



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בעניינים מינהליים

עע"ס 7296/22

לפני :
כבוד השופטת ד' ברק-ארז
כבוד השופט ע' גרוסקופף
כבוד השופט ח' כבוב

המערערת : המועצה האזורית חוף השרון

נ ג ד

המשיבות :
1. עורכי דין לקידום מנהל תקין
2. מאיק מהנדסים בע"מ
3. אורלי הדס

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד
בשבתו כבית משפט לערעורים מנהליים מיום 10.8.2022
בעת"ס 47089-12-21 שניתן על-ידי כבוד השופט ר' אמיר

תאריך הישיבה : כ"א באדר התשפ"ג (16.3.2023)

בשם המערערת : עו"ד עמיחי ויינברגר, עו"ד רויטל אפלבוים

בשם המשיבה 1 : עו"ד נדאל חאיק, עו"ד מוחמד קדח

בשם המשיבה 2 : אין התייצבות

בשם המשיבה 3 : אין התייצבות

פסק-דין

השופטת ד' ברק-ארז :

1. פעם נוספת שאנו נדרשים לשאלות הנוגעות להתקשרות של רשויות מקומיות עם נותני שירותים. זאת, בכל הנוגע לנהלים המחייבים כאשר מדובר בהתקשרות ללא מכרז פומבי ביחס לעבודות הדורשות "ידע ומומחיות מיוחדים או יחסי אמון מיוחדים".

2. כבר בפתח הדברים יצוין כי פסיקתו של בית משפט זה עסקה בעבר כבר מספר פעמים בשאלות שעניינן בפרשנותו של הפטור מחובת המכרז בנסיבות אלה, תוך התמקדות במאפייני המתכונת התחרותית הנדרשת בין נותני שירותים במקרים שבהם הפטור חל. כעת, חזרו והתחדדו היבטים נוספים המשליכים על הפן המעשי של הדברים, בכל הנוגע לתהליכי קבלת ההחלטות ברשות המקומית פנימה לצורך קביעה כי ההתקשרות העומדת על הפרק מתאימה לתחולתו של הסדר הפטור.

המסגרת הנורמטיבית בקליפת אגוז

3. עיקרי התשתית הנורמטיבית הרלוונטית פורטו לאחרונה בפסק דיני בע"מ 701/22 משרד עורכי דין עפר שפיר ושות' נ' עורכי דין לקידום מנהל תקין (22.6.2022) (להלן: עניין כפר יונה) ולכן אחזור אך בקיצור על תולדות התפתחות הדין בנושא. כידוע, נקודת המוצא לענייננו מצויה בחובת המכרז הסטטוטורית החלה על התקשרויות של רשויות מקומיות מכוח סעיף 197 לפקודת העיריות [נוסח חדש], וכן דברי חקיקה מקבילים החלים על רשויות מקומיות שאינן עיריות. לצד זאת, הדין מכיר בשורת חריגים אשר בהתקיימם פטורה הרשות המקומית מעריכת מכרז. כזה הוא הפטור הקונקרטי העומד במוקד ההליך דנן, אשר חל על "חווה לביצוע עבודה מקצועית הדורשת ידע ומומחיות מיוחדים, או יחסי אומן מיוחדים, כגון: עבודות תכנון, פיקוח, מדידה, שמאות, ייעוץ ועבודות כיוצא באלה". פטור זה מעוגן הן בתקנה 3(8) לתקנות העיריות (מכרזים), התשמ"ח-1987 והן בצווי המועצות המקומיות הרלוונטיים, ובענייננו תקנה 3(8) לתוספת השנייה לצו המועצות המקומיות (מועצת אזוריות), התשי"ח-1958 (להלן: צו המועצות האזוריות).

4. במישור העקרוני, ניתן להבין את ההצדקה העומדת ביסוד הפטור מחובת המכרז, שעניינה "ההכרה במעמדה הייחודי של התקשרות חוזית שכרוכה במתן שירותים הכוללים ידע מקצועי, מומחיות מיוחדת או יחסי אומן מיוחדים, שלא ניתן להשיגם בדרך של מכרז פומבי" (ראו: עניין כפר יונה, בפסקה 7). לצד זאת, יש להיזהר מפרשנות מרחיבה המקימה חשש לגלישה ב"מדרון חלקלק" שבו כמעט כל עבודה הדורשת הכשרה מסוימת, תהפוך לכזו שהיא בעלת מאפיינים של "מומחיות מיוחדת" (ראו: ע"מ 6145/12 עיריית נצרת עילית נ' זאב הרטמן, חבר המועצה, פסקה ל"ו (13.1.2013) (להלן: עניין הרטמן). כן ראו: ע"מ 1777/14 חן המקום בע"מ נ' עיריית קרית אנו, פסקה 1 לפסק דינה של השופטת א' חיות (16.6.2016)).

5. במישור אחר, מתעוררת שאלה נוספת הנוגעת להיקף התחרות שיש להנהיג בין נותני שירותים גם כאשר חל הפטור ממכרז פומבי. בהקשר זה, ובעקבות הערות שנשמעו מפי בית משפט זה בעניין הרטמן, בשנת 2016 פרסם משרד הפנים נוהל ייעודי בנושא (ראו: נוהל חוזר מנכ"ל משרד הפנים מס' 08/2016 שכותרתו "התקשרויות לביצוע עבודה מקצועית המחייבת ידע ומומחיות מיוחדים או יחסי אומן מיוחדים" (להלן: נוהל משרד הפנים)). נוהל זה תוקן בהמשך במסגרת חוזר מנכ"ל משרד הפנים מס' 5/2017 מיום 25.6.2017).

6. בתמצית יצוין כי במסגרת נוהל משרד הפנים עוגן מנגנון דו-שלבי לפיו נדרשת הרשות המקומית לפעול בטרם קבלת החלטה על התקשרות פטורה ממכרז. בשלב הראשון, על הרשות לפנות לייעוץ המשפטי על מנת לקבל חוות דעת ביחס לתחולת הפטור בנסיבות המקרה, ובשלב השני מובאת הסוגיה לדיון אף בפני ועדת התקשרויות ייעודית לעניין זה (ועדה מקצועית המורכבת ממנכ"ל הרשות המקומית או נציגו, גזבר הרשות המקומית או נציגו והיועץ המשפטי של הרשות או נציג אחר מבין חברי הלשכה המשפטית. זאת, במובחן מוועדת המכרזים הרגילה של הרשות המקומית). בהמשך לכך, וסוגיה זו משליכה על ענייננו, נקבע בנוהל משרד הפנים כי באותם מקרים שבהם החליטה הרשות המקומית על התקשרות בהתאם לפטור, עליה להנהיג מנגנון של פנייה תחרותית – באמצעות קבלת הצעות ממספר נותני שירותים אשר נכללו במאגר ייעודי של אנשי מקצוע שיוקם לשם כך. הצעות אלה נבחנות בתורן על-ידי ועדת ההתקשרויות, וזאת בהתאם לתנאי סף מקדימים ולאמות מידה שנקבעו מראש בהתחשב באופייה של ההתקשרות ובהיקפה. להשלמת התמונה, יצוין כי במסגרת נוהל משרד הפנים הוכרו מספר חריגים המאפשרים בנסיבות מסוימות שלא לערוך פנייה תחרותית במתכונת מלאה אלא "לערוך פנייה לקבלת כמה הצעות הבאות בחשבון" וזאת בכפוף לתנאים קונקרטיים שפורטו בנוהל (סעיפים 7.2-7.4 לנוהל משרד הפנים).

7. בעקבות פרסומו של נוהל משרד הפנים, החלו להתעורר שאלות בנוגע לדרך יישומו. כך, הנוהל נדון בעניין כפר יונה שנזכר לעיל, שבו חודדו מספר עקרונות ראשוניים בנושא. בין היתר, הובהר כי לצורך תחולת הפטור אין די בכך שמדובר בהתקשרות עם בעל מקצוע חופשי שעבודתו כרוכה במיומנות מקצועית או שיקול דעת מסוים. אמת מידה כה רחבה הייתה מבטלת למעשה כליל את חובת המכרז בכל הנוגע להתקשרות עם בעלי מקצוע. לצד זאת, נקבע כי אין אף מקום לפרשנות מצמצמת יתר על המידה המוגבלת רק "במקרים נדירים שבהם מדובר במתן שירותים מקצועיים על-ידי יחיד סגולה" (שם, בפסקה 22). יצוין כי באותו עניין לא נדרשה הרחבה מלאה של היריעה, מאחר שההתקשרות שעליה נסבה ההתדיינות אכן התאפיינה בייחוד מספק –

תחום התכנון והבנייה, להבדיל מייעוץ כללי, בנסיבות מיוחדות של הקמת ועדה מקומית חדשה לתכנון ולבנייה. ממילא לא מוצה הדיון בהיבטים העקרוניים. וזהו הרקע לדיון הנוכחי.

עיקרי התשתית העובדתית

8. מקורו של ההליך דנן בשתי התקשרויות של המבקשת, המועצה האזורית חוף השרון (להלן: המועצה), עם שני נותני שירותים – חברת מאיק מהנדסים בע"מ (להלן: מאיק), היא המשיבה 2, העוסקת בתחום של ניהול פרויקטים ופיקוח על עבודות הנדסיות, וגברת אורלי הדס (להלן: הדס), היא המשיבה 3, העוסקת בתחום של תכנון אסטרטגי. כבר עתה יצוין כי שתי ההתקשרויות האמורות בוצעו בפטור ממכרז לפי תקנה 3(8) לתוספת השנייה לצו המועצות האזוריות. על רקע זה, וכמוסבר להלן, המחלוקת שהתעוררה בין הצדדים נגעה לשאלה אם המועצה פעלה במקרה זה בהתאם לתנאיו והוראותיו של נוהל משרד הפנים.

9. בתמצית יצוין כי בשנת 2018 הקימה המועצה, בהתאם לנוהל משרד הפנים, מאגר של נותני שירותים ואנשי מקצוע פוטנציאליים במספר תחומים וכיניהם יעוץ חשבונאי, יעוץ מכרזים, יעוץ בתחום הארנונה, ניהול פרויקטים, יעוץ הנדסי, יעוץ בתחום ענייני עבודה, שמאות וייעוץ בתחום תכנון ערים. כמו כן, ולקראת ביצוע התקשרויות עם יועצים בתחומים האמורים, הובאה הסוגיה לפתחה של היועצת המשפטית למועצה. בחוות דעתה מחודש יוני 2018, שדנה במאוחד בכלל סוגי ההתקשרויות שנזכרו לעיל, נקבע כי אלו עומדות בתנאים הדרושים לצורך פטור ממכרז לפי תקנה 3(8) לתוספת השנייה לצו המועצות האזוריות, בהיותן דורשות, בין היתר, "ידע ומומחיות וכן יחסי אומן מיוחדים". בהמשך לכך, חוות הדעת הובאה בפני ועדת ההתקשרויות של המועצה (להלן: הוועדה) שמצאה אף היא כי בנסיבות העניין מוצדק וסביר לבצע את סוגי ההתקשרויות בפטור ממכרז. בהקשר זה, ובהתייחסה, בין היתר, לתחומים של "ניהול פרויקטים הנדסיים" ו-"יעוץ וליווי בנושא תכנון אסטרטגי", ציינה הוועדה כי מדובר ב"שירותים המחייבים יחסי אומן ברמה גבוהה ומומחיות שיהיה קשה לבחון אותם בהליך של מכרז פומבי רגיל" (סעיף 2.א. להחלטה שצורפה כנספח 3 להודעת הערעור).

10. על רקע זה, ובהתייחס לשתי ההתקשרויות שבפנינו, פנתה המועצה למספר נותני שירותים ואנשי מקצוע שנכללו במאגר היועצים מתחום התכנון האסטרטגי ומתחום ניהול פרויקטים הנדסיים בהזמנה לקבלת הצעות. בסופו של יום, לאחר שהתקבלו הצעות

כאמור (שתיים בכל תחום), הנושא הובא לדיון נוסף בוועדה, אשר בחרה לאשר את הצעותיהן של המשיבות 2-3. בהתאם לכך, ביום 11.11.2018 נחתם חוזה בין המועצה ובין הדס, וביום 1.12.2019 נחתם חוזה נוסף עם מאיק. יצוין כי בהתאם להוראות החוזים ההתקשרות בין הצדדים נקבעה לתקופה של שלוש שנים, אשר ניתנת להארכה בתקופה של עד שנתיים נוספות (דהיינו חמש שנים בסך הכל).

ההליכים עד כה

11. ראשיתה של ההתדיינות המשפטית במקרה זה בעתירה שהוגשה על-ידי המשיבה 1, עמותת עורכי דין לקידום מינהל תקין (להלן: העמותה), אשר שמה לעצמה מטרה, בין השאר, לבחון את סוגיית השוויון בהתקשרויות של רשויות מקומיות. יצוין כי עמותה זו היא שניהלה גם את ההתדיינות בעניין כפר יונה, שהרימה כאמור תרומה להבהרת הדין בסוגיה הנדונה.

12. בהליך הנוכחי, העמותה הגישה עתירה לבית המשפט המחוזי מרכז-לוד בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים (עת"ם 47089-12-21, השופט ר' אמיר), ובה טענה, בעיקרו של דבר, כי התחומים שביחס אליהם נעשו שתי ההתקשרויות האמורות אינם "מיוחדים" דיים, כך שלא היה מקום לפנות במקרה זה לנתיב של פטור מחובת מכרז. עוד נטען כי חוות הדעת של היועצת המשפטית של המועצה הייתה כללית מדי והתייחסה למספר סוגי התקשרויות יחדיו, להבדיל מאשר לשתי ההתקשרויות הספציפיות הנדונות, וכך גם החלטת הוועדה שנשמכה עליה. מנגד, המועצה טענה כי פעולותיה תואמות את נוהל משרד הפנים, וכי אף לגוף הדברים הייתה הצדקה לשתי ההתקשרויות הקונקרטיות עם המשיבות 2-3 במתכונת של פטור, בהתחשב במומחיות המיוחדת המאפיינת אותן. אף הדס ומאיק הצטרפו לעמדת המועצה.

13. לאחר ששמע את עמדות הצדדים קיבל בית המשפט המחוזי את טענות העמותה. בהגיעו למסקנה זו הדגיש בית המשפט המחוזי את חשיבותה של חובת המכרז וקבע כי נוהל משרד הפנים לא נועד לאפשר לרשויות מקומיות לאשר מראש ובאופן גורף סוגי התקשרויות שניתן יהיה לבצע ככלל בפטור ממכרז. על רקע זה, בית המשפט המחוזי ציין כי קיים טעם לפגם בכך שנימוקיהם של הייעוץ המשפטי של המועצה ושל הוועדה ניתנו במקרה זה באופן "כללי", בהתייחס להצדקה להתקשרות ללא מכרז במגוון של סוגי התקשרויות, ללא הנמקה קונקרטית ומפורטת ביחס לאותן התקשרויות מסוימות שנבחרו בסופו של דבר. זאת ועוד, בית המשפט המחוזי הוסיף כי אף לגוף הדברים לא עלה בידי המועצה להראות כי עסקינן בהתקשרויות המתאפיינות ביחסי אמון מיוחדים,

או המחייבות מומחיות או ידע ברמה הנדרשת לצורך תחולת הפטור. על כן, נקבע כי לא הייתה הצדקה להימנע מקיום מכרז בנסיבות אלו. בהתאם, ומבחינה אופרטיבית, קבע בית המשפט המחוזי כי על המועצה לסיים את ההתקשרויות שנעשו עם המשיבות 2-3, מאיק והדס, בתאריכים שעליהם הורה, שהיו מוקדמים למועדי הסיום שנקבעו בחוזי ההתקשרויות המקוריים.

14. בערעור שבפנינו מבקשת המועצה להשיג על פסק דינו של בית המשפט המחוזי. לשיטתה, שתי ההתקשרויות מושא ההליך דנן נעשו בהתאם לדרישות בנוהל משרד הפנים ולאחר בחינה ושקילה של כלל השיקולים הקונקרטיים הרלוונטיים. בין היתר, המועצה טוענת כי במישור הפרוצדורלי אין חובה לקבל חוות דעת משפטית נפרדת ביחס לכל אחת מההתקשרויות ודי בכך שהיועצת המשפטית למועצה מנתה בחוות דעתה את כל אחת מההתקשרויות שלגביהן נדרשה התייחסותה. במישור המהותי, נטען כי מדובר בהתקשרויות המתאפיינות ביחסי אמון מיוחדים או כאלה שמחייבות מומחיות או ידע ברמה הנדרשת לתחולתו של הפטור. בעניין זה הודגש, בין היתר, כי ההתקשרויות עם המשיבה 2 נסבה על פיקוח מקצועי צמוד וניהול של פרויקטים הנדסיים מטעם המועצה באופן שמחייב קיומם של יחסי אמון מיוחדים. באופן דומה, בהתייחס למשיבה 3, צוין כי מדובר בהתקשרויות לצורך קידום וליווי של פרויקטים, תכניות בנין עיר, תכניות אב ותכניות לאומיות – כל זאת תוך דרישה למומחיות מיוחדת בתחום התכנון הארצי ולקידום עניינה של המועצה.

15. מנגד, העמותה טוענת כי דין הערעור להידחות, תוך שהיא סומכת ידיה על פסק דינו של בית המשפט המחוזי. העמותה שבה ועומדת על הפגמים שנפלו לשיטתה בהליך קבלת ההחלטות שקדם להתקשרויות עם המשיבות 2-3 ומטעימה כי לא הוצגה בנסיבות העניין הנמקה מספקת לקבלת השירותים ללא מכרז. לשיטתה, אופי השירותים שמספקות המשיבות 2-3, אף שהוא מחייב מידה של מומחיות, אינו ייחודי במידה המצדיקה הימנעות מקיום מכרז. על רקע זה, העמותה טוענת כי פסיקתו של בית המשפט המחוזי במקרה דנן עולה בקנה אחד עם ההלכה באשר למעמדה של חובת המכרז ותואמת את משנה הזהירות שיש לנקוט במתן פטור ממנה.

16. להשלמת התמונה, יצוין כי בצדו של הערעור הגישה המועצה אף בקשה לעיכוב ביצוע, בהצביעה על הנזק שייגרם מהפסקת ההתקשרויות עם המשיבות 2-3 קודם להכרעה בערעור בבית משפט זה. ביום 10.11.2022, לאחר קבלת עמדת העמותה וכן הבהרות שונות ביחס לפרטי החוזים עם המשיבות 2-3, הוריתי על עיכוב ביצוע חלקי של פסק הדין. זאת, במובן זה שהמועצה תוכל להאריך את ההתקשרויות מושא ההליך

דנן עד ליום 31.1.2023. בהמשך, ניתנה ארכה נוספת לתחולתו של עיכוב הביצוע, כך שזה יישאר בתוקפו עד להחלטה אחרת.

17. הדיון בערעור התקיים בפנינו ביום 16.3.2023 ובו חזרה המועצה וטענה כי פעלה כדין ובהתאם לנוהל משרד הפנים. כמו כן, היא הוסיפה פרטים באשר לכישוריהם וניסיונם של שני הגורמים שההתקשרויות עמם עמדו במרכז ההתדיינות – בהבהירה, בין היתר, כי מנהלה של מאיק הוא בעל ניסיון החורג מתחום התכנון והפיקוח, וכולל גם היבטים תקציביים-כלכליים, וכי הדס היא בעלת ניסיון מיוחד בתחום של תכנון ארצי ובפרט בתחום התחבורה. בהקשר זה אף הודגשו מאפייניה של המועצה, הממוקמת בסמיכות לתשתיות נוף ותחבורה מרכזיות כגון כביש החוף, כביש 531, כביש 4 ומסילת החוף.

18. מנגד, העמותה שבה ועמדה על כך שההתקשרויות במקרה זה אינן מאופיינות במומחיות שהיא "מיוחדת" דיה. כמו כן, היא הלינה על כך שלא נמסרו פרטים מספקים לוועדה וליועצת המשפטית למועצה לצורך קבלת החלטה באשר לייחוד הטמון בהתקשרויות הקונקרטיות שהובאו לאישור. בהתאם, נטען כי אף הפרוטוקולים שקדמו לאישור ההתקשרויות אינם כוללים פירוט מספק באשר לשיקולים שעמדו ביסוד ההחלטות.

דיון והכרעה

19. לאחר שבחנו בכובד ראש את טענות הצדדים אנו סבורים כי דין הערעור להתקבל. במכלול נסיבות העניין, וכמוסבר להלן, הגענו לכלל מסקנה כי חרף קשיים פרוצדורליים מסוימים הנוגעים לאופן קבלת ההחלטות, ונובעים במידה רבה מכך שטרם הצטבר ניסיון רב בהפעלת נוהל משרד הפנים, אין מקום להתערב בהתקשרויות מושא ההליך דנן.

20. לצד זאת, אנו תמימי דעים עם העמותה כי המקרה דנן שב והציף את הצורך בחידוד תנאיו של הפטור ממכרז ועוד יותר מכך בטיוב מנגנון קבלת ההחלטות שעל הרשות המקומית להנהיג בטרם התקשרות ללא מכרז, בהתאם לנוהל משרד הפנים. בעניין זה, ובטרם נדון בנסיבותיו הקונקרטיות של ההליך דנן, נבקש להוסיף בקצרה מספר הבהרות והטעמות עקרוניות.

21. אפתח במישור הנוגע להבהרת היקפו של הפטור על רקע תכליתו. כאמור, כבר בעניין כפר יונה ציינתי כי אין די בכך שמדובר בעבודה המבוססת על "מקצוע חופשי" או תחום "מקצועי" באופן כללי, אף אם כזה המערב שיקול דעת, על מנת להיכנס לגדרי הפטור (שם, בפסקה 22). על כן, על הרשות המקומית הנוגעת בדבר להצביע על מומחיות שהיא "מיוחדת" דיה. באיזה מובן ניתן לומר שמומחיות או ידע מסוימים הם מיוחדים? לא ניתן להציג מבחן ממצה לעניין זה, אך ניתן לתת בכך סימנים. ככל שיתקיימו יותר סממנים שניתן יהיה לראות בהם ייחוד מסוים, כן תגבר הנטייה לומר שהתקיימה במקרה "מומחיות מיוחדת". להלן אתווה לכך כמה אמות מידה ראשוניות.

22. ראשית, לצורך ביסוסה של מומחיות מיוחדת אין די להצביע על הכשרה במסלול לימודים אקדמי או מקצועי "רגיל" או "כללי". כך לשם ההמחשה, "עריכת דין", כשלעצמה, אינה מומחיות מיוחדת, הגם שמדובר במקצוע המחייב מטבע הדברים רכישת השכלה ועמידה בדרישות מקצועיות מקובלות. על כן, וככל שמדובר בתפקיד משפטי, יש לבחון למשל באיזו עבודה משפטית מדובר, ומה רמת ההתמקצעות הנוספת הנדרשת לשם ביצועה. ככל שעסקינן בכישורים ובמיומנויות ממוקדים יותר, המחייבים רכישת ידע מתקדם או ניסיון קונקרטי מסוים, כך תתחזק הנטייה להכיר בייחודיות העבודה. כך לדוגמה, ניתן להבחין בין יעוץ משפטי כללי בהקשר של עריכת חוזים שגרתיים, לבין ייעוץ בתחום הספציפי של דיני תכנון ובניה, דיני ארנונה או הגנת הסביבה. כמבחן משנה משלים ניתן לציין, כי ככל שמספר בעלי המקצוע בענף הוא גדול יותר, כן קשה יותר יהיה לשכנע שמדובר במומחיות "מיוחדת".

23. שנית, ככל שמדובר בעבודה המחייבת מומחיות שהיא "רב-תחומית", כך יקל לקבוע שהתקיים תנאי המיוחדות. כך למשל, כאשר מדובר במי שמומחיותו או כישוריו נובעים משילוב ייחודי של ידע וניסיון במספר תחומי דעת. הדברים אמורים באותן נסיבות שבהן ניתן לומר כי יש בשילוב יכולות שכזה לייצר "מכפיל כח" מקצועי, כזה שהוא בעל ערך מוסף רלוונטי לשירות הקונקרטי הנדרש. זאת, אף אם ייתכן שכל אחד מתחומים אלה לא היה מספק בהכרח בעמדו לבד כדי להיחשב מומחיות מיוחדת.

24. שלישית, יש לבחון את ייחודיות העבודה או יחסי האמון הנדרשים על רקע מאפייניה ודרישותיה הקונקרטיות של הרשות המקומית הנוגעת בדבר. במובן זה, ככל שניתן להצביע על סממנים מיוחדים יותר בפעילותה של הרשות המקומית עצמה, הקשורים במישרין לשירות המבוקש, כך ניתן להניח כי העבודה היא אכן בעלת ייחוד רב יותר. הדברים יכולים לבוא לידי ביטוי בנסיבות חריגות זמניות, כגון הקמת ועדה מקומית חדשה בדומה לעניין כפר יונה או צורך בקידום של פרויקט בעל היקף משמעותי,

או במאפייני פעילות קבועים הקשורים בנסיבות גאוגרפיות, כלכליות, דמוגרפיות או משפטיות ייחודיות לרשות.

25. ויודגש, כל אלה הם כמובן קריטריונים לא ממצים. מדובר בקווים כלליים אשר יכולים לסייע בהכוונת התנהגות עתידית, הגם שהדברים יוסיפו להתעצב מטבע הדברים בהליכים משפטיים נוספים בעתיד.

26. היבט נוסף, ולא פחות חשוב בכל הנוגע ליישומו של נוהל משרד הפנים, נוגע להליך קבלת ההחלטה באשר לכך שההתקשרות מתאימה לקידום ללא מכרז. בעיקרו של דבר, על הליך ההתקשרות ללא מכרז להבטיח כי השימוש בפטור ייעשה רק במצבים המצדיקים זאת. לשם כך יש להקפיד על השלבים הבאים. ראשית, יש לוודא כי לוועדת ההתקשרויות יוגש מידע מלא ומפורט ביחס לשיקולים הרלוונטיים להתקשרות ללא מכרז בתחום הפעולה שמדובר בו. שיקולים אלו צריכים מטבע הדברים לבוא לידי ביטוי באופן מפורט, בהיר וסדור. חלק מהותי מכך אמורה לשמש חוות הדעת של הייעוץ המשפטי המוגשת לעיון הוועדה. זו צריכה להיות מנומקת, ולא רק למנות באופן כללי סוגים של התקשרויות שמוצע לאפשר לקדם ללא מכרז. שנית, כך יש לנהוג אף ביחס לנימוקי החלטתה של הוועדה עצמה במקרה שבו ייקבע כי קיימת הצדקה בנסיבות העניין להימנע מהתקשרות על בסיס פרסום של מכרז. הדברים עולים בקנה אחד אף עם חובתה של הוועדה לקבוע מראש, לגבי כל התקשרות או סוג התקשרות, תנאי סף ואמות מידה מקדימים. שלישית, אף בשלב האחרון, לאחר שמובאות ההצעות הקונקרטיות בפני הוועדה, עליה לציין מהו הטעם לכך שבהתקשרות הספציפית נדרשים מומחיות מיוחדת או יחסי אומן מיוחדים, ובאיזה אופן המועמד המוצע עדיף בהקשר הזה על פני האחרים. זאת בהתאם לאמות המידה שנקבעו.

27. בפן המעשי, חשוב להבהיר, כי אין מדובר בדרישה מחמירה להסבר ארוך ומפותל, העלול לסרב את מנגנון קבלת ההחלטות, אך ניתן לצפות לכל הפחות למספר משפטי הסבר הכוללים נימוק קונקרטי וענייני בהתייחס להתקשרות הנדונה. דרך פעולה זו אף מאפשרת קיום ביקורת אפקטיבית בדיעבד, תוך התחקות אחר הלך המחשבה שהנחה את הגורמים המוסמכים.

28. על רקע המתווה העקרוני שפורט, נשוב לנסיבות המקרה הקונקרטי שבפנינו.

29. לאחר שבחנו את נסיבות המקרה באנו כאמור לכלל מסקנה כי אין מקום להתערב בהחלטות שהתקבלו על-ידי המועצה. בעיקרו של דבר, נוכח הנתונים שנפרסו בפנינו אנו

סבורים כי המועצה אכן התקשרה בנסיבות העניין עם גורמים בעלי "מומחיות מיוחדת", באופן המקיים את הדרישות המהותיות לתחולת הפטור ממכרז. בהקשר זה נתנו דעתנו למאפייני השירותים שעליהם נסבות ההתקשרויות, כפי שאלו באו לידי ביטוי, בין היתר, בתנאי החוזים עם המשיבות 2-3 ובהבהרות השונות שניתנו על-ידי המועצה. בכלל זה, נתנו דעתנו למומחיותה וניסיונה המקצועי הייחודי של המשיבה 3 בתחום התכנון, ובאופן ספציפי בהקשר של ליווי ותכנון פרויקטים תחבורתיים ותשתיתיים מורכבים במישור הארצי, וכן קידום תכניות תכנוניות שונות. כל זאת על רקע ההבהרות שנשמעו ביחס לסוג, היקף ומאפייני הפרויקטים הגובלים בתחומי המועצה והדרישות המתחייבות מכך. לאחר התלבטות, ולא בלי קושי, הגענו לכלל מסקנה כי אלה הם פני הדברים אף ביחס למשיבה 2. בהקשר זה שקלנו את הטענות לעניין הצורך במומחיות מקצועית רב-תחומית, בהיבטים הנדסיים, ניהוליים ותקציביים. זאת, כחלק מניהול ופיקוח צמוד ושוטף של הפרויקטים עליהם חלה ההתקשרות ואשר מחייבים רמת אמון גבוהה. יש לקוות, כי החלת נוהל משרד הפנים באופן שעליו הצבענו לעיל תאפשר דיון במקרים עתידיים על בסיס תשתית עובדתית מלאה יותר.

30. אכן, ודברים חייבים להיאמר, במישור הפרוצדורלי הליך קבלת ההחלטות במקרה זה לא היה חף מקשיים. בהקשר זה מצאנו לקבל את טענות העמותה כי היה מקום לקונקרטיזציה רבה יותר בהנמקה שפורטה הן בחוות הדעת המשפטית והן בהחלטת ועדת ההתקשרויות שנשמכה עליה. על כך יש להצטער. כאמור, ככל שהדברים יהיו מתועדים, כך ניתן יהיה להבטיח כי מסלול ההתקשרות ללא מכרז אכן ישמש רק למקרים המתאימים לכך.

31. לצד זאת, התרשמותנו הכללית היא שהמועצה ביקשה להנחות עצמה בנסיבות העניין לאורו של נוהל משרד הפנים. במובן זה היא אכן הקימה מאגרים רלוונטיים של אנשי מקצוע, קיימה הליך היוועצות על-ידי הגורמים המוסמכים, ופנתה למספר נותני שירותים פוטנציאליים בכל אחד מן המקרים. זאת, באופן שעונה על המתכונת התחרותית הנדרשת. כלומר, ניתן להתרשם מתום ליבה, כמו גם מחתירתה לקיום הוראות נוהל משרד הפנים, הגם שניתן וצריך לשפר את הליקויים. בנסיבות העניין, בהתחשב בסמיכותם של האירועים לתחילת העבודה על-פי נוהל משרד הפנים, ובשים לב לכך שעיקר תקופת ההתקשרות כבר חלפה, אין מדובר בפגמים המצדיקים את ביטול ההתקשרויות שכבר נעשו.

32. אף במקרה זה, כמו בעניין כפר יונה, נוכח העובדה שיישום נוהל משרד הפנים עודנו נמצא בשלבי התפתחות ולמידה, אנו מורים כי פסק דינו יומצא ליועץ המשפטי למשרד הפנים.

33. סוף דבר: התרשמנו כי בנסיבות העניין אין עילה להתערב בהחלטות שהתקבלו על-ידי המועצה, ומטעם זה אנו מורים על קבלת הערעור. עם זאת, בהתחשב בתרומתו של ההליך להבהרת הדרישות הנוגעות ליישום הנוהל, אנו מותירים את ההוצאות שנפסקו לטובת העמותה בבית המשפט המחוזי על כנן. אין צו להוצאות בערכאתנו.

ש ו פ ט

השופט ח' כבוב:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט ע' גרוסקופף:

אני מסכים לחוות דעתה של חברתי, השופטת דפנה ברק-ארז, ולנימוקיה. אבקש להוסיף שתי הערות: הערה עקרונית העוסקת בהיבט המהותי של הדברים, והערה הנוגעת לאופן יישומם במקרה שלפנינו.

ידע, מומחיות ויחסי אמון "מיוחדים"

1. הפטור בו עסקינן, זה המעוגן בתקנה 3(8) לתקנות העיריות (מכרזים), התשמ"ח-1987, ובהוראות מקבילות לה שבצווי המועצות המקומית, מאפשר לרשות מקומית להתקשר בחוזה ללא מכרז כאשר הוא "חוזה לביצוע עבודה מקצועית הדורשת ידע ומומחיות מיוחדים, או יחסי אמון מיוחדים, כגון: עבודות תכנון, פיקוח, מדידה, שמאות, ייעוץ ועבודות כיוצא באלה". לשון ההוראה מציבה שני תנאים מצטברים לקיום הפטור:

א. המדובר ב"חוזה לביצוע עבודה מקצועית", דהיינו, חוזה למתן שירותים, כאשר השירות הנדרש מחייב החזקת ידע מקצועי – בין אם מהסוג הנרכש בלימוד עיוני; בין אם מהסוג הנרכש על דרך המעשה. ומכלל ההן נלמד הלאו,

חוזים שאינם למתן שירותים, כגון חוזי מכר או חוזי שכירות, אינם חוסים בגדר הפטור כלל.

ב. העבודה המקצועית בה מדובר דורשת לפחות אחד משני אלה:

1. "ידע ומומחיות מיוחדים" – המחוקק לא הסתפק בכך שידובר ב"עבודה מקצועית", המחייבת מטבע הדברים ידע מקצועי, אלא הדגיש כי על מנת להיכנס לגדר חלופה זו של הפטור, נדרש להצביע על כך שהידע והמומחיות הנדרשים הם "מיוחדים". מכאן אנו למדים, כפי שציננה גם חברתי בחוות דעתה, כי הכשרה וניסיון מקצועיים כלליים, כגון זה המצוי ברשות כל בוגר של לימודי מקצוע המשפטים, ההנדסה או הרפואה, אין בו די על מנת להצדיק את החלת הפטור, על פי חלופה זו.

2. "יחסי אמון מיוחדים" – גם כאשר מדובר בעבודה מקצועית שאינה מצריכה "ידע ומומחיות מיוחדים", עדיין ניתן להחיל את הפטור, וזאת במקרים בהם מדובר בחוזה לביצוע עבודה מקצועית, כאשר האחרונה מחייבת "יחסי אמון מיוחדים". גם בהקשר זה הקפיד המחוקק, והדגיש, כי ביחסי אמון "מיוחדים" עסקינן, ומכך נסיק כי ביחסי אמון מן המניין אין די, שהרי אלה עשויים להתקיים מול בעלי מקצוע רבים (כגון עורכי דין או רואי חשבון) ובמידה מסוימת, מול כל עובד (ע"א 1142/92 ורגוס בע"מ נ' כרמקס בע"מ, פ"ד נא(3) 421, 437-439 (1997); ע"א 6601/96 AES System Inc נ' סער, פ"ד נד(3) 850, 872-873 (2000). להרחבה ראו גם: ע"א 6266/19 מדינת ישראל המינהל האזרחי באיו"ש נ' אבנון, פסקאות 18-21 (25.8.2021)). בהציבו דרישה זו ביקש המחוקק להבהיר כי כשם שידע ומומחיות כלליים, אין בהם די על מנת לאפשר החלת הפטור, כך גם ביחסי אמון שגרתיים, הנובעים מעצם טיב השירות בו מדובר, לא ניתן להסתפק (לאפיון מאיר עיניים של מוסד "יחסי האמון", שיש המכנים אותו "אמונאות", ראו יפעת נפתלי בן ציון דיני האמונאות במבט השוואתי 61-29 (2022)).

2. הקושי הטמון בסעיף נובע, אם כך, מהצורך למלא בתוכן קונקרטי את המונח העמום "מיוחדים", המסייג את שתי החלופות של התנאי השני להחלת הפטור ביחס לחוזה לביצוע עבודה מקצועית: חלופת הידע והמומחיות מזה, וחלופת יחסי האמון, מזה. פתרונו של קושי זה צריך שיעשה בשים לב לתכליתם של תנאי הפטור מחובת המכרז – לשחרר את הרשות המקומית מהחובה לקיים מכרז פומבי ביחס לאותן התקשרויות, שבהן העלויות הכרוכות בקיום המכרז עולות על התועלות הצומחות מכך.

3. הפסיקה הרחיבה בתיאור התועלות והמטרות שבהטלת חובת מכרז: ראשית, השמירה על טוהר המידות בהתקשרויותיה הכלכליות של המדינה עם גופים פרטיים ומניעת שחיתות ומשוא פנים מצד פקידי ציבור (ראו ע"מ 8412/07 חברת מלון ומלון סוויטות אפ.אס.אר. בירושלים בע"מ נ' הורן, פסקה 31 (4.3.2009) ע"מ 8284/08 תעשיות אבן וסיד בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פסקה 24 (13.9.2010) (להלן: עניין תעשיות אבן); עומר דקל מכרזים 93-97 (2004) (להלן: דקל)); שנית, התועלת הכלכלית שבמתן אפשרות לרשות המנהלית להתקשר בעסקה אופטימאלית אשר חוסכת בכספי ציבור (ע"מ 687/04 ינון-תכנון יעוץ ומחקר בע"מ נ' רשות הנמלים והרכבות-רכבת ישראל, פסקה 12 (15.6.2006) (דקל, בעמ' 92-93); שלישית, מתן הזדמנות שווה להשתתף בתחרות על משרות, עבודות ומשאבים ציבוריים (עניין תעשיות אבן, שם; דקל, בעמ' 104-115; ע"מ 6823/10 מתן שירותי בריאות בע"מ נ' משרד הבריאות (28.2.2011)). אל מול תועלות חשובות אלה, יש לזכור כי חובה לקיים מכרז עלולה לגזור גם עלויות והפסדים. כך למשל, לעיתים הקפדה על עיקרון השוויון בפני הרשות, שהוא בנשמתם של דיני המכרזים הציבוריים, כרוך בויתור על השגת התוצאה הכלכלית המיטבית (השוו: ע"א 6283/94 "מנורה" איזי אהרון בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נא(1) 21, 26-27 (1995); ע"מ 5949/07 אמישראל גז-טבעי בע"מ נ' פז-גז (1993) בע"מ (28.4.2008); עניין תעשיות אבן, שם).

4. בהקשר בו עסקינן, דומה כי העלות המרכזית שעמדה לנגד עיני המחוקק הייתה הפגיעה ביכולתו של עורך המכרז לברור מראש את אותם גורמים שהוא מעוניין להעסיק (ולעיתים, להימנע מלהתקשר עם גורמים אותם אין הוא מעוניין להעסיק). עלות זו, שהיא צידה השני של ערכי השוויון והתחרות החופשית עליהם מגנים דיני המכרזים, גבוהה במיוחד באותם מקרים בהם לזהותו של מבצע העבודה המקצועית חשיבות יתרה מבחינת המזמין – כך, כאשר ביצוע העבודה כהלכה דורש ידע או מומחיות שאינם מצויים אצל בעלי מקצוע מן השורה; כך, כאשר ביצוע העבודה כהלכה דורש יצירת קשרי אמון הדוקים החורגים מרמת האמון הרגילה שאדם נותן באיש מקצוע מן המניין. "ידע ומומחיות

מיוחדים", כמו גם "יחסי אמון מיוחדים", הם, אם כך, ידע, מומחיות או אמון החורגים מאלה הנדרשים מאיש מקצוע מהשורה. דהיינו, ידע, מומחיות או אמון אשר לא ניתן למצוא, ולא ניתן לדרוש, מכל איש מקצוע סביר (כאשר הסטנדרט לעניין זה נבחן, מטבע הדברים, ביחס לכל מקצוע בנפרד ובהתאם לאמות המידה המקובלות בו). אלו עשויים להתאפיין באיכות כישורים שונה, בארגז כלים ייחודי, ברכישת הכשרה או ידע חריגים, בדרישה למהימנות ואמינות יוצאים מהכלל, וכיוצא באלו. בקצרה: ידע, מומחיות או אמון החורגים מאלה הנדרשים מאיש מקצוע מהשורה, והמאפיינים איש מקצוע שאיכות כישוריו, הכשרתו, או מידת האמון הניתנת בו, גבוהים מהרמה הנדרשת מאיש מקצוע מן המניין.

"ייחודיות" המשיבות בענייננו

5. כפי שציננה חברתי, עניינה של המשיבה 3, גב' אורלי הדס (להלן: גב' הדס), על פי המידע שנמסר לנו, נופל באופן מובהק לגדר סעיף הפטור, על פי החלופה של "ידע ומומחיות מיוחדים". בתמצית, מוקדה של העבודה המקצועית לגביה התקשרה המערערת, המועצה האזורית חוף השרון (להלן: המועצה) עם גב' הדס הוא ייעוץ בתחום התכנון האסטרטגי של המועצה, ובתוך כך קידום וליווי תכנוני של פרויקטים שונים, כמו גם תכניות בניין ערים, תשתיות לאומיות ועוד. המועצה הדגישה בפנינו את התמהיל הייחודי של התשתיות שבשטחה – כזה הכולל הן תשתיות תחבורה מרכזיות ביותר במדינה (כגון כביש החוף, כביש 4 ועוד) הן שמורות נוף, שמורות טבע ואדמות חקלאיות. מבלי להכביר במילים בעניין זה, סבורני כי די בתיאור תמציתי זה כדי להמחיש מדוע העבודה המקצועית באזורים אלו אינה שגרתית, וביצועה הראוי דורש התמקצעות מיוחדת, או, כלשון התקנה, "ידע ומומחיות מיוחדים".

6. לעומת זאת, המקרה של המשיבה 2, מאייק מהנדסים בע"מ (להלן: מאייק) נראה מוקשה יותר. ספק בעיניי אם הונחה לפנינו תשתית המלמדת כי נדרשים "ידע ומומחיות מיוחדים" לצורך ביצוע עבודות ניהול ופיקוח צמוד ושוטף מהסוג שהוזמן ממנה. יחד עם זאת, כמו חברתי, הגעתי למסקנה כי ניתן להצדיק את השימוש בפטור במקרה זה, על בסיס החלופה הדורשת "יחסי אמון מיוחדים". זאת, בהינתן התלות הרבה, וכנגזרת ממנה – האמון המיוחד, שנותן המזמין (בענייננו, המועצה) במי שמבצע את הניהול והפיקוח הצמודים מטעמה. ודוק, בהתחייבותה ללוות את הפרויקטים משלבם הראשוני ועד סופם, מאייק נטלה על עצמה לנהל את הפרויקטים ההנדסיים באופן הדוק ושוטף. בתוך כך, זו אמונה על תכנונם ואפיונם של הפרויקטים בשלביהם הראשוניים; פיקוח עליהם במהלכם; הפעלת ביקורת על אופן ביצועם; תכנון וקביעת מסגרת תקציבית עבורם;

ביצוע הפעולות הכרוכות בסיום ההתקשרות עם קבלני הביצוע וכיוצ"ב. במילים אחרות, מאייק התחייבה לשמור על האינטרסים של המועצה החל בסוגיות הנוגעות לזיהוי ואפיון הפרויקטים, וכלה בכאלה הנוגעות לפיקוח ולבקרה על אופן יישומם. במובן זה, היא משמשת כ"זרועה הארוכה" של המועצה בהיבטים רבים הקשורים בפרויקטים ההנדסיים. משכך, אף אם אין מדובר במומחיות או ידע ייחודיים אשר בשלם בחרה הרשות להתקשר בעסקה עם מאייק, סבורני כי מתקיימת דרישה ליחסי אמון מיוחדים מול הרשות המקומית, באופן אשר מצדיק את החלת הפטור מחובת קיום המכרז.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז.

ניתן היום, ח' בתמוז התשפ"ג (27.6.2023).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט