



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כב' השופט ד"ר יגאל מרזל

עת"מ 8661-03-11 שומרי משפט – רבנים למען זכויות אדם ואח' נ' מנהל מקרקעי ישראל
ירושלים ואח'

העותרים:

1. שומרי משפט - רבנים למען זכויות אדם
 2. עמותת בני ליפתא הירושלמית
 3. עמותת ג'פרא עמותה לקידום מורשת בנויה וסביבתה
 4. ד"ר דפנה גולן
 5. אילן שטייר
 6. צאלח ציאם
 7. עבדאל רחמן אבו לייל
 8. רדואן ברקאת
 9. דאוד עיסא עבידי
 10. ג'לאל ג'מיל עותמאן עקל
 11. מוחמד עודה
- כולם על-ידי בא-כוחם עו"ד סאמי ארשיד

- נ ג ד -

המשיבים:

1. מינהל מקרקעי ישראל
על-ידי באת-כוחו עו"ד יעל ענתבי-שרון
פרקליטות מחוז ירושלים (אזרחי)
2. רשות העתיקות
על-ידי בא-כוחה עו"ד דניאל גלס
3. עיריית ירושלים
על-ידי באת-כוחה עו"ד צופית בן-פורת
לשכת היועץ המשפטי של העירייה

פסק-דין

1. מינהל מקרקעי ישראל יצא בחודש דצמבר 2010 במכרז, שעניינו חכירת מגרשים לבנייה למגורים ומסחר בהיקף של 212 יחידות דיור בעשרה מתחמי משנה באזור הכפר ליפתא שבירושלים. מתחם הכפר ליפתא הוא בעל מאפיינים ייחודיים – היסטוריים, ארכיטקטוניים ואחרים. בעתירה שבכותרת נטען שיש לבטל מכרז זה. טענתם העיקרית של העותרים היא, שאין מקום לקיים את המכרז, כל עוד לא הושלמו הליכי השימור והתכנון המפורטים במתחם כולו, והכל כנובע מאופיו הייחודי של הכפר.

2. כפי שיובהר עוד להלן, נתון מכריע בתיק זה הנו שינוי העמדה של הרשות – שבא לידי ביטוי בשינוי תנאי המכרז – במהלך ההתדיינות. בסופו של יום, בשינוי מהותי זה של תנאי



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כב' השופט ד"ר יגאל מרזל

עת"מ 8661-03-11 שומרי משפט – רבנים למען זכויות אדם ואח' נ' מנהל מקרקעי ישראל
ירושלים ואח'

המכרז יש כדי לחרוץ את גורל המכרז. אולם, לפני שאפרט את נימוקי מסקנתי זו, יש לעמוד
ביתר פירוט על המחלוקת והרקע לה.

על הכפר ליפתא

3. על מנת להבין את יריעת המחלוקת שלפניי, יש חשיבות לפירוט מה אודות הכפר
ליפתא וייחודו – ייחוד שלא היה שנוי במחלוקת בין הצדדים. הכפר שוכן במבואותיה
המערביים של ירושלים, בעמק שבתחתית המדרון של שכונת רוממה. מדובר במתחם
שהוכרז כאתר עתיקות לפי הכרזה מיום 18.5.1964. כאמור, מדובר במתחם בעל אופי
ייחודי. הדבר עולה מסקר ראשוני של רשות העתיקות מחודש יולי 2008, עליו הסתמכו לפניי
הצדדים כולם. כרקע לעניין, נעמוד בקצרה על מאפייניו הייחודיים של הכפר, כעולה מן
הסקר:

4. כמפורט בסקר, ייחודו של הכפר ליפתא בא לידי ביטוי, בין היתר, ברקע היסטורי
מפותח ועשיר. על-פי הסקר, קיימות בליפתא הוכחות לרצף יישובי החל בתקופת בית ראשון
ובית שני – אז כונה הכפר "נפתוח". במקום נתגלו שרידים ארכיאולוגיים מתקופת אלו,
וניתן למצוא אזכור של מעיין הכפר בשמו זה בספר יהושע (יהושע ט"ו ט'; יהושע י"ח טו').
השריד הראשון הבנוי בכפר הוא מהתקופה הצלבנית – מבנה הבנוי אבני גזית גדולות. מן
הסקר עולה, שבתקופה העות'מאנית קיבל הכפר תנופת פיתוח, ולפי המתואר בכתובים הפך
לכפר הערבי הגדול ביותר בחבל. בתקופה זו היה ליפתא ישות עצמאית שאף סיפק מזון
לתושבי ירושלים. בתחילת המאה ה-20, עם "היציאה מהחומות" בירושלים, התקרבה העיר
לכפר. הדבר השפיע על התפתחות הכפר באופנים שונים, ובכלל זה החל פיזור ההתיישבות
על מדרון ההר, חל פיחות בתלות של תושבי הכפר בחקלאות וחלה התפתחות של חיי
המסחר. שינויים והתפתחויות דמוגרפיים וארכיטקטוניים אירעו גם בתקופת המנדט
הבריטי. התפתחותו ה"טבעית" של הכפר – בהתאם לצרכי התושבים – נמשכה עד שנת
1924, אז התערב הממשל הבריטי בבינוי הכפרי באמצעות חקיקת בנייה. תנופת הבנייה של
הכפר נמשכה עד אמצע שנות ה-40 של המאה ה-20, אז הגיע הכפר לשיא מבחינת גודלו.
בשנת 1948 היה הכפר מוקד עימות, ובפברואר אותה שנה התרוקן הכפר מתושביו. ניסיונות
להפוך את הכפר לשכונה יהודית וליישבו ביוצאי תימן בשנת 1949 – נכשלו. בתחילת שנות
ה-50 של המאה יושבו בכפר, לתקופה קצרה, עולים חדשים מכורדיסטן; התיישבות
שנמשכה זמן קצר ביותר. הודגש בסקר, כי בעוד שכפרים דומים אחרים – נהרסו במהלך



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כב' השופט ד"ר יגאל מרזל

עת"מ 11-03-8661 שומרי משפט – רבנים למען זכויות אדם ואח' נ' מנהל מקרקעי ישראל
ירושלים ואח'

מלחמת העצמאות ולאחריה או לחלופין יושבו או התפתחו והפכו לחלק מירושלים, הכפר
ליפתא נותר מחוץ לתחום העיר.

5. על-פי המתואר בסקר, הכפר הערבי במקום החל כיישוב ספונטני במערה הסמוכה
למקור מים, כאשר בהמשך, עם התרחבות המשפחות, נוספו מבנים נוספים צמודים על מנת
ליצור מתחם מוגן. במקביל חלה התפתחות של שיטות הבנייה. בנייה זו הביאה ליצירת
גרעין כפר צפוף. בהמשך התפתח הכפר והתפשט. הבינוי נעשה אפוא מפוזר יותר ודומה
לחוות קטנות. עוד צוין בסקר, שלאחר מלחמת העצמאות ניזוק המרקם האורבאני של הכפר
ובייחוד ניזוק גרעין הכפר. עם זאת, צוין שניתן למצוא שרידים של כל אחד משלבי
התפתחות הכפר.

6. סקר רשות העתיקות עמד גם על ערכי הכפר – ערכים אורבאניים, היסטוריים,
אסתטיים, מדעיים ועוד – וחשיבותם בעת הזו. הערכים האורבאניים של הכפר שהוזכרו
כללו, בין היתר, את שלבי ההתפתחות; דפוסי נוף; טכנולוגיות הבנייה הכפריות; הדרכים
הרחובות והסמטאות; הכיכרות, מבני הציבור ובתי הבד. הערכים האדריכליים כללו, בין
היתר, מבנים שנשתמרו – מטיפוסים שונים ותקופות שונות – על האלמנטים השונים
המצויים בהם, ובכלל זה החצרות, הגגות, החללים הפנימיים וכיוצא באלו. ערכים אלו סווגו
בסקר לפי חלוקה לערכים היסטוריים-חברתיים, ערכים אומנותיים-אסתטיים וערכים
מבניים ומדעיים. בחלק מן המקרים, מדובר בדפוסים ייחודיים שנכחדו מהאזור. צוין
בדו"ח ש"המקום הפך בעל כורחו ל'מוזאון' ייחודי של תרבות בנייה ההולכת ונכחדת" (עמ'
28; ההדגשה אינה במקור – י.מ.).

תכנית 6036

7. ביום 20.8.2006 פורסמה למתן תוקף תכנית 6036 בוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה.
התכנית מתייחסת למתחם מושא עתירה זו – מתחם ליפתא. בין מטרות התכנית, שינויי
ייעוד שונים הכוללים שינוי משטח שמורת טבע לאזור מגורים מיוחד, לאזור מגורים מיוחד
לשימור, לבנייה ועוד. במסגרת תכנית זו נקבע גם מספר יחידות הדיור המקסימלי. בתכנית
נעשתה חלוקה לאזורים שונים: "אזור מגורים מיוחד", בו הותרה הקמת בנייני מגורים
בשילוב חדרי אירוח וכן משרדים; "אזור מגורים מיוחד לשימור", שכלל מגבלות בנייה
מעבר לאזור המגורים המיוחד; וכן "אזור למסחר ולמגורים מיוחד לשימור – גרעין הכפר",
שקבע מגבלות בנייה נוספות וייחודיות. התכנית כוללת הוראות שונות הקשורות למבנים



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כב' השופט ד"ר יגאל מרזל

עת"מ 11-03-8661 שומרי משפט – רבנים למען זכויות אדם ואח' נ' מנהל מקרקעי ישראל
ירושלים ואח'

שייבנו במפרט הבנייה. כך למשל, סעיף 17 בתכנית כולל הוראות בכל הנוגע לבנייה, לפיתוח ולאחזקה, כמו גם הוראות בנוגע לתשתיות ולחלקי מבנה לשימור.

8. סעיף 18 לתכנית קבע תנאים למתן היתר בנייה ותנאים למתן טופס 4 ושלבי ביצוע. בין היתר נרשם, כי תנאי למתן היתר חפירה – הריסה או בנייה – ראשון בשטח, יהיה "הגשת תכנון מפורט" באשר למרכיבים שונים. באופן ספציפי, קבע סעיף 18 לתכנית, בכל הקשור למתן היתר בנייה בשטחים המיועדים לבנייה – במסגרת "אזור למסחר מגורים מיוחד לשימור גרעין הכפר" וכן ב"אזור מגורים מיוחד לשימור". נקבע, שתנאי למתן היתר בנייה הוא אישור תכנית בינוי ופיתוח על-ידי הוועדה המקומית. עוד קבע סעיף משנה זה, שתנאי למתן היתר בנייה יהיה הגשת הבקשה למשרד אדריכלים המתמחה בשימור – משרד שילווה את הבינוי בכפר, לרבות היבטי השימור והשיקום שלו. תנאי נוסף שנקבע באותו הסעיף למתן היתר בנייה, הוא הגשת תכנון מפורט של פיתוח השטח והמתחם וכן "תאום עם רשות העתיקות וקבלת אישורה והנחיותיה". יצוין, כי לתכנית זו הוגשו התנגדויות והן התבררו בוועדת המשנה להתנגדויות בישיבה שהתקיימה ביום 6.2.2005. תכנית זו אינה נתקפת בעתירה שלפניי.

המכרז

9. כנזכר לעיל, בחודש דצמבר 2010 פורסם מכרז המתייחס למתחם הכפר ליפתא. המכרז הזמין הצעות לחכירת עשרה מתחמי משנה ספציפיים. צוין במכרז, שעל המגרשים חלה תכנית 6036, לרבות החלוקה לאזורים שונים לשימור. עוד נקבע במכרז, שהמציע מאשר שראה את תכנית 6036 על נספחיה והוא מוותר מראש על כל טענה בעניין היעדר אפשרות לממש את זכויות הבנייה המירביות המוגדרות בתכנית, בין היתר בשל דרישות של ועדות התכנון או רשות העתיקות. נרשם במסמכי המכרז, כי האתר הוא אתר עתיקות מוכרז כדין עוד מיום 18.5.1964. עוד הופנו המציעים לסקר רשות העתיקות שהוזכר לעיל וכן לקווים מנחים שקבעה רשות העתיקות ביחס לשיווק, תכנון ופיתוח הכפר ליפתא. על-פי תנאי המכרז, המציע נוטל על עצמו לקיים את הנחיות השימור והשחזור של הרשויות המוסמכות לרבות רשות העתיקות – על חשבוננו. כל מציע מתחייב גם לתאם עם רשות העתיקות כל בקשה להיתר בנייה. בכנס מציעים הובהר, בהקשר זה, כי זכויות הבניה לפי התכנית הן מירביות וייתכן כי הזכויות שיאושרו בפועל בהיתר הבנייה יהיו קטנות מן הרשום בתכנית.



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כב' השופט ד"ר יגאל מרזל

עת"מ 8661-03-11 שומרי משפט – רבנים למען זכויות אדם ואח' נ' מנהל מקרקעי ישראל
ירושלים ואח'

10. בכל הקשור להנחיית רשות העתיקות, מפנה המכרז למסמך "קווים מנחים והנחיות רשות העתיקות לשיווק ופיתוח הכפר ליפתא" מיום 1.12.2009, כאשר מציע במכרז נדרש להתחייב למלא הנחיות אלה. המסמך האמור של רשות העתיקות קבע שיש לערוך סקר ותיעוד מקיפים של הכפר וסביבתו, על בסיס הסקר המקדים שנערך על-ידי רשות העתיקות בחודש יולי 2008 (ושעל עיקריו עמדנו לעיל). בכלל זה, נדרש סקר ארכיאולוגי, סקר שימורי הכולל בין היתר את מרקם הכפר, חלקות היסטוריות, שימושי מבנים, מרחבים ציבוריים, סקר נופי וכדומה. הסקר המקיף נועד למפות את מצב ההשתמרות של המבנים ומרכיבי הכפר ולדרגם לצורך קביעת רמת ההתערבות המותרת בהם. בנוסף, נקבע שבמסגרת הסקר יוכנו מפרטים לפרטי הבינוי והטיפול בהם כבסיס לתכנון הבנייה החדשה. נקבע בסעיף 1.4 למסמך זה, ש"הסקר השימורי יעשה על ידי כל זכין באופן פרטני. לאחר אישורו של הסקר הפרטני הוא יחובר לסקר שימורי כולל באחריות רשות העתיקות" (ההדגשה שלי, י.מ.). סעיף 1.5 קבע, שהסקר ייכנס לתוקף רק לאחר אישור מהנדס העיר ורשות העתיקות, ואישור זה יהווה תנאי להנפקת היתרי הבנייה לגבי כל מתחם בנפרד. נקבע עוד, כי מסקנות הסקר יהוו בסיס לפיתוח תוכניות בינוי ודרכים מפורטות לפי התכנית; כי בהתאם למסקנות הסקר יש לשמר את המבנים והמתקנים ההיסטוריים בכפר; כי יש לשמור על קו הרקיע האופייני של הכפר העוקב אחר הטופוגרפיה ה"טבעית", ובכלל זה שמירה על נפחי הבנייה המסורתית; וכן כי יש לשמר מבנים ייחודיים שונים.

העתירה

11. המועד האחרון להגשת הצעות לפי תנאי המכרז נקבע ליום 6.3.2011. באותו היום הוגשה לבית-משפט זה העתירה שבכותרת, באמצעות בא-כוחם של העותרים, עו"ד סאמי ארשיד. הסעדים שהתבקשו בה היו, כאמור, ביטול המכרז וכן מתן הוראה למשיב להימנע משיווק או מכירה של המגרשים בכפר ליפתא "עד לאחר שיושלם הליך של תכנון כולל של אזור הכפר שיכלול תכנון לשימור של האתר לפי אמות מידה מקצועיות ותוך שיתוף הציבור בעל העניין בכפר ליפתא בכל תכנית עתידית לפיתוח". לחלופין התבקש להורות כן בכל הקשור למתחם מס' 9, שהוא גרעין הכפר. העתירה הוגשה על-ידי מספר עותרים ציבוריים וכן על-ידי העותרים 6-11 שלפי הנרשם בעתירה – הם ילידי הכפר ותושבי ירושלים בעת הזו.

12. יחד עם הגשת העתירה הוגשה גם בקשה לצו ביניים. בהחלטתי שניתנה בו ביום, נערתתי לבקשה וניתן צו ארעי המונע את המשך הליכי המכרז, לרבות פתיחת תיבת המכרזים. צו זה עומד בתוקפו גם בעת הזו. טרם אביא את הטענות העיקריות של הצדדים,



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כב' השופט ד"ר יגאל מרזל

עת"מ 8661-03-11 שומרי משפט – רבנים למען זכויות אדם ואח' נ' מנהל מקרקעי ישראל
ירושלים ואח'

יצוין כבר עתה, כנרמז לעיל, כי חזית המחלוקת עברה שינויים במהלך הדיונים שהתקיימו לפניי בהליך זה. כפי שיובהר להלן, לשינויים אלו יש חשיבות ומשמעות רבה. על-כן, דרוש פירוטם, והדבר ייעשה תוך תיאור השתלשלות ההליכים.

13. בעתירה עמדו העותרים בהרחבה על אופיו המיוחד של הכפר ליפתא. על רקע אופי מיוחד זה, נטען בעתירה שהחלטת המשיב לצאת במכרז לשיווק המתחמים השונים שבכפר, והכל טרם הסדרת הליכי השימור והתכנון המפורטים – היא החלטה בלתי סבירה שדינה להתבטל. מדובר בהרס "עדות חיה להיסטוריה ותרבות חשובות ומהותיות בארץ". בעתירה הודגש הקושי העולה מן ההוראות שנזכרו לעיל, ולפיהן חולק הכפר למתחמים, כאשר כל מציע יכול להציע הצעה למתחם שונה וכאשר המטלות הציבוריות של בנייה ושימור – הועברו לידיהם של היזמים הפרטיים. נטען בעתירה, שהעברת האחריות לביצוע הסקרים והתיעוד ליזמים הפרטיים חלף ביצועם על-ידי הרשות – אינה כדין. נטען כי הדבר יוביל לפגיעה צפויה באיכות השימור ובביצועו.

14. העותרים צירפו לעתירתם חוות דעת של מומחים – אדריכלים בתחום השימור. לפי חוות הדעת והנטען בעתירה, עומדים המכרז ותנאיו בניגוד לעמדתה של רשות העתיקות בסקר מחודש יולי 2008, ואף לגופו – אין המכרז מגשים כללי שימור מקובלים. במיוחד הודגש הקושי בכל הקשור לגרעין הכפר, שאף התכנית המאושרת שמספרה 6036 ייחדה לו תכנון ייעודי. העותרים הדגישו, שהם אינם תוקפים את התנאים הקבועים בתכנית 6036, כמו גם את העובדה שבפן הקנייני – הקרקע בבעלות המדינה (הגם שלפי העתירה, הזיקה של הבעלים המקוריים לקרקע מעולם לא נותקה). נטען בעתירה שהתכנון המפורט והסקר השימורי הכללי יביאו לקביעת הנחיות שימוריות שהן בגדר "נעלם". אלו בתורן יביאו לייקור העבודות שיצטרכו היזמים הפרטיים לבצע, לצמצום הבנייה ולשינוי התכנון והשימור של אתרים ציבוריים. מכאן, ששיווק המתחמים ליזמים פרטיים לפני השלמת סקר השימור והתכנון המפורט, יערב לחץ של גורמים פרטיים. לעומת זאת, קביעת ההנחיות השימוריות כאשר הקרקע היא בבעלות ציבורית תשפר משמעותית את הסיכוי ששיקול הדעת המקצועי שיופעל יהא חף מלחצים ויבטיח תוצאה שימורית אופטימאלית.

15. מעבר לכך נטען, שממצאי הסקר עשויים להשפיע על נושאים מהותיים כגון תוואי התשתיות הציבוריות ואפילו עצם החלוקה למתחמי השיווק, כאשר נטען שהמתחמים שבמכרז שונים מהמתחמים הטבעיים לפי סקר רשות העתיקות מיולי 2008. נטען עוד, שחובת הרשות לבצע בעצמה תיעוד יסודי ומעמיק בנסיבות המקרה היא חובה מוגברת,



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כב' השופט ד"ר יגאל מרזל

עת"מ 11-03-8661 שומרי משפט – רבנים למען זכויות אדם ואח' נ' מנהל מקרקעי ישראל
ירושלים ואח'

מאחר שקודם לאישור תכנית 6036 לא הוכן תיעוד מקדים והקושי בעניין עולה במפורש מסקר רשות העתיקות מיולי 2008. מעבר לכך, ביצוע התיעוד על-ידי היזמים הפרטיים (שהם בעלי עניין בתוצאות הסקר), ולאחר מכן חיבורו לסקר כולל מעורר קושי. התיעוד המפורט הנדרש – אם יתבצע על-ידי כל יזם בנפרד – אינו כולל את מכלול שטח הכפר ההיסטורי, שכן לא משוק השטח ההיסטורי במלואו. בהקשר זה נטען, כי יתכן שממצאי הסקר יכתיבו רמת התערבות שאינה עולה בקנה אחד עם זכויות הבנייה לפי התכנית, כאשר במצב בו הקרקע בבעלות ציבורית ניתן לתקן את הדבר באמצעות ניווד זכויות, לעומת מצב בו הקרקע בידיים פרטיות - שאז יהיה קושי להגביל את היזמים מלמצות את מלוא הזכויות לפי התב"ע. עוד נטען בעניין זה, כי לפי סקר רשות העתיקות ישנם אתרים שמן הראוי שיישארו בידיים ציבוריות, אלא שעל-פי המכרז הנוכחי אתרים אלה משווקים ליזמים פרטיים מבלי שהותווה מנגנון להעמדתם לרשות הציבור. גם בעניין זה, על מנת לקבל החלטה מושכלת ומשוחררת מלחצים, נטען שיש להשלים את הסקר עובר לשיווק המגרשים וממילא לבטל את המכרז.

התשובות לעתירה

עמדת מינהל מקרקעי ישראל

16. מינהל מקרקעי ישראל, הוא המשיב 1, ביקש באמצעות באת-כוחו, עו"ד יעל ענתבי-שרון, שהעתירה תידחה. נטען, שהעותרים מתערבים בריב לא להם וכי למעשה מדובר בתקיפה עקיפה של תכנית 6036. זאת – בשיהוי ניכר. לגופו של עניין, נטען שתכנית 6036 קבעה דרישות מפורשות בתחום השימור, הבינוני והפיתוח, והדבר בא לאחר הליך של התנגדויות כדין. מעבר לכך, נטען כי הן תכנית 6036 והן המכרז כוללים "מעגלי פיקוח" שמטרתם לוודא שכל האינטרסים השימוריים מעוגנים ומוגנים כראוי. הודגש בתשובה שרשות הפיתוח היא הבעלים של הקרקע והיא מנוהלת על-ידי מינהל מקרקעי ישראל. עוד הודגשו סעיפי המשנה של סעיף 18 לתכנית 6036, הקובעים כאמור תנאים למתן היתרי בנייה ומגבילים מתן היתרים בשורה של תנאים. הודגש בתשובה, שלבד מהוראות התכנית בעניין אופי הבנייה והשימור, נדרשים עוד: אישור התכנית על-ידי הוועדה המקומית; פיקוח ואישור של משרד אדריכלים המתמחה בשימור; אישור רשות העתיקות וכן עריכת סקר תיעוד מאוחד על-ידי רשות העתיקות עצמה. המשיב הדגיש, שבהשוואה לתכניות אחרות אשר נועדו לבנייה בכפרים נטושים כגון עין-כרם או מלחה, "אין ספק כי תכנית זו מעגנת הוראות שימור פרטניות ומדוקדקות באופן ניכר" (סעיף 26 לתשובה). המשיב גם הדגיש את



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כב' השופט ד"ר יגאל מרזל

עת"מ 8661-03-11 שומרי משפט – רבנים למען זכויות אדם ואח' נ' מנהל מקרקעי ישראל
ירושלים ואח'

ההוראות המצמצמות והמגבילות שבמכרז עצמו (למשל סעיף 2 לתנאים המיוחדים), לרבות הצהרת המציעים על הכפיפות וההיכרות עם תכנית 6036, כמו גם סקר רשות העתיקות מחודש יולי 2008 וכן הנחיות רשות העתיקות שזכרו לעיל משנת 2009. נטען שבמכרז הוחמרו התנאים שנקבעו בתכנית. כמו-כן, נטען שמדובר בפרויקט מורכב ועדין ושהמכרז הוכן כ"מלאכת מחשבת", בה ניתן ביטוי לצורך הקפדני בשימור הכפר.

17. בכל הנוגע לסקר הדרוש (המקיף והפרטני) שטרם נעשה, נרשם בתשובה, שעל היזם מוטלת מלאכת ביצוע סקר התיעוד (סעיף 47 לתשובה). סקר זה ייערך אל מול הרשויות הציבוריות שיפקחו עליו. סקר השימור **המאוחד**, לכל המתחמים, יבוצע על-ידי רשות העתיקות עצמה, כאשר המציע יהיה מחויב לפעול בהתאם להנחיות רשות העתיקות ולקבל את אישורה בכל הנוגע לשימור והשיחזור. על יסוד זה, נטען על-ידי המשיב, כי אין בסיס לאמור בעתירה ולחשש לפיו כל מציע יוכל לעשות במתחם בו יזכה – כבשלו.

18. בתשובה נרשם עוד, כי ניתנה הדעת למתחם מס' 9 – הוא גרעין הכפר – שיש לו רגישות תכנונית והיסטורית מיוחדת, כעולה בין היתר מהתכנית וממסמכי המכרז. עוד נטען, שהמטלות שהוטלו על היזם במסגרת המכרז באו משיקולים כלכליים ומעשיים. הן אינן בגדר הפרטה או העברה של סמכויות שלטוניות לידיים פרטיות. מדובר לכל היותר בהסתייעות של הרשות בגורם פרטי, תוך שהרשות מפקחת על כך לשם השמירה על האינטרס הציבורי. החשש שהביעו העותרים בכל הקשור ללחצים שיפעילו היזמים, הוא חשש ספקולטיבי. מכל מקום, כך נטען, שיקול הדעת ליזם (הזוכה במכרז) הוא מצומצם ועבודתו היא בעיקרה טכנית. מדובר אפוא בהחלטה סבירה.

19. עוד נטען בתשובה, שתכנית 6036 לא קבעה חובת עריכת סקר מקדים ותכנית מפורטת אלא כתנאי למתן היתר בנייה; הוראה שלא נתקפה בזמן אמת, על כל המשתמע מכך. אין כל פסול בהותרת תכנון זה לשלב הוצאת היתרי הבנייה. צוין, בהקשר זה, בכל הנוגע לטענה כי יהיה צורך להתחשב ביזמים, כי כל המגבלות הוצגו ליזמים במכרז ומי שהגיש הצעה – לקח על עצמו את הסיכונים הכרוכים בכך. לבסוף נטען, כי אין עילה להתערבות בהחלטת הרשות, בשים לב לכך שמדובר בעיקרו של דבר בעניין תכנוני ונוכח שיקול הדעת הרחב של מוסדות התכנון בנדון.



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כב' השופט ד"ר יגאל מרזל

עת"מ 8661-03-11 שומרי משפט – רבנים למען זכויות אדם ואח' נ' מנהל מקרקעי ישראל
ירושלים ואח'

עמדת רשות העתיקות

20. משיבה 2, היא רשות העתיקות, הגישה תשובה באמצעות בא-כוחה עו"ד דניאל גלס. היא ציינה בתשובתה, לאחר שעמדה על עקרונות כלליים בתחום, ש"ככלל הדרך המקצועית הראויה היא שיש לבצע טרם אישור תכנית או שיווק מקרקעין המוכרזים אתר עתיקות ... סקר, תיעוד וחפירות ארכיאולוגיות" (סעיף 14). רק לאחר השלמת פעולות מקצועיות אלו, קובעת הרשות האם ניתן להתיר את עבודות הפיתוח ואם כן באלו תנאים; או שמא יש לאסור את הפיתוח נוכח חשיבותו המדעית וההיסטורית של האתר והממצאים שהתגלו בו (סעיף 15). רשות העתיקות חזרה בתשובתה על החשיבות המדעית וההיסטורית של אתר ליפתא, תוך שהיא מפנה לסקר מחודש יולי 2008 הנזכר לעיל. צוין, שמתוקף היותו של המתחם אתר עתיקות מוכרז כדיון, אין לבצע בתחום האתר פעולות פיתוח, בנייה, סלילה וכיוצא באלו ללא אישור מנהל רשות העתיקות. הכל – לפי סעיף 29 לחוק העתיקות, תשל"ח-1978. רשות העתיקות ציינה, כי בתכנית שיוזם מינהל מקרקעי ישראל לא נקבעו כללים מפורטים בכל הנוגע לטיפול בעתיקות ושימורן. בהתייחסה להוראות סעיפים 18, 20, 21 ו-23 לתקנון תכנית 6036 באופן ספציפי, ציינה רשות העתיקות ש"ההוראות שלעיל הן הוראות כלליות, שאינן פרטניות ואינן מתייחסות באופן פרטני למונומנטים הארכיאולוגיים, למבנים ולעתיקות אלא התוו דרך כללית לטיפול בעתיקות ... שממילא קיימת מכוח הוראות חוק העתיקות" (סעיף 23 לתשובה).

21. צוין עוד בכתב התשובה של רשות העתיקות (בסעיף 26), כי רשות העתיקות דרשה עוד קודם לפרסום מכרזי השיווק של המינהל, שיתבצע סקר ראשוני על מנת שהרשות תוכל לעמוד על האתר ואופיו, למפות את המצב הקיים ולבחון את תכניות הבנייה והפיתוח לגביו. מדובר בסקר הראשוני הנ"ל מחודש יולי 2008. לאחר פגישות שונות שנערכו, "ובהתחשב באילוצים הקיימים שעיקרם קיומה של תכנית תקפה ודרישת המינהל לצאת לשיווק ולהשית את הוצאות הטיפול הפרטני בשימור על הרוכשים, הוחלט כי רשות העתיקות תקבע קווים מנחים והנחיות לשיווק המתחמים ושל השטחים הנוספים הנכללים בתכנית". מדובר באותו מסמך נוסף משנת 2009. רשות העתיקות הוסיפה וציינה בכתב תשובתה, כי "קיימת אפשרות סבירה, לאחר ביצוע הסקר והתיעוד המקיף, שהרשות תקבע שאין להתיר בנייה בחלק מהשטח המיועד לשיווק". דברים אלה נכונים, כך צוין, בעיקר ביחס למבנים הקיימים בגרעין הכפר (מתחם 9) וכן ביחס למבנים ולמתקנים היסטוריים נוספים בכפר (סעיף 40 לתשובה).



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כב' השופט ד"ר יגאל מרזל

**עת"מ 11-03-8661 שומרי משפט – רבנים למען זכויות אדם ואח' נ' מנהל מקרקעי ישראל
ירושלים ואח'**

22. רשות העתיקות סיכמה את תשובתה בציננה, ש"כעיקרון, הדרך הראויה לטיפול באתר חייבת להיעשות תוך קביעה מראש של כללי שימור ברורים וזאת במסגרת תכנית מפורטת" (סעיף 44 לתשובה). יחד עם זאת, הוסיפה וציננה, כי נוכח העובדה שמדובר בתכנית מאושרת וכן נוכח ההתפתחויות בתחום המודעות לסוגיית השימור, נקבעו הכללים שבמסמך משנת 2009 והנחיות אלה מאזנות בין צרכי השימור לבין צרכי הפיתוח. נתבקש על כן, לדחות את העתירה.

עמדת עיריית ירושלים

23. משיבה 3, היא עיריית ירושלים, באמצעות באת-כוחה עו"ד צופית בן-פורת, סברה גם היא שיש לדחות את העתירה. העירייה הפנתה לתכנית 6036 הנזכרת לעיל, תוך שטענה שתכנית זו נותנת מענה ראוי לערכים ולממצאים ההיסטוריים הקיימים. נטען עוד, שדרישה לפיה יתועדו כל המבנים והפרטים הראויים לשימור בשטח של 456 דונם – אינה סבירה, והשלב הראוי והנכון לעשות כן הוא שלב הוצאת היתרי הבנייה. מטעמים אלה בעיקרם, התבקש לדחות את העתירה.

הדיון שהתקיים לפני ביום 11.5.2011 וההתפתחויות שבעקבותיו

24. בדיון שהתקיים לפני ביום 11.5.2011, ציין בא-כוח רשות העתיקות שנוכח אישור התכנית 6036, "אין לנו יותר מדי ברירות. איננו 'מאושרים' מן המצב אך התב"ע כבר אושרה" (עמ' 2 שורה 1 לפרוטוקול). הוא הוסיף וציין, כי "אם היינו מעורבים קודם לכן, יתכן והתכנית הייתה נראית אחרת" (שם). בטיעוניו חזר בא-כוח רשות העתיקות על כך שבעקבות הסקר המקיף, הסקר המשלים והסקר הראשוני מחודש יולי 2008, קיימת אפשרות סבירה שבמקומות מסוימים לא תתאפשר בנייה. הודע לבית המשפט שמבחינה מקצועית, הדבר הנכון הוא להשלים את הסקר המפורט טרם שיווק המגרשים, לפחות לגבי חלק מהמתחם – כלומר לגבי גרעין הכפר. במתן הסבר לעניין זה, פורט הקושי הקיים – מקום בו יזמים פרטיים הם בעלי זכויות ויש לשקלל את עניינם במסגרת ההכרעה המקצועית. נטען, כי מן הניסיון שנצבר, קיים שוני במצב השימור כאשר נכנסים לתמונה יזמים שהם בעלי עניין במגרש. לכן, ככל שנקודת הזמן בה ייעשה הסקר המפורט תהיה מוקדמת יותר – "זה יותר טוב" (שם, בש' 26-29). בכל הקשור לחלוקת המתחמים במסמכי המכרז, הבהיר בא-כוח רשות העתיקות שהחלוקה נעשתה בדרך שאינה תואמת את החלוקה ההיסטורית (עמ' 3 שורות 1-7 לפרוטוקול).



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כב' השופט ד"ר יגאל מרזל

עת"מ 8661-03-11 שומרי משפט – רבנים למען זכויות אדם ואח' נ' מנהל מקרקעי ישראל
ירושלים ואח'

25. בהמשך לדברים אלה, שבה וטענה באת-כוח המינהל (משיב 1), כי היזמים שהגישו הצעות במכרז היו ערים לקושי הקיים במתחם ולאפשרות שלא יוכלו לנצל את מלוא זכויות הבנייה, בין היתר בשל הוראות שימור שונות. מדובר היה, לדבריה, בסיכון שהיזם לוקח על עצמו. כמו-כן, חזרה באת-כוח המינהל במעמד זה על עיקר טענותיה, ובכלל זה על טענת "מעגלי הפיקוח", שמטרתם לפי הנטען להבטיח ביצעו כנדרש של סקר השימור והתיעוד בפועל.

26. נוכח הערות בית המשפט בשלהי הדיון, בדבר הקושי בעמדת המשיבים, כפי שעלה מכתבי התשובה ומן הדברים שנאמרו בדיון, התבקשה שהות על מנת למסור הודעה לבית המשפט.

הודעת המשיבים לאחר הדיון

27. ביום 27.7.2011 נמסרה מטעם המשיבים 1 ו-2 הודעה, שבאה לאחר התייעצויות עם דרגים מקצועיים שונים מטעם המשיבים האמורים. כפי שיובהר עוד להלן, להודעה זו משמעות רבה בכל הקשור לתוצאת ההליך.

28. בהודעה נרשם כך: **רשות העתיקות** תבצע סקר שימור מקיף של כל המתחמים שהוצעו במכרז, וזאת לפי הסדר מימון פנימי שבין המשיבים. ביצוע הסקר יתחיל תוך 45 ימים "מיום שבית המשפט יאשר את המשך הליכי המכרז" (ההדגשות אינן במקור, י.מ.). עוד הודע לבית המשפט, כי מתחם מס' 9 (גרעין הכפר) וכן מתחם מס' 11 (שמלכתחילה לא נכלל במכרז) – יוצאו מגדר המכרז הקיים. שטחים אלה יוצאו למכרז רק לאחר שיסתיים סקר השימור המפורט, כאשר מכרז נפרד זה יכלול את תנאי השימור הפרטניים של הרשות. עוד הודע, שלאחר שיוכרזו הזוכים במכרז, לא תתבצע כל פעילות במתחמים במשך שלושה חודשים, ובכלל זה עבודות פיתוח. זאת, על מנת שיתאפשר לרשות העתיקות להשלים סקר שימורי כולל, כאמור. ההודעה גם כללה מנגנון למימון סקר השימור ועלויות השימור של מתחמים 9 ו-11. לבסוף נרשם בהודעה, כי האמור בהודעה בא להוסיף על האמור בתנאי המכרז ולא לגרוע או לפגוע בהם. על בסיס עמדת המשיבים בהודעה זו, נתבקש לדחות את העתירה.

29. בהמשך להחלטה נוספת שניתנה ביום 28.7.2011, נמסרה הודעת הבהרה מוסכמת על-ידי משיבים 1 ו-2 בכל הקשור להמשך הליכי המכרז. לפי הודעה זו, הליכי המכרז יימשכו



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כב' השופט ד"ר יגאל מרזל

עת"מ 8661-03-11 שומרי משפט – רבנים למען זכויות אדם ואח' נ' מנהל מקרקעי ישראל
ירושלים ואח'

בכפוף לשינויים עליהם הודע לעיל. צוין בהבהרה, שככל שמתווה זה יאושר על-ידי בית המשפט, תישלח ההודעה הנזכרת לעיל וכן הודעת ההבהרה לכל רוכשי חוברת המכרז ואלו יפורסמו גם באתר האינטרנט של מינהל מקרקעי ישראל ובעיתונות. משיבים 1 ו-2 הבהירו, כי משמעות הודעתם היא שבכל הקשור למתחם מס' 9, ניתן הסעד שנתבקש בעתירה (שכן הסקר יקדם למכרז). בכל הקשור לסעדים האחרים הקשורים לביטול המכרז, הרי שנוכח ההודעה שעיקרה הסכמת המשיבים לעריכת סקר תיעוד כולל על-ידי רשות העתיקות קודם לביצוע פעולות כלשהן במתחמים, הרי שאין מקום למתן סעדים אלה ואין מקום לביטול המכרז.

