

**העותרת:**

**האגודה לזכויות האזרח בישראל**

כולם ע"י ב"כ עוה"ד גיל גן-מור ו/או דן יקיר ו/או אבנר פינצ'וק ו/או עודד פלר ו/או שרון אברהם-ויס ו/או נסרין עליאן ו/או משכית בנדל ו/או טל חסין ו/או שרונה אליהו חי ו/או אן סוצ'יו ו/או רגד ג'ראיסי ו/או רוני פלי ו/או סנא אבן ברי ו/או שדא עאמר

**מהאגודה לזכויות האזרח בישראל**

רח' נחלת בנימין 75, תל-אביב 65154  
טל': 03-5608185; פקס: 03-5608165  
דוא"ל: [gil@acri.org.il](mailto:gil@acri.org.il)

- נ ג ד -

**המשיבות:**

**1. רשות מקרקעי ישראל**

ע"י פרקליטות מחוז חיפה (אזרחי)

**2. משהב חברה לשיכון בנין ופיתוח בע"מ**

ע"י ב"כ עוה"ד מרדכי רוז ואח'  
מירון, בן ציון ופריבס עורכי דין  
מר' מונטיפיורי 33, תל-אביב – יפו 6520102  
טל': 03-7114000; פקס: 03-5604466

## **עתירה מתוקנת**

בית המשפט הנכבד מתכבד להורות לוועדת המכרזים של המשיבה 1 להפעיל סמכותה ולקנוס את המשיבה 2 בשל הפרת סעיף איסור ההפליה במכרז בו זכתה לבניית פרויקט מגורים בישוב מעלות תרשיחא ובו 104 יח"ד (מכרז צפ/288/2014; להלן – המכרז).

### **להלן טעמי העתירה:**

בקליפת אגוז עוסקת העתירה בהחלטתה של ועדת המכרזים של המשיבה 1 (להלן – ועדת המכרזים) לא להפעיל סמכויותיה ולקנוס את חברת משהב (להלן – החברה) בגין הפליה בשיווק יחידות הדיור בפרויקט שהיא מקימה במעלות-תרשיחא. העותרת חשפה את ההפליה הסמויה באמצעות בוחנים (טסטרים) שהיא מפעילה. הראיות הצביעו על כך שהחברה הציעה מחירי מבצע ללקוחה יהודייה ואילו ללקוח ערבי נאמר שהמבצע הסתיים ולכן נמסרו לו מחירים גבוהים בהרבה לרכישת דירה, אף שהחברה המשיכה להציע המבצע ללקוחה היהודייה גם לאחר מכן. כמו כן בעוד שהחברה התקשרה מיוזמתה ללקוחה היהודייה, הלקוח הערבי נאלץ לרדוף שוב ושוב אחר החברה כדי לקבל

שירות ומידע בסיסי, שבסוף התברר גם כשקרי. החברה לא סיפקה כל הסבר מניח את הדעת להתנהלותה זו ונציגתה אף הוקלטה לכתבה בערוץ 2 בה היא הודתה, במשתמע, בשיווק מפלה.

אין חולק כי הפליה בשיווק הדירות על ידי חברה שזכתה במכרז עומדת בסתירה לתנאי איסור ההפליה הקבוע במפורש במכרז, ואשר החברה התחייבה לו. אין גם חולק כי חברה שמפרה את התנאי צפויה לסנקציה – ביטול זכייתה במכרז או קנס בשיעור של 15% משווי התמורה. לכן משהתברר כי החברה מפלה פנתה העותרת לרשות מקרקעי ישראל (להלן – רמ"י) בדרישה לממש את חובתה. אולם ועדת המכרזים של רמ"י החליטה לא להפעיל סמכותה, ונגד החלטה זו מכוונת העתירה.

ההחלטה, כפי שיפורט בעתירה, לוקה בפגמים מהותיים ובחוסר סבירות קיצונית, המחייבים פסילתה והתערבות בית המשפט הנכבד.

## התשתית העובדתית

### הצדדים

1. העותרת, **האגודה לזכויות האזרח בישראל**, הינה עמותה הפועלת מאז 1972 לקדם את זכויות האדם בישראל ולהגן עליהן. האגודה עוסקת בזכות לשוויון בכלל, ולזכות לשוויון בנגישות לדור בפרט והיא פועלת במגוון אמצעים נגד הפליה בדור.
2. לעותרת זכות עמידה כעותרת ציבורית בהליך זה שמטרתו לוודא כי נאכף התנאי המחייב שיווק שוויוני, המבטא את האינטרס הציבורי לשמירה על הזכות לשוויון בנגישות למקרקעי הציבור (ר' עע"מ 1789/10 סבא נ' רשות מקרקעי ישראל (פס"ד מיום 7.11.10), להלן – **פרשת סבא**; עע"מ 868/13 קו לעובד נ' משרד החינוך (החלטה מיום 4.4.13); וכדוגמא לעתירה דומה ר' עת"מ 5950-12-15 האגודה לזכויות האזרח נ' רשות מקרקעי ישראל (מיום 19.4.17)).
3. יודגש כי אף בהליכים אזרחיים העניקה הכנסת מעמד מיוחד לארגונים דוגמת העותרת במאבק המשפטי נגד הפליה בחוקי הפליה שונים. כך, למשל, בסעיף 7(א) לחוק איסור הפליה במוצרים, שירותים, בכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000 ובסעיפים 12 ו-13 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988. קל וחומר כי יש לעותרת מעמד בהליך מינהלי שבו עולה דרישה מהרשות האחראית לשמור על שיווק שוויוני (ר' ת"א (י-ם) 9532-10-14 **המרכז הרפורמי לדת ומדינה נ' ליברמן** (מיום 15.10.17) כדוגמא לתביעה של ארגונים מכח סעיף 7(א) לחוק איסור ההפליה).
4. המשיבה 1, רמ"י, היא הרשות האחראית על ניהול מקרקעי המדינה והקצאתם לצרכי בניה, תשתיות, מסחר, תיירות ופיתוח בהתאם לחוק רשות מקרקעי ישראל, התש"ך-1960. רמ"י מחויבת לוודא כי יזמים הניגשים למכרזי בניה שהיא מוציאה לא יפלו בשיווק יחידות הדור.
5. ואכן בכל מכרזי הבניה שמוציאה רמ"י מאז פסה"ד **בפרשת סבא** (בנייה רוויה) ישנו סעיף האוסר על היזמים להפלות בשיווק יחידות הדור. בתחילה הסנקציה היחידה לזוכה שיתברר כי הפלה הייתה ביטול זכייתו במכרז, אולם בהמשך, בעקבות התדיינות נוספת, הודיעה המשיבה כי תקבע בנוסף פיצוי מוסכם בשיעור של 15% משווי הזכייה, שניתן יהיה להטיל על

יזמים בנוסף לביטול זכייתם במכרז או לחלופין, אם ביטול המכרז אינו אפשרי בנסיבות העניין (ר' תא"מ (חי') 1749-12-12 הווארי נ' חדיף בנין והשקעות (מיום 12.6.13)).

6. כיום בכל מכרזי הבניה הרוויה של המשיבה, לרבות במכרז מושא עתירה זו, מתחייב הזוכה להימנע מלנקוט הפליה פסולה בעת שיווק יחידות דיור, והוא מצהיר שאם יפר התחייבות זו, רמ"י תהא רשאית לבטל זכייתו במכרז זה ולבטל את החוזה שיחתם עמו בעקבות הזכייה ו/או לדרוש ולקבל ממנו פיצויים מוסכמים בשיעור 15% מהתשלום עבור הקרקע.

7. יודגש כי ככל הידוע, רמ"י לא מקיימת מנגנון בדיקה כלשהו לכך שיזמים עומדים בתנאי זה, והיא פועלת רק בתגובה לתלונות שמגיעות אליה.

8. המשיבה 2, חברת משהב, הינה חברת בניה מסחרית שהוקמה על ידי הסתדרות הפועל המזרחי. החברה התמודדה וזכתה במכרז מושא העתירה, והיא המשווקת את הדירות בפרויקט הנבנה במגרש, המכונה "משכנות אורנים". החברה משווקת רבים מהפרויקטים שלה לציבור יהודי דתי לאומי בלבד, אולם בפרויקט דגן היא שווקה את הפרויקט לציבור הכללי.

#### המכרז מושא העתירה

9. המכרז מושא העתירה הינו מכרז שפרסמה רמ"י לבניית שכונת מגורים בעיר מעלות תרשיחא, שהיא עיר מעורבת יהודית-ערבית בצפון הגליל המערבי. המכרז פורסם ביום 31.8.14. הוא כולל 4 מתחמים.

10. המכרז כולל את סעיף איסור ההפליה כדלקמן:

הזוכה מתחייב להימנע מלנקוט אפליה פסולה בעת שיווק יחידות הדיור, והוא מצהיר בזאת, כי הוא יודע שאם יפר התחייבות זו, רמ"י והמשרד יהיו רשאים, מבלי לפגוע מכל סעד אחר העומד לזכותם על פי דין, לבטל זכייתו במכרז ולבטל את החוזים שייחתמו עמו בעקבות הזכייה, ו/או לדרוש ממנו את הפיצויים המוסכמים בשיעור 15% מהתשלום עבור הקרקע בצירוף הפרשי הצמדה בין המדד היסודי למדד המחירים לצרכן האחרון שיהיה ידוע במועד התשלום ולא יהיו לו כל טענות ו/או דרישות ו/או תביעות כלפי רמ"י ו/או המשרד במקרה כזה.

11. ביום 8.2.15 הוכרזה החברה כזוכה במתחם המרכזי במכרז, מתחם 29333 לבניית 104 יח"ד.

העתק החלק המרכזי בחוברת המכרז מצורף ומסומן ע/1.

העתק ההכרזה על החברה כזוכה מצורף ומסומן ע/2.

#### רקע – פרויקט הפליה במבחן של העותרת

12. ההפליה מושא עתירה זו הינה הפליה סמויה שהתגלתה בבחינה יזומה שערכה העותרת במסגרת פרויקט "הפליה במבחן" – פרויקט שבו היא בוחנת קיומה של הפליה סמויה בקרב חברות נדל"ן באמצעות שימוש בבוחנים (טסטרים).

13. הבחינה נעשתה כך שהעותרת שולחת לחברות שונות שני מתנדבים המתעניינים ברכישת דירה. בוחן אחד משתייד לקבוצת מיעוט שאת קיומה או היעדרה של הפליה נגדה מבקשת העותרת לבחון, ואילו מתנדב נוסף משתייד לקבוצת הרוב, כקבוצת ביקורת. הבחינות נעשות באופן אקראי או לאור תלונות או חשד לקיומה של הפליה המגיעות לעותרת.

14. המתנדבים שביצעו הבדיקה עברו הכשרה מטעם העותרת והם הונחו להתקשר לחברה ולברר פרטים אודות זמינות הדירות למכירה, גודלן, מחירן ותנאי המכירה. המתנדבים הונחו להציג עצמם בשיחה בשמם. המתנדבים הונחו לשאול שאלות ענייניות על קיומן של דירות למכירה, מחירי הדירות, סוגים, וסוג האוכלוסייה בפרויקט. הבוחנים הונחו לדבר בנימוס ולא לנסות ולהשפיע בדרך מלאכותית על היחס של נציג המכירות כלפיהם. המטרה הייתה לבחון האם שיקולי לאום משפיעים על התנהגות החברה.

15. העותרת פועלת כך מכיוון שזה האמצעי האפקטיבי ביותר לחשוף ולמגר הפליה סמויה, שהינה פרקטיקה הקיימת בשיווק דירות. הפליה סמויה הינה הפליה שיש קושי רב ומהותי לזהותה ולהתמודד איתה בכלים אחרים. כאשר זוג צעיר ערבי או יוצא אתיופיה מחפש דירה, מטבע הדברים הוא יתעניין ברשימה ארוכה של דירות מחברות נדל"ן ומתווכים. אם זוג כזה לא מקבל מענה מהחברה, והיא "מייבשת" אותו בהמתנה לנציג, אם נאמר לזוג כזה שאזלו הדירות מהסוג שהוא מעוניין או שהמחיר שנקב הוא גבוה, הוא לא יתעכב על הפרטים ולא יבחן האם ללקוחות שאינם מקבוצת מיעוט לא פופולארית כן ניתן שירות, או שנמסר מידע אחר. הוא יזנח את התעניינותו בפרויקט.

16. ללקוח פוטנציאלי מקבוצה מופלית גם אין את הכלים והיכולת לחקור האם המידע שניתן לו שקרי או האם לא חוזרים אליו בשל הלאום או המוצא שלו, והאם נפל קורבן להפליה סמויה. גם אם, כפי שקורה לעיתים, יעורר הדבר חשד, לא כולם מכירים או מסוגלים לערוך בחינה של הנושא כפי שעורכת העותרת, מעטים יכולים לבקש ממישהו מקבוצת הרוב לשמש כקבוצת ביקורת, כדי לבחון את אמינות המידע שנמסר להם.

17. גם החברות מבינות כי שיטות השיווק הסמויות סביר שלא ייחשפו על ידי הלקוח הפרטי, והדבר מעודד אותן להמשיך ולנקוט בשיטות אלו. ההפליה לא מוזנת בהכרח מגזענות או אידיאולוגיה. לעיתים שיקולים תועלתניים-מסחריים גרידא מניעים את החברות להפלות. בדיור, למשל, החברה עשויה לסבור כי בשל הגזענות והסטריאוטיפים הקיימים בקרב הלקוחות הפוטנציאליים, הומוגניות בפרויקט תסייע להצלחתו, תמנע "חיכוכים" בקהילת הדיירים על רקע העדפות שונות, וכי שילוב של דיירים מקבוצות מיעוט לא פופולאריות ירתיע רוכשים פוטנציאליים ואולי יפגע בהיקף המכירות. כך, למשל, ב"כ החברה ציין בשימוע שנערך לה, ושפרטיו יובאו בהמשך, כי הוא סבור שהפרדה בין האוכלוסיות עדיפה ויש בה לסייע למכירות.

18. לכן בחינה יזומה של הפליה סמויה על ידי גוף דוגמת העותרת, שיש לו כלים טובים לחשוף ולתעד ההפליה, יש בו להעלות הסיכון של החברות לחשיפה ולסנקציות, ולהביאן לחדול מפרקטיקות של הפליה סמויה. לכן חיוני שבתי המשפט יעודדו פעילות לחשיפת הפליה סמויה באותם מקרים המובאים לפתחם.

19. בארה"ב, לדוגמא, כבר שנים רבות שמפעיל משרד המשפטים האמריקאי מערך של בחינות יזומות בנושא הפליה בדיור, באמצעות טסטרים, והתובע הכללי מגיש תביעות נגד חברות נדל"ן על בסיס בחינות אלו. ארגוני זכויות או דיור הוגן מפעילים בעצמם מערך של טסטרים, שיש בו תרומה ממשית למיגור תופעות של הפליה סמויה, בעיקר נגד שחורים. בית המשפט העליון בארה"ב עודד את השימוש בכלי זה והכיר בזכות העמידה של ארגון המפעיל מערך טסטרים לתבוע חברות מפלות אף ללא נפגע "אותנטי", ואף הכיר בזכות של הבוחנים עצמם לפיצוי

ובזכות של הארגון לפיצוי על כך שהסיט משאבים לצורך חשיפת ההפליה הסמויה (ר' *Havens Realty Corp. v. Coleman* 455 U.S. 363 (1982)).

להרחבה ר' גרשון גונטובניק **הפליה בדיור וקבוצות תרבותיות בין חומות משפטיות לגדרות חברתיות** 508 (2016).

20. גם בישראל הוכרה לאחרונה החשיבות של חשיפת הפליה סמויה. אחת ההמלצות שאימצה הממשלה מדוח הוועדה למאבק בגזענות נגד יוצאי אתיופיה (להלן – **ועדת פלמור**) מתייחסת לחשיבות של בחינות יזומות למיגור הפליה. המלצה אחת הינה הקמת יחידת תיאום במשרד המשפטים ונקבע ש"יחידת התיאום תבצע בדיקות יזומות במשרדי הממשלה השונים". המלצה נוספת עניינה אכיפת העבירה הפלילית הכלולה בסעיף 9 לחוק איסור הפליה, שכן בעבר לא נאכפה כלל על-ידי רשויות החוק. הוועדה המליצה "להסמיך גוף תביעה במשרד הכלכלה, שיהיה ממונה על האכיפה של עבירה זו, ולתת קדימות לאכיפתו של סעיף עבירה זה, שסבל מתת-אכיפה לאורך השנים. זאת על-מנת שאפשר יהיה לבער תופעות חברתיות פסולות שאותן ביקש החוק להכרית". בין היתר מוזכר בדוח כי המשטרה בשיתוף הפרקליטות ערכו מבצע משטרי במועדונים שונים כדי לאתר ולתעד הפליה סמויה נגד יוצאי אתיופיה שלא מוכנסים למועדון (עמ' 28 לדוח). מהודעת משרד המשפטים עולה כי בלשים סמויים ביצעו בחינה יזומה ועל בסיסה נערך כיום טיפול במסגרת הכלים של אכיפת החוק נגד המועדונים ובעלי תפקידים שהפלו. אולם למרבה הצער מדובר במקרה נדיר. בישראל הרשויות ממעטות לפעול באופן יזום לחשיפת הפליה, ולכן העותרת עושה זאת.

#### **ההפליה בשיווק הדירות בפרויקט של החברה**

21. הפרויקט של החברה נבחר בשל היותו פרויקט שמשווק בעיר מעורבת ועל רקע מידע שהגיעה לעותרת המצביע על דפוס של הפליה סמויה נגד ערבים באותה שכונה, בפרויקטים אחרים הנבנים בה. לכן שלחה העותרת שני מתנדבים, ערבי ויהודייה, לבדוק האם החברה משווקת הדירות לכל המעוניין בצורה שוויונית.

22. ביום 10.5.16 התקשר לחברה הבוחן הערבי, והשאייר פרטים אצל נציגה בשם שרה, שהבטיחה שיחזרו אליו תוך 24 שעות. מעולם לא חזרו אליו ולכן הוא חזר והתקשר ביום 16.5.16 ושוב השאייר פרטים וביקש שיחזרו אליו. הנציגה עידית אף אמרה שתציין כי מדובר בשיחה שניה וכי לא חזרו אליו בפעם הראשונה, והבטיחה כי הפעם יחזרו אליו תוך 24 שעות.

23. ביום 10.5.16 התקשרה גם הבוחנת היהודייה והשאיירה פרטים והובטח לה שיחזרו אליה אך לא חזרו, ולכן התקשרה שוב ביום 17.5.16 אך הפעם חזרו אליה מהחברה באותו יום.

24. נציגת החברה, אושרה, סיפרה לבוחנת היהודייה על הפרויקט והסבירה לה כי "כרגע יצאנו בפרי-סייל (pre-sale) לרגל קבלת ההיתר ותחילת הבנייה. דירות 4 חדרים 100 מטר + 10 מטר מרפסת, חניה, מחסן, והכל ב-899,000 ש"ח". כשנשאלה למי מיועד הפרויקט השיבה אושרה כי "הם יכולים להגיד שזה פתוח לכולם".

25. הבוחן הערבי לא התיימש והתקשר ביום 17.5.16 בפעם השלישית לנציגת החברה, אושרה, שהודיעה לו שהיא כבר סיימה לעבוד לאותו יום. למחרת ביום 18.5.16 התקשר שוב אך הטלפון של אושרה היה סגור. ביום 22.5.16 עדיין לא חזרו אליו מהחברה (למרות שהובטח לו מענה

תוך 24 שעות כבר ביום 10.5.16 ושוב ביום 16.5.16). הוא התקשר שוב ממספר חסום והפעם אושרה ענתה, אך השיבה מייד כששמעה את שמו שהיא בפגישה, וביקשה שיתקשר אליה בעוד חצי שעה. ורק בניסיון השישי, ששוב הוא יזם, הצליח סופסוף הבוחן לשוחח עם נציגת החברה אושרה.

26. הנציגה, אושרה, מסרה לו פרטים שונים מאלו שמסרה לבוחנת היהודייה. היא טענה שיש דירות 4 חדרים, אך ש"היינו בפרי-סייל של 899,000 שקל ל-15 יחידות דיור. כרגע המחיר הוא 975,000 שקל". לגבי 5 חדרים נמסר כי "יש לנו קומה 4, סליחה, 3 או 4. זו דירה מאוד גדולה 122 מטר עם גינה 70 מטר ועוד מרפסת של 22 מ"ר ב 1,303,000".

27. אלא שיומיים לאחר מכן, ביום 24.5.16 התקשרה שוב הבוחנת היהודייה ושוב ביררה מה המחירים ושוב נאמר לה שיש פרי-סייל ומחירים מוזלים: לשאלתה על דירות 4 ו-5 חדרים השיבה נציגת החברה אושרה: כרגע אנחנו בפרי-סייל של 899,000 שקל על דירות 4 חדרים שזה 100 מטר+10 מטר מרפסת כולל מחסן, כולל חניה. 5 חדרים יש לי דירות גן שגם כרגע הן בפרי-סייל על 15 יחידות דיור וזה 1,135,000, כרגע. זה 114 מטר בית ו-80 מטר גינה".

28. מהבחינה עולה כי המחיר שבו נקבה נציגת החברה לדירת 4 חדרים היה זול יותר לבוחנת היהודייה ב-76,000 ₪ מאשר לבוחן הערבי, וכי נציגת החברה מסרה לבוחנת היהודייה כי קיים מבצע מכירות ואילו לבוחן הערבי מסרה כי המבצע הסתיים, שעה שברור שהוא לא הסתיים.

29. גם לגבי דירת 5 חדרים נמסר לבוחנת היהודייה כי יש מבצע ולבוחן הערבי לא נמסר שיש מבצע. בהתאם, המחיר שבו נקבה החברה לדירת גן 5 חדרים (כמעט זהה בגודל) לבוחן הערבי היה יקר יותר ב-168,000 ₪ מאשר המחיר שנמסר לבוחנת היהודייה, בלי הצדקה עניינית לפער זה.

השיחות הוקלטו ותועדו. העתק תמלילי השיחות מצורף ומסומן ע/3.

ההקלטות נמצאות בקישורים הבאים:

[שיחת מועאד ושרה, 10.5.16](#)

[שיחת מועאד ועידית 16.5.16](#)

[שיחת דינה ואושרה 17.5.16](#)

[שיחת מועאד ואושרה 17.5.16](#)

[שיחת מועאד ואושרה 22.5.16](#)

[שיחת מועאד ואושרה 22.5.16](#)

[שיחת דינה ואושרה 24.5.16](#)

## הפניות למשיבה ותגובת החברה

30. ביום 21.6.16 פנתה העותרת לרמ"י ופירטה את עיקר השתלשלות האירועים הנ"ל וביקשה לזמן את החברה לשימוע ולקנוס אותה בשל הפרת תנאי המכרז.

העתק המכתב מיום 21.6.16 מצורף ומסומן ע/4.

31. במכתב נטען כי לא רק שהחברה מיאנה להשיב לפניותיו של הבוחן הערבי אך כן השיבה לפניותיה של הבוחנת היהודייה, גם נמסרו לבוחן הערבי תנאי מכירה נחותים יותר לעומת הבוחנת היהודייה, כאשר אין כל טעם סביר להסביר הבדלים אלו.

32. עוד הוסיפה העותרת כי גם עדויות חיצוניות מצביעות על כך שהמבצע לרגל הפתיחה נמשך גם ביוני 2016. כך, למשל, בכתבה בישראל היום מיום 8.6.16 פורסם כי "חברת משהב יוצאת במבצע בפרויקט משכנות אורנים שבשכונת גבעת אורנים, הכולל 10 בניינים עם 6 קומות ו-120 דירות למכירה. במסגרת המבצע, תינתן הנחה של 20 אלף שקל על דירות 4 חדרים. מחירים: דירת 4 חדרים החל מ-899 אלף שקל; דירת 5 חדרים החל מ-1.050 מיליון שקל". אלו הם המחירים שהוצעו לבוחנת היהודייה (לגבי דירת 5 חדרים הוצע לה מחיר מעט גבוה מזה), ואילו לבוחן הערבי נמסר כי מחירים אלה כבר אינם בתוקף, שבועיים קודם לפרסום הכתבה.

העתק הכתבה מיום 8.6.16 מצורף ומסומן ע/5.

33. ביום 28.6.16 הודיע מר אילן דגני, יו"ר ועדת המכרזים ברמ"י לב"כ העותרת, כי התלונה הועברה לחברה לצורך קבלת התייחסותה, וכי לעותרת תינתן זכות להגיב להתייחסות זו ולאחר מכן ייערך לחברה שימוע.

העתק המכתב מיום 28.6.16 מצורף ומסומן ע/6.

34. ביום 29.6.16 שודרה כתבה של חדשות ערוץ 2 על הפרויקט. העיתונאית לי נעים לא הסתפקה בממצאים הנ"ל אלא ערכה תחקיר עצמאי לוודא את העובדות. היא התקשרה כרוכשת יהודייה המתעניינת בדירה וגם לה הציעו את מחירי המבצע, שבועות לאחר שנמסר לבוחן הערבי שהמבצע הסתיים. בנוסף, כשביררה העיתונאית, כרוכשת דירה, על אופי האוכלוסייה בפרויקט מסרה לה נציגת החברה כי "אני יכולה להגיד לך ש**משהב בדרך כלל בונה לציבור ציוני, ומפה תביני לבד**" כשהעיתונאית שאלה ישירות "לגבי ערבים. את יודעת האם הם קונים בפרויקט הזה? השיבה נציגת החברה: "שוב אני חוזרת ואומרת לך, משהב בונה לציבור ציוני". "שמה זה אומר?" הקשתה העיתונאית. "זה אומר שתגיעי לפגישה ותביני את העניינים".

### [הכתבה בקישור זה](#)

35. ביום 3.8.16 הגיעה לעותרת מכתבו מיום 24.7.16 של יו"ר ועדת המכרזים, מר דגני. למכתב צורפה תגובת המשיבה 2 לתלונה. מר דגני ביקש מהעותרת להגיב בתוך שבוע. בתגובה עצמה הכחיש ב"כ החברה שהיא נהגה בהפליה אסורה וטען שמדובר באי הבנה וכי מדובר בדירות שונות וכי המחירים שניתנו הם מחירי המחירון.

העתק המכתב מיום 24.7.16 מצורף ומסומן ע/7.

36. ביום 9.8.16 שלחה העותרת תגובתה למכתב של החברה. במכתב נטען כי המידע שמסרה נציגת החברה היה ברור מאוד והתברר כשקרי. כמו כן נטען כי לגבי דירות 4 חדרים ברור שמדובר באותה דירה שכן נציגת החברה ציינה בפני הבוחן הערבי כי על דירה זו היה מבצע, והמחיר שלה היה כפי שנמסר לבוחנת היהודייה, ושהמבצע הסתיים ולכן מחירה יקר יותר. לגבי דירות 5 חדרים, נטען במכתב, גם אם יש הבדלים קטנים בדירות 5 חדרים שהוצגו לכל אחד מהבוחנים, אין שום הסבר מניח את הדעת לפער במחיר של 168,000 ₪. כמו כן נטען כי בכתבה של ערוץ 2 יש הודאה משתמעת במדיניות המפלה מצד נציגת החברה, שחשבה שהיא מדברת עם לקוחה היהודייה.

העתק המכתב מיום 9.8.16 מצורף ומסומן ע/8.

37. יצוין כי נציגת רמ"י פנתה לח"מ בטענה כי לא קיבלה התייחסות העותרת אז המכתב נשלח לה שנית ביום 7.9.16.

38. ב"כ העותרת שלח לרמ"י תזכורות לגבי ההתקדמות בבחינת התלונה בדוא"ל ביום 19.9.16, 15.11.16 ו-16.1.17.

העתק התזכורות מצורף ומסומן ע/9.

39. ביום 7.2.17 השיב עו"ד אסף אהרנוביץ' מלשכת יועמ"ש רמ"י לב"כ העותרת בדוא"ל כי הוא יברר אצל ועדת המכרזים לגבי החלטתה בתלונה.

העתק התשובה מיום 7.2.17 מצורף ומסומן ע/10.

40. לאחר שחלפו 9 חודשים תמימים מאז הוגשה התלונה ולא התקבלה כל החלטה הגישה העותרת ביום 29.3.17 עתירה מינהלית (להלן – **העתירה המקורית**).

41. ביום 18.4.17, בעקבות הגשת העתירה, הודיע נציג רמ"י לב"כ העותרת כי החברה תוזמן לשימוע ביום 7.5.17.

42. ביום 7.5.17 התקיים שימוע לחברה. השימוע תועד ותומלל על ידי רמ"י. הטענות של החברה בשימוע התחלקו לכמה סוגים: ראשית, נטען, כי הראיות הושגו בניגוד לחוק. טענה נוספת הייתה שקיים ספק האם התמליל משקף את השיחות במלואן או שהוא "ערוך".

43. לעניין זה יש לציין כי למכתב התלונה צירפה העותרת את התמלילים וציינה במפורש כי "ההקלטות יימסרו לפי דרישה". התמלילים צורפו גם לעתירה המינהלית שכבר הייתה בידי החברה במועד השימוע בעל-פה. מעולם החברה או בא כוחה לא פנה לב"כ העותרת בבקשה לקבל את ההקלטות המלאות, ואם היה מבקש היה מקבלן.

44. טענה שלישית הייתה שחלק מהשיחות נעשו על ידי חברת שיווק חיצונית, ולא על ידי נציגי חברת משהב. טענה רביעית הייתה שלא נתנו יחס נחות ללקוח הערבי שכן גם היחס שניתן ללקוחה היהודייה לא היה משביע רצון, ולא חזרו אליה כמובטח.

45. הטענה החמישית והמרכזית הייתה שהדברים הברורים שאמרה נציגת החברה לבוחן הערבי, לפיהם הסתיים המבצע והמחיר הגבוה יותר שניתן לו על אותן דירות "לא נאמר בצורה ברורה" וכי לא ניתן לקבוע על בסיס התמליל בלבד מה משמעותם. יצוין כי ההקלטה של השיחה,



ובמיוחד החלק הזה, הושמעו בכתבה בערוץ 2 ואין כל ספק שבניגוד לנטען, נציגי החברה נחשפו לא רק לתמליל אלא גם להקלטת השיחה, שלא מותרת אף לא צל של ספק. טענה נוספת הינה שאם הבוחן היה מגיע למשרד המכירות היה נחשף לפרסום שלכאורה היה קיים שם באותה עת על המבצע ולא ניתן היה להתחמק ממכירת הדירה בתנאי המבצע.

46. יש לציין כי נציגת החברה ששוחחה עם הבוחנים לא השתתפה בשימוע, לא ניתנה לה כל אפשרות להסביר בעצמה מה היה הטעם לאמירה זו, ולא הובא תצהיר מטעמה. במקום זאת ב"כ החברה הסתפק בפרשנות שלו על מעשיה.

47. הטענה השישית הייתה שהמחיר הגבוה יותר שהוצע לבוחן הערבי על דירת 5 חדרים משקף את המחירון ואת ההבדלים בגודל הדירה. לעניין זה לא הובאה ראיה או חוות דעת שמאית. לגבי השאלה מדוע לא הוצעה לבוחן הערבי גם דירת 5 חדרים במבצע, כפי שהוצעה לבוחנת היהודיה, נאמר שזה בגלל שהבוחן לא שאל מיוזמתו האם יש עוד דירות 5 חדרים מלבד זו שהוצעה לו שלא הייתה במבצע.

48. במענה לשאלה אודות רוכשים ערבים אחרים ענתה החברה שאין רוכשים כאלו אך שייתכן שהוצע לערבי שהוא אישיות פוליטית כלשהי בעיר לרכוש דירה, אך לא פורט מה שמו ולא הובא תצהיר ממנו, ואף לא פורט מתי הייתה הצעה זו. החברה טענה שערבים לא התעניינו בפרויקט. החברה לא העבירה רשימת לקוחות או תצהיר בנושא. החברה טענה שפירסמה את הפרויקט גם באמצעות פלאיירים שחולקו במעלות, נהריה, כפר ורדים, כרמיאל ועכו, בלי לציין תאריך.

49. לגבי התבטאותה של נציגת החברה בכתבה בערוץ 2, שעולה ממנה במשמע שהחברה לא מוכרת לערבים, התשובה הייתה שהחברה היא אכן חברה ציונית שמוכרת בעיקר לציבור הדתי, אך לא ניתן הסבר למסר שעולה בבירור מדברי הנציגה לפיו החברה נוקטת בהפליה סמויה במכירת הדירות. הנציגה לא השתתפה בשימוע ולא הוגש כל תצהיר בשמה בעניין תשובתה זו.

50. מכאן והלאה עבר השימוע לדיון ממושך ומפורט בתלונות שיש לחברה נגד רמ"י. טענה אחת היא אודות מכרז "מחיר למשתכן" שפירסמו בעיר. החברה הביעה בפני רמ"י טענות קשות שיש לה על פרסום המכרז לאחר שמכרה לה את הקרקע במחיר מלא, ולדבריה הדבר פגע בחברה ובקצב המכירות. החברה הלינה שהצליחה למכור בשל כך רק 14 דירות עד מועד השימוע.

51. טענה שניה היא כלפי העובדה שמערימים על החברה קשיים משפטיים לשווק את הדירות ליהודים דתיים בלבד. נציגי החברה ציינו כי הם שוקלים לשנות את שיטת השיווק ולשווק לציבור דתי לאומי בלבד, אך שאם יעשו זאת יודיעו על כך מראש.

העתק תמליל השימוע מצורף ומסומן ע/11.

52. ביום 29.5.17 העבירה החברה השלמת טיעון בכתב לוועדת המכרזים. החברה חזרה על רוב טענותיה. ככל שניתן להבין, החברה אף העבירה לוועדת המכרזים פרסומת מאתר האינטרנט, קבלה מחודש מרץ 2017 המעידה כביכול על הכנת פלאיירים לחלוקה בעכו ונהריה, ודוגמא של שני פלאיירים. באחד מהם מצוין כי המחיר לדירת 5 חדרים הינו 1,095,000 ₪.

53. רוב הטענות במכתב הן במישור המשפטי. החברה הדגישה במכתבה זה כי רמ"י הפרה את ההסכם עמה בשל פרסום מכרז מחיר למשתכן, כי היא שוקלת לנקוט בהליכים משפטיים נגדה בשל כך, וכי על רמ"י להתחשב בכך בהחלטתה וכי לא רק שהיא לא צריכה לקנוס את החברה אלא היא צריכה לפצות אותה.

העתק המכתב מיום 29.5.17 והנספחים מצורף ומסומן ע/12.

54. ביום 13.6.17 החליטה ועדת המכרזים של רמ"י לדחות את התלונה ולא לקנוס את החברה. הוועדה קבעה כי הגיעה למסקנה שהלכה למעשה לא התקיימה במקרה זה הפליה בשיווק הדירות, ולכן הוועדה לא מצאה לנכון לנקוט בסנקציה כלשהי. הוועדה פירטה ארבעה נימוקים להחלטתה:

א. החברה לא נקטה בפרסום מפלה.

ב. החברה, לפי דבריה, הציעה לסגן ראש העירייה שהוא ערבי לרכוש דירה בפרויקט וכן לערבים אחרים.

ג. החברה נתנה הנחיות למשווקים כי יש למכור דירה לכל דורש.

ד. קיימת עדיין אפשרות לכל המעוניין לרכוש דירה בפרויקט כי נמכרו רק 14 דירות מתוך 114.

הוועדה אף הוסיפה כי היא דוחה את טענות החברה נגד הרשות שנכללו במכתבה מיום 29.5.17.

העתק החלטת ועדת המכרזים מיום 13.6.17 מצורף ומסומן ע/13.

55. לאור קבלת ההחלטה ביקשה העותרת לתקן את העתירה, וביום 1.10.17 החליט בית המשפט הנכבד לאפשר לעותרת להגיש עתירה מתוקנת.

## הטיעון המשפטי

### סמכות עניינית ומקומית

56. העתירה עוסקת בביקורת שיפוטית על החלטת ועדת המכרזים לא לאכוף את הסנקציות הקבועות בתנאי המכרז ומכאן שמדובר בענייני מכרזים שבסמכות בית המשפט לעניינים מנהליים (ר' גם ע"מ 5514/09 סבא נ' מנהל מקרקעי ישראל (פס"ד מיום 16.12.09)). ההחלטה הנתקפת היא החלטה של ועדת מכרזים של רמ"י. אף שהגוף הנתקף יושב בירושלים, נפסק בעת"מ (י-ם) 11338-10-16 מחצבות בית אלפא נ' רשות מקרקעי ישראל (החלטה מיום 6.11.16) כי הסמכות המקומית במקרים אלו היא בהתאם למקום המקרקעין, ומכאן הסמכות הינה לבית המשפט הנכבד.

### החובה לאכוף את תנאי איסור ההפליה במכרז

57. נקודת המוצא הינה כי רמ"י מנהלת את קרקעות המדינה בנאמנות עבור הציבור כולו ותפקידה לפעול לטובת הציבור בשוויון וללא הפליה (בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל,

פ"ד נד(1) 258 (2000) (להלן – **פרשת קעדאן**); בג"ץ 244/00 **עמותת שיח חדש נ' שר התשתיות הלאומיות**, פ"ד נו(6) 25 (2002)(להלן – **פרשת שיח חדש**)).

58. רשות מקרקעי ישראל הינה הגוף האחראי לניהול מקרקעי ישראל, הכוללים את המקרקעים בישראל של המדינה, של רשות הפיתוח ושל הקרן הקיימת לישראל. מועצת מקרקעי ישראל הינה הגוף האחראי לקביעת המדיניות הקרקעית שלפיה תפעל הרשות. ביסוד פעולתה של הרשות תכליות מיוחדות שהן ניהול מקרקעי ישראל לטובת הציבור, הסביבה והדורות הבאים ובין תפקידיה של הרשות גם הקצאת קרקעות למטרות מגורים, דיור בר-השגה, דיור ציבורי, תעסוקה, וכדומה (ר' חוק יסוד: מקרקעי ישראל; חוק רשות מקרקעי ישראל, התש"ך-1960; **פרשת קעדאן בעמ' 272**).

59. בצד התכליות המיוחדות חלות על רמ"י תכליות כלליות, המחייבות כל רשות ציבורית, שכן "מינהל מקרקעי ישראל מחזיק בקרקעות שהוא מחזיק בהן על דרך של נאמנות, וממילא חלות עליו כל אותן חובות החלות על נאמן. והואיל והמינהל הוא - גם להלכה וגם למעשה - המדינה בכבודה ובעצמה, חלות עליו מעצמן כל החובות החלות על רשות הציבור" (רע"א 5817/95 **רוזנברג נ' משרד הבינוי והשיכון**, פ"ד נ(1) 231, 221 (1995) (להלן – **פרשת רוזנברג**)).

60. חובות רמ"י כוללות גם שמירה על זכויות האדם ובראשן הזכות החוקתית לשוויון. "חובתה של המדינה לנהוג בשוויון משתרעת על כל פעולותיה. היא חלה אפוא גם לעניין הקצאת מקרקעי המדינה... על-כן, ההחלטות של מועצת מקרקעי ישראל המגבשות את מדיניות הקצאת מקרקעי המדינה חייבות להתקבל על בסיס של שוויון" (פרשת **קעדאן**, בעמ' 271-272; ר' גם **פרשת שיח חדש**; פרשת **רוזנברג**, בעמ' 231; בג"ץ 5023/91 **פורז נ' שר הבינוי והשיכון**, פ"ד מו(2) 793, 801 (1992) (להלן – **פרשת פורז**)).

61. החובה לשמור על שוויון בהקצאת המקרקעין מעוגנת גם בחוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992. סעיף 2 לחוק מחייב את רמ"י לפרסם מכרז פומבי להעברת הזכויות במקרקעין. על פי אותו הסעיף אסור לרמ"י להפלות בין מציעים מחמת מוגבלות, מין, נטייה מינית, מעמד אישי, הורות, גזע, דת, לאומיות, ארץ מוצא, השקפה או חברות במפלגה.

62. רמ"י אינה מתפרקת מאחריותה לשמירה על השוויון באמצעות העברת המקרקעין לגורם שלישי, שמשווק את המקרקעין בצורה מפלה, שכן "חובתה של המדינה לנהוג בשוויון בהקצאת זכויות במקרקעין מופרת אם המדינה מעבירה מקרקעין לגוף שלישי, אשר מצדו מפלה בהקצאת מקרקעין על בסיס של דת או לאום. המדינה אינה יכולה להשתחרר מחובתה החוקתית לנהוג בשוויון בהקצאת זכויות במקרקעין, על ידי שימוש בגוף שלישי הנוקט מדיניות מפלה. אכן, את שהמדינה אינה רשאית לעשות במישרין, אין היא רשאית לעשות בעקיפין" (פרשת **קעדאן בעמ' 281**; ר' גם בג"ץ 5325/01 **עמותת ל.כ.ן לקידום כדורסל נשים נ' המועצה המקומית רמת השרון**, פ"ד נח(5) 79, 89 (2004)).

63. ואכן – רמ"י רואה עצמה אחראית לשמור על הקצאה שוויונית של הקרקע גם כאשר היא מקצה את המקרקעין דרך גופים פרטיים במכרז פומבי. הביטוי המובהק לכך הוא הוספת אותו סעיף במכרזי הבנייה האוסר על הזוכה לנקוט בהפליה פסולה בשיווק הדירות והמקנה לרמ"י זכות לבטל את זכייתו בדיעבד, אם יסתבר שבעת שיווק הדירות נקט באפליה פסולה, או לקנוס את

הזוכה אם הפלה (ר' גם הערות בית המשפט העליון בעניין **סבא** בעניין חשיבות סעיף איסור ההפליה במכרז).

64. אלא שבמקרה מושא עתירה זו ממאנת רמ"י להפעיל סמכויותיה, בניגוד לדין. בכך היא מאפשרת להפליה לעבור ללא תגובה, תוך השלמה איתה.

#### **החברה הפרה את תנאי המכרז**

65. הראיות שהציגה העותרת מצביעות בבירור על הפליה סמויה בשיווק יחידות הדיור מטעמי לאום. הסברי החברה שניתנו אינם מתקבלים על הדעת.

66. **ראשית**, החברה התחמקה ממתן שירות לבוחן הערבי. בפעם הראשונה שני הבוחנים השאירו הודעה ולא קיבלו מענה, ואולם בפעם השנייה נציגת החברה חזרה לבוחנת היהודייה מיוזמתה, לפי פרטים שהשאירה, באותו היום. לעומתה, לבוחן הערבי לא חזרו מעולם, למרות ששב ופנה לחברה, והובטח לו פעמיים שיחזרו אליו תוך 24 שעות עם פרטים. כל המידע והשיחות בינו לבין נציגת המכירות נעשו ביוזמתו, לאחר ש"רדף" אחרי נציגת המכירות ורק בניסיון השישי ליצירת קשר, שהוא יזם, אולצה נציגת החברה סופסוף לתת גם לו את הפרטים, שהתבררו בדיעבד כשקריים.

67. "ייבוש" בתור לקבלת שירות, ואי מתן מענה ממושך לפניית, הן פרקטיקות שיווק, שמאפשרות לייאש ולדכא את הרצון של לקוח פוטנציאלי מקבוצה "לא רצויה" לרכוש דירה בפרויקט. מעטים הלוקוחות שיתקשרו שוב ושוב לחברה שלא מוכנה לתת להם שירות. לולא היה בוחן, ספק אם לקוח ערבי במצב דומה היה ממשיך ומתעקש לשוחח עם החברה ולא היה מתייאש.

68. בשנת 2011 אף הכירה בכך הכנסת, עת תיקנה את חוק איסור הפליה במוצרים, שירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000 (להלן – **חוק איסור הפליה**). בתיקון הוספה חזקה לחוק, לפיה עיכוב הספקת המוצר למי שנמנה על אחת הקבוצות שהפלייתן אסורה בזמן שלא מעכבים הספקת המוצר או השירות למי שלא נמנה על קבוצה כזו די בו כדי להעביר הנטל ולקבוע כי התובע הוכיח שהופלה. בהצעת החוק הוסבר כי "במהלך השנים שחלפו מאז חקיקת החוק נעשה לעתים ניסיון לעקוף את הוראותיו במטרה למנוע מתן שירות ציבורי או כניסה למקום ציבורי. זאת, באמצעות מניעת כניסה למקומות ציבוריים או מתן שירות במקומות ציבוריים מסיבות שאינן ממין העניין, וכן באמצעות עיכוב הכניסה למקומות ציבוריים לפרק זמן בלתי ידוע, תוך העדפת קבוצות מסוימות באוכלוסיה על אחרות. עיכוב כאמור הביא לא אחת לכך שמי שעוכב התייאש וויתר על הכניסה או על קבלת השירות באותם מקומות. הצעת החוק המתפרסמת בזה נועדה להתמודד עם תופעות אלה ולהבהיר כי מדובר בהפליה אסורה" (ר' דברי ההסבר להצ"ח איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים (תיקון מס' 2) (חזקת הפליה), התש"ע-2010). הסטנדרט שנקבע בחוק איסור הפליה בוודאי שיכול לשמש את רמ"י בבחינת תלונות על הפרת סעיף איסור ההפליה במכרז.

69. טענת החברה כי מדובר בכשל של חברת השיווק וכי מדובר בסה"כ בשירות לא טוב, ולא בהפליה, אינם מסתדרים עם מצב קיצוני שבו מתעניין צריך לפנות 6 פעמים מיוזמתו כדי לקבל

פרטים על הדירה, בעוד הבוחנת היהודייה פנתה רק פעמיים בטרם התקשרו אליה מהחברה ומסרו לה את מלוא הפרטים.

70. **שנית**, גם הפרטים שנמסרו לבוחן הערבי בסוף התבררו בדיעבד כשונים מהותית ממה שנמסר לבוחנת היהודייה – הן לגבי קיומו של מבצע מכירות, והן לגבי מחיר הדירות. בעוד שלבוחנת היהודייה הוצעו מחירי המבצע, נציגת החברה אמרה לבוחן הערבי: **"היינו** בפרי-סייל של 899,000 שקל ל-15 יחידות דיור. **כרגע** המחיר הוא 975,000 שקל". זאת כאשר לפני ואחרי כן היא המשיכה לשווק את המבצע ללקוחות יהודיות. מכאן שהיא מסרה לבוחן הערבי מידע שקרי. לא מתקבלת על הדעת טענת החברה, לפיה ההתנסחות של פקידת הקבלה לא הייתה בהירה מספיק וכי כוונתה האמיתית הייתה לציין את ההבדל בין מחיר המחירון למחיר המבצע.

71. גם הטענה של החברה שהעובדה שהמבצע הוזכר בשיחה עם הבוחן הערבי מעידה כי נציגת החברה לא התכוונה להפלותו, גם אם ציינה בפניו שהמבצע הסתיים, דינה להידחות. דווקא טענה שקרית לפיה המבצע הסתיים וכעת המחיר משמעותית יותר גבוה יש בה לגרום לאכזבה אצל השומע ולייאש אותו (discourage) מלהמשיך ברכישת דירה.

72. יש לדחות גם את הטענה כי הפערים נובעים מכך שמדובר בדירות שונות עם נתונים שונים. שני הבוחנים ביררו באופן כללי על דירות 4 ו-5 חדרים. לגבי דירת 4 חדרים נציגת החברה הבהירה בשיחתה עם הבוחן הערבי כי מדובר באותה דירה, שכן ציינה את המחיר שהוצע לבוחנת היהודייה עבור דירת 4 חדרים, ובאותה נשימה ציינה כי המבצע הסתיים ועכשיו אותה דירה עולה 76 אלף ₪ יותר. ברור שאכן התייחסה נציגת החברה לדירה זהה, אך המחיר שננקב לגביה שונה.

73. לגבי דירות 5 חדרים, לבוחן הערבי נאמר כי יש דירה של 122 מטר עם גינה 70 מטר ועוד מרפסת של 22 מ"ר ב-1,303,000 ₪. לבוחנת היהודייה נמסר מאוחר יותר כי יש "דירות גן שגם כרגע הן בפרי-סייל על 15 יחידות דיור וזה 1,135,000 כרגע. זה 114 מטר בית ו-80 מטר גינה". מכאן שגם לגבי 5 חדרים לא נמסר לבוחן הערבי שיש מבצע ולבוחנת היהודייה כן נמסר שיש מבצע. המחיר שנמסר לבוחן הערבי גבוה בהרבה גם מהמחיר שננקב בפלאייר שצירפה החברה, ממנו עולה כי מחיר דירת 5 חדרים הוא 1,095,000 ₪. הפער בין המחיר שניתן לבוחן הערבי לבין המחיר שפורסם לדירת 5 חדרים הוא 208,000 ₪.

74. גם אם אין מדובר בדירות זהות לחלוטין, הדירות שהוצעו לבוחנים הן דומות למדי ועל החברה הנטל להראות תחשיב כלכלי שמצדיק פער של 168 אלף ₪. החברה לא הציגה כל נתון התומך בפער כזה. כמו כן החברה לא סיפקה כל הסבר מדוע לא נמסר לבוחן הערבי שיש מבצע על דירות 5 חדרים, ומדוע הציעו לו רק דירה גדולה יותר שלא במבצע, ואילו לבוחנת היהודייה הציעו דירת 5 חדרים במבצע. גם שיטה זו ידועה כאמצעי לייאש לקוחות ולגרום להם לסגת מהתעניינותם.

75. אין לקבל את טענת החברה כי הבוחן הערבי לא התעניין בדירות נוספות לאחר שנמסר לו הנתון על מחיר דירת 5 חדרים. הבוחן שאל ל דירות 5 חדרים והצעה לו דירה יקרה ולא דירה במבצע, כמו שהוצעה לבוחנת היהודייה, ששאלה בדיוק את אותה שאלה.

76. יש לדחות את הטענה כי הנכונות לתאם לבוחן הערבי פגישה במשרדי החברה מוכיחה כי אין מדובר בהפליה, שכן תנאי הרכישה שהוצעו לו היו נחותים משמעותית ביחס לתנאי המכירה שהוצעו לבוחנת היהודייה, ועל כך התלונה. מדובר בשיווק מפלה בניגוד לתנאי המכרז. מתמודד במכרז צריך להציע לרוכשים את אותם המחירים והמבצעים המוצעים על ידם ללא הפליה מחמת לאום או כל טעם פסול אחר.

77. **שלישית**, אם לא די בבחינה היזומה שביצעה העותרת, עיתונאית ערוץ 2 ערכה תחקיר עצמאי לוודא את העובדות וראתה כי גם לה מציעים את מחירי המבצע, שבועות לאחר השיחות הנ"ל. בנוסף, כשביררה העיתונאית על אופי האוכלוסייה בפרויקט מסרה לה נציגת החברה כי **"אני יכולה להגיד לך שמה שבדרך כלל בונה לציבור ציוני, ומפה תביני לבד"** כשהעיתונאית שאלה ישירות **"לגבי ערבים. את יודעת האם הם קונים בפרויקט הזה? השיבה נציגת החברה: "שוב אני חוזרת ואומרת לך, משהב בונה לציבור ציוני". "שמה זה אומר?"** הקשתה העיתונאית. **"זה אומר שתגיעי לפגישה ותביני את העניינים"**.

78. הנה כי כן, הנציגה נזהרת בלשונה לא להגיד מפורשות שהחברה מפלה, אך בפועל היא מתוודה כי אכן קיימת לחברה מדיניות שיווק מפלה, וכי החברה מוכרת לציבור ציוני בלבד, שם קוד מובהק למכירה לציבור יהודי בלבד (ממילא גם הנציגה לא התענינה בהשקפותיו של הבוחן הערבי בנושא, די היה בכך שהבינה שהוא ערבי).

79. יש לציין כי גם ב"כ החברה טוען גם הוא במכתבו ש"משהב" מגדירה עצמה כבעלת מטרות ציוניות. החברה זכאית להיות גאה על ערכיה הציוניים אולם ככל שהחברה מעוניינת לזכות בקרקע ציבורית, חובתה לשווק את הדירות לכל המעוניין בלי הפליה ואם לעמדתה הדבר לא עולה בקנה אחד עם מטרותיה הציוניות אזי שלא תתמודד על קרקע ציבורית. לעניין זה פסיקתו של בג"ץ בעניין **קעדאן** הינה ברורה וחד משמעית ולפיה אין כל סתירה בין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית לבין שוויון גמור בין כל אזרחיה (בג"ץ 6698/95 **קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד נד(1) 258 (2000)).

**ההחלטה לא לקנוס החברה התקבלה בהליך פגום ואינה סבירה באופן קיצוני**

**פגמים בהליך השימוע**

א. תשתית עובדתית לקויה והסתמכות על שמועות

80. מטרתו של הליך השימוע הינה לקבל את גרסת הנילון בטרם תתקבל הכרעה בעניינו, גם על מנת לאפשר לו הזדמנות להציג את גרסתו בטרם מתקבלת החלטה הפוגעת בו, אך גם על מנת שבפני מקבל החלטה תעמוד תשתית עובדתית מלאה, באופן שיביא לשיפור ההחלטה המינהלית (ר' יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** 1148 (2011)).

81. כאשר הנילון חולק על העובדות שהוצגו בתלונה, השימוע אמור לסייע למקבל החלטה לקבוע את העובדות שבבסיס ההחלטה. על מנת שניתן יהיה לעשות זאת על הרשות להתבסס על ראיות מינהליות. בפרשת **ירונט קווי זהב** עמד בית המשפט העליון על המבחנים לעמידה בחובה זו:

"(א) איסוף הנתונים. הרשות המינהלית צריכה לאסוף את הנתונים הנדרשים לקבלת ההחלטה. לצורך זה עליה לפעול באופן סביר, לפי מהות הסמכות, מיהות הרשות

ונסיבות המקרה. לעתים קרובות המקרה שיגרתי ופשוט, וכך אף איסוף הנתונים... אך לעומת זאת ייתכן מקרה מורכב וחשוב, שבו צריכה הרשות לחקור ולדרוש, לאסוף מידע מרשויות מינהליות או מגופים אחרים, ואולי אף לבקש חוות-דעת של מומחים....

(ב) השייכות לעניין. באיסוף הנתונים חייבת הרשות המינהלית להבדיל בין נתונים השייכים לעניין לבין נתונים שאינם שייכים לעניין. הנתונים השייכים לעניין הם, ורק הם, השיקולים הענייניים שאותם רשאית הרשות לקחת בחשבון לצורך קביעת העובדות וקבלת ההחלטה... ועליה לדחות מעל פניה את כל העובדות והנתונים שאינם נוגעים לעניין, שכן אם תתחשב בהם, יהיה בכך משום פגם שעלול לפסול את ההחלטה....

(ג) אמינות הנתונים. לא כל נתון השייך לעניין ראוי לבוא בחשבון שיקוליה של הרשות המינהלית. כדי שהרשות תוכל להתבסס על נתון, צריך שהנתון יעמוד במבחן הראיה המינהלית. זהו מבחן גמיש. הוא מאפשר לרשות המינהלית לקחת בחשבון גם ראיות שאינן קבילות בבית-משפט, כגון עדות שמיעה. עם זאת, לא כל שמועה פורחת די בה כבסיס להשתית עליו ממצא ... זהו, אם כן, מבחן של סבירות: הרשות המינהלית רשאית לסמוך על נתונים הנוגעים לעניין שאדם סביר (ואולי נכון יותר לומר: רשות סבירה) היה סומך עליהם לצורך קבלת החלטה בעניין העומד על הפרק ...

(ד) ראיות מהותיות. הנתונים הנוגעים לעניין, שהם גם נתונים העומדים במבחן הראיה המינהלית, הם התשתית לקבלת ההחלטה. על-פי ההלכה, התשתית צריכה להיות מוצקה במידה מספקת כדי לתמוך בהחלטה. מהי מידה מספקת לצורך זה? המבחן, גם כאן, הוא מבחן של סבירות. הווי אומר תשתית העובדות צריכה להיות כזאת, שרשות סבירה הייתה מסתמכת עליה לצורך קבלת ההחלטה הנדונה...."

בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412 (1994), בפיסקה 10.

82. עיון בכל מסמכי השימוע, הן בכתב והן בעל-פה, מלמד כי ועדת המכרזים לא עמדה בכללים אלו. מול הראיות הישירות שהציגה בפניה העותרת, הסתפקה הוועדה בטענות ב"כ החברה, בשמועות או בפרשנות היפותטית למעשי נציגת החברה. זאת בשעה שבנקל יכולה הייתה החברה לספק ראיות ישירות לגבות את טענותיה, אם יש בטענות ממש. להלן מספר דוגמאות: ועדת המכרזים לא דרשה להביא את עובדת החברה לשימוע כדי שתוכל להסביר את אמירותיה בעצמה, או למצער – להביא תצהיר חתום על ידה, והסתפקה בהסברים של ב"כ החברה למעשיה, הסברים מפולפלים שמנסים לשער מה עבר בראשה של אותה נציגה בעת ששיקרה לבוחן הערבי לגבי קיומו של המבצע ואודות מחירי הדירות. ועדת המכרזים לא עמדה על כך שהחברה תספק כל ראיה ישירה לכך שהנחתה את נציגת החברה לא להפלות, בדמות דף הנחיות, דוא"ל וכדומה.

החברה טוענת שנאמר לה שהוצע לאישיות מהעיר מעלות, אזרח ערבי, לרכוש דירה אך לא מציינת את שמו ולא מביאה כל תצהיר ממנו, ואפילו לא מציינת מתי נעשה הדבר. כך גם לגבי עובד החברה הערבי שנטען שהוצע לו לקנות דירה. ועדת המכרזים לא דרשה כל ראייה לאמור.

ועדת המכרזים לא דרשה מהחברה לגבות בראיות את הטענה, כי קיים הבדל בין דירות ה-5 חדרים שהוצעו לשני הבוחנים, שמצדיק פער ממשי במחיר, אך לא הציגה את המחירון של הדירות ולא גיבתה טענה זו בחוות דעת של שמאי.

83. על ועדת המכרזים היה להבהיר לחברה כי ללא ראיות לגיבוי טענותיה היא לא תוכל לקבל את גרסת החברה לאירועים בבסיס התלונה. ואולם במקום לדרוש מהחברה לגבות את טענותיה בתצהיר או בראיות של ממש, קיבלה ועדת המכרזים את טענות החברה כלשון, ולא ייחסה כל חשיבות למשקל הראייתי הקלוש שלהן. בכך נפל פגם מהותי בתשתית העובדתית שעמדה בפני ועדת המכרזים.

84. אם לא די בכך, פגם נוסף הוא בכך שנמנעה מהעותרת הזדמנות להפריך את טענות החברה. בענייננו רק בשלב הראשוני של השימוע בכתב נתאפשר לעותרת להגיב לטענות החברה. אולם משהגיע שלב השימוע בע"פ לא הוזמן נציג העותרת, וגם לאחר מכן לא הועברו להתייחסותו החומרים שעלו מהשימוע ומהשלמת הטיעון, ולא ניתנה לעותרת, המתלוננת, הזדמנות להתייחס לטענות חדשות שעלו במסגרתם.

85. אמנם מועטה הפסיקה והספרות בנושא מעמד המתלונן בהליך השימוע, והתפיסה הכללית היא שתפקידו מסתיים בהגשת התלונה, אך החובה של ועדת המכרזים לגבש תשתית עובדתית מלאה ככל הניתן היא המחייבת אותה לאפשר למתלונן להתייחס ואף להפריך טענות שעלו בשימוע.

86. כאשר השימוע הוא ביוזמת הרשות, קשה להעלות על הדעת מצב, בו הגורם המקצועי ברשות לא נוכח בשימוע או שלא מתאפשר לו להתייחס לדברים שעלו בשימוע בטרם מתן ההחלטה. אולם גם כאשר השימוע נולד מתלונה של גורם חיצוני, חיוני לאפשר לו להתייחס למה שעלה בשימוע בטרם תתקבל ההחלטה. זאת בוודאי כאשר השימוע נסוב על טענות עובדתיות שהעלה מתלונן חיצוני. כך, למשל, העותרת יכלה הייתה, לו ניתנה לה האפשרות, להפריך חלק מהטענות של החברה או לטעון לגבי פרשנות הראיות.

87. כתוצאה מפגם זה נפל רבב בהחלטת ועדת המכרזים, שכן התשתית העובדתית שהיוותה בסיס לקבלת ההחלטה הייתה פגומה, חלקית וחסרה.

#### ב. שיקולים זרים

88. פגם מהותי בולט בהליך השימוע הוא העובדה שהוועדה הסכימה להיגרר ולדון ממושכות במסגרת השימוע בתלונות הקשות שיש לחברה כלפיה על פרסום מכרז מחיר למשתכן בצמידות לפרויקט מושא השימוע והנזק שנגרם לה. מהליך השימוע ומהמכתב המשלים עולה בבירור, שהחברה ניסתה להשפיע על שיקול דעתה של הוועדה באמצעות העלאת טענות קשות שאינן רלוונטיות כלל לשאלת ההפליה, אך יש בהם להפעיל לחץ פסיכולוגי כבד על הוועדה. המסר שעבר היה כי אין מקום לקנוס את החברה לאור הנזק הכבד שכבר נגרם לה מהחלטת רמ"י



לפרסם מכרז מחיר למשתכן לאחר שהחברה רכשה את הזכויות בקרקע הסמוכה במחיר מלא, ואף שהטלת קנס על החברה תוביל לתביעות נגדיות. החברה אף ייחסה להחלטה להוציא מכרז מחיר למשתכן בעיר את הכישלון שלה למכור את הדירות.

89. חברי הוועדה ובמיוחד היועצים המשפטיים היו צריכים **לבחון מיידית** כל ניסיון מצד החברה להסיט את הדיון למחוזות אלו, ולהנחות את חברי הוועדה להתעלם לחלוטין מהלחץ המופעל עליהם, אך במקום זאת הוועדה נגררה לדיון ממושך בסוגיה ולפיכך עולה חשש כבד, ששיקול פסול ולא רלוונטי השתרבב אל תוך מכלול השיקולים של חברי הוועדה.

90. לראייה, השיקול הזר אף מצא דרכו להחלטה עצמה, הן בחלק הסוקר את טיעוני החברה, והן כהערה בסיום ההחלטה. גם עובדה זו מחזקת את הטענה כי השיקול הזר היה דומיננטי בשיקולי הוועדה.

ג. שרירות

91. כידוע הרשות המינהלית אינה כפופה לדיני הראיות, ובכלל זה היא אינה כפופה לדיני העברת נטל הראייה הנוהגים בבית המשפט. עם זאת, הרשות בבואה לברר טענות להפליה צריכה לפעול בצורה סבירה, במתווה ברור, ואסור לה לפעול על סמך תחושות בטן או בצורה שרירותית.

92. בבירור תלונות על הפליה על ידי גורם מינהלי אמת המידה הראויה הינה אמת המידה המקובלת בעניין העברת הנטל. כלל ברור בתיקי הפליה הוא שהנטל הראשוני על הטוען להפליה מחמת לאום אינו צריך להיות כבד ודי בהפליה לכאורה כדי להעביר הנטל לצד המפלה להפריך את הטענה. כך, למשל, בבג"ץ 1758/11 גורן נ' הום סנטר (פס"ד מיום 17.5.12) פסק בג"ץ כי כדי להוכיח הפליה מחמת מין בעבודה, די בכך שהתובעת הוכיחה ששכרה נמוך משמעותית מעובד גבר במשרה דומה בלי טעם ענייני כדי לעמוד בנטל המוטל עליה. במקרה זה הנטל עובר למעסיק כדי שיוכיח שמינה של העובדת לא שימש שיקול בקביעת השכר. אם המעסיק לא עמד בנטל זה, התביעה תתקבל.

93. סטנדרט דומה להעברת הנטל בתיקי הפליה קבע המחוקק גם **בחוק איסור הפליה**. אין סיבה שרמ"י תטיל נטל כבד יותר מאשר זה שנקבע בחוק זה. כך נקבע בסעיף 6 לחוק:

הוכיח התובע בהליך אזרחי לפי חוק זה אחד מאלה, חזקה שהנתבע פעל בניגוד להוראות סעיף 3, כל עוד לא הוכיח אחרת:

(1) הנתבע סירב לספק מוצר או שירות ציבורי, מנע כניסה למקום ציבורי או סירב לתת שירות במקום ציבורי, לאחר שבירר פרטים הנוגעים לעילות ההפליה המנויות בסעיף 3;

(2) הנתבע סירב לספק מוצר או שירות ציבורי, מנע כניסה למקום ציבורי או סירב לתת שירות במקום ציבורי, לנמנים עם קבוצה המאופיינת לפי עילה מעילות ההפליה המנויות בסעיף 3, ולא סירב כאמור, באותן נסיבות, למי שאינם נמנים עם אותה קבוצה;

(3) הנתבע התנה הספקת מוצר או שירות ציבורי, כניסה למקום ציבורי או מתן שירות במקום ציבורי, לנמנים עם קבוצה המאופיינת לפי עילה מעילות ההפליה המנויות בסעיף 3, בקיום תנאי אשר לא נדרש ממי שאינם נמנים עם אותה קבוצה;

(4) הנתבע עיכב הספקת מוצר או שירות ציבורי, כניסה למקום ציבורי או מתן שירות במקום ציבורי, לנמנים עם קבוצה המאופיינת לפי עילה

מעילות ההפליה המנויות בסעיף 3, ולא עיכב כאמור, באותן נסיבות, את מי שאינם נמנים עם אותה קבוצה.

94. בפרשת **סבח** שדן בחוקתיות התיקון לפקודת האגודות השיתופיות, המקנה סמכות לשוב קהילתי לערוך ועדת קבלה למבקשים לגור בו (חוק ועדות הקבלה) אך אוסר על הפליה, התייחסה השופטת חיות לחשש מהפליה סמויה. השופטת חיות ציינה כי ניתן לצמצם החשש מהפליה סמויה בקבלה לשובים קהילתיים באמצעות אימוץ כלל העברת הנטל. הערה זו חשובה לענייננו שכן מי שדן בטענות להפליה בקבלה לשובים קהילתיים הוא גוף מינהלי – ועדת ההשגות, שפועלת מכח פקודת האגודות השיתופיות:

”מן הראוי להחיל בהקשר זה מתודות שונות המוכרות בשיח השוויון... כך למשל מקום שבו סירבה ועדת הקבלה לקבל מועמד המשתייך לאיזה מן הקבוצות שאפלייתן נאסרה בסעיף 6ג(ג) יהא הנטל על ועדת הקבלה להוכיח כי הטעם לאי קבלתו הינו טעם לגיטימי ואינו נעוץ בהשתייכותו לקבוצה זו... מתודה זו הקובעת את העברת הנטל יסודה בהכרה כי קיים קושי אינהרנטי בהוכחת השיקולים שעמדו בבסיס החלטות החשודות כמפלגות... (בג”ץ 2311/11 **סבח נ’ הכנסת** (מיום 17.9.14), בפסקה 5 לפסק הדין של השופטת חיות).

95. לו הייתה ועדת המכרזים מאמצת את הדין בעניין העברת הנטל הייתה נראית ההחלטה אחרת. כך, למשל, ברור שהעותרת הוכיחה שהתקיימו החזקות 3 ו-4 בחוק איסור ההפליה. החברה הייתה מוכנה למכור דירה ללקוחה יהודייה בתנאי מבצע ובמחיר נמוך משמעותית ממה שהוצע ללקוח ערבי באותו זמן ואף על ידי אותה נציגה. המבצע הוצע ללקוחה היהודייה לפני ואחרי השיחה עם הלקוח הערבי. כמו כן הלקוח הערבי לא קיבל שירות ראוי והיה צריך “לרדוף” אחרי נציגת החברה כדי לקבל מענה בשעה שהחברה מיהרה לחזור ללקוחה היהודייה.

96. במקרה זה היה על הוועדה לקבוע כי על החברה להוכיח שלא הפלתה. אלא שוועדת המכרזים כלל לא התייחסה לחזקות אלו. הוועדה לא פירטה אחת לאחת את הראיות להפליה ולא בחנה האם החברה עמדה בנטל ההפרכה. במקום זאת, הוועדה בחרה כמה נימוקים כלליים שהעלתה החברה והתבססה עליהם תוך שהיא מתעלמת מחלק הארי של הראיות שהוצגו בפניה.

97. בהיעדר דיון מובנה בטענות החלטת ועדת המכרזים הינה שרירותית, ועולה ממנה כי הוועדה החליטה לא לקנוס את החברה ואז חיפשה מספר טעמים להצדיק ההחלטה, תוך שהיא מתעלמת לחלוטין מכל ראיה שלא מתיישבת עם קביעתה. כך, אין בהחלטה כל התייחסות לראיות המרכזיות שהביאה העותרת, ואין כל קביעה האם ניתן לעמדת הוועדה הסבר מניח את הדעת לראיות אלו.

98. יש לציין כי בעניין זה מתח לאחרונה מבקר המדינה ביקורת קשה על הטיפול של הרשויות בתלונות על הפליה, והוא ציין, בין היתר, כי הליך הבחינה של תלונות על הפליה רחוק מלהשביע רצון, וכי במקרים רבים הרשות מעבירה את התלונה כמו שהיא לנילון, מקבלת את התייחסותו ומעבירה אותה למתלונן בלי לבחון את התלונה ובלי לנקוט באמצעים הנדרשים (ר’ מבקר המדינה, דוח שנתי 67ב (2016), בעמ’ 944). לכן נראה כי קיים צורך בהנחיה שיפוטית כללית לגבי האופן שבו על רשות מינהלית לבחון תלונה על הפליה.

**החלטת ועדת המכרזים לוקה בחוסר סבירות קיצוני**

99. החלטת ועדת המכרזים לוקה בחוסר סבירות קיצוני. כאמור, הוועדה דנה בארבעה טעמים. בחינה של כל אחד מהטעמים מצביעה כי אין בהם כדי לבסס את ההחלטה שלא לקנוס החברה.

100. הטענה הראשונה היא שהחברה לא נקטה בפרסום מפלה. ראשית, החברה לא נקטה בלשון מפלה בפרסומיה אך בהחלט נקטה בפרסום סלקטיבי של הפלאיירים שלה, שחולקו בעיקר באזורים המיושבים בידי יהודים: נהריה, כרמיאל, מעלות וכפר ורדים, ובעיר אחת שהיא מעורבת – עכו, בלי שהחברה פירטה באילו שכונות. נראה שהפלאיירים חולקו בכלל לאחר חשיפת ההפליה, ולא לפני, שכן הקבלה שצירפה החברה הינה ממרץ 2017, זמן רב לאחר השיחות שביצעו הבוחנים. עולה מכך כי גם לאחר שנחשפה ההפליה, לא טרחה החברה לתקן דרכיה ולשווק הפרויקט בישובים רבים באזור, שעיקר אוכלוסייתם ערבית ודוברת ערבית.

101. אבל גם אם נניח שהפרסום היה שוויוני, זו כלל לא רלוונטי לטענה של העותרת. הטענה של העותרת היא שההפליה היא סמויה ולא שהיא גלויה. ההפליה הסמויה מטבעה אינה מוצהרת בריש גלי, ולא ימצאו לה ראיות בפרסומים. אך חברה לא תפרסם שהיא מוכרת ליהודים בלבד או שאינה מעוניינת בערבים. לכן אין כל משקל לנימוק הראשון. אדרבא – השיווק הסלקטיבי מחזק את הטענות להפליה סמויה.

102. הנימוק השני הוא שהחברה, לפי דבריה, הציעה לסגן ראש העירייה שהוא ערבי לרכוש דירה בפרויקט וכן לערבים אחרים. טענה זו כל כך תלושה, שקשה להאמין שהוועדה נתנה לה משקל כלשהו. החברה לא טורחת אפילו לציין את שמו המלא של אותו אדם, או את המועד שבו "הוצעה" לו הדירה. ייתכן שזה בכלל היה אחרי התלונה ופרסום הכתבה בערוץ 2, באופן שנועד כל כולו לגבש "אליבי" בדיעבד. ייתכן שהציעו לו את הדירה, אבל גם בתנאים מפלים. ייתכן שההצעה הייתה מהשפה ולחוץ בשל מעמדה של אותה אישיות בעיר. בפני הוועדה לא עמדה תשתית עובדתית מינימאלית בעניין, אפילו לא פירוט מינימאלי שמצביע על משהו ממשי. וזאת כאשר הידע נמצא כולו אצל החברה.

103. ראוי להדגיש כי הטענה לא הובאה במענה הראשוני של החברה לתלונה והיא אף לא מוזכרת בכתב התשובה לעתירה המקורית. ייתכן שהסיבה לכך היא שבכתב התשובה היה צריך לאמת את העובדות בתצהיר ולפרטן. העובדה שהחברה לא העלתה הטענה בתשובתה המקורית, ואף לא בכתב התשובה, גם היא מצביעה על כך שמשקלה הראייתי הוא אפסי ואין בה ממש. המצב בו הנימוק המרכזי של הוועדה כלל לא נמצא ראוי להיכלל בכתב התשובה של החברה לבית המשפט אומר דרשני.

