

גילוי דעת 1/21 – חבירה בין מתחרים לצורך הגשת הצעה משותפת במכרז

1. מבוא

גילוי דעת זה נועד להבהיר לציבור כי לעמדת הממונה על התחרות ("הממונה"), חבירה בין מתחרים לצורך הגשת הצעה במכרז מהווה הסדר כובל, גם אם החבירה נעשתה טרם שלב המיון המוקדם ולא בשלב המכרז עצמו. חלק מן החבירות מחייבות קבלת היתר ממערך הפיקוח על הסדרים כובלים טרם ביצוען. כמו כן, גילוי הדעת נועד להבהיר לציבור מהם השיקולים שמנחים את הממונה בעת בחינת בקשות פטור מאישור הסדר כובל על פי סעיף 14 לחוק התחרות הכלכלית, תשמ"ח 1988 ("חוק התחרות הכלכלית") הנוגעות להגשת הצעה משותפת של מתחרים במכרז ("בקשות פטור לחבירה במכרז").

ככלל, כאשר מתחרים חוברים ביניהם לצורך הגשת הצעה משותפת במכרז יש לראות בחבירתם המשותפת מיזם משותף בין מתחרים. האפשרות ליצור מיזם משותף בין מתחרים באופן העומד בדרישות הדין מוסדרת בכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג למיזמים משותפים) (הוראת שעה), תשס"ו – 2006 ("פטור הסוג למיזמים משותפים"). בסוף שנת 2018 תוקן פטור הסוג למיזמים משותפים באופן שמאפשר למתחרים החוברים למיזמים משותפים לבצע הערכה עצמית (self assessment) באשר לחוקיות המיזם המשותף. תיקון זה, כמו גם פטור הסוג למיזמים משותפים ערב התיקון, אינו חל על מיזמים משותפים בין מתחרים לצורך שיווק טובין שבהם הצדדים לא איחדו את כל פעילותם העסקית בייצור או ביבוא הטובין.¹

ככלל, כאשר מתחרים חוברים ביניהם לצורך הגשת הצעה משותפת במכרז לאספקה של מוצר או שירות או לצורך ביצוע פרויקט, יש לראותם כמתחרים אשר חוברים לצורך שיווק טובין משוק המוצר שבו הם מתחרים, שכן לרוב עסקינן בחבירה לצורך שיווק אשר אינה כרוכה באיחוד כל פעילותם העסקית של המתחרים בייצור או ביבוא הטובין. לפיכך, חבירה כזאת אינה חוסה תחת פטור הסוג למיזמים משותפים. חבירה כזאת יכולה אמנם לחסות בנסיבות המתאימות תחת כללי ההגבלים העסקיים (פטור הסוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך) (הוראת שעה), תשס"ו – 2006², אך על הצדדים לוודא כי נתחי השוק שלהם עומדים בדרישות פטור הסוג האמור, שעיקר החבירה אינו בהפחתת התחרות או מניעתה ואין בה כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרה³ וכן שהחבירה צוינה באופן מפורש בהצעה שהוגשה במכרז.⁴

ניתוח הדברים שונה כאשר מדובר במכרזים בהם המשתתפים מתחרים על רכישת נכס או שירות, להבדיל מאספקת מוצר או שירות או מכרז לביצוע פרויקט ("מכרז רכש"). ככלל, חבירה בין מתחרים לצורך הגשה משותפת במכרז רכש אינה נחשבת כחבירה הנוגעת לשיווק משותף ולפיכך

1 ראו סעיפים 3(א) ו-4(א) ו-9א לכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג למיזמים משותפים) (הוראת שעה), התשס"ו – 2006.

2 כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך) (הוראת שעה), התשס"ו – 2006 ("פטור הסוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך").

3 ראו סעיפים 2 ו-5 לפטור הסוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך. להרחבה על ניתוח הסעיפים הרלוונטיים בפטור הסוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך ראו גילוי דעת 1/18 בעניין פרשנות סעיף 14(א) ו-15(א) (2) לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988 וסעיפים מקבילים בכללי פטור סוג, (5.11.2018) הגבלים עסקיים, 501593.

4 ראו סעיף 5 לכללי ההגבלים העסקיים (הוראות והגדרות כלליות), תשס"א 2001.

יכולה בנסיבות המתאימות ליהנות מפטור הסוג למיזמים משותפים. יחד עם זאת, כאשר מדובר בנכס שניתן לצפות מראש ששיווקו או שיווק הטובין המופקים באמצעותו יתבצע במשותף על ידי המתחרים או שלצורך שיווקו קיים צורך להגיע להסכמות מסחריות בין המתחרים, יש לראות בחבירה לצורך רכישת נכס כאמור בחבירה בין מתחרים לצורך שיווק טובין אשר דורשת קבלת היתר ממערך הפיקוח על הסדרים כובלים טרם ביצועה.⁵ לאמור, על הצדדים החוברים לצורך מכרז לרכישת נכס לבחון את מהות החבירה שלהם לכל אורכה וככל שבמורד הדרך הם צפויים לעסוק במכר משותף או בשיווק משותף של הנכס הנרכש או תוצריו, או שעליהם להגיע להסכמות מסחריות בדבר שיווק הנכס הנרכש או תוצריו, עליהם להקדים ולקבל היתר ממערך הפיקוח על הסדרים כובלים טרם יצאו בדרכם המשותפת לרכישת נכס. כך לדוגמה במכרז לרכישת תחנת כח עשויים מתחרים להגיש הצעה למכרז שהיא הצעת רכש בלבד, אך משעה שיזכו במכרז ימכרו את החשמל המיוצר בתחנת הכח במשותף. לפיכך עליהם להקדים ולבקש היתר למכירה המשותפת של החשמל שיווצר בתחנת הכח עוד קודם להגשת הצעתם המשותפת במכרז.

על רקע האמור לעיל, וכיוון שחבירה של מתחרים לצורך הגשת הצעה במכרז תצריך במקרים רבים הגשת בקשת פטור מאישור הסדר כובל, מצאה הממונה לנכון לפרסם גילוי דעת שיבהיר לציבור את השיקולים שיילקחו בחשבון על ידי הממונה בבחינת בקשות פטור לחבירה במכרז. השיקולים המפורטים בגילוי דעת זה אינם רשימה סגורה. כל בקשת פטור לחבירה במכרז תיבחן לגופה על פי השיקולים הרלוונטיים לחבירה עצמה. לפיכך, יש לראות את גילוי דעת זה כמתווה קווי ניתוח כלליים כאשר כל מקרה יבחן בהתאם לנסיבותיו.

העקרונות לניתוח בקשות פטור לחבירה במכרז יכולים לשמש צדדים גם בעת ביצוע הערכה עצמית של חברות שאינן מצריכות הגשת בקשת פטור אלא כפופות למשטר של הערכה עצמית.

חבירה בין מתחרים לצורך הגשה של הצעה במכרז, בין אם החבירה נעשית בשלב המיון המוקדם ובין אם בשלב המכרז עצמו, מהווה הסדר כובל כהגדרתו בסעיף 2 לחוק התחרות הכלכלית.⁶ לפיכך, על צדדים המגישים בקשות פטור לחבירה במכרז לשכנע את הממונה כי החבירה הספציפית ביניהם עומדת בתנאי סעיפים 14(א)(1) ו- 14(א)(2) לחוק התחרות הכלכלית. הממונה תפטור צדדים מהחובה לקבל את אישור בית הדין להסדר רק אם תשוכנע שהחבירה אינה מעלה חששות תחרותיים של ממש ועיקרה אינו בהפחתת התחרות או במניעתה, ואין בה כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרה.

2. מושגי יסוד

א. מי הם מתחרים?

פעמים רבות בעבר נקבע כי מכרז מהווה זירה תחרותית.⁷ בכפוף לאמור להלן, מתחרים במכרז לצורך גילוי דעת זה ייחשבו כל מי שעומד בדרישות הסף של המכרז. כאשר מדובר במכרזים שבהם מתקיים שלב מיון מוקדם והחבירה מתבצעת טרם שלב המיון המוקדם, ייראו כמתחרים

⁵ למעט אם הצדדים איחדו את כל פעילותם העסקית בייצור או ביבוא הטובין.

⁶ ע"פ 5672/05 **טגר בע"מ, אהוד ארזי נגד מדינת ישראל** פסקאות 44-43, 48-47 לפסק דינה של השופטת ברלינר (פורסם בנבו, 21.10.07); ת"פ (מחוזי-י-ם) 385/98 **מדינת ישראל נ' חברת טגר בע"מ** סעיפים 4-5, 81-98 לפסק הדין (פורסם בנבו, 10.2.2005).

⁷ ע"פ 2560/08 **מדינת ישראל - רשות ההגבלים העסקיים נ' ירון וול ואח'**, תק-על (2009) 149 פסקה צ"ד; נימוקי ההחלטה בדבר התנגדות למיזוג בין: אלקטרה בע"מ, דלקיה אנרגיה ושירותים בע"מ (24.5.2012), **הגבלים עסקיים**, 5001957 ("החלטה בעניין אלקטרה דלקיה").

כל מי שעומד בדרישות הסף של שלב המיון המוקדם. המונח "דרישות סף" בהמשך גילוי דעת זה יתייחס הן לדרישות הסף בשלב המכרז והן לדרישות הסף בשלב המיון המוקדם, לפי מועד יצירת החבירה, בהתאמה. היינו, אם החבירה נעשית בשלב שלפני המיון המוקדם, כל מי שעומד בדרישות הסף של המיון המוקדם ייחשב כמתחרה. אם החבירה נעשית בשלב שלפני המכרז עצמו, כל מי שעומד בדרישות הסף של המכרז ייחשב כמתחרה.⁸

בפני הממונה נשמעו טענות לפיהן צדדים העומדים בדרישות הסף של המכרז, ומבקשים לחבור יחד לצורך המכרז, רשאים להעריך שאחד הצדדים אינו בגדר מתחרה במכרז, על-אף עמידתו בדרישות הסף, וזאת בהתבסס בין היתר על מצגים שניתנו על ידי אותו גורם בנוגע לכוונותיו להשתתף במכרז, הערכת יכולותיו, הערכת משאביו הפנויים וכיו"ב. על רקע זה מוצאת הממונה להבהיר, כי כל מי שעומד בדרישות הסף של המכרז ייחשב כמתחרה ללא כל קשר לרצונותיו בנוגע למכרז או להערכתו או הערכת הצד המבקש לחבור אליו באשר ליכולותיו או רצונותיו בנוגע למכרז.

יתר על כן, גם מי שאינו עומד בדרישות הסף אך יכול לעמוד בהן תוך השקעת מאמצים סבירים ייחשב אף הוא מתחרה. כך לדוגמה אם לצורך הגשת הצעה במכרז דורש עורך המכרז צבר כח אדם מינימאלי של מספר מסוים של עובדים שיקדישו את משאביהם לפרויקט ואילו למתמודד במכרז יש פחות עובדים מן הדרוש אך ניתן להשלים חסר זה בכח אדם תוך מאמץ סביר, יש לראות במתמודד כזה מתחרה.⁹

השאלה מהי השקעת מאמצים סבירים צריכה להיבחן בכל מקרה על פי נסיבותיו. המאמץ הסביר צריך להיות מאמץ שריאלי לעשותו וניתן לביצוע תוך פרק זמן שיהלום את לוחות הזמנים הקבועים במכרז. כל אלה ייבחנו, בין השאר, על רקע גודלו של הגורם הנבחן, כמות התשומות שאותן הוא נדרש להשלים ביחס לכלל התשומות הנדרשות במכרז וביחס לגודל המכרז, עד כמה הראה הגורם יכולת לרכוש תשומות ולהשלימן בעבר, האם ניגש למכרזים מהסוג המדובר בסדר גודל דומה בעבר וכיוצ"ב.¹⁰

באשר למצבים שבהם גורם אחד בתשומות הנדרשות על מנת לעמוד בדרישות הסף, אך תשומות אלה אינן פנויות לעמוד לרשות המכרז עצמו כתוצאה מהתחייבויות חתומות לפרויקטים קודמים, לא יהיה באחיותו זו, בפני עצמה, כדי להפוך אותו למתחרה במכרז. לעומת זאת, גורם אשר אחוז בתשומות הנדרשות לצורך הגשת ההצעה במכרז ייחשב כמתחרה אף אם הוא שומר את התשומות הללו למכרזים עתידיים.

מעבר לאמור לעיל, 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 חבירתם כחבירה בין מתחרים. האמור נכון גם מקום בו, מבחינה אובייקטיבית, מי מהגורמים המדוברים אינו עומד בדרישות הסף, או שנראה כי

⁸ Joint Bidding Under Competition Law, Danish Competition and Consumer Authority, Guidelines, 2018, pages 10–20 ("ההנחיות הדניות").

https://www.en.kfst.dk/media/50765/050718_joint-bidding-guidelines.pdf

EFTA Court judgement of 22 December 2016, Ski Taxi SA v Norwegian Government E – 3/16

⁹ Decision of the Danish Competition Council of 24 June 2015, Dansk Vejmarkerings Norwegian Competition Appeal Tribunal, case 2018/113, El-Proffen AS ;Konsortium

¹⁰ ההנחיות הדניות, ה"ש 8 לעיל, עמוד 18.

המאמצים שעליו להשקיע על מנת לעמוד בדרישות סף הם משמעותיים. קרי – גורמים אשר רואים זה בזה איום תחרותי פוטנציאלי ביחס למכרז מסוים – חבירה ביניהם לשיתוף פעולה באותו מכרז היא חבירה בין מתחרים.¹¹ מובן מאליו, כי כל הסדר בין צדדים שעיקר מהותו או עיקר תכליתו הם שאחד הצדדים לא ייגש למכרז (לבדו או בשיתוף גורם אחר), מלמד מניה וביה כי הצדדים להסדר הם מתחרים.

ביחס לצדדים שחברים טרם שלב המיון המוקדם, לעיתים שלב המיון המוקדם כולל דרישות סף כלליות עד כדי כך שאין בהן כדי לתחום את זירת התחרות הרלוונטית. כך לדוגמה יכול להתקיים שלב מיון מוקדם לפרויקט תשתית הקמת מסילות ברזל שבו עיקר תנאי הסף עוסקים ביכולות פיננסיות. ברי, כי במקרה כזה לא ייחשב כל מי שעומד בדרישות הסף הפיננסיות כמתחרה פוטנציאלי. נדרש גם שלמתחרה במכרז תהיה זיקה לתחום הפעילות שבו עוסק המכרז. כך במכרז להקמת מתקן התפלה יש לראות כמתחרה במכרז רק מי שיש לו זיקה ישירה לתחום הקמת מתקני התפלה; במכרז לרכישת תחנת כח חשמלית ייחשב מתחרה רק מי שיש לו זיקה לעולמות ייצור החשמל; במכרז להקמת בסיס צבאי ייחשב מתחרה רק מי שיש לו זיקה לעולמות הבנייה והקבלנות. לפיכך, במקרים מסוימים, תנאי הסף בשלב המיון המוקדם יוצרים גדר למי שייחשב כמתחרה פוטנציאלי במכרז ובלבד שיש לו בנוסף זיקה לתחום המכרז.

אמור מעתה, חבירה בין גורמים שעומדים או יכולים לעמוד בדרישות הסף תוך השקעת מאמץ סביר ובעלי זיקה לתחום הפעילות בו עוסק המכרז, תיחשב לצורך ענייננו כחבירה בין מתחרים (**"חבירה בין גורמים מתחרים"**). גילוי דעת זה מתייחס לחבירה בין גורמים מתחרים, בעוד שחבירה בין גורמים שאינם מתחרים חורגת מגבולות גילוי הדעת.¹²

בחינת השאלה האם גורמים הם מתחרים פוטנציאליים במכרז ולפיכך יש להתייחס אליהם כמתחרים לצורך גילוי דעת זה, מתייחסת גם לשלב טרם ההתקשרות מושא החבירה וטרם הגשת בקשת פטור לחבירה במכרז, בשעה שכל גורם יכול להחליט החלטה עצמאית ונטולת כבילות להתחרות במכרז. ברי שאם גורם נמנע מלעמוד בדרישות הסף משום שהגיע להבנה עם מתחרה פוטנציאלי אחר כי הם יחברו להגשת הצעה משותפת במכרז (או ייגשו יחד לשלב המיון המוקדם), לא ניתן בשל כך בלבד לראות את אותו גורם כמי שאינו מתחרה במכרז. זאת משום שהשאלה אם הגורם הוא מתחרה פוטנציאלי במכרז צריכה להיבחן טרם הגיעו המתחרים הפוטנציאליים במכרז להבנה ביניהם. לאחר שהגיעו מתחרים להבנה ביניהם, ההסכמות שבין שני הגורמים משפיעות על התמריצים שלהם ועל נכונותם להתייצב כמציעים עצמאיים במכרז. כך לדוגמה אם במכרז להקמתו של כביש נמנע גורם שעומד בדרישות הסף מלהתייצב לסיוור קבלנים הנדרש על מנת להגיש הצעה או נמנע מרכישת מסמכי המכרז וזאת בהסתמך על הבנה

¹¹ ראו ת"פ (מחוזי י-ם) 18291-12-12 מ.י. נ' בלווא (נבו, 23.1.18) עמ' 162: "יש להדגיש, בהקשר זה, את המובן מאליו, היינו כי די בהוכחה שכך נתפס גדליה בעיני הנאשמים (ואחרים) ואין צורך בהוכחה אובייקטיבית לפיה אכן יכול היה לעמוד בתנאי הסף"; ראו גם שם, עמ' 280-279, 282-283.

¹² בחינה של חבירה בין גורמים שאינם מתחרים במכרז, אך הם מתחרים בתחומים אחרים, תיעשה בהתאם לכללי פטור הסוג למיזמים משותפים, ככל שהצדדים מתחרים זה בזה מחוץ לתחום הפעילות בו עוסק המכרז. במקרים המתאימים תיבחן החבירה בהתאם לכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסדרים שאינם אופקיים ואין בהם כבילות מחיר מסוימות) (הוראת שעה), תשע"ג – 2013. אין משמעות הדבר שחבירות כאלה אינן מעלות לעיתים קושי תחרותי, והצדדים צריכים לבחון אם מתקיימים התנאים המאפשרים לחבירה ביניהם לחסות תחת פטור הסוג הרלוונטי.

שלו עם מתחרה אחר שכך יוכלו השניים להגיש הצעה משותפת במכרז, אין בהתנהלות זאת כדי להפוך את הגורם שנפסל משום שלא התייצב לסיור קבלנים או לא רכש את מסמכי המכרז לגורם שאינו מתחרה. החברה תיחשב לחברה בין מתחרים למרות שגורם אחד אינו עומד בדרישות הסף משום שחוסר עמידתו בדרישות הסף נובעת מההבנה שבינו לבין גורם אחר על חברה במכרז.

ב. מהו שלב המיון המוקדם במכרז?

לעיתים, סבור עורך המכרז שיש לפצל את המכרז לשני שלבים: שלב מיון מוקדם שבו, בדרך כלל, עורך המכרז מתאר בקווים כלליים מהו מושא המכרז ומפרט מהם תנאי הסף להשתתפות בשלב המיון המוקדם. שלב זה לרוב משרטט עבור עורך המכרז מי הגורמים אשר שוקלים להתחרות במכרז ויש להם היכולות הבסיסיות הנדרשות על מנת להגיש הצעה במכרז. דרישות הסף הנדרשות בשלב המיון המוקדם יכולות להיות דרישות סף פיננסיות, מקצועיות או אחרות. במקרים רבים קיומן של דרישות סף בתחומים שונים מעודד גופים שמגלים עניין במכרז ושיש להם יכולות משלימות, לייצר קבוצות אשר יגישו הצעה משותפת במכרז. כך למשל מכרז הדורש בשלב המיון המוקדם מומחיות הנדסית מסוגים שונים, יכולת מימון פיננסי וניסיון בפרויקטים של בינוי עשוי לייצר בשלב המיון המוקדם שורה של קבוצות המשלבות בתוכן גופים בעלי יכולות משלימות המייצרים עמידה משותפת של הקבוצה בדרישות הסף.¹³ לאחר שלב המיון המוקדם נערך בין הגופים שעברו את שלב המיון המוקדם שלב המכרז עצמו בו הם מתחרים זה בזה על מושא המכרז.

בגילוי דעת זה המונח "חברה בין גורמים מתחרים במכרז" מתייחס הן לחברה לצורך התמודדות משותפת בשלב המיון המוקדם והן לחברה לצורך הגשת הצעה משותפת במכרז עצמו.

בפני הרשות נשמעו טענות לפיהן חברה בין מתחרים טרם שלב המיון המוקדם אינה נחשבת להסדר כובל ולפיכך אינה מצריכה הגשת בקשת פטור מאישור הסדר כובל. גילוי דעת זה בא, בין היתר, להבהיר כי לעמדת הממונה, גם חברה בין גורמים מתחרים שנעשית טרם שלב המיון המוקדם מהווה הסדר כובל הדורש קבלת אישור מאת בית הדין לתחרות או פטור מאישור הסדר כובל מאת הממונה.¹⁴

3. החששות התחרותיים הנובעים מחברה בין מתחרים במכרז

בבואה לבחון בקשת פטור מאישור הסדר כובל, על רקע מושגי היסוד הגודרים את ההליך שבו מדובר ולאחר שרטוט מפת המתחרים הפוטנציאליים, הממונה תעריך את מידת הפגיעה בתחרות שעלולה להיגרם כתוצאה מן החברה.

להלן יפורטו סוגי חששות שעשויים לעלות מחברה של מתחרים במכרז. סוגי החששות המפורטים להלן אינם רשימה סגורה וכל חברה בין מתחרים במכרז תיבחן על פי נסיבותיה. הבנת החששות

¹³ בדיקות שערכה רשות התחרות מול גורמים שונים הנוהגים לערוך מיון מוקדם טרם עריכת המכרז עצמו כגון משרד הביטחון, החשב הכללי, חברת חשמל, לימדו כי שלבי המיון המוקדם שונים זה מזה ברמת דרישות הסף שהם מציבים לניגשים אליהם. שלבי המיון המוקדם גם שונים זה מזה ברמת הוודאות שהם נותנים לניגשים להם לגבי תוכנו של המכרז הסופי והם שונים זה מזה במשך הזמן שעובר בין שלב המיון המוקדם לשלב המכרז עצמו.

¹⁴ למעט אם מדובר במכרז רכש שלא ניתן לצפות מראש ששיווקו או שיווק הטובין המופקים באמצעותו יתבצע במשותף על ידי המתחרים או שלצורך שיווקו קיים צורך להגיע להסכמות מסחריות בין המתחרים (ראו עמוד 2 לעיל).

העולים מחבירה בין מתחרים מסייעת גם בניתוח של מידת הפגיעה הנגרמת כתוצאה מן החבירה. את החששות ניתן לחלק לשתי זירות תחרות עיקריות:

הזירה הראשונה היא זירת המכרז עצמו. חבירה בין גורמים מתחרים מצמצמת את מספר הגורמים המתחרים במכרז. ככלל, הליך תחרותי מרובה משתתפים וער צפוי להביא לתוצאה הטובה ביותר עבור עורך המכרז שכן הוא מתמרץ את הצדדים להציע את ההצעה המיטבית. ריבוי משתתפים גם מגדיל על פי רוב את ההסתברות שהזוכה במכרז יהיה המתחרה היעיל ביותר, קרי זה בעל העלות הנמוכה ביותר. מיעוט מתחרים במכרז עשוי ליצור למשתתפים במכרז כח שוק כלפי עורך המכרז ולאפשר להם להציע הצעות נחותות בהיבט המחיר או בהיבטים אחרים מתוך ידיעה שהאיום התחרותי במכרז אינו רב. מיעוט מתחרים במכרז עשוי גם לייצר השפעות מתואמות בין המתחרים במכרז בפרט כאשר עסקינן במכרזים אשר כמותם מתפרסמים מעת לעת. במצבים מעין אלה מוצאים עצמם אותם מתחרים ספורים נפגשים במספר מכרזים בזה אחר זה ולפיכך ההיתכנות להיווצרותו של שיווי משקל מתואם, במסגרתו לא יציעו המשתתפים את ההצעה הזולה ביותר או המיטבית בהתאם לפרמטרים שקבועים במכרז, גוברת. יצירת שיווי משקל על-תחרותי שבו אפילו חלק מהמתחרים מבינים כי טוב יהיה להם שלא להפחית את המחירים או שלא להציע הצעה מיטבית, נוח יותר להשגה כאשר יש מספר מתחרים מועט במכרז והוא מתגבר ככל שמדובר במצבים של "משחק חוזר" תכופ יותר.

הזירה השנייה היא הזירה שמחוץ למכרז עצמו. מתחרים אשר חוברים ביניהם למיזם משותף עשויים להתחרות גם מחוץ למיזם וחבירתם לקבוצה משותפת במכרז עשויה ליצור ביניהם שולחן משותף ולצבן את התמריצים שלהם להתחרות גם מחוץ לזירת התחרות הרלוונטית למיזם.¹⁵

הערכה תחרותית של חבירה בין מתחרים במכרז

א. מספר המתחרים

השאלה כמה מתחרים נדרשים במכרז על מנת שיהפוך להיות מכרז תחרותי אינה שאלה שיש לגביה תשובה אחת ויחידה.¹⁶ הדבר תלוי בנסיבות העניין – לרבות אופיו של המכרז, המשמעות של המכרז עבור המשתתפים, עד כמה מדובר במכרז חד פעמי או שמדובר באירועי מכרזים החוזרים על עצמם, מנגנון המכרז, מבנה העלויות של המתחרים במכרז והמידע שיש לכל מתחרה אודות העלויות של המתחרים האחרים. ככלל, ניתן לומר שככל שיש יותר מתחרים במכרז הסיכוי של עורך המכרז לקבל הצעות תחרותיות יותר ומיטביות יותר גדל ולפיכך כל חבירה בין מתחרים פוטנציאלים יש בה מידה של פגיעה בתחרות. עם זאת ברי כי אין הרי הפחתה של מספר המתחרים מ- 5 מתחרים ל- 4 מתחרים כהרי הפחתה של מספר המתחרים במכרז מ- 20 מתחרים ל- 19 מתחרים.

ישנם מקרים מעטים שבהם ניתן להסתפק במספר מצומצם ביותר של מתחרים במכרז ובמקרים קיצוניים ביותר ניתן אף להסתפק בשני מתחרים כדי להגיע לתחרות משוכללת במכרז. התנאי

¹⁵ ראו למשל החלטה בדבר מתן פטור מאישור הסדר כובל להסכם בין: שיכון ובינוי בע"מ וקבוצת אשטרום בע"מ (12.7.2018), **הגבלים עסקיים**, 501545; החלטה 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 (1.8.2019), **הגבלים עסקיים**, 501679 אשר פירטו את החששות לפגיעה בתחרות במכרז עצמו ואת החששות לפגיעה בתחרות מחוץ לזירת המכרז.

¹⁶ ככלל, ניתן לומר שעלייה במספר המשתתפים במכרז הופכת אותו לתחרותי יותר. כמו כן ככל שמספר המשתתפים גדול יותר, קטנה התלות בפורמט המדויק בו נעשה שימוש במכרז לשם קבלת תוצאה מיטבית. ראו: "Efficient Auctions" by P. Dasgupta and E. Maskin, *The Quarterly Journal of Economics*, 115(2), 2000, 341-388

המרכזי הנדרש על מנת שעדיין תתקיים תחרות משוכללת במכרז עם שני מתחרים בלבד הוא כי תהיה זהות בין העלויות השוליות של שני המתחרים ושכל מתחרה יהיה מודע לעלויות השוליות של המתחרה השני.¹⁷

גם במקרים בהם העלויות השוליות של המתחרים הן שונות, קיימים פרמטרים נוספים שישפיעו על מספר השחקנים הדרושים במכרז. ככלל, ככל שהמכרז שבו מדובר הוא בעל משמעות רבה יותר עבור המתחרים בענף וככל שפרסום מכרז מסוג זה או שכמותו הוא אירוע נדיר יותר וחד פעמי יותר, כך ניתן יהיה להסתפק בפחות מתחרים במכרז.¹⁸ ראוי לציין כי המקרים שבהם ההזדמנות לספק את מושא המכרז או ליטול חלק במכרז היא חד פעמית ולא תשוב על עצמה הם נדירים ביותר. רב המכרזים אינם כאלה, אלא מכרזים שכמותם מתפרסמים מעת לעת. כך למשל, הקמת כבישים אינה אירוע חד פעמי, הקמת מתקני התפלה, הקמת רכבות מסוגים שונים, הקצאת רציפים, הקמת בסיסי צה"ל, הקמת מבני ציבור גדולים, כל אלה מכרזים אשר כמותם מתפרסמים מעת לעת בתדירות משתנה. כאשר המתחרים הפוטנציאליים במכרז מבינים כי הם משתתפים ב"משחק חוזר" ודפוסי ההתנהלות שלהם במכרז אחד עשויים להשפיע על האופן שבו תתנהל התחרות במכרז אחר, יידרש מספר רב יותר של מתחרים במכרז על מנת להפוך אותו לתחרותי יותר ואת תוצאותיו למוצלחות יותר עבור עורך המכרז.

ב. משקלם של המתחרים

בבואנו לערוך את הבחינה באשר להשפעה התחרותית המהותית של חבירה בין גורמים מתחרים יש לבחון מהו המשקל הנכון שיש לתת לכל מתחרה במכרז.

המציאות מלמדת שקיימת שונות רבה בכושר התחרותי של המתחרים השונים אשר משליכה באופן ישיר על הניתוח התחרותי. כך למשל במכרז להקמת בסיס צבאי יתכן שדרישות הסף הן עמידה בדרישות פיננסיות מסוימות ורישום מתאים במרשם הקבלנים. על פי דרישות הסף בלבד יתכן שקיימים עשרות קבלנים אשר מסוגלים לגשת למכרז ונראה שמספר המתחרים הפוטנציאליים אינו מלמד על קושי תחרותי. אלא שבפועל, הסתכלות על מכרזי עבר בעלי אופי דומה שפרסם משרד הביטחון מלמדת אותנו שרק מספר מצומצם של גורמים ניגשים למכרזים אלה. בפועל, נראה ששש חברות בנייה קבלניות ניגשות למכרזים של הקמת בסיסי צבא גדולים והן חוזרות על עצמן בהרכב מלא או חלקי בכל מכרזי העבר הדומים של משרד הביטחון. במצב כזה, ככלל, תתייחס הממונה אל המתמודדים שניסיון העבר מלמד שניגשו למכרזים ומכרזים מהסוג הזה הם חלק מפעילותם השוטפת כמשתתפים בעלי משקל רב בניתוח התחרותי. בהתאמה, שחקנים שעומדים בדרישות הסף אך ניסיון העבר מלמד שאינם נוטים להגיש מועמדות למכרזים דומים יקבלו, ככלל, משקל נמוך מאוד בשלב הניתוח התחרותי.

¹⁷ למשל, "Bidding Markets" by P. Klemperer, *Journal of Competition Law and Economics*, 3(1), 2007, 1-47.

¹⁸ ראו "The Economics of Tacit Collusion: Implications for Merger Control" by M. Ivaldi, B. Jullien, P. Rey, P. Seabright and J. Tirole in *The Political Economy of Antitrust* (editors: V. Ghosal and J. Stennek), 2007, 217-240. בסקירתם על השפעות מתואמות, מציעים החוקרים רשימה של מאפיינים המגדילים את ההיתכנות של השפעות כאלו. תדירות האינטראקציה בין המתחרים על פני משחקים חוזרים ומספרם תופסים מקום מרכזי ברשימה.

למצב זה יכולים להיות כמובן חריגים. כך למשל אם יש מתחרה חדש שטרם ניגש למכרזי עבר דומים, אך הוא מגלה בצורה ברורה ומפורשת שבדעתו להתחרות במכרז למרות שלא עשה כן בעבר ובשל גודלו, ניסיונו בתחומים משיקים או בזירה הבינלאומית והיכולת המקצועית יש לו יכולת ברורה לזכות במכרז, מן הראוי לתת לו משקל משמעותי בשלב ניתוח התחרות. חריג נוסף עשוי להתקיים במצב שבו מדובר במתחרה בעל יתרון מובנה ביחס למכרז הספציפי. טול מקרה שבו מתקיים מכרז לעבודה קבלנית באזור גיאוגרפי שבו יש לקבלן מסוים עבודות רבות או מחצבים רבים – ברי כי יש לתת לאותו קבלן משקל רב יותר ביחס למכרז הספציפי.

ככלל, ככל שקיימים יותר מכרזי עבר דומים שניתן ללמוד מהם, כך יינתן להישגיהם של המתחרים במכרזי העבר משקל רב יותר בבחינת השאלה מהו המשקל שיש לתת לכל אחד מהמתחרים בשלב הניתוח התחרותי.¹⁹ לעניין זה בשקילת משקלם היחסי יש חשיבות ליכולתם המוכחת של מתחרים לזכות במכרזים, אך יש לתת את הדעת גם למתחרים אשר הצליחו למקם את עצמם במקום גבוה בתחרות במכרזי עבר אף אם לא זכו בה ממש. כך למשל מתחרה שלעיתים זוכה במכרזים ולעיתים מגיע לאחד המקומות הראשונים גם אם לא זכה, ייחשב מתחרה בעל משקל רב גם בשל זכייתו וגם בשל המכרזים שבהם היה קרוב לזכייה, שכן אלה כמו אלה מלמדים על היכולת התחרותית שלו. ייתכנו מקרים שבהם לא קיימים מכרזי עבר שניתן ללמוד מהם על דפוסי הפעילות של הגורמים שעומדים בדרישות הסף או שקיימים מכרזים בודדים ביותר שקשה לקבל מהם אינדיקציה ברורה. ככלל, ככל שקיימים פחות מכרזי עבר שניתן ללמוד מהם, כך ניטה להעניק משקל שווה יותר לכל אחד מהמתחרים במכרז ולחשב את נתחי השוק של כל אחד מהם על פי חלקו היחסי מתוך כלל המתחרים במכרז.

ככל שמשקלם המצטבר של החוברים בחברה הוא גדול יותר, כך פוטנציאל הפגיעה בתחרות כתוצאה מן החברה הוא גדול יותר. כך לדוגמה, אם בסדרה של מכרזים להקמת מתקני התפלה זוכה מתחרה אחד בחלק ניכר מן המכרזים, הרי שהמשקל שיש לייחס לו במכרז ההתפלה התלוי ועומד הוא רב לאין שיעור ממתחרה אשר ניגש למכרזי עבר ולא זכה. ככלל, משקלו של מי שזכה בסדרה של מכרזי עבר רב יותר ממשקלו של מי שניגש לראשונה בישראל למכרז להקמת מתקן התפלה. במסגרת הניתוח על משקלם של השחקנים יש לתת את הדעת למשקל של שני הגורמים החוברים כאחד. חברה בין גורם בעל משקל רב וניסיון עבר עשיר בזכייה או בהגעה לשלבים סופיים של מכרזים עם גורם שטרם פילס את דרכו לזכייה במכרז או שאף טרם ניגש למכרז יש בה פוטנציאל מצומצם יחסית של פגיעה בתחרות. לעומת זאת חברה בין שני שחקנים אשר לשניהם היסטוריה משמעותית של זכיות במכרזים מסוג דומה תעורר, בהעדר נסיבות מיוחדות, חשש ניכר לתחרות. ברי שמתחרים אשר זכו בעבר במכרזים דומים ומסוגלים להציב איום תחרותי אמיתי זה לזה צפויים להפחית בצורה משמעותית את התחרות במכרז אם יחברו ביחד.

ג. מידת הקירבה בין המתחרים

¹⁹ OECD, Policy Roundtables, Competition in Bidding Markets, 2006, page 44. ("Roundtables").

<http://www.oecd.org/competition/cartels/38773965.pdf>

החלטה בעניין אלקטרה דלקיה, ה"ש 7 לעיל.

מתחרים במכרזים יכולים להיות קרובים יותר או פחות באופי פעילותם. כך מתחרה חוזר במכרזי בנייה גדולים יכול להיות בעל מומחיות בעבודות בטון ואילו מתחרה אחר אשר מתחרה מולו באותם מכרזים יכול להיות בעל מומחיות במערכת ניהול לקוחות. לכל אחד מהם יתכן שיהיו יכולות, אשר יאפשרו להם לעמוד בתנאי הסף הנדרשים בשלב המיון המוקדם ואף יתכן שהם בפועל התחרו בעבר במכרזים מסוג דומה. חרף זאת תחומי החוזקה שלהם והמומחיות שלהם שונים זה מזה. ככל שתחומי המומחיות של החברות המתחרות במכרז רחוקים יותר זה מזה, כך תפחת הפגיעה האפשרית בתחרות מחבירתם המשותפת. ככל שהמתחרים יותר קרובים זה לזה באופי פעילותם ותחומי מומחיותם, כך יגבר החשש לתחרות מחבירתם במשותף להגשת הצעה במכרז.

