

**עמותת עיר עמים – ע"ר 361202**

באמצעות עו"ד מיכאל ספרד ו/או ישי שניידור ו/או  
שלומי זכריה ו/או אבישר לב ו/או אמילי שפר ו/או כרמל  
פומרנץ, כולם מרח' יהודה הלוי 45, תל-אביב 65157;  
טל: 03-6206947/8/9, פקס: 03-6206950

העותרים

-- נגד --

**1. הרשות לשמירת הטבע והגנים הלאומיים**

באמצעות ב"כ, עו"ד שרה שלום ואח' מהלשכה  
המשפטית, רח' עם ועולמו 3, ירושלים, טל. 02-5005440,  
פקס: 02-5006215

**2. עמותת א.ל.ע.ד (אל עיר דוד)**

המשיבים ע"י ב"כ ממשרד כבירי-נבו-קידר ושות', רח' ז'בוטינסקי  
7, רמת גן, טל. 03-5668665, פקס. 03-5667665

**עתירה מינהלית**

בית המשפט הנכבד יתבקש להורות כדלקמן:

- על ביטול החלטת וועדת המכרזים של המשיבה 1 (להלן: 'רט"ג') הנושאת את התאריך  
22.2.2012 (נחתמה ביום 26.2.12) על מימוש זכות ברירה (בפעם השלישית) להארכת  
התקשרות עם המשיבה 2 (להלן 'אלע"ד') משנת 2005<sup>1</sup> להפעלת אתר 'עיר דוד' בגן הלאומי  
'סובב חומות ירושלים' במזרח ירושלים (להלן: "עיר דוד" או "האתר התיירותי" או  
"האתר") וזאת בהתאם לתקנות 3ג(ב) לתקנות חובת מכרזים, התשנ"ג-1993 (להלן גם:

---

<sup>1</sup> בפועל מנהלת אלע"ד את המקום על-פי סיכומים עם רשויות שונות מתחילת שנות התשעים - תחילה מכוח הרשאה  
מעיריית ירושלים והסכמי הקצאה ממינהל מקרקעי ישראל ללא מכרז או החלטה על פטור ממכרז. הסכמים אלו בוטלו  
לאחר הגשת עתירות לבג"ץ. בהמשך ניהלה אלע"ד את עיר דוד בפועל וללא כל חוזה, תוך הפרה מתמשכת של הוראות  
דיני המכרזים. פירוט בהמשך.

'התקנות' (וכן, משום מה, לפי הפרוטוקול גם בהתאם לתקנה 139(1)) ו/או להורות על ביטול ההסכם.

- להצהיר על חובתה של רט"ג לבצע הליך של מכרז ו/או קבלת החלטה על פטור ממכרז, והכל בהתאם להוראות חוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992 והתקנות שמכוחו, ככל שמבקשת שלא להפעיל/לתפעל את אתר 'עיר דוד' בעצמה.

במקביל להגשת העתירה מוגשת בקשה לצו ביניים להקפאת המצב הקיים.

ביום 26.3.2012 נתן בית המשפט העליון את פסק-דינו בעתירה שתקפה את חוקיות ההסכם בין רט"ג לבין אלע"ד, במיוחד בהקשר של האצלת סמכויות שלא כדין (בג"ץ 5031/10 עיר עמים ואח' נ' רשות הטבע והגנים ואח'). בסעיף 16 לפסק הדין נאמר:

*"סוגיה נוספת שאין לה מקום במסגרת הדיון בעתירה שבכאן נוגעת לצורך בעריכת מכרז לשם התקשרות עם העמותה. סוגיה זו מן הראוי כי תתברר בבית המשפט לעניינים מינהליים, ככל שהעותרים יבקשו לעשות כן..."*

וכך עושה העותרת בעתירה זו.

[1] העתק פרוטוקול הדיון והחלטת וועדת המכרזים נשוא העתירה, אשר הומצאו לעותרת ביום 26.02.2012, מצ"ב ומסומן נספח 1.

[2] העתק ההתקשרות בין רט"ג לבין אלע"ד משנת 2005 ש"הוארכה" בהחלטה הנ"ל מצ"ב ומסומן נספח 2.

[3] פסק הדין בבג"ץ 5031/10 מצ"ב ומסומן נספח 3.

## רקע עובדתי

### הצדדים לעתירה

1. העותרת, עמותת "עיר עמים", הינה עמותה ציבורית בלתי מפלגתית ללא מטרת רווח אשר פועלת בעיר ירושלים למען חיזוק הציבור בעיר, למען שוויון בין תושביה ולקידום עתיד מדיני מוסכם בירושלים. העותרת חוקרת זה מספר שנים את המציאות בשכונת סילוואן ובתוכה – שכונת ואדי חילוה, שבה מצוי אתר עיר דוד, המתופעל (ולמעלה מכך) על-ידי אלע"ד.
2. בהתאם להלכה הפסוקה בדבר זכות העמידה של העותר הציבורי בהליכים התוקפים החלטות בענייני מכרזים (ר' עע"מ 8412/07 חברת מלון ומלון סוויטות נ' שימי הורן, בס' 31 לפסה"ד (פורסם בנבו, מיום 3.9.09)), נתונה לעותרת זכות העמידה בעתירה זו, כשם שנתונה היתה לה

זכות העמידה בבית המשפט העליון, בעתירה בבג"ץ 5013/10 כאשר תקפה את חוקיות ההסכם באופן כללי.

3. רט"ג הינה רשות סטטוטורית אשר הוקמה מכוח חוק גנים לאומיים, שמורות טבע, אתרים לאומיים ואתרי הנצחה, התשנ"ח-1998 (להלן – "חוק הגנים הלאומיים"). חוק הגנים הלאומיים מינה והסמיך את רט"ג לטפל "בכל ענייני שמורות הטבע והגנים הלאומיים" (סעיף 6 לחוק גנים לאומיים), ובכלל זה לפקח על שמירתם, לטפחם, להקימם, לנהלם, להפעילם, לתת שירותים למבקרים בהם, ולהפעיל סמכויות נוספות רבות הנוגעות לגנים שהוכרזו כגנים לאומיים (ציון, כי רט"ג הוקמה כתוצאה מאיחוד פעולתם של שני גופים סטטוטוריים שפעלו בעבר: "רשות שמורות הטבע" ו"רשות הגנים הלאומיים").

4. אלע"ד הינה עמותה רשומה פרטית המזוהה עם הימין הפוליטי, ואשר מטרתה המוצהרת כוללת ייחוד שכונות פלסטיניות במזרח-ירושלים, ובעיקר בשכונת סילוואן שבה מצוי אתר עיר דוד, והרחבת הפעילות היהודית בשכונות אלה באופן כללי. במהלך השנים השיגה אלע"ד בדרכים שונות זכויות בנכסים בתחומי עיר דוד<sup>2</sup>, וכן הרשאות לניהול/תפעול אתר 'עיר דוד'.

5. לפחות מאז שנות התשעים מחזיקה אלע"ד נכסים ומפעילה מרכז מבקרים ואטרקציות תיירותיות שונות בתחומי אתר 'עיר דוד'. החל מ-1997 פעלו רשויות ציבוריות (מינהל מקרקעי ישראל, עיריית ירושלים) להעביר לידיה את השליטה באתר – ניסיונות שסוכלו בעקבות עתירות לבג"צ. בשנת 2005 התקשרה המשיבה 1 עם אלע"ד בהסכם שהוכתר כ"הסכם תפעול" אתר התיירות בידי אלע"ד, הסכם שהחלטה על מימוש זכות אופציה להארכתו היא נשוא עתירה זו.

#### הגן הלאומי סובב חומות ירושלים והאתר התיירותי "עיר דוד"

6. בשנת 1974 הוכרז השטח המקיף את חומות העיר העתיקה כגן לאומי (ראו **אכרזה על גן לאומי (סביב חומות ירושלים העתיקה)**, תשל"ד-1974, ק"ת תשל"ד 3152, 851). הגן הלאומי משתרע על כ-1100 דונם סביב חומות העיר העתיקה בירושלים. הגן הלאומי סובב חומות ירושלים הכולל בשטחו חלקים גדולים של ה"אגן הקדוש" (ובין היתר כולל את הר ציון, נקבת השילוח ונחל קידרון), חולש על אחד המקומות הקדושים, העתיקים, הרגישים והחשובים בהיסטוריה האנושית ואחד מהמוקדים הרגישים ביותר של הסכסוך הישראלי-פלסטיני.

7. אחד מהאתרים המצויים בתחומי הגן הלאומי סובב חומות ירושלים הוא אתר עיר דוד. המדובר בשטח בן כ-24 דונמים בתחומי שכונת סילוואן הפלסטינית מדרום מזרח לחומות העיר העתיקה. בתחומי האתר, אשר מקובל על רוב החוקרים כשטחה של ירושלים הקדומה, מצויים ממצאים ארכיאולוגיים חשובים. המדובר באחד האתרים הארכיאולוגיים החשובים ביותר בישראל, שחשיבותו ההיסטורית, הסימבולית והתיירותית אין שנייה לה.

<sup>2</sup> אלע"ד קיבלה חזקה במבנים על-ידי הקצאות של נכסים כנכסי נפקדים, העברת נכסים לידיה מקק"ל או מינהל מקרקעי ישראל, וכל זאת ללא מכרז תוך הפרה חמורה של כללי מינהל תקין (חלק קטן של הנכסים נרכשו). ב-1992 פרסמה את מסקנותיה הועדה לבדיקת מבנים במזרח ירושלים בראשות חיים קלוגמן (מנכ"ל משרד המשפטים דאז), אשר קבעה כי רשויות שלטון פעלו בניגוד אינטרסים חמור ותוך הפרת כללי מינהל תקין בכך שהעבירו החזקה והשליטה על נכסי ציבור רבים בסילוואן לידי עמותות עטרת כוהנים ואלע"ד, שהם גופים פרטיים פוליטיים, ללא מכרז ובחשאי ולעיתים בתמורה מגוחכת או תמורה שמומנה אף היא ממקורות ציבוריים. ביום 13.9.92 קיבלה הממשלה שורה של החלטות אשר התבקשו מהדו"ח ומסקנותיו.

8. אתר עיר דוד נחשב היום לאתר מרכזי בחשיבותו מבחינה תיירותית בירושלים, אליו הגיעו בשנה האחרונה, לפי דיווחי אלע"ד כ-400,000 מבקרים, אשר רכשו הדרכות (שאותן שיווקה אלע"ד כהדרכות הרשמיות של האתר באופן בלעדי), קנו מזכרות ומזון (בחנות המזכרות ובמזנון שמפעילה אלע"ד ללא תחרות), ושילמו כסף רב על מגוון סיורים שעורכת אלע"ד במקום (ר' באתר האינטרנט של אלע"ד – מצ"ב ומסומן נספח 4 לשם הנוחות). אך בראש ובראשונה, החשיבות ההיסטורית, הלאומית והארכיאולוגית שמזוהה עם המקום מאפשרת את מינוף ניהול/תפעולו לשם גיוס תרומות במיליוני שקלים (אלע"ד מגייסת בחו"ל מיליוני שקלים בשנה דרך עמותות שהקימה) ולקידום המטרות הפוליטיות / אידיאולוגיות של אלע"ד. די לגלוש לאתר האינטרנט של 'עיר דוד' כדי להבין את זיהויו של האתר עם אלע"ד ולהכיר את היקף הפעילות שהיא ממנפת באמצעות הזכויות שקיבלה בו עד היום.

[5] מפת גבולות האתר התיירותי עיר דוד (כפי ששורטטה ע"י המשיבה 1) מצ"ב ומסומנת נספח

5.

## הענקת סמכויות ניהול/תפעול לאלע"ד באתר עיר דוד שלא כדין מתחילת שנות

### התשעים ועד 2005

9. ההחלטה נשוא עתירה זו היא חוליה נוספת ברצף של החלטות מינהליות שהתקבלו על-ידי רשויות שונות במהלך השנים – כולן בהליכים בלתי תקינים ותוך הפרה של מושכלות יסוד במשפט הציבורי, בניסיון מתמשך מצד הרשויות להעניק לאלע"ד זכויות והשפעה עצומה באתר. המכנה המשותף לכל הליכים אלה: הענקת זכויות ללא מכרז וללא החלטה על פטור ממכרז.

10. בסמוך להכרזת הגן הלאומי האצילה רשות הגנים הלאומיים (שבנעליה נכנסה רט"ג לאחר חקיקת חוק הגנים הלאומיים) את סמכויות הניהול בגן לעיריית ירושלים<sup>3</sup>. במקביל לסמכויותיה של רט"ג בשטח (אשר הואצלו לעיריית י-ם), מסמיך חוק מינהל מקרקעי ישראל, תש"ך-1960 את מינהל מקרקעי ישראל לנהל את אדמות המדינה שבתוך האתר.

11. בשנת 1992 או בסמוך, העניק מינהל מקרקעי ישראל אישור לתכנון למשרד הבינוי והשיכון, וזאת בקשר למתחם של אדמות מדינה בן כ-17.5 דונם באתר עיר דוד. לצורך תכנית זו נשכרה אלע"ד – ללא מכרז - כמנהלת הפרוייקט מטעם משרד הבינוי והשיכון, והכינה תכנית לבניית 200 יחידות דיור בעיר דוד. תכנית זו נגזזה לאחר שהשר אריאל שרון סיים את תפקידו כשר הבינוי והשיכון.

12. בשנת 1997 הורה שר התשתיות דאז, אריאל שרון, למינהל מקרקעי ישראל, לחתום על הסכם שיעביר לאלע"ד את סמכויות הניהול של ממ"י באדמות המדינה המצויות בשטחי האתר התיירותי (להלן: "הסכם ממ"י-אלע"ד"), ללא מכרז וללא הליך של פטור ממכרז. ואכן, ביום 1.7.97 חתם ממ"י על הסכם הרשאה עם אלע"ד המסמיכים אותה לשמור ולהחזיק בגן הארכיאולוגי שבאתר "עיר דוד" (שטח בן כ-26,000 מ"ר) לפרק זמן של שבע שנים.

<sup>3</sup> יצוין כי חוק הגנים הלאומיים מסמיך את רט"ג להאציל את סמכויותיה בניהול גנים לאומיים לרשויות המקומיות שבשטחן מצוי הגן.

13. הסכם הרשאה זה, שהיווה את ההסכם הפורמאלי הראשון שהקנה לאלע"ד סמכויות ניהול באתר, ושמהותו הרשאה להשתמש במקרקעי ציבור אם לא מעבר לכך, בוצע ללא מכרז או פטור ממכרז, בהליך בלתי תקין על פניו.

14. במקביל פתחה עיריית ירושלים במשא ומתן עם עמותת אלע"ד על מנת להאציל לה בחוזה את סמכויות האחזקה, השמירה והניהול שהואצלו לעירייה ממנהל מקרקעי ישראל בחוזה עם רשות הגנים הלאומיים. גם עיריית ירושלים עשתה כן ללא כוונה לבצע הליך מכרזי כלשהו. למיטב ידיעת העותרים, על אף שלא ידוע האם נחתם הסכם בין עיריית ירושלים ואלע"ד, דה-פקטו הסמיכה עיריית ירושלים את אלע"ד לבצע פעולות תחזוקה מסוימות באתר בשמה כבר באמצע שנות התשעים, ללא מכרז<sup>4</sup>.

15. כעבור שנתיים, בשנת 1999, בוטל הסכם ההרשאה של ממ"י בעקבות עתירה לבג"ץ על הענקת הזכויות לאלע"ד שלא כדין: בשנת 1998 הוגשו לבית המשפט הנכבד שתי עתירות אשר תקפו את הקצאת השטחים והאצלת סמכויות הניהול לאלע"ד על ידי מינהל מקרקעי ישראל: בג"ץ 3477/98 עמותת עיר שלם ואח' נ' שר התשתיות הלאומיות ואח' (לא פורסם) אשר עסק בהקצאת שטחים לאלע"ד ולעמותת ימין נוספת ("עטרת כהנים") ע"י ממ"י במזרח ירושלים ובג"ץ 8954/98 יורם צפריר ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח' (לא פורסם) אשר עסק בחוקיות ההתקשרויות של ממ"י ועיריית ירושלים עם אלע"ד. העותרים דשם טענו כי ההתקשרות עם אלע"ד נעשתה בניגוד לחוק ומבלי שנערך מכרז כדין ותקפו את חוקיותן של העברת הסמכויות מממ"י לאלע"ד, וכן את ניסיונה של עיריית ירושלים להעביר לאלע"ד את הסמכויות שהואצלו לה מרג"ל. בתגובה לעתירות, ביטל ממ"י בחודש מרץ 1999 את הסכם ההרשאה שנחתם עם עמותת אלע"ד. בג"ץ הורה על מחיקת ודחיית העתירות תוך תיעוד הודעת מינהל מקרקעי ישראל על ביטול ההתקשרות.

#### [6] עותק פסקי הדין בבג"צ יורם צפריר ובבג"צ עיר שלם מצורף לעתירה ומסומן נספח 6.

2000-2003 : החזרת הסמכויות לידי רט"ג והניסיון לנהל את האתר

16. לאחר איחודן של רשות שמורות הטבע ורשות הגנים הלאומיים והיווצרות רשות הטבע והגנים הלאומיים (רט"ג), החליטה רט"ג להחזיר לידיה את סמכות ניהול הגן הלאומי. לפיכך, ביום 15.12.99 סוכמו תנאיו של נספח להסכם רט"ג-עיריית י-ם משנת 1997. הנספח קבע כי מתחם עיר דוד יחזור לאחריותה המלאה של הרשות, והתיר בידי עיריית י-ם את ניהול העניינים המוניציפאליים השוטפים של האתר.

17. במקביל, בעקבות ביטול ההסכם בין ממ"י ואלע"ד, ביום 6.12.2000 נחתם חוזה בין מינהל מקרקעי ישראל לבין רשות הטבע והגנים הלאומיים להעברת שטח בן 24 דונם בתחומי אתר עיר דוד לחזקתה הבלעדית של רט"ג לתקופה של 7 שנים. עוד נקבע בהסכם כי הוא יוארך מאליו עם

---

<sup>4</sup> הדבר מצא את ביטוי גם בהצהרת ראש העיר דאז, מר אהוד אולמרט, מיום 10.5.98, כי רשות הגנים הלאומיים הסכימה לכך שנושא השמירה והאחזקה בשטח האתר י"בוצע ע"י עמותת אלע"ד ובלבד שנושא זה יעשה באמצעות העירייה ובכפיפות להוראות הדין ובמיוחד החוק ובכפיפות להוראות החוזה בינה לבין העירייה".

תום התקופה לתקופות נוספות בנות 7 שנים כל אחת. ההסכם מציין כי על רטי"ג להגיש למינהל לחתימה כל בקשה, תכנית או מסמך הקשורים בהחזקת מתקנים ו/או הפעלתם בשטח נשוא ההסכם וכן כי התקשרות של רטי"ג עם יזם בשטח האמור מחייב כי אותו יזם יתקשר ישירות עם ממ"י בהסכם חכירה או הרשאה.

#### [7] העתק הסכם ממ"י – רטי"ג משנת 2000 מצורף לעתירה זו ומסומן נספח 7

18. כמתואר בתגובתה המקדמית של רטי"ג לבג"צ 5031/10 (מצי"ב ומסומן נספח 9, להלן), נסיונה של רטי"ג לנהל את האתר התיירותי בין השנים 2000-2003 נכשל בשל חוסר שיתוף הפעולה של אלע"ד (שהתבטאה, בין השאר, ב"טירפוד" פעולות הדרכה של רטי"ג), אשר החזיקה בזכויות לחלק מהנכסים בעלי הערך התיירותי באתר<sup>5</sup>. למעשה, רטי"ג הסבירה בתגובתה המקדמית האמורה כי הכשלת הניהול הישיר של האתר באמצעות רטי"ג ע"י אלע"ד הינו הרקע לחתימת ההסכם שהארכתו הוא נושא עתירה זו.

19. העותרת תטען כי תחושת המשיבה מס' 1 כי נכפה עליה לשתף פעולה בניהול האתר עם אלע"ד מוצאת את ביטויה גם באופן הבהול והמרושל שבו התקבלה ההחלטה נשוא עתירה זו, והדברים יפורטו בהמשך.

20. ביום 7.3.05 נערכה ההתקשרות נשוא עתירה זו בין אלע"ד לבין רטי"ג (נספח 2 לעיל). מתגובת רטי"ג לעתירה עולה, כי בתקופה זו נשמר מצב סטטי שבו החזיקה אלע"ד בנכסיה שבאתר, העבירה הדרכות, גבתה כספים מתיירים וכו'.

#### הסכם 2005 נשוא עתירה זו בין רטי"ג ואלע"ד, והשינויים שהוכנסו בו במסגרת

##### ההסכם מ-2005

21. במרץ 2005, בניגוד להצהרות הפומביות של רטי"ג ולהצהרות המדינה בפני בג"ץ בעתירות הקודמות, נחתם ההסכם בין רטי"ג לאלע"ד נשוא עתירה זו על הענקת סמכויות נרחבות באתר עיר דוד – ללא מכרז וללא הליך של פטור ממכרז.

22. יצוין, כי הסכם זה הוסתר מעין הציבור, וכל מאמצי העותרת וגורמים אחרים להשיגו עלו בתוהו. פניות חוזרות ונשנות אל רטי"ג ואל השר להגנת הסביבה הממונה עליה, פניות בצורת בקשת חופש מידע, שאילתות רשמיות מצד חברי כנסת ופניות במישרין למנכ"ל הרשות – כל אלה לא הועילו. רק ביום 25.7.11, לקראת הדיון בבג"ץ 5031/10, הועבר ההסכם לעותרת. לעניין זה ר' את

<sup>5</sup> ובמילותיה של רטי"ג בתגובתה המקדמית לבג"ץ מיום 25.10.11 (ס' 30): "זכויות אלה של אלע"ד בתוך שטח הגן הלאומי הביאו לניגוד אינטרסים מובהק ולמחלוקות שירדו לשורשו של עניין ומנעו את ניהולו... נתגלעו בין המשיבה [רטי"ג] לאלע"ד חילוקי דעות רבים שהביאו לעצירה כמעט מוחלטת של פיתוח הגן... ניהול הגן ביום יום הפך לכמעט בלתי אפשרי שכן הצדדים לא הצליחו להגיע למנגנון מוסכם שיסדיר התנהלות תקינה. כך למשל, בנושא גביית כספים נגבו מהמבקר בשערי הגן הן אגרת כניסה ע"י המשיבה... והן תשלומים אחרים שנגבו ע"י אלע"ד עבור שירותים שנתנה באתרים שבחזקתה... כמו כן פעלו בשטח שני מרכזי הדרכה, אחד מטעם העמותה ואחד מטעם הרשות אשר הפריעו זה לפעילותו של זה וטירפדו פעילויות האחד למשנהו. למעשה לא ניתן היה לנהל את האתר... תדמית המקום היתה בשפל המדרגה". גירסא זו מתיישבת עם גירסתה של אלע"ד כפי שהובאה בתגובתה המקדמית לבג"ץ מיום... (ס' 15): "עם העברת החזקה בקרקעות המדינה לידי רטי"ג נוכחה רטי"ג לדעת כי תחזוקו השוטף של האתר והפעלתו במתכונת הרצויה מחייב התחשבות בזכויותיה של אלע"ד, ובהמשך לכך החלו... לקיים מגעים בנוגע לתפעול האתר בידי אלע"ד י".

הביקורת שמונת בית המשפט העליון על חוסר השקיפות בה התנהלה רט"ג - הפסקה החותמת את פסק דינה של כב' השופטת חיות בבג"צ 5031/10).

23. כאן נסתפק במספר עובדות מרכזיות לגבי ההסכם :

- 23.1. ההסכם נעשה מבלי שבוצע מכרז וללא שהתקבלה החלטה על הענקת פטור ממכרז.
- 23.2. תקופת ההתקשרות היא באופן תיאורטי אין סופית: ההסכם נקבע לשלוש שנים, ואופציה (זכות ברירה) לשלוש שנים נוספות, וכן הלאה הלאה וכן הלאה ללא מגבלת זמן (ס' 30 להסכם, נספח 2 לעיל).
- 23.3. בררת המחדל היא מימוש האופציה האין-סופית, ואם מבקשת רט"ג שלא לממש את האופציה, עליה להודיע על כך לאלע"ד.
- 23.4. בנוסף מקבע ההסכם את מעמדה של אלע"ד גם במקרה של סיום ההסכם. ההסכם קובע, כי "במקרה של סיום ההסכם, יידונו הצדדים מחדש באופן תפעול האתר התיירותי" (שם).

24. לפי האמור בהחלטת וועדת המכרזים נשוא עתירה זו (נספח 1 לעיל), מומשה האופציה פעמיים (פעם ראשונה ב-2006, פעם שנייה ב-2009). למיטב ידיעת העותרת, **בשתי הפעמים הנ"ל לא התקבלה כנדרש החלטה של וועדת המכרזים על מימוש זכות הברירה.**

השינויים המהותיים בהסכם במסגרת הדיונים בבג"צ 5031/10 :

25. ביום 9.7.10 הגישה העותרת דכאן יחד עם שמונה אנשי רוח ואקדמיה, את בג"צ 5031/10 שעניינו חוקיות ההתקשרות משנת 2005 בין רט"ג ואלע"ד. בעתירה נטען כי ההתקשרות הינה האצלה אסורה של סמכויות ניהוליות לגוף פרטי, לוקה בחוסר סבירות קיצוני לנוכח טיב והיקף הסמכויות שהועברו, אופי האתר ואופיה הפוליטי של אלע"ד, יוצרת ניגוד עניינים חמור ונוגדת את חובת רט"ג להקצות את משאביה באופן שוויוני ואת הוראות דיני המכרזים.
26. במסגרת התגובות לעתירה הסכים השר להגנת הסביבה (באמצעות פרקליטות המדינה), כי רט"ג העבירה לאלע"ד בהסכם סמכויות שמהן אסור לה להתפרק וכי נדרשים לפיכך שינויים להסכם. כך כתבה פרקליטות המדינה בתגובתה :

"בחירת ההסכם במסגרת העתירה דן מובילה למסקנה כי מספר סוגיות הנכללות בהסכם, על פי נוסחו הנוכחי, עשויות לעורר קושי ועל כל פנים הן טעונות תשומת לב מיוחדת. זאת, על מנת להבטיח כי ההסכם ישקף בצורה ברורה את חלוקת העבודה הרצויה...

יש להבטיח ש"צוות ההיגוי", אשר מוקם מכוח סעיף 5 להסכם – לא יגרע מסמכויותיה של הרשות על פי דין... יש לוודא כי יישום סעיפים אלה [סעיפים 5-6 להסכם] ושיבתו של נציג הרשות בצוות ההיגוי (כחבר "שווה בין שווים" לצד נציג של אלע"ד...) אין בו כדי לטשטש את מעמדה של הרשות...

בעניין גביית אגרות... עמדת המדינה הינה כי ככלל כל גביה המהווה חלק מפעילויות הגן הלאומי... מן הראוי שתגיבה בידי הרשות עצמה... ככל שיש מקום לשלם לגורם כלשהו עבור חלקו בפעילות מסוימת.... אין מניעה לעשות כן, אולם העניין טעון הסדרה ביחסים

שבין הרשות לבין אותו גורם, ולאחר שהאגרה בכללותה הנגבית מן המבקר עברה את תהליכי ההתקנה והאישור המחויבים על פי החוק...

גם בנושא ההדרכות... ראוי לבחון את ההסדר שנקבע בהסכם... מאחר שפעולות חינוך, הסברה והדרכה הינן חלק מתפקידיה של הרשות ע"פ החוק, עלול להתעורר קושי עם ההסכם לגבי חלוקת העבודה בכל הנוגע לקיום הדרכות **מטעם הגן הלאומי**, ככל שנקבע שהן יבוצעו בעיקר ע"י אלע"ד... ראוי שתיבחן מתכונת אחרת בכל הנוגע לביצוע הדרכות באתר...

מן ההסכם עולה גם סוגיה של קיום אירועים פרטיים באתר... ההסדר הקבוע בסעיף 18 להסכם דנו, אשר מתייחס למיזמים כלכליים שונים, ובכלל זה אירועים בשטח הגן, צריך להיות מותאם לתפיסה כללית שתגובש ברשות בנוגע לקיום אירועים בשטחם של גנים לאומיים".

(ראו סעיפים 30-38 לתגובתו המקדמית של המשרד להגנת הסביבה מיום 25.10.11 לבג"צ 5031/10)

**[8] העתק תגובתו המקדמית של המשרד להגנת הסביבה לבג"צ 5031/10 מצ"ב ומסומן נספח 8.**

27. גם רט"ג הסכימה בתגובתה, כי לאור תגובתה המקדמית של המדינה, יש לשנות את ההסכם כך שתושב לה הזכות – עליה ויתרה בהסכם – להעביר הדרכות באתר ובסביבותיו בנושא "עיר דוד ואתרי בית ראשון" וכן (עמ' 62 לתגובתה המקדמית של רט"ג לעתירה).

**[9] העתק תגובתה המקדמית של רט"ג לעתירה בבג"צ 5031/10 מצ"ב ומסומן נספח 9.**

28. ביום 26.10.11 קיים בג"ץ דיון ראשון בעתירה ובסיומו הנחה את המשיבים לעתירה להכניס שינויים בהסכם על-מנת שיבטיחו כי לא יועברו לאלע"ד סמכויות ניהול של האתר.

"בשלב זה מוסכם על הצדדים בהמלצת בית המשפט, כי נציגי המשיבים יגבשו נוסח מתוקן של ההסכם מיום 7.3.05... בגיבוש הנוסח המתוקן יתנו המשיבים את דעתם להשגות שהועלו בקשר עם סמכויות בעלות אופי ניהולי שניתנו למשיבה 3 [אלע"ד – הח"מ] על פי ההסכם, בין היתר, בכל הנוגע לצוות ההיגוי ובנושא ההדרכה".

**[10] החלטת בית המשפט העליון מיום 26.10.11 בבג"צ 5031/10 מצ"ב ומסומנת נספח 10.**

29. ביום 10.1.2012 העבירו רט"ג ואלע"ד טיוטא ראשונה של ההסכם, הכוללת שורה של שינויים מוסכמים, שגובשו כאמור במעורבות פרקליטות המדינה (הועבר לעותרת ביום 10.1.12).

**[11] העתק הגירסא הראשונה להסכם המתוקן (הועברה לעותרים ביום 10.1.12) מצ"ב ומסומן נספח 11.**

30. לקראת הדיון השני בעתירה, ולאחר שעיינו בהערות העותרים לטיוטה הראשונה, העבירו רט"ג ואלע"ד שורה של שינויים מוסכמים נוספים להסכם (הועבר לעותרת ביום 26.2.2012).

**[12] העתק הגירסא השניה להסכם המתוקן (נספח א' להודעה המעדכנת מטעם רט"ג מיום 26.2.12) מצ"ב ומסומן נספח 12.**

31. לאחר הדיון השני בעתירה ביום 27.2.2012 ולאור ביקורת שהעביר בית המשפט העליון על נוסח טיוטת ההסכם החדש, הודיעו רט"ג ואלע"ד על תיקונים נוספים שהוכנסו בהסכם, והעבירו גירסא שלישית של תיקונים.

**[13] העתק הגירסא השלישית להסכם המתוקן (נספח א' להודעה המעדכנת מטעם רט"ג ואלע"ד מיום 7.3.12) מצ"ב ומסומן נספח 13.**

32. בין לבין קיבלה וועדת המכרזים של רט"ג את החלטתה נשוא עתירה זו. ישיבת הוועדה התקיימה ביום 22.2.2012, ערב הדיון השני בעתירה. פרוטוקול הוועדה נחתם ביום 26.2.12.

33. בפסק-דינו מיום 26.3.2012 קבע בית המשפט העליון, כי לאור **מכלול השינויים המהותיים להתקשרות** מיצתה העתירה עצמה בכפוף לפירוט מספר הגבלות נוספות על העברת הסמכויות במסגרת ההסכם (פסק הדין צורף בנספח 3 לעיל).

34. להלן ריכוז השינויים המהותיים שהוכנסו במסגרת ההתדיינות בבג"ץ 5031/10 בהסכם מ-2005, שהתקבלו עד ליום 26.2.12:

34.1. תיקון הסעיף בהסכם המסמיך את אלע"ד באופן בלעדי (והאוסר על רט"ג) לעסוק בהדרכות באתר ובסביבותיו בנושא "עיר דוד ואתרי בית ראשון".<sup>6</sup>

34.2. תיקון הסעיף המתיר לאלע"ד לערוך אירועים פרטיים בשטחי הגן הלאומי כראות עיניה, כך שיידרש לכך אישור רט"ג.<sup>7</sup>

34.3. תיקון הסעיף המתיר לאלע"ד לגבות סכומי כסף נוספים, בנפרד ממכירת כרטיסי הכניסה לאתר, עבור כניסה לנכסים שונים שבהם יש לה זכויות בתחומי האתר.<sup>8</sup>

34.4. תיקון הסעיף המסמיך את אלע"ד להעביר את ההדרכות הרשמיות באתר: איסור על אלע"ד להעביר הדרכות הנחזות להדרכות "רשמיות" (איסור על ענידת סמל רט"ג, הטלת חובת הזדהות ארגונית על המדריכים).<sup>9</sup>

34.5. ביטול צוות ההיגוי של האתר (שבו היו לאלע"ד שלישי מהקולות וכן זכות וטו על החלטותיו)<sup>10</sup>. צוות ההיגוי היה אחראי, בין השאר, לאישור תוכנית תפעול שנתית לאתר, וכן תוכניות פיתוח.

34.6. הטלת חובה על אלע"ד לקבל אישור מראש מרט"ג לגבי עריכת כנסים, אירועים וטקסים באתר.<sup>11</sup>

---

<sup>6</sup> ראו בסעיפים 61-62 לתגובה המקדמית לעתירה מטעם רט"ג מיום 23.10.11. על פי ההסכם רק לאלע"ד סמכות להדריך בנושא זה בסביבות האתר. יודגש כי כפי שמרמז עליו שמו, ייחודו הארכיאולוגי של אתר עיר דוד הינו בממצאים מתקופה זו, ותקופה זו הינה הנושא המרכזי – אם לא היחיד – לגבי מועברות הדרכות לתיירים באתר.

<sup>7</sup> ראו בסעיף 68, שם.

<sup>8</sup> ראו בסעיפים 69-72, שם.

<sup>9</sup> טיוטת ההסכם השניה שהועברה לעותרים ביום 26.2.12.

<sup>10</sup> טיוטת ההסכם הראשונה שהועברה לעותרים ביום 10.1.12.

<sup>11</sup> טיוטת ההסכם השניה שהועברה לעותרים ביום 26.2.12.

- 34.7. ביטול ההסדר שלפיו בהתגלע חילוקי דעות ביחס לאתר, ילובנו אלה מתוך "רצון טוב" בידי יו"ר אלע"ד ומנכ"ל רט"ג (החזרת סמכות ההכרעה במחלוקות לידי מנכ"ל רט"ג)<sup>12</sup>.
- 34.8. תיקון הסעיף שהסמיך את אלע"ד לקבוע באופן בלעדי את שעות פתיחת האתר; נקבע כי אלה תיקבענה בהתאם להנחיית רט"ג<sup>13</sup>.
- 34.9. תיקון הסעיף שהתיר לאלע"ד לפתח מיזמים כלכליים עתידיים בנכסיה בתוך תחומי האתר לפי ראות עיניה, כך שהפיתוח כפוף לאישור רט"ג<sup>14</sup>.
- 34.10. תיקון הסעיף המסמיך את אלע"ד להכין את תכנית השיווק של האתר, כך שהתכנית טעונה אישור מראש של רט"ג<sup>15</sup>.
35. במסגרת הטיוטא השלישית (לאחר מועד חתימת וועדת המכרזים על פרוטוקול הדיון) סוכם גם על הצבת מנהל הגן הלאומי כולו כמנהל האתר התיירותי מטעם רט"ג<sup>16</sup>.
36. להלן ריכוז השינויים המהותיים הנוספים שהורה בית המשפט העליון להכניס להסכם במסגרת פסק-דינו:
- 36.1. חיוב רט"ג ליצור מערך הדרכות רשמי מטעמה באתר<sup>17</sup>.
- 36.2. הטלת חובה פוזיטיבית על רט"ג לוודא שאלע"ד לא תזכה למעמד מועדף במתן הדרכות<sup>18</sup>.
- 36.3. חיוב רט"ג להנפיק קבלות למבקרים באתר בעצמה, ולא באמצעות אלע"ד<sup>19</sup>.
37. ביום 26.3.12 נתן כאמור בית המשפט העליון את פסק דינו בעתירה. (נספח 3), בו נאמר כי לאור מכלול השינויים המהותיים שנערכו בהסכם במסגרת ההתדיינות, נחה דעתו כי ההסדר שיוצר ההסכם המתוקן אינו בלתי חוקי (סעיפים 22-16 לפסק הדין):
- "אנו סבורים כי בנסיבות העניין ובמיוחד בשים לב לשינויים המהותיים שבוצעו בטיוטת ההסכם שהתגבשה במהלך הדיון בעתירה - דין העתירה להידחות וזאת בכפוף למספר הערות שתפורטנה להלן...**
- מעיון בהוראותיה של טיוטת ההסכם כפי שזו עודכנה בעקבות הערות העותרים, המדינה ובית המשפט, עולה כי רוב הפעולות שביצעו נמסר לעמותה הן בעלות**

<sup>12</sup> טיוטת ההסכם השנייה שהועברה לעותרים ביום 26.2.12.

<sup>13</sup> טיוטת ההסכם הראשונה שהועברה לעותרים ביום 10.1.12.

<sup>14</sup> טיוטת ההסכם השנייה שהועברה לעותרים ביום 26.2.12.

<sup>15</sup> טיוטת ההסכם הראשונה שהועברה לעותרים ביום 10.1.12.

<sup>16</sup> טיוטת ההסכם השלישית (נספח א להודעה המעדכנת מטעם רט"ג ואלע"ד מיום 7.3.12). יוער כי בהסכם המקורי משנת 2005 צויין כי האתר ינוהל מטעם רט"ג ע"י מנהל מרחב ירושלים ברט"ג, ובעקבות הערת בג"צ בדיון שונה ההסכם כך שיכלול התייחסות למנהל הגן (ולא למנהל המרחב). יצויין כי מנהל המרחב המכהן שימש בעבר כמנהל בית המבקרים של אלע"ד).

<sup>17</sup> ראו בסעיף 22, שם.

<sup>18</sup> ראו בסעיף 21 לפסק הדין בבג"צ 5031/10.

<sup>19</sup> ראו בסעיף 21 לפסק הדין בבג"צ 5031/10.

**אופי תפעולי וחלקן האחר, אף שכרוכה בו הפעלה מסוימת של שיקול דעת, כפוף לפיקוח ולבקרה הדוקים של הרשות תוך שעיקר שיקול הדעת אשר הוקנה לרשות על-פי דין נותר בידיה".**

38. יושם אל לב, כי בית המשפט העליון עסק בחוקיות ההסכם ללא התייחסות לשאלת הספק. בית המשפט נתן הכשר להתקשרות של רט"ג לתפעול הגן הלאומי עם ספק חיצוני בכפוף לשינויים שהוכנסו להסכם. בית המשפט לא עסק בזהות הספק החיצוני, ולא נתן הכשר להתקשרות עם אלע"ד. לטענות בעניין זה הפנה כאמור בית המשפט העליון את העותרים לבית המשפט המינהלי בעתירה לפי דיני המכרזים (סעיף 16 לפסה"ד, צוטט בראש העתירה).

#### לסיכום: ההסכם משנת 2005 לעומת ההסכם המתוקן משנת 2012

39. ארבעת הגלגולים שעברו טיוטות ההסכם השונות יצרו לבסוף הסדר חדש ושונה בתכלית בכל הנוגע לסמכויותיה של אלע"ד באתר. נזכיר, ההסכם משנת 2005 יצר מצב בו אלע"ד **מתפעלת (ובפועל – למעלה מכך)** את האתר, מפעילה את **מערך ההדרכה הרשמי** היחיד באתר, וללא קיומו של מערך מקביל של רט"ג, **משווקת** את האתר תוך שימוש בסמליל ("לוגו") של האתר, **מגייסת לעצמה תרומות** בחו"ל תוך שימוש בשם ובסמליל האתר, **גובה אגרות כניסה ומנפיקה קבלות** תמורתן, **מוכרת כרטיסים משולבים של כניסה + הדרכה** ללא שניתנת למבקרים הזדמנות לרכוש ההדרכה באופן דומה מגורם אחר, **מחליטה ומבצעת** אופן סימון ושילוט האתר ללא פיקוח או תחת פיקוח רופף ביותר, קובעת את **ימי ושעות הפתיחה לאתר** וכן את החלקים באתר שיהיו **פתוחים לקהל** ואת אלה הטעונים בידוק בטחוני ו/או **תשלום דמי כניסה**, אחראית על **פיתוח וייזום מיזמים** כלכליים ותיירותיים חדשים באתר, **מקצה אותו לפי שיקוליה לכנסים, אירועים וטקסים פרטיים**, מחזיקה בשליש מקולות ההצבעה **ובזכות-וטו** בצוות ההיגוי שקבע את תכנית התפעול, הפיתוח ותקציבו השנתי של האתר.

40. זה היה המצב העובדתי שיצר ההסכם מ-2005, וזה היה המצב העובדתי בפועל, שכמובן הלך והתייצב עם השנים, כאשר התקבלו ההחלטות על מימוש האופציה ב-2006 וב-2009, והמצב בשטח כאשר קיבלה וועדת המכרזים את החלטתה נשוא עתירה זו. ההסכם לאחר השינויים יוצר מצב שונה לחלוטין. **העותרת רואה בשינויים אלה שינויים בלתי מספיקים וסבורה כי גם לאחר שינויים אלה הסמכויות של אלע"ד הן סמכויות ניהול שאמורות להשאר בידי רט"ג.** עם זאת, בג"צ, רט"ג ואלע"ד רואים בשינויים שנעשו שינויים מהותיים. בהתאם לגישה זו, מעמדה של אלע"ד השתנה מ"בעלת הבית", אשר בפועל מנהלת את האתר כאשר רט"ג מפקחת (לכאורה) על פעילותה, הנהנית מבלעדיות על מתן שירותי מפתח באתר, וע"פ החוזה בנוסחו החדש אלע"ד אמורה להפוך, לשיטת המשיבות בבג"ץ 5031/10, לשיטת אלע"ד עצמה, לגורם תפעולי בלבד, אשר נותן שירותים מוגדרים, בעלי אופי טכני, באתר.

