

בתי המשפט

עתמ 000374/03

בית משפט המחוזי בירושלים**בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים**

04/11/2003

בפני: כבוד השופטת יהודית צור**בעניין: 1. מאמץ ייזום חקלאות והשקעות בע"מ****2. אומץ פיתוח בע"מ****על-ידי ב"כ עו"ד אורי ברימר ואח'****העותרות****נגד****1. מפעלי ביוב וטיהור ירושלים בע"מ****2. עיריית ירושלים****על-ידי ב"כ עו"ד יאיר עשהאל ועו"ד רפי שפירא****3. מקורות חברת מים בע"מ****על-ידי ב"כ עו"ד נאוה שוחט-ברנר ועו"ד ריקי שחר-פורת****המשיבות****מיני-רציו:****מכרזים – חברת בת של תאגיד עירוני חייבת במכרז**

במסגרת העתירה שבנדון נתבקש ביהמ"ש להצהיר כי המשיבה 1, חברה הנשלטת במהותה ע"י עיריית ירושלים, חייבת בקיום מכרז לביצוע עבודות במתקן טיהור שפכים וכי יש למנוע את התקשרותה עם המשיבה 3 לעניין זה. ביהמ"ש, אשר פסק כי לא נפל פגם של שיהוי בהגשת העתירה, קבע כי בשיהוי עצמו אין די וביהמ"ש יעניק סעד גם כאשר העתירה לוקה בשיהוי כאשר קיים בסיס לחשש כי ההליך מושא העתירה לוקה באי-חוקיות משמעותית וחמורה או נגוע בפגם המהווה פגיעה חמורה בשלטון החוק.

לגופו של עניין נפסק כי המשיבה 1, כחברת בת של תאגיד עירוני המצוי בשליטה מלאה של עיריית ירושלים, הינה גוף בעל איפיונים ציבוריים מובהקים, אשר נועד לקדם את מטרותיה ותפקידיה של העירייה. כמו כן, סמכותה של המשיבה בתחום הטיהור של מי ביוב מצויה בתחום המובהק של התפקידים המוטלים על העירייה. מקום שהרשות אינה חופשית להתקשר בעצמה בחוזה ללא מכרז אין היא יכולה להשתחרר מהחובה שהייתה מוטלת עליה באמצעות העברת הסמכות לגוף חיצוני כביכול, כמו תאגיד עירוני. לפיכך, ככל שהמשיבה 1 ממלאת תפקיד שהוא מתפקידיה המובהקים של הרשות, חלה עליה חובת מכרז, שנועדה להבטיח הקפדה על טוהר המידות ושמירה על אמון הציבור ברשות, בהיותו של התאגיד העירוני זרוע ביצועית של העירייה.

פסק דין

1. בפני עתירה שהגישו מאמץ ייזום חקלאות והשקעות בע"מ ואומץ פיתוח בע"מ (להלן - העותרות) נגד מפעלי ביוב וטיהור ירושלים בע"מ ועיריית ירושלים (להלן - משיבות 1 ו-2) ונגד מקורות חברת מים בע"מ (להלן - מקורות).

2. עניינה של העתירה הוא בהתקשרות משיבות 1 ו-2 בהסכם לאחזקה ותפעול של מתקן טיהור שפכי מערב ירושלים (להלן - המט"ש או מתקן הטיהור). העותרות מבקשות לחייב את המשיבות 1 ו-2 להתקשר בהסכם בדרך של עריכת מכרז כדון, להצהיר כי ההליכים שקיימה משיבה 1 (מבט"י) שבסופם בחרה במקורות כגוף שיפעיל ויתחזק את המט"ש לתקופה של 10 שנים, שלא בדרך של מכרז, אינם כדון ולהורות על ביטולם. העותרות מבקשות לקבוע כי מקורות מנועה מלהתקשר עם משיבה 1 בהסכם לביצוע הפעלה ואחזקה של המט"ש נוכח ההסכמים שבינה לבין ממשלת ישראל ונוכח התחייבויותיה של מקורות בפני בית המשפט הגבוה לצדק בעניין זה במסגרת תיקי [בג"ץ 5298/97 ובג"ץ 6586/97](#) ולאסור על משיבה 1 ומקורות, להוציא אל הפועל את ההסכם להפעלה ולאחזקה של המט"ש שנערך ביניהן, אם נערך.

זוה קיצור הרקע העובדתי הנדרש לענייננו

3. העותרות הינן חברות העוסקות בייזום, הקמה והפעלה של מכוני טיהור שפכים בישראל. עותרת 1 הינה בעלים במשותף (50%-50%) בעותרת 2 יחד עם חברת OMI האמריקאית, העוסקת בתפעול מכוני טיהור שפכים.

4. המשיבה 1, "מפעלי ביוב וטיהור ירושלים בע"מ" (להלן - מבט"י) היא חברה בבעלות עיריית ירושלים, הרשות לפיתוח ירושלים וחברת "הגיוחון מפעלי מים וביוב ירושלים בע"מ", תאגיד עירוני המצוי בשליטה מלאה של עיריית ירושלים. מבט"י היא חברת בת של חברת ה"גיוחון". משיבה 2, עיריית ירושלים, היא אם כן, "חברת סבתא" של מבט"י.

5. מתקן הטיהור מושא העתירה נועד לקליטת מי השופכין של מערב ירושלים והפיכתם, באמצעות תהליכים מכניים-ביולוגיים-כימיים, למי קולחין ולחומרים אורגניים הראויים לשימוש חקלאי. מדובר במט"ש ייחודי, הן מבחינת היקף הפעילות שבו והן מבחינת ייחודיותו הטכנולוגית-תפעולית: מבחינת הקיבולת - המט"ש מתוכנן לטפל בכ-100,000 מ"ק שפכים ביממה. מבחינה טכנולוגית - "שיטת החדרת החמצון" שבו, עומקם של אגני האוויר, שיטת החדרת האוויר, וכן הציוד המכני שהותקן בו הינם ייחודיים למט"ש זה.

6. מתקן הטיהור תוכנן והוקם ע"י חברת Waste Management (W.M)Israel Ltd. (להלן - הקבלן הנוכחי), שנבחרה בשנת 1995 לביצוע עבודת התכנון, ההקמה, האחזקה והתפעול של המתקן באמצעות הליך של מכרז פומבי.

7. לאחר שהושלמה הקמת מתקן הטיהור, הועברו האחריות והסמכויות הנוגעות למט"ש מ"הרשות לפיתוח ירושלים" לידי מבט"י, והחל מיום 15.2.01, החל שלב "התפעול והתחזוקה" אותו ביצע הקבלן הנוכחי.

8. העותרות טענו כי לקראת סוף חודש אוגוסט 2002 נודע להן, באקראי, כי הקבלן הנוכחי אינו מעוניין להמשיך בתפעול ואחזקת מט"ש ירושלים, וכי המשיבה 1 פנתה למקורות בהצעה לשמש כמפעילה ומתחזקת של המט"ש.

9. בעקבות זאת, פנתה העותרת 1 למבט"י בבקשה לשתפה במכרז שיפורסם להפעלת המכון. העותרת ציינה בפנייתה כי חברת מקורות אינה רשאית להשתתף במכרזים כל עוד לא בוצע בה השינוי המבני, בהתאם להחלטות הממשלה (מכתב מיום 1.9.02, נספח ז' לעתירה).

10. בתשובה מיום 19.9.02 (נספח ח' לעתירה) אישרה מבט"י כי היא פעלה לאיתור גורם חלופי לתפעול המט"ש, וציינה כי במסגרת חיפוש גורמים מתאימים לתפעול, על סמך נסיון מוכח בתפעול מכונים בהיקף וברמת מורכבות התהליכים הנדרשים, לא עלה שמה של העותרת 1. מבט"י ציינה, כי כבר חתמה על זכרון דברים עם מקורות בקשר לביצוע העבודות, אך ההסכם טרם נכרת. עוד נאמר במכתב כי הטענה שמקורות מנועה מלהתקשר בהסכם בעניין זה, נראית למבט"י חסרת יסוד.

במכתב הודיעה מבט"י כי היא מוכנה לקבל מהעותרת הצעה לתפעול המט"ש בתנאי שתוצג יכולת מוכחת לרמת התפעול הנדרש ומורכבותו, נסיון מוכח להפעלה בישראל, פירוט עלות והצגת חוסן פיננסי מוכח, ובתנאי שההצעה תתקבל תוך 10 ימים, לא יאוחר מיום 29.9.02. מבט"י הודיעה כי ההצעה שתוגש וההחלטות בנדון תתקבלנה ע"י ועדת המכרזים של החברה.

11. ביום 22.9.02 פנתה העותרת 2 למבט"י במכתב בו פרטה את נסיון הקודם של חברת OMI ושל העותרת 2, וביקשה לקבל נתונים נוספים אודות המט"ש כגון נתוני ספיקות ואיכויות שפכים נכנסים, לשם גיבוש הצעה מפורטת לתפעולו (נספח ט' לעתירה).

12. במזכר תשובה מיום 22.9.02 המליצה מבט"י, בין היתר, לעותרת 2 לצרף מכתבי המלצה ממכוני הטיהור אותם היא מתפעלת, מכיוון שניסיון החברה האמריקאית אינו רלוונטי (נספח ד' לתגובת המשיבות 1 ו-2). על מכתב זה השיבה העותרת 2 ביום 24.9.02. (נספח י' לעתירה).

13. במכתב מיום 26.9.02 הודיעה מבט"י לעותרות, כי תאפשר להן להגיע למשרדה ולעיין במסמכי המכרז המקורי, שפורסם טרם הקמת המט"ש, בהם נקבעו הכללים, ההנחיות, ההוראות ודרישות התפעול והתחזוקה של מתקן הטיהור. מבט"י הודיעה לעותרות כי האריכה את המועד האחרון לקבלת ההצעה עד ליום 10.10.02 (נספח ו' לתגובת המשיבות 1 ו-2).

מפאת מגבלות לוח הזמנים במבט"י, ומפאת מגבלות הזמנים שנוצרו בשל חג הסוכות, התאפשר לעותרות לעיין במסמכי המכרז רק ביום 6.10.02.

14. במכתב מיום 7.10.02 ביקשו העותרות לקיים סיור במתקן הטיהור. עוד ביקשו לאפשר את קיום הסיור במועד בו יהיו נציגי OMI בארץ, כדי שהעותרות תוכלנה לגבש הצעה "אשר תחסוך עלויות לעירייה" (סעיף 6 לנספח יג' לעתירה).

העותרות הודיעו כי אם בקשתן לדחיית המועד להגשת הצעתן תידחה הן מציעות, בשלב הראשון, "להכנס לנעלי הקבלן הנוכחי", באותם תנאים. העותרות הוסיפו עוד כי "במידה והעירייה תכין מכרז תפעול או תבקש הצעות מקבלנים עבור ועדת המכרזים, אנו נשתתף בהליך" (נספח יג' לעתירה).

15. במכתבה מיום 9.10.02, השיבה מבט"י כי לא מצאה לנכון להעתר לבקשה ולדחות את המועד להגשת הצעת העותרות. מבט"י הודיעה לעותרות כי היא מתייחסת לאמור בסעיף 7 למכתב מיום 7.10.02 כהצעת העותרות לתפעול ותחזוקת המט"ש. המדובר בהצעת העותרות להכנס לנעלי הקבלן הנוכחי, באותם תנאים (נספח יד' לעתירה).

16. באותו היום (9.10.02), התכנסה ועדת המכרזים וההתקשרויות של מבט"י. הועדה החליטה שלא לקיים הליך מכרז, בין היתר, בשל המורכבות הטכנולוגית של המט"ש, מיעוט הגופים בישראל היכולים לבצע את העבודה והדחיפות היחסית בבחירת מפעיל חדש למט"ש. הועדה ציינה כי העובדה שנחתם כבר זכרון דברים בין מבט"י למקורות (ביום 17.7.02) אינה מקנה למקורות עדיפות על פני גורם אחר.

הועדה החליטה על הקמת ועדת מומחים מצומצמת אשר תבדוק גורמים המסוגלים לבצע את הפרוייקט, תנהל משא ומתן ועל בסיס תוצאותיו תובא המלצה בפני ועדת המכרזים על הגורם שעימו ראוי להתקשר בהסכם לתפעול ותחזוקה של המט"ש (נספח ט' לתגובת משיבות 1 ו-2).

17. ביום 13.11.02 המליץ הצוות המקצועי על בחירת מקורות לאחר שמצא כי הצעתה היא הכלכלית ביותר ולמקורות יש נסיון הפעלה של מתקן גדול מזה של המט"ש בירושלים (נספח י' לתגובת משיבות 1 ו-2).

18. ביום 3.12.02, החליטה ועדת המכרזים של מבט"י להחליף את הקבלן הנוכחי במקורות (נספח יב' לתגובת משיבות 1 ו-2).

19. ביום **11.12.02** הודיעה מבט"י לעותרות כי ועדת המכרזים וההתקשרויות שהתכנסה ביום 3.12.02 החליטה להתקשר עם חברת מקורות בהסכם להפעלה והחזקה של המט"ש (נספח יג' לתגובת משיבות 1 ו-2).

20. בעקבות החלטה זו פנתה העותרת (ביום 17.12.02) למבט"י בבקשה לקבל את כל הפרסומים, ההחלטות והפרוטוקולים בנוגע למכרז, וחזרה על טענתה באשר למניעותה של מקורות לתפעל את המט"ש. משלא נתקבלה תשובה לפנייתה, פנה ב"כ העותרות פעם נוספת (ביום 24.12.02), והעלה טענות בעניין תקינות ההליך לבחירת מקורות כמפעילת המט"ש, וכראיה צירף את פרוטוקול הדיון בעתירות לבית המשפט העליון ([בג"צ 5298/97](#) ובג"צ [6586/97](#), נספחים ט"ז וי"ז לעתירה).

21. ביום 30.12.02 השיבה מבט"י לעותרות כי לא חלה עליה חובה לערוך מכרז. מבט"י הודיעה לעותרות עוד כי תאפשר להן לעיין בפרוטוקולים של ועדת המכרזים, וכי אין יסוד לטענה כי מקורות מנועה מלהתקשר בהסכם. עם זאת, מבט"י הודיעה כי, למען הסדר הטוב, התבקשה תגובת מקורות בנדון (נספח ט"ו לתגובת המשיבות 1 ו-2).

22. לאחר תכתובת נוספות בין הצדדים, ביום 12.1.03 נמסרו לנציג העותרות הפרוטוקולים של ישיבת ועדת המכרזים וההתקשרויות של מבט"י.

על רקע זה הגישו העותרות (ביום 19.1.03) את העתירה נגד המשיבות. יחד עם הגשת העתירה הגישו העותרות בקשה לצו ביניים במעמד צד אחד האוסר על מבט"י ומקורות, להתקשר בהסכם או להוציא לפועל.

תמצית טיעוני הצדדים

23. העותרות טוענות כי מבט"י חבה על פי דין בחובת המכרזים, ואינה רשאית להתקשר בהסכם לתפעול ואחזקת המט"ש לתקופה של 10 שנים, בהליך שאינו כרוך במכרז. לטענתן, הטיפול בנושאי הביוב של הרשות המקומית הינו מתפקידיה המובהקים של הרשות, ואין היא יכולה לעקוף חובתה זו באמצעות מסירת התפקיד לידי תאגיד עירוני. לטענתה, תאגיד עירוני הפועל בנושאים שהינם בתחום סמכויותיה ותפקידיה של העירייה, חייב לפעול על פי הכללים החלים על העירייה, במיוחד כאשר מדובר בהתקשרות שהיקפה הכספי מוערך ע"י העותרות, בהערכה זהירה, בסך של כ-100 מיליון ש"ח, לתקופה של 10 שנים.

24. עוד טוענות העותרות, כי בכל הפרוייקטים הדומים שבוצעו בארץ, נבחר המבצע והמפעיל באמצעות מכרז, וכי השימוש בנימוק כי מדובר בפרוייקט טכנולוגי מורכב, נועד לתרץ התחמקות לא ראויה מקיום חובת מכרז.

עוד טוענות העותרות, כי לא נערך הליך שיווינוי והוגן של תחרות בין מספר מציעים, על בסיס קריטריונים אחידים מוגדרים מראש, וכי לא ניתנה לעותרות הזדמנות שווה, מבחינת מתן אינפורמציה החיונית להגשת ההצעה.

לטענתן, מבט"י התקשרה עם מקורות בזכרון דברים כבר בשלב הראשון, וכל ההליכים שהתקיימו לאחר מכן נעשו רק כדי לצאת ידי חובה, כשהמטרה הסופית - ההתקשרות עם מקורות - היתה ידועה מראש.

25. העותרות טוענות, כי ככל שניתן ללמוד מן הפרוטוקולים של ועדת המכרזים וההתקשרויות של מבט"י, לא הוצגה בפני הועדה חוות דעת מקצועית של בר סמכא בתחום של מכוני טיהור שפכים.

עוד טוענות העותרות, כי מקורות מנועה מלהשתתף בתחרות בתחום תפעול מכוני טיהור וביוב, וכי היא התחייבה לכך כלפי המדינה בהליכים שהתקיימו בבית המשפט העליון. העותרות טוענות כי, בניגוד להתחייבות של מקורות, היא לא הודיעה לעותרות על כוונתה להתקשר עם מבט"י בהסכם לתפעול ואחזקה של המט"ש.

26. המשיבות 1 ו-2 טוענות כי לא חלה חובת מכרז על מבט"י. יתרה מכך, לטענתן, גם אילו הייתה קיימת חובת מכרז, נסיבות המקרה הצדיקו ביצוע התקשרות שלא בדרך של מכרז, אלא בדרך של בדיקת מספר גורמים הבאים בחשבון לביצוע הפרוייקט. לטענת המשיבות 1 ו-2, העותרות מנועות מלתקוף את ההליך שהתקיים משום שידעו כי הוא מתנהל שלא בדרך של מכרז, ובכל זאת השתתפו בו.

27. אשר להתקשרות עם מקורות, טוענות המשיבות 1 ו-2 כי המסמכים אותם הציגו העותרות אינם עדכניים בהיותם מסמכים מלפני למעלה מחמש שנים. לטענתן, ההסכם בבית המשפט העליון (נספח ו' לעתירה) הטיל חובת מתן הודעה לעותרות בטרם התקשרות כאמור, וזו ניתנה במועד, למעלה מארבעה חודשים לפני שניתנה תשובת המשיבות. לטענתן, פסילת גורם מהשתתפות בהליך בחירת מתקשר לביצוע פרויקט, בשל מניעה משפטית, אינה עניין של מה בכך, בהיותה פגיעה בזכות יסוד לחופש העיסוק. לטענתן, אין במסמכים אליהם הפנו העותרות הצדקה - לא כל שכן חובה - לנקוט בצעד קיצוני זה.

28. המשיבות 1 ו-2 טוענות כי עיריית ירושלים אינה הגוף המתקשר או הבוחר את הגורם עימו מתקשרים, ולכן היא אינה צד נכון לעתירה, ויש למחקה מן העתירה.

29. עוד טוענות המשיבות 1 ו-2 טענות מקדמיות של שיהוי ומניעות. לטענתן, היה על העותרות לתקוף את עמדת המשיבות 1 ו-2, במועד שנודע להן על כך. לטענתן, אי תקיפה במועד יוצרת מניעות כלפי העותרות וכן שיהוי, במיוחד לאור דוחק הזמנים. מועד סיום ההתקשרות עם הקבלן הנוכחי היה 15.2.03, פחות מחודש לאחר מועד הגשת העתירה ולא היתה אפשרות שמתקן הטיהור יתנהל ללא מפעיל. לטענתן עובדה זו היתה ידועה לעותרות ובכל מקרה היא יוצרת "שיהוי אובייקטיבי".

30. בישיבה מיום 4.3.03, העלו המשיבות טענה נוספת בדבר "מעשה עשוי", נוכח העובדה כי, **לאחר הגשת העתירה**, ביום 16.2.03, החלה מקורות לתפעל ולתחזק את המט"ש וביום 24.2.03 נחתם בין מבט"י למקורות הסכם לתפעול ולתחזוקה של המט"ש, לתקופה של 10 שנים.

31. מקורות טוענת כי אין יריבות בינה לבין העותרות בכל הנוגע להתחייבויות שניתנו על ידי מקורות כלפי המדינה. לטענתה, מדובר במערכת יחסים שבין מקורות כחברה ממשלתית לבין גורמים שונים של המדינה, העותרות אינן צד להן, ולפיכך אין לעותרות זכות עמידה בנושא זה. מקורות טוענת כי לא היתה מחויבת להודיע לעותרות על כוונתה להגיש הצעה מטעמה לתפעול המט"ש, שכן ההתחייבות שקיבלה על עצמה בהליכים בבית המשפט העליון, אם עדיין רלוונטית היא, חלה רק על מקרה בו מדובר בהשתתפות של מקורות במכרז. לטענתה במקרה שבפנינו אין מדובר במכרז ולפיכך לא היתה מוטלת עליה כל התחייבות כלפי העותרות.

32. מקורות טוענת כי נפל פגם של שיהוי בעתירה שהגישו העותרות המצדיק לטענתה את דחיית הבקשה על הסף. מקורות טוענת כי נגרם לה נזק רב בהתארגנות בהגשת ההצעה ולקראת תחילת ההתקשרות בפועל (ביום 15.2.03). לגופו של עניין טוענת מקורות כי המבנה הארגוני החדש הנובע מההסדר שבין מקורות למדינה "יצא לדרך" ותהליך הקמת החברות החדשות לרבות חברת הייזום והפיתוח החל זה מכבר ונמצא בעיצומו, לרבות גיבוש הסופי של מסמכי ההתאגדות עם המדינה. מקורות טוענת כי בהיותה נאמן של חברת הייזום הנמצאת בתהליך הקמה, יש לה את היכולת לקבל עבודות בשם ועבור חברת הייזום והפיתוח. לטענתה, הממשלה יודעת על התקשרותה של מקורות עם מבט"י.

עוד טוענת מקורות כי ההתקשרות עם מבט"י להפעלת ואחזקת המט"ש מתנהלת באופן עצמאי ונפרד מכל פעילות אחרת של מקורות. לטענתה, נציגי משרד האוצר בודקים ומוודאים כי אין בחשבונות המוגשים על ידה עירוב של פעולות אחרות עם פעולותיה הציבוריות של מקורות ומבט"ח כי לא יתקיים סיבסוד צולב.

33. מוסיפה מקורות כי הטענה לפיה יש לה מעמד מונופוליסטי, הינה חסרת כל בסיס משפטי ועובדתי. לטענתה, היא אינה מונופול כמשמעותו בחוק ההגבלים העסקיים התשמ"ח-1988 בתחום הרלוונטי של תפעול ותחזוקה של מכוני טיהור, שכן היא מרכזת בידיה אחוז קטן משמעותית מ-50% מהפעולות. עוד טוענת מקורות כי אין היא מונופול כמשמעותו בחוק הנ"ל גם בתחום אספקת המים, שכן היא כפופה לחוקים הנותנים כח וסמכות לנציב המים בכל הנוגע לפעילותה.

34. ביום 4.3.03, התקיים דיון בבית המשפט בבקשה לצו זמני. לאחר הדיון הגישו משיבות 1 ו-2 הודעה לבית המשפט לפיה פנו "לקבלת הבהרה פורמלית של נציגי הממשלה" בקשר להתקשרות עם חברת מקורות (הודעת ב"כ משיבות 1 ו-2 מיום 12.3.03).

35. בהחלטה מיום 6.4.03 ביקשתי מהיועץ המשפטי לממשלה עמדתו לשאלת תקינות ההתקשרות שבין מקורות למבט"י:

1. בפני עתירה שהגישו מאמץ ייזום חקלאות והשקעות בע"מ (להלן - העותרות) נגד מפעלי ביוב וטיהור ירושלים בע"מ ונגד עיריית ירושלים (להלן - משיבות 1 ו-2), ונגד מקורות חברת מים בע"מ (להלן - מקורות).

2. בעתירה התבקש בית משפט לחייב את משיבות 1 ו-2 להתקשר בהסכם לאחזקה ותפעול של מתקן טיהור שפכי מערב ירושלים, בדרך של עריכת מכרז כדון, ולקבוע כי מקורות מנועה מלהתקשר עם משיבה 1 בהסכם לביצוע הפעלה ואחזקה של המט"ש נוכח ההסכמים שבינה לבין ממשלת ישראל ונוכח ההתחייבות שנתנה מקורות בעניין זה בפני בית משפט הגבוה לצדק במסגרת תיקי בג"צ 5298/97 ובג"צ 6586/97. המשיבות ומקורות הגישו תגובה בכתב לעתירה וביום 4.3.02 שמעתי את טיעוני הצדדים.

3. ביום 20.3.03 הודיעו משיבות 1 ו-2 לבית המשפט כי מקורות פנתה לקבל את עמדת היועץ המשפטי לממשלה. תגובת העותרות בעניין זה נמסרה לבית המשפט ביום 26.3.03.

4. מהמסמכים שצורפו לעתירה ומטיעוני הצדדים בכתב ובעל-פה עולה לכאורה כי ההתקשרות של משיבה 1 עם חברת מקורות עומדת בניגוד להתחייבות של זו האחרונה כלפי המדינה שהובאה בפני בית המשפט הגבוה לצדק (נספחים ג' ד' ו-ה' לעתירה).

שאלת ההתקשרות של המשיבות 1 ו-2 עם מקורות, בלא מכרז, נוגעת לעניין ציבורי בעל חשיבות רבה, ולפיכך הנני רואה לנכון להעביר את המסמכים שבתיק ליועץ המשפטי לממשלה ולפרקליטת המדינה כדי שיבחנו את העניין ויודיעו עמדתם לבית המשפט תוך 30 יום מיום המצאת החלטה זו. עד למתן החלטה, לא יעשה כל שינוי במצב הקיים."

ב"כ הפרקליטות ביקש דחיות חוזרות ונישנות להגשת תגובה מטעם היועץ המשפטי לממשלה (ראה החלטות בית המשפט מיום 4.8.03 ומיום 1.9.03). בסופו של דבר, רק ביום 4.9.03, נמסרה תגובה מטעם היועץ המשפטי לממשלה. תגובה זו תבחן בהמשך בפרק הנוגע להתקשרות של מבט"י עם מקורות.

36. בישיבה מיום 30.9.03 הסכימו הצדדים כי תגובות המשיבות לבקשה לצו הביניים יראו ככתב תשובה וכי לאחר השלמה בע"פ של טיעוני הצדדים יתן בית המשפט פסק דין, על בסיס כל החומר שבפניו (עמ' 3 לפרוטוקול מיום 30.9.03). יצוין, כי הצדדים ויתרו על טענתם בדבר העדר סמכות נוכח העובדה

שטענה זו, גם אם היתה מתקבלת, לא היתה בעלת משמעות מעשית מאחר ואין חולק כי לבית המשפט המחוזי בירושלים ולהרכב זה מוקנית ממילא הסמכות לדון בבקשה.

37. הנושאים העיקריים העומדים לבחינה והכרעה בפני נוגעים לתקינותם של ההליכים שקיימה מבט"י לבחירת החברה שתבצע את האחזקה והתפעול של מט"ש ולתקינות ההתקשרות עם מקורות שנבחרה על-ידי מבט"י לביצוע פרויקט זה, לתקופה של 10 שנים.

להלן אבחן את הנושאים הדרושים הכרעה, על בסיס המסמכים והנתונים שבתיק, טיעוני הצדדים והמצב המשפטי.

שיהוי

38. תקנה 3 לתקנות בתי המשפט לעניינים מינהליים (סדרי דין) התשס"א – 2000, קובעת, כי עתירה תוגש ללא שיהוי, לפי נסיבות העניין, ולא יאוחר מארבעים וחמישה ימים מיום שהחלטה פורסמה כדין, או מיום שהעותר קיבל הודעה עליה, או מיום שנודע לעותר עליה, לפי המוקדם.

בבוא בית המשפט לבחון טענה בדבר שיהוי עליו לבחון את הפגיעה באינטרסים של הצדדים ואת נסיבות המקרה שלפניו. לטענת השיהוי שני היבטים: ההיבט הסובייקטיבי, בו נבחנות הסיבות לעיכוב בנקיטת ההליך מצידו של הטוען נגד ההליך המנהלי, וההיבט האובייקטיבי, בו נבחנים הנזקים שנגרמו או שעלולים להגרם לצד שכנגד ואשר היו נמנעים, אם העותר היה נוקט הליכים במועד הראוי.

39. מהמסכת העובדתית בפני עולה כי ביום 9.10.02 קיבלו העותרים מכתב ממבט"י המודיע להם כי הצעתם לביצוע הפרוייקט תיבחן. רק באותו יום עצמו (9.10.02) החליטה ועדת המכרזים והתקשרות של מבט"י **שלא לקיים הליך של מכרז**, החלטה שכלל לא הובאה לידיעתן של העותרות.

ואכן, ממכתב העותרות למבט"י מיום 7.10.02 (נספח י"ג לעתירה) עולה כי נכון לאותו מועד העותרות סברו כי בכוונת מבט"י לפרסם מכרז לבחירת מציע לתפעול ואחזקת המט"ש. הצעתן להכנס ל"נעלי הקבלן היוצא" נועדה לענות על צורך זמני בלבד, עד לפרסום המכרז.

40. למעשה, ממועד מכתבה של מבט"י לעותרות, ועד ליום 11.12.02, בו הודיעה מבט"י לעותרות על התקשרותה עם מקורות בהסכם להפעלת ותחזוקת המט"ש (נספח טו' לעתירה), לא נמסר לעותרות לא על ידי המשיבות 1 ו-2 ולא על ידי אף גורם אחר, כל מידע רשמי ממנו ניתן היה להבין שאין בכוונתה של מבט"י לקיים הליך של מכרז או הליך דומה אחר המאפשר תחרות בין מציעים שונים.

41. מיום שנודע לעותרות על בחירתה של מקורות לביצוע העבודה ללא מכרז, החלו העותרות באיסוף החומר והנתונים שנדרשו להם לבחינת תקינות ההליך ולגיבושה של עתירה זו. רק ביום 12.1.03, לאחר שמבט"י העמידה לעיון העותרים את הפרוטוקולים של ישיבת ועדת המכרזים וההתקשרויות של מבט"י, עמדה להן האפשרות לתקוף את החלטות הועדה.

42. המועד הקובע לבחינת קיומו של שיהוי מצד העותרות הוא 11.12.02, הוא המועד בו נודעה לעותרות דבר החלטה של מבט"י שלא לקיים הליך של מכרז או הליך דומה, ולהתקשר עם מקורות.

ראוי לאפשר לצד הטוען כנגד כשירותו של מכרז או הליך לבחירת מציעים, לערוך את בירוריו, וזמן סביר קצר להכין את עתירתו. בכל מקרה בוחן בית המשפט, על בסיס כלל הנסיבות הקונקרטיות

שבפניו, מהו פרק הזמן שנדרש לעותר, בנסיבות העניין, כדי לברר ולערוך את טענותיו (ראה [בר"מ 10812/02 חן המקום בע"מ נ' התעשייה האווירית לישראל בע"מ](#), טרם פורסם, דינים עליון, כרך סג, 752).

אכן, פרק הזמן שחלף מיום 11.12.02 ועד ליום הגשת העתירה

(19.1.03), אינו קצר, אולם יש לזכור כי מבט"י איפשרה לעותרים לעיין במסמכים רק ביום 12.1.03 ולכן אין לזקוף את חלוף הזמן כולו לחובת העותרות.

43. אשר לטענות שהעלו העותרות בנוגע להשתתפותה של מקורות במכרז או בהליך קבלת ההצעות, לא מצאתי כי נפל פגם בהתנהלותן של העותרות בעניין זה. בקשר לכך ראוי לציין כי במכתב מיום 30.12.03 כתבה מבט"י לעותרות כי טענתן בעניין מקורות נראית לה חסרת יסוד, עם זאת הוסיפה - לראשונה - **"כי ביקשנו לקבל את תגובת מקורות בנדון"** (נספח י"ח לעתירה).

נראה כי התמהמהותן של העותרות בהגשת העתירה, נבעה מן הצורך בבירור הפרטים לאשורם ובחינת אופן קבלת החלטות של ועדת המכרזים וההתקשרות של מבט"י ובשל התמשכותן של תכתובות בין לבין מבט"י לעניין מניעותה של מקורות מביצוע ההתקשרות, תכתובות שהיוו מיצוי ההליכים אל מול הרשות, בטרם הפניה לערכאות המשפטיות.

44. כפי שנקבע בפסיקה, הרכיב החשוב בבחינת טענת שיהוי, הוא הרכיב האובייקטיבי הנוגע לתוצאה שנגרמה עקב השיהוי הסובייקטיבי (דברי כב' הש' בייניש [ע"א 1054/98 חוף הכרמל נופש ותיירות 89 בע"מ נ' עמותת אדם טבע ודין אגודה ישראלית](#), פ"ד נו(3) 397,385, דברי כב' השופט זמיר בג"ץ [2285/93 אוסי נחום נ' גיורא לב, פ"ד מח\(5\) 630](#), בעמ' 641).

בחינת הפן האובייקטיבי, היינו - הנזק העלול להגרם למשיבות מעצם העיכוב בהגשת העתירה, אינה מעלה דבר. ביום הגשת העתירה (19.1.03) טרם נכרת הסכם בין מבט"י לבין מקורות, אלא זכרון דברים שלדברי מבט"י לא היה לו כל תוקף מחייב. יש לזכור כי זכרון הדברים נחתם בין הצדדים בשלב מוקדם במיוחד (17.7.02) וכי בשלב זה העותרות כלל לא ידעו על ניהול משא ומתן בין מבט"י לבין מקורות. במועד הגשת העתירה טרם נחתם הסכם בין הצדדים ולכן ההוצאות שנגרמו למקורות מן העובדה שהחלה לעבוד בפרוייקט לא נגרמו משיהוי בהגשת העתירה, אלא לאחר הגשת העתירה. כאמור, הצדדים חתמו על ההסכם ומקורות נכנסה לתפעל את מט"ש, במועד מאוחר ורק כאשר העתירה כבר היתה תלויה ועומדת בבית המשפט ואף נקבעה לדיון בנוכחות הצדדים.

45. למעלה מן הצורך אציין כי בשיהוי עצמו אין די ובית המשפט יעניק סעד גם כאשר העתירה לוקה בשיהוי כאשר קיים בסיס לחשש כי ההליך מושא העתירה, לוקה באי חוקיות משמעותית וחמורה או נגוע בפגם המהווה פגיעה חמורה בשלטון החוק ([ע"א 334/01 מדינת ישראל ואח' נ' אברהים אבו שינדי ואח'](#), טרם פורסם, תק-על 2003(1) 143, מפי כב' השופטת בייניש).

בענייננו, מדובר בשאלה הנוגעת לאופן התנהלותה של הרשות כגוף ציבורי ובעיקר של מבט"י שהינה תאגיד עירוני הממלא פונקציות של העירייה, ובתור שכזה חב הוא חובות מוגברות כלפי הציבור. המדובר בפרוייקט ייחודי, רחב מימדים, שבו התקשרה מבט"י עם מקורות - ללא מכרז - בהסכם לתקופה של 10 שנים ובהיקף של כ-100 מליון שקל. בחינת הפגמים שהתגלו בהליך בחירת המציע וההתקשרות עם מקורות תבחן בהמשך. עם זאת, כבר עתה אציין כי מדובר בפגמים קשים וחמורים המצדיקים את מתן הסעד המבוקש, גם אם טענת המשיבים בדבר שיהוי היתה מתקבלת.

מעשה עשוי

46. טענת משיבות 1 ו-2 בדבר "מעשה עשוי" דינה להידחות. בענייננו, לא רק שמבט"י התקשרה עם מקורות חרף העתירה שריחפה מעל התנהלותה לעניין בחירת המפעיל, אלא שמבט"י הגדילה עשות, בכך שדחקה עצמה במצב זה להתחייבות לתקופה של **10 שנים לפחות**.

אין לקבל דרך זו. ככלל, כאשר מוגשות עתירות כנגד הליכי מכרז, או "מעין מכרז", נוהגות הרשויות לרסן עצמן, להקפיד את המצב הקיים ולהמנע מלקבוע עובדות חדשות באופן שיקשה על השבת הגלגל לאחור, ויסב להן ולצדדים שלישיים נזקים, אם תקבל העתירה. בעניינים דוגמת המקרה שלפנינו, נוטות הרשויות להשהות את ההתקשרות החוזית עם הזוכה בהליך מושא העתירה, למצער עד שתתברר הבקשה לסעד ביניים בבית המשפט, במעמד הצדדים.

47. המשיבות 1 ו-2 היו מודעות למידת הזהירות שעל הרשות לנקוט במצב דברים זה (ראה דברי ב"כ המשיבות 1 ו-2, עמ' 8 לפרוטוקול מיום 30.9.03). אולם לטענתן, לא עמדה בפניהן כל ברירה, מאחר שמועד סיום עבודתו של הקבלן הנוכחי נקבע ל-15.2.03, ולא ניתן להותיר את מתקן הטיהור ללא הפעלה ותחזוק, אף לא ליום אחד. גם טיעון זה יש לדחות.

מפרוטוקול ועדת המכרזים וההתקשרויות של מבט"י מיום 3.12.02, עולה מדבריו של מנכ"ל מבט"י, ישראל ברגיל (להלן - ברגיל), כי הקבלן היוצא ביקש להמשיך ולהפעיל את המט"ש:

"ביום 26.11.02 התקיימה ישיבה במשרדי עם מר שלמה רודב (נציג WMIL – הקבלן הנוכחי). במסגרת הישיבה הודיע רודב כי הוא מבקש להמשיך ולהפעיל את המט"ש. הודעתי לו כי לאור השתלשלות העניינים ולאור התנהלות WMIL במהלך התקופה שקדמה לאותה הישיבה, יתכן והמצב הפך לבלתי הפיך וכי בכל מקרה הוא יקבל הודעה בנדון לאחר ישיבת ועדה זו" (עמ' 4 לפרוטוקול ועדת המכרזים וההתקשרויות, נספח יב' לתגובת המשיבות 1 ו-2).

יצוין כי באותה ישיבה ציין ברגיל, כי נתקבלה פנייה גם מחברת "ריסט" שרצתה להגיש הצעה (מכתב מיום 20.11.02) ופנייה נוספת הגיעה גם מחברת "לסיכו" בע"מ (מכתב מיום 19.11.02). בקשר להצעה של חברת ריסט, מן הראוי להפנות לדברי ה"צוות המקצועי" לפיהם: "מאחורי הקלעים נלחש לנו שבהתערבות המפעיל הקיים של המט"ש הם (חברת ריסט - י.צ.) הסירו את הצעתם" (פרוטוקול הצוות המקצועי שליד ועדת המכרזים של מבט"י מיום 13.11.02).

מכל מקום, מלוח הזמנים המצטייר מהתצהיר הנוסף של ברגיל, עולה כי הליכי התפעול של מט"ש החלו ביום 16.2.03 וההסכם בין הצדדים (מבט"י ומקורות) נחתם ביום 24.2.03. היה זה אך ראוי כי **לפני** החתימה על ההסכם והפיכת המצב לעובדה מוגמרת תפנינה משיבות 1 ו-2 לבית המשפט ותודענה על כוונתן לעשות כן כדי שניתן יהיה להקדים את הדיון שנקבע בבית המשפט או לאחר קבלת תגובת העותרות, לשקול מתן צו ביניים המונע את שינוי המצב הקיים עוד לפני הדיון.

משיבות 1 ו-2 לא עשו כן וכל שעשו, הוא להודיע לבית המשפט רק ביום **4.3.03**, בדרך של הגשת תצהיר משלים, כי נכרת הסכם בין הצדדים לתקופה של 10 שנים. כאמור, מדובר בעובדה מוגמרת שנוצרה **לאחר** תחילת ההליכים בבית המשפט. בכל הנסיבות האלה, דין הטענה בדבר "מעשה עשוי" להידחות.

מניעות

48. המשיבות טוענות כי העותרות מנועות מלתקוף את תקינותו של ההליך לבחירת מפעיל המט"ש, כיוון שהן עצמן השתתפו בו ואף הציעו להכנס לנעלי הקבלן הנוכחי. לטענתן, רק משהתברר לעותרות כי הצעתן נדחתה ומקורות נבחרה לתפעל ולתחזק את המט"ש, העלו לראשונה את טענותיהן כנגד תקינות הליך הבחירה. לטענתן, אילו היו העותרות זוכות בהליך שהתקיים, הן לא היו מעלות כל טענה בעניין זה.

אין לקבל את הטענה כי העותרות ידעו על אופי ההליך. במכתב הראשון שכתבה עותרת 1 למבט"י (מיום 1.9.02) היא ציינה כי ידוע לה כי עומד להתפרסם מכרז להפעלת המט"ש, וכי מקורות מנועה מלהשתתף בו:

"עפ"י הידוע לנו יפורסם מכרז להפעלת המט"ש ומכוון שחברת מקורות אינה רשאית להשתתף במכרזים כל עוד לא יבוצע השינוי המבני בהתאם להחלטות הממשלה, הרי רצוי לכלול בין מרכיבי המכרז את ניסיון חברת התפעול בארץ ובחו"ל" (סעיף 4, נספח ז' לעתירה).

גם כאשר הציעו העותרות "להכנס לנעלי הקבלן הנוכחי", באותם התנאים בהם עבד, הן ציינו כי בהמשך יתנו הצעה מפורטת הכוללת הפחתת עלויות, והיה ברור כי מדובר בהצעה לפתרון זמני בלבד עד לקיומו של הליך מכרז. אדרבה, ממכתב העותרות עולה בבירור כי העותרות מבקשות להציע הצעה מפורטת הכוללת תוכנית התייעלות וכי הבינו את הכניסה לפרוייקט שלא בדרך מכרז כפתרון זמני, וציפו לקיומו של מכרז:

"במידה והעירייה תכין מכרז תפעול או תבקש הצעות מקבלנים עבור ועדת המכרזים, אנו נשתתף בהליך זה".
(נספחים ט' ו-י"ג לעתירה).

49. זאת ועוד, ההחלטה **שלא לקיים מכרז** נתקבלה על-ידי ועדת המכרזים וההתקשרויות של מבט"י רק ביום 9.10.02, לאחר שכבר נחתם זכרון דברים בין מבט"י למקורות. לפיכך הפניות של העותרות למבט"י ממועדים מוקדמים יותר, אין בהן כדי להעיד על הסכמה להליך שאינו מכרז. נראה כי גם מבט"י עצמה לא ידעה ביום 7.10.02, הוא המועד בו פנו העותרות למבט"י במכתב המהווה את הבסיס לטענת המניעות מצד המשיבות, אם יתקיים או לא יתקיים הליך של מכרז (פרוטוקול "ועדת המכרזים" מיום 9.10.02, נספח ט' לתגובה של המשיבות 1 ו-2). במצב דברים זה, איך יכלו העותרות למחות כנגד אופי ההליך, כאשר מבט"י טרם קבעה בעצמה מה יהיה אופיו!?

