

ת"פ 30547/07/13 - מדינת ישראל ואח'... נגד זוהר כץ, אברהם אביטל, רונן אזולאי, ראז חקלאות אחזקות ופיתוח בע"מ, גיל מיארה, מאיר אב ואח'...

בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 30547-07-13 מדינת ישראל נ' כץ ואח'
כב' השופט משה יועד הכהן

המאשימה

מדינת ישראל
באמצעות פרקליטות המדינה המחלקה הכלכלית
ובאמצעות היועץ המשפטי לממשלה מרשות ההגבלים העסקיים
ע"י ב"כ עו"ד אשר גושן, גלעד סוקולובר, יצחק שפיגלר

נגד

הנאשמים

1. זוהר כץ
באמצעות הסניגוריה הציבורית
ע"י ב"כ עו"ד חי הבר
2. אברהם אביטל
3. רונן אזולאי
ע"י ב"כ עו"ד מיכה פטמן
4. ראז חקלאות אחזקות ופיתוח בע"מ
באמצעות מיתר ליקוורניק גבע לשם טל - עורכי דין
ע"י ב"כ עו"ד רבקה אלקיים
5. גיל מיארה
באמצעות הסניגוריה הציבורית
ע"י ב"כ עו"ד אסף בנמלך ו/או דורון שטרן
6. מאיר אברהם רוזנר
7. החברה לחקלאות ויער, כפר חטים בע"מ
באמצעות הסניגוריה הציבורית
ע"י ב"כ עו"ד גיל עשת
8. גלעד שמואלוב
9. טל אופיר גינן ופיתוח בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד גדעון סלעית
10. אהרון פדידה
ע"י ב"כ עו"ד רונן יאיר
11. דרור לזרוביץ
12. אלונים כריתה וגיזום בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד קרן פסח

החלטה

1. זוהי החלטה בטענות מקדמיות שהוגשו בתיק זה מטעם הנאשמים 1,2,3,5,6-7,8-9,11 ו-12. טענות אלה הוגשו בעקבות החלטת בית המשפט מיום 18.11.13, שבה נקבע לוח הזמנים הראשוני לדיון בטענות. לאחר הגשת טענות הנאשמים, שהמועד להגשת חלקן נדחה לבקשת באי כוח הנאשמים ותגובת המאשימה לטענות, התקיימו שני דיונים משלימים. האחד, ביום 5.6.14 שבו נשמעו השלמות מפי באי כוח הנאשמים שהגישו את הטענות, למעט הנאשמים 6-7 ומפי ב"כ המאשימה, והשני, ביום 11.6.14 שבו נשמעו טענות באי כוח הנאשמים 6-7 ותגובת ב"כ המאשימה.

2. לאחר דיונים אלה, הוגשה ביום 16.6.14 "הודעה מטעם נאשמים 11 ו-12", שהתייחסה לתשובת המאשימה לטענות מקדמיות שהועלו על ידי הנאשמים בת"פ 30508-07-13 **מדינת ישראל נ' בר לב** (להלן: "**תיק בר לב**"), שהוא תיק מקביל המתנהל בפני מותב אחר בבית משפט זה ומתייחס לפרשה המכונה "קרטל הגיזום". המאשימה התבקשה להתייחס לאותה "הודעה", והגיבה לה. באי כוח הנאשמים הנ"ל מבלי שקיבלו רשות, הגיבו לתגובה ולפיכך הותרתי למאשימה להגיש תגובה נוספת וקבעתי כי ההחלטה באותם טענות, תינתן במסגרת ההחלטה הכללית בטענות המקדמיות.

