

סיכום פס"ד בג"ץ 8438-16 ארגון אמון הציבור חברה לתועלת הציבור בע"מ נ' שר הפנים

לאחר 18 שנים בהם נמנעו הגורמים השונים לפעול בהתאם לסמכות החובה שהוטלה עליהם בתיקון לחוק חובת המכרזים, המחייב את שר הפנים להתקין תקנות שעניינן החלתה של חובת המכרז הסטטוטורית על עסקאות של תאגידיים מקומיים המצויים בבעלות או שליטה של רשויות מקומיות – בג"ץ הורה על מתן צו מוחלט, המורה למשיבים לפעול בתוך 90 יום להתקנת התקנות הנ"ל.

בשנת 2002 נחקק תיקון לחוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992 המחייב את שר הפנים להתקין תקנות (על פי החוק המתקן – בתוך 90 ימים) שעניינן החלתה של חובת המכרז הסטטוטורית על עסקאות של תאגידיים מקומיים המצויים בבעלות או שליטה של רשויות מקומיות (יצוין כי תוקף הוראות התיקון לחוק מותנה בהתקנת התקנות; על-פי הנחיות משרד הפנים, בהעדרו של חוק ותקנות בנוגע לתאגידיים מקומיים, חלים על תאגידיים אלה דיני המכרזים החלים על הרשויות המקומיות "בשינויים המחויבים"). דא עקא, תקנות אלו טרם הותקנו. העותרים מבקשים צו המורה למשיבים לפעול בהתאם לסמכות החובה שהוטלה עליהם ולהביא להתקנת התקנות האמורות. המשיבים 1-2, שר הפנים, ושר האוצר, אינם כופרים בסמכות החובה המוטלת עליהם, ובהקשר לכך פירטו ניסיונות שנעשו על ידם החל משנת 2014 להביא להתקנת התקנות. ברם, מתאריך 10.05.2021 – למעלה משלוש שנים לאחר הוצאת צו על תנאי המופנה למשיבים 1-2 שר הפנים, ושר האוצר, ומורה למשיב 1 שר הפנים לפעול להשלמת התקנת התקנות – לא חלה התקדמות במכלול.

בג"ץ (מפי המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר, בהסכמת השופטים ע' פוגלמן וד' ברק-ארוז) פסק:

יש להורות על מתן צו מוחלט, שיביא להסדרה של חובת עריכת מכרזים בתאגידיים המקומיים על דרך של תקנות, מהטעמים הבאים: מדובר בפרשה עגומה של אי-הפעלת סמכות חובה, העולה כדי פגיעה מתמשכת בשלטון החוק, שיש לשים לה סוף פסוק ברור וקצוב בזמן. המחוקק איננו עוסק בכתיבה למגירה, וברי כי חוק שנחקק בכנסת – צריך שיינתן לו תוקף והוא יופעל על-ידי שרי הממשלה והגורמים שעליהם הוטלה המטלה ליישמו – במהירות הראויה.

המשיבים לא הראו צידוק מניח את הדעת לכך שהתיקון לחוק – שנחקק לפני שנים רבות – יוותר כאבן שאין לה הופכין, תוך פגיעה באינטרס הציבורי, בשוויון ההזדמנויות המתקבל במכרז, בתקינות הפעולה של המינהל ובתועלות הכלכליות שכל אלה עשויים להניב לרשות המקומית, לתאגיד המקומי, למבקשים להתקשר עמהם ולציבור בכללותו.

המחוקק הטיל פה סמכות חובה על המשיב 1 שר הפנים להציע נוסח של תקנות לאחר היועצות במשיב 2 שר האוצר כדי להביא (על פי החוק המתקן – בתוך 90 ימים) – לצורך התקנתן של התקנות ולהחלת התיקון לחוק. לשון החוק אינה משתמעת לשני פנים, ומלמדת כי אין בידי המשיב 1 שר הפנים הרשות ושיקול הדעת לבחור האם ומתי יותקנו התקנות.

אף לולא מסגרת הזמנים הקצובה והברורה שגזר המחוקק – 90 ימים למן חקיקתו – ניכר כי השיהוי המינהלי בהפעלת סמכותו של המשיב 1 שר הפנים הוא מכביד

ביותר בנסיבות ונעדר הצדקה ממשית, ועומד בניגוד להוראת סעיף 11 לחוק הפרשנות לפיו הסמכה או חיוב לעשות דבר שלא נקבע זמן קצוב לעשייתו יש לעשותם במהירות הראויה.

באופן פרטני, הנחיות היועץ המשפטי לממשלה מורות אף הן כי אין להשהות את ההכנה וההתקנה של תקנות, בייחוד כאשר "החוק, או חלק מהחוק, אינו ניתן לביצוע כל זמן שלא הותקנו התקנות לביצועו."

המשיבים העלו להצדקת הימנעותם מהתקנת התקנות טענות בדבר מורכבות ההסדר העומד על הפרק והבהירו כי מטרת הדחיות היתה להגיע להסכמות עם גורמים שונים מטעם השלטון המקומי. ברם, חובת ההיוועצות הסטטוטורית של המשיב 1 שר הפנים חלה רק כלפי המשיב 2, שר האוצר. היוועצות וולונטרית מטעם המשיב 1 שר הפנים ביתר גורמי השלטון המקומי והתאגידים המקומיים היא, כמובן, מבורכת, אך אין לקבל את הטענה כי הסכמתם נדרשת לשם אישור התקנות, ואין בהתנגדותם כדי להצדיק את המשך אי-קיום הליך התקנת התקנות.

באשר לטענות בדבר מורכבות ההסדר, אין בטענה זו לבדה כדי להצדיק את העיכוב בהפעלת סמכותו של המשיב 1 כשבענייננו, קשה להימלט מן החשש כי הטעם האמיתי לדבר נובע, בין השאר מ"מערכת לחצים בשדה הפוליטי שבו מתקיים הדיון הציבורי"

ביהמ"ש מוסיף כי המקרה דנא שונה וחמור מהאמור בפרשת אופנהימר (בג"ץ 295/65), משורה של טעמים: ראשית, מפני שמשך הזמן שבו נמנע מחוקק המשנה מלהפעיל את סמכות החובה החלה עליו – ארוך ומשמעותי עוד יותר מזה שנדון בפרשה הנ"ל. שנית, מפני שבמארג הסטטוטורי המונח לפנינו, אין פירושה של אי-התקנת תקנות התפרקות משיקול דעתו של מחוקק המשנה גרידא, אלא אף איון, להלכה ולמעשה, של דברו של המחוקק הראשי. שכן תוקף הוראות התיקון לחוק מותנה בהתקנת התקנות.

זאת ועוד – אחרת. חזקה על המחוקק כי לא השחית מילותיו לריק, וכאשר גדר את התקופה שבה על המשיב 1 שר הפנים להתקין את התקנות ל-90 ימים בלבד – יש להניח כי עשה זאת בIODעו כי מלאכת התקנת התקנות איננה כה מורכבת.

אין בקיומן של הנחיות מנכ"ל משרד הפנים, המחילות את חובת המכרזים החלה על רשויות מקומיות – על תאגידים מקומיים, כדי לשכך פה את חומרת הפגם. ואין בקיומן, או היעדרן של הנחיות מנכ"ל משרד הפנים כדי לגרוע, או להוסיף מסמכות החובה הסטטוטורית של המשיב 1 להביא להתקנת התקנות.

לפיכך, בחלוף למעלה מ-ח"י שנים למן הטלת סמכות החובה על המשיב 1 שר הפנים, ובהיעדר טעם מניח את הדעת לעיכוב מתמשך זה – נדרש סעד אופרטיבי, לבל תהפוכנה הוראות החוק בנושא שלפנינו לאות מתה. לפיכך בג"ץ מורה על הפיכת הצו על תנאי למוחלט, כך שעל המשיב 1 (שר הפנים) להפעיל את סמכותו הקבועה בסעיף 4 לחוק חובת מכרזים ולהציע, בהתייעצות עם המשיב 2 (שר האוצר), תקנות בעניין חובת מכרזים של תאגידים מקומיים, וזאת בתוך 90 ימים ממועד פסק דין זה.