

מדינת ישראל

משרד האוצר

היועץ המשפטי

ט"ו באדר א' התשפ"ב

16 בפברואר 2022

ימ. 2022-387

אל:

עו"ד מאיר לוי - המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט כלכלי)

עו"ד גיל לימון - המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ציבורי-מינהלי)

הנדון: סמכות ועדת מכרזים לשקול שיקולים שביחסי החוץ

בהחלטת ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי (קבינט) מס' ב/372 מיום 30 באוקטובר 2019, שעניינה "קביעת תהליך ומנגנון לבחינת היבטי ביטחון לאומי בהשקעות זרות" (להלן – **החלטת הקבינט**), נקבע כי רגולטור, כהגדרתו בהחלטת הקבינט, יהיה רשאי לפנות לוועדה המייעצת לבחינת היבטי ביטחון לאומי (להלן – **הוועדה המייעצת**). במסגרת עבודת המטה לתיקון החלטת הקבינט אשר נערכת בימים אלה, נבחנת האפשרות לקבוע כי גם ועדות מכרזים אשר מנהלות מכרזים בעניינים אשר טעונים אישור כהגדרתו בהחלטת הקבינט יפנו לוועדה המייעצת במקרים אשר יקבע הרגולטור.

בהמשך לדיונים שהתקיימו בעניין להלן תפורט עמדתו. בעניין זה סברתי כי ניתן להרחיב את מנגנון הפנייה לוועדה המייעצת גם ביחס לוועדות מכרזים הפועלות מכוח חוק חובת המכרזים התשנ"ב-1992 (להלן – **חוק חובת המכרזים**), וזאת ביחס לשיקולי ביטחון לאומי שנובעים מאופיו ומהותו של מכרז מסוים. יחד עם זאת, ביחס לשיקולים של יחסי חוץ, אני סבור כי, ככלל, מכל הנימוקים המפורטים להלן, ועדות המכרזים אינן רשאיות להביאם בחשבון. חריג לכלל האמור יהיה מקום שניתן להתחשב בשיקולים האמורים במסגרת החלטות הרגולטור ובהתאם למנגנון שיוצע להלן.

תחולת חוק חובת המכרזים

1. בענייננו יכול להיות מכרז משלושה סוגים (להלן – **סוגי המכרזים**):

- א. עסקה לרכישת טובין או שירותים שחלות בעניינה הוראות חוק חובת המכרזים, בלבד.
 - ב. עסקה לרכישת טובין או שירותים שחלות בעניינה הוראות חוק חובת המכרזים והוראות חקיקה נוספות בדבר אסדרה נוספת של אותה עסקה.
 - ג. הקצאת רישיון או זכות אחרת שאינה בגדר עסקה כאמור בחוק חובת המכרזים.
2. סעיף 2(א) לחוק חובת המכרזים קובע את חובת המכרז הפומבי החלה על כלל עסקאות הרכש שעורכת הממשלה ויתר הגופים הכפופים לחוק חובת המכרזים.
3. כאמור, עשויות להיות הוראות חקיקה נוספות בדבר אסדרה נוספת של אותה עסקה. כך למשל, הוראות סעיף 46א לפקודת מסילות פקודת מסילות הברזל [נוסח חדש], התשל"ב-1972, בדבר בנייה, הפעלה או ניהול של מסילת ברזל מקומית. עוד ראו למשל: סעיף 22א לחוק המים, התשי"ט-1959, בדבר מתן רישיון להקמת מיתקן להתפלת מי-ים.

4. חוק חובת המכרזים אינו חל ביחס להקצאת רישיון שאינה בגדר עסקה כהגדרתה בחוק. אולם במצב שבו הקצאת הרישיון עונה על מאפייני עסקה כאמור בסעיף 2 לחוק חובת המכרזים תהיה תחולה לחוק האמור, כפי שקבע כב' השופט פוגלמן בעע"מ 7002-19 צ"ינה מוטורס בע"מ נ' משרד התחבורה (פורסם בנבו) (להלן – צ"ינה מוטורס):

“השאלה אם יש לחייב רשות ציבורית לפעול לפי הוראות חוק חובת המכרזים, על פרטיו ודקדוקיו, אינה נגזרת מהמאפיינים הקונקרטיים של ההליך התחרותי שננקט על ידה. שאלה זו צריכה להיבחן בגדרי הוראת התחולה הקבועה בסעיף 2(א) לחוק, המגבילה את תחום פרישתו – כפי שציינתי – לסוגים מסוימים של חוזים (ולסוגי רשויות; זאת, לצד הוראות הפטור הקבועות בתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993 – שלתחולתן לא טענו הצדדים בענייננו). בחינה זו אינה פורמלית בלבד, וודאי שהיא אינה מוגבלת לאופן שבו מכתירה הרשות עצמה את ההליך. בגדרה יש לבדוק מבחינה מהותית אם ההליך העומד לביקורת, בא בתחומן של ההגדרות הקבועות בחוק, אם לאו” (ההדגשה בכל מקום במסמך זה אינה במקור – א.מ.).

תכליות דיני המכרזים

5. כידוע, ביסודו של המכרז הציבורי עומדות שתי תכליות מרכזיות: האחת, שמירה על עקרון השוויון על ידי מתן הזדמנות שווה לכלל המציעים, והשנייה היא השאיפה לנהוג ביעילות ולחסוך בכספי ציבור, על ידי מירב היתרונות למזמין באמצעות מנגנון המכרז. עקרונות אלה מעוגנים בחוק חובת המכרזים.

6. כך, סעיף 2 לחוק חובת מכרזים מעגן את עקרון השוויון:

“(א) המדינה, כל תאגיד ממשלתי, 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.

(ב) לא יפלה עורך המכרז בין מציעים מחמת מוגבלות, מין, נטיה מינית, מעמד אישי, גיל, הורות, גזע, דת, לאומיות, ארץ מוצא, השקפה או חברות במפלגה; בסעיף קטן זה, “מוגבלות” - לקות פיסית, נפשית או שכלית כמשמעותה בחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ”ח-1998

7. סעיף 2א לחוק חובת מכרזים מעגן את החובה של עורך המכרזים לשקול שיקולים הנוגעים לאופיו ומהותו של המכרז המסוים בלבד, ולא שיקולים שעניינם מטרות שהן חיצוניות למכרז:

“עורך מכרז לא יקבע תנאי להשתתפות של מציע במכרז, אלא אם כן התנאי מתחייב מאופיו או מהותו של המכרז.”

8. לעניין התכליות האמורות ראו למשל את פסק דינו של בית המשפט העליון בעע"מ 6823/10 מתן שירותי בריאות בע"מ נ' משרד הבריאות (פורסם בנבו), שבו נקבע כדלקמן:

“ביסודו של המכרז הציבורי עומדים, כידוע, שני עקרונות יסוד: הראשון, עניינו בשמירה על השוויון וטוהר המידות על-ידי מתן הזדמנות שווה לכל המציעים, בלא משוא פנים ובלא שרירות. השני הוא השאיפה לנהוג ביעילות ולחסוך בכספי ציבור על-ידי השגת מירב היתרונות למזמין באמצעות מנגנון המכרז (ראו עע"מ 1966/02 המועצה המקומית מג'אר נ' אבראהים, פ"ד נז(3) 505, 510-511 (2003); עע"מ 8284/08 תעשיות אבן וסיד בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, סעיפים 24-25 [פורסם בנבו], (2010)). היחס בין עקרונות אלה, כמוהו כיחס שבין שני “כובעיה” של הרשות בעת שהיא מתנהלת במרחבו של

המשפט הפרטי: כובעה כרשות מינהלית, שמכוחו מושם דגש על שיקולים ציבוריים ועל הבטחת עיקרון השוויון; וכובעה כשחקן בשוק הפרטי, שפועל בהתאם לדיני החוזים המבקשים להגשים בעיקרם אינטרסים כלכליים (ראו ע"מ 687/04 ינון-תכנון יעוץ ומחקר בע"מ נ' רשות הנמלים והרכבות-רכבת ישראל, סעיף 12 [פורסם בנבו], (2006); עומר דקל, דיני מכרזים – כך ראשון 91-115 (2004) (להלן: דקל, כך ראשון); גבראלה שלו, חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית 141-146 (1999) (להלן: שלו)).

