

- המבקשות :**
1. האגודה לזכויות האזרח בישראל
 2. אליאטר – עמותה לקידום תרבותי וחברתי – עכו
 3. הקליניקה המשפטית לזכויות אדם בחברה – אוני' חיפה
- שלושתן ע"י ב"כ עו"ד גיל גן-מור ואח'
האגודה לזכויות האזרח בישראל
נחלת בנימין 75, תל-אביב 65154
טל': 03-5608185 פקס: 03-5608165

- נ ג ד -

- המשיבים :**
1. מדינת ישראל / מינהל מקרקעי ישראל
 2. מדינת ישראל / משרד הבינוי והשיכון
- ע"י ב"כ מפרקליטות מחוז חיפה (אזרחי)
משד' פל-ים 15א' ת.ד. 550, חיפה
טל': 04-8634005 פקס': 04-8634011
3. העמותה לבניית שכונה דתית - עכו
 4. העמותה לפיתוח עכו ובנייניה
- ע"י ב"כ עו"ד יצחק קריטנשטיין
מרח' סמילנסקי 4, נתניה 42504
- ע"י ב"כ עו"ד מנשה וחניש
מרח' בן גוריון 1, מגדלי ב.ס.ר 2 קומה 23, בני ברק

תגובת המשיבים 1-2 לבקשה לצו ביניים

המשיבים 1 ו-2 (להלן: "המשיבים" או "המדינה" או "המנהל" או "משב"ש") מתכבדים להגיש תגובתם לבקשה לצו ביניים (להלן: "הבקשה") כדלהלן.

עמדת המשיבים הינה כי דינה של הבקשה (כמו גם העתירה) להידחות הואיל ולא נפל כל פגם בזכיית המשיבות 3 ו-4 (להלן: "העמותות") במכרז נושא עתירה זו, הכול כמבואר להלן.

שיהוי :

ראש וראשונה, דינה של הבקשה כמו גם העתירה להידחות מחמת שיהוי. ודוק: המבקשות
 טוענות למעשה (סעיף 1 לבקשה), כי המנהל חטא בעצם החלטתו לאשר את זכייתן של העמותות
 במכרז לחכירת קרקע מדינה לצורך הקמת שכונת מגורים חדשה. העמותות, כך לטענת
 המבקשות, נקטו במדיניות שיווק מפלה, המיועדת ליהודים דתיים מהציבור הדתי-לאומי בלבד.

טענה מעין זו לא היתה צריכה להתברר בעתירה המוגשת **לאחר** הכרזה על הזוכה במכרז – שאף
 ביחס לה השתהו המבקשות, אלא שמן הדין היה לתקוף ההליך כשהיה מצוי עוד בחיתוליו, קרי -
 מיד עם היוודע דבר הכוונה לפרסם מכרז בדבר הקצאת מקרקעין כאמור, המאפשר להגיש הצעות
 גם למציעים שהם עמותות, בתנאים מסוימים - ושלא עלתה טענה כי לא קוימו. לכל המאוחר, על
 המבקשות היה לעתור מיד לאחר פרסומו של המכרז. ויובהר, המכרז פורסם בעיתונות ובאתר
 האינטרנט ביום 13.11.2011, כאשר מועד הגשת ההצעות היה ביום 8.1.12. רק ביום 18.3.12,
 בשיהוי ניכר וכל זאת מבלי שנטענה בעתירה ו/או בבקשה אף לא חצי טענה כנגד אי תקינות הליך
 פרסומו של המכרז (כל שנטען לעניין זה הוא כי למבקשות נודע אודות המכרז בעקבות פרסום
 בעיתון כלכליסט מיום 21.2.12), הרי שדין הבקשה כמו גם העתירה דחייה מחמת שיהוי ניכר.
 נציין בהקשר לזאת כי ידיעתו ו/או היעדר ידיעתו של פלוני אודות הליך מכרזי שפורסם כדין –
 ובענייננו אין טענה כנגד תקינות פרסום המכרז, אין בה כדי להאריך מועדים הקבועים בדיון.

ראו לענין זה, את ההלכה הידועה נושא בג"צ 126/82 **"טיולי הגליל" בע"מ נ' ממשלת ישראל**
ואח', פ"ד לו (4) 44, לפיה **משתתף** אינו יכול להחריש עד לאחר פרסום תוצאות המכרז כדי
 להעלות טענותיו נגדו, לאחר שהפסיד בו. הלכה זו יפה לענייננו, בשינויים המחויבים, ואולי אף
 ביתר שאת, הואיל והמבקשות אפילו לא השתתפו כלל במכרז, וטענתן כלפיו שרירה וקיימת מיד
 עם היוולדו, הואיל ולדין, שערי נפתחו אף לעמותות שהקריטריון הנבחר הינו קריטריון מפלה
 על בסיס לאום ודת.

זכות העמידה של המבקשות. היש כזו?

בע"א 334/01 מדינת ישראל נ' אבו שינדן, אמר ביהמ"ש את הדברים הבאים בהתייחסו לזכות
 העמידה ביחס לעותר שלא השתתף במכרז:

"זכות העמידה בכל הנוגע למכרזים הורחבה בפסיק תינובמהלך השנים, אף כי מסיבות
 הקשורות באופיו ובתכליתו של הליך המכרז-ובהן בעיקר הצורך ביעילות הליכי המכרז –
 לא הורחבה זכות העמידה באותה מידה שהורחבה בכל יתר העניינים הנוגעים לעתירות
 לבית המשפט הגבוה לצדק. בענייננו זה עולה השאלה בדבר זכות העמידה לטעון כנגד
 מכרז בשעה שהטוען לא השתתף במכרז כלל. משאמרנו כי אפשרות זו קיימת אך במקרה
 מתאים שלא על דרך השגרה, עלינו לבחון מהו המקרה יוצא הדופן שלא נדקדק בו
 בשאלת זכות העמידה ביחס לעותר שלא השתתף במכרז.."

עוד ביחס לזכות העמידה רא' בג"ץ 6943/10 פורום משפטי למען ארץ ישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, 25/10/2010, מפי כב' הש' חיות :

"הלכה היא כי מקום שבו עתירה תוקפת החלטה מינהלית הפוגעת בזכות או באינטרס של אדם שבעצמו לא מצא לנכון לפנות אל בית המשפט, לא ישעה בית המשפט בדרך כלל לעתירתו של מי שמתעבר על עניין לא לו (ראו: בג"ץ 5479/06 מזורין נ' מדינת ישראל, פיסקה 4 ([פורסם בנבו], 8.8.2006); בג"ץ 428/08 גוטמן נ' מדינת ישראל, פיסקה 5 ([פורסם בנבו], 23.1.2008))."

וכן עת"מ (מינהליים ת"א) 2502-06 שמואל יניב נ' מועצה מקומית גבעת-שמואל, מאגר נבו, 18/3/2010 הש' ברוש

"מבלי לקבוע מסמרות בעניין, אומר רק זאת: מוכנה אני להניח כי האינטרס הציבורי מחייב לאפשר בנסיבות המתאימות גם למי שלא השתתף במכרז לתקוף את תוצאותיו, כל עוד מדובר בבעל עניין במכרז. בעיקר כך, שהמדובר במכרז שהוגשה לגביו הצעה יחידה, שאז בעלי העניין מהציבור הם היחידים היכולים לתקוף פגמים שנפלו בו (ע' [דקל מכרזים](#) (תשס"ו) עמ' 352). עם זאת, ראוי בעיני להגביל את זכות העמידה בנסיבות אלה רק בטענות של אי חוקיות היורדת לשורשים של דברים, ואשר מעידה על שחיתות ציבורית של הרשות (ראו בעניין זה ע"א 334/01 מ"י נ' אבו שינדל, פ"ד נז(1) 883).

עוד רא' בג"ץ 2148/94 גלברט אמנון נ' כבוד נשיא בית המשפט העליון, פ"ד מח(3), 573, עמ' 581-582) אומר ביהמ"ש:

"עם זאת, הנסיון מלמד כי דרך השער של העתירה הציבורית נחפזים להיכנס אל בית המשפט, מפעם לפעם, גם עותרים שאינם ראויים: עותרים שאינם מתמצאים די הצורך בנושא העתירה, ולפיכך אינם מסוגלים או אינם טורחים להכין תשתית עובדתית לעתירה; עותרים שמתעברים על ריב לא להם, שעה שמצויים אנשים שהם צד ישיר לריב, אך אין הם מעוניינים שאותו ריב יהיה נדון בבית המשפט; עותרים המחפשים בעיקר את אור הזרקורים הנלווה לא פעם לעתירות ציבוריות הנשמעות בבית משפט זה. ראו, לדוגמא, בג"ץ 1759/94 סרוזברג נ' שר הבטחון (טרם פורסם). על זכות העמידה בעתירות ציבוריות ראו גם, באופן כללי, ז' סגל, זכות העמידה בבית המשפט הגבוה לצדק (מהדורה שניה, 1993), עמ' 109 ואילך. כך או כך, בית המשפט נאלץ לעתים לעסוק בעתירות סרק, שלא הוכנו כראוי, שחסר להן בסיס משפטי, שאין להן סיכוי להתקבל. עתירות כאלה, אף אם הן מדברות בלשון נשגבה של שלטון החוק, אינן מוסיפות תוקף לשלטון החוק, אף אינן מביעות כבוד לבית המשפט. לכן, בלי לשים מכשולים על דרכה של העתירה הציבורית, יש מקום לדרוש מן העותרים בעתירות כאלה שישקלו היטב בדעתם, אם יש יסוד בעובדות ובדין להגשת העתירה. עותר שאינו עושה מלאכתו נאמנה,

לפני שהוא מביא עתירה ציבורית בפני בית המשפט, צריך לדעת שהוא עשוי להתחייב בתשלום הוצאות המשפט.

וכן בג"צ 8793/07 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הבדיקה בעניין המלחמה בצפון, תק-על 2007(4) 2846, עמ' 2854 (2007).

"אם אמנם יש מי שסבור כי נפגע מהממצאים שנכללו בדו"ח החלקי בלא שניתנה לו זכות טיעון הולמת בנסיבות העניין, פתוחה בפניו הדרך לעתור לבית-משפט זה לקבלת סעד מתאים. יוער כי במקרים נדירים עשוי בית המשפט להידרש לעתירה ציבורית גם מקום בו קיים נפגע ישיר שנושא העתירה נוגע לו, אך הוא אינו עותר; זאת, "כאשר הסוגיה המועלית בעתירה הינה בעלת חשיבות חוקתית מן המעלה הראשונה, המתפרשת מעבר למחלוקת הפרטנית, וקשורה בגרעינה ליסודותיו של המשטר הדמוקרטי ולזכויות האדם" (בג"ץ 962/07 לירן הנ"ל, בפסיקה 15). נסיבות יוצאות-דופן אלה אינן מתקיימות בעתירה שבפנינו. המסקנה המתבקשת הינה כי אין מקום לעתירה ציבורית בנוגע לטענות שעניינן פגיעות אישיות . . ."

בענייננו אנו, העותרות לא הוכיחו כי עתירה זו נופלת בגדרו של אותו "יוצא דופן" אשר עשוי להקנות להן מעמד בעתירה שלא נטלו בה חלק. עוד יוער כי בענייננו אף אין מקום להידרש לעתירה ציבורית מהטעם בו קיימים לכאורה נפגעים ישירים שנושא העתירה נוגע להם אך אלו אינם עותרים.

התייחסות קצרה לפסה"ד בעניין סבא :

המבקשות בבקשתן ובעתירתן מרבות לצטט ולהפנות לעע"מ 1789/10 סבא ואח' נ' ממ"י ואח' (להלן: "ענין סבא"). מעבר לעובדה כי המדובר בציטוטים חלקיים ואולי מגמתיים, נזכיר כי בית המשפט, הן המחוזי והן העליון דחו את העתירה. ניסיון העותרות להיבנות מאמירות אגב של ביהמ"ש העליון מתעלם מכך שבית המשפט הדגיש בעניין סבא כי הוא איננו קובע מסמרות בשאלות שהונחו בפניו תוך שמציין כי "שאלות חשובות אלה לא תוכרענה במסגרת פסק דינו זה..". ומוסיף בהמשך כי הוא מותיר העניין ל"פסיקת בתי המשפט לעתיד לבוא" (סיפא לפסקה 9 שבפסה"ד). ביהמ"ש אם כן, לא סטה ולא שינה הלכות קודמות.

היעדר יריבות או עילה במישור המשפט המנהלי מול המשיבים :

למעשה, למקרא העתירה עולה כי אין בידי המבקשות כל טענה עקרונית או מושגית כנגד מנגנון ההקצאה המכרזי שננקט במקרה זה ו/או סבירותו, בוודאי לא חוקיותו. כך המבקשות אינן חולקות על כך שתקנון העמותות שזכו במכרז הינו התקנון המופיע בנספחי המכרז. אלא מאי,

לדין של המבקשות, העמותות הזוכות הפרו את הוראות התקנון המחייב – וזאת לפי מידע שנאסף כביכול ע"י המבקשות לאחר סיום של הליכי המכרז במקרה הנדון. מנגנון ההקצאה המכרזי מכיל אומנם הוראה ברורה בה נקבע כי "על מועצת העמותה לתת הזדמנות שווה להתקבל כחבר בעמותה לכל מי שעומד בקריטריונים סבירים שנקבעו ע"י העמותה לקבלת חברים...". לטענת המבקשות, העמותות לא נתנו הזדמנות שווה להתקבל כחבר בעמותה "לכל מי שעומד בקריטריונים סבירים" זאת משום שהקריטריון הנבחר לפיו על הרוכשים להימנות עם הציבור הדתי-לאומי הינו קריטריון מפלה על בסיס לאום ודת ועל כן, כך לטענתן, המדובר בקריטריון בלתי סביר. המשיבים סבורים כי במצב דברים בו המבקשות אינן תוקפות, מושגית, את מנגנון ההקצאה המכרזי כמות שהוא, כמו כן מקום בו העמותות התחייבו במפורש, מעצם השתתפותן במכרז הנדון, לתניה שבמכרז לפיה יקבלו כל מי שעומד בקריטריונים סבירים, ובפרט שעה שהמדובר בקבוצה שהתגבשה עובר למכרז כאשר על פניה לא נראה כי התכחשה לחובתה לציית לכללי המשחק לרבות להוראה המחייבת צירופם של חברי עמותה לפי קריטריונים סבירים בלבד, ולא ניכר כי בהצעתה שהוגשה למכרז נפל פגם שבאי ציות להוראה מכרזית זו. מקום זה אין בו כדי להקים יריבות מול המנהל באשר כאמור לא נתקף כלל מנגנון ההקצאה המכרזי עצמו.

הטענה היחידה כנגד המנהל, הגם כי נטענת מכללא, מתייחסת, אולי, ליכולתו של המנהל לבטל את הזכייה, בדיעבד, מכוח תנאי המכרז, וזאת לאור אי העמידה מצד העמותות בהתחייבותן לקבל כחבר בעמותה כל מי שעומד בקריטריונים סבירים. גם בטענה זו אין ולא כלום, זאת כפי שיפורט משתי סיבות עיקריות. ונסביר.

הסיבה האחת נעוצה בכך שרשות מנהלית המבקשת ממציעים-משתתפים במכרז להמציא לה מסמכים שונים כתנאי להשתתפותם במכרז, רשאית לצאת ככלל מנקודת הנחה כי מסמכים שהומצאו הינם מסמכי אמת כמו גם שהדרישות עליהם חתומים אותם מציעים-משתתפים הינם דרישות בהן הם יעמדו. התקנון שהינו חלק בלתי נפרד מהמכרז ונספח לו ואשר העמותות אימצו אותו – כמתחייב - כתקנון העמותות, מחייבן לקבל כחבר בעמותה כל מי שעומד בקריטריונים סבירים - ככלל ברי, כי קריטריונים סבירים הינם קריטריונים נעדרי הפליה אסורה. עוד ככלל, אין הרשות המנהלית נדרשת לחקור על מנת לוודא את אמינות המסמכים ו/או עמידה עתידית אין סופית בקיומן של מלוא הדרישות עליהן חתמו מציעים-משתתפים. עובדה זו מקבלת משנה תוקף משעה שלא נקבעו לכך תנאים בין תנאי המכרז כנוסחם המחייב, עתידית, מעקב אין סופי אחר העמותות בקיומן של הדרישות עליהן חתמו. הלכה זו משתקפת מפסיקות שונות של בתי המשפט. כך לדוגמא נקבע כי:

"מידת הניסיון הנדרשת לצורך עמידה בתנאי סף, נתונה לשיקול דעתה המקצועי של ועדת המכרזים [...] בעל המכרז רשאי לקבוע את דרכי ההוכחה הנראות בעיניו **ומשלא נדרשה דרך הוכחה מסוימת, רשאית ועדת המכרזים לצאת מהנחה כי ההצעות ותשובות ההבהרה של המתמודדים במכרז, מבוססות על נתוני אמת**".

(עת"מ (מחוזי יר') 902/05 רום הנדסת תחבורה בע"מ נ' משרד התחבורה, תק-מח 2006(1), 7555, 7566 (2006)).

באופן דומה נקבע כי :

"תצהיר המצורף להצעה במכרז אינו חשוף ברגיל לחקירה נגדית לבחינת טיבו ואמינותו, וועדת המכרזים מקבלת אותו כפי שהוא, לצורך הוכחת כשירות הנחוצה במכרז".

(עת"מ (מינהליים ת"א) 1587/02 קבוצת השומרים נ' רשות שדות התעופה בישראל, תק-מח 2003(3) 2716, 2727 (2003)).

משכך ובהיעדר סממנים כלשהם לסתור, ובלא שתנאי המכרז ('כללי המשחק') כנוסחם מכתביים כשלעצמם דפוס ביקורת כלשהו של נתוני עובדה חיצוניים כלשהם, כבענייננו, הרי בבואה לבחון את נתונייהם של מציעים במכרז רשאית וועדת מכרזים לצאת מנקודת הנחה, כי בעצם אימוץ תקנון המכרז והפיכתו כמות שהוא לתקנון העמותה ככתבו וכלשונו יש כדי עמידה ראויה בתנאי ההליך המכרזי במקרה דנן.

לפיכך, משהמבקשות אינן מבססות עילתן כלפי המכרז ככזה, אלא כלפי **תהליך חיצוני לבר-מכרזי**, ברי כי הכרח לדחות על הסף - למצער לגופה - את הבקשה - כמו גם את העתירה גופה כנגד המכרז עצמו וכמשתקף, כנגד המשיבים.

הסיבה האחרת, חשובה לא פחות, נעוצה בכך שטענתן המרכזית של המבקשות, לב ליבה של העתירה, ולפיה העמותות "שיווקו" את הדירות אך ורק ליהודים דתיים לאומיים, באופן מפלה ומתוך ניסיון להפוך את השכונה לשכונה סגורה לציבור זה בלבד - הינה טענה שבעובדה. המבקשות לא ראו לנכון להתכבד, בוודאי לא לטרוח, ולהציג כל מצג אשר יהא בו כדי להוכיח טענה עובדתית זו. המבקשות יוצאות מנקודת מבט, אולי משנה סדורה, מבלי שראו לנכון לבססה כלל ועיקר. כך המבקשות לא טענו כי לעמותה פנו גורמים חרדים ואלה האחרונים נענו בשלילה. המבקשות לא טענו כי לעמותה פנו גורמים ערביים ואף אלה נענו בשלילה. למעשה, המבקשות לא הראו כי העמותות פעלו בניגוד לתקנון הקובע כי "על מועצת העמותה לתת הזדמנות שווה להתקבל כחבר בעמותה לכל מי שעומד בקריטריונים סבירים" זאת באשר אף לא נטען, לא בבקשה ולא בעתירה, כי פניות שכאלו נעשו ע"י גורמים שאינם משתייכים לציבור הדתי לאומי ואלה נענו בסירוב. בהיעדר טענה מסוג זו, הרי שהבסיס לעתירה מושתת על משנתן האידאולוגית של המבקשות, ולא על בסיס עובדתי מוצק. ממילא לא הונח בסיס כזה לפתחו של המנהל, לא עובר לתהליך המכרזי ולא כעת, כאשר ההליך המכרזי תם והושלם ובסיומו נחתמו חוזים ולפיכך עסקינן בתקופה חוזית בה פועל המנהל עפ"י דיני החוזים.

די באמור עד כאן כדי לדחות על הסף הן את הבקשה והן את העתירה. למעלה מן הצריך תתייחס המדינה אף לנדבכים נוספים העולים מן הבקשה והעתירה.

מעבר לכך שבענייננו לא הוכח כלל ועיקר כי "השיווק" שנעשה ע"י העמותות נעשה תוך מדיניות שיווק מפלה, בתמצית נאמר, כי עמדת המדינה היא שבהחלט ניתן להכיר באופן עקרוני ביצירתן של קהילות מגורים נפרדות על בסיס מאפיינים תרבותיים חברתיים מוגדרים, אולם הכרה זו

תיבחן בכל מקרה לגופו, בהתחשב - בין היתר - בטיב הזיקה הקהילתית, גודל המקרקעין וכמות יחידות הדיור המיועדות לשיווק, אופי ההתיישבות הנבחרת וכיוצא באלה. לעניין זה ובשלב זה, נפנה לפסיקה בעניין עע"מ 68/10 ג'קי אדרי ואח' נ' שר הבינוי והשיכון ואח', לפסה"ד בעניין בג"ץ 114/78 בורקאן נ' שר האוצר, לבג"ץ 528/88 אביטן נ' מנהל מקרקעי ישראל, וכן לבג"ץ 4906/98 עמותת "עם חופשי" נ' משרד הבינוי והשיכון. ככל שיהא צורך בכך, יפרטו המשיבים בכתב התשובה טענתם זו בהתבסס על הפסיקה כפי שהובאה ועל פסיקה נוספת.

ואולם, בנסיבות ענייננו אנו, סבורים המשיבים כי לא ניתן להצביע על קיומה של אפליה פסולה ב"שיווק" המקרקעין, וממילא לא קמה, לשיטתנו, בשל השלב הכרונולוגי בו עומדות רגלינו, עילה לביטול המכרז בדיעבד או לפסילת העמותות בדיעבד מלהתמודד ואחר כך גם לזכות במכרז דנא. לכל היותר ראויה להישמע טענה במישור תקיפת החוזה שנחתם בעקבות סיום ההליך המכרזי, אולם דין טענה זו להישמע בהליך אחר.

העובדות:

1. דומה שעיקר העובדות הצריכות לדיון בבקשה כמו גם בעתירה אינן שנויות במחלוקת.
2. מגרשים המצויים בעכו הם שמהווים את המקרקעין נושא מכרז חי/237/2011 בו זכו העמותות (להלן: "המכרז" או "המגרשים", בהתאמה).
3. על פי התכנון על המקרקעין ייבנו 193 יחידות דיור.
4. אל המכרז דנא ניגשו שני מציעים בלבד – הן המשיבות 3 ו-4 – הן העמותות; אי לכך, הוכרזו האחרונות כזוכות במכרז, כדת וכדין.
5. דא עקא, שהמבקשות טוענות כי העמותות "שיווקו" את דירות המגורים שייבנו על המגרשים אך ורק לציבור "יהודי דתי לאומי", ומכאן - שלא לחרדים, לא לחילוניים ולא לערבים, ועל כן, לשיטתן, מדובר בהקצאת מקרקעין פסולה על רקע אפליה גזענית, ועל כך עתירתם.

האם קבוצת רכישה - קהילתית יכולה לזכות במכרז על מקרקעי המדינה ולשווקה אך רק לחבריה?

6. נקודת המוצא היא כי הקצאת מקרקעין על בסיס מאפיינים חברתיים היא חוקית - ולעיתים אף מתחייבת או מתבקשת, כפי שיפורט בכרונולוגיה של הפסיקה בנדון.
7. בהקצאת מקרקעין בדרך של שיווק מסחרי הפתוח לכל דיכפין, ולענייננו - **מכרז** פומבי, הרי שבהיעדר אינדיקציה או מידע קונקרטי של שימוש במקרקעין שהוא במובהק בלתי לגיטימי - אין זה מתפקידו של ממ"י לבדוק בציזיותיו של כל מציע ומציע פלוני. חריג לכלל דנא יקרום עור וגידים רק מקום בו מידע מוקדם ומבוסס על שימוש אסור

במקרקעין העומדים להקצאה במכרז יניח חשש ומניע לבחינה מראש של עצם חוקיות ההצעה ו/או המציע, עד כדי פסילתם מראש, במידת הצורך. אולם, כאמור, זה הוא חריג שיונהג במשורה, שאם לא כן מציעים יתחילו להשחיר פני מתחריהם השכם והערב, ואנה אנו באים.

8. אולם, יחד עם זאת, הקצאתם של מקרקעין במכרז, מלכתחילה, מקהה - במידה לא מועטה - את עוקצן של טענות אפליה הנטענות נגד המדינה, שהרי לכל המעוניין בכך היתה הזדמנות שווה לרכוש את המקרקעין, ובהיעדר ראייה לסתור, חזקה על כוחות השוק שיפעלו ויעשו את שלהם, ועל פי רוב - באופן שאינו פוגע בזולת או מפלה חלקים הימנו, שלא כדין. נזכיר בענייננו, כי אף לא גורם אחד נוסף ניגש למכרז.

לענין זה נפנה בשינויים המחויבים, לקביעתו של כב' השופט יצחק עמית במסגרת ע"ם 68/10 ג'קי אדרי, חבר מועצת העיר בית שמש ואח' נ' שר הבינוי והשיכון ואח', (פורסם בנבו), כהאי לישנא:

"... יודגש כי המכרזים פתוחים לכל דיכפין, וספק אם יש מקום להנחת המוצא של המבקשים כי כוחות השוק לא יעשו את שלהם וכי קבלנים ומשווקים במגזר החרדי או העמותות החרדיות "ישתלטו" על כל המכרזים. הנחות והשערות ספקולטיביות לגבי כוחות השוק שיפעלו או לא יפעלו, אינה מצדיקה לכאורה את בקשת המבקשים לאכוף על משב"ש והמינהל חלוקה מגזרית של המתחמים בשכונה החדשה..."

(שם, בסעיף 12 להחלטה).

9. המבקשות משליכות יהבן על הלכתו המפורסמת של בית המשפט העליון בבג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000) (להלן: "קעדאן"). לשיטתן של המבקשות, הקביעה לפיה "חובתה של המדינה לנהוג בשוויון בהקצאת זכויות במקרקעין מופרת אם המדינה מעבירה מקרקעין לגוף שלישי, אשר מצידו מפלה בהקצאת מקרקעין על בסיס של דת או לאום..." (שם, בעמ' 281) - אינה מתיישבת עם זכיית העמותות במכרז דכאן.

10. עם כל הכבוד, טעות בידי המבקשות. בעניין קעדאן לבין המקרה דנא קיים שוני מהותי היורד לשורשו של ענין: בעוד שבעניין קעדאן הוקצו המקרקעין לסוכנות וזו העבירה אותם ללא מכרז, הרי שבמקרה דנן זכו העמותות במקרקעין לאחר שהגישו הצעה למכרז פתוח לכל.

11. עצם קיומו של מכרז פתוח בתנאי שוק, כבענייננו אנו, כזה המאפשר התמודדות בתנאי שוויון לכל עמותה החפצה בכך, מפחית מראש סיטואציות אפשריות של אפליה בשיווק

הקרקע, ובדרך כלל בכך יתמצה מילוי חובתה של המדינה לנהוג כלפי המציעים בשוויון.

בחינת מכלול הנסיבות נושא הבקשה והעתירה מביאנו לכלל מסקנה כי מן הראוי לדחותה, כמפורט להלן :

12. המגרשים נושא המכרז הוצעו למכרז והעמותות הן ורק הן שהגישו הצעות. אין לא בבקשה ואף לא בעתירה כל טענה התוקפת את ההליך המכרזי ו/או פרסומו, וכמובן אין בדל טענה התוקפת במישור מושגי את מנגנון ההקצאה המיכרזי, שננקט במקרה זה, כשלעצמו.

13. יתר על כן, אין המדובר ב"עמותות" ריקות, שלדים, אשר "מגייסות" את רוכשי הדירות ו"משווקות" להם רק לאחר שלב הזכייה, אלא בעמותות שכל חבריהן, התאגדו מראש, כמצוות לשון המכרז, ופעלו יחדיו על מנת להגיש הצעות במכרז.

14. משמעות הדברים היא כי הסעד המבוקש על ידי המבקשות הוא למעשה כי **ייאסר (בדיעבד) על קבוצת אנשים זו מלגשת כעמותה (המציינת לתקנון מחייב שנכלל במכרז) למכרז פומבי הפתוח לכל, בשל רצון חברי הקבוצה להתגורר בשכנות זה לזה, אף שלא הובאו ראיות לכך שמדובר בעמותות שקיבלו חברים לשורותיהן עפ"י קריטריונים לא סבירים.**

15. מכלול הנסיבות שביסוד הבקשה כמו גם העתירה מחייבת לדעתנו את המסקנה כי לא נפל כל פגם בהתנהלות המינהל בעריכת המכרז ובהכרזה על העמותות כעל זוכות בו, וממילא אין פגם בחוזה שנחתם עם העמותות הזוכות בסיום ההליך המכרזי, וממילא כי לא ניתן כיום, בדרך של תקיפת ההליך המכרזי לאחר שהסתיים, להתערב בתוכנם של היחסים החוזיים אלא אם יינקט לשם כך הליך אזרחי מתאים.

מסקנה זו נובעת מאופן הקצאת הקרקע בדרך של מכרז פומבי שיויוני פתוח לכל. מסקנה זו מתחייבת אף לנוכח פסיקת בית המשפט העליון אשר הכיר, בשורה של פסקי דין, בלגיטימיות קיומם של מתחמי מגורים נפרדים לאוכלוסיות בעלות מאפיינים ייחודיים.

16. הנה כי כן, המצב המשפטי כמו גם העובדות והנסיבות המצטברות דלעיל מביאות לכלל מסקנה כי לא נפל כל פגם חוקי או אחר בזכייתן של העמותות במכרז וכך מתבקש כבוד בית המשפט לקבוע.

היעדר עילה מנהלית לכאורה :

17. ככלל ישקל מתן צו ביניים בעתירה כדרך בה נשקל מתן צו מניעה בהליך אזרחי, היינו על-פי שני פרמטרים בעיקר: **סיכויי ההליך ומאזן הנוחות**. ראו בר"מ 2077/06 ימית ניהולית נ' עיריית ירושלים, תק-על 2006(1) 3405 (2006); עע"מ 2411/09 מגדל הזוהר נ' עיריית לוד, מאגר נבו 30/3/2009).

18. זאת בהבדל מרכזי אחד בולט: מאחר שבהליך מינהלי נתקפת החלטה מינהלית ציבורית, שעניינה ככלל **טובתו של ציבור רחב ובלתי מסוים**, מאזן הנוחות (שהוא למעשה מאזן נזקים) יבחן באספקלריה של נזק ציבורי מול נזק פרטי. רכיבו של נזק ציבורי אינם כלכליים בלבד, ובין היתר שומה לשקול בגדרו גם **משתנים ערכיים** דוגמת חשיבותם של **ערכי הוודאות והיציבות** של החלטות מינהליות עליהן מסתמך - ככלל שאינו טעון הוכחה - ציבור רחב ובלתי מסוים.

"אכן, במסגרת מאזן הנוחות יש לשקול גם את הנזק שייגרם לציבור במידה וינתן צו הביניים כמבוקש. **גם נזק לציבור הוא נזק, ועל אף הקושי לכמתו, יש בו כדי להוות, בנסיבות העניין, משקל-נגד לטיעוני המבקשת באשר למאזן הנוחות** (ראו בר"מ 2077/06 ימית ניהולית 2000 בע"מ נ' עיריית ירושלים (מיום 9.3.2006)). לצד השיקולים עליהם אעמוד להלן, יש בכך כדי להכריע את הכף נגד מתן צו הביניים."

(ראו בר"מ 2127/07 אחים בן רחמים (צפון) בע"מ נ' חברת נמלי ישראל, תק-על 2007(1) 3562, עמ' 3565 (2007), להלן - עניין בן רחמים).

עוד ראו בש"א (מחוזי ת"א) 32101/08 שמואל וייס נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה ראשון לציון (22/10/2008):

"השיקול העיקרי המטה את הכף לקבלת הבקשה הינו מאזן הנוחות ואי יצירת מעשה עשוי ובלתי הפיך (למרות שהמשיבה 3 מוכנה להקים את המפעל ולקחת את הסיכון שתצטרך להסירו במידת הצורך).

אבן הבוחן העיקרית בבחינת בקשה למתן צו ביניים הינה בחינת "מאזן הנוחות" ואילו בחינת סיכויי העתירה לגופה מהווה יסוד משני. **במסגרת בחינת מאזן הנוחות יעדיף ביהמ"ש לשמר מצב קיים**, יבחן אם אי מתן הצו יסכל את בירור ההליך העיקרי והאם יגרם נזק בלתי הפיך (בר"מ 301/03 אחים סקאל בע"מ נ' רשות התעופה התעופה ט.פ. 18/3/03 בר"מ 2139/06 מר ושות' (1982) בע"מ נ' משרד התשתיות הלאומיות - נציבות המים, ט.פ. 6/4/06).

19. כאמור לעיל, הבקשה והעתירה חסרה כל תשתית שבעובדה אשר יהא בה כדי לבסס את טענת האפליה (קל וחומר בשלב המאוחר בו היא נטענת, ובמקום בו נדרש בעטייה סעד שמשמעותו הכרזה רטרואקטיבית על הליכי מכרז שהסתיים זה מכבר) וניתן לדחותה על הסף בשל זאת בלבד. אולם, היותה של הבקשה חסרה תשתית עובדתית בסיסית ומחויבת המציאות אינה רק עילה לדחותה על הסף, אלא יש בה כדי ללמד כי הבקשה אינה מצביעה על עילה לכאורה כלשהי אשר יש בה כדי לבטל את זכייתן של העמותות במכרז.
20. אין ולו משפט בודד בבקשה המסביר מהו הפגם המנהלי שבגיננו יש ליתן למבקשות את הסעד הדחוף לו הן עותרות. הדבר מעיד יותר מכל על טיבה של הבקשה.
21. המבקשות אינן מצביעות על פגם כלשהו בהוראות המכרז ו/או בזכייתן של המבקשות במכרז. משהמבקשות אינן מבססות עילתן כלפי תקינות המכרז, אלא כלפי **תהליך חיצוני לבר-מכרזי** ולפיו הזוכות במכרז – שכאמור אין חולק על תקינותו, נוקטות ב"מדיניות שיווק" מפלה, לא קמה עילה לפקפק לא בתקינות ההליך המנהלי ולא בסבירותו.

