

בעניין שבין:

תנועת "אומץ" [אזרחים למען מינהל תקין וצדק חברתי ומשפטי (ע"ר
0410967-58)

ע"י ב"כ עו"ד יצחק מינא ו/או אברהם משה סגל
ו/או רונית וולף ו/או יהושע ידין ו/או יעל סינמון
מרחוב שמואל הנגיד 4, ת.ד. 2513, ירושלים, 91024
טל: 6258643/4 – 02; פקס: 6242769 – 02

העותרת

- נ ג ד -

1. שר האוצר, מר משה כחלון
2. מינהל הדיור הממשלתי, מר ניר ברלוביץ
3. החשבת הכללית במשרד האוצר, הגב' מיכל עבאדי בויאנג'ו
כולם על ידי פרקליטות המדינה, משרד המשפטים
רח' צאלח א דין 29, ירושלים 91010
טל: 6466472 – 02; פקס: 6467011 – 02
4. חברת אש"ד משאבי ניהול והנדסה בע"מ, ח.פ. 511932568
מרח' המפעל 13, אור יהודה 60221

המשיבים

עתירה מנהלית

מוגשת בזאת עתירה מנהלית למתן צו על תנאי כנגד המשיבים, לפיה יתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים להתייצב וליתן טעם מדוע לא יפורסם מכרז פומבי חדש למתן שירותי ניהול נכסים למנהלת הדיור הממשלתי במשרד האוצר, וביום מתן התשובה יתבקש בית המשפט הנכבד לעשות את הצו על תנאי למוחלט, ולחילופין מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן כל סעד ראוי אחר, על פי שיקול דעתו. כן מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים החדית בהוצאות עתירה זו, לרבות שכ"ט עו"ד בתוספת מע"מ כדין.

ואלה נימוקי העתירה:

א. הצדדים לעתירה –

1. העותרת - העותרת הינה עמותת "אומץ" (אזרחים למען מינהל תקין וצדק חברתי ומשפטי), עמותה רשומה כחוק, ששמה לה כמטרה לפעול למען מינהל תקין ולמען בקרה ציבורית ומשפטית על מעשי רשויות השלטון בישראל.
2. המשיב מס' 1 – הינו שר האוצר האחראי על קביעת המדיניות הכלכלית של ממשלת ישראל, ויסות הפעילות הכלכלית והעסקית במשק, קביעת תקציב המדינה השנתי לפעילות הממשלה וחלוקתו למשרדי הממשלה השונים.

3. **המשיב מס' 2** – הינו מנהל מינהל הדיור הממשלתי, המופקד מטעם מדינת ישראל, בין היתר, על ניהול מבנים ונכסים שבשימוש ו/או בחזקת משרדי הממשלה ויחידות הסמך. מינהל הדיור הממשלתי אחראי על כ- 5,600 מבנים בשטח כולל של למעלה מ- 2 מיליון מ"ר.

4. **המשיבה מס' 3** – הינה החשבת הכללית במשרד האוצר אשר אחראית על ביצוע תקציב המדינה, אישור כל הוצאה כספית של משרד ממשלתי. כל חוזה שבו מתקשרת המדינה טעון גם הוא את חתימת המשיבה 3 וכן רכש המתבצע עבור הממשלה עצמה.

5. **המשיבה מס' 4** – הינה חברת אש"ד משאבי ניהול והנדסה בע"מ (להלן: "**חברת אש"ד**") אשר, בין היתר, מנהלת ומטפלת בנדל"ן עבור גופים ממשלתיים וציבוריים.

ב. העובדות הצריכות לעניין:

6. בשנת 1997 זכתה חברת אש"ד במכרז פומבי למתן שירותי ניהול לנכסי הדיור הממשלתי, וזאת למשך תקופה של 6 שנים.

7. החל משנת 2003 ועד היום מוארכת ההתקשרות עם חברת אש"ד מידי שנה מכח האישורים הניתנים ע"י ועדת הפטור של המשיבים 1-3 (להלן: "**המשיבים**"), זאת בהתבסס על תקנה 3(4)(ב)(3) לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג – 1993, המאשרת הארכת התקשרות ללא מכרז, בין היתר, בנסיבות מיוחדות ומטעמים מיוחדים שירשמו (להלן: "**תקנות חובת המכרזים**").

8. התקשרות המשיבים עם חברת אש"ד באמצעות "**הפטור מחובת מכרז**" התחדשה מידי שנה, כנ"ל, עד לשנת 2014.

9. בסוף חודש דצמבר 2014, לקראת סיום תקופת ההתקשרות של המשיבים עם חברת אש"ד, המליצה ועדת הפטור ממכרז על המשך מתן פטור ממכרז להתקשרות עם חברת אש"ד, עפ"י תקנה 3(4)(ב)(3) לתקנות חובת המכרזים הנ"ל, לתקופה נוספת שתחל ביום 1.1.2015 ותסתיים ביום 31.12.15, או עד למועד בחירת זוכה במכרז חדש שיפורסם, לפי המוקדם מבניהם. כאשר, צוין מפורשות כי הפטור מתבקש ונדרש לתקופה קצובה, שכן בכוונת המשיבים לפרסם מכרז פומבי בהקדם, עוד במהלך המחצית הראשונה של שנת 2015.

10. וכך נאמר:

"בין יתר הסיבות לכך שההתקשרות עם החברה הוארכה בפטור ממכרז מאז שנת 2005 ועד היום, כלולה העובדה שבאוגוסט 2008 אגף החשב הכללי פרסם מכרז פומבי 04/2008 לבחירת חברת ניהול אולם מכרז זה נפסל והסתיים מבלי שנבחר בו זוכה בגלל סוגיות משפטיות.... בימים

אלה בחטיבת נכסים רכש ולוגיסטיקה, פועלים להשלמת הכנת מסמכי המכרז בכוונת החטיבה לפרסם מכרז פומבי לחברת ניהול נכסים במהלך התקופה הקרובה... מתוכנן להתפרסם מכרז לחברת ניהול נכסים במהלך המחצית הראשונה של שנת 2015". (ההדגש אינו במקור, י.מ.)

11. ברם, החשבת הכללית במשרד האוצר אישרה את הארכת התקשרות עם חברת אש"ד בפטור ממכרז לתקופה קצרה יותר, וזאת עד ליום 30.6.2015.

מצ"ב העתק סיכום ישיבת ועדת פטור ממכרז מיום 23.12.14, ומסומן כנספח א' לעתירה.

12. משלא פורסם כל מכרז פומבי ובניגוד להתחייבות המשיבים, כנ"ל, התחדשה ההתקשרות עם חברת אש"ד, ביום 18.5.2015, למשך 3 חודשים נוספים, וזאת עד ליום 1.10.2015 או עד למועד בחירת זוכה במכרז חדש שיפורסם, לפי המוקדם מבניהם.

מצ"ב העתק פרוטוקול ועדת מכרזים מיום 18.5.2015, ומסומן כנספח ב' לעתירה.

13. ובמילים אחרות - משנת 2003 ועד היום, כבר קרוב לשלוש עשרה שנים, לא פורסם מכרז חדש ע"י המשיבים וחברת אש"ד ממשיכה לנהל את נכסי הדיור הממשלתי מכח תקנה 3(4)(ב) לתקנות חובת המכרזים המאפשרת פטור ממכרז.

14. רק כדי לסבר את האוזן, יצוין כי היקף שווי ההתקשרות המצטברת בין המשיבים וחברת אש"ד משנת 1997 ועד היום מסתכם בכ- 200 מיליון ₪ (ראה נספח ב' לעיל).

15. ביום 7.11.2013 פנתה העותרת אל המשיבים בבקשה לקבל את הסכמי ההתקשרות עם חברת אש"ד ובמטרה לברר מדוע לא פורסם למשך תקופה של למעלה מעשור מכרז פומבי למתן שירותי ניהול לנכסי הדיור הממשלתי.

מצ"ב העתק פניית העותרת מיום 7.11.2013, ומסומן כנספח ג' לעתירה.

16. פנייתה זו של העותרת נענתה ריקם.

17. בהתאם לכך, נאלצה העותרת לפנות פעם נוספת אל המשיבים, ביום 27.8.2015, בהתאם לחוק לתיקון סדרי מנהל (החלטות והנמקות), תשי"ט – 1958, בבקשה כי יבהירו מדוע ולמה לא פורסם מכרז בעניין ניהול נכסי הדיור הממשלתי כבר למעלה מעשור ומהם בדיוק אותם "טעמים מיוחדים" אשר אישרו את הארכות מפעם לפעם למשך תקופה כה ארוכה.

מצ"ב העתק פנייתה הנוספת של העותרת מיום 27.8.2015, ומסומן כנספח ד' לעתירה.

18. דא עקא וחרף הוראות החוק לתיקון סדרי מנהל (החלטות והנמקות), תשי"ט – 1958, לא טרחו המשיבים לענות אף לפנייתה זו של העותרת.

19. בהתאם לכך, פנתה העותרת ביום 2.12.2015 בעתירה לבית המשפט העליון בשבתו כבית דין גבוה לצדק (במסגרת בג"ץ 8239/15), במסגרתה התבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים ליתן טעם מדוע לא יפורסם מכרז פומבי חדש למתן שירותי ניהול נכסים למנהלת הדיור הממשלתי שבמשרד האוצר.

20. במהלך חודש פברואר 2016 הוגשו תגובותיהם המקדמיות של המשיבים לעתירה. מעיון בתגובת המשיבה 4 לעתירה, עלה, בין היתר, כי אין לה כל התנגדות לקיום מכרז למתן שירותים כאמור לעיל, וכי היא דווקא מעדיפה כי שירותיה למשיבים - 1- 3 יינתנו מכוחה של התמודדות במכרז.

מצ"ב העתק תגובתם המקדמית של המשיבים לעתירה, ומסומנות במאוחד כנספח ה' לעתירה.

21. ביום 22.2.2016 ניתן פסק דין, לפיו הורה בית המשפט הנכבד על דחיית העתירה על הסף לאור סמכותו המקבילה של בית המשפט הנכבד דנן לדון בעתירה זו.

מצ"ב העתק פסק הדין, ומסומן כנספח ו' לעתירה.

22. יצוין ויודגש – כי עד מועד זה ממשיכים המשיבים את התקשרותם עם חברת אש"ד ללא מכרז, חרף התחייבותם המפורשת לפרסום מכרז פומבי לחברת ניהול נכסים, התחייבות אשר לא עמדו בה, בניגוד לכל דין.

23. **לאור התנהלותם זו של המשיבים, תטען העותרת כי נראה שחידלון ידם של המשיבים לא נובע מרשלנות מסוימת אלא כי מדובר בהתנהלות מכוונת מצדם של המשיבים.**

24. בנסיבות אלה לא נותרה בידי העותרת, אשר מיצתה את דרכי הפניה למשיבים, כל אפשרות אחרת מלבד לפנות לבית המשפט הנכבד בגדרי עתירה זו.

ג. הטיעון המשפטי:

25. הלכה היא כי בית-המשפט יתערב בהחלטה מנהלית בתחום דיני המכרזים במקרים שבהם נתקיימה אחת מעילות הביקורת השיפוטית הפוסלת החלטה מנהלית, או כאשר בהליכי המכרז, או הפטור ממכרז, נפל פגם מהותי המפר את עקרונות היסוד

של דיני המכרזים, ובכללם עקרונות השוויון וההגינות, זאת בצד האינטרס הציבורי שעניינו יעילות המנהל וחסכון בכספי ציבור (ראה: ע"א 334/01 מדינת ישראל נ' אבו שינדי, פ"ד נז(1) 883, 895 (2003); עע"מ 11572/05 טלדור מערכות מחשבים 1986 נ' אימג'סטור מערכות בע"מ [פורסם בנבו] (19.6.06); עע"מ 3499/08 רון עבודות עפר ייזום ופיתוח מ.א. בע"מ נ' ועדת המכרזים – עיריית עפולה [פורסם בנבו] (18.1.09); עע"מ 5408/12 ברק 555 בע"מ נ' מגלקום תקשורת מחשבים בע"מ [פורסם בנבו] (14.2.13); ועע"מ 5525/13 אשת שירותי תיירות בע"מ נ' משרד הביטחון [פורסם בנבו] (19.5.14)).

26. העותרת תטען כי העובדות הכלולות בעתירה זו מצביעות על פגיעה חמורה בשלטון החוק במדינת ישראל ועל התנהלות בלתי סבירה ובלתי מידתית של המשיבים.

27. עצם ההתנהלות החריגה והמתמיהה כמפורט לעיל, שחברה עסקית פרטית מוכרת את שירותיה למשרד ממשלתי מרכזי במדינה בתמורה למיליוני ש"ח רבים, במשך שנים כה רבות ברציפות, ללא פרסום מכרז חדש – מהווה פגיעה קשה וחמורה בעקרונות השוויון והתחרות ההוגנת, ובכללי המנהל התקין.

