

ז' באלול התשפ"ד
10 בספטמבר 2024

לכבוד
חברי מועצת העיר נשר
ג.א.ג.

הנדון: חוות דעת – התקשרות בהסכם פיתוח, ע"ב פשרה, בפטור ממכרז – שכונת 'רמות יצחק', נשר

נתבקשתי לחוות דעתי ביחס להתקשרות עיריית נשר (להלן: "העירייה"), בהסכם פיתוח שהושג במסגרת הליך פשרה עם החברה כהגדרתה במבוא לחוות דעתי זו, בפטור ממכרז, לצורך מימון והקמת מבנה ציבור בתחום תכנית מס' 355-0239871 'שינוי לתכנית כיכר העיר - רמות יצחק, נשר', אשר פורסמה למתן תוקף ביום 15.5.2016 בי.פ. 7266, בעקבות תכניות מכ/772 ו- מכ/420 (אשר יכוננו ביחד להלן: "התכנית").

להלן חוות דעתי:

א. רקע

1. עניינה של התכנית הוא שינוי ייעוד ממסחר למגורים, לצורך הקמת 170 יח"ד בשני מגדלי מגורים בשילוב מרכז מסחרי שכונתי בתמהיל מגוון, תוך קביעת מערך דרכים ותשתיות, הקצאות לצרכי ציבור, פיתוחם של שטחים ציבוריים פתוחים ופארקים עירוניים, שטחי מסחר ותעסוקה לרווחת תושבי השכונה והעיר כולה.
2. חברת **כיכר העיר ייזום והשקעות בע"מ**, ח.פ. 6-355933-51 (להלן: "החברה"), חוכרת לדורות מרשות מקרקעי ישראל את המקרקעין הידועים כחלקה 75 בגוש 12379 (להלן: "המקרקעין").
3. במסגרת התוכנית, הוקנו לעירייה זכויות בנייה להקמת מבנה לצרכי ציבור בהיקף של 640 מ"ר, עיקרי ושירות, בעירוב שימושים, כחלק מפרויקט הכולל שטחי מסחר ומגדל מגורים אותו בונה היזם במקרקעין (להלן בהתאמה: "מבנה הציבור" או "העבודות/עבודות הפיתוח" ו-"הפרויקט").
4. במסגרת הליך גישור אליו פנו העירייה והחברה, באשר לסוגיית מימון הקמת מבנה הציבור, הוסכם על הצדדים כי בכפוף לסילוק מלא ומוחלט של כל המחלוקות בין הצדדים בקשר עם סוגיית המימון כאמור, תישא העירייה במחצית עלות הקמת מבנה הציבור, כפי שהייתה נושאת ככל שעלות הקמת מבנה הציבור הייתה מובאת בחשבון במסגרת תחשיב ההשבחה לתכנית, וכי החברה תשלים את הקמת מבנה הציבור ותמסרו לחזקתה של העירייה, בהתאם לתנאים שיגובשו ויוסכמו על ידי הצדדים בהסכם.
5. לאור התחייבות העירייה בהסכם לנשיאה במחצית מעלות הקמת מבנה הציבור, על מנת לתקף את ההתקשרות, נדרשת העירייה לפעול בהתאם להוראות סעיף 198א לפקודת העיריות [נוסח חדש] (להלן: "סעיף 198א").

סימוכין: (67) חוות דעת משפטית כיכר העיר.docx

ב. משפטי

בחינת הפטור ממכרז

6. סעיף 197 לפקודת העיריות [נוסח חדש] קובע את הכלל לפיו עירייה אינה רשאית להתקשר בחוזה לביצוע עבודות אלא במכרז. עם זאת, מכוח סעיף 198 לפקודת העיריות הותקנו תקנות העיריות (מכרזים), התשמ"ח-1987, שבהן נקבעו, בין היתר, פטורים שונים מחובת המכרזים הכללית.
7. סוגיית התקשרותה של עירייה עם יזם לצורך ביצוע עבודות פיתוח בפטור ממכרז כחלק מהעבודות המבוצעות על ידיו במסגרת פרויקט בניה זה או אחר, נדונה בפסיקה זה מכבר (ראה: ע"א 7368/06 **דירות יוקרה בע"מ נ' עיריית יבנה** [פורסם בנבו], ניתן ביום 27.6.2011 (להלן: "**הלכת דירות יוקרה**").
8. בהלכת דירות יוקרה נידונה סוגיית התקשרות חוזית בין יזם לרשות מקומית, המשחררת את היזם מחובתו לשלם לרשות המקומית היטלי פיתוח כנגד התחייבותו לבצע ללא תמורה עבודות פיתוח שהחובה לבצען מוטלת על פי דין על הרשות המקומית.
9. בית המשפט העליון קבע בהלכת דירות יוקרה למעשה כי מדובר בהתקשרות פסולה אשר סותרת את הוראות החוק, כך שמוטלת על הרשות החובה לגבות את היטלי הפיתוח מהנישומים בהתאם להוראות הדין. עוד נקבע באותו עניין כי, חובתה של הרשות המקומית לבצע את עבודות הפיתוח בהתאם לכללי המנהל התקין, ובכלל זה עמידה בחובות הקבועות בחוק חובת מכרזים לעניין ביצוע העבודות באמצעות אחר.
10. בעקבות הלכת דירות יוקרה, פורסם ביום 30.11.2015 למתן תוקף תיקון מס' 138 לפקודת העיריות, אשר הוסיף את סעיף 198א, וקבע לראשונה פטור מותנה ממכרז לביצוע עבודות פיתוח ע"י החברה היזמית על מנת להתגבר על "כשל השוק" שנקבע בהלכת דירות יוקרה.
11. כך, סעיף 198א לפקודת העיריות מאפשר לבצע התקשרות בהסכם פיתוח בין יזם לבין הרשות המקומית בפטור ממכרז בהתאם לתנאים המפורטים בסעיף, כך שישולמו הוצאות הפיתוח ליזם בדרך של תשלום בפועל, או בדרך של קיזוז כנגד חשבון אגרות והיטלים לפי חוקי העזר של הרשות, או בדרך של קיזוז כנגד שומת היטל השבחה לפי סעיף 196א לחוק התכנון והבניה.
12. בשל חשיבותו, ולצורך בחינת עמידת המקרה מושא חוות הדעת בהוראות סעיף 198א לפקודת העיריות, אצטט הסעיף במלואו:

"198א. (א) בסעיף זה –

"הסכם פיתוח" – הסכם לביצוע עבודות פיתוח;

"הוועדה המקצועית" – ועדה שחבריה הם המנהל הכללי של העירייה, ובאין מנהל כללי – מזכיר העירייה, והוא יהיה היושב ראש, גזבר העירייה, מהנדס העירייה והיועץ המשפטי לעירייה;

"חוק התכנון והבנייה" – חוק התכנון והבנייה, התשכ"ה-1965;

"יזם" – מי שמחזיק לבדו בזכויות לגבי מחצית לפחות משטח המגרשים הכלולים בתכנית לפיתוח, המאפשרות לו לבצע בהם את עבודות הפיתוח, או מי שמחזיקים בזכויות כאמור לגבי מגרשים, שסך שטחם הוא מחצית לפחות משטח המגרשים הכלולים בתכנית לפיתוח, שהתקשרו ביניהם בהסכם בכתב לעניין כריתת הסכם פיתוח אחר עם העירייה; לעניין זה, "מחזיק בזכויות", לגבי שטח מגרשים – אחד מאלה:

(1) בעל הקרקע, החוכר לדורות בה או מי שזכאי להירשם כבעלים או חוכר לדורות כאמור;

(2) מי שהתקשר עם אדם כאמור בפסקה (1) בהסכם שמטרתו פיתוח הקרקע ובניית מבנים בה, והוא זכאי מכוח ההסכם להפיק הכנסה מהקרקע או ליהנות מפירותיה של הקרקע כבעלים;

"יחידת דיור" – כהגדרתה בסעיף 2158(א) לחוק התכנון והבנייה;

"עבודות פיתוח" – עבודות לפיתוח תשתיות, פיתוח שטחים ציבוריים פתוחים או הקמת מבנים לצורכי ציבור בעבור העירייה אף אם הם מחוץ לשטח תכנית לפיתוח;

"תכנית לפיתוח" – תכנית כמשמעותה בחוק התכנון והבנייה הכוללת הוראות של תכנית מפורטת לבניית 100 יחידות דיור חדשות לפחות או 5,000 מ"ר חדשים לפחות למסחר או לתעסוקה;

"תשתיות" – כבישים, מדרכות, גשרים, מנהרות, מערכות ניקוז, תיעול, תקשורת, תאורה, רמזורים וכן מערכות בקרה לתשתיות וכל מיתקן הנדרש במישרין לצורך הפעלת התשתיות ומהווה חלק בלתי נפרד מהן, ואשר הקמתם הוא מתפקידי העירייה, ולעניין עירייה המספקת שירותי מים וביוב – גם מיתקני מים וביוב, לרבות מאגרים.

(ב) על אף האמור בסעיף 197, עירייה רשאית לתקשר בלא מכרז עם יזם בהסכם פיתוח, לפי החלטת המועצה, ובלבד שיתקיימו כל אלה:

(1) עבודות הפיתוח שייכללו בהסכם הפיתוח ייעשו לשם יישומה של התכנית לפיתוח, ובלבד שהן מיועדות לשרת במישרין בעיקר את המגרשים בתחום התכנית, לשם בנייה ואכלוס של יחידות הדיור החדשות או שטחי המסחר או התעסוקה החדשים הכלולים בתכנית;

(2) במועד ההתקשרות טרם נחתמו חוזים לביצוע עבודות פיתוח בהיקף כספי העולה על מחצית האומדן האמור בפסקה (4)(א) לעניין עלות כלל עבודות הפיתוח הנדרשות במישרין ליישום התכנית או שכלל עבודות הפיתוח שייכללו בהסכם הפיתוח יבוצעו על ידי היזם במגרשים שהוא מחזיק;

(3) תמורת עבודות הפיתוח שתיקבע בהסכם הפיתוח לא תחרוג מהתמורה המקובלת לביצוע עבודות כאמור;

(4) גזבר העירייה ומהנדס העירייה הציגו לפני הוועדה המקצועית והמועצה את אלה:

(א) אומדנים של עלות כלל עבודות הפיתוח הנדרשות במישרין ליישום התכנית, של עלות עבודות הפיתוח שייכללו בהסכם הפיתוח ושל התמורה המקובלת לביצוע עבודות כאמור; האומדנים האמורים יתבססו, בין השאר וככל הניתן על מכרזים לעבודות מאותו סוג שנערכו על ידי העירייה או על ידי עיריות בעלות מאפיינים דומים או בעבורן או שניתן לגביהם אישור לפי סעיף 9 לחוק הרשויות המקומיות (מכרזים משותפים), התשל"ב-1972, והכול אם תוצאותיהם פורסמו ב-18 החודשים שקדמו לעריכת האומדנים;

(ב) אישור בדבר התקיימות התנאי האמור בפסקה (2);

(ג) חוות דעת שלפיה תמורת עבודות הפיתוח שתיקבע בהסכם הפיתוח אינה חורגת מהתמורה המקובלת לביצוע עבודות כאמור;

(ד) אומדן של היטלי הפיתוח והיטל ההשבחה האמורים בסעיף קטן (ג);

(5) הסכם הפיתוח יכלול תנאים שיבטיחו את איכות עבודות הפיתוח ואת אחריות היזם לבדק העבודות ולתיקון ליקויים בהן;

(6) הוועדה המקצועית המליצה למועצה ברוב חבריה לאשר התקשרות בהסכם הפיתוח לאחר ששוכנעה בהתקיימות התנאים האמורים בסעיף קטן זה וכי הסכם הפיתוח נדרש מטעמי חיסכון ועילות, והתקשרות בו מיטיבה עם העירייה.

(ג) העירייה רשאית לשלם את התמורה ליזם בעבור ביצוע עבודות הפיתוח הכלולות בהסכם הפיתוח בתשלום בכסף או בתשלום בדרך של קיזוז כנגד אגרות, היטלים או דמי השתתפות לפי חוקי עזר של העירייה שהיזם חב לעירייה עקב הבנייה על ידו בתחום התכנית (להלן – היטלי פיתוח), וכן כנגד היטל השבחה לפי סעיף 196א לחוק התכנון והבנייה שהיזם חב לעירייה בשל מימוש זכויות כמשמעותו בתוספת השלישית לחוק האמור, ובלבד –

(1) שתמורה שתשולם בדרך של קיזוז כנגד היטל פיתוח תשמש לביצוע עבודות פיתוח מן הסוג שלשם מימון הוטל אותו היטל פיתוח;

(2) שתמורה שתשולם בדרך של קיזוז כנגד היטל השבחה תשמש למטרות המפורטות בסעיף 13 לתוספת השלישית לחוק התכנון והבנייה.

(ד) (1) החלטות הוועדה המקצועית וחוות הדעת לפי סעיף קטן (ב)(4) ינומקו ויפורסמו באתר האינטרנט של העירייה, שבעה ימים לפחות לפני הבאת הנושא לאישור המועצה;

(2) הסכם פיתוח שנערך לפי סעיף זה יפורסם באתר האינטרנט של העירייה לא יאוחר משבעה ימים מיום כריתתו.

(ה) אין בהוראות סעיף זה כדי לגרוע משאר הוראות הפקודה והוראות כל דין לעניין התקשרות העירייה בחוזה.

13. אם כן, התנאים העיקריים להחלת הפטור ממכרז הקבוע בהוראת סעיף 198א הם, כדלקמן:

13.1 מדובר בהסכם לביצוע עבודות פיתוח בין העירייה לבין יזם, המחזיק בזכויות של לפחות ממחצית המגרשים הכלולים בתכנית לפיתוח – היא תכנית הכוללת הוראות של תכנית מפורטת לבניית 100 יח"ד חדשות לפחות או 5,000 מ"ר חדשים לפחות למסחר או תעסוקה.

- 13.2 ההסכם דן בביצוע עבודות לפיתוח תשתיות, פיתוח שטחים ציבוריים פתוחים או הקמת מבנים לצורכי ציבור בעבור העירייה, אשר נדרשות לשם יישומה של התכנית לפיתוח, ובלבד שהן מיועדות לשרת במישרין בעיקר את המגרשים בתחום התכנית, לשם בנייה ואכלוס של יחידות הדירור החדשות או שטחי המסחר או התעסוקה החדשים הכלולים בתכנית.
- 13.3 במועד ההתקשרות טרם נחתמו חוזים לביצוע עבודות פיתוח בהיקף כספי העולה על מחצית האומדן של עלות כלל העבודות, או שכלל עבודות הפיתוח שייכללו בהסכם הפיתוח יבוצעו על ידי היזם במגרשים שהוא מחזיק.
- 13.4 תמורת עבודות הפיתוח העירייה לא תחרוג מהתמורה המקובלת לביצוע עבודות כאמור.

