

ירושלים, כ"א אייר תשפ"ד
29 מאי 2024

גילוי דעת 1/24 בעניין ייעוץ הממונה על התחרות בשקילת שיקולים של קידום התחרותיות הענפית לפי החוק לקידום התחרות ולצמצום הריכוזיות, התשע"ד-2013

הממונה על התחרות (להלן **הממונה**) עוסקת בייעוץ בעניינים שבסמכותה ובמומחיותה. בכלל זה, רשות התחרות (להלן **הרשות**) מייעצת למאסדרים¹ ששוקלים שיקולים של קידום התחרותיות הענפית בהקצאת זכויות, ולרשות החברות ששוקלת שיקולים של קידום התחרותיות הענפית בהליכי הפרטה ובצווי אינטרסים, בהתאם לסימן ג' בפרק ב' לחוק לקידום התחרות ולצמצום הריכוזיות, התשע"ד-2013 (להלן **חוק הריכוזיות**).

רשות התחרות מייעצת מתוך הכרות של ענפי הפעילות שבהם ניתן הייעוץ והאסדרה של אותם ענפים, או לאחר בחינת ענפי הפעילות והאסדרה. ככל שנדרש לצורך כך מידע, הרשות תדרוש את הנתונים והמסמכים שנדרשים לה בהתאם לסמכויותיה בדין באמצעות בקשות מידע ממאסדרים לפי סעיף 12(ב) לחוק הריכוזיות (שמפנה לסעיף 7 שם) או בדרישות נתונים מכוח סעיף 42 לחוק הריכוזיות, לפי העניין.²

במסמך זה יפורטו עניינים שנוגעים לדרך שבה מייעצת הרשות בנוגע לתחרותיות ענפית לפי חוק הריכוזיות.

פניית המאסדר לרשות התחרות

1. בכל הקצאת זכות (כהגדרתה בסעיף 10 לחוק הריכוזיות³) ובקביעת התנאים בזכות מאסדר חייב לשקול, נוסף על כל שיקול אחר שעליו לשקול לפי דין לעניין ההקצאה, שיקולים של קידום התחרותיות הענפית. אם הזכות כלולה ברשימת הזכויות שפרסמה הממונה,⁴

¹ מאסדר מוגדר בסעיף 2 לחוק כמי שמוענקת לו לפי דין סמכות ההקצאה של הזכות, לרבות שר משרי הממשלה ומי ששר אצל לו את הסמכות להקצות את הזכות, ולעניין חוזה ועדת המכרזים העורכת או מאשרת את ההליך לפי חוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992 או גורם אחר שהוסמך לערוך הליך לפי חוק חובת המכרזים.

² להרחבה בעניין דרישות נתונים ראו גילוי דעת 3/23 – קבלת מידע ברשות התחרות ועיון בו על ידי גורמים שאינם מוסרי המידע, **רשות התחרות** (27.9.2023) (להלן **גילוי דעת בעניין קבלה ועיון במידע**).

³ כך בסעיף 10 לחוק הריכוזיות: "זכות" – כהגדרתה בסעיף 2, לרבות רישיון הנדרש לתחום פעילות שאינו תחום תשתית חיונית, ובלבד שמחמת טבעה של הזכות, ערכה הכלכלי או הדין החל עליה, מספר הפועלים בענף שלגביו היא מוקצית מוגבל.

⁴ רשימת הזכויות מפורסמת לפי סעיף 13 לחוק הריכוזיות, באתר הרשות (ראו **רשימת הזכויות**). הרשימה העדכנית פורסמה ביום 2 בפברואר 2023.

