



רשות ההגבלים העסקיים

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

I. הקדמה

1. בזק, החברה הישראלית לתקשורת בע"מ (להלן: "בזק") נוהגת לבוא בהסכמי רכישה עם ספקיה באמצעות ניהול מכרזים, חלקם פומביים והמכוונים אל כל אדם, וחלקם סגורים והמכוונים 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) אלקטרונית בע"מ בניהול מר אשר ספיבק; (2) וויסבורד ובניו בע"מ בניהול מר מרדכי וויסבורד; (3) רומולוקס בניהול מר אלי רכס, (4) אלקטרוזון בע"מ בניהול מר שמואל רוזנברג; (5) ד.י.ג. בע"מ בניהול מר צבי דגן; ו- (6) סטילפלסט בניהול מר שמעון נחמיאס. לאחר המועד הקובע לשלשול ההצעות לתיבת המכרזים, ביקשה אחת החברות לתקן את הצעתה ולהוזילה 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 אלקטרונית, וויסבורד, רומולוקס, אלקטרוזון ו- ד.י.ג., לקחו חלק בתיאום מחירים וחלוקת נתח שוק קודם להגשת הצעותיהם למכרז. בדיקה של ההצעות שהוגשו במסגרת המכרז חיזקה את החשש בדבר תיאום מוקדם בין המתחרים במכרז. נוכח החשש לקנוניה 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 המקים 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 ומחברי חשמל. ספקים אלה מוכרים תוצרתם למגוון לקוחות, ביניהם גם גופים מוסדיים ורשויות המדינה.¹ הספקים מספקים תוצרתם לבזק זה מכבר, והם למודי השתתפות במכרזיה. לדבריהם, לאחרונה העלתה בזק את דרישותיה בנוגע למאפייני האיכותיים והתקניים של המוצר, העלאה אשר מצידה גרמה לגידול בעלויות ולהפחתה ברווחי הספקים. בצר להם, החליטו הספקים לפעול בצוותא חדא, 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 דנו, היה בכך פתח וסימן לעתיד לבוא, היתה נסללת הדרך להמשך הפרתם של כללי יסוד של דיני ההגבלים העסקיים, דיני המכרזים ונורמות בסיסיות של הגינות עסקית.

6. התגלגלו הדברים כך שבשעות אחר הצהרים של יום ה-16 במרץ 1993, היום שלפני המועד הקובע להגשת ההצעות לתיבת המכרזים, התכנסו הספקים לטכס עצה. הפגישה התקיימה במשרדי מר אשר ספיבק מחברת אלקטרונית, ובנוסף לו, השתתפו בה מר אלי רכס מחברת רומולוקס, מר מרדכי וויסבורד מחברת וויסבורד ובניו, מר רוזנברג מחברת אלקטרוזון, ומר צבי דגן מחברת 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 הספקים לפגישה בהתראת זמן קצרה. חברת סטילפלסט, בבעלות מר שמעון נחמיאס, לא הוזמנה לפגישה התיאום, ואין בינה ובין ההתארגנות נשוא החלטה זו, ולא כלום.

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 אלקטרוזון מתקיימים קשרי מסחר, בדמות חילופי מידע עסקי ושיווק חלק ממוצרי רומולוקס באמצעות מערך ההפצה של אלקטרוזון ותחת שם המותג שלה. למיטב ידיעתנו, דבר קשרים

¹ 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 לעניין תחרות מצוין כי "בנושא ייצור ושיווק אביזרי חשמל ותאורה בישראל פועלות כיום מספר רב של חברות, שהגדולות בהן הנן אלקטרו-נתך בע"מ, ו. וויסבורד ובניו בע"מ, אלקטרוזון בע"מ וניסקו בע"מ".

עסקיים צולבים אלה לא הובא לידיעת בעלי המכרז.² מר צבי דגן הוזמן לישיבה בידי מר ספיבק.

9. היוזמה לפגישה מקורה בכוונת מר אלי רכס להביא לידי תיאום ההצעות המתחרות במכרז. מטרה זו הוצגה למשתתפי הישיבה עם פתיחתה, ולצורך כך התבקש כל ספק להציג באוזני מתחריו את המחיר שהתכוון לנקוב בהצעה שיגיש למחרת היום למכרז. כך נעשה ופרטי ההצעות שצוינו, נרשמו על ידי מר מרדכי וויסבורד, תוך שהוא משתמש לצורך כך בטופסי המכרז שהכילו טבלה המפרטת את סוג המוצר, כמותו, והמותירה משבצות ריקות למילוי המחיר המוצע על ידי כל אחד מן הספקים האמורים להתמודד על המכרז.³

10. בפגישה סוכמה דרך חלוקת המכרז 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 הביצוע אמורה היתה להיות כך שכל חברה תגיש הצעה מלאה למכרז, בהתאם לרשימה שהוכנה בצוותא. אופן גיבוש הרשימה נועד לוודא כי השוואה תמימה של ההצעות תביא לידי כך שכל חברה תזכה בנתח מן המכרז, דהיינו אותו נתח, שמכוח ההסכמה הצעת הספק לגביו תהיה הנמוכה ביותר. התוכנית האמורה זכתה להסכמת כל משתתפי פגישת התיאום, למעט מר צבי דגן.

11. האחרון, גילה במהלך פגישת התיאום, סימני היסוס ורתיעה מהצטרפות להסדר האסור. מר דגן עזב את הפגישה בעודה באיבה, ומבלי שיסכים להסדר המתהווה. לאחר שעות מספר, התקשר מר דגן עם מר א. ספיבק והודיעו כי אין בכוונתו להצטרף להסדר שסוכם בישיבת התיאום.⁴ 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 מלכוד מביד. מר ספיבק הזמינו לפגישת התיאום, אך מר דגן סבר לתומו כי המדובר בפגישה אישית, שמטרתה כשרות וזכות. בהגיעו לישיבה, הוא לדבריו הופתע לגלות את מתמודדי המכרז, ונוכח מטרת הפגישה הוא גמר אומר להסתלק ממנה וממטרתה. לדבריו, רק "מטעמי נימוס" ישב שם דקות אחדות, לא השמיע פרטי הצעתו, ונפנה לו לדרכו עצם

² אכן, אפשר וגם קשרים עסקיים אלה ראויים להבחן באספקלריית חוק ההגבלים העסקיים, אך לצורך עניין התיאום הכרוך במכרז, אין הדבר נדרש עתה.

³ העתק מסמך זה נמצא במשרדי חברת וייסבורד ובניו, כשחותמת מכשיר הפקסימיליה שבכותרתו מעידה כי הוא נשלח מחברת אלקטרונית ביום ה- 17.03.93 בשעה 07:40 בבוקר, דהיינו שעות ספורות לפני שלשול ההצעות לתיבת המכרזים.

⁴ 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 מתחריו. הצטרפות להסדר היתה, כמובן, מאיינת יתרון זה. בנוסף לד.י.ג. יש ניסיון של תביעות משפטיות נגד "אלקטרונית" ו"ויסבורד", ואת חברת השידוק המשותפת שלהם, "אלקטרו - הספקה", בעילה של גניבת עין, ואף זה אינו בבחינת "מצע פורה" לעריכת הסדר כובל.

התכנסות היצרנים המתחרים יחדיו, כשלעצמה, אף לא היתה בגדר תקדים, שכן היו דברים מעולם. כך, במסגרת "ארגון יצרני אביזרי חשמל" שבהתאחדות התעשיינים 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.⁵ יעילות תיאום זה עמדה בפני איום, בדמות כוונת חב' ד.י.ג., להשתתף זו הפעם הראשונה, במכרזי בזק. כניסתה של חברה זו שהיא גדולה יחסית, לתחום אביזרי מיתוג לטלפונים, עשויה היתה לטרף 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 וויסבורד על הודעת דגן ועל החלטתו שלו, והשניים סיכמו כי יודיעו דבר ביטול ההסדר לכל צדדיו.

14. בהתאם, הודיע מר וויסבורד למר רוזנברג מ"אלקטרוזון" 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.