ג. יישום הדברים ביחס למקרה הנדון

14. בהתאם לאמור לעיל, נבחן את התקיימות התנאים הקבועים בסעיף לצורך ביצוע ההתקשרות בפטור ממכרז.
15. ראשית, עסקינן בתכנית הכוללת הוראות של תכנית מפורטת לבניית למעלה מ-100 יחידות דיור חדשות ועל כן, מדובר בתוכנית לפיתוח כהגדרת סעיף 198א לפקודת העיריות.
16. שנית, באשר לתנאים המתייחסים ליזם, על פי הוראת הפטור "יזם" הוא מי שמחזיק לבדו בזכויות של מחצית לפחות משטח המגרשים הכלולים בתכנית לפיתוח, המאפשרות לו לבצע בהם את עבודות הפיתוח. בהתאם לאישור זכויות שהוצג לנו מטעם עורכי הדין של החברה - החברה אכן זכאית להירשם כבעלים של **לפחות מחצית** מהמתחם.
17. שלישית, מדובר בעניינינו ב"עבודות פיתוח" כהגדרתן בסעיף 198א, היות ואלו כוללות הקמת מבנה הציבור עבור העירייה, בתחום התכנית, אשר אין חולק כי ישרת במישרין ובעיקר את דיירי המגרשים בתחום התכנית והמתחם בפרט.
18. יתר התנאים לתחולת הסעיף מתקיימים גם הם, שכן טרם נחתמו הסכמי פיתוח אל מול יזמים/קבלנים אחרים לביצוע העבודות וכן, במסגרת הסכם הפיתוח תיקבע תמורה שלא תחרוג מהמקובל בעבודות אלו וזאת בהתאם לאומדן המטלות הציבוריות המתבסס על מכרזים דומים ו/או עבודות בהיקף דומה.
19. על פי המסמכים שהוצגו בפניי, הסכם הפיתוח נדרש **מטעמי חיסכון ועילות, וההתקשרות בו מיטיבה עם העירייה**, שכן הקמת מבנה הציבור בשכונה במנותק מבנייתם של מבני המגורים יקשה אכלוס הפרויקט באופן שעשוי להביא לעיכוב ביצועו והשלמתו. כמו כן, הרי שביצוע הפיתוח ע"י היזם יביא לאחידות הבינוי בתחום השכונה ולמעשה ישביח את השכונה ויטיב עם התושבים. בנוסף, ככל שסוגיית המימון הייתה מובאת בפני ערכאה משפטית, העירייה הייתה עשויה לשאת במלוא עלות הקמת מבנה הציבור, כך שגם מבחינת יעילות כלכלית, התקשרות בהסכם זה הינה עדיפה.
20. יצוין כי בהתאם לסעיף 198א(ג) לפקודת העיריות, העירייה רשאית לשלם את התמורה ליזם בעבור ביצוע עבודות הפיתוח בתשלום בכסף או בתשלום בדרך של קיזוז כנגד אגרות, היטלים או דמי השתתפות לפי חוקי עזר של העירייה שהיזם חב

לעירייה עקב הבנייה על ידו בתחום התכנית, ובלבד שתמורה שתשולם בדרך של קיזוז כנגד היטל פיתוח תשמש לביצוע עבודות פיתוח מן הסוג שלשם מימון הוטל אותו היטל פיתוח.

21. מאחר והיטל ההשבחה בגין התכנית שולם על ידי היזם זה מכבר, התמורה בגין ביצוע הקמת מבנה הציבור ומסירתו לעירייה תבוצע בהתאם לאבני דרך שנקבעו בהסכם, ולא על דרך של קיזוז מאגרות ו/או היטלים.

22. לאור כל האמור לעיל, הרי שישנו בסיס משפטי מוצק להחלתו של פטור ממכרז על התקשרות העירייה עם היזם לצורך עבודות הפיתוח.

ד. סיכום

23. לסיכום, סעיף 198א לפקודת העיריות מאפשר למעשה ליזם בעל זכויות לבצע את עבודות הפיתוח לטובת העירייה בפטור ממכרז בכפוף לתנאים המפורטים בסעיף, ומנגד העירייה רוכשת את הסמכות לשלם לו את התמורה בעבור ביצוע עבודות הפיתוח..

24. טרם התקשרות בהסכם פיתוח כאמור, על העירייה באמצעות מהנדס העיר וגזבר העירייה להציג חוות דעת שלפיה תמורת עבודות הפיתוח על פי הסכם הפיתוח, אינה חורגת מהתמורה המקובלת לביצוע עבודות דומות. בנוסף, יש להציג אומדן של ההיטלים הצפויים להיגבות – כשהמטרה להראות שהערכים הם סבירים ומקובלים.

25. מכל האמור לעיל, עולה כי המקרה דנן עומד בתנאי סעיף 198א ואין מניעה משפטית להתקשר עם היזם לביצוע העבודות כאמור בפטור ממכרז.

26. מצ"ב לחוות דעת זו – הסכם הפיתוח, נספחיו ופרוטוקול הוועדה המקצועית.

בכבוד רב,

אורי גרינברגר, עו"ד

יועץ משפטי

עיריית נשר

