



בבית המשפט העליון

עע"ם 68/10

כבוד השופט י' עמית

בפני :

- המערערים :
1. ג'יקי אדרי, חבר מועצת העיר בית שמש
 2. ריצ'רד פרס, חבר מועצת העיר בית שמש
 3. שלום לרנר, חבר מועצת העיר בית שמש
 4. מרדכי כהן, חבר מועצת העיר בית שמש
 5. נתן שיטרית, חבר מועצת העיר בית שמש
 6. אירית מרציאנו, חברת מועצת העיר בית שמש
 7. אילנה ירחי, חברת מועצת העיר בית שמש
 8. סטלה וולטר, חברת המועצת העיר בית שמש
 9. אלכסנדר שלפצנקו, חבר מועצת העיר בית שמש

נגד

- המשיבים :
1. אריאל אטיאס, שר הבינוי והשיכון
 2. משה אבוטבול, ראש עיריית בית שמש
 3. מנהל מקרקעי ישראל
 4. עמותת נחלת אהרון לפתרונות דיור

בקשה לעיכוב ביצוע פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים בתיק 1888/09 שניתן ביום 27.12.09 על ידי כבוד השופט מ' סובל

- בשם המערערים :
בשם המשיבים 1 ו-3 :
בשם המשיב 2 :
בשם המשיבה 4 :
- עו"ד מיכל ארגמן, עו"ד דפנה הולץ-לכנר
עו"ד עציון תדמור
עו"ד מרדכי ברקוביץ
עו"ד מוטי קרויזר

החלטה

בקשה לעיכוב ביצוע פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית המשפט לעניינים מינהליים, מיום 27.12.09 (כבוד השופט משה סובל), בגדרו דחה בית המשפט עתירה הנוגעת לשישה מכרזים לבניית יחידות דיור בעיר בית שמש.

1. אציג בתמצית שבתמצית את העובדות הצריכות לעניין ואת עיקרי פסק הדין.

המשיב 1, משרד הבינוי והשיכון (להלן: משב"ש) ומינהל מקרקעי ישראל (להלן: המינהל) פרסמו ביום 10.9.09 שישה מכרזים לבניית 2,105 יחידות דיור בשכונת רמת בית שמש ג/1 בדרום העיר בית שמש. (להלן: המכרזים).

עוד קודם לפרסום המכרזים, אישרה מועצת עיריית בית שמש בישיבת המועצה מיום 15.7.09 וברוב של 14 נגד 3, הצעת החלטה לפיה יחידות הדיור שייבנו במסגרת המכרז יישמשו את כלל האוכלוסיות בעיר: חרדים, דתיים-לאומיים וחילוניים. כפי שעולה מפרוטוקול הישיבה, הרציונל שבסיס ההחלטה היה ליצור תמהיל שווה בין סוגי האוכלוסיה בעיר בית שמש. להחלטה צורפה מפה של השכונה החדשה המיועדת להיבנות, ועליה חלוקת השכונה לשלושה מתחמים שכל אחד מהם מיועד לשלושת המגזרים האמורים "חרדי" "דת"ל" ו"כללי". המבקשים, חברי מועצת העיר שהצביעו בעד ההחלטה, פנו אל משב"ש וביקשו כי במכרז שיתפרסם ייכתב כי שיווק יחידות הדיור נחלק לשלושת המגזרים הנ"ל.

משב"ש והמינהל לא ראו עצמם כפופים להחלטת מועצת העיריה, ופרסמו את המכרז כשהוא פתוח לכלל הציבור, ללא הקצאה של מתחמי מגורים למגזר כזה או אחר. נספר לקורא כי מספר שנים לפני פרסום המכרזים, ביקש משב"ש לבטל מכרז אחר לשיווק קרקע לבנייה בשטח סמוך, לאחר שנתברר כי עשרות חרדים זכו במכרז ונוצרה לשכונה תדמית חרדית. החלטה זו, בוטלה בפסק דינו של בית המשפט לעניינים מינהליים (כב' השופטת י' צור), בה נקבע, בין היתר, כי "לא ניתן על בסיס שיוך דתי למנוע ממי מן הציבור להשתתף במכרז" (עת"מ (י-ם) 209/01 פינץ נ' שר הבינוי והשיכון (לא פורסם, 14.11.04) פסקה 27) (להלן: פינץ). המדינה הגישה ערעור על פסק הדין אך בהמלצת בית המשפט העליון חזרה בה מהערעור (עצ"מ 11470/04 שר הבינוי והשיכון נ' פינץ (לא פורסם, 24.1.06).

2. משנודע למבקשים כי המכרזים פורסמו כפתוחים לכל, ללא חלוקה למגזרים, פנו למנכ"ל משב"ש והלינו על כך, אך בקשתם נדחתה. ביום 23.11.09, בחלוף 74 ימים ממועד פרסום המכרזים וימים ספורים בלבד לפני תום המועד להגשת ההצעות במכרזים, הגישו המבקשים עתירתם לבית משפט קמא. המבקשים עתרו לתקן את מסמכי המכרזים כך שייכתב כי קבלן או עמותה המשווקים דירות במגזר החרדי יהיו רשאים להציע הצעות אך ורק ביחס למתחם המיועד ומסומן למתחם החרדי.

המבקשים, שלטענתם מייצגים את ציבור התושבים בבית שמש שאינם נמנים על המגזר החרדי, טענו בעתירתם כי החלטת מועצת העיריה על חלוקת השכונה החדשה לשלושה מתחמים המיועדים לשלושה מגזרים, נועדה למנוע תהליך התחרדות קיצוני העובר על בית שמש בשנים האחרונות והיא מחייבת את משב"ש והמינהל. לטענת המבקשים, הניסיון מלמד כי האוכלוסיה החרדית מאורגנת בצורה טובה יותר ונוכח הצהרות ראשי עמותות חרדיות, קבלנים ומשווקי דירות במגזר החרדי, יש להניח

כי הציבור החרדי יזכה ברוב המכרזים. לכן, יש לשווק את המתחמים באופן שוויוני לכל אחד מהמגזרים, בדומה לעיקרון של העדפה מתקנת הדורש התערבות שלטונית לטובת ציבור חלש ומקופח. לטענת המבקשים, החלטת מועצת העיריה מבטאת את רצון התושבים ומתחייבת מעיקרון השוויון המהותי. עוד טענו המבקשים, להפרת הבטחה מינהלית.

3. בית משפט קמא דחה את העתירה בשל השיהוי הכבד בהגשתה, כמפורט בהרחבה בפסק הדין. בהמשך בחן בית המשפט אם יש בהחלטת משב"ש והמינהל פגיעה חמורה בעקרונות היסוד של שלטון החוק, שיש בה כדי להתגבר על השיהוי האובייקטיבי, ומצא כי טענות המבקשים לא מעלות סוגיות המחייבות בחינה לגופן נוכח השיהוי שבהגשת העתירה.

עוד נקבע, כי שיווק המתחמים לכל קשת האוכלוסיה, ללא כל הגבלה או הבחנה בגין השתייכות דתית, עולה בקנה אחד עם עיקרון היסוד של שוויון בדיני המכרזים, ועם איסור ההפליה שהוא אבן יסוד בשיטתנו המשפטית. מה עוד, שאי הטלת הגבלה על ההתמודדות במכרזים, מיישמת את פסק דינו של בית המשפט בעניין פינץ, ונוכח האמור שם, אין מקום לתחולת עיקרון העדפה המתקנת. בהמשך פסק הדין, עמד בית משפט קמא בהרחבה על סוגית ההעדפה המתקנת במסגרת הסוגיה הכללית של עקרון השוויון. בין היתר, עמד בית המשפט על כך שהקצאה הנפרדת לה עותרים המבקשים, לא נועדה לקבוצת מיעוט אלא לציבור החילוני והדת-לאומי, המשייך עצמו לרוב במדינה ואף לרוב האוכלוסיה בעיר בית שמש (67% מול 33% אוכלוסיה חרדית). בפסק הדין, הבחין בית משפט קמא בין עקרון ההעדפה המתקנת לשם הצדקת החלטה של רשות מינהלית להעניק לקבוצה מסוימת יחס נפרד, לבין שימוש באותו עיקרון לשם תקיפת החלטה של רשות מינהלית להימנע מהעדפה ולהעניק הזדמנות שווה לכל האוכלוסיה.

בהמשך, דחה בית משפט קמא את טענת המבקשים להפרה של הבטחה שלטונית, תוך בחינת התשתית העובדתית של הטענה וקביעה כי המבקשים לא עמדו בתנאים הנדרשים על מנת שהבטחה מינהלית תחייב את הרשות.

לסופה של דרך, דחה בית משפט קמא את העתירה.

4. המבקשים הגישו ערעור על פסק הדין, ובד בבד עתרו למתן צו ביניים המורה להקפיא את כל הליכי המכרז עד להכרעה בערעור. בהחלטתי מיום 5.1.10 הוריתי כי בשלב זה לא יפתחו מעטפות המכרז עד להחלטה בבקשה.

5. המבקשים טענו בבקשתם כי סיכויי הערעור טובים וכי קיים אינטרס ציבורי משמעותי בקבלת הערעור. לטענתם, החלטת מועצת העיריה התקבלה ברוב מכריע של חברי המועצה, מתוך הכרה והבנה עמוקה בדבר קיומו של אינטרס ציבורי חיוני להקצאה נפרדת של יחידות דיור לכל אחד מהמגזרים. חלוקה שוויונית זו חיונית כדי לאפשר לכל מגזר לשמור ולהגן על אורחות חייו ואיפיוניו, ומדובר גם באינטרס מובהק של התושבים החרדים.

לטענת המבקשים, העיר בית שמש עוברת בשנים האחרונות שינויים דמוגרפיים משמעותיים, ועם הגידול בהיקף האוכלוסיה החרדית בעיר החל תהליך של כפיית אורח חיים חרדי על הציבור החילוני והדתי-לאומי. שילוב של מדיניות, כוחות השוק והשינויים שכופה הציבור החרדי, הביא לתוצאה לפיה תושבי המקום הותיקים (הנמנים על הציבור החילוני והדתי-לאומי), אינם יכולים לקנות ולבנות בתים בסמוך להוריהם מאחר שהקרקע המיועדת נתפסת בפועל על ידי הציבור החרדי במסגרת מכרזים ה"פתוחים לכל". לטענת המבקשים, לא ניתן להותיר את תהליך איכלוס השכונות ל"כוחות השוק" בלבד, ובהיעדר הכוונה שלטונית יש חשש ברמת הסתברות גבוהה כי השכונה החדשה תהפוך לחרדית בלבד.

הוסיפו המבקשים וטענו כי הקצאת קרקעות לפי חלוקה למגזרים מקובלת במדינה, וכדוגמה לכך, הצביעו על מספר מכרזים המיועדים לאוכלוסיה בעלת ציביון דתי.

6. לטענת המבקשים, יש צורך חיוני ודחוף במתן צו ביניים, כדי למנוע יצירת עובדות בלתי הפיכות בשטח, מחשש שקבלנים הבונים למגזר החרדי או עמותות חרדיות יגישו הצעות לבניית השכונה ויזכו בששת המכרזים או ברובם. בהקשר זה טענו המבקשים כי מתן צו הביניים לא יפגע במשיבים או בצדדי ג' שהגישו הצעות למכרז, מאחר שמסירת המגרשים לזוכים במכרז ממילא לא תיעשה לפני חלוף 15-21 חודשים מיום ההודעה על הזכייה במכרז.

7. המשיבים התנגדו לבקשה, מן הטעם שהערעור אינו מגלה סיכוי של ממש ונוכח מאזן הנוחות הנוטה לכיוונם. המשיבה 4 אף הוסיפה וטענה כי העתירה והערעור

הוגשו מלכתחילה בעקבות "הדחת" המבקשים מהקואליציה העירונית ופיטוריהם מתפקידיהם בעיריה.

8. ההלכות לגבי סעד זמני בערעור מוכרות וידועות. ככלל, על המבקש סעד זמני להצביע על כך שסיכוייו להצליח בערעור טובים, ומאזן הנוחות נוטה בכירור לטובתו (עע"מ 9347/09 י.ד. ברזאני בע"מ נ' קל-בנין בע"מ (לא פורסם, 13.12.09) והאסמכתאות שם).

היחס בין הפרמטרים של סיכויי ההצלחה ומאזן הנוחות מוכר בתחום של סעדים זמניים בערכאה הדיונית כ"מקבילית הכוחות". אך התנאים למתן סעד זמני בערעור מחמירים מאלו שבערכאה הדיונית. זאת, מאחר שלמערער היה כבר את יומו בבית המשפט ועצם מתן פסק הדין כנגדו, לאחר שטענותיו נבחנו בבית המשפט, משנה את נקודת האיזון בין בעלי הדין. משניתן פסק דין, הנטל המוטל על מבקש הסעד הזמני בערכאת הערעור הוא כבד יותר מאחר שניתן להניח כי הערעור אינו מבוסס, ולכך יש להוסיף את העקרון כי יש ליתן לזוכה ליהנות מפרי זכייתו. (ראו, לדוגמה, (עע"מ 8256/09 רפיד ויזן נ' עירית חיפה (לא פורסם, 30.11.09) פסקה 7). (עע"מ 8162/07 חברת הארכבירים בע"מ נ' מדינת ישראל (לא פורסמה, 4.11.2007) פסקה 4; עע"מ 2391/07 מילנו נ' הוועדה המחוזית לתיכנון ובנייה מחוז מרכז (לא פורסם, 14.5.07) פסקה 7).

9. ומהתם להכא.

מבלי לקבוע מסמרות דומה כי סיכויי הערעור אינם גבוהים. בית משפט קמא קבע כי העתירה נגועה בשיהוי ניכר, ועל פניו יש ממש בדברים. מועצת העיריה קיבלה את החלטתה ביום 15.7.09, אך לכל אורך הדרך היה ידוע למבקשים כי משב"ש והמינהל מסרבים לחלוקת השכונה החדשה למתחמים על פי מגזרים באוכלוסיה ומסרבים להטיל כל מגבלה על השתתפות במכרזים ועל שיווק יחידות הדיוור. בהסכם הפיתוח שנחתם ביום 5.8.09 בין העיריה לבין משב"ש כמו גם במכרזים שהתפרסמו ביום 10.9.09 לא נעשתה כל חלוקה מגזרית. ביום 13.9.09 פנו המבקשים למנכ"ל משב"ש והלינו על פרסום המכרזים כפתוחים לכל וללא חלוקה למגזרים. ביום 22.9.09 דחה מנכ"ל משב"ש את פנייתם של המבקשים והבהיר כי שיווק יחידות הדיוור פתוח לכל. במכתב נאמר כי השיווק לא מיועד רק לציבור החרדי, כך שאין כל מניעה לעודד קבוצות מאוכלוסיות שונות לרכוש דירות בשטחים שישווקו. באת כוח המבקשים פנתה פעם נוספת אל שר הבינוי והשיכון ביום 15.10.09, אך פנייתה נדחתה במכתב משב"ש

מיום 29.10.09. פנייה נוספת של המבקשים שנעשתה במהלך סיור הקבלנים במסגרת הליכי המכרז ביום 26.10.09 נדחתה אף היא. למרות זאת, הגישו המערערים את עתירתם רק ביום 23.11.09 – 74 ימים ממועד פרסום המכרז (!!!) וימים ספורים בלבד לפני תום המועד להגשת הצעות במכרז.

די בשיהוי ניכר זה, כשלעצמו, כדי להחליש עד מאוד את סיכויי הערעור.

10. המבקשים לא הצביעו על סימוכין משפטיים לכך שהחלטת מועצת עיריית בית שמש מחייבת את משב"ש ואת המינהל (עיון בכתב הערעור מעלה גם כי הטענה להבטחה מינהלית נזנחה על ידי המערערים).

11. זאת ועוד. יש להבחין בין מצב שבו העותר מבקש לאכוף על הרשות המינהלית לערוך מכרז המיועד למגזרים שונים - שאז נבחנת סבירות ההחלטה - לבין תקיפה של החלטת הרשות המינהלית לערוך מכרז המיועד למגזרים שונים. המקרה האחרון מעורר סוגיות חוקתיות נכבדות כגון: נושא השוויון וסוגיות נלוות של "נפרד אבל שווה" או "העדפה מתקנת" ומתי רשאית הרשות המינהלית ליצור אבחנה מגזרית או אבחנה של שיוך דתי בהקצאת מקרקעין (בהקשר זה ראו, בין היתר, בג"ץ 7574/06 הסוללים קבוצת מכבי הצעיר נ' מינהל מקרקעי ישראל (לא פורסם, 23.1.07); בג"צ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000). המבקשים במקרה דנן, עותרים לאכוף על הרשות הבחנה מגזרית, כך שלא מתעוררות סוגיות חוקתיות סבוכות כפי שנטען על ידי המבקשים.

12. סיכויי הערעור נמוכים גם בהתחשב בכך שמשב"ש והמינהל ראו עצמם מחוייבים לפסק הדין בעניין פינץ ונהגו לפיו, וכי דרך המלך במכרזים היא תחרות שוויונית והוגנת. יודגש כי המכרזים פתוחים לכל דיכפין, וספק אם יש מקום להנחת המוצא של המבקשים כי כוחות השוק לא יעשו את שלהם וכי קבלנים ומשווקים במגזר החרדי או העמותות החרדיות "ישתלטו" על כל המכרזים. הנחות והשערות ספקולטיביות לגבי כוחות השוק שיפעלו או לא יפעלו, אינה מצדיקה לכאורה את בקשת המבקשים לאכוף על משב"ש והמינהל חלוקה מגזרית של המתחמים בשכונה החדשה. מה עוד, שעל פי מסמכי המכרזים יש גיוון בטיפוסי הדירות בשכונה, החל מקוטג'ים טוריים וכלה במגדלי מגורים ובנייה רוויה, כך שלכאורה נשמר גם עיקרון השוויון בסיכויים שאוכלוסיות מכל הזרמים יגלו עניין במכרזים. כפי שנטען בתגובת המשיבה 4, המבקשים יכולים היו להפנות את מרצם כדי לארגן ולאגד רוכשי דירות פוטנציאליים מכל שכבות הציבור הרחב במקום להפנות את מעייניהם להגשת העתירה.

13. המבקשים טענו כי במקור תוכנן המכרז ל-700 יחידות דיור, אך היקף המכרז שולש ל-2,105 יחידות דיור, במטרה שלכל מגזר יוקצה מתחם משל עצמו. המדובר בטענה עובדתית שלא הוכחה, ולטענת משב"ש, הגדלת היקף המכרז נעשתה לאור הביקושים הגבוהים, במטרה להרחיב את היצע הדירות ולהוזיל את מחירי הדירות על פי מדיניות משב"ש המיושמת גם בערים נוספות.

14. עד כאן לגבי סיכויי הערעור, שאינם גבוהים במיוחד, וכידוע, ככל שסיכויי הערעור גבוהים יותר כך ניתן למעט בדרישת 'מאזן הנוחות' ולהיפך (ראו בר"מ 2389/08 זיו האפט ייעוץ וניהול בע"מ נ' משרד התחבורה והבטיחות בדרכים ואח' (לא פורסם, 15.4.08) והאסמכתאות שם). עם זאת, "אבן הבוחן העיקרית בסעד זמני בערעור היא שיקולי 'מאזן הנוחות'" (בר"מ 2139/06 מר ושות' (1982) בע"מ נ' משרד התשתיות הלאומית - נציבות המים (לא פורסם, 6.4.2006) פסקה 12). נבחן אפוא את מאזן הנוחות בין הצדדים.

15. שיקולי מאזן הנוחות במקרה דנן מושכים לכיוונים מנוגדים. אין לחדד כי דחיית בקשתם של המבקשים עשויה ליצור מעשה בלתי הפיך. עם זאת, "אי ההפיכות" אינה שיקול בלעדי בשיקולי מאזן הנוחות ובמכלול השיקולים. היעדרות לבקשת המבקשים משמעה עיכוב בהליכי הבנייה והשיווק של מספר משמעותי מאוד של יחידות דיור. כפי שעולה מתשובת משב"ש והמינהל, הליכי התכנון והיתרי הבניה ופרסום המכרזים לביצוע עבודות הפיתוח - הליכים הקודמים למועד מסירת המגרשים לזוכים - לא יוכלו להתקדם כל עוד לא יוסר הערפל ולא יתאפשר לסיים את הליכי המכרז. המדובר בנזק שאינו ניתן לכימות ובפגיעה באינטרס ציבורי מובהק, וכידוע, נזק לציבור הוא שיקול נכבד שעל בית המשפט להתחשב בו במסגרת מאזן הנוחות (ראו ע"א 9784/05 עיריית תל-אביב-יפו נ' גורן (לא פורסם, 1.12.2005) פסקה 8; עעמ 7979/09 אשר שמואלי נ' ז'קי סבג ראש עיריית נהריה (לא פורסם, 25.10.2009);

לצד זאת, יש לקחת בחשבון כי עמותות שהשתתפו במכרזים גבו דמי קדימה ממאות משפחות, וכי המציעים צרפו ערבויות בנקאיות בסכומים לא מבוטלים. כל עוד קיימת אי ודאות לגבי גורלו של המכרז, המציעים השונים מתקשים לכלכל צעדיהם, כגון, אם להשתתף במכרזים אחרים.

מכאן, שהיעדרות לבקשה לסעד זמני בערעור, עשויה לפגוע באינטרס הציבורי ולגרום לפגיעה במאות צדדים שלישיים.

16. במצב הדברים הרגיל, ייתכן שניתן היה "לרכך" את הנזקים שעלולים להיגרם למגישי ההצעות ולחברי העמותות שהתאגדו והגישו הצעות, בהפקדת ערכות נכבדה להבטחת נזקיהם. ברם, בהתחשב בכך שהמבקשים הגישו עתירתם במסגרת תפקידם הציבורי כחברי מועצת העיר, דומני כי אפשרות זו אינה ריאלית, וכך גם עולה מתגובת המבקשים לבקשת המשיבים להורות על הפקדת ערובה.

17. סופו של דבר, בהתחשב בהיקף הגדול של המכרז ובנזק המצרפי הכבד שעלול להיגרם לגורמים רבים אם יינתן צו ביניים כבקשת המבקשים, ובהינתן הערכתנו את סיכויי הערעור, הכף נוטה לחובתם של המבקשים ולדחייתה של הבקשה.

אשר על כן אני דוחה את הבקשה ומבטל את הצו שניתן בהחלטתי מיום

5.1.2010.

בנסיבות העניין, אין צו להוצאות.

ניתנה היום, ט"ז בשבט התש"ע (31.1.2010).

ש ו פ ט