

**בבית המשפט העליון
בשבתו כבית משפט לערעורים מינהליים**

- עע"ם 1930/18

עיריית תל אביב-יפו

באמצעות ב"כ, עו"ד שירי אשכנזי ואח'
השירות המשפטי בעיריית ת"א-יפו
אבן גבירול 69 ת"א-יפו 6416201
טל: 03-7244262; פקס: 03-5216401

-ה מ ע ר ע ר ת

נ ג ד

1. ספי צביאלי

באמצעות ב"כ, עו"ד יובל גלאון ואח'
דרך בגין 52 ת"א-יפו 6713701
טל: 03-79127800; פקס: 03-7912801

2. מלון מרינה תל אביב בע"מ

באמצעות ב"כ, עו"ד אמיר כספרי ועו"ד ליעוז אפשטיין
רח' אחד העם 31 ת"א 6520204
טל: 03-5670700; פקס: 03-5660974

3. גיי.טי.אל.וי נכסי עידית, שותפות מוגבלת

באמצעות ב"כ, עו"ד גיא פורר ועו"ד דניאל אברבנאל
מרכז עזריאלי 1 ת"א 6702101
טל: 03-6087777; פקס: 03-6087724

4. אתרים בחוף תל אביב חברה לפיתוח אתרי תיירות בתל אביב-יפו

בע"מ

באמצעות ב"כ, עו"ד דניאל אלון
רח' תובל 11 רמת גן 5252226
טל: 03-6005225; פקס: 03-6005220-**ה מ ש י ב י ם**

היועץ המשפטי לממשלה

ע"י ב"כ עו"ד מפרקליטות המדינה, משרד המשפטים,
רח' צלאח א-דין 29, ירושלים, 9711052
טל: 02-6466010; פקס: 026467011

מתייצב להליך

עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה

1. בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 11.11.2018, הארכות שניתנו, ולהודעתו בדבר התייצבותו להליך, מתכבד היועץ המשפטי לממשלה להגיש את עמדתו כדלקמן.
2. בהחלטת בית המשפט נכבד מיום 11.11.2018, התבקשה עמדת היועץ המשפטי לממשלה בשאלה שהוגדרה כדלקמן: "האם במסגרת הליך פירוק שיתוף במקרקעין שבו רשות ציבורית היא אחד השותפים בנכס, קיימת חובה לערוך מכרז?"

3. עמדת היועץ המשפטי לממשלה, היא כי כאשר רשות ציבורית היא שותפה בנכס מקרקעין, הרי שהסכמתה לפירוק השיתוף הכרוך בהעברת זכויות במקרקעין לאחר כפופה לכל חובותיה שבדין ובכלל זאת, דיני המכרזים ובהתאם לכך, היא מחויבת בעריכת מכרז פומבי, ככל שאין בנסיבות העניין תחולה לאחד הפטורים הרלוונטיים הקבועים בדין. הדבר נכון הן כאשר מדובר בהגעה להסכם פירוק שיתוף ללא מעורבות של בית משפט והן ביחס להסכמת רשות לאופן ביצוע הפירוק אגב הליך שיפוטי. בצד האמור, ככל שעסקינן בפירוק שיתוף כפוי בצו בית משפט ושלא בהסכם, לא חלה חובת המכרז החקוקה, ובית המשפט יפעל בהתאם למתווה הקבוע בחוק המקרקעין.

4. היועץ המשפטי לממשלה יתייחס אפוא להוראות החוק הנוגעות לחובת המכרז, לדינים החולשים על פירוק השיתוף במקרקעין, ולאחר מכן נבחן כיצד הם משתלבים אלה באלה.

א. חובת המכרז לגבי עסקה במקרקעין – המסגרת הנורמטיבית

5. עקרונות היסוד שבבסיס המכרז הציבורי סוכמו בפסיקת בית המשפט הנכבד בע"מ 10089/07 אירוס הגלבוע נ' ברוך (פורסם בנבו, 5.4.2011) (להלן: עניין אירוס הגלבוע), כדלקמן:

"24. המכרז הציבורי מושתת על שני עקרונות יסוד: האחד – השגת יעילות מירבית וחסכון בכספי ציבור בעסקאות מכירה וקניה של שירותים ומצרכים שהרשות הציבורית מעורבת בהם באמצעות גורם התחרות (ע"מ 1966/02 המועצה המקומית מג'אר נ' אברהם, פ"ד נז(3) 505, 511 (2003); ע"מ 4011/05 דגש סחר חוץ (ספנות) בע"מ נ' רשות הנמלים (חברת נמלי ישראל פיתוח ונכסים בע"מ, פסקה 32) [פורסם בנבו], 11.2.2008) (להלן: עניין דגש סחר חוץ); בג"צ 187/77 קופטש נ' שר הפנים, פ"ד לב(1) 309, 315 (1977)). השני, והעיקרי – עקרון השוויון וההגינות, המחייב מתן הזדמנות שווה לכל המציעים (בג"ץ 47/68 שרמן נ' שר העבודה, פ"ד כב(1) 496, 499 (1968); בג"צ 410/73 בישקו נ' שר הפנים, פ"ד כח(1) 782, 784 (1974)). עקרון השוויון במכרז הציבורי מטיל חובה על הרשות, כעורכת המכרז, לנהוג בשוויון ובהגינות, תוך מתן הזדמנות שווה לכל אדם המעוניין לבוא עימה בקשר עיסקי (סעיף 2א) לחוק חובת מכרזים, התשנ"ב-1992 (להלן: חוק חובת מכרזים); שמואל הרציג דיני מכרזים ג 183 (מהדורה שניה, 2005) (להלן: הרציג)). המכרז הציבורי נועד להשיא את מירב יתרונות היעילות והחסכון לרשות הציבורית, תוך הגשמת ערכים של טוהר מידות, הגינות ושוויון בהליך הבחירה של הזוכה. "בשל אינטרס זה, על הרשות לכלכל מעשיה באופן כזה שלא תעניק זכויות במתן אספקה או שירותים, אלא על-פי כללים שנועדו להבטיח שוויון והעדר משוא פנים וליצור אמון בשיקוליהם והוראותיהם של המופקדים על המינהל הציבורי". מתן סיכוי והזדמנות שווים לכל אדם מן הציבור הוא, אפוא, לב לבו של המכרז הציבורי

(בג"צ 368/76 גוזלן נ' המועצה המקומית בית שמש, פ"ד לא(1) 505, 511 (1976) (להלן: ענין גוזלן)).

25. מבין שתי התכליות העיקריות המשולבות בהליך המכרז – השגת התועלת הכלכלית המירבית לרשות, ושמירה על כללי שוויון והגינות בתחרות, ניתן מעמד בכורה לעקרון השוויון. ערך השוויון עומד בלב המכרז, ומבטיח את הגינותה של התחרות. ערך השוויון גובר אף על האינטרס הכלכלי הגלום במכרז, ועל השאיפה ליעילות כלכלית..."

6. סעיף 2(א) לחוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992 (להלן: חוק חובת מכרזים), הוא המקור הסטטוטורי להחלת חובת מכרז על רשויות השלטון המרכזי, תאגידים ממשלתיים וגופים ציבוריים נוספים המנויים בסעיף, כדלקמן:

2. (א) המדינה, כל תאגיד ממשלתי, מועצה דתית, קופת חולים ומוסד להשכלה גבוהה, לא יתקשרו בחוזה לביצוע עיסקה בטובין או במקרקעין, או לביצוע עבודה, או לרכישת שירותים, אלא על-פי מכרז פומבי הנותן לכל אדם הזדמנות שווה להשתתף בו."

7. בדומה, ביחס לעיריות, קובע סעיף 197 לפקודת העיריות [נוסח חדש], כי לא תתקשר עירייה בחוזה להעברת מקרקעין או טובין, להזמנת טובין או לביצוע עבודה אלא על פי מכרז פומבי. כך גם קובע סעיף 192 לצו המועצות המקומיות, התשי"א-1950 (להלן: "צו המועצות המקומיות"), וסעיף 89 לצו המועצות המקומיות (מועצות אזוריות), התשי"ח-1958 (להלן: "צו המועצות האזוריות"), כי מועצות מקומיות ומועצות אזוריות לא יתקשרו בחוזה להעברת מקרקעין או טובין, להזמנת טובין או לביצוע עבודה אלא בהתאם להוראות המפורטות בתוספות לאותם הצווים, שעניינן הוראות בדבר מכרזים וקבלת הצעות.

8. בצדו של כלל זה, נתן המחוקק דעתו לקיומם של מצבים שבהם שיקולים כלכליים, חברתיים ואחרים מצדיקים מתן פטור מהחובה לעריכת מכרז ציבורי. כך, בסעיף 4 לחוק חובת מכרזים הוסמך שר האוצר לקבוע בתקנות את רשימת המקרים שבהם יוענק פטור כאמור. ואכן, מכוח סמכות זו וסמכויות נוספות, התקין שר האוצר את תקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993 (להלן: תקנות חובת מכרזים), אשר קובעות פטור מחובת המכרז בהקשרים שונים. כך, בין היתר, תקנה 25 לתקנות מתייחסת באופן קונקרטי להתקשרויות של רשות מקרקעי ישראל לביצוע עסקה במקרקעין, וקובעת שורה ארוכה של התקשרויות ביחס למקרקעין, אשר יהיו פטורות ממכרז.

9. ביחס לרשויות מקומיות, נקבעו הוראות פטור שונות במסגרת החיקוקים המסדירים את נושא חובת המכרז ברשויות המקומיות וזאת במסגרת תקנה 3 לתקנות העיריות (מכרזים), התשמ"ח-1987, בסעיף 3 לתוספת הרביעית לצו המועצות המקומיות, ובסעיף 3 לתוספת השניה לצו המועצות האזוריות.

10. יובהר כי אין די בקיומה של הוראת פטור לפי תקנות חובת מכרזים, והרשות נדרשת להפעיל שיקול דעת בשאלה האם נכון וראוי בנסיבות העניין לחרוג מהכלל בדבר עריכת מכרז פומבי. בית המשפט העליון קבע לעניין תקנות הפטור כך: "התקנות, שהותקנו מכוח סעיפים 198 ו-347 לפקודה, מפרטות מה הם סוגי החוזים בהם רשאית העירייה להתקשר ללא מכרז, אך כחריג יש לפרשן על דרך הצמצום, לאור הכלל הגדול המחייב עריכת מכרז פומבי" (בג"ץ 4672/90 אריאל הנדסת חשמל רמזורים ובקרה בע"מ נ' עיריית חיפה, פ"ד מו(3) 267); עוד ראו: בג"ץ 6176/93 אליקים 1986- אגודה שיתופית חקלאית להתיישבות בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מח(2) 158; עע"מ 8412/07 חברת מלון ומלון סוויטות אפ.אס.אר. בירושלים בע"מ נ' שימי הורן (פורסם באר"ש, 4.3.2009). עיקרון זה מצא את ביטויו גם בתקנה 11 לתקנות חובת המכרזים, והוא חל גם על התקשרויות הרשויות המקומיות (ראו עע"מ 6145/12 נצרת עילית נ' זאב הרטמן, פס' לו לפסק דינו של כב' השופט (כתארו אז) א' רובינשטיין (פורסם באר"ש, 13.1.2013)).

ב. פירוק שיתוף במקרקעין

11. ככלל, שיתוף בנכסים נתפס כמצב בלתי רצוי מבחינה משפטית, ולכן פירוק השיתוף נתפס כמוצא רצוי שיש לעודדו (יהושע וייסמן דיני קניין-בעלות ושיתוף, בעמ' 279). משכך, סעיף 37 לחוק המקרקעין התשכ"ט-1969 (להלן: "חוק המקרקעין" או "החוק") (שיובא להלן) קובע את זכותו של כל בעל זכות לדרוש את פירוק השיתוף, בכל עת. הטעם לכך הובא בדבריו של כב' השופט (כתארו אז) חשין באחת הפרשות: "המשפט אין בכוחו להשכין שלום בין שותפים צהובים זה לזה - או אף בין שותפים המתקשים להגיע להבנה זה-עם-זה - ובהיעדר כלים בידו להשכין שלום ביניהם, מקנה הוא זכות-יכולת לכל אחד מן השותפים לבקש פירוק השותפות." (רע"א 1017/97 רידלביץ נ' מודעי, פ"ד נב(4) 625, 632 (1998)).

12. ההסדר הנורמטיבי לגבי פירוק שיתוף במקרקעין מפורט בסימן ב' לפרק ה' בחוק המקרקעין (סעיפים 37-45 לחוק), והסעיפים הרלוונטיים יובאו כלשונם, כדלקמן:

"הזכות לתבוע פירוק השיתוף"

37. (א) כל שותף במקרקעין משותפים זכאי בכל עת לדרוש פירוק השיתוף.

(ב) היתה בהסכם שיתוף תניה השוללת או מגבילה את הזכות לדרוש פירוק השיתוף לתקופה העולה על שלוש שנים, רשאי בית המשפט, כעבור שלוש שנים, לצוות על פירוק השיתוף, על אף התניה, אם נראה לו הדבר צודק בנסיבות הענין.

פירוק על פי הסכם או צו בית המשפט

38. (א) פירוק השיתוף יהיה על פי הסכם בין השותפים: נקבעה בהסכם חלוקת המקרקעין בעין, טעון ההסכם אישור המפקח המאשר כי החלוקה תואמת את הוראות חוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965, וכל חיקוק אחר בנדון.

(ב) באין הסכם כאמור בסעיף קטן (א), יהיה פירוק השיתוף על פי צו בית המשפט בהתאם לסעיפים 39 עד 43.

פירוק דרך חלוקה

39. (א) במקרקעין הניתנים לחלוקה יהיה פירוק השיתוף בדרך של חלוקה בעין.

(ב) היתה החלוקה בעין אפשרית רק אם ישולמו תשלומי איזון משותף לשותף, רשאי בית המשפט לחייבם בתשלומים כאלה, אם נראה לו הדבר יעיל וצודק בנסיבות הענין; על תשלומי האיזון יחולו הוראות סעיף 25, בשינויים המחוייבים.

(ג) ראה בית המשפט צורך בכך, רשאי הוא לצוות על רישום זיקת הנאה בין החלקות.

פירוק דרך מכירה

40. (א) במקרקעין שאינם ניתנים לחלוקה, וכן אם נוכח בית המשפט כי חלוקה בעין תגרום הפסד ניכר לשותפים, כולם או מקצתם, יהיה פירוק השיתוף בדרך של מכירת המקרקעין וחלוקת הפדיון.

(ב) המכירה תהיה בדרך שנמכרים מקרקעין מעוקלים בהוצאה לפועל, זולת אם הורה בית המשפט על דרך אחרת שנראית לו יעילה וצודקת יותר בנסיבות הענין.

13. תפיסת המחוקק המשתקפת מן האמור, היא כי דרך המלך לפירוק השיתוף היא בהסכם בין הצדדים, לפי סעיף 38 לחוק המקרקעין. באין הסכמה, יבוצע הפירוק על פי צו בית משפט, כאשר כל אחד מהצדדים רשאי לפנות לבית המשפט, לבקש צו לפירוק השיתוף. זאת, בהתאם לתנאים וההוראות הקבועים ביתר סעיפי הסימן.

14. כאשר מדובר בנכס שניתן לחלקו, יתבצע פירוק השיתוף על-ידי חלוקה בעין (סעיף 39(א) לחוק המקרקעין), ובית המשפט מוסמך גם לקבוע תשלומי איזון (סעיף 39(ב) לחוק).

15. ככל שמדובר בנכס שאינו ניתן לחלוקה בעין, או שבית המשפט סבור כי החלוקה בעין תגרום הפסד ניכר למי מהשותפים, יתבצע פירוק השיתוף על-ידי מכירת המקרקעין, וחלוקת הפדיון בין השותפים (סעיף 40(א) לחוק). ברירת המחדל המעוגנת בהוראת סעיף 40(ב) רישא לחוק המקרקעין היא מכירה "בדרך שנמכרים מקרקעין מעוקלים בהוצאה לפועל", קרי: כמכירה פומבית, שבה ייקבע שווי הנכס לפי שומה ורשם ההוצאה לפועל מוסמך שלא לאשר מכירה בשיעור שנופל מהשומה.

זהו הכלל, אך הוראת סעיף 40(ב) סיפא מאפשרת לבית המשפט לסטות ממנו ולקבוע כי הנכס יימכר בדרך אחרת, ובלבד שהיא "נראית לו יעילה וצודקת יותר בנסיבות הענין". הדרך המקובלת שאליה התייחסה הפסיקה, היא של התמחרות פנימית בין השותפים בטרם מכירה לצד שלישי (ע"א 190/73 חזקיהו נ' שרף, פ"ד כח(2) 44, 48 (1974)). התמחרות פנימית כזאת, אף שאינה דרך המכירה הרגילה במסגרת פירוק שיתוף לפי חוק המקרקעין, עשויה לבוא בגדרי סעיף 40(ב) סיפא לחוק, ובלבד שמתקיים טעם ראוי להעדיף את ההתמחרות הפנימית על פני מכירה פומבית, ושהשותף המוכר את חלקו לשותף האחר יקבל מחיר הוגן בעד חלקו (ע"א 725/82 ריינר נ' קומיסר, פ"ד לז(3) 131, 137; ע"א 613/78

אניס נ' פוירשטיין, פ"ד (לד' 1) 32). עוד עולה מפסיקה העדכנית, כי הסכמת הצדדים היא בעלת משקל בקביעה אם יש להעדיף דרך אחרת של חלוקה על פני מכירת הנכס כולו:

"למותר לציין כי כאשר הצדדים מסכימים על פירוק השותפות בדרך של מכירת חלקו של שותף אחד בלבד – אין מניעה שיעשו כן. מקום בו הפירוק נשען על הסכמת הצדדים, אין חשש ממשי לקיומו של "פירוק אסטרטגי" מחד, ואף לא לקיומה של סחטנות אסטרטגית מאידך. נמצא איפוא כי פירוק השיתוף תוך מכירת חלקו של אחד השותפים בלבד, בניגוד לרצונו, ולפי דרישת שאר השותפים – אינו רצוי, ואף אינו נתמך בהוראותיו של חוק המקרקעין. פירוק השיתוף בדרך של מכירה יכלול אפוא את מכירת הנכס כולו, אלא אם הסכימו כל השותפים על חלוקה אחרת"

(רע"א 1497/09 בעלי זכויות בחלקה 10 בגוש 6884 נ. ויסמן (פורסם באר"ש, 25.7.10)).

ג. מה בין פירוק שיתוף במקרקעין לבין חובת המכרז הפומבי?

16. לאחר שסקרנו בתמצית רבה את הדינים המרכזיים החולשים על חובת המכרז הפומבי ועל פירוק שיתוף במקרקעין, נפנה לבחון מהו הדין כאשר הרשות היא אחד מן השותפים במקרקעין, ובפרט – האם, כיצד ובאיזה היקף חלה חובת המכרז הפומבי ביחס לפירוק שיתוף במקרקעין. נתייחס ראשית לפירוק שיתוף בהסכם, ללא מעורבות של בית המשפט, ובהמשך נבחן את מצב הדברים כאשר מגיעה המחלוקת להליך שיפוטי.

ג.1. פירוק שיתוף בהסכם ללא צורך בצו בית משפט לפי סעיף 38(א) לחוק המקרקעין

17. כאמור לעיל, פירוק השיתוף יכול להיעשות בהסכם, לפי סעיף 38(א) לחוק המקרקעין.

18. עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי כאשר עסקינן בפירוק שיתוף **בהסכם** – חלים דיני המכרזים והרשות מחויבת בעריכת מכרז פומבי, בהתאם לדיני המכרזים החלים עליה, כשבתוך כך רשאית היא לבחון ולפעול, בכפוף להוראות הדין, בהתאם לסעיפי פטור הרלוונטיים הקבועים בעניין.

19. ביחס לרשויות המדינה (כמו גם חברות ממשלתיות וגופים ציבוריים נוספים המנויים בחוק חובת המכרזים), כלל זה נובע במישרין מסעיף 2 לחוק חובת המכרזים אשר קובע כי המדינה לא תתקשר בחוזה לביצוע עיסקה במקרקעין, אלא על פי מכרז פומבי הנותן לכל אדם הזדמנות שווה להשתתף בו. בדומה, ביחס לרשויות מקומיות, קובע סעיף 197 לפקודת העיריות, כי לא תתקשר עירייה בחוזה להעברת מקרקעין אלא על פי מכרז פומבי וביחס למועצות מקומיות ואזוריות קובעים סעיף 192 לצו המועצות המקומיות, התשי"א-1950 וסעיף 89 לצו המועצות המקומיות (מועצות אזוריות), התשי"ח-1958, כי המועצות לא יתקשרו בחוזה להעברת מקרקעין או טובין, להזמנת טובין או לביצוע עבודה אלא בהתאם להוראות המפורטות בתוספות לאותם הצווים.

20. הסכם פירוק שיתוף במקרקעין שבמסגרתו מועברות זכויות הוא עסקה במקרקעין, ומכאן שחלה בעניינו החובה לערוך מכרז, ואין כל מקום והצדקה בדין להחריג באופן גורף סיטואציה זו, לנוכח תכליות דיני המכרזים שעליהן עמדנו לעיל.

21. בהקשר זה, נכון אף להוסיף ולציין כי מעבר לכלל ומושכלת יסוד זו הנובעת מעצם קיומה של חובת המכרז, תקנות חובת המכרזים מלמדות אף הן על דרך הוראה מפורשת, כי תפיסת מחוקק המשנה היא כי חובת המכרז חלה גם ביחס לפירוק שיתוף במקרקעין. כך, תקנה 25(2) לתקנות חובת מכרזים, קובעת כי "הענקת זכויות במקרקעין למי שהוא בעל זכויות במקרקעין משותפים אשר בהם למינהל פחות ממחצית מן הזכויות [...]" תהיה פטורה ממכרז. מקיומה של תקנת פטור כאמור ניתן ללמוד כי חובת המכרז חלה גם כאשר עסקין בפירוק שיתוף.

22. אשר על כן, המסקנה המתחייבת מגדרי הוראות החוק הנוגעות לחובת המכרז ומהתכליות העומדות ביסוד הוראות חוק אלו, היא כי כאשר הרשות מבקשת להתקשר בהסכם פירוק שיתוף ביחס למקרקעין שהיא בעלת זכויות בהם – חלים עליה דיני המכרזים והחובה לערוך מכרז פומבי, בכפוף לפטורים הסטטוטוריים הנוגעים לעניין.

2.ג. פירוק בצו בית משפט לפי סעיף 38(ב) לחוק המקרקעין

23. כאמור לעיל, כאשר אין הסכמה, יכול אחד השותפים להביא את העניין לפתחו של בית משפט כאמור בסעיף 38(ב) לחוק המקרקעין. במצב דברים זה, קיימת לכאורה התנגשות בין הוראות החוק העוסקות בחובת המכרז שהיא לפתחה של הרשות, לבין ההסדר הקבוע בסעיף 40(ב) לחוק המקרקעין, הקובע כיצד יפורק שיתוף במקרקעין מקום שבו לא ניתן לחלקם בעין, וזאת באמצעות צו של בית משפט.

24. היועץ המשפטי לממשלה יזכיר, כי ברירת המחדל המעוגנת בהוראת סעיף 40(ב) רישא לחוק המקרקעין היא מכירה "בדרך שנמכרים מקרקעין מעוקלים בהוצאה לפועל", קרי: במכירה פומבית, אך החוק מאפשר לבית המשפט לחרוג מכך אם מצא כי ישנה "דרך אחרת שנראית לו יעילה וצודקת יותר בנסיבות העניין". בהקשר אחרון זה, נקבע בהלכה הפסוקה כי סעיף 40(ב) סיפא מאפשר לקבוע כי הנכס יימכר בדרך של התמחרות פנימית בין השותפים, כאשר ישנו טעם ראוי להעדיף התמחרות על פני מכירה פומבית.

25. מובן כי בית המשפט האזרחי הדן בפירוק אינו כבול בדיני המכרזים, בבואו לתת צו שיפוטי המורה על אופן ביצוע פירוק השיתוף. אכן, הוראת סעיף 40 לחוק המקרקעין, אשר מתייחסת למתן צו שיפוטי, גוברת על חובת המכרז הפומבי הקבועה בסעיף 2 לחוק חובת מכרזים, בסעיף 197 לפקודת העיריות, בסעיף 192 לצו המועצות המקומיות, התשי"א-1950 ובסעיף 89 לצו המועצות המקומיות (מועצות אזוריות), התשי"ח-1958, אשר על כן, כאשר בית המשפט הדן בפירוק נדרש להורות על אופן ביצועו, בהיעדר

הסכמה מטעם הצדדים, הוא יפעל בהתאם לסעיף 40 לחוק, על פי הכללים כפי שנקבעו בחוק ובפסיקה וכאמור בסעיף 15 לעיל.

26. עם זאת, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, במסגרת גיבוש עמדת הרשות בהליך השיפוטי – וכאשר היא נדרשת לתת הסכמה למתווה פירוק מסוים אשר כולל העברת זכויות במקרקעין לגורם אחר – אין היא יכולה לסטות מהוראות הדין החלות עליה, ובכלל זאת דיני המכרזים. לפיכך, כאשר רשות ציבורית נדרשת לגבש את עמדתה ביחס להסכמה המובאת לעיונו של בית המשפט הדין בפירוק, עליה לפעול בהתאם לדיני המכרזים החלים עליה, ובכוחה להסכים להעברת זכויות במקרקעין לגורם אחר, חלף העמדתן למכירה בהליך מכרזי פומבי, **רק כאשר יש בנסיבות העניין תחולה לאחת מעילות הפטור ממכרז וככל שיש הצדקה להשתמש בה.**

27. ניתן לכאורה לטעון כי כלל זה יכביד על האפשרות לפרק שיתוף במקרקעין כאשר הרשות היא אחד מהשותפים, ויעמוד בניגוד לעיקרון שלפיו שיתוף בנכסים הוא דבר בלתי רצוי שהמשפט צריך להקל עד כמה שניתן על פירוקו. הדברים מתחדדים כאשר עסקין בהליך שיפוטי שבמסגרתו מבוקש לנקוט בדרך המתווה בסעיף 40(ב) סיפא לחוק – שכאמור לעיל, איננה דרך המלך לפירוק – שכן יש בכך כדי להגביל את יכולתה של הרשות לתת הסכמה למתווה פירוק שהוצע (שהרי צוין לעיל כי בדיני השיתוף הכלליים, הסכמת הצדדים היא בעלת משקל משמעותי ביחס לשאלה אם יש להעדיף דרך אחרת של חלוקה על פני מכירת הנכס כולו), והדבר עלול להאריך את ההליכים כפועל יוצא.

במענה לטענה זו ישיב היועץ המשפטי לממשלה, כי חובת המכרז כשלעצמה עשויה "לסרב" כל עסקה במקרקעין שהרשות היא צד לה, לא רק כאשר עסקין בפירוק שיתוף, ובכל זאת המחוקק קבע חובת מכרז פומבי ביחס לעסקה כאמור, בשל חשיבות עקרונית השוויון והשמירה על טוהר המידות העומדים בבסיסי דיני המכרזים, לצד עקרון היעילות.

בנוסף, אף בית משפט נכבד זה, בעניין **אירוס הגלבו** שהובא לעיל, קבע מפורשות שערך השוויון הגלום בחובת המכרז גובר על שיקולי היעילות הכלכלית, כאשר אלה מצויים במתח. על כן, טיעון הסרבול אינו יכול לעמוד לבדו! לצד זאת, עקרון חוקיות המינהל מחייב את המסקנה, כי אין לאפשר מצב שבו עצם קיומו של הליך בפני ערכאה שיפוטית לפירוק השיתוף, יאפשר לרשות להגיע להסכמה שאינה עולה בקנה אחד עם הדינים החלים עליה. זאת, אף בשים לב לחשש מפני יצירת תמריץ לשותפיה של הרשות במקרקעין לנקוט בהליכים שיפוטיים, בתקווה לגרום לרשות להביע עמדה אחרת מזו שהיא רשאית להביע לפי הדינים החלי עליה בהיעדר הליכים אלה. כל זאת, כאמור, לצד הדרך הפתוחה בפני כל הצדדים לפירוק השיתוף באמצעות מכירה פומבית, בהתאם לרישה של סעיף 40(ב), אשר לה נתן המחוקק בכורה בפירוק שיתוף כאשר המקרקעין אינם ניתנים לחלוקה בעין.

זאת ועוד, מענה מסוים לחלק מהמקרים שבהם הדבר מוצדק ונכון, יכול ממילא להינתן בגדרי הפטורים מחובת מכרז הקבועים בהוראות חקיקה שונות. כך למשל, תקנה 25(2)

לתקנות חובת מכרזים, שאותה הזכרנו לעיל, פוטרת מחובת מכרז מצב של הענקת זכויות במקרקעין למי שהוא בעל זכויות במקרקעין משותפים אשר בהם לרשות מקרקעי ישראל פחות ממחצית מן הזכויות. בדומה, הוראות פטור אחרות החלות על רשויות ציבוריות אחרות, עשויות אף הן לחול במקרים מסוימים על סיטואציה של עסקה במקרקעין שמהותה פירוק שיתוף, והכל לפי נסיבות העניין.

בהקשר זה נבקש לציין, כי במסגרת ישיבה בראשות המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט אזרחי), שהתקיימה לצורך גיבוש העמדה, סוכם כי משרד הפנים יבחן את האפשרות לקבוע הסדר דומה לתקנת הפטור הקבועה בתקנה 25(2) לתקנות חובת מכרזים גם ביחס לרשויות מקומיות, קרי: פטור ממכרז במצב שבו הרשות מחזיקה בפחות מ-50% מהזכויות בנכס. מענה מעין זה יקל על פירוק שיתוף במקרקעין שבהם הרשות המקומית אינה מחזיקה ברוב הזכויות, ככל שהרשות תסבור בהליך המתאים כי יש עילה להימנע ממכרז בנסיבות אלה. כל זאת, לצד האפשרות להסתייע במקרים המתאימים, בתקנות הפטור הנוספות הקיימות ממילא, אשר טעונות עמידה בתנאים הקבועים ביחס להן והפעלת שיקול דעת בנסיבות העניין.

לצד זאת, בשים לב לכך שמדובר בהליך משפטי מתנהל, מובן כי ישנה חשיבות רבה בכך שהרשויות ישלימו את הפעולות לצורך קבלת האישורים הנדרשים בלוח זמנים קצר כאשר בית המשפט הדן בפירוק מבקש את עמדתן ביחס למתווה פירוק מסוים.

28. טענה דומה שעשויה לעלות, היא כי בקביעת חובה המוטלת על הרשות לפעול לפי דיני המכרזים, באופן אשר יגביל את יכולתה לתת את ההסכמה למתווה פירוק מסוים, עלולה להיפגע זכות הקניין של הפרט או הפרטים השותפים לה במקרקעין. זאת, משום שאלה עלולים להימצא במצב שבו נכפית עליהם מכירת המקרקעין בכללותם לפי סעיף 40 רישא לחוק המקרקעין, בניגוד לרצונם, משום שהרשות תהיה מוגבלת ביכולתה להסכים לפירוק השיתוף בדרך אחרת (ובפרט – התמחרות פנימית בין הצדדים).

לכך ישיב היועץ המשפטי לממשלה, כי ממילא לפי הדין הקיים כאשר עסקינן בפירוק שיתוף, זכות הקניין של הפרט השותף אינה מקנה לו זכות להתוות את אופן פירוק השיתוף, והעניין טעון את הסכמת יתר השותפים או הכרעה שיפוטית בהתאם להסדר המפורט הקבוע בחוק. בפרט, כאשר נמצא הפרט בשותפות עם רשות ציבורית, הרי שלזהות הרשות-השותפה משמעות נרחבת במכלול היבטים הנובעים מתחולת דיני המשפט הציבורי עליה ועל פעולותיה, ובכלל זאת כפיפותה לדיני המכרזים. כמו כן, אין בכך כדי לכבול את שיקול הדעת של בית המשפט, ולכן פתוחה הדרך בפני הבעלים במשותף לשכנע את בית המשפט הדן בפירוק כי דרך הפירוק המוצעת על-ידם היא היעילה והצודקת בנסיבות העניין. כל זאת, כאמור, לצד האפשרות של הרשות להישען על הוראות הפטור ככל שיש להן תחולה בנסיבות העניין, ולתת בסופו של יום את ההסכמה למתווה שאינו כולל מכירה לצדדים שלישיים.

29. עוד יטען הטוען, כי משום שמדובר בהליך שהוא תחת חסותו ופיקוחו של בית המשפט, החשש מפני עסקאות שאינן תקינות (שהוא אחד מן הטעמים שעומדים בבסיס חובת המכרז הפומבי) – הוא פחות. כפועל יוצא, ניתן לטעון כי בדיונים המתנהלים ממילא תחת קורתו של בית המשפט האזרחי, אין עילה לסרב ולחייב את הרשות בכללים מתחום המשפט הציבורי (ובכלל זאת דיני המכרזים), שכן בית המשפט הוא אשר יפקח על תקינות ההליך.

לכך ישיב היועץ המשפטי לממשלה, כי בית המשפט האזרחי הדן בפירוק השיתוף אינו עוסק בביקורת מינהלית על החלטת הרשות ועל אופן גיבוש הסכמתה. הדינים הרלוונטיים הנוגעים לעניין הם, בין היתר, דיני המכרזים והפטורים הסטטוטוריים, אשר כל אחד מהם טעון עמידה בתנאים מסוימים והפעלת שיקול דעת של הגוף המוסמך בהתאם להליך מינהלי סדור. לכך יש להוסיף שאף ניהול ההליך בבית המשפט, לא ייתן בהכרח מענה למכלול תכליות דיני המכרזים שחלים על המקרקעין הציבוריים, ובראשן עקרון השוויון והפומביות (ככל שיוחלט בסופו של יום על סטייה מן ברירת המחדל הקבועה בסעיף 40(ב) רישה לחוק המקרקעין של מכירה פומבית כפי שנמכר נכס מעוקל בהוצאה לפועל).

מעבר לכך, כאמור לעיל, יש חשש שאי החלת חובת המכרז כאשר מדובר בפירוק שיתוף אגב הליך שיפוטי, תביא לתמריץ שלילי להביא את הנושא באופן מלאכותי לפתחו של בית המשפט האזרחי (תחת פירוק שיתוף בהסכם לפי סעיף 38(א) לחוק המקרקעין), כדי "לדלג" מעל המשוכה של דיני המכרזים ומנגנוני הבקרה המינהליים הקבועים בהוראות הפטור הצריכות לעניין, ולהגיע להסכמה אגב ההליך. כן נזכיר, כי דרך המלך בעת פירוק שיתוף המתנהל בבית המשפט הנה באמצעות **מכירה פומבית**, בהתאם לרישה של סעיף 40(ב), ככל שלא ניתן לבצע הפירוק בעין.

30. בהקשר אחרון זה, ולמען שלמות התמונה, נכון לציין כי אין בחובת המכרז (והוראות הפטור הרלוונטיות) כדי למצות את כלל ההוראות החוקיות החלות על מתן הסכמה מצד הרשות לפירוק שיתוף בנכס. כך למשל, נציין כי פירוק שיתוף במקרקעין בבעלות רשות מקומית מהווה גם "עשייה במקרקעין" הטעונה אישור לפי סעיף 188 לפקודת העיריות. על פי הוראות הסעיף, עשייה במקרקעין של רשות מקומית טעונה אישור מועצת הרשות ברוב חבריה, ואף אישור שר הפנים ברשויות מקומיות שלא הוכרזו כאיתנות (על כן עניין זה אינו רלוונטי ביחס למערערת במקרה דנן – עיריית ת"א-יפו – שהיא רשות איתנה) (ראו לדוגמה ע"א (ת"א) 2996/04 כלפון נ' הממונה על המרשם (פורסם בנבו, 10.5.05)).

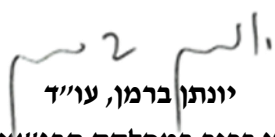
סוף דבר

31. כמפורט לעיל, עמדת היועץ המשפטי לממשלה, היא כי כאשר רשות ציבורית היא שותפה בנכס מקרקעין, הרי שהסכמתה לפירוק השיתוף הכרוך בהעברת זכויות במקרקעין לאחר כפופה לכל חובותיה שבדין ובכלל זאת, דיני המכרזים ובהתאם לכך, היא מחויבת בעריכת

מכרז פומבי, ככל שאין בנסיבות העניין תחולה לאחד הפטורים הרלוונטיים הקבועים בדין. הדבר נכון הן כאשר מדובר בהגעה להסכם פירוק שיתוף ללא מעורבות של בית משפט, הן ביחס להסכמת רשות לאופן ביצוע הפירוק אגב הליך שיפוטי. בצד האמור, ככל שעסקינן בפירוק שיתוף כפוי בצו בית משפט, ללא הסכמת הרשות, הרי שאז לא תידרש עריכת מכרז, ובית המשפט יפעל בהתאם למתווה שקובעים סעיפים 39-40 לחוק המקרקעין.

היום, י"ז באדר ב תשע"ט

24 במרץ 2019


יונתן ברמן, עו"ד

סגן בכיר במחלקת הבג"צים

בפרקליטות המדינה