

העותרת: האגודה לזכויות האזרח בישראל

כולם ע"י ב"כ עוה"ד גיל גן-מור ו/או דן יקיר ואח'

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
רח' נחלת בנימין 75, תל-אביב 65154
טל': 03-5608185; פקס: 03-5608165

- נ ג ד -

המשיבים: 1. רשות מקרקעי ישראל

ע"י פרקליטות מחוז ירושלים (אזרחי)

2. אמונה י.ז. ייזום וניהול בע"מ

ע"י ב"כ עו"ד אורי (ישראל) פז
מרח' האומן 25, ירושלים 9342116
טל': 072-2150666; פקס: 072-2150999

3. דוד זעירא

משדרות רבי טרפון 5, בני-ברק 51420
טל': 03-5702045; פקס: 03-6190723

4. עיריית קריית גת

באמצעות הלשכה המשפטית, קניון לב העיר קריית-גת
טל': 08-6874515; פקס: 08-6874538

תגובה מטעם העותרת

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 8.3.16 להלן עמדת העותרת נוכח הודעת המשיבה 1, רשות מקרקעי ישראל (להלן – המשיבה או רמ"י).

1. בעתירה התבקש בית המשפט להורות למשיבה לבטל את זכיית המשיבים 2-3 במכרז ים/363/2014 ולהטיל עליהם קנס בגובה 15% מגובה זכייתם, וזאת משום שנקטו באפליה פסולה בשיווק הדירות, בניגוד לתנאי המכרז.

בעניין ההחלטה לקנוס המשיבה 2 בשל הסרטון השיווקי

2. החלטה זו עולה בקנה אחד עם הטענות בעתירה לפיהן פרסום מפלה הוא אסור לכשעצמו, בשל כך שהוא גורם לאנשים המתעניינים בפרויקט לסבור כי הפרויקט לא מיועד להם. בסרטון המסר השיווקי ברור - החברה מבטיחה ללקוחותיה הדתיים האשכנזים "שכנים

- כלבבם" וכי מי שאינו רוצה בשכונה שכנים מהסוג שנראה בסרטון, שירכוש ממנה דירה. מלבד הדימוי הסטריאוטיפי והגזעני שבו מציגים את דמות השכנים המזרחים, הסרטון מעביר מסר ברור כי אלו אינם רצויים.
3. גם הכנסת הכירה בחומרה שבפרסומות מפלות. בחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים נאסר על פרסום מפלה. כך גם בחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, והכל כמפורט בעתירה, בסעיפים 87-102.
4. בשימוע התברר כי הסרטון אושר לפרסום בצורה מסודרת בחברה, הן על ידי מנהל השיווק והן על ידי המנכ"ל. עוד התברר כי מנכ"ל החברה נשמע בסרטון בקולו מזמין את הרוכשים לקבל "שכנים כלבבו".
5. מדברי מנכ"ל החברה, מר זעירא, בשימוע אף עולה, כי 47 נרשמים ביטלו את הרשמתם לאחר הסרטון, ולדברי המנכ"ל רובם פרשו שכן נפגעו מהסרטון.
6. עוד נוסף כי אין ממש בטענת החברה בשימוע שמעולם לא נקטה באפליה אסורה בין רוכשיה, למנכ"ל החברה היסטוריה של התבטאויות גזעניות ומפלות, והוא הודה בגאון בכך שנמנע מלמכור דירות על בסיס לאום ודת והדברים פורטו בעתירה (למשל, פסקה 106).
7. בסופו של דבר הקנס שהוטל על החברה הוא **ברף הנמוך ביותר**. רמ"י נמנעה מלהפעיל את הסנקציה של ביטול הזכייה במכרז, ומתוך קנס אפשרי של 15% משווי התמורה הוחלט לקנס את החברה בקנס בשיעור של 1.5% בלבד, 10% מהקנס הקבוע בתנאי המכרז.
8. בהעמדת הקנס על הרף הנמוך ביותר, רמ"י התחשבה בכך שהחברה לקחה אחריות והורידה את הסרטון והתנצלה עליו ובכך שלא הוכח שהחברה הפלתה בפועל יהודים דתיים מזרחים על רקע עדתי. במכלול הנסיבות שצוינו ההחלטה המתייחסת לסרטון בלבד היא במתחם הסבירות.
9. עם זאת, ההחלטה, כפי שנסביר להלן, לא מייתרת את המשך הדיון ואת הצורך להטיל סנקציות נוספות על המשיבים בשל השיווק לציבור דתי-לאומי בלבד, שכן המשיבה ממשיכה להתעקש על זכותה לכך, בפרויקט זה ובכל פרויקט אחר שלה.

בעניין הטענה כי אין להמשיך לדון בטענה לשיווק מפלה לדתיים לאומיים בלבד

10. מדיניות השיווק של החברה אינה שנויה במחלוקת עובדתית. החברה משוקת בקמפיין פרסומי שהשכונה מיועדת לדתיים לאומיים בלבד. כך היא דואגת שרק יהודים דתיים לאומיים יתעניינו ברכישת דירה. אם במקרה פונה מי שאינו דתי לאומי נציגי החברה מונחים לשכנעו שאין זה פרויקט עבורו כדי שיוותר על הרכישה. אם נותר יחיד סגולה שאינו דתי המתעקש לרכוש חרף הניסיונות להניע אותו מהרכישה, החברה מסרבת או מתנה המכירה בתנאים בלתי אפשריים, בהתחייבויות שונות ובאישור מיוחד של המנכ"ל.
11. בהתאם להחלטה שהתקבלה בעניין הסרטון, אין מחלוקת כי קבלת הטענה ששיווק לציבור דתי לאומי בלבד היא אפליה פסולה תחייב הטלת סנקציות על החברה, ולו בשל הקמפיין

- השיווקי המפלה. קל וחומר שיוטלו כאן סנקציות שכן החברה גם מונעת בפועל ממי שאינו משתייך לציבור הדתי לאומי את האפשרות המעשית לרכוש דירה במתחם.
12. לכן ראוי לברר אחת ולתמיד את הסוגיה לגופו של עניין. חשוב לציין כי החברה ממשיכה גם בימים אלו בשיווק לציבור דתי לאומי בלבד. כלומר היא לא רק מתבססת על טענת ההסתמכות ביחס ליחידות הדיור שכבר מכרה אלא עומדת על זכותה להמשיך ולשווק את הדירות הנותרות, שהן ככל הידוע רוב הדירות, לדתיים לאומיים בלבד. נראה שגם לחברה עשוי להיות עניין בהכרעה שיפוטית בעניין, שכן היא רואה בשיווק לציבור דתי לאומי עניין אידיאולוגי ולא מדובר בשיווק חד פעמי.
13. מהודעת הפרקליטות עולה, כי חרף שורה ארוכה של דיונים, לפני הגשת העתירה ולאחריה, רמ"י ממשיכה להחליט שלא להחליט האם התנהלות החברה עולה כדי אפליה פסולה המצדיקה להטיל הסנקציות, ובכך נותר המצב בדיוק כפי שהיה ערב הגשת העתירה. למעשה **עד היום אין כל החלטה מנומקת של ועדת המכרזים בדרישה להטיל או לא להטיל סנקציות בשל מדיניות השיווק של החברה**, וההחלטה המנהלית היחידה היא להמשיך ולהתקשר עם החברה בהליך מכירת הקרקע, חרף אי מיצוי הדיונים הפנימיים לגיבוש עמדת רמ"י לגבי חוקיות מדיניות השיווק.
14. נזכיר כי הנושא מונח לפתחה של רמ"י מאז פברואר 2015, מעל שנה, לרבות 4 חודשים שהנושא מונח לפתחה של ועדת המכרזים, לאחר שהוכרז על הזכייה של החברה במכרז. למרות הזמן הממושך, אין עדיין כל הכרעה לא לעצם הטענה שמדובר באפליה אסורה ולא לעניין הסנקציה הראויה. בכל הכבוד, התנהלות זו לכשעצמה אינה חוקית ואינה ראויה, ועומדת בסתירה למושכלות יסוד של מינהל תקין ולחוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), התשי"ט-1958.
15. ההצדקה היחידה של המשיבה לאי המשך בירור העתירה היא "הסתמכותם של המציעים ושל צדדים שלישיים, שכן המכרז פורסם עוד בשלהי 2014 ועל בסיס תנאיו התגבשה בפועל קבוצת רוכשים אשר הגישה את הצעתה באמצעות המשיבה 2". יש לדחות טענה זו.
16. ראשית, הצדקה זו אינה מייטרת את בירור העתירה ולכל היותר יכולה להוות שיקול בסוג הסנקציה שתוטל ועל מי היא תוטל. לא ירדנו לסוף דעתה של המשיבה מדוע אפשר להטיל סנקציה מחמת שיווק מפלה מחמת עדתיות (בשל הסרטון) אך לא מחמת לאום, דת ומידת דתיות, בדיוק באותם נסיבות ותנאים.
17. שנית, מהשימוע עולה בבירור שהמשיב 3 טוען שהוא מייצג כנאמן 92 רוכשים (קבוצת הרכישה), אולם יתר הדירות (סה"כ בפרויקט יש 285 יח"ד) נרכשו על ידי החברה שמשווקת אותם (ר' סעיף 1 למכתבו של עו"ד זעירא לוועדת המכרזים, שצורף להודעת הפרקליטות). גם אם נניח בצד את הדיון אודות חובתם של חברי קבוצת רכישה לעמוד בתנאי המכרז, לרבות בתנאי האוסר על אפליה בשיווק הדירות, אם רמ"י מבקשת לא לפגוע באותם 92 רוכשים היא יכולה להטיל הסנקציה על החברה, ולא על 92 הרוכשים במסגרת קבוצת הרכישה, שמיוצגים על פי הטענה על ידי עו"ד זעירא כנאמן. כך בדיוק נהגה רמ"י בעניין הסרטון, שם הטילה הסנקציות על החברה.

18. שלישית, ממילא בתנאי המכרז היה כתוב שחור על גבי לבן שאין לנקוט באפליה פסולה בשיווק הדירות, כך שמי שמחליט על שיווק לציבור מסוים תוך הדרת ציבור אחר על בסיס לאום, דת ומידת דתיות לוקח על עצמו סיכון ברור שהוא פועל בניגוד לתנאי המכרז. לא ירדנו לסוף דעתה של רמ"י כיצד תנאי המכרז תרמו להתגבשות פרויקט המיועד לדתיים לאומיים בלבד. ההיפך הוא הנכון.

19. יש לציין, כי בהתדיינות הקודמת של העותרת מול המשיבה בהקשר לפרויקט בו השתתפה החברה בעניין פרויקט שלה ביפו, אחת הטענות המרכזיות של החברה הייתה שלא היה תנאי מפורש במכרז שאסר על אפליה, כאשר הטענה מנגד אז הייתה כי קיים תנאי מכללא, בשל חובתה של הרשות להעביר הקרקע רק לגופים שנוהגים בשוויון. בית המשפט לעניינים מנהליים קיבל אז את הטענה של החברה ופסק כי "כדי להטיל על הזוכה מגבלות על אופן השיווק של הדירות שייבנה במגרש, היה הדבר חייב למצוא עצמו בתנאי המכרז". אולם בעת שנדון הערעור בבית המשפט העליון שינתה המדינה את עמדתה וקבעה כי מעתה והלאה תכניס סעיף מפורש האוסר על שיווק מפלה של הדירות. כך היא הצהירה שתעשה בפני בית המשפט העליון וקביעה זו קיבלה את תמיכתו של בית המשפט העליון, הכול כמפורט בסעיפים 49-52 לעתירה.

20. בסיכומים שהגישה החברה לבית המשפט העליון, באמצעות המשיב 3, שהיה אז ב"כ החברה, כדי להגן על זכייתה, הדגישה החברה, כי **לו היה נקבע תנאי מפורש הייתה החברה שוקלת את צעדיה, האם היא מעוניינת לגשת למכרז, ואם כן הייתה נערכת למכור לכלל הציבור.** מכאן שגם החברה הבינה היטב, כי משמעות הוספת תנאי מפורש היא שלא תוכל לשווק את הדירות לרוכשים דתיים לאומיים בלבד, אלא אם יוחלט כי המכרז יהיה ייעודי לאוכלוסייה זו. כך כתבה החברה:

ט. על תנאים ו/או הגבלות החלים על הזוכה במכרז להופיע במפורש בתנאי המכרז :
 55. המערערים בעתירתם מבקשים להטיל על אמונה מגבלות באופן שיווק היחידות בהן זכתה, כך שהיא תהיה מחוייבת לשווקן באופן שוויוני. הלכה היא, כי במסגרת תנאי המכרז יש לציין במפורש ובבירור כל תנאי ו/או מגבלה הנוגעים למכרז. משאלה לא צויינו בו מלכתחילה, לא ניתן כעת, בדיעבד, להחילם על הזוכה. (ר' בג"צ 591/87 אשכר בע"מ נ' רשות שדות התעופה בישראל, פ"ד מב(3) 92; ע"א 248/97 איי. אף. אן. מערכות בע"מ נ' מדינת ישראל-משטרת ישראל, פ"ד טא(2) 646; ע"מ 7561/10 מינץ ואח' נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד נו(3) 611; ע"מ 6351/01 חדשות ישראל (טי. אי. אן. סי) בע"מ נ' שר התקשורת, פ"ד נו(2) 97, 137; בג"ץ 316/63 גזית ושחם, חברה לבנין בע"מ נ' רשות הנמלים, פ"ד יח(1) 172, 178).

56. חברי הקבוצה ניגשו למכרז באמצעות אמונה, על יסוד התנאים שפורסמו, בהם לא נכללה כל הגבלה על אופן שיווק המגרשים ע"י הזוכה. לו הדבר היה מוצא את ביטויו באופן מפורש בתנאי המכרז, יתכן כי חברי הקבוצה היו ניגשים למכרז בעצמם, באופן אישי, שלא באמצעות אמונה, ו/או באמצעות מיופה כוח או נאמן על מנת שתנאי זה לא יעמוד להם לרוץ במימוש זכייתם.

57. כמו כן, אמונה היתה שוקלת את צעדיה, האם היא מעוניינת לגשת למכרז, והייתה נערכת לתמחור ותכנון אחרים המתאימים למכירות לכלל הציבור.

את הסיכומים בהליך בעניין **סבא** ניתן לקרוא באתר האגודה לזכויות האזרח. ההתייחסות המצוינת הינה בסעיף 57 לסיכומים.

<http://www.acri.org.il/he/wp-content/uploads/2016/01/hit1789meshivot2-3-0610.pdf>

21. רביעית, בעניין **סבא**, וכמפורט בסעיף 65 לעתירה, בית המשפט העליון בחר להתייחס לסוגיה העקרונית של שיווק לדתיים לאומיים בלבד חרף העובדה, כי כבר לא ניתן היה לתת הסעד המבוקש בשל מעשה עשוי. בית המשפט העליון ציין בהחלטתו, כי על פני הדברים מדובר בצעד לא חוקי בשיווק קרקעות בישוב עירוני. בדומה קבע גם בית המשפט הנכבד בעניין **אדרי**, שאין מקום לטיפול מועדף בציבור דתי לאומי או חילוני, כמפורט בסעיף 66 לעתירה. החברה ידעה זאת ובחרה להתעלם ולשווק לדתיים לאומיים בלבד. מה שתמוה הוא מדוע רמ"י מתעלמת מפסיקה קודמת של בית המשפט הנכבד, ומאמירות עקרוניות וברורות של בית המשפט העליון, שהגם שהם אינם הלכה מחייבת, אמור להיות להם משקל משמעותי בהתוויית עמדת המדינה.

22. חמישית, המכרז מושא העתירה מיועד לכלל הציבור וכולל סעיף מפורש האוסר על אפליה בשיווק הדירות. החברה יכולה לסבור כי יש מקום לייעד קרקע לציבור דתי לאומי ופתוחה בפניה הדרך לשכנע את רמ"י בכך לגבי מכרזים עתידיים או להגיש עתירה נגד תנאי המכרז. משלא עשתה זאת עליה לכבד את תנאי המכרז ולשווק לכל המעוניין וללא אפליה. החברה הפרה את תנאי המכרז ואף פגעה בתחרות ההוגנת.

23. אם רמ"י תחליט בעתיד כמדיניות לאפשר שיווק ייעודי לציבור דתי לאומי בלבד היא תהיה צריכה למצוא לכך הצדקה ברורה ומשכנעת, ויהיה עליה לאפשר תחרות שווה בהתבסס על מדיניות זו וקריטריונים שייקבעו מראש. יש הבדל של ממש בין מדיניות שקופה וברורה של רמ"י, אותה ניתן לבחון האם היא שוויונית, מבוססת ומוצדקת, לבין החלטות לא מתוכננות של יזם פרטי המבקש לנכס לקהילה מסוימת קרקע המשווקת לרווחת הציבור כולו.

