



רשות ההגבלים העסקיים

נימוקי התנגדות הממונה על הגבלים עסקיים למיזוג בין אלקטרה בע"מ לבין דלקיה אנרגיה ושירותים בע"מ

א. מבוא

ביום 18.1.2012 הגישו אלקטרה בע"מ (להלן: "אלקטרה") ודלקיה אנרגיה ושירותים בע"מ (להלן: "דלקיה"; אלקטרה ודלקיה יחד להלן: "הצדדים" או "החברות המתמזגות") הודעות מיזוג לפי סעיף 20 לחוק ההגבלים העסקיים התשמ"ח-1988 (להלן: "החוק").

הודעות המיזוג הוגשו בגין עסקה במסגרתה רוכשת אלקטרה מדלקיה את פעילותה בתחום הקבלנות האלקטרו מכאנית, הכוללת הקמת מערכות מיזוג אוויר ומתן שירות להן, הקמת מערכות חשמל והקמת מערכות אינסטלציה (להלן: "עסקת המיזוג").

המיזוג הנו מיזוג אופקי בתחומי הקבלנות האלקטרו מכנית, אשר אילו היה יוצא אל הפועל היה מחזק את מעמדה של אלקטרה באופן שעלול היה לאפשר לה להפעיל כוח שוק באופן חד צדדי או מתואם. מימושו של המיזוג מעלה חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות, ולפיכך החלטתי, לאחר שנטלתי את עצת הועדה לפטורים ולמיזוגים, להתנגד למיזוג מכוח סמכותי לפי סעיף 21 לחוק. על החלטתי זו הודעתי לחברות המתמזגות ביום 2.5.2012.

להלן יפורטו הטעמים המרכזיים להחלטתי.

ב. הצדדים למיזוג ועסקת המיזוג

אלקטרה הינה חברה ציבורית הנשלטת על ידי מר גרשון זלקינד. החברה עוסקת בעצמה ובאמצעות חברות בשליטתה, בין השאר, בייצור והתקנה של מערכות אינסטלציה, מיזוג אוויר וחשמל (להלן יחד: "מערכות אלקטרו מכניות" או "המערכות") ובמתן שירותי אחזקה ותיקון למערכות אלו. כן עוסקת החברה במתן שירותי אחזקה ותפעול למבנים, בייזום והקמה של נדל"ן, בנדל"ן מניב ובתחומים נוספים.

דלקיה הינה חברה פרטית בבעלות דלקיה ישראל בע"מ מקבוצת ואוליה הצרפתית. החברה עוסקת גם היא בייצור והתקנה של מערכות אינסטלציה, מיזוג אוויר וחשמל ובמתן שירותי אחזקה ותיקון למערכות אלו. כן עוסקת דלקיה בתחום שירותי ניהול אנרגיה כגון הפקת חשמל סולארי ותחנות כוח ליצור חשמל מבוססות גז.

כאמור, במסגרת המיזוג רוכשת אלקטרה את פעילות דלקיה בתחום הקבלנות האלקטרו מכאנית, הכוללת הקמת מערכות מיזוג אוויר, הקמת מערכות חשמל והקמת מערכות אינסטלציה ומתן שירות להן. הפעילות הנמכרת כוללת הסכמים לביצוע פרויקטים מכוח מכרזים בהם זכתה דלקיה, ואשר היקף העבודות שנותרו לביצוע בהם עולה על 80% מכלל היקף הפרויקט, וכן הסכמי שירות.

ג. השוק הרלוונטי

תכלית תהליך הגדרת השוק הרלוונטי הינה לאתר את קבוצת המוצרים הקטנה ביותר המהווה תחליף ישיר בעיני הלקוח, כך ששליטה בה תאפשר הפעלת כוח שוק (בהתעלם משינויים בצד ההיצע).¹

החברות המתמזגות פעילות שתיהן בהקמת מערכות אלקטרו מכניות ומתן שירותי תיקון ותחזוקה למערכות אלה. פעילות זו נחלקת לארבעה תחומים: הקמת מערכות מיזוג אוויר, מתן שירות למערכות מיזוג אוויר, הקמת מערכות חשמל והקמת מערכות אינסטלציה (מערכות סניטריות וכיבוי אש). בעוד שבבניית מבני מגורים ותשתיות לרוב אין צורך במערכות מיזוג ואינסטלציה מורכבות, בבניית מבני ציבור כגון בנייני משרדים, קניונים, אצטדיונים, בתי חולים וכדומה, מערכות מיזוג האוויר, החשמל והאינסטלציה הינן מורכבות ביותר. במבנים מסוג זה יש צורך להקים את המערכות האלקטרו מכניות זו לצד זו ובאופן המשלב בין המערכות כך שיתנו תמיכה האחת לאחרת.

בפרויקטים של בניה ציבורית נבחרים הקבלנים שיספקו את שירותי הקבלנות האלקטרו מכנית באמצעות מכרזים שמפרסמים היזם או הקבלן הראשי שנבחר על ידי היזם לביצוע הפרויקט (להלן גם: "מזמין העבודה"). כל פרויקט בניה שונה בגודלו וברמת המורכבות הנדרשת במערכות שיותקנו בו, ועל כן כל מכרז קובע דרישות שונות ביחס למערכות הדרושות בו ובהתאם ביחס למי שיוכל להקימן ולהתחרות במכרז. בכך, תוחם למעשה המכרז את הזירה התחרותית הרלוונטית. דרישות המכרז מגדירות בפירוט מהו המוצר הדרוש ללקוח ומכאן שכל מוצר אחר לא יהווה תחליף ראוי בעיניו ועל כן יש לראות בכל מכרז כזה כמגדיר שוק רלוונטי העומד בפני עצמו, ואשר עם פרסומו קובע את זירת התחרות ואת זהות השחקנים היכולים להתחרות בה.²

לאור זאת, די כי המיזוג יוביל להפעלת כוח שוק ולהעלאת מחירים במכרז יחיד, על מנת להקים עילת התנגדות למיזוג. יחד עם זאת, בבדיקת השפעות המיזוג על התחרות בחנתי את תחום המכרזים להקמת מערכות אלקטרו מכניות במבני ציבור ככלל ולא תוך בחינת כל פרויקט בנפרד, זאת, למען הנוחות המנהלית וכיוון שניתוח השפעתו התחרותית של המיזוג על כל שוק ושוק בנפרד אינה שונה, בהקשר זה שלפני, מהניתוח התחרותי של השפעתם על אגד מכרזים כמקשה אחת.³

¹ ראו: גילוי דעת 1/11 בעניין הנחיות לניתוח תחרותי של מיזוגים אופקיים 2011 **הגבלים עסקיים** 5001710 בעמ' 4.

² ראו לעניין זה את דברי ביהמ"ש העליון בע"פ 2560/08 **מדינת ישראל נ' ירון וול תק-על** 2009 (3), בפסקה צ"ז.

³ הנחיות לניתוח תחרותי של מיזוגים אופקיים, ה"ש 1 לעיל בעמוד 9.

בפרט התמקדה הבדיקה במכרזים להקמת מערכות אלקטרו מכניות בהיקף הגבוה מעשרה מיליון ש"ח, זאת מן הטעמים הבאים: הדרישות מהמערכות האלקטרו מכניות במבני ציבור (ובהתאם במכרזים להקמתן), אינן הומוגניות, ולכל פרויקט דרושות מערכות שונות ברמת מורכבות שונה. כך למשל, בעוד שבמבנים מסוימים דרושות כל המערכות כולן, במבנים אחרים דרושות רק חלק מהמערכות (כך למשל ככלל אין צורך במערכות מיזוג אוויר מורכבות באינטגרציות פתוחים). יחד עם זאת, ככלל ניתן לומר כי קיימת התאמה בין מורכבות הפרויקט לבין עלותו, גם אם ההתאמה אינה מושלמת. על כן מקובל להשתמש בשווי הכספי של המערכות האלקטרו מכניות בפרויקט כאומדן לרמת מורכבותו. כפי שיפורט בהמשך, ככל שעולה רמת המורכבות והשווי הכספי של הפרויקטים, ובהתאם – של המערכות האלקטרו מכניות בפרויקטים, כך מצטמצם מספר המתחרים המסוגלים לספק את המוצר ולהקים את המערכות, ובמכרזים בעלי היקף כספי גבוה במיוחד חל צמצום משמעותי במיוחד במספר המתחרים.

הרף של עשרה מיליון ש"ח נקבע כרף מינימלי על מנת להקל על הבדיקה המנהלית, ובהתבסס על ההנחה שכיוון שכל מכרז הינו שוק העומד בפני עצמו, לא נגרע דבר מן הניתוח כתוצאה מקביעת רף מינימלי זה. זאת, מכיוון שגם אם יעלה חשש לפגיעה בתחרות במכרז יחיד או במכרזים שערכם עולה על רף כספי זה או אחר – הרי שנמצאה הצדקה להתנגדות למיזוג ויהא אותו רף אשר יהא.

ד. השפעת המיזוג על התחרות

נעבור כעת לבחינת השפעות המיזוג על התחרות. לשם כך נחלק את הדיון לשני חלקים, ראשית, יוצג הניתוח הסטטי של המצב התחרותי בשוק, ניתוח זה מהווה את נקודת המוצא של הבחינה התחרותית ובו נערכים זיהוי המתחרים בשוק, הערכת נתחי השוק שלהם ובחינת החששות התחרותיים הנובעים מן המיזוג. לאחר מכן יוצג ההיבט הדינאמי, הנוגע לפוטנציאל השינוי של מבנה השוק כפי שהוא משתקף בבחינה הסטטית. בפרט תיבחן שאלת קיומם של חסמי כניסה והתרחבות בשוק.⁴

ד.1. ניתוח סטטי

ד.1.1. זיהוי המתחרים ונתחי השוק שלהם

תנאי מקדמי לזיהוי שחקן בשוק כמתחרה הינו זכאותו החוקית להגיש הצעה למכרז, שכן הדין קובע הוראות ומגבלות שונות על פעילותם של קבלנים.

חוק רישום קבלנים לעבודות הנדסה בנאיות, תשכ"ט-1969 ותקנות רישום הקבלנים לעבודות הנדסה בנאיות (סיווג קבלנים רשומים), התשמ"ח-1988, קובעים איסור על ביצוע עבודות בהיקפים החורגים מהסיווג שנקבע לכל קבלן וקבלן על ידי רשם הקבלנים. הסיווג נחלק לקבוצות ולענפים שונים (חשמלאות, מתקני מיזוג אוויר ועוד) ובכל ענף נקבעות חמש מדרגות סיווג

⁴ שם בעמוד 3

הקובעות כל אחת את ההיקף הכספי המירבי של העבודות אותן רשאי קבלן המצוי במדרגת הסיווג הרלוונטית לבצע. ההיקף הכספי המותר עולה עם מדרגות הסיווג (באופן שונה בכל ענף), כאשר קבלן בעל סיווג 5 רשאי לבצע עבודות בהיקף בלתי מוגבל בענף בו הוא מסווג. על כן, תנאי הכרחי (אך לא מספיק) לזיהוי קבלן כמתחרה (קיים או פוטנציאלי) הינו החזקה בסיווג הדרוש לביצוע העבודה שנתבקשה במכרז⁵ (לחסמים הנובעים מהקושי שבשינוי הסיווג אתיחס בהמשך, כאשר אדון בחסמי הכניסה לשוק).

העובדות שבפניי מלמדות כי בהקמת מערכות מיזוג אויר בהיקף כספי גבוה מעשרה מיליון ש"ח פועלים כ- 13 קבלנים בעלי סיווג מתאים לביצוע העבודות (סיווג 4 או 5 בתת ענף "מתקני מיזוג אוויר"). חמישה קבלנים בלבד הינם בעלי סיווג מתאים להקמת מערכות אינסטלציה בהיקף כספי גבוה מעשרה מיליון ש"ח. בתחום הקמת מערכות חשמל קיימים קבלנים רבים העומדים בסיווג הדרוש לביצוע עבודות בהיקף כספי גבוה.

