



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 3107/19

בג"ץ 4778/21

לפני :

כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט א' שטיין
כבוד השופט ש' שוחט

העותרות בבג"ץ 3107/19 :

1. אגד תעבורה בע"מ
2. אפיקים – שירותי תחבורה מתקדמים בע"מ
3. דן בדרום תחבורה בע"מ
4. דן בצפון – חברה להסעת המונים בע"מ
5. דן באר שבע תחבורה (2016) בע"מ
6. מטרופולין – תחבורה ציבורית בע"מ
7. נתיב אקספרס – תחבורה ציבורית בע"מ
8. סופרבוס ושות', שותפות מוגבלת
9. קווים תחבורה ציבורית בע"מ
10. חברת הנסיעות והתיירות נצרת בע"מ
11. שירותי אוטובוסים מאוחדים נצרת בע"מ

העותרת בבג"ץ 4778/21 :

אגד חברה לתחבורה בע"מ

נ ג ד

המשיבים בבג"ץ 3107/19
ובבג"ץ 4778/21 :

1. מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור
2. היועץ המשפטי לממשלה

התנגדות לצו על-תנאי

תאריך הישיבה :

ב' בטבת התשפ"ב (6.12.2021)
כ"ד בניסן התשפ"ב (25.4.2022)

בשם העותרות בבג"ץ
3107/19 :

עו"ד עמית גור ; עו"ד הדר וייס

בשם העותרת בבג"ץ
4778/21 :

עו"ד ארנה קדר ; עו"ד דעה קומס שטיין

בשם המשיב 1 :

עו"ד מתן בן שאול ; עו"ד עדן עדיקא

בשם המשיב 2 :

עו"ד ערין ספדי-עטילה

פסק-דין

השופט א' שטיין:

מהות העתירות

1. העתירות שלפנינו מבקשות לבטל את החלטותיו של מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור (להלן: המבקר או מבקר המדינה) במסגרתן הכריז המבקר כי העותרות – חברות פרטיות המפעילות שירותי תחבורה ציבורית באמצעות אוטובוסים – הן "גוף מבוקר" כמשמעו בחוק מבקר המדינה, התשי"ח-1958 [נוסח משולב] (להלן: החוק או חוק מבקר המדינה), והפעיל את ביקורת המדינה על פועלן (להלן: החלטת המבקר). המבקר קיבל החלטה זו מתוקף סמכותו לפי סעיף 9(8) לחוק, לפיו רשאי הוא להחיל את ביקורת המדינה על גופים הנתמכים כלכלית בידי הממשלה.

2. העותרות מתנגדות מכל וכל להחלטת המבקר. לעמדתן, הן אינן נתמכות על ידי המדינה כלל ועיקר, ועל כן סעיף 9(8) לחוק מבקר המדינה אינו חל בעניינן. העותרות טוענות כי התשלומים אותם הן זכאיות לקבל מהמדינה – אשר שימשו עילה להחלטת המבקר – מהווים סובסידיה שהממשלה הנהיגה בתחום שירותי התחבורה הציבורית באוטובוסים למען הנוסעים, ולא כדי לתמוך בהן כספקיות השירות. העותרות מוסיפות וטוענות אפוא כי תשלומים אלה אינם בגדר תמיכה: הם מהווים תמורה ריאלית, המבוססת על מחירי השוק התחרותי, בעבור שירותי התחבורה הציבורית שהן מספקות. תשלומים אלו – כך נטען – אינם שונים מתמורה המסופקת לקבלני שירותים הבאים בהסכם עם המדינה, ואין בהם, או בהסכמים מכוחם הם משולמים, משום תמיכה. מטעמים אלה, מבקשות מאתנו העותרות כי נקבע שהחלטותיו של מבקר המדינה בעניינן נתקבלו בחריגה מסמכות ונכריז על בטלותן.

3. לפני שאבחן את הטענות שהצדדים העלו לפנינו בעניין זה – תחילה, בכתובים ואחר-כך, בעל-פה – אציג את הרקע העובדתי-כלכלי הדרוש להבנת הסוגיה מושא העתירה.

רקע עובדתי-כלכלי:

התחבורה הציבורית בקווי השירות באוטובוסים בישראל

4. שוק התחבורה הציבורית בישראל מתנהל תחת הסדרה ופיקוח ממשלתי של משרד התחבורה והבטיחות בדרכים (להלן: משרד התחבורה). פיקוח זה נועד להבטיח

לכלל האוכלוסייה אספקה נגישה, איכותית וסדירה של תחבורה ציבורית כשירות חיוני ברמה הלאומית. שירות זה מייצר תועלות חברתיות משמעותיות בהיבטים רבים ומגוונים (ראו: משרד התחבורה והבטיחות בדרכים והרשות הארצית לתחבורה ציבורית תכנית תחרות: ענף התחבורה הציבורית באוטובוסים שנים 2018-2030 (לאחר הערות הציבור) 2 (2018) (להלן: תכנית התחרות); תקציב המדינה: הצעה לשנות הכספים 2017 ו-2018 (עיקרי התקציב ותכנית התקציב הרב-שנתית) 224 (2016) (להלן: הצעת תקציב המדינה 2017-2018); מבקר המדינה דוח שנתי 753 א72 (2021) (להלן: דוח א72); החלטת מבקר המדינה בדבר הפעלת ביקורת המדינה על חברות התחבורה הציבורית הפרטיות מיום 25.3.2019, נספח 2 לעתירת אגד (להלן: החלטת המבקר בדבר החברות הפרטיות)). בידוע הוא, כי תחבורה ציבורית ענפה ומפותחת אינה רק בגדר אמצעי להסעת נוסעים ממקום למקום, אלא מערכת אשר יוצרת ניידות אוכלוסייה, על כל היבטיה וגווניה, ואשר תורמת תרומה משמעותית לצמצום פערים חברתיים וסוציו-אקונומיים על ידי חיבור אזורי הפריפריה אל מרכזי התעשייה והערים (ראו: הוועדה לשינוי כלכלי חברתי דוח הוועדה 148-149 (2011) (להלן: דוח הוועדה לשינוי כלכלי חברתי); Tomas Serebrisky et al., *Affordability and Subsidies in Public Urban Transport: What do We Mean, What Can be Done?*, 29(6) TRANSPORT REV. 715, 717 (2009) (להלן: Serebrisky); ראו והשוו: THE WORLD BANK, CITIES ON THE MOVE: A WORLD BANK URBAN TRANSPORT STRATEGY REVIEW, 25 (2002) (להלן: The World Bank Review)). בנוסף לכך, שימוש האוכלוסייה בתחבורה ציבורית ענפה ויעילה מצמצם את היזקקותה לכלי רכב פרטיים – דבר אשר מפחית את זיהום האוויר ואת עומסי התנועה בכבישים ומביא לחיסכון ניכר בעלויות הנסיעה (ראו: מבקר המדינה דוח ביקורת מיוחד: משבר התחבורה הציבורית 2-3 (2019) (להלן: דוח ביקורת מיוחד); דוח הוועדה לשינוי כלכלי חברתי, בעמ' 148-149; מבקר המדינה דוח שנתי 64 א499 (2013) (להלן: דוח שנתי 64 א); הכנסת מרכז המחקר והמידע: המחלקה לפיקוח תקציבי אומדן עלות לסבסוד מלא של רכישת כרטיסי נוסעים באמצעי התחבורה הציבורית 2 (2017) (להלן: דוח מרכז המחקר והמידע); תקציב המדינה: הצעה לשנות הכספים 2021-2022, 188 (2021); דוח א72, בעמ' 753).

5. ההסדרה והפיקוח שהנהיג משרד התחבורה בענף התחבורה הציבורית באוטובוסים באים לידי ביטוי, בראש ובראשונה, ביישום מדיניותה של ממשלת ישראל באשר לתעריפי הנסיעה בקווי השירות (ראו: חוק פיקוח על מחירי מצרכים ושירותים, התשנ"ו-1996; וכן צו פיקוח על מחירי מצרכים ושירותים (מחיר נסיעה בקווי השירות באוטובוסים ומחירי נסיעה ברכבת מקומית), התשס"ג-2003). כך מובטח כי שירותי התחבורה הציבורית יהיו נגישים לכלל האוכלוסייה, ובפרט לאוכלוסיית היעד המרכזית

שעושה שימוש תדיר בשירותים אלו – אוכלוסייה שחלקים ניכרים ממנה מצויים במצב סוציו-אקונומי ירוד יחסית לאוכלוסיות אחרות (ראו: דוח הוועדה לשינוי כלכלי חברתי, בעמ' 148-149). כמתחייב מהמחיר המפוקח אותו הנהיגה המדינה במרחב התחבורה הציבורית, המדינה מסבסדת, במקביל, את קווי השירות באוטובוסים באופן משמעותי במטרה להבטיח את תדירותם ופריסתם של קווי השירות גם באזורים גיאוגרפיים נידחים – זאת, גם כאשר הביקוש לשירותים אלה נמוך (ראו: דוח ביקורת מיוחד, פתח דבר, וכן עמ' 188; דוח מרכז המחקר והמידע, בעמ' 2; ראו והשוו: דוח שנתי 64א, בעמ' 588).

6. מראשית ימי המדינה ועד לשנות ה-2000, הופעלו קווי השירות באוטובוסים בידי קומץ חברות ובהעדר תחרות של ממש. העיקריות שבחברות אלו הן העותרת כבג"ץ 4778/21, אגד חברה לתחבורה בע"מ (להלן: אגד או חברת אגד הוותיקה); וכן חברת "דן" ההיסטורית, אשר איננה צד לעתירות כאן. חברות אלה יחדיו חלשו על כ-95% מענף התחבורה הציבורית בישראל. לצדן של אגד ודן פעלו בענף גם מפעילות קטנות יותר, בהן, בין היתר, העותרות 10-11 בבג"ץ 3107/19 (להלן: המפעילות הנוצרותיות) (ראו: תכנית התחרות, בעמ' 2-3; דוח 72א, בעמ' 754). מפעילות ותיקות אלה עודן מחזיקות ברישיונות להפעלת קווי השירות באוטובוסים מכוח מעמדן ההיסטורי, ועל כן הן תכוננה יחדיו המפעילות ההיסטוריות. תרומתן של המפעילות ההיסטוריות לענף התחבורה הציבורית בארץ לאורך השנים ניכרת עד עצם היום הזה: בהיותן חלוצות בתחום התחבורה הציבורית, הן סייעו להקמתן של תשתיות רבות הדרושות לתפעולם של קווי השירות באוטובוסים – תשתיות אשר משמשות את הענף כולו במידה רבה גם בימים אלה. לאור חשיבותן של המפעילות ההיסטוריות, פעלו ממשלות ישראל, לאורך השנים, לפי מדיניות ברורה – להבטיח את פועלן ואת רווחיותן של מפעילות אלה על-מנת לשמר את המשך קיומם והפעלתם של שירותי התחבורה הציבורית בישראל (ראו, למשל: בג"ץ 635/95 מוניות הדרים שרות רחובות ק. עקרון מזכרת בתיה בע"מ נ' שר התחבורה, פ"ד נא(5) 723, 734 (1997) (להלן: עניין מוניות הדרים); בג"ץ 341/81 מושב בית-עובד מושב עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ נ' המפקח על התעבורה, פ"ד לו(3) 349, 353 (1982)). לרקע היסטורי זה יש השלכות משפטיות אף בעת הזו: כפי שאראה בהמשך דבריי, ההסכמים שמכוחם פועלות המפעילות ההיסטוריות מיועדים להטיב עמן ולשמר את מעמדן ואת פועלן גם בימים אלה; ועל כן יש לראות בהסכמים אלה משום תמיכה מטעם המדינה לעניינו של חוק מבקר המדינה.

7. ביום 8.1.1997, נפל דבר בישראל: הממשלה החליטה על פתיחתו של ענף התחבורה הציבורית לתחרות חופשית באמצעות הקצאה הדרגתית של רישיונות ההפעלה

בקווי השירות באוטובוסים בתנאים של הליך תחרותי הדומה במהותו למכרז (ראו: החלטה 1301 של הממשלה ה-27 "תחרות בתחבורה הציבורית" (8.1.1997); מבקר המדינה דוח שנתי 53 ב-697, 698-700 (2003); תכנית התחרות, בעמ' 2-4). כחלק מביצועה של החלטה זו, פורסמה תכנית תחרות כוללת שעל בסיסה נערכו ונחתמו הסכמי הפעלה מותאמים מול המפעילות ההיסטוריות, וכן נוהלו הליכים תחרותיים שונים ביחס לאסופות-גאוגרפיות של קווי שירות באזורים שונים במדינה (להלן: "האשכולות"). במסגרתה של רפורמה זו בשוק התחבורה הציבורית – אשר בוצעה בניצוחו של משרד התחבורה – נקבע כי הוצאתם של קווי השירות מידיהן של המפעילות ההיסטוריות תיעשה באופן הדרגתי עד אשר יושג היעד הסופי של הקצאת כלל האשכולות של קווי השירות תחת תנאי תחרות. יעד זה הוצב כמטרה לשנת 2030 (ראו: החלטה 2226 של הממשלה ה-31 "הסדרת רישוי תחבורה ציבורית" (12.8.2007); החלטה 3989 של הממשלה ה-32 "צמצום הריכוזיות והגברת התחרות בענף התחבורה הציבורית" (18.12.2011); החלטה 4147 של הממשלה ה-34 "המשך יישום התחרות ושיפור השירות בענף התחבורה הציבורית" (5.9.2018)).

8. פתיחת הענף לתחרות הובילה, מטבע הדברים, להרחבת היצע המפעילות בשוק לאספקת שירותי התחבורה הציבורית – זאת, בעקבות כניסתן של מפעילות חדשות אשר זכו בהליכים התחרותיים עליהם פיקד משרד התחבורה (להלן: המפעילות התחרותיות). פעילותן של המפעילות התחרותיות כמספקות שירותי תחבורה ציבורית לצד המפעילות ההיסטוריות מוסדרת בהסכמי הפעלה שנחתמו עמן. המדינה חתמה על הסכמים אלה עם המפעילות התחרותיות, בעקבות זכייתן בתחרות, על בסיס ההצעות שמפעילות אלה הציעו לתפעולן של אשכול קווי השירות מושא ההליך התחרותי – כפי שיוסבר בהרחבה להלן.

9. ההליכים התחרותיים שמקיים משרד התחבורה להפעלת קווי השירות של אוטובוסים מתקיימים, כאמור, ביחס לאזורים גאוגרפיים שונים במדינה. כפועל יוצא מכך, כל מפעילה מתחרה על קבלת הרישיון לשמש מונופול אזורי באשכול קווי תחבורה נתון. הליכים אלה מבוצעים בשיטה של מכרזי עלות-הפעלה או תגמולים: במסגרת זו, מפרסמת המדינה את "עלות ההפעלה ההוגנת" – עלות התפעול המשוערת של קו אוטובוס פר-קילומטר, אשר מבוססת על אומדנה של המדינה ביחס לאשכול הקווים מושא המכרז – זאת, כחלק מדרישות השירות אותן המדינה מטילה על המפעילה. עלות ההפעלה ההוגנת משקללת בתוכה את כלל העלויות המשוערות של המפעילה, לרבות עלות הציוד הנוסף אשר נדרש לצורך הפעלת האשכול – כדוגמת רכישת אוטובוסים חדשים לצורך הפעלת הקווים והרחבת השירות ("עלויות הצטיידות") – וכן את רכיב

הרווח המתומחר בשיעור של כ-5%. אומדן כאמור נעשה ביחס לאספקת השירות בתנאים ובאיכות הנדרשים על ידי המדינה.

10. בדומה להליכים תחרותיים אחרים, מפעילה שחפצה להתמודד בהליך התחרותי נדרשת להעמיד אל מול סכום העלות הנורמטיבית – עלות ההפעלה ההוגנת, שכאמור מחושב על ידי המדינה – את עלויות ההפעלה שלהערכתה תוצאנה על ידה בפועל, אם תזכה ברישיון להפעלתו של אשכול הקווים הנתון.

11. על בסיסה של השוואה זו של העלות בפועל לעומת העלות הנורמטיבית, תוכל המפעילה להגיש למשרד התחבורה את הצעתה לתפעול אשכול הקווים. במסגרת הצעה זו, תוכל המפעילה להעלות הצעות כדלקמן, אשר תתחרינה בהצעותיהן של מפעילות אחרות שנוטלות חלק בהליך התחרותי:

א. ככל שהמפעילה סבורה כי העלות הנורמטיבית, המוצעת על ידי המדינה, נמוכה מהעלות בפועל, תבקש המפעילה כי תשולם לה תוספת לעלות נורמטיבית כאמור.

ב. ככל שהמפעילה סבורה כי ביכולתה לספק את שירותי התחבורה הנדרשים בעלות נמוכה מהעלות הנורמטיבית, תציע לשלם למדינה תמלוגים בתמורה לקבלת הרישיון.

12. הליך תחרותי זה מבטיח כי מפעילה אשר תציע את ההצעה הכדאית ביותר מבחינת המדינה תקבל לידיה את רישיון ההפעלה הבלעדי ביחס לאשכול קווי השירות מושא התחרות. רישיון זה יינתן לה במסגרתו של הסכם המבוסס על הצעתה לצד הדרישות להספקת השירות שהמדינה קבעה ופרסמה לפני ההליך. הסכם כאמור יהווה מסגרת ובסיס להעברות כספיות בדמות התשלומים שהמדינה תשלם למפעילה או בדמות התמלוגים שהמפעילה תשלם למדינה – הכל, לפי העניין. תשלומים ותמלוגים כאמור מוסדרים במסגרת מדיניות הסובסידיה שמנהיג משרד התחבורה בענף התחבורה הציבורית באוטובוסים.

