



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 1234/10

בפני : כבוד הנשיאה ד' ביניש  
כבוד השופט ח' מלצר  
כבוד השופט ע' פוגלמן

העותרת : א. דינמיקה אחזקות 2002 בע"מ

נגד

המשיבים : 1. המינהל האזרחי לאזור יהודה ושומרון  
2. מחמוד אבו עין

המשיבים הפורמליים : 1. אלאמג'ד חברה ערבית לקבלנות  
2. ע.ר.ד. הובלות דוד בע"מ  
3. נ. ג'אן בע"מ  
4. גרר דני חדד  
5. עיט בע"מ

עתירה למתן צו על-תנאי וצו ביניים

תאריך הישיבה : י"ח באדר התש"ע (4.3.2010)

בשם העותרת : עו"ד ארז טיקולסקר, עו"ד אורי איילון

בשם משיב 1 : עו"ד דנה מנחה, עו"ד חני אופק  
בשם משיב 2 : עו"ד עבידאת אבראהים אס  
בשם משיב 4 : עו"ד רונן פרץ  
בשם משיב 6 : עו"ד יהודה ריסקין

### פסק-דין

השופט ע' פוגלמן:

ועדת המכרזים של המנהל האזרחי באזור יהודה ושומרון הכריזה על משיב 2 כזוכה במכרז – שפורסם על-ידי המנהל האזרחי – להענקת שירותי פריקה והעמסה

במעבר ביתוניא. העותרת טוענת כי המשיב 2, שהוא מעסיק פלסטיני, חייב לשלם לעובדיו הפלסטיניים שכר מינימום ותנאים נלווים קוגנטיים הקבועים בדין הישראלי וכי ההצעה שהגיש לא תאפשר זאת. לפיכך עותרת היא לביטולה של החלטת ועדת המכרזים. האם טענת העותרת בדין יסודה? זו השאלה הדרושה להכרעתנו בגדרי עתירה זו.

עיקרי העובדות הצריכות לעניין

1. מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון (להלן: האזור) הסמיך את ראש המינהל האזרחי (להלן: משיב 1 או המנהל) לקבוע נקודות מעבר של טובין בין שטחי האזור לבין שטחי ישראל ואת ההסדרים שיחולו בהן. זאת, מכוח הוראות הצו בדבר העברת טובין (יהודה ושומרון) (מס' 1252), התשמ"ח-1982. בהתאם לסמכות שהוענקה לו, קבע משיב 1, בהודעה בדבר קביעת נקודות מעבר טובין (יהודה ושומרון), התשס"ח-2008, את נקודות המעבר, וכיניח את נקודת המעבר בביתוניא, בה עוסקת העתירה שלפנינו. משיב 1 קבע, כי העברת הסחורות במעבר ביתוניא תבצע בשיטה המכונה "גב אל גב", היינו, פריקת סחורות לפני נקודת המעבר והעמסתן מחדש מעברה השני. בנוסף, החליט משיב 1 להעניק, באמצעות מכרז, זיכיונות לביצוע פריקת והעמסת הסחורות במעבר. בהתאם להחלטה זו פורסם על-ידי המשיב 1 ביום 15.10.2009 מכרז ל"מתן רשות לספק שירותי פריקה והעמסה של סחורה (שירותי סבלות) במעברי סחורות בין איו"ש לישראל" שמספרו 16/2009 (להלן: המכרז). רשות המוענקת מכוח המכרז היא לתקופה של שנה, ולמשיב 1 עומדת האפשרות להאריכה בשתי תקופות נוספות בנות שנה כל אחת. לתנאי המכרז שפורסם ולנספח השירותים שצורף לו נתייחס בהמשך.

2. משחלף המועד להגשת הצעות ועם פתיחתה של תיבת המכרזים, התברר כי שבע ההצעות שהוגשו למכרז – וכיניחן גם הצעתה של חברת א. דינמיקה אחזקות 2002 בע"מ (להלן: העותרת) – עומדות בתנאי הסף שפורסמו. ביום 16.11.2009 התכנסה ועדת המכרזים (להלן: הוועדה) וקבעה כי הזוכה במכרז הוא מחמוד אבו עיון (להלן: משיב 2), לאחר שמצאה שהצעתו היא ההצעה "הטובה ביותר, אשר מעניקה את מירב היתרונות בהתאם לתנאי המכרז". הוחלט, כי כלל העבודות ימסרו למשיב 2, וככל שהוא לא יעמוד בהתחייבויותיו, תימסרנה העבודות לספק שדורג במקום השני במכרז.

3. ביום 3.12.2009 הגישה העותרת השגה על החלטת הועדה ובגדרה טענה, בין היתר, כי קיים "חשש רציני ביותר" שהמזיעים שדורגו במקום הראשון והשני לא יוכלו לשלם לעובדיהם שכר מינימום כדין או לספק להם תנאים נלווים קוגנטיים אחרים המתחייבים מדיני העבודה. לאחר בחינת ההשגה, ובתיאום עם הייעוץ המשפטי באיו"ש, נמסרה לעותרת ביום 17.12.2009 הודעה טלפונית בדבר הקפאת החלטת הועדה באשר לזכייה עד לדיון מחודש בוועדת המכרזים. הועדה התכנסה לדיון נוסף ביום 27.12.2009. בדיון זה הוחלט כי ניקוד ההצעות ודירוגן ייבחנו בשנית, וכי העניין יובא לדיון נוסף בפני הועדה. בהתכנסותה השלישית, שנערכה ביום 14.1.2010, החליטה הועדה לדחות את השגותיה של העותרת ולהותיר על כנה את ההחלטה בדבר זהותו של הזוכה במכרז. בנוסף, החליטה הועדה לבחון את האפשרות לדרג את העותרת כזוכה השנייה במכרז. זאת, כפועל יוצא משקלול הניקוד המחודש של המזיעים במכרז – שנערך לפי טבלת ניקוד עדכנית. העותרת אושרה כספק חליפי, והודעה על כך נמסרה לה ביום 11.2.2010. החלטתה של הועדה הובאה לידיעת העותרת במכתבו של נציג היועץ המשפטי באיו"ש מיום 24.1.2010. במכתב זה נדחו טענותיה בדבר חובת תשלום שכר מינימום לעובדי הקבלן, בזו הלשון:

"בכל הנוגע לתשלום שכר מינימום לפועלים שיועסקו במסגרת מתן שירותי הפריקה, נבקש לציין, כי איננו מכירים מקור משפטי המחייב מעסיק שאינו ישראלי לשלם לעובדיו שכר מינימום כגובהו במדינת ישראל."

בעקבות הודעה זו נתקיימה בין הצדדים חליפת מכתבים נוספת, שבמסגרתה הובהר לעותרת במכתב מיום 4.2.2010, כי סעיף 3ב לצו בדבר העסקת עובדים במקומות מסוימים (יהודה והשומרון) (מס' 967) התשמ"ב-1982 (להלן: הצו בדבר העסקת עובדים במקומות מסוימים או הצו) "קובע באופן מפורש, כי חובת תשלום שכר מינימום, במקרים בהם העסקת עובדים מתבצעת מחוץ ליישוב ישראלי באזור, חלה על מעסיק ישראלי בלבד" ומשכך, היא אינה חלה על הקבלן הזוכה. עוד הובהר, כי על מנת להבטיח את הפעלתו הסדירה של מעבר הסחורות בביתוניא, הוחלט כי העותרת תסיים את פעילותה במעבר ביום 24.1.2010 וכי הזוכה יחל את פעילותו למחרת היום.

מכאן העתירה שלפנינו.

