

דיני חוזים

"זכות הסירוב הראשונה"

עו"ד ליאון פיין*

א. הקדמה

במסגרת עשיית עסקים בארץ, יש אשר מוזכרים מידי פעם, במהלכו של משא ומתן או בגופו של חוזה, מונחים השאולים מהמשפט הקונטיננטלי או האנגלר-אמריקאי. לא תמיד הצדדים מודעים להיקף המשמעויות וההתחייבויות הנלוות למושג. בעוד שמושג האופציה, הגם שאינו מוזכר בחוק, הנו מוכר יחסית בפסיקה¹, הרי שמושג "זכות הסירוב הראשונה" הנו נדיר יותר בארץ, בניגוד לארצות-הברית למשל, שם השימוש בו כבר השתרש. על כן, במקרים שצדדים בוחרים להשתמש בו, נוצר לעתים מצב של אי-הבנה, שיכולה להגיע עד כדי טעות חד-צדדית או הודדית, כפי שיתואר להלן.

ב. מהות המונח ופרשנותו

זכות הסירוב הראשונה מוגדרת כ"זכות לבחור לרכוש נכס מסוים, לפי אותו מחיר ואותם תנאים הכלולים בהצעה בתום לב של גוף שלישי, וזאת אם בעל הנכס

* מרצה בבית-הספר למשפטים של המכללה למינהל, ומכהן כיו"ר הוועדה לענייני ארצות-הברית של לשכת עורכי הדין. תודתי שמורה לעוזריי: צביקה טריגר ועידו וינטר, סטודנטים למשפטים, שסייעו לי רבות בהכנת מאמר זה.

1 בעיקר בהקשרי נדל"ן, לדוגמה: ע"א 143/53 אסנין נ' ליפוב, פ"ד ט(3) 1773; ע"א 295/57 בלומנגרונט נ' גורטנשטיין, פ"ד יב(3) 2004; ע"פ 231/76 פרידמן נ' מ"י, פ"ד לא(1) 309; ע"א 367/79 גורד נ' שקל, פ"ד לה(1) 658.

מגלה רצון לקבל את ההצעה"². בהרכה מקרים, יקבל בעל הזכות את זכות הסירוב הראשונה לאחר שכבר התקשר עם אותו גורם בחוזה זיכיון או שכירות, אך האחרון טרם גמר בדעתו אם ברצונו לחדש את ההסכם. כדי לא לאבד את הקליינט שלו, יבטיח לו מעניק הזכות שלא יחדש את ההסכם עם אחר בטרם תינתן לבעל הזכות האפשרות להשוות את תנאי הצעתו עם תנאי הצעת האחר. כמבט ראשון, קיים דמיון רב בין זכות הסירוב הראשונה לבין האופציה, אך יש להבדיל באופן בסיסי ביניהן:

אופציה הנה התחייבות אכיפה, המגבילה את זכות מעניק האופציה לבטלה, ומופעלת כאשר בעל האופציה מסכים לקבלה בהתאם לתנאיה. האופציה מהווה חוזה³, המכונה לעתים "חוזה אופציה", שהוא משני להסכם העיקרי בין הצדדים. במשפט המקובל — האופציה מותנית בתמורה. במקרים מסוימים, כאשר אין תמורה (ובמשפט הישראלי — כאשר אין גמירות דעת של המקבל), לא נכרת חוזה אופציה, וההצעה נעשית לבלתי חוזרת [בתרגום מילולי — "הצעה איתנה" (firm offer)]. במקרה הרגיל, הכללים החלים על הצעות חוזיות בכלל — חלים גם על הצעת האופציה, אך נוספים עליהם כללים נוספים, כגון: תוקף הפעלת האופציה או ביטולה.

כמשפט האנגלו-אמריקאי, זכות הסירוב הראשונה, בדומה לאופציה, חייבת להיות נתמכת על ידי תמורה. בניגוד לאופציה, הזכות מותנית, ובעל הזכות אינו זכאי להפעילה אלא לאחר שמעניק הזכות החליט כי ההצעה שקיבל מגורם אחר מקובלת עליו⁴.

באנלוגיה למשפט הישראלי, ניתן להגדיר את זכות הסירוב הראשונה כחוזה אופציה עם תנאי מתלה כפול⁵:

א. שמעניק הזכות יחליט להעביר זכות מזכויותיו בנכס/זיכיון.

ב. שבעל הזכות ישווה את תנאיו עם כל מציע אחר שיופיע.

ככל זאת, לא תמיד ברור אם מדובר בחוזה אופציה או בזכות סירוב ראשונה. זוהי לעתים שאלה של פרשנות שחלה גם על היקף הזכות עצמה⁶. בפסק הדין המנחה בארצות-הברית, פסק דין *Smith*⁷, זכות הסירוב הראשונה הותנתה בקבלת ההצעה המקובלת על מעניק הזכות וברצונו למכור את הנכס. בניגוד לאופציה, במצב כזה, הזכות לא מהווה הצעת מכר טרם התמלאו תנאים אלו. רק לאחר שמעניק הזכות מודיע לבעל הזכות על קיומה של הצעת צד ג' ועל החלטתו למכור,

2 על פי הגדרת H.C. Black *Black's Law Dictionary* (St. Paul, Minn., 6th ed., 1990) 636
 3 ס' דויטש "הצעה בלתי חוזרת ואופציה: האומנם סמנטיקה בלבד?" עיוני משפט יב (תשמ"ז) 275.

4 E.A. Farnsworth *Farnsworth on Contracts* I, 286

5 *Estate of Thonson v. Carr* 706 S.W. 2nd 388 (1980)

6 *DiMaria v. Michaels* 90 A.D. 2nd 676, 455 N.Y.S. 2nd 875 (1982)

7 *Smith v. Hevero Realty Corp.* 199 Conn. 330, 507 A. 2nd 980 (1986)

בשלה הזכות לאופציה, אשר היא זכות הניתנת לאכיפה כחווה רגיל. עבודתו של המלומד *Williston* בדיני חוזים⁸ מגיעה לאותן אבחנות: למרות שאופציה וזכות סירוב ראשונה זכות לשימוש מבולבל, יש הבדל ברור ביניהן. אופציה מחייבת ביצוע תוך פרק זמן מוגבל, ובהיעדרה של קביעת מועד פקיעת הזכות – תוך זמן סביר. לעומתה, זכות הסירוב הראשונה אינה תקפה כלל וכלל, אלא אם מעניק הזכות מחליט לממש את העסקה⁹.

כלומר, זכות סירוב ראשונה אינה אפוא אופציה, אלא פרוגרטיבה בעלת ערך. היא מגבילה את יכולתו של בעל הנכס (מעניק הזכות) להעביר אותו, על ידי כך שהיא מחייבת אותו להציע את רכישתו תחילה לבעל הזכות. הבעלים מנועים מלקבל הצעה מגוף אחר, אלא אם תנאיה טובים יותר מתנאיו של בעל הזכות. לעומת זאת במקרה של אופציה, אין למעניק האופציה ברירה, אלא להעביר את זכויותיו בנכס לבעל האופציה בעת הפעלת האופציה על ידו. לבעל האופציה אפשרות להפעילה על דעת עצמו, ומבלי להתחשב ברצון מעניק האופציה. מנגד, בעל זכות סירוב ראשונה כפוף לרצונו של מעניק הזכות (בעל הנכס) להעביר את זכויותיו בו לאחר.

ג. פרשנות המונח במילונים משפטיים

זכות הסירוב הראשונה מופיעה בלשון לא אחידה, אלא בביטויים אחדים, כגון: *right of first refusal*, *preemptive right*, *absolute option*, כאשר הביטוי הראשון הוא הנפוץ ביניהם.

בלא מעט מהמילונים המשפטיים הלועזיים אין כלל התייחסות למושג¹⁰, בעוד שבאחרים הוא זוכה לאזכור לא אחיד. להלן מספר דוגמות:

א. "זכות בהסכם או בהסכם שכירות לרכוש או לחכור, בדרך כלל נכס מקרקעין, באמצעות התאמת תנאיה של כל הצעה *bona-fide* לרכוש או לחכור, שהוצעה על ידי גורם אחר, ושבעל הנכס מתכנן לקבלה"¹¹.

ב. "זכות לקבל את ההזדמנות הראשונה לרכוש נכס כשהוא נמסר למכירה, או הזכות להתחרות בכל הצעה אחרת"¹².

8 S. Williston *On Contracts* (N.Y., 4th ed., 1990) 948-969 יש לציין שעבודותיהם של Corbin ו-Williston (המובאת בהמשך) הן העבודות המנחות בדיני חוזים בארצות-הברית.

9 גישה זו, לפיה חווה מותלה אינו מוגדר כלל כחווה עד קיום התנאי, אומצה על ידי השופטת בן-פורת בע"א 62/77 סוכנות מכוניות לים התיכון בע"מ נ' קראוס, פ"ד לא (3) 695.

10 J. Bouvier *Bouvier's Law Dictionary* (Cleveland, Banks Baldwin 1934); W.C. למשל: Burton *Legal Thesaurus* (N.Y., 2nd. ed., 1992); P.G Osborn *Osborn Concise Legal Dictionary* (London, 8th ed., 1993); Jowitt *Jowitt's Dictionary of English Law* (London, 2nd. ed., 1997).

D.Mellinkoff *Mellinkoff's Dictionary of American Legal Usage* (1992) 590 11

D. Oran *Oran's Dictionary of the Law* (West) 373 12

ג. "הצעה חוזית תקפה (סירוב ראשון) לרכוש נכס, המבטאת את הסכמת בעליו, כי בטרם ימכור לאדם אחר תמורת הסכום שהוצע על ידו, ייתן לבעל זכות הסירוב הראשונה לרכוש את הנכס באותו מחיר"¹³.

ד. "זכות הסירוב הראשונה לרכוש נכסים שונה מאופציה בכך שהראשונה אינה מחייבת, אלא אם בעל הנכס מחליט למוכרו"¹⁴.

מוטב להוסיף כאן, לצורך ההשוואה, את הגדרתו של השופט לנדוי בפסק דין קדר נ' אתרים¹⁵:

ה. "הזכות לשפר את הצעתו, להעלותה ולשנותה, כדי התנאים שהוצעו על ידי מציע אשר לו תהיה אתרים [כלומר נותן הזכות — ל.פ.] מוכנה למסור את הזיכיון [או בהתאם, למכור/להשכיר את הנכס — ל.פ.]".

יש לזכור שכל ההגדרות הנ"ל מסבירות רק את המשמעות הכללית של המושג, אך אינן עוסקות בהיקפו, דהיינו: היקף החובה המוטלת על מעניק הזכות, אשר בה נעסוק בהמשך.

ד. כללי פרשנות אמריקאיים

כפי שנראה להלן בפסיקה (בעיקר האמריקאית), המשמעות המלאה של מושג זכות הסירוב הראשונה אינה בהירה לגמרי, אלא תלויה בדרך כלל באופן שימוש, ובנסיבות האופפות את כריתת החוזה. כיוון שהמושג מצוי בשימוש בעיקר בארצות־הברית, ניתן להיעזר בכללי הפרשנות שהתפתחו שם.

בעיני פרופ' *Corbin*¹⁶, למושגים "אופציה", "זכות סירוב ראשונה" דומיהם, יש פירושים שונים וסותרים. משתמשים בהם שופטים, פרקליטים, אנשי עסקים ואזרחים מן השורה, ולעתים אין תמימות דעים באשר למשמעות הביטויים. אנשים אלה הם אשר מעניקים את המשמעות למילים, בהתחשבם בנסיבות הכוללות את זהות הצדדים ומטרותיהם. אופי העסקה והיחסים הנובעים ממנה, אינם נקבעים על ידי הכותרת או המילים אשר משתמשים בהן. הרי אין משמעות אובייקטיבית, אחידה ונכונה למושג משפטי, והוא הדין לא רק לגבי הביטוי הנ"ל, אלא לגבי כמעט כל ביטוי. לדוגמה: פלוני עשוי להציע לחברו אופציה לרכישה, כאשר כוונתו היא לזכות סירוב ראשונה, אשר היא זכות שונה בתכלית מזכויות בעל אופציה, ולהיפך. לגבי הפרשנות עצמה אומר המלומד *Williston*¹⁷, שלפי דיני הפרשנות במשפט המקובל בכלל ובדיני ארצות־הברית בפרט, יש הבדל בין קונסטרוקציה לבין פרשנות. האחרונה הנה אומנות מציאת המשמעות הלשונית האמיתית, בעוד

J.S. James Stroud's *Judicial Dictionary of Words and Phrases* (London, 5th ed., 1986) 13

Words and Phrases (1940) 186 14 מתוך פסק דין של בית המשפט העליון במדינת יוטה.

ע"א 392/80 קדר נ' אתרים בחוף ת"א, פ"ד לו(2) 162. 15

A.L. Corbin *Corbin on Contracts* (St. Paul, 1963) IA, 483 16

לעיל הערה 8, בע' 602. 17

שייעודה של קונסטרוקציה הנו לקבוע את המשמעות המשפטית, דהיינו: הסקת מסקנות מהאלמנטים הטמונים בלשון המילים הנדונות¹⁸. יש לאכוף חוזים ברוח הבנת הצדדים וכוונותיהם, אלא אם עקב קיומו של דין כלשהו, על בית המשפט לבנות קונסטרוקציה אשר אליה הצדדים לאו דווקא התכוונו¹⁹. בהיעדר הוראה חקיקתית אחרת, חובתו הכלעדית של בית המשפט הנה לגלות את משמעות המילים או הסעיף הנדונים, ולבנות את הקונסטרוקציה בהתאם לכך מבלי להטות את הכף לכיוון כלשהו, כאשר הצדדים הנם בני חורין וחופשיים לעשות כרצונם²⁰. לפי הקודקס המסחרי האחיד בארצות הברית (Uniform Commercial Code)²¹, שאומץ ב-49 מהמדינות שם, להסכם יש קונסטרוקציה ותוצאות משפטיות לפי דיני החוזים, אלא אם נקבע במפורש אחרת בקודקס עצמו. באופן כללי, אין מקום לקונסטרוקציה ופרשנות כאשר מונחים ומילים הנם ברורים וחד-משמעיים, כיוון שייעודה הבלעדי של קונסטרוקציה שיפוטית הנו הסרת ספקות ודו-משמעויות²².

ה. המצב הקיים בארץ

I. ההתייחסות למונח בחוק הישראלי

בחוק הישראלי לא קיימת התייחסות ראויה לשמה לזכות הסירוב הראשונה. קיים אמנם דין ל"זכות הקדימה" המופיע בסעיפים 99–106 לחוק המקרקעין, תשכ"ט—1969, ואשר מכונה בפסיקה "Right to first refusal"²³. אולם סעיפים אלה מתייחסים רק לרכישה או לחכירה לדורות של מקרקעין²⁴, ואינם מטפלים ברוב המקרים הצצים בפרקטיקה, כגון: חוזי זיכיון, זיקות הנאה, שכירויות ומכרזים. לדעת כותב שורות אלו, יש לתת את הדעת על כך שהמחוקק איפשר לרשום את זכות הקדימה כדין, והגביל את הסעיפים המתייחסים אליה לרכישה ולחכירה לדורות. כיוון שכך, וכיוון שזכות הקדימה נחשבת, לדעת רוב המלומדים, לזכות קניינית²⁵, ניתן להסיק כדלהלן:

א. כיוון שב ישראל, לדעת רוב המלומדים, לא ניתן ליצור זכויות קנייניות שאינן מנויות בחוק²⁶, הרי שמתן זכות סירוב ראשונה או זכות קדימה לכל עניין, חוץ

Compania de Navegacion v. Firemen's Fund 48 S.Ct 459, 277 U.S. 66 (1927) 18

Hopkins v. Connecticut General Ins. Co. 225 N.Y. 76, 121 N.E. 465 (1919) 19

William W. Bierce v. Hutchins, 205 U.S. 340, 51 L. ed 828, 27 S. Ct 524 (1906) 20

סעיף (11) (3) 201-1 21

Homelite v. Trywilk Realty Co. 272 F. 2nd 688 (1959) 22

ע"א 513/82 רייזמן נ' ורשצ'ין, פ"ד לז(2) 813, 821. 23

חוק המקרקעין, תשכ"ט—1969, סעיף 106. 24

"ויסמן" מקרקעין ומיטלטלין" משפטים יט (תש"ן) 267. 25

"ויסמן דיני קניין — חלק כללי (תשנ"ג) 80–85. 26

מרכישה או מחכירה לדורות של מקרקעין, יעניק זכות אישית ולא קניינית, על כל המשתמע מכך²⁷ (כמו זכות העקיבה).

ב. כיוון שכותרת פרק ז' לחוק המקרקעין בו מנויה זכות הקדימה היא: "זכויות במקרקעי הזולת" – סעיפים 7 ו-8 חלים עליה. על כן, עסקה בה מוענקת זכות סירוב ראשונה לרכישה או לחכירה לדורות של מקרקעין, לא תיחשב כ"עסקה במקרקעין" עד שתירשם כדין, אלא תיחשב כ"התחייבות לעשות עסקה"²⁸, וכהתחייבות – עליה לענות על דרישת הכתב של סעיף 8.

II. פרשנות המונח בפסיקה

המונח "זכות הסירוב הראשונה" לא זכה להתייחסות רבה בפסיקה. פסק הדין המקיף והרלוונטי ביותר לעניין זה הנו פסק הדין המחוזי אתרים נ' קדר²⁹, בו נסקר המונח בדין הישראלי בהשוואה למצב הקיים בחוץ לארץ. הסוגיה שנידונה בפסק דין זה הייתה התקשרותה של המערערת עם חברה אחרת, למרות שהמשיב, שקיבל ממנה את זכות הסירוב הראשונה, ביקש לנצל זכות זו. טענת המערערת הייתה, שלמרות שהעניקה את זכות הסירוב הראשונה ובעל הזכות התאים את נאמי הצעתו להצעת צד ג', עדיין נותר בידה שיקול הדעת הסופי בשאלה: מי הצד עמו תתקשר.

בית המשפט, בהסתמכו על פסקי דין אנגליים³⁰ ועל חיבורו הנ"ל של *Corbin*³¹, הגדיר את המונח בפרשנות מרחיבה כ"זכותו של אדם שלא תיעשה עסקה מסוימת מבלי שתחילה תוצע לו אותה עסקה, כשמולה ניצבת החובה של האדם השני, שלא לבצע אותה עסקה עם צד שלישי בטרם תוצע העסקה לבעל הזכות"³². במילים אחרות: הזכות המוענקת לאדם על פי חוזה, מאפשרת לו לדעת מה מציעים יריביו ומתחריו, ולאור זאת לתזור בו מהצעותיו הקודמות, לשנותן כדי להתאימן להצעות מתחריו ולזכות במכרו. בהתייחסו לטענת המערערת, לפיה נתון למעניקת הזכות שיקול דעת גם אחרי השוואת ההצעות, קבע בית המשפט כי פרשנות כזו תרוקן את הזכות מתוכנה ועל כן אינה מתקבלת על הדעת. נובע מכך, כי הזכות אינה מסתכמת בקבלת האינפורמציה גרידא, שכן כנגדה קמה חובתו של מעניק הזכות להעדיף את בעל זכות הסירוב הראשונה ולהעניק לו את הזיכיון המבוקש, מקום שחזר ותיקן את הצעתו והתאימה להצעות חבריו³³.

אמנם הודגש בפסק הדין, כי בסופו של דבר יפורש חוזה לפי אומד דעת

27 שם, בע' 43-45.

28 לעיל הערה 24, סעיף 7.

29 ע"א (ת"א) 79/77 אתרים בחוף ת"א נ' קדר, פ"מ תשל"ח (1) 375 (להלן: פסק דין קדר).

30 *Smith v. Morgan* [1971] 2 All E.R. 1500.

31 ראו לעיל הערה 16.

32 ראו לעיל הערה 29, בע' 379 לפסק הדין.

33 שם, בע' 382 לפסק הדין.

הצדדים ושאר עקרונות הפרשנות של חוזים, אך לא נראה כי אלו הם שהנחו את בית המשפט לפרש את המונח כפי שפירשו. חיזוקים לדעה זו מופיעים בפסק הדין, בו מצוטטת בהסכמה פרשנות זהה של השופט דב לוין מפסק דין קודם³⁴. כמו כן הבהיר השופט ולך, ששימוש במושג ללא הבנתו אינו מהווה טענת נגד ("כל המשתמש במונח זה בחוזים שהוא כורת, אין לו אלא להלין על עצמו שבחר להשתמש... במושג משפטי בלתי מוכר")³⁵.

המונח נדון גם בפסק דין אסא ג' רב-בריה³⁶. חברת רב-בריה העניקה למערער זכות סירוב ראשונה לחתום עמה עד תאריך מסוים הסכם לשיווק תוצרתה בדרום-אפריקה, ובהסתמך על כך יצא המערער לשם, ואף קיבל הזמנות ניסיוניות. למרות זאת הודיעה לו המשיבה, כי אין בדעתה לחתום עמו על הסכם ההפצה, שכן ללא ידיעת המערער וללא הסכמתו התקשרה בינתיים המשיבה עם חברת הפצה אחרת.

השופט גולדברג דחה את הערעור מבלי להזדקק לפרשנות המונח לעומקו, זאת משום שהזכות באותו המקרה הייתה מוגבלת בזמן, שלאחריו הייתה מעניקת הזכות רשאית לעשות כרצונה. ובכל זאת, זכות הסירוב פורשה באופן מצמצם בשני מובנים:

- א. ניתן להתנות מראש על הזכות ולהגביל את תוקפה לתקופה מסוימת.
 - ב. הזכות הנה בעלת אופי שלילי, ואינה אלא זו בלבד, שעד למועד מסוים, נאסר על מעניקת הזכות להציע את הזיכיון/הנכס לצד שלישי, מבלי שתחילה הרצעה זכות הרכישה לבעל זכות הסירוב הראשונה.
- יש לציין, שבפועל בארץ, זכות הסירוב הראשונה הופעלה באופנים נוספים, אלא שחוקיות השימוש בה לא עלתה על הפרק. לדוגמה: פסק דין פז ג' לויטין³⁷ עוסק בחוזה, אשר הופיעה בו תניה לפיה: לא רק שלבעל הזכות מובטחת העדפה על פני כל מציע אחר, אלא שבמשך חמש שנים, הצעתו תועדף אף אם תהיה נחותה מההצעות האחרות, כל עוד לא תהיה יקרה ביותר מ-20% מההצעה הטובה ביותר.

לעניות דעתו של כותב שורות אלו, טמונות סכנות לא מבוטלות בשימוש בלתי מבוקר במונח הנדון על ידי צדדים בחוזים עסקיים. גורם המנהל משא ומתן ייטיב לעשות אם יימנע מאזכור המונח, אלא כאשר הוא באמת מתאים לנסיבות המקרה. בנוסף לכך, מן הראוי להגדיר ולהבהיר בגוף המסמך את מהות המונח וגדריו, וזאת כדי למנוע בשלב מאוחר יותר פלוגתא בין הצדדים הנובעת מטעויות באשר

34 ת"פ (ת"א) 858/73 מ"י ג' פרידמן, פ"מ תשל"ו(2) 175.

35 ראו לעיל פסק דין קדר הערה 29, בע' 379.

36 ע"א 441/87 אסא ג' רב-בריה בע"מ (לא פורסם) תקדין עליון 90 (2) 469.

37 ע"א 536/89 פז חברת נפט בע"מ ג' לויטין, פ"ד מונ(3) 617.

למשמעותו. מן הראוי גם שהמחוקק ייתן דעתו על השימוש הגובר במונח זה, וייתן לכך ביטוי הולם בחקיקה.

III. שמירת זכויותיו של צד שלישי

הלכה פסוקה היא, שעל המקיים מכרז מוטלת חובה לשמור על תנאים שוויוניים והוגנים במהלכו³⁸. האם ניתן להסיק מכאן שאסור לבעליו של נכס, שקיימת לגבי זכות סירוב, לקיים מכרז ביחס אליו?

בפסק דין קדר³⁹ הנ"ל, הוזכרה בקצרה בעיית מעמדו של צד ג' המוצא את עצמו מקופח ובעמדת נחיתות במכרז, עקב היות אחד ממתחריו בעל זכות הסירוב הראשונה. נושא זה היה שולי לדיון בפסק הדין, והשופטים לא נכנסו בעובי הקורה. אך סוכם בקצרה, שאין חובה ליצירת שוויון בין מתחרים במכרז, כל עוד שהנחיתות הייתה ידועה מראש לצדדים⁴⁰. הנושא נדון ביתר הרחבה בפסק דין רביב משה ושות' בע"מ נ' בית יולס בע"מ⁴¹. לא היה שם אמנם הסכם של זכות סירוב ראשונה, אך התנאים שהתקיימו — יצרו מצב שהנו למעשה זהה במהותו: מדובר היה במכרז לבניית בית אבות גדול, שהשתתפו בו מספר חברות בנייה, ביניהן חברת רביב וחברת רסקו. בעוד שהצעתה של חברת רביב הייתה זולה מהצעתה של חברת רסקו, נחשבה זו האחרונה כמתקשרת יציבה ורצינית יותר, ועל כן החליטה ועדת המכרז לתת לחברת רסקו הזדמנות לשפר את הצעתה. בנוסף החליטה הוועדה, שאם מחיר הצעת חברת רסקו לא יעלה ביותר מ-5% על מחיר ההצעות האחרות, הרי שחברת רסקו תהיה המתקשרת המועדפת. ואכן, חברת רסקו הוזילה את הצעתה וזכתה במכרז. תביעתה של חברת רביב התבססה על כך, שמכיוון שההזדמנות לשפר את ההצעה ניתנה רק לחברת רסקו, קופחו המשתתפים האחרים במכרז.

נפסק מפּי השופט ברק, שהן לפי הפסיקה בארץ ובארצות-הברית, והן על פי חובת תום הלב במשא ומתן לקראת חתימת חוזה ולאחריו [המעוגנת בסעיפים 12 ו-39 לחוק התחזים (חלק כללי), תשל"ג — 1973], מוטלת חובה על מנהל המכרז לנהוג בשוויון בין המשתתפים, תוך יצירת תנאים לתחרות הוגנת, אלא אם נקבע אחרת בכללי המכרז.

אמנם דעתו רוככה קמעא על ידי השופטים גולדברג וטירקל, שלדעתם אם ניתן להסיק מכללל, שהמשתתפים לא ציפו לשוויון — אין גם חובה לשמור עליו. אולם, נפסק כי במצב שתואר, זכאית חברת רביב לפיצויים על קיפוחה. לענייננו, נראה שאין הבדל מבחינת הפגיעה המשפטית בשוויון במכרז, בין

38 כ"צ 292/61 בית אריזה רחובות בע"מ נ' שר החקלאות, פ"ד טז(1) 20, 27.

39 ראו לעיל פסק דין קדר הערה 29, דברי השופט מ' בן-דרור, בע' 383 לפסק הדין.

40 שם, שם.

41 ע"א 207/79 רביב משה ושות' בע"מ נ' בית יולס בע"מ, פ"ד לז(1) 533 (להלן: עניין רביב).

המצב שתואר לעיל, לבין מכרז בו זכאית משתתפת מסוימת לזכות הראשונה לסירוב. שכן מה לי אם לאחר פתיחת תיבת ההצעות מציעה המכריזה רק לאחת המשתתפות לשפר את הצעתה, או שמלכתחילה זכות זו שמורה לה מכוח חרזה? ניתן אפוא להסיק את המסקנות הבאות ביחס לשימוש בזכות הסירוב הראשונה במכרז:

א. במכרז שבו הותנתה מראש בתנאי המכרז תניה, או נמסרה הודעה למשתתפיו, כי לאחד המשתתפים שמורה זכות הסירוב הראשונה — אין בסיס לתביעות בעילה של אי־שוויון או קיפות.

ב. במכרז בו לא הותנה דבר, וניתן להניח שהמשתתפים מצפים ליחס שווה ביניהם — השימוש בזכות הסירוב עלול לגרור תביעה על פי הלכת רביב, ומתן פיצויים למשתתפים שקופחו.

ג. במכרז פרטי בו לא הותנה דבר, אך מנסיבות העניין עולה כי המשתתפים אינם מצפים ליחס שוויוני — ניתן להסיק מדעת הרוב בעניין רביב, שלא קיים בסיס מוצק לתביעה. ברם, ייתכן שלאור דעת המיעוט של השופט ברק, שימוש בזכות הסירוב הופך את המכרז לבלתי שוויוני ומפר את חובתו של בעל המכרז. על כן, תביעת פיצויים עשויה להתקבל.