13. במסגרת זו, דמי הנסיעה שנגבים על ידי מפעילת השירות הן בגדר מקדמה שמשולמת למפעילה על חשבון התשלום שהמדינה חייבת לשלם לה בעד השירות. אם מקדמה זו עולה על הסכום הכולל שהמדינה התחייבה לשלם למפעילה בתום ההליך התחרותי, תידרש המפעילה להחזיר למדינה את ההפרש. היה ודמי הנסיעה שנגבו כאמור

לא הביאו את המפעילה אל הסכום הכולל שהמדינה התחייבה לשלם לה בתום ההליך התחרותי, יהא על המדינה לכסות את הפער.

14. כמו בכל מכרז ציבורי, מדיניות הסובסידיה האמורה אינה מבטיחה למפעילה הזוכה את רווחיותה. משרד התחבורה אינו מספק למפעילה ביטוח שמכסה את סיכוני ההפסד שהמפעילה נוטלת על עצמה בהצעתה למדינה ואת הטעויות באשר לכדאיות ההצעה. המפעילה מקבלת על עצמה את כלל הסיכונים התפעוליים והכלכליים אשר כרוכים בהתחייבותה לספק את השירות בהתאם להסכם שלה עם המדינה. עלייה בעלויות התפעול אשר לא היתה צפויה או לא נלקחה בחשבון מחמת שגגה – תהא חדה ככל שתהא – היא בגדר סיכון שהמפעילה, כאמור, נוטלת על עצמה כחלק מהצעתה בהליך התחרותי.

15. בהיבט אחר, מדיניות הסובסידיה מנתקת את הזיקה בין התשלום לו זוכה המפעילה לבין ביקושי נוסעים לקווי השירות שהיא מפעילה. מדיניות זו מזכה את המפעילה בתמורה כספית אשר נגזרת מהנסיעות שהמפעילה ביצעה בפועל ללא התחשבות במספר הנוסעים שנהנו מהנסיעות. אוטובוס ריק מנוסעים, אשר נוסע מתחנה לחתנה, אף הוא מזכה את המפעילה בתמורה המוסכמת – זיכוי אשר בא להבטיח את זמינות השירות באזורי ביקוש נמוך, כדוגמת אזורי פריפריה דלי-אוכלוסין. זמינות כאמור היא בגדר טובין ציבוריים (public good): למרות העובדה שזמינות זו משפרת את איכות החיים של כלל הציבור – ובפרט, את איכות החיים של תושבי הפריפריה – כוחות השוק לא יספקוה בלא התערבות המדינה אשר נעשית בדרך של מתן סובסידיה (ראו, למשל: Herbert Mohring, *Optimization and Scale Economies in Urban Bus* (1972) 62(4) AM. ECON. REV. 591). זאת, מאחר שמפעילת השירות לא תפיק רווחים מדמי הנסיעה שיעלה בידה לגבות מהנוסעים שמספרם מועט וידם אינה משגת.

16. בנוסף לתשלומים המפורטים לעיל, זכאיות המפעילות התחרותיות לקבל מהמדינה תשלומים נוספים המורכבים מתמריצים והחזרים, כדלקמן:

א. החזרי סובסידיה ייעודית. כחלק ממדיניות שעניינה הנגשת התחבורה הציבורית לאוכלוסיות שונות, נקבעה זכאות להנחה בתעריף התשלום לנסיעה עבור אוכלוסיות יעד מסוימות – בכלל זה, בני נוער ואזרחים ותיקים. במסגרת החזרי הסובסידיה הייעודית מחזירה המדינה למפעילות כ-90% מהנחה זו. כך מצטמצם משמעותית פער הפדיון בין דמי הנסיעה,

אשר נגבים מהנוסעים בהנחה, לבין זה שחושב במסגרת עלות ההפעלה בפועל. מדובר בתשלום נפרד מהתמורה הכוללת המועברת לידי המפעילות, והוא מחושב לאור כמות הכרטיסים אשר נמכרו לבעלי הזכאות להנחה.

ב. תמריצי תיקוף. תמריצי התיקוף נועדו לתמרץ את המפעילות להגדיל את פדיון דמי-הנסיעה אשר נגבים מהנוסעים באמצעות הבטחה כי כלל הנוסעים העושים שימוש בשירותיהן יתקפו את כרטיסם בפועל בנסיעתם. תמורה המוענקת למפעילות במסגרת זו מחושבת בהתאם למדרגות – מספר הנוסעים שבפועל השתמשו בשירותיהן; והיא משתנה בין אשכול לאשכול.

ג. תמריץ גבייה. מטרתו של תשלום זה היא שיקוף עלויות שירותי הגבייה בפועל, והוא נאמד בשיעור אשר נע בין 2.5% לבין 2.95% מהגבייה הכוללת של המפעילה.

ד. סובסידיות הצטיידות. עלות ההפעלה הנורמטיבית אשר מחושבת במסגרת ההליך התחרותי כוללת בתוכה, על-פי רוב, את עלות ההצטיידות של מפעילות השירות, ובכלל זה את עלויות הבלאי והפחת. לצד זאת, ככל שנדרשת תוספת שירות אשר מחייבת את הגדלת מצבת האוטובוסים – הרי שזו תבוא לידי ביטוי במסגרת זו.

17. כפי שכבר צויין, לצד פועלן של המפעילות התחרותיות ממשיכה פעילותן של המפעילות ההיסטוריות – אם כי בנתח שוק קטן יותר מזה שאלה אחזו בו עובר לפתיחת הענף לתחרות. משהתקבלה ההחלטה לפתוח את השוק לתחרות, הוחלט גם כי המפעילות ההיסטוריות לא תהיינה רשאיות – בעת הזאת ובמבנה התאגידי בו היו מאוגדות עד כה – להשתתף בהליכים התחרותיים שמקיים משרד התחבורה. יחד עם כך, הוסכם כי המפעילות ההיסטוריות תמשכנה לפעול במסגרתם של רישיונות להפעלת קווי-השירות, אשר לא הוצאו מידיהן, ותזכינה לסבסוד עלויות הפעלתם של קווי-השירות שבאחריותן. זאת, כאמור, מבלי לדרוש ממפעילות אלה להתחרות במסגרתו של הליך תחרותי כלשהו – בשונה מהמפעילות התחרותיות.

18. אופן הפעלת קווי השירות על ידי המפעילות ההיסטוריות נקבע בהתאם להסכמים המתחדשים מולן מעת לעת, ואלו דומים בעיקריהם להסכמי ההפעלה אשר

נחתמים עם המפעילות התחרותיות. לצד דמיון זה, קיים הבדל מהותי בין שני סוגי ההסכמים. הבדל זה הינו תוצר לוואי של הפטור מתחרות אשר מוענק למפעילות ההיסטוריות ושל האיסור אשר מונע בעדן להתחרות על הפעלת קווי השירות. כפועל יוצא של הפטור והאיסור כאמור, עלות ההפעלה שהמדינה משלמת למפעילות אלה מבוססת על אומדנה של המדינה. אומדן זה כפוף למשא-ומתן אשר מתקיים בין הצדדים מעת לעת, אך הוא אינו עומד לבדיקה ולאימות תחת תנאי שוק תחרותיים ועל כן, שלא כמו במקרה של מפעילות תחרותיות, אינו מבטא את שיווי המשקל שבין הביקוש להיצע.

19. במסגרת אומדן כאמור, עושה המדינה שימוש בכלל הנתונים המצויים בידיה, כולל מידע בנוגע לעלויות התפעול אשר נקבעו במסגרת ההליכים התחרותיים. לצד זאת, האומדן לוקח בחשבון עלויות תפעול נוספות, ייחודיות למפעילות ההיסטוריות, ואלו אינן נגזרות מעלות ההפעלה לקילומטר של שירות או מנתון דומה שמספק השוק התחרותי. למשל, ההסכם אשר נחתם עם חברת אגד הוותיקה מכיל הוראות שעניינן סיוע המדינה במימון עלויות הפרישה של עובדי אגד הוותיקים. במסגרת זו, נדרשה אגד לצמצם באופן משמעותי את פערי השכר בין עובדיה לבין עובדי המפעילות המתחרות – זאת, בין היתר, באמצעות יצירתה של תכנית פרישה שבמימונה לוקחת הממשלה חלק פעיל. כעולה מעתירתה של אגד, הסכמי ההפעלה הנחתמים מולה כוללים הוראות ייחודיות נוספות אשר חלות רק בעניינה. לדוגמא, כולל הסכם ההפעלה של אגד הוראה שחייבה למכור את כל אחזקותיה (50%) בחברת הבת "אגד תעבורה בע"מ" (היא העותרת 1 בבג"ץ 3107/19), וכן חייבה לפעול לשינוי המבנה התאגידי שלה – מאגודה שיתופית לחברה (שינוי אשר הושלם ביום 7.7.2019). כמו כן נדרשה אגד לגייס משקיע חיצוני בשיעור של 50% במטרה להאיץ את התייעלותה.

20. עד כאן באשר לתשלומים המועברים לחברות אשר מפעילות את שירותי התחבורה הציבורית בישראל באמצעות אוטובוסים מכוח הסכמיהן עם הממשלה. למען שלמות התמונה, אוסיף ואציין כי בשנים האחרונות ביצעה הממשלה מספר התאמות כלל-ענפיות אשר כללו תוספת תשלום רוחבית לכלל המפעילות – זאת, כחלק מהסדרה כוללת של הענף. תוספת תשלומים כאמור נדרשה כתוצאה מהתרחשותם של זעזועים אקסוגניים במשק אשר לא נלקחו בחשבון במסגרת התקשרות המפעילות עם המדינה מאחר שלא ניתן היה לצפותם. מגפת הקורונה הכלל-עולמית היתה אחד מזעזועים אלה. בעטייה, שילמה המדינה פיצוי חלקי למפעילות בגין אובדן הכנסות מתמריצי תיקוף במהלך תקופת הקורונה. תשלום זה נעשה בהסתמך על המלצת צוות בין-משרדי מיוחד אשר קבע כי המגבלות שהוטלו על המפעילות בתקופת הקורונה עיוותו את התמריץ

שמנגנון זה בא לכוון. תשלום אחר שהועבר באופן רוחבי שימש כתמיכת המדינה במימון העלייה בשכר הנהגים. עוד נמסר לנו בהקשר זה, כי משרד התחבורה עומל כעת על יצירת התמריצים הכלכליים להכשרה מזורזת של נהגי אוטובוסים לנוכח המחסור האקוטי בנהגים בענף התחבורה הציבורית – כְּשֶׁל-שוק חמור, שאף הוא לא נצפה מראש.

ההליכים שהתקיימו בעתירות

21. העותרות בעתירות שלפנינו הן חברות פרטיות, שכאמור מפעילות את קווי השירות באוטובוסים ברחבי הארץ מכוח רישיונות ההפעלה אשר הוענקו להן על ידי המדינה. העותרות 1-9 בבג"ץ 3107/19 אוחזות ברישיונות אלו מתוקף זכייתן בהליכים תחרותיים, והן משתייכות למפעילות התחרותיות כהגדרתן לעיל. עם מפעילות אלו נמנות גם העותרת 1, אגד תעבורה בע"מ, וכן העותרות 3-5 – דן בדרום תחבורה בע"מ; דן בצפון – חברה להסעת המונים בע"מ; ודן באר שבע בע"מ. עותרות אלה הן חברות בת של חברות אגד ודן ההיסטוריות, אולם הן פועלות בענף במנותק ובמובחן מחברות האם.

22. המפעילות הנצרתיות, הן העותרות 10-11 בבג"ץ 3107/19, נמנות דווקא על קבוצת המפעילות ההיסטוריות, במובן זה שגם אלו – בדומה לאגד ולדן – אחזו ברישיונות להפעלת קווי השירות עוד משחר קיומה של המדינה וממשיכות לאחוז בהם כעת שלא מכוח זכיה בהליכים תחרותיים, אלא בהתאם להסכמים הנחתמים מעת לעת בינן לבין משרד התחבורה. יצוין כי נתח השוק בו אחזו המפעילות הנצרתיות מאז ומעולם היה קטן בהרבה מזה של אגד ושל דן.

23. העותרת בבג"ץ 4778/21 היא חברת אגד הוותיקה. כמו המפעילות הנצרתיות, חברה זו מהווה חלק מקבוצת המפעילות ההיסטוריות.

24. עניינן של העתירות חד-הוא: התנגדותן הנחרצת של כלל המפעילות להחלת ביקורת המדינה על פועלן. התנגדות זו מבוססת על הטענה כי התשלומים אותם מקבלות המפעילות מהמדינה מכוח מדיניות הסובסידיה בענף התחבורה הציבורית אינם מהווים "תמיכה" כמשמעה בסעיף 9(8) בחוק מבקר המדינה. תשלומים אלה – כך נטען – אמנם משולמים במסגרת מדיניות הסובסידיה שהנהיגה הממשלה בניצוחו של משרד התחבורה, אך המילה "סובסידיה" והמדיניות שמילה זו באה לתאר, אין פירושן תמיכה במפעילות. סובסידיה זו נועדה להבטיח לאזרחי המדינה ולמבקריה תחבורה ציבורית נגישה, איכותית, תדירה ובלתי יקרה בכל חלקי הארץ. אשר על כן, מוטביה האמיתיים

של סובסידיה זו הם אזרחי המדינה ומבקריה שעושים שימוש בקווי האוטובוסים – הם, ולא מפעילות השירות.

25. בלב המחלוקת בה מוטל עלינו להכריע ניצבת אפוא השאלה הבאה: מיהו הגורם בו נועדה הסובסידיה לתמוך? האם מדובר בתשלומים הבאים להטיב עם ציבור המשתמשים בתחבורה הציבורית ברחבי הארץ, כטענת המפעילות, או שמא עסקינן בתשלומים שייעודם העיקרי הוא תמיכה בפעילותן של מפעילות השירותים הללו, כפי שטוען מבקר המדינה?

26. התשתית העובדתית שעל בסיסה עלינו להכריע בשאלה כאמור משתנה מעתירה לעתירה ומעותרת לעותרת; ואלה הם ההבדלים העיקריים:

א. מועד הכרזת המבקר על העותרות כגוף מבוקר. בעוד שההחלטה בעניינן של העותרות בבג"ץ 3107/19 (המפעילות התחרותיות והמפעילות הנצרתיות) התקבלה ביום 27.3.2018, ההחלטה בעניינה של העותרת בבג"ץ 4778/21 – אגד – התקבלה כבר ביום 12.4.1977 – זאת, לנוכח התמיכה הכספית הנרחבת שהעניקה לה הממשלה באותה תקופה ובמהלך השנים שאחריה (ראו: נספח 10 לתצהיר התשובה מטעם המבקר). לאור האמור, אין תמה כי ביחס לאגד הוצאו כבר מספר דו"חות ביקורת מבלי שתעלה מצידה של חברה זו כל טענה אשר באה להטיל ספק בסמכותו של המבקר לעשות כן. זאת ועוד: בעוד שהעותרות בבג"ץ 3107/19 תוקפות את ההחלטה שניתנה בעניינן וטוענות כי זו ניתנה בחוסר סמכות, הרי שאגד, במסגרת עתירתה בבג"ץ 4778/21, תוקפת את סמכות המבקר להמשיך ולהחיל בעניינה את ביקורתו נוכח השינויים המהותיים בהסכמים שמכוחם היא פועלת כעת. במסגרת זו דרשה אגד בעתירתה כי נוציא מלפנינו צו ביניים לעיכוב פרסום חלקים מדו"ח הביקורת העכשווי בעניינה. בקשה זו נדחתה בהחלטת השופט ד' מינץ מיום 5.9.2021. למרות הבדלים אלה שבין שתי העתירות, דרישתן הינה זהה: העותרות מבקשות כי נקבע שאינן גופים נתמכים וכי המבקר לא היה על כן מוסמך להכפיף לביקורת המדינה בגדרו של סעיף 9(8) לחוק מבקר המדינה.

ב. מהות התשלומים המתקבלים בידי העותרות. במסגרת זו, הציגו העותרות חזית אחידה למדי: לטענתן, רכיבי התשלום להם הן זכאיות אינם מהווים תמיכה. דא עקא, כפי שאראה בהמשך, טענה זו אינה נכונה ביחס לכל עותרת ועותרת. זאת,

מאחר שהתשלומים שכל אחת ואחת מהן מקבלת מקופת המדינה אינם זהים ובבסיסם תכליות שונות. משכך הוא, נדרשים אנו במסגרת פסק דיננו לא רק לבחון את היקף סמכותו של המבקר להחיל את ביקורתו בגדרי סעיף 9(8) לחוק, לאור מהותו של המושג "תמיכה" שבבסיס הסמכות כאמור; אלא גם למה שעומד בבסיסו של כל אחד ואחד מהתשלומים הללו. בלעדי הבחינה של מהות התשלום, לא נוכל לדעת אם התשלום שבו עסקינן אכן מהווה "תמיכה" שבאמצעותה הממשלה תומכת במפעילה ועל ידי כך הופכת אותה, מניה וביה, לגוף מבוקר.

27. לאור עיסוקן של העתירות דכאן בגבולות סמכותו של המבקר להחיל את ביקורת המדינה בגדרי סעיף 9(8) לחוק, וכן לנוכח חשיבות הדיון בסוגיה ככזאת וכסוגיה שעניינה אספקת שירות ציבורי חיוני – הודיענו היועץ המשפטי לממשלה (כיום, היועצת המשפטית לממשלה, ולהלן: היועמ"ש) על הצטרפותו להליך מתוקף סמכותו לפי סעיף 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש].

28. ביום 6.12.2021 באו הצדדים לפנינו (השופטים י' עמית, נ' סולברג ואנוכי). בתום הדיון, החלטנו על שמיעת שתי העתירות – זו שבבג"ץ 3107/19 וזו שבבג"ץ 4778/21 – במאוחד, וכן הוצאנו מלפנינו צו-על-תנאי אשר הופנה למבקר וחייבו לנמק את החלטתו לפיה יש לראות בעותרות בבג"ץ 3107/19 ובבג"ץ 4778/21 "גוף מבוקר" כמשמעו בחוק מבקר המדינה מכוחו של סעיף 9(8) לחוק (ראו: החלטה מיום 7.12.2021).

