם הראשונה, והמקרה שלפנינו, על הטענות המועלות בו, מדגים כי מדובר בטענות שלמעשה נדונו במידה זו או אחרת על ידי הבורר.

33. לגופו של עניין, איני סבור כי המקרה שלפנינו נופל לגדר המקרים המצדיקים מתן רשות ערעור, שכן אין הוא מעלה שאלה משפטית או ציבורית החורגת מעניינם של הצדדים וכן המבקשת לא הצליחה להראות כי פסק דינו של בית המשפט המחוזי גרם לעיוות דין.

34. אשר לטענה כי הפרת חובת ההנמקה על ידי בית המשפט המחוזי מצדיקה מתן רשות ערעור: אכן, בית המשפט חייב לנמק את פסק דינו ולהתייחס לשאלות שעמדו

להכרעה (תקנה 192 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, וראו חריג לכך בתקנה 460 לתקנות). אין חולק על חשיבות קיומה של חובה זו, והיעדרה אף עלול לשמש עילה לביטולו של פסק הדין או למתן רשות ערעור במקרה המתאים [רע"ב 3019/98 מדינת ישראל נ' ארזי, פ"ד נב(2) 743 (1998) (להלן: עניין ארזי)]; רע"א 10141/07 חברת עובד לוי תיעוש האבן והבנייה בע"מ נ' עו"ד אמיר שושני (לא פורסם, 2.6.2008); ע"א 4861/05 שיכון עובדים בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין - איזור רחובות (לא פורסם, 11.8.2008) (להלן: עניין שיכון עובדים)]. יחד עם זאת, אין פירוש הדבר כי על בית המשפט מוטלת חובה להידרש לכל טענה וטענה המועלת על ידי הצדדים ולהסביר מדוע וכיצד הגיע למסקנתו לגבי כל אחת ואחת מהן. לבית המשפט שיקול דעת המאפשר לו לברור את הבר מן התבן ולהימנע מלדון במפורש בכל טיעון וטיעון, תוך שהוא מתייחס לטענות הנראות לו ענייניות ורלוונטיות (עניין שיכון עובדים). ההנמקה יכולה להיות קצרה ותמציתית, והדבר תלוי בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה (עניין ארזי). אכן, "יש שהטענות הן כה מרובות ומשקלן הסגולי כה מועט, עד שאין צורך או אין אפשרות להתייחס אל כולן", וברור כי "אין כל אפשרות ממשית לדון בכתב בפרוטרוט בכל תג ובכל ואריאציה המוצגים לפני בית המשפט, אם אלו אינם בעלי מהות המצדיקה זאת לפי מבחני החוק והשכל הישר" [רע"א 478/88 בקר נ' שטרן, פ"ד מב(3) 679, 681 (1988)].

35. איני סבור שניתן לומר על פסק דינו של בית המשפט המחוזי שהוא לא מנומק, בוודאי לא במידה המצדיקה מתן רשות ערעור. אמנם בית המשפט התייחס באופן כולל לטענותיה של כרמל בעניין ביטול הפסק מכוח סעיף 24(7) לחוק הבוררות ואשר לטענותיה בעניין ביטולו מכוח סעיף 24(9) לחוק הבוררות התייחס בקצרה, אולם ניתן להבין מפסק דינו של בית המשפט המחוזי מה הביאו לפסוק כפי שפסק, כך שניתן להעביר ביקורת שיפוטית על פסק דינו. כאמור, גם אם ההנמקה קצרה, וביחוד באופן יחסי לטענותיהם של הצדדים שפורטו בהרחבה, אין בכך כדי לפגום בפסק הדין מיסודו וסבורני כי במקרה דנן אין הנמקתו הקצרה (יחסית) של בית המשפט המחוזי מטה את הכף לטובת מתן רשות ערעור.

36. גם נימוקה השני של כרמל לא מצדיק מתן רשות ערעור, ולו משום שלא שוכנעתי כי אכן הבורר פסק בניגוד לדין קוגנטי כלשהו. הוראות חוק קוגנטיות הן הוראות כופות המיועדות - מטעמים חברתיים ראויים - להגנתם של צדדים חלשים ויש בהן כדי להגביל את חופש החוזים [ראו: גבריאלה שלו דיני חוזים - החלק הכללי לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 53 (2005) (להלן: שלו)]. יחד עם זאת, לא בכל מקום שבו עולה טענה שלפיה הבורר סטה מהדין המהותי הרי שמדובר בסטייה

מדין קוגנטי. קביעה כזו הייתה מנוגדת ללשונו ולתכליתו של החוק. גם אם נקבל את טענותיה של כרמל כי בקביעות שעליהן הצביעה סטה הבורר מן הדין המהותי, עדיין אין בידי לקבל כי מדובר בסטייה מדין קוגנטי, או כי סטייה זו כשלעצמה מצדיקה מתן רשות ערעור.

37. אשר לטעם השלישי שהעלתה כרמל, גם אם נקבל את טענתה כי הבורר התעלם מחובת תום הלב המוגברת וחובת ההגינות החלות על המדינה בהתקשרויותיה, הרי איני סבור כי בנימוק זה כשלעצמו יש כדי להצדיק מתן רשות ערעור. מדובר, לכל היותר, בטענה נוספת שעניינה עילת הביטול לפי סעיף 24(7) לחוק הבוררות ואין בה, כשלעצמה, כדי להצדיק מתן רשות ערעור.

38. הנה כי כן, לדידי המבקשת לא הצביעה על שאלה משפטית או ציבורית חשובה המתעוררת במקרה דנן ואשר יש בה כדי להקים עילה למתן רשות ערעור. יחד עם זאת, ולמעלה מן הצורך, ונוכח העובדה שהצדדים העלו את טענותיהם באריכות ואף נשמעו לפני הרכב, אתייחס לטענותיהם של הצדדים לגופן, כך שיינתן להם יומם באופן מלא לפני בית משפט זה.

העילות לביטול פסק הבוררות

טענות כרמל

39. כרמל מפרטת בהרחבה חמש קביעות של הבורר המקימות לשיטתה עילות לביטול פסק הבוררות. מדובר באותן חמש קביעות שנזכרו בטעם השני למתן רשות ערעור, אולם הפעם אפרט אותן ביתר הרחבה:

39.1. לדברי כרמל, הבורר הסכים לטענתה כי הוברר שתב"ע לתעשייה אינה מהווה מקור סטטוטורי למתן היתרי בניה למתקני התפלה. אולם, על אף שהבורר קבע שתנאי הסף במכרז נתברר כלא נכון משפטית ולא מקובל על דעתם של מוסדות התכנון, פטר את המדינה מכל אחריות לכך. לשיטת כרמל, בכך קבע הבורר דין מהותי חדש ולפיו עורך מכרז פטור (מושגית) מאחריות לכך שהמכרז היה מבוסס על הנחה משפטית-תכנונית מוטעית. לגישת כרמל, קביעות אלה אינן יכולות לעמוד במבחן הביקורת של הדין המהותי ותקנת הציבור, על אחת כמה וכמה כאשר מפרסם המכרז הינו רשות ציבורית שעליה חלה חובת תום לב מוגברת.

39.2. משקבע הבורר כי מוסדות התכנון לא קיבלו את העמדה שלפיה ניתן להעניק היתר בניה למתקן התפלה בהתבסס על תב"ע לתעשייה, היה עליו לקבוע כי עסקינן במכרז שלא היה ניתן לביצוע מבחינה חוקית וכי המדינה חייבת לפצות את כרמל. הצדדים העמידו לפני הבורר את השאלה האם במועד פרסום המכרז הייתה קיימת אפשרות חוקית להקים מתקן התפלה באזור המיועד לתעשייה אם לאו, והבורר השתמט מלפסוק בסוגיה זו וקבע כי המצב המשפטי היה "לא ברור" ו"ניתן לפרשנויות שונות".

39.3. המתודה שהפעיל הבורר לבחינת קיומו של קשר סיבתי סותרת את הדין: ראשית, הבורר בחן את אומד דעתה של כרמל, קרי, האם הייתה מתקשרת בהסכם לו הייתה יודעת את המידע שהוסתר ממנה - לאחר כריתת ההסכם במקום במועד כריתתו; שנית, הבורר קבע כי נטל הראייה להוכחת קיומו של קשר סיבתי מוטל על כרמל, בעוד שהיה עליו לקבוע כי הנטל מוטל על המדינה, המטעה, היות שההטעה הייתה בנושא מהותי; שלישית, בבחינת אומד הדעת של כרמל התעלם הבורר לחלוטין "מקנה מידה אובייקטיבי וסבירות".

39.4. קביעותיו של הבורר בנושא הקשר הסיבתי, ביחס לכל אחד ממושאי ההטעה (אי הגילוי של הדרישה להכנת תכנית מפורטת; אי גילוי התנגדותה של המועצה הארצית לאתר דור; ואי גילוי המניעה להקמת תחנת כוח באתר), סותרות את הממצאים העובדתיים שנקבעו בפסק הבוררות גופו. לטענת כרמל, קביעת בורר הסותרת את הראיות פוגעת בתקנת הציבור ומהווה עילה לביטול הפסק.

39.5. ניתן היה לצפות, כי מאחר שהבורר קבע שהמדינה הטעתה את כרמל ביחס לעניינים מהותיים הנוגעים למכרז, הרי שלכל הפחות היה עליו לקבוע כי המדינה נהגה שלא בתום לב במסגרת הליכי המכרז והמשא ומתן עם כרמל. אלא שהבורר יצר "דין חדש" בקובעו כי משלא נמצא קשר סיבתי בין ההטעה ובין ההתקשרות בהסכם, אין בהתנהגות המדינה משום חוסר תום לב. הדבר סותר את הדין המהותי, שכן חוסר תום לב הוא אינהרנטי להטעה. אילו היה הבורר קובע, כפי שהיה צריך, כי המדינה נהגה בחוסר תום לב, ברי כי לא היה פוסק לטובתה פיצויי נזק.

40. אשר לעילת הביטול לפי סעיף 24(7) לחוק הבוררות טוענת המדינה כי הלכה פסוקה ומושרשת היא שבית המשפט יתערב בפסק בוררות רק מקום שעולה ממנו בבירור כי בורר שהוסמך לפסוק בהתאם לדין בחר להתעלם מהדין באופן מופגן, ולא יתערב אפילו אם טעה הבורר טעות מהותית בפירוש הדין ויישומו. המדינה מוסיפה כי כרמל מלינה למעשה על הניתוח העובדתי-משפטי שערך הבורר, שבסופו קיבל את גרסת המדינה ודחה את גרסתה של כרמל וטיעוניה, ובכך מנסה להפוך את בית המשפט לערכאת ערעור על פסק הבורר.

41. המדינה מוסיפה כי כרמל מתעלמת מקביעות עובדתיות ברורות של הבורר ובהן קביעתו כי המדינה לא הציגה כל מצג מטעה; הימנעותו מלקבוע כי כרמל הוטעתה בעניין תחנת הכוח; קביעותיו כי כרמל ידעה עוד בשלב המכרזי על איכות מי המקור במפרץ חיפה ועל ההשלכות האפשריות שיש לכך, וכי בסופו של דבר המועצה הארצית לא פסלה את אתר דור.

