



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בעניינים מינהליים

ע"ס 1777/14

לפני :
כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופטת ד' ברק-ארז
כבוד השופט מ' מזוז

המערערת : חן המקום בע"מ

נ ג ד

המשיבים :
1. עיריית קרית אונו
2. איגוד ערים איזור דן
3. מרכז השלטון המקומי

המתייצב בהליך : היועץ המשפטי לממשלה

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו
בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים מיום 11.02.2014
בעת"ס 52402-01-13 שניתן על ידי כבוד סגנית הנשיא
השופטת ש' גדות

תאריך הישיבה : כ"ו באלול התשע"ה (10.9.2015)

בשם המערערת : עו"ד ארז טיקולסקר

בשם המשיבה 1 : עו"ד אייל כץ, עו"ד מרדכי בר-לב, עו"ד גיא שוסט

בשם המשיב 2 : עו"ד אסף הדסי

בשם המרכז לשלטון מקומי : עו"ד נועה בן-אריה ; עו"ד מירה סלמון

בשם היועץ המשפטי לממשלה : עו"ד רן רוזנברג

פסק-דין

השופטת ד' ברק-ארז:

1. המקרה שנדון בפנינו עורר לכאורה שאלה פשוטה ונקודתית: האם עיריית קריית אונו הייתה רשאית להתקשר בחוזה עם איגוד ערים דן על מנת שזה יטפל עבורה

באשפה. אולם, כדי להשיב על שאלה זו נדרשנו לבחון שורה של סוגיות בעלות אופי כללי יותר: האם רשות מקומית רשאית להתקשר עם איגוד ערים שהיא אינה חברה בו בחוזה להספקת שירותים כנגד תשלום? והאם התקשרות זו צריכה להיות תוצאה של מכרז? כמו כן, ומאחר שדינו של איגוד ערים הוא כדינה של רשות מקומית, האם רשות מקומית אחת רשאית לשכור את שירותיה של רשות מקומית אחרת תמורת תשלום? האם רכישת שירותים כזו פטורה מחובת המכרז הכללית שבה חייבות ברגיל רשויות מקומיות? שאלות אלה יורדות לשורשה של החשיבה על דיני השלטון המקומי בכל הנוגע להיקפו הראוי של שיתוף הפעולה בין רשויות מקומיות.

עיקרי העובדות וההליכים עד כה

2. איגוד ערים איזור דן (תברואה וסילוק אשפה) (להלן: איגוד ערים דן או איגוד הערים), הוא המשיב 2, פועל בתחום של סילוק פסולת וטיפול בה באזור המרכז. מבחינה משפטית איגוד הערים מהווה מסגרת של שיתוף פעולה שנוצרה בין שש רשויות מקומיות מן האזור – תל אביב-יפו, חולון, רמת גן, בת ים, בני ברק וגבעתיים (ראו: צו איגוד ערים אזור דן (תברואה וסילוק אשפה), התשכ"ו-1966 (להלן: צו איגוד ערים דן)). עם זאת, בפועל, כך מסתבר, הוא מספק שירותים לרשויות נוספות. עיריית קריית אונו (להלן: העירייה), המשיבה 1, השוכנת אף היא באזור מרכז הארץ, התקשרה מדי פעם עם איגוד הערים בחוזה להספקת שירותי טיפול בסילוק אשפה בתמורת תשלום, כפי שעשו גם רשויות מקומיות אחרות.

3. המערערת, חברת חן המקום בע"מ (להלן: חן המקום), היא חברה מסחרית הפועלת בתחום של סילוק אשפה. לשיטתה, ועמדה זו הולידה את ההליך דנן, ההתקשרות של העירייה עם איגוד ערים דן נעשתה שלא כדין משום שלא קדם לה הליך של מכרז, וזאת בניגוד לחובתה של רשות מקומית להתקשר בחוזה רק על-פי מכרז, בכפוף לפטורים ממכרז הקבועים בדין, ואשר לשיטתה אינם חלים במקרה זה.

4. חן המקום הגישה עתירה מינהלית לבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים (עת"ם 52402-01-13, סגנית הנשיאה ש' גדות) שכוונה נגד החלטתה (הנמשכת) של העירייה להתקשר בחוזה עם איגוד ערים דן ללא מכרז.

5. ביום 11.2.2014 דחה בית המשפט המחוזי את העתירה בקבעו כי נפל שיהוי בהגשתה. בית המשפט המחוזי עמד על כך שראשיתה של ההתקשרות בין העירייה לבין

איגוד הערים הייתה כבר בשנת 2004, עת נחתם ביניהם לראשונה חוזה שעניינו טיפול וסילוק אשפה. בית המשפט המחוזי הוסיף וקבע כי טענת השיהוי יפה למקרה מסוג זה שבו אין לומר כי הפרקטיקה שכנגדה מכוונת העתירה מהווה פגיעה חמורה בשלטון החוק.

הערעור וטענות הצדדים

6. חן המקום הגישה ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי. לשיטתה, לא היה מקום לדחות את העתירה שהגישה בשל שיהוי, בנסיבות שבהן ההתקשרות בין העירייה לאיגוד ערים דן מתחדשת מדי שנה בשנה. חן המקום הוסיפה וטענה כי אמנם ידעה על ההתקשרות בין העירייה לאיגוד הערים זה זמן, אך החשש לפיו התקשרות זו היא בניגוד לדין עלה אצלה רק זמן קצר לפני הגשת העתירה.

7. לגופם של דברים, חן המקום טענה כי אין הוראה ספציפית בדין הפוטר את העירייה מפרסום מכרז ביחס לקבלת שירותים בתחום של סילוק אשפה. לטענתה, אף אם העירייה הייתה רשאית להתקשר בחוזה עם איגוד הערים הרי שהתקשרות זו אינה נופלת לגדרו של אף אחד מן החריגים שנקבעו בתקנות העיריות (מכרזים), התשמ"ח-1987 (להלן: תקנות העיריות (מכרזים)) לחובתה הסטטוטורית של העירייה להתקשר בחוזה על-פי מכרז. חן המקום הוסיפה והדגישה כי החובה לפרסם מכרז אף מתבקשת בהתחשב בכך שבהתקשרות עם העירייה פעל איגוד הערים כגוף עסקי החותר לעשיית רווח ומתחרה בגופים אחרים, ולא כרשות מקומית.

8. מנגד, המשיבים טענו כי דין הערעור להידחות, וסמכו את ידיהם על פסק דינו של בית המשפט המחוזי. לטענת המשיבים העתירה הוגשה בשיהוי – בשים לב לפרקטיקה ארוכת השנים של התקשרות עם איגוד ערים דן לרכישת שירותים ממנו.

9. לגופו של עניין, טענו המשיבים כי התקשרות מסוג זה בין רשויות מקומיות אינה טעונה מכרז. המשיבים סבורים כי הדבר משתמע, בין השאר, מסעיף 249(31) לפקודת העיריות [נוסח חדש] (להלן: פקודת העיריות) המתייחס לסמכותה של העירייה לפעול בדרך של "שותפות" עם רשות מקומית אחרת, והדברים יפים אף לגבי איגוד ערים שמעמדו בדין הוא כשל רשות מקומית.

10. ביום 25.12.2014 קיימנו דיון ראשון בערעור. בשים לב לשאלה העקרונית שעלתה בו החלטנו כי היועץ המשפטי לממשלה יגיש עמדה מטעמו באשר לטענה שההתקשרות בין העירייה לאיגוד ערים דן טעונה מכרז.

11. ביום 7.9.2015 הוגשה עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה. עמדה זו התמקדה בסוגיה שעד אותה עת לא הועלו לגביה טענות על-ידי מי מהצדדים – האם רשות מקומית מוסמכת להתקשר עם איגוד ערים שהיא אינה חברה בו, באופן בלתי תלוי בשאלה של חובת המכרז. בעיקרו של דבר, היועץ המשפטי לממשלה הצביע על כך שהיקף סמכויותיו של איגוד ערים נגזר מהיקף סמכויותיהן של העיריות המאוגדות בו, ובהמשך לכך טען כי אין עיגון בפקודת העיריות לסמכותה של רשות מקומית להתקשר בחוזה למתן שירותים (או לרכישתם) עם רשות מקומית אחרת, להבדיל ממסגרת של שיתוף פעולה במתכונת של "שותפות".

12. היועץ המשפטי לממשלה הפנה לסעיפים המגדירים את סמכויותיה של העירייה, ובעיקר לסעיפים 233 ו-249(31) לפקודת העיריות. סעיף 233 לפקודה קובע כי "עיריה תעשה בתוך תחומה בענינים המפורשים בסימן ב' [...] והיא מוסמכת, בתחום העיריה או בשטח בנין עיר הכולל את תחום העיריה, לעשות בענינים המפורשים בסימן ג' [...]". מכאן למד היועץ המשפטי לממשלה כי העירייה יכולה לפעול רק בתחום המוניציפאלי שלה, וכל פעולה הנעשית מחוץ לתחומה היא בגדר חריג. בהתייחס לסמכות המוקנית לעירייה בסעיף 249(31) לפקודת העיריות "לבצע כל סמכות מסמכויותיה ולמלא כל תפקיד מתפקידיה יחד או בשותפות עם מוסדות המדינה, רשויות מקומיות אחרות, חברות, אגודות שיתופיות וגופים או אנשים אחרים", סבור היועץ המשפטי לממשלה כי מדובר בחריג החל רק על פעולה שהיא בגדר "שותפות". אולם, כך נטען, במקרה שבפנינו מדובר ברכישת שירותים אשר אינה עולה כדי "שותפות". לפי שיטה זו, הגורסת כי אין לעירייה סמכות להתקשר בחוזה מסוג זה מדעיקרא, כלל לא מתעוררת השאלה של חובת המכרז. לפיכך, עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה לא התייחסה לשאלה של חובת המכרז במקרה של התקשרות בין רשויות בתחום של רכישת שירותים.

13. ביום 10.9.2015 התקיים המשך הדיון בערעור בנוכחות נציגי היועץ המשפטי לממשלה. מאחר שבדיון זה חזרה והתעוררה השאלה של חובת המכרז – שהייתה במוקד ההליך מראשיתו – התבקשנו לאפשר ליועץ המשפטי לממשלה להגיש עמדה

משלימה גם בסוגיה האמורה, וכך הורינו. כמו כן, התייצבו לדיון זה באי-כוח מטעם מרכז השלטון המקומי שבקשתו להצטרף להליך מחמת היבטיו העקרוניים התקבלה על ידינו.

14. ביום 8.12.2015 הוגשה עמדה משלימה מטעם היועץ המשפטי לממשלה. היועץ המשפטי לממשלה הבהיר כי לשיטתו ההתקשרות במתכונת המתוארת – אפילו הייתה אפשרית – אינה נופלת לגדרם של הפטורים להתקשרות של רשות מקומית במכרז, ולכן העירייה הייתה חייבת בפרסום מכרז. באשר להכרתה של הפסיקה באפשרות של התקשרות ללא מכרז כאשר מדובר ב"ביצוע עצמי", היינו כאשר הרשות מבצעת את העבודה בעצמה, סבור היועץ המשפטי לממשלה כי חריג זה אינו חל במצבים שבהם יש לכאורה בחירה בהתקשרות עם יותר מ"שותף" פוטנציאלי אחד. לצד זאת, היועץ המשפטי לממשלה הודה כי קיים קושי בהשתתפות של רשות מקומית במכרז של רשות אחרת, בהתחשב בכך שהיא גוף שאינו אמור להשתתף בתחרות כלכלית. היועץ המשפטי לממשלה הבהיר כי בנסיבות אלה לא ברור מהו המתווה התחרותי המתאים, והוסיף כי בשלב זה, בטרם התקבלה הכרעה בערעור ובשים לב לתפיסתו כי התקשרות כזו כלל אינה בתחומי סמכותם של הצדדים לה, מדובר בשאלה תאורטית.

15. ביום 24.3.2016 הגישו הצדדים תגובות להשלמת הטיעון מטעם היועץ המשפטי לממשלה.

16. חן המקום מצדדת בעמדתו של היועץ המשפטי לממשלה לפיה אין מקום להתקשרות בין העירייה לאיגוד ערים דן. היא מוסיפה וטוענת במישור האופרטיבי כי אם עמדתה תתקבל יש להחיל אותה על אתר, היינו להביא להפסקת ההתקשרות בין איגוד הערים דן לעירייה ולהורות לעירייה לפרסם מכרז תחתיה.

17. מנגד – כמפורט להלן – העירייה ואיגוד ערים דן מחזיקים בעמדתם המקורית, היינו שהפרקטיקה הקיימת היא חוקית ואף רצויה. הם סבורים כי אין מקום לאמץ את עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה, שאף אינה תואמת, כך נטען, את הפרקטיקה הנוהגת, ובהמשך לכך מבקשים לדחות את ערעורה של חן המקום. מרכז השלטון המקומי הצטרף לעמדתם של העירייה ואיגוד ערים דן.

18. העירייה סבורה כי יש לפרש את סעיף 249(31) לפקודת העיריות כמסמך רשויות לפעול בשיתוף פעולה, וכי המונח "שותפות" אינו מכוון לשותפות במתכונת

עסקית במובן הצר של המונח. העירייה מוסיפה וטוענת כי הפרשנות לפיה נדרש במקרה זה פרסום של מכרז היא אבסורדית. לשיטתה, יש לראות בשירות שניתן על-ידי איגוד ערים דן משום "ביצוע עצמי".

19. איגוד ערים דן מצביע על כך שתקנה 3(16) לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993 (להלן: תקנות חובת המכרזים), החלות על השלטון המרכזי, מכירה בפטור ל"התקשרות עם רשות מקומית לקבלת שירותים במסגרת תפקידי הרשות על פי דין", וכי יש להחיל תקנה זו – ולו על דרך היקש – גם במקרה דנן. איגוד ערים דן אף מצביע על כך שהלכה למעשה הוא מעניק שירותים לרשויות שאינן חברות בו זה שנים בפיקוח של משרד הפנים, עובדה המתבטאת באישור השנתי של תקציבו. על כן, כך נטען, יש לתמוה על העמדה הנוכחית של היועץ המשפטי לממשלה.

20. לבסוף, מרכז השלטון המקומי מחזיק כאמור אף הוא בגישתן של העירייה ואיגוד ערים דן. באשר להוראות המגדירות את סמכויותיה של העירייה טוען מרכז השלטון המקומי כי הן נוגעות להגבלת פעילותה של עירייה לתחומה הגיאוגרפי אך אינן שוללות מתן שירותים גם לציבור שאינו נמנה על תושביה של העירייה. לטענתו, הרשות המקומית יכולה לפעול גם במתכונת שמסייעת לרשויות אחרות כאשר האינטרסים שלה "כרוכים בעקיפין" באינטרסים של אותן רשויות. אף מרכז השלטון המקומי סבור שיש להכיר בכך שההתקשרות פטורה מחובת מכרז על דרך היקש מתקנות חובת המכרזים.

דיון והכרעה

21. לאחר שבחנתי את הדברים אני סבורה כי דין הערעור להתקבל בחלקו – בסייגים שיפורטו להלן – וכך אציע לחבריי לעשות. כפי שאסביר, אני סבורה כי התקשרות בין איגוד ערים לבין רשות מקומית שאינה חברה בו, כמו גם התקשרות בין שתי רשויות מקומיות, היא פרקטיקה אפשרית – הן על-פי הוראותיה של פקודת העיריות והן מבחינת המדיניות הרצויה. עם זאת, יש להודות כי עיון בהוראות הדין הרלוונטיות מלמד כי חקיקת המשנה הקיימת אינה מסדירה באופן ברור דיו את ההתקשרות ללא מכרז במקרים אלה. לכן, במישור הפורמאלי, צודקת חן המקום כי קיים קושי בהמשך הפרקטיקה הקיימת של התקשרות ללא מכרז בין העירייה לבין איגוד ערים דן. אולם, לגופם של דברים, אין להשקיף על התקשרות זו כפרקטיקה פסולה, ולמעשה, המסקנה המתבקשת מן המציאות שנחשפה בפנינו – ובניגוד גמור

לטענתה של חן המקום – היא כי יש לתת שהות נוספת להסדרה מתאימה של פטור מחובת מכרז בחקיקת המשנה הרלוונטית. להלן אפרט את מסקנותיי.

שיהוי

22. על מנת להיכנס לטרקלין של הדין המהותי, יש להקדים ולעבור בפרוזודור השיהוי. לשיטתי, אין מקום לדחות את העתירה שהגישה חן המקום מטעם זה. ההתקשרות בין העירייה לאיגוד ערים דן היא התקשרות המתחדשת מדי שנה. היינו, לא מדובר על מעשה חד פעמי של רשות מינהלית שקרה בעבר אלא על התנהלות נמשכת, שאף עתידה להישנות בעתיד. בנסיבות אלה, שבהן העתירה מכוונת כנגד התנהלות נמשכת של הרשות ויש בה אף כדי להשפיע על התנהלות הרשות במבט הצופה פני עתיד, אין לדחותה על הסף בשל שיהוי (ראו: בג"ץ 4140/95 סופרפארם (ישראל) בע"מ נ' מנהל המכס ומע"מ, פ"ד נד(1) 49, 71, 75, 110 (1999); ע"מ 5767/12 אלמוג יזמות תל אביב בע"מ נ' עיריית תל אביב יפו, פסקה 44 (18.6.2015). כן ראו והשוו: בג"ץ 5692/97 דורון נ' ניצן, פ"ד נא(5) 380, 384 (1997)).

השאלות לדיון

23. כפי שעולה מן המתואר עד כה, ההתקשרות בין איגוד ערים דן לעירייה מעוררת שתי שאלות משפטיות: שאלת הסמכות והשאלה של פטור ממכרז. מהיבט הסמכות, יש לדון הן בסמכותה של העירייה לרכוש שירותי פינוי אשפה מאיגוד ערים דן והן בסמכותו של איגוד ערים דן לספק לעירייה שירותים אלו. מן ההיבט של חובת המכרז, יש לבחון האם חל במקרה זה אחד מן הפטורים לחובת המכרז הסטטוטורית כקביעתה, בענייננו, בפקודת העיריות. אדון בשאלות אלה על-פי סדרן.

24. חשוב להוסיף ולהבהיר לצורך המשך הדיון כי למעשה – כפי שאף עולה מעמדתו של היועץ המשפטי לממשלה – ניתן לבחון את המקרה שבפנינו כמקרה פרטני של התקשרות בין רשויות מקומיות. לפי סעיף 10 לחוק איגודי ערים, התשט"ו-1955 סמכויותיו של איגוד ערים נקבעות על-פי סמכויותיהן של הרשויות המאוגדות בו. לכך אפשר להוסיף כי בחוק הפרשנות, התשמ"א-1981 מוגדר המונח רשות מקומית ככולל "עיריה, מועצה מקומית, ועד מקומי או איגוד ערים" [ההדגשה הוספה – ד' ב' א'].

שאלה ראשונה: האם רשויות מקומיות רשאיות להתקשר ביניהן בהסכם להספקת שירותים?

25. כאמור, מאחר שההתקשרות שבפנינו נערכה בין שני צדדים שהם רשויות מקומיות – יש לבחון את שאלת הסמכות משני צדדיה: האם רשות מקומית רשאית לספק שירותים לרשות מקומית אחרת? והאם רשות מקומית רשאית לדכוש שירותים מרשות מקומית אחרת? מאחר שענייננו נוגע להתקשרות בין עיריות אשיב על שאלות אלה יחד תוך התמקדות בהוראות הרלוונטיות מפקודת העיריות. עם זאת, הדברים יפים בשינויים המחויבים אף לגבי רשויות מקומיות אחרות.

26. כידוע, עקרון חוקיות המינהל קובע כי רשות מינהלית רשאית לפעול רק מכוח הסמכה בחוק (ראו: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 83 (2010)). החוק הרלוונטי בענייננו הוא פקודת העיריות, שבה מעוגנות סמכויות העירייה, ובאופן יותר ספציפי, סעיף 249 לפקודה זו המפרט רשימה של פעולות שאותן רשאית עירייה לבצע.

ההוראות הרלוונטיות בפקודת העיריות

27. סעיף 249(31) מקנה לעירייה סמכות "לבצע כל סמכות מסמכויותיה ולמלא כל תפקיד מתפקידיה יחד או בשותפות עם מוסדות המדינה, רשויות מקומיות אחרות, חברות, אגודות שיתופיות וגופים או אנשים אחרים". לכאורה, זוהי הוראה המספקת הסמכה ברורה למצבים של שיתופי פעולה בין רשויות מקומיות.

28. אולם, היועץ המשפטי לממשלה סבר כי אין די בהוראה זו. לשיטתו, תחולת ההוראה מצומצמת למצבים של "שותפות" במובן המלא של המילה, כך שגם אם אין חובה להקים שותפות במובנה המשפטי נדרש לפחות שכל אחת מן הרשויות תבצע בפועל חלק מן הפעילות ואף תישא בסיכונים ובסיכויים הנובעים מהפעילות, להבדיל ממצב שבו אחת הרשויות מבצעת את הפעולה והאחרת רק משתתפת עמה בעלויות.

29. דעתי שונה. אני סבורה כי סעיף 249(31) מהווה מקור סמכות מתאים לשיתוף פעולה שנעשה גם במתכונת של רכישה ומכירה של שירותים. ראשית, אינני סבורה שנוסח החוק מחייב, כשלעצמו, פרשנות מצמצמת. אדרבה, השימוש במונח "יחד", שלו אין כל משמעות משפטית טכנית, מלמד על גישה פונקציונלית לשיתוף פעולה. שנית, וחשוב לא פחות, התקשרות של רשויות לשם שיתוף פעולה, לרבות התקשרות בין רשות מקומית לאיגוד ערים, היא רצויה מבחינת שיקולי מדיניות הנוגעים לחסכון בכספי ציבור ובניצול יתרון לגודל, כפי שעוד יפורט בהמשך.

30. לפני שאפרט את שיקולי המדיניות האמורים, חשוב להקדים ולתת מענה לעוד היבט פורמאלי הקשור להגדרת סמכויותיה של העירייה. לפי סעיף 233 לפקודת העיריות את סמכויותיה המפורטות בסימן ב' לפקודה העירייה "תעשה בתוך תחומה". האם ההתקשרות שבפנינו חורגת מחובה זו – בין משום שהאשפה של עיריית קריית אנו מטופלת מחוץ לתחומה ובין משום שאיגוד הערים מבצע פעולות של איסוף אשפה מחוץ לתחומיו שלו?

31. אני סבורה כי אף לחשש זה אין יסוד. ההסמכה הקבועה בסעיף 249(31) לפקודת העיריות לפעול ב"שותפות" כוללת בחובה מינה ובה מתן הכשר לכך שהפעילות המשותפת תתקיים בשטחה של אחת מהן, באופן שכרוך בחריגה מן המקומיות במובן הצר מבחינתה של האחרת. מסקנה זו היא מסקנה שבהיגיון: כאשר שתי רשויות פועלות במשותף, ממילא המיקום של הפעילות יהיה חיצוני לתחום המוניציפאלי של אחת מהן. בנוסף, ובמבט רחב יותר, בית משפט זה כבר הבהיר בפסיקתו כי רשות מקומית יכולה לפעול אף מחוץ לתחום המוניציפאלי שלה באותם מקרים שפעילות זו משרתת את תושביה (ראו: בג"ץ 2838/95 גרינברג נ' המועצה המקומית קצרון, פ"ד נג(1) 1 (1999); בג"ץ 10104/04 שלום עכשיו שעל מפעלים חינוכיים נ' יוסף, פ"ד סא(2) 93 (2006)). בית המשפט מיקד אפוא את מבחן ה"מקומיות" במהות ולא בגאוגרפיה. כפי שיפורט בהרחבה להלן, שיתוף פעולה בין רשויות, גם במסגרת של הספקת שירותים, מגלם פוטנציאל של הטבה עם תושבי שתי הרשויות הנוגעות בדבר.

שיקולי מדיניות: יתרון לגודל ופיתוח גישה של אזוריות

32. משהבהרתי כי אין דבר בנוסחה המפורש של פקודת העיריות העומד לרועץ להספקת שירותים של רשות אחת לחברתה, חשוב להוסיף ולעמוד ביתר פירוט על שיקולי המדיניות הרלוונטיים לתחום. אני סבורה ששיקולים אלה מחזקים אף יותר את המסקנה כי אין להוציא את הכתוב מפשוטו באופן אשר מצמצם שלא לצורך את האפשרויות הטמונות בהוראותיה של פקודת העיריות.

33. בעיקרו של דבר, אני סבורה כי שיתוף פעולה בין רשויות מקומיות, גם במתכונת של הספקת שירותים, עשוי לקדם את האינטרסים של שתי הרשויות הנוגעות בעניין (הרשות המספקת והרשות הצורכת) ולפיכך לקדם את הרווחה של תושבי שתיהן גם יחד. שיתוף פעולה בין רשויות צפוי לתרום לחיסכון במשאבים, בעיקר באותם תחומים שבהם יש "יתרון לגודל", ולא כל שכן במדינה קטנה יחסית כישראל, שבה לא

רצוי להרבות במרכזי פעילות בתחומים מסוימים, מטעמים הנוגעים לניצול משאבים הנמצאים במחסור, כדוגמת מקרקעין לצורכי ציבור. כאשר רשות אחת תספק שירותים לרשות אחרת (אף ללא איגוד ערים) על יסוד התקשרות חוזית הדבר עשוי לחסוך בעלויות הפעלת השירותים על ידה לטובת תושביה, מחד גיסא, ולחסוך בעלויות הכרוכות בהקמת שירות דומה "יש מאין" מהיבט תושביה של הרשות האחרת, מאידך גיסא. כך למשל, קבלת תלמידים מרשות סמוכה תמורת תשלום או, להבדיל, טיפול באשפה של רשות סמוכה במסגרת המתקנים הקיימים, יעשירו את קופתה של הרשות בעלת התשתית, ובאותה מידה ייטיבו עם הרשות שרוכשת ממנה את השירותים. לא רק "זה נהנה וזה לא חסר" אלא "זה נהנה וזה נהנה גם כן". במובן זה דעתי נוטה לדעתו של השופט א' א' לוי בע"א 1644/04 עיריית רמלה נ' מרכז סליקה בנקאית בע"מ, פ"ד ס(3) 330 (2006).

34. שיתוף פעולה בין רשויות מקומיות במקום שהוא אפשרי אף מהווה משקל נגד רצוי לתופעה של "תחרות" מתמדת ביניהן. אכן, תחרות עשויה להוביל במקרים רבים לתוצאות חיוביות, וקיימת מסורת ארוכה של כתיבה העוסקת בתחרות בין רשויות מקומיות ככזו שתרכיב חכמה, או לפחות תרכיב איכות חיים (ראו למשל: Charles M. Tiebout, *A Pure Theory of Local Expenditures* 64 J. POL. ECON. 416 (1956)). אולם, לתחרות זו יש לעתים גם גילויים לא חיוביים, בין השאר על דרך "החצנות" שליליות (ראו: GERALD E. FRUG, CITY MAKING: BUILDING COMMUNITIES WITHOUT BUILDING WALLS 167-173 (1999); יששכר (איסי) רוזן-צבי "מהותו של ה'מקומי' – הרהורים על מקומיות בעקבות בג"ץ 10104/04 שלום עכשיו נ' יוסף" משפט וממשל יב 333, 382-383 (2009); יששכר (איסי) רוזן-צבי "ממקומיות לאזוריות – לקראת סדר יום חדש למשפט השלטון המקומי" דין ודברים ב 159, 169 (2006) (להלן: ממקומיות לאזוריות)). זאת ועוד, לעתים תחרות על כספי ארנונה באמצעות "משיכה" ו"פיתוי" של מחזיקים פוטנציאליים של נכסים גורמת לרשויות סמוכות לנזקים הדדיים, עד כי נדרש פיקוח של השלטון המרכזי בתחום זה (ראו: בג"ץ 7425/09 טוטנאור בע"מ נ' שר הפנים (3.1.2013)). דווקא בשל הנטייה הטבעית לתחרות בין רשויות מקומיות, באותם מקרים שבהם נמצאת הדרך לשיתוף פעולה – יש לעודד אותו, ולחתור, ככל האפשר, לפרשנות משפטית שתאפשר אותו. שיתוף פעולה כזה אף צפוי לסייע במיוחד לרשויות מקומיות חלשות אשר מתקשות לבצע את מכלול התפקידים המוטלים עליהן בעצמן (לתועלת של שיתופי פעולה מנקודת המבט של רשויות חלשות, ראו גם: ישי בלנק ואיסי רוזן-צבי "הצעת חוק העיריות: הווה ללא עבר, רפורמה ללא עתיד" חוקים א 49, 125 (2009)).

35. הדברים מקבלים משנה תוקף לנוכח המגמה של העברת תפקידים ותחומי אחריות מן השלטון המרכזי לשלטון המקומי (ראו למשל: ישי בלנק "מקומו של ה'מקומי': משפט השלטון המקומי, ביזור ואי-שוויון מרחבי בישראל" משפטים לד 197 (2004)). מגמה זו מדגישה את הפוטנציאל הגלום בשלטון המקומי – לפחות בתחומים מסוימים – להיות הגוף השלטוני בעל היכולת לזהות את צורכי התושבים באופן המיטבי ולפעול להגשימו. מכל מקום, מגמה זו מחדדת את הצורך בכך שמשומות המבוצעות ברמת השלטון המקומי יבוצעו במתכונת שלא תאבד את היתרון לגודל, תוך חסכון במשאבים.

36. לא למותר לציין ששיקולים של "יתרון לגודל" וחוסר יעילות בפעילות מקבילה של רשויות מקומיות קטנות שיש ביניהן קרבה גיאוגרפית, חזרו ועלו במהלך השנים כשיקול התומך באיחודן של רשויות מקומיות (ראו למשל: ערן רזין פערים תקציביים בין רשויות מקומיות קטנות לגדולות בישראל (מכון פלורסהיימר למחקרי מדיניות, 1999)). מנגד, יוזמות איחוד מסוג זה אף נתקלות, לא אחת, בהתנגדות חריפה, מטעמים שונים. דווקא על רקע זה, הכרה באפשרות של שיתוף פעולה בתחומים מסוימים, גם על דרך רכישת שירותים מרשות סמוכה, כדי להוזיל בעלויות המשותפות, מהווה מענה חלקי לקשיים שעלו. אין באפשרויות אלה כדי לייתר את הדיון באיחוד בין רשויות, במקרים המתאימים, אולם יש בהן כדי לתת לעתים פתרון מידי, ואף מידתי, לחשיבות הנודעת לאיגום משאבים.

37. הדברים מתיישבים גם עם התפיסה לפיה יש ערך רב בשיתופי פעולה הצומחים "מלמטה", לעתים בעניינים קטנים יחסית ואף במתכונת שהיא בתחילת הדרך ניסיונית. כך למשל, אפשר להעלות על הדעת מצב שבו ספריה מוניציפאלית של רשות אחת תשרת גם את תושביה של רשות אחרת, תמורת השתתפות מסוימת בעלות התפעול שלה. לשם כך לא נדרש איגוד ערים, ולכאורה יש לברך על התפתחותם של שיתופי פעולה כאלה. אכן מחקרי מדיניות מצביעים על כך ששיתופי פעולה מסוג זה אף מתקיימים כבר כיום במתכונות שונות, גם מחוץ למקרה שבפנינו (ראו למשל: לביאה אפלבום ואנה חזן שיתוף פעולה בין רשויות מקומיות קטנות – לקחים לישראל 50-62 (2005)). עובדה זו כשלעצמה אינה מכריעה לגבי פרשנות הדין, אך יש בה כדי להקרין על הדיון בשיקולי המדיניות.

38. למעשה, האפשרות המוסדרת בחקיקה להקים "איגוד ערים" היא כשלעצמה דוגמה להכרה בתועלת הרבה שצופן שיתוף הפעולה בין הרשויות, שיתוף פעולה אשר גם בא לידי ביטוי בהספקת שירותים לעיריות על-ידי האיגוד בעד מתן תשלום. יפים

לעניין זה הדברים שנאמרו בדברי ההסבר להצעת חוק איגוד ערים, התשי"ד-1954 (ה"ח 215, 287):

"עם התפתחות המדינה התפתחו גם היקף התפקידים המוטלים על רשויות מקומיות. קיימים שירותים שביצועם היעיל והחסכוני מחייב שיתנהלו בשיתוף פעולתן של מספר רשויות מקומיות הנמצאות באזור מסויים ועל ידי גוף מרכז ומבצע שיורכב מנציגי הרשויות המשתתפות. הצורך בשיתוף כזה נתגלה בשטחים חשובים של השלטון המקומי, כגון אספקת מים, ביוב ותיעול, חינוך תיכוני, אישפוז, פיתוח כבישים ושירותים אחרים כיוצא באלה".

לשיטתי, ראוי לראות במודל של איגוד הערים דוגמה ולא מיצוי לרעיון של שיתוף פעולה בין רשויות. כפי שכבר צוין, ניתן להעלות על הדעת מקרים רבים של שתי רשויות מקומית סמוכות שימצאו תועלת רבה משיתוף פעולה נקודתי ביניהן, לטובת רווחת אזרחיהן, מבלי לפנות למתכונת המורכבת והפורמאלית של איגוד ערים.

מה ניתן ללמוד מחקיקה ספציפית שמסדירה שיתוף פעולה בין רשויות?

39. האם יש להגיע למסקנה שונה על רקע העובדה שתחומים מסוימים של שיתוף פעולה בין רשויות מקומיות מוסדרים בחקיקה, לרבות בכל הנוגע לתשלום עבור שירותים (כמו בתחום החינוך, כאשר רשות מקומית אחת "שולחת" תלמידים ללמוד בתחומיה של רשות מקומית אחרת)? לכאורה, ניתן היה לטעון כי באותם תחומים שבהם קיימת חקיקה המסדירה את הספקת השירותים כאמור שיתוף הפעולה במתכונת זו הוא מותר, ואילו בתחומים אחרים – אין לו מקום, בשל העדרה של חקיקה מסמיכה. כפי שאסביר להלן, לדעתי יש להשיב בשלילה על שאלה זו. בחינה מדוקדקת של החקיקה המסדירה שיתופי פעולה בתחומים קונקרטיים מלמדת כי מטרתה של זו לא הייתה להכשיר את שיתוף הפעולה ולאפשר את לידתו לאוויר העולם, אלא רק לקבוע כללים ומגבלות לגביו בשל מאפייניו המיוחדים של אותו שיתוף פעולה.

40. כך למשל, בתחום החינוך, סעיף 7א לחוק לימוד חובה, התש"ט-1949 מסדיר את הפיקוח על המחיר הנגבה תמורת תלמיד אשר "נשלח" ללמוד בתחומיה של רשות אחרת. אין מדובר במקור הסמכה כי אם בחקיקה שנועדה לקבוע רגולציית מחירים בתחום החברתי החשוב של חינוך. לא למותר לציין כי התיקון שבו הוסף סעיף 7א האמור נחקק בשנת 2002 (חוק לימוד חובה (תיקון מס' 26), התשס"ב-2002), בעוד הפרקטיקה של שליחת תלמידים ללמוד בתחומיה של רשות אחרת נהגה במשך תקופה ארוכה גם קודם לכן. דוגמה נוספת שמבהירה את הדבר היא סעיף 7 לחוק שמירת

הנקיון, התשמ"ד-1984. הוראה זו מאפשרת לרשות המקומית לקבוע אתרים לסילוק אשפה "בין בתחומה ובין מחוצה לו בתאום עם הרשות המקומית הנוגעת בדבר". הצורך בהסדרה מפורשת קשור בכך שהפעילות המוסדרת מבוססת על נוכחות גיאוגרפית קבועה של רשות אחת בתחומי חברתה אף כאשר אין מדובר בפעילות המבוססת על שותפות עמה – עניין שכרוך בחריגה מיוחדת מן התפיסה של פעילות של הרשות המקומית בתוך תחומיה המוניציפאליים. כמו כן, הסעיף מקנה גם לשר לאיכות הסביבה סמכות לקבוע אתר כאמור, ומבחינה זו הוא נדרש במידה רבה לצורך עיגון סמכויותיו של השר בתחום זה, בייחוד במקרים שבהם הרשויות לא מגיעות להסכמה (ראו גם: סעיף 5 לחוק הרשויות המקומיות (ביוב), התשכ"ב-1962).

41. אם כן, החקיקה הספציפית אינה "מחלישה" את ההכרה באפשרות של שיתוף פעולה בין רשויות גם באופן שפעולה מסוימת מבוצעת על-ידי רשות אחת בעוד חברתה אך משלמת עבור חלקה מבלי להיות מעורבת בביצוע בעצמה. ניתן אף לומר להפך: ריבויים של דברי החקיקה בתחום מחזק את המסקנה שמדובר בפרקטיקה רווחת, אשר זכתה להכרה ארוכת שנים (ברוח דבריו של השופט (כתוארו אז) מ' חשין בבג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630 (1998) באשר ל"דוקטרינה" העולה מדברי חקיקה פרטיקולריים (שם, בעמ' 662-663)).

מסקנת ביניים ראשונה

42. לסיכום חלק זה, אני סבורה שפרשנות תכליתית לסעיף 249(31) לפקודת העיריות מובילה למסקנה כי הוא מסמיך את העירייה לפעול בשיתוף פעולה עם רשות מקומית אחרת, לרבות איגוד ערים, גם על דרך של הספקת שירותים בגין תשלום. הכול, כמובן, באותם מקרים שבהם הדבר עולה בקנה אחד עם האינטרסים של תושביה. גם כאשר קיימת סמכות לנהוג בדרך מסוימת אין פירוש הדברים שראוי לממש אותה. על הרשויות המעורבות בכך לבחון בכל מקרה ומקרה האם הפעילות במתכונת זו ממקסמת את התועלת של תושביהן.

43. חשוב להוסיף כי מסקנתי לפיה התקשרות של רשות צריכה לעלות בקנה אחד עם האינטרסים של תושביה אינה מובילה למסקנה שכל פעולה שמבצעת הרשות המקומית ועשויה להיטיב עם תושבי רשות אחרת צריכה להיות מלווה ב"תג מחיר". מטבע הדברים, בתחומיה של כל רשות עוברים גם תושבים המתגוררים במקומות אחרים. בעשותם כן הם נהנים מרשות הרבים, מן הפארקים והחופים, אף חינם אין כסף. הרשות המקומית אינה "אי" ויפה שתושבים באים ויוצאים ממנה – כאשר

בחשבון כולל כלל תושבי המדינה נהנים גם מן האזורים שהם אינם מתגוררים בהם (ראו: בג"ץ 8676/00 אדס טבע ודין אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' עיריית רעננה, פ"ד נט(2) 210 (2004)).

שאלה שנייה: האם ההתקשרות הייתה חייבת במכרז או פטורה ממנו?

44. לאחר שבחנתי את שאלת הסמכות, מתעוררת במלוא עוצמתה השאלה השנייה שהוצגה בפתח הדברים – האם התקשרות בין רשויות מקומיות במתכונת שתוארה לעיל מחייבת פרסומו של מכרז. שאלה זו מתעוררת על רקע חובת המכרז הרחבה יחסית אשר קבועה בחקיקה החלה על הרשויות המקומיות. בפקודת העיריות קבועה חובת המכרז בסעיף 197 המורה כך: "לא תתקשר עיריה בחוזה להעברת מקרקעין או טובין, להזמנת טובין או לביצוע עבודה אלא על פי מכרז פומבי". שר הפנים רשאי לקבוע חריגים לחובה זו בתקנות (כאמור בסעיף 198 לפקודה). התקנות שהותקנו בעניין זה (כיום, תקנות העיריות (מכרזים)), אשר קובעות רשימה ארוכה של פטורים לרשות מחובת המכרז, אינן כוללות פטור לרשות מקומית בהתקשרות עם רשות מקומית אחרת.

45. העירייה ואיגוד ערים דן טענו כי סעיף 249(31), שבו עסקנו לעיל, מקנה לרשות מקומית סמכות להתקשר בחוזה עם רשות מקומית אחרת אף ללא עריכת מכרז. טענה זו אין בידי לקבל. אכן, כפי שהסברתי לעיל, יש בסעיף 249(31) כדי להקנות לרשויות מקומיות סמכות להתקשר אחת עם רעותה, במקרים שבהם ההתקשרות היא לטובת תושביהן. אולם ברי כי סמכות זו, כמו שאר הסמכויות המפורטות בסעיף 249 לפקודת העיריות, כפופה לחובת המכרז. סעיף 249(31) מקנה סמכות ולא קובע את דרך הפעלתה. כך עולה גם מעיון משווה בשאר הסמכויות המנויות בסעיף 249 לפקודת העיריות. למשל, היעלה על הדעת כי סעיף 249(1) המקנה לעירייה סמכות "לבנות ולקיים בניני ציבור, לעשות עבודות ציבוריות אחרות ולבנות ולקיים חנויות ובתיים" פוטר את העירייה מעריכת חובת מכרז טרם התקשרות עם קבלן בניין? מובן שהתשובה לשאלה זו היא שלילית. לכך ניתן להוסיף את הגישה הזהירה שיש לאמץ במסגרת הדיון בשאלה האם חל במקרה מסוים פטור מחובת המכרז.

46. אם כן, מה עשוי להיות הבסיס לפטור של ההתקשרות הנוכחית מחובת מכרז? המשיבים הצביעו לכאורה על שני נתיבים נוספים אפשריים. נתיב אחד היה היקף מהוראות פטור בתקנות חובת המכרזים. נתיב אחר היה התבססות על העיקרון של "ביצוע עצמי". הגיעה העת אפוא לבחון חלופות אלה.

47. היקש מתקנות חובת המכרזים – תקנה 3(16) לתקנות חובת המכרזים קובעת פטור ממכרז ל"התקשרות עם רשות מקומית לקבלת שירותים במסגרת תפקידי הרשות על פי דין". האם ניתן להחיל פטור זה גם על ההתקשרות שבפנינו? אני סבורה שהתשובה לשאלה זו שלילית.

48. המחוקק הישראלי בחר להסדיר את דיני המכרזים של השלטון המרכזי ושל השלטון המקומי בחקיקה נפרדת (ראו: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ג – משפט מינהלי כלכלי 32 (2013) (להלן: משפט מינהלי כלכלי); עומר דקל מכרזים כרך א 161-160 (2006) (להלן: דקל)). חקיקה זו כוללת הסדרים שונים החלים על חובת המכרזים של השלטון המקומי והשלטון המרכזי וכן על הפטורים מחובת קיום המכרז. כאמור לעיל, פטורים אלו ביחס לשלטון המקומי מוסדרים בתקנות העיריות (מכרזים), ואילו ביחס לשלטון המרכזי, מעוגנים הפטורים בתקנות חובת המכרזים.

49. אכן, בפסיקה ובספרות הובעה ביקורת על ההפרדה בין שתי מערכות הדינים (ראו: ע"א 6585/95 מ.ג.ע.ר. מרכז גביה ממוחשבת בע"מ נ' עיריית נשר, פ"ד נ(4) 206, 216 (1996); משפט מינהלי כלכלי, בעמ' 32; דקל, בעמ' 154-155). על רקע זה, אף הועלו הצעות להחיל את חוק חובת המכרזים והתקנות שהוצאו מכוחו גם על רשויות מקומיות או למצער להשתמש בו כמקור פרשני האוצל על דיני המכרזים של הרשויות המקומיות (ראו: דקל, בעמ' 160-165). אין ספק כי ראוי לשאוף להרמוניה חקיקתית בדיני המכרזים (ראו: ע"מ 2310/02 איגוד ערים אזור דן נ' דטאל מרחבים, חברה לעבודות עפר בע"מ, פ"ד נט(6) 337, 342 (2002); משפט מינהלי כלכלי, בעמ' 54-55). אולם, דווקא בכל הנוגע לפטורים מחובת המכרזים ראוי לאמץ גישה זהירה. הפטורים בדיני המכרזים בשתי מערכות התקנות הם שונים באופן שנותן ביטוי לתחומי האחריות השונים של גופי השלטון המרכזי, מחד גיסא, והרשויות המקומיות, מאידך גיסא, כמו גם לאינטרסים המובחנים שעליהם הם מופקדים. תקנות חובת המכרזים כוללות פטורים שעל פניהם אינם רלוונטיים לרשויות מקומיות – משום שהם נדרשים לשיקולים של מדיניות חוץ (למשל, תקנה 3(3)), מתייחסים במפורש לבעלי תפקידים במערך הממשלתי (למשל, תקנה 3(6)), נוגעים לתפקידים מובהקים של השלטון המרכזי (למשל, תקנה 3(13)) ועוד. לא ניתן אפוא להניח, על דרך של היקש פשוט, כי באותם מקומות שבהם גופי השלטון המרכזי הוסמכו להתקשר ללא מכרז עם רשות מקומית (במתכונת שניתן לכנותה התקשרות "אנכית") ממילא מובן שגם גופי השלטון המקומי רשאים יהיו להתקשר ללא מכרז (במתכונת שניתן לכנותה "אופקית").

50. ביצוע עצמי – בהמשך לאמור עד כאן, מתעוררת השאלה, האם הפטור חייב להיות מעוגן בתקנות, או שמא מצב של שיתוף פעולה בין רשויות הוא בגדר החריג של "ביצוע עצמי" המכיר באפשרות של ביצוע עבודה ללא מכרז אם הרשות המינהלית מבצעת את העבודה בעצמה (ראו: בג"ץ 101/74 בינוי ופיתוח בנגב בע"מ נ' שר הבטחון, פ"ד כח(2) 449 (1974); בג"ץ 3688/94 צברי עדי ובניו, קידוחי בארות מים נ' שר החקלאות (8.7.1996); עע"ם 6101/13 ימית א. בטחון (1998) בע"מ נ' הסוכנות היהודית לארץ ישראל, פסקה ל"ד (23.2.2014)). חרף הפיתוי הטמון בכך, דומה שאף כאן יש להשיב על השאלה בשלילה. חריג הביצוע העצמי כפי שנקבע בפסיקה חל רק מקום שבו הגוף המינהלי עצמו הוא שמבצע את הפעולה. בענייננו, כשמדובר בחוזה להספקת שירותים על-ידי רשות מינהלית נפרדת ושונה, לא ניתן לומר שזהו ביצוע עצמי של השירות. אין מדובר בהבחנה פורמאלית. לרשויות המקומיות השונות יש תחומי אחריות מובחנים וחובת נאמנות כלפי אנשים שונים – תושביה של כל אחת מהן. לכן, על אף שהספקת שירותים לרשות אחרת מותרת על-פי דין, אין מדובר ב"ביצוע עצמי". מעבר לכך, ולגופם של דברים, בשונה מאשר במצב הקלאסי של ביצוע עצמי, כאשר רשות מקומית מתקשרת עם רשות מקומית אחרת – קיים יסוד של הפעלת שיקול דעת באשר לבחירת הרשות שעמה תבוצע ההתקשרות.

מסקנת ביניים שנייה

51. זהו אפוא המקום לסכם גם חלק זה של הדיון. הגם שהתקשרות בין רשויות מקומיות היא לכאורה רצויה, תקנות העיריות (מכרזים) אינן כוללות פטור מפורש שחל על התקשרות כזו.

52. על פני הדברים, נראה כי ראוי ששר הפנים ישקול בכובד ראש את האפשרות לתקן את תקנות העיריות (מכרזים) באופן שיכיר בפטור ממכרז ביחס להתקשרויות בין רשויות מקומיות, בתנאים שימצא לנכון. ההחלטה באשר לכך מסורה כמובן בידיו, וניתן כמובן לחשוב על מנגנונים שונים שיבטיחו ביקורת של השלטון המרכזי במקרים של התקשרות בין רשויות. עם זאת, יש להניח שהשיקולים אשר עליהם הצבענו, כמו גם המדיניות שאושרה דה-פקטו על-ידי משרד הפנים עצמו לאורך השנים, יהיו נגד עיניו.

53. בהקשר זה, לא למותר להזכיר את האופי הדואלי של ההתייחסות לפטורים מחובת המכרז. אכן, חובת המכרז מקדמת ברגיל את יישומו של עקרון השוויון, ולכן

יש להיזהר מהכרה נרחבת מדי בפטורים מחובה זו. יחד עם זאת, לעתים יש יתרונות חשובים אחרים מהיבטו של האינטרס הציבורי, כך שבחלק מן המקרים ההכרה בפטורים אינם רק אילוץ נסבל, אלא תוצאה רצויה. כמובן, באותם מקרים שבהם לא חלה חובה לקיים מכרז, נודעת עדיין חשיבות לשמירה על העקרונות הכלליים של המשפט הציבורי, ובהם החובה לנהוג בשוויון ובהגינות (למשל, במערכות היחסים מול רשויות מקומיות אחרות) (ראו: בג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד, לד (3) 729, 743-750 (1980); בג"ץ 5023/91 פורז נ' שר הבינוי והשיכון, אריאל שרון, פ"ד מו (2) 793 (1992); משפט מינהלי כלכלי, בעמ' 46-50). כמו כן, יש להניח שמערכות הביקורת הבוחנות את עבודת הרשויות יבקרו כחלק מעבודתן השוטפת גם את ההתקשרויות שנעשות ללא מכרז עם רשויות מקומיות אחרות (כמו כל היבט אחר בעבודת הרשויות) – בין השאר בהתייחס לשאלה האם הבחירה ברשות האחרת היא הגיונית וסבירה (מבחינת שיקולים של קרבה גיאוגרפית, למשל).

54. אני סבורה כי זהו אחד מאותם מקרים שבהם פטור מחובת מכרז אינו תוצאה בלתי רצויה אלא תוצאה כמעט מתבקשת – ולא רק משום שהוא ישקף את הפרקטיקה, אלא מן הטעמים המהותיים שפורטו. התמודדות של רשויות מקומיות במכרזים של רשויות אחרות עשויה לעורר בעיות משפטיות וציבוריות סבוכות הנוגעות לתחרות כלכלית בין רשויות מקומיות לבין גורמים מסחריים שישתתפו באותם מכרזים, ואולי אף בין רשויות מקומיות שיתמודדו בהם. אכן, תחרות היא דבר רצוי. אולם, המסגרת של מכרז פורמאלי אינה מתאימה בכל הקשר. כמובן, ככל שקיימת אפשרות לשיתוף פעולה עם יותר מרשות אחת יש להניח כי הרשות המקומית הרלוונטית תבחן את מלוא האפשרויות לשיתוף פעולה קודם שתקבל את החלטתה.

מהלכה למעשה ומבט לעתיד

55. אם כן, התקשרות בין רשויות מקומיות לצורך ביצוע משותף של תפקידיהן מותרת על-פי דין במישור הסמכות. הלכה למעשה, היא אף מאד רווחת בפרקטיקה. יחד עם זאת, פקודת העיריות והתקנות מכוחה לא הסדירו במפורש פטור מחובת מכרז בהתקשרות שבין רשויות מקומיות.

56. אני סבורה כי הנחתם הסבירה של הצדדים – לנוכח פרקטיקה ארוכת שנים שהתפתחה תחת עינו הפקוחה של משרד הפנים – הייתה שפטור כזה קיים או שאין בו כלל צורך. כל שינוי מיידי בהחלתו של הדין יגרום להשלכות רוחב קשות שעלולות לפגוע בציבור הכללי בסופו של דבר. יתר על כן, לשיטתי במישור העקרוני אין פסול

בכך שרשות מקומית, לרבות איגוד ערים, מספקת שירותים בתשלום לרשות מקומית אחרת, ולמעשה ההפך הוא הנכון. בנסיבות אלה, אני סבורה שאין מקום לביטול על אתר של ההתקשרויות בין רשויות מקומיות בכלל ושל ההתקשרות בין הצדדים בענייננו בפרט.

57. עם זאת, ברי כי מצב זה שבו הרשויות פועלות לכאורה שלא על-פי חוק אינו רצוי. לכן, ובשים לב לכך שאין הסדרה ברורה בחוק למצבים של התקשרויות בין רשויות מקומיות – יש לקבוע כי רשויות מקומיות תהיינה רשאיות להתקשר ביניהן ללא מכרז רק עד ליום 1.6.2017 – באופן שייתן למחוקק המשנה שהות מספקת להסדרת המצב הנורמטיבי (ראו למשל: בג"ץ 2994/90 פורז נ' ממשלת ישראל, פ"ד מד(3) 324, 317 (1990); בג"ץ 2918/93 עיריית קרית גת נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(5) 832, 844-845, 850-848 (1993); בג"ץ 2313/95 קונטקט לינסן בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד נ(4) 397, 410-411 (1996); 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, 527-528 (1996); יגאל מרזל "השעיית הכרזת הבטלות" משפט וממשל ט 39 (2006)).

סוף דבר

58. אשר על כן, אם תישמע דעתי הערעור יתקבל בסייג המפורט בסעיף 57.

59. בנסיבות העניין, כל צד יישא בהוצאותיו. ההוצאות שנקבעו בפסק דינו של בית המשפט המחוזי יבוטלו, וככל שחן המקום שילמה הוצאות אלה הם יוחזרו לה.

ש ו פ ט ת

השופט מ' מזוז:

אני מסכים לפסק דינה המקיף ומאיר העיניים של חברתי השופטת ד' ברק-ארז ולמסקנות אליהן הגיעה. ואוסיף אך שלוש הערות קצרות:

1. לענין שיתוף פעולה בין רשויות מקומיות - כבר לפני כ- 65 שנים, עמד בית משפט זה על חשיבות העבודה המשותפת והמשולבת בין זרועות הממשל (בג"ץ 144/50 שייב נ' שר הביטחון, פ"ד ה 399, 406 (1951)). שיתוף פעולה בין רשויות השלטון, לרבות בין רשויות מקומיות, בעיקר שכנות, הוא דבר חיוני והכרחי במציאות

המודרנית. שיתוף פעולה כזה מאפשר, בין היתר, חסכון במשאבים, ניצול יתרונות יחסיים של רשויות מקומיות בתחומים מסוימים, כמו גם ניצול יתרון לגודל הכרוך בפעילות משותפת. הגבולות הגאוגרפיים בין רשויות הם לרוב שרירותיים ואינם מייצגים בהכרח הפרדה רציונלית, ומכל מקום - תחומי פעולה רבים עליהם מופקדות הרשויות המקומיות הם חוצי-גבולות, כגון דרכים ושירותי תחבורה, מפגעים סביבתיים, שירותי חינוך ותרבות ועוד. אין כל הגיון והצדקה לייצר "חומות סיניות" בין הרשויות המקומיות. שיתוף הפעולה הוא אפוא חיוני לשם יעילות כלכלית והשגת מטרות משותפות.

ראוי להדגיש כי זו היתה הפרשנות הנקוטה וגם הפרקטיקה הנוהגת בפועל משכבר הימים, לפיהן פעלו ופועלות רשויות מקומיות ואיגודי ערים, ולפיכך אין לקבל פרשנות המבקשת לדבוק בגישה פורמליסטית, שאף אינה מתחייבת מלשון החוק.

2. אשר לחובת המכרז – ניתן לכאורה היה להגיע למסקנה בדבר פטור ממכרז בהתקשרות בין רשויות מקומיות, בין בדרך של היקש משילוב של הוראות תקנה 3(16) לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993 ותקנה 3(10א) לתקנות העיריות (מכרזים), התשמ"ח-1987, ובין על ידי פרשנות מרחיבה של דוקטרינת "ביצוע עצמי". אולם אני שותף לדעתה של חברתי שלא נכון וראוי לפסוע בדרך זו, ובמיוחד נוכח העובדה כי בידי מחוקק המשנה להסדיר את הנושא בדרך המלך, בהליך לא מורכב יחסית, במסגרת חקיקת משנה.

3. שיהיו וסעד מושהה - כשלעצמי, איני משוכנע כלל שהעתירה לא לקתה בשיהוי, בעיקר שיהוי אובייקטיבי, כפי שנקבע על ידי בית משפט קמא, שהרי המערערת מודה שהייתה מודעת מתחילת הדרך להתקשרות בין עיריית קריית אוננו לאיגוד הערים, ושיהוי זה אף יצר אינטרס הסתמכות באופן שהפסקת ההתקשרות, ובוודאי הפסקתה לאלתר, תגרום לרשויות המתקשרות פגיעה ממשית. עם זאת, לאור העובדה שמדובר בהתקשרות מתחדשת, ונוכח חשיבות הסוגיות המתעוררות בענייננו, גם אני איני סבור שיש לדחות את הערעור בגין שיהוי. עם זאת, יש בטענת השיהוי כדי לחזק את התוצאה המוצעת על ידי חברתי לתחולה מושהית של החובה לקיים מכרז, תוך מתן שהות למחוקק המשנה להסדיר הוראת פטור לענין זה, כפי שראוי שיעשה.

אני מצטרפת בהסכמה לפסק דינה המקיף של חברתי השופטת ד' ברק-ארז ולמסקנות שאליהן הגיעה.

1. הפרשנות לפיה סעיף 249(31) לפקודת העיריות מסמיך רשויות מקומיות לפעול בשיתוף פעולה ואינו מכוון אך ל"שותפות" במתכונת העסקית הצרה של מונח זה, היא פרשנות ראויה הן על פי לשון הסעיף והן על פי התכליות והמטרות שעל קידומן והגשמתן המיטבית מופקדת הרשות המקומית. על כן, תמימת דעים אני עם חברתי השופטת ברק-ארז כי יש לדחות בהקשר זה את עמדת היועץ המשפטי לממשלה הדוגל בפרשנות צרה ומצומצמת למונח "שותפות" שבסעיף 249(31) הנ"ל. כמו כן, תמימת דעים אני עם חברתי כי אף שפטור מחובת מכרז הוא פטור מתבקש בהתקשרויות מסוג ההתקשרות שבין המשיבות 1 ו-2, אין מקום להענקת פטור כזה על דרך ההיקש מתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993. הוראות לפטור ממכרז מן הראוי לפרש באופן דווקני ומצמצם בהיותן חריג לכלל המחייב עריכת מכרז (עומר דקל מכרזים כרך ראשון 219 (2004); בג"ץ 4672/90 אריאל הנדסת חשמל רמזורים ובקרה בע"מ נ' עיריית חיפה, פ"ד מו(3) 267, 269-270 (1992)) והענקת פטור על דרך ההיקש אינה מתיישבת עם גישה פרשנית זו.

בנסיבות שנוצרו אני מצטרפת, אם כן, לתוצאה שהציעה חברתי ולפיה יש לאפשר את המשך המצב הקיים לפרק זמן של כשנה (עד יום 1.6.2017), על מנת לאפשר למחוקק המשנה ליתן דעתו לסוגיה ולפעול להסדרתה במהלך תקופה זו.

2. לבסוף אבקש להעיר כי כחברי השופט מ' מזוז אף אני אינני משוכנעת כלל וכלל שהעתירה דנן לא לקתה בשיהוי. עמד על כך בית המשפט קמא אשר ראה לדחות את העתירה מטעם זה בלבד, בצינו כי כל העובדות והנתונים הנוגעים להתקשרות בין המשיבות 1 ו-2 היו ידועים למערערת לאורך שנים, אך היא התעוררה להגיש את העתירה דנן רק בשנת 2013 בלא שהיה בפיה הסבר כלשהו המניח את הדעת להשתוות זו. חברתי ציינה בחוות דעתה כי הואיל ו"העתירה מכוונת כנגד התנהלות נמשכת של הרשות ויש בה אף כדי להשפיע על התנהלות הרשות במבט הצופה פני עתיד, אין לדחותה על הסף בשל שיהוי" (פסקה 22 לפסק דינה). בנסיבות המקרה דנן ונוכח השלכות הרוחב המשמעותיות שיש לסוגיות אותן הציפה המערערת בעתירתה לגבי הפרקטיקה הנוהגת, ובעיקר נוכח החשיבות שיש להסדרתן במבט צופה פני עתיד, אני מצטרפת לעמדת חברתי לפיה אין בטענת השיהוי כדי לחסום במקרה דנן את הדיון

לגופם של דברים. עם זאת, ברצוני להדגיש כי אין להסיק מכך כי בכל מקרה שבו מדובר בהתנהלות נמשכת של רשות ובעתירה מינהלית הצופה פני עתיד תיכשל בהכרח טענת השיהוי. כזכור, קובעות תקנות 3 ו-4 לתקנות בתי משפט לעניינים מינהליים (סדרי דין), תשס"א-2000 (להלן: התקנות) שהותקנו מכוח חוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000, הסדר מפורט ומפורש בסוגיית השיהוי. על-כן משנוצר שיהוי על פי אמות המידה הקבועות לעניין זה בתקנה 3 לתקנות, על בית המשפט להידרש לסוגיית הארכת המועד על פי תקנה 3(ג) ולמכלול השיקולים – ככל שיש כאלה – אשר יצדיקו מתן ארכה כאמור. אוסיף ואומר כי להשקפתי ככל שהשיהוי מובהק יותר ובייחוד משאין בפי העותר הסבר המניח את הדעת לכך, כך יידרשו טעמים כבדי משקל להתגבר על משוכת הסף שהציב מחוקק המשנה בהקשר זה.

במקרה דנן מקובלת עליי העמדה כי אין לחסום על הסף את בירור הטענות שהועלו בעתירה, למרות השיהוי הניכר שחל בהעלאתן על ידי המערערת, וזאת בהתקיים טעמים כבדי משקל המצדיקים זאת.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז.

ניתן היום, י' בסיון התשע"ו (16.6.2016).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט ת