

בבית משפט לעניינים מינוחליים בבאר-שבע

עת'מ 22-02-34953

קבוע ליום 27.2.22

בפני כבוד השופט חני סלוטקי

פרץ בני הנקב (1993) בע"מ, ח.פ. 511847337**העותרת**

ע"י ב"כ עו"ד ישראל עוזיאל ואחרי
 ממשרד גروس ושות', עורכי דין
 מרכז עזריאלי 1, המגדל העגול, תל-אביב 6701101
 טל': 03-6074580 פקס: 03-6078240
 מייל: gurt@gkh-law.com

- ג ד -

1. מדינת ישראל – רשות מקראיע ישראל**המשיבים**

ע"י פרקליטות מחוז דרום אזרחי
 רח' קרון היסוד 4 ת.ד. 10903 באר-שבע
 טל': 02-6467058 פקס: 02-3801222

2. חי נחמיאס מגוריים והשקעות בע"מ, ח.פ. 516484623**3. ליאט נחמיאס חברה לבניין בע"מ, ח.פ. 514443019****4. מ.ח נחמיאס יזום ובנייה בע"מ, ח.פ. 516483880**

ע"י ב"כ עו"ד אורן הברמן ואחרי
 ממשרד שركון בן עמי אשר ושות'
 רחוב בר כוכבא 23 (מגדל V-Tower), בני ברק
 טל': 03-5662801, פקס: 03-5662801
 מייל: Uri.h@cbalaw.co.il

5. אלון מרדי ובניו חברה לבניין ופיתוח בע"מ, ח.פ. 515452019

רחוב ברकת 11 אשקלון
טל': 08-6736333

6. אמלוני - לבניין ולפיתוח בע"מ, ח.פ. 511952178

רחוב ברקען 11 אשקלון
טל': 08-6730771 / 052-3569688

7. אחים אוזן חברה לבניה בע"מ, ח.פ. 511517237

רחוב הדסה 90 באר שבע
טל': 054-7774026

כתב תשובה מטעם המדינה

המשיבה 1, מדינת ישראל – רשות מקראיע ישראל (להלן: "המדינה" או "המשיבה" או "רמ"י")
 לפו העניין), מבקשת להגיש כתב תשובה מטעםמה.

המדינה תענו להלן, כי דין העתירה להיחות, תוך חיוב העותרת בהוצאות.

הערה מקדימה

כתב תשובה זה מוגש בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 22.2.22 על דחית בקשה להארכת המועד להגשת תשובה לעתירה ב- 14 ימים, ובהתאם לכך דחית הדיוון הקבוע ליום 27.2.22 – פרק זמן אשר נדרש למדינה לנוכח סד הזמנים הקצר שנקבע להגשת התשובה, ובשל הצורך בהשלמת קבלת התייחסות לעתירה מאת הגורמים הרלוונטיים במדינה, גיבוש עמדת והכנת כתוב התשובה לעתירה.

המדינה הגישה בקשה נוספת להארכת המועד להגשת התשובה לעתירה – עד ליום 24.2.22 בסוף היום, וזאת לנוכח דחיתת הבקשת הקודמת, ועל מנת לאפשר למדינה, בנסיבות העניין, להגיש תשובה לעתירה אשר אפשר דיוון יעיל בעתירה במועד שנקבע. בית המשפט לא נutter לבקשת וקבע בהחלטה מיום 23.2.2, כי התשובה תוגש עד ליום 24.2.22 בשעה 00:00.

לנוכח סד הזמנים האמור, ולנוכח דחיתת בקשות המדינה להארכת מועד להגשת כתוב התשובה, מוגש כתוב תשובה תמציתי ומוקדם – ומובילו שניתנה למדינה האפשרות להביא בפני בית המשפט עמדת מפורטת, ובכלל זה הצגת התשתיות הנורמטיבית והמשפטית המלאה בסוגיה הנדרונה. לפיכך, המדינה עומדת על הזכות לבקש כי תינתן לה האפשרות להשלים ולתקן את כתוב התשובה בהתאם לצורך.

א. כללי

1. עניינה של העתירה בתוצאות מכרז ים/199/2021 שענינו הזמנה לקבלת הצעות במכרז פומבי לרכישת זכויות חכירה לבניית 615 יחידות דיור ב- 5 מתחמים בבניה רוויה ובניה משולבת מסחרי בקריות פארק לכיש – אשדוד (להלן: "המכרז"), שנערך על ידי רשות מקראקי ישראל.

הმთხმის მასა : 58089 , 58090 , 58091 , 58094 , 58095 .

2. הסעד המבוקש על ידי העותרת הוא שהחלטת ועדת המכרזים בוגר למתוחמים 58091 ו- 58094, תבוטל ותשונה, כך שהעותרת היא זו שתוכרז כזוכה במתוחם 58091, ולהילופין במתוחם 58094.

3. על פי האמור בעתירה, העותרת, חברת פרץ בני הגב (1993) בע"מ, הגישה הצעה אחת למספר מתחמים במכרז. הצעת העותרת דורגה במקום הרביעי במתוחם 58091, ובמקום השני במתוחם 58094.

4. המשיבות 2 עד 7 הינן חברות שהגישו הצעות במכרז – ומפתח קצר הזמן לא יפורט כאן המידע המלא ביחס לכל אחת מהמשיבות.

המדינה תפנה בעניין זה לנפקח 18 לעתירה – רישימת הדירוג כפי שהועברה על ידי רמי"י לעותרת ביום 10.2.22. ברשימה זו מופיע הדירוג של תוצאות המכרז ביחס לכל אחד מהמתוחמים, עם פרטי המציגים כפי שהתבקש על ידי העותרת – ובהתאם לעתירה המינימלית הקודמת שהגישה העותרת נ' רמי"י – עת"מ 22-01-42880 (כתבי הטענות בעתירה זו צורפו בנספחים לעתירה).

תמצית טענות העותרים

העותרים טוענים, בטעמם, כי המשיבה 2, אשר זכתה במתוחם 58091, והמשיבות 3 ו- 4 הן חברות קשורות. משיבה 3 זכתה במתוחם 58089, ומשיבה 4 זכתה במתוחם 58090.

העותרים טוענים, כי על פי תנאי המכרז, על כל מציע להגיש הצעה אחת לכל המתוחמים שיבחר לגשת אליהם (אחד או יותר), ובכל מקרה המציע לא יוכל לזכות ביותר ממתחם אחד, **תוק איסור תיאום ההצעות.**

כמו כן, העותרים טוענים כי המשيبة 5 אשר דורגה במקום השני במתחם 58091 (בו זכתה המשيبة 2), והמשيبة 6 הן חברות הקשורות. משيبة 6 היא בעלת המניות במשيبة 5, קרי "חברת אם" של המשيبة 5, והיא דורגה במקום השני במתחם 58089 (בו זכתה המשيبة 3).

העותרים טוענים, כי המשיבות 4-2 ו-5-6 פעלו בעורמה, בתכיסנות ותוק פגעה בעיקרו השיוויון – בנגד לתקילת המכרז, ואשר על פי סעיפי המכרז התוצאה הנדרשת צריכה להיות פסילת ההצעות.

ביחס למשיבות 2-4, העותרת טוענת כי למשהו מעתך אחד (נחמיאס), זכה ב- 3 מתחמים שונים, באמצעות חברות שונות שכולן הקשורות – וזאת בנגד לתנאי הקובל כי מציע לא יכול לזכות ביותר ממתחם אחד.

המדינהتطעם להלן, שהחלטות ועדת המכרזים כפי שפורסטו לעיל, התקבלו כדין ובסמכות, בהתאם לתנאי המכרז ודיני המכרזים – והן החלטות אשר מצויות במתחם הסבירות, ובכל מקרה לא נפל בהם פגם היורד לשורשו של עניין אשר יכול היה להצדיק התערבות שיפוטית.