חובת קיום מכרז:

28. סעיף 2 לחוק חובת מכרזים, תשנ"ב – 1992, קובע כי: "המדינה, כל תאגיד ממשלתי, מועצה דתית, קופת חולים ומוסד להשכלה גבוהה, לא יתקשרו בחוזה לביצוע עסקה בטובין או במקרקעין, או לביצוע עבודה, או לרכישת שירותים, אלא על-פי מכרז פומבי הנותן לכל אדם הזדמנות שווה להשתתף בו."

29. על חשיבותו של הליך המכרז למותר להכביר מילים, ובכל זאת, לשם ההמחשה, מן הראוי להביא מדברי בית המשפט העליון בבג"ץ 6176/93 אליקים 1986 - אגודה שיתופית חקלאית להתיישבות בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מח(2) 158, 162, שם ציין כב' השופט טל כדלקמן:

"על חשיבותו של הליך המכרז עמד בית-משפט זה במספר הזדמנויות. בבג"ץ 368/76, גוזלן ואח' נ' המועצה המקומית בית שמש ואח', אמר השופט שמגר (כתוארו אז), בעמ' 511:

'שניים הרעיונות העיקריים ביסודו של המכרז:

(א) האינטרס הציבורי - היינו הבטחת ממשל תקין על-ידי ניהול ענינה של הרשות בדרך שיש בה משום מתן סיכוי שווה ויחס זהה והוגן לכל איש מתוך הציבור. בשל אינטרס זה על הרשות לכלכל מעשיה באופן כזה שלא תעניק זכויות במתן אספקה או שירותים, אלא על-פי כללים, שנועדו להבטיח שוויון והעדר משוא-פנים וליצור אמון בשיקוליהם והוראותיהם של המופקדים על המנהל הציבורי....

ב. האינטרס העסקי - משמע, המטרה להשיג מן הקבלן או הספק, המציע שירותים או אספקה, את האיכות המעולה ביותר האפשרית, של השירות או המוצר, תמורת מחיר נמוך ככל האפשר ותוך המועד התואם דרישותיה של הרשות'

עוד קודם לכן ביטל בית-משפט זה החלטה של שר הפנים שאישר מכירת מקרקעין ללא מכרז, כפי שהיה מוסמך לעשות, אם נוכח 'שבנסיבות העניין עריכת המכרז לא תביא תועלת' (תקנה 1(2)(ב))

לתקנות העיריות (מכרזים) ודרכי הזמנתן וקבלתן של הצעות (מחירים), תש"ך-1959). אומר שם בית המשפט:

'...המנהל התקין מחייב שהאזרחים יהיו שווים לפני החוק ושרשות ציבורית אשר מוכרת מנכסיה תיתן לכל אזרח הזדמנות שווה להציע לה מחיר ולהיות בין המועמדים לרכישתם' (בג"צ 410/73, 475 ביטקו ואח' נ' שר הפנים ואח' (להלן - עניין ביטקו [2]), בעמ' 784).

30. יפים לעניין זה אף הדברים שנקבעו בעת"מ (תל-אביב-יפו) 1475/02 פז הברה לנפט בע"מ נ' ההברה האמריקאית ישראלית לגז בע"מ, תק-מה (1)2004, 2172, בעמ' 2185 [1], כי:

"המכרז הציבורי מושתת על שני עקרונות יסוד: הראשון, הגשמת המטרה הציבורית של שמירה על עקרון השוויון וטוהר המידות על ידי מתן הזדמנות שווה לכל המציעים. עקרון זה, הוא פרי פיתוחה של ההלכה הפסוקה והנו "נשמת אפו" של המכרז הציבורי (בג"צ 47/68 שרמן נ' שר העבודה, פ"ד כב (1) 499, 496) הוא מצא ביטוי גם בחוק החרות כי סעיף 2 לחוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992, קובע מפורשות את חובת המדינה ותאגידיה לקיים מכרז פומבי "הנותן לכל אדם הזדמנות שווה להשתתף בו". העיקרון השני של המכרז הציבורי הוא השאיפה לנהוג ביעילות ובחיסכון בכספי הציבור על ידי השגת מירב היתרונות למזמין באמצעות מנגנון התחרות (וראו: בג"צ 376, 368/76 גוזלן ואח' נ' המועצה המקומית בית-שמש ואח', פ"ד לא 511-512, 505; ג' שלו, חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית (תש"ס-1999) 162).

31. העותרת תטען כי דברים אלו יפים אף לענייננו בעניין חשיבות קיומו של מכרז פומבי לניהול נכסי הדיור הממשלתי.

32. לצד העיקרון האמור, הכיר המחוקק באפשרות לחריג וקבע במסגרת תקנה 3(4)(ב) לתקנות חובת המכרזים, תשנ"ג – 1993, כי התקשרות משרד בחוזה לביצוע עסקה בטובין או במקרקעין, לביצוע עבודה או לרכישת שירותים, אינה טעונה מכרז, באישור החשב הכללי או מי שהוא הסמיכו לכך, בנסיבות מיוחדות ומטעמים מיוחדים שיירשמו.

33. הלכה היא כי את התקנות המקנות פטור ממכרז יש לפרש בצמצום, כך שיעשה בהן שימוש רק במקרים חריגים ומיוחדים (בג"ץ 4672/90 אריאל הנדסת חשמל ומזורים ובקרה בע"מ נ' עיריית חיפה, פ"ד מו(3) 267 (1992); בג"ץ 6057/00 זוהר נ' שר האוצר, פ"ד נו(3) 569, 573 (2002); בג"ץ 11085/05 הייב נ' מדינת ישראל, בפסקה 11 (לא פורסם, 19.08.10)).

34. העותרת תטען, כי המקרה שלפנינו אינו נופל לגדרי "מקרה חריג ומיוחד", וכי בכל מקרה אין ולא מתקיימים בענייננו טעמים מיוחדים או נסיבות מיוחדות המצדיקים מתן פטור מחובת קיום מכרז למשיבים לאורך למעלה מעשור.

35. להיפך - דווקא בענייננו קיימת חשיבות רבה לקיומו של מכרז ציבורי, זאת על מנת לאפשר לחברות נוספות הזדמנות שווה לתת את שירותיהם למשיבים 1-3 ועל מנת

לנסות ולחסוך לקופה הציבורית אשר נושאת בעלויות התקשרויות אלו (בטח ובטח) כאשר היקף שווי ההתקשרות לאורך השנים האחרונות עלה מאות מיליוני שקלים לקופה הציבורית).

חוסר סבירות החלטת המשיבים:

36. העותרת תוסיף ותטען כי על המשיבים מוטלת החובה לפעול בסבירות. עילת הסבירות עניינה באופן הפעלת שיקול הדעת, תוך התמקדות בהליך איזון האינטרסים, שקילת השיקולים הרלבנטיים ומתן המשקל הראוי לשיקולים אלו במסגרת החלטה. החלטה מנהלית עשויה להיפסל אם היא לוקה בחוסר סבירות מהותי, כאשר תוצאה בלתי סבירה, שיש בה משום אי צדק בולט, עשויה ללמד כשלעצמה על פגם בהליך עצמו (ראה: ע"א 8434/00 דלק חב' הדלק הישראלית בע"מ ואח' נ' גזית ושחם חברה לבניין בע"מ פ"ד נו(3) 693, בעמ' 703 – 705).

37. בבג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421, 437, נקבע כדלקמן:

"ההלכה של בית-משפט זה רואה בחוסר הסבירות עילת פסלות העומדת על רגליה היא, ומכוחה יפסול שיקול-דעת מנהלי בלתי סביר, גם אם תוצאתו אינה החלטה שרירותית, וגם אם החלטה התקבלה בתום-לב תוך שקילת כל הגורמים הנוגעים לעניין והגורמים אלה בלבד".

38. ובמילים אחרות - חוסר סבירות הוכר כשלעצמו כעילה לפסילתו של שיקול דעת מנהלי. שיקול הדעת המנהלי מקנה חופש בחירה בין אופציות שונות. עקרון הסבירות קובע תחום של אופציות שהינן סבירות בנסיבות העניין. כאשר הרשות המנהלית לא נתנה משקל ראוי לאינטרסים השונים, הרי ששיקול דעתה ייפסל בשל חוסר סבירות

39. העותרת תטען, כי מהאמור לעיל עולה כי החלטת המשיבים שלא לקיים מכרז פומבי ציבורי לצורך ניהול נכסי הרכוש הממשלתי לאורך למעלה מעשור, לוקה בחסר, אינה סבירה, ועל כן אין היא יכולה להיוותר על כנה.

40. המדובר בהפרה בוטה של עקרון השוויון, שהוא נשמת אפה של חובת קיום הליכי מכרז. המטרה המרכזית בקיום הליכי מכרז על ידי המדינה היא במתן הזדמנות שווה לגופים שונים להתחרות על אספקת שירותים למדינה. **מדובר בהקצאת משאבים והון ציבוריים, אשר בוודאי ובוודאי שחברת אש"ד אינה החברה היחידה במדינה שיכולה להציע את שירותיה כמנהלת נכסי המדינה.**

41. נראה על פניו כי המשיבים לא הביאו בחשבון את כלל השיקולים ותוצאות מתן הפטור ממכרז לחברת אש"ד לאורך למעלה מעשור, כך למשל - המשיבים לא התחשבו במסגרת שיקוליהם בכך שתוצאת החלטתם פוגעת במטה לחמם של רבים מקרב הציבור אשר יכלו להתמודד במכרז לו היה מפורסם וכן בחופש העיסוק שלהם. מדובר בזכויות יסוד חוקתיות בהתאם **לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו**; **וחוק יסוד: חופש העיסוק.**

42. זאת ועוד, הסיבות והמניעים לחידוש ולהארכת ההתקשרויות כנ"ל שוב ושוב בסכומי עתק ובהיקף כספי כולל המתקרב ל- 200 מיליון ₪(!), כשהכוונה המוצהרת לקיים מכרז פומבי כנדרש וכמצופה ע"פ כל נורמה רלוונטית (משפטית/מנהלית/מערכתית) אינה מתממשת, בלא שניתן לדבר טעם ונימוק סבירים שיש בהם כדי לשכנע – **מעלה**

חשד כבד לפגיעה בטוהר המידות; העדר התייחסות כלשהיא מצד המשיבים לפניות העותרת כנ"ל – מעצים חשד זה! מכל מקום תטען העותרת כי מדובר לכאורה, לכל הפחות, בחריגה רבתי מכללי המנהל התקין הנהוגים והמחייבים.

החלטת המשיבים אינה מידתית:

43. העותרת תטען כי החלטת המשיבים שלא לקיים מכרז פומבי לניהול נכסים ממשלתיים ולהותיר את הניהול בידי חברת אש"ד כבר קרוב לעשרים שנים מבלי לקיים מכרז אינה מידתית.

44. מבחן המידתיות בכל החלטה מנהלית של רשות כולל בחובו שלושה מבחני משנה: מבחן התאמת האמצעי למטרה; מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה ומבחן האמצעי המידתי (בג"ץ 3477/95 **בן-עטיה נ' שר החינוך**, פ"ד מט(1) 1 (1995); בג"ץ 5016/96 **חורב נ' שר התחבורה**, פ"ד נא(4) 1 (1997)).

45. בענייננו, ביום 28.5.2015 פנה המשיב 2 אל עו"ד נעמה קאופמן – פס, מנהלת הסיכונים הראשית, בבקשה להאריך את ההתקשרות עם חברת אש"ד לתקופה נוספת, וזאת על מנת להבטיח את רציפות הטיפול בנכסי המדינה.

מצ"ב העתק פניית המשיב 2 מיום 28.5.15, ומסומן כנספח ז' לעתירה.

46. דהיינו, לשיטת המשיבים אי קיום המכרז לאורך תקופה כה ארוכה מוצדק בשל החשיבות לטיפול רצוף ומתמשך בנכסי המדינה.

47. אין ולא יכול להיות חולק, כי אי קיום מכרז פומבי לאורך תקופה כה ארוכה אינו מידתי וגורם לפגיעה חמורה באינטרס הציבור וכי אין להצדיקו בחשיבות "הרציפות" בטיפול בנכסי המדינה.

48. העותרת תטען כי לא יעלה על הדעת כי ה'קשיים' הם כה גדולים ועצומים וכי הבעיות הסובבות הן כה רבות וסבוכות עד כדי מניעתו לחלוטין של פרסום מכרז פומבי חדש כמתחייב, במשך שנים כה רבות. רציפות והתמשכות המכרז מול חברת אש"ד מזה כ- 20 שנה בקירוב אינו מידתי כלל וכלל, ומשכך על בית המשפט הנכבד להתערב בשיקול דעת המשיבים בעניין.

