



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בעניינים מינהליים

עע"ס 6101/13

לפני: כבוד השופט א' רובינשטיין
כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט נ' סולברג

המערערת: ימית א. בטחון (1998) בע"מ

נגד

המשיבה: הסוכנות היהודית לארץ ישראל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים
בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים (השופט מינץ)
בעת"מ 31312-08-13 מיום 1.9.13

תאריך הישיבה: י"ב בשבט התשע"ד (13.1.14)

בשם המערערת: עו"ד דרור גדרון

בשם המשיבה: עו"ד צבי אגמון; עו"ד גלית פליישר; עו"ד רוני מונק

פסק-דין

השופט א' רובינשטיין:

א. ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים (השופט מינץ) בעת"מ 31312-08-13 מיום 1.9.13, שבגדרו נדחתה עתירה שהוגשה נגד המשיבה (להלן הסוכנות היהודית) לקיום מכרז, מחמת העדר סמכות עניינית. השאלה שבמוקד ההליך היא האם יש לראות את הסוכנות כתאגיד ממשלתי, בגדרי תאגיד שהוקם בחוק, לצורך חוק חובת המכרזים.

רקע

ב. המערערת הגישה עתירה מינהלית כנגד הסוכנות היהודית בשל סירובה לקיים מכרז פומבי למתן שירותי חניה בירושלים. בית המשפט לעניינים מינהליים דחה את העתירה בשל העדר סמכות עניינית. נומק, כי סעיף 5 לתוספת הראשונה לחוק בתי

משפט לעניינים מינהליים, תש"ס-2000 פורש את סמכותו של בית המשפט לעניינים מינהליים בין היתר על ענייני מכרזים של גוף או רשות המנויים בסעיף 2 לחוק חובת המכרזים, תשנ"ב-1992. נקבע, כי הסוכנות היהודית אינה נכללת בגדרי סעיף 2 לחוק חובת המכרזים, שהרי אין היא "תאגיד שהוקם בחוק" כמשמעו בסעיף 1 לחוק, ומשכך, אין ההשגה על פעולותיה בהקשר זה מצויה בגדרי סמכותו של בית המשפט לעניינים מינהליים. עם זאת הוטעם לגופה של עתירה, כי "אכן, מבלי לקבוע מסמרות בדבר, ייתכן וכטענת העותרת חלה על המשיבה בשל אופייה הציבורי, חובת עריכת מכרז. זאת, בדומה להחלת חובת המכרזים על גופים שונים, גם כאלו שלא חלה עליהם חובת מכרז לפי חוק חובת המכרזים, מכוח עקרונות משפט כלליים ובדומה לחובה מעין זו המוטלת על גוף דו-מהותי מכוח עיקרון הדואליות הנורמטיבית". לשלמות התמונה העובדתית יצוין, כי במקביל לעתירה, הוגשה גם המרצת פתיחה לבית המשפט המחוזי בירושלים (ה"פ 31320-08-13). בהחלטה מיום 20.11.13 נקבע בהסכמת הצדדים (השופטת כנפי-שטייניץ) כי הדיון יעוכב עד להכרעתנו בערעור זה.

טענות המערערת

ג. לטענת המערערת, הסוכנות היהודית היא "תאגיד שהוקם בחוק", וככזו – לפי לשון חוק חובת המכרזים ותכליתו – חל עליה החוק, והיא חייבת בעריכת מכרז. נטען, כי אך עם חקיקתו של חוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ ישראל, תשי"ג-1952 הפכה הסוכנות היהודית לאישיות משפטית בעלת כשרות משפטית (במקורו היה חוק זה, חוק מעמד ההסתדרות הציונית העולמית-הסוכנות היהודית לארץ ישראל, תשי"ג-1952, והוא תוקן בשנת 1976, בעקבות היפרדותן של ההסתדרות הציונית העולמית והסוכנות היהודית, לנוסחו דהאידנא (1970 החוקים 790 תשל"ו, 49)). כנטען, חוק זה הגדיר את סמכויותיה של הסוכנות היהודית ואת מרחב פעילותה. הוטעם, כי לסוכנות היהודית סממנים ציבוריים נוספים המחזקים את המסקנה שמדובר ב"תאגיד שהוקם בחוק", ובראשם תפקידיה וסמכויותיה. עוד נטען, כי תכליתו של חוק חובת המכרזים מצדיקה החלתו על הסוכנות היהודית, שכן הסוכנות מוציאה את תקציבה למטרות ציבוריות, ו"הפטור הגורף ממסים... והכספים שנכנסים למחזור הפעילות של הסוכנות כתוצאה משיתופי הפעולה עם הממשלה הופכים את הסוכנות לגוף שממומן בחלקו מכספי המדינה". תימוכין לטענתה כי מדובר "בגוף שהוקם בחוק" מוצאת המערערת בחוק הבחירות לכנסת (נוסח משולב), תשכ"ט-1969, המשווה את מעמד עובדי הסוכנות היהודית לעובדי מדינה (סעיף 116ז), וכן בצו הגנת הפרטיות (קביעת גופים ציבוריים), תשמ"ו-1986, בסעיף 15א לחוק האזרחים הוותיקים, תש"ן-1989 ובדברי חקיקה נוספים שמגדירים את הסוכנות כ"גוף

ציבורי". עוד נטען, כי ניתן ללמוד שהסוכנות היהודית היא "תאגיד שהוקם בחוק" מן הדינים השונים החלים על תאגיד כגון דא בדרך כלל ומקוימים בסוכנות באופן וולונטרי, דוגמת אישור מינויים של נושאי משרה. לבסוף נטען, כי מקביעת בית משפט זה בבג"ץ 4212/91 המוסד החינוכי הממלכתי דתי בית רבקה נ' הסוכנות היהודית לארץ ישראל, מז(2) 661 (1993) (להלן בג"ץ בית רבקה) שהסוכנות היהודית אינה "ממלאת תפקיד ציבורי על פי דין", ועל כן אינה כפופה לסמכות בית המשפט הגבוה לצדק, אין להשליך לעניין תחולת חוק חובת המכרזים.

טענות הסוכנות היהודית

ד. הסוכנות היהודית סומכת ידיה על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מינהליים, ומוסיפה כי אינה "תאגיד שהוקם בחוק" כמשמעו בחוק חובת המכרזים, אלא ארגון וולונטרי שהוקם ופעל שנים רבות קודם להקמת המדינה. חוק מעמד הסוכנות היהודית אינו קובע את סמכויותיה, זכויותיה וחובותיה של הסוכנות היהודית; תפקידיה וסמכויותיה מעוגנים בהסכם עם ממשלת ישראל. בנוסף על הסוכנות היהודית אין חלים חוק מבקר המדינה (נוסח משולב), תשי"ח-1958, חוק הביקורת הפנימית, תשנ"ב-1992 או חוק חופש המידע, תשנ"ח-1998. הוסף, כי משנקבע בבג"ץ בית רבקה כי הסוכנות היהודית אינה כפופה לביקורת שיפוטית של בית המשפט הגבוה לצדק, שכן אינה גוף "הממלא תפקיד ציבורי על פי דין", פשיטא שאין היא נכללת בגדר הדיבור "תאגיד שהוקם בחוק". הוסף, כי חוק חובת המכרזים אינו חל על הסוכנות היהודית גם לפי תכליתו, שכן הוא בא לקבוע חובת מכרז ביחס לגופים שהממשלה מעורבת בתקציבם או בהנהלתם. הסוכנות היהודית תומכת יתדותיה בתקנות חובת המכרזים, תשנ"ג-1993, שהוצאו מכוח חוק חובת המכרזים, ולטענתה מגלה העיון בהן, כי כאשר חפץ המחוקק להתייחס לסוכנות היהודית, עשה זאת מפורשות. הוסף, כי מטעמי מינהל תקין ובשל חובותיה כלפי תורמיה מקיימת הסוכנות היהודית ביקורת פנימית, ופועלת בהתאם לנהלי רכש ברכישת טובין ושירותים. לבסוף נטען, כי חוק חובת המכרזים אינו חל על פעולות שאותן מבצע גוף בעצמו, ובענייננו בחרה הסוכנות היהודית להפעיל את שירותי החניה בעצמה באמצעות חברת בת, ועל כן אין להחיל עליה חובת עריכת מכרז.

