

בית משפט לעניינים מנהליים בבאר שבע

עת"מ 40679-05-10 תיגבור-מאגר כ"א מקצועי זמני בע"מ נ' שירותי בריאות כללית ת"א

בפני
העותרת כב' הנשיא יוסף אלון

תיגבור-מאגר כח אדם מקצועי זמני בע"מ
ע"י ב"כ עוה"ד עמית אבן ועו"ד יעקב סער

נגד

שירותי בריאות כללית - ארלוזורוב תל אביב
ע"י ב"כ עוה"ד אופיר שליטנר

המשיבה

פסק דין

1. המשיבה הינה "קופת חולים" כהגדרתה בחוק ביטוח בריאות ממלכתי ה' תשנ"ד – 1994 והינה המחזיקה והמפעילה של המרכז הרפואי סורוקה בבאר שבע (להלן – ביה"ח). במאי 2010 פרסמו המשיבה וביה"ח "פניה לקבלת הצעות לשכירת משרד וקבלת הרשאה לפרסום ואספקת שירותי שמירות על מאושפזים בשטחי המרכז הרפואי סורוקה". בנספח "ז" לאותה הפניה ניתן "פירוט השירותים" הכולל, בין היתר, השגחה אישית וצמודה על המאושפז, עזרה בהאכלת המאושפז, ליווי המאושפז למכונים ולמרפאות שבבית החולים ועוד שירותי ליווי השגחה וסיוע המפורטים באותו הנספח. אחד מתנאי הסף "להגשת ההצעה וההשתתפות בהליך" מפורט בס"ק 4.2 למסמך הפניה כדלהלן:
"4.2 המציע איננו, ולא מתקיים כל הליך להכרזתו, כספק כח אדם כמשמעות מונח זה בחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם ה' תשנ"ו" (להלן – "החוק"). העותרת רשומה כ"קבלן כוח אדם" עפ"י החוק ועוסקת גם במתן שירותי סיעוד ליחידים ולגופים ציבוריים. בגידרם של הליכי הפניה לקבלת הצעות" הנ"ל – פנתה העותרת בבקשה למשיבה כי תבטל דרישת הסף הנ"ל שכן לטענתה מדובר בנסיון לעקוף שלא כדין את תכליתו ומטרתו של החוק וההגנה אותה הוא פורש על "עובדי קבלן". בתשובה לדרישתה זו של העותרת ענתה לה המשיבה כדלהלן:
"התקשרות עם חברה שהינה "קבלן כוח אדם", כהגדרת חוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם תשנ"ו – 1996, כפופה להוראת סעיף 12 א' לחוק. נוכח ההשלכות האפשריות של מצב זה על מערך יחסי העבודה של הכללית (המשיבה – י.א.) למול עובדי הספק וסבירות התממשות החזקה הקבועה בחוק ובסעיף 12 א' הנ"ל בשל קיומו של רשיון כוח אדם, ומטעמים נוספים שבידי המזמין, הוחלט על ידי המזמין (המשיבה – י.א.) כי לא תותר השתתפות של חברות המוגדרות כ"קבלן כוח אדם" במסגרת ההליך".

נזכיר כי עפ"י הוראת סעיף 12 א' לחוק, "עובד קבלן" המועסק אצל "מעסיק בפועל" תקופה העולה על תשעה חודשים, ייחשב כעובדו של ה"מעסיק בפועל" כאשר ותק העסקתו ייחשב מיום תחילת עבודתו אצל ה"מעסיק בפועל".

2. לטענת העותרת ה"פניה לקבלת הצעות" דינה כדין מכרז ועל המשיבה בהיותה "קופת חולים" חלות הוראות דיני [חוק חובת המכרזים](#) (סעיף 2 לחוק הנ"ל).

בהינתן זאת, תנאי הסף שבס"ק 4.2 הנ"ל – מנוגד לעקרונות דיני המכרזים הציבוריים והמשפט המנהלי בהיותו נסיון בוטה, כטענת העותרת, לעקיפת הוראות "חוק העסקת עובדים" ותכליתו החברתית והסוציאלית.

המשיבה טוענת כנגדה כי "הפניה לקבלת הצעות" איננה מכרז וכי גם אם חלים על פניה זו דיני המכרזים – אין פסול או פגם בדרישת הסף שבס"ק 4.2.

זאת לטענתה – הואיל וזכאית היא, ככל גוף כלכלי, להתנות על תחולת "חוק העסקת העובדים" בדרך של קביעת תנאי סף במכרז ולפיו לא תתקבל הצעה של "קבלן כוח אדם" כמובנו באותו החוק – ובכך למנוע מראש את תחולת החוק על העובדים שיועסקו במסגרתה במסגרת שירותי השמירה – נשוא "הפניה לקבלת הצעות".

בנוסף טוענת המשיבה טענות סף כנגד העתירה ובהן שיהוי והצגה לא מדויקת של העובדות, ומתוך כך חוסר נקיון כפיים של העותרת.

3. אקדים ואציין כי לא מצאתי ממש בטענות המשיבה לענין השיהוי הנטען על ידה בהגשת העתירה.

כמו כן אי הדיוקים הקלים שבפרק העובדות של העתירה אינם עולים כדי העלמת עובדות או חוסר נקיון כפיים.

אשר לטענת המשיבה כי נוכח ההיקף הכספי של ההליך דנן פטורה היא מחובת המכרז – הרי שגם אם אכן כך היה, העובדה שבחרה לפנות לקבלת הצעות בהליך דמוי המכרז דנן אינה פוטרת הליך זה (ויהיה כינויו אשר יהיה) מהלכות היסוד של דיני המכרזים. (ר' [ע.א. 6926/93 מספנות ישראל נ. חברת החשמל פד"י מח' \(3\) 749, 799 ואילך, בג"ץ 688/81 מיגדה נ. שר הבריאות פד"י לו \(4\) 85, 89](#)).

על פני הדברים בולטים המאפיינים ה"מכרזיים" של הליך הפניה לקבלת הצעות דנן. דרישות הסף למשתתפים, המועד להגשת הצעות, נוסחאות השקלול לבחינת והערכת ההצעות השונות, הגשת ההצעות במעטפות סגורות ל"תיבת ההצעות של המזמין" – ועוד מאפיינים נוספים.

לאור זאת – ניפנה לבחינת ליבת המחלוקת שבין הצדדים הלא היא דרישת הסף שבסעיף 4.2 לתנאי "הפניה לקבלת הצעות" – המצוטטת בפתח הדברים לעיל.

4. חוק העסקת עובדים תכליתו הגנה על זכויות עובדי קבלן המועסקים ע"י ה"מעסיק בפועל" תקופה העולה על תשעה חודשים. המחוקק קבע בסעיף 12 א' לחוק כי בחלוף תשעה חודשים הופך עובד הקבלן לעובדו של המעסיק בפועל.

דבר חקיקה זה מבטא נורמת הגנה על עובדי קבלן – באיזונים הקבועים בו.

לאמור, המעסיק בפועל רשאי להפסיק העסקת עובד קבלן בטרם חלפו תשעה חודשים ובכך למנוע הפיכתו לעובדו שלו.

ברם, אם לא עשה כן הופך העובד הזמני לעובדו של המעסיק בפועל. סעיף 12 א' לחוק מבטא איפוא איזון נורמטיבי שאיזון המחוקק בין אינטרס ההגנה על ציבור העובדים הזמניים, החשוף לפגיעות בזכויותיו, לבין ההגנה על זכויות מעסיק להעסיק עובדים לתקופות זמניות קצרות, ולמשימות זמניות, שבמהלכן לא ייחשב העובד לעובדו של המעסיק אלא לעובד הקבלן.

נקודת איזון זו נקבעה על ידי המחוקק על ציר זמן ההעסקה בפועל של העובד. כל עוד לא מלאו תשעה חודשים להעסקתו בפועל הוא איננו נחשב עובדו של המעסיק, מכאן ואילך ייחשב לעובדו.

על פי איזון נורמטיבי זה הזכות בידי המעסיק למנוע הפיכת העובד לעובדו – אם יפסיק את העסקתו בפועל תוך התקופה האמורה.

לא עשה כך המעסיק – יחשב העובד הזמני לעובדו. (וראו על כך בהרחבה בפסיקת ביה"ד הארצי לעבודה בע"א (ארצי) 4.10/06 המוסד לביטוח לאומי נ. פאהום ואח' (מיום 2.11.08), [ע"ע \(ארצי\) 326/03](#) מדינת ישראל נ. צ'קוב ואח' (מיום 20.2.06) וכן פסקי הדין של ביה"ד האזורי לעבודה בירושלים, [עב \(י-ם\) 1307/09](#) חג'אזי ואח' נ. בריק ואח' (מיום 3.3.2010), [ע"ב \(י-ם\) 2918/08](#) גולן זוהר ואח' נ. או.אר.אס ואח' (מיום 20.7.09 – כולם פורסמו ב"נבו").

5. המכרז (או מעין המכרז) דנן ענינו המהותי בפניה לקבלת הצעות לשירותי כוח אדם בנושא שמירה וליווי של חולים במרכז הרפואי סורוקה.

די לצורך כך לעיין ב"פירוט השירותים" שבנספח "ז" למסמכי המכרז וב"כתב הכמויות המשוערות" שבנספח "ח" למכרז.

עפ"י אותו כתב הכמויות המשאב (או "המצרך") בגינו מתבקשות הצעות המציעים איננו אלא היקף שעות העבודה לאספקת השירותים (וביתר פירוט, 30 שעות משמרת בוקר, 1300 שעות משמרת ערב ו-3800 שעות משמרת לילה, הכל כמפורט בנספח "ח" הנ"ל).

לאמור – מהותה של "הפניה" לקבלת הצעות דנן הינה למעשה פניה להצעות למתן שירותי כוח אדם.

בהינתן זאת, דרישת הסף של המשיבה כי "קבלני כוח אדם", כמובנם בחוק העסקת עובדים, אינם רשאים להגיש הצעה, משמעה התנערות א-פריורית של המשיבה מנורמת ההגנה על עובדים זמניים שקבע המחוקק בחוק.

המשיבה אף מצהירה על כך במפורש בתשובה שנתנה לשאלת ההבהרה של העותרת (המצוטטת לעיל) ולפיה הסיבה להכללת דרישת סף זו במכרז נובעת מ"ההשלכות האפשריות של מצב זה על מערך יחסי העבודה של הכללית (המשיבה – י.א.). למול עובדי הספק וסבירות התממשות החזקה הקבועה בחוק ובסעיף 12 א' הנ"ל בשל קיומו של רשיון כוח אדם...".

6. האם רשאית המשיבה, שעקרונות דיני המכרזים הציבוריים והמשפט המינהלי חלים עליה, להתנער מחקיקת המגן שבחוק העסקת העובדים? או במילים אחרות, האם חקיקת המגן מהווה חלק מהמערך הנורמטיבי של דין המכרז הציבורי?

תשובה לשאלה זו ניתנה, זה לא מכבר, בפסק דינו של בית המשפט העליון בע"מ 9241/09 שלג לבן בע"מ נ. עיריית אשקלון ואח' (מיום 8.7.10 – טרם פורסם). וכך נקבע שם (בשולי סעיף 6 לפסה"ד):

"ייחודם של דיני המכרזים הציבוריים הוא בכך שהם ניצבים על צומת דרכים משפטי, המנקז אליו יסודות מתחומי משפט שונים.

יעילות מנהלית וכלכלית, מוסר, אתיקה ציבורית, קיומו של חופש חוזים במובנו הרחב, הקפדה בעקרון השיויון לרבות שיויון בהזדמנויות הם חלק מן העקרונות המצטלבים בו.

הגשמתו של משפט העבודה המגן הוא להשקפתי, ממטרותיהם של דיני המכרזים ועומדת היא על רגליה שלה, שכם אל שכם עם התכליות האחרות".

המשיבה מבקשת בתנאי הסף שקבעה בס"ק 4.2 למכרז למנוע אפריורית את תחולת ההגנה שבסעיף 12 א' לחוק דנן. טענתה היא כי ההגנה הניתנת לעובדים הזמניים בסעיף 12 א' לחוק הינה "דיספוזיטיבית" במובן זה שרשאית היא להימנע מהתקשרות עם "קבלן כוח אדם", כמובנו בחוק, ובכך לנסות ולהיפטר מעולה של הוראת סעיף 12 א'.

גם אם נניח קיום אלמנט דיספוזיטיבי שכזה – הרי שאין הדבר כך שעה שבעל המכרז הינו גוף ציבורי שדיני המכרז הציבורי חלים עליו, וכדברים שנאמרו לענין זה בע"מ 9241/09 הנ"ל (בפסיקה 3 לפסה"ד):

"אלא שמשטר ההגנה על זכויות עובדיו של מציע במכרז ציבורי הוא חלק בלתי נפרד מדיני המכרזים, בכוח ובעת האחרונה גם בפועל.

משטר זה נגזר ראש וראשונה מחובת הנאמנות לציבור של רשויות המינהל, מן העובדה כי המטרות שלשמן הן פועלות אינן כלכליות גרידא, ומכפיפות פעולתן של רשויות אלו לכל אשר נכלל בתקנת הציבור, היינו לעקרונות היסוד של השיטה המשפטית.

אין חולק, כי חוקי המגן בעבודה הם עצם מעצמותיהם של עקרונות אלה...".

לאור זאת, אין מנוס מהמסקנה כי בהכללת תנאי הסף שבסעיף 4.2 למכרז דנן פעלה המשיבה בניגוד לעקרונות דיני המכרזים הציבוריים החלים עליה.

7. מתוך כל האמור לעיל אני מחליט לקבל את העתירה, להורות למשיבה לבטל את התנאי שבס"ק 4.2 בתנאי "הפניה לקבלת הצעות", ולקבוע בהתאם את המשך אותם ההליכים (הליכים שהושהו בגדרו של צו הביניים מיום 6.6.2010).

המשיבה תשלם לעותרת הוצאות העתירה ושכ"ט עו"ד בסכום כולל של 15,000 ₪.

המזכירות תשלח עותק מפסק דין זה לב"כ הצדדים.