

בשימוש נאות של מדיניות ציבורית. מן הצד الآخر, הוא מדגיש את הצורך במערכות הسعدים כדי לאפשר למתחמودדים שזכוותיהם קופחו עקב יישום פגום ובלתי סביר של מדיניות ציבורית במכרזים ציבוריים, לעתור לבתי המשפט ולקבל סעדים.

5. התכליות הבינלאומית של המכרז הציבורי

כפי שצוין לעיל, לדיני המכרזים שתי תכליות יסוד: הציבורית והעסקית. לצד תכליות אלו, קיימות מגוון של תכליות משנהות נוספות אופי לאומי, חברתי וסביבתי. תכליות חשובה נוספת הינה התכליות הבינלאומית של דיני המכרזים.¹⁸⁵ תכליית זו מבטאה שאיפה של הדינים להימצא בהרמונייה מלאה עם התחייבויות מדיניות ישראל קיבלה על עצמה בהסכם סחר בינלאומיים. לקיום תכליית זו השלכות מרחיקות לכת מבחינת פתיחת שוקי ייצוא לתעשייה הישראלית¹⁸⁶, מבחינת שיפור הכלכלת וצמיחה המשק, וכן מבחינת מיזוג המדינה במישור הבינלאומי.¹⁸⁷

האם וכי怎 קשורה מערכת הسعدים עם תכליות הבינלאומית של דיני המכרזים? המערכת הسعدים קשור הדוק ובל ינתק עם מימוש התכליות הבינלאומית של הדינים, ואסביר.

¹⁸⁵ לנוכח היקפו הנרחב יחסית של הדין בסוגיה, מוקדש לה פרק משנה שלם, כדלהלן. ורוק, ההסכם הבינלאומיים הינם הדדים, ולכן ההתחייבויות לפיהן מבטיחות יחס שוויוני גם כלפי מתחמودדים ישראליים במכרזים בחו"ל במדיניות שאיתן חתמו על הסכמים. לכן, הסכם אלה פותחים שוקי ייצוא לתעשייה הישראלית.

¹⁸⁶ ראוי, בהקשר זה, לציין את דבריו של שר האוצר (דא) יובל שטיינץ עבר צירופה של מדינת ישראל כחברה בארגון לשיתוף פעולה כלכלי ולפיתוח (OECD Economic Co-operation and Development (OECD לשחר כ-20 שנים של התקרכבות ומגעים מוחזקת את מעמדה הבינלאומי ומעמדה הכלכלי בעולם. השתתפותה של ישראל בכלכלה הגלובלית מהוות תנאי הכרחי להתקדמות ולשגשוג. חברות ב-OECD מהוות עוגן ישראלי בmgrash המשחקים הגלובלי שייקל על ישראל את העמידה בסעודות הגיאופוליטיות, על השלוותהן הכלכליות". דאו ישראל ב-OECD, משרד האוצר – האגף לקשרים בינלאומיים 4 (נלי לובין ומרק לובן עורכים, 2010) (להלן: ישראל ב-OECD). ניתן לעיין במסמך בכתב בתוכנת: <http://www.mof.gov.il/Tools/Publication/Documents/OECD-8.pdf>

פרק שני: תכליות עיקריות ותכליות משנה של דיני המכרזים

הטעם הראשון נעה באכיפת התחביבותיה של מדינת ישראל בזיקה למכרזים ציבוריים, במישור הבינלאומי. מערכת סעדים אפקטיבית עשויה לאפשר למתחודדים מ קופחים במכרזים לאכוף ביעילות התחביבות כאמור באמצעות בתיהם המשפט, ככל שהתחביבות המדינה על פי הסכמי סחר בינלאומיים הינה אכיפה בבית המשפט. במלים אחרות, מערכת הסעדים עשויה להקנות לבניין עניין רלוונטיים כלים משמעותיים ליישום התחביבותיה של המדינה על פי הסכמי סחר בינלאומיים. מימוש התחביבות המדינה מדורמת לא רק את האינטראס של העוטר אלא גם את אינטראס הציבור בצלות המדינה להתחביבותיה הבינלאומיות. יתר על כן, אכיפה יعلاה של התחביבות המדינה בbatis המשפט, מונעת או לפחות מצמצמת סכסוכים בינלאומיים בין המדינה לבין מדינות זרות או ארגונים שעםם היא קשורה בהסכמים, וממצמצמת את חשיפה המדינה להכרעות שליליות במהלך המתרdroות במוסדות בינלאומיים. אכיפה כאמור אף עשויה ליצור תודעה חיובית ביחס למדינה ולshed מסדר ברור, כי ניתן לעורך בירור אובייקטיבי ובבלתי תלוי של מחלוקת בשלהם אם הכללים הבינלאומיים יושמו כראוי אם לאו. הסבר נוסף בכך שחלק מן ההסכמים מחייבים את הצדדים לרבות את מדינת ישראל, להעמיד סעדים אפקטיביים למקורה של הפרת התחביבות הקבועות בהםן, כפי שדגימים בפסקאות שלහן, הסבר אחר לזיקה בין מערכת הסעדים לבין תכילת המשנה הבינלאומית של דיני המכרזים קשור באמצעות אפקטיביות של מדינת ישראל למתחודדים זרים.

במלים אחרות, תפקידה של מערכת הסעדים, בהקשר של הסכמי הסחר הבינלאומיים הוא גם בהגברת התחרות במכרזים ציבוריים על ידי עשיית המכרזים לאטרקטיביים למתחודדים זרים, בדרך של הפגת החשש מיחס מנוכר, הקלה על הבנת הדינים, עשיית המכraz לשקוף יותר והנגשת הסעדים ובתי המשפט בצורה טוביה יותר.

