

אילן בומבך, משרד עורכי דין
ILAN BOMBACH, LAW OFFICE

ILAN BOMBACH, ADVOCATE, LL.B., LL.M.
YARIV RONEN, ADVOCATE, LL.B, LL.M.
MIRI BOMBACH, ADVOCATE, LL.B., M.A.
SHMULIK SAPIR, ADVOCATE, LL.B.
Yael BEN MOSHE-BOUCH, ADVOCATE, LL.B
HADAS ORBACH-KETER, ADVOCATE, LL.B
ROI MEGIDDO, ADVOCATE, LL.B, B.A
JONATHAN DANIEL HOFFMAN, ADVOCATE, LL.B
MICHAL SCHOR, ADVOCATE, LL.B., LL.M.
OFER ZUCK, ADVOCATE, LL.B.

אילן בומבך, עורך דין
יריב רונן, עורך דין
מירי בומבך, עורכת דין
שמוליק ספיר, עורך דין
יעל בן משה-בוך, עורכת דין
הדס אורבך-כתר, עורכת דין
רועי מגידו, עורך דין
יונתן דניאל הופמן, עורך דין
מיכל שור, עורכת דין
עופר זוק, עורך דין

Amot Investments Tower, 14th Fl.
2 Weizmann St. Tel-Aviv 64239

טל': 03-6932090
פקס': 03-6932091

מגדל אמות השקעות, קומה 14
רחוב ויצמן 2, תל-אביב 64239

דוא"ל: ilan@bombachlaw.co.il

י"ח שבט, תשס"ט
12 פברואר, 2009

מבלי לפגוע בזכויות

בפקס': 02-6285438

לכבוד
פרופ' דניאל פרידמן
שר המשפטים
צאלח-א-דין 29
ירושלים

נכבדי,

**הנדון: בקשה להימנע מקביעת רשימה של שמאים מכריעים בהתאם לסעיף 202ג'
לחוק התכנון והבניה**

בשם מרשתי, לשכת שמאי מקרקעין בישראל, הנני לפנות אליך כדלקמן.

1. ביום 10.7.08 פורסם תיקון מס' 84 לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965. תיקון זה הכניס לגדרו של החוק את פרק 10 שכותרתו "רשימת שמאים מכריעים".
2. פרק 10 החדש מהווה מהפכה של ממש בכל הקשור למעמדו ולתפקידו של השמאי המכריע לפי חוק התכנון והבניה.
3. סעיף 202ג' לחוק זה קובע כדלקמן:
"רשימת שמאים מכריעים
(א) שר המשפטים יקבע, על פי המלצת הוועדה המייעצת שהוקמה לפי סעיף 202ד, רשימה של שמאי מקרקעין הכשירים לכהן כשמאים מכריעים (בחוק זה - רשימת השמאים המכריעים).
(ב) שמאי מכריע ייכלל ברשימת השמאים המכריעים לתקופה של עשר שנים או עד הגיעו לגיל 70, לפי המוקדם.
(ג) רשימת השמאים המכריעים תפורסם ברשומות".
4. ואכן, לפי מיטב ידיעת מרשתי, בסמוך לתחילת חודש נובמבר 2008 החלה לפעול "הוועדה המייעצת שהוקמה לפי סעיף 202ד". החל מאותה עת התפרסמו פרסומים הקוראים לציבור השמאים להגיש את מועמדותם למשרה הנכבדת, בהתאם לתנאי הכשירות הבסיסיים

אילן בומבך, משרד עורכי דין
ILAN BOMBACH, LAW OFFICE

- שמופיעים בסעיף 202 לחוק. יחד עם זאת, הפרסומים לא קבעו כל תנאי סף מהותיים לצורך הבחירה הסופית של רשימת השמאים. כל שהתבקש השמאי-המועמד הוא למלא "טופס שאלון למועמד" וכן למלא נתונים המופיעים בגליון פרטים אישיים ושומות.
5. המועד האחרון שנקבע בפרסומים אלה לצורך הגשת מועמדות היה - 18.12.08.
6. ביום 30.11.08 פורסמה "הבהרה" באתר האינטרנט של מועצת שמאי המקרקעין, בנוגע להגשת המועמדות.
7. ביום 7.12.08 פורסמו באתר האינטרנט של מועצת שמאי המקרקעין "הערות והבהרות" נרחבות יותר, בקשר עם הגשת המועמדות.
8. ביום 11.12.08 פורסמו באתר האינטרנט של מועצת שמאי המקרקעין ארבע "הבהרות" נוספות, בקשר עם הגשת המועמדות.
9. משום מה, רק ביום 18.12.08 פרסם שר הפנים, בילקוט פרסומים 5885, את הרכב הוועדה המייעצת. כידוע, בהתאם לסעיף 202ד(ב) לחוק התכנון והבניה, "הודעה בדבר מינוי הוועדה המייעצת תפורסם ברשומות". כך יוצא, כי הוועדה המייעצת כבר פעלה מזה זמן רב, החליפה דעות, קיבלה החלטות, קיימה דיונים ופרסמה שורה של הבהרות והערות, אף שמינויה הרשמי היה רק לאחר כל אלה - רק ביום 18.12.08.
10. בכך נפל פגם של ממש בסמכותה הפורמאלית של הוועדה המייעצת.
- מטרת הפרסום ברשומות היא להודיע לציבור את זהותם של חברי הוועדה, וכך ליתן תוכן מעשי למסגרת הסמכות. בנסיבות דנן, לא ניתן לומר כי הציבור היה מודע לכך שבמהלך כחודש וחצי קודם לפרסום ברשומות (וייתכן שאף למעלה מכך) החלה הוועדה המייעצת את פעולותיה ודיוניה, ואף קבעה לעצמה את תנאי הסף (שפורסמו רק בדיעבד!), כאמור להלן) וכן פרסמה שורה של הבהרות והערות. האם כך יש לכבד את העקרון בדבר מראית פני צדק?
11. ייאמר, כי בוועדה המייעצת היו חברים שני שמאים (מתוך 9 חברים בסך הכל), אשר נבחרו מתוך רשימה של ארבעה שמאים עליהם המליצה מרשתי.
12. כפי שפורסם באמצעי התקשורת, הוועדה המייעצת פעלה במסלול דו שלבי לשם בחירת השמאים המכריעים. הוועדה המייעצת החליטה על הליך סינון ראשוני מבלי שהיא חושפת לציבור את הקריטריונים המנחים אותה. החלטה זו התקבלה, לפי מיטב ידיעת מרשתי, הרבה לפני הפרסום ברשומות. לאחר מכן היא החליטה לראיין 44 שמאים, וזאת היא עשתה בתוך יומיים בלבד (12-13.1.09).
13. ביום 15.1.09, עוד טרם יבשה הדיו על החלטת ההמלצה של הוועדה המייעצת, פורסם לראשונה בעיתון "גלובס" כי הוועדה המייעצת בחרה 10 שמאים, וכן בחרה להמליץ על עוד 10 שמאים נוספים שימונו בהתאם לצורך או במידה שיפרוש שמאי מהעשירייה הראשונה.
14. כמובן, שחשיפת עיתון "גלובס" נודעה לציבור, עוד לפני שכב' חתם סופית על רשימת השמאים, ועוד לפני שרשימה זו פורסמה ברשומות.

אילן בומבך, משרד עורכי דין
ILAN BOMBACH, LAW OFFICE

15. ביום 26.1.09 פנה אליך יו"ר מרשתי, מר ארז כהן, במכתב המפרט את הפגמים אותה מצאה מרשתי בהליך שהתנהל בפני הוועדה המייעצת. ואלה עיקרי המכתב:
- 15.1. למרות פנייתו של יו"ר מרשתי אל יו"ר הוועדה המייעצת, לא פורסמו כלל, ביחד עם טופס השאלון למועמד או ההחלטה לקיים ראיונות, הקריטריונים המנחים לבחירת השמאים.
- 15.2. הקריטריונים פורסמו לבסוף באתר האינטרנט של מועצת שמאי המקרקעין, רק לאחר קבלת ההחלטה ע"י הוועדה המייעצת.
- 15.3. בחלק מהקריטריונים נפל פגם מהותי שחייב בחינה מחדש של ניסוח הקריטריונים (עניין "שווי הזכויות המוערכות"). ההבהרות שניתנו ע"י הוועדה המייעצת לתיקון הפגם, ניתנו רק לאחר שהוגשו חלק מטפסי המועמדות. התייחסות הוועדה המייעצת לפגם מהותי זה, שפורסמה רק לאחר הבחירה, לא עומדת במבחן הסבירות.
- 15.4. יישום הקריטריונים בחלק מהמקרים, היה שגוי. בבדיקה של חלק מהמקרים הסתבר למרשתי, כי תיקון הטעויות היה משנה מיקום המועמדים ברשימה.
- 15.5. לא נענתה כלל פנייה קודמת של יו"ר מרשתי אל יו"ר הוועדה המייעצת (בדואר אלקטרוני מיום 8.1.09), לפרסם את שמותיהם של 44 המועמדים הסופיים (טרם שלב הראיונות), על מנת לקבל מידע מהציבור כפי שנהוג במינויים אחרים, וזאת לשם ייעול הליכי עבודתה של הוועדה המייעצת.
- איצין, כי לפי סעיף 7(א) לחוק השופטים, תשי"ג-1953: **"ראה שר המשפטים שיש למנות שופט, יודיע על כך ברשומות ויכנס את הועדה"**. ואכן, בהתאם לכללי השפיטה (סדרי העבודה של הוועדה לבחירת שופטים), התשמ"ד-1984, מתפרסמות מדי פעם הודעות מיוחדות בדבר שמות המועמדים שעניינם יידון בפני הוועדה למינוי שופטים. בדרך קבע, הוועדה לבחירת שופטים מזמינה את כל מי שיש בידו התנגדות למינוי או קידום אחד המועמדים, להגיש את התנגדותו המנומקת תוך פרק זמן סביר.
- 15.6. הוועדה המייעצת ראינה 44 מועמדים במהלך יומיים (12-13.01.09), כשבתום הראיונות נתקבלה החלטה.
- 15.7. לפי מיטב ידיעתה של מרשתי, הוועדה המייעצת לא פנתה כלל למי מבין הממליצים שציין כל שמאי בטופס המועמדות.
- 15.8. למרשתי לא ידוע על ניהול פרוטוקול מסודר של ישיבות הוועדה המייעצת והחלטותיה.
- 15.9. לחלק מהמועמדים שפנו אל יו"ר מרשתי, הייתה הרגשה לא נוחה מאופן ניהול ההליך. כאן נפרט כי שמאים אלה התרשמו כי חוות דעתם כלל לא נקראו, כי השאלות שהופנו אליהם היו שטחיות וכי חלק מהקריטריונים לא נבדקו או אומתו.
16. **בכל הנוגע לסוגיית פרסום השמות טרם הבחירה הסופית**, נרחיב ונאמר, כי ביום 8.1.09 פנה יו"ר מרשתי אל יו"ר הוועדה המייעצת, וביקש לפרסם את השמות, לצורך עדכון ציבור

אילן בומבך, משרד עורכי דין
ILAN BOMBACH, LAW OFFICE

השמאים ולצורך פנייה לציבור לשם קבלת מידע רלוונטי נוסף לגביהם, מידע שלוועדה המייעצת אין כל אפשרות לקבלו. יו"ר מרשתי הדגיש כי המידע שיתבקש יהיה עניני בלבד, מידע שלדעת הפונה יש לו רלוונטיות להחלטת הוועדה. עוד ציין יו"ר מרשתי, כי הפונה יהיה חייב להזדהות בפני הוועדה המייעצת אולם הפניות יהיו חסויות ויופנו ישירות למייל של נציגי מרשתי בוועדה המייעצת.

כאמור, מכתב זה כלל לא נענה.

17. לפי מיטב ידיעתה של מרשתי, חלק מחברי הוועדה המייעצת ערכו בדיקות "עצמאיות" על אותם 44 שמאים שהגיעו לשלב הסופי. אך כמובן, שאין מה להשוות בדיקות עצמאיות אלה, לפרסום השמות באמצעי התקשורת ו/או ברשומות, על מנת להבטיח בקרה יעילה ומקסימלית, כפי שנהוג לגבי מינוי שופטים.

18. בכל הנוגע לפגם מהותי שחייב בחינה מחדש של ניסוח הקריטריונים (עניין "שווי הזכויות המוערכות"), נפנה גם למכתבו של יו"ר מרשתי אל יו"ר הוועדה המייעצת מיום 9.1.09. במכתב זה, פורטו טענות מרשתי כדלקמן:

18.1. אחד הקריטריונים למיונם הראשוני של השמאים המועמדים לתפקיד שמאי מכריע על-פי תנאי הפנייה לציבור, הינו "שווי הזכויות המוערכות" של 25 השומות האחרונות שנערכו על-ידי המועמד.

18.2. מבלי להידרש לשאלה האם קריטריון זה ראוי לבחירת שמאי מכריע, הובאה לתשומת לבו של יו"ר הוועדה המייעצת העובדה, כי במהלך התקופה שנקצבה להגשת הצעות, ולאחר שחלק מהמועמדים כבר הגישו את הטפסים הנדרשים, פורסמה באתר האינטרנט של משרד המשפטים הבהרה ביחס להגדרת "שווי זכויות".

18.3. בעקבות פניות של חברי מרשתי, עולה החשש כי קיים חוסר אחידות באשר לנתונים שמסרו המועמדים ביחס לקריטריון זה, בין מפאת חוסר הבנת כוונת מנסחי הטפסים, בין מפאת קבלת תשובות מוטעות מגורמים אליהם פנו בבקשת הבהרה ובין מפאת שלא היו ערים לפרסום ההבהרה באתר משרד המשפטים בעת הגשת הטפסים.

18.4. יו"ר מרשתי ביקש אפוא, לבחון האם אכן קיים חוסר אחידות ביחס לקריטריון זה. באם אכן זהו המצב, התבקשה יו"ר הוועדה המייעצת לערוך סבב מיון נוסף לתיקון מצב זה - טרם קביעת רשימת השמאים המכריעים.

18.5. בנוסף, ביקש יו"ר מרשתי לקבל הבהרה באשר לכלל הקריטריונים לבחירת שמאים מכריעים ומשקלם היחסי, באופן שיהיו גלויים ושקופים לכל.

18.6. מאחר שהוועדה המייעצת עתידה להתכנס ביום 12.1.09 על-מנת לדון בבחירת השמאים המכריעים, התבקשה יו"ר הוועדה המייעצת להעביר בהקדם את התייחסותה, עוד טרם דיון זה.

19. **יצוין, כי מכתבו של יו"ר מרשתי מיום 9.1.09, מעולם לא נענה.**

20. לאחר פרסום רשימת השמאים המכריעים בעיתון "גלובס", למדה מרשתי כי 9 מתוך 10 השמאים שנבחרו הינם מאיזור ת"א (השמאית הנותרת הינה מירושלים). יוער, כי השמאי הצפוני היחידי הוא אריה אריאל החיפאי, אך הוא מצוי בעשירייה השנייה המהווה עתודה בלבד לעשירייה הראשונה.
21. כמו-כן, מעיון ברשימה שפורסמה עולה, כי הן בעשירייה הראשונה והן בעשירייה השניה, אין כל ייצוג למגזר הערבי. זאת לדעת, כי שוק המקרקעין במגזר הערבי - בשונה מהמגזר היהודי - מאופיין בסוגיות שמאיות ומחירים מיוחדים, אשר נובעים מהבדלים מהותיים באספקטים החברתיים, הכלכליים, והתכנוניים (במיוחד סוגיות היטל ההשבחה). הבדלים אלה אינם הבדלים של מה בכך. הם מצריכים ומחייבים ידע, ניסיון והיכרות מלאה של כל הגורמים אשר מעצבים את שווי הקרקע, בזמן נתון.
22. מרשתי מצויה בדעה, כי התנהלות הוועדה המייעצת לקתה בחוסר שקיפות משווע, כמעט מעורר תמיהה. נדמה שהוועדה המייעצת העדיפה למהר ולהחליט (אולי בשם עקרון של יעילות), אך עשתה כן תוך "ויתור" בלתי סביר על עקרונות אחרים המאפיינים את דרך קבלת ההחלטות הראויה בנסיבות דנן, ובכלל זה התעלמה מפניות של יו"ר מרשתי, ללא כל הסבר.
23. לפי מיטב ידיעת מרשתי, הוועדה המייעצת לא קיבלה כל החלטה לפרסם את רשימת השמאים המכריעים שנבחרה. חרף זאת, פורסמה הרשימה, עוד טרם חתימתך עליה.
24. לפי מיטב ידיעת מרשתי, 44 המועמדים הסופיים רואיינו במשך 15 דקות לערך כ"א (כזכור היו שני ימי ראיונות). נדמה כי פרק זמן זה מדבר בעד עצמו. אף אם נניח כי חברי הוועדה המייעצת קיבלו טרם הראיון מידע כתוב אודות השמאי - האם כך ממנים שמאי למשרה סטוטורית למשך 10 שנים?
25. ההחלטה לפרסם את השמאים המצויים ב- STAND BY (העשירייה השניה) מקוממת במיוחד את מרשתי. שכן, שמאים אלה נהנים כיום, וייתכן שלמשך מספר שנים לא מבוטל מכאן והלאה, ממעמד מיוחד של שמאים "מיוחסים" אשר איכותם נקבעה בפומבי ע"י הוועדה המייעצת, אך הם ממשיכים להיות פעילים כתמול שלשום. מי ירצה "לריב" עם "כמעט" שמאי מכריע? מדוע שאזרח יעדיף כעת ובשנים הבאות לפנות לשמאי שאינו מצוי בעשירייה השניה? והרי כל אותם "כמעט" שמאים מכריעים מרוויחים כעת משני העולמות, תוך אפליה ברורה מול יתר השמאים שפנו לוועדה המייעצת ומול כלל ציבור השמאים בישראל. מעניין לציין, כי לשמאים המצויים בעשירייה השניה, כלל לא נשלחה הודעה רשמית על בחירתם.
26. בסמוך לאחר פרסום הרשימה בכלי התקשורת, החלו להתפרסם דעות של אנשי מקצוע בנוגע לתיקון מסי' 84 לחוק התכנון והבניה, העולות בקנה אחד עם עמדותיה של מרשתי, עליהן היא עמדה במהלך הליך החקיקה. לפי דעות אלה, המנגנון החדש עלול לפגוע באזרח הקטן ולסרבול הליכים. אם בעבר ניתן היה להגיע להסכמה בהליך פשוט יחסית תוך שבועות ספורים, בדרך של התדיינות בוועדת הערר, כעת כל החלטה תלויה בשמאים המכריעים. צפויה הצפה של

תיקי שומה שיועברו להערכת השמאים המכריעים, בעיקר דרך ועדת הערר. לעשרה שמאים שאמורים לטפל בפניות מכל הארץ תהיה עבודה קשה ביותר. מחד גיסא, תוצף הוועדה בפניות שעל פי ההסדר הישן לא היו בסמכותה, ומאידך גיסא, לא ניתן יהיה להגיע להכרעה בהסכמה מהירה כפי שהייתה בהסדר הישן, והחלטות יידחו חודשים רבים. מכיוון שהתחלת בנייה או השלמת עיסקה תלויה בתשלום דרישת היטל השבחה, יעדיף האזרח (במחלוקות שלא יהיו על סכומים ניכרים) לשלם את השומה שנקבעה ולוותר על הערר, רק כדי לא לעכב את הבנייה או את הרישום, וכן לחסוך עלות אנשי מקצוע ואת שכר השמאי המכריע שיוטל עליו. כמו כן, תתכן העדפה של טיפול קודם בנכסים גדולים ששוויים גבוה וההיטל ניכר, בשל שכר הטרחה הגבוה הטמון בהם, לעומת נכסים קטנים שידחקו והטיפול בהם ידחה. לפי קולות אלה, יש צורך בתיקון המתווה שנקבע בחוק ושכלולו, באמצעות הוספת שמאים מכריעים לרשימה וכן יש צורך לקבוע מנגנון מזורז למחלוקות שסכומן אינו רב, כפי שמקובל היום בבתי המשפט.

27. מעניין לציין, כי גם חבר הוועדה המייעצת, מר ראול סרוגו, לא חסך את ביקורתו על המנגנון החדש. לדבריו, "ברפורמה הזו עשו משגה אחד עיקרי, והוא ביטול שלב ההשגה בוועדה המקומית. הביטול מחייב העברת התיק לשמאי המכריע, תהליך שיסתיים רק לאחר חצי שנה, ולא ניתן עוד להגיע להסכמה במו"מ עם הוועדה. כך ייווצר עומס של אלפי תיקים, ו-20 שמאים לא יספיקו. אנו בהתאחדות מתכוונים להגיש הצעת חוק לתיקון" (מתוך עיתון "גלובס" מיום 25.1.09).

האם בענייננו אכן פורסם מכרז פומבי?

28. סעיף 2(א) לחוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992, קובע:
"המדינה כל תאגיד ממשלתי, תאגיד מקומי, מועצה דתית וקופת חולים 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".

29. לפי סעיף 202(א) לחוק התכנון והבניה, ניתנה בידי שר המשפטים הסמכות "להתקין תקנות בכל עניין הנוגע לביצוע פרק זה". ואולם, שר המשפטים מעולם לא התקין כל תקנה המסדירה את פעולתה של הוועדה המייעצת. ייאמר, כי החוק עצמו שותק בכל הנוגע לדרך פעולתה של הוועדה המייעצת, קודם שהיא מוסרת לשר המשפטים את המלצותיה.

30. לטענת מרשתי, בתוך מצב דברים זה פעלה הוועדה המייעצת בדרך עקלקלה. הוועדה המייעצת פרסמה מודעה המזמינה שמאי מקרקעין העונים על תנאי הסף הכלליים ביותר שמצויים בסעיף 202 לחוק התכנון והבניה, להגיש את מועמדותם לכהן כשמאים מכריעים, בדרך של מילוי שאלון.

יחד עם זאת, וכאמור לעיל, הוועדה המייעצת מעולם לא פרסמה את תנאי הסף המהותיים לבחירה בשמאים המכריעים. תנאי סף אלה (שבעה קריטריונים בעלי משקל שונה), נודעו לציבור רק בדיעבד, רק לאחר הגשת כל המועמדות.

31. דרך פעולה זו, איננה יכולה לתקון. כך למשל, תקנה 17(ב)5 לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993, קובעת לאמור:

אילן בומבך, משרד עורכי דין
ILAN BOMBACH, LAW OFFICE

- "(ב) מסמכי המכרז יכללו בין היתר את כל אלה:
- ... (5) פרטים לענין אמות המידה כאמור בתקנה 22 כולן או חלקן, שלפיהן תיבחר ההצעה הזוכה".
- ללמדך, כי המחוקק חייב כל משרד ממשלתי לפרסם מכרז פומבי וכן לחשוף כבר במסמכי המכרז את אמות המידה לבחירת ההצעה הזוכה. לא כך נעשה בענייננו.
32. ניתן לקבוע אפוא, כי בנסיבות העניין לא התקיימה כלל "תחרות מאורגנת", כפי שמחייבת ההלכה הפסוקה, בשל כך שלא פורסמו כללי משחק ידועים וקבועים מראש.
- ראו למשל - ע"א 3744/94 אבן הבונים בע"מ נ' ארבל הנדסה וקבלנות (1984), פ"ד נ(5) 59: "...המשתתפים במכרז זכאים לכך שאמות-המידה המפורטות המנחות את ועדת המכרזים, ככל שאמות-מידה כאלה קיימות, יפורסמו מראש ויכללו בתניות המכרז. שימוש באמות-מידה שלא פורסמו מראש, אף אם ביסודן עומדים שיקולים רלוואנטיים, יפגע ללא הצדקה בהסתמכות הצדדים על כללי המכרז שפורסמו ובשוויון ביניהם. עמד על כך השופט זוסמן בבג"צ 316/63 גזית ושחם, חברה לבניין בע"מ נ' רשות הנמלים ואח', פ"ד יח(1) 172, 178: "...כל משתתף במכרז זכאי לכך שהכרעת המזמין בינו ובין מתחריו לא תיפול על-פי נתונים שאינם מובנים מטבע הדברים ושלא נתגלו בתנאי המכרז. נתונים נסתרים יוצרים מראש חוסר שוויון בין המתחרים. ואילו קבלן המגיש הצעתו ומשתתף במכרז מוציא יציאות להכנת הצעתו וטורח בציפיה שיהא שווה בין שווים".
33. יתר על כן, כפי שקובע המלומד ד"ר ע' דקל בספרו החשוב "מכרזים, כרך ראשון" (שורת הדין, 2004) בעמ' 322: "המסקנה הנובעת מכלל האמור לעיל היא כי על מעצב המכרז לקבוע מראש את אמות המידה להכרעה במכרז ואת משקלה של כל אחת מהן".
34. עמדה זו של ד"ר דקל, לעניין פרסום המשקלות של כל תנאי הסף, מקובלת כיום בפסיקת ביהמ"ש העליון. ראו - עע"מ 5431/03 אופטינט ניהול משולב אימגינג בע"מ (המערערת בעע"מ 655/04) נ' גאודע בע"מ (המשיבות בעע"מ 655/04), תק-על 2004(2) 3193: "בצדק, לטעמנו, הטעימה השופטת את החשיבות שיש לייחס להכללתם במכרז של הקריטריונים והמשקלות שבעל המכרז עתיד להנחות את עצמו על-פיהם בבחירת ההצעה הזוכה. ואכן, במסירת מידע ברור על אודות אלה למשתתפים במכרז מותנה שוויון ההזדמנויות בין המתחרים, שהוא מעיקרי יסודותיו של כל מכרז (השוו: ע"א 3744/94 אבן הבונים בע"מ נ' ארבל הנדסה וקבלנות (1984), פ"ד נ(5) 59, דברי השופט דורנר בעמ' 67-66 והאסמכתאות המאוזכרות על-ידה; וכן: ע' דקל, מכרזים (כרך ראשון, תשס"ד-2004) עמ' 301 ואילך)".
35. בנסיבות העניין יש להדגיש, כי הליך "ההבהרות וההערות" המתגלגל שניהלה הוועדה המייעצת, לא עולה בקנה אחד עם דיני המכרזים. לא ברור אם כל אותן "הבהרות והערות" הגיעו לידיעת הציבור. לא ברור אם כל אותם שמאים שכבר הגישו את הטפסים הנדרשים, הבינו כי נפל פגם בהכנת מסמכי הוועדה המייעצת שהשליך על איכות הצעתם.
- למרשתי נדמה כי תכלית היעילות הביאה לכלל בהילות, וזאת - כאשר מדובר במינוי לתפקיד סטטוטורי חשוב ומכריע לתקופה של עשר שנים תמימות.

משמעות העובדה כי לא נוהל כלל פרוטוקול בדיוני הוועדה המייעצת

36. בנוסף לכל האמור מבהירה מרשתי, כי ככל הידוע לה, הוועדה המייעצת לא ניהלה כל פרוטוקול. בפסיקה נקבע לא פעם, כי ועדת מכרזים המפרה את חובתה לתעד בפרוטוקול את נימוקי החלטתה, לא עומדת לה חזקת התקינות המנהלית. נדגיש עובדה זו בראשית הדיון.

37. בבג"ץ 3751/03 יוסי אילן נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נט(3) 817, ייחד ביהמ"ש העליון דברים לחשיבות רישומו של פרוטוקול בהליכי מכרז, בעת שדן במכרז פנימי של עירייה לאיוש מישרה, וקבע כך (מפי כב' השופט מ' חשין):

37.1. כסידרי המינהל התקינים, חייבת ועדה לרשום פרוטוקול אשר ישקף את עיקרי המידע שהובא לפנייה ואת ההחלטות שנתקבלו בעקבות אותו מידע. לעניינו של מכרז פומבי נקבעה חובת הפרוטוקול מפורשות בתקנה 29 לתקנות המיכרזים (זו אף הוראת תקנה 10 לתקנות חובת מיכרזים, התשנ"ג-1993), ואולם החובה לכתיבת פרוטוקול שורשיה במשפט המינהלי הכללי ובעקרון שקיפות פעילותו של המינהל.