מאסדר רשאי להקצות את הזכות רק לאחר ששקל שיקולים של קידום התחרותיות הענפית בהתייעצות עם הממונה.⁵

2. מאסדר שמתיעץ עם הממונה כאמור, נדרש לפנות בכתב ולצרף את מלוא המידע שברשותו הנוגע לעניין על הזכות שמוקצית, על מבקש ההקצאה או המתמודדים בהליך על ההקצאה, ועל תנאי ההקצאה. המאסדר רשאי אף לצרף את עמדתו ביחס להקצאה ולשיקולי תחרותיות ענפית ששקל טרם פנייתו.⁶

3. חוק הריכוזיות אינו מסדיר את אופן ההתייעצות במקרה שקיים יותר ממאסדר אחד שמטפל בהקצאה מסוימת. למשל, במקרה שנערך מכרז להתקשרות בחוזה על ידי ועדת המכרזים ואותה הקצאה דורשת גם רישיון שמוענק על ידי שר, או שמועברת החזקה בשיעור משמעותי בחברה ממשלתית שגם דורשת אישור להעברת רישיונות בתחום שבה החברה פועלת או במצב שנדרש רישיון מכמה מאסדרים ביחס להקצאה. מדיניות שלפיה כל מאסדר שעוסק בהקצאה יצטרך לפנות להיוועצות ולהמתין לעמדת הממונה עלולה לסרב להיכניס הקצאת זכויות שלא לצורך, שהרי בדרך כלל עמדת הממונה ביחס להקצאה מסוימת תהא אותה עמדה ביחס לכלל המאסדרים שעוסקים בהקצאה (גם אם מדובר בהקצאה שבאופן פורמלי עוסקת ביותר מזכות אחת⁷ כהגדרתה בחוק). לכן, במקרים שבהם יותר ממאסדר אחד מקצה זכות ביחס לאותה הקצאה, נכון שהמאסדר העיקרי שעוסק בהקצאת הזכות יפנה להיוועץ בממונה. ככלל, עמדת הממונה שתועבר אליו תוכל לשמש גם את יתר המאסדרים המעורבים.

4. במקרה שהזכויות שקשורות בהקצאה ניתנות בשלבים, למשל, הזוכה זוכה בהקצאה שמקצה ועדת מכרזים ורק לאחר מכן ניתן רישיון, נכון יהיה שוועדת המכרזים שהיא הראשונה שמקימת הליכי הקצאת זכות ביחס לאותה הקצאה תפנה להיוועץ בממונה, ומעניק הרישיון יוכל להסתמך על אותה עמדה ולא יידרש להיוועצות נוספת. כלומר, המאסדר הראשון שנדרש לשקול שיקולים של קידום התחרותיות הענפית יפנה להיוועץ, ופנייתו תייתר ייעוץ למאסדר השני ותייעל את הליך ההקצאה.

5. מועד ההיוועצות נקבע בסעיף 12(א) לחוק: "בעת גיבוש התנאים להקצאה כאמור או בשלב אחר מוקדם ככל האפשר". התייעצות מוקדמת מסייעת לוודאות העסקית של שחקנים ששוקלים להתמודד בהליכי הקצאה של זכות, להתקשר בחוזה או לבקש רישיון, והיא מייעלת את הליך ההקצאה. יחד עם זאת, לעיתים, לא ניתן לשקול שיקולים של קידום התחרותיות הענפית בשלב מוקדם, שכן על מנת לגבש המלצה מושכלת בעניין השפעה תחרותית של הקצאה יש צורך במידע על זהותם וטיבם של המשתתפים בהליך התחרותי או לקבל תמונה ברורה של הזכות המוקצית או של הליך ההקצאה. לכן, בהקצאות בהליך תחרותי, ככלל, נכון יותר שההתייעצות בממונה ומסירת עמדתה תיעשה רק לאחר סיום

⁵ ראו סעיף 11 לחוק.

⁶ ראו פסקאות 77-82 לעת"מ 12912-03-22 **שיכון ובינוי בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'** מיום 19.6.2022 (להלן **עניין שיכון ובינוי**).

⁷ למשל כשמדובר בהקצאת רישיון לפעילות בתחום מסוים, והתקשרות בחוזה לאותה פעילות.

שלב המיון המוקדם ובחינת עמידת המשתתפים הפוטנציאליים בתנאי הסף (אם מתקיים שלב כזה), ולאחר שהמאסדר מסוגל להבהיר לממונה את הליך ההקצאה, מהות הזכות המוקצית ואת היקפה.