הודעות משלימות וחינוש הדין

30. בעקבות הודעתם של משיבים 1 ו-2, ניתנה לעותרים אפשרות להביא את עמדתם והתייחסותם לפני בית המשפט. עמדתם הייתה שיש לקבל את העתירה במלואה. לפי הנטען, משמעות הודעת המשיבים 1 ו-2 היא קבלת טענת העותרים, לפיה אין לבצע שיווק או מכירה של אדמות הכפר – קודם לביצוע תכנון כולל והסדרת עניין השימור. העותרים טענו, כי דווקא עמדת המשיבים העדכנית מעידה על חוסר הסבירות בעמדה הראשונית. הודגש, כי את הליכי השימור של הכפר יש לעשות כחטיבה אחת ולא לאחר שיווק חלק מהמתחמים, שכן תוצאותיו של הסקר עשויות להביא לשינוי תכנוני של כל מתחמי המכרז. נטען עוד, וגם לעניין זה צורפה חוות-דעת, כי סקר השימור המוצע אינו סביר מבחינת לוחות הזמנים שלו והוא לוקה בפגמים נוספים.

31. בתגובה להודעת העותרים, המשיבים הגישו הודעות משלימות מטעמם. רשות העתיקות צירפה תכנית עבודה מפורטת לביצוע הסקר, וטענה שאין ממש בטענות שהעלו העותרים בקשר עם הסקר. הובהר בין היתר, שהסקר שיבוצע על-ידיה – יהיה לכל שטח האתר. בתגובה זו חזרה הרשות על הסקר המיוחד והספציפי שיעשה בכל הקשור למתחמים 9 ו-11. עוד חזרה הרשות על העמדה לפיה במשך שלושה חודשים לא יתבצעו עבודות פיתוח, וזאת כדי לאפשר לרשות העתיקות להשלים ללא הפרעה את עריכת הסקר השימורי הכולל והמקיף. רשות העתיקות חזרה גם על המגבלות הקיימות ממילא בכל הקשור ליכולת היזמים לקבל היתרי בנייה, שהוצאתם כפופה לאישורה. נטען עוד, שלוחות הזמנים לביצוע הסקר הם סבירים ומקובלים, בין היתר, בשים לב לכוח האדם שהוקצה לשם כך. לאור זאת נטען, שיש לדחות את העתירה ככל שהיא מתייחסת לרשות העתיקות.



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כב' השופט ד"ר יגאל מרזל

עת"מ 11-03-8661 שומרי משפט – רבנים למען זכויות אדם ואח' נ' מנהל מקרקעי ישראל
ירושלים ואח'

32. גם מינהל מקרקעי ישראל, משיב 1, חזר על עמדתו לפיה יש לדחות את העתירה. הודגש בתגובה, המאמץ הרב שהושקע בהכנת המכרז ושעות העבודה הרבות שהושקעו בהכנתו. נטען, שיש חשיבות לקידום המכרז, משום שמדובר בעתודת קרקע משמעותית פנויה במרכז ירושלים וגם משום שמבני הכפר במצבם הנוכחי חשופים להרס ולביזה. הודגש, כי לפי תכנית 6036 ניתן היה לקבל היתרי בנייה בהסתמך עליה כבר היום. כל ההוראות במעגלי הפיקוח שהוספו באו להחמיר עם דין שכבר קיים, שאינו עומד לתקיפה בעתירה זו – והוא התכנית הנזכרת. נטען, לפיכך, כי באיזון בין השיקולים השונים, יש להעדיף סעד שאינו ביטול המכרז. לביטול המכרז, לפי הטענה, עלולות להיות השלכות רבות, בהן גם פגיעה באינטרסים של המציעים, כמו גם הקושי שבפתיחת המכרז למשתתפים חדשים שלא הגישו הצעה במועד. נטען אפוא, כי המתווה עליו הודיעו המשיבים 1-2, משקף איזון ראוי בין השיקולים השונים, ולכל הפחות מדובר במתווה סביר. בכל הנוגע לטענות שנטענו בחוות הדעת המשלימה שצורפה לתגובת העותרים, נטען שיש להורות על מחיקתה, ולגופו של עניין הפנה משיב 1 לעמדת רשות העתיקות. בכל הנוגע לפרק הזמן שהוקצב לביצוע הסקר, ציין משיב 1 כי סוכם עם רשות העתיקות שניתן יהיה להאריך את המועד עד לתקופה של שלושה חודשים נוספים לבקשת מנכ"ל רשות העתיקות. נתבקש אפוא, לדחות את העתירה, **תוך אישור המתווה המוצע בהודעה המוסכמת.**

33. יצוין, כי לאחר דיון מפורט שנשמע לפניי ביום 26.12.2011, הוצע לצדדים, לצרכי פשרה בלבד, כי הסקר של רשות העתיקות יושלם ועד להשלמתו יוותר צו הביניים על כנו, במובן זה שהליכי המכרז לא יקודמו, כאשר לאחר מכן יקבל המשיב 1 החלטה חדשה בהתאם לסקר ולתוצאותיו, ובשים לב למכלול הטענות שעלו בעתירה. אלא שבאי-כוח הצדדים הודיעו בהודעה משותפת מיום 2.1.2012, כי לא עלה בידם להגיע להסכמה. נדרש אפוא ליתן פסק-דין בעתירה.

דיון והכרעה

34. לאחר שעיינתי בחומר הרב שהונח לפניי ושמעתי בהרחבה את טענות באי-כוח הצדדים, מסקנתי היא כי דין העתירה להתקבל ויש להורות על ביטול המכרז. כך הדבר, נוכח היעדר הסבירות בהמשך הליכי המכרז במצב הדברים הנוכחי וזאת בשל השינוי המשמעותי שנעשה בתנאיו על-ידי המשיבים 1-2. שינוי זה כשלעצמו מחייב את ביטול המכרז, וזאת בהתאם לעקרונות דיני המכרזים.



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כב' השופט ד"ר יגאל מרזל

עת"מ 8661-03-11 שומרי משפט – רבנים למען זכויות אדם ואח' נ' מנהל מקרקעי ישראל
ירושלים ואח'

35. אולם, קודם פירוט הטעמים מסקנתי זו, יש לציין גם את הקושי שבעמדת המשיבים 2-1 לגופה במקרה דנן – היא העמדה לפיה ראוי וסביר היה לצאת למכרז טרם השלמת הסקר המפורט והתיעוד. אם לא לפני השינוי שנעשה – אז לאחריו. עמדה זו, מהטעמים שלהלן, מוקשית היא. ספק הוא, אם לא די היה בקושי זה בפני עצמו כדי להביא לביטול המכרז. אסביר:

הקושי שבעצם היציאה למכרז קודם להשלמת הסקר המפורט

36. עמדת העותרים העקרונית הייתה, כמפורט בהרחבה לעיל, שפרסום המכרז בכלל ופרסומו במועד זה שקודם להשלמת הסקר והתכנון בפרט – אינם סבירים. עמדת המינהל – וכעת גם עמדתה המקצועית של רשות העתיקות – היא שלא נפל כל פגם בפרסום המכרז, וככל שהיה פגם – הרי שהוא נרפא בהודעתם המשותפת לבית המשפט בדבר שינוי תנאי המכרז.

37. אפתח בכך שאציין, כי התשתית העובדתית והנורמטיבית שעמדה לפני בית המשפט, קודם להודעה המוסכמת שהגישו המשיבים 2-1, לא הייתה קוהרנטיות. יוזכר, כי מצב הדברים האמור היה כזה לפיו משיב 1 החליט לצאת במכרז המשווק בו-זמנית עשרה מתחמים בכפר ליפתא. זאת, תוך שהוא קובע, על דרך של אימוץ הנחיות רשות העתיקות משנת 2009, כי הסקר הפרטני בכל אחד ממתחמי המשנה **יבוצע על-ידי היזמים עצמם**. בעתירתה תקפה העותרת תניה זו לפיה הסקר יבוצע על ידי היזמים שיזכו במכרז. אכן, תניה זו בדבר מיהות מבצע הסקר המפורט עוררה קושי. אחד הטעמים לכך הוא שהיא עמדה על פניו בסתירה לעמדת רשות העתיקות, כפי שהדברים מצאו ביטוי מפורש בכתב התשובה המקורי שהגישה לבית-משפט זה, כמו גם לדברים שנמסרו במהלך הדיון (הראשון) על-ידי בא-כוחה ושפורטו בהרחבה לעיל (פיסקה 24). במובן זה, יש לציין ולהדגיש, שלולא ההודעה המוסכמת שהוגשה על-ידי המשיבים, היה בסיס להורות על ביטול המכרז – ולו בשל עניין זה של אי מתן משקל לעמדה המקצועית של רשות העתיקות. הכל – בשים לב לנסיבות המיוחדות של המקרה ולאופי המיוחד של המתחם, ועל-פי עמדת המשיבים עצמם. תעיד על כך העובדה שהשינוי עליו הודיעו משיבים 2-1 כלל לא רק את ביצוע הסקר הפרטני על ידי הרשות – ולא על ידי היזמים; אלא גם הוצאת מתחם מס' 9 – גרעין הכפר – מן המכרז.

