

גופים דו-מהותיים

בין הגופים הפרטיים לציבוריים קיים סוג שלישי, של גופים שמוטלות עליהם חלק מהחובות של גוף ציבורי. עניין זה נקבע לפי מידת קירבתו של הגוף לרשות מינהלית מבחינת מאפייניו, תפקידו, מעמדו בציבור, היקף פעילותו, סוג השירותים שהוא נותן ומידת הפיקוח הממשלתי עליו.

המשיבה 1 נזקקה עד היום לשירותיה של העותרת לשם איחסון מידע, ולימים החליטה לרכוש את הציוד הרלוונטי לעצמה מן המשיבה 2. לטענת העותרת, מוטלת על המשיבה החובה לערוך מכרז, והחלטתה של המשיבה נתקבלה מתוך חוסר סבירות, בלא שנערכו הבדיקות שהיה צריך לערוך במקרה זה.

היקף סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק נקבע בחוק-יסוד השפיטה, אולם גבולות הסמכות אינם מדויקים. המשיב הממלאת תפקיד ציבורי על פי דין, ובית המשפט הגבוה לצדק מוסמך לדון בעתירה, התוקפת ישירות את החלטות המשיבה בעניין זה. לעומת זאת, קודם שגוף מבצע פעולות אזרחיות או מסחריות, סמכות השיפוט בדבר תקיפה ישירה של פעולות אלה היא בית המשפט האזרחי הרגיל. על כן הפרת חוזה על ידי המדינה או ביצוע עוולה על ידה נדונה בבית המשפט האזרחי.

החלטות באשר להתקשרות בחוזה הנעשות על ידי המדינה או על ידי תאגידים סטטוטוריים, כגון רשות השידור, נדונות בבית המשפט הגבוה לצדק. אך אין כל יסוד הגיוני להבחין בין החלטות, בשלב הטרם חוזי, של המשיבה לבין אלו של חברות ממשלתיות ועירוניות. סכסוכים כאלה נידונים כרגיל בבית המשפט האזרחי.

המשפט המינהלי הוא אחד, והריהו חל על כל הגופים שראוי להם להיות כפופים לו, בכל ערכאה שיפוטית. השוני בין הערכאות הוא אך זה, שבהסמכת בית המשפט הגבוה לצדק, נגרר המשפט המינהלי כענין שבשגרה, ובבית המשפט האזרחי, תחולתו של המשפט הציבורי מחייבת בחינה עצמאית נפרדת. על פעולות מעין אלה חלה אותה "דואליות-נורמטיבית"; על כן חלות חובות מן המשפט הציבורי על רשויות אלה, גם כאשר הן פועלות במשפט הפרטי, וגם כאשר הן נדונות בפני בתי משפט אזרחיים.

המערכת הנורמטיבית אשר תחול על האופן בו מקבלת המשיבה החלטות באשר להתקשרויותיה החוזיות, הינה בראש וראשונה, המערכת האזרחית הרגילה. אולם הצטברו במשיבה מספר תכונות, המשוות אותה לתאגידים הסטטוטוריים: קיומן של סמכויות שלטוניות, הענקת זיכיון בלעדי מהמדינה והשליטה על אמצעי יצור חיוני. המשיבה נתפסת בעיני כנאמן של הציבור, אשר בידיה הופקד האינטרס הציבורי והנכסים הציבוריים לשם שימוש בהם לטובת הכלל; אין בעל הזיכיון עושה בתוך שלו. הוא עושה למען הציבור, ועל כן הוא חב לו חובות מהמשפט הציבורי, המעניק לצד שלישי, המבקש להשתתף במכרז, אינטרס מוגן כי חובת המכרז תקויים ככתבה וכלשונה.

במסגרת הנחות אלה, אך טבעי הוא למקם את המשיבה בתחומי המשפט הציבורי, במיקום המעניק לה לעתים כוחות שאינם מנת חלקם של חברות פרטיות. עם זאת, אין להפעיל על המשיבה, שעה שהיא פועלת במשפט הפרטי (כגון בהתקשרויותיה החוזיות), את המשפט המינהלי על מלוא היקפו. המחלוקת בין העותרים לבין המשיבה אינה נוגעת לסמכויותיה השלטוניות של המשיבה. על כן, הסמכות לדון בסכסוך נשוא העתירה, הוא בידי בית המשפט האזרחי. עם זאת, ידון בית המשפט האזרחי גם על פי כללי המשפט המינהלי, על פי שתי אמות מידה: זו הקבועה במשפט האזרחי וזו החלה במשפט המינהלי. העתירה נדחת.

חברת החשמל פירסמה מיכרז להקמת מיבנה בתחנת הכוח באשקלון. במיכרז זכה אחד המציעים, ובעקבות זאת נפתחה סידרת הליכים משפטיים בין שני מציעים אחרים לבין החברה, בסופם הכריע בית המשפט המחוזי בירושלים, לזכותם של אותם שני מציעים. על פסק-דין זה באו הערעור והערעור שכנגד.

המציעים היו, מהזול ליקר: דרוקר(מליבו), א.לוי, ארנסון ובן-יקר גת. אנשי חברת החשמל נפגשו עם כל אחד מן המציעים, בנפרד, ובעקבות אותן פגישות, נשתנו הצעות המחירים. תוך כדי כך שינתה חברת החשמל את גם פרטי המכרז, ובסוף החליטה כי הזכאית במיכרז היא לוי, אך לאחר שזו חזרה בה מהצעתה וסירבה לבצע את העבודה, שונתה ההחלטה, העבודה נמסרה לבן-יקר, והחלט לחלט את הערבות שלוי הפקידה עם הצעתה במיכרז. בית המשפט המחוזי החליט, כי דרוקר היתה אמורה לזכות במיכרז וכן הינה זכאית היא לפיצוי בגין נזק, אך לא בגין אובדן העיסקה, ואילו לוי זכאית כי תוחזר לה הערבות שחולטה.

מציע שהוא זול מבין מציעים אחדים, זכאי לצפות, לכאורה, כי יזכה בעבודות המיכרז; והגם שבעל המיכרז אינו חייב לזכות אותו מציע, הנטל על בעל המיכרז, להסביר מדוע לא זכה אותו מציע. החלטה שלא לזכות את המציע הזול במיכרז חייבת לתקוע יתד ב"סיבות סבירות" גם בהנחיות הפנימיות של חברת החשמל עצמה. בהליכי המיכרז אין טעם מפורש ומפורט לנימוקי ההחלטה לזכות את בן-יקר במיכרז ושלא לזכות את דרוקר, ואיגם פרוטוקול ובו נימוקי ההחלטה, כנדרש על-פי הוראות הנוהל של חברת החשמל עצמה.

בהליכי המינהל הציבורי נתקלים אנו, לעיתים, בתופעה זו, שבמגעה עם האזרח אין הרשות מנמקת כיאות החלטת סירוב שהיא עושה, ואילו בבית משפט נמצאים לה לפתע ק"ן טעמים להסבר. בית המשפט יבחן בחשדנות יתירה טעם שנולד לראשונה בהליכים לפניו. קשה להימנע מהתרשמות כי לא בכדי לא נרשם פרוטוקול מנומק. לא כך ראוי שתנהג רשות ציבור, והדבר חייב למצוא ביטויו גם בהכרעת הדין.

חברת החשמל התכוונה להקים את המיבנה תוך שימוש עיקרי במוטות ושימוש מישני ברשתות, ותוך הליכי המיכרז שינתה טעמה והחליטה להיפך. טוענת חברת החשמל כי דרוקר ידעה מלכתחילה שכך יהיה, ומטעם זה קבעה מראש מחיר גבוה במיוחד לרשתות. במיסמכים. בית משפט קמא דחה מפורשות טענה זו של "תכססנות", וגם אנו שותפים למסקנתו.

אין כל החלטה של ועדת המיכרזים על דבר פסילת הצעתה של דרוקר; מציע במיכרז זכאי לדעת מדוע לא זכה, ובעל המיכרז מצידו חייב לחשוף עצמו לביקורת אם אומר הוא לפסול הצעה מטעם זה של "תכססנות". וגם לאחר אותה "תכססנות" - אשר אליבא דוועדת המיכרזים לא חייבה פסילת הצעתה של דרוקר - היתה הצעתה של דרוקר הזולה ביותר, זולה מהצעת בן-יקר אשר זכתה במיכרז. מדוע איפוא לא זכתה דרוקר במיכרז?

כלל הוא בדין המיכרזים של רשות ציבור, שבעל מיכרז אמור לקבל או לדחות, כמות שהיא, הצעה שהועלתה לפניו, ואסור הוא במשא ומתן בגידריהם של הליכי המיכרז. בענייננו, נוהל "משא ומתן" בין חברת החשמל לבין דרוקר, דבר שהיה אסור לעשותו. אשר לדרוקר - אנשיה רשאים היו שלא ליטול חלק באותה שיחה; ואולם, היכן הוא אותו מציע גיבור שלא ייענה לדרישה לניהול משא ומתן כאשר זו באה מפיו של בעל מיכרז האמור להחליט מי יזכה ומי יפסיד?

יצויין כי יוצא אחד יש לכלל איסור המשא ומתן, והוא במקום שפלוני זכה כדין במיכרז - בהחלטה פורמלית וסופית - שאז רשאי בעל המיכרז לנהל עימו משא-ומתן. אמנם, בעל מיכרז יכול וזכאי לשמור לעצמו, מראש ובהיעדר מניעה בחוק, זכות לנהל משא ומתן עם המציעים במיכרז, ובלבד שאותו משא ומתן יתנהל בשיוויון ובהגינות בין המציעים. אף זה לא המקרה שלפנינו. בענייננו נוהל משא-ומתן עם כל המציעים במיכרז ועל-כן אין למצוא פגם במיכרז מצד זה של ההליכים. שונה לחלוטין עניין שינוי פרטי המיכרז, ודרוקר לא הסכימה לשינוי. בעל-מיכרז אינו רשאי לעשות כן לאחר קבלת ההצעות במיכרז, ובעשותה את שעשתה חטאה חברת החשמל לכללי-יסוד החלים על מיכרזים. אותו שינוי הביא לירידתה של דרוקר מן המקום הראשון אל המקום השני; העלה את לוי מן המקום השני אל המקום הראשון; והביא לזכייתה של לוי במיכרז. מכאן, ששינוי זה היה מהותי בתנאים.

מקור ראשון - ועיקרי - לזכותה של דרוקר ולחובתה של חברת החשמל, יימצא במשפט המינהלי, אותו ענף משפט אשר בחיקו נולד וצמח משפט המיכרזים המחייב את חברת החשמל. על חברת החשמל חלים עיקרי משפט המיכרזים של המשפט המינהלי, ובה תופשת "דואליות נורמטיבית", ולפיה חל עליה דין המיכרזים של המשפט המינהלי ודין המיכרזים הנשאב מעקרונות המשפט הפרטי. בית משפט קמא לא ציווה על חברת החשמל כי תזכה את דרוקר במיכרז, ולכן זכאית דרוקר בפיצוי כדי ההפסד שנשאה בו. דרוקר זכאית כלפי חברת החשמל כי תעמיד אותה באותו מקום שהיתה עומדת בו לולא ההפרה; בכל מקרה, זכאית דרוקר כי חברת החשמל תפצה אותה בגין אובדן עיסקת המיכרז, בית משפט קמא קבע, כי שיעור הרווח הוא 5% משווי כלל העבודה, ואין טעם טוב לסטות מהערכתו.

לעניין פרשת לוי, הר שעם פתיחתה של תיבת ההצעות, היתה הצעתה של לוי השניה אחרי הצעתה של דרוקר. אנשי לוי זומנו לפגישה עם אנשי חברת החשמל, ובאותו מעמד הסכימה לוי לשינוי הכמויות (ממוטות לרשתות) ולהפחתת מחירי הרשתות. על דרך זה עלתה הצעתה של לוי למעלת ראשונים ואילו הצעתה של דרוקר ירדה להיותה שניה, וזו הוכרזה כזוכה. לאחר מספר שבועות הודיעה לוי לחברת החשמל כי חוזרת היא בה מהצעתה במיכרז, ובתגובה על כך חילטה חברת החשמל את הערבות שלוי הפקידה עם הגשת הצעתה. לוי טענה כי חברת החשמל הטעתה אותה בעניינין של הרשתות, ואשר על כן היתה היא, לטענתה, זכאית לבטל את הצעתה. בית משפט קמא פסק לטובת לוי, ואין מקום להתערב במימצא שקבע. חברת החשמל נהגה שלא-כדין שעה שתוך הליכי המיכרז שינתה את תנאיו. מי שראויה היתה לזכות במיכרז - לכל אורכו - היתה דרוקר, והצבתה של לוי במקום הראשון היתה שלא-כדין. מכאן, שזכייתה של לוי במיכרז היתה תלויה, מתחילתה, על בלימה, וממילא לא היתה חברת החשמל זכאית לחילוט הערבות בעת שלוי חזרה בה מהצעתה.

ערעוריה של חברת החשמל נדחים. ערעורה של דרוקר מתקבל.

הערת העורך: נראה שחברת החשמל יכלה לכתוב ספר "אחיק לא מנהלים מכרז". אבל למרות שהתנהגותה היתה לא ראויה, בכל זאת לא מדובר במצב גרוע כל-כך, מכיוון שבתקופה לפני פסק הדין כל מי שניגש למכרז של גופים כאלה ידע שעליו להשאיר כמה אחוזי ביטחון כדי לנהל מו"מ עתידי.

המערער הינו יהלומן בעיסוקו, ונהג לפקוד את הבורסה ליהלומים ברמת-גן מספר פעמים בשנה במסגרת עסקיו. המשיבה הינה הבעלים הרשום של בנייני הבורסה ליהלומים. מדובר במשרדים רבים של יהלומנים, וכן בגורמים אחרים השוכרים שם משרדים. באחד מן הימים הגיע המערער לבניינים אלה לצורך פגישות עסקים, ולהפתעתו מנעו ממנו השומרים, אשר מוצבים מטעם המשיבה בכניסה לבניין, את כניסתו; המשיבה החליטה על כך לבקשת הבורסה ליהלומים בבלגיה, עקב סירובו של המערער לקיים הליכי בוררות בנוגע לסכסוך עסקי בינו לבין יהלומן אחר (כמקובל בענף היהלומים).

טעות היא לחלק את הקניין באופן חד בין קניין פרטי לציבורי. המציאות מורכבת יותר; וכשם שהקניין אינו מתחלק באופן חד לקניין פרטי מזה וקניין ציבורי מזה, כך גם הדין החל על הקניין: הקניין הפרטי, אף שהוא מצוי בתחום של המשפט הפרטי, אינו מצוי מחוץ לתחום של המשפט הציבורי. ויש סוגים של קניין פרטי הכפופים לעקרונות יסוד של המשפט הציבורי. ההבחנה ביניהם אינה חדה.

בגבול שבין המשפט הפרטי לבין המשפט הציבורי קיים אזור דמדומים, בו המשפט הפרטי והמשפט הציבורי משמשים בערבוביה. באזור זה קיימת דואליות נורמטיבית, כלומר, דו-קיום של המשפט הפרטי והמשפט הציבורי; אולם אין די בכך שהגוף ממלא תפקיד שיש בו עניין לציבור או חשיבות ציבורית. גופים רבים מעין אלה פטורים לחלוטין מתחולת המשפט הציבורי; צריך דבר מה נוסף.

חשיבות מיוחדת נודעת לשאלה זאת בקשר לזכויות היסוד של האדם, ובהן הזכות לשוויון. זכויות היסוד נועדו בעיקר להגן על האדם מפני רשויות השלטון. אולם אין הן מוגבלות בתחולתן ליחסים שבין אדם לשלטון; הן עשויות לחול גם ביחסים שבין אדם לחברו. הכללים של המשפט הציבורי החלים על גוף דו-מהותי 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.

סביר להניח כי ההיקף והעוצמה של כללי המשפט הציבורי החלים על גוף דו-מהותי מסויים יהיו קרובים יותר לאלה החלים על רשות מינהלית, ככל שאותו גוף יהיה קרוב יותר במהותו לרשות מינהלית. בכל מקרה צריך להישמר שלא יוטלו על גוף דו-מהותי, שהוא ביסודו גוף פרטי, כבלים של המשפט הציבורי שיכבידו עליו ללא הצדקה לפעול באופן יעיל למילוי תפקידיו והשגת מטרותיו.

האם הבורסה ליהלומים היא גוף דו-מהותי? התשובה כרוכה בשאלה מה הם המהות והתפקיד של הבורסה. בין היתר יש לברר מי הקים ומי שולט במשיבה; מה היחסים בין המשיבה לבין הבורסה; מה התפקיד של הבורסה; האם יש לה להלכה או למעשה מעמד מונופוליסטי; מה התלות של יהלומן בבורסה זאת; מה המשמעות העסקית של החלטה למנוע בעד יהלומן את הכניסה לבנין הבורסה. כיוון ששאלות אלה לא נתבררו כראוי, יש להחזיר את התיק אל בית המשפט המחוזי, כדי שיברר את השאלות ויכריע במחלוקת.

הערת העורך: בלי קשר לשאלת הדו-מהותיות של הבורסה, הרי שבמקרה זה מניעת הכניסה מהעותר, משמעותה הפרת החוזה בין הבורסה לבין שוכרי המשרדים שעמם קבע את הפגישה.

המבקשים הינם חברי המשיבה, קופ"ח "מכבי", ועמותה המאגדת מספר חברים ב"מכבי" העותרים כולם לסעדים הנוגעים לדרכי בחירת המשיבה, ומספר סעיפים בתקנונה. קופת חולים "מכבי" מאוגדת כאגודה עותומנית. עם זאת, על מעמדה כיום משליכים הסדרים שנתקבלו בחוק הבריאות. "מכבי" הינה בראש וראשונה יציר המשפט הפרטי. תושב חייב אמנם להירשם כחבר בקופת חולים, אולם בידו הבחירה באיזו קופת חולים יירשם. יש לראות את החברות בקופה כוולונטרית וכפרי בחירתו של החבר.

האפיון של גוף כגוף דו מהותי אינו מוכרע על פי המסגרת התאגידית שבתחומה הוא פועל - חברה, חברה ממשלתית, עמותה, וכיו"ב. הסיווג מוכרע לא על פי יסודות טכניים כאלה או אחרים אלא כפרי בחינה של מהותו הכוללת של הגוף על מאפייניו, תפקידיו ומעמדו בציבור. ניתן לבחון את הענין גם ב "מהופך" על ידי הצגת השאלה: האם מדובר בגוף אשר מהותו, מעמדו ואופי תפקידיו מחייבים או מצדיקים כי יחולו עליו כללי התנהגות מחמירים הנגזרים מהמשפט הציבורי, וזאת מעבר לכללים המחייבים גורם הפועל כולו במישור המשפט הפרטי. על גוף דו-מהותי יחולו כללי משפט פרטי וציבורי במשולב. היקף הנורמות מתחום המשפט הציבורי שיחולו ייקבע מתוך התחשבות באופיו המיוחד של הגוף.

סיווגה של קופת חולים כגוף דו מהותי בחינה כוללת של מהותה ותפקידה של קופת חולים "מכבי" מביאה למסקנה כי יש מקום לסווגה כגוף דו-מהותי. המדובר בגוף שפעילותו ושירותיו משתרעים על פני המדינה כולה וחלק נכבד מאוכלוסיית המדינה חברים בה; השירותים הניתנים הם בעלי אופי חיוני שחובה על השלטון לספקם בין בעצמו ובין באמצעות אחרים. הפיקוח הממשלתי על פעילות הגוף הוא צמוד ביותר ורחב ביותר, ובעניינים רבים חודרים החקיקה והפיקוח הממשלתי ומתערבים בפעילות הקופה ומצרים בכך את תחומי האוטונומיה של פעילותה.

חובת ההגינות הציבורית והתקינות הציבורית שמקורם במשפט הציבורי חוברת כאן יחדיו עם עקרון הריסון המתחייב בכל הנוגע להתערבות בהליכי הארגון והניהול הפנימי של הארגון הוולונטרי. טיעוני המבקשים רחוקים בעניין זה מלהיות משוללי יסוד, והם חושפים בעייתיות של ממש הראויה להתייחסות. יחד עם זאת, במציאות הקיימת, אין מדובר בתופעה הנחזית על פניה כפסולה וכנטולת כל יסוד של סבירות ברמה ובהיקף כה קיצוניים המצדיקים התערבות שיפוטית בדרך של פסילת הוראות בתקנון ופסילת השיטה הקיימת מזה שנים להרכבת המוסד העליון בקופה.

לא אותרו סיטואציות קונקרטיות שבהן הביא ההרכב הקיים בוועידה לתוצאות בלתי רצויות. לא הובררו לקחי נסיון העבר באם קיימים כאלה. לא הובאו אף נתונים מהמציאות הקיימת בקופות חולים אחרות בתחום זה. בנסיבות אלה, אין לפנינו מציאות ה"זועקת על פניה" להתערבות אלא מציאות שיש לה פנים מורות, ואשר לכאן ולכאן אשר טיבה צריך עדיין להיבחן במהלך השנים הבאות.

העתירה נדחית, אך בשל החשיבות העקרונית של השאלה שהועלתה על ידי המבקשים ביחס לסוגיית הרכבה ודרכי בחירתה של הוועידה הארצית על פי התקנון, לא ינתן צו להוצאות.