

## פרק שני

# תכליות עיקריות ותכליות משנה של דיני המכרזים

### 1. מבוא

בפרק זה אדון בתכליות דיני המכרזים של מדינת ישראל ובקשר בין תכליות אלו לצורך במערכות סעדים אפקטיביים לאכיפת הנורמות. דיוון בתכליות דיני המכרזים קשור קשר בליתקע עם היקפן של הרכישות הציבוריות, שאוthon מסדרים דינים אלה. היקף הרכישות הציבורית הממוחץ במדינות החברות בארגון לשיתוף פעולה ולפיתוח כלכלי (OECD) נמדד בכשנים עשר אחוזים (12%) מהתקציב המקומי הגלומי של אותן מדינות.<sup>1</sup> היקף הרכישות הממוחץ האיחוד האירופי הינו גבוה יותר ועומד על תשעה עשר אחוזים ושבע עשר אחוז (19.7%) מהתקציב המקומי הגלומי של אותן מדינות.<sup>2</sup> היקף הרכישות הממשלתיות בישראל נמדד בחמשה עשר אחוזים (15%) מהתקציב המקומי הגלומי<sup>3</sup>, המהווה כמאה ארבעים ותשעה מיליארדים

---

<sup>1</sup> OECD (2011), *Government at a Glance 2011*, OECD Publishing, p.148, available at: [http://www.oecd-ilibrary.org/governance/government-at-a-glance-2011\\_gov\\_glance-2011-en](http://www.oecd-ilibrary.org/governance/government-at-a-glance-2011_gov_glance-2011-en) (להלן: סקירת הארגון לשיתוף פעולה כלכלי ולפיתוח (OECD) משנת 2011).

<sup>2</sup> בערכיהם של שנת 2010. ראו p.6, Commission Staff Working Document, SWD (2012) 342 final (Brussels, 9.10.2012), available at: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/docs/implementation/20121011-staff-working-document\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/implementation/20121011-staff-working-document_en.pdf) (28.1.2015).

<sup>3</sup> על פי נתונים שנאספו לגבי השנים 2006–2008. ראו בסקירת הארגון לשיתוף פעולה כלכלי ולפיתוח (OECD) משנת 2011, לעיל ה"ש 1, בעמ' 149.

ש"ח, לפי ערכיהם של שנת 2012.<sup>4</sup> היקף רכישה עצום זה עושה את המדינה לפחותן הגודל ביותר במשק הישראלי. לנוכח היקפן הכספי של הרכישות הציבוריות בישראל, הרי שניולן התקין של אותן רכשות ואכיפת הנורמות החלות עליו, הינה בעל חשיבות כלכלית עליונה.<sup>5</sup> אולם, תקינותן של הרכישות הציבוריות הינה בעלת השפעה לא רק על התוצאה הכלכלית של אותן רכשות.

השפעת תקינות הרכישות על שוויון לסת את אותן רכשות גם על היבטים אחרים של הרכישות הציבוריות, שאינם כלכליים או היבטים שהתוצאה הכלכלית אינה מטרתם הדומיננטית, כגון היבטים בעלי אופי לאומי, סביבתי ובינלאומי<sup>6</sup>, ואספיר. כפי שראתה להלן, תכליתם הראשונית של דיני המכרזים בישראל הינה השגת התקשרות יעילה, מצד אחד, תוך שמירה על ערכי השוויון וההגינות, מצד שני.<sup>7</sup>

במאמר מוסגר ייאמר, כי יש מי שסביר, כי לדיני המכרזים תכלית נוספת: מניעת "בעיית הנציג" ושהיותה בהתקשרות הציבורית<sup>8</sup>; אולם דעתו היא, כי מניעת

<sup>4</sup> הסכום חושב לפי שיעור של 15% מתוך התוצר המקומי العالمي של מדינת ישראל בשווי של 994.4 מיליאר ש"ח, לפי נתוני הארגון לשיתוף פעולה כלכלי ולפיתוח (OECD). ראו OECD (2013), *OECD Economic Surveys: Israel 2013* OECD Publishing, p.6, available at: [http://dx.doi.org/10.1787/eco\\_surveys-isr-2013-en](http://dx.doi.org/10.1787/eco_surveys-isr-2013-en) (28.1.2015). לפי "זעדה המשילות", היקף הרכש הציבורי נע בין 10 ל-15 אחוזים מהתוצר המקומי العالمي (ראו דוח הוצאות לשיפור עבודות המטה ויכולות הביצוע של משרד הממשלה "זעדה המשילות" 33 (נisan תשע"ג, מרץ (2013)).

