

13 בנובמבר 2012

לכבוד

מר יהודה וינשטיין
היועץ המשפטי לממשלה
משרד המשפטים
רח' צלאח א-דין 29
ירושלים 91010
ובפקס: 02-6467001

שלום רב,

הנדון: פרסום הסכמי התקשרות של רשויות ציבוריות עם גופים פרטיים

1. הריני לפנות אליך בשם האגודה לזכויות האזרח והתנועה לחופש המידע בעניין הצורך בפרסום ובהנגשת הסכמי התקשרות של רשויות ציבוריות עם גופים פרטיים כחלק מזכות הציבור לדעת, בהתאם לחובת השקיפות החלה על רשויות ציבוריות, וכן לאור החשיבות המוגברת בשקיפות בהליכי הפרטה.
2. לא זו בלבד שרשויות אינן מפרסמות מיוזמתן את ההסכמים עליהן הן חותמות עם גופים פרטיים, אלא שאף במקרים בהם פונים גורמים שונים לרשויות בבקשה לעיון בהסכמים, מסרבות הרשויות באופן שגרתי לפרסם את ההסכמים, וזאת בניגוד להוראות חוק חופש המידע, תשנ"ח-1998 ולפסיקה בעניין זה, כפי שיפורט בהמשך.
3. לטעמנו, כל הסכם התקשרות של רשות ציבורית עם גוף פרטי בכל עניין מחייב שקיפות מרבית באמצעות פרסום יזום מצד הרשות, וזאת היות שמדובר בהתקשרויות בעלות אופי ציבורי מובהק הנוגעות לשימוש בכספי ציבור, לנכסים ומשאבים ציבוריים או לשירותים ציבוריים. אולם לאור החשיבות הציבורית המוגברת וההשלכות הרחבות שיש להסכמי התקשרות לביצוע שירותים ציבוריים (לדוגמה: מיקור חוץ של שירותי רווחה, בריאות, גבייה או תביעה), וכן להסכמים הנוגעים להקצאות ושימושים בנכסים ומשאבים ציבוריים (לדוגמה: הסכמי BOT או PPP בתחומי התחבורה והתשתיות), חובה, לכל הפחות, להבטיח פרסום יזום והנגשה של הסכמים אלו לציבור מיד עם החתימה על ההסכמים ולאורך כל תקופת ההתקשרות (על תיקונו ועדכונו של ההסכם). נוכח המגוון הרחב של הסכמי התקשרות עם גופים פרטיים, פניה זו תתמקד בהסכמים הנוגעים לשירותים ציבוריים ולשימוש במשאבים ובנכסים ציבוריים בלבד.

רקע

4. במהלך השנים האחרונות נתקלו האגודה לזכויות האזרח, התנועה לחופש המידע וארגונים אחרים בהתנגדות הרשויות לפרסום הסכמי ההתקשרות שנערכו בינן לבין גופים פרטיים לאספקת שירותים ציבוריים ולשימוש במשאבים ציבוריים. למרות ההלכה הברורה בעניין זה (ע"א 6576/01 החברה לייזום נ' לירן ומינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נו(5) 817 (2002)), מסרבות הרשויות השונות

באופן שגרתי לפרסם את ההסכמים ומערימות קשיים בפני מימוש זכות העיון. משכך, פעמים רבות, הדרך היחידה הפתוחה בפני הציבור לקבלת ההסכמים היא ניהול הליך משפטי. ואכן בשנים האחרונות התנהלו מספר הליכים משפטיים, אשר הביאו לפרסום ההסכמים תוך הטחת ביקורת של בתי המשפט בעמדת המדינה ובחלק מן המקרים אף קבע בית המשפט כי קיימת חובה להנגיש את ההסכמים באופן יזום לציבור. כך היה בעניין **ההסכם להפעלת הנתיב המהיר בכביש 1¹**, בעניין **חוזה הרשאה לחציבה** שחתם מינהל מקרקעי ישראל עם חברה המפעילה מחצבה בשטח המינהל², בעניין הסכמי ההתקשרות בין עיריית חיפה **לחברות גביית חובות**³, ובעניין הסכם ההתקשרות עם **חברת אלע"ד להפעלת הגן הלאומי "עיר דוד"**⁴.

5. לאחרונה נחשף גם ההסכם שנחתם בשנת 2002 בין המדינה לבין **חברת "סיטיפס"** המפעילה את הרכבת הקלה בירושלים לאחר שנים שבהן ההסכם לא היה גלוי לציבור. ההסכם כולל מידע חיוני לציבור כגון: התחייבות החברה לתדירות הרכבת; הצפיפות המותרת בקרונות; התחייבות המדינה להימנע מהפעלת קווי אוטובוסים מקבילים לרכבת למניעת תחרות; סמכויות הגבייה שניתנו לחברה וסמכויות האכיפה של פקחי הרכבת. למרות חשיבותו הציבורית של המידע, ההסכם נמסר רק לאחר פניות מרובות של עו"ד אסף פינק לרשויות שונות (משרד התחבורה, החשב הכללי) ולאחר שניתנה לחברה "סיטיפס" הזדמנות להשחיר את החלקים שלטעמה מהווים סוד מסחרי.

