



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"ע 16-09-72401 הממונה על הגבלים עסקיים נ' אדוונסד סיסטמס דיזיינרס אי אס די בע"מ ואח'

בפני אב בית הדין להגבלים עסקיים, כבוד השופטת נאוה בן אור

בעניין שבין:

הממונה על הגבלים עסקיים
באמצעות עו"ד יונתן צויקל ועו"ד ליאור ברקו,
מרשות ההגבלים העסקיים

הממונה

נגד

1. אדוונסד סיסטמס דיזיינרס אי אס די בע"מ
2. שמואל בראון
3. פיליפ ישראל
על ידי ב"כ עו"ד בועז גולן

המשיבים

פסק דין

בקשה למתן תוקף של צו, על פי סעיף 50 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: **החוק**), להסכמה אליה הגיעו הצדדים על פי הנוסח המצורף כנספח א' לתצהיר התומך בבקשה זו, חלף הטלת עיצום כספי בהתאם להוראות פרק ז' 1 לחוק.

יצוין, כי ב-6.10.16 ניתן על ידי פסק דין בבקשה זו, משסברתי לחשוב, על יסוד הבקשה שהוגשה לבית המשפט, כי אין המשיבים מבקשים להגיב עליה, בעוד שהנכון הוא כי על אף שהם מסכימים לצו הנדון, חולקים הם על הניתוח המשפטי והעובדתי שהציגה רשות הגבלים עסקיים. דלשיטתם לא הפרו את הדין, וכי לנוכח עמדה זו מבקשים הם להציג את טיעוניהם בטרם יינתן פסק הדין.

בעקבות האמור, הודעתי לצדדים כי פסק הדין שניתן על ידי מבוטל.

עתה, משקיבלתי את עמדת המשיבים ואת הסכמת שני הצדדים לפיה יינתן פסק הדין על יסוד הטיעונים בכתב, אפנה לגוף העניין.



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"ע 72401-09-16 הממונה על הגבלים עסקיים נ' אדוונסד סיסטמס דיזיינרס אי אס די בע"מ ואח'

רקע עובדתי

1. האגף לייצוא בטחוני במשרד הביטחון (המכונה "סיב"ט" – סיוע ויצוא בטחוני) עוסק, בין היתר, בהבטחת איכותם של מוצרים ביטחוניים המיועדים לייצוא, בפרט לארה"ב. לשם כך הוא עורך, מעת לעת, מכרזים לצורך התקשרות עם ספק חיצוני, שיעניק לו את השירותים הנדרשים לשם הבטחת האיכות. הספק מתקשר בתורו עם מבקרי איכות ישראלים, הנדרשים לעמוד בתנאי סף רבים ובכללם הכשרה כמהנדס, הנדסאי או טכנאי; הסמכה מטעם סיב"ט ומטעם ממשלת ארה"ב לבחון פריטי ציוד בטחוני; השתתפות בתכניות הכשרה הנדרשות על ידי משרד ההגנה האמריקאי; מעבר מסלול הכשרה מעשית במפעלים ועוד.

2. ב-14.1.2014 פרסם משרד הביטחון מכרז לקבלת שירותי הבטחת איכות עבור סיב"ט. על פי תנאי המכרז, היה על המתמודדים להגיש הצעות מחיר לשעת עבודת מבקר איכות. הזוכה במכרז נדרש להעמיד לרשות סיב"ט לפחות 13 מבקרי איכות, עמם כונן יחסי עבודה, וזאת בתוך 30 יום ממועד ההודעה על הזכייה.

בתקופת פרסום המכרז פעלו בישראל 22 מבקרי איכות בלבד שעמדו בתנאי הסף הנזכרים והיו כשירים לתת שירותי אבטחת איכות במסגרתו.

3. למכרז נגשו שתי חברות בלבד: משיבה 1 וחברת "מגלן א.ג. 2001 בע"מ" (להלן: **מגלן**). בעקבות תלונה שהגישה מגלן, פתחה רשות הגבלים עסקיים בבדיקה. ממצאיה העלו, לשיטתה, כי משיב 3 וצדדים שלישיים נוספים, כולם מבקרי איכות במקצועם, התחייבו להתקשר בלעדית עם משיבה 1 לצורך מתן שירותי הבטחת איכות באמצעותה במסגרת המכרז הנדון. יתרה מזאת, משיב 3 ומבקרי איכות נוספים הסכימו להימנע מלהתקשר עם המתחרה היחידה של משיבה 1, היינו חברת מגלן. בהינתן מספרם הכולל של מבקרי האיכות שפעלו בארץ באותה עת, ההתקשרות המתוארת עלולה הייתה להביא לכך שחברת מגלן לא תעמוד בתנאי המכרז, משום שלא יכולה הייתה להתקשר עם מספר מספיק של מבקרי איכות כנדרש באותו מכרז. ממילא היה בכך להבטיח את זכייתה של משיבה 1. עוד לפי עמדת הרשות, ההתקשרות האמורה נעשתה תוך מעורבות פעילה של מנהלה הכללי של משיבה 1, משיב 2, שהחזיק ב-45% ממניותיה, כאשר למשיב 3 היה תפקיד מרכזי בגיבושה, בין היתר באמצעות תיווך בין משיב 2 לבין מבקרי האיכות הנוספים. לטענת הרשות, מן הראיות שנאספו עולה, כי



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"ע 16-09-72401 הממונה על הגבלים עסקיים נ' אדוונסד סיסטמס דיזיינרס אי אס די בע"מ ואח'

מספר מבקרי האיכות שהצטרפו להתקשרות היה בו כדי למנוע את זכייתה של מגלן, שלא הייתה מצליחה להעמיד 13 מבקרי איכות במועד הנדרש. בנוסף, ההסכמות של מבקרי האיכות גובשו עובר להגשת הצעתה של משיבה 1 למכרז והמשיבים פעלו לשימורן וליישומן במהלך השבועות העוקבים.

הממונה סבורה, כי ההסדר היה עלול לפגוע בתחרות בין משיבה 1 לבין מגלן, שכן ההסכמות בין המשיבים עלולות היו להקנות למשיבה 1 ודאות קרובה כי המתחרה, גם לו תזכה במכרז, לא תעמוד בתנאיו ולא תוכל לממש את זכייתה ובכך להבטיח את זכייתה שלה. זאת ועוד, בחסות ההסדר עלולה הייתה משיבה 1 להגיש הצעת מחיר גבוהה מזו שהייתה מציעה אלמלא ההסדר.

4. ב-25.2.2014 הודיע משרד הביטחון על בחירתו במגלן, שהצעת המחיר שלה הייתה נמוכה יותר. אלא שלא עלה בידיה של מגלן לממש את הזכייה משום שלא הצליחה לגייס את המספר הנדרש של מבקרי האיכות. בסופו של דבר החליט משרד הביטחון לפצל את ההזמנה בין שתי החברות ולהתקשר עם שתיהן על בסיס הצעת המחיר שהגישה מגלן.

5. בנסיבות המתוארות ראתה הממונה בהתקשרות הסדר כובל, כמשמעותו בסעיף 2 לחוק, שלא ניתן לו אישור או היתר זמני מבית הדין או פטור מאת הממונה והוא אינו פטור בהתאם לכללי פטור סוג. משכך סברה כי המשיבים הפרו את הוראת סעיף 4 לחוק.

ב-31.8.2015 ניתנה למשיבים הודעה על כוונת הממונה לעשות שימוש בסמכות הקבועה בסעיף 150ד(א)(1) לחוק ולהטיל על משיבה 1 עיצום כספי בשיעור 120,000 ₪, ועל משיבים 2 ו-3 עיצום כספי בשיעור 40,000 ₪ לכל אחד.

בשימוע שקוים, חלקו המשיבים על קיומו של ההסדר המתואר ועל הגדרת מבקרי האיכות כ"מנהלי עסקים" במובן סעיף 2 לחוק. על פי טענתם, כשלונה של מגלן לממש את זכייתה הוביל להטחת האשמות בלתי מבוססות מצידה. החלטת משרד הביטחון לפצל את הזכייה בין שתי המתחרות באה על רקע טענתה של משיבה 1 לפיה יש לבטל את זכייתה של מגלן מזה, ועל רקע טענותיה של מגלן מזה. ההחלטה נתקבלה בהסכמות שתי המתחרות. ועוד מוסיפים



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"ע 72401-09-16 הממונה על הגבלים עסקיים נ' אדוונסד סיסטמס דיזיינרס אי אס די בע"מ ואח'

המשיבים כי גם לאחר החלטת משרד הביטחון לא הצליחה מגלן לגייס מבקרי איכות אלא לאחר שהעלתה את שכרם והשוותה אותו לשכרם של אלה שהתקשרו עם משיבה 1.

המשיבים כופרים בנייתוח התחרותי שנעשה על ידי הממונה. בהקשר זה עומדים הם על כך שמגלן היא זו שזכתה במכרז הקודם לאספקת שירותי בקרת איכות. משכך, בעת עריכת המכרז נשוא דיוננו הועסקו כל מבקרי האיכות על ידי מגלן. לפיכך יכולה הייתה משיבה 1 לבחור אך אחת משלוש דרכי פעולה: להימנע מלהתחרות במכרז; להגיש הצעה על אף שכל מבקרי האיכות מועסקים על ידי מגלן ומבלי לפנות אליהם בהצעת שכר - חלופה שהקושי המובנה הטמון בה מתבטא בכך שלא יכולה הייתה לתמחר את עלויותיה; להתחרות על ליבם של מבקרי האיכות ולהציע להם שכר טוב יותר על מנת שיעזבו את מגלן ויעברו אליה. משיבה 1 בחרה בחלופה השלישית. אלא שבכך, לטענת המשיבים, אין פסול שהרי איש לא מנע גם ממגלן להתחרות על לב העובדים ולהציע למבקרי האיכות תנאי שכר טובים יותר. העובדה שמגלן נמנעה מכך והחליטה למקד את התחרות אך ורק מול משרד הביטחון (כלומר בזירת מחיר ההצעה), תוך הנחה שזכייתה תוביל לכך שלמבקרי האיכות לא תיוותר ברירה והם יאלצו להתקשר עמה בתנאי העסקה טובים פחות, אינה הופכת את התנהלותם של המשיבים להתנהלות העולה כדי הסדר כובל. הנה כי כן, גם לאחר זכייתה במכרז יכולה הייתה מגלן להתחרות על ליבם של מבקרי האיכות ולהציע להם תנאי שכר טובים יותר על מנת שיחזרו לעבוד עמה, שכן ההתקשרות בין מבקרי האיכות לבין משיבה 1 הותנתה בזכייתה במכרז. מכאן, שעמדת הממונה לפיה הכשילו המשיבים את מגלן ומנעו ממנה לממש את זכייתה לוקה בשתי טעויות. האחת, שהמשיבים לא ניסו ולא יכולים היו למנוע ממגלן לממש את זכייתה. השנייה, שמגלן היא שהכשילה את עצמה בכך שניסתה "לכופף" את מבקרי האיכות ולא לצלם לשוב ולהתקשר עמה בתנאי שכר שלא היו מקובלים עליהם. המשיבים כופרים בטענה לפיה ההסכמים שנחתמו עם מבקרי האיכות היו הסכמי בלעדיות שאסרו עליהם להתקשר עם מגלן לצורך מתן השירותים במכרז.

בין הצדדים נטושות מחלוקות נוספות אולם בנסיבות העניין לא מצאתי לנכון להרחיב בהן והסתפקתי בהצגת הטענות לעיל.

טענות המשיבים נדחו על ידי הממונה. לאחר דין ודברים הגיעו הצדדים לידי הסכמה, הכפופה לאישורו של בית הדין, ולפיה תשלם משיבה 1 לאוצר המדינה סכום של 50,000 ₪ ואילו



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"ע 16-09-72401 הממונה על הגבלים עסקיים נ' אדוונסד סיסטמס דיזיינרס אי אס די בע"מ ואח'

משיבים 2 ו-3 ישלמו, כל אחד, סכום של 10,000 ₪. בכפוף לכך, לא תנקוט הממונה צעדי אכיפה נגד המשיבים בגין ההסדר הכובל. הסכמת המשיבים ניתנה מבלי להודות בחבותם.

שיקולי הממונה

6. השיקולים לעניין גובה התשלומים שנקבעו קבועים בהוראות סעיף 50 לחוק ובגילוי דעת 2/12 שעניינו "שיקולי הממונה על הגבלים עסקיים בקביעת גובה עיצום כספי". נקודת ההתייחסות היא תקרת העיצום שניתן היה להטיל על משיבה 1, שהוא נגזרת של מחזור המכירות שלה בשנת הכספים בה בוצעה ההפרה (סעיף 50ד(א) לחוק).

7. השיקול המרכזי בקביעת גובהו של העיצום הכספי הוא פוטנציאל הפגיעה בתחרות הגלום בהפרה. בענייננו, עמדת הממונה היא כי פוטנציאל הפגיעה היה משמעותי נוכח מספרם המצומצם של מבקרי האיכות שהיו כשירים לבצע את העבודות מושא המכרז. ההסדר הקים אפוא עלילות להכשלה בפועל של התחרות. לכך מתווספת חומרה בשים לב לעיתוי ההסדר ולמשך הפרת החוק, הפרה שהחלה עובר להגשת ההצעות ונמשכה לאורך החליך המכרזי, היינו לאורך כל התקופה הרלוונטית לתחרות. כך באשר לשיקולים לחומרה.

מנגד, מצאה הממונה לנכון להקל עם המשיבים משום שבסופו של יום ההתקשרות עם משרד הביטחון נעשתה על פי התעריף של מגלן (תעריף שלא הושפע מן ההסדר - כך על פי הראיות המצויות לפני הממונה). בנוסף נשקלה לקולה העובדה שהאכיפה באמצעות עיצומים כספיים נמצאת בראשיתה והיה בכך כדי להצדיק הפחתת העיצום הכספי - לו הוטל. ועל כל אלה, אין בידי הממונה מידע על הפרות קודמות של המשיבים.

לבסוף, הסכמת המשיבים לצו מוסכם מצדיקה הפחתה ניכרת בסכום שישולם לאוצר המדינה באשר הביאה לחיסכון ניכר במשאבי הרשות, לקיצור ההליכים ולחיסכון בזמן שיפוטי.

כל אלה, לטעמה של הממונה, יש בהם כדי להצדיק את המסקנה כי הסכומים שחויבו בהם המשיבים הם סבירים ומידתיים.



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"ע 16-09-72401 הממונה על הגבלים עסקיים נ' אדוונסד סיסטמס דיזיינרס אי אס די בע"מ ואח'

המשיבים עומדים על כך שהיקף המחלוקות בינם לבין הממונה, הן מן הבחינה המשפטית והן מן הבחינה העובדתית, מלמד על החיסכון הניכר שייצמח ממתן תוקף להסכם.

8. יצוין כי ב-14.6.2016 פרסמה הממונה הודעה לציבור, כנדרש על פי סעיף 50ב(ד)(1) לחוק, בדבר כוונתה להגיש לבית הדין את הבקשה הנדונה. עד למועד הגשתה לבית הדין לא נתקבלו הערות מן הציבור.

הכרעה

השיקולים המפורטים לעיל מקובלים עליו במלואם. אדגיש כי בירור המחלוקות בין הצדדים - שהן מחלוקות היורדות לשורש העניין ומחייבות עריכת ניתוח תחרותי, עובדתי ומשפטי - היה מחייב הקצאת זמן שיפוטי ניכר, הכרוך בעלויות רבות.

ניתן בזאת, אפוא, תוקף של צו להסכמה אליה הגיעו הצדדים, כמפורט בנספח א' לתצהיר התומך בבקשה.

המזכירות תמציא העתק מפסק הדין לב"כ הצדדים.

ניתן היום " חשון, תשע"ז, 11 בנובמבר 2016, בהעדר הצדדים.

נ.א.פ. בן אור

מאה בן אור, שופטת