



רשות ההגבלים העסקיים

החלטה בדבר מתן פטור להסדר כובל

בין שפיר הנדסה אזרחית וימית בע"מ לבין קבוצת אשטרום בע"מ

1. פתח דבר

לפני בקשה למתן פטור לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: "**החוק**"), ביחס להסכם שנחתם ביום 2 ביולי 2012 בין שפיר הנדסה אזרחית וימית בע"מ (להלן: "**שפיר**") לבין קבוצת אשטרום בע"מ (להלן: "**אשטרום**") להשתתפות והגשת הצעה במכרז למימון, הקמה ותפעול חלקו הצפוני של כביש 6 באופן משותף (להלן: "**ההסכם**").

לאחר שבחנתי את ההסדר ואת הכבילות המצויות בו, כמו גם את השפעתו האפשרית על התחרות בשווקים הרלוונטיים ולאחר שנועצתי בוועדה לפטורים ולמיזוגים, שוכנעתי כי עיקרו של ההסדר אינו בהפחתת התחרות או במניעתה, כי אין בו כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו וכי אינו פוגע בגיעה של ממש בתחרות בשוק. מטעמים אלו ראוי ההסדר לפטור לפי סעיף 14 לחוק מהנימוקים שיפורטו להלן.

2. הצדדים להסדר

שפיר הינה חברה פרטית המוחזקת בבעלות מלאה על ידי חברת שפיר מבנים 1991 בע"מ (להלן: "**שפיר מבנים**"). שפיר מבנים הינה בבעלות בני משפחת שפירא.¹ שפיר פועלת בתחום הקבלנות, הייזום, הבנייה, הפיתוח והתשתיות בישראל.

אשטרום הינה חברה פרטית המוחזקת בשרשור על ידי חברת A.G.TRUST (24.62%) ומרגן נכסים ואחזקות בע"מ (75.38%).² החברה עוסקת במגוון מיזמי בנייה ופעילויות נלוות, הכוללות, בין היתר, פרויקטים לאומיים בתחום התשתיות, הקמת פרויקטים למגורים ולהשכרה, מפעלי תעשיות בנייה ואספקת שירותי כוח אדם.

הן שפיר והן אשטרום פעילות בתחומים הבאים: בטון, אספלט, מחצבות, אלמנטים טרומיים, הנדסה אזרחית ובנייה למגורים.

¹ ה"ה מר שפירא חן, מר שפירא ישראל, מר שפירא הראל ומר שפירא גיל – מחזיקים כל אחד ב-25% מהון מניות שפיר מבנים.

² בעלי השליטה בחברת מרגן נכסים הינם: בני משפחת גירון (33.33%), אברהם נוסבאום ומיכל זהבי (33.33%), בני משפחת משורר (15.31%), נחמיה ויורם רובין (10.93%) וורדה ליפשיץ ונורית מור (7.10%).

3. ההסדר

הרקע לבקשה שבפניי הינו מכרז אותו פרסמה מדינת ישראל³ לפרויקט תכנון, מימון, הקמה, תפעול ותחזוקה של החלק הצפוני של כביש חוצה ישראל (להלן: "המכרז"). המכרז חולק לשני שלבים: שלב המיון המוקדם, במסגרתו נבחרו המועמדים העומדים בתנאי סף שהוגדרו על ידי ועדת המכרזים (להלן: "שלב המיון המוקדם"); ושלב המכרז המפורט, הוא השלב הנוכחי בו מצוי ההליך, במסגרתו מתחרים המתמודדים שנבחרו בשלב המיון המוקדם (להלן: "שלב המכרז המפורט"). בהתאם למידע שבפניי, המתמודדים שעברו את שלב המיון המוקדם הינם שישה סך הכל, כדלקמן: חברת שיכון ובינוי בע"מ בשיתוף חברת אפריקה ישראל בע"מ (הצעה משותפת); חברת אלקטרה בע"מ בשיתוף גילי ויואל עזריה בע"מ (הצעה משותפת); Larsen & Turbo Ltd.; Strabag Se-Raiffeisen-Holding; אשטרום; ושפיר (להלן יחד: "המתחרות במכרז").

כאמור, בתום שלב המיון המוקדם נבחרו בין היתר גם הצדדים להסדר, כל אחד באופן נפרד ועצמאי, להתמודד ולהגיש הצעות בשלב המכרז המפורט. אולם בהמשך, ביקשו הצדדים להסדר להגיש הצעה משותפת במסגרת שלב המכרז המפורט. בקשתם זו אושרה על ידי ועדת המכרזים.⁴

ההסכם שבפניי מסדיר את שיתוף הפעולה בין שפיר לבין אשטרום ביחס להקמת חברה ייעודית (להלן: "הזכיין") בבעלות שפיר ואשטרום בחלקים שווים, למטרת השתתפות והגשת הצעה משותפת בשלב המכרז המפורט. על פי ההסכם, שיתוף הפעולה בין הצדדים כולל שיתוף פעולה תכנוני, הנדסי, קבלני, תפעולי ומימוני. ככל שהצעת הזכיין תזכה – ישתפו הצדדים פעולה בביצוע הפרויקט ובתפעול החלק הצפוני של כביש 6 ככביש אגרה לתקופה של 34 שנים (להלן: "המיזם המשותף").

על-פי ההסכם ביניהם, הצדדים אינם רשאים לקחת חלק, ישיר או עקיף, בכל הצעה הקשורה למיזם המשותף ואינם רשאים להתקשר עם מציע מתחרה לאספקת שירותים או מוצרים בקשר לפרויקט, שלא בשיתוף הצד השני להסכם. מגבלה זו תחול אף לאחר סיום ההסכם ותחייב צד שהחליט שלא להשתתף בהליכי המכרז או צד שהפר את ההסכם והביא לסיומו, עד לאחר סיום הליכי המכרז. יודגש כי ככל שהצעת הזכיין לא תזכה במכרז, יפוג תוקפה של המגבלה הנ"ל וכל אחד מן הצדדים יהיה רשאי להתקשר בהסכם עם מציע מתחרה לאספקת שירותים או מוצרים בקשר עם הפרויקט.

³ המכרז פורסם בחודש אפריל 2012 על ידי משרד האוצר והתחבורה וחברת כביש חוצה ישראל, לאחר סיום שלב המיון המוקדם של המתחרים.

⁴ בהתאם למצג הצדדים, ביום 2.7.2012, ועדת המכרזים אישרה את בקשתן של אשטרום ושפיר לשתף פעולה ביניהן בכל הנוגע למכרז, בין היתר, על בסיס הדרישות המקצועיות והפיננסיות.

4. השפעת ההסדר על התחרות

כאמור לעיל, הצדדים מבקשים לחבור יחדיו לצורך התמודדות משותפת במכרז. במסגרת זו, מבקשים הצדדים לצרף את יכולות ההון והמומחיות של כל אחד מהם בנפרד, על מנת לשפר את ההצעה אשר היה מציע כל אחד מהצדדים בנפרד במסגרת המכרז. בנקודה זו, יש להביא בחשבון את מבנה תחום התשתיות וכן את הדרישות מגופים המתמודדים במכרזים לפרויקטים עתירי ידע, הון ומומחיות - אשר מצריכים שיתופי פעולה כגון דא, למען הגשת הצעות תחרותיות ולהקמת גוף יעיל ומקצועי ייעודי לפרויקטים בהיקפים מסוג זה.

בנסיבות דנן שוכנעתי כי הצורך בהקמת המיזם המשותף ובהגשת ההצעה המשותפת במכרז נובע מרצון הצדדים להפגין כושר תחרותי התואם את כושר התחרות של המתחרים האחרים במכרז, וכי מטרת החברה הינה ביסוס יכולתם של הצדדים להתחרות במכרז באמצעות השיתוף בהון, בידע ובמומחיות. על כן שוכנעתי כי עיקרו של ההסכם אינו בהפחתת התחרות או במניעתה וכי אין בו כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו.

כאמור, אשטרום ושפיר עברו כל אחת בנפרד את שלב המיון המוקדם במכרז, ובהתאם שתיהן, יחד עם ארבע המציעות הנוספות שצלחו את שלב המיון המוקדם, רשאיות להשתתף בשלב המכרז המפורט. הגשת הצעה משותפת על ידן מהווה לפיכך שיתוף פעולה בין מתחרים בתחום התחרות – בקשר עם המכרז עצמו. נוכח המיזם המשותף והחפיפה של הצדדים לו בתחומי פעילות אחרים מלבד תחום הפעילות הקשור באופן ישיר למיזם המשותף, החששות הלכאוריים לפגיעה בתחרות הנובעים מן ההסדר שבפניי הינם בעיקרם שניים:

א. החשש הלכאורי הראשון נוגע להפחתת התחרות במסגרת המכרז עצמו, שכן המיזם המשותף מאחד שתי הצעות מתחרות לכלל הצעה משותפת אחת שתנאיה זהים וכך גם מופחת מספר המתמודדים במכרז, שהרי, אילולא החברה במסגרת המיזם המשותף, היו עשויים הצדדים להגיש הצעות נפרדות. במובן זה, החששות הנובעים מהחברה הינם פגיעה בתחרות בין הצדדים המשתתפים פעולה להגשת הצעה משותפת במכרז ובנוסף הפחתת מספר המשתתפים במכרז, אשר עלולה להקל על יצירת תיאום בין המתמודדים במסגרתו.

ב. החשש הלכאורי השני נובע מעצם החברה של הצדדים המתחרים זה בזה בתחומים שאינם קשורים בהכרח ישירות למכרז, ובהעמדתם בקרבה מתמדת ובשותפות הדוקה לדרך פעולה עסקית. בכך, המיזם המשותף עלול להביא להקלה על תיאום בין המתחרים גם בתחומים אחרים שאינם קשורים למכרז כאמור, ולפגיעה בתחרות בתחומים אלה.⁵

אולם, על אף החששות התחרותיים הלכאוריים הללו, בנסיבות ההסדר הנוכחי ומהנימוקים שלהלן שוכנעתי כי לא עולה מההסדר חשש לפגיעה של ממש בתחרות.

ראשית, קיימות עוד ארבע מתחרות המשתתפות בשלב המכרז המפורט, אשר ביניהן, כאמור לעיל, חברות בעלות ניסיון ויכולות ניכרות, הן מישראל והן מרחבי העולם. שוכנעתי, כי לאור

⁵ על הסכנות התחרותיות הנובעות מקיומם של מיזמים משותפים בין מתחרים ועל תופעת הזליגה (Spillover) ראו קביעה בדבר קיומו של הסדר כובל בין חברות ההסעה ביעדים תיור בע"מ; 2000 הגבלים עסקיים, 3012980. כמו כן, ראו: מ. מזרחי, "מיזם משותף כהסדר כובל" משפטים כג 213.

השתתפותן של מתחרות משמעותיות נוספות במכרז, מופחת החשש משיתוף הפעולה והתיאום בין החברות וכן מופחתת הסבירות כי הזכיין שיוקם במסגרת המיזם המשותף יציע הצעה תחרותית פחות מזו שאחת החברות הייתה מגישה לו הייתה מתמודדת בנפרד.

כמו כן, החשש מתיאום ומיצירת "שולחן משותף" מוקהה לאור העובדה כי בתחומי התחרות בין אשטרום ושפיר פועלים מתחרים רבים, אשר חלקם גדולים ומשמעותיים מאשטרום ושפיר. על כן, נחה דעתי כי שיתוף הפעולה דנן לא יאפשר לצדדים הפעלת כוח שוק בפרויקטים ובמכרזים אחרים.

לאור כל האמור, נחה דעתי כי ההסדר אינו מקים חשש לפגיעה של ממש בתחרות, ועל כן מצאתי לנכון להעניק פטור כמבוקש.

5. סוף דבר

לאחר שנועצתי בוועדה לפטורים ומיזוגים, ראיתי לנכון להשתמש בסמכות הנתונה לי בסעיף 14 לחוק ולהעניק את הפטור המבוקש ביחס לנושאים שפורטו לעיל, בכפוף לתנאים האמורים בגוף החלטתי זו.

בהתאם לסעיף 15(א) לחוק נתונה החלטתי זו לערר בפני אב בית הדין להגבלים עסקיים על ידי איגוד עסקי, ארגון צרכנים או כל אדם העלול להיפגע מההסדר הכובל עליו ניתן הפטור.

פרופ' דיויד גילה

הממונה על הגבלים עסקיים

ירושלים, י"א אלול, תשע"ב

29 אוגוסט 2012