6. ככלל, הסכמי ההתקשרות בין רשויות לגורמים פרטיים כוללים שורה של הסדרים בעלי חשיבות מכרעת לכלל הציבור:

- א. מערך הזכויות והחובות של נותן השירותים כלפי הרשות הציבורית וכלפי ציבור מקבלי השירות;
- ב. תנאי ההפעלה של השירותים;
- ג. חובותיו וסמכויותיו של נותן השירות;
- ד. התמורה בעד השימוש במשאבים;
- ה. פרטי הרגולציה החלה על ההתקשרות.

7. לעיתים קרובות כוללים הסכמים אלו את הכללים והתנאים החלים על העברה של **סמכויות שלטוניות** לכל דבר בתחומי גבייה, אכיפה ואף כליאה. במקרים אלו כוללים ההסכמים את הכללים החלים על הסמכויות הניתנות לגוף הפרטי **לפגוע בזכויות יסוד**. דוגמאות לכך ניתן למצוא בהסכמים שנחתמו עם חברת דרך ארץ המפעילה את כביש 6 וקיבלה סמכויות גבייה ואכיפה נגד חייבים; ההסכם שנחתם עם חברת "סיטיפס" להפעלת הרכבת הקלה בירושלים; ההסכמים שנחתמים עם עמותות וחברות למטרות רווח להפעלת מוסדות חסות הנוער שהינם, בחלקם, מוסדות סגורים המתפקדים כחלופת כליאה ובהפעלתם כרוכות סמכויות לשלילת חירות.

¹ ערר מס' 30/3011 סיון חן נ' הנתיב המהיר בע"מ, (19.3.12).

² עת"ם (י-ם) 54978-01-11 שפיר הנדסה אזרחית נ' מינהל מקרקעי ישראל (19.6.11).

³ בג"ץ 9474/00 גל נ' ראש עיריית חיפה, פ"ד נט(3) 714 (2004).

⁴ בג"ץ 5031/10 עמותת עיר עמים נ' הרשות לשמירת הטבע והגנים הלאומיים, (26.3.12).

8. אין חולק, כי המידע הכלול בהסכמים הוא בעל אופי ציבורי מובהק הנוגע לקניינו של הציבור (לכספים, לשירותים או למשאבים ציבוריים) והוא נוגע לזכויותיו של הפרט. למרות זאת, הסכמים אלו נחתמים "במחשכים", פעמים רבות מבלי שהציבור אפילו מודע לכך שנחתם הסכם ובוודאי מבלי שלציבור יש גישה פשוטה להסכמים אלו.
9. מרגע החתימה על הסכמי ההתקשרות ולאורך כל תקופת ההתקשרות, יש לציבור ככלל ולכל אחד מפרטיו זכות לדעת את פרטי ההתקשרות ולעיין בהסכם באופן נגיש ונוח. שקיפותם של ההסכמים והנגישות אליהם חיוניות הן לצורך מימוש זכויותיו של הפרט בקבלת השירותים, והן לצורך הבטחת ביקורת ציבורית והשמירה על שלטון החוק.
10. כפי שיוסבר להלן, אפשרות העיון הקיימת במסגרת בקשה פרטנית לפי חוק חופש המידע וכן חובת הפרסום הקיימת בדיני המכרזים אינן נותנות מענה מספק ויש להנגיש הסכמים אלו באופן אקטיבי לאורך כל תקופת ההתקשרות, כך שכלל הציבור יוכל להיחשף אליהם ללא צורך בהליך המסורבל והפרטני של בקשת חופש מידע ולעיתים אף ניהול הליך משפטי.

