

ביקורת ספרים

החיפוש אחר תאוריה של דיני מכרזים בישראל – ספרו של עומר דקל: מכרזים

מאת

ברק מדינה*

א. הקדמה. ב. מטרת המכרז ומטרות דיני המכרזים. ג. קביעת תנאי סף ותנאים במכרז ופגיעה בחופש העיסוק.

א. הקדמה

העיסוק המשפטי בדיני המכרזים החלים על רשויות ציבוריות הוא מרתק ובה בעת מתסכל. זהו תחום עיסוק מרתק למשפטנים משום שדיני המכרזים מחייבים להתמודד עם ההשלכות המורכבות של "דואליות נורמטיבית" – התחולה המקבילה של שתי מערכות דינים, דיני החוזים מזה, ודיני המינהל הציבורי מזה¹. התפתחות דיני המכרזים בישראל ובמשפט המשווה בעשרות השנים האחרונות יצרה מארג סבוך של הסדרים, המחייב התמודדות לא פשוטה בניסיון לגלות את העקרונות המנחים ואת היחס ביניהם. אך העיסוק בדיני המכרזים הוא גם מתסכל בשל הפער הניכר הקיים בין עולם הנורמות המשפטיות לבין עולם המציאות. דיני המכרזים נועדו להבטיח כי הרשות השלטונית

* מרצה בכיר, הדוכן על שם יוסף ה' ובלה ר' בראון, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

1 ראו, למשל, בג"ץ 492/79 חברה פלונית נ' משרד הביטחון, פ"ד לד(3) 706, עמ' 716; בג"ץ 688/81 מיגדה נ' שר הבריאות, פ"ד לו(4) 85, עמ' 90.

תפעל בהגינות, לקידום האינטרס הציבורי. ביסוד הלכות אלה עומדת השאיפה ליצור מסגרת של תחרות מאורגנת, הפועלת על-פי כללי משחק ידועים, כדי להבטיח כי בחירת הזוכה במכרז תעשה באופן הוגן וכדי להגביר את תחושת הביטחון של מציעים-בכוח כי כך אמנם יהיה, ובדרך זו לקדם את האינטרס הציבורי. אולם מחקרים שונים מראים כי חרף ההתפתחות הרבה של דיני המכרזים, היעד של יצירת ביטחון בהגינותם של המכרזים הציבוריים טרם הושג במלואו.

למעשה, דיני המכרזים נתונים לביקורת רבה משני כיוונים: מצד אחד, תחושה רווחת בקרב עורכי מכרזים ציבוריים היא כי המעורבות המשפטית בהליכי המכרז היא רבה מדי, הן בשל הכללים הנוקשים הנוגעים לאופן עריכת המכרז והן בשל הנכונות הרבה יחסית להחיל ביקורת שיפוטית בעניין, הגורמת לא אחת לעיכובים ממושכים². אחד הביטויים של התייחסות זו מצד עורכי מכרזים ציבוריים אל הוראות הדין הוא הפרות רבות יחסית של דיני המכרזים, שגוררות מצדן מעורבות שיפוטית גוברת והולכת בבחינת הליכי המכרז³. ברוב המכרזים של המקרים מדובר בהפרות שאינן נובעות משחיתות ולרוב אף אינן תוצאה של רשלנות או אי-הכרת הכללים. הפרות רבות הן תוצאה של עמדה הרואה בכללים שונים מגבלות נוקשות שהן בלתי מוצדקות ובלתי יעילות, אשר הפרתן עשויה לקדם את האינטרס הציבורי שעליו מופקדת הרשות השלטונית הרלוונטית. מצד אחר, תחושה רווחת בקרב רבים בציבור, ובקרב מציעים-בכוח בפרט, היא חוסר אמון גובר בהגינות פעילותם של עורכי המכרזים הציבוריים. המעורבות המשפטית בהליכי המכרז – הן מלכתחילה, מכוח הכללים החלים עליהם, והן בדיעבד, בדרך של החלת ביקורת שיפוטית על החלטותיה של הרשות השלטונית – נתפסת לא אחת כבלתי מספקת.

2 ראו בהקשר זה ע' דקל חובת המכרז של גופים מינהליים (2001), 456-429, שם מובאים ממצאים של סקר שביעות רצון שנערך בקרב גופים ציבוריים ביחס לדיני המכרזים. 51% מן המשיבים בסקר סברו כי המכרז אינו מאפשר לרשות התקשרות בתנאים אופטימליים, בשל קשיותם של הכללים: "מהסקר עולה כמיהה של המשיבים השונים ליתר גמישות בדיני המכרזים": שם, עמ' 451; לכך נוספת "אי שביעות רצון כללית מאופן הברור המשפטי של תובענות במכרזים": שם, עמ' 453.

3 ראו דקל (לעיל, הערה 2), עמ' 449: "[ההערכה של נושאי משרה ברשויות שלטוניות כי דיני המכרזים אינם מאפשרים לרשות התקשרות בתנאים אופטימליים] מסבירה את הרצון להתנער לעיתים מחובת המכרז". ראו גם, בהקשר רחב יותר, ד' ברק-ארוז "השפיטות של הפוליטיקה" פלילים ח (תש"ס) 369, עמ' 385: "[קיים] פער הולך וגדל בין התיאור האוטופי של ההלכה המשפטית לבין המציאות הפוליטית בישראל. מבחינת המשפט שעלי ספר, נכונות של בית המשפט העליון להתערב בחיים הפוליטיים היא רבה, והוא סוחף אותם אל גבהים של 'הגינות', 'ממלכתיות' ו'אמון הציבור'. מבחינה מעשית, הפוליטיקה הישראלית מתנהלת במסדרונות השלטון כמעט מבלי להיות מושפעת מן הניצחונות הסימבוליים בהיכל המשפט בירושלים... ההלכות החדשות מותירות... רישום שטחי [על הפוליטיקה]".

עלי משפט ד תשס"ה החיפוש אחר תיאוריה של דיני מכרזים בישראל – ספרו של עומר דקל: מכרזים

מציאות זו מבטאת את העובדה המוכרת בדבר מגבלות כוחו של המשפט לעצב את אופייה של החברה ואת התרבות הנוהגת בה. אין די בכללים משפטיים ובהחלת ביקורת שיפוטית, יעילים ככל שיהיו, לעיצוב התרבות השלטונית ולהגברת אמון הציבור ברשויות השלטון⁴. עם זאת אף שהמשפט אינו חזות הכול, בוודאי נועד לו תפקיד מרכזי בהקשרים אלה. לשם כך, אין די בהתייחסות אל הוראות הדין כאל איום להטיל סנקציות (ובהקשר הנדון, לבטל את החלטותיה של הרשות עורכת המכרז) או כאל נורמות הנכפות על הגורמים הרלוונטיים. דיני המכרזים עשויים להשיג את יעדם – הבטחת הגינות פעילותן של רשויות השלטון והגברת אמון הציבור בהגינותן של רשויות השלטון – אם יזכו, הם עצמם, באמונם של הנוגעים בדבר. נדרש לשאוף לכך שהציבור – ועורכי המכרזים הציבוריים בכלל זה – יחוש מחויבות למשפט (fidelity to law) ויציית להוראותיו מתוך הכרה ושכנוע פנימי בתוקפן המחייב⁵. אחת הדרכים העיקריות לכך היא הבנה והכרה של דיני המכרזים. הכוונה אינה רק להכרת סבך הכללים וההלכות בתחום הרלוונטי. הדרישה היא להבנה עמוקה של העקרונות המנחים, העומדים ביסוד הכללים וההלכות השונים. הבנה טובה של העקרונות המנחים היא צעד אחד לקירוב דיני המכרזים לעורכי המכרזים מזה ולציבור המציעים-בכוח מזה, לקבלתם כהסדרים שנועדו להבטיח את הגינות פעילותן של רשויות השלטון ולהגביר את אמון הציבור בהגינותן של רשויות השלטון.

משום כך, ספרו עב הכרס של עומר דקל מכרזים, הכולל שני כרכים⁶, עשוי להוות תרומה רבת חשיבות לא רק למחקר האקדמי ולמשפטנים העוסקים בתחום דיני המכרזים, אלא אף לתרבות השלטונית ולהגברת אמון הציבור בהגינותו של השלטון. ספר זה, המצטרף לספר קודם שפרסם דקל בנושא⁷, ממלא חלל ניכר בספרות המשפטית בישראל. בספר מובאת סקירה מקיפה וממצה של דיני המכרזים בישראל. הסקירה כוללת דיון מפורט בהסדרים הקבועים בעניין בחקיקה, בחקיקת משנה, בהוראות נוהל ובהנחיות פנימיות שונות ובפסיקה, תוך התייחסות מאירת עיניים להסדרים הנוהגים

4 ראו, למשל, א' רוזן-צבי "תרבות של משפט (על מעורבות שיפוטית, אכיפת חוק והטמעת ערכים)" אקטיביזם שיפוטי (א' פורת – עורך, תשנ"ג) 219, עמ' 227: "בחברה שבה המשפט הוא בכל'...חינוך והטמעת ערכים נדחים הצידה [שכן] המשפט תופס חלק מן המקום הראוי למסגרת החינוכית...מי שמעמיד את ההכרעה האנושית על הדין בלבד אינו יכול לקיים חברה". ראו גם א' רוזן-צבי "כי המשפט לאלוהים הוא": על כוח המשפט ועוצמתו מול מגבלותיו וגבולותיו" עיוני משפט יז (תשנ"ב) 5, עמ' 10-14; י' גל-נור "על המשפוט של החיים הציבוריים בישראל" משפט וממשל ז (תשס"ד) 355.

5 L. Fuller "Positivism and Fidelity to Law" 71 *Harv. L. Rev.*(1958) 630; L. Fuller *The Morality of Law* (2nd ed., 1969). ראו גם ח' גזן "על כלליותן של נורמות משפטיות" עיוני משפט טז (תשנ"ב) 579, עמ' 587-588.

6 ע' דקל מכרזים (כרך ראשון, תשס"ד); ע' דקל מכרזים (כרך שני, תשס"ה) (צפוי להתפרסם בקרוב).

7 דקל (לעיל, הערה 2).

בשיטות משפט אחרות, בעיקר בארצות-הברית. אך סקירה מקיפה וממצה זו אינה אלא הבסיס לדיון החשוב המובא בספר בעקרונות העומדים ביסוד דיני המכרזים בישראל וביחס שבין עקרונות אלה. בדיון זה יש משום תרומה משמעותית למשפט וכאמור גם לתרבות השלטונית בישראל. עליו מבוססים הניסיון להסביר את ההסדרים הנוהגים בישראל בסוגיות השונות בתחום דיני המכרזים, הביקורת המובאת בספר על הסדרים מסוימים וההצעות הרבות לשינויים בדיון הקיים.

סגנון הכתיבה של הספר משלב בין כתיבה המיועדת לקהל אקדמי לבין כתיבה המיועדת לקהל מקצועי ולעורכי מכרזים. מבנה הספר – המבוסס, בעיקרו, על סדר הזמנים המקובל בניהול מכרז – הוא נוח מאוד לקורא, ויש בו הצגה מצוינת של הסוגיות השונות. בכרך הראשון שלושה שערים. השער הראשון של הספר עוסק ביסודות דיני המכרזים: סקירה היסטורית של התפתחות דיני המכרזים בארץ ובעולם; דיון בשלוש המטרות העיקריות של המכרז (הבטחת הגינות שלטונית, יעילות כלכלית ושוויון הזדמנויות) וביחס ביניהן; הדינים החלים על מכרזים ("הדואליות הנורמטיבית"); והיקפה של החובה לפרסם מכרז. השער השני של הספר עוסק בשלב הראשון של פרסום מכרז, והוא מכוון, בעיקרו, לעורכי מכרזים ברשויות השלטון: אופן הקביעה של סוג המכרז, תנאי הסף להשתתפות בו ואמות המידה לבחירת ההצעה הזוכה במכרז; אופן פרסום המכרז; ועוד. השער השלישי מוקדש להצעות המוגשות במכרז: מעמדה הנורמטיבי של ההצעה ואפשרות החזרה מהצעה; והתוצאות של פגמים בהצעה. בכרך השני שני שערים. השער הרביעי עוסק בעבודתה של ועדת המכרזים: הרכבה של הוועדה; אופן הדיון בהצעות השונות; האפשרות לנהל משא ומתן עם מציעים; האפשרות לבטל מכרז; ועוד. השער החמישי מוקדש להיבטים שעניינם ביקורת שיפוטית על החלטותיה של הרשות השלטונית: עילות התביעה האפשריות, סעדים והיבטים דיוניים של החלת הביקורת השיפוטית.

במסגרת סקירה זו אני מבקש להתייחס לסוגיות אחדות הנדונות בספר. מטבע הדברים, אתייחס לכמה היבטים שבהם אני חולק על עמדתו של המחבר, ואמנע מלהתייחס לנושאים הרבים אשר בהם מובא בספר דיון מפורט וממצה, שהם בוודאי מרבית הנושאים הנדונים בספר. אתמקד בשני נושאים: האחד, מטרות המכרז ומטרות דיני המכרזים; והשני, קביעת תנאי סף במכרז ופגיעה בחופש העיסוק.

ב. מטרות המכרז ומטרות דיני המכרזים

בספרו של דקל מובא, בפרק השני, דיון מפורט במטרות המכרז. לגישתו, "מנגנון המכרז הציבורי נועד להגשים שלוש מטרות: הראשונה הינה שמירה על טוהר המידות או מניעת התקשרות מתוך משוא פנים, מתוך ניגוד אינטרסים או כתוצאה משחיתות; המטרה השנייה הינה לאפשר לרשות המינהלית להתקשר בעסקה אופטימלית מבחינה

עלי משפט ד תשס"ה החיפוש אחר תיאוריה של דיני מכרזים בישראל – ספרו של עומר דקל: מכרזים

כלכלית; והמטרה השלישית הינה להעניק הזדמנות שווה לכל פרט בחברה להתמודד על קשירת עסקה עם הרשות המינהלית⁸. המחבר טוען כי מבין מטרות אלה, "המטרה הראשונה בחשיבותה... היא השמירה על טוהר המידות וההתמודדות עם בעיית הנציג. זוהי גם המטרה העיקרית שמנגנון המכרז נועד להגשים"⁹. למטרה זו נוספת המטרה השלישית, שעניינה השאיפה לשוויון הזדמנויות. לשיטתו, במקרה שבו מתעוררת התנגשות בין המטרות השונות, "עמדת בית המשפט העליון... היא עמדה טוטאלית, המעדיפה את עקרון השוויון על פני שיקולים של יעילות כלכלית... בית המשפט בוחן אך ורק את שאלת הפגיעה בעיקרון השוויון; ואם הוא מגיע למסקנה שעיקרון השוויון נפגע בנסיבות העניין פגיעה מהותית... הוא מחייב את פסילת ההצעה הפגומה או את פסילת ההליך בכללותו, מבלי לבחון כלל 'כמה זה עולה לנו'¹⁰. הוא מדגים טענה זו בהתייחס לכלל שלפיו בכל מקרה של פגם בערכות הבנקאית המצורפת להצעה יש לפסול את ההצעה, בלא שניתנת למציע אפשרות לתקן את הפגם בערכות. המחבר מציין כי "בית המשפט אינו בוחן במקרים אלה את המשמעות הכלכלית הכרוכה בפסילת ההצעה, אינו מתייחס למידת היתרון שקנה לעצמו המציע שערכותו נמצאה פגומה על פני יתר המציעים, ואינו מתייחס כלל להפסד הנגרם כתוצאה מכך לקופה הציבורית"¹¹. המחבר מבקר גישה זו, שכן לא ניתן במסגרתה משקל נאות לשיקול של יעילות כלכלית. לגישתו, הניסיון "לחנך" את מגישי ההצעות להגיש הצעות שאינן פגומות הוא חסר סיכוי ואינו יעיל¹².

אני מבקש להעיר שלוש הערות ביחס לטיעון זה. ההערה הראשונה נוגעת להגדרתו של שיקול היעילות הכלכלית. דקל מגדיר את המטרה של יעילות כלכלית כשאיפה להשיג "תועלת מרבית לעורך המכרז על-ידי התקשרות עם בעל ההצעה הטובה ביותר שהוגשה במכרז... [אן] השגת התועלת המרבית למשק בכללותו, על-ידי התקשרות עם המציע היעיל ביותר"¹³. לעניות דעתי, זוהי הגדרה לא מדויקת. המשמעות של שיקול היעילות הכלכלית היא שאיפה להשיג תועלת מרבית (לעורך המכרז או למדינה). השאיפה אינה רק להבטיח התקשרות עם בעל ההצעה הטובה ביותר שהוגשה במכרז או עם המציע היעיל ביותר. השאיפה היא להבטיח התקשרות בתנאים הטובים ביותר האפשריים או עם המציע בכוח היעיל ביותר. בפרט, עניינו של שיקול היעילות אינו רק בבחירה בין הצעות קיימות אלא בהשפעתם של "כללי המשחק" על היצע ההצעות שבפני עורך המכרז, על תוכנו של ההצעות המוגשות במכרז, מספרן, וכדומה. משום כך,

8 דקל (לעיל, הערה 6), עמ' 92-93.

9 שם, עמ' 118.

10 שם, עמ' 126. לביסוס עמדה זו מפנה המחבר, בין היתר, אל ע"א 6283/94 מנורה נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נא(1) 21, עמ' 27.

11 דקל (לעיל, הערה 6), עמ' 127-128.

12 ראו שם, עמ' 132-135. ראו גם, ביתר פירוט, שם, עמ' 564-621.

13 שם, עמ' 99.

הטענה שלפיה שיקול היעילות מחייב יתר גמישות, באופן שיאפשר לעורך המכרז לבחור בהצעה הטובה ביותר מבין ההצעות שהוגשו במכרז, אף אם אינה עומדת בתנאים שנקבעו במכרז, אינה מובנת מאליה. שיקול היעילות מחייב לבחון מהי המידה המיטבית של גמישות שיש להותיר לעורך המכרז לשם הכשרת הצעות "פגומות", לאור השאיפה להגדיל את הסיכוי שהתקשרויותיה החוזיות של הרשות יהיו אופטימליות. הטיעון הכלכלי, שלפיו שיטת המכרז צפויה להבטיח לעורך המכרז תועלת מרבית, מבוסס כל כולו על ההנחה שכללי המשחק של המכרז הם קשיחים. לכן, העמדה שלפיה דווקא הכרה בשיקול-דעת של עורך המכרז לסטות מן הכללים היא הצפויה לקדם את היעד של יעילות כלכלית היא עמדה הטעונה הוכחה. היא אינה נובעת כלל מן הטיעון הכלכלי, ולכאורה לפחות היא אף עומדת בסתירה ל¹⁴.

ההערה השנייה נוגעת למהותו של המתח בין שיקול היעילות לבין השאיפה לשוויון. כאמור, שיקול היעילות מחייב לבחור בכללי משחק – ובכלל זה מידת הגמישות של עורך המכרז להתיר סטייה מן הכללים – שיבטיחו התקשרות אופטימלית. בנסיבות מסוימות עשוי שיקול היעילות לחייב הענקת גמישות מסוימת לעורך המכרז. בחירה בהסדר מסוג זה אינה סותרת את המטרה של שוויון בין המציעים השונים, ככל שמדובר בשוויון פורמלי, שעניינו יחס שווה והזדמנות שווה. לשם השגת השוויון במובנו זה די בכך שכל המציעים והמציעים-כפופים לאותם כללי משחק, לרבות הכלל שלפיו עורך המכרז רשאי לקבל הצעה פגומה אם ההצעה הפגומה טובה במיוחד והפגם אינו מהותי. הערך של שוויון אינו מחייב דווקא כללים קשיחים, ולפיכך במובנו זה אין הוא עומד בסתירה לערך של יעילות כלכלית, ככל שזו מחייבת סטייה מן הכללים הקשיחים. לעניות דעתי, עיקרו של המתח בין שיקול היעילות הכלכלית לבין שיקול השוויון קיים ככל שמדובר במובן מהותי של השוויון. עניינו של שיקול השוויון (במובנו המהותי) הוא בהטלת חובה על הרשות להתחשב, בכואה לבחור בהצעה הזוכה – ואף בקביעת תנאי הסף להשתתפות במכרז – גם בערכים אחרים מלבד הערך של התקשרות אופטימלית מבחינה כלכלית. המדובר, בין היתר, בשאיפה להבטיח חלוקה הוגנת של משאבים ציבוריים, במתן הזדמנות הוגנת לציבור להתמודד על קבלת נתח מן המשאבים הציבוריים, בשאיפה לקדם קבוצות הראויות לקידום, וכדומה. דקל אמנם מזכיר בספרו מובנים אלה של שוויון¹⁵, אולם דומני שאין מובא בספר דיון ממצה במתח שבין מובנים אלה של השוויון לבין שיקול היעילות הכלכלית. השאלה העיקרית בהקשר זה היא באיזו

14 לכן יש להוסיף גם שיקולי יעילות מ"סדר שני", ובהם השפעת אופיים של הכללים על עלויות קבלת ההחלטה ועלויות החלת הביקורת עליה. ראו, למשל, L. Kaplow "A Model of the Optimal Complexity of Legal Rules" 11 *Journal of Law, Economics, and Organization* (1995) 150; L. Kaplow "Rules Versus Standards: An Economic Analysis" 42 *Duke L.J.* (1992) 557.

15 דקל (לעיל, הערה 6), עמ' 107-115.

עלי משפט ד תשס"ה החיפוש אחר תיאוריה של דיני מכרזים בישראל – ספרו של עומר דקל: מכרזים

מידה מוטלת על הרשות השלטונית החובה להעניק משקל לשיקול השוויון (במובנו המהותי) על חשבון שיקול היעילות ובאיזו מידה צפוי בית-המשפט לאכוף חובה זו? סוגיה זו מוליכה להערה השלישית, שעניינה המטרה הנוספת של המכרז ושל דיני המכרזים – השאיפה להבטיח את הגינות פעילותה של הרשות השלטונית. הטלת החובה להתקשר בעסקאות שונות בדרך של מכרז והקביעה של כללים קשיחים באשר לאופן גיהול המכרז על-ידי המחוקק ומחוקק המשנה, בצד הפיקוח השיפוטי ההדוק למדי על אופן עריכת המכרז, מבטאים, בראש ובראשונה, חוסר אמון ברשויות השלטון עורכות המכרז. דיני המכרזים הנהוגים בישראל מבטאים בחירה בהסדרים שתכליתם צמצום רב של שיקול-הדעת המסור לרשויות הציבוריות והעמקת הפיקוח השיפוטי על אופן פעילותן. לעניות דעתי, יש לדון בהקשר זה לא רק בשאלה אם בחירה זו היא מוצדקת לאור המחיר הכלכלי הכרוך בה, ככל ששיקול היעילות אמנם מחייב קביעת הסדרים גמישים יותר. שאלה חשובה לא פחות היא אם הבעת אי-אמון כה עמוקה ברשויות הציבוריות השונות היא מוצדקת ומהו המחיר הכרוך בה, במונחים של העמקת חוסר האמון של הציבור ברשויות אלה.

בהתאם למינוח המקובל במשפט המינהלי האנגלי, ניתן להבחין בין שתי תפיסות יסודיות בהקשר זה¹⁶. האחת, המכונה תאוריה של "אור אדום", מתבטאת בביקורת שיפוטית רחבת היקף. ביסוד גישה זו עמדה ביקורתית וחשדנית כלפי רשויות השלטון: "קיים חשש רציני... כי אנשי השלטון יפתחו אינטרסים משל עצמם וישתמשו בעוצמה הרבה שהוענקה להם, שלא לטובת הכלל. דבר זה באה חובת הנאמנות למנוע. חובת הנאמנות באה להבטיח כי השלטון ידאג לציבור ולא לעצמו"¹⁷. זוהי גישה המניחה כי המשפט והביקורת השיפוטית הם אמצעים הכרחיים ויעילים לפיקוח על אופן הפעולה של רשויות השלטון. כפי שהגדיר זאת שמיר, זוהי תפיסה במסגרתה מעמידה עצמה הביקורת השיפוטית "כאלטרנטיבה תבונית למה שמוצג ככישלון המערכת הפוליטית בפתרון בעיות. ... בית-המשפט [מטפח] את המסר לפיו מומחיותו התבונית הנה הערובה היחידה למשטר חברתי תקין"¹⁸. תאוריה זו מתבטאת, בין היתר, בהחלה של כללים קשיחים, הנאכפים באמצעות ביקורת שיפוטית רחבה. לעומת גישה זו ניתן לאפיין גישה שנייה, שאותה מקובל לכנות תיאוריה של "אור ירוק". הנחת היסוד במסגרת גישה זו

16 ראו, למשל, A. Harlow and R. Rawlings *Law and Administration* (1984), chs. 1-2; Tomkins "In Defence of the Political Constitution" 22 *Oxford J. of Legal Studies* 157 (2002).

17 בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר – אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289 (להלן – עניין קונטרס), 365 (הנשיא ברק). ראו ברוח דומה שם, עמ' 384 (השופט חשין): "חובת ההגינות שהשלטון חב בה כלפי יחיד החברה נגזרת מכוח היתר שהשלטון מחזיק בו, מעוצמתו של השלטון כירבה. חובת ההגינות נועדה לשמש – בצידם של אמצעים אחרים – בלם לכוח ורסן לעוצמה".

18 ר' שמיר "הפוליטיקה של הסבירות: שיקול דעת ככוח שיפוטי" תיאוריה וביקורת 5 (1994) 7, עמ' 18.

היא כי הרשות השלטונית פועלת לקידום האינטרס הציבורי, ולא לקידום אינטרסים אישיים של בעלי הסמכויות השלטוניות. עמד על כך השופט זמיר, בביקורתו כנגד עמדת הנשיא ברק בהקשר זה: "לדעתי, תפיסת הדמוקרטיה של הנשיא ברק נובעת מתחושה של מתח, ואולי אפילו עימות, בין המדינה לבין האזרח. המדינה, לפי תפיסה זאת, היא שלטון מולו עומד אזרח. ... ושש מפני נחת זרועו. מבקש שלא יפריע לו. מחפש דרכים לרסן אותו. תפיסה זאת אינה מקובלת עלי. אני רוצה לראות את המדינה כשותפות. ... המדינה היא מפעל משותף של כל האזרחים. ... מינהל הציבורי הוא בעצם עובד הציבור. עובד הציבור הוא בשר משרי. הוא פועל מטעמי ולמעני. אנחנו שותפים, בעלי תפקידים שונים, במדינה"¹⁹. במסגרת גישה זו ניכרת הסתמכות רבה יותר על מישורי הביקורת החלופיים לזה השיפוטי, תוך הכרה במגבלות של פיקוח המבוסס על אמות מידה משפטיות ועל הכרעה שיפוטית. ממילא, התוצאה היא ריסון שיפוטי רב יותר, המתבטא בהענקת שיקול-דעת רחב לרשויות השלטון וצמצום היקף המעורבות של המשפט ושל בתי המשפט בהחלטותיהם.

כאמור, דיני המכרזים בישראל הם ביטוי מובהק להחלטה של תאוריה של "אור אדום". השאלה הקשה היא אם הבחירה בתאוריה זו היא ראויה. הקביעה של כללים קשיחים, המבטאת הסתמכות ניכרת כל כך על המשפט ועל בתי-המשפט בפיקוח על רשויות השלטון בתחום המכרזים הציבוריים, אינה מסייעת, כך נראה, להעמקת אמון הציבור ברשויות השלטון. ייתכן כי דווקא מעבר לתאוריה של "אור ירוק", בדרך של צמצום מעורבותו של המשפט לטובת מנגנוני פיקוח אחרים, עשוי להיות עדיף בהקשר זה. צעדים בכיוון זה הם הגברת הפתיחות והשקיפות של הליכי המכרז²⁰; שיתוף הציבור בהליך קבלת ההחלטות²¹; והחלת פיקוח של גורמים ציבוריים, החייבים בדין וחשבון לציבור, על פעילותן של ועדות המכרזים.

19 עניין קונטרם (לעיל, הערה 17), עמ' 341.

20 ראו, למשל (בהקשר אחר), בג"ץ 1601/90 שליט נ' פרס, פ"ד מד(3) 353, עמ' 361 (הנשיא שמגר): "השמירה על המסגרת הנורמטיבית מובטחת, בראש ובראשונה, על-ידי פרסומו וגילוי לעיני ציבור הבוחרים בכלל וחברי-הכנסת בפרט, של המידע על מערכות השלטון, מעשיהם של מרכיביו ופועלם של הנבחרים, כדי שהציבור יוכל לראות, לדעת ולשפוט". ראו גם בג"ץ 2769/04 יהלום נ' שרת החינוך התרבות והספורט, פ"ד נח(4) 823, פסק הדין של השופטת נאור.

21 ראו, למשל, פסק הדין של השופט זמיר בעניין קונטרם (לעיל, הערה 17), עמ' 341; עמ' 10112/02 אדם, טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובניה – מחוז ירושלים, פ"ד נח(2) 817, עמ' 836-837, 838 לפסק-דינו של השופט חשין: "חובה היא המוטלת על הרשויות לפעול בשקיפות, שרק כך יוכלו הנהנים לדעת מה מתכוונות הן לעשות ומה הן תוכניותיהן. לא לאחר מעשה אלא לפני מעשה, שרק כך יוכל הציבור לבקר את פעולותיהן ולהשיא עצות טובות. אכן: רשות ראויה ונאמנה תפעל בשקיפות מירבית ותעמיד עצמה מרצונה – ובהכירה בחובה המוטלת עליה – לביקורת היחיד והכלל. ... בצדו של עקרון השקיפות שוכן ... עקרון הדמוקרטיזציה של ההליך המינהלי, עקרון שיתופם של היחיד והכלל במעשי השלטון והמינהל. ... דמוקרטיה

ג. קביעת תנאי סף ותנאים במכרז ופגיעה בחופש העיסוק

סוגיית היקף הביקורת השיפוטית על עיצוב המכרז, ובכלל זה תנאי הסף להגשת הצעות במסגרתו, מצויה בשלבי התפתחות בדיני המכרזים בישראל. כפי שכבר הוזכר לעיל, ככל שמדובר בהצעות שנפלו בהן פגמים ובאופן הבחירה של ההצעה הזוכה, דיני המכרזים בישראל מאופיינים בצמצום ניכר של היקף שיקול-הדעת של עורך המכרז. לעומת זאת לא ניכר עדיין צמצום דומה של היקף שיקול-הדעת ביחס לעיצוב המכרז ובכלל זה ביחס לקביעת תנאי הסף להגשת הצעות במסגרתו. בהקשר זה דקל טוען כי קביעת תנאי סף להשתתפות במכרז "מהווה מגבלה חריפה על חופש העיסוק", וכי לפיכך "אם ניתן להשיג את מטרת ההתקשרות גם על-ידי קביעת אמת-מידה [לבחירת ההצעה הזוכה – ב' מ'], שהגבלתה את חופש העיסוק קטנה יותר מהמגבלה שיוצר תנאי סף, חובה על מעצב המכרז להעדיף דרך זו על פני קביעת תנאי סף. חובה זו נגזרת ממעמדו החוקתי של חופש העיסוק, מעיקרון המידתיות המינהלי ומסעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק"²². בנוסף, דקל טוען כי "תנאי סף המגביל את האפשרות להשתתף במכרז מעבר לנדרש אינו לגיטימי, שכן מדובר בתנאי סף המגביל את חופש התחרות מעבר לנדרש, ועל כן אינו עומד בדרישות חוק-יסוד: חופש העיסוק"²³.

אני מבקש להעיר שלוש הערות ביחס לטענה זו. ראשית, קבלת עמדתו זו של המחבר צפויה להוליך להגברת הפיקוח השיפוטי ולצמצום חופש הפעולה של עורכי המכרזים. יתר-על-כן, היא צפויה לחזק עוד יותר את המשקל הניתן לערכים בדבר הגינות ושוויון הזדמנויות וממילא להחליש את מעמדם של שיקולי היעילות, וזאת בניגוד לעמדתו הכללית של המחבר ביחס להיקף המעורבות הרצוי בעבודתה של הרשות המינהלית עורכת המכרז, כאמור לעיל.

שנית, אם הגבלת ההשתתפות במכרז, מכוח קביעת תנאי סף, אמנם מהווה פגיעה בחופש העיסוק של משתתפים-בכוח, הרי שלצורך הכשרתה אין די בכך שתנאי הסף עומדים בדרישת המידתיות (ובדרישה כי הם נועדו לתכלית ראויה). מכוח סעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק ("פסקת ההגבלה"), נדרש גם כי הפגיעה בחופש העיסוק תעשה "בחוק... או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו"²⁴. ספק אם ההסמכה

במובנה המהותי לא תספק עצמה בהליך של בחירות מידי שנים מספר... ראו למצוא דרכים חלופיות לשיתופו של הציבור בהליכי השלטון ובהחלטות המשפיעות במישרין ובעקיפין על היחיד ועל הכלל... על דרך התייעצות, בשמיעת התנגדויות לתוכניות אלו ואחרות ועוד". ראו גם בג"ץ 288/00 אדם, טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' שר הפנים, פ"ד נה(5) 673. ראו עוד א' וקסמן וד' בלאנדר דגמים של שיתוף אזרחים (המכון הישראלי לדמוקרטיה, נייר עמדה 26, תשס"ב).

22 דקל (לעיל, הערה 6), עמ' 278-279.

23 שם, עמ' 279.

24 ליישומה של הוראה זו ראו, למשל, בג"ץ 5936/97 לם נ' מנכ"ל משרד החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נג(4) 673 (להלן – פרשת לם); בג"ץ 2921/03 קאופמן נ' מנהל אגף

הקבועה בהקשר זה בחוק חובת מכרזים, תשנ"ב-1992 מספיקה לעניין זה: בסעיף 4(א)(2) לחוק נקבע כי "שר האוצר, באישור ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, ייקבע בתקנות... סוגי עסקאות שבהן תהיה ההשתתפות במכרז מותנית בתנאים שייקבעו". מכוח הסמכה זו נקבע בתקנה 6 לתקנות חובת המכרזים, תשנ"ג-1993 כי ההשתתפות במכרז תהיה מותנית בתנאים שפורטו שם (תקנה 6(א)) וכן כי "ניתן להתנות את ההשתתפות במכרז בתנאים ענייניים נוספים..." (תקנה 6(ב))²⁵. התפיסה המקובלת היא כי לשם הגבלת חופש עיסוק נדרשת הסמכה מפורשת בחוק, הכוללת קביעה של ה"הסדרים הראשוניים" הרלוונטיים, כלומר, בהקשר הנדון כאן, של אמות מידה מנחות באשר לתנאי הסף המותרים. ההוראה הקבועה בסעיף 4 לחוק חובת המכרזים היא כללית מאוד וספק אם די בה לצורך הכרה בכוחה של רשות שלטונית לקבוע תנאי סף, אם אמנם תתקבל העמדה שלפיה עצם קביעת תנאי הסף מהווה פגיעה בחופש העיסוק. הוראת סעיף 4 מתייחסת אל "סוגי עסקאות" בלבד (ולא אל כל מכרז שהוא), ואל "תנאים שייקבעו", ולא אל הסמכה גורפת להתנות את ההשתתפות במכרז בכל תנאי ענייני שייראה לעורך המכרז. לא מצאתי דיון מפורט בסוגיה זו בספרו של דקל. ההערה השלישית היא העיקרית, ועניינה בשאלה אם קביעת תנאי סף להשתתפות במכרז אמנם מהווה פגיעה בחופש העיסוק. במקרים שבהם המכרז מתייחס להענקת זיכיון לעיסוק בתחום מסוים, מובן כי קביעת תנאי סף מהווה פגיעה בחופש העיסוק (מכוח הפגיעה הנובעת מעצם הקביעה כי העיסוק יוגבל לבעלי הזיכיון)²⁶. אולם השאלה הקשה היא מהו הדין במקרים שבהם המכרז אינו מתייחס להפעלת סמכות שלטונית (דוגמת הקצאת רישיונות יבוא, הענקת זיכיון בלעדי וכדומה), אלא לרכישת שירותים ומוצרים על-ידי הרשות השלטונית או למכירת נכסים של הרשות? במילים

למקצועות רפואיים (לא פורסם); עת"מ (י-ם) 320/04 חברת ציון אמבולנס בע"מ נ' שר הבריאות (טרם פורסם). השוו: ע"א 396/00 בן-דע נ' אגד, פ"ד נו(1) 851. לעתים מוחלות הגבלות בפועל על חופש העיסוק בלא הסמכה לכך בחוק, וזאת מכוח שיקול-הדעת המסור לרשות השלטונית לאילו גופים להעניק תמיכה כספית. ראו, למשל, בג"ץ 7217/95 עמותת חברת הסיעוד בישראל נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד נא(3) 561; בג"ץ 5636/01 בקמן נ' שר העבודה והרווחה (טרם פורסם). ראו גם א' גזל "פגיעה בזכויות-יסוד 'בחוק' או 'לפי חוק' משפט וממשל ד (תשנ"ז-תשנ"ח) 381.

25 לדיון בהוראות תקנה 6 ראו דקל (לעיל, הערה 6), עמ' 280-288.

26 ראו בהקשר זה, למשל, בג"ץ 1452/93 איגלו חברה קבלנית נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד מז(5) 610 (להלן – עניין איגלו); בג"ץ 4915/00 רשת חברת תקשורת והפקות נ' ממשלת ישראל, פ"ד נד(5) 451; בג"ץ 5812/00 *Samedan Mediterranean Sea* נ' הממונה על ענייני הנפט, פ"ד נה(4) 312; בג"ץ 635/95 מוניות הדריים שרות רחובות ק. עקרון מזכרת בתיה בע"מ נ' שר התחבורה, פ"ד נא(5) 723; בג"ץ 570/82 נעמה נ' ראש עיריית תל-אביב, פ"ד לז(3) 772. השוו לבג"ץ 734/88 התאחדות בעלי המלאכה נ' עיריית אשקלון, פ"ד מג(3) 665.

עלי משפט ד תשס"ה החיפוש אחר תיאוריה של דיני מכרזים בישראל – ספרו של עומר דקל: מכרזים

אחרות, מהו המעמד של האינטרס של מציע-בכוח לזכות במכרז, כלומר לזכות בנתח מן "הקניין החדש", שעניינו כוח הרכישה של הרשות השלטונית?
לעניות דעתי, העמדה שלפיה קביעת תנאי סף ותנאים במכרז מהווה פגיעה בחופש עיסוק אינה רצויה. ההכרה בכך שהאינטרס של המציע-בכוח לזכות במכרז נכלל בגדר זכות היסוד שלו לחופש עיסוק מוליכה לתוצאה שלפיה כל החלטה של הרשות השלטונית מהווה פגיעה בחופש העיסוק של גורם כלשהו. כך, כשם שהקביעה של תנאי סף שבו לא עומד מציע-בכוח מסוים מהווה פגיעה בחופש העיסוק (שכן יש בה פגיעה באינטרס של אותו מציע-בכוח לזכות במכרז), כך גם הימנעות מקביעת תנאי סף זה (שכן היא עלולה לפגוע באינטרס של מציע אחר, העומד בתנאי הסף האמור, לזכות במכרז). ממילא, נראה לי שההכרה בזכות לחופש עיסוק של המציעים-בכוח אינה מקדמת את הדיון בשאלה מהו אופן הפעולה הראוי של הרשות השלטונית: השאלה החשובה היא מהו המשקל היחסי של כל אחד מן האינטרסים הרלוונטיים, ואילו הכרה בכך שאינטרסים אלה נכללים בגדר הזכות לחופש עיסוק של המציעים-בכוח משמעה הענקת משקל ניכר לכל האינטרסים.

מובן כי על הרשות השלטונית מוטלת החובה לפעול בסבירות. עליה להעניק משקל ראוי לתנאים השונים (ולפיכך, אין היא רשאית להעניק משקל מכריע לתנאי מסוים – בדרך של סיווגו כתנאי סף להגשת הצעות במכרז – אם הדבר אינו סביר בנסיבות העניין); על הרשות להקצות את כוח הרכישה שלה בין מספר מציעים (ככל שהדבר סביר בנסיבות העניין); וכדומה. אולם חובותיה אלה של הרשות אינן נובעות מן ההכרה בזכות לחופש עיסוק של המציעים-בכוח השונים. הן נובעות מן החובה לפעול לקידום האינטרס הציבורי (בדרך של בחירת המציע הטוב ביותר) ולקידום השוויון בהקצאת משאבים בין הפרטים. השאיפה לשוויון, במובנו המהותי, ולא הזכות לחופש עיסוק, היא הבסיס לבחינת הסבירות של פעולת הרשות השלטונית.

ואכן, בשורה של מקרים נמנע בית המשפט מלהכיר בזכותו של אדם להיות מועסק על-ידי רשות שלטונית²⁷. כך, למשל, בעניין התאחדות סוכני נסיעות נפסק כי "הוצאתם של רישיונות נהיגה בינלאומיים אינה בגדר עיסוק מקצועי, או מסחרי, שהחירות הבלתי-מופרעת לעסוק בו נמנית עם חירויות היסוד הטבעיות והמוכרות, אלא בגדר פונקציה שלטונית מובהקת. על השלטון אין מוטלת כל חובה לאפשר למאן-דהוא לעסוק בכך"²⁸. לפיכך נדחתה שם עתירה כנגד הענקת זיכיון בלעדי להנפקת רישיונות נהיגה בין-לאומיים לגוף פרטי מסוים, בלא להעניק הזדמנות שווה לאחרים להתמודד על קבלת הזיכיון או לעסוק גם הם בפעילות זו. באופן דומה נדחתה טענה שלפיה

27 למשל, עניין איגלו (לעיל, הערה 26), עמ' 614: "חופש העיסוק הוא... זכות מסוג חירות, דהיינו: אי-הגבלה של האפשרות להתפרנס מכל מקצוע שיבחר לו אזרח".

28 בג"ץ 2505/90 התאחדות סוכני נסיעות נ' שר התחבורה, פ"ד מו(1) 543, עמ' 546.

אי-קבלתו של אדם לשירות במשטרה מהווה פגיעה בחופש העיסוק שלו²⁹. עם זאת כפי שציין הנשיא ברק בפרשת קומפיוטסט, אמנם מן הזכות לחופש עיסוק "אין מקום לגזור זכות – אשר כנגדה עומדת חובתה של המדינה – ל'הפרטה'", כלומר להעברת הסמכות לערוך בדיקות תקינות לכלי רכב לגופים פרטיים; אולם "כאשר המדינה 'מפריטה' חלק מסמכויותיה – כפי שעשתה בעניין שלפנינו – מוטלת עליה חובה חוקתית לעשות כן בשוויון"³⁰. כלומר, המגבלה על כוחה של הרשות השלטונית אינה נובעת מן ההכרה בזכות לחופש עיסוק, שכן לאדם אין זכות, שכנגדה חובה של המדינה, להיות מועסק על-ידי המדינה או לספק לה מוצרים או שירותים. המגבלה נובעת מחובתה של המדינה לנהוג בשוויון.

בהקשר זה יש לבקר את ההנמקה שהובאה בפרשת לם ובמספר פסקי-דין. בית-המשפט הכיר שם בקיומה של פגיעה (עקיפה) בחופש עיסוק במצבים שבהם המדינה נמנעת מלהעניק מעמד שווה למוצרים או לשירותים שמספקים אנשים שונים: באותה פרשה נקבע כי סירובו של משרד החינוך להכיר בתוצאות של אבחון לקות למידה הנעשה על-ידי מי שאינם בעלי הכשרה מקצועית מסוימת מהווה פגיעה בחופש העיסוק של המאבחנים האחרים (אף שהרשות לא אסרה על עצם העיסוק שלהם באבחון)³¹. הלכה זו באה בעקבות הפסיקה שלפיה הענקת סובסידיה או הטבה אחרת לעוסק מסוים, פוגעת בחופש העיסוק של המתחרים באותו ענף³². לעניות דעתי, ביסוד הלכות אלה עומדת ההכרה בזכות לשוויון, ממנה נובע האיסור המוטל על הרשות השלטונית להפלות. ההכרעה במקרים אלה התבססה על הקביעה אם המדיניות שבה נוקטת הרשות משקפת הבחנה רלוונטית בין המתחרים או הפליה פסולה. הקביעה כי פעולת הרשות מהווה פגיעה בחופש העיסוק, כלומר ההכרה במעמדו של האינטרס להתפרנס בזכות יסוד, אינה הבסיס להכרעה. הקושי הנובע מסיווג המעשה השלטוני כפגיעה בזכות היסוד לחופש העיסוק, הוא ההכרח להצביע על הסמכה מפורשת בחוק

29 בג"ץ 4360/94 טאטור נ' שר המשטרה, פ"ד נ(2) 560.

30 בג"ץ 1064/94 קומפיוטסט ראשל"צ (1986) נ' שר התחבורה, פ"ד מט(4) 808, עמ' 819. חריג לכך הוא "כאשר המדינה היא המקום היחיד לעיסוק פלוני... [במצב זה] סירוב המדינה להעסיק כמוהו כמניעת העיסוק עצמו. במצב דברים זה – בהם השלטון פועל כמונופול – יש לתרגם את חופש העיסוק לזכות לעיסוק"; פרשת לם (לעיל, הערה 24), עמ' 692-693.

31 שם. לפיכך נקבע שם כי בהיעדר הסמכה מפורשת בחוק, ההחלטה של משרד החינוך בטלה, ומוטלת עליו החובה להכיר גם באבחונים הנעשים על-ידי מי שאינו בעל ההכשרה שנקבעה על-ידי משרד החינוך.

32 ראו בג"ץ 1703/92 ק.א.ל. קווי אוויר למטען בע"מ נ' ראש הממשלה, פ"ד נב(4) 193; בג"ץ 2313/95 קונטקט לינסן (ישראל) בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד נ(4) 397; בג"ץ 878/94 כלל בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד מח(5) 441; בג"ץ 5277/96 חוד נ' שר האוצר, פ"ד נ(5) 854. לביקורת כנגד גישה זו ראו א' גרוס "כיצד היתה 'התחרות החופשית' לזכות חוקתית? – בנפתולי הזכות לחופש עיסוק" עיוני משפט כג (תש"ס) 229.

עלי משפט ד תשס"ה החיפוש אחר תיאוריה של דיני מכרזים בישראל – ספרו של עומר דקל: מכרזים

לנקוט במדיניות השלטונית הרלוונטית (ולפיכך להכריז על בטלותה של המדיניות, כפי שהיה, למשל, בפרשת לם) והעמקת המעורבות השיפוטית בקביעת המדיניות הרצויה. לסיכום, ספק בעיניי אם יש מקום לקביעה כי קביעת תנאי סף במכרז – כמו גם קביעת תנאי המכרז – מהווה פגיעה בחופש העיסוק של מציעים-בכוח. הבחינה הרלוונטית היא סבירות פעילותה של הרשות, ויישומו של השוויון במובנו המהותי. הגורם המכריע הוא השאלה באיזו מידה מוטלת על הרשות החובה להקצות משאבים ציבוריים – ובכלל זה את כוח הרכישה שלה – באופן שוויוני, מתוך שאיפה להשיג תוצאה של שוויון.