

כאשר העבודה חוזרת להיות מצרך: בחינה ביקורתית של מכרזי הפסד ברכישת שירותים עתירי כוח אדם

אבישי בניש ורועי צרפתי

המאמר בוחן את השאלה אם 'הצעות גירעוניות' (הצעות שבהן המחיר המבוקש עבור השירות נמוך ממחיר העלות של ביצועו) במכרזים לרכישת שירותים עתירי כוח אדם הן הצעות הניתנות מתוך מניעים כלכליים לגיטימיים, או שהן מתכוונות לשירותים באיכות ירודה ולהפרה של זכויות העובדים. המאמר, שהוא פרי של עבודה קלינית שנערכה בקליניקה לרווחה תעסוקתית באוניברסיטה העברית, טוען כי מכרזי הפסד הם פרקטיקה בלתי לגיטימית, ומצביע על הקשר ההדוק בין הצעות גירעוניות במכרזים לבין הפרה של זכויות עובדי קבלן בתחומי הניקיון והאבטחה. קבלת הצעות גירעוניות מנוגדת לעקרון שוויון ההזדמנויות במכרזים, שכן היא יוצרת 'מירוץ לתחתית' ונותנת לקבלנים עבריינים יתרון בלתי הוגן על פני קבלנים המבקשים לשלם לעובדיהם כדון. לטענת המאמר, על דיני המכרזים להביא בחשבון מטרות חברתיות מעבר לשיקולי עלות צרים ולהתאים את עצמם לעקרונות של דיני העבודה, ובראשם לעיקרון שלפיו "עבודה אינה מצרך". לפיכך, מדיניות מינהלית ושיפוטית ראויה צריכה לתת עדיפות לערכים של שמירה על שלטון החוק ועל זכויות עובדים על פני השיקול של חיסכון בעלויות, ולפסול על הסף הצעות גירעוניות.

"על-פי דיני המכרזים אין מניעה לקבל הצעה אטרקטיבית, אף אם היא במחירים נמוכים ממחירי השוק (במילים אחרות – לקבלן עשויים להיות שיקולים שונים במתן הצעה אטרקטיבית, כגון התקשרות בהיקף כספי גדול, הסכמה לרווח מינימאלי/אפסי בהתקשרות אחת ו'כיסוי' באמצעות רווח גדול מהתקשרות אחרת, חדירה לפלח שוק/לקוח חדש ... או כל שיקול רלוונטי אחר)".¹

א. מבוא

השאלה שתעמוד במרכז מאמר זה היא אם 'הצעות גירעוניות'² במכרזים לרכישת שירותים עתירי כוח אדם הן אכן 'הצעות אטרקטיביות במחירים נמוכים ממחירי השוק', הניתנות מתוך

כאשר העבודה חוזרת להיות מצרך: בחינה ביקורתית של מכרזי הפסד | אבישי בניש ורועי צרפתי

מניעים כלכליים לגיטימיים, ברוח הציטוט שלעיל; או שמא הצעות גירעוניות הן ככלל שם נרדף לפגיעה בזכויות עובדים או למתן שירות ברמה נמוכה למזמין. אנו נטען כי ההיגיון והניסיון מלמדים כי הצעות גירעוניות מתבטאות, בסופו של דבר, בפגיעה באיכות השירות למזמין, ובייחוד בפגיעה בחוליה החלשה ביותר – העובדים. עוד נטען כי קבלת הצעות גירעוניות מנוגדת לעיקרון של שוויון ההזדמנויות, שכן מכרזי הפסד יוצרים תחרות בלתי הוגנת ונותנים יתרון לקבלנים עבריינים על פני קבלנים הגונים. נסביר גם כיצד מציאות משפטית המכירה בהצעות גירעוניות יוצרת 'מירוץ לתחתית', שבו ידם של האחרונים תהיה בדרך כלל על התחתונה. יתר על כן, נטען כי דיני המכרזים – שנועדו לקדם הגינות שלטונית, יעילות כלכלית ושוויון הזדמנויות – צריכים להתאים עצמם למטרות חברתיות נוספות, מעבר לשיקולי עלות צרים, וכי בחינת כשרותה של הצעה במכרז כוח אדם אינה יכולה להתעלם מהעיקרון המנחה של דיני העבודה, שלפיו "עבודה אינה מצרך".³ לפיכך נטען כי במכרזים לשירותים עתירי כוח אדם, יש לתת עדיפות לערכים של שמירה על חוקי העבודה ושל שלטון החוק על פני השיקול של חיסכון בעלויות.

מסיבות אלו ומסיבות נוספות המפורטות במאמר, אנו סבורים כי מדיניות מינהלית ושיפוטית ראויה צריכה לפסול על הסף מכרזי הפסד בתחומים עתירי כוח אדם. לכל הפחות, אנו סבורים כי יש לבחון באופן חשדני מכרזי הפסד תוך הטלת נטל הוכחה כבד על הקבלן להוכיח כי הוא שישא בהפסד, וכי זכויות העובדים תישמרנה במלואן. בסוף המאמר נצביע על פרשנות של חקיקה קיימת המקדמת מדיניות מינהלית ושיפוטית ברוח זו.

ב. רקע קליני

מאמר זה הוא פרי של עבודה משפטית קלינית שנערכה בקליניקה לרווחה תעסוקתית באוניברסיטה העברית בנושא הפרת זכויות עובדי קבלן במשרדי הממשלה. הפרויקט נולד בשנת הלימודים תשס"ה על רקע עדויות ופרסומים הולכים וגוברים על הפרה של זכויות עובדים בשכר נמוך בכלל, והפרות של זכויות עובדי קבלן, בפרט. כמו במקרים רבים אחרים של הפרת זכויות אדם, הטענה השגורה הייתה כי מדובר בטעויות ובמקרים חריגים וכי אין מדובר בתופעה.⁴ על כן החלטנו לצאת לשטח ולבחון אם אכן הפרות הזכויות של עובדי קבלן הן נקודתיות וספורדיות, או שמא מדובר בתופעה רחבה ושיטתית. כדי לבחון שאלה זו החלטנו להתמקד בהעסקה באמצעות קבלנים שנעשית על ידי המדינה, אשר ניתן לצפות ממנה – ציבורית ומשפטית – להתנהג כמעסיק הוגן גם כאשר אין היא המעסיקה הפורמלית. מעבר לכך החלטנו להתמקד בעובדי קבלן בתחום הניקיון אשר (בשונה ממאבטחים למשל) עובדים 'מאחורי הקלעים', והערכתנו הייתה כי בשל עובדה זו מצבם חמור יותר.

הערכנו כי הכלים המשפטיים הקלאסיים לעריכת דין חברתית – ובמרכזם הגשת תביעות לבתי המשפט בשמם של עובדים ספציפיים – אינם נקודת פתיחה טובה במקרה זה. הזירה המשפטית בנויה מטבעה על מקרים פרטניים העומדים כל אחד בפני עצמו. בזירה זו קשה להצביע על תופעה. מעבר לכך, השיטה המשפטית מחייבת את הפרט הטוען לפגיעה להתייצב בחזית, להזדהות בשמו, בכתובתו ובתעודת הזהות שלו ולהגיש תביעה. ברדישה זו היגיון רב, אך כאשר אנו עוסקים בתחום שבו מי שנעשה להם העוול מפחדים מחשיפה פן יבולע להם ויפוטרו, או שיצא להם שם של 'עושי צרות', הרי שהדרישה להתייצבות בחזית מעקרת כל אפשרות לעמוד על הממדים האמיתיים של הפרת הזכויות. על כן החלטנו על כתיבתו של דוח ציבורי, אשר אינו מחויב ישירות לכללי הדיון וההוכחה המשפטיים המגבילים.

החלטנו לערוך את הפרויקט על פי עקרונות שיטת ה־watching, שיטה ששורשיה עוד בימי המאבקים על התאגדות עובדים בסוף המאה התשע עשרה ותחילת המאה העשרים. בשונה מהעבודה המשפטית הקלאסית הממתינה לפנייה של ה'לקוחות', שיטת ה־watching מבוססת על יציאה פעילה לשטח, איתור ותייעוד של הפרת זכויות ושל התנהגות פוגענית. לא אחת נתקלנו בקשיים להיכנס למשרדי הממשלה בשל הרגישות הביטחונית, ועל כן ביקרנו בדרך כלל במשרדים שיש בהם קבלת קהל ושארחים יכולים להסתובב בהם ביתר חופשיות. קושי נוסף היה שעובדים רבים חששו לדבר עמו, ואלו שדיברו, חששו לעתים להזדהות בשםם; חלקם קבעו פגישה אך חזרו בהם. בסך הכול תיעדנו את תנאי ההעסקה של כ־40 עובדי ניקיון המועסקים באמצעות קבלנים. אחת מחברות הצוות אף התקבלה לעבודה כעובדת ניקיון באחת מחברות הקבלן כדי לראות את הדברים דרך עיניו של העובד עצמו.⁵

מעבודת התייעוד עלתה תמונה של הפרה נרחבת של זכויות העובדים. בעניינם של כל העובדים שוריינו נמצאה הפרה של חוקי העבודה במידה כזו או אחרת – הפרות המצטברות למאות עד אלפי שקלים בשנה. הגם שבדיקתנו לא הייתה מדעית, עצם העובדה שתחת כל אבן שהפכנו מצאנו הפרה של זכויות אומרת דרשני. מעבר לכך, עלה מהשיחות כי רבים מהעובדים אינם מודעים לזכויותיהם כלל, וכי אחרים חוששים לעמוד על זכויותיהם ולדרוש מהמעסיק מחשש שיפוטרו.⁶ עוד מצאנו כי משרדי הממשלה כמעט שאינם מפעילים כלי בקרה ופיקוח על תנאי ההעסקה של עובדי הקבלן המועסקים בתחומם.