## נסיבות קבלת החלטת וועדת המכרזים נשוא עתירה זו

41. ביום 22.2.2012 נערכה כאמור ישיבת וועדת המכרזים בה התקבלה ההחלטה נשוא עתירה זו. ביום 26.2.12 נחתם הפרוטוקול. נסיבות קבלת ההחלטה מחזקות את היחס החשדני לה היא זכאית.

42. ביום 7.2.12 הגישו העותרים בבג"ץ 5031/10 לבית המשפט הודעה מעדכנת, בה, בין היתר, חזרו והדגישו את עמדתם שמעבר לטענות ביחס להסכם, חייבת רט"ג בקיום מכרז, ולחילופין – הוצאת פטור ממכרז - לצורך ביצוע ההתקשרות עם אלע"ד.

43. ביום 26.2.2012, יום לפני הדיון השני בעתירה בבג"ץ, הועברה לידי הח"מ בדוא"ל ההודעה המעדכנת של רט"ג, אליה צורף עותק בלתי חתום של פרוטוקול וועדת המכרזים נשוא עתירה זו. העתק חתום הועבר לח"מ רק בשעות הצהריים של אותו יום.

**[14] העתקי מכתביהן (בדוא"ל) של ב"כ רט"ג, עו"ד שרה שלום ועו"ד איריס ליגומסקי, מיום 26.2.12 (משעות הבוקר והצהריים) מצ"ב ומסומנים נספח 14.**

44. כלומר, ממש בדקה ה-90, פחות מ-24 שעות לפני הדיון בבג"ץ, ולמרות שבתגובתה המקדמית לעתירה כתבה שבכלל לא סברה שיש מקום לעריכת מכרז משום שלגישתה לא היה בו טעם (ס' 90 לתגובה המקדמית מטעם רט"ג, נספח 9 לעיל), ולאחר שהעותרת הבהירה כי לראייתה המשפטית יש חובת מכרז, מצאה לנכון רט"ג לקבל את ההחלטה הנ"ל, שהתקבלה בכזאת בהילות, ש-24 שעות לפני מועד הדיון בבג"ץ לא היתה עדיין בידי המחלקה המשפטית של רט"ג החלטה חתומה. נסיבות אלה מראות, שתכלית ההחלטה הנ"ל היתה ניסיון לשפר את מצבה של רט"ג בפני בית המשפט.

### האם מומשה החלטת ועדת המכרזים ושינוי ההסכם?

45. לאור השינויים המהותיים בהסכם, נדרש היה כי החלטת וועדת המכרזים תלווה בחתימה על התקשרות הכוללת את התנאים החדשים.

46. העותרים פנו אל רט"ג מספר רב של פעמים בבקשה לברר האם נחתם הסכם עם אלע"ד בגירסא המעודכנת או בגירסא כלשהי, ואם כן באיזה תאריך ולאילו תקופה, וכן לקבל את העתק ההסכם בגירסא שנחתם. לחילופין ביקשה העותרת כי במידה ומדובר רק במימוש זכות בררה, לקבל את המועד בו הודיעה רט"ג בפועל לאלע"ד על מימוש זכות הבררה, ולאילו תקופה, וכן את העתק ההודעה כאמור, וכן לקבל הודעה על מועד עדכון ההסכם עם אלע"ד, ומועד החתימה מול אלע"ד על החוזה המעודכן ככל שהיתה כזו, והעתק החוזה בגירסתו המעודכנת.

47. עוד בטרם ניתן פסק דינו של בג"צ, בין התאריכים 15.3.12-4.3.12 פנו הח"מ לצוות הלשכה המשפטית ברט"ג פעמים רבות טלפונית על מנת לברר האם הוחלט על הארכת ההתקשרות עם אלע"ד בהתאם להחלטת ועדת המכרזים.

48. פניות אלה הניבו אך ורק התחמקויות. לפיכך פנו הח"מ בדוא"ל ליועמ"ש רט"ג, עו"ד שרה שלום, פירוט בפניה את הפניות הקודמות שנעשו, וביקשו תשובה לשאלתם.

**[15] העתק הפנייה בדוא"ל ליועמ"ש רט"ג מיום 18.3.12 מצ"ב ומסומן נספח 15.**

49. לאחר שגם פניה זו לא הניבה תשובה, פנו הח"מ ביום 29.3.2012 בכתב – בפקס ובדוא"ל בשנית לרט"ג (ולפרקליטות המדינה בהעתק), פירטו את השתלשלות הפניות הקודמות ודרשו לקבל תשובה ללא דיחוי.

#### **[16] העתק הפניה ליועמ"ש רט"ג מיום 29.3.12 מצ"ב ומסומן נספח 16.**

50. כל הפניות לא הועילו ועד למועד הגשת עתירה זו לא התקבלה התייחסות רט"ג לשאלה הטרוויאלית האם מומשה החלטת ועדת המכרזים. רט"ג מתעלמת מהערת בית המשפט העליון בעניינה, וממשיכה לנהוג בחוסר שקיפות מקומם.

#### **מיצוי הליכים**

51. במסגרת העתירה לבג"ץ תקפה העותרת את ההתקשרות עם אלע"ד, טענה שאיננה חוקית, שהיא בגדר הפרת חובת המכרזים ועקיפת דיני המכרזים ומטעמים אלה גם טענה כי לא ניתן להאריך את תוקפה. גם לאחר שרט"ג הודיעה על מימוש זכות הברירה טענה העותרת כי אין להאריך את ההתקשרות אלא לבטלה. עמדתה של העותרת לא התקבלה כמובן על-ידי רט"ג, אשר הגנה בבג"צ על ההליכים שביצעה להארכת ההתקשרות.

52. פניות העותרת לרט"ג בדרישה להימנע מהארכת ההתקשרות עם אלע"ד, הן פניות במכתבים והן טענות במסגרת כתבי בי-דין, מצ"ב ומסומנות **נספח 17**

53. לאחר שדרישות העותרת להימנע מקבלת ההחלטה נשוא עתירה זו נדחו בפועל, וההחלטה נתקבלה, כל נסיונות העותרת לברר האם ההחלטה מומשה לא זכו למענה (ראו נספחים 15 ו-16 לעיל)

54. מכאן עתירה זו.

### **הטיעון המשפטי**

#### **נקודת המוצא: יחס חשדני להחלטת ועדת המכרזים**

55. התשלשלות העניינים מחייבת להפעיל יחס חשדני, וביקורת שיפוטית מחמירה, ביחס להחלטה על המשך ההתקשרות עם אלע"ד ללא קיומו של הליך מכרזי.

56. העובדות הן, כפי שתוארו ברקע העובדתי לעיל, כי רט"ג (ועוד קודם לכן רשויות ציבוריות אחרות) קיבלו סדרה של החלטות, כולן בלתי תקינות מבחינת דיני המכרזים וכללי מינהל תקין, שכל מטרתן הנצחת נוכחותה של אלע"ד בגן הלאומי ומתן סמכויות ניהול/תפעול בתחומו, הגובלות לעיתים במתן מעין 'זיכיון' להפעלת נכס בעל חשיבות לאומית.

56.1. תחילה העניק ממ"י לאלע"ד – ללא מכרז או פטור ממכרז – הרשאה להפעיל את האתר.

56.2. לאחר מכן העניקה עיריית ירושלים לאלע"ד סמכות לנהל אספקטים מסוימים באתר ללא מכרז וללא פטור ממכרז.

- 56.3. לאחר שהסכמי ההרשאה עם גופים אלה בוטלו בעקבות עתירה לבג"ץ ניהלה אלע"ד בפועל אספקטים מסוימים בגן הלאומי ללא מכרז וללא פטור ממכרז.
- 56.4. לאחר מכן, ב-2005, התקשרה רט"ג עם אלע"ד בהסכם נשוא התקשרות זו להפעלת/תפעול האתר – ללא מכרז וללא החלטה על פטור ממכרז.
- 56.5. בהמשך מומשו זכויות ברירה על הארכת ההסכם – מבלי שהתקבלו החלטות כדן של וועדת המכרזים.
- 56.6. בתגובתה לבג"ץ טענה רט"ג (בלשון רפה, אמנם) שכלל אין חובת מכרז<sup>20</sup>.
- 56.7. כאשר התהדק החבל על צווארה, יום לפני הדיון בבג"ץ, החליטה לפתע רט"ג, בניגוד לתגובתה שלעיל, כי יש צורך להסדיר את ההתקשרות לפי חוק חובת המכרזים והתקנות שמכוחו, ו-וועדת המכרזים שלה קיבלה את ההחלטה נשוא ערר זה.
57. התנהלותה זו של רט"ג מלמדת על חתירה להשגת תוצאה מסוימת: המשך הענקת זכויות התפעול/ניהול לאלע"ד, כאשר בכל פעם מותאמת הטקטיקה המשפטית לשם השגת היעד האסטרטגי.
- הדברים מזכירים וועדת מכרזים הנחושה להכריז על זוכה מסוים, וכל פעם משנה את החלטותיה ואת נימוקיה המשפטיים כדי להתאימן לנסיבות המשתנות בכדי להגיע לאותה תוצאה הרצויה על-ידה. התנהלות כזו חשודה היא, ומצדיקה כאמור ביקורת שיפוטית מחמירה (והשווה: בג"ץ 292/61 בית אריזה רחובות נ' שר החקלאות, פ"ד טו (1) 20).
- אי חוקיות החלטת וועדת המכרזים לאור אי חוקיות התקשרות המקור מ-2005 (מבחינת ההליך): ללא מכרז וללא פטור ממכרז
58. כשם שאין רשות ציבורית רשאית מלכתחילה להתקשר בהסכם בלתי חוקי או בהליך בלתי חוקי, אין היא גם רשאית לממש אופציה (או להרחיב) התקשרות שהינה בלתי חוקית במקור. הסכם בלתי חוקי יש להפסיק, אך בודאי ובודאי שאין להאריך.
59. בענייננו, ההתקשרות בין רט"ג לבין אלע"ד מ-2005 היא בלתי חוקית על פניה, משום שהתקבלה ללא החלטה של וועדת המכרזים של רט"ג על פטור ממכרז.
60. רט"ג היא תאגיד שהוקם בחוק (חוק רשות הטבע והגנים הלאומיים, התשנ"ח-1998) – תאגיד ממשלתי במובנו של סעיף 1 לחוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992, אשר חלה עליו חובת מכרז לפי סעיף 2 לחוק. על התקשרויות של תאגיד מסוג זה חל פרק ו' לתקנות המכרזים ("התקשרויות של

<sup>20</sup> "ככל שיכולה להישמע בעניין זה טענה לחובת מכרז... " (סעיף 90 לתגובה המקדמית של רט"ג לבג"ץ 5031/10, נספח 9 לעתירה זו).

תאגיד שהוקם בחוקי), המחילות עליו את החלק הארי של פרק התקנות הכלליות, וכן תקנות ספציפיות המנויות בפרק זה.

61. כל התקשרות של רט"ג מחוייבת איפוא בעריכת מכרז פומבי, אלא אם החליטה וועדת המכרזים שלה, על-פי אחת העילות המנויות בתקנות (ובהליך תקין ובהתאם לעקרונות המשפט הציבורי הכלליים), על פטור ממכרז. **התקשרות במכרז או החלטת וועדת מכרזים על פטור – אין אופציה אחרת.**

62. בענייננו, ההתקשרות מ-2005 שאופציה להארכתה מבקשים לממש עתה, לא היתה בעקבות מכרז, וגם לא בעקבות החלטה של וועדת המכרזים של רט"ג על פטור ממכרז. משמעות הדברים היא, שמדובר בהתקשרות בלתי חוקית, תוך הפרה של חוק חובת המכרזים ושל כללי מינהל תקין אלמנטריים.

63. יוער, כי העובדה שההתקשרות לא בוצעה במכרז או מכוח החלטה של וועדת המכרזים על פטור ממכרז נלמדת מהעניינים הבאים:

63.1. בבג"ץ 5031/10 טענו העותרים במפורש, כאחת הטענות נגד אי חוקיות ההתקשרות, כי ההתקשרות בוצעה ללא קבלת פטור ממכרז. בתשובתה לעתירה לא טענה רט"ג אחרת. חזקה על רט"ג, שאילו הטענה שהועלתה במפורש היתה לא נכונה, היתה מציינת זאת.

63.2. בהחלטת וועדת המכרזים של רט"ג נשוא עתירה זו, נשאלה היועצת המשפטית של רט"ג במפורש על-ידי אחד מחברי הוועדה, "האם הנושא עלה בעבר בדיוני הוועדה וקיבל פטור ממכרז? (שורה אחרונה בעמוד הראשון)". תשובה פשוטה, שלו התשובה עליה היתה חיובית היתה נענית ב"כן" פשוט. במקום זאת השיבה היועמ"שית את התשובה הבאה: "ההתקשרות כזו מלכתחילה היתה פטורה ממכרז..." ("היתה פטורה" ולא "קיבלה פטור"). המשמעות של תשובה כזו שההתקשרות לא קיבלה פטור ממכרז, שכן חזקה על היועמ"שית שלו היתה התשובה הפשוטה "כן" היתה משיבה תוך הפניה להחלטה (עוד לעניין המידע המטעה או החסר שהובא לפני וועדת המכרזים ר' להלן).

63.3. בתגובתה לבג"ץ 5031/10 הסבירה רט"ג כי כלל לא שקלה לקיים מכרז. היא סברה, כי מצב הדברים בשטח פוטר אותה מחובת מכרז. כך הסבירה רט"ג לבג"ץ (סעיף 90 לתגובתה): "לא מדובר במצב בו ביקשה המשיבה לערוך מכרז לבחירת מפעיל האתר, אלא במצב בו עמדה בפניה עובדה".

64. אין צורך לומר, כי הסבר זה של רט"ג לפני בג"ץ מדוע אפילו לא שקלה לקיים מכרז, מוזר וסותר מושכלות יסוד בדיני מכרזים. אם לשיטתה של רט"ג הנסיבות בשטח חייבו התקשרות עם אלע"ד ועם אלע"ד בלבד, היה עליה באמצעות וועדת המכרזים לקבל החלטה על התקשרות בפטור ממכרז, בדרך הקבועה בתקנות, תוך הסתמכות על עילת פטור מסוימת והנמקה מתאימה. התקיימות נסיבות המקימות עילת פטור, מאפשרות לוועדת המכרזים לקבל החלטה על פטור, ולא פוטרות מהצורך לקבל פטור. הדברים מובנים מאליהם ואין צורך להרחיב.