50. זאת ועוד, גם אם נצא מנקודת הנחה כי העותרות הבינו כי בשלב כלשהו מבט"י אינה עומדת לקיים הליך של מכרז פומבי ולמרות זאת השתתפו בו, אין זה מונע בעדן לטעון נגד תקינותו של ההליך עצמו, שהרי גם לשיטת המשיבות 1 ו-2, הטוענות כי הן פטורות מחובת המכרז, הן כפופות לנורמות המחייבות קיומם של הליכים תקינים כגון: שוויון בתחרות, קבלת ההצעה הטובה ביותר וכיוצא באלה נורמות התנהגות הנדרשות מגוף ציבורי העוסק בכספי ציבור ובשירות לציבור. לפיכך, גם אם השתתפו העותרות בהליך, שמורה להן הזכות לטעון על ליקויים שפגעו בתקינותו.

51. באשר לטענת המשיבות, כי אילו היו העותרות זוכות הן לא היו מוחות על ההליך ועל השתתפותן מקורות בו, זוהי טענה ספקולטיבית שדינה להידחות. יובהר, כי גם אם כך היו פני הדברים, מאחר ומדובר בעניין ציבורי בעל חשיבות, הרי משעה שהעותרות העלו אותו, אין בית המשפט סומך עליהן בלבד. בענייננו, מדובר בהתקשרות הנוגעת לכספי ציבור ולשירות לציבור לתקופה של 10 שנים בלא הליך מכרז, שהיקפה נאמד בעשרות מיליוני שקלים. לפיכך ומשעה שהועלו טענות על תקינותם של ההליכים בעניין זה, מן הראוי כי בית המשפט יבחן את העניין לגופו.

חובת המכרז

52. מבט"י, כחברת בת של תאגיד עירוני המצוי בשליטה מלאה של עיריית ירושלים, הינה **גוף בעל איפיונים ציבוריים מובהקים, הנועד לקדם את מטרותיה ותפקידיה של העירייה**. סמכותה של מבט"י בתחום הטיהור של מי ביוב, ובכלל זה הפעלה ואחזקה של מתקן הטיהור, מצויה בתחום המובהק של

התפקידים המוטלים על העירייה, בהיות העירייה מופקדת על אספקת שירותים בתחום הביוב ובכלל זה טיהור מי שופכין, לתושבי העיר.

53. אין חולק כי אילו העירייה היתה בעצמה מתקשרת בחוזה להפעלה ואחזקה של המט"ש היא היתה מחוייבת להתקשר באמצעות מכרז פומבי, לאור הוראות סעיף 197 [לפקודת העירונית](#) [נוסח חדש] הקובע: **"לא תתקשר עיריה בחוזה להעברת מקרקעין או טובין, להזמנת טובין או לביצוע עבודה אלא על פי מכרז פומבי."**

ראה גם י. הרציג, **דיני מכרזים**, כרך א', עמ' 35:

"עשרות מכוני טיהור הוקמו במהלך השנים ברשויות המקומיות בהתאם למכרזים שפורסמו כדין, ואין כל ספק כי מדובר בהתקשרות החייבת במכרז על פי הדין".

54. מקום שהרשות אינה חופשית להתקשר בעצמה בחוזה ללא מכרז, אין היא יכולה להשתחרר מהחובה שהיתה מוטלת עליה באמצעות העברת הסמכות לגוף חיצוני כביכול, כמו תאגיד עירוני. לפיכך, ככל שמבט"י ממלאת תפקיד שהוא מתפקידיה המובהקים של הרשות, חלה עליה חובת מכרז, שנועדה להבטיח הקפדה על טוהר המידות ושמירה על אמון הציבור ברשות, בהיותו של התאגיד העירוני זרוע ביצועית של העירייה (**ה"פ (ת"א) 11385/99, בש"א 61368/99 אוליצקי עבודות עפר כבישים ופיתוח בע"מ נ' החברה הכלכלית לראשון לציון בע"מ ואח'**, לא פורסם; הרציג, כרך ב' נספח פסיקה שלא פורסמה, 896, 897).

55. [תקנות העירוניות \(מכרזים\)](#), התשמ"ח - 1987, קובעות מהן ההתקשרויות הפטורות מחובת מכרז פומבי. התקשרות לשם ביצוע עבודות הפעלה ואחזקה של מתקני טיהור שפכים, דוגמת ההתקשרות שבפנינו, אינה מצויה ברשימת ההתקשרויות הפטורות ממכרז.

תקנה 3(12) קובעת כי העירייה רשאית להתקשר בחוזה ללא מכרז כאשר מדובר ב"חובה לאחזקה והפעלה של מתקני ביוב על ידי תאגיד במקרה שהתמורה לעבודות היא מסירת הקולחין ובלבד שנציב המים אישר את מסירת הקולחין".

על פניו, ההתקשרות להפעלת ואחזקת המט"ש, אינה נכנסת לגדר תקנה זו. אדרבה, מכלל הן ניתן ללמוד על הלאו, היינו - אי הכללת התקשרות זו במסגרת העניינים הפטורים ממכרז, מעידה על כך שבהתקשרות מעין זו נדרש מכרז פומבי.

56. המשיבות טוענות לחילופין כי התקיימו במקרה זה נסיבות המצדיקות פטור ממכרז בהתאם לתקנות 3 ו 7 [לתקנות חובת המכרזים](#), התשנ"ג-1993. טיעון זה אינו מבוסס ודינו להידחות. התקנות אליהן היפנו המשיבות אינן רלוונטיות לענייננו: תקנה 3 מונה מספר רב של התקשרויות שאינן טעונות מכרז, רשימת הפטורים ממכרז הינה רשימה סגורה, ומכאן שכל התקשרות שאינה נופלת במסגרת אחד הפטורים חייבת במכרז. המשיבות 1 ו-2 ציינו באופן כללי את תקנה 3 כמקנה פטור מחובת מכרז מבלי להפנות לסעיף הספציפי המצביע על הפטור (ראה סעיף 79 לתשובת המשיבות 1 ו-2 מיום 23.1.03 ועמ' 11-12 לפרוטוקול הדיון מיום 30.9.03). לא בכדי הן עשו כן, שכן ההתקשרות לשם הפעלת והחזקת המט"ש אינה עונה על אף אחד מסעיפי המשנה של התקנה המקנים פטור מחובת מכרז.

תקנה 7 שכותרתה **ניהול משא ומתן עם מציעים במכרז** אינה קובעת בסעיף קטן (א)1 כי בפרוייקט בעל מורכבות טכנולוגית מיוחדת קיים פטור ממכרז כפי שטענו המשיבות 1 ו-2, אלא כי **במסגרת הליך המכרז** יכול שתעשה ההתקשרות באמצעות ניהול משא ומתן עם המתמודדים במכרז שהצעותיהם נמצאו מתאימות. בהתקשרות מושא העתירה לא התקיים מכרז ולכן תקנה 7 אינה רלוונטית כלל ועיקר.

57. המשיבות 1 ו-2 טענו, כי במקרה דנן, לא היה מקום לקיים מכרז גם לאור הנסיבות המיוחדות, בהתאם להחלטת ועדת המכרזים וההתקשרויות של מבט"י.

בישיבת ועדת המכרזים וההתקשרויות של מבט"י מיום 9.10.02 החליטה הועדה:

"לא לקיים הליך של מכרז פומבי, בין היתר בשל מורכבותו הטכנית של המט"ש, היקף טיהור השפכים במט"ש, מיעוט הגופים בישראל היכולים לבצע עבודה כאמור והדחיפות היחסית בבחירת מפעיל חדש למט"ש, אלא להורות לועדה המצומצמת, שתבחר להלן, לבדוק מספר גורמים הבאים בחשבון ולנהל עמם מו"מ, ועל בסיס תוצאותו תובא המלצה בפני ועדת המכרזים בנוגע לגורם שעמו ראוי להתקשר."

בישיבה של ועדת המכרזים וההתקשרויות של מבט"י מיום 3.12.02 שאל חבר הועדה, הרב יצחקי **"האם אנו חייבים בחובת מכרז לצורך החלפת הקבלן המפעיל ומתחזק?"** ונענה על-ידי ב"כ המשיבות 1 ו-2:

"במקרה דנן לא חלה חובת מכרז פומבי על מבט"י. בכל מקרה ועדת המכרזים וההתקשרויות קבעה בישיבתה מיום 9.10.02 שלא לקיים הליך של מכרז פומבי. מדובר במקרה זה בפרוייקט בעל מורכבות טכנולוגית גבוהה שמעטים הגופים שיכולים לבצעו. לפיכך, כפי שגם קבעה הועדה, מכרז פומבי אינו ההליך המתאים, וודאי אינו הליך מחויב, לבחירת הגורם להתקשרות."

נימוקי הועדה אינם עומדים במבחן הביקורת. נהפוך הוא, דווקא היותו של המט"ש **"ייחודי, הן מבחינת היקף הפעילות שבו והן מבחינת ייחודיותו הטכנולוגית-תפעולית"** (עמ' 4, סעיף 14 לתשובת המשיבות 1 ו-2), מצדיק הליך של מכרז, בו קיימת תחרות הוגנת בין מציעים על בסיס כישורים, ניסיון, מחיר וכו'. אין להעלות על הדעת שדווקא בהתקשרות שתוקפה 10 שנים לפחות לביצוע עבודה מורכבת, שעלותה עשרות מיליוני שקלים, והיא בעלת חיוניות מהמעלה הראשונה, הרשות תוכל להשתחרר מחובת המכרז. גם אם קיימים בארץ גופים מעטים בלבד שיכולים להתמודד על הפעלת פרויקט בקנה מידה כזה, אין בכך צידוק לפטור ממכרז. אדרבה, ניתן וראוי לקיים מכרז פומבי במטרה לבחור ביניהם את הגוף המתאים ביותר לביצוע העבודה.

58. גם הנימוק של **"דחיפות יחסית בבחירת מפעיל חדש למט"ש"** אינו מבוסס ודינו להידחות. מהנתונים בפני עולה בבירור כי הצעת מקורות הוגשה למבט"י עוד במאי 2002 ומכאן שההליכים למציאת מפעיל חדש למט"ש החלו עוד לפני כן. מכאן שמדובר בתקופה ארוכה שבמהלכה לא היתה כל מניעה לקיים הליך מסודר ותקין של מכרז.

59. גם אם אצא מההנחה שלא היתה חובה על מבט"י לקיים הליך של מכרז פומבי, נפלו בהליך פגמים מהותיים המחייבים את ביטולו. אין חולק כי בהיות מבט"י גוף ציבורי, חלה עליה חובה לקיים הליך ראוי והוגן שישמרו בו, למצער, עקרונות התחרות והשוויון בין המתחרים ויובטח כי הרשות הציבורית תקבל את ההצעה הטובה ביותר מבין המציעים הפוטנציאליים לאותו פרויקט.

60. יש לדחות את טענת המשיבות 1 ו-2, כי ההליך שקיימו לבחירת המפעיל של המט"ש, היה דומה במהותו להליך של מכרז. מבט"י לא פרסמה את קיומו של ההליך לבחירת מפעיל, כנדרש לגבי מכרזים. כתוצאה מכך אין בטחון כלל ועיקר כי הובאו בפני הגורם המחליט מיגוון של מציעים ממנו ניתן לבחור את

המציע הטוב ביותר לביצוע הפרוייקט. אדרבה, בחינת ההליכים שהתקיימו במקרה זה, מעידה כי לעותרות נודע על הפרוייקט רק בשלבים מאוחרים (בסוף אוגוסט 2002) כאשר הצעת מקורות הוגשה למבט"י כבר באמצע מאי 2002 ומכאן שהליך החיפוש נעשה עוד לפני מועד זה. מפרוטוקול ועדת המכרזים מיום 3.12.02 עולה כי חברה נוספת הגישה הצעה (חברת לסיכו), אלא שגם הצעה זו הגיעה רק בשלב מאוחר מאד ולכן כלל לא נבחנה על ידי הועדה המקצועית שנבחרה.

61. כתוצאה מכך שלא היה הליך מסודר של פרסום, ההצעות הגיעו טיפין טיפין והעיקר - לא היה הליך שיווינוני כלפי הכל ולא נשמר גורם התחרות. עוד ביום 17.7.02 נחתם זכרון דברים עם חברת מקורות שבו סיכמו הצדדים על התנאים של ההתקשרות ועל מחיר ביצוע הפרוייקט על ידי מקורות. גם אם מבט"י טענה כי זכרון הדברים אינו מחייב אותה, אך ברור הוא כי במצב דברים זה היה יתרון ברור למקורות והעיקר - עקרון התחרות, נפגע בצורה משמעותית. לא מדובר בעניין פורמלי או טכני, אלא בלב ליבו ומהותו של הליך תקין לבחירת הצעה לביצוע עבודה על ידי גוף ציבורי. ברור שבמכרז או בהליך של מעין מכרז לא היה יכול להיווצר מצב שבו מסכמים על התנאים והמחיר עם מציע אחד ואף נחתם עימו זכרון דברים ורק אחר כך ממשיכים את ההליכים עם מציעים נוספים למראית עין וכאילו לא ארע דבר. ואכן, בחינת ההליך בכל הנוגע לעותרות מעלה בברור כי לא ניתנה להן הזדמנות שווה כמו זו שניתנה למקורות.

כך, התברר כי מבט"י לא סיפקה לעותרים נתונים מהותיים אודות מתקן הטיהור, שהיו חיוניים לשם גיבוש הצעתן; סד הזמנים אליו הוכפפו העותרות היה בלתי אפשרי. בעוד שלמקורות ניתנה שהות עוד לפני מאי 2002 כדי לגבש ולשכלל את הצעתה, לעותרות ניתן לעיין במסמכי המכרז ה"מקורי", בהם היה המידע הרלוונטי שהסכימה לספק להן מבט"י אודות המט"ש, רק ביום 6.10.02 כאשר המועד בו נדרשו להגיש הצעתן היה 10.10.02. לא יכול להיות ספק שלוח זמנים שכזה הוא בלתי סביר, על פניו.

62. מבט"י חתמה עם מקורות על זכרון דברים כבר ביום 17.7.02. בפני העותרות לא הזכירה מבט"י את עניין רכישת הציוד של הקבלן הנכנס מהקבלן היוצא, דבר שסוכם עם מקורות.

זאת ועוד, העותרות ביקשו לאפשר להן להגיש הצעה מסודרת, שתכלול:

"א. תוכנית תפעול רב שנתית.

ב. תוכנית אחזקה ואחזקה מונעת(מלאי חלפים).

ג. תוכנית הכשרה כ"א ובטיחות, בקרת איכות.

ד. תוכנית כספית"(סעיף 7 לנספח ט' לעתירה).

יתירה מכך, העותרות ביקשו להגיש הצעה מוזלת שתחסוך עלויות לעירייה:

"עם גמר איסור האינפורמציה והכנת תוכנית התפעול ע"י OMI נראה לנו כי ניתן יהיה להתייעל ולהציג אף תוכנית החוסכת עלויות לעירייה" (סעיף 4 לנספח יג' לעתירה).

ובהמשך:

"לקראת 26/10 יגיעו נציגי OMI לארץ ואז נבצע את הסיור במט"ש ומיד לאחר מכן נגיש את הצעתנו החדשה אשר תחסוך עלויות לעירייה" (סעיף 6 לנספח יג').

אולם מבט"י לא איפשרה לעותרות להגיש הצעה מסודרת שתחסוך עלויות לקופה הציבורית ובמקום זאת בחרה להתייחס להצעה הזמנית שהגישו העותרות "להכנס לנעלי הקבלן הנוכחי ובאותם תנאים" כאל הצעה הסופית של העותרות (נספח יד' לעתירה).

63. אין ספק שבכך נפגע העקרון הבסיסי בדבר שיווינוניות ותחרות, הניצב במהותו של הליך הוגן וראוי במכרז בכלל או בהליך בחירת הצעות ("מעין מכרז") בפרט.

64. זאת ועוד, עיון בפרוטוקולים של "ועדת המכרזים" של מבט"י" מעלה כי נפלו פגמים נוספים בהליך הבחירה.

מפרוטוקול הצוות המקצועי שליד ועדת המכרזים של מבט"י (מיום 13.11.02) עולה כי היתה בפני חברי הצוות הצעה נוספת של חברת "ריסט". מהפרוטוקול עולה כי נוהל משא ומתן עם "ריסט" וכי למרות שבמהלך המשא ומתן גילתה חברת "ריסט" נכונות רבה להפעיל את מט"ש, בסופו של דבר הודיעה כי אינה יכולה להציע "הצעה מחייבת רצינית".

בפרוטוקול הועדה נרשם בעניין זה:

"מאחורי הקלעים נלחש לנו שבהתערבות המפעיל הקיים של המט"ש הם הסירו את הצעתם". אמירה זו חמורה והיתה מחייבת בירור נוסף; כיצד ומדוע התקיימה התערבות של הקבלן הנוכחי כלפי מציע שנועד להחליפו. לכך יש להוסיף כי התברר שביום 12.2.03 שילמה מקורות לקבלן הנוכחי סכום של 2,350,000 ₪ בתוספת מע"מ. הרקע לתשלום זה לא הובהר די צורכו בהליכים שבפני, אולם מה שחשוב הוא שעיון בפרוטוקולים של "ועדת המכרזים" מלמדנו כי נושא זה כלל לא הובא לידיעת הועדה. בקשר לכך ראוי לציין כי בתצהיר המשלים שהגישה מבט"י לבית המשפט על הפעולות שנקטה **לאחר** הגשת העתירה, היא ציינה כי ביום 24.2.03 נחתם הסכם בין מבט"י לבין מקורות. היא גם ציינה כי "הושגה הסכמה עם הקבלן היוצא בדבר רכישת הציוד בסכום של 2,350,000 ש"ח". מה שלא ציינה הוא כי מדובר בהסכם שנחתם בין הצדדים עוד ביום 12.2.03, היינו - לפני החתימה על הסכם התפעול והחזקה של מט"ש. היה זה אך ראוי כי בעניין זה ימסרו כל הפרטים לבית המשפט, בוודאי כשמדובר בפעולות שנוקט גוף ציבורי לאחר שהחלו ההליכים בבית המשפט ובעוד העתירה תלויה ועומדת להכרעת בית המשפט.

65. למעלה מן הצורך, אציין כי בנוסף לחובה המוטלת על מבט"י לפרסום המכרז, החלה עליה בהיותה ממלאת תפקידים סטטוטוריים של העירייה, קיימת פרקטיקה של תאגידי עירוניים הנוטלים על עצמם פרסום מכרז גם כשאינם חייבים בכך:

"על אף שכאמור חוק חובת המכרזים אינו חל על חברות עירוניות נוהגות רוב החברות העירוניות לפרסום מכרזים באופן ובדרך שבה מתפרסמים מכרזי הרשויות המקומיות שהקימו אותן. בין השאר, נובע הדבר מכך ששר הפנים מתנה את אישורו והסכמתו להקמת חברות עירוניות ותאגידי עירוניים בכך שיקבלו עליהם במפורש בתקנון החברה את תקנות המכרזים הנוהגות ברשויות המקומיות. זאת ועוד: גם כאשר התקנון של החברות הללו איננו כולל התחייבות מפורשת זו, נוהגות רוב החברות העירוניות "לאמץ" את התקנות המסדירות את מכרזי הרשויות המקומיות, בין בהחלטת מועצת המנהלים ובין בפועל" (ראה ש. הרציג, דיני מכרזים, כרך ב', עמ' 88).

עצם קיומו של הנוהג לפיו התאגידי העירוניים קיבלו על עצמם לקיים מכרז פומבי, על אף שלא חוייבו בכך על פי דין מלמדנו, כי זהו אכן המצב הרצוי והתקין לשם שמירה על טוהר המידות, אמון הציבור, יעילות העבודה ומחירה הסביר.

66. ואכן, לאחרונה נתקבל תיקון מס' 14 לחוק חובת המכרזים, התשנ"ב, 1992 (להלן - החוק), המטיל חובת עריכת מכרז פומבי על תאגיד מקומי (סעיף 1, סעיף ההגדרות לחוק וסעיף 2 לחוק) בהתקשרותו בחוזה לביצוע עבודה או לרכישת שירותים. תיקון זה טרם נכנס לתוקפו, ופורמלית אין הוא חל בענייננו. אולם יש בתיקון זה כדי להאיר מה המצב הרצוי, לאמור - הכפפת תאגיד עירוני לחובת המכרז.

67. ב"כ משיבות 1 ו-2 טוען כי משיבה 2 (עיריית ירושלים) אינה צד לעתירה וראוי למחוק אותה. אכן, מבחינה אופרטיבית משיבה 2 אינה צד הנדרש לעתירה. עם זאת היה זה מן הראוי לצרפה לעתירה, לפחות כמשיב פורמלי, נוכח העובדה כי היא הבעלים של מבט"י ומבט"י משמשת למעשה זרועה הארוכה לפעילות ולשירות לציבור המוטלים על משיבה 2.

לסיכום, בענייננו חלה על מבט"י חובה לפרסם מכרז שכן מדובר בהסכם לביצוע עבודה בתחום התפקידים המובהקים המוטלים על העירייה ואין היא יכולה לעקוף את חובת המכרז - המוטלת עליה - באמצעות מסירת התפקיד לידי תאגיד עירוני. בכל מקרה עולה בבירור כי נפלו פגמים מהותיים בתקינות ההליכים לבחירת המפעיל של המט"י, המחייבים להורות על ביטולו.

ההתקשרות בין מבט"י לבין מקורות

68. טוענות העותרות כי ההתקשרות של מבט"י עם מקורות עומדת בניגוד להתחייבות של מקורות כלפי בית המשפט העליון ([בג"צ 5298/97](#) ו**בג"צ 6586/97**) והתחייבות שלה כלפי המדינה. לטענתן, למרות שהתריעו על כך בפני מבט"י, היא בחרה להתעלם מכך, דחתה את העותרות ללא נימוק, והתקשרה עם מקורות בהסכם לתקופה של 10 שנים.

69. בחינת הנתונים בפני מעלה בבירור כי גם בעניין זה הליך ההתקשרות בין מבט"י למקורות היה לקוי, בעיקר בכל הנוגע לדרך התנהלותה של מקורות.

70. מעיון בהליכים שהתנהלו בבית המשפט העליון, להם היתה צד העותרת, חברות נוספות וכן מקורות והמדינה, עולה התמונה העובדתית הבאה: בין המדינה למקורות היה מערך של הסכמים שתואר בפירוט בתשובת המדינה לבג"צ בעתירה שהגישו העותרות וחברות אחרות וכך נאמר בין השאר בתגובת המדינה:

"13. בדצמבר 1996, במגמה לחזק את האמצעים למניעת פוטנציאל הסבסוד הצולב בין תחום אספקת המים לתחום הפיתוח (מעבר להפרדה החשבונאית שנקבעה בהסכם העלויות גופו, כמפורט לעיל) והפוטנציאל לתחרות בלתי הוגנת של מקורות בתחום הפיתוח, הגיעה המדינה להסכמה עם מקורות כי מקורות לא תיכנס בין בעצמה ובין בשותפויות אחרות למכרזים חדשים ולהתחייבויות חדשות כלשהן בתחומים שאמורים להיות מבוצעים בחברת הפיתוח, אלא באמצעות חברת הפיתוח שתוקם, ובתנאים כפי שאושרו על ידי הממשלה או לחילופין עד לאחר מציאת הסדר מוסכם עם הממשלה בדבר מימון וביצוע פרויקטים אלה (הסכמה זו הועלתה על הכתב על ידי מנכ"ל מקורות במכתבו מיום 26.12.96 - נספח יח לעתירה [בבג"צ 6586/97](#)). על התחייבות זו חזר אף יו"ר מקורות בסיכום בינו לבין סגן הממונה על התקציבים במשרד האוצר מיום 8.4.97 (נספח יז לעתירה [בבג"צ 6586/97](#)).

14. על יסוד ההסכמה האמורה בסעיף 13 לעיל, וכדי לצמצם את גדר אי הבהירות, הועלתה על הכתב ביום 2.9.97 רשימה של 8 פרויקטים מתחום הפיתוח בקשר עימם התחייבה למקורות עובר להסכמה האמורה בדצמבר 1996 (ובכללם מתקן איילון, הנקרא בסיכום מתקן טיהור לוד-רמלה), ונקבע כי פרט לפרוייקטים ספורים אלה חלה התחייבות מקורות שלא להיכנס לפרוייקטים חדשים על כל הפרוייקטים שאינם בתחום אספקת מים רגילה שהסכם העלויות חל עליהן. הסיכום בין יו"ר חברת מקורות לסגן הממונה על התקציבים במשרד האוצר הינו נספח יט לעתירה [בבג"צ 6586/97](#) והוא אף צורף להודעה זו כנספח מש/1.

...

15. השתלשלות העניינים המתוארת לעיל מלמדת כי מתקיים שיתוף פעולה בין המדינה לבין מקורות בנושא הקמתן של החברות האחיות ובכל הנוגע לאופי פעילותה של מקורות בתחומי הפיתוח (לרבות התחומים נשוא עתירה זו) עד להקמתה של חברת הפיתוח. מכח ההסכמות שגובשו בין המדינה לבין מקורות בהקשר זה, תימנע מקורות מלהשתתף בפרוייקטים חדשים בתחום הפיתוח" (ראה הודעת המדינה [בבג"צ 6586/97](#) ו**בג"צ 5298/97** נספח ה' לעתירה).

71. מנספח י"ח שצורף לעתירה בבג"צ 6586/97 עולה התחייבותה של מקורות לאגף התקציבים במשרד האוצר מיום 26.12.96 כדלקמן:

"חברת מקורות מתחייבת לא להכנס בין בעצמה ובין בשותפויות אחרות (לרבות באמצעות חברות בת), למכרזים חדשים ולהתחייבויות חדשות כלשהן בתחומים שאמורים להיות מבוצעים בחברת הפיתוח, אלא באמצעות חברת הפיתוח שתוקם, בתנאים כפי שאושרו ע"י הממשלה, או לחילופין לאחר מציאת הסדר מוסכם עם הממשלה בדבר מימון וביצוע פרויקטים אלה".

72. בהודעה שהגישה המדינה לבית המשפט העליון, אושר דבר קיומה של התחייבות מצד מקורות שלא לעסוק בעצמה בפרוייקטים שאינם בתחום אספקת המים (למעט אלה שצויינו במפורש) אלא אך ורק באמצעות חברת הפיתוח לכשתוקם. וכך נאמר בעניין זה מפי ב"כ המדינה:

"המדינה עומדת מאחורי הסכמותיה עם חברת מקורות כפי שפורטו בנספח מש/1 להודעת המדינה וכן בנספחים יד' ו-יח' לעתירה בבג"צ 6586/97".

בסופו של דבר, העתירות נמחקו על סמך הצהרת ב"כ מקורות בבית המשפט העליון לפיה:

"חברת מקורות רואה עצמה קשורה בהתחייבויותיה כלפי המדינה כפי שפורטו במסמכים שאזכרו בהצהרת גב' קורן. אני מוסיף כי במקרה ומקורות במסגרת של נספח י"ח לעתירה בבג"צ 6586/97 תרצה להשתתף במכרז לפעילות שלפי נספח י"ח מיועדת לחברת הפיתוח, וזאת לפני שתוקם חברת הפיתוח, כי אז תימסר הודעה על כוונה זו בכתב, על ידי מקורות, לכל אחת משש העותרות בשתי העתירות" (נספח ו' לעתירה).

73. מהמסמכים שהגישו הצדדים לבית המשפט העליון, כמו גם מפרוטוקול הדיון, עולה בבירור כי מקורות התחייבה בפני המדינה שלא להתקשר בפרוייקטים שאינם בתחום אספקת המים אלא אך ורק באמצעות חברת הפיתוח, לכשזו תוקם על ידה.

74. הרציו להתחייבות זו עולה בבירור מהמסמכים שהוגשו לבית המשפט העליון:

"החשש מפני סבסוד צולב בין התחומים המפוקחים ונתמכים על ידי המדינה מכח הסכם העלויות (התחומים הקשורים לאספקת מים) לבין תחומי הפיתוח והחשש מפני תחרות בלתי הוגנת של מקורות בתחומי הפיתוח" (סעיף 10 לתגובת המדינה בבג"צ 6586/97 ובג"צ 5298/97).

75. מבט"י טענה כי העותרות העלו את טענתן בעניין ההתקשרות עם מקורות באיחור. טיעון זה יש לדחות. ביום 1.9.02 פנו העותרות למבט"י וטענו כי מקורות אינה רשאית להשתתף במכרזים "כל עוד לא יבוצע השינוי המבני בהתאם להחלטות הממשלה" (נספח ז' לעתירה). לכך ענתה מבט"י בתשובה לקונית כי הטענה נראית לה חסרת יסוד (מכתב מיום 19.9.02, נספח ח' לעתירה). במכתב מיום 19.12.02 פנו העותרים פעם נוספת למבט"י תוך הפנייה קונקרטית להליכים שהתקיימו בבית המשפט הגבוה לצדק ובמכתב נוסף מיום 24.12.02, אליו צרפו את ההתחייבות של מקורות (נספח יז'). גם לכך ענתה מבט"י כי הטענה נראית להן חסרת יסוד. אך הוסיפה כי ביקשה לקבל את תגובת מקורות בנידון (מכתב מיום 30.12.02, נספח יט' לעתירה).

76. היתה זו חובתה של מבט"י, משהועלו בפניה טענות על כשירותה של מקורות להתקשר בהסכם, לבחון לעומק את הדברים ולא לדחותם על הסף, עוד לפני שביקשה את התגובה של מקורות.

אולם - וזה העיקר - היתה זו חובתה של מקורות, שהינה חברה ממשלתית, להציג בפני מבט"י את מלוא תמונת המצב העובדתית אודות התחייבותה כלפי המדינה, כלפי בית המשפט העליון וכלפי החברות שפנו בזמנו בעתירה לבג"צ ובכללן העותרות. יש להדגיש כי היתה זו חובתה של מקורות להציג את מלוא הנתונים בפני מבט"י עוד בשלב שבו הגישה את הצעתה להתקשר בהסכם לתפעול המט"ש. בוודאי היה עליה לעשות כן לפני שנחתם עימה זכרון הדברים ועל אחת כמה וכמה לפני שנחתם עימה הסכם ההתקשרות המלא לתפעול והחזקת המט"ש לתקופה של 10 שנים.

77. בהחלטה מיום 6.4.03 ביקשתי לקבל את עמדת היועץ המשפטי לממשלה לשאלת ההתקשרות של מבט"י עם מקורות, נוכח התחייבותה של האחרונה כלפי המדינה כפי שהובאה בפני בית המשפט הגבוה לצדק.

עמדת היועץ המשפטי לממשלה הוגשה לבית המשפט רק ביום 4.9.03 וממנה עולה שלכאורה ההתקשרות בין מבט"י למקורות מהווה הפרת התחייבותה של מקורות כלפי המדינה:

"מן המקובץ עולה כי, לכאורה ההתקשרות נשוא העתירה דנן מהווה הפרה של מערך ההסכמות האמורות בין מקורות לבין המדינה. ואכן המדינה מפעילה לפי שיקול דעתה, סמכויות חוזיות המצויות בידה, ונכון להיום אינה מעבירה למקורות תשלומים להם היא זכאית לפי הסכם העלויות" (סעיף 9 לתגובת היועץ המשפטי לממשלה).

78. גם עמדת היועץ המשפטי לממשלה לא היה בה די כדי לשכנע את משיבות 1 ו-2 כי עניין להן בהתקשרות לקויה הנגועה בהפרת התחייבות של מקורות כלפי המדינה. לטענתן, הפרשנות של מקורות למסמכים שהוגשו לבית המשפט העליון, משכנעת יותר מהפרשנות של העותרות. טיעון זה על פניו תמוה, נוכח העובדה שמשיבות 1 ו-2 טענו כי מסמך בעל חשיבות, כמו הסכם העלויות שבין מקורות למדינה, לא עמד בפניהן. עוד טענו משיבות 1 ו-2 כי בכל מקרה, אם סבורות העותרות כי ההתקשרות מהווה הפרה של התחייבות מקורות כלפי המדינה, הכתובת לעניין זה היא היועץ המשפטי לממשלה. טיעון זה יש לדחות. בענייננו, אין מדובר במזמין עבודה פרטי אלא בגוף ציבורי מובהק הפועל כזרועה הארוכה של העירייה בכספי ציבור ובשירות לציבור. לפיכך היה על מבט"י לגלות יוזמה לבחון את כשרות ההתקשרות, אם קיימת מניעה משפטית או מניעה אחרת להתקשרות ואת הגינותה וסבירותה של ההתקשרות. צודקת מבט"י בטענתה כי מניעת חברה מלהתחרות במכרז או ב"מעין מכרז" אינה עניין של מה בכך, אולם יש לזכור כי בענייננו אין מדובר במניעה מוחלטת אלא בעמידה בתנאי (התקשרות וביצוע העבודה על ידי חברת הפיתוח) בהתאם להתחייבות של מקורות כלפי המדינה.

79. מקורות טענה כי העותרות נסמכות על התחייבויות ישנות שאבד עליהן הכלח וכי בכל מקרה מדובר בהסכמים שהעותרות אינן צד להם ואינם מעניינן. גם טיעון זה דינו להידחות. הרציונאל העומד בבסיס ההסכמות שבין המדינה למקורות הינו החשש מפני **תחרות בלתי הוגנת** של מקורות החורגת מתחום אספקת המים. לפיכך הפרה של אותן התחייבויות וכניסתה של מקורות ל"תחרות" בעניין ביצוע עבודות בתחומים לגביהם התחייבה שלא לבצע (אלא באמצעות חברה אחרת), הופכת להיות מעניינה של העותרת בהיותה בעלת עניין המבקשת להתחרות באותו תחום.

80. יש לדחות את טענת מקורות כי לעותרים אין זכות עמידה בנוגע להתקשרויות שלה עם המדינה. הגישה השלטת בפסיקה בכל הנוגע לזכות העמידה של עותרות נגד פעילות שלטונית של הרשות הציבורית הינה גישה מרחיבה הכוללת גם עותרים אשר נפגעים מפעילות הרשות שלא במישרין ועתירתם נועדה לחשוף ולהעמיד בפני ביקורת שיפוטית אי-תקינות במינהל הציבורי. בענייננו, אין צורך להיזקק לגישה מרחיבה זו שכן לעותרות יש מעמד לתקוף את התקשרות החוזית של מבט"י עם מקורות, שכן מקורות היא חברה מתחרה בעותרות. אם נפגעה התחרות ההוגנת בהליך בו בחרה מבט"י את מקורות כמפעילה של המט"ש ובמיוחד על רקע העובדה שמקורות התחייבה שלא להתחייב בהסכם מעין זה, בין השאר כדי שלא

לפגוע בתחרות, כי אז לעותרות - המעוניינות להתחרות בשיויוניות על ביצוע העבודה - זכות עמידה מובהקת בבית המשפט.

81. מקורות טוענת כי לא חלה עליה חובה כלשהי לתת לעותרות הודעה על כוונתה להתקשר בהסכם עם מבט"י שכן התחייבותה בבית המשפט העליון, אם עדיין נותרה בתוקפה, חלה רק על מקרה בו מקורות תגיש הצעה במכרז. לטענתה, בענייננו אין מדובר במכרז כלל ולכן לא חלה עליה חובה כלשהי כלפי העותרות.

טענה זו יש לדחות. ההליך במקרה זה, גם לגישת המשיבות היה הליך שבמהותו הוא הליך של מכרז ומכל מקום ברור מהמסמכים כי מקורות התחייבה "לא להכנס בין בעצמה ובין בשותפויות אחרות... למכרזים חדשים ולהתחייבויות חדשות כלשהן בתחומים שאמורים להיות מבוצעים בחברת הפיתוח, אלא באמצעות חברת הפיתוח שתוקם.. (נספח י"ח לעתירה בבג"צ). על התחייבות זו חזר ב"כ מקורות בפני בית המשפט העליון (נספח ו' לעתירה).

82. יש לדחות את טענת מבט"י כי משידעו העותרות על השתתפותה של מקורות בהליך, נשמט הבסיס לטענתן כי מקורות הפרה את ההתחייבות שניתנה לבית המשפט העליון. כפי שמאשרת מקורות, היא עצמה לא ראתה חובה ליידע את העותרות לפני שהגישה את הצעתה להתקשר בהסכם עם מבט"י לתפעול ואחזקה של המט"ש. די בכך כדי להצביע על אי קיום נאות של ההתחייבות. יש לזכור כי ההתחייבות של מקורות בעניין זה לא היתה עניין של מה בכך ולא ניתנה למראית עין בלבד. מטרתה היתה למנוע פגיעה של מקורות בתחרות החופשית בתחום טיהור השפכים ובתחומי פעילות נוספים. כאמור, בענייננו מקורות לא עמדה בחובה זו, לא הודיעה מבעוד מועד לעותרות ואף לא שטחה את מלוא הנתונים בפני מבט"י. כתוצאה מכך נודע לעותרים על הליכי המכרז או "מעין מכרז" באיחור רב, תוך פגיעה בעקרון השיויון והתחרות ורק לאחר שנוצרו עובדות בשטח ובכללן החתימה על זכרון הדברים עם מקורות לביצוע הפרוייקט.

83. מקורות טוענת עוד כי חברת היזום והפיתוח "מוקמת בימים אלה ממש" (תגובת מקורות לבית המשפט מיום 23.1.03) וכי השינוי המבני עומד להתבצע. על ההקמה של חברת הפיתוח הודע מזה זמן רב אלא שהשינוי המבני התמהמה וטרם בוצע עד היום. כתוצאה מכך נוצר מצב שבו, משך תקופה ארוכה, מבצעת מקורות תפקידים שהתחייבה שלא לבצע ואשר יועדו לחברת הפיתוח בלבד. מה שחשוב לענייננו הוא שמקורות נמנעה מלעמוד בהתחייבותה ליידע את העותרות על כוונתה להתחרות בהליכים שהתנהלו בפני מבט"י על פרוייקט מט"ש ואף הגיעה לכלל סיכום, בדמות זכרון דברים, בעניין זה. ראוי לציין כי מדובר בחברה ממשלתית עליה חלים הכללים והחובות המוטלים על גוף ציבורי. חברה ממשלתית שהתחייבה בפני המדינה, היה על מקורות להימנע מהתקשרויות בתחומים שאמורים להיות מבוצעים על ידי חברת הפיתוח. מחובתה היה להביא לידיעת משיבות 1 ו-2 את כל המידע אודות התחייבויותיה כלפי המדינה, כדי שניתן יהיה לבחון אם התקשרותה עם מבט"י עומדת בסתירה להתחייבות כלפי המדינה ובמיוחד היה עליה להודיע לעותרות על כוונותיה להתקשר בהסכם לתפעול ואחזקת המט"ש עם מבט"י.

84. לסיכום, הגעתי למסקנה כי בהליכים שהתקיימו לבחירת מקורות לתפעול ואחזקה של המט"ש בהסכם לתקופה של 10 שנים, נמצאו לקויים חמורים בכך שהליך הבחירה נעשה ללא מכרז כדון, ולא נשמרו במהלכו כללי הפרסום, השיויון והתחרות במטרה לבחור את ההצעה הטובה ביותר. בנוסף נמצאו פגמים בהתקשרות עם מקורות שהיתה נגועה בהפרת התחייבותה כלפי המדינה בעניין ביצוע פרוייקטים באמצעות חברת הפיתוח וכלפי העותרות בדבר מתן הודעה מבעוד מועד על כוונתה להגיש הצעה ולהתקשר בהסכם לתפעול ואחזקה של המט"ש.

85. מן הנתונים שבפני עולה כי מזה מספר חודשים מקורות מבצעת כבר את העבודה בפועל במקום הקבלן הנוכחי. מצב דברים זה נוצר על ידי מקורות ומבט"י לאחר תחילת ההליכים בתיק זה והמציאות

שנוצרה אינה יכולה להתגבר על הפגמים שהיו כרוכים בהתקשרות או לפגוע בזכויות של העותרות. כפי שעולה מן הדברים לעיל, התגלו פגמים חמורים בהליך הבחירה וההתקשרות לתפעול ואחזקת המט"ש, פרויקט ייחודי רחב מימדים שבו התקשרה מבט"י עם מקורות - **ללא מכרז** - בהסכם לתקופה של 10 שנים ובהיקף כספי של כ-100 מיליון ש"ח. מדובר בהסכם שעניינו בשירות ובתפקידים מובהקים המוטלים על העיריה שאינה רשאית להשתחרר או לעקוף את **חובת המכרז** - המוטלת עליה - באמצעות העברת אותם תפקידים לידי גוף אחר. יש לזכור כי מבט"י הינה תאגיד עירוני שהציבור רואה בו כזרוע ביצועית של העיריה. לפיכך, הקפדה על תקינותם של ההליכים שקיימה מבט"י בתהליך ההתקשרות עם מקורות חשובה במיוחד כדי להבטיח את האינטרס הציבורי של שמירה על **עקרון השיוויון ועל אמון הציבור בפעולות הרשות**.

86. לפיכך החלטתי לקבל את העתירה ולהורות על ביטול ההתקשרות שבין מבט"י למקורות, ועל עריכת מכרז חדש לביצוע העבודה. משיבות 1 ו-2 ביקשו ארכת זמן להתארגנות והערכות והנני נעתרת לבקשתן ומורה כי ביטול ההתקשרות עם מקורות יכנס לתוקפו ביום 1.2.04.

המשיבות הודיעו כי במידה ובית המשפט יורה על ביטול ההתקשרות עם מקורות, תשקול מבט"י לבצע את העבודה בעצמה. אפשרות זו לא עמדה לדיון בפני ואין בידי להתייחס אליה. על כל פנים, כפי שקבעתי בפסק הדין, חלה על מבט"י חובה לקיים **הליכי מכרז** לביצוע העבודה מושא העתירה.

המשיבות 1 ו-2 ומקורות ישאו בהוצאות ושכ"ט העותרות בסכום של 25,000 ₪ כל אחת (לעניין זה יש לראות את משיבות 1 ו-2 כמשיב אחד).

ניתן היום, 04/11/2003.

יהודית צור 374/03-54678313

המזכירות תמציא העתק פסק הדין לצדדים.

יהודית צור, שופטת

נוסח זה כפוף לשינויי עריכה וניסוח

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

[הודעה למנויים על עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו - הקש כאן](#)

