

מדינת ישראל  
רשות ההגבלים העסקיים  
רח' דוד המלך 8, ירושלים  
טלפון 02 233 681, פקס 02 233 687

הסדר כובל בין המתחרים במכרז בזק מספר 89/93/700  
קביעה בהתאם לסעיף 43 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח - 1988

I. הקדמה

1. בזק, החברה הישראלית לתקשורת בע"מ (להלן: "בזק") נהגת לבוא בהסכמי רכישה עם ספקיה באמצעות ניהול מכרזים, חלקם פומביים והמכונים אל כל אדם, חלקם סגורים והמכונים למציעים מסוימים בלבד. כך, לצורך רכישת שקעי ותקעי טלפון פנתה בזק בחודש פברואר 1993, אל שש חברות מקומיות לאספקת פריטים בהזמנה לקחת חלק כמציעים במכרז סגור "R.F.P - 89/93/700 שקעים ותקעים הסכם מסגרת" (להלן: "המכרז"). מועד הגשת ההצעות למכרז נקבע ליום 17 למרץ 1993.

2. ששת החברות שהוזמנו להשתתף במכרז, הגישו הצעותיהן במועד. חברות אלה כוללות את (1) אלקטרונתק בע"מ בניהול מר אשר ספיבק; (2) ויסבורד ובניו בע"מ בניהול מר מרדכי ויסבורד; (3) רומולוקס בניהול מר אלי רכס; (4) אלקטרונתק בע"מ בניהול מר שמואל רחנברג; (5) ד.י.ג. בע"מ בניהול מר צבי דגן; ו- (6) סטילפלסט בניהול מר שמעון נחמיאס. לאחר המועד הקובע לשלשול ההצעות לחיבת המכרזים, ביקשה אחת החברות לתקן את הצעתה ולהודילה משמעותית. בקשה זו נתקלה בסירוב, הואיל והמועד הקובע להגשת הצעות חלף. נוכח סירוב זה, הסביר נציג החברה למנהלת תחום רכש בבזק, כי הצורך בשיפור הצעת החברה נובע מכך שההצעה המקורית שהוגשה נקבה במחירים גבוהים מאד יחסית, פרי קרטל שאורגן על ידי המתמודדים במכרז.

3. ביום 19 באפריל 1993 הגישה בזק תלונתה לממונה על הגבלים עסקיים, ממנה עלה חשד לכאורה כי החברות אלקטרונתק, ויסבורד, רומולוקס, אלקטרונתק ו-ד.י.ג. לקחו חלק בתיאום מחירים וחלוקת נתח שוק קודם להגשת הצעותיהם למכרז. בדיקה של ההצעות שהוגשו במסגרת המכרז חזקה את החשש ברבר תיאום מוקדם בין המתחרים במכרז. נוכח החשש לקניניה בין הספקים, ראתה בזק לבטל את המכרז.

4. בנסיבות אלה החלה חקירה מטעם הממונה על ההגבלים העסקיים, במהלכה נתפסו מסמכים ונגבו הודעות. מניתוח ממצאי החקירה עולה המסקנה כי אכן נערך בין החברות המעורבות תיאום עסקי המקום עליהן דבר עריכת הסדר כובל, כמשמעו בסעי' 2 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: "חוק ההגבלים העסקיים"). אציג במה דברים אמורים:

## II. התשתית העובדתית

5. ששת הספקים האמורים נמנים על היצרנים המובילים בתחום מוצרי מיתוג ומעברי חשמל. ספקים אלה מוכרים תוצרתם למגוון לקוחות, ביניהם גם גופים מוסדיים ורשויות המדינה.<sup>1</sup> הספקים מספקים תוצרתם לבזק זה מכבר, והם למדרי השתתפות במכרזיהם. לדבריהם, לאחרונה העלתה בזק את דרישותיה בנוגע למאפייני האיכותיים והתקנים של המוצר, העלאה אשר מצידה גרמה לגידול בעלויות ולהפחתה ברווחי הספקים. בצד להם, החליטו הספקים לפעול בצוותא חרא, ולתאם בחשאי את הצעותיהם למכרז. תיאום פסול זה, אלמלא נתקל בקשיי ביצוע שבהם עוד ידובר, היה מבטיח גם את העלאת רמת המחירים וגם כי כל ספק יקבל את חלקו המוסכם מן המכרז הנוכחי. כמובן, אין זה מן הנמנע כי לו צלחה הדרך בהסדרת המכרז דנן, היה בכך פתח וסימן לעתיד לבוא, והיתה נסללת הדרך להמשך הפרתם של כללי יסוד של דיני ההגבלים העסקיים, דיני המכרזים ותורמות בסיסיות של הגינות עסקית.

6. התגלגלו הדברים כך שבשעות אחר הצהריים של יום ה-16 במרץ 1993, היום שלפני המועד הקובע להגשת ההצעות לתיבת המכרזים, התכנסו הספקים לטכס עצה. הפגישה התקיימה במשרדי מר אשר ספיבק מתברת אלקטרונית, ובנוסף לו, השתתפו בה מר אלי רכס מתברת רומלוקס, מר מרדכי וויסבורד מתברת וויסבורד ובניו, מר רחנברג מתברת אלקטרונית, ומר צבי דגן מתברת ד.י.ג., אשר השתתף רק בחלקה הראשון של הפגישה (להלן: "הספקים").

7. חמשת הספקים שהתכנסו ובאו באותה פגישה מכירים זה את זה מפעילותם במעגלות משלח ידם. בנסיבות אלה נקל היה בידי מארגן הפגישה, מר ספיבק, לכנס את הספקים לפגישה בהתראת זמן קצרה. חברת סטילפלסט, בבעלות מר שמעון חזמיאס, לא החמנה לפגישת התיאום, ואין בינה ובין ההתארגנות

---

<sup>1</sup> ר' למשל, תשקיף ד.י.ג. תעשיות - מוצרי חשמל ותאורה בע"מ, בעמ' 8-יא "החברה משתתפת במכרזים לאספקת מוצריה לגופים מוסדיים ורשויות מדינה", כאשר לענין תחרות מצוין כי "בנושא ייצור ושיווק אביחרי חשמל ותאורה בישראל פעולות כיום מספר רב של חברות, שהגדולות בהן הן אלקטרו-נתך בע"מ, ו. וויסבורד ובניו בע"מ, אלקטרונית בע"מ ותיסקו בע"מ".

8. עוד יצוין, כי בין הספקים מתקיימים קשרים מסחריים הדוקים. כך, בין החברות וויסבורד ואלקטרונית מתקיים קשר מסחרי הדוק, בדמות חברת הפצה משותפת שהוקמה עוד בשנות החמישים, ושמה "אלקטרו הספקה". בדומה, בין רומולוקס לבין אלקטרונית מתקיימים קשרי מסחר, בדמות חילופי מידע עסקי ושיווק חלק ממוצרי רומולוקס באמצעות מערך ההפצה של אלקטרונית ותחת שם המותג שלה. למיטב ידיעתנו, דבר קשרים עסקיים צולבים אלה לא הובא לידיעת בעלי המכר.<sup>2</sup> מר צבי דגן החמק לשיבה בירי מר ספיבק.