ב. רקע עובדתי - תמצית

ביום 27.12.2021 נסגרה תיבת המכרז, וביום 28.12.2021 הכריזה ועדת המכרזים על **הזוכים במכרז** : חברת ליאם נחמיאס חברה לבניין בע"מ (משיבה 3 זוכה במתחם 58089 ; חברת מ.ח. נחמיאס יוזם ובניה בע"מ (משיבה 4) זוכה במתחם 58090 ; חברת ח'י נחמיאס יוזם ובניה בע"מ (משיבה 2) זוכה במתחם 58091 ; חברת אח'ים אוזן חברה לבניין בע"מ (משיבה 7) זוכה במתחם 58094 ; וחברת סלע בינוי בע"מ זוכה במתחם 58095 .
... פרוטוקול ישיבות הוועדה על נספחין מצורף לכתב התשובה ומסומן **נספח א'**.

במשך כאמור, ביום 28.12.2021 פנתה העותרת לוועדת המכרזים בבקשת כי תפסול את שלושת ההצעות הזוכות, ותעדכו בהתאם את תוכאות המכרזים. ביום 30.12.21 פנתה העותרת בבקשת לקבל את רשימת הדירוג של כל ההצעות ביחס לכל מתחם.

ביום 2.1.22 התקבלה החלטת ועדת המכרזים, לפיה על פי תנאי המכרז אין כל מניעה להגיש ההצעות במתוכנות כפי שהוגשה על ידי ההצעות הזוכות, וזאת בשים לב לכך שמדובר ביישיות משפטיות שונות. אולם, לאחרונה עקב שניינו מדיניות מונעת רמי"י הגשת בקשות על ידי חברות הקשורות בחלק מהמכרזים. ואולם כאמור במכרז זה תנאי זה לא היה חלק מתנאי המכרז. לפיכך, הוועדה לא מצאה לשנות מהחלטתה להכריז על ההצעות כהצעות זוכות וכשרות.

.... החלטת ועדת המכרזים מיום 2.1.22 מצורפת לכתב התשובה ומסומנת **נספח ב**.

ביום 2.1.22 השיבה רמי"י לעותרת, והעבירה אליה את רשימת הדירוג של כל ההצעות.

הઉתרת לא הסתפקה כאמור, וביום 3.1.22 פנתה בפניה חדשה לקבלת שמות המציגים ודירותם, וכן בבקשת לקבל הבקרה בקשר לפניה שנעשתה לרמי"י לקבל את אישורה להגשת ההצעות על ידי חברות הקשורות.

12. בין לבים היו התקתבות נספנות בין הצדדים, וביום 27.1.2022, ובטרם חלף המועד למתן מענה על פי הוראות הדין, הוגשה עתירה מס' 42880-01-22 בבקשת לקבלת את שמות המוציאים ודירותם.
13. ביום 10.2.2022 הגישה העותרת הודעה ובקשה למחיקת העתירה לאחר שקיבלה מבקשת ותחתייה הוגשה העתירה שבנדון.
14. העותרת השיבה לרשות באופן חד צדדי את הערכות הבנקאית שהוחזרה לה מאחר ולא זכתה במכרז ביום 6.2.22 וזו הושבה לה.
15. צוין, כי על הזוכים במכרז להסדיר התchieיביותיהם עד ליום 28.3.22
16. המשיבה 7 הסDIRה זה מכבר התchieיבותית וחוזי החכירה בסביבות. יתר הזוכים טרם הסDIRו התchieיביותם מול רמי'י ומשב"ש, למעט סכום הפיקדון שחולט זה מכבר.

ג. עמדת המדינה

17. ביום 28.12.2021 התכנסה ועדת המכרזים, והכריזה על הזוכים במכרז, ב- 5 מתחמים כפי שפורט לעיל.
18. **לענינו רלוונטיים המתחמים הבאים:** מתחם 58089 בו זכתה חברת נחמייס חקרה לבניין בע"מ (משיבה 3); מתחם 58090 בו זכתה חברת מ.ח. נחמייס יוזם ובנייה בע"מ (משיבה 4); ומתחם 58091 בו זכתה חי נחמייס מגוריים והשקעות בע"מ (משיבה 2) (להלן – "שלשות הזכות").
19. לטעת העותרת היה מקום לפסול הצעות אלו לאור תנאי המכרז, כאמור, וכיום שבפועל מדובר בחברות הקשורות ובאותו מציג. העותרת דרגה במקום החמישי במתחם 58089, ובמקום הרביעי במתחם 58091.
20. המדינה טען herein כי דינה של העתירה להידחות.
21. שייחוי בהגשת העתירה
- המדינה טוען, כי לעותרת היה ידוע זה מכבר על זכות הזכות במכרז, ובכל זאת בחרה שלא להגיש עתירה ובקשה לצו מנעה סמוך למועד ההכרזה על הזכות.
- כך ניתן ללמוד אף מפניה העותרת לוועדת המכרזים בבקשת פסילת הזכות במכרז, ומשעה שלא נערה הרשות בקשה היה עליה לפעול מיידית להגשת העתירה במקביל להליכים אשר הגישה לענינו בקשה ל渴בלת מסמכים.
- בעניין זה יובהר, כי במסגרת ההליך בבקשת לקבלת מסמכים נוספים בבקשת העותרת יכולות אילו עוד חברות הגיעו הזכות במכרז נגדן יתכן ותוכל לטען טענותיה, ואולם ביחס למשיבות 4-2 לכל הפחות היה ידוע לה זה מכבר דבר זכיתנו, והיה בידיה להגיש עתירה באותו המועד.
- השייחוי בהתנהלות העותרת יצר מצב בו כולם הזכות שילמו את שדרשו במסגרת תנאי המכרז והתקדמו לשלב חתימה על חוזים ועוד.

22. הסעיפים הרלכנטיאים מחוברת המכרז:

3.1. כללי התחרות במכרז

מספר מס' יס/199/2021

- 3.1.1. מוציא רשיי להגיש הצעה למתחם אחד או יותר (בטופס הצעה אחד בלבד), אך בכל מקרה לא יוכל לזכות ביותר ממתחם אחד בלבד, מהתהמימים המפורטים בטבלה שבסעיף ג', בהתאם לשיקול דעתה הבלעדי של רמיי.
- המציע לא יוכל לקבוע סדר עדיפויות לצויהו במתחמים. הצעה לכל מתחם היא סופית ובלתי מותנית.
- מציע שיגיש יותר מהצעה אחת, בין אם יחידי ובן אם במשותף, יראה רמיי, את כל ההצעותיו, שלו ושל שותפיו, כפסולות.

3.2. המציע

3.2.1. רשיי להגיש הצעה במכרז זה כל ייחוד או תאגיד.

23. כפי שניתן לראות, תנאי המכרז קבוע כי במכרז זה יכול כל ייחוד או תאגיד להגיש הצעה במכרז.
24. הפרשנות של רמיי לתנאים אלה הינה, כי כל ישות משפטית יכולה להגיש הצעה במכרז, ובבד שהמדובר בישות משפטית עצמאית. משכך, בהתאם לתנאי המכרז, ישות משפטית יכולה להגיש הצעה למתחם אחד או יותר, ולזכות במתחם אחד.
25. במכרז הנדון, כפי שפורסם לעיל, ההצעות הזוכות הוגשו, כפי שצוין בהחלטות ועדת המכרזים מיום 2.1.2022, על ידי ישוויות משפטיות שונות. על כן, הצעותיהם הוכתרו ככשרות על ידי הוועדה.
26. זאת ועוד, אילו הוועדה הייתה רואה בהן בישות משפטית אחת, הרי שייתכן שהועדה בהחלטתה הייתה יכולה לקבוע כי ישות משפטית אחת הגישה הצעה במספר מתחמים, כפי שניתן היה לעשות בהתאם לתנאי המכרז, ולהכריזה כזוכה במתחם אחד בלבד. לא כך הדבר בעניינו, וכאמור הוועדה מצאה בכך שהמדובר בישות משפטיות נפרדות כעומדות בדרישות תנאי המכרז.
27. המדינה תטען, כי מקום בו תנאי המכרז לא קבע מפורשות את האיסור להגיש הצעה, אף על ידי ישוויות משפטיות שונות בעלי אותו בעל מנויות, בחרה הוועדה בפרשנות שאינה מוסיפה לתנאי המכרז את שאין מצוי בהם באופן מפורש.
- שהרי אם הייתה עשוה כן, ברוי כי היה עליה להזמין מגישי ההצעה לטעון טיעוניהם בפני הוועדה, ולהסביר על אופן קבלת החלטות בכל חברה וחברה, אופיה, מטרתו ומנהליה - ולאחר מכן הייתה מקבלת החלטה בעניין כשרות ההצעה כפי שנדרש לעשות בהתאם לתקנות חובת המכרזים.
28. ודוק – רמיי מפרסמת מאות מכרזים מדי שנה, במסגרת מתכליות عشرות ומאות הצעות. עד לאחרונה, בהעדר סעיף המגביל הצעות על ידי חברות הקשורות.

