



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

לפני: כבוד השופטת מיכל אגמון-גונן

- העותרת בעת"מ 17-06-28857:** עמותת חברות הסיעוד
ע"י ב"כ עוה"ד אורן רוט, עמוס אוסיזון ואתי אלבו
ממשרד יגאל ארנון ושות'
- העותרת בעת"מ 17-06-54178:** או.אר.אס שירותי רפואה 2001 בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד חיים הרציג
- העותרת בעת"מ 17-06-49497:** תיגבור, מאגר כוח אדם זמני בע"מ
ע"י ב"כ עוה"ד גיורא אונגר, יואב הרטמן ומיטל ויצמן
ממשרד מיתר ליקוורניק גבע לשם טל ושות'
- העותרת בעת"מ 17-06-40524:** איגוד נותני שירותי סיעוד בישראל; דנאל אדיר יהושע
בע"מ ומנפאואר קר בע"מ
ע"י ב"כ עוה"ד דן פרידמן ויואב זטורסקי ממשרד פרידמן
יונגר ושות', עורכי דין
- העותרת בעת"מ 18-03-21076:** עו"ד עומר יעבץ - בעצמו
- העותרים בעת"מ 18-03-20878:** מר סאלח ריזק, מר רוני שוורץ, מר נעים עזר ועו"ד עידן
קלימן - בעצמם

- מצטרפים לעתירות:**
1. הסתדרות העובדים הלאומית
 2. ועד העובדים של מלווי נכי צה"ל במערכת הביטחון
ע"י ב"כ עוה"ד יורם ברוק ויאיר דוד

נגד

- המשיב:** משרד הביטחון
ע"י ב"כ עו"ד קרן יוסט (דון-יחייא) מנהלת המחלקה
המנהלית ועוה"ד יסכה פשר-יוסף, רביד אבוקרט ודניאל
פסי, מפרקליטות מחוז ת"א (אזרחי)

פסק דין

- 1
- 2 מדינת ישראל מעניקה לנכי צה"ל שבראותם נפגעה כתוצאה משירותם במערכת הביטחון
- 3 תשלומים שונים, תגמולים והטבות. כחלק מהזכויות שמעניקה המדינה לנכי צה"ל נמנית אף הזכות
- 4 לקבלת טיפול וליווי סיעודי (רפואי) עבור הזכאים לכך. עניינן של העתירות שבנדון במכרז במסגרתו



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 מבקש משרד הביטחון (להלן: **משרד הביטחון** או **המשיב**) להתקשר עם ספקים אשר יפעילו את
2 מערך שירותי הסיעוד לנכים זכאי אגף השיקום (להלן: **המכרז**).

3
4 נכי צה"ל טוענים כי במכרז מנסה משרד הביטחון לחסוך בהוצאות המטפלים הסיעודיים, והוא
5 עושה כן על חשבון איכות הליווי סיעודי שיקבלו נכי צה"ל. העותרים האחרים ובהם הסתדרות
6 העובדים וועד המטפלים הסיעודיים טוענים, כי גם אם נכי צה"ל יקבלו ליווי סיעודי כנדרש, הדבר
7 יהיה על חשבון עובדי חברות כוח האדם (המתמודדות במכרז), אחת הקבוצות המוחלשות ביותר
8 בחברה.

9
10 עבודת המטפל הסיעודי בנכה צה"ל, הינה בעלת אופי מיוחד. אוכלוסיית נכי צה"ל הינה בעלת
11 מאפיינים ייחודיים אשר מקורם בראש ובראשונה בהיותה אוכלוסייה הכוללת גם צעירים רבים
12 אשר נפגעו בעת שירותם הצבאי ואשר מטבע הדברים מנסים להמשיך ולקיים אורח חיים רגיל
13 ופעיל, עד כמה שניתן. שגרת חייהם של נכי צה"ל עשויה לכלול פעילויות רבות מחוץ לביתו של הנכה,
14 החל מלימודים, יציאה לטיפולים משקמים, פעילויות אתגריות וספורטיביות ואף נסיעות לחו"ל.
15 עקב כך חלק מנכי צה"ל זקוקים כי יאותרו עבורם מלווים שיש להם נכונות להיות מועסקים 24
16 שעות ברציפות או לעיתים, אף מספר ימים ברציפות (ראו בעניין זה דברי משרד הביטחון, במסגרת
17 תע"א (אזורי ת"א) 4696-09 **אבי מור - נתיב 2 בע"מ**, פורסם בנבו, 2013, בפסקה 10 לפסק הדין).
18 חלקם של נכי צה"ל הינם נכים קשים וקשים מאוד אשר חומרת פגיעתם מביאה אותם למצב בו הם
19 תלויים לחלוטין בעזרת הזולת ואינם מסוגלים לבצע בעצמם ולו את הפעולות היומיומיות
20 הבסיסיות.

21
22 העתירה שלפניי מעוררת שאלות מורכבות הן בנוגע לזכויות נכי צה"ל, הן בנוגע לזכויות העובדים,
23 המטפלים הסיעודיים. כן מתעוררת שאלה הנוגעת לאופן הדיווח של העובדים על שעות עבודתם,
24 שלה היבטים של פרטיות (הן בנוגע לעובדים, הן בנוגע לנכי צה"ל) וכן היבטים טכנולוגיים. בכל אלו
25 ובשאלות רבות נוספות, עוסקות העתירות שלפניי.

26
27 בין הצדדים לעתירות שבפני ניתן למצוא חברות סיעוד שהינן מתחרות פוטנציאליות במכרז, נכי
28 צה"ל, הסתדרות העובדים הלאומית בישראל וועד העובדים של המטפלים הסיעודיים של נכי צה"ל
29 העוסקים בזכויות העובדים במכרז עתיר כוח אדם.

30
31 **1. רקע הדברים והעובדות שלעניין**

32 תקנה 24 לתקנות הנכים (טיפול רפואי), תשי"ד-1954, קובעת כי רופא מחוזי רשאי לקבוע כי נכה
33 צה"ל זקוק, עקב נכותו למלווה או למלווים ולקבוע את היקף הליווי הנדרש (במכרז נעשה שימוש
34 הן במונח שירותי סיעוד/ליווי, הן במונח ליווי רפואי ומלווים, הן במונחים שירותי סיעוד ומטפל





בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 סיעודי. כיון שהמונח מלווה נקבע בתקנות, אך כיוון שהמועסקים אינם רופאים בחרתי לקרוא לכך
2 ליווי סיעודי ומטפלים סיעודיים. כאשר יש הפנייה למסמכים ספציפיים יעשה שימוש במונח
3 (מלווה).

4
5 למימוש חובתו זו, החל משרד הביטחון, בשנות התשעים של המאה ה-20, להתקשר עם חברות
6 המספקות שירותי סיעוד כדי לספק שירותים אלו. חוק חובת מכרזים, התשנ"ב-1992 נחקק בשנת
7 1992, ותקנות חובת מכרזים (התקשרויות מערכת הביטחון), התשנ"ג-1993, נכנסו לתוקף בשנת
8 1993, אולם משרד הבטחון פרסם את המכרז הראשון בנושא (שלא הושלם) רק בשנת 2009, שש
9 עשרה שנים מאוחר יותר.

10
11 מאז, למעלה מעשור מנסה משרד הביטחון להוציא לפועל את המכרז לקבלת שירותי ליווי סיעודי
12 רפואי לנכי צה"ל, ואולם בכל פעם מועלות טענות שונות כנגד המכרז כפי שיפורט, לרבות במסגרת
13 הליכים משפטיים שמוגשים, דבר שמנע עד כה את סיום הליכי המכרז.

14
15 בעתירות שהוגשו תוקפים העותרים תנאים שנקבעו במכרז שפורסם, טרם שהוגשו ההצעות למכרז,
16 ובין היתר: את מנגנון השוואת ההצעות במכרז, המורה לחברה בע"מ להוסיף להצעתה מע"מ,
17 כאשר נטען כי הדבר פוגע בשוויון שבין חברות לעמותות; את המודל הכלכלי שבבסיס המכרז (טבלת
18 תחשיבי השכר וסעיף התמרוך) בטענה כי המכרז מתומחר בצורה הפסדית ואינו מבטא את כללי
19 רכיבי השכר שיש לשלם לעובדים (המטפלים הסיעודיים); את העובדה כי ניתן שיקול גבוה לשיקולי
20 מחיר ומשקל נמוך לשיקולי איכות; את מנגנון הבקרה הקבוע במכרז הדורש ממלווי הנכים החתמה
21 סלולארית מבוססת מיקום; את שיטת התשלום הקבועה במכרז ("פיקס משולב" ולא "גב אל גב"),
22 כמו גם את תנאי הסף הקבועים במכרז (כאשר חלק מהעותרים טוענים לתנאי סף מחמירים מידי
23 בעוד חלק טוענים לתנאי סף מקלים יתר על המידה) ועוד.

24
25 כפי שיובהר בהמשך, בעתירות עולות טענות שונות מצד בעלי אינטרסים שונים, ולעיתים אף קיימת
26 סתירה בין הטענות השונות. כך לדוגמא, מחד טוענת עותרת אחת כי תנאי הסף הינם מקלים יתר
27 על המידה ואילו מנגד טוענת עותרת אחרת, כי תנאי הסף מחמירים מידי; מחד, מגיע משרד
28 הביטחון להסכמות עם ארגון נכי צה"ל, ומאידך טוענים העותרים הנכים, כי אינם מיוצגים ידי על
29 הארגון וכי אין לראות בהסכמות האמורות כדי לחייבם וכיו"ב.

30
31 במהלך הדיון בעתירות ניתן צו ביניים המורה על עיכוב הליכי המכרז, ונקבע כי מועד הגשת ההצעות
32 ידחה עד למתן פסק הדין בעתירות לגופן.
33



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 מאז פרסומו של המכרז נשוא עתירות אלה במרץ 2017 ובעת שהתנהלו ההליכים בפני, משרד
2 הביטחון תיקן ושינה את המכרז פעמים רבות, תיקונים מהותיים ומשמעותיים, ופורסמו לא פחות
3 מחמישה נוסחים מעודכנים של חוברת המכרז. נוסח המכרז שבתוקפו כיום הינו זה אשר צורף
4 להודעת משרד הביטחון מיום 2.12.18 (על אף שחלק מהנספחים שונו עוד בפברואר 2019).

1.1 הצדדים לעתירות

7 העותרת בעת"מ 17-06-28857 - עמותת חברות הסיעוד, הינה עמותה רשומה, בה חברים כשלושים
8 תאגידיים, בהם חברות פרטיות ושותפויות, שעיסוקם במתן שירותי טיפול וסיעוד לקשישים, לנכים
9 ולאוכלוסיות נזקקות.

11 העותרת בעת"מ 17-06-54178 - או.אר.אס שירותי רפואה 2001 בע"מ (להלן: או.אר.אס), הינה
12 חברה למתן שירותי ליווי סיעודי רפואי וסיעוד.

14 העותרת בעת"מ 17-06-49497 - תיגבור, מאגר כוח אדם זמני בע"מ (להלן: תיגבור), הינה חברה
15 ציבורית המעניקה שירותי כוח אדם, סיעוד ומיקור חוץ.

17 העותרת בעת"מ 17-06-40524 - איגוד נותני שירותי סיעוד בישראל, ע"ר מס' 580503829, דנאל
18 אדיר יהושע בע"מ, ח"צ 520037565 ומנפאואר קר בע"מ, ח"פ 511171209 (להלן, בהתאמה: איגוד
19 נותני שירותי הסיעוד, דנאל ומנפאואר). איגוד נותני השירות הינה עמותה המאגדת בתוכה חברות
20 פרטיות וציבוריות העוסקות במתן שירותים שונים, לרבות שירותי סיעוד, וכוללת את החברות
21 הבאות: דנאל; או.אר.אס; מנפאואר תיגבור; א.ש. סיעוד ורווחה בע"מ; א.מ. מתן - סיעוד וכוח
22 אדם 1988 בע"מ; טיפולית שירותי סיעוד בע"מ, מסר - סיעוד ורווחה בע"מ; מתן שירותי בריאות
23 בע"מ; רנד - חברה לרווחה נפשית למשפחה בע"מ; שי - חברה לשירותי סיעוד בע"מ; נתן - המרכז
24 הישראלי לרפואה סיעודית בע"מ ואתגר משאבי אנוש בע"מ. דנאל ומנפאואר הינן חברות באיגוד
25 נותני השירות.

27 העותר בעת"מ 18-03-21076 - עו"ד עומר יעבץ, הינו נכה צה"ל, משותק בארבע גפיו, הנזקק לליווי
28 סיעודי 24 שעות ביממה.

30 העותרים בעת"מ 18-03-20878 - מר סאלח ריזק, מר רוני שוורץ, מר נעים עזר ועו"ד עידן קלימן
31 הינם נכי צה"ל ובעלי תפקידים בארגון נכי צה"ל.





בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 כמו כן הצטרפו לעתירות הסתדרות העובדים הלאומית בישראל וועד העובדים של מלווי נכי צה"ל
2 במערכת הביטחון (להלן, בהתאמה: **הסתדרות העובדים ו-הועד**), וכן ארגון נכי צה"ל (אשר במהלך
3 ההליך הגיע להסכמות עם משרד הביטחון ופרש מההליך).

4

5 **משרד הביטחון**, המשיב בכל העתירות, הינו הגוף האחראי על מתן שירותי ליווי סיעודי רפואי לנכי
6 צה"ל, והוא אשר פרסם את המכרז שבנדון.

7

8

9 1.2 המכרזים של מכרז הביטחון לצורך מתן הליווי סיעודי הרפואי לנכי צה"ל

10 ההתקשרויות הקודמות של משרד הביטחון, והרקע למכרז זה, פורטו בהרחבה בתגובת המדינה
11 מיום 26.3.18 ויובא להלן בקצרה. מאז שנות התשעים ועד היום מספקות את שירותי הליווי סיעודי
12 לנכי צה"ל שלוש חברות: או.אר.אס, תיגבור וחברת נתיב 2 בע"מ, וזאת מכוח התקשרות שבוצעה
13 בין משרד הביטחון לחברות אלה, ללא מכרז, ועוד בטרם כניסתו לתוקף של חוק חובת המכרזים,
14 התשנ"ב-1992 (להלן: **חוק חובת המכרזים**).

15

16 בהתאם להסדר הקיים, התשלום לחברות בגין השירותים שהן מעניקות מבוצע בשיטת "גב אל גב",
17 על פיה החברות משלמות למטפלים סיעודיים בהתאם להגדרות ולקריטריונים שקבע משרד
18 הביטחון, ואילו משרד הביטחון משפה את החברות שיפוי מלא כנגד הצגת תשלומים בהן נשאו,
19 בתוספת עמלה מוגדרת.

20

21 לפני שנים מספר החליט משרד הביטחון לפרסם מכרז לקבלת הצעות לשירותי הליווי סיעודי
22 הרפואי כפי שפורט להלן.

23

24 1.1.2 א. המכרז הראשון בשנת 2009

25 בשנת 2009 פרסם משרד הביטחון מכרז ראשון בנושא, ואולם היות ובמפגש ספקים שנערך ביום
26 20.7.09 הלינו הספקים על תנאי המכרז (בין היתר בנוגע לטבלת השכר, החזר נסיעות, שעות עבודת
27 מלווה, מספר הזוכים וכו'), ועל מנת להשלים את עבודת המטה שנערכה - החליט משרד הביטחון
28 לבטל את המכרז.

29

30 1.1.2 ב. המכרז השני בשנת 2014

31 בשנת 2014 פרסם משרד הביטחון מכרז שני במסגרתו ביקש לקבל הצעות להפעלת מערך שירותי
32 ליווי סיעודי עבור זכאי אגף שיקום נכים (העתק מכרז זה צורף כנספח 1 לעת"מ 17-06-28857).

33



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 במסגרת עבודת המטה שנערכה הוחלט לשנות את שיטת ההתקשרות במכרז כך שבחירת הספק
2 הזוכה תיעשה על פי עיקרון של "עלות שעתית ממוצעת" - תחשיב שעתי קבוע ולא ניתן לשינוי
3 שיגלם את כלל עלויות ההעסקה בטבלת תעריפים קבועה. תחשיב זה המיר את עלויות ההעסקה
4 השונות כגון הבראה, חופשה, חגים, פיצויים וכו', לעלות שעתית שעמדה על 46.5 ₪ לשעה.
5 התחרות במכרז זה הייתה על רכיב העמלה שתשולם למציעים תוך קביעת תקרת עמלה
6 מקסימאלית בסך 2.85 ₪ לשעה. כמן כן נקבע במכרז זה כי התשלום לחברות יהיה לפי מודל "פיקס
7 משולב" - טבלאות שכר המותאמות לסוג הנכות, וותק המלווה וסוג המשמרת.

8
9 כנגד מכרז זה הוגשו לבית המשפט המחוזי בתל אביב (לפני כב' השופט קובי ורדי) ארבע עתירות:
10 ע"י עמותת חברות הסיעוד ועמותת הלי"ב (איגוד העמותות לזקן בישראל); ע"י תיגבור; ע"י
11 או.אר.אס ונתן המרכז הישראלי לרפואה סיעודית בע"מ וע"י ארגון נכי צה"ל (עת"מ 15-04-3344;
12 עת"מ 15-05-47070; עת"מ 15-06-7207 ועת"מ 15-06-45074). בין יתר הטענות שהועלו בעתירות
13 נטען אף כנגד התעריף השעתי שנקבע במכרז כתשלום למטפלים הסיעודיים.

14
15 לאחר שהוגשו העתירות מצא לנכון משרד הביטחון לערוך חשיבה מחודשת בקשר לתעריף השעתי
16 ולמודל המכרזי, ובסופו של דבר החליט מנכ"ל משרד הביטחון לערוך עבודת מטה מקיפה ולבחון
17 חלופות ראויות באשר למתן שירותי הליווי הסיעודי לנכי אגף השיקום. עקב כך הודיע משרד
18 הביטחון על ביטולו של המכרז, והעתירות שהוגשו, נמחקו.

19
20 ג.1.2. המכרז השלישי בשנת 2016
21 בראשית שנת 2016 פרסם משרד הביטחון מכרז שלישי שעניינו שירותי ליווי סיעודי רפואי עבור
22 זכאי אגף שיקום נכים (העתק מכרז זה צורף כנספח 6 לעת"מ 17-06-28857). מכרז זה הוגדר כמכרז
23 מאגר/רשימה, אשר נועד ליצור מאגר ספקים, כך שכל מציע שהינו ספק מוכר של משרד הביטחון,
24 העומד בתנאי הסף של המכרז, ושיגיש הצעה בה יתחייב למתן השירות בתנאים ובמחיר הקבועים
25 במכרז - ייכלל במאגר.

26
27 גם כנגד מכרז זה הוגשו הליכים משפטיים, ועקב כך, בסופו של דבר החליטו הגורמים המקצועיים
28 במשרד הביטחון לבצע שוב בחינה מחודשת של מודל המכרז ולבחון חלופות אפשריות למתן
29 השירותים המבוקשים, וביום 16.4.11 פרסם משרד הביטחון הודעה ולפיה "המכרז מעוכב בהחלטת
30 בית הדין עד לתאריך 10.6.16" (העתק ההודעה צורף כנספח 7 לעת"מ 17-06-28857).

31
32 ביום 16.6.9 פרסם משרד הביטחון הודעה ולפיה "בהמשך להליכים המשפטיים הננו להודיעכם כי
33 התקבלה החלטה במשרד הביטחון לבצע בחינה מחודשת של מודל המכרז וחלופות אפשריות למתן





בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 השירותים המבוקשים, לפיכך הגשת ההצעות למכרז שהופץ נדחית בזאת עד לגיבוש החלטה
2 כאמור" (העתק ההודעה צורף כנספח 8 לעת"מ 17-06-28857).

3
4 ד.1.1.2. המכרז הרביעי בשנת 2017 (המכרז המקורי נשוא העתירות שלפניי)

5 ביום 29.3.17 פורסם המכרז המקורי נשוא העתירות שבנדון, המכרז הרביעי במספר, בו נקבע כי
6 התחרות במכרז היא על העמלה שתשולם לספקים בעוד שיתר רכיבי התמורה נקבעו על בסיס
7 תחשיב של עלות שעתית ממוצעת, וכן נקבעה עמלת גג (תקורה ורווח) בשיעור של 2.26% - 2.83%
8 (בהתאם לסוג הנכות (קשה מאוד/קשה/אחר) ולסוג המלווה (ממשיך/חדש)).

9
10 ספקים שונים, וביניהם אף חלק מהחברות העותרות בנדון, פנו למשרד הביטחון בהתייחס לתנאי
11 המכרז (ראו לדוגמא העתקי מכתביהם של עמותת חברות הסיעוד ושל נשיא איגוד לשכות המסחר,
12 עו"ד אוריאל לין אשר צורפו כנספחים 14, 16 לעתירה בעת"מ 17-06-28857) וכן הוגשו שאלות
13 הבהרה רבות ע"י מציעים פוטנציאליים שונים.

14
15 ביום 24.5.17 פרסם משרד הביטחון הודעת עדכון, בה צויין לאמור: "לאור הערות מספר ספקים
16 בנושא התחשיב במודל הכלכלי שיעור העמלה הוחלט לבטל את עמלת הגג. העמלה המצוינת הינה
17 עמלת בסיס והמציעים נדרשים להציע שיעור שינוי ממנה. ניתן להציע שיעור שינוי שלילי (הנחה)
18 או שיעור חיובי (תוספת)". להודעה צורף קובץ שאלות הבהרה ותשובות לשאלות הבהרה וכן
19 צורפה חוברת מכרז מעודכנת (העתק חוברת המכרז המעודכנת צורפה כנספח 9 לעתירה בעת"מ
20 17-06-28857). מועד הגשת ההצעות במכרז נקבע, בהתאם להודעת משרד הביטחון מיום 28.5.17,
21 ליום 21.6.17 (ראו הודעות העדכון מטעם משרד הביטחון אשר צורפו כנספחים 10, 11, 13 לעתירה
22 בעת"מ 17-06-28857).

2. ההליכים בעתירות שלפניי

23
24
25 ביום 13.6.17 הוגשה העתירה בעת"מ 17-06-28857 ע"י עמותת חברות הסיעוד. טענות העותרת
26 התרכזו בכך שתנאי הסף במכרז מכוונים לחברות הסיעוד הגדולות, תוך החרגתם ללא כל טעם
27 ענייני, של מוסדות וחברות קטנות. העותרת עתרה כי בית המשפט יורה על בטלות הוראות שונות
28 במכרז, ולחילופין, כי בית המשפט יורה על בטלות המכרז. בד בבד עם הגשת העתירה, הגישה
29 העותרת בקשה למתן צו ביניים במעמד צד אחד, המורה למשרד הביטחון לא לנקוט בכל פעולה
30 שיש בה כדי לקדם את הליכי המכרז וכן למתן צו ארעי עד להכרעה בעתירה.

31
32 בהחלטתי מאותו היום (13.6.17) קבעתי כי המועד האחרון להגשת הצעות למכרז הינו 21.6.17,
33 מועד אשר נקבע בהארכה שנתן משרד הביטחון, עליה הודע ביום 28.5.17, וכי לאור זאת, לא ברור
34 מדוע בחרה העותרת להמתין עד ליום 13.6.17, יותר משבועיים לאחר פרסום העדכון בכדי לעתור





בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 להקפאת המכרז ולבקש סעד במעמד צד אחד. מכל מקום, כך קבעתי, נותר די זמן עד מועד הגשת
2 ההצעות, כך שאין מקום ליתן צו, ולו ארעי, במעמד צד אחד. נקבע אפוא כי הפרקליטות תגיש
3 תגובתה לבקשה לצו ביניים עד ליום 18.6.17, אלא אם כן משרד הביטחון יסכים לדחות את המועד
4 להגשת ההצעות במכרז, שאז, תוגש הודעה על כך עד ליום 15.6.17 והמועד להגשת תגובה יידחה.

5

6 **בהודעה מיום 14.6.17** הודיע משרד הביטחון ע הסכמתו לדחות את המועד האחרון להגשת ההצעות
7 למכרז עד ליום 28.6.17. בעקבות הודעה זו, קבעתי באותו מועד כי יתקיים דיון בעתירה ביום
8 28.6.17 וכי המדינה מתבקשת לדחות את מועד הגשת ההצעות במספר ימים נוספים.

9

10 **ביום 18.6.17** הוגשה העתירה **בעת"מ 17-06-40524 ע"י איגוד נותני שירותי הסיעוד, דנאל**
11 **ומנפאואר**, התוקפת את התנאי במכרז ולפיו להצעות של חברות בע"מ יתווסף מע"מ בעוד שלהצעות
12 של מציעים שהינם מלכ"רים לא יתווסף מע"מ. נטען כי תנאי זה פוגע בשוויון ואינו מאפשר לחברות
13 בע"מ לזכות במכרז, וכי יש לתקן המכרז כך שכלל ההצעות הכספיות שתוגשנה במכרז תיבדקנה
14 לפי המחיר נטו המוצע. כמו כן הוגשה בקשה למתן צו שיוורה למשרד הביטחון להקפיא את הליכי
15 המכרז עד להכרעה בעתירה וכן להורות למשרד הביטחון לדחות את המועד להגשת הצעות למכרז.

16

17 **בהחלטה מיום 19.6.17** הוריתי למשרד הביטחון להגיש תגובתו, וכן הוריתי על איחוד הדיון
18 בעתירה זו עם עתירת עמותת חברות הסיעוד.

19

20 **ביום 21.6.17** הוגשה העתירה **בעת"מ 17-06-49497 ע"י נתיב 2 בע"מ, ח.פ. 511177172 (להלן:**
21 **נתיב) ואו.אר.אס**, התוקפת אף היא את תניית תוספת המע"מ, כמפורט לעיל. גם בעתירה זו התבקש
22 בית המשפט להקפיא את הליכי המכרז ולדחות את המועד להגשת ההצעות למכרז.

23

24 **ביום 25.6.17** הוגשה העתירה **בעת"מ 17-06-54178 ע"י או.אר.אס**, וכן בקשה למתן צו ביניים
25 המורה על הקפאת הליכי המכרז עד להכרעה בעתירה. בהחלטה מיום 25.6.17 נעתרתי לבקשה
26 המוסכמת שהוגשה לצרף את תיגבור כמשיבה בעת"מ 17-06-28857.

27

28 היות ושתיים מהעתירות הועברו לכב' השופטת רחל ברקאי, בהחלטת כב' השופטת צילה צפת **מיום**
29 **27.6.17** אוחדו כלל העתירות בנוגע למכרז שבנדון ונקבעו בפניי. בהחלטה נוספת מיום 27.6.17
30 שנתנה כב' השופטת רחל ברקאי נקבע כי נוכח ריבוי העתירות והשאלות הדרושות לכאורה הבהרה,
31 ניתן צו ביניים המורה על עיכוב הליכי המכרז, וכן נקבע כי משרד הביטחון יגיש תגובתו עד ליום
32 2.7.17. בהחלטה נוספת מאותו מועד קבעתי, כי צו המניעה שניתן ע"י כב' השופטת רחל ברקאי
33 יעמוד בתוקפו ביחס לכל ארבע העתירות שהוגשו.

34





בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 **ביום 3.7.17** הגישו מר ריזק ומר שוורץ בקשה להצטרף כמשיבים לעתירות, ובהחלטתי מיום
2 13.7.17 התרתי הצטרפותם.

3
4 **ביום 6.7.17** הגיש משרד הביטחון הודעה ולפיה לאור העתירות שהוגשו והטענות שהועלו באשר
5 למודל הכלכלי שבמכרז, הוחלט בשלב זה לדחות את המועד האחרון להגשת הצעות למכרז
6 בכשלושה חודשים, וזאת לצורך בחינת האפשרות לבצע התאמות במודל הכלכלי לתנאי ההתקשרות
7 הנדרשים. משרד הביטחון הוסיף והבהיר בהודעתו, כי ככל שלאחר ביצוע הבחינה אכן תבוצענה
8 התאמות במודל הכלכלי, אזי תתוקן ותפורסם חוברת המכרז בהתאם. לאור זאת, עתר משרד
9 הביטחון להורות על מחיקת העתירות. בד בבד עם האמור, פרסם משרד הביטחון הודעה ולפיה
10 מועד הגשת הצעות במכרז מוארך עד ליום 11.9.17 (ראו העתק ההודעה אשר צורף כנספח לתגובת
11 איגוד, דנאל ומנפאואר מיום 11.7.17).

12
13 **ביום 6.7.17** הוגשה תגובת נתיב בה ציינה כי היא מצטרפת לנימוקים ולטענות שהועלו בעתירתה
14 של תגבור (עת"מ 17-06-49497) ולסעדים שנתבקשו במסגרת עתירה זו.

15
16 **ביום 11.7.17** הודיעו החברות העותרות כי הן מסרבות כי עתירותיהן יימחקו, ובהחלטתי מאותו
17 היום קבעתי כי כיוון שכלל לא ברור מה תהיינה הוראות המכרז החדש, הרי שהעתירות לא
18 התייתרו, ואולם לאור עמדת המדינה כי היא שוקלת לערוך שינוי במכרז, יבוטל הדיון שנקבע ליום
19 17.7.17. כן נקבע כי המדינה תודיע לכל החברות המעורבות, בין כעותרות ובין כמשיבות, על
20 השינויים במכרז לכל הפחות שלושה שבועות לפני המועד האחרון להגשת הצעות במכרז, ובתוך
21 מועד זה תהיינה רשאיות החברות להודיע האם לאור השינויים, ככל שיהיו, העתירות התייתרו.

22
23 **ביום 11.9.17** הגישה המדינה הודעה, בה צויין לאמור כי התקיימה עבודת מטה באשר למכרז
24 והוחלט על שינוי בחלק ממאפייני המכרז, בעיקר בעניין המודל הכלכלי וסוגיית איכות השירות,
25 וכי ביום 1.10.17 צפויה להתפרסם באתר משרד הביטחון חוברת מכרז מתוקנת.

26
27 **ביום 3.10.17** הודיע משרד הביטחון כי פורסמה חוברת מכרז מתוקנת (בפעם הראשונה), אשר
28 העתקה צורף להודעה. במכרז בוצעו שני תיקונים מרכזיים. הראשון, לפיו נקבע כי על המציעים
29 לעמוד במדדי איכות, שמשקלם 15% וכי משקלו של החלק הכלכלי יהיה 85%. נקבעה רשימה של
30 מדדי איכות לבחירת הספקים הזוכים (תו תקן, ניסיון בתחום הסיעוד, היקף פעילות, יחס אחראים
31 מקצועיים- מטופלים, יציבות תעסוקתית- אחראים מקצועיים, יציבות תעסוקתית- מטופלים) (ראו
32 סעיף 7 לחוברת המכרז).

33



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 השינוי המרכזי השני היה במודל הכלכלי כך שבמקום "תחשיב עלות שעתית ממוצעת", נקבע מודל
2 "פיקס משולב": טבלה קטגורית ובה כ- 7,000 תעריפים שונים לכל סוג נכות, בהתאם למאפייין
3 המלווה, לסוג המשמרת ולאישיות המשפטית של המציע. מודל זה, כך ציין משרד הביטחון, משקף
4 את כלל עלויות השכר והתנאים הנלווים (להוציא התקורה).

5

6 משרד הביטחון הוסיף וקבע כי המועד להגשת שאלות הבהרה הינו עד ליום 1.11.17, וכי המועד
7 להגשת הצעות הינו עד ליום 4.12.17.

8

9 נוכח האמור, הוריתי בהחלטה **מיום 9.10.17** כי החברות יודיעו האם, עקב פרסום חוברת המכרז
10 החדשה, העתירות התייתרו או שברצונן לתקן או לתקן את התגובות.

11

12 **ביום 22.11.17** עתר ארגון נכי צה"ל, ע.ר. 58-005-272-8 (להלן: **ארגון נכי צה"ל**) להצטרף כמשיב
13 לעתירות (הבקשה הוגשה בהסכמת מרבית החברות), ובהחלטה מיום 4.1.18 אישרתי את
14 ההצטרפות כמבוקש לעתירות לגביהן התקבלה הסכמת העותרים. עוד צוין בהחלטה כי ככל
15 שיצטרף הארגון כמשיב ולא יגיש עתירה עצמאית, הוא לא יהיה רשאי להעלות טענות כנגד משרד
16 הביטחון שלא הועלו בעתירות, כגון בנוגע לזכות ההיוועצות עימו. כן נקבע כי ככל שהארגון יבקש
17 להגיש עתירה עצמאית יוארך המועד לכך.

18

19 **ביום 14.12.17 פורסמה חוברת מכרז חדשה ומעודכנת (בפעם השנייה)**. המועד להגשת הצעות
20 נקבע ליום 17.1.18.

21

22 **בין ה-24.12.17 ל-27.12.17** הוגשו תגובות החברות (תגבור; איגוד נותני שירותי הסיעוד, דנאל,
23 מנפאואר ועמותת חברות הסיעוד) בהן טענו כי אין בתיקון אשר בוצע במכרז כדי ליתר העתירות,
24 שכן לא תוקנו הפגמים עליהם הצביעו העותרות. עוד נטען בתגובות השונות כי משרד הביטחון לא
25 נתן תשובות לכלל שאלות הבהרה שהועברו אליו וכי משרד הביטחון קבע מועד לסגירת המכרז,
26 על אף צווי המניעה שניתנו ועודם בתוקף.

27

28 **בהחלטה מיום 25.12.17** נתבקשה תגובת הפרקליטות (בשם משרדי הביטחון והאוצר) לטענות
29 שהועלו, במסגרתה נתבקשה להבהיר האם תסכים כי לאחר שיסתיים הליך ההבהרות יתאפשר לכל
30 החברות להגיש עתירות מתוקנות בהתאם למכרז ולהבהרות.

31

32 **ביום 27.12.17** הגישה תיגבור בקשה להורות למשרד הביטחון להימנע מפרסום מועד להגשת הצעות
33 למכרז עד לאחר הדיון בעתירות וכן להשיב באופן הולם ומנומק לשאלות הבהרה שהועברו אליו.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1

2 **בתגובת משרד הביטחון מיום 11.1.18** צויין כי ניתן מענה לכלל שאלות ההבהרה שהגישו המציעים
3 הפוטנציאליים, וכי המועד להגשת ההצעות קבוע ליום 17.1.18. עוד צויין כי טענות חלק מהעותרות
4 ולפיהן משרד הביטחון לא השיב על שאלות ההבהרה אין מטרתן אלא לדחות את קידום ההליך.
5

6

7 **בהחלטה מיום 14.1.18** נקבע כי משרד הביטחון לא הגיב במועד שנקבע בהחלטה מיום 25.12.17,
8 לא הגיש בקשה לדחייתו ובהודעתו האחרונה אף לא הבהיר ממה נבע האיחור. לאור האמור, כך
9 נקבע, וכיוון שהמועד להגשת הצעות היה קבוע לשלושה ימים לאחר אותו מועד (17.1.18), כך שלא
10 ניתן יהיה להגיש עתירות מתוקנות ולקבל את התייחסות משרד הביטחון אליהן, אין מנוס מדחיית
11 המועד להגשת הצעות במכרז וזאת כדי לאפשר לעותרות המעוניינות בכך להגיש עתירות מתוקנות
12 במכרז. לפיכך נקבע כי המועד להגשת הצעות למכרז יידחה ליום 15.3.18; כי עותרת המעוניינת
13 להגיש עתירה מתוקנת תעשה זאת עד ליום 4.2.18 וכי תשובות לעתירות תוגשנה ע"י כלל המשיבות
14 נגדן תוגשנה העתירות עד ליום 18.2.18. כמו כן נקבע דיון מקדמי בעתירות ליום 4.3.18.

15

16 **בתחילת חודש פברואר 2018** הוגשו העתירות המתוקנות מטעם עמותת חברות הסיעוד; איגוד נותני
17 שירותי הסיעוד, דנאל ומנפאואר; תיגבור ואו.אר.אס. **ביום 18.2.18** הוגשה תגובת משרד המשיבים
18 מר ריזק ומר שוורץ לעתירות המתוקנות.

19

20 **ביום 20.2.18** הוגשה עמדת ארגון נכי צה"ל לעתירות המתוקנות. הארגון עמד על כך כי יש לקדם
21 את הליכי המכרז בכפוף למספר שינויים: אחד, שינוי במשקל הכולל שניתן לאמות המידה
22 האיכותיות במכרז כך שמשקלן יהיה יותר מ-15%; השני, הכללת אמות מידה המעניקות ציון
23 למציעים בגין ניסיון רלבנטי בתחום ליווי סיעודי וטיפול באנשים סיעודיים ובדגש על טיפול וליווי
24 סיעודי נכים, במובחן מטיפול בקשישים. כמו כן נטען, כי יש לערוך שינוי בדרישה כי המלווים יבצעו
25 החתמת נוכחות סלולארית מבוססת מיקום, שכן דרישה זו פוגעת בפרטיות הנכים.

26

27 **ביום 4.3.18** התקיים דיון בעתירות, בו ביקש עו"ד עומר יעבץ להצטרף לעתירה של ארגון נכי צה"ל.
28 בהחלטתי בסיום הדיון קבעתי כי:

29

30 "כיוון שלמעשה כל הטענות הן של העותרים, הן של המשיבות שכרגע מספקות
31 שירותים למשרד הביטחון נוגעות לתנאי המכרז, כך שהמשיב האמיתי הוא משרד
32 הביטחון בלבד, כל מי שטרם הגיש עתירה והוגדר בשלב זה כמשיב, יהיה רשאי,
33 בתוך 7 ימים מהיום, להגיש עתירה כנגד משרד הביטחון בלבד. מי שלא יגיש עתירה,
34 כאמור, יימחק כמשיב, ובפועל יימחק מההליכים...לאחר שתוגשנה אותן עתירות
35 (לבית המשפט ולפרקליטות במקביל) יגיש משרד הביטחון כתב תשובה כאמור
36 בתקנות, עד ליום 25.3.2018. התגובה תועבר במקביל גם לעותרים ובאי כוחם.
העותרים יהיו רשאים להגיש תגובה עד ליום 12.4.2018. בתגובה יהיו רשאים
העותרים להתייחס הן לטענות משרד הביטחון, הן לטענות העותרים האחרים.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 המשיבים, למעט משרד הביטחון יימחקו מכל העתירות הקיימות. לאחר שיוגשו כל
2 כתבי הטענות תינתן הוראה על סיכומים בכתב".
3

4 **ביום 11.3.18** הוגשה עתירה מטעם מר שוורץ ומר ריזק וכן מטעם עו"ד יעבץ.

5
6 **ביום 12.3.18** הודיע ארגון נכי צה"ל כי הגיע להסכמה עם משרד הביטחון (המייצרת הצורך בהגשת
7 עתירה מטעמו), לפיה יוכנסו במכרז שינויים כדלקמן:

8 א. הוספת שני מדדי איכות בנוסף לארבעת המדדים שהיו קיימים. האחד, שביעות רצון
9 ממציע ההצעה (מספר המלצות שיציג המציע מהתקשרויות עם ארגונים/גופים/מוסדות
10 בקשר עם מתן שירותי סיעוד); השני, וותק המציע בעבודת סיעוד מול נכים (אוכלוסיה
11 הזקוקה לסיוע הזולת בביצוע פעולות היומיום- פעולות ADL);

12 ב. העלאת רף ציון האיכות המינימאלי הנדרש מ- 60 ל- 70;

13 ג. העלאת משקל המרכיב האיכותי מ- 15% ל- 20%;

14 ד. הסכמה בנוגע להחתמה הסלולארית ע"י המלווה- הוסכם כי ההחתמה תבוצע ע"י המלווה
15 בתחילת המשמרת ובסיומה בלבד ותשמש את החברה לצורך תיעוד שעות פעילות המלווה
16 וחישוב שכרו וכן לבקרה של המשרד בהקשר זה; משרד הביטחון התחייב לעשות שימוש
17 בנתונים שייאספו לצרכים אלה בלבד, לא לעשות שימוש בנתוני ההחתמה כך שיפגע
18 במישרין או בעקיפין בפרטיות נכי צה"ל, ולא להעביר לגורם כלשהוא את מאגר המידע של
19 ההחתמה הסלולארית.

20 ה. תפורסמה טבלאות שכר מתוקנות שיינתן בהן ביטוי לזכויות סוציאליות שונות של
21 המלווים וכן לשמירת תנאי עבודה של מלווים וותיקים בעת מעבר מחברה אחת לחברה
22 אחרת.

23
24 **ביום 19.3.18** התרתי הצטרפות עו"ד קלימן ומר נעים עזר לעתירתם של מר ריזק ומר שוורץ.

25
26 **ביום 26.3.18** הוגשה תגובת משרד הביטחון לעתירות. לתגובה צורף הנוסח העדכני של חוברת
27 המכרז (שעודכן בפעם השלישית), לאחר שבוצעו בו התיקונים כמפורט בתגובת ארגון נכי צה"ל,
28 כאשר נקבע שהצעות תוגשנה עד ליום 10.5.18.

29
30 **ביום 28.3.18** הגישה "מטב - עמותה לשירותי טיפול ורווחה (ע"ר)" בקשה להצטרף כמשיבה
31 להליכים, ובהחלטתי מאותו היום דחיתי המבוקש, כיוון שבדיון שהתקיים נקבע מתווה לדיון ולפיו
32 משרד הביטחון יהיה המשיב היחיד. ציינתי כי המבקשת ידעה על כך ויכולה הייתה לבקש להצטרף





בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 קודם לכן ומשלא עשתה כן בקשתה נדחית. אף בקשה לעיון חוזר שהגישה מט"ב נדחתה בהחלטתי
2 מיום 15.4.18.

3

4 **ביום 13.4.18** הגישה תגבור בקשה לתיקון עתירתה. בבקשה נטען כי במכרז המתוקן אשר צורף
5 לתשובת משרד הביטחון מיום 26.3.18 הוספו הוראות חדשות שחלקן פוגעות בתגבור. בהחלטתי
6 מיום 15.4.18 דחיתי המבוקש וקבעתי כי בהתאם למתווה הדיון שנקבע ביום 4.3.18 העותרות,
7 לרבות תגבור, רשאיות להגיב לתשובת המדינה מיום 26.3.18, וכי אין מקום לתיקונים נוספים של
8 העתירות. עוד נקבע כי כלל העותרים יגישו תגובתם לתשובת המדינה עד ליום 15.5.18, ובמסגרת
9 זו תעלה תגבור את הטענות שהעלתה בבקשה לתיקון העתירה. כן צוין, כי לאור השינוי שנערך
10 במסמכי המכרז שצורפו לתשובת משרד הביטחון, יהא משרד הביטחון מנוע מלטעון כי טיעונים
11 אלה לא נכללו בעתירות. כן ציינתי לאמור כי תגובות אלה יהיו גם סיכומים בכתב מטעם העותרות
12 והעותרים, ולאחריהם יינתן פסק דין.

13

14 ביום 15.5.18 וביום 21.5.18 הוגשו סיכומי העותרות וביום 13.6.18 הוגשו סיכומי משרד הביטחון.
15 במסגרת סיכומי משרד הביטחון צויין לאמור, כי בוצעו שינויים במכרז פעם נוספת וצורפה **חוברת**
16 **מכרז מעודכנת (בפעם הרביעית)**. בין ה-1.7.18 ל-3.7.18 הוגשו סיכומי התשובה מטעם העותרות.

17

18 **ביום 8.7.18** הודיע משרד הביטחון כי נענה לבקשת ארגון נכי צה"ל לתקן את הגדרת "נכה" שבעמוד
19 8 למסמכי מכרז, בקשר למדד האיכות הנוגע לוותק של המציע במתן שירותי סיעוד לנכים. במקום
20 ההגדרה המקורית "אוכלוסיה הזקוקה לסיוע בעזרת הזולת בביצוע פעולות היום-יום (פעולות
21 ADL)" מוגדר כעת נכה כ: "אדם מגיל 18 ואילך שלקה בנכות, קרי- איבוד הכושר לפעול פעולה
22 רגילה, גופנית, נפשית, שכלית, לרבות קוגניטיבית, או פחיתתו של כושר זה". עוד צויין כי חוברת
23 מכרז מתוקנת תפורסם באתר משרד הביטחון. בהחלטתי מאותו מועד, קבעתי כי ככל שמי
24 מהצדדים מעוניין להגיב להודעת משרד הביטחון, יגיש תגובתו תוך 7 ימים.

25

26 **ביום 7.10.18** הגישה או.אר.אס הודעה בה נטען כי לאחר הגשת הסיכומים, משרד הביטחון קיבל
27 את טענתה בעניין תיקון התעריף השעתי על בסיס שבוע העבודה המקוצר במשק (182 שעות
28 חודשיות במקום 186 שעות חודשיות), אשר משמעותו היא עליית שכר המינימום לשעה החל מיום
29 1.4.18. כמו כן, כך נטען, נתקבלו טענות ההסתדרות בנוגע לתנאי ההעסקה של המלווים
30 במסגרת הליך ס"ק 18-03-26298 שהתנהל בבית הדין לעבודה (שמירת זכויות של "מלווה חוזר"
31 ומנגנון פיצוי למלווים ששכרם נפגע בעקבות שינויים שהכניס משרד הביטחון בשכר המלווים),
32 וטענה כי יש לכך השלכה על תנאי המכרז. עובדה זו, כך ציינה או.אר.אס, מחייבת שינוי כלל
33 טבלאות התעריפים, הכוללת אלפי תעריפים שונים, ומדובר, כך נטען, בחישובים מורכבים ורבים.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 העותרת טענה כי עד לרגע הגשת הודעתה טבלאות התעריפים לא עודכנו, ולפיכך עתרה להורות
2 למשיב לתקן מיידית את כל טבלאות התעריפים, ולאפשר לצדדים להתייחס אליהן ולטעון ביחס
3 אליהן עוד בטרם מתן פסק הדין.

4

5 **ביום 17.10.18** הוגשה בקשה מטעם הסתדרות העובדים ו-וועד המלווים להצטרף להליך. בבקשה
6 נטען כי סמוך לסוכות נחתמו הסכמים קיבוציים בין הסתדרות העובדים לבין כל אחת משלוש
7 חברות הסיעוד (או. אר. אס, נתיב ותגבור) המעסיקות כיום יחד עם משרד הביטחון את מלווי נכי
8 צה"ל, ולפיכך ההסתדרות היא המייצגת עובדים אלה. עוד צוין בבקשה כי ההליך שנדון בבית הדין
9 לעבודה עסק במחלוקות הנוגעות לזכויות מלווי הנכים, בקשר למכרז שבנדון, לרבות בעניין שמירת
10 וותק ותנאי העסקה במעבר בין חברות וכן בעניין מנגנון פיצוי להגנה על זכויות העובדים ושכרם
11 במקרים של פערים בשכר בשל שינויים במבנה השכר. כן צוין כי הצדדים שם הגיעו להסכמות בשני
12 העניינים המפורטים לעיל, וכי עקב כך נדחתה התביעה בהסכמה (ראו פסק דינו של בית הדין
13 לעבודה מיום 11.10.18 בס"ק 18-03-26298). וועד המלווים וההסתדרות ציינו כי זכויות העובדים
14 כפי שעוגנו בהליך בבית הדין, אינן באות לידי ביטוי ואינן מעוגנות כדבעי במכרז שבנדון.

15

16 **בהחלטה מיום 18.11.18** קבעתי כי לאור ההתפתחויות שחלו ובהן קבלת חלק מטענות העותרים
17 ופסק דינו של בית הדין לעבודה, תשקול המדינה האם אין זה ראוי יותר כי מסמכי המכרז יתוקנו
18 שוב, כך שיוברר מהן הטענות שנותרו, ככל שנותרו לעותרים או מי מהם, והאם יש צורך בהצטרפות
19 המבקשים.

20

21 **בתגובתו מיום 2.12.18** התנגד משרד הביטחון לצירוף ההסתדרות ווועד המלווים להליך. בתגובה
22 נטען כי **שוב בוצעו שינויים בחוברת המכרז**, לרבות תיקון נספחי השכר והתחשיבים, וצורפה
23 לתגובה **חוברת מכרז בפעם החמישית** מעודכנת (סעיף 21 להודעה).

24

25 **בהחלטה מיום 6.1.19** קבעתי כי לאור מרכזיות זכויות העובדים המלווים במכרז, ולאור העובדה
26 שבהליך לפני בית הדין לעבודה, לו היו המבקשים צד, נדונו נושאים שהמדינה עצמה הבהירה
27 שתעדכן בעקבותיהם את המכרז, ובכדי לא לעכב את מתן פסק הדין, אני נעתרת לבקשה לצירוף
28 המבקשים לעתירה. הוריתי כי הסתדרות העובדים ו-וועד המלווים יגישו סיכומים בתוך 14 יום,
29 ולאחר מכן משרד הביטחון ומי מהעותרים שיהיו מעוניינים בכך - יוכלו להגיש השלמת סיכומים.
30 לאחר מכן הוגשו סיכומי תשובה מטעם משרד הביטחון.

31

32 **ביום 18.2.19** עדכן שוב משרד הבטחון את טבלת השכר לעניין עובדים ממשיכים (כפי שהודיע לבית
33 הדין לעבודה במסגרת ההליכים שם. הודעת משרד הביטחון לבית הדין לעבודה בדבר שינוי
34 התעריפים צורפה להודעת משרד הביטחון בעתירות שלפניי מיום 20.2.19).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1

2

3. עיקרי המכרז ומטרותיו

3

תקנה 24 לתקנות הנכים קובעת כי רופא מחוזי רשאי לקבוע כי נכה צה"ל זקוק, עקב נכותו, למלווה או למלווים וכן לקבוע את היקף הליווי הנדרש. החל בשנות ה-90 של המאה העשרים החל אגף השיקום להתקשר עם חברות סיעוד בהסכמים כדי לספק ליווי סיעודי זה.

6

7

מטרת המכרז היא להחליף התקשרויות אלו ולספק לזכאי אגף שיקום נכים ליווי סיעודי איכותי, בהתאם לצרכיהם, כפי שנקבעו ע"י הגורמים המוסמכים באגף שיקום נכים.

8

9

10

הנוסח המעודכן ביותר של המכרז, לאחר השינויים הרבים שהוכנסו בו, **הוא זה שצורף לסיכומי משרד הביטחון מיום 2.12.18**. לפיכך, ההתייחסות להלן לסעיפי המכרז תהא ביחס לנוסח המכרז שצורף ביום 2.12.18 (אלא אם כן צויין מפורשות אחרת). במאמר מוסגר אציין כי לנוסח המכרז שהוגש ביום 2.12.18 לא צורפו הנספחים למכרז וכן לא צורפו טבלאות השכר המעודכנות. טבלאות שכר צורפו לאחרונה לנוסח המכרז שהוגש ביום 26.3.18 ונספחי חוברת המכרז צורפו לאחרונה לנוסח חוברת המכרז שהוגשה ביום 13.6.18. לפיכך, ככל שיהא בכך צורך, אפנה לנספחים/טבלאות השכר כפי שצורפו לנוסחים קודמים של המכרז.

17

18

לצורך כך נקבע במכרז כי הזוכים יחויבו לעמוד בדרישות איכות קפדניות, כמפורט בהסכם, לגבי המלווים הן בהכשרתם והן בפעולתם השוטפת. משקל החלק האיכותי במכרז נקבע ל- 20% ומשקל החלק הכלכלי נקבע ל- 80%.

20

21

22

נקבע כי השירות יינתן באמצעות שלוש חברות כאשר כל חברה תידרש לתת שירות בפריסה ארצית, וכן יידרש מתן גיבוי בין החברות בעת הצורך. הספקים שייבחרו יידרשו לאפשר המשך העסקת המלווים הקיימים כיום.

24

25

26

עוד נקבע כי בחירת הספק נותן השירות בפועל תיעשה עפ"י רצון והחלטת הזכאים בלבד, מבלי שמשרד הבחון מתחייב לחלוקה כלשהיא בין הספקים השונים שייבחרו (ראו עמ' 2, וכן סעיף 4.12 בעמ' 10 לחוברת המכרז).

28

29

30

3.1. המודל הכלכלי

31

המודל הכלכלי במכרז הינו "פיקס משולב", היינו: טבלה קטגורית (שמצויה בנספח ו') המשקללת את כלל המשתנים הכלולים בתעריף השעה (עובדים ותיקים/ חדשים, וותק, שכר שעתי בסיסי, תוספות זכויות סוציאליות, סוג המשמרת, סוג נכות, האישיות המשפטית של המציע), ומרכזת

33



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 אותם לכ-7,000 תעריפים שונים. מודל זה אמור, כך בהתאם למכרז, לשקף את כלל עלויות השכר
2 והתנאים הנלווים אותם נדרשים המציעים לתמחר בהצעתם.

3
4 בנוסף במסגרת התמורה נכלל "סעיף תמרון", אשר נועד לאפשר לחברות מרווח פעולה וגמישות
5 בתשלומיהן למלווים (להלן: סעיף התמרון). מטרת סעיף התמרון לתת מענה במקרים בהם קשה
6 למצוא עובדים בתנאים המוגדרים, טיפולים מורכבים בנכים קשים, שעות עבודה חריגות וכו'.
7 התמורה בגין סעיף התמרון נועדה כולה לתשלום שכר למלווים, כאשר החברה הזוכה תידרש להציג
8 בכל חודש דו"ח המפרט את אופן מימוש תקציב התמרון.

