



בבית המשפט העליון

בר"ם 2874/11

בפני : כבוד השופט ע' פוגלמן

המבקש : מלכה אנגלסמן ושות' - משרד עורכי דין

נגד

- המשיבים :
1. משרד האוצר -אגף החשב הכללי -מינהל הדיור הממשלתי
 2. משרד עורכי דין צבי בן אליעזר
 3. עירונית חברה לבדיקת מיסוי נדל"ן בע"מ
 4. משרד עורכי דין פלג, כהן, דויטש, מוסקוביץ
 5. דראל נכסים בע"מ
 6. משרד עורכי הדין גליה גרימברג ושות'
 7. ערך נכסים ומיסוי מקרקעין בע"מ
 8. לשכת עורכי הדין בישראל

בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט לעניינים מינהליים בירושלים, מיום 31.3.11, בעת"מ 57884-03-11, שניתנה על ידי כבוד השופטת נ' בן-אור

- בשם המבקש : עו"ד רנאטו יאראק ; עו"ד רמי אליהו
- בשם המשיב 1 : עו"ד נחי בן אור
- בשם המשיבים 2-3 : עו"ד שחר הררי ; עו"ד עודד פלג
- בשם המשיבים 4-5 : עו"ד אילן בומבך ; עו"ד יריב רונן
- בשם המשיבים 6-7 : עו"ד יאיר עשהאל ; עו"ד יובל אגמון
- בשם המשיבה 8 : עו"ד אסף פוזנר ; עו"ד אתי ליבמן עפאים

פסק-דין

לפניי בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בירושלים, בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים (כבוד השופטת נ' בן אור) מיום 31.3.2011, שבגדרה נדחתה בקשתו של המבקש למתן צו ביניים שיאסור על המשיב 1 להתקשר עם המשיבים 2-7 או לעשות כל פעולה למימושה וביצועה של התקשרות זו עד להכרעה

בעתירה המינהלית שהוגשה בעניין זה. החלטתי לדון בבקשה כאילו ניתנה רשות והוגש ערעור על פי הרשות שניתנה.

1. אגף החשב הכללי במשרד האוצר – מינהל הדיור הממשלתי (להלן: המשיב 1) פרסם בחודש אוקטובר 2010 מכרז פומבי (16/2010), שעניינו בחירת ספקים להגשת שירותים הכוללים בדיקה מקצועית של חיובי מיסוי עירוני המוטלים על משרדי ממשלה וטיפול להפחתתם (להלן: המכרז). המכרז, כלשונו, אפשר הגשת הצעות בשתי חלופות: האחת, הגשת הצעה משותפת מטעם שני מציעים – חברה העוסקת בבדיקת חיובי מיסוי עירוני ומשרד עורכי דין המתמחה בתחום (להלן: חלופה א'). השנייה, הגשת הצעה על-ידי משרד עורכי דין המתמחה בבדיקת חיובי מיסוי עירוני (להלן: חלופה ב'). המשיבים 2-7, שהוכרזו כזוכים במכרז, הם שלושה זוגות של מציעים שהגישו הצעותיהם בהתאם לחלופה א'. המבקש – משרד עורכי דין מלכה אנגלסמן ושות' – הגיש הצעה על-פי חלופה ב', שלא התקבלה. יצוין, כי לאחר הגשת הצעתו ולפני פרסום תוצאות המכרז, פנה המבקש ביום 13.2.2011 אל יו"ר ועדת המכרזים במכתב, שהעתקו נשלח גם ליועץ המשפטי של אגף החשב הכללי, שבו העלה את הקושי המשפטי הקיים, לדעתו, בהגשת הצעות משותפות על-ידי חברות מסחריות ומשרדי עורכי דין. בהמשך, משקיבל המבקש חוות דעת נוספות בעניין, החליט לפנות בנושא אל היועץ המשפטי לממשלה, ובמקביל הפנה את תשומת ליבה של לשכת עורכי הדין (להלן: המשיבה 8) לכך. העתק פניה זו הועבר אל החשב הכללי במשרד האוצר ואל היועץ המשפטי של משרד האוצר.