21. מבין שתי מטרות אלה, זוכה בדרך-כלל עיקרון השוויון לבכורה, נוכח מעמדו כ"נשמת אפו של המכרז הציבורי", אף במחיר של ויתור מסוים על יעילות כלכלית במקרה של התנגשות בין השיקולים (ראו ע"מ 10785/02 חברת י.ת.ב בע"מ נ' מדינת ישראל-משרד הפנים, פ"ד נח(1) 897, 905-907 (2003); ע"א 6283/94 "מנורה" איזי אהרון בע"מ נ' מדינת ישראל-משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נא(1) 21, 26-27 (1995)). ההנחה היא כי בסופו של יום, לא קיימת סתירה בין התכליות השונות, שכן בטווח הארוך, יש בשמירה על עיקרון השוויון כדי להגביר את אמון הציבור במנגנון המכרזים ולעודד השתתפות בו, שתגשים בתורה גם את האינטרסים הכלכליים שביסוד עריכת מכרז (ע"מ 3499/08 רון עבודות עפר ייזום ופיתוח מ.א. בע"מ נ' ועדת המכרזים - עיריית עפולה, סעיף 12 [פורסם בנבו], (18.1.2009)).

9. עם זאת, בחוק חובת המכרזים נקבע כי בנסיבות מסוימות רשאי עורך המכרז לסטות מהשיקולים הנגזרים מאופיו וממהותו של המכרז הקונקרטי, וזאת לשם קידום מטרה חיצונית שהמחוקק ראה אותה כבעלת חשיבות. הסמכה זו לחרוג מן הכלל שלפיו יש לשקול רק שיקולים הקשורים במכרז עצמו, נקבעה במפורש בחוק.

10. כך למשל, סעיף 3א לחוק חובת המכרזים קובע מפורשות כי יש לתת במכרז העדפה לתוצרת הארץ, העדפה בשל התחייבות לשיתוף פעולה עסקי בינלאומי או לרכש גומלין בינלאומי. הסמכה זו בחוק היא שמאפשרת מתן העדפה כאמור במכרז, הגם שהיא אינה נגזרת מאופיו וממהותו של מכרז באופן שמשפר את הליך הרכש ומביא לרכש איכותי יותר או זול יותר עבור עורך המכרז. אילולא היה הנושא מעוגן מפורשות בסעיף כאמור, לא ניתן היה לשקול זאת במסגרת מכרז, שכן המדובר בשיקול שעניינו מטרות חיצוניות, כגון: חברתיות או לאומיות, שאינן קשורות למכרז אלא לאינטרסים אחרים של המדינה.

11. בדומה, סעיף 2ב לחוק חובת מכרזים קובע כי בתנאים הקבועים בו יש לתת העדפה במכרז לעסק בשליטת אישה. אילולא עוגנה ההעדפה האמורה בחוק עצמו, לא היה עורך מכרז מוסמך לשקול במסגרת המכרז שיקול זר מסוג זה, שאינו קשור למכרז עצמו אלא למטרות חברתיות רחבות של קידום ועידוד נשים בעסקים.

12. לעיתים, ההסמכה לשקול במכרז שיקולים נוספים המקדמים מטרות שהן במהותן חיצוניות למכרז עצמו מעוגנת בחקיקה ראשית אחרת ולא בחוק חובת המכרזים עצמו. כך למשל בסעיף 3 לחוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א-2011 (להלן – חוק החרם), נקבע כי ניתן יהיה להגביל השתתפות במכרז של גורם הקורא לחרם על ישראל. הגבלת השתתפות כאמור טעונה התקנת תקנות שיקבע שר האוצר, בהסכמת שר המשפטים ובאישור ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת.

אציין כי שיקול זה הוא בעל אופי דומה לשיקול של בטחון לאומי שבו עסקינן, וכאמור נדרשה הסמכה מפורשת בחקיקה ראשית כדי שוועדת המכרזים תהיה רשאית לשקול אותו במסגרת הליכי המכרז ולא תפעל רק להשגת תוצאה אופטימלית של הרכש במכרז. עוד אציין כי בעמדת כב' השופט הנדל בבג"ץ 5239/11 אורי אבנרי נ' הכנסת

(פורסם בנבו), אשר בחן את חוקתיות חוק החרם, הוא ציין כי מגבלת השתתפות בשל קריאה לחרם היא "חיצונית" למכרז ואינה נובעת ממהותו.

13. יצוין כי הפסיקה בעניין החריגים לעקרונות דיני המכרזים קבעה כי ביחס לאותם חריגים, הפוגעים בשוויון ובתוצאה האופטימלית יש לנקוט בפרשנות מצמצמת (ראו למשל: עת"מ (ת"י) 28418-07-13 **יאיר דוחובני כבלים בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, אשר עסק בתקנות העדפת תוצרת הארץ** (פורסם בנבו)).

14. לנוכח האמור לעיל, בעולם המכרזי נדרש עורך המכרז לפעול בשוויון וביעילות להשגת התוצאה המיטבית לרכש המבוצע במכרז, והוא אינו רשאי לפעול במסגרת זו לקידום מטרות ותכליות חיצוניות למכרז, אשר אינן נובעות ממהותו, אלא אם הוסמך לכך מפורשות בחוק.

שיקולי יחסי חוץ

15. הגבלת השתתפות במכרז בשל יחסי חוץ הינו שיקול זר לתכליתם של המכרזים. ראשית, מדובר בשיקול שמפלה מציע העומד בכלל תנאי הסף הנדרשים לצורך השתתפות במכרז ומטעמים שאינם תלויים בו מוגבלת השתתפותו. בנוסף, שיקול של יחסי חוץ פוגע ביעילות המכרז הן בשל הגבלת מספר המתחרים בו והן מאחר שייתכן שהמציע אותו מבקשים לפסול מטעמי חוץ עשוי דווקא להיות זה שיציע את ההצעה האופטימלית במכרז, בהיבטי המחיר והאיכות.

נגיש, כי השיקול של יחסי חוץ הוא מעצם טיבו שיקול שאינו ספציפי למכרז מסוים אלא הוא שיקול מדיני אשר נבחן בהיבט לאומי ובינלאומי במישור רחב בהרבה מעניינו של מכרז מסוים, כך שהוא בהכרח לא מתחייב מאופיו או ממהותו של המכרז. משכך, בהתאם לעקרונות המשפט המינהלי ובפרט להוראות סעיף 2א לחוק חובת המכרזים, עורך המכרז אינו יכול להגביל את השתתפותו של מציע במכרז מטעם שעניינו יחסי החוץ של המדינה.

16. יתירה מזו, על רקע חקיקת חוק חובת המכרזים ופתיחת מכרזים לגורמים בינלאומיים, נחקק תיקון מס' 7 לחוק חובת המכרזים ובו נוסף סעיף 3ב הקובע:

"הממשלה רשאית להורות בצו, באישור ועדת החוץ והביטחון של הכנסת, כי המדינה או תאגיד ממשלתי לא יתקשרו בחוזה לביצוע עסקה כאמור בסעיף 2 עם מדינת חוץ מסוימת או עם ספק חוץ מסוים מטעמים שבמדיניות חוץ; הוראה כאמור תפורסם ברשומות, והיא לא תחול לענין מכרז שפורסם קודם לפרסומה; ניתנה הוראה כאמור לחברה ממשלתית או לחברה בת ממשלתית, יחולו ההוראות סעיף 3א(ב)."

17. החוק קובע איפוא את התנאים המאפשרים לשקול במכרז שיקולים של הגבלת השתתפות מטעמים של מדיניות חוץ: ככל שהממשלה מבקשת לשקול שיקולים מסוג זה, עליה להתקין צו בעניין זה, המתייחס למדינת חוץ מסוימת או לספק חוץ מסוים. צו כאמור טעון את אישורה של ועדת החוץ והביטחון של הכנסת.

18. הוראות סעיף 3ב לחוק חובת מכרזים לא היו נדרשות אילולא היה השיקול של יחסי חוץ שיקול שזר לדיני המכרזים ולכן ניתן להביאו בחשבון במכרז בלי הסמכה מפורשת בחקיקה ראשית. הוראות סעיף 3ב האמור קובעות מספר מגבלות על פסילה מטעמים שביחסי החוץ:

א. הן מגבילות את זהותו של הגורם המוסמך להפעיל שיקול דעת כאמור לממשלה במליאתה בלבד, באישור ועדה של הכנסת, וודאי שאינן מסמיכות כל ועדת מכרזים להפעיל באופן עצמאי ונפרד את שיקול דעתה באשר לטעמים שביחסי חוץ.

ב. בנוסף, החוק מחייב לתת ביטוי פומבי למגבלת השתתפות מסוג זה ומשכך נדרש לפרסמה ברשומות.

ג. עוד נוסף, כי מהוראות הסעיף עולה כי החלטה בנושא הגבלת השתתפות של מדינה או ספק חוץ מסוים מטעמים של יחסי חוץ תקבע טרם פרסום המכרז.

19. יודגש כי בהצעת החוק הממשלתית לא הוצע לחייב בעניין זה החלטה של הממשלה במליאתה, הטענה אישור של ועדת החוץ והביטחון של הכנסת, ומחוייבת בפרסום ברשומות בטרם פרסום המכרז. הוראות אלה נוספו במהלך הכנת הצעת החוק לקריאה שניה ושלישית לאור דרישות ועדת חוקה חוק ומשפט, באופן שמגביל עוד יותר את הפעלת שיקול הדעת בעניין יחסי חוץ.

20. עיון בפרוטוקול הדיון שנערך בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, ביום 9 בנובמבר 1994, בחוק חובת המכרזים (תיקון מס' 7), התשנ"ה-1994, מעלה כי הנחת היסוד לחקיקת הסעיף היתה כי מדובר בהסמכה מיוחדת שיש לעגנה בתיקון חקיקה מתאים, שכן היא אינה נכללת בגדר הסמכות הכללית להתקין תקנות לפי חוק חובת מכרזים. אשר על כן, ללא ההסמכה האמורה, טעמים של יחסי חוץ לא היו יכולים להיכלל במכרזים כשיקול לגיטימי:

"לעניין האולטרה וירס. יש כאן הוספה של הסמכת הממשלה להורות – לא במסגרת התקנות שהוגשו לפניכם – למדינה או לתאגיד לא להתקשר מטעמים של מדיניות חוץ עם ספק חוץ מסוים... כלומר, זה לא במסגרת המכרזים ולא במסגרת התקנה אלא זו הסמכה נוספת לממשלה להורות לא להתקשר לספק חוץ מסוים..."

גם בדיון בוועדה מיום 28 בנובמבר 1994 נאמרו דברים ברוח דומה:

"אני לא הייתי בדיון הקודם, אבל אני יודע שהנושא הוכנס בוועדת השרים לענייני חקיקה לפי בקשתו של שר המשפטים הוא העלה סיטואציה כדלקמן. חוק חובת המכרזים מקנה למעשה לכל אדם זכות קנויה להשתתף במכרז. היום יש חרם שהאו"ם הטיל על סרביה, ומדינת ישראל היא צד להחלטה הזאת. בזמנו היה חרם על דרום אפריקה. נוסח יותר מצומצם לא יאפשר למנוע השתתפות של חברה סרבית המכרז בישראל'."

21. בנוסף, בדיון בוועדה מיום 9 בנובמבר 1994 הבהיר נציג הרשות לשיתוף פעול התעשייתי (הרשפ"ת) כי הסעיף האמור נדרש מאחר שהחוק הקיים אינו מאפשר למנוע השתתפות מאדם מטעם זה:

"החוק אומר שהמכרז פתוח לכל אדם אבל יש כאן מגבלה שאומרת כי אפשר לא לפתוח אותו לכל אדם אם אתה רוצה למנוע ממישהו לגשת אליו."

22. עוד מלמדת ההיסטוריה החקיקתית של הכנסת כי כוונת המחוקק הייתה להגביל את הגורם המוסמך להפעיל שיקול דעת כאמור לממשלה במליאתה בלבד. כך, בדיון מיום 9 בנובמבר 1994 הציעה נציגת הייעוץ המשפטי של משרד האוצר דאז כי הממשלה תורה על קביעת תנאי להשתתפות של גורם חוץ במכרז, היינו: הסדרת הנושא במסגרת

סמכות ועדת המכרזים על פי תקנות חובת המכרזים, אולם ההצעה לא התקבלה בנוסח החוק הסופי. יתר על כן, נציג הרשפ"ת בדיון הסביר את השיקולים שעמדו בקביעת הממשלה כגורם המוסמך:

"בממשלה עלתה השאלה מי יהיה הגורם המוסמך ולכן אמרו: לא שר התעשייה והמסחר יחליט לבדו, גם לא שר האוצר יחליט לבדו, אלא הממשלה כולה. זה נותן איזון בשיקולים בתחום המדיני, הכלכלי והמסחרי..."

23. ביום 28 בנובמבר 1994 טען יושב ראש ועדת חוקה דאז כי יש להסדיר את שיקול הדעת להגבלת השתתפות בתקנות, באישור ועדת חוקה:

"אם רוצים למנוע השתתפות במכרז מטעמים כאלה, שכולנו נתמוך בהם, יביאו תקנות ויקבלו אישור הועדה. להשאיר נוסח שאומר שבשם מדיניות חוץ אפשר לעשות כל מה רוצים, מתי שרוצים – אין כאן חבר כנסת אחד שיסכים לזה, גם לא מי שחושבים שצריך להגן על תוצרת הארץ".

על רקע האמור תוקנה הצעת החוק כך שהחלטת הממשלה תבוא לאישור ועדת החוץ הביטחון של הכנסת.

24. בנוסף, הצעת החוק המקורית כללה הוראה כי ההחלטה לא תפורסם ברשומות ולא נקבעה כל מגבלה על עיתוי ההחלטה להגביל השתתפות מטעמים של יחסי חוץ. באותו דיון נאמר על ידי ח"כ מרידור:

"חברת החשמל מוציאה מכרז. ספק בברזיל רוצה להתחרות. יגיד לו עורך הדין שלו: אל תגיש הצעה, אולי יתנו צו שאתה לא רשאי להשתתף במכרז. אני רוצה למנוע אי וודאות, שיפורסם ויידעו מראש שתכונות ממדינה מסוימת לא רשאיות להתמודד. זה לא ענין קוניוקטורלי, זה קשור בהחלטת אר"ם או החלטת מדיניות כללית שמפרסמים אותה".

25. על רקע התנגדות חברי הכנסת על חוסר השקיפות שבהחלטת מגבלה כאמור, תוקנה הצעת החוק. חלף התקנת תקנות, הציעה נציגת הממשלה נוסח פשרה לפיו מגבלה על התקשרות מטעמי חוץ תקבע בצו שיפורסם ברשומות והפרסום יהיה צופה פני עתיד ולא יחול על מכרז שכבר פורסם.

26. מן המקובץ עולה, עולה כי כוונת המחוקק הייתה כי הגורם המוסמך לשיקול שיקולי חוץ תהיה הממשלה, באישור ועדת חוץ וביטחון של הכנסת. האפשרות לקבוע שמגבלת השתתפות תקבע במסגרת תנאי המכרז ולא באופן שמופיע בחוק בנוסחו דהיום - נדחתה לאחר שנדונה מפורשות בוועדה. מעבר לאמור, כי החלטה כי ספק חוץ מסוים לא ישתתף מטעמים של יחסי חוץ במהלך המכרז ובלא שיפורסם מראש באופן פומבי אינה עולה בקנה אחד עם תכלית החקיקה.

27. בהתאם לאמור, האפשרות להגביל השתתפות במכרז מטעמים של יחסי חוץ אינה מופיעה בתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993 (להלן – **תקנות חובת המכרזים**), ולא ידוע לנו על מקרה שבו הופעלה סמכותה של הממשלה לקבוע מגבלת השתתפות בצו כאמור לעיל.

28. בהקשר זה יצוין כי תקנה 6 לתקנות חובת המכרזים, שעניינה תנאים מוקדים להשתתפות במכרז, ומקנה לעורך המכרז סמכות לכלול במכרז תנאים נוספים, כאמור בתקנה משנה (ב):

"ניתן להתנות את ההשתתפות במכרז בתנאים ענייניים נוספים, לרבות תנאים בדבר נסיונו של המעוניין להשתתף במכרז, כישוריו, היקף פעילותו, עמידה בדרישות תקן ישראלי לא רשמי, חשיבות המקום שבו מתנהלים עסקיו, וקיומן של המלצות אודותיו".

גם תקנה 6 לתקנות חובת המכרזים לא כללה שיקול של הגבלת השתתפות מטעמי יחסי חוץ במסגרת התנאים הנוספים המנויים בתקנות. אמנם, מדובר ברשימה פתוחה, אך כל השיקולים שייכללו בה נדרשים להיות "תנאים ענייניים". כאמור, השיקול של יחסי חוץ אינו תנאי ענייני במכרז אלא הוא בגדר שיקול זר שנועד למטרות חיצוניות למכרז ועל כן עורך המכרז אינו יכול להביאו בחשבון. למותר לציין כי הוראות תקנה 6 לתקנות חובת המכרזים עולות בקנה אחד עם הוראות סעיף 2א לחוק חובת מכרזים, שבהן נקבעה המסגרת הנורמטיבית לקביעת תנאים להשתתפות במכרז והוגבלה מפורשות סמכותו של עורך מכרז לקבוע תנאי להשתתפות במכרז אלא אם התנאי מתחייב מאופיו וממהותו של המכרז.

29. טעמים של יחסי חוץ מוכרים במסגרת תקנות חובת המכרזים כשיקול ענייני ולגיטימי רק בהחלטות בדבר פרסום ופומביות המכרז, ולא כתנאי המגביל השתתפות במכרז מטעמים אלה (אשר כאמור אינם נובעים מאופיו ומהותו של המכרז). כך למשל, תקנה 1ג(ב) לתקנות חובת המכרזים מסמיכה גוף ציבורי לחרוג מהחובה הכללית לפרסם את החלטותיו על התקשרות בפטור ממכרז, מטעמים של בטחון המדינה, יחסי החוץ שלה, קשרי מסחר בינלאומיים, בטחון הציבור ושמירה על סודות מסחריים ומקצועיים של המשרד. בדומה, תקנה 4 לתקנות חובת המכרזים מסמיכה את ועדת המכרזים לערוך מכרז סגור במקום לפרסם מכרז פומבי כאשר הפרסום עלול לפגוע בביטחון המדינה, ביחסי החוץ שלה או בביטחון הציבור, ותקנה 3(3) אף מתירה לערוך במקרים אלה התקשרות בפטור ממכרז. כך, גם תקנה 21 לתקנות חובת המכרזים שעניינה לזכות העיון וקובעת כי סייג לעיון במקרים שבהם העיון עלול לפגוע, בין היתר, ביחסי החוץ של המדינה.

הסדר שלילי

30. לנוכח כל האמור, ובנוסף לאמור לגבי הוראות סעיף 2א(א) לחוק חובת המכרזים, ניתן לטעון כי הוראות סעיף 3ב לחוק חובת המכרזים מהוות לכשעצמן הסדר שלילי אשר מונע מוועדת מכרזים לקבוע במסמכי המכרז מגבלת השתתפות מטעמי חוץ. ואפרט.

31. הבחינה של חקיקה כיוצרת הסדר שלילי נקבעת בהתאם לפרשנות החוק, לבחינת תכלית החוק, מטרותיו ותחום פעולותיו.

32. אמנם בהתאם לפסיקה הכלל הפרשני של "מכלל הן אתה שומע לאו" הוא כלל פרשני "חלש" ויש לנקוט משנה זהירות בשימוש בו. בהתאם לכך, נקבעה בעבר עמדה פרשנית מרחיבה שניתנה בפסיקה לעניין זה. ראו למשל: בג"ץ 381/91 גרוס נ' משרד החינוך והתרבות (פורסם בנבו); בג"ץ 5062/97 איגוד שמאי הביטוח בישראל נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו); בג"ץ 287/91 קרגל בע"מ נ' מינהלת מרכז השקעות (פורסם בנבו).

33. עם זאת, מכלול הנסיבות האמורות, בשים לב לתכלית החקיקה, ההיסטוריה החקיקתית, ההסדר שנקבע והאיוונים השונים שנקבעו בו, מהווה, לטעמי, הסדר שלילי לעניין קביעת מגבלת השתתפות מטעמי יחסי חוץ. ככל שהמשלה לקבוע מגבלת השתתפות כאמור, הדרך לכך קבועה מפורשות בסעיף 3ב לחוק חובת מכרזים ולא ניתן לפעול בעניין זה בכל דרך אחרת.

34. לכל אלה יש להוסיף כי במכרזים המנויים בסעיף 3(ב) למכתבי זה, הרי שככל שלרגולטור אין סמכות לשקול שיקולים של יחסי חוץ, מקל וחומר, יש קושי לנוכח כל האמור לעיל, לקבוע כי לוועדת המכרזים שפועלת באותו עניין יש סמכות לשקול שיקולים מסוג זה.

התחשבות בשיקול של יחסי חוץ בהחלטות הרגולטור

35. בכל הקשור לסוגי מכרזים המנויים בסעיף 3(ב) ו-1(ג) למכתבי זה הרי שבעניינם יש תחולה של הוראות חקיקה המאסדרות את אותה זכות אשר בעניינה מתקיים המכרז. באותם מקרים, בתום המכרז או כחלק ממנו ניתן אישור של הרגולטור הרלוונטי לזכות.
36. כידוע, על הרשות המנהלית חל איסור על הפעלת שיקולים זרים ועל פעולה לקידום מטרות זרות. הרשות המינהלית רשאית להפעיל את הסמכות המוקנית לה בחוק רק לשם הגשמת המטרות שלשמן הוענקה לה אותה סמכות. חוקיותם של השיקולים תידון, בראש ובראשונה, לפי החוק המסמך, כאשר לא כל שיקול ראוי הוא שיקול ענייני ושיקול מסוים יכול להיות ענייני בהקשר אחד וזר בהקשר אחר.
37. לעניין אישור רגולטור הניתן כחלק או לאחר הליך מכרזי, ייתכנו מקרים שבהם יהיה רשאי הרגולטור הרלוונטי לשקול שיקולים של יחסי חוץ מאחר שנובעים מתכלית החקיקה המסמיכה. במקרים בהם רגולטור הוסמך לשקול שיקול של יחסי חוץ, ניתן לטעון, לטעמי, כי הוראות סעיף 33 לחוק חובת המכרזים אינן מהוות הסדר שלילי, אשר שולל את סמכותו של הרגולטור מכח חוק מסמך אחר שלא להעניק זיכיון או רישיון בשל טעמי חוץ.
38. במקרים שבהם יש סמכות כאמור לרגולטור, הרי על מנת למנוע חשיפה משפטית רצוי כי העיתוי לבחינה של שיקולים אלה יהיה בשלב מוקדם של ההליך המכרזי, ככל שישנו. כך למשל, ניתן לקבוע מנגנון כי במהלך ההליך המכרזי תפנה ועדת המכרזים בבקשה לרגולטור כי ייתן "פרה-רולינג" ביחס לקבלת אישור רגולטורי של חברה זו או אחרת מטעמים של יחסי חוץ. יחד עם זאת, לאחר קבלת עמדות הרגולטורים הרלוונטיים בנושא, להבנתנו המקרים בהם לרגולטור יש סמכות לשקול שיקולים של יחסי חוץ באותם מקרים מצומצם ביותר ולא ברור מתי מנגנון כאמור יופעל.
39. כאמור, למותר לציין כי במכרזים המנויים בסעיף 3(ב) ו-1(ג) ככל שלרגולטור אין סמכות לשקול שיקולים של יחסי חוץ, מקל וחומר כי לוועדת המכרזים שפועלת בין מכוה חוק חובת המכרזים ובין אם במסגרת החוק המאסדרת, אין כל סמכות לשקול שיקולים מסוג זה.

בברכה,
אסי מסינג, עו"ד

העתק:

מר רם בלינקוב - מנכ"ל משרד האוצר

מר יוגב גרדוס - הממונה על התקציבים, משרד האוצר

רו"ח יהלי רוטנברג - החשב הכללי, משרד האוצר

גב' שירה גרינברג - הכלכלנית הראשית ממונה על הכנסות המדינה, משרד האוצר

עו"ד רועי שיינדורף - המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט בין-לאומי)

עו"ד טל בקר - היועץ המשפטי למשרד החוץ

עו"ד גיל אבריאל - היועץ המשפטי למועצה לביטחון לאומי

עו"ד מיכל עקביה - המשנה ליועץ המשפטי, משרד האוצר

עו"ד מירב ליבנה - הלשכה המשפטית, משרד האוצר