9. היחזמה לפגישה מקורה בכונת מר אלי רכס להביא לידי תיאום ההצעות המתחרות במכר. מטרה זו הרצה למשתתפי הישיבה עם פתיחתה, ולצורך כך התבקש כל ספק להציג באותו מתחם את המזיר שהתכוון לנקוב בהצעה שיגיש למחרת היום למכר. כך נעשה ופרטי ההצעות שצוינו, נרשמו על ידי מר מרדכי וויסבורד, תוך שהוא משתמש לצורך כך בטופסי המכר שהכילו טבלה המפרטת את סוג המוצר, כמותו, והמוחזרה משבצות ריקות למילוי המזיר המוצע על ידי כל אחד מן הספקים האמורים להתמודד על המכר.<sup>3</sup>

10. בפגישה סוכמה דרך חלוקת המכר באופן שעבור פריט מס' 7 תהיה הצעתה של אלקטרונית הזולה ביותר; עבור פריט מס' 5 תהיה הצעתה של וויסבורד הזולה ביותר; עבור פריט מס' 6 תהיה הצעתה של רומולוקס הזולה ביותר; עבור פריט מס' 3-4 תהיה הצעתה של אלקטרונית הזולה ביותר; ועבור פריט מס' 1-2 תהיה הצעתה של דיג הזולה ביותר. שיטת הברירה אמורה היתה להיות כך שכל חברה תגיש הצעה מלאה למכר, בהתאם לרשימה שהוכנה בצוותא. אופן גיבוש הרשימה נועד לוודא כי השוואה תמימה של ההצעות תביא לידי כך שכל חברה תזכה בנות מן המכר, ודיינו אותו נות, שמכח והסכמה הצעת הספק לגבי תהיה תמימה ביוחד. הותמינה ואמורה זכרה להסכמות כל משותפי פגישת התיאום, למעט מר צבי דגן.

<sup>2</sup> אכן, אפשר וגם קשרים עסקיים אלה ראויים להבחן באספקלריית חוק ההגבלים העסקיים, אך לצורך ענין התיאום הכרך במכר, אין הדבר נדרש עתה.

<sup>3</sup> העתק מסמך זה נמצא במשרדי חברת וויסבורד ובניו, כשחותמת מכשיר הפקסימיליה שבכותרתו מעידה כי הוא נשלח מחברת אלקטרונית ביום ה-17.03.93 בשעה 07:40 בבוקר, ודיינו שעות ספורות לפני שלשול ההצעות לתיבת המכרים.

11. האחרון, גילה במהלך פגישת התיאום, סימני היסוס ורתיעה מהצטרפות להסדר האסור. מר דגן עזב את הפגישה בעודה באיבוד, ומבלי שיסכים להסדר המתהווה. לאחר שעות מספר, התקשר מר דגן עם מר א. ספיבק והודיעו כי אין בכונתו להצטרף להסדר שסיכם בישיבת התיאום.<sup>4</sup> מהתנהגותו של מר דגן במהלך הישיבה אף נוצר הרושם כי אין בדעתו להשתתף בתוכנית התיאום. אכן, מהודעתו של מר דגן מסתבר, כי במובן ידוע, הוא נכנס בגדרו של מילכוד מביך. מר ספיבק הזמין לפגישת התיאום, אך מר דגן סבר לתומו כי המדובר בפגישה אישית, שמטרתה כשרת חכות. בהגיעו לישיבה, הוא לדבריו הופתע לגלות את מתמודדי המכר, ונוכח מטרת הפגישה הוא גמר אומר להסתלק ממנה וממטרתה. לדבריו, רק מ"טעמי נימוס" ישב שם רקות אחרות, לא השמיע פרטי הצעתו, ונפנה לו לדרכו. עצם התכנסות היצרנים המתחרים יחדיו, כשלעצמה, אף לא היתה בגדר תקדים, שכן היו דברים מעולם. כך, במסגרת "ארגון יצרני אביזרי חשמל" שבהתאחדות התעשייתנים בישראל, התקיימו פגישות לא מעטות בנושאים המשותפים לענף, במיוחד בנושאי תקינה.

12. מצטייר הרושם כי בעבר נהגו ארבעת היצרנים לתאם עמדותיהם אף בנוגע למכרזים קודמים של בזק.<sup>5</sup> יעילות תיאום זה עמדה בפני איום, בדמות כונת חב' ד.י.ג., להשתתף זו הפעם הראשונה, במכרזי בזק. כניסתה של חברה זו, שהיא גדולה יחסית, לתחום אביזרי מיתוג לטלפונים, עשויה היתה לטרוף את קלפיהם של המתאמים, בהציעה מחירים תחרותיים בתחומי הגזרה כולה.

13. מששמע מר ספיבק על החלטתו של מר דגן שלא לקחת חלק בהסדר, הגיע אף הוא לכלל החלטה כי ייסוג מן ההסדר שהסכים לו אך שעות ספורות קודם לכן. למחרת בבוקר, הוא הודיע למר וייסבורד על הודעת דגן ועל החלטתו שלו, והשניים סיכמו כי יודיעו דבר ביטול ההסדר לכל צדדיו.

14. בהתאם, הודיע מר וייסבורד למר רחנברג מ"אלקטרוניק" על ביטול ההסדר המוסכם. האחרון הביע צער על דבר הביטול, אך בינו לבין עצמו, הוא החליט להגיש הצעתו למכרז בהתאם לפירוט המחירים עליו הוסכם במהלך פגישת התיאום.

<sup>4</sup> מפעל ד.י.ג. מצוי באזור התעשייה המערבי של בית שמש, וככזה הוא נהנה ממעמד של מפעל באזור פיתוח. בהתאם לסעיף ז(3) למכרז מובטחת העדפה למציע שמפעלו ממוקם באזור פיתוח בתנאי שמחיר הצעתו זהה למחיר של מציע שאינו מאזור פיתוח. העדפה זו נתנה בידי ד.י.ג. יתרון מסוים על פני מתחרי. הצטרפות להסדר היתה, כמובן, מאיינת יתרון זה. בנוסף, לד.י.ג. יש ניסיון של תביעות משפטיות נגד "אלקטרוניק" ו"וייסבורד", ואת חברת השיווק המשותפת שלהם, "אלקטרו-הספקה", בעילה של גניבת עין, ואף זה אינו בבחינת "מצע פורה" לעריכת הסדר כובל.

<sup>5</sup> כך, שעה שהוצג חלקה של ד.י.ג. בפרי התיאום האסור, הוסבר למר דגן, לדבריו, כי חלקו יחסית נחות כי הוא בבחינת "חדש" זה מקרוב בא, ובעתיד יוקצה לו נתח משובח יותר.

15. מר רוזנברג אף נטל על עצמו את משימת מתן הודעת ביטול ההסדר למר אלי רכס, מחברת רומולוקס. הואיל והאחרון לא היה בנמצא, הושארה הודעה בדבר הביטול על המשיבון האלקטרוני של מר רכס. בדיועבד, הסתבר כי הודעה זו לא נתקבלה במועדה, עקב נסיעתו של מר אלי רכס למדינות הים, ובהתאם הוגשה הצעת רכס על ידי בנו, כאשר היא כוללת את התמחיר שנערך במסגרת ההסדר.

16. למעשה, הודעה לאקונית זו, על גבי המשיבון, בדבר ביטול ההסדר, היא שהביאה את מר תומר רכס, בנו של מר אלי רכס, לשוב ולבחון את הצעת חב' רומולוקס למכר. בדיקת הצעת המכר על גבי גיליון חישוב אלקטרוני לימדה כי הצעת החברה נקבה במחירים מופרזים, שלאחריה מחייבים את החיית הצעות. מכאן, יחמת מר תומר רכס להגיש הצעה חדשה למכר בזק, המבוססת על עלויות ושיעור רווח סביר של 10% עד 15%, אשר תתן בידי רומולוקס סיכוי לזכות במכר. כאמור, יחמה זו נדחתה על ידי בזק, כנדרש על פי דיני המכרזים, מאחר וחלף המועד האחרון להגשת הצעות.

17. ניתן איפה לסכם כי ביום הקודם להגשת ההצעות למכר מושגת הסכמה בין הספקים בדבר הגשת הצעות מתואמות למכר, תוך החלפת נתונים בדבר ההצעות שעתידות היו להימסר למחרת אלמלא התיאום. בבוקרו של יום הגשת ההצעות למכר, פרעלות החברות אלקטרוני ורומולוקס בהתאם להסדר שסוכם יום קודם לכן. החברות וויסבורד ואלקטרוניק משנות ומעדכנות את הצעותיהן ברגע האחרון, בשונה מדרך הפעולה שסוכמה על פי ההסדר.<sup>6</sup> ד.י.ג. הגישה הצעתה, בהתאם לעבודה כלכלית שנערכה מקדמת דנא על ידי האחראי על פיתוח ויצוא בחברה. ראשית השתתפותו החלקית של מנהל ד.י.ג. בפגישת התיאום יכולה היתה לפתוח את הפתח להשתתפותו בקנונית, אך למעשה הוא מודיע שעות ספורות לאחר הישיבה כי אינו מתכוון לקחת חלק בקשר. ניתן איפה לסכם כי ביום הקודם להגשת ההצעות למכר מושגת הסכמה בין הספקים בדבר הגשת הצעות מתואמות למכר, תוך החלפת נתונים בדבר ההצעות שעתידות היו להימסר למחרת אלמלא התיאום. בבוקרו של יום הגשת ההצעות למכר, פרעלות החברות אלקטרוני ורומולוקס בהתאם להסדר שסוכם יום קודם לכן. החברות וויסבורד ואלקטרוניק משנות ומעדכנות את הצעותיהן ברגע האחרון, בשונה מדרך הפעולה שסוכמה על פי ההסדר.<sup>7</sup> ד.י.ג. הגישה הצעתה, בהתאם לעבודה כלכלית שנערכה מקדמת דנא על ידי האחראי על פיתוח ויצוא בחברה. השתתפותו החלקית של מנהל ד.י.ג. בפגישת התיאום התפרשה על ידי המשתתפים כפתיחת פתח

<sup>6</sup> לצורך הגשת הצעות, עוד מתבקש מר ספיבק על ידי מר וויסבורד לשלוח אליו במכשיר פקסימיליה את טופס הצעת המכר, כדי שיוכל לתקן את הצעתו המתואמת, ולנקוב במחירים תחרותיים.

<sup>7</sup> לצורך הגשת הצעות, עוד מתבקש מר ספיבק על ידי מר וויסבורד לשלוח אליו במכשיר פקסימיליה את טופס הצעת המכר, כדי שיוכל לתקן את הצעתו המתואמת, ולנקוב במחירים תחרותיים.

להשתתפותו בקנוניה, אך למעשה הוא מודיע שעות ספורות לאחר מכן כי אינו מתכוון לקחת חלק בקשר.

### III. התשתית המשפטית

18. חוק חובת המכרים, התשנ"ב-1992 קובע בסעי' 2 לחוק כי "המדינה וכל תאגיד ממשלתי לא יתקשרו בחוזה לביצוע עסקה בטובין או במקרקעין, או לביצוע עבודה, או לרכישת שירותים, אלא על-פי מכר פומבי הנותן לכל אדם הזדמנות שווה להשתתף בו". חיוב דומה בעיקרו קבוע גם בסעי' 197 לפקודת העיריות [נוסח חדש] והוא חל על הרשויות המוניציפאליות למיניהן.

19. לכל מכר למסירת עבודה מטרה כפולה משני אספקטים שונים: מבחינת בעל המכר, הרי שלנגד עיניו עומדת המטרה להשיג הצעות מתאימות רבות ככל האפשר, שממן יוכל לבחור את ההצעה הטובה הצוה לו ביותר; ואילו מבחינת קהל הבאים בחשבון כמציעים, הרי שהמכר פותח בפניהם את האפשרות לזכות בעבודה המוצעת על יסוד של תחרות הוגנת בתנאים של שוויון.<sup>8</sup> המאפיין את המכר הוא אופיו התחרותי, קיומה של "תחרות מאורגנת". המכר מאפשר יצירתה של מסגרת אירגונית, מעין "שוק" שבה מתבקשות ומתקבלות הצעות הנבחנות זו כנגד זו תוך תחרות חופשית ביניהן. אירגונה של התחרות מחייב מטבע הדברים קביעת אמות מידה להתנהגותם של הצדדים.<sup>9</sup>

20. אכן, בריח התיכון החוצה את שיטת המכרים לגותיה יימצא בתחרות בין המתמודדים לזכייה בחוזה נשוא המכר. תחרות זו עניינה בכך שכל מתמודד מגיש, על פי שיקול דעתו העצמאי, את ההצעה הטובה ביותר לאספקת הטובין או השרות המתבקשים במכר. חזקה על כל מציע, כי הוא יודע שעל מנת להצליח במכר, הוא צריך לענות טוב יותר ממתחריו בכל הנוגע למשוואת ציפיותיו של הלקוח, הן בכל הנוגע לטיב ואיכות המוצר או השרות, ומועדי האספקה, הן בנוגע למחירי התחרותיים.

21. שיטת המכרים, מפעילה על המתחרים במכר לחץ לתמוך הצעותיהם במרווח נמוך יחסית. לחץ זה עלול, לעיתים, להפגש במח נגדי: תיאום בין המתחרים במטרה לקבוע מרווחים גבוהים יותר באלה שהיו נקבעים במכר תחרותי. הפעלת כוח נגדי זה מהווה, בין היתר, עבירה על הוראות חוק ההגבלים

<sup>8</sup> בג"צ 292/61 בית אריזה רחובות בע"מ ואח' נ' שר החקלאות ואח' פ"ד ט"ז 20; השוה, גם, בג"צ 110/72 רמזו בע"מ חברה לעבודות עפר חיצוב ופיתוח ואח' נ' עיריית חיפה ואח', פ"ד כו (2) 419.