104. ואולם גם אם החברה הציעה למכור דירה לסגן ראש העירייה או לאחד מהעובדים שלה שהם ערבים, וגם אם נניח שזה נעשה לפני שנחשף שהיא נוהגת בצורה מפלה ולא כאליבי בדיעבד, אין בכך לאיין את הטענה הברורה להפליה של הבוחן הערבי מטעם העותרת. אין בכך אפילו לשלול דפוס של הפליה, שכן החברה מתייחסת למקרים מיוחדים שבהם היא הציעה דירות ולא מצביעה על מקרה אחד שבו פנו ערבים שלא ביוזמת החברה וקיבלו הצעה לרכוש את הדירה בתנאים שהוצעו לבוחנת היהודייה. קביעה כי גורם מסוים הפלה את פלוני בשל לאומו לא מחייבת להוכיח כי אותו גורם הפלה את כל הערבים. לפעמים אפילו מתגלים מקרים בהם הפליה מגדרית, למשל, נעשית בידי מעסיקה.

105. הנימוק השלישי הוא שהחברה נתנה הנחיות למושוקים כי יש למכור דירה לכל דורש. גם טיעון זה מבוסס על טענות החברה ללא כל ראיות. מטבע הדברים הנחיות לסנן ערבים יכולות לכלול גם הוראה לא לציין זאת בקול רם ואף להגיד שמוכרים לכולם, אם נשאלים, כדי לא לעורר חשד, כפי שאירע במקרה של הבחנת היהודייה. ההפליה הסמויה כשמה כן היא – סמויה ולא מפורשת. במקרה זה בולטת העובדה שאותה נציגה לא הופיעה לשימוע, לא נמסרה גרסתה, ולא הובא תצהיר מטעמה לגבי ההנחיות שקיבלה. בכך יש לפגוע קשות באמינות הטענה שהייתה פה הפרה של הנחיות החברה מצד אותה נציגה. כשהנציגה זיהתה את עיתונאית ערוץ 2 כלקוחה שחשוב לה הנושא היא אמרה לה "אני יכולה להגיד לך שמשלב בדרך כלל בונה לציבור ציוני, ומפה תביני לבד". כשהעיתונאית שאלה ישירות "לגבי ערבים. את יודעת האם הם קונים בפרויקט הזה? השיבה נציגת החברה: "שוב אני חוזרת ואומרת לך, משהב בונה לציבור ציוני". "שמה זה אומר?" הקשתה העיתונאית. "זה אומר שתגיעי לפגישה ותביני את העניינים". וידוי זה מצביע על מדיניות.

106. גם ההיגיון הבריא מלמד על נפסדות הטענה. מדובר בחברה שלדבריה נאבקת על כל לקוח. היא נמצאת במצוקה קשה, ומכרה רק 14 דירות מתוך 104 יח"ד. מצופה כי תפעל לשכנע כל לקוח בכל האמצעים לקנות אצלה דירה, ובמקום זאת נציגת המכירות של החברה מתנהלת מול מתעניין פוטנציאלי ערבי באופן שנועד להרחיקו מהעיסקה, מודיעה לו שהמבצע הסתיים, מציעה לו רק את הדירות היקרות יותר וכל זאת אחרי שלא חוזרים אליו שוב ושוב. כך לא מתנהגת נציגת מכירות שמעוניינת למכור. גם בכך יש אינדיקציה שמדובר במדיניות מפלה.

107. אולם גם אם נניח שהחברה אכן לא התכוונה להפלות, וכי מדובר ביוזמה פרטית של נציגת המכירות, אין בכך להצדיק את ההחלטה. לחברה קיימת אחריות על הפליה שמתבצעת על ידי עובדיה, ואין מקום לאפשר לחברות שמפלות להטיל את האחריות על הש"ג. גם אם הייתה מוכיחה החברה שאותה נציגה פעלה בניגוד להנחיות החברה, לחברה אחריות שילוחית.

108. הטיעון הרביעי הוא שמכיוון שקיימת עדיין אפשרות לכל המעוניין לרכוש דירה בפרויקט, שכן נמכרו רק 14 דירות, הרי שאין מקום לקנוס את החברה. טיעון זה כלל לא רלוונטי לשאלה האם החברה הפרה או לא הפרה את תנאי המכרז האוסרים על הפליה.

109. לא לפעול נגד הפליה שנחשפה רק כי יש עוד דירות למכירה בפרויקט זו טענה מופרכת ומקוממת. יזם שנתפס בהפליה סמויה צריך לדעת שישא באחריות לכך. אם הרשות מגלה יחס כה סלחני לא יהיה בכך להרתיע יזמים אחרים. להיפך – היא מתמרצת יזמים מפלים, שכן הם יודעים שלכל היותר, אם ייתפסו בהפליה סמויה, כל מה שיידרש מהם זה לשווק את יתרת הדירות לכל המעוניין.

#### **התעלמות משיקולים רלוונטיים**

110. נימוקי הוועדה לא סבירים בצורה קיצונית ויש מקום להתערבות שיפוטית והפיכת ההחלטה. במסגרת זו יש גם לקחת בחשבון את התעלמות הוועדה מהראיות להפליה – ראיות שהחברה לא הצליחה לתת להן הסבר מניח את הדעת.

111. הוועדה התעלמה מראיה ישירה וברורה לכך שהחברה מסרה מידע שקרי לבוחן הערבי, וכי לא ניתן כל הסבר משכנע לכך.

112. הוועדה התעלמה מכך שהמחיר הגבוה ניתן לבוחן הערבי גם לדירת 4 חדרים וגם לדירת 5 חדרים, שלגביה לא הוצעה לו דירה במבצע, ולא ניתן כל הסבר משכנע לכך.

113. הוועדה התעלמה מהווידוי של נציגת החברה לעיתונאית ערוץ 2, ממנו עולה כי החברה לא מוכרת דירות למי שאינו ציוני וכי יש לה דרכים להבטיח שהציבור הרוכש דירה יהיה ציבור ציוני/יהודי. לאמירה לא ניתן הסבר משכנע.

114. הוועדה התעלמה מהראיות בעניין עיכוב השירות לבוחן הערבי לעומת הבוחנת היהודייה ולכך שלא ניתן הסבר משכנע לכך.

115. התעלמותה המוחלטת של הוועדה מהראיות המרכזיות, והיעדר התייחסות אליהן בהנמקה היא פגם קיצוני שחייב להוביל לפסילת ההחלטה (דפנה ברק-ארוז, **משפט מינהלי** 726 (2010)).

### **הסעד המבוקש**

116. הסעד המבוקש הוא לבטל את החלטת וועדת המכרזים, לקבוע כי החברה הפרה את סעיף איסור ההפליה במכרז, שכן לא עמדה בנטל להפריך את הראיות להפליה סמויה שביצעה, ולהורות לוועדה להפעיל סמכויותיה.

117. לעניין זה בית המשפט הנכבד יתבקש גם להנחות הוועדה בבואה להחליט על גובה הקנס להעניק משקל מיוחד דווקא לכך שמדובר בהפליה סמויה שנחשפה, שכן בניגוד להפליה הגלויה, הינה הפליה קשה לאיתור ולכן "משתלמת". המאבק בהפליה הסמויה חייב להיות נחוש וברור כדי להרתיע חברות מלנקוט בטקטיקות סמויות כדי לדחות ערבים וקבוצות מיעוט אחרות שהן "בלתי רצויות" בעיני חברות הנדל"ן או רוכשים אחרים, לרבות יוצאי אתיופיה, בעלי מוגבלויות, חרדים וכדומה.

118. הקנס במקרים אלו צריך לשקף את ההבנה כי כשנחשפת הפליה סמויה יש להתייחס אליה כמדיניות מכוונת, הכרוכה במתן מידע שקרי באופן מכוון לרוכשים. בארה"ב התנהגות נלוצה כזו הייתה בוודאי מובילה גם לפסיקת פיצויים עונשיים כבדים, והמקבילה לכך בענייננו היא הסנקציות הקיימות בידי רמ"י. יש לקחת בחשבון גם שהשתתף קנס נמוך אין בו להרתיע כאשר מדובר בחברת נדל"ן ובפרויקטים השווים מיליוני שקלים. הקנס צריך להיות מרתיע כדי למגר את ההפליה.

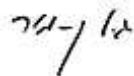
## לסיכום

119. החברה הפרה את תנאי המכרז ואולם רמ"י לא התייחסה בנחישות המצופה להפרה זו, ורק לאחר חודשים ארוכים ועתירה שהוגשה הזמינה את החברה לשימוע בעל פה וקיבלה החלטה. בפני ועדת המכרזים הונחה תשתית עובדתית מפורטת שמוכיחה כי החברה הפלתה. מנגד, בבואה לקבל את עמדת החברה, הסתפקה הוועדה בתשתית עובדתית רעועה ביותר, שאינה אלא שמועות, טענות ופרשנות של ב"כ החברה, במקום ראיות. ההחלטה היא שרירותית ולא מבוססת על הליך ראוי, ובמיוחד מנוגדת להלכה בדבר העברת הנטל בבירור טענות להפליה. קיים חשש כבד כי ההחלטה הושפעה משיקול זר ולחץ שהפעילה החברה על פגיעה בה בקשר לפגיעה שלטענתה ספגה בשל פרסום מכרז מחיר למשתכן בעיר – לחץ שהיה על חברי הוועדה למנוע, שכן מדובר בנתון לא רלוונטי. ההנמקה של ועדת המכרזים היא חסרה ביותר והיא מתעלמת מהראיות המרכזיות שהובאו בפניה. הטעמים שהוועדה מסרה אינם מצדיקים את החלטתה, לא רלוונטיים ואף מתבססים על שמועות שאין להן בסיס. לכן החלטת הוועדה חורגת בצורה קיצונית ממתחם הסבירות ומחייבת התערבותו של בית המשפט הנכבד.

120. כתוצאה ממחדליה מאפשרת רמ"י לחברה שהפלתה להמשיך בשלה והיא מעבירה לה ולחברות אחרות מסר מסוכן, לפיו הפליה סמויה לא תיענה במענה נחוש ובזמן סביר מצדה. במחדלה לפעול מעניקה רמ"י לגיטימציה להפליה של אזרחים ערבים והיא מועלת בחובותיה הציבוריות, ובמו ידה הופכת את הוראת איסור ההפליה במכרז לאות מתה או מרימה רף בלתי אפשרי להוכיח שהיא הופרה.

**לאור כל האמור מתבקש בית המשפט הנכבד להורות כמבוקש בראש העתירה.**

31 באוקטובר 2017



גיל גן-מור, עו"ד  
ב"כ העותרת