



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.

עמדנו 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 המעמדי") 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.

א. 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 הסוכנות.²

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 יצוין, כי לא ברור אם סעיף 4 לחוק המעמד מציין את תחומי הפעילות כרשימה סגורה, ובמקרה זה ניתן לפרש את תפקידי הסוכנות המנויים בסעיף 1(ו)-(ח) וכן ההתייחסות לנוקשים 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 לפעול, וסעיף 7 בחוק מאפשר לקבוע תפקידים נוספים באמנה, במסגרת "צורת שיתוף הפעולה" שתקבע באמנה, כאמור בסעיף 7 לחוק המעמד.

³ ראה ח"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 וחקלות 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 והחקלות, 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 19(3)(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 מטרות ציבוריות לרבות הקמה, ביסוס והרחבה של ישובים קהילתיים, כפריים או חקלאיים."

מעמדם 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 20(3)(א) לתקנות חובת המכרזים (התקשרויות מערכת הבטחון), תשנ"ג-1993 וכן תקנה 16(3)(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 מטרות 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 מסוימת 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 - ל"יחידה 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 ידי; 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 הפירוש.⁸ 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 משווה.⁹

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

רח' קפלן 3, הקריה, ירושלים 91007, טל: 02-6705635, פקס: 02-5638693
3 Kaplan St. Jerusalem 91007. Tel: +972 (2) 6705635. Fax: +972 (2) 5638693

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 להסדרות ולסוכנות. לפיכך, פרשנות "המטרות הציבוריות" היא – המטרות הציבוריות המוגדרות בתפקידי הסוכנות באמנת הסוכנות.

תקנה 3(19)(ג) עוסקת בהתקשרות עם קרנות ומוסדות הנשלטים בלעדית בידי הסוכנות היהודית, ההסדרות הציוניות או קרן היסוד – המגבית המאוחדת לישראל (למעט הקרן הקיימת לישראל). קרנות ומוסדות אלו מוגדרים בסעיף 1 לנספחים לאמנת הסוכנות ואמנת ההסדרות 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 גיוינט ישראל (להלן: "המוסד הלאומי"), או תאגיד בשליטת גיוינט ישראל, כאשר המוסד הלאומי מממן 25% ויותר, או במקרה של תאגיד בשליטת הגיוינט – 50% ויותר, מערך בהתקשרות, פטורה אף היא ממכרז¹⁴.

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

על אף חדין השונה שהוחל על הקק"ל והגיוינט, קק"ל בדומה להסדרות ולסוכנות, התומה 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 ההסדרות – העוסק בחברות לתועלת הציבור, על פי הוראות פקודת ההקדשות לצרכי צדקה, הנשלטות באופן בלעדי על-ידי ההסדרות הציוניות / הסוכנות היהודית; וכן בכל תאגיד שבבעלותם ובשליטתם הבלעדית של ההסדרות הציוניות / הסוכנות היהודית ו/או של הקרנות ושאר המוסדות המפורטים בנספח, כולם או מקצתם, אשר לא נועד להשגת רווחים או אשר פעילותיו ו/או נכסיו מוקדשים באופן בלעדי להשגת מטרותיה של ההסדרות הציוניות / הסוכנות היהודית ו/או של הקרנות והמוסדות האמורים; בתנאי כי במקרה של פירוק תאגיד כאמור, יועברו כל נכסיו הועודפים להסדרות הציוניות / 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), תש"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 ההסדרות הציוניות העולמית בקרב הציבור היהודי בארץ ובגולה באיסוף כסף לגאולת אדמה מן השממה ובהסברה ובחינוך ציוני-ישראלי, והממשלה תושיט לקרן הקימת לישראל עזרה בפעולות הסברה ותעמולה בישראל ובחוץ לארץ (סעיף 11).

באשר לגיוניט – 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 גוינט 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 תתעסקי 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 שכלול 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 יכול ליישבים 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, חרי שהרחבה 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 ב1(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 ב1(ד), כי "החלטה של גוף ציבורי לבצע התקשרויות שלא בדרך של מכרז, תתקבל לפי תקנות אלה לאחר בחינת האפשרות לערוך את ההתקשרויות בדרך של מכרז, וככל שהדבר מוצדק וסביר בנסיבות העניין."

התכליות העומדות בבסיס העיקרון האמור, באו לידי ביטוי בפסיקה. בע"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 בגבו, ניתן ביום 20.05.2010).

"חרף קיומו של הפטור האמור בתקנות העיריות (ופטור דומה בתקנה 29) לתקנות חובת המכרזים... ההרי 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 אפ.אס.אר בירושלים בע"מ נ' שימי הורן (פורסם בגבו, 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 דסל 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 3(19)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 3ד לתקנות חובת המכרזים, ולצורך הגדרת "גוף ציבורי" בתקנה זו בלבד, יש הפניה למטרות ציבוריות המפורטות בחיקוק אחר. תקנה 3ד לתקנות חובת המכרזים, הדנה בפטור ממכרז בהתקשרות מסוגת עם חברה ממשלתית, מגדירה את המונח "חברה ממשלתית" כדלקמן:

"חברה ממשלתית" – חברה ממשלתית, לרבות חברת 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 שבתקנונו 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 שבתקנונה 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 השניה לחוק החברות קובעת כדלקמן:

"פירוט המטרות הציבוריות

מטרה שעניינה 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.

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 ...".

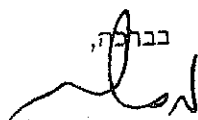
באופן דומה, הובעה עמדה זו בפסיקה אף ביחס להסתדרות. כך בבש"א (י-ם) 2134/08 כץ נחום נ' ההסתדרות הציונית העולמית³⁴:

"...בנסיבות העסקה מסוג זה בחו"ל על כל הכרוך והמשתמע גם כלפיו וגם כלכלית וטכנית, מוצאים אנו כי אף שאין מדובר בזכות קנויה 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 ההתיישבות 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 ובאמנות 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 החברתי והמשפטי, ההלכה השיפוטית ועקרונות היסוד של השיטה.

בברכה,


מיכל מסטיי, עו"ד

ממונה (יעוץ משפטי)

³³ פד"י מ"ז(2), 661, בעמ' 677

³⁴ פורסם בנבו 11.2.2009 בעמ' 5.