29. בד-בבד, הורנו ליועמ"ש להגיש תגובה משלימה המתייחסת למעמדן של המפעילות הנצרתיות.

30. ביום 25.4.2022 קיימנו דיון נוסף בעתירות ובסופו התבקש המבקר להגיש לעיוננו את רשימת הגופים המבוקרים על ידו מכוח סעיפים 9(6) ו-9(8) לחוק מבקר המדינה.

31. ביום 2.6.2022 הגיש המבקר בקשה להגשת תצהיר תשובה משלים מטעמו. בקשה כאמור התקבלה תוך מתן זכות תשובה לעותרות וליועמ"ש.

32. כאן המקום לפרט את כלל טענותיהם של בעלי הדין אשר נטענו לפנינו בעל פה ובכתובים.

טענות העותרות

33. כפי שכבר נאמר, העותרות סבורות כי החלטת המבקר לפיה יש להחיל בעניינן את ביקורת המדינה, בהיותן גוף נתמך – ובתור שכזה, מבוקר – ניתנה בחוסר סמכות. לדידן, החלטה זו נסמכה על התמיכה שהוענקה בעבר למפעילות ההיסטוריות – אשר היתה ואיננה – ואין להשוותה לתשלומים המשולמים כיום למפעילות התחרותיות במסגרת הרפורמה שפקדה את ענף התחבורה הציבורית והעבירה אותו לפסים של תחרות. במסגרת זו – כך נטען – מוכרות העותרות את שירותיהן למדינה במחירי שוק תחרותיים, כדרכם של קבלני שירות פרטיים לכל דבר ועניין.

34. מעבר לכך, סוברות העותרות כי מדיניות הסובסידיה שהונהגה בענף נועדה לתמוך בציבור הצרכנים – אלו שנוסעים בתחבורה ציבורית – ובהם בלבד. לאור זאת, טוענות העותרות כי התשלום המתקבל בידיהן מקופת המדינה אינו יכול להיות מסווג כ"תמיכה", וכי ראוי להכיר בו, כאמור, כמחיר או כתמורה המשולמים להן בגין אספקת השירותים שהוזמנו מהן. בהקשר זה מדגישות העותרות וטוענות כי הסכם ההפעלה, שמכוחו הן מספקות את שירותי התחבורה, מפרט ב"רחל בתך הקטנה" את רכיבי השירות אותם הן מחויבות לספק, תוך קביעת תמורה ריאלית בגינם אשר נגזרת ממחירי שוק תחרותיים.

35. עוד הדגישו המפעילות התחרותיות כי התמורה המתקבלת בידיהן היא זאת אשר נקבה על ידי כל אחת מהן, בהצעתה בהליך התחרותי בו זכתה. בהקשר זה, מסבירות מפעילות אלה כי רבות מהן זכו ברישיונות ההפעלה לאחר שהציעו עלות הפעלה נמוכה מהעלות הנורמטיבית אשר נקבה על ידי המדינה; ומשכך הוא, הן אלה אשר נדרשות לשלם למדינה תמלוגים. מצב דברים זה – כך נטען – אינו יכול להיות מסווג כ"תמיכה" של המדינה. כך הוא גם ביחס לכל אותם המקרים בהם קרתה טעות בחישובי העלות מצד המפעילה או חל שינוי נסיבות בלתי צפוי. בכל המקרים הללו, כל אימת שאינם יוצרים זכאות לתשלומים נוספים שצוינו לעיל, נאלצת המפעילה לספק למדינה את השירותים שהתחייבה לספק למרות הפסדיה; וברי הוא, כי מציאות זו נכון יותר לתאר כ"חוסר תמיכה" מאשר כ"תמיכה".

36. בהתבסס על נימוקים אלה, מסכמות העותרות ומעלות את הטענה הידועה: "אם לא מדובשך, אזי גם לא מעוקצך". מאחר שהמדינה אינה מעניקה להן תמיכה כלכלית,

זרועות הביקורת של מבקר המדינה תקצרנה מלהגיע אל תוככי התנהלותן וענייניהן. אין כל הצדקה לאפשר למבקר להתערב בניהולן הפנימי, בהיותן חברות פרטיות אשר משרתות את המרחב הציבורי כנגד קבלת תמורה מבלי שהן עצמן משתייכות לאותו מרחב. בהקשר זה, משיבות העותרות לטענת-נגד "מה נזקיכן מהביקורת?" באומרן "פרטי הוא פרטי, וציבורי הוא ציבורי". זאת, בפרט כאשר הפעלת ביקורת המדינה בעניינן (1) מצריכה הגנה מפני טענות ביקורת והאשמות וכן תגובה, אשר כרוכות בעלויות כספיות; (2) מובילה לחשיפתו של מידע מסחרי-עסקי רגיש; וכן (3) מרתיעה משקיעים פרטיים, שמכבדים את מבקר המדינה, אך אינם מוכנים לחשוף בפניו את עסקיהם ואת סודותיהם – תמריץ שלילי אשר אף עלול לסכל את מימושה של תכנית הממשלה לשנות את מבנה הבעלות בחברת אגד הוותיקה.

37. בשולי הדברים ביקשו העותרות בבג"ץ 3107/19 להבחין בין עניינן של המפעילות הנצרתיות לבין זה של חברת אגד הוותיקה: לטענתן, המפעילות הנצרתיות הופלו לרעה במרוצת השנים ומעולם לא זכו לקבל מידי המדינה תמיכה כדוגמת זו שניתנה לאגד. עוד נטען כי התקשרותן עם המדינה במסגרת ההסכמים העדכניים שונה במהותה מזו של אגד – שכן היא הבשילה בתום משא-ומתן עיקש ביחס לגובה עלות ההפעלה, אשר התבססה ממילא על המחיר התחרותי הענפי. הלכה למעשה, טוענות המפעילות הנצרתיות כי הן אינן זוכות לשום חסד, אלא בדיוק לאותו תשלום אשר משולם למפעילות התחרותיות המתמודדות בהליכים התחרותיים – זאת, למרות שהכספים שהמדינה מעבירה להן לובשים לעיתים כסות שונה מטעמים היסטוריים.

38. אגד מצידה ביקשה דווקא להצטרף לטענותיהן של העותרות בבג"ץ 3107/19. לטענתה, עניינה ועניינן חד-הם. יחד עם זאת, ביקשה אגד להוסיף לטענות אלו מספר טענות משל עצמה. במסגרת זו, הסבירה אגד כי אינה מתכחשת לכך שהתשלומים שקיבלה מהמדינה בעבר אכן שימשו להבראתה, לאור המצב הכלכלי בו היתה שרויה; עם זאת, זהו אינו מצב הדברים כיום – אחרי ששיטת ההפעלה של אגד השתנתה מן היסוד והפכה להיות מוסדרת באמצעות מנגנונים הדומים במהותם לאלו שבהסכמי ההפעלה של המפעילות התחרותיות. מטעמים אלה, סבורה אגד כי גם בעניינה ראוי לקבוע כי התשלומים אותם היא מקבלת מהמדינה משולמים לה בעד השירות אותו היא מספקת בפועל; ולנוכח זאת, אין עוד כל הצדקה להמשיך ולהטיל על פועלה את ביקורת המדינה.

39. בעתירתה, מרחיבה אגד את הדיבור ביחס לכל אחד ואחד מהתשלומים אותם היא זכאית לקבל מהמדינה, תוך שהיא מסבירה מדוע, לדידה, אין לראות בתשלומים אלה

משום תמיכה. לגבי עלות ההפעלה אשר נקבעה לה שלא במסגרתו של הליך תחרותי, טוענת אגד כי עלות זו נקבעה על סמך חישובי עלות ההפעלה האמיתית שלה, כפי שמצאה משרד התחבורה. בנוגע למימון רכש האוטובוסים, טוענת אגד כי מדובר בתשלום הוצאות התפעול שלה; וכך הוא גם, לטענתה, בנוגע להשתתפות המדינה בעלויות הפרישה של עובדים ותיקים: לדברי אגד, השתתפות זו מתבקשת לאור תפקידה ההיסטורי כחלוצה בענף התחבורה הציבורית ולנוכח הרפורמה שביצע משרד התחבורה בענף. בהקשר זה, מסבירה אגד וטוענת כי עד לפרישת אחרון העובדים הוותיקים משירותיה, עלויות התפעול בהן היא נושאת תהינה גבוהות משל שאר המפעילות. על כן, ובמטרה לסייע לה להתמודד בהליכים התחרותיים כשווה מול שווים, יש צורך במימון פרישתם של עובדים אלו.

טענות מבקר המדינה

40. מנגד, המבקר סבור כי החלטתו בעניינן של העותרות התקבלה בסמכות מלאה. לטענתו, תשלומי הסובסידיה אשר משולמים למפעילות מעידים על מתן תמיכה ישירה ועקיפה בפועל, אשר ממומנת מכספם של משלמי המיסים. בהקשר זה מרחיב וטוען המבקר בדבר היקף סמכותו להכריז על גוף פרטי כמבוקר במסגרתו של סעיף 9(8) לחוק, ועל שיקול הדעת הרחב הנתון לו, לשיטתו, בכגון דא. לדבריו, הוראות חוק מבקר המדינה – לשונן ותכליתן כאחד – מעניקות לו שיקול דעת רחב במיוחד אשר מסמיכו להעמיד לביקורת כל גוף פרטי שמקבל תמיכה מן המדינה. זאת, מאחר שלציבור יש אינטרס ברור להבטיח כי השימוש בכספי התמיכה הציבוריים תואם את טובתו וכי אין מדובר בבזבוז או, חלילה, בשחיתות. המבקר מסכם אפוא ומבקשנו לדחות את הפרשנות המצמצמת של הוראות החוק, בה דוגלות העותרות. המבקר מבהיר כי בכוונתו להפעיל את ביקורתו באופן מדוד ומבוקר, מבלי להתערב בסוגיות הניהול הפנימי ובמשל התאגידי של החברות המפעילות.

41. המבקר סבור כי את המונח "תמיכה" ראוי לפרש בהתאם להקשרו החקיקתי. במסגרת זו, מפנה המבקר לתשלומי הסובסידיה, כפי שאלה מופיעים בחוקי התקציב ובדו"חות כספיים שמפרסם החשב הכללי במשרד האוצר. בכל אלה, מכונים תשלומי הסובסידיה המשולמים לעותרות כ"תמיכה" בתחבורה הציבורית – דבר שלדברי המבקר תומך בפרשנותו שלו.

42. המבקר מרחיב ומפרט על אודות מערכת היחסים שבין העותרות למדינה – מערכת שתמיכת המדינה בעותרות עוברת בה, לפי דבריו, כחוט השני. זאת, מאחר

שלטענת המבקר, שוק שירותי התחבורה הציבורית "נעדר זכות קיום": הענף של שירותי תחבורה ציבוריים מתקיים מכספי המדינה, ומכאן הצורך בפיקוח ובבקרה. לצד שיקול זה, מונה המבקר טעמים נוספים להחלטתו להטיל את ביקורתו על פועלן של העותרות. טעמים אלה כוללים את מאפייניו של שוק התחבורה הציבורית בישראל, ובהם: היותו של השירות הציבורי שהשוק מספק כפוף להסדרה שלטונית, חיוני ונעדר תחליף; הצורך לספק את השירות לאוכלוסייה חלשה מבחינה סוציו-אקונומית; מעמדן המונופוליסטי של המפעילות במסגרת אשכולות הקווים אותם הן מפעילות; וכן העובדה שהתשלומים המועברים למפעילות על ידי המדינה מגיעים לכדי מיליארדי שקלים מידי שנה.

43. על יסוד כל האמור, סבור המבקר כי מן הדין לדחות את טענת העותרות לפיה התשלומים אותם הן מקבלות מהמדינה מהווים תמורה בגין אספקת שירותים. לשיטתו, טענה זו ממילא נידונה לכישלון לאור האמור בפסק הדין שניתן בע"מ 7002/19 צ"ינה מוטורס בע"מ נ' משרד התחבורה והבטיחות בדרכים (7.7.2020) (להלן: עניין צ"ינה מוטורס), אשר קבע כי הקצאת הרישיונות למפעילות התחבורה הציבורית היא פעולה שלטונית מובהקת, שונה מחוזה לאספקת שירותים, ועל כן אינה חייבת במכרז מכוחו של חוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992.

44. המבקר מוסיף וטוען כי אין מקום לקבל את עמדת העותרות לפיה תכליתם של תשלומי הסובסידיה היא תמיכה בציבור הצרכנים – נוסעי האוטובוסים – ולא במפעילות. בהקשר זה מדגיש המבקר כי בבסיסו של כל תשלום תמיכה או סובסידיה ניצבת טובת הציבור – כקהל יעד סופי. זאת ועוד: המבקר סבור כי גם אילו היה אמת בטענת העותרות כי תשלומי הסובסידיה נועדו להטיב עם ציבור הנוסעים, ולא נועדו לתמוך בפעילותן – הרי שהן עדיין נהנות ישירות מתשלומים אלה, אשר מבטיחים את רווחיותן. משכך הוא, גם מנקודת ראות של "סובסידיות הנוסעים" מן הדין לראות בעותרות גופים שנתמכים מכספי המדינה.

45. המבקר ביקשנו כי לא נבחין בין עניינן של המפעילות התחרותיות לבין זה של המפעילות ההיסטוריות. לדידו, טענותיו נכונות בעניינן של המפעילות התחרותיות, ויפות מקל וחומר גם בעניינן של המפעילות ההיסטוריות. בהקשר זה, חוזר המבקר וטוען כי לא קיים כל שוני מהותי בין התשלומים המשולמים לאלו ולאלו – בשני המקרים מדובר בתשלומי המדינה אשר מאפשרים אספקה של שירות בלתי רווחי הנחוץ לציבור.

46. בהתייחסו לעמדת היועמ"ש, טען המבקר כי אין כל בסיס לטענות בדבר עדיפותה של החלת ביקורת המדינה מכוח סעיף 9(6) לחוק מבקר המדינה על פני המסלול שבסעיף 9(8) לחוק.

47. המבקר סבור אפוא כי מן הדין לדחות את העתירות.

עמדת היועץ המשפטי לממשלה

48. בהתייחסו לעתירות שלפנינו, ביקש היועמ"ש להבחין בין תשלומי המדינה המועברים למפעילות ההיסטוריות – חברת אגד הוותיקה והמפעילות הנצרתיות, מכוח ההסכמים המתחדשים עמן מעת לעת, לבין הכספים שהמדינה משלמת למפעילות התחרותיות מתוקף זכייתן בהליכים תחרותיים. היועמ"ש סבור כי אין לראות במפעילות התחרותיות "גוף נתמך" במובנו של סעיף 9(8) לחוק מבקר המדינה. מאידך, סבור היועמ"ש כי החלטת מבקר המדינה להחיל את ביקורת המדינה על פועלן של המפעילות ההיסטוריות נתקבלה כדת וכדין.

49. בראש ובראשונה, מבקר היועמ"ש את ההחלטה להחיל על העותרות את ביקורת המדינה מכוחו של סעיף 9(8) לחוק – מסלול שלטעמו צריך להיות מופעל במשורה ובאופן מבוקר. לטענת היועמ"ש, דרך המלך להחלת ביקורתו של מבקר המדינה על גופים פרטיים קבועה בסעיף 9(6) לחוק – מסלול ביקורת שנפתח על ידי הוראת חוק מפורשת, על ידי החלטת הכנסת או על ידי הוראה מפורשת בהסכם שבין הגוף הפרטי לממשלה.

50. לגופם של דברים, סבור היועמ"ש כי החלטת המבקר ביחס למפעילות התחרותיות מהווה חריגה מסמכות. לפי עמדת היועמ"ש, תשלומים שהמדינה משלמת למפעילות התחרותיות אינם בגדר "תמיכה", ועל כן החלתה של ביקורת המדינה על פועלן של חברות אלה אינה במקומה: המפעילות התחרותיות אינן בגדר "גוף נתמך". במסגרת זו, מתייחס היועמ"ש לעמדה שהוצגה בפסק הדין בעניין צ'יינה מוטורס ומסביר כי אין בקביעות דשם כדי לספק תמיכה לטענתו של מבקר המדינה אשר משווה מעמד של "גוף נתמך" למפעילות התחרותיות. בהקשר זה מרחיב היועמ"ש ומפרט כי תשלומי המדינה למפעילות אלה נקבעו על בסיס פרמטרים מדידים כדי להבטיח את אספקת שירותי התחבורה הציבורית בכמות, באיכות, בתדירות ובמחירים לנוסע אשר נקבעו על ידי המדינה. מכאן מסיק היועמ"ש כי הסבסוד שהמדינה מעניקה בענף התחבורה הציבורית בא להטיב עם ציבור הנוסעים, ולא עם החברות התחרותיות אשר מפעילות את קווי התחבורה. בהשיבו לטענות המבקר, מוסיף היועמ"ש ומסביר כי התייחסות למונחים

"סובסידיה" ו"תמיכה" בחוקי התקציב, בדו"חות הכספיים של החשב הכללי במשרד האוצר ובדו"חות הכספיים של משרד התחבורה – עניינה תמיכה אשר מיטיבה עם הנוסע ולא עם המסיע.

51. באשר למפעילות ההיסטוריות – לטענת היועמ"ש, חברות אלה ממשיכות לאחוז ברישיונות ההפעלה שקיבלו בשעתו מהמדינה ללא הליך תחרותי. במסגרת זו, נהנות החברות מהטבות רבות ומשמעותיות שהמדינה מקנה, ובהן: מימון וסיוע כספי; פטור ממכרזים והתקשרות לאספקת שירותים שלא בתנאי השוק החופשי; ושימור מעמדן כענף כבעלות מונופול באספקת השירות. לדעת היועמ"ש, הטבות אלו מצדיקות את החלטתו של מבקר המדינה לראות במפעילות ההיסטוריות "גוף נתמך" החשוף לביקורתו בגדרי סעיף 9(8) לחוק.

דיון והכרעה

52. סבורני כי עתירת המפעילות התחרותיות – העותרות 1-9 בבג"ץ 3107/19 – בדין יסודה: עותרות אלה אינן בגדר "גוף [הנתמך] על ידי הממשלה", כמשמעו בסעיף 9(8) לחוק מבקר המדינה. בהתאם לכך, אציע לחבריי כי נעשה צו מוחלט בעניינן של עותרות אלה, נקבע כי אינן נתונות לביקורת המדינה בגדרו של סעיף 9(8) לחוק מבקר המדינה, ונבטל את החלטתו של מבקר המדינה להכפיף לביקורתו.

53. באשר למפעילות ההיסטוריות – העותרות 10-11 בבג"ץ 3107/19 והעותרת בבג"ץ 4778/21 – פועלן נתמך על ידי הממשלה במובנו של סעיף 9(8) לחוק מבקר המדינה, כפי שקבע מבקר המדינה בעניינן. עותרות אלה נתונות אפוא לביקורת המדינה ועל כן, אם תישמע דעתי, נדחה את עתירותיהן.

סמכותו של מבקר המדינה לבקר גופים פרטיים: סעיפים 9(6) ו-9(8) לחוק מבקר המדינה והיחס שביניהם

54. מבקר המדינה נבחר על ידי הכנסת והוא אחראי אך בפניה וכפוף לביקורתה. עיקר תפקידו הוא פיקוח על הרשות המבצעת על זרועותיה השונות והגופים הקשורים לה (ראו: סעיפים 6 ו-7(א) לחוק-יסוד: מבקר המדינה (להלן: חוק-היסוד)). סעיף 2(א) לחוק-היסוד קובע את היקף סמכותו של מבקר המדינה, בהגדירו את היקף הביקורת שעליו לבצע ואת הגופים המבוקרים על ידו: אלו המבוקרים מעצם טיבם וטבעם; ואלו אשר ניתן להכפיף לביקורתו על פי חוק (ראו גם: מרים בן-פורת חוק-יסוד: מבקר המדינה 173 (2005) (להלן: בן-פורת)).

2. (א) מבקר המדינה יקיים ביקורת על המשק, הנכסים, הכספים, ההתחייבויות והמינהל של המדינה, של משרדי הממשלה, של כל מפעל, מוסד או תאגיד של המדינה, של הרשויות המקומיות ושל גופים או מוסדות אחרים שהועמדו על פי חוק לביקורתו של מבקר המדינה.

(ב) מבקר המדינה יבחן את חוקיות הפעולות, טוהר המידות, הניהול התקין, היעילות והחסכון של הגופים המבוקרים, וכל עניין אחר שיראה בו צורך.

55. חוק מבקר המדינה – אשר קדם לחקיקתו של חוק-היסוד – מזהה אף הוא את הגופים הנתונים לביקורתו של המבקר בהגדירו את המונח "גוף מבוקר" בתשע חלופות שונות. במסגרת זו, מגדיר החוק באופן מפורש את הגופים המבוקרים *per se* – ככאלה – ואת הנסיבות בהן יכול המבקר להחיל את ביקורתו על גופים אחרים (ראו: סעיף 9 לחוק מבקר המדינה; וכן, בן-פורת, בעמ' 186):

9. ואלה הגופים (בחוק זה – גוף מבוקר), אשר יעמדו לבקרתו של המבקר:

- (1) כל משרד ממשלתי;
- (2) כל מפעל או מוסד של המדינה;
- (3) כל אדם או גוף המחזיק, שלא לפי חוזה, ברכוש המדינה או המנהל אותו או המפקח עליו מטעם המדינה;
- (4) כל רשות מקומית;
- (5) כל חברה ממשלתית, כהגדרתה בחוק החברות הממשלתיות, תשל"ה-1975 (להלן – חוק החברות הממשלתיות) וכן כל מפעל, מוסד, קרן או גוף אחר, שהממשלה משתתפת בהנהלתם;
- (6) כל אדם, מפעל, מוסד, קרן או גוף אחר, שיועמדו לביקורת על פי חוק, על פי החלטת הכנסת או על פי הסכם ביניהם ובין הממשלה;
- (7) כל חברת בת ממשלתית, כהגדרתה בחוק החברות הממשלתיות, וכן כל מפעל, מוסד, קרן או גוף אחר, שאחד הגופים המנויים בפסקאות (2), (4), (5) ו-(6) משתתפים בהנהלתם, אולם הביקורת על גוף כזה לא תופעל, אלא אם הועדה או המבקר החליטו על כך ובמידה שהחליטו;

(8) כל מפעל, מוסד, קרן או גוף אחר הנתמכים, במישרין או בעקיפין, על ידי הממשלה או על ידי אחד הגופים המנויים בפסקאות (2), (4), (5) ו-(6) בדרך הקצבה, ערבות וכיוצא באלה; אולם הביקורת על גוף כזה לא תופעל, אלא אם הועדה או המבקר החליטו על כך ובמידה שהחליטו;

(9) כל ארגון עובדים כולל, וכל מפעל, מוסד, קרן או גוף אחר שארגון עובדים כאמור משתתף בהנהלתם, ובלבד שהביקורת לא תופעל על פעילותם כאיגוד מקצועי; ואולם הביקורת על גוף כאמור לא תופעל אלא אם כן החליט על כך המבקר ובמידה שהחליט ובכפוף לאמנות בינלאומיות שמדינת ישראל צד להן; החליט המבקר להפעיל את הביקורת כאמור, יהיו למבקר כל הסמכויות שהוקנו לו לגבי גוף מבוקר אף לגבי פעילותו של ארגון עובדים כולל, מפעל, מוסד, קרן או גוף כאמור, כאיגוד מקצועי, ובלבד שהמבקר סבור כי הדבר דרוש לצורכי הביקורת על פעילות אחרת שלהם;

לעניין פסקה זו – "פעילות כאיגוד מקצועי" – ייצוג עובדים לשם קידום, מימוש או הגנת זכויותיהם כעובדים; "ארגון עובדים כולל" – ארגון עובדים ארצי, הפועל כאיגוד מקצועי ביותר מענף עבודה אחד.

(10) [...].

56. כאמור בסעיף 9 לחוק מבקר המדינה, ביקורת המדינה יכולה לחול גם על פועלם של גופים אחרים, פרטיים במהותם – זאת, כאשר פעילותם של גופים אלו קשורה קשר הדוק לאינטרס ציבורי המחייב פיקוח ומשפיעה עליו. אינטרס בר-פיקוח כאמור יכול לקום, בין היתר, מכוחם של החזקה, ניהול או פיקוח על רכוש המדינה, שלא על פי חוזה, אשר מבוצעים על ידי גוף פרטי (ראו: סעיף 9(3) לחוק מבקר המדינה); מכוח השתתפות הממשלה או גוף הקשור אליה בניהולו של הגוף הפרטי (ראו: סעיפים 9(5) ו-9(7) לחוק); מכוח קביעה מפורשת בחוק או בהחלטת הכנסת אשר מזהה את הגוף הפרטי כנתון לפיקוח ולביקורת של מבקר המדינה (ראו: סעיף 9(6) לחוק); מכוחו של הסכם בין גוף פרטי לממשלה שהוראותיו מכפיפות את הגוף הפרטי לפיקוח ולביקורת של מבקר המדינה (ראו שוב: סעיף 9(6) לחוק); וכן מכוח תמיכה בפועלו של הגוף הפרטי אשר ניתנת על ידי הממשלה או על ידי גוף ממלכתי אחר (ראו: סעיף 9(8) לחוק).

57. בעניינינו-שלנו, כאמור, נתקבלה החלטת המבקר ביחס לעותרות מכוחו של סעיף 9(8) לחוק.

58. כפי שניתן להיווכח, החלת ביקורת המדינה על גופים פרטיים במסגרתו של סעיף 9(8) לחוק איננה אוטומטית או בלתי מסויגת. החלת ביקורת כאמור דורשת החלטה פוזיטיבית של מבקר המדינה או של הוועדה לענייני ביקורת המדינה של הכנסת בעניינו של הגוף הנתמך, לפיה אותו גוף יהא כפוף לביקורת המדינה בשל מעמדו כנתמך, במישרין או בעקיפין, על ידי הממשלה. החלטה כאמור יכולה להתקבל אפוא ביחס לגוף פרטי רק כאשר מוכח שאותו גוף זוכה לתמיכה כלכלית מטעם הממשלה, מטעמו של אחד הגופים הממלכתיים, או מטעמו של תאגיד הקשור לשלטון, כדוגמת חברה ממשלתית – וזאת, כאשר תמיכה כאמור באה לידי ביטוי בדרך של "הקצבה, ערבות וכיוצא באלה". בהמשך דבריי, אקרא לכל גוף פרטי כזה גוף פרטי נתמך או גוף נתמך – לשם קיצור בלבד.

59. ההצדקה להחלתה של ביקורת המדינה על גופים פרטיים נתמכים היא הצורך הציבורי בפיקוח ובבקרה על התמיכות הכלכליות אשר מוענקות לגופים פרטיים מכספי ציבור. תמיכה אשר באה מכספי ציבור צובעת את פועלו של הגוף הפרטי הנתמך בצבעים ציבוריים לעניינו של חוק מבקר המדינה. במילים אחרות: קבלת תמיכה כאמור הופכת את הגוף הפרטי הנתמך לישות משפטית שמותר לחדור אל תוכני התנהלותה במסגרת ההגנה על אינטרס הציבור – על-מנת למנוע שחיתות ובזבז כספי הציבור וכדי להבטיח שיחסי הגומלין בין אותו גוף נתמך לבין השלטון יעלו בקנה אחד עם טוהר המידות. נקודה זו הוסברה היטב על ידי מבקרת המדינה לשעבר, השופטת המנוחה מרים בן פורת, ז"ל, בספרה:

"הטעם ביסוד העמדתם לביקורת של גופים נתמכים הוא הצורך לפקח כיצד משתמשים בכספי התמיכה, לוודא שהתמיכה משרתת את המטרה ייעודה, לבדוק אם הגוף הנתמך מתייעל כדי להגיע במידת האפשר לעצמאות כלכלית, אם הנתונים אשר על יסודם חושב גובה התמיכה נשענים על אדני אמת, האם יש הצדקה להמשיך במתן התמיכה וכיוצא באלו" (בן פורת, בעמ' 219-220).

60. על רקע משפטי זה אדון כעת בעניינן של המפעילות התחרותיות, מזה, ושל המפעילות ההיסטוריות, מזה.

עניינן של המפעילות התחרותיות

61. ביחס למפעילות התחרותיות קבע מבקר המדינה כי את התשלומים המועברים להן מכספי ציבור במסגרת ההסכמים להפעלת קווי השירות יש לסווג כתשלומי תמיכה.

כפי שכבר הוסבר, תשלומים אלה משולמים למפעילות התחרותיות על ידי משרד התחבורה במסגרת מדיניות ההסדרה הענפית הכללית של התחבורה הציבורית באוטובוסים; והם מכונים בשם "תשלומי סובסידיה". המבקר סבור כי די בהיות התשלומים כאמור חלק ממדיניות ממשלתית שנקראת "סובסידיה" כדי לקבוע כי השוק שבו פועלות העותרות – לרבות המפעילות התחרותיות – הוא שוק עתיר תמיכה ממשלתית אשר בלעדיה אין לעותרות זכות קיום.

במכתבו אל העותרות הסביר המבקר כי –

"שוק התחבורה הציבורית בישראל הוא שוק המתנהל בפיקוח ממשלתי של משרד התחבורה, זאת במטרה להבטיח אספקת שירותים של תחבורה ציבורית לכלל האוכלוסייה, גם במקרים שאין להם הצדקה כלכלית וששוק חופשי לא היה מספק אותם. לפיכך מועברת למפעילי התחבורה תמיכה כספית ממשלתית על מנת שהשירותים יסופקו כראוי.

התקשרות המדינה עם מרשותכם – מפעילות התחבורה הציבורית הפרטיות, נעשית באופן כזה בו המפעיל מתחייב להפעיל קו אוטובוס מסוג מוגדר, על פי לוח זמנים מוגדר ולעמוד בנפח פעילות מוגדר, כנגד התחייבות של המדינה לכסות את עלות ההפעלה לשעת אוטובוס ולהבטיח מינימום נפח פעילות תקופתי.

[...]

אנו רואים בסכומים המועברים למפעילי התחבורה תמיכה בחברות עצמן, ולדעתנו על אף שחלק מהתשלומים מיטיב ישירות עם ציבור הנוסעים, אשר נדרש לשלם פחות מהעלות הריאלית של הנסיעה, הרי שגם מפעילי התחבורה נהנים ישירות מהבטחת תשומותיהם.

התמיכה המועברת למפעילי התחבורה נעשית לפי מצב המפעיל וצרכיו. הכספים המועברים ממשרד התחבורה אינם מהווים מימון או תשלום של עלות השירות הנרכש אלא שהמדינה מעבירה תמיכה כדי לאפשר אספקת שירות גם בקווים לא רווחים, כדי לספק שירות גם לתושבים המתגוררים באזורים מרוחקים שהפעלת שירותי התחבורה אליהם איננה רווחית." (ראו: החלטת המבקר בדבר החברות הפרטיות; ההדגשות שלי – א.ש.).

62. לאור זאת, טוען המבקר כי הגם שתשלומים כאמור באים לשרת את ציבור הנוסעים ולתמוך בו, הרי שהעותרות עדיין נהנות מהסובסידיה הממשלתית (ראו גם: תצהיר התשובה לצו-על-תנאי מטעם המבקר מיום 6.3.2022, עמ' 11). עמדה זו של המבקר נסמכה, בין היתר, על ניתוח לשונה של הוראת סעיף 9(8) לחוק מבקר המדינה

כהוראה אשר מקנה למבקר שיקול דעת רחב בהחלט ביקורת המדינה על גופים נתמכים. במסגרת זו, טוען המבקר כי ניתן להכריז על גוף פרטי כנתמך אף כשהתמיכה הניתנת לו על ידי הממשלה מסופקת בדרך של הנאה עקיפה – זאת, תחת ההגדרה המרובה שבסעיף: "בדרך הקצבה, ערבות וכיוצא באלו". המבקר לומד מהוראה זו כי תשלומי סובסידיה – ככאלה – הם בגדר תשלומי תמיכה. לחיזוק עמדתו זו, הרחיב המבקר והביא נימוקים נוספים אשר נועדו להוכיח כי תשלומי הסובסידיה שבהם קא עסקינן אינם רק בגדר תמיכה עקיפה שהעותרות מקבלות במסגרת תמיכתה הכללית של הממשלה בענף התחבורה הציבורית בישראל, ובפרט בציבור הנוסעים באוטובוסים, כי אם תשלומים אשר באים לעודד את פעילותן של העותרות ולתמוך בפעילות זו במישרין. המבקר סיכם את דבריו באמרו כי הפרשנות של סעיף 9(8) לחוק אשר נישאת בפיו "מגשימה תכלית ראויה ואת האינטרס הציבורי שיש בהפעלת ביקורת על גופים המספקים שירות חיוני לציבור, אשר מהווה "קהל שבוי" (ראו: החלטת המבקר בדבר החברות הפרטיות).

63. סבורני כי עלינו לדחות את טענות המבקר ככל שאלו מכוונות אל פועלן של המפעילות התחרותיות.

64. הגדרתו הלשונית של המונח "תמיכה" לעניינו של סעיף 9(8) לחוק מבקר המדינה אכן יכולה – בנסיבות מסוימות – לכלול בתוכה תשלומי סובסידיה אשר משולמים לגורם פרטי מקופת המדינה מכוח מדיניות ממשלתית. זאת, לנוכח העובדה שהחוק אינו מספק לנו הגדרה ברורה ומפורשת למונח "תמיכה" בהציגו, חלף הגדרה כאמור, רשימה פתוחה של דוגמאות בעלות מכנה רעיוני משותף (ראו והשוו: Gideon Parchomovsky & Alex Stein, *Catalogs*, 115 COLUM. L. REV. 165 (2015) (להלן: *Catalogs*)). מכאן עולה כי ל"תמיכה" אשר יכולה לגרור אחריה את ביקורת המדינה על פועלו של הגוף הפרטי הנתמך פנים רבות ומגוונות. בניגוד לטענת העותרות, אין מדובר כאן אך ורק בתמיכה המוענקה מכוחה של הוראת חיקוק ספציפית או בהעברת כספים ייחודית. ברי הוא, כי אילו המחוקק רצה לייחד את ביקורת המדינה למקרים של תמיכה ממשלתית מסוג מסויים ומוגדר, הוא היה קובע זאת ב"רחל בתך הקטנה" ולא היה עושה שימוש בלשון רחבה אשר כוללות ביטויים כגון "במישרין או בעקיפין" ו"כיוצא באלה". במילים אחרות: העובדה שהמחוקק ראה לנכון להגדיר את מקרי התמיכה הממשלתית באמצעות "קטלוג" רחב, להבדיל מ"כלל" בעל גבולות ברורים, שוללת מניה וביה את טענת העותרות בעניין זה (ראו: *Catalogs*, בעמ' 167-172).

65. יחד עם כך, ובניגוד לעמדת המבקר, סבורני כי העברת תשלומים מכוח מדיניות-סובסידיה – כשלעצמה – אינה מגיעה כדי "תמיכה" אשר מפעילה את ביקורת המדינה

במסגרת סעיף 9(8) לחוק מבקר המדינה. במילים אחרות: לא כל הסובסידיות נולדו שוות, ואין לראות בכל גורם שלידיו משולמים כספי סובסידיה ממשלתית "גוף נתמך". כמו כן, אין לזהות את עצם ה"הנאה" הכלכלית מסובסידיה עם "תמיכה" לעניינו של סעיף 9(8) לחוק.