42. המדינה אף מתייחסת באופן ספציפי לטענותיה של כרמל: בניגוד לטענת כרמל, הבורר קבע כי עורכי המכרז לא הציגו במסגרת תנאי הסף מצג כלשהו כלפי המציעים, כי אם באו בדרישות מסוימות למציעים לגבי ההיבט התכנוני של האתרים המוצעים ואילו המציעים הם אלה שהציגו מצגים לגבי המצב התכנוני של האתרים. הבורר אף העיר בהערת אגב שאף אם הנחות המדינה היו בלתי מבוססות, הייתה זו המבקשת שהציגה כלפי המדינה מצגים מוחלטים ובלתי מסויגים, לאחר בחינה קפדנית לכאורה. בניגוד לטענת המבקשת, הבורר לא קבע כי נקבעו במכרז תנאי סף שאינם נכונים, אלא קבע כי המצב המשפטי תכנוני ששרר באותה עת היה נתון לפרשנויות שונות, כשהדרך להוצאת היתר בניה למתקן ההתפלה שהייתה מנויה בתנאי הסף הייתה אחת מאותן פרשנויות ועל כן לא נעשתה כל הטעיה.

זאת ועוד, הבורר קבע כי המצב התכנוני-משפטי היה "לא ברור" לא משום שנמנע מלהכריע בסוגיה, אלא מאחר שהתרשם עובדתית כי למצב התכנוני היו מספר פרשנויות אפשריות.

המדינה מוסיפה וטוענת כי מפסק הבוררות עולה שהבורר היה מודע לחלוטין לכלל שלפיו המועד הקובע לבחינת אומד דעתו של הצד המוטעה הוא מועד כריתת ההסכם, ופעל על פיו. כך מלמדת גם קריאת החלק בפסק הבורר העוסק בניתוח סוגיית הקשר הסיבתי, המראה כי אומד דעת הצדדים נבחן על ידי הבורר נכון ליום חתימת

ההסכם. זאת ועוד, טוענת המדינה, כי נטל הוכחת הקשר הסיבתי מוטל תמיד על הצד הטוען להטעיה (כרמל בענייננו), כפי שקבע הבורר. לבסוף טוענת היא כי המבחן לאומד דעתו של המוטעה אינו מבחן משולב, אלא מבחן סובייקטיבי בלבד. תפקידו של המבחן האובייקטיבי אינו אלא לסייע במקרי הצורך ליישום המבחן הסובייקטיבי. בכל מקרה, סקירת פסק הבורר מראה כי לשם בדיקת הקשר הסיבתי עשה הבורר שימוש הן במבחן סובייקטיבי והן במבחן האובייקטיבי כ"מבחן עזר".

43. המדינה טוענת כי בטענת המבקשת שלפיה הטעיה וחוסר תום לב שלובים זה בזה באופן אינהרנטי אין כל ממש, שכן מושג ההטעיה שבסעיף 15 לחוק החוזים כולל גם מצב שבו ההטעיה תמת לב. אין מדובר ב"דין חדש" שיצר הבורר, כטענת כרמל.

44. אשר לעילה של פגיעה בתקנת הציבור, טוענת המדינה כי המקרים שבהם יבטל בית המשפט פסק בורר בשל פגיעה בתקנת הציבור הם נדירים שבנדירים, מקרים שבהם פסק הבוררות יוביל על פני הדברים למצב בלתי מוסרי, אשר עלול לפגוע בציבור בכללותו. המחלוקת נשוא ענייננו היא מחלוקת מסחרית-כלכלית טהורה בין שני צדדים להסכם מסחרי. למחלוקת זו אין קשר עם אמונותיו ועקרונות המוסר של הציבור בכללותו.

דיון והכרעה - עילות הביטול שבחוק הבוררות

45. חוק הבוררות קובע עשר עילות ביטול אשר הן, ורק הן, תהוינה את העילות לביטול פסק בורר. במאמר מוסגר יוער כי בשנת 2008 התקבל תיקון לחוק הבוררות ובמסגרתו נוסף סעיף 29 ב אשר קובע כי צדדים להסכם בוררות אשר התנו שעל הבורר לפסוק בהתאם לדין, רשאים להסכים כי ניתן לערער על פסק הבוררות, ברשות בית המשפט, אם נפלה בו טעות יסודית ביישום הדין אשר יש בה כדי לגרום לעיוות דין. תיקון זה אינו רלוונטי לענייננו. בעלי הדין אינם יכולים להתנות על עילות הביטול הקבועות בסעיף 24 לחוק הבוררות ואינם רשאים להוסיף עליהן [ראו: רע"א 8941/06 עיריית חיפה נ' ב.מ. כרפיס דדו בע"מ (לא פורסם, 4.11.2009) (להלן: עניין עיריית חיפה)]. לא זו בלבד שהחוק קובע רשימה סגורה של עילות ביטול, בתי המשפט ובית משפט זה בראשם פירשו באופן עקבי את עילות ההתערבות הקבועות בחוק באופן מצמצם ודווקני. ביסוד גישה זו עומד הרצון לחזק את מעמדו של פסק הבוררות כהכרעה סופית ומחייבת ובכך לעודד את המגמה של העברת סכסוכים לבוררות [אוטולנגי, כרך ב, עמ' 986; עניין עיריית חיפה; וכן ראו דבריה של חברתי השופטת א' חיות ברע"א 2237/03 אפרים שועלי בנין והשקעות בע"מ נ' המועצה המקומית תל מונד, פ"ד נט(4) 529 (2005)]. יוער כי באותו פסק דין ביקש חברי השופט א' רובינשטיין

להרהר אחרי גישה זו, והוא סבור כי ייתכן שדווקא מתן אפשרות לבית המשפט להתערב בפסקי בוררות תחזק את מוסד הבוררות ותגביר את אמון הציבור בו].

46. העילות לביטול הפסק אינן "ערעוריות" באופיין, אלא רובן נועדו לשם פיקוח על אופן ניהול הבוררות. גם העילה לפי סעיף 24(7) לחוק הבוררות שלפיה עילה לביטול הפסק תקום אם הותנה בהסכם הבוררות שעל הבורר לפסוק בהתאם לדין והבורר לא עשה כן, לא נועדה לכך שבית המשפט יחליף את הבורר בכתיבת הפסק, ועל כך נעמוד בהמשך (אוטולנגי, כרך ב, עמ' 1070). אכן, כפי שנפסק, "טענות היפות לערעור על פסק דינו של בית משפט אינן יפות כל עיקר לתקיפתו של פסק בוררות" [רע"א 1260/94 בן חיים נ' אבי חן בע"מ, פ"ד מח(4) 826, 832 (1994) (להלן: עניין בן חיים)].

כשדברים אלה לנגד עינינו, נעבור לבחון את טענות הצדדים לאורן של עילות הביטול שבסעיפים 24(7) ו-24(9) לחוק הבוררות.

עילת הביטול לפי סעיף 24(7) לחוק הבוררות: "הותנה בהסכם הבוררות שעל הבורר לפסוק בהתאם לדין והבורר לא עשה כן"

47. עילה זו משמעותה כי במקום שהסכם הבוררות הורה כי הבורר יהיה כפוף לדין המהותי, עליו להשתית את הכרעתו על הוראות הדין, ואין הוא רשאי לפסוק על פי אמות מידה חיצוניות לדין. באם יעשה כן, ניתן יהיה לבטל את הפסק על שום פגם מהותי שנפל בו [רע"א 7765/07 קופת חולים מאוחדת נ' ג'נח (לא פורסם, 6.11.2007) (להלן: עניין ג'נח)]. כדי שתהיה לצדדים אפשרות לבקש את ביטול הפסק בהסתמך על עילה זו, הם צריכים להתנות ביניהם בבירור שעל הבורר לפסוק בהתאם לדין. על מבקש הביטול להוכיח כי אכן הייתה התנאה לפסוק בהתאם לדין; מה הייתה צריכה להיות החלטת הבורר על פי הדין; ומהי סטייתו של הבורר מהדין המהותי (ראו: אוטולנגי, כרך ב, עמ' 1069).

48. ויודגש, פיקוחו של בית המשפט בהתאם לעילה זו אינו ביקורת "ערעורית", אלא מדובר בביקורת האם אכן פעל הבורר בהתאם להתנאת הצדדים, קרי, לפסוק על פי הדין. אלא שעל פי פסיקתו העקבית של בית משפט זה, גם אם טעה הבורר בדין, לא יחליף בית המשפט את שיקול דעתו בשיקול דעת הבורר (אוטולנגי, כרך ב, עמ' 1072). "רק מקום שהבורר (אשר חויב לפסוק בהתאם לדין) מחליט ביודעין להתעלם מן הדין המהותי ולפסוק שלא בהתאם לו, תעמיד פסיקתו עילת ביטול לפי סעיף 24(7)" (עניין בן חיים, עמ' 832; ראו גם עניין עיריית חיפה). כאמור, אם הבורר התעלם מהדין

ביודעין ובמכוון - יבוטל הפסק, אולם אם הבורר התכוון לפסוק בהתאם לדין וטעה לגביו - אין זו עילה לביטול הפסק (אוטולוגי, כרך ב, עמ' 1073). בבוררות שבה כפוף הבורר לדין המהותי, משהתברר כי הבורר החיל את הדין על המחלוקת שבפניו לא יזקק בית המשפט לטענות בדבר אופן החלת הדין, ובכלל זה, לטענות כי הבורר שגה בפרשנות הדין ובדרך החלתו על מערכת היחסים בין הצדדים (עניין ג'נח).

49. פסק הדין המנחה בסוגיה זו הוא פסק דינו של כבוד השופט ת' אור ברע"א 113/87 חברת נתיבי איילון בע"מ נ' יהודה שטאנג ובניו בע"מ, פ"ד מה(5) 511 (1991). השופט אור ביאר את הטעמים המובילים למסקנה שטעויות בפירוש הדין וביישומו מצד בורר אין בהן כדי להוות עילה לביטול הפסק על יסוד סעיף 24(7) לחוק הבוררות, ואלו הם בקצרה:

ראשית, המגמה הברורה של החוק לעודד העברת סכסוכים לבוררות תוך צמצום אפשרויות הביטול שהיו קיימות קודם חקיקתו ופירושן של עילות הביטול על דרך הצמצום, תוך הימנעות, ככל שאפשר, מהתערבות בפסק הבוררות. שנית, ביטול עילת הביטול של "טעות על פני הפסק" כחלק מהתכלית האמורה. שלישית, הרצון שלא להפוך את בתי המשפט לערכאת ערעור על פסק הבורר, והימנעות מהתערבות בתוכן הפסק. השופט אור ציין בהקשר זה כי כאשר התנו הצדדים כי על הבורר לפסוק בהתאם לדין, חזקה כי סמכו עליו ועל ידיעתו לפסוק לפי הדין, תוך שהם מכפיפים עצמם להכרעתו, אפילו יטעה בדין. רביעית, לדעתו של השופט אור, האינטרס של קיום פסק הבורר שהצדדים העדיפו שהוא יכריע בסכסוך ביניהם ולא בית המשפט, גובר על האינטרס שטעות בדין, המתגלית בפסק הבורר, תתוקן. כפי שציין השופט אור, בהטילם על בורר לפסוק על פי הדין בחרו הצדדים לעצמם בורר, אשר סומכים הם עליו שיוכל לפסוק כך, ונטלו על עצמם את ה"סיכון", שהבורר עלול לטעות.

מכאן אעבור לדון בקצרה בטענותיה של כרמל ובשאלה האם הן מקימות עילה לביטול הפסק לפי סעיף 24(7) לחוק הבוררות.