תמצית הטענות המקדמיות

3. בפי באי כוח הנאשמים שהעלו את הטענות, שלוש טענות מרכזיות משותפות. **האחת**, פגם או פסול בכתב האישום בשל צירופה של עבירת קבלת דבר במרמה לפי סעיף 415 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: "**חוק העונשין**") שיוחסה לנאשמים, לצד עבירת ההסדר הכובל לפי סעיפים 2 ו-4 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: "**חוק ההגבלים**") בגין תיאום מכרזים בענף הגיזום. זאת, בשל קיומה של חפיפה בין עבירת ההסדר הכובל, לבין העבירה של קבלת דבר במרמה. לטענתם, העבירה של הסדר כובל היא עבירה של נורמה "מיוחדת" הגוברת על הנורמה "הרגילה" הגלומה בעבירה של קבלת דבר במרמה (נאשמים 1,5,6-7,8-9,11-12). **השנייה**, פגיעה בעיקרון השוויון ואכיפה בררנית, בשל השינוי במדיניות האכיפה של המאשימה, שנהגה עד לאחרונה שלא להעמיד לדיון נאשמים בעבירות דומות, גם בעבירה של קבלת דבר במרמה (נאשמים 1,5,6-7,8-9,11-12). **השלישית**, טענת אפליה לגבי אישומם של הנאשמים בעבירה של צד להסדר כובל בנסיבות מחמירות לפי סעיף 47 לחוק ההגבלים. זאת לנוכח הסדר טיעון שהוגש בעניינו של נאשם אחר באותה פרשה, יוסף מסלאתי בת"פ 37887-04-13 (להלן: "**עניין מסלאתי**"). כתב האישום המתוקן לגבי נאשם זה לא כלל אישום בנסיבות מחמירות לפי סעיף 47 הנ"ל על אף שמדובר, לפי הטענה, במי שהיה שותף לשורה של הסדרים כובלים הנוגעים גם למכרזים שבתיאומם הואשמו גם הנאשמים בתיק זה (נאשמים 6-7,8-9,11-12).

4. בנוסף, עלתה טענה נפרדת מצד הנאשמים 2-3 בגין אפלייתם הנטענת, לעומת בעלי מניות ומנהלים אחרים בתאגידים שלא הועמדו לדיון בפרשה. זאת מן הטעם שהנאשמים הם הבעלים והמנהלים היחידים של חברה שהועמדו לדיון לפי סעיף 48 לחוק ההגבלים בגין מעשי אחרים בחברה, ללא טענה כי הם ידעו על אודות המתרחש או היו מעורבים בפועל בביצוע העבירות. זאת, כאשר 11 אנשים שהם בעלים

או מנהלים באותם תאגידים, שהועמדו לדין במכלול כתבי האישום שהוגשו בפרשה ואשר מצבם זהה לזה של הנאשמים, לא הועמדו לדין.

הטענה לפגם או פסול בשל סעיפי עבירה חופפים

5. טענה זו, לפגם או פסול בשל סעיפי עבירה חופפים, נסמכת על העובדה שבחלק מן האישומים מיוחסת לנאשמים, טועני הטענה, לצד העבירה של צד להסדר כובל גם עבירה של קבלת דבר במרמה, בניגוד לסעיף 415 לחוק העונשין. זאת, בנימוק שקיבלו במרמה את הנחת דעתם של חברי וועדת המכרזים, שהמכרזים מתנהלים בתנאי תחרות ללא תיאומים בין המציעים (האישום הראשון לגבי נאשמים 1, 4 ו-5, האישום השלישי לגבי נאשמים 1, 4, 5, 6 ו-7, האישום הרביעי לגבי נאשמים 1, 4, 6, 7, 8, 9, 10, 11 ו-12, האישום החמישי לגבי נאשמים 1 ו-4, האישום השישי לגבי נאשמים 1 ו-4, האישום השביעי לגבי נאשמים 1, 4, 8 ו-9, האישום השמיני לגבי נאשמים 1, 4, 11 ו-12). לטענת ב"כ הנאשמים, מדובר בפגיעה בעקרון הפרשנות המקלה בפלילים ובדבר נסיגתה של נורמה כללית מפני נורמה מיוחדת בדיני העונשין, ויצירת שעטנז פסול בין מערכת דינים מיוחדת ומערכת דינים רגילה שאינו יכול לעמוד. המאשימה, במענה, טוענת כי אין זהות בין היסודות העובדתיים של שתי העבירות, וגם אין זהות בין הערכים המוגנים על ידי שתיהן. עוד היא טוענת, כי לא מתקיים יחס של נורמה מיוחדת ונורמה רגילה בין עבירת ההסדר הכובל לבין עבירה של קבלת דבר במרמה. לעמדתה, העמדת הנאשמים לדין בשתי העבירות אפשרית לאור האמור בסעיף 186 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: "**החסד"פ**") ועולה גם מסעיף 40ג(א) לחוק העונשין.

6. דעתי בדומה לעמדת המאשימה, הינה כי אין חפיפה בין שתי העבירות הנדונות. העבירה של צד להסדר כובל לפי סעיפים 2 ו-4 לחוק ההגבלים משתכללת עם הגעת הצדדים להסכמה, לפיה אחד הצדדים לפחות, מגביל עצמו באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים, בינו לבין הצדדים האחרים להסדר, או חלק מהם, או בינו לבין אדם שאינו צד להסדר. יישומו של ההסדר אינו מהווה יסוד מיסודות העבירה (ראו: ע"פ 4855/02 **בורוביץ נ' מדינת ישראל**, פ"ד נט(6), 776 (להלן: "**עניין בורוביץ**"); ע"פ 7399/95 **נחשתן תעשיית מעליות נ' מדינת ישראל**, פ"ד נב(2) 105).

7. גם קבלת דבר, איננה יסוד מיסודותיו של ההסדר הכובל האסור. על פי עובדות כתב האישום, באישומים הרלבנטיים שפורטו מעלה, ההסדר השתכלל עם הגעת הצדדים להסכמה. לאחר מכן, הציגו, על פי הנטען, המעורבים מצגים כוזבים בפני וועדת המכרזים, לפיהם המכרז מתנהל בתנאי תחרות ללא תיאומים בין המצעים לרבות מציעים בכוח. מצג זה, אינו דרוש לצורך השתכללות העבירה של הסדר כובל.

8. גם הערכים המוגנים העומדים ביסוד כל אחת משתי העבירות שונים. העבירה של הסדר כובל נועדה להגן על התחרות החופשית ואין היא עוסקת בפרט, אלא בהשלכותיה של הפגיעה בתחרות על הציבור

הרחב (עניין בורוביץ, בעמ' 867-868). לעומת זאת, העבירה של קבלת דבר במרמה, מתמקדת בהגנה על חופש הרצון, חופש הפעולה וחופש הבחירה של המרומה (ראו דנ"פ 2334/09 **ישראל פרי נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 23.5.11)).

9. מעבר לכך, הציבור המוגן על ידי האיסור לעשיית הסדר כובל שבחוק ההגבלים הינו כלל הציבור ולא פרט מסויים מתוכו. זאת, שעה שהגורם המוגן על ידי עבירת המרמה "הרגילה" הינו פרט או ציבור פרטים מסויים ומוגדר ולא ציבור בלתי מוגדר. ראו ת"פ (מחוזי י-ם) 524/90 **מדינת ישראל נ' בנק לאומי לישראל**, (פורסם בנבו, 10.4.94) מפי כב' השופטת מ' נאור (כתוארה אז) המצוטט בת"פ 12-12-18291 **מדינת ישראל נ' בלווא**, (פורסם בנבו, 18.3.14) (להלן: "**עניין בלווא**"). כמסוכם בעניין בלווא "**העבירה של קבלת דבר במרמה עוסקת בפרט המסויים ובקשר הסיבתי בין המצב הכוזב לבינו. העבירה של הסדר כובל עוסקת בהגנה על התחרות החופשית**" (שם, בפסקה 20).