הדיון בפנינו

ה. בדיון בפנינו חזר ונטען בא כוח המערערת, כי הסוכנות היהודית כוננה כאישיות משפטית אך עם חקיקת חוק מעמד הסוכנות היהודית, ועל כן מדובר ב"תאגיד שהוקם

בחוק". הוטעם כי הסוכנות מבצעת תפקידים ציבוריים מובהקים, וככזו לא יעלה על הדעת שחוק חובת המכרזים לא יחול עליה. בא כוח הסוכנות היהודית טען, כי לקביעה שהסוכנות היהודית היא "תאגיד שהוקם בחוק" השלכות נרחבות לרבות לעניין יכולתה לגייס תרומות. הודגש, כי הסוכנות היהודית אף אינה רשומה ברשם החברות או העמותות.

דיון והכרעה

ו. בגדרי סמכותו של בית המשפט לעניינים מינהליים מצויים ענייני מכרזים כאמור בפרט 5 לתוספת הראשונה לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים: "ענייני מכרזים של גוף או רשות המנויים בסעיף 2 לחוק חובת המכרזים, תשנ"ב-1992, וענייני מכרזים של רשות מקומית, שענינם התקשרות בחוזה לביצוע עסקה בטובין או במקרקעין, לביצוע עבודה או לרכישת שירותים, וכן מכרזים שענינם מתן רישיון או זיכיון לפי דין". סעיף 2 לחוק חובת המכרזים, שאליו מפנה פרט 5, קובע, כי "המדינה, כל תאגיד ממשלתי, תאגיד מקומי, 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" (הדגשה הוספה-א"ר). "תאגיד ממשלתי" מוגדר בסעיף 1 כ"חברה ממשלתית, חברת-בת ממשלתית, או תאגיד שהוקם בחוק" (הדגשה הוספה-א"ר).

ז. דומה כי אין חולק שהסוכנות היהודית אינה גוף של המדינה או אחד מהגופים המנויים בפרט 5 ובסעיף 2. כן דומה שלית מאן דפליג כי אינה חברת ממשלתית או חברת בת ממשלתית. השאלה המונחת לפתחנו היא איפוא האם הסוכנות היהודית היא "תאגיד שהוקם בחוק"? "תאגיד שהוקם בחוק", כשמו כן הוא – "יציר חוק אשר קובע את המבנה, התפקיד והסמכויות של התאגיד הציבורי" (עצ"מ 3493/06 אלדאי נ' קרן הגימלאות של חברה אגד בע"מ (2007) (להלן עניין אלדאי) (השופט פוגלמן), פסקה 12). בעצ"מ 8300/07 בטיחות אנוש – החברה לחקרי תאונות ומניעתן נ' התאגיד המנהל של המאגר לביטוח רכב חובה (2010) (להלן עניין אנוש) נדרשה השופטת ארבל למאפייניו של "תאגיד שהוקם בחוק", וציינה כי "תאגיד שהוקם בחוק פשוטו כמשמעו הינו תאגיד יציר החוק. 'החוק הקימו, הגדיר את מעמדו, סמכויותיו, זכויותיו וחובותיו, מרחב פעילותו ומטרת פעילותו' (השופטת פרוקצ'יה בת"א (י-ם) 1755/96 ל.נ.ע. סחר ועבודות מיוחדות בע"מ נ' קרן קיימת לישראל (לא פורסם) (להלן עניין ל.נ.ע.); ... מדובר על תאגידים שהוקמו והוסדרו על-ידי חוקים מיוחדים בהם מוזכרים אותם תאגידים במפורש או על תאגידים ציבוריים שהוקמו על-ידי החלטה מינהלית של רשות ציבורית

על-פי סמכות מיוחדת המוקנית לה בחוק לשם כך... (פסקה 10). בע"א 747/81 טולבי נ' שיקמונה – חברה ממשלתית עירונית לשיקום משכנות עוני בחיפה בע"מ, פ"ד לו(4) 239, 245 (1982) נאמר, כי קשה להלום שגוף שהוקם שנים רבות לפני חקיקת החוק, יוכר כגוף "שהוקם בחוק".

ח. יצוין, כי במובחן מסעיף 15ד(2) לחוק יסוד: השפיטה, המעגן את סמכותו של בג"ץ, בין היתר ביחס ל"גופים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין", ובהקשר זה נדון מעמד הסוכנות היהודית בבג"ץ בית רבקה, מתייחס חוק חובת המכרזים לתאגיד שהוקם על פי דין. בעוד בעסקנו "בגופים הממלאים תפקידים על פי דין", אין צורך שהגוף יוקם בדין, אלא נחוץ שהמוטל עליו יבוא מן הדין ולא על דרך הסכם (בג"ץ 126/84 גלבוע נ' מפעל הפיס, פ"ד לט (4) 68 (1985)) ובית המשפט מנסה לבחון האם הגוף אינו אלא הסוואה לפעילות שלטונית (421/89 דורון ערן הפקות בינלאומיות בע"מ נ' הקרן הציבורית לעידוד הסרט הישראלי, פ"ד מג(4) 309, 311 (1989)), הנה כאשר עסקינן בתאגיד שהוקם על פי דין, הדרישה היסודית היא כי גוף זה יהא יציר החוק, ושסמכויותיו גם הן יינתנו לו בחוק (עניין אלדאי, פסקה 12; ראו והשוו ע"א 4275/94 הבורסה לניירות ערך בתל-אביב בע"מ נ' א' ת' ניהול מאגר הספרות התורנית בע"מ, פ"ד נ(5) 485, 507 (1997)).

הסוכנות גוף ייחודי

ט. הגם שאת המערכת מעניינת בראש וראשונה סוגיה "ארצית", קרי, הדרישה לקיום מכרז – אין מנוס מהתייחסות להיבט ההיסטורי והמשפטי של מעמד הסוכנות היהודית מכבר, משזה עלה על הפרק. כפי שנראה, נגיע למסקנה כי הסוכנות היא גוף sui generis, בעל יחוד לעצמו.

הסוכנות היהודית-גוף שהוקם בחוק?

י. השם "סוכנות יהודית" (Jewish Agency) יסודו בסעיף 4 לכתב המנדט של חבר הלאומים, שקבע, בעקבות הצהרת בלפור, כי "סוכנות יהודית נאותה תוכר כמוסד ציבורי, שתכליתו לייעץ לממשלת ארץ-ישראל ולשתף פעולה עמה בכל אותם העניינים הכלכליים, החברתיים והאחרים הנוגעים להקמת הבית הלאומי היהודי ולענייניה של האוכלוסיה היהודית בארץ-ישראל, וכן, בהתחשב תמיד עם פיקוחה של הממשלה, לסייע ולהשתתף בפיתוח הארץ. ההסתדרות הציונית, כל זמן שהרכבה וארגונה יהיו