לנוכח הממצאים, שהצביעו כאמור על הפרה שיטתית של זכויות עובדי הקבלן במשרדי הממשלה, החלטנו לנסות לאתר את הכשלים המבניים המובילים לתופעה זו ולנסות להציע דרכים למניעתה או לצמצומה. אחת המסקנות המרכזיות הייתה שההפרה השיטתית של זכויות העובדים אינה נעוצה רק בקבלנים העושקים את עובדיהם, ושהתמונה מורכבת יותר. הבנו כי לשיטת המכרזים – שעליה נעמוד בהרחבה בהמשך – יש תפקיד מכריע במציאות שנוצרה. שיטה זו יוצרת תחרות פרועה על המחיר ומתמרצת קבלנים להציע הצעות גירעוניות כדי לשרוד בשוק. הבנו גם כי המדינה – כמזמינת השירות, כמי שמעצבת את זירת התחרות בין הקבלנים וכמי שנמנעת מאכיפת חוקי העבודה ומאכיפת החוזים שלה על הקבלנים – נושאת אף היא באחריות למצב זה.

ממצאי הפרויקט הוצגו בכנס בהשתתפות נציגים מהאקדמיה, ממשרדי הממשלה ומארגונים חברתיים. נציג החשב הכללי שהשתתף בכנס טען כי פיקוח על קבלנים דורש הקצאת משאבים, וכי העובדים יכולים לתבוע את זכויותיהם בבתי הדין לעבודה. יתר על כן, הוא הוסיף כי במקרים שבהם משרדי ממשלה לא קיבלו הצעות גירעוניות, החברות הקבלניות עתרו נגד המשרדים לבתי המשפט, והאחרונים פסלו את החלטות ועדות המכרזים והורו למשרדי הממשלה לקבל את ההצעות.

בעקבות הכנס כתבנו דוח ציבורי המסכם את הממצאים ואת הניתוח של הבעיות המבניות המובילות לתופעת הפרת זכויות עובדי הקבלן.⁷ בסופו של הדוח הצגנו שורה של המלצות מדיניות. ההמלצות התמקדו בצעדים שהביורוקרטיה הממשלתית – ובייחוד החשב הכללי – יכולה לנקוט כדי למנוע או, לפחות, לצמצם את התופעה. במסגרת זו הצענו מודל לנוהל התקשרות חדש של משרדי הממשלה עם קבלני שירותים עתירי כוח אדם. בנוהל זה הצענו בין היתר להימנע מקבלת מכרזי הפסד, ליצור מנגנון תלונות אנונימי ולקיים ביקורות יוזמות ואקראיות על ידי משרדי הממשלה. בעקבות פעילות ציבורית ענפה של ארגונים חברתיים הוציא לאחרונה החשב הכללי נוהל התקשרות חדש ומפורט עם קבלנים (כהוראת שעה), אשר מאמץ חלק ממנגנונים אלו.⁸

כאשר העבודה חוזרת להיות מצרך: בחינה ביקורתית של מכרזי הפסד | אבישי בניש ורועי צרפתי

מעבר לכך, בשנת הלימודים העוקבת החלטנו לקיים שני פרויקטים ממשיכים: פרויקט אחד התמקד בצורך ליידע את עובדי הקבלן בנוגע לזכויותיהם. החלטנו לקיים פרויקט הדרכה בנושא זכויות עובדים בקרב עובדים בשכר נמוך מרחבי ירושלים על בסיס מודל ה-Street Law.⁹ הפרויקט השני נועד להתמודד עם ההלכה המשפטית בנוגע למכרזי הפסד. הבנו שגם אם משרדי הממשלה יפסלו מכרזי הפסד, הם חשופים לתביעות ולפסילות החלטתם על ידי בתי המשפט. על כן החלטנו לכתוב נייר עמדה בנושא זה. נייר העמדה צורף כ"ידיד בית משפט" בכמה עתירות כנגד מכרזי הפסד.¹⁰ המאמר שלפניכם הוא תוצר של פרויקט זה.

ג. מסגרת תאורטית – בין דיני המכרזים לדיני העבודה

כאמור, דיני המכרזים נועדו לקדם שלוש מטרות עיקריות: המטרה הראשונה היא הבטחת הגינות שלטונית, ובכלל זה שמירה על טוהר המידות ומניעת התקשרות מתוך משוא פנים או כתוצאה משחיתות. המטרה השנייה היא קידום היעילות הכלכלית ויצירת האפשרות לרשות המינהלית להתקשר בעסקה אופטימלית מהבחינה הכלכלית. המטרה השלישית היא יצירת שוויון הזדמנויות בהתמודדות על קשירת עסקה עם הרשות המינהלית.¹¹ לעומת זאת, דיני העבודה עוצבו מלכתחילה על מנת להסדיר את הקשר בין העובד, המבצע את העבודה, לבין המעסיק, הנהנה מפרות עבודתו. הם יצרו קשר דו-צדדי של אחריות הדדית, שבו לכל צד במערכת חובות וזכויות.

בשנים האחרונות אנו עדים לתופעה הולכת ומתרחבת של העסקת עובדים שלא באופן ישיר אלא באמצעות קבלנים המספקים שירותי כוח אדם (קבלני כוח אדם או קבלני שירותים). באמצעות שיטת מיקור החוץ (outsourcing) הועברו לקבלנים פעילויות רבות אשר היו בעבר חלק בלתי נפרד מהמבנה הארגוני של גופים עסקיים או ממשלתיים, כגון שמירה, ניקיון, הסעדה, מענה לפניות טלפוניות ועוד. ההעסקה באמצעות קבלנים מחליפה את מערכת היחסים הדו-צדדית המקובלת ביחסי עבודה בין העובד לבין המעביד ויוצרת משולש העסקה שבקדקודיו ניצבים העובד, הקבלן ו'המשתמש' (המכונה גם 'המזמין' או 'המעסיק בפועל'). בין הקבלן לבין העובד קיים חוזה עבודה, ובין הקבלן לבין המזמין קיים חוזה לאספקת שירותים או כוח אדם. החוליה המתווכת – הקבלן – מנתקת, או לפחות מטשטשת, את הקשר המשפטי (והאנושי) בין העובד לבין מי שנהנה מעבודתו – המזמין.¹²

מבחינה זו, מיקור החוץ של שירותי כוח אדם יוצר מתח בין המטרות של דיני המכרזים לבין המטרות של דיני העבודה. שיטת המכרזים, בראש ובראשונה, שמה את העלות במרכז. המכרז יוצר תחרות – ברוב המכריע של המקרים על המחיר – ובכך מוזיל את העלויות. אולם יתרונה זה של שיטת המכרזים הוא גם חסרונה הגדול כאשר מדובר בשירותים עתירי כוח אדם, דוגמת ניקיון ואבטחה, שמרכיב השכר בהם הוא המרכזי ביותר. בתחומים אלו, ככל שהתחרות הופכת חזקה יותר, כך גדל הסיכון כי היא תגלוש מניהול יעיל ומצמצום הרווח לפגיעה בזכויות העובדים.

ד. הדין הקיים

ההלכה המשפטית באשר למעמדם של מכרזי הפסד בתחומים שהם עתירי כוח אדם – כגון ניקיון ואבטחה – אינה עשויה מקשה אחת, וניתן להצביע בהקשר זה על שתי מגמות עיקריות. מאחר שבתי המשפט, ובייחוד בתי המשפט לעניינים מינהליים, עוסקים במכרזים מסוג זה כעניין של יום ביומו, לא נוכל להקיף בחיבור זה את מלוא היריעה. לפיכך נתמקד כאן בשני פסקי דין

מרכזיים המייצגים את שתי המגמות האלו. פסק הדין הראשון הוא ה"פ (מחוזי ת"א) 924/96 קריירה בע"מ נ' מדינת ישראל – הנהלת בתי המשפט (להלן – פסק דין קריירה).¹³ בפסק דין קריירה נדון מכרז לאספקת שירותי קלדנות למזכירות בתי המשפט ולשכות ההוצאה לפועל. המבקשת, שהפסידה במכרז, טענה בין היתר כי הצעת הזוכה לוקה בחוסר היגיון כלכלי, שכן השכר שהציעה לשלם לקלדניות גבוה מהמחיר שהיא דורשת בגין אספקת שירותי הקלדניות. בית המשפט פסק כי גם אם המבקשת צודקת בטיעונה, הרי שאין בכך כדי לפסול את ההצעה הזוכה, – שכן –

חזקה על כל חברה עסקית המגישה הצעה למכרז, כי טרם קביעת המחיר אותו תדרוש בעבור השירות או המוצר, תשקול את מכלול העלויות, והרווח אותו היא מבקשת להפיק. אין זה תפקידה של ועדת המכרזים להיכנס ולשקול את שיקוליה הכלכליים של החברה המציעה אשר הביאה לקביעת המחיר בו נקבה בהצעתה.

בית המשפט הוסיף כי כאשר ההצעה לוקה בחוסר סבירות העשוי לגרום למציעה שלא להיות מסוגלת לעמוד בהתחייבויותיה, רשאית ועדת המכרזים לברר אם מדובר בטעות טכנית או שמא לכך באמת התכוונה, וכי היא עורונה עומדת מאחורי הצעתה ומתחייבת לעמוד בה. פסק הדין השני הוא עת"מ (מינהלי נצ') 127/01 גשש ז.א. בע"מ נ' עיריית נצרת עילית (להלן – פסק דין גשש).¹⁴ בפסק דין גשש נדון מכרז לאספקת שירותי שמירה. העותרת, חברת שמירה שהפסידה במכרז, טענה בין היתר כי במחיר שהציעה, לא תוכל החברה הזוכה לעמוד בתשלום לעובדיה כחוק כפי שנדרש בתנאי הסף של המכרז. בשונה מפסק דין קריירה, קבע בית המשפט במקרה זה כי על ועדת המכרזים לוודא שהצעת הזוכה היא ריאלית, וכי ניתן לעמוד בתנאי החוזה בלי להסב נזק למזמינה (העירייה) ובלי שיקופחו זכויות העובדים. בית המשפט ערך תחשיב בדבר עלות שעת העסקת המאבטחים ביום, בלילה, בשבת ובחג על פי חוקי המגן, ומצא שההצעה הזוכה נופלת מהעלות המינימלית של העסקת המאבטחים בכל אחת מקטגוריות אלו. בית המשפט גם מצא פגם בכך שהאומדן שערכה ועדת המכרזים היה דווקאני וחפף את עלות העסקת המאבטחים, בלי להביא בחשבון רווח קבלני. בית המשפט קבע כי –

...ועדת המכרזים כלל לא הייתה ערה לכך שהצעת הזוכה היא גירעונית ולא בדקה ולא שקלה כלל אם תוכל לבצע את החוזה מבלי לגרום נזק לאינטרס הציבורי ומבלי לקפח את עובדיה... לא ניתן בנסיבות מכרז זה לבצע את העבודה במחירי האומדן מבלי להפסיד... בנסיבות אלה, לא יהיה מנוס מהמסקנה כי בחירתה של הזוכה הייתה שגויה ומושתתת על אי בדיקת הנתונים.¹⁵

ניתן לראות אפוא כי למרות הדמיון בין שני המקרים, בתי המשפט נוקטים בהם גישות שונות מאוד. מגישת בית המשפט בעניין קריירה עולה לכאורה כי על ועדת המכרזים להתעלם לחלוטין מהיות ההצעה גירעונית, וכי החובה היחידה המוטלת עליה היא לוודא כי המציע שהגיש הצעה כזו עשה כן באופן מודע. בית המשפט אף מדגיש כי אין זה מתפקידה של ועדת המכרזים להיכנס לשיקוליה של חברה המציעה הצעה גירעונית. לעומת זאת, מגישת בית המשפט בעניין גשש עולה כי לא רק שוועדת המכרזים אינה צריכה להתעלם מהיותה של הצעה גירעונית, היא אף חייבת להיות מודעת לכך ולשקול זאת. יתרה מכך, בית המשפט סבור כי אומדן הוועדה לא רק שצריך להביא בחשבון שההצעה אינה נופלת ממחירי עלות, אלא שהיא אף כוללת רווח קבלני.

כאשר העבודה חוזרת להיות מצרך: בחינה ביקורתית של מכרזי הפסד | אבישי בניש ורועי צרפתי

ה. בחינה ביקורתית של הדין הקיים

1. מכרזי הפסד: מי נושא בהפסד – הקבלנים או המזמין והעובדים?

כאמור, ההנחה העובדתית אשר עשויה להצדיק אי-פסילה של מכרז הפסד היא שאת הפער בין מחיר השוק לבין המחיר הנקוב בהצעה ייקח על עצמו הקבלן, אשר עשוי להיות מוכן לשאת בהפסד מטעמים שונים, כגון שיקולים של חלוקת סיכונים והפקת רווחים לטווח ארוך או שיקולים של סבסוד צולב.

תחילה יש להדגיש כי גם אם מבחינה תאורטית ניתן לחשוב על מקרים שבהם יהיה קבלן מוכן להציע הצעה גירעונית, הרי שככל שהדבר נוגע לפעולת ועדת המכרזים, הנחה זו אינה מספיקה. החלטת ועדת המכרזים אינה יכולה להתבסס על הנחה כללית בדבר אפשרות שהצעה גירעונית היא לגיטימית, אלא היא צריכה לבדוק במקרה הספציפי העומד בפניה כי להנחה העובדתית הזו אכן יש בסיס סביר. לכן גם לאור הנחה זו, לא רק שוועדת המכרזים יכולה להיכנס לשיקוליו של המציע, אלא היא חייבת לעשות כן כדי לבחון שאכן במקרה הספציפי מי שנוטל עליו את סיכון ההפסד הוא הקבלן עצמו.

אולם מעבר לכך, וזו הנקודה המרכזית, ההנחה העובדתית בדבר הצעות גירעונית לגיטימיות אינה עומדת במבחן השכל הישר, ואינה עומדת אף במבחן המציאות. נקודת המוצא צריכה להיות שקבלני השירותים פועלים למטרות רווח, וכי ככלל אין שום בסיס להניח כי קבלנים יהיו מוכנים מסיבות שונות לשאת על גבם את מימון הפער שבין עלות אספקת השירות לבין המחיר שהם מבקשים תמורת שירותיהם. לכן האפשרות להציע הצעות גירעונית תעמוד רק לאותם קבלנים שיש להם אורך נשימה פיננסי, למשל משום שהם נהנים מחוזים מניבים מאוד שבאמצעותם הם יכולים לסבסד באופן צולב את מכרז הפסד. משום כך ברור כי רק חלק מצומצם מהקבלנים עשויים להציע הצעה גירעונית לגיטימית, וגם הם ישתמשו באפשרות זו במספר מצומצם של מקרים ולזמן מוגבל. לפיכך ההיגיון מלמד כי אם יש שימוש בהצעות גירעונית מתוך היגיון כלכלי לגיטימי, הרי ששימוש זה יהיה מוגבל ונדיר יחסית.

יתרה מכך, הניסיון מהשטח מלמד כי את המחיר של מכרזי הפסד משלמים, בסופו של דבר, העובדים. כך כאמור, בפרויקט שטח שקיימה הקליניקה לרווחה תעסוקתית, אשר תיעד את תנאי העסקתם של 46 עובדי קבלן המועסקים במשרדי הממשלה בבירה (בייחוד בניקיון), נמצא כי קיימת תופעה של הפרת זכויותיהם כעובדים. כמעט בכל הפרמטרים שלגביהם נשאלו העובדים נמצאו שיעורים גבוהים למדי של הפרות זכויות המגן.¹⁶ נמצא, למשל, כי מרבית העובדים דיווחו שאינם מקבלים תשלומי פנסיה, שלהם הם זכאים לפי צווי ההרחבה בתחום הניקיון (כמעט 40 עובדים מתוך 46). מספר דומה של עובדים דיווח שאינם מקבלים תשלום עבור ימי חגים, וכך גם לגבי תשלום שעות נוספות ותשלום בגין ימי מחלה. 28 עובדים (מתוך 36 שענו על השאלה) דיווחו כי הם אינם מקבלים דמי חופשה שנתית; 31 עובדים (מתוך 43) דיווחו שאינם מקבלים תשלום דמי הבראה. כמחצית מהנשאלים דיווחו שלא חתמו על חוזה עבודה, ועוד חמישה עובדים דיווחו כי הוטלו עליהם קנסות. מעבר לכך, מרבית העובדים שתנאי העסקתם תועדו על ידינו דיווחו על מספר גבוה של הפרות גם יחד. בפילוח העובדים לפי כמות הפרות של זכויותיהם מצאנו כי מבין 46 העובדים 9 דיווחו על הפרה או שתיים, 18 דיווחו על שלוש עד חמש הפרות ו-19 עובדים דיווחו על שש עד שמונה הפרות של זכויותיהם. ממצאים דומים נמצאו גם בבדיקות שטח אחרות בנוגע להפרת זכויות של עובדי אבטחה המועסקים באמצעות קבלנים.¹⁷

בשנים האחרונות הולכות ומצטברות עדויות על הקשר ההדוק בין הפרה זו של זכויות עובדי הקבלן לבין ההצעות הנמוכות במכרזים. ביטוי לכך ניתן למצוא בעדותו של מנהל חברת שמירה במסגרת דב"ע נ/54 – 3 לנקרי נ' א.נ.ש. חברה להחזקת נכסים והשקעות בע"מ, המובאת בפסק דינה של השופטת אלישבע ברק:

לדבריו, אין קיימת חברת שמירה בישראל שיש ביכולתה לקיים את כל הזכויות המוגנות של העובדים, על-פי כל תג ותג. לדבריו, הלקוחות הראשיים של כמעט כל חברות השמירה הם משרדי הממשלה האחראית על אכיפת חוקי המגן וצווי ההרחבה. משרד ממשלתי המעוניין להעסיק חברת שמירה מפרסם מכרז ומתקשר עם החברה המציעה את המחיר הנמוך ביותר. בחוזה העבודה של השומרים נאמר שיקוימו כל הזכויות על-פי דין, הסכם וצווי הרחבה, ומיד לאחר מכן מוזכר שהשכר, שהוא פונקציה של ההצעה הנמוכה ביותר, יהיה נמוך....¹⁸

יש להתייחס אמנם בזווית לזכויות לזכויות דבריו הקבלנים, שהם בעלי עניין, אך דברים אלו מקבלים חיזוק גם מנציגים רשמיים של המדינה הבקיאיים בתחום העסקת עובדי הקבלן. כך למשל מר דני בנקין, נציג משטרת ישראל, עמד בעדותו בפני ועדת הכלכלה של הכנסת על כך ש"מחירי ההתאבדות" שקבלנים מציעים כדי לזכות במכרזים הם שורש הבעיה של הפרת זכויות עובדי הקבלן.¹⁹ מר אלי פז, ראש מנהל הסדרה ואכיפה לעובדים ישראלים במשרד התמ"ת, ציין בישיבה של ועדת העבודה, הרווחה והבריאות של הכנסת כי חברות כוח אדם, כגון "מנפאואר" ו-ORS, חדלו להגיש הצעות למכרזים מפני שבמחירים שמתקבלים על ידי חשבי משרדי הממשלה, אין כל אפשרות שהיא לעמוד במבחן שכר המינימום.²⁰

לסיכום נקודה זו, עמדנו היא שההנחה שמאחורי הצעות גירעוניות עומדים שיקולים כלכליים לגיטימיים, אינה עומדת במבחן הביקורת. לדעתנו, בחינה אמיתית של הנחה זו מביאה למסקנה כי מכרזי הפסד לגיטימיים הם נדירים ויוצאי דופן, וכי בפועל – כפי שאף מלמד הניסיון מהשטח – את מחיר ההצעה הנמוכה משלמים בדרך כלל העובדים, שהם החוליה החלשה ביותר בשרשרת, והמזמינים, העשויים לסבול משירותים נחותים (בייחוד בתחומים שהם קשים לבקרה). לכן, ההנחה העומדת בבסיס פסק דין גשש, שלפיה מחיר נמוך במכרז יתבטא בסופו של דבר בפגיעה ברמת השירות ובקיפוח זכויותיהם על פי דין של העובדים, היא סבירה יותר ומתאימה יותר לשמש בסיס לפיתוח המדיניות השיפוטית כלפי מכרזי הפסד.

2. מכרזי הפסד: תחרות בלתי הוגנת

ההלכה בפסק דין קריירה מחילה באופן פשטני את העיקרון של העדפת המחיר הנמוך ביותר המקובל בדיני המכרזים, בלי להביא בחשבון את המאפיינים הייחודיים של מכרזים לרכישת שירותי כוח אדם ואת שיקולי המדיניות שיש לשקול בעת עיצוב המדיניות המשפטית כלפי מכרזי הפסד.

כאמור, הצעה גירעונית משקפת ככלל כוונה של המציע לחסוך בעלויות באמצעות מתן שירות נחות או באמצעות תשלום נמוך יותר לעובדיו, תוך הפרת זכויותיהם על פי דיני העבודה. קבלנים כאלה מסוגלים להציע הצעות מחיר שקבלנים הגונים לעולם לא יוכלו לעמוד בהן. במציאות כזו, קבלנים שבכוונתם גם להרוויח רווח סביר וגם לשלם כחוק יפסידו באופן עקבי במכרזים אלו. על כן במדיניות המאפשרת לקבל מכרזי הפסד, יש משום פגיעה בשוויון ההזדמנויות של קבלנים הגונים לזכות במכרזי המדינה.²¹ כפי שאמר בראיון הבעלים של חברת שמירה ותיקה:

כאשר העבודה חוזרת להיות מצרך: בחינה ביקורתית של מכרזי הפסד | אבישי בניש ורועי צרפתי

...בכל מקום שבו התחרות היא על המחיר בלבד ולא על איכות, יש יתרון מובנה לחברות היכולות לחתוך בעלויות באמצעות הפרת החוק. חברות ותיקות עוזבות את העבודה עם המגזר הציבורי, ואת הואקום תופסים החאפרים.²²

יתרה מזאת, לקבלת מכרזי הפסד יכולה להיות תוצאה שלילית מאוד של 'מירוץ לתחתית'.²³ כדי לעמוד בתחרות יהיה לקבלנים תמריץ חזק להציע הצעות נמוכות יותר, גם אם הן כרוכות בהפרת החוק, ולו כדי 'לשרוד' ולהישאר בזירה. מציאות זו יכולה להיווצר גם אם חלק מהקבלנים אכן מתכוונים לממן את הגירעון מכיסם.²⁴

3. מכרזי הפסד: קומודיפיקציה של העבודה

ההלכה בעניין קריירה מתעלמת מהעובדה כי מאחורי רכישת 'שירותי ניקיון' או 'שירותי אבטחה' עומדים בני אדם, ושמחיר נמוך יכול להצביע על ניצול והפרה של זכויותיהם.²⁵ עצם העובדה שפסק הדין אינו מבחין בין מכרז לרכישת מוצרים לבין מכרז שהוא במהותו מכרז להעסקת עובדים, היא מבחינות רבות חזרה אל התופעה השלילית של 'קומודיפיקציה' של העבודה והתעלמות מהאדם העומד מאחוריה.²⁶ בכך נוגדת הלכה זו את העיקרון החשוב הקובע כי "העבודה איננה מצרך".²⁷ בהקשר זה חשוב גם לציין כי העלות העיקרית של קבלן המספק שירות עתיר כוח אדם היא עלות העסקת העובדים. בתחומים אלו, מידת היצירתיות או החדשנות ב'טכנולוגיית הדלי והמטלית', היכולה להביא להורדת עלויות באמצעים אחרים – זניחה.

דיני המכרזים אינם עומדים כאי בודד. הם חייבים להביא בחשבון גם שיקולים רחבים יותר. בחינה שיפוטית של מכרזי הפסד אינה יכולה להתעלם מהמציאות בשטח, המלמדת כי שיטת מכרזי הפסד הפכה להיות 'חממה' להעסקה פוגענית, ומהעובדה שפעמים רבות מכרזי הפסד מובילים להפרת חוקי העבודה ולפגיעה בזכויות יסוד של העובדים וביכולתם לפרנס את עצמם בכבוד. בחינה של מכרזי הפסד אינה יכולה להתעלם גם מההקשר הרחב יותר, המלמד על החרפה של התופעה החברתית המדאגה של 'עובדים עניים' – עובדים המצויים בשוק העבודה ואינם מצליחים להתפרנס באופן שמעלה אותם אפילו מעל לקו העוני.²⁸

לכן, לגישתנו, באיזון שבין "היעילות הכלכלית" שבקבלת הצעה גירעונית לבין ההשלכות השליליות שיש למכרזי הפסד על ערכים ציבוריים אחרים, כגון כיבוד החוק וההגנה על זכותם של עובדים להתקיים בכבוד, המעוגנת ברמה החוקתית והחוקית, וכן באמנות בין-לאומיות,²⁹ מדיניות שיפוטית ומינהלית ראויה צריכה לתת משקל עדיף לשמירה על הערכים הציבוריים הללו ולפסול את מכרזי הפסד על הסף.

גישתנו, המחייבת העדפת שיקולים חברתיים רחבים יותר על פני השיקול הצר של הפחתת העלויות הישירות למוזמנים, נתמכת בגישה הכללית של בית המשפט העליון להעדיף עקרונות של צדק ושוויון על פני שיקול של יעילות כלכלית. כך למשל כאשר נשאלה השאלה באיזו מידה מוטלת על הרשות השלטונית החובה להעניק משקל לשיקול השוויון על חשבון שיקול היעילות הכלכלית, נקבע כי:

עמדת בית המשפט העליון... היא עמדה טוטאלית, המעדיפה את עקרון השוויון על פני שיקולים של יעילות כלכלית... בית המשפט בוחן אך ורק את שאלת הפגיעה בעקרון השוויון; ואם הוא מגיע למסקנה שעיקרון השוויון נפגע בנסיבות העניין פגיעה מהותית... הוא מחייב את פסילת ההצעה הפגומה או את פסילת ההליך בכללותו, מבלי לבחון כלל "כמה זה עולה לנו".³⁰



ורד ניסים, משמר אזרחי, 2006

4. מכרזי הפסד: פגיעה בעובדים המוחלשים ביותר

המאפיינים הדמוגרפיים של העובדים המועסקים בתחומים כגון אבטחה וניקיון מצביעים על כך שעובדים אלו הם, במפורש, אוכלוסיה פגיעה הזקוקה להגנה. כך למשל עבודת מחקר בנוגע לעובדי ניקיון מצאה כי נשים הן הרוב המכריע של העובדים בענף; כי מרבית העובדים מגיעים מרקע סוציו-אקונומי נמוך, בדגש על האוכלוסיה הערבית ועל אוכלוסיית העולים מברית המועצות לשעבר; כי רמת ההשכלה של העובדים נמוכה (עד 12 שנות לימוד, בדרך כלל פחות מכך); כי קיימים עובדים בגילים שונים, אולם קיים ריכוז גבוה יחסית של עובדים צעירים (עד גיל 25) ומבוגרים (מעל גיל 50); וכי בחלק מן המקומות מועסקים מהגרי עבודה.³¹ כך גם בעבודת מחקר מטעם משרד התמ"ת בנוגע לעובדי מאבטחים ושומרים נמצא כי 28% מכלל העובדים בענף השמירה והאבטחה – לרבות 45% מכלל השומרים ו-20% מכלל המאבטחים – הם עולים שהגיעו לישראל מאז שנת 1990, רובם מחבר המדינות. זאת לעומת שיעור העולים בקרב כלל העובדים במשק שהוא 18.1%³².

מאפיינים דמוגרפיים אלו קשורים קשר הדוק ליכולתם המוגבלת מאוד של העובדים עצמם לאכוף את זכויותיהם באמצעות בתי הדין לעבודה. התנסותנו בשטח מעלה שקיימים עובדים רבים שאינם מודעים כלל לזכויותיהם. כך למשל כאשר שאלנו עובדים על זכויותיהם קיבלנו מחלקם

כאשר העבודה חוזרת להיות מצרך: בחינה ביקורתית של מכרזי הפסד | אבישי בניש ורועי צרפתי

תגובות כגון "לא אמורים לשלם לי שעות נוספות, זו לא עבודה משרדית", או "פנסיה? בחברות קבלן אין פנסיה". התרשמותנו הייתה שהסיבה העיקרית לכך היא חוסר נגישות של העובדים למידע אמין ובהיר בדבר חוקי העבודה בשפה הברורה להם, בייחוד בשל אי-שליטה בעברית ולעתים בשל היעדר השכלה מספקת. מעבר לכך, מצאנו כי גם עובדים שהיו מודעים, ולו חלקית, להפרת זכויותיהם נטו שלא להגיש תביעה למימוש זכויותיהם. חלקם הביעו חשש כי אם יגישו תביעה נגד מעסיקם, הוא יתנכל להם או אפילו יפטרם. אחרים הביעו חשש שיצא להם שם של 'עושי צרות', ושגם מעסיקים אחרים לא יהיו מוכנים להעסיק אותם בשל כך. יתרה מזאת, נתקלנו בעובדים שאינם רואים כל טעם בבדיקת זכויותיהם משום שהם סבורים שידעת זכויותיהם או הגשת תביעה לבתי משפט לא תשנה את מצבם. כפי שציין למשל אחד העובדים שעמם שוחחנו, הגשת תביעה "זה כמו לירוק נגד הרוח". אותה תפיסה, שלפיה תביעה משפטית אינה אפקטיבית או אף מסוכנת, יוצרת חסם פסיכולוגי מפני הגשת תביעה ומביאה עובדים רבים להשלים עם הפרת זכויותיהם ולקבל את מצבם בהכנעה.³³

חולשתם של העובדים מגדילה מאוד את האפשרות (ואת הפיתוי) לנצלם, בין היתר מתוך ידיעה כי הם יתקשו מאוד לעמוד על זכויותיהם המשפטיות בשל נגישותם המוגבלת מאוד למשפט, ומתוך הכרת תת-האכיפה של מנגנון הפיקוח הממשלתי.³⁴ על כן מדיניות ממשלתית ושיפוטית ראויה צריכה למנוע מראש את הפיתוי ואת הפתח לניצול של עובדים מוחלשים אלו.

5. מכרזי הפסד: פגיעה בוודאות הדין ובאמון הציבור

הלכה הפותחת פתח לקבלת מכרזי הפסד יוצרת תמריץ לוועדת המכרזים לקבל בכל מקרה את ההצעה הגירעונית הזולה (גם אם אינה הגונה). התמריץ יכול לנבוע משני מקורות עיקריים. המקור הראשון הוא הרצון להימנע מהליכים פרוצדורליים ומהתדיינות משפטיות מייגעות (ויקרות). על פי דיני המכרזים, אי-קבלת ההצעה הזולה ביותר מחייבת לתת זכות טיעון למפסיד, וכן לנמק את ההחלטה בטעמים מיוחדים שיירשמו.³⁵ מעבר לכך, גם אם ועדת המכרזים מזמנת אותו לשימוע ומנמקת את החלטתה בפירוט, אי-הוודאות המשפטית הקיימת מתמרצת מציע הצעה גירעונית שנפסלה לעתור כנגד ועדת המכרזים, לטעון שההצעה שלו היא 'הצעה גירעונית לגיטימית' ולקבל למעשה הזדמנות נוספת. עצם הגשת התביעה כרוכה בסרבול ובעיכוב הליכי ההתקשרות וכן בעלויות התדיינות לא מבוטלות. במציאות משפטית כזו הרבה יותר פשוט, אפוא, מבחינת ועדת המכרזים לקבל את ההצעה הזולה מאשר לדחות אותה.

המקור השני שמתמרץ את ועדת המכרזים לקבל הצעה גירעונית הוא הרצון לחסוך בעלויות, אינטרס ההולך ומתחזק ככל שהתפיסות של 'ממשלה קטנה' ושל ריסון תקציבי קונות להן אחיזה, ואילו צי התקציב של משרדי הממשלה הופכים נוקשים יותר. לכן – גם אם לא באופן ישיר ובוטה – אוזנה של ועדת המכרזים עשויה להיות כרויה להצהרות של קבלנים שיהיו מוכנים לספק שירות זול יותר וליטול על עצמם לכאורה את האחריות לזכויות העובדים, ובכך ולאפשר למשרד הממשלתי לעצום את עיניו ולהשיל מעליו את אחריותו. מבחינה זו, לוועדת המכרזים עצמה עשוי להיות תמריץ לפעול כנגד האינטרס הציבורי במוכן הרחב. תוצאה זו יכולה אף לפגוע באמון הציבור במכרזים הממשלתיים.³⁶

לבתי המשפט תפקיד מכריע בריסון נטייתם הפסולה של משרדי הממשלה להתעלם מההשלכות החמורות שיש למכרזי הפסד על זכויות העובדים ועל שלטון החוק, מתוך שיקולים צרים של חיסכון בעלויות. על כן גישה שיפוטית הפוסלת מכרזי הפסד על הסף, או הרואה בהם נימוק

מספק לדחיית הצעה זולה, תיצור ודאות משפטית ותביא בדרך כלל להחלטה הנכונה תוך הקטנת התמריץ של המפסיד לקיים התדיינות משפטית. באופן זה גם יקטן התמריץ העשוי להיות לוועדת המכרזים לעצום את עיניה.

6. מכרזי הפסד: מגבלות מוסדיות של ועדת המכרזים ושל בית המשפט

לוועדת המכרזים ולבית המשפט יש יכולת מוסדית מוגבלת מאוד לבחון את אמיתות הצהרות הקבלן כי בכוונתו 'לספוג' את ההפסד. בשל כך, בפועל, קיים סיכוי גבוה (כפי שקורה להערכתנו פעמים רבות כיום) שקבלנים ילמדו להגיד בשימוע את 'הדברים הנכונים' ויטענו כמס שפתיים כי בכוונתם לשאת במחיר ההפסד, בידעם כי אין דרך ממשית לבחון את אמיתות הצהרותיהם. הגם ששיקול זה עשוי להישמע 'טכני' ופחות משכנע, אנו סבורים כי טענה זו צריכה לקבל משקל רב. מדיניות שיפוטית ראויה צריכה להתחשב גם במידת היכולת לאכוף בפועל כללים נורמטיביים. מדיניות שאינה ניתנת לאכיפה אינה מדיניות. מדיניות המאפשרת לקבל הצעות גירעוניות במציאות שבה אין אפשרות אמיתית לבחון את טענתו של הקבלן כי יכסה את ההפסד מכיסו, דינה שתהפוך לאות מתה. לכן מדיניות שיפוטית ומינהלית ראויה צריכה להגביל את רוחב היריעה למכרז הספציפי העומד בפניה ולדרוש מהקבלן להראות כיצד יוכל לעמוד בהצעתו במכרז הספציפי מבלי לפגוע במזמין ומבלי לקפח את זכויות העובדים. ככל שמדובר במכרז ספציפי יש לוועדת המכרזים ולבית המשפט כלים מוסדיים מתאימים לבחון את סבירות ההצעה.³⁷

7. סיכום ומסקנות

מסקנתנו היא כי מכרזי הפסד "לגיטימיים" הם נדירים יחסית. ככלל, מחיר נמוך במכרז יתבטא, בסופו של דבר, בפגיעה ברמת השירות שתקבל המזמינה ובקיפוח זכויותיהם על פי דין של העובדים. מכרזי הפסד יוצרים סיכון ממשי לתחרות בלתי הוגנת ועלולים לפגוע בשוויון ההזדמנויות בין מציעים תוך מתן יתרון לקבלנים עבריינים. מעבר לכך, מכרזי הפסד מתעלמים מהאדם שמאחורי ה'שירות' ומחזירים את העבודה להיות מצרך. מכרזי הפסד פוגעים בעובדים הפגיעים ביותר בשוק העבודה הישראלי, עובדים שנגישותם למערכת בתי הדין לעבודה מוגבלת מאוד. הלכה הפותחת פתח למכרזי הפסד פוגעת בוודאות המשפטית, יוצרת תמריץ לקבלתם ופוגעת באמון הציבור בשיטת המכרזים. המינהל הציבורי ובתי המשפט חסרים את היכולת המוסדית להבחין בין מכרזי הפסד לגיטימיים לבלתי לגיטימיים.

לגישתנו, כדי שהעבודה לא תחזור להיות מצרך יש להבחין בין מכרזים לרכישת שירותים ומוצרים 'רגילים' לבין רכישת שירותים שהם במהותם שירותי כוח אדם.³⁸ אנו סבורים כי מדיניות מינהלית ושיפוטית ראויה צריכה לפסול על הסף הצעות גירעוניות במכרזים לרכישת שירותים עתירי כוח אדם. קבלת ההצעה הזולה ביותר במכרז לקבלת שירותי ניקיון, חרף היותה הצעה גירעונית, היא בדרך כלל החלטה אשר פוגעת ביודעין (או תוך עצימת עיניים) בזכויות העובדים ובעקרון היסוד של כיבוד החוק. על כן, כעניין של מדיניות שיפוטית, יש לפסול הצעות גירעוניות במכרזים מסוג זה.

פסילה על הסף של מכרזי הפסד היא בבחינת צעד מניעתי שנועד להקדים תרופה למכה. צעד זה נשען על הבנת הקשר שבין שיטת המכרזים ותופעת מכרזי הפסד לבין התופעות של הפרת זכויות עובדי הקבלן. הוא נשען גם על ההבנה של התפקיד המרכזי שיש למדינה כמזמינת

כאשר העבודה חוזרת להיות מצרך: בחינה ביקורתית של מכרזי הפסד | אבישי בניש ורועי צרפתי

השירותים בעיצוב זירת התחרות, ובהשלכותיה של תחרות זו על זכויות העובדים. מבחינה זו נראה כי המדינה בכובעה כמזמינה היא המונע היעיל ביותר של תופעה זו.³⁹ יתרה מזאת, גישה שיפוטית ראויה צריכה להכיר בסבירות ההחלטה של ועדת מכרזים לפסול מכרז הפסד על הסף בנימוק זה בלבד. למצער, היחס כלפי הצעה גירעונית צריך להיות חשדני, ונטל ההוכחה על המציע לשכנע כי הוא עצמו יישא במחיר הפסד צריך להיות כבד. אנו מציעים לקבוע כי הצעה גירעונית בשירותים עתירי כוח אדם היא הצעה פגומה מבחינה מהותית, שכן היא מעידה על חוסר תום לב ותכסיסנות של המציע והיא פוגעת בתקנת הציבור. הצעה גירעונית אינה נותנת את מרב היתרונות למשרד המזמין, משתי סיבות: ראשית, היא מעידה על חוסר מסוגלות של הקבלן לבצע את המכרז כדין. חוסר מסוגלות לעמוד בתנאי המכרז תוך שמירה על החוק שקול לחוסר יכולת לעמוד בהם מטעמים פיננסיים או טכניים, והוא סותר את אמות המידה לפי תקנה 22(3) לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993. שנית, הצעה גירעונית מעידה על חוסר אמינות של המציע, שאף היא אמת מידה לדחיית הצעה לפי הוראות תקנה 22(3). לדעתנו, הצעה גירעונית במכרז כוח אדם היא גם הצעה חסרה על פי תקנה 20(ד) לתקנות חובת המכרזים ולכן פסולה. היא אף אינה בגדר מחירים "הוגנים וסבירים", כנדרש בסעיף 22(ב) לתקנות העיריות (מכרזים), התשמ"ח-1987.⁴⁰ נבקש לסיים בנימה אופטימית ולציין בסיפוק כי אנו מזהים לאחרונה נטייה גוברת של בתי משפט לפסוק ברוח גישה פסק דין גשש ולדחות עתירות של מציעים שהצעתם נפסלה בשל היותה גירעונית. יפים לעניין זה דבריה של השופטת יהודית צור:

הדאגה להבטיח את הזכויות המינימליות של העובדים המועסקים על ידי חברות כוח אדם, במיוחד כשמדובר בזכויות הקבועות בחוק, כגון שכר מינימום ותנאים סוציאליים, הינה עניין שהרשות הציבורית בעלת המכרז, מופקדת על שמירתו. כאשר מדובר בזכויות של עובדים לא ניתן להסתפק בקביעה הכללית במכרז, לפיה על החברות המציעות לעמוד בכל דרישות החוק. התחייבות כללית מעין זו אין בה די וכאשר עולה מההצעה במכרז כי אין כל אפשרות – במסגרת המחיר המוצע במכרז – להבטיח גם את זכות העובד לשכר מינימום ולתשלום תנאים סוציאליים על פי חוק, כי אז על בעל המכרז לעמוד על משמר זכויות העובדים ולפסול את ההצעה. ... ברור הוא שלא ניתן לקבל במכרז הצעה גרעונית שעל פניה, לא רק שאינה מניבה כל רווח למציע אלא אף אינה מבטיחה שכר מינימום וזכויות על פי חוק של העובדים המספקים את השירות, אלא אם כן הרווח בטל על חשבון שכר המינימום והזכויות הסוציאליות של אותם עובדים.⁴¹

הערות

ברצוננו להודות לד"ר ברק מדינה, לד"ר דורון טיכמן, לעו"ד אבישי פדהצור ולחברות המערכת של כתב העת על הערותיהם המועילות. המאמר נכתב בסיוע משרד המדע והטכנולוגיה, והוא חלק מעבודתה של קבוצת מחקר בדבר הנגישות לצדק חברתי בשוק העבודה.

1 מתוך מכתבו של עו"ד מוטי כהן מהלשכה המשפטית של "שירותי בריאות כללית" (מיום 12.12.2004) בתגובה לפניית ההסתדרות הכללית. המכתב מנמק מדוע קיבלה שירותי בריאות כללית הצעה במכרז ניקיון המבוססת על תשלום של כ" 18 ₪ לשעת עבודה, בעוד שעלות העסקת עובד ניקיון על פי חוקי המגן (ללא מרכיבי עלות אחרים וללא רווח קבלני) מתחילה בכ" 24 ₪ ויכולה להגיע במיצוי זכויות מלא עד לסכום של כ" 29 ₪ לשעה (העתק המכתב מצוי אצל המחברים).

- 2 במאמר זה 'הצעה גירעונית' או 'מכרז הפסד' הם הצעה במכרז שבה המחיר המבוקש עבור השירות הוא נמוך ממחיר העלות של ביצועו, בייחוד לגבי עלותם של רכיבים 'קשיחים', כגון עלויות ההעסקה של העובדים על פי חוקי המגן.
- 3 לפי עיקרון זה, בהתקשרויות שעיקרן עבודה יש לפתח כללים משפטיים מיוחדים, אשר לא רק יבטיחו את ההיבטים הכלכליים של ההתקשרות, אלא גם ייתנו ביטוי לממד חברתי הכרוך בכבוד האדם העובד וחירותו וכן יבטיחו את כיבוד חוקי העבודה. עיקרון זה קיבל ביטוי מפורש בהצהרת ארגון העבודה הבין-לאומי, שהתקבלה בפילדלפיה בשנת 1944 ואומץ בחוקת ארגון העבודה הבין-לאומי. ראו גם רות בן ישראל "מיקור חוץ" (outsourcing) 'מתמקרים החוזה': העסקת עובדים על-ידי קבלני כוח-אדם – פרשנות אחרת, המרת העסקה הפורמאלית בעסקה האוטנטית" ספר ברנזון 561, 571-573 (כרך שני, 2000).
- 4 תגובה זו מכונה בספרות העוסקת בתחום המאבקים הציבוריים "שלב ההכחשה". ברצוננו להודות לד"ר דפנה גולן-עגנון, שהפנתה את תשומת לבנו לתופעה זו בסדנה שהעבירה לחברי הקליניקה.
- 5 ההשראה לפעולה זו שאובה מספרה של ברברה ארנרייך כלכלה בגרוש – איך (לא) להצליח באמריקה (אסף שור מתרגם, 2004).
- 6 נגישות מוגבלת זו – בייחוד של אוכלוסיות מוחלשות – לאכיפה משפטית של זכויות החלה לקבל תשומת לב אקדמית ושיפוטית רבה יותר בשנים האחרונות. ראו יובל אלבשן "נגישות האוכלוסיות המוחלשות בישראל למשפט" עלי משפט ג 497 (2003); יורם רבין "זכות הגישה לערכאות" זכרות חוקתית (1998); ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577, William L.F. Felstiner, Richard L. Abel and Austin Sarat, *The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming...*, 15 L. & Soc'y Rev. 631 (1980-1981).
- 7 ראו נועם אבחסרה, נטע בקר ודיוו כהן עובדים שקופים בשירות המדינה 2, 25-27 (בהנחיית ובעריכת עו"ד אבישי בניש, הקליניקה לרווחה תעסוקתית, האוניברסיטה העברית, 2006), ניתן להוריד בקישור: <http://law.mscc.huji.ac.il/law1/clinics/sherut.pdf> (להלן: דוח עובדים שקופים) (כל האתרים במאמר זה נצפו לאחרונה ב-6.12.2007).
- 8 ראו אגף החשב הכללי, חוזר הוראת שעה משקי 2007-2-16, "הגנה על זכויות עובדים המועסקים ביד יד קבלני שירותים" (התפרסם ביום 21.3.2007) (העתק מצוי אצל המחברים).
- 9 תכנית ה-street law ("דיני רחוב") היא תכנית קלינית, שבמסגרתה מעבירים סטודנטים למשפטים סדנאות בנושאי חוק ומשפט לנוער המוגדר כ"נוער בסיכון".
- 10 נייר עמדה צורך ל"דיד בית משפט" בעת"מ (מינהלי י"ם) 1204/06 מוריה שירותי ניקיון אחזקה ושמירה בע"מ נ' הנהלת בתי המשפט, אשר הוגש על-ידי "איתך – משפטניות למען צדק חברתי", עמותת "קו לעובד" והאגודה לזכויות האזרח (הוגש ביום 3.1.2007) וכן ל"דיד בית משפט" בעת"מ (מינהלי ת"א) 1464/06 פרח השקד בע"מ נ' עיריית בת ים (הוגש ביום 5.7.2007) אשר הוגש על-ידי האגודה לזכויות האזרח ועמותת "קו לעובד".
- 11 עומר דקל מכרזים 91-140 (2004).
- 12 יצוין כי קיימת אפשרות, בנסיבות מסוימות, לראות במעסיק בפועל ובקבלן השירותים מעסיקים במשותף (ראו למשל: דב"ע מד/168-3 שלום – גיבלי פד"ע יח 421, 524 (1987); דב"ע נב/142-3 אלהרינאת – כפר רות, פד"ע כד 535 (1992)).
- 13 ה"פ (מחוזי ת"א) 924/96 קריירה בע"מ נ' מדינת ישראל – הנהלת בתי המשפט (לא פורסם, 22.07.1996). הנוסח המלא מצוי אצל שמואל הרציג, דיני מכרזים 695-700 (מהדורה שנייה, 2001). ראו בעיקר פסקה 7 לפסק הדין.
- 14 עת"מ (מינהלי נצ') 127/01 גשש ז.א. בע"מ נ' עיריית נצרת עילית, דינים מחוזי, כרך לג (1) 572

כאשר העבודה חוזרת להיות מצרך: בחינה ביקורתית של מכרזי הפסד | אבישי בניש ורועי צרפתי

- (2002) להלן – פסק דין גשש.
- 15 שם, פסקה 28. כאמור, בית המשפט קבע שזכייתה של הזוכה במכרז הייתה שלא כדון, אך בשל שיהוי בהגשת העתירה החליט שלא לבטל בדיעבד את החוזה שנחתם בין הזוכה לבין העירייה. בית המשפט הורה כי חוזה זה יסתיים לאחר כשנה וביטל את האופציה שהייתה בחוזה להתקשרות של שנתיים נוספות. בית המשפט אף ציין כי אם העירייה תרצה להשתמש באופציה להאריך את תקופת החוזה, כי אז יהיה עליה לחתום עם העותרת על חוזה לשנה על פי המכרז, שיהיה ניתן להאריכו בשנה אחת נוספת.
- 16 ראו דוח עובדים שקופים, לעיל הערה 7.
- 17 ראו: הקליניקה למשפט ושינוי חברתי, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה כיצד נבטיח את זכויות המאבטחים? נייר עמדה בנושא אכיפת חוקי המגן בדגש על אכיפת זכויות מאבטחים (ד"ר גיא דוידוב ועו"ד רונית הרמתי-אלפרן עורכים ומנחים, 2005); יגאל יאסינוב דין וחשבון בנושא זכויות עובדים בענף השמירה והאבטחה (הוגש לוועדת העבודה, הרווחה והבריאות של הכנסת במרץ 2005). ראו גם מיכל תג'ר לעבוד בלי כבוד – זכויות עובדים והפרתן (2006).
- 18 רב"ע נז/ 3-54 לנקרי – א.ג.ש. חברה להחזקת נכסים והשקעות בע"מ, פד"ע לו 361, 363 (2001). דברים ברוח דומה נאמרו בישיבת ועדת העבודה, הרווחה והבריאות של הכנסת על ידי אריה אביטן, סמנכ"ל חברת "מודיעין אזרחי", המעסיקה כ-6,000 עובדי שמירה ואבטחה: "בשנים האחרונות חברות השמירה – ואנו מתעסקים בתחומי השמירה והאבטחה – הפכו להיות 'דן חסכן' גם למדינת ישראל וגם לגופים הפרטיים, גם לגופים הציבוריים, בזה שהם מבקשים מחברות השמירה שיחסכו מהם כסף על חשבון אותו עובד, שלא מקבל את מה שמגיע לו. זה נובע כתוצאה מתחרות לא הוגנת שהמדינה יוצרת. יש מכרזים שניגשים אליהם במחירי הפסד, שבסופו של דבר אותו לקוח חוסך לעצמו המון והעובד נפגע בסוף בצורה קשה. צריך לסגור את כל הפרצות במכרזים, באותן חברות שפורעות חוק, כי החוק קיים בצורה שלא תיאמן. הוא נותן לעובדים את מרב ההטבות, צריך לראות איך אוכפים את זה מול משרדי ממשלה, מול בתי משפט". פרוטוקול ישיבה מס' 393 של ועדת העבודה, הרווחה והבריאות, הכנסת ה-16 (22.3.2005) <http://www.knesset.gov.il/protocols/data/html/avoda/2005-03-22-01.html>. העדויות של הקבלנים לקשר שבין מכרזי ההפסד לפגיעה בזכויות עובדים הן רבות. להלן דוגמאות נוספות: לדבריו של מר רמי פוירמן, מנכ"ל חברת השירותים פלקון-ביטחון: "ברור שאם לקבלן השמירה יהיה רווח זעום מן העסקה עם הלקוח, קרוב לוודאי שיבחר להשלים את רווחיו על גבם של העובדים... [ובסופו של יום – גם על גבו של הלקוח עצמו] ("בואו נשים סוף לעבודת" ידיעות אחרונות – מגזין ממון, 2.11.2004); בריאיון עיתונאי טען מר בניצי עובדיה, מבעלי חברת "האחים עובדיה", כי "מוסדות ממשלה בוחרים את ההצעות הכי זולות, למרות שהם יודעים שחברות לא יכולות לעמוד בזה" (רותי סיני "משרדי הממשלה מנסים לחסוך בכל מחיר, ועובדי הקבלן מקבלים מתחת לשכר מינימום" הארץ 22.12.04). וראו גם עדותו של מר פיני שיף, מנכ"ל ארגון חברות האבטחה והשמירה בישראל, בפני ועדת הכלכלה של הכנסת, המתאר את התחרות הפראית בענף השמירה, המאלצת חברות להשתתף במכרז שמוגשות בו הצעות שהן מלכתחילה אינן מציאותיות (פרוטוקול ישיבה מס' 103 של ועדת הכלכלה של הכנסת ה-17 (13.11.06) <http://www.knesset.gov.il/protocols/data/html/kalkala/2006-11-13-01.html>).
- 19 פרוטוקול ישיבת ועדת העבודה, הרווחה והבריאות מיום 22.3.2005, לעיל, ה"ש 18.
- 20 השופטת אילה פרוקצ'יה עמדה על פגיעה בשוויון בין המציעים בהקשר דומה בפסק דין שניתן לאחרונה: "ערך השוויון בין המציעים מהווה גרעין מהותי בכללי המיכרז בדין המינהלי... בתחרות על ההצעה הטובה ביותר מבחינה כספית נדרש לצאת מנקודת מוצא שוויונית ומשותפת לכל המציעים והיא – שהכל מקיימים את אותם כללי משחק, ועונים במדויק ותוך החלת עקרונות שוויוניים לדרישות המזמין. התחרות בין המציעים נסבה, בין היתר, על הערכים הכספיים שכל מציע מעמיד ביחס לפריטים

- שונים שיש לתמחרם על פי דרישת המזמין. כאשר מציע אחד מגיש הצעה כספית המכילה ערכים כספיים בלתי ריאליים ביחס למספר רכיבים בהזמנה, הוא מביא באופן מלאכותי להוזלה ניכרת של הצעתו הכספית הכוללת, אך אגב כך הוא מפר את כללי השוויון בתחרות, בסטייתו מהבסיס המשותף המתחייב להצגת ההצעה הכספית. הפרת כללי השוויון כאמור, מצדיקה, כשלעצמה, פסילה על הסף של ההצעה" (ההדגשה הוספה – א'ב', ר'צ'); פסקה 15 לפסק-דינה בעע"מ 687/04 ינון – תכנון יעוץ ומחקר בע"מ נ' רשות הנמלים והרכבות – רכבת ישראל תק-על 2006 (2) 3699 (2006).
- 22 גיא לשם "חברות השמירה מפירות את חוק שכר מינימום; מאשימות את הממשלה" הארץ-The Marker 9.7.2006. ניתן להוריד בקישור: <http://www.kablan.org.il/node/48>.
- 23 לניתוח תופעה זו בתחום שירותי הניקיון בישראל ראו: טל פכטר, שוהם ספורטה, שירה ספרבר, ציון רווח צוות "עמותת כפיים" (עבורת שדה על ניהול מלכ"רים בהנחיית מר אמנון פורטוגלי ופרופ' שמואל קנרל, הפקולטה לניהול, ביה"ס למינהל עסקים ע"ש ליאון רקנאטי, אוניברסיטת תל-אביב, ינואר 2005) כפי שמצוטט בפסק הדין עד"מ (ארצי) 1011/04 א. דינמיקה שירותים (1990) בע"מ – וורונין, תק-אר 2005 (3) 183 (2005), בפסקה 8 לפסק דינו של הנשיא טיבב אדלר.
- 24 כדי להתחרות במציע של הצעה גירעונית "לגיטימית", חלק מהקבלנים יציעו הצעות כאלו גם אם אין בכוונתם לספוג את ההפסד. מעבר לכך, האפשרות להציע הצעות הפסד עשויה לתת יתרון בלתי הוגן לקבלנים החזקים, אשר בשל איתנותם הפיננסית מסוגלים להציע הצעות הפסד. בטווח הקצר קבלת הצעות מסוג זה עשויה להצטייר ככדאית מבחינת המזמין, אולם בטווח הארוך קבלת הצעות כאלו תביא ליציאתם מהשוק של הקבלנים הקטנים יותר, ובסופו של דבר לצמצום התחרות ולהגדלת כוחם של הקבלנים הגדולים. מצב זה יאפשר לקבלנים הגדולים שנתרו בשוק להכתיב מחירים גבוהים. עם זאת חשוב לציין כי לאור מאפייני שוק זה כפי שהם מתוארים ברוח של צוות עמותת כפיים, לעיל ה"ש 23, סביר להניח שהצעות הפסד ממניעים אלו לא יהיו רבות בשל ריבוי המתחרים הקטנים.
- 25 לניתוח היעדר ההבחנה בין סוגי שירותים שונים על רקע התפתחותם של דיני המכרזים בישראל ראו: דפנה רובינשטיין, אורלי בנימין וערן גולן "דרך המלך" – העצמה פוליטית של עובדים עניים בצל תרבות המכרזים" משפט חברה ותרבות (עתיד להתפרסם, 2008).
- 26 קומודיפיקציה היא מושג המבטא תהליך של הפיכת דברים ל'מצרך' או 'סחורה' (commodity). במקרה שלפנינו הקומודיפיקציה מתבטאת בהעמדת העבודה, שיש לה ממד אנושי חזק, באותו מישור כמו כל 'מוצר' או 'חפץ' אחר.
- 27 ראו לעיל ה"ש 3.
- 28 ראו המוסד לביטוח לאומי, סקירה שנתית 2004 86-89 (תשס"ה).
- 29 לסקירת זכויות האדם החברתיות שעניינן בעבודה ראו רות בן ישראל "צדק חברתי בעידן בתר-העבודה: חלוקה וחלוקה מחדש במאה העשרים ואחת" צדק חלוקתי בישראל 309, 327-333 (מנחם מאוטנר עורך, 2001). ראו גם: חני אופק-גנדלר גלובליזציה של העבודה: הזכות לשכר מינימום (עתיד להתפרסם).
- 30 ע"א 6283/94 מנורה נ' משרד הבינוי והשיכון פ"ד נא(1) 21, 27 (1995); ראו לעניין זה גם: ברק מדינה "החיפוש אחר תיאוריה של דיני מכרזים בישראל – ספרו של עומר דקל מכרזים" עלי משפט ד 363 (2005) ובהקשר רחב יותר ראו מנחם מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (1993).
- 31 ראו דוח עמותת כפיים, לעיל ה"ש 23; ראו גם דוח עובדים שקופים, לעיל ה"ש 7, בעמ' 3. למאפייניהם הדמוגרפיים של עובדי שמירה ואבטחה ראו: שוקי הנדלס מאבטחים ושומרים בישראל 2003-1995 (מינהל תכנון, מחקר וכלכלה, משרד התמ"ת, 2004). ניתן להוריד בקישור: <http://www.moital.gov.il/NR/rdonlyres/C2755515-EFD5-49B3-8221-255D690D2099/0/X6169.doc>.

כאשר העבודה חוזרת להיות מצרך: בחינה ביקורתית של מכרזי הפסד | אבישי בניש ורועי צרפתי

- 32 הנדלס, לעיל, בעמ' 9-10.
- 33 דוח עובדים שקופים, לעיל ה"ש 7, בעמ' 9. ממצאים אלו עולים בקנה אחד עם המסגרת התאורטית של מודל ה-NBC, שעליו עמדנו לעיל, בנוגע לחסמים העומדים בפני פרטים המבקשים לממש את זכויותיהם המשפטיות (ראו לעיל ה"ש 6).
- 34 על כך תעיד העובדה כי האגף לאכיפת חוקי העבודה בנוגע לעובדים ישראלים במשרד התמ"ת מנה עד לאחריה כ- 20 פקחים בלבד (העובדים בזוגות!). ראו מבקר המדינה דוח שנתי 820-841 (2004); דניאל גוטליב "הציות לחוק שכר המינימום ואכיפתו בישראל" הרבעון הישראלי למיסים 110 (2000).
- 35 סעיף 21(ב) לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993, ק"ת 826.
- 36 בהקשר רחב יותר יש שהצביעו על המתח לכאורה שיש בין המדינה בכובעה כרגולטור המופקר על אכיפת זכויות עובדים במשק, לבין המדינה בכובעה כמזמין המעוניין בקבלת ההצעות הנמוכות ביותר (ראו דבריו של מר פיני שיף, מנכ"ל חברות השמירה והאבטחה בישראל, בדיון של ועדת הכלכלה של הכנסת ביום 13.11.06, לעיל ה"ש 20).
- 37 ראו למשל את הניתוח בפסק דין גשש, לעיל ה"ש 14 וכן את נספח ב' של הוראת השעה החדשה של החשב הכללי, לעיל ה"ש 8, המפרטת את עלות השכר המינימלית למעביד על כל שעת עבודה.
- 38 קביעת קו הגבול המדויק בין רכישה של שירות או מוצר 'רגילים' לבין רכישה של שירותי כוח אדם אינה תמיד פשוטה. כך למשל מתעוררת השאלה אם גם ברכישת מוצרים הדורשים תשומה גבוהה של עבודה יש להטיל על המדינה חובה לברר את עלויות האספקה ולהימנע מקבלת הצעות גירעוניות. עם זאת דומה כי תחומי הניקיון והאבטחה, אשר היו בעבר באחריות ישירה של המדינה כמעסיק ואשר מתבצעים בחצריה, יוצרים זיקה מובהקת להטלת חובה כזו על המזמין. סביר להניח כי הגבול המדויק של חובה זו יעוצב עם הזמן וככל שמקרים יגיעו לבירור משפטי.
- 39 ייתכנו כמובן מקרים שבהם גם קבלן המקבל תשלום המאפשר תשלום כחוק יבחר להפר את זכויות עובדיו. חשוב להדגיש אפוא כי צעד מניעתי זה לא בא במקום הצורך לאכוף את זכויות העובדים על ידי המדינה, הן בכובעה כמופקדת על אכיפת חוקי העבודה והן בכובעה כמזמינה האוכפת את כללי חוזי ההתקשרות עם הקבלנים. אולם הנקודה היא שקבלת הצעה גירעונית מעלה מאוד את הסיכון שהקבלן יבחר 'להשלים את הכנסותיו' על גב העובדים או באמצעות מתן שירות ברמה נמוכה למזמין, והיא עשויה אף לתת לו לגיטימציה לנהוג כך.
- 40 תקנות העיריות (מכרזים), התשמ"ח-1987, ק"ת 229.
- 41 עת"מ (מינהלי י"ם) 1077/06 כח עצמה בע"מ נ' קרן קיימת בישראל, תק"מח 2007(1), 8082 (2007). וראו גם פסק הדין בעת"מ (מינהלי ב"ש) 334/06 י.א. אחזקה ושירותים בע"מ נ' עיריית אשקלון, תק"מח 2007(1), 7205 (2007). אפיק פעולה מסתמן נוסף בהתמודדות עם בעיית מכרזי ההפסד הוא בתוך דיני העבודה. דוגמה מעניינת בהקשר זה הוא פסק דינה של השופטת סגל דוידוב מוטולה, אשר קבע כי בשל קבלת מכרז הפסד ייחשב מזמין למעסיק ויישא באחריות לחוקי המגן של עובדי הקבלן שהועסקו באותה התקשרות – ע"ב (אזורי ת"א) 3054/04 שמואלוב – פונס שרותי נקיין בע"מ (טרם פורסם; ניתן ביום 10.12.06). דוגמה מעניינת נוספת היא תביעה שהוגשה על ידי ההסתדרות לבית הדין האזורי לעבודה בבאר שבע כנגד "שירותי בריאות כללית" שבו דרשה ההסתדרות, בין היתר, כי המשיבה תכלול במכרזיה מחיר מינימום לשעת עבודה אשר יבטיח כיסוי זכויות העובדים. התביעה הסתיימה לאחר שבין ההסתדרות לבין "שירותי בריאות כללית" נחתמה אמנה שבה מתחייבת "שירותי בריאות כללית" להימנע מקבלת הצעות הפסד במכרזים מסוג זה (ברוח הנוהל שהוצע ברוח עובדים שקופים, לעיל ה"ש 7). וראו בהקשר זה גם את הצעותיהם של רובינשטיין, בנימין וגולן, לעיל ה"ש 25, לחקיקה ולהגשת תביעות כאסטרטגיה להעצמת עובדים בהתמודדותם עם פגיעה בזכויותיהם עקב מכרזים.