

**ת"פ 22847/12/10 - מדינת ישראל - הרשות להגבלים עסקיים ואח'...
נגד נסים
בובליל, יוסף, גורדון, דוד, שחף, אשר, גרין, פולדי, פרץ, התאחדות, הקבלנים
והבוניס בישר ואח'...**

בית המשפט המחוזי בירושלים
לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 22847-12-10

ת"פ 23916-10-13

מדינת ישראל - הרשות להגבלים עסקיים ע"י ב"כ היועמ"ש
עו"ד אוהד בורשטיין ועו"ד מיכל כהן

המאשימה:

נגד

1. נסים בובליל
2. יוסףגורדון
3. דודשחף
4. אשרגרין
5. פולדיפרץ
6. התאחדותהקבלנים והבונים בישראל
- נאשמים 1-4 ו-6 ע"י ב"כ עוה"ד וינשטוק-זקלר ושות'
וכן ע"י ב"כ עוה"ד חן, יערי, משרד עורכי דין
7. פולדמיר בנין (1986) בע"מ
- נאשמים 5, 7 ע"י ב"כ עוה"ד ליאור סער
8. יואב קן תור
9. קן-תור הנדסה ובנין בע"מ
- נאשמים 8, 9 ע"י ב"כ עוה"ד קרן פסח ו/או עו"ד"ד לימור ארגוב ממשרד פסח - ארגוב, עו"ד
10. נגרי רויע
11. טר ארמה בע"מ ח.פ. 510696412
- ע"י ב"כ עוה"ד אריה הבר ו/או חי הבר ו/או יהודה שושן ו/או דפנה קהירי ו/או נתן בן יקיר ממשרד הבר ושות'
12. אברהם יקואל
13. י.ע.ז. - חברה לבניה ופיתוח בע"מ
- ע"י ב"כ עוה"ד פלדור ו/או קילשטיין ו/או דוד
14. יוסף מרדכי קנר
15. קיסר הנדסה ופתוח בע"מ
- ע"י ב"כ עוה"ד אלי גודארד
16. אופיר אשר
17. אוולון טכנולוגיה בע"מ
- ע"י ב"כ עוה"ד אורן גלעדי ו/או עופר חן
18. יוסף נוימן
19. "דירין" חברה לבנין הנדסה ותשתיות בע"מ
- ע"י ב"כ עוה"ד ד"ר גיל עשת, עו"ד"ד בן גד, עשת, עורכי דין
20. הרצל אברהמי
21. ה.א.ל. ערד 2000 (1999) קבלנות ויזמות בע"מ
- ע"י ב"כ עו"ד רובין
22. אליהו קולן
23. מנרב הנדסה ובנין בע"מ
- ע"י ב"כ עוה"ד יגאל ארנון ושות'
24. אלישי נחום
25. נחום עמוס קבלן לעבודות בנין ופיתוח בע"מ
26. יוסף שומרני
27. י. שומרני - חב' להשקעות ובניה בע"מ
- נאשמים 26, 27 ע"י ב"כ עוה"ד זיו אברמוביץ' ו/או רונן גולן לפידות, מלכיאור, אברמוביץ' ושות'
28. סימון ואזון
29. אחים אזון חברה לבניה בע"מ
- ע"י ב"כ עוה"ד אמיר גוגין ו/או תומר אזון
30. זאב מרק
31. בוני בנין ופיתוח והשקעות (ז.ח.) בע"מ
- ע"י ב"כ עו"ד שלום
32. עיסאם סלטי
33. אחים סלטי עסאם בע"מ
- ע"י ב"כ עו"ד חאלד קסאב
34. דוד בן יחזקאל עזרא
35. דלויה מרכז הבניה בע"מ
- ע"י ב"כ עו"ד שמעון תורג'מן

להלן החלטתי בטענות המקדמיות שהעלו באי-כוח הנאשמים.

בטרם אכריע בטענות לגופן, אסקור את השתלשלות ההליכים בתיק עד למועד מתן החלטה זו.

ההליכים עד להחלטה הראשונה

1. כתב האישום המקורי בת"פ 22847-12-10 הוגש ביום 15.12.10. הרקע לכתב האישום ותוכנו מפורטים בהרחבה בסעיפים 6-28 להחלטה הראשונה בטענות המקדמיות מיום 7.6.12 (להלן: "**ההחלטה הראשונה**"), ואין צורך לחזור עליהם בפירוט בשנית. בתמצית יאמר, כי נושא כתב האישום הוא מכרז שפרסמה הממשלה למיגון דירות ביישובי עוטף עזה (להלן: "**המכרז**"). על-פי האישום הראשון, המליצו הנאשמים 1, 2, 3, 5 ו-6 (להלן: "**נאשמי ההתאחדות באישום הראשון**") לחברי ההתאחדות על קו פעולה לפיו לא יגשו לפרויקטים ולא יגישו הצעות למכרזים ממשלתיים שבהן לא ניתן פיצוי על עליה בתשומות הבניה. באישום השני, מייחסת המאשימה לנאשמים 5 ו-7-35 המוגדרים כקבלני מכרז עוטף עזה, עריכת הסדר כובל לפיו, יימנעו קבלני המדף (הנאשמות 7, 9, 11, 13, 15, 21, 23, 25, 27, 29, 31, 33, 35 ומנהליהן הנאשמים 5, 8, 10, 12, 14, 20, 22, 24, 26, 28, 30, 32 ו-34) מהגשת הצעות לשלב ב' במכרז. את אותו אישום מייחסת המאשימה גם לנאשמות 17 ו-19 ומנהליהן, הנאשמים 16 ו-18, זאת, משום שהנאשמת 17 הסכימה עם הנאשמת 15 כי אם האחרונה תזכה בשלב ב' במכרז, תשתתף הנאשמת 17 בביצוע העבודה, והסכמה דומה נקשרה בין הנאשמות 19 ו-35. באישום השלישי, מייחסת המאשימה לנאשמים 1-4 ו-6 (להלן: "**נאשמי ההתאחדות באישום השלישי**") קו פעולה, לפיו המליצו לפני אגף הבניה החוזי שבהתאחדות להימנע מלהשתתף במכרזים כאמצעי לשינוי המכרז, באמצעות פרסום בעלון שנשלח לחברי האגף לבניה חוזית של הנאשמת 6.
2. בהתאם להחלטה מיום 6.3.11, הגישו הנאשמים טענות מקדמיות בכתב והמאשימה הגיבה עליהן בכתב ביום 1.9.11. ביום 8.9.11 התקיים דיון משלים בעל-פה בטענות המקדמיות שבו הוספו טיעונים על-ידי ב"כ הנאשמים, והמאשימה הגיבה עליהם. לבקשת ב"כ הנאשמים 1-4 ו-6 (להלן: "**נאשמי ההתאחדות**"), הגישה המאשימה הודעה משלימה לגבי שבע חקירות שנוהלו על-ידי הרשות ביחס לחשד לביצוע עבירות לפי סעיף 5 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח - 1988 (להלן: "**חוק ההגבלים**"), לצורך בחינת הטענה של אכיפה בדרנית.
3. בהודעה מיום 22.9.11, פירטה המאשימה רשימה של שבע חקירות שנוהלו בחשד לביצוע עבירה לפי הסעיף האמור. בהחלטה משלימה איפשרתי למי מהנאשמים שהיה מעוניין בכך, להגיב על אותה רשימת חקירות. ב"כ הנאשמים 5, 8, 9, 10, 11, 22, ו-23 הוסיפו טענות משלימות בעניין זה, והמאשימה הגיבה על אותן טענות.
4. כפי שצוין בסעיף 5 להחלטה הראשונה, חלק ניכר מהטענות שהעלו הנאשמים השונים חופפות זו את

זו. בנוסף, בדיון מיום 8.9.11, הצטרפו רבים מבאי כוח הנאשמים, על דרך האימוץ, לטענות שהעלו באי כח הנאשמים האחרים, בשינויים המחויבים, לגבי מרשיהם.

ההחלטה הראשונה

5. במסגרת ההחלטה הראשונה, נדונו טענות נאשמי ההתאחדות באישום הראשון והשלישי (נאשמים 1-6). במסגרת ההחלטה נדונו טענותיהם לגבי הבטחה שלטונית, כמפורט בסעיפים 29-34 להחלטה, לגבי אכיפה בררנית כלפי האישומים הראשון והשלישי, כמפורט בסעיפים 35-37 להחלטה, לגבי הטענה שכתב האישום אינו מגלה עבירה על פניו, כמפורט בסעיפים 38-39 להחלטה וכן לקיומה של הגנת "זוטי דברים" לגבי אותם אישומים (סעיף 40 להחלטה).

6. באותה החלטה, גם נדחתה הטענה בדבר קיומה של הבטחה שלטונית (סעיפים 48-50 להחלטה). לגבי טענת האכיפה הבררנית, נדחתה הטענה שעסקה ברשימת החקירות שנכללה בהודעת המאשימה מיום 22.9.11. לגבי הטענות הנוגעות לקביעת הממונה, בעניין בתי החולים לחולים כרוניים מיום 31.12.07 (להלן: "**קביעת הממונה**"), קיבלתי את הטענה, כי בכל הנוגע לאישום הראשון, עומדת לנאשמי ההתאחדות הטענה של אכיפה בררנית. יחד עם זאת, ציינתי, כי קביעת הממונה שמעשה מהסוג הנדון מהווה קו פעולה, עמדה לנגד עיניהם בטרם נקטו בה מהלכים נשוא האישום הראשון ולפיכך לא ראוי לנקוט בנסיבות העניין באמצעי קיצוני של ביטול כתב האישום. אולם, לקיומה של אותה הפליה, צריך להינתן משקל של ממש בעת שייקבע עונשם של הנאשמים בסוף ההליך, ככל שכולם או חלקם יורשעו בגדרו (סעיפים 56-69 להחלטה).

7. לעומת זאת, דחיתי את הטענה, ככל שהתייחסה לאישום השלישי, בעיקר בשל העובדה שמדובר בהתנהלות עובדתית שונה, שאין דמיון רלבנטי בינה לבין ההתנהלות שיוחסה לארגון בתי החולים ולממלאי התפקידים בו במסגרת קביעת הממונה (סעיף 70 להחלטה). בנוסף, דחיתי את הטענה, כי האישום השלישי אינו מגלה עבירה על פניו. זאת, מאחר שהתייחסות חיובית ומעודדת מטעם איגוד עסקי לחברה של קבוצת מתחרים מקרב חבריו, שהגיעו להסכמה משותפת שלא להשתתף במכרז, מהווה נקיטת קו פעולה, משום שהיא מהווה המלצה, ולו ברמז, לחברי האיגוד העסקי כיצד לנהוג בעתיד (סעיף 71 להחלטה).

8. בנוסף, דחיתי את טענת זוטי הדברים שהועלתה כלפי האישום השלישי. ציינתי בעניין זה, כי עצם קיומו של איגוד עסקי המאגד מתחרים מאותו ענף, הדנים יחד בפעילות משותפת, יוצר חששות תחרותיים כבדים. לפיכך, הבעת קריאה, ולו מרומזת, לחברי האיגוד, לנקוט בפעילות מאורגנת שיש בה משום עבירה על החוק, מצויה בקרבה רבה מאוד לליבת האיסור הפלילי המבוטא בסעיף העבירה (סעיף 73 להחלטה).

9. לעומת זאת, קיבלתי את טענתו של נאשם 5 לגבי העדר שימוע, ביחס לאישום הראשון והחלטתי למחוק את האישום הראשון לגביו, כדי לאפשר לו שימוע לגבי אישום זה. ציינתי בהחלטה, כי ככל שיוחלט להגיש מחדש את האישום הראשון, בנוסחו הקיים או בנוסח אחר, הוא יוכל לחזור על טענותיו המקדמיות שכבר נטענו וכן לטעון טענות נוספות, בתוך 7 ימים מיום קבלת ההודעה.

10. בנוסף, קיבלתי את טענת הנאשמים 5, 7-11, 14-31, 34-35 לגבי קיומה של הגנה מן הצדק בשל אכיפה בררנית, ביחס לאישום השני. זאת, בהתייחס להחלטת הממונה שצוינה בסעיף 6 לעיל, שלא להעמיד לדין את חברי ארגון בתי החולים לחולים כרוניים, בגין המלצת הארגון לחבריו, שלא לגשת למכרז שפרסם משרד הבריאות והסכמה בין חברי הארגון להחרים את המכרז שתנאיו לא נראו להם, ולהסתפק במתן קביעה לפי סעיף 43 לחוק ההגבלים (סעיפים 87-97 להחלטה). לפיכך, הוריתי על מחיקת האישום השני כלפי נאשמים אלה. עקב המחיקה, ציינתי כי אין טעם וצורך להידרש לטענות המיקדמיות הנוספות שהועלו על-ידי נאשמים אלה. עוד ציינתי, כי הנאשמים 12-13 ו-32 ו-33, שבחרו לא להעלות טענות מקדמיות, לא יהיו חסומים מלהעלות את טענת האכיפה הבררנית בשלב שמיעת הראיות. הוא הדין, ביחס לנאשמים 14-15 שבחרו להעלות טענות מקדמיות אך הגישו תשובה בכתב לכתב האישום.

ההליכים לאחר ההחלטה הראשונה

11. המאשימה הגישה ערעור (להלן: "הערעור") לבית המשפט העליון על ההחלטה מיום 28.8.12 בע"פ 6328/12. ביום 1.7.12 הוריתי על מחיקת כתב האישום גם כלפי הנאשמים 14 ו-15 בעקבות הסכמת המאשימה. בנוסף, הוסכם ביום 8.7.12 כי כתב האישום נגד הנאשמים 12, 13, 32 ו-33 יימחק לפי סעיף 94(ב) לחסד"פ. זאת מתוך הסכמה שאם הערעור יתקבל, יוגש מחדש האישום נגד נאשמים אלה ויצורף לתיק.

12. בעקבות ההחלטה, נמשכו ההליכים כנגד נאשמי ההתאחדות לגבי האישומים הראשון והשלישי, ובנוסף הוגשה מטעם המאשימה בקשה לצירוף חלק ממנהלי החברות, שכנגדם נמחק כתב האישום כעדי תביעה. בנוסף, לאחר קיומו של השימוע בעניינו של נאשם 5 (להלן גם: "פרץ"), הגישה המאשימה כתב אישום נפרד כנגדו בת"פ 3799-09-12 (להלן: "כתב האישום הנוסף"). הנאשמים 1-4 ו-6 הגישו ביום 2.9.12 את תשובתם לכתב האישום. במקביל, הגישה המאשימה בקשה לאיחוד הדיונים בשני כתבי האישום ובהחלטה מיום 9.9.12 הוריתי על איחוד הדיון בשניהם. לגבי בקשת המאשימה לצרף כעדים נאשמים שנמחקו מכתב האישום - קבעתי באותה החלטה, כי הפתרון המאזן הינו דחיית ההחלטה בעניין צירופם של אותם עדים עד להכרעת בית המשפט העליון בערעור, כאשר בשלב זה יתנהל התיק בהסתמך על העדים הקיימים.

13. בעקבות הגשת כתב האישום הנוסף, הגיש פרץ שורה של טענות מקדמיות במסגרתן נטען, כי כתב האישום אינו מגלם עבירה על פניו, לוקה באכיפה בררנית, פגום מבחינה צורנית ויש למחוק אותו

בהסתמך על סעיף 150 לחסד"פ. בהחלטה מיום 19.12.12, קיבלתי חלק מטענות הנאשם ודחיתי טענות אחרות. באשר לטענה כי כתב האישום אינו מגלה עבירה על פניו - קיבלתי את טענת הנאשם, לפיה עצם נוכחותו השותקת במפגשים שהתקיימו במשרדי ההתאחדות. במשרדי היועץ המשפטי שלה, אין בה כדי להפוך למסר של המלצה מטעם ההתאחדות ולפיכך קבעתי, כי במידה ולא יתוקן כתב האישום בעניין זה, העובדות המנויות בו אינן משכללות את העבירה הנטענת כלפי הנאשם. עם זאת, קבעתי כי פעולות שביצע הנאשם על פי הנטען להשגת הסכמת הקבלנים שלא לגשת למכרז, אכן מהוות על פניהם מעשה פלילי אסור, ככל שיוכח כי הדבר נעשה על ידו כאורגן של ההתאחדות. בנוסף, דחיתי את טענתו של פרץ לגבי העדר פירוט מספיק בכתב האישום. עוד דחיתי את הטענה, כי עצם היותו של הנאשם מנהל של אחת מן החברות שהיו קבלני מדף, שוללת את האפשרות לייחס לו גם עבירה, לפי סעיף 5 כאורגן של ההתאחדות. כמו כן, נדחתה טענת פרץ לגבי קיומה של אכיפה בררנית כלפיו, עקב העובדה שלא הוגש כתב אישום נגד ממלאי תפקידים אחרים בהתאחדות. זאת, לאחר שקיבלתי את עמדת המאשימה, כי נגד אותם ממלאי תפקידים לא נאספו ראיות מספיקות לאישום, ומתוך העמדה שברגיל, לא יתערב בית המשפט בהערכה הראייתית של התביעה לגבי קיומו של סיכוי סביר להרשעה.

14. בסופו של יום, בעקבות אותה החלטה, תוקן כתב האישום נגד פרץ, והוגשה הודעה על הסדר טיעון בינו לבין המאשימה (להלן: "**ההסדר**"). לפי הסדר זה, הודה הנאשם בעובדות כתב האישום המתוקן, המאשימה והנאשם עתרו במשותף לגזירת עונש של מאסר בפועל של 60 ימים אשר ירוצה בעבודות שירות, פיצוי למדינה בסך 60,000 ₪ וכן התחייבות בסך 250,000 ₪ להימנע מעבירה לפי חוק ההגבלים. ביום 18.3.13, אושר הסדר הטיעון ונגזרו על פרץ העונשים להם עתרו הצדדים.

15. בעקבות ההסדר ובעקבות הנאמר בהחלטה מיום 19.12.12, ביקשה המאשימה לתקן שוב את כתב האישום. לגבי האישום הראשון, ביקשה להוסיף כי בפגישות במתקני ההתאחדות ובמשרדיו של עו"ד לרר, היו מרבית המשתתפים חברי ההתאחדות. התיקון השני הרחיב את תיאור תפקידיו של פרץ במהלך אותן פגישות, תוך ציון כי הביע תמיכה במהלך, היה ממוביליו והמליץ למשתתפים שלא לגשת למכרז וזאת על אף עמדתו המשפטית של עו"ד לרר שהמהלך אינו חוקי. התיקון השלישי עסק בפירוט פעולותיו של פרץ להשגת הסכמת קבלני המדף, כולל משלוח פקס בעניין ההסכמות המוצעות ועריכת שיחות טלפוניות בעניין עם חלק מקבלני המדף. בהחלטה מיום 19.2.13, אישרתי את הבקשה לתיקון כתב האישום, תוך קביעה כי הוא אינו משנה מהותית את העובדות המקוריות שיוחסו לנאשמים בסעיף 62 לכתב האישום המקורי, אלא רק מרחיב ומעבה אותן. בנוסף, דחיתי את טענת נאשמי ההתאחדות לגבי הכוונה לצרף את פרץ כעד תביעה בכתב האישום המתוקן נגדם. ציינתי באותו עניין, כי ככל שערעור המדינה לגבי מחיקתו מן האישום השני, שבכתב האישום המקורי יתקבל, הדבר ישליך רק על מעמדו הראייתי כעד ועל התוספת הראייתית שתידרש לצורך הרשעת הנאשמים על פי עדותו, ואין בכך כדי לחסום את צירופו כעד תביעה. בנוסף, דחיתי את טענת ב"כ הנאשמים, לפיה צירופו כעד לכתב האישום עומד בניגוד להוראות היועץ המשפטי לממשלה וציינתי כי הסדר הטיעון שנעשה עימו אינו כולל ויתור על האישום נגדו, וכי פרץ לא היה "העבריין הדומיננטי" במסגרת האישום כולו. בנוסף, דחיתי את בקשת נאשם 3 למחוק את כתב האישום נגדו, לאור הנאמר בהחלטה מיום 19.12.12 בעניינו של

פרץ. בעניין זה ציינתי, כי לאותו נאשם מיוחסת באופן חילופי אחריות מנהלים פלילית, לפי סעיף 48 לחוק ההגבלים ולפיכך, גם אם עצם נוכחותו לא היתה מעשה אקטיבי של התוויית קו פעולה, עדיין אין מקום למחוק את כתב האישום נגדו.

16. לאחר דחיית הטענות המקדמיות וצירופו של פרץ כעד תביעה, הודיעו נאשמי ההתאחדות, כי תשובתם לכתב האישום מיום 2.9.12 תקפה גם לגבי כתב האישום המתוקן. ביום 20.6.13 התקיימה ישיבת ההוכחות הראשונה בתיק שבה העיד מר אייל פלד, שמשרדו מונה החל משנת 2007 לנהל את הפרויקט של מיגון בתי התושבים באזור עוטף עזה. חקירתו הנגדית של מר פלד נמשכה בישיבה מיום 8.7.13. ביום 11.7.13, התקיימה ישיבת הוכחות שלישית בתיק, שבה העיד מר חיים פיאלקוב, ששימש בתקופה הרלבנטית כמנכ"ל משרד השיכון.

פסק הדין בע"פ 6328/12

17. ביום 10.9.13 ניתן פסק דינו של בית המשפט העליון, אשר ביטל את ההחלטה הראשונה (להלן: "**פסק הדין**"). בפסק הדין נקבע מפי כב' השופט ע' פוגלמן, כי על מנת להוביל לביטול כתב האישום, יש להוכיח כי העמדה לדין במקרה הנדון חרגה מן המדיניות הנהוגה בתביעה. בעניין הנדון, כך נקבע, עלה בידי המערערת (המאשימה) להוכיח באמצעות הפניה לכתבי אישום אחרים, שהוגשו על ידי הרשות בפרשיות העוסקות בתיאום מכרזים בין מתחרים, וכן בהחלטת הממונה משנת 2005 בעניין איגוד בתי האבות, כי בקטגוריה העוסקת בתיאום מכרזים, מדיניות האכיפה של הרשות גורסת העמדה לדין פלילי. עוד התקבלה טענת המאשימה, כי קביעת הממונה נשוא ההחלטה הראשונה היוותה חריג למדיניות זו והחלטה שלא להעמיד לדין שם, נבעה משיקולים ראייתיים. משכך, נאמר, כי גם אם ניתן יהיה להניח, לצורך הדיון בערעור, שבפרשה נשוא הקביעה החלטת המאשימה הייתה מוטעית, לא יוכלו הנאשמים לזכות בסעד של ביטול כתב האישום. כב' הנשיא א' גרוניס ציין בחוות דעתו, כי לא די במקרה זהה אחד ויחיד, שבו פעלו הרשויות המנהליות בעבר בדרך שונה ולא הגישו כתב אישום, כדי להוביל בהכרח לביטולו של כתב האישום במקרה דומה אחר, וכי על הנאשם להראות לצורך קבלת הטענה שהרשויות קיבלו, לאורך זמן ובאופן שיטתי, במקרים דומים החלטות שונות מאלה שהתקבלו בעניינו. כב' השופט ס' ג'ובראן הצטרף לדעה זו. לאור התוצאה אליה הגיע בית משפט העליון בפסק הדין, נקבע בפסקה 45 לחוות דעתו של כב' השופט פוגלמן: "נוכח מסקנתי שלפיה לא הונחה תשתית מתאימה לביטול כתב האישום בעניינם של המשיבים, מטעמים של אכיפה בררנית, אציע לחברי לקבל את הערעור, לבטל את פסק דינו של בית המשפט המחוזי ולהחזיר אליו את הדיון. בית המשפט המחוזי יבחן **בשלב הראשון את הטענות המקדמיות שבפי המשיבים שטרם נתבררו**" (הדגש לא במקור - מ.ה.).

18. יצוין, כי כבר בדיון בבית משפט העליון העלו באי כוחו של פרץ את הטענה, שככל שההחלטה הראשונה תבוטל, ולנוכח הרשעתו וגזירת דינו בכתב האישום הנוסף והמתוקן שהוגש בעניינו, השבת האישום על כנו בעניינו, משמעה האשמתו בשנית בגין אותם מעשים שבהם כבר הורשע. בית המשפט לא התייחס לאותה טענה לגופה, אך משתמע מפסק הדין, כי על פרץ לעלות טענה זו כטענה מקדמית

בעקבות השבת האישום השני על כנו, וכך אכן עשו באי כוחו.

19. כבר בשלב זה ראוי להעיר, כי תוצאת הכרעתו של בית המשפט העליון בערעור ונימוקיה, מקרינים גם על ההחלטה הנוגעת לנאשמי ההתאחדות בנוגע לאכיפה בדרנית ביחס לאישום הראשון, כמפורט בסעיפים 56-69 להחלטה הראשונה. זאת מאחר שהמסד העובדתי והמשפטי עליו התבססה אותה החלטה, זהה למסד שעל בסיסו ניתנה החלטה לגבי האישום השני. באותו עניין קבעתי, כי הפגם בהתנהלות הרשות שהתבטא בהחלטת הממונה ובאי העמדתם לדין של ארגון בתי החולים ונושאי המשרה בו, עונה על דרישת שני המבחנים הראשונים מתוך השלושה שנקבעו בפרשות **בורוביץ** (ע"פ 4855/02) **וטגר** (ע"פ 5672/05), לצורך קבלתה של טענת ההגנה מן הצדק. עם זאת, ציינתי שם, כי בכל הנוגע למבחן השלישי שעניינו קביעת אמצעי מתון, מידתי יותר מאשר ביטולו של כתב האישום, לא מוצדק לבטל את כתב האישום כלפי נאשמי ההתאחדות. זאת לנוכח העובדה, שהחלטת הממונה שהתקבלה כחמישה חודשים לפני קביעת קו הפעולה המיוחס להם, אמורה הייתה לעמוד כתמרור אזהרה בזהרה בזהק לנגד עיניהם. עם זאת ציינתי, כי להתנהלות הבלתי סבירה של המאשימה צריך להינתן משקל של ממש בעת שייקבע עונשם של הנאשמים בסופו של ההליך, ככל שכולם או חלקם יורשעו בגדרו.

20. לנוכח קביעתו הכללית של בית המשפט העליון, כי העמדתם של הנאשמים לדין במקרה שלפנינו, לא חרגה מן המדיניות הנהוגה בתביעה לגבי תיאום מכרזים כפי שהוכחה לפנינו, וכי קיומו של חריג יחיד לאותה מדיניות אינו מהווה אכיפה בדרנית, הרי שגם הקביעה בהחלטה הראשונה, המתייחסת לנאשמי ההתאחדות בנוגע לאישום הראשון, אינה יכולה לעמוד. לפיכך, גם האמירה בהחלטה הראשונה, לפיה ככל שיוורשעו באישום הראשון צריך יהיה לתת משקל לטענת האכיפה הדרנית, איבדה את תוקפה.

ההליכים לאחר פסק הדין

21. בעקבות מתן פסק הדין, הוריתי על חידושם של ההליכים כנגד הנאשמים 5, 7-11, 14-31, ו-34-35, בכל הנוגע לאישום השני. בנוסף, הגישה המאשימה כתב אישום חדש במסגרת ת"פ 13-10-23916 נגד הנאשמים 12, 13, 32 ו-33 בכתב האישום המקורי, שלא היו צד לטענות שהולידו את ההחלטה הראשונה וצוינו כנאשמים 1-4 בכתב האישום החדש (להלן: "**כתב האישום החדש**"). זאת עקב ההסכמה שפורטה בפסקה 11 לעיל, לפיה יימחק כתב האישום כנגדם בעקבות ההחלטה הראשונה ואולם הוא יחודש במידה והערעור יתקבל.

22. בדיון מיום 28.10.13, קיבלתי את הבקשה לאחד את הדיון בין כתב האישום החדש לבין תיק זה. באותו דיון, חזרו באי כוח הנאשמים על הטענות המקדמיות בכתב ובעל-פה, שהוגשו לבית המשפט בראשית ההליך וטרם הוכרעו (להלן: "**הטענות הראשונות**"). בנוסף העלו באי כוח הנאשמים 5 ו-7, 10-11 ו-32-33 טענות מקדמיות נוספות (להלן: "**הטענות החדשות**"). לגבי הטענות החדשות, הוריתי לבאי כוח אותם הנאשמים, ככל שהם מעוניינים בכך, להגיש אותם בכתב ולב"כ המאשימה להגיב

עליהם. טענות מקדמיות בכתב הוגשו על ידי נאשמים 5 ו-7 ו-10-11. ב"כ נאשמים 32-33 לא הגיש טענותיו בכתב. עוה"ד שהחליפו, אך ייצג את הנאשמים בהליכים שקדמו להחלטה הראשונה, הגיש, באיחור, בקשה להגיש טענות משלימות בכתב. בקשה זו נדחתה על ידי בהחלטה מיום 6.1.14.

23. למען הסדר הטוב ולשם הקלת הדיון בהחלטה זו, אדון תחילה בטענות המקדמיות הראשונות שלא הוכרעו במסגרת ההחלטה הראשונה ואכריע בהן. לאחר מכן אדון בטענות המקדמיות החדשות שהוגשו לאחר הדיון האחרון ואכריע גם בהן. בכל הנוגע לטענות המקדמיות של נאשמים 32-33 אתייחס לטענות בע"פ שהועלו על ידם בדיון האחרון, וכן לתשובת המאשימה שנמסרה באותו יום.

הדיון בטענות המקדמיות הראשונות

24. לעניין אופן הדיון וההכרעה הרי בהתחשב בעובדה שחלק ניכר מהטענות שהעלו הנאשמים השונים חופפות זו לזו, אדון בטענות החופפות במקובץ, תוך ציון מספריהם של הנאשמים הטוענים. רק במקרים שבהם הועלו טענות ייחודיות על ידי אחד הנאשמים או כמה מהם, אתייחס אליהן בנפרד.

טענת פגם או פסול בכתב האישום

נאשמים 5, 7, 14-15, 18-21, 24-25, 28-31, 34-35

25. הנאשמים טוענים, כי כתב האישום מנוסח בצורה סתמית וכוללנית ומצביע על ניסיון לצרף אליו מספר רב ככל הניתן של הנאשמים, מבלי שהוספתם מעוגנת בעובדות. בהקשר זה נטען, כי אין פירוט באישום אודות זהות הנאשמים אשר נכחו וקיימו את הפגישות הנטענות בכתב האישום, ואשר בעקבותיהן הגיעו להסכמה משותפת הנטענת בכתב האישום. עוד נטען, כי המאשימה לא פירטה והסבירה מדוע ההסדר הכובל המיוחס לנאשמים באישום זה עלול למנוע או להפחית תחרות בעסקים, והסתפקה בהבאת לשון החוק בצורה לקונית, מבלי לעגנה בעובדות. בנוסף נטען, כי העובדות המתוארות בכתב האישום מנוסחות בלשון מהססת וחלופית ("או/א") ולא בלשון נחרצת וחד משמעית, ומשכך כתב האישום לוקה בפגם. לאור כל האמור נטען, כי כתב האישום לוקה בפגמים מהותיים המקפחים את זכות הנאשמים להתגונן כראוי בהתאם לסעיף 149(3) לחסד"פ.

תגובת המאשימה

26. לעמדת המאשימה, על פי לשון החוק והפסיקה הרלבנטית לנושא, על כתב האישום להביא את עיקרי העובדות המהוות עבירה, כלומר אין חובה לפרט את כל העובדות, אלא די בפירוט עיקרן. המאשימה טוענת, כי לא ידוע לה במדויק אופן ההצטרפות הראשוני של כל אחד מהנאשמים להסדר. יחד עם

זאת, למיטב ידיעתה, כל אחד מהנאשמים באישום השני הצטרף להסכמה המתוארת בכתב האישום, במסגרת הזמן הנתון (12.5.08-20.5.08), למעט הנאשמים 34 ו-35, שידעו על ההסדר, כמפורט בסעיף 69. זאת, במהלך אחת מארבע התקשרויות: שתי פגישות במתקני ההתאחדות בהן השתתפו חלק מהנאשמים כפי שפורט בסעיף 68 לכתב האישום; חתימה של חלק מהנאשמים או הוראה לאחר לחתום בשם על שני מסמכים במסגרתם הסכימו שלא לגשת למכרז (מסמך בכתב יד מיום 15.5.08, ומסמך מודפס מיום 19.5.08). זאת ועוד, לטענת המאשימה, על פי ראיותיה, היו נאשמים שהצטרפו להסדר ביותר מדרך אחת, באופן שאינו ידוע לה במדויק ונטען, כי אין בפירוט זה כדי למצות את ראיותיה.

27. בנוסף, נטען, כי מאחר שעבירה של הסדר כובל לפי חוק ההגבלים הינה, מעצם מהותה, עבירת סטאטוס נמשכת, אין חובה לפרט את המועד המדויק והמקום בו נוצר ההסדר. כמו כן, 'התיאום', מעצם מהותו, אפשרי בדרכים רבות של תקשורת אנושית, ועל כן אין פגם בטענה כי התיאום התקיים, אף כי הדרך הספציפית אינה ידועה. עוד נטען, כי כתב האישום מפורט דיו ועונה על הדרישות שלעיל, וגם אילו יקבל בית המשפט את הטענות שלעיל, תרופתן צריכה להיות השלמת פרטים ולא ביטול כתב האישום. בהקשר זה נטען עוד, כי תחימת תקופת הזמן שבמהלכה התגבש ההסדר, הינה מצומצמת, והנאשמים יכולים להתגונן ולשבץ ראיותיהם באשר להתקשרויות והמגעים במסגרת זמנים זו. עוד נטען, כי יסודות העבירה הקבועים בסעיף 2(א) ו-2(ב) פורטו כדבעי במסגרת האישום.

28. באשר לטענה כי כתב האישום לוקה בפגם בשימוש בביטויים "או", "ו/או", טענה המאשימה כי אין בביטויים אלה כדי לפגוע בהגנת הנאשמים. לטענתה, לעיתים עשתה שימוש בביטויים אלה כדי לתאר בצורה כללית את האירועים, גם אם הם אינם ידועים לה לפרטי פרטים: בסעיף 68 לכתב האישום - לא ידוע לה במדויק אם הפגישות נערכו רק במשרדי ההתאחדות, או שגם במשרדי עו"ד לרר, לכן נקטה בלשון "ו/או"; בסעיף 69 לכתב האישום - לא ידוע לה אם כל הנאשמים או חלקם השתתפו במגעים הנוספים בעניין ההסכמה, לכן נקטה בלשון "הנאשמים או חלקם". בנוסף - לא ידוע לה מי מהקבלנים נתן הסכמתו בכתב או מי נתן הסכמתו בעל-פה, או שמא גם וגם, לכן נקטה בלשון "בכתב ו/או בע"פ".

דין והכרעה

הפן המשפטי

29. החובה המוטלת על התביעה בסעיף 84(4) לחסד"פ, לתאר את "פרשת העובדות" המהוות את

העבירה, בציון המקום והזמן במידה שאפשר לבררם, תכליתה כפולה: **האחת**, לתת **לבית המשפט** תמונה על הפרשה תוך שימת דגש על חלקו של הנאשם באחריות להתרחשותה ולאפשר לו לקבוע על פיו את תחומי הדין. **השנייה**, לתת לנאשם תמונה מספקת של העובדות שהתביעה מבקשת להוכיח, ושמוכחן תבקש להרשיעו ולאפשר לו בדרך זו להכין את הגנתו. ראה: י. קדמי, **על סדר הדין בפלילים**, חלק שני, כרך א' עמ' 915 (2009), (להלן: "**קדמי**"). מידת הפירוט של העובדות נתונה לשיקול דעתו של מנסח כתב האישום בכפוף לכללים שלהלן:

א. העובדות שיפורטו בכתב האישום חייבות לשקף את כל רכיבי העבירה המיוחסות לנאשם, וסיפור העובדות צריך להיות כזה שאם הנאשם מודה בו, די בכך כדי להרשיעו בהוראות החיקוק המצוינות בסעיף העבירות.

ב. סיפור המעשה מיועד להצגת העובדות הרלבנטיות להרשעה ולא לתיאור הראיות שעל פיהן תבקש התביעה לקבוע כי העובדות התקיימו.

ג. פרטים בדבר מקום האירוע נושא האישום הם פרטים חיוניים, במיוחד כאשר מועלית הטענה 'במקום אחר הייתי'. עם זאת, כשאין מנוס מכך, ניתן להסתפק בתיאור הזמן והמקום במונח "בסמוך" או "בקירוב" ולעתים אף בציון "מקום בלתי ידוע", כאזור כלשהו או "זמן בלתי ידוע" בתחומי פרק זמן כלשהו, ובלבד שאין בכך כדי לקפח את הנאשם בהגנתו (קדמי, שם, בעמ' 915-916).

30. בנוסף, ובהתחשב באופי המיוחד של העבירה המיוחסת לנאשמים, עבירה של הסדר כובל שהיא עבירת סטאטוס נמשכת, נקבע בפסיקה הרלבנטית, כי לצורך עמידה בפירוט הנדרש בסעיף 84 לחסד"פ, אין חובה על המאשימה לפרט את המועד המדויק ואת המקום שבו נוצר ההסדר וכן את דרכי ההתקשרות הספציפיות שבין הצדדים להסדר. ראו: ת"פ (י-ם) 337/04 **מדינת ישראל נ' ירון וול**, תק-מח 2004(3), 6275, 6279, מפי כב' השופט י' שפירא והאסמכתאות שם (להלן: "**עניין וול במחוזי**"). את הרציונל העומד ביסוד קביעה זו הסבירה כב' השופטת מזרחי בהחלטה במסגרת ת"פ (י-ם) 1274/00 **מדינת ישראל נ' מודגל** תק-מח 2002(3) 70146, באומרה:

"התיאום מעצם מהותו אפשרי בדרכים רבות ומגוונות של תקשורת אנושית, ועל כן אין פגם בטענה כי התיאום התקיים, אף כי הדרך הספציפית אינה ידועה. ויוטעם דרך התיאום הספציפית אינה אחד מרכיבי העבירה".

מן הכלל אל הפרט

31. עיון בנוסח האישום הרלבנטי, מלמד כי הוא עונה, בעיקרו, על הדרישות שהותוו בדין לגבי מידת הפירוט הנדרשת בעת ניסוחו של כתב אישום. מעבר לכך, לנוכח אופיה הספציפי של עבירת ההסדר

הכובל, שבה אין נפקא מינא, כיצד נעשתה ההתקשרות בכתב, בעל-פה או בדרך אחרת, וכן אין חובה שההתקשרות תיעשה בדרך של מפגש פרונטאלי בין הצדדים. פירוט העובדות כפי שמופיעות בכתב האישום, בצירוף הבהרות המאשימה, מתיישב עם הכללים לניסוח כתב אישום כפי שפורטו מעלה. בנוסף, בהקשר עניין השימוש בתיבה "ו/או" לגבי מקום קיום המפגשים האמורים בסעיף 68, וכן לגבי צורת ההסכם "בכתב ו/או בעל-פה" האמורה בסעיף 69, אינה חורגת בנסיבות העניין מן הנדרש מהמאשימה בניסוח כתב אישום בעבירה האמורה ואינה לוקה בעמימות יתר. יחד עם זאת, סבורני, כי ככל שבידי המאשימה מצוי מידע מדוייק יותר לגבי זהות המשתתפים במפגשים במתקני ההתאחדות, או במשרדו של עו"ד לרר, וכן לגבי זהות הנאשמים שחתמו על המסמכים במסגרתם הסכימו החותמים שלא לגשת למכרז, כמפורט בסעיף 23 ו-24 לתשובת המאשימה מיום 1.9.11, ראוי שהיא תפרט אותו. אין בכך כדי לשלול טיעון מטעם המאשימה, שגם נאשמים שלא היו שותפים לאותם מפגשים ולא חתמו על אותם מסמכים, היו צדדים להסדר והצטרפו אליו בדרך אחרת. אולם, מן הראוי, שככל שקיים פירוט פרונטאלי של הנאשמים שהשתתפו במפגשים וחתמו על המסמכים, הדבר יפורט בגדרי האישום. אכן, הסעד הנכון בהקשר זה, כפי שטוענת המאשימה, הוא תיקון האישום ולא ביטולו ולפיכך, אני מורה למאשימה לתקן את כתב האישום בנקודה זו, ככל שבידיה המידע האמור, וזאת עד ליום 16.1.14.

כתב האישום אינו מגלה עבירה על פניו

נאשמים 5, 7, 10-11, 14-17, 20-25, 28-31, 34-35

טענות הנוגעות לנוסח כתב האישום ולחילוט הערבות:

32. לטענת הנאשמים, האישום השני לא מפרט את התשתית העובדתית לאחרייתם, והוא נעדר פירוט ספציפי אודות מעשיהם, אודות זהות הנאשמים שקיימו או נכחו בפגישות נשוא העבירה, ואודות זהות הנאשמים שקיימו את המגעים לשם הימנעות מהגשת הצעות לשלב השני של המכרז. לאור זאת, נטען כי המאשימה לא הוכיחה את קיומם של יסודות העבירה הקבועה בסעיף 2 לחוק ההגבלים, הנוגעים לקיומו של הסדר וליסוד של כבילה. עוד נטען, כי נוסח האישום אינו מגלה על פניו עבירה לפי חוק ההגבלים, שהרי אין מדובר בתיאום אסור לשם השגת רווח, אלא לכל היותר מדובר בשקילה של פנייה לרשות על מנת להשיג ארכה ולמנוע את חילוט הערבויות. פנייה זו אינה שונה במהותה מפניית הקבלנים לבית משפט בעתירה למניעת חילוט הערבויות, מבלי שעלתה נגדם אז כל טענה בדבר תיאום אסור. זאת ועוד, נטען כי העדפתם של הנאשמים לחלט את ערבותם ולהימחק מהמאגר, במקום לבצע את העבודות במחירי הפסד, אינה מקימה כל עבירה. בנוסף, נטען כי המאשימה מנועה מלטעון כי מעצם העובדה שהחלטה שלא להגיש הצעה למכרז הייתה משותפת למספר נאשמים, יש לראות בה משום עבירה על חוק ההגבלים. זאת משום שהמדינה אפשרה לקבלני המדף "פתח מילוט" חוקי ולגיטימי להימנע מלהגיש הצעות במכרז.

טענות פרטניות של הנאשמים 34 ו-35

עמוד 12

33. נאשמים 34-35 הוסיפו וטענו כי הדברים שנאמרו לעיל מתחדדים ביתר שאת, נוכח החלק המיוחס להם בכתב האישום. ממנו עולה, כי הנאשמים לא היו מעורבים בשום פעולה אקטיבית, אלא היו צד להסדר כובל על דרך המחדל (ראה סעיף 69 סיפא ו-73(ב) לכתב האישום). כמו כן, טענו נאשמים 34-35, לחילופין ובמצטבר, כי דין האישום נגדם להימחק מכוח סעיף 149(5) לחסד"פ, משום שהם הורשעו על מחדליהם ולא ניתן להענישם בעונש נוסף. לטענתם, מלשוננו של כתב האישום (סעיף א.2.ד לחלק הכללי), ניתן ללמוד בברור כי העונש של קבלן מדף "סורר", שלא משיב לשתי פניות ספציפיות שהועברו לו במסגרת המכרז, הוא חילוט ערבותו ומחיקתו מן המאגר, ותו לא. לכן, משנגזרו על הנאשמים העונשים היחידים שעמדו למדינה, מיצתה היא את כל הסנקציות העומדות לרשותה.

טענות פרטניות של הנאשמים 24 ו-25

34. נאשמים 24-25 טענו, כי אין לראות בדברים שנאמרו בסיור הקבלנים משום הסדר כובל. הראיה לכך היא, שלא הוגש כתב אישום נגד מנהל נאשמת 25 (ע"ת 24) שהשתתף בסיור. זאת ועוד, טענו נאשמים 24-25, כי במהלך הפגישה במשרדי ההתאחדות (15.5.08), הם לא שמעו קריאות בדבר אי הגשת הצעות לשלב ב' של המכרז, ולא היו צד לקריאות אלו.

טענות לגבי מסמך גילוי דעת 1/00

35. לטענת הנאשמים, גם אם כל העובדות המפורטות בכתב האישום הן נכונות, הרי שאין בהן כדי לגלות עבירה של הסדר כובל. זאת, משום שהקבלנים נהגו כדין בפנייתם המשותפת למדינה. פניה זו עולה בקנה אחד עם מסמך גילוי דעת 1/00 של הממונה על ההגבלים העסקיים, המעניק פטור קולקטיבי לפעולה משותפת של מתחרים, שמטרתה לגרום לנקיטת פעולה כלשהי בידי רשות שלטונית או להימנע מנקיטתה. משכך, פעולה שכזו איננה יכולה להוות הסדר כובל. עוד נטען, כי פניית הנאשמים למדינה (עמיגור) נעשתה בהוגנות ובגלוי, שלא על מנת לשאת ולתת על מחירי הצעותיהם או על מנת לשנות את כללי המשחק, אלא על מנת לעמוד על "הצמדה תמורת החוזה" לאור העלייה התלולה במחירי הברזל, שהרי קיום החוזה כלשונו, לא רק שהיה מונע מהקבלנים להפיק רווח, אלא היה מסב להם נזקים גבוהים עד כדי איום על קיומם. לאור האמור, הגשת כתב האישום נוגדת מניה וביה את מסמך גילוי הדעת, ומשכך פעולתם אינה מהווה עבירה.

טענות קבלני המשנה נאשמים 16-17

36. בא כוח נאשמים 16 ו-17 טען, כי המדינה כלל לא חפצה בשירותיה של נאשמת 17, משלא כללה אותה במאגר קבלני המדף וחרף האמור, האשימה אותה על כך שלא הגישה הצעות למכרז ולכן הגישה נגדה כתב אישום. עוד נטען, כי משמעות העובדה שהמדינה לא העניקה לנאשמת 17 כשירות להשתתף במכרזולהגיש הצעות, הינה כי לא הייתה לנאשמת 17 כל יכולת להתחרות, לא בפועל ואף

לא בכוח, ולפיכך מעשיה של הנאשמת ומנהלה חסרי משמעות בהיבט דיני התחרות, שהרי היא לא מנעה כל תחרות ולא היה בידה הכוח למנוע תחרות. ב"כ הנאשמים גם הפנה לפסיקה אמריקאית, לפיה הסכם בין צדדים שאינם מתחרים איננו בלתי חוקי, ונמצא מחוץ לגדר האינטרס המוגן על פי דיני ההגבלים העסקיים, היות והוא נטול השפעה על התחרות. בנוסף נטען, כי בסעיף 57 לכתב האישום הגדירה המאשימה את נאשמים 16 ו-17 כ"קבלני מכרז עוטף עזה", בעוד שכאמור הם לא נכללו במאגר. טענה נוספת בפי נאשמים אלה הינה, כי לא ניתן לייחס להם התנהגות פלילית, על סמך טענת המאשימה בסעיף 24 לכתב האישום, לפיה נאשמת 17 סיכמה עם נאשמת 15 שאם תזכה במכרז, תשתתף נאשמת 17 בביצוע העבודה. לטענתם, החלטת נאשמת 15 שלא לגשת למכרז, לא הייתה תלויה בנאשמת 17, והיא (נאשמת 15) יכלה להגיש הצעה במכרז בלי שום קשר אליה. עוד נטען, כי כתב האישום לא מפרט מה היה תפקידם של נאשמים 16 ו-17 בגיבוש ההסכמה להימנע מהגשת הצעות לשלב ב' של המכרז.

טענות קבלני המשנה נאשמים 18-19

37. נאשמים אלה טוענים, כי לא היו קבלני מדף במכרז, היות ולא זכו בשלב א' של המכרז וכן כי היו מנועים מלהציע הצעות לשלב ב'. משכך, לא היו קשורים בהתקשרות חוזית עם המדינה, וממילא לא הייתה להם יכולת להשפיע על קבלני מדף אחרים מלגשת למכרז או להימנע מלגשת למכרז. עוד נטען, כי העובדה שהם לא היו כלל "קבלני מדף" עולה בבירור מכתב האישום ממנו נלמד (סעיף 2 ה'ו'), כי מאגר קבלני המדף כלל 14 חברות שעמדו בתנאי הסף, ובסעיף 58 המאשימה מנתה את קבלני המדף, אך לא הכלילה ברשימה זו את נאשמים 18-19. לטענת הנאשמים, המאשימה מייחסת להם אחריות להסדר כובל הנסמכת על הסכמה עם נאשמת 35, שאם תזכה בשלב ב' של המכרז, או אז תשתתף הנאשמת 19 בביצוע העבודה. ב"כ הנאשמים טוען, כי אכן הייתה הבנה שכזו, במסגרתה נאשם 18 השתתף בסיוור הקבלנים, בפגישות בהתאחדות וחתם על מסמכים, אך לטענתו ההבנה נעשתה בעל-פה ללא מסמך מחייב. הבנה זו, נסמכה על אמון הצדדים שהיה תלוי גם ברציונל כלכלי, מעין "תנאי מתלה" לפיו הצדדים לא יעבדו במחיר הפסד ולא ייכפו לכך, כך שגם אם נאשמת 35 הייתה זוכה במכרז, לא היו מחויבים הנאשמים להתקשר איתה, ולהיפך. עוד נטען, כי לאור העובדה שנאשמים 18-19 היו רשאים ללכת לדרכם בכל שלב, תנאי ההתקשרות במכרז לא היו קשורים אליהם אלא רק לקבלני המדף ולפיכך לא ניתן לראותם כצדדים להסדר כובל. יצוין, כי נאשמים אלה טוענים גם, כי נוכח מעמדם השולי, הימצאותם במעגל המרוחק יותר ביחס לשאר הנאשמים, וחוסר יכולתם הממשית להשפיע על קבלני המדף, האישום נגדם לוקה בפסול ומן הראוי למוחקם מכתב האישום מכוח סעיף 149(3) לחסד"פ. בנוסף, בפי נאשמים אלה, טענה, המסווגת אמנם תחת הכותרת של "טענת הגנה מן הצדק", אך שייכת, מבחינה עיונית, לראש פרק זה. לפיה, תיאום להימנע מהגשת הצעות למכרז עלול להיחשב כהסדר כובל בדרך כלל, במקרים של חלוקת שוק אסורה - עבירה לפי סעיף 2(ב)(3) לחוק ההגבלים (כאשר הצדדים מחלקים ביניהם מכרזים או מפצים זה את רעהו בדרך אחרת), אין זה המקרה בעניינו ואף סעיף זה לא מיוחס לקבלנים, משכך התנהלות הקבלנים לא עולה כדי ביצוע הסדר כובל.

38. המאשימה בתגובתה ביקשה להתייחס רק לטענות לפיהם עובדות כתב האישום כפי שהן, אינן מהוות עבירה. באשר לטענות לפיהן תיאור המעשים בכתב האישום אינו נכון, ציינה כי מקומן להתברר במהלך המשפט, במסגרת שמיעת הראיות. באשר לטענת הנאשמים כי האישום השני נעדר פירוט אודות זהות הנאשמים שנכחו ו/או קיימו את הפגישות והמגעים שהובילו להסכמה המשותפת, טענה המאשימה כי אין לסווג טענה זו, כטענה לפיה העובדות המתוארות בכתב האישום אינן מהוות עבירה שתרופתה היא ביטול כתב האישום. נטען, כי טענה זו במהותה הינה טענת פגם או פסול שתרופתה היא הוראה למאשימה לפרט את הטענות פירוט, והיא נתנה התייחסותה לטענה זו במסגרת תגובתה לטענות הנאשמים בעניין פגם הפסול בכתב האישום.

קיומה של עבירה לפי חוק ההגבלים, הגדרת השוק ועלילות הפגיעה בתחרות

39. המאשימה מבקשת לדחות את טענות חלק מן הנאשמים, לפיהן עובדות האישום השני אינן מגלות על פניהן עבירה לפי חוק ההגבלים. בין היתר, משום שלא הוגדר השוק הרלבנטי ולא פורט בכתב האישום כיצד ההסדר עלול למנוע או להפחית את התחרות. זאת, בין היתר, משום שמדובר לטענתם ב-14 חברות קבלניות מתוך אלפי חברות בשוק ולכן אין כל פגיעה בתחרות בהסכמה הנטענת ביניהן. לדבריה, באישום לפי סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים, אין צורך להוכיח את יסוד "העלילות לפגיעה בתחרות". זאת משום שישנה חזקה חלוטה שהסדר המקיים את הגדרותיו של סעיף זה פוגע מעצם טיבו בתחרות ולכן מהווה הסדר כובל. כיוון שכך, ומאחר שהנאשמים הואשמו בעבירה לפי סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים, אין צורך בהגדרת השוק על מנת להוכיח את סעיפי האישום.

40. עוד נטען, כי אף אם תתבקש המאשימה להוכיח את יסוד עלילות הפגיעה בתחרות, הרי שמעובדות כתב האישום עולה בבירור פוטנציאל הפגיעה בתחרות. זאת משום שזירת התחרות המתוארת נתחמה על ידי עורכי המכרז ל-14 החברות שנכללו במאגר קבלני המדף (אשר שתיים מהן נקשרו עם קבלני המשנה לצורך מכרז זה). לפיכך, ברי, כי ההסכמה המתוארת עלולה לפגוע בתחרות בין המתחרים הפוטנציאליים במכרז, וברור כי מדובר בהגבל עסקי. באשר לטענה נוספת שהועלתה, לפיה מעשי הנאשמים אינם באים בגדרי סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים, משום שאינם מהווים הסדר שהכבילה בו נוגעת לעניין המחיר או הרווח שיופק או כמות הנכסים או השירותים שבעסק, כהגדרת סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים, טוענת המאשימה, כי כבילת הקבלנים שלא לגשת למכרז, משמעותה היא, כי קבלני המדף לא יציעו מחיר, שירות או נכס, ולא יהיה להם רווח מאותו מכרז. משכך, הכבילה נוגעת לעניינים המנויים בסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים.

התייחסות למסמך גילוי דעת 1/00

41. לטענת המאשימה, המעשה המיוחס לנאשמים (הסכמה שלא להגיש הצעות למכרז) אינו חוסה תחת גילוי הדעת, ומוצא מגדר תחולתו במפורש. לטענתה, בגילוי הדעת, אכן הביע הממונה עמדתו כי פעילות משותפת של מתחרים, שנועדה לגרום לנקיטת פעולה או להימנע מנקיטת פעולה כלשהי מצד הרשות, לא תעלה כדי הסדר כובל, ואינה טעונה קבלת פטור או אישור מראש לפי חוק ההגבלים. יחד עם זאת, אותה קביעה מותנית בכך, שהפעילות המשותפת של המתחרים בפני הרשויות, תעמוד בכל התנאים המפורטים בגילוי הדעת, ולא יתקיים בה אף אחד מהסייגים המצויים בו. המאשימה טוענת, כי בפעילות המתוארת באישום לא התקיימו התנאים והסייגים המפורטים בגילוי הדעת, ומשכך, ברי, כי מעשיהם של הנאשמים הינם בגדר הסדר כובל. בין היתר נטען, כי הסכמת הקבלנים שלא לגשת למכרז מהווה הפרה של התנאי האוסר על הצדדים לתאם ולהחליף מידע בשאלת האסטרטגיה העסקית בה ינקטו (סעיף 4 לפרק 4 לגילוי הדעת). עוד נטען, כי התנאי לפיו מטרת שיתוף הפעולה היא להניע את הרשות לנקוט בפעולה שלטונית ריבונית המצויה בסמכותה, לא מתקיים, משום שפניית הקבלנים לרשות (עמיגור) נעשתה כדי לנהל משא ומתן עסקי/מסחרי מולה (סעיף 1 לפרק 4 לגילוי הדעת). בנוסף נטען, כי התנאי האוסר העברת מידע בין הצדדים במסגרת שיתוף הפעולה ביניהם, שהעברתו צפויה באופן סביר לגרוע מהתחרות ביניהם, אינו מתקיים במקרה דנן, משום שהפעולות המתוארות בכתב האישום אפשרו לכל אחד מהנאשמים להעריך כיצד ינהגו יתר הקבלנים, והיו צפויות באופן סביר לגרוע מהתחרות ביניהם (סעיף 3 לפרק 4 לגילוי הדעת). עוד טוענת המאשימה, כי התנאים הקובעים דרישות פרוצדוראליות לפעולה, באופן שמצמצם חשש לפגיעה בתחרות, אינם מתקיימים במקרה דנן (סעיף 5-6 לפרק 4 לגילוי הדעת).

42. לגבי תחולת הסייגים הקבועים בגילוי הדעת, נאמר בתגובת המאשימה, כי הסייג לפיו גילוי הדעת אינו חל, מקום בו מדובר על משא ומתן מסחרי עם הרשויות, לא מתקיים, היות ופניית הנאשמים לרשות נעשתה על מנת לנהל משא ומתן מולה (סעיף 3 לפרק 2 לגילוי הדעת). כמו כן נטען, כי הסייג לפיו גילוי הדעת אינו חל מקום בו מדובר בפנייה קולקטיבית בעניינים פרטיים, לא מתקיים משום שפניית הקבלנים עסקה במכרז ספציפי ובדרישות ספציפיות (סעיף 4 לפרק 2 לגילוי הדעת).

התייחסות לקבלני המשנה - נאשמים 16-19

43. המאשימה מבקשת לדחות את טענות קבלני המשנה, כי לא הוגדרו כקבלני מדף, ומשום כך לא הייתה להם זכות לגשת למכרז, הם לא יכלו להתחרות בו, ולכן ולא הייתה להם השפעה על התחרות או השפעה על קבלני המדף אם לגשת למכרז. לטענתה, על פי הגדרת עבירת ההסדר הכובל, די בכך שצד אחד להסדר מגביל עצמו באופן העלול לפגוע בתחרות, על מנת שכל הצדדים להסדר הכובל, קרי גם אלה שאינם מגבילים עצמם כלל לפיו, יישאו באחריות פלילית. לאור זאת, ניתן לטענתה לייחס לקבלני המשנה אחריות לביצוע עבירת ההסדר הכובל שביצעו, לכל הפחות, קבלני המדף. בנוסף, טוענת המאשימה, כי למרות שקבלני המשנה לא נכללו במאגר קבלני המדף ולא יכלו לגשת למכרז בעצמם, הם באו מכוח קבלני המדף, נקשרו בהסכמים או בהסכמות איתם, ועמדו לצידם ובמקומם בעניינים הקשורים למכרז ולהסדר הכובל. מכוח האמור קבלני המשנה היו צדדים מעוניינים במכרז, מושפעים מתנאיו, ושותפים לאינטרס של קבלני המדף, ומשכך מוחזקים הם כמתחרים במכרז, והגשת

44. המאשימה מפנה בעניין זה לסיכום, לפיו אם תזכה נאשמת 15 במכרז תשתתף נאשמת 17 בביצוע העבודה (סעיף 24 לכתב האישום), ואם תזכה נאשמת 35 במכרז תשתתף נאשמת 19 בביצוע העבודה (סעיף 27 לכתב האישום). המאשימה טוענת, כי על פי ראיותיה, קבלני המשנה 17 ו-19 היו מעורבים בהפיכת נאשמות 15 ו-35 לקבלני מדף, והיו שותפים בגיבוש ההצעה לשלב א' ובתמחורה, מתוך מטרה להשתתף בביצוע העבודות. עוד נטען, כי בין הנאשמות 15 ו-17 נערך חוזה המתאר את יחסי החברות ביחס למכרז וכי נאשמת 17 דאגה להפקדת הערבויות למכרז. באשר לנאשמות 19 ו-35 נטען, כי נערך ביניהן חוזה שטרם נחתם, אך הייתה ביניהן הבנה בנוגע לאופי היחסים ביניהן לאחר הזכייה במכרז. נאשם 34 אף טען כי לשותפו של נאשם 18 ניתן יפויי כוח בעל-פה לפעול בכל נושא המכרז.

45. טענה נוספת בפי המאשימה, הינה, כי על פי הראיות קבלני המשנה היו מעורבים גם בהסכמה שלא לגשת למכרז. עוד נטען, כי נאשמים 16 ו-18 השתתפו בפגישות הקבלנים ובסיוור הקבלנים, נאשם 16 חתם על מסמך כתב היד ונאשם 18 חתם על מסמך כתב היד ומסמך החתימות. בנוסף נאמר, כי בעיני הצדדים האחרים להסדר ולמראית עין, קבלני המשנה היו שקולים לקבלני המדף איתם נקשרו, על כן להצטרפותם להסדר הייתה השפעה זהה להצטרפות קבלני המדף. עוד נטען, כי כל מי שמצטרף להסדר עשוי לעודד את השותפים האחרים להגביל את עצמם, לחזק את ההסדר ואת פוטנציאל הפגיעה התחרותית הטמונה בו. המאשימה גם טוענת, כי על פי סעיף 2 לחוק ההגבלים, גם מי שאינם מתחרים, יכולים להצטרף להסדר כובל בין מתחרים ומפנה לפסיקה ישראלית ואמריקאית. באשר לפסקי הדין, אותם ציטט ב"כ נאשמים 16-17, לפיהם לכאורה, הסדר בין צדדים שאינם מתחרים אינו בעל משמעות לעניין 'Sherman Act'. טוענת המאשימה, כי פסקי דין אלו עסקו בעניין טענת 'סיכון כפול' השונה מהמקרה דנן ואין להקיש מכך לענייננו.

טענות משלימות שהועלו בדיון מיום 8.9.11

46. בא כוח נאשמים 16-17 טען, לאור תגובת המאשימה, כי יש למחוק את נאשמת 17 מכתב האישום. זאת, משום שהטענות שהעלתה המאשימה הן טענות עובדתיות כלפי המנהל - נאשם 16 ולא כלפי החברה. כמו כן, נטען כי אם נאשם 16 ביצע מעשה כלשהו, הוא עשה זאת בשם קבלן המדף הרלבנטי ולא מטעם קבלן המשנה - נאשמת 17 שלא יכלה להגיש הצעה למכרז. בא כוח נאשמים 18-19 טען, כי המדינה אינה יכולה לסמוך עמדתה על טענותיו של נאשמים 34-35, במסגרת הטענות המקדמיות, לפיהן לעד תביעה 16, מר אברהם בר אילן, שותפו של נאשם 18, ניתן יפויי כוח בעל פה לפעול בכל נושא המכרז וכי עליה להשיב לטענות לגופן. עוד טען, לאבחנה בין העובדות שביסוד הפסיקה שהגישה המאשימה לבין העובדות בענייננו.

47. ב"כ נאשמים 34-35, הציג למעשה טענה הפוכה באופיה, לפיו מרשתו, שהיא קבלן מדף שזכה בשלב א' של המכרז, שימשה רק ככסות פורמאלית לנאשמים 18-19, אשר לכאורה היו רק קבלני משנה, אך

למעשה עמדו בחזית הפעילות והיו בעלי העניין העיקריים. לדבריו, כל שיוחס למרשיו, הוא ידיעה בדבר ההסכם ולא כל פעולה פיזית, ולפיכך הם נעדרי יסוד נפשי בכל הנוגע לביצוע העבירה.

תגובת המאשימה לטענות המשלימות

48. לטענות הנאשמים 16-19 משיבה המאשימה, כי בשל אופי היחסים בין קבלני המשנה לבין קבלני המדף והסכמי הביצוע שחתמו ביניהם, בין בכתב ובין בעל פה, אין הצדקה למחוק את האישומים נגדם. המאשימה טוענת, כי קבלני המדף חתומים על ההסכמה שלא לגשת למכרז ולפיכך הם חלק מההסדר. באשר לטענת הנאשמים 34-35, טוענת המאשימה, כי מדובר בטענות ראייתיות שאותן יש להוכיח במהלך המשפט ולא במסגרת טענות מקדמיות.

דין והכרעה

הטענות הנוגעות לנוסח כתב האישום

49. בכל הנוגע לנטען לגבי העדר פירוט זהות הנאשמים שקיימו או נכחו בפגישות נשוא העבירה וכן קיימו את המגעים לשם הימנעות מהגשת הצעות, אין המדובר בטענה לפיה כתב האישום לא מגלה עבירה על פניו אלא בטענה של פגם או פסול בכתב האישום אליה התייחסתי בפיסקה 31 והוריתי על המצאת פירוט נוסף, ככל שהדבר אפשרי. באשר לטענה כי האירועים המתוארים באישום השני לא עסקו בהשגת תיאום אסור, אלא בשקילה של פנייה לרשות כדי להביא למניעת חילוט הערבויות, הרי מדובר בטענה עובדתית הטעונה ביסוס בראיות. בדונו בטענה מקדמית לפי סעיף 149(4) לחסד"פ, על בית המשפט להיצמד לתשתית העובדתית כפי שהיא מופיעה בכתב האישום, ולא להידרש לטענות נוספות המבוססות על תשתית ראייתית שלא הוכחה בפניו. באשר לטענה שחילוט הערבויות של קבלני המדף בגין אי הגשת הצעות למכרז בשלב השני, היווה סנקציה עונשית ממצה גם מבחינת דיני ההגבלים העסקיים, אין בידי לקבל טענה זו. מדובר בשתי מערכות נפרדות. הראשונה, מערכת מכרזית-חוזית, שבה נטלו על עצמם הזוכים בשלב הראשון, את הסיכון כי אי הגשת הצעות בשלב השני תוביל לחילוט הערבויות. השניה, מערכת דיני ההגבלים השוללת תיאום מכרזים בין מתחרים, כולל החלטה משותפת שלא לגשת למכרז ומטילה סנקציות עונשיות על מי שמורשע בתיאום. כאמור, בעניין זה אין מלכות נוגעת בחברתה. עוד יצויין, כי במסגרת דיני המכרזים עמד לרשות קבלני המדף סעד חלופי בדמות האפשרות לעתור בהליכים מינהליים או אזרחיים נגד חילוט הערבות, ואין לראות בעצם חילוט של הערבות משום סנקציה עונשית.

50. בנוסף, אין בידי לקבל את הטענה, לפיה עובדות האישום השני אינן מגלות על פניהן עבירה. זאת משום שלא הוגדר השוק הרלבנטי ולא פורט בכתב האישום כיצד עלול ההסדר למנוע או להפחית את התחרות, בין היתר משום שמדובר רק ב-14 חברות קבלניות, מתוך אלפי קבלנים רשומים, ולפיכך אין

בהסכמות ביניהן משום פגיעה בתחרות. בעניין זה יש לחזור למושכלות יסוד: אין חולק כי המונחים "הגדרת השוק" או "תמונת השוק" אינם חלק מרכיבי העבירה של הסדר כובל. ראו דברי כב' השופט רובינשטיין בפרשת "קרטל המעטפות" ע"פ 2560/08 **מדינת ישראל נ' ירון וול** תק-על 2009(3) 149, 174. מאידך, אין גם חולק, כי יסוד הפגיעה האפשרית בתחרות או "עלילות הפגיעה בתחרות" שבסעיף 2(א), כפי שמקובל לקרוא לו, הינו יסוד הכרחי שעל התביעה להוכיח כשהיא נדרשת להוכיח אישום לפי סעיף 2(א), ללא התימוכין של החזקות העובדתיות שבסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים. עם זאת, משום שבנסיבות ענייננו מדובר באישום מובהק לפי סעיף 2(ב), שבו "עלילות הפגיעה בתחרות" נובעת מעצם ההתקשרות בהגבל הספציפי ככל שיוכח, לא היה צורך שהתביעה תציין את פרטי "עלילות הפגיעה" ובכללם את תיאור תמונת השוק בכתב האישום.

51. אוסיף, כי לעמדת, עצם אזכורו של סעיף 2(א) כחלק מהוראות החיקוק באישום השני, אינו מחייב את התביעה להוכיח את יסוד "עלילות הפגיעה בתחרות". זאת, משום שמעבר דרך סעיף 2(א), למעט הוכחת יסוד הפגיעה הפוטנציאלית בתחרות, הוא מבוא הכרחי לקביעת התקיימות תנאי סעיף 2(ב) ובלעדי זה לא יכון זה. שהרי, כדי לקבוע שמדובר בהסדר כובל, חובה על התביעה להוכיח, תחילה, את קיומם של שלושת תנאיו הראשונים של סעיף 2(א), קרי שמדובר ב"הסדר", שהצדדים לו הם "בני אדם המנהלים עסקים" וכי ההסדר כולל הגבלה שנטל על עצמו "אחד הצדדים לפחות". לעומת זאת את הוכחת היסוד הרביעי של "עלילות הפגיעה בתחרות", יכולה התביעה "לעקוף" באמצעות השימוש בחזקות החלוטות הקבועות בסעיף 2(ב).

52. אין בידי גם לקבל את הטענה, כי מעשי הנאשמים כמתואר באישום, אינם מהווים הסדר שהכבילה בו נוגעת למחיר שיידרש, יוצע או ישולם, לרווח שיופק, או לכמות הנכסים או השירותים שבספק, וכן גם לא לחלוקת השוק, לפי מקום העיסוק או לפי האנשים או סוג האנשים, עימם יעסקו כדרישת סעיף 2(ב). בעיני התאגדות מודעת של מתחרים בענף מסוים, שלא לגשת למכרז פלוני בשל תנאיו הכלכליים, או בשל תנאים אחרים הנוגעים למהות השירות או לטיבו, וכן לתנאים אחרים, כדי לכפות על המציע את שינוי התנאים, הינה, על פניה, עשיית הסדר כובל, הן לענין המחיר והרווח שיופק והן לענין כמות הנכסים או השירותים שבספק. זאת, משום שהיא מונעת תחרות חופשית לגבי אותו מכרז וקובעת כי לא יוצע מחיר, לא יופק רווח ולא ינתן שירות על ידי מי מן הצדדים להסדר.

53. עוד יצוין, כי קיומו של סעיף 2(ב) אינו מותנה בכמות המתקשרים בהסדר או בחלקם היחסי בשוק, ומתמקד בסוג התנאים הנכללים בהסדר וכאשר אלה נלכדים ברשתו, אין לנתונים אלה נפקות מבחינתו. בנוסף, אינני מקבל את הטענה, כי מאחר שהנאשמים לא הואשמו בעבירה לפי סעיף 2(ב)(3) לחוק הנוגעת לחלוקת השוק, כשהוא סעיף העבירה ה"קלאסי" המיוחס, בדרך כלל, למנהלי עסקים המתאמים ביניהם הגשת פניות למכרזים, על בסיס גיאוגרפי, על בסיס סוג המכרז, או תוך קביעת פיצוי למי שלא יגש למכרז, מלמדת שלא ניתן יהיה להרשיעם, ככל שיוכחו עובדות כתב האישום, בעבירות לפי סעיפים 2(ב)(1), (2) ו-4. העובדה שהמאשימה בחרה שלא לייחס לנאשמים את סעיף קטן (3) של סעיף 2(ב), אין בה על פניה כדי לשלול את אישומם על פי סעיפי העבירה האחרים, מה גם שעל פני הדברים, אין המדובר באותו מקרה "קלאסי" אליו מתייחס ב"כ נאשמים 18-19 תוך הפנייה

לע"פ 7068/06 מדינת ישראל נ' אריאל הנדסת חשמל רמזורים ובקרה בע"מ, מיום 31.5.07 (להלן: "אריאל רמזורים"), ולסוג ההתנהלות שהתקיים שם בין המתחרים הפוטנציאליים.

54. באשר לטענות נאשמים 24-25, הרי שמדובר בטענות ראייתיות שדין להתברר במהלך המשפט.

מסמך גילוי הדעת 1/00

55. באשר למסמך גילוי הדעת, הרי ברישא שלו נקבע, כי רק כאשר "מתקיימים כל התנאים המפורטים בגילוי דעת זה, הרי פעילות משותפת של מתחרים, שנועדה לגרום נקיטת פעילות כלשהי בידי רשות שלטונית... לא תעלה כדי הסדר כובל". סעיף 2.2 לגילוי הדעת מפנה לשורה של 6 סייגים אשר קיומם מונע את תחילתו של גילוי הדעת. בנוסף, מפנה אותו סעיף בפסקה 1 לשורה של 6 תנאים הקבועים בסעיף 4.4. לענין טענות הנאשמים יש לזכור, כי לצורך החלטתו בטענות המקדמיות, על בית המשפט להיצמד לתיאור פעולתם של הנאשמים כפי שמופיע בכתב האישום ולא להיזקק, בשלב זה, לטענות או לראיות אחרות.

56. בכל הנוגע לסייגים המנויים בסעיף 2.2, הרי שלא מתקיים הסייג השלישי שכותרתו "משא ומתן מסחרי עם רשויות", שכן גילוי הדעת מסייג עצמו למקרים בהם הפנייה לרשות עניינה הישיר או העקיף, הוא משא ומתן עסקי מול הפונים, או חלק מהם. קשה להלום שפניה לרשויות לשינוי תנאיו הכלכליים של מרכז ושל התמורה שתתקבל בגין השירות הכלול בו אינו מהווה משא ומתן עסקי או מסחרי ולו בעקיפין. בנוסף, לא חל בענייננו הסייג החמישי הקובע, בין היתר, כי גילוי הדעת לא יחול "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". בענייננו, נאמר בין היתר בסעיף 68 לכתב האישום, כי בפגישות המתוארות בסעיף קידמו המשתתפים מהלך, לפיו כל קבלני המדף יימנעו מלהגיש הצעות לשלב ב' של המכרז ככל שלא יתקבלו טענותיהם כנגד תנאי המכרז. מאמירה זו, המשמשת בשלב זה בסיס עובדתי יחידי להכרעה בטענה, עולה כי בד בבד עם הפנייה לרשויות, תכננו הצדדים להסדר גם הסדרה של הנושא באמצעות ההימנעות מלגשת למכרז, ככל שלא יתקבלו טענותיהם, ומכאן שפעילותם האמורה אינה חוסה תחת כנפי גילוי הדעת.

57. בנוסף, באשר לתנאים הקבועים בסעיף 4.4, קובעת בין היתר, פסקה 4 של אותו סעיף, כי תנאי לתחולת גילוי הדעת: "לא מוחלף בין הצדדים מידע, שעניינו הצעדים שינקוט מי מהם כתוצאה משינוי הנסיבות שיווצר אם תינקט על ידי הרשות השלטונית הפעולה אותה הצדדים מבקשים, או שאת נקיטתה מבקשים למנוע. לשון אחרת, הצדדים אינם רשאים לתאם במישרין או בעקיפין ואינם רשאים להחליף מידע בשאלה מה תהיה האסטרטגיה העסקית של מי מהם במקרה שפעולתם כלפי הרשויות תצלח או לא תצלח". כאמור, מהציטוט מפסקה 68 לכתב

האישום שהובא לעיל עולה, כי הצדדים אכן פעלו לתיאום הצעדים בהם ינקטו במידה ופנייתם לא תצלח, קרי ההימנעות מלגשת למכרז, ובעניין זה גם החליפו מידע בסוגיית האסטרטגיה העסקית שבה ינקוט כל אחד מהם, במידה והפעולה לא תצלח. די בכך כדי להוציא את פעילותם האמורה מגדר גילוי הדעת. מאחר שכאמור די בהתקיים תנאים וסייגים אלה כדי לשלול את תחולתו של גילוי הדעת על הפעילות המיוחסת לצדדים, אין מקום וצורך שאדרש לתחולתם של תנאים וסייגים נוספים בגילוי הדעת, שלהתקיימותם או להעדרם טוענת המאשימה, ודין טענת הנאשמים בעניין זה להידחות.

קבלני המשנה - נאשמים 16-19

58. הטענה המרכזית של קבלני המשנה הינה, כי מאחר ולא היו כלל קבלני מדף, ולא הייתה להם היכולת להגיש הצעות ולהתחרות במכרז, לא הייתה להם כל השפעה על התחרות או השפעה על קבלני המדף אם להגיש הצעות. כאמור, על פי עובדות כתב האישום, שהן הבסיס להכרעה, הייתה אמורה הנאשמת 17, שהיא עצמה חברה בנאשמת 6, לשמש כקבלן ביצוע עבור הנאשמת 15, שהייתה קבלן מדף, במידה ותזכה במכרז. גם הנאשמת 19, שאף היא חברה שעסקה בתחום הבנייה, הסכימה להשתתף בביצוע עבודות עבור הנאשמת 35, שאף היא קבלן מדף, במידה ותזכה במכרז. על פי האמור בסעיף 67 לכתב האישום, באו גם קבלני המשנה בקהלם של הנאשמים שהגיעו להסכמה, לפיה יימנעו קבלני המדף מהגשת הצעות לביצוע מתחמים ספציפיים בשדרות וביישובי עוטף עזה, במסגרת שלב ב' במכרז. משזוהי נקודת המוצא העובדתית להכרעה, השאלה המשפטית שיש להכריע בה, הינה היכולת להשקיף גם על קבלני המדף, מבחינת גיבושם של היסודות העובדתיים והמשפטיים הנדרשים להרשעה בעבירה, כעל צדדים להסדר. זאת על אף שבפועל, מתוקף מעמדם, לא יכלו להגביל עצמם באופן הפוגע בתחרות.

59. שאלה זו הוכרעה לעמדתי במשפט הישראלי בשני פסקי דין מנחים: לעניין היסוד העובדתי הנדרש, התייחס בית המשפט העליון בע"פ 2929/02 **מדינת ישראל נ' סבירסקי**, פ"ד נז (3), 135 (להלן: "**פרשת סבירסקי**"). באותו עניין, שימש המשיב כמזכירו של קרטל בתחום המרצפות, אשר קבע מחירי מינימום, הגביל את כמות המרצפות וחילק את השוק בין השותפות לקרטל. בפרשת סבירסקי, קבע בית המשפט, כי מקום שעבירה של הסדר כובל מבוצעת על ידי מספר אנשים, אין הדרישה לקיומו של הרכיב, לפיו משמש הצד להסדר כ"מנהל עסקים", חלה על כל אחד מהמבצעים, וזאת בהסתמך על האמור בסעיף 34(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, לפיו, "**נתון שהוא תנאי להתהוות עבירה, תהיה לו נפקות לאותה עבירה, אף אם אינו מתקיים בו**". וכן, על הוראת סעיף 49 לחוק ההגבלים, לפיו, "**תהיה זו הגנה טובה לעובד או למורשה, הנאשם בעבירה לפי חוק זה, אם יוכיח שפעל בשם מעבידו או בשם מרשהו ובהתאם להוראותיו והאמין בתום לב שאין במעשהו משום עבירה על חוק זה**".

60. בעניין זה, נקבע על ידי בית המשפט העליון, "**מכאן, כי עובד או מורשה שהוא עצמו אינו מנהל עסקים יכול להיות שותף לביצוע עבירה של צד להסדר כובל אם ההגנה על-פי סעיף 49 לחוק**

המתוקן לא תחול עליו. ואכן, השותף לביצוע עבירה שאינו מקיים את התנאי הנדרש להתהוותה בהצטרפו למעשהו של בעל הנתון הדרוש, פוגע בערך החברתי המוגן אף אם הוא עצמו אינו בעל נתון דרוש זה" (שם, בעמוד 141, מול ב'). בנוסף, אומץ הנקבע בדנ"פ 1294/96, משולם נ' מדינת ישראל, פ"ד נ"ב (51), לפיו, אדם ייחשב כמבצע בצוותא על ידי עשיית מעשה הדרוש להגשמת התכנית הפלילית המשותפת, גם אם חלקו בעשייה אינו מקיים את רכיבי היסוד העובדתי של העבירה שנטל חלק בביצועה. לאור זאת, נקבע, כי על אף שעובד של הקרטל, לא היה מנהל עסקים כהגדרתו בחוק, ולא היה הוא עצמו צד להסדר, הרי שמעשיו תרמו להגשת התכנית הפלילית שהיא עשיית ההסדר הכובל והפכו אותו למבצע בצוותא. עוד נקבע, כי אין לקבל את הגישה המפרידה בין הסכמה להסדר כובל לבין הפעלתו, וכי החוק המתוקן משנת תשמ"ח מרחיב את גדרי האחריות ומטילה, אף כאשר ההסדר הכובל גובש, אך טרם יושם בפועל, והדבר נלמד מסעיף 1 לחוק המתוקן.

61. לעניין היסוד הנפשי הנדרש להרשעה בעבירה, נקבע בפרשת בורוביץ' (ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ', פ"ד נט(6) 776 (2005)), כי לשם גיבוש היסוד הנפשי של עבירת ההסדר הכובל, די במודעות לכך שלפחות אחד הצדדים להסדר מגביל עצמו, ואין צורך בקיומה של כוונה ליישום ההסדר בפועל. מכאן, שגם מי שהצטרף להסדר הכובל למראית עין, וללא כוונה ליישמו, עלול לשאת באחריות פלילית לפי חוק ההגבלים. בנוסף נקבע, כי אף מי שמצטרף להסדר הכובל למראית עין בלבד, עשוי לגרום לחיזוק ההסדר הכובל ולפגיעה בתחרות, שכן הוא גורם לשותפים אחרים, שאינם פועלים למראית עין, להתבסס על כך שגם הוא שותף להסדר הכובל, ובכך הוא מעודד אותם להגביל את עצמם. עם זאת, סווג שם, כי לצורך שכלול היסוד הנפשי הנדרש לעבירה, על מבצע העבירה להיות מודע לכך שהוא "צד" להסדר הכובל, היינו, שההסדר חל עליו, או כי הוא שותף לו בדרך כזו או אחרת, אך מודעות כזו קיימת גם אצל מי שהצטרף להסדר הכובל למראית עין בלבד (שם, עמ' 875 מול א' - ה').

62. לטעמי, לאור קביעות משפטיות אלה, גם אם לקבלני המדף לא הייתה כשירות עובדתית ונסיבתית להיות צד להסדר, הרי שלפי התיאור העובדתי בכתב האישום, הם שימשו למצער כמבצעים בצוותא. בנוסף, לעניין היסוד הנפשי, די בכך שהייתה להם מודעות לעובדה שלפחות אחד הצדדים להסדר בגיבושו השתתפו, הגביל עצמו, ואין צורך להוכיח שלהם עצמם הייתה כוונה להתקשר באופן עצמאי בהסדר או ליישמו בפועל. כאמור, מבוססת קביעה זו על הנתונים העובדתיים המונחים כעת בפניי, וזאת על סמך האמור בכתב האישום בלבד. הקביעה האמורה, אינה מתייחסת לעובדות, ולראיות שעשויות לעלות במהלך המשפט עצמו לגבי אופן ומידת השתתפותם של קבלני המשנה בתהליך ההסכמה. אין להוציא מכלל אפשרות, שראיות שיעלו במהלך המשפט, יביאו לשינוי התמונה העובדתית, וכנגזרת מכך, גם של המסקנות המשפטיות. בהקשר זה, במסגרת קשת האפשרויות שניתן להעלות על הדעת, אין להוציא מכלל אפשרות שבסופו של יום ישכללו מעשיהם של קבלני המשנה רק עבירה של סיוע לעשיית הסדר כובל ולא עבירה מושלמת לפי סעיף 2(ב).

63. בעניין זה, בידוע הוא, שקיים גבול שאינו תמיד ברור בין המסייע לבין המבצע העיקרי. כלשונו של

השופט מ' חשין בע"פ 4188/93 לוי נ' מדינת ישראל, מט(1) 539, 559:

"לאקללעתים להבחין בין העבריין העיקרי... לבין המסייעים'
בידו... והריהם ככלבוכזאבלפניעותהשחר... קשה להימנע ממסקנה כייש 'תחום אפור'-
והוא תחום, שאינו צר-ממדים - בין הגדרת החייב בעבירה כ'מבצע' לבין המסייע' וההבחנה בין
'מבצע' לבין 'מסייע' אינה קלה כלל ועיקר".

64. כך למשל, בעניין סבירסקי ביסס בית המשפט את הגדרתו של המשיב שם, בין היתר, על היותו שותף לדיונים, ואחראי להפעלת מנגנון האכיפה ולפיקוח על הפעולה העבריינית של שותפיו - מנהלי העסקים, וכן על העובדה שהוא שימש בתפקיד כ-14 שנה. ב"כ הנאשמים ביקשו, בין היתר, להצביע על שוני זה בין מאפייני פעילותו הנמשכת של סבירסקי והתפקיד המרכזי שמילא בקרטל לבין הקשר האגבי, לשיטתם, שהתקיים בין מרשיהם לבין עשיית ההסדר הכובל. כאמור, מדובר בשאלה עובדתית שהמקום להכריע בה הינו רק לאחר שמיעת הראיות בתיק.

65. המאשימה נסמכת, בין היתר, כתימוכין לעמדתה, על פסיקה של בתי משפט בארצות הברית שבה נקבע כי גם מי שאינו מתחרה יכול להצטרף להסדר אופקי: US V. MMR CORPORATION 907 F. 2d. 489, 498; 1990 U.S. App. LEXIS 12277, 1990-2 Trade Cas. (CCH) P69,163. Smithkline Beecham Corporation v. Eastern Applicators INC. 2002 U.S. Dist. LEXIS ..10061, 2002-1 Trade Cas. (CCH) P73,709

66. לעומתה, נסמכים ב"כ הנאשמים על הנאמר בפסיקה אחרת, של בתי משפט בארצות הברית, אשר קבעו במספר מקרים, כי הסכם בין צדדים שאינם מתחרים איננו בלתי חוקי ונמצא מחוץ לגדר האינטרס המוגן על פי דיני ההגבלים העסקיים, היות והוא נטול השפעה על התחרות: **US v. Sargent Electric Co.** 785 F.2d 1123, 1126, 1986 U.S. App. LEXIS 23108, 1986-1 Trade Cas. (CCH) P66,99; **US v. Ashland-Warren, Inc.**, 537 F. Supp. 433, 445; 1982 U.S. Dist. ;LEXIS 9394, 1982-2 Trade Cas. (CCH) p64,773

67. כהערה מקדימה אציין, כי כאשר הפסיקה הישראלית בתחום ההגבלים העסקיים היתה בחיתוליה, אכן היה מקום לפנות כמקור לדין הזר ובכללו לפסיקה האמריקאית רבת ההיקף שהתגבשה במשך שנים. אולם, כיום, קיימת פסיקה ישראלית מפותחת בנושא. פסיקה זו נתגבשה בעיקרה לאחר שהוקנתה הסמכות העניינית לדון בעבירות פליליות לפי חוק ההגבלים לבית המשפט המחוזי בירושלים, שכתולדה ממנה, קיימת זכות ערעור לבית המשפט העליון. כמו-כן, הושפע גיבושה של הפסיקה מהידוק האכיפה בתחום על ידי הרשות להגבלים העסקיים, בשני העשורים האחרונים. לפיכך, דומני, כי המקור הראשון והעיקרי שיש לפנות אליו בתחום הנדון, הינו הפסיקה הישראלית. מעבר לכך, קיים הבדל משמעותי, מבחינת התוכן, הניסוח והטכניקה החוקתית, בין עבירת ההסדר הכובל הקבועה בדין הפדראלי האמריקאי - Sherman Act, שהיא בעיקרה עבירה של קשירת קשר, לבין העבירה של עשיית הסדר כובל כפי שנקבעה בחוק ההגבלים הישראלי.

68. בנוסף, דרישת יסוד של הדין האמריקאי הינה, כי להסדר כובל מסוג per se יכולים להיות רק צדדים שהם מתחרים ישירים באותו ענף וזו אינה תפיסתו של הדין הישראלי. לכן, עריכת השוואה ישירה בין שני הדינים, יש בה כדי להטעות. לגוף העניין, נקבע בפסק הדין בעניין MMR CORPORATION, כי:

"a noncompetitor can join a Sherman Act bid-rigging conspiracy among competitors. If there is a horizontal agreement between A and B, there is no reason why others joining that conspiracy must ...be competitors"

קביעה דומה ניתנה בפסק הדין Smithkline Beecham Corporation, בין היתר בהסתמך על פסק הדין בעניין MMR CORPORATION, ולפיה:

"the Sherman Act is not violated by an agreement between parties... that would not affect competition within a relevant market. If, however, parties agreed to collude in a manner that adversely affected competition within a relevant market, a non-competitor party may be part of that conspiracy uncompetitive bid"

69. מהקביעות בשני פסקי הדין, עולה, שגם מי שהינו נעדר כשירות עסקית להשתתף במכרז, יכול להיחשב כצד להסדר כובל על פי ה-Sherman Act, שמטרתו עיוות הליכי מכרז על ידי תיאום הצעות בין מתחרים במכרז - bid rigging - בתנאי שלאותו הסדר כובל קיימים צדדים נוספים שהם מתחרים בענף הרלבנטי. בפסק הדין בעניין MMR CORPORATION גם אובחנו פסקי הדין בעניין Electric sargent ו-Ashland-Warre ונקבע, כי כל שנאמר בהם, הוא שהסכם אי תחרות בין שני צדדים שאינם מתחרים בכוח או בפועל, אינו כשלעצמו בלתי חוקי. אולם, בית המשפט הוסיף כי אף אם MMR לא היתה מתחרה ממשי או פוטנציאלי במכרז הנדון, הרי עבירת הקשר לפי ה-Sherman Act השתכללה, משום שיתר הצדדים להסדר תיאום ההצעות היו מתחרים באותו ענף. בגזרה שווה לענייננו, הרי שגם קבלני המשנה אינם טוענים שקבלני המדף שהיו צד להסדר הכובל, לא היו בגדר מתחרים בענף, ומכאן שדין טענתם בהסתמך על פסקי הדין שציטטו, ככל שיש לה רלבנטיות לדין הישראלי, להידחות.

70. אין בידי גם לקבל את טענתם של נאשמים 34-35, לפיה, על אף שנאשמת 34 היתה קבלן מדף היא שימשה רק ככסות פורמאלית לנאשמים 18 ו-19, שרק לכאורה היו קבלני משנה שלה, אך למעשה עמדו בחזית הפעילות. לפיכך היו הם בעלי עניין עיקריים והנאשמים כלל לא ידעו על ההסדר ולכן לא גיבשו את היסוד הנפשי והעובדתי הנדרש. מעבר לכך, שמדובר בטענה עובדתית, העומדת בסתירה לנאמר בכתב האישום והטעונה עיגון בראיות, הרי שבשלב זה עומד התיאור העובדתי בסעיף 69 לכתב האישום, לפיו הנאשמים יודעו על ההסכם ביום 19.5.08 ופעלו על פיו. נאשמים אלה, בניגוד לנאשמים אחרים, הואשמו בעבירה של הסדר כובל, בצירוף סעיף 6 לחוק ההגבלים, שכותרתו "התאמת פעולה להסדר כובל". סעיף זה קובע, כי אדם המנהל עסק וביודעו על הסדר כובל מתאים את פעולותיו

להסדר, כולו או מקצתו, יראו אותו כצד להסדר. על פי אותו סעיף, אין צורך שהנאשם על פיו יהיה צד לעשיית ההסדר, ודי בכך שהוא יודע על קיומו ומתאים את פעולותיו להסדר כולו או מקצתו. לפיכך, דין טענת הנאשמים בהקשר זה ועל בסיס נתוני כתב האישום, להידחות.

טענות הגנה מן הצדק

71. במסגרת ראש פרק זה יסקרו שורה של טענות שהעלו הנאשמים, או מי מהם, תחת הכותרת האמורה והן:

- א. התנהלות שערורייתית של הרשות.
- ב. העדר מידתיות בבחירת האמצעי הפלילי/אכיפה פלילית ואפשרות אכיפה מנהלית.
- ג. אכיפה בררנית - הפליה בהעמדה לדין פלילי.

התנהלות שערורייתית של הרשות

נאשמים 5, 7-11, 14-15, 18-31, 34-35

שינוי תנאי המכרז

72. הנאשמים טענו, כי המדינה בכובעה כמשרד השיכון וחברת עמיגור, פעלה בניגוד לחובת ההגינות ותום הלב המוטלת על גוף ציבורי המתקשר במכרז, כשהפרה בצורה בוטה וגסה את המכרז ושינתה באופן מהותי את תנאיו, ללא ידיעת הקבלנים. בכך, גרמה לפגיעה בכדאיות הכלכלית להשתתף בו. החריגה מתנאי המכרז, התבטאה, בין היתר, בהוספת תניה דרקונית למכרז, לפיה, 15% מהתמורה הסופית לקבלנים מותנית בקבלת אישור התושבים כי הבנייה נעשתה לשביעות רצונם. דבר שהוביל לכך, כי המכרז הפך להיות הפסדי עבור הקבלנים ועלול היה להביא לסחטנות מצד התושבים. עוד נטען, כי המדינה שינתה את תנאי המכרז כשעודדה את התושבים באזור עוטף עזה באופן מאסיבי, לבצע בנייה עצמית של ממ"דים שלא באמצעות הקבלנים. זאת, תמורת מתן תמריצים, מענקים והטבות כספיות, בעוד שבתנאי המכרז צוין באופן מעורפל רק, כי "קיימת אפשרות" שחלק מהממ"דים ייבנו באופן עצמי על ידי התושבים. לטענת הנאשמים, הדבר הקטין את היקף העבודה ואת הכדאיות הכלכלית שתצמח ממנה, ולכן לא יכלו לאמוד את היקף העבודה שתידרש להם ובחרו שלא להגיש הצעות בשלב השני של המכרז. עוד נטען, כי המדינה לא פרטה מלכתחילה את תמונת המצב, וחשפה את הקבלנים לחריגות אלו מתנאי המכרז רק לאחר שלב א' של המכרז, במהלך סיור הקבלנים, וימים ספורים טרם הגשת הצעותיהם במסגרת שלב ב'.

73. טענה נוספת בפי הנאשמים הינה, כי עובר לפרסום המכרז ועד למועד בו היו הקבלנים רשאים למשוך הצעותיהם מבלי להסתכן בחילוט ערבותם, עמדת המדינה הייתה ברורה ונחרצת, לפיה ביצוע פרויקט המיגון יתבצע רק על ידי גורמי הממשלה ובפיקוחם ולא על ידי התושבים עצמם. דברים אלו חוזקו לטענתם בקביעת בית משפט העליון בבג"צ 7844/07 יוסף פנחס כהן נ' ממשלת ישראל (להלן: "בג"צ פנחס"), שדן בעתירת התושבים לביצוע בניה עצמית. בעתירה זו קבע בית המשפט, כי במסגרת מדיניות הממשלה לא ניתנה אופציה למיגון עצמי של בתי מגורים על ידי התושבים עצמם, ומשכך דחה את העתירה וקיבל את עמדת משרד השיכון שלא לאפשר את קיומו של ה"מסלול הפרטי".

נסיקת מחירי הברזל

74. טענה אחרת מפי הנאשמים נוגעת לכך, שבין שלב א' לבין שלב ב' של המכרז התרחשה עלייה מטאורית וחסרת תקדים במחירי תשומת הבניה ובעיקר במחירי הברזל. נטען, כי עקב התייקרות קיצונית זו (כ- 52% בחודשים מרץ-יוני 08), ונוכח העובדה כי לה השלכה משמעותית ביחס לבניה רגילה, על שום כמויות הברזל הרבות הנדרשות לשם מיגון חדרים (כאשר עלות הברזל מהווה כ- 40% מעלות בניית ממ"ד), היה על המדינה להצמיד את מחיר המכרז למדד מחירי הברזל, על אף שהמכרז לא הכיל מנגנון הצמדה. עוד נטען, כי בסירובה של המדינה לעשות כן ובעמידתה העיקשת והדווקנית על הזכויות הנטענות על פי המכרז, חרף ההפסד שבו עבור הקבלנים בשל שינוי הנסיבות הקיצוני (העלייה הדרסטית במחירי הברזל), וחרף פניותיהם החוזרות והנשנות של הקבלנים, נהגה בחוסר תום לב וסיכלה את המכרז. בנוסף לטענתם, פעלה המדינה בניגוד גמור לקריאת וועדת הכספים של הכנסת, שהורתה לה להצמיד את החוזה למדד מחירי הברזל. כמו-כן, פעלה בניגוד לעמדה שהתקבלה בפסיקת בית המשפט העליון, בתחום דיני החוזים, לפיה יש להתחשב באינפלציה ובמגמה שלא להעמיד צד אחד נשכר, בהקשר זה, ולתת לו יתרון על חשבון הזולת.

75. כראיה לכך שהמדינה עצמה הכירה בקושי שיצרה התנהלותה, מפנים הנאשמים לכך שמאוחר יותר, פרסמה מכרז חדש בו נקבעה הצמדה למחירי הברזל ותשומות הבניה וכן מגולמת בו האפשרות ליתן תוספת מחיר, שתשקף את ביצוע הבניה במסלול הפרטי. בנוסף, מצביעים הנאשמים על כך, שפניותיהם הגלויות לרשויות מעידות על כך, שמאחורי התנהלותם, לא הסתתרו אינטרסים כלכליים עלומים ומעידה כי לא מדובר בקשר לעשיית הסדר כובל, המאופיין בעריכתו החשאית, משום שהוא מהווה פעילות אסורה שיש להצניעה. עוד ציינו, כי עצם הפניה הגלויה לרשויות באותו עניין, מצביעה על העדר תכנון לעשייתו של הסדר כובל, תכנון המתקיים בדרך כלל, בסתר.

התעלמות המדינה מפניות הקבלנים

76. עוד טוענים הנאשמים, כי המדינה הפרה את חובתה המוגברת לנהוג בתום לב ובהגינות. כך נהגה, בסירובה לקיים הידברות עם הקבלנים ובהתעלמותה ממכתבי ההתאחדות, מפניותיהם ומבקשותיהם לקיים פגישה, ולשבת סביב שולחן כדי לדון בשינוי הנסיבות הקיצוני והבלתי צפוי שנבע מהתייקרות

הברזל. הפרה זו התבטאה, גם בשינויים המהותיים שנבעו מהפרות תנאי המכרז, שהקשו על הקבלנים לשלל את היקפי העבודה ואומדן התמורה, והשפיעו על כדאיות המכרז עבורם.

בנוסף הם טוענים, כי בניגוד לעולה מכתב האישום, הקבלנים לא הציבו בפני המדינה (עמיגור) עובדה מוגמרת באי הגשת ההצעות, אלא ציינו בפניה את הקשיים שבפניהם וביקשו לדחות את מועד הגשתן, כדי שיהיה בידם זמן ללבן את הסוגיות, ולמצוא פתרון עם מנהלת הפרויקט ומשרד השיכון. עוד נטען, כי לאור העובדה שפניות הקבלנים נעשו בגלוי, והמדינה ידעה על הסתייגותיהם, שומה היה עליה להזהירם כי אי השתתפותם במכרז מהווה עבירה של הסדר כובל, ובכך שלא עשתה כן, שמה מכשול בפני עיוור.

חילוט ערבויות והגשת כתב אישום

77. הנאשמים מפנים חיציהם בראש פרק זה, גם כלפי העובדה שהמדינה הפעילה נגדם סנקציה חוזית של חילוט ערבויות בסך ₪ 1,300,000, ואף הגישה כתבי אישום נגדם, מבלי שחומר החקירה מצביע על ניסיון לפגוע בתחרות ביניהם בדרך של תיאום בקשר למכרז. לטענתם, העובדה שבחרו להימנע מהגשת הצעה, גם במחיר אובדן של סכום הערבות, מעידה באופן מובהק כי נמנעו מלהמשיך במכרז עקב ההפסדים הכרוכים בו. עוד נטען, כי עצם השימוש בסנקציה של חילוט הערבויות, מהווה כשלעצמה ענישה מחמירה, שאף יש בה משום העמדתם ב"סיכון כפול", ואין הצדקה לענישה נוספת.

78. לסיכום, טוענים הנאשמים, כי המדינה, כעורכת המכרז, ניצלה את כוחה ומעמדה כמחזיקת מעין כוח "מונופוליסטי" בביצוע פרויקט התכנון והבנייה הנכלל במכרז, ופעלה שלא כדין, בהעמידה את הקבלנים במצב בו הם אנוסים להגיש הצעה גירעונית למכרז. בכך, יצרה חשש ממשי שהדבר יוביל אותם לאי עמידה בהתחייבותם, ואף לחדלות פירעון ולהתמוטטותם הכלכלית. בהתנהלותה זו, כך נטען, סיכלה המדינה את המכרז והפרה את חובתה לקיים הסכם התקשרות בתום לב, וכן פגעה בזכות לחופש העיסוק של הקבלנים, הטומנת בחובה את זכותם לעבוד ברווח הוגן וסביר. הנאשמים טוענים, כי לאור האמור, מתקיים באופן חד משמעי "המבחן המשולש" שנקבע בפרשת בורוביץ וכי העמדתם לדין פגומה מדעיקרא, ועומדת בסתירה לעקרונות של צדק והגינות משפטית, שיש בה כדי להביא לביטול כתב האישום מכוח סעיף 149(10) לחסד"פ.

תגובת המאשימה

79. המאשימה מדגישה, כי הנאשמים באישום השני לא הואשמו בכך שלא ניגשו למכרז, אלא הואשמו בעריכת הסדר כובל ביניהם, לפיו יימנעו מלהגיש הצעות למכרז, דבר האסור על פי חוק, הא ותו לא. לטענתה, החלטתם העצמאית אם לגשת או שלא לגשת לא לגשת למכרז, הינה החלטה לגיטימית

בעלת השלכות חוזיות. לעומת זאת, התיאום בעניין אי הגשת ההצעות, הוא זה ההופך את מעשיהם לעבירה פלילית. לאור זאת, הואשמו בעבירה זו גם נאשמים 32-33, אשר ניגשו בסופו של יום למכרז, ולא רק יתר הנאשמים שלא ניגשו אליו. בנוסף, גורסת המאשימה, כי טענות הנאשמים באשר למכרז הינן טענות רלבנטיות במישור החוזי והמנהלי, וניתן לעתור לערכאות המתאימות כדי לתקן פגמים מנהליים, כפי שעשו בפועל קבלני המדף. בנוסף נטען, כי חילוט הערבויות נעשה במסגרת התנאים החוזיים של המכרז, ולכן אין לראות בו ענישה פלילית המונעת הגשת כתב אישום בשל טענת 'כבר הורשעתי' או טענה דומה. נטען, כי מהפסיקה עולה, כי בתי המשפט דוחים טענות לפיהם פגמים במכרז או פגיעה באינטרסים ציבוריים, מחייבים לעבור על חוק ההגבלים כדי לסכל את המכרז, יהיו הטענות צודקות ככל שיהיו.

80. לטענת המאשימה, אף אם כל טענותיהן של הנאשמים כנגד המכרז ותנאיו הן מוצדקות, אין בכך כדי להכשיר את התיאום ביניהם, שעולה כדי הפרה בוטה של החוק. בנוסף נטען, כי אין צורך להכריע האם פעולות משרד השיכון ו/או עמיגור במסגרת המכרז היו כדין, כדי להגיע למסקנה שכתב האישום אינו עומד בסתירה לעקרונות של צדק והגינות משפטית. בנוסף נטען, כי לא ניתן להכריע בכל הטענות העובדתיות הנוגעות להתנהלות הרשות, בטרם נשמעו הראיות בתיק. יחד עם זאת, ביקשה המאשימה לפרט הראיות המצויות בידה, המפריכות, לעמדתה, את טענת הנאשמים באשר לפגמים שנפלו במכרז ובהתנהלות המדינה במסגרת המכרז. כך למשל טענה לגבי עליית מחירי הברזל, כי עלייה זו התייחסה לתקופה של פחות מחודש ימים, בין המועד האחרון בו יכלו החברות למשוך הצעותיהם לשלב א' במכרז בלא שיחולטו ערבויותיהם, לבין המועד המתוכן להגשת הצעות לשלב ב'. נטען, כי מדובר בסיכון עסקי שהיה על המציעים לשקלל בעת שהגישו הצעתם, ומהראיות עולה כי חלק מהמציעים עשו כך בפועל. עוד נטען, כי לא היה באפשרות המדינה לשנות את תנאי המכרז ולהוסיף תגמולים, היות ולשם כך היה צורך להוציא מכרז חדש הכרוך בעיכוב. זאת, כאשר הממשלה קבעה סד זמנים דוחק לביצוע המכרז בשל דחיפותו וחיוניותו, שעה שישוּבי עוֹטף עזה נתונים תחת מתקפת טילים ופצצות מרגמה. זאת ועוד, נטען כי אילו הייתה המדינה עושה כן, הייתה היא מסתכנת בתביעה משפטית מצד החברות שלא נגשו למכרז בשל תנאיו.

81. באשר לאפשרות הבנייה העצמית, טוענת המאשימה, כי אפשרות זו כלולה במכרז עצמו, ונכללה הן בתנאי המכרז והן בפרוטוקול סיור קבלנים שנערך במסגרתו. עוד נטען, כי המדינה לא המליצה בפני התושבים על מסלול הבנייה העצמית והשאירה זאת לשיקול דעתם. גם באשר לתנאי שהתנה את תשלום 15% מתמורת המכרז באישור הדיירים על קבלת העבודה נאמר, כי גם תנאי זה, היה כלול מראש בתנאי המכרז וידוע למציעים שנגשו אליו, ונמסר גם במסגרת סיור הקבלנים שנערך למציעים, וכן נכלל בתשובת מנכ"ל עמיגור לפניית הקבלנים. המאשימה גם דוחה את טענות הנאשמים, כי משרד השיכון לא ניהל עימם דיאלוג ולא נענה לבקשותיהם לקיים פגישות בעניין טענותיהם. לדבריה, משרד השיכון ענה במהירות וביעילות לכל פניות הקבלנים, הן במסגרת סיור הקבלנים והן במסגרת ההתכתבויות איתם ופעל בהגינות, בשקיפות ובתום לב. עוד נטען, כי החלטת וועדת הכלכלה, מיום 20.5.08, שקראה לשינוי תנאי ההצמדה ולהצמדה לתת-מדדים ספציפיים במכרזים שמפרסמת המדינה, פורסמה במועד להגשת ההצעות למכרז, נשוא כתב האישום, ומשכך, לא התייחסה למכרזים

שכבר פורסמו אלא רק למכרזים עתידיים. באשר למכרזים החדשים שפורסמו, טוענת המאשימה, כי תנאיהם היו דומים, בעיקרם, לתנאים במכרז נשוא כתב האישום, וכי חלק מההצעות הכספיות שהוגשו אליהם, על ידי חלק מהנאשמים בתיק זה, היו נמוכות מהצעת הנאשמת 33, שניגשה למכרז נשוא האישום, תוך הפרת ההסדר הכובל, וזכתה בו. עוד נטען, כי ההחלטה לאפשר אופציה לתושבים למגן את בתיהם במימון עצמי, אינה סותרת את עמדת המדינה כפי שהוצגה לפני בג"צ בפרשת פנחס, וכי החלטת הממשלה בנדון שנתקבלה, תוך כדי הדיון בבג"צ, אינה שוללת את האופציה של בנייה במימון עצמי.

דין והכרעה

82. באשר לפן המשפטי - עקרוני של טענת ההגנה מן הצדק, מופנה הקורא לסעיפים 51-53 להחלטה הראשונה.

מן הכלל אל הפרט

83. לאחר עיון בטענות הנאשמים ובתגובת המאשימה, באתי לכלל מסקנה כי טענת הנאשמים בראש פרק זה אינה צולחת את התנאי הראשון שנקבע בהלכת בורוביץ' לצורך הכרעה בטענה. זאת משום שגם על פי המבחן המרוכך שנקבע בעניין בורוביץ' ובמיוחד לאור התנאי שנקבע במסגרת סעיף 149(10), לפיו על הגשת כתב אישום לעמוד בסתירה מהותית לעקרונות של צדק ושל הגינות משפטית, לא נראה לי כי נפלו פגמים בקנה המידה הנטען בהתנהלותה של הרשות. **ראשית**, יש לזכור, כי עמדתה העקבית של המאשימה היתה, שקבלני המדף רשאים היו, כל אחד מטעמיו שלא לגשת למכרז, אך הנאשמים מנועים היו מלהגיע לתיאום עמדות משותף בעניין זה. לפיכך, קשה להלום מדוע ההחלטה להגיש כתב אישום לגבי הפן ההגבלי של התנהגות הנאשמים נגועה בחוסר צדק או בחוסר הגינות. **שנית**, יש טעם רב בעמדת המאשימה, לפיה התנאים המכבידים עליהם קובלים הנאשמים היו ידועים להם מראש, ובפניהם עמדו דרכים משפטיות חלופיות, כדי לתקוף אותם. מעבר לכך, לאור מגבלות דיני המכרזים, יש טעם רב בטענה שמזמין המכרז היה מנוע מלשנות את תנאיו לאחר שפורסם, כדי לא להיחשף לעתירות מצד מציעים פוטנציאליים, שלא ניגשו מראש למכרז. מעבר לכך, ככל שהוצגו בסיוור הקבלנים תנאים חדשים שחרגו מתנאי המכרז המקוריים, רשאים היו הנאשמים לעתור לבית המשפט לעניינים מינהליים ולבקש, במסגרת זו, גם צו מניעה נגד המשך הליכי המכרז.

84. **שלישית**, גם אם התנהלותה של המדינה בהקשרו של מכרז המיגון, נשוא כתב האישום, לא היתה חפה מפגמים, ואף אם לשיטת הנאשמים בוצעו מצד המדינה הפרות מפורשות או משתמעות של מצגים שהוצגו להם או שנעשה ניצול לרעה של התקשרותם במכרז, לנוכח השינוי בתנאים הכלכליים, שחל במהלך התקופה, לא היה בכך כדי להצדיק עשיית דין עצמי. תרופתם של הנאשמים אמורה היתה להיות במקרה זה, נקיטת אמצעים משפטיים הולמים, כולל הגשת עתירות מתאימות ותביעות לפיצוי כספי במידת הצורך (ראו: פרשת **טגר** בפסקה 112 של פסק הדין). בנוסף לכך, אינני סבור כי חילוט

הערבויות שנעשה כלפי מי שלא ניגשו למכרז, מהווה סנקציה פלילית שיש בה כדי לשלול נקיטת הליך פלילי לפי חוק ההגבלים. חילוט הערבויות נעשה על פי תנאי המכרז, ובשל הפרת ההסכם שנכרת בגדרו בין המזמין לבין המציעים שנמנעו, חרף התחייבותם ההסכמית, מלגשת לשלב השני של המכרז, ואין לו קשר להגבל העסקי שנעשה בגדר ההסכמה המשותפת שלא לגשת למכרז. בהקשר זה אעיר, כי אין כל דמיון בין העובדות נשוא ענייננו לבין התשתית העובדתית בר"ע 277/82 **נירוסטה בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד לז(1) 826, אליו היפנה ב"כ נאשמים 26-27. פסק הדין בעניין נירוסטה עוסק ביחס שבין הקנס ה"פלילי" לקנס ה"אזרחי" הקבועים בפקודת מס הכנסה. בפסק הדין נקבע, כי הקנס הפלילי לפי הפקודה, מהווה סנקציה בגין ביצועה של עבירה פלילית ואילו העיצום האזרחי, מהווה אמצעי אזרחי או מינהלי לאכיפת אותו חוק. בענייננו, אין קשר בין הערבות שניתנה במסגרת המכרז, לבין הוראות חוק ההגבלים. הערבות לא ניתנה בקשר להוראות החוק ואינה מהווה עיצום כספי על פיו ולפיכך, אין כל קשר בינה לבין אישום בעבירה לפי חוק ההגבלים עסקיים.

85. עוד אינני סבור, כי הנאמר בפסק הדין בבג"צ פנחס ועמדת המדינה כפי שהוצגה לפני בית המשפט, באותו עניין, שימשו משום מחסום למאשימה לאפשר בנייה עצמית על ידי התושבים, על אף העמדה הראשונית שהוצגה בפני בג"צ ואף אם נקטה עמדת המדינה בפני בג"צ בכפל לשון, מה גם, שגם הנאשמים מסכימים כי האפשרות לבנייה עצמית צוינה מראש במכרז. בכל מקרה, כפי שנאמר לעיל, גם אם סברו הנאשמים כי מדובר היה בהפרת הבטחה שלטונית מפורשת או משתמעת כלפיהם, עמדו לרשותם הליכים חלופיים לפעול בעניין זה כנגד המדינה, ולא היה מקום ליטול את החוק לידיהם על ידי הפרת חוק ההגבלים. כמו כן, אינני סבור שהחלטת ועדת הכלכלה של הכנסת, שהייתה החלטה כללית שנגעה לתנאי ההצמדה במכרזים של המדינה, ואשר ניתנה, כאמור, במועד הגשת ההצעות למכרז, יש בה כדי להצביע על חוסר הגינות שלטונית בעניינם של מכרזים שפורסמו לפני ההחלטה, כולל המכרז נשוא כתב האישום. בנוסף ועל פני הדברים, יש טעם בטענת המאשימה, כי לנוכח עיתוי ההתייקרויות של תשומות הברזל, בהתייחס ללוח הזמנים של המכרז, עמדה לרשות הנאשמים אפשרות למשוך את הצעותיהם כבר במסגרת שלב א', מבלי להסתכן בחילוט הערבויות. מעבר לכך, לנוכח תנאי המכרז, היה ברור לכל מציע, כי התייקרויות בלתי צפויות לא תפוצנה, והיה עליו להביא זאת במניין שיקוליו בעת שהגיש את הצעתו.

86. כהערה מסכמת אציין, כי הקביעות דלעיל אינן מבוססות על עדויות או ראיות שהציגו הצדדים בדרך המקובלת, אלא על טענות שלא נצרפו בכור החקירה הנגדית, במהלך המשפט עצמו. בעיני, עצם התהליך של החלטה בטענות מקדמיות, בהיעדר תשתית ראייתית מוסכמת, הוא בעייתי ואכן, יש מצבים שבהם ראוי להעלות את הטענה בשלב מאוחר יותר של המשפט לאחר שמסכת הראיות נפרסה בפני בית המשפט (ראו: י' נקדימון, **הגנה מן הצדק** (מהדורה שנייה, תשס"ט-2009), בעמ' 478 (להלן - "נקדימון") והאסמכתאות שם; וכן ז' סגל ואבי זמיר, **הגנה מן הצדק באור חוק סדר הדין הפלילי - סדר חדש של הגינות משפטית**, דיוויד וינר, על משפט פלילי ואתיקה (תשס"ט-2009), בעמ' 233). יחד עם זאת, לטעמי, גם בהנחה שקיים ביסוס ראייתי מלא לטענות הנאשמים, הרי שברמה המושגית, לא קמה להם, בראש פרק זה, טענת הגנה מן הצדק.

העדר מידתיות בבחירת האמצעי הפלילי/אכיפה פלילית ואפשרות אכיפה מנהלית - נאשמים 16-17

87. בא כוח נאשמים 16-17 טען, כי נסיבות כתב האישום, לצד העניין לציבור, אינטרס התחרות החופשית והאינטרס באכיפת חוק ההגבלים, הצדיקו, בנסיבות העניין, נקיטת הליך מינהלי נגד הנאשמים, כגון קביעה לפי סעיף 43 לחוק ההגבלים, ולא הגשת אישום פלילי, וכי בחירת המאשימה לנקוט בהליך מן הסוג האחרון, הינה בלתי מידתית. ב"כ הנאשמים הפנה לשיקולים המצדיקים הגשת הליך פלילי, שהובאו בפרשת בורוביץ', וטען כי מרביתם אינם מתקיימים בענייננו. כך לטענתו, ההסדר הכובל הנטען לא השפיע על הצרכנים הסופיים. זאת, מאחר ותושבי עוטף עזה לא היו מחויבים לבחור קבלנים לבניית הממ"דים רק מתוך רשימת קבלני המדף. עוד נטען, כי מאוחר יותר, יצא מכרז חדש המותאם לתנאי השוק וכי ההסדר הנטען לא התקיים פרק זמן ארוך, אלא דובר באירוע נקודתי אחד שהתקיים בחודש מאי 2008. עוד נטען, כי הצדדים לא הפיקו טובת הנאה מההסדר הנטען, ואף נקנסו בדרך של חילוט ערבויות, וכי הם לא ניסו להסוות ולהסתיר מעשיהם. ב"כ הנאשמים גרס, כי טענתו מקבלת משנה תוקף, לנוכח ההחלטה בעניין ארגון בתי החולים, שניתנה כחמישה חודשים קודם להתרחשות האירועים נשוא כתב האישום, ואשר בה הסתפק הממונה במתן תביעה אזרחית ונמנע מהגשת כתב אישום פלילי.

תגובת המאשימה

88. לטענת המאשימה, במקרה נשוא ענייננו, קיימות נסיבות שהצדיקו בחירה בנקיטת הליך פלילי דווקא, הן מבחינת מהות העבירה הנדונה, והן מבחינת האינטרס הציבורי שבהגשת אישום פלילי דווקא. בהקשר זה צוין, כי נשוא העבירה הוא תיאום מכרז ציבורי שהינו עבירה חמורה ביותר במתחם עבירות ההגבלים העסקיים; נושא המכרז (מיגון ישובי עוטף עזה עקב החשש לחיי התושבים) הוא בעל עניין ציבורי רב, ובעל משמעות ציבורית רחבה והשפעתו נוגעת לחיי אדם; היקף המכרז גדול; דובר בהחרמה כללית של המכרז; ההסדר הכובל הוביל לכך שמגיש ההצעה שזכה ב-4 המתחמים יכול היה לנצל את חוסר התחרות בהצעת המחיר, כמו כן, ההסדר הוביל, בסופו של יום, לביטול המכרז ולהוצאת מכרז חדש.

דין והכרעה

89. על סוגיית שיקול דעתה של הרשות בהחלטה האם לנקוט בהליך פלילי או בהליך מינהלי כלפי צד להסבר כובל, כבר עמדתי בהחלטתי בת"פ 285/08 **מדינת ישראל נ' רכטמן**, מיום 10.2.10. באותו עניין ציינתי, כי בית המשפט העליון בעניין בורוביץ', הציע, באגב אורחא ולא כהנחייה מחייבת, מספר שיקולים שעל הרשות לשיקול בבואה להעמיד אדם לדין בעבירה של עריכת הגבל עסקי. זאת לצורך קביעת קיומו של "עניין לציבור" והפעלת סמכותה לפי סעיף 62 לחוק סדר הדין הפלילי. בין יתר הנתונים שנקבעו, היו מידת הפגיעה בתחרות לה גרם ההסדר, קיומה של כוונה סובייקטיבית של הצדדים לפגוע בתחרות, פרק הזמן שבו התקיים ההסדר, טובות הנאה שהופקו מההסדר וכן אם מדובר בהסדר כובל, אופקי או אנכי. באותו עניין, ציטטתי מחיבורו של עו"ד י' יגור, דיני ההגבלים העסקיים (ניר, ספרות משפטית בע"מ, 2002), שבו אומר המחבר, בין היתר באותו עניין, כי "**ברור כי לגבי הסדרים במישור**

האופקי תגבר הנטייה לנקוט בהליכים פליליים, שכן בדרך כלל הסדרים אופקיים מעצם טבעם פוגעים יותר בתחרות או בציבור, בהשוואה להסדרים אנכיים" (בעמ' 654-655).

90. אין חולק, כי בענייננו מדובר בהסדר אופקי בין מתחרים, ועניין זה אף נזכר כשיקול בעניין בורוביץ'. לגבי הסדרים מן הסוג האמור נקבע, כי הפוטנציאל האנטי-תחרותי הגלום בהם מביא להנחת יסוד חלוטה, בדבר פגיעתם בתחרות, ולא נדרשת בחינה פרטנית של הפגיעה בפועל בתחרות בשוק (ראו פרשת אריאל רמזורים, בפסקה 9). בנוסף, בענייננו מדובר בעבירה שעניינה תיאום עמדות לגבי מכרז ציבורי. בפרשת **אריאל רמזורים** עמד בית המשפט העליון על האינטרסים הציבוריים העומדים בבסיס החובה המוטלת על הרשות המנהלית לקיים מכרז כשהיא מתקשרת בחוזים עם גורמים עסקיים. האחד - הרצון להבטיח את תקינות התנהלותן של רשויות המינהל, בדרך של ניהול ענייניהן בצורה שקופה ושוויונית, שבמסגרתה ינתן יחס זהה והוגן לכל פרט בציבור. השני - האינטרס העסקי לקבל את המוצר או השירות בעל האיכות הגבוהה ביותר תמורת המחיר הנמוך ביותר ובפרק הזמן התואם את צרכי הרשות. על רקע אינטרסים אלה, ציין בית המשפט העליון, "**ברורה ונהירה החומרה הרבה שיש לייחס לתיאום מכרז ציבורי בין מתחרים. מדובר במעשה החותר תחת עצם התכלית המרכזית שבעטייה מבוצע המרכז ומרוקן מתוכן את כלליו והוראותיו" (שם, בפסקאות 12-13 לפסק הדין).**

91. לטעמי, גם הסכמה בין מתחרים, שלא לגשת למכרז שאליו התחייבו מלכתחילה, לגשת כאמצעי לכפות על הרשות לבטל את המכרז ולהוציא תחתיו מכרז בעל תנאים משופרים יותר מבחינת המציעים, חותרת תחת אותם אינטרסים ציבוריים שפורטו מעלה ויש בה משום חומרה יתרה. לפיכך, נראה לי כי שיקול הדעת שהפעילה הרשות בעניין זה הוא שיקול דעת סביר, העולה בקנה מידה עם הנחיות הפסיקה. מה גם, שמידת התערבותו של בית המשפט בשיקול דעתה של הרשות בהקשר זה, גם בהחלטות שעניינן הגנה מן הצדק, הוא שיקול דעת מסוייג ומצומצם. בנוסף לכך, מאחר שהמחוקק עצמו לא קבע בחוק ההגבלים אמות מידה להבחנה מתי יש לנקוט בהליך אזרחי ומתי ראוי להגיש, על פי אותה תשתית עובדתית, כתב אישום - בית המשפט לא יעשה כן במקומו (ראו: עניין בורוביץ', בעמ' 871). בנוסף לכך, כפי שצינתי בפרשת רכטמן, הקו המבחין אינו צריך להיות, בעיקרו, מידת מימושו של ההסדר או הרווחים שהצדדים הפיקו או עשויים היו להפיק ממנו. שכן, בית המשפט ראה בעבר להרשיע נאשמים, גם בעבירות של ניסיון בלתי ממומש להסדר כובל ואף נקבע, כי אין צורך בביצוע מעשה כלשהו ליישום הסדר כובל שעשייתו הוכחה כדי להיות "צד לו" במובן העבירה הפלילית. לפיכך, עצם הטענה שההסדר לא מומש בפועל או שהשפעתו על התחרות, אילו בוצעה, הייתה שולית, אין בה כדי להטות את הכף לכיוון נקיטת הליך מינהלי דווקא (ראו: עניין בורוביץ' הנ"ל בפסקה 76).

92. לאור כל האמור, דין הטענה האמורה להידחות.

טענת אכיפה בררנית - אי העמדה לדין של מעורבות אחרים בפרשה - נאשמים 5, 7-11, 14-31, 34-35

עו"ד נתן לרר

עמוד 32

כל הזכויות שמורות לאתר פסקי דין - verdicts.co.il ©

93. נטען בהקשר זה, כי עו"ד לרר יזם את המעשים נשוא כתב האישום ואפשר את ביצועם, והיה הסמכות המקצועית שקבעה את הקו המנחה לפנייה המשותפת של הקבלנים, ואילולא הגיבוי המשפטי שהעניק, כל המהלך לא היה יוצא אל הפועל ומשכך לא היה מוגש כתב אישום. עוד נטען, כי עו"ד לרר הגה וניסח את הפניה מיום 19.5.08 אשר נחתמה על-ידי הקבלנים, תוך הסתמכות על הייעוץ המשפטי שנתן. כמו כן נטען, כי מעדויותיהם של גורמים במשרד השיכון ובעמיגור עולה, כי הוא זה שייצג את ההתאחדות ואת הקבלנים בפניותיהם בכתב ובעל-פה אל משרד השיכון וכי הדבר מוצא ביטוי בחומר הראיות בתיק. בנוסף נטען, כי אי העמדתו לדין של עו"ד לרר, נוגדת את ההלכה הפסוקה המחייבת למצות את הדין עם המעורבים הדומיננטיים בביצוע העבירה וכי הימנעות מהעמדתו לדין, שעה שמעורבים שוליים בפרשה מועמדים לדין, חותרת תחת אמון הציבור ברשויות האכיפה, ועולה כדי הפלייה פסולה המקימה הגנה מן הצדק.

מר שלומי אסולין וחברת "אסום"

94. בנוסף נטען, כי המאשימה נהגה באכיפה בררנית, משלא העמידה לדין את אחת מקבלני המדף - חברת אסום, ובעל תפקיד מטעמה - מר שלומי אסולין (ואף הפכה אותו לעד תביעה). זאת, שעה שהשניים נכללו במקור בטיטוט כתב האישום ואף בפנייה המשותפת של הקבלנים לעורכי המכרז. עוד נטען, כי מטיטוט כתב האישום עולה שיתר הנאשמים נהגו לכל היותר כמותם - חתמו על המסמך שהופץ על ידי התאחדות הקבלנים, ובדיון המשלים מיום 8.9.11 טען ב"כ נאשמים 22-23 כי מר אסולין עצמו אישר בחקירתו ברשות, כי חברת אסום, באמצעותו, חתמה על המסמך המכונה "עצומה".

רמי בזיע וחברת ג.ר. בזיע הנדסה בע"מ

95. נאשמים 16-17 (קבלני משנה) טענו, כי אי העמדתם לדין של חברת ג.ר. בזיע הנדסה בע"מ ושל מנהלה ובעליה מר ראמי בזיע, שהיו קבלני משנה של נאשמים 30-31, מהווה אכיפה בררנית כלפי קבלני המשנה, נוכח הדמיון הרב בין חברת בזיע הנדסה לבין נאשמת 17. יוער, כי טיעון זה הוגש באיחור וללא קבלת רשות מבית המשפט, ולפיכך הוריתי למחוקו, אך הנאשמים העלו אותה מחדש בדיון מיום 8.9.11 והמאשימה התייחסה לטענה.

טענות נאשמים 14 ו-15

96. נאשמים 14-15 טענו כי כתב האישום מגלה אכיפה בררנית, בין השאר, ביחס המפלה לגבי מנהלה בפועל של נאשמת 23 וזאת מבלי לפרט.

תגובת המאשימה

97. המאשימה טענה כי לא נמצאו ראיות מספיקות להעמדה לדין של עו"ד נתן לרר, של מר שלומי אסולין וחברת "אסום", ושל מר רמי בזיע וחברת ג.ר. בזיע הנדסה בע"מ, כפי שמפורט להלן. לפי טענתה אין המדובר באכיפה בררנית ואף לא באכיפה חלקית.

עו"ד נתן לרר

98. המאשימה טענה כי ככל שטענות הנאשמים מכוונות לקיומה של הגנת טעות במצב משפטי נוכח הסתמכות על עצתו של עו"ד לרר, הרי שמניתוח הראיות עולה, כי לנאשמים לא עומדת הגנה שכזו, וממילא אין מדובר בטענה מקדמית ומקומה להתברר במהלך המשפט.

99. באשר לטענה בדבר הימנעות מהגשת כתב אישום כנגד עו"ד לרר, טענה המאשימה כי אין די ראיות להגשת כתב אישום כנגדו. זאת, לאחר שבחנה בכובד ראש את מידת מעורבותו במהלך האירועים, הן כשותף והן כמסייע, בהסתמך על גרסתו, גרסאות מעורבים אחרים, ומסמכים שנתפסו. המאשימה טענה, כי גרסתו של עו"ד לרר מורכבת, אך הוא הבהיר כי התנגד שההתאחדות תתווה קו פעולה ותתארגן בנוגע לכך, כמו כן הזהיר מפני קרטליזציה, וציין בישיבות הנהלה של ועדת בניה חוזית כי אין הקבלנים יכולים לצאת נגד המכרז ושההתאחדות אינה יכולה לסייע להם. נטען, כי לגרסתו חיזוק עצמאי וחיצוני ממסמכים שנתפסו בזמן אמת, ומפרוטוקולים שונים של דיוני ועדות בניה חוזית ושל פגישות הקבלנים.

100. זאת ועוד, נטען, כי ביחס להסכמה (בה מואשמים הנאשמים באישום השני), עולה לדבריה מחומר הראיות, כי לא היה ייעוץ של עו"ד לרר שאישר הסכמה זו. יתרה מכך, עו"ד לרר טוען בתוקף כי התריע שהסכמה שכזו הינה אסורה. משכך, אין די ראיות למעורבותו בהסכמה האסורה. בנוסף, נטען כי גרסאות עדי התביעה ממשרד השיכון ומעמיגור, ביחס למעורבותו של עו"ד לרר, מתייחסת לחלקי אירועים. עוד נטען, כי אותם עדים לא היו מודעים לכל שנעשה ולא היה באפשרותם לראות את התמונה במלואה, כפי שרואה אותה המאשימה.

מר שלומי אסולין וחברת "אסום"

101. לדברי המאשימה, שלומי אסולין וחברת "אסום" נכללו בטיטת כתב האישום כנאשמים ובעקבות השימוע, ולאחר בחינה מחודשת של מכלול הראיות, הוחלט להימנע מהעמדתם לדין. זאת, משום שהסיכוי לזיכויים רב מהסיכוי להרשעתם עקב חוסר ראיות להוכחת היסוד הנפשי הדרוש לעבירה.

102. בדיון מיום 8.9.11, טען בא כוח נאשמים 22-23, כי תגובתה זו של המאשימה לקונית וסתמית. כמו כן טען, כי עקב כך שלח מכתב בקשה למאשימה למסור את המסמכים שהיו ביסוד החלטתה, הכוללים התרשמותה מהשימוע שנערך לנ"ל, אך היא לא מסרה תגובתה לכך. לפיכך, אין מקום להבחנה בינם

לבין יתר הנאשמים. המאשימה בתגובה לאמור, טענה כי מר שלומי אסולין טען כי הפקס שקיבל לא היה ברור והוא לא ידע מה היה כתוב בו, ואין ראיות אחרות למעורבותו. לכן, הוחלט שלא להעמידו לדין. עוד טענה, כי ההחלטה להוציא את אסום ואסולין מטיטת כתב האישום, לא הגיעה בעקבות ראיות נוספות שעלו.

מנהל נאשמת 23 - טענת נאשמים 14-15

103. באשר לטענת נאשמים 14-15 לאי העמדתו לדין של מנהל נאשמת 23, טענה המאשימה, כי מחומר הראיות עולה כי נאשם 22 היה מנכ"ל נאשמת 23 ואף היה מעורב בענייני המכרז המפורטים באישום 2, ומשכך נכלל באישום השני.

רמי בזיע וחברת ג.ר. בזיע הנדסה בע"מ

104. באשר לטענת נאשמים 16-17 בדבר ההימנעות מהגשת כתב אישום כנגד הנ"ל, טענה המאשימה, כי לאחר בחינה מדוקדקת של חומר החקירה לא נמצאו די ראיות לפיהן הנ"ל היו צד להסדר כובל.

דין והכרעה

105. כלל היסוד בעניין העמדתם לדין של כלל המעורבים באותה פרשה עבריינית הינו:

"הנחת המוצא היא כי אמנם גם בעבירה מרובת משתתפים מוטל על התביעה לשאוף להעמדה לדין של כל המעורבים בה. האשמת כל המעורבים מגשימה את האינטרס הכללי שיש לציבור בהעמדתו לדין של כל מי שהפר איסור פלילי ושיש נגדו ראיות לכאורה. כן היא מקיימת את עקרון השוויון ומונעת חששות לתחושת אי-צדק ולפגיעה באמון הציבור במערכות האכיפה, המתלווים לאכיפה חלקית, שבעיני הציבור עלולה להתפרש כאכיפה שרירותית" (הלכת בורוביץ', בעמ' 820-821).

106. אף על פי כן, כפי שציינתי בהחלטתי בת"פ 49245-05-12 **מדינת ישראל נ' חאמד** (פורסם בנבו, 25.7.2013) (להלן: "**פרשת חאמד**"):

"...הצורך באכיפה שוויונית אינו יכול לגבור על הדרישה הבסיסית שבידי המאשימה יהיו ראיות מספיקות לאישומו של כל אחד מן השותפים, ראיות שיהיה בהן כדי להקים "סיכוי סביר להרשעה" (בג"ץ 2534/97 יהב נ' פרקליטות המדינה, פ"ד נא(3) 1, 13 (1997) (להלן - עניין יהב). מקום שאין בידי התביעה ראיות כאלה, אך מובן מאליו שאין לצפות כי תעמיד לדין חשוד, גם אם נטען על ידי מבצע אחר של העבירה כי אותו חשוד היה שותפו לעבירה. בעניין בחינתן של מהות הראיות ודיוטן לצורך הגשת כתב אישום, בית המשפט אינו הופך "לתובע על" ואינו מחליף את שיקול-דעתה של התביעה בשיקול-דעתו שלו בג"ץ 3425/94 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד נ(4) 1, 10 (להלן - עניין גנור)".

107. לאחר שעיינתי בטענות הצדדים, נחה דעתי כי המאשימה הציגה טעמים מספיקים להחלטתה שלא להעמיד לדין את עו"ד לרר, את מר שלומי אסולין ואת חברת "אסום" וכן, את מר רמי בזיע ו"חברת ג.ר. בזיע בע"מ". באשר לטענה בדבר אי העמדתו לדין של מר אליהו קולן, הרי המאשימה כללה אותו כנאשם מספר 23 באישום השני. כאמור, בית המשפט אינו מחליף את שיקול דעתה של התביעה בשיקול דעתו, בוודאי כשמדובר בשיקולים ראיתיים המצויים ב"גרעין הקשה" של סמכויות התביעה. מעבר לכך, לא הונחה תשתית כלשהי לטענה לגבי הפעלת שיקולים זרים או נקיטה באפלייה מכוונת שהופנתה כלפי הנאשמים דנן. לפיכך, דין הטענות בדבר אכיפה בררנית להידחות.

טענת זוטי דברים

נאשמים 5, 7, 14-15, 20-21, 24-30, 34-35

108. הנאשמים טענו כי סייג זוטי דברים (סעיף 34ז לחוק העונשין) עשוי להכשיר הסדרים כובלים שפגיעתם הינה כה קלת ערך, שאין הם חוצים את סף ה"אנטי חברתיות" שבגיננו מוצדק להפעיל את המנגנון הפלילי. לאור זאת נטען, כי פעולתם של הקבלנים לא פגעה כלל בתחרות, ואף אם מבחינה פורמאלית המעשים נשוא כתב האישום נחשבים כיוצרים הסדר כובל, הרי שלא הייתה בהם פגיעה של ממש בתחרות, ולכל היותר דובר בפגיעה קלה וזניחה עד מאוד. זאת שכן, מניתוח השוק הרלבנטי, עולה כי כתב האישום מתייחס בסך הכל ל-14 קבלנים, מספר מזערי המהווה קומץ מתוך אלפי קבלנים הרשומים בישראל, כשהשפעת פגיעתם בתחרות הינה זניחה ומינורית לחלוטין, אם בכלל.

109. הנאשמים טענו כי במקרה דנן לא הייתה כל התנהגות קרטלית, לא נגרם נזק תחרותי העומד ביסוד ההגדרה של הסדר כובל, וממילא לא נוצר רווח אסור ובלתי חוקי אצל הנאשמים, אותו ביקש חוק ההגבלים למנוע באיסור על קיום הסדר כובל. ההפך הוא הנכון, חילוט הערבוביות ייצר הכנסה למדינה. בנוסף, מייד לאחר שהמכרז נשוא כתב האישום לא יצא אל הפועל, הוציאה המדינה באמצעות עמיגור מכרז חדש, שבוצע תוך זמן קצר על ידי קבלנים שונים שזכו בו (בהם אף נאשמת 25). נטען, כי העובדה שהמדינה איתרה קבלנים חלופיים על נקלה, מוכיחה יותר מכל כי אין מדובר בהסדר כובל של

ממש וכי התחרות בשוק לא נפגמה.

110. נאשמים 26-27 טענו במסגרת זו, כי חלקם בפרשה הינו מזערי וחסר חשיבות. זאת, משום שהם לא השתתפו בשום פגישה, לא תאמו, לא כבלו ולא הגבילו. לטענתם, כל שעשו התמצה בפנייה המשותפת והמותרת לרשות, במסמך המפרט את מצוקתם, הקורא לקיים פגישה בעניינם לשם מציאת פתרון למצוקתם, והמבקש לדחות את מועד הגשת המכרז לשם כך. לאור זאת עומדת, להם הגנת זוטי דברים.

111. כמו-כן, טענו הנאשמים כי עומדת להם הגנה מכוח סעיף 15א' לחוק ההגבלים - פטור סוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך.

תגובת המאשימה

112. המאשימה טענה, כי אין מקומה של הגנת זוטי דברים להתברר בשלב זה של המשפט, בין הטענות המקדמיות, אלא רק בשלב הכרעת הדין, לאחר שיש בידי בית המשפט כל הנתונים והראיות הנוגעות למעשה נושא האישום, ולאחר בירור מעשה העבירה, נסיבותיו, תוצאותיו והאינטרס הציבורי. אין מדובר בטענה מקדמית שניתן למחוק את האישום בגינה, אלא מדובר בהגנה מהותית, שעשויה להביא לזיכוי הנאשם אם תתקבל. בהקשר זה הפנתה המאשימה לדברים שנאמרו בפרשת רכטמן (פסקה 47) ובע"פ (ת"א) 1720/95 **מדינת ישראל נ' מנשה יוסף**, תק-מח (3)96, 3957,3962.

113. על אף האמור, טענה המאשימה, כי המגמה בפסיקה ביחס להגנת 'זוטי דברים' הינה מצמצמת, ויש להחילה בזירות במקרים בהם מעשה העבירה, אף לא הצמיח מידה מינימאלית של סכנה לציבור. זאת ועוד, טענה המאשימה, כי הפסיקה הגביהה את הרף הנדרש כדי לזכות בהגנת זוטי דברים בעבירות לפי חוק ההגבלים, בו יש היתרים ומסננים מובנים (ראו פרשת **אריאל רמזורים** (פסקה 26, 29); פרשת טגר (פסקה 50)).

114. לטענת המאשימה מכתב האישום ומהראיות עולה, כי אין מדובר במעשה קל ערך ובפגיעה קלת ערך בתחרות. כמו כן, הנאשמים לא הרימו את נטל ההוכחה המונח על כתפיהם להוכיח כי מדובר בפגיעה קלת ערך. עוד נטען, כי במקרה דנן מדובר בהסדר כובל אופקי בין מתחרים, שנועד להכשיל את המכרז ולהביא לכך שלא תוגש כל הצעה בשלב ב', ולא תתקיים כל תחרות בין 14 קבלני המדף שנבחרו בשלב הראשון. נטען בנוסף, כי בנסיבות אלה אין מדובר ב-14 חברות מתוך אלפים כפי שטענו הנאשמים, אלא מדובר בהתארגנות והסכמה שנועדה לאגד את כל החברות שיכלו לגשת למכרז, על מנת להביא לסיכולו המלא.

115. עוד נטען, כי עלילות הפגיעה בתחרות בעקבות ההסכמה, ברורה. ההסכמה כבלה את הצדדים ביחס למחיר שיידרש, לרווח שיופק ולכמות הנכסים או השירותים שבעסק. כמו כן, גיבושו של הסדר שכזה

עלול להשפיע על מפרייו, אשר צפו כי אחרים לא יגשו למכרז, ומשכך יכלו להגיש הצעות גבוהות מאלה שהיו מציעים אלמלא ההסדר. זאת ועוד, הסכמה שכזו עלולה לחייב את מזמין המכרז לשנות את תנאיו ואת אופיו. בנוסף טוענת המאשימה, כי בפועל, ההסדר הכובל הוביל לפגיעה של ממש בתחרות במכרז ולפגיעה בציבור. לגבי שלושה מתחמים, לא התקיימה כל תחרות, המכרז סוכל והיה צורך לצאת במכרזים חדשים. לגבי ארבעה מתחמים, התקבלה הצעתה היחידה של נאשמת 33 ולא התקיימה כל תחרות.

116. בנוסף נטען, כי הפקת רווח איננה תנאי מתנאי העבירה והפגיעה בתחרות וביציבור איננה תלויה ברווח של עובר העבירה. לפיכך, טענת הנאשמים כי לא נוצר רווח מפעילותם וכי ערביותיהם חולטו, איננה מובילה למסקנה כי מדובר בזוטי דברים. עוד נטען, כי הערכת הרווח וההפסד אינה מקומית בלבד, שהרי השפעת מעשי הנאשמים יכולה להוביל לרווחים שיושגו על ידם, או על ידי אחרים בהמשך ובטווח הארוך, ולהפסדים שיספוג הציבור בשל כך.

117. עוד נאמר, כי דובר במכרז ציבורי בנושא בעל חשיבות מהמעלה הראשונה, הנוגע לעניין בטחוני הקשור להגנה על חיי אדם, בתקופה של מתח בטחוני, שבה כל יום שעובר על תושב בלא מיגון משמעותי עבורו. לאור זאת, לא ניתן לומר על המכרז כי הוא בגדר זוטי דברים. נטען, כי שיקול האינטרס הציבורי הינו שיקול מרכזי לקבלת הגנת זוטי דברים, ובענייננו האינטרס הציבורי מצדיק את העמדת הנאשמים לדין (לעניין שיקול האינטרס הציבורי בקבלת טענת הגנת זוטי דברים ראו: **עניין וול במחוזי** בפסקה 48).

118. לסיכום, נטען כי ממכלול הראיות עולה, כי היקף המכרז הינו משמעותי ביותר, ועסקינן בהצעות בסדר גודל של 15,000,000 ₪ עבור מיגונו של כל מתחם. יתרה מזאת, מטרת מזמיני המכרז הייתה להוציא לפועל מתחמים נוספים במסגרת מכרז זה, אלמלא סוכל. בסיכומו של עניין נטען, כי מכלול נסיבות המקרה דנן מחזקות את המסקנה שאין מדובר במעשה קל ערך, וכי העבירה הנטענת אינה חוסה תחת הגנת זוטי דברים.

דין והכרעה

119. הסייג של זוטי דברים מסמיך את בית המשפט לזכות את מי שביצע את המעשים המיוחסים לו, אלא שטיב המעשים בנסיבות ביצועם ותוצאתם, כמו גם מידת הפגיעה שלהם באינטרס הציבורי, אינם כאלה המצדיקים הרשעתו של הנאשם בגינם (סעיף 34 לז' לחוק העונשין).

120. אשר לעיתוי שבו ניתן לברר את הטענה, קיימת מחלוקת בפסיקה אם מדובר בסייג שניתן לברר במסגרת טענה מקדמית, אם לאו. בהקשר זה יש לתת את הדעת למיקומה הגיאוגרפי של הוראת החוק במסגרת פרק ה' לחוק העונשין, שכותרתו "סייגים לאחריות פלילית". מיקום זה תומך במסקנה

שמדובר בסייג שההכרעה בו היא בתום ההליך, לאחר הבאת ראיות. בע"פ (ת"א) 1720/95 **מדינת ישראל נ' יוסף**, נקבע כי אין מדובר בטענה מקדמית, אלא בסייג לאחריות פלילית, וככזה ניתן לברר ולהכריעו בו רק לאחר שמיעת ראיות, ותוצאתו היא זיכוי.

121. למול קביעה זו קיימת פסיקה מחוזית מאוחרת יותר, המכירה בסייג כבטענה מקדמית (ע"פ (חי') 2094/01 **מדינת ישראל נ' פלונית**). גישה דומה, אף כי בנסיבות שונות, עלתה בת"פ (חי') 5040/96 **מדינת ישראל נ' רפאל איתן**, שבו נקבע כי נאשם המודה במיוחד לו בכתב האישום, רשאי להעלות טענה של זוטי דברים, שניתן להכריע בה ללא בירור ראיתי נוסף, בדרך של טענה מקדמית.

122. לשיטתי, גם אם ניתן באופן עקרוני- עיוני, להכריע בטענה גם בשלב המקדמי של המשפט, בהסתמך רק על הכתוב בכתב האישום וללא שמיעת ראיות, הדבר אפשרי רק במקרים חריגים, כאשר אופיו קל הערך של המעשה, עולה על פניו, מנוסח כתב האישום ולא אלה פני הדברים בענייננו. מעבר לכך, הפסיקה מגלה גישה מצמצמת במיוחד לגבי הפעלת הסייג לגבי עבירות בתחום ההגבלים העסקיים. זאת, מאחר שהחוק עצמו כולל מספר הוראות "מסננת" שמטרתה להוציא מגדרו מעשים שנלכדו ברשתו, מבלי שנתכוון אליהם או שהרשעה בגינם לא תשרת אינטרס ציבורי. קיומן של אותן "מסננות" מותיר לטוען הטענה חרך צר בלבד, שהאישור למעבר בו יינתן במשורה. על כך ראו בהרחבה בסעיף 72 להחלטה הראשונה.

123. בנסיבות ענייננו אין לומר, על פני הדברים, כי מדובר במעשה קל ערך ובפגיעת קלת ערך בתחרות. המדובר, לכאורה, בהתארגנות שנועדה לאגד את כל החברות שיכלו לגשת למכרז, על מנת להביא לסיכולו המלא. המדובר גם בהסדר אופקי שהתייחס למכרזים בעלי היקף כספי משמעותי, ואשר הייתה להם חשיבות ציבורית יתרה, גם בשל חשיבותו הביטחונית של המיגון. בנוסף, לא ניתן לומר על פני הדברים כי ההסדר לא הוביל לפגיעה בתחרות, לאור הצורך לצאת במכרזים חדשים לגבי חלק מהמתחמים, דבר שעיקב את הבנייה ולגבי חלק אחר, התקבלה הצעתו היחידה של אחד הנאשמים ולפיכך לא התקיימה כל תחרות. גם שאלת היקף הרווח שלטענת הנאשמים כלל לא הופק עקב ההסדר, אין בה כדי להכריע את הכף לטובת קבלת הטענה, מה גם שהיא שנויה במחלוקת בין ההגנה לבין המאשימה, ואין לה בשלב זה ביסוס ראיתי כלשהו.

124. אין בכך כדי לומר שלאחר שמיעת הראיות, שבשלב זה אינן גלויות בפני בית המשפט, לא יוכלו הנאשמים לשוב ולהעלות את הטענה במסגרת סיכומיהם, אולם על פני הכתובים אין לה בשלב זה מקום והיא נדחית.

125. לפיכך ובכפוף לאמור בפסקה 31 לעיל, הטענות המקדמיות הראשונות נדחות.

הדין בטענות המקדמיות החדשות

126. כאמור, טענות מקדמיות אלה, הועלו על ידי הנאשמים 5 ו-7, 10-11, 32-33 בדיון מיום 28.10.13. באותו דיון איפשרתי לנאשמים לעבות את טיעוניהם בכתב, והוריתי למאשימה להגיב עליהם. ב"כ נאשמים 5 ו-7 ו-10-11 הגישו טענות משלימות בכתב עליהן הגיב ב"כ המאשימה, ב"כ הנאשמים 31-32 העלה טענות בעל פה עליהן הגיב ב"כ המאשימה בשעת הדיון.

טענות הנאשמים 5 ו-7

127. טענות אלה מתמקדות באישומו של פרץ באישום השני שבכתב האישום נשוא ת"פ 22847-12-10 (להלן: "**כתב האישום הנוכחי**"), לאחר שהורשע במסגרת הסדר טיעון בכתב אישום המתוקן. לטענת סניגוריו של פרץ, לא היה מקום להגיש נגדו את כתב האישום הנוכחי, זאת הן משום קיומו של פגם או פסול בכתב האישום, בשל ריבוי האישומים החלופיים שבכתב האישום, הן משום טענת "כבר הורשעתי" והן משום טענת "הגנה מן הצדק".

128. באי-כוחו של פרץ טוענים, כי הוא כבר הורשע במסגרת כתב האישום המתוקן, בכך שהשתתף בפגישות בין התאריכים 12 ו-15 למאי 2008, יחד עם קבלני מדף נוספים, בהם קיימו המשתתפים מהלך הימנעות מהשתתפות במכרז, וכי השיג את הסכמת כל קבלני המדף (ופרץ בכללם) לא לגשת למכרז. לדבריהם, גם בכתב האישום הנוכחי, הוא מואשם בכך שהשתתף בפגישות בין התאריכים 12 ל-15 במאי 2008, יחד עם קבלני מדף נוספים, בהם קיימו המשתתפים מהלך הימנעות מהשתתפות במכרז, כאשר לבסוף, נמנעו הנוכחים מלהגיש את הצעותיהם. לדבריהם, מדובר בתיאור עובדתי זהה הן לגבי התאריכים, הן לגבי הפגישות, הן לגבי המכרז, הן לגבי המשתתפים, הן לגבי המהלך והן לגבי ההסכמה בין הקבלנים. ההבדלים היחידים בין שני כתבי האישום הם, לדבריהם, העובדה שבכתב האישום המתוקן הואשם פרץ בכך שהוא זה שהשיג את הסכמת כל קבלני המדף, כולל הוא עצמו, ואילו בכתב האישום החדש, אין פירוט לגבי חלקו בהשגת ההסכמה. ההבדל השני הוא, שבכתב האישום הנוכחי מואשמים הנאשמים כי נמנעו לבסוף מלהשתתף במכרז, בעוד שבכתב האישום המתוקן העניין כלל לא הוזכר.

129. לטענתם, עבירת ההסכם הכובל היא עבירה התנהגותית ולא תוצאתית ולפיכך ההבדל שכביכול קיים בין שני כתבי האישום לעניין יישום ההסדר, אינו חלק מרכיבי עבירת צד להסכם כובל, ולכן אינו מעלה ואינו מוריד. לטענתם, גם סעיפי החוק שבהם הורשע הנאשם בעקבות הודאתו בכתב האישום המתוקן (סעיף 47(א)(1), בצירוף סעיפים 5, 2(א), 2(ב)(1), 2(ב)(2), 2(ב)(4) ו-4 לחוק ההגבלים), זהים לאלה שבהם הוא מואשם בכתב האישום הנוכחי (סעיף 47(א)(1), 2(א), 2(ב)(1), 2(ב)(2), 2(ב)(4) ו-4 לחוק ההגבלים). לדברי בא-כוחו של פרץ, מדובר בריבוי עבירות מיותר בכתב אישום. זאת מאחר שמדובר באותה מסכת עובדתית נקודתית ולא רק בשרשרת אירועים שמקיימת את היסודות העובדתיים של אותה עבירה. לדבריהם, בנוגע ליחס שבין סעיפים 2 ו-5 לחוק ההגבלים, עמדת המאשימה עצמה אשר התקבלה בבית המשפט העליון בעניין בורוביץ' היא, כי סעיפי אישום אלה הם חליפיים וכי סעיף 5 לחוק, בא להקל להוכחת היסודות הדרושים לשם הרשעה בסעיפים 2 ו-4 ואינו עומד לכשעצמו. לכן, לטענתם, משנלכד הנאשם בהיותו מורשע בהיותו צד להסדר כובל, אין מקום להעמידו בשנית בגין היותו

צד לאותו הסדר. משכך, המדובר בפגם בכתב האישום המצדיק את מחיקת האישום כנגד פרץ בכתב האישום הנוכחי.

130. באשר לטענת "כבר הורשעתי", טוענים באי-כוחו של פרץ כי פרץ מואשם כעת בשנית, בגין אותם מעשים בדיוק עליהם כבר הורשע ולפיכך קמה לו טענה לפי סעיף 5 לחסד"פ. טענה זו, נועדה לדבריהם, למנוע מצב שבו נאשם מועמד לדין בפעם השנייה, בגין מעשה לגביו ניתן פסק דין סופי. לטענתם, במקרה דנן, קיימת זהות עובדתית כמעט מוחלטת בין האישום שבכתב האישום הנוכחי, לבין האישום שבכתב האישום המתוקן ולדבריהם היתה עומדת לפרץ טענת סיכון כפול, גם אלמלא הורשע או זוכה מאותו מעשה בעבר. לטענתם, המאשימה שרטטה את כתב אישום המתוקן בצורה כוללת בטרם התקבל ערעורה בע"פ 6328/12, זאת מתוך מטרה ללכוד את הנאשם בגדרי העבירות שנמחקו, עקב הטענה של אכיפה בררנית. לאחר שפרץ הורשע במעשים ובעבודות נשוא כתב האישום המתוקן בהליך משפטי נפרד, העמדתו בשנית בפני אישום נוסף, בדבר אותם אישומים בדיוק, עולה ללא ספק כדי אישום כפול.

131. בנוסף, עומדת לפרץ, לטענתם, בנסיבות אותו מקרה הגנה מן הצדק. לדבריהם, על פי המבחן התלת-שלבי שנקבע בהלכות בורוביץ' וטגר, נפלו בהליך ובכתב האישום פגמים רבים, כולל הסירוב לשמוע את פרץ ויתר הטענות שהועלו במסגרת ההליך שקדם להחלטה הראשונה. באשר לשלב השני הנוגע לבחינת איזון האינטרסים שבין חומרת העבירה, עוצמת הראיות וההשלכות של אי העמדת עבריינים לדין, אל מול מידת הפגיעה ביכולת הנאשם להתגונן ובזכויותיו, עדיף לו להליך שלא ימשך משיימשך. זאת, בין היתר, בשל העובדה שהמאשימה אינה טוענת כי תדרוש עונש מאסר לגבי מי מהמעורבים בהליך. בנוסף לטענתו, גם אם יורשע פרץ בכתב האישום הנוכחי, סביר להניח שהענישה לגביו תהיה קלה עד בלתי קיימת. מעבר לכך, הוא הודה בחלקו בפרשה, קיבל עונש המשקף את חומרת מעשיו ויכולתו להתגונן נעלמה כמעט באופן מוחלט, בשל העובדה שכבר הודה במסגרת הסדר הטיעון בכל העובדות הצפויות לעלות במסגרת ההליך הנוכחי.

132. גם באשר לשלב השלישי, בחינת האמצעי המידתי לריפוי הפגמים, נטען, כי פרץ כבר ריצה עונש בגין ביצוע המעשים הנדונים, כולל השגת הסכמה - שהיא עצמה ההסדר הכובל - של כל הקבלנים, ולכן אין צורך להידרש כלל לדיון בנוגע לשלב זה. באי-כוחו של פרץ טוענים לחלופין, כי אם יתיר בית המשפט לדון באישום הזהה על אף טענותיהם, הרי שגם אם יורשע פרץ בשנית, אין להטיל עליו עונש נוסף וזאת על פי הוראת סעיף 186 לחסד"פ.

תגובת המאשימה

133. באי-כח המאשימה מבקשים לדחות את טענות פרץ על שלוש ראשיות. לדבריהם, פרץ הואשם בכתב האישום המתוקן ובכתב האישום הנוכחי, בשני מעשים שונים, בשני אישומים שונים, ובשתי עבירות שונות בעלי יסודות שונים. תחילה הם מציינים, כי באי-כוחם של פרץ ושל נאשמת 7 (החברה שבניהולו) לא

העלו ולו טענה אחת המצדיקה את מחיקת הנאשמת 7 מכתב האישום, מאחר שנאשמת זו לא הואשמה באישום קו הפעולה וממילא לא הורשעה בו. לדבריהם, יש בכך כדי להמחיש את השוני בין האישומים כלפי פרץ אשר הואשם בכתב האישום המתוקן כאורגן של התאחדות הקבלנים, בעניין קו הפעולה, המואשם כעת, כאורגן של החברה הקבלנית - הנאשמת 7 - יחד עם קבלנים וחברות קבלניות נוספות בעניין ההסדר הכובל.

134. באי-כח המאשימה מוסיפים וטוענים, כי המעשה הפיזי שעשה פרץ בכל אחד מהאישומים הוא שונה. בכתב האישום המתוקן הוא הואשם בכך שהמליץ, בהיותו חבר נשיאות חבר התאחדות הקבלנים, בפני קבלני מכרז מיגון עוטף עזה כי הקבלנים לא יגשו לשלב ב' במכרז. במסגרת המלצה זו תמך בקבלנים בהתארגנותם, השתתף לפחות בשתי פגישות, בהן קידמו המשתתפים מהלך להימנעות מהגשת הצעות למכרז, הביע במהלכן תמיכה במהלך והמליץ למשתתפים שלא לגשת למכרז. הוא קידם את המהלך האמור, בכך שפעל מול קבלני המדף והשיג הסכמתם שלא לגשת לשלב ב' של המכרז. לעומת זאת, על פי עובדות כתב האישום הנוכחי, במסגרת פגישות ומגעים שהתקיימו בין הנאשמים או חלקם, הסכימו קבלני מכרז עוטף עזה ופרץ בתוכם, בכתב או בעל-פה, כי קבלני המדף יימנעו מלהגיש הצעות לשלב ב' במכרז. לדבריהם, סעיף זה כלל לא מופיע בתיאור האישום כפי שהוצג על ידי באי-כוחו של פרץ במסגרת טענותיהם המקדמיות. הסכמתו של פרץ באה לידי ביטוי, בין היתר, במסמך כתב היד ובמסמך החתימות. לדבריהם, הצטרפותו של פרץ להסכמה המתוארת במסמכים אלה, מקימה את יסודות העבירה בעניין ההסדר הכובל, אולם לא בא זכרה באישום בעניין קו הפעולה. לטענת ב"כ המאשימה, כאשר המעשים הפיזיים המיוחסים לנאשם שונים, אין מקום לדוקטרינת "הסיכון הכפול" או לטענת "כבר הורשעתי". לדבריהם, על פי מבחנים שנקבעו בפסיקה, יש לבחון האם ניתן לבצע כל עבירה בנפרד, ולא לבצע את חברתה. על פי יישומו של המבחן בענייננו, פרץ יכול היה לבצע את האישום בעניין ההסדר הכובל בשלמותו ולהסכים עם חבריו שלא לגשת למכרז, מבלי להמליץ על כך לחבריו, ובכך לא לבצע את האישום לעניין קו הפעולה. מנגד, הוא יכול היה לבצע את האישום לעניין קו הפעולה בשלמותו, אך ברגע האמת להתחרט ולא להסכים להסכם הכובל.

135. עוד לדבריהם, חוק ההגבלים אוסר שתי התנהגויות שונות. האחת, איסור על אדם להיות צד להסדר כובל (סעיף 4 לחוק) והשנייה, איסור על איגוד עסקי לקבוע או להמליץ לחבריו על קו פעולה העלול לפגוע בתחרות. לדבריהם, יסודות העבירה של צד להסדר כובל בסעיף 2(א) הינם: קיומו של הסדר; עשיית ההסדר בין מנהלי עסקים; הגבלה המוטלת על לפחות אחד מהצדדים להסדר; הגבלה העלולה למנוע או להפחית את התחרות בעסקים. לעומת זאת, יסודות העבירה בסעיף 5 הינם: היות העושה איגוד עסקי; קביעת קו פעולה לחברי האיגוד או חלקם או המלצה עליו; קו הפעולה עלול לפגוע בתחרות. האיסור על קו פעולה חל גם על פעולה שאיננה בגדר הסדר ודי בהמלצה לעומת זאת, האיסור על הסדר כובל מחייב קיומו של הסדר בין הצדדים. מכאן עולה, שכאשר קיימים הסדר בין מנהלי עסקים שהוא כובל ועלול לפגוע בתחרות, מתקיימת עבירה לפי סעיפים 2 + 4 לחוק. לעומת זאת, כשמדובר בקביעה או בהמלצה של איגוד עסקי, העלולה לפגוע בתחרות, עניין לנו בעבירה לפי סעיפים 5 + 4 לחוק, כאשר ייתכן כי בפרשייה אחת תתבצענה שתי עבירות. המאשימה מדגישה, כי בכתב האישום המתוקן לא הואשם פרץ כי פעל לפי המלצת האיגוד העסקי, ולא יוחסה לו עבירה לפי חלק זה

של הסעיף. אישומו התבסס על היותו אורגן של הארגון העסקי שהמליץ על קו הפעולה, כאשר מכח הוראת סעיף 5 לחוק, רואים את האיגוד העסקי כצד להסדר הכובל. לפיכך, טענת "הסיכון הכפול" אינה רלבנטית, בשל השוני בין העובדות המקימות את יסודות שתי העבירות. בנוסף, מצביעה המאשימה על כך שפרץ הורשע בעקבות כתב האישום המתוקן בעבירה המבוססת גם על סעיף 5 לחוק, ואילו הוראת חיקוק זאת נעדרת מהאישום בכתב האישום הנוכחי.

136. עוד לטענת המאשימה, אין כל פסול בכך שכבר בעת הגשתו של כתב האישום הנוכחי במקורו, הוגשו כנגד פרץ שני אישומים ולא אחד. לדבריה, צורפו מעשיו שהיוו סדרת מעשים הקשורים זה לזה בכתב אישום אחד, אולם, מדובר בשני מעשים שונים ובשתי עבירות שונות, כשבכל מעשה ובכל עבירה, פעל פרץ בכובע שונה כאורגן של יישות שונה.

137. באשר לטענות בדבר הגנה מן הצדק, טוענים ב"כ המאשימה כי ב"כ של פרץ לא הצביעו על פגמים משמעותיים בהתנהלות המאשימה, וממילא אין טענותיהם צולחות את השלב הראשון של המבחן המשולש שנקבע בהלכת בורוביץ' וטגר. לדבריהם, הנאשם לא הרים את הנטל הראשוני כדי להראות כי המשך ההליך עומד בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית. בנוסף, אין יסוד לטענת ב"כ פרץ בדבר העונש שאותו תבקש המאשימה, במידה ויורשע מי מהנאשמים בעבירות שיוחסו לו. עוד הם מצביעים על כך שבמסגרת הסדר הטיעון לגבי כתב האישום המתוקן, נאמר במפורש "**מוסכם כי הודיית הנאשם בת"פ 12-09-3799 אינה מהווה, כשלעצמה, הודייה בהיותו צד להסדר הכובל המיוחס לנאשם באישום 2 בת"פ 10-12-22847 (אשר בעניינו תלוי ועומד ע"פ 6328/12)**". דברים אלה עומדים בסתירה לטענה, כי הודיית הנאשם במעשים המקימים את קו הפעולה מהווים גם הודאה במעשים המקימים את עבירת ההסדר הכובל. עוד נטען, כי פרץ לא נתן את גרסתו לגבי האישום בעניין ההסדר הכובל, ולאחר הודייתו באישום לעניין קו הפעולה נחקר בשנית ושמר על זכות השתיקה.

הטענות המשלימות

138. לאחר הגשת טענות המאשימה, התרתי לב"כ הנאשמים 5 ו-7 תגובה קצרה ואפשרתי לב"כ המאשימה להגיב עליה. בטענותיהם המשלימות הצביעו ב"כ פרץ על הפירכה הלוגית שיש בטענת המאשימה, לפיה פרץ יכול היה לבצע את האישום בעניין קו הפעולה בשלמותו אך ברגע האמת להתחרט ולא להסכים להסדר הכובל. עוד לדבריהם, עבירת ההסדר הכובל קמה בו ברגע שבו מושגת הסכמה בין הצדדים, וחרטה מאוחרת לגבי השגת ההסכמה אינה פוטרת את הנאשם ואינה מפחיתה מקיומו של ההסדר. עוד לדבריהם, ברמה העקרונית, אכן קיים הבדל בין המלצה לבין הסכמה, וייתכנו מקרים שתהיה בהם המלצה שאינה עולה כדי הסכמה. אולם, בנסיבות עניינינו, ההמלצה הנוטענת על ידי המאשימה נעשתה בדרך של השגת הסכמה, ולפיכך מקיימת ההמלצה בה הוגשה פרץ כפי שתוארה על ידי המאשימה, את כל יסודות העבירה של עשיית הסדר כובל. ב"כ המאשימה, בתגובתם לתגובה, טוענים כי אישומו של פרץ באישום שעניינו קו פעולה, לא נגע להסכמתו עם קבלני המדף לגבי הסדר כובל ולא לכך שהשיג את הסכמת קבלני המדף. אישומו נגע בכך שהמליץ לחבריו על קו פעולה בפגישות, וכן שפעל על

השגת הסכמתם של כל קבלני המדף שלא לגשת למכרז. פעולות אלה, אינן מקימות הסדר כובל, משום שחסר בהן יסוד ההסכמה הנחוץ להרשעה בעבירה זו. לדברי המאשימה, ישנו הבדל ברור בין המלצה על קו פעולה בגינה הואשם פרץ הודה והורשע, לבין הסכמתו על הסדר כובל בגינה תלוי ועומד נגד האישום הנוכחי. המדובר במעשים פיזיים שונים ובהוראות חיקוק שונות ולפיכך יש לדחות את טענותיו.

דין והכרעה

139. דין טענותיהם של הנאשמים 5 ו-7 להידחות. להבנתי, לא נפל פגם בכך שפרץ והנאשמת 7 הואשמו בעשיית הסדר כובל יחד עם יתר קבלני המדף, לצד אישומו של פרץ כאורגן של התאחדות הקבלנים בהמלצה על קו פעולה. כזכור, במסגרת טענותיו המקדמיות של פרץ לגבי נוסחו של כתב האישום המתוקן, התלבנה השאלה, האם קיימת סתירה בין העובדה שהוא שימש במפגשים עם קבלני המדף בשני "כובעים", הן כאורגן ההתאחדות והן כשותף לעשיית ההסדר הכובל וכצד לו. באותו עניין טענו ב"כ של פרץ טענה הפוכה, לפיה היותו שותף לכאורה בהתארגנות להחרמת המכרז בכובעו כמנהלה של הנאשמת 7, שהיתה אחד מקבלני המדף, שוללת את האפשרות לייחס לו עבירה לפי סעיף 5, כאורגן של ההתאחדות, במסגרת פעילותו להחרמת המכרז. באותו עניין קבעתי, בהחלטתי מיום 19.12.12, כי:

"... אין לשלול מצב שבו ממלא תפקיד באיגוד עסקי יביא לפני יתר חברי האיגוד המלצה של האיגוד העסקי לנקוט בפעילות פוגעת תחרות ויהיה גם בעצמו צד לאותה פעילות. ככל שהראיות ילמדו כי הפעילות המיוחסת לנאשם היוותה המלצה לחברי האיגוד העסקי, בכובעו כאורגן של האיגוד, לתאם ביניהם פעולה מאורגנת להכנת המכרז, עצם העובדה שהוא פעל גם כצד להסדר אינה שוללת את אחריותו הפלילית, כאורגן, למעשיה האסורים של ההתאחדות. בעניין זה, מקובלת עליי עמדת המאשימה, כי ניתן לייחס לנאשם שהוא אורגן של תאגיד מחד ואישיות עצמאית מאידך עבירות, הן כאורגן של תאגיד והן כאישיות עצמאית או כאורגן של שני תאגידים. בהקשר זה הלכה פסוקה היא, כי אורגן המביא לכך, במעשיו, שהתאגיד יישא באחריות פלילית אינו יכול לרחוץ בניקיון כפיו ועליו לשאת באחריות ישירה לעבירתו של התאגיד. ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פד נט(1) 755 וכן ע"פ 7399/95 נחושטן תעשיות מעליות בע"מ נ' מדינת ישראל, פד נב(2) 105."

140. אותו הגיון, אך במהופך, מתקיים גם לגבי טענתם של באי-כוחו של פרץ דהיום, כי הרשעתו בהמלצה על קו הפעולה מטעמה של התאחדות הקבלנים, לנקוט בפעילות פוגעת תחרות במסגרת המפגשים של קבלני המדף, שוללת את האפשרות לייחס לו אישום בדבר היותו צד לאותה פעילות. בעניין זה מקובלת עליי עמדת המאשימה כי מדובר בשני מעשים שונים שעשה פרץ ובשתי עבירות שונות, כשבכל מעשה עבירה פעל בכובע שונה וכאורגן של אישיות משפטית שונה.

141. לחידוד הפן המשפטי של הטענה יוצבע על כך שבסעיף 5 לחסד"פ קבע המחוקק, כי אין דנים אדם

פעמיים בשל מעשה אחד. טענה זו הנשענת על "דוקטרינת מעשה בית דין", מוכרת בשם "כבר נשפטתי" או "כבר הורשעתי" או "כבר זוכיתי". טענת "סיכון כפול" לעומת זאת, מבוססת על העיקרון הרחב יותר, שאין להעמיד אדם פעמיים בסכנה של הרשעה בפלילים, ללא קשר לתוצאת ההליך הראשון, ובלבד שהעניין שבו מואשם על פי כתב האישום הנוכחי היה תלוי ועומד כדין בפני בית משפט מוסמך, וגם אם ההליך נקטע מסיבה כלשהי ולא הסתיים בהכרעה. "**הרציונל לכלל זה טמון באיסור לחשוף נאשם יותר מפעם אחת למבוכה ובושת פנים, למאבק ולהוצאות הכרוכים בהתדיינות נוספת, ולחיים בצל דאגה, אי וודאות, ואי בטחון. תכלית דוקטרינה זו לקדם את האינטרס הציבורי בקיום משפט צדק...**" (ע"פ 8010/07 חזיזה נ' מדינת ישראל (13.5.09)).

142. לצורך הצלחה בטענה, אין די בקיומו של פסק דין מזכה או מרשיע, אלא על הנאשם להוכיח את זהות המעשים בגינם הוגש כתב האישום. מעשים זהים, הם אלו אשר כל אחד מרכיביהם העובדתיים, למעט אלה הנוגעים ליסוד הנפשי, נכללים זה בזה, גם אם המעשה השני כולל יותר רכיבים מאשר המעשה הראשון. לפיכך, אם כלל אחד המעשים רכיבים נוספים על אלה של משנהו - עדיין המעשים זהים, אך אם כלל כל אחד מן המעשים רכיבים נוספים על אלה שמהם מורכב משנהו - אין המעשים זהים; זאת, גם אם חלק מהרכיבים חוזר בשני המעשים (ראה ע"פ 646/86 איטח נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 673; בג"צ 69/85 פרומר נ' ביה"ד הצבאי לערעורים מ(2) 617; ע"פ 244/73 אורי רבר נ' מדינת ישראל פ"ד כח(1) 798 (להלן: "רבר"); ע"פ 132/57 נכט נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יא (1544).

143. בעניין רבר חודד, כי לצורך קביעת זהות בין המעשים, יש להתחשב ביסודות העובדתיים המקימים את העבירה שבפרק הוראות החיקוק, המיוחסת לנאשם, ולא בתיאור המילולי של העבירה כפי שהוא מתואר בכתב האישום. זאת, שכן בכתב האישום יש ותיכתבנה עובדות שאינן חלק "מהאקטוס-ראוס" של העבירה. בנסיבות ענייננו, העובדות המקימות את האישום לעניין עבירת קו הפעולה, כוללות את המלצת פרץ, בהיותו אורגן של הארגון העסקי, על קו פעולה העלול לפגוע בתחרות לפני חברי האיגוד. לעומת זאת, העובדות המקימות את יסודות העבירה לעניין ההסדר הכובל כלפי פרץ, כוללות את היותו כמנהל עסקים, צד להסדר כובל, בכך שהסכים עם קבלנים נוספים שקבלני המדף לא יגשו למכרז. מכאן, שאין זהות בין הרכיבים העובדתיים של שתי העבירות, זו שיוחסה לו בכתב האישום המתוקן וזו המיוחסת לו בכתב האישום הנוכחי. בנוסף לכך, יצויין, כי בכתב האישום המתוקן הואשם פרץ, בין היתר, בעבירה לפי סעיף 5 לחוק ההגבלים שעה שבכתב האישום הנוכחי אין הוא מואשם בעבירה זו. עוד יצויין, כי לא נטען בכתב האישום המתוקן שפרץ פעל לפי המלצת האיגוד העסקי. מעבר לכך, עולה כי הצדדים היו מודעים להבדל שבין שתי העבירות שיוחסו לו, בעת עשיית הסדר הטיעון, וציינו במפורש כי מוסכם שהודיית פרץ בכתב האישום המתוקן, לא תהווה לכשעצמה הודאה בהיותו צד להסדר הכובל המיוחס לו באישום השני שבכתב האישום הנוכחי.

144. בשל כל האמור, אין לטעמי יסוד לטענת "הסיכון הכפול" שמעלים באי-כוחו של פרץ. אין גם יסוד לטענה שנפל פגם או פסול בכתב האישום הנוכחי, משום שלא היה מקום לייחס לו הן את האישום הראשון שבו הורשע במסגרת כתב אישום המתוקן והן את האישום השני. המדובר בשני מעשים שונים

ובשתי עבירות שונות, שבכל אחת מהן פעל כאורגן של תאגיד אחר, ולכן לא היתה מניעה שיועמד לדין בכל אחד מן האישומים, בגין המעשה המיוחס לו בגינם, גם אם זה נבע ממעשים שנעשו על ידו באותו זמן או באותו מקום, בכובעים שונים. אף כי, כפי שהוסבר לעיל, מדובר במעשים שונים ונפרדים מבחינת הגדרתם.

145. בנוסף, אינני סבור כי עמידתה של המאשימה על הוכחת האישום השני כלפיו, לאחר שהורשע ונגזר דינו בעקבות כתב האישום המתוקן, מהווה בגדר "נגישה" המקימה לו הגנה מן הצדק לפי סעיף 109(10) לחסד"פ. אינני סבור כי יש קשר בין ההתנהלות הנוגעת לסוגיית השימוע שבגינה הוחלט למחוק את האישום הראשון כנגד פרץ, ולבין החזרת האישום השני המיוחס לו במסגרת כתב האישום הנוכחי, בעקבות פסק הדין בע"פ 6328/12. בסופו של יום, ניתן לפרץ יומו בעניין השימוע וכאמור, אינני סבור כי נפל בהחלטת המאשימה פגם הצולח את השלב הראשון של המבחן המשולש שנקבע בהלכות בורוביץ' וטגר. לא זו אף זו, אף אילו קיבלתי את הטענה לגבי קיומו של פגם, הרי במאזן שבין הנזק הנטען לפרץ, לבין האינטרסים התומכים בקיומו של הליך פלילי והעמדה לדין של עבריינים, אין המדובר, בכל מקרה, בהתנהגות כה שערורייתית וכה מקוממת שיש בה כדי להטות את הכף לכיוון קבלת הטענה. באשר לטענה בעניין סעיף 186 לחסד"פ, מקומה להתברר, אם וכאשר, יורשע פרץ בעבירה המיוחסת לו, במסגרת פרשת גזר הדין. לא למותר לציין, כי באי כח פרץ לא העלו טענה כלשהי לגבי הנאשמת 7 שהיא אשמה רק באישום השני במסגרת כתב האישום הנוכחי, אך לא במסגרת כתב האישום המתוקן. גם עובדה זו מלמדת על "הבדלי הכובעים", שבין תפקידו של פרץ במסגרת כתב האישום המתוקן, לבין העבירה המיוחסת לו כמנהלה של נאשמת 7 במסגרת כתב האישום הנוכחי.

146. לאור כל האמור, טענותיהם המקדמיות של הנאשמים 5 ו-7 נדחות.

טענות הנאשמים 10 ו-11

147. טענותיהם של נאשמים אלה מתבססות על טענת הגנה מן הצדק, בגין הסתמכות על עצה משפטית וכן על קיומו של הסייג לאחריות פלילית של "זוטי דברים". באשר לטענה של הסתמכות על עצה משפטית, טוענים הנאשמים, כי בשונה מקבלני מדף אחרים, הם פנו וקיבלו ייעוץ משפטי מלא מעו"ד לרר, אשר היה בעת הרלבנטית יועצה המשפטית של התאחדות הקבלנים, והוא זה שניהל את הדין ודברים אל מול מזמין העבודה משרד השיכון. לדבריהם, בשונה מן הקבלנים האחרים, הם טענו באופן פרטני כלפי המזמין את הטענה שהבניה העצמית שאושרה לתושבי עוטף עזה, היוותה מכשלה בפני עצמה להשתתפות במכרז ועמדה בניגוד מוחלט לעמדת המדינה בבג"צ פנחס. עוד לדבריהם, הנאשמים אשר הגישו את התחייבותם להיכלל במאגר קבלני המדף, עשו זאת לאחר פרסום הלכת פנחס ומתוך הסתמכות על עמדת המדינה שהוצגה שם.

תשובת המאשימה

148. המאשימה טוענת, כי ככל שמדובר בטענת אכיפה בררנית ביחס להחלטה בעניין בתי החולים הכרוניים, הרי עניין זה הוכרע על ידי בית המשפט העליון בע"פ 6328/12 ואין בו כדי להוביל לבטלות האישום. עוד טוענת המאשימה, כי קיומו של ייעוץ משפטי אינו מהווה טענה מקדמית, וכי המדובר בטענה ראייתית הצריכה להתברר במשפט גופו. המאשימה שבה וטוענת, כי ביחס לעבירה המיוחסת לנאשמים בכתב האישום, לא רק שלא היה ייעוץ של עו"ד לרר שאישר זאת, אלא שהאחרון טען בתוקף כי חזר והתריע בפני הנאשמים שהסכמה כזו הינה אסורה. לדבריה, עמדה זו זוכה לאישוש ותמיכה גם ממסמכים שנכתבו בזמן האירועים וכן מראיות נוספות. באשר לטענת זוטי הדברים, טוענת המאשימה, כי המדובר בטענה לא מפורטת ומכל מקום, טענה זו נדחתה ביחס לאישום השלישי במסגרת ההחלטה מיום 7.6.12, ויש לדחותה אף לגבי ההסדר הכובל נשוא האישום השני.

דין והכרעה

149. גם דין טענות הנאשמים 10 ו-11 להידחות בכל הנוגע לאי העמדתו לדין של עו"ד לרר. בעניין זה, יש להבחין בין טענת ההסתמכות על ייעוץ משפטי הנשענת על סעיף 34 ל חוק העונשין, לבין טענת האכיפה הבררנית הנוגעת לאי העמדתו של עו"ד לרר לדין. בכל הנוגע לטענת ההסתמכות על ייעוץ המשפטי, אין המדובר בטענה מקדמית, אלא בטענה ראייתית-משפטית שמקומה להתברר במהלך שמיעת הראיות. בכל הנוגע לטענת האכיפה הבררנית, הכרעתי בטענה זו, שעלתה גם בהתייחס לעו"ד לרר, במסגרת החלטתי בעניין הטענות המקדמיות הראשונות, בסעיפים 107-105, וקבעתי כי אין המדובר באכיפה בררנית מהטעמים שפורטו שם. קביעה זו כוחה יפה גם לגבי טענתם הנוספת של הנאשמים 10 ו-11, באותו עניין.

150. בכל הנוגע לטענות המסתמכות על בג"צ פנחס ועל עמדת המדינה כפי שהוצגה במסגרת-טענות זהות עלו גם מצידם של נאשמים אחרים במסגרת הטענות המקדמיות הראשונות. דנתי באותן טענות ודחיתי אותן, כמפורט בפסקה 85 לעיל, והדברים תקפים גם לגבי טענות הנאשמים 10 ו-11 דכאן.

151. בכל הנוגע לטענת זוטי הדברים כפי שעלתה מפי הנאשמים 10 ו-11, טענה זו כפי שהועלתה כאן, היתה כוללנית ולא מפורטת. דנתי במפורט באותה טענה שעלתה גם מפי נאשמים אחרים במסגרת הטענות המקדמיות הראשונות, ודחיתי אותה בפסקאות 124-119 לעיל.

טענות הנאשמים 32-33

152. בדיון מיום 28.10.13 טען ב"כ הנאשמים, כי כתב האישום לא מפרט את העובדות המפלילות את הנאשמים ויש לבטלו בשל כך. לדבריו, חסרות עובדות בכתב האישום והוא לא מגלה על פניו עבירה.

עוד לדבריו, מרשיו הגישו הצעה לשלב ב' ולפיכך אין בסיס לטענה כי ביצעו עבירה פלילית. בעניין זה טען, כי למרשיו קיימת טענת חרטה כלשונו, "אם אני מתכוון לרצוח מישהו וברגע האחרון אני מתחרט אז אני לא נאשם. זה החוק. לפי חוק ההגבלים, אם במידה ויתברר שהיו פגישות ואני מתחרט ומצאתי שמה שהם עושים זה לא חוקי או לא בסדר ואני יוצא מזה, אז איך אני גם נאשם? ..."

תשובת ב"כ המאשימה

153. ב"כ המאשימה טען במענה, כי האישום שבו הואשמו הנאשמים 32-33 מתבסס על העובדה שהם הגיעו להסכמה כמפורט בכתב האישום, והוא משכלל עבירה מושלמת של עשיית הסדר כובל. לטענתו, הגשת ההצעות למכרז, בשלב מאוחר יותר, לאחר עשיית ההסדר הכובל, אינה מהווה חלק מיסודות העבירה ואיננה מצדיקה פטור עקב חרטה.

דין והכרעה

154. אכן, מקובלת עלי עמדת ב"כ המאשימה, כי על פי התאור העובדתי המופיע באישום השני, הצטרפו הנאשמים 32-33 להסדר הכובל שנעשה בין הקבלנים. לפיכך, השתכללה במעשיהם, לכאורה, עבירה של עשיית הסדר כובל, ולפיכך כתב האישום מגלה על פניו עבירה. סוגיית החרטה לה טוען ב"כ הנאשמים, נסמכת על הוראת סעיף 28 לחוק העונשין לפיה "מי שניסה לעבור עבירה, לא ישא באחריות פלילית לניסיון, אם הוכיח שמחפץ נפשו בלבד ומתוך חרטה חדל מהשלמת המעשה או תרם תרומה של ממש למניעת התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה; ואולם, אין באמור כדי לגרוע מאחריותו הפלילית בשל עבירה מושלמת אחרת שבמעשה".

155. הנה כי כן, הגנת הפטור עקב חרטה, חלה רק לגבי מי שביצע עבירה של ניסיון, שבמסגרתה טרם הושלם המעשה, ולא לגבי מי שהתחרט על מעשיו לאחר ביצוע העבירה המושלמת. הגנת הפטור עקב חרטה בהקשר של עבירת ההסדר הכובל, נדונה בהרחבה בע"פ 7399/95 נחושטן תעשיות מעליות בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(2), 105 (1998). באותה פרשה, התנהל בין היתר, משא ומתן בין מנהל השירות של חב' נחושטן אלי נעמן (להלן: "נעמן") לבין בעלים של חברת מעליות אחרת, כאשר במפגשים ביניהם הציע נעמן לאותו מנהל שתי אופציות, רכישת תיקי השירות של החברה שבבעלותו על ידי נחושטן, או עריכת הסדר כובל בין חברתו לבין נחושטן. בפגישה נוספת שנועדה למתן תשובה לאותן הצעות, השתתף גם מנכ"ל נחושטן דאז, עמיקם בן צבי (להלן: "עמיקם"), אשר דחה במפורש את הרעיון לעריכת הסדר כובל, וציין כי על השולחן נמצאת רק האופציה של רכישת תיקי השירות. בית המשפט המחוזי סבר כי על אף עמדתו זו, עצם העלאת הרעיון על ידי נציגי האחרים של נחושטן נעמן, ומנהל השירות בירושלים יואב מגן (להלן: "מגן"), מחייבת את נחושטן וגם את עמיקם, על אף הסתייגותו מהרעיון. לעומת זאת בית המשפט העליון בערעור קבע, כי עמיקם זכאי להגנת הפטור, בשל

הסתייגותו המפורשת בפגישה מהרעיון לעריכת הסדר כובל, גם אם חרטתו לא נבעה מטעמים מוסריים, אלא מסיבות כלכליות, חברתיות או אחרות. חרטה זו, כך קבע, עומדת גם לזכותה של נחושתן כתאגיד, אך לא לזכותם של מגן ועמר, שכאורגנים של החברה יזמו את הרעיון לעריכת ההסדר הכובל, יוזמה, שלגביה הם נושאים באחריות אישית ובגינה לא גילו כל חרטה. לפיכך אין לראות בחרטת החברה, הנסמכת גם על הסתייגויות של עמיקם, משום חרטה מצידם, לפי סעיף 28 לחוק העונשין.

156. כאמור, הקשרם המובהק של הדברים, נגע לעניין עבירה של ניסיון להסדר כובל, שרק בגדרה עשוי המנסה לזכות בפטור מטעמי חרטה, ולא בעבירה מושלמת. הרציונל שמאחורי הגנת הפטור, נועד לתת תמריץ למי שמתכנן עשייתה של עבירה ואף מתחיל בביצועה, אך מחליט מיוזמתו הוא, ולא עקב לחץ חיצוני או גילוי כוונתו, לחזור בו מביצוע העבירה בטרם הושלמה. הרציונל שעומד בבסיסו של הפטור מוסבר בדברי ההסבר להצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992, בעמ' 129:

"...חזקה על אדם כזה שלא ישוב עוד לסורו, ואין כל טעם לייסר אותו בייסורים נוספים. אבל כל זאת בשני תנאים: אם המדובר בעבירה של תוצאה והמנסה השלים את האלמנט ההתנהגותי, מן הדין שיתרום תרומה של ממש למניעת התוצאה; ועל כל פנים, שבחלק מן העבירה שבוצע לא יהיה משום עבירה מושלמת אחרת" (ראה גם דברי חבר-הכנסת יצחק לוי בד"כ 139 (תשנ"ד) 334, וראה גם דברי ההסבר להצעתה של ועדת אגרנט, "הצעת חלק כללי לחוק עונשין חדש ודברי הסבר" [7], בעמ' 219).

157. בענייננו עבירת ההסדר הכובל המיוחסת לנאשמים, היא עבירה התנהגותית, המושלמת בעצם עשיית ההסדר, ללא קשר ליישומו בפועל ועניין היישום אינו מהווה חלק מהגדרת העבירה. ראו ע"פ 845/02 מדינת ישראל נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית לישראל בע"מ, פ"ד ס"ב (3) 307 (2007). לפיכך, מי שהתקשר בהסדר כובל, אינו יכול להנות מהגנת הפטור כאשר ההסדר כבר הושלם, ועצם העובדה שלאחר עשיית ההסדר לא נהג לפיו, אינה יכולה לשמש עבורו הגנה, במידה וההסדר הושלם. מעבר לכך יצוין, כי כתב האישום, שעל פיו בלבד נבחנות טענות הנאשמים, אינו כולל כל התייחסות לכך שבמהלך המגעים, גילו הנאשמים 32 ו-33 הסתייגות לגבי עשיית ההסדר הכובל. לפיכך, הטענה שבפועל לא נהגו לפי ההסדר, יכולה לכל היותר לשמש כטענה לזכותם במסגרת הטיעונים לעונש, ככל שיורשעו.

158. לאור כל האמור, טענות הנאשמים 32-33 נדחות.

סוף דבר

159. מכלול הטענות הראשונות והחדשות נדחות בזה, בכפוף לאמור בפסקה 31 לעיל שבה הוריתי על תיקון כתב האישום על דרך של הוספת פרטים, ככל שישנם בידי המאשימה, כמפורט בסעיפים 23 ו-24

לתשובת המאשימה מיום 1.9.11 לטענות המקדמיות הראשונות, וזאת עד ליום 16.1.14.

במועד הקבוע ליום 19.1.14 ייקבע המשך ההליכים בתיק, כולל המועד ואופן הגשת התשובה לכתב האישום. באותו מועד גם יתקיים בירור מקדמי לפי סעיף 144 וכן לגבי קביעת מועדי הוכחות נוספים.

160. **המזכירות** תעביר העתק ההחלטה לצדדים.

ניתנה היום, י"א שבט תשע"ד, 12 ינואר 2014, בהעדר הצדדים.