

חדשים בתחום

דיני המכרזים וההלכות שנקבעו במשך השנים בנושא מכרזים ציבוריים אינם נוגעים במורכבות המיוחדת של מכרזי PPP. בתי המשפט והצדדים להסכמי הזיכיון הרלוונטיים אמנם התמודדו ומתמודדים עם בעיה זו, אך עדיין אין לה פתרון חד-משמעי. הגיעה העת לתקן את המצב המשפטי

יהודה רוה



עו"ד יהודה רוה, ראש משרד יהודה רוה ושות' המתמחה במשפט מסחרי לסוגיו, לרבות תשתיות ודיני מכרזים

בשנות ה-80 של המאה הקודמת פיתחה וקידמה ראש ממשלת בריטניה דאז מרגרט תאצ'ר את השיטה של ביצוע פרויקטים ציבוריים בשותפות בין הסקטור הציבורי לסקטור הפרטי (תרגום לעברית של המונח PPP, להלן: השיטה).

הסיבות העיקריות לשימוש בשיטה זו באותם ימים היו שתיים: (א) מצב כלכלי קשה שגרם למצור קה תקציבית כספית בסקטור הציבורי; (ב) האמונה שהסקטור הפרטי מסוגל לעסוק בביצוע פרויקטים בצורה יעילה וטובה יותר מן הממשלה.

לישראל הגיעה השיטה בצורתה הנוכחית בפרויקט כביש 6 (כביש חוצה ישראל). כבר בשנות ה-80 הסיקה הממשלה שחיוני לקיים תחבורה סביבה מדרום הארץ לצפונה ולסלול כביש אורך עורקי שיקל את עומסי התנועה הבלתי אפשריים בכביש החוף (והאחרים מדרומו ומצפונו), והשאלה שנדונה הייתה אם לסלול את הכביש בשיטה שנהגה עד אותה עת מאז הקמת המדינה – דהיינו, מימון מתקציב המדינה והקמה על ידי מע"צ – או לפעול בשיטת PPP שכבר אז פרוחה בבריטניה.

המתנגדים לשיטת PPP טענו שעלות גיוס המימון לפרויקטים ציבוריים על ידי הממשלה נמוכה מעלות גיוס המימון על ידי הסקטור הפרטי, ולכן הפרויקט יהיה יקר יותר והעלות הנוספת תועמס על הציבור. אומדן עלות הפרויקט היה כ-1.5 מיליארד דולר – סכום עתק באותם ימים ואפילו בימינו אנו – והעמסתו על תקציב המדינה הייתה קשה אז, וכמה לא

מפתיע, קשה אולי אף יותר גם היום. המצדדים בשיטת PPP טענו כי הכבישים שסוללת מע"צ מעולם לא הושלמו בזמן (וליתר דיוק, לעיתים באיחור של חודשים ואף שנים), מעולם לא הושלמו במסגרת התקציב שיועד להם וחרגו בעשרות ואף במאות אחוזים מהתקציב, ולעומת שני גורמים אלה – תוספת עלות גיוס ההון על ידי הסקטור הפרטי, שאמור לממן ולבצע את הפרויקט, בטלה בשישים. ההמשך ידוע. המצדדים, ובראשם שר האוצר דאז בייגה שוחט, ניצחו, והממשלה פרסמה ב-1996 מכרז לביצוע הפרויקט בשיטת B.O.T (Build, Operate, Transfer), שיטת "בת" של PPP, שבה הסקטור הפרטי מגייס בעצמו את המימון לפרויקט, בונה את הפרויקט בכוחותיו שלו, מתפעל אותו למשך תקופת זיכיון – בדרך כלל 25 שנה – ומחזיר אותו למדינה בסוף תקופת הזיכיון).

במכרז זכה הקונסורציום הבינלאומי – חברת "דרך ארץ", שיש לי ולמשרדי הכבוד לייצג אותה מאז הקמתה ועד היום (במאמר מוסגר על חלומות שמתגשמים אוסיף שקרן תשתיות ישראל, שאני אחד ממקימיה ומהשותפים בה, רכשה את חלק הארי – כיום 75% – בבעלות בחברה זו).

ואכן, הפרויקט בניהולו של אודי סביון הושלם – בביצוע משותף של המייסדים – חברת קנדיאן הייווייז, שיכון ובינוי, ואפריקה ישראל – למעלה משנה לפני המועד שנקבע להשלמה, ובתקציב שלא חרג במאומה מן התקציב המקורי, כהוכחה להצל-



צילום: פלאש 90

פרויקט PPP. כביש 6

באופן שאותו "זכיין" חותם על הסכם זיכיון עם המדינה כאשר עדיין אין בידי הסכם מימון סופי, ורק לאחר ה"זכייה" הוא מנסה להגיע להסכם מימון כזה.

במצב דברים זה המממנים אינם כבולים בהוראות הסכם הזיכיון שחתם אותו "זכיין" פוטנציאלי, והם עשויים לדרוש תיקון של הסכם הזיכיון (החתום) כתנאי למימון הפרויקט המדובר.

בסיטואציה זו נמצא הזכיין בין הפטיש לסדן, שהרי ללא מימון לא יוכל לבצע את הפרויקט (שכבר התחייב בביצועו בהסכם עם המדינה), ולעומת זאת המדינה תטען בצדק ששינוי הסכם הזיכיון פוגע בעקרון השוויון – שהוא אחד העקרונות המרכזיים בדיני המכרזים – ופגיעה זו עלולה לגרום לביטול ה"זכייה" ואף לביטול המכרז כולו, ולראיה הסאגה של הרכבת הקלה בתל אביב.

בתי המשפט והצדדים להסכמי הזיכיון הרלוונטיים תימך התמודדו ומתמודדים עם בעיה זו, ועדיין אין לה פתרון חד-משמעי. הפתרון יכול לבוא באמצעות הכנסת פרק מיוחד בחוק חובת המכרזים שיקבע עקרונות מיוחדים לפרויקטים לאומיים בשיטת PPP, שמצד אחד ישמרו על העקרונות הבסיסיים של דיני המכרזים ומצד שני יתאימו אותם לשיטת PPP. על כך במאמר נפרד.

חת השיטה. המצדדים צדקו, והביאו תועלת כלכלית ושינוי כלכלי דרסטיים לכל ענף התשתיות בישראל. שיטת PPP התפתחה בישראל, והיא מופעלת ברוב הפרויקטים הלאומיים בענף התשתיות, למשל מתקני התפלה, תחנות כוח ונתביים מהירים, ולא-חרונה גם בפרויקטים נוספים – מעונות סטודנטים ומרכזים מוניציפליים ברשויות המקומיות – ועוד היד נטויה.

בין הפטיש לסדן

מנקודת המבט המשפטית, ומן הניסיון הרב מאוד שמשרדי ואני צברנו מאז מכרז כביש 6 בייצוג של חלק נכבד מן הפרויקטים המבוצעים בארץ ולא-חרונה גם בחו"ל בשיטת ה-PPP ומן הפעילות של קרן תשתיות ישראל, אני יכול לומר כי דיני המכרזים וההלכות שנקבעו במשך השנים בנושא מכרזים ציבוריים אינם נוגעים במורכבות המיוחדת של מכרזי PPP, והדבר טעון תיקון.

לדוגמה, בשל היקף הפרויקטים בשיטת PPP מוכרז ה"זוכה" הפוטנציאלי במכרזים אלה (המכונה בעגה מקצועית Preferred Bidder או "זוכה מועדף") לאחר בחינת ההצעות שהוגשו, אבל לפני חתימת הסכמי מימון בין הזכיין הפוטנציאלי ובין המלווים הפוטנציאליים,