



בג"ץ 266/08

בפני : כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופט י' דנציגר
כבוד השופט י' עמית

העותרים : 1. רוני טבוקל
2. ט.ר. הנדסה אזרחית בע"מ

נגד

המשיבים : 1. רשות החברות הממשלתיות
2. משרד המשפטים
3. התעשייה הצבאית לישראל בע"מ
4. אברהם בורג
5. תמסורת קבוצת תעשיות בע"מ

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה : ו' בכסלו התש"ע (23.11.09)

בשם העותרים : עו"ד יוסף אשכנזי

בשם המשיבים 1-2 : עו"ד אבי ליכט
בשם המשיבה 3 : עו"ד ראובן וולף
בשם המשיבים 4-5 : עו"ד זוהר לנדה ; עו"ד נועה הבדלה

פסק-דין

השופטת א' חיות:

עניינה של העתירה שבפנינו בהחלטת המשיבים 1-2 (להלן: המשיבים) שלא לאפשר לעותרים לרכוש את אחזקות המדינה והמשיבה 3, התעשייה הצבאית לישראל בע"מ (להלן: תע"ש), בחברת עשות אשקלון תעשיות בע"מ (להלן: עשות אשקלון או החברה).

תמצית העובדות הצריכה לעניין

1. עשות אשקלון היא חברה בת ממשלתית וחברה ציבורית שמניותיה נסחרות בבורסה לניירות ערך בתל-אביב העוסקת בייצור ביטחוני עבור תע"ש ועבור מערכת הביטחון. ביום 12.8.2003 החליטה ועדת השרים לענייני הפרטה (להלן: ועדת השרים) למכור בדרך של מכירה פרטית את אחזקות המדינה ותע"ש בחברה (תע"ש החזיקה אותה עת ב- 87.5 אחוזים מהון המניות של החברה והמדינה ב- 5 מניות רגילות; כמו כן החזיקו תע"ש והמדינה שטרי הון שהנפיקה החברה) (להלן: אחזקות המדינה ותע"ש). ועדת השרים החליטה עוד כי אחזקות המדינה ותע"ש בחברה ימכרו כמקשה אחת וכי המשיבה 1, רשות החברות הממשלתיות (להלן: רשות החברות או הרשות), תנהל ותבצע את הליך המכירה על כל הכרוך בכך. בסמוך לאחר מכן גיבשה הרשות את נוהל הליך המכירה (להלן: נוהל המכירה או הנוהל) בו צוין, בין היתר, כי מכירת אחזקות המדינה ותע"ש בעשות אשקלון פטורה ממכרז על פי תקנה 3(14) לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993 ותקנה 24(א)(6) לתקנות חובת המכרזים (התקשוריות מערכת הבטחון), התשנ"ג-1993. עוד נקבע כי הליך המכירה ינוהל על ידי ועדה משותפת המורכבת מנציגי רשות החברות ותע"ש (להלן: הועדה המשותפת). ביום 22.2.2004 פרסמה הרשות מודעה המזמינה את הגורמים המעוניינים בכך לרכוש את נוהל המכירה ולפעול בהתאם להוראותיו. בעקבות פרסום המודעה פנו לרשות גורמים שונים ובהם העותרת 2, חברה פרטית בשליטתו של העותר 1 (להלן: העותרים). הועדה המשותפת מינה את הפניות בהתאם לקריטריונים כלכליים וביטחוניים שנקבעו בנוהל המכירה ואישרה את השתתפותם של העותרים ושלושה מתמודדים נוספים בהליך המכירה. סמוך לאחר מכן התקיים סבב ראשון של הצעות מחיר אך סבב זה לא צלח משום שהוגשה בו הצעת מחיר אחת בלבד (של העותרים), בסך 2 מליון דולר ארה"ב. הועדה המשותפת סברה כי הצעה זו נמוכה מדי ומכל מקום ההצעה לא עמדה בתנאי הנוהל, בין היתר, משום שלא צורפה אליה אחת הערכויות הבנקאיות שנדרשו. לאחר כשלוש הסבב הראשון של הצעות המחיר החליטה הועדה המשותפת להגמיש את הליך המכירה ולאפשר למתמודדים שכבר אושרו, ובהם העותרים, לצרף משקיעים נוספים ולהגיש יחד עימם הצעות מחיר חדשות.

2. ביום 31.3.2005 הודיעו העותרים לרשות כי ככוונתם לחבור אל מר אברהם בורג, המשיב 4 (להלן: בורג), ולהגיש יחד עמו הצעה לרכישת החברה (להלן: קבוצת העותרים-בורג או הקבוצה). סמוך לאחר מכן, ביום 27.4.2005, נקשר בין העותרים לבורג הסכם המסדיר את מערכת היחסים ביניהם בכל בנוגע להגשת הצעה משותפת

מטעמים כאמור. מן ההסכם, שהעתק ממנו הועבר לרשות, עולה כי בורג התחייב לשאת בעיקר המימון לרכישת אחזקות המדינה ותע"ש בחברה וכן כי התחייב להשלים את הערכות הנוספת הנדרשת (אותה לא המציאו העותרים בסבב הראשון של הליך המכירה) ולהעמיד מימון להפעלת החברה מיום רכישתה, ככל שאכן תירכש על ידי קבוצת העותרים-בורג. עוד הוסכם בין העותרים לבורג כי חלקו של בורג בהון המניות של החברה יעמוד על 51 אחוזים וחלקם של העותרים יעמוד על 36.5 אחוזים. הרשות ביקשה כי בורג יבהיר כיצד יש בכוונתו לגייס את המימון הנדרש לצורך הרכישה ובורג השיב כי ייתכן ויסתייע לצורך כך בשותפיו העסקיים דאז – מר אביב אלגור (להלן: אלגור) ומר איאן דיוויס (להלן: דיוויס). אלגור ודיוויס, יש לציין, ביקשו להשתתף בעצמם בהליך הרכישה כבר בסבב הראשון אך חזרו בהם מכוונתם זו נוכח עמדת היועץ המשפטי לממשלה לפיה לא יוכלו להשתתף בהליך המכירה של עשות אשקלון אם יוגש נגדם כתב-אישום בעקבות חקירה פלילית שהתנהלה בעניינם אותה עת (בחדש לביצוע עבירות כלכליות שונות שאינן נוגעות לעשות אשקלון או להליך מכירתה).

על מנת שמעורבותם של אלגור ודיוויס במימון הרכישה על ידי קבוצת העותרים-בורג לא תהווה מכשול להשתתפות הקבוצה בהליך המכירה, הוסיף בורג והבהיר במכתבו אל הרשות מיום 25.5.2005, כי הוא או חברה בשליטתו המלאה יהיו "הקונה והמשקיע" וכי "למממן לא יהיו מעמד או זיקה ל'עשות' ולניהולה". עוד הבהיר בורג במגעים שקיים עם הרשות כי לאלגור ודיוויס כמממנים לא יהיו כל זכויות הצבעה או זכויות למינוי דירקטורים בעשות אשקלון וכן כי אחזקות המדינה ותע"ש בחברה, אם יירכשו על ידו, לא יועברו לאלגור ולדיוויס ולא ישמשו בטוחה לקבלת המימון מידם והם לא יוכלו בשום מקרה להיפרע מהאחזקות. בעקבות ההבהרות שמסר כאמור, החליטה הועדה המשותפת ביום 5.6.2005 לאשר את הצטרפותו של בורג לעותרים שכבר אושרו כאמור להשתתף בהליך המכירה, ולאפשר לקבוצת העותרים-בורג להגיש הצעת מחיר במסגרתו, בכפוף לתנאים שנקבעו באותה החלטה ובהם, בין היתר, התנאי לפיו על בורג לעגן בהסכמי המימון עם אלגור ודיוויס התחייבויות התואמות את ההבהרות שניתנו על ידו לרשות, כמפורט לעיל. כמו כן נדרש בורג להעביר לרשות התחייבות החתומה על ידו לפיה הוא מסכים לתנאים שנקבעו בהחלטת הנ"ל של הועדה המשותפת (תנאים אשר כונו על ידי הצדדים "תנאי החומה הסינית") והתחייבות כאמור נחתמה על ידי בורג ביום 22.6.2005.

חשוב לציין כי מכתבה של הרשות מיום 6.6.2005 בו פורטו החלטת הועדה המשותפת ודרישת הרשות לקבלת התחייבות מידי בורג כאמור, הופנה אל העותרים ואל בורג כאחד (ראו נספחים מ/ש 8 ו- מ/ש 9 לתגובת המשיבים וכן ראו באותו עניין מכתב

הרשות (מ/ש/10) מיום 21.6.2005 אל בא כוחו של בורג, שהעתק ממנו נשלח אף הוא לעותר (1). עוד חשוב לציין כי בהתאם לסעיף 11.1 של נוהל המכירה חתמו העותרים ובורג ביום 8.6.2005 טרם הצטרפותם להליך המכירה וכתנאי לכך על נוסח של הסכם לרכישת אחזקות המדינה ותע"ש בעשות אשקלון, בו צוין מפורשות כי התחייבויות העותרים ובורג כלפי המדינה הינן "ביחד ולחוד ובערבות הדדית".