4. לטענת העותרת, קיים חשש כי משיב 2 לא יוכל לעמוד בחובתו לשלם לעובדיו שכר מינימום ולספק להם זכויות קוגנטיות נלוות. טענתה זו של העותרת מבוססת על תחשיב של עלות שכר למעביד לכל שעת עבודה בענף לפי הודעת החשב הכללי; על נתונים שהציג משיב 1 באשר לנפח התנועה במעבר; ועל פרטי ההצעה הזוכה במכרז. להשקפת העותרת, משיב 1 היה מחויב לבדוק אם ההצעה הזוכה אינה חורגת מהוראות הדין באופן שיש בו משום פגיעה בזכויות עובדים ובחובתו זו לא עמד. את טענתה בדבר חובת תשלום שכר המינימום והתנאים הנלווים לפי הדין הישראלי, מבקשת העותרת לבסס על ארבעה מקורות שונים, שיובאו כאן, למען הנוחות, לפי סדר הדיון בהם בהמשך. הראשון, עניינו בתקנת הציבור. לעמדת העותרת, מתן אפשרות להעסיק עובדים ללא תשלום שכר מינימום במסגרת מכרז המתפרסם בידי גוף שלטוני ישראלי מנוגדת לתקנת הציבור. זאת, משום שבפסקי-דין שיצאו מלפני בית משפט זה כמו גם בפסקת בתי הדין לעבודה, הוחלה חקיקת המגן הישראלית על העסקת תושבי האזור. השני, הצו בדבר העסקת עובדים במקומות מסוימים, המחייב, לשיטתה של העותרת, את משיב 1 לדאוג לתשלום שכר מינימום לעובדים המועסקים עבורו, בין אם מדובר בתושבי ישראל, בין אם מדובר בתושבי האזור ובין אם מדובר בכל אדם אחר. לעמדת העותרת, הצו בדבר העסקת עובדים במקומות מסוימים מחייב את משיב 1 לדאוג לתשלום שכר המינימום הן באופן ישיר – מכוח היותו מעסיק ישראלי באזור – הן כמי שמשמש "מעסיק בפועל" של עובדי הזכייין. השלישי, תנאי המכרז והנספחים לו. בהקשר זה צוין, כי על-פי נספח השירותים למכרז, מחויב הקבלן להעסיק את עובדיו בהתאם להוראות כל דין; וכי בתנאי המכרז עצמם נקבע כי על הוראות ההיתר שיינתן לזכייין יחולו דיני מדינת ישראל. הרביעי עניינו בעקרון השוויון. העותרת סבורה, כי הכרה באפשרותו של קבלן שאינו ישראלי שלא לשלם שכר מינימום לעובדיו טומנת בחובה חוסר שוויון מובנה בינו לבין משתתפי המכרז הישראליים, המחויבים לנהוג לפי דיני העבודה הנוהגים בישראל.

עמדת המנהל האזרחי

5. לעמדת המנהל, הוראות הצו בדבר העסקת עובדים במקומות מסוימים אינן חלות על העסקת עובדי המשיב 2, שכן העסקה זו אינה באמצעות "מעסיק ישראלי", אלא באמצעות מעסיק פלסטיני. בהקשר זה הודגש, כי בנסיבות המקרה שלפנינו, המנהל איננו מעסיק בפועל, אלא פועל כגוף מנהלי המעניק היתר למתן שירותי פריקה המנהל אינו מעורב כלל ועיקר במערכת יחסי העבודה הנרקמת בין בעל ההיתר

לעובדיו. בהמשך נטען, כי פסקי הדין אליהם מפנה העותרת בתמיכה לטענותיה בדבר תחולת הדין הישראלי על מערכת יחסי העבודה שלפנינו עסקו כולם במקרים בהם המעסיק של עובדי האזור היה ישראלי, ואילו במקרה שלפנינו מדובר במעסיק פלסטיני. ממילא, לעמדתו של משיב 1 יישום ההלכות אליהן מפנה העותרת מוביל למסקנה כי הדין החל על עובדי המשיב 2 הינו דין האזור. משיב 1 סבור, כי תנאי ההיתר ותנאי המכרז אינם יכולים להקים חבות של בעל הזיכיון לשלם שכר מינימום לעובדיו הפלסטינים, מקום שחבות כזו אינה חלה עליו מכוח דין חיצוני אחר. עמדתו של משיב 1 בעניין זה היא, כי ההיתר נועד להבנות את מערכת היחסים בין בעל הזיכיון לבין המנהל האזרחי; ולא את מערכת היחסים שבין בעל הזיכיון ובין עובדיו. תנאי ההיתר לא נועדו אפוא להחיל על מערכת יחסי עבודה זו את הדין הישראלי. לבסוף, שולל משיב 1 את טענותיה של העותרת בעניין הפגיעה בעיקרון השוויון, ובהקשר זה הוא טוען כי מקום בו מערכת דינים חיצונית להוראות המכרז יוצרת פער בין המשתתפים אין מקום לחייב את כלל המשתתפים לעמוד בדרישות הדין החיצוני המחמיר מכוח עיקרון השוויון. משכך, העובדה שעל המתמודדים השונים במכרז נושא הדיון חלות מערכות נורמטיביות שונות – הצו חל על העותרת אך לא על משיב 2 – אינה פוגעת, לעמדתו, בעיקרון השוויון.

דיון והכרעה

מסגרת הדיון

6. העותרת מבקשת כי נתערב בהחלטתה של ועדת המכרזים שקבעה כי המשיב 2 הינו הזוכה במכרז. העותרת סבורה, כי קיימת עילה להתערב בהחלטתה של וועדת המכרזים משום שמשמעותה של החלטה זו היא קבלת הצעה במכרז שיש בה משום פגיעה בזכויותיהם של עובדי המשיב 2, ובעיקר בזכותם לקבל שכר מינימום לפי הדין הישראלי. מקובל עלינו, כי ככל שיוכח שבנסיבות העניין קמה למשיב 2 חובת תשלום שכר מינימום כאמור וחובה זו הופרה – יהיה מקום לפסול את ההחלטה (וראו: ע"ם 9241/09 שלג לבן בע"מ נ' עיריית אשקלון (לא פורסם, 8.7.2010)). נפנה, אפוא, לבחון אם המקורות עליהם מצביעה העותרת אכן מקימים את החובה לה היא טוענת.

הדין החל באזור והפעלתם של כללי ברירת דין בתחום יחסי העבודה באזור

7. בשורה של פסקי דין שיצאו מלפני בית משפט זה נקבע, כי שטחי האזור נתונים תחת משטר של תפיסה לוחמתית. באזור ממשיך לחול ממשל צבאי שבראשו עומד מפקד צבאי. המשפט, השיפוט והמנהל של ישראל לא הוחלו באזור (ראו: בג"צ

393/82 ג'מעית איסכאן אלמעלמון נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד לז(4) 785, 792 (1983).  
להלן: עניין ג'מעית איסכאן; בג"צ 2150/07 עלי חסיין אבו צפיה, ראש מועצת הכפר  
בית-טירא נ' שר הביטחון (לא פורסם, 29.12.2009) פסקה 14; בג"צ 1661/05 המועצה  
האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 558-559 (2005). המשפט שהיה  
קיים באזור במועד בו החלה התפיסה הלוחמתית ממשך לחול מכוח המנשר בדבר  
סדרי השלטון והמשפט (אזור הגדה המערבית) (מס' 2), תשכ"ז-1967 (להלן: המנשר)  
שהוציא המפקד הצבאי עם כניסתם של כוחות צה"ל לאזור. מצב נורמטיבי זה עולה בקנה  
אחד עם עמדת המשפט הבינלאומי הפומבי המנהגי באשר למשפט החל בשטח המוחזק  
בתפיסה לוחמתית, כפי שזו באה לידי ביטוי בתקנה 43 לתקנות הנספחות לאמנת האג הרביעית  
בדבר דיניה של המלחמה ביבשה, 1907 (ראו: עניין ג'מעית איסכאן בעמ' 793; ע"א 1432/03  
ינון יצור ושיווק מוצרי מזון נ' קרעאן, פ"ד נט(1) 345, 355 (2004). (להלן: עניין ינון). בעמ'  
355; בג"צ 390/79 דויקאט נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1, 14 (1979).

