



ראב"ד מגריזו בנקל ושות'
 RAVED MAGRISO BENKEL & CO.
 עורכי דין ונוטריונים ADVOCATES & NOTARIES

תאריך: 09/03/2016
 סימוכין: ח 47 / 79

לכבוד

מר יואל נוה, הכלכלן הראשי - משרד האוצר
 יו"ר הצוות בנושא פעולות הממשלה לקראת תום תקופת זיכיון ים המלח
 באמצעות רוי"ח קוסאי עאסי, מרכז הצוות

בדוא"ל: Qusai@mof.gov.il

מכובדי,

**הנדון: הצוות בנושא פעולות הממשלה לקראת תום תקופת זיכיון ים המלח
 נייר עמדה מטעם חיפה כימיקלים בע"מ**

מרשתנו, חיפה כימיקלים בע"מ (להלן: "חי"כ"), מילאה ידנו לפנות אליכם בקשר עם העניין שבנדון וליתן התייחסותה בנוגע לנושאי עבודתו של הצוות בנושא פעולות הממשלה לקראת תום תקופת זיכיון ים המלח (להלן: "הצוות"), הכל כפי שיפורט להלן.

מפאת חשיבות העניין ובהתחשב בכך שפעולות הממשלה לקראת תום תקופת הזיכיון עתידות להשפיע באופן מהותי על גורל תעשיית מוצרי ההמשך של משאבי הטבע בישראל אשר מרשתנו הינה אחת מהחברות המובילות בה – הצוות הנכבד מתבקש לזמן את חי"כ להופיע בפניו על מנת להציג, ביתר פירוט, את עמדתה בקשר עם נושאי עבודתו.

א. פתח דבר

1. הניסיון מלמד כי דווקא במקומות בהם נדרשת התערבותה של המדינה להסדרת כשלי שוק, יפעלו כוחות חזקים ובעלי עוצמה כלכלית רבה שמטרתם לשמר ההגמוניה שלהם ולהמשיך להשיא רווחיהם הבלתי הוגנים, ויבקשו להשפיע על המדינה על מנת למזער את ההגבלות המוטלות עליהם. בענייננו, עסקינן בשוק שבו האינטרסים הכלכליים המניעים אותו ואת בעלי העניין השולטים בו הינם בעלי עוצמה רבה ומכאן נודעת חשיבות יתרה לעבודתו של הצוות הנכבד ולגיבוש המלצות אשר ישקפו נאמנה את אינטרס הציבור הישראלי – אשר זכאי ליהנות ממשאבי הטבע של המדינה לא פחות מהחברות להן ניתנת הזכות לעשות שימוש במשאבים אלו. ומכאן פנייתנו זו.

2. חוק זיכיון ים – המלח, תשכ"א – 1961 (להלן: "חוק הזיכיון") מעניק לבעל הזיכיון את הזכות הייחודית להפיק בדרך של אידוי או בכל דרך אחרת את המחצבים והכימיקלים בים-

יורם ראב"ד
 דוד מגריזו
 יוסף בנקל
 עופר זוזובסקי
 שמואל גלינקא
 עינת וידברג
 זהר ברזלי
 גלעד שפירא
 אלי כהן
 עופר לריש***
 נירית אבטליון
 כלנית בר
 ניר שמרי
 משה מזרחי
 אמיר און
 אמיר פרנקל
 מירי אליה-קוש
 דורון קויאטק
 אורלי קציר
 דקל וייזר
 רינת דבש
 אסף שיר
 צחי הראל
 סנדרה מנור-ריכטר
 יצחק כהן-יהונתן
 מאיה קובי ברא-נס
 עודד נבון
 שרון ריבק**
 ענבל רז
 שירי שפירא
 הילה לב
 גל נוסבאום
 תמר מרלי
 עומר צור
 אייל רון
 הילה רינות
 סיון נוימרק-צוריאל
 סיגל רזון רכב*
 ענת קידר
 לירן ולצמן
 חן נוסל
 בן רותם דויד
 רונלי לייסט
 יואב מנור
 אור אסיסקוביץ'
 רחלי רוט כצלסון
 עילית ורדי
 אורטל אלגרבל
 עומר וייס
 ספיר אבן חן-בכר
 ספיר בוכריס
 טל ביגניץ
 גלעד גוני

* ה"ח
 ** יועץ

*** חבר בלשכת עורכי-הדין
 בני יורק
 חבר בלשכת עורכי-הדין
 באנגליה

"בית איירופה" שדרות שאול המלך 37 תל אביב 6492806, תא דואר 33242
 "Europe House" 37 Shaul Hamelech Blvd, Tel-Aviv Israel 6492806, P.O.B 33242
 Tel. 972 3 6060260 | Fax. 972 3 6060266 | E-mail: rmb@rmblaw.co.il | www.rmblaw.co.il



2

המלח להתקינם, לשווקם ולמכרם. מטרתו של החוק הינה ליתן עיגון חקיקתי לשטר הזיכיון שבתוספת לחוק, ואשר מהווה, הלכה למעשה, הסכם שבין מפעלי ים המלח בע"מ (להלן: "מי"ה") לבין מדינת ישראל (להלן: "הסכם הזיכיון").

3. בין היתר, נקבעה בהסכם הזיכיון זכות קדימה, מסוג זכות סירוב ראשונה, לפיה: "אם אחרי פקיעת הזכיון תרצה הממשלה להציע זכיון חדש להפקת מלחי-מחצב, מחצבים וכימיקלים מים המלח לאיזה אדם שהוא שאינו בעל הזכיון, תציע הממשלה ראשונה לבעל הזכיון זכיון חדש בתנאים לא פחות נוחים מאלה שהיא אומרת להציעם לאותו אדם אחר" [ס' 25 להסכם הזיכיון, להלן: "זכות הקדימה" או "זכות סירוב ראשונה"].

4. דא עקא, שבהתאם להוראות חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1989 (להלן: "חוק ההגבלים העסקיים"), וכפי שנקבע, זה מכבר, על ידי הממונה על ההגבלים העסקיים, הרי שזכות קדימה הקבועה בהסכם הדומה במאפייניו להסכם הזיכיון קא עסקינן, נופלת לגדרו של האיסור הקבוע בסעיף 2(א) לחוק ההגבלים העסקיים והפעלתה של זכות הקדימה לא זו בלבד שעומדת בניגוד גמור לדין, אלא אף זו שהיא עלולה לפגוע באופן משמעותי בתחרות המכרזית ובתכליות חובת המכרזים הקבועה בדין.

5. כך, שהלכה ולמעשה הפעלתה של זכות הקדימה תימנע קיומו של הליך מכרז תקין ושוויוני לאיתור גורם אחר שיקבל את הזכות הבלעדית להפיק, לשווק ולמכור את המחצבים והמינרלים השונים מים המלח החל מיום 31.3.2030 – זהו מועד תום תקופת הזיכיון של מי"ה. ויודגש: מאחר שמדובר בזיכיון מונופוליסטי המפקיד בידי של בעל הזיכיון כוח השפעה רב בדמות הזכות הייחודית והבלעדית לניצול אוצרות הטבע של מדינת ישראל לתקופה ארוכה - מניעת קיומו של הליך מכרזי תקין למתן שליטה בלעדית על משאב טבע חיוני תהווה פגיעה אנושה לא רק בתחרות ובמשתתפים הפוטנציאליים בהליך זה, כי אם גם בציבור בכללותו.

6. משכך, וכפי שיפורט להלן בהרחבה, לדידה של מרשתנו, הממשלה מחויבת לפרסם מכרז תקין ושוויוני לאיתור גורם/גורמים שירכשו הזיכיון והזכויות המפורטות בו, כאשר זכות הקדימה האמורה הקבועה בהסכם הזיכיון עם מי"ה שנחתם לפני למעלה מ-50 שנים (!) אינה יכולה לעמוד שכן דינה של הוראה זו בטלות מעיקרה ולחילופין יש להורות על ביטולה, על מנת לפתוח את התחום שבו עסקינן לתחרות הוגנת.

7. זאת ועוד, על מנת שלא לפגוע בתחרות המכרז ובמשתתפים הפוטנציאליים בהליך; ובהתחשב באינטרס הציבורי להגברת התחרות הענפית ומניעת ניצול לרעה של גורם אחד בעל השפעה בשוק – מרשתנו סבורה כי יש לחלק את הזיכיון בים המלח בין מספר זכיינים שיהנו מגישה שווה לחומרי הגלם, ויתחרו ביניהם גם על עיבוד, ייצור ומכירת המושך.

8. בנוסף סבורה מרשתנו, כפי שיפורט להלן, כי על מנת להבטיח את המשך קיום תעשיית משאבי הטבע



3

בישראל, על המדינה לוודא כי לתעשייה הישראלית תהיה נגישות מלאה לכל סוגי המחצבים והכימיקלים המיוצרים מים המלח באופן שבו לחברות הישראליות תינתן עדיפות בהקצאת חומרי הגלם, בין היתר, לטובת פיתוח והקמת תעשיות חדשות והגדלת הייצוא של מוצרי המשך, שלהם ערך מוסף גבוה יותר מחומרי הגלם עצמם.

9. ודוק: בחוות דעתו של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, מר אבי ליכט, שניתנה בעניין ביצוע פרויקט הגנות ים המלח ומימונו, מיום 4.9.2011, וצורפה להצעת החלטה שהעביר שר האוצר באותו עניין צוין כי: "ים המלח הוא משאב ציבורי. הוא מוחזק על ידי המדינה למען הציבור ב"נאמנות ציבורית". חובתה של המדינה להחזיקו ולשמור עליו באופן המשרת את האינטרס הציבורי.. (עמ' 21 לחוות הדעת).

לאמור: על הממשלה להבטיח במסגרת הסכם הזיכיון החדש את ניצולם היעיל של אוצרותיה הטבעיים של מדינת ישראל – בראש ובראשונה – לטובת כלכלית המדינה וזאת באמצעות הבטחת כמויות חומרי הגלם הדרושות ללקוחותיו של בעל הזיכיון בישראל והעדפתם על פני לקוחותיו בחו"ל. להלן יפורטו הדברים.

ב. חיפה כימיקלים – כללי

10. חייב הינה חברה פרטית המאוגדת ורשומה בישראל, אשר הוקמה לפני למעלה מ-40 שנים על ידי מדינת ישראל במטרה לעשות שימוש מסחרי במשאבים הטבעיים של האשלג והפוספט בישראל. חייב כיום הינה אחת מהחברות המובילות בישראל ובעולם בייצור ובשיווק דשני איכות מסיסים לחקלאות, המבוססים על אשלג ופוספט, והינה אחראית על 2% מסך הייצוא התעשייתי בישראל ועל אספקת כ-30% מתצרוכת חנקת האשלגן (דשן ירוק) העולמית. בתוך כך מייצרת חייב מלחי פוספט למזון, חקלאות ולתעשייה, דשני פוספט ותערובות מיוחדות נוספות.

11. חייב רוכשת מידי מי"ה, בעלת הזיכיון הנוכחי בים המלח, עד כ- 400 אלף טון אשלג בשנה לצורך ייצור מוצריה¹ [המהווים בין 10%-15% מהייצור בישראל]; וכימיקלים נוספים. במאמר מוסגר יצוין, כי חייב רוכשת מידי רותם אמפרט נגב בע"מ [חברת אחות של מי"ה – שתיהן בבעלות מלאה של כימיקלים לישראל בע"מ (להלן: "כי"ל)], חומרי גלם נוספים שאינם מופקים מים המלח וביניהם חומצה זרחתית וסלע פוספט.

נציין, כי חברות מקבוצת כי"ל, המייצרות ומשווקות דשנים פשוטים (כדוגמת אשלג) ודשנים מורכבים שונים, מתחרות בחייב, בארץ ובעולם, הן בתחום הדשנים המורכבים והן בתחום הדשנים בכלל. פועל יוצא

1 האשלג, חומר הגלם העיקרי אותו צורכת חייב, נחשב לאחד מאבות המזון של הצמח והוא יסוד חיוני בעבור רובם המכריע של הגידולים החקלאיים ומשמש גם כחומר גלם בייצורן של תרכובות דשנים אחרות, כדוגמת חנקת האשלגן אותה מייצרת חייב. יודגש, שלאור מבנה שוק האשלג בעולם, שהינו, כאמור בפסק הבורר שניתן בין הצדדים, בעל מאפיינים קרטליסטיים מובהקים, נמנע בשנים האחרונות מחי"כ לרכוש אשלג בכל מקום אחר בעולם.
2 עוד בהקשר זה נציין, כי חברת Potash Corporation of Saskatchewan Inc, הקנדית יצרנית האשלג הגדולה בעולם, אשר הינה בעלת מניות מרכזיות בכי"ל, חברת האם של מי"ה, ואשר רק לפני כשנתיים הודיעה על כוונתה להגדיל אתזקותיה בכי"ל. יצוין כי PCS הינה גם בעלת השליטה בחברת SQM



4

מן האמור הוא שמחד קבוצת כ"ל הינה הספק היחיד והבלעדי של קרוב ל- 80% מחומר הגלם עליו מבוססים עיקר המוצרים המיוצרים ומשווקים על ידי ח"כ ברחבי העולם ומאידך כ"ל, בעלי מניותיה של כ"ל, מ"ה וחברות הבנות מתחרות, במישרין ובעקיפין, בח"כ ובמוצריה.

12. יצוין, כי החל מיום הקמתה ועד היום רוכשת ח"כ אשלג ממ"ה מכוח סדרת הסכמים ארוכי טווח; כאשר לאור הפרת ההסכם האחרון שנחתם בין הצדדים, על ידי מ"ה, הגיעו הצדדים בחסות הכנסת להליך בוררות מכוחו ניתן, בסופה של בוררות אשר דיוניה התארכו על פני קרוב ל- 5 שנים, פסק הבורר על ידי כ"ל השופט (בדימוס) בעז אוקון (להלן: "פסק הבורר"), אשר אושר על ידי בית המשפט המחוזי בתל אביב ובו נקבעה נוסחת המחיר בו תרכוש ח"כ אשלג ממ"ה במהלך 10 השנים הבאות.

13. ודוק: מאז שניתן פסק הבורר ומאחר שתוצאתו לא נשאה חן בעיני מ"ה, עשתה ועודנה עושה היא כל שלא ידה כדי לפגוע באפשרותה של ח"כ להתחרות בשווקים השונים בהם היא פועלת ולהעמיד בפניה מכשולים אנטי-תחרותיים על מנת לפגוע ביכולתה להתחרות, במישרין ובעקיפין, בחברות מקבוצת כ"ל, וזאת, בין היתר, בדרך של הגבלת כמויות האשלג שנמכרות לח"כ, תוך ניצול לרעה של מעמדה כבעלת זיכיון, כמונופול וכפעילה בשוק האשלג הבינלאומי שמאפייניו הקרטליסטיים מקנים לה, לשיטתה, את היכולת והכוח להגביל כמויות האשלג הנמכר לח"כ, באופן חד צדדי בעוד שליטר לקוחותיה הבינלאומיים סופקה מלוא הכמות הדרושה.

14. יודגש: התנהלות זו של מ"ה פגעה באפשרותה של מרשתנו – חברה ישראלית שהתכלית שעמדה בבסיס הקמתה הייתה להבטיח ניצול מיטבי של האשלג הניתן לכרייה מים המלח - לעמוד בהתחייבויותיה כלפי לקוחותיה בארץ ובעולם; גרמה לכך שאיבדה לקוחות ונתחי שוק לטובת מתחריה; פגעה ביכולת הייצוא של מוצרי ההמשך אותן מייצרת ח"כ מחומרי הגלם; וחמור מכך – מנעה הימנה להקים ולפתח תעשיות חדשות בישראל. כפי שיפורט בהרחבה להלן, עובדה זו מחדדת אף יותר את הצורך בגיבוש עקרונות לצורך הבטחת אספקה סדירה של מהמחצבים והכימיקלים המופקים על ידי בעל הזיכיון לטובת צרכי התעשייה המקומית.

ג. זכות הקדימה שבהסכם הזיכיון מהווה הסדר כובל וכחזו עומדת בניגוד לדיני ההגבלים העסקיים ולתכליותיו

15. הוראת סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים קובעת כי: "הסדר כובל הוא הסדר הנעשה בין בני אדם המנהלים עסקים, לפיו אחד הצדדים לפחות מגביל עצמו באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בינו לבין הצדדים האחרים להסדר, או חלק מהם, או בינו לבין אדם שאינו צד להסדר..."; כאשר בהתאם לס' 4 לחוק ההגבלים העסקיים, בהיעדר אישור ו/או פטור להסדר הכובל, חל איסור על מימוש של הסדר מסוג זה.

הציליגנית, יצואנית חנקת האשלגן הגדולה בעולם והמתחרה העיקרית של ח"כ, וכן, PCS מחזיקה בחברת Kemapco באמצעות חברת APC הירדנית, שהינה מתחרה מרכזית נוספת של ח"כ בשוק חנקת האשלגן העולמי.



5

16. תניות שעניינן זכות סירוב ראשונה, נידונו הן בפסיקה³ והן בהחלטות הממונה על הגבלים העסקיים⁴. ככלל נקבע כי המטען התחרותי הצרור בתניות זכות סירוב ראשונה נבחן בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה, כאשר החשש התחרותי העיקרי מתניות מסוג זה הוא החשש מפני חסימת ערוצי שיווק בפני ספקים אחרים ופגיעה קשה בתחרות⁵. כך למשל, בעניין אלפא קארד נקבע כי: "זכות לסירוב ראשון אכן פוגעת בחופש הבחירה, מצריכה חילופי מידע, ומקימה כבילה המונעת התקשרות חופשית. הנהנה מזכות לסירוב ראשון קונה לעצמו יתרון על פני מתחריו העשוי להיות ניכר, ובנסיבות מסוימות גם להקים פגיעה בתחרות".

17. במקרה דנא, הכבילה בהסכם משמעותה מתן זכות למי"ה – בעלת הזיכיון הנוכחית - להשוות את התנאים המיטיבים ביותר שיוצעו על ידי מציע כלשהו במכרז, וליטול הימנו את הזכייה. אמנם באופן פורמלי גרידא, אין זכות הקדימה מגבילה את התחרות אבל יש בה לפגוע פגיעה ניכרת בה.

18. יתרת מזאת, הואיל ובענייננו עסקינן בתנייה מסוג זכות סירוב ראשונה הניתנת על ידי המדינה לגורם מסחרי פרטי, ביחס למצרך חיוני, כאשר למי"ה נתון שיקול הדעת המלא בהפעלתה, הרי שאין כל ספק כי בנסיבות אלו, יש בה כדי להרתיע משתתפים פוטנציאליים להשתתף בהליך מכרזי, וודאי מלהשקיע את המשאבים הדרושים להשגת מידע ולעריכת תחשיבים לקראת הגשת הצעה, כאשר בסופו יכולה מי"ה להיכנס בנעלי המציע המיטבי ביותר וליטול ממנו את הזכייה – היינו, פגיעה של ממש בתחרות⁶.

19. לא זו אף זו, אלא מי"ה הינה הגורם היחיד השולט באופן ייחודי ובלעדי על משאב טבע חיוני של מדינת ישראל מזה עשרות רבות של שנים. המכרז אותו המדינה עתידה לערוך לקראת תום תקופת הזיכיון, הוא – הלכה למעשה – ההזדמנות הראשונה לפתיחת השוק לגורמים נוספים, לאחר שנים רבות מאוד של שלטון יחיד ללא מצרים של מי"ה. היות ובמקרים כגון דא, מתאפשרת התחרות רק בנקודת הכניסה להסכם, יש לעודד תחרות רבה ככל הניתן בהליך המכרזי על מנת להבטיח קבלת ההצעות המטיבות ביותר עם המדינה ועם הציבור; והטלת מגבלה, או הפחתה, של התחרות בנקודת הכניסה (בהליך המכרזי) מקימה פגיעה ניכרת בתחרות⁷.

20. זאת ועוד, תניית הסירוב הראשונה הקבועה בהסכם הזיכיון, וודאי אינה משרתת את תנאיו המסחריים של ההסכם, שכן תמורת השקעותיה של מי"ה באתר הייצור בסדום, זכתה היא לזיכיון בן לא פחות מ-70 שנה (!), כאשר אין ספק שהתמורה המלאה עבור ההשקעה מגולמת בתקופת זיכיון זו. כמו כן, על פי הוראות

³ ערר 1/97 (י-ם) איסכור שרותי פלדות בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים, 1997 הגבלים עסקיים 3002667 (להלן: "פס"ד איסכור").

⁴ החלטה בדבר מתן פטור לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים להסכם בין אלפא קארד בע"מ לבין מ.נ.מ.ב בע"מ, 1999 הגבלים עסקיים 3003116 (להלן: "עניין אלפא קארד").

⁵ החלטה בדבר מתן פטור להסכם בין פאזה שירותים ומוצרים בע"מ לבין נורפולק אינטרנשיונל בע"מ, 2006 הגבלים עסקיים 5000418 (להלן: "עניין פאזה").

⁶ ראו החלטת הממונה בעניין דגון, בעמ' 4 וכן האמור בעניין איסכור, בסעיף 35 לפסק הדין.

⁷ ראו החלטת הממונה בעניין דגון, בעמ' 13.



6

הסכם הזיכיון, בתום תקופת הזיכיון המדינה התחייבה לרכוש מידי מי"ה את הרכוש הקבוע באתר סדום⁸. יתרה מזו, בהתאם להוראת סעיף 24(ב) להסכם הזיכיון נאסר על מי"ה לבצע השקעה חדשה בסדום ללא הסכמה מוקדמת בכתב מהממשלה שעשר שנים שלפני תום תקופת הזיכיון מה שאומר שממילא יוקפאו בתוך שנים ספורות ההשקעות של מי"ה בסדום.

לאמור: עצם העובדה שעל פי הסכם הזיכיון המדינה עתידה לרכוש מאת מי"ה את הרכוש הקבוע באתר וכי השקעותיה של מי"ה מוקפאות בעשר שנים שלפני תום תקופת הזיכיון - יש בה כדי ללמד כי אין בזכות הסירוב הראשונה משום "פיצוי" עבור השקעה כזו או אחרת שנעשתה בעבר על ידי מי"ה באתר הייצור. מכאן אף מתחייב לאמור, כי אף אין בביטול תניית הסירוב הראשונה משום כל פגיעה, כזו או אחרת, במי"ה.

21. אשר על כן, אין ולא יכולה להיות כל מחלוקת, כי זכות הסירוב הראשונה שבהסכם הזיכיון מהווה הסדר כובל אסור, ועל כן, לא יכול להיות לה תוקף במערכת היחסים שבין בעלת הזיכיון, מי"ה לבין מדינת ישראל, זאת על בסיס הרציונאליים המונחים בבסיס דיני ההגבלים העסקיים.

22. למען הזהירות גרידא, יובהר כי בהתאם להחלטת הממונה בעניין דגון, אין בעובדה שהסכם הזיכיון נחתם עובר לחקיקת חוק ההגבלים העסקיים בנוסחו כיום ובטרם חקיקת חוק חובת מכרזים כדי לשנות מתחולתם ומהיות זכות הקדימה תניה פסולה שדינה בטלות. מאחר שזכות הקדימה הופכת לרלבנטית רק לאחר בתום תקופת הזיכיון, הרי שאין מדובר בהחלה רטרוספקטיבית של הוראות חוק ההגבלים ו/או חוק חובת מכרזים, והאפשרות להפעיל את זכות הקדימה תהא כפופה לכל מגבלה שבדין - היינו, המגבלות המוטלות מכוח חוק ההגבלים העסקיים ומכוח חוק חובת מכרזים כמפורט לעיל⁹.

ד. על המדינה חלות חובות מכוח המשפט הציבורי ודיני המכרזים אשר מונעים, הלכה למעשה, את מימושה של תניית זכות הסירוב הראשונה

23. כידוע היטב, על המדינה חלים כללי המשפט הציבורי וביניהם, בהתאם לסעיף 2 לחוק חובת מכרזים, התשנ"ב - 1992 (לעיל ולהלן: "חוק חובת המכרזים") מוטלת עליה החובה לקיים הליך של מכרז בהתקשרות בחוזה לביצוע עבודה או לרכישת שירותים. לאמור: בהתאם לחוק חובת מכרזים, בתום תקופת הזיכיון המדינה מחויבת לנקוט בהליך מכרזי לאיתור משקיע לרכישת הזיכיון להפיק אשלג וכימיקלים נוספים ממשאבי הטבע של מדינת ישראל ואשר יקבל את הזכויות הבלעדיות הנ"ל החל מתום תקופת הסכם הזיכיון הנוכחי, קרי, החל מיום 31.3.2030.

24. ודוק: דיני המכרזים נועדו לשלוש תכליות: השגת תוצאה אופטימלית עבור הרשות והענקת זכות שווה

⁸ ראו הוראת סעיף 24(א) להסכם הזיכיון.

⁹ ע"א 331/70 פרינדיך רייכנשטיין נ' התאחדות עולי רומניה, פ"ד כח(1)253, 259; ע"א 1613/91 ארביב נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2)765, 781-782.



7

לאזרח להתקשר עם המדינה, תוך ניהול תקין וראוי של הליכי המכרז; שמירה על טוהר המידות ומניעת התקשרות בשל משוא פנים, ניגוד אינטרסים או כתוצאה משחיתות¹⁰. הקפדה על כללי סבירות, הגינות ושוויון, כמשמעותם במשפט הציבורי¹¹.

הנחת הבסיס בהקשר זה היא כי 'תחרות הוגנת בתנאי שוויון' תעמיד לבחירת עורך המכרז את ההצעות המיטביות האפשריות¹²; ועל כן ברי שלהפעלתה של זכות הקדימה תהא השפעה ניכרת, ואף מכרעת, על התחרות בהליך המכרז לרכישת הזיכיון ובפרט, על האפשרות להשיג את התוצאה האופטימלית עבור המדינה ולהעניק זכות שווה למתמודדים להתקשר עמה בהסכם זיכיון בלעדי וייחודי מהסוג קא עסקינן. זאת, מאחר שכאמור לעיל, הפעלתה של זכות הקדימה עלולה – בהסתברות לא מבוטלת – להרתיע מלכתחילה משתתפים פוטנציאליים מלהגיש הצעות במכרז.

25. בענייננו, מטבע הדברים ולאור המאפיינים הייחודיים של ההתקשרות בהסכם זיכיון ארוך טווח, הגשת הצעה למכרז כגון דא כרוכה בביצוע בדיקות מעמיקות ותחשיבים מפורטים מצד מציעים פוטנציאליים, על מנת שיעלה בידם לאמוד את עלויות המימון של ההשקעה, ההחזר השנתי, חישובי התמלוגים שישולמו למדינה, עלויות רכישת הרכוש הקבוע באתר סדום ממי"ה וכיוצא ב. ניתן להניח, בסבירות גבוהה, שהנחת המוצא של מציעים פוטנציאליים תהא שאין טעם מבחינתם להשקיע זמן ומשאבים בהגשת הצעה במכרז בו בכל מקרה, כל עוד המדובר במחיר שהוא מחיר כלכלי למי"ה, הרי שהיא תוכל להפעיל את זכות הקדימה; ובכך - תימנע מהמדינה האפשרות לקבל את ההצעות המיטביות האפשריות. בהקשר זה, אף נאמר בעניין דגון (עמ' 13), כי: "אינטרס הציבור ינוק אם לא תשרור במכרז ובקביעת הזוכה ותנאי הזכייה – תחרות מלאה".

26. זאת ועוד, בין חובותיה של המדינה היא מחויבת להבטיח שוויון מהותי בהליך המכרז, לשקול שיקולים רלוונטיים כגון שיקולי תחרות ענפית, נתח השוק, השלכות על היווצרותו או מניעתו של מונופולין על ידי הכרזה על זוכה במכרז – וזאת בעיקר כאשר עסקינן בזיכיון ייחודי ובלעדי לעשיית שימוש במשאב טבע לאומי, בעל מאפיינים מונופוליסטיים, כמו גם שיקולים למניעת היווצרות ניגוד עניינים, ועוד¹³.

27. הותרתה של זכות הקדימה על כנה ו/או הפעלתה, מונעת – הלכה למעשה - מהמדינה, את האפשרות להפעיל שיקול דעת במסגרת הליך המכרז וליישם באופן מלא את החובות המוטלות עליה על פי דין, כמו גם להביא בחשבון שיקולים רלוונטיים והכרחיים במסגרת הליך המכרז. בסופו של יום, יש בכך כדי לפגוע, בראש

¹⁰ בג"ץ 368/76 גוזלן נ' מועצה מקומית בית שמש, פ"ד לא(1) 505, 512; עע"מ 1966/02 המועצה המקומית מג'אר נ' אברהמים, פ"ד נו(3) 505, 510-511; עע"מ 3190/02 קל בנין בע"מ נ' החברה לטיפול בשפכים רמת לבנים בע"מ, פ"ד נח(1) 590.

¹¹ עע"מ 687/04 ינון-תכנון יעוץ ומחקר בע"מ נ' רשות הנמלים והרכבות - רכבת ישראל, תק-על(2) 2006 (3699) פסקה 12; עעמ 21/13 מגנזי תשתיות בע"מ נ' ערים חברה למיתוח עירוני בע"מ (פורסם בנבו, 24.03.2013); עעמ 3813/11 טלדור מערכות מחשבים (1986) בע"מ נ' מלמ מערכות בע"מ (פורסם בנבו, 5.01.2012); עעמ 4821/10 מנהל מקרקעי ישראל נ' צ.מ.ח. המרמן בע"מ (פורסם בנבו, 17.04.2011).

¹² בג"ץ 292/61 בית אריזה רחובות בע"מ נ' שר החקלאות פ"ד טז(1) 20, 27; בעע"מ 7315/10 מתן שירותי בריאות בע"מ נ' משרד החקלאות (פורסם בנבו, 21.02.2011); עעמ 5525/11 נ.ע מעלות שער העיר בע"מ נ' משרד האוצר, (פורסם בנבו, 15.1.2012).

¹³ ראה בעניין זה פסיקתו של בית המשפט העליון בעניין דגש, לעיל, וכן ראו: עתמ (ת"א) 1034/07 קיו.איי.אס ישראל בע"מ נ' רשות שדות התעופה בישראל (פורסם בינבו, 18.2.2009).



ובראשונה, באינטרס הציבורי.

28. בנסיבות אלה, כאשר הפעלתה של זכות הקדימה תגרום לפגיעה משמעותית בתכליות העומדות בבסיס החובה לקיים הליך של מכרז בהתקשרות הרשות, והלכה למעשה תוביל ל"עקיפת" החובות המוטלות על המדינה אף מכוח חוק חובת המכרזים, הרי שזכות הקדימה אינה עומדת בהלימה להוראות הדין ודינה בטלות.

ה. על הממשלה לפצל הזיכיון בין מספר זכיינים

29. כפי שפורט לעיל, על מנת להקטין את כוח ההשפעה של זכיון בודד – לו מוענקת הזכות הייחודית והבלעדית לניצול אוצרות הטבע של מדינת ישראל לתקופה ארוכה- ועל מנת לעודד ניצול מירבי של מחצבי הטבע שבים המלח, מרשתנו סבורה שעל הממשלה להפריד הזיכיון בין מספר זכיינים, כך שאלה ייהנו מגישה לחומרי הגלם באופן שווה ויתחרו ביניהם גם על עיבוד חומרי הגלם, ייצור ומכירת מוצרי ההמשך.

30. יצוין, כי לאור מעמדה הנוכחי של מי"ה - מונופולין "יציר זיכיון" המהווה גורם בעל השפעה ניכרת בשוק מזה עשרות רבות של שנים- ברי כי זו תהא מוכנה להציע מחיר גבוה יותר מהמחירים שיציעו משתתפים אחרים במכרז; ולכן, פיצול הזיכיון בין מספר זכיינים הינו הכרחי גם לצורך הבטחת שוויון מהותי בהליך המכרז, מניעת הפגיעה בתחרות ובכדאיות עבור משתתפים הפוטנציאלים וכפועל יוצא - השגת תוצאה אופטימלית עבור הרשות והציבור כולו.

ו. על הממשלה להבטיח ניצולם היעיל של אוצרותיה הטבעיים של המדינה בראש ובראשונה, לטובת כלכלית המדינה, באמצעות מתן עדיפות באספקה ללקוחותיו של בעל הזיכיון בישראל על פני לקוחותיו הבינלאומיים

31. כאמור לעיל, בעל הזיכיון קא עסקינן הינו בעל מעמד מיוחד - מונופול "יציר המדינה" והגיע למעמדו כמונופול בעקבות הזיכיון שקיבל מהמדינה לניצול משאבי הטבע בים המלח המהווים- הלכה למעשה - קניין הציבור בישראל כולו.

32. זיכיון מונופוליסטי כגון דא מחייב את בעל הזיכיון לנהוג בזכות הרחבה והבלעדית שהופקדה בידיו בנאמנות כלפי הציבור הישראלי באופן העולה בקנה אחד עם תכליות הענקת הזיכיון וביניהן: הסדרת ניצולם היעיל של אוצרות הטבע של מדינת ישראל לטובת כלכלת המדינה (כאמור במבוא להסכם הזיכיון) ושמירה על האינטרס הציבורי. ראו בהקשר זה גם דבריה של כב' השי ברק-ארז, בע"א ארבל פלדות 2004 בע"מ ואח' נ' חברת נמל אשדוד בע"מ (פורסם בנבו, 3.3.14) (להלן: "עניין ארבל פלדות"), בפסקה 35: "הענקתו של זיכיון – כמו זה שקיבלה המשיבה – מפקידה בידי של בעל הזיכיון כוח רב, שיש בו כדי להשפיע על הציבור בכללותו. ניסיון לשימוש בכוח השוק העודף של המשיבה פוגע בלקוחותיה ובסופו של יום במשק כולו, ואין לתת לו יד".



אשר על כן, הואיל ובעל הזיכיון מקבל לידיו שליטה בלעדית על משאב טבע חיוני, עליו גם ליטול על עצמו, כנגד כך, התחייבות "מוגברת" לפעול על פי מטרות שטר הזיכיון ולנצל את משאבי המדינה באופן שמקדם את ענייניה החיוניים של מדינה וממצה הפוטנציאל הגלום במשאבי הטבע לצורך פיתוח והקמת תעשיות חדשות בישראל¹⁴.

33. דא עקא, שהגדרת חובות אלה בהסכם הזיכיון הנוכחי אינה מיוחדת די הצורך, ולכן סבורה מרשתנו, כי יש לעגן ביתר פירוט את חובותיו של בעל הזיכיון כלפי הציבור ולהגדיר את תרומתו לפיתוח התעשייה בישראל באמצעות הבטחת כמויות חומרי הגלם הדרושות ללקוחותיו של בעל הזיכיון בישראל על דרך העדפתם על פני לקוחותיו בחו"ל.

34. לאמור: לדידה של מרשתנו, על המדינה לפעול לטובת מינוף היתרון הכלכלי של שימוש בחומרי הגלם שיש בישראל, בין היתר, על ידי כך שתודא שלחברות הישראליות תינתן עדיפות בהקצאת חומרי הגלם כך שלתעשייה הישראלית תהיה נגישות וזמינות מלאה לכל סוגי המחצבים והכימיקלים המיוצרים מים המלח כך; דבר שיוביל לפיתוח והקמת תעשיות חדשות של ייצור דשנים מתוחכמים; ייצור מקומות תעסוקה; הורדת יוקר מחייה; והגדלת הייצוא של מוצרי המשך, שלהם ערך מוסף גבוה יותר מחומרי הגלם עצמם¹⁵.

35. ודוק: הדרישה לעגן את החובה של בעל הזיכיון ליתן עדיפות בהקצאת חלק מסוים מהמחצבים והכימיקלים המופקים על ידו לחברות הישראליות לא רק עולה בקנה אחד עם הוראות הסכם הזיכיון הנוכחי אלא שהיא מתיישבת גם עם תנאי "מניית המדינה המיוחדת" שברשות המדינה [מניות שהממשלה החליטה כי הן דרושות לה לצורך שמירה על ענין חיוני, ר' סעיף 46ב(ב) לחוק ניירות ערך (להלן: "מניית הזהב")] המקנה למדינה זכויות שונות המפורטות בתשקיף רישום למסחר בבורסה לניירות ערך בתל אביב של כ"ל - לשם שמירה על ענייניה החיוניים של המדינה וביניהם יישום מירבי בישראל של תוצאות ההשקעות, המחקר והפיתוח במחצבי הטבע¹⁶. קרי - ריכוז מאמציו של בעל הזיכיון בהבטחת אספקת אשלג ללקוחותיו בישראל לצורך פיתוח תעשייה מקומית וייצוא מוצרי המשך, כמפורט לעיל, מתחייבת, בין היתר, לאור המניעים העומדים בבסיס החלטת המדינה להשאיר בידיה את מניית הזהב.

36. יצוין, כי העובדה שמ"ה בחרה, לא אחת, לנצל לרעה את כוחה כיצרנית וספקית האשלג היחידה והבלעדית בישראל ולווסת את כמות חומר הגלם המסופק לחי"כ וההכרחי לצורך תהליך הייצור שלה, כפי שפורט לעיל, בעוד שליתר לקוחותיה הבינלאומיים סופקה מלוא הכמות הדרושה, מחדדת אף יותר את הצורך בגיבוש עקרונות לצורך הבטחת אספקה סדירה של מהמחצבים והכימיקלים המופקים על ידי בעל הזיכיון

¹⁴ ראה בהקשר זה גם דבריה של כב' הש' ברק-ארז, בע"א ארבל פלדות 2004 בע"מ ואח' נ' חברת נמל אשדוד בע"מ (פורסם בנבו, 3.3.14) (להלן: "עניין ארבל פלדות"), בפסקה 35

¹⁵ ראו בהקשר זה המלצות הועדה הבין משרדית לכריית משק הפוספטים מיוני 2013, בעמ' 17.

¹⁶ בסעיף 8(ב) לתקנון כ"ל "העניינים החיוניים של המדינה" מוגדרים כ"פיקוח על השליטה במחצבים ובאוצרות הטבע, לשם פיתוחם וניצולם היעיל לרבות יישום מירבי בישראל של תוצאות ההשקעות המחקר והפיתוח".



לטובת צרכי התעשייה המקומית.

ז. סוף דבר

37. לאור הנימוקים המפורטים לעיל ובמיוחד נוכח משקלם במצטבר, לדידה של מרשתנו, אין ולא יכולה להיות כל מחלוקת כי לקראת תום תקופת הסכם הזיכיון הממשלה מחויבת לפרסם מכרז חדש תקין ושוויוני לאיתור גורם שירכוש הזיכיון והזכויות המפורטות בו ובכלל זה את הזכות הבלעדית להפיק, לשווק ולמכור את המחצבים והמינרלים השונים מים המלח, וזאת, החל מיום 31.3.2030.
38. בנוסף, סבורה מרשתנו כי על הממשלה להכריז על תניית זכות הסירוב הראשונה המוקנית למי"ה במסגרת סעיף 25 להסכם הזיכיון **כבטלה מעיקרה**, בהיותה עומדת בניגוד לדיני ההגבלים העסקיים, דיני המכרזים והתכליות העומדות בבסיס חוקים אלו.
39. יתרה מזו, לאור ההשלכות של יצירת מונופול "יציר זיכיון", כפי שפורטו לעיל, ומשיקולי הגברת התחרות הענפית והכלל משקית, מרשתנו סבורה שיש לחלק את הזיכיון בין מספר זכיינים.
40. עוד סבורה מרשתנו שעל המדינה לגבש ולעגן בהסכם הזיכיון עקרונות שיבטיחו ללקוחותיו של בעל הזיכיון בישראל אספקה שוטפת וסדירה של והכימיקלים המופקים על ידי בעל הזיכיון לצורך ייצור מוצרי המשך ותרכובות דשנים שונות, לכל תקופת הסכם הזיכיון, והעדפתם של לקוחות בישראל על פני לקוחותיו של בעל הזיכיון בחו"ל לטובת צרכי התעשייה המקומית ולעגן עקרונות אלה בגדר הסכם הזיכיון שייחתם מול זוכה המכרז.
41. מרשתנו שומרת על זכותה להרחיב את הטענות שהעלתה בפני הצוות הנכבד ואף להוסיף עליהם, אם וככל שתברי הצוות יעתרו לבקשתה לזמן אותה להופיע בפניהם.
42. כמו כן, מרשתנו שומרת על זכותה לצרף חוות דעת וכל מסמך אחר, לתמוך בטענות ו/או בעובדות המפורטות בנייר העמדה המוגש מטעמה, אם וככל שתחפוץ בכך וכן להציג עמדה ו/או טענות משלימות לטיעונים שעלו ויועלו בפני הצוות הנכבד.
43. חייב והח"מ עומדים לרשותכם למתן הבהרות והסברים נוספים בכל הקשור לנייר העמדה.

בכבוד רב,
ד' יוסף בנקל, עו"ד
ראב"ד, מגריזו, בנקל ושות'
עורכי דין ונוטריונים

העתק: חיפה כימיקלים בע"מ