50. טענתה הראשונה של כרמל היא כי הבורר קבע "דין מהותי חדש" שלפיו עורך מכרז פטור מאחריות במקום שבו המכרז היה מבוסס על הנחה משפטית-תכנונית מוטעית. סבורני כי קריאת פסק הבוררות לעומקו בצד טענותיה של כרמל בהקשר זה מלמד - כפי שטוענת גם המדינה - כי כרמל מנסה "לכסות" את טרוניותיה נגד קביעות עובדתיות של הבורר בכסות משפטית עקרונית. כפי שפורט בהרחבה לעיל, הבורר לא קבע כי המכרז היה מבוסס על הנחה משפטית-תכנונית מוטעית או כי הוא כלל מצגים

מטעים. נהפוך הוא, הבורר קבע כי דווקא כרמל היא זו שהציגה מצגים מטעים בהקשר המשפטי תכנוני, כאשר המומחית מטעמה חיוותה את דעתה כי האתר המוצע יוכל לעמוד בכל תנאי המכרז. הקביעה כי המכרז קבע דרישות תכנוניות מסוימות למציעים, להבדיל מהצגת מצג בלתי נכון, אין בה משום סטייה מן הדין המהותי, ולפיכך דינה של טענת כרמל בהקשר זה להידחות.

51. טענתה השנייה של כרמל מתייחסת לשאלת האפשרות החוקית להקים מתקן התפלה באתר דור, ולטענתה הבורר התחמק מלפסוק בסוגיה זו, כשקבע כי המצב המשפטי היה ניתן לפרשנויות שונות. גם בהקשר זה איני יכול לקבל את הטענה כי פסיקה זו מנוגדת לדין המהותי. זאת ועוד, מקריאת פסק הבוררות עולה כי אין מדובר בהשתמטות מהכרעה, אלא בהכרעה שלפיה לא ניתן לקבוע בוודאות כיצד התייחסו בזמן אמת מוסדות התכנון לאפשרות של מתן היתר. מכל מקום, בשורה התחתונה קבע הבורר כי ניתן היה להשיג היתר, וזאת בין בדרך של תכנית מפורטת ובין בדרך של היתר לשימוש חורג, אלא שהיה נדרש זמן ארוך יותר מאשר נחזה תחילה בעת קביעת לוח הזמנים בחוזה. מכאן, שגם בטענה זו של כרמל לא ניתן למצוא הצדקה לבטל את פסק הבורר.

52. טענה שלישית של כרמל היא כי הבורר הפעיל מתודה שגויה (או לדבריה, סותרת את הדין) לבחינת קיומו של קשר סיבתי בין ההטעיה לבין התקשרותה של כרמל בחוזה. מבלי להיכנס לגופה של טענה זו, סבורני כי טענתה של כרמל מתמצית בכך שהבורר, לכל היותר, יישם את דיני הקשר הסיבתי באופן שגוי, להבדיל מהתעלמות מופגנת מהדין. כאמור, בכך אין כדי להקים עילת ביטול לפי סעיף 24(7) לחוק הבוררות.

53. עוד טוענת כרמל כי הבורר יצר "דין חדש" בקובעו כי משלא נמצא קשר סיבתי בין ההטעיה ובין ההתקשרות בהסכם, אין בהתנהגות המדינה משום חוסר תום לב. לדבריה, הדבר סותר את הדין המהותי. צודקת המדינה בהקשר זה, כי מושג ההטעיה שבסעיף 15 לחוק החוזים אינו מחייב מצב נפשי מסוים של המטעה. הטעיה יכולה להיגרם אף תוך רשלנות "ואפילו מתוך תום לב" (ראו: שלו, עמ' 322). מאידך, אין חולק כי קיים קשר הדוק בין סעיפים 12 ו-15 לחוק החוזים, במובן זה שהפרת חובת הגילוי לפי סעיף 12 מהווה הטעיה לפי סעיף 15, אך לא בהכרח להיפך: כלומר לא כל מקום שבו הייתה הטעיה, בהכרח ההטעיה הייתה בחוסר תום לב [ראו: שלו, עמ' 319; ע"א 338/85 שפיגלמן נ' צ'פניק, פ"ד מא(4) 421, 426 (1987)]. מן האמור לעיל עולה

שגם כאן לא קבע הבורר "דין חדש", ולכל היותר - מבלי לקבוע בעניין זה מסמרות - ייתכן שבקביעתו כי לא היה חוסר תום לב בהתנהגות המדינה לא יישם כראוי את הדין.

54. הנה, אף אחת מטענותיה של כרמל אינה מצביעה על כך שהבורר התעלם מהדין המהותי. נוטה אני להסכים עם בית המשפט המחוזי כי קריאת פסק הבוררות בכללותו אף מלמדת כי הוא גם לא שגה ביישומו, אולם בכך אין לנו צורך להכריע.

עילת הביטול לפי סעיף 24(9) לחוק הבוררות: "תכנו של הפסק מנוגד לתקנת הציבור"

55. סעיף 24(9) לחוק הבוררות מאפשר לבית המשפט לבטל פסק בוררות, כולו או חלקו, אם מצא כי תוכנו של הפסק מנוגד לתקנת הציבור. "תקנת הציבור" הוא מושג שסתום אשר בית המשפט יוצק לתוכו תוכן, מבלי שניתן לתת לו הגדרה ממצה (אוטולוגי, כרך ב, עמ' 1090-1087).

"מקובל על הכל כי מושג תקנת הציבור הוא מושג דינאמי, בעל תכנים משתנים, המשקף את רעיונות היסוד שעליהם מושגת המשטר המשפטי, והוא כולל את ערכי החברה והשקפותיה בעניני מוסר, כלכלה וחברה. מקובל גם כי תקנת הציבור היא אמת מידה שיפוטית כללית, אשר הן קביעת תוכנה המהותי והן יישומה הקונקרטי מסורים לבית המשפט"
[גבריאלה שלו "סוס הפרא - לאן או מה ארע לתקנת הציבור" קרית המשפט ב 21, 22 (2002) (להלן: שלו, סוס הפרא)].

56. המונח "תקנת הציבור" מופיע, כידוע, גם בסעיף 30 לחוק החוזים. גם שם, מהווה תקנת הציבור "מונח שסתום" המאפשר לבית המשפט לבטל חוזה, כולו או חלקו, במידה ומצא כי החוזה מנוגד לתקנת הציבור. גישתו של בית המשפט למונח תקנת הציבור השתנתה במהלך השנים - מגישה "מצמצמת", המבכרת לעשות שימוש מועט ככל האפשר בכלי זה לגישה "מרחיבה" יותר אשר רואה בתקנת הציבור כלי להזרמת עקרונות היסוד של השיטה למשפט הפרטי ולפיתוח המדיניות השיפוטית (ראו: שלו, סוס הפרא).

57. כאמור, מדובר במונח אבסטרקטי ודינאמי, המאפשר לבית המשפט לבטא דרכו את תפיסותיו החברתיות והמשפטיות, תפיסות המשתנות עם חלוף העתים ואף להביא לידי ביטוי את תפיסת העולם והשקפת החיים המיוחדת של השופט הדין בעניין (ראו:

ע"א 614/76 פלמונית נ' אלמוני, פ"ד לא(3) 85 (1977); רע"א 5991/02 גוירצמן נ' פריד, פ"ד נט(5) 1 (2005) (להלן: עניין גוירצמן); שלו, סוס הפרא, עמ' 29).

58. בהתחשב בטיבו של המונח "תקנת הציבור" בשילוב עם הגישה המצמצמת לפרשנותן של עילות הביטול הקבועות בסעיף 24 לחוק הבוררות, הרי שבית המשפט יבטל פסק בוררות אשר תוכנו נוגד את תקנת הציבור מקום שיש בתוכנו של פסק הבוררות "כדי לפגוע באינטרסים, בעקרונות ובערכים שחברתנו מבקשת לקיים ולשמר" [ראו: דנ"א 9563/03 כדורי נ' כליף (לא פורסם, 1.4.2004) (להלן: דנ"א כדורי)]; רע"א 3971/04 ד"ר רם מודן נ' מכבי שירותי בריאות (לא פורסם, 22.5.2005); רע"א 10582/03 גינזבורסקי נ' גבעת המוזיאון רחובות בע"מ (לא פורסם, 12.4.2005) (להלן: עניין גינזבורסקי)]. פרופ' אוטולנגי ז"ל הביעה בספרה את העמדה שלפיה "לפסוק בניגוד לתקנת הציבור משמעו לפסוק דבר בלתי מוסרי, בלתי מקובל על הציבור, דבר שאינו עולה על הדעת" (אוטולנגי, כרך ב, עמ' 1101).

59. יש להדגיש, כי בית המשפט רשאי לפסול פסק בוררות רק אם תוכנו של הפסק מנוגד לתקנת הציבור, להבדיל מתוצאתו [אוטולנגי, כרך ב, עמ' 1091, עמ' 1093; רע"א 10567/08 הוברמן נ' בורוכוב (לא פורסם, 15.5.2009)]. עוד נפסק, כי סכום כסף גבוה שנפסק במסגרת פסק הבוררות אינו הופך את הפסק לנוגד את תקנת הציבור. הסכום כשלעצמו, גבוה ככל שיהיה, אינו עילה לביטול החיוב מכוח פגיעה בתקנת הציבור (אוטולנגי, כרך ב, עמ' 1092; רע"א 6082/98 כדורי נ' כליף (לא פורסם, 29.9.2003); דנ"א כדורי).

60. טענתה הראשונה של כרמל בעניין זה היא כי קביעת "פטור" מאחריות מושגית לעורך מכרז אשר ביסס את המכרז על הנחה משפטית-תכנונית מוטעית, אינה יכולה לעמוד במבחן תקנת הציבור, על אחת כמה וכמה כאשר מפרסם המכרז הוא רשות ציבורית שעליה חלה חובת תום לב מוגברת. הטענה כי אכן נקבע "פטור" מושגי מאחריות כאמור, אין בה ממש, כאמור לעיל, וכבר מטעם זה אין מקום לדון בשאלה האם קביעה זו מנוגדת לתקנת הציבור.

61. טענה נוספת של כרמל היא כי קביעותיו של הבורר בנושא הקשר הסיבתי סותרות את ממצאיו העובדתיים ובכך פוגעות בתקנת הציבור ומהוות עילה לביטול הפסק. אין בדעתי להיכנס לגופן של טענותיה של כרמל בעניין זה (אשר מפרטת בנוגע לשלושה עניינים מדוע, לטעמה, קביעותיו של הבורר סותרות את ממצאיו העובדתיים - בנוגע לצורך בהכנת תכנית מפורטת; בנוגע לפסילתו של אתר דור על ידי המועצה

הארצית לתכנון ולבניה ובנוגע לאיסור להקים תחנת כוח באתר דור). טענותיה של כרמל בעניין זה הן "ערעוריות" באופיין, ומתייחסות לקביעות פרטניות של הבורר ביחס לשאלה האם התקיים קשר סיבתי בין "הטעיה" מצד המדינה (הטעיה שהבורר קבע שהתקיימה בעניין אחד בלבד) לבין התקשרותה של כרמל בהסכם. משמץא הבורר כי למעט עניין אחד לא הייתה הטעיה מצד המדינה, מה נפקא מינה אם היה קשר סיבתי אם לאו בין אותם עניינים שבהם לא הייתה הטעיה לבין התקשרותה של כרמל בהסכם? מכל מקום, איני סבור כי קביעתו של הבורר שלפיה לא התקיים קשר סיבתי כאמור מהווה "פגיעה בתקנת הציבור". לכל היותר, ומבלי להכריע בשאלה זו, מדובר בקביעה שגויה בנסיבות המקרה (כך לשיטתה של כרמל), אך אין בה השלכה על שאלות ערכיות הנוגעות להשקפות המוסר או התרבות שלנו (השוו: עניין גינזבורסקי; עניין גורדצמן).

