

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים בענינים מנהליים**עע"ם 9241/09**

בפני : כבוד השופט א' א' לוי
 כבוד השופטת ע' ארבל
 כבוד השופט נ' הנדל

המערערת : שלג לבן 1986 בע"מ

נ ג ד

המשיבות : 1. עיריית אשקלון
 2. רם ק.ר.ם בע"מ
 3. תנופה שירותי כח אדם בע"מ
 4. י.י.א אחזקה ושירותים בע"מ

**ערעור על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי בבאר-שבע
 בעת"מ 357/09 [פורסם בנבו] מיום 8.11.09, שניתן בידי
 כבוד הנשיא מ' אלון**

תאריך הישיבה : ח' באייר התש"ע (22.4.10)
 בשם המערערת : עו"ד רות ברק ; עו"ד רונית גרבר
 בשם משיבה 1 : עו"ד יריב אבישור
 בשם משיבה 2 : עו"ד גבריאל תבור
 בשם משיבה 3 : עו"ד אשר שור ; עו"ד אדי לזר
 בשם משיבה 4 : עו"ד אמיר קמינצקי

פסק-דין

השופט א' א' לוי

רקע עובדתי

1. בחודש מאי 2009 פרסמה משיבה 1, עיריית אשקלון, מכרז לקבלת שירותי ניקיון במשרדיה ובמוסדות חינוך בעיר, לתקופה של שנתיים עם אפשרות הארכה לתקופה נוספת. המערערת והמשיבות היו בין המציעות במכרז, וזכתה בו משיבה 2, רם ק.ר.ם בע"מ.

בסעיף 2(ב)(3) לתנאי המכרז נקבע:

"ההצעות תהיינה מבוססות על מסמכי המכרז [ובהם] טופס 'הצעת משתתף במכרז' הכולל תמחיר עלות שכר למעביד (נספח א' לטופס ההצעה)".

נספח א', הוא טופס הצעת המשתתף, הוסיף וקבע:

"הסכום לשעת עבודה [שיציע משתתף] לא יפחת מסכום המינימום בסך של 28.64 ש"ח".

על-פי האמור בסעיף 4 לתנאי המכרז, הצעה ובה נקב מחיר נמוך מסכום המינימום – נידונה להיפסל.

סכום המינימום התבסס על משתנה יחיד: עלות העסקתו כדין של עובד ניקיון. התחשיב שערכה העירייה נשען על חוזר מטעם החשב הכללי במשרד האוצר מס' 2007-2-41 מיום י' באב התשס"ז (25.7.07), שכותרתו "הגנה על זכויות עובדים המועסקים בידי קבלני שירותים", ואומץ כמחייב את הרשויות המקומיות בחוזר מנכ"ל מרכז השלטון המקומי מס' 460 מחודש דצמבר 2007, על-פי הנחייתו של מנכ"ל משרד הפנים. לפי קביעתו של החשב הכללי, עלות העסקתו של עובד ניקיון עמדה על 28.64 ש"ח לשעה. זאת, בהתאם לרכיבי השכר להם זכאי, על-פי חוקי העבודה, עובד בעל ותק של למעלה משנה – לרבות שכר מינימום, תוספת ותק, חופשת מחלה, דמי הבראה, פיצויי פיטורים ועוד.

המערערת הציעה לספק את השירות תמורת 29.34 ש"ח לשעת עבודה. הזוכה, רם ק.ר.ם, הגישה הצעה נמוכה יותר, בדיוק בסכום המינימום שנקבע. אך מאחר שחזקה על מציע במכרז כי הצעתו משקפת לא רק את עלויות השכר של עובדיו, כי אם הוצאות נוספות (כאן – חומרים, ציוד ועלויות פיקוח), וכן רווח, הוזמנה הזוכה להסביר לוועדת המכרזים כיצד תוכל לעמוד על-פי הצעתה בתנאי המכרז. לאחר דין ודברים שאיני רואה מקום להרחיב בהם כאן, הגישה הזוכה תחשיב ממנו עלה כי גם במחיר המינימום ניתן לקיים את תנאי המכרז, ואף להרוויח ממנו. התחשיב היה פשוט: בעוד שמרכיבי התשלום לעובד, כפי שפורטו על בסיס קביעותיו של החשב הכללי, התייחסו לעובדים בעלי ותק של יותר משנה, הרי שהזוכה הניחה כי חלק מן העובדים אותם תעסיק יהיו בעלי ותק קצר מכך, ולפיכך עלות העסקתם תהיה קטנה יותר.

בחישוב ההפרשה לפנסיה, שבה מחויב מעסיק רק לאחר חצי שנת עבודה, נלקח בחשבון כי "20% מהעובדים צפויים לא לעבוד מעל חצי שנה" (כתב תמחור מיום 16.7.09, מוצג ז' למוצגי המערערת). בתשלום לפיצויי פיטורים ובתשלום תוספת הוותק, להם זכאי עובד שצבר ותק של שנה ומעלה, "נלקחו [בחשבון רק] 60% מהעובדים], הצפויים לעבוד מעל שנה" (ש). העלות בגין דמי מחלה חושבה כנמוכה יותר, היות ש"מנסיוננו אחוז ניצול ימי מחלה מלאים הינו 50%" (ש). מרכיב התשלומים לביטוח הלאומי הועמד גם הוא על שיעור נמוך מן הקבוע בהוראות החשב הכללי, על בסיס ההנחה כי חיסכון בתשלומם של מרכיבי השכר שנזכרו לעיל יחסוך גם את החובה לשלם בגינם את תשלומי הביטוח הלאומי. על יסוד כל אלה טענה הזוכה כי היא תוכל לשלם לעובדים את שכרם כדין, לשאת ביתר ההוצאות הכרוכות במתן השירות, ואף להפיק מן ההתקשרות עם העירייה רווח, אם כי נמוך, של מעט למעלה מ-2 אחוזים משווי העסקה.

