



בתי המשפט

ח"א 701/05

בית הדין לחוזים אחידים ירושלים

בפני: כב' השופטת (בדימ') מ' שידלובסקי-אור – אב"ד
פרופ' עופר גרוסקופף
ד"ר משה גלברד

בעניין: היועץ המשפטי לממשלה
ע"י ב"כ עוה"ד תמר קלהורה
המבקש

נגד

חברת מוסף המכרז של המדינה בע"מ
ע"י קנבל אלקיים ושות', עורכי דין
המשיבה

פ ס ק - ד י ן

1. המשיבה, מוסף המכרז של המדינה בע"מ (להלן - המכרז של המדינה), החלה לפני למעלה מעשר שנים בקיום פעילות מסחרית בשיטת מסחר בעלת גוון חדשני. היא מציעה ללקוחותיה, באמצעות חוברות ואתר אינטרנט, ליטול חלק במגוון רחב של מכרזים פרטיים, בהם מוצעים למכירה מוצרים שונים, כדוגמת מסכי LCD, מצלמות, תכשיטים, מחשבים, מקררים, מכוניות, מיטות נוער, כלי נגינה וכן הלאה. מאז הקמתה קמו למשיבה מתחרים, אולם היא נותרה בעלת מעמד דומיננטי בתחומה.

2. תנאי ההתקשרות אשר "המכרז של המדינה" מכתיבה ללקוחותיה הם בגדר חוזה אחיד. תנאים אלה כוללים הוראות המיועדות להגביל ולתחום את אחריות "המכרז של המדינה" כלפי ציבור לקוחותיה. היועץ המשפטי לממשלה סבר כי חלק ניכר מהוראות אלה מהוות תנאי מקפח בחוזה אחיד, וביקש כי נורה על ביטולן. "המכרז של המדינה" טענה כי הוראות אלה, רובן ככולן, משקפות את המודל העסקי בו בחרה, וכי אין הצדקה לכפות עליה התנהלות מסחרית שונה. הגיעה העת להכריע בין גישות נוגדות אלה.



בתי המשפט

ח"א 701/05

בית הדין לחוזים אחידים ירושלים

בפני: כב' השופטת (בדימ') מ' שידלובסקי-אור – אב"ד
פרופ' עופר גרוסקופף
ד"ר משה גלברד

רקע – המודל העסקי של "המכרז של המדינה"

3. "המכרז של המדינה" הוקמה לפני כ- 13 שנים. היא מגדירה עצמה כ"חברה שהחלה ראשונה בארץ ובעולם את שיטת המכירות באמצעות מכרז ומובילה מאז את התחום כולו". שיטת פעולתה המסחרית ("המודל העסקי") של "המכרז של המדינה" מורכבת ממספר שלבים:

שלב א': שיווק המכרז: "המכרז של המדינה" מפרסמת לכלל הציבור את המוצרים המועמדים למכירה באמצעות חוברת המתפרסמת מעת לעת (ככלל, אחת לחודש) ובאמצעות אתר האינטרנט שלה. הפרסום כולל במקרה הרגיל את הפרטים הבאים:

- א. מספר המכרז;
- ב. תיאור של המוצר ותכונותיו (לרוב בצירוף "מפרט טכני" ותמונה של המוצר);
- ג. מספר המוצרים העומדים למכירה (נתון המוגדר כ"מספר הזוכים");
- ד. זיהוי של משווק המוצר;
- ה. תנאי האספקה (זמן אספקה ודמי טיפול, ביטוח והובלה);
- ו. דמי השתתפות במכרז;
- ז. מחיר התחלתי להגשת הצעות ("מחיר מינימום" למוצר);
- ח. מחיר "מחירון" (המהווה גם מחיר מקסימום למוצר);
- ט. המועד האחרון להגשת הצעות (נתון המוגדר כ"שעת סגירה")

שלב ב': הגשת ההצעות למכרז: אדם המבקש להשתתף במכרז ביחס לאחד המוצרים יכול להגיש ל"מכרז של המדינה" הצעה ביחס למוצר בו הוא מעוניין, בין אם באמצעות הטלפון ובין אם באמצעות אתר האינטרנט של "המכרז של המדינה". במסגרת הצעתו נוקב המציע במחיר אותו הוא מוכן לשלם בעבור המחיר המוצע, ומספק מספר של כרטיס אשראי לביצוע התשלום במקרה שהצעתו תתקבל. ההצעות המוגשות במכרז אינן מתפרסמות.



בתי המשפט

ח"א 701/05

בית הדין לחוזים אחידים ירושלים

בפני: כב' השופטת (בדימ') מ' שידלובסקי-אור – אב"ד
פרופ' עופר גרוסקופף
ד"ר משה גלברד

שלב ג': קביעת הזוכים במכרז: לאחר סגירת המכרז מדרגת "המכרז של המדינה" את ההצעות בסדר יורד לפי המחיר, ומבצעת קיבול ביחס להצעות הגבוהות ביותר באמצעות פירסום תוצאות המכרז. מספר ההצעות המתקבלות הוא לפחות כמספר המוצרים שהועמדו למכירה. מהדיון שלפנינו מתברר, כי במקרים מסוימים מבצעת ה"מכרז של המדינה" קיבול ביחס למספר גדול יותר של הצעות מזה שננקב במכרז.

שלב ד': ביצוע התשלום ואספקת המוצר: "המכרז של המדינה" מחייב את כרטיס האשראי של הלקוחות הזוכים, וגובה מחברת האשראי את הכסף. המוצר מסופק ללקוח לרוב על ידי "המכרז של המדינה" ולעיתים על ידי המשווק או גורם אחר. רק לאחר אספקת המוצר ללקוח מועבר למשווק הכסף שנגבה מהלקוח, בניכוי העמלה שסוכמה בין המשווק ל"מכרז של המדינה". יצוין עם זאת כי ה"מכרז של המדינה" איננה רואה עצמה אחראית מבחינה משפטית לאספקת המוצרים, אלא מבקשת להטיל את מלוא האחריות המשפטית לעניין זה על המשווקים.

שלב ה': תקופת האחריות: האחריות למוצרים ניתנת על ידי המשווקים של המוצרים. ה"מכרז של המדינה" מקיימת מוקד טלפוני של מחלקת שירות לקוחות, המנסה לעזור לרוכשי המוצרים ולתווך בינם לבין המשווקים. עם זאת, המכרז של המדינה איננה רואה עצמה אחראית, מבחינה משפטית למתן אחריות למוצרים.

4. שיטת המסחר המתוארת לעיל מעוגנת בטופס אחיד המכונה "תקנון המכרז" הכלול בפרסומי "המכרז של המדינה", והמצוי גם באתר האינטרנט שלה (להלן - תקנון המכרז). אין מחלוקת בין הצדדים כי תקנון המכרז מהווה "חוזה אחיד", כהגדרת מונח זה בחוק החוזים האחידים, תשמ"ג – 1982. מאחר והנחה זו מקובלת גם עלינו, נימנע מלהרחיב בעניין זה (למעמד המשפטי של תנאי מכרז פרטי ראו ע"א 207/79 רביב משה ושות' נ' בית יולס, פ"ד לז(1) 533; ד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות')



בתי המשפט

ח"א 701/05

בית הדין לחוזים אחידים ירושלים

בפני: כב' השופטת (בדימ') מ' שידלובסקי-אור – אב"ד
פרופ' עופר גרוסקופף
ד"ר משה גלברד

בע"מ, פ"ד מג(1) 41; ע"א 700/89 חברת חשמל לישראל בע"מ נ' מליבו ישראל בע"מ,
פ"ד מז(1) 667, 688-690; ע"א 4850/96 קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה,
פ"ד נב (5) 265; דניאל פרידמן ונילי כהן, חוזים, כרך א' (תשנ"ב) 179 – 182; עומר
דקל, מכרזים (תשס"ד) 178 - 189.

תחומי המחלוקת

5. הצדדים חלוקים ביניהם ביחס לתוקפן של שורה ארוכה של תניות הכלולות בתקנון המכרז. גדרי המחלוקת הוגדרו על ידי הצדדים במסמך שכותרתו "רשימת פלוגתאות ומוסכמות" שהוגש לבית הדין ב- 22 לינואר 2006. בחלק מהעניינים הגיעו הצדדים להסכמות, אותן אנו מאמצים. לעומת זאת ביחס לעניין עקרוני אחד ו-16 סוגיות פרטניות, אשר ההכרעה בחלקן נגזרת מההכרעה בסוגיה העקרונית, לא הצליחו הצדדים להגיע לכדי הסכמה.

6. הסוגיה העקרונית לגביה חלוקים הצדדים היא מעמדה המשפטי של "המכרז של המדינה" כלפי ציבור לקוחותיה. "המכרז של המדינה" סבורה כי פעילותה היא בגדר "תיווך" בלבד, ועל כן אחריותה כלפי לקוחותיה מקבילה לאחריות של "מתווך"; ב"כ היועץ המשפטי לממשלה סבורה כי "המכרז של המדינה" מבצעת את פעולת המכר, ועל כן אחריותה כלפי לקוחותיה צריכה להיגזר מאחריות "מוכר". בשל חשיבותה של שאלה זו להכרעה בחלק לא מבוטל מהסוגיות הפרטניות נפתח את דיוננו בשאלה זו (ראו סעיפים 8-20 להלן).

7. הסוגיות הפרטניות בהן חלוקים הצדדים יוצגו בפירוט במסגרת הדיון בהן. לשם הקלת ההתמצאות להלן רשימת הפלוגתאות הפרטניות בצירוף תיאור תמציתי ולא ממצה של עיקרי המחלוקת, וכן הפניה לסעיף פסק הדין בו הן נידונות:



בתי המשפט

ח"א 701/05

בית הדין לחוזים אחידים ירושלים

בפני: כב' השופטת (בדימ') מ' שידלובסקי-אור – אב"ד
פרופ' עופר גרוסקופף
ד"ר משה גלברד

א. מחיר המחירון – האם "המכרז של המדינה" רשאית להעביר את מלוא האחריות לקביעת "מחיר המחירון" למשווק המוצר – סעיפים 26-29 להלן.

ב. ביטול זכייה בנופש או בטיסה – האם "המכרז של המדינה" רשאית לקבוע דמי ביטול על דרך של הפניה לתקנוני הסוכנים – סעיפים 30-32 להלן.

ג. שלילת זכות הביטול ביחס למוצרים מסוימים – האם הוראת התקנון המצוי בעניין זה רחבה מהמותר על פי חוק הגנת הצרכן – סעיפים 33 - 36 להלן.

ד.1. החזרת מוצר באריזתו לאחר ביטול שלא עקב פגם או אי התאמה – האם ההוראה בעניין זה מנוסחת בצורה שיש בה כדי להטעות צרכנים או ליצור עמימות – סעיפים 37 - 40 להלן.

ד.2. הגבלת הזמן לביטול חוזה עקב פגם או אי התאמה – האם הוראה בתקנון המכרז המגבילה את האפשרות לבטל חוזה בשל פגם או אי התאמה ל- 14 יום מיום קבלת המוצר היא תניה מקפחת – סעיפים 37 - 40 להלן.

ה. עיון לקוח בהצעה שהגיש - האם רשאית "המכרז של המדינה" למנוע מלקוח לעיין בהצעתו לאחר הגשתה – סעיפים 41 - 42 להלן.

ו. שינוי במיסוי – האם רשאית "המכרז של המדינה" לשמר לעצמה את הכוח לבטל מכרז עקב כל שינוי במיסוי – סעיפים 43 - 46 להלן.

ז. טעות בתום לב בתיאור מוצר או שירות מסוים - האם רשאית "המכרז של המדינה"



בתי המשפט

ח"א 701/05

בית הדין לחוזים אחידים ירושלים

בפני: כב' השופטת (בדימ') מ' שידלובסקי-אור – אב"ד
פרופ' עופר גרוסקופף
ד"ר משה גלברד

להגביל את תרופות הלקוח במקרה של טעות בתום לב מצידה בתיאור המוצר או השירות – סעיפים 47-53 להלן.

ח. מספר ההצעות הזוכות במכרז – האם רשאת "המכרז של המדינה" לשמר לעצמה את הזכות לקבל יותר הצעות מהמספר שנקב במכרז – סעיפים 54-56 להלן.

ט. מסמכי "המכרז של המדינה" כראיה לכאורה – האם ניתן לקבוע כי הדו"חות הממוחשבים של "המכרז של המדינה" יהוו ראיה לכאורה לנכונות הפרטים המופיעים בהם – סעיפים 57-58 להלן.

י. הגדרת "ימי עבודה" – האם יכולה "המכרז של המדינה" לקבוע שימי עיצומים לא יבואו בגדר ימי עבודה – סעיפים 59-60 להלן.

יא. איחור במועד האספקה – האם רשאת "המכרז של המדינה" לפטור עצמה מאחריות לאיחורים באספקה הנובעים מנסיבות שאינן בשליטתה – סעיפים 61-62 להלן.

יב. אספקה ליישובים עם בעיית גישה מטעמים ביטחוניים – האם רשאת "המכרז של המדינה" לפטור עצמה מחובה לספק מוצר לביתו של לקוח המתגורר ביישוב אשר קיימת בעיית גישה אליו מטעמים ביטחוניים – סעיפים 63-65 להלן.

יג. תיאום מועד האספקה עם הלקוח – האם רשאת "המכרז של המדינה" לפטור עצמה מהחובה לתאם את מועד האספקה עם הלקוח, ולהגביל את האפשרות של הלקוח לדחות את מועד האספקה – סעיפים 66-67 להלן.

יד. דרך חישוב שער הדולר במכרזים הנקובים בערכים דולריים – סעיפים 68-69 להלן.



בתי המשפט

ח"א 701/05

בית הדין לחוזים אחידים ירושלים

בפני: כב' השופטת (בדימ') מ' שידלובסקי-אור – אב"ד
פרופ' עופר גרוסקופף
ד"ר משה גלברד

טו. אחריות למוצרים ושירותים – האם רשאית "המכרז של המדינה" לפטור עצמה כלפי הלקוח מכל אחריות לאספקתם, לביצועים ולאיכותם של המוצרים והשירותים הנמכרים באמצעותה, ולגלגלה למשווקים בלבד – סעיפים 70 - 74 להלן.

טז. תניית שיפוט - האם רשאית "המכרז של המדינה" לקבוע את הסמכות המקומית לדון בסכסוכים בינה לבין לקוחותיה בבתי המשפט שבמחוז תל-אביב בלבד – סעיפים 75 - 77 להלן.

מעמדה המשפטי של "המכרז של המדינה" כלפי לקוחותיה

8. עולם המסחר איננו עומד מלכת. מודלים עסקיים חדשים נולדים חדשות לבקרים. רובם אינם עומדים ב"מבחן השוק", והם נעלמים באותה מהירות בה הופיעו. מקצתם קונים לעצמם אחיזה, והופכים לחלק בלתי נפרד ממציאות חיינו. המודלים העסקיים ששרדו בעולם המסחר מציגים שני אתגרים לא פשוטים בפני עולם המשפט. ראשית, עליו לפתח כלים לניתוחם והבנתם במונחים משפטיים; שנית, עליו לקבוע את המגבלות המשפטיות על חופש העיצוב של מודלים עסקיים (לפרויקט ברוח זו השוו נינה זלצמן ועופר גרוסקופף, "הסוואת משכון – הצעה לעיון חוזר בהלכת קולמבו", עיוני משפט כו 79 (תשס"ב)).

9. שיטת פעולתה המסחרית של "המכרז של המדינה" שייכת לקבוצה הנבחרת של מודלים עסקיים אשר "היד הנעלמה" של השוק לא הביאה להיעלמותם. הישרדותו של מודל עסקי זה היא שמחייבת אותנו להתמודד בבקשה זו עם שני האתגרים המתוארים: תחילה עלינו לתרגם ללשון משפטית את הדפוס העיסקי בו בחרה "המכרז של המדינה" לקיים את פעילותה. אחר כך עלינו לבחון מהן המגבלות שמטיל חוק החוזים האחידים על החופש של "המכרז של המדינה" לעצב את יחסיה המשפטיים עם לקוחותיה באופן שהוגדר על ידה.



בתי המשפט

ח"א 701/05

בית הדין לחוזים אחידים ירושלים

בפני: כב' השופטת (בדימ') מ' שידלובסקי-אור – אב"ד
פרופ' עופר גרוסקופף
ד"ר משה גלברד

10. ודוק, הבקשה שבפנינו עוסקת בעיקרה באתגר השני. עניינה בשאלה האם הדרך בה מבקשת "המכרז של המדינה" להגדיר את מערכת יחסיה המשפטיים עם ציבור לקוחותיה עומדת במבחני חוק החוזים האחידים. לפיכך ניתן היה לכאורה להתעלם מהאתגר הראשון, ולהימנע מלעסוק בשאלה כיצד יש להבין מבחינה משפטית את דרך הפעולה בה בחרה "המכרז של המדינה". אפס, כפי שהבינו הצדדים היטב, לא נוכל לעשות כן. מבחן הקיפוח שבחוק החוזים האחידים הוא מבחן שקשה עד מאד להפעילו בחלל ריק. על מנת לבחון האם תנאי מסוים נותן הגנה הולמת לאינטרסים הלגיטימיים של הספק נדרשים אנו לאמת-מידה למולה נוכל להעמיד את התנאי, ולבחון את השלכותיו. אמת-מידה זו היא במקרים רבים ההוראה שתחול על יחסי הצדדים אילולא אותו תנאי בחוזה האחיד. כך לעניין הפעלת מבחן הקיפוח הכללי שבסעיף 3 לחוק. כך לעניין תחולת החזקות שבסעיף 4 לחוק (ראו במיוחד החזקות הקבועות בסעיפים 4(1), 4(6) ו-4(7) לחוק החוזים האחידים). מסיבה זו אין לנו מנוס אלה להגדיר תחילה את ברירת המחדל – את ההסדר המשפטי שהיה חל על מערכת יחסים חוזית נתונה בהעדר התניה מפורשת. לאור הסדר זה נוכל בשלב הדיון הפרטני לבחון האם ההוראות הקבועות ב"תקנון המכרז" הן הוראות מקפחות.

המשמעות המשפטית של המודל העסקי בו בחרה "המכרז של המדינה"

11. "המכרז של המדינה" מבקשת בסיכומיה לאפיין את מערכת יחסיה עם לקוחותיה באמצעות התווית המשפטית "תיווך". לשיטתה, ועניין זה מוכנה היא גם להבהיר במפורש ב"תקנון המכרז", היא "פועלת בדרך של תיווך בין הזוכים במכרזים לבין המשווקים של המוצרים, שהם האחראים הבלעדיים על המוצרים". ב"כ היועץ המשפטי לממשלה מסרבת לקבל פרשנות משפטית זו למודל העיסקי של "המכרז של המדינה". לשיטתה "המשיבה אינה מתווכת, אלא היא המוכרת ללקוחות את המוצרים, וחלים עליה כלפי הלקוחות המבקשים להשתתף ולזכות במכרזיה הדינים החלים על מוכר". עניינו



בתי המשפט

ח"א 701/05

בית הדין לחוזים אחידים ירושלים

בפני: כב' השופטת (בדימ') מ' שידלובסקי-אור – אב"ד
פרופ' עופר גרוסקופף
ד"ר משה גלברד

הרואות – שתי פרשנויות משפטיות קיצוניות לאותו מודל עסקי מוצעות לנו, ולכאורה נדרשים אנו לבחור ביניהן.

12. בפסיקה התעוררה שאלה דומה במספר לא מבוטל של מיקרים שנידונו בבתי משפט לתביעות קטנות ובבתי משפט השלום. היו שופטים שסברו כי יש לראות ב"מכרז של המדינה" מתווכת בלבד (ראו, למשל, ת"א (שלום רשל"צ) 1803/02 **גבעול-גורמן נ' מוסף המכרז של המדינה** (ניתן ב- 1.5.2005 ע"י השופטת איריס סורקר)); וכנגדם היו כאלה שסברו כי יש לראות בה את המוכר (ראו, למשל, ת"ק (שלום אילת) 1090/01 **ברדוגו נ' חברת מוסף המכרז של המדינה** (ניתן ב- 15.10.2001 ע"י השופט אלכסנדר רון)).

13. אולם ככל שעיינו, וחזרנו ועיינו, בדפוס הפעולה של "המכרז של המדינה" התקשינו לקבל עמדות קיצוניות אלה. מחד, ברור לנו כי "המכרז של המדינה" איננה "מתווכ" במשמעות המשפטית של המונח. ממלומדי המשפט שנינו כי "כאשר לוי מתווכ בין הצדדים למכר, אין הוא שלוח של אף אחד מן הצדדים. אין הוא מוסמך לעשות כל פעולה משפטית בשם מי מהצדדים, ותפקידו מתמצה בהפגשת הצדדים והכשרת הקרקע לעשיית העיסקה ביניהם" (אייל זמיר, **חוק המכר, תשכ"ח – 1968** (תשמ"ז) 63. כן ראו אהרון ברק, **חוק השליחות** (תשנ"ו) בע' 416 - 419). "המכרז של המדינה" היא בוודאי גורם פעיל משפטית ביצירת העיסקה, ולא רק בהכשרת הקרקע לקראתה. היא זו שיוצרת את ההתחייבות המשפטית לספק את הסחורה; היא זו שגובה את הכספים בעבור הסחורה. כאמור, לו הייתה "מתווכ" בלבד בוודאי שלא הייתה רשאית לעשות זאת. מאידך, האפשרות לכפות, הר כגיגית, מעמד של "מוכר" על "המכרז של המדינה", מעמד שהיא מתכחשת לו באופן חד וברור, אף היא זרה לשיטתנו. חוק המכר איננו חוק כופה באופיו, והמשפט המסחרי הישראלי הוא עשיר ומגוון דיו על מנת לאפשר אבחנה בין מי שמוכר סחורה כ"מוכר" למי שפועל במכירתה בשם אחרים. כך, למשל, מוכרת ומקובלת אצלנו ההבחנה בין "מפיץ", הרוכש את הסחורה מהיצרן או היבואן, ומהווה



בתי המשפט

ח"א 701/05

בית הדין לחוזים אחידים ירושלים

בפני: כב' השופטת (בדימ') מ' שידלובסקי-אור – אב"ד
פרופ' עופר גרוסקופף
ד"ר משה גלברד

את ה"מוכר" כלפי הצרכן, לבין "סוכן", הפועל בשם היצרן או היבואן, ואיננו מהווה "מוכר" בעצמו (להבחנה בין "סוכן" ל"מפיץ" ראו ע"א 442/85 משה זוהר ושות' נ' מעבדות טרבנול (ישראל) בע"מ, פ"ד מד(3) 661, 679-675).

14. דפוס פעולתו של "המכרז של המדינה" הוא, כמובהר, דפוס מורכב. "המכרז של המדינה" הוא, מבחינה משפטית, עסק המתמחה בעריכת מכרזים פומביים. ככזה הוא משלב בין לפחות שני מודלים משפטיים מוכרים: מודל "המכרז" ומודל "בית המכירות הפומביות". ככל שמדובר בכללים החלים ביחס להליך כריתת החוזה עם הלקוח, הרי ש"המכרז של המדינה" פועלת כעורך מכרז, והדינים המסדירים את עריכתו של מכרז פרטי יחולו. לעומת זאת, ככל שהמדובר במערכת היחסים המשולשת, לקוח-"המכרז של המדינה"-משווק הרי ש"המכרז של המדינה" פועלת באופן המזכיר בית מכירות פומביות.

15. מאחר והמחלוקת בענייננו איננה נוגעת להליך כריתת החוזה, אלא לטיב היחסים המשפטיים שהוא יוצר בין הלקוח ל"מכרז של המדינה", מוטב שנמקד את מבטנו בכללים המשפטיים המסדירים את פעולתו של "בית מכירות פומביות", ובמידת התאמתם לאפיון המודל העסקי של "המכרז של המדינה". ודוק, מודל "בית המכירות הפומביות" פותח ביחס לבתי מכירות שפעלו בצורה שונה מ"המכרז של המדינה". יחד עם זאת, כפי שניווכח, טיב מערכת היחסים שבין בית המכירות הפומביות לבין הלקוח מזה, והמשווק מזה, דומה במידה רבה למודל העסקי בו בחרה "המכרז של המדינה". השו, לעניין זה, ת"א (ת"א) 177/98 מוזס נ' מוסף המכרז של המדינה בע"מ (לא פורסם, ניתן ע"י השופטת דרורה פלפל ב- 5.8.1998) המשווה את אחריות "המכרז של המדינה" לאחריותה של סותביס', תוך שהיא מציינת כי בשני המקרים מדובר ב"מנהל מכרזים מקצועי".



בפני: כב' השופטת (בדימ') מ' שידלובסקי-אור – אב"ד
פרופ' עופר גרוסקופף
ד"ר משה גלברד

16. בית מכירות פומביות, בשונה ממתווך, איננו רק גורם המפגיש בין המוכר לקונה, אלא הוא בעל תפקיד חשוב ביצירת הקשר המשפטי שבין המוכר לקונה, ובביצוע העיסקה הלכה למעשה. בפסק הדין בעניין *Chelmsford Auctions Ltd v. Poole* [1973] Q.B. 542 (1972) הבהיר הלורד Denning כי במקרה של מכירה באמצעות בית מכירות פומביות (auctioneer) נוצרים שלושה חוזים:

א. חוזה מכר בין הבעלים של הסחורה לבין הקונה (המציע שהציע את המחיר הגבוה ביותר). חוזה זה נוצר על ידי בית המכירות הפומביות כשלוח של הבעלים, אולם בית המכירות הפומביות איננו צד לו (וזאת בהתאם לעקרון הרגיל בדיני שליחות). למעמדו של בית המכירות כשלוח ראו גם *F.M.B. Reynolds, Bowstead & Reynolds on Agency* (17th ed., 2001) 111-112; *Chitty on Contracts* (29 ed., 2004) Sec. 31-014.

ב. חוזה בין בעל הסחורה לבין בית המכירות הפומביות. במסגרת חוזה זה מסמיך בעל הסחורה את בית המכירות הפומביות למכור את הסחורה בשמו בהליך של מכירה פומבית, ולגבות את המחיר מהקונה. כנגד זאת מתחייב בית המכירות הפומביות שלא להיפרד מהסחורה מבלי להבטיח את קבלת התמורה (או, לחילופין, לשלם לו את מלוא תמורתה), ולהעביר את התמורה, בניכוי העמלה המגיעה לו, לבעל הסחורה.

ג. חוזה בין בית המכירות הפומביות לקונה (המציע שהציע את הסכום הגבוה ביותר). על פי חוזה זה מחויב הקונה לשלם את התמורה לידי בית המכירות הפומביות (ולא למוכר), ובית המכירות הפומביות רשאי לתבוע את הקונה בשמו שלו (ולא רק כשלוח). ראו *Reynolds, ibid.*, at pp. 368, 474, 477-478.

17. בהעדר התניה נוגדת מכיר הדין האנגלי בארבע חובות שבית המכירות הפומביות חייב בהן כלפי הקונה (המציע שהציע את הסכום הגבוה ביותר):



בתי המשפט

ח"א 701/05

בית הדין לחוזים אחידים ירושלים

בפני: כב' השופטת (בדימ') מ' שידלובסקי-אור – אב"ד
פרופ' עופר גרוסקופף
ד"ר משה גלברד

א. התחייבות על כך שיש לו הסמכה למכור את הסחורה בשם הבעלים של הסחורה.
ב. התחייבות לאספקת הסחורה לידי הקונה כנגד תשלום המחיר לבית המכירות הפומביות.

ג. התחייבות שהוא ובעלי הסחורה לא יפריעו לשימושו של הקונה בסחורה לאחר אספקתה.

ד. התחייבות שלא ידוע לו על כל פגם בקניין המוכר. (ראו Paul Dobson, *Sale of Goods and Consumer Credit* (2000) 238-239; Reynolds, *ibid.*, at pp. 474, 480).

וידגש, בית המכירות הפומביות איננו נתפס כמי שאחראי לטיב הסחורה, ואף לא למצגים שנעשו בשם הבעלים של הסחורה. ראו Reynolds, *ibid.*, at p. 481.

18. בדין האמריקאי מקובל כי כאשר בית המכירות הפומביות פועל בשם בעל סחורה ידוע אין הוא אחראי כמוכר. עם זאת, בנסיבות של שליחות נסתרת או כאשר בית המכירות הפומביות חורג מסמכותו, הוא נושא באחריות כמוכר. ראו A7 C.J.S. Auctions and Auctioneers Sec. 67.

19. המודל ש"המכרז של המדינה" אימצה לעצמה מורכב אף הוא משלושה חוזים: חוזה מכר בין המשווק לקונה הנכרת באמצעותו של "המכרז של המדינה", המשמש כשלוחו של המשווק לעניין זה; חוזה סוכנות במסגרת מסמיך המשווק את "המכרז של המדינה" לפעול בשמו בכל הכרוך לאספקת המוצרים וגביית התמורה; וחוזה שלישי בין "המכרז של המדינה" לקונה המחייב את הקונה לשלם את התמורה לידי "המכרז של המדינה". כאמור, מודל זה דומה במבנהו המשפטי, גם אם איננו זהה מבחינת תכנון, למודל בית המכירות הפומביות שתואר לעיל.



בתי המשפט

ח"א 701/05

בית הדין לחוזים אחידים ירושלים

בפני: כב' השופטת (בדימ') מ' שידלובסקי-אור – אב"ד
פרופ' עופר גרוסקופף
ד"ר משה גלברד

20. במצב דברים זה אנו סבורים כי המודל המשפטי למולו יש לבחון את התנאים הקבועים בחוזה האחיד איננו לא מודל "המתווך" ולא מודל "המוכר", אלא מודל ביניים, המזכיר במאפייניו המשפטיים את מודל "בית המכירות הפומביות". על פי מודל זה הרי שבהעדר התניה חוזית יחולו הכללים הבאים על מערכת היחסים שבין "המכרז של המדינה" לבין לקוחותיה:

א. "ככל ש"המכרז של המדינה" פועלת בגלוי ליצירת התקשרות בחוזה מכר בין משווק ידוע לבין הלקוח שיציע את ההצעה הגבוהה במכרז הרי שאין היא צד לחוזה ה"מכר" שנכרת, וממילא אין היא נושאת בחובות "מוכר" על פי חוק המכר, תשכ"ח - 1968.
ב. במידה ש"המכרז של המדינה" איננה מגלה את זהות המשווק של המוצר הרי שהלקוח רשאי לראות בה את ה"מוכר" (השוו לדין האמריקאי הנזכר בסעיף 18 לעיל), וזאת בהתאם להוראות סעיף 7 לחוק השליחות, תשכ"ה - 1965 בדבר שליחות נסתרת ("לא ידע הצד השלישי בשעת הפעולה על קיומה של השליחות, או לא ידע את זהותו של השולח, תחייב פעולת השלוח את השולח והשולח יחד ולחוד ותזכה את השלוח בלבד").
ג. "המכרז של המדינה" אחראית בכל מקרה (קרי, אף כשאיננה "מוכר") מכוח החוזה שבינה לבין הלקוח, ומכוח מעמדה כשלוח של המשווק, למספר עניינים (והשוו לדין האנגלי הנזכר בסעיף 17 לעיל), ובכלל זה:

(א) לדאוג לאספקת הסחורה ללקוח בהתאם לתנאים שסוכמו עימו.
(ב) לנקוט באמצעים סבירים על מנת לוודא כי אין פגם בקניין המשווק בסחורה שתסופק ללקוח.

(ג) לוודא כי מצגים המיוחסים למשווק עומדים בשלושת התנאים הבאים: א. הובהר ללקוח מבעוד מועד כי המדובר במצגים שבאחריות המשווק; ב. הם אכן נעשו על ידי המשווק; ג. לא הייתה רשלנות מצד "המכרז של המדינה" בהצגתם (השוו אהרון ברק, חוק השליחות (תשנ"ו) בע' 87 – 89).



בתי המשפט

ח"א 701/05

בית הדין לחוזים אחידים ירושלים

בפני: כב' השופטת (בדימ') מ' שידלובסקי-אור – אב"ד
פרופ' עופר גרוסקופף
ד"ר משה גלברד

21. בהמשך הדברים נבקש לבחון את הסוגיות הפרטניות שלגביהם חלוקים הצדדים בשים לב לכללי ברירת המחדל שהוצגו לעיל. עם זאת, בטרם נעשה כן נבקש להתייחס בקצרה לשאלה העקרונית של מידת ההתערבות מכוח חוק החוזים האחידים בחופש העיצוב של מודלים עסקיים.

חופש העיצוב של מודלים עסקיים וחוק החוזים האחידים

22. "המכרז של המדינה" מציעה ללקוחותיה מודל עסקי מיוחד שעוצב על ידה. מודל זה עמד בהצלחה במבחן כוחות השוק. בחינה זו נערכה בשוק הפועל בתנאי תחרות, וביחס לציבור לקוחות רחב. פשיטא, כי עצם העובדה שעסק מסוים זוכה להצלחה עסקית אין בה כדי לשמש תחליף לבחינה משפטית בהתאם לחוק החוזים האחידים של מנגנון ההתקשרות החוזית בו הוא עושה שימוש. עם זאת מקובל עלינו כי דרושה זהירות רבה בהפעלת ביקורתו של בית הדין לחוזים אחידים ביחס למודלים עסקיים שהתבססו בשוק תחרותי.

23. דפוס הפעילות בו בחר עוסק מכתוב את היקף השירותים שהוא מציע לציבור לקוחותיו. חיוב עוסק לשנות את דפוס הפעילות משנה את היקף שירותיו, וכך כופה הן עליו והן על ציבור לקוחותיו היקף שירותים שונה מזה בו בחרו. כך, למשל, כפיית "המכרז של המדינה" לקבל על עצמה מעמד של "מוכר", הנושא באחריות מלאה לטיב הסחורה שהוא מוכר, מחייבת את "המכרז של המדינה" לכרוך יחדיו (לבצע bundling) את חבילת השירותים שהיא מעוניינת להציע (שיווק המוצר, גביית התשלום, אספקת סחורה וכיו"ב) עם שירות שאין היא מעוניינת להציע (מתן אחריות לטיב הסחורה). כריכה כזו היא, במקרים רבים, שלא לטובת הצרכן. יש בה כדי להפחית את חופש הבחירה הפתוח בפניו (שהרי את החבילה בכללותה באפשרותו לרכוש בבתי עסק הפועלים על פי מודל מכירה רגיל, ובמקרה זה מוצעת לו האפשרות לרכוש רק חלק ממנה במחיר מוזל). יש בה כדי לפגוע ביעילות הכלכלית (שכן "המכרז של המדינה",



בתי המשפט

ח"א 701/05

בית הדין לחוזים אחידים ירושלים

בפני: כב' השופטת (בדימ') מ' שידלובסקי-אור – אב"ד
פרופ' עופר גרוסקופף
ד"ר משה גלברד

לפי הצהרתה, איננה בעלת יכולת להעניק שירות אחריות יעיל למגוון העצום של מוצרים אותו היא משווקת).

24. מבלי לנסות למצות את הדיון, אנו סבורים כי התערבות שיפוטית מכוח חוק החוזים האחידים בחופש עיצוב מודל עסקי בשוק תחרותי צריכה להתמקד בשלושה מצבים עיקריים:

א. מצבים בהם המודל העסקי מבוסס על ניצול העדר מידע או פגם קוגניטיבי אצל ציבור הלקוחות – שיפוט השוק את דרך פעולתו של עסק מסוים עלול להיפגם בשל כשלים קוגניטיביים ובעיות אינפורמציה בקרב ציבור הלקוחות. מודל עסקי המבקש להיבנות מכשלים אלה הוא מודל פסול, שמן הראוי למנוע את קיומו. כך, למשל, ניסיון לקשור את הצרכן לתקופת התקשרות ארוכה באמצעות מתן הטבה בהווה חשוד בניצול הטיות קוגניטיביות של הלקוחות, וככזה עשוי להיפסל כתניה מקפחת בחוזה אחיד (השוו לפסק דיננו בעניין ח"א (י-ם) 9005/03 היועץ המשפטי לממשלה נ' שח"ל טלרפואה בע"מ (ניתן ביום 26.6.2006). ההתדיינות באותו עניין הסתיימה בפשרה).

ב. מצבים בהם הוראות החוזה האחיד אינן תואמות את המודל העסקי על פיו פועל הספק הלכה למעשה – השוק שופט את דרך הפעילות דה פקטו, אין באפשרותו לשפוט את דרך הפעילות דה יורה. מודל הפעילות המשפטי המוצג בחוזה האחיד איננו גלוי בשלב הראשון של קיום העסק, מעצם ההנחה שמרבית המתקשרים אינם יכולים, ואינם נדרשים, לקרוא ולהבין חוזים אחידים. אכן ככל שמתארכת פעילות העסק ירבו הסכסוכים, ולשוק עשוי להגיע מידע מסוים ביחס לתוכן החוזה האחיד לפיו הוא מתקשר. אפס, מידע זה יהיה חלקי, חסר ומגמתי, ועל כן לא יוכל לשמש בסיס טוב לשיפוט של הלקוחות. מכאן שכאשר ספק נוהג בפועל בצורה מסוימת, אך מבקש לעצב את היחסים המשפטיים שבינו לבין לקוחותיו בצורה שונה באמצעות חוזה אחיד, המעורר חשש לקיפוח הלקוחות, יש מקום להתערבות מכוח חוק החוזים האחידים. כך,



בתי המשפט

ח"א 701/05

בית הדין לחוזים אחידים ירושלים

בפני: כב' השופטת (בדימ') מ' שידלובסקי-אור – אב"ד
פרופ' עופר גרוסקופף
ד"ר משה גלברד

למשל, כאשר ספק מציין בחוזה כי איננו מעניק שירות פלוני, אך בפועל מעניק אותו בשגרה, ומתבסס על ההסדר החוזי הפוטר אותו מהחובה לתת שירות זה רק כשמתעורר סכסוך, יש מקום לביקורת מוגברת של בית הדין לחוזים אחידים (ודוק, יתכנו מצבים בהם תהיה הצדקה עניינית ליצירת פער מסוג זה, כגון כשמטרתו למנוע סחטנות של לקוחות טורדניים או לאפשר היווצרותם של יחסי אמון. קיומו של פער בין דרך הפעולה דה פקטו להסדרי החוזה האחיד הוא לפיכך רק בסיס לביקורת מוגברת, לא הצדקה מספקת להתערבות).

ג. מצבים בהם ההסדרים נוגעים להיבטים אגביים של המודל העסקי – רמת הזהירות מפני התערבות תלויה באופן ישר במרכזיותה של התניה למודל העסקי: ככל שהתניה מרכזית יותר כך תגדל הנטייה שלא להתערב, ולהיפך. הטעמים לכך ברורים: מחד, ככל שהתניה מרכזית יותר למודל העסקי כך יש לתת יתר משקל לחופש הפעולה של הספק; מאידך, ככל שהנושא שולי יותר במודל העסקי כך הסיכוי שהלקוחות מודעים להיבט זה, ומפקחים עליו נמוך יותר. מטעם זה התערבות ב"תניות משניות", תניות המסדירות את יחסי הצדדים במקרה של סכסוך או הפרה (כדוגמת תניית שיפוט או בוררות), צריכה להיות משמעותית יותר מאשר התערבות בתניות הקובעות את "החובות הראשוניות" של הצדדים (קרי, את חובות הביצוע של ההסכם).

25. מעבר לאמור לעיל נבקש להעיר שתי הערות נוספות לעניין היקף התערבותנו. ראשית, בית הדין לחוזים אחידים איננו אחראי על אכיפתם של חוקים צרכניים כופים, כדוגמת חוק הגנת הצרכן. עם זאת, כפי שציינו בעניין אחר, אין ביה"ד "יכול לתת את אישורו לנוסח חוזה אחיד הכולל בחובו תניה הנוגדת הוראת חוק בלתי ניתנת להתניה (קוגנטית), והוראה מהוראות חוק הגנת הצרכן בכלל זה (ראו סעיף 36 לחוק הגנת הצרכן)" (ח"א (י-ם) 9004/03 היועץ המשפטי לממשלה נ' נטל"י, החברה לשירותי רפואה דחופה בישראל בע"מ (ניתן ב- 28.5.2007). שנית, קביעות בית הדין לחוזים אחידים מוגבלות לבחינת השאלה האם תניה בחוזה אחיד היא תניה מקפחת. ממילא אין



בתי המשפט

ח"א 701/05

בית הדין לחוזים אחידים ירושלים

בפני: כב' השופטת (בדימ') מ' שידלובסקי-אור – אב"ד
פרופ' עופר גרוסקופף
ד"ר משה גלברד

אנו נדרשים לשאלה האם הפכה התניה במקרה נתון לחלק ממערך היחסים החוזי שבין הספק לציבור לקוחותיו. כך, למשל, יתכנו מצבים בהם דגם העיסקה שבחר העוסק, הגם שהוא אפשרי והוגן, הוא כה חריג עד שנדרשת הפניה מיוחדת של תשומת לב הלקוח טרם ההתקשרות על מנת להפוך אותו למחייב (ראו ע"א 347/90 סודהגל בע"מ נ' ריקרדו ספילמן, פ"ד מז(3) 459, 474; ע"א 5924/97 און הצפון (וינגרטן) בע"מ נ' סודהפופ, פ"ד נג(4) 488). אישורנו כוחו יפה כדי להקנות לתניה במקרה מעין זה הגנה מפני טענה הנשענת על חוק החוזים האחידים. אין בכוחו כדי לשלול טענה של לקוח כי התניה לא הפכה, בשל אי הסבת תשומת ליבו אליה, לחלק ממערך היחסים החוזיים שבינו לבין העוסק.

הסוגיות הפרטניות

א. מחיר המחירון

26. סעיף ב.1. לתקנון המכרז מגדיר את המונח "מחיר המחירון" בצורה הבאה: "מחיר המחירון" - קרי: המחיר-ללא מבצעים והנחות - שבו נוקב היצרן / היבואן / ספק המוצר ו/או השרות המוצע במודעת מכרז כלשהי, ע"פ שיקול דעתו של היצרן / יבואן / ספק, כאמור לעיל, ובאחריותו".

הצדדים הסכימו למחוק מהגדרה זו את המילה "ובאחריותו". לאחר ביצוע תיקון זה עדיין טוענת ב"כ היועץ המשפטי לממשלה כי הגדרת "מחיר המחירון" הינה מקפחת משני טעמים: ראשית, היותה "עמומה", בעיקר מאחר ולא ברור היחס בינה לבין מחיר השוק של המוצר; שנית, היותה מקפחת, מאחר והגדרה זו פוטרת את המכרז של המדינה מאחריות לנכונות "מחיר המחירון".

27. אכן, יש מן העמימות בשימוש במונח "מחיר מחירון", אך איננו סבורים שעמימות זו די בה כדי להצדיק את התערבותנו במינוח שהפך להיות מקובל במקומותינו. נסתפק



בתי המשפט

ח"א 701/05

בית הדין לחוזים אחידים ירושלים

בפני: כב' השופטת (בדימ') מ' שידלובסקי-אור – אב"ד
פרופ' עופר גרוסקופף
ד"ר משה גלברד

לפיכך בהערה כי אם אכן מדובר ב"מחיר מקסימום", כפי שטוענת ב"כ המדינה, מן הראוי לנקוט במינוח זה.

28. איננו רואים מקום להתערב בקביעתה הברורה של "המכרז של המדינה" כי "מחיר המחירון" נקבע על ידי המשווק ("היצרן/היבואן/הספק" בלשונו הלא אחידה של תקנון המכרז). המחיר הוא מרכיב שכל מתקשר בחוזה, אף מתקשר בחוזה אחיד, בוודאי נותן עליו את דעתו. משום כך הוצא רכיב התמורה ממסגרת אותם נושאים שלגביהם נדרש פיקוח על פי חוק החוזים האחידים (ראו סעיף 23(א)(1) לחוק). מטעם זה הטעיה ביחס למחיר נופלת בדרך כלל לגדר טעות בכדאיות שאיננה מאפשרת ביטול חוזה (ראו סעיף 14(ד) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג – 1973 וכן דניאל פרידמן ונילי כהן, חוזים, כרך ב' (תשנ"ג) 730 - 732). לאור זאת, אנו סבורים כי האינטרס של הלקוחות בכך ש"המכרז של המדינה" תפקח על כך ש"מחיר המחירון" ייצג נתון אמת (כגון מחיר שוק או המחיר הרגיל שדורש המשווק) הוא נמוך יחסית, ולעומת זאת האינטרס העיסקי של "המכרז של המדינה" שלא לקיים מנגנון פיקוח כאמור (שעלותו אינה זניחה) הוא ממשי מאד.

29. בחוק הגנת הצרכן אנו מוצאים כי "המחיר הרגיל או המקובל או המחיר שדרש בעבר, לרבות תנאי האשראי ושיעור הריבית" הוא נושא שאסור לעוסק להטעות לגביו (סעיף 2(13) לחוק הגנת הצרכן, תשמ"א – 1981). אין חולק כי "המכרז של המדינה" היא "עוסק" לעניין חוק הגנת הצרכן (ראו ת"א (ת"א) 177/98 מוזס נ' מוסף המכרז של המדינה בע"מ (לא פורסם, ניתן ע"י השופטת דרורה פלפל ב- 5.8.1998); ת"פ (שלום ת"א) 9984/03 מדינת ישראל נ' מוסף המכרז של המדינה בע"מ, תק-של 711(2)2004 (ניתן ע"י השופטת דורית רייך-שפירא ב- 15.6.2004)), ועל כן יתכן שהימנעותה מלפקח על "מחיר המחירון" עשויה להביא להטלת חבות עליה מכוח חוק זה. עם זאת, קשה לנו לראות כיצד הוראה חוזית המבהירה שמדובר במחיר שנמסר על ידי המשווק משנה את היקף האחריות שתוטל על "המכרז של המדינה", ככל שתוטל, מכוחו של חוק הגנת



בפני: כב' השופטת (בדימ') מ' שידלובסקי-אור – אב"ד
פרופ' עופר גרוסקופף
ד"ר משה גלברד

הצרכן. במילים אחרות, אם יקבע בעתיד כי הסתמכות על "מחיר המחירון" שמסר המשווק איננה משחררת את "המכרז של המדינה" מאחריותה לפי חוק הגנת הצרכן, הרי שההגדרה שקבועה בתקנון המכרז בוודאי לא תועיל כדי לשחרר את "המכרז של המדינה" מאחריות זו (במיוחד לאחר מחיקת המילה "ואחריותו" מההגדרה).

לפיכך, אנו קובעים כי ההגדרה של "מחיר המחירון" איננה מקפחת את זכויות הלקוח. למען הסר ספק אנו מבהירים כי אין בקביעתנו זו כדי להעניק ל"מכרז של המדינה" הגנה בפני הטענה כי פרסום "מחיר מחירון" במקרה נתון היווה הטעיה של הלקוח לפי כל דין, לרבות סעיף 2(13) לחוק הגנת הצרכן.

ב. ביטול זכייה בנופש או בטיסה

30. סעיף ה.4. לתקנון המכרז קובע כדלהלן:

"במקרה של ביטול זכייה בנופש או בטיסה - מכל סיבה שהיא, למעט כוח עליון - לאחר המועדים האחרונים לביטול, האמורים בסעיף ה. 2.1 לעיל, תחייב חברת המכרז את כרטיס האשראי של הזוכים ב-10% מערכה הכולל של הצעתם הזוכה, וכן בדמי הביטול הנקובים בתקנוני חברות הנסיעות וחברות התעופה, הנוטלות חלק במכרזים. לפיכך, מומלץ לבצע 'ביטוח ביטול' מיד לאחר פרסום תוצאות המכרז."

הצדדים הסכימו כי במקום המונח "ערכה הכולל" יבוא "מסכום ההצעה" וכי במקום "10%" יאמר "5%".

מעבר להסכמות אלה טוענת ב"כ היועץ המשפטי לממשלה כי התנאי עודנו מקפח מאחר וגובה דמי הביטול הנקובים בתקנוני חברות הנסיעות וחברות התעופה הנוטלות חלק במכרזים איננו ידוע ללקוח. כן טוענת ב"כ היועץ המשפטי לממשלה כי ההמלצה לעשות



בפני: כב' השופטת (בדימ') מ' שידלובסקי-אור – אב"ד
פרופ' עופר גרוסקופף
ד"ר משה גלברד

"ביטוח ביטול" הינה מקפחת, מאחר והיא מסירה מ"המכרז של המדינה" את האחריות לגובה דמי הביטול. "המכרז של המדינה" טוענת כי גובה דמי הביטול איננו ידוע לה, שכן לכל משווק יש מדיניות שונה, אותה יכול הלקוח לברר בעצמו.

31. אנו סבורים כי בנסיבות העניין קביעת דמי ביטול על דרך של הפניה למדיניות המשווקים הקבועה במסמך חיצוני מהווה תניה מקפחת בחוזה אחיד. יש לזכור כי לעניין יצירת ההתקשרות עם המשווק מהווה "המכרז של המדינה" שלוח של המשווק, המפרסם מטעמו את המידע לציבור הלקוחות הפוטנציאליים (ראו סעיף 16 לעיל). במצב דברים זה, ניסיון לגלגל על הלקוח את הנטל של ברור דמי הביטול נעדר כל סבירות, ואנו מתקשים למצוא לו הצדקה עיסקית לגיטימית כלשהי. כשם ש"המכרז של המדינה" ידעה לקבל מהמפיצים נתונים אחרים, בוודאי תדע לקבל מהם, ולפרסם בצורה הולמת ללקוחות, את דמי הביטול שהמשווקים דורשים.

32. אנו קובעים איפוא כי על "המכרז של המדינה" מוטלת החובה לפרסם ללקוחותיה את דמי הביטול שיגבו מהם על ידי המשווק במקרה של ביטול זכייה בנופש או בטיסה על ידם. פירסום כאמור של דמי הביטול מהווה תנאי להכללתם בחוזה שבין המשווק ללקוח, ולפיכך דמי ביטול שלא פורסמו לא יגבו מהלקוח. בהינתן הכרעה זו איננו מוצאים כל קיפוח בהמלצה לעשות "ביטוח ביטול".

ג. שלילת זכות הביטול ביחס למוצרים מסוימים

33. סעיף ה.5. לתקנון המכרז קובע כדלהלן:

"לא ניתן לבטל כלל (גם לפני תום המועדים האמורים בסעיף ה. 2.1 לעיל) זכויות במוצרים ובשירותים מהסוגים הבאים: מוצרים פסידים; מוצרים שהותקנו בבית הזוכה בחיבור של קבע - משעה שחוברו; מוצרים/שירותים שיוצרו/תוכננו



בתי המשפט

ח"א 701/05

בית הדין לחוזים אחידים ירושלים

בפני: כב' השופטת (בדימ') מ' שידלובסקי-אור – אב"ד
פרופ' עופר גרוסקופף
ד"ר משה גלברד

במיוחד עבור הזוכה במפרט מיוחד, משעה שנמסר המפרט המיוחד; מוצרים שיובאו במיוחד עבור הזוכה; כלי רכב - משעה שנחתם טופס ההזמנה בסוכנות היבואן; נדל"ן - משעה שהמשווק דיווח לרשויות המס על העסקה; ושירותי הארחה, נסיעה, חופש או בילוי, כשהמועד שנקבע למתן השרות חל תוך שבעה ימים (שאינם ימי מנוחה) ממועד הודעת הזכייה".

סעיף ה. 2.1 לתקנון המכרז קובע כי ניתן לבטל זכייה לאחר סגירת המכרז בתנאים הבאים:

"בעסקה לרכישת מוצר - ממועד סגירת המכרז ועד תום 14 יום מיום קבלת המוצר, ובעסקה לרכישת שרות - ממועד סגירת המכרז ועד תום 14 יום מאותו מועד (אך לא יאוחר מיומיים - שאינם ימי מנוחה - לפני המועד שבו אמור השרות להינתן). הביטול ייעשה אך ורק בהודעה בכתב. במסגרת הודעת הביטול תפורט סיבת הביטול, וככל שהמדובר בביטול עקב פגם/אי התאמה במוצר, יפורטו במדוייק הפגם/אי ההתאמה כאמור."

הצדדים הסכימו כי המילה "כלל" תימחק מסעיף ה.5. מעבר להסכמה זו טוענת ב"כ היועץ המשפטי לממשלה כי ההוראה מקפחת בשני עניינים: ראשית, היא מתיימרת לשלול את זכות הביטול שעשויה לקום ללקוח במקרה של הפרה או אי התאמה; שנית, מאחר וזכות הביטול שהוענקה בסעיף ה. 1.2 היא יישום של הזכות המוקנית לצרכן לבטל עסקת מכר מרחוק על פי סעיף 14.ג. (ג) לחוק הגנת הצרכן, תשמ"א -1981, ניתן לסייגה רק למצבים הקבועים בסעיף 14.ג. (ד) לחוק הגנת הצרכן או שנקבעו בתקנות לפי



בתי המשפט

ח"א 701/05

בית הדין לחוזים אחידים ירושלים

בפני: כב' השופטת (בדימ') מ' שידלובסקי-אור – אב"ד
פרופ' עופר גרוסקופף
ד"ר משה גלברד

סעיף 14ג. (ה) לחוק הגנת הצרכן. מאחר והרשימה שקבועה בסעיף ה.5 לתקנון המכרז חורגת ממסגרת החריגים שקבע החוק הרי שהיא פסולה ומקפחת.

34. בסיכומיה מבהירה "המכרז של המדינה" כי "בסעיף ה.5 לא הייתה כל כוונה לשלול את זכות הביטול הכללית על פי הדין הכללי, במקרים כגון אי התאמה או זכויות ביטול על פי דיני החוזים הכלליים", ובדין היא עושה כן (ראו ע"ש (י-ם) 7053/99 כ.י.ד. ערוץ הקניות בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, תק-מח 2002 (1) 12884 (פיסקה 80 לפסה"ד)). לפיכך הציעה "המכרז של המדינה" להוסיף בסעיף הבהרה כי הוא שולל אך ורק את זכות הביטול לפי סעיף 14ג. (ג) לחוק הגנת הצרכן. הצעה זו מקובלת עלינו, ויש בה כדי לספק מענה הולם לחשש הראשון שמעלה ב"כ היועץ המשפטי לממשלה.

35. טענתה השנייה של ב"כ היועץ המשפטי לממשלה נראית לנו מוצדקת על פניה, ולא מצאנו לה תשובה הולמת בסיכומי "המכרז של המדינה", למעט לעניין הוספת פריטי הרכב והנדל"ן. ניסיונה של "המכרז של המדינה" להיתלות בפרשנות רחבה של המונח "טובין פסידים" דינה להיכשל כבר מהטעם שמונח זה כבר נזכר בסעיף ה.5 לתקנון המכרז, ועל כן אין כל צורך להוסיף עליו הבהרות ופרשנויות העלולות להטעות את הלקוחות. גם לגופו של עניין קשה לנו לראות כיצד "מוצרים שהותקנו בבית הזוכה בחיבור של קבע", דרך משל, עונים על ההגדרה של "טובין פסידים", לא כל שכן "שירותים שתוכננו במיוחד עבור הזוכה".

לפיכך אנו מורים שנוסח הסעיף יתוקן באופן שיהווה העתקה מילולית של אותם חלקים בסעיף 14ג. (ד) או בתקנות מכוח סעיף 14ג. (ה) (ככל שהן קיימות או שיקבעו בעתיד) הנוגעות למוצרים ש"המכרז של המדינה" משווקת. כן רשאית "המכרז של המדינה" לציין כי זכות זו לא תחול ביחס לעסקאות רכב ונדל"ן, מרגע שיכרת חוזה מאוחר בין המשווק ללקוח, שהוא תוצאה של מפגש ביניהם.



בתי המשפט

ח"א 701/05

בית הדין לחוזים אחידים ירושלים

בפני: כב' השופטת (בדימ') מ' שידלובסקי-אור – אב"ד
פרופ' עופר גרוסקופף
ד"ר משה גלברד

36. כן נבקש להעיר כי לפי סעיף 14ד. לחוק הגנת הצרכן "לענין הוראות סעיף 14א(ג) ו-14ג(ג), ביטול בכתב יכול שיעשה גם באמצעות פקסימיליה או תקשורת אלקטרונית". לאור הוראה זו אנו מורים כי סעיף ה. 2.1 לתקנון המכרז יתוקן כך שתיכלל בו הבהרה שאת ה"הודעה בכתב" ניתן לעשות גם בפקס או בתקשורת אלקטרונית.

ד. 1. החזרת מוצר באריזתו לאחר ביטול שלא עקב פגם או אי התאמה
2. הגבלת הזמן לביטול חוזה עקב פגם או אי התאמה

37. סעיף ה.6. לתקנון המכרז קובע כדלהלן:

"לתשומת לבכם: במידה שהביטול אינו נובע מפגם או מאי התאמה, יוחזר המוצר באריזתו המקורית, אלא אם הדבר אינו אפשרי בנסיבות העניין. יודגש, כי אין באמור לעיל כדי לגרוע מזכותם של המשווקים לתבוע את מלוא נזקייהם בשל ירידת ערכו של מוצר, אשר אינו מוחזר באריזתו המקורית, בהתאם לסעיף 14ה(ג) לחוק הגנת הצרכן. ביטול בגין פגם או אי התאמה ניתן לבצע רק תוך 14 יום מקבלת המוצר".

הצדדים הסכימו כי לסעיף תתווסף הוראה שתפנה את הלקוח ליצור קשר עם מחלקת השירות על מנת שיובהר לו להיכן עליו להשיב את המוצר. כן הוסכם ביניהם כי המשפט "יודגש, כי אין באמור לעיל כדי לגרוע מזכותם של המשווקים לתבוע את מלוא נזקייהם בשל ירידת ערכו של מוצר, אשר אינו מוחזר באריזתו המקורית, בהתאם לסעיף 14ה(ג) לחוק הגנת הצרכן" ימחק, ובמקומו יצוין שלמשווקים תקום עילת תביעה בהתאם להוראות סעיף 14ה(ג) לחוק הגנת הצרכן.

מעבר להסכמות אלה סבורה ב"כ היועץ המשפטי לממשלה כי הסעיף מקפח בשני עניינים: ראשית, בכך שהפטור מהדרישה להחזיר את המוצר באריזתו מוגדר בצורה צרה



בתי המשפט

ח"א 701/05

בית הדין לחוזים אחידים ירושלים

בפני: כב' השופטת (בדימ') מ' שידלובסקי-אור – אב"ד
פרופ' עופר גרוסקופף
ד"ר משה גלברד

מידי; שנית, בשל כך שהסיפא מסייגת את אפשרות הביטול בגין פגם או אי התאמה ל-14 יום בלבד. "המכרז של המדינה" סבור כי שתי הדרישות הללו הן לגיטימיות, ועולות בקנה אחד עם קביעות ביה"ד בע"ש (י-ם) 7053/99 כ.י.ד. **ערוץ הקניות בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה**, תק-מח 2002 (1) 12884.

38. החזרת המוצר באריזתו לאחר ביטול שלא עקב פגם או אי התאמה – הכוח לבטל חוזה מכוח סעיפים 14א.ג) ו- 14ג.ג) לחוק הגנת הצרכן הוא זכות חרטה המסורה לצרכן בעסקאות בעניין רכישה של דירת נופש ובעסקאות במכר מרחוק. תוצאות הפעלת כוח זה מוגדרות באופן ממצה בסעיף 14ה. לחוק הגנת הצרכן. זכות החרטה, והתוצאות שנובעות מהפעלתה, אינם ניתנים להתניה הסכמית לרעת הצרכן לאור הוראת סעיף 36 לחוק הגנת הצרכן. מכאן שכל ניסיון להגביל או לצמצם את זכות החרטה, או להכביד את הנטל המוטל על הצרכן במקרה של ביטול העיסקה, מהווה ניסיון להתנות על הוראת חוק כופה, ולא נוכל לאשרו. מטעם זה פסק ביה"ד בע"ש (י-ם) 7053/99 כ.י.ד. **ערוץ הקניות בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה**, תק-מח 2002 (1) 12884 (סעיפים 123-125 לפסה"ד) כי הוראה לפיה יש להחזיר את המוצר עם אריזתו המקורית כשהיא במצב תקין איננה סבירה. עם זאת אישר ביה"ד באותו עניין תניה לפיה "המוצר יוחזר, ככל שהדבר אפשרי או סביר, באריזתו המקורית".

זכות החרטה הנתונה לצרכן היא זכות מהותית, אשר חשוב להבטיח כי הצרכן יהיה מודע לקיומה, ולא יחשוש לעשות בה שימוש במקרים מתאימים. לפיכך, יש לצמצם ככל האפשר את נטיתם הטבעית של ספקים להגביל את השימוש בזכות זו, באמצעות הערמת קשיים על מימושה. על כן, גם אם יש לאפשר לספק לכולל הוראה המחייבת את הצרכן להשתדל להחזיר את המוצר באריזתו, חשוב להבטיח כי הוראה זו לא תיצור אצל הצרכן חשש כי לא יוכל לבטל, או שהביטול יגרור תוצאות קשות מבחינתו, כשאינו יכול להחזיר את המוצר באריזה. מטעם זה אנו סבורים שיש להקפיד על הנוסח שאושר בעבר על ידי ביה"ד לעניין החזרת המוצר באריזה, ולא לאפשר קביעת נוסח שונה (שעל פניו



בתי המשפט

ח"א 701/05

בית הדין לחוזים אחידים ירושלים

בפני: כב' השופטת (בדימ') מ' שידלובסקי-אור – אב"ד
פרופ' עופר גרוסקופף
ד"ר משה גלברד

הוא מרתיע יותר). לפיכך אנו מורים כי "המכרז של המדינה" רשאית לעשות שימוש בנוסח שאושר בעניין כ.י.ד. ערוץ הקניות בע"מ הנ"ל, אך לא בנוסח אחר.

39. הגבלת הזמן לביטול חוזה בגין פגם או אי התאמה – מאחורי המחלוקת בעניין זה מסתתרת שאלה מהותית. "המכרז של המדינה" גורסת כי במקרה של ביטול מחמת פגם או אי התאמה מסייג סעיף 14.ג.ג) לחוק הגנת הצרכן את זכות הביטול הנתונה לצרכן מחמת פגם או אי התאמה, ומחייבת אותו לבצע את הביטול בתוך 14 יום ממועד קבלת המוצר. אין באפשרותנו לקבל עמדה זו, וככל שיש אי בהירות בעניין זה לאור האמור בסעיף 43 בעניין כ.י.ד. ערוץ הקניות בע"מ, חשוב להבהיר כי לא לכך הייתה הכוונה.

זכות החרטה שמקנה חוק הגנת הצרכן ביחס לעסקאות מסוימות, ומכר מרחוק בכללן, באה להוסיף על זכויות הביטול הנתונות לצרכן במקרים של הפרת החוזה מצד העוסק, ולא לגרוע מהן (וראו הוראת סעיף 41 לחוק הגנת הצרכן). בהקשר קרוב, היחס בין זכות הביטול בשל הטעיה צרכנית לבין זכות הביטול בשל פגם בכריתה לפי דיני החוזים הכלליים, מקובל על הכל כי אין הוראת חוק הגנת הצרכן גורעת מהאפשרות לבטל על פי הדין הכללי (ראו, למשל, דניאל פרידמן ונילי כהן, חוזים, כרך ב' (תשנ"ג) 834, 973; סיני דויטש, דיני הגנת הצרכן, כרך א' (2001) 147-148, 373). אם כך בהקשר בו הדין הצרכני והדין הכללי מטפלים באותה בעיה (פגמים בכריתה החוזה), לא כל שכן כאשר התכלית העומדת ביסודם שונה (מימוש זכות חרטה בשל הליך כריתה "חשוד" לעומת מימוש זכות ביטול בשל הפרת החוזה על ידי העוסק).

לכאורה, העמדה לפיה זכות הביטול מחמת פגם או אי התאמה יכולה להיעשות גם לאחר חלוף 14 יום ממועד מסירת הסחורה מעוררת קושי עם סעיף 14.ה.א) לחוק הגנת הצרכן, המתייחס במפורש למצב של מימוש זכות החרטה נוכח פגם או אי התאמה. קושי זה הינו מדומה בלבד. הוראה זו מלמדת רק על כך שהמחוקק ביקש להבחין בין סיבות שונות למימוש זכות החרטה, לעניין החובות שמימושה מטיל על הצדדים (היכן תבוצע ההשבה



בתי המשפט

ח"א 701/05

בית הדין לחוזים אחידים ירושלים

בפני: כב' השופטת (בדימ') מ' שידלובסקי-אור – אב"ד
פרופ' עופר גרוסקופף
ד"ר משה גלברד

והאפשרות לגבות דמי ביטול). אין בה כדי ללמד כי זכות החרטה היא הסעד הבלעדי שעומד לצרכן גם במקרים של ביטול חוזה מחמת פגם או אי התאמה.

40. האם הוראה בחוזה אחיד לפיה זכות ביטול העומדת לצרכן בגין פגם או אי התאמה תמומש בתוך 14 יום מקבלת המוצר היא תניה מקפחת? זו השאלה האמיתית המסתתרת מאחורי המחלוקת בין הצדדים. הנטל להוכיח כי התניה סבירה בנסיבות העניין מוטל על הספק, לאור החזקה הקבועה בסעיף 4(1) לחוק החוזים האחידים. בנטל זה "המכרז של המדינה" לא עמדה. הפטור שהתניה מתימרת להקנות הוא פטור גורף שאיננו מבחין בין אחריות לפגם גלוי לאחריות לפגם נסתר, או בין אחריות של "המכרז של המדינה" לאחריות של ספקיה. במצב דברים זה ברור וגלוי כי התניה מהווה תניה מקפחת (השוו ורדה לוסטהויז וטניה שפניץ, חוזים אחידים (תשנ"ד) 86). לפיכך אנו מורים כי המשפט "ביטול בגין פגם או אי התאמה ניתן לבצע רק תוך 14 יום" ימחק מהסיפא של סעיף 6.ה. לתקנון המכרז.

ה. עיון לקוח בהצעה שהגיש

41. סעיף ה.9. לתקנון המכרז קובע כי:

"לא ניתן לשנות הצעה שהוגשה, או לעיין בה, לאחר שנסתיימה הגשתה וניתן לה מספר הצעה ניתן רק לבטלה כליל, ולהגיש הצעה אחרת במקומה".

ב"כ היועץ המשפטי לממשלה טוענת כי שלילת זכות העיון בהצעה לאחר סיום הגשתה יש בה כדי לקפח את הלקוחות. "המכרז של המדינה" טוענת כי מבחינה טכנית ומשפטית אין באפשרותה לאפשר עיון בהצעות.

42. אין אנו מקבלים את תשובת "המכרז של המדינה" בעניין זה. ברור לנו מדוע יש ל"מכרז של המדינה" אינטרס לגיטימי למנוע שינוי הצעות לאחר הגשתן (עניין הקשור



בתי המשפט

ח"א 701/05

בית הדין לחוזים אחידים ירושלים

בפני: כב' השופטת (בדימ') מ' שידלובסקי-אור – אב"ד
פרופ' עופר גרוסקופף
ד"ר משה גלברד

באופן הדוק לגרעין המודל העיסקי שלה), אך לא ברור לנו כלל מהו האינטרס הלגיטימי שלה לקבוע באופן קטגורי כי אין ללקוח זכות לעיין בהצעה שהגיש. ודוק, אין אנו עוסקים בשאלה האם חייבת "המכרז של המדינה" לאפשר ללקוחותיה זכות עיון באמצעות אתר האינטרנט שלה. זו שאלה עסקית, הנוגעת לאיכות השירות שהיא נותנת ללקוחותיה. רוצה "המכרז של המדינה" לתת ללקוחות שירות איכותי ומודרני, תאפשר להם לעיין בהצעותיהם בנוחות באמצעות מערכת האינטרנט כפי שעושים עוסקים רבים; אין היא מעוניינת בהעמדת שירות איכותי ומודרני ללקוחותיה, תאפשר להם לקבל מידע זה באמצעות מרכז השירות שלה. אולם קביעה כי הלקוח לא רשאי כלל לקבל מידע מהעוסק במקרים בהם מבקש הוא לרענן את זכרונו בתוכן הצעתו, או לוודא כי נקלטה כראוי, נראית לנו מקפחת על פניה. ודוק, השאלה אם עוסק מאפשר או מסרב לאפשר עיון בהצעות שהוגשו (להבדיל מהשאלה מהי איכות שירותי העיון שהוא מעמיד ללקוחותיו) מצויה בשוליו של המודל העסקי (ראו סעיף 24ג. להלן). לפיכך אין אנו רואים סיבה של ממש שלא להתערב בה (וכמובהר, אין אנו קובעים מהי איכות שירותי העיון ש"המכרז של המדינה" צריכה לתת ללקוחותיה). לאור זאת אנו מורים כי המילים "או לעיין בה" ימחקו מסעיף ה.9 לתקנון המכרז.

1. שינוי במיסוי

43. סעיף 1.1.1 לתקנון המכרז קובע כי "המכרז של המדינה" רשאית לבטל מכרז (כולו או חלקו) או להאריך את משך המכרז, על פי שיקול דעתה: "במקרה של שינוי במיסוי (לרבות מע"מ) החל על המוצר או על השירות שהוצעו במכרז, אשר נכנס לתוקפו כדין, בתקופה שתחילתה עשרה ימים לפני מועד תחילת הגשת הצעות המחיר לאותו מכרז, וסיומה 11 יום לאחר המועד האחרון להגשת הצעות".

ב"כ היועץ המשפטי לממשלה טוענת כי תנאי זה מנוסח באופן גורף באופן המקנה ל"מכרז של המדינה" זכות לבטל את המכרז או להאריך את משכו בגין כל שינוי במיסוי, ובכך מקים את חזקות הקיפוח הקבועות בסעיפים 4(2) ו-4(6) לחוק החוזים האחידים.



בתי המשפט

ח"א 701/05

בית הדין לחוזים אחידים ירושלים

בפני: כב' השופטת (בדימ') מ' שידלובסקי-אור – אב"ד
פרופ' עופר גרוסקופף
ד"ר משה גלברד

"המכרז של המדינה" טוענת כי שינוי מיסוי הוא סיכון חיצוני לעסקה, שהיא רשאית להגן על עצמה (ועל מפיציה) מפניו. כל שמוכנה "המכרז של המדינה" הוא להבהיר כי במקרה של ביטול המכרז עקב שינוי במיסוי יוחזרו למציע דמי ההשתתפות, אם היה זה המכרז היחיד בו השתתף.

44. הוראת סעיף 1.1.ו בנוסחה הקיים היא הוראה מקפחת בשים לב לחזקת הקיפוח שבסעיף 4(2) לחוק החוזים האחידים. אכן שינוי מיסוי איננו מצוי בשליטת הספק, אולם הוראה המאפשרת לספק לבטל או להאריך את המכרז בגין כל שינוי בנסיבות חיצוניות שאינן בשליטתו, מקנה לספק כוח גם בנסיבות של שינוי קטן וזניח (כגון העלאת או הורדת שיעור המע"מ באחוז אחד), שאיננו מצדיק עניינית קיומו של כוח כזה בידי הספק. לשם ההמחשה, שינוי בשער הדולר גם הוא עניין שאינו בשליטת הספק, אך ברור לחלוטין שאם יינתן לספק הכוח לבטל את החוזה בגין כל שינוי בשער הדולר תהיה קביעה זו מקפחת, מאחר והלכה למעשה היא מקנה לספק כוח ביטול בנסיבות שאינן יוצרות הצדקה עסקית לביטולו.

45. על מנת להתגבר על חזקת הקיפוח שבסעיף 4(2) לחוק החוזים האחידים נדרש הספק לקבוע כי זכות הביטול בגין שינוי בשיעור המס תעמוד לו רק כאשר שינוי זה עולה על שיעור נקוב, בו סביר להניח כי מתקיימת הצדקה עסקית לביטול החוזה. שיעור סביר זה תלוי באופי העיסקה לגביה נערך החוזה האחיד. בהקשר בו עסקינן, מכרז למכירת מוצרים ושירותים לצרכנים סופיים, אנו סבורים כי מן הראוי להעמיד שיעור זה, בהעדר ראיות לסתור, על לפחות 5% ממחיר המוצר או השירות (כלומר, לאפשר ביטול רק כאשר המיסוי הישיר על העסקה עלה ביותר מ- 5% - כגון שהמע"מ על העסקה הועלה מ- 10% ל- 15%).

46. כן ראוי להעיר כי סעיף 1.1.ו בנוסחו הנוכחי מאפשר ל"מכרז של המדינה" לבטל או להאריך מכרז גם במצבים בהם השינוי במיסוי היה ידוע בעת פרסום חוברת המכרז



בתי המשפט

ח"א 701/05

בית הדין לחוזים אחידים ירושלים

בפני: כב' השופטת (בדימ') מ' שידלובסקי-אור – אב"ד
פרופ' עופר גרוסקופף
ד"ר משה גלברד

וזאת כל עוד נכנס לתוקף כדין בתקופה הנקובה בתניה), ואף כאשר השינוי הוא על דרך של הפחתת המיסוי (עניין שלכאורה מטיב עם "המכרז של המדינה"). כוח לבטל מכרז בגין שינוי במיסוי שהיה ידוע בעת פרסום המכרז הוא בוודאי מקפח, מאחר והוא שקול לזכות לבטל את המכרז לפי שיקול דעתו הבלעדי של הספק. כמו כן איננו רואים מה ההצדקה העסקית לתת "למכרז של המדינה" כוח לבטל מכרז בגין ירידה בשיעור המיסוי (ללקוח ממילא שמורה זכות הביטול לפי סעיף ה.2 לתקנון המכרז, ויש להניח שישתמש בזכות זו כשינוי המיסוי גבוה מ- 5%, קרי עולה על דמי הביטול).

לבסוף נבקש לציין כי האפשרות לבטל את המכרז "כולו או חלקו", כאמור בסעיף 1.1.1.1 רישא, מעוררת קושי. אם כוונת "המכרז של המדינה" לכך שיש לה סמכות לבטל חלק מחבילה של מוצרים או שירותים, תוך הותרת המכרז בעיינו ביחס ליתרת החבילה (כגון שבמקום חמישה סרטי DVD יתייחס המכרז בו מדובר לארבעה בלבד), הרי שבכך יש בוודאי קיפוח. אם כוונתה (וכך אנו מניחים) רק לכך שיש באפשרותה להפחית את מספר המוצרים המועמדים למכירה ("מספר הזוכים" בלשון התקנון) מוטב שתקבע זאת בלשון ברורה.

לאור האמור אנו מורים כי סעיף 1.1.1.1 בנוסחו הנוכחי הינו מקפח, ולפיכך מבוטל. למען הסר ספק נבהיר כי במידה ו"המכרז של המדינה" תיבחר לתקן את הסעיף בהתאם להערותינו לעיל, תדאג לקבוע הבהרה בדבר החזרת דמי ההשתתפות בהתאם להצעתה.

ז. טעות בתום לב בתיאור מוצר או שירות מסוים

47. סעיף 1.4 לתקנון המכרז קובע כי "המכרז של המדינה" רשאית לבטל מכרז (כולו או חלקו) או להאריך את משך המכרז, על פי שיקול דעתה: "במקרה שבו נפלה טעות, בתום לב, בתיאור מוצר או שירות מסוים (כגון בגין שינוי המפרט על ידי היצרן בלא שיידע את חברת המכרז), ונבצר מחברת המכרז לספק את המוצר או השירות כפי שתואר בטעות. במקרה זה תינתן לזוכים אפשרות לבחור בין מימוש זכותם למוצר, כפי



בתי המשפט

ח"א 701/05

בית הדין לחוזים אחידים ירושלים

בפני: כב' השופטת (בדימ') מ' שידלובסקי-אור – אב"ד
פרופ' עופר גרוסקופף
ד"ר משה גלברד

שניתן לספקו בפועל, לבין קבלת כל הסכומים שנגבו מהם, ותו לא. במקרה כזה, תהא חברת המכרז רשאית לבטל רק מכרז מסוים, ולא את המכרזים כולם".

ב"כ היועץ המשפטי לממשלה רואה בתניה זו תניה מקפחת משני טעמים: ראשית, היא מקנה לספק זכות ביטול בגין אי התאמה שהוא אחראי לה; שנית, היא איננה מקנה ללקוח תרופות הולמות, ובכלל זה שוללת ממנו זכות לריבית ולהצמדה בגין כספו. "המכרז של המדינה" סבורה שהתניה איננה מקפחת, אלא רק מגנה על האינטרס הלגיטימי של "המכרז של המדינה" שלא לשאת באחריות לטעויות מצד המשווקים.

48. הוראה זו נגועה בסתירה פנימית. מחד, היא מקנה ל"מכרז של המדינה" זכות לבטל את המכרז במקרה של טעות בתיאור המוצר או השירות; מאידך, היא מאפשרת לזוכים לבחור בקבלת המוצר אותו ניתן לספק. שני הדברים אינם מתיישבים. נראה כי תכלית ההוראה איננה לקבוע אפשרות ל"מכרז של המדינה" לבטל מכרז במקרה של טעות, אלא להגביל את סעדי הלקוח הנפגע במקרה זה (במידה ואיננו מעוניין במוצר שסופק בפועל) לביטול זכייתו והשבת כספו בערכו הנומינלי בלבד. הבנת ההוראה בדרך זו מקלה לראות כי היא חשודה כמקפחת לפי סעיף 4(1) לחוק החוזים האחידים.

49. "המכרז של המדינה" מעלה שני טיעונים מרכזיים להגבלת סעדי לקוחות שנפגעו מפרסום מטעה בתום לב: הראשון הוא שהנזק שנגרם ללקוח הוא קטן, ושלילתו מוצדקת משיקולי יעילות אדמיניסטרטיבית (כדבריה: "רק המריבות והויכוחים סביב חישובם, יגרמו הוצאות גדולות יותר"); השני הוא ש"המכרז של המדינה" הנה "בעלת מעמד של מתווך/מנהלת מכרזים בלבד". לשיטתנו אין בשני הטיעונים הללו כדי להרים את נטל ההוכחה להראות כי התניה איננה מקפחת.

50. ככל שהדברים אמורים בטיעון הראשון – ללקוח לא נגרם נזק של ממש - הרי שהוא מתעלם משני נזקים משמעותיים העלולים להיגרם למשתתף במכרז מהפרסום



בתי המשפט

ח"א 701/05

בית הדין לחוזים אחידים ירושלים

בפני: כב' השופטת (בדימ') מ' שידלובסקי-אור – אב"ד
פרופ' עופר גרוסקופף
ד"ר משה גלברד

המטעה. הנזק הראשון ייווצר אם הלקוח יבחר לקבל את המוצר, למרות אי ההתאמה. במקרה זה עלול להיגרם ללקוח נזק משמעותי הנובע מכך שהצעתו משקפת את המחיר שהיה מוכן לשלם בעבור מוצר התואם את המפרט, ועתה הוא נדרש לשלם מחיר זה בעבור מוצר נחות. דיני התרופות החוזיים מקנים ללקוח במקרה מעין זה את האפשרות לנכות את "הסכום שבו פחת שווי הממכר עקב אי ההתאמה לעומת שוויו על פי החוזה" (סעיף 28 לחוק המכר, תשכ"ח – 1968; וראו גם סעיף 4(א)(2) לחוק חוזה קבלנות, תשל"ד – 1974). למותר לציין כי במצבים רבים תרופה זו לא תהיה זניחה כלל ועיקר. הנזק השני ייווצר אם הלקוח יבחר לוותר על הזכייה. במקרה זה יידרש הלקוח, בהנחה שעודנו מעוניין במוצר, לערוך עסקה חלופית בשוק, ולרכוש את המוצר מספק אחר. במידה ובאותו זמן חלה עליית מחירים, הרי שעלול להיגרם ללקוח נזק ממשי מאד. מכאן שהטענה שנוקיי הלקוח מאי התאמה כאמור הם בהכרח זניחים, ומשום כך אין זה מקפח לשלול את תביעתו איננה משכנעת.

51. הטיעון השני – מעמד הביניים של "המכרז של המדינה" בעסקה - נושא אומנם כוח משכנע רב יותר, אולם גם בו אין די כדי להצדיק את נוסחו הנוכחי של סעיף ו. 1.4 לתקנון המכרז. כפי שהבהרנו בהרחבה לעיל, איננו מקבלים את הטענה כי "המכרז של המדינה" היא מתווך בלבד, מאידך, אף אין אנו רואים אותה כמוכר, אלא כמי שפועל בשמו של המוכר בלבד. לפיכך, אילו הייתה "המכרז של המדינה" מגבילה את אחריותה שלה לנזקים שנגרמו עקב טעות בתום לב, ושלא ברשלנות, הנובעת ממצגי המפיצים, היינו רואים זאת כהגבלה סבירה, התואמת את רמת האחריות הרגילה שלה (ראו סעיף 20 לעיל). הקושי בקבלת טיעון זה ביחס לסעיף ו. 1.4 לתקנון המכרז הוא משולש: ראשית, הגבלת הסעדים במקרה של אי התאמה איננה מגנה רק על "המכרז של המדינה", אלא משתרעת גם על המפיצים (השוו ע"א 508/71 חלאוי נ' מפעל הפיס, פ"ד כו(1) 38); שנית, ההגבלה איננה מצומצמת לטעויות שנגרמו באשמת הספקים; שלישית, ההגבלה כוללת גם מצבים בהם הייתה רשלנות (ואפילו רשלנות רבתי) מצד "המכרז של המדינה".



בתי המשפט

ח"א 701/05

בית הדין לחוזים אחידים ירושלים

בפני: כב' השופטת (בדימ') מ' שידלובסקי-אור – אב"ד
פרופ' עופר גרוסקופף
ד"ר משה גלברד

52. למען שלמות התמונה נבקש להבהיר כי איננו קובעים מסמרות בשאלה מהן המגבלות הלגיטימיות שיכולה "המכרז של המדינה", במעמדה כשלוחה של המפיצים לעניין כריתת החוזה שבינם לבין הלקוח (השוו סעיפים 16-19 לעיל), לקבוע על אחריות המפיצים במקרה של אי התאמה. כמובהר לעיל, הנטל על הספק להוכיח כי קיימת הצדקה עסקית לקביעת מגבלות על התרופות הנתונות ללקוח על פי דין. "המכרז של המדינה" התמקדה בהצדקות שצוינו לעיל, וכאמור אותן אין אנו מוצאים משכנעות.

53. לאור זאת אנו קובעים כי הוראת סעיף ו. 1.4 לתקנון המכרז בנוסחה הנוכחי היא הוראה מקפחת, ולפיכך מבוטלת.

ח. מספר ההצעות הזוכות במכרז

54. סעיף 2.ז לתקנון המכרז קובע כי:

"בכפוף למספר ההצעות התקפות, לא יפחת מספר ההצעות הזוכות שייקבע בכל מכרז, ממספר המוצרים או השירותים שהוצע באותו מכרז. הוא הדין גם לגבי "מכרזי המשנה" המתקיימים במסגרת "מכרזי הבזק" השונים, כהגדרתם בסעיף יא' לתקנון עם זאת, במקרה של ביטולי זכיות ע"י הזוכים המקוריים, אין חברת המכרז מתחייבת להעביר את הזכות לרכישת המוצרים/שירותים למציעים הבאים בתור".

הצדדים הסכימו כי המילים "ההצעות התקפות" יוחלפו במילים "ההצעות שהוגשו". מעבר לכך טוענת ב"כ היועץ המשפטי לממשלה כי הוראת הסעיף מקפחת, מאחר והיא מותירה ל"מכרז של המדינה" את שיקול הדעת להגדיל את מספר הזוכים מעבר למספר שפורסם במכרז. "המכרז של המדינה" טוענת כי אפשרות זו היא חלק מסוג הפעילות המסחרית שבה בחרה, ועל כן אין להתערב בה.



בתי המשפט

ח"א 701/05

בית הדין לחוזים אחידים ירושלים

בפני: כב' השופטת (בדימ') מ' שידלובסקי-אור – אב"ד
פרופ' עופר גרוסקופף
ד"ר משה גלברד

55. בעניין זה מקובלת עלינו כעקרון עמדת "המכרז של המדינה". השאלה אם מספר ההצעות הזוכות במסגרת המכרז הוא מספר קבוע (קרי, שמוצע מספר נקוב וידוע של יחידות) או מספר מינימאלי (קרי, שמוצע מספר בלתי ידוע של יחידות, שלא יפחת מזה שננקב) היא עניין המהווה חלק מהותי מהמודל העסקי של "המכרז של המדינה". ככזה אל לנו להתערב בו.

56. הדרישה היחידה שיש להציב לעוסק (וזה למעשה גם דרישתה המעשית של ב"כ היועץ המשפטי לממשלה) היא להבהיר בצורה חדה לצבור לקוחותיו באיזה סוג מכרז הם משתתפים. העובדה שקיים פער בין המלל שננקט במכרז ("מס' זוכים") למודל העיסקי (לפיו הנתון מייצג לעיתים קרובות את "מספר הזוכים המינימאלי") היא לפיכך ההיבט היחידי המצדיק את התערבותנו. אנו מורים איפוא כי סעיף 2.2. איננו מקפח, ובלבד ש"המכרז של המדינה" תשתמש במינוח "מספר הזוכים המינימאלי" (או במינוח המביע משמעות זהה) במסגרת כל מכרז בו היא מבקשת לשמר לעצמה את הזכות לקבל יותר הצעות מהמספר שננקב במכרז.

ט. מסמכי "המכרז של המדינה" כראיה לכאורה

57. סעיף 6.2 לתקנון המכרז קובע כדלהלן:

"דוח מערך המכרזים הממוחשב, המופק במועד נעילתו של כל מכרז ומכרז, ורישום ההצעות במרשמי בסיס הנתונים של מערך המכרזים הממוחשב האמור, יהוו ראיה לכאורה לנכונות פרטיה של הצעה שהוגשה. אם נמסר למציע, בטעות, מספר הצעה לא נכון, כגון מספר משוכל ספרות וכדומה, יקבע, לעניין הזכייה, רק מספר ההצעה הנכון, כפי שהוקצה להצעה על ידי המערכת הממוחשבת".



בתי המשפט

ח"א 701/05

בית הדין לחוזים אחידים ירושלים

בפני: כב' השופטת (בדימ') מ' שידלובסקי-אור – אב"ד
פרופ' עופר גרוסקופף
ד"ר משה גלברד

ב"כ היועץ המשפטי לממשלה סבורה כי חלות ביחס לתניה זו החזקות שבסעיפים 4(7) ו-4(8) לחוק החוזים האחידים, וכי "המכרז של המדינה" לא עמדה בנטל להוכיח כי אינם מקפחים. "המכרז של המדינה" סבורה כי ההוראה משקפת את הדין, שכן המדובר ב"רשומה מוסדית", כהגדרת סעיף 35 לפקודת הראיות, שיכולה להוות ראיה לכאורה לאמיתות תוכנה לפי סעיף 36 לפקודת הראיות.

58. הנושא של הסתמכות על רישומי הספק כראיה בהליך משפטי הוא נושא סבוך. איננו סבורים כי עלינו להרחיב בעניין זה. "המכרז של המדינה" טוענת כי הסעיף, כפי שנוסח על ידה, תואם את הוראת סעיף 36 לפקודת הראיות. מכאן שניתן למנוע כל דיון בתוכנו של ההסדר באמצעות הכפפת הסעיף לאמור בסעיף זה. לפיכך אנו מורים כי לאחר המילים "יהוו ראיה לכאורה לנכונות פרטיה של הצעה שהוגשה" יתווסף: "בכפוף להתקיימות התנאים המנויים בסעיף 36 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א – 1971".

י. הגדרת "ימי עבודה"

59. סעיף 8.ז לתקנון המכרז קובע כדלהלן:

"המוצרים או תעודות הזכות לקבלת השרות יישלחו לזוכים בתוך 21 ימי עבודה מתאריך הודעת הזכייה (אלא אם צוין אחרת במפרט), בכפוף לאישורי חברות האשראי, במועדיהם. "ימי עבודה" - חמישה ימים בשבוע, למעט ערבי חג, חגים וימי שביתות ו/או ימים שבהם מתקיימים עיצומים מכל מין וסוג שהוא, המונעים ו/או מעכבים, לפי נסיבות העניין, אספקת מוצר או שרות כלשהו".

הצדדים הסכימו כי בסעיף יאמר שיש לספק את המוצרים בתוך 21 ימי עבודה מיום



בתי המשפט

ח"א 701/05

בית הדין לחוזים אחידים ירושלים

בפני: כב' השופטת (בדימ') מ' שידלובסקי-אור – אב"ד
פרופ' עופר גרוסקופף
ד"ר משה גלברד

אישור חברת האשראי, וכן שבהגדרת המונח "ימי עבודה" יחליף המונח "הרלוונטיים" את המונח "כלשהו". לאחר שינויים אלה המחלוקת שנותרה היא האם הכללת "ימים שבהם מתקיימים עיצומים מכל מין וסוג שהוא" היא מקפחת.

60. בשונה מ"ימי שביתה", אשר הוצאתם מגדר "ימי עבודה" נראית סבירה ומתוחמת, החרגת "עיצומים מכל מין וסוג שהוא" מערפלת את התחייבויות הספק, ומאפשרת לו פתח רחב להצדיק כמעט כל איחור. לפיכך אנו קובעים כי השימוש במונח זה נופל לגדר סעיף 4(2) לחוק החוזים האחידים, וכי לא הוצגו לנו טיעונים משכנעים להצדקתו.

לפיכך אנו מורים כי המילים "ו/או ימים שבהם מתקיימים עיצומים מכל מין וסוג שהוא" ימחקו מסעיף 8.ז לתקנון המכרז.

יא. איחור במועד האספקה

61. סעיף 10.ז לתקנון המכרז קובע כדלהלן:

"חברת המכרז לא תהיה אחראית לאיחורים באספקת המוצרים והשירותים, הנובעים מנסיבות שאינן בשליטתה. עם זאת, בכל מקרה שבו ייודעו לחברת המכרז פרטים אודות עיכוב צפוי באספקתה של קבוצת מוצרים כלשהי, והעיכוב הצפוי לא יהווה תולדה של כוח עליון ו/או של כשל מצדו של זוכה כלשהו במכרזים ו/או של שביתות ו/או עיצומים כלשהם, תהיה חברת המכרז מחויבת להודיע לקבוצת הזוכים במוצר כלשהו, שאספקתו עתידה להתעכב ביותר מ-72 שעות מיום האספקה האחרון עפ"י תנאי המכרז, אודות העיכוב הצפוי, ולאפשר ליחידה של אותה קבוצה לבחור בין האפשרות לבטל את זכייתם ללא דמי ביטול כלשהם, ובין האפשרות להותיר את זכייתם על כנה ולזכות בפיצויים שווי ערך לסך



בתי המשפט

ח"א 701/05

בית הדין לחוזים אחידים ירושלים

בפני: כב' השופטת (בדימ') מ' שידלובסקי-אור – אב"ד
פרופ' עופר גרוסקופף
ד"ר משה גלברד

5% מערך ההצעה שאספקתו מתעכבת, אך לא יותר מ-100 ש"ח לכל מוצר, כאמור, ותו לא".

הצדדים חלוקים בשאלה אם הוראה זו היא מקפחת. ב"כ היועץ המשפטי לממשלה נסמכת לעניין זה על ע"ש (י-ם) 7053/99 כ.י.ד. ערוץ הקניות בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, תק-מח 2002 (1) 12884 (פיסקה 132 לפסה"ד), בעוד ש"המכרז של המדינה" מתבססת על טענתה כי בשונה מהספק באותו עניין, היא מהווה "מתווך" בלבד.

62. לאור קביעותינו בשאלה העקרונית הנוגעת למעמד "המכרז של המדינה" (סעיפים 8 - 20 לעיל) נוכל לקצר בעניין זה. אכן, "המכרז של המדינה" איננה המוכר, אולם כפי שהבהרנו לעיל מעמדה בעיסקה מטיל עליה התחייבויות שונות, ובכלל זה ההתחייבות לדאוג לאספקת הסחורה בהתאם לתנאים שסוכמו עם הלקוח (ראו סעיף 20 לעיל. כן השוו סעיף 70 להלן). מטעם זה קביעות בית הדין בעניין כ.י.ד. ערוץ הקניות רלוואנטיות גם לענייננו.

אנו קובעים איפוא כי הוראת סעיף 10.ז לתקנון המכרז היא מקפחת, ולפיכך מבוטלת. אם "המכרז של המדינה" תיבחר לתקן את הסעיף, יהיה עליה לעשות כן בהתאם להנחיות שפירט ביה"ד בפיסקה 133 של פסק הדין בעניין כ.י.ד. ערוץ הקניות.

יב. אספקה ליישובים עם בעיית גישה מטעמים ביטחוניים

63. סעיף 11.ז לתקנון המכרז קובע כדלהלן:

"יודגש, כי חברת המכרז אינה מתחייבת לאספקת המוצרים לזוכים המתגוררים ביישובים אשר קיימת בעיית גישה אליהם מטעמים ביטחוניים, וזאת על פי שיקול דעתה של חברת המכרז. לזוכים המתגוררים ביישובים אלה תעמוד האפשרות לאסוף את המוצרים ממקום מרכזי אשר יתואם עימם מראש.



בתי המשפט

ח"א 701/05

בית הדין לחוזים אחידים ירושלים

בפני: כב' השופטת (בדימ') מ' שידלובסקי-אור – אב"ד
פרופ' עופר גרוסקופף
ד"ר משה גלברד

מובהר למען הסדר הטוב, כי זוכה אשר אסף את המוצר ממקום מרכזי כאמור, לא יהיה זכאי לכל זיכוי/החזר/קיצוז כספי בגין העלויות שנגרמו לו, אם נגרמו, עקב איסוף המוצר כאמור".

ב"כ היועץ המשפטי לממשלה סבורה כי תניה זו מקפחת מאחר שהיא עמומה, ומאפשרת ל"מכרז של המדינה" לפטור עצמה מהתחייבויותיה במקרים שאינם מוגדרים היטב (כל מצב בו קיימת "בעיית גישה מטעמים ביטחוניים").

64. כעקרון, איננו סבורים שיש בהוראה זו כדי לקפח את ציבור הלקוחות. עוסק איננו מחויב לספק את הסחורה לבית הלקוח (נהפוך הוא, ברירת המחדל לפי סעיף 10(א) לחוק המכר, תשכ"ח - 1968 היא "מקום עסקו של המוכר"). אכן, הנוהג של "המכרז של המדינה" הוא לספק את הסחורה, כנגד דמי הובלה, לבית לקוחותיה, אבל אין זה בלתי סביר לסטות מנוהג זה, כאשר קיימת בעיית נגישות לבית הלקוח, ובלבד שהאספקה תהיה למקום מרכזי הסמוך לבית הלקוח, ושלהקוח לא יחויב בדמי הובלה. נוסח ההוראה מחייב במקרים אלה את החברה לתאם עם הזוכים מקום מרכזי לאיסוף המוצרים, ואנו סבורים כי בכפוף להבהרה כי המדובר במקום מרכזי הסמוך לבית הלקוח, ולקביעה כי דמי הובלה יוחזרו במקרה כזה ללקוח, התחייבות זו עונה על מבחן ההגינות כלפי הלקוח.

65. הסוגיה המרכזית שהטרידה אותנו בהקשר זה היא האם יש לאפשר ללקוח לבטל את העסקה בעקבות הודעת החברה כי לא תספק את המוצר לביתו. "המכרז של המדינה" סבורה שאין צורך בהקניית זכות ביטול מיוחדת לאור סעיף ה.2 לתקנון המכרז, המאפשר ממילא ביטול זכיה בהתאם להוראת סעיף 14.ג.ג) לחוק הגנת הצרכן. איננו סבורים כי די בהסדר זה, שכן הוא מטיל על הלקוח חובה בתשלום דמי ביטול. לאור זאת אנו מורים כי סעיף 11.ז יתוקן כך שיאמר בו כי לזוכה תינתן זכות לבטל את העסקה ללא כל עלות



בתי המשפט

ח"א 701/05

בית הדין לחוזים אחידים ירושלים

בפני: כב' השופטת (בדימ') מ' שידלובסקי-אור – אב"ד
פרופ' עופר גרוסקופף
ד"ר משה גלברד

מבחינתו (למעט דמי ההשתתפות במכרז) בתוך 48 שעות מהמועד בו תימסר לו הודעה כי המוצר לא יסופק לביתו, וכי "המכרז של המדינה" תיידע אותו על זכותו זו במועד מסירת ההודעה האמורה. בנוסף יכלול הסעיף הבהרה כי במקרים המנויים בו האספקה תהיה למקום מרכזי הסמוך לבית הזוכה, וכי לא יגבו בגינה דמי הובלה.

יג. תיאום מועד האספקה עם הלקוח

66. סעיף ז. 12 לתקנון המכרז קובע כדלהלן:

"לתשומת לבכם: למעט יוצאי דופן בודדים, כאמור בסעיף ז. 11 לתקנון, לא ניתן להוביל באופן עצמאי את המוצרים שבהם זכיתם, ולפיכך יתוספו אוטומטית "דמי משלוח/הובלה" לסכומי ההצעות הזוכות. כמו כן, לא ניתן לדחות את מועדי אספקת המוצרים או השירותים. במקרה של הובלה חריגה, על פי שיקול דעתה הבלעדי של חברת המכרז או מי מטעמה (כגון הובלה שלא ניתן לבצעה באמצעות מדרגות או מעלית, הובלה שנדרש מכשור מיוחד לביצועה או הובלה לקומות גבוהות), תחול עלות ההובלה, במלואה, על הזוכה".

ב"כ היועץ המשפטי לממשלה מוצאת מספר עניינים בהם הוראה זו מקפחת: ראשית, בכך שאין התחייבות לתאם את מועד ההובלה עם הלקוח; שנית, בכך שללקוח אין אפשרות לדעת מראש אם מדובר בהובלה חריגה; שלישית, בשל חוסר יכולתו של הלקוח לדחות את מועד האספקה. "המכרז של המדינה" טוענת כי היא מתאמת את מועד אספקתם של "מוצרים גדולים", וכי יצירת חובת תיאום גם ביחס ל"מוצרים קטנים" כרוכה בעלויות שאינן מצדיקות אותה. בכל מקרה, היא מבהירה כי אין המוצר מושאר על סף דלתו של הזוכה מבלי להחתימו על תעודת משלוח/קבלת המוצר.



בתי המשפט

ח"א 701/05

בית הדין לחוזים אחידים ירושלים

בפני: כב' השופטת (בדימ') מ' שידלובסקי-אור – אב"ד
פרופ' עופר גרוסקופף
ד"ר משה גלברד

67. המודל העסקי של "המכרז של המדינה" מבוסס על אספקת המוצרים לבית הלקוח, תוך גביית דמי הובלה הנקובים מראש בתנאי המכרז. בכך אין מקום להתערב (ואף לא התבקשנו להתערב), שכן הדבר משקף חלק מרכזי במודל העסקי של "המכרז של המדינה". לעומת זאת, שאלת התיאום של אספקת המוצרים היא נושא צדדי, אשר לגביו, לפי טיעוני "המכרז של המדינה", היא ממילא מבצעת תיאום ביחס לחלק לא מבוטל מהמוצרים. במצב דברים זה, אנו סבורים כי, יש לציין בתקנון המכרז את דרך פעולתו של הספק: כלומר כי "המכרז של המדינה" תתאם את מועד האספקה עם הלקוח, למעט ביחס למוצרים קטנים כגון מכונת גילוח, כלי בית קטנים וכיו"ב (והשוו סעיפים 24ב. ו-24ג. לעיל).

בנוסף אנו סבורים כי שיקול הדעת הבלתי מוגבל הניתן ל"מכרז של המדינה" להגדיר מהי "הובלה חריגה" הוא מקפח, וזאת בשים לב לחזקת הקיפוח שבסעיף 4(4) לחוק החוזים האחידים. אנו בדעה כי המבחן לצורך ב"הובלה חריגה" צריך להיות מבחן של סבירות האפשרות לבצע את ההובלה באמצעות מדרגות או מעלית ללא צורך במכשור מיוחד (כדוגמת מנוף) או במאמץ פיסי חריג.

לאור קביעותינו אלו אין אנו רואים מקום לקבל את השגתה השלישית של ב"כ היועץ המשפטי לממשלה, אשר נבעה, בעיקרה, מהעדר חובת תיאום.

יז. דרך חישוב שער הדולר במכרזים הנקובים בערכים דולריים

68. סעיף 14.ז לחוזה קובע כדלהלן:

"במכרזים הנקובים במטבע חוץ, כגון מכרזי נופש בחו"ל, יחושב שער הדולר/יורו על פי שער המזומנים הגבוה ביום [תאריך קבוע], אלא אם נאמר אחרת בגוף המכרז".



בתי המשפט

ח"א 701/05

בית הדין לחוזים אחידים ירושלים

בפני: כב' השופטת (בדימ') מ' שידלובסקי-אור – אב"ד
פרופ' עופר גרוסקופף
ד"ר משה גלברד

ב"כ היועץ המשפטי לממשלה מפנה בעניין זה לחלק השני של התוספת הראשונה לחוק הגנת הצרכן, בו נקבע כי ניתן לקבוע את מחירן של חבילות נופש לחו"ל במטבע זר (וזאת כחריג להוראת סעיף 17ד. לחוק הגנת הצרכן), "ובלבד שמחירן בשקלים חדשים ייקבע לפי שער המכירה האחרון ביום העסקים שקדם למועד התשלום, כפי שפורסם בעיתון יומי בישראל". "המכרז של המדינה" אינה חולקת על תחולת ההסדר, אולם מציינת כי יש לה קושי בהפעלתו "הואיל ומרבית המוצרים נרכשים על ידי הזוכים באמצעות מספר תשלומים ובמועדים שונים".

69. הפרשנות הסבירה של ההסדר שנקבע בתוספת הראשונה לחוק הגנת הצרכן היא שביחס לכל תשלום יש לתרגם את הערך הדולרי על פי "שער המכירה האחרון ביום העסקים שקדם למועד התשלום". יתכן שהוראה זו איננה נוחה ללקוחות, ויתכן שאין היא נוחה לספקים. מכל מקום זו מצוות המחוקק. כל עוד זהו הדין, מחויבת גם "המכרז של המדינה" לפעול לפיו.

אנו מורים אפוא שסעיף 14.ז יתוקן כך שיאמר בו "במכרזים הנקובים במטבע חוץ, כגון מכרזי נופש בחו"ל, יחושב שער הדולר/יורו בגין כל תשלום על פי שער המכירה האחרון ביום העסקים שקדם למועד התשלום, כפי שפורסם בעיתון יומי בישראל".

70. אחריות למוצרים ושירותים

70. סעיף ח' לתקנון המכרז קובע כדלהלן:

"אחריות למוצרים ולשירותים המוצעים במכרז של המדינה
1. כל המוצרים המוצעים במסגרת המכרז של המדינה חדשים לחלוטין, נתונים באריזותיהם המקוריות ונהנים מכל תנאי האחריות והשרות המקובלים במהלך העסקים הרגיל והניתנים על ידי המשווקים לרוכשים של מוצר או שרות זהים, שלא באמצעות חברת המכרז.



בפני: כב' השופטת (בדימ') מ' שידלובסקי-אור – אב"ד
פרופ' עופר גרוסקופף
ד"ר משה גלברד

2. משווקי המוצרים והשירותים נוטלים על עצמם את כל החובות המוטלות על "עוסק", על פי כל דין ובפרט על פי החוקים והתקנות להגנת הצרכן, לגבי המוצרים והשירותים המוצעים על ידם בחוברת המכרז של המדינה, ובהתאם לתנאי תעודות האחריות והשרות הצמודות לכל מוצר ושרות.

3. האחריות לאספקתם, לביצועם ולאיכותם של השירותים המוצעים בחוברת המכרז של המדינה, חלה על ספקי השירותים הנ"ל.

4. האחריות לאספקתם של המוצרים המוצעים בחוברת חלה על חברת המכרז, אלא אם נאמר במפורש במודעת מכרז מסוימת כי המוצר יסופק ישירות על ידי המשווק, ובמקרה זה תחול האחריות לאספקה על המשווק. האחריות לתקינותו של המוצר ולהתאמתו למפרט הטכני חלה בכל מקרה על המשווק.

5. ממועד האספקה ואילך, תחול האחריות למוצרים על משווקי המוצרים הנ"ל, כאמור בסעיף ח. 2.

סעיף זה מהווה את סלע המחלוקת העיקרי בתיק הנוכחי. ב"כ היועץ המשפטי לממשלה רואה בו תנאי מקפח מאחר ולשיטתה "המכרז של המדינה" הוא המוכר, וככזה הוא מחויב באחריות מלאה לא רק לאספקת המוצרים, אלא גם לאיכותם. "המכרז של המדינה" סבורה כי היא במעמד של "מתווך" בלבד, ועל כן אין להשית עליה אחריות כ"מוכר".



בתי המשפט

ח"א 701/05

בית הדין לחוזים אחידים ירושלים

בפני: כב' השופטת (בדימ') מ' שידלובסקי-אור – אב"ד
פרופ' עופר גרוסקופף
ד"ר משה גלברד

71. הכרעתנו בסוגיה העקרונית מפשטת מאד את הדיון בסוגיה זו. כפי שהברנו בסעיפים 8 - 20 לעיל, "המכרז של המדינה" איננה לא "מוכר" ולא "מתווך", אלא גורם ביניים שאחריותו, בהעדר הסדר חוזי סותר, דומה לזו של בית מכירות פומביות. מכאן ש"המכרז של המדינה" איננה צריכה ליטול על עצמה את האחריות לאיכות המוצרים ותקינותם, והקביעה שאחריות זו מוטלת על משווק אשר זהותו נמסרת ללקוח מלכתחילה איננה מקפחת.

ודוק, "המכרז של המדינה" איננה אחראית לאיכות המוצר ותקינותו רק באותם מצבים בהם פעלה כשלוח גלוי של משווק שזהותו נמסרה ללקוח בזמן המכרז. אם מסיבה כלשהי לא נמסרה זהות המשווק בטופסי המכרז, הרי שמעמדה של "המכרז של המדינה" הוא כשל שלוח בשליחות נסתרת, והיא תהיה אחראית מכוח סעיף 7 לחוק השליחות, תשכ"ה – 1965 "יחד ולחוד" עם המשווק לאיכות המוצר ותקינותו (ראו סעיף 20ג. לעיל). ניסיון להתנות על הוראות חוק השליחות בעניין זה בחוזה אחיד יוצר חזקת קיפוח לפי סעיף 4(1) לחוק החוזים האחידים, ולא שמענו טיעון מצד "המכרז של המדינה" כי בנסיבות אלה מתקיימות הצדקות לסתור את חזקת הקיפוח.

72. לעומת זאת, לאור המודל העסקי בו בחרה "המכרז של המדינה", האחריות לדאוג לאספקת המוצר שהוזמן לידי הלקוח מוטלת על "המכרז של המדינה". זאת ועוד, מכוח חוק הגנת הצרכן מוטלת עליה באופן כופה האחריות להפעלת ההסדר המקנה ללקוח זכות חרטה בשל כך שמדובר בעסקת מכר מרחוק (ראו ת"פ (שלום ת"א) 9984/03 מדינת ישראל נ' מוסף המכרז של המדינה בע"מ, תק-של 2004(2)711 (ניתן ע"י השופטת דורית רייך-שפירא ב-15.6.2004)). הלכה למעשה, "המכרז של המדינה" פועלת באופן התואם את הקביעה כי חובות אלה מוטלות עליה. מטעמים אלה ככל שהוראות סעיף ח' מבקשות להסיר ממנה אחריות לאספקת המוצר או להפעלת זכות החרטה ביטול מכוח חוק הגנת הצרכן, הרי שהן מקפחות (וראו סעיף 24ב. לעיל).



בתי המשפט

ח"א 701/05

בית הדין לחוזים אחידים ירושלים

בפני: כב' השופטת (בדימ') מ' שידלובסקי-אור – אב"ד
פרופ' עופר גרוסקופף
ד"ר משה גלברד

73. למען הסר ספק נבהיר כי גם כאשר אספקת המוצר נעשית בפועל על ידי המשווק עדיין אין מקום לאפשר ל"מכרז של המדינה", לאור המודל העסקי המאפיין אותה, להסיר את אחריותה לאספקה ולהפעלת זכות החרטה בשל כך שמדובר בעסקת מכר רחוק. הסרת אחריות כזו איננה עולה בקנה אחד עם תפקידה של "המכרז של המדינה" בגביית התמורה, ובפיקוח על הספק באמצעות החזקת התמורה בידיה עד לאספקת המוצר. משום כך, ולאור המובהר לעיל, הניסיון העולה מסעיף ח.4. לסייג את אחריות "המכרז של המדינה" בנסיבות בהן נקבע כי המוצר יסופק ישירות על ידי המשווק איננו עומד בדרישות חוק החוזים האחידים.

74. לאור המובהר אנו מורים כי "המכרז של המדינה" תתקן את סעיף ח בתקנון המכרז באופן שיבהיר את אחריותה לאספקת המוצר שהוזמן לידי הלקוח, וכן את אחריותו ביחס להפעלת ההסדר שמקנה ללקוח זכות ביטול בתנאים הקבועים בסעיף 2 לתקנון המכרז.

טז. תניית שיפוט

75. סעיף י.2 לתקנון המכרז קובע כי "מקום השיפוט בכל עניין ומחלוקת יהיה בבית המשפט המוסמך, בתל אביב בלבד"

ב"כ היועץ המשפטי לממשלה מפנה לחזקת הקיפוח שבסעיף 4(9) לחוק החוזים האחידים, וטוענת כי הוראת סעיף י.2. היא מקפחת, באשר היא עשויה להקשות על לקוחות שאינם מתגוררים במרכז הארץ לתבוע את "המכרז של המדינה". עניין זה מתחזק לאור העובדה ש"המכרז של המדינה" משווקת בשיטה של מכר מרחוק. "המכרז של המדינה" מצידה סבורה שהעובדה שהתניה אינה נותנת לה שליטה על בחירת מקום השיפוט, אלא מחייבת אף אותה להתדיין בתל-אביב בלבד, מונעת את קיפוח הלקוחות.

76. סעיף 4(9), כנוסחו מאז תיקון תשס"ד, קובע חזקה כי "תנאי המתנה על הוראת דין בדבר מקום שיפוט" הוא תנאי מקפח. הקביעה כי ההתדיינות תהיה בתל-אביב בלבד,



בתי המשפט

ח"א 701/05

בית הדין לחוזים אחידים ירושלים

בפני: כב' השופטת (בדימ') מ' שידלובסקי-אור – אב"ד
פרופ' עופר גרוסקופף
ד"ר משה גלברד

מונעת מהלקוח מלנצל אפשרויות אחרות של שיפוט מקומי הפתוחות בפניו, ועל כן חלה ביחס אליה חזקת הקיפוח האמורה. "המכרז של המדינה" לא טרחה להביא ולו ראשית טיעון שיש בו כדי לעמוד בנטל המוטל עליה. לאור זאת, אין לנו אלה לקבוע כי התניה מקפחת.

77. אנו מודעים כמובן להחלטה שניתנה ברע"א 188/02 **מפעל הפיס נ' כהן**, פ"ד נז(4) 473 לפיה תניה שבחוזה האחיד שבין מפעל הפיס לסוכניו המגבילה את השיפוט המקומי לתל-אביב יפו בלבד איננה מקפחת, אולם עניין זה שונה מעניינו בשניים: ראשית, הוא נפסק טרם תיקונו של סעיף 4(9) לחוק החוזים האחידים, ולפיכך נטל ההוכחה כי התניה מקפחת היה מוטל אז על הטוען לכך שהתניה מקפחת, ולא על הספק; שנית, כאשר אנו עוסקים בהתקשרות צרכנית, אשר הסכסוכים שהיא מעוררת הם לרוב על סכומים נמוכים, הרי שאף הגבלה מקומית על סמכות השיפוט עשויה למלא אחר מבחן "ההרתעה מפני מימוש זכויות" שנקבע בעניין **מפעל הפיס נ' כהן** (ראו לעניין זה גם ההכרעה שניתנה נגד "המכרז של המדינה" בת"א (שלום י-ם) 6612/05 **המכרז של המדינה בע"מ נ' אבו חצירה** (ניתן ב- 30 בנובמבר 2005 ע"י השופטת אנה שניידר).

לפיכך אנו קובעים שהוראת סעיף י.2 לתקנון המכרז היא הוראה מקפחת, ויש לבטלה.

סוף דבר

78. הצדדים יגישו לבית הדין בתוך 21 יום עותק מתוקן של תקנון המכרז התואם את ההנחיות שפורטו לעיל. היה והצדדים לא יצליחו להגיע להסכמה ביחס לדרך בה יש לתקן הוראה מסוימת, יציע כל צד חלופה משלו לנוסח של ההוראה התואם לשיטתו את הנחיותינו.



בתי המשפט

ח"א 701/05

בית הדין לחוזים אחידים ירושלים

בפני: כב' השופטת (בדימ') מ' שידלובסקי-אור – אב"ד
פרופ' עופר גרוסקופף
ד"ר משה גלברד

79. לאור העובדה שחלק ניכר מטענותיה הפרטניות של המבקשת נמצאו מוצדקות אנו קובעים כי "המכרז של המדינה" תשלם למדינה את הוצאות הדיון בהחלטה זו בסך 50,000 ₪.

ניתן היום, כ"ח באב, תשס"ז (12 באוגוסט 2007), בהעדר הצדדים.

המזכירות תשלח העתק החלטה זו לב"כ הצדדים באמצעות פקסימיליה.

ד"ר מ' גלברד
חבר

פרופ' ע' גרוסקופף
חבר

מ' שידלובסקי-אור
שופטת (בדימ') - אב"ד