

תאריך חתימת המסמך : 21.9.2022

ע"א 1962/21

**בבית המשפט העליון בירושלים
בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים**

חכמון גבאי בע"מ

ע"י ב"כ עוה"ד דוד רן-יה ו/או מירב רן-יה
מרחוב ז'בוטינסקי 35 רמת גן, 5251108
טל': 072-2706405 ; פקס': 072-2706406
דוא"ל: office@aradv.co.il

המעוררת

נ ג ד

מי רעננה בע"מ

ע"י ב"כ עוה"ד עמיחי מגער
מרחוב החשמל 18 תל אביב, 6511704
טל': 03-5666663 ; פקס': 03-5609010
דוא"ל: magar4@netvision.net.il

המשיב

היועצת המשפטית לממשלה

ע"י ב"כ עו"ד מפרקליטות המדינה, המחלקה האזרחית
מרחוב קריית מדע 5, בנין B3 קומה 5, הר חוצבים, ירושלים, 9777605
טל': 073-3929611 ; פקס': 02-6468027
דוא"ל: civil-dep@justice.gov.il

מתייצבת להליך

עמדה מטעם היועצת המשפטית לממשלה

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 24.2.2022, בה התבקשה היועצת המשפטית לממשלה להגיש עמדתה בדבר הסמכות העניינית לדון בענייני מכרזים של תאגיד מים וביוב, ובדבר השפעת פסק הדין בבג"ץ 8438/16 ארגון אמון הציבור – חברה לתועלת הציבור בע"מ נ' שר הפנים (21.6.2021) (להלן: "בג"ץ ארגון אמון הציבור") והתקנות המצויות בהליך התקנה בעקבות פסק דין זה, ובהמשך להודעתה בדבר התייצבותה להליך מתכבדת היועצת המשפטית לממשלה להגיש עמדה מטעמה, כפי שתפורט להלן. כל ההדגשות שלהלן אינן במקור אלא אם יצוין במפורש אחרת.

קרן וול, עו"ד
המחלקה האזרחית בפרקליטות המדינה
ב"כ היועצת המשפטית לממשלה

א. פתח דבר

1. לפנינו ניצבת השאלה למי מסורה הסמכות העניינית לדון בתביעות בעניין מכרזים המבוצעים על ידי תאגידי מים וביוב. מאז הקמתם של תאגידי המים והביוב, בתי משפט מחוזיים, אזרחיים ומנהליים, פסקו בעניין זה באופן לא אחיד. מצב זה, בין היתר, הוביל לחוסר בהירות עבור בעלי הדין המעוניינים להגיש תביעות לערכאה מוסמכת לדון בעניינם.
2. שאלה זו עלתה במסגרת ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז לוד (כב' השופטת בוסתן) מיום 3.3.2021 שניתן במסגרת ה"פ 60496-12-20 **חכמון גבאי בע"מ נ' מי רעננה בע"מ** (נבו 3.3.2021) (להלן: **"הערעור"** ו"פסק הדין" בהתאמה). במסגרת פסק הדין נפסק כי לבית המשפט לעניינים מנהליים מסורה הסמכות לדון בעניין מכרזי תאגידי מים וביוב מכיוון שאלו עונים על הגדרת "תאגיד ממשלתי" בחוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992 (להלן: **"חוק חובת המכרזים"**) ולכן העניין נכלל בגדר פרט 5 לתוספת הראשונה לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים, התש"ס-2000 (להלן: **"חוק בתי משפט לעניינים מנהליים"**, **"התוספת הראשונה"**), שענייני מכרזים של גוף או רשות המנויים בסעיף 2 לחוק חובת המכרזים.
3. לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, ישנה חשיבות במתן הכרעה בעניין שלפנינו לשם קביעת הלכה ברורה והגברת הוודאות והבהירות, על מנת שיתייצר הצורך לשוב ולדון בשאלה זו בהליכים שונים המתנהלים בבתי המשפט המחוזיים ולהכריע בה בכל מקרה לגופו, למנוע פסיקות סותרות ולחסוך בחלק מהמקרים את הצורך להגיש עתירה או תביעה חדשה, בשל העדר סמכות עניינית.
4. עוד לעמדתה, תאגידי המים והביוב אינם עונים להגדרה של "תאגיד ממשלתי", משום שאינם מהווים "תאגיד שהוקם בחוק", זאת בניגוד לקביעות בפסק הדין בהליך נושא הערעור. כמו כן, לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, תאגידי המים והביוב מהווים "תאגידים מקומיים", כהגדרתם בתיקון מספר 14 לחוק חובת המכרזים.¹ תיקון מספר 14 אמנם מחיל את חובת המכרזים על תאגידים מקומיים וכפועל יוצא מכך גם מוביל לקיומה של סמכות בתי משפט לעניינים מנהליים לדון בענייני מכרזים של תאגידים מקומיים. אולם, כניסת התיקון לתוקף הותנתה בהתקנת תקנות אשר טרם הותקנו ועל כן חוק חובת המכרזים אינו חל בשלב זה על תאגידים מקומיים וביניהם תאגידי מים וביוב. בשל כך ועל פי הדין החל בעת הזו, הסמכות לדון בענייני מכרזים של תאגידי מים וביוב אינה מסורה לבתי המשפט המחוזיים המנהליים, אלא לאזרחיים.
5. כפי שיובהר להלן, כוונת המחוקק הייתה להחיל את סעיף 2 לחוק חובת המכרזים על ענייני תאגידים מקומיים וכפועל יוצא מכך, הייתה מוקנית לבתי המשפט לעניינים מנהליים סמכות לדון בעניינם. בהתאם לכוונת המחוקק כפי שתפורט בעמדה זו, היועצת המשפטית לממשלה סבורה כי מבחינה עקרונית בתי המשפט לעניינים מנהליים הם הערכאה המתאימה לדון בענייני מכרזים של רשות ציבורית. עם זאת, לנוכח הוראתו המפורשת של המחוקק, לפיה הושתתה כניסתו לתוקף של תיקון מספר 14 לחוק חובת המכרזים עד להתקנת תקנות כאמור, בשלב זה לא מדובר בגוף או רשות המנוי בסעיף 2 לחוק חובת המכרזים ומשכך עניינו אינו נכלל בגדר פרט 5 לתוספת הראשונה לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים.

ב. על אודות תאגידי מים וביוב – רקע כללי

6. תאגידי מים וביוב הוקמו על ידי רשויות מקומיות בישראל החל מכניסתו לתוקף של חוק תאגידי מים וביוב, התשס"א-2001 (להלן: **"חוק תאגידי מים וביוב"**). סעיף 3(א) לחוק תאגידי מים וביוב הסמיך את הרשויות המקומיות להקים תאגידים שיעסקו במקומן בענייני שירות ותשתית המים והביוב בתחום שיפוטן:
"רשות מקומית רשאית להחליט כי פעילות חיונית שלה, או פעילות חיונית יחד עם פעילות נוספת שלה, יבוצעו בידי חברה שהיא תקים למטרה זו, ומספר רשויות מקומיות רשאיות

¹ חוק חובת המכרזים (תיקון מספר 14) ס"ח תשס"ג מספר 1874 מיום 20.11.2002 עמוד 59.

להחליט כי פעילות חיונית שלהן, או פעילות חיונית יחד עם פעילות נוספת שלהן, יבוצעו בידי חברה שהן יקימו במשותף למטרה זו; החליטו רשות מקומית או רשויות מקומיות כאמור, תוקם החברה לפי הוראות חוק זה, והוראות חוק זה יחולו על החברה".