ביום 21.2.2011 הודיע המשיב 1 על תוצאות המכרז. לאחר קבלת התוצאות, פנה המבקש אל המשיב 1 בבקשה לקבל לעיונו את מסמכי המכרז, פרוטוקולי ועדת המכרזים וההצעות הזוכות. כמו-כן, הוא פנה אל סגנו הבכיר של החשב הכללי במכתב שבו התריע על אי החוקיות הקיימת, להשקפתו, במכרז, וביקש, בין היתר, כי המשיב 1 לא יקדם את ההתקשרות עם הזוכים. ביום 27.2.2011 דחה המשיב 1 את הטענות שהועלו במכתב, וציין כי אין מקום לתקן או לעכב את הליכי המכרז. בו ביום, פנה המבקש פעם נוספת אל המשנה ליועץ המשפטי לממשלה וכן אל היועץ המשפטי של המשיב 1, יידע אותם על אודות החלטת ועדת המכרזים וביקש כי לא תקודם ההתקשרות עם הזוכים. ממשרד המשפטים נמסר כי קודם שתתקבל התייחסות הלשכה המשפטית במשרד האוצר – כפי שנתבקש – לא ניתן להתייחס לטענות לגופן או לבקשה לעכב את ההתקשרות עם הזוכים.

2. ביום 30.3.2011 הגיש המבקש לבית המשפט לעניינים מינהליים בירושלים עתירה לביטול הליכי המכרז. בד בבד הגיש המבקש בקשה למתן צו ביניים, שיאסור על המשיב 1 להתקשר עם המשיבים 2-7 עד להכרעה בעתירה. טענתו העיקרית היתה כי המכרז כולל הוראות בלתי חוקיות, בכך שהוא יוצר "שותפות אסורה בין עורכי דין לבין נותני שירותים אחרים, בניגוד לסעיף 58 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961" (להלן: חוק הלשכה), וכן, הוא מחייב בחלק מהוראותיו לעבור על סעיפים נוספים בחוק הלשכה ועל כללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו-1986 (להלן: כללי האתיקה), שהותקנו מכוחו. בכלל זה, טוען המבקש כי המכרז מתייחס למשרד עורכי דין ולחברה המסחרית המשתפת עימו פעולה, כגוף אחד, בלא הבחנה ביניהם לעניין השירותים הניתנים. בנוסף, מחייב המכרז את משרד עורכי הדין ואת החברה המסחרית להגיש חשבון מאוחד עבור שירותיהם ולקבל תשלום אחד. כן, המכרז אינו יוצר הפרדה בין שכר הטרחה המשולם לבין החזר הוצאות. כל זאת, בניגוד לדין. לגישת המבקש, העובדה כי כל הזוכים במכרז הם שותפויות בין חברות מסחריות למשרדי עורכי דין, וכל משרדי עורכי הדין שהגישו הצעות למכרז ואינם מקיימים שותפות עם חברה מסחרית, לא עברו לשלב האחרון והצעותיהם הכספיות כלל לא נשקלו, מעלה חשש כי המשיב 1 ביקש לקבל שירותים משפטיים בדרך פסולה הכוללת שיתוף פעולה אסור בין חברות מסחריות למשרדי עורכי דין. המבקש צירף לעתירתו ולבקשה למתן צו ביניים חוות דעת מומחה של ד"ר לימור זר-גוטמן, המתמחה בתחום האתיקה המקצועית של עורכי דין, ואת עמדת ראש לשכת עורכי הדין, התומכות בטענותיו.

3. בהחלטתו מיום 31.3.2011 דחה בית המשפט לעניינים מינהליים בירושלים את הבקשה למתן צו ביניים, במעמד צד אחד ובלא שנתבקשה תגובה. בית המשפט נימק החלטתו בכך שהעתירה הוגשה בשיהוי ניכר וככל שתתקבל, התוצאה היא הפיכה.

4. מכאן הבקשה שלפניי, שבגדרה חוזר המבקש על טענות שהעלה במסגרת הבקשה למתן צו ביניים בפני בית המשפט קמא. לטענתו, הוצגו נימוקים כבדי משקל המבססים את סיכויי העתירה, ובית המשפט קמא לא התייחס אליהם באופן ענייני בהחלטתו ולא נימק אותה. לשיטת המבקש, לא היה מקום לדחות את בקשתו בשל שיהוי בהגשת העתירה שכן, טענותיו בדבר אי החוקיות הועלו עוד בטרם הושלמה בחינת ההצעות ופורסמה ההודעה בדבר הזוכים. לגישת המבקש, מדובר בפגם חמור של הפרת חוק מצד המשיב 1, שאין להכשירו אך בשל האיחור בהגשת העתירה. בנוסף, טוען המבקש כי בית המשפט קמא נמנע מלבחון לעומקו את מאזן הנוחות. לטעמו, קיים חשש ממשי שעם העברת הטיפול לידי הזכות במכרז, ייקבעו עובדות

בשטח שיקשה לשנותן. לגישתו, אף לא ניתן לקבוע כי התנהגות מפרת חוק היא הפיכה. עוד הוא מציין כי אין מניעה להאריך את ההתקשרות עם נותני השירותים הקודמים, עד להכרעה בעתירה, כפי שנעשה על-ידי המשיב 1 במהלך תקופת המכרז והדיון בבקשה הנוכחית, ולפיכך, נוטה מאזן הנוחות לטובת הקפאת המצב הקיים.

5. בהחלטתי מיום 12.4.2011 הוריתי כי המשיבים יגישו תגובתם לבקשת רשות הערעור. המשיבה 8, היא לשכת עורכי הדין, הצטרפה לעמדת המבקש שלפיה הוראות המכרז, כמו גם שיתופי הפעולה בין חברות מסחריות למשרדי עורכי דין, כפי שהם מוגדרים במכרז, סותרים את חוק הלשכה וכללי האתיקה. לשיטתה, יש לקבל את בקשת רשות הערעור וליתן צו ביניים על מנת למנוע חשש כי המדינה תפעל בניגוד להוראות הדין ותחשוף את הזכות במכרז להליכים משמעותיים מצד הלשכה. כמו-כן, לטענתה, פעולה בניגוד לחוק הלשכה גורמת לפגיעה באינטרסים של כלל הציבור, והיא עשויה להכשיר שיתופי פעולה אסורים נוספים שיתבססו על המבנה שיצר המכרז. עוד טוענת המשיבה 8 כי גם אם יקבל בית המשפט את טענת השיהוי, אין בכך כדי להביא לדחיית הבקשה לצו ביניים נוכח הפגיעה החמורה בשלטון החוק הנובעת מן המכרז. המשיבה 8 מזכירה בתגובתה, הליך קודם שהתנהל בינה לבין המשיב 1 בנוגע למכרז שפרסם משרד הבריאות, אשר גם בו הייתה אפשרות לשיתופי פעולה בין חברות גבייה לבין משרדי עורכי דין, באופן דומה לשיתוף הפעולה המתבקש במסגרת המכרז הנוכחי. הליך זה הסתיים בהסכם שנחתם בין השניים שבו נקבעו תנאים אשר אפשרו את קיומם של שיתופי הפעולה (להלן: מכרז משרד הבריאות). לטענת המשיבה 8, המכרז הנוכחי אינו עולה בקנה אחד עם ההסכמות שאליהן הגיעו הצדדים במכרז משרד הבריאות.

לעמדת המשיב 1, הוא משרד האוצר, אין בהוראות המכרז סתירה להוראות הדין ואין להקפיא את הליכי המכרז או את ההתקשרות עם הזוכים, הן מטעמי מאזן הנוחות, הן משום שסיכויי העתירה נמוכים. לעניין מאזן הנוחות נטען כי המבקש לא הצביע על נזק קונקרטי שיגרם לו כתוצאה ממימוש הליכי המכרז, אשר לא ניתן לכמתו או לפצות בגינו בכסף, אם תתקבל העתירה. עניינו של המכרז במתן שירות, ובכפוף להכרעת בית המשפט בהליך העיקרי, ניתן יהיה להפסיק את ההתקשרות ולפסוק פיצוי כספי בגין הנזקים שנגרמו למבקש, ככל שיוכחו. המשיב 1 מדגיש כי קיים צורך משמעותי ואינטרס ציבורי בקידום ההתקשרויות על-פי המכרז ללא דיחוי, והארכת ההתקשרות עם נותני השירותים הקודמים אינה תואמת את הצרכים הקיימים כיום וכרוכה בתשלום שכר טרחה גבוה באופן ניכר מזה שהוצע על-ידי הזוכים במכרז נושא העתירה. לעניין סיכויי העתירה נטען, כי יש לדחות את העתירה על הסף מטעמים של מניעות, השתק ושיהוי, שכן המבקש העלה השגות בדבר חוקיות המכרז רק לאחר

שנטל בו חלק ופנה לערכאות זמן רב לאחר שהתברר לו כי לא זכה במכרז. בנוסף, טוען המשיב 1 כי הסעד שהתבקש – ביטול המכרז – הוא סעד חריג, הניתן אך בהיעדר אפשרות אחרת, והמדיניות השיפוטית בהקשר זה מצמצמת. גם לגופו של עניין, סבור המשיב 1 כי אין ממש בטענות המבקש. ראשית, שיתוף הפעולה שהתבקש בין חברה מסחרית למשרד עורכי דין הינו נקודתי ואינו יוצר אישיות משפטית חדשה, וההנחה היא כי כל אחד מיחיד המיזם ייקח אחריות בלעדית על תחום מומחיותו. שנית, השירות המשפטי שיינתן על-ידי משרדי עורכי הדין יינתן למשיב 1 באופן ישיר ולא בדרך של הפנייה כלשהי על-ידי צד ג' ולפיכך אין חשש לניגוד עניינים והפרת כללי האתיקה. בצד האמור ולאחר בחינת עמדת המשיבה 8, מבהיר המשיב 1 כי בכוונתו לפעול באופן שמתיישב עם עמדתה של האחרונה והאופן שבו היא מפרשת את הוראות הדין הרלוונטיות. לפיכך, לשם הסרת ספק, הוא מבקש לתקן את המכרז, כך שיוגשו חשבונות נפרדים על-ידי משרד עורכי הדין והחברה המסחרית, והתשלום עבור השירותים המסופקים יבוצע בנפרד. כן, יובהר כי כל פעולה משפטית או מעין משפטית תתבצע אך ורק על-ידי משרד עורכי הדין. המשיב 1 מדגיש כי הבהרות אלה תואמות הסכמות שאליהן הגיעו המשיבה 8 והמשיב 1 במסגרת מכרז משרד הבריאות.

המשיבים 2-3, 4-5, 6-7 סבורים אף הם כי יש לדחות את הבקשה על יסוד הטעמים האמורים.

6. בתשובתו של המבקש לתגובת המשיבים, נטען כי אין בתיקון שביצע המשיב 1 כדי לרפא את הפגמים המהותיים שנפלו במכרז. בין היתר, משום שלא ניתן לעשות הפרדה אמיתית בין שירותים מקצועיים לבין שירותים משפטיים. כמו-כן, במקרה דנן ישנה הפרה נוספת של הדין משום שעורכי הדין שזכו במכרז וצפויים לספק את השירותים המשפטיים, הם גם בעלי מניות בחברות המסחריות שעימן הם משתפים פעולה. לא זו אף זו, תיקון המכרז מהווה שינוי מהותי בדיעבד של הוראות המכרז ולפיכך, מביא לפגיעה בשוויון בהתייחס למתחרים פוטנציאלים אשר נמנעו מלהגיש את מועמדותם מחשש להפרת הדין, ולמתחרים קיימים אשר היו שוקלים בעקבות השינוי להגיש הצעה במתווה שונה.

7. בהחלטתי מיום 13.6.2011 נתבקשה תגובת המשיבים לתשובת המבקש. המשיבה 8 סבורה כי השינוי שהוצע על-ידי המשיב 1 מספק פתרון רק למציעים שהגישו הצעה לפי חלופה א', ומותיר על כנו דרישות בלתי חוקיות לגבי משרדי עורכי דין שפנו לבדם במסגרת חלופה ב'. עם זאת, בניגוד לגישת המבקש, היא סבורה כי אין מניעה להפריד בין שירותים משפטיים לבין שירותים שאינם משפטיים במסגרת חלופה

א'. עוד נטען, כי ככל שנכונה טענת המבקש שלפיה בעלי המניות בחברות המסחריות הם עורכי הדין המשתפים עימם פעולה במסגרת המכרז, הרי שהדבר מנוגד לדין. בנוסף, טוענת המשיבה 8 כי יש בשינוי המכרז משום פגיעה בשוויון. בצד זאת, היא טוענת כי גם הפתרון הזמני של הארכת ההתקשרות עם נותני השירותים הקודמים מביא להפרה של כללי האתיקה. לשיטתה, יש לאסור על המשך ההתקשרות עם הזוכים במכרז ובמקביל להימנע מהמשך ההתקשרות עם נותני השירותים הקודמים.

המשיב 1 סבור כי ההבהרות שהציע הן משום שינוי טכני גרידא שאין בו כדי לשנות את מאזן הכוחות שבין המציעים או להכריע את הכף בדבר הזוכה במכרז. כן, אין בו כדי להשפיע על עקרון התחרות ההוגנת ושוויון ההזדמנויות במכרז. המשיב 1 חוזר על טענותיו בדבר החשיבות שבקידום ההתקשרויות עם הזוכים, והבעיות הרבות – בכללן, בעיות חוקיות – הנובעות מהארכת ההתקשרויות עם נותני השירותים הקודמים בתקופת הביניים. גם לגופו של עניין, טוען המשיב 1 כי אין מניעה מהפרדה בין פעולות משפטיות לפעולות שאינן משפטיות, כפי שמפורט אף במכרז עצמו. כן, הוא דוחה את יתר טענותיו של המבקש. עוד נטען כי במכרז לא נזכרה כל דרישה לזהות בין בעלי החברה המסחרית לעורכי הדין המשתפים עימה פעולה, וככל שמתעוררת בעיה שכזו לגבי מציעים ספציפיים, הדבר ייבדק על-יד המשיב 1 כנדרש.

המשיבים 2-3, 4-5, 6-7 חולקים על טענות המבקש מטעמים דומים ובפרט על טענתו בדבר הזהות שבין עורכי הדין לבין בעלי המניות בחברות המסחריות המשתפות עימם פעולה.

8. לאחר שבחנתי את הבקשה ואת תגובות הצדדים, סבורני כי דין הערעור להתקבל. כידוע, שני שיקולים עומדים ביסוד ההחלטה בדבר הענקת סעד זמני – האחד, מאזן הנוחות. השני – סיכויי העתירה להתקבל (ראו: בר"ם 3958/11 חכמון נ' ועדת הערר המחוזית לתכנון ובניה תל אביב (לא פורסם, 24.5.2011)). על-פי רוב, היסוד המרכזי והעיקרי שיש לתת עליו את הדעת הוא שיקול "מאזן הנוחות" (ראו: בר"ם 5338/10 מנרב הנדסה ובניין בע"מ נ' החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ (לא פורסם, 9.8.2010); בר"ם 2139/06 מר ושות' (1982) בע"מ נ' משרד התשתיות הלאומיות – נציבות המים (לא פורסם, 6.4.2006); והשוו: ע"א 6261/10 בנק מרכנתיל דיסקונט בע"מ נ' אלדן (ד.ד.) השקעות בע"מ, פסקה 5 לפסק-דינו של השופט א' גרוניס (לא פורסם, 28.9.2010)). בצד האמור, האיזון בין שני שיקולים אלה נעשה במסגרת "מקבילית כוחות", שמשמעותה היא כי ככל שסיכויי העתירה גבוהים כך, ניתן למעט

בדרישת מאזן הנוחות ולהיפך (ראו: בר"ם 8601/09 ק.מ.מ מפעלי מחזור בע"מ נ' עיריית תל אביב (לא פורסם, 20.12.2010))

לעניין סיכויי העתירה, אדגיש כי המבקש מעלה טענות הטענות בחינה וראויות לדיון באשר לחוקיות המכרז בכל הנוגע לשיתופי פעולה בין משרדי עורכי דין לחברות מסחריות. למרבית הטענות הצטרפה גם לשכת עורכי הדין. אכן, נוכח הבהרת המשיב 1, שלפיה ינהג בהתאם להבנות שאליהן הגיע עם המשיבה 8 במכרז משרד הבריאות כמבואר לעיל, הצטמצם גדר המחלוקת ונראה לכאורה כי חלק מרכזי מן הטענות המועלות בבקשה מקבל מענה. בצד האמור, לשכת עורכי-הדין סבורה כי ההבהרות האמורות אינן נותנות מענה לבעיות חוקיות נוספות הקשורות במשרדי עורכי דין שהגישו הצעות לבדם, על-פי חלופה ב'. ראוייה לבחינה גם טענת המבקש לעניין הזוכים במכרז שלפיה עורכי הדין הם בעלי המניות בחברות המסחריות עימן הם משתפים פעולה. טענה נוספת שיש לבחנה בהליך העיקרי הינה הטענה לפגיעה בשוויון הנובעת מן ה"הבהרות" שהציג המשיב 1, שלהשקפת המבקש הינן בבחינת שינוי בדיעבד של הוראות המכרז (השוו: בג"צ 632/81 מיגדה בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד לו(2) 673, 679-680 (1982)). למותר להדגיש, כי אינני קובע מסמרות בנושאים אלה אשר ייבחנו בהליך העיקרי לגופם.

אשר למאזן הנוחות – אילו היה זה עומד בפני עצמו אפשר שהייתי מוצא כי הוא נוטה במידת מה לטובת המשיב 1. עניינו של המכרז הוא מתן שירותים שונים בתחום חיובי מיסוי עירוני. כבר נפסק, כי כאשר עסקינן במכרז שעניינו אספקת שירות או תפעול – להבדיל ממכרז להקמת מערכת או תשתית – אין מדובר במצב בלתי הפיך שלא ניתן להשיבו לקדמותו, שכן אין מניעה, בכל שלב, להפסיק את ההתקשרות עם הזוכה במכרז, וניתן לפצות את הנפגע על הנזקים שנגרמו לו בגין אי מתן הסעד הזמני (ראו: בר"ם 9760/06 רחמני ששון (אפיק) 1999 בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הביטחון (לא פורסם, 27.11.2006); בר"ם 1309/09 ל. עמידור ושות' נ' עמידר החברה הישראלית לשיכון בע"מ (לא פורסם, 17.2.2009)). אולם, האיזון הכולל שנערך בגדרה של "מקבילית הכוחות", מטה בנסיבות העניין ונוכח מהות השאלות העומדות להכרעה, את כף המאזניים לטובתו של המבקש. בתקופת הביניים יוכל השירות להינתן – ככל שהמשיב 1 ימצא זאת לנכון – על-ידי נותני השירותים הקודמים, שההתקשרות עמם הוארכה עוד קודם למתן החלטה זו (בקשת המשיבה 8 לאסור על התקשרות עם נותני שירותים אלה, חורגת מן ההליך שלפניי). במסגרת הדיונית הנוכחית אינני רואה להכריע במשקלן של טענות המניעות והשיהוי – שלא מצאתי כי יש בהן כדי למנוע מתן צו ביניים – וטענות המשיבים בהקשר זה שמורות להם בהליך העיקרי.

9. סיכומם של דברים: הערעור מתקבל במובן זה שניתן בזה צו ביניים האוסר על מתן השירותים נושא המכרז על-ידי המשיבים 2-7. למען הסר ספק, יובהר כי הצו אינו אוסר על השלמת כל ההכנות הנדרשות למתן השירות, באופן שיאפשר התחלתו המיידית, אם תידחה העתירה. הצו יעמוד בעינו עד למתן פסק דינו של בית המשפט לעניינים מינהליים.

נוכח עיתוי הגשת העתירה, אין אני עושה צו להוצאות בהליך זה.

ניתן היום, כ"ה בסיון התשע"א (27.6.2011).

ש ו פ ט