2. בית-המשפט המחוזי בבאר-שבע דחה את טענת המערערת כי יש לבטל את המכרז בהיעדר אומדן שהוכן כדין, וממילא יש לפסול את ההצעה הזוכה אשר שיקפה אחד משניים: גריעה מן התשלומים שיש לשלם לעובדים, ופירושה פגיעה בזכויותיהם; ולחלופין הפסד כספי למציע, לאמור, הצעה גירעונית בה הוא לא יוכל לעמוד. נקבע, כי "התחשיב שערכה חברת רם לגבי תמהיל הוותק של העובדים שישוּבצו על ידה לביצוע העבודות כמפחית משולי העלות המוצעת שבתמחיר, אינו מופרך והוא מתקבל על הדעת" (בפסקה השלישית לפסק-הדין). "אין ספק", כתב הנשיא המלומד, "כי עדיף לעובדים שמקום העבודה שלהם יהיה לתקופה ארוכה. ברם, נתון זה לא היה תנאי מהותי במכרז – לא במפורש ולא מכללא והרחבתו כתנאי סף שבדיעבד מנוגדת לעקרונות דיני המכרזים" (ש, בפס' 5). "מחיר ההצעה", הוסיפה וקבעה הערכאה קמא, "מבטיח איפוא את תשלומי העובדים" (ש, בפס' 4). באשר למכרז נפסק, כי "נספחי הצעות מחירי המינימום לעלות שעת עבודה ממוצעת – עולים כדי האומדן הנדרש – וזאת נוכח מהותו של המכרז אשר התמחיר והעלויות שבו מורכבים באופן מכריע, כמעט מוחלט, מעלויות שעת עבודה ממוצעת" (ש, בפס' 7).

בכך מצוי עיקרו של הערעור שבפנינו, ופשיטא בעיני כי יש לקבלו.

המסגרת הנורמטיבית

3. סעיף 197 לפקודת העיריות [נוסח חדש], התשכ"ד-1964 (כמקביליו – סעיף 192 לצו המועצות המקומיות (א), התשי"א-1951 וסעיף 89 לצו המועצות המקומיות (מועצות אזוריות), התשי"ח-1958), קובע את חובתן של עיריות להתקשר בחוזה לביצוע עבודה על-פי מכרז פומבי. הפקודה, כמו [תקנות העיריות \(מכרזים\)](#), התשמ"ח-1987 אשר הותקנו מכוחה, אינה מדברת בחובה להקפיד בזכויותיהם של עובדי הקבלן עמו נקשרת העירייה בחוזה. גם [בחוק חובת המכרזים](#), התשנ"ב-1992, המסדיר את חובת ההתקשרות במכרז פומבי בידי משרדי הממשלה וגופים ציבוריים נוספים, לא נכללה עד לאחרונה הוראה ברוח זו.

אלא שמשטר ההגנה על זכויות עובדיו של מציע במכרז ציבורי הוא חלק בלתי נפרד מדיני המכרזים, בכוח ובעת האחרונה גם בפועל. משטר זה נגזר, ראש וראשונה, מחובת הנאמנות לציבור של רשויות המנהל (דפנה ברק-ארז משפט מינהלי 631 (2010)), מן העובדה כי המטרות שלשמן הן פועלות אינן כלכליות גרידא (עומר [דקל חובת המכרז של גופים](#) מינהליים 49, 293 (2001)), ומכפיפות פעולתן של רשויות אלו לכל אשר נכלל בתקנת הציבור, היינו, ל"עקרונות היסוד של השיטה המשפטית" (שושנה גביש סוגיות בדיני מכרזים ציבוריים 24 (1997)). אין חולק, כי חוקי המגן בעבודה הם עצם מעצמותיהם של עקרונות אלה. כך, הטעימה גם ההלכה הפסוקה כי "כאשר מתקשרת המדינה עם גורמים חיצוניים זכאית היא ואף חובה עליה לעשות את שבידה כדי להבטיח את השמירה על חוקי המגן וכדי להבטיח צמצום היקף הפגיעה בזכויות העובדים" ([בג"ץ 10245/07](#) הארגון הארצי של מפעלי השמירה והאבטחה בישראל נ' משרד המשפטים (פורסם בנבו), 25.12.07). וכל אשר אמור במדינה, אמור מבחינה זו גם ברשויות המקומיות, הכפופות בפעולתן לאותם עקרונות של המשפט הציבורי.

לצדה של חובה עקרונית זו, נרשמו בשנים האחרונות מספר צעדים קונקרטיים להעמקת ההגנה על זכויות עובדיו של מציע במכרז ציבורי. בפברואר 2007 קיבלה הממשלה את החלטתה מס' 1134, המורה לחשב הכללי במשרד האוצר להרחיב את אכיפתם של חוקי העבודה על ספקי שירותים לממשלה בענפים עתירי כוח-אדם, ולקבוע הוראות להגנה על זכויות עובדיהם. בד בבד, נצטוו מנכ"ל משרד הפנים ומנהל רשות החברות הממשלתיות ליישם כללים אלה ברשויות המקומיות ובחברות הממשלתיות. בעקבות כך, הפך תקנון הכספים והמשק (תכ"ם) שמפרסם החשב הכללי

ובו, כאמור, כללים להגנה על זכויות העובדים, למחייב את מרביתן של רשויות הציבור (ראו גם גבריאלה שלו "מכרזים ציבוריים לאחר חוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992" משפט וממשל ב 455, 457 (1995); שמואל הרציג דיני מכרזים ב 72 (2002)).

בחודש פברואר 2009 תוקנו תקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993, ק"ת 6750, בתיקון שעיקרו נכנס לתוקף ביוני 2009 ושזר בתקנות, כחוט השני, את החובה להקפיד בזכויותיהם של עובדים. כך, בין היתר, הוסמכה ועדת מכרזים לפסול הצעות שקבלתן כרוכה בפגיעה בזכויות עובדים (תקנה 20(ד) לתקנות); נקבע כי תידחה הצעתו של מציע, שבשנים שקדמו למכרז הורשע בהפרה של דיני העבודה (תקנה 6א(א)); והוטעם כי הקפדה בזכויות עובדים היא מאמות המידה לשקילת ההצעות הכשרות שהוגשו (תקנה 22(א)(6)). תקנות אלו, כלשונו, אמנם אינן מחייבות את הרשויות המקומיות, באשר הן מקיפות אך את הכפופים לחוק חובת המכרזים, אולם בהיעדר יסוד מהותי להבחנה בענין זה בין משרדי הממשלה לבין השלטון המקומי, אך טבעי הוא כי את שטרם קבע מתקין התקנות בלשון מפורשת, תשלים הפסיקה ולנגד עיניה ראייה קוהרנטית של יסודות המכרז הציבורי.

לעקרון שבבסיס הדברים, היינו, כי כחלק מדרישתם של דיני המכרזים לבחינתה של הצעה על יסוד התועלת שיש בה לציבור ומחירה ההוגן והסביר, היא תיבחן גם על-פי יחסה אל זכויות העובדים העתידיים להיות מועסקים מכוחה, ניתן כבר ביטוי בפסיקתן של ערכאות השיפוט המנהליות של הערכאה הראשונה. בפרשה, שבאה לא מכבר בפני בית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו, היטיבה לתאר זאת כבוד השופט מ' רובינשטיין:

"החלטה סבירה של ועדת המכרזים עשויה לבחור בהצעה שאינה הזולה ביותר בהתחשב בשיקולים נוספים לקריטריון המחיר. שיקול [כזה] הינו יכולתה של המציעה להבטיח את זכויותיהם של עובדיה במסגרת הפרויקט נשוא המכרז. שיקול זה שונה משיקולים כגון ניסיונה של המציעה, הכשרתה, אמינותה וכיו"ב, מאחר שאין הוא מתייחס ליכולתה של המזמינה לספק את השירותים המוזמנים במכרז, אלא לאינטרס של צד שלישי שלכאורה אינו מהווה חלק מההתקשרות בין הצדדים – עובדי המציע. על אף ששיקול זה אינו נוגע לכאורה למערכת היחסים שבין המזמין למציע, מסתמנת בשנים האחרונות מגמה ברורה, הן על ידי גופי השלטון והן על ידי בתי המשפט, להקפיד על כי מכרזים לאספקת שירותים לגופים ציבוריים יבטיחו גם את זכויותיהם של

העובדים המספקים את אותם השירותים" (עת"מ (ת"א) 1705/07 מודיעין אזרחי בע"מ נ' אגוד ערים אזור דן, בפסקה 12 [פורסם בנבו] (24.2.08)).

מכרזים ציבוריים כמצע להפרתן של זכויות עובדים

4. התפישה המשפטית המתוארת התפתחה על רקע מציאות פוגענית, שהיא למרבה הצער מנת חלקם של ענפי שירותים כאבטחה וניקיון זה שנים רבות, וחדרה אל לבו של השירות הציבורי ככל שרבו התקשרויותיו עם קבלנים חיצוניים. מאפיין עיקרי של התקשרויות מסוג זה הוא החיץ שהן מקימות בין המעסיק הישיר לבין העובד, ענין המצמצם את "נראותו" של האחרון, את כוח המיקוח שלו ואת הידע העומד לרשותו, ופותח פתח – רחב עד מאד – לגריעה מזכויותיו. "שכירת שירותי כוח אדם", כתב דר' עומר דקל בספרו, "הפכה זה מכבר לאמצעי קל לעקיפת מגבלות סטטוטוריות בדבר שכר מינימום, חובת מתן תנאים סוציאליים לעובדים וכדומה" (חובת המכרז לעיל, בעמ' 371, ה"ש 42). מחקר קליני שנערך לפני שנים אחדות באוניברסיטה העברית בירושלים עמד על תופעה זו מקרוב:

"קבלני השירותים פועלים למטרות רווח, וכלל אין שום בסיס להניח כי קבלנים יהיו מוכנים לשאת על גבם את מימון הפער שבין עלות אספקת השירות לבין המחיר שהם מבקשים תמורת שירותיהם... את מחיר ההצעה הנמוכה [במכרז] משלמים בדרך כלל העובדים, שהם החוליה החלשה ביותר בשרשרת. בפרויקט שטח שתיעד את תנאי העסקתם של 46 עובדי קבלן במשרדי הממשלה (בייחוד בניקיון) כמעט בכל הפרמטרים שלגביהם נשאלו העובדים נמצאו שיעורים גבוהים למדי של הפרות זכויות המגן. מרבית העובדים דיווחו שאינם מקבלים תשלומי פנסיה, שלהם הם זכאים לפי צווי ההרחבה בתחום הניקיון (כמעט 40 עובדים מתוך 46). מספר דומה של עובדים דיווח שאינם מקבלים תשלום עבור ימי חגים, וכך גם לגבי תשלום שעות נוספות ותשלום בגין ימי מחלה. 28 עובדים (מתוך 36 שענו על השאלה) דיווחו כי הם אינם מקבלים חופשה שנתית; 31 עובדים (מתוך 43) דיווחו שאינם מקבלים תשלום דמי הבראה. מרבית העובדים דיווחו על מספר גבוה של הפרות גם יחד. ממצאים דומים נמצאו גם בבדיקות שטח בנוגע להפרת זכויות של עובדי אבטחה המועסקים באמצעות קבלנים... שיטת מכרזי ההפסד הפכה להיות 'חממה' להעסקה פוגענית" (אבישי בניש ורועי צרפתי "כאשר העבודה חוזרת להיות מצרך: בחינה ביקורתית של מכרזי הפסד ברכישת שירותים עתירי כוח אדם" מעשי משפט א 93, 98 (2008). ההדגשות הוספו).

הצצה לדרך בה מתרחשים הדברים בפועל ניתנה עוד בישיבתה של ועדת העבודה, הרווחה והבריאות של הכנסת מיום י"א באדר ב' התשס"ה (22.5.05), שהוקדשה לנושא העובדים בשירותים עתירי כוח-האדם, ובה העיד אחד מקבלני השירותים על מה שהוא נחלתם של רבים מן המעסיקים:

"אני יכול להגיד לך שבגלל המצב בשוק היום, אני אוטומטית לא אשלם תנאים סוציאליים לעובדים, [וזאת] כדי לשרוד. [רק] עובד שבא לבקש, אני לא אמנע את זה ממנו, שזאת הרמה הכי גבוהה של הוגנות בשוק שלי... אני צריך לשלם שכר מינימום פלוס ביטוח לאומי וחופש, כאשר אחרי שבעה או שמונה חודשים אני מפטר [את העובד] ואני לא צריך לשלם לו גמל, הבראה ופיצויים..."

דיני המכרזים כאמצעי מונע

5. על הדעת עולים מנגנונים שונים, מענפי משפט אחדים, אשר בכוחם לצמצם הפרות אלו של דיני העבודה. חלקם מופעלים לאחר שההפרה התרחשה והם מבוססים על שיקולים אחרים (שיקולי ex post). כאלה הם, בין השאר, אמצעי הפיקוח שיכול עורך המכרז להפעיל כלפי הזוכה מכוחם של דיני התרופות החוזיים. כאלה הם דיני העבודה, העומדים לרשותו של עובד המבקש להגן על זכויותיו. וכאלה הם גם עקרונותיו של המשפט המנהלי, מכוחם ניתן לבוא בטרוניה אל רשות שלטונית שאינה מקיימת את חובותיה הציבוריות. מטבעם, אמצעים אחרים הם מדויקים יותר בהתמודדות עם הפרה שאירעה, הואיל וביכולתם להביא בחשבון, בין היתר, את טיב ההפרה, את נסיבותיה ואת עומקה. אולם כוחם כאמצעי מונע, שעיקרו בהרתעת המפר מפני השימוש בהם, הוא מוגבל. ככל שהדברים אמורים בעורך המכרז, הרי שיש להטיל ספק במידת המוטיבציה שלו לפתוח מחדש התקשרות שנמצאה מועדפת בשל מחירה, ושאיפת תנאיה או החלפתה באחרת כרוכים בהליך יקר ומסוכן. באשר לעובד הנפגע, הרי שמציאות החיים מראה כי נגישותו למידע אודות זכויותיו היא מצומצמת, ונכונותו לתבוע את קיומן של הזכויות להן הוא מודע, מעטה אף יותר.

6. לעומת זאת, דיני המכרזים מבקשים לבחון הפרה אפשרית של זכויות העובדים במבט הצופה פני עתיד (ex ante), וחותרים למניעתה של הפגיעה בטרם תתרחש. באופן טבעי, הדרך בה הם מופעלים נגזרת מכך שבשלב המקדים אין יודעים את פרטיה של ההפרה, באשר היא טרם אירעה, וכל שניתן לעשות הוא לקבוע מסגרת כללית אשר

תצמצם את הסיכויים להתרחשותה. מסגרת זו, המוטמעת כחלק מתנאי המכרז בהם על כל מציע לעמוד, ודאי שאינה מדויקת. לדוגמה, עורך מכרז המבקש לצמצם את הסיכון לפגיעה בזכויותיהן של נשים עובדות, ולהבטיח כי המציע יעמוד בחובותיו מכוחם של דיני המגן לנשים בעבודה, עשוי לדרוש מן המציעים במכרז להראות כי בכוחם להקפיד בזכויות המיוחדות לנשים בעבודה. כל זאת, שעה שאין הוא יודע אם בפועל יועסקו נשים בעבודה המוצעת או מה יהא שיעורן מבין כלל העובדים. אך מובן הוא, כי מרכיב ההערכה הטבוע בכל הפעלה של אמצעי מעין זה, עלול לגרוע מכוחו להבטיח מניעה מוחלטת של הפרות עתידיות. אך המבט הפרוספקטיבי נושא עמו תרומה סגולית למאמץ המשולב להפחתת הסיכון לפגיעה בזכויות עובדים. כך דומה, כי סיכולה של הפגיעה בשלב המקדים הוא יעיל יותר, לא רק מבחינתם של עקרונות משפט העבודה אלא גם בהתייחס למטרותיו הנוספות של מוסד המכרז. מוצא אני ממש בקביעה כי "המדינה בכובעה כמזמינה היא המונע היעיל ביותר של תופעה זו [של גריעה מזכויות העובדים]" (בניש וצרפתי לעיל, בעמ' 104).

ייחודם של דיני המכרזים הציבוריים הוא בכך שהם ניצבים על צומת דרכים משפטי, המנקז אליו יסודות מתחומי משפט שונים. יעילות מנהלית וכלכלית, מוסר, אתיקה ציבורית, קיומו של חופש חוזים במובנו הרחב, הקפדה בעקרון השוויון, לרבות שוויון בהזדמנויות, הם חלק מן העקרונות המצטלבים בו (עומר [דקל מכרזים](#) כרך א 92 (2004); עומר דקל "מטרות המכרז: השוויון אינו העיקר" 99 יצחק זמיר על משפט, ממשל וחברה (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים) 441, 474 (2005)). הגשמתו של משפט העבודה המגן היא, להשקפתי, ממטרותיהם של דיני המכרזים, ועומדת היא על רגליה שלה, שכס אל שכס עם התכליות האחרות.

עקרונות משפט העבודה – מידה של ביטחון סוציאלי לעובד

7. גם לדיני המגן בעבודה מטרות אחדות. הבטחתה של מידה של ביטחון סוציאלי לעובד היא אחת מהן. תמציתה בכך שכאשר מנוע העובד מלעבוד הוא יוכל, לפרק זמן מסוים, להמשיך ולכלכל את עצמו. עובד הנופל למשכב, זכאי לחופשת מחלה. עובדת שילדה, זכאית לחופשת לידה. עובד שפוטר זכאי לפיצויים, ומטרתם לאפשר לו להתקיים בעת שהוא תר אחר מקום עבודה חלופי. מועסקת המצויה בחופשה או בתקופת הבראה, ממשיכה משכורתה להשתלם לה אף שאינה עובדת בפועל. חלקן של זכויות סוציאליות אלו נובע מן הזיקה שבין העובד לבין מקום עבודתו. עובד מסור, הנקשר למקום העבודה במידה המקנה למעסיקו ביטחון בכוחו

לקיים את בית-העסק, ראוי לביטחון דומה בכוחו להתפרנס. אינדיקציה לקיומו של קשר העסקה מבוסס, מצויה, בין השאר, בוותק שצבר העובד במקום העבודה. תפישתם של דיני העבודה היא כי עובד, שהקשר שלו עם המעסיק נותק לאחר חודשים ספורים, אין דינו כדין מי שעבד במקום העבודה פרק זמן של שנה ויותר.

אלא שרעיון זה, והגיונו בצדו, עלול שכרו לצאת בהפסדו. מעסיק, הנהנה מעבודתו של אדם, עלול חרף זאת לסיים את קשר ההעסקה אם לפי חישובו הרווח הכספי שהוא מפיק מאותו עובד נמוך מעלות הנשיאה בתשלומים הסוציאליים בהם הוא יחוב עם הזמן. מצב זה אינו מאפיין דרך כלל את העסקתם של עובדים חזקים, בעלי כוח שוק משמעותי. אך הוא נפוץ עד מאד ככל שהדבר נוגע לעובדים חלשים, שאת מיומנותם המקצועית יכול לספק בכל עת עובד ותיק פחות, אשר טרם צבר זכויות. כאלה הם העובדים בענפי השירותים עתירי כוח-האדם, כענף הניקיון ודומיו. אין זה פלא, אפוא, כי יש מבין מעסיקיהם של עובדי ניקיון אשר בוחרים לאמץ, כשיטה, את סיומו של קשר העבודה בטרם מלאה לו שנה, במטרה להגדיל את הרווח הכספי שהם מפיקים. כשמדובר בהגשתה של הצעה למכרז ציבורי לשירותי ניקיון, שבו ממילא שולי הרווח הם נמוכים מאד, תקף החשש שבעתיים.

8. כוחות השוק אינם יכולים לספק לכך מענה. נדרשת פעולה רגולטורית. דיני העבודה פיתחו מספר כלים להתמודדות עם מצב דברים מעין זה. כך, ממאן הדין להעניק תוקף לסיומו של קשר העבודה מקום בו קם יסוד למסקנה כי עילתו בהימנעות מתשלום הזכויות הסוציאליות. סעיף 3 לחוק [פיצויי פיטורים](#), התשכ"ג-1953 קובע חזקה ולפיה "פיטורים סמוך לפני סוף שנת עבודה ראשונה, יראו אותם – אם לא הוכח היפוכו של דבר – כאילו נעשו מתוך כוונה להימנע מחובת תשלום פיצויי פיטורים ואין פיטורים כאלה פוגעים בזכות הפיצויים". ההלכה הפסוקה הוסיפה על כך וקבעה כי הוראה זו תיושם באורח מהותי, היינו, כי גם פיטורים שאינם סמוכים לתום השנה הראשונה אך הרקע להם הוא כוונה להימנע מתשלום, לא ישללו את חבות המעסיק ([דב"ע נה/3-44](#) קרא – אופיר, בפסקה 11 (פורסם בנבו), 22.2.95); [ע"ע 122/03](#) וקסמן – "אי.טי.טי" 24 מסביב לשעון (פורסם בנבו), 7.1.07); יצחק לובוצקי טיוס יחסי העבודה – 3-9 (2004)). בדומה, נפסק כי העסקתו של עובד לתקופה קצובה שלא בשל צורכי העבודה, אלא על רקע כוונה למנוע ממנו צבירת ותק וזכויות, אין בה כדי לשלול את זכאותו ([ע"ע 420/06](#) קוגן – כפיר ביטחון ומיגון אלקטרוני בע"מ, בפסקה 12 (ב) (פורסם בנבו), 6.5.07).

9. אלו הם, כאמור, אמצעים אחרים, המיועדים להתמודד עם הימנעות מכוונת מנשיאה בחבות כלפי עובדים, אחרי שאירעה. אך עיקר מצוי בכלל המשפטי העולה מהם, ולפיו אין להכיר בסיומו של קשר העבודה בידי המעסיק כעילה להימנעות מקיום זכויותיו של עובד. בבואתו של כלל זה, כשהוא נשקף באספקלריה של דיני המכרזים, היא כי מציע אינו רשאי להסתמך על פיטורי העובד או על גריעה אחרת מזכויותיו – שאין מקורם אלא ברצון לחסוך בעלויות, כחלק מן המאמץ להקנות להצעתו עדיפות.

לרשותו של עורך מכרז, המבקש להגן על עובדי הזוכה מפני פגיעה בזכויותיהם, עומדים כלים מגוונים (ראו למשל [דקל, מכרזים](#) א לעיל, בעמ' 414). אחד מהם הוא זה שננקט במקרה שבפנינו, היינו, קביעתו כחלק מתנאי המכרז של מחיר ובו מגולמת עלות ההעסקה כדין. אמצעי זה, בהיותו צעד מניעתי הננקט מבעוד מועד, אינו יכול לדייק ולהידרש לכתחילה לכל הפרה אפשרית שהיא. מטבעו, נגזר עליו להתמקד בקביעתן של דרישות-סף המכוונות להתמודד עם שורש הרע שבהתנהלותם של מעסיקים. ומאחר שפתח מרכזי לפגיעה בעובדים הוא פיטוריהם בטרם תמלא שנה להעסקתם, טעם רב מצוי בחישובה של עלות ההעסקה על-פי מרכיבי שכרו של עובד המועסק למעלה משנה. אך מובן הוא, כי אמצעי זה אינו יכול להבטיח כי הפרה לא תתרחש. אולם, יש בו, ראשית, כדי לבטא את עמדתה של הרשות הציבורית, עורכת המכרז, כי לא תשלים עם גריעה מזכויות העובד; ושנית, ההנחה היא כי מציע שלכתחילה יתחייב למחיר המשקף העסקה כדין, יוכל גם לסופם של דברים לעמוד בתנאי המכרז, והמוטיבציה שלו להפר את זכויות המועסק כדי לזכות במכרז ולקיימו – תפחת. בכך דומה הדבר לרציונל שבבסיס שלילתה של הצעה גרעונית, אשר יש חשש כי לסופם של דברים תגרום לכך שהזוכה יתקשה לקיים את תנאי המכרז (הרציג דיני מכרזים א 217 (2001); עומר [דקל מכרזים](#) כרך ב 123 (2006)). עם זאת, רואה אני מקום לשוב ולהטעים, הטעם-היטב, כי התפישה ולפיה יש להגן על זכויות העובדים במכרז אינה שואבת את עיקר כוחה מן התועלת שבקיומו של המכרז בתנאיה של ההצעה הזוכה, אלא עומדת היא לעצמה, כמטרה מבין שורת המטרות שמבקשים דיני המכרזים להגשים.

תנאי המכרז ועריכתו של אומדן

10. מן האמור לעיל ברור כי קביעתו של מחיר סף, המשקלל אך ורק את עלות ההעסקה ומתעלם ממרכיבי עלות אחרים שבמכרז, כהוצאות אחרות ורווח, חוטאת למטרה הנזכרת. טמון בה אותו יסוד לחשש, כי אם הצעה הנוקבת במחיר הסף אינה

גרעונית, הרי שהיא נושאת בכנפיה גריעה מזכויות העובדים. מכרז שאלו הם תנאיו, כמו קורא להפרתם של יסודות משפט העבודה, ולחלופין של עקרון היעילות. לא ניתן, אפוא, להשלים עם קיומו. מנגנון של מחיר מינימום אינו, כפי שכבר ציינתי, כלי יחיד ומתחייב בהגנה על זכויות עובדים, אך אם בחרה הרשות לעשות בו שימוש, עליה לוודא כי הוא מספק הגנה אמיתית, לא כל שכן שהוא עצמו אינו הגורם להפרה עתידית ממנה מבקשים להימנע.

11. מקומם הטבעי של מרכיבי העלות המפורטים ימצא להם באומדן, אותו נדרשת הרשות המקומית עורכת המכרז לגבש על-פי דין, מכוח חובתה שלפי תקנה 11 לתקנות [העיריות \(מכרזים\)](#). תקנה זו מחייבת להפקיד בתיבת המכרזים, מבעוד מועד, "אומדן מפורט של ההוצאות או ההכנסות הכרוכות בחוזה המוצע". האומדן משמש, על-פי תכליתו, מישור ייחוס אובייקטיבי לאורו נבחנות ההצעות הכשרות שהוגשו ([דקל, מכרזים](#) א לעיל, בעמ' 385). עליו לכלול פירוט של כל מרכיבי העלות המשוערים, אל מולם תעמיד ועדת המכרזים את מרכיבי העלות המוצעים. חזקה היא, כי האומדן מבטא את ערכה הנכון של ההתקשרות, אך חזקה זו ניתנת לסתירה מקום בו הוכח, כי שיעור האומדן אינו סביר (שס). תוצאת קיומו של אומדן בלתי סביר תשתנה בהתאם לנסיבות (הרציג א לעיל, בעמ' 220). אולם, איני רואה צורך להרחיב בדבר כאן. שכן, עיקר בעיני הוא כי האומדן אינו מחליף את תנאיו המהותיים של המכרז. אין הוא אלא כלי עזר לעורך המכרז בגיבוש תנאיו ובבחינתן של ההצעות. אך ברי הוא לפיכך, כי גם אומדן סביר, שנערך כדין, לא יוכל לחפות על פגם שנפל בתנאי המכרז.

המכרז שבפנינו

12. להשקפתי, במקרה שבפנינו הייתה ההצעה שהוגשה גרעונית או פוגעת בזכויות העובדים. הצעה כזו לא ניתן היה להעדיף הואיל ומציעה גילה דעתו, במחיר שנקב בה, כי יקשה עליו לקיים את תנאי המכרז ולהגשים את תכליותיו. קיומו של רווח לזוכה מותנה היה, על-פי אותה הצעה, בהתגשמותן של הנחות בדבר הרכבו של כוח העבודה העתידי שאותו יעסיק הקבלן. לא בפני ועדת המכרזים בגדר הבירור שערכה, אף לא בתשובתה לערעור זה, עלה בידי משיבה 2 להסביר מה יסוד הוא להתגשמותן של הנחות אלו. שהרי ממה נפשך: או שמדובר בהנחות תיאורטיות, שאינן יכולות לשמש בסיס לזכיייה במכרז – ועל כך נכתב כי "בכגון אלה אין להסתפק בהשערות ובהנחות בלתי מבוססות מצד החברות שהגישו הצעות במכרז, הנחות לעתיד שקיים קושי של ממש לבדוק אותן ולערוך מעקב לגביהן ולוודא כי אכן התקיימו" ([עת"מ \(ירושלים\)](#)

[1077/06](#) כח עצמה בע"מ נ' קרן קיימת לישראל, בפסקה 22 לפסק-דינה של כבוד השופטת י' צור [פורסם בנבו] (25.2.07); או שהערכתה של משיבה 2 סמכה עצמה על כוונה עתידית באשר להעסקתם של עובדיה, כוונה שאינה מתיישבת עם עקרונות משפט העבודה. גם על כגון דא נכתב, כי "מן הראוי היה שוועדת המכרזים לא תסמוך כפיה על [הצעה], שאינה מוסרית ואינה ראויה, באשר מראש נראית בה כוונתה של המציעה] לפגוע בתנאי העסקתם של עובדיה" (עת"מ (נצרת) [117/08](#) רשף ביטחון [1993] בע"מ נ' עיריית עפולה, בפסקה 55 לפסק-דינו של כבוד השופט ב' ארבל [פורסם בנבו] (12.10.08)). כך או כך, בהצעה זו לא ניתן להכיר ככשרה, וממילא לא היה מקום להעדיפה על-פני הצעותיהם של מציעים אחרים במכרז.

13. אולם לא רק ההצעה הזוכה לקתה בפגם חמור, אלא אף המכרז עצמו. כוונת הדברים לכך שמחיר המינימום שנקבע לא הביא בחשבון את מרכיבי העלות הנוספים ואת הרווח, ובכך כמו הזמינה משיבה 1 את המציעים להגיש הצעות פסולות. ניתן להניח כי לו כללה העירייה, כנדרש, באומדן שנערך את כל מרכיבי עלותו של המכרז, הייתה ועדת המכרזים עומדת על נקלה על הפגם שנפל. הדבר לא נעשה, ומכל מקום לא ניתן להכשיר את אותו פגם, אפילו הייתה נבחרת הצעה אחרת במקומה של ההצעה הזוכה.

14. נוכח האמור אני מציע לקבל את הערעור, להצהיר על בטלותו של המכרז וממילא על פסילת ההצעה הזוכה בו. אני מוסיף ומציע לחייב את כל אחת מהמשיבות 1 ו-2 לשלם למערערת שכר טרחת עורך-דין בסך 20,000 ש"ח, ולמשיבות 3 ו-4 סכום של 10,000 ש"ח.

ש ו פ ט

השופטת ע' ארבל

אני מסכימה.

ש ו פ ט

השופט נ' הנדל

1. אני מצטרף למסקנה אליה הגיע חברי השופט א' לוי. אולם, זאת על בסיס צר יותר.

התופעה עליה מצביע חברי השופט א' לוי – פגיעה בזכויות עובדים באמצעות חברות קבלניות במסגרת מכרז שנערך על ידי רשות ציבורית – הינה אכן תופעה קשה, הדורשת על פניה תיקון. פיטורי עובדים לאחר תקופה קצרה, כדבר שבשגרה, במטרה למנוע מהעובד לזכות בהטבות שונות – אינם מתיישבים עם תפקיד הרשות הציבורית. על האחרונה לשמש דוגמה ולכבד את זכויות העובד הלכה למעשה. שינוי המצב מתבקש. שאלה נפרדת היא על מי מוטלת מלאכה זו, או ליתר דיוק, מה מנגנון החלוקה בכגון דא בין הרשות השופטת לבין הרשות המחוקקת.

הקושי הכרוך בקבלת ערעור זה הינו כדלקמן: התחשיב של משיבה 2, היא הזוכה במכרז, ביחס לתשלום עבור שעת עבודה חושב על פי ההנחה שמשך עבודתם של 40% מכלל העובדים שייקלטו לצורך ביצוע עבודות המכרז – יעמוד על פחות משנה. נתון זה מופיע בתמחור ההצעה של משיבה 2 למכרז (ראו עמוד 2 לתחשיב המתוקן). לתקופת הוותק בת השנה נודעות משמעויות כספיות ברורות, כפי שעולה מהחומר. עם זאת, התשלום שהוצע על ידי משיבה 2 עבור שעת עבודה עומד ברף התחתון של המכרז. העסקת עובד מעל לשנה אינה תנאי במכרז ואף אינה מופיעה עלי ספר החוקים. מכאן, מתעוררת השאלה האם קבלת הערעור אינה בגדר הדין הרצוי – להבדיל מהמצוי? לשון אחרת, האם עובדות המקרה ונסיבותיו מאפשרות התערבות בית המשפט בהליכי המכרז? התשובה לשאלות אלה תיבחן על פי סבירות התנהלות המכרז על ידי הרשות – היא משיבה 1 – עיריית אשקלון (להלן 'העירייה').

2. בסיכומיה ובטיעוניה מדגישה העירייה כי "תמחיר עלות שכר למעביד לשעת עבודה אשר צורף לטופס הצעת משתתף כנספח א ... הוכן בהתאם לחוזר מנכ"ל מרכז השלטון המקומי מס' 460 מדצמבר 2007 שעניינו "הגנה על זכויות עובדים המועסקים בידי קבלני שירותים", אשר קבע, כי על הרשויות המקומיות ליישם הנחיות החשב הכללי בעת קיום התקשרויות עם קבלני שירותים. לחוזר המנכ"ל צורפה הנחיית החשב הכללי לרבות "הנספח התמחירי שהינו עלות שכר למעביד לכל שעת עבודה" לעניין עובדי ניקיון". הנה כי כן, העירייה – בקבעה שכר עבור שעת עבודה על סך 28.64 ₪ -

פעלה על פי הנחיות חוזר המנכ"ל. זה היה הבסיס לתחשיב. אלא מאי? סכום זה לא כלל תוספות שונות שעל מציע היה לקחת בחשבון, כגון: ציוד, חומרים, הוצאות שונות וכמובן רווח.

חרף האמור לעיל, וליתר דיוק בשל האמור, משהציעה משיבה 2 הצעה שכללה שכר לשעת עבודה העומד על 28.64 ₪ - הרף התחתון במכרז - כי אז פעלה העירייה בסבירות בהחלטתה לדרוש ממשיבה 2 להבהיר את הנתון האמור. זאת, גם על מנת לוודא שאין מדובר בהצעה גירעונית. משיבה 2 ומציע נוסף הוזמנו להתייצב בפני ועדת המכרזים. תהליך בירור זה אינו פורמאלי כמובן, אלא נועד לבדוק את הנושא בצורה עניינית. כך פעלה העירייה בהחלטתה שלא לקבל את התחשיב הראשון שהציגה משיבה 2. אף אינני רואה פסול בכך שבנסיבות המקרה אפשרה העירייה למשיבה 2 להציג תחשיב נוסף. אולם, בתחשיב זה התברר כי הנחת משיבה 2 היא ש-40% מהעובדים לא יועסקו לתקופה העולה על שנה.

3. ההסבר האמור צריך היה להדליק נורת אזהרה אצל העירייה. זאת, מכוח תפקידה. דין רשות ציבורית אינו כדין עסק פרטי. הרשות מחויבת לנורמות ציבוריות. היא גוף נורמטיבי. הרווח מאבד מחשיבותו לעומת תכליות ומגמות שיש לאמץ ולקדם. עם הצגת הנתונים התברר כי בכוונת משיבה 2 להגביל את ותק העובדים שיקלטו כך שחלק יעבדו פחות משנה וחלק - 20% - אף פחות מחצי שנה (שאף היא תקופה בעלת משמעות). תוצאה זו איננה תואמת את חובת הרשות הציבורית כלפי הציבור. היא אף אינה עולה בקנה אחד עם חוזר המנכ"ל. מדובר בתחשיב שיש בו לפגוע בכמעט מחצית מהעובדים הפוטנציאליים. על רקע זה, יצוין כי תקופת החוזה על פי המכרז הינה שנתיים, עם אופציה לשנתיים נוספות.

נקודה זו התבהרה תוך כדי ליבון העניין בפני ועדת המכרזים. אין בדעתי לקבוע חובה או מעין חובה כללית בדבר העסקת עובד לתקופה מסוימת. במסגרת תיק זה, די לפנות לחטא הקדמון בתהליכי המכרז דנא. אומנם, העירייה קבעה שכר לשעת עבודה על פי הוראות חוזר המנכ"ל, אשר התייחסו גם לתוספות ותק. אולם, היא אימצה את השכר כפי שהוא, מבלי לקחת בחשבון כי הזוכה במכרז הנדון יחויב לשלם תשלומים נוספים עבור הוצאות למיניהן. כך נוצר מצב, לפיו ניתן היתר על ידי העירייה במכרז להציע סכום שאינו ריאלי והדרך היחידה לעמוד בו היא על ידי קיצוץ בתנאי

העובדים. תוצאה זו, על פניה, אינה סבירה ועומדת בניגוד למנדט שקיבלה הרשות הציבורית כדי לנהל את ענייניה. המסקנה המתבקשת היא, אפוא, ביטול המכרז.

4. סיכומו של דבר, הנני מצטרף כאמור לתוצאה אליה הגיע חברי השופט א' לוי.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק-דינו של השופט א' א' לוי.

ניתן היום, כ"ו בתמוז התש"ע (8.7.10).

א' א' לוי 9241/09-54678313

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט