<u>בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים</u>

ע"א 8331/17

לפני:	כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר כבוד השופט ג' קרא כבוד השופט י' אלרון
המערערים:	1. רשות מקרקעי ישראל 2. השמאי הממשלתי הראשי- משרד המשפטים
	נ ג ד
המשיב:	שאול באטה
	ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד מתאריך 25.07.0201 ב-ה"פ 62821-03-17 שניתן ע"י כב' השופט י' קינן
תאריך הישיבה:	ד' בתמוז התשע"ח (17.06.2018)
בשם המערערים:	עו"ד לימור פלד
בשם המשיב:	עו"ד אורי נוה

<u>פסק-דין</u>

<u>המשנה לנשיאה ח' מלצר:</u>

1. בפנינו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד (כב' השופט י' קינר) ב-ה"פ 62821-03-17, במסגרתו נקבע כי השומה, שעל בסיסה יקבע המחיר של עיסקת החכרת מגרשים 9000 ו-9001 בגוש 3831 חלקות 46 ו-94 בבאר יעקב, שהוחלט ע"י המערערת 1 להקצותם למשיב בפטור ממכרז – תחושב, בשים לב למטרת החכירה שהיא לבית אבות סיעודי בלבד, ולא לפי ייעודם של המקרקעין בהתאם לדין התכנוני החל עליהם, המאפשר שימוש בהם גם למטרות של בית אבות רגיל, או דיור מוגן.

אפתח בהצגת הנתונים הרלבנטיים לעניין.

רקע

2. המשיב הוא חוכר לדורות בחכירה מהוונת של מגרש מס׳ 10 בגוש 3831 חלקות 45 ו-94 (להלן: המגרש המקורי) בבאר יעקב, אשר מצוי בבעלותה של המערערת, רשות מקרקעי ישראל (להלן: רמ״י). על המקרקעין נמצא בית אבות סיעודי, אותו הקים המשיב, ואותו הוא מפעיל לצרכי רווח.

3. בשנת 2007 אישרה הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה במחוז מרכז את תכנית מתאר ממ/2/1491 (להלן: תכנית המתאר), החלה על המגרש המקורי וכן על מגרשים נוספים הסמוכים לו. מגרש 9000 (בגודל של כ-1,000 מ״ר) ומגרש 9001 (בגודל של כ-310 מ״ר) (להלן יחדיו: המגרשים). תכנית זו יוזמה על ידי המשיב, בשיתוף עם רמ״י, ושינתה את ייעוד המקרקעין הכלול בתחומה מ-״אזור מלאכה ותעשייה זעירה״ – לייעוד של ״בית אבות״.

4. בשנת 2011 פירסמה רמ״י מכרז להקצאתו של מגרש 9000, אשר בוטל על ידי בית המשפט המחוזי מרכז-לוד בשנת 2013, בעקבות תובענה שהגיש המשיב (ת״א 293-09-11). בית המשפט המחוזי קבע כי יש לאפשר למשיב לפנות לוועדת הפטור של מועצת מקרקעי ישראל (להלן: ועדת הפטור, או הוועדה) בבקשה להקצאת המגרש בפטור ממכרז, שכן מקרקעין אלו וכן מגרש 9001 דרושים לו לצורך הרחבת בית האבות הסיעודי שהוא מפעיל, וזאת כמתחייב ממדיניות חדשה של משרד הבריאות, שהתנתה את המשך ההיתר הקיים בהגדלת השטח. הוועדה, אליה פנה המשיב, דנה בבקשת המשיב והחליטה, בתאריך 29.04.2015, לאשר את הבקשה של המשיב להקצאת מגרש 9000 בפטור ממכרז, וזאת בהתאם להוראת תקנה 25(11) לתקנות חובת המכרזים, התשנ״ג-1993 (להלן: תקנות חובת המכרזים, או התקנות), אשר מאפשרת הקצאת מקרקעין בפטור ממכרז לשם הרחבתו של מפעל קיים. בעשותה כן התבססה הוועדה על שומה שנערכה למגרש, אשר קבעה את שווי השוק שלו בהתאם לתקנה 30(א) לתקנות. כתנאי לאישור העסקה, ובשים לב לכך שתקנת הפטור נועדה לאפשר הקצאת מקרקעין רק לשם הרחבתו של **מפעל קיים**, הורתה הוועדה על הוספת תנאי לחוזה החכירה, אשר יאסור על המשיב לשנות את ייעוד החכירה בתוך שבע שנים ממועד החתימה על חוזה החכירה עם רמ״י (בהגבלה ל-7 שנים בלבד הלכה הוועדה למעשה לקראתו של המשיב). כמו כן אושרה הקצאתו בפטור ממכרז של מגרש 9001 למשיב בהתאם לתקנה 25(10) לתקנות, שעניינה הענקת זכויות בקרקע משלימה, אשר אינה מהווה יחידת בניה עצמאית, לשם השלמת בניה על פי תכנית מאושרת.

5. המשיב חלק על השומות שנערכו לשני המגרשים, והגיש השגות עליהן. במסגרת ההשגות, טען המשיב כי יש לחשב את השומות על בסיס השימוש שייעשה בפועל במקרקעין, כלומר, ייעוד של בית אבות סיעודי, ולא על בסיס הייעוד האפשרי בהתאם

לתכנית המתאר החלה על המגרשים, אשר מתירה גם את הקמתו של בית אבות רגיל, או דיור מוגן שם. החלטה סופית בהשגות לא התקבלה, באשר עמדת שמאי המקרקעין המחוזי, אשר לטיפולו הועבר הענין ע"י השמאי הממשלתי, הייתה כי מדובר בסוגיה משפטית ולא שמאית, שהצדדים לא הגיעו בה להסכמות תוך פרק זמן סביר.

6. נוכח השתלשלות הדברים הנ"ל – המשיב הגיש המרצת פתיחה לבית המשפט המחוזי מרכז הנכבד, בבקשה כי ייקבע כי השומות תערכנה על פי השימוש שייעשה במגרשים בפועל ולא על פי השימוש המותר בהם. כן ביקש המשיב פיצול סעדים כדי שיתאפשר לו להגיש תביעה כספית נפרדת נגד רמ"י בגין הנזקים שהוא טוען שנגרמו לו עקב התנהלות רמ"י.

7. בתאריך 25.07.2017 קיבל בית המשפט קמא הנכבד את המרצת הפתיחה, וקבע כי המחיר שייקבע על ידי השמאי הממשלתי לשם הענקת זכויות החכירה במגרשים למשיב, יהיה שווי השוק שלהם לפי מטרת חכירה של בית אבות סיעודי בלבד. כן קבע בית המשפט כי אם רמ"י תאפשר למשיב בעתיד שינוי במטרות החכירה, יקבע השמאי הממשלתי במסגרת השומה את שווי השינוי העתידי, ויוסיף אותו לשווי האמור. בנוסף, התיר בית המשפט קמא את פיצול הסעדים המבוקש, כך שניתנה למשיב האפשרות להגיש תובענה לסעד כספי, בנפרד מהמרצת הפתיחה, מושא הערעור דנן.

