

ההסתדרות הכללית וחובת המכרז

ד"ר אברהם וינרוט, עו"ד

א. מבוא — הצגת הנושא

1. לאחרונה עוסקת ההסתדרות הכללית החדשה במכירת נכסי נדל"ן לציבור הרחב. מציאות חדשה זו מציבה באופן מתבקש את השאלה מהן הנורמות אשר יש להחיל על פעילות כלכלית זו. השאלה מתעוררת במיוחד לאור הדיכטומיה הקיימת בין מהותה של ההסתדרות כגוף וולונטרי לבין תפקידה המינהליים¹, הבאה לידי ביטוי מיוחד בראי משפט העבודה.

2. מחד גיסא, ההסתדרות הכללית הנה אגודה עותומנית, וחוק העמותות, תש"ם — 1980² מצא לנכון להוציאה מגדרי תחולתו בקובעו בסעיף 67(2) לחוק כי:

"הוראות חוק זה לא יחולו על אגודות שהן ארגונים של עובדים או של מעבידים קיימים או שנסודו לפני עבור שלוש שנים מיום תחילת חוק זה".

3. סעיף 1 לחוק האגודות העותומניות קובע כי אגודה עותומנית היא ארגון וולונטרי של אנשים, שבחרו לצרף את ידיעותיהם או את עמלם לשם השגת מטרה כלשהי שאינה חלוקת רווחים. היותה של ההסתדרות אגודה עותומנית המסווגת כארגון וולונטרי, מחייבת לכאורה את הגדרת ההסתדרות כגוף פרטי. העובדה כי הציבור הנמנה על גוף זה הוא עצום ורב אינה משנה, לכאורה, הגדרה זו.

4. מאידך גיסא, בחינתו של גוף אינה תלויה רק בסוג האישיות המשפטית שבמסגרתה התאגד ויש לבחון גם את הפונקציות שאותן הוא ממלא. בהקשר

1 מאמר זה עוסק בהסתדרות הכללית ולא בחברת העובדים. האחרונה מהווה אגודה שיתופית, שהנה אישיות משפטית נפרדת משל חבריה. (ראו למשל: ע"א 524/88 "פרי העמק" — אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' שדה יעקב, פ"ד מה(4) 529). החברות בגוף זה היא וולונטרית, אך בעוד שלהסתדרות יש תפקידים בתחום משפט העבודה, הרי שלחברת העובדים אין לכאורה כל תפקידים ציבוריים על פי דין ונראה כי היא כפופה לכללי המשפט הפרטי בלבד.

2 ס"ח תש"ם.

זה נראה כי להסתדרות קיימים תפקידים סטטוטוריים מובהקים במסגרת דיני העבודה, כאשר המחוקק התייחס אליה כמה וכמה פעמים, אם כי בלא איזכור שמה המפורש.

כך למשל, בפסק הדין של בית הדין הארצי לעבודה בעניין הסתדרות האחיות והאחים בישראל – מ"ל³ נקבע מעמדו של ארגון עובדים או מעבידים שאינם תאגיד, כאשר בית הדין מבהיר:

"חוק הסכמים קיבוציים קובע כי 'ארגון עובדים' שמתקיימים בו תנאי ייצוג מסוימים כשיר להיות צד להסכם קיבוצי, אך אין החוק מגדיר 'ארגון עובדים' מהו. אף בחוק יישוב סכסוכי עבודה מוקנה מעמד, הפעם מעמד כצד ב'סכסוך עבודה' כמוגדר באותו חוק ל'ארגון עובדים' מבלי להגדיר 'ארגון עובדים' מהו. כן נזקק המחוקק ברכים מחוקי העבודה, החל מחוק העבודה הראשון שחקק – חוק חיילים משוחררים (החזרה לעבודה) תש"ט – 1949 למונח 'ארגון עובדים' בהקשר להענקת מעמד לעניין חובת התייעצות בהתקנת תקנות ובפעולות הקשורות ביישום חוקים, ושוב מבלי שיובהר בחוקים אלה 'ארגון עובדים' מהו, כאילו יצא המחוקק מהנחה שידע כל אחד בישראל במי מדובר עת מדברים בארגון עובדים".

5. כמו כן, הבהיר בית הדין הארצי לעבודה בעניין מרקוביץ' – ההסתדרות הכללית⁴ כי מעמדה של ההסתדרות, עם היותה ארגון וולונטרי, עולה ממקומה במשפט העבודה, ובעיקר במשפט העבודה האוטונומי. בית הדין הארצי קבע שם:

"החל מהראשונים לחוקי העבודה שחקקה הכנסת, הוענק להסתדרות, בתור 'הארגון המייצג את המספר הגדול ביותר של העובדים במדינה' ולארגוני מעבידים שמתקיימים בהם תנאים הנקובים בחוק, מעמד שלא הוענק לכל גוף וולונטרי במסגרת המשפט האזרחי, לעניין ביצוע החוקים – התקנת תקנות; יש והסכמים קיבוציים שההסתדרות היא צד להם, באים להשלים נורמות שהמחוקק קבע (סעיף 16 ו-17 לחוק פיצויי פיטורים, תשכ"ג – 1963); חוק הסכמים הקיבוציים מקנה להסתדרות, באותם מקרים שההסתדרות היא ארגון העובדים היציג, ומן המפורסמות הוא שברוב המכריע של המקרים כך הוא הדבר, סמכות לקבוע את תנאי העבודה לכלל העובדים במדינה או לעובדים בענפי עבודה מסוימים. תוסיף לכל אלה את הכרעתו של בית דין זה במשפט העבודה האוטונומי, ותעמוד על המייחד את ההסתדרות במעמדה במשפט העבודה, ותעמוד על המרחק הקונספטואלי שבינה לבין נושא זכויות וחובות במשפט האזרחי הכללי כפי שטענו".

3 דב"ע לא/4-3 הסתדרות האחיות והאחים בישראל – מ"ל, פד"ע ד 85, 102.

4 דב"ע לה/5-1 מרקוביץ' – ההסתדרות הכללית, פד"ע ו 197, 207 (להלן: עניין מרקוביץ').

6. בית הדין הארצי לעבודה דחה אפוא, מכל וכל את הטענה לפיה ההסתדרות היא גוף מן המשפט הפרטי, וזאת לאור שורה של תפקידים מינהליים המוקנים לה במסגרת דיני העבודה. ואם בכך לא די, הרי שבעניין שלמאן – ההסתדרות הכללית⁵, דחה בית הדין הארצי לעבודה את הטענה כי חוקת העבודה של ההסתדרות היא חוזה עבודה רגיל וכי אין "לשלול מן ההסתדרות את אופיה הפרטי" רק משום שההסתדרות היא "ארגון מינהלי גדול וחזק". בית הדין הארצי קבע כי קשה לשמוע טענה זו לאור מקומה של ההסתדרות ביחסי העבודה בישראל. בעניין מרקוביץ' הבהיר בית הדין הארצי כי מידת הכוח (POWER) של ההסתדרות ביחסיה עם חבריה ומידת הסמכות שלה בתחום משפט העבודה:

"אינם יורדים כלל בשדה המיוחד, ממידת הסמכות והכוח אשר לרשויות המדינה בשדה הכללי... ברור שיש לכבד את האוטונומיה המתחייבת מעקרונות חופש ההתאגדות, לקבוע מנגנון ביקורת ומנגנון לקבלת החלטות והפעלת סמכויות, אך ברור גם שאלה כפופים לעיקרי הצדק הטבעי, וטענת אפליה או שרירות לב בהפעלת שיקול דעת, תישמע על ידי בית דין, כפי שהיא נשמעת נגד הרשות"⁶.

ללמדך, כי לעניין משפט העבודה וביקורת בית הדין לעבודה, ההתייחסות אל ההסתדרות הנה כאל גוף שיש לכבד את עובדת היותו גוף פרטי ואוטונומי, אך לאור כוחו וסמכויותיו יש להחיל לגביו במישור יחסי העבודה עקרונות מן המשפט הציבורי⁷.

7. השאלה הנשאלת היא אפוא, מהו מעמדה של ההסתדרות כאשר זו אינה עוסקת בדיני עבודה, אלא מחזיקה נכסים ומתכוונת למכרם? האם לעניין זה יבוא לידי ביטוי מעמדה של ההסתדרות במישור דיני העבודה, או שמא יבוא לידי ביטוי אופיו הפרטי והוולונטרי של גוף זה? על שאלה זו יש להשיב תוך ראייה כוללת ובחינה האם כפופה ההסתדרות לכללי המשפט המינהלי, או שמא מדובר בגוף אשר כללים אלו אינם מחייבים אותו.

5 דב"ע לד/43 – שלמאן – ההסתדרות הכללית, פד"ע ה' 449, 463.

6 לעיל הערה 4, בע' 208.

7 בדב"ע מד/53 – אגוד המשפטנים – ההסתדרות הכללית, פד"ע טז 62, 72 נקבע כי לעניין משפט העבודה נחשבת ההסתדרות לגוף שלטוני עליו חל המשפט המינהלי, ומכאן ההשלכות לעניין הדין החל על חוקת ההסתדרות.

כמו כן ראה דב"ע נב/12 – ההסתדרות הכללית – צים חברת השיט הישראלית בע"מ, פד"ע כו 3, 26–27. וראה גם מ' מירוני "חובת הייצוג ההוגן – זכויות הפרט ומניעת עושק המיעוט בעידן יחסי העבודה הקיבוציים", עיוני משפט ח (תשמ"א) 183; פ' רדאי "ארגוני עובדים – פריבילגיות ופיקוח" עיוני משפט ט (תשמ"ג) 543, 558. מאידך גיסא, ראה פסק הדין של בית הדין הארצי לעבודה בעניין דב"ע נא/1-3 מפעלי ים המלח – שיינין, פד"ע כב 271, בו נקבע כי אין תחולה לכללי המשפט הציבורי ביחס לנושא הדין מפעלי ים המלח.

ב. כללי התחולה של המשפט המינהלי

8. הנורמות של המשפט המינהלי הפכו לחלק מעקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית והן חלות ביחס לכל פעולה של הרשות (חקיקתית, שיפוטית, מינהלית), בין אם היא מעוגנת בהוראות דין ספציפיות ובין אם מקורה בסמכויות המינהל הכלליות. חובות אלו חלות אף על פעולות של הרשות המינהלית שאינן שואבות את כוחן מחוק מסמך ספציפי, כגון: מכרזים שהרשות מבצעת, סובסידיות שהרשות נותנת ופעילויות שהרשות מבצעת בתחומי המשפט הפרטי⁸. נורמות אלו אינן תלויות בקיומו של חוק מסמך כלשהו והן אף משקפות עקרונות שהפכו להיות חלק מעקרונות היסוד של השיטה. מכיון שכך, נשאלה השאלה מדוע וכיצד זה אין נורמות אלו, הנובעות מן החובה לנהוג בהגינות ובישור, חלות גם על גוף פרטי? מה מותר הגוף המינהלי על הגוף הפרטי?

9. תשובה ברורה לשאלה זו נתן כבוד השופט זוסמן עוד בעניין פרץ נ' המועצה המקומית כפר שמריהו⁹ בקבועו:

"בעוד שאזרח פרטי רשאי 'להפלות' בין פלוני לבין אלמוני ולבור לו את אלה שאיתם יעסוק אפילו יהיו נימוקיו ומניעיו בלתי סבירים, אסורה הפליה מטעם רשות ציבורית. הטעם הוא, כי בהשתמשה בנכסיה או בעשותה את פעולותיה נטלה הרשות על עצמה תפקיד של נאמן כלפי הציבור, ובתור שכזה חייבת הרשות להתייחס יחס שווה אל שווים. ומשהפרה עקרון יסוד זה והפלתה אזרח שלא כדין, הרי זו עילה להתערבותו של בית משפט זה, ואין נפקא מינה בכך אם השימוש גופו או הפעולה גופה משתייכים למשפט הציבורי או למשפט האזרחי. תפקיד הנאמנות כלפי האזרח והחובות הנובעות ממנו, נובעות מן הדין, וממילא ניתנות הן לפיקוח ולביקורת בבית משפט זה" (הדגשה שלי – א.ו.).

חובת האמון היא העומדת אם כן ביסוד הנורמות מן המשפט המינהלי, והיא המבחינה בין רשות היחיד לבין הרשות המינהלית.

10. כבוד הנשיא ברק מסכם גישה זו בספרו שיקול דעת שיפוטי באומרו¹⁰:

"הרשות המינהלית היא נאמנו של הציבור... על כן חייבת הרשות לנהוג

8 בג"צ 492/79 חברה פלונית נ' משרד הביטחון, מ"י, פ"ד לד(3) 706; בג"צ 632/81 מיגדה בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד לו(2) 673; בג"צ 281/82 אשכנזי נ' שר העבודה והרווחה, לו(1) 95; א' ברק "ההלכה השיפוטית והמציאות החברתית: הזיקה אל עקרונות היסוד" ספר זוסמן (תשמ"ד) 71, 78.

9 בג"צ 262/62 פרץ נ' המועצה המקומית כפר שמריהו, פ"ד טז(3) 2101, 2115.

10 א' ברק שיקול דעת שיפוטי (תשמ"ז) 480.

בהגינות. אין זו הגינות של יריבים, אלא הגינות של מי שמצויים באותו צד של המיתרס. מאמת מידה זו נגזרו בעבר כללי שיקול הדעת המינהלי (תום לב, מטרה זרה, הפליה) שאינם אלא כללי הגינות מינהלית עניינית. אמת מידה זו אינה מוגבלת אך לאלה. היא אוצרת בחובה כוחות נוספים, אשר טרם נוצלו, ואשר מהם ניתן לגזור הלכות חדשות שיש בהן כדי ליתן תשובה לבעיות המתעוררות".

11. בהקשר זה נשאלת אפוא השאלה מהו הגורם ההופך את הרשות המינהלית לנאמן של הציבור, בהבדל מן הפרט שאינו נאמן? התשובה לכך מצויה בבג"צ שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בירושלים, מפי כבוד השופט ח' כהן¹¹:

"לא הרי רשות היחיד כהרי רשות הציבור, שזו בתוך שלה היא עושה, ברצותה מעניקה וברצותה מסרבת, ואילו זו כל כולה לא נוצרה כי אם לשרת את הכלל ומשלה אין לה ולא כלום: כל אשר יש לה מופקד בידיה כנאמן..."

12. כלומר, הרשות המינהלית היא נאמן הציבור, שכן היא מחזיקה בכוחות ובנכסים — עבור הציבור. הרשות הציבורית לא נוצרה אלא כדי לשרת את הכלל ומשלה אין לה ולא כלום. לעומת זאת, ליחיד יש ישות עצמאית משלו וכל אשר לו לשמו ולכבודו נברא. לגוף הפרטי זכות קיום כמי שעומד בפני עצמו וזכותו לחשוב כי כל העולם נברא עבורו, ולא הוא נברא כדי להביא תועלת לעולם. גם כשיש לפרט חובה כלפי זולתו אין זו חובה אלטרואיסטית, ולא נשלל ממנו החופש לפעול על פי העדפות אישיות ומתוך חירות פרטית להקצות את משאביו כרצונו, לברא במגע עסקי עם אנשים לפי העדפותיו האישיות, ולהחליט החלטות שרירותיות הנובעות אף ממניעים אמוציונליים, מבלי צורך לנמק וליתן דו"ח למאן דהוא. זהו כאמור המבדיל בין גוף פרטי לבין גוף מינהלי.

13. בהתאם לכללים אלו השאלה הנשאלת היא אפוא, האם חבה ההסתדרות חובת אמון כלפי הציבור הרחב? אם התשובה היא בחיוב, הרי שיחולו עליה כללי המשפט המינהלי. אם לאו, כללים אלה לא יחולו. ובמילים אחרות השאלה הנבחנת היא: האם נכון יהא לומר כי ההסתדרות היא גוף אשר כל אשר יש לה נברא לשמה או לשם חבריה בלבד, והיא לא נועדה לשרת את הכלל? או שמא זהו גוף שמשלו אין לו ולא כלום וכל אשר יש בידו מוחזק עבור הציבור כנאמנות? לשם מתן תשובה לשאלה זו נבחן תחילה את התייחסות הפסיקה אל ההסתדרות במישור כפיפותה לביקורת בג"צ. כמו כן נבחן את התייחסות הפסיקה, לאור

11 בג"צ 142/70 שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בירושלים, פ"ד כה (1) 325, 331.

הקריטריונים המפורטים לעיל, ביחס לגופים אחרים, שגם לגביהם קיימת דיכוטומיה בין תפקידים המינהלי בתחום מסוים לבין אופן התאגדותם.

ג. יישום כללי המשפט המינהלי בפסיקת בתי המשפט

ג(1) ביקורת בג"צ על ההסתדרות

14. בחינו לפתוח בהתייחסות בית המשפט העליון לשאלת כפיפות ההסתדרות לביקורת בג"צ, שכן גוף הכפוף לביקורת בג"צ כפוף ממילא גם לכללי המשפט המינהלי, אשר לפיהם בוחן בג"צ את כשרות פעולותיהם של הגופים הכפופים לו.
15. בבג"צ אשכנזי נ' ועדת הבחירות המרכזית להסתדרות¹² קבע בית המשפט העליון כי ההסתדרות אינה כפופה לביקורת בג"צ, שכן בג"צ מוסמך ליתן צווים לרשויות המדינה ולגופים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין¹³, ואילו ההסתדרות איננה גוף שכזה. "היא אינה פועלת מכוח איזה חוק מיוחד, וכוחותיה וסמכויותיה לא הוענקו לה על ידי המחוקק". בג"צ דן בשאלה, האם יש לראות את ההסתדרות כגוף הממלא "תפקיד ציבורי על פי דין" מכוח חוק הבחירות לגופים ציבוריים, תשי"ד – 1954 והגיע למסקנה שלילית.

תוצאה זו מפתיעה היא, שהרי מצינו שורה של חוקים המקנים להסתדרות סמכויות וכוחות כשל רשות במסגרת דיני העבודה, כפי שפורט בפסיקת בית הדין לעבודה שנסקרה לעיל. לאור סמכויות אלו, היה לכאורה מן הדין להגדיר את ההסתדרות כגוף הממלא תפקיד ציבורי על פי דין. ואולם לעת עתה, פסק הדין היחיד בשאלת כפיפותה של ההסתדרות לביקורת בג"צ, הנו פסק הדין הנ"ל משנת 1965 והוא קובע כי ההסתדרות אינה כפופה לביקורת בג"צ.

16. עם זאת, בכאנו לבחון האם חלים כללי המשפט המינהלי על ההסתדרות, לא נוכל להתעלם מן העובדה כי מדובר בגוף, אשר מוטלת עליו שורה של תפקידים ציבוריים על פי דין, וכן יש לבחון את הסוגיה במישור המהותי, שהרי ביקורת בג"צ היא רק סממן לתחולתו של המשפט המינהלי ולא תנאי לכך. הכללים לתחולתו של המשפט הציבורי אינם תלויים בכפיפות לביקורת בג"צ, אלא נגזרים מחובות האמון של הגוף האמור כלפי הציבור הרחב¹⁴. בהקשר זה נפנה לשלושה פסקי דין של בית המשפט העליון שניתנו ביחס לגופים מן המשפט הפרטי הממלאים פונקציות מינהליות.

12 בג"צ 281/65 אשכנזי נ' ועדת הבחירות המרכזית להסתדרות, פ"ד יט (3) 194, 196. לעניין זה ראה גם א' וינרוט חברות ממשלתיות (תשנ"ה) 470.

13 סעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה.

14 בתי המשפט רבים הם ואולם המשפט המינהלי אחד הוא והוא חל בכולם. ראה למשל: בג"צ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(3) 729, 747-748.

- ג(2) בג"צ מיקרו דף — ביקורת בג"צ על חברת החשמל
17. בבג"צ מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ¹⁵, נדונה חובתה של חברת החשמל לערוך מכרז עת שהיא רוכשת ציוד. הדין נערך בטרם חוקק חוק חובת מכרזים, תשנ"ב — 1992 המחיל את חובת המכרז על המדינה ועל כל תאגיד ממשלתי. חברת החשמל בישראל בע"מ היא בעלת זיכיונות לאספקת חשמל בארץ, היא הוקמה ופועלת כחברה בע"מ לפי פקודת החברות, והיא מוגדרת כחברה ממשלתית כמשמעה בסעיף 1 לחוק החברות הממשלתיות, תשל"ה — 1975. ההלכה ששררה ביחס לחברה זו הייתה, כי בפעולותיה העסקיות הרגילות מעמדה כמעמדה של כל חברה אחרת, ורק ביחס לסמכויות שהוקנו לה בדין לקבוע כללים ותקנות בנוגע למתן שירותים שונים ללקוחותיה, היא כפופה לפיקוח בג"צ.
- הלכה זו שונתה בעניין מיקרו דף בו קבע כבוד השופט ברק כי בעוד שאין הוא מכריע בשאלה אם חלות נורמות מן המשפט המינהלי על חברות ממשלתיות ככלל, הרי שבכל הנוגע למעמדה של חברת החשמל חלות הנורמות של המשפט המינהלי ויש לראות בה נאמן של הציבור. הטעם לכך היה כי: "חברת החשמל כמורה כרשות הציבור, על כן עליה לפעול בהגינות ובסבירות, מתוך שוויון וללא הפליה. מי שקיבל זיכיון מהציבור, צריך להתנהג כלפי הציבור באופן המצדיק הענקת זיכיון זה. אין בעל הזיכיון עושה בו כבתוך שלו. הוא עושה למען הציבור, ועל כן — הוא חב לו חובות מן המשפט הציבורי"¹⁶.
18. לאמור: מבחינה ארגונית המדובר בחברה המהווה אישיות משפטית נפרדת, אך מבחינה פונקציונלית ניתן שירות חיוני לציבור, כפי הניתן על ידי רשות סטטוטורית, והדמיון הפונקציונלי בין חברת החשמל לבין תאגידים סטטוטוריים (רשות השידור או רשות הנמלים) עולה לדעת כבוד השופט ברק על השוני הארגוני השורר בין חברת החשמל כחברה ממשלתית לבין התאגידים הסטטוטוריים. משום כך נקבע כי יש לראות בחברת החשמל נאמן של הציבור, אשר כללי המשפט המינהלי חלים עליו — אף בפעילות שמבצעת חברה זו בתחום המשפט הפרטי.
19. מדוע לא הוחלו הנורמות מן המשפט המינהלי על כלל החברות הממשלתיות, בה בעת שנורמות אלו הוחלו על חברת החשמל? תשובה לשאלות אלו ניתנת בפסק הדין האמור בעניין מיקרו דף "המייחד את חברת החשמל הוא שהצטברו בה מספר תכונות, המשוות אותה, לעניין הדין החל על פעולותיה, לתאגידים הסטטוטוריים. תכונות אלו הן בעיקר: קיומן של סמכויות שלטוניות, הענקת זיכיון בלעדי מהמדינה, והשליטה על אמצעי ייצור חיוני (חשמל)"¹⁷.
20. לאמור: בכל הנוגע לסמכות שלטונית, כמו גם בכל הנוגע לשליטה על

15 בג"צ 731/86 מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד מא(2) 449 (להלן: עניין מיקרו דף).

16 שם, בע' 462, 463.

17 שם, בע' 426.

אמצעי ייצור חיוני, אין אפשרות לומר כי הרשות פועלת עבור עצמה. ביחס לסוג זה של כוחות מן ההכרח לומר כי החברה פועלת עבור זולתה. התלות של הציבור בשירותים חיוניים כמו חשמל, ובהפעלת כוחות שלטוניים, אינה יכולה לדור בכפיפה אחת עם מסקנה לפיה הוקנו כוחות אלו לחברה כדי שתוכל לעשות בהם כבתוך שלה.

21. המישור הפונקציונלי גובר אפוא, על המהות הארגונית, ועל אף שמדובר בחברה, אשר טרם הוכרע אם לנוכח מהותה יש לה משלה מאומה, או שכל אשר לה מסור בידיה עבור הציבור הרחב, הרי שבכל הנוגע לשירות חיוני או כוח שלטוני המסורים בידיה ברור כי חלות עליה הנורמות מן המשפט המינהלי, באשר אנו מסיקים כי אלו לא ניתנו לאיש — לטובתו הוא.

כתוצאה מכך קבע כבוד השופט ברק, כי חלות על חברת החשמל חובות מן המשפט המינהלי אף בהתקשרויותיה בתחום "מינהלו הארגוני והמשקי של הגוף", אם כי בסוגיות אלו לא ידון בג"צ, אלא בית המשפט האזרחי.

22. החלת הנורמות הללו ביחס להסתדרות, מובילה לכאורה למסקנה זוהה, שהרי מדובר בגוף שמבחינה ארגונית משויך אל המשפט הפרטי, אך מבחינה פונקציונלית עוסק בקביעתן של נורמות ומסורים בידו כוחות שלטוניים. מסירתם של כוחות אלו לידי של גוף אינה יכולה לדור בכפיפה אחת עם המסקנה כי הוא יוכל לעשות בהם כבתוך שלו. מן ההכרח לומר כי גוף זה משמש כנאמן של הציבור בהפעלת כוחות אלה, דבר הגורר את תחולתם של כללי המשפט המינהלי.

23. הניתוח המשפטי שנקבע בעניין מיקרו דף מוביל לכאורה למסקנה כי ההסתדרות, בדומה לחברת החשמל, חבה חובת אמון לציבור בהפעלת הכוחות השלטוניים שמעניקים לה דיני העבודה השונים. וכגוף החב חובת אמון לציבור, חלים עליה כללי המשפט המינהלי. כללים אלו יחולו בהתאם להלכת מיקרו דף גם במקום שבו עוסקת ההסתדרות בתחומי המשפט הפרטי, לרבות חובת המכרז שהייתה נשוא עניין מיקרו דף.

24. לעומת זאת, יש לזכור כי קיימת אבחנה יסודית ובסיסית בין ההסתדרות לבין חברת החשמל. האחרונה מספקת חשמל לכלל תושבי מדינת ישראל. אין אפשרות להתקיים בלעדיה אפילו שעה אחת. לעומת זאת, ההסתדרות אינה מאגדת את כל תושבי ישראל ואף לא את כל העובדים במשק הישראלי. אפשר להתקיים בלא חברות בה, ויש גופים זולתה. משפט העבודה החל מכוח נורמות הנקבעות על ידה, חל רק לגבי חבריה (אלא אם כן ניתן צו הרחבה ביחס לכלל עובדי המשק על ידי השר). חברים אלו בחרו באופן וולונטרי להצטרף לשורותיה של ההסתדרות, והם רשאים לפרוש הימנה. בנסיבות אלו, קשה לומר כי ההסתדרות חבה חובת אמון כלפי כלל הציבור, וכי הלכת מיקרו דף חלה כהווייתה גם במקרה דנא.

25. זאת ועוד, בעניין מיקרו דף נקבע כי בפעולותיה העיקריות הרגילות, מעמדה של חברת החשמל, הוא כמעמד כל חברה אחרת, שאינה נתונה למרות

בג"צ. כמו כן, החלטה לכרות חוזה היא החלטה אזורית ולא שלטונית ומשום כך היא תידון בבית משפט רגיל.

26. בקביעתו זו, צעד כבוד השופט ברק (כתוארו אז) בעקבות כבוד השופט ויתקון בבג"צ אביב נ' שר הפיתוח¹⁸, בו נדונה עתירה כנגד מכרז שביצעה חברת החשמל. העתירה נדחתה לגופה, ואולם בשולי הדברים קבע כבוד השופט ויתקון כי:

"לכאורה — נראית לי גם הטענה שלגבי גוף כגון המשיבה השנייה (חברת החשמל — א.ו.) אין לנו להתערב בעניין שאינו נוגע במישרין למילוי תפקידיו הציבוריים הקבועים בכל דין, אלא שנוגע בעיקרו אך ורק למינהלו הארגוני והמשקי של הגוף. מוכן גם אני להשאיר שאלה זו לעת מצוא" (ההדגשה הוספה).

27. בפסק דין זה מוצאים אנו אם כן, הבחנה בין פעילות "פרטית" של חברה ממשלתית הנוגעת למינהל הארגוני והמשקי שלה, לבין פעילות הנוגעת לתפקיד המוטל עליה על פי דין. בהתאם למבחן הפונקציונלי, שאותו אימץ בית המשפט העליון יש לבחון כל אחת מן הפונקציות הנדונות, ולראות אם היא נופלת בגדר המבחן של "תפקיד ציבורי על פי דין". שאלה זו רלבנטית לא רק לשאלת הפורום שבו ידון העניין (בג"צ או בית משפט אזורי) אלא גם בשאלה מהו הדין אשר יחול על פעולה זו.

28. בהקשר זה מבהיר כבוד השופט ברק כי אכן כללי המשפט המינהלי חלים על רשויות מינהליות, וגופים דרמהותיים בכלל זה, גם כאשר הן פועלות בתחומי המשפט הפרטי, וגם כאשר הן נדונות לפני בתי משפט אזוריים¹⁹. עם זאת, קבע מפורשות:

"איני סבור כי יש להפעיל על חברת החשמל, שעה שהיא פועלת במשפט הפרטי (כגון בהתקשרויות החוזיות), את המשפט המינהלי על מלוא היקפו ודקדוקיו. יש להפעיל עליה את עקרונות היסוד של הגינות, שוויון, סבירות, יושר ותום לב, וכיצא בהם מושכלות ראשונים של מינהל ציבורי ראוי. בהגשמתם של עקרונות אלה, הלכה למעשה, יש להתחשב באופיה המיוחד של חברת החשמל, שהיא "יצור כלאיים" מיוחד במינו"²⁰.

29. בספרי על חברות ממשלתיות²¹ מוצע להבחין בין פעולות פרטיות של התארגנות פנימית של גופים דרמהותיים, לבין פעולות שלשמן נוסדו גופים אלו. באחרונות

18 בג"צ 231/66 אביב נ' שר הפיתוח, פ"ד כ(4) 286, 289.

19 ראה למשל: ד' פרידמן "תחולתן של חובות מן המשפט הציבורי על רשות ציבורית הפועלת במישור הפרטי" משפטים ה (תשל"ה) 598.

20 לעיל הערה 15, בע' 463.

21 לעיל הערה 12, בע' 480–481.

קיימת חובת אמון כלפי הציבור הרחב, וממילא חלים עליהם כללי המשפט המינהלי. לעומת זאת, ביחס לפעולות פרטיות של גופים אלו, ומכירת נכסים בכלל זה, לא קיימת חובת אמון כאמור, וממילא לא יחולו כללי המשפט המינהלי עליהם.

30. מכל מקום, אף אם לא נאמץ גישה זו, ונפעל באופן דווקני בהתאם לקביעת פסק הדין בעניין מיקרו דף, הרי שהמסקנה תהא כי יש מקום להחיל על ההסתדרות כללים בסיסיים של הגינות, שוויון, ותום לב מוגבר, כמקובל בגוף מינהלי. ואולם בכל הנוגע ליישום, לא יחולו הכללים האמורים במלוא היקפם ודקדוקם.

ג(3) פסק דין חברה קדישא גחש"א
 31. בפסק דין חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום²² נדון הסכם שנכרת בין חברה קדישא, שהנה עמותה, אחת מני תשע עמותות המספקות שירותי קבורה בירושלים, לבין משפחת קסטנבאום, לפיו יירשם תאריך על מצבה אך ורק בשפה העברית.

משפחת קסטנבאום ביקשה לתקוף הסכם זה שעליו חתמה בשעותיה הקשות, וזאת, בין השאר, מכוח המשפט המינהלי.

32. כבוד המשנה לנשיא השופט אלון קבע בהקשר זה:

"מחד גיסא — החברה קדישא היא עמותה פרטית. היא אינה בעלת מונופולין, כחברת החשמל, אלא קיימות חברות קדישא מרובות; אין בידה זיכיון בלעדי מטעם המדינה. מאידך גיסא, סממנים מובהקים של מהות ציבורית מצויים בה. תקנה 2 לתקנות שירותי הדת היהודיים (חברות לענייני קבורה), התשכ"ז—1966 קובעת, כי — 'חברה לענייני קבורה חייבת ברשיון מאת השר'; 'חברה לענייני קבורה', לפי ההגדרות שבתקנה 1 לתקנות, היא: 'חברה קדישא או כל אדם העוסק בקבורת נפטרים יהודיים'. תקנות אלה הותקנו על פי סעיף 8 של חוק תקציבי השירותים הדתיים היהודיים, תש"ט—1949....

אל נכון נאמר אפוא מפי כבוד השופט עציוני בע"א 280/71 גדעון נ' חברת קדישא, פ"ד כז(1) 10, בע' 18, כי —

'לאור מהותה ותפקידיה של חברה קדישא אשר נוסדה כדי לתת שירותי קבורה ליהודים, הרי היא נחשבת לגוף קוואזי-ציבורי, הממלא תפקידים ציבוריים חיוניים, למרות היותה רשומה כאגודה עתמאנית'.

ועוד:

22 ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פד מו(2) 464 (להלן: עניין חברה קדישא).

'שירותי קבורה, על כל הכרוך בהם, הם שירותים ציבוריים שאינם נופלים בחשיבותם משירותים אחרים שעל המדינה לספק לאזרחיה' (שם, בע' 12).

והייתי מוסיף ואומר, שמבחינה חברתית ורגשית שירותים אלה אף עולים הם, מבחינת חשיבותם הציבורית ואופיים, על שירותים רבים אחרים, כולל צרכי חשמל, שעל המדינה לספק לאזרחיה. ועוד נתייחס לכך להלן²³.

33. לאמור: לנוכח העובדה כי החברה קדישא פועלת בעניין הקבורה מכוח רישיון של משרד הרתות, חלים עליה כללי המשפט המינהלי. החברה קדישא היא אפוא, גוף דו-מהותי, ושתי מהויות, מינהלית ופרטית, משמשות בה כאחד. כתוצאה מכך, כפופה היא גם לכללי המשפט המינהלי, בכל אשר תעשה, לרבות בפועל במסגרת המשפט הפרטי. ובלשונו של המשנה לנשיא אלון²⁴:

"מקובלנו, שעל פעילות השלטון ביחסיו עם האזרח חלות הנורמות של המשפט הציבורי, הן כשהוא פועל בתחום המשפט המינהלי בלבד והן בפעילותו בתחום המשפט הפרטי ביחסיו עם האזרח, היינו בתחום המכונה 'חוזי רשות'; במקרה אחרון זה מצווה השלטון הן על דיני המשפט הפרטי והן על נורמות המשפט הציבורי. על חוזי רשות אלה אמרנו במקום אחר (ד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב, פ"ד מג(1) 441, 465): 'הלכה מקובלת בידינו, כי רשות מינהלית, אף כאשר היא פועלת בתחום המשפט הפרטי, מצווה, בנוסף לקיומם של דיני המשפט הפרטי, גם על שמירתם של כללי יסוד שבתורת המשפט הציבורי...".

יישום פסיקתו של כבוד השופט אלון ביחס לסוגיה דנא, מוביל לכאורה למסקנה כי ההסתדרות כפופה לכללי המשפט המינהלי, שהרי יש תחומים רבים שבהם היא פועלת מכוח הסמכה של חוק.

34. יושם אל לב, כי כבוד השופט ברק הגיע אף הוא למסקנה²⁵ לפיה החברה קדישא היא גוף דו-מהותי, ואולם לדידו חלים כללי המשפט המינהלי רק לנוכח העובדה כי החברה קדישא הוסמכה להטיל אגרות שירותים וכי ניתנו בידיה סמכויות סטטוטוריות. לדידו, לא די לעניין זה בהסמכה של חוק לפעול, אלא יש צורך בהענקת סמכויות סטטוטוריות:

"... חברה קדישא כוננה במשפט הפרטי. היא היוותה בעבר 'אגודה עותומנית' וכיום היא מהווה 'עמותה'. את החוזה (האחיד) עם המתקשרים עמה היא כורתת כאישיות משפטית במשפט הפרטי. מהו ההיבט המינהלי של חברה קדישא, המצדיק החלתן של הלכות המשפט המינהלי עליה? לעניין זה אין

23 שם, בע' 490, 491.

24 שם, בע' 490-491.

25 שם, בע' 517.

די בכך שהשירות שהיא נותנת הוא למען הציבור בכללו ולא נועד לצורכי רווח. רבות הן העמותות המעניקות שירותים לציבור בכללו, וכל עמותה, מעצם הגדרתה, מתאגדת 'למטרה חוקית שאינה מכוונת לחלוקת רווחים בין חברי' (סעיף 1 לחוק העמותות). לא יעלה על הדעת לטעון, כי המשפט המינהלי — הרואה ברשות המינהלית נאמן של הציבור (בג"צ 142/70 שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בירושלים, פ"ד כה (1) 325) — יוחל על כל מי שפועל למען הציבור שלא למטרת רווח. כלום עמותות הפועלות למען קשישים וחולים פועלות בתוך תחומי המשפט המינהלי? אכן, החלתו של המשפט המינהלי על גוף אשר התאגד על פי המשפט הפרטי מחייב תנאים נוספים, מעבר לביצוע תפקידים של ציבור עניין בהם. מהותם של תנאים אלה אינה פשוטה לקביעה. היא מחייבת זהירות רבה... לענייננו נוכל לקבוע, כי אם מוענק לגוף פלוגי תפקידי סטוטורי, יש להחיל עליו, לעניין ביצועו של תפקיד זה, את המשפט המינהלי... לעניין זה, אין די בכך שאותו גוף פועל על פי רישיון מטעם השלטון. הענקת הרישיון שוללת מפעולתו של אותו גוף את אופיו האסור. אין בהענקת הרישיון כדי להפוך את פעילותו של אותו גוף לפעילות בתחומי המשפט המינהלי, שאם לא כן 'תביא לתוצאה המשוונה, שלפיה כל אדם או גוף, הפועל על פי היתר (כגון נהג מונית, קבלן הבונה בניין, סוחר במטבע זר וכיוצא בהם) ממלא תפקיד על פי דין (בג"צ 126/84 גלבוש נ' מפעל הפיס בע' 72)'."

35. ואולם גם בהתעלם מן העובדה כי ההסתדרות הוסמכה לפעול בתחומים מסוימים מכוח חוק, ומתוך בחינת התפקיד הסטוטורי שהוטל על ההסתדרות, מגיעים אנו למסקנה כי ההסתדרות היא גוף שכללי המשפט המינהלי יחולו עליו. השוואת התפקיד הסטוטורי המוטל על החברה קדישא ואשר מחמתו היא הוגדרה כגוף שחלים עליו כללי המשפט המינהלי, לתפקיד הסטוטורי שממלאת ההסתדרות, מחייבת להחיל את כללי המשפט המינהלי על ההסתדרות, בדרך של קל וחומר, וזאת לנוכח תפקידיה הענפים בתחום דיני העבודה, כפי שהם מפורטים בפסקי הדין הנזכרים לעיל בעניין הסתדרות האחיות והאחים בישראל ובעניין מרקוביץ'.

36. עם זאת, יש לזכור כי בכל הנוגע ליישום הנורמות הנובעות מהיותה של החברה קדישא גוף דרמהוטי, הכפוף גם לכללי המשפט המינהלי, קבע כבוד המשנה לנשיא אלו:

"גוף שאופיו הוא דרמהוטי, כאמור לעיל, יחולו עליו הן כללי המשפט הפרטי והן נורמות המשפט הציבורי. הנורמות והכללים האמורים יופעלו תוך התחשבות באופיו המיוחד של הגוף, וליוחד זה השפעה הן על העקרונות מתחום המשפט הפרטי והן על הנורמות מתחום המשפט הציבורי... דרך יישומם של סוגי כללים ונורמות אלה להלכה ולמעשה, וידו של מי מביניהם תגבר כאשר קיימת סתירה ביניהם, 'אינה פשוטה כלל ועיקר' (בג"צ

731/86, בעניין מיקרו דף) הכל לפי אופיו המיוחד של הגוף הדו-מהותי ולפי נסיבותיו של כל מקרה ומקרה. כך בסוגיה דנן מדובר, בראש ובראשונה, בתחום פעולתה המינהלית של החברה קדישא, היינו סיפוק שירותי קבורה, והדעת נותנת, שבתחום זה יוגבר יישומן של הנורמות מהמשפט הציבורי על פעילותה של החברה קדישא...

אופי ותפיסה אלה משמעותם פחותה באשר לפעילותה של החברה קדישא, דרך משל, לעניין חוזה הנעשה על ידיה לשכירת מכונית או שאר דברים הדרושים לה במהלך עבודתה, ושלגביהם דומה, בעיקרה, פעילותה של החברה קדישא לפעילותה של כל חברה פרטית אחרת (הדגשות שלי – א.ו.)²⁶.

37. כלומר, כבוד המשנה לנשיא אלו קובע כי לנוכח הדו-מהותיות של הגוף והיותו נטוע במשפט הפרטי, הרי שכללי המשפט המינהלי החלים עליו, ייושמו באופן שונה בנוגע לתחום שבו פועל הגוף האמור במישור המינהלי, לעומת יישומם בתחומי המשפט הפרטי. במקרה האחרון, ייושמו כללי המשפט המינהלי בצורה פחות דקדנית. בהתאם לפסיקה זו, כאשר נבוא ליישם את כללי המשפט המינהלי ביחס לתחומים 'פרטיים' שבהם פועלת ההסתדרות, ומכירת נכסי נדל"ן היא דוגמא קלאסית לכך, הרי שכללים אלו ייושמו, אם בכלל, באורח מקל.

ג(4) פסק דין הסוכנות היהודית

38. בבג"צ רינגל בע"מ נ' הסוכנות היהודית לא"י²⁷ נקבע לקונית כי הסוכנות היהודית לא"י אינה כפופה לביקורת בג"צ שכן היא אינה ממלאת "תפקיד ציבורי על פי דין". באותו עניין נרון מכרז לבניית מתנ"ס, ובהקשר זה אכן היה מקום רב לומר כי מדובר בפעולה הנשלטת על ידי המשפט הפרטי ואינה עולה כדי "תפקיד מינהלי". ואולם ככלל, אין ספק ואין חולק כי הסוכנות היהודית בפעולותיה למען העלייה, הקליטה, החינוך וההתיישבות, ממלאת "תפקיד ציבורי".

39. לא זו אף זו, הסוכנות היהודית לארץ ישראל פועלת מכוח חוק מיוחד: חוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ ישראל, תשי"ג – 1952 (להלן: חוק הסוכנות). בסעיף 4 לחוק הסוכנות נאמר:

"מדינת ישראל מכירה בהסתדרות הציונית העולמית ובסוכנות היהודית לארץ ישראל כסוכנויות המוסמכות שיוסיפו לפעול במדינת ישראל לפיתוח הארץ, לקליטת עולים..." (ההדגשה הוספה).

הסוכנות רשאית אמנם לבחור לה, באופן וולונטרי תחומי פעולה ספציפיים, ואולם בעשותה כן הריהי מחויבת על פי חוק הסוכנות, בשניים אלה:

26 שם, בע' 492–493.

27 בבג"צ 340/83 רינגל בע"מ נ' הסוכנות היהודית לא"י (לא פורסם).

א. קבלת הסכמת הממשלה (סעיף 2א סיפא לחוק הסוכנות).
 ב. שיתוף פעולה ותיאום עם הממשלה (סעיף 8(ב) לחוק הסוכנות).
 זאת ועוד, בסעיף 7 לחוק הסוכנות נקבע:

"פרטי מעמדן וצורת שיתוף הפעולה... של הסוכנות היהודית לא"י עם הממשלה יקבעו באמנות..." (ההדגשה הוספה).

ואכן מכוח סעיף 7 לחוק הסוכנות נכרתה אמנה בין ממשלת ישראל לבין הסוכנות ופורסמה ברשומות. בסעיף 1 לאמנה מפורטים "תפקידי הסוכנות". הרי לך לכאורה מקרה מובהק של "תפקיד ציבורי על פי דין".

40. ועם זאת נקבע בבג"צ המוסד החינוכי הממלכתי דתי העל יסודי לבנות "בית רבקה" נ' הסוכנות היהודית לארץ ישראל²⁸ כי אין הסוכנות היהודית כפופה לביקורת בג"צ, שכן חוק הסוכנות אינו משווה לסוכנות מעמד של מי שפועל ליישום "תפקיד ציבורי על פי דין", באשר חוק הסוכנות "אינו אלא הצהרתי בלבד, אין הוא קובע סמכויות שלטוניות ואין הוא מאציל אותן."

לאמור, הסוכנות מבצעת את תפקידיה המינהליים באופן וולונטרי, וחוק הסוכנות רק מצהיר כי היא מוסמכת לעשות כן. כמו כן, שם בית המשפט העליון את הדגש על העובדה, כי הסוכנות ניוונה ממקורות מימון שלה, הנאספים כתרומות בקהילות יהודיות ברחבי העולם, בעיקר בדרך של מגביות.

41. בכל הנוגע להחלת כללי המשפט המינהלי על הסוכנות היהודית, קבע בית

המשפט, כי:

"ייתכן שמקום יהא להסיק, במקרה דנן, שהסוכנות פועלת בנושא העתירה כגוף דרמהותי, מכוח שיתוף הפעולה בינה לבין ממשלת ישראל, מכוח מהותו הציבורית המובהקת של נושא קליטת העלייה וקיבוץ גלויות וכיוצא באלה. ואולי גם המונח 'אמנה', שפירושו ברית (ראה והשווה נחמיה, י, א) ולא חוזה והסכם בלבד, משקל מה יש לו. אמרנו ייתכן, ואין אנו קובעים דבר. בית המשפט האזרחי, אם יעלה הנושא לפניו, ידון ויכריע בדבר. כל שאמרנו הוא, שקביעה בדבר גוף בעל סממנים פרטיים וציבוריים מצויה בפסיקתו של בית משפט זה. כך נפסק, דרך משל, לעניין חברת החשמל"²⁹

42. ואולם הקביעה החשובה ביותר לעניינו בפסק דין זה היא:

"אם אכן המשיבה נמנית אף היא עם הגופים הדרמהותיים — דבר שכאמור אין אנו קובעים לגביו עמדה ואין אנו מכריעים בו — ייתכן שמקום יהא לטענה שישורה בעילת הפליה, וגם אם מקום יהא לטענה זו, יש

28 בג"צ 4212/91 המוסד החינוכי הממלכתי דתי העל יסודי לבנות "בית רבקה" נ' הסוכנות היהודית לא"י, פ"ד מז(2) 661, 668 (להלן: עניין הסוכנות היהודית).

29 שם, בע' 676.

לדון בה, בהתחשב — כאמור בדברינו לעיל — באופיה הוולונטרי של המשיבה, ביסודה ובמטרותיה, תוך מודעות שלא לשבש את סדרי פעילותה ומשימותיה³⁰.

43. מקביעה זו עולה כי גם אילו היו מוחלים כללי המשפט המינהלי על הסוכנות היהודית, הרי שהדבר היה נעשה בהתחשב באופיה הוולונטרי של הסוכנות, ומתוך התחשבות בפעילותה ומשימותיה. כלומר, מדובר בהחלה סלקטיבית ומוגבלת של כללי המשפט המינהלי, המביאה בחשבון את אופיו הפרטי של הגוף הדומיהותי. 44. העובדה כי הסוכנות היהודית, הפועלת בנושאים שברומה של אומה, לא הוכפפה לביקורת בג"צ, (אף בשאלה האם חל עליה המשפט המינהלי לא החליטו וציינו כי גם אם יעשה כן, יחלו כללים אלו בדחילו ורחימו) מהווה אינדיקציה מסוימת לכך שגוף וולונטרי כמו ההסתדרות, לא יוכפף לכללי המשפט המינהלי באופן מלא ודקדקני.

ג(5) פסק דין בורסת היהלומים.

45. בעוד שבעניין הסוכנות היהודית נמנע בית המשפט העליון מיישום מלא של העקרונות אותם הציב בעניין מיקרו דף ובעניין חברת קדישא, הרי שרוח זו שבה לנשוב עת שנדון עניינה של הבורסה ליהלומים ברמת-גן.

בע"א 3414/93 און נ' מפעלי בורסת היהלומים (1965) בע"מ³¹ עמדה לדיון השאלה, האם רשאית חברה שהיא בעלת הבניינים שבהם ממוקמת בורסת היהלומים ברמת-גן, לאסור כניסה לשטחה, ביחס לאדם שסרב לקיים הליכי בורות בניגוד לתקנון הבורסה — בבלגיה. בית המשפט המחוזי (כבוד השופט גורן) ראה את הדברים כפשוטים וקבע כי "בניין הבורסה ליהלומים אינו מקום ציבורי שכל דיכפין יכול להכנס אליו כאוות נפשו, גם מבחינת פרטיותו, גם מבחינת סידורי הביטחון הנדרשים מאופי המסחר בו". משום כך "אין למבקש זכות משפטית מכותה יוכל לדרוש לחייב אותה לארחו בבניינה, במסדרונותיה ובלשכותיה".

בית המשפט העליון לא ראה כך את הדברים ולאחר איזכור ההלכות בעניין מיקרו דף ובעניין חברת קדישא הבהיר כבוד השופט ד' לוי³²:

"סבורני שיתכן מצב בו קניין מסוים יירשם (פורמלית) כקניין פרטי, ואולם מבחינה מהותית יהא בעל אופי ציבורי. במצב זה יש ללכת אחר המהות ולא אחר הפורמליסטיקה, ויש מקום להחיל על בעל הקנין מושכלות יסוד של המשפט הציבורי. דוגמא טובה לכך הוא פסק הדין של בית המשפט העליון הפדרלי בארצות-הברית בעניין *Marsh v. State of Alabama*, 326

30 שם, בע' 678.

31 ע"א 3414/93 און נ' מפעלי בורסת היהלומים (1965) בע"מ, פ"ד מט(3) 196.

32 שם, בע' 201.

U.S. 501 (1946) באותו עניין נדונה התופעה של "Company Town", היינו עיירה בשם Chickasaw אשר הייתה רובה ככולה בבעלות של חברה פרטית — החל בבנייני המגורים, כרחובות וברוכע העסקים, וכלה בתעלות הביוב. המעצרת, חברה בכת "עדי יהוה", הפיצה תעמולה דתית ברוכע המסחרי של העיירה. נציגי החברה (הבעלים) דרשו ממנה להתפנות מן העיר, אך זו סרבה. בעקבות זאת הועמדה לדין פלילי בגין הסגת גבול והורשעה. בית המשפט העליון ביטל את הרשעתה ונימק את דבריו כך:

'We do not agree that the corporation's property interests settle the question. The state urges in effect that the corporations's right to control the inhabitants of Chickasaw is coextensive with the right of a homeowner to regulate the conduct of his guests. We can not accept that contention. Ownership does not always mean absolute dominion. *The more an owner, for his advantage, opens up his property for use by the public in general, the more do his rights become circumscribed by the statutory and constitutional rights of those who use it...* thus the owner of privately held bridges, ferries, turnpikes and railroads may not operate them as freely as a farmer does his farm. since these facilities are built and operated primarily to benefit the public and since their operation is essentially a public function, it is subject to state regulation'.

דהיינו, הואיל והקנין הפרטי (מבחינה פורמלית) היה במקרה הנ"ל בעל אופי ציבורי מובהק, החיל בית המשפט העליון על בעל הקנין חובות מן המשפט הציבורי (שם) — החובה שלא לפגוע בזכותה החוקתית של המעצרת לחופש הביטוי). אשר על כן, יש מקום להחזיר את התיק לבית המשפט המחוזי, על מנת שזה, לאחר שיתיר את חקירות המצהירים, יקבע אם בניין הבורסה ליהלומים, על שימושיו השגרתיים, מצביע על סממנים ציבוריים שבו, או שמא יש לשייכו, גם מבחינה מהותית, לתחום הקנין הפרטי; בעקבות קביעה זו יפסוק בבקשתו של המערער לצוות על המשיכה לבל תפריע לו להכנס לבנין". (ההדגשות הוספו — א.1).

46. כבוד השופט זמיר מנתח בהרחבה בפסק דין זה את התהליך של התרחבות הדואליות הנורמטיבית, והחלתן של נורמות מן המשפט הציבורי על גופים שאינם ממוקמים בברור בתחומי הרשות המינהלית³³: "בגבול שבין המשפט הפרטי לבין המשפט הציבורי קיים אזור דמדומים, בו המשפט הפרטי והמשפט הציבורי משמשים בערבוביה, לעתים זה לצד זה ולעתים זה בתוך זה. באזור זה קיימת

דואליות נורמטיבית, כלומר, דריקיום של המשפט הפרטי והמשפט הציבורי. האזור של דואליות נורמטיבית התרחב בהדרגה. תחילה קנתה לה הדואליות הנורמטיבית שביתה אצל גופים מובהקים של המינהל הציבורי, שמקובל לקרוא להם גופים שלטוניים, כמו הממשלה או עירייה. כאשר גוף כזה פועל בתחום המשפט הפרטי, כגון, כאשר הוא משכיר נכס, חלים עליו, בצד כללים של המשפט הפרטי, גם כללים מסוימים של המשפט הציבורי, כגון, עקרון השוויון. ...לאחר מכן התפשטה הדואליות הנורמטיבית לעבר גופים של המינהל הציבורי כאשר הם פועלים במתכונת של גופים פרטיים כמו חברות ממשלתיות [בעניין מיקרו דף]... לאחרונה עשתה הדואליות הנורמטיבית צעד נוסף, גדול וחשוב. היא פרצה מן התחום של המינהל הציבורי אל התחום של המגזר הפרטי. בית המשפט פסק שהיא עשויה לחול גם על גוף פרטי, שלא הוקם על ידי חוק, שאין לו סמכויות מכוח חוק ושאינו משתייך, להלכה או למעשה, למינהל הציבורי. כזאת היא, לדוגמה, עמותה העוסקת בקבורה. מצד אחד, עמותה כזאת היא גוף של המשפט הפרטי, כמו אגודת ספורט או ארגון צדקה. אך מן הצד השני, כפי שבית המשפט פסק, יש לה גם מהות של גוף ציבורי" (הכוונה היא לעניין חברת קדישא).

47. כבוד השופט זמיר מציין כי דרך זו נקבעה בבתי המשפט במדינות שונות וכדוגמה הוא מציין את פסק הדין האנגלי של בית המשפט לערעורים בעניין *R. v. Panel on Takeovers and Mergers ex.p. Databin PLC* [1987] Q.B. 815, 847 במקרה זה נדון עניינו של גוף פרטי, בלתי מאוגד, ללא סמכות מכוח דין וללא זכות מכוח חוזה, אשר בפועל מסדיר את תחום ההשתלטויות והמזיגות של חברות. גוף זה, ללא סמכות רשמית, קובע כללים בדבר מזיגות חברות, ומטיל עיצומים שיש בהם, למעשה, כדי לסגור את שערי הבורסה לניירות ערך בפני חברה שהפרה כללים אלה. האם גוף זה נתון לביקורת שיפוטית וכפוף לכללים של המשפט הציבורי? וכך השיב בית המשפט:

"There is an area in which it is helpful to look not just at the source of the power but at the nature of the power. If the body in question is exercising public law functions, or if the exercise of its functions have public law consequences, then that may... be sufficient to bring the body within reach of judicial review"³⁴

48. על דרך זאת, המחילה את הדואליות הנורמטיבית על גופים דרמהוטיים, ניתן

34 לעניין זה מפנה פסק הדין גם למקורות הבאים:

De Smit & Woolf & Jowel *Judicial Review of Administrative Action* (5 ed. 1995) 167, 181; H.W.R. *Wade Administrative Law* (7 ed. 1994) 252, 662.

א' בנבנישתי "תחולת המשפט המינהלי על גופים פרטיים" משפט וממשל ב (תשנ"ד) 11; ד' ברק-ארו "אחריות אורחית של גופים ציבוריים: דואליות נורמטיבית" משפט וממשל א (תשנ"ג) 275 וכן מאמרה על "תאגידים ציבוריים" עיוני משפט ט (תשנ"ה) 273.

לומר כי הכיוון ברור אך הנתיב טרם סומן. הנסתר רב מן הנגלה. בית המשפט לא קבע עדיין מבחן, ואף לא נתן סימנים, שיאפשרו לזהות בבירור גוף דרמהוטי. על הסוכנות היהודית, למשל, הוא לא ראה לנכון לומר אלא זאת, שייתכן כי היא גוף דרמהוטי. אכן, אין די בכך שהגוף ממלא תפקיד שיש בו עניין לציבור או חשיבות ציבורית. כמו כן, בית המשפט לא פסק אלו הם הכללים של המשפט הציבורי שיחולו על גוף דרמהוטי. בנוסף, בית המשפט הבהיר כי הכללים של המשפט הציבורי החלים על גוף דרמהוטי אינם זהים בהכרח לאותם כללים כשהם חלים על רשות מינהלית. המעבר של הכללים מן התחום של המינהל הציבורי אל התחום של המגזר הפרטי עשוי לחולל בהם שינויים.

49. ואולם בכל הנוגע להסתדרות הכללית דומה כי הנתיב שנפרץ מוביל היישר אל עבר הכפפתה תחת כללי המשפט הציבורי, בשינויים המחוייבים. ואכן, כבוד השופט זמיר ממשיך ומבהיר כי בית המשפט המשיך ללכת בדרך שנפרצה במשפט קסטנבאום, אם כי בתקופה הקצרה שחלפה מאז לא התקדם רבות. כדוגמא לאי התקדמות זו מובא פסק־הדין בעניין הסוכנות היהודית. ומאידך גיסא, מציין כבוד השופט זמיר כדוגמא להתקדמות שבכל זאת התחוללה, את פסק הדין של בית הדין הארצי לעבודה ההסתדרות הכללית של העובדים בא"י — צים³⁵, בו קבע כבוד השופט גולדברג, תוך הפניה לפסק הדין בעניין מיקרו דף כי: "הגבולות אותם קבע בית המשפט העליון בשבתו כבג"צ ביחס לגופים במשפט הציבורי יפים אף לענייננו... לאור זאת מחויבת ההסתדרות הכללית, וכל ארגון הפועל מכוח תקנונה, בכל מעשה שהוא עושה ואשר יש בו להשפיע על זכויות וחובות של עובדים, להפעיל שיקול דעת בהגינות, בסבירות, ללא שקילת שיקולים זרים, מתוך שוויון וללא אפליה".

50. הנה כי כן, בפסיקת בית המשפט העליון מסתמן קו ברור. ראשיתו של הקו בנקודת המוצא שנקבעה בעניין מיקרו דף והמשכו בעניין חברת קדישא, ובעניין בורסת היהלומים, עת שהתעורר דיון בדבר תחולת כללים מסוימים מן המשפט הציבורי, ביחס לבורסת היהלומים, המהווה נכס פרטי העומד לרשות קהל יעד מסוים. נראה כי מקומה של ההסתדרות הכללית הוא, באופן מובהק, בתוך תוכו של רצף נקודות זה, וכי היא נכללת במסגרת הגופים שעליהם יחיל בית המשפט את כללי המשפט הציבורי. ואכן, אותות ברורים לכך כבר נמצאו בפסיקה.

ג(6) פסק דין אגודת הסטודנטים של אוניברסיטת בר-אילן

51. פסק דין נוסף הראוי לציון בהקשר זה ניתן על ידי בית המשפט המחוזי בתל-אביב עת שנדון עניינה של אגודת הסטודנטים באוניברסיטת בר-אילן³⁶

35 דב"ע נב/12-4 ההסתדרות הכללית של העובדים בא"י — צים, פד"ע כו 3, 26-27.

36 הפ"פ (ת"א) 1214/95 גרייט רשת חנויות ספרים בע"מ נ' אגודת הסטודנטים באוניברסיטת בר-אילן (לא פורסם), תקדין מחוזי 95(2) 1700.

ונטענה טענה לפיה יש לראות באגודת הסטודנטים גוף דו־מהותי ולהחיל עליה, לכל הפחות לעניין חובת תום הלב והדרך המקובלת, נורמות המקבילות לאלו החלות על גוף ציבורי. הטענה הייתה כי יש להחיל על אגודת הסטודנטים את פסיקת בית המשפט העליון בעניין מיקרו דף ובעניין חברת קדישא.

52. בית המשפט המחוזי בתל-אביב (כבוד השופטת ד"ר ד' פלפל) דחה טענה זו וקבע כדלקמן:

"חברה קדישא ובזק (כנראה הכוונה לחברת החשמל – א.ו.) הנם מונופוליסטים. בלעדיותם אין. לכן, מן הסתם הושווה מעמדם לגבי חובות שונות, במיוחד חובת תום הלב והיחס השווה – לרשויות המדינה. איני סבורה שניתן לאמץ את אמת המידה שכל גוף, מוסד או רשות, הפועלים למען 'הרבה פרטים' כמו כל הסטודנטים באגודת בר – אילן במקרה שלנו, יחולו לגביהם אמות המידה הנהוגות כלפי המדינה ורשויותיה. אם נתחיל בדרך זו, לא נראה את סופה: הרי גם נהג אוטובוס 'דן' או 'אגד' או שירותי הובלה אחרים פועלים לרווחת מספר רב של פרטים. ומהצד השני גם אגודת 'יד שרה' עושה כן שלא למטרת רווח. האם ניתן לומר כי דינם כדין אחת מרשויות המדינה? התשובה שלילית."

53. ואכן, מובן מאליו כי מספר הנזקקים לשירות או החברים בגוף נשוא הדיון אינה רלבנטית. באותה מידה גם אינה רלבנטית השאלה האם מדובר בגוף מונופוליסטי. מונופול אינו כפוף לכללי המשפט המינהלי מכוח היותו מונופול. הוא חייב בחובת השוויון, במידה מסוימת, בכל הנוגע לשירות או הנכס נשוא המונופול, מכוח סעיף 29 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח – 1988, הקובע כי "לא יסרב בעל מונופולין סירוב בלתי סביר לספק את השירות או הנכס שבמונופולין". סביר להניח כי התניית אספקת השירות או מכירת המוצר בתנאים שאין הגוף המונופוליסטי דורשם מאחרים, בלא הצדקה עניינית לכך, תיחשב לבלתי סבירה ומכאן החלה מסוימת של חובת השוויון. ואולם מה לכך ולחובת המכרז בכל הנוגע לנושאים שאינם נשוא המונופול?

54. עיון בפסקי הדין בעניין חברת קדישא וחברת החשמל (בעניין מיקרו דף) מלמד כי לא היותם מונופולים היא שעמדה בבסיס הקביעה כי הם גופים דו־מהותיים. בכל הנוגע לחברה קדישא, הרי שברור כי לא היה מדובר כלל במונופול לנוכח העובדות המפורטות בפסק הדין לפיהן בירושלים עצמה פועלות תשע חברות קדישא אחרות.

ואולם גם בעניין חברת החשמל, לא המונופול הוא שעמד בבסיס הקביעה, ובעמוד 462 לפסק הדין בעניין מיקרו דף הובהר כי המייחד את חברת החשמל הוא שהצטברו בה מספר תכונות, המשוות אותה, לעניין הדין החל על פעולותיה, לתאגידים הסטטוטוריים. תכונות אלו הן: קיומן של סמכויות שלטוניות, הענקת זיכיון בלעדי מהמדינה, והשליטה על אמצעי ייצור תיוג (החשמל). נשוא הדין

היה אפוא קיומן של סמכויות סטטוטוריות וכן חינויות השירות ויחסי התלות שהוא יוצר, כפונקציה של חובת האמון הנובעת כתוצאה מכך.

55. כפי שביארנו לעיל, את השאלה בדבר כפיפותו של גוף לכללי המשפט המינהלי יש לבחון בשני שלבים. השלב הראשון הוא האם המדובר בגוף שלטוני או גוף הממלא "תפקיד ציבורי על פי דין", והכפוף לביקורת בג"צ מכוח הוראת סעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה. גופים אלו כפופים בהגדרה לכללי המשפט המינהלי, והשאלה תהא האם מדובר ב"פעילות פרטית" של גופים אלו, או "בפעילות ציבורית" שאותה יש להכפיף לכללי המשפט המינהלי. היה ואין המדובר בגוף שלטוני או בגוף הממלא "תפקיד ציבורי על פי דין", הרי שיש לפנות לשלב השני ולבחון האם מדובר בגוף החב חובת אמון כלפי הציבור הרחב, שכן גם במקרה זה בפנינו גוף דרמהוטי החב במידה מסוימת בכללי המשפט המינהלי. לאור מבחנים אלו יש לבחון את תחולת המשפט המינהלי על אגודת הסטודנטים. בית המשפט המחוזי בפסק הדין הנ"ל נקט במבחן שונה אך התוצאה אליה הגיע הנה זהה.

ג(7) סיכום ביניים

56. ניתוח פסיקת בית המשפט העליון שנסקרה לעיל מעלה כי לנוכח תפקידיה הציבוריים על פי דין של ההסתדרות הכללית במישור משפט העבודה, סביר להניח כי ההסתדרות תוגדר כגוף דרמהוטי, בדומה לפסיקת בית המשפט העליון בעניין מיקרו דף באשר לחברת החשמל ובעניין חברת קדישא, וכתוצאה מכך יחולו עליה כללים מן המשפט המינהלי בצד כללי המשפט הפרטי. כללים אלו יחולו ביחס לכל פעולותיה של ההסתדרות, לרבות פעולותיה בתחום המשפט הפרטי. עם זאת, יישומם של כללי המשפט המינהלי ביחס לפעולות מתחום המשפט הפרטי, כשהן נעשות על ידי גוף דרמהוטי שביסודו התארגנות וולונטרית, נעשה באופן מינורי. החובות של הגינות, שוויון וכיצא באלו חלות אפוא על גוף זה, אך הן מיושמות לכללים פחות נוקשים ומחמירים.

ד. דיני המכרזים החלים על ההסתדרות כגוף דרמהוטי

ד(1) חוק חובת המכרזים

57. בשנת 1992 חוקקה הכנסת את חוק חובת המכרזים, תשנ"ב – 1992 (להלן: "חוק חובת המכרזים") והחילה באמצעותו, על שורה של גופים מינהליים, את החובה להתקשר בחוזים לכיצע עסקאות במקרקעין באמצעות מכרז פומבי, דהיינו מכרז שאינו מופנה לקהל יעד מצומצם ומוגדר מראש, אלא נותן הזדמנות שווה לכול להשתתף בו.

58. עד להחלת חוק חובת המכרזים לא החיל המחוקק הישראלי את שיטת המכרזים על רשויות המדינה, וחובה זו חלה רק על גופי השלטון המקומי. שיטת המכרז הופעלה לגבי מחלקות ממשלה מסוימות מכוח תקנונים ממשלתיים, ובעיקר

מכוח הוראות התכ"מ (תקנות כספים ומשק) היוצאות מטעם החשב הכללי במשרד האוצר.

תקנות אלו עצמן מאפשרות חריגה מן הכללים ופטור מדרישת המכרז, בהתקיים תנאים מסוימים, וכמו כן רשאית הרשות לסטות מהן כאשר קיימת הצדקה לכך³⁷.
59. בהיעדר נורמה חקוקה פותחו דיני המכרזים בפסיקתו של בית המשפט העליון, במסגרת שתי תת-מערכות של דינים. האחת: מערכת הוראות והנחיות פנימיות של המינהל, והאחרת, כללי המשפט המינהלי לפיהם חלות על גוף מינהלי, כחלק מן הדין האישי שלו, חובות הגינות מהותית ודינית, יושר, סבירות, שוויון, תום לב, היעדר שרירות, היעדר ניגוד עניינים והיעדר אפליה.

זאת בין השאר לנוסח קביעת בית המשפט העליון בבג"צ מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל³⁸ ובשורה של פסקי דין שבאו בעקבותיו כי גוף ציבורי כפוף לכללי המשפט המינהלי בכל אשר יפנה, לרבות בפעולותיו בתחום המשפט הפרטי. הדין האישי של רשות מינהלית הוא אפוא המשפט המינהלי, החל בכל סוגי פעילויותיה לרבות מכרז. יישום עקרונות אלו בנוגע למכרזים הביא לכלל של "תחרות שווה בתנאים של שוויון"³⁹.

60. בעבר, חובת המכרז לא נקבעה בחוק וניתן היה להשתחרר ממנה לאור מגמה של התרחקות משיטת המכרז הפומבי ופנייה לעבר דרכי כריתה סלקטיביות יותר⁴⁰. מגמה זו השתנתה עם חקיקת חוק חובת המכרזים, אשר החיל על הרשות את חובת המכרז.

כדברי ההסבר להצעת חוק חובת המכרזים, תשנ"א – 1991, הובהר:

"שיטת המכרזים, על אף הבעיות המתעוררת בהפעלתה, מבטיחה, בהפעלה נכונה, פיקוח ציבורי אובייקטיבי על הוצאות כספי הציבור, ומהווה הדרך הטובה ביותר לבחינת הצעות מחירים ותנאים אחרים בקשר לעסקאות הנערכות בכספי הציבור"⁴¹.

61. סעיף 4 לחוק חובת המכרזים קובע כי גופים המחויבים לבצע מכרז מכוח החוק, יעשו כן בהתאם לתקנות שיקבע שר האוצר באישור ועדת חוקה חוק ומשפט של הכנסת. השר הוסמך לקבוע בתקנות, בין השאר, את צורת המכרזים, דרכי הצעתן וקבלתן של הצעות מחירים, אופן פרסומם של המכרזים בריבים, אופן הרכבתן ואיושן של ועדות מכרזים, אמות מידה לבחירת ההצעות המתאימות, סוגי

37 ראה למשל: בג"צ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421, 429.

38 לעיל הערה 14.

39 ליישומו של כלל זה ראה: "זמיר 'דיני מכרזים ציבוריים' הפרקליט כ (תשכ"ד) 226, 229–228.

40 לעניין זה ראה: ג' שלו חוזי רשות בישראל (תשמ"ה) 50; *C. Turpin Public Contracts* (Boston, 1982) 16.

41 ה"ח תשנ"א, 354–355.

עסקאות שבהן ניתן לנהל משא ומתן עם המציעים שהצעותיהם נמצאו מתאימות, וכללים לניהול המשא ומתן, וכן כל עניין אחר הנראה לו דרוש לשם ניהול תקין והוגן של עסקאות, במטרה להבטיח את קבלת ההצעות שיעניקו את מירב היתרונות לעורך המכרז.

62. בהתאם לכך, הותקנו תקנות חובת המכרזים, התשנ"ג — 1993.⁴²

בתקנות אלה, באים לידי ביטוי הנהלים המקובלים בפסיקה בדבר האופן הראוי וההוגן לעריכת מכרז על ידי גוף מינהלי.

לתקנות אלה יש להוסיף שורה של תקנות החלות מזה שנים על רשויות מקומיות, והמצטרפות למכלול המשקף את ההוראות שנקבעו ביחס למכרזים המנוהלים על ידי גופים מינהליים. בעניין זה קיימת חקיקת משנה עניפה, שבה נקבעו הסדרים מפורטים לאור ניסיון מצטבר של שנים רבות.⁴³

63. ואולם בכל הנוגע להסתדרות ברור כי אין תחולה ישירה של חוק חובת המכרזים — וממילא של התקנות אשר הותקנו מכוחו וזאת לנוכח לשונו הברורה של סעיף 2 לחוק חובת המכרזים הקובע:

"המדינה וכל תאגיד ממשלתי לא יתקשרו בחוזה לביצוע עסקה בטובין או במקרקעין, או לביצוע עבודה, או לרכישת שירותים, אלא על פי מכרז פומבי הנותן לכל אדם הזדמנות שווה להשתתף בו".

תאגיד ממשלתי מוגדר בסעיף 1 לחוק כ: "חברה ממשלתית, חברה בת ממשלתית, או תאגיד שהוקם בחוק".

64. מכוח הגדרה זו חל חוק חובת המכרזים על המדינה, תאגידיים סטוטוריים, חברות ממשלתיות וכיוצא בזה, ומחיל לגביהם את החובה לקיים מכרז פומבי, בהתאם לכללים המפורטים בתקנות. ההסתדרות, לעומת זאת, אינה נופלת לגדר אחד מגופים אלו. ממילא, אין החוק חל על ההסתדרות. עם זאת, אין הדבר גורע מן הצורך לבחון, שמא מהווה ההסתדרות גוף אשר יחולו עליו אותן הנורמות עצמן, מכוח כפיפותה של ההסתדרות לכללי המשפט המינהלי. כללי המשפט המינהלי מהווים מקור נורמטיבי עצמאי לכללי המכרזים, והם שיצרו כללים אלו לפני שחוקק חוק חובת המכרזים.

65. ודוק, לא ניתן להסיק מן העובדה שההסתדרות אינה כלולה במסגרת חוק חובת המכרזים כי כללי המכרזים החלים על גופים מינהליים אינם חלים עליה. חוק חובת המכרזים אינו מהווה הסדר שלילי בהקשר זה, שכן הוא נועד להסדיר זווית מוגדרת בלבד שההסתדרות אינה מצויה בה. החוק לא נועד מלכתחילה

42 ק"ת תשנ"ג, כרך כ 826; תשנ"ה 230.

43 תקנות העיריות (מכרזים) התשמ"ח — 1987, ק"ת תשמ"ח, 229; התוספת השנייה לצו המועצות המקומיות (מועצות אזוריות), תשי"ח — 1958, הוראות בדבר מכרזים וקבלת הצעות; צו המועצות המקומיות (מועצות אזוריות) (תיקון), התשמ"ט — 1989, ק"ת תשמ"ט, 1265; צו המועצות המקומיות (א) (תיקון מס' 9) התשמ"ט — 1989, ק"ת תשמ"ט, 1437.

להסדיר את חובת המכרז בגופים שהמשלה אינה מעורבת בתקציבם או בהנהלתם, וממילא אין להסיק דבר משתיקתו של המחוקק בעניין זה.

בדבר ההסבר להצעת החוק הובהר: "החוק המוצע בא לקבוע חובת עריכת מכרזים בכל המוסדות שהמשלה מעורבת בתקציבם או בהנהלתם"⁴⁴.

66. זאת ועוד, כפי העולה מדברי ההסבר להצעת חוק חובת המכרזים, הטעם להחלת חובת המכרז על פי החוק לא נבע מן האיסור שחל על הרשות המינהלית להפלות ומחובת האמון שלה כלפי הציבור, אלא כתוצאה מטעם פרגמטי מובהק של קיום פיקוח מינהלי נאות על הוצאת כספי ציבור בהתאם לאמות מידה אובייקטיביות, ובהיות המכרז טכניקה יעילה לבחינת ההצעות הטובות ביותר ולמניעת החלטות ממניעים זרים, כשמדובר בכספי ציבור.

67. ממילא, אין בהוראות החוק כדי להוות אינדיקציה במישור הנורמטיבי, לפיה גופים שאינם נכללים בחוק זה אינם בגדר גופים מינהליים שחובת המכרז חלה עליהם.

נבחן אפוא את השאלה האם יש להחיל על ההסתדרות את דיני המכרזים מכוח המשפט המינהלי מחמת היותה גוף דרמהותי.

ד(2) דיני המכרזים מכוח המשפט המינהלי

68. דיון בסוגיה זו מן הראוי כי יפתח בפסק הדין שניתן בפרשת בית יולס נ' רביב. בע"א 207/97 רביב בע"מ נ' בית יולס בע"מ⁴⁵ נדון עניינו של גוף פרטי, המחזיק ומפעיל בית אבות. גוף זה פרסם מכרז להקמת בית אבות חדש וציין מפורשות כי "אין הנהלת המוסד מחויבת לקבל את ההצעה הזולה ביותר או כל הצעה שהיא". ואכן, מבין חברות הבנייה שהתחרו במכרז הועדפה חברה על שום היותה ציבורית, ואחר כך נוהל עמה משא ומתן כדי להוזיל את מחירה. דא עקא, חברה זו לא עמדה בדרישות המכרז בעניין החובה להפקיד ערבות בנקאית בשיעור של 5% מגובה ההצעה, כאשר חברה זו הפקידה ערבות של חברת בת שלה, חלף ערבות בנקאית. בכך נפגעו לכאורה תנאי השוויון. כבוד השופט ברק (כתוארו אז), אשר ביטא את דעת הרוב, הגיע לתוצאה משפטית, לפיה כל הנוטל חלק בהליכי מכרז חייב לקיים את תנאיו ועליו לנהוג ביושר, בהגינות, תוך מתן הזדמנות שווה לכל ותוך התייחסות בתנאים של שוויון וללא הפליה. חובה זו חלה, לדידו של השופט ברק, אף על גוף פרטי, והיא נובעת מעקרון תום הלב החל בדיני חוזים גם בשלב הטרום חוזי. כבוד השופט ש' לוי, אשר ביטא את דעת המיעוט, גרס כי תום הלב אינו מחייב לנהוג בשוויון. תוצאת פסק הדין הייתה כדעת כבוד השופט ברק כי גם גוף פרטי, העורך מכרז, אינו רשאי להפלות בין שווים.

44 לעיל הערה 42.

45 ע"א 207/79 רביב בע"מ נ' בית יולס בע"מ, פ"ד לז(1) 533.

69. עניין זה הובא לדיון נוסף⁴⁶, והשאלה שהועמדה לדיון הייתה: האם חייב גוף פרטי לפעול בשוויון, עת שהוא עורך מכרז?

כבוד הנשיא שמגר גרס כי אכן לא תמיד זהה חובת תום לב לחובה לפעול בשוויון, והפרט רשאי בדרך כלל להפלות ולעשות בעסקיו כפי העולה על רוחו. ואולם משבחר הפרט לנהל את עסקיו בדרך של מכרז, הרי שהוא הזמין הצעות ויצר ציפייה כי ינהג בהן בשוויון. במקרה זה יכולה גישה בלתי שוויונית להיחשב לחוסר תום לב. כבוד השופט ש' לויין ציין, כי אין מחלוקת בינו לבין הנשיא שמגר והשופט ברק כי הפרט רשאי ליטול על עצמו חובות בדומה לאלו הנהוגות במשפט המינהלי. השאלה היא האם ניתן להסיק מההנהגות בעלי הדין בנסיבות הספציפיות, כי בעל המכרז שהנו אדם פרטי יצר ציפייה של הציבור כי ינהג בהצעות בדרך של שוויון? בהיעדר ראיות לכאן או לכאן, האם ניתן להעלות את החובה לנהוג בשוויון, כעיקרון הנגזר מן החובה לנהוג בתום לב? תשובתי לכך היא בשלילה. כבוד השופטים אלון ומלץ הצטרפו לדעתו של השופט לויין (וכן נהפכה דעה זו לדעת הרוב). לדידם, החדרת עקרון השוויון אל תחום המכרז הפרטי מהווה פגיעה בלתי נחוצה בעקרון חופש ההתקשרות. השוויון אינו נגזר בהכרח מן העיקרון של תום הלב, המחייב צדדים במישור המשפט הפרטי. תחרות הוגנת אינה בהכרח תחרות שוויונית, וכלל הצדדים המשתתפים במכרז שהוצא על ידי גוף פרטי אינם מצפים להפעלתו של עקרון השוויון.

לדעת השופטים אלון ומלץ, עקרון השוויון הוא אבן מסד במכרז המינהלי, מכיוון שהמזמין הוא גוף מינהלי. חובת השוויון נובעת שם מכך שמדובר ברשות מינהלית המהווה נאמן של הציבור. חובת הנאמנות היא המחייבת לחלק משאבים וחוזים בהגנות בין המתחרים עליהם. חובת נאמנות שכזו לא קיימת אצל הפרט.

70. השופט ברק (הפעם בדעת מיעוט) הביע את הדעה כי עקרון תום הלב הנו נורמה אובייקטיבית שאינה תלויה בציפיות הצדדים הספציפיים של מכרז מסוים. אכן, רוב פסקי הדין שבהם נקבע השוויון כאחד מיסודות המכרז הם פסקי דין שבהם בעל המכרז היה גוף שלטוני. אך עקרונות היסוד של דיני מכרזים אינם נגזרים מאופיו השלטוני של בעל המכרז אלא — מאופיו של המכרז.

דרישות היסוד של הגינות, שוויון, טוהר מידות, הן משותפות לכל המכרזים — יהא בעל המכרז אשר יהא. הן נובעות מאופיה של הפעולה ולא מאופיו של מבצעה. משום כך, הפרט המבקש לנהל משא ומתן לקראת כריתתו של חוזה רשאי להפלות בין שווים. אך אם הוא נוקט במכרז, עליו לקיימו בדרך של שוויון. זוהי חובה הנובעת מעצם מהותו של האמצעי הננקט על ידו.

71. קיימת אם כן מחלוקת בין שופטי בית המשפט העליון אם, כאשר נוקט הפרט בדרך של מכרז, נוצרת כתוצאה מכך ציפייה כי יפעל בשוויון, כשאין חולק כי אם זו הציפייה הנוצרת — קמה חובה, גם על הפרט, לנקוט בשוויון

תוך איסור הפליה. ואולם המחלוקת חורגת מנקודה זו. לדעת כבוד השופט ברק החובה לנהוג בשוויון אינה נובעת מציפיית הצדדים והיא נובעת מעצם מהותו של המכרז. לדידו, חובת השוויון בהליכי המכרז אינה תלויה בציבוריותו של בעל המכרז, אלא: "השוויון הוא 'נשמת אפר' של המכרז, ובלעדיו המכרז אינו מכרז". בהתאם לקביעה זו, אף אם אין ציפיות מצד איש מן הצדדים כי ינהגו בשוויון, תקום החובה לנהוג בשוויון, וזאת כתוצאה מאופיו וממהותו של המכרז כמכרז.

72. כאן יש להבהיר כי קיימות שתי אפשרויות להבין מהותו של מכרז מהי. ניתן לראות במכרז הזמנה להציע הצעות, כאשר לאחר מכן בוחר בעל המכרז מבין ההצעות את ההצעה הנראית ישרה בעיניו, בהתאם להעדפותיו האישיות. וניתן לראות במכרז מנגנון של תחרות, כאשר בעל המכרז מציין למעשה לפני המתמודדים כי זוהי עסקה שתבצע בהתאם לכללי משחק מסוימים. כללי המשחק במכרז הם: הזמנה של המעוניינים להתחרות לפני בעל המכרז, כאשר הלה מתחייב כלפיהם להכריע בין הצעותיהם על פי קריטריונים משלו – אך בהגינות ובשוויון. בהתאם לדרך השנייה בהבנת מהותו של מכרז, הרי שבפנינו התחייבות של בעל המכרז כלפי המשתתפים במכרז להכריע בתחרות ביניהם. זהו אם כן תפקיד מעין-שיפוטי, וממילא מעצם טיבו וטבעו של תפקיד זה נובעת הימנו החובה לנהוג בשוויון. במקרה זה ברור כי מהותו וזהותו של בעל המכרז, כגוף פרטי או כגוף ציבורי, כלל אינה רלוונטית. נורמות ההתנהגות נובעות מן התפקיד ולא מזהותו של מי שנושא בתפקיד.

73. המחלוקת בין שופטי בית המשפט העליון בעניין בית יולס הנה, אם כן, האם מהווה המכרז הזמנה בעלמא להציע הצעות, כאשר בעל המכרז כגוף פרטי רשאי להעדיף לקשור יחסים עסקיים על פי העדפותיו האישיות, או שמא זו התחייבות לנהוג על פי כללי משחק, תוך הזמנה של ציבור מסוים להתחרות לפני בעל המכרז, הנוטל על עצמו תפקיד מעין שיפוטי להכריע ביניהם, ולאחר מכן לנהל משא ומתן עם הצד הזוכה בתחרות, כדי להתקשר עמו בחוזה.

74. מפסק הדין בעניין בית יולס עולה אם כן התוצאה הבאה: גוף מינהלי הפונה לציבור במכרז חייב לנהוג בשוויון, בכל מקרה, לנוכח מעמדו כנאמן של הציבור, האמור לספק חוזים ושירותים ולהכריע בין הפונים אליו בדרך הוגנת ושוויונית. חובה זו נובעת ממהותו של הגוף האמור, כנאמן של הציבור. לעומת זאת כאשר גוף פרטי פונה לציבור במכרז, הרי שיש לבחון את משמעות הצעתו. אם רואים בהצעה משום הזמנה להציע הצעות, הנעדרת אלמנט של שפיטה ביניהן, הרי שלא מוטל על בעל ההזמנה לנהוג בהצעות בשוויון, והוא רשאי להפלות בין המציעים ולבחור מביניהם הצעה כראות עיניו. ואולם אם רואים בהצעה משום הזמנה להתחרות לפני בעל המכרז, הרי שהפועל היוצא מכך הוא, כי בעל המכרז התחייב, באופן וולונטרי, כלפי המתחרים, לשפוט ביניהם. במקרה זה עליו לעשות כן בהגינות ובשוויון, שכן תפקיד שיפוטי יוצר כשלעצמו, מחמת עצם טיבו וטבעו, חובה לנהוג בהתאם לרמה נורמטיבית הולמת.

75. ודוק, הניסיון שנעשה בעניין בית יולס לבסס את החובה לנהוג בשוויון מכוח עקרונות של תום לב עורר קושי, שכן תום לב אינו מחייב לנהוג בשוויון. בכך חלקו שופטי הרוב על כבוד השופט ברק והנמקותיהם מציינות קשיים כבדי משקל להפעלת תורת תום הלב ככלי לצורך החלת חובת השוויון על גוף פרטי. לעומת זאת, אם רואים במכרז מנגנון של תחרות היוצר תפקיד מעין שיפוטי, הרי שנוצרת חובת אמון ולא רק חובה לנהוג בתום לב. חובת אמון זו נוצרת מכוח עצם מהותו של התפקיד המעין שיפוטי, אשר הוטל על שכם בעל המכרז מכוח הסכם, והיא מכוונת כלפי הציבור המסוים של המתחרים אשר כלפיהם מכוון ההסכם האמור. בכל הנוגע לחובת אמון זו, הנובעת מעצם התפקיד המעין שיפוטי, להבדיל מחובת תום הלב, קשה יהא לחלוק כי היא גוררת חובה לנהוג בשוויון.

76. בהתאם לניתוח זה נמצא כי מקום שבו מדובר בגוף החב חובת אמון כלפי הציבור, הרי שחובת השוויון תחול על המכרז לכל הדעות, כפועל יוצא של חובת אמון זו, וזאת אף אם אין רואים במכרז מנגנון היוצר כשלעצמו חובות אמון.

ד(3) הכללים הנורמטיביים החלים על ההסתדרות בביצוע מכרז 77. יישום של המסקנות הנורמטיביות דלעיל ביחס להסתדרות מחייב לכאורה להסיק כי לנוכח אופיה הדומהותי של ההסתדרות, וחובת האמון שלה כלפי הציבור, יחולו על מכירת נכסיה, דיני המכרזים הנוהגים במשפט הציבורי. עם זאת, ציינו לעיל, כי כללי המשפט הציבורי ביחס לפעולות מתחום המשפט הפרטי הנעשות על ידי גוף דומהותי שביסודו התארגנות וולונטרית, מיושמים באופן פחות נוקשה ומחמיר.

לפיכך, שומה עלינו לברר אילו עקרונות מתחום דיני המכרזים יש להחיל באופן דווקני על גוף דומהותי, אשר אינו כפוף במישרין לחוק חובת מכרזים — מחד גיסא, ולאלו כללי מכרז אין גוף דומהותי כפוף — מאידך גיסא. 78. התשובה לשאלה זו מצויה לדעתנו בעקרונות המונחים ביסודו של מכרז. שניים הם הרעיונות העיקריים המונחים ביסודו של המכרז⁴⁷:

"(א) האינטרס המינהלי — היינו הבטחת ממשל תקין על ידי ניהול ענייניה של הרשות בדרך שיש בה משום מתן סיכוי שווה ויחס זהה והוגן לכל איש מתוך הציבור. בשל אינטרס זה על הרשות לכלכל מעשיה באופן כזה שלא תעניק זכויות במתן אספקה או שירותים, אלא על פי כללים, שנועדו להבטיח שוויון והיעדר משוא פנים וליצור אמון בשיקוליהם והוראותיהם של המופקדים על המינהל הציבורי.

(ב) האינטרס העסקי — משמע, המטרה להשיג מן הקבלן או הספק, המציע שירותים או אספקה, את האיות המעולה ביותר האפשרית, של השירות או המוצר, תמורת מחיר נמוך ככל האפשר ותוך המועד התואם את דרישותיה של הרשות. הוזה אומר, עניינה של הרשות הציבורית כעניינו של כל בעל עסקים הוא לנהל משק יעיל, דבר המתבטא בין היתר בשימוש מושכל בכספי הציבור כדי שתצמח לציבור מירב התועלת תמורת מחיר זול ככל האפשר.

שני אינטרסים אלה אינם מנותקים האחד מרעהו, אלא יש להם השלכה והשפעה זה על זה. מחד גיסא, לא כל האמצעים כשרים לשם השגת מירב התועלת הכלכלית, כמתואר, כפי שגם אין לומר כי שיקולי תמחיר ועלות פוסקים להיות רלבנטיים וישימים כאשר שולט בכיפה השיקול הציבורי. שיטת המכרז נוצרה כדי ליצור שילוב נאות בין שני האינטרסים האמורים ולקבוע עקרונות פעולה, אשר על פיהם תנסה הרשות המינהלית להפיק תועלת כלכלית, תוך שמירה על כללי אתיקה ומינהל תקין היונקים מן היסוד הציבורי ומשקפים אותו.

79. ביחס לאינטרס המינהלי המונח ביסוד מכרז, סבורים אנו כי לאור אופיו הציבורי של הגוף הדור-מהותי, יש להחילו גם על ההסתדרות. יש אפוא להחיל על ההסתדרות נורמות מתחום דיני המכרזים הכוללות את החובה לנהוג בשוויון. על חובת השוויון לא ניתן להתנות. לעומת זאת, ככל שאין פגיעה בעקרון השוויון הרי שלנוכח העובדה כי המכרז מושתת גם על האינטרס העסקי, שולט בכיפה הכלל לפיו "החיים והמוות ביד הלשון". לאמור: הדברים יהיו לגיטימיים אם נאמרו מפורשות מראש במסמכי המכרז לפי עיקרון זה. ניתן להתנות במכרז — כל עוד שהדבר נאמר מפורשות — על עצם ההתחייבות לקבל את ההצעה הזולה ביותר או כל הצעה שהיא, וכן לקבוע כי בעל המכרז יהא רשאי לנהל משא ומתן נפרד עם מציעים אחדים, או אף לנהל התחרות ביניהם.

80. כך, מצינו בעניין בית יולס כי מקום שבו נאמר בתנאי המכרז, שאין המזמין מתחייב לקבל את ההצעה הזולה ביותר או כל הצעה שהיא, הרי שתנאי זה עומד בתקפו. גם העובדה שלאחר פתיחת המכרז, בחר בעל המכרז לנהל משא ומתן נפרד עם מציעים אחדים, בלי שנתן למציעים אחרים הזדמנות להשתתף במשא ומתן כזה, לא הקנתה להם עילת תביעה. השאלה היחידה שעמדה לדיון הייתה החובה לנהוג בשוויון.

81. ואולם בעל מכרז לא יוכל להשתמש לרעה בהליכי מכרז, כדי ליצור תחרות פיקטיבית במגמה להפעיל לחץ על מציע שעזמו הוא מעוניין ממילא להתקשר, תוך שימוש במציעים האחרים כאמצעי לחץ להשגת עסקה טובה יותר עם אותו מציע. אין לצאת מנקודת הנחה כי המשתתף במכרז נוטל על עצמו סיכון לפיו בעל המכרז יודע מראש כי אין בדעתו כלל לקבל את הצעת המשתתפים במכרז,

או לחלופין יודע מראש כי הוא מתכוון ממילא להתקשר עימו, והמכרז נועד רק להביאו להציע הצעה טובה יותר⁴⁸.

סיכום

82. מן האמור לעיל נובעות מסקנות אופרטיביות רבות, שעיקריהן כדלקמן: (א) לנוכח תפקידיה על פי דין של ההסתדרות הכללית במישור משפט העבודה, סביר להניח כי ההסתדרות תוגדר כגוף דרמהוטי, בדומה לפסיקת בית המשפט העליון בעניין חברת החשמל ובעניין חברה קדישא.

(ב) כתוצאה מכך נראה כי חלים על ההסתדרות כללים מן המשפט המינהלי בצד כללי המשפט הפרטי. כללים אלו יחולו ביחס לכל פעולותיה של ההסתדרות, לרבות פעולותיה בתחום המשפט הפרטי.

(ג) עם זאת, יישומם כפוף — מאידך גיסא. כשהן נעשות על ידי גוף דרמהוטי שביסודו התארגנות וולונטרית, נעשה בפסיקה באופן מינורי. החובות של הגינות, שוויון וכיצא באלו חלות אפוא על גוף זה, אך נובעים מהן כללים פחות נוקשים ומחמירים.

(ד) מניתוח הפסיקה עולה כי על החובה לפעול בשוויון, לא יוכל גוף דרמהוטי להתנות. הוא חייב על כן, לנהוג כלפי המשתתפים במכרז באופן שוויוני תוך הקפדה על קיום תנאי המכרז ודרישותיו, וללא התחשבות בשיקולים נסתרים.

(ה) מעקרון השוויון נובעות הן החובה להציע את הנכסים אותם מעוניין הגוף הדו — מהוטי למכור, לציבור הרחב, והן החובה לפעול בכל הליכי המכרז, החל ממועד פרסומו ועד לקבלת ההחלטה הסופית בו, באופן שוויוני.

(ו) עקרון השוויון ממשיך לפעול אף לאחר תום הליכי המכרז, ומשפיע על יישומו של החוזה שנחתם ופרשנותו. כך למשל, היעדר הקפדה על קיומו של החוזה ככתבו וכלשונו, עלולה להיחשב כהפרה של עקרון השוויון כלפי שאר המשתתפים במכרז וכלפי משתתפים פוטנציאליים. בהתאם לעקרון השוויון מוטלת החובה על בעל המכרז לפעול באופן דקדקני על פי התנאים והמסגרות שאותם קבע מראש.

(ז) מעקרון השוויון נובע, כי בשלב הראשון (לאחר הגשת ההצעות) מחויב בעל המכרז לבדוק האם עמדו המשתתפים בכל התנאים המוקדמים של המכרז, כגון הפקדת ערבות. בעל המכרז אינו רשאי לוותר למאן דהו על תנאי מקדמי, גם אם השתתפותו של אותו גורם במכרז חיונית היא ורצויה ביותר, לאור גובה הצעתו וכיצא בזה. רק משתתפים שעמדו בתנאי המכרז, יוכלו לעבור לשלב השני — שלב בחירת ההצעות, שאם לא כן, תיפגם חובת השוויון.

48 לעניין זה ראה בג"צ 245/83 דר נ' ועדת המכרזים, פ"ד לח(2) 85; ד' פרידמן ונ' כהן חוזים (תשנ"א, כרך א) 594–595.

ח) בשלב בחירת ההצעות אין בעל המכרז שהנו גוף דר־מהותי רשאי לנהוג כשרירות. הוא חייב לבחור בהצעה הטובה ביותר. עם זאת, ההצעה הטובה ביותר אינה בהכרח ההצעה הכספית הגבוהה ביותר, וייתכנו שיקולים רבים נוספים. עקרון השוויון אינו מונע את האפשרות ואת החובה להשתית את המכרז על שיקולים עסקיים מגוונים, ובעל המכרז רשאי לעצב את תנאיו באופן שיוכל לבחור מבין ההצעות את זו שתשרת אותו בצורה הטובה ביותר גם היא אינה ההצעה הכספית הגבוהה ביותר.

ט) בהתאם לכך, קיים עקרון המכונה "מקבילית הכוחות". על פי עיקרון זה מותר להשוות את ההצעות על פי מבחן יחסי, וככל שההפרש הכספי בין ההצעות קטן יותר, כן מותר לתת משקל רב יותר לשיקולי כושר וניסיון רלבנטיים. דווקא לנוכח העובדה כי מדובר במכרז פומבי, אשר הניגשים אליו אינם משתייכים לקבוצה מצומצמת בעלת כשירויות ספציפיות, הנבחנות בקפידה כבר בשלב הגשת ההצעות, הרי שרשאי בעל המכרז לשקלל בין שיקוליו בבחירת ההצעות שהוגשו, גם את כשירויותיו וניסיונו של המציע, מקום שאלו רלבנטיים לנשוא המכרז.

י) לאור השיקול העסקי, גם רשאי בעל המכרז, מקום שבו נאמר הדבר מפורשות בתנאי המכרז, לקבוע כי הוא אינו מחויב לקבל הצעה כלשהי, כי הוא רשאי לשקול שיקולים לא ממוניים ולקבל הצעה, אשר אינה הגבוהה ביותר מבחינה כספית, אך היא הטובה ביותר מבין אלו שהוצעו כאשר משקללים גם גורמים רלבנטיים אחרים כגון: אמינות, יכולת ביצוע, ניסיון, מהירות ביצוע, איכות, אסתטיקה וכיוצא בזה. יא) בנוסף לחובה לנהוג בשוויון המונעת שרירות ומחייבת את בעלי המכרז להקפיד על כל תנאיו כפי שנקבעו מראש, תהא פגיעתם אשר תהא במציע כלשהו שחפצים בו, קיימת חובה לנהוג במציעים בהגינות, וממנה נובע כי לא יעלה על הדעת לבצע את המכרז, כאשר יודעים מראש כי אין חפץ לבחור במי מן המציעים, או כי מציע פלוני יזכה בכל מקרה, והמטרה היא רק לגרום לו לשפר את הצעתו. המכרז הוא סוג של משחק, המיועד לגרום לכך, שהזוכה יהא בעל ההצעה הטובה ביותר בשיקלול של כל השיקולים הרלבנטיים, תהא מיהותו אשר תהא. מקום שבו הבחירה או אי הבחירה ידועה מראש, מדובר בהפרה של כללי המשחק, שאינה הוגנת וממילא אסורה.