

**בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים**

עת"מ 46804-09-12

לפני כב' השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן

בעניין: 1. קקאו סנטר ניהול בתי קפה בע"מ

2. יוכי השקעות בע"מ

ע"י ב"כ עו"ד איתמר כץ ועו"ד סימה בן- העותרות  
משה

נגד

1. עיריית רמת גן

ע"י ב"כ עו"ד אסנת הורנשטיין מהמחלקה  
המשפטית בעירייה

2. הפארק הלאומי רמת גן בע"מ

ע"י ב"כ עו"ד חנוך קינן

המשיבות

ספרות:

[י' זמיר, הסמכות המינהלית \(תשנ"ו\)](#)[ע' דקל, מכרזים \(2004\)](#)

כתבי עת:

[דפנה ברק-ארז, "תאגידים ציבוריים", עיוני משפט, כרך יט \(תשנ"ה\) 273](#)[יואב דותן ברק מדינה, "חוקיות הפרטה של אספקת", משפטים, כרך לז \(תשס"ז\) 287](#)

חקיקה שאוזכרה:

[פקודת העיריות \[נוסח חדש\]: סע' 197, 198, 233, 248, 249, 249 \(30\), 249 \(7\), 249 \(8\)](#)[חוק חובת המכרזים, תשנ"ב-1992: סע' 2\(א\)](#)[תקנות חובת המכרזים, תשנ"ג-1993: סע' 1\(א\)](#)

מיני-רציו:

\* הפעלת בית קפה ומזנון על ידי המשיבות מהווה פעולה מובהקת בחוסר סמכות ואין בין פעילות כלכלית עסקית מובהקת זו לבין המטרות שלשמן הוקמה העירייה דבר, וחצי דבר.

\* רשויות מקומיות – סמכויות – הפעלת בית קפה

\* רשויות מקומיות – מכרזים – ניגוד עניינים

בית המשפט נדרש לשאלה: האם רשאית עיריית רמת גן להקים ולנהל בית קפה בין בעצמה, בין באמצעות חברה עירונית.

בית המשפט פסק כלהלן:

העיקרון המנחה בנוגע להפעלת סמכותה של רשות מקומית הוא, כאמור, עקרון חוקיות המינהל. עקרון זה מורה אותנו כי סמכותה של הרשות המנהלית מוגבלת אך לפעולות אשר התיר לה המחוקק לנקוט. הבסיס הרעיוני לעקרון זה הוא הרצון להבטיח כי פעולתו של מי שפועל בשמו של הציבור ואחראי להוצאת משאבי הציבור, תהיה כזו שהורשתה בדין ובהתאם לתכלית העומדת בבסיסו. העירייה היא רשות מנהלית וככזו יש בידיה רק את אותן סמכויות שהעניק לה המחוקק.

סמכויותיה של העירייה מפורטות באריכות בסעיף 249 לפקודת העיריות. העירייה מוסמכת לנקוט שורה ארוכה של פעולות בתחום הרווחה, התברואה, התחבורה, הבנייה, הניקיון ופעולות רבות אחרות. לצורך ההכרעה באשר להיקף התפרשותה של הסמכות המנהלית יש לקיים דיון פרשני בתכלית החקיקתית.

אין לעירייה סמכות להפעיל בית קפה. הרשות המקומית משמשת כזרועו הארוכה של השלטון המרכזי וייעודה להסדיר תחומי מחייה מסוימים בשטח שיפוטה. תפקידה של הרשות המקומית, באופן מסורתי, וכפי שעולה גם מפקודת העיריות, הוא לספק לציבור שירותים מוניציפאליים בתחום שיפוטה, תוך מתן דגש לאינטרסים המקומיים של הרשות ותושביה. זה ייעודה ולייעוד זה חייבת היא להקדיש משאביה.

הרשות המקומית מוסמכת לטפל ולפעול, רק – ואך ורק – בנושאים מוניציפאליים. בגדר זה בלבד נתחמו סמכויותיה ולצורך זה – ולצורך זה בלבד – הוסמכה הרשות לגבות תשלומי חובה מתושביה. ככל שהעירייה תבקש להפעיל את כוחה לתכלית שאין לה דבר עם אלו, אין היא מוסמכת לעשות כן.

הפעלת בית קפה ומזנון על ידי המשיבות מהווה פעולה מובהקת בחוסר סמכות ואין בין פעילות כלכלית-עסקית מובהקת זו לבין המטרות שלשמן הוקמה העירייה דבר, וחצי דבר. פעילות עסקית כאמור אף חושפת את העירייה למצב של ניגוד עניינים בין רצונה למקסם את רווחי העסק החדש, לבין האינטרסים המקומיים של הרשות ותושביה, יש בה פתח לשחיתות ויש בה כדי לפגוע באמון הציבור בשירות הציבורי. די בכך, כדי להביא לקבלת העתירה.

החלטת העירייה להפעיל בעצמה בית קפה ומזנון בפארק הלאומי גם אינה עולה בקנה אחד עם החובה החלה על העירייה לקיים מכרז כדיון. עם חקיקת חוק חובת מכרזים, הכלל הוא כי יש לקיים מכרז בכל

מקרה בו מעורבת רשות ציבורית, ואי קיום מכרז הוא חריג. כתוצאה מכך הנטל על הרשות להראות מדוע אינה חייבת במכרז.

גם מקום שבו חל פטור פורמאלי מחובת מכרז – וכאמור, אין זה המצב בענייננו – אין העירייה רשאית לחלק את נכסיה באופן בלתי סביר, בדרך הפוגעת בעסקים הקיימים הפועלים במקום, ובלי לתת להם הזדמנות נאותה להגן על עסקיהם. בבסיס חובת המכרז עומדת, בין היתר, החובה לנהל את ענייני הרשות באופן שיש בו מתן סיכוי שווה ויחס זהה והוגן לכל איש מתוך הציבור.

מאחר שבית הקפה שמופעל על ידי המשיבות איננו מחויב בדמי שכירות, משמעות הדברים היא יצירת תחרות בלתי הוגנת.

## פסק דין

האם רשאית עיריית רמת גן להקים ולנהל בית קפה בין בעצמה, בין באמצעות חברה עירונית. זו בתמצית השאלה שלפניי.

העותרת 1, קקאו סנטר ניהול בתי קפה בע"מ, מפעילה, באמצעות זכיון, מזנון ובית קפה בשטחי הפארק הלאומי ברמת גן. זאת, לאחר שזכתה במכרז פומבי שפרסמה עיריית רמת גן בשלהי שנת 2010, לשיפוץ והפעלה של בית קפה ומזנון במבנים המצויים בכניסה לפארק הלאומי. לאחרונה, החלה העירייה להפעיל מזנון ובית קפה במבנה נוסף, המצוי בתוך תחומי הפארק הלאומי, וזאת באמצעות הפארק הלאומי רמת גן בע"מ, שהינה חברה עירונית בשליטתה של העירייה.

לפני עתירה שבמסגרתה מתבקש בית המשפט לאסור על הפעלת המזנון ובית הקפה, אלא אם יופעל על ידי מי שיזכה במכרז פומבי, אשר יפורסם על ידי העירייה, כדון.

### 1. הרקע הנדרש ומהלך הדיון בעתירה

העותרת 1, קקאו סנטר ניהול בתי קפה בע"מ (להלן: "קקאו"), הינה חברה בע"מ העוסקת בהפעלת רשת בתי הקפה הידועה בשם "קקאו אספרסו בר". העותרת 2, יוכי **השקעות בע"מ** (להלן: "הזכיינית"), הינה בעלת זיכיון מאת קקאו להפעלת סניף של הרשת.

המשיבה 1, **עיריית רמת גן** (להלן: "העירייה"), היא הרשות המקומית שבתחומה מצוי הפארק הלאומי והיא האחראית על תחזוקתו והפעלתו. המשיבה 2, **הפארק הלאומי רמת גן בע"מ** (להלן: "חברת הפארק הלאומי"), הינה תאגיד עירוני ועיסוקה, על פי דיווחה לרשם החברות, הוא: **"לנהל, לתחזק, לטפח ולפתח את הפארק הלאומי ברמת גן"** (דו"ח רשם החברות צורף כנספח 1 לעתירה).

ביום 26.8.10 פרסמה העירייה מכרז פומבי שמספרו 32/2010 לשיפוץ והפעלה של בית קפה ומזנון, במבנים המצויים בכניסה לפארק הלאומי מרחוב אחד העם. מטבע הדברים, עיקר התחרות במכרז נגעה לגובה דמי השכירות שישלם הזוכה במכרז לעירייה, בתמורה לזכות להשתמש במבנים ולהפעיל בהם בית קפה.

קקאו, שהשתתפה במכרז, הוכרזה על ידי ועדת המכרזים של העירייה כזוכה במכרז, לאחר שהציעה לשלם לעירייה דמי שכירות חודשיים בסך של 80,000 ₪, בתמורה לזכות להשתמש במבנים נשוא המכרז ולהפעיל בהם בית קפה.

ביום 14.11.10 נחתם בין קקאו לבין העירייה הסכם, שבמסגרתו התחייבה קקאו לבצע שיפוצים במבנים נשוא המכרז ולאחר מכן ניתנה לה הזכות לשכור את המבנים ולהפעיל בהם מזנון ובית קפה למשך תקופה של חמש שנים, עם אופציה להאריך את תקופת השכירות לחמש שנים נוספות, וזאת בתמורה לדמי שכירות חודשיים בסך של 80,000 ₪ (העתק ההסכם צורף כנספח 3 לעתירה).

בישיבת מועצת העיר מיום 29.11.10, שבמסגרתה אושר ההסכם עם קקאו, הדגיש ראש העיר, מר צבי בר, כי המדובר ב"סכום אדיר" וב"מכרז מצוי" (עמודים רלבנטיים מפרוטוקול מועצת העיר מיום 29.11.10 צורפו כנספח 2 לעתירה).

לאחר חתימת ההסכם, ביצעה קקאו את השיפוצים הנדרשים במבנים והחלה להפעיל בהם, באמצעות הזכיינית, בית קפה ומזנון של הרשת.

על פי הנטען בעתירה, לקראת סוף חודש אוגוסט אשתקד נודע לעותרות, באקראי, כי עומד להיפתח בפארק הלאומי בית קפה ומזנון במבנה נוסף, המצוי במרחק של כ-200 מ' בלבד מבית הקפה, אשר עמד שומם בשנים האחרונות לאחר שהופעל בו בעבר קיוסק. העותרות, אשר תהו הכיצד יתכן כי פחות משנתיים לאחר שזכו במכרז עומד להיפתח בפארק הלאומי מזנון ובית קפה נוסף, וזאת מבלי שקדם לפתיחתו הליך כלשהו של מכרז, פנו למנהל הפארק הלאומי והאחרון הבהיר להן, כי אכן לא פורסם מכרז, שכן עבודות השיפוץ וההכשרה של המבנה הנוסף מבוצעות על ידי המשיבות ועל חשבונן והן אשר עתידות להפעיל את המזנון ובית הקפה.

על רקע זה, פנו העותרות למשיבות ביום 16.9.12 במכתב התראה, שבו דרשו כי המשיבות ינהגו במבנה הנוסף כשם שנהגו לגבי המבנים נשוא המכרז, היינו ככל שהתקבלה אצל

המשיבות החלטה להפעיל במבנה הנוסף בית קפה ומזנון, יקיימו מכרז פומבי להפעלתו (העתק המכתב מיום 16.9.12 צורף כנספח 4 לעתירה).

ביום 20.9.12 התקבלה תגובת המשיבות, באמצעות המחלקה המשפטית בעירייה, ובה נכתב, בין היתר, כך (העתק המכתב צורף כנספח 5 לעתירה):

**"תקנות העיריות (מכרזים) התשמ"ח – 1987 (להלן: "התקנות") מחייבות את העירייה לפרסם מכרז ולבצע תחרות במקרים בהם נדרשת לשלם כספים ו/או לקבל כספים. ברי כי העירייה אינה כפופה להוראות התקנות במקרה בו מבקשת להקים ולהפעיל מזנון בפארק באמצעות תאגיד עירוני מטעמה – חברת הפארק הלאומי. בנסיבות כאמור, נראה כי העירייה פעלה כדין. אין כל מניעה להקים ולהפעיל מזנון בפארק הלאומי על ידי חברת הפארק הלאומי, וברי כי אין כל מקום לפרסום מכרז במקרה זה."**

עוד נטען בתגובה, כי מעולם לא ניתנה התחייבות כלשהי כלפי העותרות לבלעדיות בהפעלת בית קפה או מזנון בתחומי הפארק הלאומי.

#### **על רקע האמור, הוגשה העתירה.**

בתגובתן לעתירה טענו המשיבות, בין היתר, כי בית משפט זה נעדר סמכות עניינית לדון בעתירה ככל שהיא מכוונת כנגד חברת הפארק הלאומי, שהינה תאגיד עירוני, אשר על פי הטענה איננו מצוי בגדר סמכויותיו של בית המשפט לעניינים מינהליים. לגופם של דברים נטען, כי אין כל פסול בהפעלה עצמית של בית קפה על ידי העירייה.

בדיון מקדמי שהתקיים ביום 25.11.12 דחיתי את טענת המשיבות בעניין הסמכות. כמו כן, המלצתי לעירייה לשקול שנית את עמדתה, באם היא מוכנה לערוך מכרז להפעלת בית הקפה הנוסף.

ביום 5.12.12 הודיעה העירייה, כי היא עומדת על עמדתה לפיה היא רשאית להפעיל את בית הקפה. העירייה ציינה בהודעתה, כי תוך כדי בירור עמדתה הסתבר כי בעבר אכן פורסם מכרז להפעלת המזנון הנוסף. ביום 14.2.08 פורסם מכרז פומבי בשיטת B.O.T לשיפוץ ולהפעלת בית קפה במבנה הנוסף נשוא העתירה וכי למכרז זה לא הוגשו כל הצעות, אף שניתנה ארכה נוספת להגשתן. לטענת העירייה, העובדה שלא הוגשו הצעות כאמור יצרה שינוי נסיבות שבגיננו, בין היתר, הוחלט להפעיל את המזנון ובית הקפה באמצעים עצמאיים, באמצעות חברת הפארק הלאומי. בהודעה צוין גם, כי חברת הפארק הלאומי השקיעה עד כה מאמצים ומשאבים מרובים בשיפוץ ובהכשרת המבנה, הנאמדים בסכום של 1,300,000 ₪ לערך.

ביום 13.12.12 הגישה העירייה בקשה להגשת תצהיר נוסף, לתמיכה באמור בהודעתה מיום 5.12.12 לענין עצם פרסום המכרז בעבר. בו ביום הורת, כך:

**"המשיבה רשאית להגיש תצהיר רק אם יצורף לו המכרז עצמו וכן הפרוטוקולים של ועדת המכרזים מהם עולה כי לא היו מציעים במכרז."**

ביום 23.12.12 הוגשו מטעם העירייה שני תצהירים; תצהירו של מר אברהם לב, אשר כיהן כמנהל מזכירות העירייה בעת שפורסם המכרז לשיפוץ ולהפעלת בית הקפה נשוא העתירה וכן תצהירו של מר איציק אוז'לבו, אשר כיהן כסגן מהנדס העיר בעת פרסום המכרז. לתצהירים צורפו מסמכי המכרז, ההזמנה להציע הצעות למכרז שפורסמה בעיתונים "הארץ" ו"גלובס" וכן ההודעה המאריכה את מועד הגשת ההצעות, כפי שפורסמה בעיתונים "ידיעות אחרונות", "מעריב" ו"גלובס".

ביום 27.12.12 הגישו העותרות בקשה להשלמת טיעון קצרה בעקבות התצהירים המשלימים שהגישה העירייה. ביום 7.1.13 הורת, כי העותרות יוכלו להתייחס לטענות הנוספות שהועלו בדיון שנקבע ליום 13.1.13. ביום 13.1.13 התקיים דיון נוסף בעתירה, שבמסגרתו התייחסו הצדדים גם לטענות הנוספות שהועלו במסגרת הודעת העירייה מיום 5.12.12 והתצהירים שהוגשו ביום 23.12.12.

## 2. טענות הצדדים

**העותרות** טוענות, כי לעירייה אין כל סמכות להפעיל בעצמה עסק של בית קפה ומזנון, לנוכח הסמכויות המסורות לה [בסעיף 249 לפקודת העיריות](#) [נוסח חדש] (להלן: "**פקודת העיריות**" או "**הפקודה**"), וממילא, בהעדר סמכות משל עצמה, העירייה אינה יכולה להקנות סמכות כזו לחברת הפארק הלאומי.

**העותרות** טוענות עוד, כי ככל שהתקבלה אצל המשיבות החלטה להפעיל במבנה הנוסף בית קפה ומזנון, היה עליהן לעשות כן במסגרת מכרז פומבי. נטען גם, כי בעצם העובדה שהמשיבות פרסמו בעבר (5 שנים קודם לכן), מכרז ביחס לבית הקפה והמזנון שאותו מפעילות העותרות, הן גילו דעתן כי בנכסים המוחזקים בידי המשיבות אין מקום להפעלת בית קפה ומזנון, אלא במסגרת מכרז פומבי.

**העותרות** מוסיפות וטוענות, כי החלטת המשיבות לפתוח בית קפה ומזנון בפארק הלאומי, אשר יופעל על ידן באופן אישי, הינה החלטה בלתי סבירה בעליל. על פי הטענה,

המדובר בהחלטה אשר גורמת למשיבות להימצא במצב תמידי של ניגוד עניינים בין הרצון שלהן למקסם רווחים בעסק החדש לבין חובתן למלא תפקידים המוטלים עליהן בתור רשות מינהלית.

עוד טוענות **העותרות**, כי החלטת המשיבות לפתוח בית קפה ומזנון בפארק הלאומי, אשר יופעל על ידן באופן אישי, הינה החלטה שרירותית, שכן לא ניתן להעלות על הדעת אפילו שיקול רלבנטי אחד, אשר יש בו כדי ליצור הבחנה רלבנטית בין המבנים נשוא המכרז לבין המבנה הנוסף, שלגביו הוחלט כי אין חובת במכרז. נטען גם, כי הפעלת בית קפה אחד בפארק הלאומי ללא מכרז ובית קפה נוסף בכפוף למכרז חושפת את העותרות לתחרות בלתי הוגנת, שכן ברור כי גורם אשר זכה במכרז ונדרש לשלם דמי שכירות חודשיים בסך של 80,000 ₪ ובנוסף מסי ארנונה, הוצאות חשמל ומים, אינו מסוגל להתחרות בגורם אשר מפעיל עסק זהה, מבלי להיות מחויב בכל אלה.

**העותרות** טוענות עוד, כי העובדה (שהתגלתה לאחר הגשת העתירה), כי המשיבות פרסמו בעבר מכרז בקשר עם בית הקפה נשוא העתירה מלמדת, כי המשיבות ראו עצמן חייבות בפרסום מכרז בשעתו והן מושתקות עתה מלטעון כי לא הייתה חובה כאמור וכי מכל מקום, לא ניתן להיתלות בעובדה שלא הוגשו הצעות למכרז שפורסם בשנת 2008 כתירוץ לאי פרסום מכרז בשנת 2012.

**המשיבות** טוענות, כי יש לדחות את העתירה על הסף בשל חוסר ניקיון הכפיים של העותרות, אשר לא גילו במסגרת עתירתן כי הסכם השכירות של בית הקפה נחתם עם קקאו בלבד, ובו התחייבה קקאו שלא תעביר או תמחה את זכויותיה לאחר, אלא ברשות העירייה. חרף האמור, הועברה הזכות לזכיינית, מבלי שנתבקשה – וממילא מבלי שניתנה – רשות העירייה. נטען, כי יש לדחות את העתירה על הסף גם מהטעם שדבק שיהוי בהגשתה. על פי הטענה, העותרות, אשר למדו זה מכבר על כוונת המשיבות להפעיל את בית הקפה בעצמן, שקטו על שמריהן והגישו את העתירה רק לאחר שבית הקפה נפתח והעירייה השקיעה סך של 1,300,000 ₪ לערך בשיפוץ המבנה.

**המשיבות** טוענות עוד, כי אין כל פסול בהפעלה עצמית של בית קפה ומזנון בפארק הלאומי. על פי הטענה, כשם [סעיף 7\(249\) לפקודת העיריות](#) מתיר לרשות המפעילה בריכה להפעיל גם מזנון, כך רשאית לעשות רשות המפעילה בתחומה גנים. נטען גם, כי יש לראות בהפעלת בית הקפה והמזנון משום שיפור במתקני הפארק הלאומי בצד שירות ראוי והוגן לציבור המבקרים בו, המותר למשיבות מכוח [סעיף 8\(249\) לפקודת העיריות](#),

המתיר לרשות או לתאגיד מטעמה 'לספק, להתקין, להתוות, לתכנן, לשפר לקיים, להסדיר גנים וגינות ומקומות מרגוע או נופש אחרים לשימוש הציבור.'"

**המשיבות** מוסיפות וטוענות, כי גם אם מטרתן בהפעלת בית הקפה והמזנון הינה מסחרית גרידא, אין בכך כל פסול, שכן כי קיומו של בית קפה ומזנון נוסף בתחומי הפארק הינו ראוי ורצוי לציבור, מה גם שההכנסות מבית הקפה נכנסות לקופה הציבורית ובכך כלל תושבי העיר יוצאים נשכרים.

עוד טוענות **המשיבות**, כי בנסיבות ענייננו, בהן הרשות, בעצמה, מסוגלת להפעיל את בית הקפה, אזי היא אינה מחויבת בעריכת מכרז. זאת במיוחד, כאשר הפעלה עצמית מיטיבה עם הציבור ועם הקופה הציבורית, כבענייננו.

**המשיבות** טוענות עוד, כי גם העובדה שלא הוגשו הצעות למכרז שפורסם בעבר להפעלת בית הקפה נשוא העתירה, הביאה לקבלת ההחלטה להפעיל את בית הקפה באמצעים עצמאיים. המשיבות טוענות, לעניין זה, כי העובדה שפורסם מכרז בשעתו אינה מלמדת כי הייתה חובה לעשות כן, זאת במיוחד בנסיבות בהן יכולה הרשות להפעיל בעצמה את בית הקפה.

לבסוף טוענות **המשיבות**, כי כל מטרתן של העותרות בהגשת העתירה הוא למנוע תחרות הוגנת במקום ובכך להבטיח את המשך מכירת השירותים והמוצרים המוצעים על ידן, במחיר מופקע.

### 3. טענות מקדמיות

**לא מצאתי ממש בטענות המקדמיות שהעלו המשיבות בגדרי עתירה זו.**

המשיבות טוענות כי הסכם השכירות נחתם עם קקאו בלבד וכי קקאו התחייבה בגדרו כי לא תעביר או תמחה את זכויותיה לאחר, אלא ברשות העירייה. חרף האמור, הועברה הזכות לזכיינית, מבלי שנתבקשה – וממילא מבלי שניתנה – רשות העירייה. לטענת המשיבות, די בעובדה זו כדי להביא לדחיית העתירה על הסף בשל חוסר ניקיון הכפיים של העותרות. לטעמי, אין די בעניין זה כדי להביא לסילוק העתירה על הסף מבלי שייערך דיון לגופו של עניין. השאלה שמתעוררת בגדרי העתירה שלפני הינה שאלה עקרונית וחשובה, הנוגעת לסמכויות העירייה ולחובותיה על פי דין בכל הנוגע להפעלה עצמית של בית קפה ומזנון. בנסיבות אלה, אין לחסום את דרכן של העותרות בשל טעם זה בלבד. מובן, כי ככל שהעירייה סבורה כי קקאו הפרה את ההסכם עמה, היא רשאית לפעול בקשר לכך במסגרת הסעדים המוקנים לה על פי דין.



במהלך הדיון לגוף העתירה, הועלתה על ידי המשיבות, בקול רפה, גם הטענה כי העותרות השתהו בהגשת העתירה. עתירה זו הוגשה ביום 23.9.12, מיד לאחר שנתקבלה עמדת המשיבות לפניית העותרות, ומכאן שאין ממש בטענת השיהוי.

#### 4. עיקרון חוקיות המינהל וסמכויות העירייה

א. סמכויות הרשות - כללי

לאור עמדת המשיבות בעתירה שלפני, אין מנוס מלהזכיר מושכלות יסוד בדיני המשפט המינהלי לעניין סמכויותיה של רשות:

"הסמכות היא מושג היסוד של המשפט המינהלי. כל רשות מינהלית חייבת לפעול בתוך דל"ת אמות הסמכות שהוקנתה לה בחוק. העיקרון המבטא חובה זו נקרא עקרון חוקיות המינהל. הוא קובע את כפיפותה של הרשות המינהלית לחוק. לפי עקרון חוקיות המינהל, הרשות המינהלית רשאית ומוסמכת לעשות רק אותן פעולות שהחוק הסמיך אותה לעשותן. בניגוד לאדם טבעי, אשר רשאי לעשות כל מה שלא נאסר עליו (עמדה המשתקפת גם בעקרון החוקיות של המשפט הפלילי), מנועה הרשות המינהלית מפעולות שלא הוסמכה לעשותן בחוק או מכוחו. למעשה, שני הפנים של עקרון החוקיות מכוונים לאותה תכלית – הגבלת כוחו של השלטון והבטחת חירויותיו של היחיד, בהתאם למסורת הליברלית – וניתן לראותם כמשלימים זה את זה. נוסף לכך, עקרון חוקיות המינהל מחזק את הדמוקרטיה, משום שהוא מחייב כי ההחלטות הנוגעות לכוחו של השלטון יהיו מבוססות על חוק שהתקבל ברשות המחוקקת הנבחרת. למעשה, עיקרון חוקיות המינהל הוא הביטוי של עיקרון שלטון החוק בתחום המשפט המינהלי"

מתוך ספרה של דפנה ברק-ארז, **משפט מינהלי**, 99 (כרך א', התש"ע-2010, להלן: **ברק-ארז, משפט מינהלי**).

העיקרון המנחה בנוגע להפעלת סמכותה של רשות מקומית הוא, כאמור, עקרון חוקיות המינהל (ראו יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א עמ' 82-73 (מהדורה שנייה, 2010, להלן: **זמיר, הסמכות המינהלית, ברק-ארז, משפט מינהלי**, עמ' 98; [ע"א 1644/04 עיריית רמלה נ' מרכז סליקה בנקאית בע"מ, פ"ד ס\(3\) 330, 338-339](#) (ניתן ביום 28.11.05, להלן: **"עניין מרכז סליקה"**)). עקרון זה מורה אותנו כי סמכותה של הרשות המינהלית מוגבלת אך לפעולות אשר התיר לה המחוקק לנקוט (ראו: **זמיר, הסמכות המינהלית**, בעמ' 75; [בג"ץ 36/51 חת נ' מועצת עיריית חיפה, פ"ד ה\(3\) 1553, 1557](#) (1951); [בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המסים](#), [פורסם בנבו] פסקה 13 לפסק-דינו של כב' השופט ע' פוגלמן (2010)).

הבסיס הרעיוני לעקרון זה הוא הרצון להבטיח כי פעולתו של מי שפועל בשמו של הציבור ואחראי להוצאת משאבי הציבור, תהיה כזו שהורשתה בדין ובהתאם לתכלית העומדת בבסיסו (ראו זמיר, **הסמכות המינהלית** בעמ' 205; [בג"ץ 7186/06 מלינובסקי נ' עיריית חולון](#), פסקה ל"ט [פורסם בנבו] (ניתן ביום 29.12.09); [ע"א 1600/08 מקסימדיה פרסום חוצות בע"מ נ' עיריית תל אביב יפו](#), פסקה 7 [פורסם בנבו] (ניתן ביום 18.8.11, להלן: **"עניין מקסימדיה"**)).

ברק-ארז, משפט מינהלי, מדגישה לעניין זה (בעמ' 98):

**"עקרון חוקיות המינהל טומן בחובו הן את האיסור על פעולה בחוסר סמכות והן את האיסור על פעולה בחריגה מסמכות. תחולתו היא כללית. הוא חל ללא הבחנה על כלל ההיבטים של פעילות המינהל הציבורי – על כלל הרשויות (המדינה, השלטון המקומי ורשויות אחרות), על כלל הפעולות שהן מבצעות (בין בתחום השלטוני ובין בתחום החוזי-מסחרי) ועל כלל סוגי הסמכויות".**

ב. סמכויות העירייה

העירייה היא רשות מינהלית וככזו יש בידיה רק את אותן סמכויות שהעניק לה המחוקק. יפים לעניין זה דברי כב' השופט א' לוי בעניין **מרכז סליקה** (בעמ' 347):

**"אכן, עירייה היא ישות מתחום המשפט הציבורי. אין בידיה אלא אותן סמכויות שנמסרו לה בחקיקה. אין היא רשאית לנקוט אלא אותן פעולות המתחייבות מן התכלית שלשמה הוקמה. עקרון זה אינו פורמליסטי גרידא. בבסיסו מונחת התפישה לפיה פעולותיהן של רשויות ציבוריות, בהשפיען על ציבור רחב, בשל ההשלכות הניכרות העשויות להיות להן, ובשל חובת הרשויות לשמש כנאמן הציבור, לא יוכלו לעמוד שעה שאין הן מעוגנות בדין."**

סמכויותיה של העירייה מפורטות באריכות [בסעיף 249 לפקודת העיריות](#). העירייה מוסמכת לנקוט שורה ארוכה של פעולות בתחום הרווחה, התברואה, התחבורה, הבנייה, הניקיון ופעולות רבות אחרות. יוער, כי לצדו של [סעיף 249](#) העוסק בסמכות העירייה, נמצא גם סעיפים המטילים על העירייה חובות שאף הן מתרכזות בתחומי הרווחה המוניציפלית (ראו למשל סעיפים [248-א](#) [233 לפקודת העיריות](#)).

לצורך ההכרעה באשר להיקף התפרשותה של הסמכות המינהלית יש לקיים דיון פרשני בתכלית החקיקתית (ראו, למשל: [בג"ץ 6728/06 עמותת "אומץ" נ' ראש ממשלת ישראל](#) [פורסם בנבו] (2006) שם נדונה התכלית של סמכות הממשלה להקים ועדת בדיקה).

הפרשנות התכליתית של [פקודת העיריות](#) מביאה אותי למסקנה כי אין לעירייה סמכות להפעיל בית קפה. הרשות המקומית משמשת כזרוע הארוכה של השלטון המרכזי

וייעודה להסדיר תחומי מחייה מסוימים בשטח שיפוטה. תפקידה של הרשות המקומית, באופן מסורתי, וכפי שעולה גם מ**מפקודת העיריות**, הוא לספק לציבור שירותים מוניציפאליים בתחום שיפוטה, תוך מתן דגש לאינטרסים המקומיים של הרשות ותושביה. זה ייעודה ולייעוד זה חייבת היא להקדיש משאביה (ראו **זמיר, הסמכות המינהלית** בעמ' 449; **בג"ץ 2838/95 גרינברג נ' המועצה המקומית קצרין, פ"ד נג' (1) 1, 18 (1997)**; **בג"ץ 6741/99 יקותיאל נ' שר הפנים, פ"ד נה' (3) 673, 705 (2001)**); עניין **מרכז סליקה**, בעמ' 342; **בג"ץ 10104/04 שלום עכשיו שעל מפעלים חינוכיים נ' גב' רות יוסף, הממונה על היישובים היהודיים ביהודה ושומרון, פ"ד סא' (2) 93 (2006)**, להלן: **עניין שלום עכשיו**); עניין **מקסימדיה**, בפסקה 16).

מכאן שהרשות המקומית מוסמכת לטפל ולפעול, רק – ואך ורק – בנושאים מוניציפאליים. בגדר זה בלבד נתחמו סמכויותיה ולצורך זה – ולצורך זה בלבד – הוסמכה הרשות לגבות תשלומי חובה מתושביה. ככל שהעירייה תבקש להפעיל את כוחה לתכלית שאין לה דבר עם אלו, אין היא מוסמכת לעשות כן. יפים לענייננו דבריו של כב' השופט מ' חשין בעניין **שלום עכשיו**, בפסקה 13 לפסק דינו:

"הדין החרות הוא הקובע את מעטפת סמכויותיה של הרשות המקומית, ובתוך מעטפת זו ניתנת לה לרשות המקומית אוטונומיה שהשלטון המרכזי מחויב בכבודה. אין הרשות המקומית מותרת לחזור מבעד לקרום המעטפת ולחרוג מן הסמכויות שנקבעו בדין. מעטפת סמכויותיה של הרשות המקומית - אותן סמכויות שבגדרן ניתנה לה אוטונומיה - עניינה במוניציפאלי: ברווחת החיים המוניציפאליים ובשטח שיפוטה של הרשות המקומית, ופירוש הדבר לענייננו הוא, שהרשות המקומית הוסמכה לטפל ולפעול בכל עניין הנוגע לשירותים מוניציפאליים בתחומיה, ואין היא בת-סמכות לעסוק בסוגיות שאין עניינן ברווחתם המוניציפאלית של תושבי הרשות. בעיקר אין הרשות בת-סמכות לעסוק בסוגיות כלל-ארציות, שהסמכות לעסוק בהן לשלטון המרכזי ניתנה. מעיקרה, ועל-פי עצם מהותה, לא נועדה הרשות המקומית ואין היא בת-סמכות להעסיק עצמה - בכפיפות להוראות דין מיוחדות - בנושאים שלא הוסמכה מפורשות לעסוק בהם או בטריטוריה שהיא מחוץ לטריטוריה שהוקצתה לה. הצופן הגנטי של הרשות המקומית פשוט אינו מאפשר לה, מלידה, לעשות מעשים אלה ואחרים."

#### ג. מכירת שירותים ע"י הרשות

המשיבות טוענות, כי **סעיף (7)249 לפקודת העיריות** מתיר לרשות המפעילה בריכה להפעיל גם מזנון וכי מכוח אותו עיקרון יש לאפשר לרשות המפעילה גנים להפעיל מתקנים בתחומי הגנים ובהם מזנון. נטען גם, כי יש לראות בהפעלת בית הקפה והמזנון משום שיפור במתקני הפארק הלאומי בצד שירות ראוי והוגן לציבור המבקרים בו, המותר למשיבות מכוח **סעיף (8)249 לפקודת העיריות**, המתיר לרשות או לתאגיד מטעמה **"לספק, להתקין, להתוות, לתכנן, לשפר לקיים, להסדיר גנים וגינות ומקומות מרגוע או נפש אחרים לשימוש הציבור."**

השאלה של היקף סמכות הרשות לבחור בפעולה במתכונת של מכירת שירותים, להבדיל מהספקתם, נדונה אך לא הוכרעה בשני עניינים. הראשון, [בג"ץ 5394/92 הופרט נ' יד ושם" רשות זכרון לשואה ולגבורה, פ"ד מח \(3\) 353 \(1994\), להלן: עניין יד ושם](#), והשני, [בג"ץ 8676/00 אדם טבע ודין נ' עיריית רעננה, פ"ד נט \(2\) 210 \(2004\), להלן: פארק רעננה](#). בעניין יד ושם התייחסה העתירה ליוזמה של יד ושם לאפשר הנצחה שמית בתשלום. העתירה כנגד היוזמה נדחתה. בעתירה העלו העותרים בין השאר טענת חוסר סמכות שנדחתה לאור הניסוח הרחב של החקיקה המסמיכה. בית המשפט לא דן בשאלה האם פעילות המבוססת על מכירת שירותים נדרשת להסמכה מיוחדת.

בפרשת [פארק רעננה](#), העירייה התנתה את הכניסה לפארק בתשלום של מי שאינם תושבי העיר. בית המשפט דחה את העתירה כיוון שמדובר בשירות וולנטרי, וגם כאן לא דן בשאלה העקרונית האם נדרשת לכך הסמכה.

במקרים של [יד ושם ופארק רעננה](#) בית המשפט העליון אמנם לא דן בשאלה האם ניתן לדרוש תשלום עבור שירות וולנטרי ללא הסמכה מפורשת, אולם, באותם מקרים עצם מתן השירות היה בלב ליבה של סמכות הרשות. בעניין [פארק רעננה](#) קובעת הפקודה במפורש את הסמכות להקים פארקים, ובעניין יד ושם קובעת הסמכות אפשרות ליוזם מפעלי הנצחה. היינו, באותם מקרים נדונה השאלה האם הרשות יכולה לפעול בדרך עסקית בתחומים הנופלים לגדר תפקידיה בחוק. גם שאלה זו נתונה במחלוקת ולמעשה מחייבת הכרעה במדיניות ההפרטה (ראו למשל: דפנה ברק-ארז, "המשפט הציבורי של ההפרטה: מודלים, נורמות ואתגרים" [עיוני משפט](#) ל' 461 (2008); יואב דותן וברק [מדינה "חוקיות ההפרטה של אספקת שירותים ציבוריים" משפטים](#) לז' 287 (2007).

אולם, מקרים אלו שונים לחלוטין מהמקרה שלפניי, בו עצם הפעלת בית הקפה אינה עולה בקנה אחד עם סמכויות העירייה.

בעניין זה נקבע משכבר הימים, מפי כב' השופט א' ויתקון [בג"ץ 36/51 הנ"ל](#), בעמ' 1557:

"עיריה, הרי זו גוף משפטי שנוצר על ידי החוק ושאינו לו קיום אלא על פי החוק. היקף סמכויותיו מוגדר לפי החוק, וכל דבר החורג מד' אמותיו של החוק בטל ומבוטל הוא (ultra vires). בבואנו לשקול אם דבר מסוים חורג מסמכויות המועצה אם לא, המבחן אינו, אם [פקודת העירונית](#) אוסרת את הדבר, בפירוש או מכללא, אלא אם הדבר מותר לפיה. לשון אחרת, לא די בכך שהדבר אינו אסור; הוא צריך להיות מותר, כדי להיות כשר בעיני החוק. החוק אינו משאיר, כביכול, חלל ריק, שמותר למלאו לפי הרצון."

המשיבות טוענות, כי ההכנסות מבית הקפה נכנסות לקופה הציבורית ובכך כלל תושבי העיר יוצאים נשכרים וכי קיומו של בית קפה ומזנון נוסף בתחומי הפארק הינו ראוי ורצוי לציבור. כאמור, ספק אם הרשות מוסמכת לגבות כספים עבור פעילות וולנטרית שהיא מבצעת במסגרת סמכותה (בעקבות פרשת **פארק רעננה** תוקן החוק ואסר על גביית תשלום לפארקים עירוניים). אולם, וודאי שאין היא רשאית לעשות כן במקרים בהם הפעולה עצמה אינה בגדר סמכויותיה. הרי מכוח טיעון זה יכולה העירייה לעסוק בכל פעילות עסקית מסחרית באשר היא, ובלבד שתכניס כספים לקופתה.

האינטרס הכלכלי, להכניס כספים לקופת העירייה אינו מצדיק סטייה מעיקרון חוקיות המינהל. על כך אוסיף, כי מכל מקום, האינטרס של תושבי הרשות יושג במלואו גם אם בית הקפה במבנה הנוסף יופעל על ידי גורם מסחרי שישלם לעירייה דמי שכירות נכבדים, שיעשירו את קופת העירייה, כפי שנעשה במקרה של העותרת. בהחלט ייתכן כי ההכנסות כתוצאה ממכרז יעלו על ההכנסות מהפעלת בית הקפה.

העירייה טוענת, כי היא רשאית להפעיל בית קפה ומזנון בפארק הלאומי, שכן הפעלתו נעשית על ידי חברת הפארק הלאומי. לא כך הם פני הדברים. [סעיף 249 \(30\) לפקודת העיריות](#) מקנה לעירייה סמכות לפעול באמצעות תאגידים שיש בהם כדי לסייע להגשמת מטרות שבתחום סמכויות העירייה. היינו, תאגיד עירוני הינו בבחינת זרועה הארוכה של העירייה ועל כן סמכויותיו אינן יכולות להיות רחבות מסמכויות העירייה (ראו: דפנה [ברק-ארז, "תאגידים ציבוריים"](#), [עיוני משפט](#) יט 273 (תשנ"ה). תאגיד עירוני יכול לבצע את התפקידים והמשימות המוטלים על העירייה לפי כל דין, היינו תפקידים ומשימות ציבוריים (ראו [בג"ץ 3250/94 אברהם אורן נ' מועצת עיריית פתח-תקווה, מט](#) (5) 17, 23 (1995)). כשם שהעירייה אינה יכולה להפעיל עסק של בית קפה ומזנון בעצמה, אין היא יכולה לעשות כן באמצעות תאגיד עירוני.

מן האמור לעיל עולה, כי הפעלת בית קפה ומזנון על ידי המשיבות מהווה פעולה מובהקת בחוסר סמכות ואין בין פעילות כלכלית-עסקית מובהקת זו לבין המטרות שלשמן הוקמה העירייה דבר, וחצי דבר. פעילות עסקית כאמור אף חושפת את העירייה למצב של ניגוד עניינים בין רצונה למקסם את רווחי העסק החדש, לבין האינטרסים המקומיים של הרשות ותושביה, יש בה פתח לשחיתות ויש בה כדי לפגוע באמון הציבור בשירות הציבורי. די בכך, כדי להביא לקבלת העתירה. כפי שיובהר להלן, החלטת העירייה להפעיל בעצמה בית קפה ומזנון בפארק הלאומי גם אינה עולה בקנה אחד עם החובה החלה על העירייה לקיים מכרז כדין.

## 5. חובת מכרז

סעיף 197 לפקודת העיריות קובע באופן מפורש:

**"לא תתקשר עירייה בחוזה להעברת מקרקעין או טובין או לביצוע עבודה אלא על פי מכרז פומבי".**

עירייה כפופה לחובת מכרז גם מכוח סעיף 2(א) לחוק חובת מכרזים, תשנ"ב-1992 (להלן: "חוק חובת מכרזים"), הקובע את הכלל לקיום מכרז פומבי בהתקשרות של רשות, כדלקמן:

**"(א) המדינה, כל תאגיד ממשלתי, תאגיד מקומי, מועצה דתית, קופת חולים ומוסד להשכלה גבוהה לא יתקשרו בחוזה לביצוע עיסקה בטובין או במקרקעין, או לביצוע עבודה, או לרכישת שירותים, אלא על-פי מכרז פומבי הנותן לכל אדם הזדמנות שווה להשתתף בו".**

הביטוי "תאגיד ממשלתי" כולל גם עיריות, מועצות אזוריות ומועצות מקומיות בהיותן "תאגיד שהוקם בחוק" ומכאן שגם גופים אלו כפופים לחובת מכרז מכוח חוק חובת מכרזים, אם כי לעצם הטלתה של חובת מכרז על גופים אלה אין משמעות מעשית, שכן חלה עליהם, ממילא, חובת מכרז מכוח ההסדר המיוחד שבסעיף 197 לפקודת העיריות (ראו עומר דקל, מכרזים (2004) כרך א' (להלן: דקל, מכרזים), בעמ' 205).

יש להדגיש כי עם חקיקת חוק חובת מכרזים, הכלל הוא כי יש לקיים מכרז בכל מקרה בו מעורבת רשות ציבורית, ואי קיום מכרז הוא חריג. כתוצאה מכך הנטל על הרשות להראות מדוע אינה חייבת במכרז (ראו: עומר דקל, חובת המכרזים של גופים ציבוריים, פרק 8, עמ' 362 (2001)).

החובה לערוך מכרז היא רחבה ומתייחסת לכל סוגי העסקאות שמבצעת רשות מקומית (ראו דקל, מכרזים עמ' 205). הגיון הדברים ברור והוא כי ראש רשות נתון ללחצים פוליטיים וחשוף למשאלות בעלי אינטרסים שונים. על חלוקת משאבי העירייה להיעשות בהליך מסודר ושקוף, כדי למנוע הקצאה לא שוויונית של משאבי העירייה ולהבטיח שמירה על טוהר המידות, מניעת משוא פנים ושחיתות, וכדברי כב' השופט ברנזון בבג"צ 101/74 בינוי ופיתוח בנגב בע"מ נ' שר הבטחון, פ"ד כח (2) 449, 451-452 (1974):

**"היסוד לשיטת המכרזים של גופים ציבוריים, שנשתרשה בארץ, הוא הרצון והדאגה להבטיח התנהגות נאותה של שליחי הציבור במסירת עבודות ורכישת טובין ושירותים. כלומר: מניעת העדפה שרירותית, ולא-כל-שכן שחיתות או אנוכיות מתוך אינטרס עצמי של העוסקים בענינים אלה, שהפיתוי בהם הוא גדול ורב משקל. כל הדינים והכללים שנקבעו בתחום זה לא באו אלא כדי להבטיח בראש ובראשונה הגינות,**

**טוהר מידות ונקיון כפיים, שהם מסימניו של מימשל תקין וראוי לשמו. חשוב ביותר, שמידות אלה יתקיימו וגם ייראה שנתקיימו."**

ואכן, המטרה הראשונה שמנגנון המכרז נועד להגשים הינה שמירה על טוהר המידות ומניעת התקשרות מתוך משוא פנים, ניגוד אינטרסים או כתוצאה משחיתות (ראו [דקל](#), [מכרזים](#) בעמ' 93-98). מטרה נוספת היא לאפשר לרשות המינהלית להתקשר בעסקה אופטימלית מבחינה כלכלית (ראו [דקל](#), [מכרזים](#) בעמ' 98-103). המכרז הציבורי נועד לוודא – בנוסף – כי מוענקת לכל פרט הזדמנות שווה להתמודד על קשירת עסקה עם הרשות המינהלית (ראו [דקל](#), [מכרזים](#) בעמ' 104-114). תכליות אלה תושגנה באמצעות ניהול הליך מכרזי שבו יתאפשר למציעים פוטנציאליים להתמודד בהליך שוויוני ונקי. וכדברי כב' השופט פוגלמן בעע"מ [8284/08 תעשיות אבן סיד בע"מ נ' מנהל מקרקעי ישראל](#), [פורסם בנבו] פסקה 24 :

"מנגנון המכרז הציבורי נועד להגשים מספר תכליות ציבוריות חשובות. בין היתר, מבקש הוא ליצור תנאים המאפשרים שמירה על טוהר המידות בהתקשרויותיה הכלכליות של המדינה עם גורמים פרטיים, ולמנוע שחיתות ומשוא פנים מצד פקידי ציבור.. מטרה נוספת היא לאפשר לרשות המינהלית להתקשר בעסקה כלכלית מיטבית תוך התנהלות יעילה החוסכת כספי ציבור.. המכרז הציבורי נועד לוודא - בנוסף - כי הרשות מחויבת להעניק הזדמנות שווה לכל פרט בחברה, להתמודד על הזכות לקשור עימה עסקה. כפי שנפסק, עקרון השוויון הוא "נשמת אפו" של המכרז הציבורי, ויש להעדיפו גם במחיר של ויתור על השגת תוצאה כלכלית מיטבית, כאשר יש התנגשות בין שתי תכליות אלה."

[סעיף 198 לפקודת העיריות](#) מסמיך את שר הפנים להתקין תקנות המסדירות את צורת המכרז, ולקבוע סוגי עסקאות המאפשרות התקשרות ללא מכרז. הסדר זה מצא את ביטויו [בתקנות העיריות \(מכרזים\)](#), תשמ"ח – 1987. בתי המשפט נטו לפרש בצמצום את הוראות הפטור שבתקנות אלו (ראו [דקל](#), [מכרזים](#) בעמ' 219; [בג"צ 4672/90 אריאל הנדסת חשמל רמזורים נ' עיריית חיפה, פ"ד מו\(3\), 267, 269 \(1992\)](#); [עע"מ 7027/07 אדגר נ' המועצה המקומית בנימינה](#), פסקה 17 [פורסם בנבו] (ניתן ביום 26.12.10)). בתיקון [לתקנות חובת המכרזים](#) הוספה בשנת 2009 [תקנה 1ב\(א\)](#), שלפיה **"גוף ציבורי יעדיף לבצע התקשרות בדרך של מכרז פומבי רגיל גם מקום שהותר לו לפי תקנות אלה לבצע התקשרויות שלא בדרך של מכרז פומבי רגיל"**. אף שאין התקנות הללו חלות על עיריות, רוח הדברים והרציונליים שביסוד התיקון יפים גם לענייננו (ראו [עע"מ 6145/12 עיריית נצרת עילית נ' זאב הרטמן, חבר המועצה](#), פסקה ל"ז [פורסם בנבו] (ניתן ביום 13.1.13)).

המשיבות טוענות, כי אין חובה לערוך מכרז ביחס לפעולות שהרשות המינהלית הכפופה לחובת המכרז יכולה לבצע בעצמה. לתמיכה בעמדתן הן הפנו בתגובתן לשתי דוגמאות

המובאות על ידי [דקל, מכרזים](#), בעמ' 214, לפעולות שהרשות המנהלית מבצעת בעצמה ואשר לגביהן לא חלה חובת המכרז. הדוגמה הראשונה היא [בג"צ 3688/94 צברי ובניו נ' שר החקלאות](#), [פורסם בנבו] שם קבע בית המשפט העליון (מפי כב' השופט א' גולדברג ובהסכמת כב' השופט י' זמיר וכב' השופטת ד' דורנר), כי על התקשוריות של חברת מקורות חלות הוראות [חוק חובת המכרזים](#), אולם חובת מכרז לא קיימת כאשר עבודות הקדיחה מבוצעות על ידי מקורות עצמה. הדוגמה השנייה שמביא [דקל, מכרזים](#) היא יחידות הבינוי של צה"ל, המאפשרות לצה"ל לבצע עבודות בינוי בעצמו, ללא מכרז. במהלך הדיון לפני, הפנו המשיבות גם [לעת"מ \(ת"א\) 1363/06 מ.ג.ע.ר מרכז גבייה ממוחשבת בע"מ נ' מי נתניה \(2003\) בע"מ](#) [פורסם בנבו] (2007), שם נדון מכרז לגביית חיובי מים וביוב עבור עיריית נתניה ונקבע על ידי כב' השופט ע' מודריק, כי ההחלטה לקיים ביצוע עצמאי (בנסיבות המיוחדות שהמשיבה נקלעה אליהן באותו עניין) לא לקתה בחוסר סבירות ואין מקום להתערב בה. מובן, כי אין בין דוגמאות אלה לבין עניינו דבר. בכל אותן הדוגמאות, הייתה קיימת ברשות יחידה פנימית שתפקידה לבצע את העבודה או לספק את השירות שהרשות נזקקה לו. בענייננו, לעומת זאת, העירייה מעצם טיבה וטבעה אינה בעלת כישורים ויכולות להפעלת עסק של בית קפה, וכך גם חברת הפארק הלאומי.

המשיבות טוענות, כי הוחלט להפעיל את בית הקפה באמצעים עצמאיים גם משום שפורסם בשעתו מכרז, אולם לא הוגשו כל הצעות. אצין, כי יש טעם לפגם בכך שהעירייה מבקשת להיבנות מעובדה שעליה למדה רק לאחר הגשת התגובה כנימוק, כביכול, להחלטתה להפעיל את המזנון ובית הקפה באמצעים עצמאיים. סביר להניח, כי עובדה זו, שלא בא זכרה בתגובתן של המשיבות לעתירה, כלל לא עמדה לנגד עיני העירייה במועד קבלת ההחלטה.

מכל מקום, גם העובדה שפורסם בשעתו מכרז ולא הוגשו הצעות אינה יכולה להצדיק אי פרסום מכרז [ארבע שנים מאוחר יותר](#), וזאת במיוחד מקום שבו השתנו הנסיבות, שכן בינתיים נערך מכרז ביחס לבית הקפה הסמוך שהעותרות מפעילות, העותרות זכו במכרז והן משלמות לעירייה דמי שכירות חודשיים בסך של 80,000 ₪ בגין הזכות לשכור את המבנים ולהפעיל בהם בית קפה. יש לזכור, כי גם מקום שבו חל פטור פורמאלי מחובת מכרז – וכאמור, אין זה המצב בענייננו – אין העירייה רשאית לחלק את נכסיה באופן בלתי סביר, בדרך הפוגעת בעסקים הקיימים הפועלים במקום, ובלי לתת להם הזדמנות נאותה להגן על עסקיהם. בבסיס חובת המכרז עומדת, בין היתר, החובה לנהל את ענייני הרשות באופן שיש בו מתן סיכוי שווה ויחס זהה והוגן לכל איש מתוך הציבור. על עיקרון זה להיות נר לרגלי הרשות גם במקום שבו המחוקק אינו מחייבה במכרז פורמאלי. פטור



ממכרז, גם אילו נתקיים, "אינו פוטר את העירייה מחובת הנאמנות כלפי הציבור שאותו היא משרתת ושאת זכויותיו שהופקדו בנאמנות היא מחלקת" (ראו [עע"מ 9660/03 עיריית רחובות נ' שבדרון, פ"ד נט\(6\)](#), 241 260 (2005)). מאחר שבית הקפה שמופעל על ידי המשיבות איננו מחויב בדמי שכירות, משמעות הדברים היא יצירת תחרות בלתי הוגנת.

ממילא, הטענה כי העירייה הייתה רשאית שלא לקיים מכרז בנסיבות בהן החליטה להפעיל את בית הקפה בעצמה, בין אם מלכתחילה ובין אם בעקבות אי הגשת הצעות למכרז שפורסם בשעתו, לא טענה היא, שהרי סמכויות העירייה מוגדרות ב**פקודת העיריות** והפעלת בית קפה ומזנון אינה אחת מהן.

לפני סיום אציין, כי המשיבות שבו והדגישו לפני, כי הושקע סכום של כ-1,300,000 ₪ בשיפוץ המבנה, לצורך הכשרתו לשימוש כבית קפה. מובן, כי אין בעובדה זו, כשלעצמה, כדי להשפיע על תוצאות העתירה, מה גם שיש לראות בחומרה רבה הוצאת כספים מתקציב העירייה למטרה, שבכל הכבוד, איננה משרתת בהכרח את רווחתם המוניציפאלית של תושבי העיר. מכל מקום, לכשיערך מכרז בקשר להפעלת בית הקפה הנוסף, העירייה תוכל להביא במסגרת שיקוליה ותחשיביה את העובדה שהמבנה שופץ על חשבונה.

## 6. סוף דבר

הפעלת בית קפה ומזנון על ידי המשיבות מהווה פעולה מובהקת בחוסר סמכות. החלטת העירייה להפעיל בעצמה בית קפה ומזנון בפארק הלאומי גם אינה עולה בקנה אחד עם החובה החלה על העירייה לקיים מכרז, כדין.

לאור כל האמור, העתירה מתקבלת. המשיבות אינן רשאיות להפעיל את המזנון ובית הקפה, אלא אם יופעל על ידי מי שיזכה במכרז פומבי, שיפורסם על ידי העירייה, כדין. אני מאפשרת לעירייה לקיים הליך של מכרז בתוך 60 ימים מהיום. בתקופה זו תהא המשיבה 2 רשאית להמשיך ולהפעיל את בית הקפה, אך לא מעבר לתקופה זו.

המשיבות יישאו, ביחד, בהוצאות העותרות בגין הגשת העתירה בסך של 40,000 ₪. סכום זה יישא ריבית והפרשי הצמדה מיום מתן פסק הדין ועד התשלום בפועל.

ניתן והודע לצדדים היום, י"ג סיון תשע"ג, 22 מאי 2013.

חתימה

ד"ר מיכל אגמון גונן 54678313  
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](#)