א. חובת פרסום יזומה של הסכמים

זכות הציבור לדעת

11. דרישתנו לפרסום הסכמי ההתקשרות נסמכת על זכות הציבור לדעת בעניינים הקשורים אליו הן בהיבט הפרטי, בתור צרכן השירות ומשלם המיסים, והן בהיבט הציבורי, כגורם מפקח במשטר דמוקרטי. זכות הציבור לדעת הינה זכות יסוד בשיטתנו המשפטית, והיא מהווה עקרון בסיסי וחשוב לקיומה של מדינה דמוקרטית. ללא מימוש זכות זו, לא ניתן יהיה לממש את הזכות לחופש ביטוי ולהשתתפות דמוקרטית (ר' דפנה ברק ארז, משפט מינהלי, כרך א, עמ' 566 (2010) (להלן: "דפנה ברק ארז").
12. במסגרת התקשרות עם גורמים פרטיים לאספקת שירותים ציבוריים נכנסים גורמים פרטיים לנעלי הרשות ומספקים שירותים ציבוריים חיוניים כגון שירותי רווחה, חינוך ובריאות. לציבור, הזכאי לקבל את השירות, זכות לעיין במסמכי ההתקשרות הכוללים מידע רלוונטי וחיוני הדרוש לו למימוש זכויותיו לקבלת השירותים. כמו כן, ההסכמים קובעים פעמים רבות את הנורמות המחייבות החלות על מקבלי השירותים (תעריפי השירות, התנאים לקבלת השירות וכו') שלהפרתן נלווית לעיתים סנקציה (ביטול הזכאות, צעדי אכיפה וכו'). במקרים אלו, חובת הפרסום מתחייבת מעקרון החוקיות המורה ש"אין עונשין אלא אם כן מזהירין".
13. כמו כן, הציבור זכאי לקבל מידע מלא בדבר השימוש שעושות הרשויות בכספי הציבור ובכלל זה במסגרת קניית שירותים מגורמים פרטיים וההסדרים המפורטים החלים על עסקאות אלה. נוסף על כך, במשטר דמוקרטי מתחייבת שקיפות מינהלית, על-מנת שהציבור יוכל להוות גורם מפקח על התנהלות השלטון ועל אחת כמה וכמה על התקשרויות בעלות השלכות קריטיות על זכויותיו בשירותים ציבוריים.

חוזה ההתקשרות כ"חוזה לטובת צד שלישי"

14. חוזים הנוגעים למיקור חוץ של שירותים ציבוריים, בניגוד לחוזים מהמשפט הפרטי, נועדו להשיג מטרת ציבוריות ולספק לתושבים שירות באמצעות גורם פרטי. הגורם הפרטי מתחייב במסגרת החוזה לבצע פעולות מסוימות עבור הציבור ולהעניק לו שירות מסוים על פי כללים שנקבעו בחוזה. משכך, חוזה הנוגע למתן שירותים ציבוריים יוצר מערכת יחסים משולשת בין הרשות-הגורם הפרטי-הציבור שבמסגרתה הציבור הינו "צד שלישי" לחוזה. (אבישי בניש, מיקור חוץ בראי המשפט הציבורי: הפרטת תכניות "מרווחה לעבודה" ובעיית כשלי הפיקוח, משפטים, לח(2), עמ' 290 (תשס"ח)).
15. משום כך, יש לראות בחוזים אלו כמעין "חוזה לטובת צד שלישי". מבלי להיכנס לשאלת זכויות התביעה המוקנות לציבור מתוקף החוזה, יש לציבור, לכל הפחות, זכות לדעת מהן החובות והזכויות של הגוף הפרטי כלפיו במסגרת מתן השירות הציבורי. בהעדר נגישות לחוזה ההתקשרות, לצד השלישי שאמור ליהנות מהשירות הניתן לו אין יכולת לדעת שאכן השירות שהוא מקבל עומד בדרישות שנקבעו בחוזה ושזכויותיו אינן נפגעות.

פעולות בנכסי ובכספי ציבור- חובת פרסום

16. כידוע, עקרון יסוד במשפט המינהלי הוא כי רשות ציבורית מחזיקה במשאבים ציבוריים ובכספי הציבור בנאמנות לטובת הציבור וכי הרשות בעשותה פעולותיה, נטלה על עצמה תפקיד של נאמן כלפי הציבור, וכל שבידיה מוחזק בנאמנות עבורו (בג"ץ 262/62 ישראל פרץ נ' יושב ראש, חברי המועצה המקומית ותושבי כפר שמריהו, פ"ד טז 2101, 2115 (1962); דפנה ברק ארז, "משפט ציבורי ומשפט פרטי – תחומי גבול והשפעות-גומלין", משפט וממשל, ה' 95, 99 (תש"ס)). משום כך, פעולות שהמדינה מבצעת בנכסי הציבור מחייבות שקיפות ופרסום. כך, בין היתר, כאשר הרשות חותמת על הסכם עם גוף פרטי, ובמסגרת הסכם זה מוסרת זכויות במשאבי ציבור, כספים או סמכויות שלה, קרי, מוסרת את שבידיה, היא עושה זאת בתפקיד נאמן הציבור ועל ההסכם חלה חובת פרסום.
17. על חובת הפרסום היזומה של הסכמי ההתקשרות עם גופים פרטיים ניתן ללמוד מהוראות סעיף 3א לחוק יסודות התקציב, תשמ"ה-1985 והעקרונות המנהליים העומדים בבסיסו. סעיף זה עוסק אמנם בחובת השקיפות שחלה על חלוקת תמיכות למוסדות ציבור, אולם הפסיקה הכירה בתחולתו לעניין פעולות של הקצאת נכסי ציבור וחלוקת תקציבי רשויות. חובת השקיפות החלה על הקצאת נכסי ציבור למוסדות ציבור, חלה מקל וחומר לעניין הקצאת משאבים ציבוריים ומתן זכויות בנכסים ציבוריים לגופים פרטיים. לפי עקרון זה, כל הקצאה או מתן זכות בנכס ציבורי מסוים לגורם פרטי מבטאים פעולה של הרשות המינהלית לטובת הציבור בנכסיו ובכספיו של הציבור ומשכך חלה על הרשות החובה לנהוג בשקיפות בפעולות אלה ולפרסם, בין היתר, את הסכמי ההתקשרות באופן יזום.