3. לאחר שאושרה הצטרפותה של קבוצת העותרים-בורג להליך המכירה, התקיים סבב נוסף של הצעות מחיר בו הוגשו שתי הצעות האחת על ידי קבוצת העותרים-בורג והשנייה על ידי חברת הארגז אחזקות בע"מ ומשקיעים נוספים (להלן: קבוצת הארגז). בעקבות תיחור שנערך בין שתי קבוצות אלה החליטה קבוצת הארגז בשלב כלשהו לפרוש מן ההליך וקבוצת העותרים-בורג נותרה כמציעה יחידה והיא הוכרזה כ"מציע מועדף" ביום 4.7.2005, לאחר שנוהל עמה משא ומתן אשר בסיומו העמידה היא את הצעתה על סך של 16.7 מליון ש"ח. משהחלה קבוצת העותרים-בורג בפעולות להשלמת ההליך ולחתימה על הסכם הרכישה התברר כי בורג מתכוון לבצע את הרכישה באמצעות חברה פרטית בבעלותו (המשיבה 5) ועוד התברר כי יש אכן בכוונתו לממן את חלקו ברכישה מהלוואה שיקבל מחברה בשליטת אלגור ודיוויס ומהלוואה נוספת מבנק דיסקונט, שאלגור אמור לערוב לה.

בינתיים הוגש ביום 29.5.2005 כתב-אישום נגד אלגור ודיוויס הכולל אישומים בעבירה של קבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות ובעבירות נוספות לפי חוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968. למען שלמות התמונה ראוי לציין כי בסופו של יום אף הורשעו אלגור ודיוויס בבית המשפט המחוזי בתל אביב בעבירות שיוחסו להם ונגזרו עליהם עונשי מאסר בפועל וקנסות כספיים (ראו גזר הדין מיום 17.5.2009 בת"פ (מחוזי ת"א) 40162/05). עוד ראוי לציין כי ערעורים שהגישו אלגור ודיוויס על הרשעתם בדין ועל חומרת העונשים, תלויים ועומדים בפני בית משפט זה (ע"פ 5307/09 וע"פ 5339/09).

4. אף שהועדה המשותפת אישרה כאמור את השתתפותה של קבוצת העותרים-בורג בהליך המכירה - בכפוף ל"תנאי החומה הסינית" שלהם התחייב בורג - החליטה הועדה לענייני ביקורת המדינה של הכנסת ביום 27.9.2005 ובטרם הושלם הליך המכירה, לבקש את חוות דעתו של מבקר המדינה בעניין השתתפותו של בורג באותו הליך. זאת נוכח קשריו העסקיים עם אלגור ודיוויס ובחוות דעתו מיום 4.12.2005 קבע המבקר כי מן הראוי לעכב את השלמת הליך המכירה עד אשר תתברר השאלה העקרונית "האם מי שנקבע לגביו שלא יוכל להיות רוכש של חברה ממשלתית ציבורית בהפרטה, יכול להיות מממן של חלק ניכר מעסקת הרכישה". בעקבות חוות דעת זו

קיימה הוועדה לענייני ביקורת המדינה דיון בנושא ולאחריו הוכנה ברשות בחודש ינואר 2006 טיוטה של מכתב המופנה אל המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, בו הובעה העמדה כי אין לעכב את הליך המכירה (להלן: טיוטת המכתב). אולם, בחודש פברואר 2006 החליטה פרקליטות המדינה על דעת היועץ המשפטי לממשלה להעביר את הפרשה כולה לחקירה משטרתית וזאת בעקבות מידע נוסף שנמסר מאת משרד מבקר המדינה ליועץ המשפטי לממשלה ולפיו שימש בורג לכאורה "איש קש" של אלגור ודיוויס בהליך המכירה והפר את "תנאי החומה הסינית" להם התחייב. כמו כן הוגשו בפרשה זו שתי עתירות לבית המשפט הגבוה לצדק, האחת על ידי התנועה למען איכות השלטון (בג"ץ 11689/05) והשנייה על ידי קבוצת הארגז (בג"ץ 2695/06). בעתירה שהגישה התנועה למען איכות השלטון נתבקש סעד המורה ליועץ המשפטי לממשלה לבדוק את הטענות בעניין הפרת התחייבותיו של בורג בהליך המכירה ובעתירה שהגישה קבוצת הארגז נתבקש סעד המורה על ביטול הכרזתה של קבוצת העותרים-בורג כמציע מועדף בשל מידע לא נכון שמסרה קבוצה זו לרשויות המדינה במסגרת הליך המכירה וכן נתבקש באותה עתירה סעד המורה למדינה להמשיך את הליך המכירה עם קבוצת הארגז. במסגרת העתירות הודיעה המדינה כי היא מקפאה את השלמת הליך המכירה עד לסיום חקירת המשטרה וביום 10.4.2006, בעקבות הודעתה זו של המדינה, ניתן פסק-דין המורה על מחיקת שתי העתירות הנ"ל בזו הלשון:

1. "אנו מוחקים את העתירה בבג"ץ 11689/05, זאת לאור עמדת המדינה כי מתנהלת חקירה פלילית בעניין זה. רשמנו לפנינו הודעת בא כוח המדינה כי כל החלטה שתקבל בסיום החקירה הפלילית לעניין הליכי המכרז תתקבל על פי כללי המשפט המינהלי. אנו מקווים כי ניתן יהא להשלים החקירה, בהקדם. הודעה על המסקנות בתחום המינהלי ימסרו, לכל הצדדים המעורבים, לרבות העותרת. בכך תישמר זכותה, להלכה ולמעשה, לחזור לבית משפט זה, תוך שמירת כל זכויותיה שלה, וכל הזכויות של שאר הצדדים.

2. על פי בקשת העותרים, אנו מוחקים את העתירה בבג"ץ 2695/06."

5. קודם למתן פסק-הדין בעתירות ועוד טרם שנסתיימה חקירת המשטרה, פנו העותרים אל רשות החברות במכתב מיום 15.3.2006 והציעו להשלים לבדם ללא בורג והמשיבה 5 את רכישת אחזקות המדינה ותע"ש בעשות אשקלון, תמורת הסכום שהציעה הקבוצה (16.7 מליון ש"ח). הרשות דחתה את הפנייה ובמכתבה מיום 24.4.2006 הפנתה את העותרים אל האמור בתגובתה לעתירת קבוצת הארגז כי בשל

חקירת המשטרה הוחלט באותו שלב שלא להשלים את הליך המכירה עם קבוצת העותרים-בורג. באותו מכתב אף הדגישה הרשות כי:

”ההחלטה שלא להשלים את הליך המכירה היא החלטה כוללת, [ה]מתייחסת, לעת הזאת, לכל אחד ממרכיבי הקבוצה, ביחד ולחוד, ובכלל זה המשיבים 9-11 (רונן טבקול, ט.ר. הנדסה אזרחית בע”מ ושמעון טבקול)”.

6. העותרים הוסיפו ופנו אל הרשות על מנת שזו תאפשר להם להשלים את הליך המכירה בעצמם וביום 7.9.2006, לאחר שהובהר כי הפרקליטות החליטה לסגור את תיק החקירה נגד העותר 1, נתבקשו העותרים על-ידי הרשות במענה לפניות אלה להבהיר מפורשות האם בורג מסכים לכך שהליך המכירה יושלם על ידי העותרים בלבד (כפי שציינו בפנייתם מיום 15.3.2006). זאת נוכח חוסר הבהירות שעלה בעניין זה ממכתבים שונים שנתקבלו ברשות. בתשובה הודיעו העותרים במכתבם מיום 22.11.2006 כי בורג לא נתן את הסכמתו למהלך כזה. סמוך לאחר מכן, ביום 27.11.2006, מסרה פרקליטות המדינה הודעה לעיתונות לפיה הוחלט על סגירת תיק החקירה נגד בורג בהיעדר ראיות ונגד העותר 1 בהיעדר אשמה. בעקבות סגירת תיק החקירה הפלילית הועבר אל הרשות חומר הראיות שנאסף במשטרה במסגרת אותה חקירה וזה נבחן על ידה במטרה לגבש החלטה בעניין הליך המכירה של עשות אשקלון, שהוקפא כזכור עם פתיחת החקירה. לאחר בדיקת חומר החקירה, הודיעה הרשות לעותרים ולבורג באמצעות באי כוחם כי מתגבשת אצלה - בתיאום עם היועץ המשפטי לממשלה - החלטה בדבר ביטול הליך מכירת עשות אשקלון, בכפוף לזכות השימוע העומדת לקבוצת העותרים-בורג כמי שהוכרזה “מציע מועדף” טרם פתיחת החקירה המשטרתית (ראו מכתבי הרשות מיום 21.3.2007 ומיום 30.5.2007). לאחר הליך שימוע בכתב ועל-פה בו השתתפו בורג והעותרים באמצעות באי כוחם, קיבלו המשיבים החלטה לפיה יש לבטל את הליך המכירה מן הנימוקים שפורטו במכתב הרשות מיום 2.12.2007 בו הפנתה, בין היתר, אל הנימוקים אשר הועלו על ידה כבר במכתבה מיום 30.5.2007 ולגביהם נתבקשה תגובת העותרים ובורג במהלך השימוע.

מכאן העתירה שבפנינו.

טענות הצדדים

7. העותרים הפנו את עתירתם כנגד הרשות וכנגד משרד המשפטים (המשיבים 1 ו-2) וכן צירפו לעתירה כמשיבים את תע”ש (המשיבה 3) ואת בורג ותמסורת קבוצת

תעשיות בע"מ (המשיבים 4 ו-5) ועתרו בה לצו על-תנאי המופנה אל המשיבים 1 ו-2 והמורה להם ליתן טעם מדוע לא תבוטל החלטתם בדבר ביטול הליך המכירה; מדוע לא תבוטל החלטתם בדבר ביטול זכיית העותרים בהליך המכירה; ומדוע לא תבוטל החלטתם שלא להשלים מול העותרים בלבד את הליך המכירה. במהלך הדיון בפנינו הודיעו העותרים כי הם מצמצמים את עתירתם אך ורק לסעד השלישי שעניינו ההחלטה שלא להשלים את הליך המכירה מולם בלבד ומשכך יתמקד הדיון להלן בסוגיה זו, אך למען שלמות התמונה ועל מנת להקל על הדיון בסוגיה שנותרה לבירור תובא להלן תמצית טענות הצדדים בכל הסוגיות שעלו בעתירה לכתחילה.

8. העותרים טענו כי המשיבים לא היו מוסמכים לקבל את ההחלטה בדבר ביטול הליך המכירה בהתבסס על הראיות שאספה המשטרה כראיות מינהליות, תוך הסקת מסקנות הפוכות מאלה שאליהן הגיעה הפרקליטות בהתבסס על אותן ראיות, ובייחוד נוכח סגירת התיק נגד העותר 1 בהיעדר אשמה. העותרים מפנים בהקשר זה להנחיות פרקליטת המדינה לפיהן המבחן על פיו יש להכריע בין סגירת תיק בשל חוסר ראיות מספיקות לעומת סגירת תיק בהיעדר אשמה הוא מבחן הראיה המינהלית וכי משנסגר תיק החקירה נגד העותר 1 בהיעדר אשמה יש בכך כדי ללמד כי אין נגדו בפרשה זו ולו ראיות ברמה המינהלית. העותרים מוסיפים ומציינים כי מן העובדה שהמשיבים הגיעו למסקנה שונה מזו של הפרקליטות ניתן ללמוד כי בהחלטתם של המשיבים נשקלו שיקולים זרים. עוד טוענים העותרים כי אפילו היה תיק החקירה נגד העותר 1 נסגר בהיעדר ראיות (ולא בהיעדר אשמה), החלטתם של המשיבים לבטל את הליך המכירה חרגה ממתחם הסבירות. בהקשר זה טוענים העותרים כי החומר שנאסף אינו מוכיח, ולו ברמת ההוכחה הנדרשת בהליך המינהלי, כי בורג הפר את "תנאי החומה הסינית" או כי העותר 1 ידע על מהלכים פסולים שביצעו כביכול בורג, דיוויס ואלגור בעניין זה אשר יש בהם משום הפרה של תנאים אלה. משכך טוענים העותרים כי החלטת המשיבים לוקה בחוסר סבירות. עוד טוענים העותרים כי המשיבים לא נתנו משקל ראוי למידת הסתמכותו של העותר 1 על הכרזתה של קבוצת העותרים-בורג כמציע מועדף ועל שינוי מצבו לרעה עקב ביטול הזכיה. כמו כן טוענים העותרים כי החלטת המשיבים לבטל את הליך המכירה נגועה בחוסר תום לב ובאי ניקיון כפיים, והם מפנים בהקשר זה לטיוטת המכתב שהוכנה ברשות בחודש ינואר 2006 שם ציינה הרשות כי אין מקום לעכב את הליכי המכירה. לטענתם, הטענות שנדחו על ידי הרשות בטיוטת המכתב מועלות על ידי המשיבים עתה בנסיון להצדיק את החלטתם לביטול הליך המכירה.

העותרים ממשיכים וטוענים כי ההחלטה שלא לאפשר להם לרכוש לבדם את אחזקות המדינה בעשות אשקלון (תוך פיצול קבוצת העותרים-בורג) אינה מידתית, שכן

אפילו רשאים היו המשיבים לפסול את השתתפותו של בורג בהליך מן הראוי היה לאפשר לעותרים להשלימו בעצמם. בהקשר זה מדגישים העותרים כי בניגוד לנימוקים שעליהם נסמכו המשיבים בהחלטתם, אין בהשלמת הליך המכירה מולם כדי לפגוע בקבוצת הארגז (שפרשה מהליך המכירה במהלך הסבב השני של הצעות המחיר) או בעקרון השוויון, וכמו כן אין לראותם כמי שנושאים ביחד ולחוד עם בורג באחריות להפרתן של "תנאי החומה הסינית" אפילו הופרו אלה על-ידו. לבסוף טוענים העותרים לפגמים שונים שנפלו בשימוע שנערך להם וזאת בין היתר משום שלא נתאפשר להם לעיין לפני קיומו בכל החומר הרלבנטי. לגישתם גיבשו המשיבים את החלטתם בדבר ביטול הליך המכירה עוד בטרם שהתקיים השימוע ועל כן לא היה טעם רב בקיומו.

9. המשיבים מצידם סבורים כי דין העתירה להידחות. לשיטתם יש בחומר שנאסף בחקירה המשטרית ראיות מינהליות המלמדות כי בורג הפר את התחייבותו שלא לערב את אלגור ודיוויס בעניינים הקשורים לניהול החברה ועוד הן מלמדות כי העותר 1 ידע על כך. לטענת המשיבים, החלטת פרקליטות המדינה לסגור את תיק החקירה אינה מונעת עשיית שימוש בראיות שאספה המשטרה לצורך קבלת החלטה במישור המינהלי הנוגע להמשך הליך המכירה ולגישתם אין לקבל כי החלטה של רשות מינהלית אחת שהתמקדה בהליכים פליליים בלבד תכבול את ידיה של הרשות המינהלית האחרת אף שסגירת תיק החקירה הפלילי וכן עילת הסגירה מהווים נתון אותו חובה על הרשות המינהלית לשקול. המשיבים מאשרים כי תחילה סברו שניתן להמשיך בהליך המכירה ולכן אף הוכנה ברשות טיוטת המכתב הממליצה להמשיך בהליך, אך הם מוסיפים ומסבירים כי השינוי בעמדתם נבע מן ההתפתחות שחלה עם פתיחת החקירה המשטרית ובעיקר נוכח החומר שהועבר אליהם בעקבותיה, אשר היה בו כדי לשנות מן היסוד את התשתית העובדתית ששימשה בסיס לעמדה כפי שהובעה בטיוטת המכתב הנ"ל. עוד מדגישים המשיבים כי נוהל המכירה הקנה להם סמכות רחבה ביותר לחזור בהם בכל עת מן הכוונה למכור את אחזקות המדינה ותע"ש בעשות אשקלון ולהפסיק את השתתפותו של כל מציע, בין היתר, אם נתגלה מידע חדש הסותר את המידע שנמסר במסגרת הליך המכירה. אשר לפיצול הקבוצה ולטענה כי יש לאפשר לעותרים לרכוש לבדם את אחזקות המדינה בחברה טוענים המשיבים כי אפילו תתקבל טענת העותרים שהעותר 1 לא ידע דבר על התנהלותו של בורג המהווה הפרה של ההתחייבויות שנטל על עצמו לעניין אי מעורבותם של אלגור ודיוויס, יש לזכור כי הקבוצה לטוב ולרע היא זו שהוכרזה כמציע מועדף וכי על פי נוסח הסכם הרכישה נטלו על עצמם כל מרכיבי הקבוצה את ההתחייבויות המפורטות בו "יחד ולחוד ובערבות הדדית". על כן לגישת המשיבים נושאים העותרים באחריות למעשיו של בורג ואין מקום לפרק ולהרכיב את הקבוצה לנוחיות מי מחבריה מקום שהתברר שאחד מהם הפר את התחייבויותיו.

המשיבים מדגישים בהקשר זה כי ההתחייבות שהופרה על ידי בורג בכל הנוגע למעורבותם של אלגור ודיוויס היתה התחייבות מרכזית ומהותית וכך הם מדגישים כי בורג היה הגורם הדומיננטי בקבוצה בכל הנוגע למימון הרכישה ולחלקו הצפוי באחזקות החברה. עוד טוענים המשיבים כי נוכח העובדה שבורג הוא זה שהתחייב לשאת בעיקר המימון לרכישת החברה ונוכח העובדה שהצעת העותרים בסכב הראשון של הצעות המחיר היתה נמוכה ביותר והיתה חסרה את אחת הערבויות הבנקאיות שנדרשו, סביר להניח כי אילולא צורף בורג לקבוצה לא היו העותרים זוכים בהליך. עוד טוענים המשיבים כי פיצול הקבוצה ומתן אפשרות לעותרים לרכוש לבדם את אחזקות המדינה כמוה כבחירת זוכה חדש ויש בכך כדי לפגוע בעקרון השוויון כלפי יתר המשתתפים שפרשו מן ההליך. לבסוף מציינים המשיבים כי מאז שהקבוצה הוכרזה כ"מציע מועדף" חלפו כארבע שנים ובמהלכן חלו שינויים בפעילות החברה ויש להניח כי גם שווי האחזקות של המדינה ותע"ש בה השתנה. עובדה זו לטענת המשיבים נושאת אף היא משקל לצורך ההחלטה האם יש לאכוף עליהם בשלב זה את רכישת אחזקות המדינה ותע"ש בחברה על ידי העותרים.

ד"ן

10. כפי שצויין לעיל, מיקדו העותרים במהלך הדיון בפנינו את טענותיהם בעתירה וצמצמו אותן כך שתופנינה אך ורק אל אותו חלק שבהחלטת המשיבים שלא אפשר להם להשלים בעצמם את הליך המכירה במנותק מבורג. לעומת זאת התמידו בורג (המשיב 4) והחברה בבעלותו (המשיב 5) בטענותיהם נגד החלטת המשיבים על כל חלקיה, אך בהיעדר עתירה עצמאית מטעם המשיבים 4 ו-5 לא ראינו צורך להידרש לכל הטענות שהועלו בעתירה לכתחילה. נקודת המוצא לצורך הדיון שלהלן תהא, אפוא, כי החלטת המשיבים לבטל את זכייתה של קבוצת העותרים-בורג בהליך המכירה עומדת בעינה כהחלטה סבירה שאין להתערב בה והדיון יתמקד בסוגיית פיצול הקבוצה ובטענת העותרים כי מן הראוי היה לאפשר להם בנסיבות העניין להשלים את הליך המכירה בעצמם.

11. עשות אשקלון היא חברה שעיקר עיסוקה בייצור ביטחוני ולמדינה אינטרסים חיוניים בה. מכירת אחזקות המדינה ותע"ש בעשות אשקלון התנהלה על ידי הועדה המשותפת בפטור ממכרז ובהתאם לנוהל מכירה שגיבשה רשות החברות, לפיו ניתן לנציגי המדינה שיקול דעת רחב ביותר לנהל את ההליך, לשנותו ואף להפסיקו בכל עת, כמפורט בין היתר בסעיפים 20.2 ו-20.10 לנוהל, הקובעים:

“נציגי המדינה יהיו רשאים, על פי שיקול דעתם, לחזור בהם מהכוונה למכור את אחזקות המדינה וכן, ביחד עם תעש, את אחזקות תעש, או להפסיק את הליך המכירה בכל עת, לרבות לאחר הגשת הצעות המחיר, או לא לאשר את השתתפותו של איש מהפונים בהמשך הליך המכירה, לרבות מטעמים ביטחוניים אם התקבל מידע ביטחוני חדש, או לא לבחור מציע מועדף בין המציעים, או שלא לבחור הצעה כלשהי, או שלא לנהל משא ומתן עם אדם מבין המשתתפים בהליך המכירה, ולאדם מבין המשתתפים בהליך המכירה לא תהיה טענה כלשהי בגין כך, ולא תהיה לו כל זכות תביעה נגד המדינה ו/או תעש בקשר עם כך (סעיף 20.2 לנוהל)

נציגי המדינה יהיו רשאים אך לא חייבים, בכל עת בהליך המכירה, לפי שיקול דעתם, ומבלי שהדבר יקנה למשתתף זכות לעכב את הליך המכירה, לאשר הצטרפות משתתף חדש להליך או לאשר שינוי בהרכב הקבוצה, לרבות צירוף משתתף חדש או קיים, אחד או יותר, למשתתף אחר, ועם מתן אישור כאמור יחשב המשתתף הנוסף כאילו היה צד לפנייה כפי שהוגשה, לכל דבר ועניין. אישור כאמור יכול שיהיה מותנה בתנאים (סעיף 20.10 לנוהל).”

הלכה פסוקה היא כי ככל שמתחם שיקול הדעת המסור לרשות רחב יותר כך תהא מידת נכונותו של בית המשפט להתערב בהחלטותיה מצומצמת ומרוסנת יותר. (ראו: בג"ץ 4999/03 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, פסקה 18 (טרם פורסם, 10.5.2006); בג"ץ 4646/08 לביא נ' ראש הממשלה, פסקה 17 (טרם פורסם, 12.10.2008); אליעד שרגא ורועי שחר המשפט המינהלי (כרך שלישי – עילות ההתערבות) 237-240 (2008)). יחד עם זאת ראוי לזכור כי הרשות מחויבת תמיד לפעול על פי העקרונות והכללים הקבועים בדין המינהלי וכי גם אם הוקנה לה שיקול דעת רחב אין משמעות הדבר כי יכולה היא לעשות ככל העולה על רוחה ולנהוג בשרירות, בחוסר תום-לב, בחוסר סבירות או מתוך שיקולים שאינם ענייניים. על מנת לוודא כי לא כך תפעל נתונות החלטותיה לביקורת שיפוטית.

12. האם למרות שיקול הדעת הרחב המסור למשיבים כמפורט לעיל, קמה במקרה דנן עילה להתערבותו של בית משפט זה בהחלטתם שלא לאפשר לעותרים לרכוש לבדם את אחזקות המדינה ותע"ש בעשות אשקלון, בשל פגם שנפל בהחלטה?

אינני סבורה כך.

אכן, במסגרת שיקול הדעת הרחב המסור לנציגי המדינה על פי נוהל המכירה נתונה להם הסמכות "לאשר הצטרפות משתתף חדש להליך או לאשר שינוי בהרכב הקבוצה" (סעיף 20.10 לנוהל המכירה). אך העובדה כי סמכות זו מסורה להם על פי הנוהל אינה מטילה עליהם חובה שבצידה זכות הקנויה לעותרים כי יפעילו סמכות זו על פי בקשתם ויפצלו את קבוצתם למרכיביה בנסיבות שנוצרו. בתגובתם לעתירה מציינים המשיבים כי האפשרות לפצל את הקבוצה ולהעניק את הזכייה לעותרים בלבד נבחנה על ידם אך היא נפסלה "בשל הפגיעה בשוויון הכרוכה בשינוי כזה בהתחשב בכך שטבקול [העותר 1] לא היה מרכיב עיקרי בקבוצה; הן בשל כך שטבקול [העותר 1] לא יכול היה להתכחש להפרת מצגים שהוא היה ערב להן, בהתאם לכללי הליך המכירה, כחבר הקבוצה; והן בשל מודעתו של טבקול [העותר 1] להפרות ולהתנהגות הפסולה של הקבוצה".

גם אם אניח לטובתו של העותר 1 - נוכח סגירת תיק החקירה הפלילית נגדו בהיעדר אשמה - כי לא היה מודע למעורבותו העמוקה של אלגור בעסקה ובנושאים הקשורים לניהול ולשליטה בחברה, כפי שהיא עולה מן הראיות המינהליות שהוצגו (ראו סיכומי ישיבות "מטה עשות" מיום 4.7.2005 (מ/ש/23), מיום 7.7.2005 (מ/ש/25) ומיום 11.7.2005 (מ/ש/24); וכן ראו מסמכים הנוגעים למימון העסקה שהוכנו במסגרת מגעי הקבוצה עם בנק הפועלים ובנק דיסקונט (מ/ש/26 ו-מ/ש/27)), יש הגיון וטעם רב בגישת המשיבים לפיה מן הראוי לפקוד על העותרים את ההתנהגות הפסולה המיוחסת לבורג בהקשר זה. מקובלת עלי טענת המשיבים לפיה מאז אושרה הצטרפותו של בורג לעותרים היתה קבוצת העותרים-בורג לכל דבר ועניין מושא ההתייחסות שלהם כקבוצה בהליך המכירה בהיותה הרוכשת הפוטנציאלית של אחזקות המדינה ותע"ש בעשות אשקלון ולאחר מכן גם מי שהוכרזה כ"מציע המועדף". בשל כך, הופנה אל העותרים ואל בורג כאחד מכתבה של הרשות מיום 6.6.2005, בו פורטו החלטת הועדה המשותפת ודרישת הרשות לקבלת התחייבות מידי בורג בדבר "תנאי החומה הסינית"; בשל כך צוין בהסכם הרכישה, שעל נוסחו חתמו העותרים ובורג כתנאי להשתתפותם בהליך המכירה, כי התחייבויות העותרים ובורג כלפי המדינה הינן "ביחד ולחוד ובערבות הדדית"; ומאותו טעם עצמו הדגישה הרשות בפני העותרים עם פתיחת החקירה הפלילית ובתשובה לפנייתם בה ביקשו שיתאפשר להם להשלים את הליך המכירה בעצמם, כי "ההחלטה שלא להשלים את הליך המכירה היא החלטה כוללת, [ה]מתייחסת, לעת הזאת, לכל אחד ממרכיבי הקבוצה, ביחד ולחוד, ובכלל זה המשיבים 11-9 (רונן טבקול, ט.ר. הנדסה אזרחית בע"מ ושמעון טבקול)" (מכתב הרשות מיום 24.4.2006). העובדה כי בשלב כלשהו נכונים היו המשיבים לשקול את פיצול הקבוצה וביקשו כי העותרים יציגו הסכמה מאת בורג לעניין זה, מלמדת על כך שהמשיבים

בחנו את הסוגיה על כל היבטיה, אך אין בה כדי ללמד כי בכך יצרו מצג כלשהו לפיו בהינתן אותה הסכמה יאשרו את הפיצול. ממילא, אין לקבל את טענת העותרים כאילו הסתמכו על מצג זה ושינו את מצבם לרעה. די באמור לעיל כדי להוליך אל המסקנה כי החלטת המשיבים אינה בלתי סבירה בנסיבות העניין ואינה מצדיקה את התערבותנו. זאת בייחוד נוכח העובדה שההתחייבות שהופרה על פי הראיות המינהליות שהוצגו היתה התחייבות מרכזית ביותר ובלעדיה לא היו המשיבים מאשרים לכתחילה את הצטרפותו של בורג כחבר בקבוצת העותרים-בורג. במלים אחרות, מדובר בהתחייבות שהיתה חלק מהותי ובלתי נפרד ממארג שלם של תנאים והתחייבויות בהם נדרשה הקבוצה כרוכשת פוטנציאלית לעמוד על מנת שתוכל להשתתף בהליך המכירה. במובן זה מדובר בהתחייבות של הקבוצה ולא בהתחייבות פרטית של בורג. על כן, כאמור, אין למצוא חוסר סבירות בהחלטת המשיבים לפיה על הקבוצה ועל כל אחד ממרכיביה לשלם את מחיר הפרתה של אותה התחייבות.

אשר על כן, העתירה נדחית. העותרים ישלמו למשיבים 1-2 שכר טרחת עורך דין בסך של 10,000 ש"ח, בתוספת מע"מ כדין.

ש ו פ ט

השופט י' דנציגר:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט י' עמית:

אני מסכים.

שופט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת א' חיות.

ניתן היום, ב' אדר, תש"ע (16.02.2010).

שופט

שופט

שופטת

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 08002660_V04.doc מא
מרכז מידע, טל' 02-6593666 ; אתר אינטרנט, www.court.gov.il