

עידוד רכש מקומי לאור הדין הקיים

חוות דעת משפטית

רכש ציבורי
מקומי

נייר עבודה

עורכת: **עו"ד לנא ורור**
מנחה בקליניקה לכלכלה קהילתית וחברתית
יועץ אקדמי: **פרופ' ברק מדינה**
הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית

חוות הדעת נכתבה בסיועם של הסטודנטים:
ישי גנין, בן המאירי, רועי יוסף, אלון קרוק, הגר שגב.

מאי 2015

עידוד רכש מקומי לאור הדין הקיים

חוות דעת משפטית

Expert Opinion

Encouraging Local Procurement Under Existing Law

עורכת: עו"ד לנא ורור

מנחה בקליניקה לכלכלה קהילתית וחברתית
יועץ אקדמי: פרופ' ברק מדינה
הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית

חוות הדעת נכתבה בסיועם של הסטודנטים:
ישי גנין, בן המאירי, רועי יוסף, אלון קרוק, הגר שגב.

מאי 2015

לחומרים נוספים ועדכונים על פעילות - אתר תוכנית כלכלה מקומית מקיימת: www.kamam.org.il
פייסבוק: <https://www.facebook.com/kamambanagev>, דואר אלקטרוני: kamam@shatil.nif.org.il
אתר באנגלית: www.lsed-wealth.org, אימייל: kamam@shatil.nif.org.il

פרסום זה הופק בסיוע הכספי של האיחוד האירופי במסגרת תכנית ENPI CBC באגן הים התיכון. תוכנו של מסמך זה הוא באחריותה הבלעדית של תכנית כלכלה מקומית מקיימת בשתיל ואין להתייחס אליו בשום מקרה כמשקף את עמדת האיחוד האירופי או את העמדה של המבנה הניהולי של התוכנית.

רכש ציבורי, עסקים מקומיים ופיתוח כלכלה מקומית מקיימת

הדיון ברכש מקומי כמנוף לפיתוח כלכלי התפתח בספרות העוסקת בגישה של כלכלה מקומית מקיימת (כמ"מ). גישה זו גורסת כי פיתוח כלכלי באזורי פריפריה מותנה בחיזוק הכלכלה המקומית, על בסיס נכסים מקומיים ולטובת כל תושבי המקום. רכש ציבורי מתייחס לכלל פעילות הרכישה של המדינה על זרועותיה השונות, ובכלל זה לרכש של עבודות, של שירותים ושל טובין הנדרשים לצורך פעולתה השוטפת.

גם ברשויות מקומיות מבוססות, הדיון ברכש מעסקים מקומיים מתייחס לרוב לרכש מעסקים קטנים ובינוניים שזירת הרכש הציבורית אינה זמינה להם, ובכלל זה עסקים הנמצאים בבעלות בניהן של אוכלוסיות המודרות משוק העבודה.

מדיניות רכש ציבורי עשויה למנף את מערך הרכש של רשות מקומית לקידום תכליות חשובות - חברתיות, כלכליות וסביבתיות. מחקרים שנערכו בעיקר באנגליה ובארצות הברית, הוכיחו כי שינוי במדיניות הרכש של רשויות מקומיות ושל זרועות שלטוניות אחרות משפר באופן משמעותי את מצבם ופעולתם של העסקים המקומיים, ותורם לפיתוח הכלכלי ולחוסן של היישוב. כך, למשל, עסקים מקומיים קטנים ובינוניים המשתלבים במרכזים עשויים לשפר את תפקודם, להגדיל את הכנסותיהם, ואף את הכנסות הרשות המקומית.

מעבר לכך, מדיניות הרכש יכולה להוות אמצעי לעיצוב והשפעה על שוק העבודה - לעודד העסקה הוגנת, ולטפח גיוון תעסוקתי. למשל, לעודד העסקתם של אנשים עם מוגבלויות, או להעניק תמריץ לקידום תעסוקתי הולם של בני קבוצות חברתיות הנתונות לאפליה או להדרה. לבסוף, שינוי במדיניות הרכש עשוי לשמש כלי לקידום פתרון לבעיות סביבתיות, ולמשל, עידוד רכש ירוק.

יישומה של מדיניות רכש ציבורי מקומי מעורר מחלוקת בקרב משפטנים. היו שטענו כי התערבות המכוונת להעדפה של ספקים מקומיים עלולה לפגוע בעקרונות, כגון שוויון בין מציעים, יעילות ותחרותיות. כמו כן, התעוררה שאלה לגבי התאמתה של מדיניות רכש ציבורי מקומי, ו/או המכוון לעסקים קטנים מקומיים, לדין בכל מדינה.

חוות הדעת המשפטית המוצגת להלן ממוקדת בסוגיה זו בהקשר הישראלי. השאלות עליהן היא משיבה הן: אילו מבין האמצעים של מדיניות זו ניתנים לשימוש במסגרת הדין הקיים? אילו אסורים בשימוש או מצריכים חקיקה חדשה? מהו המותר במגבלות הדין הקיים?

חוות הדעת חוברה בעקבות שורה ארוכה של מהלכי למידה כלליים ומעשיים שהתקיימו בשנים 2012 - 2015 במסגרת פרויקט כלכלה מקומית מקיימת, תוך דיאלוג רב מגזרי, בין גורמי ממשל, ארגונים חברתיים, אקדמיה וארגוני יציגים של המגזר העסקי. תוצרי תהליך הלמידה נגישים לעיון באתר האינטרנט www.kamam.org.il. הם מהווים השראה ומקור להנחיה ליוזמות עכשוויות במספר רשויות מקומיות בישראל.

אנו מבקשים להכיר תודה מיוחדת לשלושה מומחים אשר העירו הערות מועילות על טיוטת חוות הדעת: קרן ברקו, ממיזם יה"ב-מוסדות העוגן (מיזם משותף של הרשות לפיתוח הנגב ואג"ק-מכון הנגב), עירית פורת, יועצת מדיניות, ואלעד פרץ, מנהל רכש במועצה האזורית שער הנגב.

חוות הדעת נוסחה כתוצר של תהליך למידה על ידי הקליניקה לכלכלה קהילתית וחברתית, הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים. חוות הדעת אינה מסמך משפטי מחייב. במידה ורשות מקומית בוחרת לאמץ יש לפעול לפיה לצד הנחיות היועץ המשפטי של הרשות ובהתאם למקרים הנבחנים במסמך.

נאחל לקוראים את חוות הדעת הצלחה באימוץ מדיניות האוהדת ומעודדת רכש של רשויות מקומיות מעסקים קטנים מקומיים, לטובת פיתוח הכלכלה המקומית.

ד"ר גילי ברוך, מנהלת פרויקט כלכלה מקומית מקיימת, שתיל באר שבע

תוכן עניינים

5	תקציר
8	א. פתח דבר
8	1. הקדמה - חשיבותם של העסקים הקטנים והבינוניים
9	2. רכש מקומי
10	3. נגישות למכרזים - החסמים
11	4. סקירת צעדים שננקטו עד היום
14	ב. המלצות לשיפור הנגישות של עסקים קטנים ובינוניים למכרזים
16	ג. חוקיות העדפת עסקים קטנים ומקומיים במכרזים
16	1. העדפה במסגרת מכרז
18	2. התייחסות בתי המשפט ל"העדפה" במכרז
19	3. מכרז פומבי
20	4. מכרז זוטא
20	5. מכרז מסגרת
22	ד. העדפת עסקים קטנים ומקומיים במקרי פטור ממכרזים
23	ה. סיכום ההמלצות
24	ו. סוף דבר

חוות דעת - עידוד רכש מקומי לאור הדין הקיים

תקציר

חוות דעת זו תעסוק בעידוד רכש מקומי באמצעות מכרזי הרשויות המקומיות. היא תתמקד בזיהוי הפעולות לעידוד רכש מקומי שניתן לבצען במסגרת הדין הקיים.

1. חשיבות העסקים הקטנים והבינוניים ותרומת מדיניות הרכש המקומי

קידום עסקים קטנים, כשם גג לעסקים בינוניים, קטנים וזעירים, מהווה נתיב מרכזי לפיתוח מקורות תעסוקה, לעידוד צמיחה עסקית ולשמירה על מעגל ההון המקומי. בשנת 2010 פעלו בישראל כ- 478,000 עסקים כאלה. העסקים הקטנים והבינוניים היוו יותר מתשעים ותשעה אחוזים מכלל העסקים בישראל והעסיקו כארבעים ושבעה אחוזים מעובדי הסקטור הפרטי.

"רכש מקומי" הוא רכש ציבורי של עבודות, של שירותים ושל טובין על ידי המדינה וזרועותיה, מספקים הנמצאים בתחומן של אותן "זרועות". הספרות שמה דגש על רכש מקומי שמבצעות הרשויות המקומיות.¹ הרשות מהווה גורם מרכזי במשק המקומי, ומדיניות רכש מקומי מיועדת להבטיח פיתוח כלכלי מקומי: לפתח מקורות תעסוקה ביישוב, לגרום לשיפור איכות העסקים הנערכים למכרזים, לתמרץ שרשראות ספקים מקומיות ולקדם תועלות ציבוריות נוספות. מדיניות זו תורמת לחוסנה של הקהילה המקומית ומחזקת את הרשות המקומית.

חסמים רבים מקשים על עסקים קטנים להשתלב במכרזי הרשות המקומית, ובהם: חוסר מודעות לקיום המכרזים, היעדר מיומנות בהגשת הצעות, אי וודאות ביחס למועד התשלום וכן תנאי סף מכבידים כגון עלויות גישה, דרישת ערבויות בסכומים גבוהים או תקני איכות מחמירים.

2. המדיניות הקיימת

במסגרת המאמץ לקדם עסקים קטנים ננקטו בידי הממשלה מספר צעדים. בין השאר הוקמה הרשות לעסקים קטנים ונפתחו קרנות מימון חוץ בנקאיות. החשב הכללי פרסם הנחיות למשרדי הממשלה בדבר שילוב עסקים קטנים ובינוניים ברכש הממשלתי. ההנחיות קובעות, בין היתר, חובה לבחון הענקה של עדיפות להתקשרות עם עסקים קטנים בעת ניסוחו של מכרז, וכן לבדוק אמצעים להסרת חסמים להשתלבותם בהתקשרויות. הכנסת דנה בהצעת חוק ממשלתית שמטרתה "עידוד עסקים קטנים ובינוניים", אך נדמה שהצעת החוק אינה מגשימה את תכליתה.

3. חוקיות העדפת עסקים קטנים ומקומיים במכרזים

התקשרויות רבות של הרשות המקומית מתבצעות באמצעות מכרז פומבי. הרשות עושה שימוש בכספי הציבור ונדרשת למתן הזדמנות שווה לכל אזרח, להימנעות מאפליה וליעילות.² ערכי השוויון והיעילות הכלכלית עומדים בבסיס המכרז, אך הם אינם מוחלטים,³ והרשות המקומית רשאית לקדם תכליות

1 רכש מקומי ציבורי - צעדים ראשונים לעידוד רכש מקומי על ידי רשויות מקומיות - ד"ר גילי ברוך ועירית פורת - שתיל.

2 עומר דקל, חובת המכרז של גופים מנהליים, פרק 2, עמ' 35-36.

3 דקל עמ' 238.

נוספות במסגרת המכרז. כך, למשל, היא רשאית להעדיף סקטורים מסוימים מטעמים שונים, כל עוד ההעדפה סבירה ועומדת בדרישות המשפט המנהלי.

מחקרים מלמדים שהעדפת התקשרות עם יצרן ישראלי, על פני יצרן מחוץ לארץ מביאה להשפעה חיובית על המשק.⁴ מכך ניתן להקיש גם לגבי העדפתו של יצרן מקומי על פני יצרן שמחוץ לרשות המקומית. העדפת עסקים קטנים ומקומיים יכולה להיחשב מוצדקת מטעמים שונים. למשל, כאשר היא מיועדת להעניק העדפה למגזר המופלה לרעה, ומהווה תיקון של אפליה⁵ או כאשר היא מכוונת לקדם תכליות ואינטרסים כלכליים-חברתיים של הרשות כאמור לעיל.

כיום קיימות הוראות חוק בודדות המעדיפות קבוצות מסוימות בהתקשרות במכרזים. כך, למשל, סעיף 2ב(ב) לחוק חובת המכרזים מורה להעדיף הצעה של עסק בבעלות אישה אם הצעתו נמצאת בין אלה שקיבלו תוצאה משוקללת זהה וגבוהה ביותר.

התייחסות בית המשפט להעדפה במכרז: בית המשפט העליון מיעט לדון בנושא. בשנות השישים נפסלה תוצאת מכרז שבו הועדף מציע מקומי, אך בד-בבד הובהר, כי לו הופיע תנאי כזה במכרז הייתה הרשות רשאית להביאו בין שיקוליה.⁶ מפסיקות בית המשפט לעניינים מנהליים עולה מגמה של הכרה בתנאי העדפה, כאשר אלה קבועים בתנאי המכרז. וראו עניין שושן⁷ ופהד סכס.⁸

בעניין ע.מ.ת.⁹ קבע בית המשפט כי קידום תעסוקה לתושבים נכלל בין תפקידי הרשות המקומית. לכן העדפה תיבחן לא רק בראי דיני המכרזים אלא גם לאור חובת הרשות לדאוג לרווחת תושביה ולכלכלת היישוב.¹⁰ בית המשפט מדגיש כי בעניין תנאי העדפה, כל מקרה יבחן לגופו.¹¹

א. התקשרות במכרז פומבי או במכרז מסגרת: מכרז פומבי הוא ברירת המחדל בהתקשרות הדורשת מכרז, והעדפה במסגרתו יכולה להתבצע באמצעות הכנסת תנאי סף וקריטריונים המתאימים לעסקים קטנים ומקומיים. יש לנסח את הקריטריונים בבירור ובשקיפות ולהקיף אותם עניינים, ושאינם מהווים אפליה פסולה. יש לקבוע בצד דירוג ברור של הניקוד שלפיו הם מזכים. מכרז מסגרת הוא מעין מכרז פומבי שבו נבחרים מספר ספקים לתקופה שאינה עולה על חמש שנים.¹² לפי סעיף 9 לחוק הרשויות המשותפות (מכרזים משותפים), תשל"ב-1972, רשויות רשאיות להתקשר ללא מכרז עם ספקים שזכו במכרז מסגרת.¹³ סעיף 9 מהווה פתח להתחמקות מקיום מכרז והפסיקה מתייחסת אליו בחשדנות.¹⁴ מומלץ להימנע, ככל הניתן, מהתקשרות באמצעות מכרז מסגרת, חרף יתרונותיו במישור היעילות, ולהעדיף מכרז פומבי. מכרז פומבי עשוי להגדיל את הסיכוי להשתלבותם של עסקים קטנים ומקומיים במערך ההתקשרויות.

4 לדיון בעניין העדפת תוצרת ישראל ראה ספרו של דקל עמ' 240 - 243.

5 ראה סקירה בה"ש 2 - 5 לעיל.

6 בג"ץ 1148/64 קציף נ' עיריית אילת (פורסם בנבו) ו- בג"ץ 119/63 שרביב נ' עיריית אשקלון (פורסם בנבו).

7 831/92 שושן חברה לעבודות אספלט בע"מ נ' מיכאל סויה (פורסם בנבו).

8 ה"פ 30344/94 פהד סכס חברה בע"מ נ' מועצה מקומית חורפיש (פורסם בנבו).

9 עת"מ (נצ') 1254-02-12 ע.מ.ת. - ערוצי מדידה ותשתיות בע"מ נ' מועצה איזורית עמק המעינות (פורסם בנבו).

10 שם בפסקה 43 - 44.

11 שם בפסקה 55 ו- 57 לפסק הדין.

12 תקנה 117 תקנות חובת המכרזים, תשמ"ח-1987.

13 סעיף 9 לחוק הרשויות המשותפות (מכרזים משותפים), תשל"ב 1972.

14 בג"צ 649/89 מפעלי פלדה מאוחדים בע"מ ואח' נ' משרד הכלכלה והתכנון ואח', פ"ד מה (1) 485.

ב. מכרז זוטא: מכרז זוטא הוא מכרז שערך החוזה המוצע בו הוא בין 26,000 ₪ ל-127,000 ₪. במכרז כזה הרשות פונה למספר מצומצם של ספקים הנכללים ברשימה המנוהלת למטרה זו.¹⁵ הרשות מחויבת ליצור מאגר ספקים לפי אמות מידה ברורות, ובלא אפליה.¹⁶ מומלץ כי בעת הרכבת הרשימה תפעל הרשות באורח יזום ונמרץ ליידוע ספקים קטנים ומקומיים.

ג. העדפת עסקים קטנים ומקומיים במקרי פטור ממכרז: תקנה 3 לתקנות העיריות (מכרזים) מונה שורת התקשרויות הפטורות ממכרז, ובהן התקשרות שערכה נמוך מ-26,000 ₪, וחוזה לביצוע עבודה מדעית, אמנותית וספרותית.¹⁷ אנו ממליצים להעדיף במקרי הפטור עסקים קטנים ומקומיים. תקנה 3 מתירה ויתור על דרישת המכרז. החלטות הרשות במקרי פטור ייבחנו לאור כללי המנהל התקין, שעליהם יש להקפיד.¹⁸

4. סיכום

ניתן לקיים מדיניות רכש מקומי במסגרת הדין הקיים, וזאת לשם מימוש תכליות שונות. בהתקשרויות המחייבות מכרז, רשות מקומית רשאית לנקוב בקריטריונים ענייניים המעניקים העדפה לעסקים הקטנים והמקומיים. בהתקשרות הפטורה ממכרז, הרשות רשאית להעדיף עסקים קטנים ומקומיים כל עוד היא עומדת בכללי המנהל התקין. במכרזי זוטא, ניתן לעשות לשילובם של עסקים קטנים ומקומיים במאגר הספקים.

בכל עת על הרשות להקפיד על שלושה כללים חשובים: שקיפות הקריטריונים ותנאי ההעדפה, בחירה מושכלת של הגורמים בעלי סמכות ההכרעה בוועדות המכרזים ובוועדות הפטור ממכרז, למניעת חשש לניגוד עניינים, והקפדה על מדיניות ענישה לחורגים מכללי המנהל התקין.

לנא ורור, עו"ד - מנחה הקליניקה לכלכלה קהילתית וחברתית

פרופ' ברק מדינה

חוות הדעת נכתבה בסיועם של הסטודנטים ישי גנין, בן המאירי, רועי יוסף, אלון קרוק והגר שגב.

15 שם, בתקנה 8(ב)

16 שם, בתקנה 8(ג)

17 ראו תקנה 3 לתקנות העיריות (מכרזים), תשמ"ח-1987.

18 להרחבה ראו בר"מ 2349/10 שעשועים וספורט בע"מ נ' עיריית בני ברק, 11-12 (פורסם בנבו, 20.05.2010); עע"מ 5525/13 אשת שירותי תיירות בע"מ נ' משרד הביטחון, 11-12 (פורסם בנבו, 19.05.2014); עת"מ (חי') 25962-07-12 אפקון התקנות ושירותים בע"מ נ' חברת חשמל לישראל בע"מ, 10 (פורסם בנבו, 02.08.2012).

חוות דעת

עידוד רכש מקומי לאור הדין הקיים

א. פתח דבר

חוות דעת זו תעסוק בעידוד רכש מקומי באמצעות מכרזי הרשויות המקומיות. חוות הדעת תסקור את החסמים הניצבים בפני העסקים הקטנים והבינוניים המקומיים בבקשם לגשת למכרזי הרשויות המקומיות ותציע פתרונות המקובלים בעולם לשיפור הנגשתם של המכרזים לעסקים אלו.

חוות הדעת תעסוק גם בשאלה המשפטית: האם ניתן להעדיף עסקים קטנים ובינוניים מקומיים במכרזי הרשות? זאת, הן ביחס לשלב ההצעה, הן ביחס לשלב קביעת הקריטריונים לזכייה ואף בשלב קבלתה של החלטה על הזוכה במכרז.

חוות הדעת תסקור את הפתרונות המשפטיים המתאפשרים לאור החקיקה הקיימת, אולם כפי שיובהר בהמשך, היא קובעת כי כל מקרה מחייב בדיקה מעמיקה בדרג המקצועי והמשפטי של הרשות.

מן הראוי לציין, כי בכתיבת חוות הדעת לא נעלמו מעינינו הדרישות שבהן חייבת הרשות המקומית לעמוד בבואה להתקשר במכרז וכללי המנהל התקין שעליה לפעול לפיהם.

אנו סבורים, אנו סבורים, כי קידום הרכש המקומי יכול להתבצע בעבודה משותפת של שני הצדדים - הן הרשות והן בעלי העסקים הפועלים בתחומה.

1. הקדמה: חשיבותם של העסקים הקטנים והבינוניים

“עסקים קטנים” הוא שם גג לעסקים בינוניים, קטנים וזעירים שההבחנה ביניהם נקבעה בידי משרדי הממשלה בהתבסס על-פי קריטריון יחיד: מספר העובדים בעסק. בשנים האחרונות גברה ההכרה העולמית בחשיבותם של העסקים הקטנים כמקור לפיתוח מקורות תעסוקה, לעידוד צמיחה עסקית, לשמירה על מעגל ההון המקומי ולקיום תחרותיות עסקית. למרות זאת, בשל חסרונות הנובעים מגודלם ומאופיים, מתקשים עסקים אלה להתמודד במכרזי הממשלה והרשויות המקומיות.

נכון לשנת 2010, פעלו בישראל כ- 478 אלף עסקים המוגדרים כעסקים קטנים ובינוניים, כלומר, עסקים המעסיקים פחות ממאה עובדים. (מתוכם כ- 362,000 עסקים המעסיקים עד ארבעה עובדים, 68,000 עסקים המעסיקים חמישה עד עשרים עובדים ו- 20,000 עסקים המעסיקים עשרים עד מאה עובדים). מספר העסקים הקטנים והבינוניים גדל בממוצע רב שנתי בכשלושה אחוזים לשנה. העסקים הקטנים והבינוניים מהווים יותר מתשעים ותשעה אחוזים מכלל העסקים בישראל ומעסיקים כארבעים ושבעה אחוזים מכלל העובדים בסקטור הפרטי. בממוצע רב שנתי, חלקו של מגזר העסקים הקטנים והבינוניים בפדיון הינו כארבעים וארבעה אחוזים לעסקים ועוד כשישה אחוזים לעצמאים. בסך הכול - כחמישים אחוזים. חלקם של העסקים הקטנים והבינוניים ביצוא הינו כחמישה עשר אחוזים.¹⁹

19 “העסקים הקטנים והבינוניים בישראל - תמונת מצב” (אתר הסוכנות לעסקים קטנים ובינוניים - מדיניות ומידע) <http://sba.economy.gov.il/About/sba/Pages/sbaabout.aspx>

מסקר העסקים שערכה הסוכנות לעסקים קטנים, עולה כי העסקים הקטנים והבינוניים בישראל מתמודדים עם מספר כשלי שוק עיקריים: 1. חסרונות לקוטן - כושר מיקוח נמוך מול לקוחות וספקים; 2. העדר נגישות מספקת לאשראי וחוץ בנקאי; 3. חוסר מודעות וקושי בנגישות לידע ניהולי ומקצועי לקידום העסק ולשיפור הסיכויים לשרידותו. נוסף לכך, מתמודדים העסקים הקטנים עם חסמי אסדרה (רגולציה) משמעותיים, לרבות העדר התאמה של מערכות המיסוי הישיר והעקיף (הממשלתי והעירוני) לצורכי העסקים הקטנים, העדר נגישות למידע, עודף אסדרה והליכים בירוקרטיים וכן העדרה של "רשת ביטחון" לעצמאיים.

המציעים הגדולים נכונים יותר לגלות גמישות במחיר שאותו הם מוכנים להציע במסגרת המכרז, שכן השפעתו עליהם תהיה מעטה, לעומת השפעתו על המציעים הקטנים. זו תמצית האפליה ממנה סובלים העסקים הקטנים במסגרת מכרזים. אם מפרסם המכרז מודע לא-סימטריה בין המציעים במכרז, הוא יכול לתעדף את המציעים הנמצאים בעמדת חסרון. פרקטיקה זו נהוגה בארצות הברית, שבה עסקים קטנים, הנמצאים בעמדת חסרון, זוכים, לרוב, בתעדוף של עשרה אחוזים במחיר.²⁰

ההנחה היא שעסקים חיצוניים נהנים, בממוצע, מעלויות נמוכות יותר מעסקים מקומיים. כך שגם אם מנעד המחירים המוצע על ידי העסקים המקומיים זהה לזה שמציעים החיצוניים, התוצאה היא בפועל אפליה לרעתם של העסקים המקומיים. במצב דברים שבו למציע המקומי הממוצע עלויות גבוהות יותר מאשר למציע זר ממוצע, ראוי שהממשלה תפלה לטובה את המציעים המקומיים ותעניק להם יחס מועדף.²¹ העדפה זו נתונה, למעשה, לעסק החלש יותר.²² העדפת עסקים מקומיים תוביל הן למקסום גובה הצעות הרכש והן לפיתוח עסקים קטנים.²³

2. רכש מקומי

המושג "רכש ציבורי" מתייחס לכלל פעילות הרכישה של המדינה על זרועותיה השונות, ובכלל זה לרכש של עבודות, של שירותים ושל טובין הנדרשים לצורך פעילותה השוטפת. המושג "רכש מקומי" מתייחס לצד השני של האינטראקציה, כלומר, ליצרנים ולספקי השירותים והטובין, הנמצאים בתחומיהן של הרשויות המקומיות והפועלים במרחבן. ספקים מקומיים הנם, לרוב, עסקים קטנים ובינוניים, אשר סיכוייהם להשתלב במכרזים ציבוריים נמוכים לעומת סיכוייהם של תאגידי שירות והפצה גדולים. חיוניותם של עסקים מקומיים לקיום הכלכלה המקומית מצדיקה מאמץ מיוחד של הגורמים הממשלתיים להקלת נגישותם לשוק הרכש המקומי.²⁴

מדיניות הרכש המקומי מבוססת על שילוב עסקים מקומיים במהלכי הרכש של הרשויות באופן שיבטיח את הפנייתם של המשאבים הציבוריים המנוהלים על ידיהן לטובת פיתוח כלכלת הרשות ולשיפור רמת החיים הכלכלית והחברתית של תושביה. הדיון ברכש מקומי כמנוף לפיתוח כלכלי התפתח במסגרת הספרות הדנה בגישה של כלכלה מקומית מקיימת. גישה זו גורסת כי פיתוח כלכלי כרוך בחיזוק הכלכלה המקומית, על בסיס נכסים מקומיים ולטובת כל תושבי המקום. רשויות מקומיות מהוות גורם מרכזי במשק האזורי, הן כמעסיק והן כצרכן של טובין ושירותים. מתוקף מעמדה זה, יכולה הרשות

Peter Cramton, Applications of Auction Theory: Ascending auctions, 42 European Economic Review 745, 751 & 755 (1998).

21 (McAfee & McMillan, Government Procurement and International Trade, 26 J. Int. 191 (1989)).

22 עומר דקל חובת המכרז של גופים מנהליים 194 (2001).

23 McAfee & McMillan, לעיל ה"ש 3, בעמ' 305.

24 ד"ר גילי ברוך ועירית פורת "רכש מקומי ציבורי - צעדים ראשונים לעידוד רכש מקומי על ידי רשויות מקומיות" (2013) <http://www.shatil.org.il/download/file/ffd/233>

למלא תפקיד מפתח, כשחקנית יוזמת ומודעת, הפועלת לחיזוק הכלכלה המקומית באמצעות התמיכה בעסקים המקומיים, החיוניים לקיום החברתי והכלכלי של הקהילה.²⁵

רכש מקומי כדאי לרשויות המקומיות ממספר סיבות: הוא מגדיל את היצע התעסוקה ביישובים ומשפר את איכותה, ואף מביא לשיפור איכות העסקים - ביוזמה כי עליהם לספק שירות לגוף ציבורי ישקיעו העסקים יותר בפיתוח ובחדשנות. בנוסף, רכש מקומי מעודד מצוינות עסקית מקומית, וכן מסייע לגיבוש אשכול כלכלי מתמחה סביב הנכסים הייחודיים. זאת, כתוצאה מהיותה של הרשות המקומית (במיוחד בפריפריה) צרכן משמעותי אשר מתמרץ שרשראות ספקים מקומיות. כפועל יוצא מכך תורם רכש מקומי לחוסנה של הרשות, לחוסן הקהילתי, לחיזוק התרבות המקומית, ואף לסביבה.

הדיון בחוות הדעת יישוב סביב העדפתם של עסקים לפי המדרג הבא:

1. **עסקים קטנים ובינוניים מקומיים** - שהינם בבעלות מקומית ונמצאים בתחום השיפוט של הרשות המקומית.
2. **עסקים קטנים ובינוניים מקומיים** - הנמצאים בתחום השיפוט של הרשות המקומית, אך אינם בבעלות מקומית.
3. **עסקים גדולים מקומיים** - שהינם בבעלות מקומית ונמצאים בתחום השיפוט של הרשות המקומית.
4. **עסקים גדולים מקומיים** - הנמצאים בתחום השיפוט של הרשות המקומית, אך אינם בבעלות מקומית. לגבי אלה תהיה כל רשות רשאית לקבוע קריטריונים מנחים להעדפה על-פי "מידת תרומתו של העסק" לרשות ולתושביה. הקריטריונים המוצעים עשויים להיות: מספר העובדים תושבי הרשות שהעסק מעסיק, שיעור העובדים המועסקים בפונקציות בכירות לרבות בפונקציות ניהול, סוגי הפונקציות של העסק הנמצאות בתחומי הרשות המקומית, רמת המעורבות הקהילתית של העסק, סוג ההעסקה של תושבי הרשות (ישירה או עקיפה), רמת השכר של התושבים המועסקים, מידת ההשפעה הסביבתית החיובית של העסק, מידת ההעסקה של בני אוכלוסיות מועדפות (כגון נשים, אנשים בעלי מוגבלויות).
5. **ברשויות מקומיות הנמצאות בפריפריה**, עסק הפועל ברשות מסויימת יכול להיחשב "מקומי" גם אם הוא ממוקם בתחום השיפוט של רשות מקומית שכנה, ובלבד שקיימת בין הרשויות ברית של שיתוף פעולה לצורך פיתוח כלכלה מקיימת, הנובעת מאינטרסים משותפים.

3. נגישות למכרזים - החסמים

מספר חסמים מונעים מעסקים קטנים ובינוניים להשתלב באופן מלא בכלכלה המקומית. בחלק זה נעסוק בגורמים המונעים את כניסתם של העסקים הקטנים לתחרות במסגרת מכרזים ממשלתיים ועירוניים. חסמים אלה נובעים, בין היתר, מאופיים של העסקים ומאופי ההתנהלות העכשווית של הרשויות.

החסמים הקיימים

להלן נסקור בקצרה את החסמים העומדים בפני עסקים קטנים ובינוניים בהשתתפות במכרזים:

1. **חוסר מודעות לקיום המכרזים** - עסקים קטנים, מטבעם, נוטים להתמקד בשווקים מקומיים וממעטים לחפש הזדמנויות עסקיות, כמו מכרזים, באופן אקטיבי. זאת, מכיוון שהמידע הנוגע להזדמנויות אלו מפוזר, בדרך כלל, בפרסומים שונים ואינו נגיש להם.

2. **חוסר ידע בהגשת הצעות למכרז** - בשל העדר האחידות במכרזים, למידתם של תהליכי ההגשה סבוכה ודורשת משאבים רבים. עסקים קטנים אינם נעזרים, בדרך כלל, בשירותים משפטיים ולכן הם עלולים להיתקל בקשיים בעת מילוי הטפסים ובהגשתם. כתוצאה מכך, נפסלות הצעותיהם, לעתים, בשל פגמים טכניים ובשל אי צירוף מסמכים רלוונטיים.
3. **תנאי סף מכבידים** - בתנאי המכרז נכללות דרישות העשויות למנוע מעסקים קטנים לגשת למכרז מלכתחילה. בין הדרישות המקשות: מחזור כספים גדול, שנות ניסיון רבות, לקוחות גדולים, עובדים רבים, וכדומה.
להלן פירוט חסמים אופייניים המהווים תנאי סף למכרזים רבים:
 - **עלויות גישה גבוהות** - כפועל יוצא מגודלם של עסקים אלה, ההשקעה בגישה למכרז ובהתמודדות בו, במונחי זמן ניהול הנדרש לניצול ההזדמנות העסקית, הינה גבוהה מאוד עבור עסק קטן.
 - **הגדרת היקף ההתקשרות** - נקודת המבט העסקית גורמת למפרסמי המכרזים לבחור לעיתים מזומנות בספקים גדולים, חזקים ומוכרים. הרצון לנצל את יתרון הגודל ללא התחשבות במרכיבים נוספים, פוגע בעסקים הקטנים.
 - **ערבות מכרז וערבות ביצוע** - דרישת החובה לערבויות, מציבה מכשול בפני עסקים קטנים, המתקשים לגייס מממנים וערבים שיספקו ביטחונות מתאימים.
 - **דרישה לעמידה בתקנים** - דרישה לעמידה בתקני איכות מקשה במיוחד על העסק הקטן הן בהיבט הכלכלי והן מאחר שיש בה כדי לחייבו לשנות את אופן ניהולו של העסק לשם התאמה לדרישות.
 - **דרישה למגוון רחב של מוצרים ושל שירותים** - הניסיון לצמצם את מספר ההתקשרויות גורם לנטייה לפנות לספקים גדולים היכולים להציע היצע רחב של שירותים.
4. **אי וודאות בנוגע לתשלום ולהמשכיות** - התקשרות של עסק קטן בדרך של מכרז עם רשות, אינה מבטיחה לו, בהכרח, וודאות עסקית. הדבר נובע מתנאי התשלום והאשראי שמעניקות הרשויות לספקים. אלו גורמים לקשיי נזילות הפוגעים בעסקים אשר תלויים, במהותם, בתזרים מזומנים שוטף. בשנים האחרונות תופעה זו בולטת פחות, אך בתודעתם של בעלי העסקים נתקבע הרושם של סחבת במנגנון הממשלתי. כמו כן, זכייה במכרז בודד אינה ערבות לזכייה במכרז הבא אחריו, כך שהעסק אינו יכול להסתמך על מקור הכנסה קבוע.
5. **חסם הנוגע לאמינות הנתפסת של הרשות** - חלק מהעסקים הקטנים נמנעים מלגשת למכרז ממשלתי מתוך הנחה שהמכרזים "תפורים".
6. **העדר משוב למציעים באשר לסיבות הזכייה במכרז** - במקרים רבים לא קיים משוב למציעים אשר מסביר את הסיבות לבחירתו של הזוכה. העדר המשוב יוצר לעיתים רושם של מכרז "תפור", ומקשה על העסק הקטן ללמוד מטעויות שנעשו בהגשת ההצעה²⁶

26 הוועדה לבחינת חסמים של עסקים קטנים ובינוניים ברכש הממשלתי: דו"ח הוועדה (2005); תזכיר החוק לעידוד עסקים קטנים ובינוניים, התשס"ה-2005.

4. סקירת צעדים שננקטו עד היום

עידוד רכש מקומי ציבורי אינו מהלך פשוט, שכן הדרישה להעדפתם של עסקים מקומיים ברכש מוניציפאלי מעוררת, פעמים רבות, התנגדויות. שלוש טענות רווחות מוצגות נגד מדיניות ההעדפה: על פי הראשונה, העדפה עלולה לסתור את דרישות חובת המכרזים. על פי השנייה, ביצוע רכש מקומי משמעו ויתור על עקרון הכדאיות והחיסכון. הטענה השלישית קשורה בסברה כי רכש מקומי עלול לפתוח פתח לשחיתות, להעדפת מקורבים ולפגיעה בסטנדרטים. טענות אלה מבטאות חשש לפגיעה באינטרס הציבורי.

במאמץ לקדם את העסקים הקטנים בישראל, נעשו, עד היום, מספר פעולות. בין היתר, הוקמה הרשות לעסקים קטנים, הוקמה שדולה בכנסת למען עסקים קטנים, נפתחו מספר קרנות מימון חוץ בנקאיות לעסקים קטנים, נקבעו הנחיות והוראות חוק ועוד. אולם, פעולות אלה אינן מספקות מענה הולם ומספק לצורכיהם של העסקים הקטנים והבינוניים ובוודאי בכל הקשור לעידוד רכש מקומי.

בחלק זה נדון בשני צעדים מרכזיים, אשר ננקטו עד כה בעניין עידוד רכש מקומי.

א. הנחיות החשב הכללי

בהחלטת הממשלה מספר 3409 נקבעה מדיניות כוללת לעידוד פעילותם של עסקים קטנים ובינוניים באמצעות שורה של צעדים: שיפור היצע האשראי וזמינותו, ריכוז ושיפור הנגישות למידע החיוני, ייעול התהליכים הרגולטיביים והקטנת העומס הבירוקרטי, מימוש פוטנציאל החדשנות בעסקים קטנים ובינוניים, הגדלת השתתפות העסקים הקטנים והבינוניים ברכש ממשלתי ועוד. החלטה זו לא נבעה משאיפה לעודד רכש מקומי, אך יחד עם זאת, היא הציעה נתיב להנגשה של מכרזים ממשלתיים, אשר באופיים אינם מקומיים אלא ארציים, לעסקים הקטנים והבינוניים.

בעקבות החלטה זו פרסם החשב הכללי הוראה שמטרתה להנחות את משרדי הממשלה אודות הפעולות הנדרשות לשילוב עסקים קטנים ובינוניים ברכש הממשלתי.²⁷

ההוראה מטעימה את חשיבותם של העסקים הקטנים ואת תרומתם ליצירת מקומות עבודה ולהרחבת היצע התעסוקה במשק. כמו כן, יש לה יתרונות רבים נוספים. ההוראה מנוסחת באופן מחייב וביצועי ויחד עם זאת יוצרת איזון בין האינטרסים. למשל, בסעיף 4.1.1, נקבע כי טרם פרסום המכרז קיימת חובה לבחון אם ניתן להעניק עדיפות בהתקשרות לעסקים קטנים, וזאת מבלי לפגוע בתוצרים המבוקשים. בכך יוצרת ההוראה איזון בין הרצון לקדם את העסקים הקטנים, בשל היותם כלי חשוב לפיתוח המשק, ובין השאיפה שלא להסתפק בתוצרים פחותים באיכותם בשל כך.

ההוראה קובעת גם, כי במסגרת המכרזים הממשלתיים, תהיה ועדת המכרזים אמונה על בחינת החסמים העלולים למנוע את השתתפותם של עסקים קטנים במכרזים. אם ימצאו כאלה, תופקד הוועדה גם על מציאת פתרונות להסרתם. בכך, יוצרת ההוראה זיקה בין וועדות המכרזים לבין הסוכנות לעסקים קטנים ובינוניים, ומסייעת באכיפת הפיקוח.

לבסוף, לצורך בקרה על יישום ההוראה נקבעה בסעיף 4.4 חובת דיווח קפדנית. הדיווח יוכן באופן שוטף, מדי חציון, ויועבר ישירות לאיש הקשר במנהל הרכש. באופן זה, ניתן יהיה לעקוב אחר הוצאתה לפועל של ההוראה ואחר מידת ההשתלבות של העסקים בהתקשרויות בעקבותיה.

27 הנחיית החשב הכללי 7.12.7 "שילוב עסקים קטנים ובינוניים במכרזים ממשלתיים" (01.12.2009).

מפסיקה חדשה של בתי המשפט בעניין מכרזים ניתן ללמוד, כי בתי המשפט מייחסים חשיבות רבה לקיומה של הוראת החשב הכללי בדיונים הנערכים לקראת פרסום מכרזים.²⁸

ב. הצעת חוק "עידוד עסקים קטנים ובינוניים בישראל", התשע"ב-2102

בעקבות החלטות הממשלה שמספרן 2190 ו-3409, הוגשה הצעת חוק ממשלתית שכותרתה "עידוד עסקים קטנים ובינוניים בישראל, התשע"ב - 2012".²⁹ תכלית הצעת החוק הינה לעודד את פעילותם של עסקים קטנים ובינוניים. בדברי ההסבר נכתב כי "מטרת החוק המוצע היא לקדם את עניינו של מגזר העסקים הקטנים והבינוניים ולשפר את תנאי עשיית העסקים והיזמות בישראל, כדי לייצר צמיחה כלכלית מוגברת במשק הישראלי ולייצר מקומות עבודה חדשים במשק הישראלי. לצורך מימוש מטרות אלה, מקנה הצעת החוק לסוכנות לעסקים קטנים ובינוניים בישראל תפקידים וסמכויות אשר יאפשרו לה ליישם את מדיניות הממשלה לקידום העסקים הקטנים והבינוניים בישראל".

חרף הכוונות המוצהרות, נדמה כי הצעת החוק במתכונתה הנוכחית, אינה מגשימה את התכלית הייעודית. הצעת החוק מתמקדת בעיקר בהקמת הסוכנות לעסקים קטנים ובינוניים ועיקר הדגש בה הושם על הגדרת תפקידיה וסמכויותיה. שמו של החוק חוטא לתוכנו, מאחר ואין הוא מביא לידי ביטוי, בצורה האופטימלית, את האסטרטגיות הדרושות לעידודם של עסקים קטנים ובינוניים. כך נקבע גם בסיכום ישיבת וועדת הכלכלה מתאריך 5.11.13 שדנה בהצעה. [יצוין, כי הקליניקה לכלכלה קהילתית וחברתית מציעה בימים אלה נוסח שונה להצעת החוק, אשר יוגש לוועדת הכלכלה].

28 דברי השופט חשין בעניין עת"מ (י-14-09-50599 אמצעי המחשת בטיחות בע"מ נ' משרד החינוך (פורסם בנבו, 02.11.2014).

29 הצעת חוק לעידוד עסקים קטנים ובינוניים בישראל, התשע"ב-2012, ה"ח 1384.

ב. המלצות לשיפור הנגישות של עסקים קטנים ובינוניים למכרזים

בפרק זה נעסוק בצעדים שרשות מקומית רשאית לנקוט לשיפור נגישותם של העסקים הקטנים והבינוניים המקומיים למכרזי הרשות.

1. **בעיית המידע** - העסקים הקטנים מתקשים לפנות זמן כדי לבחון את ההיצע הקיים במגזר הציבורי. בעיה זו נוגעת הן לחוסר מודעות לקיום המכרזים, והן לחוסר ידע לגבי הגשת הצעות למגוון המכרזים.

פתרונות אפשריים מוצעים:

- **עיגון בחקיקה:** חובת הפרסום של מכרזי הרשות מוסדרת באמצעות תקנה 9(ב) לתקנות העירויות (מכרזים) תשמ"ח-1987, המחייבת פרסום בשני עיתונים יומיים לפחות. מן הראוי לעגן בחוק את חובת הרשות המקומית לפרסם את מכרזיה בכלל האמצעים העומדים לרשותה (עיתונות מקומית, אתרי אינטרנט, לוחות מודעות, עלוני מידע מקוונים או מוחשיים ועוד). מומלץ גם לרכז את המידע באתר מסוים כדי להקל על הנגישות לבעלי העסקים באופן שיהיו מסוגלים להתעדכן מידי פעם, באופן פעיל, בהיצע העבודות הקיים. אנו סבורים, כי אין צורך להמתין לתיקון החקיקה, וכי הרשות המקומית יכולה לפעול להנגשת המכרזים בכל אמצעי התקשורת העומדים לרשותה: אתר אינטרנט, פרסום בשפות שונות לטובת תושבים שאינם דוברי עברית, פרסום באמצעות מנהלים קהילתיים ומנהלי עסקים, לוחות מודעות בריכוזי עסקים ובמשרדי הרשות.
- **מדור ייעודי ברשויות:** פתיחת מדור ייעודי לקידום עסקים קטנים ומקומיים, תסייע בפיתוח הכלכלי של הרשות ובמתן מענה לעסקים. נוסף לכך, במסגרת זו ניתן לקבוע יעדים פנימיים לשיעורי ההשתתפות של עסקים קטנים ברכש מקומי. המדור יהיה אחראי על קיום שיתוף פעולה מתמיד עם מחלקת המכרזים ברשות, יעיר את הערותיו לכל מכרז שהרשות תפרסם ויבדוק את מידת התאמתו לעסקים קטנים ובינוניים.
- **קבלת הדרכה מאת הרשות במספר ערוצים:** מחלקת המכרזים ברשות תעמיד לרשות העסקים המבקשים להגיש הצעות למכרז עובד, אשר יסייע במילוי הטפסים ובהבנת הדרישות. מודלים שונים לתקשורת והדרכה מיושמים ברחבי העולם:
 - הרשויות המקומיות בפורטוגל מסייעות במילוי טופסי המכרז באמצעות האינטרנט כך שבעלי העסקים אינם צריכים לעזוב את בית העסק על מנת להתייעץ עם מפרסמי המכרז.
 - מודל אחר המיושם ביוהנסבורג ובשיקגו מבוסס על סדנאות לבעלי עסקים קטנים לצורך קידום השתתפותם במכרזים.
 - אפשרות שלישית היא הקמת מערכת תגובות אלקטרונית שדרכה יכולים בעלי עסקים להעביר הודעות לרשות המקומית, שיטה הנהוגה בבריטניה.

2. **תנאי סף מכבידים** - במכרזים רבים נקבעו תנאי סף מכבידים כגון: עלויות גישה, הגדרת היקף ההתקשרות, ערבות מכרז וערבות ביצוע, דרישה לתקנים, דרישה למגוון רחב של מוצרים ושירותים, כפי שפורט לעיל.

פתרונות אפשריים:

- ביטול תנאי סף שאינם רלוונטיים:** על מנת להקל על עסקים קטנים ניתן לוותר על תנאי סף הקשורים קשר עקיף בלבד לנושא המכרז (מחזור כספי, שנות ניסיון, מספר לקוחות, מספר עובדים, כמות כלי רכב). לחילופין, ניתן להציב קריטריונים אלה כמקני יתרונות אך לא כחובה. בהקשר זה נודעת חשיבות רבה לקבלת עמדתו של המדור לקידום עסקים, שלטעמנו ראוי להקימו בכל רשות ואשר יהיה אמון על התאמתם של תנאי הסף לעסקים הקטנים והבינוניים.

- התאגדות בלתי פורמאלית:** מתן אפשרות להתאגדות לא פורמאלית של מספר עסקים קטנים לצורך הגשת הצעה למכרז. לדוגמה, עידוד יצירת קואופרטיבים של עסקים על מנת לצלוח מכשולים חברתיים-כלכליים (מודל המיושם באיטליה). התאגדות לא פורמאלית תסייע לעסקים לאחד כוחות ולעמוד בתנאי הסף כגוף עסקי אחד הפועל מול הרשות המקומית. יוער, כי הרשות תוכל להבטיח את "ההתקשרות" עם גוף לא פורמאלי זה על ידי החתמת התחייבות על כל אחד מהעסקים המעורבים לחוד וביחד. הדבר נועד לשפר את נגישותו של המכרז, גם עבור עסקים שכל אחד מהם לחוד אינו מסוגל לעמוד בתנאיו.

3. **בעיית המימון ואי הוודאות הפיננסית** - אי הוודאות באשר למועדי התשלום וחוסר היכולת להסתמך על מקור הכנסה קבוע מרתיעים עסקים קטנים מהשתתפות במכרזי רשויות ותורמים גם לחוסר האמון ברשות, שצוין לעיל.

פתרונות אפשריים:

- הגבלת מספר ימי האשראי שהרשות דורשת:** על הרשויות להקפיד על מוסר התשלומים על מנת לאפשר לעסק ליהנות מתזרים מזומנים אשר יאפשר לו עמידה בהתחייבויות העסקיות שלו הן כלפי הרשות והן כלפי כל גוף אחר. מוצע כי במכרזים שעסקים קטנים ובינוניים יכולים להגיש אליהם מועמדות, תנאי התשלום לא יעלו על שוטף + 30.

- גמישות בדרישות הערבות, הביטוח:** דרישת ערבות מופחתת וגמישות ביחס לדרישות האחריות הנזיקית והביטוח עבור פרמטרים מסוימים. ניתן להמיר את דרישת הערבות הכספית הגבוהה בביטחונות אחרים המכבידים פחות על העסק.

- הוזלת עלויות הגישה למכרזים:** על הרשות המקומית לוותר על הפקדת מקדמות או על גבייה בעבור של תשלום עבור מסמכי המכרז. הוצאות אלו עלולות להכביד על העסקים הקטנים. מודל דומה מיושם בגרמניה.

- שקיפות בתהליך המכרז:** יש לחייב את הרשות לציין את הסיבה לבחירתו של מועמד זה או אחר לזוכה במכרז, על מנת להבטיח את אמונם של המשתתפים במכרז בהליכי הרכש.

ג. חוקיות העדפתם של עסקים קטנים ומקומיים במכרזים

התקשרות באמצעות מכרז היא דרך המלך החוקית לביצוע התקשרויות עסקיות של רשויות מקומיות ותאגידים מקומיים. הדרישה לקיום מכרז על סוגיו השונים מופיעה בתקנות העירויות (מכרזים) התשמ"ח-1987 (להלן: "תקנות המכרזים") ובחוק חובת המכרזים התשנ"ב-1992 (להלן: "חוק חובת מכרזים").

ההבדל המהותי בין רשות מקומית או תאגיד מקומי לבין אדם פרטי כשאלו מבקשים להתקשר בחוזה לשם עסקה מסוימת, מקורו בכך, שהראשונים מבצעים את עסקותיהם בכספי הציבור. חובת הנאמנות וחובות חוקתיות מציבות בפני הרשות המקומית והתאגיד המקומי דרישות ייחודיות. הראשונה, מתן הזדמנות שווה לכל אזרח ותושב לזכות בהתקשרות. השנייה, הימנעות מאפליה ואף ממראית עין של אפליה. השלישית, התקשרות בתנאים היעילים ביותר עבור הרשות בהתאם לעסקה המדוברת.³⁰

ההגדרה המקובלת ל"מכרז" היא: מנגנון להתקשרות חוזית, אשר כלליו קבועים מראש ומטרתו לאפשר למציעים פוטנציאליים להתחרות ביניהם על הזכייה בחוזה. בלשון בית המשפט מדובר ב"תחרות מאורגנת".³¹ הגדרה זו כוללת הן את דרישת התחרות הן את הדרישה לקיים כללי משחק הקבועים מראש.

המכרז מאפשר לרשות המקומית או לתאגיד המקומי לשמור על ניקיון כפיים ועל שקיפות, להימנע מאפליה וכן לקדם, במסגרת החוק, ערכים חברתיים-כלכליים וכן לחזק את העסקים המקומיים והקטנים הפועלים בתחום הרשות.

הרשות המקומית מחויבת לעשות כל שניתן כדי שההתקשרות החוזית שהיא עורכת תהיה אופטימלית מבחינה כלכלית. אחת ההגדרות הרווחות הקובעות מה היא "התקשרות אופטימלית" גורסת, כי זו התקשרות שהתועלת המופקת ממנה לכלל המשק היא הגבוהה ביותר.³² בהקשר זה, מוטל על הרשות להבטיח, או לפחות להגדיל את הסיכוי, שהעסקה שתבצע אכן תהיה האופטימלית.

העדפה במסגרת מכרז

ככל ערך חברתי, כך גם ערך השוויון והערך הכלכלי, העומדים בבסיס הדרישות שבהן מעוגן הליך ההתקשרות החוזי של הרשות, אינם ערכים מוחלטים.³³ לרשות המקומית מוקנית סמכות להעדיף סקטורים וקבוצות אוכלוסייה מטעמים שונים, ובכלל זאת טעמים כלכליים ואחרים. הרשות רשאית להעדיף ערך חברתי אחר על פני ערך השוויון והערך הכלכלי.³⁴ יחד עם זאת, לא תמיד העדפה של ערך אחד על פני ערך אחר תיחשב סבירה, ולא תמיד תעמוד בתנאים שקובע המשפט המנהלי. כל מקרה צריך להבחן לגופו, על פי מדדים של סמכות, של סבירות, של ענייניות ושל מידתיות.

30 דקל, לעיל ה"ש 4, בעמ' 35-36.

31 בג"צ 118/83 אינוסט אימפקט נ' המנהל הכללי של משרד הבריאות, פ"ד לח (1) 729, 734 (1984).

32 דקל, לעיל ה"ש 4, בעמ' 63.

33 שם, בעמ' 238.

34 בג"צ 5394/92 הופרט נ' "יד ושם" רשות הזכרון לשואה ולגבורה, פ"ד מח(3) 353 (1994), בג"צ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל נ' דנילוביץ ואח', פ"ד מח(5) 761, 749 (1994).

בשיטת המכרזים בישראל נהוגה העדפה למציעים ישראלים מקומיים על פני מציעים זרים. כך, למשל, מעניקות תקנות חובת המכרזים (העדפת תוצרת הארץ, חובת שיתוף פעולה עסקי), התשנ"ה-1995, העדפה בגובה של חמישה עשר אחוזים לתוצרת מקומית של ישראלים.³⁵ העדפות מעין זו נהוגות במדינות רבות בעולם.³⁶

להעדפת ספקים מקומיים על פני ספקים זרים נמצאו הצדקות כלכליות ואחרות. המחקר הכלכלי מלמד, כי לזכייתו של יצרן מקומי במכרז נודעות השפעות לוואי חיוביות על פיתוח המשק בכללותו. פעילותו יוצרת תוספת של מקומות עבודה ומצמצמת את שיעורי האבטלה, וכן תורמת לפיתוח המשק. בין השאר, הכסף המשולם לזוכה מושקע, ברובו, חזרה במשק באמצעות תשלום משכורות לעובדים ובאמצעות השקעה בשיפור אמצעי הייצור הקיימים וברכישת חדשים.³⁷

בהקשר זה, לממשלה אינטרס כלכלי בכך שהזוכים במכרזים ציבוריים יהיו גורמים ישראלים ולא זרים (הממוקמים מחוץ לישראל). בדומה לכך, ניתן לטעון, כי לרשות המקומית אינטרס מובהק בכך שהזוכים במכרזים יהיו עסקים מקומיים הפועלים בתחומה. אינטרס זה, מצדיק, לטעמנו, את העדפתו של העסק המקומי עד לשיעור מסוים, שיעור שממנו והלאה העלות הנוספת תהיה גבוהה מן התועלת הנובעת מההתקשרות.

אחד הטיעונים המרכזיים להצדקת העדפה הינו, שסקטור העסקים הקטנים והבינוניים המקומיים סובל מנחיתות שאיננה תלויה בו, בשל גודלם של עסקים אלו. על כן, העדפתו מהווה תיקון של אפליה ולא אפליה כשלעצמה.³⁸ בנוסף נטען, כי קיים אינטרס משקי בפיתוח הסקטור ועל כן מוצדק להעניק לו עדיפות שתוביל להתפתחותו.

דקל עומד על כך בספרו: "גישה שלישית לשוויון הינה ההעדפה המתקנת. על פי גישה זו יש להתחשב בכך שקבוצות מסוימות בחברה הופלו בעבר לרעה, ולכן נקודת המוצא שלהן אינה שווה לנקודת המוצא של כלל החברה. כדי להגיע למצב שבו החברה תעניק לכלל החברים בה יחס שווה "באמת", יש להעניק לקבוצות אלה העדפה בנקודת ההתחלה... על פי גישה זו, כדי שהתחרות במקרים אלה תהיה על בסיס שווה, יש לתת יתרון מסוים למי שסבל בעבר מקיפוח, הפליה או מיחס לא שוויוני... העדפה מתקנת היא נפוצה למדי גם בהקשר של התקשרויות של הרשות בחוזים כלכליים..."³⁹ לנוכח חשיבותם של העסקים הקטנים והבינוניים למשק, ובעיקר לאור חיוניותם לפיתוח כלכלת הרשות בה הם נמצאים, ניתן לצדד בהענקת העדפה מתקנת לעסקים אלו באמצעות מכרזי הרשות.

ניתן לסכם ולטעון, כי הענקת העדפה לסקטור העסקים הקטנים והבינוניים המקומיים, על פני הערך הכלכלי וערך השוויון הטבעיים בבסיס שיטת המכרז, עשויה להיות קבילה, אך בד-בבד אין מקום לנטוש את הדרישות הבסיסיות המחייבות בכל הליך ההתקשרות. עלינו לבדוק אם ההעדפה העומדת בסתירה לדרישות הבסיסיות הללו מוצדקת בנסיבות העניין. מוצע כי הרשות תבחן כל מקרה לגופו, על פי העקרונות העומדים בבסיס ההעדפה. זאת, באמצעות הצגתן של מספר שאלות, כגון: מה הוא הערך המועדף? האם הוא חשוב דיו עד שראוי להעדיפו על פני ערך שוויון ההזדמנויות והערך של מקסום התועלת הכלכלית? מה מטרתה של ההעדפה? האם ההעדפה אכן משיגה את מטרתה? מי הוא הסקטור המועדף? האם הוא אכן ראוי להעדפה? מה היא מידת ההעדפה המוענקת לו? במי פוגעת העדפה זו ומה היא מידת הפגיעה?⁴⁰

35 תקנה 3 לתקנות חובת המכרזים (העדפת תוצרת הארץ, חובת שיתוף פעולה עסקי), התשנ"ה-1995, ק"ת 1302.

36 על סקירה רחבה בנושא זה במדינות אחרות בעולם ראה דקל, לעיל ה"ש 4, בעמ' 191-192.

37 לדיון בעניין העדפת תוצרת ישראל ראה בספרו של דקל, לעיל ה"ש 4 בעמ' 240-243.

38 ראה סקירה בה"ש 2 - 5 לעיל.

39 דקל, לעיל ה"ש 4, בעמ' 109.

40 שם, בעמ' 243.

קיימות הוראות חוק בודדות, המעניקות העדפה לסקטורים מסוימים בהתקשרויות במכרזים, כך למשל סעיף 2ב(ב) לחוק חובת מכרזים מעניק העדפה להצעה של עסק המצוי בבעלות אישה, וקובע: "פורסם מכרז לפי הוראות חוק זה, ולאחר שקלול התוצאות, קיבלו שתי הצעות או יותר תוצאה משוקללת זהה שהיא התוצאה הגבוהה ביותר, ואחת מן ההצעות היא של עסק בשליטת אישה, תיבחר ההצעה האמורה כזוכה במכרז, ובלבד שצורף לה, בעת הגשתה, אישור ותצהיר."

העדפה דומה קבועה בהוראות חוק שירות המדינה (מינויים), תשי"ט-9591 המאפשר מתן עדיפות במכרזים למשרות בשירות המדינה למועמדים מקרב קבוצה הזכאית לייצוג הולם, כגון אנשים עם מוגבלויות.

2. התייחסות בתי המשפט ל"העדפה" במכרז

מן הראוי להדגיש, כי בית המשפט העליון כמעט ולא דן בצורה מפורשת בנושא ההעדפה במכרז ובעניין זה לא קיימת פסיקה מחייבת של בית המשפט העליון. בפסק דין משנות הששים, פסל בית המשפט העליון את תוצאתו של מכרז, אשר העניקה עדיפות למציע מקומי, אולם הוסיף וקבע, כי לו היה מופיע תנאי כזה בתנאי המכרז, הייתה הרשות רשאית להביאו במניין שיקוליה.⁴¹ בפסק דין אחר פסל בית המשפט העליון, זכייה במכרז של נותן שירות מקומי באילת שהועדף על פני אחר שאינו מקומי, בנימוק שהעדפה זו אינה עולה ממסמכי המכרז. אולם, גם במקרה זה, לא קבע בית המשפט העליון מסמרות, ולא הורה מה דינו של מכרז בו נכלל תנאי המקנה עדיפות לתושב המקומי.⁴²

בפסיקת בתי המשפט לעניינים מנהליים (בתי המשפט המחוזיים) מסתמנת מגמה של הכרה בחוקיות הקביעה של תנאי העדפה בין תנאי המכרז. כך, למשל, ניתן ללמוד מפסק דינו של בית המשפט בעניין ת"א 831/92 שושן חברה לעבודות אספלט בע"מ נ' מיכאל סויסה (פורסם בנבו), שם נקבע: "המועצה רשאית להעדיף מציע שהוא תושב שלומי ובלבד שהצעתו לא תעלה מעל 5 אחוז מהמחירים שהציעו המציעים האחרים במכרז".⁴³

כך גם בעניין ה"פ 30344/94 פהד סכס חברה בע"מ נ' מועצה מקומית חורפיש (פורסם בנבו), שם קבע בית המשפט, באמרת אגב: "... לא היתה מניעה לכלול מראש הוראה בין תנאי המכרז כי ניתן להעדיף הצעה של קבלן מקומי..."

במקרה אחר, נמנע בית המשפט מלהתערב בשיקול דעתו של היועץ המשפטי של עירייה, אשר קבע כי העדפת תושב מקומי הינה תנאי מפלה ולא שוויוני.⁴⁴ בית המשפט לא קבע פוזיטיבית, כי תנאי העדפה בגובה של חמישה אחוזים לתושב המקום הוא תנאי פסול, אולם הוא בחר שלא להתערב בשיקול דעתו של היועץ המשפטי אשר הכריע באותה מחלוקת וקבע כי מדובר בתנאי מפלה.

בית המשפט עמד על העדפת ספקים ובעלי עסקים מקומיים בפסיקתו בעניין עת"מ (נצי) -1254-02/12 ע.מ.ת. - ערוצי מדידה ותשתיות בע"מ נ' מועצה אזורית עמק המעינות (פורסם בנבו), שם נאמר, כי "אין ולא יכולה להיות מחלוקת שקידום אפשרות תעסוקה לתושבי המשיבה, הינו בכלל "קידום ענייניהם הכלכליים של תושבי המועצה"... משכך אפוא, יש לראות את תנאי ההעדפה, לא רק בראייה

41 בג"ץ 148/64 קציף נ' עיריית אילת, יח (3) 423 (1964) ובג"ץ 119/65 שרביב נ' עיריית אשקלון, יט 220 (1965).

42 עע"מ 8340/04 מורדן שירותי גבייה ויעוץ לרשות בע"מ נ' איגוד ערים לשירותי כבאות, אילת-אילות ואח' (פורסם בנבו, 11.04.2005).

43 שם בפס' 24.

44 עת"מ 51912-09-11 אינטסאר עאמר א.ר.ח. מחשבים וצידוד משרדי נ' מועצה מקומית ג'ת (פורסם בנבו, 12.10.2011).

של דיני המכרזים אלא בראיה רחבה יותר, של דיני הרשויות המקומיות ותפקידן של אלו לדאוג לרווחתם הכלכלית של תושביהן⁴⁵.

באותו עניין הכשיר בית המשפט תנאי המעדיף בעל עסק מקומי שהצעתו אינה עולה אלא בחמישה אחוזים על המחיר הזול ביותר שהוצע, וקבע כי זהו שיעור העדפה סביר, שאינו מונע ממשותפים שאינם תושבי המקום להשתתף במכרז. **אולם בית המשפט מצא לנכון להדגיש, כי כל מקרה ייבדק לגופו ומקום בו יסתבר, כי ההעדפה לתושב מקומי "כסות עיניים" היא, אזי יכול שתנאי זה ייפסל⁴⁶.** החוק מציע מספר נתיבים להתקשרות במכרז. הראשון, באמצעות "מכרז פומבי". השני, באמצעות "מכרז זוטא". השלישי, באמצעות "מכרז מסגרת". נוסף לכך, במקרים מסוימים ניתן גם להתקשר בפטור ממכרז. להלן, יוצג ניתוח משפטי שממנו ניתן ללמוד על האפשרויות החוקיות העומדות בפני הרשות המקומית בנוסחה להביא להגדלת מספר ההתקשרויות עם בעלי עסקים קטנים ובינוניים מקומיים ולהרחבת היקפן.

3. מכרז פומבי

מכרז פומבי הינו ברירת המחדל להתקשרות הדורשת מכרז. על המכרז הפומבי, כפי שמעיד שמו, להתפרסם ברבים באמצעים הנקבעים בחוק או בתקנות.

העדפת עסקים קטנים ומקומיים יכולה להתבצע במסגרת כלליו של "מכרז פומבי". זאת, באמצעות תנאי סף וקריטריונים המתאימים לעסקים אלה. ראוי שמהלך כזה יעוגן בתפיסה הרואה ברשות המקומית שחקן התורם לפיתוח הכלכלה והחברה המקומית.

תנאי הסף ינוסחו באורח ענייני, ואסור שיהוו אפליה פסולה ואסורה. להלן מספר דוגמאות לקריטריונים אפשריים וענייניים: במכרזי הסעות, ניתן לקבוע כי מיקום העסק בתחום הרשות המקומית הוא קריטריון דרוש, מאחר והוא מסייע בצמצום עלויות הנסיעה או ההובלה וכן בהפחתת זיהום האוויר; במכרזים למתן שירותים הדורשים זמינות והתרעה בזמן קצר, ניתן לקבוע כתנאי סף את הקרבה למקום העבודה, וכך להעדיף עסקים שבתחום הרשות; במכרזים שונים ניתן להעניק ניקוד נוסף למציע התורם לקהילה שבאחריות הרשות, וכך לעודד תרומה לקהילה, ובד-בבד לתמרץ העסקה של גופים הפועלים בשטח הרשות (וסביר שגם ממוקמים בה).

הרשות המקומית והתאגידים המקומיים רשאים, אם כן, לשלב במכרזיהם תנאי סף וכן קריטריונים שיהוו אמצעי לצבירת "ניקוד חיובי" בעבור הגוף המתמודד. זאת, לצד שקילת שיקולים מקובלים אחרים הנוגעים למכרז. ראוי לאתר קריטריונים המתאימים לקידום של עסקים קטנים ומקומיים. בד-בבד, חשוב שקביעת התנאים והקריטריונים הללו תהיה עניינית, ותנבע בבירור משיקולים של תועלת חברתית-כלכלית עבור האוכלוסייה בכלל ועבור הרשות המקומית והתאגיד המקומי בפרט. חיוני שקובעי הקריטריונים ימנעו ממשוא פנים או אפליה אסורה. ראוי להקפיד על הצגת הקריטריונים והתכליות שהם משרתים בשקיפות רבה. לצד הקריטריונים, יש לפרסם דירוג ברור של מידת חשיבותם ושל המשקל הניתן להם. כל זאת, במטרה להבטיח את אמון הציבור ולהימנע מפתיחת פתח להעדפות שאינן ענייניות ולשחיתות.

45 שם, בפס' 43 - 44.

46 שם, בפס' 55 - 57.

4. מכרז זוטא

מכרז זוטא הינו מכרז שערך החוזה המוצע בו נע בין 26,000 ש"ח ל-127,000 ש"ח,⁴⁷ כלומר, נמוך ביחס למוצע במכרז פומבי. במכרז זוטא תפנה הרשות המזמינה את העבודה למספר מצומצם של ספקים מסוימים. זאת, לעומת המכרז הפומבי, בו מוטל על הרשות לפרסם את הזמנת העבודה בפומבי "לכל דכפין".

הספקים שאליהם יפנו במכרז זוטא ייבחרו מתוך רשימה מצומצמת של ספקים המנוהלת לשם כך על ידי הרשות.⁴⁸ הרשויות מחויבות לבנות מאגר ספקים לפי אמות מידה שיקבעו על ידיהן. הוועדה המתאימה ברשות נדרשת לדון בכל בקשה שהפנה ספק המעוניין להיכלל ברשימת הספקים, ואף להעניק לו זכות טיעון להצגת בקשתו. במקרה שבקשתו נדחתה, מוטלת על הוועדה חובה לנמק. רשימת הספקים תהיה פתוחה לעיון הציבור, תתעדכן מדי שנה,⁴⁹ ואף תמנה את הספקים אליהם פנתה הרשות במכרזי הזוטא.

במכרזי זוטא שערך החוזים הנקוב בהם בין 26,000 ש"ח ל-63,000 ש"ח הרשות מחויבת לפנות לפחות לארבעה ספקים. במכרזי זוטא שערך החוזים הנקוב בהם הוא בין 63,000 ש"ח ל-127,000 ש"ח הרשות נדרשת לפנות לשישה ספקים לפחות,⁵⁰ אלא אם אין ברשימה ספקים העונים לדרישות השירות הספציפי המבוקש.⁵¹ כל ספק המעוניין להשתתף במכרז זוטא יקבל מסמכים שיפרטו את תנאי המכרז, את תנאי החוזה, את תכנית ביצוע החוזה, את נוסחי ערבויות בנקאיות ככל שהן דרושות וכן פרטים נוספים ככל שהללו רלוונטיים,⁵² ואף את פירוט תמורת העבודה.⁵³ כל זאת, אלא אם הרשות קבעה כי המידע לא יימסר אלא יוצג לעיון בלבד,⁵⁴ ואז קיימת חובה להבטיח שלכל ספק ניתנה הזדמנות שווה לעיון בפרטים אלו.⁵⁵

לנוכח האמור, ניתן להמליץ כי בשעת הרכבתה של רשימת הספקים: תיעזר הרשות בגופים העירוניים ובגופים רלוונטיים נוספים במטרה לגבש באופן יזום מאגר ספקים מקומיים רחב ככל שניתן, וזאת בכפוף לקריטריונים הנוגעים לכל מכרז ומכרז. כאמור לעיל, חשוב לציין כי בחירת הספקים אשר ירכיבו את המאגר תתבסס על קריטריונים ענייניים בלבד ואסורה אפליה כלפי ספקים שאינם מקומיים. **אולם יחד עם זאת, יודגש כי בעת התקשרויות במכרז זוטא, רשאית הרשות המקומית להעדיף עסקים מקומיים וקטנים.**

מכרז מסגרת

מכרז מסגרת הינו סוג של מכרז פומבי, בו נבחרים מספר ספקים לתקופה של עד חמש שנים. בעקבות המכרז ייכרתו הסכמי מסגרת עם כל ספק בנפרד, וכל הזמנת שירותים או טובין תבוצע על-ידי ספק שייבחר מקרב הרשימה מפעם לפעם במהלך תקופת ההסכם.⁵⁶ פירוט הטובין או השירותים שיוספקו

47 תק' 8(א) לתקנות העיריות (מכרזים), תשמ"ח-1987, ק"ת 229 (להלן: תקנות המכרזים).

48 תק' 8(ב) לתקנות המכרזים.

49 תק' 8(ג) לתקנות המכרזים.

50 תק' 8(ד) לתקנות המכרזים.

51 תק' 8(ה) לתקנות המכרזים.

52 תק' 10(א) לתקנות המכרזים.

53 תק' 10(ב) לתקנות המכרזים.

54 תק' 10(ג) לתקנות המכרזים.

55 תק' 10(ד) לתקנות המכרזים.

56 תק' 117 לתקנות חובת המכרזים, תשמ"ח-1987, ק"ת 826.

והיקפם יכול להיקבע מפעם לפעם על ידי המזמין בתוך תקופת ההסכם.⁵⁷ רשויות מקומיות רשאיות להתקשר בחוזה ללא מכרז עם ספקים שזכו במכרז מסגרת שפורסם מטעם משרדי ממשלה או מטעם ארגון או מוסד ציבורי, בכפוף לאישור מאת שר הפנים.⁵⁸

מכרזי המסגרת עשויים לשמש כפתח לעקיפתה של חובת המכרז המוטלת על רשויות מקומיות. זאת, בין השאר נוכח נוסחו העמום של הסעיף הנוגע להגדרתם בחוק, שאינו מטיל כל הגבלה ואינו מחייב כל קשר בין חוזה ספציפי לבין מכרז ספציפי מבחינת זמן העבודה, נושא העבודה וכולי.

אופן ההתייחסות של הפסיקה לסעיף 9 לחוק חוק הרשויות המשותפות (מכרזים משותפים), תשל"ב 1972, מדגים את הפתח הרחב שעלול לספק הסעיף לעקיפת חובת המכרז.

בבג"צ 649/89⁵⁹ עסק מכרז המסגרת שנדון באיסוף גרוטאות, ונקבע בו כי גם גרוטאות הינן טובין של הרשויות לצורך הסעיף. ב"אלונקס נ' מפעל הפיס"⁶⁰ נדון מכרז מסגרת לרכישת ציוד ממוחשב, ונקבע כי הפטור ממכרז לפי סעיף 9 אינו חייב להיות ייחודי להתקשרות מסוימת, ויכול להיות "פטור כללי ממכרז". כמו כן, נקבע שהרשות המקומית רשאית לערוך תחרות בין הזוכים במכרז מסגרת על מנת לשפר את המחיר שהושג במכרז, ואף התאפשרה גמישות בנוגע לשינוי מושא הרכישה ביחס לעסקה המקורית (במקרה הנדון: דגמי מחשב חדשים יותר). פרשנויות נוספות של סעיף זה יכולות להרחיב את הפתח לעקיפת חובת המכרז, שנפתח באמצעות שימוש במכרזי המסגרת.⁶¹

מהאמור לעיל ניתן ללמוד, כי עדיף להימנע משימוש בהתקשרות באמצעות מכרז מסגרת. מומלץ לבחון את הכדאיות של מכרז פומבי, ולא להימנע ממנו בגין "שיקולי נוחות", במיוחד שעה שניתן לשלב באמצעותו עסקים מקומיים. במכרזי מסגרת, שביחס אליהם נקבעה חובת התקשרות, כגון ביחס למכרזים הנוגעים לשירותים מסויימים בתחום הרווחה, ייתכן שראוי לנסות לשתף פעולה עם נותן השירות במטרה לשלב בפעילות עובדים וקבלני משנה מקומיים, או אף להנחותו לעשות כן.

57 תק' 17(ב) לתקנות חובת המכרזים.

58 ס' 9 לחוק הרשויות המקומיות (מכרזים משותפים), תשל"ב 1972, ס"ח 155.

59 בבג"צ 649/89 מפעלי פלדה מאוחדים בע"מ ואח' נ' משרד הכלכלה והתכנון ואח', פ"ד מה (1) 485 (1991).

60 ה"פ (ת"א) 200990/98, בש"א 112351/98 אלונקס מחשבים בע"מ נ' מפעל הפיס (לא פורסם).

61

ד. העדפת עסקים קטנים ומקומיים במקרי פטור ממכרז

תקנה 3 לתקנות העיריות (מכרזים) מונה שורה של התקשרויות הפטורות ממכרז. כך למשל, חוזה להעברת טובין, להזמנת טובין או לביצוע עבודה הנערך עם הספק היחיד בארץ לאותם טובין; חוזה לביצוע עבודה מדעית, אמנותית או ספרותית; חוזה להזמנה דחופה של טובין או לביצוע עבודה דחופה שהעירייה מתקשרת בו להצלת נפש או רכוש; חוזה לביצוע עבודה מקצועית הדורשת ידע ומומחיות מיוחדים, או יחסי אמן מיוחדים, כגון: עבודות תכנון, פיקוח, מדידה, שמאות, ייעוץ ועוד כיוצא באלה.⁶² הוראות חוק המתאפיינות בהגיון דומה עוגנו גם בחוק חובת המכרזים ובתקנות חובת המכרזים.⁶³

בלא שנידרש לדון בשיקולים שניצבו מאחורי ניסוחן של התקנות או בהגיון הכלכלי והאחר העומד מאחורי הוראות החוק, ניתן ללמוד מהאמור, כי המחוקק ומחוקק המשנה מצאו לנכון לוותר על דרישת המכרז במקרים מסוימים דוגמת המקרים המנויים לעיל.

משכך, ניתן לקבוע בוודאות, כי במקרים בהם לא מתקיימת "דרישת המחיר" וככל שהדבר תואם את דרישות המכרז, ניתן להעדיף עסקים קטנים ובינוניים מקומיים.

בהתקשרויות מסוג "פטור ממכרז", לא קיימת מסגרת נורמטיבית סדורה לקבלת החלטות, ולכן החלטות שיתקבלו ייבחנו לפי כללי המנהל התקין.⁶⁴ מהתפיסה כי העדפת התקשרות עם הספקים המקומיים מהווה שיקול העומד בכללים אלה,⁶⁵ עולה כי ככל שחוזה ההתקשרות עונה לדרישות החוק ביחס לפטור ממכרז, יש להעדיף כריתה של חוזה עם ספק מקומי. החלטה מעין זו תאומץ בכפוף לשיקולים ענייניים נוספים של הרשות, וכן אגב הקפדה על הימנעות מאפליה אסורה, כמו גם על התאמה לתנאי המכרז.

62 ראו תק' 3 לתקנות המכרזים.

63 להרחבה ראו תק' 3 לתקנות חובת המכרזים, אשר הותקנו מכוח ס' 3,4 ו-7 לחוק חובת המכרזים, תשנ"ב-1992, ס"ח 114; ע"מ 2310/02 איגוד ערים אזור דן (תברואה וסילוק אשפה) נ' דסאל מרחבים, חברה לעבודות עפר בע"מ, נט (6) 337, 342-343 (פורסם בנבו, 09.10.2002).

64 להרחבה ראו בר"מ 2349/10 שעשועים וספורט בע"מ נ' עיריית בני ברק, 11-12 (פורסם בנבו, 20.05.2010); ע"מ 5525/13 אשת שירותי תיירות בע"מ נ' משרד הביטחון, 11-12 (פורסם בנבו, 19.05.2014); עת"מ (חי') 25962-07-12 אפקון התקנות ושירותים בע"מ נ' חברת חשמל לישראל בע"מ, 10 (פורסם בנבו, 02.08.2012).

65 בג"ץ 118/83 אינווסט אימפקט בע"מ נ' המנהל הכללי של משרד הבריאות, פ"ד לח(1) 729 (1984).

ה. סיכום המלצות

ככל שעסקינן בהתקשרות העונה לאחת מן ההגדרות המתוארות לעיל, יכולה הרשות המקומית לנקוט צעדים מקדמיים לשם יישום המדיניות להעדפת הספקים המקומיים. ראשית, על הרשות להגדיר מדיניות ביחס להעדפתם של עסקים מקומיים במסגרת נהליה הפנימיים. נהלים אלה חייבים לכלול הליך תחרותי בין העסקים המקומיים, על מנת שיעמדו בעיקרון של תקינות ההליך המנהלי. שנית, על הרשות לקיים היוועצות עם וועדת הפטור במסגרת נהליה (במקרים בהם הליך זה נדרש לפי תקנות חובת מכרזים).⁶⁶ שלישית, על הרשות לערוך היוועצות עם החשב הכללי במסגרת נהליה (כאשר הליך זה נדרש לפי התקנות). זאת, באשר החשב מודע לצורך בחיזוק מעמדם של עסקים מקומיים ברשויות המקומיות (כפי שעולה מהוראותיו).

הרשות המקומית רשאית לבחור באסטרטגיה של פיצול מכרזים, בתנאי שצעד זה אינו פוגע בשירות שאותו נועד המכרז לספק. הפיצול יאפשר התקשרויות עם מספר בעלי עסקים קטנים מקומיים במקום עם ספק גדול בודד.

נוסף לכך, ניתן להבחין בין מכרזים לאספקת טובין לבין מכרזים עתירי כוח אדם. במכרזי כוח אדם אין יתרון לגודל ולא נודעת חשיבות מיוחדת להון העצמי הנדרש מהגורם המציע. ניתן להמליץ, כי במכרזים עתירי כוח אדם תעדיף הרשות עסקים מקומיים קטנים.

לבסוף יוטעם, כי בכל מקרה בו מומלץ לאפשר לרשות ולנציגיה שיקול דעת רחב בנוגע להתקשרויות חוזיות, שומה על הרשות להקפיד בד-בבד הקפדה יתרה על שלושה כללי פעולה חשובים:

1. יש לשים דגש על שקיפותו של הליך ההכרעה בכל שלבי ההתקשרות, לרבות מתן החלטות מנומקות הן בהליכי מכרז והן בהליך פטור ממכרז.
2. ראוי לערוך בחירה מושכלת של הגורמים בעלי סמכות ההכרעה, הן בוועדת המכרזים והן בוועדת פטור ממכרז. יש להבטיח פיקוח עמיתים ובקרה הדדית בין חברי הוועדות וכן להקפיד על כך שהללו לא יהיו נתונים בניגוד עניינים ממשי עם הרשות. ראוי למנות לחברות בוועדות אלו אנשים בעלי ידע מקצועי, לרבות משפטן, כלכלן ונציג ציבור.
3. הקפדה על מדיניות ענישה. מדיניות ענישה הקושרת בין היקף שיקול הדעת הניתן לנציג הרשות לבין חומרת הענישה שתוטל על הנציג במקרה של הפרת האמון, בבחינת נסיבות מחמירות, משדרת מסר של גיבוי חברתי בעל עצמה.

66 להגדרת וועדת מכרזים ראו תק' 11 לתקנות חובת מכרזים.

1. סוף דבר

בחוות דעת זו סקרנו את החסמים הניצבים בפני עסקים קטנים ובינוניים בכל הנוגע לגישה למכרזים של רשויות מקומיות. נסקרו הצעדים שננקטו עד כה לשם שיפור הנגשתם של המכרזים לעסקים קטנים, והוצגו המלצות לשיפור הנגישות לאור החקיקה הקיימת.

חוות הדעת מציגה בפני הרשויות המקומיות דרכים העומדות בדרישות החוק להעדפתם של עסקים קטנים ומקומיים בתהליך הרכש המקומי. זאת, בהנחה שהרשות חפצה בכך וקובעת תכנית לעידוד עסקים מקומיים לשם קידום כלכלת היישוב.

נוסף לכך, אנו סבורים, כי ראוי לקדם חקיקה שעניינה עידוד רכש מקומי, המעגנת פתרון לחסמים שנסקרו לעיל ומציעה פתרונות מעבר למתאפשר בחקיקה הקיימת. יש לנקוט פעולות לתיקון החקיקה, כך שתתאפשר העדפה של עסקים קטנים מקומיים בהתקשרויות חוזיות.

יישום האמור בחוות דעת זו, בין אם באמצעות ייזום חקיקה או על-ידי פעולה במסגרת הדין הקיים, יקדם את השגתן של המטרות העיקריות: קידום עסקים קטנים ובינוניים, ועידוד רכש מקומי מעסקים אלו.

לנא ורור, עו"ד - מנחת הקליניקה לכלכלה קהילתית וחברתית
פרופ' ברק מדינה

חוות הדעת נכתבה בסיוע הסטודנטים ישי גנין, בן המאירי, רועי יוסף, אלון קרוק והגר שגב.

אודות תכנית כלכלה מקומית מקיימת:

תכנית כלכלה מקומית מקיימת Project Wealth: Promoting Local Sustainable Economic Development המיושמת בתמיכת תכנית ה-ENPI CBC-MED של האיחוד האירופאי, קוראת תיגר על התפיסות הניאו ליברליות המקובלות הרואות את המונח "עושר" כמשקף של הכנסה כלכלית בלבד. באמצעות פיתוח פרדיגמה כלכלית אלטרנטיבית, במסגרתה "עושר" נבחן בהתאם לרווחתם של בני אדם וכדור הארץ, מקדמת התכנית פיתוח בר קיימא באזורים בהם היא מיושמת.

התכנית, המתבססת על שיתוף פעולה בין שותפים מישראל, איטליה, פורטוגל והרשות הפלסטינית, מסייעת במתן מענה למגמות בולטות של פיתוח סוציו-אקונומי בינלאומי. התכנית חותרת לחזק כלכלות איזוריות, במיוחד בשווקים וביישובים פריפריאליים ולהציג אלטרנטיבה ליוזמות פיתוח המבקשות לחזק אזורים פריפריאליים תוך התעלמות מהצרכים ומהיכולות של קהילות מקומיות.

הצהרה בדבר התכנית:

תכנית 2007-2013 ENPI CBC באגן הים התיכון היא יוזמה לשיתוף פעולה רב צדדי חוצה גבולות, הממומנת על ידי כלי מדיניות השכנות האירופית (ENPI). מטרת התכנית היא לקדם תהליך של שיתוף פעולה בר קיימא והרמוני ברמת אגן הים התיכון, על ידי התמודדות עם האתגרים המשותפים וחיזוק הפוטנציאל האנדוגני. התוכנית מממנת פרויקטים של שיתוף פעולה התורמים לפיתוח כלכלי, חברתי, סביבתי ותרבותי של אזור הים התיכון. 14 המדינות הללו משתתפות בתכנית: קפריסין, מצרים, צרפת, יוון, ישראל, איטליה, ירדן, לבנון, מלטה, הרשות הפלסטינית, פורטוגל, ספרד, סוריה (השתתפותה מושעת בשלב זה), תוניסיה. רשות הניהול המשותפת (JMA) הנה האזור האוטונומי של סרדיניה (איטליה). השפות הרשמיות של התוכנית הן ערבית, אנגלית וצרפתית (www.enpicbmed.eu).