אעבור עתה לדון בהתחביבותיה של מדינת ישראל מכוח ההסכם הפלורילטראלי בדבר רכישות ממשלחות משנת 2012, במסגרתו ארגן הסחר העולמי, וכן בהשלכות הנובעות מחברות מדינת ישראל בארגון לשיתוף פעולה כלכלי ולפיתוח. כמו כן, אדון בהסכמים בילטרליים שבהם קשורה מדינת ישראל. ראוי להזכיר ולהדגיש, כי הדין המובא להלן אינו מתימר לפירוש סקירה כוללת ומלאה של הרקע להסכמים הבינלאומיים שעליהם חותמה המדינה או למוחתם של אותם הסכמים. הדין יתמקד אך ורק בהיבטים הנוגעים למכרזים ציבוריים וככל שהם מסיעים בפיתוח הטיעון.

5.1 הסכם בדבר רכישות ממשלתיות (GPA) בתחום ארגון הסחר העולמי (WTO)

מדינת ישראל הינה חברה בארגון הסחר העולמי (WTO) (World Trade Organization (WTO)), אשר מטרתו העיקרית הינה קידום סחר בינלאומי חופשי על ידי הסרת חסמי סחר בין מדינות.¹⁸⁸

ארגון הסחר העולמי הוקם מכוח הסכם "מרקש"¹⁸⁹, שהושג במסגרת סבב אוירוגואי ונחתם בתאריך 15.4.1994. הסכם הינו הסכם "מטריה" למספר גדול של הסכמים המצורפים אליו כנספחים¹⁹⁰, כאשר ההסכם המרכזי ביניהם הינו הסכם הגאט"ט – ההסכם הכללי על מכסים וסחר משנת 1994 (General Agreement on Tariffs and Trade, 1994) ¹⁹¹.and Trade, 1994) הסכם הגאט"ט מבוסס על שני עקרונות: (1) הראשן, עקרון כללי של יחס האומה המועודפת (MFN) (General Most Favoured Nation). לפי עקרון זה מחייבת כל אחת מן המדינות המתקשרות בהסכם ארגון הסחר העולמי, ליתן לכלל המדינות המתקשרות האחרות אותו היחס שהוא מעניקה למדינה המועודפת עליה ביותר בנוגע לכל המכסיים, לשאר ההייטלים וביחס לכללים והתנאים האחרים, החלים

¹⁸⁸ אולם לארגון הסחר העולמי מטרות חשובות נוספות נספנות ובתוכן פיתוח כלכלי של מדינות מתפתחות. ראו SUE ARROWSMITH, JOHN LINARELLI AND DON WALLACE, REGULATING

PUBLIC PROCUREMENT: NATIONAL AND INTERNATIONAL PERSPECTIVES, 182 (2000)

¹⁸⁹ הסכם ארגון הסחר העולמי (Final Act Embodying The Results of The Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations) ונספחיו, אשר יוצכו בפרק זה ניתנים לעיון והורדה מתוך אתר ארגון הסחר העולמי בכתבota: http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e.htm (2.1.2015).

¹⁹⁰ לפירות נרחב על-אודות ההיסטוריה של הקמת ארגון הסחר העולמי והסכם הגאט"ט רואו: אריה רייך "ארגון הסחר העולמי מ-GATT ל-WTO" ארגון הסחר העולמי ויישראל: משפט כלכלה ופוליטיקה 15–95 (אריה רייך, עורך, תשס"ו). (להלן: רייך, ארגון הסחר העולמי מ-GATT ל-WTO). לפירות על-אודות כלל הסכמי ארגון הסחר העולמי וראו שם, בעמ' 31–36.

¹⁹¹ הסכם הגאט"ט נחתם בשנת 1947, אולם הנוסח האחרון הינו הנוסח שהתקבל במסגרת סבב אוירוגואי בשנת 1994, אשר מצורף להסכם ארגון הסחר העולמי כנספה I ונקרא General Agreement on Tariffs and Trade 1994.

פרק שני: תכליות עיקריות ותכליות משנה של דיני המכרזים

על היבוא או על יצוא של המדיניות המתקשרות¹⁹²; (2) העקרון השני: הינו ביטול חסמי סחר לא מכסים (Non-Tariff Barriers).

עקרון אחרון זה ממומש על ידי שתי הוראות בהסכם הגאט"ט: א. הוראה סעיף XI לערין ביטול כללי של הגבלות כמותיות, המתייחסת להגבלות בדרך כלל קביעת מכסות יבוא ורישונות יבוא או יצוא; ב. הוראה סעיף III הקובעת את החובה למתן יחס לאומי (National Treatment). כמובן, כל מדינה מתקשרת מהויבת להעניק יחס שווה ליצרנים שנושבים במדינות המתקשרות בהיבט של הטלת היטלים פנימיים וככלאי אסדרה פנימיים אחרים, לעומת היחס שווים לו היצרנים המקומיים.¹⁹³ אחד ההסכמים הנספחים להסכם ארגון הסחר העולמי, אשר נועד לממש את עקרון השרת חסמי הסחר הלא מכסים, ולאפשר פיתוחה הדידית של שוקים ממשלתיים בינלאומיים לשחר חופשי ולתחרות בינלאומית, הינו ההסכם בדבר רכישות ממשלתיות (GPA)).¹⁹⁴

¹⁹² ר'יך, ארגון הסחר העולמי מ-GATT ל-WTO, לעיל ה"ש 190, בעמ' 19–21; שלג, חוות ומכרזים של הרשות הצייבורית, לעיל ה"ש 129, בעמ' 221–222.

¹⁹³ ר'יך, ארגון הסחר העולמי מ-GATT ל-WTO, לעיל ה"ש 190, בעמ' 22. הוראות אלו על יחס לאומי איןןחולות על רכישות ממשלתיות מכוח החרגה מפורשת בסעיף (a)(8)(III) להסכם גאט"ט. لكن במשך שלושת העשורים הראשונים של הסכם גאט"ט, 1947, המדינות החברות המשיכו את מדיניות העדפת תוכחת הארץ שלהם בצורות שונות, ובמבי שדבר זה היה אסור. זה היה הרקע ליצירת הסכם מיוחד בעניין זה בסכוב טוקיו, אשר הסתיים בשנת 1979, אלא שרוב המדינות החברות אז, כמו היום, אין מוכנות לוותר על זכותן לנוהל מדיניות העדפה, וכך רק מייעוט ה策רף להסכם רכישות הממשלתיות רשויות להמשיך במדיניות ולמעשה אין כל הוראה בהסכם ארגון הסחר העולמי, המגבילה את האופן שבו הן מנהלות את הרכישות הממשלתי שלهن.

¹⁹⁴ אריה ר'יך "השפעת הסכם גאט"ט בדבר רכישות ממשלתיות על דיני המכרזים בישראל" מחקרי משפט יב 419, 420 (תשנ"ו-1995) (להלן: ר'יך, הסכם גאט"ט). לסקירה מקיפה ההסכם בדבר רכישות ממשלתיות ראו: Robert. D. Anderson & Sue Arrowsmith, *The WTO Regime on Government Procurement: Past, Present and Future*, The WTO REGIME OF GOVERNMENT PROCUREMENT CHALLENGE AND REFORM, 3–58 (Sue Arrowsmith & Robert. D. Anderson, eds., 2011).

ממשלתיות נחתם בסכוב אורך אוידי בשנת 1994.¹⁹⁵ אולם, בשנת 2012 אומץ הסכם חדש בדבר רכישות ממשלתיות¹⁹⁶, אשר נכנס לתוקף ביום 6.4.2014.¹⁹⁷

הסכם על רכישות ממשלתיות הינו הסכם פלורילטRALI, קרי הינו הסכם שאינו מציין את כל המדיניות החברות בארגון הסחר העולמי, אלא רק את אלו מתוך חברות הארגון שבחורו להצטרף אליו (לרובות מדינת ישראל) ומהיבר אותן בלבד.¹⁹⁸ בין ההוראות הרבות המועוגנות בהסכם הנוכחי בדבר רכישות ממשלתיות ניתן לציין את הסעיפים הבאים: סעיף XV, המעוגן בהסכם את עקרון היות הלואמי ואי אפליליה; סעיף IX האוסר אפליליה על ידי קביעת תנאי השירות והרשות שונות ביחס למתמודדים שימושיים במדינה מתקורת אחרת; סעיף X, הקובע איסור על קביעת מאפיינים טכניים שמטרתם ליצור חסמים לשחר בינלאומי; סעיף XI, אשר מחייב להעמיד זמן מספיק למתמודדים להכין ולהגיש הצעות במכרזים בתיחסב, בין היתר, בזמן הדריש למתמודדים שימושיים במדינה ורוה, כאשר המכרז אינו מכוןALKTRONI. סעיף XIII להסכם מתנה את יכולת עורך המכרז להגביל את התחרות במכרז בהיעדר כוונות אפליליה או בשימוש במכרז מוגבל באופן המפלה מתמודדים שימושיים במדינה מתקורת אחרת, ובתנאים נוספים הקבועים באותה הוראה.

סעיף XVI, קובע את האופן שבו שומה על עורך המכרז למלא אחר דרישת השקיפות במכרזים ועוד. סעיף דלוונטי במינוח לענייננו, הינו סעיף XVIII המטיל על המדינות המתקשרות חובה להעמיד לטובות מתמודדים במכרזים הליכים מינימליים או שיפוטיים מהירים, אפקטיביים, שוקפים ובלתי מפלים לצורך תקיפת המכרז או החלטה שנעשתה בהקשר לרכישה או למכרז ואשר לדעת המתמודד מהוות הפרה של

195 נכנס לתוקף ביום 1.1.1996

Decision of The Committee on Government Procurement on Adoption of The Text of "The Protocol Amending The Agreement on Government Procurement", Decision of 30 March 2012 (Appendix 1 to GPA/113 of 2.4.2012

196 Revised WTO Agreement on Government Procurement Enters into Force (7.4.2014), available at: http://www.wto.org/english/news_e/news14_e/gpro_07apr14_e.htm (3.2.2015).

197 זאת להבדיל מהסכם ה-WTO שהוא הסכם מולטילטRALI, המחייב את כל המדינות החברות. נכון למועד כתיבת שורות אלו (2.2.2015) חתומות על ההסכם על רכישות ממשלתיות 43 מדינות (כולל 28 המדינות החברות באיחוד האירופי). מדינות רבות נוספות מעוניינות להסכם. ראו לעיל בה"ש 196.

פרק שני: תכליות עיקריות ותכליות משנה של דיני המכרזים

הוראות הסכם הרכישות או של החקיקה המקומית שמיישמת אותן. סעיף זה מחייב להעניק לבית המשפט או לערכאה המינימלית המיעין-שייפוטית הדנה בעניין סמכויות להעניק סעדים אפקטיביים כנגד הפרה כזו, הן סעדים זמינים והן סעדים סופיים המתknים את ההפרה או המפזרים עליה. סעיף רלוונטי חשוב נוספת עם סעיף XX, אשר מסדר את ההליכים לפתרון סכסוכים בין המדינות החברות בקשר אחר מילוי ההוראות החלוקים ביניהם למנגנון לפתרון סכסוכים אשר מעוגן במסמך הבנות על הכללים והפרוצדורה לעניין פתרון סכסוכים.¹⁹⁹

להסכם על רכישות ממשלתיות מצורפים נספחים (Appendices) של כל המדינות המתקשרות, ומפורטים בהם, בין היתר, הגופים הציבוריים וסוגי המכרזים הכספיים להוראות ההסכם, השווי המינימאלי של מכרזים שיהיו כפופים להסכם, וכן הדראים להסכמות הכלליות. בנספח הישראלי שכותרתו: "Final Appendix I Offer of Israel", שבעה נספחים משנה, וכן הערכה מסוימת לעניין זכות של המדינה להתנות, בתנאים מסוימים, השתתפות מתמודדים שימושם במדינה מתקשרת בהכללת טובין מקומיים בהצעותיהם, ברכש גומלין או בהעברת טכנולוגיה.

אצ'ין, במאמר מוסגר, כי דעת מלומדים היא, שהתחייבות מדינת ישראל על פי הסכם הגאט"ט וההסכם הנוסף אליו הינה אכיפה בבית המשפט בישראל מכוח סעיף 5א(ב) לחוק חובת המכרזים²⁰⁰, אשר קובע: "תקנות לפי חוק זה יחולו ככל שאינן סותרות התחייבות של המדינה באמנה בinalgומית". צא ולמד, כי חשבותה של מערכת הסעדים בהקשר של ההסכם על רכישות ממשלתיות שעלי חותמה מדינת ישראל הינה בהגשה הסעדים למתחודדים שימושם במדינות שעמן קשורה ישראל בהסכם על רכישות ממשלתיות, הן על מנת להגבר את התחרות במכרזים הישראלים

¹⁹⁹ **באנגלית:** Understanding on the Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes. מסמך הבנה מהווע נספח מס' 2 להסכם ארגון הסחר העולמי. ראו בכתבות: http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/analytic_index_e/dsu_e.htm (3.2.2015).

²⁰⁰ ריין, הסכם גאט"ט, לעל ה"ש 194, בעמ' 425. כן ראו שלו, חוות ומכרזים של הרשות הציבורית, לעיל ה"ש 129, בעמ' 221–227. השוו: פסקי הדין בבג"ץ 2587/04 בוכריס נ' פקיד שומה חרדה (23.6.2005) ובג"ץ 6962/03 חברות מדרה מוסט בע"מ נ' המועצה לשידורי כבלי ולשידורי לוויין (28.10.2004), השותקים לעניין זכות האכיפה של ההסכם בבית המשפט.

והן על מנת לאפשר אפשרות ייעילה של התחרيبוטיה לפי ההסכם. לאור הוראת סעיף XVIII להסכם על רכישות ממשלתיות שלפיו מתחייבות המדינות המתקשרות להלכי ביקורת מינימלית או שיפוטית "אפקטיביים", ניתן לראותה בעמדת מערכת סעדים אפקטיבית גם כחלק מקיום התחריבוטיה של המדינה על פי ההסכם.

5.2 הסכמי אוזור סחר חופשי בינלאומיים

במהלך השנים התקשרה מדינת ישראל במספר הסכמי סחר בינלאומיים, הכוללים הסכומות, גם אם בחלוקת מהמקרים מוגבלות מאוד, להסרת האגבלות בתחום רכישות הממשלתיות בפני מתמודדים שימושם במדינות המתקשרות עם ישראל. הסכמי סחר כאמור נחתמו עם מדינות שכיוום הן מילאו חותמות על ההסכם על רכישות ממשלתיות (האיחוד האירופי²⁰¹, ארצות הברית²⁰², מדינות אפט"א²⁰³ וקנדה²⁰⁴), וכן

201 הסכם ההתאגדות בין ישראל לאיחוד האירופי משנת 1995. לנוסח הסכם זה ושל יתר הסכמי המפורטים בפסקה זו דאו באתר האינטראנט של משרד הכלכלה בכתבובת: <http://www.moital.gov.il/NR/exeres/8A8AE4E9-3652-4DE4-841D-C2F252E53709.htm> (3.2.2015).

202 סעיף 15 להסכם אוזור סחר חופשי בין ממשל ישראל לממשלה ארצאות הברית של ארצות הברית (22.4.1985) (הוראת תת סעיף 1 מנוסחת בלשון של "הסכם להשתדר" לבטל את כל ההגבלות הנוגעות לרכישות ממשלתיות, ולא בלשון של התחריבוט מפורשת וכוללת. בנוסף ישנה בהסכם הסכמה על הפחיתה סף התחוללה של הרכישות שעליהן יחול ההסכם על רכישות ממשלתיות).

203 סעיף 14 להסכם אוזור סחר חופשי בין מדינות EFTA ומדינת ישראל (17.9.1992). ביגואר 1993 פרשו מההסכם שלוש מדינות: אוסטריה, פינלנד ושווייץ. ההסכם תקף ביום ביחס למדינות נורבגיה, שוודיה, איסלנד וליכטנשטיין. הסעיף הינו כלל, בלתי מפורט, המבוסס על הסכמה ערטילאית של "גיישה לנזהלי קבלת מכירות בשוקי הרbesch הציבורי עלי בסיס של הדידות". הסעיף מכיל הוראה שלפליה וועדה משותפת תדונן במטרה להגיע להסכם בדבר הרחבת הדרגתית של רשימת גופי הרכש ובדבר קביעת סף התחוללה של ההסכם לגבי רכישות ממשלתיות.

204 פרק 6 להסכם אוזור סחר חופשי בין מדינת ישראל לקנדה (31.7.1996). גם הסכם זה מכיל הוראות כליליות בלבד.

פרק שני: תכליות עיקריות ותכליות משנה של דיני המכרזים

עם מדיניות שאינן חתומות על ההסכם: תורכיה²⁰⁵, מקסיקו²⁰⁶ ולאחרונה קולומביה.²⁰⁷ אולם, כאן ראוי להציג, כי בעוד שהסכם הסחר שנחתם עם תורכיה מצומצם להסכם הצדדים לשוקול "ליברלייזציה אפקטיבית" של שוקי הרכישות הממשלתיות של המדינות (תוך הטלת הטיפול בכך על ועדת משותפת), הרי שההסכם שנחתמו עם קולומביה ומקסיקו היגם הסכמים הכוללים הוראות מוחותיות ואופרטיביות להסרת הגבלות בתחום רכישות הממשלתיות והם כוללים, בנוסף, הוראות מיוחדות מדינת המאפשרות למתחודדים שימושם באוטון מדיניות לאכוף את התchieויות ישראל על פי אותם הסכמים, בבתי המשפט בישראל.²⁰⁸ יצוין, כי ההסכמים עם קולומביה ומקסיקו כוללים הוראות מפורשות, אם כי כלליות, לעניין מאפייני אפקטיביות מערכת הסעדים שתعمוד לרשותם של מתחודדים מקופחים.

מבין הוראות אלו ניתן לציין: הליכים מהירים, יעילים, שוקפים, בלתי מפלים, הזכות להביא עדים וכן הסמכת בתי המשפט להעניק סעדים זמינים, סעדים מתקנים ופיצויים.²⁰⁹

5.3 הארגון לשיתוף פעולה כלכלי ולפיתוח (OECD)

נזכר נוסף של הכלכלה הבינלאומית של דיני המכרזים הינו חברותה של מדינת ישראל בארגון לשיתוף פעולה כלכלי ולפיתוח כלכלי Co-

²⁰⁵ סעיף 24 להסכם אוצר סחר חופשי בין מדינת ישראל לרפובליקה של טורקיה (14.3.1997).

²⁰⁶ פרק 6 להסכם אוצר סחר חופשי בין מדינת ישראל למקסיקו (10.4.2000) (להלן: הסכם אוצר סחר חופשי ישראל – מקסיקו).

²⁰⁷ הסכם אוצר סחר חופשי בין מדינת ישראל לקולומביה (30.9.2013) (להלן: הסכם אוצר סחר חופשי ישראל – קולומביה).

²⁰⁸ פרק 6 סעיף 17 להסכם אוצר סחר חופשי ישראל – מקסיקו ופרק 9 סעיף 17 להסכם אוצר סחר חופשי ישראל – קולומביה.

²⁰⁹ שם.

²¹⁰ להלן: הארגון.

הארגון לשיתוף פעולה ולפיתוח כלכלי נסdec operation and Development (OECD) במתוכנותו הנוכחית בשנת 1961.²¹¹

בארגון, הנחשב למועדון יוקרתי של מדינות מפותחות מבחינה כלכלית, חברות שלושים וארבע מדינות, כולל מדינת ישראל, אשר הצטרפה בשנת 2010. תכליתו המוצהרת של הארגון, כפי שזו באה לידי ביטוי בסעיף 1 לאמנת הארגון לשיתוף פעולה ולפיתוח כלכלי²¹² הינה²¹³:

- ”א. להשיג צמיחה כלכלית ותעסוקה בנוט קיימת בדרגה הגבוהה ביותר ולהעלות את רמת החיים של המדינות החברות, תוך שמירה על יציבות כלכלית, ותוך תרומה לפיתוח הכלכלת העולמית.
- ב. לתרום להתרחבות כלכלית בריאה של המדינות החברות כמו גם שאינן חברות, אשר נמצאות בשלבי התפתחות;
- ג. ולתרום להרחבת הסחר העולמי על בסיס מולטילטראלי ובلتיא מפללה, בהתאם להתחייבויות הבינלאומיות.”

הארגון לשיתוף פעולה כלכלי ולפיתוח שואף על פי הצהרותו, לשפר את רווחת האורחים, לסייע למדיינות העולם לפתח מדיניות לקידום צמיחה כלכלית, צמצום העוני, הגדלת ההשקעות והסחר, שיפור רמת החיים של האורחים, בין היתר בתחום התעסוקה, הבריאות, החינוך, התעסוקה, הפעירים החברתיים והסביבה.²¹⁴ גורם חשוב

²¹¹ הארגון הוקם בשנת 1948 ונקרא ”הארגון לשיתוף פעולה אירופי” (“The Organisation for European Co-operation” (OEEC) שתכליתו הייתה לבצע את תוכנית ”մרסל” לשיקום אירופה לאחר מלחמת העולם השנייה. לסקירת ההיסטוריה של הארגון לשיתוף פעולה ולפיתוח כלכלי ראו באתר הארגון בכתבות: <http://www.oecd.org/about/history> (3.2.2015).

²¹² Convention on the Organisation for Economic Co-operation and Development. לנוסח המלא של אמנה הארגון לשיתוף פעולה כלכלי ולפיתוח ולמסמכים נוספים של הארגון שיאזכיר להלן, ראו בכתבות www.oecd.org.

²¹³ בתרגום מאנגלית לעברית.

²¹⁴ OECD 50th Anniversary Vision Statement (CM/MIN (2011) 6, available at: <http://www>.

פרק שני: תכליות עיקריות ותכליות משנה של דיני המכרזים

שנועד לשיער בהשגת יעדי הארגון הוא מחויבות המדיניות החברות לקיום ארבעה תנאים יסודיים לקבالتן כחברות בארגון: (1) *ערבים משותפים* (like mindedness); (2) *שחקן משמעותי* (significant player); (3) *تواlut הדדיות* (mutual benefit) ו- (4) *শক্তির মাধ্যমে* (power). לצורך עמידה בתנאי לעניין "ערבים משיקולים גלובליים" (global considerations). מבוססת שוק, קיום ערבים דמוקרטיים, בתוכם ממשל תקין ושמירה על שלטון החוק וכן שמירה על זכויות האדם.²¹⁵

להלן ניכר מעבודת הארגון להשגת יעדי מתבצע באמצעות עירכת מחקרים והפקת נתונים סטטיסטיים המבוססים על השוואות ביןלאומיות, ועל דו-שיח בנושאי מדיניות במסגרת וועדות מקצועיות, שבهن משתתפים נציגי המדיניות החברות, נציגי ארגונים בינלאומיים ומדיניות שאינן חברות בארגון.²¹⁶ בנוסף, הארגון מאיץ ו mpfrסם שלשה סוגים של כללים, המהווים תולדה של מחקרים שעורך הארגון וDOIנים המתקאים, בין השאר, במסגרת הוועדות המקצועיות הפעולות במסגרתו. העמוד על כללים אלה להלן.

5.3.1 כללי הארגון

בהתאם לסעיף 5 לאמנת הארגון²¹⁷, בסמכות הארגון לאמץ שלושה סוגים של כללים:

ולפיתוח כלכלי ראו גם (3.2.2015) <http://www.oecd.org/about/>.pdf (3.2.2015) oecd.org/mcm/48064973.pdf (3.2.2015)

וכМОВН, Старт Укрунога аргон, Ліроут іЛіфранснот Танам Ало РАО Ambassador Seiichiro Noboru, *A Strategy for Enlargement and Outreach*, 15–18 Report by the Chair of the Heads of Delegation Working Group on the Enlargement Strategy and Outreach (OECD, 2004), available at <http://www.oecd.org/globalrelations/globalrelationsstrategy/37434513.pdf> (3.2.2015). כן רАО **ישראל ב-OECD**, לעיל ה"ש 187, בעמ' 115–120.²¹⁵

ישראל ב-OECD, לעיל ה"ש 187, בעמ' 28–29.²¹⁶

Convention on the Organisation for Economic Co-operation and Development, available at: <http://www.oecd.org/general/conventionontheorganisationforeconomicco-operationanddevelopment.htm> (3.2.2015)²¹⁷

הראשון: **החלטות** (Decisions), קרי כללים משפטיים המכילים הוראות ליישום, שהין בעלות תוקף משפטי מחייב, אלא אם כן צוין בהם אחרת;

השני: **המלצות** (Recommendations), קרי מסמכים המפרטים עקרונות מדיניות של הארגון, אשר מצופה מן החברות בארגון, כי תעשה את מרבית המאמרים ליישמן.

יצוין, במאמר מוסגר, כי המלצות והחלטה הארגון לשיתוף פעולה ולפיתוח כלכלי מהווים ייחדיו את "חוקי הארגון"²¹⁸. (Acts of the Organization)

השלישי: **הסכם בינלאומיים** (International Agreements), בין המדינות החברות בארגון, עם מדינות שאינן חברות וארגוני בינלאומיים. ההסכם הבינלאומיים הינם בעלי תוקף מחייב כלפי המדינות המתקשרות בהם.²¹⁹ דוגמה חשובה בולטת לענייננו להסכם בינלאומי שעליו חתומה מדינת ישראל במסגרת הארגון לשיתוף פעולה הינו האמנה בדבר המאבק בשודן של עובדי ציבור ורים בעסקאות בינלאומיות.²²⁰

²¹⁸ **כלל 18 לכללי הпроцедура של הארגון OECD**, OECD, (October 2013)). available at: <http://www.oecd.org/legal/Rules%20of%20Procedure%20OECD%20Oct%202013.pdf> (3.2.2015).

²¹⁹ **למעדרם המשפטי של כללי הארגון לשיתוף פעולה ולפיתוח כלכלי ראו Nicola Bonucci, The legal status of an OECD act and the procedure for its adoption, OECD DIRECTORATE FOR LEGAL AFFAIRS (2004), available at: <http://www.oecd.org/edu/skills-beyond-school/31691605.pdf> (3.2.2015).** (להלן: **הסתוט המשפטית של הכללים המשפטיים של הארגון OECD**). כן ראו **ישראל ב-OECD**, לעיל ה"ש 187, בעמ' 28–31.

²²⁰ OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Officials in International Business Transactions (17 December 1997). **בשנת 2009 פורסם הארגון המלצות נספות למאבק בשודן של פקיד ציבורי זרים בעסקאות בינלאומיות ובתוכן פורסם את הנזכרת הוא מאבק בשודן של עובדי ציבור ורים במסגרת עסקאות בינלאומיות קובעת בין היתר, חובת ענישה לעבירות שודן לעובד ציבורי זר, קביעת סמכויות שיפוטית וכליים לעזרה הדידית בין המדינות, קביעת סטנדרטים של חשבונאות וביקורת שימנעו הסתרת עברית השודן ועוד. יישום האמנה על ידי ישראל נבדק באופן תקופתי על ידי הארגון לשיתוף פעולה ולפיתוח כלכלי.** *Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions and Related*

פרק שני: תכליות עיקריות ותכליות משנה של דיני המכרזים

לצד הכלים המשפטיים הנזכרים, שיסודם באמנת הארגון, מגבש הארגון מסמכים משפטיים נוספים, שאינם מהווים מסמכים בעלי תוקף משפטי מחייב: הצהרות (Declarations) והבנות (Arrangements and Understandings); אולם מסמכים אלה אינם נטולי ממשמעות, מעצם היוגם ביטוי לרצון הפליטי של המדיניות החברות בארגון.

לאמור, בדרך כלל מתקיימת ציפייה חזקה, כי כלל החברות בארגון יפעלו לפיהן²²¹ ובהתאם לכך, מועצת הארגון מעודדת ועוקבת אחר אימוץ על ידי המדיניות החברות.²²² בכלל, לא קיים בארגון לשיתוף פעולה כלכלי ולפיתוח מגנון של סנקציות משפטיות, אך צוות המדיניות החברות לכללים המשפטיים מושג באמצעות "ביקורת עמיתים" (peer review), קרי ביקורת הנערכת ביחס לאופן אימוץ מדיניות הארגון על ידי מדינה החברה בארגון.²²³

אופן אחר להשתגት צוות הוא הפעלת לחץ מצד שאר המדיניות החברות בארגון "לחץ עמיתים" (peer pressure).²²⁴ בעיקרו של דבר, פירשו של לחץ עמיתים הוא הפעלת מהלכי שכנווע רכמים, שתכליתם לעודד את המדינה החברה לאמצץ את מדיניות הארגון. אולם, לחץ עמיתים עשוי לבוא לידי ביטוי גם בדרכים פחות רכות, כגון על ידי פרטום דירוג של המדיניות לפי רמת ביצועיהן או אפילו על ידי "הבקה" של המדינה בריבאים (naming and shaming). עם זאת, הטכניקה האחורה מופעלת רק כאשר "כללי המשחק" ברורים וככל המדיניות מקבלות אותו.²²⁵ לסייע האמור לעיל, ישום מדיניות הארגון לשיתוף פעולה ולפיתוח כלכלי, אפילו כאשר פעולה זו אינה מעוגנת

Documents (OECD, 2011), available at: http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_ENG.pdf (3.2.2015) קבוצת העבודה של הארגון לעניין שוחד בעסקאות בינלאומיות ראו באתר משרד המשפטים בכתבota: <http://www.justice.gov.il>, לעיל ה"ש 187,

.241–217

הסתטוס המשפטי של הכלים המשפטיים של ה-OECD, לעיל ה"ש 219.

²²¹

שם: **ישראל ב-OECD**, לעיל ה"ש 187, בעמ' 31–28.

²²²

ביקורת עמיתים הינה הכללי המרכזי ליישום מדיניות הארגון על ידי המדיניות החברות. לדברי הסבר על אמצעי זה, ראו (<http://www.oecd.org/site/peerreview>) (3.2.2015).

²²³

ישראל ב-OECD, לעיל ה"ש 187, בעמ' 30, 61–60.

²²⁴

לדברי הסבר ראו: <http://www.oecd.org/site/peerreview/peerpressurearelatedconcept.htm> (3.2.2015).

²²⁵

במסמכים משפטיים מחייבים, מצוי ברוחו של הארגון. מאפיין זה של הארגון מתבטא ב策定性的 פוליטית חזקה מצד מוסדות הארגון, כי המדיניות החברות תישמה את המדיניות שגובשה במסמכיו, וכן בהפעלה לחצים בכיוון זה מצד המדיניות החברות.

5.3.2 המלצת לניהול ניגוד עניינים בשירות הציבורי

בשנת 2003 אימץ הארגון לשיתוף פעולה כלכלי המלצת לניהול ניגוד עניינים בשירות הציבורי.²²⁶ ההמלצת מעודדת את המדיניות החברות בארגון לשיתוף פעולה ולפיתוח כלכלי לעצב את מדיניותו בהתאם לניגוד עניינים בשירות הציבורי בהתאם לקוים המנחים של הארגון לעניין ניהול ניגוד עניינים בשירות הציבורי²²⁷, מהווים נספח של ההמלצת.

בנספח האמור מפורטו הוראות רלוונטיות, במשרין, בתחום הרכישות הממשלתיות, כגון, הוראות לעניין גילוי נאות על ניגוד אינטרסים²²⁸, והוראות לעניין זיהוי נקודות חולשה בהכנה, ניהול מומ"מ, ניהול ואכיפה של חוות של רשות ציבורית, שבהן עלול עובד הציבורי להיות חשוף לניגוד עניינים.²²⁹

בנוסף, כולל הנספח הוראה בדבר הקמת מנגנון לבירור תלונות לעניין הפרת האיסור על ניגוד אינטרסים, העמדת אמצעים אפקטיביים לעידוד השימוש במנגנונים אלה²³⁰ ועוד.

²²⁶ Recommendation of the Council on OECD Guidelines for Managing Conflict of Interest in the Public Service (June 2003), available at: <http://www.oecd.org/governance/ethics/2957360.pdf> (להלן: המלצת ה-OECD לניהול ניגוד עניינים בשירות הציבורי).

²²⁷ The OECD Guidelines for Managing Conflicts of Interest in the Public Service, available at: <http://www.oecd.org/corruption/ethics/48994419.pdf> (3.2.2015).

²²⁸ סעיף 1.2.1 לנספח המלצת ה-OECD לניהול ניגוד עניינים בשירות הציבורי, לעיל ה"ש .²²⁶

²²⁹ שם, בסעיף 2.2.2.C

²³⁰ שם, בסעיף 2.3.2(b)

פרק שני: תכליות עיקריות ותכליות משנה של דיני המכירות

5.3.3 המלצת על ניהול רכישות ממשלתיות

המלצת הארגון לשיתוף פעולה כלכלי ולפיתוח על ניהול רכישות ממשלתיות משנה ²³¹ 2015 כוללת מספר המלצות לייעול הליכי הרכישות הממשלתיות, ולהגברת היושרה והגינותה בהלים אלו. כן כוללת המלצת פירוט של סטנדרטים מינימאליים למערכת הסעדים העומדת לרשות מתמודדים מקופחים. אציין כאן את עיקר המלצות. בסעיף XII סעיף משנה (ii) להמלצת מודגשת, כי על המדיניות החברות לקבוע סנקציות אפקטיביות, מרתיעות ובנות אכיפה בגין הפרת כללי הרכישות הציבוריות על ידי הסקטור הציבורי והפרט, כאשר סנקציות אלו צדיקות להיות גם פרופורציאונליות להפרות שבגיןן הן מופעלות. בסעיף משנה (iii) להמלצת מצוין, כי על המדיניות החברות לברר השגות בהגנות, במהירות ובקסיקות, באמצעות הליכי תקיפה אפקטיבים וזאת לצורך תיקון פגמים בהחלטות המתקבלות בהליכי רכישות ציבוריות, מניעת עול, בניית אמון המתמודדים (לרבות מתמודדים מדיניות ורות) בהגינות של שיטת הרכישות הציבוריות.

5.3.4 המלצת למאבק בהגבלים עסקיים ברכישות ממשלתיות

בשנת 2012 אימץ הארגון לשיתוף פעולה כלכלי המלצה למאבק בהגבלים עסקיים ברכישות ממשלתיות. ²³² המלצה זו נועדה לעודד את המדיניות החברות בארגון להגברת התחרות ברכישות ממשלתיות מצד אחד, ולהיאבק בהגבלים עסקיים ברכישות ממשלתיות, מצד שני, תוך השגת התכליות של "עדכן סוף". ²³³ המלצה כוללת נספה, שהוא למעשה מסמך אחר של הארגון, הנקרא "קוויים מנחים של הארגון למאבק בהגבלים עסקיים במכרזים ציבוריים", שפורסם כבר בשנת 2009. ²³⁴ חלקו

²³¹ Recommendation of the Council on Public Procurement (18 February 2015 -C(2015)2, available at: <http://acts.oecd.org/Instruments>ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=.320&InstrumentPID=348&Lang=en&Book=False1> (14.6.2015)

²³² Recommendation of the Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement (17 July 2012- C(2012) 115), available at: <http://acts.oecd.org/Instruments>ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=284&InstrumentPID=299&Lang=en&Book=.> (3.2.2015) שם, בסעיף I. ²³³

²³⁴ Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement [DAF/COMO(2009)1/FINAL],

אורן שבת – העתירה המינימלית והסעדים במכרזים ציבוריים: תיאוריה ופרקтика

הראשון של הנספח הינו הסברתי. הוא כולל הסבר על האופנים השונים של הופעת הגבלים עסקיים ברכישות ממשלתיות ותיאור הגורמים המסייעים להתגברות תופעה זו.

חלקו השני הינו יישומי. הוא מכיל הוראות מפורחות כיצד לתוכנן נכון הלכית רכש ציבורי וכייזד להוות הגבלים עסקיים ברכישות ממשלתיות ולטפל בהם לאחר זיהוים.²³⁵

5.3.5 המלצה לשיפור ההשפעות הסביבתיות של הרכישות הממשלתיות

המלצתה נוספת הינה לשיפור ההשפעות הסביבתיות של הרכישות הממשלתיות, משנת 2002.²³⁶ המלצתה מעודדת את המדיניות החברות להעניק חשיבות גבואה יותר לשיקולים סביבתיים בבחירה ורכישות ממשלתיות של טובין ושירותים. בכלל זאת מעודדת המלצתה את המדיניות לפתח מדיניות רכש "ירוק" ולנקוט בראשית האמצעים המפורטים בהמלצה, ליישום המדיניות בפועל.

5.4 סיכום ביוניים

חברותה של מדינת ישראל בארגון לשיתוף פעולה ופיתוח כלכלי אינה מחילה עלייה חובה משפטית לאם מערכות סעדים לפי מאפיינים מסוימים שנקבעו במסגרם הסכמים.²³⁷ זו גם זו, במסגרת הארגון לשיתוף פעולה כלכלי ולפיתוח, לא קיימים הסכמים לפיתוח שוקרי הרכישות הממשלתיות לשחר בינלאומי.²³⁸ עם זאת, בפועל

.available at: <http://www.oecd.org/competition/cartels/42851044.pdf> (29.11.2015)

שם 235

Recommendation of the Council on Improving the Environmental Performance of Public Procurement (23 January 2002 – C(2002)3), available at: [\(3.2.2015\)](http://acts.oecd.org/Instruments>ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=46&InstrumentPID=43&Lang=en&Book=False).

236

זאת בשונה מההתחרויות שקיבלה על עצמה מדינת ישראל במסגרת הסכם על רכישות ממשלתיות של ארגון הסחר העולמי ובհסכם אזרע סחר חופשי – ישראל – מקסיקו וישראל – קולומביה (ראו לעיל).

237

זאת בשונה מארגון הסחר העולמי, אשר נסקר לעיל.

פרק שני: תכליות עיקריות ותכליות משנה של דיני המכרזים

וכפי שציינתי, גם להמלצות הארגון, שאין בעלת תוקף משפטי מחייב קיימת ממשמעות מעשית. מדינה שאינה מקיימת את המלצות הארגון עשויה להיות חשופה ללחצים, אפילו אם הם "רכסים" בלבד. גם בהעתלם משיקול זה, קיום המלצות הארגון על ידי מדינה חברה מאותה על דבקותה במטרותיו וב策יפויות של מוסדותיו, וכן עשוי הדבר לייצר כלפיה תודעה חיובית של משקיעים ורים וחברות בחו"ל השוקولات לעשות עסקים עם ישראל. הוא עשוי גם לשיער בשיפור מעמדה של ישראל בארגון. למروת שהמלצת הארגון להגברת היושרת ברכישות ממשלתיות אינה מטילה חובה משפטית על המדינות החברות בארגון, הרי שהמליצה זו מעודדת אותן לאפשר למתחודדים במכרזים "עדים ראיים", ולהקפיד על אי שימוש לרעה במערכת לבירור טענותיהם של המתחודדים. כמו כן, היא מעודדת מעקב וביקורת מצד ארגונים חברתיים, מצד האיבור הרחב על תקינותם של מכרזים ציבוריים, ומצד גורמים שלא נטלו חלק במכרז.

אימוץ מערכת סעדים אפקטיבים, כמפורט בספר זה, עולה בקנה אחד עם המלצות הארגון ועשוי למצוב את מדינת ישראל בתור מדינה המקיימת בצוותה מיטבית לא רק את לשונה הלא מפורטת של ההמלצה, אלא גם את רוח ההמלצה, קרי הגברת היושרת במכרזים ציבוריים. בדומה לכך, גם המלצת הארגון למאבק בהגבלים עסקיים ברכישות ממשלתיות אינה מטילה כל חובה משפטית על מדינת ישראל.

ברם, אימוץ מערכת סעדים אפקטיבים, כפי שאסביר בפרק הבא, עשוי להגביר גם את המאבק בהגבלים עסקיים במכרזים ציבוריים בהתאם לרוח ההמלצה ושיافت הארגון. אימוץ הרוינוות הכלולים בספר זה עשוי אייפוא, לעלות בקנה אחד עם רוח ההמלצה הנוצרת ולמצוב את מדינת ישראל כמדינה הפעלת בניחסות כלפי הגבלים עסקיים במכרזים ציבוריים. המלצת הארגון לשיפור השפעות הסביבתיות של הרכישות הממשלתיות, אף היא, אינה בעלת תוקף משפטי מחייב בגין מדינת ישראל. ברם, כפי שהראיתי לעיל, דיני המכרזים של מדינת ישראל אמורים לתוכם את תכלית המשנה הסביבתית. יש להעיר גם, כי מקומה של תכלית משנה זו בדיינים יהיה דומיננטי יותר בעתיד. כמוסבר לעיל, מערכת סעדים אפקטיבית עשויה לתמוך בIMPLEMENTATION של תכלית המשנה הסביבתית. ככל הנראה, מרכיבו העיקרי בתוכנית הסביבתית. מכאן, איפוא, שמערכת סעדים אפקטיבים, כאמור, יתאפשרה לתמוך גם בקיום המלצות הארגון לשיתוף פעולה ופיתוח כלכלי, ככל שמדינת ישראל תתקדם בעתיד לעבר קיום אותן המלצות.