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 מרה רכס. בדיעבד, 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 למכרז. בדיקת הצעת המכרז על גבי גיליון חישוב אלקטרוני לימדה כי הצעת החברה נקבה במחירים מופרזים, שלכאורה מחייבים את דחיית הצעתה. מכאן, יוזמת מר תומר רכס להגיש הצעה חדשה למכרז בזק, המבוססת על עלויות ושיעור רווח סביר של 10% עד 15%, אשר תיתן בידי רומולוקס סיכוי לזכות במכרז. כאמור, יוזמה 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 למכרז מוזגת הסכמה בין הספקים בדבר הגשת הצעות מתואמות למכרז, תוך החלפת נתונים בדבר ההצעות שעתידות היו להימסר

⁵ 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.

למחרת אלמלא התיאום. בבוקרו של יום הגשת ההצעות למכרז, פועלות החברות אלקטרוניק ורומולוקס בהתאם להסדר שסוכם יום קודם לכן. החברות וויסבורד ואלקטרוניק משנות ומעדכנות את הצעותיהן ברגע האחרון, בשונה מדרך הפעולה שסוכמה על פי ההסדר.⁶ 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 בקנוניה, אך למעשה הוא מודיע שעות ספורות לאחר הישיבה כי אינו מתכוון לקחת חלק בקשר. ניתן איפה לסכם כי ביום הקודם להגשת ההצעות למכרז מושגת הסכמה בין הספקים בדבר הגשת הצעות מתואמות למכרז, תוך החלפת נתונים בדבר ההצעות שעתידות היו להימסר למחרת אלמלא התיאום. בביקורו של יום הגשת ההצעות למכרז, פועלות החברות אלקטרוניק ורומולוקס בהתאם להסדר שסוכם יום קודם לכן. החברות וויסבורד ואלקטרוניק משנות ומעדכנות את הצעותיהן ברגע האחרון, בשונה מדרך הפעולה שסוכמה על פי ההסדר.⁷ 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 כפותחת פתח להשתתפותו בקנוניה, אך למעשה, הוא מודיע שעות ספורות לאחר מכן כי אינו מתכוון לקחת חלק בקשר.

III. התשתית המשפטית

18. חוק חובת המכרזים, 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 מכרז 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 מכרז למסירת עבודה מטרה כפולה משני אספקטים שונים: מבחינת בעל המכרז, הרי שלגד עיניו עומדת המטרה להשיג הצעות מתאימות רבות ככל האפשר, שמהן יוכל לבחור את ההצעה הטובה והנוחה לו ביותר; ואילו מבחינת קהל הבאים בחשבון כמציעים, הרי שהמכרז פותח בפניהם את האפשרות לזכות בעבודה המוצעת על יסוד של תחרות הוגנת בתנאים של שוויון.⁸ המאפיין את המכרז הוא אופיו התחרותי, קיומה של "תחרות מאורגנת". המכרז מאפשר יצירתה של מסגרת אירגונית, מעין "שוק" שבה מתבקשות

⁶ לצורך הגשת הצעתו, עוד מתבקש מר ספיבק לע ידי מר וויסבורד לשלוח אליו במכשיר פקסימיליה את טופס הצעת המכרז, כדי שיוכל לתקן את הצעתו המתואמת, ולנקוב במחירים תחרותיים.

⁷ לצורך הגשת הצעתו, עוד מתבקש מר ספיבק על ידי מר וויסבורד לשלוח אליו במכשיר פקסימיליה את טופס הצעת המכרז, כדי שיוכל לתקן את הצעתו המתואמת, ולנקוב במחירים תחרותיים.

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

ומתקבלות הצעות הנבחנות זו כנגד זו תוך תחרות חופשית ביניהן. אירגונה של התחרות מחייב מטבע הדברים קביעת אמות מידה להתנהגותם של הצדדים.⁹

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

21. שיטת המכרזים, מפעילה על המתחרים במכרז לחץ לתמר הצעותיהם במרווח נמוך יחסית. לחץ זה עלול, לעתים, להיפגש בכוח נגדי: תיאום בין המתחרים במטרה לקבוע מרווחים גבוהים יותר מאלה שהיו נקבעים במכרז תחרותי. הפעלת כוח נגדי זה מהווה, בין היתר, עבירה על הוראות חוק ההגבלים העסקיים.

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 להזמנה להשתתף במכרז. תיאום כזה יכול ויושג באמצעות מגוון 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 והשוו הצעות בטרם יימסרו אלה לבעל המכרז.¹⁰

23. הסתברות הימצאותו של תיאום כזה עולה במכרזים 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. מנקודת ראותו של המציע, התיאום מיועד בעיקרו להעלות את מחיר החוזה, ולהמשיך לעשות זאת גם בנוגע למכרזים נוספים כי יבואו, אל דרך של חלוקת שוק של שמור לי ואשמור לך. התיאום אף מאפשר חסכון בהוצאות המנהליות הכרוכות בעצם ההשתתפות במכרזים, במיוחד כאלה שהמציע אינו זוכה בהם, ונאלץ לטרוח בניסיון לעשות כן. בכוח התיאום אף ליצור מעגל של מציעים מיוחסים, אלה המתואמים, שסיכונים הכלכליים נמוכים יותר ועצמתם הכלכלית המשותפת חזקה יותר, כך שמתמודדים חדשים יירתעו מלהיכנס לחצר המוסדרת ולהתחרות מול הקבוצה כולה, ששוב אינה פועלת על בסיס של כל מתחרה לעצמו.

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

¹⁰ ר' 1993 37-7 page 1993, antitrust counseling and litigation techniques, vol I page 37-7 1993, supp von kalinovski,

24. בעוד שבתנאי תחרות מציע סביר יגיש את הצעתו הנמוכה ביותר על מנת להגדיל את סיכויים 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. בו 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 החוזי המנופח. 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, וחשיפת מקרים מסוג זה מהווה יעד חשוב לאכיפת ה-SHERMAN ACT.¹¹ אכן, תיאום במכרזים אינו אלא צורה של תיאום מחירים (price fixing), וככזה הוא אסור כשלעצמו (per se). דחינו לא ניתן להצדיק תיאום כזה, גם לא בטענה שהמחיר המתואם היה סביר,¹² ולא בטענה שהוא היה מיועד לייצב את השוק. בדומה, קשירת קשר להגשת הצעות מכרז מתואמות אסור אף הוא כשלעצמו.¹³

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 מניעה, הגבלה או עיוות התחרות בשוק המשותף, ובמיוחד אסורים הסדרים הקובעים מחירים והמחלקים שוק. בהתאם, תיאום במכרזים מהווה מעשה אסור בניגוד לסעיף 85(1). הואיל והסדר מסוג זה נמנה על אחד מאותם הסכמים שמטרתם תחשב מלכתחילה כמיועדת להגבלת תחרות, הרי שפסילתו איננה מחייבת העברת הסדר כזה בפריזמת השפעתו הפרטנית על הענף הרלבנטי.¹⁴ 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.¹⁵ התחרות תוגבל, בין היתר, כאשר כתוצאה מתיאום, יודעים המתחרים מה

¹¹ 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) Department of Justice Ohio Dairy Company Charged with Dairy Products Bid Rigging to Public School Districts, Release, August 13, 1993 כתבי אישום כנגד 52 תאגידים ו-66 בני אדם בתעשיית החלב בחשד לתיאום הצעותיהם למכרזים.
¹² United States v. Socony - Vacuum Oil Co 310 U.S. 150, 233 (1940) ר' 12

¹³ United States v. Flom, 558 F.2d 1179 (5th Cir. 1997) United States v. Champion Int'l Corp. 557 F.2d 1270 (9th Cir 1977), cert denied, 434 U.S. 938 (1997).
¹⁴ R. Whish & B. Surfin, Competition Law 408 (3ed., 1993) ר' 14
 "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."

¹⁵ Butterworths Competition Law, Division II, Horizontal Agreements Likely to be prohibited, pa II/177 (J. Pheasant, Ed., 1993) ר' 15

תהיינה הצעותיהם ההדדיות למכרז; הסכמה בפועל בדבר המחיר והתנאים האחרים שיוצעו במענה למכרז איננה מהווה תנאי מוקדם למסקנה שהתחרות הוגבלה.¹⁶

27. כך גם בישראל, תיאום בהגשת הצעות למכרזים הוכר כתופעה אנטי תחרותית המשמשת נושא 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.¹⁷ מן הסתם, לבסוף לא נקבעה עבירה מיוחדת לעניין תיאום במכרזים, משום שעבירה זו נכללת ממילא בהגדרה הכללית של עריכת הסדר כובל.

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

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

30. מימושה של העדפה זו, מוצאת לעתים קרובות, את ביטוייה בניהול מכרז סגור בין היצרנים המקומיים של המוצר, וזאת על מנת להוסיף ולהיטיב את מעמדו של היצרן המקומי שלא יימצא מפסיד במכרז לתוצרת המיובאת בגלל הפרש אחוזי זעיר, שיכול היה לוותר עליו לו

¹⁶ ר' COMMISSION Decision (73/109/EEC) European Sugar Cartel OJ (1973) L 140/17 at 42, In a system of tendering, competition is of the essence." (1973) CMLR D65 at 110.

¹⁷ ר' הצעת חוק ההגבלים העסקיים, תשי"ח - 1927 הצעת 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 יימנע מעשיית דבר שעל פי אותו הסדר כובל הסכים להימנע מעשותו, על עוד לא ניתנה החלטת המועצה שלא לאסור את המעשה והמחדל". הסדר כובל הנוגע למכרזים הוגדר כ"הסדר כובל הבא להגביל צד להסדר בעניין מהעניינים המפורטים בסע' 2 בהגשת הצעות על פי מכרז" ר' גם דברי הכנסת, ישיבת שס"ח, עמ' 319, 320 (י' כסלו תשי"ח, 3 דצמבר 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".

¹⁸ מכח דיני 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 שלעניין. אולם, משמוכה כי הצעתו של פלוני הינה הזולה ביותר, עובד הנטל 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 אינווסט אימפקט בע"מ ואח' נ' המנהל הכללי של משרד הבריאות ואח', פ"ד ל"ח (1) 729. השווה, גם תקנה 21 (ב) לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג - 1993.

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 להצליח.¹⁹

31. ניצל לרעה, כמתואר, של העדפות שמכוונת 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 לענייננו דברי שר האוצר דאז, מר לוי אשכול, בהביאו לדיון לפני הכנסת בקריאה ראשונה את הצעת חוק ההגבלים העסקיים, תשי"ח-1957, המציין כי:

אנו רצינו, כאמור, להחליף את הפיקוח שהיה קיים בהכרח לפני זמן מה, ולהיעזר ברוח ההתחרות וקנאת סוחרים או יצרנים שתובה סחורה ותוריד את המחיר. אך הנה באו קרטלים והנהיגו פיקוח או הסדר פנימי בין היצרנים לבין עצמם, לרעת מגמתנו ולדעת הצרכנים הממשלה נתבעת על ידי יצרנים מקומיים - ולא רק על ידם - להגן בכל האמצעים על תוצרת הארץ - אולם יצרנים מסוימים מנצלים לרעה את הדבר על ידי התארגנות בקרטל בכסות הענף של תוצרת הארץ.²⁰

32. והיה והתעורר בלב הרשות חשש סביר לתיאום, ראוי לשקול עיצוב דרכי ההתקשרות וניהול המשא ומתן באופן שישמר, יגונן ויבטיח תנאי תחרות. לעתים, יחייב הדבר הרחבת מסגרת המשתתפים במכרז; לעתים, יחייב הדבר ניסוח תנאי המכרז באופן שימנע או יקשה על עריכת הסדר כובל; ולעתים, 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 תיאום הצעות מכרזיו, את הזכות להשתתף במכרזי הממשל לתקופה שתקבע.²¹ 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 הטענה מחושבת ומכוונת בין ערך "תכססנות" - ראוי הוא שהצעתו תפסל על הסף, גורשו מן המסדרון אל מחוץ לבית המכרזים, לא כל שכן שלא נכנסו אל הטרקלין. אין

¹⁹ ר' גמ. A. Jacquemin & M. Slabe, Cartels, Collusion and Horizontal Merger in R. Schmalensee & R. Willig, Handbook of industrial Organization, Pa. 415, 453 (1989).

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

²¹ למשל, בנוגע לפרוייקטים של סלילת כבישים מהירים, ההשעיה מהשתתפות במכרזים יכול שתעמוד על תקופה שבין שלושה חודשים לשלוש שנים: 23 C/F/R Section 16/4 (a) (2) (vii). (1983)

אדם דר עם נחש בכפיפה אחת, ואם פלוני מבקש להטעות כבר בתחילת הדרך, מי לכפו של בעל המכרז יתקע, כי אותו פלוני לא ישקר ויכזב גם בהמשך הדרך? כחטא כן עונשו, והמציע הצעות כזב ימצא עצמו אל מחוץ למחנה. והנה, בעוד שמושג ההטעיה ברור לכל -, "תכססנות" בהקשר דברינו כאן - "תכססנות" שבכוחה להביא לפסילת הצעה על הסף - חייבת להיות "תכססנות" הטבולה בדמייה, באי יושר, בהעדר תום לב כנדרש ממציעים במכרז.²²

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

34. עקרונית, על מנת לשפר את נוהלי הרכישה על ידי רשויות הממשל, מוטל על מנהלי המכרזים הציבוריים לבחון את ההצעות למכרז ולאתר חששות לתיאום מוקדם ביניהם.²³ ממידע שהצטבר ברשות ההגבלים העסקיים, מתעורר החשש ומצטייר הרושם, כי הליכי מכרז לא מעטים ראויים לכותרת "מכרז תפור", אך לא כמובנה המקובל שמזמין המכרז ניסח את תנאיו באופן המייעד מראש את זכייתו של המציע שהנוסח חפץ ביקרו, אלא במובן זה שהמתמודדים הפוטנציאליים במכרז תיאמו בינם לבין עצמם כיצד ייפול דבר ותוכרע תוצאת המכרז. אין צריך לומר כי כל מידע כזה ייבדק, ותחקרנה תלויות המעוררות חשש לתיאום התמודדויות, ובהתאם תינקטנה הפעולות הראויות.

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

- (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 אומדן המחיר שנערך על ידי בעל המכרז ;
- (5) כאשר מציע מסוים זוכה תמיד בביצוע עבודות מסוג מסוים או באזור מסוים ;
- (6) כאשר מציעים הגם שמתמודדים לעתים קרובות, אף פעם אינם זוכים ;

²² ע"א 700/89 חברת החמל לישראל בע"מ נ' מליבר ישראל בע"מ ואח', פ"ד מז (1) 667, 679.
²³ שיקול כאמור יימצא, למשל, בנוהל המכרזים של חברת החשמל, אשר בסעיף 7.12.3 שלו מצוין כטעם לפסילת הצעות, "אם לדעת הוועדה קיים חשד סביר לתכסיס מכון או לקרטל או להידברות בין המציעים". הנחיות אלה הוכרו כראויות ונסמכות הן אל השכל הישר והן אל דין המכרזים החל על רשויות הציבור, בע"א 700/89, לעיל.

- (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 כמובן הצעות מחיר זהות או מאד קרובות.²⁴

36. מטבע הדברים, הוכחות לתיאום בהגשת הצעות למכרזים תהיינה בעיקרן נסיבתיות, 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 זהות²⁵ מסקנה דומה בדבר התנהגות מותאמת בין מציעים תיגזר מקום בו אחד המציעים באופן פעיל מבקש להפסיד במכרז. הגשת הצעה המכוונת להביא להפסד במכרז מלמד על בטחונו של המציע כי האחר שיזכה ייתן לזה המפסיד את גמולו תמורת פינוי הדרך מתחרות. מכרז דמה נלמד מהגשת הצעות למכרז מלי שנערכה בדיקה וחשוב של העלויות, הגשה הצעה למכרז כאשר ברור שאין המציע מסוגל לבצע את המטלה המתבקשת, ואי הגשת הצעה אשר בעבר הוכיחה עצמה כזוכה.²⁶

37. אכן, תיאום במכרזים והסכמה של בני אדם המנהלים עסקים לשיתוף פעולה בתגובתם להצעות להשתתף במכרז יכולים ללוש צורות הרבה. נוסחו הרחב של סעי' 2 לחוק ההגבלים העסקיים יפרס מצורתו ויאסור על כולן.²⁷ מדרש פרשנות זה הוסבר על ידי הנשיא ו. זיילר באומרו כי:

המחוקק נאלץ להשתמש בהגדרות רחבות מאד בחוק. הוא רצה להוכיח לעצמו את "לכידת" כל הואריאציות והאפשרויות הלא רצויות, והכמעט אין סופיות, הקיימות בעשיית הסדרים ובניהול עסקים על בתי המשפט ליתן לחוק פירוש, שימלא תפקיד של מסננת בעלת חורים צרים מספיק כדי לא לאפשר שטיפתם חוצה של מקרים

בדומה תכר, תקנה 20 (א) לתקנות העירייה (מכרזים), התשמ"ח-1987 המאפשרת פסילת מסמכי מכרז מקום שנקט בו המציע בתכסיסים בלתי הוגנים.

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

²⁵ P. Areeda, *Antitrust Law, An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, Vol VI Pa. 119 Prior express agreement may be inferred from identical behavior (1993 Supp) 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 A, Jacquemin & M. Slade parties formed a traditional express conspiracy." "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."

²⁶ P. AREEDA שם, בעמ' 120-121.

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

שהחוק ביקש ללכדם, אבל שיהיו רחבים מספיק כדי לא ללכוד עניינים ונושאים שאינם מעניינו של החוק.²⁸

38. לענן הגדרת "הסדר כובל" אימץ חוק ההגבלים את מגמת ההרחבה שננקטה על ידי החוק הקודם, חוק ההגבלים העסקיים, תשי"ט - 1959, ועוד הוסיף עליה, במקום לתחום גדרות על ידי רשימת מקרים ספציפיים, התווה החוק הגדה כללית שהעיקר בה הוא מניעת 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).²⁹

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

40. בנסיבות העניין, 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' 2 (א). אעמוד בקצרה על היסודות הנדרשים, ודבר קיומם לענייננו:

41. "הסדר" - הגדרתו של זה מצויה בסעי' 1 לחוק, והיא מיועדת לחבוק 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: אלקטרונית; וייסבורד ובניו; רומולוקס; אלקטרוזון 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 לעניין השלמת היסודות של עריכת הסדר, גם לדידן, שכן ליבו ועיקרו של

²⁸ ת.א. 396/87 (י"ם) אורי קיסין ואח' נ. פטרולגז ואח' (9.5.90 טרם פורסם) עמ' 18 - 19 לפסק הדין המודפס; ע"א 2768/90 פטרולגז חברת הגז הישראלית (1969) נ. מדינת ישראל, פ"ד מו (3) 599.
²⁹ 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").

ההסדר מונח ביסוד ההסכמה. ההסדר, כמוהו כעבירת הקשר, ברגע שהושגה הסכמה באים יסודות ההסדר על ספוקם.³⁰

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"מילכוד", את התייצב לשיבת התיאום מבלי שידע את מטרתה. אמנם ניתן היה לצפות כי תגובתו תהא נחרצת יותר, וכי לא רק שימנע ממעשה התיאום, אלא שידיר רגליו מבדל חילופי מידע בין מתחרים, וכי יודיע דבר התיאום, לפחות, לבעל המכרז עמו מנהל הוא משא ומתן לקראת כריתתו של חוזה מכל מקום, נוכח 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"** - מונח זה פורש מצורתו על כל הגורמים המנהלים עסקים כלשהם, לרבות עסק המתנהל שלא למטרת רווח.³¹ במקרה שלפנינו, הנפשות הפועלות כולן הן בבחינת בני אדם המנהלים עסקים.

46. **טיב הכבילה - חזקת סע' 2 בדבר הסדר כובל** - יסוד "חזקת הכבילה" שבהסדר שזור בהסכמה שהתגבשה בין ארבעת הצדדים, לפיה כל אחד מהם יציע מחיר "זוכה" בנוגע לפריט המוקצה לזכייתו על יסוד הקשר שקשרו בישיבת התיאום, בבחינת כבילה בנוגע למחיר שיידרש או שיוצע בהצעות למכרז, כאמור בסע' 2 (ב) (1) לחוק ההגבלים. ואין תימה בדבר פועלה של חזקה זו, שכן תיאום כזה הוא בהכרח פסול ומגונה. הוא מעשה מכוון, מתוכנן מרש, והשפעתו העלאת מחירים מבלי שניתן להעלות כל נימוק כלכלי שייקח נזק זה. אכן, קל יותר לתאם מכרזים, מאשר להתחרות עליהם, אך גזירת המחוקק היא שתחרות תתקיים ולא שבת מתחרים גם יחד.

47. **כבילה או הגבלה כמובנה בסע' 2(א) לחוק** - "הסדר" יהיה בבחינת "הסדר כובל" אם יש בו איכותית כדי להגביל אדם המנהל עסקים באופן העלול לנוע או להפחית את התחרות בעסקים.³² כאן ניכר הוא כי הצדדים להסדר הסכימו, בינם לבין עצמם, כי יגבילו עצמם בהצעותיהם למכרז, באופן שכל אחד יגיש הצעתו בהתאם למפרט המוסכם, ויותר על

³⁰ ר' מ. בורונובסקי, 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." גם Bellamy & Child, Common Market Law of Competition If an agreement clearly has (4TH ED, 1993)

המצינים בסע' 2-107, בנוגע להסכמים שלא יושמו כי 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 A.D. Neale and D.G. Goyder, The Antitrust Laws of the U.S.A. 40-41 (3ed., of any fine 1980).

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

חירותו לנהוג בהתאם למערך שיקוליו העסקיים. בדומה, עצם חילופי המידע העסקי הרגיש בנוגע לתמחיר המתמודדים ופרוט ההצעות שהם מתעתדים להגיש למכרז, מהווה, כשלעצמו, הסדר כובל.³³ 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", שמא ימצא ההסדר פטור מכוח אחת מתשע הוראות הפטור הסטוריות. פנייה כזו תלמד כי אין מבין הוראות פטור אלה, הרואה אשר באה בחשבון לנסיבות המקרה.

IV. אחרית דבר

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; רומולוקס בע"מ בניהול מר אלי רכס; ואלקטרוזון בע"מ בניהול מר שמואל רוזנברג 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 מהעמיד לדין פלילי אדם שעבר על הוראות סעי' 47(א)(1) לחוק.

כל אחד מן הצדדים נשוא קביעתי זו, רשאי לערער עליה, או על חלקה, בית הדין להגבלים עסקיים, תוך שלושים ימים מיום שהודעה עליה הומצאה לו. העתק החלטתי יימסר לחשב הכללי במשרד האוצר, למנכ"ל משרד התקשורת ולמנכ"ל חברת בזק, לידיעה ולכל פעולה שתמצא כראויה.

ד"ר יורם טורבוביץ

הממונה על ההגבלים העסקיים

ניתן היום, 6 באפריל 1994

כ"ה בניסן, התשנ"ד

בירושלים

³² ר' מ. בבורנובסקי, על יסודות הכבילה שבהסדר ותוצאתה חדש ואין חדש, מחקרי משפט ה' עמ' 125

133 וגם: James P. Cunningham, The Fair Trading Act 1973 Pa 234 (London, 1974)

³³ 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)

S. Ross, Principles

וראה גם: S. Ross, Principles of Antitrust Law 182 (1993).