62. טענה נוספת של כרמל היא כי הקביעה שלפיה אין בהתנהגות המדינה משום חוסר תום לב, על אף שהיא הטעתה את כרמל בנוגע לעניינים מהותיים הנוגעים למכרז, פוגעת בתקנת הציבור. ומה ההשלכה של שגיאה זו בפסק הבורר, לשיטתה של כרמל? שאילו היה הבורר קובע כי המדינה נהגה בחוסר תום לב, הוא לא יכול היה לפסוק פיצויים לטובתה, כפי שעשה. הנה, לא ברור מדוע בקביעה כי התנהגות המדינה לא הייתה נגועה בחוסר תום לב יש משום פגיעה בתקנת הציבור. יתרה מכך, ההשלכה היחידה של טענה זו היא בשאלת פסיקת הפיצוי כשלעצמו, שאלה שאין בה משום פגיעה בתקנת הציבור, וזאת מבלי להיכנס כלל לשאלה האם בהכרח חוסר תום לב היה בו כדי לשלול מהמדינה פיצויים.

63. הנה כי כן, לא מצאתי כי טענותיה של כרמל מצביעות על איזושהי פגיעה באינטרסים, בעקרונות ובערכים שחברתנו מבקשת לקיים ולשמר או כי יש בתוכן הפסק משום דבר בלתי מוסרי, בלתי מקובל על הציבור או שאינו עולה על הדעת. טענותיה של כרמל הן ערעוריות באופיין ומתייחסות לקביעותיו של הבורר בנסיבותיו הקונקרטיות של המקרה, קביעות שאין להן דבר וחצי דבר עם אושיות היסוד של שיטת המשפט או של החברה.

השאלות שהעלה השופט אוקון

טענות כרמל

64. לבסוף מתייחסת המבקשת בהרחבה לשאלות שהעלה השופט אוקון בסוגיית הפיצוי המוסכם. לדבריה, התייחסותו של בית משפט זה לשאלות מהותיות אלה נדרשת נוכח העובדה שהשופט רביד התעלם מהן לחלוטין. עוד טוענת כרמל כי נקודת המוצא בסוגיה זו היא, כפי שקבע הבורר, כי למדינה לא נגרם נזק כלשהו כתוצאה מביטול

ההסכם, שכן המדינה לא רכשה ולא התכוונה לרכוש מים מותפלים חלופיים במקום המים שהייתה אמורה לקבל מכרמל. ומכאן להתייחסות לשאלות לפי סדרן.

ראשית, טוענת המבקשת כי היא הראתה בטיעונה המשלים בבית המשפט קמא מדוע יש לראותה כמי שהעלתה - כבר בטענותיה לפני הבורר - טענה לפי סעיף 15(א) סיפא לחוק התרופות.

שנית, טוענת המבקשת כי תכלית ההסכם הייתה להעמיד לרשות המדינה מקור רציף ומהימן של מים באיכות טובה, "מעין ביטוח" שהמדינה ביקשה לרכוש, ללא התחייבות שבאמת תיזקק לו. אולם ה"אירוע הביטוחי" לא התממש בפועל, המדינה לא נזקקה למים במקום אלה שכרמל הייתה אמורה לספק לה, ולכן גם לא הייתה זכאית ל"תגמולי הביטוח", קרי הפיצוי המוסכם. זאת ועוד, טוענת כרמל כי העובדות שהוסתרו ממנה במועד כריתת ההסכם מלמדות בבירור על קיומה של מניעות סטטוטורית מפני ביצועו של ההסכם, מניעות שלא הוסרה מעולם. לדבריה, לא ניתן להניח שהצדדים התכוונו שהפיצוי המוסכם יחול כל עוד המניעות הסטטוטורית עומדת בעינה, משמע לא החל מרוץ הזמן לחיוב בפיצוי המוסכם. לדברי כרמל, ביטולו או הפחתתו של הפיצוי המוסכם מתחייבים בנסיבות אלה, בשל הפגיעה בתקנת הציבור.

שלישית, לטענת כרמל לא ניתן לפסוק פיצוי מוסכם כסעד חלופי לאחר שנקבע כי הנזקים הממשיים לא הוכחו, אחרת מדובר בפיצוי עונשי, דבר המנוגד לתקנת הציבור. לדברי כרמל, לא ניתן לתבוע פיצוי מוסכם כסעד חלופי, אלא כסעד עיקרי בלבד, ואיסור זה נלמד הן מלשונו והן מתכליתו של סעיף 15(ב) לחוק התרופות.

רביעית, טוענת כרמל, הבורר לא היה רשאי לפסוק פיצוי מוסכם (שהוא בבחינת פיצויי קיום) למדינה, לאחר שפסק לה את הוצאותיה בגין עריכת המכרז (פיצויי הסתמכות). מדובר בכפל פיצוי המהווה עשיית עושר ולא במשפט ומכאן הפגיעה בתקנת הציבור.

חמישית, לטענת כרמל, הבורר התערב בתקופת הפיצוי המוסכם משום שהתברר לו כי המדינה לא הייתה מעוניינת במים מותפלים במקום המים שהייתה אמורה לקבל מכרמל. נוסחת הפיצוי בסעיף 4.2 לנספח M להסכם כוללת שלושה רכיבים: סכום X כמות X תקופה. הבורר לא קיבל את התקופה שהוצעה על ידי המדינה - שלוש שנים - מהסיבה שלעיל. הלך מחשבה זה של הבורר חייב את העמדת התקופה

על אפס, דבר שהיה מביא לכך שלא ייפסק כל פיצוי מוסכם. קביעתו של הבורר בנוגע לתקופת הפיצוי לוקה בשרירותיות, ומכאן הפגיעה בתקנת הציבור.

טענות המדינה

65. המדינה טוענת שהמבקשת נמנעה מלציין כי השופט אוקון ציין במפורש כי אין בשאלות שהעלה כדי לומר שיש עילה להתערבות בפסק הבוררות. כמו כן, טוענת המדינה כי המבקשת הודתה במסגרת הטיעון המשלים שהגישה לבית המשפט המחוזי כי לא העלתה בהליך הבוררות טענה לפי סעיף 15(א) לחוק התרופות, אך טענה שהנושא הועלה מכללא ובמשתמע. בנסיבות אלה, טוענת המדינה, אין המבקשת יכולה להלין כנגד הבורר ביחס לטענה שהיא לא טרחה או לא חפצה להעלות לפניו.

66. עוד טוענת המדינה כי הפיצוי המוסכם הקבוע בסעיף 4.2 לנספח M להסכם עמד ביחס סביר לנזק שאותו ניתן היה לצפות כתוצאה מסתברת של הפרת ההסכם. נוסחת הפיצוי - שחושבה על בסיס כמויות תיאורטיות שנקבעו מראש על ידי הצדדים - מתאימה למבנה של פיצוי מוסכם, שלשם קבלתו אין צורך בהוכחת נזק בפועל. בנוסף, סכום הפיצוי המוסכם לקוב מים נמוך משמעותית מהסכום שאותו היה על המדינה לשלם למבקשת על כל קוב מים לפי ההסכם, דבר שמעיד על סבירותו. לבסוף טוענת המדינה כי רק במקרים חריגים יתערב בית המשפט בסכום הפיצוי המוסכם בין היתר משום שחתימת הצדדים על הסכם יוצרת חזקה כי הסכימו לכל האמור בו, לרבות שיעור הפיצוי המוסכם. המדינה מוסיפה כי בסעיף הפיצוי המוסכם אף נקבע במפורש כי הוראותיו יחולו לצד הוראות הסעיף בהסכם העוסק בביטול ההסכם ומבלי לגרוע מכל יתר ההוראות הכלולות בהסכם. עוד טוענת המדינה כי טענת כרמל שלפיה לא ניתן לפסוק פיצוי מוסכם במקום שיש מניעות לקיים את ההסכם מתעלמת מקביעותיו העובדתיות של הבורר שלפיהן לא הייתה כל מניעה לקיים את ההסכם.

המדינה מוסיפה וטוענת כי אין כל מניעה לתבוע פיצוי מוסכם כסעד חילופי לפיצוי בעין וכן כי אין מניעה לפסוק פיצויים מוסכמים גם מקום שבו לא עלה בידי הנפגע להוכיח נזק בפועל. במקרה דנן, מוסיפה המדינה, אין כפילות בסעדים שנפסקו לטובתה. הפיצוי המוסכם הינו חלקי ואין בו כדי לגלם את אינטרס הקיום, אלא הוא נועד מעצם טיבו לפצות על נזק שנגרם בשל העיכוב בהקמת המתקן ולכן ענה על אינטרס ההסתמכות. עניין זה בא לידי ביטוי גם בסעיף הפיצוי המוסכם עצמו, הקובע בבירור כי הוא נועד לחול ללא גריעה מיתר הוראות ההסכם ובפרט מהסעיף העוסק בביטולו. לטענת המדינה, אין כל מניעה לתבוע פיצויים מוסכמים בצירוף סעד בגין ראש נזק נוסף, מקום שבו אין חפיפה בין ראשי הנזק שבעטיים נפסקים הפיצויים.

לבסוף טוענת המדינה, כי הפיצוי המוסכם נקבע בגין עצם אי העמדת מים מותפלים לרשות המדינה כתוצאה מאי השלמת בניית מתקן ההתפלה במועד, פיצוי שהמדינה זכאית לו ללא קשר לשאלה אם נגרמו לה נזקים בעין אם לאו. המדינה צמצמה מראש את תקופת הפיצוי המוסכם לשלוש שנים בלבד, אך הבורר בחר להפחית את תקופת הפיצוי המוסכם לשנתיים, וזאת מאחר שבחר להביא בחשבון את העובדה שהמדינה לא הוכיחה כי נקטה בפעולות להתקשרות בחוזה חליפי שבמסגרתו הייתה רוכשת מים מותפלים. אלמנטים אלו שימשו לשם קציבת התקופה שבעטייה זכאית המדינה לפיצוי המוסכם, אולם לא גרמו להטלת ספק בעצם זכאותה לפיצוי מוסכם זה.

דיון והכרעה - השאלות שהעלה השופט אוקון

כללי

67. בפתח הדברים ראוי לומר כי לא מצאתי פסול בכך שהשופט רביד לא התייחס לגופן לשאלות שאותן העלה השופט אוקון ולסוגיה של פסיקת פיצוי מוסכם בנוסף לפיצויי הסתמכות. כפי שציין השופט רביד, טענה זו לא נטענה לפני הבורר (המבקשת עצמה טוענת כי הטענה עלתה "מכללא", אך לא באופן מפורש) וגם לא בבקשה לביטול פסק הבוררות. גם אם השופט אוקון העלה שאלות אלה מיוזמתו (ייתכן שתוך חריגה מסוימת מתפקידו של השופט בשיטת המשפט האדברסרית) אין פירוש הדבר כי בית המשפט המחוזי מחויב היה לפסוק בשאלות אלה.

האם ניתן לתבוע פיצוי מוסכם לאחר שהחוזה בוטל?

68. לגופו של עניין, מצאתי לנכון להתייחס בקצרה לשאלה האם רשאי היה הבורר לפסוק למדינה את הפיצוי המוסכם (המופחת) וזאת בנוסף לפיצויי הסתמכות עקב ביטול החוזה. לדעתי, צדק הבורר כאשר פסק לטובת המדינה פיצויים מוסכמים על אף שקבע כי החוזה הופר, בוטל כדין וכי יש לפסוק בגינו השבה. כפי שנקבע על ידי השופט א' גרוניס בע"א 4162/02 רנדור בע"מ נ' דרור מהנדסים (1990) בע"מ, פ"ד נח(4) 193 (2004) (להלן: פרשת רנדור), תניית פיצויים מוסכמים הינה מסוג החיובים אשר ממשיכים לחול אף לאחר ביטול החוזה. יתרה מכך, השופט גרוניס הוסיף וקבע כי גם מקום שבו קובע החוזה פיצוי מוסכם עבור איחור בביצוע חיוב, ובפועל הצד המפר כלל אינו משלים את ביצוע המוטל עליו והחוזה מבוטל, עדיין תמשיך לחול תניית הפיצוי המוסכם (אלא אם כן עולה כוונה אחרת מהחוזה).

69. בהמשך לפרשת רנדור, חזר ופסק בית משפט זה לאחרונה, בע"א 7379/06 ג.מ.ח.ל חברה לבניה 1992 בע"מ נ' טהוליאן (לא פורסם, 10.9.2009), מפי השופטת מ'

נאור, כי מן הבחינה העקרונית אין סתירה בין ביטול חוזה לבין תביעה לפיצוי בגין איחור בקיום חיוב מחיוביו:

"לשון אחרת: קיימות תניות חוזיות אשר שואבות את חיותן מרצונם המוקדם של הצדדים להסדיר סיטואציות העלולות להיווצר דווקא במצב בו היחסים החוזיים עלו על שרטון ועל כן, אין הן בטלות אפילו כאשר החוזה כיחידה שלמה אינו תקף עוד. הוא הדין בתניית פיצויים מוסכמים כגון זו שלפנינו"
(סעיף 73 לפסק דינה של השופטת נאור).

השופטת נאור הוסיפה וקבעה כי השאלה האם ניתן לזכות בפיצויים בנוסף לסעד של ביטול והשבה תלויה בתכלית הפיצוי והאם יש בביטול החוזה כדי לסתור את הרציונאל שעומד ביסוד הפיצוי המוסכם (שם, סעיף 73). תניית הפיצוי המוסכם, ככל חיוב חוזי אחר, נתונה לפרשנות.

70. בענייננו, הבורר פסק כי המדינה זכאית לפיצויי השבה בשיעור ההוצאות שהוציאה לצורך עריכת המכרז ובמהלך קיומו של ההסכם (סך של 5,229,000 ש"ח). נוסף על כך, פסק הבורר לטובת המדינה פיצוי מוסכם בהתאם לסעיף 4.2 לנספח M להסכם, בגין אי עמידתה של כרמל במועד השלמת הפרויקט. כפי שראינו לעיל, על פי פסיקתו של בית משפט זה, וכפי שעולה גם מסעיף 2 לחוק התרופות, אין מניעה לפסוק פיצוי מוסכם לצד פיצויי השבה, והדבר יהיה תלוי בפרשנותה של תניית הפיצוי המוסכם ובתכליתה. בענייננו, כרמל טוענת כי תכליתו של הפיצוי המוסכם הייתה "לפצות" את המדינה, במקרה של עיכוב בהשלמת המתקן, בגין המים המותפלים שהייתה המדינה זכאית לרכוש על פי ההסכם ושאותם לא יכלה לרכוש בגין העיכוב בהשלמת הפרויקט. אמנם בסופו של דבר, כך נראה, המדינה לא נזקקה בפועל לאותם מים מותפלים שאותם התחייבה לרכוש מכרמל, אולם הסעיף אינו מתנה את הפיצוי המוסכם בצורך בפועל אלא קובע כי בכל מקרה של איחור תהא המדינה זכאית לפיצוי כאמור.

יתרה מכך, סעיף 4.2 לנספח M להסכם מעיד על עצמו במפורש כי הוא נועד לחול לצידם של סעדים נוספים ואף במקרה של ביטול ההסכם:

"...without derogating from the generality of the provisions of this Agreement, and in particular the provisions of Section 22 (Termination of the WDA) of the Agreement..."

71. הנה כי כן, על פי פסיקתו של בית משפט זה ועל פי נוסחה ותכליתה של התניה, לא הייתה מניעה שהבורר יפסוק לטובת המדינה פיצוי מוסכם בצד של פיצויי ההשבה. כאמור, הדברים נאמרו למעלה מן הצורך וזאת משום שטענות אלה לא הועלו מפיה של המבקשת במסגרת הבקשה לביטול פסק הבוררות אלא הועלו על ידי השופט אוקון, ולפיכך לא ראיתי מקום להתייחס ליתר טענותיה של כרמל בהקשר זה.

סיכום

72. נוכח כל האמור לעיל, אציע לחבריי לדחות את בקשת רשות הערעור ולחייב את המבקשת בשכר טרחת עורכי דין לטובת המדינה בסך של 50,000 ש"ח בערכאה זו (זאת, מבלי לגרוע מההוצאות שפסק בית המשפט קמא).

ש ו פ ט

השופט א' רובינשטיין:

פתח דבר

א. קראתי בתשומת לב את חוות דעתו המקיפה של חברי השופט דנציגר. בנושאים רבים יש בינינו הסכמה, אך בגזרה אחת חוששני שנפלה בינינו מחלוקת המשליכה לדידי על התוצאה. אומר כאן את "השורה התחתונה": לטעמי יש מקום להתערבות בפסק הבורר בעילת תקנת הציבור לפי סעיף 24(9) לחוק הבוררות, תשכ"ח-1968 - קרי, "תכנו של הפסק מנוגד לתקנת הציבור". נוכח זאת, אציע להפחית את הפיצוי שנפסק, כך שתחת שני שלישי מן הסכום של 44.2 מ' נח שפסק הבורר, תבוא מחצית מן הסכום האמור בלבד. אנמק להלן את גישתי, ועיקרה כי ביכולות ובמידע שעמדו לרשות המדינה, שמוסדות התכנון הם חלק ממערכתיה אם גם עצמאיים וסטטוטוריים, היה מקום לטעמי ליתר גילוי ודיווח באשר להליכים הסטטוטוריים, ובכך יש כדי להשליך על התוצאה. איני רואה זאת במשקפיים "ערעוריות", שאין מקומן בקשר לבוררות, אלא במבט ערכי, של תקנת הציבור כפשוטה.

ב. חברי פירט בהרחבה את התשתית, ואין צורך לחזור על כך. בטרם הערותי לגוף הדברים אציין, כי הופתעתי מכך שהמדינה חתמה על הסכם בורות בנושא זה. לא ניתן לנו חומר רקע וגם לא ההסכם במלואו, ולא היתה תשובה ברורה בפי נציגת המדינה בדיון בפנינו כיצד ובאישור מי נכלל סעיף הבוררות בהסכם נשוא ענייננו. אכן, במקרה

דנא זכתה המדינה, אך היא יכלה גם להיות מחויבת, קרי, להפסיד; ומטעם זה - וכאן עסקינן בסכומים נכבדים של עשרות מיליונים - בהיעדרה של ערכאת ערעור רגילה בהליכי בוררות היתה גישת היועץ המשפטי לממשלה מסויגת ביותר בהקשר להליכה לבוררות, למצער בטרם האפשרויות להליך ערעורי שנפתחו בתיקון לחוק הבוררות משנת תשס"ט-2008 (סעיף 29 בב לחוק הבוררות). כספי ציבור נתונים בכף; אעלה איפוא סימן שאלה באשר לכך. נקיון הדעת מחייבני לציין, כי כיהנתי כיועץ המשפטי לממשלה בעת חתימת ההסכם ב-2002, ולא זכור לי כשלעצמי מתן אישור לסעיף בוררות מעין זה.

רשות ערעור

ג. אכן רוח רווחת בבית משפט זה בעניין בקשות רשות ערעור על הכרעות בית משפט המחוזי בענייני פסקי בוררות היא לראותן כגלגול שלישי, ועל כן להחיל עליהן את כללי ההתערבות הנוהגים בגלגול כזה, ברוח הלכת חניון חיפה (ר"ע 103/82 חניון חיפה נ' מצת אור (הדר חיפה), פ"ד לו(3) 123). עיקרם הוא, כי נחוץ שיהא מדובר בנושא המעורר שאלה משפטית או ציבורית חשובה, כדי שתישקל רשות ערעור. המלומדת פרופ' סמדר אוטולנגי עליה השלום הביעה את הדעה, כי לאמיתו אין המדובר בגלגול שלישי, שהרי רק ערכאה שיפוטית אחת נתנה דעתה למחלוקת בדבר פסק הבורר (בוררות דיון ונוהל (מהדורה רביעית מיוחדת, 2005), 1240). בכל הכבוד הראוי, הבעתי אף אני דעתי בכיוון זה (רע"א 1285/05 כהן נ' פרומודקס (לא פורסם)). חברי השופט דנציגר סבור (פסקה 32), כי המקרה דנא תומך בגישה המקובלת, שכן היה הבורר בעברו שופט בכיר, והוא סגן נשיא בדימוס של בית המשפט המחוזי, ומכל מקום חלק ניכר מן הטענות המועלות עתה נדונו על-ידיו. על כן באופן פרקטי עסקינן בגלגול שלישי; ואמנם שונה דבר זה במובן מעשי ממקרה שבו הבורר אינו משפטן, ו"עין שיפוטית" יחידה, במישור המשפטי התחום, אשר שזפה את התיק היתה זו של בית המשפט המחוזי. ואולם, איני רואה מקום להרבות דברים בנושא זה, שכן לדעתי אף באמות המידה של רשות ערעור בגלגול שלישי עומד תיק זה, שכן בתקנת הציבור עסקינן, ועל כן לפנינו לטעמי שאלה ציבורית הראויה להידרשותו של בית משפט זה. לדעתי הנושא הוא התנהגותה של המדינה, בכובעיה השונים, בהיבטים מסוימים בטיפול במכרז ובחווה דנא. לא יתכן חולק, כי למדינה חובת נאמנות מוגברת מזו של אדם פרטי, אם גם אדם פרטי חייב בתום לב. השאלה היא האם בחובה זו עמדה המדינה כדבעי. בית המשפט המחוזי לא סבר שנפגעה תקנת הציבור. שאלה זו ראויה בעיני לרשות ערעור, ואם תישמע דעתי תינתן רשות זו.

ד. כפי שציין חברי, אכן קבע הבורר כי לא היה במכרז מצג בלתי נכון, ואדרבה, כרמל הציגה באישור אדריכלית מצג של התאמה סטטוטורית, ואף נטלה על עצמה בחוזה את סיכוני הטעות. על כן ריכז הבורר את התייחסותו בטענות הטעיה שהעלתה כרמל; לשיטת הבורר - ואומר כבר כאן כי בכל הכבוד דעתי חלוקה, מטעמי תקנת הציבור - רשאית היתה המדינה לסמוך על הפרסום משנת 1999 לעניין הכנת תמ"א בקשר להתפלה, ולהסתפק בו, ואף שחלק מחברי ועדת העורכים של התמ"א היו אנשי המינהל להתפלת מים, לא נתחייב מתן דיווח שוטף לכרמל, ואף לא באשר לאיכות המים במפרץ. דעתי היא כי היה מקום להתנהגות שונה של הרשויות.

