

בית הדין לעבודה

ע"ב 2883/07

בבאר שבע

בש"א  
קבוע לדין ליום 10.6.09  
בפני כב' השופט סופר

המבקשות:

1. האגודה לזכויות האזרח בישראל
2. קו לעובד

ע"י ב"כ עוה"ד אבנר פינצ'וק (מ"ר 15728) ו/או דן יקיר  
ו/או דנה אלכסנדר ו/או מיכל פינצ'וק ו/או עאוני בנא  
ו/או לילה מרגלית ו/או לימור יהודה ו/או עודד פלר ו/או  
טלי ניר ו/או נסראת דקואר ו/או גיל גן-מור  
מהאגודה לזכויות האזרח בישראל  
רחוב נחלת בנימין 75, תל-אביב 65154  
טל': 03-5608185 ; פקס: 03-5608165

בעניין שבין:  
התובע:

י"ט

על ידי ב"כ עוה"ד קמינצקי  
רחוב העצמאות 55 פינת הרצל, (ת"ד 216)  
באר שבע  
טלפון: 08-6233366 פקס: 08-6276819

- נ ג ד -

הנתבעים:

1. שטרית ביניו חברה לניקוי חול ופיתוח בע"מ
3. ניסים שטרית
4. משה שטרית

ע"י ב"כ עוה"ד נדב דלומי ו/או עינת קנפו-לוי ו/או ע"ד  
נועה רבינסקי-רייכל  
מרחוב רמב"ם 4, בית הלל – חדר 37, באר שבע  
טלפון 08-6271315 פקס: 08-66551068

2. עיריית באר שבע

ע"י ב"כ עוה"ד שמואל ורזגר  
מרחוב הברוש 37, ראשון לציון  
טלפון: 03-9492206 פקס: 03-9458337

## בקשת להצטרף לדין כ"ידיד בית המשפט" (Amicus Curiae)

בית הדין הנכבד מתבקש להתיר למבקשות להצטרף כידידי בית המשפט לעתירה, ולהגיש טיעון מפורט ביחס לעניין הנדון בתיק דנן.

ואלה נימוקי הבקשה:

## מבוא

1. **משך שנים ארוכות, נפגעו תדיר זכויותיהם של עובדי הניקיון, בין היתר, בשל היותו של מכרז המסגרת "מכרז הפסד", כלומר, מכרז שקבע תעריפים נמוכים מדי, שלא אפשרו לשלם לעובדים את כל זכויותיהם.**
2. לפחות על פני הדברים, זה מה שאירע בפרשה נשוא התיק דנן. עיריית באר שבע (להלן: "העירייה") החליטה לבצע את עבודות הניקיון שהיא מחוייבת לספק לאזרחיה באמצעות "מיקור חוץ של פונקציה" ולשכור קבלן שירותים [ראה: ס"ק (ב"ש) 1071/04 [הסתדרות המעורף נ' עיריית בי"ש](#) (2004) סע' 30]. לצורך כך שכרה העירייה את שירותיו של קבלן ניקיון (הנתבעים 1, 3, ו-4 להלן: "הקבלן" או "קבלן הניקיון") שהיה מעסיקו הישיר של התובע דנן מר י"ט.
3. על פי הנתען בכתב התביעה, התובע לא קיבל את כל המגיע לו תמורת עבודתו. בעקבות פגיעה שאירעה לו במהלך עבודתו הופסקה עבודתו בשירות הקבלן והעירייה. עתה, מתנערים העירייה והקבלן מכל אחריות לזכויותיו ולגורלו.
- עוד עולה מכתב התביעה, כי העירייה בחרה בקבלן במסגרת מכרז הפסד – ההצעה שנבחרה הייתה הצעה גירעונית, שמובילה לקיפוח זכויות עובדים, ולא טרחה להבטיח את זכויות העובדים.
4. למבקשות אין את הכלים, גם לא את היומרה, להכריע בכל המחלוקות העובדתיות שבין הצדדים. מטרת הבקשה היא להציג בפני בית הדין הנכבד את הרקע לפרשה שבפניו: הקשר המובנה בין עושי שיטתי של עובדות קבלן בישראל לבין התנהלותן של רשויות המעסיקות את העובדים הללו - "המשתמשות בפועל" בבני אדם וביגיע כפיהם, אשר אינן ממלאות את חובתן כדי להבטיח את שכרם הדל, נותנות יד ונהנות מניצולם וקיפוחם.
5. העניין הקונקרטי שנדון בתביעה דנן מעלה סוגיות עקרוניות בהיבט של עיצוב המדיניות השיפוטית הראויה כלפי גופים ציבוריים המשתמשים בשירותיהם של עובדי קבלן. **להכרעה בתביעה עשויות להיות השלכות מרחיקות לכת לא רק על הצדדים המתדיינים, אלא גם על כלל עובדות ועובדי קבלני כוח אדם ושירותים, אשר מעסיקיהם פועלים מכוח מכרז ואינם דואגים לשלם להם את מלוא הזכויות המגיעות להם לפי חוקי המגן וההסכמים הקיבוציים – התמורה המינימאלית שמכבדת אותם ואת עמלם.**

### צירוף המבקשות כידידי בית המשפט

6. לפני כעשור הכיר בית המשפט העליון בקיומו של מוסד "ידיד בית המשפט" והתווה את השיקולים לצירוף המבקש להצטרף לדיון במעמד זה. "בצד הכלל העקרוני לפיו בפני בית המשפט מצויים בעלי הדין הנוגעים בסכסוך הספציפי... מצווה בית המשפט הדן בסכסוך ליתן דעתו – במקרים המתאימים לכך – גם להיבטים כוללניים יותר של הסכסוך שבפניו. מטעם זה, מוסמך לעתים בית המשפט לצרף צדדים להליך עצמו מיזמתו שלו, בכדי להכריע בסכסוך באופן יעיל ושלם... כך, מקום בו ישנו גוף ציבורי – שאמנם אינו צד ישיר להליך – אך יש לו אינטרס רחב בפתרון ההליך והיכרות עם המטריה הנדונה, הרי שיינתן לאותו הגוף להשמיע עמדתו בנדון בצד העותר, לו יש נגיעה אישית או ישירה לעניין. ... בכך, יינתן ביטוי לאותם הגורמים המייצגים והמומחים, שיש להם עניין בנושא הדיון ויש בידיהם, בה בעת, לסייע לבית המשפט בגיבוש עמדה

והלכה המשקפת נאמנה את מגוון המצבים והבעיות שבסוגיה שבפניו" (מ"ח 7929/96 [קוזלי נ' מ"י](#), פ"ד נג (1) 529, 554).

7. האמור לעיל אינו נכון רק לגבי בית המשפט העליון אלא לכל ערכאה שיפוטית שהיא. בית הדין הארצי לעבודה קבע, כי שערי "אינס נעולים, ופתוחים הם בפני 'העותר הציבורי', וכי אמות-המידה בכל הנוגע לזכות העמידה של 'העותר הציבורי' בבית-הדין לעבודה, כמוהן כאלה החלות בבית-המשפט העליון, כפי שנקבעו זה מכבר. " [ע"ע 1233/01 [אוריאל - עיריית הרצליה](#), פד"ע לז 508, 513 (2001)]. למקרים נוספים, שבהם התירו בתי הדין לעבודה התייצבות של טוען ציבורי, ראה, למשל: ע"ע 1415/01 לשכת עורכי הדין – הורן נ' הביטוח הלאומי, (2001) ("אין כל מניעה להצטרפותו של 'עותר ציבורי' בפני בית הדין לעבודה, בה במידה שאין מניעה שכזו להצטרפותו של 'עותר לציבורי' להליך המתקיים בבית הדין הגבוה לצדק"); בש"א (ת"א) 3415/00 [נעמת נ' כלל חברה לביטוח בע"מ](#) (2001) ("מכאן שביסוד הסכסוך עומדים, בין השאר, שיקולים חוקתיים הנוגעים לבטחון הסוציאלי של נשים לעומת גברים, וליישומו של עקרון השוויון - שהוא עקרון יסוד מרכזי בשיטת המשפט הישראלי"); (ע"ב (ת"א) 3616/03 הסתדרות רופאי ישראל נ' ד"ר ריינר (2005); וכן בש"א (י-ם) 2137/05 [הגיחון בע"מ נ' וכסלר עוזיאל](#) (2005)).

8. בפרשת [קוזלי נ' מ"י](#) (בעמ' 555) מפורטים קריטריונים (שאינם ממצים) לצירוף ידיד, כגון התרומה הפוטנציאלית לדיון, מהות הגוף המצטרף ומומחיותו, סוג ההליך והפרוצדורה הנוהגת בו, ניסיונו של הגוף והייצוג שהוא מעניק לאינטרס שבשמו הוא מצטרף, מהות הצדדים הישירים להליך, השלב שבו הוגשה בקשת ההצטרפות ומהות הסוגיה העומדת להכרעה. מבחנים אלה מתקיימים במקרה שלפנינו.