שיקולים זרים:

49. העותרת תיטען, כי צירוף כל העובדות כפי שיפורט להלן מלמד כי אי פרסום המכרז נובע משיקולים זרים ופסולים, שכן אין להתנהלות מעין זו כל הסבר אחר.

50. אכן, הוכחת קיומם של שיקולים זרים הינה קשה, שכן "**מחשבות קשות הן להוכחה ומחשבות שלא כדין על אחת כמה וכמה**" (ראה: בג"ץ 571/89 **מוסקוביץ נ' מועצת השמאים**, פ"ד מ"ד (2) 236, 246). על כן, אין מנוס מלהיעזר לא פעם ב"ראיות

נסיבתיות" המצביעות על שקילת השיקולים הזרים (ראה: בג"ץ 6840/01 פלצמן נ' הרמטכ"ל, פ"ד ס(3) 121). אכן, "כאשר בטענת אפליה פסולה עסקינן אין להסתפק במה שגלוי לעין... אלא יש לבדוק היטב גם בסמוי מן העין, שמא מסותרת כאן 'אפליה בכיסוי'" (ראה: בג"ץ 200/83 וותאד נ' שר האוצר, פ"ד לח(3) 113, 121-122).

51. עוד יצוין, כי די ביצירת "ספק מהותי" על מנת להעביר את הנטל לכתפי הרשות המנהלית להוכיח שלא נשקל השיקול הזר (ראה בג"ץ 4566/90 דקל נ' שר האוצר, פ"ד מח(1) 28, 37).

52. מכל הנתונים האמורים לעיל, נראה כי העותרת הצליחה ליצור, לפחות חשש מהותי בדבר השיקולים הזרים של המשיבים שיש בו בכדי להעביר הנטל על כתפי המשיבים לסתור שיקולים פסולים אלה.

ד. הסעד המבוקש:

53. ככל שיתגלו פרטים ו/או מסמכים נוספים, שומרת העותרת על זכותה לתקן או להוסיף על הטענות העובדתיות והמשפטיות הכלולות בגדרי עתירה זו.

54. לבית המשפט הנכבד הסמכות המקומית והסמכות העניינית לדון בעתירה וליתן את הסעדים המבוקשים בה.

55. על יסוד התשתית העובדתית שהונחה בפני בית המשפט הנכבד, יתבקש בית המשפט להוציא מלפניו צו על תנאי כנגד המשיבים, כמבוקש ברישא של העתירה, ולאחר קבלת תגובת המשיבים ושמיעת טיעון בעל פה, להפכו למוחלט.

56. בנוסף, יתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים בהוצאות העותרת ובשכ"ט עו"ד בתוספת מע"מ כדין.

יצחק מינא, עו"ד
ב"כ העותרת

ת צ ה י ר

אני הח"מ, אריה אבנרי, בעל ת.ז. מס' 3028461, לאחר שהוזהרתי כי עליי לומר את האמת כולה ואת האמת בלבד, וכי אם לא אעשה כן אהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק, מצהיר בזה כדלקמן:

1. הנני יו"ר הנהלת העותרת בעתירה הנ"ל.
2. תצהירי זה ניתן בתמיכה לעתירה ולאומות האמור בה.
3. האמור בסעיפים 1-24 לעתירה הוא בדיעתי האישית.
4. אני מצהיר כי כל הטענות המשפטיות המופיעות בעתירה זו הינן לפי מיטב ידיעתי ואמונתי. המקור לידיעתי ולאמונתי הוא עפ"י עצה משפטית שקיבלתי.
5. אני מצהיר כי זהו שמי, זו חתימתי ותוכן הצהרתי אמת ולראייה באתי על החתום:

אריה אבנרי

אישור

אני הח"מ, עו"ד יצחק מינא, מאשר בזה כי ביום _____ הופיע בפניי מר אריה אבנרי שזיהה עצמו לפניי באמצעות ת.ז. מס' 3028461, ולאחר שהוזהרתי כי עליי לומר את האמת וכי אם לא יעשה כן יהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק, אישר נכונות הצהרתו דלעיל וחתם עליה בפניי.

יצחק מינא, עו"ד

תאריך