על עילת תקנת הציבור

ה. אתמקד איפוא אך בעניין העילה של תקנת הציבור; לעילה זו ולמושג תקנת הציבור ופרשנותו בפסיקה נבוא להלן. לעת הזאת נציין רק, כי בית המשפט המחוזי (פסקה 39) דחה את טענת כרמל באשר לעילה זו; לשיטתו "מדובר בסכסוך כספי שנתגלע בין כרמל למדינה, זהו סכסוך שאינו מעלה שאלות ערכיות הנוגעות להשקפות המוסר או התרבות שלנו או למושגי יסוד של צדק".

ו. אף חברי השופט דנציגר סבר, כי אין חלה בנידון דידן עילה זו. הוא אמנם ציין, גם בהסתמכו על מאמרה של פרופ' גבריאלה שלו "סוס הפרא - לאן, או מה ארע לתקנת הציבור" (קריית המשפט ב' (2002) 21, 22), כי הגישה השיפוטית לנושא זה התרחבה לכיוון של ראיית תקנת הציבור כ"כלי להזרמת עקרונות היסוד של השיטה למשפט הפרטי ולפיתוח המדיניות השיפוטית". כך מתארת המחברת, בגישה ביקורתית בעקבות פסקי הדין של הנשיא ברק בפרשיות רביב נ' בית יולט (ע"א 207/79 רביב נ' בית יולט, פ"ד לז(1) 533); ד"נ 22/82 בית יולט נ' רביב, פ"ד מג(1) 441, בפרשת קסטנבאום (ע"א 294/92 חברה קדישא נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 538) ופרשת רקנט (בג"ץ 6051/95 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה פ"ד נא(3) 289, 324).

ז. לשיטת חברי אין לקבל את טענת כרמל, כי קביעת "פטור" מאחריות מושגית לעורך מכרז (בענייננו המדינה) שביסס עצמו על הנחה משפטית-תכנונית מוטעית, מנוגדת לתקנת הציבור. וזאת - שכן לא נקבע "פטור" כזה, ועל כן אין נפקות לטענה בדבר חובה מוגברת לתום לב של המדינה. הוא הדין, בין השאר, לעניין טענות באשר לקביעת הבורר, שאין בהתנהגות המדינה משום חוסר תום לב, הגם שנקבע כי הטעתה את כרמל בעניינים מהותיים הנוגעים למכרז. לטעמו של חברי, הטענות הן ערעוריות, ולא זה מקומן.

ח. כאמור, אין דעתי כדעתו. לטעמי, יש להעלות על נס את חובתה המוגברת של המדינה, אולי יותר מכל בעל דין אחר, להגינות כלפי הזולת, כלפי כולי עלמא, ובודאי כלפי המתקשר עמה בהסכם. אין היא ככל "שחקן" במגרשי המשפט הפרטי; גם בעודה בחצרי המשפט הפרטי, חלות עליה חובות הגוף הציבורי; היא מצויה תדיר בשני העולמות, ועליהם לדור בהרמוניה זה עם זה; חובות אלה מצטרפות לחובת תום הלב, מכאן פינה ויתד גם לעניין תקנת הציבור.

חובת ההגינות של המדינה

ט. ואכן מבקש אני לומר תחילה דברים אחדים לעניין זה. חובת המדינה להגינות יתרה בהתנהגותה בכל דרכיה ברורה לדידי כשמש בצהרי היום, עד כי אינה טעונה אסמכתאות; "דבר שאינו מחוור ומבורר אל נכון, מבקשים לו אסמכתאות ממקומות רבים" (מתוך אוצר המשלים והפתגמים ל"ח טביוב). זהו מותר המדינה, במיוחד, והשירות הציבורי בכללו, באופן חד ומובהק. אף שאין הדברים צריכים ראייה, בית משפט זה עמד פעמים רבות על חובותיה של המדינה כנאמן הציבור (ראו דברי הנשיא ברק בבג"ץ 840/79 מכרז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל פ"ד לד(3) 729, 745, וכן דבריו בבג"ץ 7074/93 סויסא נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מח(2) 749, 775). בעניין קונטרס ציין השופט זמיר, כי:

"חובת ההגינות החלה על הרשות כלפי האזרח היא המקור הרעיוני של כללים שונים המסבירים את היחסים שבין הרשות לבין האזרח..." (בג"ץ 164/97 קונטרס נ' משרד האוצר פ"ד נב(1) 289, 319; כן ראו דבריו בספרו הסמכות המינהלית (כרך ב', תשנ"ו) 674).

אבקש להטעים במיוחד את דברי השופט (כתארו אז) אור בעניין קוגן, כי:

"חובת הרשות לקיים את התחייבויותיה והבטחותיה יונקת איפוא מתקנת הציבור... היא מתבקשת גם מן החובה הכללית שלה כפוף השלטון, לנהוג בהגינות ובסבירות" (בג"ץ 5319/97 קוגן נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד נא(5) 67, 78).

באותו עניין ייסד השופט טירקל את דבריו גם על המשפט העברי, בדבר חובת המשא ומתן באמונה (עמ' 96), ובמקום אחר כתב: "רשות מינהלית... היא נאמן הציבור ועליה לפעול בהגינות וביעילות. ככזאת... חייבת היא לנהוג כלפי הציבור ביושר, בהגינות

ובתום לב" (בג"ץ 4445/02 מור נ' ראש עיריית הרצליה (לא פורסם)). בעניין הוד אביב כתבה השופטת פרוקצ'יה כהאי לישנא:

"חובת ההגינות המחייבת רשות בפעולותיה עם האזרח מכוח המשפט הציבורי הינה קודמת, רחבה יותר, ומחמירה יותר מחובת תום הלב הנובעת מדין החוזים, והיא חלה על הרשות בכל מגוון פעולותיה הן בתחום המשפט הפרטי, והן בתחום הציבורי. היא מחייבת אותה, בין היתר, בכשירותה כבעלת נכסים או כמופקדת על ניהולם ... אין כיום חולק כי הרשות הציבורית כפופה לעקרונות המשפט הציבורי, וחובת ההגינות בכלל זה, גם כאשר היא פועלת במישור הפרטי והיא אינה נהנית בתחום זה מאותו חופש פעולה המוקנה לפרט בניהול ענייניו. ישנם הבדלי דרגה ומהות בין שני מקורות המשפט - הפרטי והציבורי - החלים על הרשות הציבורית כאשר לחובות תום הלב וההגינות. וכך, חובת הרשות הציבורית לנהוג ביושר ובהגינות, הנשאבת מהמשפט הציבורי, עולה בחומרתה על זו הנדרשת מן המתקשר הפרטי, כדבריה של חברתי, השופטת דורנר בבג"צ 4422/92 עפרן נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח', פד"י מז(3) 860, 853:

'חובת ההגינות המינהלית - שיסודה במעמדה של הרשות כנאמנה כלפי הציבור - מחמירה יותר מחובת תום הלב הנדרשת מן הפרט. המידה המחמירה חלה בין אם פועלת הרשות בתחום המשפט האזרחי ובין אם פועלת היא בתחום המשפט הציבורי' (ע"א 6518/98 הוד אביב נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(4) 45, 46).

י. פרופ' שלו ציינה, כי:

"הדינים של חוזי הרשות צריכים לשקף בבהירות את מעמדה המיוחד של הרשות הציבורית כצד לחוזה. מצד אחד, לעולם אין הרשות מתפרקת מתפקידה כנאמן של הציבור, ולפיכך עליה לפעול תמיד בהגינות, בסבירות ותוך שויון. מן הצד האחר, בפרסמה מכרז, בהשתתפותה במשא ובמתן ובערכה חוזה, על הרשות לשקוד גם על האינטרס הכלכלי - עסקי שלה" (ג' שלו, חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית (תש"ס) 13-14).

ובהמשך: "הדין המהותי של חוזי הרשות הוא דין החוזים, ואילו הדין האישי החל על הרשות בכל תחום ויחד עם כל דין הוא המשפט הציבורי. שתי מערכות דינים אלה - דיני החוזים ודיני המינהל הציבורי - חלות זו לצד זו על חוזי הרשות" (שם, 21). יתר על כן היא מציינת, כי חובת ההגינות קדמה לעקרון תום הלב, היא מקבילתו ורחבה הימנו, וחלה בכל פעולות הרשות - זו "החובה לנהוג כנאמן כלפי הציבור. כלומר:

בתום לב ובהגינות" (שס, 43; עוד ראו ע"א 8729/07 אירונמטל נ' קרן קיימת לישראל (לא פורסם) פסקה 17 - השופט עמית; ד' פרידמן "תחולתן של חובות מן המשפט הציבורי על רשות ציבורית הפועלת במישור הפרטי", משפטים ה' (תשל"ג-תשל"ד) (598).

י"א. לטעמי מובנה בכל אלה היבט ערכי-מוסרי. ממוסדות המדינה בתוכה פנימה אינך מצפה - ואיני מדבר בימות מלחמה ובמהלכים חיצוניים כאלה ואחרים - לשיקולים טקטיים. מדינת ישראל קמה "מושתתה על יסודות החרות, הצדק והשלום לאור חזונו של נביאי ישראל" (מתוך ההכרזה על הקמת מדינת ישראל), ועל מקורות המשפט נמנים "עקרונות החרות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל" (סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, תש"מ - 1980). כתביו של דוד בן-גוריון, ראש הממשלה הראשון, זרועים שאיפת צדק, עם סגולה, דמות מוסרית מופתית וכיוצא באלה. את ספרו מדינת ישראל המחודשת (כרך ב', תשכ"ט) סיים בדברים אלה: "למען בטחונו, קיומו, מעמדו של העם היהודי בעולם ושמירת מורשת נביאי ישראל עד אחרית הימים חייבת ישראל לשפר בלי הרף איכותה המוסרית, התרבותית, הטכנית והחברתית ולהיות לעם סגולה" (עמ' 893).

עוד על תקנת הציבור

י"ב. לדידי מקום שהמדובר בהתנהגות הממשלה ושלוחותיה, יש איפוא לפרש את עילת תקנת הציבור באורח רחב. עליהן להיות למופת בהגינות. אכן, אין מערכת מושלמת בין בני אנוש; אך קשה להלום שלאורך תקופה ארוכה יפעלו מוסדות הממשל, במובנם הרחב, בחינת "שני קוים מקבילים לעולם לא ייפגשו". על כן מדגיש ענייננו לדעתי בבירור את הצורך באיזון בין שני הרכיבים שתיארה פרופ' שלו, רכיב ההגינות ורכיב היעילות גם לעניין התוצאה האופרטיבית.

י"ג. אכן, עקרון תקנת הציבור הוא דוקטרינה שעניינה "בעקרונות יסוד, בהשקפות עומק ובאינטרסים נעלים של החברה והמדינה..." (ע"פ 2521/03 סירקיס נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(6) 337, 346 - השופט, כתארו אז, חשין). אין היא קלה להגדרה, ומשום כך ציין השופט ויתקון משכבר הימים:

"מהסס אני... להישען על מושגים בלתי ברורים של תקנת הציבור, שכידוע לא פעם דומה ל'סוס פרוע' שאינך יודע לאן יובילך" (ע"א 508/71 חלאוי נ' מפעל הפיס, פ"ד כז(1) 38, 48).

לכן, כדברי הנשיא ברק בעניין פלוניית, "בקביעת היקפה של 'תקנת הציבור' נדרשת עריכתו של איזון פנימי בין ערכים ואינטרסים מתנגשים" (ע"א 5258/98 פלוניית נ' פלוני, פ"ד נח(6) 209, 222). באמירה אחרת של הנשיא ברק ראוי לדידי לעגן את פרשנות המושג: תקנת הציבור היא "עיקרון המשקף את האני מאמין החברתי של שיטת המשפט" (רע"א 8256/99 פלוניית נ' פלוני, פ"ד נח(2) 213, 228; ראו גם דבריי בע"א 6726/05 הידרולה נ' פקיד שומה ת"א (לא פורסם), פסקה י(2)).

י"ד. כפי שציין חברי השופט דנציגר, חוק הבוררות אינו דברי החקיקה היחיד בו מופיע הביטוי "תקנת הציבור". בסעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי) נאמר: "חוזה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור - בטל". לענין זה מציינת פרופ' ג' שלו במאמרה הנזכר את הדינאמיות של המושג, הכולל את: "ערכי החברה והשקפותיה בענייני מוסר, כלכלה וחברה" (טוט הפרא, 32); התוכן והיישום הקונקרטי מסורים לבית המשפט. לשיטתה:

"מדיניות שיפוטית שקולה וזהירה, אשר מצד אחד, תתמוך בעקרון חופש המכרזים (ולענייננו חופש הבוררות - א"ר)... ומצד שני תשלול תוקף מחוזה (בענייננו פסק בורר - א"ר) הפוגע בערכים חברתיים חשובים ובאינטרסים ציבוריים חיוניים" (שם; המחברת חוזרת על הדברים בספרה דיני חוזים - החלק הכללי, לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי (2005) 521 - (524)

טעיף 24(9) לחוק הבוררות

ט"ו. ככל שהמדובר בסעיף 24(9) לחוק הבוררות, זה לא כבר הוחלט במקרה אחד, כי בשל תקנת הציבור לא יעוכבו ההליכים בבית משפט חרף תניית בוררות זרה (רע"א 1817/08 טבע נ' Pronauron (לא פורסם)). התיק הוכרע ברוב דעות של השופטת פרוקצ'יה ושלי נגד דעתו החולקת של השופט דנציגר. בחוות דעתי שם צוטט (פסקה כ"ב) מפי השופט עציוני, לגבי התערבות בחופש ההתקשרות, כי: "אין זה מתפקידו של בית המשפט להתערב בחופש זה ולקבוע מה טוב ומה רע עבורם, אלא אם דורש זאת תיקון העולם" (ע"א 138/70 Greek South American דומיניון, פ"ד כה(1) 95, 99; ההדגשה הוספה - א"ר). בהמשך חוות דעתי בענין טבע נאמר, כי תקנת הציבור - "הוכרה בפסיקה כאינטרס העשוי לעמוד אל מול האינטרס הציבורי והפרטי בקיום הסכמי בוררות" (פסקה כ"ג). חברתי השופט פרוקצ'יה השתיתה אף היא את הכרעתה במידה רבה על "עניינים היורדים לשורש תקנת הציבור בישראל" (פסקה 6). אציין, כי

באותו ענין היה המדובר בניסויים רפואיים בבני אדם, נושא בעל היבט ציבורי נרחב. עתירה לדיון נוסף (דנ"א 8511/09 טבט נ' Pronauron) נדחתה על-ידי הנשיאה ביניש. ברי, כמובן, כי הסוגיה שהוכרעה שם היתה עצם קיומה של הבוררות, אך ניתן ללמוד בדבר חשיבותו של נושא זה במישור הערכי.

ט"ז. אכן, פרופ' אוטולנגי בספרה הנזכר (כרך ב', 1087), מתארת בהרחבה את מיעוט השימוש בעילה זו, ובין השאר שהיא "נדירה בגלל עמימותה" (רע"א 6724/95 הוכמן נ' י.פ. יבואנים (לא פורסם) פסקה 6 - השופטת שטרסברג-כהן). לשיטתה, יש מקום לשימוש בה בהקשר של "דבר בלתי מוסרי, בלתי מקובל על הציבור, דבר שאינו עולה על הדעת" (עמ' 1101, כפי שציטט חברי בפסקה 58). חברי הוסיף וציטט (שם) מדנ"א 9563/03 כדורי נ' כליף (לא פורסם), כי פסק בוררות יבוטל בהקשר של תקנת הציבור, אם יש בתוכנו "כדי לפגוע באינטרסים, בעקרונות ובערכים שחברתנו מבקשת לקיים ולשמר".

י"ז. לדידי, ניתן לשאוב לענייננו השראה מדברי המשנה לנשיא מ' אלון בעניין דיקר, כלהלן:

"אין צריך לומר, ומן המפורסמות הוא, שקביעת כללים אלה הריהי משימה גדולה וקשה. לא רק משום - כדברי המשל הקדמוני האנגלי - שהמושג 'תקנת הציבור' הריהו כסוס פרוע שרוכבו אינו יודע לאן יובילו, אלא משום שכל הגדרה שהיא, אף אם היא לכאורה ברורה ומאוזנת, טומנת היא בחובה גרעין הספק ואי-הוודאות [...] וכאן ישאל השואל: ומה הן אמונותיה ודעותיה של אותה התקופה? הרי קשה, קשה מאוד לתת הגדרה אובייקטיבית לאמונות ודעות אלה, ודומה שההשפעה לא מבוטלת על כך יש לעולמו הפנימי של מי שקובען ומגדירן [...]. ויתירה מזו וקשה מזו: בבוא השופט לפרש תקנת הציבור מהי, האם פירושו של דבר שעליו לראות בתקנתו של הציבור את שהציבור נוהג ורוצה או אולי שומה על בית-המשפט לעבור חלוץ לפני המחנה ולקבוע מיזמתו ומדעתו הוא, לאחר עיון ושיקול מדוקדק, תקנתו של הציבור מהי..." (ע"א 566/77 דיקר נ' מוך, פ"ד לב(2) 141, 149-150).

ברי, כי גם אם המונח "תקנת הציבור" הן כאן והן בדיני החוזים, הוא גמיש ודינמי, כולל הוא כאותו "אני מאמין" של החברה (שלו, דיני חוזים - החלק הכללי לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי, 510-511), ערכי יסוד הצריכים להיות מוסכמים על

הכל. לטעמי, התנהגות ראויה והגונה של המדינה ושלוחותיה היא מערכים אלה.

מן הכלל אל הפרט

י"ח. באים אנו עתה לענייננו. נבחן את הדברים לפי העובדות שקבע הבורר הנכבד. הבורר מציין:

"שאכן היו קיימים קשיים סטטוטוריים (לענין הפרויקט - א"ר), שלפחות היו עלולים להביא לדחייה רצינית בלוח הזמנים" (עמ' 64).

אפשרות אחת לפתרון קשיים אלה היתה הגשת תכנית מפורטת. כחלופה הציעה עו"ד שרית דנה, אז היועצת המשפטית של משרד הפנים, לנקוט בהליך תכנוני של שימוש חורג; הבורר קבע כי הדרך הטובה היתה הכנת תכנית מפורטת, אך זו היתה נמשכת זמן ארוך בשל התנגדויות, שגם הליך של שימוש חורג היה נתקל בהן (עמ' 65); אמנם חוות דעתה של עו"ד דנה לא חרגה ממתחם הסבירות, אך אין היא - היועצת המשפטית למשרד הפנים - רשות תכנון, כדברי הבורר (עמ' 65), ומוסדות התכנון לא חפצו בכך.

י"ט. כשלעצמי לא אוכל לקבל הפרדה זו במלואה. מוסדות התכנון ומשרד הפנים אינם מצויים לטעמי בשתי פלנטות שונות, והיה מקום לתיאום ביניהם. כך נודמן לי לומר לאחרונה לגבי היחס בין הרשות המקומית לגופי התכנון הארציים:

"הנציגים השונים היושבים בול"ל (הועדה לבניה למגורים לפי חוק הליכי תכנון ובניה (הוראת שעה), תש"ן - 1990 - א"ר) מצווים להפעיל את שיקול דעתם העצמאי, ואינם בגדר 'עושי דברם' של הגופים שמינו אותם...

אין באמור כדי להניח שבשבתו בול"ל אין נציג הבא מגוף פלוני אלמוני מנותק ממקורו ונכנס לבועה סגורה הרמטית; זו אינה מציאות החיים; אך בהתמנותו, נוטל הוא על עצמו לשקול שיקולים עצמאיים של טובת הציבור בכלל" (ע"א 2413/06 מגדלי כספי רג'ואן ובנין בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל (לא פורסם) פסקה כ"ז; ההדגשה הוספה - א"ר).

באותה פרשה אף הוטלה אחריות נזיקית על הרשות (באותו מקרה, עיריית ירושלים), על אשר לא השכילה לשתף את ידה הימנית במידע שהגיע לידה השמאלית: "דברים

אלה, מידור פנימי מסוגים שונים, אינם חדשים במחוזות המינהל הציבורי, ולעיתים יש במידור גם טעם; לא כך בענייננו" (עניין כספי רג'ואן פסקה ל'; ; ההדגשה הוספה - א"ר).

כ. אכן, היה סיכוי קטן ביותר מתחילה על פי המכרז לקבלת היתר לתחנת הכוח (עמ' 66 לפסק הבורר). אך גם אם היו דעות שונות בשאלת ההיתרים והקמת מתקן התפלה (עמ' 67), קשה להלום מכרז שאיננו ריאלי מעיקרו במובן האפשרויות הגלומות בו. חוששני, כי אין בידי להסכים, בכל הכבוד, בהיבט תקנת הציבור לאמירת הבורר (בדוגמה שנתן בדבר מציאת נפט במדבר יהודה), כי "אין כל רלבנטיות להנחות שעמדו לנגד עיני המדינה, גם אם אלה היו מוטעות" (עמ' 69). קשה להלום כי המדינה, אשר לה כל הידע הרלבנטי, תציג דרישות סטטוטוריות "שאוּלי התבססו על הנחות לא מבוססות" (עמ' 70); זאת, גם אם כרמל, וכאן המשגה הכבד מבחינתה שלה, בדקה ומצאה בחוות דעת אדריכלית, כנראה בטעות, כי יש היתכנות להקמת האתר מבחינתה. גם אם לא היו מצגים שאינם אמת כשלעצמם מטעם המדינה - ואין לי סיבה לחשוב אחרת - על המדינה אחריות כרשות ציבורית (ע"א 3541/98 די וורולי סיאני הנדסה נ' מינהל מקרקעי ישראל (לא פורסם) פסקה 10 - השופט, כתארו אז, ריבלין). חולק אני, בכל הכבוד, על אמירת הבורר כי:

"אינני סבור שעורך מכרז חב בחובת זהירות כלפי מציעים בעצם קביעת תנאי מכרז, כל עוד לא נכללים במסגרת תנאי המכרז מצגים (ההדגשה במקור - א"ר) שאינם נכונים. גם אם טעה עורך המכרז, הרי כל עוד לא יצר מצג מטעה אין להטיל עליו אחריות, לא חוזית, לא אחרת. בענייננו, גם אם נאמר שבבסיס המכרז עמדו הנחות מוטעות, הרי הנחות אלה אינן מגיעות לרמה של מצגים שמציע כל שהוא יכול היה להסתמך עליהם".

לטעותה של המדינה יש מחיר, כמו שלפעולותיה ומחדליה של כרמל יש מחיר.

כ"א. אכן, כרמל נטלה עליה את סיכוני הטעות (ראו הנמקת הבורר בעמ' 71), והיה עליה לערוך את כל הבדיקות; אחריותה שלה כבדה, והיא נטלה עליה סיכונים. אשר למדינה, לדעת הבורר:

"אין לראות הטעיה בעצם אי הגילוי של תהליך גיבוש התמ"א. המדינה היתה רשאית לסמוך על הפרסום שנעשה עוד בשנת 99 על דבר הכנת תמ"א לענין ההתפלה. בכל מקרה היו נציגי המדינה רשאים לסמוך על כך שהמועצה הארצית לתכנון ובניה שאינה זזה עם המדינה (ההדגשה במקור - א"ר), תעמוד בחובה

המוטלת עליה לפי סעיף 51 לחוק התו"ב ותדאג לפרסום של נושא התכנית שעומדים לערוך" (עמ' 74).

לשיטת הבורר "לא היתה קיימת חובה לגלות את אוזני כרמל על כל שלב של הליכי 'בישולי' התמ"א..." (עמ' 75), ומכל מקום, המדובר בדיונים חסויים שרק המועצה הארצית יכלה להחליט על ויתור על חסיונם, "וספק אם ניתן להטיל את מלאכת האיזון על המדינה שנציגיה רק היו חברים במועצה ואינם זהים עמה" (עמ' 76). על זאת, כבר אמרתי מעלה כי אין מדובר בפלנטות אחרות. ועם זאת קיבל הבורר (עמ' 78) את טענת כרמל "כי משהפכה התשובה השלילית לשאלת המציעים בהליכי המכרז בדבר רלבנטיות התמ"א - לבלתי הולמת את המציאות הזאת החל מחודש ינואר 02 - חלה על המדינה החובה ליידע את כרמל על כך". נאמר, כי ברור שהכנת התמ"א הקשתה על קבלת היתר על סמך התב"ע הקיימת (שס). עם זאת נאמר לענין תחנת הכוח (עמ' 80), כי התמ"א לא שינתה את המצב התכנוני הקודם בנושא זה. לשיטת הבורר, מכל טענות ההטעיה "יש רק לאחת מהן בסיס עובדתי-משפטי", קרי, שהתמ"א - בניגוד למה שנמסר תחילה - חלה על אתר דור. אומר כבר כאן, כי לטעמי היתה חובתה של המדינה רחבה מזו שייחס לה הבורר.

כ"ב. חברי השופט דנציגר סבר כי אין לקבל טענות כרמל בהליכי בית המשפט בענין זה. בין השאר סבור חברי, כי אם לא היתה הטעיה על ידי המדינה, למעט בנושא אחד, "מה נפקא מינה אם היה קשר סיבתי אם לאו בין אותם עניינים שבהם לא היתה הטעיה לבין התקשרותה של כרמל בהסכם"; לכל היותר, מדובר בקביעה שגויה, אך ללא השלכה על שאלות ערכיות. עוד סבור חברי, כי אין בקביעה כי התנהגות המדינה לא היתה נגועה בחוסר תום לב, משום פגיעה בתקנת הציבור. לטעמי - ובכך חולק אני על חברי ועל הבורר - היתה פגיעה בתקנת הציבור באי הגילוי, גם אם כרמל נטלה עליה התחייבויות וסיכוני טעות (סעיף 3.1 וסעיף 4.1 להסכם עמה, למשל). אכן, המדינה טוענת שהמבקשת התחייבה להשיג את האישורים הסטטוטוריים; דברי אמת, אך אם יכלה המדינה לעמוד על היעדר הסיכוי לפרויקט, היה מחובתה לטעמי להידרש לכך.

כ"ג. איני סבור, כי העובדה שהמועצה הארצית אינה "זהה" למדינה אינה יכולה לפטור את המדינה מחובת ההגינות; שהרי המועצה היא אורגן סטטוטורי של המדינה. גם בהנחה של נתק בין יד שמאל ליד ימין, היה מקום כי היודעים יידעו את כרמל בנעשה בהקשר הסטטוטורי. אין המדובר בחובת עדכון יומיומי; אך במהות, כשמתנהלות שתי ספינות זו לצד זו ויש מי שעובר בין ספינה לספינה, עליו למצוא דרך ישרה להזהיר את קברניטי אותה ספינה המצויה בסכנה מפני פגיעת קרחונים.

כ"ד. לדעתי יש איפוא משום פגיעה בתקנת הציבור בכך שלא ניתן ביטוי מספיק בפסק הבורר לחובת ההגינות של המדינה. כך - גם אם אין המדובר בחוסר תום לב אלא בסוג של רישול, כפי שאני מניח, בנתק כאמור, לא רק בנושא היידוע בדבר התמ"א, שהיה לו מקום במובהק, אלא גם בהתייחסות להצעת עו"ד דנה, ובהצגת דרישות סטטוטוריות שהמדינה ידעה את בעייתיותן הרבה. המדובר בפסילת הפסק לא בשל תוצאתו המנוגדת לתקנת הציבור, אלא בשל תוכנו, כדרישת סעיף 24(9), כיון שלשיטתי לא ניתן משקל די הצורך, כאמור, לחובת ההגינות. יכלה להימצא דרך בגדרי הדין שהנוגעים בדבר, אם בועדת העררים ואם אחרים, יתנו ביטוי לחובה זו, למשל באשר לתמ"א - לא היה די בהסתמכות על פרסום משנים קודמות כדי לפטור הימנה. אכן, יבוא האומר ויאמר, המדינה היא גוף גדול, ועצם העובדה שגופי מדינה שונים מעורבים בנושא כלשהו אינה בהכרח משמיעה ידיעה הדדית ותיאום ביניהם; ואין לפקוד איפוא על המדינה - הציבור - את כל עוונות אי התיאום, ולגרום לה הפסד. אכן, כך ככלל - ואיני מקל בזאת ראש, גם מניסיון רב, במצב "רגיל" - אך עסקינן בתיק מיוחד, במאטריה מיוחדת, שחלק מן המעורבים בה מצד המדינה היו צריכים להיות בקיאים, על פני הדברים, בנעשה במכלולה.

כ"ה. נוכח כל אלה, סבורני - בשונה מבית המשפט המחוזי - כי עסקינן בשאלה ערכית, של חובת המדינה בהתנהלותה, ויש מקום להתערבותנו בזיקה לתקנת הציבור.

כ"ו. על כן לטעמי על כרמל, שחדלה במחדליה שלה, לרבות בנושא ההערכות המוקדמות להיתכנות וכמובן הנושא הפיננסי, לשאת ב- 50% מן הסכום הכולל; אך על המדינה לשאת במחצית השנייה, והפסק יתוקן בהתאם. ישאל השואל, האם כאשר המרווח בין הצעתי לתיקון פסק הבורר לבין הפסק כמות שהוא הוא 16.66% מן הסכום הכולל, יש מקום להתערבות? תשובתי היא במסר הערכי שבכך לענין תקנת הציבור, כשבמדינה עסקינן. אם תישמע דעתי, כך נכריע.

כ"ז. אחר הדברים האלה ניתן לי לעיין בחוות דעתה של חברתי השופטת חיות. דעתי כשהיתה, כי ענייננו בתוכנו של הפסק, קרי, בכך שלא ניתן בו משקל די הצורך לחובת ההגינות של המדינה, ולכך היה מקום להידרשות בית המשפט קמא. התוצאה הכספית היא אך ביטוי להשגה באשר לתוכן.

תמימת דעים אני עם חברי השופט י' דנציגר כי המקרה דנן אינו בא בגדר המקרים המצדיקים מתן רשות ערעור ומשכך איני רואה צורך לבחון את הטענות שהעלו הצדדים לגופו של עניין. לאחר שגיבשתי את דעתי זו קיבלתי לידי את חוות דעתו של חברי השופט א' רובינשטיין וראיתי מקום להתייחס לאמור בה שכן גישתו לעניין עילת הביטול הקבועה בסעיף 24(9) לחוק הבוררות, תשכ"ח-1968 (להלן: חוק הבוררות) אינה מקובלת עליי הן במישור העקרוני והן במישור הקונקרטי הנוגע ליישום עילת הביטול הנ"ל על המקרה שבפנינו. עילת הביטול הקבועה בסעיף 24(9) לחוק הבוררות מאפשרת לבית המשפט לבטל פסק בוררות, להשלימו, לתקנו או להחזירו לבורר בשל כך ש"תוכנו של הפסק מנוגד לתקנת הציבור". לדידי, ביטול פסק בוררות בעילה זו וכן תיקונו או השלמתו ראוי להם כי יתייחדו למקרים נדירים שבנדירים בהם יש בתוכנו של הפסק "כדי לפגוע באינטרסים, בעקרונות ובערכים שחברתנו מבקשת לקיים ולשמר" (דנ"א 9563/03 כדורי נ' כליף, פסקה 9 (לא פורסם, 1.4.2004)). חברי השופט רובינשטיין סבור כי המשיבה התנהלה ברישול והפרה את חובת הגילוי החלה עליה כרשות ציבורית בנסיבות העניין בכך שלא גילתה למבקשת כי הדרישות התכנוניות שהציגה במסגרת המכרז "אולי התבססו על הנחות לא מבוססות". עוד מציין חברי כי הבורר קבע שחלה על המדינה חובה ליידע את המבקשת על כך שתשובתה לשאלת המציעים בהליכי המכרז בדבר רלוונטיות התמ"א לא תאמה את המציאות מאז ינואר 2002, ומשכך היה עליו לגישתו ליתן לכך ביטוי משמעותי יותר בתוצאת פסק הבוררות באופן המטיל על המשיבה לספוג 50% מן הסכום הכולל ולא שלישי בלבד. חברי ער היה לכך שמדובר בתיקון מינורי יחסית של הפסק וציין: "ישאל השואל, האם כאשר המרווח בין הצעתי לתיקון פסק הבורר לבין הפסק כמות שהוא הוא 16.66% מן הסכום הכולל, יש מקום להתערבות?" ועל כך השיב "תשובתי היא במסר הערכי שבכך לעניין תקנת הציבור, כשבמדינה עסקינן".

כפי שכבר ציינתי, אינני סבורה כי הנימוקים שפירט חברי מצדיקים את תיקון פסק הבורר בעילה של תקנת הציבור הקבועה בסעיף 24(9) לחוק הבוררות. על מנת שתקום עילה כזו יש להראות כי תוכנו של הפסק – להבדיל מן ההתנהלות המיוחסת למי מבעלי הדין ולהבדיל מן הסכום כשלעצמו שפסק הבורר – מנוגד לתקנת הציבור (ראו רע"א 10567/08 הוברמן נ' בורוכוב, פסקה 14 (טרם פורסם, 15.5.2009); סמדר אוטולנגי בוררות – דין ונוהל, כרך ב (2005), 1090-1095). במקרה דנן, אף אם כיוון חברי בדבריו לכך שהתנהלות המשיבה בשלב הטרם-מכרזי או בשלב שלאחר כריתת ההסכם עם המבקשת, נוגדת את תקנת הציבור (והדברים לא נאמרו על ידו במפורש),

ואף אם הבורר לא יישם נכונה את הדין הרלוונטי בהקשר זה, אין בכך כדי להפוך את תוכנו של הפסק לכזה המנוגד לתקנת הציבור במובן שצויין לעיל. זאת ועוד, העובדה כי חברי בחר בסופו של יום לתקן (במעט) את תוצאת הפסק מעידה אף היא על כך שלא תוכנו של הפסק הוא שהצריך תיקון לגישת חברי אלא הסכום שנפסק וכזאת, לטעמי, לא ניתן לעשות מתוקף עילת הביטול הקבועה בסעיף 24(9) לחוק הבוררות.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' דנציגר.

ניתן היום, י"ח באדר תש"ע (4.3.2010).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט