

מדינת ישראל

משרד המשפטים

מחלקת יעוץ וחקיקה (ייעוץ)

ירושלים: כ"ח בחשוון, התשע"ו

10 בנובמבר, 2015

תיקנו: 803-04-2015-002706

סימוכין: 803-99-2015-080796

לכבוד

שלומית ברנע, היועצת המשפטית למשרד ראש הממשלה

הנדון: פרשנות המונח "מטרות ציבוריות" - לצורך מתן פטור ממכרז בהתאם לתקנה 3(19)(א) לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993

סמך: חוות דעת הלשכה המשפטית במשרד ראש הממשלה מיום 14.2.2012; סיכום דיון צוות לבחינת התקשרויות עם המוסדות הלאומיים מיום 18.10.2015

1. בהמשך לחוות דעת הלשכה המשפטית במשרד ראש הממשלה שבסימוכין, המפורטת והבהירה, בעניין פרשנותה של תקנה 3(19)(א) לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993 (להלן - **התקנה או התקנות**), תובא להלן עמדתי בעניין.

2. תקנה 3(19)(א) לתקנות קובעת כי:

"3. התקשרות משרד בחוזה לביצוע עיסקה בטובין או במקרקעין, לביצוע עבודה או לרכישת שירותים, אינה טעונה מכרז, אם היא אחת מאלה:

...

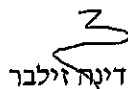
(19) (א) התקשרות עם הסוכנות היהודית או ההסתדרות הציונית לביצוע מטרות ציבוריות לרבות הקמה, ביסוס או הרחבה של ישובים קהילתיים, כפריים או חקלאיים;

3. חוות הדעת שבסמך עוסקת בשאלה כיצד יש לפרש את המונח "מטרות ציבוריות" המצוי בתקנה, ובפרט בשאלה אם המטרות הציבוריות המאפשרות מתן פטור ממכרז להתקשרות עם הסוכנות היהודית או ההסתדרות הציונית הן כל מטרה שניתן לסווגה כמטרה ציבורית או רק כאלה המתיישבות עם תפקידי הסוכנות היהודית כפי שנקבעו באמנה בין ממשלת ישראל לבין הסוכנות, מיום 16.9.1979, ועם תפקידי ההסתדרות הציונית כפי שנקבעו באמנה בין ממשלת ישראל לבין ההסתדרות, מיום 28.6.1979 (להלן: "**האמנות**").

4. חוות הדעת מציגה גישה מצמצמת ביחס לפרשנות המונח "מטרות ציבוריות" וקובעת כי יש לפרשו ככזה המתייחס רק למטרות ציבוריות העולות בקנה אחד עם תפקידי הסוכנות היהודית וההסתדרות הציונית כפי שנקבעו באמנות. חוות הדעת מבססת את הפרשנות המצמצמת של המונח "מטרות ציבוריות" על מספר מרכיבים: בחינת תכלית חוק חובת מכרזים, התשנ"ב-1992 (להלן: **חוק חובת מכרזים**) הן מהבחינה הסובייקטיבית של כוונת המחוקק לפי לשון התקנות; ההיסטוריה הטרומם חקיקתית וההיסטוריה הפרלמנטרית; והן מהבחינה האובייקטיבית לפי לשון התקנות; חקיקה אחרת; ההלכה השיפוטית; ועקרונות היסוד של השיטה.

5. לאחר בחינת חוות הדעת שבסמך ולאור מכלול השיקולים המפורטים בה ואף לאחר בחינה של עמדה השוללת את הפרשנות המצמצמת המוצעת בחוות הדעת, אני מקבלת את עמדתכם לפיה יש לפרש את המונח "מטרות ציבוריות" בפרשנות מצמצמת. תקנת הפטור המאפשרת לממשלה להתקשר עם הסוכנות היהודית ועם ההסתדרות הציונית בפטור ממכרז נובעת מההכרה במעמדן הממלכתי הייחודי של הסוכנות היהודית וההסתדרות הציונית. מעמד זה עוגן בחוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ ישראל, תשי"ג – 1952 (להלן: **חוק המעמד**), ובאמנות שנכרתו מכוחו. אמנות אלה מפרטות את תפקידיהן של הסוכנות היהודית ושל ההסתדרות הציונית וכן מתייחסות לכך שעל הממשלה ליתן לשני הארגונים את כל ההיתרים וההקלות, הדרושים על פי דין, **לשם מילוי התפקידים המפורטים באמנות**. פרשנות מרחיבה של המונח "מטרות ציבוריות" המתעלמת מהתפקידים המפורטים באמנות, מאפשרת הטלת ביצוע של תפקידים כלשהם על הגופים האמורים בפטור ממכרז, באופן חורג בעליל מהמנדט המקורי שהתכוונו ליתן להם, זאת ללא הצדקה נראית לעין, כמו גם ללא עיגון בתכלית המקורית של מתן הפטור לגופים בחוק המעמד ובאמנות. כך למשל, פרשנות מרחיבה יכולה לאפשר התקשרות בפטור ממכרז עם הגופים לשם ביצוע משימות ותפקידים שאינם נוגעים לנושאי הליבה בהם עוסקים הגופים ושהם אין כל יתרון או הצדקה ליתן יתרון דווקא לגופים אלה על פני גופים אחרים. על כן, ואף בהתחשב בעקרון עדיפות המכרז המעוגן בסעיף 2(א) לחוק חובת מכרזים ובתקנה 1(ב)(ד) לתקנות ממנו עולה כי יש לראות בהוראת הפטור כחריג אשר יש לפרשו על דרך הצמצום, עמדתי היא כי יש לפרש פטור ממכרז באופן מצמצם וכפועל יוצא מכך יש לפרש את המונח "מטרות ציבוריות" כמוצע בחוות דעתה של הלשכה המשפטית למשרד ראש הממשלה.

בברכה,



דינה זילבר

המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ)

העתק: הגב' מיכל עבאדי-בויאנג'ו, החשבת הכללית

מר יובל רז, סגן החשבת הכללית

מר דני חורין, ממונה בכיר ייעוץ וחקיקה (ייעוץ)

מר חנן ארליך, ייעוץ וחקיקה (ייעוץ)

הגב' דפנה גוטליב, ייעוץ וחקיקה (ייעוץ)



היועצת המשפטית

ירושלים, כ"א שבט תשע"ב
 14 פברואר 2012
 תיק: 10- כללי
 מזהה מלי: 319162D

הנדון: פרשנות המונח "מטרות ציבוריות" – לצורך מתן פטור ממכרז לסוכנות היהודית ולהסתדרות הציונית

תקנה 3(19)(א) לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993.

משרד ראש הממשלה, על כל יחידות הסמך שלו, עורך התקשרויות רבות עם הסוכנות היהודית (להלן: "הסוכנות") ועם ההסתדרות הציונית העולמית (להלן: "ההסתדרות"), בפטור ממכרז. הפטור שניתן להתקשרויות אלו בתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993 (להלן: "התקנות"), מתבסס על היותן התקשרויות "לביצוע מטרות ציבוריות", ואולם מחוקק המשנה לא פירש מונח זה ונתן בכך פתח לפרשנות מרחיבה.

תקנה 3(19)(א) קובעת כהאי לישנא:

"3. התקשרות משרד בחוזה לביצוע עיסקה בטובין או במקרקעין, לביצוע עבודה או לרכישת שירותים, אינה טעונה מכרז, אם היא אחת מאלה:

.....

19) (א) התקשרות עם הסוכנות היהודית או עם ההסתדרות הציונית לביצוע מטרות ציבוריות לרבות הקמה, ביסוס והרחבה של ישובים קהילתיים, כפריים או חקלאיים.