9. התיק מעלה סוגיות בעלות חשיבות עקרונית, באשר עיקרו עיסוק בהגנה - או שלילת הגנה - על זכויות עובדים, ולפסק הדין שיינתן תהיה השפעה לא רק על זכויותיו של התובע, אלא גם על זכויות יסוד של כל עובדי הקבלן, ובמיוחד עובדי קבלן המועסקים בשירותן של רשויות ציבוריות. בנסיבות אלו, כאשר ההכרעה הצפויה בתיק תשליך על זכויות יסוד חוקתיות ועל אינטרסים ציבוריים כבדי משקל, יש הצדקה לצירופו של צד "ציבורי (וראה: דב"ע נז/4-16 [מרכז השלטון המקומי בישראל - הסתדרות העובדים הכללית](#), פד"ע לב 1 (1998) 35).

10. המבקשות עוסקות באופן וולונטרי, מזה שנים, בתחום זכויותיהם של עובדים בשכר נמוך בכלל, ועובדי קבלן בפרט. ככאלו, הן בעלות מומחיות בנושא ומצויות בעמדה ייחודית שבה ביכולתן לפרוש בפני בית הדין הנכבד תמונה שהיא מקיפה וכוללת.

11. המבקשת 1, האגודה לזכויות האזרח בישראל, היא עמותה הפועלת להגנה על זכויות האדם בישראל ובשטחים הנתונים לשליטתה, ובכלל זה להגנה על זכויות יסוד של עובדים.

12. המבקשת 2, עמותת קו לעובד, הנה עמותה שמטרתה להגן על זכויות העובדים המקופחים ביותר במשק הישראלי, בדגש על עובדי חברות כוח אדם וקבלני שירותים, מהגרי עבודה ועובדים פלסטינים העובדים בישראל ובשטחים הנתונים לשליטתה.

13. המבקשות חברות ב"פורום לאכיפת זכויות עובדים", המורכב משורה של ארגוני זכויות אדם וארגונים חברתיים, לרבות המבקשות, שדולת הנשים לישראל, הקליניקה למשפט ולרווחה באוניברסיטת ת"א ועוד. הפורום שם לו למטרה להגן על ולקדם את זכויות העובדות והעובדים בישראל. במיוחד מתמקד הפורום בקידום זכויותיהם של עובדות ועובדי קבלן, שנמנים על

קבוצות העובדים המוחלשות והמנוצלות ביותר בחברה. בין היתר מקבלים הארגונים החברים בפורום פניות ציבור מעובדים, מקדמים הליכי חקיקה הנוגעים לעובדים וחלקם מייצגים עובדים שזכויותיהם נפגעו בבתי הדין לעבודה. שיתוף הפעולה במסגרת הפורום, מאפשר למבקשות לקבל תמונה רחבה על מצבם של עובדים בישראל בכלל ועל מצבם של עובדי קבלן בפרט ועל הקשיים בהם עלולים להתקל עובדים אלה בניסיון לממש זכויותיהם.

14. במהלך שלוש השנים האחרונות הופיעו המבקשות בהליכים רבים שבהם נדונה הסוגיה של מכרזי הפסד וקיפוח עובדות ועובדי קבלן. בין היתר הופיעו המבקשות כעותרות וכידידות בית המשפט במספר הליכים, שהתמקדו בחובותיה של רשות ציבורית, שמספקות שירותים באמצעות עובדי קבלן על פי מכרז: בעת"מ (י-ם) 520/07 במעגלי צדק נ' שר הפנים (2007) עתרו המבקשות נגד "מכרז מסגרת", שפרסמה **החברה למשק וכלכלה של מרכז השלטון המקומי (משכ"ל)** לקבלת שירותי שמירה ואבטחה – מכרז שעל פניו נחזה להיות כמכרז הפסד, שתעריפו יובילו בהכרח לקיפוח זכויות העובדים (העתירה). בימים אלה משתתפות המבקשות כידידות בית המשפט בדיון שמתמקד בהתקשרות קונקרטית, שהיא המשך למכרז המסגרת הנ"ל – עת"מ (ת"א) 2241/07 השמירה בע"מ נ' עיריית טבריה ומשכ"ל (לינק לבקשת ההצטרפות). בדומה לזה השתתפו המבקשות כידידי בית המשפט בעתירות נגד מכרזי הפסד נוספים: עת"מ (י-ם) 1204/06 מוריה נ' הנהלת בתי המשפט (2006) (לינק לבקשת ההצטרפות); עת"מ (ת"א) 1464/07 פרת השקד נ' עיריית בת ים (2008)

15. צירוף ידיד בית משפט, שלא כצירוף צד, אינו צפוי להכביד על הדיון המשפטי. **המבקשות חפצות להצטרף "כדידי בית המשפט" לצורך צירוף חוות דעת מטעמם בלבד**; מעבר לזאת, מעמדן ומידת מעורבותן של המבקשות בהליך ייקבעו על ידי בית הדין הנכבד כפי שיראה לנכון. כיון שכך, **צירופן לא יפגע ביעילות הדיון** (ראה למשל: בש"א (ת"א) 1013/01 ההסתדרות הכללית החדשה - ארגון שחקני הכדורסל - מכבי אשדוד (2002)).

16. אשר על כן, בענייננו מתקיימים המבחנים הדרושים לצירוף המבקשות כידידי בית המשפט.

### הפלוגתאות הרלבנטיות לבקשה

17. בתיק שלפנינו נדונה תביעתו של עובד, שלא קיבל את כל התמורה המגיעה לו בגין עבודת ניקיון שביצע עבור עיריית באר שבע. הנתבעים הם "המעסיק הישיר" של התובע – "הקבלן" (נתבעים 1, 3, ו-4) ו"המשתמשת בפועל" – "העירייה" (הנתבעת 2). **עניינן של המבקשות מתמקד במישור היחסים שבין העובד, התובע, לבין העירייה.**

18. עבודת התובע, שאת תמורתה הוא תובע בתיק דנו, בוצעה כחלק משירותי ניקיון ועובדי ניקיון, שסיפק הקבלן לעירייה בהתאם לחוזה שנכרת במסגרת "מכרז פומבי מס' 39/2004 טיאוט ידני וניקוי שכונות ברחבי העיר באר שבע" (נספח ב' לכתב התביעה).

19. על פי הנטען בכתב התביעה, העירייה התרשלה בבחירת הקבלן, לא וידאה שיש לו ניסיון ויכולת לספק שירותי ניקיון, עובדה שגם הקבלן מודה בה (לפחות לעניין הניסיון - ראה להלן) ושהביאה לקטיעת ההתקשרות במהלך תקופת החוזה. ממילא לא דאגה העירייה לזכויותיהם של העובדים, שאת שירותיהם היא שכרה באמצעות הקבלן.

20. חמור מכך, על פניו עולה, כי המכרז היה "מכרז הפסד", וכי הצעת הקבלן שנבחרה, היא הצעה גירעונית – המחיר שעליו סוכם אינו יכול לכסות את השכר ואת התנאים הסוציאליים שחייב הקבלן לשלם לעובדים.

20.1. ההצעה הזוכה של הנתבעים 1,3 ו-4 קובעת כי עבור ניקיון יומי של 67.6 ק"מ יקבל הקבלן סכום שנתי של 926,750 ₪ (לאחר 25% הנחה על סכום של 1,235,000 – ראה עמוד 32 למכרז - נספח ב' לכתב התביעה). המדובר בתשלום שנתי של 13,709 ₪ תמורת ניקיון של קילומטר אחד. כיוון שהקבלן צריך לדאוג לניקיון אותו ק"מ מדי יום (ראה עמוד 16 למכרז), יוצא שהתמורה שהוא מקבל עבור ניקיון של קילומטר אחד הוא כ-38 ₪ ליום (13,709 לחלק ל-365). אם נפחית מהחשבון את ימי השבת והמועד מהחשבון (13,709 לחלק ל-300), יאמיר התעריף לניקיון של קילומטר לכ-45.70 ₪ ליום.

20.2. תעריפים אלה נמוכים באופן ניכר מהתעריפים המקובלים במכרזים דומים: על פי אומדן של משכ"ל (החברה למשק ולכלכלה של מרכז השלטון המקומי) - עבור ק"מ ניקיון במכרזים שקיימו רשויות מקומיות במחוז הדרום בשנת 2004 עמד על 153 ₪ ליום, ובשנת 2005 על סך של 160 ₪ ליום. ההצעות שנבחרו לא נפלו מ-119 ₪ לניקיון יומי של ק"מ ובדרך כלל הגיעו לסכומים גבוהים הרבה יותר – 125 ₪, 130 ₪, 148 ₪ ואף יותר.

21. בכתב הגנתה כופרת העירייה בכל חבות ואחריות שהיא כלפי התובע, שניקה בשירותה את רחובות באר שבע. קשה במיוחד היא ההכחשה הלאקונית של הטענות (המועלות בסעיף 23 לכתב התביעה) באשר להפרה הלכאורית של חובתה, להימנע מהתקשרות במחיר גירעוני.

22. פלוגתה נוספת בתיק ממחישה בצורה טובה את האופן שבו מנוצל דפוס ההעסקה המשולש כדי "לחסוך בעלויות" ולהתחמק מאחריות לזכויות העובדים: הקבלן (הנתבעים 1, 3 ו-4) כופרים בזכותו של התובע לתנאים ולהטבות המגיעים לו מכוח צווי הרחבה והסכם קיבוצי בענף עובדי הניקיון. זאת, בטענה שהקבלן בכלל אינו "מפעל ניקיון ותחזוקה כהגדרתם בצו ההרחבה – עבודות ניקיון אינן בגדר העיסוק הדומיננטי" שלו (סעיף 7 לכתב ההגנה המתוקן של נתבעים 1, 3, ו-4). זאת שעה, שהעירייה שכרה את שירותי הקבלן ואת עבודת התובע במסגרת מכרז לקבלת שירותי ניקיון. אלא שהעירייה, כופרת באופן גורף בכל אחריות כלפי התובע.

### עמדת המבקשות

23. ידידי בית המשפט יבקשו מבית הדין הנכבד לחייב את העירייה לשלם לתובע, ביחד ולחוד עם מעסיקיו "הישירים", את כל התמורה המגיעה לו עבור עבודתו.

24. אחריותה של העירייה לתשלום כל השכר והתנאים הסוציאליים המגיעים לתובע תמורת עבודתו, נגזרת מהיותה מעסיק במשותף של התובע, ולחלופין ולמצער על חובתה לוודא ולהבטיח, שקבלני השירותים, שמעסיקים עובדים בשירותה, ישלמו לעובדים אלה את כל המגיע להם. חובה זו נגזרת מעצם היותה של העירייה "משתמשת בפועל", ולא כל שכן בהיותה רשות ציבורית, שבחרה למלא את תפקידה ולספק לציבור שירותים חיוניים באמצעות התקשרות עם קבלנים.

25. החובה הכללית דלעיל כוללת חובות קונקרטיות יותר. כל "משתמשת בפועל", ולבטח בהיותה רשות ציבורית, חייבת לנקוט בכל הצעדים הנדרשים על מנת להבטיח את זכויות עובדי הקבלן

שעובדים בשירותה. היקפם וטיבם של "כל הצעדים הנדרשים" נקבע לאור מה שידוע על קיפוחם השיטתי והחמור של עובדי הקבלן.

26. בראש וראשונה, מחויבת הרשות שלא להתקשר עם קבלני שירותים ב"מכרזי הפסד". מחובתה להבטיח, שההצעה שהגיש הקבלן אינה "גירעונית" - תמורה נמוכה, שמחייבת את הקבלן להפסיד, אלא אם יקפח את זכויות עובדיו. ניסיון החיים מלמד שמכרזי הפסד מביאים באופן ודאי לקיפוח זכויות העובדים. כיוון שכך, נקבע בדיון, כי רשות ציבורית, שמתקשרת במסגרת מכרז הפסד, פועלת בחוסר סבירות קיצונית – שלא כדיון, ופעולתה פסולה ובטלה. עוד נקבע, כי על הרשות הציבורית להוכיח, שמילאה את חובתה כלפי עובדי הקבלן שבו בחרה, וכי וידאה שהצעתו אינה הצעה גירעונית שתוביל בהכרח לקיפוחם.

### עובדי קבלן – לעבוד בלי כבוד

27. "עובדי ענף הניקיון שייכים ברובם לרקע סוציו-אקונומי נמוך, כגון: עובדים בעלי רמת השכלה נמוכה, עובדים זרים, בני מיעוטים ונשים שהן מקבלות שכר מינימום והן המפרנסות היחידות של משפחתן." (ע"ע 1363/02 דינה חזין נ' תנופה שירותי כ"א בע"מ (2006) עמ' 35). הם מבצעים עבודה פיסית שמזכה אותן במקרה הטוב בזכויות המינימליות על פי חוקי המגן. בפועל, חלק נכבד מהם אינו זוכה אף לזכויות מינימליות אלה. שלילת זכויות מינימליות מעובדים עולה כדי פגיעה בזכויות היסוד שלהם, ובראש ובראשונה – בכבוד האדם שלהם.

28. התופעה של הפרת זכויות בעבודה, ובפרט – הפרת זכויות של עובדות קבלן, הפך לרעה חולה אך רווחת. ארגוני זכויות האדם, דוגמת האגודה לזכויות האזרח וקו לעובד, מדווחים על עובדות רבות, מרביתן עובדות של קבלני שירותים, הפונות ומתלוננות על הפרה שיטתית ושיגרתית של זכויותיהן. בין ההפרות השכיחות של זכויות עובדות קבלן: תשלום שכר נמוך מן המינימום; העסקה בשעות נוספות ובימי מנוחה ללא תשלום ובניגוד לחוק; פיטורין ללא תשלום פיצויים; אי-תשלום עבור זכויות סוציאליות; מניעת חופשות ואי-תשלום בגין חופשה; ניכויים וקנסות בלתי-חוקיים; ניסיונות לשבור התארגנויות ועוד (ראו למשל: פרוטוקול דיון וועדת העבודה, הרווחה והבריאות של הכנסת מיום 6.12.2004: זכויות עובדים בענף קבלנות השירותים, שבו פורטו ההפרות הרווחות בענף, ובעיקר אצל קבלני השירותים בענפי הניקיון והשמירה).

29. שני הענפים המוזכרים רבות בהקשר זה הם ענפי הניקיון והשמירה. זכויות עובדים בתחום זה מופרות באופן שבשגרה גם כשהם מועסקים על ידי קבלני שירותים במשרדי ממשלה. כך למשל, בשנה שעברה קיימה הקליניקה לרווחה תעסוקתית בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית פרויקט שטח, ובו היא תיעדה את תנאי העסקתם של עובדי קבלן המועסקים על ידי רשויות ציבוריות - בעיקר בענף הניקיון. הממצא המרכזי של הפרויקט הוא כי בכל משרדי הממשלה ורשויות המדינה נמצאו הפרות של זכויות עובדים. המשמעות הכספית של ההפרות המדווחות יכולה להגיע לסכומים שבין מאות ועד אלפי שקלים לעובד בשנה, סכום המהווה נתח משמעותי מהכנסתו של עובד בשכר נמוך. (נועם אבחסרה, נטע בקר וזיו כהן, בעריכת אבישי בניש, עובדים שקופים בשירות המדינה, (הקליניקה לרווחה תעסוקתית, האוניברסיטה העברית, 2006) 3, 8 (להלן: "דו"ח העובדים השקופים") וראה גם: מיכל תגר, על נשים ושינויים - סקירת פניות של עובדות ועובדים ישראליים לקו לעובד בשנת 2008 (2009), עמ' 12-13).

30. מאפיין חשוב נוסף של עובדי ועובדות קבלן הוא שמרביתם אינם תובעים את זכויותיהם המופרות. בחוגים חברתיים המכירים את השיח המשפטי ואת כלליו קשה לעיתים להבין כיצד יתכן שעובדים נמנעים מלתבוע את זכויותיהם ואת עלבונם במערכת בתי המשפט. וחרף זאת המדובר בתופעה מוכרת ומובהקת בקרב הקבוצות המוחלשות, שרבים מעובדי הקבלן באים משורותיהן:

"כאשר שאלנו עובדים על זכויותיהם קיבלנו מחלקם תגובות כגון: 'לא אמורים לשלם לי שעות נוספות, זו לא עבודה משרדית' או 'פנסיה? בחברות קבלן אין פנסיה'. כך גם אשר לדמי חופשה נתקלנו באנשים העובדים שנים רבות באותו מקום אשר היו משוכנעים שלא מגיעה להם חופשה מאחר שלא עבדו במשרד מלאה..."

"מצאנו כי גם עובדים שהיו מודעים ולו חלקית להפרת זכויותיהם, נטו שלא להגיש תביעה למימוש זכויותיהם. חלקם הביע חשש כי אם יגישו תביעה נגד מעסיקם הוא יתנכל להם או אפילו יפטרום. אחרים הביעו חשש שיצא להם שם של 'עושי צרות' ושגם מעסיקים אחרים לא יהיו מוכנים להעסיק אותם בשל כך. בהיעדר אפשרויות תעסוקה חלופיות זמינות, במיוחד על רקע שיעור האבטלה הגבוה, חששות אלו הורידו מהפרק עבור רבים את אפשרות התביעה... נתקלנו בעובדים שאינם רואים כל טעם בבדיקת זכויותיהם משום שהם סבורים שידיעת זכויותיהם או הגשת תביעה לבתי המשפט לא תשנה את מצבם." (דו"ח העובדים השקופים, 9; וה"ש 12; ראה גם: מיכל תגיר [לעבוד בלי כבוד – זכויות עובדים והפרתן](#) (האגודה לזכויות האזרח בישראל 2006) עמ' 92-80).

31. על רקע החסמים שעומדים בפני עובדות קבלן בדרכן לממש את זכויותיהן המופרות, ניתן להבין את התופעה של "שיטת מצליח": הקשיים הרבים בהליך המשפטי והסיכוי הגבוה לפשרה מאפשרים דווקא למעסיקים הפוגעניים ביותר לגרוף רווחים נאים מהפרת זכויות העובדים: הם מפרים את החוק כלפי עובדים רבים, וכאשר אחד מהם מגיש תביעה, נחתמת פשרה ובה משולם לעובד רק חלק ממה שהגיע לו. בינתיים חולפים חודשים שבהם הכסף נשמר בחשבוננו של המעסיק, ונוצרת הרתעה כלפי עובדים אחרים, היודעים כי המעסיק אינו חושש מהתמודדות בבית המשפט." (לעבוד בלי כבוד – זכויות עובדים והפרתן, 91).

32. מציאות קשה זו הפכה לנקודת מוצא של הפסיקה, שדנה בחובותיהן של רשויות ה"משתמשות" בשירותים של עובדי קבלן:

"עניין לנו בהעסקת אוכלוסייה חלשה יחסית שאינה יודעת או אינה מסוגלת תמיד לעמוד על משמר זכויותיה ולכן גם לא ניתן באופן ממשי לעקוב אחר ביצוע קפדני ומלא של הוראות החוק הכרוכות במימוש זכויות אלה." (עת"מ (י-ם) 1077/06 [כת עצמה בע"מ נ' קק"ל](#) (2007) סע' 22; ההדגשות שלי – א"פ).

33. אכיפת זכויות העובדים ניתנת לביצוע בכמה דרכים: האחת, בצורה פרטנית, על ידי הגשת תביעות על ידי העובדים לבתי הדין לעבודה, אך כפי שהוסבר לעיל - דרך זו אינה אפקטיבית במקרה של עובדי הקבלן; דרך אחרת היא באמצעות יחידת האכיפה של משרד התמ"ת, אלא שגם פעולתה של זו אינה מספקת וזאת בלשון המעטה, והשפעתה על מצב זכויות העובדים היא כמעט בלתי מורגשת (ראה, למשל, [אכיפת חוקי עבודה, דוח מבקר המדינה 58ב](#), עמ' 1105-1143).

34. דרך נוספת, ולמעשה היחידה שיכולה להביא לשיפורים מוכחים במצב עובדי הקבלן, היא על-ידי הטלת אחריות – מלאה או חלקית – על מי שנהנים מיגיע כפיהם של עובדי הקבלן – המשתמשים בפועל, ובראש וראשונה - על הרשויות הציבוריות שביניהם. אלה האחרונות כפופות לעקרונות של הגינות ציבורית והמשפט המנהלי, מעבר לחובת תום הלב המוגברת המוטלת על כל משתמשת בפועל באשר היא. עקרונות שמהן נגזרת החובה המוגברת שלא לעצום עיניים ולדאוג לעובדי הקבלן שבשירותן.
35. מעבר לזאת, בהיותן המעסיק הגדול ביותר במדינה – התנהלותן של הרשויות משפיעה על הנורמות המקובלות במשק כולו ועל התנהלותם של מעסיקים במגזר הפרטי. ואכן, בשנים האחרונות ניכרת מגמה ברורה – במדיניות ובהלכה הפסוקה, שמעבירה אל שכם הרשויות הציבוריות חובות ונטלים שתכליתם להגן על זכויותיהם של עובדי הקבלן המקופחים.
36. להלן נסקור את הנורמות החלות על רשויות ציבוריות שמתקשרות עם קבלני שירותים וכוח אדם. בעשותנו זאת נתמקד בהתפתחות שחלה במדיניות ובהלכה הפסוקה בסוגיה של מכרזי הפסד. ונדגיש: **כללי התנהגות שבהן חייבות רשויות, דוגמת העירייה דן, בכל הנוגע לזכויות עובדי הקבלן אינן מתמצות אך ורק במקרים של מכרזי הפסד אלא הן ביטוי לעקרון הכללי שהיה קיים מאז ומתמיד בכל הנוגע לאחריותן של רשויות, המעסיקות עובדי קבלן.**

### חובת רשות בעלת מכרז

37. אחד הגורמים המבניים לקיפוח השיטתי של עובדי קבלן, היא התופעה של **מכרזי הפסד**. על מנת לזכות במכרזים בתנאי תחרות פרועה מגישים קבלנים, בעיקר בתחום הניקיון והאבטחה, הצעות נמוכות ובלתי ריאליות, שמותירות להם את הברירה: להפסיד או לקפח את עובדיהם. בדרך כלל ובאופן לא מפתיע נופלת הבחירה על החלופה השנייה. מצב זה, מתאפשר בין היתר בחסות רשויות המקבלות, במסגרת המכרזים שהן מפרסמות, הצעות גירעוניות ומתעלמות מההשלכות החמורות של פרקטיקה זו על הפרת זכויות עובדים ועל שחיקת שלטון החוק.
38. ניסיון העבר מלמד, כי זכיית הצעה גרעונית במכרז לאספקת שירותים, בפרט בשירותים עתירי כוח אדם, גורמת כעניין שבשיגרה להפרה שיטתית של זכויות עובדי ועובדות קבלן, ולפגיעה מובנית בקבוצות עניות ומוחלשות.
39. כך, למשל, הסביר נציג של איגוד חברות הניקיון, מר יחיאל שלמה:
- ”... שורש הבעיה זה ... המחירים שהקבלנים מציעים. יש תחרות מאוד מאוד קשה והמחירים שזוכים זה מחירים שאין שום סיכוי שהם יוכלו לשלם את התנאים הסוציאליים לעובדים ומפה מתחילה הבעיה. זה פשוט עצימת עיניים. אם עירייה... פותחת מכרז והיא קובעת מחיר מקסימלי לקבלן שהוא לא יכול לתת מעבר לזה, כשכבר במחיר המקסימלי לא ניתן לשלם את זכויות העובד, אז יש פה ליקוי מאוד מאוד גדול.” **(פרוטוקול ישיבת ועדת החינוך של הכנסת 29.5.06** בנושא “זכויות עובדי קבלן במוסדות חינוך”).

ובדיון אחר שהתקיים בכנסת מסביר מר אביטן, סמנכ”ל חברת “מודיעין אזרחי”:

”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, העובד נפגע בסוף בצורה קשה. צריך לסגור את כל הפרצות במכרזים...".  
(פרוטוקול ישיבת ועדת העבודה, הרווחה והבריאות מיום 22.3.05 בנושא: "זכויות עובדים בענף קבלנות השירותים")

40. גם בתי הדין לעבודה כבר עמדו על כך שתחום השירותים עתירי כח האדם, ובפרט ענפי האבטחה והניקיון, הוא "שוק תחרותי המייצר 'מירוץ לתחתית', היעלמות חברות רבות ותדירות גבוהה של החלפת קבלנים במקומות עבודה" (ע"ע 1363/02 דינה חזין נ' תנופה שירותי כ"א בע"מ (2006) עמ' 35). לנוכח זאת, "מאפייניו של הענף מביאים לא רק לכך שקבלני ניקיון יכולים לנצל עובדים אלה, אלא אף לכך שיש להם תמריץ כלכלי לעשות כן, על מנת להשאר תחרותיים" [ע"ב (ת"א) 3054/04 איילת שמואלוב נ' פונס שרותי ניקיון בע"מ, (2006), פסקה 68; וראה שם גם ההפנייה אל:

Guy Davidov, [Enforcement Problems in 'Informal' Labor Markets: A View from Israel](#), 27 Comparative Labour Law and Policy Journal 3 (2005)

41. מצב זה הביא את קובעי המדיניות ואת בתי המשפט לקבוע, כי:

"במסגרת האינטרס הציבורי, אין להזניח כלל בסיסי - חשוב לא פחות - של שמירה על זכויות העובדים המספקים את השירות הנדרש במכרז. אסור שבמסגרת היחסים הנקשרים בין בעל המכרז והחברות המציעות, יישכחו הזכויות הבסיסיות ביותר של העובדים באותן חברות. לצדדים במכרז יש אינטרס כלכלי ברור לקבל את ההצעה הזולה ביותר עבור בעל המכרז ובעלת הרווח הגדול ביותר לחברה המציעה. זהות אינטרסים זו, עשויה להביא לכך שבתווך יישכח האינטרס הציבורי, החשוב לא פחות, שעניינו שמירה על זכויות העובדים של החברות המציעות, אף שאין להם קשר ישיר עם בעל המכרז וקיים קושי אמיתי לעמוד על משמר זכויותיהם." (עת"מ (י-ם) 1077/06 כח עצמה בע"מ נ' קק"ל (2007) סע' 23; ההדגשות שלי - א"פ).

"המגמה המתוארת כאן הולכת ומחליפה את הגישה לפיה ועדת המכרזים אינה צריכה להתערב בשיקולי ההפסד והרווח של המציעים. היא נובעת בין היתר מההנחה כי מציע ההצעה מעוניין להרוויח במסגרת התקשרותו עם המזמין וכי עובדיו של המזמין הינם לעיתים קרובות אוכלוסיה חלשה שאינה מודעת תמיד לזכויותיה, ולפיכך הפיתוי לגלגל את 'מחירי ההפסד' על העובדים הללו הינו רב (ראה בהקשר זה את מאמרם של אבישי בניש ושל רועי צרפתי, [כאשר העבודה חוזרת להיות מצרך: בחינה ביקורתית של מכרזי הפסד](#), מעשי משפט, כרך א' (ינואר 2008) 93; וכן: עת"מ (ת"א) 1705/07 [מודיעין אזרחי בע"מ נ' אגוד ערים אזור דן](#) (2008) סע' 14).

42. ראוי לציין, כי אחריותה של הרשות כלפי עובדי הקבלן שמספק לה שירות, אינה מתמצה בהבטחת תשלום שכר מינימום אלא "בהבטחת מלוא הזכויות הנלוות לשכרם של העובדים":

"הצורך להבטיח את הזכויות המינימליות, ובעיקר כאלה הקבועות בחוק, כגון שכר מינימום ותנאים סוציאליים של עובדים המועסקים על ידי חברות כוח אדם, הינו עניין

הרשות הציבורית בעלת המכרז, מופקדת על שמירתו. [עת"מ (נצ') 117/08 רשף ביטחון בע"מ נ' עריית עפולה (2008) סעי' 54; וכן עת"מ (נצ') 127/01 גש ז.א. בע"מ נ' עיריית נצרת עילית פס"מ ס"ב 769 (2002) 781].

43. החובה להבטיח את זכויות עובדי חברות המגישות "הצעות במכרז לרשות ציבורית" היא, אפוא, "עניינה הישיר של בעלת המכרז" [עת"מ (י-ם) 1077/06 כח עצמה בע"מ נ' קק"ל (2007), סעי' 30]. "הן על ידי גופי השלטון והן על ידי בתי המשפט, להקפיד על כי מכרזים לאספקת שירותים לגופים ציבוריים יבטיחו גם את זכויותיהם של העובדים המספקים את אותם השירותים." [עת"מ (ת"א) 1705/07 מודיעני אזרחי בע"מ נ' אגוד ערים אזור דן (2008), סעי' 14; וראה גם עת"מ (ת"א) 1464/07 פרח השקד נ' עיריית בת ים (2008), עמ' 21; עת"מ (חי') 4343/07 ניר הצפון בע"מ נ' עיריית מעלות תרשיחא (2007), סעי' 14; עת"מ (נצ') 117/08 רשף ביטחון בע"מ נ' עריית עפולה (2008), סעי' 54].

44. החובה להבטיח את זכויות העובדים היא חובה רחבת היקף, ואין בעל המכרז יוצא כדי חובתו בנקיטת פעולה בודדת, אלא עליו לנקוט בצעדים ממשיים שיסירו כל ספק. כפי שהסביר בכנסת סגן החשב הכללי, מר איתן קשמון:

"...דבר נוסף שאפשר את כל התקלות שמצאנו זה חוסר הפיקוח על השכר... חתימה על הסכם התקשרות באופן שאינו חד-משמעי - זה אחד הדברים שמצאנו כמעט בכל ההתקשרויות שבדקנו. תמיד סעיף התמורה מופיע ב-4 שורות: 'העובדים יקבלו, על-פי כל דין, מה שמגיע להם' - **הסתיים העידן הזה**. היום התמורה מופיעה בכל הסכם חדש שנחתם בין משרד ממשלתי לבין חברת ניקיון ושמירה עם **נספח תמחיר שמפרט לפרטי פרטים מה מגיע לעובד** בשנה הראשונה, מה מגיע לו בשנה השנייה, מתי מגיע לו לקבל הבראה, מתי מגיע לו חופש, ועל-פי אלו הסכמים מגיעים לו אותם דברים" (פרוטוקול ישיבת ועדה לענייני ביקורת המדינה מיום 15.7.2008 בנושא: דוח סגן החשב הכללי איתן קשמון על העסקת עובדי קבלן במשרדי הממשלה - אי אכיפת חוקי עבודה במשרדי הממשלה, עמ' 9; ההדגשות שלי - א"פ).

45. ואכן, עוד קודם שהחשב הכללי נקט בצעדים אלה, נקבע בפסיקה, כי:

"... 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...". [עת"מ (י-ם) 1077/06 כח עצמה בע"מ נ' קק"ל (2007) סעי' 22; וראה שם, סעי' 30; ההדגשה שלי - א"פ].

46. על כן קבעה הפסיקה, כי רשות בעלת המכרז חייבת לבדוק ולחקור היטב את ההצעות שהיא מקבלת, ולוודא שהן אינן הצעות גירעוניות:

"כאשר 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. בכגון אלה אין להסתפק בהשערות ובהנחות בלתי מבוססות מצד החברות שהגישו הצעות במכרז. כאשר מדובר בזכויות עובדים על פי חוק, מן הראוי שהתחשיב יכלול ויפרט מרכיבים אלה בצורה ברורה ומפורשת ואין להסתמך על הנחות לעתיד שקיים קושי של ממש

לבדוק אותן ולערוך מעקב לגביהן ולוודא כי אכן התקיימו. " [עת"מ (י-ם) 1077/06 [כח](#) [עצמה בע"מ נ' קק"ל](#) (2007) סעי' 22; ההדגשה שלי – א"פ].

"אין להשלים עם מצב בו רשות ציבורית תיתן יד להתנהלות שלא כדין... אשר על כן, על בית המשפט לבחון האם בדקה... את ההצעות שהוגשו לה תוך בחינת היחס בין המחירים המוצעים ליכולתה של הזוכה לשמור על זכויות העובדים... ודוק, בנסיבות העניין נדרשת הקפדה יתרה על זכויות העובדים. עסקינן במכרז למתן שירותי ניקיון, שהרכיב העיקרי בו הוא שכרם של העובדים. ניסיון החיים מלמד, כי ממילא משתכרים עובדים אלה שכר מינימום, ואין מקום לכרסום נוסף בזכויותיהם; וכי **בהצעה גירעונית, סביר יותר להניח שהעובדים הם שיישאו ב"עלות" הגירעון ולא מעסיקתם**, אשר חזקה עליה כי אינה מתכוונת לספק שירותים ללא רווח בצידם, ובידה הכוח להטיל על שכמם של עובדיה את תוצאותיו הגירעוניות של המכרז. " [עת"מ (ת"א) 1464/07 [פרח השקד נ' עיריית בת ים](#) (2008) עמ' 16; ההדגשות שלי – א"פ].

47. בהתאם לכך, נקבע שעל עורכת המכרז לקבל מהמציעים ולבדוק תחשיבים מפורטים, המראים כיצד יבטיח המציע את זכויות העובדים (עת"מ (י-ם) 1077/06 [כח עצמה בע"מ נ' קק"ל](#) (2007) סעי' 22), ובנוסף עלויות נוספות, תקורה, ואף רווח סביר. כך, למשל, אם מכרז "לא כלל דרישה שההצעות יכילו מידה כלשהי של רווח קבלני... יש בכך משום פגם" (עת"מ (נצ"מ) 127/01 [גשש ז.א. בע"מ נ' עיריית נצרת עילית](#) פס"מ ס"ב 769 (2002), סעי' 27). גם קיומו של רווח קטן אינו מפיג את החשש מפני היות המכרז מכרז הפסד ואינו פוטר "את ועדת המכרזים לבחון האם יש ברווח זה כדי להבטיח את קיום הזכויות של העובדים" (עת"מ (ת"א) 1705/07 [מודיעין אזרחי בע"מ נ' אגוד ערים אזור דן](#) (2008), סעי' 16-18).

### **ניסיונות של רשויות להתחמק מחובתן כלפי עובדי הקבלן**

48. במשך שנים התבקשו הקבלנים להציע סכום גלובאלי ללא הפרדה בין עלויות השכר לבין עלויות אחרות, שיטה שמנעה פיקוח וביקורת אמיתית ולפיכך הובילו כעניין שבשגרה להפרה שיטתית של זכויות עובדי הקבלן.

49. מציאות זו היא שהביאה את בתי המשפט ואת משרד החשב הכללי, לפרוט לפרטים את חובתן של בעלות המכרזים להבטיח את זכויות העובדים, ולהוסיף עוד ועוד תנאים, שיאפשרו לבעלת המכרז לוודא שהיא אינה בוחרת בהצעה גירעונית, ובנוסף – יאפשרו לבתי המשפט לקיים את הביקורת השיפוטית הקפדנית הנדרשת בסוגיה זו.

50. כך, למשל, הוציא החשב הכללי חוזר, שמרכז את הכללים, שלפיהם חייבת רשות בעלת מכרז לנהוג. בנוסף מרכז חוזר החשכ"ל את כל תנאי השכר והתנאים הסוציאליים שעל הרשות להביא בחשבון בעת בחינת ההצעות שהיא מקבלת. (הוראה מס' 7.11.3: הגנה על זכויות עובדים המועסקים על ידי קבלני שירותים בתחומי השמירה, האבטחה והניקיון; וראה עוד: [הודעה](#), **"עלות שכר למעביד לכל שעת עבודה"**, מס' ה. 7.11.3.2). משרד הפנים הורה לרשויות המקומיות (בחוזר מנכ"ל 6/2007: **"הוראת שעה משקי – הגנה על זכויות עובדים המועסקים בידי קבלני שירותים"** מיום 5.7.07, ע' 37), כי עליהן ליישם את הוראת החשכ"ל "כלשונה בעת קיום התקשרויות עם קבלני שירותים". חוזר חשכ"ל אומץ על ידי היועמ"ש כבסיס לחישוב ההצעות

ולבדיקתן במכרזים של רשויות ציבוריות וכך גם על ידי בתי המשפט (עת"מ [פרח השקד](#) עמ' 18; עת"מ [במעגלי צדק](#)). וכך מתאר זאת סגן החשב הכללי, מר איתן קשמון:

"אני מודיע כאן שאין כיום אפשרות שמישהו הגיש מכרז במחירי הפסד ברשויות המקומיות ובמשרדי הממשלה. יש פסיקה... שכל הצעת מחיר נמוכה מהצעת המחיר שנקבע בהוראת התכ"מ - יש לפסול אותה. היום קיימים 5-6 תביעות משפטיות. חלק מהאנשים שיושבים כאן יודעים על תביעות משפטיות בקשר לטבריה, בקשר לבת-ים וצפת - הצעות מחיר שהוגשו למכרזים במחירי הפסד. הצעות ההפסד האלה מיד נפסלו, כי מי שהגיש הצעת מחיר על-פי הוראת החשב הכללי בעצם הגיש תביעה, ומיד ניתן צו מניעה, ויש הקפאה של המכרז הרלוונטי. אנחנו יודעים כאן על אנשים שעוקבים אחר המשפטים האלה מקרוב. כמובן, המשפטים האלה אורכים הרבה זמן, ובינתיים הספק שעובד ממשיך לעבוד. אנחנו צריכים לדעת שהוראת התכ"מ לא הוטמעה במאה אחוז, ולוקח זמן עד שמשרדים אחרים מתחילים לשנות את ההתנהלות שלהם." ([פרוטוקול ישיבת ועדה לענייני ביקורת המדינה מיום 15.7.2008](#) בנושא: דוח סגן החשב הכללי איתן קשמון על העסקת עובדי קבלן במשרדי הממשלה - אי אכיפת חוקי עבודה במשרדי הממשלה, עמ' 9).

51. ודוק, חוזר החשב הכללי אינו אלא יישום וגיבוש לנורמה הכללית שנקבעה זה מכבר, ולפיה, זכויותיהם של עובדי קבלן - קבלני כוח אדם וקבלני שירותים כאחד - היא "עניין שהרשות הציבורית בעלת המכרז, מופקדת על שמירתו." (וראה סעיף 42 לעיל). אזכורו כאן, בא להדגים ולהמחיש, את המאמצים שעושות רשויות להתחמק ממילוי חובתן האמורה, את החשיבות הרבה שיש לאכיפתה - בעיני קובעי מדיניות בממשלה, היועץ המשפטי לממשלה ובתי המשפט, ואת האמצעים המנהליים והשיפוטיים המגוונים והדקדקניים, שנקטים לצורך זה. כל זאת, כבסיס לבקשתנו מבית הדין הנכבד לבחון את אחריותה של העירייה במקרה שלפנינו, בהתאם לכך.

#### הנטל המוטל על הרשות בעלת המכרז

52. ראינו אפוא, שבתי המשפט אימצו כלל, ולפיו קבלת ההצעה הזולה ביותר במכרז לקבלת שירותיהם של עובדי אבטחה, חרף היותה הצעה גירעונית, הנה החלטה אשר פוגעת ביודעין, או תוך עצימת עיניים, בזכויות עובדי האבטחה ובכבודם. היא חורגת ממתחם הסבירות ומפרה את ערכי היסוד של השיטה המשפטית ואת כללי המשפט המנהלי. על כן, כעניין של מדיניות שיפוטית, יש לפסול הצעות גרעוניות במכרזים לשירותים עתירי כח אדם. [וראה: אבישי בניש ושל רועי צרפתי, [כאשר העבודה חוזרת להיות מצרד: בחינה ביקורתית של מכרזי הפסד](#), מעשי משפט, כרך א' (ינואר 2008) 93; עת"מ (ת"א) 1464/07 [פרח השקד נ' עיריית בת ים](#) (2008) עמ' 16; עת"מ (נצ' 117/08 [רשף ביטחון בע"מ נ' עריית עפולה](#) (2008) סעי' 53 ו-46; עת"מ (נצרת) 127/01 [גש ז.א. בע"מ נ' עיריית נצרת עילית](#) (2002) סעי' 27; עת"מ (ת"א) 1705/07 [מודיעין אזרחי בע"מ נ' אגוד ערים אזור דן](#) (2008) סעי' 16-18].

53. אבל פסלות של מעשה רשות בעלת המכרז אינה נקבעת רק במקום שברור שקיבלה הצעה גירעונית, אלא גם במקום שהרשות התרשלה במילוי חובתה, או כשאין בידה להראות שעשתה את המוטל עליה. בתי המשפט בוחנים "בקפידה את אופן התנהלותה" [עת"מ (ת"א) 1464/07 [פרח השקד נ' עיריית בת ים](#) (2008) עמ' 16], ומטילים עליה אחריות כל אימת שאין ביכולתה להראות,

שעשתה כל שבידה כדי להימנע מקבלת הצעה גירעונית [ראה: [שם](#); עת"מ (ת"א) 1705/07 [מודיעין אזרחי בע"מ נ' אגוד ערים אזור דן](#) (2008) סעי' 19]; עת"מ (נצ') 127/01 [גשש ז.א. בע"מ נ' עיריית נצרת עילית](#) פסי"מ ס"ב 769 (2002) סעי' 25-26, 28) עת"מ (ירושלים) 1077/06 [כח עצמה בע"מ נ' קק"ל](#) (2007)].

### התנהלות העירייה בתיק דנו

54. מכתבי הטענות שבתיק שלפנינו, עולה לכאורה, שהעירייה הפרה את כל חובותיה דלעיל כלפי התובע וכלפי יתר עובדי הקבלן. מלבד ההתחייבות הלאקונית וחסרת השיניים של הקבלן – שידאג לזכויות עובדיו (וראה סעיפים 44 ו-45 לעיל) אין במכרז דבר שיבטיח את זכויותיהם. (נספח ב' לכתב התביעה)

55. בכתבי בי הדין שהוגשו אין כל סימן וזכר לפעולה אחרת, שעשתה העירייה כדי להבטיח את זכויות העובדים. נהפוך הוא, על פניו, ההצעה שנבחרה במכרז היא הצעה גירעונית בעליל (ראה סעיף 20 לעיל).

56. הנטל המוטל על שכמה של העירייה - להראות שהמכרז אינו מכרז הפסד – הוא כבד במיוחד בנסיבות של מכרז שמחיריו נקבעים לפי "קילומטראז' " ולא לפי מספר עובדים ושעות עבודה שיספק הקבלן לשם ביצוע "שירותי" הניקיון. עניין לנו בעבודת ניקיון, שבוצעה במשך שנים מדי יום ביומו על ידי מספר מוגדר וידוע של עובדים. הפיכתה של עבודת כפיים זו ל"שירות" אינה מאיינת את העובדה, שהיא עדיין מבוצעת על ידי עובדים בשר ודם, שיש לדאוג לזכויותיהם.

57. אפשר שכדי "להתייעל" ולצמצם עלויות רשאית העירייה "להתקשר עם חברה שתספק שירותי טיאוט רחובות ברחבי העיר, ולא שירותי כח אדם" - עם קבלן שיהיה "מחוייב לתת למשיבה תוצאות ללא קשר למספר העובדים אשר צריכים לבצע את העבודה" [ס"ק (ב"ש) 1071/04 [הסתדרות המעוף נ' עיריית ב"ש](#) (2004) סעי' 25-26]. ועדיין, ההתייעלות וצמצום העלויות אסור שיבוא על חשבון העובדים.

58. על מטרת מכרזי הניקיון לפי "מטראז'" ניתן ללמוד מהתיאור של מזכירת האיגוד הארצי של עובדי השמירה והניקיון:

"בניקיון הרבה יותר חמור. בניקיון הוא לא מתייחס בכלל לעובדים, לא קיימים העובדים בכלל. הם מתייחסים לחבילת עבודה. כמה מטראז' צריך לנקות, את מה צריך לנקות ובאיזה חומרי ניקיון צריך לנקות. העובדים לא קיימים, את זה אני רואה מהתגובות של ראשי הרשויות, של היועצים המשפטיים שלהם, שמתפלאים בכלל למה אני פונה אליהם לגבי העובדים שהם צריכים לקחת את האחריות שהעבודה מתבצעת אצלם בחצר שלהם. והם טוענים, בכלל למה אני פונה אליהם, כיוון שהם לא קשורים לעובדים, העובדים לגביהם לא קיימים, אפילו מול הקבלן הם רק בחוזה התקשרות בלבד. (פרוטוקול ישיבת ועדת החינוך של הכנסת 29.5.06 בנושא: "זכויות עובדי קבלן במוסדות חינוך")."

59. ואכן, התוצאה העגומה של מכרזים לפי קילומטראז' היא קומודיפיקציה של העבודה ואימפרסונליזציה של העובד. אלא שברשויות בעלות מכרזים סבורים רבים שזו תוצאה ראוייה:

**"שהקבלן יעשה את העבודה עם גמדים קטנים, עם רובוטים, עם פיות וקוסמים, לא אכפת לי."** (רונה גוצלב ואורלי בנימין, "גמדים או רובוטים": מחויבות ודה הומניזציה כלפי עובדים 'זמניים' בקרב מנהלי משאבי אנוש במגזר הציבורי" סוציולוגיה ישראלית ז(2) 253 (2006).

60. ובכן, "הגמדים הקטנים", "הרובוטים", "הפיות" ו"הקוסמים" הינם **אנשים בשר ודם. אנשים אלה הם העומדים מאחורי מכירה ורכישה של "שירותי ניקיון"**. עלות העסקתם היא העלות המרכזית של קבלן המספק שירותים אלו ואל למזמיני השירותים לשכוח זאת.

61. על כן, **גם אם נניח שמכרז שמתמקד ב"תוצאות"** (שטח שצריכים לנקות) ולא בעבודת הכפיים שנדרשת כדי להשיגן, **אינו מכוון לצמצם עלויות על חשבון זכויות המינימום של העובדים**; גם אם נניח שלעירייה יש תועלת כלכלית אחרת בדפוס העסקה זה, עדיין, **יש לקחת בחשבון את ה"מחיר" שכרוך בו – האפשרות המסתברת מאוד שיגרום לפגיעה בזכויות העובדים.**

**אפשר שלעירייה יש זכות להמיר עובדים בשר ודם ב"שירותים" כדי להתייעל, אך לעובדים יש זכות שההתייעלות לא תהיה על חשבון זכויותיהם וכבודם.** התרגום המעשי של עקרון הבסיסי והמתבקש הזה הוא זה: **ככל שהמעבר למכרז "שירותים" יוצר קושי לבדוק ולוודאי שאין מדובר במכרז הפסד – יש להסיר קושי ראייתי זה על ידי הכבדת נטל ההוכחה על העירייה.** כך, למשל, עליה להראות שההצעה שנבחרה אינה חורגת מעבר לסביר מאומדן אמין ומקצועי, שמשקף את העלויות שכרוכות בהעסקת עובדים כדי להגיע ל"תוצאה" של קילומטר נקי.

62. אלא שבמקרה שלפנינו, לפחות על פני הדברים עולה, **שהעירייה לא רק עמדה על המשמר כדי לוודא שההצעה שנבחרה אינה מקפחת את העובדים, אלא בחרה בהצעה מקפחת בעליל:**

כפי שצינו (בסעיף 20) לעיל, ההצעה שנבחרה היא בשיעור של כשליש מהאומדנים ומהמחירים של מכרזים מקבילים, שנערכו בתקופה הרלבנטית ברשויות מקומיות שונות במחוז דרום. ולא למיותר להוסיף, כי ההשוואה נעשתה אל מול מכרזים שמנהלת משכ"ל, שהתנהלותה בכל הנוגע לשמירת זכויות העובדים שנויה במחלוקת: תעריפים של מכרזים אחרים של משכ"ל, נמצאו על ידי המבקשות נמוכים וגירעוניים, והם עומדים במוקד התדיינות מתמשכת בין המבקשות לבין משכ"ל (ראה סעיף 14 לעיל).

63. דרך נוספת שבה "ההתייעלה" העירייה על חשבון העובדים לרבות התובע, היא בכך ששכרה את שירותיו של קבלן, שלפחות על פי טענתו, אינו עוסק בניקיון ועל כן אינו מחויב לכבד את הזכויות המגיעות לעובדי הניקיון שלו על פי הסכם קיבוצי וצווי ההרחבה (ראה סעיף 22 לעיל). **לא רק שבחרה בהצעה שעל פניה היא גירעונית – שיש לגביה חזקה שתביא לקיפוח זכויות עובדים, אלא שגם במוצהר, ההצעה מבוססת על שלילת זכויות מהעובדים.** קבלת הצעה שכזו מהווה פגם מהותי הפוסל את המכרז [ראה: עת"מ (נצ') 117/08 [רשף ביטחון בע"מ נ' עריית עפולה](#) (2008); סעי' 56].

### **התוצאה – הטלת חובות של מעסיק על העירייה**

64. העירייה הפרה את חובותיה כלפי עובדי הקבלן, שבהם היא "משתמשת בפועל". על כן יש לראות גם אותה כמעסיקה של התובע, ולחייב אותה לשלם לו את כל התמורה המגיעה לו בגין עבודת הניקיון שביצע בשירות העירייה.

65. כפי שנקבע בעניין [אל אור](#) [ע"ב 11/07 [אל אור בע"מ נ' משרד התמ"ת](#) (2008), סעי' 8] הקביעה "מיהו המעביד" אם קבלן כוח האדם או המשתמש, אפשרית לעיתים רק בדיעבד והיא תתבצע על פי מבחני הפסיקה, בהתאם לנסיבות הספציפיות של כל מקרה. "יש לפרש את החוק בצורה דווקנית, על פי תכליתו המוצהרת והמפורשת, להבטיח את זכויות העובד המועסק בתבנית ההעסקה המשולשת, ומניעת ניצולו [ראו במאמרה של רות בן ישראל, מיקור חוץ (Outsourcing) 'מתמקרים' החוצה, העסקת עובדים על ידי כוח אדם, פרשנות אחרת המרת העסקה הפורמאלית בעסקה האוטנטית, ספר ברנזון בעמ' 39, 40], פרנסיס רדאי, מדיניות העסקת עובדים באמצעות חברות כוח אדם: המחוקק, בתי המשפט וההסתדרות (המכון לחקר כלכלי חברתי, הסתדרות העובדים הכללית החדשה, 1998), בעמ' 27].

66. בדומה לזה נקבע, כי "בהעדר חקיקה המגינה על עובדים - המועסקים ביחסי עבודה מורכבים, אשר כוללים מספר גופים משפטיים - מחובתה של הפסיקה להשתחרר מגישה פורמאלית, לשאוף להבטחת הזכויות המובטחות לעובדים בחוקי המגן של משפט העבודה ולקדם את מטרתיהם של חוקים אלה. בית הדין אינו צריך להמתין לחקיקה או לחקיקת משנה לפתור את הבעיה של עובד המועסק ביחסי עבודה מורכבים. על בית הדין מוטלת האחריות לפסוק תוך התחשבות במטרה הגלומה בחוקי המגן של משפט העבודה, אפילו כרוך הדבר בחיפוש פתרונות חדשים לבעיות חדשות. על בית הדין לסייע הן לאכיפתם של חוקי העבודה המגן והן להשגת מטרתיהם, ואל לו לתת יד להפרתם או לעקיפתם." דב"ע נד/96-3 [מ.ב. מחלקת הבנייה של הקיבוץ הארצי בע"מ – חליל עבד אל רחמן עאבד](#), פד"ע כט 151 (1995) 161 (ההדגשה שלי – א"פ).

67. כפי שאומר המלומד גיא דוידוב, מן הראוי להטיל אחריות לזכויותיו של העובד, על המעסיק בפועל במערכת יחסים משולשת, וזאת, בין היתר בשל יכולתו הטובה יותר של המעסיק בפועל לשאת לכל הפחות באחריות שיורית כלפי העובדים, שכן המעסיק בפועל יכול לדרוש ערבויות במקרה הצורך, והוא זה הנהנה מפרי עבודתו של העובד בפועל.

[Guy Davidov, Joint Employer Status in Triangular Employment Relationships](#), 42 British Journal of Industrial Relations 727 (2004)

68. גישה זו עולה בקנה אחד עם ההלכות שנקבעו זה מכבר בבית הדין לעבודה על האחריות המיוחדת שחלה על "מקבלי שירותים" – ובמיוחד על המדינה – להבטיח את זכויותיהם של העובדים שיספקו בעמל כפיהם את "השירות":

"יחסי עבודה נכונים ומתוקנים מחייבים להגיע למצב לפיו מוטלת על מקבלי שירותים אחריות להבטיח כי קבלני המשנה שלהם מכבדים את חוקי המגן, לרבות החובה לשלם שכר ופיצויי פיטורים... הדין מכיר במיקור חוץ כצורת העסקה לגיטימית... **ובלבד שמקבל השירותים יפעל לשמירת זכויותיהם של עובדי כוח האדם מכוח משפט העבודה המגן**, ובייחוד כאשר מדובר במעסיק ציבורי כדוגמת המדינה" (ע"ע 1363/02 [דינה חזין נ' תנופה שירותי כ"א בע"מ](#) (2006) סעי' 10, ההדגשה שלי א"פ).

69. באופן דומה קבע בית הדין הארצי, כי "נקודת המוצא היא שיש לכבד את ההסדר ולהכיר במעמדו של הקבלן – הוא המעסיק הפורמלי – כמעסיק האמיתי, אלא אם הוא נוגד את החוק, או שאין



הוא עולה בקנה אחד עם "כללי המשחק" המקובלים לסוג זה של העסקה. (ע"ע (ארצי) 410/06 המוסד לביטוח לאומי נ' ראיד פאהום (2008) סע' 31, 41, 40).

70. בענינו הפרה העירייה את "כללי המשחק המקובלים": בכך שלא עמדה על משמר עובדי הקבלן שהעסיקה, והתקשרה על פי הצעה שאינה מאפשרת לשלם לתובע את שכרו, ושוללת ממנו זכויות שמגיעות לעובדי ניקיון כמותו מכוח ההסכמים הקיבוציים. [וראה: ע"ב (ב"ש) 2316/04 ג'וזף בוטלוי נ' מלון שלום פלאזה (2006) פסקאות 37, 39] וראה: ע"ב (ב"ש) 1382/04 אבאיי טלאייה נ' אפדור בע"מ (2005) פסקה 46].

71. נסיבות העניין שלפנינו דומות דמיון רב, לפרשה שנדונה בבית הדין לעבודה בתל אביב, ושבה נפסק:

" תכלית מרכזית של דיני העבודה, כפי שאנו רואים זאת, היא למנוע מצב דוגמת זה בו נתקלנו במסגרת תיק זה. היינו, למנוע מצב בו עובדת – עולה חדשה, חסרת מעמד ברור בישראל... וכפי שניתן היה להתרשם ממעמד סוציו-אקונומי נמוך – עובדת משך תקופה ארוכה ללא קבלת תלושי שכר, ללא דיווח עליה כעובדת למוסד לביטוח לאומי, וללא קבלת זכויות בסיסיות. מצב זה – של עובדת "סוג ב'", שעובדת תקופה ממושכת בלא שקיים כל דיווח עליה כאילו היתה 'שקופה' – אינו מצב שיכול להתקיים במדינה מתוקנת בכלל ולפי משפט העבודה הישראלי בפרט. " [ע"ב (ת"א) 3054/04 איילת שמואלוב נ' פונס שרותי נקיון בע"מ, (2006), פסקה 65]

72. בהתאם לזאת, קבע בית הדין באותו עניין, כי יש להכיר במשתמש בפועל כמעסיק במשותף של התובעת לצורך אותן הוראות בסיסיות בחוקי המגן ובצווי ההרחבה הקובעות את זכותה לשכר ולזכויות סוציאליות מינימאליות. וזאת...:

**"בעיקר מטעמי מדיניות שיפוטית של השגת תכליתם של דיני העבודה.**

...

עלה מחומר הראיות כי החברה הציעה לבנק, על מנת לזכות בעבודה, סכום שעל פניו אינו יכול להספיק לתשלום שכר מינימום וזכויות מכוח חוקי המגן לשני העובדים שעבדו בסניף לפי דרישתו של הבנק. הסכמת הבנק לכך מהווה עצימת עיניים מלראות את ההפרה הבוטה של חוקי המגן שהתרחשה מדי יום בחצריו. סביר להניח כי לו ידע הבנק שיש לו אחריות כמעסיק במשותף כלפי התובעת, לא היה מתיר זאת, אלא מוודא – בדרכים העומדות לרשותו... כי החברה מקיימת אחר הוראת חוקי המגן. נזכיר בהקשר זה כי מקבלי השירותים נמצאים במעמד טוב משמעותית מהעובדים להבטיח כי לא תהא הפרה של חוקי המגן בחצריהם. " [ע"ב (ת"א) 3054/04 איילת שמואלוב נ' פונס שרותי נקיון בע"מ, (2006), סעיפים 66, 69].

73. בית הדין הנכבד מתבקש לאמץ את הדברים דלעיל ולקבוע כי העירייה היא מעסיק במשותף של התובע וחבה כלפיו לכל זכויותיו המקופחות.



**סוף דבר**

74. המרת העסקת עובדי ניקיון במכרזים לקבלת שירותי ניקיון, היא פרי תפישת העולם הניא-ליברלית שהתפתחה בעשורים האחרונים, ומוצדקת במונחים של יעילות כלכלית, התמחות וצמצום מצבי חוסר ודאות [ראה: ס"ק (ב"ש) 1071/04 [הסתדרות המעוף נ' עיריית ב"ש](#) (2004) סעי' 28].

75. אבל לצד ההיגיון הכלכלי קיימת גם נקודת מבט הומניסטית, המציבה את האדם במרכז, ולפיה יש במכרזים אלה פגם מובנה, או למצער – סכנה גדולה: הם פותחים את הפתח להעסקת עובדים "שקופים" ולקיפוחם: "שהקבלן יעשה את העבודה עם גמדים קטעים, רובוטים, עם פיות וקוסמים, לא אכפת ליי" (ראה סעיף 59 לעיל).

76. התובע מר י"ט, אינו גמד או רובוט, הוא עובד בשר ודם, קורבן לכוחות שוק פרועים וערלי לב, שדוחקים עובדות ועובדים שכמותו לתחתיות, עושקים את כבשת הרש שלהם, ושוללים את כבודם.

77. הסתבר, שצמצום העלויות וההתייעלות נעשית ברובה על חשבון העובדים. "המשתמשים", לרבות הרשויות הציבוריות שביניהם, מפרסמים מכרזים, לוחצים את התעריפים עוד ועוד כלפי מטה, דבר שמוביל ל"מירוץ לתחתית" ולקבלת הצעות גירעוניות – תעריפים שאינם מאפשרים לקבלנים להרוויח אלא אם יפגעו בזכויות העובדים. וכך אכן הם עושים.

78. התופעה של קיפוח עובדי הקבלן הפכה ל"מכת המדינה" – החשב הכללי, היועץ המשפטי לממשלה ובעקבותיהם גם מערכת בתי המשפט נזדעקו לתקן את המעוות ולמנוע מרשויות בעלות מכרז מלהתחמק מאחריותן כלפי עובדי הקבלן. בעוד שלא פסלו את מיקור החוץ כשיטת העסקה לגיטימית, הם חזרו והבהירו, כי אסור שהחיסכון וההתייעלות ייעשו על גבם של העובדים בכל צורה שהיא.

בית הדין הנכבד מתבקש ללכת בדרך זו.

79. לאור כל האמור לעיל, מתבקש בית הדין הנכבד להעניק למבקשות רשות להצטרף לדיון בעתירה כידידי בית המשפט ולאמץ את עמדתם דלעיל.

  
 אבנר פינצ'וק, עו"ד  
 מ"ר 15728  
 ב"כ המבקשות

היום, 31 במאי 2009