65. אין המדובר בהתקשרות לרכישת עפרונות אלא התקשרות למתן זכויות ניהול / תפעול באתר יחיד ומיוחד בעל חשיבות ארכיאולוגית, סימבולית ופוליטית, כששווי ההתקשרות הישיר והעקיף מגיע למיליוני שקלים. התקשרות ללא מכרז וללא קבלת פטור ממכרז היא תמיד בלתי חוקית, ואולם לאור מהותה של ההתקשרות הספציפית מדובר באי חוקיות חמורה במיוחד.

66. אי החוקיות אינה מסתיימת באי עריכת מכרז או אי קבלת פטור ממכרז ב-2005. אי החוקיות ממשיכה בכך שב-2006 וב-2009 התקבלו ההחלטות על מימוש האופציה ללא קבלת החלטה על-ידי האורגן המוסמך – היא וועדת המכרזים (לעניין אי קבלת החלטה על מימוש זכות ברירה על-ידי האורגן המוסמך ליתן את האישורים הנדרשים השווה הי"פ (ת"א) 1340/00 בית אריזה אביב לפרחים בע"מ נ' רשות שדות התעופה (פורסם בנבו, מיום 20.10.03).

67. משמעות הדברים היא, שהחלטה נשוא עתירה זו מבקשת לבסס עצמה על שלוש קומות של החלטות קודמות, שכל אחת מהן בפני עצמה התקבלה בהליך לא חוקי. אי החוקיות של כל אחד מהשלבים הקודמים שומט את הקרקע מתחת לחוקיותה של ההחלטה האחרונה. לפיכך, החלטת וועדת המכרזים לממש אופציה בהתקשרות שנפל פגם חמור של אי חוקיות בעריכתה וכן בהארכתה (פעמיים), היא בלתי חוקית כשלעצמה (או לחילופין בלתי סבירה באופן קיצוני – ר' להלן).

#### קבלת ההחלטה על סמך תשתית נתונים שגויה או חסרה (הטעיית וועדת המכרזים)

68. וועדת מכרזים כפופה בעבודתה לכללי היסוד של המשפט הציבורי (עע"מ 8610/03 אמנון מסילות נ' המועצה המקומית מע'אר, פ"ד נח(6) 755, 762; עומר דקל, מכרזים (כרך שני), הוצאת שורת הדין 2006, בעמ' 24, והאסמכתאות שם). עקרון היסוד בעבודתה של כל רשות מינהלית הוא קבלת החלטות על בסיס תשתית נתונים מלאה, מהימנה ומבוררת. הוועדה מחויבת בשקילת כל השיקולים הענייניים, ובמתן משקל מתאים לכל אחד מהם (דקל, בעמ' 25). החלטה של וועדת מכרזים המתקבלת על-סמך תשתית עובדתית שגויה או חסרה היא החלטה פסולה.

69. פגם מסוג זה נפל בהחלטה נשוא עתירה זו. בפני חברי וועדת המכרזים הוצג מידע מטעה, או לכל הפחות, וללא כל ספק, הוצג בפנייה מידע חסר, תוך אי הצגת, שלא לומר הסתרה מכוונת, של מידע בעל רלוונטיות ישירה לנושא שעל הפרק. ראשית, בכל הקשור לשאלה האם ההתקשרות עם אלע"ד קיבלה בעבר פטור ממכרז:

69.1. מובן מאליו, שאין דין החלטה על מימוש זכות ברירה בהתקשרות שקיבלה פטור ממכרז בהליך תקין לפי תקנות המכרזים, כדין החלטה על מימוש זכות ברירה בהתקשרות שכלל לא קיבלה פטור ממכרז. במקרה השני יש פגם, או לכל הפחות סימן שאלה של ממש, לגבי חוקיות הליכי ההתקשרות, אשר חייב להיות חלק מאיזון האינטרסים. ומעבר לכך, מערך השיקולים הוא אחר: במקרה הראשון ההתקשרות כבר נבחנה על-ידי וועדת המכרזים בהליך מסודר והתקבלה החלטה פורמאלית על קיומה של עילת פטור. במקרה השני, לעומת זאת, ההתקשרות נבחנת בפעם הראשונה.

69.2. לפיכך, בצדק גמור שאל חבר וועדת המכרזים ורצברגר את היועמ"שית של רט"ג, לאחר שזו סיימה לתאר את הרקע הכללי, האם ההתקשרות עם אלע"ד קיבלה מהוועדה בעבר פטור ממכרז (ר' לעיל). היועמ"שית של רט"ג חייבת היתה להשיב לחברי הוועדה תשובה ברורה לשאלה הפשוטה שנשאלה: "לא", על-מנת שיכירו את מצב הדברים לאשורו בטרם מקבלים החלטה (גם אם לגשתה לו היתה מתבקש פטור זה היה ניתן). היא לא עשתה כן ובכך הוטעו חברי הוועדה.

69.3. יתכן, שלו היו חברי הוועדה מקבלים תשובה ברורה לשאלה שנשאלו – כי ההתקשרות לא קיבלה פטור ממכרז, היה מתעורר הדיון ההכרחי לגבי החוקיות/סבירות של מימוש אופציה להארכת התקשרות שלא קיבלה במקור פטור ממכרז.

70. עניין מהותי זה מביא לכך, שהחלטת וועדת המכרזים לממש את האופציה נגועה באחד משני הפגמים הבאים:

- האפשרות הראשונה היא, שחברי הוועדה קיבלו את ההחלטה לממש את האופציה להארכה נוספת של ההסכם תוך שסוברים בטעות כי ההתקשרות קיבלה ב-2005 פטור ממכרז. בכך נפל פגם חמור של קבלת החלטה מינהלית על-סמך תשתית נתונים שגויה.

- האפשרות השנייה היא, שחברי הוועדה קיבלו את ההחלטה לממש את האופציה מבלי שהוסבר להם כי ההתקשרות לא קיבלה בזמנו פטור ממכרז. בכך נפל פגם חמור של קבלת החלטה מינהלית על סמך תשתית נתונים חסרה.

71. בכך לא מסתכם העניין. פרטי מידע נוספים, שהיו חייבים להיות מובאים בפני חברי וועדת המכרזים, לא הובאו בפניה. ובראש ובראשונה, פרטים על השינויים שהוחלט להכניס בהסכם נכון לאותו מועד. המדובר בשינויים שרט"ג רואה בהם שינויים מהותיים אשר שינו את פני ההתקשרות.

72. כמו-כן, לא הובאו בפני ועדת המכרזים החלטת הביניים של בג"צ בעתירה אשר חייבה שינוי החוזה בעניינים מסויימים (נספח 10 לעיל) וכן לא הובאה בפניה עמדת פרקליטות המדינה כפי שבאה לידי ביטוי בתשובה לעתירה ולפיה בנוסח המקורי של החוזה נפלו פגמים ("קשיים" במילות פרקליטות המדינה בתשובה המקדמית לעתירה, נספח 8 לעיל).

73. החלטת וועדת המכרזים התקבלה גם על-סמך תשתית משפטית שגויה:

74. היועמ"שית של רט"ג הסבירה לחברי וועדת המכרזים, כי אין משמעות לשאלה האם התקבל פטור ממכרז בעת עריכת ההתקשרות מ-2005, משום שממילא עסקינן במימוש זכות ברירה. ובלשונה:

*"איננו נדרשים לאלה [עילות הפטור הרלוונטיות האפשריות – מ.ס, כ.פ.] כיום לאור האמור בתקנה 3(ב), שעניינה התקשרות למימוש זכות בחירה [כך במקור], וכן לאור הפטור הקיים בתקנה 139(1) לתקנות שעניינה מתן פטור לתאגיד לצורך מילוי תפקידו על-פי דין".*

75. בכל הכבוד, המדובר בחוות-דעת משפטית שגויה. מובן מאליו, שיש רלוונטיות של ממש לשאלה האם ניתן בעבר פטור ממכרז, שכן התקשרות ללא מכרז וללא פטור ממכרז היא בלתי חוקית או לכל הפחות מעוררת בעייתיות קשה. החלטה על מימוש אופציה להארכת חוזה בלתי חוקי היא החלטה בלתי חוקית, או לכל הפחות החלטה בעייתית שעל חברי וועדת המכרזים לבחון היטב את סבירותה (ר' סעיפים 54-63 לעיל ולא נחזור על הדברים).

76. תקנה 139(1) כלל אינה רלוונטית לדברים, שכן היא עוסקת בפטור ממכרז להתקשרות חדשה, ועל כך מייד.

### ביסוס ההחלטה תוך בלבול וערבוב בין מימוש זכות ברירה לבין פטור מהתקשרות

77. החלטת וועדת המכרזים פגומה גם משום ערבוב ובלבול בנימוקי הוועדה בין 'מימוש זכות ברירה' לבין 'פטור ממכרז'.

78. וועדת המכרזים קבעה כי היא מחליטה על מימוש האופציה להארכת ההסכם כפי שנקבעה בהסכם ההתקשרות במקור, בהתבסס על שני מקורות הסמכות הבאים: האחד תקנה 33 לתקנות, השני תקנה 139(1) לתקנות. ואולם, שני מקורות סמכות אלה אינם יכולים לחיות זה לצד זה: **זו עניינה הארכת ההסכם קיים, והשנייה עניינה עריכת התקשרות חדשה**, כאשר גם מערך השיקולים שיש להפעיל לצורך קבלת החלטה בהסתמך על כל אחד מהם שונה. הדברים, בכל הכבוד, ברורים, ונפרטם בקצרה.

79. תקנה 33 עניינה הארכת ההסכם קיים מכוח זכות ברירה הקבועה בו. המדובר בהחלטה הנוגעת לניהולו של ההסכם קיים. תקנה 139(1) מעגנת את אחת מעילות הפטור מעריכת מכרז לצורך התקשרות חדשה של תאגיד ממשלתי (בנוסף לעילות הפטור הכלליות המנויות בסעיף 3). המשמעות של ביסוסה של החלטה גם על תקנת מימוש זכות ברירה וגם על תקנת פטור ממכרז כמוה כקבלת החלטה הן על הארכת ההסכם קיים והן על עריכת ההסכם חדש בעת ובעונה אחת. המדובר בתרתי דסתרי.

80. גם מערך השיקולים שיש לשקול לגבי הפעלת כל אחת מתקנות אלה שונה, משום שהבעייתיות העקרונית בכל אחת מהן שונה לחלוטין. מימוש אופציה בהסכם קיים (בין אם בוצע בעקבות מכרז ובין אם בוצע בעקבות הליך של פטור ממכרז) מעורר בעייתיות פחותה, משום שההתקשרות הינה פרי תחרות (כלומר הפגיעה בשוויון מצומצמת), או לחילופין פרי שיקול דעת שהופעל בעת החלטה על פטור. למרות זאת, החלטה על פטור ממכרז נתפסת כבעייתית הרבה יותר, משום שכאן על הרשות לבחון את הדברים מלכתחילה.

81. יוער, כי מובן שקיומן של עילות פטור יכולות להוות טעם ענייני למימוש זכות אופציה בהסכם קיים, אך החלטה על פטור ממכרז אינה יכולה לדור בכפיפה אחת עם החלטה על מימוש זכות ברירה.

82. יחד עם זאת, מפרוטוקול וועדת המכרזים, ועוד יותר מהשורה התחתונה של דיון הוועדה המובאת תחת הכותרת "החלטה" בסוף המסמך, עולה בבירור כי החלטה היתה לממש זכות ברירה, ולא לא החלטה על הענקת פטור.

83. לפיכך, הסתמכות הייעוץ המשפטי של הוועדה על סעיף 39(1) היתה שגויה, וגם בה היה כדי להטעות את חברי וועדת המכרזים, לכל הפחות אלה שאינם משפטנים. מעבר לכך יש בה כדי להעיד על האופן החפוז בו התקבלה ונומקה החלטה, במסגרת מקצה השיפורים ערב הדיון בבג"ץ.

84. ואחרון: תקנה 40 לתקנות המכרזים קובעת, כי "החלטה על סוג התקשרויות כאמור בתקנה 39 טעונה אישור האורגן המוסמך לקבוע את מדיניות התאגיד". האורגן המוסמך לקבוע את מדיניות רט"ג הוא, בהתאם לסעיף 14 לחוק הגנים הלאומיים, מליאת רט"ג<sup>21</sup> - לא וועדת המכרזים ולא מנכ"ל רט"ג שחתימתו צורפה להחלטה. מכיוון שלמיטב ידיעת העותרת החלטה לא אושרה על-ידי מליאת רט"ג (ובודאי ובודאי שלא אושרה על-ידי מליאת רט"ג כאשר הוגשה לבית המשפט העליון במסגרת ההתדיינות שם), אין שום תוקף להישענות על תקנה 39(1).

בעת קבלת החלטה כבר הוכרע כי התקשרות המקור מ-2005 היתה מנוגדת לאינטרס הציבורי (ואולי גם לא חוקית)

85. כאשר קיבלה וועדת המכרזים את החלטתה מיום כבר הוסכם והוכרע, כי ההסכם המקורי שהארכתו התבקשה מנוגד לאינטרס הציבורי.

86. עד לאותו מועד כבר התקבלה החלטת הביניים של בית המשפט העליון המורה למשיבים (רט"ג ואלע"ד, במעורבות פרקליטות המדינה), להכניס שינויים בהסכם. שינויים כאמור התקבלו כבר קודם להחלטה זו באופן "וולונטרי" על-ידי רט"ג ושינויים נוספים התקבלו בעקבותיה. משמעות הדברים היא הכרה בכך שההסכם המקורי אינו חוקי או לכל הפחות מנוגד לאינטרס הציבורי ואינו יכול לעמוד על מכונו.

87. עמדת העותרת היא, שמשמעות השינויים שנדרשו רט"ג ואלע"ד לעשות בהסכם היא הכרה באי חוקיותו של ההסכם המקורי. ואולם, העותרת אינה מבקשת את בית המשפט לקבל הכרעה בעניין זה, שכן זו אינה נחוצה. די בכך, שמשמעות השינויים שנדרש לבצע בהסכם היא, לכל הפחות, שההסכם המקורי לא שירת את האינטרס הציבורי.

88. וועדת המכרזים, ככל רשות מינהלית, מחויבת לפעול למען האינטרס הציבורי. כאשר הוכרע כי התקשרות מסוימת מנוגדת לאינטרס הציבורי, אין היא רשאית להאריכה.

---

<sup>21</sup> סעיף 14(א) לחוק הגנים הלאומיים קובע קובע: "המליאה, מבלי לגרוע משאר תפקידיה (1) תקבע את המדיניות הכללית של הרשות בתחום תפקידיה; (2) תתווה את קווי פעולתה של הרשות;...".

89. ואם ייטען, כי השינויים שבוצעו בהסכם ריפאו אותו מפגמיו והפכו אותו לכזה המשרת את האינטרס הציבורי, משמעות הדברים שמדובר בחוזה שנערכו בו שינויים, באופן המחייב עריכת הליך התקשרות חדש. בעניין זה נדון מייד.

בעקבות השינויים שהוכנסו בהסכם במסגרת ההתדיינות בבג"ץ 5031/10: מדובר בהסכם חדש, שיש חובה לצאת למכרז חדש לגביו, ובודאי בודאי שאין להאריכו על-ידי מימוש אופציה

90. בעקבות השינויים שהוכנסו בהתקשרות במסגרת ההתדיינות בבג"ץ 5031/10, המדובר למעשה בהסכם חדש, מצומצם הרבה יותר מבחינת המשימות המוטלות על אלע"ד. השינויים בין נוסח ההסכם המקורי לבין נוסח ההסכם לאחר השינויים נסקרו לעיל (סעיפים 35-33) ולא נחזור על הדברים.

91. קיימת כבר הכרעה שיפוטית, של בית המשפט העליון, כי השינויים שהוכנסו לחוזה מהווים שינויים מהותיים - סעיף 16 לפסק הדין (נספח 3 לעיל).

92. במילים אחרות, כאשר התקשרה רט"ג בהסכם עם אלע"ד ב-2005, וכאשר האריכה פעמיים את ההתקשרות, עמדה לנגד עיניה התקשרות מסוג מסוים, שבפועל מעניקה לאלע"ד מרחב פעולה משמעותי. כאשר בחנה וועדת המכרזים את מימוש האופציה במרץ 2012 ההתקשרות כבר היתה בעלת אופי שונה, שבג"צ קבע כי השוני הוא מהותי ואלע"ד תמצתה את ההתקשרות במתכונתה החדשה ככזו שעניינה תפעול ותו לא – "ניקיון, תחזוקה, אבטחה, ועוד".

93. יודגש כי העותרת סבורה, וכך גם טענה בבג"צ, ששינויים אלו אינם מספיקים וכי רט"ג הותירה בידיה אך סמכויות פיקוח ולא ניהול. עם-זאת, בית המשפט הגבוה לצדק קבע כי החוזה במתכונתו הנוכחי והחדש חוקי וכי השינויים שנעשו מהותיים דיים כדי לתקן את הפגמים עליהם הצביעה העותרת.

94. שינויים אלה, שהוגדרו בפסיקת בג"ץ כ"מהותיים", שנערכו בהסכם חייבו את הפסקת ההתקשרות ויציאה להליך מכרזי חדש גם אם תקופת ההתקשרות לא היתה מסתיימת. יחד עם זאת, בענייננו הדברים מובהקים עוד יותר: תקופת ההתקשרות הסתיימה, והשאלה שעמדה לדיון היתה הארכת ההתקשרות על-ידי מימוש זכות ברירה. במצב דברים כזה בודאי ובודאי שהיה על וועדת המכרזים להחליט אי הארכת ההתקשרות ועל יציאה להליך מכרזי חדש התואם את מהותה החדשה של ההתקשרות.

95. סמכותה של רשות ציבורית לערוך שינויים בהסכם שנכרת בעקבות מכרז הינה בעייתית מטעמים מובנים. שינוי תנאי ההתקשרות עלול לפגוע במשתתפים במכרז אשר הפסידו (אשר לו היו מודעים לשינוי היו מגישים הצעה אחרת ואולי זוכים), במשתתפים הפוטנציאליים (אשר לו היו מודעים לשינוי היו מחליטים להשתתף במכרז). החלטה כאמור היא בעלת פוטנציאל פגיעה של ממש בעקרונות התשתית של דיני המכרזים: שוויון הזדמנויות ותחרות הוגנת. שינוי תנאי ההתקשרות עלול לפגוע באמון הציבור, ופותח פתח לפגיעה בטוהר המידות. במקרים המובהקים, השינויים יוצרים למעשה התקשרות חדשה, המבוצעת ללא מכרז, בסתירה לדיני

המכרזים (ר'): עומר דקל **שינוי תנאיה של התקשרות שנכרתה בעקבות מכרז**, משפט ועסקים ה התשס"ו, 287).

96. באותו מקום מצביע דקל על ההיקש שיש לעשות לעניין זה מההלכה הפסוקה לגבי האיסור על ניהול מו"מ. ככלל, אין לנהל במסגרת מכרז מו"מ. גם כאשר מוסמכת וועדת המכרזים לנהל מו"מ, מדקדקים בתי המשפט עמה ומפרשים את סמכות ניהול המו"מ בצמצום (עע"מ 3813/11 טלדור מערכות מחשבים נ' מלם מערכות בע"מ (פורסם בנבו, מיום 5.1.12)). גם לאחר כריתת ההסכם, הסמכות לנהל מו"מ מצומצמת (בג"ץ 118/83 אינוסט אימפקט בע"מ נ' המנהל הכללי של משרד הבריאות, פ"ד לח(1) 729, בסעיף 15. שם נקבע כי שינוי מותר אם מדובר ב"שינוי בתוך היקפו של החוזה הקיים בלא לשנות את מהותו"). הראציונל של הלכות המו"מ ברור: ההתקשרות צריכה להיות על-פי המכרז ועל-פי ההצעה, ומתן אפשרות לשינוי ההצעה – לרבות אחרי הכרזת זוכה, פוגעת בעקרונות היסוד של דיני המכרזים.

97. אין הלכה פסוקה מבוססת בעניין שיקול הדעת שעל הרשות הציבורית להפעיל בהחלטה האם בעקבות שינויים בהקשריות בעקבות מכרזים יש לערוך הליך מכרזי חדש, בין היתר משום שפעמים רבות שינוי באמור מתרחש בחוסר שקיפות (דקל, עמ' 295). דקל קובע כי לאור עקרונות דיני המכרזים, יש לקבוע חזקה המחייבת יציאה למכרז חדש בעקבות שינויים בהתקשרות. חזקה זו ניתנת לסתירה, והוא מצביע על שיקולים אפשריים להחלטה בעניין זה, וביניהם (הרלוונטיים יותר לענייננו): המבחן העיקרי לדדו של דקל הוא האם מדובר בנסיבות בלתי צפויות מראש, שאז הנטייה תהיה לאשר את השינויים, או שמא השינוי הנדרש הוא "פרי הבאושים של רשלנות בניסוח המכרז או החוזה" (דקל, 310); שינוי "שולי וזניח, הנמצא במעטפת החיצונית של ההתקשרות" ראוי להיחשב טכני ולהתאשר ללא חובת יציאה למכרז חדש. לא כך לגבי שינויים משמעותיים (שם, 3-312); שיקול עיקרי נוסף הוא האם מתמודדים במכרז, או מתמודדים בפוטנציה, היו משנים את הצעותיהם או מחליטים לגשת למכרז לו ידעו על השינויים (שם, 313); ושיקול נוסף האם יש חלופה לספק (שם, 315).

98. שיקולים כלליים אלה ניתנים ליישום בענייננו על דרך ההיקש ולא כפשוטם, משני טעמים: ראשית, עסקינן בהתקשרות שלא בעקבות מכרז (וגם לא בעקבות פטור ממכרז). שנית, בענייננו, ובניגוד להנחת המוצא של הדנים בשינוי התקשרות (כי השינוי מהווה הרחבה של ההתקשרות או הקלה עם הספק – דקל בעמ' 313 בסעיפים ו' ו-ז'), השינויים בענייננו "מצמצמים" לכאורה את ההתקשרות, ולכאורה (לכאורה בלבד) פוגעים באטרקטיביות שלה מבחינת הספק.

99. השינויים בהתקשרות בין רט"ג לאלע"ד, שאותם נזכיר הגדיר בית המשפט העליון כמהותיים, הביאו (או אמורים להביא) לשינוי פניה של ההתקשרות. ההתקשרות הפכה להיות ל"מתן שירותי תחזוקה, ניקיון ואבטחה וכו'" כפי שתמצתה אותם אלע"ד. לא אופי שירותים כזה חזו לנגד עיניהם מעצבי ההתקשרות בין הצדדים ב-2005, כאשר פטרו עצמם מחובת הליך מכרזי.

100. אלע"ד עצמה, הגדירה בתצהיר לבית משפט מיום 26.2.2012, לאחר עריכת רוב רובם של השינויים בהסכם, במסגרת הליך אחר המנהלת מול העותרת<sup>22</sup>, את מהות ההתקשרות כך: "אתר עיר דוד, המנהל ע"י רט"ג תוך הפעלת תחומים מסוימים בו על ידי [אלע"ד] (כגון ניקיון, תחזוקה, אבטחה ועוד)" (ס' 7 לבקשתה לרשות ערעור מיום 28.2.12 - (רע"א (מח' י-ם) 53721-02-12 עמותת אלע"ד נ' עמותת עיר עמים).

101. לפיכך, אם מובהר שהשירותים היום הם לא יותר משירותי ניקיון, אבטחה ותחזוקה (שממילא מסופקים רובם על-ידי קבלני משנה שמועסקים היום על-ידי אלע"ד), הרי שמספר הספקים המסוגלים לכאורה לתת את השירותים הנ"ל גדול מאד, ולכן מובן שבהתאם לשיקול המרכזי של שוויון הזדמנויות ותחרות הוגנת, מחייבים הדברים את הפסקת ההתקשרות וציאה להליך מכרזי. לפיכך, בענייננו, "צמצום" השירותים דווקא מגביר את הפוטנציאל התחרותי של ההתקשרות, ומאפשר יציאה להליך תחרותי, או לכל הפחות מחייב הליך מכרזי חדש בו הדברים יישקלו.

102. אלע"ד זכתה להתקשר עם רט"ג בשל המורכבות המיוחדת של השירותים שזה ביקש להסדיר. הותרת השירותים בידיה כאשר היא עצמה טוענת שלא נותר מהם יותר מאשר שירותי תחזוקה, ניקיון ואבטחה פוגעת באופן מובהק בשוויון ההזדמנויות, המהווה עיקרון תשתית של דיני המכרזים.

103. העובדה כי ההתקשרות אינה בעקבות מכרז, אלא ללא מכרז (בענייננו תוך התעלמות מחוק חובת מכרזים), אינה מהווה טעם להקל עם הרשות אלא דווקא להחמיר עמה. ה"תחרותיות" של ההסכם כלל לא הועמדה למבחן בזמנו, לא בהליך תחרותי וגם לא בדיון מסודר של וועדת המכרזים על עילת פטור, ולפיכך הפגיעה בשוויון ההזדמנויות עתה (באי יציאה להליך מכרזי חדש בעקבות שינוי תנאי ההתקשרות), באה על-גבי פגיעה קודמת באותו עיקרון יסוד.

104. גם יתר השיקולים העיקריים מצביעים על כך שאין רט"ג רשאית לערוך השינויים מבלי לצאת להליך מכרזי חדש. אין המדובר בשינוי זניח "במעטפת החיצונית של ההתקשרות" אלא בשורה של שינויים מהותיים, המצטרפים זה לזה, ואשר שינו את פניה של ההתקשרות; הסיבה לשינויים היא רשלנות (לכל הפחות, אם לא חמור מכך) – עריכת הסכם המנוגד לדין ו/או אינו משרת את האינטרס הציבורי, ולא "נסיבות בלתי צפויות".

105. בענייננו, כל שנאמר לעיל לגבי הפסקת התקשרות בשל שינוי מהותי, יפה מקל וחומר, שכן תקופת ההתקשרות כבר הסתיימה, ו-וועדת המכרזים היתה צריכה להחליט לא האם להפסיק התקשרות שבתוקף, אלא האם חרף השינויים הנ"ל עליה לממש את האופציה ולהאריך את ההתקשרות.

---

<sup>22</sup> תביעת לשון הרע בגובה 2,000,000 ש"ח שהוגשה על-ידי אלע"ד נגד העותרת, חברי וועד מנהל שלה באופן אישי (!) וגורמים נוספים, בגין דו"ח שפרסמה על פעילות התובעת בסילוואן – ת.א (שלום י-ם) 2422/10 אלע"ד נ' עיר עמים ואח'.

106. אם לאור השינויים המהותיים בהתקשרות היתה נדרשת וועדת המכרזים – לו היה מדובר בהתקשרות בתוקף - להפסיק את ההתקשרות ולצאת להליך מכרזי חדש, קל וחומר שהיתה חייבת שלא להאריך את ההתקשרות לאחר שהסתיימה.

107. ויודגש, כי התוצאה המעשית של אי מימוש האופציה היתה החזרת הנושא לרט"ג על-מנת שתבחן כיצד יינתנו השירותים באתר בעתיד, כאשר כל האפשרויות פתוחות בפניה: החזרת מתן השירותים לידיה, יציאה למכרז פומבי, יציאה להליך תחרותי אחר, או התקשרות עם ספק כלשהו בפטור ממכרז.

108. ויצוין, כי וועדת המכרזים לא רק האריכה התקשרות שעברה שינוי מהותי, אלא אפילו לא שקלה האם יש מקום לאי מימוש האופציה לאור השינויים המהותיים. לכך נתייחס בהמשך הטיעון.

חוסר סבירות קיצוני בהחלטת וועדת המכרזים לממש את האופציה לאור השיקולים העניינים שעל וועדת מכרזים לבחון בעת קבלת החלטה על מימוש זכות ברירה

המסגרת הנורמטיבית: מימוש זכות ברירה

109. סעיף 3 לתקנות המכרזים קובע:

*(א) "התקשרות למימוש זכות ברירה של משרד הכלולה בחוזה שנכרת בעקבות מכרז טעונה אישור ועדת המכרזים.*

*(ב) התקשרות למימוש זכות ברירה של משרד הכלולה בחוזה שנכרת שלא בעקבות מכרז, טעונה אישור ועדת המכרזים ואם שווי ההתקשרות עולה על מיליון שקלים חדשים, טעונה גם אישור ועדת הפטור."*

110. מימוש זכות ברירה אינו עניין טכני או טרוויאלי, גם כאשר החוזה הוא בעקבות מכרז (כלומר המשתתפים בכוח ובפועל ידעו על האפשרויות לאופציה ו"התחרו" עליה), ועל אחת כמה וכמה כאשר החוזה אינו בעקבות מכרז. על הרשות לתת דעתה לשיקולים מסוגים שונים.