66. כפי שאסביר מיד, סבורני כי חובה עלינו להבדיל בין שני סוגים שונים של סובסידיה ממשלתית אשר משולמת לגוף פרטי: (1) סובסידיה שהממשלה משלמת "משנאת המן" – כְּשֶׁל שוק – במטרה לתמרץ פעילות כלכלית שבלעדי הסובסידיה לא תתקיים (או תתקיים במידה לא מספקת); וכן (2) סובסידיה שהממשלה משלמת "מאהבת מרדכי" כדי לתמוך בגוף פרטי שפועלו-שלו מביא תועלת רבה לציבור ושמצוי בסכנת קיום בהעדר הסובסידיה. גוף פרטי שמקבל סובסידיה מהסוג הראשון אינו משווה לעצמו אופי ציבורי. גוף כאמור היה ונשאר גוף פרטי שעושה עסקים עם המדינה. גוף פרטי שזוכה לסובסידיה מהסוג השני, לעומת זאת, הוא גוף שתמיכת הממשלה בקיומו משייכת אותו, מניה וביה, למרחב הציבורי. סכומי כסף שהממשלה משלמת לגוף פרטי שמקבל סובסידיה מהסוג הראשון אמורים להיגזר, כדרכו של מחיר סחורה או שירות, משיווי המשקל של ההיצע והביקוש; וכל אימת שהדברים הם כך, מדובר בעסקה, בחליפין ובמחיר, ולא ב"תמיכה". במצב דברים זה, מבקר המדינה רשאי, כמובן, לפקח על פעולות הממשלה ולבקרן – בין היתר, כדי להבטיח שהממשלה עושה עסקים בתבונה ואינה מבזבזת את כספי הציבור. ברם, אין המבקר מוסמך להרחיב את ביקורתו ולשלוח את זרועותיו לעבר הגוף הפרטי מכוחו של סעיף 9(8) לחוק רק משום שגוף זה עושה עסקים עם הממשלה. לעומת זאת, סכומי הכסף שהממשלה מעבירה לגוף פרטי שהיא חפצה ביקרו בשל תרומתו לציבור נקבעים לפי עוצמת רצונה של הממשלה לתמוך באותו גוף ולשמר את פועלו-שלו, ועל כן במקרה זה אין מדובר בחליפין במסגרת עסקה. במקרים כאלה, יהא הגוף הפרטי חשוף לביקורת המדינה בגדרו של סעיף 9(8) לחוק בשל פועלו בחסות ובמימון הממשלה. מובן מאליו הוא, שתמיכת הממשלה באותו גוף תהא אף היא נתונה לפיקוח ולביקורת של מבקר המדינה.

67. פרשנות זו מתחייבת לנוכח עיקרון ההסמכה הפרלמנטרית אשר מעוגן בסעיף 9(6) לחוק מבקר המדינה. כפי שכבר צויין, הוראת חוק זו מאפשרת למבקר המדינה לבקר גוף פרטי, אשר לא נתן את הסכמתו לביקורת, רק כאשר חוק הכנסת או החלטת הכנסת מסמן או מסמנת את אותו הגוף כגוף מבוקר, חרף היותו גוף פרטי. עיקרון ההסמכה הפרלמנטרית מכיר בפגיעה הפוטנציאלית שביקורת המדינה עלולה להסב לגוף פרטי אשר מקפיד לפעול כגוף פרטי. סמכויותיו של מבקר המדינה הן סמכויות רחבות ידיים אשר מאפשרות לו לדרוש מכל גוף מבוקר ידיעות, מסמכים, הסברים וכל חומר אחר

הדרוש לצרכי הביקורת; והמבקר אף רשאי להטיל על כל גוף מבקר חובות של דיווח ופעולה (ראו, בין היתר: סעיף 3 לחוק-היסוד; וכן, סעיפים 11, 13(3), 21א לחוק מבקר המדינה). שימוש המבקר בסמכויות אלו עלול לפגוע בסודיות עסקית, במוניטין ובפרטיותם של אנשים אשר פועלים במסגרת הגוף המבקר – פוטנציאל של פגיעה שלטונית חמורה בפרט. אשר על כן, על מנת לתחום ולגדר את היקפה של פגיעה פוטנציאלית זו, קבע המחוקק בסעיף 9(6) לחוק כי סמכויות הביקורת של מבקר המדינה ביחס לגופים פרטיים, אשר עלולים להיפגע מפועלו, תיקבענה על ידי הכנסת – הגוף שמייצג את העם הריבון. הוזה אומר: ככלל, אין מבקר המדינה מוסמך לבקר גוף פרטי ולפקח על פועלו, אלא מכוחה של הסמכה מפורשת אשר ניתנה לו בחוק הכנסת או בהחלטת הכנסת (או מכוח הסכמתו של הגוף הפרטי עצמו במסגרת התקשרותו עם המדינה). האמור בסעיף 9(8) לחוק, שכאמור מסמיך את מבקר המדינה לבקר גוף פרטי נתמך ולפקח על פועלו, ביוזמתו שלו וללא אישור הכנסת, מהווה חריג לכלל חשוב זה.

68. אחרי שידענו כי האמור בסעיף 9(8) לחוק מבקר המדינה מהווה חריג לעיקרון ההסמכה הפרלמנטרית, על-כורחנו מגיעים אנו למסקנה כי את המונח "תמיכה" – שבבסיס החריג – יש לפרש בדיוקנות. זאת, כדי שעיקרון ההסמכה הפרלמנטרית יפעל במלוא העוצמה שיעד לו המחוקק, וכדי לתחום את סמכויות הפיקוח והביקורת היוזמות של מבקר המדינה לפועלם של גופים ציבוריים ומעין-ציבוריים. לאור האמור, סבורני כי הפרשנות הנכונה של המונח "תמיכה" בהקשרנו-שלנו היא זאת שמזהה את קיומה של תמיכה רק באותם מקרים בהם הממשלה פורסת חסות כלכלית מעל גוף פרטי ומממנת את פעילותו. כאשר הממשלה משלמת לגוף פרטי מחיר בעבור סחורה או שירות, וכאשר מחיר זה משקף את מצב ההיצע והביקוש בשוק – עסקינן ב"מחיר" או ב"תמורה", ולא ב"תמיכה", גם כאשר מחיר או תמורה כאמור משולמים במסגרת מדיניות ענפית מסוג "סובסידיה". הוא הדין כאשר הממשלה משלמת לגוף פרטי מחיר בעבור סחורה או שירות, תוך שהיא קובעת את המחיר בהליך תחרותי כדוגמת מכרז, אשר מתקף את פועלו של השוק החופשי. גם במקרים כאלה, אין מדובר ב"תמיכה" בגוף הפרטי שמקבל תשלומים מהממשלה. השם "סובסידיה", שאותו הממשלה מצמידה לתשלומים כאמור, מלמד על כך שהממשלה מסבסדת את מחיר הסחורה או השירות לציבור הצרכנים שאינו משלם את מלוא המחיר בעבור מה שהוא מקבל. בכל המקרים האלה, הישות הנתמכת היא ציבור הצרכנים – הנוסעים באוטובוסים, במקרה של המפעילות התחרותיות – ולא הגוף הפרטי אשר מספק לאותו ציבור את הסחורה או את השירות תמורת מחיר שמשלמת לו הממשלה.

69. בעניינינו-שלנו, צודק אפוא היועץ המשפטי לממשלה שראה להבחין בין התשלומים המועברים לידיהן של המפעילות התחרותיות לאלו המשולמים לכיסן של המפעילות ההיסטוריות. ביסודם של התשלומים המשולמים מכוח מדיניות הסובסידיה עומד הצורך להבטיח את האינטרס הציבורי בהרחבת קווי התחרות הציבורית באמצעות מפעילות אוטובוסים, בשיפור איכותם של שירותי התחרות הציבורית כאמור ובהבטחת אספקתם ונגישותם עבור ציבור הנוסעים והנוסעים. תשלומי הסובסידיה המשולמים מטעם המדינה למפעילות התחרותיות אינם באים לקדם שום מטרה אחרת – זאת, כאשר הממשלה קובעת את סכומי התשלומים במסגרתו של הליך תחרותי אשר מתקיים תחת פיקוח ובקרה צמודים. בעבור המפעילות התחרותיות, תשלומים כאמור הם בגדר תמורה או מחיר, ותו לא. בעבור ציבור הנוסעים אשר זוכה לקבל שירותי תחרות מהמפעילות הללו באיכות ובתדירות מובטחת, ובמחיר השווה לכל כיס – תשלומים כאמור הם בגדר תמיכה או סובסידיה. במסגרת זו, הנתמך הוא הציבור ולא המפעילות התחרותיות. אלה האחרונות אינן בגדר "גוף נתמך" לעניינינו של סעיף 9(8) לחוק מבקר המדינה. מבקר המדינה אינו מוסמך אפוא לבקר ולפקח על פועלן מכוחו של סעיף זה בדרך שעוקפת את עיקרון ההסמכה הפרלמנטרית.

70. האמור בהסכמים שהממשלה חתמה עם המפעילות התחרותיות בעקבות זכייתן בהליך התחרותי מחזק את מסקנתי זו, ככל שהיא טעונה חיזוק ותמיכה נוספים. הסכמים אלה מכילים בתוכם שלל של מנגנוני פיקוח, תמריץ וענישה אשר נאכפים תוך שימוש בחברות בקרה ייעודיות ובאמצעי בקרה טכנולוגיים. מחד, מובטחים למפעילות תשלומים שתכליתם יצירת תמריצים לעמוד בתנאי ההסכם ולמקסם את השירות המסופק על ידיהן (לדוגמא, באמצעות מתן תמריצים לאיסוף נוסעים); ומנגד, נבחנת בדקדקנות רמת השירות שהמפעילות מעניקות בהיבטים אשר כוללים: עמידה בלוחות זמנים, עצירה בתחנות, שמירה על מסלול נסיעה נכון, אדיבות כלפי הנוסעים, ניקיון, שילוט, ועוד. כל חריגה מהמוסכם בהקשרים אלו עלולה להוביל להרעה בציוני הבקרה התפעולית, אשר משמשים כמדד מהותי שביכולתו להשפיע על סיכויי המפעילה להצליח במכרזי המדינה העתידיים (ראו: דוח ביקורת מיוחד, בעמ' 199-205) ואף להביא לחיוב המפעילה בתשלום של פיצוי מוסכם אשר יקוזז מהתמורה המשולמת לה.

71. קיומם של מנגנוני פיקוח, תמריץ וענישה אלו מובילני לשתי מסקנות מתבקשות: האחת, עניינה של הסובסידיה איננה בתמיכה בפעילות המפעילות התחרותיות, כי אם במתן תמריץ (תוך קביעת חובה חוזית) לאספקת השירותים באופן שבו שירותים אלו נדרשים על ידי המדינה. על כן ניתן לקבוע כי תשלומים כאמור מהווים, לכל היותר, תמיכה בפעילות שהמדינה חפצה ביקרה; והשנייה, כי הצורך לפקח על השימוש בכספי

הסובסידיה – אשר עומד בבסיס הוראת סעיף 9(8) לחוק מבקר המדינה – ממילא מובטח במלואו באמצעות המנגנונים המצויים בידיו של משרד התחבורה, כאשר הוא עצמו נתון לפיקוח ולביקורת של מבקר המדינה.

72. אופן חישובו של התשלום המועבר לידי המפעילות מכוח הסכמי ההפעלה, גם הוא מעיד כי אין לראות בתשלומים אלו תשלומי-תמיכה. זאת, מאחר שהסכמי ההפעלה מבטיחים למפעילות רווח על הנייר, ותו לא. ככל שהמפעילות תבקשנה להפוך רווח היפותטי זה לרווח ממשי, הן תצטרכנה להבטיח כי עלות ההפעלה אשר נצפתה על ידיהן במסגרת ההליך התחרותי – ואשר זיכתה אותן ברישיון ההפעלה של אשכול הקווים הנתון – תשקף נאמנה את אומדנן של עלויותיהן בפועל. יתרה מכך: אשוב ואציין כי ההליך התחרותי במסגרתו מוענק רישיון ההפעלה מתבצע בדרך של "מכרז עלות או תגמולים", וברי הוא כי קיימים מקרים – לטענת המפעילות התחרותיות, מקרים רבים במספרם – בהם המפעילה תהא זו אשר מעבירה תשלומים למדינה, ולא להיפך.

73. לבסוף, אבהיר ביחס לתשלומים הנוספים אשר משולמים למפעילות – כגון, הסובסידיה הייעודית, תמריצי התיקוף והגבייה, וסובסידיות ההצטיידות – כי אף בהם לא מצאתי שום סממן של תמיכה בפועלן של המפעילות. תשלומים אלה באים לתמוך במטרות ששמה לעצמה המדינה במדיניותה בשוק התחבורה הציבורית. בעוד שהסובסידיה הייעודית מבקשת לייצר תמיכה ישירה בקבוצות ציבור מסוימות, הרי שסובסידיות ההצטיידות עניינה הבטחת אספקת השירות בהיקף אותו קבעה המדינה, ואילו תשלומי תמריצי התיקוף והגבייה משמשים כתמריץ שתכליתו הבטחת פדיון הנוסעים הגבוה ביותר האפשרי על-מנת להקטין את התשלום המועבר למפעילות. בכל אלו, כאמור, אין שום רכיב של תמיכה כלכלית במפעילות ככאלה; ומשכך הוא, דינן של טענות המבקר ביחס לתשלומים אלו להידחות.

74. בשולי הדברים, אבקש להתייחס לטענות שהעלה מבקר המדינה בתצהיר המשלים אשר הוגש על ידו ביום 2.6.2022. במסגרת זו, הפנה אותנו המבקר למספר כתבות שפורסמו בעיתונות הכלכלית אשר מציגות תכנית עתידית של משרד התחבורה לגיוס והכשרה של נהגים. לטענת המבקר, תכנית זו תומכת בעמדתו ביחס לסעיף 9(8) לחוק כבסיס להכפפת המפעילות התחרותיות לפיקוח ולביקורת של משרדו. בפרט, טוען המבקר כי עסקינן במתן מענק נוסף, הנאמד על סך של כ-10,000-55,000 ש"ח, אשר יועבר למפעילות בעבור כל נהג שיוכשר ויגויס לעבודה בהליך מזורז – והכל, על-מנת להתגבר על מחסור הנהגים האקוטי בענף, אשר חוסם את האפשרות לשיפור והרחבת מערך השירות. עוד הוסיף ופירט המבקר אודות עיצומים ושבתות שנקטו עובדים המשתייכים לחלק מן העותרות במחאה על שכר הנהגים, כאשר הם דורשים שהמדינה

תממן את העלאת שכרם. ממחאות אלה לומד המבקר כי אף לעמדת הנהגים עצמם המדינה הינה שותפה פעילה בניהול המפעילות התחרותיות ומשמשת עבורן משענת כלכלית.

75. גם טענה זו נדונה לכישלון.

76. כעולה מעמדת העותרות והיועמ"ש אשר הוגשה בעניין זה – בתכנית שפורסמה כאמור אין כל חדש. התכנית עוסקת בעדכון הסדרה ענפית הקיימת מזה שנים רבות. עדכון כאמור צפוי להיות מעוגן בכלל ההסכמים החדשים אשר ייחתמו עם המפעילות בעקבות ההליכים התחרותיים. תכלית העדכון היא התמודדות עם כשל השוק הקיים בענף של נהגי אוטובוסים. המדינה מעוניינת להכשיר כ-2,500 נהגים עד תום 2024 כדי לאפשר את הרחבת השירות בהתאם למדיניותה. במסגרת זו, הועמד תקציב מענקים למפעילות בעבור כל נהג אשר יוכשר באחד משני מסלולים מוגדרים – זאת, כנגד המצאת אסמכתאות אשר תעדנה על גיוס הנהגים לעבודה ועל עצם העסקתם לפרקי הזמן הקבועים מראש.

77. מדובר אפוא בתמריצים כלכליים שעניינם פתרון כשל השוק הענפי – תוצר לוואי בלתי נמנע של פתיחת השוק לתחרות (ראו והשוו: Around Mouwen & Jos Van Ommeren, *The Effect of Contract Renewal and Competitive Tendering on Public Transport Costs, Subsidies and Ridership*, 87 TRANSP. RES. PART A: POL'Y & PRACTICE 78, 79 (2016); David A. Hensher & Ian P. Wallis, *Competitive Tendering as a Contracting Mechanism for Subsidising Transport: The Bus Experience*, 39(3) J. TRANSP. ECON. & POL'Y 295 (2005)). בעוד שרוב העלויות התפעוליות של מפעילות התחבורה הציבורית בענף הן קבועות וזוהות – דלק, הצטיידות, בלאי ופחת, וכיוצא באלה – הרי ששכר הנהגים אינו בגדר עלות קבועה ובלתי משתנה. פתיחת השוק לתחרות והצורך בהצעת הצעות אטרקטיביות במיוחד – ואף הצעות אגרסיביות – במסגרת הליכים תחרותיים הובילו לקיצוץ בכל אותן העלויות אשר ניתנות לקיצוץ, ובהן שכר הנהגים. נהגים רבים, ועמם אלו ששקלו לעבוד במקצוע זה, פנו לאפיקי פרנסה אחרים, משתלמים יותר מבחינתם. כשל-שוק זה הוחרף לאור הזרמת הביקוש הענפי הנוסף בעקבות ניסיונה של הממשלה להרחיב את היקפם של שירותי התחבורה הציבורית הקיימים.

78. בשים לב לכל אלה, ולנוכח העובדה כי התמריצים המוענקים במסגרת התכנית הינם כלל ענפיים – שכן, תכליתם היא הרחבת היצע הנהגים בשוק בכללותו, להבדיל מסיוע למפעילה כזאת או אחרת בגיוסם, אין בתכנית זו כדי לשנות את המסקנה

המשפטית אליה הגעתי. ברי הוא, כי בפנינו דוגמא נוספת של הסדרה ענפית-רוחבית אשר מתעדכנת דרך קבע בתגובה לשינויים משמעותיים במשק המדינה אשר לא נצפו מראש.

79. מכל הנימוקים הללו אציע לחבריי כי נקבע שהסובסידיה שהמדינה משלמת למפעילות התחרותיות בענף התחבורה הציבורית אינה הופכת מפעילות אלה לגוף נתמך הכפוף לביקורת המדינה בגדרו של סעיף 9(8) לחוק מבקר המדינה.

עניינן של המפעילות ההיסטוריות

80. עניינן של המפעילות ההיסטוריות – המפעילות הנצרותיות וחברת אגד הוותיקה – שונה מזה של המפעילות התחרותיות. התקשרות המדינה עם המפעילות ההיסטוריות מקנה למפעילות אלו עדיפות ובלעדיות ומבטיחה את פועלן בענף – כאשר עלות ההפעלה המשולמת להן נקבעת ללא הליך תחרותי. בהקשרם של תשלומים אלה, שוכנעתי כי הם כוללים בתוכם רכיבי תמיכה משמעותיים שייעדסם הוא המפעילות ההיסטוריות, ולא ציבור הנוסעים. הממשלה נושאת ברכיבי תשלום אלה כדי לתמוך במפעילות ההיסטוריות ועל-מנת למנוע את קריסתן הכלכלית בתקופת מעברם של שירותי התחבורה הציבורית אל פסי השוק החופשי. משכך הוא, המפעילות ההיסטוריות הן בגדר "גוף נתמך", כמשמעו בסעיף 9(8) לחוק. מבקר המדינה רשאי אפוא לבקרן ולפקח על פועלן ללא הסמכה פרלמנטרית מיוחדת.

81. דברים אלה דורשים פירוט וליבון.

82. כזכור, המפעילות ההיסטוריות מחזיקות ברישיונות ההפעלה מכוח מעמדן ההיסטורי ומבלי שזכו בהליך תחרותי כלשהו. כפועל יוצא מכך, תנאי ההפעלה של קווי השירות על ידי מפעילות אלה – ובפרט, עלות ההפעלה ההוגנת – נקבעו עבורן בלא תחרות. משמעות הדבר היא שלמפעילות אלה ניתן פטור דה-פקטו מההליך התחרותי – פטור שאינו יכול להיחשב כהטבה לנוסע. פטור כאמור מעיד במידה מכרעת על קיומה של תמיכה בפועלן של המפעילות ההיסטוריות – תמיכה שמבטיחה את מעמדן בענף באופן אשר בא להטיב עמן ורק עמן – וזאת, מעבר לתמיכה הכללית שמעניקה הסובסידיה לציבור המשתמשים בתחבורה ציבורית.

83. חרף הדמיון הרב שבין מנגנוני התשלום הקבועים בהסכמים בין הממשלה לבין המפעילות ההיסטוריות לבין אלו שנקבעו בהסכמי ההפעלה אשר נחתמו מול המפעילות התחרותיות – לית מאן דפליג שעלות ההפעלה אשר חושבה בעבור המפעילות

ההיסטוריות לא נבחנה בתנאי תחרות. אשר על כן, עלות זו איננה בהכרח הכדאית ביותר עבור הממשלה וקופת המדינה, ואף אינה משקפת בהכרח את עלות התפעול האמיתית של המפעילות ההיסטוריות.

84. בהקשר זה, מסביר המבקר במסגרתו של דוח 72א כדלקמן:

"המדינה החליטה להוציא לפועל את ההליכים התחרותיים הנדרשים ליישום הרפורמה בתח"צ בהסכמה עם המפעילים הוותיקים (המפעילות ההיסטוריות – א.ש.) [...] במסגרת הרפורמה בתח"צ הכין מת"ח (תחבורה הציבורית ומשרד התחבורה, בהתאמה – א.ש.) במהלך השנים כמה תכניות תחרות, ועל בסיסן חתמה המדינה על הסכמי תחרות והסכמי סובסידיה עם המפעילים הוותיקים. במסגרת הסכמים אלה הסכימה המדינה לסבסד מתקציבה לתקופת ביניים את עלויות התפעול העודפות של מפעילים אלה ביחס למפעילים שזכו במכרזים להפעלת קווי שירות. [...] הרקע לחתימת ההסכמים היה, מחד, חלקם המרכזי של המפעילים הוותיקים בשוק התח"צ באוטובוסים בישראל, שהתבטא הן בנתח השוק הגדול שלהם והן בידע ובניסיון שצברו במשך עשרות שנים של פעילות; ומאידך, היעדר הגמישות המבנית והארגונית שלהם, אשר הקשה עליהם להתמודד במכרזים מול המפעילים התחרותיים. [...] מטרת ההסכמים הייתה לאפשר הוצאה מדורגת של קווי השירות לתחרות באופן שהמפעילים התחרותיים יוכלו להתמודד במכרזים על הפעלתם ברמת השירות הנדרשת; וכן לתת סיוע של המדינה במימון עלויות השינויים המבניים ופרישת העובדים של המפעילים הוותיקים, באופן שיוכלו להיערך לשינויים בענף" (ראו: שם, בעמ' 756; ההדגשה הוספה – א.ש.).

85. במסגרת עתירותיהן, טענו המפעילות הנצרתיות כי הגם שבעניינן לא התקיים הליך תחרותי, הרי שהן קיימו משא-ומתן ארוך וממושך אל מול המדינה ביחס לעלות זו, אשר יש בו, לעמדתן, להפיג כל חשש באשר לחישוב העלות התפעולית של שירותיהן. אינני סבור כי זהו אכן המצב – זאת, כאמור, מאחר שהשוק לא אמר את דברו מחמת הפטור מההליך התחרותי לו זכו מפעילות אלה.

86. הוא הדין לגבי חברת אגד הוותיקה – העותרת בבג"ץ 4778/21. כך, למשל, מסרה אגד כי חלק מהתשלומים המתקבלים לידיה מחושבים בהסתמך על מצבה הייחודי, הכולל עלויות תפעול גבוהות מאלו של מפעילות אחרות. במסגרת זו משולמים לאגד תשלומי השתתפות מטעם המדינה לצורך מימון תכנית הפרישה לעובדי אגד, אשר המדינה התוותה לה (ראו: סעיף 12 להסכם עם אגד, נספח 3 לעתירת אגד). בעתירתה מסבירה אגד כי תכליתם של תשלומים אלו להביאה לרמה תחרותית, בדומה ליתר

המפעילות בענף המשלמות שכר נמוך יותר לעובדיהן. דוגמא אחרת לאמור עניינה בהתחייבות הממשלה לשאת בהוצאות הפרישה של עובדי אגד – גם לאחר פרישתם. זאת ועוד: בהתאם לסעיף 28.10 להסכם עם אגד, הרי שהממשלה מתחייבת לשאת בעלויות העודפות של עובדי דור א' של אגד גם בעתיד וזאת "בשים לב, בין היתר, למצבה הפיננסי של אגד" (ראו: נספח 3 לעתירת אגד). מעתירתה של אגד עצמה הובהר כי תשלומים אלו משולמים במטרה לסייע לה לעמוד בהתחייבויותיה הפיננסיות לעובדיה. בניגוד לתשלומים המשולמים למפעילות התחרותיות הרי שביחס לתשלומים הללו מוקשית הטענה כי תכליתם מתן תמיכה לציבור הנוסעים, להבדיל מתמיכה בפעילות העסקית של אגד. מעבר לכך, תשלומים אלו מאפשרים לאגד לדחות את ההתייעלות המתחייבת מתנאי התחרות בשוק ולהמשיך להפעיל את שירותיה במחירים לא תחרותיים הממומנים ישירות מכיסיהם של משלמי המיסים.

87. בעתירתה ציינה אגד כי עלות ההפעלה שחושבה על ידי המדינה – זו המשולמת לה בפועל – גבוהה באופן משמעותי מזו המשולמת למפעילות התחרותיות, וביקשה להסביר פער זה. במסגרת זו פירטה היא כי הוצאותיה השוטפות גבוהות מאלו של המפעילות התחרותיות. ומהי ההצדקה להכרתה של המדינה בעלויות התפעול הגבוהות הללו? בעניין זה מסבירה אגד כי הדבר אך מתבקש לאור מעמדה ההיסטורי, ולנוכח החלטת הממשלה להוציא את קווי השירות מתפעולה. החלטה כאמור חייבה את הממשלה – כך לטענת אגד – לפעול באחת משלוש דרכים: (א) להוציא את כל קווי השירות לתחרות תוך תשלום פיצוי חד פעמי; (ב) לחייב את הזוכים במרכזי ההפעלה להעסיק עובדים ותיקים של אגד בתנאי העסקה זהים; או, (ג) להוציא את קווי השירות באופן הדרגתי ולסייע במימון עלויות הפרישה עד פרישתו של אחרון העובדים הוותיקים.

בהמשך לכך מסבירה אגד כי –

"ממשלת ישראל לא יכולה היתה להתעלם ממפעילי התחבורה ההיסטוריים, שהעסיקו אלפי עובדים, שכן היה עליה לדאוג במסגרת הרפורמה להמשך הפעילות הסדירה של הענף, לצד הוצאה הדרגתית של קווי השירות מהמפעילים ההיסטוריים לתחרות והיא בחרה בחלופה השלישית של הוצאה הדרגתית של אשכולות קווי שירות לתחרות, תוך הכרה בכך שעלויות התפעול של המפעילים ההיסטוריים תהיינה גבוהות משל שאר המפעילים עד לפרישת אחרוני העובדים הוותיקים. [...] (ממשלת ישראל – א.ש.) מכירה באחריותה להביא את המפעילים ההיסטוריים למצב בו הם יוכלו להתמודד בהליכים

תחרותיים להפעלת קווי שירות, כשווים מול שווים ביחס לשאר מפעילי התחבורה הפעילים בענף.

[...]

מטעם זה ממשלת ישראל מכירה בכך שהמחיר לק"מ של אשכולות קווי שירות המופעלים על ידי אגד גבוה מהמחיר לק"מ של מפעיל תחבורה אחר, בשל עלויות התפעול הגבוהות יותר של אגד, הנובעות מעלויות השכר של אגד" (ראו: סעיפים 63-64 ו-71 לעתירתה של אגד).

דברים ברוח דומה באו לידי ביטוי גם במסגרת תכנית התחרות שפרסם משרד

התחבורה:

"[...] מבחינת המפעילים ההיסטוריים, סייעה המדינה במימון עלויות השינויים המבניים ופרישת עובדים, שהיו נגזרת של העברת פעילות למפעילים אחרים וכן בגיבוש מתווה העברת פעילות מוסכם ומדורג שיסייע הן למפעילים ההיסטוריים והן למפעילים החדשים להיערך לשינוי" (ראו: תכנית התחרות, בעמ' 9).

88. בעמדות אלו ממש, המפרטות על אודות הצורך לסייע לאגד מבחינה ממונית, טמונה התמיכה הממשלתית לה זוכה אגד. לומר, המדינה בחרה לתמוך באגד בדרך של מתן יתרון על פני מפעילות אחרות באמצעות מימון חלק נרחב יותר מהוצאותיה התפעוליות, ותהיינה הסיבות לכך מוצדקות ככל אשר תהיינה. הכרה זו של ממשלת ישראל ב"אחריותה" לכאורה להביא את אגד להתייעלות על מנת שזו תוכל להתחרות בעתיד בהליכים התחרותיים נעשית תוך שימוש בכספים שמקורם בתקציב ממשלתי ומתוך מטרה לתמוך בפעילותה העסקית של אגד – וזה כל ההבדל.

89. לאור כל האמור מקובל עליי (ונראה כי גם על אגד) כי אלמלא תשלומים אלו המועברים לכיסה במסגרת מדיניות הסובסידיה הענפית לא היתה היתכנות של ממש לפעילותה העסקית בשוק תחרותי, ודאי שלא בתנאי המציאות-התחרותית העכשווית בישראל, כך כפי שהיא עצמה ציינה:

"עד לפרישת אחרוני העובדים הוותיקים, עלויות התפעול של אגד תהיינה גבוהות משל שאר המפעילים, כל עוד אגד ממשיכה להעסיק את אותם עובדים ותיקים בעלי תנאי שכר מטיבים, המעוגנים במסגרת הסכמים קיבוציים מחייבים שהוכרו על ידי ממשלת ישראל, הרי שעלות שכר העודפת מהווה "גיבנת" המכבידה על הוצאותיה של אגד, אשר לא תאפשר לה להציע הצעות תחרותיות במכרזים

להפעלת קווי שירות שיפורסמו על ידי משרד התחבורה”
(ראו: פסקה 68 לעתירת אגד).

יתר על כן, ומבלי לקבוע מסמרות, סבורני כי עלויות התפעול הגבוהות של אגד – שהיא אינה יכולה לצמצם לטענתה בעת הזו – היו מונעות ממנה את היכולת לקיים את פעילותה בשוק חופשי, נעדר התערבות ממשלתית, באופן אשר היה מובילה לבקש תמיכה.

90. לאור האמור, לא יכולה להיות כל מחלוקת על כך שאגד איננה רק נהנית עקיפה מהסובסידיה אשר יועדה לציבור הנוסעים: היא הנמען הישיר של תשלומי המדינה, שתכליתם תמיכה בפעילותה.

91. לנוכח כל המפורט, מצאתי כי התשלומים המועברים לחברות הנצרותיות ולאגד מהווים תמיכה כמשמעו של מונח זה בסעיף 9(8) לחוק המבקר. משכך הוא, החלטת המבקר להחיל את ביקורת המדינה בעניינן התקבלה כדין, ובשל כך יש לדחות את עתירותיהן של עותרות אלו.

התערבות ממשלתית, סובסידיה ופיקוח מחירים בשוק התחבורה הציבורית

92. כפי שאפרט מיד, המסקנות אליהן הגעתי נתמכות לא רק על ידי לשון החוק והרציונל שמאחוריו. ניתוח כלכלי של מהות הסובסידיה כאמצעי הסדרה של שוק התחבורה הציבורית, אף הוא מספק תמיכה ברורה וחד-משמעית למסקנות אלה.

93. מחירו של מוצר או שירות הנסחר בשוק תחרותי – נעדר התערבות ממשלתית – נקבע בהסתמך על כוחות ההיצע והביקוש. כוחות אלו קובעים לא רק את מחירו של המוצר, אלא גם את כמות המוצרים אשר ייוצרו וימכרו בשוק הספציפי (ראו: PAUL A. SAMUELSON & WILLIAM D. NORDHAUS, *ECONOMICS* 54-55 (19th ed., 2010) (להלן: *SAMUELSON & NORDHAUS*); N. GREGORY MANKIW, *PRINCIPLES OF MICROECONOMICS* 65-85 (6th ed., 2012) (להלן: *MANKIW*); JOHN BLACK, A *DICTIONARY OF ECONOMICS* 362-363 (1997) (להלן: *BLACK*); DAVID W. PEARCE, *THE MIT DICTIONARY OF MODERN ECONOMICS* 343 (4th ed., 1992) (להלן: *THE MIT DICTIONARY*)).

94. בהתקיים אירועים שונים בחיי המסחר השוטפים בשוק – אקסוגניים ואנדוגניים כאחד – יתכנו תמורות אשר בכוחן להשפיע על מחיר המוצר והכמות הנמכרת ממנו (ראו, למשל: *MANKIW*, בעמ' 69-71, 74-76). בין אלו האפשרות להתערבות ממשלתית בפעילותו החופשית של השוק. במסגרת זו יכולה הממשלה להנהיג מדיניות כלכלית מסוגים שונים במטרה לשנות את תוצאות המשחק הכלכלי בשוק – זאת, למשל, באמצעות חקיקה שעניינה התערבות במחירי השוק; על ידי הנהגת מדיניות מיסוי; בדרך של חלוקת הטבות כלכליות; ואף באמצעות הבחירה לסבסד פעילות בשוק מסויים (ראו, למשל: *SAMUELSON & NORDHAUS*, בעמ' 53; *MANKIW*, בעמ' 111-112).

95. אנציקלופדיית בריטניקה מגדירה סובסידיה באופן הבא, המועיל לענייננו:

“*SUBSIDY*, a direct or indirect payment, economic concession, or privilege granted by a government to private firms, households, or other governmental units *in order to promote a public objective*. [...] *Regardless of the form that subsidies take, their purpose is to alter the results created by otherwise free markets and unimpeded competition in a direction considered more consistent with the objectives of public policy*. The effect of subsidies is to encourage the growth of subsidized industries relative to industries that do not receive subsidies and thus to alter the uses to which an economy puts its resources.”
Encyclopedia Britannica,
<https://www.britannica.com/topic/subsidy>.

(ההדגשה הוספה – א.ש.).

96. סובסידיה מוגדרת בספרות הכלכלית כמדיניות ממשלתית ההפוכה ממיסוי, וליתר דיוק – ממיסוי-מתקן (*corrective tax*), המכונה גם כמיסוי פיגוביאני – *Pigovian Tax*; ועל כך ראו בהרחבה: (1920) *A. C. PIGOU, THE ECONOMICS OF WELFARE*; *The MIT DICTIONARY*, בעמ' 331-332). שימוש במדיניות מעין זו יכול להיות מגובה בתכליות שונות, בהן עידוד פיתוח תעשייה מסויימת, חלוקה מחדש של הכנסות, וכיוצא באלו (ראו: *Gene M. Grossman, Promoting New Industrial Activities: A Survey of Recent Arguments and Evidence*, 14 *OECD J. ECONOMIC STUDIES* 87, 89 (1990) (להלן: *Grossman*)).

97. קיימות דרכים שונות למימוש המדיניות של סובסידיה. על-פי רוב, ניתן יהיה לאתר העברה של תשלומים – ישירים או עקיפים – במטרה לשנות את מערך התמריצים בשוק ולהוביל לתוצאה הרצויה מבחינה חברתית בהתאם לתפישתה של הממשלה (ראו והשוו: WORLD TRADE ORGANIZATION, WORLD TRADE REPORT 2006: EXPLORING THE LINKS BETWEEN SUBSIDIES, TRADE AND THE WTO 58 (2006) (להלן: WORLD TRADE REPORT)). כאשר תשלומי סובסידיה משולמים לידי ספק אשר מספק שירות, שאותו מבקשת הממשלה להגדיל ולהוזיל לצרכן – כבענייננו – מערך התמריצים של ספק השירות משתנה. הספק רואה לנגד עיניו את תעריף המדינה אשר מושפע מתשלומי הסובסידיה שהוא מקבל לכיסו – תמריץ שגורם לספק להגדיל את אספקת השירות (ראו, לדוגמא: SAMUELSON & NORDHAUS, בעמ' 304, 307). במונחים כלכליים, מדובר בהזזה רגולטורית של עקומת ההיצע כך שהספק יהא מוכן לספק יותר ממרכולתו (ראו, למשל: SAMUELSON & NORDHAUS, בעמ' 52-53).

98. ברי הוא אפוא כי ביסודה של כל סובסידיה, מעצם הגדרתה ככזאת, מונחת תכלית ציבורית אשר הממשלה רואה בה חשיבות של ממש, כמייצרת תועלת לציבור. באמצעות סבסוד הפעילות הרצויה, מבקשת הממשלה להשיא את הרווחה המצרפית – היא סך הטוב והתועלת הכללית של ציבור האזרחים (ראו: WORLD TRADE REPORT, בעמ' 55, 61; BLACK, בעמ' 502-503; The MIT Dictionary, בעמ' 400-401). מכאן לא עולה שעצם מתן הסובסידיה פירושו מתן תמיכה לספק השירות גופו. מתן הסובסידיה לידי ספק השירות אינו מעיד על כך שהספק נזקק לתמיכה; ובוודאי שאינו מוכיח כי בלעדי הסובסידיה אין לו המשכיות ויכולת קיום כלכלית, או כלשון מבקר המדינה בענייננו – "כל זכות קיום". כל מתן סובסידיה – כשלעצמו – מראה הוא שבעיני המדינה המסבסדת יש חשיבות לשירות המסובסד: המדינה סבורה כי שירות זה חיוני או מועיל לציבור ועל כן היא רואה לנכון לעודד את אספקתו. אשר על כן, אין כל בסיס לאקסיומה, בה מחזיק המבקר, אשר מזהה את הגורם שלכיסו משולמת הסובסידיה עם הגורם שעמו הסובסידיה נועדה להיטיב. פעמים רבות, נדרשת המדינה לשלם את תשלומי הסובסידיה ישירות לכיסי הגורמים היצרניים משיקולים של יעילות כלכלית שבמרכזם פשטות וחיסכון בעלויות אדמיניסטרטיביות (ראו, למשל: Serebrisky, בעמ' 722-723; ראו גם: עניין צ'יינה מוטורס, בעמ' 24-25).

99. נחזור כעת לענייננו-שלנו. כפי שכבר ציינתי, אין בתשלומי הסובסידיה כדי להוות תמיכה ישירה בפעילותן של המפעילות התחרותיות. ביסודה של מדיניות הסובסידיה המונהגת בענף התחרות הציבורית ניצב כְּשֶׁל שוק: מצב בו קיים פער

משמעותי בין מחיר השירות האמיתי לבין המחיר האופטימלי מבחינה חברתית (ראו: WORLD TRADE REPORT, בעמ' 58). הגם שקיומה של רשת תחבורה ציבורית ענפה, זמינה ונגישה מהווה פעילות שמייצרת החצנות חיוביות רבות בדמות התועלת לחברה בכללותה (ראו, למשל: SAMUELSON & NORDHAUS, בעמ' 76-77; MANKIW, בעמ' 196, 201-199, 203-205), הרי שתועלת זו אינה מגולמת בתמריץ הכלכלי אשר ביכולתו להשפיע על שיקולי המפעילות בקביעת היקף השירותים אותם הן מספקות. מנגד, העדרה של רשת ענפה, זמינה ונגישה כאמור מאלצת את משתמשי-הדרך לעשות שימוש באלטרנטיבות הקיימות לתחבורה הציבורית. אלטרנטיבות אלה מייצרות – לצד עלויותיהן הישירות – החצנות שליליות רבות, כדוגמת זיהום האוויר ועומסים בכבישים, שעלותן החברתית אף היא אינה מגולמת במלואה במחיר אותו משלמים משתמשי הדרך; ועל כן אינה משפיעה על התנהגותם (ראו: WORLD TRADE REPORT, בעמ' 61-62). במצבים מעין אלו – כאשר התועלת החברתית משירות עולה על הרווח המופק על ידי ספקי השירות – משמשת הסובסידיה כאמצעי רגולטורי יעיל אשר מייצר תמריצים להגברת הפעילות רוויית ההחצנות החיוביות (ראו, למשל: SAMUELSON & NORDHAUS, בעמ' 76-77; MANKIW, בעמ' 196, 201-199, 203-205; Grossman, בעמ' 105). מדיניות כלכלית זו אינה ייחודית כלל ועיקר לענף התחבורה הציבורית הישראלי. מדיניות כאמור מאפיינת את תפעולם של שירותי התחבורה הציבורית במרבית מדינות העולם (ראו, למשל: KENNETH A. SMALL & ERIK T. VERHOEF, THE ECONOMICS OF URBAN TRANSPORTATION 159 (2007) (להלן: SMALL & VERHOEF); SIGURD GRAVA, URBAN TRANSPORTATION SYSTEMS: CHOICES FOR COMMUNITIES, 353 (2004); Serebrisky, בעמ' 718-719; The World Bank Review, בעמ' 141; Ian W. H. Parry & Kenneth A. Small, *Should Urban Transit Subsidies Be Reduced?*, 99(3) AM. ECON. REV. 700, 701 (2009) (להלן: Parry & Small); Tom A. Reinhold, *More Passengers and Reduced Costs – The Optimization of the Berlin Public Transport Subsidies in the UK: Evidence of Distributional Effects*, 12(1) J. PUB. TRANS. 57, 58 (2008); Nils Fearnley, *Public Transport Network*, 11(3) J. PUB. TRANS. 57, 58 (2006); WORLD TRANSP. POL'Y & PRACTICE 30 (2006); Joseph L. Schofer, *Mass Transit*, in *ENCYCLOPEDIA BRITANNICA*, בעמ' 224; www.britannica.com/topic/mass-transit). מדיניות זו מונעת על ידי שאיפת הממשלה להבטיח את אספקתם של שירותי תחבורה ציבורית נאותים וזמינים לאורכה ולרוחבה של המדינה ולכלל האוכלוסייה – זאת, במיוחד כאשר השוק החופשי אינו מייצר שירותים כאלה (ראו: הצעת תקציב המדינה 2018-2017, בעמ' 224; Herbert Mohring, *Optimization and Scale Economies in Urban Bus Transportation*, 62(4) AM. ECON. REV. 591 (1972)).

100. המדיניות הכלכלית שבבסיסה מתן סובסידיה נדרשת במיוחד בשוק התחבורה הציבורית בישראל לאור התערבות הממשלה בתעריפי השימוש בתחבורה הציבורית (ראו, למשל: תכנית התחרות, בעמ' 14; דוח 72, בעמ' 753; ראו גם: *SAMUELSON & NORDHAUS*, בעמ' 77, 79-81, *MANKIW*, בעמ' 112-116). התערבות כאמור מחריפה עוד יותר את כְּשֶׁל השוק הקיים בענף, שכן, כידוע, הפעלת שירותי תחבורה ציבורית בתנאים מפוקחים – הכוללים התערבות בתעריף הנסיעה וקביעתו מתחת לעלות התפעול האמיתית של השירות – יוצרת פעילות גרעונית (ראו: דוח 72, בעמ' 753; *Parry & Small*, בעמ' 701; ראו גם: *Joseph L. Schofer, Mass Transit, in ENCYCLOPEDIA BRITANNICA*, www.britannica.com/topic/mass-transit). תעריף שימוש כאמור, הנמוך משמעותית מזה הדרוש לצורך כיסוי עלויות התפעול של קווי האוטובוס, הוא בהגדרה תעריף הנמוך מזה אשר היה נקבע, תחת תנאים זהים, בשוק תחרותי החופשי מהתערבות ממשלה (ראו, למשל: הצעת תקציב המדינה 2017-2018, בעמ' 224). במצב דברים זה, עלול להיווצר תמריץ שלילי אצל מפעילות התחבורה הציבורית: מפעילות אלו עלולות להוריד את איכותו ואת זמינותו של השירות אותו הן מספקות כדי לחסוך בעלויות – דבר שעומד בניגוד לאינטרס הציבור ומסכל את תכנית המדינה בתחום התחבורה הציבורית (ראו והשוו: *MANKIW*, בעמ' 112-116, *The World Bank Review*, בעמ' 34, 144).

101. אוסיף ואסביר כי בתנאי שוק חופשי – נטול התערבות ממשלתית – מחיר הנסיעה באוטובוסים היה בוודאי נקבע בהתאם לכוחות הביקוש וההיצע. מחיר זה היה משקף, מצד אחד, את העדפותיו של ציבור הנוסעים והנוסעות באשר לשימוש באוטובוסים – בהתאם לזמינותם של אלו, תדירותם, והתנאים בהם שירותיהם מסופקים; ומהצד השני, את עלויות התפעול של קווי השירות בתנאים האמורים בתוספת של רכיב הרווח המצופה, שהיה נקבע בהתאם לעוצמת התחרות בשוק. במצב דברים זה, ברי הוא כי מפעילות התחבורה הציבורית היו בוודאי בוחרות לספק שירותים במידה שאינה מספקת – זאת, הן ביחס לזמינות השירות והן בהיבט של תדירות השירות ופריסתו, אותן מבקשת הממשלה להבטיח. בנוסף לכך, סביר להניח כי תעריפי הנסיעה בתחבורה ציבורית היו עולים ככל ששירותים אלו היו מסופקים באזורי ביקושים נמוכים. התוצאה של כל אלו הייתה אספקה חסרה ובלתי מספקת של שירותי תחבורה ציבורית. שירותים אלה היו מסופקים רק בשעות הביקוש הגבוהות ורק באזורים בהם הביקוש לתחבורה ציבורית גבוה מספיק. לחלופין, תעריף השימוש בשירותי התחבורה הציבורית היה עולה באופן משמעותי על התעריף המפוקח שקבעה הממשלה על-מנת לקדם את אינטרס

הציבור (ראו: הצעת תקציב המדינה 2017-2018, בעמ' 224; דוח מרכז המחקר והמידע, בעמ' 2; ראו והשוו: *SMALL & VERHOEF*, בעמ' 159-160; וכן Jan Peter Van der Veer, *Entry Deterrence and Quality Provision in the Local Bus Market*, 22(3) (TRANSPORT REV. 247 (2002)).

102. לאור כל האמור, אך מובן הוא שהמדיניות הכלכלית המונהגת על ידי ממשלת ישראל ביחס לקווי השירות באוטובוסים – אשר מחד מפקחת על תעריפי הנסיעה ומאידך מסבסדת באופן משמעותי את פעילותן של מפעילות קווי השירות – הינה תנאי-בלעדיו-אין לקיומם של שירותי תחבורה ציבורית נגישים, תדירים, איכותיים וזמינים (ראו: דוח מרכז המחקר והמידע, בעמ' 2; הצעת תקציב המדינה 2017-2018; דוח 72א, בעמ' 753; ראו גם: החלטת המבקר בדבר החברות הפרטיות). הסיבה למתן הסובסידיה למפעילות נעוצה אפוא באופן בו מאסדרת הממשלה את שוק התחבורה הציבורית ובשיקולי המדיניות שלה, ולא בשוק גופו; למעשה, לנוכח האופן שבו תוכנן שוק התחבורה הציבורית בישראל, אין כל נפקות למתן רישיון הפעלה תחת התנאים הקבועים בו בהעדר סובסידיה. התעקשותה של הממשלה על קיומם של אמצעי תחבורה נגישים, תדירים, איכותיים וזמינים – במחיר השווה לכל נפש, באזורים מרוחקים, כמו במרכז הארץ, וברוב שעות היממה – היא אשר הופכת את שוק התחבורה הציבורית לשוק הפסדי אלמלא הסובסידיה. מדיניות זו היא המחייבת את הממשלה להעניק את תשלומי הסובסידיה בד-בבד עם מתן הרישיון להפעלת קווי התחבורה הציבורית באמצעות אוטובוסים. מובן, אם כן, כי כאן לא מדובר במתן תמיכה למפעילי השירות כאמור – מה גם שלא הוצגה לפנינו שום הוכחה לכך שהמפעילות היו צוברות הפסדים בשוק התחבורה הציבורית אם זה היה נעדר התערבות ממשלתית (ראו והשוו: *SMALL & VERHOEF*, בעמ' 205).

103. עוד אציין כי תובנות כלכליות אלו אינן בגדר חידוש בפסיקתנו. תובנות אלו עלו והובהרו בפסק דינו של השופט ע' פוגלמן בעניין צ'ינה מוטורס; ואלה היו דבריו:

”בהינתן מאפיינים אלה של הסובסידיה, המסקנה כי במקרה דנן היא מגלמת תשלום עבור שירות או עבודה במסגרת חוזה שנכרת בין הרשות לבין המפעילות היא מוקשית. הענקת הסובסידיה למפעילות התחבורה הציבורית היא פועל יוצא של מדיניות הממשלה בתחום התחבורה הציבורית, שכוללת בין היתר פיקוח על מחירי הנסיעה והגבלתם לתעריף מרבי מסוים ונמוך יחסית, במטרה לעודד את השימוש בה. נוכח החשיבות הכלכלית והחברתית המיוחסת להפעלת תחבורה ציבורית, משתתפת המדינה במימון השירות באמצעות מתן סובסידיה למפעילות, כדי להפוך את הפעלתו על ידן לרווחית, לצד שמירה על המחירים המפוקחים לצרכני השירות, הנקבעים על ידה.

[...]

תמיכה זו שמעניקה המדינה למפעילות התחבורה הציבורית באמצעות הסובסידיות אינה "תמורה" המשולמת על ידי המדינה עבור רכישת שירות או ביצוע עבודה במסגרת התקשרות מסחרית בחוזה. הסובסידיות הניתנות (ושניתנו) למפעילות התחבורה הציבורית מבטאות מדיניות ממשלתית ארוכת שנים לתמוך בעלויות ההפעלה של חברות אלו, כדי לאפשר קיומם של שירותים אלה לציבור באיכות וברמת מחירים מסוימות.

[...]

לו הייתה היתכנות מעשית לכך, השתתפות המדינה במימון שירותי התחבורה הציבורית, הייתה יכולה להיעשות בדרך של החזר כספי ישיר לצרכנים. הפניית התמיכה התקציבית בשירותי התחבורה הציבורית על ידי המדינה למפעילות דווקא בהקשר זה, משיקולי יעילות ונוחות, לא יכולה להביא למסקנה כי תמיכה זו היא חלק מהתחייבות של המדינה בחוזה עסקי מסחרי עם המפעילות בעסקה לרכישת שירותים.

[...]

מטעמים אלה כולם אני סבור כי בחינה מהותית של מתן הרישיונות למפעילות התחבורה הציבורית, אף אם מתחשבים בקבלת הסובסידיה הממשלתית המשמעותית הנלווית לקבלת הרישיון, מוליכה למסקנה כי אין מדובר בהתקשרות בחוזה לרכישת שירותים או לביצוע עבודה כאמור [...]. בדומה למקרים אחרים שנבחנו בפסיקתנו, גם כאן בבואה להקצות רישיונות להפעלת קווי שירות פועלת המדינה בכובעה הריבוני כמאסדרת שוק התחבורה הציבורית ונוכח המדיניות הממשלתית הרואה חשיבות רבה לאספקת שירותים אלה במחיר סביר ונגיש [...]. מטעם זה מוענקות הסובסידיות למפעילות, כחלק מהבטחת איכותו של השירות המוענק לציבור ומחירו, בהתאם ליעדי הממשלה. (ראו: שם, בפסקאות 35-36; ההפניות הפנימיות הוסרו וההדגשות הוספו – א.ש.)

104. במילים אחרות: התשלומים שהממשלה משלמת למפעילות התחרותיות משקפים, בקירוב, את המחיר הכולל שציבור הנוסעים היה משלם להן בשוק היפותטי של תחבורה ציבורית זמינה, תדירה ואיכותית – כפי שתוכנן על ידי הממשלה. בדרך זו, מבקשת הממשלה להבטיח את נגישותה של תחבורה ציבורית זמינה, תדירה ואיכותית לכלל אזרחיה – רכיב מרכזי של איכות החיים, שתואר ככזה בפסיקתנו בזו הלשון:

"אמנם ההיזקקות לשירותי [...] הסעה ציבורית אינה הכרחית לקיומו של האדם, ועדיין מדובר בשני סוגי

שירותים שהם בסיסיים לחייו החברתיים של האדם בימינו. יש בהם כדי לאפשר לאדם לקחת חלק פעיל ומעורה בסביבתו. באמצעותם הוא יכול להיחשף למציאות התרבותית, החברתית והמדינית הסובבת אותו. הם מאפשרים מימוש מהותי של זכויות יסוד (חופש הביטוי, הזכות למידע, חירות התנועה). מבחינות אלה הגישה [...] לכלי תחבורה זמינים וחולים היא חיונית לתפיסת האדם כחלק מן הכלל. אכן, "זכויות האדם הן זכויותיו כיצור חברתי. כבוד האדם הוא כבודו כחלק מחברה ולא כמי שחי על אי בודד" [...].

נכונים הדברים בייחוד בכל הנוגע לאפשרויות התעבורה. יכולתו של אדם להגיע ממקום למקום בעלות נסבלת עשויה להיות הכרחית לפרנסה, לקיום חיי משפחה תקינים, לניהול חיים חברתיים מלאים. תחבורה ציבורית זמינה היא אינטרס של כלל הציבור [...] היא צורך למעוטי האמצעים שבתוכו. (ראו: בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס' (3) 488, 464 (2005); ההפניות הפנימיות הוסרו וההדגשות הוספו – א.ש.; ראו גם: Serebrisky, בעמ' 717).

105. ברוח זו הובהר, ולא אחת, בשלל של מסמכי חקיקה רשמיים, כי מדיניות הסובסידיה של המדינה בענף התחבורה הציבורית מכוונת לקדם את טובתו של ציבור הנוסעים:

"השימוש בתחבורה ציבורית מביא עמו תועלות כלכליות, חברתיות, בטיחותיות וסביבתיות למשל, הבאות לידי ביטוי בהפחתת הגודש בדרכים, בהפחתת זיהום האוויר, בצמצום השימוש במשאבי קרקע לצורכי התחבורה, בהגברת הבטיחות, במתן הזדמנות שווה לניידות לכלל האוכלוסייה ובחיסכון בזמן הנסיעה הכולל למשק. לפיכך מקדמת ממשלת ישראל בשנים האחרונות שינויים מבניים בתחבורה הציבורית אשר מטרתם לעודד שימוש בתחבורה הציבורית באמצעות שיפור השירות הניתן לציבור הנוסעים" (ראו: דברי הסבר להצעת חוק לתיקון פקודת התעבורה (מס' 100) רישיון מפעיל וכרטיס חכם), התשע"א-2010, ה"ח הממשלה 206; ההדגשות שלי – א.ש.).

בפסקי הדין שיצאו תחת ידה של ערכאה זו נקבע, למשל:

"משרד התחבורה רואה כאחד מתפקידיו החשובים לדאוג כי תהיה תחבורה ציבורית ראויה לכל חלקי הארץ, ואת בריח התיכון בתחבורה זו רואה הוא בשירות האוטובוסים. הואיל והמדינה מסבסדת את התחבורה באוטובוסים – לטובת הצרכן, כמובן – רואה היא מחובתה

לשמור על רווחיות שירות האוטובוסים, שמא תוטל עליה מעמסת-יתר בתשלום סובסידיה"

[...]

"עובדה היא שהתחבורה הציבורית מבוססת כיום על הקאופרטיבים הגדולים המצבים את השירות במחירי נסיעה המכסים רק חלק מן ההוצאות הממשיות הדרושות להפעלת השירות. בהפרש נושא אוצר המדינה בדרך מתן סובסידיות בסכומים גדולים. שיטה זו הונהגה כדי להקל על קהל הנוסעים הנזקק לנסיעה באוטובוסים, וגם כדי לא להעלות את אינדקס יוקר המחיה המושפע משיעור מחירי הנסיעה באוטובוסים" (ראו: עניין מוניות הדריס, בעמ' 734, 741).

וכן,

"המדינה מסבסדת את מחיר הנסיעה באוטובוסים במטרה לסייע לאוכלוסיות חלשות ולדאוג לכך ששירות האוטובוסים יינתן לא רק בקווים "רווחיים" אלא גם במקומות מרוחקים ודלי אוכלוסיה או בשעות שמספר הנוסעים בהן קטן. הואיל והמדינה מסבסדת את התחבורה באוטובוסים לטובת הצרכן, רואה היא כחובתה לשמור על רווחיות שירות האוטובוסים, שמא תוטל מעמסת-יתר בתשלום הסובסידיה מכיסם של משלמי המסים" (ראו: בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 267, 235 (2002)).

106. ביטוי למדיניות כאמור אף מצוי בדבריו המפורשים של מבקר המדינה עצמו:

"[...] מרבית שירותי התח"צ (התחבורה הציבורית – א.ש.) בישראל מסופקים על ידי קווי שירות באוטובוסים. תעריפי הנסיעה בתח"צ נקבעים בצווים מכוח חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים התשי"ח-1957. כך יכולה המדינה לפקח על מחירי הנסיעה ולהבטיח שיהיו שווים לכל נפש באזורים צפופי אוכלוסין ודלי אוכלוסין כאחד, לאפשר הנחות לזכאים (כגון נכים, סטודנטים וקשישים) ולעודד את השימוש בתח"צ בקרב האוכלוסייה. מאחר שאין בדמי הנסיעה הנגבים מהנוסעים כדי לכסות את כל העלויות הכרוכות בהפעלת התח"צ, משלימה הממשלה את הפער בין הגבייה לבין עלויות ההפעלה באמצעות סובסידיה לתח"צ, המבטאת את השתתפותה במחיר בהפעלת קווי השירות וההנחות לזכאים.

[...]

מאפיינים נוספים של הענף:

1. סבסוד ואסדרה: כאמור, ענף התח"צ חיוני לציבור, ולכן המדינה מסבסדת אותו במיליארדי שקלים בכל שנה. בענף קיימת הסדר נרחבת, וזו משפיעה על אופן

הפעילות בו. [...] (ראו: דוח 72א, בעמ' 753, 767; ההדגשות שלי – א.ש.; ראו גם: דוח ביקורת מיוחד, בעמ' 223).

107. לאור הדברים האמורים, ולנוכח קביעתי כי את המונח "תמיכה" שבסעיף 9(8) לחוק מבקר המדינה יש לפרש בצמצום ובאופן ממוקד, ברי הוא כי לא ניתן לראות בסובסידיה שהממשלה משלמת למפעילות התחרותיות – בעבור ציבור המשתמשים בתחבורה הציבורית ולמען הציבור בכללותו – משום "תמיכה" בפעילותן. המבקר סבור כי תשלומים אלה מגיעים כדי "הנאה עקיפה" של המפעילות, אבל גם אם כך היה הדבר: אין מדובר ב"תמיכה" – גם לא כזאת אשר ניתנת "בעקיפין" – כמשמעה בסעיף 9(8) לחוק. לא זו אף זו: איש ממילא לא הוכיח לנו כי בשוק התחבורה ההיפותטי, החופשי מכל התערבות שלטונית, המפעילות היו נזקקות לקבלתה של טובת "הנאה עקיפה" או של תמיכה ישירה מטעם המדינה.

108. מן המקובץ עולה כי התשלומים שהממשלה משלמת למפעילות התחרותיות מהווים מחיר או תמורה בעד השירות שאותו הן מספקות לציבור הנוסעים באוטובוסים, וכי תשלומים אלה משולמים כדי להטיב עם אותו ציבור ועל מנת לתקן כשל שוק. מנקודת ראות כלכלית, תשלומים כאמור אינם יכולים אפוא להיחשב ל"תמיכה" במפעילות התחרותיות ומפעילות אלה אינן יכולות להיחשב ל"גוף נתמך". במובחן מכך, התשלומים שהממשלה משלמת למפעילות ההיסטוריות, אשר נקבעו מבלי להיבחן במבחן התחרות כדי לשמר את מעמדם של המפעילות ההיסטוריות בשוק התחרותי ולהבטיח את פועלן חרף עלויות התפעול הגבוהות, שבהן הן ממשיכות לשאת, כוללים בתוכם רכיבי תמיכה. מנקודת ראות כלכלית, קבלת תשלומים אלה מכניסה אפוא את המפעילות ההיסטוריות לקטגוריה של "גוף נתמך".

סוף דבר

109. העתירה בבג"ץ 3107/19 מתקבלת אפוא בזאת בכל הקשור לעותרות 1-9 במובן זה שהחלטת המבקר ביחס לעותרות אלה מתבטלת.

110. העתירה בבג"ץ 3107/19, ככל שעניינה בעותרות 10-11, וכן העתירה בבג"ץ 4778/21, נדחות בזאת. החלטות המבקר ביחס להחלטת ביקורת המדינה על עותרות אלה תיוותרנה אפוא על כנן.

111. העתירות שהונחו על שולחננו העמידו לדיון שאלה עקרונית בעלת השלכות ציבוריות רחבות, ועל כן אני מציע כי לא נעשה צו להוצאות.

ש ו פ ט

השופט י' עמית :

אני מסכים לתוצאה אליה הגיע חברי, השופט א' שטיין.

1. על חשיבות ביקורת המדינה אין צורך להרחיב, ועל מטרותיה ניתן ללמוד מסעיף 2(ב) לחוק יסוד: מבקר המדינה, המפרט את תפקידיו של המבקר: "מבקר המדינה יבחן את חוקיות הפעולות, טוהר המידות, הניהול התקין, היעילות והחסכון של הגופים המבוקרים, וכל ענין אחר שיראה בו צורך". כהיקף המטרות וחשיבותן, כך גם היקף הסמכות הרחבה הניתנת בידי המבקר.

2. מקום שבו המדינה תומכת בגוף פלוני, אך טבעי שמבקר המדינה יבקש לבחון ולעקוב אחר אופן השימוש והניצול של כספי התמיכה על ידי אותו גוף. ניתן גם ניתן להבין את גישתו של מבקר המדינה, בהינתן חשיבותה של התחבורה הציבורית והסכומים הגבוהים שהמדינה משקיעה בנושא זה, ובהינתן הרפורמה-רבתי שנערכה בתחום. זו נקודת המוצא אך במקרה דנן, לא זו נקודת הסיום.

סעיף 9(8) לחוק מבקר המדינה, התשי"ח-1958 (להלן: חוק מבקר המדינה) שהוא הסעיף במוקד העתירות, קובע כלהלן:

9. ואלה הגופים (בחוק זה – גוף מבוקר), אשר יעמדו לבקרתו של המבקר:

[...]

(8) כל מפעל, מוסד, קרן או גוף אחר הנתמכים, במישרין או בעקיפין, על ידי הממשלה או על ידי אחד הגופים המנויים בפסקאות (2), (4), (5) ו-(6) בדרך הקצבה, ערבות וכיוצא באלה; אולם הבקורת על גוף כזה לא תופעל, אלא אם הועדה או המבקר החליטו על כך ובמידה שהחליטו.

הסעיף נוקט לשון מרחיבה, בדומה לסעיף 32 לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985 המגדיר מי לגוף נתמך ייחשב:

"גוף נתמך" – תאגיד שהממשלה משתתפת בתקציבו במישרין או בעקיפין, ושר האוצר קבע לגביו בהודעה ברשומות כי הינו גוף נתמך לענין חוק זה.

שני החיקוקים נוקטים אפוא לשון מרחיבה, כך שגם תמיכה בעקיפין בגדר תמיכה תיחשב. ודוק: גוף נתמך על פי חוק יסודות התקציב אינו בהכרח גוף נתמך לצורך חוק מבקר המדינה, ואפנה להגדרת "גוף ציבורי" בסעיף 1 לחוק הביקורת הפנימית, התשנ"ב-1992:

"גוף ציבורי" – כל אחד מאלה:
 (1) גוף מבוקר כמשמעותו בסעיף 9(1), (2) או (5) לחוק מבקר המדינה, תשי"ח-1958 [נוסח משולב] (להלן – חוק מבקר המדינה);
 (2) גוף נתמך כמשמעותו בסעיף 32 לחוק יסודות התקציב, תשמ"ה-1985;
 (3) גוף מבוקר כמשמעותו בסעיף 9(7) או (8) לחוק מבקר המדינה, תאגיד אשר פעילותו, כולה או מקצתה, ממומנת במישרין או בעקיפין מכספי המדינה, או תאגיד מורשה לתת שירות לציבור, והכל אם סעיפים 16 עד 18 אינם חלים לגביו והשר ושר המשפטים, באישור הועדה לענייני ביקורת המדינה של הכנסת, קבעו בהודעה ברשומות שהוא גוף ציבורי לענין חוק זה.

עם זאת, דומה שניתן להקיש מהרציונלים והתכליות שבבסיס חוק יסודות התקציב גם לענייננו. עוד אפנה להגדרה של "רשות ציבורית" בסעיף 2 לחוק חופש המידע, התשנ"ח-1958 הכוללת גם את החלופה הבאה:

(10) גוף אחר, הממלא תפקיד ציבורי, שהוא גוף מבוקר כמשמעותו בסעיף 9 לחוק מבקר המדינה, תשי"ח-1958 [נוסח משולב], שקבע שר המשפטים, באישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת; קביעה כאמור יכול שתהיה לגבי כל פעילותו של גוף כאמור, או לגבי פעילויות מסוימות.

הגדרה זו יכולה אף היא להעיד על סוגי הגופים אליהם התכוון המחוקק בחוק מבקר המדינה.

3. בסעיף 9 לחוק מבקר המדינה אנו מוצאים גופים כמו משרדי הממשלה ורשויות מקומיות, שעליהם חלה הביקורת ללא צורך בהחלטה נוספת, לצד גופים אחרים שמצריכים החלטה על מנת להחיל עליהם את הביקורת. הד לסיווג זה אנו מוצאים גם בסעיף 2א לחוק הבחירות (דרכי תעמולה), התשי"ט-1959 (להלן: חוק התעמולה) הקובע כלהלן:

איסור שימוש בנכסי הציבור
לא ייעשה שימוש, בקשר עם תעמולת בחירות, בכספים או בנכסים מוחשיים או בלתי מוחשיים של גוף מבוקר כמשמעותו בפסקאות (1), (2), (3), (4) ו-(9) של סעיף 9 לחוק מבקר המדינה, תשי"ח-1958 [נוסח משולב], או של תאגיד שהממשלה או רשות מקומית משתתפת בהנהלתו או בהוננו, ולא ייעשה שימוש כאמור במקרקעין או במטלטלין המוחזקים למעשה על ידי גוף או תאגיד כזה, למעט שימוש כמפורט להלן: [...].

ס"ק (9) שנזכר בסעיף זה, הוא חריג, מאחר שהוא אחד הסעיפים שהפעלת הביקורת לגביה מצריכה החלטה של המבקר. מכל מקום, מאחר שס"ק 9(8) לחוק מבקר המדינה לא נזכר בסעיף, ברי כי לצורך חוק התעמולה, לא יראו את השימוש באוטובוסים של העותרות כשימוש בנכסי הציבור, בין אם יש למבקר המדינה סמכות על העותרות ובין אם לאו.

4. סעיף 9(8) לחוק המבקר, מקנה למבקר סמכות, אולם לא סמכות אוטומטית, אלא סמכות שהפעלתה כרוכה בהחלטה של הוועדה לביקורת המדינה או של המבקר עצמו. דומה כי גם מבקר המדינה לא יחלוק על כך שלא כל תשלום של המדינה בגין פעילות מסוימת, מצדיק או מחייב הפעלה של ביקורת המדינה. כך, לדוגמה, אם הממשלה תשלם מענק לכל בעל רכב פרטי שישבית את רכבו יומיים בשבוע על מנת להקל על העומס בכבישים, אין הדבר הופך את אותו אדם ל"גוף נתמך". אם המדינה תשלם מענק לבעלי כלובי סוללה על מנת לתמרץ אותם להקים כלובים חדישים ומרווחים יותר לעופות, אין הדבר הופך את בעלי הלולים ל"גוף נתמך" וכיו"ב. כך גם כאשר מדובר בסובסידיה של ממש. לדוגמה, העובדה שהמדינה מסבסדת שכר לימוד לילדים במעונות יום, אין משמעה בהכרח כי יש מקום להפעלת הביקורת על מעונות היום עצמם. אם המדינה הייתה מסבסדת את מחיר הלחם, אין משמעות הדבר שהיה מקום בהכרח להחיל את ביקורת המדינה על מאפיות פרטיות. ובקיצור, לא כל הקצבה-תשלום-ערבות-רשת ביטחון-מענק-תמיכה-סובסידיה מצדיקים החלטה של ביקורת המדינה. מכאן, שפסק דינו אינו עוסק בשאלת סמכותו של המבקר, אלא באופן הפעלת הסמכות במקרה הקונקרטי שלפנינו.

5. הביקורת השיפוטית על החלטות ממשלה שעניינן סובסידיות היא מצומצמת, והלכה עמנו כי אין לאדם זכות קנויה לקבל סובסידיה מהמדינה או להמשיך לקבל סובסידיה מהמדינה (ראו, לדוגמה, בג"ץ 198/82 מוניץ נ' בנק ישראל, פ"ד לו(3) 466, 470 (1982)). הלכה זו מתאימה לסובסידיות במובן הרגיל של המילה, אך דומה שאין זה המצב בענייננו. לא זו סוג הסובסידיה ולא זו סוג התמיכה במקרה דנן. אין מדובר בתמיכה או בסובסידיה חד-צדדית של צד נותן מול צד מקבל, כמו תמיכה כספית של המדינה במוסדות ציבור כתיאטרון (ראו, לדוגמה, בג"ץ 3792/95 תאטרון ארצי לנוער נ' שרת המדע והאמנויות, פ"ד נא(4) 259, 275 (1997)). כפי שהשכיל חברי להראות בפסק דינו, ענייננו בהליך תחרותי למתן שירות ציבורי על פי עלות נורמטיבית שנקבעה על ידי הרגולטור, ענייננו בהתחשבות שוטפת הנובעת מפרמטרים שונים, שבסופה העותרות אף עשויות להתחייב בתשלום תגמולים למדינה. במצב דברים זה, נראה כי אין מקום לראות את החברות החדשות כ"גוף נתמך" במובן הרגיל והשכיח של המילה.

6. חשוב להדגיש, ואף לכך נתתי משקל בתוצאה הסופית, כי מערך התמריצים וההתחשבות שבין משרד התחבורה לבין החברות החדשות, אינו בבחינת "שטח מת" מבחינת ביקורת המדינה. לפחות חלק ממטרות הביקורת ודרכי הביקורת, ניתן להגשים גם במסגרת הביקורת על משרד התחבורה עצמו ועל פי הנתונים שברשות המשרד.

ש ו פ ט

השופט ש' שוחט :

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' שטיין.

ניתן היום, ט"ו באלול התשפ"ב (11.9.2022).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט

