

חבירת מתחרים להגשת הצעה משותפת במכרז מהווה הסדר כובל טיוטת גילוי דעת להערות הציבור

לקוחות יקרים,

רשות התחרות פרסמה טיוטת גילוי דעת ממנה עולה כי **עמדת הממונה על התחרות היא שכל חבירה בין מתחרים לצורך הגשה של הצעה משותפת במכרז מהווה הסדר כובל**. וזאת, בין אם החבירה נעשית בשלב המיון המוקדם ובין אם בשלב המכרז עצמו.

לאור הבהרה זו, כל חבירה בין מתחרים לצורך הגשת הצעה משותפת במכרז מחייבת בחינה מקדימה.

במקרים מסוימים, ניתן יהיה להכשיר חבירה בין מתחרים בהגשת הצעות למכרז באמצעות הערכה עצמית (self-assessment)¹, אך ברוב המקרים יידרשו הצדדים לקבל היתר בטרם ביצועה (אישור בית הדין לתחרות או פטור מאישור כאמור מטעם הממונה על התחרות), וזאת, בהתאם לנסיבות הספציפיות של החבירה, המכרז והמתחרים המבקשים את ההיתר.

הממונה עורכת הבחנה בין **מכרזי רכש** שבמסגרתם, לרוב, ניתן יהיה להכשיר חבירת מתחרים באמצעות הערכה עצמית², לבין **מכרזים לשיווק טובין** שבהם, לרוב, לא ניתן יהיה לבצע הערכה עצמית לאור העובדה כי פטור הסוג למיזמים משותפים אשר רלוונטי לסוגיה, אינו חל במקרים בהם הצדדים לא איחדו את כל פעילותם העסקית בייצור או יבוא הטובין.³

על רקע האמור לעיל, וכיוון שחבירה של מתחרים לצורך הגשת הצעה משותפת במכרז תחייב במקרים רבים הגשת פנייה מקדימה לרשות התחרות, הממונה מפרסמת לציבור את השיקולים שיילקחו בחשבון בעת בחינת בקשות פטור לחבירה במכרז. **שיקולים אלו יוכלו לשמש צדדים גם בעת ביצוע הערכה עצמית של חבירות לגביהן מספיקה הערכה עצמית.**

1. במסגרת הערכה עצמית על הצדדים לבצע בדיקה כלכלית הבוחנת האם החבירה מעלה חשש לפגיעה משמעותית בתחרות בשוק הרלוונטי, ללא צורך בהגשתו לבחינת רשות התחרות. אם יימצא, לאחר מעשה, כי ההסדר בין הצדדים מעלה חשש לפגיעה כאמור, תוכל הממונה על התחרות לפתוח בהליכים פליליים או מנהליים כנגד הצדדים.
2. ראו סעיפים 3(א) ו-9 לכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג למיזמים משותפים) (הוראת שעה), תשס"ו-2006.
3. הממונה מכירה גם באפשרות להכשיר חבירה באמצעות הערכה עצמית, בנסיבות המתאימות, על ידי שימוש בפטור הסוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך, אך במקרה כזה 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 עיקרה וכן שהחבירה צוינה באופן מפורש בהצעה שהוגשה במכרז.

השיקולים שיגבירו את החשש התחרותי בעת בחינת בקשות פטור לחבירה במכרז:⁴

- מספר מתחרים נמוך.
- כאשר מדובר בגורמים מתחרים אשר זכו ביותר מכרזי עבר והסיכוי שלהם לזכות במכרז הנדון גבוה יותר.
- חבירה חוזרת בין מתחרים (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).
- כאשר תחומי המומחיות של הגורמים המבקשים לחבור קרובים יותר.
- כאשר שיתוף הפעולה עשוי להשפיע על התחרות שבין הצדדים בשוקים נוספים שבהם הם מתחרים (מעבר לזירת המכרז עצמו).

במקביל, הממונה תשקול קיומן של תועלות פרו תחרותיות הנובעות מהחבירה, האם החבירה צפויה להביא לשיפור במצב התחרותי ואת עיתוי החבירה ונחיצותה בשלב בו התבצעה.

בנוסף, כנדרש בכל בחינת הסדר כובל, כדי להכשיר חבירה בין מתחרים יש להראות כי החבירה אינה מעלה חששות תחרותיים של ממש, עיקרה אינו בהפחתת התחרות או במניעתה (המוכרת כדרישת ה"נחיצות") וכי אין בחבירה כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרה.

בסיכום דבריה, מדגישה הממונה כי בעת חבירה משותפת לצורך הגשת הצעה במכרז, נדרשים הצדדים להיות רגישים במיוחד לבל יעבור ביניהם מידע תחרותי רגיש ועליהם לקבוע מנגנונים שימנעו מעבר מידע שכזה. כל זאת, בייחוד 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 ולהוות עבירה על החוק).

ניתן להגיש הערות לטיטוט גילוי הדעת עד לתאריך 9 בפברואר 2021, נשמח לעמוד לרשותכם בבחינת הטיטה והשלכותיה על פעילות החברה ובמידת הצורך בגיבוש הערות והגשתם לרשות התחרות.

4. הממונה מדגישה בדבריה כי לא מדובר ברשימה סגורה וכי כל בקשת פטור לחבירה במכרז תיבחן לגופה על פי השיקולים הרלוונטיים לבקשה עצמה. לפיכך, יש לראות באמור כקווי ניתוח כלליים כאשר כל מקרה יבחן בהתאם לנסיבותיו.

צוות מחלקת תחרות ישמח לעמוד לרשותכם בכל שאלה:

מתן מרידור, שותף
ראש מחלקת תחרות
meridor@agmon-law.co.il
03-6078607



מורן אומן, שותפה
moran@agmon-law.co.il
02-5607607



עדי זיו, עורכת דין
adiz@agmon-law.co.il
03-6078607



המידע האמור לעיל הינו מידע כללי ותמציתי בלבד, הוא אינו מהווה חוות דעת או ייעוץ משפטי ויש לקבל עצה מקצועית נפרדת בטרם נקיטת פעולה משפטית או אחרת בקשר עם הנושאים אותם סקרנו.