



משרד ראש הממשלה
אגף בכיר-ביקורת המדינה וביקורת פנימית

ניגודי עניינים בעידן ה-OUTSOURCING בשירות הצבורי, הממשלתי ובשלטון המקומי

מימצאי ביקורת ויישומים

כתבו:

עוזי ברלינסקי, פנינה סופר

ניגודי עניינים בעידן העברת עבודות לגורמי חוץ (ה - OUTSOURCING)

בשרות הציבורי, הממשלתי ובשלטון המקומי

מבוא

במסגרת מדיניות ההפרטה והמגמה של צמצום הסקטור הציבורי, הולכת ומתרחבת מגמת העברת תפקידים ועבודות שנעשות עבור הממשלה ועבור השלטון המקומי, ובמימונם, לגורמי חוץ, לקבלנים, ליועצים חיצוניים ולחברות פרטיות. התחומים הם רבים ומגוונים החל משירותי מינהל ונקיון, ועד לשירותי מיחשוב ופרוייקטים גדולים של תכנון ובנייה. תהליך ה- outsourcing שהחל בפונקציות שוליות מקיף יותר ויותר פונקציות שנוגעות ללב הארגון.

ביצוע עבודות ותפקידים עבור גופים ציבוריים על ידי עובדים שאינם נושאי משרה שלטונית רשמית, ושאינם עובדי ציבור, יוצר מצב מיוחד: מצד אחד קבלנים אלו מקבלים סמכויות ופעילויות של עובד מדינה, עובד ציבור או עובד רשות מקומית, ומצד שני אין עליהם המחוייבות הברורה המוטלת על כל עובד ציבור מתוקף תפקידו. מציאות זו עלולה להביא למצבים של ניגודי עניינים הן אישיים והן פונקציונליים, והן ברשויות הממשלתיות והן ברשויות המקומיות.

בפסק דין בעל חשיבות בגיבוש הכלל בדבר מניעת ניגוד עניינים בתחומים אלו (בג"צ 97 531/) קבע השופט ברק: "כאשר עובד הציבור נתון במצב של ניגוד עניינים קיים חשש כי הוא יקח בחשבון שעה שיפעיל את סמכותו אף את האינטרס הנוגד. קיומו של שירות ציבורי סדיר מחייב אמון הציבור בכך שהחלטות עובדי הציבור הן ענייניות ונעשות ביושר ובהגיונות. עובדת הימצאותו של עובד ציבור במצב של ניגוד עניינים פוגעת באמון הציבור במערכת השלטונית".

הכלל שאסור לעובד ציבור להימצא במצב בו קיימת אפשרות ממשית של ניגוד עניינים מאופיין בהיקפו הרחב, הכלל אינו מוגבל לגופים שיפוטיים או מעין שיפוטיים אלא חל בכל מקרה שעובד ציבור חייב להפעיל סמכות. גם אם הכלל לא נתפש עדיין על ידי הכל כנורמה משפטית קונבנציונלית הרי שהמודעות לנושא הולכת וגוברת והיא עולה יותר ויותר בפסיקה, בחקיקה ובציבור הרחב.

להלן נתמקד בניגודי עניינים שבהעסקת קבלנים מכמה אספקטים; אישי, פונקציונלי והנובע מעיסוקים אחרים של הקבלן. ניגוד עניינים באבטחת מידע ראוי לדיון במאמר נפרד.

לפני שהדברים יצאו מכלל שליטה, בשל היקף ה- outsourcing ההולך וגדל וטרם ש"הסוסים יברחו מהאורווה לפני שישגרו אותה" נדרשת הערכות מידית, ובעוד מועד, המותאמת למציאות חדשה זו. כאן מדובר בהערכות מבחינות של פיקוח ובקרה, תוך הטלת מגבלות וחסימים על הקבלנים המבצעים את העבודות והתפקידים עבור הממשלה ועבור השלטון המקומי.

בקורת המדינה והבקורת בשלטון המקומי עסקו בשנים האחרונות בליקויים רבים שעניינם מצבים של ניגוד עניינים, בשל העסקת קבלנים, חברות פרטיות ויועצים חיצוניים, וכפיפות בעלי תפקידי פיקוח למפוקחים ובקרה שאינה מספיקה ויעילה על פעולות הקבלנים והספקים.

מבקרי הפנים של הרשויות המקומיות עוסקים גם הם לעתים קרובות בליקויים שעניינם ניגודי עניינים. יש לציין שבשל ריבוי הרשויות המקומיות בישראל וההכרות האישית הבלתי נמנעת שקיימת בין נושאי משרות ציבוריות לבין העומדים בראש מערכות משקיות (קבלנים, אנשי עסקים וכו'), במקומות אלו, הרי מצבים רבים של ניגודי עניינים ברשויות המקומיות בכלל וברשויות המקומיות הקטנות בפרט הם כמעט בלתי נמנעים.

הסיכונים הנובעים מניגודי עניינים הם רבים. יש לסתום פרצות אפשריות ולהוסיף סדרי בקרה, פיקוח וחקיקה מתאימים ככל שיידרשו.

במסמך זה נעשה בין היתר שימוש במאמריה של עו"ד טנה שפניץ המשנה ליועץ המשפטי של הממשלה בנושא "ניגוד עניינים בשירות הציבורי", ועל כך חבים אנו תודה. (שפניץ טנה).

מדיניות הממשלה בסוגיית העברת עבודות לגורמי חוץ

יובא להלן לקט החלטות שקיבלה ממשלת ישראל שעניינן פעילויות שמתבצעות על ידי גורמים חיצוניים ועמותות עבור גופים ציבוריים ואף קבעה בקרות על תהליכים אלה.

בהחלטת ממשלה מס' 94 מיוני 1996 נקבעה העברת פעילות יחידות ענ"א (עבוד נתונים אוטומטי) באופן סלקטיבי ומדורג למיגור הפרטי (במסגרת הדיון על תקציב המדינה לשנת 1997) בהחלטה הובהר שיש "להעביר למיגור הפרטי את עיצובה, בנייתה תחזוקתה ותפעולה של כל מערכת מידע חדשה עבור משרדי הממשלה ויחידותיה..."

בהחלטת ממשלה מס' 8/ בק/ 1997 ממרץ 1997 שעניינה העסקת עובדים קבלניים בשירות המדינה נאמר: "להטיל על נציב שירות המדינה בשיתוף הממונה על התקציבים והחשב הכללי במשרד האוצר, לקבוע מתכונת לפיקוח על העובדים הקבלנים בשירות המדינה..."

בהחלטת ממשלה בק/4 מאפריל 1997 בנושא תמיכות מתקציב המדינה נקבע: "להטיל על המנהלים הכלליים במשרדי הממשלה התומכים חובת התיאום והבדיקה של הבקשות לתמיכה... הממשלה תפעל להגברת הפיקוח על פעילות העמותות המקבלות תמיכות מהמדינה".

בהחלטת ממשלה בק/52 מנובמבר 1997 בנושא עבודות שנמסרו על ידי המדינה לקבלנים, והפיקוח עליהם נקבע: "במגמה ליעל ולהדק את הפיקוח והבקרה של הממשלה על עבודות המבוצעות עבורה ובתקציבה. מנכ"ל משרדי הממשלה יודאו כי הבקורת הפנימית תכלול במסגרת תכניות העבודה השנתיות בקורת על קיום הסכמים שנחתמו עם קבלנים... בכל חוזה התקשרות יכלל סעיף המחייב את המבצע לאפשר למבקר משרד לקיים אצלו בקורת מקצועית".

זאת התחלה ברוכה למיסוד הבקרה הציבורית על תהליכי ה-Outsourcing אולם בהחלטות הנ"ל, לא פורטו הנחיות למניעת מצבים של ניגוד עניינים, העלולים להתפתח במסירת עבודות לקבלנים פרטיים על ידי הסקטור הציבורי, הנחיות אלו יידרשו כדי להפוך את ההחלטות לביצוע "הלכה למעשה".

ההבט המשפטי

בהעסקת קבלנים על ידי הממשלה או השלטון המקומי לא נוצר לכאורה מצב "חוקי" של ניגוד עניינים, שהרי מצבים כאלה הוגדרו על ידי המחוקק לגבי עובדי צבור בלבד.

אך משמששת החברה הקבלנית זרוע ארוכה של השלטון לביצוע משימותיו, ראוי לבחון גם לגביה התקיימותם של הכללים שנקבעו, למניעת ניגוד עניינים אצל הרשות השלטונית.

החברה הקבלנית אינה מחוייבת על פי הגדרה במנגנוני הבקרה והפיקוח אם איננה חברה צבורית (חברה שמוניתה בידי הציבור), יחד עם זאת בהיותה זרוע ארוכה של השלטון ומשמשת כנאמן למעשה מטעם הציבור, ראוי כי תקבע, אותם מנגנוני בקרה ופיקוח כדוגמת החברה הציבורית וכדוגמת הרשות השלטונית שעבורה היא מבצעת את הפעילות.

כמו כן ראוי כי הרשות השלטונית תקיים בקרה שוטפת מטעמה לבחינת ההתקיימות של ההוראות למניעת נגודי עניינים - כאילו היתה החברה הקבלנית גוף הפועל אצלה וכחלק ממנה.

השאלה הינה האם ניתן להחיל על חברת גבייה פרטית שמועסקת לדוגמא, על ידי רשות מקומית, חובות מן המשפט הציבורי, בשל היותה בעלת סממנים ציבוריים, כגון גביית כספים מן האזרח, מימון ממשלתי וכד'. ואם כן - מהן החובות המוטלות על גופים מעין אלו?

דרך אחת לתקוף את הנושא היא על ידי כך שנראה בפעילות הרשות הציבורית באמצעות החברות הפרטיות, כפעולה שלטונית ואת החברות הפרטיות כ"ידה הארוכה". פעולת הרשות הציבורית הגם שמתבצעת על ידי גופים פרטיים, אינה פטורה על כן מעמידה בנורמות ההתנהגות הציבורית.

ע"ד רענן הר זהב קובע: "תחולת כללי המשפט המינהלי על רשויות מנהליות קיימת, לא רק כאשר הרשות מפעילה סמכות מינהלית, אלא גם כאשר הרשות מבצעת פעולות "פרטיות" או עסקיות. בית המשפט העליון קבע כי על פעולות "פרטיות" של הרשות המינהלית חלה דואליות נורמטיבית, כלומר חלות שתי מערכות דינים: מערכת של המשפט הפרטי ובצידה מערכת כללים של המשפט המינהלי". (הר זהב - תשנ"ז-1996, עמוד 563).

דרך אחרת לניתוח הענין היא לנסות ולהטיל על חברות הגביה עצמן חובות מן המשפט המינהלי וזאת על ידי הרחבת הלכת הדואליות הנורמטיבית כנכונה גם לגבי גופים פרטיים:

"רעיון הדואליות הנורמטיבית, שהחל בהכפפת פעולות פרטיות ומסחריות של רשויות מינהליות לכללי המשפט המינהלי, קנה לו חיים משלו (בסיועו החל המשפט המינהלי יוצא מגבולות הרשות המינהלית אל עבר גופים פרטיים מעין מינהליים). מגמה זו היא בעלת אופי כללי. היא מאפשרת להחיל מערך שלם של עקרונות מתחום המשפט המינהלי על תאגידים שהוקמו במסגרת המשפט הפרטי. על דרך זו ניתן לקבוע כי תאגידים שנמצאו דומים מבחינה פונקציונלית לרשויות מינהליות, הוכנסו למסגרת התחולה של המשפט המינהלי". (ברק עמ' 217, 197).

בדרך זו ניתן יהיה לטעון כי חברות גבייה של רשויות מקומיות המבצעות פונקציות מינהליות - גביית כספים מן האזרחים, מן הראוי להטיל עליהן חובות מן המשפט הציבורי.

נביא עוד מספר פסיקות בעניינים דומים:

בע"א 294/91 חברה קדישא גחט"א "קהילת ירושלים" ג' קסטנבאום (פ"ד מו(2) 1464), נקבע כי חברה קדישא, המאוגדת כעמותה ופועלת לקבורת יהודים היא גוף דו-מהותי. בפעולה הקבורה החברה ממלאת תפקיד ציבורי ולשם כך הוענקו לה בחוק סמכויות מסויימות. אופיה הציבורי הופך אותה לגוף "דו מהותי" דהיינו "שתי מהויות מינהלית ופרטית, משמשות בה כאתד". בפסק דין זה הושם דגש על מהות פעולתו של הגוף. ככל שמהות פעולתו ציבורית, כך תהא נטיה לראות בו "גוף ציבורי" (יש לשים לב כי במקרה קסטנבאום ניתנו לחברה קדישא סמכויות מסויימות על פי דין וכן דובר בגוף של ציבור יש עמו מגע משמעותי ויומיומי).

חשיבות פסק הדין היא בכך שבית המשפט ניתק את הקשר שבין השייכות של גוף למינהל הציבורי, לרבות שליטה של המינהל הציבורי על גוף, לבין התחולה של המשפט הציבורי. הגורם הקובע אינו הבעלות או השליטה על גוף, אלא אופי התפקיד של גוף.

בענין אחר קבע בית המשפט המחוזי בירושלים ת.א (י-ם) 902/91, קופת חולים של ההסתדרות הכללית נגד פלונית כי קופת החולים של ההסתדרות הכללית תוכר כגוף דו מהותי עליה יחולו בכפיפה אחת כללי המשפט הציבורי והפרטי כאחד. בית המשפט פירט את טעמיו להחלטה זו כדלקמן:

"אלה הטעמים לסיווגה של קופת חולים כגוף דו מהותי:

א. קופת חולים היא גוף של הסתדרות העובדים הכללית ומופקדת על מתן שירותי בריאות לציבור מבוטחיה. אופי התחום שבו עוסקת קופת חולים - מתן שירותי בריאות לנזקקים וההיקף הנרחב מאד של מבוטחים הנזקקים לשירותיה, מקנים למעמדה אופי ציבורי...

ב. קופת חולים היא בעלת מעמד של גוף נתמך...

ג. קופת חולים היא גוף מבוקר...

ד. על קופת חולים הוטלו חובות על פי חוק...

מהראיות שהובאו בתביעה זו ניכר דמיון שבקווי הפעולה שנוקטת קופת חולים לבין אלו הננקטים בשירותי הבריאות של המדינה על פי הכוונת משרד הבריאות..."

לשם השלמת התמונה נעיר, כי גופים נוספים הוכרו "כגופים דו מהותיים" כגון: הסוכנות היהודית לארץ ישראל, ההסתדרות הכללית ועוד.

היקף הנורמות החלות

יש להדגיש שלא ניתן "לייבא" באופן חופשי נורמות מן המשפט הציבורי ולהחילן ישירות על גופים זו מהותיים. החלת נורמות זו, מן הראוי שתיעשה בזהירות.

בפסק דין בענין ע"א 3414/93 און נ' מפעלי בורסת היהלומים (1965) בע"מ (פ"ד מט(3)), נאמר לענין זה:

"בית המשפט הבהיר כי הכללים של המשפט הציבורי החלים על גוף זו מהותי אינם זהים בהכרח לאותם כללים כשהם חלים על רשות מינהלית. המעבר של הכללים מן התחום של המינהל הציבורי אל התחום של המגזר הפרטי, עשוי לחולל בהם שינויים... סביר להניח כי ההיקף והעוצמה של כללי המשפט הציבורי החלים על גוף זו מהותי מסויים, יהיו קרובים יותר לאלה החלים על רשות מינהלית, ככל שאותו גוף יהיה קרוב יותר במהותו לרשות מינהלית".

מן האמור לעיל מתברר כי ניתן להציע שתי דרכים על מנת להחיל נורמות מן המשפט המינהלי על חברות פרטיות המועסקות על ידי רשות צבורית כמו חברות הגביה של העיריה.

הדרך הראשונה - לראות בהן כידה הארוכה של הרשות הציבורית, ולפיכך להחיל עליהן אותן נורמות החלות על העיריה כגוף שלטוני.

הדרך השנייה - לנסות ולסווג את החברות הקבלניות כגוף זו מהותי (הרחבת הלכת הדואליות הנורמטיבית, כפי שהוסבר לעיל) עליו יחולו חובות מן המשפט הציבורי. כאמור, ככל שיוכרו החברות כקרובות יותר במהותן לגוף השלטוני, כך תהיה החלת הנורמות הללו רחבה יותר.

ניגודי ענינים והביקורת

ביקורת המדינה נדרשה לסוגיות אלו בדנה בעמותות וקובעת: "ראוי לשקול כיצד יש לפעול כדי לסתום "פרצות" והאם אין מקום להבהיר בחקיקה מתאימה, סוגיות של ניגודי אינטרסים ושל חובת אמונים של חברים ומנהלים בעמותה: האסור והמותר במערך קשריהם עם קרובי משפחה או גורמים עסקיים שיש להם קשרים עימם מחוץ לעמותה דהיינו צדדים קשורים... עצם המצאות במצב של אפשרות ממשית להתוות ניגוד ענינים פסולה היא". (דר"ח שנתי של מבקר המדינה מס' 47 עמ' 493)

מבקרי המדינה ומבקרי הרשויות המקומיות, בדוחותיהם, איבחנו ארבעה מצבים עיקריים לניגודי ענינים:

ניגוד ענינים אישי -

משמעו ניצול תפקיד ציבורי לצרכים אישיים, בהעסקת קבלן, העלול להיות בניגוד לאינטרס הציבורי, לדוגמא:

בביקורת על רשויות מקומיות באזור יהודה ושומרון, מועצה מקומית אורנים נאמר: "העסקת חברה לשירותים הנדסיים שהמנכ"ל שלה מועסק כמהנדס המועצה האחראי לכל ענייניה הנדסיים, בד בבד עם תשלומים לאותה חברה עבור שירותי פיקוח על ביצוע פרויקטים הנדסיים של המועצה, יוצרת מעצם טיבה וטבעה מצב של ניגוד ענינים" (מבקר המדינה דר"ח שנתי 47, עמ' 1019)

מבקר עירית חיפה קובע "במהלך הביקורת בנושא פסטיבל הפולקלור 1995, התברר כי חברת מועצת העיר ששימשה כחברת הנהלה בחברה תערוכות ישראל - חיפה בע"מ וכיר"ד מטה הפסטיבל, כיהנה באותה עת גם בתפקיד ניהולי בעמותת החיצונית מעט"פ (מרכז לעידוד וטיפוח פולקלור), אשר הפיקה את הפסטיבל. בהשתייכותה ובפעילותה בעת ובעונה אחת, בשני גופים המקיימים ביניהם קשרים עסקיים יש משום חשש לניגוד ענינים" (עירית חיפה, דוח מבקר העיריה, לשנת 1996, עמ' 146).

בדר"ח מיוחד של מבקר המדינה על הצור הגלילית נאמר: "צו המועצות המקומיות כולל הוראות שמטרתן למנוע מצב של ניגוד ענינים של נבחרי הציבור ברשויות המקומיות, הבדיקה העלתה כי... חבר בהנהלת אגודת הספורט המקומית השתתף והצביע בשיבות המועצה בהן אושרו לאגודה זו סכומים

משמעותיים, יתרה מזו הוא הגדיל לעשות בהתנתות את התמיכה שלו בהצעת התקציב של המועצה לשנת 1992 בכך שיגדילו את סכומי התמיכה לאגודה האמורה, ואכן התמיכה הוגדלה ב-70%". (מבקר המדינה, ד"ח על הביקורת בשלטון המקומי תשנ"ז 1996, עמ' 193).

בד"ח מיוחד של מבקר המדינה על המועצה האזורית לכיש נאמר: "... הבדיקה העלתה כי חברי המועצה התעלמו מהוראות החוק שמטרתן למנוע מצב שלגביו קיים חשש של ניגוד אינטרסים בין תפקידים במועצה לבין תפקיד אחר או ענין אישי שלהם..." (מבקר המדינה ד"ח על הביקורת בשלטון המקומי, תשנ"ג - 1992, עמ' 121)

מבקר עיריית ירושלים קובע בענין מכרז להנחת קו ביוב בדרך רמאלה, על ידי חברת הגיחון מפעלי מים, (לשעבר אגף המים והביוב של העירייה): .. "סגן מנהל החברה הינו קרוב משפחה של מנהלי החברה הקבלנית שזכתה במכרז, למרות זאת הוא נטל חלק פעיל ביותר בכל תהליך הפיקוח וקבלת ההחלטה על אישור תשלום מופרז בסעיף חריג שגרם להפסד כספי לעירייה בשיעור חצי מליון שקל, בכך שם עצמו במצב של ניגוד ענינים חמור..." (ד"ח מבקר עיריית ירושלים לשנת 1996/97, עמ' 598).

תחקירני עיתון "מעריב" מוצאים כי "שורה שליומה של פרויקטים בבאר שבע מוקמים על ידי יזמים שהם חברי המועצה של עיריית באר שבע בעצמם או קשורים בעקיפין לחברי המועצה. הפרוייקטים אושרו על ידי המועצה המקומית לתכנון ובנייה של העירייה, בה מכהנים אותם חברי מועצה, זאת על אף שחוק התכנון והבנייה אוסר השתתפות בישיבה בה נדון "ענין אישי" הנוגע לחבר וועדת התכנון כדי לא להמצא במצב של ניגוד ענינים" ("מעריב", 23.1.98).

ניגוד ענינים פונקציונלי

נובע מכך שקבלן מועסק בביצוע שתי פונקציות באותו פרויקט ציבורי, אשר אחת מהן מפקחת על השנייה.

נביא מספר מממצאי מבקר המדינה:

בד"ח על עבודות שנעשו בעבור שירות בתי הסוהר על ידי מע"ץ נאמר: "מע"ץ מסרה למתכנן הפרוייקט גם את הפיקוח הצמוד. בהתייחסה להיבט זה הביעה הבקורת דעתה כי רצויה הפרדת סמכויות בין התכנון לפיקוח הצמוד: זאת מטעמי בקרה וזמניעת אפשרות של ניגוד ענינים בין הגורם המתכנן לבין זה שתפקידו לעמוד על טיב התכנון" (מבקר המדינה ד"ח שנתי 40 עמ' 177).

בד"ח ביקורת על מועצה איזורית הר חברון נאמר "מן המסמכים עולה, כי המועצה שילמה למנהל מחלקת הנדסה בנוסף למשכורתו החודשית כמנהל המחלקה, אלפי ש"ח עבור עבודות פיקוח שונות. משרד מבקר המדינה העיר... פוגעים בסדרי בקרה נאותים ואף יוצרים מצב של ניגוד ענינים" (מבקר המדינה ד"ח שנתי 45 עמ' 808).

בד"ח ביקורת שעניינו הפיקוח על מעונות לזקנים המבוצע על ידי משרד העבודה והרווחה נאמר: "המפקחת הארצית העבירה לחברה חיצונית דשימה של מעונות שבהם אין היא רשאית לפקח שהרי מילוי 2 התפקידים - מתן שירותי סיעוד וביצוע פיקוח - בידי אותה חברה, היה מעמיד אותה במצב של ניגוד ענינים, אולם בפועל המשיכה החברה לפקח בכמה מהמעונות אשר להם נתנה באותו זמן שירותי סיעוד ואכן נקלעה למצב של ניגוד ענינים". (מבקר המדינה, ד"ח שנתי 46 עמ' 511).

ועוד קובעת הביקורת: "משרד מבקר המדינה העלה כי היועץ ההנדסי של המשרד (החינוך והתרבות) היה קשור בחוזה עם עיריית בית שמש בענין תכנון בית הספר של חטיבת ביניים במקום. בד בבד עסק היועץ מטעם המשרד כבודק, ממליץ ומאשר בכל הקשור לחשבונות, ותוספות תקציב הנוגעים להקמת שני בתי הספר בעיר... על המשרד לתת הדעת על כך שעובדים חיצוניים שהוא מעסיק עלולים להקלע למצב של ניגוד ענינים" - (מבקר המדינה ד"ח על הביקורת בשלטון המקומי 1996 עמ' 292).

בד"ח ביקורת על משרד הדתות בענין משגיחי כשרות נאמר "כד בבד עם חברותו במועצה שימש חבר ב' בתפקיד משגיח כשרות של המועצה. המשגיח מקבל שכרו מבעל בית העסק עליו הוא משגיח, אולם המועצה הדתית היא זו שמאשר העסקתו ומנחה אותו מבחינה מקצועית. היה איפוא ניגוד ענינים בין כהונתו במועצה הדתית ובוועדת הכשרות לבין עבודתו כמשגיח כשרות הכפוף למחלקה זו". (מבקר המדינה ד"ח שנתי 48 עמ' 282).

ניגוד עניינים הנובע מעיסוקים אחרים של קבלן

מצב מעין זה עלול להיווצר כאשר, קבלן מועסק על ידי שני גורמים או יותר, ביניהם יכול להיות גם גוף צבורי נוסף, שנמצאים במצב של תחרות או מנוגדים בפעילותם.

בד"ח ביקורת על משרד התחבורה בנושא סדרי התקשרות עם יועצים חיצוניים ונותני שירות למשרד נאמר: "אגפי המשרד אינם מפרטים בבקשותיהם להעסקת יועצים את מכלול עיסוקיו של כל אחד מהיועצים, כדי שניתן יהיה לוודא שאין חשש לניגוד עניינים בפעולותיהם..." (מבקר המדינה ד"ח שנת 48 עמ' 626).

בד"ח ביקורת על משרד הבינוי והשיכון בענין העסקת נותני שירותים למשרד נאמר: "החברה לא נדרשה ולא הגישה למשרד מידע על עיסוקים נוספים שלה, כדי שאפשר יהיה לוודא שלא היה ניגוד עניינים בפעילותה". (מבקר המדינה ד"ח שנת 42 עמ' 251).

בבקורת נוספת על משרד הבינוי והשיכון בענין העסקת מנהלי פרויקטים חיצוניים באתרי בנייה נאמר: "על פי התקש"ר בהעסקת גורם חוץ, על המעסיק לוודא שאין ניגוד עניינים בין העסקתו מטעם המשרד לבין עיסוקיו האחרים. נמצא שהמשרד לא הקפיד לדרוש מידע כאמור. בתיקים של מנהלי הפרוייקט שנבדקו, לא היו הצהרות על עיסוקיהם האחרים: (מבקר המדינה ד"ח שנת 43 עמ' 152).

בד"ח ביקורת של מבקר עיריית ת"א-יפו מודגשת ההקפדה על מניעת ניגוד עניינים בהעסקת נותני שירותים ועובדים חיצוניים: "בטופס חוזה של אגף מיחשוב להתקשרות ישירה עם נותן שירותים נדרשם - נותן השירותים המועסק על ידי העירייה בהיקף של 1800 שעות שנתיות, מתחייב שלא לעבוד עבודה נוספת ובמשך שנה מיום הפסקת עבודתו בעירייה, לא יעסוק בכל עיסוק ולא יתן כל שירות העלול להעמידו ביחסי תחרות עם העירייה או להעמידו במצב של ניגוד אינטרסים" (עיריית ת"א - יפו מבקר העירייה ד"ח לשנת 1996 עמ' 147).

ניגוד עניינים העשוי לפגום באבטחת מידע

העסקת גופים חיצוניים שמועסקים באותה עת עבור משרדי ממשלה או דשויות מקומיות ועבור חברות עסקיות אינטרסנטיות, יכולה להביא לפגיעה חמורה באבטחת המידע הרגיש ובפרטיות.

במועצה הציבורית להגנה על הפרטיות שליד משרד המשפטים נדונות סוגיות מעין אלו כמו הרשאות להתחברות למאגר מידע של מרשם התושבים ושימוש במאגר המינוריים של "בזק". (נושא זה ראוי לדיון בנפרד).

הפיקוח והבקורת

פיקוח על ביצוע בידי קבלן

הנסיון מראה שהפיקוח של המדינה ושל מיגזר ההשלטון המקומי, לעיתים קרובות לוקה בחסר, התוצאות הן שהתפקיד לא מתבצע כפי שהמזמין התכוון, או שקיימים ליקויים בהזמנת העבודה. למרות שכרונוולוגית הפיקוח באה לאחר חתימת החוזה, הרי שהמועד הנכון להתייחס להסדרי הפיקוח, הוא עוד לפני שהמשרד או הרשות המקומית מתקשרים עם הקבלן. הסדרים אלה צריכים להקבע במסגרות המו"מ המוביל להתקשרות.

לצורך זה יש לקבוע במפורש את הגורם אשר יהיה אחראי על הפיקוח, ויקיים את הקשר עם הקבלן. ישנה חשיבות רבה לפיקוח יעיל משום שהאחריות לביצוע התפקיד, מוטלת על הרשות הציבורית.

הפיקוח על עבודות הקבלן, מטבע הדברים, אינו צמוד ושוטף כמו הפיקוח על עובד הציבור, ולכן עליו להיות מתוכנן, מאורגן ויעיל יותר, רצוי שהפיקוח יהיה מודולרי לפי שלבי ההתקדמות של הפרוייקט, ושהמשך ביצוע השלבים יהיה מותנה בבקרה נאותה.

יש מקום להתאים את סוגי הפיקוח לסוגי הפעילות השונים. רצוי לפתח נורמות ודגמים שונים של פיקוח לסוגי עבודות ותפקידים נפוצים ועל ידי כך ניתן יהיה לחסוך לרשויות הממלכתיות ולרשויות המקומיות את הצורך להתמודד מחדש עם הבעיה מעת לעת.

מי אחראי?

הרשויות הממלכתיות והרשויות המקומיות אינם מודעות, עדין בצורה מספקת, לפרשנות הרחבה לה זכה הכלל בדבר מניעת ניגוד עניינים בידי בית המשפט העליון שקובעת כי האחריות בדבר מניעת ניגוד עניינים אצל קבלנים חלה על נציגי הגוף הציבורי או המוניציפאלי המחליט להתקשר עמו.

ניתן ללמוד גם מהוראות מיוחדות המופיעות בתקש"ר סעיף 2.44 פסקאות 43.021 עד 43.024, 43.041 עד 43.045, 43.012 - 43.031. סעיף 51.26.

אין ההוראות הנ"ל מתייחסות במפורש לשאלה מי הגורם האחראי להעסקת קבלנים. אי בהירות זו מקשה על העסקה מסודרת של קבלנים מחד, ואינה מאפשרת בקרה על העסקתם, מאידך.

למרות שתפקידים מסויימים מתאים שיבוצעו בידי עובד מדינה או עובד של הרשות המקומית, מתברר שלעיתים המדינה או הרשות המקומית מתקשה בביצועו.

במיקרים אלה יש לשקול האם ניתן לבצעם בידי קבלן בכפוף להוראות מיוחדות שבדין. כך למשל הנושא של גביית חובות מעורר חשש של פגיעה בזכויות הפרט (כניסה לתחום הפרט, החרמת רכוש) ולכן באופן טבעי היה צריך להיות מוטל על עובד מדינה או עובד הרשות. עם זאת הסדר חקיקתי מפורט בתחום זה מאפשר את העברתו לקבלן.

בחוק ההוצאה לפועל התשכ"ז - 1997 בתיקון משנת תש"ן, נקבע הסדר לגבי מי שאינו פקיד בית משפט המבקש לעסוק בביצוע הליכים של הוצאה לפועל. במקרה שבעל התפקיד הינו תאגיד, יודיע התאגיד למוציא לפועל מי הם נושאי המשרות שיהיו אחראים לביצוע התפקיד. וידאו כל אחד מהם כבעל תפקיד לעניין החובות שבחוק.

הסדר זה הושלם בתקנות, שם נקבעו תנאי כשירות של מוציא לפועל, והסנקציה של ביטול ההרשאה במקרים שהמוציא לפועל לא עומד עוד בכשירות או שאינו ממלא אחרי התנאים. (תקנות ההוצאה לפועל (כשירות של בעל תפקיד וחובותיו) (הוראת שעה), התש"ן - 1990.

סיכום

מסמך זה בחן את מדיניות הממשלה והרשויות המקומיות בסוגיית ניגודי עניינים והביקורת בתחום העברת עבודות ותפקידים לגורמי חוץ (outsourcing).

נבחנה מערכת הקשרים ויחסי הגומלין בין הרשויות הממשלתיות ורשויות השלטון המקומי לבין הקבלנים הפרטיים.

לאור המסמך עולה שהבעיות הבסיסיות במערכת קשרים זו, הן הבקרות והפיקוח על עובדי הקבלן מצד הרשויות הציבוריות.

לפני התקשרות עם קבלן יש לבדוק האם קיים חשש למצב של ניגוד עניינים. לשם כך יש לתאר במדויק את התפקיד המיועד להמסר לידי הקבלן, וכן במקביל את ענייניו האישיים והקשר ביניהם. כמו כן יש לבדוק את פעילותו העסקית והמקצועית של הקבלן המיועד, קשריו העסקיים עם גורמים שונים והשתתפותו בדיסקוריונים ובגופים דומים. בין אם פעולותיו אלה הם בתמורה ובין אם לא.

ניגוד עניינים יש לבדוק תוך התייחסות לשלוש תקופות: הראשונה, טרם התקשרות עם הקבלן, השנייה, במשך תקופת ההתקשרות, והשלישית לאחר סיום ההתקשרות. יש למצוא פתרון מתאים לכל מקרה שבו קיים חשש לניגוד עניינים.

לעיתים יש לדרוש מהקבלן לנתק את עצמו באופן מוחלט מעסוקיו הקודמים. במקרים אחרים תספיק המנעותו ממעורבות פעילה בעסוקיו האחרים. לעיתים ניתן אף להסתפק בעצם הגילוי של ענייניו האחרים. ניתן לסכם מספר תנאים מגבילים בהתקשרויות בתהליכי ה- outsourcing:

1. יש למנוע מנבחר ציבור לקחת חלק פעיל בתהליך קבלת החלטות בנושאים שיש לו ענין בהם - בין פרטי ובין ציבורי.
2. יש להתנות התקשרויות תוך הפרדת הפונקציות שעלולות להביא לניגוד עניינים.
3. יש להתנות קבלת ייעוץ שירותי ענ"א בכך שנותן השירותים אינו מועסק על ידי חברת מחשבים שהוא ממליץ עליה.
4. על חברה המועסקת כנותנת שירותים להגיש רשימה של עיסוקיה הנוספים כדי שאפשר יהיה לוודא שאין ניגוד עניינים.
5. יש להקפיד על תקופת ציגון בין תפקיד לתפקיד של נותן השירות, כדי לא להגיע למצב של ניגוד עניינים.
6. יש להתנות עם נותן השירות שעבודתו הנוספת לא תיפגע בעבודתו עבור הרשות הציבורית, מבחינת מספר שעות העבודה, אבטחת מידע וכו'.
7. יש להקפיד שיועצים חיצוניים המועסקים על ידי משרד ממשלתי לא יהיו מועסקים על ידי הרשות המקומית באותם פרוייקטים.
8. יש לקבוע מתכונת ברורה לפיקוח על העובדים הקבלניים.
9. יש לבדוק את כלל פעילותו העסקית והמקצועית, של נותן השירות כולל השתתפותו בדירקטוריונים או בגופים אחרים.
10. יש להגביל קשרים עם קרובי משפחה או גורמים עסקיים שיש עמם קשרים אחרים כדי לא להגיע לחריגה מקיום סדרי מינהל תקין.

מקורות:

- (1) בג"צ 531/97 סיעת "הליכוד" בעיריית פ"ת נגד מועצת עיריית פ"ת.
- (2) ברק ד"ר ארז "משפט - מינהל". ספר השנה של המשפט בישראל. עורך א' רוזן-צבי (תשנב-ג).
- (3) החלטת ממשלה: בק/94, יולי 1996
 החלטת ממשלה: בק/8, מרץ 1997
 החלטת ממשלה: בק/4, אפריל 1997
 החלטת ממשלה: בק/52, נובמבר 1997
- (4) הר-זהב רענן ער"ד, המשפט המינהלי בישראל תשנ"ז1996-
- (5) מבקר המדינה דר"ח שנתי 40
 מבקר המדינה דר"ח שנתי 42
 מבקר המדינה דר"ח שנתי 43
 מבקר המדינה דר"ח שנתי 46
 מבקר המדינה דר"ח שנתי 47
 מבקר המדינה דר"ח שנתי 48
- (6) מבקר המדינה דר"ח על הביקורת בשלטון המקומי תשנ"ג1992-
 מבקר המדינה דר"ח על הביקורת בשלטון המקומי תשנ"ז1996-
- (7) ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" ג. קסטנבאום (פ"ד מו(2) 1494).
- (8) ע"א 3414/93 און נגד מפעלי בורסת היהלומים (1965) בע"מ (פ"ד מט (3)).
- (9) עיריית חיפה דר"ח מבקר העיריה לשנת 1996.
- (10) עיריית ירושלים מבקר העיריה דר"ח שנתי 1996/7
- (11) עיריית תל-אביב - יפו מבקר העיריה דר"ח לשנת 1996.
- (12) שפניץ טנה ער"ד, לוסטהויז ורדה ער"ד, "ניגוד עניינים בשירות הציבורי", משרד המשפטים, 1996
- (13) ת.א. (י-ם) 902/91 בית משפט המחוזי, קופ"ח נגד פלונית.
- (14) תקשי"ר - תקנון שירות המדינה