מאזן הנוחות :

22. שקילת הנזק שייגרם למשיבים אל מול הנזק שייגרם למבקשות, לצד העובדה שהמבקשות, בהתנהלותן, מבקשות לנהל דיון בשלב מאוחר מאוד למועד קיומו וסיומו של ההליך המכרזי ותוצאתו, כאשר ניתן היה לערוך את הדיון בעניינן של המבקשות חודשים קודם לכן – אילו היו פונים לביהמ"ש במהלך פרסומו של המכרז – קרי במהלך חודש נובמבר 2011, או למצער בסמוך לאחר סיומו, מובילים למסקנה שמאזן הנוחות נוטה לטובת המשיבים באופן מובהק.
23. כפי שצוין לעיל, תאריך פרסומו של המכרז נעשה ביום 13.11.2011, מועד הגשת ההצעות נקבע ליום 8.1.12 וביום 8.2.12 נקבע הזוכה במכרז. רק ביום 18.3.12, בשיהוי ניכר וכל זאת מבלי שנטענה בעתירה ו/או בבקשה אף לא חצי טענה כנגד אי תקינות הליך פרסומו של המכרז (כל שנטען לעניין זה הוא כי למבקשות נודע אודות המכרז בעקבות פרסום בעיתון כלכליסט מיום 21.2.12), הרי שדין הבקשה כמו גם העתירה דחייה מחמת שיהוי ניכר. נציין כי ידיעתו ו/או היעדר ידיעתו של פלוני אודות הליך מכרזי שפורסם כדן – ובענייננו כאמור אין טענה כנגד תקינות פרסום המכרז, אין בה כדי להאריך מועדים הקבועים בדן.
24. כפי שצינו לאורך תגובה זו, המבקשות יכלו וצריכות היו לפנות לבית המשפט הנכבד לפני חודשים. משעה שפעלו אחרת מן המתבקש, ולעניין זה מועד ידיעתן אינו מוסיף ואינו גורע, רובץ הדבר לפתחן ואינו יכול להוות טיעון כי יגרמו להן כביכול נזקים כבדים לו לא תתקבל בקשתן.
25. עמדת המשיבות הינה כאמור כי החלטת ועדת המכרזים בדבר זכיית העמותות במכרז נעשתה כדן, לא נפל בה כל פגם ואין כל יסוד להתערב בה. בנסיבות אלה, דינה של הבקשה כמו גם העתירה להידחות ומשכך, אין כל עילה למתן סעד זמני בגדרו של ההליך

- כנגד זכיית העמותות במכרז. מאזן הנוחות אינו פועל אפוא, במקרה זה, לטובת המבקשות אלא דווקא לטובת המשיבות.
26. בנסיבות אלה, משאין כל יסוד לעתירה, לא בדין ולא בעובדה, הרי שאין בידי המבקשות זכות לכאורה לקבלת הסעד המבוקש. בנוסף, כאמור, מאזן הנוחות אינו נוטה לטובת המבקשות בנסיבות בהן נחתם זה מכבר חוזה עם העמותות בעקבות זכייתן במכרז ויש לראות בכך, עפ"י הפסיקה, משום מעשה עשוי. במצב דברים זה, אין כל יסוד ליתן סעד זמני כמבוקש בידי המבקשות.
27. הלכה היא כי בית המשפט לא יתערב בסמכותו של הגורם המקצועי אשר הוסמך על פי חוק, אלא אם נפל פגם בלתי סביר וקיצוני בהחלטת הרשות; "הביקורת השיפוטית מצטמצמת בבחינה אם פעלו הרשויות במסגרת סמכותן, תוך שקילת השיקולים הרלוונטיים ובתום לב ואם ההחלטה הינה אחת מן ההחלטות המצויות במתחם ההחלטות הסבירות בנסיבות העניין" בג"צ 1125/91 - מרקו ליטמן ואח' נ' הוועדה לבניה למגורים, תק-על 91(2), 96, עמ' 98.
28. הנה כי כן, המצב המשפטי כמו גם העובדות והנסיבות המצטברות דלעיל מביאות לכלל מסקנה כי לא נפל כל פגם חוקי או אחר בזכייתן של העמותות במכרז וכי אין כל יסוד ליתן למבקשות סעד זמני.
29. המדינה שומרת כמובן על זכותה להגיש כתב תשובה בהמשך בירורה של העתירה ובכלל זה שומרת על זכותה להעלות טענות סף נוספות, אם וככל שיהא בכך צורך בעתיד לבוא.
30. בית המשפט הנכבד מתבקש איפוא לדחות את הבקשה ולחייב מגישה בהוצאות משפט ושכ"ט עו"ד.

יעקב טורס, עו"ד

סגן בכיר בפרקליטות מחוז חיפה - אזרחי