מכלל הקבלנים שצלחו את התנאי הראשון, ניתן לזהות לכאורה את המתחרים הקיימים בשוק כמי שהגישו הצעות לביצוע העבודות שנדרשו במכרזים (זאת להבדיל ממתחרים פוטנציאליים שהינם בעלי יכולת לגשת למכרזים אך לא השתתפו בהם). אולם, כפי שנראה מיד, לא תמיד די בהגשת הצעה למכרז על מנת להיחשב כמתחרה אפקטיבי בעל נתח שוק.

על אופן חישוב נתחי השוק להתבסס על מדד המשקף בצורה מיטבית את מעמדן התחרותי של הפירמות בשוק.⁶ בהקשר שלפנינו, על נתח השוק של משתתף במכרז לשקף את סיכויו של אותו משתתף לזכות בו. לרוב, מקובל להניח כי במכרז למוצר הומוגני, ובמקום בו אין יתרונות מהותיים למתחרה זה או אחר מלכתחילה – ניתן לחשב את נתח השוק באופן יחסי למספר המתחרים. כלומר, אילו סיכויי הזכייה של כל המשתתפים במכרז מסוים היו שווים, ניתן היה לחשב את נתח השוק של כל אחד מהם ביחס למספר המשתתפים במכרז, כך שבמכרז בו השתתפו n קבלנים, נתח השוק של כל משתתף יהיה $1/n$. אולם, בחינת זכויות העבר של קבלנים במכרזים לקבלנות אלקטרו מוכנית מלמדת כי סיכויי הזכייה של המשתתפים במכרזים אלו אינם זהים. נתון זה עולה בקנה אחד עם עובדות שנמסרו לי מפי לקוחות שונים בשוק, לפיהן לעיתים, בפרט בפרויקטים בהיקף כספי ניכר, ניתנת עדיפות לקבלנים מסוימים על פני אחרים גם אם הצעת המחיר שלהם אינה הנמוכה ביותר. כיוון שאי עמידה של קבלן מערכות בהתחייבויותיו בנוגע ליעדי משך הזמן והאיכות של המערכות עלולה להסב נזק כבד למזמין העבודה, ניתנת עדיפות זו בין היתר לקבלנים מנוסים בפרויקטים בסדר גודל דומה.

לאור זאת, על מנת לקבוע מה הם נתחי השוק של המתחרים השונים בשוק, נבדק מספר הזכויות בפועל של קבלנים במכרזים בהיקף כספי גדול בעבר. מספר זה מהווה אינדיקציה לסיכוייו של קבלן לזכות במכרז ובהתאם, לנתח השוק שלו.

⁵ אמנם, קיימים מקרים בהם אין הקפדה על החוק וקבלנים נלקחים לביצוע עבודות מעבר להיקף המותר להם, אולם בבחינת השפעותיו של המיזוג על התחרות ראיתי לנכון לבחון את השפעותיו של המיזוג תחת ההנחה כי הלקוחות הם שומרי חוק.

⁶ הנחות לניתוח תחרותי של מיזוגים אופקיים, ה"ש 1 לעיל בעמוד 14

כפי שצויין לעיל, חישוב נתחי השוק של השחקנים והשפעתו של המיזוג על התחרות נערכו במכרזים בהם היה ההיקף הכספי של הקמת המערכות האלקטרו מכניות גבוה מעשרה מיליון ש"ח. נציג כעת את תוצאות הבדיקה בחלוקה לפי סוגי המערכות.

הקמת מערכות מיזוג אוויר:

מידי שנה מבוצעים כ- 15 פרויקטים בהם ההיקף הכספי של הקמת מערכות מיזוג האוויר עולה על עשרה מיליון ש"ח, בהיקף כולל של למעלה ממאתיים מיליון ש"ח בשנה.

התפלגות הזכויות בפרויקטים של הקמת מערכות מיזוג אוויר מלמדת כי נתח השוק המצרפי של אלקטרה ודלקיה הינו גבוה מ- 50% והגיע בשנים מסוימות אף להיקפים משמעותיים יותר. כן מלמדת התפלגות הזכויות על כך שבפועל ישנם בסך הכל שלושה מתחרים נוספים, אולם אלה מחזיקים בנתחי שוק מצומצמים יותר: משב הנדסת קרור ומזוג אוויר בע"מ (להלן: "משב"), אפקון התקנות ושירותים בע"מ (להלן: "אפקון"), ומנורה איזו אהרון בע"מ (להלן: "מנורה").⁷ מימוש המיזוג יביא אפוא לצמצום מספר המתחרים מחמישה לארבעה, כאשר המתמזוגות הן שתי החברות הגדולות מבין החמש.

אם מבודדים מתוך סך הפרויקטים את אלה שהיקפם הכספי עולה על עשרים מיליון ש"ח מחריפה תמונת המצב התחרותית, שכן בפרויקטים בהיקפים אלו ישנם כיום שלושה שחקנים בלבד הזוכים במכרזים מידי שנה: אלקטרה, דלקיה ומשב. כלומר- אילו היה יוצא המיזוג מן הכוח אל הפועל היה מספר המתחרים במכרזים שערכם עולה על עשרים מיליון ש"ח מצטמצם משלושה לשניים בלבד ונתח השוק של הפירמה הממוזגת היה גבוה משמעותית מ- 50%.

כפי שיפורט בהמשך, העובדה שעל אף שלכאורה קיים מספר רחב יותר של קבלנים המסוגלים לבצע את העבודות ואף מגישים הצעות למכרזים אנו עדים למספר מצומצם יותר של קבלנים שאכן זוכים במכרזים, תואמת עמדות שהביעו בפנינו גורמים שונים בענף בדבר חשיבותם של ניסיון ומוניטין לסיכויי הזכייה במכרזים וכפועל יוצא מכך – בדבר מעמדן של אלקטרה ושל דלקיה בעיני המזמינים.⁸

עובדה נוספת הראויה לציון הינה כי מדברי גורמים בענף עולה כי אלקטרה ודלקיה הינן המתחרות הקרובות ביותר זו לזו מבין המתחרים בתחום הקמת מערכות מיזוג אוויר בפרויקטים גדולים, הן מבחינת איכות המערכות המוקמות והן מבחינת יעילותן של החברות ויכולתן להציע מחירים תחרותיים זו לזו. נתון זה מתאמת גם בנתונים שבידינו, מהם עולה כי דלקיה ואלקטרה התחרו זו בזו באותו מכרז בחלק גדול של המכרזים, בשונה מיתר החברות שהשתתפו בחלק קטן יותר מן המכרזים בהם השתתפה אלקטרה. לעובדת היות המיזוג מיזוג בין שתי המתחרות הקרובות ביותר עשויה להיות השפעה מכרעת על ניתוח השפעותיו התחרותיות.

⁷ בבדיקה זו לא נכללו זכויות של קבלנים שלא החזיקו בסיווג המתאים לביצוע העבודה.

⁸ ראו עמ' 11 להלן.

הקמת מערכות אינסטלציה:

מידי שנה מתבצעים בין שניים לשבעה מכרזים בהם היקף מערכות האינסטלציה עולה על 10 מיליון ₪, בהיקף כולל הנע בין 40 ל- 120 מיליון ₪ בשנה.

כאמור, לחמישה קבלנים בלבד ישנו הסיווג המתאים להקמת מערכות אינסטלציה בהיקף כספי גבוה מעשרה מיליון ש"ח. רק ארבעה מתוכם מוכרים לביצוע עבודות ממשלתיות. אילו היה מתממש המיזוג היה הדבר מביא לירידה מחמישה מתחרים לארבעה (ובביצוע עבודות ממשלתיות – מארבעה לשלושה). מבדיקת נתוני הזכייה במכרזים להקמת מערכות אינסטלציה בשנים 2008-2011, הדורשים סיווג קבלני בלתי מוגבל (עבודות בהיקף הגבוה מ- 11,302 אלף ש"ח), עולה כי קיימים רק שלושה מתחרים שזכו במכרזים – אלקטרה, דלקיה וקרניל חב' לעב' הנדסיות בע"מ (להלן: "קרניל"), וכי לאלקטרה ודלקיה נתח שוק מצרפי העולה משמעותית על 50%.

הקמת מערכות חשמל:

כאמור, בתחום הקמת מערכות חשמל קיימים קבלנים רבים העומדים בסיווג הדרוש, ומבדיקת המיזוג עלה כי הוא אינו מעלה חשש ליצירת כוח שוק בידי הפירמה הממוזגת כתוצאה מהמיזוג בתחום הקמת מערכות חשמל.

שירות למערכות מיזוג אוויר:

בדרך כלל מלווה התקנת מערכת מיזוג אוויר בתקופת אחריות, במהלכה מספק הקבלן שהקים את המערכת את שירותי האחזקה והתיקון לה, אולם עם סיום תקופת האחריות ניתן להזמין את שירותי האחזקה והתיקון למערכת המיזוג גם מקבלן אחר. כל החברות אשר מתקינות מערכות מיזוג אוויר מספקות גם שירותי אחזקה ותיקון למערכות אלו. בנוסף לחברות אלה ישנן עוד חברות המעניקות שירותי אחזקה ותיקון למערכות מיזוג. תחום זה אף אינו דורש סיווג קבלני מסוים. אמנם, קיים יתרון מסוים לקבלן שהתקין את מערכת מיזוג האוויר בזכות שירותי התחזוקה שהעניק במהלך תקופת האחריות והחברות המתמזגות נהנות מיתרון זה נוכח מעמדן בתחום הקמת מערכות מיזוג אוויר, אולם במידה מוגבלת, זאת נוכח קיומה של תחרות בתחום המרסנת אפשרות להפעלת כוח שוק.

סיכומם של דברים עד כה, במכרזים להקמת מערכות אלקטרו מכניות בהיקפים כספיים גדולים, נמצא כי ישנו מספר מצומצם של מתחרים בהקמת מערכות מיזוג אוויר ובהקמת מערכות אינסטלציה. ככל שהיקפו הכספי של הפרויקט גדול יותר, מספר המשתתפים קטן, כך שבהקמת מערכות מיזוג אוויר בהיקף הגבוה מ- 20 מיליון ש"ח ובהקמת מערכות אינסטלציה בהיקף כספי הדורש סיווג קבלני בלתי מוגבל יביא המיזוג לירידה משלושה מתחרים לשניים בלבד.

הערה: קבלן יחיד להקמת שלושת המערכות האלקטרו מכניות

בהקמה של מבני ציבור גדולים מוקמות מערכות מיזוג האוויר, החשמל והאינסטלציה זו לצד זו ויש צורך בתיאום הקמתן הן מבחינת זמנים והן מבחינת הקשר בין המערכות, שכן על המערכות לעבוד יחד. החשמל מזין את מערכת מיזוג האוויר ואת המשאבות של מערכת האינסטלציה, שמספקת אף היא תמיכה למערכות המיזוג.

מספר יזמים וקבלנים ראשיים ציינו בפנינו כי בפרויקטים גדולים ישנם יתרונות להקמת שלושת המערכות על ידי קבלן אחד. קיימות דעות שונות ביחס לסוגיה זו, וישנם מזמיני עבודה שיעדיפו דווקא לפצל את הקמת המערכות בין קבלנים שונים, אולם ככלל, ניתן לומר כי קיימת נטייה של קבלנים ויזמים לקחת קבלן מערכות אלקטרו מכניות אחד להקמת שלושת המערכות כאשר מדובר בפרויקט גדול המשלב עבודות בהיקפים גדולים ביותר מתחום אלקטרו מכני אחד. חלק ממזמיני העבודה אף יסכימו לשלם פרמיה (בגובה משתנה) בעבור העדפה זו.

ספק אם ניתן להגדיר את הקמת שלושת המערכות האלקטרו מכניות יחד כשוק רלוונטי נפרד, שכן לא ניתן לומר בוודאות שמונופול היפותטי, לו היה מחזיק בכל החברות המסוגלות להקים את שלושת המערכות (להבדיל מהיכולת להקים רק מערכת אחת או שתיים מבין השלוש) היה יכול להעלות מחיר ב- 5%-10% ולהרוויח מכך. אולם, ניתן לומר בבירור כי היכולת להקים את שלושת המערכות בפרויקטים גדולים מעניקה יתרון לקבלן המערכות, ובמקרים מסוימים אף יוביל יתרון זה ליכולת לגבות מחיר גבוה יותר.

