

Antitrust & Competition

רשות התחרות מקשיחה את גישה כלפי חברה של מתחרים להגשת הצעה משותפת במכרז

— י. ג. י. י. י. י. י. —

רשות התחרות פרסמה נוסח סופי של גילוי הדעת העוסק בחברה של מתחרים להגשת הצעה משותפת במכרז. להלן עיקרי גילוי הדעת:

חברה בין מתחרים לצורך התמודדות במכרז תיחשב כהסדר כובל

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

חברה בין מתחרים לצורך מכרז תחייב קבלת פטור מראש - האפשרות לעריכת "בחינה עצמית" (self-assessment) תוגבל מאוד

פטור הסוג העיקרי שהיה רלוונטי להסתמך עליו במקרה של חברה של 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 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 בגילוי 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 חברה 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 – חברה במכרז לרכישה של תחנת כוח לייצור חשמל, שבעתיד גם תשווק חשמל), או אפילו במקרה שהשיווק עצמו לא יעשה במשותף אבל יהיה צורך בהסכמות מסחריות בין המתחרים לצורך שיווקם של הטובין, מדובר בחברה 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 שגילוי הדעת לא סותם 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).

השיקולים הרלוונטיים לצורך בחינה של שיתופי פעולה במכרזים

גילוי הדעת מפרט 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. עוד לשיטת הרשות, כאשר גורם א' רואה בגורם ב' מתחרה אפשרי שעשוי לגשת למכרז או כמי שעשוי לאיים על זכייתו, בין בעצמו ובין בחבירה עם אחרים, וגורם א' וגורם ב' חוברים יחד לצורך המכרז, הרי שיש לראות את חברתם כחבירה בין מתחרים. קרי - גורמים אשר רואים זה בזה איום תחרותי פוטנציאלי ביחס למכרז מסוים - חבירה ביניהם לשיתוף פעולה באותו מכרז היא חבירה בין מתחרים. 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 שלא להתמודד במכרז כתוצאה מהבנה עם צד אחר, 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 החבירה 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, חבירה של מתחרים בעלי משקל יחסי רב תעורר חששות תחרותיים גבוהים יותר.

4. מידת הקרבה בין המתחרים

ככל שתחומי המומחיות של הצדדים לחבירה 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 לחבירה 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 משמעותי. 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 הטרם 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.

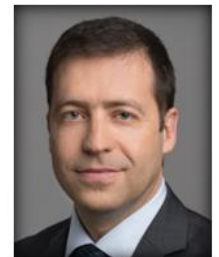
8. חבירה חוזרת בין אותם מתחרים

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.

סיכום

כאשר מתחרים מבקשים לשתף פעולה במכרז (לרבות בשלב המיון המוקדם), עליהם לשים לב לכך שחבירה זו תצריך, ככלל, אישור מראש של הממונה על התחרות. בהתאם, עליהם להקפיד כבר משלב בדיקת ההתכנות של החבירה שלא להעביר מסרים בדבר כוונותיהם בנוגע למכרז (למשל, מסר לפיו צד לא יתמודד במכרז ללא חבירה עם המתחרה או גורם אחר), וכן שלא להעביר בין הצדדים מידע רגיש מבחינה תחרותית. העברת מידע כאמור עלולה להיחשב כשלעצמה כהסדר כובל.

נשמח, כמובן, לעמוד לרשותכם בכל שאלה או הבהרה.



אבנר פינקלשטיין
שותף

avnerf@gornitzky.com

גורניצקי | ויטניה | תל אביב