



החלטה בדבר מתן פטור (בתנאים) 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 7.1.2014 בין שפיר הנדסה אזרחית וימית בע"מ (להלן: "שפיר") לבין קבוצת אשטרום בע"מ (להלן: "אשטרום") להשתתפות והגשת הצעה משותפת במכרז אשר פורסם על ידי חברת נמלי ישראל בע"מ (להלן: "חנ"י") להקמה של "נמל המפרץ" או "נמל הדרום" (להלן: "הנמלים"), וכן לשיתוף פעולה בהקמת הנמלים ככל שהצעתן תזכה במכרז (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 בכפוף לתנאים המפורטים להלן, עיקרו של ההסדר אינו בהפחתת התחרות או במניעתה, כי אין בו כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו והוא אינו מגביל את התחרות בחלק ניכר של השוק וממילא, אינו פוגע פגיעה של ממש בתחרות בשוק. מטעמים אלו ראוי ההסדר לפטור לפי סעיף 14 לחוק מהנימוקים שיפורטו להלן.

2. הצדדים להסדר

שפיר הינה חברה פרטית המוחזקת בשרשור בבעלות בני משפחת שפירא.¹ שפיר פועלת בתחום הקבלנות, הייזום, הבנייה, הפיתוח והתשתיות בישראל.

אשטרום הינה חברה פרטית המוחזקת בשרשור על ידי מרגן נכסים ואחזקות בע"מ (75%),² אלייד אחזקות בע"מ (24.50%)³ וקבוצת אשטרום בע"מ (0.50%). 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.

3. ההסדר

הרקע לבקשה שבפניי הינו מכרז אותו פרסמה חנ"י לפרויקט שעניינו הקמה של "נמל המפרץ" או "נמל הדרום" (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 במסגרתו מתחרים המתמודדים שנבחרו בשלב המיון המוקדם

¹ הי"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 ואחזקות בע"מ 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 אלייד החזקות בע"מ הינה חברה פרטית בבעלות מלאה של פרופ' יצחק סוארי (100%).

(להלן: **"שלב המכרז המפורט"**). בהתאם למידע שבפניי, שלב המיון המוקדם הסתיים ביום 1.7.2013, ובסופו נבחרו שבעה מתמודדים סך הכל, כדלקמן: Societa Italiana per Condotte (חברה איטלקית); Luxemburg Dredging Company SA (חברה לוקסמבורגית); Josef Mobius Bau- GmbH (חברה גרמנית); Pan Mediteranean Engineering Company Ltd. (חברה ישראלית); חברת סולל בונה יחד עם חברת FCC הספרדית שהגישו יחד הצעה משותפת; שפיר יחד עם CYES Infrastructurars S.A הספרדית (להלן: **"CYES"**) שהגישו יחד הצעה משותפת; וחברת אשטרום (להלן יחד: **"המתחרות על המכרז"**).

כאמור, בתום שלב המיון המוקדם נבחרו בין היתר גם הצדדים להסדר, אשטרום באופן נפרד ושפיר יחד עם CYES, להתמודד ולהגיש הצעות בשלב המכרז המפורט. אולם בהמשך, נוכח בעיות מסחריות של שפיר עם CYES אשר מנעו משפיר לגשת עמה למכרז במשותף, ביקשו הצדדים להסדר להגיש הצעה משותפת במסגרת שלב המכרז המפורט.⁴

ההסכם שבפניי מסדיר את שיתוף הפעולה בין שפיר לבין אשטרום ביחס להקמת חברה ייעודית (להלן: **"הזכייין"**) בבעלות שפיר ואשטרום בחלקים שווים, למטרת השתתפות והגשת הצעה משותפת בשלב המכרז המפורט, ככל שהצדדים יזכו במכרז. ככל שהצעת הזכייין תזכה – ישתפו הצדדים פעולה בהקמת הנמל הרלבנטי, למשך תקופה שצפויה להימשך בין 5 ועד 7 שנים (להלן: **"המיזם המשותף"**).

על-פי ההסכם ביניהם, הצדדים אינם מנועים להמשיך בעסקיהם שאינם קשורים במישרין למכרז, ואין בהסכם כדי ליצור שיתוף פעולה בין הצדדים מעבר למטרת המיזם המשותף.

4. השפעת ההסדר על התחרות

במסגרת ההסדר, מבקשים הצדדים לצרף את יכולות ההון והמומחיות הקיימים לכל אחד מהם בנפרד, על מנת לשפר את ההצעה שהיה מציע כל אחד מהם במסגרת המכרז דנן. ואכן, שיקול מרכזי בבחינת שיתופי פעולה במסגרת פרויקטים עתירי ידע, הון ומומחיות, כגון המכרז דנן, הינו מורכבות הפרויקטים, והצורך בעמידה בסטנדרטים גבוהים של יעילות ומקצועיות, לשם התמודדות במכרז לביצועם.⁵

בנסיבות שלפניי שוכנעתי כי רצונם של הצדדים לחבור לצורך התמודדות משותפת במסגרת המכרז נעוץ ברצונם לבסס את יכולתם להתחרות במכרז באמצעות השיתוף בהון, בידע ובמומחיות ועל מנת שיוכלו להפגין כושר תחרותי התואם את כושר התחרות של המתחרות האחרות, שהינן חברות בינלאומיות בעלות עוצמה כלכלית וניסיון בתחום התשתיות. על כן שוכנעתי כי עיקרו של ההסכם אינו בהפחתת התחרות או במניעתה וכי אין בו כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו.

⁴ על פי המידע שבפניי, ביום 30.1.2014 העניקה חני"י את אישורה להגשת ההצעה המשותפת על ידי אשטרום ושפיר.
⁵ אין זו הפעם הראשונה במסגרתה מבקשים הצדדים שבפניי לחבור יחדיו לצורך התמודדות משותפת במכרז. בהחלטה לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 בדבר מתן פטור מאישור הסדר כובל להסדר שבין שפיר הנדסה אזרחית וימית בע"מ לבין קבוצת אשטרום בע"מ 2012; **הגבלים עסקיים** 500344 (להלן: **"החלטת הפטור הקודמת"**), הענקתי לצדדים פטור לשיתוף פעולה במסגרת ביצוע עבודות לתכנון והקמה של מקטע בכביש 6, אלא שבסוף שיתוף הפעולה במסגרת זו לא יצא אל הפועל.

הגשת הצעה משותפת על ידי אשטרום ושפיר מהווה שיתוף פעולה בין מתחרים בתחום התחרות – בקשר עם המכרז עצמו. בנוסף, לצדדים תחומי פעילות אחרים בהם הם מתחרים מלבד תחום הפעילות הקשור באופן ישיר למיזם המשותף. מכאן, החששות לפגיעה בתחרות הנובעים מן ההסדר שבפניי הינם בעיקרם שניים:⁶ הראשון, חשש מהפחתת התחרות במסגרת המכרז עצמו כתוצאה מהפחתת מספר המשתתפים הפוטנציאליים במכרז, והשני, חשש מעצם חבירת הצדדים המתחרים זה בזה בתחומים שאינם קשורים ישירות למכרז, ובהעמדתם בקרבה מתמדת ובשותפות הדוקה לדרך פעולה עסקית.⁷

בנסיבות ההסדר הנוכחי ומהנימוקים שלהלן שוכנעתי כי על אף החששות התחרותיים הלכאוריים הללו, ההסדר איננו מגביל את התחרות בחלק ניכר של השוק המושפע מן ההסדר, וממילא לא עולה מההסדר חשש לפגיעה של ממש בתחרות.

ראשית, גם בהינתן תבירתם של הצדדים במסגרת המיזם המשותף, המצמצם לכאורה את מספר המתחרות על המכרז, הרי במועד הגשת הבקשה דנן, ערב ההשתתפות במכרז המפורט, בנוסף לצדדים, עברו את שלב המיון המוקדם עוד חמש מתחרות בעלות ניסיון ויכולות ניכרים, והן בבחינת מתחרות פוטנציאליות על המכרז ובמסגרתו. בנסיבות אלה שוכנעתי, כי מופחת החשש לפגיעה בתחרות משיתוף הפעולה דנא והכבילות שבחסדר אינן מגבילות את התחרות בחלק ניכר של השוק המושפע מן ההסדר.

שנית ועיקר, בדיקת הרשות העלתה כי אלמלא שיתוף הפעולה בין הצדדים במסגרת המיזם המשותף, לא היו ניגשות החברות אשטרום ושפיר למכרז בנפרד. זאת, הן בשל הניסיון והכישורים אשר צריכים המתמודדים להפגין במסגרת המכרז, אשר אינו עומד לכל אחת מהחברות באופן עצמאי, והן בשל הסיכון הרב הכרוך בכך מבחינה כלכלית. במובן זה, מתן אפשרות לצדדים לחבור במסגרת המיזם המשותף ולהגיש ביחד הצעה המשלבת בין יכולות כל אחד מהם במסגרת המכרז, מעלה את ההסתברות כי הצדדים אכן יוכלו להפגין כושר תחרותי התואם את דרישות הסף במכרז וכי יתאפשר להם להתמודד במסגרתו. ללא שיתוף הפעולה בין הצדדים היו עלולים להיגרע ממפת המתחרים הפוטנציאליים במכרז שני מתחרים, הם הצדדים להסדר, ולא רק מתחרה אחד. לפיכך, למעשה, אין בהסדר הכובל בכדי לצמצם את מספר המתחרים במסגרת המכרז, אלא דווקא להעלותם.

לאמור לעיל יש להוסיף כי המדובר במכרז שעניינו פעילות ההקמה של "נמל המפרץ" או "נמל הדרום". לפיכך, שיתוף הפעולה בין הצדדים צפוי להימשך לכל היותר, לו יזכו הצדדים במכרז, אך ורק במהלך תקופת ההקמה, המוערכת בכ- 5 עד 7 שנים בלבד.

כמו כן, וכפי שפורט בהחלטת הפטור הקודמת, 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.

⁶ להרחבה ראה החלטת הפטור הקודמת, לעיל.

⁷ 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 כחסדר כובל" משפטים כג 213.

לאור כל האמור, נחה דעתי כי הכבילות שבהסדר אינן מגבילות את התחרות בחלק ניכר של השוק המושפע מן ההסדר וכי ממילא ההסדר אינו מקים חשש לפגיעה של ממש בתחרות בשוק, ועל כן מצאתי לנכון להעניק פטור כמבוקש, בכפוף לתנאי המפורט להלן.

אציין כי עוד טרם מתן החלטה זו, אישרתי לצדדים לפעול על פי ההסדר המבוקש ולהגיש את הצעתם המשותפת במסגרת השלב המוקדם במכרז. ביני לביני, נודע לי כי כמה מהמתמודדות שניגשו בשלב המוקדם במכרז פרשו וכי הוגשו במסגרת שלב זה הצעות על ידי שלוש מציעות מתוך כלל המציעות שעברו את שלב המיון הראשוני, והצדדים להסדר ביניהן. יחד עם זאת, אין בעובדה זו כדי לשנות מעיקר הנימוקים שתוארו לעיל, וממילא כפי ששוכנעתי, אלמלא אישורי לפעולת הצדדים על פי ההסדר, קרוב לוודאי שהייתה נמנעת התמודדותם במכרז, כך שההסדר כשלעצמו אינו מצמצם את מספר המתחרים במכרז אלא דווקא מגדילים.

5. סוף דבר

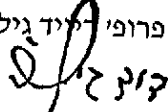
לאחר שנועצתי בוועדה לפטורים ומיזוגים, ראיתי לנכון להשתמש בסמכות הנתונה לי בסעיף 14 לחוק ולהעניק את הפטור המבוקש ביחס לנושאים שפורטו לעיל, בכפוף לתנאי המפורט להלן. בהתאם לסעיף 15(א) לחוק נתונה החלטתי זו לערר בפני אב בית הדין להגבלים עסקיים על ידי איגוד עסקי, ארגון צרכנים או כל אדם העלול להיפגע מההסדר הכובל עליו ניתן הפטור.

6. תנאי למתן הפטור

א. פטור זה יעמוד בתוקפו עד ל: (א) במקרה של זכייה - תום תקופת הבדק והאחריות כהגדרתה במסמכי המכרז ובחוזה ההתקשרות עם חניי; או (ב) במקרה של אי-זכייה - לא יאוחר משנה אחת לאחר ההודעה על הזוכים במכרז (להלן: "מועד סיום שיתוף הפעולה בין הצדדים");

ב. עם מועד סיום שיתוף הפעולה בין הצדדים, יפרקו הצדדים את החברה הייעודית אשר תוקם לצרכי המכרז בתוך 30 יום.

התעורר ספק בדבר תחולת תנאי זה, פרשנותו או דרך יישומו, יובא הדבר להכרעת הממונה.

פרופ' דניאל גילה


הממונה על הגבלים עסקיים

ירושלים, א' אייר, תשע"ד

1 מאי, 2014