<sup>5</sup> השפעת היקף הכספי הגדול של הרכישות הציבוריות הינה ניכרת לא רק על כלכלת ישראל אלא על כלכלת מדינות-OECD בכלל. ראו סקירת הארגון לשיתוף פעולה כלכלי ולפיתוח (OECD) משנת 2011, לעיל ה"ש, 1, עמ' 150.

<sup>6</sup> SUE ARROWSMITH, JOHN LINARELLI & DON WALLACE, JR., REGULATING PUBLIC PROCUREMENT – NATIONAL AND INTERNATIONAL PERSPECTIVES 1–23, 237–310 (2000) (להלן: "ארוסמית", "לינרלי וואלס").

<sup>7</sup> ראו דפנה ברק-ארז **משפט מינימלי: משפט מינימלי כלכלי** כרך ג 25 (2013) (להלן: "ברק-ארז: משפט מינימלי כלכלי").

<sup>8</sup> עומר דקל רואה בשמירה על טוהר המידות, מניעת התקשרות מתוך משוא פנים, ניגוד אינטנסים ושהיותם כמטרה הניצבת בפני עצמה (עומר דקל **מכרזים 92–98** כרך א (2004). עם זאת, בניגוד לתפיסתו של דקל, (שם), הנני סבור, כי מניעת הצללים האמורים היא כלי עוז להשגת התכלית העיקרית שעליה דיברתי לעיל. ייאמר עוד, כי

## פרק שני: תכליות עיקריות ותכליות משנה של דיני המכרזים

הכליים האמורים אינה מזוינה תכלית, כי אם כלי להשגת התקשרות ייעלה תוך שמיירה על ערכי השוויון והאגיניות, נושא אשר אדרון בו בהרחבה בפרק השלישי.

לдинי המכרזים האזרחיים בישראל ובעולם קיימות בנוסף לתוכילת העיקרית שצוינה לעיל, גם תוכליות משנה. תוכליות אלו, שהן בעצם שיקוף של מימוש מדיניות ציבורית, מוכרתות בכתיבת האקדמיה בכינוי<sup>9</sup> "secondary policies". רתימת דיני המכרזים לתוכליות משנה, בעיקר בעלות אופי חברתי וסביבתי הינה תופעה גוברת והולכת, אשר מקובלת מאוד בעולם המערבי. בשל חשיבותן הרבה של תוכליות המשנה ומשמעותן החשש, כי שימוש בתואר "משני" יוצר קונוטציה של "טפל" לעיקר, לאחרונה מציעים אروسמי<sup>10</sup> וקונזליק לעשות שימוש במונח "מדיניות אופקית": horizontal policies – כדי לתאר תוכליות אלו. פקידיו של המונח מדיניות אופקית, לשיטת אروسמי<sup>11</sup> וקונזליק הוא להעביר מסר, כי תוכליותיהם החברתיות והסביבתיות של דיני המכרזים איןן פחותות ערך מהתכליות המסורתיות, הציבורית והכלכלית או מהמטרה הפונקציונלית<sup>10</sup> של המכרז עצמו, ולעתים אף עלות עליהם בחשיבותן, לגישתם.

---

בURITY משואה הפנים, ניגוד האינטרסים והפגיעה בטוחר המידות הין התגלמות, בدرجות ובאופנים שונים של "בעיתת הנציג". וכך נכוון למקד את הדיוון ב"בעיתת הנציג". ה"שהיות" הינה לוגית, התגלמותה ה"קשה" של "בעיתת הנציג", כפי שאדרון בפרק הבא.

<sup>9</sup> או "collateral objectives". לעיתים, ההפניה אליהן הינה ספציפית יותר בהקשר של תוכליות חברתיות וסביבתיות, כגון "Social and environmental objectives". ראו אROSMEY, LINERLI וואלס, לעיל הי"ש, 6, בעמ' 237.

<sup>10</sup> קרי הייעוד שלמענו נערך המכרז. לדוגמה, התכליות הפונקציונלית של הקמת תחנת כוח, הינה אספקת חשמל.

Sue Arrowsmith & Peter Kunzlik, *Public Procurement and Horizontal Policies*, in EC Law: General Principles, in Social and Environmental Policies in EC Procurement – New Directives and New Directions 1–54 (12–15) (Sue Arrowsmith & Peter Kunzlik, eds., 2010): "Secondly – and Even though this is not necessarily implied by the meaning of the term as it originated – there is a danger that the terms 'secondary policies' may carry the connotation that such policies are of secondary importance to other matters, and/or are of limited importance. However, this is not necessarily the case. Indeed, horizontal considerations, either in the context of a particular procurement or collectively, can be as important as, or

נוסף: הימצאות בהרמוניה עם מחויבותיה הכלכליות הבינלאומיות של המדינה הנוגעות בתחום דיני המכרזים הציבוריים. שמירה על תכילת זו מהוות נכס ואמצעי חשוב לפיתוח שוק מיידיות העולם בפני חברות ישראליות ולקידום הסחר הבינלאומי. קידום הסחר הבינלאומי חשוב גם לשמרה ולטיפוח תודעה חיובית ביחס למיניות ישראל ולשיפור יחסיה החוץ עם מדינות העולם. כפי שעדתינו על כך בפרק הקודם, שיטות מכרזים ציבוריים שאינה אוכפת באופן אפקטיבי את הנורמות שעליון היא מושתתת, אינה יכולה לחתקיים, ומילא אינה יכולה לקיים את תכליותה.<sup>12</sup> עקרון שלטון החוק נפגע אף הוא כפועל יוצא מאי אכיפה הדינמים ופוגע באמון הציבור בamodel וברועותיו השונות.

לנוכח חשיבות תכליותיהם של דיני המכרזים, הן העיקריות והן המשניות, הקפדה על כיבוד הנורמות הרלוונטיות הינה בעלי משמעות רבה. מסקנה זו תומכת בהעמדת מערכת סעדים אפקטיביים לצורך אכיפה דיני המכרזים כאשר הם מופרים.

מסקנתי, שאוთה אציג בסיכום הפרק, הינה כי אכיפה של דיני המכרזים הציבוריים הינה צורך הכרחי של המדינה לנוכח ההשפעה המהותית של דינים אלה על הכלכלה, על אינטרסים חברתיים, על איכות הסביבה, על יחסיה הבינלאומיים של המדינה, כמו גם על עקרון שלטון החוק. קיומה של מערכת סעדים אפקטיביים הינו, כאמור, חלק בלתי נפרד מיסודות דיני המכרזים, ובלעדי מערכת כזו לא ניתן לצפות לפעולה תקינה של הדינמים ולמיושם תכליותיהם.

---

even more important than, the functional objectives (and this applies whether or not the horizontal policy is a reason for undertaking that procurement in the first place). This is especially so as horizontal considerations often relate to such vitally important matter such as countering the incipient environmental disaster of climate change, preserving economic and political security in the context of energy security, or promoting human health, equality and dignity.”

<sup>12</sup> כפי שעדתינו על כך בהרבה בפרק הראשון לעיל.

## 2. **תכליות היסוד של דיני המכרזים**

הבהירת תכליות היסוד של דיני המכרזים חשובה לצורך הבנת תפקידה המרכזי של מערכת הסדרים בדיני המכרזים. תכליות היסוד של דיני המכרזים היבין אבני היסוד שמהן נחצבות כלל הנורמות של דיני המכרזים, ומשום כך הן מקרינות על כלל הדינמים. תכליות היסוד מהוות מצפן לפטיקה בתחום המכרזים, הן מסייעות בקביעת כללים נוספים שיש לכבדם ובוויוי האיזון הנכון שיש לעשות בין הכללים השונים כאשר הם מתנגשים. היעדר אכיפה או אכיפה בלתי עקבית או בלתי מספקת של דיני המכרזים עלולה להביא לשחיקתם ולאובדן כוחם המשמעותי. שחיקת הדינים ופיחות בהשפעתם לנוכח היעדר אכיפה (או היעדר אכיפה מספקת) הינו מצב בלתי רצוי. דיני המכרזים עלולים, במצב האמור לאבד את המצפן שמכoon אותם, קרי את תכליות הדינים, תוך שימושה המוגבלים של המדינה, שנעודו לשימוש מושכל ולמען הכלל, יחשפו לניצול ולשימוש לרעה על ידי קבוצות ויחידים שטופתם הפרטית ניצבת נגד עיניהם.

### 2.1 **תכליות היסוד של דיני המכרזים בפסקה**

תכליות דיני המכרזים הציבוריים של מדינת ישראל, בניגוד לתכליות הדינים המחייבים בשיטות משפט זרות שעיל-אודותיהן עומד במשך, לא נקבעו במפורש בחקיקה. אולם, תכליות הדינים נלמדות מן הפסקה.<sup>13</sup> בפסק הדין בפרשת גולן<sup>14</sup> קבע נשיא בית המשפט העליון (כתוארו אז) מאיר שмаг'ר, כי רעיון המכוון הינו עשיית שימוש מושכל בכיספי הציבור, באופן "שתצמיח לציבור מירב התועלות תמורה מחיר זול ככל האפשר", תוך "מתן סיכוי שווה והוגן לכל איש מותך הציבור". בלשונו של

שמגר:

<sup>13</sup> ברק-ארז, *משפט מנהלי כלכלי*, לעיל ה''ש 7, בעמ' 36.

<sup>14</sup> בג"ץ 368/76 גולן נ' המועצה המקומית בית-شمיש, לא(1) 505, 511–512 (להלן: גולן).