

החלטה לפי סעיף 14 לחוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988
בדבר מתן פטור מאישור הסדר כובל בין אלקטרה זכיינות בע"מ, אפיקים – שירותי
תחבורה מתקדמים בע"מ, דניה סיבוס בע"מ ונהור נתיבי תחבורה בע"מ

1. פתח דבר

לפני מונחת בקשה למתן פטור לפי סעיף 14 לחוק התחרות הכלכלית, תשמ"ח-1988 (להלן חוק התחרות או החוק) מאישור הסדר כובל בין אלקטרה זכיינות בע"מ (להלן אלקטרה) ואפיקים – שירותי תחבורה מתקדמים (להלן אפיקים) מצד אחד, לבין דניה סיבוס בע"מ (להלן דניה סיבוס) ונהור נתיבי תחבורה בע"מ (להלן נהור) מצד שני. הפטור מבוקש לצורך שיתוף פעולה לשם הגשת הצעה משותפת למכרז בפרויקט הנתיבים המהירים בגוש דן (להלן המכרז) וכן לשם ביצוע פרויקט זה בפועל (להלן הפרויקט) היה וההצעה תזכה במכרז.

לאחר שבחנתי את ההסדר ואת הכבילות המצויות בו, כמו גם את השפעתם על התחרות בשווקים הרלוונטיים, ולאחר שנועצתי בוועדה לפטורים ומיזוגים, שוכנעתי כי שיתוף הפעולה בין הצדדים אינו מגביל את התחרות בחלק ניכר של שוק המושפע ממנו, כי עיקרו של שיתוף הפעולה אינו בהפחתת התחרות או במניעתה וכי אין בהסדר כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו. לאור האמור, מצאתי כי ההסדר ראוי לפטור לפי סעיף 14 לחוק התחרות, בהתאם לנימוקים שיפורטו להלן.

2. ההסדר והצדדים לו

2.א. הצדדים להסדר

אלקטרה היא חברה פרטית בבעלות מלאה של אלקטרה בע"מ, האחראית על ליווי והובלה של פרויקטים גדולים, החל משלב הייזום, הכולל מימון, הקמה ותפעול הפרויקט (SPC).¹ היא עושה זאת באמצעות הקמת חברות ייעודיות. על פי רוב, בפרויקטים שהחברה מובילה, היא מקימה חברת הקמה לפרויקט (EPC),² אשר מבוססת בחלק מהמקרים על יכולותיהן של חברות אחרות בקבוצת אלקטרה.

אפיקים היא חברה בת פרטית בבעלות מלאה של חברת אמנון מסילות בע"מ, המפעילה קווי תחבורה ציבורית בישראל.

דניה סיבוס היא חברה פרטית המוחזקת בידי חברת אפריקה ישראל להשקעות בע"מ. דניה סיבוס פעילה בתחומי הבניה והתשתיות. על פי רוב, ניגשת דניה סיבוס למכרזים בתור חברת הקמה (EPC).

נהור היא חברה פרטית בבעלות חברת נהור בע"מ, שבעצמה מוחזקת על ידי דן חברה לתחבורה ציבורית בע"מ. נהור מפעילה קווי תחבורה ציבורית בעיקר בדרום הארץ, בין היתר בעיר באר שבע.

¹ Special Purpose Company
² Engineering, Procurement and Construction

2.ב. ההסדר והכבילות המצויות בו

על פי ההסדר שנחתם בין הצדדים בחודש יוני 2019, יקימו הצדדים חברת SPC שבה הם יהיו בעלי המניות הבלעדיים, כאשר כל צד יחזיק ב-25% מהאחזקות בחברה. החברה תגיש הצעה משותפת למכרז ותבצע את הפרויקט כזכיון, אם תזכה במכרז. בשלב ראשון, כל צד יישא באופן שווה בכל העלויות וההוצאות הקשורות להכנת ההצעה למכרז והגשתה. ההסדר מסדיר את הקמתם של שלושה גופים ייעודיים נוספים בבעלות משותפת של הצדדים: קבלן הקמה, קבלן תפעול וקבלן היסעים. כל צד יישא בעלויות ובהוצאות באופן יחסי לחלקו בכל אחד מהגופים לעיל.

שיתוף הפעולה בין הצדדים מוגבל לפרויקט הנתיבים המהירים בלבד. במידה שהצעת הצדדים לא תזכה במכרז, תחולתו של שיתוף הפעולה מושא בקשה זאת תפוג מיד. במידה שהצעת הצדדים תזכה במכרז, תחולתו תפוג עם סיום פעילות הזכיון, בהתאם לקבוע במסמכי המכרז.

