

תוכן

1 מבוא

2 התחרות בשוק הממשק בין כלכלה למשפט

4 האיסור על הסדרים הנעשים בין פירמות שמטרתם פגיעה בתחרות

5 **יסוד ההסדר**

5 **בני אדם המנהלים עסקים**

6 **יסוד הכבילה**

6 **יסוד העלילות**

7 **היחס בין סעי' 2(א) ו- 2(ב) לחוק**

8 הסדר אופקי והסדר אנכי

9 **הקושי באבחנה בין מכרז אופקי ומכרז אנכי**

10 **כיצד נוצר הסדר אופקי**

10 הקושי בזיהוי התנהגות כהסדר כובל - ההבדל בין תיאום להתאמה

12 מחיר טורפני

15 המכרז

15 כללי

15 **המכרז כזירת תחרות**

15 השפעת תנאי המכרז על התחרות בשוק

15 **השפעה על התחרות באמצעות דרך עיצוב המכרז**

17 **השפעה על התחרות ע"י מתן מונופולין בפועל באמצעות המכרז**

18 **הפגיעה בתחרותיות במסגרת מכרז כאשר קיים תנאי סף נסתר במכרז**

19 **הפגיעה בתחרות ע"י המציעים במכרז**

21 האם קביעת מחיר מינימום במכרזי מדינה ושילטון מקומי מהווה פגיעה בתחרות - דיון
הממשק בין דיני התחרות ודיני המכרז – דיון

האם קביעת תנאים במכרזי רשות, כגון מחיר מינימום, מהווה פגיעה בתחרות

בין משפט לכלכלה

23 סיכום

27

28 מקורות:

מבוא

המכרז מהווה זירת תחרות מתוכננת, שניתן להשפיע עליה בקלות יחסית, באופן העלול לפגוע בתחרות בשוק. ההשפעה על התחרות באמצעות מכרז יכולה לבוא לידי ביטוי בדרכים שונות. דרך אחת היא באמצעות הגדרת זירת התחרות. למשל, כאשר מכרז קובע תנאי סף לפיו על המציע להיות בעל ניסיון בתחום המכרז של מספר שנים מוגדר, ובנוסף על המציע להראות כי התקשר בשנים האחרונות, הקודמות למכרז, עם משרדים ממשלתיים, קובע המכרז תנאי סף המצמצמים את המציעים הפוטנציאליים במכרז, ומגדירים מיהם המציעים היכולים להשתתף במכרז. הגדרת זירת התחרות באמצעות תנאי המכרז יכולה להיות מצומצמת עוד יותר. תנאי המכרז יכולים לקבוע תנאים המתאימים רק למשתתפים בודדים, או למשתתף יחיד. למשל כאשר תנאי המכרז קובעים כי על המוצר שאספקתו עומדת למכרז להיות חסין מפני מים. אם קיימים בשוק יצרנים רבים המייצרים את המוצר, אך רק יצרן אחד מייצר את המוצר כשהוא גם חסין למים, הרי הגדרת זירת התחרות פוגעת קשה בתחרות. הקושי הוא לאזן בין הצורך של הרשות המפרסמת את המכרז לקיים את התחרות, לבין הרצון של הרשות לקבל מוצר בעל תכונות ספציפיות לו היא זקוקה.

דרך אחרת להשפיע על התחרות במכרז היא באמצעות מתן אינפורמציה לא מלאה בקשר למכרז. כך למשל כאשר מתפרסם מכרז שחלק מהתנאים בו סמויים. דוגמה לכך הן עובדות פס"ד בעניין ע.מ.ת מוצרי מדידה¹. באותו עניין פרסמה רשות מכרז לביצוע עבודות פיתוח בשכונת מגורים הנמצאת בתחום שיפוטה. במסגרת המכרז פרסמה הרשות אומדן של מחיר ביצוע עבודות הפיתוח. על פי תנאי המכרז היה על המציע לציין את אחוז ההנחה הכוללת שהוא יעניק על העבודות, כאשר הבחירה בין ההצעות תעשה על סמך גובה ההנחה הכוללת המוצעת. עוד קבעו הוראות המכרז כי בתיבת המכרזים יונח ע"י מפרסם המכרז שעור ההנחה המקסימלית המותרת, אשר יהווה חסם עליון להנחה שתוצע ע"י כל אחד מהמציעים. מציע שיציע הנחה הגבוהה מהערכה ששמו מפרסמי המכרז בתיבת המכרזים תיפסל אוטומטית. משתתפת א' במכרז הגישה הצעה "תחת מחאה", ונקבה באחוז הנחה מקסימלי של 25% לביצוע עבודות המכרז. אחוז ההנחה המקסימלי, שהיתה בתיבת המכרזים, עמד על 18% בלבד, ולכן הצעת משתתפת א' היתה אמורה, על פי הוראות המכרז, להיפסל מטעם זה בלבד. משתתפת ב' במכרז הציעה הנחה של 18% בדיוק. בכפוף לכך שלא יימצא פסול אחר בהצעתה, היתה אמורה משתתפת ב' לזכות במכרז. משתתפת א' פנתה לביהמ"ש בבקשה להכריז עליה כזוכה, מאחר והצעתה היתה הזולה ביותר, ולחלופין להורות על ביטול המכרז, בנימוק שההנחה המקסימלית, ששמו מפרסמי המכרז בתיבת ההצעות, היא תנאי סף נסתר ובלתי חוקי, ולכן המכרז פסול. נימוקה של משתתפת א' לעכב את המכרז התבססו על עילות מתחום דיני המכרזים.

ביהמ"ש הניח כי המטרה בפרסום מכרז באופן זה של קביעת מחיר מינימלי כתנאי סף, באה למנוע הצעות גרעוניות, שבעיני עורך המכרז היא בלתי סבירה, מאחר והיא מקימה חשש שהמציע לא יוכל לעמוד בהצעתו, או חשש שהמציע יספק את העבודות או השירותים שבמכרז באיכות ירודה. למרות הנחה זו עיכב ביהמ"ש את המכרז מנימוקים המתייחסים לדיני המכרזים. מבחינת דיני ההגבלים העסקיים תנאים

¹ ע"מ 2398/12 ע.מ.ת ערוצי מדידה ותשתיות בע"מ נ' החברה הכלכלית שהם בע"מ (פורסם בנבו, 22.04.2012)

סמויים במכרז, כגון מחיר, גורם לכך שמראש כל המתמודדים במכרז מעדכנים כלפי מטה את ההערכות הכספיות שלהם. לעומת זאת מציע שפועל בשוק בצורה אינטנסיבית, וכתוצאה מכך יש לו אינפורמציה על מצב השוק, הוא בעל עמדה עדיפה מבחינת מידע. אם מתכנן המכרז לא חושף את המידע הנ"ל הזו לכל המציעים, למציע הפועל בצורה אינטנסיבית בשוק יש בעניין זה יתרון מובנה באופן משמעותי, יתרון הפוגע בתחרות.

דרך נוספת להשפיע על התחרות באמצעות מכרז מתייחסת למקרה בו יש צורך בשיתופי פעולה בין המציעים. לדוגמה רשות שצריכה אלף יחידות ממוצר מסוים, כאשר ידוע כי לאף מציע פוטנציאלי אין יכולת לייצר כמות כזו. במקרה כזה או שמספר יצרנים של המוצר יגשו ביחד למכרז, ועל ידי כך יוצר שיתוף פעולה לפני המכרז, שיש בו כדי להחליש את התחרותיות של המכרז, או שהמתחרה הגדול בשוק יגש למכרז, בכוונה להשלים את מכסת המוצרים הנדרשת, ע"י לקיחת יצרנים אחרים של המוצר כספקי משנה. במקרה כזה מדובר על שיתוף פעולה אחרי המכרז, אשר אף הוא פוגע בתחרות. היצרנים הקטנים יותר בשוק, מודעים ליכולת הקיבול של היצרן הגדול, ויודעים כי ממילא באם יזכה במכרז יאלץ לקחת אותם או את חלקם כספקי משנה. במקרה כזה לאותם ספקים לא יהיה כל מניע לגשת למכרז, שכן הם יודעים שממילא הם ייהנו מהמכרז כספקי משנה. גם במקרה זה יש פגיעה משמעותית בתחרות שבמכרז.

2

עבודה זו דנה בממשק בין דיני התחרות הכלכלית לבין דיני המכרזים באספקט של מחיר נמוך. דיני התחרות הכלכלית מעמידים במרכזם את התחרות. אף במסגרת דיני המכרז מהווה התחרות ההוגנת רכיב חשוב. השאלה העומדת במרכז עבודה זו הינה הכשלים שיוצרים דיני המכרזים ביחס לתחרות הקבועה בחוק התחרות הכלכלית. העבודה תפתח בבדיקת הוראות חוק התחרות הכלכלית, ולאחר מכן תעמוד על תעמוד על חשיבות התחרות בשוק, על איסור ההסדר הכובל, על ההבדל בין הסדר כובל אנכי ואופקי, ותבהיר את הקושי באיתור ההסדר האופקי. לאחר סקירה קצרה על דיני המכרזים ועל הפן התחרותי העומד בבסיס המכרז, תדון העבודה בדרכים השונות בהם דיני המכרז עלולים לפגוע בתחרות בשוק.

התחרות בשוק – הממשק בין כלכלה למשפט

לדיני התחרות מטרה כפולה: המטרה העיקרית היא קידום התחרות, כאמצעי להגדיל את רווחת הצרכנים כאשר הם צורכים מוצרים ושירותים. לצד מטרה זו עומדת המטרה למנוע מפירמות דומיננטיות בשוק לנצל לרעה את מעמדן ולהבטיח פעילות כלכלית חופשית.³

יצוין כי אחת הדרכים לבטא את חשיבות התחרות התבטאה בשינוי שמו של החוק מחוק ההגבלים העסקיים לחוק התחרות הכלכלית. ביום 10.1.2019, התקבל תיקון 21 לחוק ההגבלים העסקיים. במסגרת תיקון זה שונה שמו של החוק מ"חוק ההגבלים העסקיים" ל"חוק התחרות הכלכלית". הנימוק לשינוי בשם החוק היה הרצון לייצר בהירות בקרב הציבור הרחב הן לגבי מהות החוק ותכליתו, והן לגבי עיקר תפקידם של הממונה ושל רשות הגבלים עסקיים. הצ"ח שבמסגרתה שונה שם החוק קבעה כי שינוי שם החוק בא להתאים את שם החוק לתכליתו של חוק ההגבלים העסקיים: דהיינו, חוק לקידום התחרות

² השימוש במוסדות השלטון לחסימת תחרות סיכום הכנס שהתקיים בתאריך 29 לינואר 2019 אוניברסיטת ת"א עמ' 9-10

³ אריאל אזרחי, דיויד גילה, "דיני התחרות האירופאים בראי דיני ההגבלים העסקיים הישראליים" 27-28 (2019)