

## - מזכר ללקוחות - חבירת מתחרים במכרז

מתי חבירת מתחרים להגשת הצעה משותפת במכרז, מחייבת קבלת פטור מהממונה-על-התחרות:

זה נושא טיוטת גילוי-הדעת שפרסמה לאחרונה רשות התחרות.

### חבירה בין מתחרים לצורך התמודדות משותפת במכרז, חייבת במקרים רבים בקבלת פטור

עמדתה של הרשות בגילוי-הדעת היא שמכרז הינו "זירת-תחרות" בפני-עצמה, וכי חבירה של חברות שהן מתחרות משמעותיות לשם הגשת הצעה-משותפת במכרז, ובפרט במכרז לאספקה של מוצר או שירות בשוק-שהן-מתחרות-בו או במכרז לפרוייקט, במקרים רבים תחייב קבלת פטור מהממונה-על-התחרות. חברות מתחרות "משמעותיות" פירושו שנתח-השוק המצרפי שלהן עולה על 15%.<sup>1</sup> גם במקרה שנתח-השוק המצרפי של חברות-מתחרות שחברות למכרז נמוך מ-15%, כדי ששיתוף-הפעולה לא יחוב פטור, יש הכרח שעיקרו אינו בהפחתת התחרות (או מניעתה), שלא תהיינה בו כבילות שאינן נחוצות למימוש-עיקרו ושהחבירה צוינה במפורש בהצעה-שהוגשה-במכרז.<sup>2</sup>

הרשות מבהירה בגילוי-הדעת שעמדתה חלה הן במקרה של הצעה-משותפת בין מתחרים לשלב-המיון-המוקדם (pre-qualification) במכרז והן במקרה של הצעה-משותפת בין מתחרים בשלב-הגשת-ההצעה למכרז גופו. כן מובהר כי הרשות מפרשת את המונח: "חבירת גורמים-מתחרים לצורך מכרז" בהרחבה, וככולל חבירת מתחרים שעומדים בגפם בדרישות-הסף במכרז ואף חבירת מתחרים שאינם עומדים בגפם בדרישות הנ"ל. כלומר, גם גורמים-מתחרים שלא עומדים בדרישות-הסף בגפם חבים (כפוף לנסיבות) בקבלת פטור לשם הגשת הצעה-משותפת במכרז. אולם, כשמדובר בגורמים-מתחרים שאינם עומדים בתנאי-הסף בגפם, ההסתברות שיינתן פטור לשיתוף-הפעולה תהא גבוהה יותר.

### שיקול-דעת הממונה במתן הפטור

טיוטת גילוי-הדעת מפרטת גם את השיקולים שתשקול הממונה-על-התחרות בעת שמוגשת בפניה בקשת-פטור לחבירה בין מתחרים במכרז. בכלל שיקולים אלה יובאו-בחשבון: (1) מספר המתחרים במכרז - ככל שמשפרם נמוך יותר, כך החשש מהחבירה גבוה יותר. (2) המשקל-היחסי של המתחרים - ככל-שמדובר בגורמים שזכו ביותר מכרזי-עבר ושהסיכוי שלהם לזכות במכרז גבוה יותר, כך החשש מחבירה יהא גבוה יותר. (3) מידת-הקירבה בין המתחרים - ככל שתחומי-המומחיות של הגורמים המבקשים לחבור הם קרובים יותר, כך החשש מהחבירה גבוה יותר. (4) השפעת ההסדר על התחרות-שבין-הצדדים בשוקים-נוספים שבהם הם מתחרים (מעבר לזירת-המכרז עצמו) - הממונה תבחן אם קיים חשש מקיומו של "שולחן-משותף" בין הצדדים. (5) תועלות פרו-תחרותיות הנובעות מההסדר - במסגרת ההערכה התחרותית ייבחן האם צפוי שיפור במצב-התחרותי שנובע מהחבירה.

בנוסף, יש חשיבות ל-עיתוי-החבירה לשם הערכת נחיצותה. צדדים המבקשים להראות צידוק לחבירה בשלב המיון-המוקדם, צריכים להראות מדוע השת"פ ביניהם נחוץ דווקא בשלב זה. כך גם במכרזים בהם לא קיים מיון-מוקדם, נדרשים הצדדים-המבקשים להראות מדוע חבירה ביניהם נחוצה בטרם שלב-הגשת-ההצעות-במכרז. ככל-שניתן להפיק את היעילות מהחבירה בשלב-מאוחר-יותר, תחשב החבירה כלא-נחוצה באותה-עת והממונה תיטה לא להעניק לה פטור.

כפי העולה מטיוטת גילוי-הדעת, תהא רגישות מיוחדת למכרזים שהם "משחק חוזר", שחוזרים ומתפרסמים מעת-לעת [נגון: הקמת כבישים, הקמת בסיסי-צה"ל, הקמת מבני-ציבור גדולים, הקצאת רציפים וכו'], וכי במקרים אלה יידרש מספר-רב-יותר של מציעים במכרז, על-מנת להפוך אותו לתחרותי ולקבלת הפטור.

טיוטת גילוי-הדעת עומדת לעיון הציבור והערותיו עד ל-9 בפברואר 2021.

נשמח לעמוד לרשותכם לצורך הבהרות נוספות בנושא הנ"ל, ככל-הנדרש.

**צחי יגור, עו"ד | +972-3-303-9057 | TYagur@PearlCohen.com | Partner, Adv., Tzahi Yagur**  
**שותף וראש תחום תחרות והגבלים עסקיים, פרל כהן צדק לצר ברץ - עורכי-דין ועורכי-פטנטים**

האמור במזכר זה, לא מתיימר למצות את כל ההיבטים בהקשר של שיתופי-פעולה בין מתחרים לצורך גיבוש הצעה משותפת במכרז בראי חוק התחרות. מטרתו היא עדכון כללי בלבד; ואין להסתמך, במישרין או בעקיפין, על האמור בו כעצה משפטית.

<sup>1</sup> פטור-הסוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת-ערך.

<sup>2</sup> סעיף 5 לכללי ההגבלים העסקיים (הוראות והגדרות כלליות), תשס"א-2001.