7. סעיף 6 לחוק תאגידי מים וביוב אשר התווסף בתיקון מספר 4 לחוק וכותרתו "חובת הקמת חברה", מסמך את מועצת רשות המים להורות לרשות המקומית להקים חברה ולהעביר את משק המים והביוב להפעלת חברה זו, תוך 3 שנים מיום חקיקת החוק. וזו לשון החוק: **"לא החליטה רשות מקומית כאמור בסעיף 3 בתוך שלוש שנים מיום תחילתו של חוק זה, רשאית מועצת הרשות להורות לרשות המקומית להקים חברה למתן שירותי מים וביוב, ולהעביר את משק המים והביוב של הרשות המקומית להפעלת החברה".**
8. נוסף על כך, סעיף 6א לחוק תאגידי מים וביוב אשר כותרתו "איסור הפעלה עצמית של שירותי המים והביוב", מורה כי **"רשות מקומית לא תפעיל בעצמה את שירותי המים והביוב שבתחומה החל בתום שש שנים מיום תחילתו של חוק זה, אלא באמצעות חברה".** לפיכך, סמכותה של הרשות המקומית להעברת משק המים והביוב להפעלת חברה, היא סמכות שבחובה.
9. טרם חקיקתו של חוק תאגידי המים והביוב, הרשויות המקומיות היוו את הגורם הבלעדי המוסמך להתקין ולהפעיל מערכות מים ושירותי ביוב על פי חקוקים שונים.² תקציב תשתיות המים והביוב אמור היה להתנהל כמשק סגור, כך שהיטלי הביוב והמים והאגרות שהושטו על תושבי הרשויות המקומיות היו אמורים לממן את הקמת התשתיות ותחזוקת השירותים. במסגרת המבוא להצעת חוק תאגידי מים וביוב צוין כי הפעילות בתחום משק המים והביוב ברשויות המקומיות הושפעה במידה רבה מסדרי העדיפויות של השלטון המקומי וממצבו הכלכלי דאז. כתוצאה מכך, במרוצת הזמן נוצר מצב בו השירות הניתן במספר רב של רשויות מקומיות בארץ בתחום המים והביוב לקה במספר קשיים וביניהם: היקף תשתיות שאינו מספק, שירות לוקה בחסר, כוח אדם מועט ואי עמידה בתקנים הנדרשים לשם מניעת זיהום סביבתי.³
10. עיון בחוק תאגידי מים וביוב מלמד כי כוונת המחוקק הייתה להביא להפרדה מוסדית ותקציבית בין תאגידי המים והביוב לבין הרשויות המקומיות שהקימו אותם.⁴ אף בפסיקה נקבע כי חוק תאגידי מים וביוב נחקק במטרה להביא לשינוי בניהול התקציבי של משק המים והביוב העירוני על ידי הפרדתו מיתר השירותים העירוניים, על ידי כך שיופעל באמצעות תאגידים עצמאיים.⁵ לאחר הקמת תאגיד מים וביוב על ידי הרשות המקומית, התאגיד נכנס בנעליה של הרשות המקומית שהייתה אמונה על מתן שירותי מים וביוב עד להקמתו.⁶
11. למעשה, בין הרשות המקומית לבין תאגיד המים והביוב הוצבה מעין חומה משפטית, וזו מוצאת ביטוי, בין היתר בכך שפקודת העיריות אינה חלה בעניינם של תאגידי מים וביוב;⁷ בביטול סמכויותיה של הרשות המקומית בעניין אספקת שירותי מים וביוב;⁸ בהגבלות על מינוי דירקטורים בידי הרשות המקומית בתאגידי מים וביוב;⁹ בהתניית אישור שינויים בחברה שכדרך כלל מצויים בסמכות בעלי המניות באישורו של הממונה

² ראו למשל: סעיפים 237, 238, 242, 251-268 לפקודת העיריות (נוסח משולב) התשכ"ד-1964; חוק הרשויות המקומיות (ביוב), תשכ"ב-1962; פקודת העיריות אספקת מים (1936); חוק המים התשי"ט-1959.

³ דברי הסבר להצעת חוק תאגידי מים וביוב התשי"ס-1999, ה"ח 2823, עמוד 21.

⁴ דנ"מ 5519/15 יוסף אחמד יונס נ' מי הגליל תאגיד המים והביוב האזורי בע"מ, פסקה 27 לפסק דינה של הנשיאה חיות (נבו) 17.12.2019.

⁵ סעיף 1 לחוק תאגידי מים וביוב.

⁶ רע"א 2933/18 עריית אור עקיבא נ' מקורות חברת מים בע"מ, פסקה 2 לפסק דינו של כבוד השופט סולברג (נבו 1.8.2019).

⁷ סעיף 138 לחוק תאגידי מים וביוב.

⁸ סעיף 139 לחוק.

⁹ סעיפים 60-67 לחוק.

- על ענייני החברות לשירותי מים וביוב;¹⁰ בהגבלה על התקשרויות בין התאגיד לרשות המקומית ובהתליית החלטות בעניין ייעוד רווחי התאגיד באישורו של הממונה על ענייני החברות לשירותי מים וביוב.¹¹
12. מן העבר השני, ועל אף הדברים האמורים לעיל, דה פקטו, המניות של תאגידי המים והביוב מוחזקות בידי הרשויות המקומיות במלואן. על כן, אין הפרדה מוחלטת בין הרשויות המקומיות לבין תאגידי המים והביוב. כפועל יוצא מכך, לרשויות המקומיות ישנה **שליטה מסוימת** על תאגידי המים והביוב, אולם זו כפופה להגבלות רגולטוריות רבות.
13. ההגבלות הרגולטוריות החלות על תאגידי המים והביוב מוסדרות בחוק תאגידי המים והביוב המטיל שורה ארוכה של הגבלות על מבנה התאגיד, מטרותיו, פעולותיו וזהות נושאי המשרה בו.¹² תאגידי המים והביוב מפוקחים על ידי מועצת רשות המים אשר מוסמכת להעניק רישיון הפעלה (לפי סעיף 15 לחוק תאגידי מים וביוב), וכן מפוקחת על ידי הממונה על ענייני החברות לשירותי מים וביוב לפי סעיף 111 לחוק תאגידי מים וביוב (להלן: "**הממונה**"). כך למשל, סעיף 115 לחוק קובע כי הממונה מוסמך להורות לתאגיד מים פגמים בהתנהלותו ככל שסבור כי התאגיד אינו מנהל את עסקיו באופן תקין. זאת ועוד, רשות המים קובעת רגולציה המסדירה את פעילות תאגידי מים וביוב בנושאי ממשל תאגידי, ומפקחת עליהם בהקשרים אלה, ובכלל זה: אישור מינוי בעלי תפקידים, ניתוח דו"חות כספיים, דו"חות תקציב, דו"חות ביקורת פנים, טיפול בנושאי שכר ומבנה ארגוני, אישורי חלוקת רווחים ועוד.
14. במסגרת דיון נוסף 5519/15 **יוסף אחמד יונס נ' מי הגליל תאגיד המים והביוב האזורי בע"מ** (נבו 17.12.2019) (להלן: "**עניין מי הגליל**") הבהיר בית משפט הנכבד כי תאגידי המים והביוב אינם מהווים גוף מסחרי גרידא, אלא מהווים "**רשות ציבורית**". זאת, בשל העובדה כי החוק מחיל עליהם באופן מפורש עקרונות יסוד של המשפט המנהלי, מכוח פעילותם למען הציבור הרחב ועצם היותם אמונים על הספקת שירות ציבורי בסיסי ונדרש לכל אזרח. דברים אלו מוצאים ביטוי גם בסעיף 26א לחוק תאגידי המים והביוב לפיו תאגידי המים נדרשים להימנע מניגוד עניינים, כן בסעיפים 31 ו-33 לחוק תאגידי המים והביוב לפיהם על תאגידי מים לפעול בהתאם לעקרון השוויון, וכן בסעיף 36(א)(3) לחוק תאגידי המים והביוב עליהם להקפיד על ייצוג מגדרי בדירקטוריון.¹³ זאת ועוד, כפי שיפורט להלן, הוחלה על תאגידי המים והביוב החובה להיות כפופים לעקרון חוקיות המנהל ולבצע מכרזים בהתקשרויות עם צד שלישי.