9
10 **3.2. התמורה ואופן התשלום**
11 התמורה במכרז מחולקת לשני רכיבים.

12
13 **3.2.א. רכיב התמורה הראשון**

14 רכיב התמורה הראשון נוגע להחזר בגין תשלומי שכר למטפלים הסיעודיים (כולל זכויות
15 סוציאליות, תשלומי מעביד ותשלומים נוספים); רכיב החזר עבור תשלומי שכר למטפלים
16 הסיעודיים יבוצע תוך אבחנה בין מלווים המועסקים בשכר שעתי ובין מלווים המועסקים
17 במשכורת חודשית. לעובדים במשכורת חודשית התשלום יבוצע במודל "גב אל גב", כאשר החברה
18 משלמת למלווה בהתאם לאמור בנספח ה'. לעובדים שעתיים יתבצע תשלום עבור שעות הליווי
19 סיעודי שבוצעו בפועל בהתאם לוותק המלווה, המשמרת בה עבד וסוג פגיעת הנכה מקבל הליווי
20 הסיעודי. תעריפי השכר כוללים את שכר המלווה ועלויות המעביד הנלוות (ראו נספחים ד', ו' לנוסח
21 המכרז שצורף ביום 13.6.18).

22
23 שכר השעה הבסיסי קבוע בטבלה המצויה בסעיף 2.1 לנספח ד' והינו בהתאם לוותק (בשנים) וכן
24 בהתאם לסוג הנכות- מלווה לנכים קשים מאוד/קשים/אחרים, ונע בין 28.49 ₪ לשעה ל-58.27 ₪.
25 כמו כן, בסעיף 2.2 מוגדרת "תוספת בין משמרות". כך, לדוגמא, עבור ימי א'-ה בשעות 7:00 עד
26 19:00 -10%, בשעות 19:00 עד 7:00 -7%; 40%; ביום ו' משעה 7:00 עד 13:00 -10% ומשעה 13:00 עד
27 19:00 -35% וכן הלאה.

28
29 **בסעיף 2.3 לנספח ד'** מוגדרים התנאים הסוציאליים: מספר ימי חופשה ומחלה, וכן נוסחת חישוב
30 ימי חופשה/מחלה; דמי הבראה; דמי ביגוד; קרן השתלמות; נסיעות; פנסיה; פיצויים; מענק שנתי;
31 דמי חגים (וכן מפורטת הנוסחה לחישוב דמי החגים); טלפון.

32
33 **נספח ו'** מפרט כי התשלום לחברות יהא על פי שעות העבודה של המלווים בפועל ובהתאם לתעריפים
34 המפורטים בקובץ טבלאות השכר שמצורף למכרז (קובץ הטבלאות האחרון צורף לנוסח המכרז



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 , שהוגש ביום 13.6.18). בטבלאות השכר ישנה אבחנה בין אוכלוסיות המלווים (ממשיכים וחדשים),
2 קבוצות הזכאים מקבלי השירות (נכים קשים מאוד/קשים ואחרים), שעות המשמרת, וותק המלווה
3 והגדרת הספק (מלכ"ר/חברה בע"מ). בסעיף 4 לנספח ו' הובהר כי התחשיב בוצע כך ששוקללו כלל
4 עלויות השכר והתנאים הנלווים אשר החברות נדרשות לשלם למלווים בהתאם להגדרות החוק
5 והמכרז, וכן נכלל בתחשיב תשלום בגין סעיף תמרון. התחשיב, כך צויין לקח בחשבון את כלל
6 הרכיבים המיטיבים מהמוגדר בחוק כגון חופשה, הבראה, מחלה, קרן השתלמות ותנאים נוספים
7 כמו נסיעות, ביגוד וטלפון (וכן סעיף תמרון עליו אעמוד בהרחבה בנפרד).
8

9 ב. 3.2. רכיב התמורה השני

10 רכיב העמלה השעתית בגין ניהול ותפעול הפרויקט. רכיב זה הינו רכיב התשלום בגינו מבוצעת
11 התחרות במכרז. עמלה עבור מלווים שעתיים תהא עמלה שעתית ותשלום בגין כל שעת ליווי
12 סיעודי שניתנה בפועל. עמלה עבור מלווים במשכורת חודשית תהא עמלה יומית (עמלת שעה כפול
13 שמונה וכפול מספר ימי העבודה).
14

15 ג. 3.2. אופן התשלום

16 נקבע כי התשלום לחברות הינו אחיד לכלל הספקים, ויבוצע על פי שעות העבודה של המלווים
17 בפועל ובהתאם לתעריפים שנקבעו במכרז, תוך אבחנה בין אוכלוסיות המלווים (ממשיכים
18 וחדשים) וקבוצות הזכאים מקבלי השירות (קשה מאוד, קשה וכו').
19

20 תעריפי התשלומים עשויים להתעדכן בהתאם למספר מדדים: הצמדת רכיב העמלה לשינוי במדד
21 המחירים לצרכן/הצמדה במקרה של עדכון שכר המינימום; עדכון רכיב השכר במקרה בו ייערך
22 שינוי בתנאים הסוציאליים (מכוח הוראות חוק, צו הרחבה או הסכם שחתמה המדינה).
23

24 3.3. הבקרה

25 הספקים יידרשו לעבוד מול חברת בקרה אשר תיבחר בעתיד ע"י משרד הביטחון ולהעביר לה
26 נתונים ודיווחים ככל שיידרש.
27

28 יבוצע דיווח נוכחות באמצעות החתמה ממוחשבת (שתפעל באמצעות טלפון קווי או סלולארי
29 מבוססי מיקום) באמצעות ספק שייבחר ע"י משרד הביטחון וחברת הבקרה.
30

31 3.4. אופן קביעת הזוכים במכרז

32 התחרות שנקבעה במכרז בין החברות היא על מחיר העמלה בגין ניהול הפרויקט, הכוללת בין היתר:
33 גיוס המלווים, הכשרתם, הדרכתם, ניהול ובקרת עבודת המלווים, תפעול שוטף של המערך, שידור
34 נתונים ועמידה בכל ההתחייבויות והדרישות נשוא המכרז.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1
2 קביעת הספק הזוכה במכרז תבוצע באופן הבא: **בשלב הראשון** תיערך בדיקת עמידה בתנאי הסף;
3 **בשלב השני** ייבחן החלק האיכותי בהצעות בהתאם לטבלת קריטריונים מפורטת המתייחסת
4 למדדי איכות (תו תקן, ניסיון בתחום, היקף פעילות, יחס אחראים מקצועיים-מטופלים, יציבות
5 תעסוקתית של האחראים המקצועיים ושל המטפלים), וההצעה תנוקד בהתאם לטבלאות האיכות
6 עד לניקוד המרבי של 100 נקודות. **בשלב השלישי** ינוקד החלק הכלכלי בהצעות כאשר השוואת
7 ההצעות תיעשה על פי עקרון עלות למזמין; להצעת המחיר של חברות בע"מ יתווסף מע"מ בשיעורו
8 כחוק ביום ביצוע ההשוואה ואילו באשר למציע הפטור ממע"מ, תחושב ההצעה ללא תוספת מע"מ
9 (סעיף 4.2 עמ' 9 לחוברת המכרז). **בשלב הרביעי**, ייערך שקלול של ההצעות בהתאם לחלק היחסי
10 של מדד האיכות ומדד המחיר. **בשלב החמישי** תיבחרנה שלוש חברות למתן השירות בהתאם
11 לדירוגן.
12

3.5. תנאי הסף

13
14 בין יתר תנאי הסף שנקבעו במכרז: המציע הינו ספק מוכר של משרד הביטחון; המציע שילם עבור
15 מסמכי המכרז סך של 2,000 ₪; למציע מחזור שנתי מינימאלי של 40 מיליון ₪, מתוכם 20 מיליון
16 ₪ בגין שירותי סיעוד בכל אחת מהשנים 2014-2016; למציע פעילות בתחום שירותי הסיעוד בחמש
17 השנים האחרונות (2012-2016) והעסקה של 1,000 עובדים לכל הפחות בתחום שירותי הסיעוד בחמש
18 השנים האחרונות; המציע כלול ברשימת ספקי הסיעוד של המוסד לביטוח לאומי או משרד הרווחה
19 כספק המספק שירותי סיעוד לנכים או לקשישים בעת הגשת ההצעה; המציע צירף להצעה ערבות
20 בנקאית בגובה 100 אלף ₪.
21

3.6. תנאים להוצאת הזמנה לאחר זכייה

22
23 בין התנאים המקדימים להוצאת הזמנה לאחר זכייה נקבע כי כל מציע נדרש להציג קיומם של 14
24 סניפים לכל הפחות, כאשר בכל מחוז יהיו לפחות 2 סניפים מתוך הערים המפורטות במכרז. כן
25 הובהר כי המציע מתחייב להגיע לבית הנכה במקרים בהם מגורי הנכה מרוחקים מעל 35 ק"מ
26 מסניף החברה. צוין כי התנאים להוצאת הזמנה, ובכלל זה התנאי בדבר קיומם של 14 סניפים,
27 צריכים להתמלא עד ולא יאוחר מ- 60 ימי עבודה ממועד ההודעה על הזכייה.
28

4. תמצית טענות הצדדים

29 **עיקר טענות העותרים הינן כנגד תנאי המכרז הבאים:**

- 30 א. המודל המכרזי (הנותן משקל גבוה לשיקולי מחיר, ומשקל נמוך לשיקולי איכות);
31 ב. תנאי הסף הקבועים במכרז (כאשר חלק מהעותרים טוענים לתנאי סף מחמירים מידי בעוד חלק
32 טוענים לתנאי סף מקלים יתר על המידה);
33 ג. מנגנון השוואת ההצעות (שאלת המע"מ);
34



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 ד. תחשיבי השכר שצורפו למכרז וסעיף התמרון, באשר לרכיב התמורה הראשון;
2 ה. דרישת ההחתמה הסלולארית (מנגנון הבקרה על שעות העבודה של המטפלים הסיעודיים);
3 ו. שיטת התשלום הקבועה במכרז ("פיקס משולב" ולא "גב אל גב");
4 ז. התאמת המכרז רק לעסקים גדולים ולא לעסקים קטנים/בינוניים (דרישת הפריסה הארצית,
5 דרישת המחזור הכספי ועוד).

6
7 העותרים מוסיפים וטוענים כנגד התנהלות משרד הביטחון, כי לא הוצגו אסמכתאות או מסמכים
8 (כגון פרוטוקולים או סיכומי ישיבות של וועדת המכרזים), המעידים על עבודת מטה שקיים משרד
9 הביטחון ועל תהליכי עבודה כאלה ואחרים. בהיעדר מסמכים כאמור, כך נטען, חזקה כי לא קויימה
10 עבודת מטה כלל, וכי המכרזים פורסמו ללא מדיניות, ללא יד מכוונת וללא בקרה.

11
12 **משרד הביטחון טוען בתגובה, בתמצית, כי המכרז במתכונתו הנוכחית, ולאחר השינויים שהוטמנו**
13 **בו, הינו מכרז ראוי, במסגרתו ניתן משקל לכלל האינטרסים של הגורמים המעורבים, וכאשר**
14 **משרד הביטחון לא חרג ממתחם הסבירות בעניין המכרז ולא פעל בניגוד לכללי המינהל התקין.**

15
16 עוד נטען, כי לזכות משרד הביטחון עומדת חזקת התקינות המנהלית, ובהתאם לה נקודת המוצא
17 הינה כי משרד הביטחון פעל בצורה חוקית ותקינה בכל הנוגע להליכי המכרז. לפיכך, כך נטען, אין
18 כל מקום להתערבות בית המשפט בשיקול דעת משרד הביטחון בעניין המכרז.

19
20 עוד נטען, כי הטענות השונות שמעלים העותרים אין בהן ממש, ואינן אלא ניסיונות של גורמים
21 אינטרסנטיים להתערב בשיקול דעת המשרד, כעורך המכרז, על מנת לעכב את ההליכים, לאיין
22 השלמת המכרז, ולהתאים את תנאי המכרז למידותיהם הספציפיות של העותרים השונים בעלי
23 האינטרסים השונים.

24

25 **5. דיון והכרעה**

26 דרך הילוכי תהיה כזו. בתחילה אעמוד על העקרונות שבבסיס פסק הדין ובהם החשיבות שבמתן
27 טיפול מיטבי בנכי צה"ל, החשיבות בשמירה על זכויות העובדים במסגרת דיני המכרזים ועקרונות
28 המשפט הציבורי (פרק 6). לאחר מכאן אדון (בפרק 7) בהיקף הביקורת השיפוטית על הליכי מכרז
29 ואבחין בין הרובד הפנימי לרובד החיצוני במכרז.

30
31 מכאן אעבור לדון בראש הראשון של העתירות – הרובד החיצוני של המכרז. במסגרת זו אדון
32 בהתנהלות משרד הביטחון (בפרק 8); בחזקת תקינות פעולות רשויות המינהל (בפרק 9); בבסיס
33 העובדתי להחלטה המנהלית (בפרק 10) ובתיקונים החוזרים שבוצעו במכרז (בפרק 11).

34





בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 בהמשך עבור לדון ברובד הפנימי במכרז, בתנאי המכרז. במסגרת זו אדון בתנאי הסף במכרז (פרק
2 12); היחס בין מדד האיכות למדד המחיר (פרק 13); שכר המטפלים הסיעודיים ועלות העסקתם
3 (פרק 14); שאלות נוספות בנוגע לתעריף (פרק 15). במסגרת זו אדון גם בהחתמה סלולרית מבוססת
4 מיקום והשלכותיה על הזכות לפרטיות (פרק 16); בהשוואת ההצעות מבחינת רכיב המע"מ ושאלת
5 ההפליה בין חברות למלכ"רים בהקשר זה (פרק 17) ובשאלות נוספות שהועלו כמו הדרישה להציג
6 מידע פלילי של המטפלים הסיעודיים (בפרק 19). לבסוף, אסכם.

7

8 **6. נדבכי פסק הדין: זכויות נכי צה"ל, זכויות המטפלים הסיעודיים ועקרונות המכרז הציבורי**
9 בפתח הדברים ברצוני לעמוד על שלושה עקרונות, שלושה נדבכים שהשמירה עליהם תעמוד בבסיס
10 ההכרעה בתיק זה. הראשון, חשיבות מתן טיפול מיטבי לנכי צה"ל, השני, שמירה על זכויות עובדי
11 חברות כוח האדם, והשלישי – העקרונות בבסיס דיני המכרזים. לכך אפנה עתה.

12

13 **6.א. נכי צה"ל: חשיבות איכות הטיפול הסיעודי הניתן להם**
14 נכי צה"ל נושאים בגופם יום יום, שעה שעה, את תוצאות המלחמות ושירותם הצבאי. יש לזכור
15 זאת גם לאחר שנים, גם בכבות הזרקורים. יש לזכור זאת גם כשהם מבוגרים, וסבלם גובר. יש
16 לזכור זאת יום יום, שעה שעה, כפי שהם זוכרים זאת בגופם.

17

18 זכויות נכי צה"ל הן חלק מחוזה בלתי כתוב בין המדינה לאזרחיה ולחייליה. החייל יסכן את חייו,
19 שלמות גופו ובריאותו, במהלך שירותו הצבאי למען ביטחון המדינה, כאשר הוא יודע כי אם ייפגע
20 המדינה תדאג לו. זהו האתוס. נכי צה"ל העותרים בשתיים מהעיתרות טוענים כי בפועל לא כך הם
21 פני הדברים, וכי מרכיב האיכות במכרז נמוך ואינו מבטא את איכות הטיפול הרפואי והסיעודי לו
22 הם זכאים.

23

24 הזכויות הניתנות לנכי צה"ל מביאות לידי ביטוי את תפיסת המדינה כי "מי שנפגע בשירותו למען
25 המדינה, המדינה חבה לו חוב משפטי ומוסרי שנתגבש בעת הפגיעה" (רע"א 7678/98 קצין
26 התגמולים נ' גלעד דוקטורי, פ"ד ס(1) 489 (2005), 552, להלן: "עניין דוקטורי"); הוא משקף את
27 ההכרה בתרומתם של המשרתים במערכת הביטחון ומגנים על המדינה, שירות שהוטל עליהם על
28 ידי המדינה, ולמען המשך קיומה וביטחונה, ומבטא את תחושת האחריות המוגברת והמחויבות
29 העמוקה של המדינה לנזק שנגרם להם עקב שירותם הצבאי, וכן את החובה המוסרית להעניק בגינו
30 סעד (ראו בין רבים: בג"ץ 5304/02 ארגון נפגעי תאונות עבודה ואלמנות נפגעי עבודה בישראל נ'
31 מדינת ישראל, פ"ד נט(2) 135, 141-142 (2004); בג"ץ 8487/03 ארגון נכי צה"ל נ' שר הביטחון, פ"ד
32 סב(1) 296, פסקה 5 (2006); רע"א 8138/07 שמואל פאר נ' קצין התגמולים משרד הביטחון (פורסם
33 בנבו, 2011); עע"מ 3550/15 משרד הביטחון האגף לשיקום נכים נ' פלוני, פסקה 1 (פורסם בנבו,





בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 ; רע"א 2558/16 פלונית נ' קצין התגמולים משרד הביטחון (פורסם בנבו, 2017), להלן: עניין
2 פלונית, בפסקאות 69-70).

3
4 בדברי ההסבר של דוד בן גוריון, עת הציג את הצעת חוק הנכים בכנסת בספטמבר 1949 (דברי
5 הכנסת כרך 2, תש"ט, עמוד 1572) הוא אמר בזו הלשון:

6 "מלחמת החירות של צבא הגנה לישראל לא היתה כולה זרועה נחת, ניצחונות
7 וכיבושים. היה גם צד שני למטבע. שולם מחיר יקר...נפלו מאות ואלפים מתפארת
8 הנוער שלנו...אך החללים הם רק חלק מהאבדות. רבים נשארו לשמחתנו בחיים, אך
9 גם הם שלמו מחיר יקר – אבר מן החי. הערב אני מגיש לכם בשם הממשלה חוק על
10 החוב, יותר נכון – על חלק מהחוב, שאנו חייבים לאלה שבגופם עזרו לשחרור האומה
11 והמולדת. חוק על תגמול ושיקום לנכי המלחמה..."

12
13 הפסיקה חזרה והדגישה את החוב שחייבת החברה בישראל לנכי צה"ל ולמשפחות השכולות. כבי'
14 השופט אליקים רובינשטיין עמד על כך בעע"מ 7335/10 קצין התגמולים נ' לופו (פורסם בנבו,
15 2013), בקשה לדיון נוסף נדחתה בדנ"מ 302/14 (פורסם בנבו, 2014, להלן: עניין לופו).

16 "חוקים אלה משקפים את הכרת החברה הישראלית בחוב שהיא חבה כלפי בניה
17 ובנותיה הנקראים לשרת בכוחות הביטחון ונפגעים בזמן השירות ועקב השירות,
18 ולא לה שנפלו על הגנתה – "חוב ערכי נעלה".

19
20 עם זאת, ולמרות ההצהרות הללו, בשנים האחרונות אנו מוצאים ביטוי לשחיקה בטיפול הרפואי
21 בנכי צה"ל. כך בפסיקה, כאשר בתי המשפט מותחים ביקורת בעניין זה על אגף השיקום במשרד
22 הביטחון (ראו: עת"מ (מינהליים ת"א-יפו) 13-06-7824 זאב אפרים נ' הרופא המוסמך הראשי
23 (פורסם בנבו, 2013); עת"מ 11-11-16958 ד"ר כץ נ' קצין התגמולים במשרד הביטחון-אגף
24 השיקום (פורסם בנבו 2013); עת"מ (מינהליים תל אביב-יפו) 11-08-27786 גלעד יששכר נ' אגף
25 השיקום במשרד הביטחון, פורסם בנבו, 2015 (להלן: עניין יששכר) ועת"מ (מינהליים ת"א-יפו)
26 15-01-24604 ינון כהן נ' הרופא המוסמך הראשי (פורסם בנבו, 2015)).

27
28 כך גם מסקנות ועדת בדיקה שהוקמה לעניין זה. צוות הבדיקה לבחינת אגף שיקום נכים ואגף
29 משפחות והנצחה במשרד הביטחון בראשות ח"כ ישראל חסון (2010, להלן: ועדת חסון), לפיהן:

30 "במהלך הדיונים חוינו רגעים קשים וכואבים. התחושה הדומיננטית היתה, כי
31 למרות תפיסתה של החברה הישראלית, לפיה 'מעמד ראוי ומכובד לאוכלוסיית
32 הנכים [נכי צה"ל] הינו מרכיב בחוסן הלאומי ובתלכיד החברתי' – מדינת ישראל
33 אינה מצליחה לממש תפיסה זון ובכך אינה ממלאת את חובתה המוסרית". העלייה
34 בהוצאות אגף השיקום, מביאה לצורך בחסכון והתייעלות."

35
36 בהמשך הוקמה ועדת ברודט (הוועדה לבחינת תקציב הביטחון בראשותו של דוד ברודט),
37 שהמלצותיה היו בסיס לוועדת גורן (הוועדה הציבורית לבחינת זכאות לסיוע מאגפי השיקום,
38 שהוקמה ב-2009), שהמליצה על צמצום ההגדרה של מי שיוכר כנכה צה"ל. בדברי ההסבר לתזכיר



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 הצעת חוק לשינוי מבחני הזכאות לפי חוקי השיקום (תיקוני חקיקה), התשע"ד – 2014, נאמר
2 לעניין זה:

3 כתוצאה מהעלייה במספרם של הנכים והחללים הוטל עומס רב על אגפי השיקום,
4 הפוגע באיכות השירות והטיפול הניתנים על ידי אגפי השיקום, בעיקר באגף שיקום
5 נכים, ובכלל זה לקבוצת הנכים הראויים לכך והזקוקים לכך....
6 הרחבת מעגל הזכאים הביאה לגידול ניכר בתקציב אגפי השיקום ובעלייה
7 משמעותית בחלקו של תקציב זה מסך כל תקציב הביטחון. כך, הטיפול במחלות
8 אנשי הקבע, השוטרים הסוהרים והמשרתים האחרים – בא בסופו של דבר, על
9 חשבון התעצמותו של צה"ל".

10 עם זאת בדברי ההסבר נאמר כי מדובר בזכויות מיטביות (מסקנות הועדה אומצו בשינויים בחוק
11 ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום המדיניות הכלכלית לשנות התקציב 2017 ו-2018),
12 התשע"ז-2016 (ס"ח 2592 מיום 29.12.16, לניתוח המלצות ועדת גורן, הצעות החוק והחקיקה
13 שהתקבלה ראו בהרחבה גולד גזית, נכי צה"ל, בעמ' 588).

14 רינת גולד גזית בספרה זכויות נכי צה"ל, (התשע"ט-2019, להלן: גולד-גזית, נכי צה"ל), עומדת
15 בהקדמה לספרה על הפער בין האתוס לעניין זכויות נכי צה"ל לבין המציאות:

16 "ספר זה עוסק בזכויות נכי צה"ל... מתוך אתגור האתוס שלפיו זכויות נכי צה"ל הן
17 הזכויות המיטביות ביותר מבין כל מערכי הזכויות לנכים. חשיבותו של אתוס זכויות
18 נכי צה"ל הוא ב"שמירה על מודל הכוח הלוחם". ואולם, ככל שהאתוס מרוחק
19 מהמציאות יש חשש כי האמונה בדבר עדיפות זכויות נכי צה"ל, שבבסיס האתוס,
20 תתנפץ ותתפוגג באופן שיפגע אנושות במודל הכוח הלוחם ובחוסן הלאומי. לפיכך,
21 יש חשיבות רבה להקדמת דיון ענייני ומהותי ביחס לפער שבין האתוס למציאות
22 ולצמצום הפערים ביניהם".

23 ומוסיפה במבוא, בעמ' 1:

24 "האתוס הרווח [הוא] שמדינת ישראל מיטיבה לתגמל את מי שהקריב משלמות גופו
25 ונפשו בהגנה עליה, וכי המדינה "נושאת על כפיים" ציבור יקר זה של נכי צה"ל.
26 הספרות והפסיקה מרבות לחזור על העקרון שלפיו יש לתעדף את זכויותיהם של נכי
27 צה"ל על פני כל מערך זכויות סוציאליות אחר. הדברים מוצאים את ביטויים הרטורי
28 אף בדברי הכנסת בהליכי החקיקה, אשר מדגישים את החוב הערכי והמוסרי של
29 המדינה לנכי צה"ל ולמשפחות השכולות... המציאות מתכתבת עם האתוס באופן
30 חלקי בלבד... בשנים האחרונות דומה כי מנשבות רוחות חדשות, המכרסמות
31 בחובתה המוסרית של המדינה, שואפות לחסוך בתקציבי השיקום, והכול בתוך
32 מתיחת ביקורת, בעיקר על זכויות נכי צה"ל... מי שלא חוצה את הקו בין הרטוריקה
33 המתעדת, לכאורה, את זכויות נכי צה"ל ובין המציאות השונה בתכלית, לא מבין עד
34 כמה רחוק האתוס מהמציאות. המערכות העוסקות בזכויות נכי צה"ל שביות בתוך
35 האתוס וממחזרות את הרטוריקה כאשר בה-בעת במבחן התוצאה והמציאות,
36 נמשכת שחיקה מתמדת בזכויות נכי צה"ל ובמעמדם".
37 (הדגשה שלי – מ' א' ג').

38 בעקבות בקשה שהגישה המדינה בה טענה כי אחת מהחברות פועלת ל"גירירת המכרז" כדי להמשיך
39 ולזכות בטיפול בנכי צה"ל מכוח החוזים הקיימים, הפנו העותרים ריזק ווורץ לדו"ח מבקר המדינה
40 (דו"ח שנתי 69' מיום 6.5.19), שעסק בשירותים הרפואיים לנכי צה"ל, לרבות הטיפול הסיעודי.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 כיון שמדובר בדו"ח מבקר, וכן כיון שהדו"ח פורסם לאחר שנסתיימו הטיעונים בעתירות, לא
2 התבססתי על הדו"ח, עם זאת, מגמה זו של שחיקה בטיפול בנכי צה"ל לרבות בהיבט הטיפול
3 הסיעודי, עולה גם מדו"ח המבקר.
4

5 **בעניין יששכר** קבעתי, כי יש לצמצם פער זה בין האתוס למציאות ולדאוג לטיפול המיטבי בנכי
6 צה"ל. קבעתי באותו עניין, לגבי מכשור רפואי, כי: **"איני סבורה, כי המדינה, השולחת לוחמים**
7 **לקרב, ראוי לה לטעון כי עליהם להסתפק בפחות מהטוב ביותר הנמצא בשימוש נכי צה"ל."** כך
8 גם לגבי טיפול סיעודי. לאור דברים אלו יש לבחון את תנאי המכרז שלפניי.
9

10 בטרם אעבור לדון בנדבך השני אזכיר כי חמישה נכי צה"ל היו אלה שהגישו שתיים מהעתירות כנגד
11 המכרז. כזכור, בתחילת הדרך היה ארגון נכי צה"ל מעורב בביקורת על המכרז, ובעקבות דין ודברים
12 עם משרד הביטחון שונו חלק מתנאי המכרז, כך, שנחה דעתו של ארגון נכי צה"ל, והוא נמנע מהגשת
13 עתירה מתוקנת, בשלב בו אפשרתי לכל הצדדים המעורבים לעשות כן. עם זאת, חלק מנכי צה"ל
14 הגישו עתירות בהן תקפו שני תנאים מרכזיים במכרז. האחד, נוגע לפגיעה בפרטיות נכי צה"ל
15 כתוצאה מהתנאי המחייב מלווים בהחתמת שיעון סולרית, והשני, הניקוד הנמוך הניתן למדדי
16 האיכות, ובהם הצורך בחפיפה בין מלווים. נכי צה"ל הצטרפו לטענות הנוגעות לשכר (הגרעוני
17 לטענתם) שישולם למלווים על פי המכרז.
18

19 נכי צה"ל בעתירתם העלו טענות קשות באשר לאופן קבלת ההחלטה של ארגון נכי צה"ל לסגת
20 מהעתירות, בשל התיקונים המסוימים שנערכו במכרז על פי דרישת הארגון. לטענתם, ההחלטה
21 התקבלה ע"י יו"ר הארגון שלא כדיון, מבלי שנערך הליך מתאים במוסדות הארגון (הוועד הארצי
22 והמזכירות הפעילה).
23

24 העותרים, ה"ה ריזק, שוורץ, קלימן ועזר הוסיפו וטענו כנגד ארגון נכי צה"ל (ראו בהודעתם מיום
25 15.7.18) כי בין הארגון למשרד הביטחון קיימת מערכת יחסים של קח ותן המציבה את הארגון
26 בניגוד עניינים מובנה, שכן הארגון נזקק לכספי התמיכה שהוא מקבל ממשרד הביטחון והדבר מנחה
27 את פעילותו עד כדי פגיעה בזכויות הנכים (סעיפים 9-10 להודעה).
28

29 משרד הביטחון טען כי הוא רואה בארגון נכי צה"ל כארגון היציג של נכי צה"ל ולכן פועל מולו
30 בתחומים ונושאים שונים, לרבות בעניין המכרז בנדון. משנתן הארגון את ברכת הדרך למכרז- יש
31 לראות זאת כהסכמת הנכים כולם. משרד הביטחון מוסיף כי טענות העותרים מר קלימן ומר עזר,
32 שהינם בעלי תפקיד בארגון נכי צה"ל הינן חלק ממערכת היחסים הפנימית שבין האורגנים השונים
33 של ארגון נכי צה"ל ולמשיב אין עניין להתערב במחלוקות פנימיות שביניהם- ככל שקיימות.
34



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 מבלי להיכנס לעובי הקורה באשר ליחסים בין ארגון נכי צה"ל, לראשי המחוזות (עו"ד עידן קליימן
2 מכהן כיו"ר מחוז ת"א והמרכז, ומר נעים עזר מכהן כיו"ר מחוז ירושלים בארגון נכי צה"ל) ולנכים
3 העותרים עצמם, אני סבורה כי הסכמת הארגון, במסגרתו תוקן המכרז במספר נושאים, אינה
4 מונעת מהנכים עצמם, שהם אלו שמקבלים את שירותי הליווי הסיעודי, להעלות טענות כנגד
5 המכרז. הנכים עצמם הם אלו הנזקקים לשירותי הליווי הסיעודי, והם אלו שיפגעו ישירות, באופן
6 מידי ויום יומי, אם כתוצאה מהמכרז תרד רמת המועסקים, או תפגע פרטיותם.

7

8 על כן זכויות הנכים, כפי שהן נטענות על ידי נכי צה"ל עצמם, יהיו העיקרון הראשון לאורו יש לבחון
9 את המכרז שלפניי.

10

11 6.ב. המטפלים הסיעודיים: חשיבות העמידה על זכויות עובדי הקבלן

12 הנדבך או העיקרון השני לאורו יש לפרש מכרז זה הינו שמירה על זכויות עובדי הקבלן, המטפלים
13 הסיעודיים (על החובה לאזן בין שתי אוכלוסיות עם קשיים עמד בית המשפט העליון בהרכב מורכב
14 בדגנ"ץ 10007/09 יולנדה גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד סו (1) 518 (2013), להלן: **עניין**
15 **גלוטן**), ביחס לאוכלוסיות החולים הסיעודיים אל מול עובדי הסיעוד. גם במקרה שלפניי יש לדאוג
16 לרווחת הנכים, אך לשמור גם על זכויות עובדי הסיעוד, שהיא כפי שנאמר **בעניין גלוטן**,
17 מהאוכלוסיות המוחלשות ביותר בחברה (ראו, למשל בפסקה ג' לפסק דינו של כב' השופט אליקים
18 רובינשטיין, שם בעמ' 532):

19 **"מחד גיסא רואה אתה לנגד עיניך נכה קשה וקשיש חולה המוטלים במיטתם**
20 **ותלויים כל כולם בעובד הסיעודי, ומאידך גיסא אתה רואה את העובד העלול לעתים,**
21 **לא תמיד, לכרוע תחת הנטל.... עלינו להפנות את פנינו אל כלל החלשים".**

22

23 טרם אפנה לדון בעניין זה, אדגיש כי אני ערה לעובדה שמדובר בנכי צה"ל אשר הם פעמים צעירים
24 המתגוררים בביתם, ומטופלים על ידי בני משפחה. עם זאת, יש לתגמל גם בני משפחה אלו, ובנוסף,
25 אין מדובר במרבית המטפלים הסיעודיים. אפנה עתה לדיון בזכויות המטפלים הסיעודיים,
26 המלווים בלשון המכרז, עובדי הקבלן.

27

28 עובדי הקבלן הם קבוצת העובדים הפגיעה והמוחלשת ביותר מבין העובדים במשק. דפנה
29 רובינשטיין, אורלי בנימין וערן גולן, טוענים במאמרם: "דרך המלך": העצמה פוליטית של עובדים
30 עניים בצל תרבות המכרזים" בתוך: **משפט חברה ותרבות – העצמה במשפט 159, 172 (תשס"ח-**
31 **2008, להלן: רובינשטיין, בנימין וגולן, העצמת עובדים)**, סבורים כי אחת הסיבות להחלשת עובדים
32 עניים בישראל היא תרבות המכרזים, ובליבם מכרזים עתירי כוח אדם, במסגרתם זוכה הקבלן
33 המציע את ההצעה הזולה ביותר. עם זאת, המחברים סבורים כי ניתן גם להעצים ולחזק את אותם
34 עובדים באמצעות דיני המכרזים, ובעיקר ע"י תיקוני חקיקה, שיחייבו במפורש מדדי איכות כשוויים



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 בחשיבותם למדדי מחיר, כך שתמנע זכייה במכרז של חברה המציעה מחירים זולים על חשבון
2 הזכויות הסוציאליות של המועסקים (שם בעמ' 187 ו-191).

3

4 עמדו על כך אבישי בניש ורועי צרפתי, במאמרם: "כאשר העבודה חוזרת להיות מצרף: בחינה
5 ביקורתית של מכרזי הפסד ברכישת שירותים עתירי כוח אדם" מעשי משפט א 93, 101 (2008)
6 והציעו לעשות שימוש בדיני המכרזים לצורך הבטחת זכויות העובדים (שם בעמ' 100):

7 "דיני המכרזים אינם עומדים כאי בודד. הם חייבים להביא בחשבון גם שיקולים
8 רחבים יותר. בחינה שיפוטית של מכרזי הפסד אינה יכולה להתעלם מהמציאות
9 בשטח, המלמדת כי שיטת מכרזי ההפסד הפכה להיות 'חממה' להעסקה פוגענית,
10 ומהעובדה שפעמים רבות מכרזי הפסד מובילים להפרת חוקי העבודה ולפגיעה
11 בזכויות יסוד של העובדים וביכולתם לפרנס את עצמם בכבוד. בחינה של מכרזי
12 ההפסד אינה יכולה להתעלם גם מההקשר הרחב יותר, המלמד על החרפה של
13 התופעה החברתית המדאיגה של 'עובדים עניים' — עובדים המצויים בשוק העבודה
14 ואינם מצליחים להתפרנס באופן שמעלה אותם אפילו מעל לקו העוני. לכן, לגישתנו,
15 באיזון שבין "היעילות הכלכלית" שבקבלת הצעה גירעונית לבין ההשלכות
16 השליליות שיש למכרזי ההפסד על ערכים ציבוריים אחרים, כגון כיבוד החוק
17 וההגנה על זכותם של עובדים להתקיים בכבוד, המעוגנת ברמה החוקתית והחוקית,
18 וכן באמנות בין-לאומיות. מדיניות שיפוטית ומינהלית ראויה צריכה לתת משקל
19 עדיף לשמירה על הערכים הציבוריים הללו ולפסול את מכרזי ההפסד על הסף."
20

21 שרון רבין-מרגליות, "חברות השירותים, מזמיני השירותים ובעיקר מה שביניהם: על מעמדם ועל
22 אכיפת זכויותיהם של עובדי חברות השירותים", מחקרי משפט כה, 525, 237 (התש"ע-2009),
23 מדגישה גם היא כי:

24 "לדעתי, הלקוחות של חברות השירותים הם סוכן הפיקוח האפקטיבי ביותר. חברות
25 השירותים מתפרנסות מחוזי אספקת השירותים, והן רגישות לדרישות הלקוחות.
26 דרישה של הלקוחות לאכוף את זכויות העובדים תקינים, אם משמעות המשך ההפרה
27 תהא התרת חוזים קיימים והפסד התקשרויות עתידיות."
28

29 וסבורה כי דיני המכרזים מהווים את אחת הדרכים המרכזיות להביא לאכיפת חובות אלו (שם,
30 בעמ' 554). עוד ראו לעניין זה: עומר דקל "מטרות המכרז: השוויון אינו העיקר" ספר יצחק זמיר
31 על משפט, ממשל וחברה (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים) 474, 441 (2005) וכן: ערן גולן, "שינוי
32 חברתי בצל תרבות במכרזים, מסחור העבודה והחסר השיפוטי, מעשי משפט ג' 201, 209 (2010).
33

34 הצעות אלו התקבלו בפסיקה ונקבע כי הדאגה להבטיח את הזכויות המינימליות של העובדים
35 המועסקים על ידי חברות כוח אדם, במיוחד כשמדובר בזכויות הקבועות בחוק, כגון שכר מינימום
36 ותנאים סוציאליים, הינה עניין שהרשות הציבורית בעלת המכרז מופקדת ואמונה על שמירתו
37 (עע"מ 9241/09 שלג לבן 1986 בע"מ נ' עיריית אשקלון, פורסם בבנו, 2010, להלן: עניין שלג לבן).

38

39 כב' השופט אדמונד א' לוי בעניין שלג לבן (בפסקה 6 לפסק דינו), התייחס לדיני המכרזים כדינים
40 העשויים לצמצם פגיעות בזכויות עובדי הקבלן:



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 "ייחודם של דיני המכרזים הציבוריים הוא בכך שהם ניצבים על צומת דרכים
2 משפטי, המנקז אליו יסודות מתחומי משפט שונים. יעילות מנהלית וכלכלית, מוסר,
3 אתיקה ציבורית, קיומו של חופש חוזים במובנו הרחב, הקפדה בעקרון השוויון,
4 לרבות שוויון בהזדמנויות, הם חלק מן העקרונות המצטלבים בו הגשמתו של
5 משפט העבודה המגן היא, להשקפתי, ממטרותיהם של דיני המכרזים, ועומדת היא
6 על רגליה שלה, שכם אל שכם עם התכליות האחרות."
7

8 ובהמשך, בפסקה 9:

9 "רואה אני מקום לשוב ולהטעים, הטעם-היטב, כי התפישה ולפיה יש להגן על
10 זכויות העובדים במכרז אינה שואבת את עיקר כוחה מן התועלת שבקיומו של המכרז
11 בתנאיה של ההצעה הזוכה, אלא עומדת היא לעצמה, כמטרה מבין שורת המטרות
12 שמבקשים דיני המכרזים להגשים."
13

14 אמנם קיימת אבחנה בין עובדי קבלן כוח אדם, המוגדרים בחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח
15 אדם, התשנ"ו-1996 (להלן: **חוק קבלני כוח אדם**), כמי שעובדים בשמירה, אבטחה וניקיון, לבין
16 קבלן שרות המעסיק עובדים, שככלל עובדיו אינם נמנים על קבוצות אלו, אלא מהווה צורת העסקה
17 שונה. עם זאת, עובדי סיעוד, כדוגמת מלווים לנכי צה"ל, היו אמורים, על פי ההגדרות להיכלל בקרב
18 המועסקים ע"י קבלני כוח אדם, אלא שבארץ לא החילו עליהם את חוק קבלני כוח אדם כיון שסעיף
19 12 לחוק מחייב גוף המעסיק עובד דרך חברת כוח אדם לשכור אותו ישירות לאחר תשעה חודשים
20 (כאשר עובדי סיעוד ומחשוב מוחרגים מחובה זו, ראו לעניין זה: אמירה גלין, "על התיקון לחוק
21 העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם: האם יצא שכרנו בהפסדנו?" **עבודה, חברה ומשפט** ח' 103,
22 107-105, 115 (2001) וכן: נעם גרובר, **עובדי קבלן בישראל**, בתוך: **דו"ח מצב המדינה – חברה,**
23 **כלכלה ומדיניות**, מרכז טאוב, 2015). אולם, גם במקרים האחרים, קבלת ההצעות הזולות, כאשר
24 המרכיב של המחיר במכרז הוא המרכיב העיקרי, עלולה לפגוע בתנאי העובדים.
25

26 המגמה לשמירת זכויות עובדים במסגרת החוזה בין הלקוח לספק השירותים, באה לידי ביטוי גם
27 בהוראותיו של החשב הכללי במשרד האוצר במסגרת "**הוראת שעה משקית 2-41-2007 - הגנה על**
28 **זכויות עובדים המועסקים בידי קבלני שירותים**" מיום 5.7.07. הוראה זו, כשמה, שמה לה למטרת
29 להגן על זכויות עובדים המועסקים על ידי קבלני שירותים במסגרת התקשרויות עם המדינה. כנספח
30 להוראה זו צורפה טבלת תמחירים המפרטת את רכיבי השכר המינימאליים שקבלני שירותים
31 המתקשרים עם משרדי הממשלה מחוייבים לשלם לעובדיהם. בנוסף, חוזה ההתקשרות מאפשר
32 לרוכש השירותים לערוך ביקורות ולבטל את החוזה כאשר הקבלן מפר את זכויות העובדים. בשנת
33 2009 תוקנו תקנות חובת מכרזים ונוספו הוראות שתכליתן לתמרץ מעסיקים המתמודדים במכרז
34 לשמור על זכויות עובדיהם, ע"י מתן הכשר לפסילת מציע שאינו שומר על זכויות עובדיו (תקנות
35 חובת מכרזים, תשנ"ג-1993, תקנות 6(א)4, 6א, 16, 20, ו-22(א)6) שתוקנו בשנת 2009).
36



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 התקנות משקפות היטב את הגישה המחייבת את ועדות המכרזים לשקול בין שיקוליהם את הבטחת
2 זכויות העובדים (ראו בעניין זה עת"מ (מנהלי ת"א) 1705/07 מודיעין אזרחי בע"מ נ' אגוד ערים
3 אזור דן, פורסם בנבו, 24.02.2008).

4

5 על כן נדבך שני בבחינת המכרז, תהיה בחינת זכויות העובדים.

6

7 6.ג. העקרונות שבבסיס המכרז הציבורי

8 הנדבך השלישי בבסיס פסק הדין הינו העמידה על העקרונות שבבסיס המכרז הציבורי.

9

10 ביסודו של המכרז הציבורי, עומדים, כידוע, שני עקרונות יסוד: **האחד**, שמירה על עקרונות של
11 שוויון, שקיפות וטוהר המידות, וזאת על ידי מתן הזדמנות שווה לכלל המציעים, ללא משוא פנים,
12 או שרירות. **השני**, השאיפה לנהוג ביעילות, בחסכון בכספי הציבור ובהשאת היתרונות למזמין
13 ולציבור באמצעות בחירת ההצעה הטובה והזולה ביותר (עע"מ 6823/10 מתן שירותי בריאות בע"מ
14 נ' משרד הבריאות, פסקה 20 לפסק דינו של כב' השופט עוזי פוגלמן (פורסם בנבו, 2011, להלן: **עניין**
15 **מתן**; עע"מ 8409/09 **חופרי השרון בע"מ נ' א.י.ל. סלע (1991) בע"מ**, פסקאות מח- נ לפסק דינו של
16 כב' השופט אליקים רובינשטיין, (פורסם בנבו, 2010, להלן: **עניין חופרי השרון**; עע"מ 3499/08 **רון**
17 **עבודות עפר ייזום ופיתוח מ.א. בע"מ נ' ועדת המכרזים - עיריית עפולה**, פסקה 12, פורסם בנבו,
18 2009, להלן: **עניין רון**; עע"מ 4363/14 **מדינת ישראל משרד הרווחה והשירותים החברתיים נ'**
19 **עמותת אקים ישראל**, פסקאות 6-9, פורסם בנבו, 2015, להלן: **עניין אקים**).

20

21 הרשות, משרד הביטחון, פועל למעשה בשני "כובעים": כובעו כרשות מינהלית, שמכוחו מושם דגש
22 על שיקולים ציבוריים ועל הבטחת עיקרון השוויון; וכובעו כשחקן בשוק הפרטי, שפועל בהתאם
23 לדיני החוזים המבקשים להגשים בעיקרם אינטרסים כלכליים (עע"מ 687/04 **ינון תכנון יעוץ ומחקר**
24 **בע"מ נ' רשות הנמלים והרכבות רכבת ישראל**, פסקה 12, פורסם בנבו, 2006, וכן: עומר דקל, **דיני**
25 **מכרזים**, תשס"ד-2004, כרך ראשון, 91-115 (להלן: **דקל, מכרזים**)).

26

27 ככלל, ההנחה היא כי בסופו של יום לא קיימת סתירה בין התכליות השונות, שכן בטווח הארוך, יש
28 בשמירה על עיקרון השוויון כדי להגביר את אמון הציבור במנגנון המכרזים ולעודד השתתפות בו,
29 שתגשים בתורה גם את האינטרסים הכלכליים שביסוד עריכת מכרז (עניין **מתן**), פסקה 20 לפסק
30 דינו של כב' השופט עוזי פוגלמן).

31

32 עומר דקל, במאמרו: "דיני מכרזים תלויי הקשר", **משפט ועסקים** כא, 181 (תשע"ח-2018, להלן:
33 **דקל, מכרזים תלויי הקשר**), סבור כי יש לראות את תחום דיני המכרזים בראי הקשרי, ומציע
34 במקרה של מכרז עתיר כוח אדם, כמו המכרז שלפניי, להחיל שורה של כללים קוגנטיים, שתכליתם



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 להקשות על פגיעה בזכויותיהם של העובדים מטעם ספק השירות, בין היתר חובה לצירוף תחשיבי
2 שכר למכרז, וכן קביעה קוגנטית כי לא יתקבל מכרז הפסדי במכרזים עתירי כוח אדם.

3
4 יש לעמוד אפוא על כך שתנאי המכרז יבטיחו את השוויון מזה ואת היעילות הכלכלית מזה. זאת,
5 לצד הבטחת איכות הליווי סיעודי הרפואי-סיעודי לנכי צה"ל ושמירה על זכויות העובדים.

6
7 לאור כל אלו אציג להלן בקצרה את עיקר טענות הצדדים ואדון לגופן בסוגיות שהועלו. טרם אכנס
8 לדיון בטענות לגופן אעמוד על אופן הביקורת השיפוטית בהליך המכרז.

7. הביקורת השיפוטית על הליכי מכרז

7.א. היקף הביקורת

9
10
11 על ועדת המכרזים, בהיותה גוף מינהלי, ולנוכח מעמדה כנאמן הציבור, להפעיל את שיקול דעתה
12 בהגינות ובתום לב, ובכלל זה, לפעול: "ביושר, בשוויון, ללא משוא פנים או שרירות. עליה, כמובן,
13 לפעול בסבירות.... כגוף מינהלי, היא כמובן כפופה לכללי הצדק הטבעי, ועל חבריה חל איסור
14 לפעול במצב של ניגוד עניינים, וחלה עליה החובה לאפשר זכות טיעון למתמודד, שזכותו עלולה
15 להיפגע מהחלטת הוועדה" (עניין חופרי השרון, פסקה מ"ט לפסק דינו של כב' השופט רובינשטיין;
16 עע"מ 16/4607/16 Alstom Transport SA נ' נת"ע נתיבי תחבורה עירוניים בע"מ, פסקה 46, פורסם
17 בנבו, 2017, להלן: עניין אלסטום).

18
19 התערבות בית המשפט בשיקול דעתן של ועדות מכרזים הינה מוגבלת מעיקרה. כלל יסוד בבואו של
20 בית המשפט לעניינים מנהליים להעביר תחת שבט ביקורתו את החלטת וועדת המכרזים הינו, כי
21 בית המשפט אינו יושב כ"וועדת מכרזים עליונה" או כערכאת ערעור על החלטתה של ועדת
22 המכרזים. הוא איננו נכנס לנעליה של הרשות ואינו מחליף את שיקול דעתה של הוועדה בשיקול
23 דעתו, גם כאשר הינו סבור כי אפשר היה להגיע לתוצאה שונה. בית המשפט אינו שואל את עצמו
24 מה הוא היה מחליט בנסיבות דומות, אלא אם רשות ציבורית סבירה עשויה הייתה לקבל את
25 ההחלטה שנתקבלה בפועל. אם ההחלטה מהווה אחת ההחלטות שניתן היה לקבל באותן נסיבות,
26 לא יתערב בכך בית המשפט.

27
28
29 הביקורת השיפוטית בהקשר זה נועדה לבחון האם החלטת הוועדה התקבלה בסבירות, בהגינות,
30 בתום לב, ביושר, בשוויון, ללא שרירות, כדין ומשיקולים ענייניים, וכל עוד נתקבלה החלטתה של
31 הרשות כדין ואין בלתי סבירה אלא מצויה במסגרת תחום האופציות הסבירות (מתחם
32 הסבירות), בית המשפט לא יתערב בה (עע"מ 7357/03 רשות הנמלים נ' צומת מהנדסים תכנון תאום
33 וניהול פרויקטים בע"מ, פ"ד נט(2) 145, פסקאות 21-22 לפסק דינה של כב' השופטת, לימים
34 הנשיאה, דורית בייניש (2004), להלן: עניין רשות הנמלים; עע"מ 11572/05 טלדור מערכות



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 מחשבים 1986 בע"מ נ' אימג'סטור מערכות בע"מ, פסקה 14, פורסם בנבו, 2006; עע"מ 4013/06
2 אקרשטיין צבי בע"מ נ' הועדה המקצועית לעניין תקנה 25 (29) לתקנות חובת המכרזים, פסקה
3 36, פורסם בנבו, 2008; עע"מ 5409/18 רשות מקרקעי ישראל נ' מוחמד סלימאן, פסקאות 14-15,
4 פורסם בנבו, 03.01.2019, להלן: עניין רשות מקרקעי ישראל).

5
6 לא כל פגם שנפל בהחלטת ועדת המכרזים יביא, בהכרח, לביטול המעשה המינהלי, ורק סטייה
7 מהותית מעקרונות יסוד של ניהול מכרז תקין תצדיק התערבות שיפוטית בהחלטות הוועדה. בית
8 המשפט מבחין בהקשר זה בין פגמים מהותיים במכרז, הפוגעים בשוויון ובתחרות ההוגנת בין
9 המשתתפים, ויש בהם להביא לפסילת ההצעה או לפסילת המכרז כולו, לבין פגמים טכניים שנעשו
10 בתום לב, שאינם יורדים לשורשו של עניין, ואין בהם כדי לפגוע בעקרונות היסוד של דיני המכרזים
11 ולפיקד אין בהם כשלעצמם כדי להביא לפסילת הצעה או לפסילת המכרז כולו. התערבות בית
12 המשפט מוגבלת אף יותר בעניינים שבמומחיות, אשר מצויים ב"גרעין הקשה" של שיקול הדעת
13 המקצועי של ועדת המכרזים (עע"מ 3190/02 קל בנין בע"מ נ' החברה לטיפול בשפכים רמת לבנים
14 בע"מ, נח(1) 590 (2003), פסקה 7 לפסק דינה של כבי השופטת פרוקציה; עע"מ 4529/15 אורט
15 ישראל (חל"צ) נ' המועצה המקומית דלית אל כרמל, פסקאות 14-15, פורסם בנבו, 2015 ועניין
16 אלסטום, פסקה 46).

17
18 הנה כי כן, אפילו שגתה וועדת המכרזים, והדרך בה בחרה תביא לכישלון המכרז במקום להשיא
19 את מספר המשתתפים ולהביא להורדת המחירים, הרי שבית המשפט לא יתערב בדרך ניהול המכרז,
20 בניסוחו או בניסוח תנאי הסף שלו, אלא אם נמצא כי המקור לכך הוא בהליך לא תקין או בחוסר
21 סבירות קיצוני (רשות מקרקעי ישראל, פסקה 14).

22
23 **ב.7. אבחנה בין הרובד החיצוני והרובד הפנימי במכרז**
24 טענות כנגד מכרז עשויות להתייחס לרובד החיצוני של המכרז ולרובד הפנימי בו. הרובד החיצוני
25 של המכרז עוסק בחובות הרשות הציבורית בהתנהלותה כבעלת המיכרז (דהיינו: נוהל קבלת
26 החלטותיה, סבירותו וחוקיותו), שעיקרן בחיובה לפעול בהגינות, בשוויון, בסבירות ובתום לב
27 בעריכת המכרז ובדרך ניהולו; הרובד הפנימי של המכרז עניינו בתוכנו הפנימי של המכרז, במהות
28 ההסדרים הפנימיים שהוא קובע, ובמידת התאמתם לדין. בחינת הרובד הפנימי של המיכרז נועדה
29 לבדוק את ההחלטה המינהלית שהתקבלה ע"י בעל המכרז, האם ההסדר המהותי שהמיכרז קובע
30 עומד, כשהוא לעצמו, במבחן העקרונות של המשפט הציבורי. ביקורת הרובד הפנימי של המכרז
31 עוסקת בעיקר בבחינת סבירותו של תנאי שנקבע ומידתיות פגיעתו בזכויות היסוד של הפרט, בעיקר
32 בזכות לשוויון אך גם בזכות לחופש העיסוק. בחינה זו יפה הן לתנאים שנקבעו כתנאי סף, הן
33 לתנאים שאינם כאלו (עע"מ 4011/05 דגש סחר חוץ (ספנות) בע"מ נ' רשות הנמלים (חברת נמלי



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 ישראל פיתוח ונכסים, פסקאות 34-35 לפסק דינה של כב' השופטת איילה פרוקצ'יה פורסם בנבו,
2 2008, להלן: עניין דגש סחר).

3
4 פעמים רבות הרובד החיצוני משפיע על הרובד הפנימי. כך, למשל, ככל שלא התקיימו התייעצויות
5 נדרשות- לא ניתן יהיה לוודא שהחלטה שנתקבלה ראויה היא (ראו: יגאל מרזל, "הרובד הפנימי
6 של המכרז הציבורי" משפט ועסקים י"ח, בתוך: ספר אילה פרוקצ'יה, 363, 2015, להלן: מרזל,
7 המכרז הציבורי).

8
9 על אבחנה זו עמד מרזל, המכרז הציבורי, בעמ' 373:

10 "בבחירת סבירותו של תנאי במכרז ניתן לבדוק, למשל, אם הרשות שקלה את כל
11 השיקולים הענייניים ונתנה להם משקל ראוי כאשר קבעה את התנאי, ואם הוא עולה
12 בקנה אחד עם תכליתו של המכרז. כך, למשל, בית-המשפט עשוי לבחון אם הגבלה
13 גיאוגרפית של אזור הפעילות של המציע היא סבירה ועניינית, או אם תנאי-סף
14 הדורש ניסיון מוקדם של המציעים, באופן המדיר מציעים בכוח (קרי, מציעים
15 פוטנציאליים) מן התחרות המכרזית, הוא סביר ומידתי".

16
17 ובהמשך הוא מציין לאמור (בעמ' 374):

18 "הכפפת הרובד הפנימי של המכרז לעקרונות המשפט הציבורי משמעותה, מעבר
19 לאמור לעיל, גם חיוב של הרשות הציבורית העורכת את המכרז לקבוע במכרז תנאים
20 ענייניים ורלוונטיים ביחס להתקשרות עצמה ולתכליתה. קביעת תנאי במכרז שאינו
21 תנאי ענייני ביחס להתקשרות אינה רק שרירות ופתח למניע נסתר שעלול להתברר
22 כשחיתות, אלא עלולה גם להוביל לפגיעה ביעילות המכרז, עקב פגיעה בתחרות, וכן
23 לפגיעה אפשרית בעקרון שוויון ההזדמנויות. ... דרישת הענייניות במכרז היא אפוא
24 דרישה מרכזית, ועיקרה הוא שתנאי שנקבע במכרז ינבע מנסיבות ההתקשרות
25 ויתרום להשגת יעדיה".

26
27 ואולם כל זאת, כאמור לעיל, בהתחשב בכלל אשר פורט לעיל ולפיו התערבות בשיקול דעת הרשות,
28 ובליבת ההכרעה המקצועית של ועדת המכרזים תיעשה במקרים נדירים, שכן בית המשפט אינו שם
29 עצמו בנעלי הרשות.

30
31 במקרה שלפניי, טענות העותרים כנגד המכרז עוסקות הן ברובד החיצוני של המכרז, הנוגע לחובות
32 הרשות הציבורית בהתנהלות כבעלת מכרז, בעריכת המכרז ובדרך ניהולו, הן ברובד הפנימי העוסק
33 בתוכנו של המכרז, ובו נבחנת ההחלטה המינהלית שהתקבלה ע"י בעל המכרז. לאור האמור בעניין
34 דגש סחר, יש לבחון הן את השיקולים ששקלה ועדת המכרזים, המידע וחוות הדעת שהיו לפנייה,
35 כמו גם ניהול הפרוטוקולים על ידה, וזאת במסגרת הרובד החיצוני; כמו כן יש לבחון את החלטותיה
36 לגופן, הבאות לידי ביטוי בתנאי המכרז כפי שנקבעו. לאור האמור, אבחן בתחילה את הטענות לעניין
37 הרובד החיצוני – התנהלות ועדת המכרזים ואופן גיבוש התשתית העובדתית לצורך המכרז, ולאחר
38 מכן אעבור לדון ברובד הפנימי – בתנאי המכרז עצמם.

39



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 .ג. הטענות שתיבחנה במסגרת הרובד החיצוני והרובד הפנימי
2 במסגרת בדיקת הרובד החיצוני ייבחנו התשתית הראייתית ששימשה בסיס להחלטה הנתקפת
3 (המידע וחוות הדעת שעמדו בפני וועדת המכרזים) והשיקולים ששקלה הוועדה. לעניין זה יש
4 חשיבות לאפשרות של בית המשפט לעקוב אחר הדרך והתהליך בו נתקבלה החלטת וועדת
5 המכרזים, כמו גם על הטעמים והנימוקים שהביאו את הוועדה לקבל את ההחלטה שנתקבלה, בין
6 אם מראש, ולכל הפחות בדיעבד, במסגרת העתירה.

7
8 במסגרת הרובד הפנימי ייבחנו תנאי המכרז לגופם. כפי שציינתי, הדברים שלובים, כך החלטה שלא
9 על בסיס תשתית ראויה עלולה להביא להעדר התייחסות עניינית לגורמים מסוימים, ולפיקד לתנאי
10 שאינו מנומק או מבוסס.

הרובד החיצוני

8. התנהלות הרשות

14 החלטות הרשות, וביניהן התנאים הקבועים במכרז, צריכות לעמוד במבחנים של קבלת החלטה
15 מינהלית, לרבות כי ההחלטה תהיה מבוססת על עובדות רלבנטיות ויישקלו כל השיקולים הנוגעים
16 לעניין ולא אחרים. בכל הנוגע למכרז נגזר מכך כי על ועדת המכרזים לקבל את כל החומר הרלבנטי,
17 לדון בכל השאלות המתעוררות ולנמק את החלטותיה. הליך קבלת ההחלטות בוועדת המכרזים,
18 לרבות הנמקת ההחלטות, אמורים לבוא לידי ביטוי בפרוטוקולים של וועדת המכרזים.

19
20 פים לעניין זה דבריו של כב' השופט עוזי פוגלמן בע"מ 6823/10 מתן שירותי בריאות בע"מ נ'
21 משרד הבריאות (פורסם בנבו, 2011, להלן: עניין מתן שירותי בריאות, בפסקה 27 לפסק דינו:

22 "אכן, ככל רשות מינהלית, כך גם על ועדת המכרזים חלה חובה לנמק את
23 החלטותיה. ההנמקה מסייעת לרשות לקבל החלטה רציונאלית ולא שרירותית; היא
24 מאפשרת הסתמכות נכונה עליה; היא מספקת תשתית עובדתית לביקורת שיפוטית
25 וציבורית; היא מבטאת יחס אנושי ומכבד לפרט שהחלטה המינהלית עוסקת בו;
26 ויש בה כדי לבסס את אמון הציבור בשלטון. בהקשר של דיני המכרזים, מקבלת
27 חובת ההנמקה משנה חשיבות, נוכח האופי התחרותי של המכרז, המחייב כי הרשות
28 תסביר את הטעמים שעמדו ביסוד בחירתה במועמד זה או אחר. זאת, כדי להרתיעה
29 מפני משוא פנים ומפני פגיעה בטוהר המידות, וכדי להבטיח כי תפעל ביסודיות,
30 בענייניות ובמידה ראויה של התעמקות. חובה זו אף מצאה את ביטוייה בתקנה 10(א)
31 לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993. ברם, עצם קיומה של חובת הנמקה לא
32 קובעת מסמרות בשאלה מהי מידת ההנמקה שתידרש בכל מקרה ומקרה. טיב
33 ההנמקה, אורכה ומידת פירוטה ייגזרו – בין היתר – ממאפייניו של המכרז וממהותה
34 של השאלה העומדת להכרעה."
35

36 כפי שציינתי, בית המשפט לא ישים את שיקול דעתו תחת שיקול דעת ועדת המכרזים מקום שזו
37 הפעילה את שיקול דעתה ושקלה את כל השיקולים הנדרשים. אולם, בכדי שבית המשפט ישתכנע
38 כי אכן הוועדה שקלה את כל השיקולים הנדרשים, על הפרוטוקול לשקף מהם השיקולים שנדונו,



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 מהן השאלות שהועלו ע"י חברי הועדה, הערות מרכזיות שהעירו וכיו"ב. על בית המשפט להיות
2 מסוגל לעקוב אחרי תהליך קבלת ההחלטות של חברי ועדת המכרזים, ואחרי הטעמים שהניעו
3 אותם לקבל את ההחלטה אותה קיבלו. לכל הפחות על הרשות לשכנע את בית המשפט, ולו בדיעבד,
4 במסגרת ההליך כי התבססה על בסיס עובדתי ראוי.

5
6 העותרים טוענים להתנהלות לא תקינה של משרד הביטחון, בהיעדר נתונים, וכן מצביעים על
7 שינויים תכופים במסמכי המכרז, ועל שינוי עמדת המשרד חדשות לבקרים.

8
9 משרד הביטחון טען, בהתייחס לתנאים רבים במכרז כי ערך עבודת מטה רצינית ואף נעזר במומחים
10 מטעמו (בעיקר לעניין טבלאות השכר למטפלים הסיעודיים). עם זאת, משרד הביטחון הוסיף וטען
11 כי אין מחובתו להציג את עבודת המטה, כמו גם לנקוב בשמם של אותם מומחים, או להציג את
12 חוות דעתם. כן טען כי בעניין זה עומדת לו חזקת התקינות המנהלית. על כן אפתח חלק זה בדיון
13 בחזקת התקינות של הפעולה המנהלית, ובהמשך אעמוד על הבסיס העובדתי להחלטות שהתקבלו
14 במקרה זה.

9. חזקת החוקיות במשפט המנהלי - חזקת תקינות פעולות רשויות המינהל

9.א. חזקת תקינות פעולת רשויות המינהל

15
16 חזקת החוקיות במשפט המנהלי, הנקראת פעמים גם חזקת תקינות פעולת רשויות המינהל (להלן:
17 חזקת התקינות המנהלית) מניחה כי מעשים והחלטות של רשויות מינהליות נעשו והתקבלו כדין.
18 חזקה זו מעבירה את הנטל על העותר לבית המשפט, להביא ראיות לאי תקינות, לפגם שנפל
19 בהחלטה המנהלית, ובהעדר ראיה כאמור, עלולה להידחות עתירתו על הסף. חזקה זו מעבירה גם
20 את נטל ההוכחה על שכמו של העותר (פרופ' יצחק זמיר במאמרו: "חזקת החוקיות במשפט
21 המנהלי, בתוך: ספר אור – קובץ מאמרים לכבודו של השופט תיאודור אורי", 741 (אהרן ברק, רון
22 סוקול ועודד שחם, עורכים, 2013, להלן: זמיר, חזקת החוקיות, עומד במאמרו בהרחבה על ניתוח
23 חזקה זו (עוד ראו לעניין זה: רויזמן-אלדור, עתירות מנהליות, בעמ' 155-156 והאסמכתאות שם)
24 וכן יצחק זמיר, הסמכות המנהלית, כרך א' 73 (מהד' שנייה, 2010).

25
26 חזקת התקינות המינהלית היא חזקה פרגמטית. אין מקום כי רשויות המינהל, כעניין שבשגרה,
27 יתמודדו, בכל פעם מחדש, עם טענות שיחייבו אותן להוכיח כי החלטות שהתקבלו בהן ומשמשות
28 בסיס לפעולותיהן אכן התקבלו כדין. כך למשל, כל עוד החזקה לא נסתרה – הרשות פטורה
29 מלהוכיח, שאכן קוימה התייעצות במקום שבו נדרשה הרשות לקיים התייעצות. ללא חזקה זו יוטל
30 נטל כבד מדי על רשויות המינהל, נטל שיפגע בכל הנדרשים לשירותיהן (ראו: ע"מ 4072/11 עיריית
31 בת ים נ' ירדנה לוי (פורסם בנבו, 2012, להלן: עניין עיריית בת ים), בפסקה 30 לפסק דינה של כב'
32
33



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 השופטת ד' ברק ארזי והאסמכתאות שם וכן פסקה 16 לפסק דינה של כב' השופטת ד' ברק-ארזי
2 בבגץ 7266/15 אלעזר אייל ביקלס נ' שר הכלכלה (פורסם בנבו, 2016, להלן: עניין ביקלס)).

3
4 מדובר בחזקה הניתנת לסתירה. בתחילה נקבע כי (כב' השופט יצחק זמיר בבגץ 1227/98 מלבסקי
5 נ' שר הפנים, פ"ד נב (4) 690, 712 (1998), בפסקה 24 לפסק דינו):

6 **"חזקת החוקיות אינה בעלת עוצמה רבה. אפשר להפריך אותה באמצעות ראיות**
7 **נסיבתיות וראיות לכאוריות, ולעיתים די אפילו בנסיבות המקרה כדי לערער את**
8 **החזקה, ולהעביר את נטל הראיה אל הרשות המינהלית...עוצמת הראיות או מהות**
9 **הנסיבות הנדרשות כדי להפריך את חזקת החוקיות תלויות בכל מקרה בנסיבות**
10 **המקרה."**
11 (הדגשה שלי – מ' א' ג')

12
13 אולם בהמשך הוחמרו הדרישות, אף כי הודגש כי החזקה ניתנת לסתירה על מנת שלא להעמיד את
14 האזרח בפני "חומה ביורוקרטית בצורה ולא ניתנת להבקעה." (ראו עניין עיריית בת ים דברי כב'
15 השופטת דפנה ברק-ארזי בפסקה 30 לפסק דינה). נקבע כי על האזרח המבקש לסתור את החזקה
16 "לסדוק" את הנחת התקינות, על ידי כך שיצביע על בעייתיות לכאורה בפעולתה של הרשות.
17 ובלשונה של כב' השופטת דפנה ברק ארזי בעניין עיריית בת-ים (פסקה 32 לפסק דינה): **"ראשית**
18 **הראיה' שעל האזרח להביא כדי לסתור את חזקת התקינות צריכה להיות בהלימה לעניין העומד**
19 **על הפרק."**

9.ב. סתירת החזקה

20
21 הקושי בסתירת החזקה נובע, בין היתר, מהעובדה שבבסיס מדובר ביחסים בלתי שווים בין אזרח
22 לשלטון. עמד על כך פרופ' זמיר במאמרו חזקת החוקיות (שם בעמ' 754):

23
24 **"במשפט הציבורי... לעיתים קרובות היחסים בין הרשות המינהלית לבין האזרח**
25 **אינם הדדיים, אלא חד-צדדיים: הרשות המינהלית אינה נדרשת להידבר ולהסכים**
26 **עם האזרח, אלא היא מחליטה...ומצווה עליו.... המשפט הציבורי מכביד את עצם**
27 **אפשרות הגישה לבית המשפט בכך שהוא מטיל על העותר את נטל התביעה**
28 **הראשוני כבר בשלב מקדמי, לפני תחילת ההתדיינות....דבר זה עלול להיות קושי**
29 **ממשי, שכן לא פעם העובדות המבססות את העילה מצויות רק בידיעת הרשות**
30 **המנהלית....המשפט הציבורי מכביד גם את בירור העובדות במהלך**
31 **ההתדיינות...אין באפשרותו של העותר לבקש גילוי מסמכים...ובית המשפט אינו**
32 **מרשה חקירה כזאת [של מצהירים] אלא במקרים נדירים ביותר."**

33
34 כב' השופטת ד' ברק ארזי הייתה ערה לביקורת של פרופ' זמיר לעניין חזקת התקינות אך הבהירה
35 כי הביקורת אינה מתייחסת למקרים בהם מועלות טענות ללא כל בסיס שהוא. בפסקה 16 לפסק
36 הדין בעניין בת ים היא מציינת:

37 **"אין אדם יכול להעלות בהבל פה טענה של "לא היו דברים מעולם" ובכך לגרור את**
38 **הרשויות להתדיינות ללא בסיס של ממש."**



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 אשר לבסיס עובדתי להחלטת או מעשה הרשות, אם הרשות קבעה עובדות מסוימות כתשתית
2 להחלטתה או לפעולתה, והעובדות שנויות במחלוקת, בית המשפט יניח, מכוח חזקת התקינות
3 המינהלית כי העובדות שנקבעו ע"י הרשות נכונות (ראו דברי כב' השופטת א' פרוקצ'יה בפסקה 33
4 לפסק דינה בבג"ץ סולדוך נ' עיריית רחובות (פורסם בנבו, 2010). מכוח חזקה זו טוען משרד
5 הביטחון כי יש להניח לטובתו שגיבש באופן ראוי את התשתית העובדתית וכי העובדות שנקבעו על
6 ידו נכונות.

7
8 פרופ' יצחק זמיר, במאמרו "הזכות המנהלית", משפט וממשל ט"ז, 161 (תשע"ה-2014, להלן:
9 זמיר, הזכות המנהלית), עומד על הקושי שבחזקת התקינות המנהלית, דווקא כאשר מדובר
10 בקביעת עובדות על ידי הרשות. לדבריו (שם בעמ' 163):

11 "האם יש הצדקה לכלל בדבר חזקת החוקיות? השאלה מתחדדת לאור הקושי
12 השכיח של עותר לברר ולהוכיח עובדות שנתגבשו באופן חד-צדדי אצל הרשות
13 המינהלית, ובמיוחד כשמדובר בעובדות שאינן גלויות לעין והן ידועות רק לרשות
14 עצמה....קושי זה מעורר איי-נוחות, שכן מבחינה עקרונית המידע שבידי הרשות
15 אינו רכוש פרטי שלה, אלא הוא נכס שהרשות מחזיקה אצלה בנאמנות עבור
16 הציבור....לכן, לכאורה אין סיבה טובה שלא לחשוף אותו בפני העותר, ולא רק כדי
17 לעשות דין וצדק עם העותר עצמו, אלא גם משום שחשיפת המידע במהלך
18 ההתדיינות עשויה למנוע או לבטל החלטה בלתי חוקית, ובכך לשרת גם את שלטון
19 החוק."
20

21 פרופ' זמיר סבור כי יש להקל עם העותר באשר לנטל הבאת הראיות, בעיקר לאור הקשיים העומדים
22 לפני אזרח העותר כנגד הרשות, אך להקפיד על חזקת החוקיות בכל הנוגע לנטל השכנוע. היינו,
23 כאשר בית המשפט משתכנע כי אין מדובר בעתירה טורדנית, עליו להעביר את נטל הראיה לרשות,
24 עם זאת בסופו של יום העותר יזכה בעתירתו רק אם שכנע את בית המשפט כי הרשות לא פעלה כדין
25 (שם בעמ' 763-764, לרבות אסמכתאות המבססות כלל זה בפסיקה).

26
27 במקרה זה כפי שאפרט להלן, די היה בחוות דעת המומחית שהוגשה לעניין תעריפי השכר למטפלים
28 הסיעודיים, כדי לסתור את חזקת התקינות. גם לאחר הגשת חוות הדעת, ובמסגרת ההליך, לא הציג
29 משרד הביטחון נתונים סותרים או חוות דעת אחרות.

10. הבסיס העובדתי להחלטה המנהלית

31 משרד הביטחון לא הציג כיצד ביסס את הנתונים העובדתיים, אלא חזר וטען כי נערכה עבודת מטה
32 רצינית תוך הסתייעות במומחים.
33

34
35 רבות נכתב על הצורך בתשתית עובדתית הולמת להחלטה המנהלית. על רשות מנהלית המקבלת
36 החלטה לדאוג כי יש לפניה תשתית עובדתית הולמת (ראו, בין רבים: בג"ץ 297/82 עזרא ברגר נ'
37 שר הפנים פ"ד לו (3) 29 (1983); בג"ץ 802/89 נסמאן נ' מפקד כוחות צה"ל בחבל עזה, פ"ד מד(2)



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 ,601, 606 (1990); בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב נ' שרת התקשורת, פ"ד מח (5) 412, 439 (1994),
2 להלן: עניין יורונט); בג"ץ 8569/96 הסתדרות הנוער העובד והלומד נ' שר החינוך, התרבות
3 והספורט, פ"ד נב (1) 597, 620 (1998); בג"ץ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות,
4 פ"ד נג (5) 337, 368 (1999); בג"ץ 3638/99 אמנון בלומנטל נ' עיריית רחובות, פ"ד נד(4) 220, 229
5 (2000); בג"ץ 10907/04 ישראל סולודוך נ' עיריית רחובות, פסקה 31 (פורסם בנבו, 2010); בג"ץ
6 8467/10 זיק דינור בע"מ נ' שר התעשייה, המסחר והתעסוקה, פסקה 12 (פורסם בנבו, 2011);
7 רע"א 8000/07 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני (פורסם בנבו, 2012); בג"ץ 4374/15 התנועה למען
8 איכות השלטון בישראל (ע"ר) נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 27.03.2016); רע"ב 5754/15
9 מילאד חטיב נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 02.07.2017); בבג"ץ 3884/15 פלונית נ' השר
10 לביטחון פנים (מיום 20.11.17), נדונה שאלה זו בהרחבה. עוד ראו: דפנה ברק-ארז, משפט מינהלי,
11 כרך א' 440 (2010), להלן: ברק-ארז משפט מינהלי א'; יצחק זמיר, הסמכות המינהלית, כרך ב'
12 פרק 34, עמ' 1119 (מהדורה שנייה, 2011); יצחק זמיר, הסמכות המנהלית, כרך ג' – הביקורת
13 השיפוטית – כללי הסף, (2014) ויצחק זמיר, "הזכות המנהלית", משפט וממשל טז, 135, 163
14 (תשע"ה).

15
16 אמנם, כפי שטען משרד הביטחון, הכלל בהליכים מנהליים, כבכל הליך, כי על מי שמשיג על עמדת
17 הרשות מוטל הנטל לבסס את התשתית העובדתית עליה עומדת טענתו (ראו לעניין זה: מיה רויזמן-
18 אלדור, עתירות מנהליות – היבטים תאורטיים ומעשיים של הליך ההתדיינות, 111 (התשע"ט-
19 2019, להלן: רויזמן-אלדור, עתירות מנהליות); בג"ץ 8150/98 תיאטרון ירושלים לאמניות הבמה
20 נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נד (4) 433, 445 (2000); עניין יורונט ועע"מ 1166/05 דגון בתי מגורות
21 לישראל בע"מ נ' חברת נמלי ישראל פיתוח ונכסים בע"מ, פורסם בנבו, 2005).

22
23 אולם, במקרה שלפניי, כפי שאפרט בהרחבה להלן, הציגו העותרות חוות דעת מומחית בעיקר לעניין
24 נתוני השכר ורכיבי השכר. משרד הביטחון טען כי הנתונים שהציגה המומחית אינם נכונים, אך לא
25 תמך את הדברים בחוות דעת מטעמו, ואף לא ציין מי היו המומחים מטעמו שעליהם התבסס
26 בקביעת הנתונים, על אף שטען שהיו כאלה (מבלי לנקוב בשמותיהם).

27
28 הליך גיבוש התשתית הראייתית (איסוף הנתונים וקביעת העובדות) העומדת בבסיס ההחלטה
29 המנהלית צריך שיעמוד בארבעה מבחנים, כפי שפורטו בעניין יורונט (בפסקה 11). הראשון, מתייחס
30 לאיסוף הנתונים – הרשות המינהלית צריכה לאסוף את הנתונים הנדרשים לקבלת ההחלטה, ועליה
31 לפעול בסבירות, לפי מהות הסמכות, מיהות הרשות ונסיבות המקרה; הכלל השני עניינו השייכות
32 לעניין. באיסוף הנתונים על הרשות המינהלית להבדיל בין נתונים השייכים לעניין לבין נתונים
33 שאינם שייכים לעניין. הנתונים השייכים לעניין הם, ורק הם, השיקולים הענייניים שאותם רשאת
34 הרשות לקחת בחשבון לצורך קביעת העובדות וקבלת ההחלטה. הכלל השלישי, עניינו אמינות



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 הנתונים. כדי שהרשות תוכל להתבסס על נתון, צריך שהנתון יעמוד במבחן הראייה המינהלית. הכלל
2 הרביעי עניינו בדרישת ראיות מהותיות- התשתית צריכה להיות מוצקה במידה מספקת כדי לתמוך
3 בהחלטה. המבחן, גם כאן, הוא מבחן של סבירות, היינו: תשתית העובדות צריכה להיות כזאת,
4 שרשות סבירה הייתה מסתמכת עליה לצורך קבלת ההחלטה הנדונה. כלל זה מותיר בידי הרשות
5 המינהלית מרחב, שבו היא משתמשת בשיקול הדעת שהוקנה לה כדי להעריך את המשמעות
6 והמשקל של הנתונים אשר לפניו, ומידת הסבירות מחייבת כי המשקל של הנתונים שלפני הרשות
7 יהיה כבד יותר ככל שההחלטה המינהלית מורכבת יותר או פגיעתה קשה יותר. פגיעה קשה במיוחד
8 בזכות יסוד צריכה להתבסס על נתונים מהימנים ומשכנעים במיוחד.

9
10 במקרה שלפניי מדובר במכרז הנוגע לרווחתם ובריאותם של נכי צה"ל, ובעל היקף כספי
11 משמעותי, וככזה מוטלת על הרשות חובת הנמקה מוגברת, בעיקר כאשר הטענות הועלו ע"י
12 העותרות עם פרסום המכרז, וטרם שהוגשו הצעות במכרז, ונתמכו בחוות דעת מומחית (על
13 מומחים בעתירות מנהליות אפרט בבחינת התעריפים שנקבעו). על כן אין די במקרה זה באמירת
14 משרד הביטחון בתשובה כי ההחלטות התבססו על חוות דעת מומחים או כי המשרד נעזר ברואה
15 חשבון. משהוצגה חוות דעת מומחה מטעם העותרות, היה על משרד הביטחון להבהיר מדוע שגתה
16 המומחית מטעם העותרת, ולצורך כך, באם הדבר נדרש אף להציג חוות דעת מתאימה.

17
18 התנהלות זו כשלעצמה מעלה חשש ממשי כי התעריף השעתי שנקבע במכרז לא נקבע על סמך
19 תשתית עובדתית ראויה ומספקת, אינו משקף את המחירים והעלויות הריאליים הדרושים
20 להעסקת המלווים והינו תעריף גירעוני שעלול להגיע לפגיעה הן בזכויות המטפלים הסיעודיים,
21 הן בטיפול הסיעודי לו יזכו נכי צה"ל (על כך בהרחבה להלן).

11. תיקונים חוזרים של המכרז

24 על אף טענת משרד הביטחון, עליה חזר מתחילת ההליך, לפיה המכרז הינו ראוי, כי ניתן בו משקל
25 לכלל האינטרסים של הגורמים המעורבים, וכי הטענות שמעלות העותרות אין בהן ממש (סעיף 3
26 לתגובה מיום 26.3.18), הלכה למעשה, כפי שפורט לעיל בהרחבה בחלק העובדתי, חוברת המכרז
27 תוקנה חמש פעמים, החל מתחילת ההליך, לאורך כל התנהלותו, בסמוך למועד הגשת הסיכומים
28 ואף לאחר שהוגשו סיכומי התגובה (ראו הודעת המדינה מיום 2.12.18), כאשר אין המדובר
29 בשינויים קטנים ואיזוטריים אלא בשינויים משמעותיים ומהותיים, לרבות במודל הכלכלי של
30 המכרז.

31
32 כך, לדוגמא, שינה משרד הביטחון את המודל הכלכלי שבבסיס המכרז (מודל "פיקס משולב"
33 במקום תחשיב עלות שעתית ממוצעת – ראו הודעת משרד הביטחון מיום 3.10.17). כמו כן הוכנסו
34 שינויים מהותיים במכרז סמוך למועד הגשת הסיכומים, כך שעל חלק מהתיקונים ניתן היה ללמוד



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 רק מהסיכומים שהגיש משרד הביטחון. כך, בסיכומי משרד הביטחון נטען כי שונו חלק מהתעריפים
2 במכרז. בסיכומים ציין משרד הביטחון כי שונו הערכים עבור ימי חופשה, מחלה וחג; הוחלט
3 להוסיף את רכיב ההפרשות הסוציאליות גם עבור ימי חופשה, מחלה וחג עבור השעות שמעבר
4 למשרה מלאה ותחשיבי המכרז תוקנו בהתאם (ראו סעיפים 154-156 לסיכומים). עוד הבהיר משרד
5 הביטחון בסיכומיו כי תוקן התחשיב של הוצאות סוציאליות בגין היקף שעות קטן מתקן משרה
6 מלאה כך שהוגדלה התמורה המתקבלת בגין שעות חופשה, מחלה וחג בגין שעות הבסיס (ראו
7 סעיפים 161-163 לסיכומים). כן הבהיר משרד הביטחון בסיכומים כי בוצעו תחשיבים מתוקנים
8 באשר לכמות ימי חופשה למלוויים דור ב' המועסקים 6 ימי עבודה בשבוע (ראו סעיפים 166-167);
9 כי הוספו לתחשיבים נתוני ותק עד 60 שנה, חלף 46 שנה קודם לכן (ראו סעיף 180 לסיכומים); כי
10 תוקנה דרישת תקן האיכות ISO 9001- ובמקום מהודרת 2000 נדרשת מהדורת 2008). בנוסף,
11 כאמור, בוצעו שינויים בתעריפים השעתיים לאחר הגשת סיכומי התגובה וראו בעניין זה הודעת
12 משרד הביטחון מיום 2.12.18, וכן הודעתו בדבר שינוי התעריפים מיום 20.2.19.

13
14 עקב השינויים שבוצעו במהלך ההליך אף הוגשו כאמור עתירות מתוקנות ואולם לא ניתן היה
15 להורות בכל עת שבוצע תיקון על הגשת עתירה מתוקנת. התיקונים הרבים שבוצעו במכרז, אף
16 בשלבים האחרונים של ההליך, הקשו לברר ולבחון אילו מבין הטענות שהועלו ע"י העותרות נותרו
17 רלוונטיות ואילו נתייתרו, והדבר הכביד על ההליך.

18
19 ראו לעניין זה הדברים שנאמרו עת"מ (מנהלי י-ם) 1315/04 איגוד נותני שירות סיעוד בע"מ נ'
20 המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 2005, להלך: עת"מ 1315/04). ולפיהם שינויים תכופים בנוסח
21 המכרז שערך המוסד לביטוח לאומי, אשר לא הובא להם נימוק מספק עשויים להיתפס כשרירות
22 וכקפריזה מטעם הרשות (שם בפסקה 24):

23 "כאשר מתפרסמים שני מכרזים בזה אחר זה בתוך פרק זמן קצר, פערים בתעריפים
24 אינם יכולים להיות בלתי מוסברים לחלוטין. שינוי שאין מאחוריו כל טעם, עלול
25 להיתפס כקפריזה או שרירותי... טענת המשיב לפיה אין הוא כבול למכרז הקודם
26 ואין כל מניעה לבחון מחדש את האמור בו, היא נכונה, אך לא משכנעת. המשיב לא
27 הצביע על בחינה עניינית כזו, והשינוי נותר חסר פשר. התוצאה היא שהתעריף
28 שנקבע על-ידי המומחית הוא התעריף הסביר מבחינתו של המשיב. החמרת
29 הדרישות המכרזיות החדשות איננה מתיישבת עם הפחתה במחיר התעריף, כל עוד
30 לא נטען כי בתעריף הקודם נפלו שיבושים אשר היה צורך לתקנם. בעיקרו של דבר,
31 על הרשות לנהוג בדרך של עקביות, ולנמק שינויים אותם היא מבקשת להחיל בתוך
32 פרק זמן קצר. גישה אחרת עלולה להיתפס כחשבון מיותר או כשרירות שאין עמה
33 אלא הכבדה שלא לצורך"

34
35 עוד יוער ביחס להתנהלות משרד הביטחון, כי משרד הביטחון לא טרח לצרף בכל עת שהוגש נוסח
36 מתוקן של המכרז, את כלל הנספחים הנלווים, דבר שהקשה והכביד על ההכרעה בהליך זה. כך,
37 לנוסח האחרון שצורף ביום 2.12.18 לא צורפו כלל נספחים ובית המשפט התבסס על הנספחים



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 שצורפו לנוסח המכרז שהוגש ביום 13.6.18, מבלי שניתן היה לברר האם בנספחים עצמם הוכנסו
2 שינויים ביחס לנוסח הקודם.

3
4 התנהלות משרד הביטחון, אשר טיפין וטיפין ובשלבם קבל חלק מטענות מי מהעותרים ותיקן
5 בהתאם בדרך של טלאי על טלאי את מסמכי המכרז מקשה לעקוב אחר השינויים שבוצעו, מקשה
6 על בחינת שיקול הדעת וסבירות התנהלות משרד הביטחון וממילא מקשה על קבלת טענת משרד
7 הביטחון כי התנהלותו הינה במסגרת מתחם הסבירות.
8

הרובד הפנימי

9
10 **רובד הפנימי יש לדון בתנאי המכרז עצמם (בהתבסס על האמור לעניין הרובד החיצוני). לכך**
11 **אפנה עתה.**

12. תנאי הסף במכרז

14 מציע המשתתף במכרז נדרש, ככלל, לעמוד בשני סוגים של דרישות: **דרישות סף**, שהינן תנאי
15 להשתתפות במכרז, ו**דרישות משקל**, שהן אמות המידה להכרעה במכרז (עע"מ 1811/09 **אסוס**
16 **חברה קבלנית לבנין בע"מ נ' מועצה אזורית שדות נגב**, פסקה 15, פורסם בנבו, 2010; **דקל, מכרזים**,
17 כרך ראשון, עמ' 274).

18
19 לטענת חלק מהעותרות בנדון (ראו סעיף 112 לעתירתה המתוקנת של או.אר.אס, וכן עתירתה של
20 תגבור), תנאי הסף במכרז מקלים באופן בלתי סביר, כך שאינם מבטיחים סינון ראוי של המציעים
21 במכרז, ומאפשרים לגופים שחסרים את הידע, הניסיון והיכולת הנדרשים לזכות במכרז, דבר שיפגע
22 ויגרום לנזקים עצומים. מנגד, עמותת חברות הסיעוד טוענת כנגד אותם תנאי סף (כמו גם כנגד
23 אחרים), כי הינם מחמירים יתר על המידה, אינם נובעים ממטרת המכרז, ומביאים לדחיקת רגליהם
24 של עסקים קטנים ובינוניים.
25

26 סעיף 2א(א) לחוק חובת המכרזים קובע כי: **"עורך מכרז לא יקבע תנאי להשתתפות של מציע**
27 **במכרז, אלא אם כן התנאי מתחייב מאופיו או ממהותו של המכרז"**.

28
29 מטרתו של סעיף 2א(א) לחוק חובת המכרזים הינה עידוד תחרותיות במכרז ופתיחת ההתמודדות
30 במכרז למשתתפים רבים, ככל הניתן. תנאי המכרז צריכים לקבוע מינימום הכרחי לצורך קיום
31 מטרת ההתקשרות, שכן הוספת תנאי מעבר למינימום, תנאי שאינו הכרחי לקיום מטרת המכרז,
32 יש בו כדי להביא לצמצום מספר המציעים היכולים להתמודד במכרז ולפגיעה בעיקרון השוויון
33 ובעיקרון עידוד התחרות. תנאי הסף צריכים אפוא להיות רלוונטיים למכרז ולתכליתו ולהיקבע
34 באופן סביר ומידתי (עע"מ 7736/10 **הרקולס את סנפיר בע"מ נ' טייפון קבלנים בע"מ**, פסקה 16



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 לפסק דינו של כב' השופט יצחק עמית, פורסם בנבו, 2011, להלן: עניין הרקולס; דקל, מכרזים,
2 כרך ראשון, 379-380).

3
4 היות והמכרז בנדון הינו מכרז של משרד הביטחון, אזי חלות עליו תקנות חובת המכרזים
5 (התקשרויות מערכת הביטחון), תשנ"ג-1993 (להלן: "תקנות המכרזים במערכת הביטחון").

6
7 תקנה 9 לתקנות חובת המכרזים במערכת הביטחון קובעת כי:

8 "משרד הביטחון רשאי להתנות את ההשתתפות במכרז בהיות המציע ספק מוכר או
9 קבלן מוכר כמשמעותם בתקנה 10, לפי הענין, וכן בתנאים ענייניים נוספים, לרבות
10 תנאים בדבר נסיונו של המעונין להשתתף במכרז, כושרו, כישוריו, היקף פעילותו,
11 עמידה בדרישות תקן ישראלי לא רשמי, חשיבות המקום שבו מתנהלים עסקיו
12 וקיומן של המלצות אודותיו".

13
14 תנאי סף הינו "כל תנאי המצוין במסמכי המכרז כתנאי שהצעה שאינה עומדת בו דינה פסילה"
15 (דקל, מכרזים, כרך ראשון, עמ' 275), ובאמצעותו קובע עורך המכרז מהו הרף המקצועי המחייב
16 לצורך השתתפות במכרז. על רקע זה נקבע כי "עמידה בתנאי סף במכרז כמוה כיציאה מקו הזינוק
17 המשותף למתחרים בתחרות" (ע"מ 5085/02 רמט בע"מ נ' ועדת המכרזים של עיריית תל-אביב-
18 יפו, פ"ד נו(5) 941, 946 (2002), וכל המשתתפים נדרשים, אפוא, לקיים תנאים אלה כלשונם.

19
20 ככלל, שיקול הדעת האם לקבוע תנאי כתנאי סף, מוקנה למזמין (ראו: ע"מ 1985/10 חברת נתיבי
21 איילון בע"מ נ' די. אנד די. בטיחות בע"מ, פסקה 8 לפסק דינה של כב' השופטת, לימים הנשיאה,
22 מרים נאור, פורסם בנבו, 2010, להלן: עניין נתיבי איילון; עניין הרקולס, פסקה 16 לפסק דינו של
23 כב' השופט יצחק עמית).

24
25 בין יתר התכליות שאפשר למנות לעניין הכללת תנאי סף במכרז, ניתן לציין את יעילות ההליך
26 המכרזי כך שיתמקד במציעים בעלי כשירות בסיסית רלוונטית ומספקת, תוך חסכון בהליכי סרק
27 של מיון ובחינת הצעות, הליכי סרק שמחירם הם הפסד הרשות והפסד המציע. לרשות נתונה
28 הסמכות לקבוע את תנאי הסף במכרז בהתאם ליעדים שבכוונתה להשיג בהתקשרות עם המציע
29 ולתרגם יעדים אלה על ידי פריטת המטרה הראשית למטרות משנה ואת מטרות המשנה למטרות
30 צרות ומוגדרות יותר, עד לאפיון מדויק ושלם של היעדים והדרישות שהמציע יצטרך לעמוד בהן.
31 אף בעניין זה חל הכלל ולפיו התערבות בית המשפט בהליכי מכרז תהא מועטה ותיעשה בזהירות
32 (ראו: עניין דגש סחר, בפסקה 76 לפסק דינה של כב' השופטת איילה פרוקצ'יה, ועניין נתיבי איילון,
33 בפסקה 14 לפסק דינה של כב' השופטת מרים נאור). המבחן בהקשר זה הינו מבחן של סבירות תנאי
34 הסף ביחס לתכלית המכרז, והנטל להוכחת אי הסבירות מוטל על הטוען (ראו לעניין זה עניין
35 הרקולס, פסקה 19 לפסק דינו של כב' השופט יצחק עמית).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1

2 בפסיקה נקבע כי תנאי במכרז, ודאי תנאי סף שהצעה שאיננה עומדת בו – תיפסל, צריך שייקבע
3 משיקולים ענייניים, המאזנים בין מטרות דיני המכרזים: שוויון הזדמנויות, יעילות כלכלית,
4 ושמירה על טוהר המידות (עע"מ 2398/12 ע.מ.ת. ערוצי מדידה ותשתיות בע"מ נ' החברה הכלכלית
5 שהם בע"מ, פסקה 15, פורסם בנבו, 2012). כן נקבע כי יש לקבוע כתנאי סף רק עניין מהותי
6 למכרז (ראו: דברי המשנה לנשיא, לימים הנשיאה, כב' השופטת מרים נאור בעע"מ 5511/13 א.נ.א
7 חשמל בע"מ נ' חברת נמל אשדוד, פסקה 26, פורסם בנבו, 2014). העמדת תנאי סף שאינו ענייני
8 והכרחי פוגעת בעיקרון השוויון, מכיוון שתנאי כאמור מונע ממציעים פוטנציאליים להתחרות גם
9 אם הם עונים על יתר דרישות המכרז (ראו: עניין נתיבי איילון, פסקה א' לפסק דינו של כב' השופט
10 אליקים רובינשטיין).

11

12 כשמדובר בתנאי סף, שעל פניו פוגע בשוויון, כיון שהוא מוציא מראש ומדיר אל מחוץ לתחרות
13 גורמים מסוימים העומדים מכל בחינה אחרת בתנאי המכרז, מליטול חלק במכרז- יש לבחון אותו
14 ביתר דקדוק, ולהבטיח שתנאי זה אכן נדרש לאור מטרות המכרז ואינו פוגע מעבר לנדרש
15 במתמודדים פוטנציאליים.

16

17 **מרזל, המכרז הציבורי**, עומד על כך כי הדרת מציע מהווה צעד בעייתי וקשה. לדבריו (שם, בעמ'
18 375):

19

20 **"הדרת מציע העומד ביתר תנאי המכרז ויכול לספק את השירות שהרשות מבקשת**
21 **יכולה להיתפס באופן עקרוני כהפרת חובתה של הרשות הציבורית לנהוג בשוויון**
22 **כלפי מציעים. אך כל עוד זהו תנאי רלוונטי (סביר ומידתי), הוא יכול להיכלל במכרז**
23 **אף שהוא פוגע בשוויון וביעילות ה"מכרזיים"."**

24

24 הנה כי כן, בראש ובראשונה יש לבחון מבחינה עובדתית האם תנאי הסף כנגדם טוענות העותרות
25 אכן נדרשים ורלוונטיים להגשמת מטרת המכרז ותכליותיו, והאם הינם סבירים ומידתיים. לכך
26 אפנה עתה.

27

28 אדגיש כי העותרות השונות העלו טענות מנוגדות כנגד חלק מהתנאים, כאשר לגישת אחת העותרות
29 (או.אר.אס), תנאי הסף הינם מקלים מידי, ואילו לגישת עותרת אחרת (איגוד עמותת חברות
30 הסיעוד), תנאי הסף הינם מחמירים יתר על המידה. אפנה כעת לבחון הטענות כנגד תנאי הסף
31 במכרז שבנדון.

32

33 **12.1. התנאי שעניינו הגבלת מספר הזוכים במכרז לשלושה זוכים בלבד**

34 **12.1. א. טיעוני הצדדים לעניין הגבלת מספר הזוכים**



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 כאמור במכרז נקבע כי השירות יינתן באמצעות שלוש חברות (עמ' 2 לחוברת המכרז וכן עמ' 10,
2 סעיף 4.6). **לטענת עמותת חברות הסיעוד**, פתיחת המכרז לשלושה זוכים בלבד הינה שרירותית
3 ובלתי סבירה, פוגעת בעקרונות התחרות והיעילות הכלכלית, ולא ברור כיצד היא מקדמת ומיטיבה
4 את אופי השירות ואיכותו.

5
6 לטענתה, קיים מודל סדור למכרז מרובה זוכים - מכרז המוסד לביטוח לאומי - לפיו לכל ועדה
7 משויכים 3 זוכים גם אם מספר הזכאים אינו עולה על 50 זכאים בלבד. מכרז המוסד לביטוח לאומי
8 מהווה ראייה חד משמעית כי ניתן להרחיב את השירות המבוקש ללא פגיעה באיכותו, ומעמיד בספק
9 את סבירות תנאי זה במכרז שבנדון.

10
11 עוד נטען בהקשר זה, כי משרד הביטחון נימק את הצורך בתנאי זה בכך שהגדלת מספר החברות
12 הזוכות תאפשר פיקוח על הזוכים, דהיינו: נוחות אדמיניסטרטיבית. לטענת עמותת חברות הסיעוד
13 משקל שיקולי הנוחות של משרד הביטחון הינו נמוך עד בלתי קיים, ואין הוא יכול לעמוד למול
14 הזכות החוקתית לחופש עיסוק. תנאי המכרז פוגעים בחופש העיסוק באופן שאינו מידתי, וזאת
15 במיוחד כאשר משרד הביטחון מתכוון ממילא להעביר את הפיקוח על הזוכים במכרז לחברת בקרה
16 חיצונית שתיבחר על ידו.

17
18 כמו כן לטענתה, קיים יתרון דווקא להתמחות גיאוגרפית של הזוכים ולמיקום סניפיהם בסמוך
19 לזכאים- מה שניתן יהיה להשיג באמצעות ריבוי זוכים.

20
21 **משרד הביטחון טוען בתגובה** כי קביעת מספר הזוכים הינה בשיקול דעת עורך המכרז בהתאם
22 לצרכיו ולשיקולים הרלוונטיים נשוא המכרז. מודל שלושת הספקים נקבע לאחר עבודת מטה
23 שבסופה הוחלט כי זהו המודל הנכון ביותר בנסיבות העניין ואין כל פסול בהסדר זה. מודל זה נותן
24 מענה ליכולות הבקרה והפיקוח האפשריים של המשרד על שלושה ספקים, לצד קבלת השירות
25 בצורה הטובה ביותר, שכן ככל שיהיה מדובר בכמות גדולה של ספקיות, יכול היה להיווצר מצב בו
26 זכאי מסוים לא יקבל את שירות המגיע לו (סעיף 167 לתגובה מיום 26.3.18). לא אחזור כאן על
27 דברים שנאמרו לעניין עבודה המטה (שלא הוצגה) ואתמקד בתנאי לגופו.

28
29 **12.1. ב. סבירות תנאי סף המגביל את מספר הזוכים**

30 בבג"ץ 7217/95 **עמותת חברות הסיעוד בישראל נ' המוסד לביטוח לאומי**, פ"ד נא(3) 561 (1997)
31 (להלן: **בג"ץ שירותי סיעוד הביטוח הלאומי**) נדון מכרז פומבי שפרסם המוסד לביטוח לאומי,
32 במסגרתו ביקש לבחור מאגר ובו כ- 40 נותני שירותים, אשר ישמש את הזכאים לשירותי סיעוד לפי
33 חוק הביטוח הלאומי. נימוקו של המל"ל להגבלה זו היה כי מספר רב של זוכים לא יאפשר פיקוח
34 יעיל ואמין של המל"ל על נותני השירותים.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1

2

בית המשפט העליון לא מצא פגם בעצם קביעת המאגר. כב' השופט מישאל חשין קבע (בפסקה 18 לפסק דינו):

3

4

"מינהל תקין וראוי מחייב, כמו-מעצמו, כי תיערך מראש רשימה של נותני שירותים, וכי מתוכה של אותה רשימה ייבחרו נותני השירותים במקרה זה או אחר. שהרי אין להניח כי בכל מקרה ומקרה תקיים הוועדה המקצועית מכרז-זוטא לקבלת הצעות, או שהוועדה תריץ עצמה כל העת לחפש נותן שירותים מתאים".

5

6

7

8

9

ואולם בהתייחס לתנאי המגביל את מספר הזוכים במכרז נקבע שתנאי זה פוגע בחופש העיסוק של חלק מנותני שירותי הסיעוד במדינת ישראל. כב' השופט מישאל חשין קבע (פס' 23-24 לפסק דינו):

10

11

12

13

14

15

16

17

18

19

20

21

22

23

24

25

26

27

28

29

30

31

32

33

34

35

36

"לכאורה, יש בו בתנאי זה שבמכרז פגיעה עמוקה בחלק מנותני השירותים בישראל. הנה היא חברה פלונית המעניקה שירותי סיעוד שנים רבות ובשירותה עוסקים רבים. הנה הם ראובן ושמעון שקשרו עצמם במקצוע הסיעוד, ועל מקצוע זה פרנסתם. אין חולק כי גם עובדי החברה גם ראובן ושמעון הינם אנשי מקצוע טובים – אולי אף אנשי מקצוע מעולים – וכי ראויים הם ליתן שירותי סיעוד. ואולם החברה – ועמה ראובן ושמעון – אפשר לא יעברו את משוכת המכרז בשל אחד משני אלה: אחד, בשל כך ש"מלאה הסאה". מספר הזוכים במכרז עולה על צורכי הזכאים ו"אין עוד צורך" בנותני שירותים נוספים. ושניים, בשל כך שמספרם הרב של הזוכים לא יאפשר למוסד לביטוח לאומי לפקח "פיקוח יעיל ואמין על מתן השירותים". החברה, ועמה ראובן ושמעון, ייפסלו אפוא בשל טעמים שאינם נוגעים כלל לטיב עבודתם. כוונתו של המוסד לביטוח לאומי להגביל כך את מספר הזוכים במכרז, מקשה עלינו במאוד. לעניין זה נזכור, כי המוסד לביטוח לאומי הוא המעסיק הראשי במשק בנושא הסיעוד. מרבית הנזקקים לשירותי סיעוד כיום הינם זכאי המוסד לביטוח לאומי, ועל-פי הצהרת העותרת, למעלה מ-80% מתעסוקת חבריה היא בשירותי סיעוד הניתנים לזכאי המוסד לביטוח לאומי. תחום זה הפך אפוא למעין משאב-לאומי הנשלט ברובו המוחלט בידי המוסד לביטוח לאומי. פירוש הדברים הוא, שאם יימשכו הדברים וילכו כהחלטת המוסד לביטוח לאומי, עלולים מאות – ואולי אלפי אנשים – למצוא עצמם מחוץ למעגל התעסוקה. לחלופין: יכולה שתתעורר "נדידת עמים" של נותני שירותים מחברות שלא זכו במכרז אל אותן חברות בנות-עלייה שזכו במכרז, ונקל לשער מה עלול לעלות בגורלם של אותם "נודדים" (שאין חולק על כישוריהם ליתן שירותים ראויים לנזקקים). ניתן לטעון, לכאורה, כי הבטלת עוסקי סיעוד כה רבים, או חיובם לעבור ממשכן למשכן, אך משום שהמוסד לביטוח לאומי יתקשה לפקח "פיקוח יעיל ואמין על מתן השירותים" – למשל בשל מחסור במפקחים – אינה עולה בקנה אחד לא עם עקרונות-יסוד במשפט ישראל ולא עם יסודות בחוק-יסוד: חופש העיסוק.....".

37

38

39

40

41

42

באותו מקרה, החליט לבסוף בית המשפט העליון להשאיר את הנושא ב"צריך עיון", בשל העדר תשתית עובדתית ראויה, שכן העותרת שם (שהינה אף העותרת המעלה את הטענה בנדון- עמותת חברות הסיעוד) איגדה בתוכה תאגידי העוסקים במתן שירותי סיעוד, אך לא היה ברור מה טיבו וטבעו של כל אחד מחבריה, ולא הובאו נתונים של גוף ספציפי העלול להיפגע במכרז. בנסיבות אלה סבר בית המשפט העליון, כי אין זה ראוי להכריע בנושא (פסקאות 25-26 לפסק דינו של כב' השופט מישאל חשין):

43

44

"עתירת העותרת הינה כללית בניסוחה, ואין פלא בדבר. העותרת אינה אלא מסגרת ארגונית המאגדת בתוכה תאגידי העוסקים במתן שירותי סיעוד. מבין אלה אין



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076, חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 האחד דומה לרעהו: יש חברות ויש שותפויות; יש חברות גדולות ויש חברות קטנות;
2 יש גופים מן הצפון ויש גופים מן המרכז או מן הדרום; יש מטפלים ויש עובדים
3 סוציאליים ועוד ועוד. המכנה המשותף של כל חברי העותרת הינו אך בעיסוקם, אך
4 לא ידענו מפי העתירה מה טיבו וטבעו של כל אחד מחבריה. בנסיבות אלו, איננו
5 סבורים שיהיה זה ראוי כי נקבע הילכות-משפט, ועובדות להיאחז בהן לא ניתנו לנו.
6 אין זה מדרכו של בית-משפט להכריע הכרעות ולקבוע הלכות באין מערך עובדתי
7 ספציפי וברור לפניו. ומשלא ידענו נתוניו של גוף ספציפי העלול להיפגע במכרז נושא
8 הדיון וטעמי החלטה השלילית בעניינו, ממילא לא יהיה זה ראוי כי נפסוק פסוקנו.
9 נשאר אפוא בצריך עיון את החלטתם של המשיבים להגביל את מספר הגופים
10 שיעסקו במתן שירותי סיעוד".

11
12 בעע"מ 6464/03 לשכת שמאי המקרקעין בישראל נ' משרד המשפטים, אגף שומת מקרקעין, פ"ד
13 נח(3) 293 (2004) (להלן: עניין לשכת שמאי המקרקעין), נדון תנאי המגביל את מספר הזוכים במכרז
14 ל-225 שמאים. בית המשפט קבע (בפסקה 10 לפסק הדין), כי:

15 "אכן, הגבלה מספרית עלולה, כטענת המערער, לפגוע בעקרון השוויון נוכח העובדה
16 כי היא שוללת מראש זכייה של משתתפים נוספים אף שעמדו ב"תנאי הסף", ואף
17 שהצעותיהם, מבחינת מרכיב ה"איכות" ומבחינת מרכיב ה"מחיר", זהות לאלה של
18 משתתפים שזכו. בכך נפגעת ציפיותם של משתתפים נוספים אלה כי ינהגו בהצעתם
19 באופן שוויוני ליתר המציעים, וכי ייכללו במאגר אם ימצאו מתאימים. ציפייה זו
20 הינה סבירה וראויה להגנה.... הפגיעה האפשרית הנובעת מקביעתה של הגבלה
21 מספרית מחריפה שעה שהיקף השירותים המוזמנים במסגרת המכרז הוא נתח
22 עיקרי מכלל השירותים בענף הרלוונטי, שכן אז עלולה ההגבלה לפגוע באופן
23 שרירותי בעיסוקו של פלוני אף שאין הוא נופל ברמתו, באיכותו ובמחיריו שהציע
24 מאלמוני אשר גורלו שפר עליו, והוא זכה להיכלל ב"מאגר" המיוחל במקרה
25 שלפנינו לא הוצגו נתונים מבוססים באשר ליחס שבין ההגבלה המספרית הקבועה
26 במכרז ובין מספרם של כלל העוסקים בענף שמאות המקרקעין, ועל-כן לא הוברר
27 כלל כי ההגבלה המספרית אכן מקימה חשש לבחירה שרירותית בין שמאים
28 שהגישו הצעות זהות. במאמר מוסגר יצוין כי מתוך חומר הראיות שהוצג אף לא
29 הוברר אם המערער מאגדת את כלל העוסקים בענף, ואם אין הדבר כך, כמה מתוכם
30 חברים בעמותה המערערת.
31 (הדגשות הוספו – מ' א' ג').

32
33 הנה כי כן, אף בעניין זה נדחתה הטענה לגופה בשל היעדר תשתית עובדתית ראויה.

34
35 באשר לפגיעה הטמונה בהגבלת הרשות את מספר הזוכים במכרז ראו גם דבריהם של ברק מדינה
36 ועשור ויצמן במאמרם: "המהפכה החוקתית או מהפכת זכויות האדם? על העיגון החוקתי של
37 הנורמות המוסדיות", עיוני משפט מ', 595, 2017, שמפנים, בעמ' 626, לבג"ץ שירותי סיעוד
38 הביטוח הלאומי ולעניין לשכת שמאי המקרקעין ומציינים בהקשר זה כי:

39 "החלטתה של רשות להתקשר רק עם מספר מצומצם של ספקים, כמו גם קביעה
40 של תנאי סף להשתתפות במכרז שבגינם נמנעת ההשתתפות במכרז מגורמים
41 אחדים שעוסקים בתחום הרלוונטי, נחשבות במקרים מתאימים פגיעה בחופש
42 העיסוק של עוסקים כאמור".

43
44 ומכאן למקרה שלפניי.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1

2

12.ג. הגבלת מספר הזוכים במקרה שלפניי

3

משרד הביטחון טען בכלליות, כי מודל שלושת הספקים נקבע לאחר עבודת מטה שבסופה הוחלט

4

כי זהו המודל הנכון ביותר בנסיבות העניין, שכן הוא נותן מענה ליכולות הבקרה והפיקוח

5

האפשריים של המשרד. טענה זו של משרד הביטחון נטענה בצורה סתמית וכוללנית, לא פורטה, לא

6

הובהרה, ומשרד הביטחון לא הביא בפני בית המשפט את התשתית העובדתית והנתונים שהונחו

7

בפני וועדת המכרזים ועמדו בבסיס ההחלטה לכלול תנאי זה כתנאי סף במכרז, כפי שפורט בהרחבה

8

לעיל.

9

10

הטענה בדבר קשיי בקרה ופיקוח הינה מוקשית אף יותר, הן לאור העובדה שלצורכי בקרה יעסיק

11

משרד הביטחון ממילא חברת בקרה, הן לאור העובדה שאף אם פיקוח על חברות רבות עשוי להיות

12

סבוך ומורכב הרי שאין מניעה לאפשר זכייה של מספר גדול יותר של חברות (ולא רק שלוש) ועם

13

זאת לא בלתי מוגבל כך שלא תיפגע יכולת הפיקוח. משרד הביטחון לא הבהיר אפוא מדוע ניתן

14

לפקח על שלוש חברות בלבד ולא, לדוגמא, על חמש חברות.

15

16

כמו כן נימוקו של משרד הביטחון ולפיו ככל שיהיה מדובר בכמות גדולה של ספקיות יכול היה

17

להיווצר מצב בו זכאי מסוים לא יקבל את השירות המגיע לו, אינו מובן, שכן לא ברור הכיצד הגדלת

18

והרחבת מגוון נותני השירות העומדים לזכות הזכאים יוביל לפגיעה בהם (על פני הדברים נראה כי

19

דווקא ההיפך הוא הנכון).

20

21

כאמור, על תנאי סף מסוג זה, המוציא מראש ומדיר מחוץ לתחרות גורמים שביכולתם לספק שירות

22

איכותי כמבוקש במכרז, להיות רלוונטי למכרז ולתכליתו ולהיקבע באופן סביר ומידתי. לא ברור

23

הכיצד הגבלת מספר הזוכים לשלושה בלבד הינה, מבחינה עובדתית, חיונית, נדרשת ומהותית

24

למכרז ולמטרותיו. על פניו נראה כי תנאי זה הינו בלתי סביר ופוגע בנותני שירותים אשר עומדים

25

בכל תנאי המכרז ובחופש העיסוק שלהם.

26

27

לא נעלמה מעיני טענת משרד הביטחון ולפיה אין להחיל בנדון את ההלכה שנקבעה **בבג"ץ שירותי**

28

סיעוד הביטוח הלאומי שכן שם דובר במכרז של המל"ל שהינו המעסיק הראשי במשק בתחום

29

הסיעוד בעוד שהמכרז לשירותי ליווי סיעודי של משרד הביטחון מהווה פחות מ- 10% בלבד מכלל

30

שירותי הסיעוד במשק, ולפיכך לא מתקיימים החששות עליהם עמד ביהמ"ש **בעניין בבג"ץ שירותי**

31

סיעוד הביטוח הלאומי. אף אם נכונה טענת משרד הביטחון כי המכרז לשירותי ליווי סיעודי של

32

משרד הביטחון מהווה פחות מ- 10% מכלל שירותי הסיעוד במשק (כאשר יצוין כי משרד הביטחון

33

לא הביא כל אסמכתא לתמיכה בטיעון זה), ויש בכך כדי לצמצם החשש לפגיעה בחברות, עדיין

34

מדובר במכרז בהיקף כספי רב, כך שמניעת זוכים מליטול בו חלק, אף אם לא תדחוק רגליהם כליל



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 מחוץ לשוק העבודה - עלולה לפגוע בהם מבחינה כלכלית. כמו כן ההיגיון שמאחורי הדברים
2 שנאמרו בבג"ץ שירותי סיעוד הביטוח הלאומי פסילת זוכים אך בשל טעמים שאינם נוגעים כלל
3 לטיב עבודתם - יפה אף ביחס למקרה שלפניי.

4
5 חשוב להדגיש כי כפי שפורט לעיל, במכרז שפורסם בראשית שנת 2016 (המכרז השלישי) נקבע כי
6 המכרז יהיה מכרז מאגר או רשימה, כך שכל ספק שעמד בתנאי הסף והוכר כספק של מכרז הביטחון
7 יכול היה להיכנס לרשימת הספקים נותני שירותי הליווי סיעודי (ראו: סעיף 12 לתגובת המדינה
8 מיום 26.3.18). משרד הביטחון לא הסביר ולא הבהיר מדוע שונתה מתכונת ריבוי הזוכים ונשללה
9 במכרז הנוכחי.

10
11 שינויים תכופים בנוסח המכרז צריכים להיות מלווים בהסבר מטעם הרשות, שכן על הרשות לנהוג
12 בעקביות ולנמק שינויים שמבקשת לבצע בתוך פרק זמן קצר. שינויים אשר לא הובא להם נימוק
13 מספק עשוי להיתפס כשירות מטעם הרשות. זאת ועוד. משרד הביטחון בתשובתו ובסיכומיו לא
14 הבהיר מדוע דרישה זו עדיפה, וכל שטען הוא כי זו המתכונת הקיימת שאין בה פגמים. לאור השינוי
15 מהמכרז הקודם, היה מקום להבהיר את השינוי ביתר פירוט.

16
17 לסיכום האמור לעיל, התנאי המגביל את מספר הזוכים לשלושה בלבד אינו סביר, ויש לשנותו.
18 אמנם, במקרה שלפניי, בדומה לנסיבות המקרה בבג"ץ שירותי סיעוד הביטוח הלאומי (גם שם
19 כאמור הייתה העותרת כפי שבנדון עמותת חברות הסיעוד), לא פורט ולא הובהר מיהם הגופים
20 המאוגדים במסגרת העותרת, מה מעמדם, מה מקום הימצא כל אחד מהגופים, וממילא לא הובאו
21 נתונים לגבי גוף ספציפי העלול להיפגע כתוצאה מהתנאי האמור במכרז (כל שצויין בעתירה הינו כי
22 העותרת מאגדת 30 חברות פרטיות ושותפויות, אשר המשותף להם הוא עיסוקם בסיעוד). עם זאת,
23 בניגוד לבג"ץ שירותי סיעוד הביטוח הלאומי, במקרה זה במכרז קודם משרד הביטחון שינה
24 לחלוטין את עמדתו, וזאת מבלי להבהיר מדוע, ומבלי להבהיר מדוע שנתיים קודם לכן היה מדובר
25 בתנאי הגיוני וסביר. על כן אין מקום לקבוע כי מדובר בתנאי סביר.

26
27 **12.2. תנאי הסף בנוגע למחזור הכספי**

28 בסעיף 3.3 לחוברת המכרז נקבע תנאי סף ולפיו "למציע מחזור כספי שנתי מינימאלי (לא כולל
29 מע"מ) של 40 מיליון ₪, מתוכם 20 מיליון ₪ בגין שירותי סיעוד בכל אחת מהשנים 2014, 2015,
30 2016".

31
32 בעניין זה טוענת או.אר.אס, כי היות והיקף השירות נשוא המכרז מוערך בכ- 400 מיליון ₪ בשנה,
33 והיות וחוק חובת מכרזים מאפשר לדרוש מחזור כספי של עד 800 מיליון ש"ח ולכל הפחות 200
34 מיליון ש"ח, בנסיבות אלה דרישה של מחזור כספי בגובה 40 מיליון ש"ח אינה סבירה, שכן לא ברור



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 הכיצד מציע, אף אם יזכה ליתן שירות בהיקף של שליש מהשירותים במכרז, יצליח להעניק שירות
2 בהיקף שהוא יותר מפי 6 מהשירות שנתן עד כה, שהרי ברור כי חברה לא יכולה להגדיל בבת אחת
3 היקפי פעילות בצורה שכזו.

4
5 או.אר.אס הוסיפה וציינה כי ניתן היה להסתפק במחזור נמוך לצורך עמידה בתנאי הסף אילו תנאי
6 המכרז היו מאפשרים מספר גדול יותר של זוכים, כך שכל זוכה היה מקבל נתח קטן יותר של העוגה
7 ובנוסף היה מצטמצם הסיכון למשיב במידה ומי מהזוכים לא היה עומד בהיקף השירות לאחר
8 שזכה (ראו סעיף 125 לעתירה המתוקנת של או.אר.אס).

9
10 **עמותת חברות הסיעוד**, טוענת מנגד, כי תנאי הסף מחמירים יתר על הנדרש, לרבות התנאי בעניין
11 המחזור הכספי, תנאי שאינו סביר, שרירותי, ומפלה עסקים קטנים ובינוניים, שכן הוא יגרום
12 להדרת חברות המספקות שירותים איכותיים דומים למוסד לביטוח לאומי, לקופ"ח ועוד, לרבות
13 למשרד הביטחון עצמו במסגרת אגף משפחות והנצחה.

14
15 **משרד הביטחון** טוען בתגובה לטענות או.אר.אס כי גובה המחזור הכספי נועד בין היתר לעודד
16 תחרות ולעודד מציעים מהתחום להגיש הצעות למכרז, כאשר להערכת משרד הביטחון, מציע בעל
17 מחזור כספי של 40 מיליון ש"ח הינו בעל איתנות פיננסית מספיקה כדי להעניק את השירות הנדרש,
18 מה גם שהמדובר בתנאי סף אחד בלבד מבין תנאי סף נוספים שנקבעו במכרז.

19
20 אשר לטענת עמותת חברות הסיעוד טוען משרד הביטחון, כי דרישת המחזור הכספי הינה בהתאם
21 לסעיף 2א(ב) לחוק חובת המכרזים. היקף ההתקשרות בנדון מוערך בכ-400 מיליון ש"ח, בעוד שבמכרז
22 נדרש המציע להציג מחזור כספי של 40 מיליון ש"ח בלבד. ניתן היה על פי החוק לדרוש מחזור כספי
23 של 800 מיליון ש"ח. גם לגבי נתח ההתקשרות הקטן ביותר עם אחד משלושת הספקים (30%) אזי
24 ההתקשרות עימו תעמוד על למעלה מ-100 מיליון ש"ח, ובהתאם לכך ניתן היה לדרוש מחזור כספי
25 של לכל הפחות 200 מיליון ש"ח (30%- הנתח הקטן ביותר). לפיכך, כך נטען, יש לדחות הטענה כי תנאי
26 סף זה אינו סביר.

27
28 לטעמי, היה מקום לדחות את טענות העותרות לעניין זה לו התנאי של שלוש חברות זוכות היה עומד
29 על כנו. התנאי שנדרש מבחינת ההיקף הכספי הולם את החלוקה של היקפי המכרז לשלושה ואבהיר.

30
31 סעיף 2א. לחוק חובת המכרזים קובע כי:

32 **"(ב) קבע עורך המכרז תנאי בנושא מן הנושאים המנויים בטור א' לתוספת, המצב**
33 **דרישה מחמירה יותר מהאמור בטור ב' לתוספת, או תנאי הדורש ניסיון מוכח**
34 **בעבודה עם עורך המכרז או עם גופים אחרים המנויים בסעיף 2, ינמק את החלטתו**
35 **במסמכי המכרז."**



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1
2
3
4
5
6

בתוספת לחוק נקבע לעניין זה כי:

"היקף מחזור כספי - דרישה כי למציע מחזור כספי שנתי בשיעור של כפל ההיקף הכספי השנתי המוערך לביצוע ההתקשרות שבמכרז, לכל היותר; דרישה כאמור תתייחס לכל היותר לכל אחת משלוש השנים שקדמו להתקשרות".

7
8
9
10

דהיינו אם עורך המכרז רוצה לקבוע תנאי סף הכולל דרישה למחזור כספי שנתי אשר עולה על כפל ההיקף הכספי השנתי המוערך לביצוע ההתקשרות שבמכרז עליו לנמק את החלטתו לכך במסמכי המכרז, ואולם אם קבע דרישה שהינה עד כפל ההיקף הכספי השנתי המוערך לביצוע ההתקשרות, החוק אינו דורש לנמק זאת.

11
12
13
14
15
16
17
18

היות והיקף ההתקשרות בנדון הינו כ- 400 מיליון ₪ לשנה והדרישה הינה כי למציע יהא מחזור כספי של 40 מיליון ₪, ומשלא נדרשה דרישה מחמירה מהקבוע בתוספת, לא נדרש כי משרד הביטחון ינמק החלטתו בעניין זה. נימוקו של משרד הביטחון ביחס לצורך בדרישה זו ולפיו מחד, מציע בעל מחזור כספי של 40 מ"ח הינו בעל איתנות פיננסית מספיקה כדי להעניק את השירות הנדרש (מה גם שהמדובר בתנאי סף אחד בלבד מבין תנאי סף נוספים שנקבעו במכרז), ומנגד כי נוכח היקף ההתקשרות ניתן היה לדרוש מחזור כספי בהיקף נרחב יותר אינו חורג מגדר מתחם הסבירות.

19
20
21
22

עם זאת, כיון שהתנאי לפיו יהיו רק שלוש חברות נפסל, הרי שיש להתאים את ההיקף הכספי למספר החברות שישתתפו, ואם יחזור מכרז הביטחון למכרז רשימה, אזי יהיה מקום לשנות זאת ולהתאים זאת למכרז מהסוג האמור.

23
24

12.3. תנאי סף הדורש העסקת 1,000 עובדים

25
26
27

אחד מתנאי הסף במכרז הינו פעילות של המציע בתחום שירותי הסיעוד בחמש השנים אחרונות (2012-2016) והעסקה של 1,000 עובדים לכל הפחות בתחום שירותי הסיעוד בחמש השנים האחרונות (ראו: עמ' 3, סעיף 3.4 לחוברת המכרז שצורפה ביום 2.12.18).

28
29
30
31

לטענת עמותת חברות הסיעוד, תנאי סף של העסקת 1,000 עובדים אינו רלוונטי ואף מיותר במכרז בו הזוכים יידרשו להעסיק את המלווים הקיימים ולגייס לכל היותר מספר מועט של מלווים חדשים, ונוגד את חובת פתיחת המכרז והתאמתו לעסקים קטנים ובינוניים.

32
33
34

לטענת משרד הביטחון, הדרישה האמורה הינה בהתאם לסעיף 2א(ב) לחוק, ולפיו ניתן לדרוש כי המציע ביצע עבודה בהיקף כספי או כמותי השווה להיקף העבודה שבמכרז. בנדון נדרש מהמציעים



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 להעסיק לטובתה התקשרות נשוא המכרז 2,700 מלוויים - כפול ואף יותר מדרישת הסף אשר עומדת
2 על 1,000 עובדים.

3
4 נימוקו של משרד הביטחון כפי שפורט לעיל היה סביר, לאור היקף ההעסקה המצופה משלש חברות.
5 אולם, שינוי תנאי הסף לעניין מספר החברות, תחייב גם שינוי בהתאמה של תנאי זה.
6

12.4. תנאי הסף מדירים עסקים קטנים ובינוניים

7
8 לטענת עמותת חברות הסיעוד, קיימת פגיעה בעסקים קטנים ובינוניים בתנאי הסף. טענה זו נטענת
9 באופן כללי, מעבר לטענות הספציפיות לגבי המחזור הכספי ומספר העובדים. לעניין זה טוענת
10 העותרת כי על המשרד לשקול האם אפשרי ליתן השירות באמצעות עסקים קטנים ובינוניים, ואם
11 כן לבצע התאמות נדרשות לרבות על דרך של פיצול המכרז. לטענתה, לא הוצגו ע"י המדינה מסמכים
12 המעידים כי בוצעה עבודת מטה מתאימה ואת פרוטוקולי וועדת המכרזים ולא הוכח כי נעשה דיון
13 מעמיק בסוגיה זו. העותרת מפנה בעניין זה לסעיף 2ג(א) לחוק חובת המכרזים.
14

15 לטענת משרד הביטחון, הבחינה הנדרשת לפי סעיף 2ג(א) לחוק נעשתה ממילא בקביעת תנאי סף
16 מקלים מאוד ביחס לתנאי ההתקשרות, ובנוסף בסעיף 2ג(ב) נקבע כי:

17 "שר האוצר, באישור ועדת הכלכלה של הכנסת, רשאי לקבוע הוראות לעניין אופן
18 הבחינה כאמור בסעיף קטן (א), ולעניין התאמת תנאי מכרז או התקשרות של הגופים
19 המנויים בסעיף 2(א), כולם או חלקם, לעסקים זעירים, קטנים או בינוניים".
20

21 לטענת משרד הביטחון, הוראות כאמור באשר לאופן הבחינה טרם נקבעו ע"י שר האוצר.
22

23 כאמור לעיל, לגבי עמותת חברות הסיעוד, לא הובאו נתונים לגבי גוף ספציפי העלול להיפגע מאיזה
24 מתנאי המכרז, לא פורט ולא הובהר כלל מיהם הגופים המאוגדים במסגרת העותרת ומה מעמדם,
25 וממילא לא הוכח כי עונים עובדתית להגדרת "עסק זעיר, קטן או בינוני" שבסעיף 1 (סעיף ההגדרות)
26 לחוק חובת המכרזים (המונח "קטן" או "בינוני" ייבחן לפי מספר העובדים או לפי מחזור המכירות).
27

28 בנסיבות אלה, איני רואה לנכון לקבל הטענה בדבר היעדר התאמת המכרז לעסקים קטנים
29 ובינוניים. עם זאת אני סבורה כי על משרד הביטחון לשקול גם עניין זה, ככל שיובאו לפניו נתונים
30 לגבי עסקים קטנים ובינוניים בתחום, הנותנים כיום שירותים למל"ל, ויודרו מהמכרז על פי תנאי
31 הסף הקיימים.
32

12.5. זרישת התשלום עבור מסמכי המכרז כתנאי סף

34 תנאי סף נוסף (ראו: עמ' 3, סעיף 3.2 לחוברת המכרז שצורפה ביום 2.12.18) דורש כי המציע שילם
35 עבור מסמכי המכרז 2,000 ₪.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1
2 בעניין זה **טוענת עמותת חברות הסיעוד**, כי דרישת תשלום של 2,000 ₪ בעבור מסמכי המכרז
3 תמוהה, אינה מנומקת ומנוגדת לסעיף 2א(א1) לחוק חובת המכרזים.

4
5 **לטענת משרד הביטחון**, בהתאם לסעיף 2א(א1) יש לדרוש תשלום עבור מסמכי המכרז רק כאשר
6 שווי ההתקשרות הצפוי גדול מ- 50 מליון ש"ח. שווי ההתקשרות במכרז זה הינו 400 מיליון ש"ח,
7 ואפילו ביחס לנתח התקשרות קטן ביותר עם אחד מבין שלושת הספקים שיזכו, הרי שגם אז
8 ההתקשרות הפרטנית עימו תעמוד על למעלה מ- 50 מליון ש"ח.

9
10
11
12 סעיף 2א(א1) לחוק חובת המכרזים קובע כי:

13 **"במכרז ששווי ההתקשרות הצפוי בו נמוך מחמישים מיליון שקלים חדשים, לא**
14 **יתנה עורך המכרז את קבלת מסמכי המכרז או את ההשתתפות בו בתשלום בעד**
15 **מסמכי המכרז או בעד עלות הפקת המכרז אלא במקרים ובסכומים שיקבע שר**
16 **האוצר, באישור ועדת הכלכלה של הכנסת".**

17
18 העותרת לא הסבירה מדוע, נוכח הוראת סעיף 2א(א1) לחוק, הדרישה לתשלום 2,000 ₪ בעבור
19 מסמכי המכרז הינה מנוגדת לחוק חובת המכרזים. היות ושווי ההתקשרות הינו 400 מיליון ₪,
20 ומשלא ברור מראש מה יהא היקף ההתקשרות עם כל ספק, בנסיבות אלה נימוקו של משרד
21 הביטחון הינו סביר, ואיני רואה לנכון להתערב בו. מובן כי שינויי בהיקפי ההתקשרות יחייב ממילא
22 עדכון הסכומים.

23
24 **עד כאן לעניין תנאי הסף.**

25
26 **אעבור כעת לבחון יתר תנאי המכרז. אפתח בתנאים המרכזיים הנוגעים לנכי צה"ל מזה (מדדי**
27 **האיכות) ולעובדים מזה (המודל הכלכלי ושיטת התחשיב). לאחר מכן אדון בדרישה להחתמת שעון**
28 **סולרית ובטענות לפגיעה בפרטיות הן של העובדים הן של נכי צה"ל. לאחר מכן אדון ביתר**
29 **התנאים שנתקפו בעתירות כמו אופן השוואה בין הצעות בהקשר לרכיב המע"מ; הצמדת**
30 **העמלה והגשת תצהיר לפי חוק עסקאות גופים ציבוריים.**

31
32 **13. היחס בין מדדי איכות למחיר בהתמודדות במכרז**

33 העותרים עו"ד יעבץ ועמותת חברות הסיעוד מלינים כנגד משקל מדדי האיכות אשר נקבע במכרז
34 (20%), שלטענתם הינו נמוך מאוד. לטענתם, יש להורות על העלאת משקלן של אמות המידה
35 האיכותיות במכרז, וזאת על מנת להבטיח זכייה של מציעים איכותיים ובהינתן כי מטרת המכרז



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 הינה להעניק שירותי ליווי סיעודי איכותיים לנכי צה"ל. בסיכומים במסגרת עתירתם של ריזק,
2 שוורץ, קלימן ועזר, הם מבהירים כי:

3 **"כל פגיעה במלווים של נכי צה"ל, הנה למעשה פגיעה בנכים עצמם. המלווים של**
4 **נכי צה"ל מעצם מהות תפקידם, בהיותם "הצל" של הנכה, הם לעיתים קרובות**
5 **המשענת היחידה של הנכה, צינור החמצן שלו לעולם החיצון.....ברור הוא שככל**
6 **שרמת המלווה תהיה גבוהה יותר, איכות חייו של הנכה תהיה טובה יותר."**
7

8 העותרים ריזק, שוורץ, קלימן ועזר עומדים על כך, כי לאור הצהרות משרד הביטחון על חשיבות
9 המכרז לטיפול בנכי צה"ל, ולאור מטרות חוק הנכים, היה מקום כי מדד האיכות יהיה לפחות זהה
10 למדד המחיר, ובשלונם (סעיפים 29-30 ו-68 לסיכומי התשובה מיום 18.7.3):

11 **"בהתייחס לטענה כי אחוז המרכיב האיכותי הוגדל מ-15% ל-20%, הרי שטענה זו**
12 **רק מדגישה את עליבות המכרז שמנוהל ע"י הגוף היחיד שהוסמך ע"י המדינה לטפל**
13 **בפצועי מערכות ישראל. מצופה כי הגוף המטפל בנכי צה"ל יתן דגש על המרכיב**
14 **האיכותי ברמת דומיננטיות השווה לפחות לעלות הכספית, כפי שעולה מרוח הצעת**
15 **חוק הנכים....דרישה ל-20 אחוז מדד איכות בלבד, הוא כאות קין על המשיב, וכל**
16 **מילה נוספת מיותרת, באשר זהו היחס שלו לפצועים הקשים ביותר במערכות**
17 **ישראל."**
18

19 כמו כן נטען (ראו בעתירת או.אר.אס) נגד אמת המידה בדבר "היקף הפעילות" המהווה חלק ממדדי
20 האיכות הקבועים במכרז (סעיפים 38-39 לסיכומי או.אר.אס). לטענת העותרת, במסגרת אמת
21 מידה זו מוענק ציון מדורג בהתאם למספר המטופלים הסיעודיים להם נותן המציע שירות במועד
22 הגשת ההצעה, כאשר אמת המידה במכרז שבנדון זהה לזו שקבועה במכרז הביטוח הלאומי, ואולם
23 מכרז המוסד לביטוח לאומי מתייחס להיקף מטופלים והיקף שעות גדול פי כמה וכמה. לפיכך, כך
24 נטען יש להקטין את קריטריון היקף הפעילות בהתאם להיקפי המכרז דנן.
25

26 **לטענת משרד הביטחון, החלטה באשר להיקף ומאפייני מדדי האיכות במכרז הינה החלטה**
27 **השמורה לעורך המכרז בלבד, ע"פ הבנתו ושיקול דעתו המקצועי הבלעדי. משרד הביטחון עומד על**
28 **ההיקפים שנקבעו במכרז לצורך דירוג אמת מידה זו, וזאת משום שהוא מעוניין בדרישות איכות**
29 **גבוהות ועל כן הוצב סטנדרט גבוה. עוד נטען כי עניין זה מסור לשיקול דעתו של משרד הביטחון**
30 **כעורך המכרז, ואין להתערב בו.**
31

13.א. שיקול דעת עורך המכרז בקביעת היחס בין איכות למחיר

32 אכן, ככלל, שאלת האיזון בין אמות המידה השונות הקבועות במכרז, ובעיקרן היחס בין איכות
33 למחיר, נתונה לשיקול דעתו של עורך המכרז, עם זאת, ישנם חריגים לכלל זה, בעיקר בנוגע למכרזים
34 הנוגעים למתן שירותים כגון שירותי סיעוד.
35
36

37 בעע"מ 2310/02 איגוד ערים אזור דן (תברואה וסילוק אשפה) נ' דסאל מרחבים, חברה לעבודות
38 עפר בע"מ, נט(6) 337 (2002), נקבע ביחס למכרז שאיננו של מערכת הביטחון, ואשר חלים לגביו



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 הקריטריונים שבתקנה 22 לתקנות המכרזים, כי היחס בין מחיר לאיכות מצוי ככלל במסגרת שיקול
2 דעתו של עורך המכרז (פסקאות 7-8 לפסק הדין):

3 "ככלל, שאלת האיזון בין אמות המידה ובחינת "מקבילית הכוחות" במכרז היא
4 שאלה העומדת להכרעת מזמין המכרז, והיא בתחום מומחיותה של ועדת המכרזים.
5 בית-המשפט לא יבוא במקומה של ועדת המכרזים בהפעלת שיקול-הדעת, והוא
6 יתערב בהחלטתה של ועדת המכרזים רק במקרים שבהם יתברר כי נתקיימה אחת
7 מעילות הביקורת השיפוטית הפוסלת את ההחלטה, או כאשר יתברר לו כי הוועדה
8 חרגה ממיתחם הסבירות בבחירת ההצעה הזוכה בכך שלא נתנה משקל ראוי לתנאי
9 המחיר כאשר ליתר התנאים הנדרשים ממציע המכרז....הכלל הוא אפוא כי בידי
10 המזמין לקבוע את אמות המידה לבחירת הזוכה במכרז על-פי צרכיו ודרישותיו, ועליו
11 לציין בתנאי המכרז שהוא מפרסם, והכול בכפוף לכללי המכרזים כפי שגובשו בחוק
12 ובתקנות. שיקול המחיר הוא בדרך-כלל השיקול הראשון שעליו לשקול, אך רשאי
13 ואף חייב הוא לאזן בין אמות המידה השונות שקבע לעצמו במכרז שפרסם".

14
15 נקודת המוצא בבחינה זו היא כי רק סטייה מהותית מעקרונות יסוד של ניהול מכרז תקין תצדיק
16 התערבות שיפוטית בהחלטת הוועדה.

17
18 מטרתו של המכרז בנדון, כפי שפורט לעיל הינן אספקת שירותי ליווי סיעודי איכותי למלווים.
19 משרד הביטחון מכיר בכך, וחוזר על כך בכל טיעונו בעתירות שלפניי. כך מצוין משרד הביטחון
20 בסעיף 2 לסיכומיו: "אין חולק כי מדובר במכרז בעל חשיבות, משמעות ורגישות רבה, אשר יישומו
21 יביא לשיפור תנאי שירות הליווי הרפואי שמקבלים זכאי אגף השיקום נכון להיום". עם זאת,
22 כאמור, טענתו העיקרית של משרד הביטחון בנוגע לחלוקה בין מדד המחיר למדד האיכות הינה כי
23 זו פרוגרטיבה של מזמין המכרז. כן מזכיר משרד הביטחון כי מדד האיכות עמד מלכתחילה ל 15%,
24 והועלה ל-20% בעקבות דרישת ארגון נכי צה"ל.

25
26 **גולד-גזית, נכי צה"ל**, מוסיפה, דברים החשובים לענייננו, על בתי המשפט כמי שמאמצים את עמדת
27 משרד הביטחון ללא בדיקה מעמיקה בהקשר זה (שם בעמ' 2):

28 "בזירה [המשפטית] חוזר משרד הביטחון וממחזר טענות בדבר הזכויות העודפות
29 והטיפול המצוין הניתנים, לכאורה, לנכי צה"ל, בתי המשפט חוזרים ומאשרים זאת,
30 ללא כל בדיקה מעמיקה, וזאת למרות שכל העוסקים בנושא יודעים היטב כי כיום
31 זכויות נכי צה"ל רחוקות מלהיות זכויות מיטיבות כפי שהיו בעבר...יש להרחיב את
32 העיסוק המערכתית המתבצע כיום רק על פי האינטרסים המערכתיים של משרד
33 הביטחון אשר המוביל בהם הוא קיצוץ בתקציבי השיקום".

34
35 כפי שצינתי בפתיח הדברים, יש מקום לבחון לעומק את הטענה לפיה מקבלים נכי צה"ל כיום את
36 הטיפול המיטבי.

37
38 ב.13. האם היחס בין איכות למחיר יפגע בנכי צה"ל



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 משרד הביטחון בתגובותיו לא הבהיר מדוע הוצב רכיב האיכות על 15% בתחילה, ומדוע, בעקבות
2 התערבות ארגון נכי צה"ל, הועלה ב-5%, והוא עומד כעת, במכרז המתוקן על 20%. בנסיבות אלו,
3 כאשר מרכיב האיכות נוגע לטיפול וסיעוד נכי צה"ל, ראוי היה להבהיר זאת.

4
5 סעיף זה במכרז מעורר לטעמי קושי ממשי. נראה כי מדד איכות כה נמוך יפגע באיכות הטיפול
6 שיקבלו נכי צה"ל. אורלי בנימין, במאמרה: "רכש שירותים חברתיים בישראל כממגרד תנאי
7 העסקה: המשא ומתן בין המדינה למעסיקים זוכי מכרזים", **ביטחון סוציאלי** מס' 98, ע' 39 (תשע"ו
8 2015) עומדת על שיטת המכרזים כמביאה לירידה באיכות כוח האדם, בשל הרצון לצמצם את
9 עלויות השכר, באמצעות המכרז (שם בעמ' 43). המחברת מביאה מראיון עם אחת מאלו שהיו
10 מעורבות בכתיבת המכרזים (לשירותים של אחיות ועובדים סוציאליים), שציינה:

11 **"שירות שמושגת רק על [עובדות מיומנות] הוא יקר נורא, זה לא ריאלי. אין לנו כסף,
12 אז תשקלו להפחית טיפה את הסטנדרטים, שנוכל לממן את זה וזה יהיה ריאלי.
13 משתדלים רק שזה לא יהרוס את השירות. אנחנו לא נותנים מרצדס, אלא סובארו
14 או מאזדה ישנה... צריך לאזן בין הכמות והאיכות. יש מגבלת תקציבים, אז לפעמים
15 ננמך טיפה את הסטנדרטים."**

16
17 מרואיין אחר הוסיף (שם בעמ' 54) כי: **"נקודת המבט הכספית היא ההיבט המנחה את המדינה
18 בבואה לתהליך [המכרזי]",** והוסיף והעיד על הלחצים שהמשתתפים במכרזים נתונים בהם:
19 המתחרים מציעים מחירים הנמוכים מהוצאותיהם, והזוכים חייבים להפחית את ההוצאות שלא
20 נלקחו בחשבון משלושה מקורות אפשריים, שאחד מהם הוא כוח האדם, ובלשונו:

21 **"השיטה של אנשי התקציבים זה להגיד "זה המחיר". זו הדרך שלהם להגיד "לא
22 מעניין אותי שיהיה שירות טוב; תסתדר". נאמר ואתה ספק ישר, חשבת שתסתדר
23 עם התקצוב, ואתה ספק ישר. מה קורה אז? אם הוא מגיע להבנה שהוא לא יכול
24 לספק את השירות? אומרים לו "מצטערים, זה מה יש". אז הספק יכול להחליט
25 שהוא יוצא מזה, או שהוא יתחיל לעגל את הפינות (מקצועי)".**

26
27 המחברת, אורלי בנימין, ממשיכה ומתארת את התוצאות (שם בעמ' 55):

28 **"הספקים נתונים בין הפטיש – חשבי המשרד שאינם מוכנים לחרוג מהתקרה
29 התקציבית שנקבעה לשירות – לבין הסדן – ההתחייבות לעמוד בדרישות המכרז
30 שנקבעו בידי הדרג המקצועי. במצב הזה לא נותר להם אלא לעגל פינות. קל יותר
31 לעשות זאת מבחינת שעות העבודה, הכנסת כוח אדם לא מקצועי, קיצוץ בהכשרות
32 וקיצוץ בתנאים הסוציאליים."**

33
34 ומוסיפה (בעמ' 56):

35 **"ככל שהשתכלל תפקודה של המדינה כ"לקוח חכם", התחזקו פרקטיקות הפעולה
36 של הניהול הציבורי החדש, המכוונות לצמצום עלויות, וחלה עלייה קיצונית
37 במחויבות פקידי האוצר להגן על התקציב מפני הוצאות על השירותים החברתיים.
38 נציגי התקצוב הלוקחים חלק בתהליך המכרז השתכללו מאוד בהדיפת מהלכים
39 שיביאו לעלייה בהוצאה הציבורית, ובכלל זה העסקת כוח עבודה מיומן בתנאים
40 הולמים."**



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 תהליך זה בעייתי במיוחד שעה שמדובר בשרותי סיעוד הניתנים לנכי צה"ל. אם נתרגם זאת למכרז
2 שלפניי, ככל שתנאי ההעסקה של המלווים הנותנים טיפול סיעודי לנכים יהיו גרועים יותר, האנשים
3 שיגיעו לבצע את התפקיד יהיו פחות טובים, ואיכות הליווי הסיעודי שיקבלו נכי צה"ל תרד.
4
5 מובן שאם לא ניתן היה כלל משקל לשיקולי איכות ניתן היה לומר כי הדבר חורג ממתחם הסבירות.
6 השאלה היא, משניתן משקל מסוים, 20% למרכב האיכות, אף אם אינו גבוה ביחס למרכיב המחיר
7 (80%), האם ניתן לומר שהדבר חורג ממתחם הסבירות? לטעמי קביעת משקל של 20% למרכיב
8 האיכותי, בהינתן כי מטרת המכרז הינה מתן שירות איכותי לנכי צה"ל (כך בהתאם להגדרת מטרת
9 המכרז בחוברת המכרז), נמצא מחוץ למתחם הסבירות.

13.ד. השיקול התקציבי

15 על אף האמור לעיל, יש חשיבות לשיקול התקציבי, גם כשעוסקים אנו בנכי צה"ל. על החשיבות
16 בשיקול התקציבי עמד כב' השופט אליקים רובינשטיין בעניין לופו (עמ' 17 לפסק דינו):

17 "מושכלות יסוד הן, כי הקופה הציבורית אינה "בור ללא תחתית", וכי פריסתה
18 וחלוקתה של העוגה התקציבית, היא כשמיכה קצרה מכיסוי המצע כולו, נוכח
19 המשימות והאתגרים שבפני המדינה בתחומי החינוך, הביטחון, הרווחה ועוד. על
20 שומרי הסף של התקציב החובה לנהוג בכספי הציבור בזהירות ובאחריות
21 הראויה, שהרי הרשות "כל כולה לא נוצרה כי אם לשרת את הכלל, ומשלה אין לה
22 ולא כלום: כל אשר יש לה מופקד בידיה כנאמן..... על אינטרס ציבורי חשוב זה
23 עמד בית משפט זה לא אחת, בציינו כי משאבים מוגבלים אכן יכולים לעלות כדי
24 שיקול ענייני, ואף להצדיק סטייה מעקרון השיוון ... אולם חשוב ככל שיהיה, אין
25 משמעות הדברים כי הנפת דגל השיקול התקציבי חזות הכל היא, והיא מאדה את
26 שאר השיקולים".

28 על השיקול התקציבי כשיקול חשוב ולגיטימי עמדה גם פרופ' דפנה ברק-ארז, בספרה **המשפט**
29 **המינהלי**, 694-695 (התש"ע). פרופ' ברק ארז ציינה, כי השאלה עד כמה יש להתחשב בשיקול
30 התקציבי תבחן במבחני סבירות, מידתיות והפליה:

31 "שיקולים תקציביים הם, על-פי רוב, שיקולים ענייניים. רשויות מינהליות פועלות
32 במסגרת של תקציב נתון, וחובתן לפעול למען האינטרס הציבורי בדרך הטובה ביותר
33 מחייבת התחשבות באילוצים תקציביים. אין בכך, כמובן, הכשר להתחשבות
34 בלעדית בשיקול התקציבי, תוך התעלמות משיקולים אחרים. המשקל שראוי לתת
35 לגורם התקציבי הוא נושא לדיון נפרד – במסגרת עילות הסבירות והמידתיות,
36 ולמעשה גם במסגרת עילת הפליה (בהתייחס לשאלה אם החיסכון התקציבי הוביל
37 לתוצאות לא-שוויוניות)".

39 **גולד גזית, נכי צה"ל**, מציינת, בעמ' 588, כי המדינה מקדישה פחות תשומת לב לנכי צה"ל, והלשונה
40 (שם בעמ' 588):



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 "דומה כי אם ניתן את הדעת לשחיקה בזכויות נכי צה"ל ולמידת שביעות הרצון
2 הנמוכה של נכי צה"ל, מחד גיסא, ואל המאמץ המושקע בייצור תדמית של הערכה
3 לנכי צה"ל...ע"י הצגת זכויות נכי צה"ל כזגויות המיטיבות ביותר, מאידך גיסא,
4 נראה כי למדינה חשוב ליצור אשליה שזכויות נכי צה"ל הן הזכויות המיטיבות
5 ביותר, אך היא מקדישה פחות תשומת לב לנכי צה"ל לאחר שכבר נפגעו".
6

7 בסיום ספרה קוראת גולד גזית, נכי צה"ל, ל"בדיקה וחשיבה מחודשת של כלל זכויות נכי צה"ל"
8 (שם, בעמ' 593). אני סבורה שעל וועדת המכרזים לערוך חשיבה מחודשת בעניין זה, ולקבוע מדד
9 איכות גבוה יותר. ככל שמשרד הביטחון סבור כי די במדד איכות של 20% כדי להבטיח טיפול נאות
10 לנכי צה"ל עליו להבהיר ולנמק מדוע הועמד מרכיב האיכות על 20% בלבד, וכיצד שיעור זה יבטיח
11 את איכות הטיפול בנכי צה"ל, לו אנו מחויבים כחברה.
12
13
14
15

16 13.ה. חפיפה בין המטפלים הסיעודיים
17 **לטענת עו"ד יעבץ**, יש להורות למשיב לבצע חפיפה נאותה בין מלווים שלא תפחת משבוע ימים
18 ולשלם בגין החפיפה. עניין זה נכלל גם הוא בטיב השירות הניתן לנכי צה"ל. לטענתו, בעיקר במקרה
19 של נכויות קשות המצריכות טיפול מורכב בנכה, אין די בחפיפה קצרה.
20

21 **לטענת משרד הביטחון**, בהתאם לנוהל חפיפה משנת 2017, בסמכות חברת הסיעוד לאשר חפיפה
22 של עד 12 שעות למלווה, ובמקרים בהם סבורה החברה כי יש מקום לחפיפה העולה על 12 שעות
23 היא נדרשת להציג מסמך מפורט המסביר את הצורך בתוספת השעות ולקבל על כך אישורו של רופא
24 מוסמך ראשי מטעם אגף השיקום.
25

26 עוד לטענת משרד הביטחון, אגף השיקום אינו סבור כי יש הצדקה מקצועית לחפיפה של שבוע.
27 ההחלטה באשר למשך זמן החפיפה הינה החלטה מקצועית, המצויה בשיקול דעתו, ואין מקום כי
28 בית המשפט יתערב בה.
29

30 ראשית, משרד הביטחון מפנה לנוהל, ויש לעגן את עניין החפיפה במסמכי המכרז. שנית, יש לתת
31 את הדעת מה קורה כאשר מתחלף מלווה באופן פתאומי, ואין שהות לפנות לרופא המוסמך
32 ולהמתין להחלטתו. עוד יש לשקול האם די ב-12 שעות חפיפה בכל המקרים, או שיש, כפי שטוען
33 העותר, להבחין בין נכים קשים שהטיפול בהם מורכב, ולאפשר להם תקופת חפיפה ארוכה יותר.
34

35 לאור האמור יתוקן המכרז באופן כזה שנושא החפיפה יוסדר בו במפורש תוך התייחסות לשני
36 הנושאים הנ"ל.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1

2 כעת אעבור לדון במבנה הכלכלי של המכרז, בשכר העובדים ובעלות העסקתם, באשר כל אלו
3 משפיעים על רווחת הנכים, ואיכות הטיפול שיקבלו.

4

5

14. שכר העובדים ועלות ההעסקה

6 אחת המחלוקות העיקריות בעתירות שלפניי נוגעת לתחשיבים בנוגע לשכר העובדים. כזכור, חלק
7 ממרכיב התמורה הוא החזר תשלומי שכר שמשלמות החברות הזוכות למטפלים הסיעודיים. לעניין
8 זה נקבע תחשיב הכולל אלפי פריטים וכן סעיף תמרון, המאפשר, במקרים מסוימים, לשלם
9 למטפלים הסיעודיים מעבר לתעריפים שנקבעו. הן חברות הסיעוד השונות, הן הנכים, טוענים כי
10 התחשיבים אינם מבוססים, ולא יכסו את עלויות השכר בפועל. חברת או.אר.אס, אף הביאה חוות
11 דעת מומחית לעניין זה. כאמור, פגיעה בשכר העובדים תפגע ברווחת הנכים. ככל שלא ישולם
12 לעובדים שכר ראוי, יפגעו בראש וראשונה זכויותיהם שלהם, ובעקיפין גם איכות הטיפול שיקבלו
13 נכי צה"ל.

14

15 **לחברות העותרות, וביניהם או.אר.אס ותגבור**, שתי טענות מרכזיות כנגד טבלאות השכר והתחשיב
16 שעמדו בבסיס רכיב התמורה הנוגע לתשלומי שכר למטפלים הסיעודיים. ראשית, נטען כי התעריף
17 השעתי שנקבע נמוך מהעלויות הריאליות בפועל, ולפיכך הינו הפסדי, שכן השכר המשתלם לחברה
18 בגין העסקת העובד הינו נמוך מעלות שכר העובד לחברה; שנית, מלינות העותרות כנגד "סעיף
19 התמרון" שנקבע במכרז. אבחן להלן טענות אלו.

20

21

14.1. התעריף השעתי

22

14.1. א. טיעוני הצדדים בנוגע לתחשיב

23 **לטענת העותרים** (ובמרכזם או.אר.אס), בוצע תמחור חסר של התעריף השעתי, כיון שהתעריף
24 השעתי אינו כולל את כלל הזכויות המגיעות למלווים על פי חוק ובהתאם להליכים שהתקיימו בבית
25 הדין לעבודה. הדבר יביא, כך נטען, למצב שהחברות שתזכינה במכרז תיזרשנה לספוג על חשבונן
26 חלק ממימון העסקת המטפלים הסיעודיים.

27

28 עוד טוענות העותרות, כי עיון בטבלאות השכר מעלה כי זכויות עובדים רבות לא תומחרו במסגרת
29 הטבלאות. כך לדוגמא, בהתאם לתנאי המכרז יהא על הזוכה לשלם "תוספת משמרות" עבור כל
30 שעה משעות היממה, ואולם תעריף השעה שנקב בטבלה אינו מגלם בתוכו תשלום זכויות
31 סוציאליות בגין רכיב השכר "תוספת משמרות".

32

33 בנוסף, טוענת או.אר.אס כי משרד הביטחון קיבל את טענתה כי התעריף היה שגוי ותיקן בתחשיבים
34 ערך יום חופשה, מחלה וחג ואולם לא תיקן בהתאם את סכומי ההפרשות הסוציאליות, על אף שימי



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 מחלה, חופשה וחג נחשבים רכיבי שכר לכל דבר ועניין. כמו כן, לטענתה, לא תומחרו כראוי תנאים
2 וזכויות שמשרד הביטחון הסכים להעניק למטפלים הסיעודיים במסגרת הליכים שהתקיימו בבית
3 הדין לעבודה (עניין שמירת וותק והעסקת עובדים ב"מעבר בין חברות" ו"מנגנון הפיצוי" להגנה על
4 זכויות העובדים ושכרם במקרה של פערים בשכר בשל שינויים במבנה השכר של העובדים), כאשר
5 משרד הביטחון מבקש לכלול אותם במסגרת "סעיף תמרון".

6
7 כמו כן נטען כי ההפרשות הסוציאליות הינן בגין היקף שעות קטן מתקן משרה מלאה, וכי קיימת
8 פגיעה בזכויות העובדים בנוגע לרכיב הנסיעות; ימי חגים (מלווה דור ב' זוכה ב-8 ימי חג בשנה
9 בלבד, לעומת מלווה ותיק הוזכה ב-9 ימי חג); ימי חופשה (13 ימים בשנה למלווה דור ב' לעומת 14
10 ימים למלווה דור א') והפרשה לקרן השתלמות (תיעשה על בסיס חלק מהיקף המשרה של המלווים
11 ולא על משרה מלאה כפי שראוי.

12
13 עוד טוענות העותרות, כי כשמדובר במכרזים עתירי כוח אדם, קיים איסור על המזמין לקבל הצעות
14 במחירי הפסד שכן הדבר מביא לכך שהספקים "יגלגלו" את ההפסד אל עובדיהם, והמזמין אינו
15 יכול לעצום את עיניו ולהעדיף את ההצעה הזולה ביותר, תוך התעלמות מההפרה הצפויה של זכויות
16 העובדים.

17
18 או.אר.אס. צירפה לעתירה המתוקנת (נספח ט"ז) חוות דעת מומחית, רו"ח רבקה נאורי (להלן:
19 המומחית), התומכת במסקנה בדבר תמחור חסר של התעריף השעתי, בעוד משרד הביטחון נמנע
20 מהצגת חוות דעת מומחה סותרת מטעמו. לאור זאת, כך טענה או.אר.אס., יש לראות בטענות
21 המומחית מטעם העותרת כטענות במומחיות שלא נסתרו ופיכך יש לקבל טענות העותרת בעניין זה.

22
23 **לטענת משרד הביטחון**, לרשות המדינה עומדת חזקת תקינות המעשה המנהלי, והעותרת לא סתרה
24 אותה. יש לדחות הטענה כי היות והעותרת תמכה טענותיה בחוות דעת מומחה, אזי אף על משרד
25 הביטחון לתמוך טענותיו בחוות דעת מומחה נגדית, שכן, אין המדובר בהליך אזרחי עליו חלים כללי
26 הבאת ראיות ונטל הוכחה של עניין שבמומחיות, ואין מטרת ההליכים בחינת היכולות או הכישורים
27 המקצועיים של מומחה כלשהוא.

28
29 משרד הביטחון הבהיר, כי לצורך עריכת תחשיבי השכר נעזר המשרד בשירותי רו"ח בעל ניסיון
30 בתחומו ובנוסף המשרד מעסיק רו"ח שבחנו את מודל השכר. לטענת משרד הביטחון, המשרד אינו
31 מחוייב לציין מיהו המומחה מטעמו שערך את התחשיבים.

32
33 עוד טען משרד הביטחון כי חישובי העותרת הינם שגויים ומנוגדים לחישובים שערכה המדינה.
34 לטענת משרד הביטחון, הערך השעתי המצויין במסמכי המכרז משקף את כלל התשלומים שעל



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 הספקים לשלם למלווים כולל הפרשות סוציאליות, והינו בהתאם להתחייבויות שלקחה על עצמה
2 המדינה בהליך שהתקיים בבית הדין לעבודה.

3
4 לגופם של דברים נטען כי תוספת משמרות מהווה חלק משכר המלווים מזה עשרות שנים ואינה
5 נחשבת חלק מהשכר הקובע לזכויות סוציאליות. בהודעת המדינה במסגרת ההליך שהתקיים
6 בביה"ד (ס"ק 17-05-23548) הגישה המדינה הודעה בה הובהר מהו שכר הבסיס לפנסיה, וכי ערך
7 יום חופשה ויום מחלה לא כולל את תוספת המשמרות. על אף שתוספת המשמרות לא נכללה כחלק
8 מהשכר הקובע לצורך זכויות סוציאליות ביקשו ההסתדרות והוועד כי בית הדין ידחה בקשותיהם
9 בסכסוך הקיבוצי ללא צו להוצאות, ואכן ניתן פסק דין בהתאם.

10
11 משרד הביטחון הוסיף וטען בנוגע לרכיב הפיצוי בגין פגיעה בשכר, כי רכיב זה נכלל במסגרת סעיף
12 התמרון, ומשרד הביטחון מלכתחילה הקצה לרכיב התמרון סכום גבוה יותר מאשר להערכתו נדרש
13 לטובת השימושים בהם ניתן לעשות שימוש בכספי רכיב התמרון, כך שהדבר לא יבוא על חשבון
14 התשלומים האחרים אותם מיועד רכיב התמרון לכסות, הזוכה לא תימצא בחסר וזכויות העובדים
15 לא תיפגענה.

16
17 עוד טען משרד הביטחון כי הפיצוי בגין "מעבר בין חברות" הוטמע במסמכי המכרז (סעיפים 1.3-
18 1.42 לנספח ד').

19
20 משרד הביטחון הדגיש כי מודל התחשיבים הקבוע במכרז (הטבלאות הכוללות תעריפים שונים
21 המשקפים את כל עלויות השכר והתנאים הנלווים, להוציא תקורה) מעגן בתוכו שיפוי מלא עבור
22 עלויות שכר המלווים, ואולם גם אם נמצא חסר בטבלאות השכר הרי שניתן להשלימו באמצעות
23 "רכיב התמרון".

24
25 לטענת משרד הביטחון, ככל שיחולו שינויים בתנאים או בזכויות המלווים, הרי שבהתאם לתנאי
26 המכרז קיימת אפשרות לערוך שינויים בתעריפים ובכל מקרה אין בכך להשפיע על ההצעות
27 שתוגשנה למכרז מאחר והתחרות היא על התקורה.

28
29 14.1 ב. תקיפת תעריף שנקבע במכרז

30 ככלל, כאשר עולה טענה כנגד שיטת חישוב שנקטה במכרז, יחולו הכללים הנוגעים לביקורת
31 שיפוטית על הרשות המינהלית. מקום בו הרשות הפעילה מומחים מטעמה והראתה כי החלטתה
32 נסמכת על חוות דעת מומחים אלה, אזי ככל שתוגש חוות דעת מנוגדת מטעם העותר ותתעורר
33 מחלוקת בין המומחים שמטעם הרשות לאלה שמטעם העותר, ותהיות בדבר מהימנותן של חוות-



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 הדעת, הפתרון אינו מצוי בהמרת שיקול-הדעת המקצועי של הגורם המוסמך, שכן בית המשפט אינו
2 ערוך לבצע מחקר ולקבוע מסקנה משלו.

3
4 אין מדובר אפוא בהכרעה "רגילה" בין שני מומחים ובין שתי שיטות חישוב, אלא בבחינה האם
5 החלטת הרשות מצויה במסגרת מתחם הסבירות, היינו: האם שיטת החישוב בה נקטה הרשות הינה
6 במסגרת מתחם הסבירות (ראו בג"ץ 13/80 "נון" תעשית שמורים בע"מ נ' מדינת ישראל משרד
7 הבריאות, פ"ד לד(2) 693 (1980), בפסקה 5; בג"ץ 1554/95 עמותת "שוחרי גיל"ת" נ' שר החינוך,
8 התרבות והספורט, פ"ד נ(3), 2, 20 (1996); בג"ץ 8109/01 ישראל רשטיניק נ' שר התחבורה, פסקה
9 4, פורסם בנבו, 2003; עניין רשות הנמלים, פסקאות 9, 22). לעניין חוות דעת מומחים בהליכים
10 מנהליים מציינת רויזמן-אלדור, עתירות מנהליות, (בעמ' 121), כי אין אחידות בפסיקה בשאלה זו
11 (עוד ראו לעניין זה: בג"ץ 6271/11 "דלק" חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' שר האוצר (פורסם
12 בנבו, 2012).

13
14 בבר"מ 3186/03 מדינת ישראל נ' עין דור, פ"ד נח(4) 754 (2004) הובהר כי:

15 "כל עוד החלטת הרשות אינה חורגת ממיתחם הסבירות, כלומר כל עוד מדובר
16 בהחלטה שרשות מינהלית סבירה הייתה יכולה לקבל, לא יתערב בית-המשפט
17 בהחלטה... כך בדרך כלל, וכך במיוחד כאשר הרשות המינהלית משתיתה את
18 החלטתה על בסיס חוות-דעת מקצועיות של גורמים מקצועיים... מקום שהפעילה
19 הרשות מומחים מטעמה, לא ישים עצמו בית-המשפט מומחה, וודאי שלא ימנה
20 מומחה תחתיו כדי להכריע לגופה של מחלוקת מקצועית. אכן, לעולם לכל בעיה יהיו
21 פותרים ופתרונים אחדים. ייתכן אף שבית-המשפט ייטה אחר החלטה המבכרת
22 פתרון זה ולא פתרון אחר. אך בכך אין כדי להביא את בית-המשפט להחליף את
23 שיקול-דעתה של הרשות בשיקול-דעתו"
24 (הדגשות הוספו – מ' א' ג').

25
26 בעניין רשות הנמלים בחר ביהמ"ש המחוזי להציע נוסחת חישוב אחרת תחת זו שבחרה וועדת
27 המכרזים. בית המשפט העליון קבע בערעור על פסק הדין, כי אין החלטתו של בית משפט קמא
28 יכולה לעמוד ודינה להתבטל (פסקה 19 לפסק דינה של כב' השופטת, לימים הנשיאה, דורית ביניש):

29 "יצירת שיטת חישוב לניקוד הצעות במכרז הינה עניין שבמומחיות. כאשר בפני
30 בית-המשפט מובאות שיטות חישוב כאלה או אחרות, נדרש בית-המשפט להיעזר
31 בחוות-דעתם של מומחים, כפי שהיה במקרה דנן, על-מנת לבחון אותן, אך אין הוא
32 נדרש, או רשאי, להפעיל שיקול-דעת מקצועי משל עצמו. בית-המשפט רשאי, ואף
33 חייב, להשתמש בשיקול-דעתו השיפוטי על-מנת להכריע בין חוות-דעת סותרות של
34 מומחים, אך אין הוא משים עצמו במקום המומחים. בענייננו יצר בית-המשפט
35 שיטת חישוב חדשה ושונה מהשיטות שהציעו מומחי הצדדים, ובנסיבות העניין לא
36 היה מקום לכך".

37
38 בית המשפט עמד על כך כי משלא הוכח שהרשות המינהלית פעלה בחוסר תום לב, מתוך שיקולים
39 זרים או באופן שרירותי, אזי כל שנותר לבחון הוא האם נפל פגם בהחלטת הרשות והאם פגם זה
40 יוצר חוסר סבירות כה חמור עד כי התוצאה היא שהחלטת הרשות אינה יכולה לעמוד (שם, פסקה



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 בהמשך קבע בית המשפט כי לאחר בחינת טענות הצדדים והראיות שהוצגו, בית המשפט לא
2 שוכנע כי שיטת החישוב שקבעה וועדת המכרזים היא כה בלתי סבירה עד שמוצדק יהיה להתערב
3 בשיקול דעתה ולהכריז על פסלותה של השיטה (שם):

4 "לאחר שבחנו את הראיות שהוצגו בבית המשפט קמא לא שוכנענו כי שיטת החישוב
5 שקבעה הרכבת היא כה בלתי סבירה עד שמוצדק יהיה להתערב בשיקול דעתה של
6 ועדת המכרזים ולהכריז על פסלותה של השיטה. אכן, שיטת החישוב שקבעה
7 הרכבת אינה חפה מבעיות אך, למרות זאת, היא מושתתת על הנחות הגיוניות והיא
8 אינה שרירותית ובלתי רציונלית עד כי ניתן לומר עליה שהיא בלתי סבירה....לא
9 הוכח אפוא כי שיטת החישוב שעל-פיה ניקדה הרכבת את ההצעות הכספיות שבאו
10 בפניה הייתה בלתי סבירה עד כי מקימה היא עילה להתערבות ולקביעה כי ההכרעה
11 שנתקבלה על-פיה פסולה. גם אין לנו יסוד לקבוע כי נפל פסול בדרך החישוב של
12 הרכבת, הגם שיייתכן כי היה ניתן לערוך את החישוב בשיטה אחרת. בנסיבות אלו,
13 משלא מצאנו כי שיטת החישוב שקבעה הרכבת היא בלתי סבירה באופן המצדיק
14 התערבות לביטולה, אין להתערב בשיקול-דעתה של ועדת המכרזים, והתוצאה היא
15 כי אין לפסול את שיטת החישוב שהפעילה הרכבת, שכן זו אינה חורגת ממתחם
16 הסבירות".

17
18 אולם, במקרים אחרים, בהתבסס על אותם עקרונות התערב בית המשפט בתעריף שנקבע. כך, טענה
19 כנגד סבירותו של חישוב תעריף שעתי נדונה בפסיקה ביחס למכרז למתן שירותי סיעוד של המוסד
20 לביטוח לאומי לטיפול בקשישים הזכאים לגמלת סיעוד. המוסד לביטוח לאומי פרסם מספר
21 מכרזים בעניין זה, שנדונו במספר רב של הליכים לאורך השנים ואתיחס לאחד מהם.

22
23 בעת"מ (מנהלי י-ם) 1315/04 איגוד נותני שירותי סיעוד בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם
24 בנבו, 2005, להלן: "עת"מ 1315/04") נדון אחד ממכרזי הביטוח הלאומי לעניין טיפול סיעודי
25 לקשישים. באותו עניין טענו העותרים כי קביעת התעריף השעתי הייתה בלתי סבירה. בית המשפט
26 קבע שעל אף שברגיל קביעת התעריף מסורה לשיקול דעתה של הרשות, ובית המשפט לא יתערב בו,
27 אזי בנסיבות אותו מקרה, כך נקבע, שאלת התעריף במכרז הינה קריטית, שכן "תנועה" בתעריף של
28 מספר אגורות לכיוון כזה או אחר היא בעלת משמעות כלכלית ניכרת. לפיכך בית המשפט מינה,
29 בהסכמת הצדדים, מומחית מטעמו שתבחן את מכלול טענות הצדדים ותחווה דעתה בסוגיית
30 סבירותו של התעריף. מסקנת המומחית שם הייתה כי לאחר שבחנה כל רכיב ורכיב ואת היסודות
31 הכלכליים המבססים אותו, וכן בחנה את התמונה הכוללת המתקבלת מצירופם של סך כל
32 המרכיבים, מסקנתה הינה כי יש מקום להתערב בגובה התעריף ולהעמידו על סכום של 36.57 ₪
33 במקום 36.04 ₪. בית המשפט לעניינים מנהליים אימץ את קביעת המומחית כי יש מקום להתערב
34 בתעריף שנקבע לצרכי המכרז.

35
36 ערעור שהוגש לבית המשפט על פסק הדין נדחה בע"מ 7801/05 איגוד נותני שירותי סיעוד נ'
37 המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 2006), ובית המשפט קבע לעניין טענות העותרים כנגד התעריף
38 השעתי (פסקה 7 לפסק הדין) כי:



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 "ההסדר הדיוני שהושג בין הצדדים בכל הנוגע לבחינת סבירות התעריף, והדרך
2 שבה מומש הסדר זה והוצא אל הפועל בהליך שהתקיים בפני בית משפט קמא,
3 אפשרו לבית המשפט לבחון את מרכיבי התעריף לפני ולפנים ולהידרש לפרטי
4 הפרטים הצריכים לעניין זה. בחינה מדוקדקת זו, אשר לוותה בחוות דעת המומחית
5 ונסמכה עליה, הינה יוצאת דופן בהיקפה ככל שבביקורת שיפוטית על מעשי הרשות
6 עסקינן והיא רחבה במידה ניכרת מן הביקורת המתחייבת על פי אמות המידה
7 הקבועות בדין המנהלי. משערך בית המשפט לעניינים מנהליים בהתאם להסדר
8 הדיוני ביקורת אינטנסיבית ומקיפה כזו לעניין התעריף שנקבע במכרז הנדון,
9 ומשנפרשה בפניו יריעה כה רחבה של מרכיבי התעריף, איננו סבורים כי יש מקום
10 להתערב במסקנות שאליהן הגיע ולא מצאנו כי יש באיזו מן הטענות שהעלו
11 המערערים בפנינו כדי להצביע על חוסר סבירותו של התעריף המתוקן שקבע. לא
12 נותר אלא לקוות כי זו הפעם תצלח דרכו של המרכז וניתן יהיה סוף סוף לקיים את
13 שירותי הסיעוד לזכאי משרד הביטחון על בסיס מאגר של נותני שירותים שיוקם
14 בעקבות הליכי המכרז כאמור".
15

16 הנה כי כן, בעניין זה, מצא בית המשפט לנכון להתערב באשר לתעריף השעתי שקבעה הרשות, על
17 אף שהתערבות שכזו הינה חריגה ויוצאת דופן, וזאת נוכח המשמעות הכבדה אשר יש לגובה התעריף
18 השעתי.
19

14.1 ג. תקיפת התעריף במכרזי כוח אדם

20 אחת הטענות המרכזיות במכרזי כוח אדם, היא שמדובר בתעריף הפסדי, שיביא לפגיעה בעובדים.
21 ככלל, אשר להצעות גירעוניות של מציעים במכרז נפסק, כי העובדה שאין בצד ההצעה רווח כספי
22 מייד למשתתף, היא כשלעצמה אינה מהווה עילה לפסילת ההצעה, וייתכנו מקרים בהם יגיש
23 משתתף הצעת הפסד או הצעה גירעונית שיש בה מבחינתו היגיון כלכלי, בהיותה מבוססת על
24 שיקולים ארוכי טווח כגון "חדירה לשוק, ביסוס מעמד, צבירת מוניטין או רצון להרחיב תחומי
25 עיסוק, וכל זאת תוך ספיגת הפסד בטווח הקצר" (עניין רון, פסקה 19; עניין אוליצקי, פסקה 11).
26

27 עם זאת, מקום שבו נוטל על עצמו המציע סיכון בלתי סביר וההפסד הצפוי לו הוא משמעותי ועלול
28 לסכן את המשך עסקיו או להוביל למצב שבו לא יוכל לעמוד בהתחייבויותיו על פי המכרז, עלול
29 הדבר לפגוע באינטרסים של הרשות עורכת המכרז ובאינטרס הציבורי עליו היא מופקדת בשל ביצוע
30 ירוד של התחייבויותיו או בשל הפרתן המוחלטת. בעיה קשה נוספת העלולה להתעורר עקב זכייה
31 של הצעת הפסד במכרז נוגעת להפרת החובות הקבועות בדין לעניין השמירה על זכויותיהם
32 הסוציאליות של עובדים, במיוחד במכרז לאספקת שירותים עתירי כוח אדם (עניין רון, פסקה 19).
33

34 במאמרו של דקל, **מכרזים תלויי הקשר**, מדגיש המחבר עניין זה (שם בעמ' 210):

35
36 "הבחנה חשובה נוספת היא ההבחנה שבין מכרזים לרכישת שירותים באופן כללי
37 לבין מכרזים לרכישת שירותים עתירי כוח אדם, כגון שירותי ניקיון, שירותי שמירה,
38 שירותי סיעוד, שירותי קלדנות וכדומה. במהלך השנים התברר כי התקשרויות אלה
39 מהוות כר נרחב לפגיעה בזכויות עובדים, וזאת כתוצאה משילוב של שלוש עובדות:
40 העובדה שבמכרזים אלה התחרות היא על מחיר השירות בלבד, העובדה שהתשומה



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 הכמעט יחידה של הספק היא שכר עבודה, והעובדה שציבור המועסקים בעבודות
2 אלה - הוא ציבור מוחלש שיכולתו לשמור על זכויותיו מוגבלת מאוד. משהתגבשה
3 ההכרה בכך שלשיטת המכרז מבוסס המחיר יש חלק מרכזי בתופעה שלילית זו,
4 החלו להינקט פעולות שתכליתן להקשות על קבלני כוח אדם פגיעה בזכויות
5 עובדיהם, וכן למנוע ממציע זכייה במכרז במחיר שאינו מאפשר לכאורה תשלום של
6 מלוא הזכויות הסוציאליות המגיעות לעובד. בשנת 2009 מצא תהליך זה גם ביטוי
7 אסדרתי מסוים, כאשר לתקנות חובת המכרזים נוספו הוראות שתכליתן לתמרץ
8 מעסיקים לשמור על זכויות עובדיהם. זאת, על ידי מתן גושפנקה לפסילת מציע
9 שאינו שומר על זכויות עובדיו, ומתן העדפה במסגרת אמות המידה להכרעה במכרז
10 למציע המכבד את זכויות עובדיו. מדובר אם כן באסדרה הקשרית פנימית של דיני
11 המכרזים במישור החקיקתי".
12 (הדגשה שלי - מ'א'ג').
13

14 דקל מפנה במאמרו לפתרון שהוצע ע"י רובינשטיין, בנימין וגולן, העצמת עובדים (שם, בעמ' 176-
15 175), ולפיו זכייה במכרז למתן שירותים עתירי כוח אדם תותנה בכך שהמציע יצרף להצעתו תחשיב
16 כלכלי המפרט כיצד הצעת המחיר שלו מתיישבת עם חובתו לקיים את הוראות חקיקת המגן (דקל,
17 שם בעמ' 210):

18 "ניתן לחשוב על כללים נוספים שראוי לנקוט בהקשר של מכרזים לרכישת
19 שירותים עתירי כוח אדם, שתכליתם להקשות פגיעה בזכויות העובדים. כך, לדוגמה,
20 ראוי לאמץ את הצעתם של דפנה רובינשטיין, אורלי בנימין וערן גולן שזכייה במכרז
21 למתן שירותים עתירי כוח אדם תותנה בכך שהמציע יצרף להצעתו תחשיב כלכלי
22 המפרט כיצד הצעת המחיר שלו מתיישבת עם חובתו לקיים את הוראות חקיקת
23 המגן, וכדי למנוע מצב שבו הזוכה יגרוף לכיסו את התשלום שהוא אמור להעביר
24 לעובדיו, ניתן לחייבו לצרף תחשיב זה גם לחוזי ההעסקה שלו עם עובדיו. נוסף על
25 כך, בעוד במכרזים "רגילים" הצעה הפסדית אינה מהווה בהכרח עילה לפסילת
26 ההצעה, שכן ייתכנו שיקולים לגיטימיים העומדים בבסיס התמחור ההפסדי,
27 במכרזים לרכישת שירותים עתירי כוח אדם ראוי לייחס לטעמים אלה משקל נמוך
28 הרבה יותר, אם בכלל. על כן מתבקש הסדר שלפיו במכרזים לרכישת שירותים
29 עתירי כוח אדם תיפסל הצעה שמניחות כלכלי שלה עולה כי היא אינה מותירה בידי
30 המציע רווח סביר. זאת, כהוראה קוגנטית שאינה תלויה בנוסח המכרז".
31 (הדגשה שלי - מ'א'ג').
32
33

34 בבג"ץ 10245/07 הארגון הארצי של מפעלי השמירה והאבטחה בישראל נ' משרד המשפטים
35 (פורסם בנבו, 2007), נקבע כי: "כאשר מתקשרת המדינה עם גורמים חיצוניים זכאית היא ואף
36 חובה עליה לעשות את שבידה כדי להבטיח את השמירה על חוקי המגן וכדי להבטיח צמצום היקף
37 הפגיעה בזכויות העובדים".

38
39 עמד על כך כב' השופט אדמונד א' לוי בעע"מ 9241/09 שלג לבן 1986 בע"מ נ' עיריית אשקלון
40 (פורסם בנבו, 2010, להלן: עניין שלג לבן, פסקה 3 לפסק דינו):

41 "משטר ההגנה על זכויות עובדיו של מציע במכרז ציבורי הוא חלק בלתי נפרד מדיני
42 המכרזים, בכוח ובעת האחרונה גם בפועל. משטר זה נגזר, ראש וראשונה, מחובת
43 הנאמנות לציבור של רשויות המנהל... מן העובדה כי המטרות שלשמן הן פועלות
44 אינן כלכליות גרידא... ומכפיפות פעולתן של רשויות אלו לכל אשר נכלל בתקנת



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 הציבור..... אין חולק, כי חוקי המגן בעבודה הם עצם מעצמותיהם של עקרונות
2 אלה."
3

4 להרחבה בנושא זה ראו אף: נועם אבחסרה, נטע בקר וזיו כהן "עובדים שקופים בשירות המדינה
5 דו"ח הפרת זכויות עובדי קבלן במשרדי הממשלה- בדגש על עובדי ניקיון", הקליניקה לרווחה
6 תעסוקתית, המרכז לחינוך משפטי קליני לזכויות אדם, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה
7 העברית בירושלים, 2006; שרון רבין-מרגליות "חברת השירותים, מזמיני השירותים ובעיקר מה
8 שביניהם: על מעמדם ועל אכיפת זכויותיהם של עובדי חברות השירותים", מחקרי משפט כה, 525
9 (התש"ע-2009); אוהד קרני ואיתי סבירסקי, "כרוניקה של ניצול ידוע מראש: העסקה קבלנית
10 באוניברסיטאות", בתוך: העסקה פוגענית: הדרה וניצול שיטתיים בשוק העבודה, 105 (בעריכת
11 דניאל מישורי וענת מאור, 2012).

12
13 על בתי המשפט להבטיח את זכויות העובדים במבט הצופה פני עתיד, כבר בשלב המכרז. זאת, על
14 ידי יצירת מסגרת כללית שנועדה לצמצם הסיכויים להפרת דיני העבודה והטמעתה של אותה
15 מסגרת כחלק מתנאי המכרז בהם על כל מציע לעמוד. במקרה זה לא הציג משרד הביטחון, כפי
16 שיפורט להלן בהרחבה, נתונים המאפשרים לבית המשפט להשתכנע כי זכויות המטפלים
17 הסיעודיים מובטחות.

18 19 14.1 ד. ת. מכרזים לעבודות סיעוד וטיפול

20 העמידה על זכויות העובדים חשובה לכשעצמה, אולם, מקבלת משנה תוקף כאשר המכרז הוא
21 לשירותי סיעוד וטיפול. במצב דברים זה, כפי שהבהרתי בפתח הדברים, פגיעה בזכויות העובדים,
22 בתנאיהם ובאיכותם, תשליך ישירות על המטופלים, במקרה זה נכי צה"ל. על כן במכרזים מסוג זה,
23 עלול מכרז הפסדי לא רק לפגוע בתנאי העובדים אלא גם ברווחת המטופלים.

24
25 עמדתי על הדברים בפסק דיני בעת"מ (מינהליים ת"א) 2724/07 ביחד עטרת אבות ומוסדות נוספים
26 נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2011), שם קיבלתי את טענת העותרים כי תעריפי יום האשפוז
27 שנקבעו במכרז ויושמו בהתקשרויות עם המוסדות הזוכים הינם תעריפי הפסד, ולפיכך אינם
28 סבירים, שכן הם עתידים להסב נזקים כבדים לעותרות ולשאר מוסדות האשפוז הסיעודי בישראל
29 ולהביא לירידה דרסטית ברמת השירות שמספקת המדינה לאוכלוסיית החולים הסיעודיים
30 בישראל (ערעור שהוגש נמחק בהמלצת בית המשפט העליון בעע"מ 4698/11 משרד הבריאות ומשרד
31 האוצר נ' מרכז משען ועוד מוסדות (פורסם בנבו 2012).

32
33 באותו מקרה, דובר במכרז במסגרתו נקבע תעריף קבוע לפי חלוקה לסלי אשפוז, כאשר כל מוסד
34 אשפוז סיעודי שהשתתף במכרז ועמד בתנאיו, נכלל ברשימת הזוכים תוך שיוכו לסל האשפוז
35 הרלוונטי אליו. כפי שבנדון, ההצעות שהוגשו לא כללו, אפוא, הצעות בנוגע למחיר יום אשפוז, ולא



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 היתה בין המציעים כל תחרות לעניין המחיר. העותרים שם טענו כי התעריף שנקבע במכרז ליום
2 אשפוז הוא תעריף הפסד ועל כן יפגע ברמת השירות של האזרח הזכאי לאשפוז סיעודי במימון
3 המדינה.

4
5 בפסק הדין ציינתי כי נטל הראיה להוכיח כי משרד הבריאות ומשרד האוצר קבעו מחיר נמוך מידי,
6 שהשלכתו היא הפרת חובת המדינה לספק את האמצעים הדרושים לקיום מינימלי בכבוד של
7 אוכלוסיית הקשישים, מוטל על העותרות הטוענות לפגיעה בכבוד האדם, ועליהן להניח לפני בית
8 המשפט תשתית עובדתית, הנתמכת בתיעוד מתאים, ממנה יכול בית המשפט להסיק את הפגיעה
9 בכבוד (פסקה 4(ב)). העותרות המציאו חוות דעת כלכלית בעניין תעריף יום אשפוז סיעודי אשר
10 הראה כי קיים פער גדול בין עלות אשפוז לפי חוות הדעת (15.336 ש"ח) לבין זו שנקבעה במכרז (290
11 ש"ח). בתחילה טענה המדינה כי חוות הדעת מבוססת על נתונים מגמתיים ושגויים אך לא הגישה חוות
12 דעת נגדית מטעמה לביסוס טענותיה, ועקב כך קבעתי כי היות ומדובר בשאלה עובדתית, ולאחר
13 שהעותרות הרימו את נטל הבאת הראיה, והראו כי התעריף שקבעה המדינה אינו מאפשר לזכאים
14 קיום מינימאלי בכבוד עבר הנטל לכתפי המדינה להפריך את האמור בחוות דעת העותרות, וככל
15 שמבקשת לחלוק על תחשיב העותרות עליה להגיש חוות דעת מומחה מטעמה או תחשיב בלתי תלוי
16 מטעמה או להציג לפני בית המשפט את התחשיב המקורי או את הנתונים עליהם התבססה בקביעת
17 התעריף. בהמשך, ובאיחור, הגישה המדינה תחשיב שהתבסס על נתונים לא מעודכנים ובלתי
18 מספקים.

19
20
21
22 אחזור על הדברים שאמרתי שם, היפים גם למקרה שלפניי (עמ' 29-30 לפסק הדין):

23 "התנהלות המדינה בקשר עם הגשת התחשיב מטעמה אינה תקינה. אמנם, ועמדתי
24 על כך לעיל, לא רובצת על המדינה כל חובה לחשוף לפני העותרות מראש את
25 תחשיביה ואת הנתונים שעמדו בבסיסם. למרות שלא מדובר בנתונים שהיו מאז
26 ומתמיד בידי המדינה, שכן המדינה סיפקה את השירות במהלך השנים באמצעות
27 המוסדות הפרטיים, איני מקבלת את טענת העותרות כי חלה על המדינה חובה לשתף
28 את המוסדות בתהליך קבלת ההחלטה על התעריף. ואולם, משהעותרות הרימו את
29 נטל ההוכחה הראשוני והראו שהתעריף שנקבע על ידי המדינה אינו מאפשר לה
30 לעמוד בחובתה כלפי תושביה, ולהעניק לתושביה הזכאים לכך שירות אשפוז סיעודי
31 המאפשר להם קיום מינימלי בכבוד, הימנעות המדינה מהגשת חוות דעת נגדית
32 והגשתה בשלב מאוחר ותוך סרבול מיותר של ההליך, אינה סבירה ואינה תקינה.
33 הגשת התחשיב המקורי באופן מחודש אינה מקיימת את החלטת בית המשפט. יכלה
34 המדינה להגיש תחשיב עצמאי ובלתי תלוי להוכחת סבירות התעריף שנקבע במכרז
35 או להגיש את התחשיב המקורי. הדרך בה בחרה המדינה להציג את הנתונים שעמדו
36 בבסיס קביעת התעריף, נראה שנועדה לגלות טפח ולהסתיר טפחיים. מחד, המדינה
37 מבקשת להציג תמונה לפיה נעשה תחשיב. מאידך, המדינה מציגה את התחשיב
38 לאחר שעודכן ושופר ולאחר שנערכה בדיקה יסודית של הנתונים. לא זו אף זו,
39 התחשיב שהגישה המדינה מעודכן לחודש יולי 2009 כאשר המחלוקת נוגעת לתעריף
40 בחודש נובמבר 2007. התנהלות המדינה, והתחשיב והנתונים שהציגה בחוות דעתה



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 לגבי אופן קביעת תעריף יום אשפוז סיעודי במכרז, מעלים חשש ממשי כי תעריף
2 יום האשפוז שנקבע במכרז לא נקבע על סמך תשתית עובדתית ראויה ומספקת ואינו
3 משקף את המחירים והעלויות נכון למועד פרסום המכרז. תנאי הכרחי לסבירות
4 החלטת הרשות הוא כי ההחלטה נתקבלה על בסיס כל העובדות והנתונים
5 הרלוונטיים תחשיב המדינה והנתונים שהוצגו בו מלמדים על כך שהתעריף
6 שנקבע לא היה מעודכן ולא היה מבוסס דיו. חוות הדעת מטעם המדינה, אפוא, לא
7 רק שאין בה כדי להפריך את תחשיב העותרות, לפיו התעריף שנקבע במכרז אינו
8 מאפשר לספק למאושפזים הסיעודיים קיום מינימלי בכבוד, אלא תומכת בו. הראיות
9 שהובאו לפני מעלות אפוא חשש לכך שהתעריף שנקבע במכרז יפגע בזכות
10 המאושפזים לקיום מינימלי בכבוד, תוך הפרה של הכללים החלים על המדינה
11 בהפרטה באמצעות מיקור חוץ, עליהם עמדתי לעיל".
12 (הדגשות הוספו – מ' א' ג').
13

14 לאור זאת קבעתי בסיום פסק הדין (בעמ' 30) כי:

15 "העותרות הרימו את הנטל המוטל עליהן להראות כי תעריף יום האשפוז שנקבע
16 במכרז אינו מאפשר קיום מינימלי בכבוד. לא עלה בידי המדינה להפריך את תחשיב
17 העותרות, וחוות הדעת שהוגשה מטעמה מלמדת כי התעריף שנקבע במכרז לא היה
18 מעודכן ולא היה מבוסס על נתונים מספיקים. משהמדינה לא הפריכה את תחשיב
19 העותרות, יש לקבלו. מתחשיב העותרות עולה כי התעריף שנקבע במכרז אינו
20 מאפשר לממן לא רק את רכיב הרווח לגוף המופרט, אלא אף לא את עלות הקיום
21 בכבוד. כאמור לעיל, בהפרטה באמצעות מיקור חוץ המדינה אינה רשאית להתנער
22 מאחריותה למימון רווח סביר לגוף המופרט. אחריות המדינה למימון שירות האשפוז
23 הסיעודי היא אחריות ישירה ופוזיטיבית, להבדיל מאחריותה לפיקוח על הביצוע.
24 לאור אלו, התעריף שנקבע במכרז לוקה בחוסר סבירות קיצוני".
25

26 יש להדגיש כי במקרה הנוכחי, בניגוד לעניין בתי האבות, לא הוצג כל תחשיב מטעם משרד הביטחון,
27 גם לאחר שהוצגה חוות דעת המומחית. לבד מאמירות של משרד הביטחון כי נעזר במומחים וכי
28 הנתונים של המומחית ומסקנותיה אינם מדויקים, לא הציג כל מידע המבסס טענות אלו.
29

30 לסיכום חלק זה, ניתן לומר כי ככלל לא יתערב בית המשפט בגובה התעריף השעתי שנקבע ע"י
31 הרשות, בהיותו עניין שבמומחיות הרשות. עם זאת, ונוכח חשיבותו הרבה של התעריף במכרזים
32 למתן שירותי סיעוד, לרבות השלכתו לעניין שמירת זכויותיהם של העובדים מזה והמטופלים
33 מזה, אזי היה והעותרים ירימו הנטל הרובץ לפתחם, באמצעות חוות דעת מומחה, ויראו כי
34 התעריף שנקבע במכרז אינו סביר- יעבור הנטל לרשות להוכיח סבירותו של התעריף. במצב בו
35 הרשות לא תעמוד בנטל זה ולא תגיש חוות דעת או תחשיב מטעמה שיהא בהם לסתור טענת
36 העותרים ולתמוך בטענת הרשות כי התעריף הינו סביר - לא יהא מנוס מלקבל טענת העותרים
37 בדבר חוסר סבירותו של התעריף וכן לא יהא מנוס מהתערבות בית המשפט בעניין זה.
38

39 14.1.ה. בחירת התעריף לגופו

40 כאמור לעיל, העותרת או.אר.אס צירפה לעתירתה המתוקנת חוות דעת של רו"ח רבקה נאורי,
41 לשעבר מנהלת תחום אכיפה באגף השכר והסכמי עבודה במשרד אוצר, שמסקנתה הינה כי רכיבים





בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 שונים של השכר המרכיבים את הערך השעתי תומחרו ע"י משרד הביטחון בחסר משמעותי: חישוב
2 שגוי של ערך יום חופשה, מחלה וחג (עמ' 4, סעיף 2 לחוה"ד); תעריף ערך שעות שבת וחג שגוי
3 ומנוגד לחוק (עמ' 5, סעיף 3 לחוה"ד); תמחור בחסר בשל חישוב הוצאות סוציאליות בגין היקף
4 שעות קטן מתקן משרה מלאה ובניגוד לחוק (עמ' 6, סעיף 4 לחוה"ד); כמות מצומצמת של ימי
5 חופשה למלווים דור ב' המועסקים 6 ימים בשבוע בניגוד לחוק (סעיף 5, עמ' 7 לחוה"ד); כמות ימי
6 חג בחסר (עמ' 8, סעיף 8 לחוה"ד) ועוד. היינו מדובר בפרטים רבים ומשמעותיים.

7
8 עוד צויין בחוות הדעת, כי לבית הדין לעבודה הוגשו תובענות ייצוגיות ע"י מטפלים סיעודיים בהיקף
9 של כ- 473 מיליון ₪, אשר הספקיות הקיימות, וביניהן או.אר.אס, הינן משיבות לה, וזאת בגין אי
10 תשלום זכויות סוציאליות בגין משמרת בוקר. הנימוק העומד בבסיס התובענות הינו כי תוספת
11 המשמרת הינה חלק מהשכר הרגיל של העובדים המשתלם בכל משמרת ומשמרת, שכן היות
12 ומשולמת תוספת משמרת עבור כל שעה משעות היממה אזי אין מדובר בתוספת משמרת אמיתית
13 אלא בחלק מהשכר הרגיל שיש לשלם בגינו זכויות סוציאליות. המכרז, כך צויין בחוה"ד, לא תמחר
14 תשלום זכויות סוציאליות בגין תוספת המשמרות, וככל שתתקבלנה התביעות בבית הדין לעבודה
15 המשמעויות הכספיות הן עצומות (עמ' 7-8, סעיף 7 לחוה"ד). לחוות הדעת צורפו כנספח התחשיבים
16 והנתונים עליהם מבוססת חוות הדעת.

17
18 כן חוותה המומחית דעתה בעיין התמחור בחסר בכל הנוגע להותרת תשלומים במסגרת סעיף
19 התמרון (על כך להלן).

20
21 חוות דעת המומחית מטעם או.אר.אס מצביעה אפוא על כך שהתעריפים שנקבעו במכרז ותמחור
22 התעריף השעתי אינם משקפים את כלל מרכיבי עלות העסקת המלווים על פי חוק ומתומחרים
23 בחסר, וכי החברות שיזכו במכרז יידרשו לשאת ולספוג על חשבונן חלק ממימון העסקת המלווים,
24 ללא שיפוי ממשרד הביטחון. במצב דברים זה סביר להניח כי העלויות יגולגלו כך או אחרת על
25 המטפלים הסיעודיים, מה שישפיע על איכות הטיפול הסיעודי שיקבלו נכי צה"ל.

26
27 מעת שהעותרת צירפה חוות דעת מומחית בנוגע לתעריף השעתי התומכת בטענותיה בדבר היות
28 התעריף השעתי גירעוני, הרי שהרימה את נטל ההוכחה הראשוני הרובץ לפתחה להראות כי
29 התעריף השעתי שנקבע במכרז הינו נמוך מהעלויות בפועל ואינו משקף כראוי עלויות אלה.
30 בנסיבות אלה עובר הנטל לכתפי משרד הביטחון להפריך את האמור בחוות דעת המומחית שמטעם
31 העותרת ולהוכיח את סבירות התעריף השעתי. היה על משרד הביטחון להציג את הנתונים, המידע
32 וחוות הדעת שהונחו בפניו, ואשר עמדו בבסיס קביעת התעריפים השעתיים, להבהיר את הדרך
33 בה חושבו התעריפים השעתיים, ולהראות כי בניגוד לנטען, בקביעת התעריף השעתי גולמו



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 ותומחרו כראוי כלל הזכויות המגיעות למלווים (מכוח חוקי העבודה, הסכמים קיבוציים, צווי
2 הרחבה ובהתאם להליכים שהתקיימו בבית הדין לעבודה).

3
4 ואולם משרד הביטחון בחר, כמפורט לעיל, שלא לנהוג כך, וטען בעלמא כי חישוביו בעניין התעריף
5 השעתי הם החישובים הנכונים, אולם לא תמך טענותיו באסמכתא כלשהיא. בתגובת משרד
6 הביטחון מיום 26.3.18 (סעיף 76 לתגובה), נטען כי:

7 "תחשיבי המשרד גובשו על ידי אנשי המקצוע של המשרד בשיתוף עם רואה חשבון
8 חיצוני שנשכר לעניין זה בלבד... לעמדת משרד הביטחון תחשיבי השכר שנערכו על
9 ידו בהכרח יכסו את כל הוצאות השכר כמפורט בתחשיב המקצועי שנערך ע"י רו"ח
10 חיצוני בקשר לעלויות המעסיק שישולמו למציעים (המציעים). תחשיב זה הוצג
11 במלואו למציעים במסגרת מסמכי המכרז..."

12
13 עוד ציין משרד הביטחון בתגובתו כי תחשיבי השכר הוכנו לפי נתוני עבר ממוצעים (ראו בעניין זה
14 סעיפים 143-144 לתגובה מיום 26.3.18).

15
16 תחשיב כאמור לא הוצג בפני בית המשפט, ולא פורט הכיכד נקבע התעריף השעתי ומהם המרכיבים
17 ועלותם אשר נכללו בחישוב, ואף נתוני העבר עליהם התבסס משרד הביטחון לא הוצגו.

18
19 כאמור תנאי הכרחי לסבירות החלטת הרשות הינו כי ההחלטה נתקבלה על יסוד עובדות ונתונים
20 רלוונטיים. משלא הציג כלל משרד הביטחון חוות דעת או תחשיב מהם ניתן ללמוד על הנתונים
21 ורכיבי השכר שנלקחו בחשבון בעת ביצוע תחשיב התעריפים השעתיים, ועל הדרך או נוסחת
22 החישוב לפיה חושבו התעריפים שבטבלאות השכר, הרי שלא ניתן לבדוק את סבירות שיקול דעתה
23 של וועדת המכרזים, וממילא לא ניתן לומר כי קביעת התעריף השעתי במכרז בוססה על תשתית
24 עובדתית ראויה ומספקת, וכי משקפת את העלויות הריאליות בפועל.

25
26 בנסיבות בהן הרימה העותרת או.אר.אס את הנטל הראשוני וביססה, על פניו, טענתה כי גובה
27 התעריף השעתי אינו סביר, אין משרד הביטחון יוצא ידי חובתו בתשובה כללית ולפיה לא חלה עליו
28 חובה להמציא חוות דעת נגדית, כי עומדת לזכותו חזקת תקינות המעשה המינהלי וכי המכרז
29 מבוסס על תחשיבים שבוצעו ע"י אנשי מקצועי ורואי חשבון.

30
31 לסיכום, משנמנע משרד הביטחון מהצגת חוות דעת נגדית או תחשיב מסודר ומעודכן המעיד על
32 דרך חישוב הערך השעתי אזי לא הפריך את האמור בחוות דעת המומחית מטעם או.אר.אס,
33 ולפיכך יש לקבל תחשיב המומחית ולקבוע בהתאם לו כי התעריף שנקבע במכרז הינו גירעוני ואינו
34 כולל את כלל רכיבי השכר כנדרש.

35



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 כעת אעבור לבחון את טענת משרד הביטחון כי גם אם נפלו פגמים בחישוב, הרי שניתן יהיה לשלם
2 לעובדים במסגרת סעיף התמרון, ולכן אין להגיע למסקנה כי התעריף שנקבע אינו סביר.
3

4

14.2. סעיף התמרון

5 אחת הטענות של משרד הביטחון הייתה, כאמור, כי גם אם נפלו פגמים מסוימים בתחשיבים הרי
6 שניתן לשלם לעובדים במסגרת סעיף התמרון. סעיף זה נועד, כאמור, לאפשר לחברות מרווח פעולה
7 וגמישות בתשלומיהן למלווים. מטרת סעיף התמרון לתת מענה במקרים בהם קשה למצוא עובדים
8 בתנאים המוגדרים, טיפולים מורכבים בנכים קשים, שעות עבודה חריגות וכו'. התמורה בגין סעיף
9 התמרון נועדה כולה לתשלום שכר למלווים, כאשר החברה הזוכה תידרש להציג בכל חודש דו"ח
10 המפרט את אופן מימוש תקציב התמרון. יש להדגיש כי במהלך ניהול ההליך בנדון, ולאחר שמשרד
11 הביטחון נוכח, ככל הנראה, כי יש רכיבי שכר שלא תומחרו בתעריפים השעתיים, תיקן משרד
12 הביטחון את המכרז וקבע כי הוצאות אלה יתווספו ל"סעיף התמרון", ללמדנו כי אכן יש ממש
13 בטענות העותרות בעניין זה, לפיהן רכיבי שכר מסוימים אכן לא תומחרו במסגרת התעריף השעתי.
14 כעת יש לבחון האם סעיף התמרון יכול לשאת את כלל המרכיבים שמשרד הביטחון מבקש לכלול
15 בו.
16

17

18 **לטענת העותרים**, סעיף התמרון נועד לתת מענה למצבים ספציפיים הדורשים תשלום כגון איתור
19 מלווים בתנאים קשים, עבור מקומות מגורים מרוחקים, טיפול בנכים קשים במיוחד וכו'. לטענתם,
20 לאחר שהעותרים העלו טענו, לפני משרד הביטחון, כי התעריף שנקבע במכרז חסר וכי יש רכיבי
21 שכר שלא תומחרו בו ומשמצא משרד הביטחון כי אכן הטענות צודקות, אזי במקום להוסיף
22 לתחשיב התעריף את הרכיבים החסרים, קבע משרד הביטחון כי הוצאות אלה יכללו במסגרת רכיב
23 התמרון, מבלי להגדיל את היקפו הכספי של סעיף התמרון ואף ציין כי סעיף התמרון ישמש לכל
24 רכיב שלא תומחר במכרז, תוך הפיכתו של סעיף זה לבור ללא תחתית. עוד נטען כי היקפו הכספי
25 של סעיף התמרון נמוך מהיקף ההוצאות שבפועל אמורות להיות מגולמות בו.

26

27 כן נטען כי יש צורך שכל רכיב המבטא זכויות עובדים יקבל ביטוי מלא וברור בפני עצמו. לטענת
28 העותרים, מתן ביטוי לכל סעיף וסעיף בנפרד ולצידו התמורה הרלוונטית יאפשר פיקוח, בקרה
29 ושמירה על זכויות המלווים וניתן יהיה לבדוק ביחס לכל רכיב כי שולמה התמורה הקבועה בגינו.

30

31 **לטענת משרד הביטחון**, התחשיב שערך שונה לחלוטין מתחשיב העותרים, והמסקנה העולה ממנו
32 הינה כי אחוז שימור השכר והרכיבים הנוספים מהשכר הכולל מגיעה ל-0.99% בלבד. בפועל,
33 הממוצע משוקלל של סעיף התמרון הינו 1.31% כך שנותרת יתרה משמעותית מעבר לשימור השכר,
בה ניתן להשתמש לצורך תמרוץ. בנוסף, לאורך השנים רכיב שימור השכר צפוי לקטון משמעותית





בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 לאור תחלופת עובדים מדור א' לדור ב' וכן בשל עליה בסולם השכר של העובדים מדור א', כך
2 שבעתיד לפחות, מרבית רכיב התמרון אכן ייועד לתמרוץ.

3
4 14.2.א. מטרת סעיף התמרון והשינויים בסעיף

5 בהתאם לחוברת מכרז שצורפה כנספח ו' לעתירה המקורית בעת"מ 17-06-54178 מטרת רכיב
6 התמרון הייתה במקור (עמ' 54 לחוברת המכרז, סעיף 14.7):

7
8 **"14.7.2. לתת מענה לאיתור מלווים במקרים בהם קשה למצוא עובדים בתנאים**
9 **המוגדרים (למשל מקום מגורים מרוחק, טיפולים מורכבים בנכים קשים, שעות**
10 **עבודה חריגות, חפיפה של מלווה חדש לנכה קשה וכו'). בנוסף נועד התמרוץ לתמרוץ**
11 **עובדים להישאר בחברה לאורך זמן או לצורך מתן פיצוי לעובדים ששכרם נפגע עקב**
12 **שינוי במודל השכר.**
13 **14.7.3. שימור שכר- התמרון יסייע לוודא שימור שכר ותנאים מלאים למלווים**
14 **ממשיכים המלווים נכים קשים וקשים מאוד ועלולים להיפגע כתוצאה משינוי מודל**
15 **התגמול".**

16
17 שיעורו של רכיב התמרון נקבע בהתאם לפירוט הבא: למטפלים סיעודיים של נכים קשים מאוד -
18 2%, למטפלים סיעודיים של נכים קשים - 1%, ולמטפלים סיעודיים של נכים אחרים - 0.5% (שם),
19 עמ' 85 לחוברת המכרז).

20
21 לאחר שפורסמה גרסתו המקורית של המכרז, ולאחר שנשאלו שאלות רבות ע"י המציעים בעניין
22 עלויות שכר נוספות, שונה סעיף התמרון והתווספו לו רכיבים נוספים. כך, בגרסת המכרז
23 המעודכנת, לכלל הרכיבים שצוינו לעיל ניתוסף סיפא לסעיף התמרון הקובע לאמור (סעיף 14.3,
24 עמ' 13-14 לחוברת המכרז אשר צורפה כנספח לסיכומי משרד הביטחון מיום 2.12.18):

25 **"וכן ישמש התמרון לתשלום כלל העלויות אשר לא תומחרו בהסכם, כגון: דמי**
26 **הודעה מוקדמת, דמי פגיעה, הפרשות פנסיוניות בתקופת חופשת לידה, ימי אבל**
27 **וכדו"ו"**

28
29 מכאן עולה כי משרד הביטחון הוסיף רכיבי שכר נוספים לסעיף התמרון אשר לא נכללו בנוסח
30 המקורי של המכרז, וכן הפך סעיף זה ל"סעיף סל", האמור ליתן מענה למימון כלל העלויות אשר
31 לא נכללו בהסכם. על אף הוספת רכיבי שכר לסעיף התמרון שהם מעבר ליעודו המקורי של הסעיף,
32 הותיר משרד הביטחון את אחוז התמרון בעינו ולא הגדיל אותו (ראו: שם, עמ' 56 לחוברת המכרז
33 אשר צורפה לסיכומי משרד הביטחון מיום 13.6.18).

34
35 14.2.ב. התחשיב לעניין סעיף התמרון

36 מסקנת חוות דעת המומחית, רו"ח נאורי, שהוגשה מטעם העותרת או.אר.אס, הינה כי היקפו
37 הכספי של סעיף התמרון אינו יכול לספוג את כלל המרכיבים שמייעד לו משרד הביטחון, לאחר
38 השינוי. רו"ח נאורי מציינת כי ישנן עלויות "קשיחות" שהחברות אינן יכולות שלא לשלמן בשל





בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
 עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 החובה החוקית המוטלת עליהם במסגרת חקיקת המגן, כגון: חוק הודעה מוקדמת לפיטורין
 2 ולהתפטרות, התשס"א-2001, חוק פיצויי פיטורין, התשכ"ג-1963, חוק דמי מחלה, התשל"ו-1976,
 3 חוק עבודת נשים, התשי"ד-1954 וחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ב-1995, וכן צווי
 4 הרחבה החלים על כלל המעסיקים במשק, כגון צו הרחבה בדבר השתתפות המעסיק בהוצאות
 5 הבראה ונופש. על פי חוות דעתה עלויות רכיבים "קשיחים" אלה כשלעצמן מסתכמות לעלות העולה
 6 על סכום סעיף התמרון (היקף סעיף התמרון נמוך מהעלויות ה"קשיחות"), כך שהתמחור מוביל
 7 להפסד ישיר בגין כל שעת עבודה, וזאת עוד לפני עלויות שימור עובדים, חפיפה, נסיעות בסכומים
 8 גדולים לנכים המתגוררים באזור מרוחק ועוד (עמ' 3-4 לחוות הדעת).

9
 10 עוד מציינת המומחית כי משרד הביטחון כלל בסעיף סל זה אף רכיבי שכר נוספים שלא גולמו
 11 במסגרת עלות המעסיק, ואשר ידועים כבר כיום: כך, לא נכללה בתמחור עלות המעסיק בגין 3 ימי
 12 בחירות (לפחות, שכן היו שנים בעבר בהן התקיימו בחירות כל 3 שנים), הצפויות להיערך בשנים
 13 2019, 2023 ו-2027, וכאשר בהתאם לסעיף 10 לחוק יסוד הכנסת יום בחירות הינו יום שבתון שניתן
 14 לא לעבוד בו מבלי שינוכה יום חופשה (עמ' 4 לחוות הדעת).

15
 16 רו"ח נאורי הציגה את העלויות בפועל לחברות כדלקמן (עמ' 4 לחוות הדעת):

סעיף	סכומים	אחוז מעלות השכר	הערה
שימור שכר (פגיעה בשכר)	₪ 48,404 לחודש	1.19%	לפי נתוני 11/2017 בפועל
רכיבים נוספים (ימי אבל, ימי הודעה מוקדמת, דמי פגיעה בעבודה- תאונת עבודה, חפיפה, הפרשות פנסיוניות בתקופת חופשת הלידה+שעת הנקה, מילואים, נסיעות חריגות, ימי בחירות, הפרשות סוציאליות)	₪ 280,822 לשנה	1.53%	לפי נתוני שנת 2016 בפועל
סה"כ		2.72%	

17
 18 כמו כן ערכה המומחית טבלה המרכזת את הפגיעה והגירעון ביחס לשיעור התמרון (עמ' 4 לחוות
 19 הדעת):

עלויות לעותרת	בפועל	תמורה בסעיף התמרון	כוללת	פער
---------------	-------	--------------------	-------	-----



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

מלווי נכים קשים מאוד	2.72%	2.00%	-0.72%
מלווי נכים קשים	2.72%	1.00%	-1.72%
מלווי נכים אחרים	2.72%	0.50%	-2.22%

1
2 משרד הביטחון בתגובתו מיום 26.3.18 טען כי תחשיב זה הינו שגוי וכי התחשיב שערך משרד
3 הביטחון הינו שונה לחלוטין והמסקנה העולה ממנו הינה כי אחוז שימור השכר והרכיבים הנוספים
4 מהשכר הכולל מגיעה ל- 0.99% בלבד וכן צוין כי על מנת שלא לחשוף נתונים אלה הקשורים לחברת
5 או.אר.אס, התחשיב יצורף כנספח חסוי (סעיף 82). אולם, על אף האמור בסעיף 82 לתגובת המדינה,
6 בפועל, תחשיב זה לא צורף.

7
8 בסיכומיו טען משרד הביטחון (סעיפים 145-146 לסיכומים), כי:

9 **"העותרת טוענת כי עלות שימור השכר בחודש נובמבר עמדה על 48,404 ₪ ובחודש**
10 **דצמבר עלות זו עמדה על 43,835 ₪, אולם חישוביה של העותרת מתעלמים לחלוטין**
11 **מהחישובים שערכה המדינה בהקשר זה לשם גיבוש מנגנון הפיצוי כמתחייב**
12 **מהודעת המדינה לבית הדין לעבודה. כך, העותרת לא הביאה בחשבון את הפחתת**
13 **התשלומים המיטיבים שנוספו, שהם הזכויות הסוציאליות הנוספות אותן מקבלים**
14 **המלווים במודל החדש בדמות זכויות סוציאליות גם על שעות נוספות מעבר ל- 186**
15 **שעות ומעבר למתחייב על פי דין. תחשיב המשרד לעומת זאת הפחית את ההטבות**
16 **סוציאליות הנוספות שנוספו במודל החדש ומכאן הפער בין התחשיבים. ברי כי**
17 **תחשיב המשרד הוא התחשיב הנכון, והוא זה שמתאים גם לחישובים שנערכו**
18 **כמתחייב מהודעת המדינה לבית הדין".**

19
20
21 ובהמשך טען משרד הביטחון (סעיפים 151-153 לסיכומים):

22
23 **"קיימת טעות בסיסית בתחשיב שכן בסעיף ה"רכיבים נוספים" נכתב שעלותו היא**
24 **280,822 ש"ח לשנה, היינו כ-24,000 ש"ח בחודש. החישוב לפיו עלות של כ- 48,000**
25 **ש"ח לחודש מהווה 1.19% מעלות השכר, ואילו עלות של כ-24,000 ש"ח לחודש**
26 **(נמוכה יותר) מהווה 1.53% מעלות השכר – הוא בוודאי חישוב שגוי שכן ברי כי**
27 **עלות של 48,000 ש"ח אמורה להוות אחוז גבוה יותר מאשר עלות של 24,000 ₪.**
28 **בנוסף, סך העלויות המצוינות בתחשיב לחודש עומדות על כ-70,000 ₪ (48,000**
29 **+ 24,000) בהתחשב בכך שעלות השכר החודשית הכוללת של עובדי חברת או.ר.ס**
30 **עומדת על כ-6 מיליון ש"ח, לא ייתכן כי סך העלויות מגיעות ל-2.72% מעלות השכר**
31 **הכוללת, שכן 70,000 ש"ח מתוך 6 מיליון ש"ח מהווה כ-1.3% ובוודאי שלא 2.72%**
32 **המוצג בתחשיב. מכל מקום 1.3% שהוא האחוז הנכון של הרכיבים הכלולים**
33 **בסעיף התמרון – לשיטת העותרת עצמה – מהווה פחות מהיקפו הכספי של סעיף**
34 **התמרון, כך שאין כל בסיס לטענות העותרת".**

35
36 בתגובה שהגישה או.אר.אס ביום 1.7.18 (תגובה לסיכומי משרד הביטחון) נכללה טבלה המתייחסת
37 לנתוני חודש דצמבר 2017, אליהם התייחס משרד הביטחון בתגובתו, ממנה עולה כי אף בהתאם
38 לנתוני חודש דצמבר 2017, ואפילו יתאפשר קיזוז תשלומים מיטיבים כפי שטען משרד הביטחון



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
 עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 בסיכומיו (ובניגוד לעמדת או.אר.אס) הרי שקיים פער בין היקף סעיף התמרון לעלויות ההעסקה
 2 בפועל:

עלות בפועל 12/17	סעיף
₪ 62,806	נסיעות חורגות+אבל+דמי פגיעה+ חפיפה+ הפרשות סוציאליות למילואים+ הפרשות סוציאליות בחופשת לידה+שעות הנקה+שעות בדיקות היריון
₪ 54,488	הודעה מוקדמת
₪ 32,916	פגיעה בשכר בחודש 12/2017 (על פי תחשיב המשרד, לאחר "קיצוץ" התשלומים המיטיבים)
₪ 151,210	סה"כ הוצאות ישירות הנוגסות בסעיף התמרון בחודש 12/2017
₪ 6,245,841	סה"כ עלויות 12/2017 (ללא משמרות, עמלות, מע"מ)
2.42%	אחוז מעלות בחודש 12/2017

3 בהתאם לחישוב המומחית, עלויות הרכיבים הנוספים הינה 2.42% שהינה גדולה מהיקף רכיב
 4 התמרון. כמו כן ציינה או.אר.אס בסיכומי התגובה, כי הממוצע המשוקלל של גובה רכיב התמרון
 5 המבוסס על נתוני חודש דצמבר 2017 הינו 1.12%, ולא 1.31% כפי שטען משרד הביטחון:
 6

דרגת נכות	מספר מלווים	אחוז מסך המלווים	היקף סעיף תמרון
אחר	510	49%	0.5%
קשה	159	15%	1%
קשה מאוד	381	36%	2%
סה"כ	1,050	100%	1.12% מממוצע משוקלל

7 משרד הביטחון טען בכלליות כי חישובי העותרת שגויים וכי חישוביו שלו הם הנכונים, אולם לא
 8 תמך טענתו בתחשיב מסודר או בחוות דעת מומחה מטעמו שיש בהם לסתור האמור בחוות דעת
 9 המומחית מטעם או.אר.אס.
 10

11 בנוסף, כאמור לעיל, בסיפת סעיף התמרון (המתוקן), נקבע כי הוא ישמש אף "לתשלום כלל
 12 העלויות אשר לא תומחרו בהסכם, כגון: דמי הודעה מוקדמת, דמי פגיעה, הפרשות פנסיוניות
 13





בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 בתקופת חופשת לידה, ימי אבל וכדו" (הדגשה הוספה). המילה "וכדומה" מעידה על כך שרשימת
2 רכיבי השכר אשר אמורים להיכלל במסגרת סעיף התמרון - אינה רשימה סגורה.

3
4 הדבר עולה אף מתשובת משרד הביטחון לשאלות הבהרה שהועברו לו ע"י או.א.ר.א.ס (ראו נספחים
5 ט', י"א לעתירה המתוקנת בעת"מ 17-06-54178). במענה לשאלה האם ישנם רכיבים נוספים פרט
6 לאלה אשר פורטו בנוסח הסעיף אשר צריכים להילקח בחשבון כדי לתמחר את ההצעה, שכן אין
7 אפשרות לתמחר את סעיף התמרון ללא רשימה סגורה שניתן להעריך את עלותה (שאלה מס' 226),
8 השיב משרד הביטחון: "אין רשימה סגורה". עניין זה מקשה מאוד על יכולתם של המציעים לחשב
9 את עלויות ההעסקה הנוספות ולבדוק האם יש בהיקף סעיף התמרון כפי שנקבע במכרז כדי לכסות
10 על כלל העלויות, שכאמור היקפן אינו מוגדר.

11
12 עוד עולה מהמענה לשאלות הבהרה שהועברו למשרד הביטחון, כי למשרד הביטחון עצמו חסרים
13 מידע ונתונים אודות עלויות מלוא הרכיבים הנכללים במסגרת סעיף התמרון. כך, במענה לשאלה
14 מס' 23 בקובץ שאלות הבהרה מס' 3 שצורף לעדכון מס' 7 למכרז (צורף כנספחים 16, 17 לעתירת
15 תגבור המתוקנת בעת"מ 17-06-49497 מיום 6.2.18), שלשונה: "נבקש לקבל את נתוני המלווים
16 [המטפלים הסיעודיים] הקיימים, שכרם, מספרם, תנאי העסקתם, הוותק שלהם, הוצאות
17 הנסיעה וכל עלות אחרת הקשורה בדרישות המכרז לשמר את תנאיהם ושכרם", השיב משרד
18 הביטחון: "אין בידינו הנתונים. המלווים הינם עובדי חברות הסיעוד. המשרד אינו מנהל את
19 הנושא והמידע שבידו מוגבל".

20
21 כך גם במענה לשאלה בה נתבקש משרד הביטחון ליתן נתונים אודות עלויות הנסיעה הקיימות כיום
22 למטפלים הסיעודיים, שכן הדבר הכרחי לבחינת העלויות שאותן יממן סעיף התמרון השיב המשרד
23 "אין בידינו נתונים מדויקים" (ראו תשובה 24 בקובץ שאלות הבהרה מס' 3 שצורף לעדכון מס' 7-
24 צורפו כנספחים 16, 17 לעתירת תגבור המתוקנת בעת"מ 17-06-49497 מיום 6.2.18).

25
26 תשובה זו הינה לכל הפחות תמוהה, שכן אם בידי משרד הביטחון אין את הנתונים אודות מרכיבי
27 שכר אלה, הכיצד חושב תעריף שעתי במכרז ועל מה בוסס, וכיצד חושב גובהו של סעיף התמרון?
28 בנוסף, כיצד טוען משרד הביטחון כי החישוב של המומחית הינו מוטעה, אם אין בידי נתונים כדי
29 לערוך תחשיב חליפי.

30
31 לסיכום, משצירפה העותרת או.א.ר.א.ס חוות דעת מומחית ממנה עולה כי סעיף התמרון אינו יכול
32 להחיל את כלל הרכיבים שמבקש משרד הביטחון לכלול בתוכו, והיות ולא צורף תחשיב נגדי או
33 חוות דעת מטעם המדינה כך שלא הופרך תחשיב המומחית, וכן לאור האמור לעיל בדבר היעדר





בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 מידע מספק אודות כלל הרכיבים האמורים להיכלל בסעיף התמרון, מה שאינו מאפשר לחברות
2 לתמחר אותו מראש כראוי, הרי שיש לקבוע כי הסדר סעיף התמרון לוקה בחוסר סבירות.

3
4 כמו כן מקובלת עלי טענת העותרות כי אין זה סביר שלא לתמחר במסגרת הערך השעתי רכיבי
5 שכר שידועים מראש, שחובה על החברות לשלם מכוח החוק, וכפי שפורטו לעיל במסגרת
6 מסקנות חוות הדעת; ראוי היה כי כל רכיב של זכויות העובדים שהינו ידוע מראש, יקבל ביטוי
7 מלא וברור בפני עצמו, ויתווסף לתעריף השעתי שנקבע בטבלאות השכר, כך שסעיף התמרון
8 ישמש ליעודו המקורי- תוספת לעובדים במקרים בהם התעריף הרגיל אינו יכול לתת מענה.

9
10 לפיכך, על משרד הביטחון לבחון מחדש את שיעור סעיף התמרון, ולתקן את התעריפים בהתאמה.

11
12 אין בקביעה זו כדי לקבוע מהם התעריפים הראויים, ויהיה על משרד הביטחון להידרש לעניין זה,
13 ככל שיחליט לדבוק במודל הכלכלי העומד בבסיס המכרז ומחייב קביעת תעריפים כאמור.

14
15 אציין כי אין בדברים אלה משום הבעת דעה ביחס למחלוקות שבין הצדדים בעניין זכויות העובדים
16 כפי שהתבררו ומתבררות בערכאה המוסמכת (בית הדין לעבודה).

17
18 אשר לתובענות הייצוגיות שהוגשו לבית הדין לעבודה ביחס לתמחור הפרשות סוציאליות עבור רכיב
19 תוספת משמרות - ככל שתתקבלנה התובענות כך שיידרש שינוי שכרם של המלווים הרי שניתן יהיה
20 לערוך שינויים בתעריפים השעתיים כקבוע במכרז (סעיף 124 לתגובה מיום 26.3.18, סעיפים 170-
21 174 לסיכומי משרד הביטחון).

22
23 לאור כל האמור לעיל, במסגרת המכרז שלפניי משרד הביטחון ידאג לכלול במסגרת התמחור את
24 כלל זכויות העובדים כנדרש ובאופן מפורט.

25
26 לסיכום, יש לקבוע אפוא כי משלא הניח משרד הביטחון תשתית עובדתית ראויה שעמדה בבסיס
27 קביעת התעריפים השעתיים, ולא סתר חוות דעת המומחית מטעם העותרת בדבר היות התעריף
28 השעתי הפסדי, הרי שהתנהלותו אינה סבירה ויש להורות למשיב לשוב ולבחון התעריפים
29 השעתיים, לכלול בהם כל מרכיב ידוע מראש, וכן לבחון מחדש את שיעור סעיף התמרון.

30
31 מעבר לתעריפים העלו העותרים טענות הנוגעות למודל הכלכלי וטענות נוספות בנוגע לתחשיב. לכך
32 אפנה עתה.

33
34 14.3. המודל הכלכלי- "פיקס משולב" במקום "גב אל גב"-



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 **לטענת העותרים**, מנגנון התשלום לעובדים שעתיים במכרז, שאינו מבוסס על שיטת "גב אל גב"
2 כפי שהיה נהוג עד כה במתן השירות נשוא המכרז, אלא על תחשיבי שכר מעורפלים וחסרים, יביא
3 לפערים לרעת נותן השירות, עקב חוסר התאמה בין תשלום השכר למלווים לבין תשלום משרד
4 הביטחון לחברה. שיטה זו מקימה חשש כי ההצעות תהפוכנה לגירעוניות ותפגענה בזכויות
5 העובדים, שכן הסכומים שיהא על החברות שיזכו לשלם על פי דין יהיו גבוהים מהסכומים שיהיו
6 זכאים לקבל ממשרד הביטחון.

7
8 עוד נטען כי קיימים תחומים לא מעטים בכל הקשור לתנאי העסקת המלווים המצויים בתחום
9 האפור, כפי שניתן ללמוד גם מהתביעות הייצוגיות שהוגשו בעניין הפרשות סוציאליות על רכיב
10 "תוספת המשמרת", וככל שתתקבלנה התביעות יביא הדבר לשינוי דרמטי בתעריפי השעה של
11 המלווים (הפרשים בגובה מאות מיליוני שקלים).

12
13 באשר לטענת משרד הביטחון, לפיה מנגנון התשלום הנהוג כיום במתן השירות מושא המכרז מעודד
14 חוסר התייעלות, משיבים העותרים כי לא כך הם פני הדברים. לטענתם, כן קיים מערך בקרה
15 ופיקוח קפדני שמבוקר ע"י שני משרדי רואי חשבון ברמה החודשית. בנוסף, כך לטענת העותרים,
16 מעבר לשיטת התחשיבים, לא תביא להתייעלות כל עוד משרד הביטחון ומגבלות דיני העבודה הם
17 הקובעים את תנאי העסקת המטפלים הסיעודיים, כך שאין לחברות הסיעוד כל יכולת להתייעל, גם
18 אם קיימת להם מוטיבציה לכך.

19
20 לטענת העותרים, בבסיס השינוי במודל הכלכלי עומד מניע פסול של משרד הביטחון לתמרץ את
21 החברות "לחנוק" את המטפלים הסיעודיים; משרד הביטחון מבקש לגרום לחברות לפעול נגד
22 המטפלים הסיעודיים ולקצץ בתנאיהם עד למינימום האפשרי. הלכה למעשה, שיטה זו תביא
23 לפגיעה באיכות הטיפול, ותעודד את החברות הזוכות להעסיק עובדים בלתי מנוסים וזולים יותר
24 על מנת למקסם את רווחיה.

25
26 לפיכך, כך נטען, יש להורות למשרד הביטחון להמשיך בתשלום בשיטת "גב אל גב" הנהוגה כיום
27 ביחס לשירות מושא המכרז, ולפסול את תנאי המכרז לפיו משרד הביטחון ישלם למציע הזוכה על
28 פי תחשיבים שיוגשו.

29
30 **לטענת משרד הביטחון**, מודל התחשיב שונה מ"גב אל גב" ל"פיקס משולב" לאחר הפעלת שיקול
31 דעת בעניין זה ומשסבר משרד הביטחון כי מודל זה הוא המודל הראוי והעדיף לתשלום. לטענת
32 משרד הביטחון, המשרד סוברני להחליט מהו מודל התשלום המיטבי מבחינתו ואין מקום להתערב
33 בשיקול דעתו. מודל זה מעגן בתוכו שיפוי מלא עבור עלויות השכר של המלווים, וגובש בהתאם
34 לעלויות ריאליות של העסקת המלווים בעבר. התחשיבים הוכנו באופן מקצועי ובשיתוף ר"ח



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 שנשכר במיוחד לצורך זה. כפי שנקבע בתנאי המכרז, במקרה בו יעודכנו מרכיבי ערך שעת עבודה
2 מכוח הוראות חוק; צו הרחבה או הסכם עליו תחתום המדינה- יעביר המשרד הודעת עדכון על כך
3 לחברות.

4
5 משרד הביטחון טוען כי מודל זה יביא בהכרח להתייעלות של החברות וליצירת מערך פיקוח ובקרה
6 בהתאם. זאת בניגוד לשיטת "גב אל גב" שאינה נותנת תמריץ להתייעלות, שכן הספק מקבל שיפוי
7 על כל ההוצאות שהוציא, מבלי להבחין איזו הוצאה נדרשת ואיזו לא, והדבר עלול להביא לכך
8 שהספק יגדיל הוצאותיו שלא לצורך.

9
10 לטעמי, יש ממש בטענות נכי צה"ל העותרים ריזק, קלימן, שוורץ ועזר (ראו בסעיף 34 לסיכומיהם
11 מיום 15.5.18), כי אם הנתונים עליהם מבוססות טבלאות השכר (הכוללות 7,000 תעריפים שעתיים
12 שונים) הינם נתוני אמת, אזי התשלום לחברת הסיעוד יהיה זהה לתשלום שהיה משולם בשיטת "גב
13 אל גב", שכן ממילא אף לטענת משרד הביטחון גם בשיטת "גב אל הגב" החברות שילמו למלווים
14 בהתאם להגדרות ולקריטריונים שקבע אגף השיקום במשרד הביטחון, והמשרד שיפה אותן שיפוי
15 מלא כנגד הצגת תשלומים בהן נשאו. הנה כי כן, אף בהתאם למודל זה, ההוצאות היו מפוקחות
16 ומבוקרות ע"י משרד הביטחון.

17
18 בנסיבות אלה יש מקום לטענת העותרים כי השימוש בשיטת ה"פיקס המשולב" הכולל כאמור כ-
19 7,000 תעריפים שונים, עשוי להיות מסורבל ומסובך שכן ככל שיחול שינוי בזכויות העובדים (כגון
20 בגין העלאת תעריפי שכר המינימום, תוספת זכויות לעובדים וכו') יידרש שינוי בתעריפים וחישובם
21 של כלל התעריפים מחדש. בנוסף, בתחשיבים עצמם נפלו פגמים כבר בשלב ראשוני זה.

22
23 אמנם, הכלל הוא כי בית המשפט איננו נכנס לנעליה של הרשות ואינו מחליף את שיקול דעתה של
24 וועדת המכרזים בשיקול דעתו, גם כאשר הינו סבור כי אפשר היה להגיע לתוצאה שונה. אפילו עשה
25 משרד הביטחון טעות, והשיטה בה בחר לא תביא לתוצאה שצפה, הרי שבית המשפט לא יתערב
26 בניסוח המכרז, אלא אם נמצא כי המקור לכך הוא בהליך לא תקין או בחוסר סבירות קיצוני.

27
28 שיטה המבוססת על אלפי תעריפים שונים, על פניה, אכן נראית מסורבלת. לא ברור מדוע נקבעו כל
29 כך הרבה תעריפים שונים, וכיצד חושבו אותם תעריפים. משרד הביטחון לא הבהיר כיצד מעבר
30 לשיטת התעריפים יביא לקידום היעילות, שכן גם על פי טענותינו, על פי השיטה החדשה, יחושב שכר
31 העובדים בפועל, והזוכים יקבלו שיפוי על התשלומים ששילמו.

32
33 עם זאת, אין מקום להכריע, האם שינוי זה בשיטת המכרז עולה כדי חוסר סבירות, שכן, כפי
34 שהובהר לעיל, נפלו פגמים בעצם קביעת התעריפים, ועל כן ממילא, על משרד הביטחון לשוב ולבחון





בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 את התעריפים כולם. במסגרת זו יבחן משרד הביטחון גם את המודל הכלכלי, בהקשר האמור, וככל
2 שימצא לנכון לחזור ולקבוע את שיטת התעריפים, יהיה עליו להבהיר כיצד שיטה זו מקדמת
3 התייעלות.

15. שאלות נוספות בנוגע לתעריף

א. עלויות חברת הבקרה

7 לטענת העותרים, בהיעדר מידע ונתונים מדויקים אודות עלויות חברת הבקרה לא ניתן לתמחר
8 כראוי את ההצעה שתוגש בהתייחס לעמלת הניהול.

9
10 בנוסף, כך נטען על יד העותרים, חסר מידע בנוגע לתעריפי חברת הבקרה מולה יידרשו הזוכים
11 לעבוד. לפי תנאי המכרז היא על הזוכים לעבוד מול חברת בקרה שתיבחר ע"י משרד הביטחון
12 ולהעביר לה נתונים ודיווחים. הדבר ידרוש הקמה, תחזוקה ותפעול שוטף של ממשקים מיחשביים,
13 פיתוח מערכות שונות מאלה הקיימות כיום ורכישת רישיונות לכל משתמש. לזהות חברת הבקרה
14 שתיבחר ולדרישותיה יש השלכה ישירה על תמחור ההצעה. משרד הביטחון טרם ערך מכרז לבחירת
15 חברת הבקרה, ולא סיפק מידע מדויק אודות דרישות חברת הבקרה ואודות גובה ההוצאות
16 הצפויות, כך שלא ניתן לתמחר את העלויות הכספיות המשמעותיות הכרוכות בכך. בנסיבות אלה
17 המציעים נדרשים לתמחר את עמלת הניהול על בסיס מידע חסר בדבר ערך ההוצאות הצפויות.

18
19 משרד הביטחון טען לעניין זה, כי אינו יכול לפרסם כעת את זהות חברת הבקרה שכן זו תיבחר
20 בעתיד ולאחר שיערך מכרז ייעודי בנושא. כלל המידע הרלוונטי הנוגע לדרישות המחשוביות
21 הידועות בשלב זה נמסר למציעים ופורט במסמכי המכרז. אשר לטענה בדבר הצורך ברכישת
22 רישיונות לכל היותר המדובר ברכישת חמישה רישיונות, ותינתן אפשרות לשיפוי הספק ע"י משרד
23 הביטחון כנגד הוכחת תשלום והוכחת צורך ממשי.

24
25 מקובלת עלי טענת העותרים כי על משרד הביטחון לספק למציעים את כלל הנתונים אודות העלויות
26 הדרושות לצורך הקמת מערך בקרה כנדרש במכרז, על מנת שיוכלו לתמחר כראוי את עמלת הניהול.
27 טענה זו מקובלת עלי. העותרים לא יוכלו לתמחר כראוי את עמלת הניהול משלא מעמיד משרד
28 הביטחון בפניהם את מלוא הנתונים הדרושים לצורך זה.

29
30 על משרד הביטחון להבהיר מה תהיה עלות המציעים בהקשר של חברת הניהול, או לכל הפחות
31 לקבוע סכום מקסימלי לעניין זה.

15. ב. הצמדת העמלה



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 סעיף 15.1.1 להסכם האמור להיחתם בין החברות שתזכינה במכרז (ראו הנוסח שצורף לתגובת
2 משרד הביטחון מיום 26.3.18, עמ' 60) למשיב קובע כי "המחירים יעודכנו אחת לשנה - בתום כל
3 שנה מתחילת הפעלת ההסכם - באופן הבא: העמלה (תקורה ורווח) תוצמד לשינוי במדד המחירים
4 לצרכן ...".

5
6 **לטענת העותרת או.אר.אס.**, העמלה, אשר מהווה את הצעת הספק, הינה בסכום שקלי קבוע
7 ומוצמדת בהתאם למכרז רק למדד המחירים לצרכן (שהינו נמוך ביותר מזה שנים ולעיתים אף
8 שלילי). היות והעמלה כוללת בעיקר תקורות, וכיוון שההוצאות בגינן גדלות משמעותית משנה
9 לשנה- הצמדה למדד המחירים לצרכן אינה סבירה, שכן היא שוחקת את העמלה עם השנים, ובפרט
10 כאשר מדובר בהתקשרות לפרק זמן ארוך של עד 10 שנים. הפתרון הראוי לטענת או.אר.אס. הינו
11 קביעת העמלה כאחוז משכר המלווים (שאז אין צורך בהצמדה כלל), או לכל הפחות הצמדה של
12 העמלה לשכר הממוצע במשק ולחילופין הצמדת העמלה ולו באופן חלקי לעליית שכר המינימום.
13 לטענתה, הצמדה למדד כאשר מדובר במכרז לתקופה ארוכה של 10 שנים אינה סבירה, אינה הוגנת
14 ואינה הגיונית.

15
16 **לטענת משרד הביטחון**, המכרז מחולק לתשלום עבור רכיבי שכר שמשולמים למלווים ולתשלום
17 עמלה. ביחס לתשלומי השכר אכן קיימים מנגנוני הצמדה שונים, לרבות הצמדה לשכר מינימום.
18 ואולם העמלה אינה רכיב שכרי. לפיכך, טענת העותרת כי יש להצמיד העמלה לשכר המינימום-
19 נטענה ללא בסיס וללא הצדקה. המציעים רשאים להציע עמלה ללא רף מקסימאלי, בהתאם
20 לשיקול דעתם ותוך לקיחה בחשבון של רכיבי ההצמדה השונים, ולפיכך אין הצדקה להצמדה לשכר
21 המינימום.

22
23 עוד טען משרד הביטחון כי ההתקשרות הנוכחית הקיימת כיום מבוצעת על בסיס עמלה אחוזית
24 ואולם עמלה אחוזית אינה מתמרצת התייעלות אלא להיפך, עלולה לתמרץ ניפוח עלויות על מנת
25 להגדיל את העמלה המשולמת. עוד לטענת משרד הביטחון, המדובר בתנאי מצוי בלב לבו של
26 שיקול דעת משרד הביטחון כעורך המכרז ואין להתערב בו.

27
28 או.אר.אס טענה בתגובה, כי יש לדחות תשובת משרד הביטחון ולפיה הספק יכול לקחת בחשבון
29 בהצעתו את השחיקה ולהעלות את גובה הצעתו בהתאם אין בה ממש, משום שלא ניתן לגלם את
30 השחיקה הצפויה בעמלה המבוקשת, מפני שלא ניתן להעריך מראש את היקפה וזאת, בין היתר,
31 בשל חוסר עקביות השינויים בשכר המינימום.

32
33 במקרה זה הנימוק של משרד הביטחון בדבר התייעלות הינו סביר. עמלה המהווה שיעור
34 מההוצאות, אכן עלולה לתמרץ הגדלת ההוצאות שלא לצורך. בנוסף, כיון שהתחרות היא למעשה



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 על רכיב העמלה, על המציעים להעריך מה יהיו השינויים ולתמחר בהתאם. על כן לא מצאתי לנכון
2 להתערב בנימוקו זה של משרד הביטחון, ואני דוחה טענות העותרת לעניין זה.
3

3

4

16. החתמה סלולרית מבוססת מיקום

5 בתנאי המרכז נקבע כי על המטפלים הסיעודיים לבצע דיווחי נוכחות באמצעות החתמה ממוחשבת
6 שתפעל באמצעות טלפון קווי או סלולארי מבוססי מיקום, באמצעות ספק שייבחר ע"י המשרד
7 וחברת הבקרה. בהתאם לנספח י"א למכרז שכותרתו "החתמת נוכחות מבוססת מקום, סלולר
8 וטלפון קווי", מפרט את הדרישות שיש למלא לשם בקרה על דיווחי הנוכחות של המטפלים
9 הסיעודיים:

9

10

11

12

13

14

"יכולת הפקת דו"חות מערכת באופן אוטומטי למשרד ו/או לחברת הבקרה ולחברת
המלווים במגוון חתכים כפי שיקבעו (חלקיים ומלאים, פרטניים ומרכזים המכילים
את כלל נתוני דווחי הנוכחות של המלווים לרבות שעות התחלה וסיום, אזורים
גיאוגרפיים וסטייה מהמיקום המוגדר לליווי סיעודי....".

15 היינו, על פי תנאי המכרז, תידרש החתמה בכל יציאה וכניסה ובעת ההחתמה יזוהה מיקום גיאוגרפי
16 מדוייק וכן תזוהה סטייה מהמיקום המוגדר לליווי סיעודי (בד"כ כתובת מגורי הזכאי).

17

18

16.1. טיעוני הצדדים

19 לטענת נכי צה"ל, ה"ה ריזק, שוורץ, עזר, עו"ד קלימן ועו"ד יעבץ, עצם איסוף מידע בנוגע
20 למיקומם של הנכים ושמירתו במחשבי משרד הביטחון, חברת הסיעוד וחברת הבקרה מהווה פגיעה
21 אסורה בפרטיות הנכים והינו בניגוד לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 (להלן: "חוק הגנת
22 הפרטיות"). לטענתם, המיקום יכול להעיד על נתונים המהווים פגיעה בפרטיות (ומביאים כדוגמה
23 טיפולים בבית חולים פסיכיאטרי).

24

25 עוד נטען על ידם כי למשרד הביטחון יש עבר "שלילי" של עשיית שימוש פסול בנתוני הנכים
26 שברשותו. לפיכך, התחייבות משרד הביטחון שלא ייעשה שימוש במידע זה אין בה ולא כלום. עוד
27 טענו כי יש לדחות את טענת משרד הביטחון כי ההחתמה הנדרשת על מנת לוודא שהמלווה אינו
28 נוטש את הנכה. לטענתם, הצורך בפיקוח על המלווה קיים רק אצל קומץ זעום מהנכים שאינם
29 מסוגלים לדאוג בעצמם שהמלווים לא ינטשו אותם ואינם יכולים לדווח בעצמם לחברת הסיעוד
30 במקרה של נטישה. בנוסף, החתמה בתחילת ובסיום המשמרת אינה מונעת זניחת הנכה שכן דבר
31 לא מונע מהמלווה מלהחתים ולאחר מכן לעזוב את הנכה. זאת ועוד, כאשר המלווה הינו בן משפחה
32 המתגורר עם הנכה - אזי בלתי אפשרי ולא נחוץ לערוך רישום מדויק של שעות העבודה. לטענת נכי
33 צה"ל, בניגוד לטענת משרד הביטחון מטרת דרישה זו אינה לדאוג לכך שהמלווה לא יזנח את הנכה
34 אלא להקשות על הנכים "לרמות" את משרד הביטחון בשל חמישה מקרי מירמה שקרו בעבר מתוך
35 אלפי נכים שקיבלו שירות ממשרד הביטחון. אף אם רמאות גורמת נזק לקופה הציבורית אין מדובר





בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 באמצעי ראוי ואין הוא מצדיק את הפגיעה בפרטיות הנכים. לפיכך, כך נטען, להורות על בטלות
2 הוראה זו. לחילופין, עתר עו"ד יעבץ להורות כי החתמה כאמור תידרש רק אצל נכים חסרי ישע.

3
4 **תגבור** הוסיפה וטענה לעניין זה כי הדרישה שהחברה תעקוב אחר המלווים הינה בניגוד לסעיף 2
5 לחוק הגנת הפרטיות, ולפיכך חושפת את החברות לתביעות בגין פגיעה בפרטיות הן מצד המטפלים
6 הסיעודיים, הן מצד נכי צה"ל הזכאים, ולפיכך נטען כי יש לדרוש ממשרד הביטחון לקבוע מנגנון
7 לשיפוי ולפיצוי החברות בגין כל תביעה שתוגש נגדן שעילתה פגיעה בפרטיות המטפלים הסיעודיים
8 או הנכים (ראו סעיף 208 לסיכומי תגבור). תיגבור הפנתה שאלת הבהרה בעניין זה ולא נענתה
9 עניינית. לשאלתה מה יקרה אם הנכים יסרבו לכך נענתה כי הדבר "אושר ע"י כל המורשים".

10
11 **לטענת משרד הביטחון** אין בעצם איסוף המידע בנוגע למיקום הנכים ושמירתו במחשבי משרד
12 הביטחון משום פגיעה בפרטיות הנכים. משרד הביטחון טוען כי החתמה טלפונית מבוססת מיקום
13 הינה: **"השיטה היעילה והאפקטיבית ביותר לפיקוח אחר שעות העבודה של עובד מחוץ למתקן**
14 **קבוע, שיטה שנהוגה ומקובלת בשוק העבודה**". משרד הביטחון הוסיף וטען שיטת ההחתמה
15 הסלולארית רווחת בשוק העבודה ובמשרדי ממשלה שונים, והינה בהתאם להוראת החשב הכללי
16 מס' 16.3.6.3 "שירות נוכחות סלולארי". לטענת משרד הביטחון, אין מקום להחיל חובת דיווח רק
17 על נכים קשים ולא על יתר הנכים בשל החשש מפני פגיעה באותם נכים קשים וכן בשל החשש כי
18 הדבר יקשה על גיוס מלווים לנכים אלה.

19
20 עוד נטען כי חוק הגנת השכר, תשי"ח-1958 (להלן: **"חוק הגנת השכר"**) מטיל חובה על מעסיקים
21 לנהל רישומי נוכחות שוטפים ולתעדם בפנקס שעות העבודה של העובדים. עובדי חברות הסיעוד
22 אינם עובדים במתקני החברה ולכן שיטת ההחתמה הסלולארית נועדה לסייע לחברות לקבל דיווח
23 שעות מדוייק. בין מכלול השיקולים שמאחורי דרישת הדיווח עומד גם שיקול אמיתות הדיווח,
24 וזאת לצורך בקרה ופיקוח על שעות העבודה, ומקרי התרמית שאירעו הם לבדם מצדיקים את
25 הדרישה להחתמה סלולארית.

26
27 לטענת משרד הביטחון אין כל הבדל בין מלווה שהינו בן משפחה למלווה שאינו בן משפחה לעניין
28 ההחתמה הסלולארית שכן גם בן משפחה המתגורר עם הנכה ועובד כמלווה, מקבל שכר עבור טיפולו
29 ולכן נדרש לדווח בדיוק כשם שעושה מטפל שאינו בן משפחה.

30
31 משרד הביטחון מוסיף כי בעקבות הסכמות בין משרד הביטחון לארגון נכי צה"ל, סעיפי ההחתמה
32 במכרז תוקנו באופן המשקף את האיזון הנדרש בין דרישת משרד הביטחון לפיקוח ובקרה לבין
33 החשש לפגיעה בפרטיות הנכים, כאשר מדובר בהחתמה מבוססת מיקום בתחילת משמרת ובסופה.
34 לטענת מר ריזק, ההסכמה היחידה בין ארגון נכי צה"ל למשרד הביטחון בהקשר זה היה לעניין



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 ההתחייבויות, כי משרד הביטחון לא יעשה שימוש במידע לכל צורך אחר, וכי אין בהתחייבות זו
2 ממש, והיא אינה עונה על עצם הפגיעה בפרטיות.

3
4 הטענות לפגיעה בפרטיות עולות הן מצד העובדים, הן מצד נכי צה"ל. אדון תחילה בשאלה האם
5 החתמה טלפונית מבוססת מיקום אכן פוגעת בפרטיות ולאחר מכן אתיחס לעובדים מזה ולנכי
6 צה"ל מזה.

7
8 **16.2. הזכות לפרטיות**

9 השאלה הראשונה שיש להשיב עליה היא האם החתמה טלפונית ממנה ניתן ללמוד על מיקומו של
10 המטפל הסיעודי, וממילא על מיקומו של הנכה, אכן פוגעת בפרטיות. אמנם, חוק הגנת הפרטיות
11 אינו מתייחס במישרין לסיטואציה זו, אולם ניתן לקבוע כי קיימת פגיעה בפרטיות, הן מכוח הזכות
12 החוקתית לפרטיות, הן לאור העובדה שמנתוני המיקום ניתן לגזור נתונים אחרים המצויים בליבת
13 הזכות לפרטיות, כגון נתונים רפואיים.

14
15 הזכות לפרטיות היא מהחשובות שבזכויות האדם בישראל (ראו לעניין ד"נ 9/83 **בית הדין הצבאי**
16 **לערעורים נ' משה ועקנין**, פ"ד מב(3) 837, 853 (1988); ע"פ 1302/92 **מדינת ישראל נ' מרדכי**
17 **נחמיאס**, פ"ד מט(3) 309, 353 (1995); ע"פ 2963/98 **ג'ק גלעם נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 1999)
18 ובג"ץ 8070/98 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרד הפנים**, פ"ד נח(4) 842 (2004)).

19
20 הזכות לפרטיות הוכרה כאחת מהחירויות המעצבות את אופיו של המשטר בישראל כמשטר
21 דמוקרטי ומבססות את הכבוד הבסיסי שלו זכאי כל אדם באשר הוא אדם (ראו: ע"א 8954/11
22 **פלוגי נ' פלונית**, פסקאות 67-68 לפסק דינו של השופט נ' סולברג (פורסם בנבו, 2014) וכן רע"א
23 2558/16 **פלוגי נ' קצין התגמולים משרד הביטחון**, פסקה 39 לפסק דינה של כבי השופטת דפנה
24 ברק-ארז (פורסם בנבו, 2017).

25
26 **הפסיקה** - הזכות לפרטיות הוכרה על ידי המשפט המקובל הישראלי כזכות אדם (ראו: בג"ץ 355/79
27 **אריה קטלן נ' שירות בתי הסוהר**, פ"ד לד(3) 294 (1980); ב"ש 82/83 **מדינת ישראל נ' רחל עליה**,
28 פ"ד טז(2) 738, 741 (1983); בג"ץ 259/84 **מ.י.ל.ן. - מכון ישראלי למוצר ולעסק הנבחר בע"מ נ'**
29 **רשות השידור**, פ"ד לח(2) 673, 684 (1984); ע"פ 48/87 **איתן צ'חנובר נ' מדינת ישראל**, פ"ד מא(3)
30 581, 587 (1987); בג"ץ 3815/90 **מרדכי גילת נ' שר המשטרה**, פ"ד מה(4) 414, 423 (1991) ובג"ץ
31 6650/04 **פלוגי נ' בית הדין הרבני האיזורי בנתניה**, פ"ד סא(1) 581, 588 (2006), להלן: **עניין בית**
32 **הדין הרבני**).

33



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 חוק הגנת הפרטיות - בשנת 1981 נחקק חוק הגנת הפרטיות. בסעיף 2 לחוק הוגדרה הפרטיות.
2 החוק קבע הסדר מקיף באשר לפרטיות (ראו לעניין זה: רע"א 1917/92 יעקב סקולר נ' ניצה ג'רבי,
3 פ"ד מז (5) 764, להלן: עניין סקולר). החוק קבע (בסעיף 4) כי הפגיעה בפרטיות היא עוולה, ובסעיף
4 5 הוסיף וקבע כי במקרים מסוימים היא מהווה עבירה פלילית. סעיף 7 לחוק מגדיר מידע רגיש:
5 "נתונים על אישיותו של אדם, צנעת אישיותו, מצב בריאותו, מצבו הכלכלי, דעותיו ואמונתו".
6 החוק קובע בסעיף 18 הגנות מפני תביעה בהתבסס על החוק, ומוסיף וקובע בסעיף 18 פטורים
7 במקרים מסוימים. עם זאת, הגדרת הפרטיות אינה מכסה את כל מקרי הפרטיות שמקובל לכלול
8 בגדר הגדרת הפרטיות.

9
10 לאור החקיקה התעוררה השאלה מה הדין במקרה שלא נכלל ישירות בהגדרת פרטיות בחוק הגנת
11 הפרטיות. בעניין בית הדין הרבני נקבע במפורש (בפסקה 8 לפסק דינו של כב' הנשיא אהרן ברק)
12 כי: "בכל הנוגע לפגיעה בפרטיות שמעבר להגדרת החוק, ממשיד לחול המשפט המקובל
13 הישראלי..... והוסיף, שם, כי: "אין בכך כדי למנוע המשך התפתחותו של המשפט המקובל
14 הישראלי באשר לפרטיות".

15
16 חוק יסוד כבוד האדם וחירותו – בשנת 1992 חל שינוי מהותי במעמדה של הזכות לפרטיות, עת
17 הוכרה הפרטיות כזכות חוקתית בסעיף 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. סעיף 7 שכותרתו
18 "פרטיות וצנעת הפרט" קובע:

- 19 7". (א) כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו.
20 (ב) אין נכנסים לרשות היחיד של אדם שלא בהסכמתו.
21 (ג) אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו או בכליו.
22 (ד) אין פוגעים בסוד שיחו של אדם, בכתביו או ברשומותיו".
23

24 בכך הצטרף חוק היסוד לרשימה ארוכה של חוקות ואמנות, המכירות בפרטיות כזכות אדם חוקתית
25 (ראו: סעיף 12 להכרזה האוניברסלית על זכויות האדם מ-1948; סעיף 17 לאמנה הבינלאומית על
26 זכויות אזרחיות ופוליטיות מ-1966 וסעיף 8 לאמנה האירופאית על זכות האדם וחירותו היסוד).

27
28 היקפה של הזכות החוקתית לפרטיות ייקבע על פי פירושה של הוראת סעיף 7 בחוק-יסוד: כבוד
29 האדם וחירותו. לזכות היבטים שונים, ותחומי פריסה רחבים והיקפה טרם הוגדר באופן מלא.
30 בבג"ץ 1435/03 פלונית נ' בית הדין למשמעת של עובדי המדינה בחיפה, פ"ד נח(1) 529, 539 (2003)
31 נקבע כי: "הזכות לפרטיות היא זכות מורכבת, שאת גבולותיה לא קל לקבוע" (עוד ראו לעניין זה:
32 מיכאל בירנהק, "שליטה והסכמה: הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות" משפט וממשל יא 10, עמ'
33 19-13 (2007), להלן: בירנהק, שליטה והסכמה); עומר טנא "הזכות לפרטיות בעקבות חוק יסוד
34 כבוד האדם: מהפך מושגי, חוקתי ורגולטורי" קריית המשפט ח 39 (2009); מיכאל בירנהק, מרחב
35 פרטי – הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה, 23-35 (2010) (להלן: בירנהק, מרחב פרטי) וכן



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 ראם שגב "פרטיות משמעותה וחשיבותה" בתוך: פרטיות בעידן של שינוי 25, 26 (תהילה שוורץ
2 אלטשולר עורכת, 2012)). עם זאת, קיימות פגיעות שאין ספק כי הן נמצאות בליבתה של הזכות
3 לפרטיות, ובחלקן אף מגבשות פגיעה בזכות לכבוד האדם שאליה היא קשורה קשר הדוק.

4
5 כמובן, ככל זכות אדם אחרת, הזכות לפרטיות אינה מוחלטת. היא זכות יחסית. היא ניתנת להגבלה
6 על ידי עקרונות או זכויות יסוד אחרות הקבועות בחוקי יסוד. ניתן לפגוע בה, בחוק רגיל, ובלבד
7 שמתקיימות דרישותיה של פסקת ההגבלה, כקבוע בסעיף 8 לחוק היסוד (ראו גם עניין סקולר; ע"פ
8 7528/95 פנחס הלל נ' מדינת ישראל, פ"ד (3) 89, 96 (1996) וע"פ 1668/98 היועץ המשפטי
9 לממשלה נ' נשיא בית-המשפט המחוזי בירושלים, פ"ד נו(1) 625, 631 (1998).

16.3. האם חשיפת נתוני מיקום מהווים פגיעה בפרטיות

10
11 אדון תחילה בפגיעה בפרטיות הנגרמת בשל איתור מיקומו של אדם במרחב. לאחר מכן אתייחס
12 להצדקות שנותן משרד הביטחון לעניין זה לגבי העובדים, ולבסוף, האם ככל שהצדקה זו קיימת
13 לגבי העובדים, האם היא קיימת גם לגבי נכי צה"ל.

14
15 פרק ב' לחוק הגנת הפרטיות עוסק במאגרי מידע, מגדיר מידע כ: "נתונים על אישיותו של אדם,
16 מעמדו האישי, צנעת אישיותו, מצב בריאותו, מצבו הכלכלי, הכשרתו המקצועית, דעותיו
17 ואמונתו". בשנת 1985 הוסף לחוק פרק ד' העוסק בהעברת מידע בין גופים ציבוריים. בע"א 439/88
18 רשם מאגרי מידע נ' ונטורה, פ"ד מח (3) 808 (1994) נקבע, כי גם מידע טריוויאלי לכאורה כמו
19 כתובת, מספר טלפון הוא "ידיעה על ענייני הפרטים של אדם" הראויה להגנה על פי החוק.
20 קביעה זו הולכת במתווה המשפט האירופי, המגן על מידע לגבי אדם מסוים, הניתן לזיהוי, ללא
21 קשר לאינטימיות המידע או חשיבותו.

22
23 הגברת היכולות הטכנולוגיות המאפשרות לאגור מידע בהיקפי ענק, מה שנקרא נתוני עתק (big
24 data), ולסחור במידע זה, מאפשרת הצלבת מידע ממאגרים שונים ועל כן גם מידע שנראה
25 טריוויאלי כמו מיקום, יכול בהצלבה עם נתונים נוספים לחשוף פרטים רבים על האדם הפוגעים
26 בפרטיותו.

16.4. שינויים טכנולוגיים והגנת הפרטיות

27
28 במפגש, או יש שיאמרו, בהתנגשות בין טכנולוגיה לפרטיות, היו מקובלות שתי אבחנות בסיסיות.
29 האחת, הבחנה בין תוכן תקשורת לנתוני תקשורת, כאשר מטבע הדברים נתוני תקשורת מוגנים
30 פחות, והשנייה, הבחנה בין מידע אישי המוגן יותר למידע שאינו כזה שכמעט ואינו מוגן. ההבחנה
31 בין תוכן לנתוני תקשורת ובין פרטי תקשורת היא תלויה טכנולוגיה, וכיום ניתן לאתר יותר ויותר
32 פרטים על אדם באמצעות נתוני תקשורת, שקיבלו בעבר הגנה פחותה (להבחנה בין נתוני מיקום



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 לנתוני תקשורת ראו: בג"ץ 3809/08 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משטרת ישראל, פורסם
2 בנבו, 2012, פסקאות 23-24 לפסק דינו של כב' השופט, לימים המשנה לנשיאה חנן מלצר).

3
4 בית המשפט העליון עמד, אם כי בעקיפין, על השאלה מתי נתונים לכאורה בלתי מזוהים גורמים
5 לפגיעה בפרטיות. כך, למשל, בע"א 1697/11 א. גוטסמן אדריכלות בע"מ נ' אריה ורדי (פורסם בנבו,
6 פסקאות 4 ו-18 לפסק דינו של כב' השופט עוזי פוגלמן, 2013). שם נדונה השאלה אם שימוש
7 בהדמיות ממוחשבות, המציגות תכנון אדריכלי של בית לקוח, פוגע בפרטיות של אותו לקוח. בית
8 המשפט המחוזי קיבל את תביעת הלקוח, מר ורדי, וקבע כי פרטיותו נפגעה עקב החשיפה של
9 הדמיות ביתו באתר האינטרנט של האדריכל. זאת, משום שהדמיות אלו מאפשרות להתרשם
10 מאורח החיים בבית, מהרגלי הדיירים וממצבם הכלכלי. בית המשפט העליון דחה את הערעור על
11 פסק הדין אך הוסיף וקבע כי לא תתגבש פגיעה בפרטיות כשדרישת הזיהוי אינה מתקיימת, שכן
12 סעיפי החוק מגנים על "צנעת חייו האישיים של אדם". ללא זיהוי איאפשר לדבר על פגיעה
13 ב"אדם". היינו, אם לא ניתן לקשור בין המידע שפורסם לבין אדם ספציפי - לא תתקיים פגיעה
14 בפרטיות. למרות זאת הכיר בית המשפט באפשרות של פגיעה בפרטיות על ידי מידע המוצג בצורה
15 אנונימית כשנוצר קשר לאדם ספציפי באמצעות ממצאים ונתונים אחרים המאפשרים להסיק
16 מיהו. במצב כזה, אם יש אפשרות לשייך את המידע שפורסם לאדם ספציפי, יש לומר כי המידע
17 היה מזהה מלכתחילה.

18
19 על החשש בחשיפת נתונים עמד בית המשפט גם ברע"א 7828/17 הסתדרות מדיצינית הדסה נ'
20 פלוני (פורסם בנבו, פסקאות 14 ו-17, 2018), שם נדונה השאלה מה דין חשיפת מסמך רפואי
21 שהנתונים האישיים בו הושחרו (עוד ראו פלונית נ' פלוני ובג"ץ 5870/14 חשבים ה.פ.ס. מידע עסקי
22 בע"מ נ' הנהלת בתי המשפט פורסם בנבו, 2015). לניתוח פסקי הדין בהקשר זה ראו: בר זיו
23 וז'רסקי, פרטיות במשבר זהות, החל בעמ' 149).

24
25 בעידן של מידע עתק או נתוני עתק, קיים חשש כי חשיפת נתונים "תמימים" לכאורה כגון מיקום,
26 תביא בסופו של יום לפגיעה בליבת הפרטיות (ראו לעניין זה: Michael Birnhack, "A Process-
27 Based Approach to Informayional Privacy and the Case of Big Medical Data", 20
28 (Theoretical Inquiries in Law 257 (2019)).

29
30 עומר טנא, במאמרו: "הסתכל בקנקן וראה מה יש בו: נתוני תקשורת ומידע אישי במאה העשרים
31 ואחת", בתוך: רשת משפטית: משפט וטכנולוגיות מידע, 287 (ניבה אלקין-קורן ומיכאל בירנהק,
32 עורכים, תשע"א-2011, להלן: טנא, נתוני תקשורת), עומד על אבחנה זו ומבהיר כי שינויי
33 הטכנולוגיה טשטשו אבחנות אלו. לדבריו (שם, בעמ' 288):



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 "עם התפתחותן של טכנולוגיות תקשורת חדשות ושל מערכות מידע חדשות,
2 הטשטשו ההבדלים בין תוכן לבין נתוני תקשורת ובין מידע אישי למידע שאינו
3 אישי....הבחנות פורמליות אלה שוחקות את ההגיון שביסוד המסגרת החוקית
4 הקיימת והתוצאה היא שפרטיותם של יחידים נשחקת".
5

6 אמנם, המיקום כשלעצמו, יכול להיות קרוב יותר לנתוני תקשורת, ויתכן כי חשיפתו לא תפגע
7 בזכותו של אדם לפרטיות. עם זאת, פעמים רבות, מיקומו של אדם עלול לחשוף פרטים שהם בליבת
8 הזכות לפרטיות כגון המצב הרפואי. כב' השופטת דפנה ברק ארז ציינה בעניין קצין התגמולים
9 (בפסקה 42 לפסק דינה) כי: "מידע בריאותי... שהוא אינהרנטי לצנעת הפרט" (עוד ראו: בירנהק,
10 מרחב ושליטה, הרואה במצב הרפואי כאחד הנושאים בליבת הזכות לפרטיות, שם בעמ' 13; על
11 חשיבות הפרטיות בתחום הטיפול הרפואי ראו: סעיף 10 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996; בג"ץ
12 9843/07 בנימין צוייג נ' שר הבריאות, פסקה 8 (פורסם בנבו, 2010); ע"א 438/14 פלוני נ' המאגר
13 הישראלי לביטוח רכב (הפול) (פורסם בנבו, 2014).
14

15 ברע"א 4447/07 מור נ' ברק אי.טי.סי (1995) החברה לשירותי בזק בינלאומיים בע"מ (פורסם
16 בנבו, 2013), קבע כב' המשנה לנשיאה אליעזר ריבלין (בפסקה 13 לפסק דינו) כי האנונימיות,
17 והרצון להישאר אנונימי מהווים חלק מהזכות לפרטיות שכן האנונימיות:

18 "מאפשרת לאדם 'לפעול לנפשו' ולהימנע מחשיפה אישית וממסירת מידע אודותיו
19 שאינו מעוניין שימסר.... האנונימיות מקנה לאדם שליטה על מידע אודותיו ומונעת
20 'נעיצת מבט' לצנעת חייו".
21

22 כך גם הנשיא ברק בעניין בית הדין הרבני ראה במרחב הפרטיות את "היחידה האוטונומית" של
23 האדם (שם בפסקה 21).

24 הפתרון שמציע טנא, נתוני תקשורת הוא לקבוע כללים דינמיים המושתתים על עקרונות של
25 העצמת הפרט. לדבריו (בעמ' 289)

26 "שמירה על דינמיות ועל גמישות של המשפט מחייבת להמנע מכללים דיכוטומיים
27 שאינם מתאימים למגוון המצבים המתקיים במציאות... מסגרת חוקית דינמית
28 תושתת על עקרונות מהותיים של העצמת הפרט".
29
30

31 מיכאל בירנהק, סבור כי יש לפרש פרטיות בעיקר ע"י בחינת שאלת השליטה. במאמרו: "מעגלים
32 של פרטיות" בתוך: זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית, 196 (עינב
33 מורגנשטיין, יניב לוינסקי ואלון הראל עורכים, 2016):

34 "השליטה אינה הצדקה כשלעצמה. היא תווית שמאחדת כמה הצדקות, שלכל אחת
35 ניואנסים משלה, והיא בבחינת ציר שמשותף להצדקות שונות. היתרון בהבנת
36 הפרטיות כשליטה הוא שהיא מתאימה... לכל סוגי הפרטיות (במקומות, בתקשורת,
37 במידע, ובהחלטות). הבנת הפרטיות כשליטה מפקידה כוח בידי הפרט הן מול
38 השלטון (ההקשר החוקתי, שבו הדימוי הרווח הוא שהאיום על הפרטיות הוא מצד
39 המדינה הכל-יכולה, האח הגדול), הן מול תאגידי רבי עוצמה (ובכך עוסק במידה



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

רבה משטר הגנת המידע האישי באירופה ובישראל), הן מול התקשורת, והן מול
חברינו ועמיתינו.

16.5 העיגון החקיקתי של הפגיעה בפרטיות

כאמור, העותרים ריזק, שוורץ, קלימן ועזר טוענים כי עצם איסוף המידע בנוגע למיקום הנכים
ושמירתו במחשבי האגף, חברת הסיעוד וחברת הבקרה מהווה פגיעה בפרטיות הנכים. אף תגבור
טוענת כי המעקב אחר מיקום המלווים וכתוצאה מכך אחר מיקום הנכים, הינו מנוגד לסעיף (1)2
לחוק הגנת הפרטיות.

בראש ובראשונה, מהווה הפגיעה בפרטיות פגיעה בזכות החוקתית לפרטיות המעוגנת בחוק יסוד:
כבוד האדם וחירותו. על כן, בהמשך, אבחן האם במקרה זה מדובר בפגיעה מידתית.

בנוסף, מדובר גם בהפרה של הוראות חוק הגנת הפרטיות. סעיף 1 לחוק הגנת הפרטיות, קובע כי:
"לא יפגע אדם בפרטיות של זולתו ללא הסכמתו" וסעיף 2 קובע כי: "פגיעה בפרטיות היא אחת
מאלה: (1) בילוש או התחקות אחרי אדם, העלולים להטרידו, או הטרדה אחרת". סעיף (1)2 כולל
אם כן אפשרות של "בילוש או התחקות...העלולים להטרידו" וכן אפשרות נוספת של "הטרדה
אחרת". דרישה כי המלווים יבצעו החתמה סלולארית, החושפת את מיקום המלווה וכתוצאה מכך
את מיקומו של הנכה הצמוד אליו אינה מהווה בילוש והתחקות, במובן של מעקב בסתר, אחרי
תנועות הנכים ומכאן שלא התקיימה החלופה הראשונה של סעיף (1)2 לחוק הגנת הפרטיות.

אשר לשאלה מהי הטרדה אחרת – הביטוי "הטרדה אחרת" פורש בעניין ועקנין (שם נבחנה
השאלה אם השקיית נחקר במי מלח בניגוד לרצונו היא הטרדה לפי סעיף (1)2 לחוק הגנת הפרטיות).
כב' הנשיא מאיר שמגר ציין בע"מ 851 בהתייחס לפרשנות מונח זה כי:

"מהי הטרדה אחרת? דומה, כי זו יכולה לכלול, למשל, מעשה מקובל למדי של
צעידה גלויה וצמודה ואף הפגנתית אחר אדם אחר, בכל מהלכיו, שאיננה בגדר מעקב
סתר אלא עיקוב גלוי. דומה לכך המשמרת הצמודה (picketing בלע"ז), הניצבת ליד
ביתו של אדם או סובבת על פתחו. מעשה כמתואר עלול להדיר אדם משלוותו,
מהרגשת הביטחון האישי שלו ומתחושתו, כי הוא יכול לנהל את חייו לעצמו, בלי
שענייניו הפרטיים הופכים לתצוגה לאחרים, ובכך הטרדה שבמעשה והפגיעה
בפרטיות העולה ממנה. כמובן, אין כאן כל ניסיון למצות את תיאור משמעותו של
הביטוי כי אם אך רצון להדגימו".

ברע"פ 10462/03 הלינור הראר נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(2) 70, 82-83 (2005), נדונה העבירה של
שימוש במתקן בזק על מנת להטריד. נקבע כי מדובר בהתנהגות הגורמת לאי נוחות רגשית, הכבדה,
דאגה ולחץ, שדרגותיה יכולות להיות שונות, ויש להגדירה איפוא באופן שלא יהווה רשימה סגורה,
וזאת להבדיל מגרם נזק ממש.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 כדוגמא למקרים שבהם הכירה הפסיקה במעשה שבוצע כ"הטרדה אחרת" במובנו של מושג זה
2 בחוק הגנת הפרטיות, ניתן למצוא את עפ"ג (מחוזי מר') 9068-02-08 **עמרם נידם נ' מדינת ישראל**
3 (פורסם בנבו, 14.07.2008) שם נקבע, כי אדם אשר חדר ללא רשות למתחם הפרטי המצומצם שהיה
4 ליולדת בבית החולים בעת שהניקה את בנה והסיט, מבלי לבקש רשות, את הוילון המוגף שסבב את
5 מיטתה, ובכך גרם לגופה להיות גלוי וחשוף לעיניו, ולעין כל אורח מזדמן החולף במקום - פגע
6 בפרטיותה והינו בגדר "הטרדה אחרת" כמובנו של מושג זה בסעיף 2(1).

7
8 כמו כן הכירו בתי המשפט בכך שביצוע שיחות טלפון חוזרות ונשנות ממספר חסוי, שתיקה לאחר
9 מענה וניתוק של השיחה בא בגדר "הטרדה אחרת" לפי חוק הגנת הפרטיות, שכן הדבר מותיר את
10 האדם שמצידו השני של הטלפון חסר אוניס משאין ביכולתו למנוע שיחות נוספות מסוג זה או לסנן
11 מראש, מעורר תהיות בדבר זהות המתקשר ומניעיו, ומוביל לאי נחת, ולעיתים אף לחששות
12 ולחרדות (ראו למשל ע"א (מחוזי נצרת) 1151/07 **ציפי ברקוביץ נ' סופיה קגן**, פורסם בנבו, 2008),
13 ת"ק (שלום ת"א) 21594-08-14 **ברבי נ' קרסו**, פסקה 8, פורסם בנבו, 08.02.2015; תמ"ש (משפחה
14 ת"א) 52733-12-10 **ז. צ. ל נ' ל. ל.**, פורסם בנבו, 19.12.2012). כן נקבע כי התקשרויות תכופות
15 שהתקשרה בת זוגו לשעבר של המערער, אל המערער ולאחריהן ניתקה את השיחה – הן בגדר
16 "הטרדה אחרת" (ראו: ע"פ (מחוזי ת"א) 71758/04 **קדר נ' שויצר** (פורסם בנבו, 2005). כן ראו גם
17 ת"פ (שלום ת"א) 49449-01-11 **מדינת ישראל נ' אלקלעי**, פסקה 19, פורסם בנבו, 13.03.2013, שם
18 דובר בהטרדה שבוצעה בין היתר באמצעות הטלפון (מסרונים, הודעות קוליות) והודעות דוא"ל).

19
20 בב"ש (מחוזי ירושלים) 4053/05 **ברוך מרזל נ' מדינת ישראל**, פ"מ תשס"ג (2) 942 (2005) נקבע כי
21 משמרת מחאה בה נטלו חלק המבקש ואחרים מחוץ לביתו של עובד ציבור (הרב הצבאי הראשי),
22 המלווה בהנפת שלטים פוגעניים ומעליבים ובהשמעת קריאות נאצה לעבר ביתו של עובד הציבור
23 ולעבר עובד הציבור עצמו ובני ביתו בעודם מבקשים להיכנס למעונם או לצאת ממנו, עלולה לפגוע
24 בפרטיות בהיותה "הטרדה אחרת", כמשמעה בסעיף 2(1) לחוק הגנת הפרטיות.

25
26 היום יש טכנולוגיות רבות מבוססות מיקום, בהם רבים עושים שימוש כגון אפליקציות ניווט
27 למיניהן. פרופ' בירנהק מדגיש בכתביו, כי בעידן הדיגיטלי הסכנות לפרטיות הן רבות, ולעיתים
28 אין מודעים כלל לכך, ששימוש בטכנולוגיה מסוימת מביא לפגיעה בפרטיות. אולם, כאשר נעשה
29 שימוש בטכנולוגיות מבחירת המשתמש, על מי שעושה שימוש באותן תוכנות להסכים לתנאי
30 השימוש, ובהם שייאסף מידע (באופן זה או אחר) לגבי מיקומו. על כן, ניתן לעשות שימוש
31 בטכנולוגיות מבוססות מיקום, אך זאת בהסכמת המשתמש, בהעדר הסכמה כזו, ניתן לומר
32 שמדובר בפגיעה בפרטיות.

33



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 אני סבורה כי פגיעה בפרטיות מתקיימת גם כאשר נחשפים נתוני מיקום של אדם בניגוד לרצונו
2 ולהסכמתו. מדובר, כאמור, הן בפגיעה חוקתית, ולטעמי, יש להוסיף קטגוריה נוספת של פגיעה
3 בפרטיות על פי חוק הגנת הפרטיות (בקטגוריית הטרדה אחרת), והיא, חשיפת מידע לגבי אדם,
4 שלא מרצונו וללא הסכמתו (ומבלי שחושף המידע מוסמך לעשות כן בחוק).

5
6 כיון שבעתירות שלפניי טענו הן נכי צה"ל הן החברות לפגיעה בפרטיות הנכים מזה והעובדים מזה,
7 יש לבחון האם מדובר בפגיעה מידתית.
8

9 16.6. מידתיות הפגיעה בפרטיות בשל ההחתמה הסלולרית הנדרשת במכרז

10 16.6. א. פגיעה בפרטיות העובדים (המטפלים הסיעודיים)

11 כיום יש שיטות העסקה רבות ומגוונות, שבחלקן העובד אינו מתייצב עוד במקום העבודה. לגבי
12 מקומות עבודה מסוג זה התעוררה השאלה, כיצד יוכל המעסיק, או מזמין העבודה לפקח על
13 ביצועה. משרד הביטחון בתמיכה לדרישת ההחתמה הסלולרית טוען כי עליו לפקח כי עבודת
14 המטפלים הסיעודיים מתבצעת כנדרש בראש ובראשונה לטובת נכי צה"ל, וכן כדי למנוע בזבוז כספי
15 ציבור.
16

17 מספר פסקי דין שניתנו בשנים האחרונות בבתי הדין לעבודה עסקו באיזון שבין הזכות לפרטיות של
18 עובדים אל מול זכותם של מעסיקים לנהל את עסקיהם ולפקח על המתרחש בהם, בסיטואציה
19 המתבטאת במעקב של מעסיקים אחרי עובדים. כך למשל, נקבע כי בהתקנת מצלמה נסתרת על ידי
20 המעסיק במקום העבודה שהעובד אינו מודע לקיומה, יש משום חדירה לפרטיות של העובד, על אף
21 שהמצלמה מותקנת במפעל שהוא קניינו של המעסיק (ד"מ (אזורי ת"א) 2734/00 **אוסנת אייזנר נ'**
22 **ריצ'מונד מפעלי סריגה בע"מ**, לט נא (2) 2001). כמו כן, בפסק דין עקרוני שעסק בפעולות מעקב
23 שמבצע מעסיק בתיבות הדואר האלקטרוני של עובדיו ללא רשותם, קבע בית הדין הארצי לעבודה
24 כי יש מקום להבחין בין תיבות דואר אלקטרוני "מקצועיות" של העובד לבין תיבות דואר שהמעסיק
25 מקצה גם לצרכיו האישיים של העובד. עוד נקבע כי המעסיק אינו רשאי לקיים פעולות מעקב אחר
26 התכתובת שמקיים העובד לצרכיו האישיים בתיבה האישית או בתיבה מעורבת, וכי אסור לו לקיים
27 חדירה לתוכן התכתובת האישית שמקיים העובד, למעט בהתקיים נסיבות חריגות ורק לאחר
28 שהמעביד נקט באמצעים טכנולוגיים חודרניים פחות, וזאת, בשל ההגנה החוקתית שמעניק הדין
29 הישראלי לזכות לפרטיות (ראו: ע"ע (ארצי) 90/08 **טלי איסקוב ענבר נ' מדינת ישראל - הממונה**
30 **על חוק עבודת נשים**, פורסם בנבו, 2011. ראו גם רע"א 2552/16 **יהודית זינגר נ' חברת יהב חמיאס**
31 **טכנולוגיות** (1990) בע"מ, פסקאות 45-47, פורסם בנבו, 2016; להרחבה בעניין זה ראו **בירנהק**,
32 **מרחב פרטי**, בעמ' 436-440, הפרק על פרטיות עובדים בדין הישראלי וכן מיכאל בירנהק, "מעקב
33 בעבודה: טיילור, בנת'האם והזכות לפרטיות", **עבודה חברה ומשפט** יב' 9 (2010); שלי ולך, "מישהו
34 מתבונן בך: מעקב אחר עובדים במקום העבודה וזכות העובד לפרטיות", **ספר אליקה ברק-**



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 אוסוסקין, 473 (2012, להלן: ולך, מעקב אחר עובדים במקום העבודה); וכן אהרן ברק, מבחר
2 כתבים ג' – עיונים חוקתיים, עמ' 609: זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי – תחולה במשפט העבודה
3 (2017).

4
5 האם בהוראה המורה למלווים לבצע החתמת נוכחות סלולארית מבוססת מיקום פעמים ביום יש
6 משום פגיעה אסורה בפרטיותם? שאלה זו אבחן להלן.

7
8
9 סעיף 25(א1) לחוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א – 1951 (להלן – חוק שעות עבודה ומנוחה), קובע
10 כי:

11 **"(1) לעניין שעות עבודה, שעות מנוחה שבועית ושעות נוספות ייערך הרישום בפנקס**
12 **שעות העבודה באופן שוטף ויכלול רישום שעות עבודה בפועל; (2) לא בוצע הרישום**
13 **בפנקס כאמור בפסקה (1) באמצעים מכניים, דיגיטליים או אלקטרוניים, ייחתם**
14 **הרישום מדי יום בידי העובד ויאושר בחתימת אחראי שהמעסיק מינה לכך...".**
15

16 סעיף זה נועד להבטיח רישום נוכחות מהימן בשל חשיבותם של רישומי הנוכחות לחישוב שכרם של
17 העובדים. רישום הנוכחות אינו מסייע אך למעסיק לצורכי פיקוח אלא אף לעובד, כגון לצורכי
18 הוכחה כי עבד שעות נוספות. עניין זה נדון בהרחבה בפסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה בעס"ק
19 (ארצי) 7541-04-14 הסתדרות העובדים הכללית החדשה מרחב המשולש הדרומי נ' עיריית
20 קלנסווה, פורסם בנבו, 15.03.2017; להלן: "עניין עיריית קלנסווה").
21

22 בעניין הצורך של מעסיק ציבורי להבטיח דיווח נוכחות מהימן ואמיתי, כחלק מחובתו לשמור על
23 אינטרס הציבור, נאמר בעניין עיריית קלנסווה, בפסקה 126, כי:

24 **"על מעסיק, לרבות מעסיק ציבורי, מוטלת החובה לפעול לטובת "העסק". על**
25 **מעסיק ציבורי מוטלת החובה לפעול לטובת "העסק" גם מכוח חובתו לשמור על**
26 **כספי הציבור. שמירה זו נועדה למנוע חסר מהקופה הציבורית ובעיקר נועדה**
27 **להבטיח את טוהר המידות ואת ניקיון הכפיים של השירות הציבורי, וזאת כתנאי**
28 **לאמון הציבור ברשות. במסגרת זו מחובתו של מעסיק ציבורי לפעול לכך שדיווחי**
29 **השעות של עובדיו יהיו דיווחי אמת, על מנת שלא ישולמו מכיס הציבור כספים עבור**
30 **עבודה שלא בוצעה בפועל".**
31

32 ככל שמדובר בשמירה על כספי ציבור, זו אכן מתחייבת כפי שקבעה כב' השופטת ענת ברון בבג"ץ
33 5826/14 אורן אליהו נ' בית הדין הארצי לעבודה (פורסם בנבו, 2017): "כמי שאמון על הביטחון
34 הסוציאלי של כלל אזרחי ישראל, המל"ל מחויב לשמור כספי הציבור ולוודא כי לא יגיעו לידי מי
35 שאינו זכאי לכספים, לא כל שכן לידי אלה הפועלים בדרכי תחבולה ורמאות."
36

37 המעסיק רשאי, כחלק מהפררוגטיבה הניהולית, לקבוע כללים שונים באשר לאופן רישום שעות
38 הנוכחות של העובדים, ורשאי הוא להפעיל אמצעים שונים למניעת דיווחים כוזבים של שעות



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 נוכחות. עם זאת, הפררוגטיבה הניהולית של המעסיק אינה בלתי מוגבלת, וכפופה לחובת תום הלב,
2 לסבירות ולמידתיות. למול הפררוגטיבה הניהולית עומדות זכויות העובדים ויש למצוא את האיזון
3 הנכון בין זכותו של המעביד לאוטונומיה של רצון פרטי ולזכותו לחופש העיסוק, לבין אותן זכויות
4 של העובדים.

5
6 כשמדובר בעובדים שביצוע תפקידם השוטף מחייב אותם לעבוד גם מחוץ למשרדי המעסיק נתקל
7 המעסיק בקושי בהתייחס לחובה לנהל רישום מסודר של שעות העבודה. לגבי עובדים אלה עולה
8 השאלה כיצד יבצע המעסיק את רישום הנוכחות האמור וכיצד יוודא את נכונות דיווח שעות
9 העבודה של העובד מחוץ למשרדים. בנסיבות אלה לעיתים אין מנוס משימוש באמצעים טכנולוגיים,
10 כגון רישום מרחוק באמצעות טלפון סלולארי או דו"חות איכון לרכבו של העובד, וזאת על מנת
11 למלא אחר החובה להבטיח רישום נוכחות מהימן ואמיתי. בע"ע (ארצי) 13-09-15233 **חברת**
12 **אדוונטק טכנולוגיות (אפלט) בע"מ נ' יתיר זלוסקי**, פסקה 47, פורסם בנבו, 2015), נאמר לעניין זה:

13 **"אין לך עבודה ונסיבות שבהן נשללת ממעביד 'כל אפשרות פיקוח על שעות עבודתו**
14 **של העובד' באופן ברור יותר וחד משמעי יותר מעבודה מחוץ לחצרים של המפעל,**
15 **אלא אם נקבעים סידורים מיוחדים להבטחת פיקוח כזה"**.

16
17 בע"ע (ארצי) 17-04-40711 **פישר תעשיות פרמצבטיות בערבון מוגבל נ' אברהם שטר**, פסקה 11,
18 (פורסם בנבו, 2018), התייחס בית הדין לקשיים בגין פיקוח על העבודה מוץ למקום העבודה:

19 **"האתגרים האמורים מועצמים בהקשר לעובדים אשר עיקר עבודתם מתבצעת מחוץ**
20 **לחצרי המעסיק והיא מאופיינת בניידות גבוהה בין אתר לאתר (להלן: סוכנים**
21 **נוסעים). בשל השילוב זה יתקשה המעסיק לעמוד בחובתו לנהל יומן נוכחות,**
22 **כמשמעו בחוק הגנת השכר, תשי"ח – 1958, אלא באמצעים טכנולוגיים, העלולים**
23 **להיות כרוכים בפגיעה בפרטיות העובד במידה זו או אחרת. ואכן, מעסיקים מציידים**
24 **עובדים מסוג זה באמצעים טכנולוגיים שונים שבאמצעותם יש בידם לפקח על**
25 **מסגרת שעות העבודה, כגון טלפון נייד, רכב צמוד עם נווטן, מחשב נייד ועוד..."**

26
27 אכן עולה השאלה האם בחיוב עובד לבצע רישום נוכחות מרחוק, באופן המזהה את מיקומו, אין
28 משום פגיעה בזכותו של העובד לפרטיות, באשר הוא חושף את מיקומו ולמעשה מסייע למעסיק
29 לעקוב אחריו.

30
31 הפסיקה הבחינה בין מעקב אחר העובד בשעות עבודתו, אשר נפסק כי הינו לגיטימי, לבין מעקב
32 כאמור לאחר שעות העבודה. פסיקת בתי הדין לעבודה קבעה כי שימוש בדו"חות איכון של איתוראן
33 המותקנים בכלי רכב של המעסיק בו עושה העובד שימוש, ומשמשים את המעסיק על מנת לבחון
34 היכן נמצא העובד במהלך שעות עבודתו- הינו תקין ואין בו משום פגיעה בפרטיות.

35
36 כך לדוגמא, נקבע בעניין ס"ק (עבודה ב"ש) 1026/06 **הסתדרות העובדים הכללית החדשה - תש"ן**
37 **תשתיות נפט ואנרגיה בע"מ**, פסקה 35 (פורסם בנבו, 2006, להלן: **"עניין תש"ן"**), כי אין פסול



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

בשימוש שעושה המעסיק בנתוני מכשיר איתוראן שהותקן ברכבו של העובד לצרכי פיקוח על מקום
הימצא העובד בשעות עבודתו:

"לא מצאנו ממש בטענות המבקשת לפיהן השימוש שעשתה המשיבה בדו"חות
איתוראן מהווה פגיעה בפרטיות. מדובר בעובדי המשיבה, הנוהגים לצורך עבודתם
בכלי רכב השייכים למשיבה. בכלי הרכב מותקנים מכשירי איתוראן. הדו"חות של
איתוראן המלמדים היכן היו העובדים, מתייחסים לשעות העבודה של העובדים ולא
מעבר לכך. איתור מקום הימצאם של העובדים בזמן העבודה עת מדובר בעבודה
שמטיבה הינה ניידת, אינו פוגע בפרטיות, והוא בא לסייע בידי המעבידים לפקח על
העובדים. זאת במיוחד כאשר העובד מוסר מידע בדו"חות הנוכחות היכן הוא נמצא
והבדיקה של המעביד נעשית בדיעבד".

ראו גם: עב' (אזורי נצי') 1861/03 יואל קלמר - מעדני מזרעקיבוץ מזרע (פורסם בנבו, 2007); עב'
(אזורי י-ם) 2445/05 אלכסנדר וישניאקוב - א.ס.ר. שינוע בע"מ פורסם בנבו, 2008), וכן: ס"ע
(אזורי ת"א) 37887-04-12 ג.ק. מערכות מתקדמות לניקוי בע"מ נ' אלון עובדיה, פסקה 87, פורסם
בנבו, 2016).

אף בעניין בש"א (אזורי ת"א) 5298/09 עודד רובין נ' חברת תשתיות נפט ואנרגיה (פורסם בנבו,
2009), בו נדונה תביעת מעסיק להשבת כספים מעובד אשר עבד בעבודה ניידת, וזאת על בסיס
הטענה כי התגלו אי-התאמות בין שעות הנוכחות שעליהן דיווח לבין דו"חות ה"איתוראן" של הרכב
ששימש אותו, קבע בית הדין האזורי לעבודה כי יש להסתיר את הנתונים המתייחסים לפעילות
העובד מחוץ לשעות העבודה, וזאת מטעמים של פגיעה בפרטיותו, ואולם אין מניעה לעשות שימוש
בנתוני איתוראן שנאספו ביחס לשעות העבודה. זאת משום שמדובר במידע שהמעביד זכאי לקבלו
משחובתו של העובד להימצא במקום העבודה בשעות העבודה, דבר המהווה חלק מהסכם העבודה
שלו עם המעסיק (פסקה 7; ראו גם: עניין פלונית, בפסקה 64 וכן: ולך, מעקב אחר עובדים במקום
העבודה, שם (בעמ' 512), מתייחסת המחברת לעניין תש"ן ומציינת בהתייחס לפסק הדין כי:

"נראה לי כי גישה זו נכונה. בעת שעבודה מתבצעת רובה ככולה בשטח שבו למעביד
לא יכול להיות פיקוח עליו, אין כל פגם בבדיקת המעביד באמצעות איכון אם אכן
העובד מצוי בעבודה או באזור שבו אמור להימצא בו, ואינני רואה בכך חזירה אסורה
לפרטיותו, אך זאת בשני סייגים: האחד, על העובד לדעת מראש, ויש ליידע אותו
במפורש, כי המכשיר משמש את המעביד גם לאיתור מקום הימצאו... הסייג השני
הוא כי בשונה מהדיווח על מקום הימצאו של העובד, שזוהי זכותו של המעביד לדעת
כדי לוודא שהעובד אכן נוכח בעבודה אין על המעביד ככלל לתחקר את העובד כדי
לדעת היכן בדיוק היה בעת שדיווח דיווח שקרי על הימצאו במקום אחר לצורכי
עבודה מעבר לנדרש, אלא אם קבלת המידע דרושה למטרה לגיטימית... די בעצם
קבלת המידע שבעת שהעובד היה אמור להימצא במקום מסוים לצורך ביצוע עבודתו,
בדיקת האיכון הוכיחה כי שהה במקום אחר לגמרי. יש להוסיף ולומר בהקשר זה כי
לאחר שיצא תיקון 24 לחוק הגנת השכר, ומאחר שסעיף 26ב' לחוק הגנת
השכר... שינה את נטלי הראיה לעניין שעות עבודה ושעות נוספות והעבירו אל שכס
המעביד, הרי שאין למעביד כל דרך לבדוק היכן עובדי השטח היו בשעות העבודה
ולוודא כי דיווחיהם... הם דיווחי אמת. אין כל היגיון למנוע מהמעביד להשתמש
באיכון, בהיותו הכלי היחיד כמעט העומד לרשותו כדי להוכיח היכן היה העובד בזמן
מסוים, והוא הדין במקרה ההפוך, כאשר העובד יבקש להשתמש בנתוני האיכון כדי
להוכיח שאכן היה במקום שבו נדרש להיות לצורכי עבודה ומתי".



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 טל גולן, "העין הבוחנת והצופה: הסדרה ומשטור של התנהגות עובדים במקום העבודה" בתוך:
2 **משפט, חברה ותרבות - מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות**, 515 (2016), להלן: **גולן, התנהגות**
3 **עובדים**), עומד על כך שיחסי העבודה המודרניים, הגמישים יותר לכאורה, לא בהכרח שחררו את
4 העובדים משליטת המעביד, כאשר הזירה המרכזית היא שאלת המידע שהמעסיק מעוניין בו, אל
5 מול פרטיות העובד. לדבריו (עמ' 516): **"המאבק על פרטיות העובד למעשה מגלם מערך של יחסי**
6 **שליטה ועוצמה. השליטה של המעסיק בעובד (ובמידע עליו) שקולה לשליטה של אדם באדם**
7 **אחר."**

8
9
10 במאמר עומד המחבר על החתמת שרון סולרית של עובדי שטח כמנגנון שהידק את השליטה
11 והבקרה של המעבידים על עובדיהם (שם בעמ' 522), ומוסיף (שם בעמ' 528):

12 **"האמצעים הטכנולוגיים של היום מאפשרים פיקוח עקיף וסמוי של המעסיק על**
13 **העובדים. בין אלה אפשר למנות את הרישום של שעות העבודה (נושא המעורר**
14 **מחלוקת רבה בקרב עובדים), אמצעי מעקב (כגון טביעות אצבע, מכשירי איתוראן**
15 **וכיו"ב)... אף על פי שטמון בשינויים טכנולוגיים אלה פוטנציאל לחופש ולאוטונומיה**
16 **לעובדים, כמו גם להרחבת נגישותם לשוק העבודה, כרוך בהם גם חשש שלעתים**
17 **הטכנולוגיה מקלה על אפשרות השליטה של המעסיק בהתנהגות של עובדים. מצד**
18 **שני אפשר לטעון כי עובדים רבים דווקא זוכים באחריות ובשליטה טובה יותר על**
19 **ההספק והתפוקה שלהם. כך או אחרת, מגוון של אמצעי שליטה והסדרה הנכנסים**
20 **יותר ויותר למקומות העבודה מספקים למעסיקים אפשרויות רבות לפיקוח על**
21 **התנהגות עובדים, ועשויים להניב מידע שאינו רלוונטי רק לעבודה עצמה. לעתים הם**
22 **מהווים כלי בידי המעסיק לא רק לפקח על העובדים אלא אף לפגוע בהם.... סוגיה זו**
23 **נהפכה ליותר ויותר רלוונטית בשנים האחרונות, עם עליית השימוש באמצעי**
24 **תקשורת מתקדמים ובמערכות תקשורת שנועדו לייצל את העבודה."**

25
26 המחבר מוסיף ומציין כי בעוד שבתחילת הדרך הנטייה הייתה להעדיף את זכות הקניין של המעסיק,
27 הרי נקודת האיזון השתנתה בעקבות חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הכולל את הזכות
28 לפרטיות (עמ' 542 והאסמכתאות שם).

29
30 מהאמור לעיל עולה, כי דרישת החתמה סולרית בתחילת ובסוף משמרת, אינה פוגעת מעבר לנדרש
31 בפרטיות העובדים.

16.6 ב. פגיעה בפרטיות הנכים

32
33 גם אם ניתן להצדיק פגיעה בפרטיות העובדים, כיון שמדובר בשעות העבודה, הרי שאין כל הצדקה
34 לפגיעה בפרטיות הנכים המתנגדים לכך בכל תוקף. לעניין זה אין די בהסכמת ארגון נכי צה"ל.
35 הארגון אינו רשאי לוותר על פרטיותם של חבריו. כפי שציינתי, אוכלוסיית נכי צה"ל היא אוכלוסייה
36 מיוחדת, הכוללת, למרבה הצער גם צעירים רבים. הליווי סיעודי והטיפול בנכים נעשה לעיתים מחוץ
37 לביתו של הנכה. גם אם ככלל מגיע המלווה לבית הנכה, שם תבוצע ההחתמה, הרי שלא תמיד יהיו
38 כך פני הדברים. כך, לדוגמא, אם הנכה נזקק לאשפוז פסיכיאטרי קצר והמלווה לציידו. אני סבורה
39



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 כי במקרה זה, בו השימוש בנתוני המיקום, עלול לחשוף נתונים, כמו מידע בריאותי, המצויים בליבת
2 הפרטיות, חשיפת נתוני המיקום מהווה פגיעה שלא כדין בפרטיות הנכים.

3
4 **בעניין פלוני נ' פלונית**, עמד כב' השופט נועם סולברג על ההצדקות להגנה על הפרטיות. לדבריו,
5 בפסקה 76 לפסק דינו (והאסמכתאות הרבות שם):

6 **"האדם איננו "חפץ"; אין להשתמש בו כאמצעי להשגת מטרות אחרות. לאדם**
7 **רגשות, תחושות ומאויים. התעלמות בוטה מאלו, ודריסתם ברגל גסה, אינם**
8 **נסבלים. עצם הפגיעה בפרטיותו של האדם, היא המעשה האסור. הפריצה למרחב**
9 **הפרטי וחשיפתו מציבה את האדם כאמצעי למילוי תכליותיו של החושף והפורץ.**
10 **הפרטיות, היא הגרעין הקשה של האוטונומיה האנושית. זהו המרחב בו מצוי כל**
11 **היקר לאדם, רגשותיו, מאוייו הפנימיים, סודותיו הכמוסים; כל אלו הם חלק**
12 **מהגרעין הקשה של הזכות לפרטיות. פגיעה באלו היא פגיעה אנושה בכבודו של**
13 **האדם."**

14
15 לניתוח פסק הדין בהיבט הפרטיות ראו: יעל ברוידא־בהט "מעבר לקהילתנות ולאינדיבידואליזם:
16 התפיסה המורכבת של משפחה ושל הזכות לפרטיות בתוך המשפחה" **משפט, חברה ותרבות ב'**,
17 311 (בעריכת מיכאל בירנהק, 2019).

18
19 משרד הביטחון סבור, כי אין בידיעה על עצם מיקומו של הנכה משום פגיעה בפרטיותו, אולם
20 משקבעתי כי לא כך הם פני הדברים, הרי אין כל הצדקה לפגיעה בפרטיות הנכים במסגרת המכרז.
21 הנכים, ובעיקר הנכים הקשים הזקוקים לליווי סיעודי במשך כל שעות היממה ממילא נפגעים
22 בפרטיותם, משום שהם נזקקים למטפל סיעודי צמוד. אין לפגוע בפרטיותם עוד, מעבר למתחייב
23 ממצבם. כיוון, שכאמור, יש לדאוג לפיקוח על המטפלים הסיעודיים, ניתן לחשוב על אופן החתמה
24 סלולרי, אך מבלי שזה יחשוף את מיקום העובד, שכן, חשיפת מיקום העובד תביא בהכרח לחשיפת
25 מיקומו של הנכה אותו הוא סועד.

26
27 טענתו המרכזית של משרד הביטחון לעניין זה היא כי המידע יישמר כנדרש, ולא יעשה בו כל שימוש
28 למעט פיקוח על המטפלים המלווים. הנכים מבין העותרים טוענים שלאור מקרי העבר הם אינם
29 סומכים על התחייבותו זו של משרד הביטחון. השאלה היא אם טענות לגבי שמירת המידע, מהוות
30 הגנה מספקת מפני עצם הפגיעה בפרטיות. לבחינת שאלה זו אפנה עתה.

31
32 **16.7. אבטחת מידע ופגיעה בפרטיות**

33 אין מחלוקת לגבי מרבית מאגרי המידע, שאם ייפרצו והמידע ייחשף תהיה בכך פגיעה עצומה
34 בפרטיות. נעשים מאמצים עצומים ומושקעים משאבים כמעט אינסופיים באבטחת מידע, אולם
35 ההנחה היא שעם מספיק משאבים ניתן לפרוץ לכל מאגר מידע. על כן יש לצמצם את המידע האגור
36 במאגרים או לחלקו כך שפריצה, אם תקרה, לא תביא לחשיפה של חומר רב מידי. בנוסף, בעידן ה-



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 big data, גם חשיפת פרטים לא מזוהים לכאורה (פרטים שהותממו), עלולה, ע"י הצלבת נתונים
2 להביא לזיהוי אדם ופגיעה בפרטיותו.

3
4 על הקשיים בהסדרת האבטחה, כמו גם על האפשרות לפגוע בפרטיות כתוצאה מחשיפת נתונים "לא
5 מזוהים" לכאורה עמדו שרון בר זיו וטל ז'רסקי במאמרם: "פרטיות במשבר זהות, אסטרטגיות
6 הסדרה בעידן ההתממה", **משפט חברה ותרבות** ב', 125 (2019), להלן: בר-זיו וז'רסקי, **פרטיות
7 במשבר זהות**). החשש הוא כי:

8 **"בעידן נתוני העתק מתעורר חשש מפני סכנות של תקיפת ההתממה [הסרת פרטים**
9 **מזהים] וביצוע של זיהוי חוזר (re-identification) וכתוצאה מכך - חשיפה אפשרית**
10 **של מידע אישי על ידי מי שלא אמור להיחשף אליו או להחזיק בו. תוקף פוטנציאלי**
11 **עשוי לנסות להצליב מידע מכמה מקורות כך שיוכל להתגבר ולו חלקית על מנגנוני**
12 **ההתממה, לזהות את המידע שבמאגר המותקף וליחס אותו לאדם ספציפי. מדובר**
13 **בחשש משמעותי וממשי נוכח ההתפתחות הטכנולוגית בתחום זה.... בהתחשב**
14 **בהיקפים של איסוף נתונים ושימוש במידע, סוגיות ההתממה והחשש מפני זיהוי**
15 **חוזר נהפכו לאחרונה לחשובות ורלוונטיות כמעט לכל גוף בישראל — פרטי וציבורי**
16 **כאחד — שבידו מידע בהיקף ניכר."**
17

18 לטענת המחברים, למרות הבעייתיות טרם נערך הליך של עיצוב מדיניות בנושא זה של התממה
19 (הסרת נתוני זיהוי) וזיהוי מחדש (ראו לעניין זה תזכיר חוק הגנת הסייבר ומערך הסייבר הלאומי,
20 התשע"ח-2018 והערות הגופים השונים לתזכיר זה: <https://www.gov.il/he/departments/news/cyberlawpublic>

21
22 במקרה זה על פי המכרז, נתוני ההתממה הסלולריים, לרבות מיקום, יועבר לכל הפחות לחברת
23 הבקרה שתוקם לצורך ביצוע המכרז, ולחברות המעסיקות, מה שמקשה עוד יותר על שמירת המידע
24 (ראו לעניין זה: רחל ארידור-הרשקוביץ ותהילה שוורץ-אלטשולר, **אתגר הפרטיות בפרסום יזום**
25 **של מאגרי מידע ממשלתיים**, 18 (2017) וכן: Jules Polonetsky, Omer Tene and Evan
26 Selinger, Consumer Privacy and the Future of Society, in **Cambridge Handbook of**
27 **Consumer Privacy** (Jules Polonetsky, Omer Tene, and Evan Selinger, eds, 2018).

28
29 אין בכוונתי להיכנס לשאלה האם המידע שייאסף יישמר באופן מיטבי, בעיקר משום שלבד
30 מאמירות כלליות לא הבהיר משרד הביטחון כיצד הדבר ייעשה, על ידי מי וכיצד מקרים שקרו בעבר
31 לא יישנו, מה גם שטרם נבחרה חברת בקרה, שבידה יהיו הנתונים.

32
33
34 היינו, גם אם מדובר בצעד נדרש לגבי העובדים, לא שוכנעתי, כי הדרך היחידה לפקח על נוכחות
35 המטפלים המלווים היא ע"י פגיעה בפרטיות הנכים. לעניין זה יש לחשוב על עיצוב טכנולוגיות
36 שייקחו בחשבון את עניין הפרטיות. לכך אפנה עתה.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1

2 **16.8. הפתרון: הנדסת פרטיות (Privacy by Design) - תכנון טכנולוגי שיאפשר דיווח של**

3 **המלווים על שעות עבודתם ללא פגיעה בפרטיות**

4 טכנולוגיות המידע מביאות עימן אתגרים חדשים ופגיעות מתמשכות בפרטיות. אחד הפתרונות

5 שנדון בשנים האחרונות הוא של הנדסת פרטיות (Privacy by Design), כלומר עיצוב המערכות

6 הטכנולוגיות מראש כך שיכללו הגנה על הפרטיות. ראו בהרחבה לעניין זה במאמרו של פרופ' מיכאל

7 בירנהק "הנדסת פרטיות ציבורית: המקרה של העברת מידע ממרשם האוכלוסין למפלגות", דין

8 ודברים י"ב, 15 (ינואר 2019, להלן: **בירנהק: הנדסת פרטיות**), לדבריו (בעמ' 17):

9

10 "ראוי לעצב את הטכנולוגיה מראש כך שתמזער ככל שאפשר את הפגיעה
11 בפרטיות... כל מערכת מחייבת התייחסות ספציפית מותאמת למטרותיה, למידע
12 שנאסף, ולהיבטי הפרטיות שעשויים להתעורר בה. האינטואיציה שביסוד הרעיון
13 של הנדסת פרטיות היא ש"סוף מעשה במחשבה תחילה": קל יותר להטמיע הגנה
14 על פרטיות במערכת טכנולוגית בשלב התכנון והעיצוב, מאשר לנסות להוסיף
15 אמצעים להגנת הפרטיות בדיעבד, שאז התיקון יקר ומורכב יותר, וכמובן מאוחר
16 מדי. את הנדסת הפרטיות ניתן להחיל בעת תכנון מערכות טכנולוגיות-חברתיות
17 חדשות, או בעת יישום טכנולוגיות קיימות בהקשר חדש."

18

19 ומוסיף בעמ' 30:

20 הנדסת פרטיות מסיטה את כובד המשקל ממשתמשת-הקצה אל המפתחת. במקום
21 שהמשתמשת תדע, תנסה לאתר פתרונות, ותגיב, הטכנולוגיה תעוצב מראש כך
22 שהפגיעה בפרטיות תמוזער. היתרונות של גישה זו הם שהגנת הפרטיות מותאמת
23 באופן מדויק יותר לטכנולוגיה שאוספת את המידע. המפתחות הרי מכירות את
24 הטכנולוגיה שפיתחו טוב מכל גורם חיצוני אחר. כך, הגנת הפרטיות אינה תלויה
25 באוריינות הטכנולוגית של המשתמשות. גם למפתחות הרעיון אמור לקסום: הטמעת
26 הפרטיות בשלב מוקדם תמנע קשיים בדיעבד."

27

28 הנדסת פרטיות מופיעה כיום במסמכי מדיניות רבים. ההצהרה המסכמת של הכנס הבין-לאומי

29 השנתי של נציבי הגנת הפרטיות בעולם שנערך בירושלים בשנת 2010, הוקדשה להנדסת הפרטיות.

30 "הצהרת ירושלים" הכריזה על הנדסת הפרטיות כמרכיב חיוני בהגנת הפרטיות ("essential

31 component of fundamental privacy protection") ראו לעניין זה: 32ed International

32 Conference of Data Protection and Privacy Commissioners, Jerusalem, 29 Oct.

33 (2010).

34

35 בדוח רשות הסחר האמריקנית (FTC – Commission Trade Federal) על הגנת הפרטיות במידע,

36 נכללו המלצות ברורות בעד מדיניות של הנדסת פרטיות (FTC, Protecting Consumer Privacy

37 in an Era of Rapid Change – Recommendations for Businesses and Policymakers 35

38 (2012)). ההמלצות כוונו לתאגידים, אך נותרו בגדר המלצות. כך, המודל האמריקני השאיר את



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 הבחירה בידי התאגידים, היינו, השאיר את הנושא להסדרת השוק. בניגוד לכך באיחוד האירופי
2 נקבע כלל מחייב בדבר הנדסת פרטיות. הרגולציה להגנת המידע האישי סעיף 25 ל-GDPR
3 General Data Protection Regulation (שנכנסה לתוקף בשנת 2018) מטילה חובה על הגורם
4 ששולט במידע (controller data), להטמיע אמצעים טכנולוגיים וארגוניים מתאימים ואפקטיביים
5 הן בשלב תכנון המערכת והן בשלב עיבוד המידע, היינו מחייבת תהליך של הנדסת פרטיות (ראו
6 בהרחבה לעניין זה: **בירנהק, הנדסת פרטיות** בעמ' 29-34, והאסמכתאות הרבות שם). בישראל
7 עדיין אין הנחייה של הרשות להגנת הפרטיות לעניין זה.

8
9
10
11 **בירנהק, הנדסת הפרטיות** עומד במאמרו על הסיבות בגינן לא זכה העניין להצלחה במגזר הפרטי,
12 אך סבור כי דווקא בזירה הציבורית: **"יש לתובנה זו סיכוי טוב להצליח"**. כלשונו (בעמ' 34):

13 **"בזירה הציבורית, הנורמה החוקתית מחייבת (בשונה מהמגזר הפרטי, שם תחולת**
14 **הדין החוקתי היא לכל היותר עקיפה), ובשונה מהמגזר הפרטי, האינטרס הכספי**
15 **אינו להשיא את הרווח."**
16

17 במקרה שלפניי קובע המכרז חובה לשכור את שירותיה של חברת בקרה, שבין היתר תדאג לתוכנה
18 המתאימה לעניין ההחתמה הסלולרית. מהשאלות והתשובות שניתנו ע"י משרד הביטחון עולה כי
19 חברה כזו טרם נשכרה, וכי יערך מכרז גם לעניין זה. לאור האמור, יש מקום לחייב במסגרת אותו
20 מכרז חברה כאמור, להטמיע את העקרונות של עיצוב הפרטיות, כך שהפגיעה בנכים ובעובדים תהיה
21 מינימלית. כך, למשל, ניתן לחשוב על פיתרון לפיו "ההחתמה הסלולרית" מחייבת הימצאות הנכה
22 עם המלווה בצמידות זה לזה בתחילת ובסוף המשמרת, מבלי שנשמרים נתוני המיקום כלל ועיקר.
23

24 כיוון שלא נבחנו חלופות כגון אלו, אזי לא ניתן לומר שנבחר האמצעי שפגיעתו הפחותה ביותר. על
25 כן יש לקבוע, ולעגן זאת גם במכרז עם חברת הבקרה, כי החתמה סלולרית תבוצע כך שלא תביא
26 לחשיפת מיקומם של הנכים, ותתוכנן כך שפרטיותם לא תפגע מעבר לנדרש.
27

17. השוואת ההצעות – רכיב המע"מ

28
29 העותרות תוקפות בעתירתן את דרך השוואת ההצעות (להלן: **"תנאי המע"מ"**) הקבועה במכרז.
30 היינו, האם יש להשוות בין מלכ"ר לבין חברה לעניין גובה ההצעה (כוללת או לא כוללת מע"מ).
31 במכרז נקבע במפורש כי השוואת ההצעות תיעשה על פי העיקרון של עלות למזמין. היינו, להצעת
32 המחיר של חברות בע"מ יתווסף מע"מ ואילו למציע שהינו מלכ"ר ופטור ממע"מ תחושב ההצעה
33 ללא תוספת מע"מ (סעיף 4.2 למכרז, בעמ' 9).
34



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 עוד נקבע במכרז כי על מציע הפטור ממע"מ לצרף אישור רואה חשבון לעניין זה. בנוסף, נקבע כי
2 אם יתברר לאחר הזכייה ולאחר הוצאת ההזמנה כי על העסקה חלה חובת תשלום מע"מ, הספק
3 יישא בעצמו בהוצאות המע"מ (סעיף 8.12 למכרז, בעמ' 11).

4

5

17.1 טיעוני הצדדים

6 **עיקר טענתן של העותרות** באשר לאופן החישוב היא כי אופן חישוב זה מפלה אותן לרעה לעומת
7 מלכ"רים, שכן, עליהן להוסיף להצעתן מע"מ, היינו הצעתם מתייקרת באופן אוטומטי בשיעור
8 המע"מ שהינו גבוה יחסית. העותרות מפנות בהקשר זה **לעניין אקים**, שם נקבע כי אמנם אחת
9 ממטרות המכרז היא הוזלת עלויות למזמין, אך עקרון העל בדיני מכרזים הוא עיקרון השוויון,
10 שנפגע במקרה זה. לטענתן, דרך השוואת ההצעות הקבועה בסעיף 4.2, המבדילה בין חברה בע"מ
11 לעומת מלכ"ר, מגשימה אך ורק את תנאי היעילות הכלכלית, ופוגעת בשוויון בין המועמדים
12 ובעיקרון התחרות ההוגנת, שכן על חברה בע"מ להגיש הצעה יקרה ב- 17% בשל ההכרח לכלול את
13 סכום המע"מ. לפיכך, משרד הביטחון אינו מותיר לחברה בע"מ סיכוי אמיתי לזכות במכרז ומציב
14 אותה בעמדת נחיתות ביחס למלכ"ר. המדובר, כך נטען, באפליה פסולה שכן אין כל שוני רלוונטי
15 בין עוסק מורשה למלכ"ר. לטענתן, הדרת חברות בע"מ מהשתתפות במכרז תביא לצמצום דרסטי
16 במספר המתחרים ולהצעות טובות פחות, הן איכותית, הן כספית.

17

18 אשר לסעיף השני טוענות העותרות, ראשית, כי אין די באישור רואה חשבון, ויש צורך באישור פקיד
19 שומה, ובעיקר, כי אם יסתבר כי מי שזכה במכרז אינו פטור ממע"מ כפי שחשב, יהיה עליו לספוג
20 את הוצאות המע"מ, כך שאת הצמצום בהכנסה יהיה עליו לגלגל לפתחם של העובדים.

21

22 העותרות מעלות טענות נוספות כגון העובדה שממילא המדינה זוכה במע"מ ועל כן אל לה להתחשב
23 במרכיב זה, כמו גם טענות בנוגע לפגיעה בחופש העיסוק.

24

25 **משרד הביטחון** טוען כי נקבע בפסיקה שאין מקום להביא את המציעים לאותה עמדת זינוק, וכי
26 עקרון של עלות למזמין מבחינת רכיב המע"מ אינו פוגע בשוויון.

27

28 לטענתו, עקרון זה נקבע בהוראות משרד הביטחון. כך, לפי הוראת תכ"מ 7.4.16 וכן לפי הוראת
29 משרד הביטחון 44.01, סעיף 111, המחיר לפיו תיערך השוואה בין הצעות במכרז יהיה הסכום הסופי
30 הכולל מע"מ או כל מס אחר שעל עורך המכרז לשלם לזוכה (לטענת משרד הביטחון לאור הבדלים
31 במיסוי השכר ואפשרות ניכוי מס תשומות, הפער אינו עומד על 17% אלא על שיעור נמוך מכך).

32

33 לטענת משרד הביטחון, על גוף ממשלתי להיות אדיש להתארגנות המציעים במכרז ועליו לבחור
34 בהצעה שתביא לחיסכון המרבי בתקציב המשרד, ולהשוות בין ההצעות בהתאם למחירן, שכן הצעה



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 יקרה יותר בהכרח פחות טובה עבור המזמין. בין המציעים קיימים אינספור הבדלים הנוצצים בשוני
2 ביניהם: צורת ההתארגנות, הוצאות החברה, מיקום גיאוגרפי, מאפיינים ניהוליים ועד, כולם
3 מביאים להבדלים בהוצאות. לדברי משרד הביטחון הוצאות אלה אינן מענייניו של המזמין ואין
4 לקחתן בחשבון, שכן המכרז אינו אמור להעמיד את המציעים בנקודת פתיחה שווה.

5
6 משרד הביטחון מפנה להגדרת "סכום העסקה" בתקנה 1 לתקנות חובת המכרזים במערכת הביטחון
7 לפיה סכום העסקה יהיה הסכום הנקוב בחוזה, כולל מסים. לטענתו, הפסיקה קבעה כי תנאי מסוג
8 זה אינו פוגע בשוויון ואינו מהווה אפליה פסולה, אלא מדובר בשוני רלוונטי בין המציעים השונים
9 אשר מביא לכך שהצעותיהם שונות, ומשרד הביטחון כמזמין ההצעה אינו יכול להתעלם מכך.

10
11 לטענת משרד הביטחון, יש לדחות את הטענה כי תשלומי המסים משולמים בסופו של דבר למדינה
12 ולכן אין לשכלל רכיב זה בבחינת ההצעות. מערכת המס במדינה הינה מערכת נפרדת העומדת בפני
13 עצמה. לא ניתן לקשור בין שיקולי המדינה כמזמינה במכרז לבין הסכומים שהיא גובה כמס. חבות
14 שונה במס יכול שתיווצר רק אם החוק או התקנות קובעים כך, ופטור שכזה לא קיים בנדון. משרד
15 הביטחון טוען לעניין זה כי היעדרות לבקשת העותרות תביא לכך שיש לנכות ממחיר ההצעות גם
16 מסים אחרים המשולמים ע"י המציעות, כל אחת בהתאם למאפייניה, כולל מס הכנסה, מסים
17 אישיים המשולמים ע"י בעלי תפקיד באותן חברות או כל הטבת מיסוי לה זכאי המציע.

18
19 אדון תחילה בטענה המרכזית הנוגעת לשוויון בין המציעים, ולאחריה בשאלה האם על המדינה,
20 להבדיל ממזמינים אחרים להתעלם ממרכיב המע"מ הנכנס לקופת המדינה.

21
22 **17.2. האם השוואת ההצעות לפי עלות למזמין מפלה שלא כדין בין חברות לבין מלכ"רים**

23 בפתח הדברים אציין כי השאלה אם התחשבות ברכיב המע"מ מבחינת עלות למזמין, מפלה בין
24 חברות בע"מ למלכ"רים במכרז, לא נדונה ישירות בפסיקת בית המשפט העליון (אף כי נדונה בעת"מ
25 (מינהליים י-ס) 60671-11-14 שח"ר שירותי חברה - רווחה - משפחה בע"מ נ' מדינת ישראל -
26 משרד הרווחה והשירותים החברתיים, פורסם בנבו, 2014, וכן בה"פ (מחוזי ת"א) 579/96 אפיק נ'
27 מדינת ישראל, משרד הביטחון, מיום 4.1.98 (לא פורסם, צורף כנספח לסיכומי משרד הביטחון).

28
29 בית המשפט העליון דן בשאלה אילו רכיבים יש לקחת בחשבון כאשר קובעים מיהו מלכ"ר (בע"א
30 767/87 עמותת "בשערייך ירושלים" נ' מנהל המכס ומע"מ, מד(4) 800 (1990) (להלן: עניין עמותת
31 בשערייך ירושלים)); האם על תקצוב מוסדות לכלול מע"מ (עניין אנקורי), והאם על עורך מכרז
32 להביא את המתמודדים לאותה עמדת זינוק (עע"מ 1847/06 בזק החברה הישראלית לתקשורת
33 בע"מ נ' מדינת ישראל משרד האוצר החשב הכללי, פורסם בנבו, 2007, להלן: עניין בזק). כן דן
34 בית המשפט בעניין אקי"ם, במקרה דומה בו נשאלה השאלה האם ניתן להפלות ברכיב התמורה



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 בין מלכ"רים לחברות בע"מ. בכל העניינים הללו יש קביעות היפות לענייננו, אולם העניין, לגופו, לא
2 הוכרע.

3
4 טרם אסקור את הפסיקה אדגיש כי אין מחלוקת שעקרון העלות למזמין מביאה לחסכון בעלויות,
5 כן אציין כי הוראות משרד הביטחון, עליהן אעמוד בהמשך, קובעות במפורש כי יש להשוות את
6 ההצעות מבחינת העלות למזמין. אולם, השאלה היא, האם עיקרון השוויון העומד בלב דיני
7 המכרזים, אינו מחייב, במקרה של מכרז שמתמודדים בו הן מלכ"רים, הן חברות בע"מ, לקבוע
8 אחרת.

9
10 17.2.א. הפסיקה שלעניין

11 כפי שציינתי קיימים מספר פסקי דין בהם קביעות הרלבנטיות לענייננו, אסקור אותם להלן,
12 ואבהיר, מדוע לטעמי, יש ללמוד מפסק הדין בעניין אקיים כי בחינת ההצעות לפי עלות למזמין,
13 מפלה שלא כדין בין חברות למלכ"רים.

14
15 **בעניין עמותת בשערייך ירושלים** נקבעו המבחנים לסייוג בין פעילות עסקית של מלכ"ר שתחוייב
16 במע"מ לבין פעילות שאינה כזו. הצדדים חלוקים בשאלה, האם פעילות העמותות במסגרת המכרז
17 שבנדון מהווה פעילות עסקית אם לאו, בכך אדון בהמשך. אולם, כל שקובע פסק הדין הינו כי
18 עמותות רשאיות להפיק רווחים אגב פעילותן השוטפת, והן אף רשאיות לקיים פעילות רווחית כדי
19 לממן פעילות אחרת של העמותה שאינה רווחית. נפסק כי כיון שהן חברות, הן עמותות יכולות
20 לעסוק גם בפעילות "עסקית" וגם בפעילות "ציבורית", הרי שלצורך קביעת חבויות המס, צורת
21 ההתאגדות לבדה אינה מכרעת ויש לבחון את טיבה של הפעילות הממוסה. בפסק הדין נקבעו
22 מבחנים לצורך סיווג זה.

23
24 בע"א 1828/93 י.ש.י את שדי חברה לעבודות בניה, חפירה ופיתוח בע"מ נ' שמחה אוריאל ובניו,
25 פורסם בנבו, 1995, להלן: "עניין י.ש.י." נקבע, כי ערבות בנקאית ששיעורה נגזר (כאחוז) מערך
26 ההצעה, צריך שתביא בחשבון גם את רכיב המע"מ (פסקה 12 לפסק הדין):

27 "עיון בכל נסיבות העניין אינו מותיר ספק כי הפירוש הראוי לביטוי 'ערך ההצעה',
28 הוא שההצעה חייבת לבטא את המחיר המלא כולל מע"מ, שהרי רק כך יהא בו ביטוי
29 ברור לסכום שעל העירייה לשלם לקבלן אשר יזכה במכרז, בגין העבודות שיבצע.
30 סכום זה הינו מטבע הדברים מורכב ממחיר השירות נשוא המכרז ומסכום מס ערך
31 מוסף כמתחייב על פי דין...".

32
33 ובהמשך:

34 "מרכיב זה [רכיב המע"מ] הוא חלק אינטגרלי מהתמורה אותה תשלם העירייה
35 לקבלן והדברים בולטים במיוחד על רקע היות העירייה מלכ"ר אשר על פי חוק מע"מ
36 אינו זכאי לנכות מס תשומות".

37



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 אין מחלוקת כי המע"מ הוא חלק מהתמורה שעל המזמין לשלם, וכי, כפי שציינתי, העלות למזמין
2 תהיה נמוכה יותר, אם התחשיב ייעשה לפי התמורה בפועל. אלא שבעניין זה השאלה נגעה למה יש
3 לקחת בחשבון מבחינת מחיר ההצעה, ולא הייתה התייחסות למקרה כמו זה שלפניי, בו יש
4 מתמודדים שחלקם חייבים בתשלום מע"מ וחלקם לא.

5
6 **בעניין בזק** נטען כי אמנם בזק נמצאת בעמדת נחיתות כי מכוח רישיון בזק תעריפיה גלויים, אך
7 המכרז אינו מחייב להציב את כל המתמודדים בעמדת זינוק אחידה, והבדלים בין המשתתפים, ככל
8 שהם נוגעים לפרמטרים שהינם חיצוניים למכרז, אינם יכולים על כן להיחשב כפגיעה בעיקרון
9 השוויון ובלבד שתנאי המכרז עצמם שומרים על תחולה שוויונית והוגנת של הדרישות כלפי כלל
10 המשתתפים. אולם, במקרה שלפניי השאלה האם אכן יש תחולה שוויונית מבחינת דרישות המכרז.

11
12 בבג"ץ 2979/09 **מפעלי אנקורי (1971) בע"מ נ' משרד החינוך** (פורסם בנבו, 2010, להלן: **"עניין**
13 **אנקורי"**, בפסקה 9), טענה העותרת כי מדיניות התקצוב של משרד החינוך, המתקצב באופן אחיד
14 מוסדות ללא כוונת רווח (מלכ"רים) וחברות בע"מ יוצרת הפליה, שכן על אף שמבחינה פורמאלית
15 העותרת מקבלת את אותו תקצוב שלו זוכים מוסדות המאוגדים כמלכ"רים, הרי שבפועל, היא
16 נאלצת "להשיב" חלק מן התקצוב לקופת המדינה בשל חיובה במע"מ, שעה שחובה זו איננה מוטלת
17 על מוסדות חינוך המאוגדים כמלכ"רים. לטענתה, התוצאה בפועל היא שביט-ספר רשמי מקבל
18 תמיכה גבוהה יותר בגין כל תלמיד לעומת בית ספר פרטי על אף שלא זו היתה כוונת המחוקק.

19
20 בית המשפט דחה טענה זו בקובעו, כי מודל תקצוב שאינו מבדיל בין דרכי התאגדות שונים (עוסק
21 מורשה או מלכ"ר) לעניין חבות המס החלה עליהם, הנו סביר ואינו מקים עילה להתערבות בית
22 המשפט. אופן ההתאגדות, ציין כב' השופט פוגלמן, נתון לבחירת מפעיל בית הספר ויש להניח כי זו
23 נבחרה בתשומת לב, תוך התחשבות בהשלכותיה השונות, לרבות השלכות המס (שם, פסקה 9).

24
25 עוד נקבע כי צורת ההתאגדות אינה צריכה להשפיע על תקצוב פעילות על ידי המדינה, כי מתכונת
26 ההתאגדות היא נתון חיצוני למנגנון התקצוב ולתכלית המכרז, וכי מדובר במודל שוויוני שאינו
27 מקים עילה להתערבות של בית המשפט.

28
29 אולם, באותו עניין דובר בתקצוב המדינה למוסדות אלו, ובית המשפט קבע כי על כל גוף לכלכל את
30 צעדיו בהתאם לתקציב שקיבל, ובלשונו של בית המשפט:

31 **"התקצוב הוא שוויוני ואחיד, ולכל אחד מן המוסדות הזכאים לקבלתו מסור שיקול**
32 **הדעת כיצד לכלכל את צעדיו במסגרת התקציב הנתון. מודל התקצוב עצמו איננו מפר,**
33 **אם כן, את עקרון השוויון ואין בו משום הפליה של העותרת לרעה" (פסקה 11).**



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 עניין זה שונה מענייננו, כיון ששם כלל הגופים היו זכאים לתקצוב, כאשר כאן, גוף שלא יזכה לא
2 ייכלל כלל במסגרת המכרז.

3
4 בעע"מ 8340/04 מורדן- שירותי גבייה וייעוץ לרשות בע"מ נ' איגוד ערים לשירותי כבאות אילת-
5 אילות, פורסם בנבו, 2005 להלן: "עניין מורדן", קבע בית המשפט העליון, בין היתר בהסתמך על
6 עניין י.ש.י, כי בחינת ההצעה הזולה ביותר צריך שתעשה על רקע התכלית של חסכון בכספי ציבור
7 כך שיתאפשר למזמין להזיל, ככל האפשר, את עלות ביצוע העבודה נשוא המכרז. רכיב המע"מ, כך
8 נקבע, הנו חלק אינטגרלי מהתמורה המשתלמת על-ידי המזמין למציעים במכרז, והתעלמות ממנו
9 עשויה להביא למצב שבו המזמין ישלם תמורה יקרה יותר רק בשל כך שנמנע ממנו להביא בחשבון
10 בבחינת ההצעות את העובדה שמציע זה או אחר אינו פטור מתשלום ממע"מ. עצם העובדה, כך
11 נקבע, שמתחרה אחד נהנה מיתרון עקב הטבה שניתנה כדין, אינה מקימה עילה לשלול את זכותו
12 להתחרות באחרים, שלהם לא הוקנתה זכות כאמור, לפחות כל עוד התחרות אינה נוגדת את
13 הרציונאל שבבסיס מתן ההטבה. זאת, להבדיל מהעדפה שניתנה לאחד המתחרים שלא כדין או תוך
14 העדפה פסולה. אולם, עניין מורדן עסק בגביית מע"מ עבור שירותים הניתנים באילת, ולפיכך כל
15 מתמודד במכרז יכול היה להימנע מהוספת מע"מ להצעת המחיר שלו לו רק היה נוקט בהליכי
16 רישום פורמאליים. בנוסף, נפלו פגמים אחרים במכרז באותו עניין, ובחינת המכרז נעשתה לאחר
17 פתיחת ההצעות מה שמגביל את היקף ההתערבות ממילא.

18
19 **בעניין אקי"ם**, הודגשה חשיבותו ומרכזיותו של עיקרון השוויון בדיני המכרזים בין חברות
20 ועמותות, תוך העדפת עיקרון זה על פני עיקרון התועלת הכלכלית. בפסק הדין נדון מכרז שערך
21 משרד הרווחה והשירותים החברתיים לרכישת שירותי דור בקהילה לאנשים עם מוגבלות שכלית-
22 התפתחותית. במכרז נקבע כי התמורה שתשולם לזכות תחושב על בסיס תעריפים אחידים שיכסו
23 את מלוא העלויות הכרוכות בהפעלת המסגרות, ובנוסף, נקבע כי רק החברות שזכו במכרז, יזכו
24 לתשלום 4% נוספים על התמורה המחושבת לפי התעריפים האחידים, בגין "מרכיב רווח", ואילו
25 לעמותות יעמוד מרכיב הרווח על 0%. בית המשפט לעניינים מינהליים קיבל את עתירת העמותות
26 שטענו כי תשלום מרכיב הרווח לחברות בלבד הוא בבחינת הפליה פסולה, דחה את טענות משרד
27 הרווחה לעניין קיומו של שוני רלוונטי בין חברות לעמותות, והורה למשרד הרווחה לשלם גם
28 לעמותות תוספת בגובה 4% בגין מרכיב הרווח. בית המשפט העליון דחה הערעור שהגיש משרד
29 הרווחה. לאחר שעמד על השונות הכללית בין חברות לבין עמותות, לרבות בהסדרי המס החלים
30 עליהן, קבע בית המשפט כי שונות זו אינה רלוונטית לצורך קביעת התמורה המשולמת, ואינה
31 מצדיקה את האבחנה שקבע המזמין. בית המשפט הדגיש כי עקרון השוויון הוא עיקרון העל בדיני
32 המכרזים, ולפיכך מדובר בהפליה. כבי' השופט עוזי פוגלמן עומד על השאלה מה הדין כאשר עקרון
33 החיסכון הכספי (העלות למזמין) מתנגש עם עקרון השוויון. גם **בעניין אקי"ם**, תשלום נוסף
34 לעמותות היה מביא להוצאה ניכרת למדינה.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1

2

בפתח דבריו עומד כב' השופט עוזי פוגלמן על תכליות דיני המכרזים (שם בפסקה 6):

3

"כידוע, שתי תכליות מרכזיות עומדות ביסוד המכרז הציבורי. האחת עניינה שמירה על הגינות ועל טוהר המידות על ידי מתן הזדמנות שווה לכל המציעים; האחרת עניינה התקשרות בעסקה היעילה ביותר עבור הרשות, תוך חיסכון מרבי בכספי הציבור. תכליות אלו משקפות את שני כובעיה של הרשות הציבורית הפועלת בשוק הפרטי. בכובעה המינהלי מחויבת הרשות לעקרונות השוויון וההגינות.....מנגד, בכובעה הפרטי חותרת הרשות, ככל "שחקן עסקי", למקסם את התועלת הכלכלית הגלומה בעסקה".

10

11

בהמשך עומד השופט פוגלמן על כך שפעמים: "ההקפדה על עיקרון השוויון עשויה לפגוע ביעילותה

12

הכלכלית של העסקה בגדרי מכרז מסוים" (שם בפסקה 7), מציב את השאלה לדיון (שם):

13

"במקרים מסוימים ניצבות תכליות אלו במתח זו מול זו, כאשר נראה כי כיצד יש להכריע במצבים

14

שכאלה?"; ומשיב (שם):

15

"בפסיקתנו שלטת הגישה כי ככלל, בהתנגשות שבין שתי התכליות, יש להעדיף את עיקרון השוויון על פני מיצוי הפוטנציאל הכלכלי שבעסקה. זאת נוכח התפיסה שלפיה הקפדה דוקנית לאורך זמן על עיקרון השוויון תגביר את אמון הציבור במנגנון המכרזי; תעודד את ההשתתפות במכרזים; תגדיל את כמות ההצעות הטובות שיוגשו בכל מכרז ומכרז; ובסופו של דבר תגביר את התועלת הכלכלית המצרפית של שיטת המכרזים בכללותה...".

20

השופט פוגלמן עומד על ביקורת שנמתחה בספרות על גישה זו, אך מדגיש כי רשות ציבורית חייבת

22

לאזן בין אינטרסים, ולמעשה דוחה את הביקורת בקובעו (שם בפסקה 9 לפסק דינו): "בגדרו של

23

איזון זה, ולפי ההלכה שהתבססה בפסיקתנו, יש ליתן חשיבות מיוחדת לעיקרון השוויון, שהוא

24

"נשמת אפו של המכרז הציבורי" (עוד ראו לעניין זה: ע"מ 3813/11 טלדור מערכות מחשבים

25

(1986) בע"מ נ' מלם מערכות בע"מ, (פורסם בנבו, 2012, פסקה 14 והאסמכתאות שם; דפנה ברק-

26

ארז, משפט מינהלי כלכלי 38-39 (2013); ברק מדינה "החיפוש אחר תיאוריה של דיני מכרזים

27

בישראל – ספרו של עומר דקל: מכרזים" עלי משפט ד 359, 364 (2005)).

28

29

בהמשך פסק דינו עובר כב' השופט פוגלמן לבחון האם יש מקום להבחנה בין מלכ"ר לחברה בע"מ

30

לעניין התמורה ועומד על ההבדלים ביניהן (בפסקאות 11-12):

31

"כידוע, ישנם מקרים בהם "חזקה" על ההבחנה שננקטה כי היא בלתי רלוונטית. כך, ככלל, כאשר ביסוד ההבחנה סיווג קבוצתי "חשוד" דוגמת דת, גזע, לאום או נטייה מינית. ואולם, הבחנה עשויה להיות בלתי רלוונטית גם אם איננה מבוססת על סיווג "חשוד" כאמור, אך ביסודה טעם לא ענייני או שיקול זר לעניין הנדון..... זאת ועוד, שוני יכול שיהיה רלוונטי לעניין אחד ולא רלוונטי לעניין אחר, שכן שאלת הרלוונטיות היא תמיד תלויה הקשר....כדי להכריע בשאלה אם בין חברות לבין עמותות ישנו שוני רלוונטי לצורך קביעת התמורה המשולמת עבור הפעלת המסגרות, יש לעמוד תחילה על השונות הכללית בין חברות לבין עמותות הנוגעת לענייננו. חברות ועמותות נבדלות זו מזו במטרת ההתאגדות. תכלית פעילותה של החברה העסקית הוא השאת רווחיה (סעיף 11(א) לחוק החברות, התשנ"ט-1999). לעומת זאת, חוק העמותות, התש"ס-1980 קובע כי עמותה יכולה לפעול להגשמתה של כל מטרה חוקית שאינה חלוקת רווחים בין חבריה ושמטרתה העיקרית אינה עשיית

42



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 רווחים (ראו סעיפים 1 ו-34 לחוק). לצד זאת, יש לציין כי עמותות רשאיות להפיק
2 רווחים אגב פעילותן השוטפת, והן אף רשאיות לקיים פעילות רווחית כדי לממן
3 פעילות אחרת של העמותה שאינה רווחית שנית, חברות ועמותות נבדלות זו מזו
4 בהסדרי המס החלים עליהן שונות זו מבטאת את ההבדלים במאפייני הפעילות
5 הכלכלית של כל אחת מצורות ההתאגדות, והיא נועדה להבטיח גביית מס ... ברם,
6 יש להדגיש כי כל אחת מצורות ההתאגדות יכולה לעסוק הן בפעילות "עסקית", הן
7 בפעילות "ציבורית".

8
9 מכאן עובר השופט פוגלמן לבחון האם הבדלים אלו מצדיקים את השוני בתמורה, ומשיב בשלילה
10 (פסקאות 14-15). דבריו אלו יפים גם למקרה שלפניי :

11 "מכאן לנימוק השני. מוכן אני להניח כי יש חברות שבחרו שלא להשתתף במכרז
12 משום שהעסקה שהוצעה לא כללה "שולי רווח".... יתכן שעמותות מסוימות נמנעו
13 מהשתתפות במכרז נוכח היעדרם של "שולי רווח" מן העסקה שהוצעה במסגרת
14 המכרז. ואולם, גם אם אניח, לצורך דיוננו, כי חברות ועמותות שונות זו מזו בנוגע
15 לתמריץ הכלכלי להשתתף במכרז, אינני סבור כי שונות זו רלוונטית לצורך קביעת
16 התמורה שמשלם המערער. התמורה המשתלמת לחברות ולעמותות עבור הפעלת
17 מסגרות הדיוור בקהילה צריכה להיקבע על פי ערכו, טיבו ואיכותו של השירות
18 הנרכש על ידי המערער. הואיל ובענייננו חברות ועמותות מספקות למערער שירות
19 זהה, עליהן לזכות לתמורה אחידה בגינן, כפי שנקבע מלכתחילה במסגרת מודל
20 התעריפים האחידים.... התמריץ הכלכלי של כל אחת מצורת ההתאגדות הוא שיקול
21 חיצוני לתכלית המכרז – לספק שירות שווה באיכותו, על פי סטנדרטים מקצועיים
22 וטיפוליים שקבעו גורמי המקצוע המתאימים וביגינו יש לשלם תמורה שווה".
23 (הדגשה שלי – מ' א' ג').
24

25 אני סבורה כי עיקרון השוויון מחייב להשוות את ההצעות ללא רכיב המע"מ. אמנם, מבחינת העלות
26 למזמין זו נמוכה יותר ככל שמדובר במלכ"ר הפטור ממע"מ, אולם, כפי שנפסק, עקרון השוויון גובר
27 (ראו לעניין חובת השוויון בשלבי המכרז השונים : דפנה ברק-ארז, משפט מינהלי כרך ב 686 (2010)).
28 כפי שמסכם כב' השופט עוזי פוגלמן בעניין אקיי"ם (בפסקה 14) :

29 "לפיכך, הבחנה בלתי רלוונטית בין המשתתפים במכרז על שלביו השונים – בין
30 המציעים בשלב התחרות, ובין הזוכים בתום המכרז – עשויה לעלות כדי הפליה
31 פסולה".
32 (הדגשה שלי – מ' א' ג').
33

34 התעלמות משאלת המע"מ מהווה הבחנה בלתי רלוונטית בשלב המציעים ובחירת הזוכה.
35

36 17.2.ב. הוראות משרד הביטחון

37 תקנה 1 לתקנות חובת המכרזים מערכת הביטחון, מגדירה את "סכום העסקה" כ"סכום הנקוב
38 בחוזה, כולל מסים".

39
40 בהוראת משרד הביטחון מס' 44.01 שכותרתה "בחירת ספקים במכרז רגיל מוצרים ושירותים-
41 הוראת יסוד" אשר פורסמה ביום 16.5.93 (העתק ההוראה צורף כנספח 2 לתגובת משרד הביטחון
42 מיום 27.2.18) נקבע בסעיף 111 תחת הכותרת "התקשרות עם ספק שהוא מלכ"ר" כי :



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 "במכרז שמשותף בו ספק שהוא מלכ"ר, תיעשה השוואת ההצעות כלהלן:
2 א. ההשוואה תיעשה בין סכום ההצעות כולל מיסים.
3 ב. הנ"ל בהתאמה עם הגדרת סכום העסקה" בסעיף 1 לתקנות חובת המכרזים
4 (התקשרויות מערכת הביטחון), התשנ"ג-1993, דהיינו: "סכום הנקוב בחוזה כולל
5 מיסים".

6
7 בנוסף, בהוראת משרד הביטחון מס' 40.022 שכותרתה "תהליכי הוצאת בל"מ ובחירת ספקים
8 לרכש מוצרים, שירותים ועבודות אחזקה" (שעודכנה ביום 31.5.16), קובע סעיף 38 (תחת הכותרת
9 "שילוב המע"מ בהליכי מכרז") לאמור:

10 "להלן יפורטו הכללים לשילוב המע"מ בהליכי המכרז:
11 א. ככלל, כל עסקה במדינת ישראל חייבת במע"מ למעט נושאים שהוחרגו בחוק
12 המע"מ תשל"ו-1975.
13 ב. התקשרויות שהוחרגו מחובת תשלום מע"מ הן: סוג מוצר/שירות- פירות וירקות,
14 אזור גיאוגרפי בו מתבצעת המכירה- אילת, מוכר הטובין/שירות- מלכ"ר.
15 ג. בסכום ההתקשרות (העסקה) יש לכלול את סכום המע"מ, ...
16 ד. ככלל מחירי פריט בשלבי הרכש יהיו רשומים ללא מע"מ, והשוואת הצעות
17 ספקים במכרז תיעשה על בסיס מחירים אלה.
18 ה. במקרה בו משתתפים במכרז שני סוגי ספקים: שחייבים ושאינם חייבים
19 בתשלום מע"מ, השוואת ההצעות במכרז תעשה בהתאם לסכומים אותם ישלם
20 המשרד בפועל".

21
22 בעע"מ 7335/10 קצין התגמולים נ' משה לופו (פורסם בנבו, 2013), נקבע כי על הוראות משרד
23 הביטחון לסגת בפני עיקרון השוויון, על כן אין בהוראות אלו כדי להכריע במקרה שלפניי (עוד ראו
24 לעניין זה: עע"מ 3550/15 משרד הביטחון האגף לשיקום נכים נ' פלוני, פסקה 29, פורסם בנבו,
25 30.05.2016).

26
27 לכאורה, היה מקום להורות על ביטול הוראות אלו מכוח עיקרון השוויון. אולם כיון שמדובר
28 במכרז, והוראות אלו לא עמדו במרכז הדיון, הרי שלאור העובדה שרשות המסים הוציאה חוזר
29 ממנו ניתן ללמוד כי ממילא ככל הנראה תחויב הפעילות במס, וכיון שאני סבורה כי על המלכ"רים
30 להביא אישור פקיד שומה, הרי שאין צורך להכריע בכך. די אם אציין כי במקרה שלפניי, כיוון
31 שמדובר במכרז עתיר כוח אדם, יש לעמוד על כך שההצעות תשווינה, ולו בשל הצורך שלא לפגוע
32 בעובדים. עם זאת, יפה ייעשה משרד הביטחון אם ישנה את ההוראות ברוח זו, בעיקר לאור הוראות
33 חוזר חדש של רשות המסים, בו אדון להלן.

34
35 ג.17.2. חוזר רשות המיסים – השוואה בין מלכ"רים לחברות המתמודדות במכרזים
36 אולם, גם אם יהיה מי שיסבור אחרת לעניין ההפליה, הרי הוראת שלטונות המס, בנוגע לסיווג
37 פעילות עמותות כפטורה ממע"מ, ממילא מביאה למסקנה כי ככל הנראה פעולות העמותות במקרה
38 זה לא יסווגו כמלכ"ר, ועל כן, יהיה עליהם לשלם מע"מ בכל מקרה, כך שממילא ההצעות תהיינה
39 שוות.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1
2 העותרות הפנו בעניין זה לחוזר רשות המיסים מיום 11.1.18 שכותרתו "שאלת האפליה
3 בהתמודדות במכרזים או פעילות המבוצעת הן ע"י מלכ"רים והן ע"י עוסקים". בתחילת החוזר
4 תואר הרקע להנחיה:

5 "בשנים האחרונות אנו עדים לתופעה לפיה מוסדות ציבור או מוסדות ללא כוונת רווח
6 (להלן – "מלכ"רים") מנהלים פעילות עסקית אשר מטרתה הינה קידום הפעילות
7 הציבורית של אותו גוף. חלק לא מבוטל מהפעילות העסקית האמורה לעיל הינו
8 באמצעות שירותים הניתנים למשרדי הממשלה השונים ו/או רשויות או מועצות
9 מקומיות, כאשר ההתקשרות מבוצעת בשיטת המכרז. בשל השוני בשיעורי המס
10 החלים על עוסק ועל מלכ"ר (17% מס עסקאות ו-7.5% מס שכר בהתאמה) נוצר
11 למלכ"ר יתרון מובנה לפיו המחיר המוצע על ידו נמוך מהמחיר המוצע על ידי
12 העוסק".

13
14 בהמשך החוזר עומדת רשות המיסים על חובת המכרז, וכן על כך שבתחומים מסוימים, ביניהם
15 סיעוד, ניגשים למכרזים הן מלכ"רים הן חברות. החוזר עומד על המבחנים שנקבעו בעניין עמותת
16 בשערייך ירושלים, לעניין האבחנה בין פעילות של מלכ"ר בפעילות עסקית או בפעילות מלכ"רית,
17 כאשר אחד המבחנים הוא תחרות בשוק הרלבנטי. לאור האמור נקבע בחוזר כך:

18 "לאור העובדה, כי אחד המבחנים המהותיים לשאלת הסיווג הינו המבחן לפיו יש
19 לבדוק האם סיווג פעילותו של הגוף כמלכ"ר אינה מהווה גורם תחרותי לעסקים
20 אחרים באותו תחום וכפועל יוצא היא אינה מביאה להפליה לטובה של המלכ"ר
21 בהשוואה לאותם עסקים, בנוסף, החלת שיעורי מס שונים על כל אחד מהמתחרים
22 יש בהם כדי להשפיע על גובה הצעת המחיר אשר יתכן כי תשפיע על זהות הזוכה
23 במכרז, ועל מנת לשמור על ניטרליות מיסויית הרינו להודיע, כי במקרים בהם
24 המדינה ו/או כל זרוע אחרת שלה תפרסם מכרז ובין מגישי הצעה למכרז יהיו גם
25 גופים המסווגים כמלכ"ר וגם גופים המסווגים כעוסק לעניין החוק, ויתברר כי
26 מטרת פעילות המלכ"ר המתמודד במכרז היא לשם השגת רווחים (גם לשם השגת
27 רווח זמני אשר ישמש את המלכ"ר בפעילותו המלכ"רית), תפעל רשות המיסים
28 לשינוי הסיווג של המלכ"ר לעוסק, בשל הפעילות האמורה עם כל המשמעויות
29 הכרוכות בשינוי הסיווג."
30

31 מטרת ההוראה הוא בדיוק ליצור מצב בו אין אבחנה מבחינה מיסויית כאשר מבוצעת אותה
32 פעילות, ומתמודדים במכרז חברות לצד מלכ"רים. סביר להניח כי לאור הוראה זו הפעילות של
33 המתמודדות השונות במכרז תסווג כעסקית לצורך העניין, גם אם מדובר בגוף המוגדר, ככלל
34 כמלכ"ר, ועל כן גם מסיבה זו יש להשוות את ההצעות.

35
36 זאת ועוד, אין מקום כי המדינה תדבר בשני קולות באותו עניין. קול אחד בחוזר רשות המיסים,
37 המחייב השוואה בין חברות למלכ"רים במכרזים, לבין הוראות משרד הביטחון, המחייבות להשוות
38 את ההצעות לפי עלות למזמין.

39
40 יש להדגיש לעניין זה כי לאור הוראת סעיף 8.12 למכרז, לפיה ככל שלאחר הזכייה יתברר כי על
41 הזוכה לשלם מע"מ, יהיה עליו לספוג הוצאה זו, ברי כי מרווח הרווח של הזוכה יצטמצם, ושוב



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 נעמוד בפני אותן חששות עליהם עמדתי לעיל באשר לשכר העובדים ותנאיהם. לעניין זה גם אם
2 אקבל את טענת משרד הביטחון לפיה חובת תשלום המע"מ תושת רק לעניין רכיב העמלה העומד
3 על 4.5%, הרי שלאור היקף ההתקשרות, עדיין יש בכך סכנה.

4
5 לאור האמור אין צורך לדון ביתר טענות העותרות (כמו פגיעה בחופש העיסוק והטענה לפיה כאשר
6 מדובר במדינה, הגובה מע"מ, אין להתחשב במרכיב המע"מ).

7
8 **17.3. הדרישה לצירוף אישור פקיד שומה**

9 **מוסיפות העותרות וטענות,** כי אף ככל שלא ייפסל תנאי המע"מ, אזי יש לקבוע תנאי סף שידרוש
10 מכל מציע המבקש להתחרות במכרז כמלכ"ר הפטור ממע"מ להציג אישור פקיד שומה, ואין לסמוך
11 לעניין זה על תצהיר רואה חשבון ולפיו המלכ"ר פטור מתשלום מע"מ, שכן המדובר בהצהרה
12 בעלמא, כאשר אין למשיב כל דרך לדעת במועד הגשת ההצעה האם תעמוד במבחן המציאות.

13
14 לטענתן, ככל שרשויות המס יסברו בסוף, כי בניגוד להצהרת רוח"ח המלכ"ר כן מחוייב במע"מ בגין
15 פעילותו נשוא המכרז אזי לא תהא דרך להשיב הגלגל לאחור, והיות ובהתאם לסעיף 8.12 יחוייב
16 הזוכה לשאת בעצמו במע"מ, יביא הדבר לכך שהצעתו תהא גרעונית, על כלל הנובע מכך. בחירת
17 הצהרה על בסיס מצג שיתברר בעתיד כמצג שווא לא אמיתי אף פוגעת בשוויון.

18
19 בנוסף, לטענת העותרות, משרד הביטחון אף יוצר בכך במודע תמריץ למציעים להשתמש בפטור
20 פיקטיבי ממע"מ ביחס לפעילות נשוא המכרז על מנת שיוכלו להציע מחירים אטרקטיביים יותר
21 במסגרת הצעתם.

22
23 **לטענת משרד הביטחון,** אין זה מתפקידו, אחריותו או סמכותו להיכנס לנבכי פעילותו של מציע זה
24 או אחר ולקבוע מעמדו המשפטי טרם הגשת ההצעה במכרז. תצהיר רואה חשבון די בו לעניין זה,
25 ואין צורך באישור פקיד שומה שכן הקריטריונים לסיווג עוסק/מלכ"ר נקבעו בפסיקה והינם ידועים
26 ומושרשים.

27
28 עוד טען משרד הביטחון, כי חזקה על רואה חשבון שהינו בעל השכלה מתאימה שידע לבצע ניתוח
29 הקריטריונים שבפסיקה ולקבוע האם יש לסווג הפעילות נשוא המכרז ככזו החייבת במע"מ. כמו
30 כן, חזקה על כל מציע כי יבחן את מצבו המשפטי טרם הגשת הצעה למכרז, יבצע את הבדיקות
31 הנדרשות ויגיע למסקנה בדבר סיווגו לעניין המע"מ. הנחת המוצא של העותרת כי הצהרות של מציע
32 זה או אחר באשר לסיווגו כמלכ"ר עשויות להתברר כשגויות- הינה הנחה שלא ברור על אילו נתונים
33 נשענת ומבוססת.

34



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 מקובלת עלי טענת המערערות, ולפיה נוכח ההשלכות העשויות להיות להצהרה שתתברר בדיעבד
2 כהצהרת שווא שאינה נכונה (ולעניין זה כמובן אין משמעות לשאלה האם נובע הדבר מרשלנות
3 המציע או רה"ח מטעמו או מסיבה אחרת) על זכויות העובדים (ובעניין זה ראו בהרחבה הדין לעיל
4 בנוגע להשלכות הנובעות מהצעה גירעונית על זכויות עובדים במכרזים עתירי כוח אדם), אין זה
5 סביר להסתפק באישור רואה חשבון ולסמוך על הסיווג שיערוך.

6
7 כך ככלל, כך ודאי לאור ההוראה החדשה של שלטונות המס לפיה, כדי למנוע אי שוויון במכרזים,
8 יסווגו גם מלכ"רים במקרים של מכרז בו הם מתחרים בחברות, כעוסקים לעניין המכרז. אמנם נכון
9 הוא כי אין זה מתפקידו של משרד הביטחון להיכנס לנבכי פעילותו של מציע זה או אחר, ואולם
10 אישור פקיד שומה (בהתאם להליך הקבוע בסעיף 158 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש]) ימנע את
11 הצורך בכך שכן הרשות האמונה על סיווג הפעילות- כחייבת במס או ככזו שאינה חייבת במס- הינה
12 רשות המס.

לסיכום פרק המס

13
14 בחינת ההצעות במכרז תהיה באופן אחיד ללא התחשבות ברכיב המע"מ. מציע שסובר כי הינו פטור
15 מתשלום מע"מ במסגרת מכרז זה יביא על כך אישור מפקיד שומה, תוך התייחסות להוראה החדשה
16 בדבר מכרזים.

18. סוגיות נוספות שבמחלוקת

17
18
19 בפרק זה אסקור מספר סוגיות נוספות שבמחלוקת.

18.1. הדרישה להקמת 14 סניפים לאחר הזכייה

20
21
22 במסגרת פרק התנאים המקדימים לצורך הוצאת הזמנה לאחר זכייה, נקבע בין היתר כי נדרש כל
23 מציע נדרש להציג קיומם של 14 סניפים לכל הפחות, כאשר בכל מחוז יהיו לפחות 2 סניפים מתוך
24 הערים המפורטות במכרז. כן צוין כי התנאים להוצאת הזמנה, ובכלל זה התנאי בדבר קיומם של
25 14 סניפים, צריכים להתמלא עד ולא יאוחר מ- 60 ימי עבודה ממועד ההודעה על הזכייה (עמ' 6,7
26 לחוברת המכרז שצורף ביום 2.12.18, סעיפים 5.6, 5.7).

27
28
29 **או.אר.אס טוענת בעניין זה** (ראו: סעיף 130-127 לעתירתה המתוקנת של או.אר.אס), כי דרישה זו
30 אינה סבירה, וכי יש לדרוש הוכחת קיומם של 14 סניפים כבר ביום הגשת ההצעה, ולכל הפחות, כי
31 המציע יצרף להצעתו כתנאי סף חוזים חתומים (הכוללים תנאי מתלה בדבר זכייה במכרז)
32 לשכירת/רכישת 14 אתרים שיוכלו לשמש כסניפים, וכן תוכנית עסקית ריאלית להקמת הסניפים
33 באופן מיידי.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 עמותת חברות הסיעוד טוענת מנגד, כי לא ברור מדוע נקבע תנאי זה הדורש פריסת סניפים ארצית,
2 שכן הוא דוחק רגליהם של בעלי עסקים קטנים שאינם בעלי פריסה ארצית, על אף היותם איכותיים
3 ומנוסים, ולא ברור כיצד תנאי זה מיטיב עם השירות המבוקש ואיכותו. עוד נטען כי לא הובא כל
4 נימוק משכנע מטעם משרד הביטחון בעניין זה, וכי אין כל יתרון במתן שירות בפריסה ארצית.
5 דרישה זו, כך נטען, פוגעת בעסקים בינוניים וקטנים שאין ולא יכולה להיות להם פריסה ארצית
6 ובחופש העיסוק שלהם וכן פוגעת באיכות השירות לזכאים.

7
8 משרד הביטחון טוען בתגובה לטענות או.אר.אס, כי נכון בנסיבות העניין לאפשר הקמת סניפים
9 לאחר הזכייה וזאת על מנת לאפשר תחרות ולפתוח את המכרז למציעים נוספים, מעבר לחברות
10 המעניקות כיום את השירות, כאשר להערכת משרד הביטחון לחברה בעלת מחזור כספי של 40
11 משי"ח בשנה בהכרח יהיו מספר סניפים פעילים ויכולת להקים את מספר הסניפים הדרוש בפרק
12 הזמן שנקבע לכך.

13
14 בתגובה לטענת עמותת חברות הסיעוד טוען משרד הביטחון כי דרישה זו מהווה איזון ראוי שכן אין
15 המדובר בתנאי סף אלא בתנאי להוצאת הזמנה כך שלזוכה יתאפשר להקים את הסניפים הנדרשים
16 בתוך 60 יום ממועד הזכייה. לפיכך, גם חברות שאין להן את כל הסניפים הנדרשים תוכלנה להגיש
17 הצעה ולאחר מכן להקים את כל הסניפים. דרישת פריסת הסניפים, כך נטען, נעשתה כדי לטייב את
18 איכות השירות וליצור זמינות ונגישות לכלל הנכים המתגוררים ברחבי הארץ.

19
20 בבג"ץ 7212/95 עמותת חברות הסיעוד בישראל נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד נא (3) 561 (1997),
21 הלינה העותרת בין היתר כנגד אחת מאמות המידה לבחירת הזוכים במכרז שעניינה מספר הסניפים
22 הפעילים של המציע ופריסתם גיאוגרפית וטענה כי תנאי זה אינו חוקי. המשיב שם טען כי תנאי זה
23 ראוי הוא הן לעניין יעילות הפיקוח על נותן השירותים והן לעניין טיב השירותים הניתנים. בית
24 המשפט קבע כי:

25 "איננו רואים צורך להידרש לטענות ולטענות-שכנגד בעניינו של תנאי זה, ודברים
26 שאמרנו על הגבלת מספר החברות יתפשו אף כאן. משתועמד לפני בית-המשפט
27 מערכת עובדות ספציפית ומוגדרת, נדע את דרכנו ונביע עמדתנו על תנאי זה".

28
29 עמותת חברות הסיעוד לא הבהירה בשעתו בבג"ץ דלעיל, ואף לא בעתירה שלפניי, מיהם הגופים
30 המאוגדים במסגרתה, וכן לא הובאו נתונים ביחס למספר הסניפים ופריסתם הגיאוגרפית של כל
31 אחד מגופים אלה. לפיכך, כפי שפורט לעיל, אף בעניין זה ומשלא הונחה תשתית עובדתית ראויה
32 מצד העותרת בדבר גוף הנפגע מתנאי זה, אין מקום לקבל טענה זו.

33



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 אף דינה של טענת או.אר.אס להידחות, שכן נימוקו של משרד הביטחון הינו סביר ומידתי בנסיבות
2 העניין, ולא מצאתי לנכון להתערב בו. עם זאת, אדגיש כי ככל שיוחלט לשנות את המודל הכלכלי
3 של המכרז למכרז רשימה, אז יהיה מקום לשקול לוותר על תנאי זה.

18.2. הדרישה למסירת מידע פלילי

4
5 בהסכם שאמורים הזוכים במכרז לחתום אל מול משרד הביטחון (עמ' 49 לחוברת המכרז שצורפה
6 לתגובת משרד הביטחון מיום 26.3.18, שכן לחוברת המכרז שצורפה ביום 2.12.18 לא צורפו
7 נספחים) בו מנויים הקריטריונים המצטברים להעסקת עובד כמלווה צה"ל, נדרש בין היתר, בסעיף
8 5.2, כי כל מלווה יצהיר כי לא הורשע בעבירות פליליות ולא מתנהל נגדו תיק פלילי או חקירה
9 פלילית. עוד מציין הסעיף כי החברה תבצע בדיקות נדרשות לאימות ההצהרה, והכל בכפוף ובהתאם
10 לחוק המרשם הפלילי ותקנות השבים, כאשר לעניין סעיף זה הוגדרו עבירות פליליות כך:

11 **"עבירות פליליות הן עבירות מין, עבירות אלימות, עבירות הונאה ומירמה, עבירות
12 שנעשו כלפי זקן, עבירות שנעשו כלפי אדם עם מוגבלות פיזית או שכלית, עבירות על
13 חלק ב' פרקים י' ו-י"א לחוק העונשין, עבירות על פקודת הסמים המסוכנים וכל
14 עבירה שיש בה לדעת הגורם המקצועי באגף שיקום כדי למנוע מאדם לשמש כמלווה
15 לנכה צה"ל".**

16
17 **לטענת או.אר.אס.**, הדרישה להחתמה על הצהרה בדבר היעדר עבר פלילי אינה כדין, אינה מידתית,
18 אינה נתמכת בהסבר כלשהוא והינה מנוגדת להוראות חוק המרשם הפלילי ותקנות השבים,
19 התשמ"א-1981. לטענתה, האיסור על קבלת מידע מן המרשם הפלילי מקפל בתוכו גם איסור על
20 הצגת שאלות בנוגע לתוכנו של המרשם הפלילי או לאירועים בעומדים מאחוריו- הרשעות, תיקי
21 חקירה שנסגרו וכו'.

22
23 **לטענת משרד הביטחון**, דרישה זו תואמת את שנקבע בפסק הדין בע"א 8189/11 רפאל דיין נ' מפעל
24 הפיס, פורסם בנבו, 21.02.2013 (להלן: עניין דיין), והינה דרישה מידתית וסבירה ביחס לדרישות
25 התפקיד, הדורש מידה גבוהה של אמון.

26
27 לאחר שבחנתי טענות העותרות אני רואה לקבל את עמדת העותרות באופן חלקי.

28
29 **דקל, מכרזים**, כרך ראשון, בעמ' 284-285, עומד על כך שחוקיותה של התניית השתתפות מציע
30 במכרז בהיעדר עבר פלילי תלויה בשאלה האם מדובר בדרישה עניינית, המשרתת את מטרת
31 ההתקשרות. הדילמה המתעוררת בנסיבות אלה נובעת מכך שמחד, הצבת מגבלה מעין זו משרתת
32 לעתים צורך ענייני, אולם מאידך יש בה כדי לפגוע בחופש העיסוק של המציעים והיא עלולה להוות
33 עונש נוסף על מי שכבר ריצה את עונשו. לפיכך בטרם קביעת תנאי מעין זה נדרש מעצב המכרז
34 לשקול ולאזן בין כלל השיקולים. **ראשית**, עליו להתחשב בסוג ההתקשרות שבה מדובר. דקל מביא
35 כדוגמא נסיבות בהן ההתקשרות מחייבת יחסי אמון מיוחדים בין הרשות לבין הספק, ככאלה
36



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 שעשויות להצדיק דרישה להעדרו של עבר פלילי. לעומת זאת, אם מדובר בהתקשרות רגילה, שאינה
2 מחייבת יחסי אמון מיוחדים, ספק אם ניתן יהיה להצדיק דרישה מעין זו. **שנית**, גם כאשר נכללת
3 במכרז דרישה להעדר עבר פלילי, ראוי שדרישה זו לא תנוסח באופן גורף אלא תהיה מסויגת ככל
4 שניתן וקשורה לנסיבות ההתקשרות הספציפית. כך, תחת הצבת דרישה גורפת להעדר עבר פלילי
5 אצל המציעים ראוי לשקול אפשרות להסתפק בדרישה לאי ביצוע עבירה מסוג מסוים או מדרגת
6 חומרה מסוימת, או בדרישה לאי-ביצוע עבירה מסוג שיש בו כדי להשליך על נושא ההתקשרות, או
7 בדרישה לאי ביצועה של עבירה בתקופה מוגדרת בלבד (שם, בעמ' 286).

8
9 בעניין דיין הכיר בית המשפט העליון בכך שבעל מכרז רשאי, ואף חייב, לבחון שיקולים הנוגעים
10 למהימנות ולנקיון כפיהם של מתמודדים במכרז, ובכלל זה לדרוש מסירת פרטים אודות עבר פלילי,
11 בתנאי שהדרישה להצהרה כאמור מוגבלת לעבירות רלוונטיות לתפקיד ולכאלו שלא התיישנו או
12 נמחקו. ומוסיף (פסקה 37 לפסק הדין):

13 **"הבקשה לקבלת מידע צריכה להיות לא רק רלוונטית, אלא להיות מבוססת על**
14 **תכלית ראויה ולעמוד בדרישת המידתיות... לפיכך, איני סבורה כי ניתן לדרוש מידע**
15 **הנוגע לכל עבירה, אלא יש לתחום דרישה זו (מראש) אך ורק להרשעות ולחקירות**
16 **תלויות ועומדות הרלוונטיות למכרז או למשרה הקונקרטית. כך, לדוגמה, ומבלי**
17 **לקבוע מסמרות בדבר, נראה כי אם יתבקש אדם המועמד לעבודה הכוללת טיפול**
18 **בילדים להצהיר על הרשעות בעבירות אלימות או מין, תיחשב הבקשה למידתית, אך**
19 **לא כן ברגיל אם אותו אדם יידרש להצהיר גם על הרשעה בעבירות מס. כדי למנוע**
20 **מחלוקות פרשניות בנוגע להגדרת העבירות שיש לדווח על הרשעה בהן או חקירה**
21 **בעניין, מוטב יהיה כי בקשת המידע תנקוב באופן ספציפי בעבירות מסוימות. בכל**
22 **הנוגע להיקף הפרטים שגילויים נדרש".**

23
24 עוד נקבע בהמשך (בפסקה 42) כי ניתן לדרוש מידע ממועמדים אף ביחס לחקירות תלויות ועומדות
25 בגינן לא הוגש עדיין כתב אישום, ובלבד שדרישה זו מקיימת את מבחן הרלוונטיות והמידתיות.

26
27 הנה כי כן, העמדה העולה מפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין דיין הינה כי דרישה לקבלת
28 מידע ממועמד אודות עברו הפלילי, לרבות בנוגע לחקירות תלויות ועומדות שלא הגיעו לכלל כתב
29 אישום, הינה לגיטימית ככל שמדובר הוא במידע רלוונטי ומהותי לתפקיד הספציפי.

30
31 בענייננו, סבורני כי הדרישה הכלולה במסמכי המכרז הינה עניינית ורלוונטית, אולם בחלקה אינה
32 מידתית. תפקיד מטפל סיעודי לנכה הינו תפקיד הדורש רמת אמון גבוהה, ומצריך טיפול אינטימי,
33 אישי וצמוד בנכים, המתפרש על פני שעות רבות, ולעיתים כולל אף לינה בבית הנכה. מקובלת עלי
34 טענת משרד הביטחון כי כגוף המעסיק מטפלים בנכי משרד הביטחון ובהם נכים קשים וקשים מאוד
35 אכן יש למשיב אינטרס לדעת מהו הרקע של העובדים המוצמדים לנכים ומוצבים בבתייהם, לעתים
36 קרובות ללא כל השגחה, וכי עקב כך, רלוונטי לבחון את עברם הפלילי של המלווים ביחס לאותן
37 עבירות אשר פורטו בסעיף, שהן רלבנטיות להעסקת מטפלים סיעודיים (עבירות מין, עבירות
38 אלימות, עבירות הונאה ומירמה, עבירות שנעשו כלפי זקן, עבירות שנעשו כלפי אדם עם מוגבלות



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 פיזית או שכלית, עבירות על חלק ב' פרקים י' ו-י"א לחוק העונשין ועבירות על פקודת הסמים
2 המסוכנים).

3
4 בנסיבות אלה, דרישה זו להצהרה בדבר מידע פלילי ביחס לעבירות הספציפיות אשר פורטו ונקבו
5 בשמן- הינה דרישה עניינית, המשרתת את מטרת ההתקשרות ורלוונטית למטרותיה והינה לתכלית
6 ראויה (ראו לעניין זה סעי' 13-03-36904 (עבודה ת"א) פלוני נ' נתיב 2 בע"מ, פסקה ד', פורסם
7 בנבו, 3.6.15).

8
9 עם זאת, לטעמי סיפת הסעיף לפיה יש לדווח על כל עבירה: "שיש בה לדעת הגורם המקצועי באגף
10 שיקום כדי למנוע מאדם לשמש כמלווה לנכה צה"ל", אינה מידתית משום שאינה מתחמת דיה.
11 אין זה סביר להותיר לגורם מקצועי לא מזוהה במשרד הביטחון לקבוע על פי שיקול דעתו הבלעדי
12 עבירות נוספות על אלה שצויינו שיש בהן לפסול מלווה. יש בכך להרחיב היריעה מעבר לנדרש. ראוי
13 להצמד לעבירות שהוגדרו בסעיף זה. וכפי שצוין לעניין זה בעניין דיין (שם, בפסקה 37):

14
15 "כדי למנוע מחלוקות פרשניות בנוגע להגדרת העבירות שיש לדווח על הרשעה בהן
16 או חקירה בעניינן, מוטב יהיה כי בקשת המידע תנקוב באופן ספציפי בעבירות
17 מסוימות".
18

19 על כן אני רואה לנכון להתערב בעניין זה, ומורה למשרד הביטחון לנסח את הסעיף כך שיכלול רק
20 את העבירות הספציפיות, ללא הסיפא. כמו כן יבהיר משרד הביטחון מפורשות בטופס ההצהרה
21 הנמסר למלווים כי הם אינם נדרשים למסור מידע אודות הרשעות שנחקרו או התיישנו.

22
23
24

18.3. תצהיר בהתאם לחוק עסקאות גופים ציבוריים, התשל"ו-1976

25
26 עמותת חברות הסיעוד טענה (ראו סעיפים 49-54 לסיכומיה), כי נוסח התצהירים אשר צורפו
27 כטפסים 2-3 לחוברת המכרז אינו בנוסח הנדרש בחוק עסקאות גופים ציבוריים, אשר בסעיף 1ב2
28 שלו נקבע לאמור:

29 "לא יתקשר גוף ציבורי עם ספק בעסקה למכירת נכס או למתן שירות, לגוף ציבורי,
30 אלא אם כן נוכח מי שמייצג את הגוף הציבורי באותה עסקה, על פי תצהיר בכתב
31 מאת אותו ספק, כי מתקיים אחד מאלה:
32 (1) הוראות סעיף 9 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998 (להלן –
33 חוק שוויון זכויות) לא חלות עליו; (2) (א) הוראות סעיף 9 לחוק שוויון זכויות חלות
34 עליו והוא מקיים אותן;
35 "...".
36

37 לטענת העותרת, בנוסח בסעיפים 2-3 לחוברת המכרז אין כלל התייחסות לסעיף 1ב2. משרד
38 הביטחון בתגובה לטענה זו טען, כי כלל הנספחים המחייבים במכרזי משרד הביטחון מופיעים



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1 באתר האינטרנט של המשרד, ואינם מצורפים באופן אקטיבי לרשימת המסמכים, כפי שנהוג בכל
2 מכרז של משרד הביטחון (סעיף 233 לסיכומי משרד הביטחון).

3
4 בתגובה לכך טענה העותרת כי התצהיר שבאתר האינטרנט של משרד הביטחון לא צורף לרשימת
5 המסמכים שיש להגישם, כך שלכאורה אין חובה לצרפו להצעה וממילא קיימת אי וודאות ביחס
6 לשאלה מה דין המציעים שאינם מגישים אותו או אינם מקיימים אותו (סעיף 54 לסיכומים וכן
7 סעיפים 68-73 לסיכומי התגובה).

8
9 בסעיף 8.13 לחוברת המכרז צויין לאמור כי:

10 "בכפוף לאמור בפנייה זו יחולו הוראות "תנאים הכלליים להצעה למכרזי
11 שירותים", לרבות נספח 140 "תנאים כלליים לבל"מ", המצורפים כנספחי מכרז
12 באתר המכרזים של משרד הביטחון...".

13
14 עיון באתר האינטרנט של משרד הביטחון מלמד כי בנספח 140 שכותרתו "תנאים כלליים לבל"מ"
15 המפורסם באתר אכן מופיע תצהיר בנספח סעיף 1ב2 לחוק עסקאות גופים ציבוריים. נוכח ההפניה
16 בסעיף 8.13 לנספח 140, לא ניתן לומר כי משרד הביטחון נהג בחוסר סבירות בסוגיה זו, ולפיכך
17 איני מוצאת לקבל טענות העותרת בעניין זה.

18
19 **19. סוף דבר**

20 דין העתירות להתקבל. אני סבורה כי מחויבותנו כחברה לטיפול המיטבי בנכי צה"ל אינה באה
21 לידי ביטוי כנדרש בהוראות המכרז, הן מבחינת תנאי המטפלים הסיעודיים, שעלולים להביא
22 לירידה ברמת העובדים וממילא לפגיעה בנכים, הן בהוראות נוספות המביאה לפגיעה בנכים, כגון
23 דרישה להחתמה סולרית מבוססת מיקום בעלולה להביא לפגיעה בפרטיותם. בנוסף, תנאי
24 המכרז אינם מבטיחים, כפי שאמורה המדינה לעשות, כי זכויות עובדי הקבלן, המטפלים
25 הסיעודיים לא יפגעו.

26
27 כיון שמדובר בהוראות מרכזיות כגון המבנה הכלכלי, אופן ביצוע התחשיב והיחס בין מרכיב
28 האיכות למחיר, המכרז בנוסחו הנוכחי אינו יכול לעמוד. כיון שמדובר בהוראות הקשורות אלו
29 באלו, הרי שאין מקום להסתפק בהוראות לתיקון סעיפים מסוימים. עם זאת, אין זה מתפקידו
30 של בית המשפט לקבוע הוראות אחרות תחתיהן.

31
32 על כן, המכרז בנוסחו זה יבוטל. ככל שמשרד הביטחון מעוניין להוציא מכרז חדש בעניין יהיה
33 עליו לבחון את עקרונות המכרז כולו, ובעיקר את ההוראות לעניין היחס בין המרכיב לאיכות, ביצוע
34 התחשיב השעתי והמבנה הכלכלי, וכן את ההוראות הנוגעות לפרטיות הנכים, פיקוח על העובדים
35 וחברת הבקרה ולהטמיע את קביעות בית המשפט.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 17-06-28857; עת"מ 18-03-20878; עת"מ 17-06-54178; עת"מ 17-06-49497;
עת"מ 17-06-40524; עת"מ 18-03-21076 חברות הסיעוד ונכי צה"ל נ' משרד הביטחון

1

2 והערה לפני סיום: הן בסיכומים הן בבקשות שהוגשו הועלו טענות ע"י משרד הביטחון לגבי
3 המניעים להגשת העתירות. אני סבורה כי לא היה מקום לטענות אלו, הן לאור העובדה שמשרד
4 הבטחון הוציא את המכרז הראשון בעניין זה (שלא צלח) רק 16 שנה לאחר שהיה מחובתו לעשות
5 כן, ובעיקר כאשר מרבית טענות העותרים נמצאו מוצדקות.

6

7 **משרד הביטחון ישא בהוצאות העותרים כדלקמן:**

8 בכל אחת מהעתירות של החברות המתמודדות (עת"מ 17-06-28857; עת"מ 17-06-54178; עת"מ
9 17-06-49497 ועת"מ 17-06-40524) - בסכום של 25,000 שקלים בכל אחת מהעתירות.

10

11 בעתירות הנכס, בסכום של 10,000 שקלים לכל אחד מנכי צהל העותרים (ה"ה יעבץ, ריזק, שוורץ,
12 עזר וקלימן).

13

14 סכומים אלו יישאו הפרשי הצמדה וריבית כחוק מהיום ועד התשלום המלא בפועל.

15

16 ניתן והודע לצדדים היום, כ"ח סיוון תשע"ט, 1 ביולי 2019.

17

מיכל אגמון-גונן, שופטת

18

19