נאותים, לדעת בעל המנדט, תוכר בתוך סוכנות זו..."; ראו ניתוחו של ברנרד (דב) יוסף, השלטון הבריטי בארץ ישראל, פרשת כשלוננו של משטר (תש"ח), 102-106; בעמ' 105 נאמר כי "הסוכנות היהודית לא נוצרה על-ידי המנדט. זהו איגוד, שחבריו מצטרפים אליו מרצונם הטוב", והמנדט יכול היה להכיר או שלא להכיר בגוף זה, אך הוא הכיר בו. ואכן בשנות העשרים נשאה ההנהלה הציונית לארץ-ישראל במעמד הסוכנות (ראו חיבורי "מיישוב למדינה: מוסדות ומפלגות", בתוך היישוב בימי הבית הלאומי (בנימין אליאב, עורך, 1976), 131, 141-142), ופיתחה מתחילה, חרף מגבלות פורמליות, פעילות ענפה במישורים הפוליטי, הכלכלי והחברתי. בשל חוסר משאבים וכדי למנף את הפעילות הוקמה ב-1929 "סוכנות יהודית" מורחבת שכללה ציונים ולא ציונים (מהאחרונים היו לאמריקנים 40%) ראו שם, 144). התקוות בשיתוף עם הלא-ציונים לא נתגשמו כהלכה, ומכל מקום הנהלת הסוכנות "לא פעלה בנפרד מן ההנהלה הציונית והפכה כעבור זמן לא רב לשם נרדף – למעשה, אם לא להלכה – להנהלה הציונית", ולאורך שני העשורים הבאים כשדובר על הנהלת הסוכנות היתה הכוונה גם להנהלה הציונית, והיא היתה "ממשלת המדינה שבדרך", ובמיוחד בשנות הארבעים במאבק למדינה (שם, 149). הסוכנות היהודית הנהיגה איפוא את הפעולה המדינית, הכלכלית והביטחונית של התנועה הציונית ושל היישוב היהודי בארץ, תוך בניית הבית הלאומי היהודי עד קום המדינה (ראו גם י' עילם הסוכנות היהודית – שנים ראשונות (1990), לעניין המיתוס שנלווה לסוכנות היהודית והיחס בין זה לבין המציאות ומארג הכוחות בתנועה הציונית). עם הקמתה של המדינה הועברו תפקידי ניהול המדינה לממשלת ישראל, אך האחריות על העליה, ההתיישבות, החינוך יהודי-ציוני בתפוצות והקשר עם יהדות העולם נותרה בידי הסוכנות היהודית (ראו בהקשר זה סעיף 19(ב) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, שקיים את הוראות הסוכנות והועד הלאומי (המוסד המבצע היישובי) בתקופת המעבר למדינה). בחוק מעמד הסוכנות היהודית עוגן מעמדה של הסוכנות היהודית כגוף וולונטרי:

"הסוכנות היהודית לארץ ישראל היא התאגדות מרצון עצמאית, מורכבת מן ההסתדרות הציונית העולמית ומארגונים וגופים אחרים; היא פועלת במדינת ישראל בתחומים שבחירה בהסכמת הממשלה" (סעיף 2א; לשלמות התמונה יצוין כי סעיף זה הוסף בתיקון לחוק מעמד הסוכנות היהודית בשנת 1976).

בסעיף 3 לחוק המעמד עוגנה תכליתה: "ההסתדרות הציונית העולמית והסוכנות היהודית לארץ ישראל שוקדות כמקודם על העליה ומנצחות על מפעלי קליטה והתיישבות במדינה". בסעיף 4 צוין, כי "מדינת ישראל מכירה בהסתדרות הציונית העולמית ובסוכנות היהודית לארץ-ישראל כסוכנויות המוסמכות שיוסיפו לפעול במדינת ישראל לפיתוח הארץ וליישובה, לקליטת עולים מהתפוצות ולתיאום

פעולותיהם בישראל של מוסדות ואיגודים יהודיים הפועלים בתחומים אלה". באמנה שנכרתה ביום 2.12.54 מכוח חוק מעמד הסוכנות היהודית בין ממשלת ישראל לבין ההנהלה הציונית (ילקוט הפרסומים 386 (תשט"ו)) נמנו תפקידיה של הסוכנות היהודית, והם, בין היתר, ארגון פעולות העלייה בתפוצות והעברת העולים ורכושם לישראל, השתתפות בקליטתם של העולים, התיישבות חקלאית, רכישת קרקע והכשרתה, השתתפות ביסודם של מפעלי פיתוח בארץ ובהרחבתם ועידוד השקעות הון פרטי בארץ (סעיף 1). כן הוסדרה מערכת יחסיה עם הממשלה, כפי שיוראה להלן. האמנה מסדירה איפוא את תפקידיה ואופן פעולתה של הסוכנות היהודית, היא מיוסדת על הסכמת הצדדים, ויסודה, כטיבו של הסכם, במערכת יחסים הדדית בין הצדדים (ראו פסקה ט"ז לעניין ההטבות להן זוכה הסוכנות היהודית, נוכח התפקידים שנטלה על עצמה; כן ראו דברי חבר הכנסת אונא בדיוני הכנסת בקריאה שניה ושלישית, הישיבה המאה ארבעים ושתיים של הכנסת השניה, דברי הכנסת 13 (תשי"ג) 145 לעניין האופי ההסכמי של האמנה). יצוין, כי בעקבות פיצולן של הסוכנות היהודית וההסתדרות הציונית העולמית בשנת 1971 לשני גופים נפרדים תוקן כאמור חוק מעמד הסוכנות היהודית בשנת 1976 (התיקון נכנס לתוקפו רטרואקטיבית החל מיום 21.6.1971), ובשנת 1979 נחתמה האמנה בין ממשלת ישראל לבין הסוכנות היהודית (להלן האמנה החדשה). הדבר נעשה, כעולה מדברי ההסבר, בעקבות צרכי השעה ("עקב שינויים שבאו בהרכבה של הסוכנות היהודית מאז הוחק החוק העיקרי לפני למעלה מעשרים שנה", ובין היתר הקמתה ב-1971 של "סוכנות יהודית מורחבת", מחציתה נציגי ההסתדרות הציונית ומחציתה נציגי המגביות, תוך חלוקת תפקידים בין קידום המטרות הציוניות על-ידי ההסתדרות הציונית ובין עליה, קליטה, חינוך ורווחה סוציאלית המבוצעות על-ידי הסוכנות (הצעות חוק תשל"ד, 162).

יא. בהצגת החוק המקורי בדיוני הכנסת לקראת חקיקתו, ציין ראש הממשלה, דוד בן גוריון (דברים שצוטטו לאחר מכן גם בבג"ץ בית דבקה) ביום 5.5.52 כהאי לישנא:

"חוק זה שונה בדרך-כלל מחוקים אחרים לא רק בצורתו, אלא גם בתוכנו. כרגיל בא חוק או לשנות או לתקן את היש. חוק זה בא לקיים, ולאשר ולתת תוקף משפטי והכרה ממלכתית לעובדת יסוד, לעובדה של הווית העם היהודי ברציפותו, באחדותו ובשאיפתו ההיסטורית. הוא בא לטבוע גושפנקא ממלכתית וחוקית לעובדה שמדינת-ישראל היא יצירת העם היהודי. הוכחה ניצחת ומשען נאמן לקיומו ומכשיר ראשי לגאולתו" (הישיבה השבעים ושש של הכנסת השניה דברי הכנסת 11 (תשי"ב), 1886).

וכן דברי חבר הכנסת - כתארו אז - זלמן שז"ר:

"הסטאטוס הזה, הוא לא רק ביטוי של ברכה, ולא רק של הכרת טובה, לא רק בשל זכות אבות, ולא רק לשם קיום מצוות כיבוד-אם; הוא לא רק מעניק זכויות, הוא מטיל שירות - הוא מטיל שליחות..." (שם, 1894).

וראו הדיונים הסוערים שנלוו לחקיקת החוק באשר למרכזיות של הסוכנות היהודית וההסתדרות הציונית בהגשמת החזון הציוני, מעמד התנועה הציונית והמוטיבציה לחקיקת החוק כאמצעי להשבת עטרה ליושנה ולחיזוק מעמד התנועה הציונית – שם, 1886; הישיבה המאה ארבעים ושתיים של הכנסת השניה, דברי הכנסת 13 (תשי"ג) 132; הישיבה המאה שלושים ושתיים של הכנסת השניה דברי הכנסת 13 (תשי"ג) 24. מדובר איפוא בחוק ייחודי שבא להצהיר על הקיים ולבססו, ולא ליצור יש מאין; מאחורי הדברים גם משמעות מעשית ומשפטית, גם אם ניסוחם פוליטי-היסטורי. באופן מעשי, הסוכנות כמנגנון מתפקד בתחומים שונים היתה כזאת בעשורים שקדמו להקמתה של מדינת ישראל. אין לנו תשתית עובדתית ברורה בשאלה באיזו אדרת משפטית העסיקה הסוכנות – למשל – את עובדיה וניהלה את ענייניה הכספיים והנכסיים בתקופה שקדמה לחוק המעמד בימי המנדט והמדינה, אך הדעת נותנת כי לא היה חלל בפועל, ומכל מקום אין לנתק את ההמשכיות ולהעטות על הסוכנות אדרת מלאכותית של בריה חדשה מאז החוק.