לאחרונה, עלה הצורך לבחון את פרשנות המונח "מטרות ציבוריות", בכדי להנחות את ועדת המכרזים ביחס לסיווג המטרות אשר לשם ביצוען ניתן להתקשר עם הסוכנות וההסתדרות בפטור ממכרז.

עמדתנו ביחס לפרשנות המונח, כפי שתפורט להלן היא, כי יש לנקוט בגישה דווקנית ביחס למטרות הציבוריות, ולהגבילן, ביחס לסוכנות - לתפקידי הסוכנות היהודית שנקבעו באמנה בין ממשלת ישראל לבין הסוכנות היהודית לארץ ישראל, מיום 16.9.1979, וביחס להסתדרות - לתפקידי ההסתדרות שנקבעו באמנה בין ממשלת ישראל לבין ההסתדרות הציונית העולמית, מיום 28.6.1979, ובנוסף, למטרות ההתיישבות המפורטות בתקנה עצמה - הקמה, ביסוס או הרחבה של ישובים קהילתיים, כפריים או חקלאיים.

1. תפקידיהן של הסוכנות היהודית ושל ההסתדרות הציונית העולמית

חוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ ישראל, תשי"ג-1952 (להלן: "חוק המעמד") והאמנות שנכרתו בעקבותיו, האמנה בין ממשלת ישראל לבין הסוכנות היהודית לארץ ישראל מיום 16.9.1979 (להלן: "אמנת הסוכנות") והאמנה בין ממשלת ישראל לבין ההסתדרות הציונית העולמית, מיום

28.6.1979 (להלן: "אמנת ההסתדרות"), מעגנים את מעמדן הממלכתי הייחודי של הסוכנות וההסתדרות ומבטאים את האמון שרוכשים להן הממשלה והציבור בכללותו.

חוק המעמד קובע בסעיפים 2-4 כדלקמן:

2. "ההסתדרות הציונית העולמית מאז היווסדה לפני יובל שנים עמדה בראש תנועת העם היהודי ומאמציו להגשים חזון דורות לשוב למולדתו, ובעזרת חוגים וגופים יהודים אחרים נשאה באחריות מרכזית לכינון מדינת ישראל.

2א. הסוכנות היהודית לארץ-ישראל היא התאגדות מרצון עצמאית, מורכבת מן ההסתדרות הציונית העולמית ומארגונים וגופים אחרים; היא פועלת במדינת ישראל בתחומים שבחרה בהסכמת הממשלה.

3. ההסתדרות הציונית העולמית והסוכנות היהודית לארץ-ישראל שוקדות כמקודם על העליה ומנצחות על מפעלי קליטה והתיישבות במדינה.

4. מדינת ישראל מכירה בהסתדרות הציונית העולמית ובסוכנות היהודית לארץ-ישראל כסוכנויות המוסמכות שיוסיפו לפעול במדינת ישראל לפיתוח הארץ ויישובה, לקליטת עולים מהתפוצות ולתיאום פעולותיהם בישראל של מוסדות ואיגודים יהודיים הפועלים בתחומים אלה."

סעיפים 2-3 מפרטים את מעמדן הציבורי ופעילותן של ההסתדרות והסוכנות עד לחקיקת החוק ואילו סעיף 4 קובע כי הסוכנות וההסתדרות יוסיפו לפעול בתחומים אלו: פיתוח הארץ ויישובה, קליטת עולים ותיאום פעילות גופים יהודיים הפועלים בתחומים אלה.¹

בהמשך, קובע סעיף 7:

7. "פרטי מעמדן וצורת שיתוף הפעולה של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ-ישראל עם הממשלה ייקבעו באמנות שייכרתו בישראל בין הממשלה ובין כל אחד משני גופים אלה."

עוד נקבע כי האמנה תחייב שיתוף פעולה ותיאום מלאים מצד הסוכנות וההסתדרות, עם מדינת ישראל וממשלתה, בהתאם לחוקי המדינה (סעיף 8).

על פי סעיף 7 לחוק המעמד, נועדה האמנה לקבוע את פרטי מעמדן וצורת שיתוף הפעולה של הסוכנות וההסתדרות עם הממשלה, בהתבסס על הוראות חוק המעמד, ובכללן תחומי הפעילות שנקבעו בסעיף 4 לחוק. בהתאם לכך נקבעו תפקידי הסוכנות בסעיף 1 לאמנת הסוכנות²:

¹ יוער כי נושא הסמכות הטריטוריאלית לא נבחן במסגרת חוות דעת זו ואולם הן החוק והן אמנת הסוכנות מתייחסים לפעילות הסוכנות המתבצעת במדינת ישראל – ראה לענין זה את סעיף 1(ה) לאמנת ההסתדרות ביחס לאחזקה ותמיכה בישראל ומחוץ לישראל של מוסדות.

² יציין, כי לא ברור אם סעיף 4 לחוק המעמד מציין את תחומי הפעילות כרשימה סגורה, ובמקרה זה ניתן לפרש את תפקידי הסוכנות המנויים בסעיף 1(א)-(ח) וכן ההתייחסות לנוקדים בסעיף 1(ט) לאמנת הסוכנות, כמתייחסים ל"פיתוח הארץ", או שמא סעיף 4 מונה את

- 1" אלה תפקידי הסוכנות היהודית:
- (א) ארגון פעולות העליה בתפוצות והעברת העולים ורכושם לישראל;
- (ב) השתתפות בשיכונם של העולים ובקליטתם;
- (ג) התיישבות חקלאית;
- (ד) מתן שירותי בריאות לעולים, אגב עלייתם וקליטתם;
- (ה) עליית הנוער, טיפול בנוער והכשרתו;
- (ו) אחזקה ותמיכה של מוסדות תרבות, חינוך, מדע, דת, ספורט ומוסדות למתן שירותים חברתיים;
- (ז) תמיכה וסיוע למוסדות להשכלה גבוהה ולמכוני מחקר;
- (ח) טיפול בזקנים, בבעלי כשירות מוגבלת, בנכים ובנזקקים אחרים לעזרה ולשירותים חברתיים;
- (ט) כל פעילות, בין בעצמה ובין תוך שיתוף פעולה עם מוסדות אחרים, שמטרתה לסייע לעולים ולנזקקים להיקלט בחיי החברה בישראל."

במקביל, נקבעו תפקידי ההסתדרות בסעיף 1 לאמנת ההסתדרות:

- 1" אלה תפקידי ההסתדרות הציונית:
- (א) ארגון פעולות העליה בתפוצות והעברת העולים ורכושם לישראל.
- (ב) השתתפות בשיכונם של העולים ובקליטתם.
- (ג) מתן שירותי בריאות לעולים, אגב עלייתם וקליטתם.
- (ד) עליית נוער, טיפול בנוער והכשרתו.
- (ה) אחזקה ותמיכה בישראל ומחוץ לישראל³, של מוסדות תרבות, חינוך, מדע, דת, ספורט ומוסדות למתן שירותים חברתיים.
- (ו) התיישבות חקלאית ורכישת קרקע והכשרתה על-ידי מוסדות ההסתדרות הציונית וקרנותיה.
- (ז) השתתפות ביסודם והרחבתם של מפעלי פיתוח בארץ.
- (ח) עידוד השקעות הון פרטי בארץ.
- (ט) תמיכה וסיוע למפעלי תרבות, למוסדות להשכלה גבוהה ולמכוני מחקר.
- (י) טיפול בזקנים, בבעלי כשירות מוגבלת, בנכים ובנזקקים אחרים לעזרה ולשירותים חברתיים.
- ובלבד שמוצהר על ידי ההסתדרות הציונית כי תבצע רק את אותן פעולות, בתחומי התפקידים המוגדרים לעיל, אשר הסוכנות היהודית אינה מבצעת אותן, בתחומי תפקידיה, הלכה למעשה."

התחומים שבהם הסוכנות תמשיך למעול, וסעיף 7 בחוק מאפשר לקבוע תפקידים נוספים באמנה, במסגרת "צורת שיתוף הפעולה" שתקבע באמנה, כאמור בסעיף 7 לחוק המעמד.

³ ראה הי"ש 1 לעיל בנושא הסמכות הטריטוריאלית

בצד התפקידים שהוטלו על הסוכנות וההסתדרות (להלן ביחד: "המוסדות"), נקבע באמנות כי **המוסדות יהיו אחראיים לגיוס המשאבים הכספיים והחומריים, הדרושים למילוי תפקידיהם** (סעיף 6 לאמנות) והוקמו ועדות תיאום בין הממשלה לבין כל אחד מהמוסדות, **למניעת כפילויות בכל התחומים שעליהם חלות האמנות** (סעיף 8 לאמנות). לצורך מילוי תפקידיהם, וכפועל יוצא מהאמון שרכשה להם הממשלה, הוענקו למוסדות פטורים ממיסים (סעיף 11 לאמנות) וכן רישיונות והקלות כמפורט בסעיף 10 לאמנות:

10. **הממשלה מתחייבת לדאוג לכך כי משרדי הממשלה והרשויות המוסמכות יעניקו לסוכנות היהודית / להסתדרות הציונית, לקרנותיה ולשאר מוסדותיה המוגדרים בנספח לאמנה זו את כל ההיתרים וההקלות, הדרושים על פי דין, לשם מילוי התפקידים המפורטים באמנה זו.**

2. התקשרות עם המוסדות בפטור ממכרז

כפועל יוצא מהוראות סעיפים 4 ו-7 לחוק המעמד, וסעיף 10 לאמנות הסוכנות וההסתדרות, נקבע בתקנה 3(19)(א) לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993 (להלן: "התקנות"), כי התקשרות משרד ממשלתי בחוזה לביצוע עסקה בטובין או במקרקעין, לביצוע עבודה או לרכישת שירותים, אינה טעונה מכרז, אם היא אחת מאלה:

"התקשרות עם הסוכנות היהודית או עם ההסתדרות הציונית לביצוע מטרת ציבוריות לרבות הקמה, ביסוס והרחבת של ישובים קהילתיים, כפריים או חקלאיים."

מעמד המיוחד של המוסדות מניח קיומם של יחסי אמון מיוחדים בין הממשלה למוסדות אלו, והוא שמאפשר את ההתקשרות עימם בפטור ממכרז.⁴

3. פרשנות המונח "מטרות ציבוריות"

מאחר ואין בתקנות חובת המכרזים הגדרה של המונח "מטרות ציבוריות", אנו נדרשים לפרש מונח זה, על מנת שנוכל לדעת אלו מטרות נכללות בגדר "מטרות ציבוריות" אשר לשם ביצוען, ניתן להתקשר עם המוסדות בפטור ממכרז.

בבואנו לפרש חוק, יש לבחון את תכליתו הסובייקטיבית והאובייקטיבית של החוק.⁵ עמד על כך, פרופ' א. ברק בספרו "פרשנות תכליתית במשפט"⁶:

⁴ ראה בעניין זה – תקנה 3(20)(א) לתקנות חובת המכרזים (התקשרויות מערכת הבטחון), תשנ"ג-1993 וכן תקנה 3(16)(א) לתקנות חובת המכרזים (התקשרויות של מוסד להשכלה גבוהה), תש"ע-2010. תקנות אלו כוללות סעיף פטור בנוסח דומה לפיו יינתן פטור ממכרז לעסקה / התקשרות "עם הסוכנות היהודית או עם ההסתדרות הציונית לביצוע מטרת ציבוריות". יוער כי נוסח הפטור אינו כולל התייחסות למטרות של התיישבות מאחר ומשרד הבטחון ומוסדות להשכלה גבוהה אינם עוסקים במשימות התיישבות.

⁵ פרופ' א. ברק, "פרשנות תכליתית במשפט", הוצאת נבו, 2003 בעמ' 398

⁶ שם, בעמ' 397

"החקיקה נעשית לשם הגשמת תכלית מסויימת שהמחוקק ביקש להגשימה. חוק ללא תכלית הוא דבר הבל. התכלית הסובייקטיבית המונחת ביסוד החקיקה, מן הראוי לה שתהווה אמת מידה לפרשנות החקיקה....."

חוק הוא מסגרת נורמטיבית המשתלבת במערך החקיקה ובשיטת המשפט....התכלית האובייקטיבית של דבר החקיקה – המשקפת את ערכי היסוד של השיטה בכלל וזכויות אדם בפרט – מן הראוי לה שתהווה אמת מידה לפרשנותה."

תכליתו הסובייקטיבית של החוק, משקפת למעשה את "כוונת המחוקק" וניתן להתחקות אחריה באמצעות לשון החוק בכללותו וכן ממקורות שמחוץ לחוק. התהליך הפרשני מתחיל בפניה ללשון החוק - לייחודה החקיקתית" הדורשת פירוש. בהמשך בוחנים את הפיסקה, הסעיף, הפרק ולבסוף ניתן להיעזר בבחינת כל יחידה חקיקתית על רקע דבר החקיקה השלם שבו היא מופיעה ואשר ממנו ניתן ללמוד על התכלית שהמחוקק ביקש להגשים. בפניה למקורות שמחוץ לחוק, אנו בוחנים את ההיסטוריה הטרום חקיקתית - הרקע החברתי והמשפטי אשר יצר את הצורך בחקיקה וכן את המצב המשפטי הכללי שקדם לפעולות החקיקה; ההיסטוריה הפרלמנטרית - קורותיו של החוק ממועד הגשתה של הצעת החוק לכנסת ועד לקבלת החוק על ידה; וההיסטוריה הפוסט-פרלמנטרית - חקיקה מאוחרת שעשויה לסייע בפירוש שהפרשן נותן לחקיקה קודמת.⁷

תכליתו האובייקטיבית של החוק היא האינטרסים, המטרות, הערכים, היעדים, המדיניות והפונקציות אשר החוק נועד להגשים בחברה דמוקרטית. תכלית זו צריכה לשקף את המחוקק הסביר, את מהותו של המוסד המשפטי המוסדר ואת ערכי היסוד של השיטה - כל אלה כפי מצבם בעת הפירוש⁸. בדומה לתכלית הסובייקטיבית, על תכליתו האובייקטיבית של החוק ניתן ללמוד מלשון החוק וממקורותיו החיצוניים. בפניה ללשון החוק - אנו בוחנים עתה את נושא החקיקה והאופן שבו מוסדר נושא החקיקה, המבנה הכולל של דבר החקיקה לרבות חלוקתו לפרקים ומיקומה של הוראת החוק. על החוק כמכלול יש להשקיף כעל יחידה אינטגרטיבית, אך לעיתים יש לזכור כי חוק הוא פשרה בין השקפות נוגדות ולכן אין לצפות כי תפיסה אחידה תשלוט בכל חלקי החוק. באשר למקורותיו החיצוניים של החוק - ניתן לבחון חוקים אחרים קודמים ומאוחרים לדבר החקיקה, מתוך הנחה שקיימת "הרמוניה חקיקתית" בין החוקים. בנוסף, ניתן לפנות להיסטוריה החקיקתית - וללמוד ממנה על הרקע החברתי או הנסיבות שחייבו את החקיקה; לרקע החברתי וההיסטורי הכללי; לדין הכללי; ההלכה השיפוטית; עקרונות היסוד של השיטה ומשפט משווה⁹.

4. מן הכלל אל הפרט

4.1 התכלית הסובייקטיבית

על כוונת המחוקק במונח "מטרות ציבוריות" ניתן ללמוד ממספר מקורות:

4.1.1 לשון התקנה:

תקנה 3(19)(א) קובעת כדלקמן:

⁷ שם, עמ' 406-402

⁸ שם, 412.

⁹ שם, בעמ' 420

"התקשרות עם הסוכנות היהודית או עם ההסתדרות הציונית לביצוע מטרות ציבוריות לרבות הקמה, ביסוס והרחבה של ישובים קהילתיים, כפריים או חקלאיים."

לכאורה, לו היה מדובר בכל מטרה ציבורית, לא היה מחוקק המשנה נדרש לסיפא ומדגיש כי מטרות אלו כוללות הקמה, ביסוס והרחבה של ישובים קהילתיים, כפריים או חקלאיים, אשר ודאי ניתן להגדירן כמטרות ציבוריות לפיכך, לשון התקנה מתיישבת עם הפרשנות לפיה מטרות ציבוריות הן המטרות בהתאם לתפקידי המוסדות המנויים באמנות. מאחר ונושא ההתיישבות התפתח רבות בשנים שבין כריתת האמנות (1979) לבין התקנת תקנות חובת המכרזים (1993)¹⁰ ואילו תפקידי המוסדות ביחס להתיישבות, כפי שהוגדרו באמנות, כללו רק התייחסות כללית ל "התיישבות חקלאית"¹¹ – נדרש המחוקק, כפי שנראה להלן בסקירת הדיונים בוועדות הכנסת, לפרט כי המטרות הציבוריות ביחס להתיישבות, יכללו הקמה, ביסוס והרחבה של ישובים קהילתיים, כפריים או חקלאיים. מחוקק המשנה פרש למעשה את ה"התיישבות החקלאית" המוגדרת בתפקידי המוסדות – ככוללת התיישבות שאינה עירונית.

תקנות חובת המכרזים – בחינה כללית

א. **תקנה 3(19)3(ב), (ג):** בבחינת השימוש בביטוי זה בסעיפים אחרים בתקנות חובת המכרזים, נמצא כי בתקנה 3(19)3, סעיפי משנה (ב) ו- (ג), נמנים גופים נוספים אשר התקשרות עמם, לביצוע מטרות ציבוריות, פטורה ממכרז¹².

תקנה 3(19)3(ב) מונה את הגופים הבאים: קרן היסוד – המגבית המאוחדת לישראל; המגבית המאוחדת לישראל; המגבית המאוחדת לישראל; המגבית המאוחדת לישראל.

בנספח לאמנת ההסתדרות, מפורטת קרן היסוד – המגבית המאוחדת לישראל, בין "קרנותיה ושאר מוסדותיה של ההסתדרות הציונית". סעיף 10 לאמנת ההסתדרות, הדומה בניסוחו לסעיף 10 באמנת הסוכנות, קובע כי:

"10. הממשלה מתחייבת לדאוג לכך כי משרדי הממשלה והרשויות המוסמכות יעניקו להסתדרות הציונית, לקרנותיה ולשאר מוסדותיה המוגדרים בנספח לאמנה זו את כל ההיתרים וההקלות, הדרושים על פי דין, לשם מילוי התפקידים המפורטים באמנה זו."

לאור האמור בסעיף זה, קרן היסוד – המגבית המאוחדת לישראל, בבואה לבצע תפקיד מהתפקידים המפורטים באמנת ההסתדרות, זכאית להקלות, ובמקרה דנן לפטור ממכרז, בביצוע תפקידים אלו – בדומה להסתדרות ולסוכנות. לפיכך, פרשנות "המטרות הציבוריות" היא – המטרות הציבוריות המוגדרות בתפקידי ההסתדרות הציונית באמנת ההסתדרות.

¹⁰ "היישוב הקהילתי בין כפר לפרבר – תמורות בהתיישבות הכפרית בישראל", לביאה אפלבויס ודוד נוימן

¹¹ סעיף 1(ג) לאמנת הסוכנות וסעיף 1(ו) לאמנת ההסתדרות. באמנת ההסתדרות ישנה התייחסות נוספת לרכישת קרקע והכשרתה ע"י מוסדות ההסתדרות.

¹² ראה נוסח זומה בתקנה 3(20)3(ב) לתקנות חובת המכרזים (התקשרויות מערכת הבטחון), תשנ"ג-1993 וכן תקנה 3(16)3(ב) לתקנות חובת המכרזים (התקשרויות של מוסד להשכלה גבוהה), תש"ע-2010.

באופן דומה, בנספח לאמנת הסוכנות, מפורטות המגבית המאוחדת לישראל והמגבית המאוחדת לישראל בקנדה, בין "קרנותיה ושאר מוסדותיה של הסוכנות היהודית". כמפורט לעיל, סעיף 10 לאמנת הסוכנות קובע כי קרנותיה ושאר מוסדותיה של הסוכנות, בבואן לבצע תפקיד מהתפקידים המפורטים באמנת הסוכנות, זכאיות להקלות בביצוע תפקידים אלו – בדומה להסתדרות ולסוכנות. לפיכך, פרשנות "המטרות הציבוריות" היא – המטרות הציבוריות המוגדרות בתפקידי הסוכנות באמנת הסוכנות.

תקנה 3(19)ג) עוסקת בהתקשרות עם קרנות ומוסדות הנשלטים ר"ידיית בידי הסוכנות היהודית, ההסתדרות הציונית או קרן היסוד – המגבית המאוחדת לישראל (למעט הקרן הקיימת לישראל). קרנות ומוסדות אלו מוגדרים בסעיף 1 לנספחים לאמנת הסוכנות ואמנת ההסתדרות ולפיכך, כאמור לעיל ביחס לתקנה 3(19)ב), ניתן לפרש את המונח "מטרות ציבוריות" בהתאם לפרשנות שהוצגה לעיל. הוראות סעיף 10 לאמנות חלות על קרנות ומוסדות אלו, ובבואם לבצע מטרות ציבוריות התואמות את התפקידים המפורטים באמנות, הם זכאים לפטור ממכרז¹³.

ב. **תקנה 3(18):** ע"פ תקנה 3(18), התקשרות לביצוע מטרות ציבוריות עם הקרן הקיימת לישראל או ג'וינט ישראל (להלן: "המוסד הלאומי"), או תאגיד בשליטת ג'וינט ישראל, כאשר המוסד הלאומי מממן 25% ויותר, או במקרה של תאגיד בשליטת הג'וינט – 50% ויותר, מערך ההתקשרות, פטורה אף היא ממכרז¹⁴.

יצויין כי בתחילה נוסחה תקנת הפטור כמחילה דין שווה על הסוכנות, ההסתדרות הקרן הקיימת לישראל (להלן: "קק"ל) והג'וינט, ואולם בדיוני ועדת המשנה של ועדת חוקה חוק ומשפט, שוכנעה הועדה כי בשל פעילותן השונה של גופים אלו, יש להחיל עליהם דין שונה¹⁵.

על אף הדין השונה שהוחל על הקק"ל והג'וינט, קק"ל בדומה להסתדרות ולסוכנות, חתומה על כתב אמנה בין ממשלת ישראל לקק"ל, מיום 28.11.1961 (להלן: "אמנת הקק"ל") ובה מוגדרים תפקידיה¹⁶. לפיכך, ביחס לקק"ל יש לפרש באופן דומה את "המטרות הציבוריות" כתואמות את התפקידים המפורטים באמנת הקק"ל.

