



ועדת השלושה

פרוטוקול ישיבה מיום 24.5.22

נוכחים: אלי זאבנה - מנכ"ל/מזכיר
אילנה קרן - גזבר
אריק ניר יעמ"ש - יועמ"ש

הנדון: החלטה על התקשרות לשירותי ניהול ופיקוח
מכרז: איסוף ופינוי אשפה ופסולת מוצקה מס': פא/2021/6

מ.א. שפיר (להלן: "הרשות") מעוניינת להתקשר עם קבלן לאספקת שרותי איסוף ופינוי אשפה, גזם, פסולת אריזות ופסולת מוצקה (להלן: "השירותים"), ולצורך כך היא בוחנת את האפשרות לעשות שימוש במכרז שבנדון (להלן: "המכרז"), שפרסמה החברה למשק וכלכלה של השלטון המקומי בע"מ (להלן: "משכ"ל"), אשר לגביו ניתן אישור שר הפנים ושנקבעו זוכים במסגרתו.

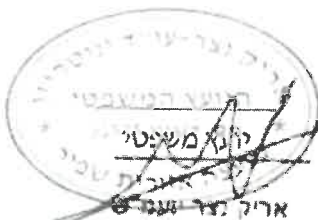
לצורך ניהול ופיקוח על ההתקשרות / התקשרויות שתיערך/נה בין הרשות לבין זכיין / זכיינים במכרז, יש לרשות צורך להתקשר עם נותן שירותי ניהול ופיקוח. הוועדה סבורה כי במקרה זה מירב היתרונות יושגו דווקא בעריכת התקשרות עם משכ"ל לקבלת שירותי ניהול ופיקוח לאור המפורט להלן:

1. ההתקשרות דרך מש"כל תואמת את האינטרסים של המועצה המגיעים לכדי מיצוי
2. מדובר במכרז בהיקף כספי ועמלה המצדיקה את הליווי והבקרה של מש"כל
3. הקבלנים הנבחרים עברו רף בדיקה של אנשי מקצוע במש"כל, כך שהיציאה למכרז תהייה ברמה גבוה
4. חיסכון בעלויות מכרז ובלוחות זמנים

החלטה: לאור כל האמור לעיל, הוועדה מחליטה כי בכפוף ובהתאם לתוצאות הליך בקשת הצעות המחיר, הרשות תתקשר עם משכ"ל לשירותי ניהול ופיקוח על מתן השירותים על ידי הקבלן / ספק במסגרת ההתקשרות שתיערך עם זכיין/זכיינים במכרז בהתאם לסעיף 3 לתוספת השנייה לצו המועצות המקומיות (מועצות אזוריות) התשי"ח-1958. יובהר כי ככל שהוועדה תחליט שלא לקבוע זוכה כלשהו במסגרת הפניה בבקשה לקבלת הצעות מחיר, תבוטל ההחלטה להתקשר עם משכ"ל לקבלת שירותי ניהול ופיקוח /או יבוטל חוזה ההתקשרות בין הרשות לבין משכ"ל, ככל שזה כבר נחתם.

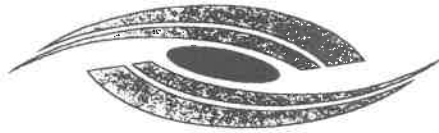
בשלב ראשון מורה הרשות למשכ"ל לפרסם בקשה לקבלת הצעות מחיר מהזכיינים הרלוונטיים במכרז בהתאם למפרט הרצ"ב.

פרסום: הוועדה מורה כי החלטה זו תפורסם באתר האינטרנט של הרשות במייד. החוזה יחתם בתום 7 ימי עבודה מיום הפרסום בכפוף לאמור לעיל. (אם יש דחיפות שמצדיקה קביעה אחרת, יש לפרט).
(למען הסדר הטוב, מבקשת הוועדה כי משכ"ל תפרסם החלטה זו גם באתר האינטרנט שלה).
החוזה שייחתם בין הרשות לבין משכ"ל יפורסם באתר האינטרנט של הרשות לא יאוחר מ-7 ימי עבודה מיום כריתתו.



על החתום
גזבר/רית שפיר

מנכ"ל/מזכיר
א. זאבנה



החברה למשק וכלכלה
של השלטון המקומי בע"מ

כ"ג טבת תשע"ט
31 דצמבר 2018

לכבוד

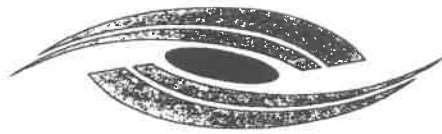
היועצים המשפטיים ברשויות המקומיות

עמיתיי, חבריי, שלום רב,

הנדון: תקנת הפטור - תקנה 153 לתקנות העיריות (מכרזים) התשמ"ח-1987

1. לאחרונה הופצו ברשויות המקומיות, מכתבים רבים מטעם חברת פורטל בע"מ וחברת אורי טביב בע"מ, אשר להם מכנה משותף אחד והוא תקנה 153 לתקנות העיריות (מכרזים) התשמ"ח-1987 (להלן: "התקנה").
2. כפי שהבהרתי בעבר במספר הזדמנויות, כניסתו לתוקף של נוהל משרד הפנים 8/2016 (נוהל יועצים) ותיקון תקנה 153, שינו לבלי הכר, את "מגרש המשחקים" בתחום העסקת יועצים ונותני שירותים ברשויות המקומיות, וערערו את מעמדן של רבות מהחברות הפרטיות אשר פעלו ברשויות המקומיות, ונהנו במשך שנים, מחופש פעולה על בסיס התקשרויות בפטור ממכרז.
3. והנה, ראו זה פלא, דווקא אותם גורמים פרטיים, אשר סיפקו (ואף עדיין מספקים...) שירותים ברשויות המקומיות ללא מכרז, הפכו לאבירי שלטון החוק, הדואגים כי הרשויות המקומיות תקפדנה על כל קוצו של יוד בקיום הנהלים והתקנות.
4. כבר כתב הרמב"ם: "קבל האמת ממי שאמרה" – ואכן אנו במשכ"ל איננו מוצאים כל פסול בעצם הפצת מכתבים רבים אשר כשלעצמם, הינם לגיטימיים, כל אימת שעוסקים הם באופן ענייני בהוראות התקנה ואינם מטעים.
5. אלא שלמגינת לב, מכתבים אלו שזורים בעובדות שאינן מדויקות ובמסקנות משפטיות המנוגדות לכל שכל בריא, הגיון משפטי ואינן מתקבלות על הדעת.
6. באמצעות ב"כ החברות פורטל וטביב, עו"ד טיקולסקר, הוגשו שתי עתירות מנהליות, האחת כנגד המועצה האזורית עמק לוד, והשנייה כנגד המועצה המקומית דליית אל כרמל. בשני המקרים בחרו הרשויות המקומיות להודיע לבית המשפט על ביטול החלטותיהן בטרם התקיים כל זיון לגופו של טענות, וזאת לאחר שהבינו בעצמם, כי לא פעלו בהתאם להוראת התקנה ולא נימקו את הבחירה במשכ"ל באופן ההולם את הוראותיה.
7. ויובהר – אין חולק כי בהתאם לתקנה, על ועדת השלושה לבחון את תנאי ההתקשרות עם משכ"ל וככל שבחרה לעשות כן, עליה לנמק היטב את הסיבות המקצועיות/כלכליות שבגינן התקבלה החלטה. אולם מכאן ועד למסקנותיו של ב"כ החברות הנכבדות פורטל וטביב, עוד הדרך רחוקה ובודאי כאשר מנסה הוא לשוות למסקנותיו אלו, ריח של "הלכה".





החברה למשק וכלכלה
של השלטון המקומי בע"מ

8. לשיטת ב"כ החברות פורטל וטביב, כפי שעולה במכתביו ובעתירותיו – **"על הרשות המקומית לפרסם הליך התמחרות תחרותי"** בטרם קבלת ההחלטה האם להתקשר עם משכ"ל לצורך רכישת שירותי ניהול ופיקוח.
9. נכבדי, היעלה על הדעת? האם טרח ותיקן המחוקק תקנה, במסגרתה, לצורך ביסוס שיקוליה של ועדת השלושה, בבקשה לעשות שימוש **בפטור מהליך תחרותי**, נדרשת היא **לפרסם הליך תחרותי!!**
10. כמי שעסק וליווה באופן צמוד את הליך תיקון התקנה, ומכיר היטב את השיקולים והנימוקים שעמדו בבסיסה, את עמדת משרדי המשפטים והפנים ואת ההכרה אשר הכירו במעמדה של משכ"ל כחברה בבעלות כלל הרשויות המקומיות, ברור לי כי לפרשנותו "היצירתית ביותר" כפי שמוצגת במכתבים כאמור, אין בסיס ושחר!
11. אולם על מנת להפיס את דעתו של מאן דהוא, אשר עדיין מקנן ספק בליבו, בחרנו במשכ"ל לפנות למומחה חיצוני בעל שם אשר יחוה אף הוא את דעתו ביחס לפרשנות הראויה להוראות התקנה, ואני מתכבד לצרף למכתבי זה, את חוות דעתו של פרופסור עומר דקל, אשר התייחס במסגרתה לטענות אשר עלו במכתבים כאמור.
- דומני כי לאחר עיון בה, תיווכחו גם אתם כי אין בסיס לטענות ולפרשנות שמוצגת במכתבים כאמור.
12. למען הסר כל ספק יובהר, אנו במשכ"ל מעוניינים להמשיך ולספק שירותים ברמה הגבוהה ביותר לרשויות המקומיות ובכך להגשים את המטרות שלשמן הוקמה החברה על ידי הרשויות המקומיות ואשר בעטיין תוקנה התקנה כאמור. אולם מבלי לגרוע מכך, למשכ"ל אינטרס ברור וחד משמעי כי ההתקשרויות עימה, תיעשנה באופן ההולם את התקנה.
13. השנה שחלפה מאז תיקון התקנה, כמו גם המידע והמסמכים המגיעים לרשותנו מלמדים, כי ניסיונות הטשטוש ובלבול היוצרות לא צלחו. הלכה למעשה - הרוב המוחלט של חברי ועדות השלושה ברשויות המקומיות, השכילו ליישם את הוראות התקנה, ומתמידים בקבלת החלטות מקצועיות, ענייניות המנומקות היטב.
14. למותר לציין כי הלשכה המשפטית במשכ"ל ואני, עומדים לרשותכם ולרשות כל יועץ משפטי, מנכ"ל, גזבר או כל מקבל החלטה אתר ברשות מקומית, לכל הבהרה ו/או סיוע שיידרש.

בכבוד רב,

אלי לוי, עו"ד
סמנכ"ל, ייעוץ משפטי

העתקים:

מר חיים ביבס – יו"ר הדירקטוריון

מר אביקס בלר – מנכ"ל





Prof. Omer Dekel, Adv.
Dr. Shahar Weller, Adv.
Timna Porat, Adv.
Sarit Yakuti, Adv.
Gal Plaut, Adv.

פרופ' עומר דקל, עו"ד
ד"ר שחר ולר, עו"ד
תמנע פורת, עו"ד
שרית יקוטי, עו"ד
גל פלאוט, עו"ד

31 בדצמבר, 2018

לכבוד,

החברה למשק וכלכלה של השלטון המקומי

**הנדון: חוות דעת בשאלת משמעותה הנורמטיבית והמעשית של הוראת
תקנה 3(15) לתקנות העיריות (מכרזים)**

לבקשתכם, הריני לחוות דעתי בשאלה: כיצד יש לפרש את הוראת תקנה 3(15) לתקנות העיריות (מכרזים), תשמ"ח-1987 (להלן: "תקנות העיריות"), ובאופן קונקרטי יותר, האם תנאי מוקדם ליישומה של הוראת הפטור, הינו עריכת הליך תחרותי בקרב מציעים פוטנציאליים.

1. רקע

1. סעיף 197 לפקודת העיריות [נוסח חדש] קובע:
"לא תתקשר עיריה בחוזה להעברת מקרקעין או טובין, להזמנת טובין או לביצוע עבודה אלא על פי מכרז פומבי."
2. סעיף 198 לפקודת העיריות קובע כי שר הפנים יקבע בתקנות הסדרים שלפיהם רשאית עיריה להתקשר ללא מכרז:
"השר יקבע בתקנות את צורת המכרז ואת דרכי הזמנתן וקבלתן של הצעות המחירים, ורשאי הוא לקבוע בהן סוגים של חוזים כאמור, שבהם רשאית העיריה להתקשר ללא מכרז פומבי או ללא מכרז בכלל."
3. מכוח סעיף זה, התקין שר הפנים את תקנות העיריות (מכרזים), תשמ"ח-1987, לרבות תקנה 3 על תת-סעיפיה, המונה מצבים שבהם העיריה רשאית להתקשר בחוזה ללא עריכת מכרז.

ולר-דקל ושות' – WELER – DEKEL & Co.

4. ככל שמדובר בהתקשרויות של רשויות מקומיות לרכישת שירותי ניהול ופיקוח, אלה היו פטורות עד לאחרונה מחובת עריכת מכרז, וזאת מכוח תקנה 3(8) לתקנות העיריות, שעניינה ביצוע עבודה הדורשת ידע ומומחיות מיוחדים או יחסי אמן מיוחדים:

”חזונה לביצוע עבודה מקצועית הדורשת ידע ומומחיות מיוחדים, או יחסי אמן מיוחדים, כגון: עבודות תכנון, פיקוח, מדידה, שמאות, ייעוץ ועבודות כיוצא באלה;”

5. על בסיס תקנה זו התקשרו רשויות מקומיות עם גורמים שונים לצורך רכישת שירותים רבים ומגוונים, לרבות שירותי ניהול ופיקוח, שנרכשו בין היתר מהחברה למשק וכלכלה של השלטון המקומי בע"מ (להלן - "משכ"ל").

6. יחד עם זאת, הוראת פטור זו היתה נתונה לביקורת לנוכח הפרשנות הרחבה שניתנה לה על ידי רשויות מקומיות. ביקורת זו אף באה לידי ביטוי במסגרת פסק הדין שניתן בע"מ 6145/12 עיריית נצרת עילית נ' זאב הרטמן (פורסם בבנו, 13.1.13), שבו נדונה החלטתה של עירייה להתקשר עם רואה חשבון פרטי ללא עריכת מכרז.

7. בעקבות ביקורת זו, ועל מנת להסדיר את אופן התקשרותן של רשויות מקומיות עם יועצים שונים בסקטור הפרטי (מכוח תקנה 3(8) דלעיל) גיבש משרד הפנים בשנת 2017 את "נוהל התקשרויות לביצוע עבודה מקצועית הדורשת ידע ומומחיות מיוחדים או יחסי אמן מיוחדים בפטור ממכרז" (להלן: "נוהל התקשרות עם יועצים"). נוהל זה מותאם לרשות עריכה של הליך תחרותי בין מציעים פוטנציאליים, המחויב לעקרונות של שוויון הזדמנויות, שמירה על טוהר מידות והשאת התועלת הכלכלית לרשות.

8. כמו כן, בסמוך לאחר פרסום נוהל ההתקשרות עם יועצים הוסיף מחוקק המשנה לקובץ התקנות את תקנה 3(15) העומדת בלב חוות הדעת, הקובעת:

”התקשרות לרכישת שירותי ניהול ופיקוח עם חברה שבעלי המניות שלה הם דוב הרשויות המקומיות, ובלבד שיתקיימו כל אלה:

(א) השר אישר את שיעור התמורה שבהסכם;

(ב) ועדה, שחבריה הם המנהל הכללי, ובאין מנהל כללי – מזכיר העירייה, והוא יהיה היושב ראש, גזבר העירייה והיועץ המשפטי לעירייה [למען הנוחות, הוועדה תיקרא ועדת השלושה – הח"מ], שוכנעה, לאחר בחינת האפשרות לערוך את ההתקשרות בדרך של מכרז, כי ההתקשרות נדרשת מטעמי חיסכון ויעילות, וכי היא מיטיבה עם העירייה, וזאת בשים לב לעקרונות השוויון, השקיפות וטוהר המידות ותוך מזעור הפגיעה בתחרות הקיימת ובאפשרות לפתח תחרות;

(ג) החברה התחייבה כי התקשרותיה עם צדדים נוספים שנובעות מההתקשרות עם העירייה, ייעשו במכרז לפי הדין החל על העירייה בשינויים המחויבים; החלטות הוועדה לפי פסקת משנה (ב) ינומקו ויפורסמו באתר האינטרנט של

ולר-דקל ושות' – WELER – DEKEL & Co.

העירייה שבעה ימי עבודה לפחות לפני כריתת החוזה, לרבות האפשרות לפנות לוועדה בנושא, והתקופה שבה ניתן לפנות כאמור, אלא אם כן החליטה הוועדה אחרת בהחלטה מנומקת מטעמים של דחיפות; הסכם שנערך לפי פסקה זו יפורסם באתר האינטרנט של העירייה לא יאוחר משבעה ימי עבודה מיום כריתתו;

9. תכליתה של תקנה זו לקבוע הסדר שונה מזה המעוגן בתקנה 3(8), המתאים לחברה כדוגמת משכ"ל, שכפי שיורחב בהמשך – אינה חברה "רגילה".
10. ביום 11.7.2018 הוגשה עתירה (עת"מ 27996-07-18 פורטל - ייעוץ ותכנון אקולוגי בע"מ נ' מועצה אזורית עמק לוד ואח'), שבמסגרתה טענה העותרת, כי תנאי מוקדם להתקשרות של רשות מקומית מכוח תקנה 3(15) הינו עריכת הליך תחרותי בקרב מציעים פוטנציאליים (בדומה לקבוע בנוהל ההתקשרות עם יועצים).
11. טענה זו ביססה העותרת על שני נימוקים עיקריים: (1) על לשון התקנה, שלפיה ועדת השלושה נדרשת לבחון את האפשרות "לערוך את ההתקשרות בדרך של מכרז"; ועל מנת להחליט לעשות שימוש בהוראת הפטור עליה להשתכנע "כי ההתקשרות [בפטור] נדרשת מטעמי היסכון ויעילות, וכי היא מיטיבה עם העירייה, וזאת בשים לב לעקרונות השוויון, השקיפות וטוהר המידות ותוך מזעור הפגיעה בתחרות הקיימת ובאפשרות לפתח תחרות"; (2) על החזקה הפרשנית שעריכת מכרז היא דרך המלך בעוד שהליך הפטור מהווה חריג לכך.
12. לנוכח טענה זו התבקשתי לחוות דעתי בנוגע לפרשנותה של תקנה 3(15), והאופן שבו ראוי ליישמה הלכה למעשה.¹
13. בטרם כניסה לעובי הקורה מן הראוי להקדים כמה משפטים לגבי מהותה ואופייה של החברה למשק וכלכלה של השלטון המקומי ("משכ"ל"), שכן לדברים תהיה משמעות בהמשך.

2. מהותה ומאפייניה של החברה למשק וכלכלה של השלטון המקומי בע"מ

14. משכ"ל היא חברה המצויה בבעלותן של כלל הרשויות המקומיות. עיקר עיסוקה של משכ"ל הוא עריכת מכרזי מסגרת עבור רשויות מקומיות במגוון של נושאים ותחומים המתחייבים מעבודתן השוטפת, וכן הענקת שירותי ניהול ופיקוח לעבודות ולשירותים הניתנים לרשויות מקומיות.
15. משכ"ל הוקמה בשנת 1974 על ידי מרכז השלטון המקומי ומרכז המועצות האזוריות במטרה לנצל את יתרון הגודל הגלום בכלל הרשויות המקומיות, על מנת לנצל לטובת הרשויות המקומיות את המומחיות ואת הנסיון שניתן לצבור בגוף מרכז אחד, ועל מנת לסייע לרשויות המקומיות בקידום פעולות כלכליות בעלות מכנה משותף רחב.

¹ למען הנוחות, ההתייחסות בחוות הדעת היא לתקנת הפטור המעוגנת בתקנה 3(15) לתקנות העיריות כמייצגת גם את אחיותיה, הקבועות בסעיף 3(15) לתוספת השניה לצו המועצות המקומיות (מועצות אזוריות), התשי"ח-1958; ובסעיף 3(15) לתוספת הרביעית לצו המועצות המקומיות, התשי"א-1950.

ולר-דקל ושות' – WELER – DEKEL & Co.

16. משכ"ל עורכת עבור הרשויות המקומיות כ-60 מכרזי מסגרת פומביים מדי שנה, בתחומי הבינוי, התשתיות, האחזקה, השירותים, הרכש, התקשורת, הדיגיטל, איכות הסביבה ועוד.
17. משכ"ל אינה עוסקת בעריכת המכרז בלבד, אלא מעניקה לרשויות מקומיות המעוניינות בכך גם ליווי מקצועי בכל שלבי ההתקשרות. זאת, החל משלב ההחלטה על עצם הצורך בהתקשרות (לדוגמא, צורך בביצוע פרויקט בניה, או צורך ברכישת שירותים של פינני אשפה או הסעת תלמידים), ועד להשלמת ההתקשרות על ידי הספק. זאת, במטרה להבטיח את ביצוע ההתקשרות והשלמתה בהתאם לדרישותיה של הרשות המקומית ולשביעות רצונה.
18. במסגרת פעילותה זו צברה משכ"ל ידע, מומחיות וניסיון עצומים בתחומים שונים ומגוונים, בתחומי פעילותן של הרשויות המקומיות. ניסיון וידע אלו מיושמים הן במסגרת המכרזים שהיא עורכת והן בשירותים הנלווים שהיא מעניקה לרשויות כאמור.
19. לנוכח העובדה שמשכ"ל נמצאת בבעלות הרשויות המקומיות, הרי שלהבדיל מחברה פרטית, משכ"ל מהווה את זרוען הארוכה של הרשויות המקומיות, והיא מחויבת ופועלת כדי להשיא את טובתן של הרשויות המקומיות. בהתאם לכך, פעולותיה מכוונות ומפוקחות על ידי גופי השלטון המקומי, והיא פועלת לטובת בעלי מניותיה: הרשויות המקומיות עצמן. משכ"ל אף מחלקת את הרווחים המצטברים בקופתה לרשויות המקומיות, באופן יחסי לשימוש של כל רשות מקומית בשירותיה.

3. המסגרת הנורמטיבית

20. כאמור, בלב חוות הדעת עומדת פרשנותה של תקנה 3(15) לתקנות העיריות שצוטטה לעיל, והשאלה אם תנאי ליישומה הינו עריכת הליך תחרותי בקרב מציעים פוטנציאליים. לנוכח מורכבותה של התקנה, בטרם נתייחס לרציונאלים העומדים בבסיסה ולאופן שבו ראוי ליישמה, מן הראוי לעמוד על התנאים ליישומה:
21. על פי לשון התקנה, התנאים המצטברים ליישומה הם כדלקמן:
- (1) מדובר בהתקשרות עם חברה שבעלי המניות שלה הם רוב הרשויות המקומיות;
 - (2) ההתקשרות היא לצורך רכישת שירותי ניהול ופיקוח;
 - (3) השר אישר את שיעור התמורה שתשלם העיריה לחברה;
 - (4) ועדת השלושה בעיריה בחנה את האפשרות לערוך את ההתקשרות בדרך של מכרז;
 - (5) הוועדה שוכנעה כי בנסיבות הענין, התקשרות של העיריה עם החברה שלא בדרך של מכרז, עדיפה מטעמי חיסכון ויעילות על פני עריכת מכרז, שכן היא מיטיבה עם העיריה. זאת, תוך שהיא מביאה בחשבון את עקרונות השוויון, השקיפות וטוהר המידות, וכן נותנת משקל למזעור הפגיעה בתחרות הקיימת ובאפשרות לפתח תחרות;
 - (6) התקשרויות של החברה עם צדדים שלישיים, הנובעות מההתקשרות עם הרשות המקומית, ייעשו בדרך של מכרז, בהתאם לדין החל על העיריה;
 - (7) החלטת הפטור תנומק, ותפורסם באתר האינטרנט של העיריה, שבעה ימי עבודה לפחות לפני כריתת החוזה בין העיריה לחברה (אלא אם כן קיימים טעמים של דחיפות);

ולר-דקל ושות' – WELER – DEKEL & Co.

(8) וההסכם בין העירייה לבין החברה יפורסם אף הוא באתר האינטרנט של העירייה תוך שבעה ימי עבודה ממועד כריתתו.

22. בדברי ההסבר לתקנה זו נאמר:

"התקנה המוצעת נועדה לאפשר לרשויות המקומיות לאגם משאבים ולפעול בצורה מרוכזת ותוך שיתוף פעולה באמצעות חברה משותפת שתוכל להתמחות ולהתמקצע בשירותים הניתנים לרשויות המקומיות, ושבעלי המניות של החברה הם הרשויות המקומיות עצמן. על מנת לוודא כי אכן בכל מקרה מדובר בהתקשרות יעילה מבחינת הרשות המקומית עצמה, מוצע לקבוע כי התמורה לא תעלה על התמורה המרבית שיקבע שר הפנים, ובנוסף ועדה מקצועית המורכבת ממנכ"ל העירייה, הגזבר והיועץ המשפטי תשוכנע כי ההתקשרות נדרשת מטעמי חיסכון ויעילות וכי היא מיטיבה עם העירייה.

כנוסף לכך, על מנת למנוע חשש של עקיפת דיני המכרזים באמצעות שימוש בתקנת הפטור וכדי למזער את הפגיעה בשוויון, מוצע לקבוע כי ההתקשרויות של החברה המשותפת עם צדדים נוספים אשר נובעות מההתקשרות עם העירייה ייעשו במכרז בהתאם לדין החל על העירייה בשינויים המחויבים. בדומה להוראות שנקבעו לעניין התקשרות ללא מכרז עם חברה ממשלטית בתקנות חובת המכרזים, מוצע לקבוע גם כי החלטת העירייה להתקשרות בפטור ממכרז עם החברה המשותפת תיעשה בשים לב לעקרונות השוויון, השקיפות וטוהר המידות ותוך מזעור הפגיעה בתחרות הקיימת ובאפשרות לפתח תחרות.

בנוסף למגבלות שתוארו לעיל, ועל מנת לקדם שקיפות ולאפשר ביקורת ציבורית על ההתקשרויות בפטור ממכרז, מוצע לקבוע כי ההחלטה על התקשרות בפטור ממכרז תפורסם שבעה ימי עבודה לפחות לפני כריתת החוזה (אלא אם קבעה הוועדה המקצועית אחרת, מטעמים של דחיפות), והחוזה יפורסם לא יאוחר משבעה ימי עבודה מיום כריתתו.

על מנת לבחון את יישום הפטור והשלכותיו, מוצע לקבוע את התיקון כהוראת שעה לשלוש שנים בלבד, ובמהלך התקופה לשוב ולבחון את התועלות שבתקנת הפטור ואת החשש מפגיעה אפשרית."

23. מדברי הסבר אלה ניתן במידה רבה לגזור את הרציונאלים העיקריים העומדים בבסיס התקנה:

א. שיקולי יעילות ואיגום משאבים:

24. ניכר כי תכלית מרכזית של הוראת הפטור הינה לאפשר לרשויות מקומיות להסתייע במומחיות, במקצועיות, בנסיון ובגודל של גוף כמו משכ"ל, במתן שירותי ניהול ופיקוח הנדרשים לרשות המקומית.

ולר-דקל ושות' – WELER – DEKEL & Co.

25. ההנחה העומדת בבסיס התקנה הינה שעריכת מכרז היא תהליך האורך זמן, עולה כסף, מצריך מומחיות וטומן בחובו סיכונים (כגון התקשרות לא יעילה או "תקיעת" הליך ההתקשרות בשל התדיינויות משפטיות). לכן, קיים אינטרס שרשות מקומית תוכל למקד את משאביה המוגבלים בתחומי הליבה שלה (חינוך, פיתוח, תברואה, איכות סביבה וכד') ותסתייע בתחומים שאינם בליבת העשייה שלה, בגופים חיצוניים הנהנים ממומחיות, מנסיון וממקצועיות, כגון משכ"ל. התקנה דנא מיישמת רציונאל זה בכך שהיא מאפשרת לרשות להסתייע במומחיות, בנסיון ובמקצועיות של חברה כגון משכ"ל לצורך עריכת התקשרויות בתחום הניהול והפיקוח, עובדה שהיא יעילה כמעט מעצם הגדרתה.
26. יחד עם זאת, מתקין התקנות לא נתן לרשות המקומית "צ'ק פתוח" להתקשרות ישירה עם משכ"ל בכל דבר וענין, אלא חייב אותה לשאול את עצמה בכל מקרה ומקרה האם בנסיבות העניין התקשרות בדרך של פטור עדיפה על פני עריכת מכרז – או להיפך.
27. על כן, כאשר רשות מקומית שוקלת התקשרות עם משכ"ל מכוח הוראת פטור זו, עליה להביא בחשבון כי מצד אחד – יתכן שעריכת מכרז תניב לה עסקה זולה יותר; אולם מצד שני – עריכת מכרז תחייב השקעה של משאבי זמן משמעותיים, תהיה כרוכה בעלות כספית, תחייב התקשרות עם יועץ (שיש לו המומחיות הנדרשת בנושא המכרז לצורך גיבוש), היא כרוכה בסיכונים (של כשלון ההליך המכרזי), וגם אם המכרז יצליח הרשות תהיה מחויבת להשקיע משאבים וזמן בניהול ההתקשרות עם ספק שירותי הניהול והפיקוח.
28. לעומת זאת, התקשרות ישירה (ללא עריכת מכרז) עם גוף כדוגמת משכ"ל, עשויה אמנם להיות יקרה יותר במישור הצר; אולם זולה יותר במישור הרחב. זאת בזכות היותה מהירה יותר, בזכות כך שהליך ההתקשרות לא יהיה כרוך בהשקעת משאבי זמן וממון ממשיים, היא לא תחייב התקשרות נוספת עם יועץ בתחום, הרשות תמנע מהסיכונים הגלומים בעריכה של מכרז, והעלות של ניהול ההתקשרות עם ספק שירותי הניהול והפיקוח תהיה מצומצמת יותר.
29. בהקשר של ניהול ההתקשרות עם ספק השירות יש גם להביא בחשבון כי כאשר משכ"ל מעניקה שירותי ניהול ופיקוח לרשויות רבות, סביר להניח כי הכוח ההרתעתי המצוי בידה כלפי ספקי השירותים שעליהם היא מפקחת גדול לאין שיעור מכוחו ההרתעתי של גורם המעניק שירותי פיקוח למספר מצומצם של רשויות מקומיות.
30. על כן, דומה כי ככלל, היתרונות הכלכליים עבור הרשות המקומית, הגלומים בהתקשרות ישירה עם משכ"ל, עולים באופן ברור על היתרונות הגלומים בעריכת מכרז. לפיכך, מנקודת המבט של היעילות הכלכלית לבדה – דרך התקשרות זו תהיה בדרך כלל עדיפה על פני עריכת מכרז.
31. לכך יש להוסיף כי על מנת להבטיח שההתקשרות עם משכ"ל תהיה בגבולות הסביר מבחינה כספית, שיעור התמורה המירבית שהרשות תשלם למשכ"ל מפוקחת על ידי משרד הפנים ומאושרת על ידי שר הפנים. עובדה זו מונעת את האפשרות לפער מחיר משמעותי בין התקשרות ישירה עם משכ"ל לבין התקשרות עם גורם פרטי מכוח מכרז.
32. ניתן אף לומר כי קביעת תקרה לתמורה שתשלם הרשות על ידי שר הפנים יוצרת "חזקת יעילות", כפי שאף עולה מדברי ההסבר לתקנה: "על מנת לוודא כי אכן בכל מקרה מדובר בהתקשרות יעילה מבחינת הרשות המקומית עצמה, מוצע לקבוע כי התמורה לא תעלה על התמורה המרבית שיקבע שר הפנים".

ולר-דקל ושות' – WELER – DEKEL & Co.

33. אשר לטענת העותר כי על מנת לוודא את יעילות העסקה על ועדת השלושה לפנות בכל מקרה ומקרה למציעים פוטנציאליים, לקבל מהם הצעות, להשוות את ההצעות שהתקבלו לחלופה של התקשרות עם משכ"ל, ורק אז לקבל החלטה – אני סבור כי זוהי טענה שאין לקבלה וזאת ממספר טעמים.

34. ראשית, הטענה מבטאת כשל לוגי, שכן משמעותה המעשית היא שכדי לבחון את האפשרות לעריכת מכרז יש לערוך מכרז. מובן כי לא זו היתה כוונת המחוקק. שנית, הטענה מבטאת פרשנות פורמאליסטית וצרה יתר על המידה של התקנה, והיא אף עלולה להוביל לאיונה המוחלט. זאת מן הטעם, ששיקולי חסכון ויעילות מחייבים את הרשות להסתכלות רחבה על מכלול האינטרסים הכלכליים של הרשות, לרבות סדרי עדיפויות בהקצאת משאבי זמן וממון, שיקולים בדבר העדפת התקשרות חסרת סיכון על פני הליך הנושא בסיכונים לא מבוטלים, שיקולים בדבר הזמן הדרוש למימוש ההתקשרות, שיקולים בדבר ניהול החוזה עם ספק השירותים ועוד. כל אלה אינם יכולים לבוא לידי ביטוי במסגרת של הליך תחרותי לקבלת הצעות.

35. כאמור, ניתן להעריך כי חיובה של הרשות לנקוט בהליך של קבלת הצעות בכל מקרה ומקרה יוביל ברמה גבוהה של וודאות לאיונה של הוראת הפטור. זאת מן הטעם שהדבר יחייב את הרשות להקדיש זמן לצורך גיבושה של הפניה, צורך בקביעת אמות מידה להשוואה בין ההצעות (מקום שהשיקול אינו כספי בלבד), צורך להתקשר עם גורם מקצועי נוסף שיגדיר את הדרישות ואת תנאי ההתקשרות עם ספק השירותים, זמן לבחינת ההצעות השונות שיתקבלו ועוד. בכך יש כדי לנטרל כמעט לחלוטין את היתרונות הגלומים בהוראת הפטור, כפי שפירט אותן המחוקק בדברי ההסבר לתקנה, עובדה שתוביל ברמה גבוהה של ודאות לאיונה המוחלט.

ב. שמירה על שוויון הזדמנויות ומניעת עקיפתה של חובת המכרז:

36. הגם שוועדת השלושה נדרשת לקבל את החלטתה מטעמים של חסכון ויעילות, התקנה מחייבת אותה לשקול במסגרת החלטתה גם את עקרון השוויון, שהוא מעיקריו של דין המכרזים. דעקא, שייקשה לטעון כי ההליך שמתווה הוראת הפטור פוגע בעקרון השוויון. זאת מן הטעם שהוראת הפטור מכפיפה את התקשרויותיה של משכ"ל עם צדדים נוספים, ככל שהן נובעות מהתקשרויותיה של הרשות המקומית, לחובת עריכת מכרז, ככל שחובה כאמור חלה על הרשות המקומית.

37. למעשה, תקנת הפטור משלבת את משכ"ל כ"חוליה מקשרת" בין הרשות המקומית לבין ספק שירותי הניהול או הפיקוח. כפי שהוסבר בהרחבה לעיל, חוליה מקשרת זו תורמת לרשות המקומית תרומה כלכלית משמעותית במגוון היבטים, אך היא אינה פוגעת בספק שירותי הניהול או הפיקוח, ועל כן היא אינה פוגעת בשוויון. כל שהיא עושה, מבחינתו של ספק השירות, הינו שינוי זהותו של מזמין השירות, מהרשות המקומית למשכ"ל.

38. במילים אחרות, ספק שירותי הניהול או הפיקוח ייבחר ממילא על פי הדין שחל על הרשות, אלא שבמקום שההליך התחרותי ייערך על ידי הרשות המקומית הוא ייערך על ידי משכ"ל. בכך גם נמנע החשש כי ההתקשרות הישירה עם משכ"ל תהווה פתח לעקיפה של חובת המכרז.

39. אמנם, במקרה שבו משכ"ל תעניק את שירותי הניהול והפיקוח ישירות באמצעות עובדיה לא ייערך הליך מכרזי לבחירתו של ספק שירות, אלא שבמקרה מעין זה הענקת השירות דומה לטעמי

ולר-דקל ושות' – WELER – DEKEL & Co.

לסוג של "ביצוע עצמי" על ידי הרשות – עניין שיורחב בו בהמשך – ועל כן היא אינה מעוררת קושי ממשי.

40. בהקשר זה יצוין כי המנגנון של התקשרות הפטורה ממכרז בין רשות מנהלית לבין גוף ציבורי, תוך הכפפת "התקשרויות ההמשך" של אותו גוף ציבורי עם צדדים שלישיים לחובת עריכת מכרז, הינו מנגנון מוכר באסדרתם של מכרזים ציבוריים, וניתן למצוא אותו גם במקרים נוספים (ראו תקנה 3(5) לתקנות חובת המכרזים (התקשרות עם חברה ממשלתית) ותקנה 3(18) לתקנות חובת המכרזים (התקשרות עם קק"ל או הגוינט)).

ג. שמירה על טוהר המידות ושקיפות

41. התקשרות ללא עריכת מכרז טומנת בחובה, מעצם מהותה, חשש לפגיעה בטוהר המידות, שהוא אחד הטעמים שבגינם מנחים בית המשפט והמחוקק את רשויות המינהל להעדיף את ההליך המכרזי על פני דרך הפטור. אולם, חשש זה מנוטרל בענייננו באמצעות שלושה כלים שבהם נקט מחוקק המשנה: ראשית, התקנה מחייבת את הרשות לנמק את החלטתה, עובדה המאפשרת לעמוד על השיקולים שהנחו אותה בהחלטתה. שנית, התקנה מחייבת את הרשות לפרסם את החלטתה המנומקת באתר האינטרנט שבעה ימי עבודה לפחות לפני כריתת החוזה, עובדה המאפשרת לכל גורם הסבור כי הוא נפגע מההחלטה – לערער עליה בפני הרשות. שלישית, חובה על הרשות לתת פומבי להסכם שלה עם משכ"ל בהתאם למתווה הקבוע בתקנה, עובדה המאפשרת לכל גורם לוודא כי מה שנעשה בפועל אכן תואם את החלטתה שהתקבלה. אמצעים אלה, שאין להם אח ורע באסדרתם של מכרזים ציבוריים, מנטרלים במידה רבה את החשש שהוראת הפטור תנוצל על ידי רשויות מקומיות לרעה.

ד. אין מדובר בהוראת פטור "רגילה":

42. לכל האמור לעיל יש להוסיף כי לא ניתן להשוות את הוראת הפטור המעוגנת בתקנה 3(15) להוראות פטור אחרות בתקנות המכרזים (כדוגמת תקנה 3(8)), ולגזור מהן גזירה שווה. זאת משני טעמים מצטברים:

א. ראשית, מן הטעם שמשכ"ל אינה שקולה לספק שירותים "רגילי" הנושא אופי מסחרי, ומעניק שירותים שונים לרשות המקומית. כזכור, משכ"ל נמצאת בבעלות הרשויות המקומיות ומחלקת להן את רווחיה, עובדה ההופכת אותה לזרועה הארוכה של הרשות המקומית, ולמעשה לאני האחר ("אלטר אגו") שלה. אמנם, התקשרות עם משכ"ל אינה מהווה "ביצוע עצמי" על ידי הרשות, מצב הפטור מעצם טיבו מחובת עריכת מכרז (ענין חן המקום, פסקה 50 לפסק דינה של השופטת דפנה ברק-ארז, פסקה 1 לפסק דינה של השופטת חיות, פסקה 2 לפסק דינו של השופט מזוז); ומשכ"ל גם אינה חברה עירונית הנמצאת בבעלותה של הרשות המקומית, שגם התקשרות עימה אינה כפופה לחובת עריכת מכרז (חוזר מנכ"ל משרד הפנים 2/2011, בעמ' 6). אולם, ניתן בהחלט לומר כי התקשרות עם משכ"ל קרובה יותר במהותה ל"ביצוע עצמי" או להתקשרות של הרשות עם חברה-בת שלה, מאשר להתקשרות עם ספק שירותים חיצוני, שתכליתו היחידה הינה השאת רווחיו.

ב. שנית, מדובר בהוראת פטור המוגנת באמצעות שורה של בלמים ואיזונים, שלא ניתן למצוא בהוראות פטור אחרות, כגון (1) קביעת תקרה לשיעור התמורה שתשולם למשכ"ל על ידי גורם

ולר-דקל ושות' – WELER – DEKEL & Co.

חיצוני, בלתי תלוי ורם דרג (שר הפנים); (2) הטלת חובה על משכ"ל לערוך את התקשוריותה עם צדדים שלישיים, משל היא עצמה רשות מקומית; ו- (3) העמדתה של החלטת הפטור במבחן הפומביות והשקיפות, הן לפני ההתקשרות והן אחריה.

43. חיזוק לייחודה של משכ"ל ולגישה שלפיה התקשרות ישירה בין רשות מקומית לבין משכ"ל בתנאים הקבועים בתקנה אינה מעוררת קושי מהבחינה המהותית ניתן למצוא גם בפסק דינו של בית המשפט העליון בעע"מ 1777/14 חן המקום בע"מ נ' עיריית קרית אונו (פורסם בנבו, 16.06.2016). בפרשה זו קבע בית המשפט כי מבחינה פורמאלית התקשרות ללא עריכת מכרז בין עירייה לבין איגוד ערים לצורך רכישת שירותים מותנית בקיומה של הוראת פטור; אולם בה בעת הוא קבע כי מבחינה מהותית, לא זו בלבד שהתקשרות מעין זו אינה מעוררת קושי – היא אף רצויה:

“כפי שאסביר, אני סבורה כי התקשרות בין איגוד ערים לבין רשות מקומית שאינה חברה בו, כמו גם התקשרות בין שתי רשויות מקומיות, היא פרקטיקה אפשרית – הן על-פי הוראותיה של פקודת העיריות והן מבחינת המדיניות הרצויה. עם זאת, יש להודות כי עיון בהוראות הדין הרלוונטיות מלמד כי חקיקת המשנה הקיימת אינה מסדירה באופן ברור דיו את ההתקשרות ללא מכרז במקרים אלה. לכן, במישור הפורמאלי, צודקת חן המקום כי קיים קושי בהמשך הפרקטיקה הקיימת של התקשרות ללא מכרז בין העירייה לבין איגוד ערים דן. אולם, לגופם של דברים, אין להשקיף על התקשרות זו כפרקטיקה פסולה, ולמעשה, המסקנה המתבקשת מן המציאות שנחשפה בפנינו – ובניגוד גמור לטענתה של חן המקום – היא כי יש לתת שהות נוספת להסדרה מתאימה של פטור מחובת מכרז בחקיקת המשנה הרלוונטית.” (פסקה 21 לפסק דינה של כב' השופטת דפנה ברק-ארז)

ובהמשך:

“לשיטתי במישור העקרוני אין פסול בכך שרשות מקומית, לרבות איגוד ערים, מספקת שירותים בתשלום לרשות מקומית אחרת, ולמעשה ההפך הוא הנכון.” (פסקה 56 לפסק דינה של כב' השופטת דפנה ברק-ארז)

גישה זו מצאה ביטוי גם בפסיקתו של כבוד השופט מזוז באותו פסק דין.

44. מכאן ניתן ללמוד כי אילו התקשרות מכוח תקנה 3(15) לתקנות העיריות היתה ניצבת על המדוכה ועומדת לביקורת שיפוטית בפני בית המשפט העליון, סביר להניח כי בית המשפט היה דוחה את הטענה שמדובר בהתקשרות לא ראויה – ההיפך מכך.

4. סיכום ומסקנות

45. **לסיכום**, אני סבור שבבואה של ועדת השלושה לבחון את החלופות העומדות בפניה – עריכת מכרז פומבי מצד אחד או התקשרות ישירה עם משכ"ל מהצד האחר – חובה עליה לשקול שיקולים של

ולר-דקל ושות' – WELER – DEKEL & Co.

חסכון ויעילות מתוך נקודת מבט רחבה, המביאה בחשבון את מכלול ההיבטים הרלוונטיים בנסיבות העניין. כך, עליה להביא בחשבון כי מצד אחד – יתכן שעריכת מכרז תניב לרשות עסקה זולה יותר; אולם מצד שני – עריכת מכרז תחייב השקעה של משאבי זמן משמעותיים, תהיה כרוכה בעלות כספית, תחייב התקשרות (ללא מכרז) עם יועץ שיש לו המומחיות הנדרשת בנושא המכרז, היא כרוכה בסיכון של כשלון ההליך המכרזי, וגם אם המכרז יצליח הרשות תהיה מחויבת להשקיע משאבים וזמן בניהול ההתקשרות עם ספק שירותי הניהול והפיקוח.

46. לעומת זאת, התקשרות ישירה (ללא עריכת מכרז) עם גוף כדוגמת משכ"ל, עשויה אמנם להיות יקרה יותר במובן הצר (לא הרבה יותר, לנוכח התקרה שקבע השר); אולם מצד שני היא תהיה מהירה, הליך ההתקשרות לא יהיה כרוך בהשקעת משאבים ממשיים, היא לא תחייב התקשרות עם מומחה בתחום, הרשות תמנע מהסיכון הגלום בעריכה של מכרז, וגם העלות של ניהול ההתקשרות עם ספק שירותי הניהול והפיקוח תהיה זולה יותר.

47. איני סבור כי יישום הוראת הפטור מחייב את ועדת השלושה לפנות, בכל מקרה ומקרה, למציעים פוטנציאליים ולקבל מהם הצעות, כתנאי מוקדם לקבלת החלטתה. זאת, הן מן הטעם שאין לטענה זו בסיס בלשון התקנה, אין לה בסיס בתכליות העומדות בבסיסה, אין לה בסיס בהלכה הפסוקה ואין לה בסיס בדיני המכרזים באופן כללי. יתרה מכך, קיים יסוד סביר להניח כי קבלתה של טענה מעין זו תוביל הלכה למעשה לאיונה של התקנה ולהפיכתה לאות מתה, תוצאה העומדת בניגוד לכוונתו של מחוקק המשנה.

48. אשמח להרחיב ככל שיידרש.

בכבוד רב,

פרופ' עומר דקל, עו"ד