8. בית המשפט המחוזי מרכז הנכבד קבע בהנמקתו כי בעמדת רמ"י, לפיה יש לישום את המגרשים לפי שווי השוק שלהם ללא כל מגבלה כלשהי – אין הגיון כלכלי, באשר היא מצפה מן המשיב לשלם מחיר, אשר אינו מתיישב עם ההגבלות שהטילה עליו רמ"י (להשתמש במגרשים רק למטרה של הפעלת בית אבות סיעודי) ומובילה למסקנה שלא תהיה לכך כדאיות כלכלית. בית המשפט קמא איבחן את המקרה דנן ממה שנדון ב-בג"ץ 6057/00 זוהר נ' שר האוצר, פ"ד נו(3) 569 (2002) (להלן: עניין זוהר), בציינו כי הקביעה שם לפיה השומה אמורה לשקף את **שווי השוק** של הקרקע נעשתה מקום בו "לא עלה כי קיים הבדל בין הזכויות המוענקות לעותרים שם לבין הזכויות המוקנות להם לפי התב"ע" (פיסקה 36 לפסק הדין). מאידך גיסא כאשר הזכויות המוענקות על ידי רמ"י, במסגרת חוזה החכירה, מצומצמות יותר מאלה הקיימות לפי תכנית המתאר – בית המשפט קמא סבר כי את המחיר שעל השמאי לקבוע יש לבסס על הזכויות המצומצמות יותר.

בית המשפט הוסיף וציין כי לתקנות הפטור הרלוונטיות לענייננו טעמים שהגיונם בצידם, וכי מעובדות המקרה דנן עולה הצורך בהרחבת בית האבות, שכן אם לא יעשה כן – הוא ייסגר בהתאם להנחיית משרד הבריאות. תכלית זו, כך קבע בית המשפט, הייתה השיקול המרכזי, אם לא היחיד, שעמד בפני ועדת הפטור לצורך הכרעה עניינית ונטולת

פניות בבקשתו של המשיב. בהקשר זה ציין בית המשפט כי תכלית קיומו של בית האבות הסיעודי גוברת על העיקרון של השאת תועלת כלכלית לציבור ומצדיקה את קביעת השומה במקרה דנן על פי השימוש בפועל. על כן, דחה בית המשפט את טענת רמ"י לפיה המשיב "מרוויח" פעמיים מקביעת שומה כאמור – הן בשל הקצאת המגרשים בפטור ממכרז והן בשל הקצאתם במחיר נמוך ממחיר השוק – וציין כי כל צד תורם את חלקו ומפסיד הפסד מסוים למען המטרה של המשך קיומו של בית האבות הסיעודי: רמ"י מוותרת על המחיר הגבוה יותר שהייתה יכולה לדרוש בעבור המגרשים במסגרת הקצאה מכרזית; ואילו המשיב מוותר על עשיית שימוש במגרשים לפי השימושים המלאים שמתירה תכנית המתאר (לפחות לשבע שנים, שלאחריהן יוכל לבקש את הסכמת רמ"י לשינוי השימוש).

כפועל יוצא מקביעה אחרונה זו – בית המשפט סבר כי ייתכן וכבר כעת יש ליתן לאפשרות להרחיב את מטרת החכירה בעתיד שווי כלכלי כלשהו במסגרת השומה החדשה, שתיערך לפי מה שנקבע בפסק הדין.

9. על פסק דין זה הוגש הערעור שבפנינו ע"י רמ"י וע"י השמאי הממשלתי.

טענות הצדדים

10. המערערים סבורים כי בהתאם לדין הקיים, להחלטות מועצת מקרקעי ישראל ולפסיקת בית משפט זה – שומת המגרשים צריכה לשקף את ערכי השוק של הקרקע, בין היתר, במלוא הפוטנציאל התכנוני המאושר שלה, נוכח הוראות הפטור שבתקנות. עמדתה זו נסמכת על התכליות המצויות בבסיס דיני המכרזים:

(א) שמירה על עקרון השוויון והתחרות ההוגנת.

(ב) שמירה על טוהר המידות, מניעת שחיתות ומשוא פנים.

(ג) השאת התועלת הכלכלית על ידי יעילות וחיסכון בכספי הציבור.

לטעמה של רמ"י, תכליות אלה תקפות גם במקרה בו קיים חריג לכלל לפיו קרקע ציבורית תוקצה שלא באמצעות מכרז. כפועל יוצא מעמדה זו, סבורה רמ"י כי פרשנותו של בית המשפט קמא להוראה הקבועה בתקנה 30(א) לתקנות, שגרסה כי יש להעריך את שווי הקרקע בהתאם לזכויות שהוגדרו בחוזה החכירה, היא שגויה. לשיטתה, הדבר אף סותר את האמור בהחלטת מועצת מקרקעי ישראל מס' 1 משנת 1965, במסגרתה נקבע כי: "ערכה של קרקע עירונית הוא ערכה הריאלי, דהיינו, ערך הקרקע במכירה ממוכר ברצון לקונה ברצון על פי הערכת השמאי הממשלתי" (סעיף ב(3) להחלטה), וכי ניתן לסטות מכלל זה אך ורק במקרים חריגים, בהם נקבע במפורש כי ניתן לעשות כן.

לטענת רמ"י – העניין שלפנינו איננו נמנה על מקרים אלה. זאת ועוד – רמ"י גורסת כי סטייה משומה בהתאם לערכם הריאלי של המגרשים יכולה להיעשות רק באישורו של שר האוצר לפי סעיף 40(ג) לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985 (להלן: חוק יסודות התקציב), אליו מפנה גם תקנה 30(ג) לתקנות. בהקשר זה רמ"י מוסיפה וגורסת כי קביעת בית המשפט קמא הנכבד אף סותרת את ההלכה שנקבעה בעניין זוהר, שכן, לתפיסתה, הלכה זו נסמכה על תכליות דיני המכרזים, ולא על נסיבותיו הספציפיות של המקרה שם. על כן, אף אם הזכויות שאמורות להיות מוקנות במקרה דנן אינן כוללות את כלל הזכויות התכנוניות החלות על המקרקעין, הרי שבהתאם לתכליות הכלליות שבבסיס דיני המכרזים יש לקבוע כי השומה צריכה לשקף את שוויה הריאלי של הקרקע.

עוד נטען כי מסקנה זו עולה בקנה אחד גם עם ההלכה לפיה יש לפרש את התקנות, המאפשרות קבלת פטורים מסוימים מקיום חובת המכרזים בצמצום, שהרי מדובר בחריגים. לפיכך לגישת רמ"י, קבלת פרשנותו של בית המשפט קמא עלולה להוביל לפגיעה בעקרון השוויון ובתכלית של שמירה על טוהר המידות, שכן שומה לפי שווי הזכויות המוקנות בחוזה החכירה "עלולה להוות פרצה מסוכנת לשימוש לרעה בתקנות הפטור ממכרז" (פיסקה 26 לסיכומי רמ"י).

11. רמ"י מוסיפה וטוענת כי בית המשפט קמא שגה עת קבע כי שינוי השומה אינו כפוף להחלטה של ועדת הפטור. לטעמה, החלטת ועדת הפטור התבססה על שומת השמאי, ועל כן שינוי השומה עולה כדי שינוי הנחות היסוד שעמדו בבסיס החלטתה המינהלית של הוועדה, באופן המחייב את החזרת העסקה לבחינה מחודשת בפני הוועדה, שכן קביעת תמורה כה מופחתת מצדיקה עיון מחדש בפטור. בהקשר זה נטען עוד כי אילו ועדת הפטור הייתה מודעת לכך שעלות אישור העסקה תכביד על הקופה הציבורית הרבה יותר ממה שנצפה – יתכן והייתה מתקבלת החלטה אחרת מזו שהתקבלה בדבר אישור העסקה בפטור.

12. לבסוף, רמ"י טוענת כי בניגוד לקביעת בית המשפט קמא, קיים הגיון כלכלי בעמדתה. לגישתה, הגבלת השימוש בקרקע לייעוד הנוכחי נובעת מעצם ההצדקה שנמצאה להקצאתה בפטור ממכרז. בהקשר זה ציינה רמ"י את הערך הכלכלי הטמון בעצם חכירת הקרקע בפטור ממכרז, שכן להשתתפות בהליך המכרז ערך כלכלי המגלם את שווי ההשתתפות והתחרות במכרז – הן לעניין השקעת משאבים בהליך והן לעניין קניית הסיכון להפסד במכרז. עוד טענה רמ"י כי לא היה מקום שוועדת הפטור תתחשב בכדאיות הכלכלית שיש לחוכר בביצוע החכירה, וכי ממילא השיקולים הכלכליים שעמדו בבסיס העסקה לא הוכחו. אשר לקביעת בית המשפט קמא לפיה שני הצדדים מפסידים הפסד מסוים למען הגשמת הפטור ממכרז, עמדת רמ"י היא כי במצב המשפטי שיצר פסק הדין ישנה מפסידה אחת בלבד – הקופה הציבורית.

13. המשיב סבור מנגד, כי יש לדחות את הערעור, תוך שהוא סומך את ידיו על קביעות בית המשפט קמא, אשר לגישתו, מבוססות על אדנים משפטיים איתנים. המשיב סבור כי אין במקרה דנן כל צורך בקבלת אישור של שר האוצר לעסקה, וזאת בהינתן העובדה שאין מדובר בשומה שנקבעה על ידי השמאי הממשלתי, אלא על ידי שמאי מטעמה של רמ"י. המשיב סבור עוד כי בנסיבות המקרה דנן, בהן קיים צורך להרחיב את המוסד הסיעודי שפועל במקום – אין לבכר את עקרון התועלת הכלכלית על פני צורך זה. בהקשר זה נטען גם כי טענות רמ"י בכל הנוגע לתועלת הכלכלית שצומחת למשיב מן הפטור ממכרז הן בגדר הרחבת חזית אסורה, שכן הן כלל לא נטענו בפני בית המשפט קמא.

אשר לטענת רמ"י לפיה ועדת הפטור נסמכה על השמאות בעת קבלת החלטתה, סבור המשיב כי מעיון בנספחי החלטת הוועדה עולה בבירור כי זו לא היתה בפניה, ועל כן דינה להידחות. עמדת המשיב איפוא היא כי לא נפלה טעות משפטית בפסק דינו של בית המשפט קמא, ומשכך אין כל עילה להתערבות ערכאת הערעור בו. לבסוף, מעלה המשיב טענות בדבר התעמרותה של רמ"י בו ובדבר "גרירת רגליים" מטעמה בכל הנוגע לחתימה על חוזי החכירה של המגרשים.

התפתחויות נוספות

14. בתום הדיון שקיימנו בערעור הצענו לצדדים לנסות ולהגיע להסכמות ביניהם, אשר יהיה בהן כדי לייתר את הצורך בהכרעה בו.

הצדדים הודיעונו לאחר זמן כי הדבר לא נסתייע ומשכך הם מבקשים כי בית המשפט יפסוק בערעור. יצוין, כי המשיב ביקש להוסיף עוד טענות בנוגע לשמאות שנערכה על ידי שמאי רמ"י, לאחר פסק הדין, נושא הערעור.
מאחר שמדובר בהתפתחות מאוחרת לפסק הדין ובשים לב לתוצאה בערעור – לא מצאנו כי יש מקום להיענות לבקשה זו (ראו גם פיסקה 20 להלן).

נעבור איפוא עתה לליבון הדברים.

דיון והכרעה

15. אקדים ואומר, כי לשיטתי, הליך הבחינה הפרשני מוביל למסקנה לפיה יש להעדיף את פרשנותה של רמ"י על פני פרשנותו של בית המשפט המחוזי הנכבד ושל המשיב, ולכן יש לקבל את הערעור, בכפוף לאמור בפיסקאות 21-24 שלהלן.

16. תקנה 30 לתקנות חובת המכרזים קובעת כדלקמן:

> "(א) הענקת זכויות במקרקעין בידי המינהל ללא מכרז פומבי, תהיה במחיר שיקבע שמאי ממשלתי.
> (ב) מחיר המקרקעין שיקבע השמאי הממשלתי לצורך התקשרויות לפי תקנה 25(1) ו-(3), יביא בחשבון קיומן של זכויות לגבי המקרקעין.
> (ג) המינהל יהיה רשאי להתקשר במחיר הנמוך מן המחיר שקבע שמאי ממשלתי מנימוקים שיירשמו ובלבד שעל כל החלטה כאמור יחול סעיף 40(ג) לחוק יסודות התקציב, תשמ"ה-1985."

בפנינו עומדת, אם כן, שאלה פרשנית במהותה – מהו ה"מחיר שיקבע שמאי ממשלתי" בגין החכרת נכס – האם מדובר בשווי הריאלי של הנכס בשוק לפי הערכת השמאי, או השווי של הנכס, בהינתן מגבלות השימוש שהוטלו עליו במסגרת חוזה החכירה?

17. מאחר שמדובר בשאלה פרשנית, הרי שבהתאם לדיני הפרשנות הנוהגים בשיטתנו המשפטית, נקודת המוצא למענה על שאלה זו היא בבחינת **לשון** דבר החיקוק. לאחר מכן, ככל שהלשון מאפשרת יותר מחלופה פרשנית אחת, יש לבדוק את תכליתו הסובייקטיבית והאובייקטיבית של דבר החקיקה כדי לבחור את הפרשנות, אשר מגשימה באופן מיטבי תכליות אלה (ראו: ע"א 8622/07 רוטמן נ' מע"צ – החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ, פסקה 34 (14.5.2012) (להלן: עניין רוטמן); רע"א 3106/16 המפרק הקודם לקלרין טבריה חברה לבניין בע"מ (בפירוק) נ' מפרק קלרין טבריה חברה לבניין בע"מ (בפירוק), 7 (30.11.2017)).

18. אשר ללשון התקנה, קריאה של זו מעלה כי היא "סובלת" לכאורה הן את הפרשנות לפיה מחיר הזכויות יקבע לפי שוויו הריאלי של הנכס, והן את הפרשנות לפיה מחיר הזכויות יקבע לפי שוויו של הנכס בהתאם לשימוש המותר מכוח חוזה החכירה. משכך, עלינו להמשיך ולבחון את התכליות העומדות בבסיס תקנה 30 בפרט, ותקנות חובת המכרזים ודיני המכרזים בכללותם.

