



**מתי יינתן לקבלן זר פטור מתחולת ההסדר הכללי החל על רישום קבלנים בישראל, לצורך
התמודדותו במכרז בינלאומי שהתפרסם בישראל?**

לקוחות יקרים,

בעדכון זה נסקור בפניכם את עיקרי פסק דינו התקדימי של בית המשפט העליון (כב' השופטים ברק-ארז, גרוסקופף וכנפי-שטייניץ) בבג"ץ 8696/22 **אברהם יצחק בע"מ נ' מדינת ישראל - שר הבינוי והשיכון** (20.7.2023), בגדרו בית המשפט דן לראשונה בפרשנות סעיף 14א לחוק רישום קבלנים לעבודות הנדסה בנאיות, תשכ"ט-1969, המאפשר לשר הבינוי והשיכון לפטור חברות קבלניות זרות המשתתפות במכרזים בארץ מהחובות הקבועות בחוק רישום קבלנים, על מנת לאפשר שילובם של תאגידי זרים בביצוע פרויקטים של בניה ותשתיות באמצעות מתן פטור מהחובות המוטלות על קבלנים לפי חוק רישום קבלנים.

בפסק הדין ניתח בית המשפט העליון את התנאים המצטברים שבהתקיימם "רשאי השר לפטור" את הקבלן מתחולת חוק רישום הקבלנים, וקבע מספר קביעות תקדימיות:

התנאי הראשון לקבלת הפטור הוא כי התאגיד יוכיח שמקום עסקו של התאגיד מחוץ לישראל - תנאי זה כפי שקבע ביהמ"ש אינו מחייב **היעדר כל פעילות עסקית בישראל** - עצם קיומה של פעילות מסוימת ומתוחמת בישראל, לצד פעילות עסקית ענפה מחוצה לה, אינו שולל את האפשרות למתן פטור. וכך, גם חברה זרה שקיבלה בעבר פטורים ביחס לפרויקטים מסוימים בהם היא השתתפה בישראל, יכולה (כתלות בנסיבות) לבקש ולקבל פטור. יחד עם זאת, **חברה זרה שנרשמה בפנקס הקבלנים (גם אם בסיווג נמוך) לא תזכה לקבלת פטור.**

התנאי השני לקבלת הפטור הוא כי התאגיד יוכיח כי אין לו מקום עסקים רשום בישראל - בהקשר לתנאי זה קבע ביהמ"ש כי רישום של חברה זרה ברשם החברות כחברת חוץ (לפי סעיף 346 לחוק החברות) אינו שולל את התקיימות התנאי כי "אין לו מקום עסקים רשום בישראל"; אדרבא, חובת הרישום של חברה זרה כחברת חוץ דווקא מלמדת כי היא אינה מאוגדת בישראל, אלא מחוצה לה, כך שהרישום עשוי להוות אינדיקציה לכך שמרכז עסקיה איננו בישראל.

התנאי השלישי לקבלת הפטור הוא כי מדובר במכרז "בין לאומי" - בהקשר לתנאי זה קבע ביהמ"ש כי מכרז ייחשב כמכרז בינלאומי אם הוא היה פתוח להשתתפות ספקים זרים, גם אם המכרז פורסם בעברית.

עוד הבהיר ביהמ"ש העליון כי **על החברה הזרה להגיש את בקשת הפטור לפני הגשת הצעתה במכרז, כתנאי סף להגשת ההצעה**; ולכל הפחות מייד עם הגשת ההצעה, תוך הצגת אסמכתא על הגשת הפטור לעורך המכרז. מנקודת מבטה של המדינה, יש לדון ולהכריע בבקשת הפטור בטרם יודעו תוצאות המכרז.

לפירוט נוסף ולהרחבה, ראו להלן:

עניינו של פסק הדין בעתירה שהגישה מציעה במכרז של מקורות, כנגד החלטת שר הבינוי והשיכון לפטור את הזוכה במכרז - החברה הסינית China Railway Tunnel Group Co. ("CRTG") - מתחולת חוק רישום קבלנים, ובכלל זה, החובה להירשם בפנקס הקבלנים.

סעיף 14א לחוק רישום קבלנים קובע שבהתקיים 3 התנאים הבאים, רשאי השר לפטור את הקבלן הזר מתחולת החוק: **הראשון**, מדובר ב"קבלן שמקום עסקו מחוץ לישראל"; **השני**, "אין לו מקום עסקים רשום בישראל"; **והשלישי**, הפטור מתבקש ביחס ל"ביצוע עבודות הנדסה בנאיות שבגדר מכרז בין-לאומי שהוא מבקש להשתתף בו".

העותרת טענה, בין היתר, כי CRTG אינה עומדת בתנאים המצטברים הקבועים בסעיף 14א לחוק רישום קבלנים, ולכן יש לבטל את החלטת הפטור; ככל שהעתירה הייתה מתקבלת, משמעות הדבר הייתה ש-CRTG לא הייתה עומדת בתנאי הסף למכרז, וההחלטה על זכייתה הייתה מתבטלת.

טענה זו של העותרת התבססה, בין היתר, על כך שבעת הגשת בקשת הפטור על ידי CRTG היא הייתה רשומה בפנקס הקבלנים (הגם שבסיווג קבלני נמוך), והיא נמחקה מהפנקס רק לאחר קבלת הפטור; ש-CRTG נרשמה במרשם החברות בישראל כחברת חוץ זמן רב לפני הגשת ההצעה במכרז; שהמכרז התנהל בעברית בלבד, ועל כן לטענת העותרת לא היה מכרז בינלאומי; וש-CRTG ביקשה וקיבלה את הפטור רק לאחר זכייתה במכרז.

בית המשפט דחה את העתירה בשל שיהוי אובייקטיבי שנפל בהגשתה; אך החליט לעמוד על פרשנות תנאי סעיף 14א לחוק רישום קבלנים, ולתת קווים מנחים ליישומו.

בפתח הדברים, בית המשפט קבע, כי תכלית הסעיף לאפשר לתאגידים זרים להשתלב בביצוע פרויקטים של בנייה ותשתיות, באמצעות מתן פטור מהחובות המוטלות על קבלנים לפי חוק רישום קבלנים, בהן חובת רישום בפנקס הקבלנים, אשר מהווה תנאי סף להשתתפות במכרז שנערך על ידי חברה ממשלתית. המטרה של פטור זה, היא לעודד השתתפות של תאגידים זרים גדולים במכרזים שעניינם עבודות מורכבות ורחבות היקף, על מנת להגביר את התחרות בהיבטים של מחיר, ידע, שיטות עבודה ויכולות הנדסיות.

על רקע תכליות אלה, פנה בית המשפט לפרשנות תנאי סעיף 14א לחוק רישום קבלנים:

אשר לתנאי הראשון שעניינו "מקום עסקו מחוץ לישראל"; בית המשפט קבע כי אין הכרח להוכיח שאין לקבלן הזר כל פעילות עסקית מכל סוג שהוא בישראל, אלא עליו להראות כי חלק הארי של פעילותו העסקית מתקיים מחוץ לגבולות המדינה. לצורך כך, ניתן להסתפק בממצאים כמו אישור על התאגדות החברה מחוץ לישראל, רשימת פרויקטים שאותם היא מבצעת בהתאם למיקומם הגיאוגרפי, היקפם של הפרויקטים, ניהול חשבונות מחוץ לישראל ועוד.

עוד בהקשר זה קבע בית המשפט כי בחירה של חברה זרה להירשם בפנקס הקבלנים יכולה להעיד כי לא קיימת הצדקה אמיתית, מבחינת שיקולי מדיניות ועידוד תמריצים, לתת לה פטור מהוראות החוק, גם אם מדובר ברישום בסיווג נמוך, שאינו מאפשר לה להתמודד במכרז. על כן, בעתיד לא יינתן פטור לחברה זרה שנרשמה בפנקס הקבלנים.

לצד זאת, העובדה שחברה זרה קיבלה בהזדמנויות שונות בעבר פטור לפי סעיף 14א אינה שוללת את זכאותה לבקש פטור נוסף. בית המשפט קבע כי מסקנה זו מתיישבת עם תכלית הסעיף, שכן הניסיון, הידע

והמומחיות המצויים ברשות הקבלן הזר - מוסיפים להיות רלוונטיים גם בפעמים נוספות שבהן יתבקש הפטור. עם זאת, ככל שיתברר כי פעילותו העסקית של מבקש הפטור בישראל גוברת בעוד שפעילותו העסקית מחוצה לה פוחתת, ניתן יהיה לטעון כי הוא אינו עומד עוד בתנאי "מקום עסקו מחוץ לישראל".

אשר לתנאי השני שעניינו "אין לו מקום עסקים רשום בישראל"; רישום חברה זרה ברשם החברות כחברת חוץ (לפי סעיף 346 לחוק החברות) אינו שולל את התקיימות התנאי כי "אין לו מקום עסקים רשום בישראל"; אדרבא, חובת הרישום של חברה זרה כחברת חוץ דווקא מלמדת כי היא אינה מאוגדת בישראל, אלא מחוצה לה, כך שהרישום עשוי להוות אינדיקציה לכך שמרכז עסקיה אינו בישראל. יחד עם זאת, השאלה מה ייחשב ל"מקום עסקים רשום בישראל" לצורך סעיף 14א (מעבר לסוגיית רישום כחברת חוץ לפי חוק החברות) לא הוכרעה בנסיבות העתירה, ועל כן היא נותרה כשאלה פתוחה.

אשר לתנאי השלישי "מכרז בינלאומי"; בית המשפט קבע כי מדובר בעניין עובדתי, קרי אם המכרז היה פתוח לגורמי חוץ הרי שהיה זה מכרז בין-לאומי.

אשר לעיתוי הגשת בקשת הפטור והמועד הראוי לדיון בה; בית המשפט קבע כי הפרקטיקה לפיה חברות זרות מגישות בקשות פטור לפי סעיף 14א רק לאחר זכייתן במכרזים אינה מתיישבת עם לשון הסעיף, ואף אינה עולה בקנה אחד עם התכליות הכלליות של דיני המכרזים. משכך, קבלן זר המבקש לקבל פטור לפי סעיף 14א לחוק נדרש להגיש את בקשתו **כתנאי סף להשתתפותו במכרז**, או מיד בסמוך להגשת הצעתו, תוך הצגת אישור לעורך המכרז באשר להגשתה; ואילו **השר יכריע בבקשת הפטור בטרם יוכרעו תוצאות המכרז**.

קביעה זו תמנע חשש שההכרעה בבקשת הפטור תושפע משיקולי יעילות כלכלית של עורך המכרז, אם השר יידע מראש כי הצעתו של הקבלן הזר היא הזולה ביותר; ומאידך, מבטיחה שיקולי יעילות שוויון במכרז עצמו: היא תמנע מצב שבו המכרז כולו ירד לטמיון אם בקשת הפטור לא תתקבל לאחר שהקבלן הזר הוכרז כזוכה במכרז; ומנגד, מניעת חשש שקבלן זר שיזכה במכרז, בכפוף לקבלת אישורו של השר, יחזיק ב"כרטיס יציאה" מן המכרז, שאותו ינצל בהתאם לנסיבות שישררו באותה עת.

מחלקת ליטיגציה פישר (FBC & Co.)

למידע נוסף אנו עומדים לרשותכם בכל שאלה או הבהרה ונשמח לסייע ככל הנדרש.

tturjeman@fbclawyers.com

מייל

עו"ד תמר תורג'מן קדם

ccohen@fbclawyers.com

מייל

עו"ד חן כהן

ובטלפון 03-5266919