יב. בבג"ץ בית דבקה נדון מעמדה של הסוכנות היהודית, ובית המשפט נדרש לשאלה האם הסוכנות היהודית היא "גוף הממלא תפקיד ציבורי על פי דין" וככזה נכלל בגדרי סמכותו של בג"ץ. המשנה לנשיא אלון ציין, כי "עיקרו של חוק מעמד הסוכנות במתן ביטוי לקשר ההיסטורי בין עם ישראל למדינת ישראל" (עמ' 667) וכי החוק "אינו אלא הצהרתי בלבד. אין הוא קובע סמכויות שלטוניות ואין הוא מאציל אותן" (עמ' 668). הוסבר, כי "כחוט השני עובר בחוק העיקרון כי למשיבה קיום עצמאי, וכי פעולותיה נעשות על פי רצונה שלה ולא על פי החוק" (שם). הוטעם, כי האמנה היא הסכם שנכרת בין ממשלת ישראל לסוכנות היהודית, וכי אין לומר על גוף שהוא "ממלא תפקיד ציבורי על פי דין" מקום בו זה מוטל עליו מכוח הסכם. נקבע בסיכומו של דבר כי הסוכנות היהודית אינה "גוף הממלא תפקיד ציבורי על פי דין", ושאלת התחולה של המשפט הציבורי על הסוכנות היהודית הותרה בצריך עיון. בת"א (י-ם) 1755/96 ל.נ.ע. סחר ועבודות מיוחדות בע"מ נ' קרן קיימת לישראל (2000) (להלן עניין ל.נ.ע.) דנה השופטת פרוקצ'יה בהחלטה של חובת מכרז על הקרן הקיימת לישראל וציינה, בהסתמך על בג"ץ בית דבקה, כי ההסתדרות הציונית העולמית והסוכנות היהודית "לא נוצרו

מכוח חוק אלא קמו כארגונים וולונטריים זמן רב לפני קום המדינה לביצוע משימות ציבוריות שונות ומגוונות" (פסקה א(1)).

יג. נוכח ההיסטוריה שהזכרנו, ונוכח האמור בפסקי הדין הללו, קשה איפוא להלום את הטענה כי חוק מעמד הסוכנות היהודית, שבא לעגן מצב קיים מכבר, הקים את הסוכנות היהודית, שהיתה לעת קבלתו בתשי"ג-1952 בעלת עבר מכריע במיוחד ביישוב היהודי בתקופת המנדט וכן - בתחומים מסוימים – במדינה הצעירה שקמה, והכל לאורך כמחצית יובל עוד קודם לחקיקת החוק; ובהמשך כמובן פעלה בסוכנות היהודית ועודנה פועלת בתחומים שנטלה על עצמה מכוח הסכם עם הממשלה. יוסף, כפי שגם ציינה הסוכנות היהודית בענייננו, כי המחוקק הבחין בחוק חובת המכרזים בינה לבין גופים "שהוקמו על פי חוק", וכאשר כיון לסוכנות היהודית ציין זאת מפורשות (ראו תקנה 3(19)(א) לתקנות חובת המכרזים למול תקנה 3(7), ותקנה 3(20) לתקנות חובת המכרזים (התקשרות מערכת הביטחון), תשנ"ג-1993 (להלן תקנות חובת המכרזים (התקשרות מערכת הביטחון)) למול תקנה 3(16)).

יד. עניינו הרואות כי בנדון דידן המענה הפשוט לשאלה שהובאה בפנינו, הוא כי אף שהסוכנות היהודית ממלאת תפקיד ציבורי רם מעלה בנושאי עליה, חינוך בתפוצות ועוד, וקשורה קשר אמיץ לממשלה בעניינים שונים, כפי שגם נראה בהמשך, אין היא מהוה "תאגיד שהוקם בחוק" כמשמעו של מונח זה בחוק חובת המכרזים, שכן לא הוקמה בחוק. זו ההיסטוריה, אלה העובדות, חוששני שאין בלתן; וראו גם האמנה בין ממשלת ישראל לבין הסוכנות היהודית לארץ ישראל מיום כ"ח בסיון תשל"א (21.6.71), ילקוט הפרסומים תשל"ט 2172. יצוין, כי רשימת החוקים שאליהם הפנתה המערערת כאמור אכן תומכת באופיה הציבורי של הסוכנות היהודית, אולם אין בכך ללמד כי מדובר ב"גוף שהוקם בחוק". מסקנתנו איפוא מן המקובץ, כי בדין קבע בית המשפט לעניינים מינהליים שהוא נעדר סמכות עניינית לדון בעתירה שבאה בפניו.

טו. לכאורה בזאת תמה מלאכתנו, אולם מבקשים אנו, משבאנו לכאן ונוכח חשיבות הנושא, להאיר ולהעיר מספר עניינים נוספים.

גופים דו-מהותיים

טז. הסוכנות היהודית היא במקורו גוף יציר המשפט הפרטי, אולם התפקיד אותו היא ממלאת, המובלט כמובן מאז חקיקת החוק, הוא כמובן תפקיד ציבורי טהור. היא משתייכת לקבוצת גופים הפועלים בתחום הציבורי, אשר "ציבוריותם" נעוצה במהות

פעולותיהם (ד' ברק-ארז משפט מינהלי כלכלי (תשע"ג), עמ' 460-461, 479-480 (להלן ברק-ארז).

יז. גופים הנושאים מאפיינים אזרחיים לצד מאפיינים ציבוריים המצדיקים החלתן של חובות מכוח הדין המינהלי הוכרו כ"יצורי כלאיים" (בג"ץ 731/86 מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד מא(2) 449 (1987) (להלן עניין מיקרו דף); ד' ברק-ארז אזרח נתין צרכן – משפט ושלטון במדינה משתנה (תשע"ב), 251-252)). וזכו לכינוי גופים "דו-מהותיים". בבואו של בית המשפט לבחון האם מדובר בגוף כגון דא, יבדוק האם לגוף זה סמכויות שלטוניות (עניין מיקרו דף); מה סוג השירות שהוא מספק לציבור (בג"ץ 8335/09 קרן דולב לצדק רפואי נגד שר הבריאות ממשלת ישראל (2012), פסקה כ"ג); היקף התמיכה הכספית הממשלתית בו; האם הוא מונופולין, והאם בידיו מרוכז כוח רב העלול להיות מנוצל לרעה (ע"א 5489/11 אקו"ם בע"מ-אגודת קומפוזיטורים נגד emi music publishing ltd (2013) (להלן עניין אקו"ם), פסקה 43; ע"א 467/04 יתח נ' מפעל הפיס (2005), פסקאות 16-17). פרופ' זמיר (הסמכות המינהלית (מה' 2- תש"ע) כרך א', עמ' 533) מציין, כי באופן כללי נדרש כי הגוף הדו-מהותי יהא בעל גוון ציבורי, אולם הוא מטעים את הצורך ב"דבר מה נוסף". הוא מוסיף כי לצורך סיווג גוף כדו-מהותי הגורם המכריע אינו הבעלות או השליטה על הגוף, אלא אופי תפקידו, ובנסיבות מסוימות די יהיה בכך שהוא ממלא תפקיד ציבורי כדי לתייגו כגוף דו-מהותי; כך, אין גם הכרח שיהא מצויד בסמכויות מכוח חוק (עמ' 530). ברק-ארז מוסיפה (עמ' 494; כן ראו מאמרה "תאגידים ציבוריים" עיוני משפט יט, 273 (תשנ"ה)) כי "ציבוריותו" של תאגיד יכולה לבוא לידי ביטוי באחד משניים: האופי הציבורי של הפעילות, או מעורבותו בפועל של השלטון בתאגיד בדרך של ניהול, מימון, מתן הוראות ועוד. המחברת מציינת עוד (עמ' 495-497) כי החלתן של חובות מן המשפט הציבורי על גופים המספקים שירותים בעלי אופי ציבורי, אף שאינם מקבלים תמיכה מיוחדת מהמדינה, עשויה לעורר ביקורת בהיבט של פגיעה אפשרית באוטונומיה של הרצון הפרטי ובחופש ההתאגדות, ומציעה ליישב קושי זה בהתחשב במענה לשאלה האם פעילותו של הגוף הפרטי הממלא פונקציה ציבורית, מהוה תחליף לפעילות מטעם המדינה ורשויותיה באותו תחום. לשלמות התמונה נציין, כי היא מתריעה מחיפזון בסיווגו של תאגיד כגוף דו-מהותי כדי להחיל עליו את חובות המשפט הציבורי, ומציינת שיתכן כי הנורמה שמבקשים להחיל על תאגיד זה היא נורמה שיש להחילה גם על תאגידים פרטיים (עמ' 506), וראו גם עניין אקו"ם, פסקה 43). משמצוידים אנו באלה, נבקש לבחון את מעמדה של הסוכנות היהודית.

האם הסוכנות היהודית היא גוף דו-מהותי?

יח. נאמר כבר כאן, כי תשובתנו לשאלה האם הסוכנות היא גוף דו מהותי תהא חיובית, ובמובהק.

יט. אכן עם הקמת המדינה, חלשו תאגידי פרטיים מבחינת הגדרתם, אך ציבוריים מבחינת אופי פעילותיהם, על תחומים שונים בזירה הציבורית (ברק-אדל, עמ' 461). הסוכנות היהודית היא דוגמה מובהקת לכך. הסוכנות היהודית משמשת, גם כיום, אם כי שינתה פניה בצורות שונות לאורך השנים, כזרועה הארוכה של הממשלה באשר לשירותי עליה וקליטה וקיבוץ גלויות, וממלאת תפקיד ציבורי ראשון בחשיבות:

"הסוכנות היהודית מילאה תפקיד ראשון במעלה בהגשמת החזון הציוני, בקיבוץ גלויות ובהפרחת הארץ, והיא לא סיימה את התפקיד שנועד לה...שליח של העם היהודי בפיתוח המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית" (בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל נד(1) 258, 284 (2000) (הנשיא ברק)).

יש שיתוף פעולה בין הסוכנות לממשלה בתחומי פעילותה השונים כעולה מן האמנה החדשה (ועוד לפני כן האמנה המקורית). כך קובע סעיף 3 לאמנה החדשה, כי "בכל התחומים שעליהם חלה אמנה זו תפעל הסוכנות היהודית על יסוד תכניות מוסכמות מראש עם הממשלה או תכניות המומלצות על ידי ועדת התיאום, כהגדרתה להלן". בסעיף 5 צוין, כי הסוכנות היהודית "לא תסמך כל גוף או מוסד לבצע תפקידיה, כולם או מקצתם, ללא הסכמתה המוקדמת בכתב של הממשלה".

כ. הסוכנות פועלת בתחום העליה וקליטתה ומחליפה פעולות של המשרד הממשלתי המופקד על התחום (ברק-אדל, עמ' 497); שהרי מדובר ב"סדרה של פעילויות ממלכתיות ציבוריות בתחומי העלייה, הקליטה, ההתיישבות, ניהול קרקעות ופיתוחן, שיקום שכונות ועוד... נוגעות לאוכלוסיות רחבות היקף בישראל" (א' פרידברג "חוק הביקורת הפנימית, התשנ"ב-1992 תחולתו הפטורים ממנו" משפט וממשל ב', 219, 230 (תשנ"ד) (להלן פרידברג)). ביטוי לכך מצוי בסעיף 8 לאמנה, המקים ועדה לתיאום הפעולות בין הממשלה והסוכנות היהודית, לשם "מניעת כפילויות בכל התחומים שעליהם חלה האמנה" (הדגשה הוספה-א"ר). בדיוני הכנסת לחקיקת חוק מעמד הסוכנות היהודית, בקריאה ראשונה מיום 4.11.52, בא חבר הכנסת מאיר

וילנר בטרוניה על היקף הסמכויות המוקנות להסתדרות הציונית העולמית ולסוכנות היהודית תחת ממשלת ישראל כדלקמן:

"הצעת החוק...פירושה - מתן סטאטוס הנוטל חלק מהסוכרניות של מדינת ישראל. פירוש הדבר, למסור לגוף שלא נבחר...סמכויות נרחבות בשטחים רחבים, כגון פיתוח וקליטת עליה. כן הוא מוסר לגוף זה שליטה על חלקים גדולים של האוכלוסיה במדינה..."(הישיבה המאה שלושים ושתיים של הכנסת השניה דברי הכנסת 13 (תשי"ג), 33).

נוסיף, כי במסגרת תפקידה ההתיישבותי נמסרו בהרשאה לסוכנות היהודית על ידי מינהל מקרקעי ישראל מקרקעין, והיא איפשרה שימוש בהם לאגודות שיתופיות ולמתיישבים (במעמד של "בר רשות") באמצעות הסכמים שכונו "החוזים המשולשים" הנודעים (להרחבה ראו ג' ויתקון דיני מקרקעי ישראל (מה' 2- תש"ע) כרך ב', פרק 28). יודגש, כי הסוכנות היהודית אינה מתקצבת על ידי המדינה, והיא אחראית לגיוס המשאבים הכספיים הדרושים לה למילוי תפקידיה. מקורם של אלה בעיקר בתרומות, במתנות, במענקים מקהילות ברחבי העולם ובהכנסות הנובעות מהשקעות ומהלוואות (סעיף 6 לאמנה). עם זאת נקבע בסעיף 11 לאמנה ובסעיף 12 לחוק מעמד הסוכנות היהודית, כי ההכנסות המנויות שם פטורות ממס, וכי הסוכנות היהודית ומוסדותיה פטורים מכל מס ומכל תשלום חובה ממשלתי.

כא. על "ציבוריותה" של הסוכנות היהודית אין איפוא צורך להכביר מלים, וכל המוסיף גורע; ואף נמצא לה ביטוי בדברי חקיקה שונים, למעלה ממאה במספר (ראו למשל חוק שויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ"ח-1998 (סעיף 5(10)); חוק להסדרת הביטחון בגופים ציבוריים, תשנ"ח-1998 (פרט 2 לתוספת השניה); צו הגנת הפרטיות (קביעת גופים ציבוריים), תשמ"ו-1986 שבהם היא מוגדרת כ"גוף ציבורי"). בחוקים רבים מוזכרת הסוכנות היהודית בנשימה אחת עם רשויות המדינה (ראו למשל סעיף 14ד(ו) לפקודת הבנקאות, 1941), והיא זוכה לצורך תפקידיה בהטבות שונות (ראו למשל סעיף 19 לחוק ההתיישבות החקלאית (סייגים לשימוש בקרקע חקלאית ובמים), תשכ"ז-1967, הקובע כי האיסורים והמגבלות הקבועים שם לא יחולו על הסוכנות היהודית; סעיף 41(ב) לחוק הנאמנות, תשל"ט-1979 הקובע כי שר המשפטים רשאי להורות, באישור ועדת חוקה, חוק ומשפט, כי הוראות החוק לא יחולו על הקדש שיצרה הנהלת ההסתדרות הציונית העולמית או הסוכנות היהודית). עם זאת אין היא כפופה לחוק מבקר המדינה ואינה מהווה "גוף נתמך" כמשמעו בחוק יסודות התקציב, תשמ"ה-1985; ראו בהקשר זה הצעת חוק ביקורת על גופים ציבוריים (תיקוני חקיקה), תשס"ו-2006 של חבר הכנסת מיכאל איתן, אשר לא הבשילה לכדי חוק, שבה הוצע

