

המכון לאחריות תאגידית



30 ספטמבר, 2013

כ"ו תשרי, תשע"ד

לכבוד הועדה לבחינת המדיניות לגבי חלק המדינה המתקבל
בעד שימוש של גורמים פרטיים במשאבי טבע לאומיים

מסירה בדואר אלקטרוני

הנדון: הבסיס המוסרי והנורמטיבי להגדלת חלקה של המדינה המתקבל בעד שימוש של גורמים פרטיים במשאבי הפוספט בישראל וחובת עריכת מכרז בהקצאת טובת הנאה בכרייה על-פי סעיף 24(2) לפקודת המכרות, 1925

המכון לאחריות תאגידית במרכז האקדמי למשפט ולעסקים מתכבד בזאת להציג את עמדתו בפני הועדה לבחינת המדיניות לגבי חלק המדינה המתקבל בעד שימוש של גורמים פרטיים במשאבי טבע לאומיים (להלן: "הועדה") בנושא הנדון, כדלהלן:

א. כללי

1. המכון לאחריות תאגידית במרכז האקדמי למשפט ולעסקים (להלן: "המכון") הוא גוף עצמאי ובלתי תלוי ששם לעצמו למטרה לקדם ולבצר את ההגנה על האינטרס הציבורי במכלול השאלות הנוגעות לאחריותם החברתית של תאגידים בישראל.
2. עמדת המכון בתמצית היא, כי מאחר ואת מרבצי הפוספט במדינת ישראל איתרה המדינה בעצמה בסקר פוספטים ארצי שנערך בין שנות השישים לבין שנות השמונים של המאה הקודמת וכי הזכויות במשאב הפוספט שייכות למדינת ישראל, קיים בסיס מוסרי ונורמטיבי להקצאת טובות הנאה בכרייה פוספט בישראל על-פי סעיף 24(2) לפקודת המכרות, 1925 באמצעות הליך מכרזי מלא כקבוע בחוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992.
3. בקבלתה של עמדה זו, יש להניח בסיס נורמטיבי ומוסרי להגדלה משמעותית של חלק המדינה המתקבל מכרייה פוספט בישראל באתרי כרייה אשר טרם ניתנו בהם תעודת תגלית כמשמעותה בפקודת המכרות, 1925.

4. עמדה זו רלוונטית לעבודתה של הועדה שכן בקבלתה יש כדי לבסס תשתית נורמטיבית לעריכתה של הערכה מחודשת באשר לאופן הקצאת טובות הנאה בכרייה ביחס למשאבי הפוספט בישראל ויש בה כדי להניח תשתית נורמטיבית כוללת ומקיפה לזכותה של המדינה לשעור תמלוגים גבוה מהקבוע בפקודת המכרות, 1925 בכריית סלע פוספט בישראל.
5. בהקשר זה, אנו סבורים כי אל השעורים הקבועים בפקודת המכרות ביחס לחלקה של המדינה המתקבל בעד שימוש של גורמים פרטיים במשאבי הפוספט בישראל יש להתייחס כשעורי המינימום, אשר אפשר שיגדלו בהתאם למבנה ההליך המכרז שיערך לצורך הקצאת טובות הנאה בכריית פוספט בישראל.
6. לצד האמור לעיל ועל בסיס חוות הדעת שתוצג להלן, אנו סבורים, כי על הועדה להמליץ על בטלות נפקותן של כל טובות הנאה בכרייה שניתנו בעבר מכח סעיף 24(2) לפקודת המכרות, 1925 ללא הליך מכרזי מלא כקבוע בחוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992, ובכלל זה רשיונות החיפוש שניתנו לחברת רותם-אמפרט נגב בע"מ באתר "שדה בריר".
7. נציגי המכון מבקשים להופיע בפני הועדה ולהציג את עמדתם במפורט.

ב. התשתית העובדתית הנחוצה

8. בין שנות השישים לשנות השמונים של המאה הקודמת ערך המכון הגיאולוגי סקר פוספטים ארצי (להלן: "ספ"א") במסגרתו אותרו כל מרבצי הפוספט המוכרים כיום במדינת ישראל. בכך, ביססה מדינת ישראל את זכותה במשאבי הפוספט בישראל ו זאת לצד הקבוע בחוק נכסי המדינה, תשי"א-1951.
9. הסקר נערך בשיתוף חברת פוספטים בנגב בע"מ (להלן: "חברת הפוספטים הממשלתית") שהיתה בבעלות ממשלתית ושימשה באותה עת זרוע ישירה של ממשלת ישראל. לצורך עריכתו של הסקר, ניתנו לחברת הפוספטים הממשלתית תעודות היתר לחקירה באזורים שונים בנגב ובערבה.
10. לימים, מוזגה חברת פוספטים בנגב בע"מ לתוך חברת רותם דשנים בע"מ, גם היא בבעלות ממשלתית. לאחר המיזוג, שונה שמה של החברה לרותם אמפרט נגב בע"מ (להלן: "רותם אמפרט" או "החברה") הנשלטת כיום על-ידי גורמים פרטיים וזאת לאחר הפרטתה של חברת האם, כימיקלים לישראל בע"מ במהלך שנות ה-90 ל המאה הקודמת.
11. במהלך שנת 2009 הוגשה לבית המשפט הגבוה לצדק עתירתם של תושבי העיר ערד והישובים כסייפה ואל-פורעה כנגד הליכי התכנון להקמתו של מכרה פוספטים באתר "שדה בריר" המצוי בסמוך לעיר ערד (בג"צ 2606/09 ד"ר שרית עוקד ואח' נ' ראש ממשלת ישראל ואח') (להלן: "העתירה").
12. במסגרת העתירה נטען כי רישיונות החיפוש שניתנו לחברת רותם-אמפרט נגב בע"מ בין השנים 1999-2003 באתר שדה בריר, ניתנו שלא כדין.
13. מתגובת המדינה לעתירה מיום 18.5.09 (להלן: "תגובת המדינה") עולה, כי מעולם לא ניתנה לחברת רותם-אמפרט בע"מ, תעודת היתר לחקירה או תעודת היתר לחיפוש, שכן גילוי מרבצי הפוספטים בנגב כולו נעשו על-ידי המדינה עצמה, וזאת נוכח סקר הפוספטים הארצי שצוין לעיל. ראו בהקשר זה ציטוט מתגובתה של המדינה (סעיפים 8-9 לתגובת המדינה):

8. למשיבה 12, חברת רותם-אמפרט נגב בע"מ (להלן "חברת רותם"), ניתנו רישיונות חיפוש באזור שדה בריר בין השנים 1998-2003. תוקפו של רשיון החיפוש האחרון שניתן לחברת רותם פג ביום 31.12.03.

9. יוער, כי במקרה הנוכחי לא היה צורך במתן היתרים בדרגה נמוכה יותר (היתר לחיפוש או היתר לחקירה). הטעם לכך, כפי שהוסבר לעיל, הינו מטרתם של היתרים אלה - לאפשר ביצוע פעילות לגילוי קיומו של מחצב. במקרה הנדון, לא היה צורך בכך. זאת משום שבין שנות ה-60 לשנות ה-80 (של המאה הקודמת) בוצע סקר פוספטים ארצי על-ידי המכון הגיאולוגי בשיתוף חברת פוספטים בנגב בע"מ (להלן: "חברת הפוספטים"). הסקר הוא שיצר בסיס מספק בנוגע למקומות הימצאותם של שדות פוספטים זמינים, ואף הערכה ראשונית של איכותם, ומשכך, לא היה צורך במתן היתרים לעצם גילוי קיומו של המחצב." (ההדגשות אינן במקור).

14. מתגובת המדינה עולה, כי הזכויות במשאב הפוספט בישראל באתרים בהם לא פעלה חברת רותם-אמפרט נגב בע"מ עובר למתן רישיונות החיפוש האמורים, נותרו בידיה של המדינה.
15. עוד עולה מתגובת המדינה, כי לדידה, קיימת הבחנה ברורה בין חברת פוספטים בנגב בע"מ שהיתה חברה בבעלות ממשלתית ובין חברת רותם-אמפרט נגב בע"מ וכי הזכויות הנלוות לתעודת ההיתר לחקירה אשר ניתנה לחברת פוספטים בנגב בע"מ אינן שייכות לחברת רותם-אמפרט נגב בע"מ ונותרו בידי המדינה.

ג. פקודת המכרות

16. פקודת המכרות, 1925 (להלן: "פקודת המכרות" או "הפקודה"), היא ההוראה החוקית הישירה המסדירה את נושא חיפוש מחצבים, חקירתם או כרייתם בישראל. פקודה זו קובעת מדרג של היתרים ורישיונות הניתנים בתהליך שסופו, ככל שיש הצדקה לכך, בהפקה של מחצב מן האדמה.
17. ההיתר הנחות ביותר הניתן על-פי פקודת המכרות הוא היתר לחיפוש, אשר הסמכות להענקתו מוסדרת בסעיפים 13-15 לפקודה. על-פי הוראות סעיף 13(2) לפקודה, בהענקתו של היתר לחיפוש, אין כדי להעניק כל בלעדיות או זכות ראשוניים במשאב. נראה, כי מטרתו המרכזית של מתן היתר לחיפוש היא להסדיר את נושא חיפוש משאבי הטבע הנדירים והמתכלים של המדינה, תוך שמירה על תקינות המנהל ומעקב אחר כניסתם של גורמים שונים לשטחה של המדינה תוך שהם באים במגע עם משאביה. בהתאם לפקודת המכרות, נראה כי יתכן אף שבשטח נתון יוענקו היתרי חיפוש מקבילים לגורמים שונים.
18. בשונה מתעודת היתר לחיפוש, תעודת היתר לחקירה מעניקה למחזיק בה זכות בכורה וזכות יחיד לקבלתו של רשיון חיפוש של המשאב המצוי בקרקע. ההוראה המסדירה את הסמכות למתן תעודת היתר לחקירה מצויה בסעיף 16 לפקודה. אם עומד מבקש תעודת היתר לחקירה בתנאים הקבועים בסעיף 16, עומדת לו מכוח סעיף 17 "זכות בכורה וזכות יחיד לקבלתו של רשיון לחיפוש".

19. בהתאם לפקודת המכרות, שלב נוסף בהליך גילוי וכרייתו של המשאב הנדיר נוגע להענקת רישיון חיפוש. אפשרות זו קבועה בסעיפים 24-29 לפקודה. רישיון החיפוש מעניק בעצמו בלעדיות לתקופה הקבועה בו לחיפוש מקיף ומעמיק של המשאב.
20. תוצאה מוצלחת של חיפוש על-פי רישיון החיפוש, סופה באפשרות קבלתה של תעודת תגלית אליה נלוות זכויות לחוזה חכירה וזכויות כריה שינתנו לגורם המחזיק בה באופן בלעדי.
21. בהתאם להוראות סעיף 24 לפקודת המכרות, קיימים שני מסלולים להענקתו של רישיון חיפוש. המסלול האחד, סעיף 24(1), נועד לאלו המחזיקים היתר לחיפוש או היתר לחקירה. המסלול השני, הקבוע בסעיף 24(2), מעניק למפקח על המכרות סמכות כללית להענקתו של רישיון חיפוש גם לאלה שאינם מחזיקים בהיתרים האמורים ומבקשים את רישיון החיפוש. לאור חשיבותו של הסעיף לחוות דעת זו, להלן הוראות סעיף 24 לפקודת המכרות:

24. למי ינתנו רישיונות חיפוש

- (1) כל שיש בידו, ישרות או באמצעות סוכנו, תעודת היתר לחיפוש או לחקירה, הרי בשלמו את המס הקבוע יכול הוא לפנות באופן הקבוע בבקשת רישיון לחיפוש, שיהא מקנה לו זכות יחיד לחפש באזור המפורט ברשיון למשך תקופה שלא תהא עולה על המקסימום שייקבע לאותו מחצב או לאותם מחצבים, פרט לשמן, שיפורשו ברשיון.
- (2) בהתחשב עם הוראות הסעיפים 16 עד 23, יכול המפקח להענות לאותה בקשה: בתנאי שלא ייענו לאותה בקשה אלא אם כן-
- (א) הוכיח המבקש בהוכחות המניחות את הדעת שהמחצב או המחצבים שמוסבת עליהם בקשתו קיימים באזור שעליו מוסבת בקשתו, וכן
- (ב) סמן המבקש את גבולות האזור ההוא באופן הקבוע בטרם הגיש את בקשתו, וכן
- (ג) הוכיח למפקח שיש ברשותו הון חוזר די הצורך ויש לו השכלה טכנית או עזרה טכנית די הצורך להבטחת חקירה נאותה ומספקת."

22. דברים אלה חשובים בפרט כאשר מדובר בהקצאת רישיונות לחיפוש פוספט בישראל, שכן מלאכת החיפוש, הברור והחקירה ביחס לעצם הימצאותם של מרבצי הפוספט במדינת ישראל הושלמה, כאמור, על-ידי המדינה עצמה במסגרת סקר פוספטים ארצי שנערך בין שנות השישים לשנות השמונים של המאה הקודמת.
23. על כן, כפי שגם עולה מתגובת המדינה לבג"צ 2606/09 ד"ר שרית עוקד ואח' נ' ראש ממשלת ישראל ואח' המוזכרת לעיל, אין ולא היה כל מקום להוצאתם של היתרי חיפוש או היתרי חקירה ביחס למשאב הפוספט בישראל, שכן מרבצי הפוספט אותרו ומופו על-ידי המדינה עצמה במסגרת הסקר האמור.
24. לאור האמור, הקצאת רישיונות חיפוש ביחס למשאבי הפוספט בישראל נעשים כיום על-פי הוראותיו של סעיף 24(2) לפקודת המכרות ולא על-פי סעיף 24(1), שכן גם לעמדתה של המדינה לא היה ואין כל

"צורך במתן היתרים בדרגה נמוכה יותר (היתר לחיפוש או היתר לחקירה)" מאחר וסקר הפוספטים הארצי "הוא שיצר בסיס מספק בנוגע למקומות הימצאותם של שדות פוספטים זמינים, ואף הערכה ראשונית של איכותם, ומשכך, לא היה צורך במתן היתרים לעצם גילוי קיומו של המחצב" (ראו סעיפים 8-9 לתגובת המדינה).

25. יודגש, כי לעמדתנו, הקצאת רשיון חיפוש על-פי סעיף 24(2) לפקודת המכרות שונה באופן מהותי מהקצאה של רשיון חיפוש כאמור בסעיף 24(1). מתן רשיון חיפוש על-פי סעיף 24(1) מהווה חוליה בהליך האקספלורציה המובנה בפקודה, אשר תחילתו במתן תעודת היתר לחיפוש ולאחריה מתן תעודת היתר לחקירה אשר מקנה, על-פי הוראות הפקודה, זכות ראשוניים בקבלתו של רשיון חיפוש במשאב.

לעומת זאת, מתן רשיון חיפוש כאמור בסעיף 24(2) אינו מותנה בקיומה של תעודת היתר לחיפוש או לתעודת היתר לחקירה בידי המבקש ועל-כן, מדובר בהליך שאינו מהווה חלק מהליך אקספלורציה רגיל בו הגורם המבקש נוטל על עצמו את הסיכון הטמון בחיפוש עקר, אלא נסמך על מידע קיים ביחס להימצאותו של המשאב ועל בסיסו - מבלי שנטל על עצמו את הסיכון בגילוי - מבקש את רשיון החיפוש. באשר למשאבי הפוספט בישראל, מידע, על כל הזכויות הנלוות לו, קיים בידי המדינה ושייך לה.

26. ולפיכך, וכפי שיוצג להלן, הקצאת רשיון חיפוש מכח סעיף 24(2) לפקודת המכרות, ובפרט ביחס למתן רשיונות לחיפוש פוספט, מחייבת עריכתו של הליך מכרזי מלא כאמור בחוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992.

ד. חובת מכרז

ד.1. מחזקת פטור לחזקת חובה

27. לפני חקיקת חוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992 (להלן: "החוק" או "חוק חובת המכרזים") עמדה לרשות הציבורית חזקת פטור מעריכתו של מכרז. משמעותה של חזקה זו היתה, שבמקום שלא הוטלה על הרשות חובה מפורשת לערוך מכרז, לא חלה על הרשות חובה כאמור.

28. עם חקיקת חוק חובת המכרזים, התהפכה החזקה ביחס לעריכתו של מכרז מחזקת פטור לחזקת חובה, במובן זה שכיום, כדי שהרשות תוכל להתקשר ללא מכרז, עליה הנטל להצביע על הוראת חוק ממוקדת ומפורשת הפוטרת אותה מחובה זו בנסיבות העניין. בהיעדר הוראת חוק כאמור, חובה על הרשות להתקשר באמצעות מכרז בלבד. ראו בעניין זה דבריו של ד"ר עומר דקל בספרו "חובת המכרז של גופים מנהליים" (נבו, 2001) 362 :

"שינוי זה יצר כמה תמורות משמעותיות בדיני המכרזים. ראשית, היקף החובה לערוך מכרזים הורחב באופן משמעותי, שכן קביעת כלל שיורי של חובת מכרז הרחיבה את תחולתה של חובת המכרז על עסקאות ועל גופים שקודם לא היו כפופים לחובת מכרז כלל. שנית, הפיכת חובת המכרז לכלל ואת הפטור ממכרז ליוצא מן הכלל הרחיבה אף היא

את היקף חובת המכרז, וזאת מכוח הכלל הפרשני שלפיו יש לפרש את הכלל בהרחבה ואת היוצא מן הכלל יש לפרש בצמצום."

29. אם כן, ברור כי לאחר חקיקת חוק חובת המכרזים, הדין הישראלי כולל הוראה שיורית מפורשת לפיה קיימת חובת עריכת מכרז, כאמור בחוק, מקום בו הוראת חוק אחרת אינה קובעת מפורשות כי יש לרשות המנהלית את האפשרות החריגה להקצות המשאבים והזכויות המצויים בסמכותה ללא הליך מכרז.
30. הנטל בעניין זה הוא על הרשות. עליה להראות כי קיימת הוראה מפורשת הפוטרת אותה מעריכת מכרז. ראו דברי דקל בספרו "חובת המכרז של גופים מנהליים" (נבו, 2001) 362 :

"הפיכת החזקה שינתה את נטל ההוכחה. בעוד שקודם לחקיקת החוק הנטל להוכיח כי במקרה פלוני הפרה הרשות את חובת המכרז רבץ על שכמו של העותר, הרי שחקיקת החוק הפכה את החזקה, ועתה הנטל הוא על הרשות להוכיח כי במקרה פלוני היא רשאית להתקשר ללא מכרז. כתוצאה משינויים אלה ארע שינוי נוסף, רביעי במספר, והוא שהתייחסות הרשויות לחובת המכרז הפכה לרצינית יותר, ובמקרים רבים עורכת הרשות מכרזים גם כאשר מבחינה פורמלית מתקיימים בנסיבות העניין תנאים המאפשרים קבלת פטור ממכרז."

2.ד. מהות החובה

31. על-פי סעיף סעיף 2(א) לחוק חובת המכרזים, המדינה לא תתקשר בחוזה לביצוע עסקה במקרקעין או מיטלטלין אלא על פי מכרז פומבי, לרבות בקרקעות או בזכויות שונות במשאבי המדינה הנוצרים מפעולות כרייה או חציבה.
32. חובה זו המוטלת על המדינה הינה חובה מהותית, וכפי שהוצג לעיל, מדובר בחובה שיורית. מקום בו אין הוראה אחרת מפורשת בעניין הקצאתו של המשאב, על המדינה לערוך מכרז במסגרת הליך הקצאתו. בהקשר זה יצוין, כי חובת עריכת מכרז מקבלת משנה תוקף כאשר המשאב הנדון הוא משאב ציבורי מוגבל, כדוגמת סלע הפוספט או משאבי טבע אחרים המוקצים מכח פקודת המכרות. בנוגע לחשיבות עריכתו של מכרז בזכויות במשאבי טבע מוגבלים השייכים לציבור ראו: עומר דקל, "מכרזים" (2004) 210 :

"קבוצה שלישית של רישיונות כוללת רישיונות לשימוש במשאב ציבורי המוגבל באופן טבעי ולעתים הוא אף מתכלה. קבלת זכות לשימוש במשאב זה טומנת בחובה קבלה של טובת הנאה כלכלית השייכת, למעשה, לכלל הציבור. בקבוצה זו ניתן לכלול רישיונות כגון רישיון לחציבה של חול, אבן, נפט או כל משאב טבעי אחר, רישיון ציד, רישיון דיג, רישיון לכריתת עצים, רישיון לשימוש בתדרי שידור אלקטרו-מגנטיים, רישיון לייצור, להובלה ולהפצה של חשמל וכדו'. רישיונות מסוגים אלה מקנים לבעל הרישיון היתר לנצל

לטובתו האישית משאב ציבורי מוגבל. אולם, מכיוון שמשאב זה שייך לכלל הציבור, ראוי כי טובת ההנאה הכלכלית הגלומה בו תתחלק בין הציבור בכללותו ולא תהיה נחלתו של גורם אחד בלבד. על כן, ראוי לדרוש כי הענקה של זכות להשתמש במשאב זה תיעשה באמצעות מנגנון שישמור על טוהר המידות, יעניק שוויון הזדמנויות לכל וימקסם את התועלת הכלכלית שיכול הציבור להפיק מהמשאב שבבעלותו. **במלים אחרות: ראוי שהענקת רישיון לנצל משאב ציבורי מוגבל תיעשה על דרך של מכרז.** למעשה, אין כל הבדל עקרוני בין הענקה של זכות להשתמש במשאב ציבורי מוגבל לבין מכירה של מקרקעין, שאף היא אינה אלא רישיון להשתמש במשאב ציבורי מוגבל. כשם שהדרישה למכירת מקרקעין באמצעות מכרז הינה דרישה מתבקשת, עד כי דומה כי היא אינה מחייבת הסבר, כך הדבר גם לגבי הענקת רישיון או זיכיון לשימוש בכל משאב ציבורי מוגבל אחר.

33. בעניין חשיבות עריכתו של מכרז ככל שמדובר במשאב ציבורי מוגבל, ראו גם דבריו של השופט אור בבג"צ 1030/99 ח"כ אורון נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נו (3) 640. בפסק דינו עשה בית המשפט צעד נוסף באותו כיוון בקובעו כי הקצאה של משאב מוגבל, שלא על-ידי מכרז או הליך תחרותי שוויוני אחר, פוגעת בתחרות החופשית ואף מהווה פגיעה לא מידתית בחופש העיסוק של מי שנפגע מן ההקצאה בדרך זו.

3.ד. **מתן רישיון חיפוש בהתאם להוראת סעיף 24(2) לפקודה מחוייב בעריכתו של מכרז כדין שכן הוא מהווה עסקה להקצאת זכות ראשוניים במשאב**

34. חובת המכרז הקבועה בדין הישראלי הינה חובה גורפת הכוללת הן רכישתם של מוצרים או שירותים על-ידי המדינה והן מכירתם של משאביה או נכסיה לגורמים חיצוניים לה. ראו בהקשר זה דבריו הקולעים של ד"ר דקל בספרו "חובת המכרז של גופים ציבוריים" (נבו, 2001) 370 :

"עוד ראוי לציין, כי בעוד שעיקר הדגש בהסדרים המקובלים בעולם הינו על חוזי רכישה של הרשות, הרי שההסדר הישראלי חל על כל "עסקה" באשר היא, בין שמדובר בחוזה לרכישה ובין שמדובר בחוזה למכירה, מבלי שהמחוקק הבחין ביניהם. לדעתי, ההתייחסות הכוללת, לכל סוגי ההתקשרויות הינה מוצדקת, שכן כעולה מהדיון בגוף המחקר ומהמודל המוצע, הרציונלים המצדיקים הסדרתן של עסקאות רכש מצדיקים גם את הסדרתן של עסקאות מכרז."

35. באשר להקצאת טובת הנאה בכרייה על-פי פקודת המכרות בכלל, ובנוגע למתן רישיון חיפוש על-פי סעיף 24(2) בפרט, יצוין, כי אין כל הבדל משמעותי בין הענקת טובת הנאה כלכלית באמצעות רישיון להענקת טובת הנאה כלכלית באמצעות חוזה. ראו בהקשר זה דבריו של דקל בספרו "חובת המכרז של גופים מנהליים" (נבו, 2001) 372 :

"הענקת טובת הנאה כלכלית באמצעות רישיון להענקת טובת הנאה כלכלית באמצעות חוזה הוא שההענקה באמצעות רישיון נושאת אופי של פעולה ריבונית, המאפיינת שלטון ואיננה מאפיינת אזרח מן השורה; בעוד שהענקת טובת הנאה כלכלית באמצעות חוזה שלטוני, נושאת אופי של התקשרות פרטית, הדומה להתקשרות חוזית שבין שני פרטים בחברה. יחד עם זאת, שוני זה איננו רלוונטי, לדעתי, לשאלת אופן הענקת הרישיון, אשר אינני רואה הצדקה להבחין בינו לבין ההענקה החוזית. יותר מכך, ניתן לטעון כי גם בהענקת הרישיון נכרת חוזה או מעין חוזה בין הרשות לבין מקבל הרישיון. לפי חוזה זה מרגע הענקת הרישיון על כל צד לקיים חיובים מסוימים, הגלומים במפורש או במשתמע בתנאי הרישיון, ואי-קיום החיובים יכול להצמיח לצד השני זכויות משפטיות, ולגרור הטלת סנקציות משפטיות על הצד שהפר את חיובו."

36. ראו בהקשר זה גם בג"צ 292/61 **בית אריזה רחובות נ' שר החקלאות**, פ"ד טז 20; ע"א 2768/90

פטרולגז נ' מדינת ישראל, פ"ד מו (3) 599; רע"א 7092/94 **Her Majesty the Queen in Right of Canada נ' אדלסון ואח'**, פ"ד נא (1) 625; יצחק זמיר, **הסמכות המינהלית**, חלק א' (1996), 210, 318.

37. לאור האמור, אין הצדקה להסדרה שונה, ואף לא להסדרה נפרדת, של האופן שבו רשאית הרשות להעניק רישיונות לעומת האופן שבו רשאית הרשות להתקשר להתקשרות חוזית, במיוחד כאשר מדובר בחוזה או עסקה למתן זכויות במשאב יקר ערך. ראו דבריו של דקל בעניין זה בספרו "**חובת המכרז של גופים מנהליים**" (נבו, 2001) 373:

"בהתחשב בדרישות החלות על הליך ההתקשרות המינהלי, כעולה מן הניתוח ומן הדיון שבגוף המחקר, המסקנה המתבקשת, לדעתי, הינה שקיימת הצדקה להחיל את חובת המכרז גם על הענקת רישיונות על ידי הרשות.

...

לדעתי, השאלה **צריכה להיבחן בחינה מהותית, ולא בחינה פורמליסטית; ומכיוון שלשון החוק מאפשרת לכלול בביטוי "חוזה לביצוע עסקה" גם הענקת רישיון, השאלה איננה האם הדבר אפשרי, אלא האם הדבר ראוי; ומבחינה עניינית קיימים, כאמור, טעמים טובים לראות במתן רישיון "חוזה לביצוע עסקה", כמשמעותו בחוק חובת המכרזים.**

38. לעמדתנו, מתן רישיון חיפוש כאמור בסעיף 24(2) מהווה, הלכה למעשה, עסקה למתן זכות ראשוניים במשאב שכן ביטוי הסופי על-פי פקודת המכרות בעריכתו של חוזה חכירה וקבלתה של זכות כרייה של משאב טבע השייך למדינה ומצוי בשטחה ולפיכך, מחוייבת בקיומו של הליך מכרז מלא, כאמור בחוק חובת המכרזים.

39. לפיכך, אנו סבורים כי על הוועדה להמליץ על בטלותה של כל טובת הנאה בכרייה שניתנה ללא הליך מכרזי מלא כמתחייב בחוק, ובכלל זה רישיונות החיפוש שניתנו באתרי כרייה אשר טרם ניתנו בהם

תעודת תגלית אליה נלוות זכויות לחוזה חכירה כמשמעותן בפקודת המכרות, 1925 כדוגמת אתר "שדה בריר".

40. כמו כן, ובהתבסס על האמור לעיל, אנו סבורים כי ההליך המתווה בסעיף ו' ל"הנחיות המפקח על המכרות להגשת בקשות להיתרי חקירה וחיפוש מחצבים" מיום 31.7.11 (להלן: "הנחיות המפקח על המכרות"), אינו הולם את הוראות הדין שכן אינו מהווה הליך מכרזי מלא כנדרש בחוק חובת המכרזים כאמור.

41. במידה הצורך, נציג עמדות אלה באופן מפורט בפני הועדה.

ה. סיכום

42. עמדת המכון בתמצית היא, כי מאחר ואת מרבצי הפוספט במדינת ישראל איתרה המדינה בעצמה בסקר פוספטים ארצי שנערך בין שנות השישים לבין שנות השמונים של המאה הקודמת וכי הזכויות במשאב הפוספט שייכות למדינת ישראל, קיים בסיס מוסרי ונורמטיבי להקצאת טובות הנאה בכריית פוספט בישראל על-פי סעיף 24(2) לפקודת המכרות, 1925 באמצעות הליך מכרזי מלא כקבוע בחוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992.

43. בהקשר לחובת עריכת מכרז כאמור, אנו סבורים, כי אל השעורים הקבועים בפקודת המכרות ביחס לחלקה של המדינה המתקבל בעד שימוש של גורמים פרטיים במשאבי הפוספט בישראל יש להתייחס כשעורי המינימום, אשר אפשר שיגדלו בהתאם למבנה ההליך המכרזי שיערך לצורך הקצאת טובות הנאה בכריית פוספט בישראל.

44. בקבלתה של עמדה זו, יש להניח בסיס נורמטיבי ומוסרי להגדלה משמעותית של חלק המדינה המתקבל מכריית פוספט בישראל באתרי כרייה אשר טרם ניתנו בהם תעודת תגלית כמשמעותה בפקודת המכרות, 1925.

45. כמו כן, אנו סבורים כי ההליך המתווה בסעיף ו' להנחיות המפקח על המכרות מיום 31.7.11, אינו הולם את הוראות הדין שכן אינו מהווה הליך מכרזי מלא כנדרש בחוק חובת המכרזים כאמור.

46. לצד האמור לעיל ועל בסיס חוות הדעת שהוצגה לעיל, אנו סבורים, כי על הועדה להמליץ על בטלות נפקותן של כל טובות הנאה בכרייה שניתנו בעבר מכח סעיף 24(2) לפקודת המכרות, 1925 ללא הליך מכרזי מלא כקבוע בחוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992, ובכלל זה רשיונות החיפוש שניתנו לחברת רותם-אמפרט נגב בע"מ באתר "שדה בריר".

47. נציגי המכון מבקשים להופיע בפני הועדה ולהציג את עמדתם במפורט.

בברכה,



אפי מיכאלי, עו"ד

ראש תחום הפרטה ורגולציה

המכון לאחריות תאגידית