



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בעניינים מינהליים

עע"מ 9001/16

לפני: כבוד המשנה לנשיאה (בדימי) א' רובינשטיין
כבוד השופט ח' מלצר
כבוד השופט א' שהם

המערערת: י.ב. שיא משאבים בע"מ

נגד

המשיבות: 1. החשבת הכללית משרד האוצר
2. רשות המסים משרד האוצר
3. מרכז שלטון מקומי בישראל (ע.ר.)
4. החברה למשק וכלכלה של השלטון המקומי

ערעור על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מינהליים
בירושלים מיום 2.11.16 בעת"מ 29517-05-16

תאריך הישיבה: כ"ט באדר התשע"ז 27.3.2017
בשם המערערת: עו"ד רנאטו יאראק; עו"ד מתן ספקטור
בשם המשיבות 1-2: עו"ד רנאד עיד
בשם המשיבות 3-4: עו"ד ענת גפני

פסק-דין

המשנה לנשיאה (בדימי) א' רובינשטיין:

א. ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (השופט ד' מין) בעת"מ 29517-05-16 מיום 2.11.16, שבגדרו נדחתה עתירתה של המערערת לחייב את החשבת הכללית במשרד האוצר (להלן המשיבה 1) לכלול בטבלת מחיר המינימום לעובדים במסגרת מכרזים למתן שירותי ניקיון בעבור משרדי הממשלה והרשויות המקומיות, היטל בגין העסקת עובדים זרים מכוח סעיף 45 לחוק התכנית להבראת כלכלת ישראל (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנות הכספים 2003 ו-2004), תשס"ג-2003 (להלן חוק הבראת הכלכלה).

ב. המערערת היא חברת כוח אדם, אשר מתמודדת במכרזים ציבוריים למתן שירותי ניקיון בעבור משרדי ממשלה ורשויות מקומיות. ככלל, נדרשים המתמודדים במכרזים אלה להתחייב כי ישלמו לעובדיהם שכר בהתאם להוראה 7.11.3 ("הגנה על זכויות עובדים המועסקים על ידי קבלני שירותים בתחומי השמירה, האבטחה והניקיון") לתקנון כספים ומשק (להלן התכ"ס). רכיבי השכר השונים מפורטים בטבלה מטעם המשיבה 1 (להלן הטבלה) המתעדכנת באופן עיתי במסגרת הודעה מס' 7.11.3.2 "עלות שכר למעביד לכל שעת עבודה בתחום הניקיון" (להלן ההודעה). בטבלה מפורטים ומתומחרים מרכיבי השכר המינימליים, שעליהם נמנים שכר יסוד, חופשה, תוספת ותק, פנסיה וכיוצא באלה, וכן רכיבים נוספים אשר משולמים לפי הביצוע, כגון נסיעות וימי מחלה. בסעיף 1.1 להודעה מוטעם, כי על ועדת המכרזים להתייחס לטבלה בבדיקת ההצעות, כדי לוודא שהמתמודדים אכן מתחייבים לשלם את מלוא מרכיבי השכר הנדרשים "ללא מתן פרשנות ופגיעה בזכויות עובדים".

ג. המערערת מעסיקה, בין היתר, עובדים יוצאי אריתריאה, המחזיקים ברשיונות שהיה זמניים מכוח סעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952 ("רישיון זמני לישיבת ביקור למי שנמצא בישראל בלי רשיון ישיבה וניתן עליו צו הרחקה – עד ליציאתו מישראל או הרחקתו ממנה"). יצוין, כי העסקתם של עובדים אלה מתאפשרת נוכח מדיניות אי האכיפה של המדינה ביחס למי שנכנסו לישראל מאריתריאה ומסודן (וראו בג"ץ 6312/10 קו לעובד נ' המחשלה (2011)), וכן פסקה 5 להחלטה מס' 3936 של הממשלה ה-32 מיום 11.12.11, ובגינה מחויבת המערערת לשלם "היטל על העסקת עובד זר" מכוח סעיף 45 לחוק הבראת הכלכלה, שזו לשונו:

"(א) מעסיק חייב בהיטל בשיעור של 20% מסך כל ההכנסה של עובד זר ששילם בשנת המס (בפרק זה – ההיטל) ואם העובד הזר מועסק על ידו לפי היתר להעסקת עובד זר בענפים אלה יהא שיעור ההיטל כמפורט להלן: בענף החקלאות – 0%, ובענף המסעדות האתניות, בענף התעשייה או בענף הבניין – 15%.

(ב) ההיטל לא ינוכה, במישרין או בעקיפין, מההכנסה של העובד הזר."

ד. ביום 28.1.16 פנתה המערערת למשיבה 1 בכתב, בבקשה לכלול את ההיטל האמור בטבלה, אשר לפי שעה אינו נזכר בה. בפניה נאמר, כי ככל שאין רכיב מסוים מתומחר כחלק מן העלות המינימלית של העסקת העובדים, משרדי הממשלה והרשויות המקומיות אינן מביאות אותו בחשבון בבדיקת ההצעות אשר מוגשות למכרזיהן. על כן

נאלצים המערערת ומתמודדים נוספים הנדרשים לשלם את ההיטל, להגיש הצעות גבוהות מאלה של יתר המתמודדים – דבר שפוגם, כמובן, בסיכוייהם לזכות במכרז – או לחלופין ליתן שירות במחיר הפסד, ככל שאכן זכו במכרז, כתוצאה מתמחור הצעותיהם בלא שקלולו של ההיטל. במכתב מיום 15.2.16 מאת סגן בכיר לחשבת הכללית, נדחתה הבקשה. הוטעם, כי ממילא קובעת הוראה 7.12.9 לתכ"ם ("עידוד העסקת עובדים ישראלים במסגרת התקשוריות הממשלה") איסור בדבר התקשורת של משרדי הממשלה והרשויות המקומיות עם חברות קבלן המעסיקות עובדים זרים, והדבר מהווה תנאי סף לעצם ההתמודדות במכרזים כגון דא. נוכח האמור, כך על פי המכתב, מתירת בקשתה של המערערת לכלול את עלויות ההיטל בטבלה המשקפת את תמחורו של שכר העובדים המינימלי.

ה. על רקע זה עתרה המערערת לבית המשפט המחוזי בירושלים, בשבתו כבית המשפט לעניינים מינהליים, בעת"מ 29517-05-16. בפסק דין מיום 2.11.16 נדחתה העתירה (השופט ד' חינוך). נפסק, כי כיון שעל המערערת להימנע ממילא מהעסקתם של עובדים זרים כדי להתמודד במכרז, אין מקום להידרש לשאלת הכללתו של ההיטל בתמחור הצעותיה. לעניין זה נקבע, כי אין הצדקה להבחנה המוצעת על-ידי המערערת, בין עובדים זרים המועסקים בענפי תעסוקה מוגדרים, לבין העובדים נשוא ענייננו אשר אינם מוגבלים לעסוק בתחומי עבודה ספציפיים; זאת, הואיל ואין נפקא מינה אם עסקינן בעובד המועסק לפי היתר אם לאו, נוכח תכליתו של האיסור בדבר התקשורתם של משרדי הממשלה והשלטון המקומי עם חברות קבלן אשר מעסיקות עובדים זרים, שעניינה הגדלת אפשרויות התעסוקה בעבור עובדים ישראלים. כן נאמר, בחינת למעלה מן הצורך, כי על פני הדברים טומנת בחובה הכללתו של ההיטל בטבלה חשש שמא תשלומו יתגלגל – הלכה למעשה – לפתחה של המדינה, באופן העלול לאיין את התכלית שביסודו.

טענות הצדדים

ו. מכאן הערעור שלפנינו. לטענת המערערת, שגה בית המשפט קמא בקבעו כי האיסור בדבר התקשורתם של משרדי הממשלה ורשויות מקומיות עם חברות המעסיקות עובדים זרים חל בכגון ענייננו. במקרה דנא, כך הוטעם, מעסיקה המערערת שוהים הזוכים להגנה קולקטיבית, שמכוחה מאפשרת להם המדינה לעבוד למחייתם בלא הגבלה לענפי תעסוקה קונקרטיים, בעוד שהוראות התכ"ם נוגעות מעיקרא אך לעובדים אשר מועסקים על פי היתר בעבודות ספציפיות. לשיטתה, תכליתו של האיסור אסדרתית במהותה, ועניינה למנוע "זליגה" של עובדים זרים מעיסוק בתחומים מוגדרים (כגון סיעוד, חקלאות או בנין) לעבודות שאין נהוג לייבא עובדים לשם

ביצוע, כמו ניקיון, למשל. נטען איפוא, כי הוראות התכ"ם אינן עוסקות בעובדים שאינם מחזיקים ברשיון עבודה רשמי, ואשר מועסקים בפועל על-ידי חברות קבלן – כך על פי הטענה – כעניין שבגרה, וזאת בידיעת הרשויות ובהסכמתן. פרשנות זו נתמכת, לדידה של המערערת, בלשון החלטה מס' 147 של הממשלה ה-32 מיום 12.5.09 (להלן החלטה 147), שמכוחה נקבעה הוראה 7.11.3 לתכ"ם הנזכרת מעלה. בפרט מפנה המערערת אל סעיף 14 להחלטה, שם נקבע כי האיסור בדבר התקשרות עם קבלנים המעסיקים עובדים זרים ישמש תנאי סף במכרזים לביצוע של עבודות בענף הבניה והתשתיות בלבד, ואילו בענייננו – כך מוטעם – מבקשת המשיבה 1 להחילו בתחום הניקיון.

ז. עוד נטען, כי דברים אלה עולים בקנה אחד אף עם עמדתו של המחוקק, לפיה יש מקום להבחין בין עובדים זרים לבין מסתננים, בכל הנוגע להעסקה במתכונת של קבלנות כוח אדם. לעניין זה מפנה המערערת לסעיף 3 לחוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקוני חקיקה והוראות שעה) (תיקון), תשע"ז-2017 (להלן תיקון החוק למניעת הסתננות), שבמסגרתו תוקנה הוראת סעיף 10(א) לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, תשנ"ו-1996 (להלן חוק העסקת עובדי קבלן) באופן הבא:

"(1) לא יעסוק אדם כקבלן כוח אדם הנותן שירותי כוח אדם של עובדים שאינם תושבי ישראל, אלא אם כן הוא בעל היתר מיוחד לכך מאת שר הפנים ועל פי תנאי ההיתר האמור; הוראת פסקה זו לא תחול על מתן שירותי כוח אדם של עובדים שהם מסתננים כהגדרתם בסעיף 2'1 לחוק עובדים זרים, התשנ"א-1991, בידי קבלן כוח אדם, ותחול על קבלן כוח אדם העוסק במתן שירותי כוח אדם של עובדים כאמור חובת רישיון לפי סעיף 2" (ההדגשה הוספה – א"ר).

תיקון זה מלמד, לשיטתה של המערערת, על הבחנה סטטוטורית ברורה בין העסקה קבלנית של מי שנכנסו לישראל כדי לעבוד – המצריכה כאמור היתר מיוחד – לבין העסקתם של מסתננים, אשר דינם כעובדי קבלן שהם תושבים. האמור נכון ביתר שאת, כך נטען, מקום שעסקינן ביוצאי אריתריאה כבנידון דידן, נוכח הכרתה של המדינה במעמד הייחודי, אשר באה לידי ביטוי במדיניותה כי לא יורחקו ויושבו למדינת מוצאם, בשל המצב הקשה השורר בה.

ח. מכל מקום גורסת המערערת, כי משלא נכללו בטבלה עלויותיו של ההיטל המושת עליה בגין העסקת העובדים האמורים, נגרם לה עוול קשה. מן העבר האחד, כך נטען, במצב העניינים הנוכחי נפגעים באורח משמעותי סיכוייה לזכות במכרזים של

משרדי הממשלה והרשויות המקומיות, שכן ההצעות המוגשות מטעמה – ואשר מגלמות בעיקר את עלויות העסקתם של עובדיה – גבוהות, מטבע הדברים, מן ההצעות של המתמודדים שאינם נושאים בהיטל. מן העבר השני טוענת המערערת, כי אילו הגישה הצעות נמוכות יותר, מבלי לכלול את עלויותיו של ההיטל, היתה מסתכנת בפסילתן בשל היותן גרעוניות או מחמת החשש מפגיעה בזכויות העובדים. כן מוטעם, כי אין לשיטתה הצדקה להחריג מגדרה של הטבלה את ההיטל, שעה שמיסים אחרים אותם נדרשים מעסיקים לשלם דוקא נכללים בה.

ט. מנגד סבורות המשיבות כי דינו של הערעור להידחות. ראשית נטען, כי הלכה למעשה תוקפת המערערת את הוראות התכ"ם – אשר פורסמו לפני זמן רב, וזאת בהתבסס על החלטות הממשלה – ועל כן יש לדחות את הערעור על הסף, נוכח השיהוי שדבק בטענות המועלות במסגרתו. שנית גורסות המשיבות, כי אין להלום את טענות המערערת אף לגופו של עניין. לדידן, דרישתה לכלול בטבלה את עלויות ההיטל אינה יכולה לדור בכפיפה אחת עם הוראות התכ"ם, המציבות כתנאי סף להשתתפות במכרז את התחייבותם של המתמודדים כי לא יעסיקו עובדים זרים. בכך חולקות המשיבות איפוא על גישת המערערת, לפיה אין האיסור הקבוע בהוראה 7.11.3 לתכ"ם חל במקרה דנא; לשיטתן, העסקתם של מסתננים והעסקת עובדים זרים מכוח היתר – זו וגם זו צריכות למנוע מקבלנית כוח אדם להתמודד במכרזי הממשלה והשלטון המקומי. יתר על כן נאמר, כי פרשנות מעין זו חותרת תחת תכליתה של החלטה 147, שעניינה עידוד תעסוקת ישראלים, שכן עובד זר ומסתנן הם היינו הך, ככל שמועסקים הם במקומם של עובדים ישראלים. עוד מוטעם, כי אין להלום את פרשנותה הלשונית הדוקנית של המערערת, לפיה חל האיסור בדבר התקשרות עם קבלנים המעסיקים עובדים זרים אך לגבי ענף הבניה והתשתיות; זאת, הואיל ונקבע מפורשות בתכ"ם כי מדובר בתנאי סף להתקשרות במכרזים שעניינם מתן שירותי ניקיון. כן מציינות המשיבות, כי אין תיקון החוק למניעת הסתננות, שאליו מפנה המערערת, רלבנטי לענייננו. לגרסתן, נועד התיקון להסדיר את סוגית רישויו של קבלן המעסיק עובדים מסתננים – בנתון למדיניות אי האכיפה אשר ננקטת כלפי פעולה זו, שהיא בלתי חוקית מיסודה – ומשכך אין בו כדי להשפיע על מגבלות הנוגעות להתמודדות במכרזים ספציפיים; אדרבה, כך נטען, מלמד התיקון כי מסתנן כמוהו כעובד זר, כל עוד החוק אינו קובע אחרת. לבסוף מטעימות המשיבות, כי קבלתו של הערעור עלולה לאיין את התכלית אשר מונחת בבסיסו של ההיטל – קרי, עידוד העסקתם של עובדים ישראלים על פני זרים – שכן עלויותיו בפועל צפויות להתגלגל לפתחה של המדינה, בהינתן הכללתו בטבלה.

י. בסיכומי התשובה מטעמה של המערערת נאמר, כי אינה תוקפת את הוראות התכ"ם כלל ועיקר, אלא מבקשת להבחין, וזאת אך לעניין יישומן, בין עובדיה – יוצאי אריתריאה, שהם לשיטתה בבחינת מבקשי מקלט – לבין עובדים זרים אשר מועסקים מכוח היתר. כן מטעימה המערערת, כי מניעת העסקתם של עובדים אלה במכרזים למתן שירותי ניקיון עלולה לפגוע ביכולתם לפרנס עצמם, נוכח העובדה שאין עומדות בפניהם חלופות תעסוקתיות מגוונות, וממילא עסקינן בתחום אשר כמעט שאינו מבוקש על-ידי עובדים ישראליים.

ההליך בבית משפט זה

יא. תיק זה נשמע בפנינו במועד אחד עם עשרה ערעורים נוספים (בע"א 4946/16 סעד נ' פקיד שומה אשקלון והתיקים הקשורים אליו (להלן עניין טעד)), שבמסגרתם נדונה – בין היתר – שאלה קרובה, באשר לתחולתו של ההיטל על העסקת עובדים יוצאי אריתריאה וסודאן. ביסודם של ערעורים אלה הטענה, כי יש להחריג עובדים אלה ממדיניות המיסוי אשר נוהגת ביחס לשאר העובדים הזרים במדינה; זאת, הן מחמת מעמדם הייחודי כ"שוהים מוגנים", הן נוכח נסיבות חייהם ושהותם הקשות, והן בגין העובדה שאינם עובדים מקצועיים. כבר בפתח הדיון הטעים בא כוח המערערת, כי אף שמרשתו שותפה להשגות העקרוניות בדבר עצם חבותה במס נוסף בגין העסקתם של עובדים מאריתריאה, יוצא הערעור הנוכחי מן ההנחה, לפיה מושת ההיטל כדין. משכך התמקדו הצדדים איפוא בשאלה, היש מקום להתחשב בהיטל לצורך הערכת הצעות במכרזים למתן שירותי ניקיון בעבור משרדי הממשלה והרשויות המקומיות, וזאת ככל שהתקשרות כגון דא אינה מוגבלת מעיקרא, כנטען על-ידי המשיבות.

יב. לשם השלמת התמונה יצוין, כי במועד נתנתו של פסק דין זה, ניתן פסק דינו בעניין טעד, ובגדרו הוחלט שלא להיעתר למבוקש שם. נפסק, כי על המעסיק עובדים יוצאי סודאן ואריתריאה לשלם היטל, בדומה למעסיקיהם של עובדים זרים חוקיים, כמתחייב מלשונו ותכליתו – הסובייקטיבית והאובייקטיבית – של חוק הבראת הכלכלה. עם זאת הוטעם, בהקשר סוגיה של נקודות זיכוי אשר נדונה אף היא במסגרת אותם ערעורים, כי על פניו יש טעם להבחין – במקרים המתאימים – בין שתי אוכלוסיות העובדים:

"נסיבות שהותם הייחודיות של עובדים יוצאי סודאן ואריתריאה – שעליהן היטיבו המערערות לעמוד – עשויות לטעמי להצדיק על פניו מדיניות מיסוי מובחנת, שכן יש באלה יותר מן התושבות מאשר עמיתיהם העובדים החוקיים; טוב עשתה איפוא המדינה בהחלטתה לזכותם מכוח הכללים לפנים משורת הדין.

גם כאן המדובר בהגינות הרשות, שאין ערוך לה אף כדי להגיע לנכונות הנישום לשלם מס אמת, וכבר נכתב בעניין ההגינות פעם אחר פעם (וראו למשל, דנ"א 3993/07 פקיד שומה ירושלים 3 נ' איקאפוד בע"מ (2011), בפסקה ו' לחוות דעתי) (שם, בפסקה נ"ח).

יג. על רקע האמור, נכריע עתה בסוגיה שלפנינו.

דיון והכרעה

יד. לאחר העיון מצאתי כי אין מקום להתערבות בפסק דינו של בית המשפט המחוזי, ועל כן אציע לחברי שלא להיעתר לערעור, בכפוף להערות דלהלן. אומר כבר כאן, כי הערותיי מכוונות להיבט האנדרוגני בעליל של העובדים שמוצאם באריתריאה וסודאן, השרויים במצב מיוחד, בחינת בין שמים וארץ.

יה. תחילה מונחת לפתחנו שאלת סבירותו של התנאי הקבוע בהוראה 7.12.9 לתכ"ם, ולפיו לא יועסקו עובדים זרים – ובכללם, על פי פרשנותן של המשיבות, גם עובדים יוצאי אריתריאה – במסגרתן של התקשרויות מטעם הממשלה והשלטון המקומי בתחום הניקיון. סבורני, כי אין מקום לשנות מן הדרישה האמורה. כנודע, התערבות שיפוטית בהליכי המכרז מחיבת "זהירות יתרה" (עע"מ 4011/05 דגש סחר חוץ (ספנות) בע"מ נ' רשות הנמלים (חברת נמלי ישראל פיתוח ונכסים בע"מ)), פסקה 76 (2008), מפי השופטת א' פרוקצ'יה), ומטיבה תחומה לעילות הביקורת המינהלית; וזאת לא כל שכן, מקום בו עסקינן בפסילתו של תנאי סף, המהווה "כרטיס הכניסה" למכרז (עע"מ 5525/11 נ.ע מעלות שער העיר בע"מ נ' משרד האוצר, פסקה ל"ה (2012), להלן עניין מעלות, כן ראו עומר דקל מכרזים – כרך א' 279 (2004), להלן דקל).

יו. תנאי הסף נשוא ענייננו מקורו במדיניות חברתית-כלכלית מובהקת (ראו והשוו עניין מעלות, בפסקה ל"ו), כעולה מן המבוא להוראה 7.12.9:

1.1" בהתאם להחלטת ממשלה מספר 147 מיום 12 במאי 2009 ולהחלטת ממשלה מספר 642 מיום 2 בספטמבר 2001, ישנה חשיבות רבה בהגדלת אפשרויות התעסוקה של עובדים ישראלים על ידי צמצום היקף העסקתם של עובדים זרים.

1.2 עידוד העסקת עובדים ישראלים תיעשה, בין היתר, במסגרת התקשרויות הממשלה בתחום הבניה והתשתיות ובתחום הניקיון.

1.3 מטרת ההוראה - להנחות את משרדי הממשלה לגבי צמצום היקף ההעסקה של עובדים זרים בהתקשרויות

שהם עורכים בתחום הבניה והתשתיות ובתחום הניקיון".

מדיניות זו, שעניינה העדפת העסקתם של עובדים ישראלים על פני מי שאינם אזרחים או תושבים, ואשר נגזרת – כפי שרואות עינינו – מהחלטות הממשלה, קנתה לה שביתה אף בדברי חקיקה מרובים (וביניהם חוק הבראת הכלכלה, הקובע כאמור את חובת תשלום ההיטל) וכן זכתה להכרה מצדה של הפסיקה:

"מדיניות הממשלה בצמצום העסקת עובדים זרים ... נועדה בעיקרה להיאבק באבטלה הקשה שפקדה את המדינה. צמצום האבטלה הוא יעד חברתי-כלכלי מן המעלה הראשונה במסגרת מדיניות הממשלה. לשם המלחמה באבטלה מחייבת הגנה על הפוטנציאל הקיים של מקורות התעסוקה המקומיים, ויצירת אופק תעסוקה לתושבי ישראל. העסקת עובדים זרים מצמצמת את מקורות התעסוקה הפתוחים בפני הישראלים, ויש לדבר השלכה ביטחונית, כלכלית וחברתית עמוקה על כלל המשק הישראלי (ד"ח מבקר המדינה מס' 46 (אפריל 1996), 475, 480-481). קשה לחלוק על ההנחה כי מדיניות כלכלית-משקית המבקשת לצמצם אבטלה ולעודד תעסוקה מקומית הינה מדיניות ראויה, הוגנת ועניינית" (בג"ץ 9722/04 פולגת ג'ינס בע"מ נ' ממשלת ישראל, פסקה 15 (2006), מפי השופט פרקצ'יה).

עסקינן איפוא בתנאי סף ענייני (ראו תקנה 6(ב) לתקנות חובת המכרזים, תשנ"ג-1993, וכן דקל, בעמ' 111, 283).

יז. ודוקו, דברים אלה אינם אמורים ביחס לעובדים זרים חוקיים גרידא; כוחם יפה לטעמי אף לעובדים בכגון דא, אשר מועסקים בגדרי מדיניות של אי אכיפה קולקטיבית. בעניין טעד נדרשנו לשאלה קרובה, קרי, היש להחריג את קבוצת העובדים השניה מגדר תחולתו של ההיטל לפי חוק הבראת הכלכלה, והגענו כאמור לכלל מסקנה כי אין מקום לעשות כן. נקבע, כי קיומם של הבדלים בין מי שנכנס לישראל כדי לעבוד ומועסק על פי היתר, לבין מי שהגיעו במנוסה ממדינות אשר התנאים השוררים בהן אינם מאפשרים להרחיקם בחזרה אליהן, אפילו יתברר כי אינם זכאים למקלט, אינו מצדיק – כשלעצמו – לאיין את תשלומי מס זה. דומה, כי היגיון זה חל אף בנידון דידן. הגם שאיסור בדבר התקשרות בחוזים מסוימים עלול להיתפס כאמצעי חמור מן ההיטל, שאין בו כדי להגביל את עצם ההעסקה מעיקרא, המדובר בסופו של יום בשני אמצעים פיסקליים המופנים כלפי מעסיקים, ואשר מתוספים למערך השיקולים הכלכליים המנתבים ממילא את גורלם של עובדיהם. משכך אין להלום את הטענה, לפיה הטלת מגבלה בדבר התקשרותן של חברות קבלן במכרזים מסוימים תביא לפגיעה

בפרנסתם של העובדים (ראו והשוו עניין טנד, בפסקאות מ"ח-מ"ט). דומני, כי אין מניעה שאותן חברות יעמדו בהתחייבויותיהן ויעסיקו עובדים ישראליים בלבד במשרדי הממשלה והרשויות המקומיות, ואילו את העובדים שאינם אזרחים או תושבים – ביתר עבודות הניקיון, המתבצעות אל מול גופים פרטיים. וככל שחברה פלונית אינה יכולה לספק די עובדים ישראליים בעבור מתן שירותי ניקיון לרשות מינהלית מסוימת כנדרש על פי המכרז, ברי כי הצעתה אינה ממלאת אחר תנאיו, והתקשרות עמה תהא איפוא מנוגדת לאחת מתכליותיו (דקל, בעמ' 278), אשר נחזית על פניה כמרכזית. קשה מאוד לרשות שיפוטית לקרוא אל תוך מכרז תנאי המקוטב לאמור במכרז.

יח. ואולם, טוענת המערערת כי בפועל דוקא נערכות התקשרויות בין משרדי הממשלה והרשויות המקומיות לבין חברות קבלן אשר מעסיקות עובדים זרים (ובכללם, יוצאי סודאן ואריתריאה), ומכאן שגישת המשיבות אינה הולמת לשיטתה את המציאות "בשטח". לא אכחד כי טענה זו הטרידתני, והדבר קיבל ביטוי אף בהערותיו של חברי השופט ח' מלצר באולם בית המשפט (וראו דבריו בעמ' 6 לפרוטוקול הדיון). הטענה הושמעה אמנם בלא תימוכין ממשיים, אך ככל שיש בה ולוא מעט מן האמת – ושמא הערעור דנא מעיד בעצמו על פרקטיקה מסוימת – המחשבה כי משרדי הממשלה והרשויות המקומיות, מזה, והמתמודדות מזה, העלימו עין, למצער, מדרישת סף אשר מהווה חלק בלתי נפרד מתנאי המכרז, מעוררת מידה לא מבוטלת של אי נוחות (ולעניין חשיבותם של תנאי סף במכרז והטעמים אשר עומדים ביסודם ראו דקל, בעמ' 277–278).

יט. לא זו אף זו, אם אכן נערכות התקשרויות בניגוד להוראות התכ"ם כטענת המערערת, דומה כי יש בדבר כדי להקים ספקות באשר לעמדתן של המשיבות כנגד הכללתו של ההיטל בטבלה. הוה אומר, אם אין ועדות המכרזים הרלבנטיות מקפידות על הדרישה כי חברות הניקיון לא יעסיקו עובדים זרים הלכה למעשה, מדוע איפוא לא יתחשבו בעלויות ההיטל הנלוות לכך; וזאת, אך לצורך הערכה מדויקת יותר של הצעות אשר לפי טענת המערערת, אינן בהכרח נדחות על הסף כנדרש. על פני הדברים, נימוק אפשרי יכול שיהא עמידה בתכלית לשמה גובשה הטבלה – דהיינו, הגנה על זכויות העובדים (וראו לשון סעיף 1.1 להודעה: "הודעה זו מציגה למשרדים את מרכיבי השכר המינימאליים שעל המעביד לשלם לעובדים בתחום הניקיון וכן מרכיבים נוספים שאליהם נדרשת ועדת המכרזים להתייחס בעת פרסום מכרז ובדיקת ההצעות, על מנת שיוכלו לוודא כי המעביד מתחייב לשלם את כלל מרכיבי השכר הנדרשים ללא מתן פרשנות ופגיעה בזכויות עובדים", ההדגשה הוספה – א"ר). בהתאם לרציונל זה, אין לכאורה הצדקה לקחת בחשבון את עלויותיו של ההיטל, שהרי מדובר בתשלום אשר אינו נוגע

מעיקרא למישור היחסים בין העובדים לרשויות המס – להבדיל מיתר הרכיבים המפורטים בטבלה, כגון דמי הבראה, פיצויים או נסיעות. יתר על כן, אף אסור כי תשלום זה יתגלגל לפתחם של העובדים (ראו סעיף 45(ב) לחוק הבראת הכלכלה, הקובע כי "ההיטל לא ינוכה, במישרין או בעקיפין, מההכנסה של העובד הזר", וכן עניין טעו, בפסקה נ"א). ברם, ספק אם התעלמות ממרכיב ההיטל אכן תשרת את התכלית האמורה, נוכח הדגש אשר מושם בהוראות התכ"ם על חובת המתמודדים לשקף את מלוא העלויות הכרוכות בהעסקת עובדיהם (וראו לשון סעיף 1.4 להודעה: "למען הסר ספק, יובהר כי המעביד חייב בכל מקרה לעמוד בהתחייבויותיו הנובעות מכל חוק, דין, הסכם קיבוצי או צו הרחבה, גם אם אינן מופיעות בטבלאות שלהלן או מופיעות באופן חסר..."). אדרבה, חוששני כי זכייתה במכרז של מתמודדת אשר צפויה לשאת בתשלום ההיטל, מבלי שעלויותיו תומחרו מבעוד מועד, עלולה לפתוח פתח לפגיעה בזכויותיהם הסוציאליות של עובדיה.

כ. נשאלת השאלה, האם מצב עניינים נטען זה – בו מצויים העובדים במידה רבה בסטטוס עמום ואנדרוגני ובין הפטיש לסדן, ככל שאין התמודדותם של מעסיקיהם נפסלת על הסף בפועל, ויוצא כי עליהם להתחרות בהצעות המגלמות ביסודן עלויות בסיס נמוכות משלהם – מצדיק היעדרות למבוקש בערעור. לאחר שהפכתי בדברים, ולא בלי התלבטות, סבורני כי נכון לעת הזאת אין להשיב לכך בחיוב. דומני כי עצם האפשרות, ונזכור שעסקינן בטענה גרידא, לפיה תיתכן פגיעה בתנאי העובדים כתוצאה מקבלתן של הצעות בניגוד להוראות התכ"ם, אין בה כדי ליתן יד לפרקטיקה האמורה באמצעות הכללת עלויותיו של ההיטל בטבלה, בחינת טלאי על גבי טלאי. ואולם, כדי להימנע ממצב של "אוי לי מיוצרי ואוי לי מיצרי" (בבלי ברכות ס"א, ע"א), וממעגל של שוטה של איסור נורמטיבי על שימוש בעובדים זרים, לרבות האריתריאים והסודאנים מחד גיסא, ושימוש בהם בפועל באופן מנוגד, מאידך גיסא – מתחייבת בדיקה. אשר על כן מתבקש איפוא, כי ייערך "בדק בית" בקרב רשויות המינהל העורכות מכרזים למתן שירותי ניקיון בהתאם להוראה 7.11.3 לתכ"ם, במטרה לעמוד על טיבה של התופעה הנטענת. כן מוצע, כי פסק הדין יועבר לעיונו של היועץ המשפטי לממשלה, כדי שיוכל לפקח על תהליך הבדיקה. המצב של עמימות וערפל, נורמטיביות מובהקת והפרתה המובהקת, אומר מאוד דרשני.

כא. והיה אם יתברר כי אכן נערכות התקשרויות כגון דא, יידרשו המשיבים ליתן את הדעת לנפקותו של תנאי הסף בדבר אי העסקת עובדים אשר אינם ישראלים, בתחום שירותי הניקיון במשרדי הממשלה והרשויות המקומיות. במסגרת זו יישקל – בלא שניטע מסמרות, כמובן, באשר לתוצאות הבדיקה ובאשר להכרעה – אף הסדר הביניים

אשר הוצע על-ידי המערערת, ולפיו יוחרגו מגדרה של המגבלה מתמודדות העומדות בתנאי סעיף 10(א)(1) לחוק העסקת עובדי קבלן, שנזכר מעלה בפסקה ז'; וזאת, תוך בחינת היתכנותה של הכללת ההיטל בטבלה על-ידי המשיבה 1, נוכח הטעמים שפורטו בפסקה י"ט מעלה. זכויות הצדדים וטענותיהם לאחר הבדיקה – שמורות.

כב. בנתון לאמור אציע לחברי שלא להיעתר לערעור, בלא שנעשה צו להוצאות.

המשנה לנשיאה (בדימ')

השופט א' שהם:

1. לא בלי התלבטות, הנני רואה להצטרף לעמדתו של חברי המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין, כי יש לדחות את הערעור ללא צו להוצאות.

בפתח הדברים יש להבהיר, כי אין בסיס להבחנה, אותה מבקשת המערערת ליצור, בהקשר לנושא הערעור, בין עובד זר המועסק בישראל לפי היתר; לבין עובדים זרים, יוצאי אריתריאה וסודן, המחזיקים ברשיונות שהייה זמניים, בהתאם לסעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952. לפיכך, וככל שמדובר בהוראה 7.12.9 של התכ"ם (תקנון כספים ומשק), הרי שיש לקרוא במכרז הממשלתי תנאי סף, לפיו לא יועסקו עובדים זרים בתחומי הבנייה, התשתיות והניקיון. הטעם לקיומו של תנאי סף זה, כעולה מהמבוא להוראה 7.12.9 הנ"ל, נעוץ במגמה להביא להגדלת אפשרויות התעסוקה של עובדים ישראלים, על ידי צמצום היקף העסקתם של עובדים זרים. מבחינה זו, אחת היא אם מדובר בעובדים זרים "חוקיים", או אם מדובר בעובדים זרים יוצאי אריתריאה וסודן, שהעסקתם מתאפשרת בשל מדיניות אי האכיפה של המדינה.

3. גדר התלבטותי נובע מהאמור בפסקה יח. לחוות דעתו של חברי, באשר להתקשרויות הנערכות בין משרדי הממשלה והרשויות המקומיות לבין חברות קבלן המעסיקות עובדים זרים. נטען, בהקשר זה, כי בפועל אין הקפדה על העסקת עובדים ישראלים בלבד בתחומים המדוברים, שכלל הנראה אינם אטרקטיביים דיים לעובדים אלה. כפי שציין חברי, השופט א' רובינשטיין, נושא זה לא חודד די צורכו ולא הונחה תשתית מספקת, כדי לקבוע מסמרות בדבר זה. ואולם, אם אלה הם אכן פני הדברים, אין לשלול את הגישה, לפיה מן הראוי לכלול את ההיטל, הרובץ על שכמו של

המעסיק, בשיעור של 20% מהכנסתו של העובד הזר, בטבלת מחיר המינימום לעובדים, במסגרת המכרזים המדוברים, כחלק מעלות העסקת העובד הזר. יצוין, כי גישה אפשרית זו אינה נוגעת אך ורק לעובדים יוצאי אריתריאה וסודן, אלא גם ליתר העובדים הזרים, שמעסיקיהם מחוייבים בתשלום ההיטל.

3. דחיית הערעור מבוססת, בעיקרו של דבר, על ההוראה בדבר איסור התקשרותם של משרדי הממשלה והרשויות המקומיות עם חברות קבלן, המעסיקות עובדים זרים בתחומי הבנייה, התשתיות והניקיון. ככל שיש הקפדה על קיומו של איסור זה – הנה מה טוב. ואולם, אם צודקת המערערת בטענתה כי המציאות בשטח שונה היא בתכלית – מן הראוי לעשות בדק בית יסודי ולתקן את המעוות, תוך נקיטה באחת או יותר משתי האפשרויות הבאות: להקפיד על קיומה של ההוראה, ככתבה וכלשונה, ולהימנע מלהתקשר עם חברות קבלן המעסיקות עובדים זרים בתחומי התעסוקה הרלבנטיים; או לתקן את הוראה 7.12.9 לתכ"ם, באופן שישקף את המצב בשטח לאשורו, ובכלל זה הסדרת האפשרות להעסקת עובדים זרים בתחומים אלו.

כפי שהוצע על ידי חברי, הנושא יובא לעיונו ולבדיקתו של היועץ המשפטי לממשלה, על מנת לבחון את הדברים, ולתקן את כל שדורש תיקון.

ש ו פ ט

השופט ח' מלצר:

לאחר התחבטות אני מצטרף לחוות דעתו של חברי, המשנה לנשיאה (בדימ') השופט א' רובינשטיין. ספקותי נבעו מהכפילות הלכאורית שננקטת במכלול זה של העסקת מי שחלה עליו מדיניות אי-האכיפה של הממשלה. אולם בשים לב לכך שטענה זו הושמעה במקרה שלפנינו בלא תימוכין ממשיים בראיות, ולנוכח קביעתו של חברי, המשנה לנשיאה (בדימ'), השופט א' רובינשטיין, המתבקשת בנסיבות, לפיה ייערך "בדק בית" בקרב רשויות המינהל העורכות מכרזים למתן שירותי ניקיון בהתאם להוראה 7.11.3 לתכ"ם, במטרה לעמוד, בין היתר, על טיבה של התופעה הנטענת, הרי לאחר שהפכתי בדברים, אני מצטרף, בנסיבות שבכאן, לעמדתו של חברי, המשנה לנשיאה (בדימ') השופט א' רובינשטיין, וכן להערותיו של חברי השופט א' שהם.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין.

ניתן היום, כ"ב באלול התשע"ז (13.9.2017).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה (בדימ')