8. המשטר המשפטי החל על התושבים הישראלים המתגוררים בשטחי האזור הוא  
שונה. לגביהם, קיים רובד חקיקתי נפרד הכולל חקיקה ישראלית פנימית שהוחלה  
באופן פרסונאלי וחץ-טריטוריאלי. החלה זו נעשתה בשלוש דרכים: האחת, חקיקה  
מפורשת של הכנסת; השניה, חקיקת המפקד הצבאי באזור, אשר הוחלה רק על תושביו  
הישראלים (ראו עניין ינון בעמ' 378 וההפניות המופיעות שם); והשלישית, פרשנות  
בדבר היקף התחולה של הוראות דין בהקשרים פרטיקולריים (ראו, למשל, ע"פ 123/83  
חברת ק.פ.א פלדות קרית ארבע בעמ' נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 813 (1984); ע"א  
6056/93 עדן נ' עדן, פ"ד נא(4) 197 (1997).

9. בצד התחולה האמורה של הדין באזור בהתאם להוראות המנשר ולכללי המשפט  
הבינלאומי הפומבי המנהגי, אין מניעה להחיל את הדין הישראלי על אירועים פרטניים  
שהתרחשו באזור, מקום בו החלה זו כזו מתבקשת נוכח כללי המשפט הבינלאומי  
הפרטי. עמד על כך המשנה לנשיאה א' ריבלין:

"בעוד שהמשפט הבינלאומי הפומבי קובע מהו דין  
המקום, לאמור – איזה דין יחול, ככלל, במקום  
הגיאוגרפי "אזור יהודה ושומרון", הרי שהמשפט  
הבינלאומי הפרטי קובע איזה דין יחול במקרה נתון של  
סכסוך בתחום המשפט הפרטי" (בג"צ 5666/03  
עמותת "קו לעובד" נ' בית הדין הארצי לעבודה  
בירושלים (טרם פורסם, 10.10.2007), פסקה 12 לפסק  
דינו של המשנה-לנשיאה א' ריבלין. להלן: עניין גבעת  
זאב. כן ראו: עניין ינון בעמ' 356).

בענייננו ברור, על רקע התשתית הנורמטיבית עליה עמדנו, כי הדין הישראלי – לרבות חקיקת המגן בדיני עבודה – איננו חל, באופן ישיר באזור. בצד האמור יש לבחון, לאור הדברים שאמרנו, מהו הדין החל על חוזי העבודה בין המשיב 2 לעובדיו.

10. בעניין גבעת זאב, נדרש בית משפט זה לשאלת הדין החל על חוזי העסקה של עובדים תושבי האזור שהועסקו בידי מעבידים ישראלים שעסקיהם פעלו באזור. בעניין גבעת זאב צוין, כי בדין הישראלי טרם אומצו מפורשות עקרונות ברירת דין לעניין יחסי עבודה. במצב דברים זה, בית המשפט הוא שנדרש לגבש את כללי ברירת הדין שיחולו, תוך התחשבות במדיניות ברירת הדין ובעקרונות היסוד המהותיים של השיטה (שם), בפסקה 13). לאחר סקירת ההתפתחויות שחלו בכל הנוגע לבחירתם של כללי ברירת דין בתחומי משפט שונים והבהרת העקרונות המנחים בתחום זה נקבע – על דרך ההיקש מכללי ברירת הדין הנוהגים בתחום דיני החוזים – כי המבחן הראוי לברירת דין בתחום דיני העבודה הוא המבחן המכונה "מבחן מירב הזיקות". המדובר במבחן גמיש ורחב, המבקש לבחון איזו שיטת משפט מקיימת את הקשר הקרוב והאמיץ ביותר לסכסוך העומד על הפרק, בהתחשב במכלול הזיקות וההקשרים האופפים אותו. גישה זו מבוססת על ההשקפה לפיה "ליחס המשפטי יש 'מרכז כובד' (Center of gravity) במדינה מסוימת שאמור להיקבע לא על פיה של זיקה אחת אלא מכוח שקילת מכלול הזיקות וההקשרים שיש לסכסוך. המדינה שהיא בעלת הזיקה האמיצה ביותר לסכסוך היא מדינת דין העניין" (מיכאל קרייני השפעת הליך ברירת הדין על סמכות השיפוט הבינלאומית (תשס"ב) 52).

11. בעניין גבעת זאב הוסבר, כי בגדרו של מבחן "מירב הזיקות" בהקשר החוזי נבחנים בין היתר, מקום כריתתו של החוזה; מקום ביצועו הרגיל והעיקרי או היחיד, זהותם של הצדדים לחוזה, היינו, מקום מושבם, אזרחותם, התאגדותם ופעילותם העסקית, שפת החוזה, מטבע התשלום, מקום תשלום המיסים וכוונת הצדדים לעניין ברירת הדין במישורים אחרים של יחסיהם (עניין גבעת זאב, בפסקה 18). זיקות אלה רלוונטיות גם מקום בו מדובר בברירת דין ביחסי עבודה, אולם בתחום זה תידרש התאמה של הזיקות השונות – ובעיקר של אלו המבוססות על הסכמות אליהן הגיעו הצדדים – לתפיסות היסוד של דיני העבודה ולמאפייניו הייחודיים של תחום זה. אכן –

"גם בתחום דיני העבודה קביעת כללי ברירת הדין אינה פרי של שיקולים טכניים גרידא המביאים בחשבון את מרכיביהם השונים של יחסי העבודה. יש להביא בחשבון גם את העקרונות, המטרות והאינטרסים הציבוריים שביסוד תפיסתו של 'חוזה העבודה', ואת הכפפתו

המקובלת של חוזה העבודה למערכת קוגנטית של זכויות וחובות... לפיכך, במהלך בחינתן של הזיקות השונות של יחסי העבודה, במסגרת מבחן 'מירב הזיקות', תיבחן הרלוונטיות של כל זיקה לא רק על רק עובדות המקרה הנדון, אלא גם בהתייחס למדיניות שבסיס הכלל המשפטי שתחולתו בנסיבות העניין עומדת לדיון. במסגרת זו, ולאור מאפייניו הקוגנטיים של תחום דיני העבודה, אין ספק כי משקלן של הזיקות המתבססות על הסכמות הצדדים עשוי לפחות, ככל שהסכמות אלה אינן מתיישבות עם עקרונות דיני העבודה. במקרים חריגים, אפשר שזיקות מסוימות לא תובאנה בחשבון כלל. משקלן של הזיקות העולות מלשון חוזה העבודה, ככל שזה נוסח על-ידי המעביד, יותאם לתפיסת פערי הכוחות בין העובד למעביד, על-פי נסיבותיו של המקרה הקונקרטי. בהתקיים אי-בהירות או לאקונה בחוזה באשר לכוונותיהם המפורשות או הנחזות של הצדדים, יושפע מבחן 'מירב הזיקות' מעקרונות דיני העבודה... (עניין גבעת זאב, בפסקה 21).

סיכומם של דברים, ביחסי עבודה שלגביהם לא הובעה הסכמה מפורשת של הצדדים בדבר הדין שיחול בעניינם, יפעיל בית המשפט את מבחן "מירב הזיקות" על מנת לאתר את הדין שיחול, בשים לב לעקרונות עליהם עמדנו.

