

שקילת שיקולי תחרות במכרזים

רשות התחרות

ירושלים, 28 יוני 2020, ו' תמוז תש"פ



תוכן עניינים

3	רקע
5	א. היתרונות במכרזים ושיקולים כלליים להצלחתם
8	ב. שיקולים תחרותיים במכרזים המשפיעים על שווקי המשך
8	ב.1. הגורם הזוכה במכרז
11	ב.2. קביעת משתנה הזכייה במכרז
13	ג. שיקולים תחרותיים במכרזי רכש
16	ד. שיקולים נוספים
16	ד.1. הפחתת חסמי כניסה בפני המציעים במכרז
18	ד.2. קביעת תקופת המכרז
19	ד.3. אכיפת תנאי המכרז
21	ה. סיכום והמלצות

רקע

רשות התחרות (להלן הרשות) מייעצת מעת לעת לעורכי מכרזים במגזר הציבורי באשר להיבטים תחרותיים הקשורים למכרזים המבוצעים על ידם, בפרט במכרזים של הקצאת זכויות וזכיונות להם יש השפעה על שווקי המשך ומידת התחרות השוררת בהם. בייעוצים אלו הרשות נסמכת על מומחיותה בתחום הניתוח התחרותי, ומתמקדת בהשפעות אפשריות של תוצאות מכרזים על מידת התחרות שצפויה לשרור בשווקים שיושפעו מהמכרז לאחר סיום המכרז. מסמך זה נועד לשקף את ההיבטים המרכזיים בניתוח הכלכלי שמבצעת הרשות בהקשרים אלה. מטבע הדברים, במסגרת ייעוצים פרטניים נבחנים ונשקלים היבטים ומאפיינים פרטניים של התחום הנבדק.

התקשרות באמצעות מכרזים או הליכים תחרותיים נעשית כעניין שבשגרה במגזר הציבורי.¹ הניתוח המוצג במסמך זה מתמקד בהקצאת זכויות, רישיונות וזיכיונות בתחומי התשתית. במקרים אלו, מאסדר ענפי שבוחר או שמחויב על פי חוק לשקול שיקולים של תחרות ענפית בעת ביצוע המכרז יכול להיעזר במסמך זה בעת תכנון ההתקשרות במכרזים או הליכים תחרותיים.² השיקולים המוצעים עשויים לסייע גם במקרים של רכישת תשומה עבור המדינה בהיקף מאד משמעותי.

בשולי המסמך מוצגים גם שיקולים תחרותיים למכרזי רכש, אותם יש לקחת בחשבון עם שיקולים נוספים ובכל מקרה, בכפוף לחוק חובת המכרזים, כפי שיוצג בהמשך.

מסמך זה משקף את העקרונות המנחים שעל פיהם רשות התחרות כוללת שיקולי תחרות כאשר היא מייעצת בתכנון מכרזים או הליכים תחרותיים אחרים. יובהר, כי שיקולי עורך המכרז הם מגוונים וככלל מוסדרים משפטית בדיני המכרזים.³ אין במסמך זה כדי לחייב את עורך המכרז לפעול על פיו או בכדי לגבור על כל דין והוא אינו מתיימר לדון בשאלות משפטיות שעשויות להתעורר מתחום דיני המכרזים. מטרתו של המסמך לשקף ולהסביר את

¹ השימוש במונח "מכרז" במסמך זה הוא לא בהקשרו המשפטי אלא מבחינה צורנית (ראו הגדרה בפרק א' להלן).

² ראו סעיפים 11-12 לחוק לקידום התחרות ולצמצום הריכוזיות, התשע"ד-2013.

³ השימוש במונח "עורך המכרז" במסמך זה מתייחס באופן כללי לגורם בממשלה שאמון על הוצאת המכרז בפועל לרבות ניסוח מסמכי המכרז, ניהולו ובחירת הזוכה במכרז. ראו להשוואה את הגדרת המונח "מאסדר", להלן ה"ש" 5. בפועל, לעיתים המאסדר הוא גם עורך המכרז אך אין הדבר מחויב.

האופן שבו רשות התחרות מנתחת שיקולי תחרות ענפית במכרזים. עיצוב המכרז בהתאם לדין הכללי ולדיני המכרזים בפרט מוטל על כתפי הגורם שעורך את המכרז.

מסמך זה מפנה זרקור לנקודות העיקריות בנייתוח השפעתם של מכרזים על התחרות. המסמך מתמקד בהשפעות אפשריות של מכרזים על התחרות בשוק בו מתבצע המכרז ובהשפעת מכרזים על שווקי המשך המצויים בהמשך שרשרת הייצור של השוק בו מתבצע המכרז.⁴

במסגרת מסמך זה נסביר את אופן שקילת שיקולים תחרותיים על ידי רשות התחרות בשעה שהיא מייעצת למאסדר בשלב תכנון המכרז וכן חששות תחרותיים מסוגים שונים שעלולים לעלות כתוצאה מעיצוב מכרזים או מהקצאות במסגרת מכרזים.⁵ מכרזים שאין להם השפעות תחרותיות לאחר סיום המכרז – כלומר כאשר המטרה היחידה של המכרז הוא מיקסום הפדיון (או מזעור העלות, במכרז רכש), ואין לתוצאתו השפעה על שוקי המשך או על הצרכנים, אינם מענייניו של מסמך זה. הדגשים השונים שיופיעו במסמך נשענים על ספרות אקדמית רלוונטית וכן על הניסיון המצטבר של הרשות בכובעה כמייעצת בנושאי תחרות בתחום המכרזים.⁶

תובנה יסודית השכיחה בספרות הדנה בתחום המכרזים היא שאין עיצוב מכרז יחיד שהוא בגדר עיצוב "נכון" לכל מכרז. על הגורם שמתכנן את המכרז להתאים את עיצוב המכרז למאפיינים ולנסיבות הרלוונטיות בשוק בו מתבצע המכרז, לתמריצים של שחקנים מסוגים שונים, למטרות אותן הוא מבקש להשיג בהליך המכרזי וכו'.⁷ הניתוח שיופיע בהמשך

⁴ השימוש במונח "שוק" במסמך זה אינו בהכרח מייצג שוק כפי שמקובל בעת ניתוח של הגבלים עסקיים.
⁵ "מאסדר" – מי שאחראי על תכנון פעילות בענף מסוים או נתונה לו הסמכות להקצות נכסים או זכויות או להתקשר בחוזה לאספקת שירותים באותו ענף. יובהר כי מאסדר יכול לאסדר את הפעילות שתחת אחריותו באמצעים שונים, ומכרז הוא רק אחד מהם. ישנה חשיבות שמאסדרים ישקלו שיקולי תחרות גם כאשר הם מאסדרים את תחום הפעילות נשוא אחריותם שלא באמצעות מכרזים. מטרת מסמך זה היא להציג את השיקולים תחרותיים במהלך עריכת מכרזים.
⁶ בפרט, המסמך נשען רבות על המאמרים הבאים: Klemperer, P. (2008). Competition policy in auctions and "bidding markets", *Handbook of Antitrust Economics* (להלן: Klemperer (2008)). מספרי העמודים בהפניות בהמשך למאמר זה מבוססות על הגרסה המופיעה בקישור הבא: Klemperer, P. (2002). What really matters in auction design. *Journal of economic perspectives*, 16(1), 169-189
⁷ Jehiel, P., & Moldovanu, B. (2003). An economic perspective on auctions. *Economic Policy*, 18(36), 269-308
על הגרסה המופיעה בקישור הבא: Cramton, P., Kwerel, E., Rosston, G., & Skrzypacz, A. (2011). Using spectrum auctions to enhance competition in wireless services. *The Journal of Law and Economics*, 54(S4), S167-S188
Klemperer (2002), עמ' 184. ראו שם, עמ' 184-186 לניתוח קצר של התוצאות השונות שהתקבלו במכרזי תדרים סולריים שהתבצעו באירופה; Milgrom, P., (2004). *Putting auction theory to work*. Cambridge University Press (להלן: Milgrom (2004)), עמ' 26-31.

המסמך הוא בעל אופי כללי, ויש להתאימו להקשר הייחודי של המכרזים בשווקים השונים בהם הם נערכים.

המשך המסמך הוא כדלהלן: פרק א' פורש בצורה תמציתית את היתרונות הנובעים משימוש במכרזים בעת הקצאת נכסים; פרקים ב' ו - ג' מציגים שיקולים תחרותיים הרלוונטיים למכרזים בהם תוצאות המכרז משפיעות על התחרות בשוקי המשך ולמכרזי רכש, בהתאמה. פרק ד' מציג בקצרה נקודות ממשק נוספות בין מכרזים לתחרות ופרק ה' מסכם ומפרט רשימת המלצות העולה מהניתוח שמופיע במסמך.

א. היתרונות במכרזים ושיקולים כלליים להצלחתם

לעניין מסמך זה נאמץ את ההגדרה שהציע המלומד עומר דקל למכרז: "הזמנה לתחרות מאורגנת לקראת כריתתו של חוזה"⁸. בהקשר של מסמך זה, מטרתה של התחרות המאורגנת היא הקצאת נכס או שירות. נכס עשוי להיות, בין השאר, נכס ממשי העומד למכירה או נכס שהמדינה מעוניינת לרכוש כחלק ממכרז רכש. שירות עשוי להיות שירות שהזוכה במכרז נדרש להעניק לציבור מסוים בעקבות זכייתו במכרז. התחרות היא מאורגנת מאחר שכללי המכרז כוללים את המידע בדבר ההצעות הקבילות במסגרת המכרז, כלל החלטה המגדיר כיצד נבחרת ההצעה הזוכה, וכדומה.⁹

בספרות מופיעים יתרונות רבים להקצאת נכסים באמצעות מכרזים, שחלקם נכונים ביתר שאת ביחס למאסדר המקצה נכסים, ואמון על טובת הציבור, ולא רק על מיקסום המחיר בו מוקצה הנכס:¹⁰

1. **שקיפות והוגנות:** מכרז הוא מנגנון הקצאה הנגיש לציבור מציעים רחב שעומד בתנאי המכרז, ומנגנון ההקצאה ידוע לציבור. זאת בשונה ממנגנוני הקצאה חלופיים שאינם חשופים לעין הציבור, כגון משא ומתן בילטרלי בין מקצה הנכס למתעניינים בו.

⁸ עומר דקל **מכרזים** כרך ראשון, עמ' 73 (2004).

⁹ Jehiel & Moldovanu (2003), עמ' 5.

¹⁰ שם, עמ' 6-8. במאמר מופיעים מספר יתרונות נוספים שלא נמנו כאן מאחר שחשיבותם משנית. יצוין כי המסמך לא דן בדבר מתי עדיף להקצות נכסים בשיטות שונות (שוק חופשי, מכרז, הענקת רישיון וכדומה) ומטרת פרק זה היא אך ורק להצביע על היבטים חיוביים חשובים המתקיימים בעת הקצאת נכסים בהליך מכרזי.

2. **גילוי מידע:** במקרים רבים הנכס העומד למכרז הוא בעל מאפיינים ייחודיים ואין לו תחליפים קרובים. כתוצאה מכך עורך המכרז מתקשה להעריך מהו המחיר ה"נכון" בו יש למכור את הנכס. במהלך מכרז בו משתתפים מספר מציעים מתרחש גילוי של מידע כתוצאה מההצעות אותם הם מקבלים במהלך המכרז. מידע זה עשוי לשמש הן מוכרים של חפצים דומים והן את המציעים בשוק במקרה בו הם משתתפים במכרזים נוספים.

3. **יעילות פארטו:** הקצאה יעילה פארטו מוגדרת כהקצאה במסגרתה לא ניתן לשפר את תועלתו של אחד הפרטים ללא פגיעה בתועלת של פרטים אחרים. בהתקיים מספר תנאים, המכרזים המקובלים המוזכרים בספרות המכרזים מבטיחים שהתוצאה תהיה יעילה פארטו.¹¹

4. **מקסום ההכנסה של עורך המכרז:** במרבית המקרים ההליך התחרותי במכרז מביא להשאת הרווחים של עורך המכרז ביחס למנגנון הקצאה שאינו תחרותי.

היתרונות השונים של מנגנון המכרז הביאו לשימוש מרובה במכרזים בהקשרים שונים:¹² החל מבמסחר המקוון, בו פלטפורמות רבות מאפשרות מכירה באמצעות מכרזים על חפצים, וכלה במדינות העושות שימוש במכרזים בנסיבות שונות כגון הפרטה של חברות, הקצאת זיכיונות ובהקשרים רבים נוספים.

לעורכי מכרז עשויות להיות פונקציות מטרה שונות. לדוגמה, עורך מכרז המוכר נכס פרטי באמצעות פלטפורמה מקוונת מעוניין, מטבע הדברים, במקסום ההכנסות שלו ממכירת הנכס. כאמור לעיל, תחת תנאים מסוימים מקסום ההכנסות של עורך המכרז אכן עולה בקנה אחד עם הקצאה יעילה של הנכס העומד למכרז, במובן זה שהמציע שמייחס לנכס את הערך הגדול ביותר יזכה בו.¹³

¹¹ לשם ההמחשה נציג דוגמה פשוטה: שני פרטים מגישים הצעות למכרז על יצירת אמנות. התועלת של פרט א' מזכיה במכרז שווה ל-100 ש"ח, והתועלת של פרט ב' שווה ל-50 ש"ח. הקצאה בה שחקן ב' זוכה ביצירת האמנות במחיר של 50 ש"ח אינה יעילה פארטו: התועלת של פרט ב' שווה ל-0 ש"ח (הוא משלם 50 ש"ח ומקבל יצירה שהתועלת שלו ממנה שווה ל-50 ש"ח), התועלת של פרט א' היא אפס (כי הוא לא זכה ביצירת האמנות), ועורך המכרז קיבל 50 ש"ח. במקרה זה ניתן להציע הקצאה חלופית המשפרת את מצבם של כל הצדדים: הקצאת היצירה לפרט א' בתמורה ל-51 ש"ח. התועלת של פרט ב' עדיין תהיה שווה ל-0 (בהקצאה זו הוא לא זוכה ביצירה ולא משלם דבר), התועלת של פרט א' עלתה ל-49 ש"ח, ועורך המכרז קיבל 51 ש"ח לעומת 50 ש"ח בהקצאה המקורית. לדיון בתנאים הנדרשים על מנת שמכרז יבטיח תוצאה יעילה פארטו, ומקרים בהם תנאים אלו אינם מתקיימים, ראו Jehiel & Moldovanu (2003), עמ' 16-12.

¹² חוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992, מגדיר את הגופים ואת ההתקשרויות המחויבים בביצוע מכרז. דברי ההסבר לחוק עומדים על חלק מהיתרונות המפורטים בגוף מסמך זה.

¹³ עם זאת, תוצאה זו אינה מובטחת. ראו דוגמאות לכך אצל Jehiel & Moldovanu (2003), עמ' 24.

עם זאת, גם במקרים בהם ההקצאה המתקבלת היא יעילה פארטו במונחי המשתתפים במכרז, היא לא בהכרח ממקסמת את רווחת כלל השחקנים המושפעים מהמכרז. בפרט, במקרים בהם יש שחקנים נוספים שאינם לוקחים חלק בהליך המכרז ומושפעים מתוצאתו. לדוגמה, בשווקים מסוימים זהות השחקנים בשוק נקבעת הלכה למעשה באמצעות הליכים מכרזיים המתקיימים מעת לעת. כתוצאה מכך, מידת התחרות בשווקים מושפעת בצורה ישירה מתוצאות המכרזים. במקרים אלו, הקבוצה שאינה מיוצגת במכרזים אך מושפעת מתוצאותיהם היא קבוצת הצרכנים בשוק המשך אשר משתמש בתשומה שבה מתבצע המכרז. על מאסדר, האמון על טובת הציבור, לתת את דעתו על כך.

זו אינה רק אפשרות היפותטית. סביר שמי שמייחס לנכס העומד למכרז את הערך הרב ביותר הוא מי שמעוניין לשמר רווחים מונופוליסטיים (או, באופן כללי, רווחים על-תחרותיים). לכן הוא ירצה להבטיח לעצמו אי תחרות (או תחרות מועטה) לאחר המכרז, והדבר מתמרץ אותו להציע הצעה גבוהה משחקנים אחרים על מנת לזכות במכרז. כמובן שכתוצאה מכך צפויים לשרור בשוק מחירים על-תחרותיים ורווחת הצרכנים תקטן ביחס לחלופה בה התחרות עזה יותר בשוק. אלה הם המקרים בהם שומה על מאסדרים העוסקים בהקצאת זכויות לתת משקל גדול ואף מכריע לשיקולי תחרות ענפית (ראו למשל: הוראות סימן ג' לפרק ב' לחוק לקידום התחרות ולצמצום הריכוזיות, התשע"ד-2013). לעיתים שיקולים אלו עולים בקנה אחד עם מקסום רווח, אך לעתים הם באים על חשבון מקסום הרווח. באותם המקרים שהוגדרו בחוק, מנקודת מבט תחרותית, ראוי לשלם מחיר בעד קידום התחרות בשוק.

היבט תחרותי נוסף בתחום המכרזים קשור לעריכת מכרזים חוזרים באותו שוק. אם מתקיים מצב בו זכיה במכרז אחד מגבירה את הסיכוי של הזוכה לזכות גם במכרזים עתידיים, ומקטינה מאוד את ההסתברות של השחקנים שלא זכו במכרז לזכות במכרזים עתידיים, ייתכן מצב בו כדאי למשתתף במכרז להציע הצעה יותר טובה כיום על מנת להנות מרווחים על-תחרותיים בעתיד. במצב זה, טובתו ארוכת הטווח של עורך המכרז היא דווקא לשמר מספר גדול של שחקנים בשוק על מנת להבטיח תחרות גם במכרזים עתידיים.

בשני הפרקים הבאים נתייחס לשני סוגי מכרזים בהם תוצאת המכרז עלולה להעלות חששות תחרותיים: (1) מכרזי זיכיונות בהם הזיכיון המוענק מהווה תשומה לשוק המשך, ו- (2) מכרזי רכש.

ב. שיקולים תחרותיים במכרזים המשפיעים על שווקי המשך

לעיתים, תוצאת מכרז נתון משפיעה על רמת התחרותיות בשוק המצוי במורד שרשרת הייצור בשוק בו נערך המכרז. הדבר מתקיים במכרזים המתקיימים בשווקים שתוצריהם מהווים תשומה לשווקי המשך. במקרים אלו יש לתת את הדעת על שני היבטים שצפויים להשפיע על התחרות בהמשך שרשרת הערך של התחום בו נערך המכרז: (1) הגורם הזוכה במכרז ו- (2) המשתנה עליו נערך המכרז.

ב.1. הגורם הזוכה במכרז

זהות השחקנים הניגשים למכרז משפיעה על התנהגות המתמודדים במכרז ועלולה לפגוע במבנה שווקי המשך לשוק בו נערך המכרז. נספק למקרים אלו שתי דוגמאות מתחום המחצבות:

1. נניח שבשוק גאוגרפי נתון פעילים כרגע שני שחקנים במקטע המחצבות, ומחצבה חדשה עומדת למכרז בשוק זה. אם במחצבה יזכה שחקן שלישי אזי, בממוצע, הרווחים של השחקנים הפעילים עתה בשוק צפויים לקטון, לעומת מצב בו אחד משני השחקנים הללו יזכה בהפעלת המחצבה. השוני ברווח הצפוי, התלוי בזהות השחקן הזוכה (שחקן קיים לעומת שחקן חדש), צפוי להביא לערך שונה שייחסו מתמודדים שונים במכרז לזכייה במחצבה. לשחקנים הקיימים משתלם להציע הצעות גבוהות על מנת למנוע מצב בו יהיו שלושה מתחרים בשוק, בניגוד למצב הנוכחי בו יש רק שניים, מאחר שאם ייכנס שחקן נוסף רווחיהם צפויים להפגע. אף אם זכיה של אחד מהשחקנים הקיימים היא יעילה פארטו בראיה צרה שמסתכלת רק על עורך המכרז והמשתתפים בו (כלומר, השחקן שמייחס את הערך הרב ביותר למחצבה אכן זוכה), מבנה השוק המתקבל במקטע תוצרי החציבה הוא פחות תחרותי ביחס למצב בו השחקן השלישי היה זוכה במחצבה החדשה ונכנס לשוק כשחקן חדש. כשלוקחים בחשבון גם את הצרכנים של תוצרי החציבה, תוצאת מכרז כזה כבר לא בהכרח יעילה פארטו.¹⁴

¹⁴ Klemperer (2002), עמ' 177-178 מתייחס אף הוא לסוגייה של אי הסימטריה בתמריצים בין שחקן הפעיל בשוק לשחקן חדש. לניסוח פורמלי ומפורט יותר ראו Cramton et al. (2011), עמ' 174-173.

2. בתחום מחצבות האבן קיימת תופעה של אינטגרציה אנכית, כאשר חלק ניכר מהחברות שמחזיקות במחצבות מפעילות גם מפעלי בטון הפעילים בשווקי ההמשך של מחצבות האבן. במקרה של מכרז על מחצבה, לשחקנים הפעילים במקטע ייצור הבטון עשוי להיות תמריץ להגיש הצעה גבוהה אם לאחר הזכייה בכוונתם לחסום את מתחריהם במקטע ייצור הבטון מגישה לתשומות הנדרשות לצורך ייצור בטון.

דוגמאות אלו פשוטות ולא בהכרח תופסת את המורכבות הקיימת במכרזים ואת מידת הידיעה שיש לצדדים השונים לגבי התמריצים ומבנה העלויות של מתמודדים אחרים במכרז. עם זאת, מטרתן היא להדגיש את העובדה שבנסיבות מסוימות קיים תמריץ לשחקנים קיימים להציע הצעות גבוהות יותר במכרזים ביחס לשחקנים חדשים, על מנת להבטיח תחרות מועטה ביחס למצב בו ייכנסו לשוק שחקנים חדשים. במקרים בהם יש חשש כזה, ישנם מספר כלים המצויים בידי של המאסדר אשר יכולים לסייע למבנה שוק תחרותי לאחר תום המכרז.

כמקובל בנייתוחים תחרותיים באופן כללי, כניסה של שחקן חדש לשוק צפויה להביא לשיפור המצב התחרותי, ולכך משנה חשיבות בשווקים מעוטי משתתפים. בידי מאסדר המבקש או המחויב, מכוח הדין, להביא לשיפור המצב התחרותי בשוק ממועט משתתפים יש שלושה כלים עיקריים להגדלת מספר השחקנים החדשים הניגשים למכרז. במסגרת תנאי המכרז¹⁵ ניתן לכלול תנאים שצפויים להיטיב את המצב התחרותי בשוק בו מתבצעת ההקצאה:

1. **תנאי סף המונע משחקנים המקימים חשש תחרותי להתמודד במכרז:** עיצוב המכרז באופן כזה שמטרתו, בין היתר, לאפשר לשחקנים חדשים להיכנס לשוק.¹⁶ באופן הזה, ניתן לקבוע בתנאי הסף שתינתן עדיפות לשחקנים חדשים ואף לקבוע תנאי סף שמבהיר שהמכרז אינו מוצע לשחקן קיים. מניעת שחקנים מגישה למכרז תבצע מקום שקיים למאסדר חשש שזכיה של שחקנים אלו במכרז תביא להשפעות תחרותיות לא רצויות. חשש זה, כפי שתואר לעיל, עלול לעלות כאשר השחקנים פועלים באותו מקטע בו מתבצע המכרז (חשש אופקי) או במקטע המשך (חשש

¹⁵ נזכיר כי בהקשר הנוכחי במסמך, מכרז אינו מכרז רכש.

¹⁶ (2011) Cramton et al., s171, s178-180.

אנכי). הפרשת (set aside)¹⁷ הנכס העומד למכרז אך ורק לשחקנים חדשים שאינם מעלים בעיות תחרותיות עשויה להיטיב את המצב התחרותי בשוק. למשל, במכרז בו מוצעים מספר אתרי חציבה, המאסדר הענפי עשוי להגדיר שחלק מאתרים אלה מיועדים להקצאה אך ורק לשחקנים חדשים. בשאר אתרי החציבה המוצעים במכרז יוכלו להשתתף כל השחקנים, גם אלו שכבר פעילים בשוק. פעולה זו תבטיח כניסה של שחקנים חדשים לשוק.¹⁸

2. **סבסוד מציעים חדשים (Bidding Credits):** בספרות האקדמית מוצע לסבסוד מציעים חדשים כך שאם הצעתם תזכה, הם ישלמו רק אחוז מסוים מגובה ההצעה.¹⁹ סבסוד מציעים חדשים מגדיל את הסיכוי של מציעים אלו לזכות גם במקרים בהם הגישה של כלל השחקנים הפוטנציאליים למכרז לא הוגבלה. זהו אמצעי רך יותר להגבלת שחקנים קיימים, אשר עדיין מאפשר להם לגשת למכרז אם כי בתנאים נחותים.

3. **חלוקת הזיכיון למספר זיכיונות:** במקרים מסוימים אין הכרח להקצות את הזיכיון כולו למפעיל יחיד מאחר והזיכיון ניתן לחלוקה. לדוגמה, רשות מקרקעי ישראל עורכת מכרזים בהם זיכיון להפעלת מחצבה עומד למכרז. השטח הכולל של המחצבה ניתן, במקרים מסוימים, לחלוקה למספר תאי שטח מובחנים אליהם ניתן להכניס מספר מפעילים כאשר כל אחד מהם יחצוב בתא שטח עם זיכיון משלו. כפי שנאמר לעיל, חלוקה למספר תאי חציבה, בהם פעילים מפעילים שונים, צפויה להיטיב את המצב התחרותי. יתרון נוסף הנובע מחלוקת הנכס הוא שמכרזו בנפרד מאפשר לנקוט באמצעים הפרו-תחרותיים שנזכרו לעיל ביתר קלות מאחר שגם במקרה בו תא שטח מסוים "נשמר" לצורך שחקנים חדשים, קיימים תאי שטח אחרים עליהם יכולים להתמודד במכרז השחקנים הקיימים בשוק.

¹⁷ Set aside הוא המונח בו משתמשים Cramton et al. (2011), עמ' 171, וכן בעמ' 174-173. לדיון ביתרונות נוספים הנובעים מאמצעי זה ראו Milgrom (2004), עמ' 235-237.

¹⁸ בפועל נעשה שימוש בכלי זה במספר מקרים בשנים האחרונות. לדוגמה, במכרז שערכה חברת נמלי ישראל – פיתוח ונכסים בע"מ (להלן "חנ"י") למתן הרשאה להפעלת רציף 30 בנמל אשדוד, המשמש לפריקת צמנט, אימצה חנ"י את המלצת הממונה לאסור על יצרני הצמנט המקומיים להשתתף במכרז. עתירות שהגישה מלט הר טוב בהקשר זה נדחו על ידי בתי המשפט. מובן שאם אמצעי זה ננקט במסגרת מכרז על מנת להבטיח ששחקנים שמעלים חשש תחרותי לא יזכו בו, אז יש למנוע מזוכה המכרז להעביר לאחר הזכיה את הנכס או השירות לשחקן שמנעו ממנו לגשת למכרז בשל חששות תחרותיים.

¹⁹ Cramton et al. (2011), עמ' 171, 181-180; Klemperer (2008), עמ' 26-27; OECD Policy Roundtables – Concessions (2006), עמ' 27 (להלן: OECD (2006)). Cramton et al. (2011) מציינים כי באופן היסטורי מטרת השימוש בסבסוד מציעים בארה"ב הייתה סיוע לעסקים קטנים. אך הם מציינים כי אין מניעה להשתמש במנגנון זה לטובת משיכת כל סוג של שחקנים חדשים לשוק.

ב.2. קביעת משתנה הזכייה במכרז

גורם נוסף שעשוי להיות בעל חשיבות רבה במכרזים הוא משתנה הזכייה במכרז. עורך המכרז קובע מהו המשתנה לגביו מוצעות ההצעות במכרז, וקביעה זו עשויה להיות בעלת השפעה ניכרת על המתרחש בשוק בו מתקיים המכרז. קביעה זו מקבלת משנה חשיבות בשווקים בהם המכרז הוא על זיכיון והתוצר בשוק הוא תשומה של שוק המשך – מטבע הדברים, ככל שמחיר התוצר בשוק יעלה בצורה מלאכותית כתוצאה ממנגנון המכרז, הדבר יגרום לעלייה במחיר בהמשך שרשרת הייצור ולפגיעה ביעילות.

אפשר להדגים את חשיבות קביעת משתנה הזכייה במכרז דרך שוק המחצבות. כאשר מנגנון המכרז הוא תמלוג המשולם בגין כל טון שמפעיל המחצבה מוציא משטח המחצבה, תמלוג זה משפיע במישרין על העלות השולית של מכירת כל טון ומייקר את חומרי הגלם ללקוחות תוצרי המחצבה. כמו כן, במקרה בו מחיר השוק של תוצר מסוג מסוים נמוך מאוד, ייתכן שגובה התמלוג עליו התחייב הזוכה במכרז הופך את מכירת התוצר האמור ללא כדאית כלל למרות שמבחינת יעילות משקית כוללת עדיף שהמוצר ייוצר.²⁰

גם בנושא זה יש יתרונות וחסרונות לשיטות שונות ודרוש, בהינתן מאפייני השוק, לקבל החלטה המאזנת בין הפדיון המתקבל לבין השפעה על שווקי המשך. נתייחס כאן לשני סוגים של משתנים שכיחים – תשלום קבוע (לשם הפשטות נניח שהוא מועבר בצורה חד פעמית, מיד לאחר המכרז) ותמלוג עבור כל יחידת תפוקה. למשתנים אלו עשויה להיות השפעה על הכמויות והמחירים המתקבלים בשוק בו נערך המכרז:

1. **תשלום קבוע:** תשלום קבוע לא מעלה את העלויות השוליות של השחקן הזוכה במהלך הפעילות השוטפת שלו.²¹ כתוצאה מכך, העלויות היחידות שמשפיעות על המחיר שיציע השחקן הזוכה הן עלויות הייצור שלו, ואין עליה מלאכותית של המחיר בגין תשלום תמלוגים למאסדר שעורך את המכרז. יחד עם זאת, במקרים מסוימים תשלום חד פעמי עלול להעלות חסמי כניסה לשחקנים קטנים וחסרי "ביסים עמוקים", או שיכולת גיוס האשראי שלהם טובה פחות משל שחקנים גדולים

²⁰ להרחבה ראה בדו"ח רשות התחרות שעסק בנושא: "הגברת התחרות בענף מחצבות האגרגטים: מתודולוגיה לבחינת ריכוזיות גאוגרפית והמלצות מדיניות", עמ' 47-48.

²¹ אם יש עלות משקית ליחידת תוצר, למשל בשל הקטנת מלאי חומרי החציבה שיהיו קיימים במחצבה בעתיד, המאסדר יכול לקבוע מראש תמלוג בגובה עלות זאת וכך כמות החציבה תהיה ברמה יעילה.

ומבוססים יותר. חברות אלו עשויות להידרש לריבית גבוהה יותר לצורך החזר הלוואות, וכתוצאה מכך יכולתן לזכות במכרז תקטן. בנוסף, במנגנון תשלום זה כל סיכון הקשור לתנודות בביקוש מוטל על הזוכה במכרז, היות שהמאסדר שעורך את המכרז מקבל את התשלום ללא תלות בביצועי השחקן המפעיל את הזיכיון. סיכון זה עלול להרתיע שחקנים קטנים ובעלי שנאת סיכון גדולה יותר מלהשתתף במכרז.

2. **תמלוג:** התמלוג מועבר כסכום קבוע בגין כל יחידה שנמכרת. כלומר, התמלוג הופך לרכיב בעלות השולית של מפעיל הזיכיון, ועלות זו צפויה להתגלגל, לפחות בחלקה, למחיר בשוק ההמשך, ולהביא לעליית מחירים ולצמצום הכמות הנמכרת ביחס לשוק בו תמלוג אינו קיים.²² מנגד, מכרז על התמלוג מביא לחלוקת סיכונים מאוזנת יותר בין המדינה לבין הזוכה במכרז, מאחר שהסכום המועבר על ידי הזוכה תלוי בהיקף הפעילות של הזוכה לאורך תקופת ההקצאה.

הטבלה הבאה מסכמת את ההשפעות של משתני המכרז הללו, בהקשר של מרכזי מחצבות, על פרמטרים רלוונטיים מנקודת מבטו של המאסדר שעורך את המכרז:

השפעה על המחיר בשוק הזיכיון	השפעה על חסמי כניסה	חלוקת סיכון הביקוש	תמריץ להשקעה במחצבה	יצירת עיוות בתמהיל החומרים הנחצבים
תשלום קבוע	אין	מעלה חסמי כניסה מימוניים	תמריץ גבוה להשקעה	לא
תמלוג	אין	חלוקת סיכונים מאוזנת בין המפעיל לממשלה	תמריץ נמוך ביחס לתשלום קבוע	כן (אם התמלוג אחיד)

שקילת שיקולי תחרות במכרזים

²² צורה אחרת של תמלוג היא כאחוז קבוע מתוך הפדיון של המפעיל. ההשפעות האיכותיות של תמלוג כאחוז מהפדיון על המאפיינים המצוינים בפסקה זו דומות לאלו של תמלוג המוגדר כסכום קבוע ליחידה נמכרת. ראו: Kwon, Y., Lee, J., & Oh, Y. (2010). Economic and policy implications of spectrum license fee payment methods. *Telecommunications Policy*, 34(3). לניתוח מפורט של משתני זכיה שונים על המתרחש בשוק בהם מתבצע המכרז.



במקרים מסוימים ניתן לשלב בין המנגנונים השונים, המביאים לידי ביטוי את היתרונות הקיימים בכל אחת מהשיטות. דוגמה לכך היא מנגנון בו חלק מהתשלום מועבר באמצעות תשלום קבוע שעל בסיסו מתבצע המכרז, ובנוסף המפעיל משלם תמלוגים קבועים עבור כל יחידת תפוקה אשר נקבעו

על ידי המאסדר שעורך את המכרז.²³ דוגמה נוספת היא מכרז על גובה התמלוג, תוך הכללת תשלום קבוע משמעותי שישולם עבור הזכות להפעיל את המחצבה במסגרת המכרז (או לחלופין כמות מינימלית שהזוכה יצטרך לשלם עליה בכל מקרה). כתוצאה מגביית התשלום הקבוע, התמלוגים שיוצעו במכרז צפויים להיות נמוכים ממצב בו אין עלות קבועה כלל – ולכן השפעת התמלוג על מבנה העלויות השוליות של השחקן הזוכה תקטן.

חלופה שלישית היא עריכת מכרז על גובה התמלוג ומתן הנחות מן התמלוג הזוכה ככל שהכמות הנמכרת עולה. במצב זה ככל שהכמות הנמכרת תגדל, העלות השולית של הזוכה תקטן. כתוצאה מכך יהיה לזוכה תמריץ למכור כמויות גדולות יותר.²⁴

ג. שיקולים תחרותיים במכרזי רכש²⁵

מכרזי רכש הם מכרזים בהם המדינה רוכשת מוצר או שירות במסגרת מכרז. מכרזים אלו נכתבים בהתאם לחוק חובת המכרזים ותקנותיו וכן להוראות התכ"ם שמפרסם החשב הכללי. בהתאם לחוק והתקנות, במכרז יש לבחור את ההצעה שמעניקה את מרב היתרונות לעורך המכרז. במקרים מסוימים, במכרזי רכש גדולים שבהם המדינה היא קונה משמעותי בשוק, הזוכה במכרז צפוי לזכות במומחיות בתחום בו מתבצע המכרז או ביתרונות משמעותיים לגודל כתוצאה מעיצוב המכרז, בפרט במקרים בהם מוגדר זוכה יחיד. מומחיות ויתרונות

²³ ראו, למשל: Hendricks, K., & Porter, R. H. (2014). Auctioning resource rights. *Annu. Rev. Resour. Econ.*, 6(1), 175–190.

²⁴ נעשה שימוש במנגנון זה במכרז שהוציאה חברת נמלי ישראל שעניינו מתן הרשאה לשימוש בקרקע בשטח הידוע כ"רציף 30" באשדוד לשם פריקת מלט מצובר. כמו כן, בשווקים כמו שוק המחצבות, הנחות בגובה התמלוג עשויה לאפשר מכירה של מגוון גדול יותר של תוצרי מחצבה לעומת מצב בו יש תמלוג אחיד ההופך את מכירת התוצרים שמחירם בשוק ההמשך נמוך ללא כדאית.

²⁵ כפי שצוין ברקע למסמך (ראו עמ' 3 לעיל), הדיון בפרק זה רלוונטי בעיקר למכרזי רכש בהיקף משמעותי מאוד באופן יחסי לגודל השוק בו נערך המכרז.

לגודל, בפני עצמם, הם בגדר תופעות חיוביות ורצויות. עם זאת, במצבים מעין אלו קיים חשש תחרותי הנובע מכך שהזוכה בלבד הוא זה שיצבור מומחיות או יתרונות משמעותיים לגודל כתוצאה מהמכרז, בעוד שיכולתם של שחקנים אחרים לזכות ביתרונות אלו מוגבלת. יתרונות אלו עלולים להביא לתוצאה בעייתית מבחינת המדינה כרוכשת: שימור או יצירה של מעמד דומיננטי של שחקנים קיימים בשוק (עד כדי קיום כוח שוק רב בידי הזוכה במכרז), כתוצאה מהמכרז בו הוא זכה, אשר עשויה לפגוע בהצלחת מכרז דומה בתקופת המכרז הבאה כתוצאה ממספר מציעים קטן וכוח שוק שיאפשר גביית מחיר גבוה יותר על ידי אותו השחקן.²⁶

החשש לפגיעה במכרזים עתידיים עשוי להתממש במקרה בו קיים קשר בין זכיה במכרז בתקופה נתונה לסיכויי הזכיה במכרזים עתידיים שנערכים על ידי אותו הגורם (לדוגמה, כשיש תנאי סף הדורשים ניסיון קודם בהיקף משמעותי או מתן ניקוד גדול יותר למציעים שמוכיחים ניסיון כזה). בפרט הדבר נכון במקרים בהם המכרזים נערכים כך ששיעור משמעותי מהיקף הפעילות מוענק לזוכה יחיד וכתוצאה מכך צבירת המומחיות בתקופה הראשונה עלולה להביא לתחרות מועטה ולפגיעה בהצלחת המכרזים העתידיים.²⁷

קלמפרר מציין דוגמה בה חשש זה התממש ממכרז שהתבצע על זיכיון להפעלת "מפעל הפיס" הבריטי (UK National Lottery). בתקופת המכרז הראשונה נגשו שמונה מתמודדים, והוא נקצב לתקופה של שבע שנים. בתקופת המכרז השניה נגשו שני מתמודדים בלבד. לדבריו, הדבר היה צפוי לאור העובדה שהחברה הזוכה פיתחה מוניטין והתמחות במהלך תקופת ההפעלה הראשונה, וחברות אחרות הבינו שהן צפויות להתקשות בהתמודדות מולה במכרז השני.²⁸ במכרזי רכש בתחום הציוד המשרדי שבחנה הרשות בעבר נמצאה תופעה דומה. במרבית ממכרזי רכש הציוד המשרדי בהיקף נרחב זכו שתי חברות בלבד,

²⁶ כפי שניתן לראות, החשש התחרותי המצוין הוא חשש לפגיעה בעורך המכרז עצמו (כלומר, במזמין מכרז הרכש) במכרז עתידי כתוצאה מקיום כוח שוק בידי הזוכה בעתיד. למותר לציין שייחבנו מקרים מסוימים בהם השיקולים התחרותיים גוברים, ובמקרים אחרים שיקולים אחרים עשויים לדחות את שיקולי התחרות מאחר ובשיקולים האחרים גלומים יתרונות גדולים יותר לעורך המכרז.

²⁷ בנסיבות מסוימות בהן זכיה במכרז מביאה לקיום יתרונות משמעותיים לגודל ייתכן והזוכה יחזיק בכוח שוק כתוצאה מן המכרז. הדבר עשוי להתרחש למשל בשוקים דו-צידיים שבהם יתרונות לגודל מגבירים משמעותית את הסיכוי לתפיסת נתח שוק גדול.

²⁸ Klemperer (2008), עמ' 10-11. קלמפרר מתייחס שם למספר היבטים שליליים נוספים שנבעו מהמומחיות והמעמד שצבר הזוכה במכרז הראשון.

ומספר המציעים בהם לא עלה על שניים. לו היו ניגשים למכרזים אלו שחקנים רבים יותר התחרות ביניהם צפויה היתה להיות עזה יותר ביחס למצב עניינים זה.

קיימות מספר דרכים להתמודד עם תופעה זו:

1. **הגדרה שונה של הנכס העומד למכרז:** כאמור, מכרזים מתייחסים לנכס (או שירות)

העומד למכירה או לרכישה. במקרים מסוימים ברור מהי הגדרת הנכס הרלוונטי למכרז, כגון מכרזים בהם נמכרות יצירות אומנות. עם זאת, וכפי שצוין בפרק הקודם, במקרים אחרים הנכס הרלוונטי אינו מוגדר היטב והוא עשוי להיות ניתן לחלוקה. במקרים בהם הנכס ניתן לחלוקה יש לשקול פיצול של הנכס למספר חלקים שימוכרזו בנפרד. לדוגמה, משרד התחבורה עורך מכרז נפרד להפעלת תחבורה ציבורית בכל "אשכול" גיאוגרפי. כך מתקיימים מכרזים בתדירות רבה יותר והדבר משמר מספר גדול יותר של שחקנים בשוק ביחס למצב בו כל שוק התחבורה הציבורית היה ממוכרז במכרז יחיד. מכרז בנפרד מאפשר כניסה של שחקנים מרובים לשוק בו מתבצע המכרז.²⁹ במקרה של מכרזים במתן שירות, מכרז בנפרד מאפשר למספר שחקנים גדול יותר לרכוש את הידע הדרוש לשם אספקת השירות, וכך צפוי להשפיע בצורה חיובית על מידת התחרות שתתקיים במכרזים עתידיים על אספקת אותו שירות.³⁰ במקרה זה צריך לקחת בחשבון את שני צידי המטבע – מחד, יתרון לגודל והיכולת להקטין עלויות באמצעות איחוד לקוחות או שירותים ומאידך, שימת דגש לכך שלמציע יש ויהיו מתחרים בהמשך.

2. **הגדרת מספר זוכים במכרז נתון:** במכרזים על מכסות ייבוא פטורות ממכס בתחום

המזון (גבינות קשות ובשר) זכו מספר שחקנים ולא זוכה אחד בלבד. כך התחרות בין החברות הזוכות על המחיר לצרכן הסופי של מוצרים אלו נשמרת גם לאחר המכרז.

²⁹ ראו לעניין זה סעיף 2ג לחוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992, וכן סעיף 2.1.2.1 להוראת תכ"ם 7.4.2.7 "שילוב עסקים זעירים, קטנים ובינוניים במכרזים ממשלתיים" (9.1.2017), שלפיהן, בנסיבות מסוימות, שומה על עורכי מכרזים לפעול לצמצום היקף ההתקשרות על ידי פיצול ההתקשרות לסלים לפי מוצרים, שירותים או אזורים גאוגרפיים, במטרה להפחית חסמי כניסה בפני עסקים זעירים, קטנים ובינוניים.

³⁰ לדיון נוסף ראו Milgrom (2004), עמ' 238-239, שם הוא מציין גם שאם מספר השחקנים בשוק קבוע עלול להיות לחלוקה השפעה שלילית על תוצאות המכרז. עם זאת, הוא מכיר בכך שחלוקה למספר מכרזים מעודדת השתתפות של שחקנים נוספים במכרז. במקרים מסוימים בהם מחלקים נכס למספר מכרזים ניתן אף לשקול הגבלה על מספר המכרזים בהם יכול לזכות שחקן יחיד.

מנגנונים אלו מאפשרים שימור התחרות במכרזים עתידיים שמתבצעים באותו השוק.³¹ יתרון נוסף במנגנונים אלו טמון בכך ששימור מספר שחקנים בשוק מאפשר, במקרים מסוימים, להשוות את איכות השירות שמספקים השחקנים השונים או את עלויות התפעול שלהם ("Yardstick competition") וכך יוצר תחרות ביניהם גם לאחר סיום המכרז. מדדים אלו עשויים לשמש את עורך המכרז במכרזים עתידיים שיבצע.³²

ד. שיקולים נוספים

שני הפרקים האחרונים התייחסו לחששות תחרותיים מובהקים ולאמצעים שישנם בידי המאסדר או עורך המכרז על מנת להתמודד איתם ולהביא לתמונת מצב תחרותית יותר בשוק בו מתבצע המכרז בהתייחס לשני סוגים מובחנים של מכרזים: מכרזי רכש ומכרזים המשפיעים על שווקי המשך. בפרק זה נתייחס בקצרה למספר שיקולים נוספים, הרלוונטיים לכלל סוגי המכרזים, שיש להם השפעה על הצלחת המכרז ובנוסף עשויה להיות להם השפעה על התחרות.

ד.1. הפחתת חסמי כניסה בפני המציעים במכרז

כמקובל בניתוח תחרותי באופן כללי, מספר שחקנים גדול יותר צפוי להביא לשיפור המצב התחרותי בשוק נתון. על כן, ישנה חשיבות למשוך מספר שחקנים גדול שיתחרו על המכרז וכך יגבר הסיכוי שלשוק ייכנסו שחקנים חדשים נוספים.³³

בדומה לתחרות בשווקים רגילים – ככל שחסמי הכניסה בפני גישה למכרז יהיו נמוכים יותר, כך נצפה שהמכרז ימשוך מציעים רבים יותר ומידת התחרות במכרז תגדל.³⁴ בפרט, הדבר

³¹ יובהר כי הרשות אינה סבורה שיש להימנע, קטגורית, ממכרזים גדולים. ייתכנו מצבים שבהם דווקא עריכת מכרז גדול צפויה להניב יתרונות משמעותיים לעורך המכרז בדמות חיסכון כתוצאה מיתרונות לגודל או חיסכון בעלויות עריכת המכרז. הרשות ממליצה לבחון היטב מתי יש לתת עדיפות לשיקולים התחרותיים על פני שיקולים אחרים, וגם במקרים בהם השיקולים התחרותיים אינם גוברים – להביא אותם בחשבון במידת האפשר בעת עריכת המכרז.

³² לחשיבות של יכולת השוואה עלויות אספקת שירות בין שחקנים שונים, ראו: Shleifer, A. (1985). A theory of yardstick competition. *The RAND Journal of Economics*, 319–327.

³³ היבט נוסף שקשור להגברת התחרות על המכרז היא החשיבות שבמניעת תיאום בין מציעים שונים במהלך המכרז. ככל ששחקנים רבים יותר ניגשים למכרז וככל שקשה יותר לשחקנים לתקשר במהלך המכרז כך קשה יותר לבצע תיאום במהלך המכרז. למותר לציין שתיאום מכרז מהווה עבירה על חוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988, אך מטרת מסמך זה אינה לעסוק בהיבטים המשפטיים של תיאום מכרז.

³⁴ Klemperer (2002), עמ' 175–172.

חשוב על מנת למשוך שחקנים קטנים או חדשים,³⁵ שצפויים להימנע מלגשת למכרזים בהם קיימים חסמי כניסה גבוהים.

שחקנים עלולים להיתקל במגוון חסמי כניסה. נתייחס כאן לשלושה סוגים נפוצים של חסמים: חסמים הנובעים מעלויות גישה למכרז (ובכללן גם דרישות ניסיון מוקדם), וחסמי מימון שעלולים להקשות על יכולת התחרות של שחקנים קטנים. שלושת הסוגים הללו הם בגדר דוגמאות בלבד, וסביר שבתחומים ספציפיים קיימים חסמי כניסה אחרים.

1. עלויות גישה למכרז: מטבע הדברים, עלויות הגישה למכרז משפיעות על שיקולי

השחקנים בבואם להחליט אם לגשת למכרז או להימנע מכך. ככל שעלויות אלו יפחתו, כך יתמרצו שחקנים רבים יותר לגשת למכרז. בשימוע להפחתת עלויות במכרזים שנערך על ידי ה-OECD, הומלץ, בין היתר, לצמצם את הבירוקרטיה הנלווית להגשת מסמכי המכרז; לאפשר הגשה של המסמכים הקבועים הנדרשים לצורך המכרז במועד נתון, ומכוח מסמכים אלו להגיש הצעות במכרזים בתקופת זמן עתידית נקובה; לספק מידע לשחקנים כך שעלויות חיפוש המידע שלהם יקטנו ועוד.³⁶

2. חסמי מימון: ככלל, במכרזים על פרויקטים גדולים או על אספקת שירותים בקנה

מידה נרחב קיים רכיב של תשלום כספי גדול אותו נדרשים המציעים לשלם מראש. ניתן לציין כדוגמאות לכך דמי ערבות או מכרזים בהם מנגנון הזכיה הוא הסכום הגבוה ביותר שמוצע ומועבר כתשלום חד פעמי לעורך המכרז. תשלומים חד-פעמיים גבוהים יכולים להרתיע שחקנים קטנים וחדשים מהשתתפות במכרז. במקרים אלו אחת הדרכים להקל על שחקנים חדשים לגשת היא מתן אפשרות לפריסת תשלומים נוחה יותר, וכך להוריד את חסמי כניסה המימוניים למכרז.³⁷ למותר לציין כי ככל שננקטת אסטרטגיה להעדפת מציעים חדשים יש להגביל את

³⁵ הדבר נכון ביתר שאת בשווקים בהם מספר השחקנים הוא קטן.

³⁶ OECD Hearing on the Use of Tenders and Auctions (2014), (להלן: OECD (2014)), עמ' 4. גם הדין הישראלי מכיר בכך שצריך להמנע, ככל הניתן, מעלויות גישה למכרז. ראו סעיף 2א(א) לחוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992. סעיף 17(א) לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993. סעיפים 2.2.2, 2.2.3 ו-2.2.4 להוראת תכ"ם 7.4.2.7 "שילוב עסקים זעירים, קטנים ובינוניים במכרזים ממשלתיים" (9.1.2017).

³⁷ Cramton et al. (2011), עמ' 179. במקרה קצה ניתן לשלם למציעים לגשת למכרז בצורות שונות, כגון החזרת העלויות של הכנת המכרז במקרה של זכיה (Klemperer (2002)).

יכולתם למכור את הנכס לשחקנים אחרים במחיר מלא, וכך ליהנות מרווחי ארביטראז'.³⁸

3. **ניסיון מוקדם:** דרישות לניסיון מוקדם הן חסם כניסה בפני שחקנים שאינם בעלי הניסיון הנדרש במכרז. מנגד, דרישות לניסיון מוקדם הן הגיוניות ומוצדקות במקרים רבים מאחר שעורך המכרז מעוניין לוודא שהזוכה במכרז יוכל לספק את הנכס או השירות מושא המכרז. לאור ההשפעות המנוגדות הללו על עורך המכרז לבחון היטב אלו דרישות ניסיון מוקדם הן הכרחיות ולהמנע מהצבת דרישות ניסיון מוקדם שאינן הכרחיות לצורך הבטחת הצלחת המכרז, על מנת לאפשר למספר שחקנים גדול ככל הניתן להתמודד במכרז. בין היתר, דרישות לפריסה גאוגרפית ארצית או לפרויקטים קודמים בהיקף גדול מאוד עשויות להקים חסם כניסה שמצמצם את מספר השחקנים שביכולתם לגשת למכרז.

ד.2. קביעת תקופת המכרז

במקרים בהם מוענק במכרז רישיון לאספקת שירות או להפעלת נכס לתקופה קצובה בזמן, המאסדר מאזן בין שיקולים שונים בעת ההחלטה על התקופה שלגביה יתבצע המכרז. הקצאה לתקופה ארוכה מעלה חשש במקרה בו ההקצאה העומדת למכרז נוגעת לפעילות בחלק משמעותי בשוק בו דרושה התמחות נכרת. במקרה זה קיים חשש שהשחקן שזוכה במכרז בתקופה הראשונה יצבור התמחות במהלך התקופה בה הוא יפעל במסגרת ההקצאה, והדבר ירתיע שחקנים אחרים מגישה למכרז בתקופות עתידיות מאחר שאין להם את ההתמחות הדרושה לשם השימוש בהקצאה, וכתוצאה מכך עלולה להיפגע התחרות בענף בכללותו.

לעומת זאת, להקצאה ארוכה עשויים להיות יתרונות במקרים בהם נדרשת השקעה ניכרת בתשתיות לשם מימוש ההקצאה. תקופת זמן קצרה עשויה להביא להשקעה תת-אופטימלית או לשימוש תת-אופטימלי בהקצאה.³⁹ דוגמה לכך קיימת במכרזים בתחום המחצבות, בהם תקופת הקצאה ממושכת צפויה לעודד חציבה אופטימלית יותר משטחי המחצבות ואילו

³⁸ ראה Klemperer (2008), עמ' 41 (ה"ש 100) לדוגמה לתופעה זו.

³⁹ OECD (2014), עמ' 13.

תקופת הקצאה קצרה מדי עלולה לתמרץ חציבה של תוצרי החציבה האיכותיים בלבד והותרת המחצבה במצב נחות עבור מפעילים עתידיים.⁴⁰

שיקולים אלו נתונים להחלטת המאסדר אשר מטבע הדברים רואה לנגד עיניו שיקולים נוספים מעבר לשיקולים התחרותיים. האיזון ביניהם יעשה על ידי המאסדר על בסיס מאפייני השוק הרלוונטי ודרישות ההקצאה. שיקולים אלה עשויים לסייע גם כאשר המדינה מתקשרת במכרז רכש שכן בדומה לשיקולים שנטענו בפרק ג', שקילת שיקולים אלו במכרז נתון משפיעה על הגמישות, האיכות והמגוון של האפשרויות שיעמדו בפני המדינה בהתקשרות חוזרת במכרז דומה.

ד.3. אכיפת תנאי המכרז

בחלק זה נתייחס לנושא של אכיפת תנאי המכרז, תקופת ההתקשרות מושא המכרז (במקרה של מכרזים על אספקת שירות או על זיכיון לתקופה נקובה) ולשיקולים שונים בנושא מנגנון המכרז.

כאמור, במהלך הליך מכרזי קיימים תנאים שונים המפורטים בגוף המכרז. תנאים אלו נוגעים לשיטה בה נקבע הזוכה, לדרישות סף בהם נדרש הזוכה לעמוד, לסנקציות המוטלות על הזוכה במקרה של אי עמידה בדרישות אלו וכד'. אכיפת תנאי המכרז היא בעלת חשיבות רבה בהיבטים שונים של ההליך המכרזי:

א. **קביעת ההצעה הזוכה:** בהינתן צורת מכרז מסוימת חשוב להגדיר את הזוכה כפי שנקבע בכללי המכרז מאחר שיתרונות מנגנון המכרז הנבחר באים לידי ביטוי כאשר לא ניתן לשנות בדיעבד את כללי המכרז. לדוגמה, נניח מכרז בו המגישים נדרשים להציע את ההצעות שלהם במעטפה חתומה, וההצעה הגבוהה ביותר היא ההצעה הזוכה. מי שהציע את ההצעה הזוכה נדרש לשלם את הסכום שהציע (מכרז המתבצע בצורה זו נקרא בספרות "מכרז מעטפה של מחיר ראשון"). אם מתאפשרת הגשת הצעות נוספות לאחר בחירת ההצעה הזוכה מתוך ההצעות שהוגשו, הרי שהמכרז הופך בפועל למכרז פומבי "אנגלי" – מכרז בו יש כרוז המעלה את מחיר הנכס העומד למכרז. מכרז "אנגלי" מסתיים רק בשעה שנותר מציע יחיד במכרז, ולמעשה

⁴⁰ ראו בדו"ח הוועדה לבחינת מדיניות המקרקעין בתחום המחצבות, עמ' 18 (הדו"ח מופיע בקישור הבא: http://www.moch.gov.il/SiteCollectionDocuments/odot/veaadat_balenikov/doch_sofi_2642015.pdf).

הזוכה משלם סכום השווה להצעה השניה בגובהה. אם השחקנים יכולים לצפות מראש שתרחיש שכזה יתממש, היתרונות במכרז מעטפה של מחיר ראשון יתבטלו ולמעשה המכרז הוא בגדר מכרז מעטפה משובש.⁴¹

ב. **מניעת משא ומתן בדיעבד:** במכרזי זיכיונות מתועדת בספרות תופעה של משא ומתן בדיעבד לגבי עמידה בתנאי המכרז. מחקרים שונים שבחנו מכרזי זיכיונות באמריקה הלטינית הצביעו על שיעור לא מבוטל של מכרזים בהם התבצע משא ומתן בדיעבד.⁴² למשא ומתן בדיעבד קיימות עלויות המושגות על הגורמים השונים בשוק. במקרה בו שחקנים יכולים לצפות שמשא ומתן שכזה אכן יתקיים, זה עלול להשפיע על התמריצים שלהם ועל ההצעה אותה הם בוחרים להציע במכרז. במצבים מסוימים הדבר עלול להביא לכך שהזוכה במכרז יהיה השחקן שסבור שברשותו יכולות המיקוח הטובות ביותר כנגד עורך המכרז, במקום השחקן היעיל ביותר.⁴³ על מנת למנוע מצב זה ניתן לכלול בתנאי המכרז מגבלות על סטיה מתנאי המכרז, הן בצורת סנקציות (ואכיפה אפקטיבית שלהן) והן בצורת תמריצים לעמידה ביעדים.⁴⁴

ג. **"מקלות וגזרים":** במקרים בהם עניינו של המכרז הוא זיכיון המוענק לתקופה קצובה או על אספקת שירות, ניתן לכלול בתנאי המכרז מנגנונים המעניקים "ציון" להתנהגות השחקן בזמן תקופת המכרז. על הפרמטרים הנכללים בהענקת הציון להיות שקופים לשחקנים בשוק, וכן הדרך בה הם משוקללים ל"ציון" המוענק להם. "ציון" זה ילקח בחשבון בעת התמודדותו על מכרזים עתידיים, ויביא להגדלת או הקטנת הסיכוי שלו לזכות בהם.⁴⁵ במקרי קצה, ניתן לשקול כי שחקן שה"ציון" שלו נמוך מציון סף מסוים מנוע מלגשת למכרז עתידי.⁴⁶

⁴¹ Klemperer (2002), עמ' 177. לגבי היתרונות והחסרונות שבסוגי מכרז שונים, ראה (Klemperer (2008), עמ' 13-19.

⁴² OECD (2014), עמ' 15, מצוטט מחקר לפיו ב-41% ממכרזי הזיכיונות שבוצעו באמריקה הלטינית בתחומים שונים (להוציא את תחום הטלקומיוניקציה) התקיים משא ומתן בדיעבד לגבי המכרז.
⁴³ שם.

⁴⁴ OECD (2014), עמ' 16-17. המקרה הוא שונה במצב בו נקבע מראש שיתקיים משא ומתן בין עורך המכרז לבין הזוכה. למשל, בחוק חובת המכרזים נקבע שניתן בסוגי עסקאות מסוימות לנהל משא ומתן עם המציעים שהצעותיהם נמצאו מתאימות (להסדרה של עניין זה בדין ראו סעיף 4(א)(3) לחוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992 וסעיף 7(א) לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993).

⁴⁵ מנגנונים דומים קיימים במכרזים על הפעלת אשכולות תחבורה ציבורית, לדוגמה.
⁴⁶ איננו ממליצים להתחייב מראש על מנגנון השקלול בין הניקוד לבין ההצעה במכרז, מאחר שהשקלול עשוי להשתנות. לצד זאת, בעת ביצוע מכרז אופן השקלול שבין ה"ציון" לבין ההצעה צריך להיות ברור למתמודדים (עלי ידי פירוט של אופן השקלול בחוברת המכרז, למשל).

ה. סיכום והמלצות

מסמך זה כולל סקירה של תחום המכרזים על היתרונות הנובעים מהם והדרך לממש את היתרונות הללו. המסמך פורס איך רשות התחרות מנתחת את הנושא כשהדברים מובאים בפניה ולכן גם הקדשת תשומת לב אל נושאים אלה יכול לטייב תחרות: התמריצים השונים הניצבים בפני שחקנים קיימים בשוק ביחס לשחקנים חדשים; הגדרה נאותה של הנכס או השירות העומד למכרז; החשיבות שבמשיכת שחקנים חדשים להשתתפות במכרז; אכיפת תנאי מכרז; תכנון מושכל של תקופת המכרז; בחינת ההשפעה של משתנה המכרז על התוצאות בשוק וחלוקת הסיכונים שבין עורך המכרז לבין הזוכה בו.

כאמור, ישנם מכרזים בהם תוצאות המכרז קובעות, הלכה למעשה, את זהות השחקנים בשוק ומידת התחרות שתתקיים בו ותשפיע על שווקי המשך. במכרזים אלו יש חשיבות מרובה לכך שהמאסדר יהיה מודע להשפעת המכרז על התחרות וישתמש בצורה יזומה באמצעים פרו-תחרותיים על מנת לאפשר לשחקנים רבים ככל הניתן לגשת אליהם. זאת לאור הפנמת התובנה שלשחקנים קיימים עשויים להיות תמריצים שונים מהתמריצים של שחקנים חדשים בשוק.

מסקנות אלו רלוונטיות לעורך מכרז שהוא מאסדר שמבקש לקדם בתחום אחריותו תחרות ולעורך מכרז רכש על מנת להביא לתוצאה הטובה ביותר במכרז הנוכחי ובמכרזים עתידיים. כפי שנאמר לעיל, אין מאפיינים הנכונים עבור כל המכרזים, א-פרוירית. למרות זאת ניתן לסכם ולהצביע על מספר מצומצם של המלצות כלליות הנכונות עבור מרבית הקצאות הזכויות במסגרת המכרזים:

1. במקרים בהם יש חששות מניצול יתרונות משמעותיים לגודל שצפויים לפגוע בתחרות, ניתן לשקול פיצול של הנכס העומד למכרז למספר חלקים או, במקרים בהם הדבר אפשרי, לאפשר זכיה של מספר זוכים.
2. במקרים בהם לשחקנים קיימים יש תמריץ ויכולת לזכות במכרז ולמנוע כניסת שחקנים חדשים לשוק בו נערך המכרז, ביכולתו של המאסדר לבחון האם זכייה של שחקנים קיימים עלולה להקים חששות תחרותיים ולהתמודד עם חששות אלו, בין אם בדרך של מניעה משחקנים המקימים חששות תחרותיים מגישה למכרז, בין אם

בהקצאת חלק מהנכסים העומדים למכרז לשחקנים חדשים בלבד,⁴⁷ ובין אם בסבסוד הצעות של מציעים חדשים.

3. אם תוצר השוק בו מתבצע המכרז מהווה תשומה בהמשך שרשרת הייצור, ניתן לשקול חלופות שונות למשתנה עליו מתבצע המכרז (תמלוג, תשלום קבוע וכו'), מתוך מגמה להפחית עלייה מלאכותית של מחיר התשומה או הפחתה בכמות שלו הנובעת מתוצאות המכרז.

4. אכיפה אפקטיבית ומניעת משא ומתן בדיעבד הם חיוניים לצורך הצלחת מכרזים. צעדים אלו מבטיחים שההתמודדות במכרז תעשה על בסיס יעילות ולא על בסיס יכולת המיקוח של השחקנים כנגד עורך המכרז.

5. על עורך המכרז להקטין את חסמי הכניסה בפניהם ניצבים מתמודדים פוטנציאליים: עלויות גישה למכרז, חסמי מימון ותנאי סף המכבידים שלא לצורך על מתמודדים במכרז.

⁴⁷ במקרה של מכרז על נכסים מרובים.