

בפני כבוד השופט משה רביד

בעניין: א.מ. חניות בע"מ

תובע

ע"י ב"כ עוה"ד סהר ואח'

נגד

עיריית ירושלים

נתבע

ע"י ב"כ עוה"ד כהן

פסק דין חלקי

כללי

1. התובעת זכתה במכרז שפרסמה הנתבעת לשכירות והפעלה של חניון הנמצא בכיכר ספרא, שאליה עקרו משרדי הנתבעת, שהיו פזורים ברחבי העיר. החוזה נחתם עמה ביום 1.9.93 והינו למשך 119 חודשים, כשדמי השכירות שולמו מראש עבור כל התקופה.
2. בחלק א', ההזמנה להשתתף במכרז (נספח א' לתצהיר אבי שקורי), נאמרו הדברים הבאים:
"תאור החניון
הפרטים המובאים להלן מוגשים כחומר עזר בלבד. על המציע לבודקם ולאמתם בעצמו והעירייה לא תישא באחריות לטעות ו/או לאי התאמה כלשהי"

בסעיף 2 לחלק זה משתפכים כותבי ההזמנה בתיאור המקום ועתידו והכל בצבעים ורודים:

"2. תיאור פרויקט כיכר העיר:

א. כללי:

פרויקט כיכר העיר משתרע על שטח של כ- 65 דונם בסמוך לבנין ההיסטורי של ראש העירייה ברח' יפו, ירושלים. מטרת הפרויקט היא יצירת מרכז אזרחי עירוני אשר ירכז סביבו את פעילות השירותים המשרדיים של העירייה, ומוקד לפעילות ציבורית.

כיכר העיר מצויה בתוך משולש התחום בין הרחובות יפו, שבטי ישראל ומגרש הרוסים. יחד עם מגרש הרוסים, הכיכר מהווה מתחם היסטורי פתוח ומשומר במרכז העיר ירושלים. מיקום כיכר העיר במקום זה מאפשר שילוב הרקע הארכיאולוגי עם הציר ההיסטורי של קו פרשת המים, התפר בין העיר הישנה לחדשה ונקודת תצפית אל גב ההר. יתר על כן, מיקום מתחם אזרחי כלל עירוני, עם שירותי תיירות, במוקד התנועה הציבורית והפרטית של ירושלים שעל יד החומות (כביש מס' 1, כיכר צה"ל, רחוב יפו) והיותו של הפרויקט חוליית קשר בין מתחם ממילא למרכז העיר, יוצרת מסדרון לציר תיירותי להולכי רגל שתחילתו בשער יפו ובשער החדש דרך הכיכר, מגרש הרוסים, רחוב מונבז, רחוב הנביאים עד לב העיר.

הפרויקט מורכב מקמפוס של 13 מבנים (חדשים ומשופצים), בשטח של כ- 50,000 מ"ר (כולל מקלטים), חניון ל- 800 מקומות חניה (בשטח של כ- 26,300 מ"ר), שטחי מסחר חדשים בשטח כ- 4,000 מ"ר. סה"כ שטח מבונה של כ- 80,000 מ"ר בנוסף לכ- 16,000 מ"ר כבישים, כיכרות ושטחים פתוחים.

הפרויקט עתיד לשרת את אוכלוסיית ירושלים הנזקקת לשירותים עירוניים בעת רגיעה, את מטה המחוז והעירייה בזמן חירום, תיירים עוברי אורח ומטיילים. עובדי העירייה שיועסקו בבנייני העירייה עם השלמתם נאמד בהיקף של כ- 1,700 עובדים אשר ישרת מידי יום קהל אזרחים של כ- 2,000 עד 3,000 איש בממוצע, כאשר בימי שיא יגיע מספר האזרחים מקבלי השרות לכ- 5,000 איש.

בנוסף, עובדים בסביבה הסמוכה עובדי בנקים ואחרים וכן מתוכננים עובדי משרדים נוספים ומפעילים מסחריים.

בנוסף, יכיל הפרויקט את הכיכר העירונית המרכזית של העיר אשר יהיו בה מטיילים ומבקרים וכן יתקיימו בה אירועים ציבוריים ואחרים.

פרויקט כיכר העיר, יחד עם פרויקט ממילא, אמור להשתלב במרקם האורבני של העיר הפנימית ולהמריץ הפעילות בחלק המזרחי של המערב. השלמתו תחולל שינויים בפריסת העובדים והמשרדים, בהסדרי התנועה ובקשרי הגומלין בין חלקי העיר השונים.

בסעיף ב', בפרוגרמה האדריכלית, יש התייחסות ל- 13 בנינים, כשלחלקם יש נתונים של מועדי סיום הבניה ותאריכי האיכלוס.

לאומדן המבקרים שיהיו בימים רגילים ובאירועים מיוחדים בכיכר ובסביבתה המסחרית,

יש השלכה על מספר החונים בחניון.

בהמשך לחלק א' להצעה (בנספח א' האמור), הדן בתנאי הפעלת החניון נאמר:

י"ד (2) מספר עובדים ומבקרים:

מספר עובדי עיריית ירושלים שיעבדו בפרויקט מסתכם בכ- 1,700 עובדים. כרבע מהעובדים הם ברמת טכנאים מהנדסים ומינהלה, ושלושת הרבעים האחרים הם פקידים. יתרת המשרדים ישרתו קהל עובדים נוסף של כ- 500 עובדים. סה"כ מספר עובדי המשרדים החזוי שיועסק בפרויקט הוא כ- 2,200. מספר המשתמשים בכיכר נאמד בכ- 2,200 ביום. מתוכם 70% יגיעו לבנין מס' 1 הבנין המרכזי של עיריית ירושלים. בזמן מבצעים שעורכת עיריית ירושלים (כמו הנחה על תשלומי מים, ארנונה וחינוך) אומדן המבקרים הוא כ- 4,000 – 6,000 איש ביום. גזברות העירייה מהווה מוקד המשיכה הגדול ביותר.

על פי מחקר שנעשה, קהל זה מחולק על פי הקטגוריות הבאות:

- קהל לא מוזמן הבא לקבל שירותים בשעות קבלת קהל.

- קהל אקראי.

- קהל מוזמן.

הקהל הלא מוזמן נאמד בכ- 1,100 אזרחים המהווים כ- 50% מסה"כ המגיעים לכיכר והוא יגיע בימים רגילים לכ- 1,700 אזרחים.

כללית ניתן לחלק את המבקרים לקטגוריות הבאות:

משתמשים:

בקבוצה זו נמצאת כל האוכלוסיה שתגיע לקמפוס להיפגש עם הרשויות והשירותים הניתנים לציבור. אין עדיין סיכום סופי לגבי כמות המשתמשים (אולם מספר המשתמשים נאמד בכ- 2,200 מבקרים ליום בממוצע).

בחודשים פברואר ומארס גדל מספר המשתמשים, בשל הצורך לרישום לבתי הספר וקבלת פטורים שונים. אוכלוסיה זו מגיעה למספר שעות במשך שעות העבודה.

מבקרים ומזדמנים:

אוכלוסיה זאת מורכבת מאנשים שזמנם בידם ומתיירים והיא חולפת על פני העיר. מיקום האתר על ציר נוח בין העיר העתיקה ופרויקט ממילא בדרום, לבין מרכז העיר, מבטיח שבפרויקט יעברו אנשים רבים. מספרם של המבקרים והמזדמנים עדיין לא ידוע.

ד(3) הסביבה המסחרית:

הפרויקט ממוקם בשוליו הדרום-מזרחיים של המע"ר המערבי של ירושלים (העיר הפנימית) ונושק לגבולו המזרחי של מרכז עסקים זה (רחוב שבטי ישראל). הפרויקט

וסביבתו הם חלק אינטגרלי ובלתי נפרד ממרכז העסקים המערבי של ירושלים. במע"ר מרוכזים 42% מכלל השטחים המסחריים בירושלים. המע"ר מאופיין ברצף פעילות מגוון ומלא של מרכז העסקים.

דפוסי הקניה של האוכלוסיה בירושלים מתבססים על המע"ר כאזור מרכזי לתושבי ירושלים. מרבית תושבי העיר מבצעים את קניותיהם במע"ר.

המע"ר נהנה מיתרון ביחס לאזורי קניות אחרים בירושלים, המוצא ביטוי במגוון באופנתיות, בחדשנות והבילוי.

במידה ותאומץ תכנית המרצת העיר הפנימית במלואה (תכנית שאינה מדגישה כמטרה מרכזית את התחום המסחרי) היא תחזק את מרכזיותו של המע"ר כאזור קניות בירושלים, את ההיצע והמגוון המסחרי שלו ואת תפקודו כמרכז עסקים ראשי בירושלים. הרצפים האורבניים של פרויקט ממילא ממזרח ומגרש הרוסים ממערב רק יחזקו את הפעילות סביב הכיכר.

ד(4) אירועים מתוכננים בכיכר העירייה:

שטח הכיכר מסתכם בכ- 5,000 מ"ר (מהם כ- 3,400 מ"ר בככר הפתוחה) המיועדים לכ- 7,000 איש בתנאי רווחה ובטיחות מירביים. הכיכר יכולה להגיע לקיבולת מקסימלית של כ- 15 אלף איש. הגישה לכיכר תהיה פתוחה מארבעה כיוונים ומהחניון.

על פי התחזית צפויים בכיכר אירועים בתדירות שבועית ומעלה, בין החודשים מאי עד אוקטובר, בחלוקה הכללית הבאה:

כ- 10 אירועים המוניים (מעל 10,000 איש).

כ- 10 אירועים בינוניים (מספר אלפים).

כ- 15 אירועים קטנים (מספר מאות).

להלן עיקרי האירועים המתוכננים בכיכר:

א) אירועים מתוכננים בכיכר העיר הפתוחה:

- יום הזיכרון לחללי מערכות ישראל, ערב יום הזיכרון ויום הזיכרון.

- יום העצמאות וערב יום העצמאות.

- יום ירושלים.

- פסטיבל ישראל: טכס פתיחת הפסטיבל, אירועי חוצות.

- שבוע הספר העברי.

- אירועי קיץ: קונצרטים פתוחים, מצעדי מחולות.

- עצרות עם, הפגנות.

- ירידים כמו: סוכות, יריד אומנויות, ספרים.

ב) אירועים נוספים בקרית הממשל העירונית (אך לא בהכרח בכיכר הפתוחה):

- ישיבת מועצה.
- ביקורי אח"מים בעירייה או אצל ראשי העיר.
- טכס הענקת אזרחות כבוד.
- סיורים מודרכים.
- קבלת פנים, חגיגות."

למשתתפים במכרז נערך סיור בחניון ובכיכר ספרא. הסיור נערך בטרם שהחניון הושלם וגם הבניינים שבכיכר ספרא טרם אוכלסו.

3. כיכר ספרא אוכלסה בהדרגתיות במשרדי העירייה, אך הנתבעת נכשלה שוב ושוב בניסיונה להשכיר את השטחים המסחריים. רק לאחרונה החלה לפעול במקום מסעדה ונעשה שוב ניסיון להשכרת שטחים אלו, בדרך פרטנית ולא באורח כולל. התובעת, שזהו עסקה היחידי בירושלים, לא שבעה נחת מאחוז התפוסה בחניון. לטענתה נגרמים לה הפסדים בשל התפוסה הנמוכה של החניון, בעיקר בשעות אחר הצהריים, הערב והלילה.

כתב תביעה

4. בכתב התביעה שהוגש ביום 4.12.96, נטען שלתובעת נגרמו נזקים בשל העילות הבאות:
- (1) מחדליה של הנתבעת להשכיר את השטחים המסחריים ;
 - (2) אי קיום אירועים לפי המצג שהוצג על ידי הנתבעת ;
 - (3) אטימת היציאה מהחניון למגרש הרוסים והימנעות הנתבעת מלסגור את החניון שפועל במתחם מגרש הרוסים. אטימת החניון הינה גם עוולה של הפרת חובה חקוקה וגם עוולה של רשלנות ;
 - (4) הפרת חובת תום הלב. הנתבעת הציגה לנתבעת מצגי שווא רשלניים, שבכיכר ספרא יאוכלסו השטחים המסחריים והאזור כולו יתפקד במרכז עסקים ראשי בירושלים. כמו כן תהיה כיכר ספרא אבן שואבת לאוכלוסיה גדולה הנזקקת לשירותי הנתבעת ;
 - (5) אי התאמה : הנתבעת מסרה לתובעת נכס, כשהיא יודעת שבעת מסירתו אין הוא מתאים למה שהוסכם בין הצדדים ;
 - (6) הגבל עסקי: סעיף 7.13 להסכם השכירות מתיר לתובעת לגבות מהמינויים רק \$80 לחודש. דבר זה מהווה הגבל עסקי, שדינו כדין עוולה לפי פקודת הנזיקין [נוסח חדש] (ראה סעיפים 2, 4, ו- 50 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח - 1988). גם העדכון החד-צדדי שנעשה על ידי

הנתבעת הינו מוטעה. מחיר המינוי החודשי עודכן ל- \$100 לחודש, במקום \$106 לחודש (נספח ה' לכתב התביעה). מה שחשוב יותר הוא ששווי מקום החניה בשוק החופשי הינו 450 ש"ח (נספח ד' לכתב התביעה - חוות דעת רוני דיסנצ'יק);

(7) החוזה שנכרת בין הצדדים הינו חוזה אחיד. לטענת התובעת, בפתיח, שהוזכר לעיל, ההזמנה להשתתף במכרז, נאמר שהפרטים בהצעה להשתתף במכרז הינם רק חומר עזר ועל המציע לבדקם בעצמו והנתבעת לא תישא באחריות לאי התאמה או לטעות. הוא הדין בסעיף 2.01 להסכם (נספח ב' לתצהיר אבי שקורי), שבו נאמר שהתובעת בדקה "את תיאור החניון והתאמתו לחניון בפועל וכן את תנאי ההפעלה המנויים בחלק ב' של חוברת המכרז וכן כל פרט הנדסי תכנוני, כלכלי ומשפטי בכל הקשור לחניון ומצא אותם מתאימים למטרותיו".

בסעיף 2.03 נאמר:

"המפעיל מצהיר כי ביקר בחניון ובסביבתו, בחן אותו ובדק את תנאי המקום, לרבות דרכי הגישה, המעברים והיציאות וכל פרט אחר הקשור בתפעולו ובהפעלתו, ומצא את כל הנ"ל מתאימים למטרותיו, והוא מוותר בקשר לכך על כל טענה של ברירה מחמת אי התאמה או אחרת".

סעיפים אלה מופיעים גם בחוזים אחרים שנעשו בין הנתבעת וגופים אחרים. התובעת תבעה גם פיצוי בגין נזק שנגרם לה בשל אי התקנת מערכת רמזורים בחניון, אך חזרה בה במהלך הדיון מטענה זו.

כתב הגנה

4. בכתב ההגנה ישנה הודיה שהחניון היה מאוכלס חלקית עד ינואר 1995, אך בד בבד נדחו כל הטענות האחרות שהעלתה התובעת:

(1) התיאור בנספח א' להזמנה הוגש רק כחומר עזר ורקע ולא לצורך הסתמכות. על התובעת היה לאמת בעצמה את נתוני הכיכר וסביבתה;

(2) אכן הנתבעת איכלסה בהדרגתיות את בנייני העירייה בכיכר ספרא וכן ניסתה לשווק את השטחים המסחריים, אך העלתה חרס בידיה, משום שההצעות שהוצעו, במכרזים שפורסמו, נפלו מהאומדן ולכן לא עלה בידיה לאכלס את השטחים המסחריים. זולת זאת אין התחייבות חוזית לאכלס את השטחים המסחריים ובנייני העירייה בזמנים ובמועדים מסוימים;

(3) התובעת לקחה בחשבון, בחישובים שעשתה, שבתקופה הראשונה של השכירות, יהיו הכנסותיה נמוכות, אך הן יגדלו בהדרגה, כשהבניינים בכיכר ספרא יאוכלסו ויושכרו השטחים המסחריים, שאז יתרבה מספרם של המבקרים. לאור זאת, טענת התובעת, שהיא ציפתה כבר בתקופה הראשונה לכיסויי השקעותיה - הינה חסרת יסוד;

(4) תפוסת החניון בשעות הבוקר ובשעות אחר הצהריים הינה 100% ואילו בשעות הערב

התפוסה היא חלקית ;

- (5) מנהל התובעת, אבי שקורי, הינו איש עסקים המתמחה בהפעלת החניונים באזור השפלה. הוא חתם בשם הנתבעת על עיסקה מסחרית, בהסתמך על נסיונו שלו בניהול חניונים ובדיקות שטח שערך באתר, כשהוא נוטל על עצמו סיכונים הטמונים בעיסקה מסחרית זו ;
- (6) הנתבעת גם לא התחייבה לקיים מספר אירועים קבועים. האירועים המפורטים בהזמנה להגיש הצעות למכרז, אף הם רק ציפיות והערכות גרידא של הנתבעת, על מספר האירועים שיתקיימו בעתיד בכיכר. מכל מקום, הנתבעת קיימה 49 אירועים בכיכר ספרא, כגון יריד הספרים, יום העצמאות ויום ירושלים. כמו כן אין קשר בין האירועים בכיכר לבין התפוסה בחניון. למשל, באירועים שבהם משתתפים בני נוער, אין לאירועים אלה השפעה על התפוסה בחניון ;
- (7) הנתבעת לא אטמה את הכניסה לחניון מגרש הרוסים. הצת"ת (צוות תכנון תחבורה) - ועדה המורכבת מנציגי משרד התחבורה, הנתבעת והמשטרה - הוא שהחליט לעשות כן. ועדה זו אינה בשליטת הנתבעת. מכל מקום, אין בסגירה זו כדי לפגוע בהכנסות התובעת ;
- (8) הנתבעת הגישה כתב אישום נגד בית הרכב בע"מ, שמנהלת את החניון במגרש הרוסים, על ניהול עסק של חניון ללא רישיון. ביום 21.10.96 נקנס חניון בית הרכב בע"מ, על ניהול עסק ללא רישיון. ימים ספורים קודם לכן, ביום 17.10.96, קבל בית הרכב בע"מ רישיון עסק לחניון ;
- (9) האומדן שנעשה לגבי השכרת השטח המסחרי, נעשה בידי מומחים כלכליים והוא היה סביר, על סמך הנתונים, הציפיות וההערכות שהיו בעת פירסום המכרזים ;
- (10) גם בעת סיור שנערך בכיכר למשתתפים במכרז מסרו נציגי הנתבעת הערכות וציפיות של הנתבעת על מספר המבקרים בכיכר ;
- (11) הנתבעת לא פעלה בחוסר תום לב ולא הציגה מצג שווא. הנתונים שניתנו לאבי שקורי היו נתונים סבירים וכללו ציפיות והערכות לגבי עתיד הכיכר ומספר המבקרים בה ;
- (12) הסכם השכירות אינו הסדר כובל, כי אין הוא פוגע בתחרות. יתרה מזו, הנתבעת הינה תאגיד ציבורי, שאינו מנהל עסקים, ולכן אין חוק הגבלים עסקיים חל עליה ;
- (13) מחיר מקום החניה עלה ל- \$100 בספטמבר 1995, בשנה השלישית להפעלת החניון, לפי ההסכם ובהתאם למחיר הממוצע של החניונים במגדל העיר, במרכז כלל ובמרכז העיר. המחיר שלו טוענת התובעת, כמחיר השוק החופשי למקום חניה איננו נכון.

המסגרת הדיונית

5. ביום 28.9.97 ניתנה החלטה לפצל את הדיון בתיק, כשבשלב הראשון יעמדו השאלות העובדתיות שלהלן במחלוקת:
- (1) האם היתה פגיעה בחובת תום הלב בשלב הטרם חוזי או בשלב החוזי על ידי הנתבעת ;
- (2) האם ניתנה התחייבות לקיום אירועים במתחם והתחייבות זו הופרה ;
- (3) האם ניתנה התחייבות למספר מבקרים בכיכר העירייה ;

- (4) האם מדובר בהתקשרות שהינה חוזה אחיד וחלה החזקה שתנאי החוזה מקפחים ;
- (5) האם ההתקשרות הינה הסדר כובל במחיר, בתעריף של המנויים ובמספרם ;
- (6) האם היתה התחייבות לפתח את השטחים המסחריים במועד מסוים ומה נעשה בענין זה ;
- (7) האם ניתנה התחייבות למעבר מהחניון למתחם מגרש הרוסים והתחייבות זו הופרה ;
- (8) האם הנתבעת היתה רשאית להתיר הפעלת חניון במתחם מגרש הרוסים.

התצהירים

6. מטעם התובעת הוגש תצהירו של מנהל התובעת אבי שקורי, שחזר על האמור בכתב התביעה המתוקן וכן הוגשה חוות דעתו של דן הולצמן, העוסק ביעוץ בתחומי התחבורה והחניה.

7. הנתבעת הגישה מספר תצהירים. בתצהירו של גיורא עדן, הממונה על הנכסים, נאמר שהחניון נפתח באיחור של חודשיים, ביום 1.9.93. בסיור מוקדם, שנערך למשתתפים שהגישו הצעות להשתתף במכרז, הוא הדגיש בפניהם שהמועדים לאיכלוס משרדי הנתבעת והשטחים המסחריים והאומדנים של מספר המבקרים בכיכר, מהווים רק ציפיות והערכות של הנתבעת. העד הכחיש שאמר שהכיכר תמשוך מבקרים רבים, כי רוב הבנינים לא היו מאוכלסים אז. יתרה מזו, בהסכם (נספח ב' לתצהיר אבי שקורי) אין שום התחייבות של הנתבעת כלפי התובעת, על מועדי איכלוס שטחי המסחר ובניני המשרדים, או על מספר המבקרים באתר.

בתקופה שמפתיחת החניון, ביום 1.9.93 ועד ינואר 1995, תפוסת החניון היתה חלקית, יען כי חלק מבנייני המשרדים לא היו גמורים ולכן גם לא היו מאוכלסים. פועל יוצא מכך הוא, שגם מספר המבקרים היה קטן. כיום, בשעות הבוקר, התפוסה בחניון היא 80%. הנתבעת ניסתה להשכיר את השטחים המסחריים, אך תוחלתה ניכזבה, במכרזים שפרסמה בתאריכים 4.4.94, 22.12.94, נובמבר 1996 ויולי 1997.

במכרז הראשון מפ94/22, ההצעות היו נמוכות ב- 40% מהאומדן. במכרז מפ94/135 לא הוגשו הצעות. במכרז מפ96/67 זכה דהוקי בחלק מהשטחים המסחריים, אך הוא התחרט וביטל את הצעתו. במכרז מפ97/72 זכה מציע אחד, "פנינת הכיכר", בניהול מסעדה בחלק משטח המסחרי (225 מ"ר). הנתבעת אינה יכולה לרצות את התובעת, משום שהיא פועלת לפי תקנות העיריות (מכרזים), התשמ"ח-1987. אם האומדן, המהווה בסיס לבחינת ההצעות, גבוה בהרבה מההצעות, הנתבעת אינה רשאית לקבלן, כפי שהיה במקרה דנן. אין שום ראיה שהשומות שנקבעו היו בלתי סבירות, כך שהנתבעת היתה רשאית וזכאית להתעלם מהן.

8. עד נוסף מטעם הנתבעת, זיו אילון, צרף לתצהירו רשימת מועדי איכלוס של המחלקות השונות של הנתבעת בבנינים שבכיכר.

בחודש הפתיחה של כיכר העירייה, בספטמבר 1993, אוכלסו הבנינים חלקית, ב- 1200 עובדים. במשך הזמן עברו עוד ועוד עובדים לבנינים שבכיכר ספרא. מפתחת החניון בספטמבר 1993 ועד ינואר 1995 התפוסה בחניון היתה חלקית. מינואר 1995 התפוסה בחניון היא גבוהה עד לשעות הצהריים. גם בתצהיר זה חוזר המצהיר ומספר על פרסום המכרזים לאיכלוס השטחים המסחריים וכישלונה של הנתבעת לאכלסם.

פרט נוסף בתצהירו הוא, ששטחי המסחר המיועדים למסעדות הוא כ-589 מ"ר, כשליש מהשטח המסחרי. בינתיים הושכרה כאמור הגדולה בחנויות אלה, ששטחה 225 מ"ר ל"פנינת הכיכר".

מפתחת החניון ועד סוף אוקטובר 1995 נערכו אירועים רבים בכיכר, בהם ביקרו 414,940 מבקרים. בנספח לתצהיר מובאת רשימת האירועים שהיו בכיכר ספרא. לדעתו, אין קשר הכרחי בין האירועים לבין תפוסת החניון. למשל בשבוע הספר העברי ביקרו כל ערב כ-10,000 מבקרים בכיכר, אך תפוסת החניון לא היתה מלאה, למרות שהמציגים תפסו חלק גדול מהחניון.

ביום 1.9.95 העלתה הנתבעת את מחיר המנוי החודשי ל-100 \$ בשקלים, כאמור בסעיף 7.13.3 להסכם, וזאת בהתאם להעלאת המחיר הממוצע של שלושה חנוונים במרכז העיר (ראה נספח ג' לתצהיר אבי שקורי).

בהזמנה להציע הצעות נאמר באשר לתשלום דמי מנוי, בסעיף 7.13.3 :

"המחיר המירבי שיהיה המפעיל רשאי לגבות עבור כל תונית יהיה \$80 (שמונים דולר של ארצות הברית) בשקלים חדשים לחודש, בתוספת מע"מ כחוק. מחיר זה יהיה גם המחיר שישולם למפעיל ע"י העירייה. מחיר התונית יעודכן בתחילת השנה השלישית להפעלת החניון בהתאם לשינוי הממוצע שחל באותה התקופה במחיר למנוי בחניוני בניין כלל, מגדל העיר וחניון אחר כפי שיוסכם עליו בין הצדדים ובאין אפשרות להביא אחד מהם בחשבון לצורך זה מכל סיבה שהיא, יבוא במקומו החניון המקורה הגדול בעיר, וכן הלאה. המחיר יעודכן באותה דרך בתחילת כל שנה אי זוגית להפעלת החניון".

9. העד מנחם גרשוני צרף לתצהירו את האמור בתב"ע 3555ב', סעיף 20 (ב), שבה נאמר :

"החניה תהיה מבונה ובהתאם לנספחי הבינוי מספר 3, 4, 5. הכניסות ו/או היציאות

לחניון יהיו מרחוב שבטי ישראל ו/או מרחוב יפו ו/או ממגרש הרוסים".

יצוין שאבי שקורי מסתמך בתצהירו על תב"ע 3555, שבה נאמר:

"הרחובות הגובלים והחניה ברחוב שושן.

(ב) החניה תהיה תת קרקעית ובהתאם למסומן בנספח בנוי מספר 3 הכניסות והיציאות

לחניון יהיו מרחוב שבטי-ישראל, מרחוב יפו וממגרש הרוסים.

(ג) נקבע בזאת (בהתאם להחלטת הועדה המחוזית מיום 29.7.86) כי מחצית לפחות

מסה"כ מקומות החניה בחניון שעל פי התכנית יהיו פתוחים לציבור הרחב".

10. יצחק לוי, סגן מנהל המחלקה לרישוי עסקים, פרט בתצהירו את ההליכים הפליליים שנקטו נגד חברת בית הרכב בע"מ ודוד מושינסקי בת"פ 1341/95, בבית המשפט לעניינים מקומיים. ביום 14.3.95 הוגש כתב אישום נגד שני הנאשמים על ניהול עסק ללא רשיון. ביום 14.5.96 ניתן לבית הרכב בע"מ רשיון עסק. ביום 21.10.96, לאחר קבלת הרשיון, הורשע בית הרכב בע"מ בעבירה האמורה. עלבית הרכב בע"מ נגזר עונש, קנס בסך 5,000 ש"ח וכן חתימה על התחייבות עצמית להימנע מלעבור על הוראות סעיפים 4, 14 ו-18 לחוק הנזכר.

המסקנות מהראיות והעדויות

11. אבי שקורי בדק את האזור שמסביב לכיכר ספרא בקפידה, בטרם שהגיש את הצעתו (עמ' 3 ו- 4). ממראה עיניו הוא סיפר בעדותו שבאזור יש מספר מועט של חנויות ובתי קפה, דואר מרכזי, חברת עמידר, בנקים ומשרד המשפטים. הוא גם ראה שהמשרדים והחנויות סגורים בשעות הערב.

בכתב התביעה נטען שהמצגים הנזכרים לעיל, הם גם התחייבות לתרחיש שיקרה בכיכר ספרא בתום עבודות הבניה. ראינו, שבפתיח להזמנה להשתתף במכרז, ישנה אזהרה לכל מי שרוצה להציע הצעות שיבדוק בעצמו את הפרטים הנזכרים. יתרה מזו, חלק א' של ההצעה, אינו חלק מההסכם שנעשה בין הצדדים (סעיף 1.02 להסכם השכירות; נספח ב' לתצהיר אבי שקורי), אלא הוא חלק מ"החוזה הנספח" (ראה להלן). אבי שקורי אף הודה שהפתיח בחלק א' לנספח א' לתצהירו היה ידוע לו וראינו שהוא אכן עשה בדיקות בעצמו ולא סמך על הנאמר בנספח א'. קשה, אם לא בלתי אפשרי, לקבל את טענתו של אבי שקורי (עמ' 3), שהאזור סביב הכיכר דומה לגן העיר בתל-אביב, או לכיכר מלכי ישראל, שני מקומות ההומים ושוקקים אדם במשך רוב שעות היממה. לעומת זאת, על האזור סביב כיכר העירייה נופלת תרדמת אלוהים בשעות הערב. גם בשעות היום, קשה לומר שהמראה סביב הכיכר מרנין את הלב.

יש מן הצדק בטענתו של אבי שקורי שלא היתה אז אפשרות להעריך את הסיכויים לעתיד של כיכר ספרא, בהשוואה לחניונים בתל אביב, שהתובעת זכתה במכרזים לניהולם (עמ' 4). גם מהסיוור שבו השתתף אבי שקורי לא ניתן להסיק שניתנה בו התחייבות למצב עניינים עתידי לאחר איכלוס כל שטחי ככר ספרא. אבי שקורי הודה ששמע דברים כלליים מגיורא עדן או מאבינועם ברנע, מהנדס חיצוני ממשרד דן וינד שליווה את הפרויקט, שהככר תהא מרכז בילוי וינהרו אליה אנשים רבים (עמ' 4). גם חיים אמסלם העיד (עמ' 11), שבעת הסיוור נתן אבינועם ברנע הסברים כלליים על עתיד הככר וכן מצג עובדתי על מבנה הככר תפעולה, מחסנים, מעברים, כניסות ויציאות (עמ' 11). אף זיו אילון (עמ' 12) הדגיש, שהדברים שנכתבו בחלק א' לנספח א' לתצהיר אבי שקורי,

היו דברים שהנתבעת חשבה שיקרו, אבל היא לא התחייבה שיקרו, למרות כוונתה שחלום זה אכן יתגשם. במילים אחרות, לנתבעת היה ויש רצון - אז והיום - להביא לשינוי באזור כיכר ספרא. אפס, הדברים הללו לא לבשו לבוש משפטי של התחייבות. שאיפה זו אם תמומש, יש בה גם טובות הנאה לנתבעת, כמו קבלת ארנונה, דמי שכירות, דמי ניהול וכו' (ראה עדות זיו אילון בעמ' 13 ו- 15 ועדות גיורא עדן בעמ' 23 ו- 25). אפילו דן הולצמן, המומחה שהעיד מטעם הנתבעת, אמר שמדובר רק בתחזית (עמ' 8).

12. על הדרך שבה נעשה הצפי, שבחלק א' לנספח א' לתצהיר אבי שקורי, העיד גיורא עדן (עמ' 22). הצפי היה מבוסס על מידע שליקטו ממחלקות שונות של הנתבעת וכן מהגופים ההנדסיים שליוו את פרויקט כיכר ספרא. גיורא עדן העיד שלא ניתנו התחייבויות, אלא נשלחו תשובות בכתב על כל השאלות שנשאלו בעת הסיוור בשטח וזה מה שקובע (השווה ע"א 3744/94 אבן הבונים בע"מ נ' ארבל הנדסה וקבלנות (1984) פ"ד נ(4) 59, 62, 65). בסיוור חזר גיורא עדן על מה שכתוב במכרז והדגיש שמה שכתוב בנספח א' אינו מחייב את הנתבעת.

13. גם ביחס לכניסה וליציאה לחניון ממגרש הרוסים או באשר להפעלת החניון במגרש הרוסים על ידי בית הרכב, הודה אבי שקורי שלא ניתנו לו התחייבויות מעבר לדיבורים לא מחייבים (עמ' 3 ו- 6). הוא ראה את החניון בעת סיוור ולבטח הבחין שיש לו רק כניסות ויציאות מרחוב יפו ומרחוב שבטי ישראל (עמ' 5; ראה גם עדות גיורא עדן עמ' 28, שלא היתה בעת הסיוור כניסה ויציאה מהחניון למגרש הרוסים). בתצהירו של אבי שקורי לא נאמר שהוא סמך על התב"ע 3555 (סעיף 15.1 לתצהירו) וגם לא נאמר בו שהיתה התחייבות של הנתבעת כלפיו לסגור את חניון מגרש הרוסים. לא זו אף זו: בחלק א' לנספח א' לתצהיר אבי שקורי, נאמר ברחל בתך הקטנה בסעיף ג', סיפא (בעמ' 6):

"בניגוד למה שמופיע בתב"ע 3555, בה מצוינת כניסה ויציאה נוספת לכיוון מגרש הרוסים, לחניון יהיו שתי כניסות (האחת מרחוב יפו והאחת מרחוב שבטי ישראל) ושלוש יציאות (האחת מרחוב יפו ושתי יציאות מרחוב שבטי ישראל)".

ובהמשך, ובאותו עמוד, נאמר:

"ד(1) הסדרי תנועה ותחבורה ציבורית:

גישה לחניון: קיימות שתי כניסות לחניון: האחת מרחוב שבטי ישראל (מכיוון כיכר צה"ל) והשניה מרחוב יפו (מכיוון רחוב ידידיה), ויש לחניון שלוש יציאות שתיים מרחוב שבטי ישראל (האחת לכיוון כיכר צה"ל והשניה מרחוב אלישע) והשלישית מרחוב יפו (לכיוון רחוב ידידיה).

רחוב יפו, מיועד לתחבורה ציבורית בלבד, אולם לכלי רכב היוצאים מהחניון תותר התנועה מרחוב יפו, רחוב שבטי ישראל הורחב לכיוון התנועה שלו, מדרום לצפון".

למען שלמות התמונה יש להוסיף, שהתב"ע 3555' פורסמה ב"פ ביום 19.9.89 והתב"ע 3555 פורסמה ב"פ ביום 7.3.88 (ראה עמ' 18). אכן לפי התב"ע 3555 היו אמורות להיות שלוש כניסות ויציאות (ת/3א', סעיף 19). אך, כאמור, הדבר שונה בתב"ע 3555'. בינתיים חל שינוי נוסף, שאמור להקל על התנועה לחניון מכיוון מערב למזרח: הקטע מצומת מגרש הרוסים בנין ג'נרלי לכיוון החניון הינו כיום דו סטרי, גם לתחבורה פרטית עד לכניסה לחניון.

14. לסיכום נקודה זו, הנתבעת קיימה כלפי התובעת, את האמור בהזמנה להשתתף במכרז ואבי שקורי ראה נכוחה שיש רק שתי כניסות ואין שום קשר בין החניון לבין מגרש הרוסים, כך שהוא ידע, כשהסכים להציע הצעה במכרז, שאין מעבר בין החניון לבין מגרש הרוסים ותשועה לא תבוא לו מרכבים שיגיעו וירצו, מחוסר מקום בחניון בית הרכב בע"מ, או מסיבה אחרת, להגיע לחניון הככר. רכבים אלה לא יוכלו לנסוע בדרך הישר לחניון של התובעת, אלא יהא עליהם להגיע לרחוב יפו ומשם לחניון או לנסוע דרך רחוב שלומציון המלכה לחניון, זאת בטרם שחל השנוי האחרון, שאיפשר את פתיחת קטע רחוב יפו, מבנין ג'נרלי עד לחניון התובעת, לתנועה דו-סיטרית.

אין ולא היתה הבטחה לסגור את חניון בית הרכב בע"מ. אמנם אבי שקורי חשב בליבו שהחניון ייסגר ותהיה לו עקב כך פרנסה טובה יותר. גם אם נאמר לו שתוך שנה ייסגר החניון במגרש הרוסים (עמ' 3), אין אבי שקורי מציין מי אמר לו זאת, מה עוד שחיים אמסלם או זיו אילון פנו, לדבריו, למוריה חברה לפיתוח ירושלים בע"מ ושם אמרו להם שתוך שנה יסגרו את חניון בית הרכב בע"מ במגרש הרוסים (שם). במילים אחרות, לא ניתנה התחייבות לסגירת החניון, שכן החוזה לא נעשה בין הנתבעת לבין בית הרכב בע"מ, אלא בין מוריה חברה לפיתוח ירושלים בע"מ לבית הרכב בע"מ (נ1). גם אבי שקורי מודה (בעמ' 6) שלא ניתנה לו התחייבות לסגירת חניון בית הרכב בע"מ. הנתבעת פנתה למוריה חברה לפיתוח ירושלים בע"מ ושם נענתה, כפי שנענתה. משמע, היתה כאן ציפיה ולא התחייבות לסגירת החניון. הדברים שנאמרו לאבי שקורי, שהחניון ייסגר תוך שנה, אינם התחייבות של הנתבעת אלא חזרה על מה שנאמר לה מפי מוריה חברה לפיתוח ירושלים בע"מ. גם אין יודע אם אמירה זו ניתנה על ידי גורם מוסמך במוריה ומניין כוחה של הנתבעת לעשות כבשלה במוריה חברה לפיתוח ירושלים בע"מ.

החניון נוהל אותה עת ללא רשיון, אך לבית הרכב בע"מ, היה סיכוי לקבל רשיון ולכן הוא לא נסגר. ניתן לומר שסוף דבר מעיד על תחילתו, שהרי לבית הרכב בע"מ ניתן רשיון ביום 14.5.96. מחקירתה של גב' חנה מזרחי, שעבדה במחלקה לרישוי עסקים, ברור שלא בגלל מניעה עקרונית לא ניתן רישיון לעסק, אלא הסיבה לאי מתן הרישיון היתה אי קיום דרישות בטיחות (גידור והקמת שער חשמלי בכניסה). כך גם עולה מעדותו של דוד מושינסקי (בת"פ 1311/97, נספח ה' לתצהיר אבי שקורי). גם בסיכומיהם, אין ב"כ התובעת נוקבים במקור חוזי או באסמכתא מן הדין לסמכות הנתבעת לסגור על אתר את החניון בית הרכב בע"מ (ראה סעיף 20 לחוק רשוי עסקים, תשכ"ח 1968). השאלה מתי

ניתן לעשות שימוש בסעיף והשאלה מה מקור סמכותה של הנתבעת ליתן הוראות למוריה חברה לפיתוח ירושלים בע"מ, לא הועלו בסיכומי ב"כ התובעת ולכן גם לא ראיתי מקום להתייחס לשאלות אלה. מה עוד, שמתעוררות כאן שאלות של יחס בין שיקולים מהמשפט הציבורי, שעל הנתבעת לשקול, לעומת התחייבותיה לקיום חוזים, שבמישור המשפט הפרטי (ראו שלו, חוזי רשות בישראל עמ' 95 ואילך; ד' ברק, האחריות החוזית של רשויות המינהל, עמ' 155 ואילך; בג"ץ 669/86 רובין נ' ברגר, פ"ד מא (1) 73, 81; בג"ץ 1638/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה (1), 749, 806, 843 - 845).

יצוין שלפי החוזה נ1, היה על בית הרכב לקיים את הדרישות הפורמליות כמו בניית מחסום רק לאחר קבלת רשיון (סעיף 7(ז) להסכם).

למעלה מהצורך אוסיף שעדותו של דן הולצמן, על כוח השפעתה של הנתבעת בצת"ת היא עדות סברה. אינני יודע אם לעיריית תל-אביב יש בצת"ת השפעה מכרעת ואפילו נכונים הדברים, אין בכך כדי להצביע על מהלך הדברים בירושלים, בהעדר ראיות מטעם התובעת. לכך יש להוסיף שהנתבעת אינה יכולה לכבול את שיקול דעתה הציבורי מכח החוזה שעשתה עם התובעת (בג"ץ 594/78 אומן מפעלי סריגה בע"מ נ' שר המסחר, התעשייה והתיירות, פ"ד לב(3) 469, 474). אילו פעלה הנתבעת למימוש התחייבות זו בהנחה שניתנתה, היתה שוקלת שיקולים זרים ולא תחבורתיים.

אכן פרק הזמן שמעת הגשת הבקשה 10/93 ועד למתן הרשיון אינו סביר, אך ברור שמתן הרשיון התעכב רק מחמת דרישות של גורמי הרישוי ובעיקר של משטרת ישראל. ייתכן, שמסיבה זו, לא ניתנו צווי סגירה (ראה הפרוטוקול שצורף כנספח ה' לתצהיר אבי שקורי).

15. התובעת גם מלינה על התפוסה המועטה בשעות אחר הצהריים והערב. גם כאן מודה אבי שקורי שלא ניתנה התחייבות של הנתבעת באשר לתפוסה בחניון (עמ' 6).

השכרת השטחים הציבוריים

16. הנתבעת פרסמה שני מכרזים ציבוריים להשכרת כל השטחים המסחריים. לאחר מכן יצאה הנתבעת בעוד שתי הצעות להשכרת שטחים מסחריים באופן פרטי. במכרז הראשון נתקבל אומדן מכהן אברהם, שמאי מקרקעין, שגובה שכר הדירה החודשי לשטחים המסחריים בכיכר העירייה, כשהוא משולם מראש ל119- חודשים, הינו 6,300,000 דולר בשקלים (נ4). ההצעה שהוגשה - 7,360,350 ש"ח - היתה נמוכה בהרבה מהאומדן, ולכן המציע לא זכה במכרז (נ5).

בסוף שנת 1994, ראשית שנת 1995, יצאה הנתבעת במכרז נוסף (נספח ז' לתצהיר אבי שקורי). הפעם היתה ההצעה לשכירת השטחים המסחריים לעשרים וחמש שנה. לפי השמאות שעשה השמאי אברהם כהן, ביום 5.1.95 (ת4), הוערכו דמי השכירות לתקופה זו בין 26,791,748 ש"ח לבין 28,038,580 ש"ח. למכרז זה לא הוגשה שום הצעה. לאחר מכן נמלכה הנתבעת בדעתה והוציאה, בסוף שנת 1995, הצעה להתקשרות בלא

מכרז של השטחים המסחריים (נ/6/ וכך נ/8 - הזמנה להשתתפות במו"מ לשכירת השטחים המסחריים). למכרז זה ניגשה גם התובעת אך בדרך לא פורמלית, במשלוח מכתב עם הצהרת כוונות (עמ' 5 ועמ' 7 לעדות אבי שקורי; ראה גם נ/6, מכתב מיום 18.12.95). הצעתה של התובעת היתה בגובה 5,000,000 ש"ח. התובעת ניהלה כנראה גם מו"מ ראשוני עם מספר רשתות, אך הצעתה עלתה על שרטון, הן מבחינת גובהה והן מהפן הפורמלי, משום שההצעה לא הוגשה כדין (ראה נ/6/ המסמך מיום 27.12.95). גם כאן נכשלה הנתבעת משום שההצעות שהוגשו היו נמוכות מהאומדן (ראה ת/6, מכתב מיום 13.2.96).

ביוני 1996, פורסם מכרז לקבלת הצעות להפעלת שלושה בתי אוכל בקרית העירייה (נ/7/). למכרז זה היה אפילו זוכה - "פיצה האט", שנסוגה לאחר זכייתה (ראה גם עדות זיו אילון בעמ' 13-14; עדות גיורא עדן עמ' 23).

הנתבעת ניסתה לעניין רשתות אחרות, כמו יטבתה וסטימצקי והיא גם פנתה למתווכים שונים, אך עד כה היו מאמציה לשווא. גם כיום מתקיים מו"מ להשכרת שטחים לגלריות (עדות זיו אילון, עמ' 15). הנתבעת פעלה בדרך שבה הלכה, כי אין היא יכולה לסטות מתקנות העיריות (מכרזים), התשמ"ח 1987 - (עדות זיו אילון, עמ' 16).

אבי שקורי טען בעדותו שהנתבעת יכלה לפרסם מכרז במועד מוקדם למועד פרסום המכרז הראשון, באפריל 1994 (עמ' 4), כפי שנעשה ביחס לחניון, שהמכרז לגביו פורסם במאי 1993 (עמ' 6) ולא להמתין פרק זמן ארוך בין מכרז למכרז, כפי שארע בפועל. אינני סבור שמדברים כלליים אלה ניתן להסיק על חוסר תום לב של הנתבעת. אין שום פרוט הכיזד יכלה הנתבעת לעשות קפנדריה ולצאת השכם והערב במכרזים להשכרת השטחים המסחריים. לנקודה זו אחזור.

מופעים

17. כזכור, הלן אבי שקורי על שהנתבעת לא עמדה בהתחייבותה לקיום מספר המופעים שהבטיחה. כבר הראיתי שלא היתה התחייבות כזו, כשם שאין התחייבות למועד איכלוס בניני הנתבעת. גם המומחה מטעמה של הנתבעת הסכים שלאירועים שהיו בהם בני נוער רבים יש השפעה כלשהי על תפוסת החניון (עדות דן הולצמן עמ' 9). זיו אילון העיד שמספר האירועים עלה על הצפי והיו יותר מ-400,000 משתתפים ב-65 אירועים (עמ' 15).

חוזה אחיד

18. במכרז לחניון גן העצמאות (נ/2), בסעיף 2ב, מופיעה ההוראה הבאה:

"2. המפעיל מצהיר בזאת:

(א) כי ביקר בחניון וסביבתו, בחן את תנאי המקום ואת דרכי הגישה ומצאם מתאימים למטרותיו וכי הוא מוותר בזאת מראש ובמפורש על כל טענה של מום,

חוסר או אי התאמה".

בחוזה של חניון אגרון (נ/3) מופיעה ההוראה כדלקמן:

"2. המפעיל מצהיר בזאת:

(א) כי ביקר בחניון ובסביבתו, בחן את תנאי המקום ואת דרכי הגישה ומצאם מתאימים למטרותיו וכי הוא מוותר בזאת מראש ובמפורש על כל טענה של מום, חוסר או אי התאמה. המפעיל מצהיר, כי הוא יודע שהכניסה והיציאה לחניון יהיו מרחוב אגרון בלבד".

ובנספח ב' לתצהיר אבי שקורי, מופיעה ההוראה דומה בסעיף 2.01:

"המפעיל מצהיר כי בדק את תיאור החניון ואת התאמתו לחניון בפועל וכן את תנאי הפעלה המנויים בחלק ב' של חוברת המכרזים וכן כל פרט הנדסי, תכנוני, כלכלי ומשפטי בכל הקשור לחניון ומצא אותם מתאימים למטרותיו".

בסעיפים 2.03 ו- 2.04 נאמר:

"2.03 המפעיל מצהיר כי ביקר בחניון וסביבתו, בחן אותו ובדק את תנאי המקום, לרבות דרכי הגישה המעברים והיציאות וכל פרט אחר הקשור בתפעולו ובהפעלתו, ומצא את כל הנ"ל מתאימים למטרותיו, והוא מוותר בקשר לכך על כל טענה של ברירה מחמת אי התאמה או אחרת.

2.04 המפעיל מצהיר כי ידוע לו כי במועד תחילת תקופת ההסכם כהגדרתה להלן, תעמיד העיריה את החניון לרשות המפעיל במצבו כפי שהוא ביום חתימת הסכם זה, והוא מסכים לכך ומוותר על כל טענה בקשר לכך, וכן על כל טענה בקשר לעיכוב או איחור במסירת החניון."

אמנם גיורא עדן טען שלא היה "חוזה מסטר" להשכרת חניונים עם הנתבעת, ברם, כפי שמודה ב"כ הנתבעת, ברוב הגינותו, החוזים שהנתבעת השתמשה בהם להשכרת החניון והשטחים המסחריים הינם דומים (עמ' 11, סעיף 10, סיפא לסיכומיו. לענין זה אחזור.

המחיר למינויים

19. לטענת אבי שקורי המחיר שנקבע למינויים הינו נמוך ובחניונים אחרים גובים \$150 - \$180 ולכן המדובר - בהנחה שלפנינו חוזה אחיד - בתנאי מקפח. העד לא התלונן שהוא קופח בקביעת סכום זה (עמ' 5), אבל הוא גם לא יכל לשנות מתנאי המכרז, לא במחיר למינויים ולא במספר המינויים שהוקצב לנתבעת (עמ' 5 - 6). טענתו הנוספת היא שההתאמה במחיר למנוי לא היתה נכונה ומגיע לו \$106 ולא \$100 (ראה מכתב בא כוחו מיום 5.9.95, נספח ח' לתצהיר אבי שקורי).

מעדותו של זיו אילון מסתבר שיש ממש בטרונותו של אבי שקורי. בשנה הראשונה לא קנתה הנתבעת את כל מכסת המנויים ולכן היא התירה לתובעת למכור מנויים בשוק החופשי (ראה המכתב ת/2, מיום 3.8.93). המחיר שהותר לתובעת לגבות ממכירת מינויים

היה \$150, מזה קיבלה התובעת \$80 ומ- \$70 הנותרים היא ניכתה 10% דמי טיפול ואת היתרה בסך \$63 היא העבירה לנתבעת. העד הודה שהמחיר שנקבע בחוזה הוא נמוך ממחיר השוק. העד לא זכר אם \$150 היה אז מחיר השוק, או שסכום זה עלה על מחיר השוק (עמ' 14-15). מאחר שקשה לשער שחוננים פוטנציאליים יסכימו לנדב כספים כדי לחנות, יש להסיק שזה היה מחיר השוק.

עקרון הדואליות הנורמטיבית

20. חוזה שהרשות עושה, ומו"מ טרום חוזי שמנהלת הרשות, מושפעים משתי מערכות דינים: המשפט המנהלי ודיני החוזים. לעתים יש ניגוד בין שתי מערכות אלה ולעתים יש השלמה או זהות ביניהן.

במישור דיני חוזים, בכפוף להגבלות, יש לפרט אוטונומיה של הרצון (סעיף 24 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג 1973-; ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו (2) 464, 533). יתרה מזו, חופש החוזים משמעו שהפרט רשאי, אך לא חייב, להתקשר בחוזה ואם החליט להתקשר בחוזה, רשאי הוא לבחור עם מי להתקשר ולעצב את החוזה כרצונו. הוא אף רשאי לכוון חוזה משיקול שאינו סביר ושאינו ענייני ולקבוע בו תנאים שאינם סבירים ושאינם ענייניים ואיש לא יכהה בו.

21. נקודת המוצא של המשפט הציבורי היא, שגוף או אדם המפעיל סמכות על פי דין חייב לפעול בהגינות, בסבירות ובתום לב ועיקר העיקרים, עליו לזכור, בהפעלת סמכות זו, שהוא נאמן הציבור (שם, עמ' 519; ראו פסק דינו של השופט זוסמן (כתארו אז) בבג"ץ 262/62 פרץ נ' המועצה המקומית כפר שמריהו, פ"ד טז (3) 2101, 2114 - 2116; בג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד (3) 747,769). מפסק הדין שניתן בבג"ץ 840/79, נראה שהפער בין החובות המוטלות כיום על הרשות בהשוואה לחובות המוטלות על הפרט, כשהרשות פועלת במישור המשפט הפרטי, שוב אינו גדול (ראו גם ברק, האחריות החוזית של רשויות המינהל, עמ' 57 - 62). לשלמות התמונה אציין, שיש גם גישה נוגדת שלפיה הן במשפט הפרטי והן במשפט הציבורי מוטלת על הרשות חובת תום לב מוגברת (בג"ץ 4422/92 עפרן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מז (3) 853, 860). מעקרונות יסוד אלה נגזרים שיקולים וכללים נוספים. בניגוד לפרט, אין מפעיל סמכות על פי דין רשאי לשקול בעשיית החוזה שיקולים שאינם ענייניים או שאינם סבירים. למשל, בניגוד לפרט שיכול לעשות ככל העולה על רוחו, באשר לרכושו, למכרו בכל מחיר שיחפוץ ומבלי לשקול הצעות נוספות, אין הגוף המפעיל סמכות שלטונית רשאי לעשות כן (גביש, סוגיות בדיני מכרזים ציבוריים, עמ' 5 ואילך; ברק-ארז, אחריות אזרחית של גופים ציבוריים: דואליות נורמטיבית, משפט וממשל א' 275).

22. ניתן לומר שכיום קיימת זרימה מתמדת של נורמות מהמשפט הציבורי למשפט הפרטי

ולהיפך (ע"א 294/91, הנ"ל, שם, עמ' 529 - 530, סעיפים 12, 139-62(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג 1973-; גביש, שם, עמ' 10; ברק-ארז, תאגידים ציבוריים, עיוני משפט יט 273, 279 - 280). נמצא, שכיום, הן במשפט הפרטי והן במשפט הציבורי, חרף נקודות המוצא השונות של שניהם, מוטלת הן על הפרט והן על המדינה החובה לנהוג בתום לב, בנוסף לחובות שנובעות מעקרונות יסוד ומחוקי יסוד.

נראה, לאור האמור, שהפער בין החובות המוטלות על הרשות לבין אלה המוטלות על הפרט הולך ומצטמצם (בג"ץ 840/93 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד 273(3), 279 - 280; חביב-סגל, דיני חברות והמטריה החוקתית שנפרשה בחוקי היסוד, ספר השנה של המשפט בישראל, תשנ"ו, 105, 118, ה"ש 46, 141 - 142; ברק, זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי, ספר קלינגהופר 163; ראו גם ברק-ארז, עוולות חוקתיות (תשנ"ז).

מכרזים ציבוריים

23. הדואליות הנורמטיבית התפתחה בעיקר בדיני מכרזים ובמיוחד בשלב הטרם חוזי. בעבר היתה הבחנה בין השלב הטרם חוזי, שעליו חל המשפט הציבורי, לבין השלב שלאחר כריתת החוזה, שעליו חל המשפט הפרטי. כיום הבחנה זו מטשטשת וגם בשלב הטרם חוזי חלות שתי מערכות דינים: המשפט המנהלי והמשפט הפרטי (שלו, חוזים, מהדורה שניה, עמ' 643).

בשלב הטרם חוזי עשויה הרשות לחוב מכוח סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג 1973-, או מכוח עוולת הרשלנות (סעיף 36 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]; בג"ץ 688/81 מיגדה בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד לו (4) 8, 91). ניתן לומר שכיום חובת תום הלב חופפת, אם לא מעמידה בצל, את החובות מתחום המשפט הציבורי ויש לקבוע שהדין הדומיננטי יונק את כוחו ממערכת המשפט הפרטי בתוספת דינים מהמשפט המנהלי (שלו, שם, עמ' 644 - 646; פרידמן וכהן, חוזים, כרך א', סעיף 9.40, עמ' 356; סעיף 7.39, עמ' 18).

מכרז

24. מכרז הינו, "מסגרת ממוסדת לניהול משא ומתן לקראת כריתת חוזה בדרך של תחרות בין הצעות שונות"

(ד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ, פ"ד מג (1) 441, 480).

עם פרסום המכרז נקבעת המסגרת הנורמטיבית, אשר בתחומה יתנהל המשא ומתן לקראת כריתתו של החוזה (בג"ץ 691/82 חסם מערכות הגנה אמינות בע"מ נ' משטרת ישראל, פ"ד לו (1) 473, 475).

מדובר בחוזה בין כל אחד מהמשתתפים במכרז וכפי שנאמר בד"נ 22/82, הנ"ל, שם, עמ' 480:

"מכאן, שלהוצאת המכרז משמעות כפולה בתחומי המשפט הפרטי: ראשית, בעל המכרז מציע הצעות. 'פניה של בעל מכרז להשתתף בהליכי המכרז היא, במונחי המשפט הפרטי, 'הזמנה' למועמדים השונים להציע הצעות'... שנית, בעל המכרז מציע כי ההצעות המוזמנות ייבחנו על פי התנאים הנקבעים על ידיו. ממשמעות כפולה זו של הפנייה למכרז נגזרת משמעות כפולה של ההיענות לה: ראשית, המשתתף מציע הצעה; שנית, המשתתף עושה מעשה קיבול של הצעת בעל המכרז באשר לתנאי המכרז. על כן, עם ההיענות להזמנת בעל המכרז, לא נכרת חוזה לגוף הענין, שכן המשתתפים אך מגישים הצעותיהם שלהם. החוזה לגוף הענין ייכרת על ידי מעשה קיבול של בעל המכרז... עם זאת, עם ההיענות להזמנתו של בעל המכרז נכרת חוזה בין בעל המכרז לבין המשתתפים, באשר לתנאים אשר במסגרתם תטופל ההצעה וייעשה הקיבול. זהו חוזה 'נספח', מעין מנוע עזר למטוס לנוע על מסלול שדה התעופה בטרם יופעלו המנועים העיקריים להמראה ולטיסה. כך, למשל, יש ובעל המכרז קובע במכרז כי הוא יקבל את ההצעה הזולה ביותר. עם הגשת הצעות המשתתפים נכרת חוזה (נספח), לפיו מתחייב בעל המכרז לקבל את ההצעה הזולה ביותר, אם בעל המכרז מסרב לקבל את ההצעה הזולה ביותר, הוא מפר בכך את התחייבותו החוזית כלפי כל המשתתפים במכרז. אלה זכאים כלפיו לתרופות בשל הפרת חוזה " (ראה גם גביש, שם, עמ' 18; ע"א 3030/96 עירית ירושלים נ' כחילה מפעלי הנדסה ובניה ירושלים בע"מ, פ"ד נ(5) 565, 572).

ניתן לומר שיש קשר הדוק בין כוונתו של יוצר מסמכי המכרז לבין תכליתו של המכרז. כאמור, מסמכי המכרז הם המקשרים בין המזמין לבין המשתתפים במכרז (ע"א 779/89 שלו נ' סלע חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מח (1) 221, 228).

פועל יוצא מהאמור לעיל הוא, שהקיבול חייב לחפוף את ההצעה במלים אחרות "מקבלים את ההצעה או דוחים אותה כמות שהיא" (ע"א 6581/96 גניס שיטות חניה מתקדמות בע"מ נ' איזי פארק בע"מ, פ"ד נ(5) 601, 610). על כן, שינוי מהותי בקיבול משמעו הצעה חדשה, שמשנה באופן מהותי את תנאי המכרז ולכן אינה יכולה לדור במסגרת המכרז המקורי (בג"ץ 19/82 מיגדה בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד לו (2) 673, 679 - 680; בג"ץ 688/81 מיגדה בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד לו (4) 85, 93; בג"ץ 691/82, הנ"ל, שם). אף כאן יש לזכור, שבצד כללי המשפט הפרטי חלים דיני המשפט הציבורי, הדורשים הגינות, יושר, שוויון, תום לב, העדר הפליה והעדר ניגוד ענינים (בג"ץ 688/89, הנ"ל, שם, עמ' 91).

שנוי בתנאי המכרז ניתן לעשות רק אם אפשר לעגנו במסגרת החוזה הנספח (גביש, שם, עמ' 46 - 47; ע"א 431/82 חסיד נ' פרזות חברה ממשלתית עירונית לשיכון ירושלים בע"מ, פ"ד לט (4) 451, 460 - 461; ראו גם הרציג, דיני מכרזים (1989), חלק א', עמ' 64-67).

פרשנות מסמכי המכרז

25. כל מכרז יש לפרש לאור תכליתו. המכרז מנוסח על ידי מי שמבקש לקבל הצעות ולכן יש לפרשו לפי אומד דעתו וכוונתו של המזמין (ד"נ 22/82, הנ"ל, עמ' 480; ה"פ (י-ס) 218/94 י.ב.מ. ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל, הרציג, שם, כרך ג', עמ' 158, 169; ה"פ (י-ס) 232/91 דור אנרגיה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"מ תשנ"ב (1) 309, 313; פרידמן וכהן חוזים, כרך א', סעיף 7.38, עמ' 179, ה"ש 111).

בבג"ץ 722/83 וימאזור בע"מ נ' עיריית חיפה, פ"ד לח (2) 41, 42 – 43, נאמר מפי הנשיא שמגר:

"תנאיו של המכרז מתפרשים על פי האמור בהצעה המתפרסמת ואשר משמשת יסוד להחלטתם של המשתתפים, אם להציע עצמם כמבצעי המכרז. לענין זה לא די בפנייה אל הכותרת, היינו, במקרה שלפנינו אין לפנות רק לפרשנות של המשפט 'מתן שירותים שנתיים להחזקה ופיקוח', כפי שהובאו בכותרת למכרז, אלא יש להוסיף ולפנות לתנאים המפורטים על מרכיביהם. כאשר משתמע מאלו האחרונים, מהי מערכת העבודות הנדרשת, מה טיבה ומה מרכיביה וסוגיה, אין מקום לצמצם את הדברים הברורים והפשוטים כשלעצמם על ידי חזרה אל הכותרת. לשם הסרת ספק אוסיף, כי אינני מתייחס כאן לנסיבות בהן נוצרה אי בהירות באשר לתוכן המכרז ואשר בהן יש מקום להיזקק לנתונים נוספים לשם פרשנותו".

האם הפתיח בחלק א' לנספח א' הינו תנאי בחוזה?

26. ב"כ התובעת הקדישו מקום נרחב בסיכומיהם לשאלה האם הפתיח בחלק א' לנספח א' לתצהיר אבי שקורי הינו תנאי מקפח.

אחלק את דיוני לשנים: ראשית, האם היה מצג, שנית, בהנחה שהיה מצג, האם הפתיח והוראה נוספת, שאעמוד עליה להלן, הינם תנאים בחוזה אחיד ואם כן, האם תנאים אלה הינם מקפחים.

כאשר מדובר בחיזוי, הערכה, או הבעת דעה, אין דין הטעות חל (פרידמן וכהן, שם, סעיף 15.16, עמ' 796). הנתבעת האמינה באמונה שלמה שככר ספרא תביא לשנוי במרכז העיר. הכיכר תהמה ביום ממבקרים בבנין העירייה ובאזור המסחרי ובערב יהא המתחם המסחרי שוקק חיים, תיירים יפקדו את חנויות המזכרות וסועדים ימלאו את כרסם במיני אוכל, מתיקה ותרגימא. מה לעשות וחלום זה התנפץ אל המציאות שלא נצפתה: משבר תיירות וחוסר קופצים על השטחים המסחריים. הנתבעת, כפי שאראה להלן, היתה כבולה בעבודות דיני המשפט המנהלי ולא יכלה לעשות ככל העולה על רוחה באשר להשכרת השטחים המסחריים.

התאור הציורי של הנתבעת אינו מבוסס על עובדות קימות אלא רק על הערכה של מה שצופן העתיד בחובו. בספרם האמור של פרידמן וכהן, מובאת דוגמא הדומה לעניננו שם,

סעיף 15.18, עמ' 799 :

"נניח שפלוני מציע למכירה את החיטה שבמחסנו, הקונה שואל מהי הכמות ופלוני משיב לו: 'לא בדקתי ואינני יודע'. נראה לי שזה כ- 100 טון, אך תוכל לבדוק בעצמך'. ברור שכמות החיטה במחסן היא בגדר עובדה, אך כאן מדובר בהערכה ואם היתה הערכה שגויה אין מקום לביטול החוזה (בתנאי שנעשתה בתום לב). למעשה נטלו הצדדים על עצמם בנסיבות אלה את הסיכון ביחס לכמות"

(ראו גם שם, סעיף 15.25, עמ' 805, הדן במקרה שבו נאמר לצד השני לבדוק את הדברים בעצמו).

יתרה מזאת, הצהרה זו של הנתבעת דומה למה שמכונה במשפט האנגלי 'mere puffs', כלומר דברי שבח כלליים או הפרזות כלליות. במקרה זה על הצד השני להפעיל שיקול דעת עצמאי ויש לראות את הצד השני כיודע או חייב לדעת נתון זה. אם מדובר במצג לבר-חוזי והצד האחר - התובעת במקרה זה - לא סמך על המצג וערך ברורים משל עצמו וסמך על ברורים אלה, אזי נותק הקשר הסיבתי בין המצג לבין ההפרה (שם, סעיף 15.82, עמ' 873).

אפילו אצא מהנחה שהמצג נכלל במסמכי המכרז, שהוא החוזה הנספח שנעשה בין המציעים, עדיין אין אמירה זו עטויה באיצטלה של הבטחה או התחייבות, שהרי אין באמירות הנזכרות משום נטילת התחייבות על ידי הנתבעת, שהערכתה נכונה והיא תתממש (שם, סעיף 15.79, עמ' 869 - 870; סעיף 15.80, עמ' 870 - 871). גם לא הוכח שהצהרה זו נעשתה ברשלנות.

לסיכום, אין מדובר בהתחייבות חוזית, אלא בתחזית לעתיד. הנסיון ללמוד מכך, שהצהרות אלו שמופיעות גם בהצעות למכרזים של השטחים המסחריים, מלמדות על התחייבות באשר למצבה העתידי של הככר, אינה מקובלת עלי. בכל ההצעות הללו מובעת התקווה באשר לעתיד הכיכר ואין בתאור זה משום התחייבות. לא זו אף זו: ההצהרות שהופיעו בהצעות המאוחרות לזו הנוכחית, העומדת על המדוכה, לא השפיעו על שיקול דעתה או רצונה של התובעת.

חוזה אחיד - תנאי מקפח

27. במקרה שטעיתי במסקנתי, אעבור לדון בשאלה האם מדובר בחוזה אחיד והאם התנאי הינו מקפח.

28. טענות ב"כ התובעת הינן כדלקמן:
הפתיח במסמכי המכרז, שהובא לעיל (חלק א' לנספח א') וכן סעיף 2.03 להסכם (חלק ב' לנספח א' לתצהיר אבי שקורי) הינם תנאים מקפחים בחוזה אחיד.

בסעיף 2.03 נאמר:

"המפעיל מצהיר כי ביקר בחניון ובסביבתו, בחן אותו ובדק את תנאי המקום, לרבות דרכי הגישה, המעברים והיציאות וכל פרט אחר הקשור בתפעולו והפעלתו ומצא את כל הנ"ל מתאימים למטרותיו, והוא מוותר בקשר לכך על כל טענה של ברירה מחמת אי התאמה או אחרת".

"חוזה אחיד" במוגדר בסעיף 1 לחוק החוזים האחידים, התשמ"ג 1982- כלהלן:

"חוזה אחיד" - נוסח של חוזה שתנאיו, כולם או מקצתם, נקבעו מראש בידי צד אחד כדי שישמשו תנאים לחוזים רבים בינו ובין אנשים בלתי מסוימים במספרם או בזהותם".

לטענת ב"כ התובעת, התנאים האמורים נועדו לשמש בעת הכנת החוזה בסיס להתקשרויות רבות עם אנשים בלתי מסוימים במספרם ובזהותם (ע"א 825/88 ארגון שחקני הכדורגל הישראלי - עמותה נ' ההתאחדות לכדורגל בישראל, פ"ד מה (5) 89, 111; ת"ח (י-ם) 1/86 היועץ המשפטי לממשלה נ' חברת בית יהונתן בע"מ, פ"מ תשמ"ז (3) 309, 312 - 313; לוטטהוויז ושפניץ, חוזים אחידים, סעיפים 9 - 11).

בח"א 1/86 היועץ המשפטי לממשלה נ' חברת בית יהונתן בע"מ, פ"מ תשמ"ז (3) 309, 313, נטען על ידי המשיבה שכראיה לכך שהחוזה אינו חוזה אחיד, מצויה העובדה שהמשיבה ערכה "הסכם שירותים" עם תנאים שונים עם מתקשרת אחרת. שוני זה, כך נטען, מצביע על כך שהיה באפשרות המתקשרים לעצב את חוזיהם כרצונם. אומר על כך בית הדין לחוזים אחדים:

"גישה זו של המשיבה אינה עולה בקנה אחד עם החוק ועם הדרך הנאותה לפירושו. עובדה שאחד מן המתקשרים חתם על נוסח חוזה ששונה בכמה מתנאיו מ'הסכם השירותים' שצורף לבקשה - אינה משנה הרבה. הגדרתו של 'חוזה אחיד' היא 'נוסח של חוזה שתנאיו כולם או מקצתם...' ובהקבלה כך גם הגדרתו של 'תנאי' כ'תניה בחוזה אחיד'... ולמעט תניה שספק ולקוח הסכימו עליה במיוחד לצורך חוזה מסוים. לכן, גם כאשר מדובר ב'שלד' של חוזה אשר זהה בחוזים של אותו ספק, הרי אף אם עטיפתו של 'שלד' זה שונתה מעט בחוזה אחד מכמה חוזים, עדיין יש לראות באותן תניות 'חוזה אחיד'. החוק הביא בחשבון אפשרות לשינויים מצומצמים בין חוזה לחוזה וקובע שאין בהם די כדי להוציא את ההסכם מכלל החוזים האחידים".

הדמיון בין הנוסחים השונים מצביע על כך שבחוזה שבנספח א' לתצהיר אבי שקורי גלום פוטנציאל שישמש בהתקשרויות עתידיות עם אנשים בלתי מסוימים בזהות.

בענייננו הנתבעת לא ידעה כמה ירכשו את חוברת המכרז או את זהותם של המשתתפים ותנאי המכרז לא ניתנו לשינוי. זולת זאת, בסיכומיו מודה ב"כ הנתבעת, עו"ד כהן, שחוזה השכירות של החניון שימש להתקשרויות נוספות. ניתן, אפוא, להסיק שהחוזה הנידון בא בגדר סעיף 1 לחוק האמור והינו חוזה אחיד (ראה גם ע"א 1795/93 קרן גימלאות של חברי אגד בע"מ נ' יעקב, טרם פורסם, סעיף 5 לפסק דינו של השופט אנגלרד). לאור זאת

ניתן לקבוע לפי המבחן הפורמלי, שאכן התקיים בחוזה שלפנינו התנאי שבסעיף 1 האמור, משמע המדובר בחוזה אחד.

29. בחוזים קודמים (נ2, נ3, נ8/ ונספחים ג' ו-ו' לתצהיר אבי שקורי), שנכרתו לאחר זכייה במכרזים, ישנם סעיפי פטור. גם העד גיורא עדן אישר שהפתית, בחלק א' לנספח א' לתצהיר אבי שקורי, מופיע בכל המכרזים (עמ' 25, שורה 29). תניית הפטור הושמטה רק במכרז מפ72/97 (נספח ז' לתצהיר אבי שקורי, מכרז לשכירת השטחים המסחריים, שפורסם ביוני 1997; ראו גם מפ67/96, מכרז שפורסם ביוני 1996, שמזמין הצעות להפעלה של מקומות למכירת מוצרי מזון). גם סעיף הפטור בגין אי התאמה, מופיע בכל החוזים דלעיל. לא רק שמדובר בתנאי שבחוזה אחד אלא, כך ממשיכה הטענה, תנאי זה הינו גם תנאי מקפח וזאת בניגוד לסעיף 4(1) ו-6 לחוק האמור. כאשר הקיפוח בא בגדר אחת מהפיסקאות שבסעיף 4 לחוק האמור, עובר הנטל לסתירת החזקה על שכמו של הצד השני.

30. פיסקה 4 (1) דנה בתנאי הפטור ספק באופן מלא או חלקי מאחריות המוטלת עליו על פי דין, אילולא אותו תנאי, או בתנאי המסייג באופן בלתי סביר אחריות שהיתה מוטלת על הספק מכוח החוזה אלמלא אותו תנאי. פיסקה 4 (6) דנה בתנאי השולל או המגביל זכות או תרופה העומדת ללקוח על פי דין, או תנאי המסייג באופן בלתי סביר זכות או תרופה שעומדות ללקוח על פי החוזה. בע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו (2), 464, 526 – 527, קובע השופט ברק, בהסתמכו על פסיקה קודמת, שמבחן הקיפוח הוא מבחן ההגינות והסבירות ותנאי הוא מקפח אם יש בו הגנה על אינטרס של הספק מעבר לנתפס כראוי בסוג זה של התקשרות. לעומת זאת, תנאי אינו מקפח אם הוא נועד לשמור על אינטרס לגיטימי וסביר של הספק. חוסר הגינות של תנאי מקפח הוא בהגנת יתר שהוא נותן לספק לעומת הלקוח הנמצא במצב נחות. יתרון זה נקבע על בסיס תפיסה כוללת של החוזה כולו ועל רקע איתור מכלול הזכויות והחובות הקבועות בו. נקודת המבט אינה של כלל הלקוחות, אלא הלקוח האינדיבידואלי האנונימי. אבן הבוחן היא כללית ואובייקטיבית: האם נוצרה לגבי הלקוח סכנה - בכח שימצא את עצמו חלש עקב התנאי המגביל, בנסיבות שבהן תראה הערכאה השיפוטית משום קיפוח. קיפוח הוא מושג עמום באשר להיקף פריסתו, והוא מעניק לבית המשפט שיקול דעת שיפוטי בקביעת גדר התפרסותו. הוא משקף איזון בין שיקולים כלכליים, מוסריים וחברתיים. כאשר בית המשפט מבטל תנאי מחמת קיפוח, המבחן הוא אובייקטיבי, כאמור. על כן אין משקל לשאלה, האם צד טעה או היה ער לאמור בחוזה, ללא כל טעות מצידו (פרידמן, טעות, הטעיה ותנאים מכללא מכוח הדין, המשפט א' 161, 165). הוא הדין לגבי אומד דעת הצדדים, שאינו רלבנטי.

31. טענה נוספת באה לשלול את הסתמכות הנתבעת על המשפט הציבורי כנימוק לכשלונה להשכיר שטחים מסחריים. הסתמכות זו לדעת ב"כ התובעת, אינה יכולה לעמוד, משום שאין הוראות המשפט הציבורי יכולות לשמש לנתבעת מפלט להצדקת מחדליה.
32. הטענה אחרונה היא שאין לתת לתניית הפטור פירוש מרחיב מעבר ליחסים החוזיים ואין היא שוללת עילות אחרות בתחום דיני הנזיקין או מהשלב הטרם חוזי (ע"א 449/85 היועמ"ש נ' גד חברה לבניין בע"מ, פ"ד מג (1) 183, 208).
33. לפי תקנה 10(א)(1) לתקנות העיריות (מכרזים) התשמ"ח - 1987, יש להמציא לכל מי שמבקש להשתתף במכרז את תנאי המכרז, לרבות תנאים מוקדמים להשתתפות במכרז (החוזה הנספח).
תנאי המכרז הם כאמור "החוזה הנספח". הם הבסיס ואין בילתו להשוות בין ההצעות השונות. במילים אחרות, אין לדון בהצעות ולהשוות ביניהן על פי תנאים שלא צוינו במפורש בתנאי המכרז.
34. בנוסף לחוזה הנספח מצורף למסמכי המכרז נוסח החוזה שיחתם בין הזוכה לבין העירייה (תקנה 10(א)(3) לתקנות האמורות). צירוף החוזה דרוש כדי שכל מציע ידע מראש מה הם תנאי ההתקשרות הנדרשים ממנו, אם הצעתו תקובל ולמנוע חילוקי דעות עם הזוכה, בדבר זכויותיו וחובותיו כלפי העירייה (הרציג, שם, עמ' 69). לכן, דרישת הזוכה לערוך שינויים בחוזה, נוגדת את דיני המכרזים, שהרי במקרה זה יפגע עקרון התחרות ההוגנת (הרציג, שם, עמ' 71). מותר אחרי הזכייה לנהל מו"מ, אך רק בנושאים טכניים (הרציג, שם, עמ' 72).
- ב"כ התובעת מסתמך על סעיפי הפטור וטוען לקיפוח. ראינו שהמבחן הפורמלי התקיים ואכן המדובר בחוזה אחיד.
35. השאלה הבאה היא האם מדובר בתנאי שהוא מקפח בחוזה אחיד.
לדעת לוסטנהויז ושפניץ (שם, סעיף 51, עמ' 63), הבדיקה של השאלה האם מדובר בתנאי מקפח היא בחינת השאלה האם התנאי נופל לאחת מחזקות הקיפוח (סעיף 4 לחוק) ואם לאו, האם התנאי נופל במסגרת יתרון בלתי הוגן (סעיף 3 לחוק) ולבסוף, יש לבחון האם ניתן להפעיל לגביו את המבחן הכללי של הקיפוח (סעיף 3 לחוק).
תנאי מקפח יכול להיות הוראת דין מרשה, אך למרות שניתן להתנות על תנאי זה, מחשידה הסטיה את התנאי הזה כמקפח ומעבירה על שכמו של הספק את הנטל להוכיח כי הסטיה מוצדקת (לוסטנהויז ושפניץ, שם, עמ' 64, סעיף 54).
אם התנאי החשוד כמקפח לא נכלל בחזקות הקיפוח הוא עדין יכול לבוא בגדר ד' אמותיהם של שני המבחנים הנוספים. בסוג הראשון, יתרון בלתי הוגן, נכללים תנאים שמצביעים על חוסר הדדיות, תנאים שלכאורה מקנים יתרון בלתי הוגן לספק, בין

בהענקת זכויות לספק ובין בהטלת חובות על הלקוח (שם, סעיף 55, עמ' 65).
 ברם, לא כל תנאי שאינו סימטרי הוא מקפח, כשם שלא כל תנאי שהפעלתו הזדדית אינו מקפח, משום שמשמעותו המעשית היא שרק הספק יכול להפעילו (שם, סעיף 55, עמ' 65).
 השלב האחרון הוא מבחן הקיפוח הכללי. זהו, כפי שראינו בפסק דין קסטנבאום, מושג שסתום, שניתן לעשות בו שימוש אם המסקנה היא שלספק ניתנת הגנה מעבר לנתפס כראוי, בהקשר לחוזה הקונקרטי. דוגמא ליישום מבחן זה, הוא תנאי בחוזה הפוטר מאחריות בגין מצגים שנעשו לפני כריתת החוזה. אם יסתבר שהלקוח הסתמך על מצג זה לא יוכל הספק להסתמך על אותה תניית פטור (שם, סעיף 56, עמ' 66).
 תכלית החוק היא להגן על הלקוחות מפני תנאים מקפחים בחוזים אחידים (סעיף 1 לחוק). במילים אחרות, המטרה היא להגן על "האדם הקטן" מפני נחיתותו היחסית (עח"א 1/79 מפעלים לניקוי יבש קשת בע"מ נ' יועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לד (3) 365, 374). במקרה שלפנינו ראינו שהתובעת לא הסתמכה על מצגי הנתבעת, בהנחה שהיו כאלה, וערכה ברורים משל עצמה.

36. טענתם של ב"כ התובעת היא, שתניית הפטור מגבילה את אחריות הנתבעת או פוגעת בזכויותיה של התובעת, כפי שהיו על פי דין או על פי החוזה, לגבי אותו תנאי.
 סעיף 4(1) לחוק קובע:

"תנאי הפוטר את הספק, באופן מלא או חלקי, מאחריות שהיתה מוטלת עליו על פי דין אילולא אותו תנאי, המסייג באופן בלתי סביר את האחריות שהיתה מוטלת עליו מכוח החוזה אילולא אותו תנאי".

בפסקה זו שני סוגים של תניות פטור: אחריות הספק מהדין ואחריותו הנובעת מחוזה. במקרה הראשון, הפטור מקפח לכאורה ואילו במקרה השני תניית הפטור מקפחת רק אם קיים בחוזה תנאי המסייג את האחריות באופן בלתי סביר. דוגמא לתניית הפטור, בסוג זה של המקרים, היא זו המעניקה פטור מלא מאחריות בגין אי התאמת הנכס למוסכם (לוסטטהויז ושפניץ, שם, סעיף 67, עמ' 85).

אינני סבור שההוראה האמורה, בחוזה של השכרת החניון, הינה בלתי סבירה.

סעיף 6 לחוק השכירות והשאילה, תשל"א 1971 - קובע:

"המשכיר לא קיים את חיוביו אם מסר לשוכר נכס שבזמן המסירה לא התאים מבחינה סוג, תיאור, איכותו או תכונותיו או מבחינה אחרת למה שהוסכם בין הצדדים (להלן - אי-התאמה); אולם אין השוכר זכאי להסתמך על אי התאמה בכל אחת מאלה:

(1) הוא ידע עליה בעת כריתת החוזה;

(2) הוא לא הודיע עליה למשכיר זמן סביר לאחר שגילה אותה".

כזכור העיד אבי שקורי שהוא השתתף בסיור שנערך למשתתפי המכרז בכיכר העירייה. הוא גם בדק את המצב בשטח.

הכנסת תנית הפטור הנזכרת לחוזים שכורתת הנתבעת, ושעליה יצא הקצף, עולה בקנה אחד עם האמור בסעיף 6 לעיל. אבי שקורי ראה שאין מעבר ממגרש הרוסים ובכל זאת נדבקה לשונו לחיכו. הוא לא התרעם על כך שאין מעבר בין מגרש הרוסים לבין החניון, לא בעת הסיור ולא בעת שחתם על החוזה עם הנתבעת.

לאור האמור, אין התנאי פוטר את הנתבעת מאחריות שהיתה מוטלת עליה לגילוי אותו תנאי וגם אין לומר שהתנאי מסייג באופן בלתי סביר את האחריות שהיתה מוטלת עליה מכוח החוזה לגילוי אותו תנאי.

לאותה תוצאה ניתן להגיע גם באשר לחזקת הקיפוח שבפיסקה 4(6), שבה נאמר: "תנאי השולל או המגביל זכות או תרופה העומדות ללקוח על פי דין או המסייג באופן בלתי סביר זכות או תרופה העומדות לו מכוח החוזה..."

זו "חזקת סל" שכוללת שלילה מוחלטת, הגבלה וכן סיוג של זכות העומדת ללקוח מכוח דין או חוזה (לוסטהויז ושפניץ, שם, סעיף 83, עמ' 93). כל מה שנאמר לעיל על החזקה לפי פסקה (1) חל גם על פסקה זו.

37. גם משני המבחינים שבסעיף 3 לחוק, לא תצא התובעת נשכרת. מטרתו של החוק היא "החזרתו על כנו של איזון הכוחות שהופר בחברה צרכנית מודרנית... הוא (המחוקק – מ'ר) ביקש לתת ביטוי, הן להגנה על האדם הקטן אשר הספק במשמעותו בחוק החוזים (האחידים – מ' ר') מנסה להכתיב לו תניות מגבילות והן לשמירה על חירויות היסוד של כל חלקי הציבור" (עח"א 1/79, הנ"ל, שם, עמ' 375). אמרנו, שמה שמאפיין חוק זה הוא חוסר השוויון בין הצדדים ומטרת החוק היא החזרתם לשוויון של הצדדים. לקוח צרכני אינו יכול בדרך כלל להשתוות לספק מבחינת הידע, הניסיון, המעמד הכלכלי וכושר המיקוח. הדבר דומה ליחסי בנק-לקוח. לעומת זאת בשני המקרים לקוח מסחרי ער יותר לסיכונים המוטלים עליו בחוזה.

בעח"א 1/79 הנ"ל, שם, עמ' 371, אומר השופט י' כהן, שיש להבחין בין מכירת מצרך חיוני ועממי לבין

"קוני גרוטאות' הם סוחרים מנוסים אשר עיניהם פקוחות לכל מה שכתוב 'בחוזים שהם חותמים עליהם, וידיהם פתוחות לרווחה להשגת רווח וקפוצות בקפידה למניעת הפסד'".

38. אף כאן ערך אבי שקורי שקלא וטריא בטרם נכנס להתקשרות הקונקרטית. הוא מפעיל מספר חניונים בתל-אביב, הוא ערך סיור פרטי באזור הכפר והחניון עצמו וניסה לבדוק ולעשות תחשיבים כמידת יכולתו. אין, אפוא, לומר שנסיבות החוזה מצביעות על יתרון בלתי הוגן. כשם שהנתבעת נעזרה במומחים בטרם שיצאה למכרזים, כך עשה אבי שקורי, שבדק נתונים בעצמו או בעזרת אחרים והגיע למסקנה שהעסקה כדאית. אם טעה בדיעבד, הוא נטל סיכון שאנשי עסקים מוכנים ליטול, אלא שהפעם ההצלחה לא האירה

לו פנים.

סיכומה של נקודה זו, לא ניתן לטעון שהתנאי האמור, בהתחשב במכלול תנאי החוזה ונסיבות אחרות, החיצוניות לחוזה, שתניית הפטור הינה מקפחת. למעלה מהצורך, יש להוסיף, שדווקא אבי שקורי, מנהל התובעת, הוא שמצוי, במובן מסוים, במעמד עדיף על פני הנתבעת. הוא שקרא נכונה את המפה באשר לאפשרויות ההשכרה של השטחים המסחריים. נראה לי שתיק זה לא היה מתקיים, אילו היתה הנתבעת נטועה בארבע רגליה באדמה. הנתבעת מחזיקה בדעתה שבתום תקופת השכירות, לכשיושכר החניון מחדש, יגדלו רווחיה, מהשכרה מחדש של החניון. לצערי, אינני רואה, בענין זה, עין בעין עם הנתבעת.

דיני חוזים ומשפט מינהלי

39. בהקשר זה מעלה התובעת טענה שהנתבעת אינה יכולה להיתלות במשפט המנהלי בניסיון לתרץ את כישלונה להשכרת השטחים המסחריים. הטענה היא, שהנתבעת אינה יכולה להסתתר מאחורי המשפט המנהלי, כתירוץ להצדקת מחדליה. טענה זו אין בה ממש. כפי שנאמר בספרה של שלו, (שם, עמ' 646), כללי המשפט המנהלי הם Lex Specialis שדוחים, במקרה של התנגשות, את דין החוזים הכללי החל על חוזי רשות (ראה גם שלו, חוזי רשות בישראל, עמ' 46).

40. כזכור, נכשלו מכרזים קודמים שפרסמה הנתבעת, בין משום שלא היו מציעים ובין משום שאם הוגשה הצעה, היא נפלה בהרבה מהאומדן (תקנה 11 לתקנות העיריות (מכרזים), התשמ"ח 1987). במקרה כזה הנתבעת לא היתה רשאית לקבל הצעה זו, מה גם שהיא היתה הצעה יחידה (תקנה 22(3) לתקנות הנזכרות; על חשיבות האומדן ראו הרציג, שם, עמ' 150). הנתבעת יכולה לבחור בחלופה של התקשרות ללא מכרז, אך לכך נדרשת החלטה של מועצת העירייה שנתקבלה ברוב קולות חבריה ולאחר שנוכחה שבנסיבות הענין עריכת מכרז לא תביא תועלת.

גם לא ניתן ללכת בדרך של מכרז חדש, אם אין בין המכרז שבוטל לבין המכרז הנוסף שום שוני מהותי, זולת אם לדעת הועדה נשתנו הנסיבות שגרמו להחלטה על הביטול. אבל אם לא הוגשה כל הצעה או נידונה הצעה יחידה שלא הומלץ עליה, ניתן לפרסם מכרז חדש (תקנה 23).

בישיבה מיום 21.5.95, החליטה מועצת העירייה של הנתבעת (ת/6) להשכיר את השטחים המסחריים ללא מכרז. כבר הראיתי שהתובעת לא הצליחה להראות סירכה במעשים או מחדלים של הנתבעת, זולת העלאת טענות כלליות, שאין בהן ממש.

הגבל עיסקי

41. לטענת ב"כ התובעת, האמור בסעיף 7.13 לנספח א' לחוזה, שבתצהירו של אבי שקורי, הינו הסדר כובל.

בסעיף 7.13 נאמר:

"מבלי לפגוע בכלליות האמור בחלק א', הרי שבמכירת מינויים לחניה יהיה המפעיל כפוף לתנאים כדלהלן:

7.13.1 המפעיל יהיה רשאי למכור מינויים למקומות חניה על בסיס חודשי (שנתי) עד למספר המירבי של 240 מקומות חניה, שבגינם יהיה המפעיל רשאי למכור עד 360 תוויות חניה, ובלבד שבכל רגע נתון לא ייתפסו יותר מ- 240 מקומות חניה על ידי מינויים...

7.13.3 המחיר המירבי שיהיה המפעיל רשאי לגבות עבור כל תווית יהיה \$80 (שמונים דולר של ארצות הברית) בשקלים חדשים לחודש, בתוספת מע"מ כחוק..."

לטענת ב"כ התובעת, מטיל סעיף זה הגבלה בנוגע למחיר שיידרש ובנוגע למספר מקומות החניה שיתפסו על ידי המינויים.

בסיכומיהם, מצטטים ב"כ התובעים את סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח 1988-, שבו נאמר:

"(א) הסדר כובל הוא הסדר הנעשה בין בני אדם המנהלים עסקים, לפיו לפחות אחד הצדדים מגביל עצמו באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בינו לבין הצדדים האחרים להסדר, או חלק מהם, או בינו לבין אדם שאינו צד להסדר.

(ב) מבלי לגרוע מכלליות האמור בסעיף קטן (א) יראו בהסדר כובל הסדר שבו הכבילה נוגעת לאחד העניינים הבאים:

(1) המחיר שיידרש, שיוצע או שישולם;

(2) הרווח שיופק..."

הסדר המכיל את אחת הכבילות שבפיסקה (ב), חזקה עליו שהוא פוגע בתחרות. זוהי חזקה חלוטה, שאינה ניתנת להפרכה. לא עוד, אלא שזיו אילון העיד שהמחיר שגובה התובעת נופל ממחיר השוק כמעט בחצי (עמ' 15).

גם סעיף 3 לחוק האמור, כך הטענה, אינו יכול להועיל לנתבעת, משום שיש לתת לפטורים שבסעיף 3 פרוש מצמצם. בסעיף זה נאמר לענייננו:

"על אף האמור בסעיף 2, לא יחשבו כהסדרים כובלים ההסדרים הבאים:

(1) הסדר שכל כבילותיו נקבעו על פי דין...

(3) הסדר, בין מי שקנה זכות במקרקעין לבין מי שרוכש את הזכות, שכל כבילותיו נוגעות לסוג הנכסים או השירותים בהם יעסוק רוכש הזכות באותם מקרקעין".

לדעת ב"כ התובעת, גם פיסקה זו אינה יכולה להיות לעזר לנתבעת. הפטור בפיסקה זו מכוון למקרים בהם בעל מרכז מסחרי, המוכר או משכיר חנויות, מגביל את הקונה לסוג העסק שינוהל בחנות, כדי למנוע תחרות בין שני עסקים זהים באותו מרכז מסחרי. אין לעשות שימוש גורף בפטור זה. הנתבעת גם לא פנתה לבית הדין להגבלים עסקיים לבקש

אישור לפי סעיף 9 לחוק.

42. בבג"ץ 47/83 תור אויר (ישראל) בע"מ נ' יו"ר המועצה לפיקוח על הגבלים עסקיים, פ"ד לט (1) 169, 178, נאמר:

"מטרת החוק, כפי שהיא עולה מלשונו ממבנהו מההיסטוריה החקיקתית, היא לאסור הסדרים כובלים, הפוגעים בטובת הכלל... 'מגמת החוק היא לפנות את הדרך לפעילות כלכלית חופשית, על ידי סילוק מכשולים המונעים פעילות כזאת'... גישתו של המחוקק היא, שתחרות חופשית פועלת לטובת המדינה, ויש בה כדי להעמיק את החופש המשפטי והכלכלי של הפרט".

ברשימה שכתב בכור, "הרהורים בחוק ההגבלים העסקיים", תשי"ט – 1959, ספר זוסמן, 139, 133, נאמר:

"מטרת המחוקק בחוק זה היא להגן על הציבור מפני הסדרים כובלים בין בעלי עסקים אם יש בהם כדי לפגוע בטובת הציבור על ידי יצירת מצבים נוחים לבעלי העסקים ולרעת הנזקקים להם. אין חוק זה בא להגן על זכות הפרט לעסוק כרצונו בכל עסק חוקי וזכות זו קיימת ומוגנת מחוץ לחוק זה, ולצידה קיימת גם זכות כל פרט לעשיית הסכמים כרצונו ולקבל על עצמו מגבלות. אלא שחוק זה בא להגביל את הפרט בזכותו לקבל על עצמו הגבלים שיש בהם כדי לפגוע בטובת הכלל, כגון כאשר נעלמת או מתגמדת התחרות החופשית ועל ידי כך עולים מחירי המצרכים או השירותים והציבור הנזקק להם נושא בתוצאות ויוצא בהפסד".

השופט לנדוי, בע"א 626/70 שמעוני נ' אולמי לחיים בע"מ, פ"ד כה' 824, 829 – 830, בהתייחסו לחוק הקודם, חוק ההגבלים העסקיים, התשי"ט – 1959, אומר:

"... מותר לבית המשפט לפרש את רשימת הפסולים, שבסעיף 2 במידת הסבירות".

הנשיא זילר, בת"א (י-ם) 961/91 פזגז חברה לשיווק בע"מ, נ' דור אנרגיה (1988) בע"מ – לא פורסם, התייחס אף הוא אל החוק, באומרו (בעמ' 12 – 14):

"פירוש מילולי גרידא של מילות החוק, לא רק שיביא לתוצאות אבסורדיות שתשטופנה את בתי המשפט בתביעות פליליות ואזרחיות (ראו דברי השופט לנדוי בע"א 626/70, הנ"ל, שם, עמ' 829 - מ' ר')... אלא הוא יהפוך חלק מההסדרים המקובלים בין הבריות ובתוך החברה לאסורים ובלתי כשרים... יתרה מכך, אינני בטוח אם פירוש מילולי גרידא של החוק לא יכניס חלק גדול של התקשרויות חוזיות למסגרת החוק, שהרי מכח הגדרת המילה 'חווה' יש בכל חווה הגבלה מסויימת של החרות והחופש לעשות פעולה בעתיד, זאת נוכח התחייבויות המוטלות על הצדדים או צד לחווה. פירושים כאלו על אף היותם עולים אולי בקנה אחד עם מילות החוק, מחטיאים בעליל את הכוונה המוצהרת שלו, ומרוקנים אותו מכל תכלית אפקטיבית.

...המחוקק נאלץ להשתמש בהגדרות רחבות מאד בחוק. הוא רצה להבטיח לעצמו את 'לכידת' כל הוריאציות והאפשרויות הלא רצויות, והכמעט אין סופיות, הקיימות בעשיית

הסדרים ובניהול עסקים. נסיון החיים מורה כי כל סדק בחוק מנוצל על ידי מעוניינים כדי להתחמק מהוראותיו. החוק קא עסקין נועד 'לדכא' בין השאר עוצמות כלכליות גדולות, והנסיון למצוא דרכים איך 'לחלחל' חוצה מהמעטה שהחוק עטף בו את הוראותיו, חזק לכן שבעתיים, והוא צפוי מראש. מטרה זו של המחוקק שמצאה ביטוייה בשימוש בהגדרות רחבות בחוק, היא שהביאה לחשש מפני השתרעות יתר של החוק, כפי שהובע על ידי השופט לנדוי, בפסק דין שמעוני נגד לחיים (ע"א 626/70, הנ"ל – מ' ר').

בבואם לפרש את החוק שומה על בתי המשפט ליישם מציאות זו, בדרך של מתן פירוש נאות לחוק, באופן שיילכדו בו אך ורק מי שהמחוקק כיוון אליהם. במלים אחרות, על בתי המשפט ליתן לחוק פירוש, שימלא תפקיד של מסננת בעלת חורים צרים מספיק כדי לא לאפשר שטיפתם חוצה של מקרים שהחוק היבש ביקש ללכודם, אבל שיהיו רחבים מספיק כדי לא ללכוד עניינים ונושאים שאינם מעניינו של החוק.

דרך פרשנות זו, הבוחנת את הטעם והמטרה הסופיים של החוק, ומשווה אותם עם המקרים המתעוררים מדי פעם, תביא בהכרח לפרשנות מרחיבה מאוד של חלק מהמלים, מהביטויים ומהמונחים שבחוק, ולפרשנות צרה יותר של אחרים."

גם בארצות הברית נוסח סעיף 1 ל-1980 Sherman's Act, בלשון גורפת ולכן, אף הוא, מעורר קשיי פרשנות. עומד על כך Sullivan, בספרו s.165, p.63 Antitrust, (1977):

"In enacting Section 1, Congress condemned in broad language conduct which restrains trade. With such guidance as might be found in common law cases, it left to the courts the scope and meaning of this mandate. The very breadth of the condemnation unavoidably gives rise to an ambiguity. Congress could not have meant literally to ban every contract which in any sense restrains trade. Virtually every contract does this to some extent. If a buyer closes a deal with a seller, the contract binds both to a particular course and by so doing limits or restrains the commercial opportunities of other sellers who would like to make the sale and of other buyers who might have sought the goods. Some mode of confining the generality of the language of Section 1 is therefore necessary".

(ראו עמדה דומה המובעת ביחס למשפט האנגלי בספרו של Whish, Competition Law, p.51 ; ראו גם בג"ץ 588/84 ק.ש.ר. סחר אזבסט בע"מ נ' יו"ר המועצה לפיקוח על הגבלים עסקיים, פ"ד מ' (1) 29, 37 – 38).

הארכת במובאות מהפסיקה ומהספרות המשפטית, כדי להצביע על מה שנראה כתכלית החוק ועל קיום שיקול דעת שיפוטי ביישום החוק, כאשר באים להחילו על מקרה קונקרטי.

43. המחוקק יצא מהנחה שכבילות הנזכרות בסעיף 2(ב) לחוק, חזקה שהן פוגעות בתחרות ואין צורך, כמו בפיסקה (א), בבחינה כלכלית של העיסקה, האם היא פוגעת בתחרות.

44. בפיסקה (א) עשה המחוקק שימוש במינוח "מגביל עצמו" ואילו בפיסקה (ב) משתמש המחוקק בלשון כבילה.

גב' מ. מזרחי, במאמרה "מיזם משותף כהסדר כובל", משפטים כג', 213, 222 – 226, סבורה שייתכן וניתן להסיק מהשוני בטרמינולוגיה שבה השתמש המחוקק, שהמחוקק נקט בשוני זה משום שבסעיף 2(ב) לחוק מדובר בהגבלה קיצונית יותר. יתירה מזו, בשני המקרים, כדי לבחון אם יש כבילה או הגבלה, יש לבדוק לא רק את ההסכם הכתוב, אם ישנו, אלא את כלל מערכת העובדות, שממנה ניתן ללמוד על מהות ההבנה שבין הצדדים. פסקה 2(ב) לחוק עוסקת רק בהגבלות המצמצמות את חופש הפעולה המשפטי. פירוש אחר יביא לתוצאה שעיסקות מכירה, שבהן נקבע מחיר המוצר הנמכר, תילכד ברשתה של פסקה זו. לא יתכן שכל עיסקת מכר בין אנשי עסקים או חברות, תוגדר כהסדר כובל (ראו שם, גם ה"ש 17, עמ' 218). כל עיסקה משפיעה על התחרות משום שאם אקנה אצל פלוני לא אקנה אצל אלמוני וכל קנייה תצמצם את אפשרויות ביצוע רכישות אחרות (J. F. Lever, Bipartite Arrangements And Restrictive Trade Practices Acts 1956 and 1968, 85 L.Q. (Rev. 177).

פירוש זה נראה לי תחילה שובה את הלב ואף נטיתי לקבלו. ברם נראה לי, בהרהור שני, שפרוש זה, עם כל יתרונותיו, מחטיא את תכלית החוק. מטרת החוק היא לאסור הסדרים כובלים הפוגעים בטובת הכלל ולעודד תחרות חופשית. המבחן שמציעה המחברת המלומדת, סוטה מתכלית החוק ובמקום לבחון האם הופרה המטרה האמורה, עלינו לבדוק האם נפגע חופש הפעולה של המתקשר. במלים אחרות, במקום לשקול האם נפגעה טובת הכלל מבחינה כלכלית, אנו בוחנים מבחינה משפטית את חופש הפעולה החוזי של המתקשרים. אמנם, כפי שמציינת מזרחי (שם, עמ' 220):

"גישה הקובעת קיומו של הסדר כובל על-פי השפעתו על התחרות, דהיינו: על-פי תוצאתו, מצריכה היזקקות לגורמים חיצוניים להסדר – גורמים שמחוץ להסכם שנעשה בין הצדדים – מאחר שלא ניתן להעריך את השפעת ההסדר על התחרות ללא ידיעת נסיבות השוק... אין ספק כי גישה הקובעת קיומו של הסדר כובל לפי תוכנו קלה יותר ליישום, מאחר שאינה מחייבת בחינת השוק והיזקקות להערכות כלכליות. בהירותו של המבחן, המוגבל לבדיקת תוכנו של ההסדר, היא כמובן יתרון חשוב מן ההיבט הפלילי".

אף כאן יש לומר, שלא שאלת קלות היישום של המבחן היא אבן הבוחן, אלא מהו המבחן התואם את תכלית החוק. זהו גם המבחן בארצות הברית. בתי המשפט שם בחנו עסקאות שיש בהן חשש להגבלת התחרות תוך שימוש במבחני עזר כלכליים. שני כללים חשובים פותחו בפיסקה האמריקאית, כאשר מסתברת לכאורה הגבלת חופש העיסוק: The Rule

The Per Se Doctrine of Reason (ראו Sullivan, שם, עמ' 166 ואילך).

את סעיף 2(ב) לחוק יש לקרוא בכפוף לסעיף 2(א) לחוק. הווה אומר, החזקה החלוטה שבסעיף 2(ב)(1) לחוק "המחיר שיידרש, שיוצע או שישולם", כפופה לקיום תנאי מוקדם והוא קיום "כבילה". במקרה הנוכחי אין כבילה. המדובר בחוזה שכירות, שבו קיבל המשכיר, כחלק מתמורת ההשכרה, מספר מנויים. העובדה שמחיר כל מנוי נופל ממחיר השוק, אינה פוגעת ואינה משפיעה על התחרות בשוק. אין למחיר שנקבע השפעה על צד ג', מעבר למקובל בחוזה בין שני צדדים (ראו גם Lever, שם, עמ' 181). ראינו שכל עסקה משפיעה על השוק. אם אקנה מפלוני לא אקנה מאלמוני וכל קניה שאעשה תצמצם את כוח הקניה שלי. ברם, אין לומר במקרה זה, שקיים חשש אמיתי לפגיעה בתחרות. גם ה-Per Se Doctrine חלה בארצות הברית רק כאשר יש הגבלה לכאורה בתחרות. כאשר הגבלה זו קיימת, קביעת המחיר יוצרת חזקה חלוטה של פגיעה בחופש העיסוק, בדומה לדין אצלנו.

45. וגם זאת יש לומר, הכבילה האמורה, בהנחה שמדובר בכבילה, באה בגדר סעיף 3(1) לחוק, שכן הכבילה נקבעה על פי דין (ראו תקנה 22(3) לתקנות העיריות (מכרזים), התשמ"ח 1987-; השווו יגור, דיני הגבלים עסקיים, עמ' 234 – 236). לא זו אף זו: נקיטה בדרך פרשנות אחרת ובהתעלם מההוראה האחרונה, תביא לתוצאה שכל המכרזים מסוג זה ייחשבו להסדר כובל, שהמדינה והשלטון המקומי חוטאים בו (השוו גם בג"ץ 734/88 התאחדות בעלי המלאכה והתעשייה אשקלון נ' עירית אשקלון, פ"ד מג (3) 665, 670, אך ראו דעת השופט ברק שם, עמ' 671 – 672).

46. ההגדרה שבסעיף 2(א) לחוק "בין בני אדם המנהלים עסקים" – "פורס מצודתו על כל אדם המנהל עסקים כל שהם, לרבות עסק המתנהל שלא למטרת רווח" (החלטת הממונה בעניין התקשרויות לאספקה ולרכישה של קמח כשר לפסח תשנ"ד, קובץ החלטות הממונה, כרך א', 57, 64). לפיכך, טענת הנתבעת שהחוק אינו חל עליה משום שאינה מנהלת עסקים לשם רווח – דינה להידחות. גם יש לזכור שהנתבעת פועלת גם במישור הפרטי כאשר היא מתקשרת בחוזים מסחריים וכפי שראינו, בתחום זה חלים עליה דיני החוזים תוך התאמה לדיני המשפט המנהלי.

סיכום

47. לאור האמור יש לקבוע שהנתבעת לא הפרה את חובת תום הלב כלפי התובעת, לא הפרה תנאי מתנאי החוזה עם התובעת, לא התקשרה עם התובעת בחוזה שיש בו כבילה. היא התקשרה אמנם עם התובעת בחוזה אחיד, אך תנאיו של החוזה אינם מקפחים. תוצאה זו פוגעת בתובעת, שכן עדי הנתבעת לא חסכו דברי שבח ממנהל התובעת, אבי שקורי. לא זכור לי משפט שבו הרעיפו עדי צד אחד שבחים מלא הטנא על הצד השני. צר

לי שלא נסתייע הדבר והצדדים לא הצליחו לישר את ההדורים ביניהם ולהגיע לעמק השווה.

48. נותרה שאלה אחת במחלוקת והיא, האם התשלום עבור דמי מנוי שמשלמת הנתבעת לתובע הינו נכון ובמלים אחרות: האם על הנתבעת לשלם \$100 למקום חניה או דילמא \$102 למקום חניה וזאת על פי הנוסחה שהוזכרה לעיל.

לברור ענין זה נקבע קדם משפט ליום 4.6.98 בשעה 08.30.
ניתן היום כ"ז בניסן תשנ"ח, 23 באפריל 1998 בהעדר הצדדים.
המזכירות תמציא העתק לב"כ הצדדים.

מותר לפרסום מיום 22/04/1998

משה רביד, שופט

נוסח זה כפוף לשינויי עריכה וניסוח