החלת חובת המכרזים על תאגידי המים והביוב

15. ביום 5.9.2005 פורסמה הנחיית הממונה על ענייני החברות לשירותי מים וביוב ברשות המים (לפי סמכותו הקבועה בסעיף 111 לחוק תאגידי מים וביוב) לפיה התקנון שבמסמכי ההתאגדות של תאגידי מים וביוב יכול סעיף המחיל עליהם את חובת המכרזים (ראו למשל פסק הדין שניתן בעת"מ 44858-03-17 **סאיט ויז'ן בע"מ נ' תאגיד המים והביוב האזורי – אלעין בע"מ** (נבו 9.7.2017)). הנחייה זו מחייבת כל תאגיד הפועל לפי חוק תאגידי מים וביוב לפעול בדרך של מכרז בהתקשרויותיו עם צד שלישי. לפיכך, כיום, כלל תאגידי המים והביוב מחויבים לפעול בדרך של מכרז מכוח הנחייה זו.
16. הנחיית הממונה על תאגידי המים והביוב עולה בקנה אחד עם קביעת בית משפט הנכבד, אשר קבע **בעניין מי הגליל** כי המאפיינים הדומיננטיים של פעילות התאגיד הם שלטוניים ציבוריים ולא עסקיים פרטיים. לקביעה זו ישנה משמעות גם ביחס למכרז היוצא תחת ידו של תאגיד מים וביוב, שכן למנגנון המכרז תפקיד מרכזי בפעילותו התקינה של גוף ציבורי.

¹⁰ סעיף 28(א) לחוק.

¹¹ סעיף 26 וסעיף 63(א)(5) לחוק.

¹² **עניין מי הגליל**, ה"ש 4 לעיל, בפסקה 24 לפסק דינו של כבוד השופט הנדל.

¹³ שם.

17. תיקון מספר 23 לחוק חובת המכרזים משנת 2013, עיגן הוראות בחוק חובת המכרזים הנוגעות לתאגידי מים וביוב, בהתאם להוראות תיקון מספר 14. כך על פי סעיף 5(ב1) לחוק חובת המכרזים הקובע "לגבי עסקאות של חברה כהגדרתה בחוק תאגידי מים וביוב" בעניין סעיפים 3 ו-4 לחוק חובת המכרזים, אשר עוסקים בדרכי עריכת מכרז ופטור ממכרז, יותקנו תקנות על ידי מועצת הרשות הממשלתית למים וביוב, בהתייעצות שר האוצר ובאישור ועדת חוק, חוקה ומשפט של הכנסת. סעיף 5(ב1) לחוק חובת המכרזים התווסף בתיקון מאוחר יותר לתיקון מספר 14, ולמעשה פניו היו לתחולתו הצפויה של תיקון מספר 14 עם התקנת תקנות חובת המכרזים (תאגידיים מקומיים).

18. יובהר כי המחוקק יצר הפרדה ברורה בין התקנת תקנות לתאגידיים מקומיים לבין חברה כהגדרתה בחוק תאגידי מים וביוב, הגם שחברה מסוג זו מהווה תאגיד מקומי וכך נוסח סעיף 5 לחוק חובת המכרזים-

"(ב) לגבי עסקאות של תאגיד מקומי, יבוא, לענין סעיפים 3 ו-4, במקום שר האוצר, שר

הפנים בהתייעצות עם שר האוצר.

(1) לגבי עסקאות של חברה כהגדרתה בחוק תאגידי מים וביוב, התשס"א-2001, תבוא

לענין סעיפים 3 ו-4, במקום שר האוצר, מועצת הרשות כהגדרתה בחוק האמור, בהתייעצות

עם שר האוצר."

19. ביחס לתאגידי מים וביוב, עמלה רשות המים על התקנת סט כללים ספציפיים אשר יתנו את המענה הנדרש לאופיים המיוחד ולצרכיהם הספציפיים של תאגידי המים והביוב בדרכי עריכת מכרז וזאת בהתאם לדרישת המחוקק כפי שנקבעה בסעיף 5(ב1) לחוק חובת המכרזים. תיקון מספר 23 לחוק תאגידי המים והביוב הוציא למען הסר ספק מידיה של שרת הפנים את הסמכות להתקין תקנות בנוגע לתאגידי מים וביוב, סמכות שמלכתחילה לא הייתה ברשותה.

20. יצוין כי בשנת 2018 אישרה מועצת הרשות הממשלתית למים וביוב סט כללים ייעודי לתאגידי מים וביוב בהתאם להוראת סעיף 5(ב1) לחוק חובת המכרזים. כללים אלו הובאו לדיון לפני ועדת חוק, חוקה ומשפט. הוועדה לא אישרה את הכללים, אשר הוחזרו לבחינה נוספת בשל הסתייגויות חברי הוועדה והייעוץ המשפטי של הוועדה. לאחר הדיון בוועדה, היה קושי ממשי לקדם את התקנת הכללים בכנסת ישראל בצל כהונתה של ממשלת מעבר.

21. בימים אלה, רשות המים הממשלתית למים וביוב עמלה על הכנת טיוטה חדשה לכללי המכרזים הכוללת בתוכה את יישום ההערות שהתקבלו, חלוף הזמן והמצב בשטח מבחינת תאגידי המים והביוב. עם קידום כתיבת הכללים ועם כינונה של הכנסת הבאה, בכוונת הרשות הממשלתית למים וביוב להביאם לאישור ועדת חוק, חוקה ומשפט.

ג. לבית המשפט לעניינים מנהליים אין כיום סמכות לדון בענייני מכרזים של תאגידי המים והביוב

22. על מנת לבחון את סוגיית הסמכות העניינית והאם היא נתונה לבתי המשפט המחוזיים (כטענת המערערת) או שמא נתונה לבתי המשפט לעניינים מנהליים (כטענת המשיבות), יש לפנות לסעיף 40(2) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן: "חוק בתי המשפט"), הדן בסמכות בית המשפט המחוזי. סעיף זה קובע בזו הלשון:

"כל ענין שאיננו בסמכותו הייחודית של בית דין אחר; בענין הנתון לסמכותו המקבילה של

בית דין אחר, יהיה בית המשפט המחוזי מוסמך לדון כל עוד אין אותו בית דין בו ואם הענין

אינו נתון בסמכותו של בית משפט שלום."

23. על כן, נבחן האם לבית המשפט לעניינים מנהליים מוקנית סמכות ייחודית על פי סעיף 5 לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים, המגדיר את סמכותו הייחודית:

"בית משפט לעניינים מינהליים ידון באלה –

(1) עתירה נגד החלטה של רשות או של גוף המנוי בתוספת הראשונה בענין המנוי בתוספת הראשונה ולמעט עתירה שהסעד העיקרי המבוקש בה ענינו התקנת תקנות, לרבות ביטול תקנות, הכרזה על בטלותן או מתן צו להתקין תקנות (להלן – עתירה מינהלית)".

24. בהתאם להוראת סעיף 5 לחוק בתי משפט מנהליים ולפסיקה, במסגרת בחינת הסמכות העניינית להגשת עתירה לבתי משפט לעניינים מנהליים, יש לבחון תחילה האם העתירה מוגשת כנגד החלטה של "רשות", כהגדרתה בחוק בתי משפט לעניינים מנהליים. בשלב השני ייבחן האם מדובר בעניין המנוי בתוספת הראשונה.¹⁴

ג.1 תאגידי המים והביוב עונים להגדרה של "רשות"

25. בשלב הראשון יש לבחון אם תאגידי מים וביוב מהווים "רשות" כהגדרתה בסעיף 2 לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים: **"רשות מרשויות המדינה, רשות מקומית, וכן גופים ואנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין"**. לפי הגדרה זו, תאגידי המים והביוב אכן ממלאים תפקידים ציבוריים לפי חוק תאגידי מים וביוב ולכן עונים על הגדרת רשות לפי חוק בתי המשפט לעניינים מנהליים.¹⁵

26. עמדה זו משתקפת אף בפסיקה. כך **בעניין מי הגליל** נפסק כי תאגידי מים וביוב מהווים "רשות" כהגדרתה בסעיף 2 לחוק בתי משפט מנהליים:

"...המטרה שלשמה הוקמו תאגידי המים והביוב היא הענקת שירותי מים וביוב, כ"שירות ציבורי" (ראו סעיף 1(ב) לחוק תאגידי המים). מכאן, שעל אף היותם גוף נפרד מן הרשויות המקומיות ובעלי אישיות משפטית עצמאית, תאגידי המים והביוב הם תאגידי סטטוטוריים הממלאים תפקיד ציבורי על פי דין ולפיכך ראוי לסווגם כ"רשויות" לצורך חוק תובענות ייצוגיות "¹⁶.

27. משמעות הקביעה היא כי תאגיד המים והביוב מהווה "רשות" לצורך חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: **"חוק תובענות ייצוגיות"**). קביעה זו משמעה גם כי תאגיד המים והביוב מהווה "רשות" כהגדרתה בחוק בתי המשפט לעניינים מנהליים, שכן ההגדרה של "רשות" בחוק תובענות ייצוגיות מפנה להגדרה שבסעיף 2 לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים.

28. הדברים האמורים עולים בקנה אחד עם קביעת בית המשפט הנכבד בפסקה 19 לפסק דינו של כבוד השופט גרוסקופף בבג"ץ 6451/18 גיא חיון נ' בית הדין הארצי לעבודה (נבו 19.7.2021) הדן במערכת היחסים בין שתי ההגדרות של "רשות" המצויות בחוק תובענות ייצוגיות ובחוק בתי משפט לעניינים מנהליים:

"כאשר המחוקק משתמש בטכניקה של הגדרה על דרך ההפניה, כמו בענייננו, אין מנוס אלא לראות בהגדרה המפנה כמותנית בתוכנה של ההגדרה שנקבעה בחוק אליו מפנים, ואינני סבור כי באפשרותנו לתת למונח פרשנויות שונות בשני ההקשרים, וזאת גם אם תכליתם של דברי החקיקה שונה".

29. לסיכום, בהתאם ללשון החוק ובהתאם לפסיקה המובאת לעיל, תאגידי המים והביוב עונים על הגדרתה של "רשות" לפי סעיף 2 לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים ולפיכך החלטותיהם הנוגעות למכרזים מהוות "החלטה של רשות" כאמור בסעיף 5 לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים.

¹⁴ יששכר רוזן-צבי הליך האזרחי, עמוד 347 (2015).

¹⁵ ראו עפר שפיר ונטלי שמואלי מעודי תאגידי מים וביוב, עמוד 896-897 (2012) (להלן: **"תאגידי מים וביוב"**).

¹⁶ **עניין מי הגליל**, ה"ש 4 לעיל, פסקה 21 לפסק דינה של כבוד הנשיאה חיות.

- ג.2 מכרזים של תאגידי מים וביוב אינם נכללים בגדר פרט 5 לתוספת הראשונה לחוק בתי משפט מנהליים
30. בשאלת יישומו של השלב השני לבחינת תחולתו של סעיף 5 לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים, לפיו העתירה לפני ערכאה זו תהיה **"בענין המנוי בתוספת הראשונה"**, בתי המשפט המחוזיים ובתי המשפט לעניינים מנהליים פסקו באופן סותר וזאת בגין חוסר הבהירות בנוגע לסמכות העניינית לדון בענייני מכרזים של תאגידי מים וביוב.
31. להלן פסקי דין במסגרתם נפסק כי לבתי המשפט לעניינים מנהליים אין סמכות לדון בענייני מכרזים של תאגידי מים וביוב: עת"מ (י-ם) 1083/07 **יניב דרומי פיתוח והשקעות בע"מ נ' מי אריאל בע"מ – תאגיד מים** (נבו 27.1.2008); עת"מ (חי) 48599-01-14 **מד מים רימונים בע"מ נ' מי עירון בע"מ** (נבו 2.4.2014); עמ"מ (חי) 10496-11-13 **ארד בע"מ נ' ימים תאגיד המים קרית ים בע"מ** (נבו 13.4.2014) (להלן: **"עניין ארד"**); עת"מ (ב"ש) 55471-05-19 **ג.י.א.א.ס. גלובל אנירומנטל סולושנס בע"מ נ' מי שבע – תאגיד אזורי למים וביוב בע"מ** (נבו 4.6.2019); עת"מ (מרכז) 27141-05-20 **חופרי ר. אבו קוש נ' מניב ראשון בע"מ** (נבו 17.6.2020) (להלן: **"עניין חופרי"**).
32. מנגד, בפסקי דין ובהחלטות הבאות נקבע כי הסמכות עניינית נתונה לבתי המשפט המנהליים: ה"פ (חי) 32681-06-11 **ג.י.א.א.ס. גלובל אנירומנטל סולושנס נ' תאגיד המים והביוב מעיינות זיו בע"מ** (נבו 21.6.2011) (להלן: **"עניין מעיינות זיו"**); עת"מ (מרכז) 48044-09-14 **תמם יוסף עבודות צנרת בע"מ נ' מי שיקמה בע"מ** (נבו 28.9.2014); ה"פ (ת"א) 23323-11-15 **חכמון גבאי בע"מ נ' מי אביבים 2010 בע"מ** (נבו 8.8.2016) (להלן: **"עניין מי אביבים"**); עת"מ (חי) 44858-03-17 **סאיט ויז'ן בע"מ נ' תאגיד המים והביוב האזורי – אלעין בע"מ** (9.7.2017); ה"פ (מרכז) 14043-07-20 **חכמון – גבאי בע"מ נ' עין אפק בע"מ** (נבו 6.10.2020) (להלן: **"עניין עין אפק"**).
33. בתוספת הראשונה לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים מפורטים העניינים השונים שבגנם ניתן להגיש עתירה מנהלית. כידוע, מדובר ברשימה סגורה ולבתי המשפט לעניינים מנהליים הסמכות לדון אך ורק בעניינים המנויים באחת התוספות לחוק זה (או בעניין מינהלי או בעניין אחר לפי סעיף 45(4) לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים).¹⁷ הפרט הרלוונטי לענייננו הוא פרט 5 לתוספת הראשונה, אשר מקנה סמכות לבתי המשפט לעניינים מנהליים לדון בענייני מכרזים:
- "מכרזים – ענייני מכרזים של גוף או רשות המנויים בסעיף 2 לחוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992, וענייני מכרזים של רשות מקומית, שענינם התקשרות בחוזה לביצוע עסקה בטובין או במקרקעין, לביצוע עבודה או לרכישת שירותים, וכן מכרזים שענינם מתן רישיון או זיכיון לפי דין."**
34. כאמור לעיל, תאגידי מים וביוב מהווים רשות, אולם כיום הם אינם מנויים בסעיף 2(א) לחוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992 (להלן: **"חוק חובת המכרזים"**), כך לשון הסעיף:
- "המדינה, כל תאגיד ממשלתי, מועצה דתית, קופת חולים ומוסד להשכלה גבוהה, 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."**
35. כפי שצוין לעיל, תאגידי המים והביוב כפופים אמנם לחובת המכרזים, אך זאת מתוקף תקנוניהם ולא על פי סעיף 2(א) לחוק חובת מכרזים. בענייננו גם לא מתקיימת אחת מהחלופות האחרות המנויות בפרט 5 לתוספת הראשונה – אין מדובר בענייני מכרזים של רשות מקומית ואף לא במכרז למתן רישיון או זיכיון.

¹⁷ בר"מ 657/03 **עיריית רהט נ' אלפראונה** פסקה 3 לפסק דינה של כב' השופטת ביניש (כתוארה אז), עמוד 30 (נבו 26.3.2003) (להלן: **"עניין עיריית רהט"**).

36. לשונו המפורשת של פרט 5 שבתוספת הראשונה לחוק בתי המשפט המנהליים מחילה את סמכות בתי המשפט לעניינים מנהליים על הגופים המנויים בסעיף 2 לחוק חובת המכרזים (או על אחת משתי החלופות האחרות שהוזכרו לעיל), ולא על כלל המכרזים או על כלל הגופים שחובת המכרזים חלה עליהם בפועל. כלומר, הגם שתאגידי המים והביוב מחויבים כיום בחובת מכרזים מכוח הנחיית הממונה כמפורט לעיל, חוק חובת מכרזים בשלב זה לא חל עליהם, וכפועל יוצא – הם אינם נופלים לגדר פרט 5 לתוספת הראשונה לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים. על מנת להקנות סמכות עניינית לבית המשפט לעניינים מנהליים בהתאם לחלופה הראשונה המנויה בפרט 5 לתוספת הראשונה לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים, על תאגידי המים והביוב להיכלל בהגדרת אחד מן הגופים המנויים בסעיף 2 לחוק חובת המכרזים. מובן כי תאגידי המים והביוב אינם עונים להגדרת מועצה דתית, קופת חולים או מוסד להשכלה גבוהה, על כן נבחן כעת האם תאגידי המים והביוב עונים להגדרה של "תאגיד ממשלתי" או שמא מהווים "תאגידים מקומיים", כהגדרתם בתיקון מספר 14 לחוק חובת המכרזים.

37. בשולי הדברים, בית המשפט העליון קבע כי תאגידי המים והביוב מהווים "רשות" לפי חוק בתי משפט לעניינים מנהליים, אולם החלטות של תאגידי מים וביוב אינן מצויות בתוספת הראשונה, ולכן, תקיפת החלטות של תאגידים אלו המהווים רשות יכולה להתבצע במסגרת עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק. אולם, עוד בטרם נחקק חוק בתי משפט לעניינים מנהליים, קבע בג"ץ כי בענייני המכרזים נתונה סמכות גם לבתי המשפט האזרחיים, ומשכך עניינים אלו ידונו ככלל בית המשפט האזרחי במסגרת עקרון הסעד החלופי.¹⁸ (בעניין זה ראו גם דבריה של כבוד השופטת ברק ארז בבג"ץ 1001/20 יניב חנו נ' החברה הכלכלית לאילת חכ"א בע"מ, פס' 8-9 לפסק הדין (6.2.2020)). בענייננו, משבג"ץ קבע כי לבתי המשפט האזרחיים סמכות לדון בענייני מכרזים (והלכה למעשה בתי המשפט האזרחיים דנים בענייני מכרזים של תאגידים מקומיים גם כיום), סבורה היועצת המשפטית לממשלה כי אין מקום לקבוע כי עתירה בנוגע להחלטה של תאגיד מים וביוב בעניין מכרז תידון בבג"ץ כערכאת דיון ראשונה.

i. תאגידי המים והביוב לא מהווים "תאגיד ממשלתי"

38. סעיף 2(א) לחוק חובת המכרזים מחיל את חובת המכרזים על תאגיד ממשלתי ומקנה סמכות לבית משפט לעניינים מנהליים לדון בענייני מכרזים של תאגידים ממשלתיים. הגדרת "תאגיד ממשלתי" מצויה בסעיף ההגדרות, סעיף 1 לחוק חובת מכרזים, המוגדר כך: **"חברה ממשלתית, חברת-בת ממשלתית, או תאגיד שהוקם בחוק"**.

39. "חברה ממשלתית" מוגדרת בסעיף 1 לחוק החברות הממשלתיות התשל"ה-1975 (להלן: **"חוק החברות הממשלתיות"**) כך: **"חברה שיותר ממחצית כוח ההצבעה באספותיה הכלליות או הזכות למנות יותר ממחצית מספר הדירקטורים שלה הם בידי המדינה או בידי המדינה יחד עם חברה ממשלתית או חברת בת ממשלתית"**.¹⁹ מניות תאגידי המים והביוב מוחזקות בידי הרשויות המקומיות ולא בידי המדינה וכך גם כוח ההצבעה והזכות למנות דירקטורים, לכן תאגידים אלו אינם מהווים חברה ממשלתית. מסיבה זו, תאגידי המים והביוב אינם מהווים גם "חברת-בת ממשלתית" אשר מוגדרת בחוק החברות הממשלתיות כ"חברה שיותר ממחצית כוח ההצבעה באספותיה הכלליות או הזכות למנות יותר ממחצית מספר הדירקטורים שלה הם בידי חברה ממשלתית, בידי חברת בת ממשלתית או בידי חברה ממשלתית יחד עם חברת בת ממשלתית".

¹⁸ בג"ץ 991/91 דוד פסטרנק בע"מ נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מה(5) 50, פסקה 14-15 לפסק דינו של כבוד השופט (כתוארו דאז) ברק (1991).

40. מהאמור לעיל, ובשים לב להגדרה שבסעיף 1 לחוק חובת המכרזים, עולה שהחלופה היחידה במסגרתה ניתן לקבוע שתאגיד מים הם "תאגיד ממשלתי", תתקיים אם אלו ייחשבו "תאגיד שהוקם בחוק". ביחס לתאגיד מים וביוב, בתי המשפט המחוזיים הגיעו להכרעות סותרות בשאלה האם תאגיד המים והביוב עונים להגדרת "תאגיד שהוקם בחוק". בשורה של פסקי דין ניתנה פרשנות לפיה תאגיד המים והביוב אינם מהווים "תאגיד שהוקם בחוק". **בעניין חופרי** בית המשפט לעניינים מנהליים מבחין בין "תאגיד שהוקם בחוק" כגון רשות השידור ורשות העתיקות, לבין "תאגיד שהוקם לפי חוק".²⁰ בעניין ארד נפסק כי תאגיד מים וביוב הוא חברה בע"מ המוקמת ככל חברה פרטית לפי חוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן: "**חוק החברות**") ואינו תאגיד יציר חוק, לכן לא מדובר על "תאגיד שהוקם בחוק" אלא תאגיד שהוקם על פי חוק או מכוח חוק.²¹
41. מנגד, בפסק דין נושא הערעור, וכך גם במספר פסקי דין מחוזיים נוספים, נקבע כי תאגיד המים וביוב הוקמו בחוק תאגיד מים וביוב, ועל כן הם אכן מהווים תאגיד ממשלתי.²² בפסק דין **בעניין מעיינות זיו** נקבע כי תאגיד מים וביוב נחשבים תאגיד שהוקם בחוק, בהתאם להוראת סעיף 3(א) לחוק תאגיד מים וביוב המורה לרשויות המקומיות על הפעלת שירותי מים וביוב באמצעות חברה שתוקם על ידם וכן לאור הוראת סעיף 6א(א) האוסרת על הרשויות המקומיות לפעול בעניין זה ללא תאגיד (לאחר שתחלוף תקופה של 6 שנים מיום כניסת החוק לתוקף).²³ בפסק דין אחר, **בעניין מי אביבים**, ניתן טעם שונה לכך שבית המשפט לעניינים מנהליים מוסמך לדון בענייני מכרזים של תאגיד מים וביוב. באותו עניין, קבע בית המשפט המחוזי כי תאגיד מים וביוב מהווה תאגיד ממשלתי, משום שלגישתו אין חשיבות להבחנה שבין "תאגיד שהוקם בחוק" לבין "תאגיד שהוקם לפי חוק", זאת לאור תכלית חוק בתי משפט לעניינים מנהליים ולאור כפיפותם של תאגיד המים והביוב לחובת מכרזים באמצעות תקנוניהם.²⁴
42. היועצת המשפטית לממשלה סבורה כי תאגיד המים והביוב אינם "תאגיד שהוקם בחוק" בשל כל הטעמים אשר יפורטו להלן.

הגדרת תאגיד שהוקם בחוק – רקע

43. המונח "תאגיד שהוקם בחוק", משמש את המחוקק בבואו להחיל נורמה מסוימת על תאגיד בעל המאפיינים הבאים: תאגיד שהוקם בחוק או בתקנות, הממלא תפקיד ציבורי ואשר החוק או התקנות מפרטים על אודות הסדרים מהותיים ופרוצדורליים החלים עליו.²⁵ בית המשפט העליון במסגרת עע"מ 8300/07 **בטיחות אנוש- החברה לחקירת תאונות ומניעתן נ' התאגיד המנהל של המאגר לביטוח רכב חובה ("הפול") בע"מ** (נבו 25.3.2010) (להלן: "**עניין בטיחות אנוש**") קבע כי תאגיד שהוקם בחוק הוא: "**פשוטו כמשמעו תאגיד יציר החוק**". תאגידים אלו מוקמים בחוקים, אשר מקנים להם את אישיותם המשפטית ומגדירים את מעמדם, את סמכויותיהם, זכויותיהם וחובותיהם, מטרת פעילותם, וכן את מבנה האורגנים והממשל התאגידי שיחול בהם.²⁶
- ראו דוגמאות לחוקים אשר הקימו תאגידים מסוג זה: חוק שירות התעסוקה, התשי"ט-1959; חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995; חוק רשות העתיקות, התשמ"ט-1989; חוק הרשות להסמכת מעבדות, התשנ"ז-1997; חוק השידוד הציבורי הישראלי, התשע"ד-2014; חוק בנק ישראל, התש"ע-2010 ועוד ועוד.²⁷

²⁰ **עניין חופרי**, פסקה 5.

²¹ **עניין ארד**, עמוד 15.

²² ראו למשל **עניין עין אפק**.

²³ **עניין מעיינות זיו**, פסקה 3 לפסק דינה של השופטת למלשטרייך-לטר (עמוד 3).

²⁴ **עניין מי אביבים**, פסקה 13.

²⁵ ראו לעניין זה דוח המועצה לתאגידים ציבוריים, מצ"ב כנספח 1.

²⁶ **עניין בטיחות אנוש**, פסקה 10.

²⁷ שם בפסקה 14.

44. יודגש, כי על פי הפסיקה, תאגיד שהוקם בחוק הוא כזה שהקמתו נלמדת מלשונו של החוק המקום (להבדיל מחוק המחיל הוראות נורמטיביות שונות בדבר אופן פעילותם של תאגידים מסוימים (לדוגמא – חוק החברות, חוק החברות הממשלתיות ועוד)):

”הסממן הבסיסי שמאפיין תאגיד שהוקם בחוק, כפי שעולה מן הטקסט עצמו, הינו שהתאגיד הינו יציר החוק, אשר קובע את המבנה, התפקיד והסמכויות של התאגיד הציבורי (ראו: יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א (1996) 383: ”דבר רגיל הוא שחוק, המסדיר תחום מסוים ... מקים תאגיד ציבורי, כמו רשות השידור או רשות שדות התעופה, כדי שיהיה הגוף הרשמי המשרת את התכלית של אותו חוק. החוק הוא הקובע את המבנה, התפקיד והסמכויות של התאגיד הציבורי”²⁸.

תאגידי מים וביוב אינם מהווים תאגיד שהוקם בחוק

45. סיווג תאגידי המים והביוב לפי מבחני הפסיקה מלמד כי לא מדובר בתאגיד שהוקם בחוק משום שחוק תאגידי המים והביוב לא מקים את התאגידים בלשונו ומשום שמאפייניהם של התאגידים אינם עונים על מלוא מאפייני תאגיד שהוקם בחוק, כפי שיפורט להלן.

46. ראשית ועיקר, תאגידי מים וביוב מוקמים על ידי רשויות מקומיות בדרך של רישום ברשם החברות על פי חוק החברות והם פועלים לפיו, כאשר היבטים שונים בפעילותם מוסדרים על ידי חוק תאגידי מים וביוב. למעשה מדובר בחברות עירוניות, המוקמות לעיתים בידי יותר מרשות מקומית אחת הפועלת לטובת החברה ובניהול כספי מנותק מזה של הרשות המקומית, כאשר בסעיף 138 לחוק תאגידי מים וביוב נקבע כי הוראות פקודת העיריות לא יחולו על חברה מסוג זה.

47. שנית, בחוק תאגידי מים וביוב לא מוכרזת הקמתו של תאגיד המים והביוב בלשון ”מוקם בזאת”²⁹. כאמור, תאגידי מים וביוב מוקמים על ידי הרשויות המקומיות בחברות לכל דבר ועניין, בהתאם להוראות הספציפיות השזורות בחוק תאגידי מים וביוב המסדירות את סוג תאגידים זה. אולם הוראות חוק תאגידי מים וביוב לא מקימות תאגיד ספציפי, שכן הן אינן מקנות לו אישיות משפטית במשפט הפרטי. הוראות חוק תאגידי מים וביוב אף לא מתירות הקניית אישיות משפטית במשפט הפרטי לתאגידי מים וביוב באמצעות חקיקת משנה. קרי, התאגידים פועלים על פי חוק תאגידי מים וביוב המתווה את פעילותם, אך הקמתם כתאגידים בעלי אישיות משפטית נפרדת נעשית באמצעות רישום ולא מכוח החוק.

48. שלישית, מבחינת סיווגם של תאגידי מים וביוב לשלטון המקומי, יצוין כי למשרדי הממשלה אין סמכות למנות חברי מועצה או דירקטורים לחברות אלה, תקצובם אינו מגיע מתקציב המדינה, וככלל ניתן לומר שמדובר בתאגידים העוסקים בפעילות במישור המוניציפלי ולא המדינתי. יוזכר, כי הטיפול בהפעלת תשתיות מים וביוב היה בידי הרשויות המקומיות עד לחקיקת חוק תאגידי מים וביוב, כשכוונת המחוקק הייתה להביא להפרדתם התפעולית והתקציבית של תאגידים אלה מהרשויות המקומיות (וראו לעניין זה אי החלת סעיף 249 לפקודת העיריות). ואכן, הרשויות המקומיות הן בעלות המניות בתאגידי המים והביוב וממנות את הדירקטורים בהם בהתאם להוראות החוק. כלומר, כפי שצוין בפרק הקודם, אמצעי השליטה בתאגידי מים וביוב מוחזקים בידי רשויות מקומיות- בשונה למשל מחברות ממשלתיות- וגם בהיבט זה לא מדובר בתאגיד ממשלתי אלא בתאגיד בתחום השלטון המקומי (כפי שיובהר בהמשך).

²⁸ עמ' 3493/06 עמי אלראי נ' קרן גימלאות של חברה אגד בע"מ, פסקה 12 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן (נבו 16.5.2007).
²⁹ עניין בטיחות אנוש, בפסקה 23.

49. יודגש כי לקביעה לפיה גוף הוא "תאגיד שהוקם בחוק" עלולות להיות השלכות, בין היתר, מאחר שסיווג זה מטיל על תאגיד מים וביוב את כל החובות אשר מוטלות בדברי חקיקה שונים ובפסיקה על תאגידים שהוקמו בחוק.³⁰

לאור כל האמור לעיל, תאגידי מים וביוב אינם מהווים "תאגיד שהוקם בחוק" ולפיכך אינם יכולים להיחשב "תאגיד ממשלתי" כהגדרתו בחוק חובת המכרזים. מסיבה זו, ומכיוון שהם אינם עונים להגדרה אחרת המצויה בהגדרת "תאגיד ממשלתי", לא ניתן לראות בהם "תאגיד ממשלתי" ולא ניתן על בסיס הגדרה זו לראות בהם כגוף או רשות המנויים בסעיף 2 לחוק חובת המכרזים, כלשון פרט 5 לתוספת הראשונה לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים, ובהתאם להקנות לבית משפט לעניינים מנהליים סמכות עניינית.

ii. תאגידי מים וביוב מהווים תאגידים מקומיים אשר בעניינם תוקנה סמכות לבתי המשפט לעניינים מנהליים לאחר כניסת תיקון 14 לחוק לתוקף

50. במסגרת תיקון מספר 14 לחוק חובת המכרזים משנת 2002,³¹ תוקן סעיף 2(א) לחוק חובת המכרזים כך שחובת המכרזים תחול גם על "תאגיד מקומי":

"המדינה, כל תאגיד ממשלתי, תאגיד מקומי, מועצה דתית, קופת חולים ומוסד להשכלה גבוהה לא יתקשרו בחוזה לביצוע עיסקה בטובין או במקרקעין, או לביצוע עבודה, או לרכישת שירותים, אלא על-פי מכרז פומבי הנותן לכל אדם הזדמנות שווה להשתתף בו".

51. במסגרת התיקון האמור, הגדרת "תאגיד מקומי" נוספה לסעיף ההגדרות, סעיף 1, ולפיה תאגיד מקומי הוא תאגיד שלפחות מחצית ההון או כוח ההצבעה מוחזקים בידי הרשות המקומית או תאגיד מקומי אחר, וזו לשונו:

"תאגיד מקומי" - תאגיד אשר לפחות מחצית ההון או לפחות מחצית כוח ההצבעה בו מוחזקים, במישרין או בעקיפין, בידי רשות מקומית או בידי תאגיד מקומי אחר, או שיש לרשות מקומית או לתאגיד מקומי אחר, במישרין או בעקיפין, זכות למנות לפחות מחצית ממספר הדירקטורים בו או את המנהל הכללי שלו, והכל כשהתחזקה או זכות המינוי כאמור הם של הרשות המקומית, לבדה או יחד עם אחד או יותר מאלה (1):
רשות מקומית אחרת, אחת או יותר (2): המדינה (3): תאגיד מקומי אחר, אחד או יותר.

52. כיום רובן המוחלט של מניות תאגידי המים והביוב מוחזקות בידי הרשויות המקומיות, אשר העבירו את הסמכות והאחריות לתאגידים שהקימו לפי הוראות חוק תאגידי מים וביוב. על כן, תאגידי מים וביוב מהווים "תאגיד מקומי" כהגדרתו בתיקון מספר 14 לחוק חובת המכרזים, הגדרה שהייתה מביאה להחלת חובת המכרזים מכוח החוק על תאגידים מקומיים וביניהם, תאגידי המים והביוב.

53. בסעיף 4 לתיקון מספר 14 לחוק נקבע כי תקנות לגבי דרכי עריכת מכרז הנוגעות לעסקאות של תאגיד מקומי, יותקנו תוך תשעים יום מיום פרסומו של החוק. **בסעיף 5 לתיקון נקבע כי תחילתו של חוק זה, שלושים ימים מיום כניסתו לתוקף של תקנות כאמור בסעיף 4.** במועד כתיבת שורות אלו, הליך התקנת תקנות חובת מכרזים (תאגידים מקומיים) טרם הושלם ולפיכך גם לא נכנס לתוקף תיקון החוק. מצב חקיקתי זה, נדון בבג"ץ ארגון אמון הציבור.

³⁰ ראו שם בפסקה 9, פירוט החובות שחלות על תאגידים שהוקמו בחוק.
³¹ ה"ש 1 לעיל.

השפעת בג"ץ ארגון אמון הציבור על הסמכות העניינית לדון בענייני מכרזים של תאגידי המים והביוב
54. בפסק הדין בבג"ץ ארגון אמון הציבור נקבע כי התקנת תקנות חובת המכרזים (תאגידים מקומיים), היא סמכות חובה של שר הפנים והוצא צו מוחלט, לפיו "על המשיב 1 (שר הפנים) להפעיל את סמכותו הקבועה בסעיף 4 לחוק חובת מכרזים (תיקון מספר 14), התשס"ג-2002, ולהציע, בהתייעצות עם המשיב 2 (שר האוצר), תקנות בעניין חובת מכרזים של תאגידים מקומיים זאת בתוך 90 ימים ממועד פסק דין זה". בית המשפט העליון נתן דעתו לקושי שנוצר בשל הימשכות הליכי התקנת התקנות, אשר הביאה להעדר תחולתו של חוק חובת המכרזים על התאגידים המקומיים (שבהם כלולים, לענייננו, גם תאגידי מים וביוב). יצוין כי ביום 19.9.2021 הוגשה בקשה מטעם המדינה לדחיית מועד קיום פסק הדין, והתבקשו 60 ימים נוספים להנחת טיוטת התקנות על שולחן ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת. בית המשפט נעתר לבקשה זו, ובהחלטתו מיום 30.9.2021 דחה את המועד לקיום פסק הדין עד ליום 18.11.2021, כפי שהתבקש.

55. שר הפנים פעל בהתאם לפסיקת בית המשפט הנכבד ונוסח התקנות הונח על שולחנה של ועדת חוקה, חוק ומשפט ביום 18.11.2021 וממתין לאישורה. יצוין בהקשר זה, כי ביום 14.6.2022 התקיים דיון ביחס להצעת תקנות חובת המכרזים (תאגידים מקומיים), התשפ"ב-2021.³² במסגרת הישיבה שהתקיימה התייחס יושב ראש הוועדה לפסק דין ארגון אמון הציבור בציינו:

"... חשוב לי להדגיש שאני מתכוון למצות תהליך דיון רציני ומשמעותי כראוי לסוגיה הזו.

החובה שלנו כפולה, מן הצד האחד לא להשתהות במקום שבו אסור להשתהות, ובאותה מידה

החובה שלנו לא לבצע קיצורי דרך....

אנחנו מקיימים היום דיון בנושא, נקבע כבר דיון נוסף, ייקבעו עוד דיונים. לא נשמוט את

הסוגיה הזאת.... יעלו פה עניינים שונים, ונדון בהם בכובד ראש, וכולנו נהיה מסורים לתהליך

של העבודה על התקנות הללו".

56. יצוין כי אכן נקבעה ישיבה נוספת לתאריך 4.7.2022. דא עקא, ישיבה נוספת זו בוטלה בשל התפזרות הכנסת ה-24, ותמונת המצב העדכנית היא שהתקנות טרם הותקנו. כן יצוין, לשלמות התמונה, כי ביום 9.6.2022 הוגשה במסגרת בג"ץ אמון הציבור, בקשה לפי פקודת בזיון בית המשפט, בשים לב לכך שטיטות התקנות הונחה אמנם על שולחן ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת, אך התקנות טרם הותקנו; בקשה זו נדחתה בהחלטת בג"ץ מיום 5.7.2022.

57. במסגרת פסק דין בבג"ץ ארגון אמון הציבור, הדגישה כבוד השופטת ברק ארז את הבעייתיות בקושי הדיוני שנוצר, בציינה כי סמכותו של בית המשפט לעניינים מנהליים לדון בעתירות בענייני מכרזים מוגבלת רק לאותם עניינים שעליהם חל חוק חובת המכרזים, וכי התוצאה היא שמכרזים של תאגידים מקומיים מוסיפים להיות נדונים בבתי המשפט האזרחיים:

"עם זאת, אני מבקשת להדגיש את חומרתו של העיכוב המתמשך בהליך התקנת התקנות

הגורר עמו חסרונות רבים. כידוע, חוק חובת המכרזים נועד לקדם את השוויון בהליכי

ההתקשרות של רשויות המינהל, כמו גם את הבהירות והשקיפות בסדרי ההתקשרות שלהן.

תאגידים בבעלותן של רשויות מקומיות נפלו באופן מסורתי "בין הכיסאות" מאחר שתקנות

העיריות (מכרזים), התשמ"ז-1987 אינן חלות עליהם במישרין, ואף חוק חובת המכרזים אינו

חל עליהם. משמעות הדברים אינה חלל נורמטיבי מלא, אך הבהירות המשפטית בתחום זה

לוקה בחסר. אין מדובר בקושי במישור של הדין המהותי בלבד, אלא גם בקושי דיוני. זאת,

מאחר שסמכותו של בית המשפט לעניינים מנהליים לדון בעתירות בענייני מכרזים מוגבלת

³² פרוטוקול ישיבה 301 של ועדת חוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-24 (25.4.2022).

רק לאותם עניינים שעליהם חל חוק חובת המכרזים. התוצאה היא שמכרזים של תאגידים מקומיים מוסיפים להיות נדונים בבתי המשפט האזרחיים, ואף זוהי תוצאה שרחוקה מלהיות מיטבית (ראו: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ג – משפט מינהלי כלכלי 51 (2013)). תיקונו של חוק חובת המכרזים בשנת 2002 נועד לתת מענה לקשיים אלה. אי-התקנת התקנות מסכלת את הבשורה שתיקון החוק נועד להביא עמו ומרוקנת אותו מתוכן³³.

58. כבוד השופטת ברק ארז התייחסה גם בעניין החברה הכלכלית לאילת לפער החקיקתי שנוצר בעניין התאגידים המקומיים בהקשר הספציפי של שאלת הסמכות העניינית בתביעות הנוגעות לתאגידים עירוניים³⁴:

”אכן, ככלל ענייני מכרזים ציבוריים נדונים בבתי המשפט לעניינים מינהליים, אולם כידוע, מכרזים של תאגידים עירוניים עודם מצויים מחוץ לתחום הסמכות של בתי משפט אלה. זאת, בשל כך שכניסתו לתוקף של חוק חובת המכרזים (תיקון מספר 14), התשס”ג-2002 – שבו הוכלל תאגיד עירוני ברשימת הגופים והמוסדות המנויים בסעיף 2(א) לחוק חובת המכרזים – הותנתה בהתקנתן של תקנות לגבי עסקאות של תאגיד מקומי, ואלה לא הותקנו ופורסמו עד עצם היום הזה. בנסיבות מוקשות אלה, הסמכות לדון בטענות הנוגעות למכרזים פומביים של תאגידים עירוניים נותרה בידיהם של בתי המשפט האזרחיים (ראו: בר”ם 7712/09 חברת צינורות איקס.פי.סי (2004) בע”מ נ’ החברה הכלכלית לראשון לציון בע”מ, פסקה 4 (28.10.2009); ע”מ 2398/12 ע.מ.ת. ערוצי מדידה ותשתיות נ’ החברה הכלכלית שהם, פסקה ה’ (4.7.2012); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ג – משפט מינהלי כלכלי 51 (2013) (להלן: ברק-ארז)).

מצב דברים זה אינו רצוי מבחינת החתירה להרמוניה חקיקתית ופסיקתית. עם זאת, אין בו כדי להשליך על הדין המהותי החל על מכרזיהם של התאגידים העירוניים.”

59. מעיון בתיקון מספר 14 לחוק חובת מכרזים עולה תמונה ברורה לפיה כוונת המחוקק הייתה להחיל את חובת המכרז על תאגידים מקומיים. כפועל יוצא מהחלת חובה זו בסעיף 2 לחוק חובת המכרזים, ענייני מכרזים של תאגידים אלה יכללו במסגרת פרט 5 לתוספת הראשונה לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, כך שלבתי המשפט לעניינים מינהליים תהיה סמכות עניינית בעניינים אלה. אולם מכיוון שהמחוקק התנה את כניסתו של התיקון לתוקף בהתקנת תקנות חובת מכרזים (תאגידים מקומיים), הסמכות העניינית נותרה בשלב זה בידי בית המשפט המחוזי האזרחי.

60. בהתאם לתמונת המצב החקיקתית העדכנית, עדיין לא חלה על תאגידים מקומיים חובת מכרזים מכוח חוק חובת מכרזים. תאגידים אלה אינם מצויים בסעיף 2(א) לחוק חובת מכרזים, ולפיכך, פרט 5 לתוספת הראשונה לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, אינו כולל גם תאגידים מקומיים. משום כך, על אף שתאגידי המים והביוב, מהווים “תאגיד מקומי” לפי הגדרת תיקון 14 לחוק חובת מכרזים, טרם הוקנתה סמכות לבתי המשפט לעניינים מינהליים לדון בעתירות בענייני מכרזים של תאגידי מים וביוב.

61. על הקושי הספציפי הנוצר בנוגע לתאגידי המים והביוב, עמדו שפיר ושמואלי בספרם “תאגידי מים וביוב”:

”במצב דברים זה, אין כל הגיון בהחרגתם של הליכים הננקטים כנגד התאגיד, פעילותו והחלטותיו הנושאות אופי מינהלי-ציבורי מובהק – מתחם אחריותו וסמכותו של בית המשפט

³³ בג”ץ ארגון אמון הציבור לעיל, פסקה 2 לפסק דינה של כב’ השופטת ברק ארז.
³⁴ בג”ץ 1001/20 יניב חנו נ’ החברה הכלכלית לאילת חכ”א בע”מ, פסק 8-9 לפסק דינה של כב’ השופטת ברק ארז (6.2.2020).

לעניינים מנהליים. תוצאה זו נוגדת, כאמור, לחלוטין את התכלית הברורה הניצבת בבסיסו

של חוק בתי המשפט מנהליים ואת כוונת יוזמיו ומלידיו.³⁵

תכלית פרט 5 לתוספת הראשונה לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים הייתה לאפשר לבתי משפט לעניינים מנהליים לדון במכרזים של רשויות ציבוריות, נושא אשר מצוי בתחום מומחיותם הייחודי.³⁶ אולם, הגם שתאגידי מים וביוב מהווים "רשות ציבורית", הם אינם נכללים בצורה מפורשת בפרט 5, ועתידים להיכנס תחת פרט זה באמצעות ההגדרה של "תאגיד מקומי" בחוק חובת המכרזים בלבד.

62. חוק בתי משפט לעניינים מנהליים העביר לבית המשפט לעניינים מנהליים את הסמכות לדון אך ורק בעניינים המנויים בתוספת לאותו חוק או בעניינים מנהליים שנקבע בחוק אחר כי בית משפט לעניינים מנהליים ידון בהם.³⁷ לכן, במסגרת גבולות הדין החל, טרם הוקנתה הסמכות לבתי המשפט המנהליים לדון בעתירות בנוגע למכרזים של תאגידי מים וביוב. זאת, לאור לשונו הברורה של תיקון מספר 14 לחוק חובת המכרזים אשר משהה את תחולתו הישירה של החוק על תאגידי מקומיים עד להתקנת תקנות. אכן, משלא הותקנו תקנות נוצר פער בין הדין הרצוי (שנחקק במסגרת תיקון מספר 14) לבין הדין המצוי.

63. למען שלמות התמונה יצוין כי הגם שלהתקנת תקנות חובת מכרזים (תאגידי מקומיים) ישנה השפעה רבה ביחס לתחולת חוק חובת המכרזים על מכרזים של תאגידי מים וביוב, וכפועל יוצא על הסמכות העניינית בעניינים אלה, התקנות עצמן לא יחולו על תאגידי מים וביוב, אשר להם יוקדשו סט כללים ספציפי ונפרד (ראו התייחסות לכללים אלה בסעיף 20-21 לעיל). כך, בטיוטת התקנות שהונחה על שולחן ועדת חוק, חוקה ומשפט בכנסת נכתב בסעיף 38 המוצע כי –

"תקנות אלו לא יחולו על-

(1) התקשרות של תאגיד מקומי שהוא תאגיד ממשלתי ;

(2) התקשרות של חברה בהגדרתה בחוק תאגידי מים וביוב, התשס"א-2001."

64. דהיינו, ביחס לתאגידי מים וביוב, המשמעות היחידה של התקנת תקנות חובת מכרזים (תאגידי מקומיים) היא כניסתו לתוקף של תיקון מספר 14 לחוק חובת מכרזים, המוסיף לסעיף 2(א) לחוק חובת מכרזים את התאגידי מקומיים, וכך אלו ייכללו בפרט 5 לתוספת הראשונה לחוק בתי המשפט לעניינים מנהליים הדורש כאמור שני תנאים – החלטה של רשות או של גוף המנוי בתוספת הראשונה ובעניין המנוי בתוספת הראשונה. 65. לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, משתיקון מספר 14 לא נכנס עדיין לתוקף בשל אי התקנת התקנות, חוק חובת מכרזים לא חל עדיין על תאגידי המים והביוב, והגם שנחקק סעיף 5(ב1) המורה על התקנת תקנות ספציפיות לתאגידי מים וביוב, אין בתקנות אלו לכשיותקנו כדי להשפיע על תחולת חוק חובת המכרזים וכיוצא מכך על סוגיית הסמכות העניינית. כך, מכרזים של תאגידי מים וביוב ימשיכו להיות נדונים בבתי המשפט האזרחיים, עד שתיקון מספר 14 ייכנס לתוקף.

66. סוף דבר – הפער בין הדין המצוי לרצוי בשל אי סיום הליכי החקיקה בוועדת חוק, חוקה ומשפט מוביל להותרת שאלת הסמכות העניינית של תאגידי המים והביוב באי ודאות עבור המתדיינים. בהתאם לפסיקה "שאלות של סמכות עניינית צריכות להיחתך במידת האפשר, בדרך פשוטה, ברורה, ודאית ויציבה".³⁸ לפיכך, לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, יש לקבוע בשלב זה כי הסמכות העניינית לדון בענייני מכרזים של תאגידי מים וביוב נתונה לבתי המשפט המחוזיים האזרחיים לפי סמכותם השיורית וזאת עד לכניסתו של תיקון מספר 14 לחוק חובת מכרזים לתוקף ולהחלת הדין הרצוי מלכתחילה על פי כוונת המחוקק.

³⁵ שפיר ושמואלי מעודי, ה"ש 15 לעיל, בעמוד 901-902.

³⁶ דברי הסבר להצעת חוק בתי משפט לעניינים מנהליים (תיקון מספר 15) תשס"ד מספר 77 בעמוד 300.

³⁷ עניין עיריית רהט, ה"ש 17 לעיל.

³⁸ ע"א 9379/03 מיכאל צ'רני נ' מדינת ישראל, פסקה 12 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (נבו) 6.12.2016.