38. כאמור, לאחר הדיון הראשון שהתקיים לפניי, שינו המשיבים 2-1 – ולא בכדי, נוכח האמור לעיל – את עמדתם. הודע לבית המשפט על שינוי תנאי המכרז. עמדת המינהל



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כב' השופט ד"ר יגאל מרזל

עת"מ 8661-03-11 שומרי משפט – רבנים למען זכויות אדם ואח' נ' מנהל מקרקעי ישראל
ירושלים ואח'

המחייבת – עמדה שאליה הצטרפה רשות העתיקות בפה מלא בזו הפעם – היא עמדה לפיה השינוי שנעשה בתנאי המכרז משקף איזון ראוי בין השיקולים השונים. השינוי האמור הוא, כמוזכר לעיל, בגריעת מתחם 9 מן המכרז ושיווקו בשלב מאוחר יותר במכרז נפרד (יחד עם מתחם מס' 11). השינוי האמור הוא גם בכך, שבשונה מהוראת המכרז המקורית לעניין ביצוע סקר פרטני על-ידי כל יזם במתחם המשנה בו הוא זכה ואיחודו לכדי סקר כולל על-ידי רשות העתיקות, יבוצע הסקר כולו, גם ברמת מתחם המשנה הפרטני, על-ידי רשות העתיקות. בנוסף כוללת ההודעה שינוי נוסף בתנאי המכרז, ולפיו לא תתאפשר כניסה של מציעים ועבודות פיתוח כלשהן במתחמים, במשך שלושה חודשים לאחר הזכייה. התבקש כאמור, כי בית המשפט יאשר מתווה זה ויאפשר את המשך המכרז בכפוף לשינוי זה. אולם, עמדת המשיבים בעצם ההחלטה לצאת במכרז הייתה עמדה שאינה נקייה מקשיים מלכתחילה. ומדוע?

39. אכן, לא היה חולק לפניי על כך שהשיקול השימורי הוא שיקול רלבנטי שצריך לבוא בגדר שיקוליה של הרשות בקשר עם המכרז. הדבר עולה, כך נטען, מן הדין ומן הפסיקה (ראו והשוו למשל, סעיפים 61(3), 61(4), 76 והתוספת הרביעית לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965; ע"א 8366/99 עפרת נ' שר הפנים, פ"ד נו(1) 155, 166 (2001); עת"מ (י-ם) 16/98 עפרת נ' שר הפנים (לא פורסם, 21.10.1999); עת"מ (ת"א) 1206/04 מן נ' הוועדה לבנייה למגורים ולתעשייה, פ"מ מינהליים (תשס"ב) 385, 396-399 (2002)). כך בכלל וכך בפרט בנסיבות המקרה נוכח ייחודו של הכפר ליפתא עליו עמדנו לעיל ושעליו אין חולק. בהקשר זה יצוין, שנכון הדבר שבתוכנית 6036, היא התכנית החלה על המתחם משנת 2006, נכללו הוראות שימוריות לכפר וסביבתו. תכנית 6036 גם לא נתקפת בעתירה זו.

40. אלא שכעולה מתשובת רשות העתיקות, חל בשנים האחרונות שינוי מהותי בארץ בכל הנוגע לטיפול בשימור אתרים. שימור אתרים ומבנים היסטוריים הפך לשיקול מרכזי בעת קבלת החלטות תכנוניות. באופן ספציפי, לגבי תכנית 6036, צוין בכתב התשובה ש"בעת אישורה של תכנית הבניה והפיתוח בליפתא הסוגיה השימורית לא ענתה על הכללים הנהוגים היום" (סעיף 31 לכתב התשובה של הרשות). נושא אי ההתאמה של התב"ע לצרכי השימור והתיעוד עלה באופן מפורט בסקר רשות העתיקות מ-2008 (למשל, בעמ' 77). בסקר (שם) צוינו לא פחות מ- 13 סוגיות שלא מקבלות התייחסות במסגרת התב"ע (ובהן למשל בעיות בכל הקשור לגרעין הכפר; טשטוש נוף הכיפות האופייני של הכפר; פגיעה במקצב הקבוע של הכפר; אי שמירה על קו הקרקע הטבעי, ועוד). זאת ועוד: לדבריה של רשות העתיקות "כעקרון, הדרך הראויה לטיפול באתר חייבת להיעשות תוך קביעה מראש של



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כב' השופט ד"ר יגאל מרזל

עת"מ 8661-03-11 שומרי משפט – רבנים למען זכויות אדם ואח' נ' מנהל מקרקעי ישראל
ירושלים ואח'

כללי שימור ברורים, וזאת במסגרת תכנית מפורטת" (סעיף 44 לכתב התשובה). נדמה כי כפועל יוצא מכך טען בא-כוח רשות העתיקות בדיון לפניי: "אילו היינו עושים את הסקר לפני התכנית – מה שהיה צריך לעשות בעצם – התכנית לא הייתה מאושרת כפי שאושרה... אם היינו מעורבים קודם לכן, יתכן והתכנית הייתה נראית אחרת" (עמ' 1-2). רשות העתיקות טענה גם שבמצב האופטימאלי יש לבצע את הסקר ואת התכנון לפני השיווק (ואף לפני הכנת התב"ע) (עמ' 15 לפרוטוקול בש' 15-18)). התמונה העולה מתיאור זה, מציבה שאלה של ממש בכל הקשור בסבירות ההחלטה לצאת למכרז – קודם להשלמת סקר השימור והתייעוד. העותרים צירפו חוות-דעת מקצועית בתמיכה לעמדתם בנדון. עמדתה המקצועית של רשות העתיקות היא, כי בעת הזו ניתן להמשיך בהליכי המכרז לאחר השינויים שנעשו. אלא שנוכח העמדה הראשונית שהוצגה לפניי והקשיים שעלו ממנה ביחס לתכנית 6036, ולשוני בתפיסת שיקול השימור, מתעורר כאמור ספק בשאלה אם עמדתם של משיבים 1-2 יכולה לעמוד על כנה.

41. נזכיר עוד, בהקשר זה, כי בחוות הדעת שהגישו העותרים נטען, בין היתר, כי קיימות אי התאמות מהותיות בין זכויות הבנייה בתכנית 6036 לבין המסקנות שבסקר רשות העתיקות מיולי 2008 (נספח ב' לעתירה; חוות הדעת המשלימה מאוקטובר 2011). לפי הנטען על-ידי העותרים, כאמור, הסדרתם של עניינים אלו ואחרים עשויה להיות מושפעת מהימצאותם של יזמים בתמונה (וראו לעניין זה את דבריו של בא-כוח רשות העתיקות בעמ' 2 לפרוטוקול בש' 9-20; אך, ראו גם את דבריו בעמ' 15 לפרוטוקול בש' 27-28). לא למותר גם להפנות, בהקשר הנדון, לדוגמאות שהביאה רשות העתיקות עצמה בכל הנוגע למקרים שבהם היותם של יזמים פרטיים בתמונה, גרר הליכים משפטיים שונים (שחלקם נמשכו שנים רבות) על כל המשתמע מכך. הליכים, שהדעת נותנת שניתן להימנע מהם אם יושלמו הסקר והתכנון המפורט לפני פרסום מכרז (סעיף 10 להודעת הרשות מיום 15.12.2011)). קושי נטען נוסף בשיווק המתחם במגרשים נפרדים קודם להשלמת הליכי הסקר המפורט והתייעוד מקורו בקושי שיהא לנייד זכויות בנייה בין המתחמים שיהיו בידי יזמים שונים והכל באופן העלול להקשות על שימור ראוי של המתחם (סעיף 7 לחוות הדעת נספח ב' לעתירה).

42. על כך יש להוסיף, שכעניין מעשי מתעוררת השאלה כיצד הייתה פועלת הרשות אם היה מתברר בסופו של יום, כתוצאה מן הסקר המפורט והתכנון, כי ההחלטה לצאת למכרז הייתה שגויה ומצב הדברים בו תעמוד הרשות הוא שיהיו לפנייה זוכים במכרז במתחמים השונים על כל המשתמע מכך. דוגמה לכך היא העובדה שהחלוקה למתחמים השונים במכרז



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כב' השופט ד"ר יגאל מרזל

עת"מ 8661-03-11 שומרי משפט – רבנים למען זכויות אדם ואח' נ' מנהל מקרקעי ישראל
ירושלים ואח'

שונה מהחלוקה עליה המליצה רשות העתיקות בסקר 2008 (עמ' 77 ו-82 לסקר; עמ' 3 לפרוטוקול הדיון בשי' 1-11). מעבר לכך, לא הייתה לפניי למעשה מחלוקת מקצועית על כך שיש לבצע את סקר השימור והתייעוד **לכל מתחם הכפר** (וכך הודגש בתגובה המשלימה של משיב 1). דווקא על רקע זה, הפיצול בין המתחמים כך שחלקם ישווק לפני הסקר וחלקם לאחריו, מכרסם לכאורה בתפיסה המקצועית המוסכמת לפיה יש לראות את הכפר כמכלול שימורי.

43. אכן, מכלול נתונים זה מעורר קושי שספק בעיניי אם לא היה בו כשלעצמו כדי להביא לתוצאה של ביטול המכרז בנסיבותיו המיוחדות של המקרה שלפניי. כך, בין מראש – קודם לשינוי התנאים; ובין בדיעבד – לאחר שינוי התנאים כאמור.

44. יחד עם זאת, איני צריך לקבוע מסמרות בעניין זה. כך הדבר, שכן אפילו אין עילה לביטול המכרז חרף הקשיים שנמנו שלעיל, קיימת גם קיימת עילה לביטול המכרז ולו **בשל השינוי המהותי של תנאיו והאישור שהתבקש מבית המשפט להמשיך במכרז חרף שינויים אלה**. מדובר בעילת ביטול שמקורה בשינוי מהותי של תנאי המכרז תוך פגיעה אפשרית במציעים הקיימים ובמציעים הפוטנציאליים, במובן זה שאין בית המשפט יכול להיעתר למבוקש ולאשר את המתווה המוצע על ידי המשיבים להמשך הליכי המכרז תוך שינוי תנאיו. אסביר:

מהותיות השינוי בתנאי המכרז והשלכותיו

45. אכן, הודעת המשיבים 1-2 (מיום 27.7.2011) בדבר שינוי תנאי המכרז אינה הודעה של מה בכך, בכל הקשור בתנאי המכרז. מדובר בשינויים שאף המשיבים סברו כי מן הראוי, לכל הפחות, להביאם לאישור בית המשפט, במובן זה שבית המשפט יאשר את המשך המכרז, ולאחר מכן להביאם לידיעת המציעים השונים. זאת, הן לרוכשי חוברת המכרז והן בפרסומים באתר האינטרנט של מינהל מקרקעי ישראל ובעיתונות (סעיף 2 להבהרה). משמעות הדבר היא אפוא, כי אף המשיבים 1-2 סבורים כי מדובר בשינוי בתנאי המכרז. אין באמור בהבהרתם – לפיה מדובר בתוספת לתנאים ולא בגריעה מהם – כדי לשנות לעניין זה.

46. בהקשר אחרון זה, ובמהלך הדיון הנוסף שהתקיים לפניי ביום 26.12.2011, נשאלה באת-כוח המשיב 1 על-ידי בית המשפט, מהי משמעות השינויים המוצעים בכל הקשור למכרז עצמו. הובהר בתשובה לכך, שתיבת ההצעות לא נפתחה אמנם, אולם הוגשו הצעות



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כב' השופט ד"ר יגאל מרזל

עת"מ 11-03-8661 שומרי משפט – רבנים למען זכויות אדם ואח' נ' מנהל מקרקעי ישראל
ירושלים ואח'

והושקע במכרז עמל רב. בנוגע לאפשרות שיהיה מציע שיבקש למשוך את הצעתו או לשנותה, השיבה באת-כוח המינהל לשאלת בית המשפט – "נשקול זאת" (עמ' 13 שורה 14 לפרוטוקול). הובהר גם, כי ככל שיבוקש לתקן הצעות של יזמים – "העניין יישקל והוא אינו שקול לפתיחת המכרז מחדש" (עמ' 13 שורות 18-19 לפרוטוקול). עמדתה של באת-כוח המינהל הייתה שדרישת הסקר שהופיעה במכרז מלכתחילה – נשאת. השוני הוא רק בכך שהרשות תבצע בעצמה את כל הסקר. אין מדובר, לפי הנטען, בשינוי של תנאי סף מהותיים. באת-כוח המשיב 1 הוסיפה וטענה, כי אם יסתבר לאחר הסקר שהתכנון הראשוני אינו נכון, הרי שהיזמים לקחו על עצמם סיכון זה והם יודעים שייתכנו שינויים (עמ' 14 שורות 4-18 לפרוטוקול).

47. עמדה זו, לפיה ניתן להמשיך בעת הזו בהליכי המכרז חרף השינוי שנעשה, אין בידי לקבל בנסיבות המקרה. כאשר נעשה שינוי של תנאי המכרז יש לעשותו תוך שמירה על עקרונות דיני המכרזים, וביניהם עיקרון השוויון והתחרות ההוגנת (ראו, עמ"מ 1847/06 **בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' מדינת ישראל משרד החשב הכללי** (לא פורסם, 25.4.2007), בפסקה 7 לפסק הדין). בביצוע שינוי מעין זה יש להקפיד אפוא הן על שמירת זכויותיהם של המציעים בפועל והן על שמירת זכויותיהם של מציעים פוטנציאליים (ראו, עומר דקל **מכרזים** כרך שני 68 (2006); והשוו, עומר דקל **מכרזים** כרך ראשון 397 (2004)). במקרה שלפניי, השינוי שנעשה – לאחר שהוגשו הצעות למכרז ולאחר חלוף המועד האחרון להגשתן – אינו יכול לדור בכפיפה אחת עם עקרונות אלו, שהם בליבת דיני המכרזים. אפרט:

48. כפי שעולה מסקר רשות העתיקות מחודש יולי 2008, כמו גם מהודעת ההבהרה של רשות העתיקות ביחס לאופן ביצוע הסקר, אין מדובר בסקר של מה בכך, אלא בסקר מפורט. לוחות הזמנים לביצועו אינם חד-משמעיים. משיב 1 אף הודיע, כאמור, כי ככל שתקופת שלושת החודשים לא תספיק, יסכים המינהל להאריך את המועד להשלמת הסקר לפי הצורך "עד התקופה של שלושה חודשים נוספים" (סעיף 12 לתגובה מיום 18.12.2011). זאת ועוד: כמובהר לעיל, תוצאות הסקר יכולות להוביל לשינוי בכל הקשור בזכויות הבנייה ואופי הבנייה. הגם שהמציעים במכרז ידעו לפי מסמכי המכרז על חובת עריכת הסקר והם גם ידעו שזכויות הבנייה שלהם כפופות לתוצאות הסקר, הרי שהודעת המשיבים 1-2 משנה את הגורם שאמור לבצע את הסקר. הרשות תבצע אותו ולא היזמים. מדובר בסקר שעלות עריכתו היא ניכרת ושהרשות לקחה על עצמה עלות זו במקום היזמים. בכך יש שינוי משמעותי בבסיס הכלכלי של המכרז. הודעת המשיבים כוללת גם מגבלות נוספות שלא הופיעו בתנאי המכרז בכל הנוגע לכניסה לשטח לשם ביצוע עבודות פיתוח בו. מדובר אפוא



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כב' השופט ד"ר יגאל מרזל

עת"מ 8661-03-11 שומרי משפט – רבנים למען זכויות אדם ואח' נ' מנהל מקרקעי ישראל
ירושלים ואח'

בשינוי משמעותי לאחר המועד האחרון להגשת ההצעות. בנסיבות העניין, ובשים לב לשינויים בהם מדובר, קיים קושי בעריכת שינויים אלה במועד בו הם נעשו, תוך שמירה על המסגרת המקורית של המכרז בלא ביטולו. זאת, אף אם קיימת נכונות של המינהל לתת למציעים שהגישו הצעות אפשרות למשוך את הצעותיהם או לתקן; אפשרות שלבאת כוח המשיב אף לא הייתה תשובה חד משמעית לגביה (עמ' 13 ש' 14 ו-18-19 לפרוטוקול).

49. על כך יש להוסיף, שהגם שתנאי המכרז המקוריים הטילו על היזם את הסיכונים השונים הכרוכים במצב המתחם ובצורך בשימורו, הרי שאין חולק כי מדובר באי ודאות של ממש בכל הקשור במתחמים השונים ובמצב הדברים הספציפי בהם. מתעוררת ממילא השאלה, אם מלכתחילה היה מקום לבחור בדרך זו של מכרז, בתנאי אי ודאות אלה – בכל הקשור בהשאת התועלת הכלכלית של הרשות כתוצאה מהמכרז ובכפוף לכל הוראות השימור שנקבעו. אף בדיון שנערך לפני ביום 26.12.2011, הסכימה באת-כוח המשיב 1 כי העניין ראוי שילקח בחשבון, הגם שיש שיקולים נוגדים. קושי זה מצטרף אפוא לאמור לעיל בעניין עצם היציאה למכרז בנסיבות אלה של אי-ודאות ומידע חסר. תהא התשובה לעניין זה אשר תהא, ברי כי משמעות הודעת המשיבים 1-2 היא לכל הפחות שינוי בתנאי המכרז, שינוי שלא ניתן להתעלם ממנו נוכח משמעותו הכלכלית. כך, נוכח העובדה שהסקר הפרטני יבוצע על-ידי רשות העתיקות. כך, גם משעה שנגרע מן המכרז גרעין הכפר (נתון שעשוי היה להשפיע על שיקולי המציעים – בין אם לעניין הגשת הצעה למכרז, בכל הנוגע למתחם זה; בין לעניין גובה ההצעה).

50. זאת ועוד: קושי זה של שינוי תנאי המכרז מתעצם בכל הנוגע לשמירת זכויותיהם של מציעים פוטנציאליים. עמדתם של המשיבים היא שלא תינתן אפשרות להגשת הצעות של מציעים נוספים למכרז עקב השינוי שנעשה (עמ' 12 לפרוטוקול בש' 26). בכך נפגמת האפשרות של מציעים פוטנציאליים לגשת למכרז – בעקבות השינוי. לא ניתן לשלול את האפשרות שקיימים מציעים פוטנציאליים שהיו ניגשים למכרז לו היו יודעים, למשל, שהמשיבים יישאו בעלויות הסקר. מציעים מעין אלה לא יוכלו להגיש הצעה למכרז עקב השינוי שבוצע בו על-ידי המשיבים. בכך, כאמור, נפגעים "כללי המשחק" המכרזיים. נמנעת מהמציעים הפוטנציאליים האפשרות להתחרות במכרז כאשר קיים בידם מידע מלא בנוגע ל"כללי המשחק" (ראו, פרשת בזק, לעיל, בפסקה 7; בג"ץ 632/81 מיגדה בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד לו(2) 673, 679-680 (1982); והשוו לעע"מ 8696/10 שערי ריבית בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד האוצר (לא פורסם, 6.9.2011), בפסקה 8).