משכק, גם במקרה זה, כפי שנעשה בכלל המכרזים בעבר, לא נרככה בחינה מעמיקה של בעלי המניות בחברה, מועד הקמת החברה, העברות זכויות וכו'. יובהר – בחינה של הפרטורים האמורים בהעדר כל מילוי עיל, יש בה לעכב ולסרבל את עבודת הרשות, אשר תידרש לבחון כל הצעה והצעה ביחס לפרטורים הללו. על כן, ישיות אישיות נפרדות הוכרו ככאלה העומדות בתנאי המכרז.

יובהר, כי אכן במכרז הנדון מדובר בשמות חברות דומים, ואולם לא מן הנמנע כי ישנים מקרים בהם שמות החברות היו שונים בתכלית ולא הייתה כל אינדיקציה לזהות בעלי המניות בחברה. קבלת פרשנות העותרת משמעה בחינה מדויקת של כל הצעה והצעה, ולא רק במקום בו ישנה זיקה שמית לחברת קשורה.

29. משכך, כאמור, בהעדר תנאי האוסר זאת מפורשות, מקום בו המודובר בהגשת הצעה על ידי אישיות משפטית נפרדת, הרשות סבירה בכך כאשר ראתה בחצעה ככשרה. כך גם במקרה דין.

30. שינוי מדיניות

כיום, וליתר דיוק בסמוך לפרסום תוכאות מכרז זה, באמצע חודש דצמבר 2021, רמי'י שינתה את מדיניותה בעניין זה, וחייבת שלא לאפשר הגשת הצעות על ידי חברות קשורות. תנאי זה נקבע במכרזים המפורטים כיום במסגרת תנאי המכרז.

בהתאם לכך, מציעים הנגישים למכרז נדרשים להצהיר כי לא הוגשו הצעות נוספות על ידי חברות הקשורות כהגדתתן בחוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968. בהתאם לכך, הרשות פועלת לקבלת שירות מיחשוב אשר יתנו בידה סיוע בבחינת האמור באופן יעל ומהיר. על כן, במכרזים המפורטים מעתה ואילך, אשר כוללים את הסעיף האמור, הרשות אינה מאפשרת הגשת ההצעות על ידי חברות הקשורות.

אולם – כאמור, מקום בו המכraz לא כלל תנאי זה – האיסור אינו חל, ואף לא ניתן להחילו רטראקטיבית.

31. להלן נוסח הסעיף כפי המופיע כיום במכרז הרשות:

3.2.1. רשיי להגיש הצעה במכרז זה כל יחד או תאניד.

3.2.2. מציעים קשורים, כגון מציע וחברה בבעלותו, או חברות המהוות חלק מקבוצה אחת כגון חברות אם וחברות בת, חברות שלבות וחברות הקשורות – אינם רשאים להגיש יותר מהצעה אחת (ליחד או ביחד) במסגרת מכraz זה.

"חברה קשורה" – כהגדרתה בחוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968.

בני זוג יחשבו כמציע אחד והם אינם רשאים להגיש הצעות בנפרד.

בהגשת הצעתו, המציע מצהיר כי הוא אינו מציע הקשור, וכי ידוע לו כי ההצעות ככל ויוגשו בኒגוד לאנוכור דין פסולות.

3.2.3. בכל מקום בו מצוין "מציע" משמע מציע או קבוצת מציעים בהתאם להקשר הסעיף. בכל מקום בו מצוין "זוכה" משמע זוכה או קבוצת זוכים בהתאם להקשר הסעיף. בכל

32. ככל ידוע הוא, כי שינוי מדיניות אין להחילו רטראקטיבית, כי אם צופה פני עתיד.

כך נהגה רמי'י במקרה זה, ועל כן, בעניינו, החלטת רמי'י, היא סבירה ומידתית, מאוזנת בין האינטרסים והשיקולים השונים, ולא נפל בה כל פגם המצדיק התערבותו של בית המשפט הנכבד.

אילו היה ניתן למדינה פרק הזמן הרואוי לגבות את כתוב התשובה כפי שהתבקש על ידה, שכן מדובר בסוגיה לא פשוטה, המדינה הייתה מרחיבה התייחסותה לעניין זה בכלל, ובקשר לדיני המכרזים בפרט – כמו גם לסוגיות נוספות העולות בהליך זה.

טענות העותרת בעניין תיאום הצעות ותכיסנות

העותרת טוענת כי המשיבות 4-2 פועלו בתכיסנות תוך תיאום הצעות – באופן אשר צריך היה להביא לפסלותן.

כפי שפורט לעיל, המדינה תען כי החברות לא הגיעו הצעות לאותו מתחם, ולא מתחרות זו בזו. אין מדובר בחשש לתכיסנות שטרורה הגשת שתי הצעות מוחר לאותו מתחם. ככל ויש חשש לתיאום הצעות, התיאום מותבआ בחלוקת שוק. או עקיפת הוראות המכרז בדבר הגבלה לא- מתחם אחד.

בכל מקרה, גם אם תתקבל העתירה, הרי שבית המשפט לא אמור להיכנס בנעלוי הוועדה ועל הנושא לחזור לוועדה אשר נאפשר זכות שימוש לזכות טרם קבלת החלטה באם לפסול את ההצעות ולקבוע את הזוכה. עקרון השיווון הוא נשמת אף של המכרז ציבורי, ואורבותות לו סכנות לא רק מכיוון עורכי המכרזים, כי אם גם מכיוון מגישי ההצעות. היבט מרכזי של פגיעה פוטנציאלית בשוויון מצד מציעים הוא התכיסנות – מונח שמגד תחתיו מגוון של טקטיות פסולות שהמשותף להן הוא הניסיון הפסול להעירים על עורך המכרז ולפגוע בתחרות ההוגנת בין המציגים. תכיסנות מעצם טيبة וטיבעה היא מושג עמוס וקו הגבול בין תכניו לגיטימי לתכיסנות פסולה הפוגעת בעקרונות של שוויון והגינות, אינם תמיד חד וברור. סימונו של קו הגבול העובר בין השניים כרוך, בין היתר, בשאלות של מידת ושל היקף והוא תלוי נסיבות.

לעניין זה ראו: ע"מ 16/4282 ראמי סייג, סעיף 19.

ככל ויחליט בית המשפט לקלע העתירה, הרי שעיל הוועדה לביר: האם יש למנוע לחברות הקשורות להגיש הצעות נפרדות למכרז? האם הבולטות הזהה מעידה, בהכרח, על חשש לתיאום הצעות? האם ישנו חשד סביר ומובוס לתיאום הצעות? האם המציגים נקבעו בתכיסנות שטרורה לעקבות הגבלה שנקבעה במכרז בדבר הגשת הצעות למתחם אחד בלבד? האם יש לבצע הרכמת מסך בין החברות ולראות בהן מציע אחד?

עוד יזכיר כי הדבר בקשר של "מקסום רוחחים" ולא בהכרח ההצעה הגבוהה היא הזוכה. על כן, טענותיו לעניין המשיבות 5, 6 ו- 7 אין לרבעניות שכן במצב דברים זה יש לעורך את כל המכרז שוב בשיטות המקסום והמחשב יקבע בהתאם למקסום הרוחחים מי זוכה והicken.

סיכום

.37. לאור כל האמור לעיל, המדינה סבורה כי דין העתירה להידחות, תוך חיוב העותרת בהוצאות.

.38. בשל לוח הזמן הצפוף שנקבע להגשת התשובה לעתירה, לא מצורף תצהיר לאימונות העובדות בכתב התשובה.



שלומי ירדון, עו"ד

סגן בכיר בפרקليות מחוז דרום – אזרחי

באר-שבע כ"ג אדר א תשפ"ב

פברואר 2022 24