סוגיה קרובה לשאלה זו נדונה בעבר בעניין זוהר. פרשה זו עסקה בעתירה, אשר הוגשה על ידי נכי צה"ל, שדרגת נכותם העניקה להם את הזכות לרכוש מגרשים באזור תל אביב-יפו בפטור ממכרז על פי התקנות. אחת מטענות העותרים שם הייתה, כי יש לפרש את התיבה: "מחיר" שבתקנה 30(א) לתקנות כמחיר מינימום, ולא כמחיר המשקף את שוויה של הקרקע. בית משפט זה קבע באופן חד משמעי כי לפרשנות זו "אין אחיזה בתקנה הקובעת שהמחיר ייקבע על ידי שמאי, ואינה מחייבת אותו לקבוע מחיר מינימום. בענין זה מקובלת עלי עמדת המשיבים, לפיה על המחיר שקובע השמאי הממשלתי **לשקף את**

הערכת שוויה של הקרקע, שכן זוהי משמעותה של שומה" (פיסקה 4 לפסק הדין בעניין זוהר).

העולה ממה שנקבע בעניין זוהר הוא, כי תכליתה של תקנה 30 היא לקבוע שיטה להערכת שוויה של הקרקע. דא עקא, אין בקביעה זו כשלעצמה כדי לפתור את הקושיה שניצבת בפנינו, שכן שתי הגישות הפרשניות שתוארו בפנינו – זו של רמ"י וזו של המשיב – עוסקות בהערכת שוויה של הקרקע, אך עושות כן באופן שונה. אנו נדרשים, לפיכך להוסיף ולהתחקות אחר תכליות התקנות ודיני המכרזים בכללותם. בענייננו, תקנה 30 חלה אך ורק על הקצאת מקרקעין בפטור ממכרז, כך שדומה שתכליתה הסובייקטיבית הייתה לקבוע את הדרך החלופית לקביעת מחיר העסקה במקרה של פטור ממכרז.

עיון ב"תולדות" תקנה 30 מלמד שתחילה היא איפשרה התקשרות שנעשית בפטור ממכרז על פי תקנות 25(4), (5), (6), (8), (20), (21) ו-(23) עד (25) לתקנות להתבצע במחיר נמוך מן המחיר שקבע השמאי הממשלתי, וזאת מנימוקים שיירשמו ובאישור של שר האוצר להחלטות מועצת מקרקעי ישראל.

הוראה זו **לא** חלה על הפטורים שבתקנה 25(11) ובתקנה 25(10) לתקנות, אשר מכוחן קיבל המשיב את הפטור כאן, והמורות כדלקמן:

> "25. נוסף על האמור בתקנה 3, התקשרות של מינהל מקרקעי ישראל (להלן – המינהל) לביצוע עיסקה במקרקעין של המדינה, רשות הפיתוח או קרן קיימת לישראל, אינה טעונה מכרז כאשר נושא ההתקשרות הוא אחד מאלה:
>
> (10) הענקת זכויות בקרקע משלימה כמשמעותה בסעיף 70 לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965, ששטחה אינו עולה על חצי דונם ואשר על-פי תכנית כמשמעותה בחוק האמור, אינה מהווה יחידת בניה עצמאית, ובלבד שההתקשרות נעשית עם בעל זכויות בקרקע גובלת אשר הקרקע האמורה דרושה לו לשם השלמת יחידת הבניה שלו על פי אותה תכנית;
>
> (11) הענקת זכויות במקרקעין גובלים למפעל קיים לצורך הרחבת המפעל, הכל בהתאם להמלצה מנומקת של המשרד האחראי לתחום פעילותו של המפעל; הענקת זכויות כאמור בשטח העולה על חמישים אחוזים משטח המפעל – טעונה אישור ועדת הפטור של מועצת מקרקעי ישראל;".

יתר על כן, בשנת 1998 (בק"ת תשנ"ח מס' 5917 מתאריך 13.08.1998 עמ' 1106) נערך תיקון בתקנה 30 (בין השאר בעקבות הערות בית משפט זה ב-ע"א 1445/95 עירית אילת נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מט(3), 749 (1995)), ובוטלה האפשרות לסטות

מן המחיר שקבע השמאי הממשלתי אף לגבי התקנות הבודדות שנכללו בתקנה 30 ואוזכרו לעיל – מה שמוכיח כי מאז ואילך כל הפחתה מהמחיר שקבע השמאי הממשלתי– מותנית בשניים:

(א) העלאה על הכתב של הנימוקים המצדיקים זאת.

(ב) קבלת היתר של שר האוצר לכך מכוח סעיף 40(ג) לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985.

(ראו: תקנה 30 (ג) לתקנות חובת מכרזים).

19. אשר לתכלית האובייקטיבית, אציין כי התייחסות אליה לא נפקדה מעניין זוהר, בו נקבע בהקשר זה (בפיסקה 4 לפסק הדין) כדלקמן:

> "למכרז ציבורי שתי תכליות מרכזיות: האחת, להגשים את עקרון השוויון, על ידי מתן הזדמנות שווה לכל המציעים. השניה, להביא תועלת כלכלית על ידי יעילות וחסכון בכספי הציבור. [...] מקום בו ניתן פטור ממכרז – כבמקרה שבפנינו – לא מוגשם עקרון השוויון במלואו, שכן הקרקע ניתנת לפרט אחד, מבלי שהאחר יכול לזכות בה בתנאים שווים. סטייה זו מעקרון השוויון נמצאה על ידי מתקין התקנות כמוצדקת, לשם הקלה על נכי צה"ל קשים. זאת ועוד: הענקת הפטור לנכי צה"ל קשים נמצאה מוצדקת למרות שבעצם מתן הפטור יש משום פגיעה בשיקולי היעילות הכלכלית שעה שהמחיר לא נקבע על ידי תחרות חופשית. אולם, נוכח התכליות הכלליות המונחות ביסוד חובת המכרזים של הרשות הציבורית, הרי שבאותם מקרים בהם ניתן פטור מן המכרז, מן הראוי הוא לפרש את הפטור בצורה שתעלה בקנה אחד – ככל האפשר – עם התכליות הכלליות שביסוד חובת המכרזים. הפירוש שמציעים העותרים לתקנה 30(א) – ולפיו השומה שתיקבע צריכה להיות מחיר מינימום דווקא – אינו עולה בקנה אחד עם התכלית הכללית שעניינה קידום היעילות והחסכון בכספי הרשות הציבורית. גם מטעם זה מקובלת עלי עמדת המשיבים לפיה המחיר שיקבע השמאי צריך לשקף את הערכת שוויה של הקרקע. יחד עם זאת, מוסמך המינהל להפחית ממחיר זה וליתן הנחה במחיר הקרקע, באישורו של שר האוצר" [ההדגשות שלי – ח.מ.].

העולה מהאמור לעיל הוא, כי התכלית האובייקטיבית של ההסדר שנקבע בתקנות היא להגשים את עקרון השוויון בנושא המחיר, ובאותה העת להביא תועלת כלכלית על ידי השגת יעילות וחסכון בכספי הציבור. על שתי תכליות אלה יש להוסיף תכלית נוספת, המתמקדת בשמירה על טוהר המידות ומניעת שחיתות (ראו: ד"ר עומר דקל מכרזים כרך ראשון 93 (2004) (להלן: דקל מכרזים); ד"ר עומר דקל, מטרות המכרז: השוויון אינו העיקר, ספר זמיר, עמ' 441, 455-460; (2005; להלן: דקל מטרות המכרז). אכן, כפי שצוין בעניין זוהר, בעצם הענקת פטור מקיום חובת המכרז טמונה כבר פגיעה בהגשמת עקרון

השוויון, אך אין בכך כדי לחייב פגיעה נוספת ביתר התכליות, העומדות בבסיס דיני המכרזים, ובהתנהלות הנדרשת מהרשות המבצעת כבעלת נכסים.

20. בחינת התכליות האובייקטיביות האמורות מעלה על כן כי גם אלו תומכות בפרשנות רמ"י, וזאת בשל מספר טעמים:

ראשית, פרשנות זו מגשימה באופן מיטבי את התכלית של הבאת תועלת כלכלית, וחסכון בכספי הציבור. כפי שציינה רמ"י, משמעות קבלת עמדת המשיב היא כי לחוסר היעילות הכלכלי האינהרנטי הטמון בהקצאה בפטור ממכרז יצטרף נזק כלכלי נוסף, שיבוא לידי ביטוי בפער הקיים בין התמורה שתתקבל מחכירת הנכס על פי שווי השימוש המותר בחוזה החכירה לבין התמורה שהייתה מתקבלת מחכירתו על פי שוויו הריאלי בשוק החופשי לאחר מכרז. כחלק מתפקידה של רמ"י כנאמן הציבור על מקרקעי המדינה, היא מחויבת להימנע ממתן טובות הנאה בלתי מוצדקות במקרקעין (ראו: בג"ץ 442/12 האגודה לצדק חלוקתי בע"מ נ' מועצת מקרקעי ישראל, פיסקה 48 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן (26.08.2012)) וכן עליה לשקול במסגרת שיקוליה גם "שיקולים תקציביים-כלכליים, היבטים של יעילות ומטרות חברתיות" (בג"ץ 9831/16 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' רשות מקרקעי ישראל, פיסקה 61 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז (16.10.2018)). אני סבור כי בנסיבות העניין, משניתן להבחין בין ההטבה שניתנה למשיב בדמות הקצאת המגרשים בפטור ממכרז לבין הטבה עודפת נוספת, אשר עניינה קביעת ערך המגרשים שלא על בסיס שווי השוק שלהם – אין בנמצא הצדקה למתן ההטבה הנוספת, במיוחד על רקע הכלל לפיו יש לפרש באופן דווקני ומצמצם הוראות העוסקות בפטור ממכרז (עיינו: בג"ץ 4672/90 אריאל הנדסת חשמל רמזורים ובקרה בע"מ נ' עיריית חיפה, פ"ד מו(3), 267 (1992); עע"ם 6145/12 עיריית נצרת עילית נ' הרטמן, פסקה ל"ו לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין (13.01.2013); דקל מכרזים, עמ' 219).

שנית, יש לזכור כי במסגרת החלטות מועצת מקרקעי ישראל קיימת התייחסות ספציפית לסוגיית קביעת שווי קרקע עירונית. כפי שציינה רמ"י, סעיף ב(3) להחלטה מס' 1 של מועצת מקרקעי ישראל משנת 1965 הגדיר ערך זה כ"ערכה הריאלי, דהיינו, ערך הקרקע במכירה ממוכר ברצון לקונה ברצון על פי הערכת השמאי הממשלתי". יצוין, כי בתאריך 10.10.2018 קיבלה מועצת מקרקעי ישראל את החלטה מס' 1565, שעניינה: "הקצאת קרקע, היוון וחידוש יובל חכירה במקרקעין במגזר העירוני – מגורים, תעסוקה, מוסדות ציבור", ואף מכוחה של החלטה זו יש לקבוע את שווי זכויות החכירה כנגזרת משווי זכות הבעלות (החלטה זו הוחלפה בינתיים במסגרת קובץ החלטות מועצת מקרקעי ישראל, שנכנס לתוקף בתאריך 04.04.2019).

שתי הגדרות אלו תומכות אף הן בהעדפת פרשנות רמ"י על פני פרשנות המשיב.

שלישית, מקובלת עלי עמדת רמ"י לפיה מגבלת הייעוד שנקבעה בחוזה החכירה עבור המגרשים היא תולדה ישירה של עצם זכאותו של המשיב להקצאתם בפטור ממכרז, זאת מאחר שאילולא השימוש ה"מגביל" הקיים בשטח, המבוטא באופיו של המוסד הסיעודי שהקים המשיב – כלל לא היה ניתן להקצות את המגרשים למשיב בפטור ממכרז. במובן זה, חוזה החכירה רק משקף את הייעוד, אשר לשמו אושרה הקצאת המקרקעין בפטור ממכרז, כחריג לעקרון לפיו הקצאה כאמור תעשה במכרז פומבי.

רביעית, דחיית עמדתה של רמ"י עלולה ליצור במקרים מסוימים הזדמנויות למניפולציות במחיר אגב הפטור, והדבר יכול להביא לפגיעה בטוהר המידות (עיינו: דקל מטרות מכרז, שם בעמ' 455-460, והאסמכתאות הנזכרות שם).

21. לסיכום סוגיה זו – בחינת פרשנות תקנה 30 לתקנות חובת המכרזים מעלה, כי הגם שלשון התקנה "סובלת" כאמור את שתי הפרשנויות שהציגו הצדדים לפנינו, הרי שבדיקת התכליות שעומדות ביסוד התקנה מעלה כי יש לבכר את הפרשנות לפיה קביעת "המחיר" על ידי השמאי הממשלתי לשם הענקת זכויות במקרקעין ללא מכרז יעשה בהתאם לשוויים בשוק, מבלי להתייחס בנסיבות שלפנינו להגבלות המוטלות על השימוש במקרקעין בשל הקצאתם בפטור ממכרז. ממסקנה זו נובעת תובנה נוספת והיא – כי הקצאת המגרשים למשיב במחיר הנמוך מזה שנקבע על ידי השמאי הממשלתי אפשרית אך ורק באישורו של שר האוצר, וזאת בהתאם להוראת סעיף 40(ג) לחוק יסודות התקציב, הקובע כאמור כדלקמן:

> "40(ג) החלטות של מועצת מקרקעי ישראל בדבר הדרך והשיטה לקביעת דמי חכירה או בדבר מועדי תשלום דמי חכירה, שבביצוען כרוכות הפחתה של דמי החכירה או דחיית מועדי תשלומם, וכתוצאה מכך הפחתה של הכנסות המדינה לכל תקופה שהיא, טעונות אישור שר האוצר; [...]" [ההדגשות אינן במקור – ח.מ.].