¹³ ר' סעיף 1(ו), (ז) לנספח לאמנת הסוכנות וסעיף 1(ד) לנספח לאמנת ההסתדרות – העוסק בחברות לתועלת הציבור, על פי הוראות פקודת ההקדשות לצרכי צדקה, הנשלטות באופן בלעדי על-ידי ההסתדרות הציונית / הסוכנות היהודית; וכן בכל תאגיד שבבעלותם ובשליטתם הבלעדית של ההסתדרות הציונית/ הסוכנות היהודית ו/או של הקרנות ושאר המוסדות המפורטים בנספח, כולם או מקצתם, אשר לא נועד להשגת רווחים או אשר פעילותו ו/או נכסיו מוקדשים באופן בלעדי להשגת מטרותיה של ההסתדרות הציונית/ הסוכנות היהודית ו/או של הקרנות והמוסדות האמורים; בתנאי כי במקרה של פירוק תאגיד כאמור, יועברו כל נכסיו העודפים להסתדרות הציונית / הסוכנות או לקרן או למוסד, כאמור.

¹⁴ ראה נוסח דומה בתקנה 3(19) לתקנות חובת המכרזים (התקשרויות מערכת הבטחון), תשנ"ג-1993 וכן תקנה 3(15) לתקנות חובת המכרזים (התקשרויות של מוסד להשכלה גבוהה), תשי"ע-2010.

¹⁵ דיוני ועדת המשנה של ועדת חוקה חוק ומשפט של הכנסת, מיום 2.2.93 בעמ' 4, ומיום 7.2.93 בעמ' 3

¹⁶ תפקידי הקק"ל המפורטים באמנה: הכשרת מקרקעי ישראל וייעורם (סעיף 10), וכן הקרן הקיימת לישראל תוסיף לפעול כמוסד של ההסתדרות הציונית העולמית בקרב הציבור היהודי בארץ ובגולה באיסוף כסף לגאולת אדמה מן השממה ובהסברה ובחינוך ציוני-ישראלי, והממשלה תוסיף לקרן הקיימת לישראל עזרה בפעולות הסברה והעמולה בישראל ובחוץ לארץ (סעיף 16).

באשר לגיונט – מאחר ואין חוק או אמנה המגדירים את תפקידיה, קיימת שאלה ביחס למטרות הציבוריות אשר לצורך ביצוען, ניתן להתקשר עמה בפטור ממכרז, בכפוף למימון חלקי ע"פ תנאי התקנה. יובהר כי הדיון במסמך זה הוגבל לפרשנות ה"מטרות הציבוריות" בתקנה 3(19)(א) ואולם לטעמנו, יש לומר כי קיים מדרג מחייב בפרשנות המונח "מטרות ציבוריות" לפיו: ככל שקיימות הוראות חוק ו/או אמנה בין המדינה לבין המוסד, המגדירות את התפקידים הציבוריים שבסמכות המוסד לבצע, הרי שפרשנות המטרות הציבוריות לצורך מתן פטור ממכרז צריכה להיות בהתאם לאותם תפקידים מוסכמים. במקום בו לא נקבעו תפקידים ציבוריים ע"י המדינה, ומאחר ועסקינן בחברה לתועלת הציבור המחויבת לקבוע בתקנונה מטרות ציבוריות בלבד¹⁷, יש לבחון את המטרות הציבוריות בהתאם לקבוע בתקנון החברה, ובכפוף להוראות כל דין.

לענין זה, יפים דבריו של פרופ' ברק:

"יש לשאוף להגשמתה של הרמוניה בין חלקיו השונים של החוק... לרוב יינתן לאותו ביטוי מובן זהה באותו חוק, שהרי הוא בא להגשים את אותה תכלית. בעניין זה, אין לצאת מתוך ההנחה כי המחוקק עושה מלאכת מופת... יש לגשת להבנת החוק בגישה מפוכחת. לעתים נתקבל החוק בלחץ של זמן; נעשו בו פשרות פוליטיות של הרגע האחרון; לעיתים נקבעו בו במתכוון הוראות מעורפלות אשר השופט ייתן להן משמעות משפטית."¹⁸

4.1.2 ההיסטוריה הטרום חקיקתית:

הרקע החברתי המשפטי הכללי שקדם להתקנת תקנות חובת המכרזים, יכול אף הוא ללמדנו על התכלית הסובייקטיבית של התקנה. חוק המעמד ואמנות הסוכנות וההסתדרות, מתארים היטב הן את הרקע המשפטי והן את הרקע החברתי שהיווה בסיס לקביעת המעמד המשפטי של המוסדות ותפקידיהם¹⁹.

בסעיף 1 לעיל פרטנו באריכות את תפקידי המוסדות, כפי שהם מוגדרים בחוק המעמד ובאמנות. כאמור לעיל, סעיף 10 לאמנות הסוכנות וההסתדרות קובע כי יוענקו לסוכנות ולהסתדרות היתרים והקלות "הדרושים על פי דין, לשם מילוי התפקידים המפורטים באמנה זו". הפטור המוענק בתקנה 3(19)(א) נועד, בהתאם לקבוע בסעיף 10 לאמנות, לסייע למוסדות אלו במילוי התפקידים המפורטים באמנות, ולא למטרות אחרות בעלי מאפיינים ציבוריים. על רקע זה, ברורה התכלית הסובייקטיבית של תקנה 3(19)(א), לפיה יש לפרש את גבולות הפטור בהתאם לתפקידי המוסדות הקבועים בחוק ובאמנות הסוכנות וההסתדרות.

4.1.3 ההיסטוריה הפרלמנטרית:

דיוני ועדת המשנה של ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, לענין תקנות חובת המכרזים, שופכים אור על קורותיה של התקנה ועל כוונת המחוקק בעת התקנתה.

¹⁷ ראה להלן, סעיף 345 לחוק החברות, תשנ"ט-1999

¹⁸ הי"ש 3 לעיל, בעמ' 402

¹⁹ ר' סעיף 4 לחוק המעמד, וכן המבוא לאמנות הסוכנות וההסתדרות.

בתחילה נקבע סעיף פטור ל"התקשרויות עם הקרן הקיימת לישראל, הסכנות היהודית, ההסתדרות הציונית או גיוינט ישראל, אם עשרים אחוז או יותר מעלות ההתקשרות ממומנים ע"י הגופים המתקשרים." ²⁰ בהמשך, ביקשה הסוכנות לפטור אותה לגמרי ממימון בהתקשרויות אלו, מן הטעם שהממשלה מתקשרת עם הסוכנות במידה והסוכנות פועלת ע"פ התפקידים שהוטלו עליה באמנה ע"י הממשלה, ולפיכך אין הצדקה לדרוש כי תממן ביצוע תפקידים אלו. כך תיאר זאת נציג הסוכנות בדיוני הועדה, מר אברמוביץ':

"מתי הממשלה מעבירה לסוכנות היהודית? הממשלה מעבירה לסוכנות היהודית במידה ופועלים ע"פ האמנה בין ממשלת ישראל לסוכנות היהודית, כלומר במקרה של חלוקת תפקידים הממשלה אומרת לסוכנות היהודית, את תעסקי בתחום מסוים ספציפי". ²¹

עוד נטען ע"י הסוכנות, כי היא אינה פועלת בשותפות עם הממשלה, בין השאר מכיוון שמעמדה כארגון צדקה בארצות הברית, אינו מאפשר לה להיכנס לשותפות עם הממשלה ולכן אינה יכולה לעמוד בדרישת המימון החלקי של ההתקשרות. ²²

הסוכנות הציעה לנסח את הסעיף באופן התואם את תפקידיה כפי שהוגדרו באמנה:

"התקשרות עם הסוכנות היהודית או עם ההסתדרות הציונית לצורך קיום תפקידיהן כקבוע באמנה שבין ממשלת ישראל לסוכנות." ²³

אלא שיו"ר הועדה, ח"כ פורז, ביקש לשנות את הסעיף ל"התקשרות לביצוע מטלות ציבוריות" והסביר כי מדובר מבחינתו על קליטת עליה ובניית מתנ"סים ולא פעילות מסחרית. יצוין כי דווקא נציג הסוכנות ביקש להחמיר עם הסוכנות על מנת שלא לקחת סיכון עם רשויות המס בארצות הברית ולא להתייחס למטלות ציבוריות אשר עלולות להתפרש כביצוע מטלות שלטוניות. לבסוף החליטה הועדה באותו דיון כי הנוסח ישונה ל"התקשרות לביצוע מטלות ציבוריות". שינויים אלו בנוסח חזרו על עצמם כמה פעמים בדיוני הועדה. ²⁴

סוגיה מכרעת שנדונה בוועדה, היתה סוגיית ההתיישבות. הסוכנות פעלה בתחום ההתיישבות החקלאית, הכפרית והקהילתית. הועדה נתנה דעתה לכך שהמדינה מעוניינת להתקשר עם הסוכנות בפטור ממכרז, על מנת שתוכל, באמצעות הסוכנות, להמשיך ולקיים את מדיניותה הקרקעית ועלה חשש שהתפקידים המפורטים באמנה אינם כוללים את כל הפעילות בתחום ההתיישבות. לפיכך, ביקשו חברי הועדה להוסיף התייחסות ליישובים קהילתיים ²⁵. סוגיה זו היתה הבסיס לביצוע

²⁰ פרוטוקול מס' 12 מדיוני ועדת המשנה מיום 2.2.93, עמ' 4

²¹ פרוטוקול מס' 13 מדיוני ועדת המשנה, מיום 7.2.93, בעמ' 3

²² שם, בעמ' 5

²³ דברי נציג הסוכנות אברמוביץ' – שם.

²⁴ פרוטוקול מס' 20 מדיוני ועדת המשנה, מיום 18.3.93, עמ' 48.

²⁵ פרוטוקול מס' 22 מדיוני ועדת המשנה, מיום 29.3.93, עמ' 38. בתחילה ביקשו להוסיף התייחסות להתיישבות חקלאית: "התקשרות לביצוע מטרות ציבוריות והתיישבות חקלאית". יצוין, כי בקשה זו נבעה מטעות מכיוון שדווקא התיישבות חקלאית מפורטת באמנה. לאחר מכן תוקנה טעות זו ונתבקשה תוספת ביחס ליישובים קהילתיים. בעקבות בקשה זו, ציינה עו"ד ליפשיץ ממשרד האוצר: "אני רוצה להזכיר לוועדה, שבעצם בתחילה דובר על מטרות ציבוריות לפי האמנות שנכרתו בין המדינה לבין הסוכנות. אחר כך אמרנו שנעשה את זה לא לפי האמנות, כדי שנכלול בזה התיישבות. אבל אם אנחנו מציינים אותם בנפרד, צריך לצמצם את זה למטרות ציבוריות לפי האמנות."

השינויים השונים בנוסח, על מנת שלא יהיה ספק בסמכות המדינה להתקשר עם הסוכנות בפטור ממכרז, בכל תחומי ההתיישבות, וכדברי עו"ד ליפשיץ ממשרד האוצר "לא להגביל את זה לאמנות אלא לדבר על התקשרויות עם הסוכנות למטרות ציבוריות ואז זה יכלול יישובים קהילתיים בכל הארץ, וכל מטרות ההתיישבות וכל מה שנכנס להגדרה של מטרה ציבורית."²⁶

אך הועדה סתמה ולא פרשה מה נכנס להגדרה של "מטרה ציבורית". לטעמנו, הועדה לא ביקשה להרחיב את התפקידים הקבועים באמנות, באמצעות תקנות חובת המכרזים, וליתן לסוכנות או להסתדרות סמכויות מעבר לסמכויות שהוקנו להן ע"פ חוק המעמד והאמנות. עם זאת, הועדה נתנה דעתה למורכבות נושא הקרקעות בדיוניה וביקשה להבהיר כי סמכויות הסוכנות כוללות ביצוע תפקידים בכל תחומי ההתיישבות. לפיכך, ניתן לטעון כי תקנת הפטור דנה במטרות ציבוריות בהתאם לאמנות וככל שתקנת הפטור מרחיבה מעבר לתפקידים המוגדרים באמנות, הרי שההרחבה נועדה לצרכים ההתיישבותיים שהוגדרו בתקנה.²⁷

4.2 התכלית האובייקטיבית

על תכליתו האובייקטיבית של דבר החקיקה ניתן ללמוד מלשון החוק וממקורותיו החיצוניים.

4.2.1 לשון תקנות חובת המכרזים

סעיף 2(א) לחוק חובת המכרזים, התשנ"ב – 1992, קובע את העיקרון לפיו, "המדינה, כל תאגיד ממשלתי, מועצה דתית, קופת-חולים ומוסד להשכלה גבוהה, לא יתקשרו בחוזה לביצוע עסקה בטובין או במקרקעין, או לביצוע עבודה, או לרכישת שירותים, אלא על-פי מכרז פומבי הנותן לכל אדם הזדמנות שווה להשתתף בו".

בצד העיקרון הכללי, הוסמך שר האוצר, באישור ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, לקבוע בתקנות נושאים שבהם לא תהיה חובה לערוך מכרז כלל, או שניתן יהיה לערוך מכרז סגור ולא מכרז פומבי (סעיף 4 לחוק חובת המכרזים). בהתאם לכך, הותקנו תקנות חובת המכרזים, התשנ"ג – 1993, ובמסגרתן נקבעו קריטריונים למתן פטור מחובת מכרז.

למרות שניתנה אפשרות לפטור ממכרז, עקרון עדיפות המכרז נשמר בתקנות. בתקנה 1(א) לתקנות חובת המכרזים, נקבע כי: "גוף ציבורי, יעדיף לבצע התקשרויות בדרך של מכרז פומבי רגיל, גם מקום שהותר לו לפי תקנות אלה לבצע התקשרויות שלא בדרך של מכרז פומבי רגיל." עוד נקבע בתקנה 1(ד), כי "החלטה של גוף ציבורי לבצע התקשרות שלא בדרך של מכרז, תתקבל לפי תקנות אלה לאחר בחינת האפשרות לערוך את ההתקשרות בדרך של מכרז, וככל שהדבר מוצדק וסביר בנסיבות העניין."

התכליות העומדות בבסיס העיקרון האמור, באו לידי ביטוי בפסיקה. בעמ"מ 8284/08 תעשיות אבן וסיד בע"מ נ' מנהל מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, ניתן ביום 13.09.2010 (להלן: "פס"ד אבן וסיד")), קבע בית-המשפט העליון כי:

²⁶ פרוטוקול מס' 24 מדיוני ועדת המשנה, מיום 3.5.93, בעמ' 21

²⁷ שם וכן פרוטוקול מס' 20 מיום 18.3.93, בעמ' 47-50, פרוטוקול מס' 22 מיום 29.3.93, בעמ' 34-38 וכן ראה דיוני ועדת חוקה חוק ומשפט מיום 10.5.93, בעמ' 23

"מנגנון המכרז הציבורי נועד להגשים מספר תכליות ציבוריות חשובות. בין היתר, מבקש הוא ליצור תנאים המאפשרים שמירה על טוהר המידות בהתקשרויותיה הכלכליות של המדינה עם גורמים פרטיים, ולמנוע שחיתות ומשוא פנים מצד פקידי ציבור. מטרה נוספת היא לאפשר לרשות המנהלית להתקשר בעסקה כלכלית מיטבית, תוך התנהלות יעילה החוסכת כספי ציבור... המכרז הציבורי נועד לוודא – בנוסף – כי הרשות מחויבת להעניק הזדמנות שווה לכל פרט בחברה, להתמודד על הזכות לקשור עמה עסקה".

באותו פסק-דין נקבע, כי יש לתת לתקנות הפטור ממכרז, פרשנות מצמצמת, כאשר "הצורך בנקיטת גישה פרשנית מצמצמת בנוגע להפעלת הסמכות לפי תקנה זו עולה גם מן התכליות הכלליות העומדות ביסוד דרישת המכרז, שהוא – כאמור – 'דרך המלך' לביצוע התקשרויות בין המדינה לבין גורמים פרטיים, בפרט בכל הקשור לזיכיונות הנוגעים למשאבי טבע מוגבלים".

כך גם נקבע בבר"מ 2349/10 שעשועים וספורט בע"מ נ' עיריית בני-ברק (פורסם בבנו, ניתן ביום 20.05.2010):

"חרף קיומו של הפטור האמור בתקנות העיריות (ופטור דומה בתקנה 29) לתקנות חובת המכרזים... הרי שהכלל הוא עדיין קיומו של מכרז פומבי, והפטור הרלוונטי לענייננו ל'ספק יחיד' – הוא בגדר חריג... הטעם לכך נעוץ בעובדה שהתקשרות בפטור ממכרז חותר תחת כל האינטרסים העומדים ביסוד המכרז הפומבי: הבטחת תנאים של שוויון לתחרות או לזכייה, תוך שמירה על שקיפות, התנהלות ראויה וטוהר המידות בהתקשרות, ולבסוף מתן אפשרות לרשות המנהלית להתקשר בעסקה שתמצה את תועלתה הכלכלית".

בעמ"מ 8412/07 חברת מלון ומלון סוויטות אף.אס.אר בירושלים בע"מ נ' שימי הורן (פורסם בבנו, ניתן ביום 04.03.2009) התייחס בית-המשפט העליון להקצאת מקרקעין שלא על-פי מכרז פומבי, באומרו כי "החלטה להקצות מקרקעין שהינם רכוש הציבור, שלא על ידי מכרז פומבי, אמורה להתקבל רק במקרים חריגים ונדירים".

ועוד נאמר באותו פסק-דין כי "...למרות שתקנות חובת המכרזים נוקבות בפטורים לא מעטים מהחובה של עריכת מכרז פומבי, עריכת מכרז פומבי הינה הכלל והמקרים המפורטים בתקנות המכרזים, ואשר מצדיקים הענקת פטור מעריכת מכרז, הינם חריגים... בהתאם לכך קבע בית-משפט זה בעבר, כי לאור העקרונות העומדים ביסוד דיני המכרזים, יש לפרש את תקנות חובת המכרזים בצמצום רב...".

ההלכה, לעניין זה, סוכמה בספרו של עומר דקל מכרזים (שורת הדין – הוצאה לאור, תשס"ד – 2004):

"הוראות הפטור, רבות ככל שיהיו, הן עדיין בגדר חריג לכלל המחייב עריכת מכרז. נוסף על כך, ראוי להתחשב בכך שהתקשרות של הרשות עם גורם פרטי ללא עריכת מכרז עשויה להיחשב כפגיעה לא מידתית בחופש העיסוק של מתקשרים פוטנציאליים אחרים, וכפגיעה בזכותם של מתקשרים פוטנציאליים אלה לשוויון הזדמנויות. המסקנה המשפטית הנובעת מכך היא, שאת הוראות הפטור ראוי לפרש על דרך הצמצום" (כרך ראשון, עמ' 219).

לאור התכליות האובייקטיביות המפורטות לעיל, יש לפרש את הפטור ממכרז שניתן ע"פ תקנה 19)3(א) על דרך הצמצום, באופן שהמונח "מטרות ציבוריות" יפורש בהתאם לאמנה וככל שתקנת הפטור מרחיבה מעבר לתפקידים המוגדרים באמנה, הרי שזה לצרכים ההתיישבותיים שהוגדרו בתקנה.

4.2.2 הביטוי "מטרות ציבוריות" בחוקים אחרים

• "מטרות ציבוריות" - בחוק החברות, התשנ"ט-1999

בתקנות חובת המכרזים אין הגדרה של "מטרות ציבוריות" ואולם בתקנה 3 לתקנות חובת המכרזים, ולצורך הגדרת "גוף ציבורי" בתקנה זו בלבד, יש הפניה למטרות ציבוריות המפורטות בחיקוק אחר. תקנה 3 לתקנות חובת המכרזים, הדנה בפטור ממכרז בהתקשרות מסגרת עם חברה ממשלתית, מגדירה את המונח "חברה ממשלתית" כדלקמן:

"חברה ממשלתית" – חברה ממשלתית, לרבות חברה בת ממשלתית או חברה מעורבת כהגדרתן בחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975, או תאגיד אחר כאמור בסעיף 60 לחוק האמור ובלבד שעם בעלי מניותיה של החברה המעורבת נמנים רק המדינה וגופים ציבוריים; לעניין זה, "גוף ציבורי" – כל תאגיד שבתקונו או בחוק או בחיקוק שהקימו נקבעו מטרות ציבוריות כמפורט בתוספת לפי סעיף 345 לחוק החברות, התשנ"ט-1999;

סעיף 345 לחוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן: "חוק החברות"), מגדיר מהי חברה לתועלת הציבור²⁸:

"(א) חברה לתועלת הציבור היא חברה שבתקונו נקבעו מטרות ציבוריות בלבד וכן איסור על חלוקת רווחים או חלוקה אחרת לבעלי מניותיה (בפרק זה – חלוקת רווחים).

(ב) בפרק זה, "מטרות ציבוריות" – מטרה כמפורט בתוספת השנייה; השר, באישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, רשאי לשנות את התוספת השנייה."

התוספת השנייה לחוק החברות קובעת כדלקמן:

"פירוט המטרות הציבוריות

מטרה שענינה הוא אחד מאלה:

²⁸ ר' בענין זה, חוק תכנון משק החלב, תשע"א-2011, הקובע בסעיף 16 כי מטרותיה של מועצת החלב, שהינה חברה לתועלת הציבור הפועלת בהתאם לחוק תכנון משק החלב, יהיו מטרות ציבוריות בלבד, המפורטות בס"ק (א) ומתייחסות כולן למשק החלב.

- (1) איכות הסביבה, הגנת הסביבה או הכרת הטבע והסביבה;
- (2) בריאות או הצלת חיים;
- (3) דת, מורשת או הנצחה;
- (4) הגנה על בעלי חיים ודאגה לרווחתם;
- (5) זכויות אדם;
- (6) חינוך, הכשרה מקצועית, תרבות או אמנות;
- (7) מדע, מחקר או השכלה גבוהה;
- (8) ספורט;
- (9) עליה, קליטה או התיישבות;
- (10) צדקה או סעד;
- (11) רווחת הקהילה או פעילות קהילתית, חברתית או לאומית;
- (12) שלטון החוק, משטר, או מינהל ציבורי;
- (13) הקמת קרנות או ארגונים לעידוד או לתמיכה בגוף הפועל לאחת או יותר מהמטרות המנויות בתוספת זו.

• "מטרות ציבוריות" - בחוק החברות הממשלתיות, תשל"ה-1975

סעיף 63 לחוק החברות הממשלתיות, תשל"ה-1975 קובע כי הוראו החוק לא יחולו, בהתקיים תנאים מוסיימים, על חברה שהוקמה להשגת מטרות ציבוריות בתחומים מסויימים, כמפורט להלן:

"63. הוראות חוק זה, כולן או מקצתן, לא יחולו על -

(1) חברה אשר הממשלה, באישור הועדה, החליטה שטעמים של בטחון המדינה, של יחסי חוץ או של קשרי מסחר בין-לאומיים מתייבים שלא להחיל עליה;

(א1) חברה אשר תקנונה אוסר על חלוקת רווחים לבעלי מניותיה, שהוקמה להשגת מטרות ציבוריות בתחום הרווחה, התרבות, הבריאות או החינוך, ושכל פעולותיה הן לשם השגת מטרות אלה, ואשר הממשלה, לפי הצעת הרשות ובאישור הועדה, החליטה שטעמים הקשורים לאופי פעילותה של החברה מתייבים שלא להחיל עליה;"

החוקים השונים, העושים שימוש במונח "מטרות ציבוריות", ומגדירים, או תוחמים, את המטרות באופן שונה בכל חוק, נובעים מתכליתו הספציפית של כל דבר החקיקה, ללמדנו כי אותו ביטוי עשוי לקבל משמעות שונה בחוקים שונים, שכן הוא בא להגשים תכליות שונות²⁹. עם זאת, "ההרמוניה החקיקתית" נשמרת שכן לצורך פרשנות המונח "מטרות ציבוריות" בחוק החברות ובחוק החברות הממשלתיות, מפנים למקור ההסמכה של החברה - המטרות הקבועות בתקנון החברה. בדומה לכך, יש לפרש את המונח "מטרות ציבוריות" כמפנה למקור ההסמכה של הסוכנות וההסדרות - חוק המעמד והאמנות.

²⁹ שם, בעמ' 402, 417

4.2.3 מעמדם המשפטי של חוק חובת המכרזים ותקנות חובת המכרזים למול חוקי יסוד

חוק חובת המכרזים, הסמיך בסעיף 4(א) את שר האוצר, באישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, לקבוע בתקנות סכומים, סוגי עסקאות ונהלים לסיווג עסקאות, שלגביהם לא תהיה חובה לערוך מכרז כלל. בהתאם לכך, נקבעה תקנה 3(19)(א) לתקנות חובת המכרזים.

עם זאת, בסעיף 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק, הסמיך המחוקק את הרשות המבצעת לפגוע בזכויות רק בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש. לפיכך, יש להימנע ממתן פרשנות מרחיבה לפטור ממכרז, אשר פוגעת בשוויון וכתוצאה מכך, בחופש העיסוק.

4.2.4 ההלכה השיפוטית ועקרונות היסוד של השיטה

לבסוף, בבואנו לפרש את תכלית החוק, יש לתת משקל הולם לעקרונות היסוד של השיטה. שלושת השיקולים המרכזיים בהקשר זה, כפי שהוזכרו לעיל, הינם: שמירה על שוויון הזדמנויות לציבור, השאת התועלת הכלכלית לקופה הציבורית ושמירה על טוהר המידות.³⁰ כל אחד משיקולים אלו, מחזק ומחדד את הצורך במתן פרשנות מצמצמת למונח "מטרות ציבוריות".

בנוסף, יש לתת את הדעת למאפייניהם של המוסדות כגופים פרטיים וציבוריים כאחד – גופים "דו-מהותיים". הגדרתו של גוף כדו-מהותי רלבנטית, בין היתר, לשאלה אלו דינים חלים עליו, המשפט הפרטי, המשפט הציבורי או שניהם גם יחד ובאיזו מידה. הבחינה נעשית בשני שלבים: הראשון, בשים לב למטרותיו של הגוף, לפעילותו ולקיומם של סממנים ציבוריים בו כאמור, והשני, בשים לב לסוגיה הספציפית הנבחנת. ודוק, ככל שהסממנים הציבוריים גוברים, כך תגבר הנטיה להחיל על הגוף את כללי המשפט הציבורי.³¹ בענייננו, סיווג המוסדות כגופים דו מהותיים משמעו כי על המוסדות לפעול במסגרת התפקידים שהוטלו עליהם:

"הסוכנות היהודית לארץ ישראל אינה גוף פרטי גרידא. הסוכנות היהודית היא גוף דו מהותי, כלשונו של בית המשפט העליון, היא גוף שכל זכות קיומו אינו אלא לתת שירות לציבור..... חוק זה (חוק המעמד – מ.מ) תוחם את סמכויותיה של הסוכנות היהודית.... הנה כי כן, אין לסוכנות היהודית זכות קיום אלא לצורך המטרות שהציב לה החוק. מדובר בעזרה למדינה בקיבוץ גלויות, פיתוח הארץ וישובה, קליטת העולים מהתפוצות ותיאום פעולותיהם בישראל של מוסדות ואיגודים יהודיים הפועלים בתחומים אלו. ישות כזו שכל כולה קיימת לצורך הציבור, חלים עליה, לצד המשפט הפרטי, כללים מסוימים של המשפט המנהלי."³²

³⁰ פס"ד אבן וסיד הנ"ל, בעמ' 21

³¹ ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, בעמ' 487, 492

³² השופט אלישבע ברק בדב/נז 3-68 אריק שקד נ' הסוכנות היהודית. יצוין כי בפסק דינה מציינת השופטת ברק כי הסוכנות היא גוף שהוקם מכת חוק המעמד ואולם בפס"ד בית רבקה נקבע כי חוק המעמד הינו חוק הצהרתי בלבד והאמנה הינה ברית והסכם בין הממשלה לסוכנות. כפועל יוצא, הסוכנות נטלה על עצמה את התפקידים הקבועים באמנה מפני שהיא רצתה לבצען (עמ' 3).

ועוד עמד על כך השופט מ. אלון בבג"צ 4212/91 המוסד החינוכי הממלכתי דתי העל יסודי לבנות "בית רבקה" נ. הסוכנות היהודית לארץ ישראל,³³:

"יתכן ומקום יהא להסיק במקרה דנן שהסוכנות פועלת בנושא העתירה כגוף דו מהותי, מכוח שיתוף הפעולה בינה לבין ממשלת ישראל, מהותו הציבורית המובהקת של נושא קליטת העלייה וקיבוץ הגלויות וכיוצא באלה...".

באופן דומה, הובעה עמדה זו בפסיקה אף ביחס להסתדרות. כך בבש"א (י-ם) 2134/08 כץ נחום נ' ההסתדרות הציונית העולמית³⁴:

"...בנסיבות העסקה מסוג זה בחו"ל על כל הכרוך והמשתמע גם כלפיו וגם כלכלית וטכנית, מוצאים אנו כי אף שאין מדובר בזכות קנייה היה מקום לערוך לו שימוע. זאת גם לנוכח פסיקתו העדכנית של בית הדין הארצי לעבודה בדבר שימוע גם בסקטור הפרטי, קל וחומר בגוף דו מהותי שלדעתנו המשיבה עונה להגדרה זו."

5. סיכום

מן המקובץ עולה, כי הן התכלית הסובייקטיבית והן התכלית האובייקטיבית של תקנה 3(19)(א), תומכות בפרשנות המוצעת שלפיה יש לנקוט בגישה דווקנית ביחס למטרות הציבוריות, שעבורן ניתן להתקשר עם המוסדות בפטור ממכרז, ולהגבילן לתפקידי המוסדות שנקבעו בחוק המעמד ובאמנות, ולמטרות התיישבות המפורטות בתקנה - הקמה, ביסוס והרחבה של ישובים קהילתיים, כפריים או חקלאיים.

פרשנות זו מתבקשת נוכח מעמדן הממלכתי הייחודי של המוסדות, כפי שבא לידי ביטוי בחוק המעמד ובאמנת הסוכנות וההסתדרות, כמו גם מסקירת לשון התקנה הספציפית ותקנות חובת המכרזים בכלל, מעמדן של תקנות חובת המכרזים למול חוק חובת המכרזים וחוקי היסוד וכן הפרשנות המצמצמת שיש לתת לתקנות הפטור ממכרז לנוכח הוראות חוק חובת המכרזים, "כוונת המחוקק" כפי שבאה לידי ביטוי בדיוני ועדת המשנה בכנסת, הרקע ההיסטורי התברתי והמשפטי, ההלכה השיטתית ועקרונות היסוד של השיטה.

בבוחנה,


מיכל מסטיי, עו"ד

ממונה (יעוץ משפטי)

³³ פד"יי מ"ז(2), 661, בעמ' 677

³⁴ פורסם בנבו 11.2.2009 בעמ' 5.