37.2. אשר לפרוטוקול ישיבתה של ועדה במיכרז פנימי לאיוש מישרה; כפי שצינו לעיל, חובה היא המוטלת על הוועדה להעניק למועמדים שיויון הזדמנויות לזכות במיכרז, ועל-כך אין חולקים. עוד ראינו, כי במיכרז פנימי לאיוש מישרה אין אפשרות ליישם בקפדנות את הכללים הקובעים בסוגיה של משוא פנים. על רקע דברים אלה לא נותר לנו - וגם על כך עמדנו - אלא להגביר את הפיקוח והבקרה על התנהלותה של הוועדה, שאם לא נעשה כן נימצא מסכלים במו-ידינו את ייעודו של המיכרז. פיקוח ובקרה אלה יהיו אפקטיוויים רק אם נדאג מראש לדיווח מהימן וראוי באשר להליכי קבלת ההחלטות בוועדה, ותירגום צורך זה לענייננו יחייב מעצמו עריכתו של פרוטוקול אשר ידבר בעד עצמו ויספק מידע נדרש וראוי לביקורת ולפיקוח על עבודת הוועדה, להבטחה כי פעלה כהלכה וכי העניקה שיויון הזדמנויות לכל המועמדים שהופיעו לפנייה.

37.3. פרוטוקול מעין-זה ראוי לו שידווח, למיצער, על עיקרי ההתרחשויות שהיו בוועדה, ובהם דיווח חברי הוועדה על דברים שנאמרו להם, על פגישות שהיו להם וכו'. הכל מסכימים כי פרוטוקול חייב לשקף את האמת בלי כחל-ושרק: גם אם אמת מרה היא, גם אם אמת מכוערת. פרוטוקול נדמה הוא למצלמה - בימינו נאמר: למצלמת-וידאו - ומצלמה תקלוט ותדפיס גם מחזות שאינם מרניני-לב. פרוטוקול חייב שיאמר אמת. "...הפרוטוקול הוא כלי לשיקוף המציאות. השיקוף של המציאות יכול להיות מלא או מתומצת. הוא חייב להיות אמיתי. אם האמת היא מרה, חייב הפרוטוקול לשקף (באופן מלא או מתומצת) אמת מרה זו. אין להוציא מהפרוטוקול דברים שאינם ראויים להישמע. אין לתקן פרוטוקול בשל אי הנחת (המוצדקת או הבלתי מוצדקת) מתוכנם של הדברים שנאמרו. הפרוטוקול הוא 'עיוור צבעים'. הוא צילום של מציאות. שינוי בפרוטוקול יכול להיעשות רק כדי להתאימו למציאות. אין לשנות את הפרוטוקול כדי שהלה לא ישקף את המציאות..."

37.4. אכן, רק פרוטוקול אמין בהליכה של ועדת מיכרזים יכול שיקיים את עקרון השקיפות, ופרוטוקול מעין-זה יחזק את ביטחוננו כי הליכי הוועדה התנהלו כשורה.

37.5. "כללם של דברים: כדי להבטיח כי ועדת מיכרזים במיכרז פנימי לאיוש מישרה תמלא תפקידה נאמנה, שומה עליהם על חברי הוועדה לדווח לוועדה בפרוטרוט על קשריהם עם המועמדים או עם מיקצתם, על שיחות שהיו להם על-אודות המועמדים עם אנשים שלישיים או עם חברי הוועדה שלא במושב הוועדה, וכו'; חובה היא המוטלת על הוועדה לנהל פרוטוקול שישקף, למיצער, את עיקרי הדברים שהיו בדיוני הוועדה ואת נימוקי הוועדה להחלטתה. פרוטוקול זה - בכפיפות לחריגים המקובלים כגון פגיעה בצינעת הפרט, גילוי סוד מיסחרי וכיו"ב - יהיה פתוח לעיונם של כל המועמדים כולם. כך ניתן יהא להבטיח, למיצער לכאורה, כי הוועדה פעלה כשורה וכי קויים עקרון שוויון ההזדמנויות".

38. מקל וחומר, שדברים אלה אשר נאמרו בהתייחס למכרז פנימי בעירייה לאיוש משרה, חלים מקל וחומר על ההליך הנדון במכתבנו זה.

משמעות העובדה כי אנו מצויים בתקופת ממשלת מעבר

39. כידוע, מאז יום 21.9.08, הממשלה המכהנת כיום הינה בגדר ממשלת מעבר. כך הם פני הדברים, עד להקמתה של ממשלה חדשה בשבועות הקרובים.

40. בבג"ץ 8815/05 עו"ד אברהם לנדשטיין ואח' נ' עו"ד מאיר שפיגלר ואח', תק-על 2005(4) 3218, נקבעו, בהיבט של ביצוע מינויים בתקופת פעילותה של ממשלת מעבר, הקביעות הבאות:

40.1. למציאות זו שבה מכהנת ממשלה כממשלת מעבר מכח הוראות החוק, אך בלא שהיא נהנית מאימון העם, ישנן תוצאות משפטיות. אמנם, לא נמצא הגבלה פורמלית בחוק על סמכויות ראש הממשלה והשרים, ואלה לא צומצמו בדין לפעולות שוטפות בלבד, בין מכח פרשנות ההסדר הסטוטורי החל על הענין ובין מכח עקרון חוקתי כללי של משפט מקובל. אולם, כפיפותה של ממשלת מעבר לעקרונות המשפט הציבורי הכללי, מטילים עליה חובה לפעול בתקופת המעבר בסבירות ובמידתיות, כנגזר מהאופי המיוחד של השלטון בעת זו. חובה זו מצריכה מערך של איזונים אשר נועד, מצד אחד, להבטיח יציבות והמשכיות לבל ייווצר חלל שלטוני; מצד שני, היות ממשלת מעבר ממשל זמני שאינו ניזון מאימון הכנסת והציבור, מוליד צורך בריסון רב בהפעלת סמכויות השלטון, שנועדו ביסודן לעיתות שיגרה. בתקופה זו, מחוייב השלטון באיפוק בהפעלת סמכויותיו לגבי כל אותם עניינים שאין כורח ודחיפות מיוחדת לפעול בהם בתקופת המעבר.

40.2. דברים אלה אינם חלים על עניינים חיוניים שבהם יש לעסוק גם בתקופת מעבר שלטונית. נדרש, איפוא, איזון עדין בין החובה לפעול במקום שיש צורך חיוני בכך, לבין חובת השמירה על איפוק וריסון בהפעלת סמכויות שלטוניות, בהינתן תשתית הממשל המיוחדת המאפיינת ממשלה בתקופת מעבר.

אילן בומבך, משרד עורכי דין
ILAN BOMBACH, LAW OFFICE

40.3. מתחם הסבירות של פעילות גוף השלטוני בתקופת ממשלת מעבר נבחן, איפוא, בשים לב למאפייניה של הסמכות הקונקרטית המופעלת, ובהתחשב באיזון הנדרש בין הצורך בעשייה לבין דרישת האיפוק. מהותו של איזון זה מושפע מטיבו של העניין ומאופי השיקולים הנוגדים הפועלים ברקעו.

40.4. ישנה הקרנה הדדית בין חובת העשייה לבין הריסון והאיפוק הנדרשים במצבים המתאימים. ככל שמידת החיוניות בפעולה השלטונית גוברת, כך תקטן מידת האיפוק הנדרשת, ולהפך. ענייננו, אפוא, בבחינת סבירות שיקוליה של הרשות המוסמכת בדרך הפעלת סמכויותיה על בסיס האיזונים הנדרשים בתקופת ממשלת מעבר, בהינתן הערכים המתנגשים בסוגיה זו, וכנגזר מנסיבותיו המיוחדות של העניין.

41. בהקשר זה, ראויה לציון הפסיקה בבג"ץ 9843/08 פורום משפטי למען ארץ ישראל ע"ר נ' הוועדה לבחירת שופטים לפי סעיף 4 לחוק יסוד, תק-על(1)2009, 194, שניתנה לא מכבר, ולפיה "נתקבלה ההשקפה שראוי כי מינויים לתפקידים בשירות הציבורי לא יבוצעו, אלא אם כן קיים צורך חיוני של ממש אשר אם לא ייענה, יצור חלל העלול לפגוע באינטרס ציבורי חשוב". שינוי בנסיבות, עלול יכול להטות את הכף לטובת איפוק במינויים כאמור. היות המינוי לתפקיד ציבורי בעניין המצוי "במרכז מחלוקת ציבורית-פוליטית" עשוי גם הוא להוות חיזוק לגישה של איפוק וריסון מצד הגורם המופקד על המינוי, בכל הנוגע למינויים בתקופתה של ממשלת מעבר. זאת ועוד: העובדה, שמדובר בתפקיד חשוב ונדרש לפעילות התקינה של המערכת הציבורית הרלוונטית, אינה מלמדת בהכרח על כך שהמערכת אינה מסוגלת למלא את תפקידיה כראוי בתקופת הביניים וכי נתקיים הכרח במינוי דווקא בתקופה זו.

42. מרשתי סבורה, כי כל האמור בפנייתה זו - בצד האמור בפניות אחרות המונחות כיום על שולחנו של כבי השר - מלמד על מחלוקת ציבורית סביב הליך בחירתם של השמאים המכריעים. דומה, כי אין בנמצא "צורך חיוני של ממש" לחתום בימים אלה על רשימת השמאים המכריעים, טרם שילובנו העניינים המורכבים העולים בפנייה זו, הנוגעים לא רק לסמכותה הפונקציונאלית של הוועדה המייעצת לפעול, לדון ולהחליט עוד טרם פרסומה ברשומות, אלא גם לסדרי עבודתה ולסבירות החלטתה.

43. אשר על כן, הינך מתבקש להימנע מחתימה על רשימת השמאים המכריעים ומפרסומה ברשומות, עד אשר ימונה שר משפטים בממשלה הבאה וכל האמור בפנייה זו יונח לפניו לשם הכרעה וחתימה.

ברגשי כבוד,
אילן בומבך, עו"ד