



## רשות ההגבלים העסקיים

קביעה לפי סעיף 43(א)(2) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח - 1988

### קו פעולה של ארגון בתי חולים פרטיים לחולים כרוניים בישראל הוא הסדר כובל

#### א. מבוא

1. עניינה של קביעה זו בפעולות והתנהלות ארגון בתי חולים פרטיים לחולים כרוניים בישראל ע.ר. (להלן – "הארגון" או "ארגון בתי החולים"), בעניין אי השתתפות מוסדות אשפוז במכרז שהוציאו משרד האוצר ומשרד הבריאות (להלן – "המשרדים") לרכישת שירותי אשפוז לקשישים סיעודיים ותשושים (להלן – "אשפוז סיעודי") בנפת פתח תקווה. הארגון הנחה מוסדות אשפוז גריאטריים הפועלים בנפת פתח תקווה, שלא ליטול חלק במכרז באופן קולקטיבי ומתואם, או, לכל הפחות, המליץ על כך.
2. כמפורט להלן, מצאתי, כי התנהלות זו של הארגון עולה כדי קו פעולה שקבע איגוד עסקי לחבריו או חלקם, או שעליו המליץ לפנייהם, העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים ביניהם. בהתאם להוראת סעיף 5 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח - 1988 (להלן – "החוק"), דינו של קו פעולה כזה כדין הסדר כובל. לקביעה זו משנה חשיבות נוכח היקפו הרחב של ענף האשפוז הסיעודי, אופיו המיוחד והשלכות הפגיעה בתחרות בו על איכות השירות המוצע למטופלים, כמו גם על היקפו הכספי של השירות, המשולם בחלקו הגדול מן הקופה הציבורית.

#### ב. ארגון בתי חולים פרטיים לחולים כרוניים בישראל

3. ארגון בתי חולים פרטיים לחולים כרוניים בישראל הוא ארגון וולונטרי, שחברים בו כ-65 מוסדות אשפוז. בראש הארגון עמד בתקופה הרלבנטית לקביעה זו דוד ברימר, ובנוסף אליו שימשו חברי הנהלה גם אברהם מאיר (גזבר), אברהם שמילביץ (מזכיר), אברהם בלצן, ואברהם רודמן.

## ג. ענף האשפוז הסיעודי

4. בישראל פועלים יותר מ-300 מוסדות לאשפוז סיעודי ובהם יותר מ-17,000 מיטות לחולים סיעודיים ותשושי נפש. כ-1,800 מיטות מצויות במוסדות ממשלתיים והיתר במוסדות אשפוז פרטיים או במוסדות המופעלים על ידי עמותות וארגונים ללא כוונת רווח. במוסדות אלה מקבלים החולים הסיעודיים טיפול והשגחה מקצועית בכל שעות היממה.
5. האשפוז הסיעודי אינו ממומן על ידי קופות החולים במסגרת "סל הבריאות". תושבי ישראל הנזקקים לאשפוז סיעודי זכאים לסיוע ממשד הבריאות (להלן – "המשרד") במימון האשפוז, בהתאם לנתוניו של החולה הסיעודי ובני משפחתו הקרובים. התשלום עבור אשפוזו של קשיש, הפונה לאשפוז באמצעות משרד הבריאות, מחושב לפי תעריף יומי ומועבר ישירות למוסד שלא דרך הקשיש ומשפחתו. במקביל המשרד גובה מן המתאשפז או ממשפחתו השתתפות עצמית בשיעור משתנה.
6. מדי שנה רוכש משרד הבריאות שירותי אשפוז הנמנים לפי מספר מיטות לשנה (בלשון הנוהגת בענף – "קודים"). ככלל, היקף שירותי האשפוז הנרכשים על ידי המשרד קבוע מראש בתקציב המשרד, וכאשר קשיש מפנה את המיטה, מקבל קשיש אחר זכות להתאשפז במימון המשרד במוסד מורשה. הקשיש או בני משפחתו יכולים לבחור מוסד אשפוז מתוך רשימת מוסדות האשפוז המוצעת בהתאם לצרכים כגון מיקום המוסד, סוג הכשרות במוסד, הרכב עדתי המאפיין את המוסד וכיו"ב, ובכפוף להימצאות מיטה פנויה במוסד המבוקש. כ-70% מכלל מיטות האשפוז הסיעודי הקיימות בישראל ממומנות על-ידי המדינה עבור חולים הזכאים לסיוע, בסכום כולל של כ-1.2 מיליארד ש"ח בשנה.
7. עד לאחרונה נעשתה ההתקשרות בין משרד הבריאות למוסדות האשפוז הפרטיים שלא על דרך של מכרז. המשרד הפנה קשישים למוסדות מורשים בהתאם להסדרים שונים.
8. ההתקשרות עם חלק מהמוסדות – אלה החברים בארגון – נעשתה בהתאם להסכם שנערך עם הארגון. בהסכם זה נקבע תעריף אשפוז בסיסי ועליו נוספו תוספות שעיקרן מתייחס לרמת התשתיות וגובה הארנונה שמשלם המוסד. גם עם פקיעת ההסכם האחרון, בסוף שנת 2000, המשיך משרד הבריאות לעבוד עם אותם מוסדות לפי אותה מתכונת תשלום.
9. במשך השנים נקבעו תעריפים שונים וסטנדרטים שונים למוסדות פרטיים ולמוסדות ציבוריים, למוסדות חדשים ולמוסדות ותיקים. כבר לפני מספר שנים החלו משרדי הממשלה בבחינת דרכים לשינוי שיטת רכישת שירותי האשפוז, שתכליתה, בין היתר, האחדת הסטנדרטים והתעריפים למוסדות האשפוז

השונים. הארגון, אשר התנגד לרפורמה המתוכננת, עתר בשעתו לערכאות כנגד החלת שינוי במבנה רכישת שירותי האשפוז.<sup>1</sup>

10. ביום 24 בינואר 2006 פרסמו משרד הבריאות ומשרד האוצר מכרז פומבי לרכישת שירותי אשפוז גריאטריים בנפת פתח תקווה (להלן: "המכרז"). כאמור בפרק הרקע הכללי במכרז, ועדת המכרזים החליטה לקיים מכרז ניסויי ("פילוט") לרכישת שירותי אשפוז גריאטרי בנפת פתח תקווה, כהכנה ובדיקה לקראת מכרז כלל ארצי בתחום זה.<sup>2</sup> במסמכי המכרז הודגש, כי משרד הבריאות ירכוש שירותי אשפוז בנפת פתח תקווה אך ורק מן המוסדות הזוכים במכרז.<sup>3</sup>

11. הארגון עתר כנגד החלת שיטת המכרזים על ענף האשפוז הגריאטרי<sup>4</sup> וכמוהו עשו גופים נוספים הפועלים בתחום.<sup>5</sup> על מאמצי הגופים השונים, בכללם הארגון, למנוע שינוי המצב הקיים עמדה כב' השופטת נאור באחד מאותם הליכים: "קשה שלא להתרשם מעיון בכל החומר שהמבקשות עושות כל מאמץ למנוע שינוי במצב הקיים בארץ לפיו מסופקים השירותים הגריאטריים שנים ללא מכרז".<sup>6</sup>

12. עם ביטולם של צווים שיפוטיים חודשו הליכי המכרז. מתוך כעשרים מוסדות אשפוז הפועלים בנפת פתח תקווה, הוגשו הצעות רק מטעם ארבעה מוסדות. על בסיס הצעות אלה התקשר המשרד בהסכמים לרכישת שירותי אשפוז מאותם מוסדות.

#### **ד. כתב התחייבות**

13. כפי שיפורט בהרחבה בהמשך, שני האירועים המרכזיים רלוונטיים לקביעה זו הם ישיבת הנהלת הארגון מיום 31.1.2006, ימים ספורים לאחר פרסום המכרז הניסויי ואסיפת נציגי מוסדות הפועלים בנפת פתח תקווה מיום 2.2.2006, אשר כונסה על ידי הארגון באמצעות מזכירתו. במהלך האסיפה הועבר בין הנוכחים מסמך הנושא את הכותרת "כתב התחייבות", שנוסח בעצה אחת עם עורכי הדין של הארגון.

<sup>1</sup> בג"צ 3469/02, 3493/02 ארגון בתי חולים פרטיים לחולים כרוניים בישראל ואח' נ' משרד הבריאות ואח'. העתירה נמחקה לבקשת העותרים. לתיאור מפורט של השתלשלות העניינים ר' בג"צ 6219/02 ארגון בתי חולים פרטיים לחולים כרוניים בישראל ואח' נ' משרד האוצר ואח' (דינים עליון עט, 525).

<sup>2</sup> ס' 2.6.1 למכרז.

<sup>3</sup> ס' 2.10 ו- 2.11 למכרז.

<sup>4</sup> בג"צ 6219/06 ארגון בתי החולים הפרטיים לחולים כרוניים בישראל נ' שר האוצר ואח', דינים עליון עט, 525. בית המשפט העליון דחה את העתירה והפנה את העותרים לבית המשפט לעניינים מנהליים.

<sup>5</sup> הדיון בעתירת הארגון אוחד עם עתירות נוספות (בר"מ 3359/07, לא פורסמה) ונשמע בבית המשפט לעניינים מנהליים בתל-אביב (ע"מ (ת"א) 1988/06 איגוד בתי אבות בישראל – א.ב.א ואח' נ' משרד האוצר ואח'). באותו עניין נדחו בקשות להטלת צווי ביניים לאי המשך הליכי המכרז. בקשות רשות ערעור על החלטת בית המשפט המנהלי נדחו בבר"מ 6786/06 איגוד בתי אבות בישראל ואח' נ' משרד האוצר ואח', דינים עליון עט, 586.

<sup>6</sup> בר"מ 6786/06, איגוד בתי אבות בישראל ואח' נ' משרד האוצר ואח', בפס' 3 להחלטה.

14. כתב ההתחייבות הועבר מטעם הנהלת הארגון לנציגי המוסדות במהלך אסיפה שכוונסה בעקבות פרסום המכרז הניסויי. כתב ההתחייבות זה משקף את כוונות הארגון להכשיל את החלת שיטת המכרזים בכלל והמכרז הניסויי בפרט, וזאת באמצעות קו הפעולה האסור. בטרם אתאר את השתלשלות העניינים במלואה, אביא אפוא את כתב ההתחייבות כלשונו.

”

### ועד פעולה

#### מאבק במכרז משרד הבריאות – נפת פתח תקוה

#### כתב התחייבות

”אני החתום מטה, מצטרף בזאת כחבר בוועד הפעולה למאבק במכרז לרכישת שירותי אשפוז גריאטריים שפורסם ע”י משרד הבריאות ומשרד האוצר.

אני מתחייב לפעול בהתאם להחלטות ועד הפעולה, לרבות בכל הנוגע לאי-רכישת מסמכי המכרז ואי הגשת הצעות במסגרת המכרז.

במעמד החתימה על כתב התחייבות זה אני משלם סך של 50 ₪ לתמיכה בפעילותו של ועד הפעולה. ”

(קווים תחתונים והדגשת הכותרות – במקור).

על טופס זה חתמו נציגיהם של 18 מוסדות מנפת פתח-תקווה.<sup>7</sup>

15. תוכנו של מסמך זה מדבר בעד עצמו ומשתקפת ממנו החלטת ועד הפעולה, לפיה נציגי המוסדות השונים **יתחייבו שלא ליטול חלק במכרז**. הדברים עולים בביור מהכתוב בפסקה השנייה לכתב ההתחייבות:

**”אני מתחייב לפעול בהתאם להחלטות ועד הפעולה, לרבות בכל הנוגע לאי-רכישת מסמכי המכרז ואי הגשת הצעות במסגרת המכרז.”**

לשון ההצהרה דלעיל, מעידה על כוונה קונקרטית של מנסחי המסמך להביא את המוסדות החתומים לכבול עצמם ולהימנע מליטול חלק במכרז. ההצהרה, הנוקטת לשון התחייבות מתייחסת **לאי רכישת** טופסי המכרז **ואי הגשת הצעות** במסגרתו.

16. לשון ההתחייבות מופיעה בשלושה מקומות במסמך קצר זה: תחילה בכותרת המודגשת ”כתב התחייבות” המתנוססת בראש המסמך. בתחילת הפסקה השנייה מופיעות המלים ”אני **מתחייב** לפעול...” ובפסקה השלישית נכתב ”במעמד החתימה על כתב **התחייבות** זה אני משלם סך של 50 ₪...”. אלמנט

<sup>7</sup> נציגי המוסדות חדות הורים, נוה שלו, מעונות אור, גיל רם, גיל עוז, לאון רקנאטי, בית הדקל, נוף המושבה, גיל פז, בית אור, נוה רעיה, סנטוריום הוד השרון, ארבל, בית יוסף, נוה גיל הזהב, בית השמש, רמת הכובש, נאות שרון.

החתימה, העולה מתוך אמור בפסקה השלישית לכתב ההתחייבות תורם אף הוא לביסוס הצגת חזית אחידה הקוראת לאי השתתפות במכרז.

17. כתב ההתחייבות שירת את הכשלת המכרז בכמה אופנים: ראשית, הוא שימש הצהרה ברורה, שחסכה מחלק מהמוסדות אי וודאות באשר להתנהלות מתחריהם. התיאום הקולקטיבי הגלום בכתב ההתחייבות חסך ממוסדות רבים מעין "דילמת אסיר", לפיה מוסד שאינו נוטל חלק במכרז ימצא עצמו ניזוק במקרה שמוסדות אחרים באזור ייטלו חלק במכרז.<sup>8</sup>

18. בנוסף, כפי שיתואר בהרחבה בהמשך, היתה לאסיפה ולכתב ההתחייבות השפעה על אלה שטרם גיבשו עמדה עצמאית בעניין.

19. מסמך נוסף המצביע על קו הפעולה האסור הוא מכתבו של יו"ר הארגון, דוד ברימר, לשרי הבריאות והאוצר בעניין המכרז. מכתב זה נשלח ביום 3.2.06, למחרת אסיפת נציגי המוסדות ובעקבותיה. בסיום דבריו כותב ברימר:

"התבקשתי להודיעכם, בשם מוסדות האשפוז החברים בארגון, כי חרף רצונם להמשיך ולהתקשר עם משרד הבריאות לאספקת שירותי אשפוז גריאטריים, הרי שהמכרז שפורסם מטעם משרדיכם אינו מאפשר את השתתפותם בו ולפיכך **אין בדעתם לקחת בו חלק**". (הדגשה הוספה).

20. בהודעתו בפני חוקרי הרשות נשאל מר ברימר לגבי מכתב זה בכלל, ופסקה זו בפרט, והסביר שהיא נכתבה לאור ההחלטות באסיפת החירום:

"ש: כשכתבת במסמך ד.ד. 2 "בשם מוסדות האשפוז החברים בארגון" זה על דעתך?

ת: זה כחלק מההחלטות שהיו באותה פגישה שהמשתתפים לא רואים עצמם משתתפים במכרז שבסופו של דבר יגרום לסגירתם, וכדי שלא כל אחד יכתוב מכתב לרשות כזאת או אחרת. בקשו שזה יהיה בצורה מאורגנת דרך הארגון. ובעקבות זה, והרי סה"כ אני חושב בדיוק כמוהם, כתבתי את המסמך הזה ד.ד. 1-2. סה"כ הארגון הוא פה לחברים בו. פה היה תמימות דעים טוטאלית. זה מה שהרגשתי בפגישה הזאת."<sup>9</sup>

21. ממכתבו של יו"ר ארגון בתי החולים הפרטיים למשרדי הבריאות והאוצר, ומהתייחסותו למכתב עולה, כי תוצאת אותה אסיפה החלטה או הסכמה מתואמת של המשתתפים, בחסות הארגון, בדבר החרמת המכרז.

<sup>8</sup> ר' למשל הודעת יעקב רומנו מיום 20.2.2007: "מה שחשוב לציין שאנחנו עובדים היום עד לקבלת קוד. כל המוסדות אוכלים אחד את השני התחרות בין המוסדות הפרטיים עצומה. יש כאלה שמאשפזים חינוס. כולנו מתחרים על כל חולה" (ש' 122-124); הודעת אבי רודמן מיום 7.2.2006: "הלוואי והייתי יודע אם מישחו קנה [את מסמכי המכרז] או לא. זה היה עוזר ליי" (ש' 252) והודעת עמיר גליל מיום 20.2.2006: "יש תחרות בין המוסדות על מילוי המיטות הריקות, זה מתבטא על ידי הורדת המחיר להמתנה, שזה המשפחה משלמת וגם על ידי טיב השירות. המוסדות מנסות לתת מקסימום כדי לתת שירות טוב. לכן בארבע השנים האחרונות הרווחיות מאוד נשחקה... בפתח תקווה יש עודף מיטות, ולכן משרד הבריאות החליט את הפילוט לעשות איפה שיש עודף מיטות" (ש' 44-59).

<sup>9</sup> הודעת דוד ברימר, 7.2.06, 213-218.

## ה. ישיבת ההנהלה ואסיפת נציגי המוסדות

22. כאמור לעיל, הארגון התנגד לרפורמה בענף האשפוז הסיעודי ובכלל זה להחלת שיטת המכרזים על הענף. בהקשר זה הוטרה הארגון מהאפשרות שהשתתפות מוסדות אשפוז במכרז תקל על החלת הרפורמה ותכשיל את המאבק נגדה.

23. חשש זה של הארגון עמד במוקד ישיבה של חברי הנהלת הארגון, שנערכה ביום 31.1.2006, ימים ספורים לאחר פרסום המכרז, במוסד "עטרת רימונים" שבבעלות היו"ר ברימר. חבר ההנהלה, אברהם שמילביץ' תאר בהודעתו בפני חוקרי רשות ההגבלים העסקיים את מהלך הישיבה:

"היתה ישיבה של הנהלת הארגון כמה ימים קודם שבה הוחלט לעשות כינוס של החברה מנפת פ"ת ושם הוחלט לדון בנושא של משיכת טופסי המכרז, מה המשמעויות של זה.

ש. איפה היתה הישיבה?

ת. אצל דודי ברימר בבית החולים שלו בעטרת רימונים. לשאלתך היו שם חברי ההנהלה...

ש. מתי זה היה?

ת. מספר ימים לפני הכינוס בשבוע שעבר.

ש. מה הוחלט שם?

ת. שדודי העלה את נושא המכרז. זאת היתה החלטה די פרטית שלו, לא היתה הרמת יד או הצבעה על זה. הוא התנהל באופן די אישי מול עורך הדין של הארגון אילן שביט לגבי המשמעויות של משיכת המכרז.

ש. מה הוחלט שם?

ת. דודי אמר שהוא רוצה להציע לחברים בנפת פ"ת לא למשוך את המכרז בתקווה שמשרד הבריאות יאריך את התוקף.

...

ש. אז באותה ישיבה של ההנהלה הוחלט לערוך את הפגישה למוסדות בנפת פ"ת?

ת. הוחלט שצריך לארגן ישיבה כזאת ובדיעבד כעבור מספר ימים קיבלתי הודעה ממזכירת הארגון שאבי רודרמן מארגן אצלו בבית חולים פגישה לנפת פ"ת... שולי שלחה לי פקס עם הזמנה על הכינוס...<sup>10</sup> (הדגשה הוספה).

24. על הלך הרוח בישיבת ההנהלה ניתן ללמוד גם מהודעתו של היו"ר ברימר, לפיה בין הרעיונות שהועלו בישיבה היתה גם הצעה לדרוש מנציגי המוסדות התחייבויות בגובה עשרות אלפי שקלים כדי להבטיח שלא ייגשו למכרז.<sup>11</sup>

25. גב' רות פרמינגר, אשר סיפקה לארגון ייעוץ אסטרטגי לעניין המאבק במכרז ואינה פועלת בתחום האשפוז הגריאטרי, מסרה כי במגעים עם הארגון עלה חשש מצד הארגון שיהיו מוסדות שייגשו למכרז:

"ש. החשש שיהיו מוסדות שיבחרו כן ללכת למכרז הובע בפניך?

ת. כן, היה ברור שייגשו.

ש. מאיפה שמעת?

ת. אני יושבת איתם ושמעתי שהיה ברור שייגשו אנשים למכרז. ואנחנו מזה בדיוק דאגנו שיוציאו מחירים מאוד נמוכים והשירות ייפגע.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> הודעת אברהם שמילביץ' מיום 7.2.2006, ש' 287-311.

<sup>11</sup> הודעת דוד ברימר מיום 7.2.2006, ש' 864.

26. דברים אלה מספקים רקע להבנת התנהלות הארגון באסיפת נציגי מוסדות גריאטריים הפועלים בנפת פתח תקווה אשר כונסה ביום 2.2.2006 במוסד הסיעודי "נאות השרון". אסיפה זו כונתה בפי יו"ר הארגון "אסיפת חירום".<sup>13</sup> לאסיפה הוזמנו נציגי כעשרים מוסדות גריאטריים מנפת פתח-תקווה, מרביתם חברי הארגון.<sup>14</sup> זימון המשתתפים נעשה על ידי מזכירת הארגון.

27. יו"ר הארגון – דוד ברימר ויתר חברי הנהלת הארגון: אברהם רודמן, אברהם מאיר, אברהם בלצן, ואברהם שמילביץ נטלו חלק באסיפה, הגם שחלק מהם אינו קשור למוסדות אשפוז בנפת פתח תקווה. באסיפה השתתפו גם עורכי הדין אילן שביט וירון סילבר, היועצים המשפטיים לארגון. הדוברים המרכזיים באסיפה היו יו"ר הארגון, דוד ברימר ועו"ד שביט.

28. על פי הודעת מזכירת הארגון בפני חוקרי הרשות, בעת שהתקשרה לנציגי המוסדות השונים כדי להזמיןם לאסיפה, היא אמרה להם שלא לרכוש את מסמכי המכרז. כמפורט להלן, המסר לפיו אין מקום לרכוש את מסמכי המכרז וממילא גם אין להגיש הצעות למכרז, עלה בצורה ברורה גם במהלך האסיפה עצמה.

29. להשתלשלות העניינים במהלך האסיפה גרסאות רבות, אולם אין חולק, כי יו"ר הארגון, דוד ברימר, היה הדובר הראשון והעיקרי באסיפת החירום, ולאחריו נשא דברים עו"ד אילן שביט, היועץ המשפטי של הארגון. בתום האסיפה הועבר מסמך נושא כותרת "כתב התחייבות" לחתימת באי האסיפה טרם צאתם מן האולם והם התבקשו לשלם סך של 50 ₪.

30. בדבריו באסיפה סקר היו"ר ברימר את תנאי המכרז והציג לנוכחים מצגת ובה ביקורת כללית על אופי ההתקשרות בהסכמים מכוח המכרז ונתונים כלכליים, שהתיימרו להראות כי המכרז אינו כדאי מנקודת מבטו של בית חולים גריאטרי. תחת הכותרת "פיילוט משרד הבריאות = קריסת ענף הסיעוד", הצביעה המצגת על ירידה חדה ברמת השירות והטיפול ועל עצירת השקעות ושדרוג מוסדות האשפוז בעקבות המכרז.

31. בפרק הכלכלי במצגת, נסקר מבנה עלויות של שני מוסדות אשפוז לדוגמא (מוסד ברמה מקסימלית – פרוגרמא חדשה, ומוסד ברמה ממוצעת פרוגרמא – 650 מ"ר למחלקה) ועומת עם המחיר המקסימלי המתקבל במכרז בגין רמת השירות המוצעת. שני המקרים שנסקרו במצגת התיימרו להוביל את השומעים למסקנה המתבקשת על ידי הארגון, לפיה עלויות המוסדות גבוהות בהרבה מהמחיר

<sup>12</sup> הודעת רות פרמינגר מיום 12.2.2006, עמ' 4, ש' 15-7.

<sup>13</sup> הודעת דוד ברימר מיום 7.2.2006, ש' 164.

<sup>14</sup> בפגישה השתתפו נציגי המוסדות הבאים: חדות הורים, נוה שלו, מעונות אור, גיל רם, גיל עוז, לאון רקנאטי, בית הדקל, נוף המושבה, גיל פז, בית אור, נוה רעיה, בית אבות סיעודי סנטוריום הוד השרון, ארבל, בית יוסף, נוה גיל הזהב, בית השמש, רמת הכובש, בית הדקל, נאות שרון, המבריא. המוסדות ארבל, בית הדקל, רמת הכובש, גיל פז והמבריא אינם חברי הארגון.

המרבי הקבוע במכרז בגין רמת שירות זו. עוד נכללה במצגת רשימת עלויות חדשות שנוספה במסגרת שיטת המכרזים (ערבויות, תקן ביטוח, הגדלה בהוצאות האשראי, קנס כספי, העדר מנגנון הצמדה וכיו"ב). את המצגת חתמה השקופית "איחוד=הצלחה".

32. היו"ר ברימר הציג באופן חד משמעי את המסקנה כי לאור מחירי המקסימום הקבועים במכרז, כל מוסד אשר יעבוד בתנאי המכרז ייטול על עצמו הפסד ידוע מראש. כך בלשונו של ברימר, בהודעתו בפני חוקרי הרשות:

"שאלו דעתי בנושא המכרז. אמרתי להם בצורה חד משמעית שהמכרז באופי שלו, אם אני מתמקד בהיבט הכלכלי, הוא בלתי סביר. לא רק שלא ניתן להרוויח, זה הפסד מראש למוסד. כל הנחת העבודה שלי זה על מחיר מקסימום. הנחת העבודה בניתוח. מחיר מקסימום אחרי כל המדרגות. מוסד באיכות הכי גבוהה, לא יעמוד במחיר המקסימאלי שיקבל. יהיה מחיר הפסד."<sup>15</sup> (הדגשה הוספה).

תמונה דומה עולה מהודעות של נציגי מוסדות אשפוז שנכחו באסיפה.

33. לא למותר להבהיר, כי עמדת הארגון, לפיה תעריפי המכרז הם בהכרח הפסדיים אינה בגדר עובדה מוכחת, לפחות לא עבור כל המוסדות. אכן, נציגי מספר מוסדות מסרו בהודעותיהם כי לא היו מסוגלים לעמוד בתעריפי המכרז, ואולם נציגי מוסדות אחרים מסרו כי התעריפים אינם הפסדיים וכי ניתן היה להתקשר בהסכם מכח המכרז גם בלי הפסד.

34. בהצגת המצגת, כמו גם ביתר דבריו, העביר יו"ר הארגון מסר ברור וחד משמעי לנוכחים באסיפה, לפיו הצלחת המכרז הניסויי תפגע במוסדות האשפוז בעוד שהימנעות כל אחד מהמוסדות מהשתתפות במכרז תוכל להכשלת המכרז ובכך להיטיב עמם.

דברים אלה חוזרים ועולים בהודעתו של מר ברימר בפני חוקרי הרשות, בדברו על החלטות שהתקבלו באסיפה שלא להשתתף במכרז:

"ש: כשכתבת במסמך ד.ד. 2 "בשם מוסדות האשפוז החברים בארגון" זה על דעתך?

ת: זה כחלק מההחלטות שהיו באותה פגישה שהמשתתפים לא רואים עצמם משתתפים במכרז שבסופו של דבר יגרום לסגירתם, וכדי שלא כל אחד יכתוב מכתב לרשות כזאת או אחרת. בקשו שזה יהיה בצורה מאורגנת דרך הארגון. ובעקבות זה, והרי סה"כ אני חושב בדיוק כמוהם, כתבתי את המסמך הזה ד.ד. 1-2. סה"כ הארגון הוא פה לחברים בו. פה היה תמימות דעים טוטאלית. זה מה שהרגשתי בפגישה הזאת."<sup>16</sup>

<sup>15</sup> הודעת דוד ברימר, 7.2.06, 171-174.

<sup>16</sup> הודעת דוד ברימר, 7.2.06, 213-218. "מסמך ד.ד. 2" הנוכח בציטוט הוא העתק מכתבו של ברימר לשרי הבריאות והאוצר, אשר נזכר בפרק ד' לעיל.



ובמקום אחר בהודעתו הדגיש את היבט התיאום והתלות ההדדית בין המוסדות השונים, שאליה כיוון בדבריו באסיפה :

"ש. לעניין "להוכיח את הרצינות", אתה הצעת משהו?  
ת. לא הצעתי כלום. הרצינות שלנו, אמרתי, תתבטא בהבנת הנקרא שתהליך כזה בלתי סביר וזה היה הדגש העיקרי שלי באותו ערב. שאין מצב כלכלי לשרוד במכרז כזה והמבין יבין. אמרתי אתם אנשים בוגרים. אמרתי אני יכול להציע לכם, למרות שאני לא בסיטואציה שלכם היום, שתהיו מאוחדים, שתפרו אחד את השני, זה המסר.

...  
אמרתי בשיחות עם עוד שניים שלושה, שהנושא רציני, ואני לא מניח שמישהו יעשה פה בגידה במרכאות או שיתאבד במרכאות. כי מי שמשתף במכרז כזה הוא מתאבד. דעתי היתה שמספיק שתחברו ועד כזה יקבל מספיק מילה מכל המוסדות.  
ש. מילה מכל המוסדות שלא יגשו ושזה יספיק?  
ת. כן. כל אחד לא סומך על השני בסיטואציה כזאת.

...  
ש. במהות ידעת שמהות המסמך זה שאנשים לא יבגדו אחד בשני?  
ת. כן".<sup>17</sup> (הדגשה הוספה).

מושגים כגון "תהיו מאוחדים", "תפרו אחד את השני", "תחברו", "מספיק מילה" (במובן של הצהרת נאמנות) ולהבדיל – "בגידה" יפים לתיאור יחסי חברות או אמון, ואולם הם זרים ליחסי תחרות, שמושגים על יריבות ועל מאבק על לב הצרכן. השימוש באוצר מילים השמור ליחסי קרבה וחברות, נועד הלכה למעשה לקדם בפני הנוכחים באולם את רעיון ההימנעות המתואמת ממכרז, והדגשת האינטרס המשותף שבהכשלת הרפורמה, בניגוד למאבק המסחרי אשר מנחה את יחסי התחרות.

35. דברים אלה מקבלים חיזוק מהודעות נציגי מוסדות שנכחו באסיפה. מר מרדכי אייזק, שנכח באסיפה מסר בהודעתו :

"הוא אמר שבטח אתם יודעים על המכרז והוא הסביר לגבי המכרז ולמה לא כדאי לגשת למכרז. הוא אמר מה התועלת ומה ההפסד מהמכרז. הוא שם את הכל על השולחן... הוא אמר שהסכמנו כולנו שבחמישי לחודש אף אחד לא ניגש לקחת את המכרז ואז נראה לפי ההתפתחויות מה יהיה.

ש. אמרת שדודי אמר ש'הסכמנו'. למה כוונתך? מי הסכים?  
ת. כל הנוכחים שם. ... במקרה הזה אף אחד לא התנגד למה שדודי אמר. כולם הסכימו עם דודי.<sup>18</sup>

דברים דומים עולים מהודעתו של מר רוני ארניה :

"השורה התחתונה היתה שלא קונים. זה היה רוח הדברים. יותר טוב להתמודד עם נושא של הגבלים עסקיים אם בכלל הוא

<sup>17</sup> הודעת דוד ברימר מיום 7.2.2006, ש' 608-626.

<sup>18</sup> הודעת מרדכי אייזק מיום 22.2.2006, ש' 96-113.

קיים... יותר טוב להתמודד עם מגוון נושאים במקום שהמכרז יצא לדרך ויביא להתמוטטות הענף".<sup>19</sup>

ובהודעתו של אברהם בלצן, חבר הנהלת הארגון :

"ש. מה הייתה ההחלטה או החלטות?  
ת. לא הייתה החלטה. רוב המשתתפים עמדו על כך שחייבים להמשיך את ההדברות עם משרד הבריאות על מנת להגיע בצורה מוסכמת לנקודת שיווי המשקל כפי שהיה כל השנים, ולכן אנחנו לא נשתתף במכרז לא נרכוש את מסמכי המכרז. גם עצם הרכישה 5000 ש"ח זה סכום איום ונורא מה שבדר"כ צריך להיות 1000-2000 ₪.  
ש. מי העלה את ההסכמה שלא להשתתף במכרז ולא לרכוש את מסמכי המכרז?  
ת. כל אחד מהדוברים חזר על זה בפתיחת דבריו באמצע דבריו או בסוף דבריו זה ממש התאבדות כל אחד אמר אני לא אגש למכרז ואני ממליץ לכם לא לגשת למכרז.  
ש. מי אמר?  
ת. כל אחד מהדוברים.  
...

**ש. מישו סיכם את ההחלטה שלא ניגשים למכרז ולא רוכשים את הטפסים?**  
**ת. זה עלה כחוט השני**  
**ש. היה מישו שאמר?**  
**ת. החלטנו שכולנו ועד פעולה, אפילו שילמנו 50 ₪ לתשלום סימלי אין לי את המסמך הזה אבל החלטנו שם שלא ניגשים למכרז ומנסים הכל להמשיך ולהידבר עם משרד הבריאות להגיע להסכם מוסכם כפי שהיה כל השנים.**<sup>20</sup>

מהודעת מר בלצן עולה, כי משתתפי האסיפה יצאו ממנה בהבנה שתוצאת האסיפה היא שהוחלט, ולכל הפחות הומלץ, שלא לגשת למכרז.

36. להשלמת התמונה העובדתית יאמר כי בהודעות שמסרו נציגי מוסדות אחרים שנכחו באסיפה נשמעו גם תיאורים אחרים על שהתרחש בה. בין היתר, נטען כי ממילא לא היה בכוונת המשתתפים לגשת למכרז. עוד נטען שהאסיפה היתה בבחינת החלפת דעות ורעיונות ותו לא. לא מצאתי לתת משקל של ממש לטענות אלה. המסמכים וההודעות, כפי שהובאו לעיל, מצביעים על כך שתכלית האסיפה ותוצאתה היו הימנעות מתואמת מהשתתפות במכרז. רוח הדברים שהושמעו באסיפה, כמו גם המידע שהוחלף בה, היו בבחינת סוגר על בריח להבטחת הימנעות המשתתפים בישיבה מלגשת למכרז.

37. הנה כי כן, מעדויות של משתתפי אסיפת החירום וממסמכים בכתב עולה, כי באסיפת החירום הסכימו הנוכחים להחרים את המכרז – לא להגיש הצעות למכרז ואף לא לקנות את מסמכי המכרז, וכי הסכמה זו עוגנה בטופס

<sup>19</sup> הודעת רוני ארניה מיום 19.2.2006, ש' 175-178

<sup>20</sup> הודעת אברהם בלצן מיום 7.2.2006, ש' 234-260

ההתחייבות עליו חתמו הנוכחים. כפי שסיכמה שולמית בר נבון, מזכירת הארגון, את תוצאות אסיפת החירום:

**"ש. מה סיכמו בפגישה ביום חמישי?"**

**ת. קודם כל שאף אחד לא קונה את המכרז. ואח"כ, אחרי שהמכרז יפול בגלל שאין קונים, יתחילו לטפל בזה מבחינה משפטית.**<sup>21</sup>

38. כפי שהראיתי לעיל, חומר הראיות מצביע בבירור על כך שלארגון תפקיד כיוזם, מתאם ומגבה ההימנעות הקולקטיבית מהשתתפות במכרז. תפקידו המרכזי של הארגון משתרע על כל שלבי העלילה המבססת קביעה זו. הארגון כינס את האסיפה, אנשי הארגון נשאו את הדברים באסיפה, הוצגה מצגת מטעם הארגון, הארגון, באמצעות הנהלתו ועורכי דינו, יזמו וניסחו את כתב ההתחייבות ולמחרת האסיפה נשלח מכתבו של הארגון אל שרי האוצר והבריאות.

