

בבית המשפט המחוזי בירושלים
בפני בית הדין להגבלים עסקיים

ה"ע 459/95

[04-07-95]

בפני מ. נאור, אב בית הדין
גב' ורדה לוטטהוויז, עו"ד,
גב' לורי לוי-זולברג, עו"ד

בעניין שבין :

1. איגוד האופטומטריסטים והאופטיקאים בישראל
 2. הסתדרות האופטומטריסטים והאופטיקאים
 3. התאחדות האופטיקאים והאופטומטריסטים בישראל
- שלושתם ע"י ב"כ עוה"ד חיים לובינסקי
לבין :
1. הממונה על הגבלים עסקיים

פסק – דין

לפנינו בקשה לאשור הסדר כובל.

א. השתלשלות העניינים :

ב- 25.12.85 נחתם הסכם בין המבקשים לבין משרד הביטחון בנושא שירותים אופטיקאים והספקת משקפיים לאנשי צה"ל וגביית התמורה במרוכז.

ב- 2.5.86 אישרה המועצה להגבלים עסקיים שקדמה לבית הדין הסדר כובל לתקופה של שלוש שנים, וזאת בתנאים מסוימים שקבעה בהחלטתה.

ב- 12.9.90 אושר ההסדר לשלוש שנים נוספות באותם תנאים.

ב- 4.8.93 הוגשה בקשה להארכת ההסדר בשינויים מסוימים, ב- 5.9.93 נתן הממונה המלצה למתן היתר זמני. באותו שלב תמך משרד הביטחון בהארכת ההסדר. בשלב מאוחר יותר, במאי 1994, הגיע הממונה למסקנה - ואין צריך לאמור שמסקנתו אינה מחייבת אותנו - כי המבקשים לא הרימו את נטל הראיה שעניינו אינטרס הציבור בכללותו באישור ההסדר. בנסיבות אלה נתבקשה דחייה במועד הדיון שנקבע לשם בירורים שונים, אך בסופו של דבר המלצת הממונה היא כי ההסדר אינו לטובת הציבור. מטעמים שיובהרו להלן, לא נעמוד על הנמקותיו של הממונה.

עם זאת, הסכים הממונה להארכת קיומו של ההיתר הזמני.

לא נעמוד על כל המסמכים הנוספים שהגישו הצדדים. דינו אם נציין שב-2.4.95 ביקשה אב בית הדין כי הצדדים יודיעו האם התיק "בשל" לשמיעה. הממונה מצידו הודיע כי משרד הביטחון, בהסכמה ובתיאום עם הממונה, החליט לגבש הסדר חלופי להסדר הכובל בדמות מכרז מפוצל לפי אזורים, שניתן יהיה לבצעו החל מחודש אוקטובר 1995. אם יצליחו משרד הביטחון וצה"ל להפעיל את ההסדר החדש - לא יהיה עוד צורך באישורו של בית הדין. רק אם ייכשל ההסדר החלופי, ומשרד הביטחון ימצא לנכון לחזור ולבקש את אישור ההסדר הכובל הקיים - יהיה צורך בקיומו של דיון. הממונה מסכם ואומר כי:

"אין צורך לקיים דיון באישור הסדר כובל ובשלב זה נראה שלא יהיה צורך להמתין ל'בשלותו' של תיק כלשהו בנושא".

המבקשים הגישו תגובה מפורטת מיום 24.4.95 בה ביקשו לקבוע את התיק לדיון בפני בית הדין. בהודעה זו קבלו, בין השאר, על התערבותו של הממונה אצל משרד הביטחון. הם הזכירו כי נמסר להם ממשרד הביטחון שבכוונתו להוציא מכרז לתקופה של "עשרה חודשים על מנת לבחון את השיטה החדשה להספקת משקפים לחיילים. לאחר תום התקופה אנו נבצע הערכה מחדש של השיטה".

עוד טענו המבקשים בתגובתם כי הדרך בה הולכים משרד הביטחון והמבקשים בהספקת משקפיים לחיילי צה"ל במשך קרוב ל-10 שנים לפי ההסכם הקיים הוכיחה עצמה כחוקית, יעילה ומספקת ביותר, והשיטה בה מבקש משרד הביטחון לנקוט עתה נובעת מעמדתו של הממונה שאין משרד הביטחון רוצה להתעמת עמו. המבקשים טענו כי זכותם היא להשמיע טיעוניהם בפני בית הדין ואפשר ובית הדין לא יקבל את עמדתו של הממונה. לאור כל האמור, ביקשו המבקשים לקבוע תאריך מוקדם לדיון.

לאחר עיון בטענות הצדדים קבעה אב בית הדין את התיק לדיון בפני מותב להיום. כך נעשה מתוך השקפה שצד שפנה בהליך לבית הדין זכאי לכך שטענותיו יישמעו בפני המותב. אין פירוש הדברים - כך יובהר בהמשך פסק דין זה - שכשמותב בית הדין דן בבקשה לגופה עליו לדון בה תוך עצימת עיניים בפני העובדות הקיימות ברגע הדיון.

ביני לביני, ראתה לטוב מלפניה סגן היועץ המשפטי למערכת הביטחון לפנות לבין הדין בעניין תגובות הצדדים בשאלה האם התיק "בשל" לשמיעה. זה המקום להעיר כי מי שאיננו צד לתיק אינו זכאי כלל לפנות לבית הדין והדרך הנאותה של פניית רשות מרשויות השלטון (למעט הממונה על ההגבלים העסקיים עצמו) לבית הדין להגבלים עסקיים היא התייצבות של היועץ המשפטי לממשלה או הבאת העמדה באמצעות הממונה, אך לא פניה ישירה.

מכל מקום, בהודעתה של סגן היועץ המשפטי מיום 24.5.95 היא מבקשת להבהיר כי לאור עמדת הממונה על ההגבלים העסקיים שלא להמליץ על המשך אישור ההסדר הכובל, וכן לאור הוראות חוק חובת המכרזים תשנ"ב - 1992, החליט משרד הביטחון על גיבוש הסדר חלופי להספקת משקפיים לחיילי צה"ל. ההסדר החלופי הוא, כאמור, מכרז מפוצל. בדצמבר 1994 הודע למבקשים על סיום תקופת

ההסכם ב- 30.4.95 אך משרד הביטחון ביקש מהממונה לתמוך בהארכת ההיתר הזמני עד 30.9.95, ובהסכמת המבקשים הוארך ההסכם עד למועד זה. ההכנות לפרסום המכרז היו באותו שלב לקראת סיומן. עוד מצוין כי משרד הביטחון רואה צורך בקיום הדיון לאישור ההסדר הכובל רק אם המכרז המתוכנן לא יעלה יפה ולא יהיה סיפק בידי משרד הביטחון להתארגן עד ה- 30.9.95.

למען הסדר הטוב, התבקשו הצדדים להגיב על הודעת משרד הביטחון. הממונה הגיב וטען כי נוכח הודעת משרד הביטחון לפיה הוא אינו מעוניין להמשיך את הפעלתו של ההסדר הכובל, הדיון הקבוע ל- 4.7.95 הוא מיותר וחבל להשחית את זמנם של בית הדין וכל המעורבים בדיון על הסדר שיפוג ב- 30.9.95. המבקשים מצידם חזרו וביקשו שלא לדחות את הדיון.

ימים ספורים לפני הדיון הקבוע, ב- 29.6.95, הגישו המבקשים "בקשה להוספת משרד הביטחון כמשיב מס' 2 בתיק זה ולמתן צו ביניים נגדו". המבקשים חזרו על השתלשלות העניינים, וסיפרו עו כי לאחר שהתברר שהדיון התקיים ביום 4.7.95 פרסם משרד הביטחון ב- 25.5.95 וב- 1.6.95 הודעות על מכרזים. המבקשים פנו למשרד הביטחון בבקשה לדחות את התאריך הסופי להגשת הצעות למכרז ונענו בשלילה. בעקבות זאת, פנו לבג"צ בעתירה וביקשו להחייב את משרד הביטחון להשהות את הפעלת המכרז עד שבית הדין להגבלים עסקיים יחליט בבקשת העותרים לאישור הסדר כובל. עתירתם של המבקשים נדחתה על הסף, אך לא לגופו של עניין. בית המשפט הגבוה לצדק פסק כי "העותרים רשאים להביא עתירתם בפני בית המשפט האזרחי ובית המשפט האזרחי יהיה רשאי לדון ולהכריע בכל הטענות שמעלים בעתירה זו".

עד כאן השתלשלות הדברים בקצרה לגבי ההליכים שקדמו לדיון היום.

ב. השאלות המתעוררות

בדיון היום הצגנו לצדדים שתי שאלות בעלות אופי מקדמי. השאלה הראשונה הייתה האם יש לבית הדין סמכות לדון בשאלה האם ראוי שמשרד הביטחון יצא במכרז או שיחדש את ההסכם הקיים. השאלה השנייה הייתה האם במצב הדברים היום יש בכלל טעם לדון בבקשה לאישור הסדר כובל לגופה. לאחר ששמענו את טענות הצדדים אנו משיבים בשלילה על שתי השאלות האמורות, ולהלן נימוקינו.

שתי השאלות האמורות כרוכות ושלובות זו בזו. נפתח דווקא בשאלה השנייה. בעת שהוגשה הבקשה היה בתוקף הסכם שהצדדים לו היו המבקשים ומשרד הביטחון. היום משרד הביטחון אינו מעוניין עוד בקיום ההסכם ולמעשה לא יהיה בנמצא הסכם תקף לאחר ה- 30.9.95.

כלל הוא, שבית הדין דן לעולם על פי מצב הדברים הקיים ביום הדיון. בית הדין אינו דן בשאלות היפותטיות או תיאורטיות ואין זה ראוי לדון במצב דברים היסטורי שאינו קיים עוד. הזכרנו לעיל שב"כ המבקשים עמד על קיום הדיון עתה. הוא לא ביקש להמתין ולראות האם ניסיונות משרד הביטחון לעניין המכרז יצליחו - אם לאו. הוא בודאי לא ביקש להמתין עד תום תקופת המכרז ועד תום המסקנות

שיוסקו ממנו. זוהי זכותו הפרוצדוראלית ועל כן נקבע דיון כאמור, אך החלטה חייבת להינתן על פי המצב העובדתי ביום הדיון.

כפי שנמסר לנו בדיון היום מפי ב"כ הממונה, בינתיים נסגר המכרז ואף נפתחו המעטפות. הוגשו במכרז כ- 140 הצעות, ובמאמר מוסגר יאמר שהמחירים בהצעות שהוגשו שכבר נפתחו נופלים במקרים רבים במידה רבה ממחירי ההסדר הכובל הקיים. המכרז אמור להיות מופעל החל מתחילת אוקטובר. פירוש הדברים לענייננו הוא שצד חיוני להסדר הכובל איננו מתכוון עוד לפעול לפי הסדר זה. מכל מקום, על פי מצב הדברים היום, החל מיום 1.10.95 לא יהיה עוד כאמור בנמצא הסדר כובל, משום שהצד חיוני מבקש שלא לקיימו לאחר מועד זה. בנסיבות אלה, כפי שאמרנו, אף שהמבקשים זכאים לקיום דיון, אין מקום לאישורו של הסדר שלא יהיה בנמצא תוך זמן קצר, נוכח עמדת אחד הצדדים לו.

כאן כרוכים הדברים ושלושים בשאלה הראשונה שהצגנו לעיל. אם אכן, כבקשת המבקשים, יצרף בית הדין את משרד הביטחון כצד לדיון ואם אכן יכפה על משרד הביטחון שלא להפעיל את המכרז, יוותר משרד הביטחון באילוץ להמשיך בהסדר הכובל. אז עשבייה להתעורר השאלה האם בית הדין יאשר את ההסדר. אנו חוששים כי המבקשים פנו לערכאה הבלתי נכונה כאשר החליטו להביא את סוגיית המכרז בפני בית הדין להגבלים עסקיים, במקום להביאה בפני בית משפט אזרחי רגיל כפי שנקבע בהחלטת בית המשפט הגבוה לצדק. בית דין זה איננו מוסמך לדון בסוגיות הכרוכות במכרזים. למבקשות טענות שונות כנגד החלטת משרד הביטחון לפנות להסדר החלופי של מכרז. בין טענותיהן ישנה כאמור הטענה שמשרד הביטחון פעל בלחץ של הממונה בית דין זה מוסמך לדון בסוגיות שונות המנויות בחוק, וביניהן, אישור הסדר כובל; ערר על הכרזה כהסדר כובל; מתן הוראות למונופול וכיו"ב; אך אין הוא מוסמך לדון בשאלה האם רשות מרשויות המדינה צריכה לצאת למכרז או שראוי שתפעל על פי פטור ממכרז וכל כיוצא באלה. שאלות אלו מקומן בבית משפט אזרחי רגיל ופתוחה הדרך בפני המבקשות לפנות לבית משפט כזה. למעלה מן הצורך נעיר כי בית הדין לא רק שאינו מוסמך לדון בשאלות אלה, הוא גם איננו הפורום הנאות לכך.

כיוון שמצאנו שעניין היציאה למכרז אינו בסמכותנו וכי אין אנו יכולים להורות דבר וחצי דבר בשאלה זו, ממילא אנו ניצבים בפני מצב בו אין לפנינו, במצב הדברים היום, שאלה שראוי לדון בה. אין בפנינו, כאמור, הסכם בר-תוקף שראוי לבחון האם הוא ראוי לאישורו של בית הדין למרות היותו הסדר כובל, בשל טובת הציבור.

לא הייתה מחלוקת על כך שראוי ליתן היתר של מותב בית הדין עד ה- 30.9.95, וכך אנו מורים. אנו מבקשים להוסיף שכמו בכל עניין אחר, גם בענייני הנסיבות עשויות להשתנות. אם כך יקרה - שערי בית הדין פתוחים תמיד להגשת בקשה חדשה לאישור הסדר כובל אליה ניתן לצרף בקשה להיתר זמני.

אם כך יתגלגלו הדברים - בשלב זה, או לאחר עשרה חדשים מתחילת המכרז, או בכל מועד אחר - ניתן יהיה לקיים דיון לפי הנסיבות האקטואליות ביום הדיון. את הבקשה הנוכחית לאישור הסדר כובל אנו דוחים.

אנו מבקשים לציין שאין אנו מחוויים שום דעה בשאלה האם ההסדר הכובל תואם את טובת הציבור, אם לאו. שאלה זו לא התבררה בפנינו, וגם לא היה מקום לברירה, כמבואר, בשים לב לכך שאחרי ה-30.9.95 לא יהיה עוד בנמצא הסדר כובל.

ניתן היום 4.7.95 המעמד המתייצבים.

מרים נאור, שופטת אב בית הדין	ורד לוסטהויז, עו"ד חבר	לורי לויין-זולברג, עו"ד חבר
---------------------------------	---------------------------	--------------------------------