כיום, כאשר יזם או קבלן ראשי מעוניין לקחת קבלן מערכות יחיד שיקים את שלושת המערכות, ומדובר בפרויקט בו להקמת מערכות **המיזוג והחשמל** דרוש סיווג בלתי מוגבל, רואה מזמין העבודה שלושה קבלנים אופציונאליים לביצוע העבודה: אלקטרה, דלקיה ואפקון.

כאשר הקבלן מעוניין בקבלן מערכות אחד ולהקמת מערכות **המיזוג והאינסטלציה** דרוש סיווג בלתי מוגבל קיימים גם כן שלושה קבלנים אופציונאליים: אלקטרה, דלקיה וקרניל.

בפרויקטים בהם להקמת המערכות **בשלושת התחומים: מיזוג אוויר, חשמל ואינסטלציה** דרוש קבלן בעל סיווג בלתי מוגבל, הקבלנים היחידים אשר ביכולתם לבצע את כל העבודות הינם אלקטרה או דלקיה.

נעבור כעת לבחון מה הם החששות התחרותיים הנובעים מהמיזוג.

ד.1.2. החששות התחרותיים

חשש מהפעלת כוח שוק חד צדדי

כאמור, בהקמת מערכות מיזוג אוויר בהיקף הגבוה מ- 20 מיליון ש"ח ובהקמת מערכות אינסטלציה בהיקף כספי הדורש סיווג קבלני בלתי מוגבל יביא המיזוג לירידה משלושה מתחרים לשניים בלבד, לגריעת המתחרה הקרובה ביותר של אלקטרה מן השוק וליצירת פירמה ממוזגת בעלת נתח שוק גבוה מ- 50%. מצב זה מעלה חשש ממשי כי לאחר המיזוג תוכל הפירמה הממוזגת לקבל החלטה חד צדדית בדבר העלאת מחירים או פגיעה באיכות השירות שהיא מספקת באופן שיניב לה רווח. זאת, במקרים בהם המתחרה היחיד שנותר לה לא יוכל או לא יחפוץ לפעול באופן שירסן את הפעלת כוח השוק.

בבדיקת המיזוג עלה כי מזמינים רבים מייחסים לחברות המתמזגות מקצועיות רבה באופן המוביל להעדפתן על פני מתחרים אחרים ובא לידי ביטוי בין היתר בנתחי השוק שלהן. נוכח קיומן של אינדיקציות רבות למעמדן החזק של אלקטרה ושל דלקיה בשוק הנובע בין היתר מהמוניטין והניסיון שצברו, יש בסיס להניח כי לאחר המיזוג תהנה אלקטרה מהעדפה זו באופן

שיאפשר לה להעלות את מחירה ביחס לאותם לקוחות שיכלו עד היום לתחר בינה ובין דלקיה ולאחר המיזוג יעדיפו את אלקטרה על פני המתחרה הנותר (או על פני מתחרים פוטנציאליים אחרים), ואף לתת ביטוי כספי להעדפה זו. בהקשר זה יאמר כי משב, המתחרה שנותר בשוק המכרזים להקמת מערכות מיזוג אויר בהיקף של למעלה מעשרים מיליון ש"ח הינו מתחרה שונה מאוד באופיו, באופי התקשוריותו ובשיטת עבודתו מאלקטרה, באופן המעלה חשש ממשי כי הבידול בין שני המתחרים יקל אף הוא על העלאת מחירים בשוק.⁹ יתרה מזו, נוכח צמצום מספר המתחרים ידעו כולם כי סיכוייהם לזכות במכרז ולכל הפחות להשתתף בסבב השני של המשא ומתן גבוהים יותר, וכתוצאה מכך עלולים להגיש כולם הצעות מחיר גבוהות יותר ואגרסיביות פחות, באופן שיאפשר להם להתחיל את שלב המשא ומתן, ככל שיהיה כזה, מנקודת פתיחה גבוהה יותר. דברים אלו מקבלים משנה תוקף נוכח גריעתה של המתחרה הקרובה ביותר של אלקטרה.

חשש מהפעלת כוח שוק מתואם

השילוב בין מספר מצומצם של מתחרים וקיומן של אינטראקציות חוזרות ונשנות במסגרת המכרזים מעלה חשש נוסף מהשפעה מתואמת, שכן נתונים אלו עלולים להקל על המתחרים לחלק ביניהם את השוק בעזרת איתותים במכרזים. כך למשל, יכול קבלן לסמן למתחריו כי אינו מעוניין להתחרות במכרז מסוים על ידי מתן הצעה גבוהה במיוחד המעידה כי אין בכוונתו לזכות ובכך לאפשר להם להציע מחירים פחות תחרותיים. במכרז מאוחר יותר יוכל המתחרה לנסות ולגבות את "שכרו". חשש זה מתעצם בעקבות הקיטון במספר השחקנים בשוק.

נוכח האמור לעיל עסקת המיזוג מקימה חשש סביר לניצול מעמדה של אלקטרה לאחר המיזוג לגריפת רווחים באמצעות העלאת מחירים, בין אם לבדה ובין אם תוך התנהגות מקבילה של יתר המתחרים בשוק. נקדיש כעת מספר מילים לסוגיית התחרות במכרזים ואופן בחינת החששות בתחרות מעין זו.

תחרות במכרזים

רכישת שירותים באמצעות מכרז משמשת את מפרסם המכרז ליצירת תחרות בין הספקים השונים. תחת הנחות חזקות מסוימות, שיפורטו בהמשך, לכאורה די בהשתתפות שני מתחרים בלבד במכרז על מנת לרסן הפעלת כוח שוק מצד כל אחד מהם ובכך להביא לתוצאה התחרותית הטובה ביותר. נהוג לכנות תחרות כזו בשם "תחרות ברטרנד", על שם המלומד ג'וזף ברטרנד, אשר הציג מודל של תחרות בין שני מתחרים בו מי מהם שיציע את המחיר הנמוך ביותר יזכה לספק את כל הכמות בשוק.¹⁰ אולם, על מנת שמכרז אכן יוביל לתחרות ברטרנד, בה ניתן להסתפק בהימצאות שני מתחרים בשוק להפגת חשש תחרותי מהפעלת כוח שוק, עליו לעמוד במספר תנאים. כפי שנראה בהמשך, רבים מהליכי ההתקשרות לרכישת שירותים הנושאים את

⁹ ראו גם: Horizontal Merger Guidelines, U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, 2010. P.22.

¹⁰ ראו: J. Tirole, The Theory of Industrial Organization, The MIT Press, Massachusetts Institute of Technology p.208-238 (2011)

השם מכרז אינם עומדים בתנאים המובילים להתקיימות תחרות אפקטיבית גם במצב של מיעוט מתחרים.

במאמרו "Bidding Markets"¹¹ עמד המלומד Klemperer על מאפייניו של שוק מכרזים אידאלי, אליו מתכוון בדרך כלל מי שמניח שמכרז מוביל לתוצאות תחרותיות טובות המונעות אפשרות להפעלת כוח שוק. בין היתר מונה Klemperer את המאפיינים הבאים: (א) הספק שיזכה במכרז- "זוכה בכול", או לא זוכה בכלום ועל כן לא קיים קשר רציף בין המחיר המוצע לכמות הנרכשת. (ב) המכרזים הינם על סכום גדול ומהותי ביחס למכירות של הספק בתקופה מסוימת, דבר המגביר את חשיבות הזכייה במכרז עבורו. (ג) התחרות בכל מכרז עומדת בפני עצמה, ולא קיימים קשר או תלות בתוצאות מכרזים קודמים. מאפיין נוסף המתקיים לעיתים בשוק מכרזים אידאלי הינו (ד) הכניסה לשוק הינה קלה, משמע, אין חסמי כניסה או שהם נמוכים, וגם מתחרה פוטנציאלי עשוי לרסן הפעלת כוח שוק על ידי פירמה יחידה הפועלת בשוק.

אכן, ניתן להבין כיצד התקיימות המאפיינים שמונה Klemperer תוביל לריסון כוח שוק גם במכרז בו משתתפים שני ספקים בלבד. כך, כאשר שני מתחרים נדרשים להגיש הצעות למכרז מהותי לפעילותם העסקית, בודעם שסיכוייהם לזכות במכרז אינם תלויים בדבר פרט להצעת המחיר אותה יגישו, וכי אם לא יציעו את המחיר הנמוך ביותר מבין ההצעות לא יזכו בדבר, ניתן להניח שכל אחד מהם יציע את ההצעה הנמוכה ביותר האפשרית מבחינתו על מנת למקסם את סיכויי הזכייה שלהם.¹²

עם זאת, קל להבחין כי בהליכים רבים הנושאים את השם "מכרז" וכוללים הליך של הגשת הצעות מחיר, לא מתקיימים כל המאפיינים האמורים, ולמעשה ניתן להניח שיתקיימו כולם רק במקרים נדירים, כפי שתואר במסמך מדיניות מקיף של ארגון ה OECD הסוקר את אופי התחרות במכרזים:¹³

"The relationship among Bertrand, perfectly contestable, and ideal bidding markets, coupled with the result of competition authorities' long experience in evaluating the suitability of the Bertrand or perfectly contestable market models to particular markets, suggests that the conditions in which two rivals would be enough to yield an efficient outcome would be rare but not impossible."

מכרזים להקמת מערכות אלקטרו מכוניות אינם נושאים מאפיינים אלה ועל כן לא ניתן להניח כי גם מיעוט מתחרים יוביל לתוצאה תחרותית אופטימלית. כך, על אף שמכרזים להקמת מערכות אלקטרו מכוניות בהיקף כספי של למעלה מעשרה מיליון ₪ הינם מכרזים בסכומים משמעותיים, לא מדובר במכרזים אשר "מרתקים" את כל פעילות החברה לאותה שנה, שכן החברות הפעילות בתחום מבצעות מספר מכרזים גדולים בשנה וכן עוסקות בפרויקטים קטנים יותר. בנוסף, כפי שעולה מנתחי השוק של המתחרים וכפי שיפורט בהמשך, בתחום הקמת מערכות אלקטרו מכוניות

¹¹ Klemperer Paul, "Bidding Markets", 3 J. Comp. L. & Econ. 1 2007

¹² גובה ההצעות יהי תלוי גם במשתנים נוספים, כמו למשל הערכותיו של כל ספק בדבר המחיר שיציע המתחרה ועוד.

¹³ OECD POLICY ROUNDTABLE, Competition in Bidding Markets, DAF/COMP(2006)31

לא ניתן לומר כי לכל מתמודד הזדמנות שווה לזכות, וכי אין כל קשר או תלות בין מכרז למכרז. כך, במכרזים לפרויקטים גדולים נדרשת כתנאי סף הוכחה בדבר ביצוע עבודות בסדר גודל דומה בעבר. כמו כן קיימת חשיבות למוניטין ולניסיון קודם של המזמין עם המציעים השונים. כך, וכפי שנראה בשלב הניתוח הדינאמי, מדובר בשוק שחסמי הכניסה אליו תמירים.

סוגיה נוספת המובילה למסקנה לפיה על אף שמדובר בשוק מכרזים עשוי מיעוט מתחרים להקים חששות לפגיעה משמעותית בתחרות הינה ההליך בו נבחרת ההצעה הזוכה. בשונה ממכרזי מעטפה חתומה בהם מתקיים סיבוב הצעות אחד בו הסכום הנמוך ביותר זוכה, מכרז מתמשך, בו מתנהלים מספר סיבובים עד לבחירת המנצח מעניק עדיפות למציע הדומיננטי.¹⁴

מציע דומיננטי הוא זה שיוכל להגיש הצעה ראשונית גבוהה ולהוריד את סכום ההצעה בסבבים הבאים במידה ואחרים הציעו סכום נמוך ממנו. עדיפות זו עשויה להרתיע כניסת מתחרים נוספים לשוק. המכרזים לבחירת קבלן מערכות אלקטרו מכניות מתנהלים במגוון דרכים אולם ברבים מהם קיים יותר מסבב הצעות אחד. בחלק מהמקרים מקיים מפרסם המכרז משא ומתן עם מספר קבלנים מבין המציעים בניסיון להוריד את המחיר, בפרט כאשר יש קבלן ספציפי המועדף עליו. במכרזים מעין אלו יש יתרון משמעותי למי שזכה בפרויקטים בסדר גודל דומה, בעל מוניטין, יכולות פיננסיות ועוד. על כן, יכולים קבלנים בעלי מעמד דומיננטי לנצל את מעמדם להפעלת כוח שוק על אף הליך המכרז וכוחם אינו מרוסן באמצעותו. העובדה שהמזמין במכרז בוחר לא רק על סמך המחיר משמעה שמתחרים מועדפים שקרובים במיוחד זה לזה, כמו אלקטרה ודלקיה, פועלים על מנת לרסן זה את מחיריו של זה, והיעלמותה של דלקיה תכחיד רסן תחרותי זה. כמו כן, העובדה שמדובר כאמור, במספר מכרזים בשנה ובמספר מצומצם של מתחרים מקלה על תיאום לטווח ארוך בין המתחרים באופן שמגביר את החשש התחרותי.

סיכומם של דברים, עצם קיומו של שוק מכרזים לבחירת קבלן מערכות אינו מוביל לתחרות מחירים מושלמת ואינו מפג חששות תחרותיים הנוגעים להימצאות מיעוט מתחרים בשוק לאחר המיזוג.

נפנה כעת לבחון את החסמים העומדים בפני כניסת מתחרים חדשים לשוק, כניסה אשר אילו היתה מתבצעת עשויה היתה לרסן את הפעלת כוח השוק ולהפיג את החששות שפורטו לעיל.¹⁵

2.2. ניתוח דינמי- חסמי כניסה והתרחבות

בדיקת רשות ההגבלים העסקיים העלתה כי קיימים חסמי כניסה והתרחבות תמירים לשוק המכרזים להקמת מערכות אלקטרו מכניות בהיקפים כספיים גדולים. נפרט כעת חסמים אלו.

סיווג קבלני

כאמור, חוק רישום קבלנים לעבודות הנדסה בנאיות, תשכ"ט-1969 קובע איסור על ביצוע עבודות בהיקפים החורגים מהסיווג שנקבע לקבלן על ידי רשם הקבלנים. על מנת להעלות את סיווגו יכול קבלן, בתום 12 חודשים ממועד אישור הסיווג הקודם, לפנות לרשם הקבלנים ולהוכיח כי ביצע

¹⁴ ראו Klemperer, *Bidding Markets*, ה"ש 11 לעיל, בעמוד 16.

¹⁵ ראו הנחיות לניתוח תחרותי של מיזוגים אופקיים, ה"ש 1 לעיל, בעמוד 20.

עבודות בהיקף של 80% מהסיווג בו הוא מצוי. שני תנאים אלו מעמידים קשיים בדרכם של קבלנים להעלות את סיווגיהם, הן נוכח הזמן הדרוש לעלייה בסיווג והן מכיוון שקיים קושי לקבלנים בעלי סיווג מוגבל לזכות במכרזים בהיקף כספי גבוה ולבצע עבודות בהיקף של 80% מהסיווג בו הם מצויים. מכיוון שמזמין העבודה יעדיף לבחור קבלנים מנוסים יותר שכבר ביצעו עבודות בהיקפים דומים נחסמת דרכו של קבלן בעל סיווג מוגבל לזכות ולהציג ביצוע של עבודות בהיקף כספי גבוה שיאפשר לו להעלות את סיווגו. למעשה, ניתן לראות כי קיים מספר רב של קבלנים בעלי סיווג 4 במיזוג אוויר אשר אינם מצליחים להגיע לסיווג 5. משיחות עם קבלנים אלו עולה כי הם אינם מבצעים עבודות העולות על 10 מיליון ₪ למרות שהסיווג שלהם מתיר להם לבצע עבודות עד לכ- 18 מיליון ₪.

ידע, ניסיון ומוניטין

הקמת מערכות אלקטרו מכניות בפרויקטים גדולים דורשת מומחיות וידע רב של בעלי המקצוע השונים בחברה. ידע זה בא לידי ביטוי בתיאום הנדרש בין המערכות האלקטרו מכניות השונות ובניהול העבודה בכלל. כל חברה מנוסה מחזיקה מהנדסים, מנהלי פרויקטים, ועובדים מיומנים במחלקות הבקרה וההפעלה, כולם בעלי ניסיון וידע רב בביצוע פרויקטים גדולים ומורכבים. ההון האנושי המנוסה והנהלים המושרשים הינם תולדה של ניסיון הנצבר לאורך זמן, באופן שבמידה רבה אינו תלוי בכסף וברמת ההשקעה של החברה. על כן קיים קושי רב לחברה חדשה לבסס מערכות עבודה דומות, ולשם כך דרוש לה פרק זמן ניכר, באופן המונע כניסה מיידית ומהירה לשוק. יש לציין, כי על מנת להוות מתחרה בשוק לא די בעובדים מנוסים בפני עצמם ויש צורך במערכת שלמה המתפקדת יחד תוך שימוש בנהלים ושיטות עבודה לאורך זמן.

במכרזים רבים להקמת מערכות אלקטרו מכניות בביצוע פרויקטים גדולים נדרשת, כתנאי סף, הוכחה לביצוע עבודות בסדר גודל דומה. נוכח מורכבות תחום המערכות והנזק הכבד שעשוי להיגרם מאי סיום העבודה או מעיכוב בלוחות הזמנים מעניקים המזמינים חשיבות רבה לכך שהקבלן הנבחר ביצע עבודות בסדרי גודל דומים ולעיתים גם בלוחות זמנים צפופים, כראיה לכך שהוא אכן מסוגל לעשות זאת. דרישה זו מעניקה יתרון משמעותי לחברות המצויות בשוק ומבצעות כבר כיום עבודות בהיקפים גדולים, וחוסמת את דרכן של חברות מנוסות פחות, גם אם הן מחזיקות בסיווג המתאים, לזכייה במכרזים.

יכולת פיננסית

מזמיני העבודה דורשים מקבלני המערכות העמדת ערבויות בהתאם להיקף הפרויקט. הערבות יכולה להגיע ל- 5% ואף יותר מסכום העסקה, והיא מוחזקת לכל אורך הפרויקט. לצורך העמדת ערבויות על הקבלן להיות בעל יכולת פיננסית, דבר המהווה חסם בפני חברות בעלות היקף כספי נמוך.

נמצאנו למדים כי קיימים חסמי כניסה והתרחבות גבוהים לשוק, באופן המגביל משמעותית את יכולתם של שחקנים חדשים להיכנס לשוק ולרסן אפשרות להפעלת כוח שוק לאחר המיזוג, ואין בניתוח דינמי של התחרות בשוק כדי לרפא או להפיג את החששות התחרותיים הנובעים מהמיזוג.

ד.3. ההיבט האנכי

המיזוג שבפנינו מעלה גם מספר היבטים אנכיים, שכן לאלקטרה חברות בת הפועלות בתחומים משלימים לתחום פעילותה כגון קבלנות ביצוע של פרויקטים בנדל"ן הכוללת רכישת שירותי הקמה של מערכות אלקטרו מכניות, מתן שירותי ניהול למבני ציבור הכוללים רכישת שירותי תיקון ואחזקה למערכות מיזוג אויר וייצור יחידות מים וטיפול באוויר המשמשים להקמת מערכות מיזוג אויר. אולם, לאור ריבוי מתחרים בכל אחד מתחומים אלה לא נמצא כי ההיבטים האנכיים שבמיזוג מעלים חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות או חשש סביר לפגיעה בציבור.

ה. טענות הצדדים

במסגרת בדיקת המיזוג קיימה הרשות דין ודברים עם הצדדים למיזוג. עם ראשית התגבשות ההחלטה שלא לאשר את המיזוג קוים לצדדים שימוע, שבו הוצגו להם עיקרי הממצאים מהבדיקה וניתנה להם ההזדמנות להגיב לממצאים אלה.

הצדדים העלו בפני טענות רבות הנוגעות לקיומם של מתחרים רבים בשוק וכן להיעדרם של חסמי כניסה באופן שיאפשר כניסה מהירה של מתחרים. לטענות אלו תימצא התייחסות בגוף נימוקים אלו, ועל כן לא מצאתי לנכון לחזור ולהתייחס אליהן כעת. יחד עם זאת אתיחס כעת לטענה נוספת שהעלו הצדדים, המתייחסת ליציאתה האפשרית של דלקיה מן השוק גם בלא המיזוג.

דלקיה טענה בפני כי אף ללא המיזוג צפויה היא להפסיק את פעילותה בשוק הרלוונטי בטווח הזמן הקרוב. על כן טענו הצדדים כי משיציאתה מן השוק צפויה להתרחש בין כה וכה, המיזוג אינו טומן בחובו פוטנציאל אנטי-תחרותי נוסף על זה שעתיד להתרחש ממילא. לא אוכל לקבל טענה זו. כפי שצינתי בנימוקי התנגדותי למיזוג שבין חשבים - ה.פ.ס מידע עסקי בע"מ לבין חשב מערכות מידע בע"מ:¹⁶

"דיני התחרות מכירים באפשרות לאשר מיזוג בין מתחרים אגב יציאה אפשרית של החברה הנמכרת מהשוק. זאת, במסגרת הדוקטרינה של חברה כושלת. אולם מדובר באפשרות תחומה וצרה, שלה תנאים ברורים ונוקשים.¹⁷ בין השאר, מחייבת הדוקטרינה בדיקה של זמינותם של רוכשים פוטנציאליים אחרים לחברה הנמכרת, אשר רכישתם את החברה לא צפויה להוביל לפגיעה תחרותית, או, למצער, לפגיעה מתונה יותר ... בלא שימוש בדוקטרינת החברה הכושלת נותרה בפנינו אך כוונתם הנטענת של הבעלים לצאת מן השוק. בעליה של חברה הפועלת בשוק מסוים רשאי, כמובן, להחליט לחדול מלהיות בעלים של חברה זו. אולם הוא אינו זכאי אגב כך ליהנות מפירוטתיה של מכירה שתוצאותיה מעלות חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות."

דברים אלה יפים גם לענייננו. היות וגם כאן לא טענו בפני הצדדים להתקיימות תנאי דוקטרינת הפירמה הכושלת, על כן כאמור, לא מצאתי לנכון לקבל את טענתם.

¹⁶ נימוקי התנגדות הממונה על הגבלים עסקיים למיזוג בין חשבים - ה.פ.ס מידע עסקי בע"מ לבין חשב מערכות מידע בע"מ, 2011 הגבלים עסקיים, 5001819

¹⁷ להרחבה על הדוקטרינה ראו גילוי דעת 1/10 – דוקטרינת החברה הכושלת, 2010 הגבלים עסקיים 5001563.

ו. סוף דבר

המיזוג המוצע בין אלקטרה ודלקיה צפוי להביא לצמצום משמעותי במספר המתחרים במכרזים להקמת מערכות מיזוג אוויר בהיקף כספי גבוה. כך, במכרזים בהם היקף מערכות מיזוג האוויר גבוה מעשרים מיליון ש"ח יוביל המיזוג לצמצום מספר המתחרים משלושה לשניים. כן יוביל המיזוג לצמצום מספר המתחרים במכרזים להקמת מערכות אינסטלציה, בהיקף הדורש סיווג קבלני בלתי מוגבל, משלושה לשניים. לפירמה הממוזגת יהיו נתחי שוק גבוהים מ-50%, ויתרונות ניכרים בדמות מוניטין וניסיון. בכך, יש כדי להעלות חששות להפעלת כוח שוק חד צדדי, כמו גם לייצוב שיווי משקל מתואם.

נוכח דברים אלה מצווה אני על פי דין להתנגד למיזוג, וכך נהגתי.

החלטתי זו נתונה לערר בפני בית הדין להגבלים עסקיים, בהתאם להוראות סעיף 22 לחוק ההגבלים העסקיים.

ד"ר דיויד גילה
הממונה על הגבלים עסקיים

ירושלים, ג' סיון, תשע"ב
24 מאי, 2012