עוד על פי ההסכם, צד שיפרוש מההסדר לא יוכל לחבור לגורם אחר לשם המשך התמודדותו במכרז (להלן בבילת אי תחרות). עם זאת, צד שיפרוש מההסדר יוכל לספק שירותים לגוף שיזכה במכרז, ובלבד ששיתוף פעולה זה ייעשה לאחר זכייתו של הזוכה.

3. רקע

פרויקט הנתיבים המהירים הוא פרויקט PPP (Private Public Project) במתכונת BOT (Build-Operate-Transfer), הכולל תכנון, מימון, הקמה, הפעלה ואחזקה של חניוני "חנה וסע" רבי קיבולת במחלפים מבוא איילון (ראשון לציון) ושפיים; הפעלת רשת נתיבי אגרה מהירים באורך של כ-100 ק"מ, לאורך נתיבי איילון וכביש 2; התקנת מערכות ניהול תנועה, אגרה ומידע לאורך הנתיבים המהירים; וכן הפעלה של מערך היסעים מחניוני ה"חנה וסע" לאורך נתיבי האגרה ועד אזורי הביקוש המרכזיים בגוש דן. הפרויקט כולל גם את הקמת כביש מס' 541 ממחלף שפיים ועד גבולות העיר רעננה.³

מטרת הפרויקט היא להקל על עומסי התנועה במטרופולין תל אביב, באמצעות הוספת נתיבים ייעודיים המשרתים את מערך השאטלים החינמי שיופעל בין חניוני "חנה וסע" ואזורי הביקוש המרכזיים בגוש דן (עשרה במספר), וכן את משתמשי התחבורה הציבורית והרכבים הפרטיים רבי התפוסה. יתרת קיבולת התנועה בנתיבים הייעודיים תימכר למשתמשים פרטיים תמורת אגרה.

המכרז נחלק לשני שלבים. שלב המיון המוקדם ושלב הגשת ההצעות הסופיות.

שלב המיון המוקדם פורסם באוגוסט 2016 על ידי ועדת המכרזים הבין משרדית המופקדת על הליך המכרז. במאי 2017 הכריזה ועדת המכרזים על כל שש הקבוצות שניגשו לשלב המיון המוקדם כמתמודדות הרשאיות להשתתף בשלב השני של המכרז. שש הקבוצות שניגשו היו: 1. אלקטרה ואפיקים; 2. דניה סיבוס ודן; 3. שיכון ובינוי בע"מ ואגד החזקות בע"מ; 4. אשטרום בע"מ ואורון

³ ראו פירוש נוסף בקישור:

<https://mof.gov.il/AG/Projects/ProjectsPrivateSector/Pages/FastLaneDan.aspx>

אחזקות והשקעות בע"מ; 5. מנרב אחזקות בע"מ, מטרופולין תחבורה ציבורית בע"מ, מנוליד חירות מערכות בע"מ ומסיעי אריה שאשא בע"מ; 6. שפיר הנדסה אזרחית וימית בע"מ.
מועד הגשת ההצעות הסופיות נקבע לדצמבר 2019.

4. הניתוח התחרותי

עיקרו של ההסדר ונחיצות הכבילות

כאמור לעיל, הצדדים מבקשים לחבור יחדיו לצורך התמודדות משותפת במכרז. במסגרת זו, מבקשים הצדדים לצרף את יכולות ההון כמו גם הידע והמומחיות של כל אחד מהם בנפרד, על מנת לשפר את ההצעה אשר היה מציע כל אחד מהצדדים לבדו במסגרת המכרז. המכרזים הגדולים שמפרסמת המדינה בתחום התשתיות דורשים המתמודדים במכרזים אלה הון ומומחיות בהיותם פרויקטים רבי היקף ועתירי ידע. מכרזים מסוג זה טומנים בחובם סיכונים מקצועיים ופיננסיים רבים, ומצריכים לעתים שיתופי פעולה כגון דא, למען הפחתת הסיכונים והקמת גוף יעיל ומקצועי ייעודי לפרויקטים בהיקפים מסוג זה, שיהיה בכוחו להגיש הצעות תחרותיות יותר.

בנסיבות דנן שוכנעתי, כי הצורך בהקמת המיזם המשותף ובהגשת ההצעה המשותפת במכרז נובע מרצון הצדדים להתחרות במכרז באמצעות השיתוף בהון, בידע ובמומחיות של כל אחד מהם על מנת להציע הצעה תחרותית יותר.

אשר לכבילת אי התחרות במקרה שבו פרש אחד הצדדים מההסדר, הרי שהיא נדרשת במיזמים משותפים מעין אלו, על מנת לאפשר שיתוף מלא ופתוח במידע ובתוכניות בין חברי המיזם המשותף. במקרה דנן תחמו הצדדים את כבילת אי התחרות כך שיתאפשר לצד שפרש מן המיזם לתת שירותים לגורם שזכה במכרז לאחר זכייתו, ולפיכך כבילת אי התחרות אינה רחבה מדי.

על כן סבורה אני כי עיקרו של ההסכם אינו בהפחתת התחרות או במניעתה וכי אין בו כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו.

השפעת ההסדר על התחרות

כאמור, אלקטרה ואפיקים - כמו גם דניה סיבוס ונהור - עברו כל אחת בנפרד את שלב המיון המוקדם במכרז, ובהתאם לכך, שתיהן, יחד עם ארבע הקבוצות הנוספות שצלחו את שלב המיון המוקדם, רשאיות להשתתף בשלב השני של המכרז. הגשת הצעה משותפת על ידן מהווה לפיכך שיתוף פעולה בין מתחרים. נוכח המיזם המשותף והחפיפה של הצדדים לו בתחומי פעילות אחרים מלבד תחום הפעילות הקשור באופן ישיר למיזם המשותף, עשויים להתעורר שני חששות עיקריים לפגיעה בתחרות:

א. החשש הראשון שעשוי להתעורר 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. אילולא החבירה במסגרת המיזם המשותף, היו עשויים הצדדים להגיש הצעות נפרדות.

ב. החשש השני שעשוי להתעורר נובע מעצם החבירה של הצדדים המתחרים זה בזה בתחומים שאינם קשורים בהכרח ישירות למכרז, ובהעמדתם בקרבה מתמדת ובשותפות הדוקה לדרך פעולה עסקית. בכך, המיזם המשותף עלול להביא לשיתוף מידע מסחרי ולהקלה על תיאום בין המתחרים גם בתחומים אחרים שאינם קשורים למכרז כאמור, ולפגיעה בתחרות בתחומים אלה.⁴

על אף האמור, בנסיבות ההסדר הנוכחי ומהנימוקים שלהלן שוכנעתי כי ההסדר העומד לפניי אינו מגביל את התחרות בחלק ניכר של השוק המושפע מן ההסדר.

ראשית, קיימות עוד ארבע מתחרות המשתתפות בשלב המכרז המפורט, אשר ביניהן, כאמור לעיל, חברות בעלות ניסיון ויכולות ניכרות. מדובר אפוא בירידה מ-6 משתתפים ל-5 משתתפים. שוכנעתי, כי לאור השתתפותן של מתחרות משמעותיות נוספות במכרז, ולנוכח העובדה כי מדובר בתחרות שבה יש רק מנצח אחד שלא חולק את זכייתו עם משתתפים אחרים, נוצר תמריץ לשמר את מידת האגרסיביות של כל המתחרים גם בסביבה תחרותית של 5 משתתפים. לפיכך, החשש משיתוף הפעולה והתיאום בין החברות במסגרת המכרז מופחת.

כמו כן, החשש מתיאום בזירות תחרותיות מקבילות ומיצירת "שולחן משותף" מוקה לאור העובדה כי בתחומי התחרות בין אלקטרה ודניה סיבוס, כמו גם בתחומי התחרות של אפיקים ונהור, פועלים מתחרים רבים, אשר חלקם גדולים ומשמעותיים מהצדדים להסדר דגן. מלבד הסדר זה, הצדדים שיתפו פעולה במכרז אחד נוסף בלבד. לפיכך, נחה דעתי כי שיתוף הפעולה המוגבל לפרויקט אחד דגן לא יאפשר לצדדים לפגוע בתחרות בפרויקטים ובמכרזים אחרים.

לאור כל זאת, השתכנעתי כי ההסדר העומד לפניי אינו מגביל את התחרות בחלק ניכר של השוק המושפע מן ההסדר.

⁴ 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 רשות התחרות, 3012980. כמו כן, ראו: מ. מזרחי, "מיזם משותף כהסדר כובל" משפטים כג 213.

5. סוף דבר

לאחר שנועצתי בוועדה לפטורים ולמיזוגים, ראיתי לנכון להשתמש בסמכות הנתונה לי בסעיף 14 לחוק ולהעניק את הפטור המבוקש.

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

מיכל הלפרין
הממונה על התחרות

ירושלים, כ"ט בתמוז התשע"ט

1 באוגוסט, 2019