<sup>9</sup> בג"צ 118/83 אינווסט אימפקט בע"מ ואח' נ' המנהל הכללי של משרד הבריאות ואח', פ"ד לח (1) 729, 734; ד"צ 22/82 בית יוליס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ ואח', פ"ד מ"ג (1) 480.

22. תיאום בין מתחרים המתמודדים במכרז הוא בגדר תופעה מוכרת ואסורה בדיני התחרות (Bid Rigging או Collusive Tendering). מהלך כזה עניינו בהסכמה בין בני אדם המנהלים עסקים לשתף פעולה בנוגע לתגובתם להשתתף במכרז. תיאום כזה יכול ויושג באמצעות מיגון של מנגנוני תיאום והסדר. יש והמתמודדים תיאמו את הסכומים שיוצעו במכרז תוך קביעת הרוטאציה בידי מי תהא הזכות להציע את הסכום הנמוך ביותר יחסית; או שתיאמו מי מהמתחרים יימנע מלהגיש הצעתו למכרז; או שהחליפו מידע חשוי הצעות בטרם יימסרו אלה לבעל המכרז.<sup>10</sup>

23. הסתברות הימצאותו של תיאום כזה עולה במספרים בעלי היקף כלכלי משמעותי, כאשר בדרך כלל לבעל המכרז עמדת מיקוח חזקה ועקב כך עשויים המתמודדים על המכרז לחוש כי על מנת לאזן את כוחם טוב יעשו אם יפעלו ביחד. מעקדת ראותו של המציע, התיאום מיועד בעיקרו להעלות את מחיר החזקה, ולהמשיך לעשות זאת גם בנוגע למכרזים נוספים כי יבואו, על דרך של חלוקת שוק של שמור לי ואשמור לך. התיאום אף מאפשר חסכון בהוצאות המינהליות הכרוכות בעצם ההשתתפות במכרזים, במיוחד כאלה שהמציע אינו זוכה בהם, ונאלץ לטרח בנסיון לעשות כן. בכוח התיאום אף ליצור מעגל של מציעים מוחסים, אלה המתואמים, שסיסמיהם הכלכליים נמוכים יותר ועוצמתם הכלכלית המשותפת חזקה יותר, כך שמתמודדים חדשים יירתעו מלהכנס לחצר המסדרת ולהתחרות מול הקבוצה כולה, ששוב אינה פועלת על בסיס של כל מתחרה לעצמו.

24. בעוד שבתנאי תחרות מציע סביר יגיש את הצעתו הנמוכה ביותר על מנת להגדיל את סיכוייו לזכות במכרז, הרי מקום בו גובש תיאום והסדר המציע הזוכה אך נדרש להגיש הצעה שתשתלב בנתיבות הקשר שנקשר בין המתמודדים, כך שבעל המכרז יבחר בו. בה בעת, גם האחרים שלא זכו, חלקם בדרך כלל מובטח אף הוא, בין אם על דרך הסדרת זכייה בעתיד, או בדרך של חלוקת שלל, כסף או שווה ערך לו, כמו קבלת נתח מביצוע העבודות במחיר הנמוך. מכאן, שכל תיאום בין מציעים במכרז מטרתו להביא בהכרח לעליית מחירים לעומת הרמה שהיתה מתהווה בתנאי תחרות.

25. רשויות ההגבלים בארה"ב רואות בחומרה רבה כל צורה של תיאום מכרזים, חשיפת מקרים מסוג

<sup>10</sup> Von Kalinowski, Antitrust Counseling and Litigation Techniques, Vol. 1, Page 7-37 (1993 "Supp).

זה מהווה יעד חשוב לאכיפת ה-Sherman Act.<sup>11</sup> אכן, תיאום במכרזים אינו אלא צורה של תיאום מחירים (Price fixing), וככזה הוא אסור כשלעצמו (Per se). דהיינו לא ניתן להצדיק תיאום כזה, גם לא בטענה שהמחיר המתואם היה סביר,<sup>12</sup> ולא בטענה שהוא היה מיועד לייצב את השוק. בדומה, קשירת קשר להגשת הצעות מכרז מתואמות אסור אף הוא כשלעצמו.<sup>13</sup>

26. איסור דומה יימצא גם בדיני התחרות של הקהילה האירופית. סעי' 85 (1) לאמנת רומא משנת 1958 אוסר עריכת כל הסכם או הסדר שמטרתו או תוצאתו מעידה, הגבלה או עיוות התחרות בשוק המשותף, ובמיוחד אסורים הסדרים הקובעים מחירים המחלקים שוק. בהתאם, תיאום במכרזים מהווה מעשה אסור בניגוד לסעיף 85(1). האיל והסדר מסוג זה נמנה על אחד מאותם הסכמים שמטרתם תחשב מלכתחילה כמיועדת להגבלת תחרות, הרי שפסילתו איננה מחייבת העברת הסדר כזה בפרויקט השפעתו הפרטנית על הענף הרלבנטי.<sup>14</sup> נוכח זאת, אין זה סביר כי הסדר כזה יוכל אי פעם לחסות בצל הפטור של סעי' 85 (3), שעניינו הצהרת הנציבות כי הסדר מגביל כאמור תרומתו למשק ולציבור הצרכנים מצדיקה אישורו.<sup>15</sup> התחרות תוגבל, בין היתר, כאשר כתוצאה מתיאום, יודעים המתחרים מה תהיינה הצעותיהם ההדדיות למכרז; הסכמה בפועל בדבר המחיר והתנאים האחרים שיוצעו במענה למכרז איננה מהווה תנאי מוקדם למסקנה שהתחרות הוגבלה.<sup>16</sup>

<sup>11</sup> A. Joyner, Bid Rigging by Highway Contractors and the Resulting Dispute Over Recovered Overcharges: The United States v. The States, 23 American Business Law Journal 417, 418 (1988). לדיווח ערכני בדבר תיאום להצעת הצעות למכרזים לאספקת חלב לבתי ספר, ר' Department of Justice, Ohio Dairy Company Charged with Dairy Products Bid Rigging to Public School Districts, (Immediate Release, August 13, 1993) כי במסגרת חקירת הנושא הוגשו עד אותה עת 98 כתבי אישום כנגד 52 תאגידים ו-66 בני אדם בתעשיית החלב בחשד לתיאום הצעותיהם למכרזים.

<sup>12</sup> ר' United States v. Socony-Vacuum Oil Co. 310 U.S. 150, 233 (1940).

<sup>13</sup> ר' United States v. Flom, 558 F.2d 1179 (5th Cir. 1977); United States v. Champion Int'l Corp., 557 F.2d 1270 (9th Cir. 1977), cert denied, 434 U.S. 938 (1977).

<sup>14</sup> ר' R. Whish & B. Surfin, Competition Law 408 (3ed Ed., 1993) המציין כי "There is no doubt that collusive tendering (as opposed to joint tendering) would be caught by Article 85 (1) and that it would qualify as one of those agreements whose object would be considered to restrict competition, so that a full market analysis of its effects would be unnecessary".

<sup>15</sup> ר' Butterworths Competition Law, Division II, Horizontal Agreements Likely to be Prohibited, Pa. II/177 (J. Pheasant, Ed., 1993).

<sup>16</sup> ר' Commission Decision (73/109/EEC) European Sugar Cartel OJ [1973] L 140/17 at 42, שם מוסבר כי "[1973] CMLR D65 at 110 In a system of tendering, competition is of the essence."

27. כך גם בישראל, תיאום בהגשת הצעות למכרזים הוכר כתופעה אנטי תחרותית המשמשת נרשא נאות להטלת איסור שבחוק ההגבלים, כבר מאז הליכי החקיקה הראשונים שהובילו לחקיקת חוק ההגבלים העסקיים, התשי"ט-1959. כך בהצעת חוק ההגבלים העסקיים, התשי"ח-1957 אף ייחד נסח הצעת החוק את הדיבור על תופעה זו, בהציעו לקבוע תיאום כזה כעבירה נפרדת.<sup>17</sup> מן הסתם, לבסוף לא נקבעה עבירה מיוחדת לענין תיאום במכרזים, משום שעבירה זו נכללת ממילא בהגדרה הכללית של עריכת הסדר כובל.

28. חומרה יתרה יודע לתיאום מכרזים המתנהלים על ידי רשויות המדינה, אשר בדרך כלל תצטרכנה לקבל את ההצעה הזולה יחסית להצעות האחרות.<sup>18</sup> מה גם, שבכפוף לאפשרויות מוגבלות של קבלת פטור מעולה של חובת המכרז, מחויבות רשויות המדינה בניהול מכרז, אפילו בנסיבות הענין יעילותו של ההליך מוטלת בספק, למשל משום ריכוזיות גבוהה בענף ורמת תחרותיות נמוכה, אם בכלל.

29. קל לחומר, מתעצמת החומרה המיוחסת לתיאום המסתייע תודות למדיניות הממשלה להעדיף במכרזים ציבוריים תוצרת שיוצרה בישראל. העדפה זו, ששורשיה עוד בתחילת הממשלה מאמצע שנות השישים, מתבטאת בכך שרשויות הממשל יבחרו במציע מקומי אפילו הצעתו יקרה יותר, ובלבד שמחירו אינו עולה על שיעור של 15% לעומת מחיר התוצרת המיובאת. לאחרונה שבה החליטה הממשלה לצקת חובת העדפה זו בתיקן לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993.

---

If the tenders submitted by those taking part are not the result of individual economic calculation, but of knowledge of the tenders by other participants or of concertation with them, competition is prevented, or at least distorted and restricted"

<sup>17</sup> ר' הצעת חוק ההגבלים העסקיים, תשי"ח-1957 הצעות חוק 327 (ד' בכסלו תשי"ח, 27.11.1957), סע' 42 האומר כי "אדם שהוא צד להסדר כובל הנוגע למכרזים לא יעשה דבר שהסכים לעשותו על פי אותו הסדר, ולא ימנע מעשיית דבר שעל פי אותו הסדר כובל הסכים להימנע מעשותו, כל עוד לא ניתנה החלטת המועצה שלא לאסור את המעשה והמחלוקה". הסדר כובל הנוגע למכרזים הוגדר כ"הסדר כובל הבא להגביל צד להסדר בענין מהעניינים המפורטים בסע' 2 בהגשת הצעות על פי מכרז". ר' גם דברי הכנסת, ישיבת שס"ח, עמ' 319, 320 (י' כסלו תשי"ח, 3 בדצמבר 1957), שם מסביר שר האוצר דאז, מר לוי אשכול כי "רק הסדר כובל מסוג אחד אוסר החוק לחלוטין, בלי כל צורך של בדיקה, והוא: הסדר כובל שלפיו הצדדים קושרים קשר למען סכל תוצאות של מכרז".

<sup>18</sup> מכה דניי המכרזים מוקנית עדיפות למציע הזול ביותר, אך בעל המכרז רשאי לבחור בהצעה גם אם אינה הזולה ביותר, ובלבד שסומך הוא עצמו אל טעם סביר ומיוחד שלענין. אולם, משמוכח כי הצעתו של פלוני הינה הזולה ביותר, עובר הגטל אל בעל המכרז להראות, על שום מה ולמה לא בחר באותו פלוני כמי שיזכה במכרז; ר' ע"א 700/89 לעיל, בעמ' 677; בג"צ 118/83 אינדוסט אימפקט בע"מ ואח' נ' המנהל הכללי של משרד הבריאות ואח', פ"ד ל"ה (1) 729. השווה, גם תקנה 21 (ב) לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993.

30. מימושה של העדפה זו, מרצאת לעיתים קרובות, את ביטחון בניהול מכרז סגור בין היצרנים המקומיים של המוצר, זאת על מנת להוסיף ולהיטיב את מעמדם של היצרן המקומי שלא יימצא מפסיד במכרז לתוצרת המיובאת בגלל הפרש אחוזי העיר, שיכול היה לוותר עליו לו ידע על כך מראש. נקיטה בדרך זו, בדרך כלל, תגביל מראש את מספר המציעים שיתמודדו על הזכייה במכרז, שכן המציעים כוללים רק את היצרנים המקומיים. כמות קטנה זו של מציעים מגדילה את הסתברות הקמתו של קרטל, ומגדילה מאוד את סיכוייו להצלחה.<sup>19</sup>
31. ניצול לרעה, כמתואר, של העדפות שמכוונות הממשלה ליתן מכספי הציבור ליצרנים מקומיים, כדי להעמיק את הפעילות התעשייתית בישראל, מוסיף חטא על פשע, מייקר מאוד את ההוצאה הציבורית מעל ומעבר למתבקש מגדר ההעדפה שביקשה הממשלה לתת לתוצרת המקומית, ומחייב את הרשות המנהלת מכרזים לגלות ערנות לחשש תיאום. מאלפים לענינו דברי שר האוצר דאז, מר לוי אשכול, בהביאו לדין לפני הכנסת בקראה ראשונה את הצעת חוק ההגבלים העסקיים, תשי"ח-1957, המציין:
- אנו רוצים, כאמור, להחליף את הפיקוח שהיה קיים בהסדר לפני זמן מה, ולהעמיד ברוח ההתחדות וקצאת סוחרים או יצרנים שתרם סוחרה וחורג את המוצר. אך הנה באו קארטלים ותחזו פיקוח או הסדר פנימי בין היצרנים לבין עצמם, ולעת מנמנמו ולעת הצרכים. הממשלה נתבעת על ידי יצרנים מקומיים - ולא רק על ידם - להגן בכל האמצעים על תוצרת הארץ. אולם יצרנים מסויימים מפעלים לרעה את הדבר על ידי התארגנות בקארטל בכסות הענף של תוצרת הארץ.<sup>20</sup>
32. והיה והתעורר בלב הרשות חשש סביר לתיאום, ראי לשקול עיצוב דרכי ההתקשרות וניהול המשא ומתן באופן שישמר, יגונן ויבטיח תנאי תחרות. לעיתים, יחייב הדבר הרחבת מסגרת המשתתפים במכרז; לעיתים, יחייב הדבר ניסוח תנאי המכרז באופן שימנע או יקשה על עריכת הסדר כובל; ולעיתים, יצדיקו הנסיבות ניהול משא ומתן להתקשרות באופן ישיר ושלא על דרך ניהולו של מכרז.
33. בארה"ב, לצד הסנקציה הקבועה בדיני התחרות, רשאית הרשות לשלול מצד שנמצא כי תיאם הצעות

<sup>19</sup> ר' גם, A. Jacquemin & M. Slade, Cartels, Collusion and Horizontal Merger in R. Schmalensee & R. Willig, Handbook of Industrial Organization, Pa. 415, 453 (1989).

<sup>20</sup> דברי הכנסת, ישיבת שס"ח, עמ' 319, 320 (י' כסלו תשי"ח, 3 בדצמבר 1957).

מכרזיו, את הזכות להשתתף במכרזי הממשל לתקופה שתקבע.<sup>21</sup> גם במשפטנו ייפסל המתאם מכרזו בניגוד להוראות חוק ההגבלים, ובניגוד לדרישות תום הלב והדרך המקובלת החלות על המשתתף במכרז:

אכן, מי שמנסה להערים על בעל המכרז באורח בלתי נאות - בין על דרך הסתה מחשבת ומכוונת בין על דרך "תבססות" - ראוי הוא שתצונו תפסל על הסף, נגשו מן המסודות אל מחוץ לבית המכרזים, לא כל שכן שלא נביטו אל הסתלק. אין אדם זר עם נחש בכפיפה אחת, ואם פלוג מבקש להסעות כבר בתחילת הדרך, מי לספ של בעל המכרז יתקע כי אותו פלוג לא ישקד ויטב גם בתמשך הדרך? סתם קן עונשו, והמציע הצעות טוב ימצא עצמו אל מחוץ למחנה. והנה, בעוד שמושג החסגיה חזר לכל - , "תבססות" בזקש דברו סגן - "תבססות" שבסורה לנביא לפסלת הצהר על הסף - חישת לראות "תבססות" הסתה במית, באישר, באורח תום-לב כנדרש ממציעים במכרז.<sup>22</sup>

נקודת המוצא הינה כי פעילות של שוק, כמו מכרז, מכירה פומבית או בורסה מיועדת ליצור זירה של מסחר, לספק אמצעי הולם שבו יכולים להפגש מוכרים וקונים. הסדר הפוגע ביעילות התחרות במסגרת זו הוא פסול, ולכאורה עומד בסתירה מצח עם הוראות סעי' 2 לחוק ההגבלים העסקיים.

34. עקרונית, על מנת לשפר את נהלי הרכישה על ידי רשויות הממשל, מוטל על מנהלי המכרזים הציבוריים לבחון את ההצעות למכרז ולאתר חששות לתיאום מוקדם ביניהם.<sup>23</sup> ממידע שהצטבר ברשות ההגבלים העסקיים, מתעורר החשש ומצטייר הרשם, כי הליכי מכרז לא מעטים ראויים לכוותר "מכרז תפור", אך לא כמובנה המקובל שמזמין המכרז ניסח את תנאיו באופן המייעד מראש את זכייתו של המציע שהנסח חפץ ביקוד, אלא במובן זה שהמתמודדים הפוטנציאליים במכרז תיאמו בינם לבין עצמם כיצד יפול דבר ותוכרע תוצאת המכרז. אין צורך לומר כי כל מידע כזה יברק, ותחקרנה תלונות המעוררות חשש לתיאום התמודדיות, ובהתאם תינקטנה הפעולות הראויות.

35. סימנים המעידים לכאורה על תיאום בין המציעים המתמודדים עלי מכרז, יימצאו, בין היתר:

<sup>21</sup> למשל, בנוגע לפרוייקטים של סלילת כבישים מהירים, ההשעייה מהשתתפות במכרזים יכול שתעמוד על תקופה שבין שלושה חדשים לשלוש שנים: 23 C.F.R. Section 16.4 (a)(2)(vii)(1983).

<sup>22</sup> ע"א 700/89 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' מליבר ישראל בע"מ ואח', פ"ד מז (1) 667, 679.

<sup>23</sup> שיקול כאמור יימצא, למשל, בנהל המכרזים של חברת החשמל, אשר בסעיף 7.12.3 שלו מצויין כטעם לפסילת הצעות, "אם לדעת הורעדה קיים חשד סביר לתכסיס מכון או לקרטל או להידברות בין המציעים". הנחיות אלה הוכרו כראויות תסמכות הן אל השכל הישר והן אל דין המכרזים החל על רשויות הציבור, בע"א 700/89, לעיל. בדומה תחקר, תקנה 20 (א) לתקנות העיריה (מכרזים), התשמ"ה-1987 המאפשרת פסילת מסמכי מכרז מקום שנקט בו המציע בתכסיסים בלתי הוגנים.

- (1) כאשר מציע כשיר נמנע מלהשתתף במכרז;
- (2) כאשר אותם מתחרים מתמודדים או שאינם מתמודדים - באופן קבוע - כנגד מתחרים מסוימים אחרים;
- (3) כאשר מתמודד שזכה מסר באופן חוזר ונשנה חלק מן העבודות למתחרים שהשתתפו במכרז, אך הצעותיהם היו גבוהות יחסית;
- (4) כאשר נמצאים פערים חריגים בהיבטים הכספיים של ההצעות השונות, במיוחד כאשר ההצעות גבוהות בהרבה לעומת אומן המחיר שנערך על ידי בעל המכרז;
- (5) כאשר מציע מסוים זוכה תמיד בביצוע עבודות מסוג מסוים או באזור מסוים;
- (6) כאשר מציעים הגם שמתמודדים לעיתים קרובות, אף פעם אינם זוכים;
- (7) כאשר מוגשות הצעות משותפות של מתחרים, אשר אלמלא הצעתם המשותפת, היו מתחרים כמציעים ומבצעים ראשיים;
- (8) וכאשר נעשה שימוש בנוסחים או נוסחאות דומות בידי מציעים שונים המתחרים על המכרז, כמו גם כמתן הצעות מחיר זהות או מאד קרובות.<sup>24</sup>

36. מטבע הדברים, הוכחות לזיהוי הגשת הצעות למכרזים תהינה בעיקרן נסיבות, כדוגמת אלה האמורות לעיל. כך למשל, מקום בו הוגשו הצעות זהות למכרז של טובין שאינם סטנדרטיים, הרי שבהעדר הסבר סביר, ניתן יהיה לקבוע כי נערך קשר להגשת הצעות זהות.<sup>25</sup> מסקנה דומה בדבר התנהגות מתואמת בין מציעים תגזר מקום בו אחד המציעים באופן פעיל מבקש להפסיד במכרז. הגשת הצעה המכוונת להביא להפסד במכרז מלמד על בטחוננו של המציע כי האחר שיזכה יתן לזה המפסיד את גמולו תמורת פינוי הדרך מתחרות מכרז דמה מלמד מהגשת הצעות למכרז מבלי שנערכה בדיקה חיצונית של העלויות, הגשת הצעה למכרז כאשר ברור שאין המציע מסוגל לבצע את המטלה המתבקשת, ואי הגשת הצעה אשר בעבר הוכיחה עצמה כזוכה.<sup>26</sup>

<sup>24</sup> השווה, United States v. Finis P. Ernest, 509 F. 2d 1256 (7th Cir, 1975); Morton Salt Co. v. United States, 235 F.2d 573 (10th Cir., 1956).

<sup>25</sup> P. Areeda, Antitrust Law, An Analysis of Antitrust Principles and Their Application, Vol VI Pa. 119 (1993 Supp.) "Prior express agreement may be inferred from identical behavior" that cannot be satisfactorily attributed to mere interdependence or chance .... Disregarding the tiny possibility that such parallelism could arise by chance alone, we are entitled to assume that the parties formed a traditional express conspiracy." גם A. Jacquemin & M. Slade, שם, בעמ' 453 "The conventional wisdom holds that identical bids suggest collusion. For example, federal agencies in the United States are required to report cases of identical bids."

<sup>26</sup> P. Areeda, שם, בעמ' 120-121.

37. אכן, תיאום במכרזים והסכמה של בני אדם המנהלים עסקים לשיתוף פעולה בתגובתם להצעות להשתתף במכרז יכולים ללבוש צורות הרבה. נוסחו החזק של סעי' 2 לחוק ההגבלים העסקיים יפרוס מצדתו ראסור על כולן.<sup>27</sup> מדרש פרשנות זה הוסבר על ידי הנשיא נ. זיילר, באומרו כי:

המחוקק נאץ להשתמש בהגדרות רחבות מאוד בחוק. הוא רצה להבטיח לעצמו את "לכידת" כל האמצעים והאפשרויות הלא רצויות, והכמעט אין סופיות, הקיימות בעשיית הסדרים ובמחול עסקים. על בני המשפט לזקק לחוק פרוש, שימלא תפקיד של מסגרת בעלת חורים צרים מספיק כדי לא לאפשר שטיפתם חוצה של מקרים שהחוק ביקש ללכודם, אבל שיהיו רחבים מספיק כדי לא ללכוד עניינים ונשאים שאינם מעניינו של החוק.<sup>28</sup>

38. לענין הגדרת "הסדר כובל" אימץ חוק ההגבלים את מגמת ההרחבה שנקטה על ידי החוק הקודם, חוק ההגבלים העסקיים, תשי"ט-1959, ועוד הוסיף עליה. במקום לתחום גדרות על ידי רשימת מקרים ספציפיים, התורה החוק הגדרה כללית שהעיקר בה הוא מעצת תחרות, הגבלתה או החשש מפני אלה; סעי' 2 (א) לחוק. לצידה של הגדרה כללית זו, נקבעה רשימה של כבילות שההסדרים הכוללים אותן יועמדו בחזקתם כי הם הסדרים כובלים; סעי' 2 (ב).<sup>29</sup>

39. מאן, האיסור על עשיית דבר, או הימנעות מעשותו, על פי הסדר כובל, אלא אם נתקבל לכך אישור כדן; סעי' 4 לחוק ההגבלים. הפרת איסור זה, מקימה ביצוע עבירה פלילית; סעי' 47 (א) לחוק, מקימה ביצוע עוולה נזיקית; סעי' 50 לחוק, וממייטה היא בטלות על ההסכם המכיל את הכבילה, אם היה הסכם פורמאלי כזה; סעי' 30 - 31 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג - 1973.

40. בנסיבות הענין, ההסכמה אשר גיבשו ארבע החברות הנזכרות לעיל, מהווה "הסדר כובל" כמובנו הנכון של המושג, הן מכוח החזקה הקבועה בסעי' 2 (ב), והן לחלופין מכוח ההגדרה האיכותית הקבועה בסעי'

<sup>27</sup> כזו היא גם הגישה בנוגע לפרשנותו של ה-Restrictive Trade Practices Act האנגלי: R. Whish & B. Surfin, Competition Law 408 (3ed Ed., 1993) המציין כי "Collusive tendering is undoubtedly caught by the RTPA. The practice may take many forms but the breadth of the Act is sufficient to comprehend it however it may be manifested"

<sup>28</sup> ת.א. 396/87 (י"ם) אורי קיסין ואח' נ. פטרולוג ואח' (9.5.90 טרם פורסם) עמ' 18 - 19 לפסק הדין המודפס; ע"א 2768/90 פטרולוג חברת הגז הישראלית (1969) נ. מדינת ישראל, פ"ד מז (3) 599.

<sup>29</sup> ר' דברי הסבר להצעת חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ד-1983, ה"ח 1647, עמ' 39, 42 ("בסעיף קטן (ב) באה רשימה של נושאים שבהם השלכת ההסדר בין הצדדים על צמצום התחרות אינה מוטלת בספק. הסדרים אלה ייראו כהסדרים כובלים מבלי שיהא צורך לבחנם בכל מקרה לאור המבחן הכללי האמור").

41. "הסדר" - הגדרתו של זה מצויה בסעי' 1 לחוק, והיא מיועדת לתבוק כל צורה של קשר, הסכמה והבעת רצון בין מי שמנהלים עסקים, בין אם "במפורש ובין מכללה, בין בכתב ובין בעל-פה או בהתנהגות, בין אם הוא מחייב על פי דין, ובין אם לאו".
42. במקרה שלפנינו התגבש ההסדר בין ארבעת החברות: אלקטרוניק; וייסבורד ובניו; רומולוקס; אלקטרוניק ומנהליהן, עת הגיעו לכלל הסכמה בדבר הגשת הצעות מתואמות למכרז ועת החליפו ביניהם מידע בדבר תמחיריהם ותגובתם למכרז.
43. יוער ויצוין שאין בעובדה ששתיים מבין המשתתפות נסוגו מביצוע ההסדר הכובל כדי להעלות או להוריד לענין השלמת היסודות של ערכת הסדר, גם לדידן, שכן ליבו ועיקרו של ההסדר מתח ביסוד ההסכמה. ההסדר, כמוהו כעבירת הקשר, ברגע שהושגה הסכמה באים יסודות ההסדר על ספקם.<sup>30</sup>
44. מצאתי, לאחר לבטים, כי בנסיבותיו המיוחדות של המקרה, אין מקום לכלול במסגרת הצדדים להסדר את חברת ד.י.ג ומנהלה. האחרון נקלע כאן ל"מלכוד", עת התייצב לשיבת התיאום מבלי שידע את מטרותיו. אמנם ניתן היה לצפות כי תגובתו תהא נחרצת יותר, וכי לא רק שימנע ממעשה התיאום, אלא שידיר רגליו מכלל חילופי מידע בין מתחרים, וכי יודיע דבר התיאום, לפחות, לבעל המכרז עמו מנהל הוא משא ומתן לקראת כריתתו של חוזה. מכל מקום, נוסח הספק המתעורר בנוגע להיות ד.י.ג. ומנהלה צדדים להסדר, הם נהנים מן הספק כך שלא יראו אותם כחלק מן ההסדר.
45. "בין בני אדם המנהלים עסקים" - מתח זה פורש מצווחו על כל הגורמים המנהלים עסקים כלשהם, לרבות עסק המתנהל שלא למטרת רווח.<sup>31</sup> במקרה שלפנינו, הנפשות הפועלות כולן הן בבחינת בני

<sup>30</sup> ר' מ. בודתובסקי, פקוח פרטי על הגבלים עסקיים בישראל, חיבור לשם קבלת תואר דוקטור, עמ' 51 (1982) המציין כי "לפי החוק די בעצם עשיית ההסדר מבלי שהתלווה לכך כל פעולה על פיו כדי להוות עבירה על החוק, אם ההסדר לא נרשם". השוה, Bellamy & Child, Common Market Law of Competition (4th Ed., 1993) המציין בסעי' 2-107, "If an agreement clearly has the object of restricting competition and potentially affects inter-State trade, arguments that it was never put into effect are generally irrelevant to the application of Article 85(1), save in mitigation of any fine". וגם, A.D. Neale and D.G. Goyder, The Antitrust Laws of the U.S.A. 40-41 (3ed., 1980).

<sup>31</sup> ר' ע"א 2768/90 פטרולגו חברת הגז הישראלית (1969) בע"מ נ. מדינת ישראל ואח' פ"ד מו (3) 599, 603.

46. סיב הכבילה - חוקת סעי' 2 בדבר הסדר כובל - יסוד "חוקת הכבילה" שבסדר שזור בהסכמה שהתעשה בין ארבעת הצדדים, לפיה כל אחד מהם יציע מחיר "זוכה" בנוגע לפריט המוקצה לזכיתו על יסוד הקשר שקשרו בישיבת התיאום, בבחינת כבילה בנוגע למחיר שיידרש או שיוצע בהצעות למכר, כאמור בסעי' 2 (ב)(1) לחוק ההגבלים. ואין תימה בדבר פועלה של חוקה זו, שכן תיאום כזה הוא בהכרח פסול ומגונה. הוא מעשה מכוח, מתוכנן מראש, והשפעתו העלאת מחירים מבלי שניתן להעלות כל נימוק כלכלי שיקח נזק זה. אכן, קל יותר לתאם מכירים, מאשר להתחרות עליהם, אך גזירת המחוקק היא שתחרות תתקיים ולא שבת מתחרים גם יחד.
47. כבילה או הגבלה כמובנה בסעי' 2 (א) לחוק - "הסדר" יהיה בבחינת "הסדר כובל" אם יש בו איכות כדי להגביל אדם המנהל עסקים באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים.<sup>32</sup> כאן ניכר הוא כי הצדדים להסדר הסכימו, בינם לבין עצמם, כי יגבילו עצמם בהצעותיהם למכר, באופן שכל אחד יגיש הצעתו בהתאם למפרט המוסכם, ויותר על חרותו לנהוג בהתאם למעורך שיקוליו העסקיים. בדומה, עצם חילופי המידע העסקי הרגיש בנוגע לתמחיר המתמודדים ופרט ההצעות שהם מתעתדים להגיש למכר, מהווה, כשלעצמו, הסדר כובל.<sup>33</sup> אכן, במצטבר ולחלופין, יש אף לראות את ההסדר ככזה "העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים" כמובנו בסעי' 2 (א) לחוק ההגבלים העסקיים.
48. המסקנה כי המסכת המתוארת היא בבחינת הסדר כובל כאמור בהוראת סעי' 2 לחוק, מחייבת פנייה להוראת סעי' 3 לחוק בדבר "הסדרים שאינם הסדרים כובלים", שנא "מצא ההסדר פטור מכוח אחת מתשע הוראות הפטור הסטטוטוריות. פנייה כזו תלמד כי אין מבין הוראות פטור אלה, הוראה אשר באה בחשבון לנסיבות המקרה.

<sup>32</sup> ר' מ. בודנובסקי, על יסודות הכבילה שבסדר ותוצאותה - חורש ואין חורש, מחקרי משפט ה' עמ' 125, 132; וגם, James P. Cunningham, The Fair Trading Act 1973 Pa 234 (London, 1974).

<sup>33</sup> ולדוגמאות בהן ראו בחילופי מידע כהסדר כובל, ראה: American Column & Lumber Co. v. United States, 257 U.S. 377 (1921); United States v. American Linseed Oil Co. 262 U.S. 371 (1923); United States v. Container Corp. of America 393 U.S. 333 (1969), וראה גם, S. Ross, Principles of Antitrust Law 182 (1993).

49. אשר על כן, בהתאם לסמכותי לפי סעי' 43 (א)(1) לחוק ההגבלים, אני קובע שההסדר שגובש בפגישה מיום 16 למרץ 1993 בין החברות אלקטרונית בע"מ בניהול מר אשר ספיבק; וויסבורד ובניו בע"מ בניהול מר מרדכי וויסבורד; וזמולוקס בע"מ בניהול מר אלי רכס; ו-אלקטרונית בע"מ בניהול מר שמואל רחנברג מהווה הסדר כובל.

כמצוות סעי' 43 (ה) לחוק ההגבלים, תהא קביעה זו ראויה לכאורה לנקבע בה בכל הליך משפטי. כמצוות סעי' 43 (ו), אין בקבלת החלטתי זו כדי למנוע או לעכב מלהעמיד לדין פלילי אדם שעבר על הוראות סעי' 47 (א)(1) לחוק.

כל אחד מן הצדדים נשוא קביעתי זו, רשאי לערוך עליה, או על חלקה, לבית הדין להגבלים עסקיים, תוך שלושים ימים מיום שהודעה עליה הומצאה לו.

העתק החלטתי יימסר לחשב הכללי במשרד האוצר, למעכ"ל משרד התקשורת ולמעכ"ל חברת בזק, לידיעה ולכל פעולה שתמצא כראויה.

ד"ר יודם טורבוביץ  
הממונה על ההגבלים העסקיים

ניתן היום, 6 באפריל 1994  
כ"ה בניסן, התשנ"ד  
בירושלים.