

## רשות התחרות מקשיחה את גישתה כלפי חבירה של מתחרים להגשת הצעה משותפת במכרז

**רשות התחרות פרסמה בימים אלו טיוטת גילוי דעת העוסקת בחבירה של מתחרים להגשת הצעה משותפת במכרז.**

כבר בפתח הדברים מדגישה הרשות את עמדתה שכל חבירה של מתחרים לצורך הגשת הצעה משותפת למכרז היא הסדר כובל, גם אם החבירה נעשתה לפני שלב המיון המוקדם ולא רק בשלב המכרז עצמו. משמעות קביעה זו היא שכל חבירה של מתחרים לצורך התמודדות במכרז מחייבת קבלת אישור **מראש** מבית הדין לתחרות או פטור מהממונה על התחרות, אלא אם החבירה חוסה תחת אחד מפטורי הסוג שהתקינה הממונה על התחרות. פטורי הסוג, כשמם, פוטרים צדדים להסדר כובל מהצורך לקבל אישור לעריכתם ככל שהם עומדים בתנאים שהוגדרו בהם.

פטור הסוג העיקרי שרלוונטי להסתמך עליו במקרה של חבירת מתחרים להגשת הצעה משותפת במכרז הוא פטור הסוג למיזמים משותפים. ככלל, מבלי להיכנס לפרטים, פטור הסוג למיזמים משותפים מאפשר שיתופי פעולה בין מתחרים אם נתח השוק המצרפי שלהם בתחום התחרות לא עולה על 20% או, במקרה שנתח השוק המצרפי עולה על 20%, אם בחינה עצמית (מהותית) תראה שעיקרו של המיזם המשותף אינו בהפחתת התחרות ושהכבילות הכלולות בו נחוצות למימוש עיקרו ואין בהן כדי לגרום לפגיעה משמעותית בתחרות.

אולם, וכאן הדגש של טיוטת גילוי הדעת, במקרה של מיזם משותף לצורך שיווק של טובין לא ניתן להסתמך על פטור הסוג למיזמים משותפים אלא אם הצדדים איחדו את כל פעילותם בייצור או יבוא של הטובין במסגרת המיזם המשותף. לשיטת הרשות, כפי שזו מובאת **לראשונה** בטיטת גילוי הדעת, כאשר מתחרים חוברים להגשת הצעה במכרז לאספקה של מוצר או שירות או אפילו לצורך ביצוע של פרויקט, **יש לראותם כמתחרים אשר חוברים לצורך שיווק של טובין ולפיכך חבירה זו לא חוסה תחת פטור הסוג למיזמים משותפים.**

יתירה מכך; לשיטת הרשות, גם כאשר מדובר במכרז **לרכישה** של נכס שניתן לצפות מראש ששיווקו או שיווק של הטובין המופקים באמצעותו יתבצע במשותף על ידי המתחרים (לדוגמה – חבירה במכרז לרכישה של תחנת כוח לייצור חשמל, שבעתיד גם ישווק חשמל), או אפילו במקרה שהשיווק עצמו לא יעשה במשותף אבל יהיה צורך בהסכמות מסחריות בין המתחרים לצורך שיווקם של הטובין, **מדובר בחבירה לצורך שיווק של טובין ועל כן פטור הסוג למיזמים משותפים לא יחול** (אלא, כאמור, אם הצדדים איחדו במסגרת המיזם את כל פעילותם בייצור או יבוא של הטובין).

משמעות עמדת הרשות היא ששיתופי פעולה רבים יצריכו קבלת פטור מראש מהממונה על התחרות, בניגוד למצב הקיים ובניגוד לעמדת הרשות עד כה אשר דגלה בהפחתת הנטל הרגולטורי ובמעבר למשטר של הערכה עצמית (self-assessment).

עם זאת, יש לציין שטיוטת גילוי הדעת לא סותמת את הגולל על האפשרות לבחון שיתופי פעולה בין מתחרים במסגרת מכרזים לאורו של פטור הסוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך, כאשר נתחי השוק של הצדדים להסדר נמוכים באופן יחסי (עד 15% במקרה של מיזם בתחום התחרות).

בנוסף על האמור, טיוטת גילוי הדעת מפרטת את השיקולים שתשקול הרשות בבואה לבחון שיתופי פעולה בין מתחרים במסגרת מכרזים. שיקולים אלו רלוונטיים גם לשיתופי פעולה אשר כפופים להערכה עצמית ולא מצריכים קבלת פטור (למשל, כאשר המיזם המשותף לא כולל רכיב של שיווק). נפרטם להלן.

### **1. מי ייחשב כמתחרה במכרז?**

עמדת הרשות היא שכל מי שעומד בדרישות הסף של המכרז או של שלב המיון המוקדם, לרבות מי שיכול לעמוד בדרישות הסף בהשקעה סבירה, נחשב למתחרה פוטנציאלי במכרז. בנוסף, עמדת הרשות היא שגם חברה של מתחרים שלא עומדים בדרישות הסף של המכרז (כ"א בנפרד) תיחשב כחברה בין מתחרים, ככל שיש ביניהם תחרות ישירה בתחום הפעילות שבו עוסק המכרז. מאידך, גורמים שעומדים בתנאי סף כלליים של מכרז (כדוגמת תנאי סף פיננסיים) אך אין להם זיקה כלשהי לתחום המכרז - לא ייחשבו כמתחרים פוטנציאליים במכרז. כמו כן, גורם שהחליט באופן עצמאי (ולא כתוצאה מהבנה עם צד אחר) שלא להתמודד במכרז, לא ייחשב כמתחרה פוטנציאלי במכרז.

### **2. מספר המתמודדים במכרז**

מטבע הדברים, ככל שמספר המתמודדים גדול יותר רמת התחרותיות צפויה להיות גבוהה יותר. עם זאת, הרשות נמנעת מלקבוע מספר מינימאלי של מתמודדים שכן יתכנו מקרים (חריגים) שתתקבל בהם תוצאה תחרותית מיטבית בהתמודדות של שני מתחרים בלבד. שיקול מרכזי בהקשר זה הוא תדירות המכרזים באותו תחום. ככל שמדובר ב"משחק חוזר" גובר, לשיטת הרשות, החשש מהתנהגות מתואמת ועל כן גובר הצורך במספר מתמודדים רב יותר במכרז.

### **3. משקלם של המתחרים במכרז**

ההשפעה התחרותית של החברה בין המתחרים תיבחן גם לאור משקלם היחסי של המתמודדים במכרז. במסגרת הערכת משקלם של המתמודדים הרשות תבחן פרמטרים רבים אך בעיקר תבחן מכרזים שנערכו בעבר באותו תחום ותלמד על יכולותיהם המוכחות של מתמודדים שהצליחו לזכות במכרזים ו/או למקם את עצמם במקום גבוה. מטבע הדברים, חברה של מתחרים בעלי משקל יחסי רב תעורר חששות תחרותיים גבוהים יותר.

### **4. מידת הקרבה בין המתחרים**

ככל שתחומי המומחיות של הצדדים לחברה המשותפת קרובים יותר יגבר החשש מפגיעה תחרותית, וההפך. על מידת הקרבה בין המתחרים הרשות תלמד, בין היתר, משיתופי פעולה במסגרת מכרזים קודמים. הרשות סבורה ששיתופי פעולה רבים בין אותם מתחרים מעידים על מידת קרבה גבוהה. כמו כן, הרשות תלמד מההצלחות ומהדירוג של המתחרים במכרזים קודמים על מידת הקרבה ביניהם. ככל שמדובר במתחרים שזכו או דורגו גבוה במכרזים בעבר (כ"א בנפרד), הרשות תסיק שמדובר במתחרים קרובים יותר.

### **5. השפעות תחרותיות מחוץ לזירת המכרז**

במסגרת הערכת ההשפעות התחרותיות של חבירת המתחרים על המכרז עצמו, רשות התחרות תבחן גם את ההשפעות התחרותיות שיכולות להיות לחברה של המתחרים על התחרות בשווקים שהם פועלים בהם. החשש העיקרי הוא מצינון של התחרות בין הצדדים כתוצאה משיבה סביב שולחן משותף (במסגרת המכרז) ומזליגה של מידע תחרותי בין הצדדים לתחומים אחרים מחוץ למכרז עצמו. השיקולים שהרשות תבחן בהקשרים אלו הם גודלו וחשיבותו של המכרז ביחס לפעילות הכוללת של הצדדים, נתחי השוק של הצדדים, מספר המתחרים ומידת הדומיננטיות שלהם בשווקים שהם פועלים בהם.

## 6. תועלות פרו תחרותיות

שיקול נוסף שיובא במסגרת השיקולים של הרשות אם לאשר את החבירה נוגע לתועלות תחרותיות הגלומות בה. ככל שהתועלות התחרותיות גוברות במאזן המצטבר על הפגיעה התחרותית ניתן להסיק שמדובר בחבירה שאין בה פגיעה של ממש בתחרות.

## 7. הנחיצות של החבירה

תנאי יסודי לצורך אישורה של חבירה בין מתחרים הוא שעיקרה של החבירה אינו לצורך פגיעה בתחרות ושהיא נחוצה לצדדים לצורך ההתמודדות במכרז. סיבות שיוכרו על ידי הרשות כהצדקה לחבירה הן, בין היתר, הצורך לעמוד בדרישות פיננסיות של המכרז והרצון להתגבר על קשיי מימון; הרצון לפזר סיכונים; והרצון להגביר את סיכויי הזכייה בהתמודדות אל מול מתחרה משמעותית. על הצדדים יהיה לנמק את הטענות כאמור והרשות לא תסתפק בטענות בלתי מבוססות.

עם זאת, רשות התחרות מסייגת ומדגישה שבשלב המיון המוקדם הצורך בחבירה מוטל, ככלל, בספק (מהטעם שתנאי המכרז אינם ברורים בשלב זה וכן מהטעם שהמשאבים הנדרשים לשלב זה אינם גבוהים, לשיטתה) ועל כן הנטל על הצדדים להצדיק את החבירה רב יותר.

כמו כן, הרשות סבורה שאם ניתן להשיג את התועלות של החבירה **לאחר** עריכת המכרז, למשל, כאשר אחד הצדדים ישמש כקבלן משנה של הצד הזוכה, הנטייה היא שלא לאשר את החבירה. זאת, כמובן, בתנאי שהמתחרים לא הגיעו להבנות בדבר ההתמודדות או אי התמודדות של מי מהצדדים במכרז. לשיטת הרשות, הסכמה בין צדדים בשלב הטרומי מכרזי על כך שאחד יתמודד והשני ישמש כקבלן משנה של הזוכה מהווה אף היא הסדר כובל שמצריך קבלת אישור מראש ו/או פטור.

בנוסף, הרשות תבחן האם ניתן להשיג את התועלות של החבירה בדרכים פוגעניות פחות לתחרות כדוגמת הפחתה של מספר הצדדים שיחברו במסגרת המכרז וכד'.

יודגש, כי שיקולי הצורך בחבירה של המתחרים אינם מחליפים את יתר השיקולים התחרותיים כמפורט לעיל.

## 8. חבירה חוזרת בין אותם מתחרים

ככל שמספר הפעמים שאותם מתחרים משתפים ביניהם פעולה במסגרת מכרזים גבוה יותר, כך גובר החשש התחרותי. הסיבה לכך, לשיטת הרשות, היא התלות ההדדית שעלולה להתפתח בין הצדדים והחשש שהשולחן המשותף יצנן את התחרות שבין הצדדים גם מחוץ לגדרי המכרז הספציפי. מאידך, בחבירה חד פעמית בין אותם מתחרים החשש כאמור נמוך.

שימת ליבכם כי מסמך זה נכתב על דרך התמצית בלבד ואין בו אלא לשקף את עמדת הכותבים. פשיטא גם שמסמך זה אינו תחליף לייעוץ משפטי.

**נשמח, כמובן, לעמוד לרשותכם בכל שאלה או הבהרה.**

עו"ד אבנר פינקלשטיין, שותף

avnerf@gornitzky.com