12. מן הכלל אל הפרט. כפי שמציין המשיב בתגובתו, אין בידינו כל מידע באשר לנוסחם או תוכנם של הסכמי ההעסקה שנקשרו בין הקבלן לעובדיו. במצב דברים זה, אין בידינו להכריע אם הסכמים אלה כוללים הסכמה כלשהי של הצדדים בדבר הדין שיחול על מערכת יחסי העבודה ביניהם. יחד עם זאת, בשים לב לכך שמשיב 2 הוא מעסיק פלסטיני באזור ועובדיו פלסטינים גם הם, ומשהעותרת לא הניחה לפנינו כל תשתית עובדתית המוכיחה אחרת – אין לנו, בנסיבות העניין, סיבה להניח כי הצדדים לחוזה העבודה הסכימו כי הדין הישראלי הוא שיחול על מערכת יחסי העבודה ביניהם. כאמור, בנסיבות בהן אין הסכמה ברורה באשר לדין שיחול על מערכת יחסי עבודה נתונה, יופעל מבחן מירב הזיקות. הפעלתו של מבחן זה על מערכת הנסיבות שלפנינו מובילה, לדעתי, למסקנה כי הדין הישראלי איננו חל על מערכת יחסי העבודה בענייננו. המדובר כאמור, במעסיק פלסטיני, שעובדיו פלסטיניים. לא הוכח כי הסכמי ההעסקה נחתמו בישראל או כי המשא-ומתן שקדם לכריתתם נערך כאן. ועוד, בניגוד למסד העובדתי ששימש בסיס להכרעה בעניין גבעת זאב, בענייננו לא הוכח כי תשלום השכר לעובדים נעשה במטבע ישראלי, כי מסמכים הנוגעים להעסקתם (מכתבי פיטורין, תלושי שכר, רישומי נוכחות) – נערכו בעברית; כי ימי המנוחה והחג נקבעו כמקובל במשק העבודה הישראלי; או כי העובדים משלמים מס בישראל. בנוסף, בניגוד לנסיבות שנידונו בעניין גבעת זאב, חוזה העבודה בענייננו אינם עתידים להתבצע



ביישובים ישראליים בשטחים, אלא הם עתידים להתבצע במעבר ביתוניא. חשוב מכך, המעביד במקרה שלנו איננו מעביד ישראלי, ובנוסף, בניגוד למצב שנידון בעניין גבעת זאב, שם הועסקו, בכפיפה אחת, עובדים פלסטינים ועובדים ישראלים, בענייננו, מדובר בהעסקה של עובדים פלסטינים בלבד. מכאן, שגם עיקרון השוויון בין עובדים פלסטיניים לישראלים המועסקים בצוותא ומבצעים אותה עבודה ממש – אשר כעולה מפסק הדין בעניין גבעת זאב, שימש כשיקול נכבד בהכרעה בדבר תחולתו של הדין הישראלי – אינו יוצא נפגע. למעשה, הזיקה ה"ישראלית" היחידה של חוזי ההעסקה בענייננו מקורה בכך שההיתר – שמכוחו מועסקים העובדים בידי הזכייין – ניתן מכוח מכרז שפרסם המנהל. זיקה זו, לרשות שלטונית המפעילה סמכויות באזור, איננה מצדיקה, להשקפתי, את החלתו של הדין הישראלי על חוזי העבודה בהם עסקינן, והדברים אמורים ביתר שאת נוכח כך שתפקידו של המנהל, בנסיבות המקרה שלפנינו הוא רגולטורי בלבד, ואין לראות אותו כמי שמעסיק ישירות או בעקיפין את עובדי הקבלן או כמי שמשמש בעבודתם. בעניין זה נרחיב בהמשך.

13. פסק דינו של בית הדין האזורי לעבודה בבאר-שבע בע"ב 2142/06 אשכנתא נ' עז-רום מפעלי מתכת בע"מ (לא פורסם, 12.2.2008) (להלן: עניין עז-רום) בו תולה העותרת את יהבה – אין בו כדי לשנות מן התוצאה אליה הגענו. בעניין עז-רום נידונה שאלת הדין החל על עובדים פלסטינים שנאלצו להפסיק את עבודתם במפעל ישראלי באזור התעשייה "ארז" שברצועת עזה, כתוצאה מתוכנית ההתנתקות. בית הדין האזורי לעבודה הילך במתווה שנקבע בפסק הדין בעניין גבעת זאב, ובתוך כך הוא ציין כי בין הצדדים ליחסי העבודה לא היתה הסכמה ברורה בעניין הדין החל ועל כן, יש להפעיל את מבחן 'מירב הזיקות'. בהפעילו מבחן זה קבע בית הדין, כי נסיבות העסקתם של העובדים הפלסטינים מלמדות על קשר אמיץ לדין הישראלי, שעוצמתו חזקה בהרבה מן הקשר לדין המצרי. כך ציין בית הדין, כי המכתבים שקיבלו העובדים היו בעברית וכך גם תלושי השכר שלהם; כי שכרם שולם להם בשקלים; וימי החג היו לפי המקובל בישראל. בנוסף, במקרה שנידון בעניין עז-רום, הועסקו בצוותא עובדים פלסטינים וישראלים שביצעו את אותה עבודה ממש. על יסוד נתונים אלה הגיע בית הדין האזורי לעבודה למסקנה, כי מבחן מירב הזיקות ועקרונות היסוד של השיטה המשפטית – ובעיקר עיקרון השוויון – מובילים למסקנה כי יש להחיל על העובדים הפלסטינים את הדין הישראלי. על פסק הדין בעניין עז-רום הוגש ערעור שעודנו תלוי ועומד. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, שהוגשה במסגרת הערעור, בקביעת הדין החל על העובדים הפלסטיניים היה מקום להתחשב, בין היתר, במאפייניו הייחודיים של אזור התעשייה "ארז" ובעובדה שבניגוד לנסיבות שנידונו בעניין גבעת זאב אזור התעשייה "ארז" לא היה מצוי בתחומיה של רשות מקומית ישראלית וספק אם ניתן להגדירו כ"מובלעת

ישראלית". מכל מקום, גם בהנחה שהיה מדובר בפסק דין חלוט, קיים שוני בולט בין הנתונים ששימשו להכרעה בעניין עז-708 לבין נסיבות המקרה שלפנינו. ההכרעה בעניין עז-708, שאינה אלא יישום של פסק הדין בעניין גבעת זאב על נסיבותיו של מקרה ספציפי, אינה יכולה, אפוא, להועיל לעותרת.

14. העותרת מבקשת להיבנות גם מפסק הדין בעניין ינון בו נקבע, כי יש להחיל על עוולה נזיקית שהתרחשה בתחומי האזור את הדין הישראלי. על בסיס הקביעות שבפסק דין זה היא טוענת, כי יש מקום להחיל על חוזי העבודה בענייננו את הדין הישראלי. טענה זו לא אוכל לקבל. פסק הדין בעניין ינון עוסק בשאלת ברירת הדין החל על עוולה נזיקית ולא בשאלת ברירת הדין החל על חוזי עבודה. כפי שכבר הבהרנו, כללי ברירת הדין אינם אחידים בכל תחומי המשפט והם מושפעים מן הדין המהותי שתחולתו נשקלת (עניין גבעת זאב בפסקה 21). למעלה מן הצורך אציין כי גם ההכרעה בעניין ינון אינה תומכת בתוצאה אליה מכוונת המערערת. זאת, הן משום שהכלל הבסיסי שנקבע בעניין ינון הוא כלל טריטוריאלי שאיננו תומך בקו הטיעון שלה; הן משום שהזיקות לדין הישראלי ששימשו בסיס להכרעה בדבר תחולתו של הדין הישראלי בעניין ינון (מפעל ישראלי הנמצא בשטחו של ישוב ישראלי באזור, ורשלנותו של מזיק ישראלי) אינן מתקיימות בענייננו.

15. סיכומם של דברים עד כה. הדין החל בשטחי האזור – מכוח המנשר ומכוחו של המשפט הבינלאומי המנהגי – הוא הדין ששרר באזור עובר לתפיסתו בידי ישראל והצווים שהוצאו בידי המפקד הצבאי. בכך אין כדי למנוע את החלתו של הדין הישראלי על אירועים פרטניים שהתרחשו בתחומי האזור, ככל שכללי ברירת הדין הנהוגים בתחום המשפטי הרלוונטי מצדיקים זאת. נוכח ההלכה שנקבעה בעניין גבעת זאב ברירת הדין שיחול על חוזה העבודה בין המשיב 2 לעובדיו תיעשה לפי מבחן מירב הזיקות. הפעלתו של מבחן זה מובילה, בנסיבות המקרה שלפנינו, למסקנה כי הדין בעל מירב הזיקות לחוזי העבודה שלפנינו הוא הדין החל באזור ולא הדין הישראלי. מכך נובע, כי משיב 2 איננו מחויב, מכוח הדין החל עליו ובנסיבותיו הספציפיות של המקרה שלפנינו, לשלם לעובדיו את שכר המינימום ותנאים נלווים קוגנטיים הקבועים בדין הישראלי. מכאן, שבניגוד לנטען מפי העותרת, ההחלטה להכריז על משיב 2 כזוכה במכרז אינה מנוגדת, בהיבט הדין החל, לתקנת הציבור.

תחולתו של הצו בדבר העסקת עובדים במקומות מסוימים

16. העותרת טוענת, כאמור, כי על יחסי ההעסקה בין משיב 2 לעובדיו חל הצו בדבר העסקת עובדים במקומות מסוימים. כעולה מן האמור בו, הצו הותקן על-ידי מפקד כוחות צה"ל באזור על מנת להגן על זכויותיהם של העובדים באזור. בכדי לממש תכלית זו, נקבעו בצו הסדרים המטילים, בנסיבות מסוימות, חובת תשלום שכר מינימום לפי הדין הישראלי. וכך קובע בהקשר זה סעיף 3.א.לצו:

<p>תוספת יוקר ושכר מינימום</p>	<p>אדם המועסק בישוב זכאי לקבל ממעבידו שכר עבודה שלא יפחת משכר המינימום וכן יהיה זכאי לתוספת יוקר, הכל כפי תקפם בישראל מעת לעת.</p>
--	--

וסעיף 3.ב. לצו קובע:

<p>העסקה מחוץ לישוב על ידי ישראלי ...</p>	<p>הוראות סעיף 2 וסעיף 3 יחולו על העסקת תושב באזור או אדם, לפי העניין, כאשר ההעסקה נעשית בידי מעסיק ישראלי באזור, אף מחוץ לישוב (ההדגשות הוספו, ע' פ').</p>
---	---

על כך מוסיף סעיף 3.ג. לצו:

<p>זכות עובד של קבלן כוח אדם</p>	<p>(א) זכות עובד של קבלן כוח אדם לתשלום תוספת יוקר ושכר מינימום כאמור בסעיפים 3 ו-3ב תחול גם כלפי המעסיק בפועל. (ב) בסעיף זה – "מעסיק בפועל" – מי שאצלו מועסק עובד של קבלן כוח אדם. "קבלן כוח אדם" – מי שעיסוקו במתן שירותי כוח אדם של עובדיו לשם עבודה אצל זולתו.</p>
--	--

המונח "ישוב" הנזכר בסעיפים לעיל מוגדר בצו כ"כל אחד מן היישובים המפורטים בתוספת לצו בדבר ניהול מועצות אזוריות (יהודה והשומרון) (מס' 783), התשל"ט-1979 ובתוספת לצו בדבר ניהול מועצות מקומיות (יהודה והשומרון) (מס' 892), התשמ"א-1981 כפי תוקפן מעת לעת". היישובים אליהם מתייחסות התוספות הם יישובים ישראליים המצויים באזור, ולמשטר המשפטי החל עליהם התייחסנו לעיל. הפועל היוצא של הוראות אלה הינו כי תושב אזור המועסק ביישוב כהגדרתו בצו זכאי לקבל ממעבידו שכר שלא יפחת משכר מינימום. סעיפים 3.ב. ו-3.ג. לצו מרחיבים את היקף פרישתה של חובה זו גם מחוץ לגדריו של יישוב, ובלבד שמדובר במעסיק

ישראלי או מקום בו המעסיק בפועל – בעבודה המבוצעת באמצעות עובדים שנשכרו בידי חברת כוח-אדם – הוא ישראלי. היות ואין מחלוקת כי מעבר ביתוניא מצוי מחוץ לתחומו של יישוב כמשמעותו בצו, ההסדרים עליהם עמדנו מעוררים, בהקשרה של העתירה שלפנינו, שתי שאלות. האחת, אם בנסיבות המקרה שלפנינו ניתן לראות את המנהל כמעסיק של עובדי הקבלן, על המשתמע מכך מבחינת החובות החלות עליו; והשניה, אם ניתן לראות את משיב 2 כקבלן כוח אדם כמשמעותו של מונח זה בצו, ואת המנהל כ"מעסיק בפועל". נדון בשאלות אלה כסדרן.

17. האם, בנסיבות המקרה שלפנינו, ניתן לראות במנהל מעסיק של עובדי הקבלן? להשקפתי, לשאלה זו יש להשיב בשלילה. אכן, דפוסי ההתקשרות שלפנינו שונים במידת-מה ממסגרות העסקה "רגילות" שכן בצד ההתקשרות בין הזכייין לעובדיו, קיימת התקשרות נוספת, בין בעל ההיתר למנהל. על התקשרות זו חולשות התניות שנכללו בהיתר, ובאמצעותה מאפשר המנהל לזכייין להעניק שירותי פריקה והעמסה במעבר, תוך פיקוח על איכות ומחיר השירות שיוענקו לבעלי הסחורות. עניין לנו, אפוא, במערכת התקשרויות כפולה: זו שבין המנהל לבעל ההיתר וזו שבין בעל ההיתר לעובדיו. אלא שלדעתי, אין מדובר במערך התקשרויות המגבש יחסי עובד-מעביד בין המנהל לעובדים המועסקים אצל הזכייין. כפי שאבהיר להלן, עמדתי זו מבוססת הן על הוראות המכרז עצמו הן על מבחנים כלליים העוסקים בקביעת זהות המעסיק במערכת יחסי עבודה נתונה.

18. בנספח השירותים למכרז – אליו מפנה סעיף 7(4) להיתר, נקבע, כי "היחסים בין הקבלן והמועסקים בו למנהל לא יהוו יחסי עובד ומעביד" (סעיף 3א לנספח השירותים למכרז); וכי "למען הסר ספק, הקבלן מתחייב להעסיק את עובדיו בהתאם להוראות של כל דין והוא יהיה האחראי הבלעדי למילוי התחייבויותיו כלפי העובדים". הוראות אלה – המהוות חלק בלתי נפרד מתנאי המכרז – מבהירות בדרך שאינה משתמעת לשתי פנים כי בין המנהל לקבלן ולעובדיו לא נרקמת מערכת יחסי עבודה. גם בחינה מהותית של מערך ההתקשרויות בין הגורמים השונים במקרה שלפנינו מובילה, לדעתי, למסקנה דומה. נזכיר כאן במאמר מוסגר, כי בעשורים האחרונים הפכו תבניות ההעסקה בשוק העבודה הישראלי למורכבות ומגוונות מבעבר, והן מתאפיינות, בין היתר, במעבר מתבנית העסקה "קלאסית" דו-ממדית של עובד ומעביד לתבניות העסקה משולשות, בהן מעורבים גורמים נוספים (בג"ץ 450/97 תנופה שירותי כוח אדם ואחזקות בע"מ נ' שר העבודה והרווחה פ"ד נב(2) 433, 442 (1998) (להלן: עניין תנופה)). כן ראו רע"א 4381/03 ש.כ מאגרי אנוש בע"מ נ' ז.מ. מותגי אופנה בע"מ (לא פורסם, 14.4.05) פסקה 11 לפסק דינו של המשנה-לנשיאה א' ריבלין). תבניות

העסקה אלה עוררו לא פעם שאלות בדבר זהותו של הגורם המחויב להעניק לעובדים את הזכויות וההטבות המוקנות להם מכוח חקיקת המגן הישראלית. "בימים שמכבר" – כתב באחת הפרשות השופט מ' חשין – "עובד היה עובד, מעביד היה מעביד, ובתי-המשפט לא נתקלו בקשיים מיוחדים עד שהצביעו על פלוני כעל עובד ועל פלמוני כעל מעביד. לא עוד. מציאות חיינו נסתבכה והלכה, הרב-גוניות בצורות ההתקשרות רבו והלכו, עד שכיום נתקשה לא-אחת לקבוע מיהו ומהו עובד ומיהו ומהו מעביד" (בג"צ 1214/97 חלמיש נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נג(2) 647, 652 (1999)).

19. בניסיון להתמודד עם מציאות זו נקבעו בפסיקתם של בתי הדין לעבודה אמות מידה שונות לבחינת שאלת זהות המעסיק בנסיבות העסקה בלתי שגרתיות, בהן מעורב צד שלישי בנוסף לעובד ולמשתמש בעבודתו. מבלי לקבוע מסמרות בשאלת מעמדן של אמות מידה אלה נאמר, כי במסגרתן נקבע, למשל, כי יש לבחון כיצד ראו הצדדים את היחסים ביניהם וכיצד הגדירו אותם; בידי מי הכוח לפטר את העובד ובפני מי עליו להתפטר; מי קיבל את העובד לעבודה; מי קובע את מכלול תנאי עבודתו של העובד, לרבות את גובה שכרו ואת הנלווים לשכרו; מי חייב לשאת בתשלום שכרו של העובד; מי נותן לעובד את חופשותיו; ומי מפקח על עבודתו; למי מדווח העובד על עבודתו ולמרותו של מי הוא סר. כן יש לבחון, למי הבעלות על הציוד, החומרים או הכלים המשמשים את העובד בעבודתו (דב"ע נב/3-142 חסן עליאה אלהרינאת – כפר רות, פד"ע כ"ד 535, 542 (2002) (להלן: עניין כפר רות)). כן ראו: דב"ע נה 109-2 לויין נ' המוסד לביטוח לאומי, פד"ע כט 326 (1996); ע"ע 300245/97 אסולין נ' רשות השידור, פד"ע לו 689 (2001)). עוד נקבע, בעניין כפר רות, כי בהסדרי העסקה שמעורב בהם צד שלישי, בנוסף לעובד ולמשתמש בעבודתו תכריע תמיד השאלה בין מי למי מתוך שלושת הגורמים הרלוונטיים (העובד, המשתמש בעבודה והצד השלישי) נוצרו במפורש או מכללא יחסים משפטיים שעניינם מתן עבודה בתמורה (שם, בפסקה 15). המבחנים שנקבעו בפסיקת בתי הדין לעבודה אינם חלים במישורין בענייננו, שכן מתכונת ההעסקה שנדונה שם שונה מזו שהוצגה לפנינו. בצד האמור, להשקפתי, המבחנים בהם נעשה שימוש ביחס למסגרות העסקה בלתי שגרתיות אחרות, יכולים לשמש לנו כהשראה – גם אם בלתי מחייבת – בכווננו לבחון את הטענה לפיה בענייננו, המנהל הוא, למעשה, מעסיקם הישיר של העובדים.

20. בפנינו לא הונחו נתונים המוכיחים כי מי מן הצדדים המעורבים הגדיר את המנהל כמעסיק. בנוסף, כפי שצינו, בנספח השירותים למכרז נקבע, כי היחסים בין הקבלן והמועסקים בו למנהל לא יהוו יחסי עובד ומעביד וכי הקבלן והוא בלבד, אחראי כלפי העובדים. לא הוכח כי המנהל חרג ממתכונת מוסכמת זו. כך, לא הוכח כי

המנהל מעורב, באופן כלשהו, בקבלתם לעבודה של עובדי הזכייין או בהסדרת תנאי ומתכונת עבודתם, וכן לא הוכח כי הוא מוסמך להעבירם מתפקידם. ברור גם, כי המנהל איננו מקבל דיווח ישיר מן העובדים המועסקים בידי בעל ההיתר, שכן מכוח הוראות ההיתר – שבהן נשוב לעסוק בהרחבה בהמשך – הגורם היחיד עליו מוטלת חובת דיווח כלפי המנהל הוא בעל ההיתר עצמו. בנוסף, כעולה מהוראות ההיתר, בעל ההיתר הוא האחראי הבלעדי לתשלום שכרם של העובדים, הסעתם למקום העבודה וממנו ולביטוחם (ראו סעיף 7(5) להיתר). נתונים אלה מובילים, לדעתי, למסקנה, כי בנסיבות העניין לא ניתן לראות במנהל מעסיק ישיר של העובדים.

21. מערך הנתונים עליו עמדנו – כשהוא מצטרף לטעמים אחרים אליהם נתייחס בהמשך – מוביל, להשקפתי, גם למסקנה לפיה בענייננו אין לראות את המנהל כמי שמקבל שירותים מחברת כוח אדם. קבלן כוח אדם מי שעיסוקו במתן שירותי כוח אדם של עובדיו לשם עבודה אצל אחר. במסגרת זו, מערכת היחסים המסורתית והדו-ממדית שהתקיימה בין עובד לבין המעביד מומרת במערכת יחסים תלת-ממדית, לה שותפים העובד, המשתמש בעבודתו (להלן גם המעסיק בפועל) וקבלן כוח אדם. העובד מבצע את העבודה בחצריו של המעסיק בפועל; וקבלן כוח האדם שוכר, פורמאלית, את שירותי העובד, ומשמש כחיץ וכחוליה מקשרת בין העובד לבין המעסיק בפועל (וראו סעיף 1 לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם התשנ"ו-1996 (להלן: חוק קבלני כוח אדם); עניין תנופה, בעמ' 442; בן ישראל, כרך ב עמ' 457-464).

22. מאפיינים אלה אינם מתקיימים במקרה שלפנינו. ראשית, לא הוכח כי עיסוקו של משיב 2 הוא מתן שירותי כוח אדם, וממילא, בהסדר הנוצר מכוח ההיתר הוא איננו ממלא פונקציה כזו. שנית, אין יסוד לקבוע כי המנהל "משתמש" בעבודתם של עובדי המשיב 2. כפי שצוין לעיל, לאחר בחירת הזכייין שיעניק את השירות בהתאם לקריטריונים שנקבעו מראש, תמה מעורבותו של המנהל בנעשה במעבר בהיבט זה. כאמור, השירות נושא המכרז והתשלום עבורו מתבצעים ישירות בין מקבל השירות לזוכה במכרז. זאת, ללא תיווך של המנהל, אשר איננו מעורב בהתקשרות זו על היבטיה השונים. מכך נובעת, לדעתי, המסקנה כי המנהל אינו "משתמש" בעבודתם של העובדים המועסקים על-ידי הזכייין. בין הזכייין לעובדיו מתקיימת מערכת יחסי עבודה דו-ממדית מקובלת, ועצם העובדה שהזכייין פועל מכוח היתר אותו קיבל מן המנהל אינה משנה את פני הדברים.

23. סיכומם של דברים, בנסיבות המקרה שלפנינו, הרשות המינהלית מעניקה היתר למתן שירותים, הניתנים על-ידי הגוף הזוכה במכרז, באמצעות עובדיו שלו. בינה לבין

עובדי הקבלן לא נרקמים יחסי עובד-מעביד, ומסקנה זו עולה הן מהוראות המכרז וההיתר, הן מן המבחנים שנקבעו בדיני עבודה לצורך זיהוי המעסיק במערכת יחסי עבודה נתונה. בנוסף, בנסיבות העניין, אין לראות את המנהל כמי שמשמש בעבודתם של עובדי חברת כוח-אדם. משאלה הם פני הדברים, המסקנה המתבקשת היא כי הוראות הצו בדבר העסקת עובדים במקומות מסוימים – ככל שהן נוגעות לסוגיית תשלום שכר מינימום הנהוג בישראל לעובדים הפלסטינים – אינן חלות בענייננו.

הוראות ההיתר

24. סעיף 5 להיתר קובע כך:

5.1. על הוראות ההיתר וביצועו יחולו דיני מדינת ישראל.	ד"ן ההיתר
5.2. בית המשפט המוסמך לדון בכל הנוגע להיתר זה ולביצועו הוא בית המשפט המוסמך בירושלים בלבד.	ותניית שיפוט

העותרת טוענת כי לשונו של סעיף זה מובילה למסקנה כי על חוזי ההעסקה נושא העתירה שלפנינו חל הדין הישראלי. המנהל סבור מנגד, כי ההיתר נועד, הן על-פי לשונו הן על-פי תכליתו, להסדיר את מערכת היחסים בין בעל הזיכיון ובין המנהל האזרחי ולא את מערכת היחסים שבין בעל הזיכיון ובין עובדיו. ממילא, לעמדת המנהל, לא נועד ההיתר להחיל על מערכת יחסים אחרונה זו את הדין הישראלי.

25. ההכרעה בין אפשרויות לשוניות אלה צריכה להיעשות על-פי הכללים הנקוטים בידינו באשר לפרשנותם של מכרזים, היינו, בהתאם לכללי הפרשנות התכליתית, ותוך "בחינה כוללת של לשון המכרז, תנאיו, ומטרתו" (ע"מ 7111/03 "יוסף חוריי" חברה לעבודות בנין בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(6) 170, 178 (2004)). בבואנו לפרש הוראות שנכללו במכרז עלינו לבחון ולשקול הן את אומד דעתו של נסח המכרז (וראו בהקשר זה: ע"מ 2914/09 אגודת מגן דוד אדום בישראל נ' מדינת ישראל – משרד החינוך (לא פורסם, 24.11.2009) פסקה 8 לפסק דינו של השופט י' עמית; ע"א 4605/99 אלישור מערכות אלקטרוניות בע"מ נ' רשות שדות התעופה בישראל, פ"ד נה(1) 10, 10 (1999). להלן: עניין אלישור); הן את התכלית האובייקטיבית שלשמה נקבעו תנאי המכרז ואת המטרות ואת האינטרס הציבורי שהם נועדו להגשים (ע"מ 6352/01 חדשות ישראל (טי.אי.אן. סי) בע"מ נ' שר התקשורת, פ"ד נו(2) 97, 125 (2001)). כן ראו: ע"מ 5487/06 סופרמאטיק בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ (לא פורסם, 12.4.2009) סעיף 9 לפסק דינה של השופטת מ' נאור. להלן: עניין סופרמאטיק). מבין האפשרויות הלשוניות האפשריות, יש לבחור את הפירוש הלשוני המגשים את התכלית.

פירוש זה הוא הפירוש המשפטי הראוי (עניין סופרמאטיק בפסקה 9. כן ראו אהרון ברק פרשנות במשפט תורת הפרשנות הכללית כרך ראשון 122, 126 (תשנ"ב)).

26. על תכליתו של סעיף 5 ניתן ללמוד מעיון בהוראות המכרז עצמו. ב"הזמנה להציע הצעות למכרז" שפורסמה על-ידי המנהל צוין, כי ההיתר שצורף למכרז "משמש כבסיס לרשות שתינתן למציע הזוכה וליחסים המשפטיים, הזכויות והחובות שיהיו בין המציע למנהל האזרחי" (סעיף 3 להצעה המסומנת מ/ש.4. ההדגשות הוספו, ע' פ'). תכליתו זו של ההיתר עולה גם מההיתר עצמו. סעיף 1.1 להיתר, שכותרתו "היקף הוראות ההיתר ושינויו", קובע לאמור:

"ההיתר ממצה כל הסכמה קודמת או נוספת מול הקבלן, בכתב או בעל פה או בהתנהגות וכל היחסים בין הקבלן ובין המנהל אשר הינם בתוקף ביום מתן ההיתר"

סעיף זה מבהיר, כי מטרתו הכללית של ההיתר היא הסדרה של מערכת היחסים שבין המנהל לקבלן, היינו, מיצוי ועיגון של כל ההסכמות ביניהם באמצעות תניות ההיתר. מטרה זו מוצאת את ביטויה בהוראות נוספות שנכללו בהיתר ואשר קובעות, בין היתר, את תקופת ההיתר; את אפשרות ביטולו במקרה של הפרת תנאי המכרז על-ידי הקבלן; את אפשרות הסבת ההיתר לאחר; את האופן בו תועברנה הודעות בין המנהל לבין הקבלן; ואת אחריותו של הקבלן לנזקים והפסדים. לכך, מצטרפת הוראת סעיף 7 להיתר, שזו לשונה:

"הקבלן מצהיר ומאשר:

...

(4) כי הוא מתחייב ליתן את שירותי הסבלות בתדירות ובאופן שפורטו בנספח השירותים...  
 (5) כי התמורה המשולמת לו על פי הוראות ההיתר הינה הוגנת ומתאימה, סופית בכל מקרה, ולא תשתנה מכל עילה וסיבה שהן אלא לפי הוראות ההיתר המפורשות, וכי ידוע לו כי התמורה כוללת כל ההוצאות הכרוכות במתן השירותים לרבות הובלת המועסקים מטעמו, ביטוחם ותשלום שכרם"

סעיף 7(5) להיתר מטיל, אפוא, את האחריות לתשלום השכר וביטוח העובדים על הקבלן. במקביל, בנספח השירותים למכרז – אליו מפנה סעיף 7(4) להיתר – נקבע, כי "היחסים בין הקבלן והמועסקים בו למנהל לא יהוו יחסי עובד ומעביד" (סעיף 3א לנספח השירותים למכרז); וכי "למען הסר ספק, הקבלן מתחייב להעסיק את עובדי בהתאם להוראות של כל דין והוא יהיה האחראי הבלעדי למילוי התחייבויותיו כלפי



העובדים". הוראות אלה – המהוות חלק בלתי נפרד מתנאי המכרז – מבהירות כי בין המנהל לקבלן ולעובדיו לא נרקמת מערכת יחסי עבודה. המסקנה העולה מקריאתן של הוראות אלה כמכלול אחד היא, כי מטרתו של ההיתר היתה להסדיר את ההתקשרות בין המנהל לקבלן, על פרטיה ודקדוקיה. ההיתר לא נועד, על פי מכלול ההוראות שבו, להסדיר את מערכת יחסי העבודה שבין הקבלן לעובדים המועסקים על ידו. על רקע זה, עמדתה של העותרת, לפיה סעיף 5 להיתר נועד להסדיר דווקא את מערכת יחסי העבודה שבין הקבלן לעובדיו, ואף להחיל על הקבלן שייבחר מחויבות לתשלום שכר מינימום ישראלי שאיננה חלה עליו מכוח הדין באזור – מעוררת קושי.

27. קושי זה מתחדד כאשר בוחנים את תכליתו של המכרז ואת המטרות אותן הוא נועד לשרת. כפי שכבר ציינו, את השירות נשוא המכרז – שירותי פריקה והעמסה במעבר – מקבלים בעלי הסחורות ישירות מן הזכייין והתשלום מתבצע ישירות ביניהם. המנהל איננו מעורב, כאמור, בהעברת הכספים. אולם, קיימים, כאמור, פיקוח ובקרה מצידו על גובה המחיר אותו עתיד לגבות הזכייין מלקוחותיו. זאת, במטרה למנוע מצב בו ינצל הזכייין לרעה את יתרונו המובנה – הנובע מן ההחזקה בזיכיון – ויגבה מבעלי הסחורות הנזקקים לשירותי פריקה והעמסה במעבר מחיר גבוה ללא כל הצדקה עניינית. המכרז נועד, אפוא, לא רק להסדיר את עצם קיומם של שירותי פריקה והעמסה במעבר, אלא גם לוודא, כי שירותים אלה יינתנו במחיר הוגן ההולם את רף המחירים באזור. הפרשנות המוצעת על-ידי העותרת – לפיה ההיתר נועד להחיל על מערכת יחסי העבודה בין הקבלן לעובדיו, תוך התעלמות מזהותם של אלה, את הדין הישראלי בעניין שכר המינימום – אינה עולה בקנה אחד עם מטרה אחרונה זו. החלה של הדין הישראלי בכל הנוגע לשכר המינימום בנסיבות המקרה שלפנינו משמעותה העלאה פוטנציאלית של המחיר אותו יידרשו לשלם בעלי הסחורות במעבר, כפועל יוצא מגידול בתשומות הקבלן. העלאה כזו איננה מתחייבת מן הדין באזור, והיא איננה מתיישבת עם המציאות הכלכלית בעסקה שמתבצעת באזור, ובה נותן השרות הוא פלסטיני, עובדיו הם פלסטינים ומקבל השרות הוא פלסטיני. פרשנות של סעיף 5 להיתר – על רקע מכלול תנאי המכרז, על רקע תכליתו של המכרז ועל רקע עקרונות פרשניים כלליים של דיני המכרזים – מובילה למסקנה כי סעיף זה לא נועד להחיל על יחסי העבודה בין הקבלן לעובדיו את הדין הישראלי וכי ברירת הדין תעשה על-פי השיקולים עליהם עמדנו לעיל. לא ניתן, אפוא, לקבל את הטענה לפיה חובת תשלום שכר מינימום הקבועה בדין הישראלי חלה, מכוחו של ההיתר, על מערכת יחסי העבודה שבין הקבלן הזוכה במכרז לעובדיו.

28. העותרת סבורה כי השקפת המנהל, שלפיה קבלן שאינו ישראלי איננו מחויב לשלם שכר מינימום לעובדיו, טומנת בחובה אי-שוויון מובנה בינו לבין משתתפים ישראליים במכרז. זאת, משום שמשתתפים ישראליים – המחויבים לחקיקת המגן של דיני העבודה – לא יוכלו להתחרות בקבלן לא-ישראלי שאיננו מחויב לחקיקה זו, ויוכל, כפועל יוצא, להציע הצעה זולה יותר במכרז. כפי שנפסק לא אחת, עיקרון השמירה על השוויון על-ידי הענקת הזדמנות שווה לכלל המציעים הוא עקרון יסודי בדיני המכרזים, בצד עקרונות של יעילות וחסכון כספי (עע"מ 1966/02 המועצה המקומית מג'אר נ' אבראהים, פ"ד נז(3) 505, 510-511 (2003); עע"מ 10785/02 חברת י.ת.ב. בע"מ נ' משרד הפנים, פ"ד נח(1) 897, 905 (2003). כן ראו: עומר דקל מכרזים כרך ראשון, בעמ' 95. להלן: מכרזים), והפסיקה קבעה, כי יש לקיימו, בהקפדה יתרה, ביחס לכל אחד משלביו של הליך המכרז (עע"מ 1847/06 בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' משרד האוצר – החשב הכללי (לא פורסם, 25.4.2007) פסקה 6 לפסק דינה של השופטת א' חיות. (להלן: עניין בזק)). עקרון שוויון ההזדמנויות בדיני המכרזים איננו חל רק כלפי פנים – היינו, כלפי המשתתפים האחרים במכרז – אלא גם כלפי חוץ, כלומר כלפי משתתפים פוטנציאליים. אלא, שדרישת השוויון מתייחסת, על-פי ההלכה הפסוקה, לתנאי המכרז עצמו ולמתווה בו הוא נערך, ומשמעותה איננה יצירת זהות מוחלטת בין המשתתפים במכרז מבחינת תנאי הפתיחה ונתוני הרקע שלהם:

"מטבע הדברים, אין לצפות לזהות מוחלטת בין המשתתפים במכרז מבחינת נתוני הרקע שלהם ומבחינת תנאי הפתיחה שהם מביאים איתם אל המכרז. ההבדלים בין המשתתפים, ככל שהם נוגעים לפרמטרים שהינם חיצוניים למכרז, אינם יכולים על כן להיחשב כפגיעה בעיקרון השוויון ובלבד שתנאי המכרז עצמם שומרים על תחולה שוויונית והוגנת של הדרישות כלפי כלל המשתתפים.... אכן, עיקרון השוויון הוא מנשמת אפו של הליך המכרז... ויש להקפיד הקפדה יתרה לקיימו בכל תו ותג הנוגע להליך זה. עם זאת, אין לדרוש מעורך המכרז כי יציב את כל המשתתפים בנקודת זינוק זהה, ככל שהדבר נוגע לנתוני רקע שהינם חיצוניים למכרז" (עניין בזק, בפסקה 6. כן ראו עע"מ 8340/04 מורדן שירותי גבייה וייעוץ לרשות בע"מ נ' איגוד ערים לשירותי כבאות אילת (לא פורסם, 11.4.2005) פסקה 20 לפסק דינו של השופט י' עדיאל).

המערכת הנורמטיבית החלה על העותרת ועל משיב 2 – שונה. על העותרת – חברה ישראלית – חלות חובות השאובות מדיני העבודה הישראליים ובכלל זה, החובה לשלם לעובדיה שכר מינימום. העותרת מחויבת להוראות הדין הרלוונטיות כאשר היא מעסיקה עובדים בישראל, ומכוח הוראותיו של הצו בדבר העסקת עובדים במקומות

מסוימים, גם כאשר היא מעסיקה עובדים באזור. לעומת זאת, כפי שכבר ציינו, הצו בדבר העסקת עובדים במקומות מסוימים איננו חל על משיב 2. השוני במערכת הנורמטיבית החלה על העותרת ועל משיב 2 הוא חיצוני למכרז ואינו נובע מן המכרז ומהוראותיו. ניתן גם להניח, כי בין העותרת למשיב 2 קיימים הבדלים חיצוניים אחרים, כגון במישור דיני המס, המקרין על עלויות העסקה של כל אחד מהם. משכך, ונוכח הדברים שנאמרו בעניין בזק, לא ניתן לקבל את טענת העותרת לפיה במכרז שלפנינו קיים חוסר שוויון מובנה שחייב את פסילתו בידי וועדת המכרזים.

אוסף ואומר, כי אינני רואה צורך, בגדרי העתירה שלפנינו, לטעת מסמרות בשאלת היקף פרישתם של הדברים שנאמרו בענין בזק. לפנינו, כאמור, התקשרות חוזית בין מעסיק פלסטיני לעובדיו הפלסטינים שעניינה שירות שניתן באזור לתושבים פלסטינים, עליה חל דין האזור. בנסיבות אלה, די לנו לקבוע כי אי החלת הדין הישראלי על התקשרות שאלה מאפייניה, אינה מהווה פגיעה בשוויון במידה המצדיקה התערבותו של בית משפט זה. בשולי הדברים, ובכחינת למעלה מן הצורך, אוסף ואומר כי טענתה של העותרת לפיה חוסר השוויון הנטען יביא לכך שחברה ישראלית לא תוכל, לעולם, לזכות במכרז בו משתתפים גם מציעים מהאזור – נסתרת בנתונים שהובאו לפנינו, ומהם עולה כי בשנת 2006 העותרת ומשיב 2 נטלו חלק במכרז דומה למכרז נושא העתירה שלפנינו, שנסב אף הוא על פריקת סחורות במעבר ביתוניא. באותו מכרז נקבעו שני זוכים – משיב 2 והעותרת, כאשר העותרת זכתה בחלק של המכרז שעסק בהעברת סחורות מוצקות ואילו משיב 2 זכה בחלק אחר של המכרז.

סיכום

29. בנסיבות המקרה שלפנינו, מעניקה הרשות המינהלית היתר למתן שירותים, הניתנים על-ידי הגוף הזוכה במכרז, באמצעות עובדיו שלו. מכוח כללי ברירת הדין הנוהגים, הדין החל על יחסי העבודה הנרקמים בין משיב 2 – הזוכה במכרז – לעובדיו הוא הדין החל באזור ולא הדין הישראלי. בנוסף, נוכח הוראות ההיתר ונוכח הכללים המקובלים בדיני עבודה לקביעת זהותו של מעסיק, המנהל אינו מעסיק ישיר או מעסיק בפועל של עובדים אלה. משכך, הוראות הצו בדבר העסקת עובדים במקומות מסוימים – ככל שהן נוגעות לסוגיית תשלום שכר מינימום לפי הדין הישראלי לעובדיו הפלסטינים של משיב 2 – אינן חלות בעניינו. המסקנה היא, אפוא, כי המקורות עליהם הצביעה העותרת אינם מקימים למשיב 2 חובה לשלם לעובדיו שכר מינימום לפי השיעור הנקוב בדין הישראלי. מכך עולה, כי במישור זה, לא היה המנהל מחויב לפסול

את הצעתו של משיב 2 ובהחלטתה של הועדה להכריז על משיב 2 כזוכה במכרז לא נפל פגם המצדיק את התערבותנו.

נוכח כל האמור, אציע לחבריי לדחות את העתירה. העותרת תשלם למשיבים 1 ו-2 שכ"ט עו"ד בסך 10,000 ש"ח (לכל צד).

ש ו פ ט

הנשיאה ד' ביניש:

אני מסכימה.

ה נ ש י א ה

השופט ח' מלצר:

אני מסכים.

ש ו פ ט

ניתן היום, י' באב תש"ע (21.7.2010).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ה נ ש י א ה