חובת פרסום הנחיות מינהליות

18. הנחיות מינהליות מוגדרות כ"כללים גמישים שרשות מינהלית קובעת לעצמה כדי שידריכו אותה בהפעלת סמכותה" והן נועדו לסייע לרשות המינהלית לגבש מדיניות ולהחליט בכל מקרה במהירות וביעילות על יסוד ההנחיות (הנחיות היועץ המשפטי לממשלה מס' 1.0002 "הנחיות מינהליות"). רשות ציבורית המעבירה לידי גורם פרטי את תפקיד אספקת שירות ציבורי מסוים מחויבת להגדיר במסגרת ההסכם את הכללים שידריכו את הגוף הפרטי בהפעלת סמכויותיו, כאילו היו אלה הנחיות פנימיות שהרשות קובעת לעצמה אם היתה מפעילה בעצמה את השירות. ואכן, הסכמי ההתקשרות עם גורמים פרטיים הנוגעים לאספקת שירותים ציבוריים כוללים את קווי הפעולה, ההוראות והכללים לפיהם על הגוף הפרטי הנכנס לנעלי הרשות הציבורית לפעול ואת ההסדרים החלים על השירות הציבורי. משכך, חובת פרסום של הנחיות מינהליות חלה על הסכמים אלו ויש חובה להביאם לידיעת הציבור באופן יזום. בדומה להנחיות מינהליות, ההסכמים מהווים מסמכים נורמטיביים הקובעים את התנאים והקריטריונים להפעלת שיקול הדעת במתן השירות ואת הכללים המהותיים להפעלת השירות הציבורי. כללים אלה מחייבים את הציבור בבואו לקבל שירות מהגוף הפרטי ויש להם השפעה רחבה על זכויות הציבור. יפים לענייננו דבריו של השופט חשין בע"א 3213/97 נקר נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה הרצליה, פ"ד נג(4), 648, 625 (1999):

"נורמות שיש בהן כדי להשפיע על הכלל או על זכויות יחידים, חייבות להתפרסם ברבים כדי שהכול יוכלו לדעת מה קובע הדין. נורמות אלו חייבות אף להיות נגישות לפרט ולכלל, שהמבקש לדעת מה הדין יוכל אמנם לדעת אותן".

19. הטעמים העומדים בבסיס החובה לפרסום הנחיות מינהליות, חלים גם בענייננו: הכרה בזכותו של הפרט לדעת את הנורמות העשויות להשפיע על מהלך חייו; מחסום כנגד שרירות לב שלטונית; חשיפת הרשות לביקורת ציבורית ואף שיפוטית, אשר יכולה להוביל לשיפור מתמיד בדרך תפקודה (בג"ץ 1477/96 נמרודטקס בע"מ נ' משרד התעשייה והמסחר, פ"ד נג(5) 193, 199 (1999); וכן ראה: ע"מ 9187/07 אורי לוזון נ' משרד הפנים, פסקה 38 לפסק דינו של הש' דנציגר).

20. כך, לדוגמה, קובע הסכם ההתקשרות בין עמותת אלע"ד לרשות לשמירת הטבע והגנים הלאומיים בעניין הפעלת "עיר דוד", אשר הועבר לעיון רק לאחר עתירה (בג"צ 5031/10 עמותת עיר עמים נ' רשות הטבע והגנים) (לא פורסם, ניתן ביום 26.3.12) (להלן – עניין "עיר עמים"), בין היתר, את העניינים הבאים: הסדרי גביית התשלום: תשלום הכניסה יאפשר ביקור בכל חלקי הגן, ללא תשלום נוסף; בימי שבת וחג יהיה האתר פתוח ללא תשלום דמי כניסה בחלק מהאתרים בגן (סעיף 2(ב) להסכם); אפשרות הציבור לערוך אירועים בשטחי הגן (סעיף 15 להסכם). אין ספק, כי אם היתה הרשות מפעילה בעצמה את הגן הלאומי "עיר דוד", הסדרים אלו היו מחויבים בפרסום. משכך, על אחת כמה וכמה, שקיימת חובה לפרסום ההסכם המחייב את הגוף הפרטי לעמוד בקריטריונים ובתנאים שנקבעו על ידי הרשות. וכך אכן נקבע בפסק הדין בעניין עיר עמים: "חזקה על הרשות כי ההסכם החדש האמור להיחתם בימים אלה בינה ובין העמותה בנוסח הטיוטה המעודכנת יהיה גלוי ופתוח לעיון הציבור על-פי כללי

השקיפות שבהם מחויבת הרשות בהתנהלותה, וזאת בניגוד לקשיים שעל-פי
הנטען התעוררו בעבר בקשר עם הצגת ההסכם המקורי ותנאיו." (פסקה 24
לפסק הדין)

21. בפרויקטים של הקמת תשתיות והפעלתם על ידי גופים פרטיים (לדוגמה: הרכבת הקלה, מנהרות
הכרמל, הנתיב המהיר, כביש 6) מוסדרת פעמים רבות בחקיקה ראשית ובתקנות המסגרת הכללית
והבסיסית בלבד של ההסדר ואילו יתר הפרטים הנוגעים להפעלת השירות מוסדרים באופן מפורט
במכרז ובהסכם.

22. כך, לדוגמה, חוק כבישי אגרה (מנהרות הכרמל), תשנ"ה-1995 קובע בסעיף 4 (ההדגשות הוספו):
4. חוזה הזכיון יקבע את זכותו של בעל הזכיון לגבות ולקבל אגרה ויכלול את חובותיו
וזכויותיו של בעל הזכיון לעניין כבישי מנהרות הכרמל והדרך שבה הם עוברים, לרבות
את אלה-

(1) תכנונם, בנייתם ובכלל זה שיקום נופי, אחזקתם, הפעלתם
ושיפורם;

(2) מניעת מפגעים סביבתיים ובטיחותיים;

...

(5) סכומי האגרה המרביים או הנוסחה לחישוב הסכומים
המרביים של האגרה, והדרך לעדכוןם, לפי הענין, בכפוף להוראות
סעיף 3(ב);

...

(7) אופן החיוב באגרה וקביעת הדרכים לגבייתה, לרבות
באמצעות מערכת המופעלת באופן אלקטרוני או באופן אחר (בחוק
זה – מערכת גביית האגרה).

23. משכך, ההסכם מהווה מקור נורמטיבי משלים לחוק ולתקנות אשר כולל לעיתים את הכללים
והנורמות העיקריים המסדירים את השירות. כך לדוגמה, במקרה של הנתיב המהיר וכן במקרה
של כביש 6 ומנהרות הכרמל, בהסכמי הזכיון מפורטים הסדרים החיוניים להתנהלותו של כל
אזרח, כמו לדוגמה, תעריפי הנסיעה, תנאים לפטור מתשלום, אמצעי האכיפה המותרים במקרה
של אי תשלום ודרכי הגשת ערר. לאור ההסמכה המפורשת בחוק לביצוע הסכם הזכיון (לדוגמה,
חוק כביש אגרה (כביש ארצי לישראל), תשנ"ה-1995; חוק כבישי אגרה (מנהרות הכרמל), תשנ"ה-
1995) ניתן אף להתייחס להסכמים אלו כמעין "תקנות", אשר וודאי שחלה לגביהם חובת פרסום
יזום (לבחינה ביקורתית של ההבחנה בין תקנות להנחיות ראה: יואב דותן, הנחיות מינהליות, עמ'
47-52 (1996)).

24. לאור האמור לעיל, אין מקום להסתפק בפניות פרטניות ומורכבות על בסיס חוק חופש המידע,
אלא יש לפרסם את המידע ולהנגישו בדרך פשוטה ונוחה לציבור. דוגמה לחשיבות פרסום היזום
של הסכמים אלה ניתן למצוא בהסכם ההתקשרות להפעלת הנתיב המהיר. הסכם הזכיון להפעלת

הנתיב לא פורסם ברבים, על אף שההסכם קובע שורה של הוראות בעלות השלכות אופרטיביות ממשיות על הציבור המשתמש בנתיב כגון זכויותיו של בעל הזיכיון לגבות אגרה, פטורים אפשריים מתשלום אגרה ואפשרויות הגשת ערר על החלטות הזכיון. ועדת הערר לעניין הנתיב המהיר מתחה לאחרונה ביקורת חריפה על אי פרסום הזיכיון וקבעה כי אין להסתפק בזכות העיון המעוגנת בחוק חופש המידע, אלא יש להבטיח נגישות נוחה להסכם:

"למיטב ידיעתנו, למשתמש הממוצע אין נגישות כלשהי להוראותיו הרלוונטיות של הסכם הזיכיון והתיקון לו (למעט זכותו להגיש בקשה לעיין בהסכם, מכוח חוק חופש המידע, התשנ"ח - 1998), שכן הן אינן מפורסמות באופן כלשהו, ובוודאי שלא באופן המאפשר נגישות נוחה ופשוטה. בעבר נתן יו"ר הוועדה את דעתו לעניין זה והצביע על הצורך בהנגשת הסכם הזיכיון לכלל הציבור. יו"ר הוועדה ציין כי נוכח מעמדו המשפטי האמור של הסכם הזיכיון, מן הדין לפרסם אותו (על תיקוניו) בפלטפורמה שתאפשר גישה קלה ונוחה לכלל הציבור, ובפרט למי שמעוניין לבדוק את האפשרות להגיש ערר כנגד הזכיון ומבקש לעיין בהוראות הדין המסדירות את חובותיו וזכויותיו של הזכיון." (ערר מס' 30/3011 סיון חן נ' הנתיב המהיר בע"מ, פסקה 15 לפסק הדין (19.3.12) (ההדגשה הוספה))

25. ואכן חברת כביש חוצה ישראל בע"מ, הרשות הממונה לפי חוק נתיבים מהירים, התש"ס-2000, קיבלה את עמדת ועדת הערר בעניין חובת הפרסום של ההסכמים: "...הרשות הממונה מקבלת את המלצת ועדת הערר הנכבדה, בנוגע לפרסום חוזה הזיכיון באתר האינטרנט שלה (כמו גם חוזי זיכיון נוספים בפרויקטים שחברת כביש חוצה ישראל בע"מ היא הרשות הממונה עליהם). הרשות הממונה פנתה בעניין זה לזכיון, והנושא נמצא בבירור עמו." (ועדת הערר בעניין הנתיב המהיר מיום 17.6.2012 (ערר 163/3011 ו- 164/3011). יוער, כי למרות התחיבות הרשות לפרסם את ההסכמים, עד ליום זה טרם פורסמו באתר הרשות הסכמי הזיכיון להפעלת הנתיב המהיר, כביש 6 או מנהרות הכרמל.

26. דוגמה נוספת ניתן למצוא בהסכמים המרובים שנחתמים בין רשויות מקומיות לחברות גבייה. כך, לדוגמה, הסכם ההתקשרות שנחתם בין עיריית אשדוד לבין חברת הגבייה מילגם לטיפול בגביית חובות עירוניים (הסכם מס' 13/08 מיום 18.8.2008) קובע, בין היתר, את הקריטריונים למילוי בקשה של תושב לוועדת הנחות (סעיף 31.4 להסכם); את התנאים לביצוע פעולות האכיפה המנהליות (לדוגמה: סעיף 31.8 להסכם - "לא תבוצע פעולה של רישום בעיקול או עיקול בפועל לפני שמוצה הליך של עיקול בנק במרכזי הבנקים"); התנאים לגביית שכר הטרחה של הקבלן ישירות מהחייב (סעיף 31.18 להסכם); התנאים לביצוע עיקול מיטלטלין (לדוגמה סעיף 31.18.9 להסכם: "לא יבוצע עיקול מיטלטלין בפועל לחייב שחובו הכולל פחות מ- 2000 ש"י). המידע המוסדר בהסכמים אלו משפיע באופן ישיר על חייהם של האזרחים ועל זכויותיהם והנגשתו היוזמה הינה חיונית לתכנון צעדיו של כל אדם.

ב. חובות שקיפות ופיקוח מוגברות בעקבות הפרטה

27. לטעמנו, כל העברה של ביצוע שירותים ציבוריים ושימוש במשאבים ונכסים ציבוריים לידי גופים פרטיים מהווה הפרטה. אולם, אף מבלי להידרש להגדרה המדויקת של המונח "הפרטה", ברי כי חלק ניכר מההתקשרויות בין הרשויות לגופים פרטיים נכנס לגדרי "הפרטה" ומשכך ראוי להתייחס לחובות השקיפות והפיקוח המיוחדות החלות על הליכי הפרטה.
28. ההחלטה להפריט שירות מסוים אינה משחררת את המדינה מאחריותה להבטיח את השמירה על זכויות האדם הנוגעות לשירות זה אלא להפך, על המדינה מוטלת חובה מוגברת להבטיח את איכות השירות, הנגישות אליו וזכויות צרכני השירות והעובדים וזאת, בין היתר, מאחר ש"מעריך התמריצים המכוון את פעולתו [של הגוף הפרטי- א"ס] שונה ממארג האינטרסים העומד בבסיס פעולתה של הרשות המוסמכת" (בג"ץ 1083/07 ההסתדרות הרפואית נ' משרד הבריאות, פסקה 16 לפסק דינו של הש' מלצר (24.5.12)).
29. בתקופה בה אנו נחשפים שוב ושוב לחוזי הפסד הפוגעים בזכויות העובדים ובזכויות מקבלי השירות וכן להתקשרויות רשלניות למתן שירותים ציבוריים חיוניים, כגון שירותי בריאות התלמיד, עולה ביתר שאת חשיבות פרסום הסכמי ההתקשרות ככלי להבטחת ביקורת ציבורית ופיקוח אפקטיבי.
30. על חשיבותו של פיקוח מוגבר בהליכי הפרטה ניתן ללמוד מדבריו של השופט זמיר:
- "...יש מקום לטענה שדווקא השינוי שהתרחש לאחרונה באופי המדינה, ברוח השוק החופשי, מגדיל את חשיבות הפיקוח. חופש אינו הפקרות, לכן התפרקות המדינה מן התפקיד של ספק שירותים ומצרכים צריכה להיות מלווה בפיקוח על אספקת שירותים ומצרכים על-ידי המשק הפרטי. השוק החופשי נותן הזדמנות למשק הפרטי לצבור כוח כלכלי רב. גם כוח כלכלי עלול להשחית..."** (בג"ץ 7721/96 איגוד שמאי ביטוח בישראל נ' המפקחת על הביטוח, פ"ד נה(3) 625, 650 (2001) (ההדגשה הוספה)).
31. לאחרונה קבע בג"ץ כי חובת הפיקוח האפקטיבי על פעולת הגוף הפרטי הינה תנאי לחוקיות ההפרטה (בג"ץ 1083/07 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' משרד הבריאות, פסקה 16 לפסק דינו של השופט מלצר (24.5.2012)).
32. פרסום הסכמי ההתקשרות עם הגורם הפרטי הינו הכרחי כדי להבטיח פיקוח אפקטיבי וביקורת על השירות המופרט ומשכך לרשות הציבורית צריך להיות אינטרס ממשי להנגיש את ההסכם ככל הניתן. יכולתו של הציבור להעביר ביקורת על עמידתו של הגורם הפרטי בחובותיו כפי שהוסדרו בתנאי ההסכם הינה תנאי לקיומו של פיקוח ראוי על מתן השירות.
33. יוזכר, כי מרבית ההפרטות מבוצעות בדרך של החלטות מינהליות הרחק מעין הציבור ומדיון ציבורי ופרלמנטרי. כאשר מדובר בהפרטה של שירותים ציבוריים ושל משאבים ונכסים ציבוריים, פרטי ההתקשרות משקפים החלטות בעלות חשיבות ציבורית עקרונית באשר להיקף הסמכות השלטונית המועברת לגוף הפרטי, חלוקת האחריות בין הרשות לגוף הפרטי וזכויותיו במשאבים ציבוריים. יש להבטיח, כי הסכמי ההתקשרות יועמדו לעיון הציבור.

ג. דיני המכרזים - אמצעי בלתי מספק

34. דיני המכרזים מסדירים אמנם את היקף חובת הפרסום של מסמכי המכרז, אולם הם נותנים מענה חלקי בלבד לזכויות העיון של הציבור בהסכמי ההתקשרות כפי שהוסבר לעיל ומשכך אין להסתפק בהסדרים אלו לצרכים המפורטים לעיל.
35. ראשית, חוק חובת המכרזים, תשנ"ב-1992 ותקנות חובת המכרזים, תשנ"ג-1993 נועדו להבטיח שההליך המכרזי תקין ושוויוני ועל כן השאלות הנוגעות לפרסום ההסכם הסופי חורגות מתכלית החוק ואינן מוסדרות בו. יודגש, כי הסכמי התקשרות למתן שירותים ציבוריים ולשימוש בנכסים הינם הסכמים ארוכי טווח הנמשכים לעיתים שנים ארוכות. כך לדוגמה, בהסכמי זיכיון להפעלת תשתיות תחבורה כמו במקרה של הרכבת הקלה בירושלים או מנהרות הכרמל, תקופת ההסכם נמשכת עשרות שנים. משום כך, דיני המכרזים המתמקדים בתקופת המכרז בלבד, אינם נותנים מענה לצרכי הציבור לאורך תקופת ההתקשרות. ההסכמים צריכים להיות מפורסמים ונגישים לציבור לאורך כל תקופת ההתקשרות, ובכלל זה העדכונים והתיקונים הנערכים בהסכמים לאורך השנים.
36. שנית, הסכמי התקשרות רבים נחתמים בלא הליך מכרזי אם בכפוף לפטור ממכרז ואם במקרים בהם חוק חובת המכרזים מתיר את ההתקשרות ללא מכרז. במקרים אלו, חלה אף חשיבות יתרה לפרסום ההסכם ההתקשרות המהווה את המסמך המשפטי היחיד המשקף את תנאי ההתקשרות ותוכנה.
37. שלישית, תקנה 17(ב)(3) לתקנות חובת המכרזים קובעת, כי מסמכי המכרז יכללו, בין היתר, את "נוסח החוזה" וכי, ככלל, החוזה בשלמותו יצורף למסמכי המכרז. הוראה זו אינה מספקת מאחר שהיא מתירה לרשות שלא לצרף את נוסח ההסכם המלא למסמכי המכרז המפורסמים כפי שקורה לעיתים קרובות, וכן מאחר שנוסח החוזה המצורף למכרז אינו משקף את ההוראות הסופיות והמחייבות החלות על ההתקשרות. חוזה ההתקשרות הוא המסמך המשפטי המחייב הסופי המשקף את החובות והזכויות של שני הצדדים ואת הסמכויות המועברות לידי הגוף הפרטי. כמו כן, פעמים רבות תנאי ההסכם שנחתם בסופו של דבר עם הזוכה במכרז שונים מהתנאים שנקבעו במכרז וזאת בעקבות משא ומתן לגיטימי המתנהל בין הרשות לבין הזוכה במכרז (בג"ץ 118/83 אינווסט אימפקט נ' מנכ"ל משרד הבריאות, פ"ד לח(1) 729(1984)). משכך, אין להסתפק בפרסום המכרז עצמו אלא יש להבטיח כי בכל מקרה יפורסמו גם הסכמי ההתקשרות.
38. בהקשר זה ראוי להזכיר, כי בתי המשפט הכירו בזכות העמידה של עותרים ציבוריים וכן של עותרים אשר לא היו מציעים במכרז, כנגד הליכי מכרז ותוצאותיהם (עומר דקל, מכרזים, כרך שני, עמ' 354-356 (2006)). אלא שבהעדר גישה להסכם ההתקשרות ואף למעלה מכך, בהעדר מידע לגבי מועד החתימה על ההסכם, נבלמת זכות הגישה של עותרים פוטנציאליים לערכאות. לפרסום מיידי ויזום של הסכם ההתקשרות חשיבות מכרעת נוכח דיני השיהוי המחמירים החלים בענייני

המכרזים הקובעים פרק זמן מצומצם ביותר להגשת עתירה לאור אינטרס הציפייה וההסתמכות של המתמודדים והזוכים במכרז.

סיכום

39. לסיכום, בתקופה בה הפרטה רחבת-היקף של שירותים ציבוריים, על כל שלביה, נעשית הרחק מן העין הציבורית, משנה את אופייה של מדינת ישראל ומשליכה על יכולתה לממש את חובותיה כלפי תושביה, גוברת החובה להסדיר הליך מנהלי שקוף שניתן להשפיע עליו באופן אפקטיבי. לפיכך יש להורות על פרסום יזום והנגשת הסכמי התקשרות עם גופים פרטיים הנוגעים לאספקת שירותים ציבוריים ולמשאבים ציבוריים.

40. נוכח כל האמור לעיל, אנו פונים אליך בבקשה, כי תנחה את רשויות השלטון השונות לפרסם ולהנגיש באופן יזום באתר האינטרנט שלהן או בדרך אחרת שתמצא לנכון את הסכמי ההתקשרות הנחתמים עם גורמים פרטיים, ולכל הפחות את ההסכמים הנוגעים למתן שירותים ציבוריים ולשימוש במשאבים ציבוריים. כפי שהוסבר לעיל, יוזמת הפרסום צריכה לבוא מהרשות הציבורית, ואין להסתפק באפשרות הקיימת להגשת בקשה פרטנית במסגרת חוק חופש המידע.

41. מבלי לגרוע מהאמור לעיל, בשל התנגדותן החוזרת ונשנית של רשויות ציבוריות להעביר את ההסכמים שחתמו עם גופים פרטיים לעיון הציבור, נבקשך לחדד בדחיפות את ההנחיה הקיימת בעניין חוק חופש המידע (הנחיה מס' 3.1000) ולהבהיר, כי חלה על גופים ציבוריים חובה להיענות לבקשות חופש מידע לפרסום הסכמי התקשרות.

נודה לתשובתך בהקדם.

בברכה,

אן סוצ'יו, עו"ד