

# רכש ציבורי ירוק: לקחים ומסקנות לבאות

מאת

אליאור כורם\*

## תקציר

בשנים האחרונות הולכה וגוברת ההשקפה שלפיה ניתן לרתום את הרכש הציבורי לקידום מדיניות ציבורית רחבה החורגת מהמטרות הקלאסיות שלו. השימוש ברכש ציבורי לקידום מדיניות, כגון עידוד חדשנות, פיתוח עסקים קטנים ובינוניים, הגנה על זכויות עובדים ועוד, הופך יותר ויותר לתופעה גלובלית. מאמר זה מבקש להראות כיצד הרכש הציבורי יכול להירתם גם להגנה על הסביבה, ולהסביר מהם השיקולים המנחים בעיצוב הליכי רכש ציבורי של מוצרים ידידותיים לסביבה – רכש ציבורי ירוק (Green Public Procurement).<sup>1</sup> התרומה המרכזית שמבקש המאמר להשיא טמונה בקיבוץ הלקחים והמסקנות העדכניים בנושא לכדי רשימה אחת ולכדי מסד להמשך פיתוחו בישראל.

2.....	<b>מבוא</b>
3.....	<b>א. רכש ירוק כמדיניות רכש ציבורי</b>
3.....	1. מדיניות חברתית ברכש ציבורי
5.....	2. מדיניות רכש ציבורי ירוק – התפתחויות בעולם ובישראל
10.....	3. רכש ציבורי ירוק כמדיניות סביבתית משלימה
13.....	<b>ב. אסטרטגיות רכש ציבורי ירוק</b>
14.....	1. אסטרטגיה ראשונה – מדיניות חיסכון סביבתי
14.....	2. אסטרטגיה שנייה – מדיניות הפנמה סביבתית
16.....	3. אסטרטגיה שלישית – מדיניות חדשנות סביבתית
17.....	4. אסטרטגיה רביעית – מדיניות סביבתית כדוגמה

---

עו"ד; סטודנט לתואר שלישי במשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. ברצוני להודות למערכת כתב העת ולשופט/ת החיצוני/ת על הערותיהם החשובות למאמר. בכל מקום שנאמר "מוצר" או "מוצרים" במאמר זה, הכוונה היא גם לשירותים או לעבודות, לפי העניין.

\*

1

5.	שילוב אסטרטגיות.....	18
6.	אסטרטגיות הממשלה בישראל.....	19
<b>ג.</b>	<b>טכניקות לביצוע רכש ציבורי ירוק.....</b>	<b>20</b>
1.	קריטריון סביבתי כקריטריון לביצוע.....	21
2.	קריטריון סביבתי כקריטריון לסינון.....	22
3.	קריטריון סביבתי כקריטריון לזכייה.....	23
<b>ד.</b>	<b>רכש ציבורי ירוק בישראל – סמכות, סבירות ומידתיות.....</b>	<b>25</b>
1.	על הסמכות לבצע רכש ציבורי ירוק.....	25
2.	סבירות ומידתיות רכש ציבורי ירוק.....	31
3.	ארבע פרשות מדריכות – אירופה וארה"ב.....	34
<b>סיכום</b>	<b>.....</b>	<b>38</b>

## מבוא

רכש ציבורי ירוק (Green Public Procurement) מהווה היום כלי מדיניות מוכר ומקובל לקידום ההגנה על הסביבה. ההכרה ההולכת והגוברת בכך שניתן לרתום את הרכש הציבורי להגשמת מדיניות חברתית לצידה של מדיניות כלכלית, הובילה באופן טבעי לתובנה שניתן לעשות שימוש ברכש הציבורי לטובת הסביבה. רכש ציבורי ירוק מהווה היום תופעה גלובלית. הוא נושא לדיון באו"ם ובארגון הסחר העולמי, וכן במדינות אירופה, בארה"ב ובמקומות רבים נוספים. עם זאת, זהו נושא מורכב המעלה שאלות חשובות: האם יש מקום למדיניות רכש ציבורי ירוק לצד כלי מדיניות אחרים לשמירה על הסביבה? אילו אסטרטגיות ניתן לנקוט באמצעות מדיניות רכש ציבורי ירוק? כיצד ניתן להטמיע וליישם מדיניות רכש ציבורי ירוק בהליכי הרכש? ואילו עקרונות משפטיים תוחמים את שיקול הדעת בעיצובם של הליכי רכש ציבורי ירוק? אלה אך מקצת השאלות הסובבות את הנושא.

בישראל, הרכש הממשלתי עומד על היקף נרחב של כ-15% מהתוצר המקומי הגולמי (GDP).<sup>2</sup> נוסף על כך, הממשלה כבר מכירה בפוטנציאל רתימת הרכש הציבורי לקידום מדיניות סביבתית. לפיכך, חשוב לפתח את הדיון בנושא בהקשר הישראלי. מאמר זה מבקש אפוא להוות אבן דרך לנושא הרכש הציבורי הירוק בישראל. רכש ציבורי ירוק אינו נושא חדש ומאמר זה אינו מתיימר להציפו לראשונה. מטרתו המרכזית של המאמר היא לדון במרוכז בלקחים ובמסקנות העדכניים בנושא, כדי שאלה ישמשו "לבנה" עליה ניתן יהיה להמשיך ולבנותו בישראל.

מבנה המאמר הוא כדלקמן: הפרק הראשון מראה תחילה כי הגשמת מדיניות חברתית באמצעות הרכש הציבורי היא דבר נהוג ומקובל. לאחר מכן, הפרק סוקר את ההתפתחויות בעולם ובישראל בנוגע לקידום מדיניות רכש ציבורי ירוק, וכן דן במקומה

<sup>2</sup> OECD, GOVERNMENT AT A GLANCE, 163 (2021) (לפי מתודולוגיית החישוב שם). היקף הרכש של משרדי הממשלה ויחידות הסמך (ללא גופים ציבוריים אחרים) עומד על כ-30 מיליארד ש"ח (משרד האוצר, דו"ח הרכש הממשלתי (2020); משרד האוצר, דו"ח הרכש הממשלתי (2019)).

של המדיניות כמדיניות סביבתית משלימה. הפרק השני פונה לגופים ציבוריים הקובעים או מיישמים מדיניות. הפרק מפרט, באופן בלתי ממצה, אילו אסטרטגיות רכש ציבורי ירוק ניתן לנקוט – מדיניות חיסכון סביבתי, מדיניות הפנמה סביבתית, מדיניות חדשנות סביבתית ומדיניות סביבתית כדוגמה. כמו כן, הפרק נוגע באפשרות שילוב האסטרטגיות ובאפיון אסטרטגיות הממשלה בישראל. הפרק השלישי פונה לעורכי ולמנסחי הליכי רכש ציבורי. הפרק דן בשאלה כיצד ניתן להטמיע קריטריונים סביבתיים בתנאי הביצוע, בתנאי הסף או באמות המידה לזכייה של הליכי רכש ציבורי. הפרק הרביעי והאחרון פונה למשפטן. ראשית הפרק דן בסמכות לבצע רכש ציבורי ירוק בישראל. בהמשך לכך הפרק מזכיר ומסביר כי עקרון הסבירות ועקרון המידתיות מלווים וגודרים את שיקול הדעת בקביעת קריטריונים סביבתיים בהליכי רכש ציבורי בישראל. בסוף הפרק מוצגות ארבע פרשות מאירופה ומארה"ב מהן ניתן לקבל השראה לגבי הסמכות, הסבירות או המידתיות של הצבת קריטריון סביבתי בהליכי רכש ציבורי.

## א. רכש ירוק כמדיניות רכש ציבורי

### 1. מדיניות חברתית ברכש ציבורי

מערכת הרכש הציבורי היא המנגנון הכולל שבאמצעותו מבצע גוף ציבורי רכש. המערכת אמונה על איתור הצורך ברכש, תכנון הרכש ותקצובו, בחירת הליכי הרכש ועיצובם, ניסוח הסכם הרכש, ניהול ההסכם ועוד.<sup>3</sup> מערכת הרכש הציבורי מיועדת למלא אחר צרכי הגוף הציבורי, ואילו הצרכים עצמם מוכתבים מפעילות הגוף, מתפקידיו, מסמכויותיו וממדיניותו.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> ראו למשל המבנה הכללי של הוראות התכ"ם 7 "התקשרויות ורכישות" (2012); ושל ה-Federal Acquisition Regulation בארה"ב (להלן: FAR).

<sup>4</sup> כך כאשר משרד הביטחון מבקש להקים ולהפעיל קריית מודיעין לצה"ל בנגב או לתת שירותי הבראה וטיפוליים לנכי צה"ל ומשרד הביטחון. כך כאשר משרד הרווחה מבקש לספק שירותי הדרכה וליווי לאזרחים נזקקים או להפעיל פנימיות לילדים ולבני נוער בסיכון. כך כאשר משרד התחבורה מבקש להעביר קורסי ריענון ונהיגה נכונה לנהגים. כך כאשר המשרד לפיתוח הפריפריה, הנגב והגליל מבקש להקים פארקים מדעיים לילדים. כך כאשר עיריית ירושלים מבקשת לבצע עבודות אחזקה ושיקום של גשרים, מנהרות ומבני דרך ברחבי העיר. וכך כאשר עיריית באר שבע מבקשת להעניק הסעות לתלמידים ולמורים, או לקבל שירותי ניקיון במוסדות חינוך ותרבות בעיר (ע"מ 4331/21 שפיר קריית המודיעין בע"מ נ' מדינת ישראל - משרד הביטחון (נבו) 23.11.2021); ע"מ 5525/13 אשת שירותי תירות בע"מ נ' משרד הביטחון (נבו) 19.5.2014); ע"מ 1338/21 חנן אום אלפחם, חברה למתן שירותי בית ורווחה בע"מ נ' משרד העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים (נבו) 6.10.2021); ע"מ 5655/20 מירב ילדים ונוער "אהבה" עמותה לקידום ילדים, נוער וצעירים בסיכון נ' מדינת ישראל משרד הרווחה (נבו) 9.2.2021); ע"מ 8422/17 מדינת ישראל - משרד התחבורה נ' המועצה הלאומית למניעת תאונות דרכים (נבו) 8.2.2021); ע"מ 3847/20 איי.בי.איי גן המדע

מערכות רכש ציבורי בעולם נוהגות לשים לנגד עיניהן את עקרון השאת הערך הכלכלי של הרכש.<sup>5</sup> נוסף על כך, מקובל כי מערכות אלה נוהגות בין היתר על פי העקרונות הקלאסיים הבאים: שוויון או אי-הפליה, יושרה (integrity), טוהר מידות, אחריותיות (accountability), הסרת חסמי מסחר, יעילות, הגינות, שקיפות, מידתיות, שמירה על אמון הציבור, עידוד תחרות ואף עוד.<sup>6</sup> עם זאת, בשנים האחרונות הולכת וגוברת הפרספקטיבה שלפיה הרכש הציבורי יכול להגשים עקרונות נוספים, ולסייע בקידום מדיניות ציבורית רחבה יותר (horizontal policies או collateral policies). כלומר, לקדם מטרות ציבוריות כלליות החורגות מהמטרות הממוקדות של גוף ציבורי כזה או אחר. קיימת תופעה גלובלית הרואה ברכש הציבורי כלי שניתן לרתום אותו לקידום מדיניות חברתית-כלכלית, כגון עידוד חדשנות, קידום עסקים קטנים ובינוניים, הגנה על זכויות עובדים, קידום תוצרת מקומית, קידום מעמד האישה, שמירה על זכויות אנשים עם מוגבלות ועוד.<sup>7</sup>

תופעה זו לא פסחה על מערכת הרכש הציבורי בישראל. חקיקת המכרזים, המהווה את ההסדר העיקרי לרכש הציבורי בישראל, אף היא מבקשת לקדם מדיניות חברתית-כלכלית החורגת מהגשמה של העקרונות הקלאסיים של הרכש הציבורי.<sup>8</sup> קיימות דוגמאות רבות לכך. חקיקת המכרזים מבקשת להתאים את ההתקשרויות של גופים

בע"מ נ' המשרד לפיתוח הפריפריה, הנגב והגליל (נבו) 26.1.2021; עע"מ 7230/19 גילי ויואל עזריה בע"מ נ' בן ארי תל רם פרוייקטים בע"מ (נבו) 26.5.2020; עע"מ 6441/17 המוביל הדרומי צביקה (1990) בע"מ נ' עיריית באר שבע (נבו) 23.8.2017; עע"מ 6861/11 י.א. אחזקה ושירותים בע"מ נ' עיריית באר שבע (נבו) 26.8.2015.

באנגלית: "best value for money" או "most economically advantageous".

Steven L. Schooner, *Desiderata: Objectives for a System of Government Contract Law*, Omer Dekel, *The Legal Theory of Competitive*; 11 PUB. PROCURE. L. REV. 103 (2002)  
Sue Arrowsmith, *Bidding for Government Contracts*, 37 PUB. CONT. L. J. 237 (2008)  
*The Purpose of the EU Procurement Directives: Ends, Means and the Implications for National Regulatory Space for Commercial and Horizontal Procurement Policies*, 14 CAMBRIDGE YEARBOOK OF EUROPEAN LEGAL STUDIES 1-47 (2012)

Sue Arrowsmith, *Horizontal Policies in Public Procurement: a Taxonomy*, 10(2) J.

Sue Arrowsmith, *European Communities: the Legality of*; PUB. PROCURE. 149 (2010)

"Secondary" Procurement Policies Under the Treaty of Rome and the Works Directive,

Dee Davenport, *Social and Environmental*; 6 PUB. PROCURE. L. REV. 408 (1992)

*Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions*, 5 PUB.

R.B. Watermeyer, *Facilitating Sustainable*; PROCURE. L. REV. 175 (2011)

*Development Through Public and Donor Procurement Regimes: Tools and Techniques*,

European Commission, *Strategic Public*; 1 PUB. PROCURE. L. REV. 30 (2005)

*Procurement: Facilitating Green, Inclusive and Innovative Growth*, 3 EUR. PROCURE.

& PUB. PRIV. PARTNER. L. REV. 219 (2017).

לתיאור התפתחות מטרות המכרז הציבורי בישראל ראו: אליאור כורם "פרשנות תכליתית

של המכרז הציבורי – מתודולוגיה "משפט וממשל" כה (צפוי להתפרסם ב-2023).

ציבוריים לעסקים זעירים, קטנים או בינוניים;<sup>9</sup> לעודד השתתפות של נשים במגזר העסקי;<sup>10</sup> לקדם ולפתח את התעשייה המקומית בישראל;<sup>11</sup> לקדם עסקים באזורים מרוחקים ובאזורי קו עימות;<sup>12</sup> לקדם את ההגנה על זכויות עובדים;<sup>13</sup> וכן מבקשת להבטיח ייצוג הולם בעסקים לאנשים עם מוגבלות.<sup>14</sup>

## 2. מדיניות רכש ציבורי ירוק – התפתחויות בעולם ובישראל

אולי יותר מכל, הרכש הציבורי "סומן" ככלי מרכזי שניתן לעשות בו שימוש לשמירה על הסביבה ולהתמודדות עם שינויי האקלים.<sup>15</sup> באו"ם, בפסגה העולמית בנושא פיתוח בר-קיימא שהתקיימה בשנת 2002 ביוהנסברג, הוחלט לקדם קווי מדיניות אשר מעודדים פיתוח והפצה של רכש ציבורי ידידותי לסביבה.<sup>16</sup> בעקבות הפסגה הוקם כוח משימה מיוחד לקידום הנושא;<sup>17</sup> ובהמשך לכך, בשנת 2015 אימץ האו"ם אג'נדה לפיתוח בר-קיימא, כאשר אחד מהיעדים שנקבעו הוא פיתוח פרקטיקות של רכש ציבורי בר-קיימא.<sup>18</sup> ארגון הסחר העולמי שם דגש על רכש ציבורי ירוק בשנת 2012, על ידי תיקון הסכם הרכישות הממשלתיות (GPA). במסגרת תיקון זה הובהר כי המדינות החברות רשאיות לפעול לשימור משאבים טבעיים ולהגנה על הסביבה באמצעות רכש ציבורי, וכן הן רשאיות להביא בחשבון קריטריונים סביבתיים לצורך

<sup>9</sup> ס' 2א(18) ו-12 לחוק חובת המכרזים, תשנ"ב-1992, ס"ח 114. ראו גם: הוראת תכ"ם 7.11.7 "שילוב עסקים זעירים, קטנים ובינוניים במכרזים ממשלתיים" (9.1.2017); החלטה 3409 של הממשלה ה-32 "עידוד פעילותם של עסקים קטנים ובינוניים בישראל" (3.7.2011).

<sup>10</sup> ס' 2ב לחוק חובת המכרזים, שם.

<sup>11</sup> ס' 3א(א) לחוק חובת המכרזים, לעיל ה"ש 9; תקנות חובת המכרזים (העדפת תוצרת הארץ), תשנ"ה-1995, ק"ת 562 (להלן: תקנות העדפת תוצרת הארץ); תקנות חובת המכרזים (חובת שיתוף פעולה תעשייתי), תשס"ד-2007, ק"ת 826.

<sup>12</sup> ס' 3א(1) לחוק חובת המכרזים, לעיל ה"ש 9; תקנות חובת המכרזים (העדפת תוצרת מאזורי עדיפות לאומית), תשנ"ח-1998, ק"ת 1020.

<sup>13</sup> תק' 6(א)-(3)-(4), א6, 16(ד), 20(ד), 22(6), 24(א)-(6)-(7) ו-42א(ב) לתקנות חובת המכרזים, תשנ"ג-1993, ק"ת 826 (להלן: תקנות חובת המכרזים).

<sup>14</sup> תקנה 6(א)(3) לתקנות חובת המכרזים, שם.

<sup>15</sup> לסקירה ראו: Francesco Testa, Fabio Iraldo, Marco Frey & Tiberio Daddi, *What Practices? New Factors Influence the Uptake of GPP (Green Public Procurement Evidence from an Italian Survey)*, 82 ECOL. ECON. 88 (2012).

<sup>16</sup> World Summit on Sustainable Development, *Plan of Implementation of the World Summit on Sustainable Development*, §19(c) (2002).

<sup>17</sup> UNEP, *Paving the Way for Sustainable Consumption and Production: the Marrakech Process Progress Report*, §§ 51 (2011); UNEP, *Marrakech Task Force on Sustainable Public Procurement led by Switzerland* (May 2011).

<sup>18</sup> *Sustainable Public Procurement*, G.A. RES. 70/1 (Sep. 25, 2015); להרחבה נוספת ראו: UNEP, <https://www.unep.org/explore-topics/resource-efficiency/what-we-do/sustainable-public-procurement> (last visited Feb. 13 2023).

הערכת הצעות ספקים.<sup>19</sup> בקהילה האירופאית כיוון זה תפס תאוצה לאחר פרסום מסמך הנציבות האירופאית בנוגע לפוטנציאל של רכש ציבורי ירוק (2008),<sup>20</sup> התכנית האסטרטגית של הקהילה לצמיחה חכמה ובת-קיימא (2010),<sup>21</sup> ומסמך המדיניות בדבר מודרניזציה של הרכש הציבורי באירופה (2011).<sup>22</sup> בשנת 2014 אף תוקנה הדירקטיבה האירופאית לרכש ציבורי, וניתנה לגיטימציה (יותר) ברורה לקידום מדיניות סביבתית דרך רכש ציבורי.<sup>23</sup> שיקולים סביבתיים אינם זרים גם למערכת הרכש הפדראלית

19 Revised Agreement on Government Procurement, Art. X.6 (March 30, 2012): "For greater certainty, a Party, including its procuring entities, may, in accordance with this Article, prepare, adopt or apply technical specifications to promote the conservation of "The evaluation criteria set : Art. X.9 וגם ; natural resources or protect the environment" out in the notice of intended procurement or tender documentation may include, among others, price and other cost factors, quality, technical merit, environmental Luca Tosoni, *The Impact of the Revised WTO ; characteristics and terms of delivery*" Government Procurement Agreement on the EU Procurement Rules from a Sustainability Perspective, 1 EUR. PROCURE. & PUB. PRIV. PARTNER. L. REV. 41, 47 (2013).

20 European Commission, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Public procurement for a Better Environment* (2008) המסמך מפרט על פוטנציאל השימוש ברכש ציבורי ירוק באירופה, ככלי מדיניות, ומספק הנחיות לשימוש בכלי זה.

21 European Commission, *Europe 2020: A Strategy for Smart, Sustainable and Inclusive Growth* (2010) (להלן: מסמך האסטרטגיה). אחת מהמטרות המרכזיות שמונה מסמך האסטרטגיה היא צמיחה בת-קיימא (sustainable growth). להגשמת המטרה המסמך מצייין כי יש לעודד שימוש נרחב יותר ברכש ציבורי ירוק (שם, בעמ' 14).

22 European Commission, *Green Paper: on the Modernisation of EU Public Procurement Policy* (2011). מסמך זה מפרט צעדים להגשמת היעדים שנקבעו במסמך האסטרטגיה, שם, ובכלל זה השימוש ברכש ציבורי לטובת מטרות חברתיות, כגון הגנה על הסביבה; Beatriz M. Romera & Roberto Caranta, *EU Public Procurement Law: Purchasing Beyond Price in the Age of Climate Change*, 3 EUR. PROCURE. & PUB. PRIV. PARTNER. L. REV. 281, 287 (2017).

23 Council Directive 2014/24 O.J. (L 94/65) Rec. 2 (EU): "Public procurement plays a key role in the Europe 2020 strategy as one of the market-based instruments to be used to achieve smart, sustainable and inclusive growth while ensuring the most efficient use of "Article 11 TFEU requires that environmental protection : Rec. 91 וגם ; public funds" requirements be integrated into the definition and implementation of the Union policies and activities, in particular with a view to promoting sustainable development. This Directive clarifies how the contracting authorities can contribute to the protection of the environment and the promotion of sustainable development, whilst ensuring that they Marta Andhov, *Contracting ; can obtain the best value for money for their contracts*" Authorities and Strategic Goals of Public Procurement – A Relationship Defined by Discretion?, in DISCRETION IN EU PUBLIC PROCUREMENT LAW : להרחבה נוספת ראו : (Sanja Bogojević, Xavier Groussot & Jörgen Hettne eds., 2019). Green Public Procurement, EUROPEAN COMMISSION, [https://ec.europa.eu/environment/gpp/index\\_en.htm](https://ec.europa.eu/environment/gpp/index_en.htm) (last visited Feb 13, 2023)

**בארה"ב.** קידום הנושא בממשל הפדראלי נעשה באמצעות צווים נשיאותיים,<sup>24</sup> ובאמצעות תקנות הרכש הפדראליות הכוללות פרק מיוחד המפרט הוראות כיצד לקדם את תכניות הממשל להגנה על הסביבה.<sup>25</sup>

**בישראל,** בעקבות פסגת האו"ם בשנת 2002, קיבלה הממשלה החלטה לערוך "תכנית אסטרטגית לפיתוח בר-קיימא בישראל" עד לשנת 2020.<sup>26</sup> בתוך כך הוטל על משרד האוצר להתייחס בתוכניתו ל"בחירת מתן עדיפות ל'רכישה ירוקה' באמצעות דרישות סביבתיות שיוטמעו במכרזי החשב הכללי". כמו כן לצד זאת, על המשרד להגנת הסביבה הוטל להתייחס ל"פיתוח וקביעת שיטות להטמעת עלויות חיצוניות סביבתיות בהערכת פרויקטים לאומיים, בשיתוף עם משרד האוצר".<sup>27</sup> כעשור לאחר מכן, בשנת 2011, החליטה הממשלה לקדם תכנית לאומית לצמיחה ירוקה בישראל לשנים 2012-2020, והטילה את משימת הכנת התכנית על המשרד להגנת הסביבה ומשרד הכלכלה.<sup>28</sup> ואמנם, במסמך הסוקר את התכנית הלאומית לצמיחה ירוקה, אשר פורסם בשנת 2013, נכלל פרק המסביר על אחד המרכיבים המרכזיים של התכנית - "קידום רכש ירוק".<sup>29</sup>

במקביל לאלה, בשנת 2009 תוקנו תקנות חובת המכרזים, והוספה להן הוראה המסמיכה את החשב הכללי לקבוע בהוראות התכ"ם (תקנון כספים ומשק) "הוראות בעניין עידוד טובין ותאגידים בעלי תקן סביבתי בהתקשרויות של משרדים".<sup>30</sup> נוסף על כך, בסוף שנת 2009 קיבלה הממשלה החלטה בדבר השפעת עבודת הממשלה על

24 Jerrell D. Coggburn & Dianne Rahm, *Environmentally Preferable Purchasing: Who is Steven L. ; Doing What in the United States?*, 5(1) J. PUB. PROCURE. 23 (2005) Schooner & Evan Matsuda, *Sustainable Procurement: Building Vocabulary to Accelerate the Federal Procurement Conversation*, GWU LEGAL STUDIES RESEARCH PAPER NO. 2021-44 (2021).

25 FAR, לעיל ה"ש 3, חלק 23; הסוכנות להגנת הסביבה בארה"ב (EPA) אף אמונה על פרסום הנחיות וקריטריונים לביצוע רכש ירוק על ידי הממשל: *Sustainable Marketplace: Greener Products and Services*, EPA, <https://www.epa.gov/greenerproducts/buying-green-federal-purchasers> (last visited Feb. 13 2023); וראו גם הנחיות ה-U.S. General Service Administration (GSA): *Green Products, Services and Vehicles*, GSA, <https://www.gsa.gov/governmentwide-initiatives/climate-action-and-sustainability/buy-green-products-services-and-vehicles> (last visited Feb. 13 2023).

26 החלטה 246 של הממשלה ה-30 "תוכנית אסטרטגית לפיתוח בר-קיימא בישראל" (14.5.2003).

27 אך ראו סקירה של יישום ההחלטה: מרכז המחקר והמידע של הכנסת, **עשור להחלטת הממשלה בדבר תוכנית אסטרטגית לפיתוח בר-קיימא: סקירת סוגיות מרכזיות בנושא סביבה ופיתוח בר-קיימא (2013)**.

28 החלטה 3768 של הממשלה ה-32 "תכנית לאומית לצמיחה ירוקה" (23.10.2011).  
29 המשרד להגנת הסביבה ומשרד הכלכלה, **צמיחה ירוקה: מחברים בין כלכלה לבין סביבה (2012)**.

30 תק' 24(א)(10) לתקנות חובת המכרזים, לעיל ה"ש 13.

הסביבה ("ממשלה ירוקה").<sup>31</sup> ההחלטה קבעה יעדים להפחתת הצריכה במשרדי הממשלה (נייר, חשמל, מים, פחיות ובקבוקים), ולשימוש במוצרים ידידותיים יותר לסביבה (נייר ממוחזר וכוסות מחומרים מתכלים). בהחלטה גם נקבע כי במרכזי מנהל הרכש לרכישת כלי רכב תיקבע דרגת זיהום מרבית, וינתן ניקוד נוסף לכלי רכב חסכוניים בדלק. בשנת 2012 עדכנה הממשלה את ההחלטה,<sup>32</sup> והוסיפה וקבעה כי "החשב הכללי יגדיר בהוראות תכ"ם כללים ייעודיים להגדרת וערכת 'מכרז ירוק'".<sup>33</sup> עוד הוחלט כי עד לסוף שנת 2020, 20% מהוצאות הרכש השנתיות של המשרדים הממשלתיים יוצאו באמצעות "מכרזים ירוקים".<sup>34</sup>

לפי שעה, הוראות התכ"ם כוללת שתי הוראות "ירוקות". ההוראה המרכזית עניינה "שילוב דרישות סביבתיות בתהליכי רכש ממשלתיים".<sup>35</sup> ההוראה מנחה כי במקרה שבו ועדת מכרזים שוקלת לשלב קריטריונים סביבתיים במכרז, עליה להתייחס לקיומם של דפי מוצרים באתר המשרד להגנת הסביבה;<sup>36</sup> ל"תווים ירוקים ישראלים" באתר מכון התקנים;<sup>37</sup> ל"תווים ירוקים זרים" באתר Global Ecolabeling Network;<sup>38</sup> לתווי תקן סביבתיים נוספים, כגון התקן למערכות ניהול סביבתי;<sup>39</sup> ולדרישות סביבתיות נוספות הנוגעות לייצור פסולת, לחומרי אריזה, למוצרי אלקטרוניקה ולצריכת משאבים. קריטריונים סביבתיים אלה יכולים לקבל ביטוי בתנאי הסף של הליך הרכש, באמות המידה לקביעת הזוכה בהליך או במפרט ההתקשרות. הוראת התכ"ם "הירוקה" הנוספת עניינה "העדפת שימוש בחומרי בנייה ממוחזרים".<sup>40</sup> הוראה זו מספקת הנחיות לשימוש בחומרי מילוי ובנייה ממוחזרים במכרזי תשתיות ופיתוח ובמכרזי בנייה.<sup>41</sup>

<sup>31</sup> החלטה 1057 של הממשלה ה-32 "ממשלה ירוקה" – ייעול התפעול של משרדי הממשלה" (13.12.2009) (להלן: החלטת ממשלה 1057).

<sup>32</sup> החלטה 5090 של הממשלה ה-32 "ממשלה ירוקה" – ייעול התפעול של משרדי הממשלה – תיקון החלטת ממשלה" (2.9.2012) (להלן: החלטת ממשלה 5090).

<sup>33</sup> שם: "מכרז ירוק" – מכרז המתבסס על דפי מוצר ייעודיים הלוקחים בחשבון גם היבטי ייצור מקומי, בעל היבטים סביבתיים משופרים אשר יוכנו במשרד להגנת הסביבה בשיתוף עם החשב הכללי ובאישורו".

<sup>34</sup> לעיון נוסף בנושא ראו באתר מנהל הרכש הממשלתי: "רכש ירוק" החשב הכללי <https://mr.gov.il/ilgstorefront/he/lobby/green-procurement>.

<sup>35</sup> הוראת תכ"ם 7.11.8 "שילוב דרישות סביבתיות בתהליכי רכש ממשלתיים" (2.8.2017) (להלן: תכ"ם 7.11.8).

<sup>36</sup> "רכש ציבורי ירוק" המשרד להגנת הסביבה [https://www.gov.il/he/departments/guides/green\\_public\\_procurement?chapterIndex=4](https://www.gov.il/he/departments/guides/green_public_procurement?chapterIndex=4).

<sup>37</sup> "מפרטים – תו ירוק" מכון התקנים הישראלי <https://www.sii.org.il/he/tekenspecspage>.

<sup>38</sup> Global EcoLabeling Network, <https://globalecolabelling.net> (last visited Feb 13. 2023).

<sup>39</sup> "ת"י 14001 מערכות ניהול סביבתי- דרישות והנחיות לשימוש" מכון התקנים הישראלי [https://www.sii.org.il/he/id=62f47922-3474-472d-?תקן/דף-תקנה/דף-תקן/978a-7353ce675733\\_HE](https://www.sii.org.il/he/id=62f47922-3474-472d-?תקן/דף-תקנה/דף-תקן/978a-7353ce675733_HE).

<sup>40</sup> הוראת תכ"ם 7.11.5 "העדפת שימוש בחומרי בנייה ממוחזרים" (13.4.2021) (להלן: תכ"ם 7.11.5).

<sup>41</sup> על הסמכות בישראל לבצע רכש ציבורי ירוק, ראו פרק ד. להלן.



נוסף על כך, לצורך התמודדות עם משבר האקלים, בשנתיים האחרונות קיבלה הממשלה מספר החלטות בנושאי אנרגיה, תחבורה, פרויקטי תשתית וחדשנות.<sup>42</sup> להחלטות אלה מישורי פעולה רבים (הקצאת תקציבים ומענקים, שינוי הנחיות, הקמת צוותי-היגוי ומשימה, גיבוש תוכניות, חינוך והכשרה ועוד), אך בין השורות הן נוגעות גם לסוגיות הנוגעות לרכש ציבורי, כגון בנייה ירוקה של מבני חינוך, רכישת צי רכב ואוטובוסים נקיים מפחמן, קידום פרויקטי תשתית המסייעים להפחתת פליטות גזי חממה, ועידוד רכש של חדשנות טכנולוגית שתסייע להתמודד עם שינויי האקלים. נושא הרכש הציבורי הירוק זכה אפוא לפיתוח משמעותי הן בעולם והן בישראל. אם לספק תחזית, נוכח משבר האקלים הצפוי להחריף, הנושא יעבור שלב נוסף ב"אבולוציה" שלו. שלב זה יתאפיין בהטלת חובות שאפתניות וקשיחות יותר לביצוע רכש ציבורי ירוק. באירופה למשל, כחלק מה-European Green Deal, כבר מוצע לקבוע תנאים או יעדים מחייבים לביצוע רכש ציבורי ירוק.<sup>43</sup> ובארה"ב למשל, הנשיא ביידן כבר חתם על צו נשיאותי המציב בפני הממשל הפדראלי יעדים ברורים להפחתת דרמטית של השפעותיו השליליות על הסביבה, תוך שימוש דוגמה למגזר הפרטי.<sup>44</sup> אם כן, היום (ובעתיד) מערכות רכש ציבורי אינן מתמקדות עוד רק באינטרס של הגוף הציבורי העורך את הליך הרכש. הן מבקשות להגשים מדיניות ציבורית רחבה

<sup>42</sup> החלטה 541 של הממשלה ה-36 "עדכון לתכנית הלאומית להתייעלות באנרגיה והפחתת פליטות גזי חממה" (24.10.2021); החלטה 542 של הממשלה ה-36 "קידום תחבורה נקייה ודלת פחמן" (24.10.2021); החלטה 543 של הממשלה ה-36 "האצת תשתיות במסגרת המאבק בשינויי האקלים" (24.10.2021); החלטה 1685 של הממשלה ה-36 "עידוד חדשנות טכנולוגית ישראלית ורתימת תעשיית ההייטק למאבק בשינויי האקלים ולעמידה ביעדים הלאומיים" (26.6.2022) (להלן: החלטת ממשלה 1685).

<sup>43</sup> European Commission, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, European Green Deal Investment Plan*, 8 (2020): "The Commission will propose minimum mandatory green criteria or targets for public procurements in sectorial initiatives, EU funding or product-specific legislation"

<sup>44</sup> Exec. Order No. 10457 (2021): "... the policy of my Administration for the Federal Government to lead by example in order to achieve a carbon pollution-free electricity sector by 2035 and net-zero emissions economy-wide by no later than 2050. Through a whole-of-government approach, we will demonstrate how innovation and environmental stewardship can protect our planet, safeguard Federal investments against the effects of climate change, respond to the needs of all of America's communities, and expand The White House Council on ; American technologies, industries, and jobs" (Sec. 101) Environmental Quality, *Implementing Instructions for Executive Order 14057 ; Catalyzing Clean Energy Industries and Jobs Through Federal Sustainability* (2022) על פי הודעה לעיתונות שפרסם אגף החשב הכללי, ישראל הצטרפה "ליוזמה בהובלת ממשלת ארה"ב לגיבוש תוכנית עבודה לאיפוס פחמן בפעילות הממשלה, עד שנת 2050", ראו: אגף החשב הכללי "ישראל מצטרפת ליוזמה האמריקאית לממשל מאופס פליטות עד 2050" (הודעה לעיתונות 17.11.2022 [https://www.gov.il/he/departments/news/b\\_press\\_17112022](https://www.gov.il/he/departments/news/b_press_17112022)

יותר באמצעות הרכש הציבורי, ובתוך כך, גם מדיניות סביבתית שמטרתה להתמודד עם שינויי האקלים.

### 3. רכש ציבורי ירוק כמדיניות סביבתית משלימה

שוק תחרותי מנווט על ידי כוחות ההיצע והביקוש של היצרנים והצרכנים. בשוק תחרותי נקודת המפגש של כוחות ההיצע והביקוש קובעת את המחיר והכמות של המוצר בשוק. זוהי נקודת שיווי המשקל התחרותי בשוק.<sup>45</sup> זוהי הנקודה שבה השוק פועל ביעילות מבחינת רווחה מצרפית.<sup>46</sup> מקום בו נכשל השוק מלהגיע לנקודת שיווי משקל תחרותית (כשל שוק), הדבר מצדיק התערבות של המדינה.<sup>47</sup> התערבות המדינה בשוק נועדה להסיט את נקודת שיווי משקלו לנקודה יעילה יותר.

זיהום או נזק לסביבה הוא כשל שוק מסוג החצנה שלילית. זיהום סביבתי שנגרם על ידי יצרנים מזיק לחברה, אך ליצרנים אין תמריץ להפחית את רמות הזיהום משום שהם לא נושאים בעלותו, ואף חוסכים בעלויות ייצור הכרוכות במניעתו. היצרנים נהנים מעלויות ייצור זולות אך אינם מפנימים את הנזקים שהייצור גורם – הפגיעה הסביבתית. הם מחצינים את נזקי הייצור על החברה. למעשה ניתן לטעון, שללא התערבות מדינה, היצרנים יבחרו להפחית עד כמה שניתן את עלויות הייצור שלהם, והזיהום הסביבתי הנובע מהייצור או המוצרים יגדל עד לרמה המרבית.<sup>48</sup>

המדינה יכולה לבחור ולהתערב בכשל שוק של זיהום סביבתי. אחד הכלים המקובלים להתמודדות מדינה עם זיהום סביבתי הוא קביעת רגולציה כופה (command and control) בדמות סטנדרטיים סביבתיים. קביעה של סטנדרט סביבתי נועדה להגביל את רמת הזיהום שמוצרים או יצרנים גורמים לסביבה. הסטנדרט הסביבתי יכול לקבל ביטוי בדרך של חיוב להשתמש בטכנולוגיה מסוימת להפחתת הזיהום. הוא גם יכול לקבל ביטוי בדרך של איסור לגרום לזיהום העולה על רמת מסוימת.<sup>49</sup> הסטנדרט כופה על היצרן עלויות ייצור חדשות שבהן הוא חייב להתחשב לצורך השאת רווחיו.

אחד החסרונות שברגולציה כופה טמון בצורך שבעריכת ניתוח עלות-תועלת מורכב (cost-benefit analysis). על מנת להחליט האם יעיל להשית סטנדרט סביבתי, יש צורך באיסוף מידע ונתונים באשר לעלויות שהסטנדרט ישית על היצרנים והחברה.

<sup>45</sup> אבי שמחון "פרק א: הקדמה כללית" הגישה הכלכלית למשפט 39, 62 (אוריאל פרוקצ'יה עורך 2012).

<sup>46</sup> עדי אייל "הבסיס הכלכלי לדיני ההגבלים העסקיים" ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים כרך ראשון 111, 116-118 (מיכל שיצר) גל ומנחם פרלמן עורכים תשס"ח).

<sup>47</sup> Niva Elkin-Koren & Eli M. Salzberger, *Law and Economics in Cyberspace*, 9(4) INT'L. REV. L. ECON. 553, 555 (1999).

<sup>48</sup> Gloria E. Helfand, Peter Berck & Tim Maull, *The Theory of Pollution Policy*, 1 HANDB. ENVIRON. ECON. 249, 253 (2003).

<sup>49</sup> Sofia Lundberg & Per-Olov Marklund, *Green Public Procurement as an Environmental Policy Instrument: Cost Effectiveness*, 4(4) ENVIRON. ECON. 75, 79 (2013) (להלן: Lundberg & Marklund).

ומאידך, יש צורך באיסוף מידע ונתונים באשר לתועלת החברתית שבסטנדרט הסביבתי (או הנזק החברתי שהוא יימנע).<sup>50</sup> מורכבתו של הניתוח מגבירה את הסיכון שתיפול בו טעות. כך, יתכן שלאחר ניתוח עלות-תועלת (כושל) תוטל רגולציה כופה אשר עלויותיה עלולות על תועלותיה. וכך, יתכן שלא תוטל רגולציה כופה מקום שבו השתתה הייתה מגדילה את התועלת החברתית.

חסרון נוסף של רגולציה כופה טמון באופיה הגורף. אם עלויות הפחתת הזיהום השוליות שנובעות מסטנדרט סביבתי אחיד, משתנות מיצרן ליצרן (יצרנים הטרוגנים), אז, בהסתכלות כלכלית כוללת קיימת אלטרנטיבה עדיפה לחברה להפחית את רמות הזיהום. אם העלויות השוליות של הפחתת הזיהום שונות בין יצרן ליצרן, אז לחברה עדיף להקצות את העלויות בין היצרנים, כך שיצרנים עם עלות הפחתת זיהום שולית נמוכה יפחיתו יותר זיהום מאשר יצרנים עם עלות הפחתת זיהום שולית גבוהה.<sup>51</sup>

כלי מקובל אחר להתמודדות מדינה עם זיהום סביבתי הוא הטלת **מס פיגוביאני**. מס זה, על שם הכלכלן האנגלי ארתור פיגו (Arthur Pigou), הוא מס השווה לעלות החברתית השולית של הזיהום. זהו מס שמוטל על היצרן בגובה הנזק החברתי-סביבתי שנגרם על ידו כתוצאה מייצור נוסף. אם למשל הזיהום הסביבתי שגורם ייצור נוסף של יחידת ייצור, שווה ל-2 ש"ח, אז גובה המס הפיגוביאני יהיה שווה ל-2 ש"ח. הטלת המס תגרום ליצרן להפנים גם את העלות השולית הפרטית של ייצור נוסף וגם את העלות החברתית השולית שלו. הטלת המס תגרום לכך שהיצרן ייצר עד לנקודת שיווי משקל יעילה, שבה העלות השולית של הייצור (הפרטית והחברתית) שווה לתועלת השולית מהייצור.<sup>52</sup>

מס פיגוביאני אינו סובל מאותם החסרונות של רגולציה כופה.<sup>53</sup> בעוד שרגולציה כופה כרוכה הן בהערכת עלות והן בהערכת תועלת, הטלת מס פיגוביאני כרוכה בניתוח עלות בלבד, אשר חשוף לפחות טעויות.<sup>54</sup> נוסף על כך, מכיוון שמשם פיגוביאני הוא מס שמוטל על כל ייצור נוסף, כל יצרן יכול לערוך ניתוח עלות-תועלת פרטי, ולהחליט האם העלות השולית של ייצור נוסף (עלות הייצור בתוספת עלות המס) גבוהה או נמוכה מהתועלת השולית עבורו מהייצור (מחיר המכירה לצרכן). מכך גם נגזר שתחת

<sup>50</sup> יעקב נוסים ויורם מרגליות "השילוב בין רגולציה למיסוי בחוק אוויר נקי" **חוקים** ז 99, Jonathan S. Masur & Eric A. Posner, *Toward a Pigouvian State*, 164 ; (2015) 109, 106 U. PA. L. REV. 93, 101 (2015) (להלן: Masur & Posner).

<sup>51</sup> Thomas Sterner & Elizabeth J.Z. Robinson, *Selection and Design of Environmental Policy Instruments*, 4 HANDB. ENVIRON. ECON. 231, 240 (2018) (להלן: Sterner & Robinson); Lundberg & Marklund, *לעיל ה"ש 49, בעמ' 78-79*.

<sup>52</sup> Masur & Posner, *לעיל ה"ש 50*.

<sup>53</sup> הגם שהוא יכול לסבול מחסרונות אחרים: Victor Fleischer, *Curb Your Enthusiasm for Pigovian Taxes*, 68 VAND. L. REV. 1673 (2015) (להלן: Fleischer); Runar Brannlund, Sofia Lundberg & Per-Olov Marklund, *Assessment of Green Public Procurement as a Policy Tool: Cost-efficiency and Competition Considerations*, UMEA ECONOMIC STUDIES 12-13 (2009) (להלן: Brannlund et al.).

<sup>54</sup> נוסים ומרגליות, *לעיל ה"ש 50, בעמ' 109*.

מדיניות מס פיגוביאני, להבדיל ממדיניות של רגולציה כופה, יצרנים עם עלות הפחתת זיהום שולית גבוהה יותר, ייצרו פחות מיצרנים עם עלות הפחתת זיהום שולית נמוכה יותר.<sup>55</sup>

ואולם, על אף מעלותיו של המס הפיגוביאני, הוא אינו נפוץ או אפקטיבי כמצופה.<sup>56</sup> הסיבה לכך היא שהוא סובל מחסרונות אחרים. בפרט, אין זה סוד שהטלת מיסים אינה דבר אהוד מבחינה פוליטית.<sup>57</sup> כמו כן, שיקולים ולחצים פוליטיים שונים יכולים להוביל לכך שהטלת המס תהיה תוצר של פשרה, וגובהו יהיה תת-אופטימלי.<sup>58</sup> מהי מקומה של מדיניות רכש ציבורי ירוק לצד כלי מדיניות אחרים להתמודדות עם ההשפעות על הסביבה? התשובה לכך היא אינטואיטיבית בטבעה. נוכח "אי-השלמות" של כלי מדיניות סביבתיים, כגון רגולציה כופה או מס פיגוביאני,<sup>59</sup> ודאי שיש מקום למדיניות רכש ציבורי ירוק, ככלי מדיניות משלים. עם זאת, על אותו משקל, אם אמנם קיימת מדיניות (או מדיניות משולבת) יעילה אשר גורמת ליצרנים להפנים את הנזק הסביבתי שגורם המוצר או תהליך הייצור שלהם, אז אין מקום להוסיף על כך כלי מדיניות אחר, אשר עלול לכפות על היצרן לשאת בעלויות נוספות.<sup>60</sup>

אכן, באופן אידיאלי היה קיים "מאסדר-על" אשר יכול היה לתאם בין כלי המדיניות השונים, כך שהמדיניות הסביבתית הכוללת תשיג תוצאה אופטימאלית.<sup>61</sup> אך זהו לפי שעה לא מקרה המציאות. לכן, אין מנוס מכך שגוף ציבורי ירחיב ראייתו, טרם חתירה למדיניות מסוימת, וייבחן האם המאסדר או המחוקק כבר נתנו את דעתם להיבטים

<sup>55</sup> בועז שנור תביעות נזיקין סביבתיות 86-87 (2011).

<sup>56</sup> A. K. Dragun, *Property Rights and Pigovian Taxes*, 19(1) J. ECON. ISSUES, 111, 115-117 (1985); Fleischer, לעיל ה"ש 53, בעמ' 1703-1704.

<sup>57</sup> Masur & Posner, לעיל ה"ש 50, בעמ' 99; שנור, לעיל ה"ש 55.

<sup>58</sup> Ottmar Edenhofer, Max Franks & Matthias Kalkuhl, *Pigou in the 21st Century: a Tribute on the Occasion of the 100th Anniversary of the Publication of the Economics of Welfare*, 28 INT'L. TAX & PUB. FIN. 1090, 1094 (2021) (להלן: Edenhofer et al): "Even if taxes or levies are set to reduce environmental pollution, they are often based on political considerations rather than on rigorous assessments of the marginal social cost. Hence, many taxes that are part of the environmental policy mix, if they can be called Pigouvian at all, do not reflect the true marginal social costs—but the balance of political power of different interest groups. Similarly, energy and fuel taxes are often below their Pigouvian optimum".

<sup>59</sup> חשוב להדגיש כי קיימים כלי מדיניות סביבתיים נוספים. פרק קצר זה רחוק מלמצות את הדיון בכלל כלי המדיניות האפשריים. להיתרי זיהום סחירים עיינו: שנור, לעיל ה"ש 55, בעמ' 89. ליתרונות וחסרונות של מערכת סחר בפליטות ראו: המשרד להגנת הסביבה, **תמחור פחמן בישראל – מסמך מדיניות 18** (2021).

<sup>60</sup> השו" : Kyle D. Logue, *Coordinating Sanctions in Tort*, 31 CARDOZO L. REV. 2313, 2332 (2010).

<sup>61</sup> השו" ס' (7) לחוק עקרונות האסדרה, תשפ"ב-2021, ס"ח 125: "אסדרה מיטבית היא אסדרה המבוססת על עקרונות אלה: האסדרה נקבעת, במידת האפשר, באופן שמקדם תיאום, שיתוף פעולה והעברת מידע שמותר להעבירו על פי כל דין בין מאסדרים, באופן שמצמצם את הנטל הברוקרטי ותוך התחשבות באסדרה הנוגעת לעניין".

הסביבתיים של המוצר. במקרה שכן, על הגוף הציבורי להתחשב ולשקלל מדיניותם של אלה במסגרת מדיניותו שלו, שמא שכרה לא ייצא בהפסדה.<sup>62</sup>

## ב. אסטרטגיות רכש ציבורי ירוק

ההיקף הדרמטי של ההוצאות שמוציאים גופים ציבוריים על רכש מאפשר להפוך את הרכש הציבורי הירוק לכלי מדיניות מרכזי במסגרת המאמצים להגנה על הסביבה. כך נכתב בסקירת התכנית הלאומית לצמיחה ירוקה בישראל (2012):<sup>63</sup>

“כאחד מן הצרכנים הגדולים ביותר במשק, עם הוצאות בשווי 83 מיליארד שקלים בשנה על רכישת מוצרים ושירותים, המגזר הציבורי משפיע באופן דרמטי על המשק הישראלי. להתנהלותו הצרכנית של המגזר הציבורי, השפעה רבה על תהליכי הייצור והעדפות הצרכנים האחרים. הוא מאפשר לפתח שווקים חדשים, להגדיל את היצע המוצרים הידידותיים לסביבה במשק, להקטין ההשפעות הסביבתיות השליליות של המגזר הציבורי, לקדם חדשנות ובעיקר להציג דוגמא לציבור הרחב”.

ישנם מספר סוגי מדיניות שניתן לקדם באמצעות רכש ציבורי ירוק. סוג אחד עניינו **מדיניות חיסכון סביבתי** שמטרתה היא ביצוע רכש אשר גם חוסך בכספי ציבור וגם תורם לשמירה על הסביבה. סוג שני עניינו **מדיניות הפנמה סביבתית**. מדיניות זו מטרתה להפחית באופן ישיר את הנזקים שהרכש הציבורי גורם לסביבה. סוג שלישי עניינו **מדיניות חדשנות סביבתית**. מדיניות זו מבקשת לעודד השקעות במוצרים ירוקים יותר, ובכלל זה פיתוח של טכנולוגיות ותהליכי ייצור בעלי השפעה (שלילית) פחותה על הסביבה. סוג רביעי של מדיניות הוא **מדיניות סביבתית כדוגמה**. הלך הרוח מאחורי מדיניות זו הוא, שאם גופים ציבוריים ייטו לרכוש מוצרים טובים לסביבה, כך הציבור יראה ויעשה.<sup>64</sup> את האסטרטגיות המפורטות ניתן לנקוט במשולב. כמו כן, אין בהן כדי למצות את סוגי המדיניות שניתן לקדם על ידי רכש ציבורי ירוק. להלן נדון, יותר בפירוט, בארבעת סוגי אסטרטגיות אלה, בשילובן, ובאסטרטגיות המרכזיות בישראל.

<sup>62</sup> Brannlund et al., לעיל ה"ש 53, בעמ' 14; Donald B. Marron, *Greener Public Purchasing as an Environmental Policy Instrument*, 3(4) OECD J. BUDG. 71, 90-91 (2004) (להלן: Marron).

<sup>63</sup> **צמיחה ירוקה: מחברים בין כלכלה לבין סביבה**, לעיל ה"ש 29, בעמ' 31; וראו: מרכז מילקן לחדשנות כלים יישומיים להטמעת רכש ציבורי ירוק בישראל, 9-13 (2012).

<sup>64</sup> United Nations, *Public Procurement as a Tool for Promoting more Sustainable Consumption and Production Patterns*, 5 SUSTAIN. DEV. INNOV. BR. (2008).

## 1. אסטרטגיה ראשונה – מדיניות חיסכון סביבתי

האסטרטגיה הראשונה, מדיניות חיסכון סביבתי, היא אולי המובנת והמתבקשת ביותר. מטרתה לייצר גם חיסכון בעלויות (cost effectiveness) וגם הגנה טובה יותר על הסביבה. מטרתה לקדם רכש של מוצרים שהם גם ידידותיים יותר לסביבה, וגם יוצרים חיסכון כספי בהשוואה למוצרים אחרים. החיסכון הכספי יכול לקבל ביטוי בעלויות השימוש במוצר (use), בעלויות תחזוקתו (maintenance) או בעלויות סילוקו (disposal). "הידידותיות" לסביבה יכולה לקבל ביטוי בחיסכון במים, בצמצום כריתת עצים, בצמצום הפליטה של חומרים מסוכנים לסביבה ובעוד.

נניח שמחירו של מוצר א' הוא 10 ש"ח, ומחירו של מוצר ב', בעל פונקציונאליות דומה, הוא 12 ש"ח. התמקדות במחיר הרכישה עשויה להוביל למסקנה שמוצר א' זול יותר ממוצר ב' וכדאי לרכוש אותו. אולם, כעת נוסף ונניח שניתוח של עלויות החשמל הכרוכות בכל מוצר מגלה שהשימוש התקופתי במוצר א' יעלה לגוף הציבורי 10 ש"ח נוספים, ואילו השימוש התקופתי במוצר ב' יעלה לו 5 ש"ח נוספים. אם כך, ההחלטה היעילה המתבקשת היא לרכוש את מוצר ב' שכן עלותו הכוללת תעמוד על 17 ש"ח, לעומת עלות כוללת של 20 ש"ח של מוצר א'. הערך המוסף הוא שמוצר ב' הוא גם ידידותי יותר לסביבה משום שהוא צורך פחות חשמל. על ידי רכישת מוצרים חסכוניים יותר מסוגו של מוצר ב', הגוף הציבורי גם משפר את יעילות הרכש וגם משפר את ההגנה על הסביבה.

מדיניות חיסכון סביבתי נסמכת על המתאם בין חיסכון המוצר בצריכת משאבים סביבתיים ובין החיסכון הכספי מהמוצר. זוהי נקודת המוקד של המדיניות. נהוג לכנות אסטרטגיה זו כאסטרטגיית win-win.<sup>65</sup> אסטרטגיה זו ידידותית לסביבה ומשקפת החלטות יעילות המבטאות את הביקוש הנכון, במחיר (הכולל) הנכון של המוצרים.

## 2. אסטרטגיה שנייה – מדיניות הפנמה סביבתית

אסטרטגיה שנייה, מדיניות הפנמה סביבתית, מבוססת על רעיון שלפיו, מפאת היקפו, הרכש הציבורי יכול להקטין את הנזק שהוא גורם לסביבה על ידי רכישת מוצרים ירוקים יותר.<sup>66</sup> אסטרטגיה זו מטרתה לקדם רכש של מוצרים שהם ידידותיים יותר לסביבה, אף אם משמעות הדבר עלויות כספיות גבוהות יותר.<sup>67</sup> המדינה בוחרת להביא להפנמת הנזק הסביבתי שנגרם כתוצאה מרכש ציבורי רחב היקף, על ידי העדפת מוצרים טובים יותר לסביבה ותשלום מחיר יקר עבורם. אסטרטגיה זו נהוג לכנות, אולי באופן שגוי, אסטרטגיית win-lose. זאת, משום שמצד אחד הגוף הציבורי מפחית את

<sup>65</sup> Marron, לעיל ה"ש 62, בעמ' 81.

<sup>66</sup> Qi Wang, Shuyu Wang, Min Zhang, Zehui Bu & Junqi Liu, *Green Public Procurement as a Promoter for Green Consumption: From the Perspective of Individual's Knowledge*, (Wang :להלן : 2021) 1, 2 CLNR. RESPONSIB. CONSUMP. 3 (להלן : Wang).

<sup>67</sup> Marron, לעיל ה"ש 62, בעמ' 78-79.

הפגיעה הסביבתית שנובעת מהרכש, ומצד שני הוצאותיו גדלות בהשוואה למצב שבו היה רוכש מוצרים ידידותיים פחות לסביבה, עם אותה פונקציונאליות. בהשוואה למדיניות היסכון סביבתי, יעילותה הכלכלית של מדיניות הפנמה סביבתית מוטלת בספק. רכישה של מוצרים ירוקים תתרום יותר לסביבה, אך תעלה את הוצאות המדינה על רכש ציבורי. אם התועלת הסביבתית או צמצום הפגיעה בסביבה, שבמעבר למוצרים ירוקים, תהיה קטנה יותר מהעלות הנוספת שכרוכה ברכישתם, המדיניות אינה צולחת את מבחן העלות-תועלת. מאידך, על ספק זה ניתן להשיב בארבע טענות: ראשית, בטווח הארוך מדיניות סביבתית יכולה להיות או להתברר כהרבה יותר כלכלית.<sup>68</sup> שנית, ניתן לטעון שאם הכסף שנחסך כתוצאה מרכישת מוצרים ידידותיים פחות לסביבה, מנותב להשקעה בעלת תועלת חברתית פחותה מהתועלת שהייתה מושגת על ידי רכישת מוצרים ידידותיים יותר לסביבה - אז מבחינת רווחה מצרפית, ההחלטה לרכוש מוצרים טובים יותר לסביבה עדיין עומדת במבחן העלות-תועלת. שלישית, לעיתים מדיניות הפנמה סביבתית ננקטת לצורך עמידה בהתחייבויות בינלאומיות.<sup>69</sup> בנסיבות אלה, שאלת הרווחה המצרפית נגזרת גם מתרחיש של העדר עמידה בהתחייבויות הבינלאומיות וההשלכות המשפטיות והכלכליות הנלוות לכך. רביעית, מדיניות רכש ציבורי סביבתית עשויה בעקיפין ליצור לחץ על ספקים לשנות את הרגלם ולספק את הביקוש לרכש ירוק, וכן לשנות לטובה את יחסו של הציבור למוצרים סביבתיים. או אז ניתן לומר כי ישנה תועלת נוספת מנקיטת המדיניות. עם זאת, יש לציין קושי נוסף במדיניות הפנמה סביבתית. לפני יותר משני עשורים, Marron הצביע על האפשרות שרכש ציבורי של מוצרים ירוקים יגרום ל"דחיקה החוצה" (crowding out) של רכש פרטי של המוצרים.<sup>70</sup> ההיגיון הכלכלי של טענה זו יסודו בהשפעה של הביקוש והמחיר של מוצרים תחליפיים (substitutes), אחד על האחר. אם נניח שקיים מוצר "חום", שאינו ידידותי לסביבה ומהווה תחליף פונקציונאלי למוצר ירוק, אז במקרה שבו גופים ציבוריים מגדילים את הביקוש למוצר הירוק, מחירו צפוי, לפחות בטווח הקצר, להתייקר ולדחוק צרכנים פרטיים לרכוש את האלטרנטיבה הזולה יותר – המוצר ה"חום". התועלת הסביבתית שהגופים הציבוריים ביקשו להשיג באמצעות ביצוע רכש ציבורי ירוק, עלולה אפוא להתקזז אל מול העלות הסביבתית שנובעת מהרכישות החדשות של המוצר ה"חום" בשוק.<sup>71</sup> תרחיש אפשרי זה אך מדגיח את הצורך בקביעת מדיניות הפנמה סביבתית מושכלת המביאה בחשבון

<sup>68</sup> Edenhofer et al., לעיל ה"ש 58, בעמ' 1096.

<sup>69</sup> Martijn G. Rietbergen & Kornelis Blok, *Assessing the Potential Impact of the CO2 Performance Ladder on the Reduction of Carbon Dioxide Emissions in the Netherlands*, 52 J. CLNR PROD. 33 (2013); וראו: המשרד להגנת הסביבה, **התכנית הלאומית ליישום הסכם פריז (2016)**.

<sup>70</sup> Donald B. Marron, *Buying Green: Government Procurement as an Instrument of Environmental Policy*, 25(3) PUB. FIN. REV. 285 (1997).

<sup>71</sup> Sofia Lundberg, Per-Olov Marklund & Elon Stromback, *Is Environmental Policy by Public Procurement Effective?*, 44(4) PUB. FIN. REV. 478, 480 (2015) (להלן: Lundberg et al.).

את מאפייני השוק אליו היא נוגעת, וכן עוקבת אחר השפעתה על הביקושים והמחירים בשוק זה.<sup>72</sup>

### 3. אסטרטגיה שלישית – מדיניות חדשנות סביבתית

אסטרטגיה שלישית עניינה עידוד השקעה ופיתוח של מוצרים ירוקים יותר.<sup>73</sup> מדיניות חדשנות זו מבקשת לשנות את ההיצע של מוצרים ירוקים בשוק. על ידי עידוד כניסתן של טכנולוגיות "נקיות" חדשות, ניתן יהיה להפחית את עלויות הייצור של מוצרים ירוקים, ובהתאמה, להפחית את מחירים לצרכן ולהרחיב את נתח השוק שלהם ואת תרומתם לסביבה.<sup>74</sup> מדיניות חדשנות סביבתית מוצלחת אף יכולה להפחית את אפקט ה"דחיקה החוצה" של צרכנים פרטיים משוק המוצרים הירוקים, שכן בטווח הארוך מחירים של המוצרים הירוקים יתחרו במחירים של המוצרים ה"חומים".<sup>75</sup> כדי לתמוך בהפחתה של עלויות הייצור של המוצר הסביבתי החדש, הרכש הציבורי של המוצר צריך להיות גדול מספיק ועקבי.<sup>76</sup> גדול, על מנת שהיצרן יוכל לנצל את היתרון של גודל העסקות (economic of scale) לטובת פיתוח טכנולוגיות חדשות.<sup>77</sup> ועל עקבי, על מנת להפחית את הסיכון ואי-הוודאות שבהשקעה בפיתוח מוצר חדש,<sup>78</sup> ועל

<sup>72</sup> Marron מציין שרמת ה"דחיקה החוצה" תלויה במספר גורמים, ביניהם, היקף הרכש הירוק הקיים על ידי השוק הפרטי והמדינה, מידת השינוי ברכש הציבורי ומידת הגמישות של עקומות הביקוש וההיצע בשוק. ראו Marron, לעיל ה"ש 62, בעמ' 85-86.

<sup>73</sup> Lundberg et al., לעיל ה"ש 71, בעמ' 482.

<sup>74</sup> אחת הדוגמאות המוכרות לכך היא עידוד כניסתן של טכנולוגיות לייצור אנרגיה מתחדשת, אף במחיר של תשלום גבוה יותר. בישראל, הדבר ניכר באסדרה התעריפית המוקדמת ששררה בענף האנרגיות המתחדשות. ראו: מתן שחק, **אנרגיה מתחדשת בישראל – רקע וסוגיות לדיון – עדכון 27-28** (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2021): "מדיניות התעריפים, שנקבעת על ידי רשות החשמל, מאפשרת קידום אנרגיות מתחדשות באמצעות סבסוד, שמתמרץ את ייצור האנרגיות המתחדשות בזמן שהכדאיות הכלכלית שלהן בשוק נמוכה ואינה מספיקה לכך. מתווי ההסדרה והתעריפים בתחום השתנו בעשור האחרון והותאמו לחידושים הטכנולוגיים ולמגמת הירידה של מחירי הטכנולוגיות להפקת אנרגיות מתחדשות ... בעוד שבתחילה התבססה ההסדרה על תמרון יצרנים באמצעות תעריפי הזנה קבועים לקוט"ש שמוזרם לרשת החשמל, הכרוכה בסבסוד ניכר, בשנים האחרונות ירדו התעריפים במידה רבה, ונוספו הסדרות בשיטת מרכזי מחיר, שבהם מושגים מחירים נמוכים אף ממחירי הפקת אנרגיה ממקורות פוסיליים או קונבנציונליים".

<sup>75</sup> Lundberg et al., לעיל ה"ש 71, בעמ' 492.

<sup>76</sup> Kirsi-Maria Halonen, *Is Public Procurement Fit for Reaching Sustainability Goals? A Law and Economics Approach to Green Public Procurement*, 28(4) MASST. J. EUR. & COMPAR. L. 535, 548 (2021).

<sup>77</sup> Bastian Krieger & Vera Zipperer, *Does Green Public Procurement Trigger Environmental Innovations?*, 51 RSCH. POL'Y. 1, 3 (2022).

<sup>78</sup> Hendrik van Meerveld, Joram Nauta & Gaynor Whyles, *Forward Commitment Procurement and Perceived Risks in PPI Projects*, in PUBLIC PROCUREMENT FOR



מנת לאפשר ליצרן להתנסות בטכנולוגיה שפיתח ולשפרה לאורך זמן. בשורה התחתונה, כדי שמדיניות חדשנות סביבתית תצליח, היא צריכה לדאוג כי המעבר לטכנולוגיה חדשה יהיה רווחי.<sup>79</sup>

הצלחת מדיניות זו תלויה בעיקרה ביכולת של הרכש הציבורי להביא להפחתת עלויות הייצור של המוצר הסביבתי החדש. אם עלויות הייצור של המוצר הסביבתי החדש לא יתחרו בעלויות הייצור של מוצרים קיימים וסביבתיים פחות, אז מוכנות השוק (הפרטי והציבורי) לשלם מחיר (יקר) עבורו תהיה נמוכה. בנסיבות אלה נתח השוק שייתפוס המוצר הסביבתי החדש יהיה קטן והשפעתו החיובית על הסביבה תהיה שולית.<sup>80</sup>

#### 4. אסטרטגיה רביעית – מדיניות סביבתית כדוגמה

אסטרטגיה רביעית היא לשמש דוגמה לשוק.<sup>81</sup> אם גופים ציבוריים יבצעו רכש ציבורי ירוק רחב היקף, הדבר יאותת או יאשר לשוק כי מוצרים ירוקים הם מוצרים טובים, אמינים ומשתלמים. במילים אחרות, רכישות הגופים הציבוריים יכולות לעלות את המוטיבציה של מוצרים ירוקים ואת ערכם לצרכן. כמו כן, ישנה משמעות הצהרתית לעובדה שגופים ציבוריים מחליטים במודע לנתב את הוצאותיהם לרכש ציבורי ירוק. אם גופי הציבור דואגים לסביבה, אז אולי הדבר הנכון, הרצוי או הראוי הוא לעשות כך גם כן. כלומר, הערך המוסף שנותנים הגופים הציבוריים למוצרים הירוקים, בעיני הצרכן, הוא ערך מוסף חברתי או מוסרי.<sup>82</sup>

מדיניות סביבתית כדוגמה מבקשת לשנות את הביקוש למוצרים ירוקים בשוק. מדיניות זו מבקשת להרחיב את המידע שיש לצרכנים על מוצרים ירוקים,<sup>83</sup> וכן לשנות את הטעמים וההעדפות שלהם ביחס למוצרים ירוקים. היא מבקשת לשקף לצרכנים ערך גבוה יותר (מהקיים) למוצרים ירוקים. על ידי העלאת ערכם של המוצרים הירוקים, הביקוש למוצרים אלה יגדל, כמו גם השפעתם הטובה על הסביבה.

אף על פי כן, מסתמן שמדיניות זו היא למעשה מדיניות שיכולה אך להתלוות למדיניות סביבתית אחרת, כגון מדיניות חיסכון סביבתי, הפנמה סביבתית או חדשנות

INNOVATION 115 (Charles Edquist, Nicholas S. Vonortas, Jon Mikel Zabala-Iturriagoitia & Jakob Edler eds., 2016).

Sofia Lundberg, Per-Olov Marklund, Elon Stromback & David Sundstrom, *Using Public Procurement to Implement Environmental Policy: an Empirical Analysis*, 17 *ENVIRON. ECON. POL'Y. STUD.* 487, 489 (2015), לעיל ה"ש 71, בעמ' 486.

Marron, לעיל ה"ש 62, בעמ' 83-85.

Ottar Michelsen & Luitzen de Boer, *Green Procurement in Norway; a Survey of Practices at the Municipal and County Level*, 91 *J. ENVIRON. MANAGE.* 160, 160 (2009).

Heinz Welsch & Jan Kühling, *How Green Self Image is Related to Subjective Well-Being: Pro-Environmental Values as a Social Norm*, 149 *ECOL. ECON.* 105, 106 (2018).

Wang, לעיל ה"ש 66, בעמ' 2-3.

סביבתית. קשה להניח קיום עצמאי למדיניות כדוגמה ללא מדיניות רכש אחרת, שכן הדוגמה הגלומה בה צריכה להתבסס על מדיניות (טובה) שקודמת לה.<sup>84</sup> מכאן, שמדיניות כדוגמה מבקשת להשפיע באופן עקיף ובאמצעות מדיניות רכש אחרת, על התנהגות הצרכנים. אין משמעות הדבר שלמדיניות כדוגמה אין משמעות כמדיניות שלעצמה. קידום מודע של מדיניות זו יכול לקבל ביטוי באמצעות פרסום מידע על החלטות של גופים ציבוריים על ביצוע רכש ירוק. הוא אף יכול לקבל ביטוי במאמצים הסברתיים והדרכתיים המבוססים על פעולות הגופים הציבוריים בתחום הרכש הירוק.<sup>85</sup>

## 5. שילוב אסטרטגיות

אין מניעה עקרונית לשלב בין מדיניות חיסכון סביבתי, מדיניות הפנמה סביבתית ומדיניות חדשנות סביבתית. שילוב סוגי המדיניות השונים הוא תלוי רכש. לצורך הדוגמה, לעניין מסכים או מחשבים ניתן ליישם הן מדיניות חיסכון סביבתי והן מדיניות הפנמה סביבתית. יישום מדיניות חיסכון סביבתי תתמקד בצריכת האנרגיה של המוצרים ואורך חייהם, ואילו מדיניות הפנמה סביבתית תתמקד בהרכב החומרים (המסוכנים) של המוצרים, פליטותיהם לסביבה והשפעתם על הסביבה כפסולת. להבדיל, לעניין שירותי ניקוי או הדברה, יישום המדיניות יכול להתמקד בהפחתת השימוש בכימיקלים המזיקים לסביבה, כחלק ממדיניות הפנמה סביבתית בלבד.<sup>86</sup> לעיתים גם קיימת חפיפה בין סוגי המדיניות. כך למשל נקיטת מדיניות חדשנות סביבתית יכולה להוביל בטווח הארוך לפיתוח טכנולוגיות אשר יחסכו בצריכה של משאבים סביבתיים, ועל ידי כך יניבו חיסכון כספי לרכש הציבורי. זהו מצב שבו מדיניות חדשנות סביבתית תומכת במדיניות חיסכון סביבתי. כמו כן, מדיניות הפנמה סביבתית עקבית ורחבה בענף מסוים עשויה לשנות את אופי התחרות בין מוצרים ירוקים ל"חומים" בענף, ולהוביל ליצירת תחרות ענפית על חדשנות סביבתית. זהו מצב שבו מדיניות הפנמה סביבתית תומכת במדיניות חדשנות סביבתית.

<sup>84</sup> השו: Marron, לעיל ה"ש 62, בעמ' 84-85, 87; מקרי מבחן למדיניות כדוגמה הם יוזמות ציבוריות ל"בנייה ירוקה" של מבני חינוך. ראו: המועצה הישראלית לבנייה ירוקה והמשרד להגנת הסביבה **מבני חינוך ירוקים בישראל: פרויקטים מעוררי השראה**, 6, 26 (2018); "בנייה ירוקה" של מוסדות חינוך יכולה להשפיע על העדפותיהם "הירוקות" של גופים ציבוריים אחרים, כמו גם על העדפותיהם "הירוקות" של ציבור התלמידים, המורים וקהילתם; ועיינו: Patrick E. Tolan Jr., *Going-Going-Green: Strategies for Fostering Sustainable New Federal Buildings*, 41 PUB. CONT. L. J. 233, 241-244 (2012).

<sup>85</sup> מדיניות נוספת הרלוונטית לחברות ממשלתיות היא מדיניות פיתוח בר-קיימא ליצירת ערך משותף (shared value). ראו: המשרד להגנת הסביבה ורשות החברות הממשלתיות, **מדריך לפיתוח בר-קיימא בחברות הממשלתיות** (2013); חוזר רשות החברות הממשלתיות 2009/1 "חוזר בנושא יישום תכנית אסטרטגית לפיתוח בר קיימא (פב"ק) בחברות ממשלתיות" (29.6.2009).

<sup>86</sup> להמחשה ראו דפי המוצרים שמפרסם המשרד להגנת הסביבה, לעיל, ה"ש 36.

## 6. אסטרטגיות הממשלה בישראל

ממשלת ישראל נוקטת ומשלבת בין אסטרטגיות רכש ירוק. ברמה ההצהרתית, החלטת ממשלה 5090<sup>87</sup> מכוונת ל"יעול עבודתה בהיבטיה הסביבתיים, והפחתת ההשפעות החיצוניות השליליות הנובעות מפעילותם של משרדי הממשלה". ברמה המנחה, מתמקדת החלטת הממשלה בהפחתה של צריכת משאבים סביבתיים על ידי משרדי הממשלה במטרה להביא לחיסכון בהוצאותיהם. נוסף על כך, היא מתמקדת ב"רכישת מוצרים ושירותים בעלי ביצועים סביבתיים משופרים" באמצעות "מכרזים ירוקים"<sup>88</sup>. ברמה המעשית, אמנם החלטת הממשלה הנחתה את משרדי הממשלה להגדיל באופן מדורג את הוצאותיהם השנתיות באמצעות "מכרזים ירוקים", אך למיטב הבדיקה נתונים לגבי עמידה ביעד זה אינם מפורסמים ולא ברור האם משרדי הממשלה עמדו ביעד והאם הוצאותיהם באמצעות "מכרזים ירוקים" מנוטרות.<sup>89</sup> נוסף על החלטה 5090, בהחלטה 1685<sup>90</sup> החליטה הממשלה להטיל על מנהל הרכש הממשלתי "לבחון דרכים להגברת השימוש בהוראת תכ"ם 7.11.8 בנושא 'שילוב דרישות סביבתיות בתהליכי רכש ממשלתיים'". אף הוראת תכ"ם 17.11.8<sup>91</sup> מבטאת מדיניות משולבת של חסכון סביבתי והפנמה סביבתית, שכן היא מנחה ומאפשרת לוועדות מכרזים לשקול שימוש במגוון של קריטריונים סביבתיים היכולים לקדם כל אחד מסוגי המדיניות.

<sup>87</sup> לעיל ה"ש 32. יש לקרוא את החלטה מתקנת זו יחד עם החלטת ממשלה 1057, לעיל ה"ש 31.

<sup>88</sup> לדוגמאות של "מכרזים ירוקים" ראו באתר מינהל הרכש הממשלתי: מכרז מרכזי מס' 2-2018 לרכישת צמיגים, אבובים ועבודות אחזקה נלוות באופני רכב (ס' 8.6.5, 8.8.3-8.8.1); מכרז מרכזי מס' 17-2017 לאספקת מסכי מחשב עבור משרדי הממשלה (ס' 3.1.2); מכרז מרכזי מס' 18-2017 לאספקת מחשבים עבור משרדי הממשלה (ס' 3.1.2).

<sup>89</sup> על יישום החלטת ממשלה 5090, לעיל ה"ש 32, ראו: אור קרסין "איך שהמעגל מסתובב לו: על הכלכלה המעגלית והרגולציה של מודל כלכלי-סביבתי חדש" **מחקרי רגולציה** ד 25, 57 (2021); UN ENVIRONMENT FACTSHEETS ON SUSTAINABLE PUBLIC PROCUREMENT IN NATIONAL GOVERNMENTS 74 (2017). כך או כך, יש לשאול האם היעדים שנקבעו בהחלטת הממשלה משרתים את מדיניותה. אמנם יכול להיות מתאם בין הוצאותיו של משרד ממשלתי באמצעות "מכרזים ירוקים" ובין הגשמה של מדיניות חיסכון סביבתי או הפנמה סביבתית. ברם, יכול להיות קשר רופף למדי בין גובה ההוצאות שמוצאות באמצעות "מכרז ירוק" ובין מידת ההגשמה של סוגי מדיניות אלה. שהרי, אין קשר ישיר בין שווי ההתקשרות הנעשית דרך "מכרז ירוק" ובין החיסכון הכספי או התועלת הסביבתית שיכולים לנבוע מהקריטריון הסביבתי שהוצב במכרז. באשר למדיניות חיסכון סביבתי, נכון יותר לקבוע יעדים המתבססים על החיסכון הכספי והסביבתי ששיג המשרד הממשלתי באמצעות שימוש בקריטריונים סביבתיים שנקבעים במכרזים. ובאשר למדיניות הפנמה סביבתית, נכון יותר לקבוע יעדים המתבססים על התועלת הסביבתית המושגת באמצעות שימוש בקריטריונים סביבתיים.

<sup>90</sup> לעיל ה"ש 42.

<sup>91</sup> לעיל ה"ש 35.

באשר למדיניות חדשנות סביבתית, החלטה 1685 מביעה את כוונת הממשלה "לקדם את יכולות המגזר הציבורי בביצוע רכש חדשנות טכנולוגית באופן שיעודד רכש מוצרים ושירותים מתקדמים המסייעים להתמודדות עם שינויי האקלים". בהמשך לכך ועל מנת לסייע למשרדי ממשלה "לבצע הליכי רכש חדשנות בתחום האקלים והפחתת הפליטות", ההחלטה מורה למנהל הרכש הממשלתי "לקדם מערך הטמעה להליכי רכש חדשנות שיפעל במשרדי הממשלה וביחידות הסמך על מנת לסייע ליחידות הרכש לבצע ולקדם הליכי חדשנות, לרבות באמצעות מכרזי אתגר ופיילוט למידה". כמו כן, בהחלטה נרשמה הודעת שרת הפנים "על כוונתה לבחון את האפשרות לסיוע בקידום יכולות הרשויות המקומיות בביצוע רכש של חדשנות טכנולוגית בתחום האקלים והפחתת פליטות". ימים יגידו כיצד החלטה זו תיושם בפועל.

### ג. טכניקות לביצוע רכש ציבורי ירוק

הליכי רכש ציבורי ירוק משמעם ביצוע הליכי רכש תוך הצבת קריטריון או קריטריונים סביבתיים. קריטריון סביבתי יכול להיות לגופו של ספק, מוצר או חוזה. לגופו של ספק, הקריטריון יכול להתייחס לניסיונו או לניסיון מנהליו ועובדיו. לגופו של מוצר, הקריטריון הסביבתי יכול להתייחס לכמות המשאבים שהמוצר צורך, להרכב חומריו, לטכנולוגיה שלו, לשיטת פעולתו, לפליטותיו לסביבה ולעוד. לגופו של חוזה, הקריטריון הסביבתי יכול להתייחס לתנאים המסחריים בין הצדדים, כגון לתקופת האחריות למוצר, לתחזוקתו או לאספקת חלקי חילוף.<sup>92</sup>

ישנן מספר אפשרויות דרכן ניתן להביא בחשבון קריטריון סביבתי בהליכים לביצוע רכש ציבורי ירוק.<sup>93</sup> ראשית, ניתן לקבוע קריטריון סביבתי בתנאים החוזיים של ההתקשרות או במפרט המוצר.<sup>94</sup> בכך מהווה הקריטריון הסביבתי קריטריון לביצוע במהלך חיי ההתקשרות. שנית, ניתן להטמיע קריטריון סביבתי בתנאי הסף של הליך

<sup>92</sup> קיימים מקורות רבים לצורך "ייבוא" קריטריונים סביבתיים להליך הרכש. באתר המשרד להגנת הסביבה מפורסמת רשימה של "דפי המוצר" לטובת שימוש ב"מכרזים ירוקים" (לעיל, ה"ש 36). ברשימה זו ניתן למצוא מוצרים ושירותים, שלהם דף מוצר ייעודי שנערך על ידי המשרד. כל דף מוצר מפרט את ההשפעות הסביבתיות של המוצר או השירות, ומציע שורה של קריטריונים סביבתיים לשילוב בהליכים לרכישתם. כמו כן, מספר אתרי אינטרנט מאפשרים חיפוש אחר "תווים ירוקים" (Eco-labels) זרים, לרבות על פי קבוצות מוצרים או ענפים, ראו *ECOLABEL INDEX*, EU Ecolable, <https://www.ecolabelindex.com/ecolabels/> (last visited Feb. 13, 2023). Environment, [https://environment.ec.europa.eu/topics/circular-economy/eu-ecolabel-Recommendations of Specifications, Standards, and Ecolabels for Federal Purchasing](https://environment.ec.europa.eu/topics/circular-economy/eu-ecolabel-Recommendations%20of%20Specifications,%20Standards,%20and%20Ecolabels%20for%20Federal%20Purchasing), EPA, <https://www.epa.gov/greenerproducts/recommendations-specifications-standards-and-ecolabels-federal-purchasing> (last visited Feb. 13 2023).

<sup>93</sup> Katriina Parikka-Alhola, *Promoting Environmentally Sound Furniture by Green Public Procurement*, 68 *ECOL. ECON.* 472, 473 (2008). *Commission, Buying Green! A Handbook on Green Public Procurement* 3<sup>rd</sup> ed. (2016).

<sup>94</sup> ראו למשל תק' 17(ב)3 לתקנות חובת המכרזים, לעיל ה"ש 13.

הרכש.<sup>95</sup> בכך מהווה הקריטריון הסביבתי קריטריון לסינון של הספקים הרשאים להשתתף בהליך. שלישית, הקריטריון הסביבתי יכול להיות מוטמע באמות המידה לבחירה הזוכה בהליך.<sup>96</sup> בכך מהווה הקריטריון הסביבתי קריטריון לזכייה בהליך. נדון בטכניקות אלה כסדרן.

## 1. קריטריון סביבתי כקריטריון לביצוע

לאחר שגוף ציבורי מקבל החלטה לרכוש מוצר מסוים, עליו לפרט את מאפייני המוצר במסמכי הליך הרכש. תיאור המפרט של נושא הרכישה חשוב משלושה היבטים. ראשית, המפרט מאפשר לספקים בשוק להעריך האם יש להם יכולת ועניין לספק את המוצר לגוף הציבורי. שנית, המפרט מאפשר לקבוע מהן ההצעות אשר עונות לצרכי הגוף הציבורי. שלישית, המפרט מציב ומציג תנאים אחידים החלים על הצעותיהם של כלל הספקים. בכך מתאפשרת יכולת השוואה בין ההצעות המוגשות בהליך הרכש.

גוף ציבורי הנוקט מדיניות חיסכון סביבתי יכול להפנות במפרט ל"תווים ירוקים" הנוגעים למאפייני המוצר ולמשאבים שהוא צורך. לדוגמה, בתחום החיסכון האנרגטי, תו Energy Star מעיד על עמידה של המוצר ברמת יעילות אנרגטית מסוימת.<sup>97</sup> על כן, ניתן לעשות בו שימוש אם הגוף הציבורי מבקש לקבוע תנאי מינימום ליעילות האנרגטית של המוצר. אפשרות אחרת בתחום החיסכון האנרגטי היא להסתמך על תווים המדרגים יעילות אנרגטית, כגון EU Energy Label המדרג יעילות אנרגטית של מוצרים בין A ל-G.<sup>98</sup> באמצעות תו זה יכול הגוף הציבורי לקבוע כי תנאי מינימום ליעילות האנרגטית של המוצר יהיה מדרגה מסוימת בסולם הדירוג.

גוף ציבורי הנוקט מדיניות הפנמה סביבתית צפוי להתמקד בהשפעות הסביבתיות של המוצר. לדוגמה, גוף ציבורי הרוכש מדפסות יכול לדרוש במפרט כי המדפסות תוכלנה להדפיס על גבי נייר ממוחזר או ממוחזר בחלקו. גוף ציבורי המזמין עבודת בנייה יכול לדרוש במפרט כי חומרי הבנייה או חלקם יוכנו מחומרים ממוחזרים או ידירותיים לסביבה.<sup>99</sup> כמו כן, גוף ציבורי המודאג מהימצאות חומרים מסוכנים במכשירים האלקטרוניים שהוא רוכש, אשר יסולקו לסביבה בסופו של שימוש, יכול

<sup>95</sup> ראו למשל תק' 6 לתקנות חובת המכרזים, לעיל ה"ש 13; וס' 2א(א) לחוק חובת המכרזים, לעיל ה"ש 9.

<sup>96</sup> ראו למשל תק' 22(א) לתקנות חובת המכרזים, לעיל ה"ש 13.

<sup>97</sup> *The simple choice for saving energy*, ENERGY STAR, <https://www.energystar.gov> (last visited Feb. 13 2023).

<sup>98</sup> *About the energy label and ecodesign*, EUROPEAN COMMISSION, [https://commission.europa.eu/energy-climate-change-environment/standards-tools-and-labels/products-labelling-rules-and-requirements/energy-label-and-ecodesign/about\\_en](https://commission.europa.eu/energy-climate-change-environment/standards-tools-and-labels/products-labelling-rules-and-requirements/energy-label-and-ecodesign/about_en) (last visited Feb. 14 2023).

<sup>99</sup> ראו הוראת חכ"ם 7.11.5, לעיל ה"ש 40.

לדרוש במפרט כי המכשירים יעמדו בהוראות הדירקטיבה האירופאית בדבר הגבלת החומרים המסוכנים במכשירים ובציוד אלקטרוניקה (RoHS).<sup>100</sup> גוף ציבורי הנוקט מדיניות חדשנות סביבתית צפוי לקבוע במפרט סטנדרטיים סביבתיים הגבוהים מהמקובל או מהנהוג בשוק, או אף סטנדרטיים צופים פני עתיד. אחד מהעקרונות המנחים ברכש בכלל, וביתר שאת ברכש מעודד חדשנות, הוא איפיון של התוצאות שהגוף הציבורי מבקש שהמוצר יעמוד בהן או ישיג, ולא של שיטת הפעולה או הטכנולוגיה של המוצר.<sup>101</sup> גישה זו מותירה לספקים חופש פעולה וגמישות להשיג את התוצאות הסביבתיות הרצויות בדרך היעילה ביותר. גישה זו מאתגרת את השוק להתחרות על פתרונות יעילים וחדשניים, העומדים ביעדים שמציב הגוף הציבורי. ואולם, אם שיטת הפעולה או הטכנולוגיה עלולים להיות מקור נוסף לזיהום סביבתי, נכון לשקול להתייחס אף אליהן במפרט.<sup>102</sup>

## 2. קריטריון סביבתי כקריטריון לסינון

תנאי סף של הליך רכש מיועדים למיין את הספקים הפוטנציאליים לשתי קבוצות - אלו המחזיקים ביכולת או מסוגלות מינימלית לבצע את ההתקשרות הצפויה, ואלו שלא.<sup>103</sup> רק הספקים העומדים בתנאי הסף עוברים את הסינון, ונחשבים לספקים או למציעים כשירים. כפי שגם יפורט להלן, בכפוף לפעולה בסמכות, בסבירות ובמידתיות, גוף ציבורי רשאי לקבוע תנאי סף להשתתפות בהליך הרכש, ובתוך כך תנאי סף המבוססים על קריטריונים סביבתיים - תנאי סף סביבתיים. גוף ציבורי הנוקט מדיניות חיסכון סביבתי ומפרסם למשל מכרז לבנייה מסוג "בנייה ירוקה" וחכונת, יכול לדרוש כי הספק יהיה בעל ניסיון בתחום ה"בנייה הירוקה" או כי ביצע עבודה בהיקף דומה בעבר.<sup>104</sup> גוף ציבורי הנוקט מדיניות הפנמה סביבתית יכול למשל לדרוש כי הספק יחזיק בתקן ניהול סביבתי מסוג ISO 14001 או EMAS,<sup>105</sup> ככל שהוא רלוונטי דיו למוצר הנרכש, או כי הוא מנהל מערכת העוקבת

<sup>100</sup> *Restrictions of Hazardous Substances in Electrical and Electronic Equipment (RoHS)*, EUROPEAN COMMISSION, [https://environment.ec.europa.eu/topics/waste-and-recycling/rohs-directive\\_en](https://environment.ec.europa.eu/topics/waste-and-recycling/rohs-directive_en) (last visited Feb. 14 2023).

<sup>101</sup> Sterner & Robinson, לעיל ה"ש 51; עומר דקל **מכרזים** כרך ראשון 422 (2004).  
<sup>102</sup> Thomas Westphal, *Greening Procurement: an Attempt to Reduce Uncertainty*, 1 PUB. PROCURE. L. REV. 1, 7-8 (1999).

<sup>103</sup> דקל, לעיל ה"ש 101, בעמ' 274.  
<sup>104</sup> השו"ר: התוספת הראשונה לחוק חובת המכרזים, לעיל ה"ש 9.

<sup>105</sup> "ת"י ISO 14001 - מערכת ניהול סביבתי" **מכון התקנים הישראלי Eco-Management and Audit Scheme (EMAS)**, <https://www.sii.org.il/he/iso-14001>; EUROPEAN COMMISSION, [https://green-business.ec.europa.eu/eco-management-and-audit-scheme-emas\\_en](https://green-business.ec.europa.eu/eco-management-and-audit-scheme-emas_en) (last visited Feb. 14 2023). מערכת ניהול סביבתי לפי תקן ISO 14001 מאפשרת לספק לזהות את השפעותיו על הסביבה, לנהל אותן ולצמצמן. בדומה, כלי הניהול EMAS מאפשר לספק להעריך את השפעותיו על הסביבה ולשפר את ביצועיו

אחר שרשרת ייצור המוצר שלו. גוף ציבורי הנוקט מדיניות חדשנות סביבתית יכול למשל לקבוע דרישה הסבה על מתקנו של הספק, מומחיותו המקצועית או השכלתו הסביבתית של צוותו. נוסף על דוגמאות אלו, גוף ציבורי עשוי לקבוע כי ספק אשר הפר דין סביבתי הנוגע לנושא ההתקשרות, בתקופה סמוכה להליך הרכש, לא יהיה רשאי להשתתף בהליך.<sup>106</sup>

### 3. קריטריון סביבתי כקריטריון לזכייה

אמות המידה הנקבעות בהליך הרכש משמשות לבחירת הזוכה בהליך. אמות המידה יכול שיהיו מורכבות מרכיב מחיר בלבד, מרכיב איכות בלבד, או משילוב של רכיב מחיר ורכיב איכות. במקרה שאמת המידה לזכייה היא מחיר בלבד, אז איכות הספק ואיכות המוצר נקבעים מראש (בתנאי הסף ובתנאים החוזיים), והזוכה בהליך נקבע בהתאם לגובה הצעת המחיר. במקרה שאמת המידה לזכייה היא איכות בלבד, אז מחיר המוצר נקבע מראש ואילו התחרות בין המציעים היא על איכותם ועל איכות מוצריהם. במקרה שאמות המידה לזכייה הן שילוב של מחיר ואיכות, על הגוף הציבורי להחליט על המשקל היחסי שברצונו לתת לרכיב המחיר אל מול רכיב האיכות, וכן להחליט על דרך חישובם וחיבורם לכדי ציון כולל לכל הצעה.

אחת השאלות שישאל עצמו גוף ציבורי היא, האם להציב את הקריטריון הסביבתי כקריטריון לזכייה או כקריטריון לסינון או לביצוע. התשובה לשאלה זו צריכה להיגזר מהמידע שבידי הגוף הציבורי. אם קיים חשש שרק מספר מצומצם מאוד של ספקים יצליח למלא אחר הקריטריון הסביבתי, אז ככל הנראה עדיף לקבוע את הקריטריון כקריטריון לזכייה ולא כקריטריון לסינון או לביצוע. שאחרת, התחרות בהליך הרכש תהיה מצומצמת באותה מידה. מאידך, דרך זו אינה מבטיחה שהזוכה בהליך ימלא בצורה כזו או אחרת אחר הקריטריון הסביבתי. זאת, מכיוון שזכיותו יכולה להתבסס על עמידה ברכיבי איכות אחרים באמות המידה או על רכיב המחיר. פתרון לבעיה שכזו, אם אכן תרחיש זה אינו מספק את צרכי הגוף הציבורי, מצוי בנקיטת דרך מאוזנת. הגוף הציבורי יכול להגדיר את הקריטריון הסביבתי כקריטריון לסינון או לביצוע, ולהציבו על הרמה המינימלית האפשרית אשר עדיין תבטיח תחרות אפקטיבית בהליך הרכש. במקביל, רשאי הגוף הציבורי להודיע במסמכי הליך הרכש כי יינתן ניקוד איכות עבור הצעה העולה על קריטריון הסינון או הביצוע.

הזנת קריטריונים סביבתיים לאמות המידה אינה משימה פשוטה. אם הקריטריון הסביבתי מוזן לרכיב האיכות, על הגוף הציבורי להחליט כמה משקל ברצונו לתת לקריטריון הסביבתי; או באופן חליפי ושקול, כמה ניקוד ברצונו לתת לקריטריון

---

הסביבתיים. דרישת עמידה בתקנים אלה צפויה לייקר את המוצר אך מנגד צפויה לקדם את ההגנה על הסביבה.

<sup>106</sup> השו" : Congressional Research Service, *Environmental Considerations in Federal Procurement: An Overview of the Legal Authorities and Their Implementation*, 15-16 (2013).

הסביבתי מתוך סך הניקוד הכולל שניתן לרכיב האיכות. כמו כן, ככל שהקריטריון אינו בינארי (עומד/לא עומד) על הגוף הציבורי להחליט מהן מדרגות הניקוד עבור עמידה חלקית בקריטריון הסביבתי.

באופן כללי, המשקל שיינתן לקריטריון הסביבתי (ומדרגותיו) צריך לשקף את מוכנות הגוף הציבורי לשלם עבור קיום הקריטריון ולבטא יחס נכון למשקל הכולל של רכיבי המחיר והאיכות באמות המידה במכרז.<sup>107</sup> עם זאת, עצם הניסיון להעריך כמה הגוף הציבורי מוכן לשלם עבור הקריטריון הסביבתי, הוא מורכב. מורכבות זו מצמצמת את השקיפות שבקביעת הקריטריון, ופותחת פתח להפעלת שיקול דעת רחב מצד הגוף הציבורי ולאפשרות לניצול לרעה שלו. מורכבות זו גם פותחת פתח לשגיאות מצד הגוף הציבורי, ולהחטאת המטרה הכלכלית של הליך הרכש.<sup>108</sup>

שיטה מקובלת להתמודדות עם בעיות אלה היא עריכת ניתוח עלויות מחזור-חיים (Life Cycle Cost (LCC)). LCC הוא כלי להערכת העלות הכוללת של המוצר לאורך מחזור חייו – מתחילת שרשרת ייצורו, דרך שינועו ורכישתו, תפעולו ותחזוקתו, ועד לסילוקו לסביבה.<sup>109</sup> במהותו, LCC הוא כלי לקבלת החלטות.<sup>110</sup> תפקידו לספק הערכה כספית לעלויות שנובעות מהמוצר. הוא אף יכול לכלול הערכת עלויות של ההחצנות הסביבתיות הנובעות מהמוצר. לפיכך, LCC הוא כלי שימושי הראוי ליישמו במדיניות רכש ציבורי ירוק. הוא יוצר שקיפות והבניה של שיקול דעת הגוף הציבורי בבחירת הקריטריון הסביבתי, והוא יוצר מסד כלכלי להחלטותיו.<sup>111</sup> נוסף על כך, המוניטיזציה

<sup>107</sup> אליאור כורם "שיטות דירוג במכרזים: טובנות מהפסיקה ומהספרות הכלכלית" **מחקרי רגולציה** ז (צפוי להתפרסם ב- 2023).

<sup>108</sup> דקל, לעיל ה"ש 101, בעמ' 302; Abby Semple, *Reform of the EU Procurement Directives and WTO GPA: Forward Steps for Sustainability*, in CHARTING A COURSE IN PUBLIC PROCUREMENT INNOVATION AND KNOWLEDGE SHARING 85, 87 (Gian Albano, Keith Snider & Khi V. Thai eds., 2012).

<sup>109</sup> Congressional Research Service, *Green Procurement: Overview and Issues for* Edeltraud Gunther, Ines Klauke & Lilly Scheibe, *Researching*; *Congress*, 8-20 (2010) *the Market Conditions for Green Purchasing*, in BUYING INTO THE ENVIRONMENT 194, 204-206 (Cristoph Erdmenger ed., 2003).

<sup>110</sup> Dacian Dragos & Bogdana Neamtu, *Sustainable Public Procurement: Life-Cycle Costing in the New EU Directive Proposal*, 8 EUR. PROCURE. & PUB. PRIV. PARTNER. Jason J. Czarnecki & Steven Van Garsse, *What is Life-Cycle Costing?*, in COST AND EU PUBLIC PROCUREMENT LAW 3, 3-4 (Marta Andhov, Roberto Caranta & Anja Wiesbrock eds., 2020).

<sup>111</sup> קיימים מדריכים רבים ותוכנות לשימוש בכלי ה-LCC: SMART SPP innovation thorough sustainable procurement, <https://www.smart-spp.eu/index.php?id=6988> (last visited Feb. 14 2023) *Life Cycle Costing (LCC) Workshop as a tool for sustainable public procurement*, GERMAN INTERNATIONAL COOPERATION BASED IN BANGKOK (2013), [https://www.thai-german-cooperation.info/en\\_US/life-cycle-costing-lcc-workshop-as-a-tool-for-sustainable-public-procurement/](https://www.thai-german-cooperation.info/en_US/life-cycle-costing-lcc-workshop-as-a-tool-for-sustainable-public-procurement/) (last visited Feb. 15, 2023); ראו גם באתר הקהילה האירופאית, EUROPEAN COMMISSION (last visted Feb. 14 2023) *COMMISSION* (last visted Feb. 14 2023); ובאתר המשרד להגנת הסביבה, לעיל ה"ש 36.



של העלויות הנובעות מהמוצר, אף אם רק של חלקן, מאפשרת לייחס לקריטריון הסביבתי, בצורה טובה יותר, משקל באמות המידה של הליך הרכש.<sup>112</sup>

#### ד. רכש ציבורי ירוק בישראל – סמכות, סבירות ומידתיות

##### 1. על הסמכות לבצע רכש ציבורי ירוק

שיקול הדעת המוקנה לגוף הציבורי, באשר לבחירת קריטריונים סביבתיים בהליכי רכש, מניח סמכות הנמצאת בידיו. לפיכך, יש לתהות תחילה אם החלטה לקבוע קריטריונים סביבתיים בהליכי רכש נמצאת בכלל בסמכותו של גוף ציבורי. תקנות חובת המכרזים מגן ציבורי סמכות רחבה לקבוע תנאים בהליכי רכש. תקנה 1א לתקנות חובת המכרזים מורה, 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".<sup>113</sup> תקנה 6(ב) לתקנות חובת המכרזים מאפשרת לגוף ציבורי לקבוע כל תנאי להשתתפות במכרז, ובלבד שהתנאי ענייני: "ניתן להתנות את ההשתתפות במכרז בתנאים ענייניים נוספים, לרבות תנאים בדבר נסיונו של המעוניין להשתתף במכרז, כישוריו, היקף פעילותו, עמידה בדרישות תקן ישראלי לא רשמי, חשיבות המקום שבו מתנהלים עסקיו, וקיומן של המלצות אודותיו".<sup>114</sup> תקנה 22(א) לתקנות חובת המכרזים קובעת: "אמות המידה לבחירת ההצעה המעניקה את מרב היתרונות לעורך המכרז הן אלה, כולן או חלקן: ... (2) איכות הטובין או המקרקעין, העבודה או השירות המוצעים, או נתונים מיוחדים שלהם, והתאמתם לעורך המכרז; (3) אמינותו של המציע, כישוריו, נסיונו, מומחיותו ותחומי התמחותו; ... (5) דרישות מיוחדות של עורך המכרז". לבסוף, תקנה 17(ב) לתקנות חובת המכרזים מוסיפה וקובעת, כי "מסמכי המכרז יכללו בין היתר את כל אלה: (1) תנאי המכרז, לרבות תנאים להשתתפות במכרז; ... (5) אמות המידה כאמור בתקנה 22 שלפיהן תיבחר ההצעה הזוכה; (6) כל מסמך או מידע אחר הדרושים לדעת ועדת

<sup>112</sup> Sofia Lundberg & Per-Olov Marklund, *The Pivotal Nature of Award Methods in Green Public Procurement*, 2(3) ENVIRON. ECON. 64, 68 (2011).

<sup>113</sup> ראו במכירתו של נכס, ע"א 1444/95 **עיריית אילת נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד מט(3) 749, 761-762 (1995): "יש שבהציעה למכירה נכס השייך לציבור פועלת הרשות לא לקידומו של האינטרס הרגיל (קרי: השגת התמורה הכספית הגבוהה ביותר), אלא לקידומו של אינטרס ציבורי אחר. אינטרס כזה מתקיים כאשר הקצאת הנכס, לחלק מבני הציבור, מיועדת להשגתה של תכלית ציבורית מוגדרת. בכגון דא עשויה הרשות להציע את הנכס לא למרבה במחיר, אלא במחיר קבוע וידוע מראש, ואף במחיר נמוך משוויו הריאלי. בכך תוענק לזכאים טובת הנאה, על חשבון הציבור, אך הדבר יעשה לקידום מטרה (מדינית, משקית או חברתית) שהיא מעניינו של כלל הציבור. כך הוא, למשל, כשהמכרז מיועד לסייע בשיכון של זוגות צעירים, עולים חדשים או אוכלוסיות חלשות ... או לעודד התיישבות במקום מסוים, לשם פיתוחו והרחבתו".

<sup>114</sup> ראו: דקל, לעיל ה"ש 101, בעמ' 280.

המכרזים לשם ניהול תקין והוגן של המכרז, וכדי להבטיח את קבלת ההצעה המעניקה את מרב היתרונות למשרד, לרבות דרישה לקבלת כל מסמך או מידע בדבר כישוריו, נסיונו או יכולתו של המציע".

הנה כי כן, תקנות חובת המכרזים אינן מצרות את סמכותו של גוף ציבורי לקבוע קריטריון סביבתי בהליך רכש.<sup>115</sup> זאת, בין כקריטריון לביצוע, בין כקריטריון לסינון ובין כקריטריון לזכייה. גבולות סמכותו של גוף הציבורי לקבוע קריטריון סביבתי תחומות על ידי הדרישה שקביעת הקריטריון תשרת את התכלית של הבטחת מרב היתרונות מהליך הרכש;<sup>116</sup> וכן תשרת את תכליות השוויון, השקיפות, ההגינות והמינהל התקין בהליך.<sup>117</sup>

על רקע דברים אלה, ניכר כי קביעת קריטריונים סביבתיים בהליכי רכש ציבורי כחלק ממדיניות חיסכון סביבתי, אינה מעוררת קושי שבסמכות. לא יהיה חולק כי יצירת חיסכון כספי בהתקשרות מעניק יתרון ישיר לגוף הציבורי. לכן, קביעת קריטריון סביבתי שנועד להשיג מטרה זו בצד תועלת סביבתית (win-win), נמצאת בגדר סמכותו של גוף ציבורי. השאלה אם קביעת הקריטריון היא סבירה ומידתית בנסיבותיו של עניין היא, כמפורט להלן, שאלה נפרדת.

מה לגבי קביעת קריטריונים סביבתיים במסגרת מהלך של מדיניות הפנמה סביבתית או חדשנות סביבתית? לכאורה, סוגי מדיניות אלה, הגם שהם נועדו להטיב עם הסביבה, מגלמות, לפחות בטווח הקצר, הוצאה כספית גדולה יותר ועל כן חסרון עבור

<sup>115</sup> על פירוש הסמכות לפי תכלית החקיקה ראו: בג"ץ 693/91 ד"ר מיכל אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 763-762, 749 (1993); בג"ץ 852/86 ח"כ שולמית אלוני נ' שר המשפטים, פ"ד מא(2) 1, 42 (1987).

<sup>116</sup> מלבד איזכורה בפסיקה (למשל בג"ץ 292/61 בית אריזה וחובות בע"מ נ' שר החקלאות, פ"ד טז 20, 27 (1962)) ולאורך תקנות חובת המכרזים, לעיל ה"ש 13 (תק' א1, 5(ה)(1)), 16(ה), 17(ב)(6), 21(א)-(ב) ו-22(א)-(ב)), על התכלית להבטיח את מרב היתרונות לגוף הציבורי, ניתן גם ללמוד מסעיף 4(א)(7) לחוק חובת המכרזים, לעיל ה"ש 9, הקובע: "שר האוצר, באישור ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, יקבע בתקנות - ... 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".

ההסדר לדוגמה של האו"ם (UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW, UNCITRAL MODEL LAW ON PUBLIC PROCUREMENT Art. 43.3(b) (2011)) מגדיר מבחן דומה: "The successful tender shall be: (i) Where price is the only award criterion, the tender with the lowest tender price; or (ii) Where there are price and other award criteria, the most advantageous tender ...". ארגון הסחר העולמי, לעיל ה"ש 19, בסעיף XV.5, גם מגדיר מבחן דומה: "... the entity shall award the contract to the supplier that the entity has determined to be capable of fulfilling the terms of the contract and that, based solely on the evaluation criteria specified in the notices and tender documentation, has submitted: a) the most advantageous tender; or b) where price is the sole criterion, the lowest price". ישראל חתומה על הסכם זה (ראו: ס' 5(ב) לחוק חובת המכרזים, לעיל ה"ש 9; ותק' 44 לתקנות חובת המכרזים, לעיל ה"ש 13).

<sup>117</sup> השו: בג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל, ואח' נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(3) 748-746, 729 (1980).

הגוף הציבורי. אם כן, כיצד יראה גוף ציבורי, אם יידרש לכך, כי נקיטת מדיניות הפנמה סביבתית או חדשנות סביבתית באמצעות קריטריון סביבתי משיאה את יתרונותיו והיא בסמכות? בעניין זה נכון ללכת בגישה שהותוותה בפסיקה. לפי גישה זו, אם תנאי שנקבע בהליך רכש ציבורי נועד לשרת מדיניות ציבורית של הממשלה אז הגוף הציבורי פועל בסמכות.

כך, בפרשת **אימפקט**<sup>118</sup> תנאי המכרז ביטאו מדיניות העדפת תוצרת הארץ על פיה "רכישה מיבואן של טובין, המיוצרים גם בארץ, טעונה היתר של משרד התעשייה והמסחר, והיתר זה יינתן, רק אם מחיר הטובין בישראל עולה ביותר מ-10%". השופט ברק מצא כי שיקול זה ענייני: "השיקול בדבר עידוד תוצרת הארץ, כאשר הוא בא מפיה של המדינה כבעלת המכרז, הוא שיקול ענייני, שיקול הקשור ושזור ברצונה של המדינה, האחראית לשירותי הבריאות, למנוע תלות בספק יחיד ובייחוד בספק זר ולהגן ולעודד את הייצור המקומי".<sup>119</sup> וכך, בפרשת **אגד**<sup>120</sup> החליטה הממשלה "לפתוח את ענף התחבורה הציבורית בישראל לתחרות על-ידי הקצאת רשיונות להפעלת קווי השירות בתחבורה הציבורית בתנאים תחרותיים", ובעקבות זאת פרסם משרד התחבורה מכרז שבו נאסר על אגד (ודן) להשתתף בו. אגד הגישה עתירה התוקפת את התנאי במכרז. השופט מצא העיר כי "חרף הקושי העקרוני הכרוך בדבר, לא הייתי פוסל על הסף מתכונת של מכרז המוציא את אגד מן התחרות". אולם, לבסוף ביטל את המכרז מחמת העדר תשתית נתונים סבירה בבסיס הרפורמה שביקש משרד התחבורה לבצע.<sup>121</sup> וכך, בפרשת **מעלות**<sup>122</sup> קיבלה הממשלה החלטה עקרונית שלפיה "יש צורך במציאת פתרונות לדו-קיום ושגשוג לנצרת ולנצרת עילית". בהמשך לזאת, פרסם משרד האוצר מכרז לשכירת דיור למשרדי פקיד שומה נצרת ומיסוי מקרקעין נצרת. במכרז הוצב תנאי הקובע כי על הדיור המוצע להימצא בשטח העיר נצרת. כשהתגלגלה העתירה התוקפת את התנאי לערעור בפני בית המשפט העליון, מצא השופט רובינשטיין כי התנאי שנקבע במכרז הוא ענייני: "תנאי המיקום' בנסיבות דנא מייצג דרישה עניינית, העולה בקנה אחד עם התכלית הציבורית החשובה אשר נגזרת מהחלטת הממשלה בדבר שמירה על דו-קיום בין שתי הערים".<sup>123</sup>

שלושת הפרשות משמיעות ומלמדות כי בית המשפט העליון סבר כי גוף ציבורי מוסמך לקבוע תנאי בהליך רכש ציבורי אשר נועד להגשים מדיניות ציבורית, אם זו משרתת את מדיניות הממשלה. הלך המחשבה המשווער בגישה זו הוא, כי אם גוף

<sup>118</sup> בג"ץ 118/83 אינווסט אימפקט בע"מ נ' המנהל הכללי של משרד הבריאות, פ"ד לח(1) 729 (1984).

<sup>119</sup> שם, בעמ' 736-737.

<sup>120</sup> בג"ץ 3136/98 אגד אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ ואח' נ' שר התחבורה, פ"ד נב(5) 705 (1999).

<sup>121</sup> שם, בעמ' 707, 713-714.

<sup>122</sup> ע"ם 5525/11 נ.ע מעלות שער העיר בע"מ נ' משרד האוצר (נבו) 15.1.2012.

<sup>123</sup> שם, בפס' כ"ז ול"ו. לעיון נוסף ראו: יגאל מרזל "הרובד הפנימי של המכרז הציבורי" **משפט ועסקים** יח 363, 375-382 (2014).

ציבורי כפוף למדיניות הממשלה אז מדיניותה הופכת לחלק ממדיניותו;<sup>124</sup> ואם הליך רכש יגשים את מדיניות הגוף הציבורי, ממילא הוא ישיא לו את היתרונות כנדרש בתקנות חובת המכרזים.

דרך אחרת ללכת בה, לעניין הסמכות, היא דרך חקיקה המסמיכה את מעשי הגוף הציבורי.<sup>125</sup> אם עד כה דובר על הגשמת מדיניות הממשלה או הדברים יפים גם לגבי הגשמת מדיניות המחוקק. כפי שהגשמת מדיניות הממשלה ממלאת אחר תכלית הבטחת מרב היתרונות לגוף הציבורי מהליך הרכש, כך גם הגשמת מדיניות המחוקק. מבלי לקבוע מסמרות, הסמכה לשקול שיקולים סביבתיים במטרה לקיים מדיניות של הפנמה סביבתית או חדשנות סביבתית, יכולה לקבל ביטוי בארבע צורות חקיקה.<sup>126</sup> הצורה הראשונה היא הסמכה לשקול שיקולים סביבתיים ותו לא. צורת הסמכה זו מקנה לגוף הציבורי שיקול דעת רחב אם, מתי ובאיזה אופן לשקול שיקולים סביבתיים בהחלטותיו. בצורה זו המחוקק אומר לגוף הציבורי כי הוא מוסמך לשקול שיקולים סביבתיים ומכאן הרשות בידו. עם זאת, המחוקק אינו נוקט עמדה האם שיקולים סביבתיים הם רלוונטיים לטובתו של עניין, אלא רק כי השיקולים הם שיקולים שבסמכות.<sup>127</sup>

<sup>124</sup> בפרשת מעלות, לעיל ה"ש 122, בפס' ל"א, כתב השופט רובינשטיין: "משרדי הממשלה והשרים השונים שבראשם מופקדים, כל אחד בתחומו, על הנושאים המרכזיים המצויים באחריותה של הרשות המבצעת; הם ממונים על יישומה ועל ביצועה של מדיניות הממשלה בתחומים השונים; הם זרועה של הממשלה לביצוע יעיל של קוי המדיניות שהותוו על ידיה".

<sup>125</sup> השו"ע: עת"ם (מחוזי מינהליים) 16477-06-13 מאמון עבוד נ' ועדת המכרזים שליד מועצה מקומית מג'אר, פס' 37-57 (נבו 23.7.2013); ועת"ם (מחוזי מינהליים) 11800-03-16 מלט הר טוב בע"מ נ' חברת נמלי ישראל – פיתוח ונכסים בע"מ, פס' 5.1.ב., 8.3.3 (נבו 16.5.2016), שם הועלתה ונדחתה הטענה מטעמי פרשנות. אף את עע"ם 9241/09 שלג לבן 1986 בע"מ נ' עיריית אשקלון, פס' 3 לפסק דינו של השופט לוי (נבו 8.7.2010), ניתן לקרוא כמקרה שבו פירוש הסמכות נעשה לאור חזקת הקפדה על זכויות עובדים.

<sup>126</sup> ראו באופן כללי: יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א 319 (2010); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 216 (2010).

<sup>127</sup> טלו לדוגמה את הקבוע בסעיף 149(א) לפקודת העיריות [נוסח חדש], ס"ח 197: "המועצה תבחר ועדה לאיכות הסביבה שתפקידה ליזום ולתכנן פעילות בתחומים הנוגעים לשמירה על איכות הסביבה ולהבטחת פיתוח ושימוש בני קיימא של הסביבה; הוועדה תגיש לאישור המועצה את תכניתיה ותעקוב אחר ביצוע התכניות המאושרות". סעיף זה הוסף לפקודה בשנת 2005 תוך שהוסבר: "בשנים האחרונות גוברת המודעות לצורך בשמירה על איכות הסביבה ובפיתוח בר-קיימא של משאבי טבע – פיתוח המכיר, מעבר לצרכי התכנון התועלתיים המידיים, בחשיבותם הרבה של שיקולים ארוכי טווח אשר פירותיהם עשויים להתקבל רק בעתיד הרחוק... על מנת להגביר את פעילות העיריה בתחומי איכות הסביבה ופיתוח בר-קיימא, תוך שיתוף התושבים, מוצע להקים בכל עיריה, ועדה שתפקידה ליזום ולתכנן פעילות בתחומים אלה ולפקח על התכניות שאושרו על ידי מועצת העירייה" (הצעת חוק לתיקון פקודת העיריות (תיקון מס' 97) (ועדה לאיכות הסביבה), התשס"ה-2005, ה"ח 92). בשים לב לכוננת המחוקק, האינן לומר

הצורה **השנייה** היא הטלת חיוב כללי לשקול שיקולים סביבתיים. צורת הסמכה זו מצמצמת את שיקול דעתו של הגוף הציבורי. בצורה זו המחוקק קובע כי שיקולים סביבתיים, לא רק שהם בסמכות הגוף הציבורי לשקול, אלא שהם תמיד שיקולים ענייניים שעליו לשקול. עם זאת, המחוקק אינו מחווה דעה אפריורית האם שיקולים סביבתיים גוברים על שיקולים עניינים אחרים שעל הגוף הציבורי לשקול בקבלת החלטתו. את מלאכת האיזון בין השיקולים מותיר המחוקק לשיקול דעתו של הגוף הציבורי.<sup>128</sup>

הצורה **השלישית** היא הטלת חיוב ספציפי לאזן שיקולים סביבתיים בדרך מסוימת. צורת הסמכה זו מצמצמת עוד יותר את שיקול דעתו של הגוף הציבורי. בצורה זו המחוקק קובע כי שיקולים סביבתיים הם תמיד שיקולים ענייניים שעל הגוף הציבורי לשקול, והוא אף קובע מתי יש להעדיפם על פני שיקולים עניינים אחרים. המחוקק קובע את נוסחת האיזון בין השיקולים עבור הגוף הציבורי, ומותיר בידו את ההחלטה כיצד להוציא את תוצאת האיזון אל הפועל.<sup>129</sup>

הצורה **הרביעית** היא הטלת חיוב ספציפי ליישם קריטריון סביבתי. צורה הסמכה זו אינה מותירה לגוף הציבורי מרחב של שיקול דעת. המחוקק קובע בחקיקה תנאים מפורטים כיצד על הגוף הציבורי ליישם שיקולים סביבתיים בהחלטותיו. בצורה זו המחוקק קובע כי לא רק ששיקולים סביבתיים הם בסמכות הגוף הציבורי לשקול, לא

---

שבסמכותה של עירייה לשקול בהליכי רכש שיקולים המתמקדים בהגנה על הסביבה ובפיתוח בר-קיימא? ראו גם סמכותה הכללית של עירייה: "סמכויותיה של עיריה הן: לעשות בדרך כלל, כל מעשה הדרוש לשם שמירה על תחום העיריה, בריאות הציבור והבטחון בו, ... (ס' 249 (29) לפקודת העיריות).

יושם אל לב, כי נוסח תקנות העיריות (מכרזים), תשמ"ח-1987, שונה מנוסח תקנות חובת המכרזים, לעיל ה"ש 13. אין בהן התייחסות לתכלית הבטחת יתרונות הגוף הציבורי. עם זאת, תכלית זו עולה מפסיקת דיני מכרזי הרשויות המקומיות (בג"ץ 368/76 אליהו גזולן נ' המועצה המקומית בית-שמש, פ"ד לא(1) 505, 511-512 (1976); בג"ץ 203/75 ישראל ובנימין בן-יקר נ' המועצה האזורית באר-טוביה, פ"ד כט(2) 707, 711 (1975); בג"ץ 187/77 שלום קופטש – חברה לבנין בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד לב(1) 309, 324 (1977). כמו כן, ניתן להקיש מתקנות חובת המכרזים (עע"ם 1777/14 חן המקום בע"מ נ' עיריית קרית אוננו, פס' 49 (נבו 16.6.2016)).

כך ניתן להשקיף על סעיף ההסמכה הקבוע בתקנה 1א לתקנות חובת המכרזים, לעיל ה"ש 13. לפי הסמכה זו, בכל הליך רכש מחויב גוף ציבורי לשקול שיקולים של שוויון, הגינות, שקיפות והבטחת מרב היתרונות.

סעיף 2ג(א) לחוק חובת המכרזים, לעיל ה"ש 9, מורה למשל: "עורך 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". בסעיף זה קבע המחוקק כי השיקול בדבר קידומם של עסק זעיר, קטן או בינוני גובר על שיקולים אחרים שנועדו להעניק לגוף הציבורי את מרב היתרונות, מלבד השיקול של פגיעה במוצר, בעבודה או בשירות. בכך התווה המחוקק את נוסחת האיזון בין שיקול קידומם של עסקים קטנים ובינוניים ובין שיקול השאת הערך הכלכלי לגוף הציבורי. באותה נשימה המחוקק הותיר לגוף הציבורי מרחב של שיקול דעת איזה קריטריון לקבוע על מנת להגשים את תוצאת האיזון.

128

129

רק שהם תמיד שיקולים עניינים להחלטותיו, אלא הוא קובע מתי שיקולים אלה גוברים על כל שיקול ענייני אחר ובאיזה אמצעי יש להגשימם. המחוקק לוקח מיידו של הגוף הציבורי את מלאכת האיזון, מבצע את מלאכת האיזון בעצמו וקובע את תוצאתה בחקיקה.<sup>130</sup>

היתרון בהתוויה חקיקתית של מדיניות הפנמה סביבתית או חדשנות סביבתית הוא כפול. ראשית, קביעת מדיניות בחקיקה היא דרך לכפות על גופים ציבוריים למלא אחר המדיניות תוך צמצום שיקול דעתם בנושא. ככל שהחקיקה מפורטת יותר ויותר נוצר כו למדיניות יותר אחידה ויותר אפקטיבית.<sup>131</sup> שנית, ככל שמדיניות מפורטת יותר בחקיקה, שבט הביקורת השיפוטית נוטה מביקורת על מעשה מינהלי אל ביקורת על מעשה חקיקה. בהתאם, נטיית בית המשפט להתערב במדיניות תצטמצם ותגבר הודאות כי המדיניות לגיטימית.<sup>132</sup>

מה פירוש מתן ודאות ללגיטימיות המדיניות? מקום בו קיים ספק לגבי הסמכות לקבוע קריטריון סביבתי מסוים או לגבי סבירותו או מידתיותו, אז מעשה החקיקה יכול להסיר ספק זה. ניקח למשל מצב שבו הממשלה קובעת מדיניות גורפת שלפיה המדינה על משרדיה לא יתקשרו עם עסק שאינו עושה שימוש בנייר ממוחזר. למדיניות זו זיקה רחוקה מאוד למוצרים הספציפיים שנרכשים על ידי משרדי הממשלה. זוהי מדיניות גורפת שנועדה להשיג מטרת סביבתית שמימושן אינו נובע מהרכש עצמו, אלא נובע מכוח השוק הרב של המדינה, בלבד. ספק אם מדיניות רכש זו היא סבירה, שכן ספק אם היא עונה על דרישת הענייניות. לכן, אם ברצון הממשלה להסיר ספק כי המדיניות לגיטימית, היא יכולה למסדה בחקיקה מתאימה. או אז הביקורת השיפוטית על המדיניות תצומצם לביקורת על מעשה חקיקה.<sup>133</sup>

<sup>130</sup> כך מתאפיינות מדיניות עידוד השתתפותן של נשים בעסקים ומדיניות ההגנה על התעשייה המקומית, כפי שהן באות לידי ביטוי בחקיקת המכרזים. סעיף 2 לחוק חובת המכרזים, לעיל ה"ש 9, קובע, כי אם "לאחר שקלול התוצאות, קיבלו שתי הצעות או יותר תוצאה משוקללת זהה שהיא התוצאה הגבוהה ביותר, ואחת מן ההצעות היא של עסק בשליטת אישה, תיבחר ההצעה האמורה כזוכה במכרז". ותקנות העדפת תוצרת הארץ, לעיל ה"ש 11, שהותקנו מכוח סעיף 3א(א) לחוק חובת המכרזים, לעיל ה"ש 9, קובעות הוראות ברורות מתי וכיצד לבצע העדפה של ספקי טובין מתוצרת הארץ.

<sup>131</sup> אך יודגש כי רמת האפקטיביות תלויה בעיקר בתוכן החקיקה. למשל, מדיניות עידוד השתתפותן של נשים בעסקים, הגם שהיא מפורטת בחקיקה ואינה מותירה שיקול דעת לגוף הציבורי, לוקה באפקטיביות משום שהיא מקדמת את הנושא רק במקרים נדירים מאוד שבהם גם תוצאות של הצעות במכרז שקולות וגם אחת מן ההצעות היא עסק בשליטת אישה (ראו: דפנה ברק-ארוז **משפט מינהלי - משפט מינהלי כלכלי** כרך ג 140 (2010)).

<sup>132</sup> אהרן ברק "הזכות החוקתית והפגיעה בה: תורת שלושת השלבים" **משפט וממשל יט** 119 (2018); בג"ץ 7198/21 **איגוד נותני שירותים פיננסיים (ע"ר) נ' ממשלת ישראל**, פס' 22 (נבו 17.11.2021).

<sup>133</sup> הדוגמה המקבילה לכך מצויה בחוק עסקאות גופים ציבוריים, תשל"ו-1976, ס"ח 826. בחוק זה נקבע, כי על הרוצה להתקשר עם גוף ציבורי להמציא תצהיר כי הוא עומד בתנאים של אי-הרשעה בעבירות לפי חקיקה המגנה על זכויות עובדים; ותצהיר כי הוא עומד בתנאים של ייצוג הולם לאנשים עם מוגבלות בעסקו.

## 2. סבירות ומידתיות רכש ציבורי ירוק

בישראל, הלכה היא שגוף ציבורי צריך לפעול בסבירות ובמידתיות.<sup>134</sup> סבירות, במובנה המהותי, משמעותה כי בהחלטתו על הגוף הציבורי לשקול את כל השיקולים הרלוונטיים, ולתת לכל שיקול את המשקל היחסי הראוי לו.<sup>135</sup> מידתיות, בתמצית, משמעותה כי בהחלטתו על הגוף הציבורי לקיים יחס ראוי בין האמצעי למטרה.<sup>136</sup> בהתאם להלכה כללית זו, בית המשפט העליון בישראל בוחן גם את החלטותיהם של גופים ציבוריים במסגרת הליכי רכש ציבורי, בעיניים של סבירות ומידתיות.<sup>137</sup> מפסיקותיו של בית המשפט העליון ניכר כי חובתו של גוף ציבורי לנהוג בסבירות ובמידתיות חלה עליו בין אם החלטתו נוגעת לתנאי סף בהליך, לאמת מידה או לתנאי לביצוע.

כך, בפרשת **אור הייטק**<sup>138</sup> בחן בית המשפט העליון את הלגיטימיות של תנאי במכרז שלפיו נדרש לספק את השירותים לעירייה באמצעות תוכנות מחשב ספציפיות. בפרשת **מאגמא**<sup>139</sup> בחן בית המשפט העליון את סבירותו ומידתיותו של תנאי סף שלפיו רק "מעבדה מאושרת", באישור הממונה על התקינה והרשות האומית להסמכת מעבדות, רשאית לגשת למכרז. ובפרשת **הרקולס**<sup>140</sup> בחן בית המשפט העליון את סבירותו ומידתיותו של תנאי הדורש מהמזיע להציע ולפרט, כבר בהצעתו, צוות הכולל שלושה רכי חובלים בעלי ניסיון של שנה אחת לפחות בהפעלת גוררות.<sup>141</sup>

<sup>134</sup> ע"ם 7002/19 צ"ינה מוטורס בע"מ נ' משרד התחבורה והבטיחות בדרכים, פס' 26 והאסמכתאות שם (נבו 7.7.2020).

<sup>135</sup> בג"ץ 389/80 רפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421, 446-447 (1980); פרשת אילת, לעיל ה"ש 113, בעמ' 763.

<sup>136</sup> בג"ץ 987/94 יורונט קורי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412, 435 (1994); בג"ץ 3477/95 בן-עטייה נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1, 16-9 (1996).

<sup>137</sup> ברק-ארוז, לעיל ה"ש 131, בעמ' 102-103; מרזל, לעיל ה"ש 123, בעמ' 372-373.

<sup>138</sup> ע"ם 8196/08 אור הייטק בע"מ נ' עיריית אילת (נבו 10.11.2009).

<sup>139</sup> ע"ם 2879/08 מאגמא חברה להנדסה, טכנולוגיות ותוצרים בע"מ נ' מדינת ישראל - משרד הבינוי והשיכון (נבו 15.11.2009).

<sup>140</sup> ע"ם 7736/10 הרקולס את סנפיר בע"מ נ' טייפון קבלנים בע"מ (נבו 6.9.2011).

<sup>141</sup> שאלת סבירותם או מידתיותם של תנאים בהליכי רכש עלתה גם בפרשות נוספות. בע"א 2087/99 דודו רפוס וכריכה 1988 בע"מ נ' משרד החינוך, התרבות והספורט - מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 860 (2000), בחן בית המשפט העליון את סבירותו של תנאי סף הקובע כי עבודות הדפוס המבוקשות יבוצעו בירושלים בלבד; בעע"ם 6464/03 לשכת שמאי המקרקעין בישראל נ' משרד המשפטים - אגף שומת מקרקעין (נבו 16.2.2004), בחן בית המשפט העליון האם הצבתו של תנאי מחיר מרבי להצעות, במכרז להקמת מאגר שמאי מקרקעין, הוא סביר; בעע"ם 1847/06 בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' מדינת ישראל משרד האוצר החשב הכללי (נבו 25.4.2007), בחן בית המשפט העליון את הסבירות של אי-הכללת אמת מידת איכות, באמות המידה לזכייה במכרז לאספקת שירותי תקשורת נתונים עבור משרדי הממשלה; בעע"ם 1985/10 חברת נתיבי איילון

עיון בפסיקה מעלה, כי בית המשפט העליון בישראל אינו בוחן את סבירות החלטת הגוף הציבורי בנפרד ממידתיותה. בית המשפט נוהג לבחון את מידתיות החלטת הגוף הציבורי, אם הוא נדרש לכך, תחת "המטרייה" הרחבה של עקרון הסבירות. כך, כאשר בית המשפט העליון בחן בפרשת הרקולס האם מידתי היה מצד משרד התחבורה להציב את ניסיון רכי החובלים כתנאי סף, ולא כאמת מידה או כתנאי לביצוע,<sup>142</sup> הרי שבסופו של עניין, ניתוחו נעשה בראי סבירות החלטתו של משרד התחבורה והשיקולים שעמדו לפניו. בהינתן זאת, בכל הנוגע להליכי רכש ציבורי, מוצע לפעול בגישה דומה, ולתחום את עילת המידתיות בדל"ת אמותיה של עילת הסבירות. משמעותה האופרטיבית של הצעה זו היא יצירת מתחם של סבירות למידתיות התנהגותו של הגוף הציבורי.<sup>143</sup> דרך זו משמרת את אובייקטיביות המבחן המינהלי להתנהגותו של גוף ציבורי. היינו, משמרת את ההתמקדות בשאלה הכללית והחשובה: האם הגוף הציבורי פעל כפי שגוף ציבורי סביר היה פועל?<sup>144</sup>

**בע"מ נ' די. אנד די. בטיחות בע"מ** (נבו 18.7.2010), בחן בית המשפט העליון את סבירותם של תנאי סף אשר קבעו כי הניסיון בתחומי הניקיון והטיפול במפגעים צריך להיות של המציע, ולא של קבלן משנה או מיזם משותף; בפרשת **מעלות**, לעיל ה"ש 122, בחן בית המשפט העליון את סבירותו של תנאי במכרו הקובע כי על המשרדים המוצעים להשכרה צריכים להימצא בנצרת בלבד; ובעע"מ 6466/19 **משרד הביטחון נ' עמותת חברות הסיעוד** (נבו 11.10.2020), בחן בית המשפט העליון, בין היתר, את סבירותו של תנאי אשר הגביל את מספר הזוכים במכרז למתן שירותי ליווי וסיעוד, לשלושה זוכים בלבד; ואת סבירותו של משקל רכיב האיכות במכרז, שהועמד על 20% פרשת **הרקולס**, לעיל ה"ש 140, בפס' 17-16.

והשוו: פרשת **בן-עטייה**, לעיל ה"ש 136, בעמ' 13-14; ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221, 438 (1995); בג"ץ 4487/06 **ד"ר בנימין קלנר נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פס' 38 (נבו 25.11.2007); בג"ץ 7311/02 **האגודה לסיעוד ולהגנה על זכויות הברואים בישראל נ' עיריית באר-שבע**, פס' 16 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) נאור (נבו 22.6.2011); רע"פ 7052/18 **מדינת ישראל נ' רפי רותם**, פס' 75-76 (נבו 5.5.2020).

פרשת **דפי זהב**, לעיל ה"ש 135, בעמ' 440: "על-פי עקרון הסבירות בית המשפט שואל את עצמו, אם רשות ציבורית סבירה עשויה הייתה לקבל ההחלטה שנתקבלה בפועל. לשון אחרת: כור ההיתוך שבו עומדת כל החלטה מינהלית הוא כור ההיתוך של 'הרשות המינהלית הסבירה'"; פרשת **בן-עטייה**, שם: "בהפעלת עקרון המידתיות – ובעיקר בבחינת האמצעי שפגיעתו פחותה – יש להכיר במרחב התמרון של הרשות השלטונית. לעיתים קרובות מצויות מספר דרכים שבהן ניתן לצאת ידי חובת המידתיות. לא פעם המקרה הוא גבולי. במצבים אלה ואחרים יש להכיר בקיום מיתחם התחשבות של הרשות השלטונית. מיתחם זה דומה למיתחם הסבירות של הרשות המבצעת"; והשוו הנאמר בבג"ץ 5510/92 **חמדה מוחמד חליל תורקמאן נ' שר הביטחון, מר יצחק רבין**, פ"ד מח(1) 217, 219-220 (1993): "כל סמכות, ותהא רחבה ככל שתהא, צריכה להיות מופעלת על-פי שיקול-דעת סביר. ... בגדר הפעלתה הסבירה של הסמכות, על המפקד הצבאי לקחת בחשבון את הנתונים הרלוואנטיים, ליתן להם משקל ראוי ולאזן בין השיקולים המתנגשים. ... בהפעלת הסמכות הנתונה למפקד הצבאי על-פי תקנה 119 לתקנות, עליו לנהוג על-פי עקרון היחסיות. 'חייב להתקיים יחס ענייני יחסיות או

142

143

144



למיטב הבדיקה, שאלת סבירותו של קריטריון סביבתי בהליכי רכש ציבורי, טרם נדונה בפסיקה בישראל. עם זאת, מעקרון הסבירות נגזר כי כאשר גוף ציבורי קובע קריטריון סביבתי, אז מאחורי קביעה זו צריכים לעמוד שיקולים ענייניים. נוסף על כך, על הגוף הציבורי לאזן באופן ראוי בין השיקולים שבקביעת הקריטריון הסביבתי ובין שיקולי רכש ציבורי אחרים, כגון שמירה על השוויון (או ההזדמנות השווה) בין הספקים, הגינות, מינהל תקין, שקיפות, התחרות בהליך הרכש, וכן כמובן, המטרה הכלכלית של הליך הרכש.

ביישום הגישה המוצעת לעיל, ובהתאם למבחני המשנה הידועים של המידתיות<sup>145</sup> – מבחן הקשר הרציונאלי (או מבחן ההתאמה); מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה (או מבחן הצורך); ומבחן התוצאה המידתית (או מבחן המידתיות במובן הצר) – ניתן להוסיף ולדרוש כי סביר שיהיה בכוחו של הקריטריון הסביבתי שקובע הגוף הציבורי בהליך הרכש, כדי להגשים את מטרתו.<sup>146</sup> עוד ניתן לומר, כי אם סביר שקריטריון סביבתי אחר לא יגשים את מטרת הגוף הציבורי באותה המידה שיגשים הקריטריון הסביבתי הנבחר, אז הגוף הציבורי רשאי לדבוק בבחירתו. זאת, אף אם הקריטריון האחר מגלם פגיעה פחותה בספקים.<sup>147</sup> לבסוף, נדרש שהקריטריון הסביבתי יביא לתוצאה סבירה. אין הוא יכול להביא לפגיעה בלתי סבירה בספקים ביחס לתועלת הנובעת ממנו.<sup>148</sup>

גישה זו הולמת את ההלכה העקבית שלפיה בית המשפט אינו נוהג להתערב בשיקול דעתו של גוף ציבורי בקביעה של תנאי רכש, וזאת אלא במקרים של חריגה מ"מתחם הסבירות". כך סוכמה ההלכה בפרשת **משרד הביטחון**:<sup>149</sup>

מידתיות ראויות - בין המעשה האסור של הפרט לבין האמצעי הננקט על-ידי השלטון' ... נראה לי כי הריסת המבנה כולו תהווה אמצעי "לא יחסי" - ועל-כן גם לא סביר בין התנהגותו הרצחנית של מוחמד תורקמאן לבין הסבל שייגרם למשפחת האח הבכור. בנסיבות אלה נראה כי הדרך הסבירה הייתה זו הקובעת הריסה חלקית בלבד".  
145 אהרן ברק **מידתיות במשפט** 373, 391, 419 (2010). ראו לדוגמה: בג"ץ 7245/10 **עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' משרד הרווחה**, פסק דינה של השופטת ארבל (נבו 4.6.2013).

146 השוו: ברק, שם, בעמ' 387-388.

147 השוו: ברק, שם, בעמ' 392, 395.

148 השוו לבחינה בפרשת **מגאמא**, לעיל ה"ש 139, בפס' 7: "בית משפט קמא פסק כי לא הונחה עילה להתערבותו בשיקול דעת זה, לאחר שנמצא כי התנאי משרת את תכליות המכרז, באשר הוא מבטיח את איכות המעבדות המשתתפות בו ומפחית את התלות בקבלני משנה. ... בה בעת, אין בתנאי הסף כדי לפגוע בתחרות מעבר למידה הראויה, בנסיבות בהן נמצא כי ארבע (ולפי גרסת המשיב 1 בס' 7 לסיכומי ובידיון) שלפנינו אף חמש) משש המציעות עמדו בתנאי הסף, כאשר השוק כולו מונה רק שמונה מעבדות. אף אנו סבורים כי האיזון בין השיקולים המתמודדים אינו מגלה עילה להתערבות".

149 פרשת **משרד הביטחון**, לעיל ה"ש 141, בפס' 14. ראו גם: עע"ם 1338/21 **חנן אום אלפחם, חברה למתן שירותי בית רווחה בע"מ נ' מדינת ישראל - משרד העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים**, פס' 10 (נבו 22.3.2021).

"תנאי המכרז נדרשים להתחייב 'מאופיו או ממהותו של המכרז' (סעיף 2א(א) לחוק המכרזים) ולעמוד במבחנים של ענייניות, סבירות ומידתיות. ... קביעת תנאי המכרז ותנאי הסף שבו הם עניין שבשיקול דעת הרשות. בית המשפט יטה שלא להתערב בתוכן המכרז והתערבות שיפוטית בתוכן המכרז תהא אך ורק במקרים ברורים וקיצוניים במיוחד של חריגה ממתחם הסבירות' ... בית המשפט אינו מחליף את שיקול דעתה של הרשות ולא שם עצמו בנעליה, ואין הוא קובע מה ההחלטה שהוא היה מקבל באותן הנסיבות. בית המשפט בוחן אם החלטת הרשות נתקבלה כדין ומשיקולים ענייניים, ואם היא מצויה במתחם הסבירות".

### 3. ארבע פרשות מדריכות – אירופה וארה"ב

שאלת הצבתו של קריטריון סביבתי בהליכי רכש נדונה בבית המשפט האירופאי לצדק (CJEU), וכן בפני החשב הכללי (Comptroller General) של ארה"ב. אמנם קיים שוני מהותי בין נורמות הרכש הציבורי האירופאיות והאמריקאיות ובין הנורמות של ארגונים אחרים או מדינות אחרות, כגון ישראל.<sup>150</sup> אך ניתן לערוך היקשים ולהסיק מסקנות – בזהירות הראויה – מהחלטות מוסדותיהם בנושא. ההיגיון המונה בהחלטותיהם יכול להציע הדרכה בנוגע לקביעת קריטריונים סביבתיים בהליכי רכש ציבורי בישראל.

הפרשה הראשונה שבה דן ה-CJEU בשאלת הצבתו של קריטריון סביבתי בהליכי רכש ציבורי הייתה פרשת *Concordia*,<sup>151</sup> שהוכרעה בשנת 2002. באותה פרשה פרסמה עיריית הלסינקי מכרז להפעלת קווי אוטובוסים עירוניים. אמות המידה במכרז היו מחיר ואיכות, וברכיב האיכות הוחלט להעניק עד 10 נקודות נוספות לצי האוטובוסים של המציע, וזאת בגין פליטות מופחתות של תחמוצות חנקן לסביבה ובגין רמות רעש מופחתות. חברת *Concordia*, שהפסידה במכרז, ערערה על תוצאותיו. אחת מטענותיה המרכזיות הייתה כי במסגרת הערכת ההצעות במכרז, לא ניתן היה לקחת בחשבון שיקולים סביבתיים, משום שאין להם קשר לנושא המכרז.

הפרשה התגלגלה לפתחו של ה-CJEU שפסק בה בשנת 2002. ה-CJEU קבע כי גוף ציבורי רשאי לבחור את הקריטריונים שעל בסיסם יוענק החוזה. אולם על הקריטריונים להיקבע מתוך מטרה לבחור את ההצעה הטובה ביותר, ולכן עליהם להיות

<sup>150</sup> למבקשת להעמיק בהבדלים מומלץ לעיין במאמרים הבאים: John Whelan, *An Introduction to the United States Federal Government System of Contracting*, 3 PUB. Michael J. Schaengold, T. Michael Guiffre & Elizabeth ; PROCURE. L. REV. 207 (1992) M. Gill, *Choice of Forum for Federal Government Contract Bid Protests*, 18(2) Fed. Marc Martens and Stanislas de Margerie, *The Link to the* ; Circ. Bar J. 243 (2009) *Subject-Matter of the Contract in Green and Social Procurement*, 1 EUR. PROCURE. & Beatriz G. Fariñas, *The Principle of* ; PUB. PRIV. PARTNER. L. REV. 8 (2013) *.Proportionality on Public Procurement*, 2 IUS PUB. NET. REV. (2020) <sup>151</sup> .Case C-513/99, *Concordia Bus Finland Oy Ab v Helsingen kaupunki* (17.9.2002)

קשורים עניינית לנושא המכרז.<sup>152</sup> בהמשך לזאת, ה-CJEU מצא שהקריטריון הסביבתי הנוגע למידת פליטות תחמוצת החנקן ולרמות הרעש של צי האוטובוסים, קשור לנושא המכרז שעניינו שירותי אוטובוסים אורבניים, ואין עילה להתערב בו.<sup>153</sup> פרשה נוספת שבה דן ה-CJEU בהצבתו של קריטריון סביבתי בהליכי רכש ציבורי, הייתה פרשת EVN<sup>154</sup>, שהוכרעה בשנת 2003. באותה פרשה פורסם מכרז לאספקת חשמל למשרדי ממשלה באוסטריה. במכרז נקבע כי ספק החשמל יהיה מחויב לספק חשמל המיוצר מאנרגיה מתחדשת. מבחינת אמות המידה, משקל של 55% ניתן למחיר ההצעה, ומשקל של עד 45% נוספים ניתן למציע שיכול לספק כמויות חשמל מעבר לכמות החשמל השנתית הצפויה הנדרשת למשרדי הממשלה. קבוצת EVN, שהפסידה במכרז, ערערה על תוצאותיה והפרשה הגיע ל-CJEU אשר פסק בה בשנת 2003. אחת השאלות המרכזיות שעמדו לפני ה-CJEU הייתה, האם הקריטריון אשר העניק ניקוד על יכולת אספקת חשמל עודפת, מעבר לדרוש, קשור עניינית לנושא המכרז. ה-CJEU קבע כי הקריטריון, אשר העניק ניקוד עבור יכולת אספקת חשמל "נקי" עודפת, לא יכול להיחשב כקשור לנושא המכרז. ה-CJEU הסביר כי קריטריון שכזה אינו ענייני ומוביל למתן יתרון לספקי חשמל גדולים ולהפליה בלתי מוצדקת של ספקים אשר יכולים לספק את צרכי הגוף הציבורי. כמו כן, הטלת הגבלה שכזו על התחרות במכרז פוגעת במטרת פתיחת השוק האירופאי לתחרות.<sup>155</sup>

152 **שם, בפס' 59**: "While Article 36(1)(a) of Directive 92/50 leaves it to the contracting authority to choose the criteria on which it proposes to base the award of the contract, that choice may, however, relate only to criteria aimed at identifying the economically most advantageous tender... Since a tender necessarily relates to the subject-matter of the contract, it follows that the award criteria which may be applied in accordance with that provision must themselves also be linked to the subject-matter of the contract"

153 **שם, בפס' 65.**

154 Case C-448/01, EVN AG & Wienstrom GmbH v Republic Österreichische (4.12.2003)

155 **שם, בפס' 68-69**: "An award criterion that relates solely to the amount of electricity produced from renewable energy sources in excess of the expected annual consumption, as laid down in the invitation to tender, cannot be regarded as linked to the subject-matter of the contract. Moreover, the fact that, in accordance with the award criterion applied, it is the amount of electricity in excess of the expected annual consumption as laid down in the invitation to tender which is decisive is liable to confer an advantage on tenderers who, owing to their larger production or supply capacities, are able to supply greater volumes of electricity than other tenderers. That criterion is thus liable to result in unjustified discrimination against tenderers whose tender is fully able to meet the requirements linked to the subject-matter of the contract. Such a limitation on the circle of economic operators in a position to submit a tender would have the effect of thwarting the objective of opening up the market to competition pursued by the directives coordinating procedures for the award of public supply contracts"

Peter Kunzlik, *From Suspect Practice to Market-Based Instrument: Policy Alignment and the Evolution of EU Law's Approach to "Green" Public Procurement*, 3 PUB. PROCURE. L. REV. 97, 98-99 (2013)

פרשה מדריכה נוספת, פרשת King<sup>156</sup>, נדונה בפני החשב הכללי של ארה"ב בשנת 2006. באותה פרשה התלוננה חברת הבנייה King, כי התנאים שקבעה סוכנות ממשלתית בבקשה לקבלת הצעות לבנייה ולהחכרה של בניין, מגבילים יתר על המידה. זאת, בהתייחס לדרישה כי הפרויקט יעמוד בתו בנייה ירוק (LEED), ולקביעה שתינתן עדיפות לקבלנים בעלי ניסיון רב יותר בפרוייקטי LEED.

החשב הכללי של ארה"ב קבע שאין מקום להתערב בהחלטת הסוכנות. הוא מצא שהסוכנות נתנה הסברים מספקים שלפיהם הדרישה שהבניין יעמוד בתו LEED תאפשר לה לעמוד בסטנדרטיים סביבתיים אליהם היא מחויבת לפי צו נשיא ארה"ב וחקיקת הרכש הפדראלית. כמו כן, משאלה היו צרכי הסוכנות נקבע שסביר היה לתת עדיפות לקבלנים בעלי ניסיון בתחום.<sup>157</sup>

הפרשה המדריכה האחרונה היא פרשת Dutch Coffee<sup>158</sup>, שהוכרעה בשנת 2012. פרשה זו עסקה במכרז שפרסם מחוז צפון הולנד לאספקה ולניהול של מכוונות קפה. במכרז נקבע, בין היתר, שיוענקו עד 15 נקודות נוספות למציע שיספק מוצרים נלווים למכוונות, כגון חלב, סוכר וקקאו, בעלי תו EKO, תו Max Havelaar או תו (label) בעל קריטריונים זהים לאלה.<sup>159</sup> יובהר, כי תו EKO הוא תו הולנדי שניתן למוצרים שלפחות 95% מרכיביהם מתוצרת חקלאית אורגנית;<sup>160</sup> ואילו תו Max Havelaar הוא תו הולנדי שניתן למוצרים שנרכשו (במקור) במחיר ובתנאים הוגנים מעסקים קטנים במדינות מתפתחות.<sup>161</sup>

בעקבות פרסום המכרז פתחה הנציבות האירופאית בהליך בפני ה-CJEU וטענה, לצד טענות אחרות, כי קריטריונים אלה מפריים את הדירקטיבה האירופאית לרכש ציבורי מכיוון שהם אינם קשורים לנושא המכרז.<sup>162</sup> ה-CJEU דחה טענה זו. ה-CJEU מצא כי הקריטריונים קשורים עניינית לנושא המכרז משום שהם נוגעים למוצרים שיספק הספק במהלך ההתקשרות ולא למדיניותו הכללית, וכן משום שאין מניעה

<sup>156</sup> Matter of King Constr. Co., B-298276 (17.7.2006).

<sup>157</sup> **שם**, בעמ' 5: "The agency has reasonably explained how the requirement that the building obtain LEED certification enables the agency to ensure that it meets certain mandated standards. While the requirement might place the protester at a competitive disadvantage, the fact that a requirement may be burdensome or even impossible for a particular firm to meet generally does not make it objectionable if the requirement properly reflects the agency's needs. ... Given that the agency's requirement that this new build-to-suit construction be LEED-certified is reasonably related to meeting the agency's needs, it likewise is reasonable for the SFO to call for offerors to describe their experience with LEED projects and to provide that offerors with more LEED experience will be more favorably evaluated"

<sup>158</sup> Case C-386/10 European Commission V. Kingdom of the Netherlands (10.5.2012).

<sup>159</sup> **שם**, בפס' 29-32.

<sup>160</sup> **שם**, בפס' 34.

<sup>161</sup> **שם**, בפס' 37.

<sup>162</sup> **שם**, בפס' 82.

שקריטריונים לזכייה יתייחסו לתהליך הייצור של המוצר ולא למאפייני המוצר עצמו.<sup>163</sup>

אם נסכם את ארבעת הפרשות מנקודת מבט ישראלית, אז ניתן לומר שבפרשת **Concordia** ה-CJEU מצא שהשיקולים העומדים מאחורי הקריטריון הסביבתי – הפחתת רמות פליטת תחמוצת חנקן ורמות הרעש של צי האוטובוסים – הם ענייניים ולכן קביעת הקריטריון היא סבירה. קרי, נמצא כי קיים קשר ענייני מספק בין הקריטריון הסביבתי שנקבע במכרז ובין נושא המכרז. בפרשת EVN ניתן לומר שה-CJEU מצא שהשיקולים העומדים מאחורי הקריטריון הסביבתי – מתן ניקוד נוסף עבור יכולת אספקת חשמל "נקי" מעבר לדרוש - אינם רלוונטיים, וכי אין זה סביר שקריטריון אחר ופוגעני פחות לא יגשים את מטרת הגוף הציבורי באותה מידה. בפרשת King ניתן לומר שהחשב הכללי של ארה"ב מצא כי הגם שהקריטריון הסביבתי של תו LEED, מגביל את התחרות במכרז, הוא משרת את צרכי הסוכנות (לעמוד בסטנדרטים מחייבים), ובהינתן זאת אף העדיפות שניתנה לקבלנים בעלי ניסיון בפרוייקטי LEED היא סבירה. במילים אחרות, ניתן לומר שהקריטריון הסביבתי היה ענייני והגשים באופן רציונלי את מטרת המכרז, וכי הפגיעה המשתקפת מהקריטריון בספקים לא הייתה בלתי סבירה ביחס לתועלת הנובעת ממנו. לבסוף, בפרשת **Dutch Coffee** ה-CJEU לא התערב בקריטריון הסביבתי משום שנגע למוצרים שיוספקו בהתקשרות ולא למדיניותו הכללית של ספק, וכן מכיוון שקריטריון סביבתי יכול להתייחס גם לתהליכי הייצור של מוצר. ניתן אפוא ללמוד שה-CJEU עשוי היה להתערב בקריטריון הסביבתי אם היה נוגע רק למדיניותו הכללית של ספק. במקרה זה הוא עשוי היה להתערב בו מכיוון שהקריטריון אינו מקיים קשר ענייני מספק למטרת הרכש, או משום שיש בנמצא קריטריון סביבתי חלופי שסביר שיגשים את מטרת הגוף הציבורי באותה מידה ובמחיר של פגיעה פחותה בספקים. נוסף על כך, ניתן ללמוד שה-CJEU היה בדעה כי אף אם הקשר בין הקריטריון הסביבתי למוצר נוגע לתהליכי הייצור של המוצר, די בכך כדי לקיים את דרישת הענייניות.

<sup>163</sup> **שם**, בפס' 90-91: "... it must be held that, in accordance with the description of the contract in sub-chapter 1.4 of the specifications, that contract concerned in particular the supply of coffee, tea and the other ingredients required for the manufacture of the drinks available in the dispensers. It also follows from the drafting of the award criterion at issue that it covered only the ingredients to be supplied in the framework of that contract, without any bearing on the general purchasing policy of the tenderers. Therefore, those criteria related to products the supply of which constituted part of the subject-matter of that contract. Finally, ... there is no requirement that an award criterion relates to an intrinsic characteristic of a product, that is to say something which forms part of the material substance thereof"

## סיכום

דומה שקיימת היום הסכמה גלובלית כי ניתן, ואף ראוי, לרתום את הרכש הציבורי לצורך הגנה על הסביבה ולהתמודדות עם משבר האקלים. עם זאת, השאלה כיצד לתעל את כוחו והיקפו של הרכש הציבורי לטובת הסביבה, עודנה רחוקה ממענה. מאמר זה ביקש לסקור את הסוגיות המרכזיות שנושא הרכש הציבורי הירוק מעלה – סוגיות של מדיניות, טכניקות רכש ומשפט – ולרכז את הלקחים והמסקנות העכשוויים בנושא לבאות בישראל.

ניתן לנקוט מספר סוגי מדיניות רכש ציבורי ירוק. גוף ציבורי המבקש לחסוך בכספי ציבור ובה בעת להגן על הסביבה, יכול לנקוט מדיניות חיסכון סביבתי. זוהי מדיניות יעילה ומתבקשת. גוף ציבורי המבקש לצמצם את הפגיעה בסביבה הנובעת מרכישותיו, יכול לנקוט מדיניות הפנמה סביבתית. מדיניות זו כרוכה בתשלום יקר יותר עבור מוצרים ידידותיים לסביבה, אולם היא עשויה להניב תועלת רבה יותר מעלותה. גוף ציבורי המבקש לעורר חדשנות בשוק המוצרים הידידותיים לסביבה יכול לנקוט מדיניות חדשנות סביבתית. הצלחת המדיניות תלויה במידה רבה בתמריצים שיספק הגוף ליצרנים. לבסוף, גוף ציבורי יכול לנקוט מדיניות כדוגמה. הוא יכול לפרסם, להסביר וליידע בדבר מדיניות הרכש הירוק שלו, בתקווה שהציבור יראה וישנה את אורחותיו.

אין זו רשימה ממצה של סוגי מדיניות. גוף ציבורי אף יכול לנקוט בסוגי מדיניות בנפרד או במשולב. אולם, כך או כך, על הגוף הציבורי להביא בחשבון אסדרה או חקיקה קיימת הנוגעת להיבטים הסביבתיים של הרכש. קיימים כלי מדיניות מקובלים ומושרשים להפחתת זיהום הסביבה, כגון רגולציה כופה או מס פיגוביאני. אם כבר קיימת מדיניות הגורמת ליצרנים להפנים בצורה יעילה את הנזקים שתהליכי הייצור שלהם או מוצריהם גורמים לסביבה, אז אין טעם בחתירה למדיניות נוספת שמכוונת להשיג את אותה מטרה. מנגד, אם כלי המדיניות הקיימים אינם אפקטיביים ואינם מייצרים הגנה מספקת על הסביבה, יש מקום לנקיטה של מדיניות רכש ציבורי ירוק, ככלי מדיניות משלים.

רכש ציבורי ירוק מתבצע באמצעות הצבת קריטריונים סביבתיים בהליכי הרכש. טרם קביעת קריטריון סביבתי, גוף ציבורי צריך לשקול אם להציבו כתנאי לביצוע בהתקשרות, כתנאי סף המסנן את הספקים הכשירים להשתתף בהליך הרכש, או כחלק מאמות המידה לזכייה בהליך. גוף ציבורי אף יכול לבחור להציב קריטריון סביבתי כקריטריון לביצוע או כקריטריון לסינון, וכנדבך נוסף להציבו גם כקריטריון לזכייה. דרך פעולתו של הגוף הציבורי צריכה להיגזר ממדיניות הרכש הירוק שהוא מבקש לקדם. קיימים קריטריונים סביבתיים המתאימים יותר למדיניות חיסכון סביבתי, כפי שקיימים קריטריונים סביבתיים המתאימים יותר למדיניות הפנמה סביבתית, חדשנות סביבתית או מדיניות סביבתית אחרת.

סמכותו של גוף ציבורי לקבוע קריטריון סביבתי במטרה להגשים מדיניות חיסכון סביבתי אינה מעוררת קושי. מאידך, סמכותו לקבוע קריטריון סביבתי על מנת לממש מדיניות של הפנמה סביבתית או חדשנות סביבתית אינה מובנת מאליה. שכן, תקנות

חובת המכרזים מסמיכות את הגוף הציבורי לקבוע תנאים בהליך הרכש אשר משיאים את היתרונות עבורו. עם זאת, אם גוף ציבורי משרת מדיניות סביבתית של הממשלה אז הגשמת מדיניותה (ככל שהיא עצמה נקבעה בסמכות והיא סבירה ומידתית), עולה בקנה אחד עם השאת היתרונות עבורו. הוא הדין אם גוף ציבורי מגשים את מדיניות המחוקק אשר הסמיכו להוציאה אל הפועל, בצורה כזו או אחרת.

קביעת קריטריון סביבתי בהליכי רכש ציבורי כפופה לעקרונות שיקול הדעת אליהם מחויב הגוף הציבורי. בישראל, עקרונות אלה הם עקרונות הסבירות והמידתיות. שיקוליו של הגוף הציבורי בקביעת הקריטריון הסביבתי צריכים להיות עניינים. הם צריכים להיות רלוונטיים לרכש. כמו כן, על הגוף הציבורי לאזן נכונה בין השיקול (הענייני) הסביבתי ובין שיקולים חשובים אחרים שביסוד הליכי הרכש הציבורי, כדוגמת השאת ערך הכלכלי של הרכש, תחרות ושוויון הזדמנויות. נוסף על כך, על הגוף הציבורי לשמור על יחס מידתי בין הצבת הקריטריון הסביבתי למטרה שהוא מבקש להשיג. מוצע לתחום את מידתיות התנהגותו של הגוף הציבורי במתחם של סבירות. דרך זו הולמת את מרחב שיקול הדעת שמוותר בית המשפט העליון בישראל לגוף ציבורי, כאשר הוא קובע תנאים בהליכי רכש.