לכך אוסיף שתי הערות:

(א) תקנה כלשהי מתקנות חובת המכרזים – איננה יכולה לפטור מהוראת סעיף 40(ג) לחוק יסודות התקציב ומהצורך באישור שר האוצר, שכן סעיף 16(4) לפקודת הפרשנות (נוסח חדש) קובע כדלקמן:

> "לא תהא תקנה סותרת הוראותיו של כל חוק".

מכאן שהחלטות מועצת מקרקעי ישראל, שנזכרו בפיסקה 20 שלעיל, מחייבות לענייננו ואין לחרוג מהן – ללא אישורו של שר האוצר.

(ב) טענת המשיב כי השמאות שנעשתה פה לא הוכנה ע"י השמאי הממשלתי, מתעלמת מהוראת סעיף 4יז לחוק רשות מקרקעי ישראל, התש"ך-1960 המאפשרת עריכת שומה ע"י השמאי הממשלתי הראשי, או ע"י שמאי מקרקעין מטעמו (ראו: הגדרת "שומה פרטנית" שם). עם זאת הזכות בידי הצדדים לפנות עתה מחדש לשמאי הממשלתי הראשי כדי שישום את הנכסים הרלבנטיים על פי העקרונות שהותוו בפסק דין זה, וזאת לאחר שבעבר שמאי המקרקעין המחוזי (שפעל מטעמו של השמאי הממשלתי הראשי) סגר את התיק, כאמור בפיסקה 5 שלעיל.

לאחר הדברים האלה

22. ביני לביני הונחה בפני חוות דעתו של חברי, השופט י' אלרון, ואינני יכול להסכים לתוצאה המוצעת על ידו ולנימוקיו, ואבאר את עיקרי טעמי לכך:

א) האבחנה בין מה שחברי קורא כשלי שוק לבין מה שהוא מכנה כשלים של השוק אפשרית, אף כי ההפניה בחוות דעתו לספרו של Amos Witztum מלמדת שנעשה בה שימוש בתחומים אחרים (תעסוקה למשל). מעבר לכך, קביעתו של חברי כי במצבים בהם מדובר בכשלים של השוק (כמו למשל, ברצון ממשלתי לעודד פיתוח של יזמות עסקית מסוימת) יש להעניק גם פטור ממכרז וגם הפחתה ממחיר הקרקע – לא רק שהיא מבטאת הטבה כפולה (כאשר רק לפטור ממכרז יש הצדקה לשיטתי), אלא שהיא עומדת בניגוד לרוב התכליות שביסוד דיני המכרזים ובבסיס ההתנהלות הנדרשת מהרשות כבעלת נכסים.

הפטור ממכרז ניתן לקבלו, אף שהוא חורג מדרישת השוויון, וההצדקה לכך דומה לחלק מההצדקות שניתנו להעדפה מתקנת (ראו: בג"צ 528/88 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מ"ג (4), 297, 299 (1989); בג"צ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל פ"ד מ"ח (5)541, 516-521 (1994), ועיינו: דקל מטרות המכרז, עמ' 464-475).

ההפחתה במחיר לוקה, לעומת זאת, בשניים:

(1) היא איננה יעילה מבחינה כלכלית, והיא גורעת מהתכלית של השאת התועלת לרשות בעלת המקרקעין.

(2) יש בה משום פירצה העלולה להביא לפגיעה בטוהר המידות והיא מחריפה את מה שקרוי: "בעיית הנציג" (עיינו: דקל, מטרות המכרז, עמ' 455-464).

ב) כאשר ועדת המשנה של ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת דנה בתקנות חובת המכרזים – היו"ר של ועדת המשנה, חה"כ א' פורז, הבהיר כי אפילו ינתן פטור, מחיר המקרקעין צריך להיקבע על פי הערכת שמאי למחיר השוק, וכי על הרשות המוכרת לפעול לפי שומת השמאי (ראו: ישיבת ועדת המשנה מתאריך 10.01.1993, עמ' 63).

ג) הפטור ממכרז אמור לפתור כאן שתי הטיות אפשריות:

(1) הטיה של משתתף במכרז (מתחרה עסקי למשל), שרוצה להרע לבעל המיזם העסקי, הנדרש לתוספת של מקרקעין (על כך עמד חברי בחוות דעתו, ועיינו: עע"מ 8412/07 חברת מלון ומלון סוויטות אפ.אס.אר בירושלים בע"מ נ' שימי הורן, בפיסקה 33 (04.03.2009)).

(2) בעל המיזם העסקי, שיש לו מידע עודף על מתחריו במכרז – מה שצפוי לגרום לחוסר סימטריה בין המציעים (נושא זה לא נזכר בחוות דעתו של חברי). להרחבה עיינו: עומר דקל "מהו המכרז האופטימלי: המכרז כמשחק" משפטים ל', 637 (2000); להלן דקל, המכרז כמשחק); (להרחבה ראו:; P. McAfee & J. McMillan "Auctions and Bidding" 25 J. ECON. LITERATURE 699 (1987) (להלן: MCAFEE & MCMILLAN); E. Maskin & J. Riley "Asymmetric Auctions" 67 R. ECON STUDIES 413 (2000); עיינו גם: K. Hendricks, R. Porter & R. Spady "Random Reservation Prices and Bidding Behavior in OCS Drainage Auctions" 32 J. L. & ECON. S83 (1989) (שם נותחו, בין היתר, ההבדלים בין מציעים בעלי זיכיונות קידוח באזורים הסמוכים לאלה שעמדו למכרז, לבין מציעים חדשים שלא נהנו מידע קודם).

במקרים שכאלה – בהם הנחת הסימטריה הנדרשת בין המציעים-שבכח איננה מתקיימת, יש לבחור בשיטה אחרת לקביעת השווי (ראו: דקל, המכרז כמשחק, שם; MCAFEE & MCMILLAN, שם), **ואצלנו המחוקק ומחוקק המשנה עשו את הבחירה ונתנו את הבכורה להערכת השמאי** (עם אפשרות לסטות הימנה, באישור של שר האוצר).

23. הנה כי כן, כנגד שיטת ההערכה אותה הציע בית המשפט המחוזי הנכבד ואותה היה מוכן לאמץ אף חברי, השופט י' אלרון, דומה עלי שהגישה העדיפה, המתיישבת הן עם לשון החיקוקים הרלבנטיים והן עם תכליות דיני המכרזים וההתנהלות הנדרשת מהרשות כבעלת נכסים, גורסת כי יש לפעול על פי הערכת שמאי לשווי המקרקעין על פי ייעודם בהתאם לדין התכנוני התקף החל עליהם, ולא על פי השימוש המוגבל יותר שהותר

בהם (זמנית). עם זאת, בעתיד (בעת שיתבקש שינוי השימוש) ניתן יהיה להתחשב בתשלום הגבוה יותר, אשר נדרש כאן מהמשתמש, שהרי השומה לקחה כבר בחשבון את הייעודים הנוספים. בדרך זו תמוזער גם "בעיית הנציג" והחסרונות והסכנות הנלוות להנחה מיידית במחיר.

24. זאת ועוד – אחרת. בענייננו לא הוגשה כל בקשה להפחתה של דמי החכירה עבור המגרשים, מושא הערעור, וממילא לא התקבלה כל החלטה בבקשה כאמור ע"י שר האוצר. ברי איפוא כי ככל שבקשה כזו תוגש בעתיד, יהיה מקום לבחון אותה תוך מתן משקל ראוי לכלל השיקולים הצריכים לעניין ולטענות המשיב, כפי שיובאו במסגרת הבקשה.

25. סיכומם של דברים, אני סבור כי דין הערעור להתקבל, בכפוף לאמור בפיסקאות 21-24 שלעיל, וראוי שהמכלול יובא להערכה מחדש בפני השמאי הממשלתי, שיפעל לפי העקרונות שהותוו בחוות דעתי זו.

26. כפועל יוצא מהאמור לעיל – המשיב נדרש אף להחזיר למערערים את הכספים ששולמו לו כהחזר אגרה וכשכר טרחה על ידי רמ"י בהתאם לפסק דינו של בית המשפט המחוזי הנכבד, ככל שאלה הועברו אליו. עוד אציע כי המשיב יישא בהוצאות המערערים בסכום כולל של 20,000 ש"ח.

המשנה לנשיאה

<u>השופט ג' קרא:</u>

אני מסכים.

ש ו פ ט

<u>השופט י' אלרון:</u>

1. קראתי את חוות דעתו המקיפה של חברי המשנה לנשיאה ח' מלצר, ודעתי שונה.

2. הסוגיה המרכזית שבמוקד הערעור שלפנינו היא זו:

האם במקרה שבו הוענקו זכויות מוגבלות במקרקעין ללא מכרז פומבי יש לאמוד את שווי הזכויות שהוקצו בפועל במקרקעין? או שמא יש לאמוד את מלוא שווי הזכויות במקרקעין שניתן היה להציע אילו הקרקע הייתה מוצעת במכרז פומבי, ללא אותן מגבלות?

כפי שארחיב להלן, לדידי יש לקבוע את מחיר הזכויות במקרקעין בהתאם לזכויות שהוענקו בפועל ללא מכרז פומבי. זאת, הן לאור לשון תקנות חובת המכרזים, התשנ"ג–1993 (להלן: התקנות), והן לאור תכליותיהם.

משכך, ובניגוד לחברי, אני סבור כי דין הערעור שלפנינו להידחות.

3. האופן שבו יש לקבוע את מחירן של זכויות במקרקעין שהוענקו ללא מכרז פומבי קבוע בתקנה 30(א) לתקנות:

> "הענקת זכויות במקרקעין בידי המינהל ללא מכרז פומבי, תהיה במחיר שיקבע שמאי ממשלתי" (ההדגשה הוספה – י' א').

חברי המשנה לנשיאה סבור כי לשון תקנה 30(א) "סובלת" הן את הפרשנות שלפיה יש לאמוד את מחיר הזכויות במקרקעין לפי שווי הזכויות שהוקצו בפועל והן לפי שווי מלוא הזכויות במקרקעין. אולם הוא סבור כי תכלית התקנות תומכת בפרשנות השנייה – ועל כן יש לקבל את הערעור ולקבוע את מחיר הזכויות שהוענקו ללא מכרז על בסיס מלוא הזכויות במקרקעין שניתן היה להקצות במכרז.

4. אין בידי להסכים כאמור לגישה זו.

ראשית, אני סבור כי לשון תקנה 30(א) אינה מעוררת שאלה פרשנית של ממש. התקנה מתייחסת לאופן קביעת מחיר של "הענקת זכויות במקרקעין" ללא מכרז, ועל כן השמאי הממשלתי נדרש לשום את הזכויות שהוענקו בלבד – ולא זכויות שניתן היה להציע במכרז.

לטעמי, קביעה שלפיה על השמאי הממשלתי לקבוע את מחיר זכויות אלו תוך בחינת שווי מלוא הזכויות במקרקעין שניתן היה להציע במכרז אינה משתמעת כלל מלשון תקנה 30(א), ואף עלולה להוביל לתוצאות שאינן מתקבלות על הדעת. כך, למשל, ברי כי כאשר מוענקות זכויות חכירה במקרקעין לתקופת זמן מוגבלת, לא ניתן לשום את שוויין על בסיס שווי הבעלות במקרקעין.

5. שנית, אני סבור כי תכלית ההסדר המאפשר הענקת זכויות במקרקעין בפטור ממכרז תומכת אף היא בפרשנות שלפיה על השמאי הממשלתי לאמוד את שווי זכויות המקרקעין על בסיס שוויין של הזכויות שהוענקו בפועל.

כידוע, הכלל הוא שהקצאת זכויות במקרקעין על ידי רשות מקרקעי ישראל תיעשה במכרז (סעיף 2(א) לחוק חובת המכרזים, התשנ"ב–1992 (להלן: חוק חובת מכרזים). ראו למשל עע"ם 8412/07 חברת מלון ומלון סוויטות אפ.אס.אר. בירושלים בע"מ נ' הורן, פסקה 32 (4.3.2009) (להלן: עניין חברת מלון)). אולם המחוקק הכיר בכך כי שיקולים כלכליים, חברתיים ופוליטיים שונים עשויים להצדיק פטור מחובת המכרז, והסמיך את שר האוצר לקבוע בתקנות, כפוף לאישור ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, מקרים שבהם יוענק הפטור (סעיף 4 לחוק חובת מכרזים. ראו גם עניין חברת מלון, בפסקה 31).

בהתאם לכך, נקבעה בתקנות רשימה ארוכה של מקרים שבהם ניתן להעניק פטור ממכרז לצורך קידום תכליות חברתיות שונות ותכליות נוספות (לדיון ראו למשל עומר דקל מכרזים א 217 (2004)).

6. במקרה דנן, ועדת הפטור של מועצת מקרקעי ישראל קבעה כי על שני המגרשים שהמשיב ביקש חלים פטורים המצדיקים את הענקתם ללא מכרז פומבי.

על מגרש אחד נקבע כי מתקיימים תנאי תקנה 25(10) לתקנות, הקובעת כי ניתן במקרים מסוימים להעניק קרקע ללא מכרז למי שמחזיק בזכויות בקרקע גובלת "ששטחה אינו עולה על חצי דונם ואשר ... אינה מהווה יחידת בניה עצמאית" אם "הקרקע האמורה דרושה לו לשם השלמת יחידת הבניה שלו".

בהתייחס למגרש האחר נקבע כי חלים תנאי תקנה 25(11) לתקנות, הקובעת שניתן במקרים מסוימים להעניק מקרקעין ללא מכרז במקרקעין גובלים ל"מפעל" קיים לצורך הרחבתו, וזאת "בהתאם להמלצה מנומקת של המשרד האחראי לתחום פעילותו של המפעל". בענייננו ה"מפעל" הוא בית אבות סיעודי שהמשיב מפעיל.

מאחר שהפטור נועד לאפשר את הרחבת בית האבות הסיעודי הקיים, הוסיפה ועדת הפטור וקבעה כי בחוזה החכירה ייקבע כי ייעוד המקרקעין יוגבל לבית אבות סיעודי לתקופה של 7 שנים.