את מידת הקרבה בין המתחרים ניתן ללמוד גם מהסתכלות על ההתמודדות של שני המתחרים במכרזי עבר. ככל שקיימים יותר מכרזי עבר שאליהם ניגשו שני המתחרים המבקשים לחבור להגשה משותפת, כך ניתן להסיק שמדובר במתחרים קרובים יותר. בנוסף, הסתכלות על הדירוג הסופי של מתחרה אחד במכרזי עבר שבהם זכה המתחרה השני, תסייע אף היא לבחינת מידת הקרבה בין השחקנים. ככל שהמתחרה שלא זכה במכרז מדורג גבוה יותר במכרזי עבר שבהם זכה המתחרה השני, כך ניתן ללמוד שמדובר במתחרים קרובים יותר.²⁰

ד. זירת התחרות שמחוץ למכרז

גם אם נחה הדעת שאין בחבירה של המתחרים כדי לפגוע פגיעה משמעותית בתחרות במכרז עצמו, יש לבחון גם את השפעת ההסדר על התחרות שבין הצדדים בשווקים נוספים שבהם הם מתחרים. בבחינת בקשת פטור לחבירה במכרז תמפה הממונה את כל השווקים שבהם מתקיימת בין הצדדים לחבירה תחרות ותבצע הערכה באשר למידת ההשפעה האפשרית של שיתוף הפעולה ביניהם על התמריצים שלהם להתחרות בשווקים הנוספים בהם הם מתחרים.

ככלל, החששות העיקריים הנובעים מקיומו של שולחן משותף בין מתחרים בדמות הגשת הצעה משותפת במכרז הם, ראשית, הפחתת התמריצים שלהם להתחרות זה בזה; ושנית חילופי מידע תחרותי רגיש. בשורה של החלטות שניתנו על ידי רשות התחרות בעבר עמדה הרשות על השיקולים שיש לשקול בעת בחינת החששות התחרותיים הנובעים מקיומו של שולחן משותף.²¹ שיקולים אלה נכונים גם בבואנו לבחון את השולחן המשותף שנוצר כתוצאה מחבירה לצורך הגשת הצעה במכרז והשפעתה על זירות התחרות הנוספות של הצדדים למיזם. בהקשר זה יש לתת את הדעת לגודלו וחשיבותו של המכרז המדובר ביחס לגודל הפעילות המתחרה הנוספת של הצדדים. ככל שמשקלו של המכרז המדובר הוא נכבד יותר, יגברו החששות מפגיעה בתמריצי הורי המיזם להתחרות זה בזה בשווקים אחרים. יש לתת את הדעת גם למספר המתחרים הנוספים הקיים בכל אחד מהשווקים הנוספים שבהם מתחרים הצדדים ולמידת הקרבה התחרותית בין הורי המיזם בשווקים הנוספים. כמו כן, יש לתת את הדעת לנחת השוק והדומיננטיות של הצדדים למיזם בשווקים נוספים שבהם הם מתחרים. ברי שככל שישנם פחות מתחרים בשוקי התחרות

²⁰ ראה OECD Roundtables, ה"ש 18 לעיל, עמוד 8.

²¹ ראו החלטה בדבר מתן פטור מאישור הסדר כובל הסדר בין משכל הוצאה לאור והפצה בע"מ לבין גלובס פבלישר עיתונות (1983) בע"מ **הגבלים עסקיים**, 5000432; גילוי דעת 3/14 בעניין איגודים עסקיים ושולחנות משותפים אחרים בין מתחרים (26.7.2015), **הגבלים עסקיים**, 500820; ה"ע 508/04 תאגיד איסוף מיכלי משקה בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים, דינים מחוזי לה' (6) 348, סעיף 12 לפסק הדין.

הנוספים, קרבתם של הצדדים למיזם רבה יותר ונתח השוק המשותף שלהם בשווקים אלה גדול יותר, כך יגברו החששות התחרותיים הטמונים בהיווצרות השולחן המשותף. כמו כן וכחלק מן הניתוח התחרותי יש לתת את הדעת למנגנונים שנקבעו לצורך שמירה על סודיות מידע רגיש מבחינה תחרותית ולשאלה האם העברת המידע עלולה לפגוע בתחרות. צדדים המבקשים מן הממונה פטור מאישור הסדר כובל לחבירה במכרז צריכים להתייחס בהסדר שביניהם לסוגיית העברת המידע באופן שימנע מעבר של מידע רגיש תחרותית בין חברי המיזם או יקבע מנגנונים חוזיים אשר ימנעו חשש לפגיעה תחרותית כתוצאה מהעברת המידע.²²

ה. תועלות פרו-תחרותיות שנובעות מהחבירה

במסגרת ההערכה התחרותית של חברת מתחרים במכרז עשויה הממונה להידרש גם לתועלות פרו-תחרותיות ולשיפור צפוי במצב התחרותי, ככל שאלו נובעים מהחבירה.²³ אם התועלת הפרו-תחרותית הצפויה מההסדר אינה עולה באופן משמעותי על פגיעתו הצפויה של ההסדר בתחרות, מדובר בהסדר שיש בו פגיעה של ממש בתחרות. לעומת זאת, הסדר שהפגיעה התחרותית הצפויה ממנו היא קטנה וטמונות בהסדר תועלות פרו תחרותיות מוכחות ומשמעותיות שגוברות במאזן המצטבר על הפגיעה התחרותית הצפויה הוא הסדר שאין בו פגיעה של ממש בתחרות.²⁴

4. עיקרה של החבירה ונחיצותה

עד כאן עסקנו בעיקר בשיקולים שיש לשקול בבואנו לנתח את מידת הפגיעה שנגרמת לתחרות כתוצאה מחבירתם של מתחרים להגשת הצעה במכרז (או חבירה בשלב המיון המוקדם). על מנת שחבירה בין מתחרים לצורך הגשת הצעה במכרז תוכל לקבל פטור מאישור הסדר כובל על פי סעיף 14 לחוק התחרות הכלכלית, יש להראות גם שעיקרה של החבירה בין המתחרים איננה בהפחתת התחרות או מניעתה ואין בה כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרה.

האופן שבו יש לפרש יסוד זה נדון בהרחבה בגילוי דעת 18/25²⁵ וכל האמור בו רלוונטי גם לעניין הניתוח דנן. המונח "עיקרו של ההסדר" פורש כ"אותו שילוב כוחות עסקיים לשם ייעול, הגדלת תפוקה, שיפור המוצר וכדומה". כמו כן נקבע כי צריך שיתקיימו שלושה יסודות נוספים: ראשית, שכל הכבילות שבהסדר יהיו "נחוצות למימוש עיקרו"; שנית, שהכבילות לא יהיו רחבות יותר מהדרוש; שלישית, שהכבילות יהיו משניות לאותו שיתוף-פעולה לגיטימי שהוא "עיקרו של ההסדר".

לענייננו יש לתת את הדעת בעיקר לעניינים הבאים:

א. "עיקרה של החבירה":

²² מנגנונים שונים להעברת מידע בין מתחרים תוך מניעת הפגיעה בתחרות מפורטים בגילוי דעת 14/2 בעניין חשיפת מידע טרם עסקה בין מתחרים, (19.5.2014) **הגבלים עסקיים**, 500618. ("גילוי דעת 14/2")
²³ (י-ם) 1/97 איסכור נ' הממונה על הגבלים עסקיים (פורסם בנבו, 12.11.1997), סעיף 13. החלטה בדבר מתן פטור בתנאים מאישור הסדר כובל בין: הוצאת עיתון הארץ בע"מ בר בי.טו.די. בע"מ (25.4.2017) **הגבלים עסקיים**, 501233; מתן פטור מאישור הסדר כובל שצדדים לו אגודת קומפוזיטורים מחברים ומול"ים למוסיקה בישראל בע"מ ובעלי הזכויות בה (2.11.2016), **הגבלים עסקיים**, 501076.
²⁴ ראו כהיקש, גילוי דעת 11/1 בעניין הנחיות לניתוח תחרותי של מיזוגים אופקיים (23.1.2011), **הגבלים עסקיים**, 5001710, סעיף 1.
²⁵ גילוי דעת 18/1 בעניין פרשנות סעיף 14(א) וסעיף 15(א) (2) לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988 וסעיפים מקבילים בכללי פטור סוג, (5.11.2018) **הגבלים עסקיים**, 501593.

בחבירה של מתחרים לצורך הגשת הצעה במכרז עולים תדיר שלושה נימוקים מרכזיים. הראשון, הוא הנימוק לפיו חבירה של מספר מתחרים תאפשר להם לעמוד בדרישות הפיננסיות בצורה מיטבית ולהתגבר על קשיי מימון. השני, הוא הנימוק לפיו חבירה של מספר מתחרים להגשת הצעה במכרז היא מהלך לפיזור הסיכונים על ידי הגורמים החוברים ביניהם. השלישי, הוא הנימוק לפיו חבירתם של שני מתחרים ביחד תעמיד מתחרה חזק יותר ומשמעותי יותר שייצר תחרות למתחרה מבוסס ובהתאמה תגביר את סיכוייהם לזכות במכרז.

במקרים המתאימים, שיקולים אלה יכולים להוות את "עיקרו של ההסדר" ולעמוד בדרישה לפיה עיקרו של ההסדר אינו בהפחתת תחרות או במניעתה. היינו, שלא מדובר בהסדר עירום. שלושת הנימוקים המפורטים לעיל אינם רשימה סגורה. ההתייחסות הספציפית אליהם נעשתה בשל השכיחות הרבה שבה הם צפים ועולים לדיון.

ב. "נחיצות החבירה למימוש עיקרה"

על הצדדים לחבירה להראות שהחבירה נחוצה על מנת להשיג את התכלית לה הם טוענים. כך לדוגמא, צדדים הטוענים כי החבירה תאפשר להם להתגבר על קשיי מימון נדרשים להראות מדוע אין באפשרותם להתקשר עם גורם פיננסי. נימוק זה צריך להיבחן בזהירות יתרה ואף במידה של חשדנות. שכן, חבירה עם גורם פיננסי, להבדיל מחבירה בין מתחרים, אינה מעלה, ככלל, חששות תחרותיים.

הנימוק לפיו החבירה בין המתחרים מאפשרת לגורמים שחוברים זה לזה לגשת למכרזים רבים יותר במקביל ובכך לפזר את סיכוניהם הוא נימוק שעשוי להצדיק חבירה בין מתחרים ככל שיש לו ביסוס איתן בקרקע המציאות. לאמור, אין די באמירה בדבר "חלוקת סיכונים" על מנת לשכנע כי חבירה מסוימת נחוצה. צד הטוען לנימוק זה נדרש להראות באיזו מידה ההגשה המשותפת מפחיתה את היקף המשאבים שאותם הוא מרתק לצורך המכרז, אילו משאבים מושקעים במכרז על ידו ואילו משאבים מושקעים על ידי המתחרה שלו וכל זאת ביחס למשאבים הפנויים העומדים לרשותו; באילו פרויקטים נוספים מתאפשרת השתתפותו כתוצאה מן החבירה המשותפת; מה הסיכוי להתקיימותם של פרויקטים נוספים שבהם יבקש אותו צד להשתתף ובאיזו מידה פיזור הסיכונים המדובר תואם את התוכנית העסקית של הארגון.²⁶

צדדים הטוענים כי החבירה ביניהם תייצר מתחרה חזק ומשמעותי נדרשים להראות כי הם מסוג המשתתפים אשר ניגשים למכרזים אך אינם זוכים בהם או זוכים בהם רק לעיתים נדירות, או זוכים רק בפרויקטים קטנים ושוליים; וכי החבירה ביניהם אכן תשפר את סיכוייהם לזכות במכרז שסיכוייהם לזכות בו אלמלא החבירה הם נמוכים. נימוק זה יהיה רלוונטי בעיקר במקרים בהם שני מתחרים קטנים יחסית בעלי סיכויי זכייה נמוכים יחסית חוברים ביחד על מנת לייצר חלופה חזקה יותר לגורמים שסיכוייהם לזכות במכרז גבוהים יחסית.

כאמור לעיל, שלושת הנימוקים הללו אינם רשימה סגורה.

שיקול נוסף שיש לקחת בחשבון בעת בחינת נחיצות החבירה למימוש עיקרה הוא עיתוי החבירה:

מכרזים בהם קיים שלב מיון מוקדם – על מנת שהממונה תשתכנע כי חבירה בין מתחרים בטרם שלב המיון המוקדם נחוצה למימוש עיקרה, צריכה להתקיים הצדקה לחבירה דווקא בשלב המיון המוקדם. שלב המיון המוקדם אינו בהכרח שלב מתבקש ליצירת חבירה בין מתחרים. במקרים רבים תוכנו של המכרז עדיין מעורפל, לוחות הזמנים אינם וודאיים, היקפו של המכרז אינו מגובש. כל אלה מכוונים לכך שעל פי רוב, אין נחיצות בחבירת הצדדים בטרם שלב המיון המוקדם. במקרים

²⁶ ההנחיות הדניות, ה"ש 8 לעיל, סעיף 3.1.1.

מסוג זה, ובהנחה שמטרת החבירה אינה הפחתת מספר המתחרים במכרז – מטרה שאינה לגיטימית – צריכה להיות הנמקה טובה מדוע חשוב לצדדים לייצר את החבירה ביניהם דווקא בשלב המיון המוקדם ולא להמתין ולראות את התגבשות המכרז ותנאיו לצורך יצירת החבירה. לפיכך, הצדדים צריכים שיהיה להם הסבר ליתרונות שינבעו מחבירה ביניהם דווקא בשלב המיון המוקדם. בהיעדר הצדקה ספציפית לנחיצות החבירה בין מתחרים בשלב המיון המוקדם דווקא, לא ניתן יהיה לטעון כי החבירה טרם שלב המיון המוקדם נחוצה למימוש עיקרה.

בדיקות שערכה רשות התחרות מלמדות כי במקרים רבים שלב המיון המוקדם אינו מחייב השקעת משאבים רבה. להיפך, לעיתים קרובות על מנת לעמוד בדרישת המיון המוקדם יש להגיש מסמכים בסיסיים בלבד שאינם מחייבים השקעת משאבים או הכנות מוקדמות ארוכות. יתכנו כמובן מצבים אחרים שבהם שלב המיון המוקדם מחייב השקעת משאבים מרובה ולפיכך החבירה עשויה לצמצם את המשאבים המושקעים בתנאי אי וודאות. אך אלה ככל הנראה מצבים שאינם שכיחים. גם מיעוט המשאבים הנדרשים לצורך הגשת הצעה בשלב המיון המוקדם מטה את הכף לדחיית החבירה בין מתחרים לשלב שבו יתגבש תוכנו של המכרז, יתגבשו לוחות הזמנים, תגבר הוודאות ויידרשו עיקר משאבי הכנת ההצעה.

במכרזים בהם לא קיים שלב מיון מוקדם – גם במכרזים אלה צדדים נדרשים להראות מדוע החבירה ביניהם נחוצה בטרם שלב הגשת ההצעות במכרז על מנת שהחבירה תיחשב כנחוצה למימוש עיקרה. ככל שניתן להפיק את היעילויות מהחבירה לאחר בחירתו של זוכה, הרי שהחבירה אינה נחוצה באותה עת. כך, במקרים רבים ניתן להשיג את המטרה העיקרית שבחבירה באמצעות הסדר קבלנות משנה שבו יתקשר הזוכה במכרז עם חברה שלא זכתה במכרז לאחר הכרזה על הזוכה. ככלל, הסדר כזה חוסך פגיעה תחרותית בהליך המכרזי עצמו, שכן הוא משמר את המתח התחרותי במכרז ואת התמריצים של כל המשתתפים להשתתף בו. כמובן, כי אם שני מתחרים מסכמים ביניהם עוד קודם להכרזת הזוכה במכרז על הסדר קבלנות משנה לאחריו, הרי שיש לראות בכך כהסדר כובל שאסור ללא קבלת פטור או אישור ממערך ההגבלים העסקיים.

ג. האם ניתן להשיג את תכלית החבירה בצורה שפוגעת פחות בתחרות

גם במקרים בהם קיימת הצדקה לחבירה בין מתחרים לצורך הגשת הצעה במכרז, על הצדדים לשכנע כי לא ניתן להשיג את התועלות הטמונות בחבירה בכלים אחרים שיש בצידם פגיעה פחותה בתחרות. כך לעיתים חבירה בין מתחרים מאפשרת להם להשתתף ביותר מכרזים וביותר פרויקטים ולפיכך עשויה ליצור עבורם חלוקה נכונה וטובה יותר של סיכונים. כאמור, שיקול זה, ככל שהוא מחייב חבירה לצורך הגשת הצעה במכרז ייחשב כשיקול לגיטימי. עם זאת, גם שיקול זה לא יצדיק חבירה בין שני מתחרים בעלי יכולת ייחודית זהה הנחוצה למכרז. זאת משום שכל אחד מהחברים יכול היה להשיג את פיזור הסיכונים באמצעות חבירה למתחרה שאינו אוחז ביכולת הייחודית שלו.

הוא הדין באשר למספר הגורמים החוברים ביחד לצורך הגשת ההצעה המשותפת. גם אם חבירה של מספר גורמים יוצרת עבורם יתרונות באופן המאפשר להם להציע הצעה טובה יותר, נכון יהיה לבחון מהו המספר המינימאלי של מתחרים שבאמצעותו מושגים היתרונות הללו.

ראוי לשוב ולהדגיש כי הדרישה לקיומן של הצדקות לגיטימיות לחבירה היא דרישה שאינה מחליפה את הניתוח התחרותי. הניתוח של מידת הפגיעה בתחרות מצטבר לניתוח בנוגע לעיקרה של החבירה

ונחיצותה. גם אם יש בידי הצדדים להראות כי החבירה נחוצה, עדיין יהיה עליהם לשכנע שהחבירה ביניהם אינה מייצרת פגיעה תחרותית של ממש.

5. שונות

בשולי הדברים אנו מוצאים לנכון להידרש לשתי סוגיות נוספות:

א. חבירה חוזרת

חבירה של מתחרים בתבנית חוזרת של שיתוף פעולה בין אם היא נעשית על פי סיכום מסגרת מפורש, שבו הצדדים סיכמו כי ייגשו למכרזים מסוג מסוים כקבוצה אחת, ובין אם היא נעשית אד הוק אך באופן שחוזר על עצמו, מקימה חששות תחרותיים מוגברים. ראשית, חבירה מסוג זה עשויה לפגוע ביכולת של כל אחד מהמתחרים לפעול באופן עצמאי והיא עלולה ליצור תלות הדדית ביניהם. כך חבירה משותפת בשורה ארוכה של פרויקטים שבהם הצדדים מחלקים ביניהם אחריות על תחומי תוכן ספציפיים עשויה לגרום לכל אחד מן הצדדים לאבד יכולות, ניסיון, היכרות עם תחומי עיסוק וכיו"ב. לפיכך, בעוד שבחבירה חד פעמית, ככלל, אין מקום לחשש לפיו עצם החבירה תגרום לאיבוד מתחרה בעל סט יכולות מלא מן השוק, יש מקום לשקול שיקול תחרותי מסוג זה כאשר מדובר בשיתוף פעולה שחוזר על עצמו בתבנית קבועה.

שנית, חבירה מסוג זה עשויה לחזק את השולחן המשותף של המתחרים החוברים ביניהם. כאשר מתחרים חוברים לפרויקט אחד, אך יודעים שיידרשו להתחרות זה בזה בפרויקטים אחרים, שיתוף הפעולה ביניהם נראה אחרת מאשר שיתוף פעולה שבו הצדדים פועלים מתוך אינטרס משותף ארוך ומתמשך. במיוחד כך כאשר קיימת ביניהם הסכמה להתמודדות משותפת במכרזים באופן קבוע. האינטרס שהם חולקים עשוי להשבית את התמריץ שלהם להתחרות זה בזה מחוץ לגדרי המכרזים שבהם הם משתפים פעולה ולכל הפחות להפחית את התמריץ להתחרות זה בזה בצורה משמעותית.

ב. העברות מידע תחרותי רגיש

כפי שהורחב לעיל, בחבירה משותפת לצורך הגשת הצעה במכרז, נדרשים הצדדים להיות רגישים במיוחד לבל יעבור ביניהם מידע תחרותי רגיש. כמו כן, עליהם לקבוע מנגנונים שימנעו מעבר מידע תחרותי רגיש בין מתחרים.

לדברים אלה משנה חשיבות בשלב שבו הצדדים שוקלים האם ליצור ביניהם חבירה. בשלב זה כל רמיזה או אמירה משתמעת של מתחרה אחד למתחרהו באשר לכוונותיו העסקיות עלולה ליצור פגיעה חמורה בתחרות ולהוליך את הצדדים להפרה של חוק התחרות הכלכלית. לדוגמה, אם בשלב שבו צדדים שוקלים לחבור ביניהם לצורך הגשת משותפת במכרז מעביר צד אחד את המסר למתחרהו לפיו אין בדעתו לגשת למכרז מבלי שתתקיים החבירה או שתתקיים חבירה דומה עם גורם אחר, עצם העברת מידע זה פוגע בתחרות ועלולה לעלות כדי הסדר כובל אסור על פי חוק התחרות הכלכלית.²⁷

²⁷ גילוי דעת 1/00 שיתופי פעולה בין מתחרים בפעולה מול רשויות שלטון (6.2.2000) **הגבלים עסקיים**, 3007119; ראו גם ההנחיות הדניות, ה"ש 8 לעיל, פרק 4.

במקרים בהם נחוצה העברת מידע בין מתחרים על מנת לבחון במשותף את עצם חוקיותה של החבירה המשותפת ועל מנת לבחון את העמידה בדרישות גילוי דעת זה, ניתן להעזר בכללים המנחים שנקבעו בגילוי דעת 2/14.

יתר על כן, יש להימנע ממצבים שבהם עובר מידע רגיש תחרותית בין צדדים לחבירה פוטנציאלית גם בעת ביצוע ההכנות להגשת בקשת פטור לחבירה במכרז ובעת יצירת מסגרת ההסכמות בין הצדדים לצורך הגשת בקשת פטור כאמור.

מיכל הלפרין

הממונה על התחרות

ירושלים, כ' אב, תשפ"א

29 יולי, 2021