לקבוע כי ההסתדרות הציונית העולמית והסוכנות היהודית יהיו "גוף מבוקר" כמשמעו בחוק מבקר המדינה. צוין שם ש"למרות מעורבותן בענייני מקרקעין, פיתוח הארץ ושמירה על הטבע, אין הן גופים מבוקרים כמשמעו בחוק מבקר המדינה. בהתחשב בעובדה שלא חלה עליהן ביקורת ציבורית, נכון יהיה, מטעמי שקיפות בסיסיים, לאפשר למבקר המדינה ולנציב תלונות הציבור לטפל בפניות של אזרחים הנוגעים לעבודתן" (ראו ביקורתו הנוקבת של פרידברג על מוסדות הביקורת הפנימית של הסוכנות היהודית וההסתדרות הציונית והצורך בביקורת חיצונית); כן ראו והשוו לעניין תחולת חוק חופש המידע בר"מ 3922/12 ההסתדרות הציונית העולמית נ' "יש דין" (2012), שבו נקבע כי חוק חופש המידע אינו חל על חטיבת ההתיישבות של ההסתדרות הציונית העולמית.

כב. בדב"ע שן/4-9 פריד נגד הסוכנות היהודית (1989) קבע בית הדין הארצי לעבודה זה מכבר לעניין הכללים החלים על הסוכנות היהודית בהיבט של פיטורי עובדים, כי "הגם שהסוכנות היהודית... הינה התאגדות מרצון עצמאית, הפועלת במדינת ישראל- רבה מעורבות המדינה בכל תחומי פעילותה, מטרותיה הינן בעלות אופי ציבורי מובהק, מימון פעילותה בא לה מקופות ציבוריות, והיא נועדה בעליל לשירות הציבור בלבד, בארץ ובתפוצות" (פסקה 9; ראו גם א' הראל גופים דו-מהותיים: גופים פרטיים במשפט המינהלי (תשס"ח), עמ' 72 (להלן הראל) וע' דקל מכרזים (תשס"ד) כרך א', עמ' 169 (להלן דקל), המתייחס לסוכנות היהודית כמובן מאליו – בצדק – כגוף דו-מהותי). בבג"ץ בית רבקה (עמ' 676) ציין המשנה לנשיא אלון כי "ייתכן שמקום יהא להסיק, במקרה דנן, שהסוכנות פועלת בנושא העתירה כגוף דו-מהותי, מכוח שיתוף הפעולה בינה לבין ממשלת ישראל, מכוח מהותו הציבורית המובהקת של נושא קליטת העלייה וקיבוץ גלויות וכיוצא באלה. ואולי גם המונח 'אמנה' שפירשו ברית (ראה והשווה, נחמיה י', א) ולא חוזה והסכם בלבד, משקל מה יש לו..."

כג. מאפיינים ציבוריים אלה שתוארו מובילים לכך, שחרף היותה של הסוכנות היהודית גוף וולונטרי, אך מתבקש כי פעולותיה תהיינה כפופות גם לעקרונות היסוד של דיני המינהל הציבורי, והיא תסווג כגוף דו-מהותי באופן מובהק. ברמה הגבוהה ביותר של גוף כזה מקבילה היא מבחינה מהותית ומשפטית לגופי ממשל, בהמשך לתפקידיה בעבר ועל פי תפקידיה חלים עליה איפוא עקרונות היסוד של הגינות, שוויון, סבירות, יושר ותום לב (ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 492 (1992) (להלן עניין קסטנבאום); בג"ץ 7871/07 רפאל - רשות לפיתוח אמצעי לחימה בע"מ נ' שר האוצר (2011), פסקה 33; בג"ץ 7793/05

אוניברסיטת בר-אילן ואח' נ' בית הדין הארצי לעבודה ירושלים (2011); הראל, 186).
בחינת קל וחומר מכל גוף דו-מהותי.

החלת חובת מכרזים על גופים דו-מהותיים ועל הסוכנות היהודית בפרט

כד. שאלה שנותרה בפסיקה ללא מענה חד משמעי היא מה היקף תחולתו של המשפט הציבורי על גופים דו-מהותיים (אמנון רובינשטיין וערן דויד "המדינה היא לא עסק פרטי" ספר דניאל (תשס"ח), 855; ברק-ארז, עמ' 499-500; ע"א 3414/93 און נ' מפעלי בורסת היהלומים (1965) בע"מ, פ"ד מט (3) 196, 207 (1995) כן ראו והשוו א' בנבנשתי "תחולת המשפט המינהלי על גופים פרטיים" משפט וממשל ב', 11 (תשנ"ד)). ברק-ארז מטעימה שההבדלים בהיקף התחולה של חובות ועקרונות המשפט הציבורי, כעולה מן הפסיקה, נובעים מהבדלים בזיקה של גופים אלה למישור הציבורי, ואין דין גופים פרטיים ש"ציבוריותם" הוקנתה להם בשל אופי פעולתם, כדין גופים שמצויים בשליטתה המלאה של הממשלה (עמ' 501). האם במסגרת החובות המוטלות על גופים דו-מהותיים חלה עליהם החובה לעריכת מכרז בהתקשרויותיהם השונות?

כה. עד לחקיקתו של חוק חובת המכרזים חלה חובת המכרז הפומבי רק על הרשויות המקומיות מכוח פקודת העיריות (נוסח חדש). הממשלה פעלה על פי תקנות כספים ומשק של החשב הכללי (תכ"מ), ומוסדות רבים שהממשלה או רשויותיה השתתפו בהנהלתם או בתקציבם היו פטורים ממכרז (א' לוי דיני המכרזים בישראל (תשע"ב), עמ' 5).

כו. בהעדר הסדרה סטטוטורית של נושא זה, החילה הפסיקה על הרשות הציבורית חובה לקיים הליך תחרותי שיוני, תחילה באמצעות עילת הסבירות (דעת יחיד של השופט-כתארו אז-ברק בבג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד (3) 729 (1980) ובהמשך בבג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה (1) 421 (1980)). במקביל בוססה החובה למתן הזדמנות שווה על החובה לנהוג בשוויון (בג"ץ 5023/91 פורז נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מ"ו (2) 793 (1992); ברק-ארז 46-48).

כז. בשנת 1992 בא אל העולם חוק חובת המכרזים. תכליתו בוארה בהצעת החוק כלהלן:

"שיטת המכרזים...מבטיחה, בהפעלה נכונה, פיקוח ציבורי אובייקטיבי על הוצאות כספי הציבור, ומהווה הדרך הטובה ביותר לבחינת הצעות מחירים ותנאים אחרים בקשר לעסקאות הנערכות בכספי הציבור. החוק המוצע בא לקבוע חובת עריכת מכרזים בכל המוסדות שהממשלה מעורבת בתקציבם או בהנהלתם. כן מוצע שגם מכרזי הרשויות המקומיות יתבססו על הוראות החוק המוצע. בדרך זו תובטח אחידות של גישה וטיפול בנושא מורכב זה" (הצעת חוק חובת המכרזים, התשנ"א-1991, הצעות חוק 354)).

במרוצת השנים תוקן החוק כך שהחובה לעריכת מכרז הוחלה על גופים נוספים שבמהותם הם גופים ציבוריים. כך בשנת 1997 (ראו תיקון מס' 8 לחוק חובת המכרזים במסגרת חוק הסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב לשנת 1997)), (תשנ"ז-1996) הוספה לגדרי סעיף 2 לחוק חובת המכרזים קופת חולים; ב-1998 נוספו המועצות הדתיות (תיקון מס' 9 במסגרת החוק להגברת הצמיחה והתעסוקה ולהשגת יעדי התקציב לשנת הכספים 1998 (תיקוני חקיקה) (תשנ"ח-1998) ובשנת 2006 נוספו המוסדות להשכלה גבוהה (תיקון מס' 18 לחוק חובת המכרזים במסגרת חוק הסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2006, תשס"ו-2006)) (להלן תיקון מס' 18). לשלמות התמונה יוסף, כי החל משנת 2002 חוסה תחת כנפי החוק גם "תאגיד מקומי" בכפוף להתקנת תקנות (חוק חובת המכרזים (תיקון מס' 14), תשס"ג-2002)). בהצעת החוק לתיקון מס' 18 הנזכר צוין, כי "בדוחות על הביקורת בשלטון המקומי, באיגודים ובמוסדות להשכלה גבוהה... נאמר כי 'לדעת משרד מבקר המדינה, נוכח הממצאים שהועלו בנוגע למכרזים, להתקשרויות ולנהלים של המוסדות (להשכלה גבוהה) ומכיוון ששיעור ניכר מתקציביהם ניזון מתקציב המדינה, יש מקום לשקול יוזמת חקיקה להחלת הנורמות הקבועות בחוק על המוסדות בהתאמות הדרושות, כפי שהוחל על גופים אחרים שמחוץ לממשלה, כדי להבטיח שמירה על כללי מינהל תקין ומתן הזדמנות שווה למתחרים בכוח, והפקת מרב היתרונות לעורך המכרז'. בהתאם, מוצע לתקן את חוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992, ולקבוע בו כי על המוסדות להשכלה גבוהה, שהמדינה משתתפת בתקציבם, במישרין או בעקיפין, תחול חובת מכרז...". (הצעת חוק הסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2006), תשס"ו-2006, הצעת חוק תשס"ו 298, 383). לרוח דברים זו שותף אנכי בגדרי המשפט הרצוי גם בנידון דידן, בלא שאטע מסמרות.

כח. הסוכנות היהודית אינה נמנית עם הגופים המנויים בסעיף 2 לחוק חובת המכרזים גם לאחר תיקונו; ולא זו בלבד, אלא כאשר כיון המחוקק בחוק חובת

המכרזים לסוכנות היהודית, ציין זאת בבירור (ראו תקנה 3(19)(א) לתקנות חובת המכרזים ותקנה 3(20) לתקנות חובת המכרזים (התקשרות מערכת הביטחון)). יתר על כן, בדיוני ועדת החוקה חוק ומשפט בכנסת, לקראת חקיקת חוק חובת המכרזים (ישיבה מיום 20.1.92), במענה לשאלת יושב ראש הוועדה, ח"כ אוריאל לין: "למה אנחנו מגבילים את חובת המכרזים רק לגופים בבעלות המדינה, האם אין מקום להרחיב את זה גם לגופים בבעלות הסוכנות היהודית? זו בעלות ציבורית", השיב נציג משרד המשפטים, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה עו"ד שלמה גוברמן: "אי אפשר. על פי האמנה... בכל חקיקה שנוגעת להסדרות הציונית צריך לשתף תחילה את המוסדות של ההסדרות הציונית...". היועצת המשפטית לוועדה ר' מלחי הוסיפה: "אני מבקשת רק להעיר שהאמנה בנויה על כך שהכספים של הסוכנות באים ממקורות חוץ, הסוכנות העמידה תנאים מסוימים" (עמ' 13-14). הסוכנות לא נכללה איפוא בחקיקה זו.

כט. בראי התפיסה שהחובה לעריכת מכרז נגזרת מהיות השלטון נאמן הציבור הפועל באמצעות הקופה הציבורית, ברוח הצעת החוק לתיקון מס' 18 הנזכר (הראל, עמ' 265-267), החילה הפסיקה במקרים מסוימים על גופים דו-מהותיים, שאינם מנויים בחוק, בפרט כאשר המקור העיקרי לתקציבם הוא כספי ציבור, חובת מכרז; זאת – בהיותם חייבים בחובת שויון והעדר אפליה. כך היה למשל תחילה ביחס לחברת החשמל (ע"א 700/89 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' מליבו ישראל בע"מ, פ"ד מז (1) 667 (1993)), להתאחדות לכדורגל בהקשר של מכירת זכויות שידור (ע"א 4583/03 ההתאחדות לכדורגל בישראל נ' אביב גלעדי הפקות בע"מ (2003) ולאגוד הכדורסל בישראל בהקשר דומה (ע"א 8957/07 מנהלת ליגת העל בכדורסל לגברים (2002) נ' צ'רלטון בע"מ (2008) (להלן עניין צ'רלטון); כן ראו עניין אנוש, פסקה 18).

ל. בעניין ל.נ.ע דנה כאמור השופטת פרוקצ'יה בהחלטה של חובת מכרז על הקרן הקיימת לישראל מכוח היותה "גוף דו-מהותי" (לאחר שקבעה כי אין מדובר ב"גוף שהוקם בחוק"). בהחלטה ציינה כך:

"בהיותה גוף דו-מהותי שאין חוק חובת המכרזים חל עליה, אין קק"ל כפופה לכל פרטי ותגי כללי המכרז כמפורט בחוק. יחד עם זאת, כמי שכפופה למסגרת כללי ההגנות והשויון, שהם מעיקרי המשפט הציבורי, סביר לצפות שהיא תפעיל מדיניות מושכלת אשר תיישם באורח סביר עקרונות יסוד של מעשה מינהלי תקין. עשויים להיות מצבים בהם עקרונות אלה יצריכו החלת חובת מכרז גם על גוף דו-מהותי שאינו כפוף באורח פורמלי לחוק חובת המכרזים, והגם שלא פרושה עליו חובת מכרז כללית, קבועה, רצופה ופרטנית ביחס לכל עבודה ולכל עיסקה המתבצעים על ידיו...

יתר על כן: דומה כי גם לאחר כניסתו לתוקף של החוק אין הוא שולל מיניה וביה החלת עיקרי משפט ציבורי על גופים דו-מהותיים, ובתוכם גם עיקרי עקרונות המכרז כפונקציה המתבקשת מכללי השויון. שהרי קשה להלום מצב שבו חלים על גוף דו-מהותי עיקרים כלליים של חובת השויון ואיסור הפליה מכח חלות עקרונות המשפט הציבורי עליו, ודווקא עיקרי דין המכרזים שהוא 'בן טיפוחים' של כלל השויון לא יחולו. אכן, אין מדובר בהחלה גורפת של כל פרטי דיני המכרזים אלא ביישום סביר, הגיוני ותקין של מדיניות שיוונית בחלוקת נתחי העסקאות והעבודות המתבצעים עבור הגוף הנוגע בדבר" (פסקה 2(ב)).

משמעות הדברים היא, כי גם אם אין חוק חובת המכרזים לכל תגיו ודקדוקיו חל על גוף דו-מהותי, עקרונותיו חלים גם חלים.

לא. בהמשך לכך החילו כאמור בתי המשפט חובת מכרז על גופים דו-מהותיים במספר הקשרים, וגופים דו-מהותיים שלא חויבו לפרסם מכרז, נדרשים לנהוג, כך נראה, למצער בדרך של הענקת הזדמנות שווה בהתקשרות עמם (ברק-אדל, 66-67). בספרות נחלקו הכותבים השונים באשר להיקף החובה המוטלת. לדידו של האדל (עמ' 403), כל אימת שגוף דו-מהותי חב חובת נאמנות כלפי הציבור, יש להטיל עליו חובת מכרז בעניינים בעלי זיקה לאותה חובה. עם זאת הוא מציין, שיש לזכור כי "היבטים שונים הנובעים מקניינו העצמי עשויים לעדן חובה זו לעומת זו החלה על רשות ציבורית". דקל מוסיף, כי גם אם מדובר בגוף דו-מהותי שאינו נהנה ישירות מקופת המדינה, הוא עדיין מאופיין בכך שפעילותו ממומנת בעיקרה מכספי הציבור, ובכך שחלות עליו חובות אמון רחבות כלפי ציבור רחב ובלתי מסוים, ומציין כדוגמה את הסוכנות היהודית; על כן ראוי לדידו היה להחיל על גוף כגון דא חובת מכרז חקוקה (עמ' 208-209). ברק-אדל מציעה שלא להחיל את דיני המכרזים הציבוריים על גופים פרטיים ש"ציבוריותם" וסיווגם כגופים דו-מהותיים מבוססים על מהות פעילותם, וסבורה שניתן להסתפק בהגנה על זכויות בסיסיות שהחברה רואה בהן מינימום הכרחי, ולהחיל עקרונות כגון שויון הזדמנויות וצדק פרוצדורלי, שכן ניהולם העסקי של גופים אלה נטול ממד של ציבוריות. כן הוצע להבחין בין מישורי הפעולה השונים של הגוף הדו-מהותי כשהוא מספק שירותים ציבוריים, לבין חובותיו במישורי פעילות אחרים (עמ' 501-502). בנוסף ראו ד"ר א' וינרוט "ההסתדרות הכללית וחובת מכרז" (המשפט ד', 149 (תשנ"ט)), שנכתב בטרם תוקן חוק חובת המכרזים; לטענתו לא ניתן להסיק מן העובדה שגוף דו-מהותי אינו כלול בגדרי חוק חובת המכרזים, כי כללי המכרזים אינם חלים עליו, ולדידו חוק חובת המכרזים אינו מהווה הסדר שלילי. וינרוט למד מפסק הדין בע"א 207/79 רביב בע"מ נ' בית יולס בע"מ, פ"ד לז(1) 533 (1982) כי לנוכח

אופיים הדו-מהותי של גופים שונים, כגון ההסתדרות הכללית, וחובת האמון שלהם כלפי הציבור, יחולו עליהם דיני המכרזים. עם זאת הוא מציין, כי כללי המשפט הציבורי ביחס לפעולות מתחום המשפט הפרטי הנעשות על ידי גוף דו-מהותי שביסודו התארגנות וולונטרית, מיושמים באופן פחות נוקשה ומחמיר.

לב. גוף דו-מהותי אמנם אינו גוף ציבורי "טהור", אך פעילותו נושאת אופי ציבורי מובהק. על כן ראוי לדידי שבצד עקרונות המשפט הפרטי יחולו על גוף כגון דא גם כללי המשפט הציבורי, אשר יתחמו את התקשוריותו לאמות מידה ראויות באופן שיאפשר שקיפות ופיקוח (ע"א 8825/03 שירותי בריאות כללית נ' משרד הביטחון (2007), פסקה ט"ז). בהקשר זה למותר לשוב ולהזכיר כי מנגנון המכרז הציבורי נועד להגשים מספר תכליות: בין היתר, מבקש הוא ליצור תנאים המאפשרים שמירה על טוהר המידות בהתקשוריותו הכלכליות של הגוף הציבורי עם גורמים פרטיים, ולמנוע שחיתות ומשוא פנים מצד פקידי ציבור. כן מבקש הוא לאפשר לגוף הציבורי להתקשר בעסקה כלכלית מיטבית תוך התנהלות יעילה החוסכת כספי ציבור ובנוסף, וזו עיקר, להעניק הזדמנות שווה לכל פרט להתמודד על עסקה מוצעת עם הרשות (דקל, פרק שני; ע"מ 8284/08 תעשיות אבן סיד בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל (2010), פסקה 24 (השופט פוגלמן)).

לג. לא אביע כאן דעה בשאלה אם יש, לעניין זה, מקום להבחין בין סוגי העסקאות, קרי, לבחון את מאפייני העסקה, ולא להכריע רק לפי זהות הגוף המתקשר (עניין צ'רלטון, פסקה 10), אולם כאשר מדובר בעסקה שבמהותה אינה מערבת פונקציות ציבוריות, לשקול גמישות מסוימת (עניין אנוש, פסקה 18 וראו גם ג' שלו חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית (תש"ס), עמ' 262-268; ראו והשוו א' ברק "הרשות הציבורית במשפט הפרטי" 39 דניאל (תשס"ח), 845), עם זאת, לדידי יש לזכור כי גם בעסקאות שכל כולן במשפט הפרטי ואינן מערבות סמכויות שלטוניות, פניו של הגוף הדו-מהותי כפניה של הרשות הציבורית, ואין היא יכולה באחת לנער חוצנה מסממניה הציבוריים, בפרט משמשאבי הציבור שבהם נעשה שימוש, של הציבור הם, גם בפעילויות "פרטיות" ברורות.

הסוכנות היהודית

לד. הסוכנות היהודית היא כאמור גוף דו-מהותי בדרגה עליונה. היא זרוע של העם היהודי, היא מצויה ברמה הגבוהה ביותר של גוף שאינו ממשלתי, ומקבילה מבחינה

מהותית בעניינים רבים לגופי ממשל, כפי שכאמור היתה בתקופת המנדט עד לקום המדינה, והמשיכה בצורות אחרות מאז קום המדינה. אמנם עיקר הכנסותיה של הסוכנות היהודית בא לה מתרומות, השקעות ופעילות פיננסית עסקית, ובמובן זה אין היא עושה שימוש בכספי הציבור הישראלי, ועם זאת הטבות המס להן היא זוכה באות מקופת הציבור ועל חשבונה. מעבר לכך עומד לרשותה – למשל – משאב יסודי של הציבור-מקרקעין. בהיותה גוף דו-מהותי חלים עליה עקרונות היסוד של הגינות, שוויון, סבירות, יושר ותום לב (עניין קסטנבאום); על כן, אף שאינה תאגיד ממשלתי, לטעמי עליה ליטול בעיקרון חובות דומות לאלה שמחילה על עצמה המדינה לפי חוק חובת המכרזים, אשר תבטחנה חלוקת משאבים וכספי הציבור באופן שוויוני והגון והתנהלות שקופה (ראו י' מ' אדרעי "מי ישמור על אוצר המדינה ורכוש הציבור" ספר שמגר מאמרים (תשס"ג), חלק א', עמ' 211-212, שם מציין המחבר כי נוצרו שני סוגים של דיני מכרזים: האחד סטטוטורי, החל על רשימה מוגדרת של גופים ציבוריים, השני של כללי המשפט הציבורי, כפי שפותח במשפט המקובל הישראלי, ונגזר מעקרונות תום הלב, ההגינות, השוויון והנאמנות לציבור). סוף דבר, לטעמי נכון איפוא כי הסוכנות תחיל עליה את עקרונות חובת המכרזים. אין בכך כדי למנוע ממנה, כמובן, להחליט כי נושא מסוים יתבצע על-ידיה ישירות, והדברים אמורים ככל שישנה "יציאה החוצה".

לה. כל האמור אינו בא לטעת מסמרות באשר למקרה הספציפי, קרי, האם חלה בנידון דידן חובת מכרז אם לאו, וככל הנחוצך יידון הדבר בבית המשפט המחוזי. לענייננו איננו נעתרים כאמור לערעור, ופסק הדין קמא יותר על מכונו. המערערת תשלם הוצאת הסוכנות בהליך זה בסך כולל של 15,000 ₪.

ש ו פ ט

השופט נ' סולברג:

אני מסכים.

ש ו פ ט

אני מסכים.

כפי שהראה חברי השופט רובינשטיין, הסוכנות אינה "תאגיד שהוקם בחוק" ולכן לא חל עליה חוק חובת מכרזים והסמכות העניינית אינה נתונה לבית המשפט לעניינים מינהליים. השאלה אם חלה על הסוכנות חובת מכרז בכלל וחובת מכרז במקרה דנן, חורגת ממסגרת דיוננו, ומאחר שהיא תלויה ועומדת כיום בפני בית המשפט המחוזי, אותיר את הדברים בצריך עיון.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' רובינשטיין.

ניתן היום, כ"ג באדר א' התשע"ד (23.2.2014).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט