

מדינת ישראל¹

משרד המשפטים

ייעוץ וחקיקה (ציבורי-מינהלי)

ירושלים: כ"ב אייר תשע"ז

18 מאי 2017

תיקנו: 803-04-2017-000071

סימוכין: 803-99-2017-036438

לכבוד

חברי ועדת שירות המדינה

שלום רב,

הנדון: הצעת מחליטים - שיפור הליכי האיוש של משרות בכירות בשירות המדינה

ביום 21.5.17 עתידה לדון ועדת שירות המדינה בהצעת המחליטים שבנדון. הצעת המחליטים עוסקת בשני נושאים עיקריים. האחד, שינוי מנגנון המינוי באמצעות ועדה לאיתור מועמדים; השני, יצירת משרת משנה למנכ"ל כמשרת אמן.

להלן תובא התשתית הנורמטיבית הנדרשת לבחינתן המשפטית של ההצעות ולאחריה, עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה ביחס לכל אחת מהן.

נקדים את המאוחר ונציין כבר עתה, כי ההצעות בנוסחן זה אינן מקימות מניעה משפטית. עם זאת, ההצעות כרוכות בקשיים משפטיים ואחרים – חלקם משמעותיים – אשר על חברי ועדת השירות לתת עליהם דעתם ולתת להם את המשקל המתאים בבואם לקבל החלטה בעניינן.

רקע – הליכי המינוי בשירות המדינה

1. שירות המדינה מאופיין בהיותו שירות מקצועי, ממלכתי ושאינו פוליטי. בניגוד לנבחר הציבור, השירות הציבורי מושתת על דרג מקצועי וקבוע שאינו מתחלף כל אימת שהדרג הפוליטי מתחלף, אינו מזוהה עם ציבור זה או אחר ומסלול השירות של הנמנים עליו הוא, ככלל, קריירת התמדה בת שנים.
2. תפיסה זו, הרואה בשירות המדינה המקצועי והממלכתי אי של יציבות למרות חילופים תכופים של הדרג הפוליטי, עולה בקנה אחד עם הצורך בתפקוד יעיל של הממשלה, כמו גם עם החשיבות שבטיפוח אמן הציבור בה ועם הצורך באיזון ראוי בין הדרג קובע המדיניות המתחלף באופן תדיר לבין דרג מקצועי בעל אופק שירות ארוך המשמר זיכרון ארגוני ותוכן מקצועי מובהק.
3. לשם הגשמת תפיסה זו, קובע סעיף 19 לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959 (להלן: **חוק המינויים**), כי דרך המלך לאיוש משרה בשירות המדינה הינה באמצעות **מכרז**. דרך מלך זו חלה גם לגבי משרות בכירות, אם לא נקבע אחרת בחוק או מכוחו. סעיף 21 לחוק המינויים מאפשר **חריג** לכלל במסגרתו הוקנתה לממשלה סמכות לקבוע, לאחר קבלת המלצת ועדת השירות שהוקמה על פי חוק המינויים, כי משרות מסוימות יאושו בפטור ממכרז. **יצוין כבר עתה כי עמדתנו המשפטית היא ששימוש בחריג בכדי לקבוע כי מרבית השכבה הבכירה בשירות המדינה תמונה בפטור מלא ממכרז אינו אפשרי על בסיס החוק הקיים ובחינת תכליותיו.**
4. לעניין זה מצוין השי' זמיר, במאמרו "אתיקה בפוליטיקה"¹ כך:

¹ י' זמיר "אתיקה בפוליטיקה" משפטים יז (תשמ"ז-תשמ"ח) 250, 277.

"משום-כך נקבע בחוק שירות המדינה (מינויים), תשי"ט-1959, כי המינויים לשירות המדינה ייעשו בדרך-כלל בשיטת המכרז, שכוונתה להביא למינויו של האיש המתאים ביותר לתפקיד, על-פי כישוריו וניסיונו, ולא על-פי השתייכותו המפלגתית. השר רשאי, על-פי המקובל, למנות על-פי שיקול-דעתו רק קבוצה קטנה של עוזרים בלשכתו ואת המנהל-הכללי של המשרד. שיטת מינויים זאת הצליחה במידה רבה לעצב את דמותו של שירות המדינה כשירות א-פוליטי בדומה למתכונת של שירות המדינה בבריטניה. אמנם, הנסיונות להרחיב את הרשת של המינויים הפוליטיים בשירות-המדינה לא פסקו וייתכן שלאחרונה אף נעשו רבים ובולטים יותר; אך שיטת המכרזים הצליחה בכל-זאת למנוע פוליטיזציה רחבת-ממדים של השירות".

5. עוד נציין כי חוק המינויים, שעבר בשנת 1959, היה למעשה גירסה מקוצרת של הצעת חוק שירות המדינה, תשי"ג-1953 שהובאה לראשונה בפני הכנסת בשנת 1953 ואשר כללה פרק על מינויים. על חשיבותו של החוק עמד ראש הממשלה דאז, בן גוריון, באומרו: "חוק זה מבחינה פורמאלית אולי אינו שייך לחוקי היסוד, אבל נדמה לי שהוא מאותם החוקים שיש בהם משום ייסוד המדינה" (ד"כ 14 (תשי"ג) 1423). החוק לא נתקבל, ומשעלה שנית בפני הכנסת בשנת 1958, אמר בן גוריון: "החוק... בא להבטיח שקבלת עובדים במדינה לא תיעשה מתוך משוא פנים מפלגתי, אלא לפי הכשרה אישית, במסגרת התקן או המישבץ... לא יתמנה שום עובד מדינה אלא על-ידי מכרז פומבי ולאחר שהמועמד יעמוד בבחינה..." (ד"כ 25 (תשי"ט) 347).²

6. להליך המכרז שלוש תכליות עיקריות: בחירת המועמד הטוב ביותר לתפקיד (מתוך תפיסה שהליך תחרותי משפר את ההיצע ומשבח את המגוון העומד לבחירה); מימוש עיקרון השוויון בעת חלוקתו של משאב ציבורי; בחירה א-פוליטית, שאינה מושפעת משיקולים זרים.

7. יחד עם זאת, ישנן משרות בשירות המדינה (ובפרט – הבכירות שבהן) בהן הליך המכרז הפומבי מקשה ומסרביל את הליכי האיתור, המיון והגיוס של מועמדים למשרה. כך למשל, הליך מינוי מכרזי רגיל בשירות המדינה אינו מאפשר לפנות לאנשים הנראים ראויים ולהציע להם להגיש מועמדותם, והוא כרוך בקיום מכרז בינמשרדי בטרם פרסום מכרז פומבי. מצב דברים זה יצר הארכה וסירבול ניכרים של הליכי המינוי, הקשה מאוד על כניסת מועמדים ראויים מחוץ לשירות המדינה, ונמצא ככזה שאינו מתאים לאיוש משרות בכירות מסוימות. מטעמים אלה ואחרים, הוחלט בעבר לפטור משרות שונות מחובת המכרז, באופן שיאפשר להגמיש את הליכי האיתור, המיון והבחירה, של המכהנים בהן.

8. בעבר פטרה הממשלה משרות בכירות ממכרז, מבלי לבחון אם אכן משרות אלו אכן ראויות לפטור כאמור וללא קבלת המלצת ועדת השירות. בית המשפט העליון פסל פרקטיקה זו וקבע בבג"ץ 154/98 הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' מדינת ישראל פ"ד (נב) 111 (5) (1998) (להלן: עניין אינשטיין) שורה של עקרונות חשובים בנוגע למהות השירות הממשלתי, אופיו ותכליתו ובנוגע לדרך המינוי הראויה לתפקידים בו:

"התפיסה הבסיסית של שיטת המינהל הציבורי בישראל – המוצאת את ביטוייה בהלכות שיצאו מלפני בית-משפט זה, בדברי חקיקה ובדברי מלומדים – רואה בשירות המדינה שירות בעל אופי ממלכתי מקצועי וא-פוליטי. זוהי תפיסת יסוד שהיא נחלתנו מימים ימימה. היא עוברת כחוט השני לאורך הספרות המשפטית, הפסיקה והחקיקה".

במסגרת זו פירש בית המשפט את הסמכות לסטות מדרך המלך – היא שיטת המכרז הפומבי – כסמכות חריגה שיש להפעילה במשורה:

"בחוק המינויים הסדיר המחוקק פטור ממכרז של משרות בודדות וחריגות במהותן. הוא עשה כן בהוראות ברורות ומפורשות... את הפטור קבע המחוקק בהוראות מפורשות בחוק, המתוות את הדרכים למינויים החריגים, הן בנקיבת שם המשרה הפטורה ממכרז והן בהתוויית ההליך לפטור ממכרז" (ההדגשות כולן לא במקור).

² מתוך בבג"ץ 154/98 הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' מדינת ישראל פ"ד (נב) 111 (5) (1998).

ובמקום אחר³:

"מינוי שלא בדרך של מכרז הוא בגדר חריג, שמקורו בסמכות הממשלה "לקבוע משרות וסוגים של משרות שעליהם לא תחול, בתנאים שתקבע, חובת המכרז האמורה בסעיף 19".

9. בעקבות פסיקת בג"ץ האמורה, החליטה הממשלה על דרך שונה לאיוש משרות בפטור ממכרז. **בהחלטת**

ממשלה מס' 345 מיום 14.9.99 נקבעה ההבחנה שבין משרות "הפטור המלא" לבין משרות "הפטור בכפוף

לנוהל מיוחד":

א. משרות "הפטור המלא" הן משרות בכירות בשירות המדינה, שהנושאים בהן מופקדים על ביצוע מדיניות

הממשלה ויישומה, והמחייבות בשל כך מידה גבוהה של אמון ותיאום בין נושא המשרה לחבר הממשלה.

לפיכך, לגבי משרות אלה, ניתן לשר שיקול דעת מלא בנוגע לבחירת המועמד ללא כל הליך תחרותי

לגביהן.

ב. במשרות "הפטור בכפוף לנוהל מיוחד", גיבוש וביצוע מדיניות השר או הממשלה אינו המאפיין

הדומיננטי של התפקיד, אלא הן מתאפיינות בהיבט מקצועי, מדעי או רגולטורי מובהק. הנושא בהן

מופקד על שמירת האינטרס הציבורי ונדרשת ממנו מידה רבה של עצמאות מקצועית ואי-תלות בדרג

הפוליטי. לפיכך, **מתן הפטור למשרות אלה הותנה, בנוסף לאישור ועדת השירות, בכך שאיוש המשרה**

ייעשה באמצעות ועדת איתור מקצועית.

10. ייאמר כבר עתה כי מינויין של משרות רבות באמצעות ועדת איתור נעשה על יסוד הוראות החוק הקיים,

וזאת בהתחשב בכך שהליך מינוי באמצעות ועדת איתור מהווה מעין "מכרז משוכלל" השומר על עקרונות

המכרז כהליך פומבי, תחרותי, ושוויוני. בהתאם, מינוי באמצעות ועדת איתור אינו סותר את הכלל בדבר

עדיפות ההליך המכרזי. גם לעניין זה נתנה דעתה הפסיקה בקבעה כך:⁴

"מינוי שלא בדרך של מכרז הוא בגדר חריג, שמקורו בסמכות הממשלה "לקבוע משרות וסוגים של משרות שעליהם לא תחול, בתנאים שתקבע, חובת המכרז האמורה בסעיף 19" (סעיף 21 לחוק המינויים). מטרתו של החריג היא ליתן בידי הממשלה "כלים גמישים... לממש את יעדיה" (בג"ץ 7402/11 התנועה למען איכות השלטון נ' ראש ממשלת ישראל, פס' 10 [[פורסם בנבו], 4.1.2012)). אלא שהממשלה הכירה בצורך לקיים הליך בחירה מקצועי גם בעת איוש משרות הפטורות ממכרז, הליך המאפשר גם שקיפות וביקורת. הכרה זו עומדת בבסיס הגדרת סוגי המשרות שאיושן מצריך ועדת איתור. כך נכתב בהחלטת הממשלה מס' 2541, הנזכרת לעיל, לעניין אופן פעולתה של ועדת איתור: "מינוי מועמדים למשרות בהליך של ועדה לאיתור מועמדים... הוא הליך בו, בדומה להליך המכרז, נשמרים עקרונות שוויון ההזדמנויות ובחירת המועמד הטוב ביותר". בכך נשמר האיזון העדין שבין מתן כלים גמישים בידי הממשלה, לשם הגשמת מדיניותה, לבין הצורך להימנע ממינויים פוליטיים או ממינויים בלתי ראויים אחרים".

יצוין עוד, כי בליבה של תפיסה זו ניצב הרצון למנוע ולהימנע ממינויים פוליטיים בשירות הציבורי. לעניין

זה נאמר בפסיקה, בין היתר, כך:⁵

"המינוי הפוליטי פוגע בעקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית, של תפיסתנו הערכית את מהותו של השירות הציבורי ושל האמנה החברתית שהיא בסיס הווייתנו כחברה מתוקנת, ועל-כן הוא בלתי ראוי בכל מובן אפשרי".

11. בהחלטת ממשלה מס' 2541 מיום 29.9.02 נקבעו העקרונות לפיהם תפעל ועדת האיתור:

³ בג"ץ 8134/11 משה אשר נ' שר האוצר (טרם פורסם, 29.1.2012) (להלן: עניין משה אשר).

⁴ עניין משה אשר, פסק דינו של הש' ריבלין.

⁵ בג"ץ הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' מדינת ישראל, נב (5) 111, 122 (13.10.1998); (פסילת מינוי שמעון אינשטיין למנהל לבניה כפרית).

א. הוועדה תהיה בהרכב מקצועי רחב, וככלל תמנה 5 חברים, בהם מנכ"ל המשרד (יו"ר), נציב שירות המדינה או נציגיהם, ו-3 בעלי מומחיות וניסיון בתחום הרלבנטי (אשר ממונים, בדרך כלל, במשותף על ידי מנכ"ל המשרד ונציב שירות המדינה).

ב. הוועדה תפרסם בפומבי הודעה על המשרה המזמינה הגשת מועמדות, והיא הוסמכה אף לאתר מועמדים בעצמה.

ג. הוועדה תבחן את כישוריהם וסגולותיהם של המועמדים למשרה ותגיש את המלצותיה לשר הממונה על המשרה הנדונה.

ד. הוועדה תגיש את המלצותיה לשר הממונה על המשרה הנדונה. ככלל, הוועדה תגיש לאישור השר מועמד אחד אשר נמצא על ידה כמתאים ביותר, ואולם, היא רשאית להציע לשר שניים או שלושה מועמדים, כפי שיפורט להלן.

ה. הוועדה תנמק המלצותיה.

2. בהמשך, בעקבות דו"ח מבקר המדינה מס' 61' לשנת 2010⁶, אשר מתח ביקורת על כלליות אמות המידה שנקבעו בהחלטת ממשלה מס' 345, גובשו על ידי נציבות שירות המדינה ומשרד המשפטים אמות מידה מפורטות יותר לבחינת התאמתן של משרות עתידיות להליכים ולעקרונות שנקבעו בהחלטת הממשלה (להלן: **אמות המידה**).⁷

12. למעשה, מנגנון ועדת האיתור גובש על מנת לספק את האיזון הדרוש בין הרצון להבטיח הליך מינוי תחרותי, שוויוני, מקצועי ונקי משיקולים פוליטיים; לבין הצורך בכלי מינוי גמיש שאינו כפוף לכללי המכרז הנוקשים, המאפשר מעורבות מסוימת לדרג המדיני באיוש המשרות הבכירות. במסגרת מנגנון המינוי באמצעות ועדת איתור קיימת לדרג הפוליטי השפעה אמתית על מינוי נושא המשרה: ראשית, בראש ועדת האיתור עומד על-פי-רוב מנכ"ל המשרד הרלוונטי. כמו כן, בדרך כלל, המנכ"ל מעורב גם בבחירת חבר ועדה נוסף או יותר. בדרך זו בכוחו של השר להשפיע על הליך המינוי ולוודא כי שיקוליו נלקחים בחשבון. שנית, כפי שיפורט בהמשך, השר רשאי שלא לאשר מועמד שהוצע לו על-ידי ועדת האיתור, אם הוא סבור, על בסיס שיקולים ענייניים וסבירים, כי אין מדובר במועמד המתאים לתפקיד. ושלישית, במקרים המתאימים, ניתנת לשר האפשרות לבחור במועמד הסופי מתוך יותר ממועמד אחד.

13. באשר לשיקול הדעת הנתון לשר בבואו למנות את המועמד עליו המליצה ועדת איתור, נקבע בפסיקה שעל השר כגורם הממנה "ליתן להמלצת הוועדה משקל רב במסגרת שיקוליו". הפסיקה קבעה כי "מקום בו חפץ הוא לדחות את ההמלצה, עליו להצביע על טעם שהוא כבד משקל דיו כדי לגבור על משקלה הכמעט מכריע של המלצת הוועדה"⁸. **משמעות הדבר כי לשר עומדת האפשרות שלא למנות את המועמד עליו המליצה בפניו ועדת האיתור, אך נדרשים לשם כך טעמים משמעותיים וכבדי משקל.** בהקשר זה חשוב להדגיש את נסיבות פסק הדין בעניין משה אשר, אשר התווה הלכה זו. על פי פסק הדין, באותו מקרה טעמיו של השר שלא למנות את מר אשר לתפקיד מנהל רשות המיסים היו האתגרים שעיימו עתידה היתה רשות המיסים

⁶ לדו"ח ר' הקישור להלן: http://www.mevaker.gov.il/he/Reports/Report_149/4ff6d045-dd66-4cc9-9539-29acfa75dc90/6969.pdf

⁷ אמות המידה קבעו כי לגבי מספר מצומצם של משרות בכירות בשירות המדינה ניתן לקבוע שאיושן ייעשה בדרך של מתן פטור מלא ממכרז, בהתקיים שני התנאים הבאים: נושא המשרה מסייע בייזום ובגיבוש מדיניות הממשלה או השר, או מופקד על ביצועה ויישומה, באופן המחייב מידה גבוהה של אמון ותיאום בין נושא המשרה לחברי הממשלה; סמכויות נושא המשרה, או הרשות עליה הוא מופקד, אינן קבועות באופן מפורט ומפורש בחקיקה. באשר למשרות שאיושן ייעשה בהליך של ועדה לאיתור מועמדים קבעו אמות המידה שורת מאפיינים, ביניהם: נושא המשרה מופקד על שמירת אינטרס ציבורי ונדרשת ממנו מידה רבה של עצמאות ואי-תלות מקצועית; סמכויותיו של נושא המשרה נקבעו בצורה מפורטת ומפורשת בחקיקה; משרה המאופיינת בהיבט מקצועי, מדעי או רגולטורי מובהק (כאשר ביחס לכל אחד מקריטריונים אלה פורטו מאפיינים מוגדרים).

⁸ עניין משה אשר.

להתמודד, אשר הצדיקו לטעמו מתן דגש רב יותר לכישורים ניהוליים על פני התמצאות במטריה המקצועית. ואולם, על פי פסק הדין, תנאי הסף שפורסמו לתפקיד לא נתנו ביטוי לתפיסתו זו של השר, ולא נתנו את המשקל המתאים להשקפתו האמורה, למרות שבמועד פרסום המשרה (ותנאי הסף לה) כבר הכיר השר את האתגרים האמורים ויכול היה לשקפם בתיאור התפקיד ובתנאי הסף שפורסמו. לנסיבות אלה התווסף, על פי פסק הדין, ניסיון לקבוע דרישות נוספות למשרה, שלא היו קבועות במסגרת תנאי הסף בהם נדרש לעמוד המועמד, לאחר שוועדת האיתור המליצה עליו בפני השר. בנסיבות אלה פסק בית המשפט, כי "לא נמצא כי קיים טעם של ממש להימנע מהעברת המלצתה [של ועדת האיתור] לממשלה" (ובמילים אחרות, לא נמצא טעם של ממש לסטות מהמלצת ועדת האיתור). משמעות הדבר היא כי לשר הממונה או לממשלה יכולת לדחות את המלצת ועדת האיתור, אך זאת, אם כן, תוך עמידה בכללי המשפט המינהלי, היינו – בהתבסס על תשתית עובדתית מתאימה, שיקולים ענייניים וסבירים, ובהימצא טעם מהותי לדבר. במקרים בהם יצביע השר על טעמים מיוחדים שיצדיקו הימנעות ממינוי מועמד שהומלץ בידי הוועדה – ברי כי יהיה רשאי לסטות מהמלצותיה.

14. באשר ליכולתה של ועדת האיתור להמליץ לשר על למעלה ממועמד אחד במצב המשפטי הרווח, נזכיר את הנחיית נציב שירות המדינה מס' 1.2 "נוהל עבודת הוועדה לאיתור מועמדים" (15.12.14), המתווה את המצבים בהם רשאית ועדת האיתור להמליץ על יותר ממועמד אחד. על-פי סעיף 6(ה) להנחיה, ככלל ועדת האיתור תמליץ על מועמד אחד שהוא המתאים ביותר למשרה. כן קובעת ההנחיה כי במקרים מיוחדים המודגמים בה, רשאית הוועדה להמליץ על יותר ממועמד אחד. כך למשל כאשר מידת התאמתם לתפקיד היא דומה, אולם לכל אחד מהמועמדים ישנו יתרון ייחודי מובהק בתחום שונה, או מקרה בו כל מועמד ניהן בנקודות חזקה ייחודיות לו (למשל, מקום בו אחד המועמדים הוא פרקטיקן מנוסה ומוערך, והשני בעל שם אקדמי בתחום המדובר). עם זאת, קובעת ההנחיה, כי מקום בו אחד המועמדים שהוועדה שוקלת להמליץ עליו בפני השר הוא בעל זיקה אישית, עסקית או פוליטית לשר משרי הממשלה, על הוועדה להמליץ לשר על מועמד אחד בלבד כמועמד המתאים ביותר לתפקיד.

15. כן נזכיר בהקשר זה את הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 1.1554 מיום 7.12.04. הנחיית היועץ עומדת על הקושי המתעורר מקום בו הוועדה לא מצאה מועמד אחד כמתאים ביותר, וברצונה להמליץ בפני השר על שניים או שלושה מועמדים שעה שאחד מהם הוא בעל זיקה לשר משרי הממשלה. נקבע כי בנסיבות כאלה "בחירה של השר במועמד בעל זיקה אליו (או לשר אחר) מעוררת קושי בהיבט ניגוד עניינים, או מראית עין של ניגוד עניינים, וחשש כי החלטת השר התקבלה מתוך שיקולים זרים". על מנת להימנע מקושי זה, הונחתה הוועדה להמליץ במקרים מסוג זה על מועמד אחד בלבד כמועמד המתאים ביותר, ולהימנע מלהמליץ בפניו על מספר מועמדים כשירים.

16. מן האמור עולה, כי המודל של ועדת האיתור נועד אפוא להגמיש את הליך האיתור, המיון והמינוי למשרות הבכירות, תוך שימור תכליות המכרז, באופן שניתן לראותו כמעין "מכרז משוכלל": מחד, איוש משרה באמצעות ועדת איתור מאפשר לאתר באופן יזום מועמדים פוטנציאליים מתאימים, ומקל על הליך המינוי על-ידי דילוג על השלבים המקובלים של מכרז פנימי ובינמשרדי בתוך שירות המדינה. מאידך, הליך איוש משרה באמצעות ועדת איתור מגשים את מטרות המכרז – הליך תחרותי, שבסופו ההמלצה על המועמד נעשית על-ידי ועדה מקצועית ונטולת פניות, המועמד המומלץ הוא המתאים ביותר ועיקרון השוויון נשמר.

17. יצוין, כי כשהוקם מנגנון ועדת האיתור בשנת 1999 החילה אותו הממשלה על תשע משרות בלבד בשירות המדינה. נכון להיום, רשימת המשרות המאוישות באמצעות ועדת איתור מונה למעלה מ-100 משרות, אשר רק מיעוטן היו במקור משרות פטורות ממכרז (רוב רובן של המשרות אשר צורפו ברבות השנים לרשימה זו,

אוישו קודם לכן במכרז פומבי). ניתן לומר כי מגמה זו – של הרחבת האפשרות לעבור מהליך מינוי מכרזי להליך ועדת איתור ביחס לפי 10 (ויותר) מהמשרות לגביהן הוחל מנגנון זה בתחילת התהליך לפני כ-18 שנים – מצביעה על השינויים שנערכו בשיטה בהתאם לרצונו של הדרג המדיני להרחיב את השפעתו על המינויים. עצם פתיחת אפשרות השימוש בוועדת האיתור על פני מכרז פומבי והרחבה המשמעותית עד מאוד בהיקף השימוש במנגנון זה – כמו גם המהלך עליו החליטה הממשלה לקצוב כהונה ולקבוע משטר קדנציות-רוטציות ביחס למרבית המשרות הבכירות בשירות המדינה – די בהם לשקף מגמה של הרחבת האחיזה וההשפעה של הדרג המיני במינויים. למעשה, מאז הקמת מנגנון ועדת האיתור ראתה הממשלה בהליך זה כהליך הראוי ביותר לאיוש משרות בכירות בשירות המדינה, ומנגנון זה אף הוכר ככזה בפסיקת בית המשפט העליון.

18. לפני סיום הצגת הרקע לדברים, נזכיר כי אך לאחרונה (2016) פורסם דו"ח נוסף של מבקר המדינה⁹ המותח ביקורת על ההיקף הרחב של השימוש במנגנון הפטור ממכרז. במיוחד רלוונטית לענייננו התייחסות דו"ח המבקר להצהרת הנציבות לפיה "מונחת על שולחן הדיונים הרחבה דרמטית של מגמת הפטור ממכרז". לעניין זה מציין הדו"ח, כי "הרחבה משמעותית של היקף המשרות הבכירות הפטורות ממכרז עלולה לערער את היסודות שעליהם הוקם שירות המדינה בישראל, ועלולה לשנות מהותית את אופיו כשירות ממלכתי, מקצועי ונטול זיקה פוליטית שנשמרת בו ההפרדה בין קובעי המדיניות ובין הסגל המקצועי המממש אותה. אשר על כן, לדעת משרד מבקר המדינה הרחבה משמעותית של מגמת הפטור היא סטייה מהעקרונות שעליהם מושתת שירות המדינה בישראל, ומגלמת בתוכה חשש לגידול בהיקף המינויים הפוליטיים בשירות המדינה".

19. עד כה נסקרה בהרחבה תמונת המציאות המשפטית הקיימת הכוללת את חוק המינויים, החלטות הממשלה הרלוונטיות, פסיקת בית המשפט העליון בנושא, וכן הנחיות הנציב והיועץ המשפטי לממשלה. מצוידים בכל אלה, נפנה לבחינת המשפטית של ההצעות הקונקרטיות הנכללות בנוסח הצעת המחליטים המונחת לפתחה של ועדת השירות.

(1) עדכו מתכונת הפעילות של ועדות האיתור

20. הצעת המחליטים מבקשת לבצע מספר שינויים במתכונת פעילותן של ועדות האיתור:

א. הרכבה של ועדת האיתור יצומצם והוא יכלול שלושה חברים – מנכ"ל המשרד הממשלתי או נציגו מקרב עובדי המשרד הבכירים, אשר ישמש יו"ר הוועדה; נציב שירות המדינה או נציגו – חבר; נציג נוסף, בעל מומחיות וניסיון בתחום הרלוונטי ובעל שיעור קומה, שימונה בידי המנהל הכללי של המשרד בו נמצאת המשרה, בהתייעצות עם נציב שירות המדינה – חבר. עוד יצוין, כי על פי המוצע, במקרים מיוחדים, ובהתאם להמלצתו של צוות מקצועי שיוקם, יקבעו משרות אשר ועדת האיתור להן תוסיף למנות חמישה חברים.

ב. המלצת ועדת האיתור – בהתאם להחלטת הממשלה הנוכחית, ועדת האיתור תמליץ ככלל על מועמד אחד שהינו המתאים ביותר לתפקיד, אך היא רשאית להמליץ על שניים או שלושה מועמדים, בהתאם לכללים שפורטו בהרחבה בפרק הרקע. כעת מוצע להוסיף כי מקום בו הציעה ועדת האיתור לשר שניים או שלושה מועמדים, שמידת התאמתם לתפקיד דומה, אולם לכל אחד מהם ייתרון ייחודי בתחום שונה,

⁹ דוח שנתי 66 לשנת 2016. לקריאת הדו"ח ר' בקישור להלן:

http://www.mevaker.gov.il/he/Reports/Report_537/12b3c10c-4b23-4031-a5b5-54e34c4c49f3/202-gove-impol.pdf

או שהפערים בין המועמדים הם מינימאליים באופן שלא נמצא יתרון ברור לאף אחד מהם – תציע הוועדה את המועמדים להחלטת השר, ללא דירוג ביניהם. ואולם, מקום בו ועדת האיתור הציעה לשר שניים או שלושה מועמדים המתאימים ביותר למשרה, על אף שלא התקיימו הנסיבות המפורטות בסעיף 5 להחלטה, יהיה עליה לדרג את המועמדים עליהם היא ממליצה לשר ולהתייחס להבדלים ביניהם. השר יבחן את המועמדים וימנה, או יביא לאישור הממשלה, לפי העניין, מועמד אחד בלבד. ככל שהמועמד שנבחר למינוי על ידי השר אינו המועמד שדורג במקום הראשון על ידי ועדת האיתור, יידרש השר לנמק את בחירתו.

21. **באשר להרכבה של ועדת האיתור** – נפתח ונציין כי עצם צמצום הרכבה של ועדת האיתור, יצמצם מטבע הדברים את מגוון נקודות המבט השונות הרלוונטיות המעורבות בהליך המינוי למשרה בכירה ובמידת מה אף את מערכת האיזונים שנקבעה במסגרת ההרכב הקיים. ככל שיש יותר חברים בוועדת האיתור, כך ההליך הוא יותר תחרותי. ואולם יש במהלך זה יתרונות משמעותיים של ייעול ופישוט פעילותה של ועדת האיתור, באופן שעתיד לסייע בקיצור לוחות הזמנים לבחירת מועמד (או מועמדים) על ידה. בנסיבות אלה, עמדתנו היא כי גם אם בעצם צמצום הרכב ועדת האיתור יש קושי משפטי מסוים שאותו יש לקחת בחשבון, אין מדובר בצעד שלא ניתן לעשותו.

22. **עם זאת, אנו רואים קושי משפטי ממשי בשינוי האיזונים בקביעת הרכב ועדת האיתור כמוצע.** כאמור, על פי המוצע, שניים מבין שלושת חברי ועדת האיתור יהיו גורמים הנתונים לבחירתו (הישירה או העקיפה) של השר שבמשרדו נמצאת המשרה.

כפי שצוין אף ברקע לדברים, אופיו התחרותי של הליך המינוי והבטחת אמון הציבור בו מעוגנים ונובעים קודם כל מהרכבה של ועדת האיתור. הרכב מאוזן, במסגרתו יינתן ייצוג לגורמים השונים המעורבים בעניין, אך זאת מבלי להעניק למי מהם יתרון מכריע בתוצאותיו, ימנע טענות לפיהן לגורם ממשלתי מסוים היתה השפעת יתר על מינוי הרכב הוועדה ושיקול דעתם של חבריה, ויגביר את אמון הציבור והמועמדים למשרה בהליך ובמועמד שייבחר. הרכב לא מאוזן, לעומת זאת, בו מרבית חברי ועדת האיתור נבחרים על ידי נציג השר, משנה את תמהיל עבודתה ותכליתה של ועדת האיתור, באופן שאינו מקובל בהליכים תחרותיים למשרות בשירות המדינה. על כן, שינוי כאמור בהרכב הוועדה עלול לפגוע באופיו התחרותי של ההליך, בו חברי הוועדה, באמצעות קיום שיח ומתן ביטוי לאינטרסים ולעמדות שונים בוחרים במועמד המתאים ביותר במשרה, להבדיל ממועמד שנבחר לתפקיד מראש בידי השר, והוועדה נדרשת רק לאשר את התאמתו.¹⁰

23. בנסיבות אלה, יש בשינוי המוצע כדי לפגוע במידה מסוימת באופיו התחרותי של הליך ועדת האיתור. המנגנון של ועדת איתור והרחבתו לשורה ארוכה של משרות בכירות בשירות המדינה התאפשר בהיותו מנגנון השומר על עקרונות ההליך המכריז. **שינוי המנגנון באופן שמפר את האיזון הקיים בהרכב הוועדה הדרוש לשמירת אופיו התחרותי של ההליך, מעורר קושי משפטי.** לטעמנו, על מנת לשמר איזון חשוב זה, ראוי היה כי הנציג השלישי בוועדת האיתור ימונה בידי נציב שירות המדינה בהתייעצות עם מנכ"ל המשרד, או לחילופין כי הנציג השלישי ימונה על ידי הנציב בהסכמת מנכ"ל המשרד. ואולם, שינוי המנגנון באופן בו

¹⁰ יתרה מכך, הרכב ועדת האיתור עוצב לכתחילה בהתאם לקווי המתאר של ועדת הבחנים בהליך המכריז. בבסיס הרכבן של שתי הוועדות ניצב עקרון הבחירה במועמד המתאים ביותר למשרה. היכולת לצקת תוכן לעקרון זה ולהבטיח את מינויו של המועמד המתאים לתפקיד תוגשם בדרך הטובה ביותר אם בהליך ישתתפו מספר גורמים רלוונטיים. שילוב של נקודות מבט מגוונות על משרה בכירה בשירות המדינה תבטיח מתן ביטוי מיטבי לדרישות ולהיבטים שונים הכרוכים בתפקיד ותוביל לבחירתו של המועמד המתאים לו. בהתאם, הרכבה של ועדת מכרזים כולל, על-פי-רוב, את הממונה על המשרה המאוישת, נציג נציבות שירות המדינה, נציג ציבור, נציג משרד ממשלתי וכיו"ב.

מנכ"ל המשרד ממנה את הנציג השלישי ושיקול דעתו של הנציב מעוגן בהליך של התייעצות בלבד – מעורר קושי.

24. בהתאם לאמור, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי טוב היה אם בצד צמצום הרכב ועדת האיתור היה נשמר האיזון הקיים עד כה בקביעת הרכב ועדת האיתור, באופן בו מינוי רוב חברי ועדת האיתור אינו בשליטת מנכ"ל המשרד.

25. יחד עם זאת, וכפי שנאמר בפתח הדברים, קשיים משפטיים אלה, על אף הבעייתיות האמורה, אינם מקימים מניעה משפטית. זאת שכן גם אם קיימת פגיעה מסוימת באיזונים הקיימים כיום בהרכב ועדת האיתור, ההליך נותר הליך תחרותי. יתר על כן, בהתאם להצעת ההחלטה, הנציג השלישי ימונה בהתייעצות עם נציב שירות המדינה ויהיה בעל שיעור קומה וניסיון בתחום הרלוונטי. בנוסף, לא ימונה כחבר ועדת האיתור מי שהינו בעל זיקה פוליטית, אישית או עסקית לשר משרי הממשלה. בהוראות אלה יש כדי לצמצם במידת מה את הפגיעה בעקרון התחרותיות, ועל כן עמדתנו היא כי אף ששינוי ההרכב המוצע מעורר קשיים משפטיים וראוי כי השאלה אם נכון לעשותם תישקל היטב על ידי ועדת השירות וככל שתאושר גם על ידי הממשלה – קשיים אלה אינם מגיעים כדי מניעה משפטית.

26. **באשר להמלצתה של ועדת האיתור** – נציין כי גם בשינוי מוצע זה כרוכים קשיים משפטיים. החלטת ממשלה 2541 קובעת כי "מינוי מועמדים למשרות בהליך של ועדה לאיתור מועמדים... הוא הליך בו, בדומה להליך המכרז, נשמרים עקרונות שוויון ההזדמנויות ובחירת המועמד הטוב ביותר." כאמור לעיל, התפיסה העומדת בבסיס המודל של ועדת האיתור היתה ליהנות מהיתרונות הנובעים מהגמשת מודל המכרז הפומבי תוך שמירה על עקרונות המשפט הציבורי ודיני המכרזים. זאת, תוך איש משרות בכירות בשירות המדינה בדרך של ועדת איתור מקצועית שמטרתה להמליץ על המועמד המתאים ביותר לתפקיד.

27. פתיחת הפתח להמלצה על יותר ממועמד אחד, שאינו "המתאים ביותר" למשרה, עלולה לפגוע בתכליות המכרז האמורות – עלול להיבחר מי שאינו בהכרח האדם המתאים ביותר ("הכשיר מבין הכשירים"), ויש חשש כי יועדפו שיקולים זרים על פני כישורים מקצועיים. פגיעה אפשרית זו עשויה להיות משמעותית במיוחד בנוגע למשרות אשר המאפיין הדומיננטי שלהם הוא מקצועי, מדעי או רגולטורי.

28. קושי נוסף בשינוי המוצע נובע מהחשש כי סטייה מעקרון המכרז שבחוק המינויים תחשוף את ההחלטה לביקורת שיפוטית. כמו כן, סביר להניח כי היא תייצר עתירות רבות לגבי ההחלטות הקונקרטיות שיקבלו שרים מכוחה, בהן ייבחרו מועמדים בניגוד לדירוג ההתאמה והמקצועיות של ועדת האיתור. הליכים מסוג זה עלולים לסבך ולהאריך את הליך איש המשרה בשל הוצאת צו מניעה זמני האוסר על איש המשרה, ויעכבו אותו לתקופה משמעותית. כמו כן, גם מבחינת המועמד הנבחר לתפקיד, ודאי תפקיד מקצועי המאופיין בהיבטים מקצועיים, מדעיים או רגולטוריים, עדיף לו להיות מוכר כמינוי שנבחר על ידי ועדה מקצועית.

29. עם זאת וכפי שצוין בפתח הדברים, על אף שורת קשיים אלה לא מצאנו כי יש מניעה משפטית מקידום ההצעה במתכונתה הנוכחית. הוספת המנגנון בהצעה לפיו במקרה בו הוועדה תמליץ לשר על יותר ממועמד אחד – כאשר המועמדים אינם דומים במידת התאמתם לתפקיד – הוועדה תידרש לדרגם ולהתייחס לפערים ביניהם; כמו גם הדרישה כי מקום בו השר יבחר במועמד שלא דורג על ידי הוועדה במקום ראשון יהיה עליו לנמק בחירתו – מרפאים קשיים אלה במידת מה ומבטיחים הליך מנומק ואפשרות לביקורת שיפוטית ביחס להחלטה המינהלית בדבר המינוי.

(2) משנה למנכ"ל משרד ממשלתי במשרת אמון

30. על פי הצעת ההחלטה המונחת בפני ועדת השירות, בכל אחד ממשרדי הממשלה בהם למעלה מ-150 עובדים תוקצה משרה אחת של משנה למנכ"ל אותה ימנה השר כמשרת אמון בפטור מלא ממכרז. מינויו של המשנה למנכ"ל יעשה על פי תנאי סף שתקבע הנציבות ובכפוף לבדיקתה של ועדת המינויים בראשות נציב שירות המדינה. סיום העסקתו של המשנה למנכ"ל יהיה כסיום כהונתו של מנכ"ל משרד ממשלתי.

31. נפתח ונבהיר כי לעמדתנו אין מניעה משפטית בהצעה בדבר הוספת משרת אמון בכירה כאמור. ואולם, גם הצעה זו טומנת בחובה קשיים משפטיים ואחרים לא מבוטלים, אותם על חברי ועדת השירות לשקול בבואם לקבל החלטה בעניינה.

32. תחילה נציין כי במצב המשפטי הרווח משרת המשנה למנכ"ל במשרד ממשלתי הינה משרה בכירה ומקצועית במהותה, אשר קיימת ומאוישת במשרדי ממשלה רבים. לעניין אופייה המקצועי של המשרה, יצוין כי על-פי דו"ח הוועדה הציבורית-מקצועית לבדיקה כוללת של שירות המדינה וגופים הנתמכים מתקציב המדינה ("דו"ח קוברסקי", ספטמבר '89) תפקיד המשנה למנכ"ל נועד "לליצג את רצף העבודה במשרד לעומת ההתחדשות מתמדת שיש במינויים תכופים יותר של מנכ"ל". בהתאם, **הליך המינוי למשרת משנה למנכ"ל נעשה כיום בדרך של מכרז**. כן ראוי לציין, כי בשל דרגתה של משרת המשנה למנכ"ל ומאפייניה (לרבות היות הנושא בה כפוף ישירות למנכ"ל)¹¹ עומדת משרה זו בקריטריונים למשרות עליהן יחולו הסדרי הקדנציות-רוטציות במסגרת הרפורמה בשירות המדינה, אשר מיושמת בימים אלה בנציבות שירות המדינה. להשלמת התמונה בהיבט זה יצוין עוד, כי בעבר (שנת 1996) כבר נעשה ניסיון מצד הממשלה לפטור את משרות המשנה למנכ"ל מחובת המכרז, אך בעקבות עתירה לבג"ץ הוחלט בסופו של יום לוותר על מהלך זה. נפנה לבחון את הקשיים שמעוררת ההצעה, בשים לב למצב המשפטי הרווח, כמתואר בפרק הרקע.

33. ראשית, בהפטרות משרות המשנה למנכ"ל מחובת המכרז **גלומה הרחבה משמעותית של חריג הפטור ממכרז** הקבוע בחוק. אין מדובר במספר מצומצם של משרות, כי אם בכ-20 משרות בשה"כ. עד היום, בהתאם לחוק המינויים ולהחלטות הממשלה, הופטרו ממכרז כ-50 משרות אמון בכירות בשירות המדינה (פיסקה 11.961 לתקשי"ר).¹² מתן פטור ממכרז ל-20 משרות בכירות נוספות משמעו גידול של כ-50% בהיקף משרות האמון הבכירות הפטורות ממכרז.

34. ענייננו אם כן בהרחבה דרסטית של חריג הפטור ממכרז, תוך יצירת "יש מאין" של סוג משרה חדש בשירות המדינה – משרת אמון של השר הכפופה למנכ"ל – בשונה מהקריטריונים ואמות המידה שנקבעו עד כה. לעניין זה נשוב ונזכיר את הביקורת שהושמעה במסגרת דו"ח מבקר המדינה על ההרחבה הניכרת במתן פטור ממכרז פומבי והטענה כי שימוש לא מבוקר ולא מידתי בכלי זה חותר תחת עקרונות היסוד של חוק המינויים.

35. שנית, לא על נקלה ניתן לקבוע כי ההצעה הולמת את הדין הקיים. כאמור לעיל, במצב המשפטי הקיים – המבוסס על הוראות חוק המינויים, החלטות הממשלה, נוהל נציב שירות המדינה ואמות המידה – על מנת שמשרה תופטר מחובת המכרז, עליה להימנות על המשרות הבכירות ביותר בשירות המדינה; לעסוק

¹¹ החלטות הממשלה בעניין הרפורמה בשירות המדינה והנחיות נציב שירות המדינה מחילות את מנגנוני הקדנציות-רוטציות בסגל הבכיר המוביל בשירות המדינה על משרות במתח דרגות 44-42 ומעלה בדירוג המח"ר ובדרגות המקבילות בדירוגים האחרים, אשר מתקיימים לגביהן שני תנאים מצטברים: כפיפי מנכ"ל משרד ממשלתי, מוקבל מנכ"ל או מנהל יחידת סמך; וראש המדרג הניהולי או המקצועי הספציפי בתחום, במשרד או ביחידת הסמך.

¹² המשרות הפטורות ממכרז כוללות את מנכ"לי משרדי ממשלה (כ-20 משרות) ועוד כ-25 משרות אמון פרטניות. לרשימת המשרות הכוללת ראו פיסקה 11.961 לתקשי"ר.

בייזום, בגיבוש או יישום מדיניות הממשלה באופן המחייב מידה גבוהה של אמון מול חברי הממשלה. על פני הדברים, משרות המשנה למנכ"ל אינן תואמות את כל הקריטריונים האמורים – משרת המשנה למנכ"ל אינה נמנית על המשרות הבכירות ביותר בשירות המדינה ומעבר לכך, על אף היותן נתונות לאמון השר בשל אופי המינוי להן, בשונה מיתר משרות האמון של השר, משרה זו אינה כפופה ישירות לשר אלא למנכ"ל משרדו. למבנה זה אין תקדים בשירות המדינה והוא אינו תואם את הקריטריונים האמורים.

36. שלישית, הצעת ההחלטה בנוסחה הקיים יוצרת **תקדים בעייתי, שיאפשר מתן פטור ממכרז אף ביחס למשרות מקצועיות אחרות**, שאינן מאופיינות ב"ביצוע מדיניות השר או הממשלה" או "המחייבות מידה מיוחדת של אמון ותיאום".

משרת המשנה למנכ"ל הינה משרה מקצועית הקיימת באופן רוחבי במרבית משרדי הממשלה הגדולים ואשר אינה מאופיינת בהיבטים מקצועיים ייחודיים (למעשה אופייה משתנה ממשרד למשרד, בהתאם לצרכיו). בנסיבות אלה, שינוי הגדרתה של המשרה והפיכתה למשרת אמון המצדיקה פטור מלא ממכרז, עשויים להוות פריצת הסכר לקראת אפיון דומה של משרות מקצועיות ובכירות שונות בשירות המדינה, מבלי שנקבעו קריטריונים שיגדירו את גבולות הגזרה של מודל הפטור המוצע. משמעות הדבר עלולה להיות, הלכה למעשה, יצירתו של מודל חדש שישמש להפטר משרות מקצועיות נוספות מחובת המכרז בעתיד, בהצדקות שונות. כן יש לתת את הדעת לכך שמסלולו של מדרון חלקלק זה עלול להוביל בהמשכו, גם אם באופן הדרגתי ומתמשך, לשינוי נקודת האיזון בשירות המדינה, המוגדרת בחוק המינויים. ברי כי שינוי נקודת האיזון כאמור אינה יכולה להיעשות אלא בדרך של חקיקה.

37. עם זאת, הגדרת משרת המשנה למנכ"ל כמשרת אמון **בתוך** לשכת המנכ"ל, מרפאת חלק מהקשיים האמורים. זאת, בכך שהיא מצמצמת את החשש מפני "פוליטיזציה" של שירות המדינה שעלולה להיגרם נוכח כניסתן של משרות אמון להיררכיה הניהולית והמקצועית במשרד הממשלתי. בנוסף, סיווג זה של משרת המשנה למנכ"ל כמשרה הנמנית על משרות האמון בלשכת מנכ"ל מאפשר לראות בה כעומדת באמות המידה למתן פטור ממכרז.

38. לאור האמור, ועל אף הקשיים הכרוכים בהצעה, ובעיקרם החשש מפני הרחבת חריג הפטור ממכרז, לא מצאנו כי הם עולים כדי מניעה משפטית מקידום המוצע.

בברכה,

דינה זילבר

המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט ציבורי-מנהלי)

העתק:

הגב' איילת שקד, שרת המשפטים

ד"ר אביחי מנדלבליט, היועץ המשפטי לממשלה

גב' לאה רקובר, היועצת המשפטית למשרד המשפטים

מר רון דול, היועץ המשפטי לנציבות שירות המדינה