7. שני סוגי טעמים מרכזיים עשויים להצדיק פטור ממכרז על מקרקעין הנחוצים להרחבת מפעל קיים, הסמוכים לאותו מפעל (לדיון בהצדקות למתן הפטור ראו פרוטוקול ישיבה מספר 70 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-13 (10.5.1993)):

סוג הטעמים הראשון עניינו בכשלי שוק העלולים להביא לכך שדווקא מכרז פומבי בתנאי תחרות יביא לתוצאה שאינה יעילה. כך, למשל, ישנו חשש מסוים שהצעת מקרקעין הגובלים למפעל קיים תאפשר לצדדים שלישיים המעוניינים במניעת התרחבותו, לפעול באמצעות המכרז כדי להעלות את שווי הקרקע באופן מלאכותי ולגרום נזק כלכלי לבעל המפעל (עניין חברת מלון, בפסקה 33. ראו כדוגמה אפשרית את עע"ם 3499/08 רון עבודות עפר ייזום ופיתוח מ.א. בע"מ נ' ועדת המכרזים – עיריית עפולה, פסקאות 19–20 (18.1.2009)).

סוג הטעמים השני עניינו בכשלים של השוק, כלומר מקרים שבהם הצעת הקרקע במכרז בדרך של שוק חופשי תביא לתוצאה היעילה מבחינה כלכלית – אולם קיימים שיקולים חברתיים או ערכיים אחרים המצדיקים תמיכה במפעל הקיים (עומר דקל חובת המכרז של גופים מינהליים 239–243 (2001). השוו לבג"ץ 11088/05 הייב נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד סד(1) 453, 463–464 (2010). על ההבחנה בין כשלי שוק לכשלים של השוק ראו AMOS WITZTUM, THE BETRAYAL OF LIBERAL ECONOMICS 164 (n.48 (2019)).

כך, למשל, במקרים מסוימים ייתכן שיש צורך בתמיכתה של המדינה בקיומו – ואף בהרחבתו – של מפעל בשל צרכים חברתיים שונים, גם אם המשמעות היא שהמקרקעין ישמשו למטרה שאינה היעילה ביותר מבחינה כלכלית.

אף יהא מי שיטען כי לשם כך הכפיף מחוקק המשנה את האפשרות להעניק מקרקעין ללא מכרז למפעל לצורך התרחבותו, בכך שתוגש "המלצה מנומקת של המשרד האחראי לתחום פעילותו של המפעל" (תקנה 25(11) לתקנות), אשר תציג טעם לחרוג מההסדר הרגיל של הצעת המקרקעין במכרז בתנאי שוק ולהענקת הזכויות בהם לבעל המפעל.

8. להבדלים שבין שני סוגי טעמים אלו נפקויות הן באשר לאופי הזכויות שיוענקו למפעל הקיים במקרקעין הסמוכים, הן באשר לאופן שבו יש לקבוע את המחיר של הזכויות במקרקעין שהוענקו ללא מכרז.

אם הטעם להענקת הפטור נובע בעיקרו משיקולים כלכליים ומרצון להגיע לתוצאה היעילה ביותר, הרי שעל פני הדברים אין מקום להגביל את הזכויות המוענקות

ללא מכרז ביחס לאלו שניתן היה להציע במכרז. זאת, שהרי ככלל השימוש היעיל ביותר בקרקע יהיה זה שבעל המפעל יבחר בו בהתאם למבנה העלויות שלו – ואין מקום להתערב בשיקוליו. כמו כן, בהתאם להיגיון זה יש לשאוף לכך שמחיר המקרקעין שיידרש מבעל המפעל ישקף את שווי השוק של מלוא הזכויות שניתן היה להציע במכרז.

מנגד, אם הטעם העיקרי לפטור הוא לאפשר תמיכה במפעלים קיימים, בין היתר בשל צרכים חברתיים שונים, הרי שיש מקום להגביל את השימוש במקרקעין כך שיהלום את אותם צרכים. בהתאם לכך אף יש מקום לקבוע כי מחיר המקרקעין יותאם לאותו ייעוד מוגבל. קביעת מחיר המשקף זכויות שלא הוענקו בפועל לבעל המפעל עלולה למנוע ממנו לרכוש את המקרקעין, כיוון שהדבר כבר לא יהיה כדאי עבורו – ובכך לסכל את מטרת הפטור מהמכרז. כמו כן, אם קיים אינטרס ציבורי בקיום המפעל המצדיק את מתן הפטור מהמכרז, ספק אם ראוי "לגלגל" את עלות הצורך החברתי, על כל היבטיו, בהמשך קיומו של המפעל דווקא על בעל המפעל.

נמצאנו למדים כי בשני המקרים המחיר שנקבע לפי תקנה 30(א) לתקנות הוא מחיר הזכויות שהוקצו בפועל: אם משיקולי יעילות הוקצו הזכויות כולן, המחיר ישקף את ערכן; ואילו אם משיקולים חברתיים הוקצו זכויות מוגבלות, יוקצה להן מחיר "מוגבל". תכלית התקנות תומכת, אפוא, בעמדה זו.

9. בהתאם לכך, אני סבור כי לא נפל פגם בקביעת בית המשפט המחוזי שלפיה יש לקבוע את מחיר הזכויות שהוענקו למשיב בהתאם לזכויות שהוענקו לו בפועל. זאת, אף בלי לקבוע מסמרות באשר לתכלית הפטור הקבוע בתקנה 25(11) לתקנות.

אם מטרת הפטור היא למנוע כשלי שוק וסחטנות, היקף הזכויות שהוענקו ללא פטור, אמור להיות דומה לזה שהיה מוצע במכרז. משכך, אין מקום לקבוע את מחיר הזכויות שהוענקו למשיב בהתאם לערכן של זכויות נוספות במקרקעין שלא הוענקו לו; אלא יש לקבוע את המחיר בהתאם לזכויות שהוענקו לו בפועל.

כמו כן, אם מטרת הפטור היא להבטיח את קיומו של בית האבות הסיעודי הקיים – ולנוכח המלצת משרד הבריאות אשר קבע שאם בית האבות לא יורחב יהיה עליו להיסגר – הרי שיש טעם של ממש בהגבלת ייעוד המקרקעין לבית אבות סיעודי בלבד. אולם, כך גם יש טעם של ממש להתאים את מחיר הזכויות במקרקעין שישקף מגבלה זו בייעוד המקרקעין.

10. יוצא אפוא כי, בין כך ובין כך, ראוי לקבוע את מחיר הזכויות במקרקעין בהתאם לשווי הזכויות שהוענקו בפועל למשיב. זאת, כפי שקבע בית המשפט המחוזי.

אשר על כן, לו תישמע דעתי נדחה את הערעור.

ש ו פ ט

הוחלט בדעת רוב כאמור בפסק דינו של המשנה לנשיאה ח׳ מלצר **בהסכמת השופט** ג׳ קרא, **בניגוד לדעתו החולקת של השופט** י׳ אלרון.

ניתן היום, כ׳ בתמוז התש״ף (12.07.2020).

המשנה לנשיאה **ש ו פ ט** **ש ו פ ט**