111. עצם הענקת הסמכות לממש זכות ברירה לוועדת המכרזים של הרשות ולא ליחידה המזמינה או לאורגן אחר ברשות מלמד על אי הטרוויאליות שבהפעלת סמכות מימוש זכות ברירה. הדברים מובהקים, שכן אפילו כאשר מדובר בחוזה שעבר מכרז, כלומר שזכות הברירה היתה ידועה ופתוחה לתחרות, מחייבות התקנות את אישור וועדת המכרזים.

112. לפי הפסיקה, על וועדת מכרזים השוקלת לממש זכות ברירה הנתונה בחוזה – גם בעקבות מכרז - לשקול שורה של שיקולים, שניתן ככלל לשייכן לשתי קטיגוריות:

112.1.1. שיקולי יעילות – בקטיגוריה זו הכוונה היא לשיקולים מהעולם המסחרי, המשקפים את פעילותה של וועדת המכרזים בשוק. על וועדת המכרזים לבחון האם מבחינת יעילות יש מקום לממש את האופציה: האם הספק מבצע את תפקידו כהלכה, מה הסיכוי להשיג בהליך מכרזי חדש התקשרות טובה יותר גם כאשר

לוקחים בחשבון את עלויות העיסקה, מניעת תלות בספק, ההשפעה על יעילות הפיקוח וכו'.

112.2. שיקולים "ציבוריים" – בקטיגוריה זו הכוונה היא לשיקולים של משפט ציבורי, הבוחנים לא רק מה משתלם כלכלית, אלא גם שיקולים כמו שוויון הזדמנויות (על כל פניו של עיקרון רחב זה), הגברת התחרות, סבירות על היבטיה השונים, אמון הציבור, מראית פני הצדק ועוד.

113. לדיון בשיקול הדעת המינהלי וה"מסחרי" בעת בחינת מימושה של זכות אופציה ר' עת"מ (י-ם) 52171-07-10 נרקיס גל הסעות בע"מ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, מיום 24.10.10):

*"הגדרתה של תניה כ"זכות ברירה" אינה מילת קסם. יש לנקוט זהירות בעניין זה ולמנוע מצב בו המדובר למעשה במנגנון שתוצאתו הינה עקיפה של דיני המכרזים וחתימה תחת תכליתם. בהקשר זה, יש מקום לפרשנות של אותן "זכויות ברירה" וקביעת היקף פרישתן. זאת ועוד: הפעלתן על ידי הרשות המנהלית כפופה לכללי שיקול הדעת המנהלי ולדיני המכרזים".*

וכן ר' עת"מ (י-ם) 459/06 בנק יהב לעובדי המדינה בע"מ נ' החשב הכללי (פורסם בנבו, מיום 26.6.06); לדיון כללי בבעייתיות בהארכת התקשרות עם ספק קיים ר' דקל (כרך ראשון), בעמ' 233.

114. כך במקרה הרגיל בו זכות הברירה קבועה בהתקשרות שעברה מכרז, והפגיעה בשוויון ההזדמנויות מוגבלת. על אחת כמה וכמה בהתקשרות שלא עברה מכרז.

115. שוויון הזדמנויות (על היבטיו השונים: הן שוויון הזדמנויות באופן כללי והן שוויון בין מציעים) היא "נשמת אפס" של דיני המכרזים. ההתקשרות עם המדינה מהווה טובת הנאה שלטונית, שיש להקצותה בתנאי שוויון ותחרות. "דשויות ציבוריות .. חייבות לתת למשתתפים פוטנציאלים מן הציבור הזדמנות להתחרות על החוזה בתנאים של שוויון... רק במקרים נדירים ניתן לחרוג מחובה זו ולהתקשר בפטור ממכרז" (עתמ (י-ם) 307/03 (בש"א 7008/03) דרך הים התפלה נ' משרד האוצר, בעמ' 6 (פורסם בנבו, מיום 19.1.03). פגיעה בשוויון ההזדמנויות מהווה פגיעה גם בזכות החוקתית לחופש עיסוק: "עיקר בסיסי בזכות לחופש עיסוק המוגנת בחוק-יסוד: חופש העיסוק הוא חופש התחרות.. התערבות שלטונית המעניקה לאחד את אשר אינו מוענק לאחר... מתערבת בתחרות חופשית באופן הפוגע בחופש העיסוק" (בג"ץ 1030/99 אורון נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נו(3) 640, 659)

116. התקשרות בפטור מכרז היא איפוא חריג לכלל היסוד המחייב תחרות פומבית על התקשרויות עם הרשות הציבורית. שימוש נרחב בפטורים מסכל את תכלית החוק ופוגע בעקרונות התשתית של דיני המכרזים. בהתאם לכך ההלכה הפסוקה היא כי יש לפרש את תקנות הפטור הנוגעות לפטור ממכרז בצמצום רב' (עע"מ 8412/07 חברת מלון ומלון סוויטות נ' שימי הורן, בס' 31 לפסה"ד (פורסם בנבו, מיום 4.3.09)). "אך מובן הוא, כי יש לפרש את עילות הפטור המנויות בתקנה 3 בצמצום. מתן פרוש רחב לעילות הפטור הרבות המנויות בתקנה 3 עלול לרוקן מתוכן לחלוטין את חובת המכרז הכללית שהוטלה בחוק, ולפגוע בעקרונות היסוד של כללי המינהל

הציבורי. הפרשנות המצמצמת מתבקשת מקל וחומר בעניינה של עילת הפטור המנויה בתקנה 28/3 - עת"מ 307/03 שלעיל בעמ' 5, בהקשר של החובה בפרשנות מצמצמת במיוחד לעילות פטור המהוות עילות סל). החלטה של רשות ציבורית להתקשר בפטור ממכרז נתונה איפוא לביקורת קפדנית (לדיון כללי ר', למשל, בג"ץ 4672/90 אריאל הנדסת חשמל רמזורים ובקרה בע"מ נ' עיריית חיפה, פ"ד מו (3) 267 (14.5.92); על חשיבות שוויון ההזדמנויות בהענקת זכויות במקרקעי ציבור ר' בג"ץ 5023/91 פורז נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מו (2) 793 (31.3.92));

117. לפיכך, אם התקשרות בפטור ממכרז מחייבת הפעלת שיקול דעת זהיר וקפדני על-ידי הוועדה, ומביאה להפעלת ביקורת שיפוטית מחמירה, על אחת וכמה הארכת התקשרות שבוצעה ללא מכרז, ועל אחת כמה וכמה הארכתה השלישית, באופן שההתקשרות ללא מכרז תהיה בסך הכל לעשר שנים.

118. וועדת המכרזים של רט"ג חייבת היתה איפוא בזהירות מיוחדת, ומחויבת היתה בבחינה יסודית ובהפעלת שיקול דעת זהיר, תוך מתן המשקל הראוי לכל השיקולים הצריכים לעניין, על-מנת לבסס את סבירותה של החלטה להאריך בפעם השלישית, לתקופה של סה"כ עשר שנים, התקשרות שבוצעה בפטור ממכרז.

119. העותרת תטען, כי בהתאם למבחנים שנקבעו בפסיקה למימוש זכות ברירה (ובפרט בהסכם שלא בעקבות מכרז), החלטתה של וועדת המכרזים בלתי סבירה.

#### חוסר סבירות ההחלטה לאור הפגמים בהליך ההתקשרות (בהיבט ההליך)

120. לעיל נטען (ס' 63-54), כי ההחלטה על מימוש האופציה אינה חוקית משום שמאריכה הסכם שנערך ללא מכרז וללא פטור ממכרז, תוך עקיפת חוק חובת מכרזים, ואשר הוארך פעמיים בהחלטות שהתקבלו בהליך לא תקין בניגוד לתקנות חובת המכרזים.

121. ואולם, גם אם ייטען – בניגוד לעמדת העותרת - כי הפגמים החמורים בהליך אינם מחייבים את בטלות ההסכם, הרי שהחלטה על מימוש אופציה להארכה שלישית של ההסכם לתקופה של עשר שנים בסך הכל כאשר מעל ההתקשרות מרחפת עננה של פגם כאמור בהליכי ההתקשרות, היא החלטה בלתי סבירה באופן קיצוני.

122. ודוק: כפי שהודגש לעיל, אין ענייננו בהחלטה על ביטול התקשרות שבתוקף בגלל גילוי פגם בעריכתה. המדובר בהתקשרות שבאה אל קצה, ואשר הרשות הציבורית נדרשת לקבל החלטה האם לנצל זכות ברירה ולהאריכה בפעם השלישית. החלטה מהסוג הראשון היא בעייתית כמובן הרבה יותר, ולגביה יכולה לטעון רשות ציבורית שאי ביטול ההתקשרות באבה אינה בלתי סבירה. ההחלטה מהסוג השני כבענייננו היא מתבקשת: וועדת מכרזים סבירה לא תאריך התקשרות בפעם השלישית כאשר קיים נפלו פגמים כה חמורים בהליך ההתקשרות הראשון ובהארכות הקודמות.

#### חוסר סבירות ההחלטה לאור היותו מנוגד לאינטרס הציבורי

123. לעיל טענה העותרת (סעיפים 85-81), כי מכיוון שבמועד בו ישבה וועדת המכרזים על המדוכה כבר הוכרע שההסכם מ-2005 היה לכל הפחות מנוגד לאינטרס הציבורי (אם לא בלתי חוקי מעיקרו), לא היתה רשאית וועדת המכרזים להאריכו.

124. ואולם, גם אם ייטען – בניגוד לעמדת העותרת - כי הפגם המהותי בהסכם מ-2005 אינו שולל את סמכותה של וועדת המכרזים להאריכו, הרי שבדומה לטענה ביחס לפגם בהליכי ההתקשרות, החלטה על מימוש אופציה להארכה שלישית של ההסכם לתקופה של עשר שנים בסך הכל כאשר כבר הוכרע כי התקשרות המקור היתה לכל הפחות מנוגדת לאינטרס הציבורי, הינה החלטה בלתי סבירה באופן קיצוני, שוועדת מכרזים סבירה לא היתה יכולה לקבל.

125. ושוב יודגש: בענייננו וועדת המכרזים דנה בעניין ההתקשרות כשזו עמדה להסתיים. השאלה שעל הפרק לא היתה הפסקת התקשרות, אלא האם יש מקום לנצל זכות ברירה ולהאריך הסכם שבא על קצו. ולא סתם בא אל קצו, בא אל קצו לאחר שהוארך כבר פעמיים. במצב דברים זה, החלטה על הארכת ההסכם כשכבר הוכרע שנפלו בו פגמים מהותיים, הינה החלטה שוועדת מכרזים סבירה לא יכולה היתה לקבל.

#### חוסר סבירות ההחלטה לאור השינויים בהסכם

126. לעיל נטען (סעיפים 105-86), כי בעקבות השינוי שעבר ההסכם במסגרת ההתדיינות בבג"ץ 5031/10, מדובר למעשה בהתקשרות חדשה, "פשוטה" הרבה יותר (לשירותי תחזוקה, אבטחה ניקיון וכו', כפי שתיארה אלע"ד), שאמור להיות לה "שוק", היתה חובה להפסיק את ההתקשרות ולצאת למכרז חדש. כך במצב של הפסקת התקשרות, קל וחומר כאשר ההתקשרות באה על קצה.

127. ואולם, גם אם ייטען כי אין המדובר בשאלה של סמכות אלא בשאלה של שיקול דעת, בנסיבות ענייננו, כאשר ההתקשרות (שלא בוצע לה הליך מכרזי כלשהו) באה אל קצה, וכאשר ההארכה הנשקלת צריכה להיות מבוצעת במקביל לעריכת שינויים מהותיים בהסכם, קל וחומר כאלה ההופכים אותו ל"תחרותי" יותר, החלטה על הארכת ההסכם במקום על יציאה להליך מכרזי חדש היא החלטה שוועדת מכרזים סבירה אינה יכולה לקבל.

#### חוסר סבירות ההחלטה לאור תקופת ההתקשרות

128. ההסכם נערך ב-2005. מאז הוארך פעמיים, בסך הכל לשבע שנים. ההארכה הנוספת מביאה אותו לעשר שנים, גם אם לא ניקח בחשבון את השנים בהם אלע"ד ישבה בפועל באתר ללא הסכם.

129. סעיפי תקופת ההתקשרות שבהסכם בין רט"ג לבין אלע"ד נגועים בחוסר תקינות מינהלית אם לא למעלה מכך. בין היתר, ההסכם אינו מגביל כלל את מספר תקופות האופציה. ההסכם מקנה לרט"ג, לכאורה, את הזכות להאריך את ההסכם לנצח. אם נפנה לתכ"מ (תקנון כספים

ומשק, אשר נקבע על-ידי החשב הכללי בהתאם לתקנה 24 לתקנות המכרזים), הרי שזה קובע בסעיף 4.2.3 להוראה מספר 7.4.15, כי באישורה של ועדת המכרזים ניתן יהיה לכלול סעיף בחוזה לזכות ברירה להארכת ההתקשרות לתקופה אחת או למספר תקופות. מספר תקופות. לא מספר בלתי מוגבל.

130. מכל מקום, העובדה כי ההסכם אינו מגביל את מספר הפעמים שניתן להפעיל זכות אופציה ולהאריכו, קמה חובה מוגברת על ועדת המכרזים לבחון האם יש מקום להארכה נוספת, וזאת בניגוד למצב בו מספר תקופות האופציה המקסימלי נבחן ונקבע בעת הכנת ההסכם המקורי.

131. מכל מקום, שבע שנים היא תקופה ארוכה מאד להסכם למתן שירותים. המדובר בפרק זמן החורג מהגבול הסביר לפי כל אמות המידה המקובלות. הארכת ההסכם לשלוש שנים נוספות, ליצירת הסכם בן עשר שנים (כאשר בפועל הספק מחזיק בזכויות באתר שנים רבות עוד יותר), ובמיוחד כשבקבות השינויים בהסכם המדובר בהסכם בעל פוטנציאל תחרותי רב יותר, היא החלטה בלתי סבירה.