6. הליך ההתייעצות נעשה בלוחות זמנים שהוסדרו בסעיף 12(א) לחוק הריכוזיות. לפי חוק הריכוזיות, אם הממונה לא הודיעה אם בכוונתה ליעץ בתוך 30 ימים, או שלא מסרה למאסדר את חוות דעתה בתוך 90 ימים, המאסדר רשאי לקיים את הליך ההקצאה גם בלא התייעצות, אלא אם מצא, מנימוקים מיוחדים, כי עליו לנהוג אחרת.⁸ במקרים שבהם התקבלה פנייה חסרה, שאינה כוללת מידע בסיסי שמאפשר את בחינת הקצאת הזכות, לוחות הזמנים לפי סעיף 12(א) יחלו רק לאחר קבלת פנייה מלאה.

7. הרשות רשאית לבקש מהמאסדר או ממאסדרים אחרים מידע שבתחום אחריותם לצורך הייעוץ, כאמור.⁹ בהעברת המידע יציין המאסדר אם המידע שהוא מעביר הוא מידע מהסוג שאסור לרשות ציבורית למסור לפי סעיף 9(א) לחוק חופש המידע התשנ"ח-1998 (להלן **חוק חופש המידע**) או מידע שרשות ציבורית אינה חייבת למסור לפי סעיף 9(ב) לאותו חוק (יחד **להלן מידע רגיש**). בהעברת המידע, המאסדר יסמן את המידע הרגיש ויציין את הסיבה שמדובר במידע רגיש בהתאם לחלופות הרלוונטיות שבסעיפים 9(א) ו-9(ב) לחוק חופש המידע.

8. במקרים שבהם יידרש מידע נוסף (ממאסדרים או מאדם אחר) או ניתוח מורכב לצורך הייעוץ, ובשל כך הליך הייעוץ ייארך זמן ארוך מסד הזמנים שבסעיף 12(א) לחוק, הממונה תוכל לבקש בהודעה מנומקת כי המאסדר יאריך את תקופת הייעוץ ולא ימשיך בהליכי הקצאת הזכות. זאת, שכן צורך במידע או ניתוח מורכב של ההקצאה הוא נימוק מיוחד שעשוי להצדיק הארכה של הליך הייעוץ כדן.¹⁰ הארכה במקרים כאלו תאפשר לממונה לבחון את העסקה כראוי ולייעץ ייעוץ שיסייע למאסדר לשקול שיקולי תחרותיות ענפית כמתחייב.

9. מובהר, כי חובתו של המאסדר לשקול שיקולים של קידום התחרותיות הענפית אינה תלויה בקיומה של חובה של המאסדר להיוועץ בממונה או בשאלה אם הממונה ייעצה, אם לאו.

10. במקרים שבהם הדין קבע מועדים להליך ההקצאה, ימי ההמתנה של המאסדר להודעת הממונה או לחוות דעתה לא יבואו במניין הימים הקבוע בדין כאמור.¹¹

11. הממונה רשאית לפנות למאסדר ולתת את חוות דעתה ביחס לשקילת שיקולים של קידום התחרותיות הענפית בהקצאת זכות אף אם לא קיבלה פנייה ממנו, מקום שהדבר נדרש.¹² למשל, במקרים שבהם ייעוץ מוקדם ביחס להליך תחרותי צפוי לתרום לשיפורו.

⁸ ראו סעיפים 12(א) ו-6(ה) לחוק הריכוזיות.

⁹ ראו סעיפים 12(ב) ו-7 לחוק הריכוזיות.

¹⁰ ראו סעיפים 12(א) ו-6(ה) לחוק הריכוזיות.

¹¹ ראו סעיפים 12(א) ו-6(ו) לחוק הריכוזיות.

¹² ראו פסקה 11 בת"צ (ת"א) 42754-05-11 עו"ד שלומי כהן נ' סלקום ישראל בע"מ (נבו) (9.12.2019).

הייעוץ

12. מאסדר נדרש לשקול שיקולים של קידום התחרותיות הענפית הן בהקצאת הזכות והן בגיבוש ובקביעת התנאים להקצאה.¹³ בהתאם לכך, הממונה תשקול לייעץ ביחס לכלל הסוגיות התחרותיות שמעלה הקצאת הזכות, בהם: הזכות המוקצית והתנאים שבה היא מוקצית (כגון תנאי רישיון בתחום תשתית או מתן רישיון בלעדי או זכות קדימה במכרז), זהות הגורמים שיוכלו להשתתף בהליכי ההקצאה ולזכות בהקצאה, ואופן ניהול וביצוע הליך ההקצאה בדרך שתקדם תחרות.

13. ביחס לכלל הסוגיות התחרותיות שלעיל, קיים מגוון גדול של פתרונות שהממונה עשויה להציע. כך למשל, צמצום, הרחבה או פיצול הזכות המוקצית בדרך שתקדם תחרותיות ענפית; תיקון תנאי הזכות כך שתתאפשר תחרות טובה יותר בהליך ההקצאה או לאחר ההקצאה; מניעת השתתפות בהליך ההקצאה¹⁴ או מניעת זכייה בהקצאה של גורם¹⁵ – במצבים שבהם ההקצאה לאותו גורם עשויה לפגוע בקידום התחרותיות הענפית; התניית השתתפותו של גורם בהליך הקצאה או התניית זכייתו בהקצאה בתנאים שעשויים לקדם את התחרותיות הענפית;¹⁶ תיקון הליך ההקצאה באופן שיקדם את התחרותיות הענפית בעת הקצאת הזכות;¹⁷ ועוד. הממונה עשויה לייעץ באופן ממוקד או באופן כללי באשר לדרך לקידום התחרותיות הענפית, ולעיתים היא תציע יותר מדרך אחת שעשויה לקדם את התחרותיות הענפית, לשיקול דעת המאסדר.

14. בהתאם לסעיף 12(א)(1) לחוק, הממונה נדרשת להודיע למאסדר אם בכוונתה לייעץ למאסדר. בהתאם לכך, הממונה רשאית שלא לייעץ בהתאם לשיקול דעתה, והיא תודיע על כך למאסדר בתקופה שנקבעה לכך. ככלל, הממונה תשקול להודיע למאסדר בכתב כי אין בכוונתה לייעץ, בין השאר, במקרים שבהם ההקצאה מתוכננת כך שתקדם את התחרותיות הענפית באופן מיטבי; המאסדר מנוסה בניתוח תחרותית עצמאי ואין ערך מוסף ביעוץ; אין ביעוץ שהממונה תיתן כדי לקדם את התחרותיות הענפית או שלהקצאה אין השפעה ממשית על התחרותיות הענפית; או שיקולים של הקצאת משאבי הרשות באופן מיטבי, בשם לב ללוחות הזמנים של ההקצאה.

¹³ ראו סעיפים 11(א) ו-12(א) לחוק.

¹⁴ ראו לדוגמה: ייעוץ בעניין שקילת שיקולים של קידום התחרותיות הענפית בהפרטת הדואר **רשות התחרות** (26.10.2023); ייעוץ בעניין קידום התחרותיות הענפית ביחס להענקת רישיון יבואן ישיר לחברת מטרו מוטור לתוצר GOGORO **רשות התחרות** (20.5.2021).

¹⁵ ראו לדוגמה ייעוץ בעניין שקילת שיקולים של קידום התחרותיות הענפית לממונה על הנפט במשרד האנרגיה, במסגרת הענקת רישיון 72 **רשות התחרות** (13.1.2021).

¹⁶ ראו לדוגמה ייעוץ בעניין שקילת שיקולים של קידום התחרותיות הענפית בהקצאת מתקן התפלה שורק ב' ל-IDE טכנולוגיות בע"מ **רשות התחרות** (22.8.2018).

¹⁷ ראו לדוגמה התייחסות לתזכיר חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (הוראת שעה – חרבות ברזל) (הרחבת שידור רדיו אזורי מחוץ לאזור הזיכיון הקיים), התשפ"ד–2023 **רשות התחרות** (14.12.2023).

15. הרשות תפרסם את חוות דעתה באתר רשות התחרות בסמוך לאחר העברתה למאסדר, ובלבד שהמידע שיפורסם בה לא יכלול מידע שאין למסרו לפי סעיף 9(א) לחוק חופש המידע. הרשות רשאית שלא לפרסם מידע שאין חובה למסרו לפי סעיף 9(ב) לאותו חוק.¹⁸
16. מאסדר שמבקש כי הרשות לא תפרסם את חוות דעתה בעניין מסוים או חלקים ממנה, יבקש זאת מהממונה בבקשה מנומקת לפי סעיפים 9(א) או 9(ב) לחוק חופש המידע. כך לדוגמה, אם חוות הדעת כוללת עניין שלדעת המאסדר פרסומו עלול לשבש את התפקוד התקין של רשות ציבורית או את יכולתה לבצע את תפקידיה,¹⁹ המאסדר יפנה לרשות בבקשה מנומקת כי לא תפרסם את המידע, והרשות תבחן את עמדת המאסדר ותודיע לו את החלטתה.
17. מאסדר שמבקש לעיין במידע שעמד בבסיס חוות דעת הממונה יבקש אותו מהממונה. הממונה תבחן את העברת המידע למאסדר בהתאם להוראות סעיף 9(א) ו-9(ב) לחוק חופש המידע, ובכלל זה יבחן פתרונות כמו העברת מידע אגרטיבי או מושחר. אם עולה צורך משמעותי, הממונה תשקול בהתחשב, בין היתר, בשיקולים של הקצאת משאבים, לפנות למוסרי המידע בבקשה לאפשר למאסדר עיון במידע בהתאם לגילוי דעת בעניין קבלה ועיון במידע.
18. גורם שמבקש לעיין בחומר שעומד בבסיס חוות דעת הממונה, רשאי לבקש מהרשות מידע במסגרת בקשה לפי חוק חופש המידע, והרשות תטפל בבקשה בהתאם לחוק, ובתשומת לב לענייניו של המבקש במידע בהתאם לסעיף 10 לחוק חופש המידע.

לאחר מתן הייעוץ

19. הממונה מייעצת למאסדרים כמומחית לתחרות, ומאסדר נדרש לתת משקל להמלצתה ביחס לשקילת שיקולים של קידום התחרותיות הענפית בין יתר השיקולים שהוא שוקל. בית המשפט התייחס למשקל עצה של גורם מקצועי בעניין שיכון ובינוי:
- "לא אחת נקבע, כי הרשות המוסמכת אשר נדרשת להחליט בנושא שלגביו עליה להיוועץ בגורם מקצועי בעל מומחיות, צריכה לתת משקל של ממש להמלצת הגורם המקצועי וכך במיוחד עת הפעלת הסמכות של הרשות מחייבת אותה להיוועץ עם הגורם המקצועי האמון על נושא ההחלטה. לעניין זה נקבע, כי "כלל הוא כי רשות מוסמכת חייבת ליתן משקל ראוי להתייעצות עם גופים מייעצים, שהמלצתם היא חלק מהליך הפעלת הסמכות. המשקל של עמדת הגוף המייעץ, תלוי בנסיבות המקרה. בין השאר הוא תלוי 'במהות העניין הנדון, בלשון ובתכלית של הגוף המסמך, במעמד ובמומחיות של הגוף המייעץ, בכשירות ובניסיון של הרשות המתייעצת, ובשאלה אם הרשות המתייעצת קיימה היא עצמה בדיקה יסודית של העניין הנדון' (יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב

¹⁸ ראו סעיפים 12(ב) ו-6(ד) לחוק הריכוזיות.

¹⁹ ראו סעיף 9(ב1) לחוק חופש המידע.

1217 (מהדורה שנייה, 2011))" (בג"ץ 8134/11 ע"ד ור"ח משה אשר נ' שר

האוצר [פורסם בנבו] (29.1.2012), כבוד השופט ע' פוגלמן, פסקה 1)²⁰.

20. המאסדר הוא שיחליט בסופו של יום אם להקצות את הזכות ובאלו תנאים, לאחר שמיעת טענות בעלי זכות הטיעון, בהתאם לדין.²¹

21. מאסדר שמבקש להיוועץ בממונה או להציג בפניה עמדה עדכנית או טענות נוספות שלו או של גורם שהייעוץ עוסק בעניינו, לאחר שעיין בחוות דעתה, רשאי לפנות לממונה בפנייה מפורטת בכתב.

22. רשות התחרות תבחן את פניית המאסדר באופן ראשוני. במקרים שבהם תידרש בחינה של עמדה עדכנית או טענות נוספות שנוגעות לשקילת שיקולים של קידום התחרותיות הענפית, הממונה תשקול להעביר חוות דעת משלימה שתתייחס לעיקרן של טענות אלו, ותבהיר אם המסקנות שבחוות דעתה תקפות גם לאחר עיון בטענות. במקרים שבהם מאסדר יערוך שימוע בעל-פה לגורם שניתן ייעוץ בעניינו, והוא מבקש לטעון טענות שנוגעות לשיקולים של קידום התחרותיות הענפית, נציגי הממונה עשויים להשתתף לבקשת מאסדר בפגישת השימוע שנערכת בפניו, בהתאם לשיקול דעתה של הממונה.

23. במקרים שבהם תמסור הממונה חוות דעת משלימה שתתייחס לעמדה עדכנית של מאסדר, לטענות המאסדר או לטענות שקיבל המאסדר בעל פה או בכתב ביחס לחוות הדעת שמסר או לקידום תחרותיות ענפית בעניין שבו עסקה חוות הדעת, הממונה תפרסם אותה באתר הרשות, בסמוך לאחר מסירתה ובכפוף להסרת מידע רגיש כמפורט לעיל. זאת, אלא אם מצאה שחוות דעתה נתנה מענה מספק לעמדה או לטענות, ואז תבהיר למאסדר בכתב כי איננה רואה צורך להוסיף על האמור בחוות דעתה, כאמור.

גילוי דעת זה שעוסק בפניית המאסדרים לייעוץ, בייעוץ עצמו, ובהשתלשלות שאחריו, צפוי לסייע להבניית הליכי שקילת שיקולים של קידום התחרותיות הענפית בהתייעצות עם הממונה על התחרות בהתאם לדין, והכל במטרה כי הקצאות של זכויות במשק הישראלי יעשו באופן המיטבי לתחרות ולרווחת הציבור בישראל.

²⁰ ראו פסי' 84 בעניין שיכון ובינוי, ה"ש 5 לעיל. כמו כן ראו פרופ' י' זמיר, **הסמכות המנהלית** (כרך ב' 1996), בעמ' 852: "המשקל של עצה עשוי להיות שונה, ואף ראוי שיהיה שונה, מעניין לעניין, וממקרה למקרה. המשקל תלוי בנסיבות. בין השאר, הוא תלוי במהות העניין הנדון, בלשון ובתכלית החוק הנוגע לעניין, במעמד ובמומחיות של הגוף המייעץ, בכשירות ובניסיון של הרשות המתייעצת. כך הדבר לגבי כל שיקול ענייני, עד כדי כך, שבנסיבות מיוחדות, בהן נדרשת החלטה בעניין המחייב מומחיות מיוחדת, ומומחיות זו אינה מצויה בידי הרשות המוסמכת אלא בידי הגוף המייעץ, יהיה לעצה כמעט משקל מכריע", עמדה זו אומצה בבג"ץ 5657/09 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל** (נבו 24.11.2009), בפסקה 48 לפסק דינה של השופטת א. פרוקצ'יה, ובבג"ץ 7456/09 **מידברג נ' בית המשפט השלום בראשון לציון** (21.1.2010) בפסקה 9. כמו כן, ראו ע"מ 3154/13 **לאופר תעופה - גהי בע"מ נ' אירוונדלינג בע"מ** (24.7.2013) פסקה ה'.

²¹ ראו בג"ץ 6191/22 **שיכון ובינוי בע"מ נ' הוועדה לצמצום ריכוזיות משרד האוצר** (נבו 18.9.2022).