24. שישית, גם הטענה שנאמר לחברה שלא יעכבו את המכרז אין בה ממש. החלטה על אי עיכוב המכרז אינה מחסנת את החברה מסנקציה על אפליה, בדיוק כפי שלא חיסנה אותה מסנקציה לגבי הסרטון. עיכוב המכרז מעולם לא נדרש, והוא גם לא הסעד המבוקש. הטלת סנקציות על חברה מפלה אינה מחייבת את עיכוב המכרז.

25. שביעית, לא ברור מה החשיבות שרואה המשיבה בכך שהמכרז פורסם בשלהי 2014, הרי תנאי המכרז האוסרים על אפליה הופיעו במכרז, הם מופיעים מאז 2010 בכל המכרזים, והפסיקה הרלוונטית שצינו ניתנה קודם למועד זה, וממילא לא ניתן להפעיל סנקציה על חברה אלא לאחר זכייתה במכרז, שכן רק לאחר הזכייה במכרז מתגבשת התשתית להטלת הסנקציה, וממילא לא ניתן לדעת בוודאות מי מתמודד במכרז בטרם מסתיים המכרז. מכאן שעילת הפעלת הסנקציות התגבשה רק בנובמבר 2015, לאחר שהתברר שהצעת החברה היא הזוכה במכרז.

26. שמינית, אם לא היה ברור לחברה כי היא מעמידה את זכייתה בסיכון ו/או מעמידה עצמה בסכנה לקבלת קנס, הרי שהעותרת לא המתינה עד לזכייתה במכרז כדי לטעון שהשיווק הוא

בניגוד לתנאי המכרז, אלא פעלה, מעבר לנדרש ממנה, גם בזמן אמת, כדי לאפשר לחברה לשנות את מדיניות השיווק. זאת, בהתבסס על ההנחה שהיא אכן תיגש למכרז. החברה החליטה להמשיך את מדיניות השיווק המפלה תוך שהיא מודעת היטב למשמעות הדבר ולסיכון שהיא לוקחת על עצמה.

27. תשיעית, בשום שלב עד הזכייה במכרז של החברה רמ"י לא אמרה לעותרת או לחברה שתימנע מלהטיל סנקציות על החברה, היא רק אמרה שאין לה כוונה לעכב את המכרז, דבר שממילא לא נתבקשה לעשות, או שאין לה כוונה למנוע מהחברה לגשת למכרז – דבר שהוא ממילא לא בסמכותה. יתר על כן רמ"י ציינה במפורש כי היא בוחנת את שאלת השיווק לציבור הדתי לאומי ואף ביקשה מהעותרת ומהחברה להגיש לה את עמדתן בכתב. אם החברה סברה שקיבלה חסינות מסנקציות בגלל עמדה זו של הרשות היא נתפסה לידי טעות. רשות מנהלית לא מוסמכת ולא רשאית לאשר לגורם לפעול בניגוד לחוק, ולכן אין כל משקל להסתמכות של החברה על מחדלה של רמ"י לנקוט עמדה, וממילא לא הייתה רמ"י מוסמכת למנוע ממנה לגשת למכרז.

לאור כל האמור עמדתנו הינה כדלקמן:

- א. אין יסוד לטענה שאין להמשיך לברר העתירה מחמת הסתמכות של המציעים או צדדים שלישיים.
- ב. בתנאים הנוכחיים, העותרת עומדת על המשך בירור העתירה ביחס לסעד המבוקש – הטלת הסנקציות גם בשל השיווק לציבור דתי לאומי בלבד, ובהתאם להוראות שקבעה המשיבה עצמה במכרז.
- ג. נבקש מבית המשפט הנכבד לקצוב זמן של 30 ימים לקבלת החלטה מנומקת של ועדת המכרזים של רמ"י לגופו של עניין. ככל שוועדת המכרזים לא תגיש עמדה, עומדת העותרת על המשך בירור העתירה.
- ד. ככל שתימסר החלטה לגופו של עניין של ועדת המכרזים, הן לעניין קיומה של אפליה אסורה והן לעניין הסנקציות, תוכל העותרת לשקול האם יש מקום להמשך הדיון בעתירה.

15 במרץ 2016

גיל גן-מור

גיל גן-מור, עו"ד

ב"כ העותרת