#### חוסר סבירות קיצוני בהליך : וועדת המכרזים לא התייחסה כלל לשיקולים ענייניים בעלי משקל

132. החלטה של וועדת מכרזים, ככל החלטה של רשות ציבורית, חייבת להתקבל לאחר שנתנה את דעתה לכל השיקולים הנוגעים לעניין (ואיזנה ביניהם כיאות תוך מתן משקל ראוי לכל אחד מהם). מובן מאליו, שככל שהחלטה "בעייתית" יותר, כך מצופה מהרשות המינהלית כי תקיים הליך מינהלי שלם ויסודי יותר, הנותן משקל לכל השיקולים הרלוונטיים. מושכלות יסוד הם, כי החלטה מינהלית המתקבלת מבלי שנשקלו כל השיקולים הצריכים לעניין היא החלטה פסולה. כך בכלל, כך לגבי החלטה של וועדת מכרזים : (בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421, 437 (1980) 'עקרון הסבירות מביא לפסילתו של שיקול דעת מינהלי, אשר אינו נותן משקל ראוי לאינטרסים השונים שעל הרשות המינהלית להתחשב בהם בהחלטתה").

133. בענייננו, לא נשקלו כלל על-ידי וועדת המכרזים שיקולים בעלי רלוונטיות ישירה ומשקל של ממש. ממילא לא ניתן להן כל משקל. למעשה, השיקול היחיד ששקלה וועדת המכרזים היה **קיומה של זכות ברירה בהסכם. בדוחק ניתן לומר כי בנוסף היה שיקול שבאופן עקרוני ניתן יהיה לקבל פטור ממכרז להתקשרות.** שום שיקול ענייני אחר לא נבחן, לא השיקולים הרגילים שיש לבחון בעת בחינת מימוש זכות ברירה (סעיפים 106-116 לעיל), ולא השיקולים המיוחדים הרלוונטיים לנסיבות המיוחדות של ענייננו :

133.1. ראשית, וועדת המכרזים לא התייחסה כלל לכל אותם עניינים אשר נטען לגביהם בעתירה זו כי חייבו את וועדת המכרזים שלא להאריך את ההתקשרות. כלומר, לא זו בלבד שהוועדה האריכה את ההסכם (בניגוד לטענת העותרת כי הארכה כאמור היתה בחוסר סמכות או בחוסר סבירות קיצוני), אלא שהיא כלל לא שקלה את הדברים. הכוונה לכך שהתקשרות המקור בוצעה ללא מכרז וללא פטור ממכרז (סעיפים 54-61 לעיל). שהארכות ההסכם הקודמות בוצעו ללא הליך כדין (סעיפים 62-63 לעיל), שכבר

הוכרע שבהתקשרות המקור נפלו פגמים מהותיים באופן שהיתה מנוגדת לאינטרס הציבורי (סעיפים 81-85 לעיל), ושההסכם עבר שינויים משמעותיים (סעיפים 86-105 לעיל). כל עניינים אלה, כל אחד מהם בעל רלוונטיות ומשקל, כלל לא נשקלו.

133.2. וועדת המכרזים לא שקלה כלל את עניין תקופת ההתקשרות, האם ראוי להאריך את ההתקשרות לתקופה של עשר שנים, האם אין המדובר בתקופה ארוכה מדי וכו'.

133.3. מעבר לכך, וועדת המכרזים לא שקלה כלל את השיקולים הכלליים, שמחוייבת לבחון בעת בחינת מימוש זכות ברירה (ס' 109.1 לעיל).

133.4. הוועדה לא בחנה כלל את השיקולים ה"ציבוריים" (ס' 109.2): לא לעיקרון שוויון ההזדמנויות (לא נדונה כלל האפשרות להוציא את ההתקשרות לתחרות), לא לשאלת אמון הציבור לאור הטענות הקשות ביחס להסכם, ולא לכל שיקול "ציבורי" אחר.

133.5. וועדת המכרזים לא שקלה את הביקורת החריפה שהושמעה על הענקת השפעה כה משמעותית על אתר בעל חשיבות היסטורית, לאומית, ארכיאולוגית וסימבולית כה רבה, לגוף בעל אידיאולוגיה מובהקת, המקדם במקביל באותו מקום יעדים פוליטיים שנויים במחלוקת עמוקה. המדובר בשיקול שחייב לכל הפחות בחינה כאשר ההתקשרות הגיעה אל קצה ונשקלת הארכתה לסך הכל עשר שנים.

133.6. וועדת המכרזים לא שקלה כאמור שיקולי יעילות, ואפילו לא נדון כלל העניין הבסיסי של האופן בו מבוצע ההסכם. ר', על דרך ההיקש, את הוראות התכ"ם, הקובעות (סעיף 4.1 להוראה 7.4.17 – 'מימוש זכות ברירה'): כי בטרם החלטה על מימוש זכות ברירה יוצג לוועדת המכרזים "דוח מעקב מסכם" לפי הוראת תכ"ם, "נהלי עבודה ושימור ידע בעבודת ועדות המכרזים", 7.2.9. סעיף 4.3.1.2 להוראה זו קובע, כי בטרם כל החלטה על מימוש אופציה יוכן ויוצג "דו"ח מעקב מסכם והפקת לקחים". דו"ח זה חייב לכלול התייחסות לנושאים רבים, ובין היתר: סיכום הפקת לקחים ועמידת הספק ברמות השירות והאיכות; שינויים שבוצעו באפיון המכרז; תביעות משפטיות בנוגע להליך המכרז; כל מידע רלוונטי שעשוי לסייע לוועדת המכרזים לקבל החלטה מושכלת בנושא; נימוקים והמלצות.

133.7. אין צורך לומר, כי הוראות התכ"ם אינן חלות על רט"ג. יחד עם זאת, העיקרון הכללי חל גם חל, הגמישות היא לגבי אופן יישומו. מהוראות התכ"ם יש ללמוד כיצד אמור להתנהל הליך תקין בטרם מימוש זכות ברירה, ועד כמה ההליך שנוהל בענייננו היה חסר ולא יסודי.

133.8. בפרוטוקול וועדת המכרזים הובהר, כי הרקע להתקשרות ב-2005 הוא אילוץ שנבע מכך שאלע"ד הכשילה כל ניסיון להפעיל את האתר שלא דרכה. במצב דברים זה, שומה היה על ועדת המכרזים לבחון, במסגרת החלטה על מימוש זכות הברירה, האם חל שינוי בנסיבות שיצרו את האילוץ שנכפה על רט"ג להמשיך בהתקשרות. כך למשל, לא נבחנה השאלה אם לאור יחסי האמון שנבנו בין הצדדים בחלוף שבע שנים, נכונה כיום אלע"ד לאפשר לרט"ג לפעול בשטח באופן עצמאי; האם עדיין (ולאילו תקופת זמן

עתידיה) מחזיקה אלע"ד בנכסים חיוניים באתר; מידת חיוניותם של אותם נכסים להנגשת האתר התיירותי; האם ישנן אפשרויות משפטיות אחרות (מלבד באמצעות מתן אתנן בדמות 'הסכם תפעול') לאלץ את אלע"ד להימנע מסיכול אפשרויות הפעולה של רט"ג באתר, וכו'.

134. ההליך שנוהל על-ידי וועדת המכרזים לשם קבלת ההחלטה נשוא עתירה זו היה איפוא בלתי סביר באופן קיצוני, באופן המביא לחוסר סבירותה של ההחלטה שהתקבלה בסופו. ובמילים אחרות: אף אם כל טענות העותרת עד עתה לא תתקבלנה, די בחוסר סבירות ההליך שנוהל כדי להביא לקבלת העתירה.

135. בנסיבות ענייננו, קיימת חומרה מיוחדת בדברים. ההחלטה שעמדה לפני וועדת המכרזים היתה מלכתחילה החלטה מוקשית: החלטה על מימוש זכות ברירה בפעם השלישית ולאחר שבע שנים של התקשרות של הסכם, שלא נערך בעקבות מכרז (וגם לא בעקבות פטור ממכרז), העומד באותה עת לביקורת בג"ץ כאשר סימן שאלה מרחף מעליו, ואשר בג"ץ כבר קבע כי יש לערוך בו שינויים של ממש. במצב דברים זה מחוייבת היתה וועדת המכרזים להפעיל שיקול דעת דקדקני ויסודי. במקום זאת מעיד הפרוטוקול על החלטה שהתקבלה באופן טרוויאלי, ללא כל פרופורציה לבעייתיות הנושא.

#### הערות לעניין השיקול היחיד שנשקל (בעקיפין): קיומה של עילת פטור

136. החלטת וועדת המכרזים מציינת את תקנה 39(1) כמקור סמכות לקבלת ההחלטה על מימוש זכות הברירה. לעיל הוסבר כי השימוש בתקנה כמקור סמכות להארכת זכות ברירה שגוי מיסודו (יושם אל לב כי כל יתר עילות הפטור מוזכרות בהקשר של ההתקשרות בזמנו, לא עתה). יחד עם זאת, קיומם של ספקים חלופיים הוא שיקול רלוונטי בשאלה האם יש מקום לממש זכות ברירה, ולפיכך יש מקום להתייחסות לדברים.

137. ראשית, סברה כי קיימת עילת פטור אינה מהווה הצדקה לעקיפת עריכתו של ההליך הנדרש לשם מתן הפטור. מכיוון שהורתה של התקשרות זו בהליך בלתי תקין עוקף חוק חובת המכרזים, בהסכם ללא מכרז וללא פטור ממכרז, לא ניתן לאשר פטור דה-פאקטו תוך הפניה כללית לעילת פטור כזו או אחרת.

138. במסגרתה של עתירה זו אין לדרוש מהעותרת לתקוף את ההכרעה כי מתקיימת עילת הפטור הקבועה בתקנה 39(1). המדובר בביצה שטרם בקעה.

139. ויצוין, כי מכיוון שגם וועדת המכרזים ראתה בהחלטה מימוש של זכות ברירה ולא פטור ממכרז לשם עריכת התקשרות חדשה, הדיון לא היה דיון למתן פטור וההנמקה אינה הנמקה של מתן פטור. הרקע הכללי שהובא בחלק הראשון של הדיון התייחס לנסיבות עריכת ההתקשרות ב-2005. לגבי השלב הנוכחי נאמר כי אין לדברים אלה משמעות משום שממילא קבועה בהתקשרות זכות ברירה.

140. חרף האמור לעיל, נתייחס בקצרה להיבט המהותי של הדברים:

- 140.1. תקנה 139(1) הינה תקנת סל. ההלכה הפסוקה קובעת שיש לפרש עילות סל לפטור ממכרז בצמצום רב, על-מנת שלא ישמשו לעקיפת חובת מכרז (בש"א 7008/03) דרך הים התפלה נ' משרד האוצר, שהוזכרה לעיל).
- 140.2. ביטוי מובהק לקושי השימוש בתקנה 139(1) היא דרישת התקנות, כי אישור התקשרות כאמור תאושר על-ידי האורגן הקובע את מדיניות הארגון, ובענייננו מליאת רט"ג. דרישה לאישור ההתקשרות על-ידי גוף כמו מליאת רט"ג (ולא המנכ"ל בלבד) היא ביטוי מובהק לכוונת מחוקק המשנה כי השימוש בתקנה יהיה שמור למקרים מיוחדים ונדירים.
- 140.3. כפי שנאמר לעיל, מכיוון שההתקשרות עברה שינויים מהותיים, ומכיוון שכיום מוגדרים השירותים על-ידי אלע"ד עצמה כשירותים של "תחזוקה, אבטחה, ניקיון ועוד", אין זה סביר לשלול על הסף קיומם של מתחרים פוטנציאליים על ההתקשרות.
- 140.4. ואם הטעם לפטור הוא זכויותיה של אלע"ד באתר, הרי שהיקף הזכויות של התושבים המקומיים גדול יותר, ואם זה יהיה המבחן אולי ירצו הם או גוף שיקימו להתמודד על ההתקשרות (ונוסיף במידה של ציניות: אם ההצדקה לפטור הוא הטעם המוזר שאלע"ד ניצלו את החזקותיהם באתר כדי להכשיל כל ניסיון להפעילו בלעדיהם, אולי יהיו מוכנים התושבים המקומיים, שמחזיקים ביותר נכסים, להפריע יותר להפעלת המקום, כדי לזכות בהתקשרות עם רט"ג).
- 140.5. ועוד יצוין, כי שתיים משלוש עילות הפטור שהובאו בפרוטוקול וועדת המכרזים כביסוס אפשרי לפטור ממכרז ב-2005 (לו היה מתקיים הליך) - תקנה 3(29) שעניינה ספק יחיד, ותקנה 3(30) שעניינה מיזם לא עסקי תוך השתתפות הספק במימונו, הן תקנות שמחייבות היום פרסום מקדים על-מנת לאפשר למציעים פוטנציאליים לקרוא תיגר על הנחות המוצא של הרשות או לאפשר להם להגיש הצעות שכנגד.
- 140.6. מכל מקום, שאלת ההצדקה לקיומו של הליך מכרזי, ובתוך כך שאלת קיומם של ספקים חלופיים, חייבת להתברר בהליך נפרד, בו ייבחנו כל השיקולים הצריכים לעניין.
- 140.7. ויש לזכור, כי קיימת אופציה נוספת, והיא דרך המלך לפי החוק והפרקטיקה: החזרת האתר לידי החזרת הפעלת האתר לידי רט"ג, אופציה הפוטרת את שאלת הספקים החלופיים. במידה ותבחר רט"ג באופציה זו, כלל לא יהיה צורך להידרש לשאלת עילות הפטור.
141. לפיכך, אין מקום במסגרתה של עתירה זו להידרש ולהכריע בשאלת קיומה של עילת פטור להתקשרות של רט"ג עם אלע"ד. מכל הטעמים שהובאו יש לקבוע שהחלטת וועדת המכרזים על מימוש זכות הברירה בטלה, ובכך להביא את ההתקשרות לקצה, ולהחזיר את ההכרעה לרט"ג, על-מנת שתקבל החלטה חדשה, בהליך תקין, הנתונה לביקורת.

אשר על האמור לעיל יתבקש בית המשפט הנכבד להורות כמבוקש ברישא העתירה, ולהשית על המשיבות את הוצאותיה בעתירה, לרבות שכ"ט עו"ד בצירוף מע"מ כחוק.  
עתירה הזו נתמכת בתצהירה של גב' יהודית אופנהיימר, מנכ"לית העותרת.

---

כרמל פומרנץ, עו"ד

---

מיכאל ספרד, עו"ד

ב"כ העותרת