

יסמין מזרחי* - משרד עורכי דין

* עו"ד מוסמכת במשפט מסחרי (LL.M.) Master's Degree at Commerce Laws
& Mediator Law ומגשרת מוסמכת

YASMIN MIZRACHI YM- LAW-OFFICE

רח' גיבורי ישראל 15 ת.ד. 8565 א.ת. פולג - נתניה, מיקוד 42504

15 Gibory Israel street, P.O.B 8565 Poleg – Netanya, zip code 42504, Israel

Yasmin Mizrachi, Adv.

Ori Eytam, Adv.

Eyal Alon, Adv.

טלפון: 09-7730924

פקס: 09-7730925

יסמין מזרחי, עו"ד

אורי עיטם, עו"ד

אייל אלון, עו"ד

יום שלישי, 26 בספטמבר 2017

- מבלי לפגוע בזכויות -

לכבוד:

הגב' ח"כ שרין השכל יו"ר השדולה קנביס רפואי
הגב' דנה בר און, מנכ"ל יית עמותת הקנביס הרפואי
באמצעות מייל bo.dana.bo@gmail.com

ג.נ.

הנדון: מכרז 94/2017 למתן שירותי ניהול ולווי של רופאים ליחידת היק"ר (היחידה לקנאביס רפואי)

הריני מתכבדת בזאת בהמשך לשיחתי דהיום עם הגב' דנה בר און ולבקשתה של הגב' דנה בר- און להתייחס לעניין הנדון, כלהלן.

- ראשית, עסקינן בגוף ממשלתי, משרד הבריאות – אגף רכש נכסים ולוגיסטיקה, ועל גוף ציבורי חל חוק חובת המכרזים, תשנ"ב-1992 (להלן: "החוק") ותקנות חובת המכרזים, תשנ"ג-1993 (להלן: "התקנות").
- בהתאם לסעיף 2 לחוק כאמור, המדינה, בענייננו משרד הבריאות ו/או אגף רכש נכסים ולוגיסטיקה במשרד הבריאות שהוא למעשה המזמיק/המשרד בענייננו מחויב להתקשר בחוזה "לביצוע עיסקה בטובין או במקרקעין או לביצוע עבודה או לרכישת שירותים על פי מכרז פומבי הנותן לכל אדם הזדמנות שווה להשתתף בו" זה לשון סעיף 2 לחוק כאמור.
- דהיינו, יש חובה בקיום מכרז תקין עליו חלים הכללים של דיני המכרזים המצויים בחקיקה ובתקנות וגם בפסיקה העוסקת בנושא.
- לא זו בלבד, אלא אף בהתאם לסעיף 2(ב) לחוק בענייננו נקבע באופן מפורש כלהלן:

לא יפלה עורך המכרז בין מציעים מחמת מוגבלות, מין, נטיה מינית, מעמד אישי, גיל, הורות, גזע, דת, לאומיות, ארץ מוצא, השקפה או חברות במפלגה; בסעיף קטן זה, "מוגבלות" - לקות פיסית, נפשית או שכלית כמשמעותה בחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ"ח-1998.

כאשר סעיף 2(ג) קובע לענין סעיף קטן (ב) –

- (1) רואים כהפליה גם קביעת תנאים שלא ממין הענין;
- (2) אין רואים בהבחנה המתחייבת מאופיו או ממהותו של המכרז, הפליה.

5. **סעיף 2ב' לחוק כאמור העוסק בעידוד נשים בעסקים**, בהתאם לדיני המכרזים, החוק כאמור, כאשר אישה מחזיקה בעסק יש צורך באישור של רואה חשבון, כי בעסק מסוים אישה מחזיקה בשליטה וכי לא התקיימו אף אחד מאלה: אם מכהן בעסק נושא משרה שאינו אישה – הוא אינו קרוב של המחזיקה בשליטה; אם שלישי מהדירקטורים אינם נשים – אין הם קרובים של המחזיקה בשליטה;

6. **סעיף 2ג.א) לחוק כאמור קובע**, שעורך המכרז יבחן בכל התקשרות אם אפשר לבצעה באמצעות עסק זעיר, קטן או בינוני, בלי שיהיה בכך כדי לפגוע במוצר, בעבודה או בשירות המבוקשים, ואם הדבר אפשרי – יפעל לקביעת התאמות בתנאי המכרז או ההתקשרות בהתאם.

7. **סעיף 4 לחוק העוסק בפטור ממכרז, במכרז סגור ודרכי עריכת מכרז קובע למעשה את הסייג, וזו לשונו:**

- (א) שר האוצר, באישור ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, **יקבע בתקנות – סכומים או סוגי עיסקאות ונהלים לסיווג עיסקאות, שלגביהם, על אף האמור בסעיף 2 – לא תהיה חובה לערוך מכרז כלל;**
- (א) **לא תהיה חובה לערוך מכרז פומבי אלא מכרז סגור ותנאיו של מכרז כזה;**
- (2) סוגי עיסקאות שבהן תהיה ההשתתפות במכרז מותנית בתנאים שייקבעו;
- (3) סוגי עיסקאות שבהן ניתן לנהל משא ומתן עם המציעים שהצעותיהם נמצאו מתאימות, וכללים לניהול המשא ומתן;
- (4) צורת המכרזים ודרכי הזמנתן וקבלתן של הצעות מחירים, ואופן פרסומם של המכרזים ברבים;
- (5) אופן הרכבתן ואיושן של ועדות מכרזים, ואמות המידה לבחירת ההצעות המתאימות;
- (6) הוראות מיוחדות ותנאים מיוחדים למכרזים לסוגיהם השונים של המוסדות והתאגידים שחוק זה חל עליהם;
- (7) כל ענין אחר הנראה לו דרוש לשם ניהול תקין והוגן של עיסקאות ובמטרה להבטיח את קבלת ההצעות שיעניקו את מרב היתרונות למי שערך את המכרז.

8. ניכר כי בענייננו, לא חל סעיף 4 לחוק ואין זה ראוי להחיל את סעיף 4 לחוק, נוכח אופי המכרז שאמור לעסוק בתחום רפואי – במתן שירותי ניהול ולווי של רופאים ליחידת היק"ר, ולכן חל בענייננו סעיף 2 לחוק – המחייב מכרז פומבי.

9. בהתאם לכך, התקנות לחוק חובת המכרזים, אשר קובעות, בין היתר, בתקנה 1א.א) כי "גוף ציבורי יערוך מכרז, או פנייה פרטנית בעקבות מכרז מרכזי, באופן שקוף ככל הניתן בנסיבות העניין, הוגן ושוויוני, המבטיח את מרב היתרונות לגוף הציבורי".

10. זו אף זו, תקנה 1ב.א) מוסיפה וקובעת, כי "גוף ציבורי יעדיף לבצע התקשרויות בדרך של מכרז פומבי רגיל גם מקום שהותר לו לפי תקנות אלה לבצע התקשרויות שלא בדרך של מכרז פומבי רגיל".

11. ואם לא די בכך, תקנה 1ב' (ג) קובעת, כי "החלטה של גוף ציבורי לבצע התקשרות בדרך של מכרז סגור תיעשה לפי תקנות אלה, לאחר בחינת האפשרות לערוך מכרז פומבי, וככל שמוצדק וסביר בנסיבות העניין לבצע את ההתקשרות שלא בדרך של מכרז פומבי".

12. יוצא איפוא, כי בענייננו, יש חובת לערוך את המכרז כמרכז פומבי בטרם כל, ולא לפטור את הגוף הציבורי מעריכת מכרז פומבי תקין, הוגן ושקוף ו/או לערוך מכרז סגור, ועל הגוף הציבורי בענייננו לעמוד בדרישות החוק לעריכת מכרז פומבי בהתאם לדרישות החוק.
13. חיזוק לדבריי, מצוי גם בתקנה 1ב' (ד) הקובעת, כי "החלטה של גוף ציבורי לבצע התקשרות שלא בדרך של מכרז, תתקבל לפי תקנות אלה לאחר בחינת האפשרות לערוך את ההתקשרות בדרך של מכרז, וככל שהדבר מוצדק וסביר בנסיבות העניין."
- דהיינו, יש חובה קודם לערוך את ההתקשרות בדרך של מכרז פומבי תקין.
14. חיזוק נוסף לדבריי, מצוי גם בתקנה 1ג'(א), אשר קובעת באופן מפורש, שאת ההחלטה של הגוף הציבורי לאי עריכת מכרז פומבי, על הגוף הציבורי לפרסם את החלטתו בעניין באתר אינטרנט בתוך 5 ימים עבודה ממועד קבלת ההחלטה.
15. בענייננו, ניכר שלא הייתה כל החלטה של הגוף הציבורי בענייננו משרד הבריאות לאי עריכת מכרז פומבי, שכן אחרת החלטה מסוג כזה הייתה אמורה להיות מפורסמת.
16. ההחלטות שפורסמו, הן החלטות ממשלה, וביניהם החלטה מספר 3609 בה נקבע, כי משרד הבריאות יקיים "סוכנות ממשלתית בהתאם להוראות האמנה ולצורך כך אף הוקמה במשרד הבריאות היחידה לקנביס רפואי (היק"ר).
- החלטה נוספת שמספרה 1050 בה נקבעו העקרונות לבחינת ההתוויות הרפואיות לשימוש בקנביס רפואי למטרות רפואיות.
- ומאוחר יותר לכך ביום 26.6.16, פורסמה החלטה מספר 1587, אשר בעצם נועדה להחליף את החלטה 1050, וכפי שנקבע בסעיף 8 להחלטה זו: "החלטה זו מחליפה, בחלקים הנוגעים בדבר ובכלל זה בכל נוגע למתווה ההסדרה המאושר, את החלטה 1050."
- כל ההחלטות כאמור בענייננו יקראו מעתה ואילך להלן: "ההחלטות הגוף הציבורי".
17. עיון בהחלטות הגוף הציבורי לא הוחלט על מכרז סגור ואף לא הוחלט דבר על אי עריכת מכרז פומבי, לפיכך, יש בענייננו החובה גם בשל האופי של התחום לערוך מכרז פומבי הגון ותקין אשר יעמוד בדרישות הדין.
18. ולכן בענייננו חל סעיף 2 לחוק חובת המכרזים כאמור, המחייב מכרז פומבי.
19. ברם, ניכר כי בענייננו המכרז שפורסם על ידי אגף הרכש במשרד הבריאות לא עומד בדרישות הדין.

ובמה דברים אמורים ?

הכשל בפרסום המכרז:

20. לפי מידע המצוי בידי הגב' דנה בר און, המרכז לא פורסם, אלא באינטרנט באתר של משרד הבריאות.
21. העובדה שמשרד הבריאות פרסם את המרכז באתר האינטרנט שלו בנוסף ומגוין הקנביס הרפואי שהוא אתר אינטרנט ואתר התעסוקה, יש בכך פגם חוסר תקינות ואי עמידה בדרישות המחוקק המחייב בהתאם לתקנה 15 לפרסם את המכרז בעיתון נפוץ, בנוסף יש חובת פרסום גם בשפה הערבית כדי לא לגרום לאפליה של המגזר, הואיל וסעיף 2(ב) לחוק אוסר אפליה.
22. וכחאי לישנא קובעת תקנה 15(א) לתקנות בענייננו:
- פרסום מכרז פומבי תק' תשס"ט-2009**
15. (א) רצה משרד להתקשר בחוזה הטעון מכרז פומבי, תפרסם ועדת המכרזים הודעה על כך בעיתון נפוץ, בעיתון בשפה הערבית ובאתר האינטרנט; ההודעה באתר האינטרנט תפורסם בשפה העברית ובשפה הערבית; ההודעה תפורסם זמן סביר לפני המועד האחרון להגשת הצעות.
23. "עיתון נפוץ" מוגדר בתקנה 1 לתקנות, כ"עיתון יומי או עיתון המתפרסם מדי שבוע לפחות, בשפה העברית, בעל תפוצה רחבה, בהתחשב בנושא המכרז ולפי שיקול דעתה של ועדת המכרזים".
24. עם כל הכבוד היקר, אתר האינטרנט של משרד הבריאות, אשר לענייננו "אתר אינטרנט" מוגדר גם הוא בתקנה 1(1) לתקנות כ"אתר האינטרנט של מינהל הרכש הממשלתי באגף החשב הכללי", איננו עיתון יומי ואף איננו עיתון נפוץ העונה להגדרת הדין כאמור המחייב פרסום של מכרז פומבי בהתאם לתקנה 15 לתקנות כאמור.
25. לפיכך, מאחר ולדבריי הגב' דנה בר און, המכרז לא פורסם בעיתונות, ניכר על פניו, ובהתאם לכך, כי קיים כשל בסוגיית הפרסום, הואיל והמכרז לא פורסם ב"עיתון נפוץ" - עיתון יומי, אלא רק באינטרנט, ובכך יש פגם וזה עומד בניגוד לדרישות הדין והמחוקק.
26. לא זו בלבד, אלא אף, המכרז לא פורסם בשפה הערבית, וגם בכך יש כשל, הואיל והמחוקק דורש את פרסום המכרז הן בשפה העברית והן בשפה הערבית.
27. דבר זה למעשה פוגע בתקינות המכרז, אשר יוצר מצב של אפליה גם כלפי רופאים מהמגזר הערבי ובכלל הואיל ונוצר מצב של "מכרז סגור" שאינו נגיש לרופאים החפצים להגיש הצעה, בעוד בענייננו יש חובת פרסום למכרז פומבי בהתאם לתקנה 15.
28. ומן הראוי לציין כאן, כי במדינת ישראל השפה הרשמית היא עברית, ערבית ואנגלית, וזאת בהתאם לדבר המלך במועצה שהיא פקודה מנדטורית משנת 1922 (להלן: "הפקודה") אשר קבעה בסעיף 82 כלהלן:

"כל הפקודות, המודעות הרשמיות והטפסים הרשמיים של הממשלה וכל המודעות הרשמיות של רשויות מקומיות ועירויות בתחומים שייקבעו עפ"י צו מאת הממשלה יפורסמו (באנגלית) בעברית ובערבית. בכפוף לכל תקנות שתתקין הממשלה מותר להשתמש בשלוש השפות במשרדי הממשלה ובבתי המשפט".

29. הפקודה כאמור לא בוטלה בחקיקה, ומה גם שבענייננו, מתקין התקנות כבר קבע בתקנה 15 את חובת פרסום המכרז הפומבי גם בשפה העברית וגם בשפה הערבית.

30. לפיכך, היה ומשרד הבריאות – אגף רכש נכסים ולוגיסטיקה לא פרסם את המכרז בעיתון יומי גם בשפה הערבית, הרי שיש פגם במכרז.

ההודעה על המכרז תפורסם זמן סביר לפני המועד האחרון להגשת הצעות:

31. בענייננו, מבדיקה שערכה הגב' דנה בראון, עולה כי המכרז פורסם באתר הגוף הציבורי ובמגזין הקנביס הרפואי, אתר אינטרנט, ביום 7 בספטמבר 2017 ו/או בסמוך לכך (להלן: "מועד ההודעה").

32. כאשר המועד האחרון להגשת הצעות למכרז נקבע ליום 1.10.2017 שעה 12:00.

33. דהיינו, 3 שבועות לפני המועד האחרון להגשת הצעות למכרז פורסמה רק ההודעה בגין המכרז שבנדון.

34. מועד זה איננו זמן סביר אך ורק בהתחשב בעובדה שחודש ספטמבר הוא חודש שברובו חגים בהם משרדים רבים אינם עובדים.

35. ולכן, ניכר כי שהות של 3 שבועות איננו זמן מספיק סביר בהתחשב בעובדה שאין בחודש ספטמבר שבועות מלאים של עבודה, אילו היה בחודש ספטמבר מהמועד שפורסם 3 שבועות מלאים של עבודה, ללא חופשות החגים, הרי שאז ההנחה היא שהזמן הוא סביר, אך נוכח הנסיבות בענייננו, ניכר שאין זה זמן סביר.

36. לא זו בלבד, בסעיף 4 לחוברת המכרז ובסעיף 10 לחוברת, ניתן מועד אחרון להגשת שאלות הבהרה, וזה עד ליום 4.9.2017 שעה 15:00, מצב זה לא מתיישב עם העובדה שההודעה באתר האינטרנט מגזין קנביס רפואי בגין המכרז פורסמה רק ביום 7.9.2017, שלושה ימים בחלוף המועד להגשת שאלות הבהרה, ולכן גם בכך יש כשל וראוי לברר את העניין.

המכרז במהותו מאפשר לכל גוף משפטי להגיש הצעה באמצעות רופא מטעמו:

37. סעיף 3 למבוא הנחיות חוברת המכרז קובע, כי "רשאי להגיש הצעה מציע יחיד או חברה המסוגלת לספק את שירותי הייעוץ באמצעות רופא מטעמה ולו הניסיון הדרוש כאמור במסמכי המכרז".

38. בסעיף 2 להנחיות חוברת המכרז, העוסק בהגדרות, מוגדר "מציע" כספק המעוניין להגיש הצעה למכרז זה ולספק את השירותים המפורטים, שהם בפועל שירותי ניהול ולווי של רופאים ליחידת היק"ר בשלושה תחומים, על ידי שולשה רופאים נפרדים – תחום ראשי, תחום פסיכיאטרי ותחום כללי.

39. דא עקא, בעולם הרפואה אין דבר כזה "תחום ראשי", יש התמחות ותת התמחות.

40. אם לא די בכך, אלא אף בסעיף 6.1 לתנאי המכרז, יש דרישה לקיום תנאי סף ובו בהתאם לסעיף 6.1.1.1 המציע הינו גוף משפטי מאוגד הרשם ברשם רשמי /או ע.מ. (עוסק מורשה).
41. אם כל הכבוד, "רופא" איננו "גוף משפטי", הוא אולי "אישיות משפטית", אך איננו גוף משפטי.
42. לא זו בלבד, אלא אף מעיון בהנחיות בחוברת המכרז עולה דרישה לתנאי סף מקצועיים, בהתאם לסעיף 6.2, אשר למעשה מגדיר את התחום הראשי, את התחום הפסיכיאטרי ואת התחום הכללי.
43. כפי שהבהרתי לעיל, בעולם הרפואה אין דבר כזה "תחום ראשי", ובעל תואר אקדמי בניהול מערכות בריאות איננו בהכרח רופא, זהו תואר שמקנה לבעל התואר את האפשרות לנהל מערכות בריאות, ובעל תואר בניהול מערכות בריאות יכול להיות כל אדם שסיים את המטלות האקדמיות שלו בתואר זה, אין זה חייב להיות רופא, זה יכול להיות אף עורך דין האוחז בתואר זה.
44. יתרה מזו, עוד עולה מהנחיות חוברת המכרז, כי בפועל ה"תחום הראשי" שהוגדר בתנאי סף מקצועיים זהה לתחום הכללי, בו מפורטים תחומי המומחיות של הרופאים וביניהם נוירולוגים, אונקולוגים, רפואה משפטית, רפואה פנימית, רפואה לשיכור כאב וכו'. אז מה בדיוק ההבדל? פתרונים לעורך המכרז.
45. דא עקא, בהתאם לתנאי הסף המקצועיים, עשויה להיווצר בעיה, הואיל ועשויה להיות התערבות של רופא כירורגי בתחום שאינו מומחיותו, ולכן הכללת תחום ראשי כתחום כללי, עשוי ליצור כשל בהתערבות בשיקול דעת של רופא הנעדר מומחיות בתחום רפואי מסוים, אך מוקנית לו סמכות בהתאם לתנאי המכרז ככל שיהא הזוכה במכרז כמובן.
46. כשל נוסף שעולה מתוך ההנחיות בחוברת המכרז כפי שפורסמה, הוא העובדה שהמציע הוא "גוף משפטי" ולא "גוף רפואי" בהכרח, בפועל, דבר זה יגרום למצב שבו ספק שזכה במכרז ומעסיק רופאים מטעמו, ייקבע ויחליט לרופאים בעניינים הקשורים ברפואה.
47. ולכן, מאחר והמכרז מכוון "לגוף משפטי" (ראו תנאי הסף בסעיף 6.1.1 בהנחיות לחוברת המכרז) ראוי ורצוי שתהיינה ההבהרות ברורות בעניין, לפיהן גוף משפטי אינו רשאי בעצמו בלבד להתערב בעניינים הקשורים ברפואה, אלא יש להעניק את שיקול הדעת הרפואי לרופא בלבד.
48. כמו כן, בחוברת המכרז, צוין כלהלן:
- "המשרד יקבל וישפוט רק הצעות שבהן יוצע נותן יחיד. המשרד לא יקבל הצעות שבהן מוצעים צוותים, הצעות מסוג זה ייפסלו על הסף. במידה והמציע הינו חברה המעוניינת להציע שירותים, תציג החברה נותן שירותים יחיד מטעמה שיבצע את שירותי הייעוץ".**
- דרישה זו בפועל מתנגשת עם תנאי הסף במכרז בו המכרז מכוון ל"גוף משפטי" ולא "לגוף רפואי", הואיל וצוין בהנחיות הכלליות בחוברת המכרז בסעיף 6.1.1 המציע הינו "גוף משפטי", רופא איננו גוף משפטי, הוא אישיות משפטית עצמאית, אך איננו גוף משפטי.

יתרה מזו, יש גם התנגשות עם עצם העובדה שבהתאם לתנאי המכרז רשאית חברה להגיש הצעה למכרז, אולם עצם העובדה שהצעות יוצעו ב"נותן יחיד", חברה איננה נותן שירותים יחיד, חברה היא אישיות משפטית שבעלי מניותיה התאגדו ונקבע באמצעות התקנון שלה מטרותיה וכל ענייני שירותה ופעילותיה, ולכן יש כאן הגבלה שאיננה בהכרח חוקית, כי היא מגבילה את פעילותה של החברה ל"נותן יחיד", כלומר, החברה בעצם תציג את נותן השירותים מטעמה.

החברה לא חייבת להיות בהתאם למכרז "גוף רפואי", די שהיא "גוף משפטי" ויש לה רופאים מטעמה, ואותם היא תעמיד כנותני השירות והייעוץ, כשהדרישה היא יועץ אחד – נותן יחיד.

49. מסקנה: יוצא איפוא, שכל גוף משפטי ו/או חברה רשאים בהתאם לתנאי הסף להגיש מועמדות ולהציע הצעות למכרז, די שיש להם רופא מטעמם אשר יספק את שירותי הייעוץ והלווי.

50. כשל נוסף הוא הכשל של ניגוד עניינים, בסעיף 17 בהנחיות הכלליות בחוברת המכרז, משום מה לא מצאתי כל התייחסות לכך, שאנשי היק"ר דהיום המצויים בו ו/או כל מי שיש לו נגיעה במשרד הבריאות כאיש ציבור ו/או כעובד בין במשרד הבריאות ובין ביק"ר אינו רשאי להגיש הצעות למכרז, בין במישרין ובין בעקיפין באמצעות חברות אליהן הם קשורים, ועניין זה רצוי מאוד להבהיר ולחדד.

51. כל האמור זה בקליפת האגוז בטרם צללתי למעמקי ולדקויות נוספות, אך אלו עיקרי הדברים שבשלב זה ראוי לבדוק אותם ולטפל בהם בהתאם כדי להביא לידי מכרז פומבי תקין, שקוף והוגן.

בכבוד רב ובברכה,
יסמין מזרחי, עו"ד