## **1. קו פעולה של איגוד עסקי**

39. איגודים עסקיים משרתים מספר מטרות לגיטימיות בחיי המסחר והכלכלה. לא אחת הם דואגים לעדכון החברים בספרות מקצועית, שיטות עבודה, חידושים טכנולוגיים וכדומה. במקרים רבים הם מהווים כתובת לרשויות השלטון, כגורם מקצועי הפועל בענף מסוים, וראיתו את הדברים עומדת מעל האינטרס הצר של העסק הבודד.

40. במקביל, איגודים עסקיים גם מעוררים תדיר חששות בשדה התחרות. בחוט השדרה של האיגוד העסקי מצוי מאפיין מובהק – הוא מאגד לעניינים שונים ומשותפים את מי שהם יריבים מסחריים בשגרת יומם. ישיבתם המשותפת של מתחרים בענף, קיומם של דיונים, החלפת דעות והחלפת מידע על המתרחש בענף, עלולים לגלוש לכדי שיתוף פעולה מפורש או משתמע בשדה התחרות בין חברים באיגוד העסקי, לכלל דיון בהיבטים מסחריים-עסקיים של פעילות החברים באיגוד, ולכדי העברת מידע אשר עשוי להשפיע על התנהלות החברים-מתחרים בשדה התחרות. כל אלה הופכים את האיגוד העסקי לבריה שמעסיקה תדיר את מערך ההגבלים העסקיים, ואשר מחייבת בחינה ביקורתית של פעולותיה המשיקות לתחרות המסחרית שבין החברים בה.

41. עמד על הדברים ארגון ה-OECD בנייר עמדה שפרסם לאחרונה, אשר עוסק בהתמודדות דיני התחרות עם איגודים עסקיים:

"Participation in trade and professional associations' activities provide ample opportunities for companies in the same line of business to meet regularly and to discuss business matters of

<sup>21</sup> הודעת שולמית בר נבון, 7.2.06, ע' 3, ש. 8-6.

common interest. Such meetings and discussions, even if meant to pursue legitimate association objectives, bring together direct competitors and provide them with regular opportunities for exchanges of views on the market, which could easily spill over into illegal coordination. Casual discussions of prices, quantities, future business strategies can lead to agreements or informal understanding in clear violation of antitrust rules. It is for this reason that trade associations and their activities are still subject to close scrutiny by competition authorities around the world."<sup>22</sup>

42. חוק ההגבלים העסקיים ייחד סעיף פרטני בחוק לפעילותם של איגודים עסקיים. סעיף 5 לחוק קובע:

"קו פעולה שקבע איגוד עסקי לחבריו או חלקם העלול למנוע או להפחית תחרות בעסקים ביניהם, או קו פעולה כאמור שהמליץ עליו לפנייהם, יראו כהסדר כובל כאמור בסעיף 2, ואת האיגוד העסקי וכל אחד מחבריו הפועל על פיו כצד להסדר כובל".

הסדרה פרטנית זו מדגישה את החשיבות המיוחדת שרואה החוק בהצבת סייגים נוקשים לפעילות איגודים עסקיים, שכן אין בחוק הוראה דומה אחרת, אשר קובעת נורמה ספציפית לסוג מסוים של שיתוף פעולה בין מתחרים.

43. סעיף 5 לחוק קובע כי קו פעולה שקובע או ממליץ עליו איגוד עסקי לחבריו, העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים ביניהם, יראו בו הסדר כובל כמשמעותו בסעיף 2 לחוק.

הגם שההתנהלות המיוחסת לארגון נגעה באופן ישיר רק למוסדות הפועלים בנפת פתח תקווה ולא לכל חברי הארגון, אין באלה כדי לגרוע מתוקף הקביעה הנוכחית כלפי הארגון. העובדה שבישיבת החירום נכחו גם מי שאינם חברים בארגון, מוסיפה חומרה להתנהלות הארגון.

44. שלושה הם רכיביו של "קו פעולה" כהגדרתו בסעיף 5: איגוד עסקי; קביעת קו פעולה או המלצה עליו; עלילות למניעה או הפחתה של התחרות בעסקים בין חברי האיגוד.

---

<sup>22</sup> OECD – Competition Committee, *Potential Pro-Competitive and Anticompetitive Aspects of Trade/Business Associations* (2007); רשות התחרות הקנדית, בנייר עמדה מטעמה, מציינת כי במקרים רבים שנבחנו על-ידה, התגלה כי איגודים עסקיים היו מעורבים בקידום והכוונת קרטלים. Canadian Competition Bureau, *Potential Pro-Competitive and Anticompetitive Aspects of Trade/Business Associations* (2007), ("Social networks can offer a natural venue to conspire. It becomes even easier when networks are fairly well established and closed. Trade Associations promote social contacts and, even though most Trade Associations are formed and operated for legitimate purposes, they can be used to promote and coordinate the objectives of the cartel. Many of the cases the Bureau has investigated have involved the use of Trade Associations to promote and coordinate the objective of the cartel.")

### "איגוד עסקי"

45. סעיף 1 לחוק ההגבלים העסקיים מגדיר "איגוד עסקי" כדלקמן:

"חבר בני אדם, בין מאוגד ובין שאיננו מאוגד, שמטרותיו, כולן או חלקן, הן קידום ענייניהם העסקיים של החברים בו."

בהיותו ארגון, הפועל בראש ובראשונה לקידום ענייניהם העסקיים של חבריו, ארגון בתי החולים מהווה איגוד עסקי. פעילותו השוטפת של הארגון נוגעת למגוון רחב של עניינים שיש בהם כדי לקדם ענייניהם העסקיים של החברים בו, ובראשם עריכת הסכמים עם משרד הבריאות, אשר לפיהם נהגו הצדדים ברכישת שירותי אשפוז בעבר. פעילות הארגון למניעת המכרז מהווה, כשלעצמה, קידום עניין עסקי מובהק.

46. הארגון מצדו, אינו חולק על תפקידו המרכזי בארגון המאבק נגד המכרז בנפת פתח תקווה, אשר מעצם היותו מכרז ניסויי, השלכותיו נגעו לכל מוסדות האשפוז הנותנים שירותים למשרד הבריאות. יו"ר הארגון והיועץ המשפטי של הארגון היה הדוברים המרכזיים באסיפת החירום. יו"ר הארגון דיווח לכלל חברי הארגון על התנהלות ארגונו למניעת המכרז הניסויי והוא אשר חתום, בשם הארגון, על פנייה לשר האוצר ולשר הבריאות "בשם מוסדות האשפוז החברים בארגון" כי המוסדות לא ייטלו חלק במכרז.<sup>23</sup>

### "קו פעולה"

47. כאמור בסעיף 5 לחוק, די בכך שקו הפעולה שנקבע או שהומלץ עליו יופנה כלפי חלק מהחברים באיגוד העסקי. הפניית ההוראה או ההמלצה רק לחברי הארגון הפועלים באזור פתח תקווה אינה גורעת, אפוא, ממהותה כ"קו פעולה".<sup>24</sup>

למונח "קו פעולה" אין הגדרה מפורשת בחוק. בית הדין להגבלים עסקיים קבע, כי "קו פעולה" עשוי להתקיים גם כאשר מדובר בהמלצה מכללא ולא רק בהנחיה או הוראה מחייבת:

"אנו סבורים כי לענין סעיף 5 לחוק גם המלצה מכללה של איגוד עסקי לחבריו (ולא רק הנחייה או הוראה מחייבת) תיראה כהסדר כובל ובלבד, שהוכח שאותו קו פעולה שקבע האיגוד העסקי עלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בין חברי האיגוד".<sup>25</sup>

(הדגשה לא במקור).

<sup>23</sup> מכתבו של דוד ברימר לשר האוצר ולשר הבריאות מיום 3.2.2006.

<sup>24</sup> ר' גם החלטת הממונה מיום 14.1.2004 בדבר מתן פטור מאישור הסדר כובל – הסדר בין חברי לשכת עורכי הדין, פריט מספר 5508 באתר הרשות; החלטת הממונה מיום 26.12.2004 בדבר מתן פטור מאישור הסדר כובל – הסדר בין חברי לשכת עורכי הדין – מבצע "דירה מקבלן", פרסום 5000052 באתר הרשות.

<sup>25</sup> ערר 2/89 מועצת המובילים בישראל נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, הגבלים עסקיים, פרסום 5001546 באתר הרשות. ר' גם החלטת הממונה מיום 14.1.2004 בדבר מתן פטור מאישור הסדר כובל – הסדר בין חברי לשכת עורכי הדין, פריט מספר 5508 באתר הרשות, אשר העניק פטור למבצע מוגבל בזמן למתן שירותי עריכת צוואה על ידי חברי לשכת עורכי הדין בתעריף מקסימלי מומלץ.

אין חולק על כי "קו פעולה" יכול להתקיים גם במקרה של המלצה או הוראה בעניין אי-פעולה, כגון בהחרמה קולקטיבית של מכרז. כך, נקבע בעבר כי החרמת מתחרה על ידי איגוד עסקי מהווה, בין היתר, גם קו פעולה במובן סעיף 5 לחוק.<sup>26</sup>

עוד נפסק כי החרמת תוצרתו של יצרן מצברים על ידי איגוד המוסכים בישראל היא קו פעולה. באותו עניין אסר בית המשפט על איגוד המוסכים להורות או להמליץ לבעלי מוסכים ולחשמלאי רכב להימנע מפעילות עסקית הנוגעת למצברים אלה. בהקשר זה קבע בית המשפט:

"כל חשמלאי רכב רשאי, לפי שיקוליו שלו, להחליט על רכישת מצברי המבקשת או להעדיף רכישת מצברים מתוצרת אחרת, ובלבד שהחלטותיו תהיינה פרי מחשבתו וחישוביו הכלכליים, ולא תוצאה של קו פעולה מוכתב או מומלץ על ידי האיגוד בו הוא חבר.

הוא הדין במתן שירות חינוך למצברים בתקופת האחריות. כל חשמלאי רכב ושיטתו: ירצה - ייתן שירות חינוך, לא ירצה - לא ייתן, אך איש, גם לא האיגוד, לא יורה לו הוראה מדריכה או הוראה מחייבת כיצד ינהג בעסקו, ובוודאי לא יודיע על קו פעולה האוסר מתן שירותי חינוך על ידי כל חשמלאי הרכב והמוסכים, גם אם מטרת פעולה זו היא להיטיב עמם".<sup>27</sup>

במקום אחר קבע הממונה על ההגבלים העסקיים, כי גם הפצת מסמך בין מתחרים החברים באיגוד העסקי עשויה להוות קו פעולה:

"כאשר באים לבחון את השפעת הפצתו של מסמך פלוני בין מתחרים החברים באיגוד אחד, איגוד אשר יזם את ההפצה, אין לכותרתו או להגדרתו הערכית של אותו מסמך כל חשיבות. השאלה היחידה הדורשת מענה היא מהי מידת ההשפעה המסתברת על התחרות עקב הפצתו של אותו מסמך בין המתחרים".<sup>28</sup>

48. ואכן, מסכת העובדות כאן מלמדת שיש מספר עניינים שונים, שכל אחד מהם עולה כדי קו פעולה. להמחשה, די בסקירה שהועברה בישיבה בדבר אי-הכדאיות הכלכלית, כביכול, שבהתקשרות לפי המכרז, בכדי להוות המלצה אסורה על קו פעולה. בסקירה הכלכלית, כאמור, הוצגו שני מודלים שונים של בתי חולים גריאטריים, ונקבע כי לשניהם התקשרות בתנאי המכרז תסב הפסדים. כמפורט בפרק ה' לעיל, למצגת גם נלוו דברי הסבר, בהם נאמר נחרצות כי "לא רק שלא ניתן להרוויח, זה הפסד מראש למוסד", וכי גישה למכרז היא אקט של "התאבדות".

<sup>26</sup> קביעה מיום 24.5.1994 בדבר קיום הסדר כובל – פעילות איגוד סוכנות השחקנים פרסום 3003746 באתר הרשות.

<sup>27</sup> ת"א (ת"א) 1617/93 וולקן מצברים נ' איגוד המוסכים בישראל (דינים מחוזי, לב) (642, 646).

<sup>28</sup> החלטה מיום 23.6.1996 בדבר הענקת פטור מאישור הסדר כובל לאיגוד חברות הביטוח בגין הפצת מחקר בין חבריו בעניין נזקי רעידות אדמה בישראל, פרסום 3001359, באתר הרשות.

49. ניסיון של איגוד עסקי להכווין את הפעילות המסחרית של מתחריו בשדה התחרות, לא כל שכן ירידה לכדאיות הכלכלית של מהלך עסקי שבתחרות, הוא קו פעולה אסור. כלל יסוד בדיני ההגבלים העסקיים הוא שעל כל עסק לקבל את החלטותיו המסחריות באופן עצמאי, מתוך קריאתו הוא את מפת התחרות ואת כוחות השוק. כפי שציינתי באחת מהחלטותיי:

"במצב תחרותי, כל מנהל עסקים אמור לעצב באופן עצמאי את המדיניות העסקית שברצונו לאמץ בשוק. ואכן, פירושה של תחרות על לב הצרכן היא קבלת החלטות עצמאית, שאינה תלויה או ניזונה ממידע על כוונותיו העתידיות של המתחרה."<sup>29</sup>

50. הסקירה שהועברה בדבר האי-כדאיות הכלכלית, כביכול, שבהשתתפות במכרז והצהרות הכוונות שהשמיעו הנציגים השונים במהלך האסיפה, הסירו את מעטה חוסר הידיעה שליווה את המשתתפים, לעניין מידת ההשתתפות הצפויה במכרז.

51. כינוס אסיפת החירום, גיבוש המסר היוצא ממנה, בין כקביעה ובין כהמלצה, הצגת מצגת המצביעה על חסרונות המכרז וממליצה לחברים, הלכה למעשה, להימנע מליטול בו חלק באופן קולקטיבי, ומתוך ידיעה שגם יתר המוסדות אינם מתכוונים לגשת למכרז, העברת מסמך, "כתב התחייבות", המתאם את אי פעולת חבריו ומאפשר לכל אחד מהמוסדות מידה מסוימת של בטחון בידיעה שגם מוסדות אחרים לא ייגשו למכרז, מצביעים, בין בנפרד ובין במצטבר, על קו פעולה מובהק מצד הארגון.

52. בשימוע שערכתי קודם שגיבשתי החלטתי זו, טען הארגון, כי המסמך שעליו הוחתמו נציגי המוסדות, ואשר נושא את הכותרת "כתב התחייבות", הינו בעצם "טופס הרשמה", אשר "בדיעבד וכחכמה שלאחר מעשה" מתברר כ"ניסוח בלתי מוצלח בראי דיני ההגבלים העסקיים", החסר משמעות מעשית.

53. אין לקבל טענה זו. כתב ההתחייבות כולל התחייבות לפיה החותם "מתחייב לפעול בהתאם להחלטות ועד הפעולה, לרבות בכל הנוגע לאי-רכישת מסמכי המכרז ואי הגשת הצעות במסגרת המכרז", כך שהדעת מתקשה לראות בו טופס הרשמה גרידא. גם הממצאים בדבר כוונת הארגון שקדמה לפגישה, כמו גם יתרת הדברים שאירעו בפגישה, נותנים שהניסוח של כתב ההתחייבות משקף בדיוק את שהארגון התכוון לו.<sup>30</sup>

<sup>29</sup> החלטת הממונה בעניין הפטור לחברות הסלולר, אורנג', סלקום, פלאפון ו LECG מיום 14.06.07, **הגבלים עסקיים** 5000601; וכן ראה OECD – Competition Committee, *Potential Pro-Competitive and Anticompetitive Aspects of Trade/Business Associations* (2007) "The artificial removal of the uncertainty about competitors' actions, which is the essence of competition, can in itself eliminate competitive rivalry."<sup>30</sup> השווה ת"פ 149/96 **מדינת ישראל נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית לישראל בע"מ**, דינים מחוזי, לה (5) 540. באותו עניין דחה בית המשפט טענות עובדתיות שעמדו בסתירה ללשונו המפורשת של מסמך שעמד ביסוד ההסדר הכובל (פסקה 19 לפסק הדין).

**"עלול למנוע או להפחית את התחרות"**

54. קו פעולה של איגוד עסקי, אשר יוצר, או עלול ליצור, חזית אחידה כלפי צדדים שלישיים, עלול למנוע או להפחית את התחרות בין חברי האיגוד.<sup>31</sup> קו פעולה מסוג זה ננקט על ידי הארגון והמריץ מוסדות אשפוז בנפת פתח תקווה, ובהם מוסדות שאינם חברי הארגון, במתואם, שלא ליטול חלק במכרז ולמנוע ממשדרי הבריאות והאוצר את חירות הפעולה בשוק פתוח.

55. עניינו של קו הפעולה דנן הוא בהימנעות מתואמת של מתחרים מהשתתפות במכרז. פרקטיקה מסוג זה מהווה הסדר כובל שעניינו חלוקת שוק והסדר כובל בגין כמות הנכסים או השירותים שבעסק, כמובנם בסעיפים 2(ב) ו-2(ב)(4) לחוק. בהסדרים מסוגים אלה, כביתר ההסדרים המנויים בסעיף 2(ב) לחוק, קבע המחוקק חזקה חלוטה בדבר פגיעה בתחרות, שאינה צריכה ראיה.

56. על טעמיו של החוק בקביעת חזקה חלוטה לפגיעה במקרים הנמנים בסעיף 2(ב) עמד כב' השופט מ' חשין בדנ"א 4465/98 טבעול (1993) נ' שף הים :

"השכל הישר וניסיון החיים יורונו כי אלה הם הסדרים טיפוסיים שנועדו למנוע או להפחית תחרות בעסקים. לשון אחר, כל אותם "עניינים" המוצגים בשורה עורפית בפסקה (ב) לסעיף 2 לחוק, כולם נעשו מאותו חומר גנטי, והחומר הוא החומר הגנטי שעושה את פסקה (א) לאותו סעיף 2. מניעת תחרות והפחתת תחרות בשוק הסחורות והשירותים הן הממלאות חיים את הוראות סעיף 2(ב) כולן: זו התכלית בהן, זו מטרתן, זה העיקר בהן. לא תהא זו אפוא מסקנה מרחיקת לכת באומרנו כי בחזקה חלוטה מדבר הכתוב בהוראת סעיף 2(ב) לחוק".<sup>32</sup>

פשיטא כי אותן חזקות חלוטות לפגיעה רעה בתחרות, שסעיף 2(ב) מונה, חלות גם כאשר איגוד עסקי הוא שיוצר את ההסדר הכובל. "החומר הגנטי" של הכבילה, בלשונו של המשנה לנשיא (בדימוס) מ' חשין, חד הוא בין אם נעשתה בידי מנהלי עסקים בפני עצמם, ובין עם נעשתה על-ידי איגוד עסקי בו חברים מנהלי עסקים.

כבר נפסק כי הוראת סעיף 5 לחוק לא נועדה לצמצם את התפרסות תחולתו של סעיף 2 לחוק, אלא להוסיף עליה :

"אין לראות בהוראות סעיף 5 הוראות דין המצמצמות את היקף התפרסות תחולתו של סעיף 2 לחוק. שני הסעיפים מופיעים בפרק ב' לחוק, הנושא את הכותרת "הסדר כובל", ואין כל יסוד לטענה כי כאשר ההסדר הכובל נערך במסגרת איגוד עסקי, יש לראות בסעיף 5 את הוראות הדין הבלעדיות. שלא כטענת הנאשמים, מסקנה זו אינה מייתרת את משמעותו של סעיף 5. נהפוך הוא :

<sup>31</sup> ראה, למשל, ת.א. (ת"א) 1617/93 המ' 13006/93 וולקן מצברים נ. איגוד המוסכים בישראל וצבי פיק, פ"מ תשנ"ד (3) 274; 1994 הגבלים עסקיים 3005925.  
<sup>32</sup> דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56, 98.



סעיף 5 (בדומה לסעיף 6) בא להוסיף על סעיף 2 ולא במקומו<sup>33</sup>...

הדין הוא, אפוא, כי קו פעולה שעניינו איזה מהמקרים המנויים בסעיף 2(ב) לחוק, מתקיימת בו חזקה חלוטה לעניין התקיימות יסוד העלילות להפחתת התחרות בין חברי האיגוד, כדרישת סעיף 5 לחוק.

57. ממילא, ולמעלה מן הדרוש, הנסיבות כאן מלמדות על עלילות להפחתת תחרות בין חברי הארגון, והרבה למעלה מכך. המכרז הניסויי שבמוקד פעולת הארגון, נועד מעצם מהותו לתחר בין המוסדות השונים בנפה. הוראה או המלצה שלא לגשת למכרז באופן קולקטיבי, ככל שיהיו בנמצא מוסדות שיפעלו על-פיה, עלולה ככלל, ובפרט בנסיבות העניין הנוכחי, להפחית או אף למנוע את התחרות בעסקים בין חברי הארגון.<sup>34</sup>

58. ההמלצה שיצאה מטעם הארגון, ומסגרת התיאום שסיפק הארגון למוסדות, הקלו עליהם לפעול להכשלת המכרז הניסויי, דהיינו להכשיל את הכנסת התחרות לענף בנפת פתח תקווה ומאוחר יותר בכל הארץ. יתר על כן, החרמת המכרז הביאה, ולכל הפחות היתה עלולה להביא, לצמצום מספר המוסדות הנותנים שירותי אשפוז גריאטרי באמצעות משרד הבריאות. צמצום מספר המוסדות הנגשיים לקשישים הנזקקים לכך בנפת פתח תקווה כרוך בהגבלת הגביל את יכולתם של הקשישים ובני משפחתם לבחור את מוסד האשפוז המתאים להם ביותר, מבחינת מיקום, תנאי מגורים, הרכב האוכלוסין, היבטי כשרות וכיו"ב, דבר המהווה, כשלעצמו, פגיעה בתחרות.

תשתית הראיות, כפי שפורטה בפרק ד' ובפרק ה' לקביעה זו מבססת אפוא את הקביעה כי התנהלות הארגון בכל הנוגע להימנעות מוסדות אשפוז מהשתתפות במכרז היוותה קו פעולה אסור.

59. להשלמת הדיון בהפרת הוראת החוק, אציין כי במהלך האסיפה התבקש עו"ד שביט, יועצו המשפטי של הארגון, להתייחס לחשש שכינוס האסיפה והתנהלותה הם בגדר הפרות של הוראות דיני ההגבלים העסקיים. בתשובתו של עו"ד שביט לחוקרי הרשות הוא יצר הבחנה בין מאבק מקצועי לגיטימי, לבין תיאום מכרז והסדר כובל אסור.<sup>35</sup> פשיטא כי הבחנה זו לא נשמרה בפעולות הארגון בכלל ובכתב ההתחייבות, אשר יצא ממשרדו של עו"ד שביט, בפרט, וכי לא היה ניסיון ממש, אם בכלל, לשמור עליה. אדרבא, השתלשלות האירועים מלמדת כי מלכתחילה כונסה האסיפה, הוכן מבעוד מועד כתב ההתחייבות, והוכנה מצגת שמציגה את המכרז כהפסדי, בכדי ליצור את קו הפעולה האסור. מכל מקום, אין

<sup>33</sup> ת"פ 417/97 מדינת ישראל נ' הפניקס ואח', דינים מחוזי, לב(10) 808, פסקה 203 לפסק הדין. עמדה זו אומצה גם בפסיקת בית המשפט העליון באותה פרשה: ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ' ואח', פ"ד נט(6), 776, 879.

<sup>34</sup> בעניין זה ר' החלטת הממונה על ההגבלים העסקיים מיום 11.10.2005 בדבר מתן פטור חלקי בתנאים להסדר שבין איגוד בתי האבות ומעונות החברים בו, פרסום 5000143 באתר הרשות.

<sup>35</sup> הודעת עו"ד שביט מיום 7.2.2006, ש' 64-51.

במעורבותו של עו"ד שביט בפרשה כדי לגרוע מאחריותו של הארגון בגין קו הפעולה שקבע, או לכל הפחות המליץ עליו.

## **ז. עניינים נוספים שעולים מטענות הארגון**

60. כפי שציינתי במקומות אחרים בקביעה זו, בטרם גובשה החלטתי, השמיע הארגון את טענותיו בפני. טענות רבות של הארגון קיבלו מענה בחלקים הקודמים של קביעתי זו, בין ישירות ובין תוך דיון בגוף הדברים. אתייחס להלן למספר עניינים נוספים, שעלו מטענות הארגון.

### **ז(1). שיתוף פעולה אסור בין מתחרים**

61. לפי אחת הטענות, התנהלות הארגון היא חלק ממאבק ציבורי-עקרוני נגד שיטת המכרזים, שאינו נושא אופי מסחרי והיא עולה בקנה אחד עם אמות המידה שקבע הממונה על ההגבלים העסקיים בגילוי דעת 1/00, בעניין שיתופי פעולה בין מתחרים בפעולה מול רשויות שלטון.<sup>36</sup>

62. פניית אדם לרשויות השלטון היא מאבני היסוד של משטר דמוקרטי, בין שעניינה הוא הבאת עמדה או מידע בפני הרשות ובין שעניינה בעשיית מעשה שלטוני או בהימנעות מעשייתו, בקביעת מדיניות מסוימת או בשינויה וכל כיוצא באלה עניינים המצויים בסמכות הרשות השלטונית. גישה נוחה לרשויות השלטון מאפשרת מימוש זכותו של ציבור, וכל אדם בתוכו, להביא בפני הרשויות את עניינו ולנסות להשפיע על הרשויות לפעול או להימנע מלפעול בכיוון כזה או אחר. מידע ורעיונות פעולה המופנים לרשות מן הציבור, כשלעצמם, ממלאים תפקיד מרכזי בגיבוש תשתית עובדתית וקשת רעיונות, עמדות ודרכי פעולה אפשריות, החיוניים לפעילות רשויות השלטון במדינה דמוקרטית.

63. פנייה משותפת מצד מספר בעלי עניין קרוב עשויה לא אחת להיות יעילה מפניית בעלי עניין בודדים. ככלל, אוזנה של הרשות השלטונית עשויה להיות רגישה יותר, מטבע הדברים, לזעקתו הרמה של ציבור מאשר לקולם של בודדים.

64. יתרונות אלה בפעילות מול רשויות שלטון אינם נעלמים גם מקום שהאינטרס המונח על הכף הוא כלכלי ובעלי העניין המשותף הם מנהלי עסקים המתחרים זה בזה. פניית איגוד עסקי לרשות שלטונית בעניין הנוגע לחברי הארגון, אינה נתפסת, כשלעצמה, כהפרה של דיני ההגבלים העסקיים.

65. עם זאת, שיתוף פעולה בין מתחרים, גם בפנייה לרשויות שלטון, עשוי להוות כר נוח לתיאום בין אותם מתחרים לבין עצמם באופן שיש בו כדי לפגוע בתחרות

<sup>36</sup> ר' גילוי דעת 1/00 בעניין שיתופי פעולה בין מתחרים בפעולה מול רשויות השלטון, פרסום 3007119 באתר הרשות.

ביניהם או ביניהם לבין אחרים. תיאום מסוג זה אינו נובע או נדרש מהפנייה הלגיטימית לרשות שלטונית, ואינו חוסה בצלה.

66. התיאום, בחסות הפנייה המשותפת, יכול שיהיה מפורש, ויכול שיהיה התוצאה המסתברת של המגעים בין הצדדים-המתחרים, בעטייה של הפנייה המשותפת. כך, להמחשה, החלפת מידע מסחרי בין מתחרים, שנעשה אגב גיבוש העמדה שתוצג בפני הרשות השלטונית, עשוי להגביל את התחרות בין הצדדים לשיתוף הפעולה, ואת התחרות בעסקים.

67. דו"ח נציבות הסחר הפדראלית האמריקאית (FTC) בעניין זה הצביע על החשש לניצול לרעה של הזכות להישמע בפני רשויות השלטון ולנסות להשפיע על פעולתן:

"One of the most effective ways for parties to acquire or maintain market power is through the abuse of government processes. The cost to the party engaging in such an abuse typically is minimal, while the anticompetitive effects resulting from such abuse often are significant and durable. Thus, the reach of antitrust laws to conduct that abuses government processes for anticompetitive ends is of particular importance to the commission's enforcement program".<sup>37</sup>

68. חשש זה לצמיחת תיאום בלתי לגיטימי בין מתחרים באכסניה של פניה לרשויות שלטון עמד לנגד עיני הממונה על ההגבלים העסקיים בגילוי הדעת 1/00:

"עצם קיומה של פעילות משותפת של מתחרים, שיש לה יעד עסקי משותף או אינטרס כלכלי משותף עלולה ואף צפויה להעמיד אותם במצב של קרבה, שהיא כשלעצמה פוגענית לתחרות. הפעילות המשותפת עלולה במקרים רבים לצנן ולו במידת מה את הלהט הנחוץ לקיומה של תחרות ערה בין הצדדים להסדר, ובעוד שאולי לא יהא בה כדי למנוע תחרות בין הצדדים, היא מקימה חשש לפגיעה באותה תחרות.

זאת ועוד, הפעילות המשותפת מול רשויות השלטון מאפשרת לצדדים ואף מעודדת אותם להחליף מידע ודעות הן לגבי מצב השוק הנוכחי והן לגבי התנהגותם הצפויה בעתיד – מידע בדבר כוונותיהם העסקיות אם לא תצליח פעילותם המשותפת, מידע בדבר אסטרטגיות עסקיות, מידע אודות אתגרים עסקיים ואופן ההתמודדות עמם, חילופי דעות ועמדות לגבי ספקים ולקוחות, מידע בדבר תכניות עסקיות, וכל כיוצא באלה.

כך, הקרבה והעניין המשותפים צפויים להביא, במתכוון או שלא במתכוון, ליצירת זיקה ולחילופי מידע המקימים חשש לפגיעה בתחרות בין הצדדים המתחרים ובין מי מהם לבין צדדים שלישיים. מכאן ששיתוף פעולה בין מתחרים עלול להיחשב הסדר כובל זולת אם נשמרו לגביו כללי הפעולה המפורטים להלן".<sup>38</sup>

<sup>37</sup> "Enforcement Perspectives on the Noerr-Pennington Doctrine", an FTC Staff Report, 2006,

p. 3.

<sup>38</sup> גילוי דעת 1/00, פס' 3.

69. בגילוי הדעת נקבעו גבולותיו של שיתוף פעולה בעניין פנייה לרשויות השלטון, ונתחמו הגבולות של שיתוף הפעולה אשר בגינו לא ינקטו פעולות אכיפה, ועל כך יורחב בהמשך. חריגה מגדרי המותר, כך הובהר בגילוי הדעת, לא תחסה בצל ההגנה.

70. הדין האמריקאי הכיר בזכותה של קבוצת מתחרים, להביא את דברה במשותף בפני המחוקק,<sup>39</sup> ובפני רשויות שלטון בכלל.<sup>40</sup> וזאת אם שיתוף הפעולה נעשה למטרה כנה של קידום או שינוי חקיקה או מדיניות. הלכות בית המשפט העליון שם בסוגייה זו מוכרות בשם דוקטרינת Noerr-Pennington.

71. גבולותיה של דוקטרינה זו, בהיבט הרלוונטי לנו, שורטטו בפסק דינו של בית המשפט העליון בארצות הברית בפרשת *Superior Court Trial Lawyers Association*.<sup>41</sup> באותו עניין נדונה הימנעות קולקטיבית של סנגורים ציבוריים במחוז קולומביה מהתקשרות עם רשויות המדינה למתן שירותיהם לנאשמים בלתי מיוצגים. בהימנעות המאורגנת מקבלת תיקים לטיפול, ביקשו עורכי הדין להביא להעלאת תעריף שכר טרחה שהמדינה שילמה להם, בטענה כי התעריף נמוך ולא יאפשר להם מתן ייצוג הולם לנאשמים.

72. בית המשפט העליון קבע, כי הגבלת התחרות, שאותה ביקשו הסנגורים להשיג כחלק ממאבקם הציבורי, הושגה הלכה למעשה כתוצאה ממעשה ההחרמה. החרמה זו, כך לפי פסק הדין, הייתה **הגבלה אסורה** של התחרות, והפרה את סעיף 1 ל-*Sherman Act*.

73. בית המשפט העליון שם סיכם את המותר והאסור בהתאגדות מתחרים לפעילות מול רשות שלטונית, תוך שהוא עורך הבחנה בין שיתוף פעולה שמטרתו היא לקבל הסכמה של רשות שלטונית שתוצאתה האפשרית הגבלת תחרות (דוגמת תקינה, או דרישת רישוי), לבין שיתוף פעולה המביא מעצם טיבו להגבלת התחרות. הראשון חוקי, ואילו השני מפר את החוק:

"It of course remains true that 'no violation of the act can be predicated upon mere attempts to influence the passage or enforcements of laws' even if the defendants' sole purpose is to impose a restraint upon the trade of their competitors. But in the *Noerr* case the alleged restraint of trade was the intended consequence of public action; **in this case the boycott was the means by which respondents sought to obtain favorable legislation. The restraint of trade that was implemented while the boycott lasted would have had precisely the same**

<sup>39</sup> *Eastern Railroad President's Conference v. Noerr Motor Freight Inc.* 365 US 127 (1961)

<sup>40</sup> *United mineworkers of America v. Pennington*, 381 US 657 (1965)

<sup>41</sup> *Federal Trade Commission v. Superior Court Trial Lawyers Association*, 493 U.S. 411 (1990).

**anticompetitive consequences during that period even if no legislation would have been enacted".<sup>42</sup>**

74. התנהלות הארגון, שבה עוסקת קביעה זו, היא פן אחד במאבק רב פנים נגד החלת שיטת המכרזים על רכישת שירותי האשפוז, ועוד קודם לכן, נגד החלת רפורמה בענף. במסגרת מאבקו, פנה הארגון למשרדי הבריאות והאוצר, לחברי כנסת, בהם יו"ר ועדת הכספים דאז, עתר לערכאות וביקש לפנות לדעת הקהל כדי לשכנע בהתנגדותו לשיטת המכרז. על פני הדברים יש מקום להניח, כי פעולות אלה חוסות תחת גילוי דעת 1/00. אלא שבקביעה או בהמלצה להימנע מהשתתפות במכרז וביצירת פלטפורמה לתיאום מהלכיהם של המתחרים, חצה הארגון את הקו המפריד בין המותר לבין הבלתי חוקי.

75. שלא כטענת הארגון, התנהלותו, כפי שתוארה בהרחבה לעיל, אינה נכנסת בגדרי גילוי הדעת ואינה יכולה לחסות בצל הגנתו. כפי שפורט לעיל, אחד מאפיקי הפעילות של הארגון היתה הכשלת המכרז, בין בהוראה, בין בהמלצה ובין בתיאום עמדות מתחרים, שהכנסת תחרות לענף לא היתה לרוחם. בפעולותיו ניסה הארגון לקבוע עובדות בשטח שיביאו להכשלת המכרז הניסויי, דבר שיש לו השלכות ברורות על החלת שיטת המכרזים על רכישת שירותי אשפוז בכל רחבי הארץ. בכך חרג הארגון מן הסייג המפורש הקבוע בסעיף 2.5 לגילוי הדעת:

**"גילוי דעת זה אינו חל כאשר פעולתם המשותפת של הצדדים להסדר או חלקם אינה מוגבלת רק לפעולת השכנוע של הרשויות על מנת שאלה יסדירו נושא מסוים, אלא שהיא מתרחבת להסדרה בפועל, מלאה או חלקית, של הנושא. גילוי הדעת לא יחול כאשר הצדדים או חלק מהם מנסים להכשיל פעולת מתחרה, במקביל לפנייתם לרשות, בצורות אחרות. גילוי הדעת גם לא יחול כאשר שיתוף הפעולה בין הצדדים "גלש" אל מעבר למטרתו הלגיטימית, כמתואר בגילוי דעת זה"**  
[הדגשה הוספה].

76. יתירה מזאת, ניהול אסיפת החירום ותוצאתה, היוו גורם מתאם בין המתחרים השונים. ישיבת החירום אפשרה לכל אחד מן המוסדות שנציגיהם נכחו באסיפה, ומן הסתם גם למוסדות אחרים, להעריך כיצד ינהגו יתר המוסדות בנפח. בכך, חרג הארגון מהוראת סעיף 4.4 לגילוי הדעת, האוסרת על תיאום ישיר או עקיף בין המתחרים המשתפים פעולה, או על החלפת מידע בשאלה מה תהא הדרך בה יפעל מי מהם, במקרה שפעולתם כלפי הרשויות תצליח או תיכשל. הישיבה המשותפת והחלטת הארגון להחרים את המכרז היוו תיאום מפורש בין מתחרים, ולכל הפחות אפשרו אותו או הקלו עליו בכך שסיפקו מידע רב חשיבות אודות מהלכיהם העסקיים של יתר חברי הארגון בנפת פתח תקווה.

<sup>42</sup> *Federal Trade Commission v. Superior Court Trial Lawyers Association*, p.424

77. הארגון לא הקפיד אף על חובתו למקד את שיתוף הפעולה בין המתחרים למינימום הנדרש. על פי סעיפים 4.5 ו-4.6 לגילוי הדעת, מתחרים המבקשים לשתף פעולה, נדרשים לבצע את המגעים בין הצדדים בדרך המצמצמת באופן סביר חשש לפגיעה בתחרות ולהגביל את שיתוף הפעולה למטרות הלגיטימיות ולפעולות ההכנה ההכרחיות לפעולת אלה בלבד. מסכת העובדות, כפי שתוארה לעיל, שוללת כל אפשרות להניח לטובת הארגון כי הקפיד על הוראות אלה.

78. מענה לטענות העובדתיות נמצא בהרחבה בפרק ד' לעיל. בקצרה אשוב ואדגיש כי פעולות הארגון, כפי שתוארו לעיל, נועדו להכשיל את המכרז, בראש ובראשונה כדי למנוע החלת שיטת המכרזים שהיתה צפויה, לשיטת הארגון, לפגוע באינטרסים כלכליים של מוסדות אשפוז (כולם או חלקם). הנסיון להכשיל את המכרז נעשה באמצעות שימוש בכוחם המסחרי של המוסדות להימנע מהשתתפות במכרז. קיומם של אפיקי פעילות נוספים, כגון פנייה לחברי כנסת וליועצי דעת קהל, אינה שוללת את אופיה המסחרי של ההתנהלות נשוא קביעה זו.

79. באשר להעברת מידע, הרי בעצם כינוס האסיפה והחתמת נציגי המוסדות השונים על כתב ההתחייבות, הביא הארגון ליצירת תמונה ברורה באשר לכוונותיו של כל מוסד ביחס למכרז. כפי שהובא לעיל מפי נציגי מוסדות אשפוז, השתתפותם או אי השתתפותם של מוסדות מתחרים היתה עניין מהותי ביותר עבורם.

## ז. (2) החרמת מכרז אינה בבחינת "זוטי דברים"

80. לשיטת הארגון, אפילו אם מדובר בקו פעולה, הרי נוכח מאבקו הציבורי של הארגון, מדובר בהסדר שהוא בבחינת זוטי דברים (דה מינימיס). לשיטת הארגון, מטרת המאבק היתה פנייה אל הרשויות, ב"כובען" השלטוני ולא המסחרי לפעול במסגרת סמכויותיהן לעצירת המכרז. לשיטת הארגון, אין מדובר במאבק מסחרי, אם כי הארגון מודה בחצי פה, כי "בסופו של יום תיתכנה ולו בעקיפין, השלכות מסחריות"<sup>43</sup>. בשל כך, סבור הארגון, התנהלותו אינה ראויה להוות מושא לקביעה לפי סעיף 43 לחוק.

81. התנהלות הארגון אינה יכולה להוות זוטי דברים, לא בהיבט הכלכלי, לא בהיבט המשפטי, וגם לא בהיבט הערכי. הגבלת התחרות שהתבטאה בקו הפעולה, נגעה לעניינים המצויים בליבת התחרות בין מוסדות האשפוז בכלל ובנפת פתח תקווה בפרט.

<sup>43</sup> ס' 36.1.1 לעמדת הארגון מיום 11.11.2007.

82. פעולות הארגון נעשו כדי להכשיל הליך של מכרז ציבורי, ובמסגרתן תואם, ולמצער הומלץ, על החרמת המכרז. תיאום מכרזים, ובכלל זה הימנעות מתואמת מהשתתפות במכרז לשם הכשלתו, מהווה הפרה חמורה של דיני ההגבלים העסקיים ואינה יכולה לחסות תחת הגנת זוטי דברים. עמדה על כך כב' השופטת ארבל בע"פ 7068/06 מדינת ישראל נ' אריאל הנדסת חשמל רמזורים ובקרה בע"מ:

"... על רקע אינטרסים אלה, ברורה ונהירה החומרה הרבה שיש לייחס למעשה של תיאום מכרז ציבורי בין מתחרים. מדובר במעשה החותר תחת עצם התכלית המרכזית שבעטייה מבוצע המכרז, ומרוקן מתוכן את כלליו והוראותיו. מהלך שכזה, במיוחד כשהוא מתבצע בין מתחרים המחזיקים בנתח משמעותי מן השוק הרלוונטי, פוגם באופן קשה בשקיפותו של המכרז, בסיכוי השווה של כל המתחרים לזכות במכרז ובמיוחד ביכולת לשמר את המכרז כהליך יעיל שנועד לאפשר לרשות לזכות באיכות המקסימלית במחיר מינימלי, לרווחתו של הציבור..."<sup>44</sup>

83. שוק האשפוז הסיעודי מגלגל סכום העולה על מיליארד ₪ בשנה, היוצא ברובו מהקופה הציבורית. ציבור הנזקקים לשירותי האשפוז הוא חלש במיוחד ובעל צרכים מיוחדים. החלת שיטת המכרז, נועדה לבחון שינוי בדפוסי רכישת שירותי מוסדות האשפוז הגריאטריים. תחילה בנפת פתח תקווה, שבה תפוסת המיטות נמוכה יחסית ומידת התחרות על מתן שירותי האשפוז למשרד הבריאות גבוהה, ובהמשך, בכפוף לתוצאות הניסוי, בכל הארץ.

84. מהלך מנוגד לדין, שמטרתו להכשיל רפורמה ציבורית, אינו יכול למצוא מחסה בטענה שמדובר בזוטי דברים. משמצאו רשויות הציבור כי מצב האשפוז הסיעודי אינו מניח את הדעת, ומשנדרשו לערוך שינויים יסודיים במבנה ההתקשרות עם מוסדות האשפוז הרלוונטיים, לא תצלח הטענה כי מהלך מנוגד לדין להכשלת הרפורמה הוא בבחינת עניין של מה בכך. חשיבות העניין נלמדת מעצם התגייסות משרדי הממשלה – הבריאות והאוצר, במקרה זה – לביצוע רפורמה מקיפה בו.

85. בית המשפט העליון, בבוחנו את תחולת הגנת "זוטי דברים" בהליך פלילי לפי חוק ההגבלים העסקיים, שרטט את מידותיה הצרות של ההגנה, וזאת נוכח מכלול ההסדרים החקיקתיים הנוגעים לעניין:

<sup>44</sup> ע"פ 7068/06 מדינת ישראל נ' אריאל הנדסת חשמל רמזורים ובקרה בע"מ, דינים עליון עג, 654, פס' 13. ר' גם ת"פ (י-ם) 417/97 מדינת ישראל נ' הפניקס ואח', דינים מחוזי, לב(10) 808: "מהדברים שכתב נגה לפסטרנק עולה תמונה חמורה מאד של תיאום קרטלי של הצעות למכרז (Bid Rigging) – אחת התופעות החמורות של הסדרים כובלים (פס' 52 לפסק הדין); ע"פ 4855/02 בורוביץ, בפס' 185 לפסק הדין; ת"פ 1131/00 מדינת ישראל נ' מוטורגריידר, דינים מחוזי, לג(3) 773: "מדובר... בעבירות הנמנות על הגרעין הקשה של איסורי ההגבלים העסקיים בהתייחסותן לתיאום מחירים בכלל... הגופים שנפגעו באופן ישיר עקב הסדרים אלה הנם גופים ציבוריים המוגבלים בהתקשרויותיהם על פי דין לשיטת המכרזים, שיטה שאותה סיכלו הנאשמים באמצעות התיאומים האסורים שביצעו" (פסקה 5 לגזר הדין). כן ראה הנחיות הענישה האמריקאיות, לפיהן תיאום מכרזים חמור יותר מתיאום מחירים אחר: *United States Sentencing Guideline, sec 2R1.1 (Bid-Rigging, Price-Fixing or Market-Allocation Agreements among Competitors)*.

"... עינינו הרואות, כי לצד הגדרתו הרחבה של החוק עליה עמדנו, קיימים מנגנונים שונים שמטרתם אחת, לשמש פתחי מילוט במקרים בהם מידת הפגיעה בערך התחרות החופשית אינה מצדיקה את הפעלת האיסורים הקבועים בחוק.

... כאשר קבע המחוקק מנגנונים אלה בחוק ההגבלים, הוא העדיף מנגנונים של מניעה מראש על פני פטור שניתן בדיעבד. העולה מכך הוא, כי קודם להפעלתו של הסייג בדבר זוטי דברים, יפעיל חוק ההגבלים את המסננות הקבועות בו ורק משנעשה כן, יש לבחון את תחולתו של הסייג בדבר זוטי דברים. לדידי מצב זה עשוי להגביה את המשוכה הניצבת בפני הטוען כי חל עליו סייג זה...."<sup>45</sup>

בית המשפט הדגיש, כי הצדדים להסדר הכובל, נמנעו, מטעמים השמורים עמם, משימוש במנגנונים הקבועים בחוק, וכי הימנעות זו מחייבת נקיטת זהירות כפולה ומכופלת בבואו של בית משפט להחיל עליהם הגנת זוטי דברים.<sup>46</sup>

86. על רקע קיומם של אמצעים מנהליים ואחרים להכשרת הסדרים כובלים, הדגיש בית המשפט העליון, כי הגנת זוטי דברים מוגבלת לפגיעה בתחרות ברמה הנמוכה ביותר:

"סייג זוטי דברים עשוי להכשיר הסדרים כובלים שפגיעתם הינה כה קלת ערך עד שאין הם חוצים את סף ה"אנטי חברתיות" שמוצדק להפעיל בגינו את המנגנון הפלילי. **מטבע הדברים, רק פגיעה בתחרות ברמה נמוכה ביותר לא תגביה את המעשה אל מעבר לרף של 'קל ערך'.**"<sup>47</sup>

דברים אלה נאמרו בהקשר להגנת זוטי דברים המעוגנת בסעיף 34 לחוק העונשין, התשל"ז – 1977, וטעמם בוודאי יפה, מקל וחומר, גם בענייננו.

87. גם הטענה, לפיה התנהלות הארגון נועדה למנוע את קריסת מערך האשפוז אינה יכולה להכשיר את פסלות פעולות הארגון. אפילו סבר הארגון, כי החרמת המכרז משרתת מטרה ציבורית נעלה, הוא לא היה רשאי להפר את הוראת החוק. מטעם זה בדיוק ניתנו לו האמצעים השונים להביא את מחאתו בפני הרשויות הנוגעות בדבר ובפני הציבור. עמד על כך בית המשפט העליון בעניין טגר:

"... הפרת חוזה, גם אם היתה כזאת וגם אם גרמה למערערי SRS בעייה כלכלית אינה יכולה להצדיק עבירה על החוק. **תרופתה של הפרה שכזו היא בנקיטת האמצעים המשפטיים ההולמים ולא ב'לקיחת החוק לידיים', לפחות בהיבט של התעלמות מאיסורים שבחוק.**"<sup>48</sup>

88. הנסיון לטהר את הפסול שדבק בהתנהלות איגוד עסקי על ידי הצמדתו לפעילות ציבורית לגיטימית, נשלל במפורש גם בדין האמריקאי. בפסק דינו בעניין הסנגורים הציבוריים הדגיש בית המשפט העליון בארה"ב, כי חרם כלכלי

<sup>45</sup> ע"פ 7829/03 מדינת ישראל נ' אריאל הנדסת חשמל רמזורים ובקרה בע"מ ואח', דינים עליון עג, 654, פסקה 28-29 לפסק הדין.

<sup>46</sup> שם, פסקה 30 לפסק הדין.

<sup>47</sup> ע"פ 5672/05 טגר ואח' נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, ניתן ביום 21.10.2007), פסקה 53.

<sup>48</sup> ע"פ 5672/05 טגר, פס' 112.



שמארגנת קבוצת מתחרים העשויים להרוויח מהפחתת התחרות ביניהם, לא יוכשר גם כאשר לתכלית שיתוף הפעולה יש היבטים מקצועיים או ציבוריים רחבים :

"*Claiborne Hardware* is not applicable to a boycott conducted by business competitors who stand to profit financially from a lessening of competition in the boycotted market. No matter how altruistic the motives of respondents may have been, it is undisputed that their immediate objective was to increase the price that they would be paid for their services. Such an economic boycott is well within the category that was expressly distinguished in the *Claiborne Hardware* opinion itself."<sup>49</sup>

בדומה, בפרשת *National Society of Professional Engineers*, נדונה הנחייה של איגוד עסקי, לחבריו המהנדסים, להימנע מהגשת הצעות מחיר בפרויקטים, בכדי שהתחרות במכרזים לא תהא על מחיר, אלא על משתנים אחרים. האיגוד טען כי תחרות המחירים פוגעת בבטיחות המבנים, כיון שהתחרות דוחפת את חברי הארגון להגיש הצעות שמקמצות בבטיחות. בית המשפט העליון קבע כי טענה זו אינה ראויה להישמע, והוא דחה אותה מכל וכל ובחדות :

"Petitioner's ban on competitive bidding prevents all customers from making price comparisons in the initial selection of an engineer, and imposes the Society's views of the costs and benefits of competition on the entire marketplace. It is this restraint that must be justified under the Rule of Reason, and petitioner's attempt to do so on the basis of the potential threat that competition poses to the public safety and the ethics of its profession is nothing less than a frontal assault on the basic policy of the Sherman Act."<sup>50</sup>

### ז. (3) הפרת החוק אינה בגדר התגוננות מפני משרד הבריאות

89. טענה נוספת של הארגון היא כי אפילו יימצא שפעולותיו היו בגדר קו פעולה העולה כדי הסדר כובל, יש לראות במעשיו כמעין התגוננות מפני כוחו של מונופסון, בהתאם לתכלית שביסוד ס' 10(4) לחוק. הארגון גם טוען כי שינוי שיטת המכרז, כפי שבאה לידי ביטוי במכרז הכלל הארצי לשירותי אשפוז, מעיד על כשלונו של המכרז נשוא קביעה זו, ועל צדקת מאבקו של הארגון.

90. טענה לקיומו של כוח מונופולי או מונופסוני והפעלתו אינה יכולה לשמש צידוק להפרת הוראת החוק, קל וחומר מקום שבידי הגוף המפר את מצוות החוק מספר אפיקי פעולה חוקיים, הן במסגרת מערך דיני ההגבלים העסקיים והן באפיקים

<sup>49</sup> *Superior Court Trial Lawyer*, at p. 427  
<sup>50</sup> *National Soc. of Professional Engineers v. United States*, 435 U.S. 679, 695 (1978)

אחרים, כגון פנייה לרשויות השלטון המוסמכות, פנייה לערכאות ופנייה לדעת הקהל.

91. לטענת הארגון, ראוי להחיל על התנהלותו את הגיונה של הוראת סי' 10(4). הוראה זו קובעת כי בית הדין להגבלים עסקיים, בבואו לבחון אישור הסדר כובל מטעמי טובת הציבור, ישקול גם את תרומת אותו הסדר למתן אפשרות לצדדים להשיג אספקה של שירותים או נכסים או לספקם בתנאים סבירים מידי אדם המחזיק חלק ניכר של האספקה או של הרכישה של אותם נכסים או שירותים.

92. השמעת הטענה, כי התנהלות הארגון יכולה לחסות בצל הגיונה של הוראת סי' 10(4) לחוק, לוקה בצרימה עזה. הוראת סעיף 10 מסמיכה את בית הדין לבחון הסדרים כובלים **המובאים לפניו בבקשת אישור**, ולשקול האם תועלתו של ההסדר לטובת הציבור תעלה באופן ממשי על הנזק העלול להיגרם כתוצאה מן ההסדר. טענה זו מדגישה את התנהלותו הפסולה של הארגון ומעוררת שאלה נוקבת - מדוע הארגון נמנע מליישם את אשר הוא מטיף לו. מן הראוי היה כי הארגון יגיש בקשה מנומקת לבית הדין. במסגרת בקשת האישור, היה על הארגון למקד את הדיון בהסדר הכובל שבהכשלת המכרז הלכה למעשה ובתועלת הכרוכה בה, כביכול, לטובת הציבור. תחת זאת, פעל הארגון בנסיון לקבוע עובדות בשטח ולהביא, הלכה למעשה, להכשלת המכרז.

93. יתר על כן, "כוח מאזן" אינו מילת קסם המצדיקה כל חבירה בין מתחרים אל מול חוליה אנכית בעלת כוח. כך בכלל וכך בפרט כאשר בעל המונופסון הוא רשות שלטונית. יש לבחון טענה כזו לאור מכלול השיקולים, ובמיוחד בצל היותה הסדר בין חלק משמעותי מהמתחרים בשוק בתחום שהינו ליבת פעילותם.<sup>51</sup> בנסיבות ענייננו, שיתוף הפעולה בין המתחרים במהלך שתכליתו הכשלת החלת שיטת המכרזים בענף האשפוז הסייעדי נוגע באופן ישיר לתחרות הן ביחס למחיר השירות והן ביחס לרמתו.

94. במאמר מוסגר נעיר, כי בהקשר הנוכחי המשרדים נתפסים אמנם כרוכשי שירותים ולא כמפעילי סמכות שלטונית,<sup>52</sup> אולם גם בכובעם המסחרי, כרוכשי למעלה ממחצית שירותי האשפוז הגריאטריים בישראל, למשרדים מערך תמריצים שונה מזה של גוף מסחרי שתכליתו השאת רווחים.

95. לסיכום הדיון בסוגיה זו, יפים דבריה של נציבות הסחר הפדראלית האמריקאית (FTC) בארה"ב, בעניין שיש לו דמיון לענייננו אנו. בנסיבות שם, נדון חרם שארגון איגוד עסקי שבו חברים רופאים, על שתי חברות הביטוח הרפואי הגדולות שם

<sup>51</sup> החלטת הממונה על ההגבלים העסקיים מיום 11.10.2005 בעניין איגוד בתי אבות ומעונות החברים בו, פרסום 5000143 באתר הרשות, עמ' 7-5; ר' גם החלטה מיום 16.10.2002 בדבר מתן פטור מאישור הסדר כובל להסדר בין התאחדות המלונות בישראל לבין בתי המלון החברים בה בעניין ניהול משא ומתן משותף עם תאגידים לניהול משותף של זכויות יוצרים, פרסום 3015709 באתר הרשות.

<sup>52</sup> ר' הערת כב' השופטת נאור בעמ"מ 1825/02 מדינת ישראל, משרד הבריאות נ' איגוד בתי האבות (דינים עליון כרך ע', 663, פס' 22).

(שתייהן ביחד "BCBSM"), בניסיון לשפר את התנאים המסחריים של חברי האיגוד. האיגוד טען כי פעולתו חוקית הן מחמת ההיבטים הרפואיים של התחום והן מחמת היותן של החברות מונופולין. הנציבות דחתה את הטענה, קבעה כי האיגוד הפר את האיסורים שבדין, ושלחה את אותו איגוד, אחר כבוד, לחפש את סעדו בבית המחוקקים:

"If respondent is convinced that the nature of its profession, the nature of BCBSM as a monopolist, or any other public policy factor compels and justifies its being shielded from the antitrust laws, its recourse is to appeal to Congress."<sup>53</sup>

96. טענה נוספת בפי הארגון מצביעה על שינוי שהוכנס בשיטת המכרז על יד משרדי הממשלה. במכרז כלל ארצי לשירותי אשפוז, אשר גובש על ידי המשרדים ביחס לרכישת שירותי אשפוז החל משנת 2008, שונתה המתכונת ביחס לזו שנקבעה במכרז הניסויי. על פי המתכונת החדשה, התייחור בין המציעים מתייחס לרמת השירותים הניתנים על ידי המוסד ולא למחיר האשפוז.<sup>54</sup> הארגון מבקש לראות בשינוי מתכונת המכרז הוכחה לצדקת מאבקו הציבורי ואגב כך, להצדיק גם את התנהלותו הפסולה בנקיטת קו פעולה אסור.

97. אין בידי לקבל טענה זו. פשיטא שאין כל פסול או פגם בשינוי מתכונתו של מכרז, שהוא מעצם טיבו ניסויי ותחום בזמן ובמקום. הידרשות לעצם שיטת המכרז או נסיון לקבוע האם שינוי השיטה נבע ממאבקו הציבורי של הארגון או ממנגנוני ביקורת אחרים של המשרדים אינם ממין העניין בקביעה הנוכחית.

98. יחד עם זאת, אפילו היה ממש בטענותיו העובדתיות של הארגון, לא היה בכך כדי להצדיק פעולות אסורות, שתכליתן השגת מטרותיו של הארגון באמצעות קביעת עובדות בשטח. לפיכך, גם אם היה נמצא ששינוי שיטת המכרז היא פרי אפיקי הפעילות הציבורית הלגיטימית של הארגון, לא היה בכך כדי להכשיר את פעולותיו הבלתי חוקיות של הארגון.

99. בסופו של יום, מתוך כעשרים מוסדות שהיו בגדר מתחרים בכוח במכרז, רק מוסדות בודדים הגישו הצעות (חלקם רק לאחר שחקירת הרשות הפכה לגלויה), באופן שגרע משמעותית מהצלחת המכרז. התקשיתי לראות כיצד השתלשלות אירועים זו עומדת לזכות הארגון ופעולותיו.

## ח. סוף דבר

בהתאם לסמכותי לפי סעיף 43(א)(2) לחוק ההגבלים העסקיים, אני קובעת כי הוראתו או המלצתו של ארגון בתי החולים הפרטיים לחולים כרוניים בישראל

<sup>53</sup> (1983) 101 F.T.C. 191 *In the Matter of Michigan State Medical Society*.

<sup>54</sup> הודעת גבי רות רלב"ג, סמנכ"ל לתכנון תקצוב ותמחור במשרד הבריאות ומר אבי גבאי סגן בכיר לחשב הכללי במשרד האוצר מיום 17.9.2007.

לחבריו בנפת פתח תקווה לרכוש את מסמכי המכרז ושלא ליטול בו חלק, מהווה קו פעולה של איגוד עסקי, המהווה הסדר כובל, וכי ארגון בתי החולים הפרטיים היה צד להסדר כובל.

כאמור בסעיף 43(ה) לחוק ההגבלים העסקיים, קביעה זו יכולה לשמש ראיה לכאורה לנאמר בה, בכל הליך משפטי. בהתאם לסעיף 43(ו) לחוק ההגבלים העסקיים, אין בשימוש הממונה בסמכות המוענקת בסעיף 43, או באי שימוש בה, מניעה מלהעמיד לדין אדם שעבר על הוראות חוק זה.

זכות ערר על החלטתי זו לבית הדין להגבלים עסקיים נתונה, כקבוע בסעיף 43(ג) לחוק, תוך שלושים ימים ממועד ההודעה על החלטתי זו.

רונית קן

הממונה על הגבלים עסקיים

ירושלים, כ"ב טבת, תשס"ז

31 בדצמבר, 2007