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כב' השופט ד"ר יגאל מרזל

עת"מ 8661-03-11 שומרי משפט – רבנים למען זכויות אדם ואח' נ' מנהל מקרקעי ישראל
ירושלים ואח'

51. ודוקו: אין חולק כי השינויים שנעשו במכרז, כפי שבאו לידי ביטוי בהודעות שנמסרו לבית המשפט, באו בעקבות הגשת העתירה ובעקבות הערות בית המשפט בדיון הראשון שהתקיים והצביעו על הקושי שבעמדת המשיבים מלכתחילה בעצם היציאה למכרז. בשינוי שעשו המשיבים בתנאי המכרז היה אולי כדי לרפא את התניה הספציפית בעניין מיהות מבצע הסקר המפורט. אלא שבמהלך זה נוצר פגם אחר והוא שינוי מהותי של תנאי המכרז באופן ובשלב המצדיק את ביטולו. המשיבים 1-2 ביקשו כאמור שבית המשפט יאשר בנסיבות אלו את המשך המכרז, חרף השינוי; אולם לכך אין מקום להיעתר בנסיבות אלו.

52. זאת ועוד: ער אני לכך שטענה זו הנוגעת לשאלה אם שינוי תנאי המכרז הוא כדין אם לאו לא נטענה לפניי במפורש על-ידי העותרים. אכן, העותרים לא באו לפני בית משפט זה כמציעים או מציעים פוטנציאליים במכרז, אלא כמי שחרדים, לטענתם, לכך שיבוצע שימור מיטבי של הכפר לפתא. עם זאת, השינוי המדובר בתנאי המכרז בא לעולם תוך כדי ההליך שהתקיים לפני בית משפט זה – כפתרון של המשיבים לקשיים שהועלו בעתירה שהוגשה ותוך בקשה מבית המשפט שיאשר את המשך הליכי המכרז. אלא שמדובר, כאמור, בשינוי שלא יכול לדור בכפיפה אחת עם עקרונות הליבה של דיני המכרזים, במובן זה שלא ניתן להמשיך בהליכי המכרז לאחר ששינוי זה נעשה. לבאת-כוח המשיב ניתנה הזדמנות להתייחס לקושי זה בדיון שהתקיים וטענותיה בנדון הובאו לעיל. במצב דברים זה, בו בוצע שינוי משמעותי בתנאי המכרז עקב ההליך שלפני בית משפט זה ובמהלכו, כאשר כוונת המשיב היא להמשיך בהליכי המכרז ובמקום בו מתבקש מתן גושפנקא מבית המשפט למהלך זה, סבורני שבית המשפט אינו יכול להתעלם ממשמעות עניין זה, ולאשר את ההסדר כפסק דין (השוו, לבג"ץ 7311/02 האגודה לסיוע ולהגנה על זכויות הבדואים בישראל נ' עיריית באר שבע (לא פורסם, 22.6.2011); ולפרשת שערי ריבית, לעיל). הדברים מקבלים משנה תוקף כאמור נוכח הפגיעה האפשרית והעיקרית בנסיבות המקרה, שהיא הפגיעה במציעים פוטנציאליים (השוו ודוקו, עת"מ (י-ם) 51901-12-11 מ.ג.ע.ר. – מרכז גביה ממוחשבת בע"מ נגד מדינת ישראל – רשות הגבייה והאכיפה (לא פורסם, 16.1.2012)) וההקפדה בנדון, כעולה מפסיקת בית המשפט העליון (השוו למשל, לפרשת שערי ריבית, לעיל; עע"מ 6203/11 הסעות המוביל הארצי 2007 נ' עיריית רמלה (לא פורסם, 27.12.2011); עע"מ 3827/10 טל אופיר גינון ופיתוח בע"מ נ' עיריית נשר (לא פורסם, 17.3.2011); עע"מ 1811/09 אסום חברה קבלנית לבנין בע"מ נ' מועצה אזורית שדות נגב (לא פורסם, 6.1.2010); עע"מ 5949/07 אמישראל-גז טבעי בע"מ נ' פז-גז (1993) בע"מ (לא פורסם, 28.4.2008)).



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כב' השופט ד"ר יגאל מרזל

עת"מ 11-03-8661 שומרי משפט – רבנים למען זכויות אדם ואח' נ' מנהל מקרקעי ישראל
ירושלים ואח'

תוצאת השינוי בתנאי המכרז מחייבת את ביטולו

53. באת כוח המינהל שבה וטענה לפניי, כי בנסיבות המקרה דנן יש להימנע מביטול המכרז בייחוד נוכח המאמץ הרב שהושקע בעריכתו. אכן, ביטול מכרז הוא סעד קיצוני, שככלל יש להימנע ממנו (בג"ץ 246/76 חיים נ' עיריית ירושלים, פ"ד לא(1) 218, 220 (1976); עע"מ 8409/09 חופרי השרון בע"מ נ' א.י.ל. סלע (1991) בע"מ (לא פורסם, 24.5.2010)). בנסיבות מסוימות – ובפרט כאשר נפתחת תיבת המכרזים ומתגלה תוכן ההצעות – ביטול המכרז עלול לפגוע בסודיות ובשוויון שהם מאושיות המכרז (בג"ץ 6283/94 גוזלן נ' המועצה המקומית בית שמש, פ"ד לא(1) 505, 515 (1976); ע"א 6283/94 'מנורה' איזי אהרון בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נא(1) 21, 26 (1995); עע"מ 7111/03 יוסף חורי חברה לעבודות בניין בע"מ נ' מדינת ישראל ע"י מינהל מקרקעי ישראל (לא פורסם, 12.7.2004)). זאת ועוד: ביטול המכרז עלול להביא לבזבוז משאבים כלכליים שהושקעו בו – הן על-ידי הרשות הן על-ידי מגישי ההצעות (ראו למשל, ע"א 6763/98 כרמי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(1) 418, 432 (1999)). שיקולים אלו, בין השאר, מתנקזים לכלל שלעיל לפיו יש לנקוט משנה זהירות במתן סעד של ביטול מכרז ולתיתו כ"סעד של מוצא אחרון". עם זאת, בנסיבות מסוימות – ובפרט כאשר נפל פגם מהותי במכרז – ביטולו של המכרז יהיה מוצדק (ראו, פרשת גוזלן, לעיל; פרשת שערי ריבית, לעיל). מידת הריסון של בית המשפט בהענקת סעד הביטול תהיה גבוהה יותר ככל שהמכרז מצוי בשלב מתקדם יותר (ראו, עע"מ 4011/05 דגש סחר חוץ (ספנות) בע"מ נ' רשות הנמלים ואח' (לא פורסם, 11.2.2008)).

54. אלא שבנסיבות המקרה שלפניי מסקנתי היא, כי אין מנוס מביטול המכרז. אפילו ההחלטה לצאת במכרז הייתה כדין מלכתחילה; ואפילו סבירה היא כשלעצמה לאחר השינוי שנעשה (וספק הוא אם כך הדבר, נוכח הקשיים עליהם עמדנו לעיל), ברי כי בשל עצם השינוי המהותי של תנאי המכרז, יש בנסיבות העניין להורות על ביטול המכרז. כך הדבר, בייחוד שעה שחלף המועד האחרון להגשת ההצעות (ראו למשל פרשת חופרי השרון, לעיל, בפסקה פב' לפסק דינו של כב' השופט א' רובינשטיין); פרשת מיגדה, לעיל, בע' 681-682; דקל (כרך שני), לעיל, בע' 310-311). בנסיבות המקרה הכוללות, אין מקום לקבל את העמדה לפיה ניתן להמשיך בהליכי המכרז מאותה נקודה בה הם הופסקו נוכח השינויים שעשה משיב 1 בתנאי המכרז. משעה שהוגשו הצעות למכרז, ובמיוחד משעה שתיבת המכרזים לא נפתחה, הרי שנוכח השינויים הנ"ל ומשמעותם – אין מנוס בנסיבות המקרה מביטול המכרז.



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כב' השופט ד"ר יגאל מרזל

עת"מ 8661-03-11 שומרי משפט – רבנים למען זכויות אדם ואח' נ' מנהל מקרקעי ישראל
ירושלים ואח'

55. טרם סיום אעיר, כי בכתב התשובה של משיב 1 נטענה גם טענת שיהוי. חלקה התייחס לתקיפה של הוראות התבי"ע – שאינה רלבנטית כאמור משעה שהעותרים הדגישו שאין הם תוקפים את הוראותיה. חלקה האחר התייחס להגשת העתירה במועד מאוחר והוא זמן קצר ביותר לפני המועד האחרון להגשת ההצעות (6.3.2011), כאשר המכרז פורסם בחודש דצמבר 2010. למותר לציין כי לא מצאתי ממש בטענה זו בנסיבות המקרה. העותרים לא השתתפו במכרז. הם פנו לרשות בתכתובות דחופות סמוך לפרסום המכרז. משלא נענו פנו בעתירה לבית משפט זה. אפילו אניח כעמדת המשיב כי נפל פגם של שיהוי סובייקטיבי ואף אובייקטיבי בנדון (וזאת הגם שתיבת המכרזים לא נפתחה), ברי מן הנימוקים שלעיל כי אין בכך כדי להביא לדחיית העתירה בעילה של שיהוי. כך הדבר, אם נוכח הקושי שבעמדת המשיבים 1-2 לגופה, אם בשל העובדה שבסופו של יום אכן שינו משיבים אלה את עמדתם והכל כמוסבר לעיל.

התוצאה

56. העתירה מתקבלת אפוא במובן זה, שמכרז 405/2010 – מבוטל. בנסיבות העניין הכוללות, ובכלל זה ההתפתחויות שבמהלך הדיונים שהיו לפניי, לא מצאתי מקום לעשיית צו להוצאות וכל צד ישא בהוצאותיו.

המזכירות תשלח פסק-דין זה לבאי-כוח הצדדים.

ניתן היום, י"ג בשבט תשע"ב, 6 בפברואר 2012, בהעדר הצדדים.

יגאל מרזל, שופט