10. מעבר לכך, הסדר כובל שתכליתו תיאום מכרז אינו מצמיח בהכרח עבירה של קבלת דבר במרמה, לא ככלל, ולא בהתייחס להסדרים נשוא כתב האישום. הסדר כובל יכול להתבטא ולהתמצות בהסכם שלא להתחרות, ובמקרה כזה לא צומחת גם עבירה של קבלת דבר במרמה. כך למשל נעשתה ההבחנה בין הנאשמים באישום השביעי, הנוגע למכרז שפרסמה עיריית אור עקיבא (להלן: "**מכרז אור עקיבא**"), בין נאשמים שהיו צדדים להסדר הכובל שבו סוכם כי אחד מהם לא ייגש למכרז ובכך התמצה חלקו, לבין הצד להסדר שניגש למכרז, וגם ביקש להניח את דעתה של וועדת המכרזים, שההצעה שהציע הוגשה באופן עצמאי ללא התייעצות, תיאום או קשר עם מציע אחר. מטעם זה הואשמו הנאשמים 1 ו-4 שהיו צד להסדר, שבגדרו סוכם כי הנאשמת 4 לא תיגש למכרז, אך לא הגישו הצעה מטעמם, רק בעבירה של צד להסדר כובל בנסיבות מחמירות. לעומת זאת, הנאשמים 5 ו-9 שחברת האם שלהם "פורום שתיל" נגשה למכרז בעקבות ההסדר והנאשם 5 הציג מטעמה מצג כוזב, כאמור, הואשמו גם בעבירה של קבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות. אכן, גם הצגת המצג הכוזב כמו גם מעשי מרמה אחרים שבוצעו במסגרת הפרשה, כגון: הגשת הצעות גיבוי, מילוי טפסי הצעות של אחרים, מתן הסברים כוזבים לוועדת המכרזים במענה לשאלות שהועלו על ידה וכד', הם מעשים הקשורים להסדר הכובל והנובעים ממנו. אולם, אין לומר כי אותם מעשים נבלעים בתוך ההסדר הכובל או שיש חפיפה או זהות בין הערכים המוגנים על ידי שתי העבירות, בוודאי בנסיבות המתוארות בכתב האישום.

11. אינני מקבל גם את הטענה לפיה, עבירה של הסדר כובל היא נורמה מיוחדת העדיפה על נורמה רגילה של קבלת דבר במרמה. בעניין זה, מקובלת עלי עמדת המאשימה, כי היחס בין שתי הוראות החיקוק האיסור לערוך הסדר כובל שבחוק ההגבלים והאיסור על קבלת דבר במרמה שבחוק העונשין, הוא יחס שבין שתי נורמות "סתם" ולא יחס שבין נורמה "מיוחדת" ונורמה "רגילה". בעניין זה ראו ההתייחסות לסוגיה הנדונה ע"י פרופ' שניאור זלמן פלר בספרו "יסודות דיני העונשין", כרך א', תשמ"ד, עמ' 159. על פי אותה הגדרה, ניתן להבחין בין נורמה "רגילה" ונורמה "מיוחדת", כשמדובר בשתי נורמות המצויות זו לצד זו, ו"**תחום הסדרתה של נורמה אחת צר מתחום הסדרתה של הנורמה השנייה ונבלע בו, כך שבהעדר הנורמה מן הסוג הראשון היה תחום הסדרתה מכוסה על ידי הנורמה מהסוג השני... ואין יחס כזה לא קיימת גם הבחנה זו; ונורמה שאין בצידה נורמה אחרת, לפי היחס**

האמור, אינה רגילה ואינה מיוחדת - היא נורמה סתם. בענייננו, תחום עבירת ההסדר הכובל אינו נבלע בתחום קבלת דבר במרמה, ואלמלא נחקקה העבירה של הסדר כובל, לא כל תחום הסדרתה היה מכוסה על ידי העבירה של קבלת דבר במרמה. מכאן, שאין לפנינו נורמה "מיוחדת" ונורמה "רגילה", אלא שתי נורמות "סתם" העומדות זו לצד זו.

12. טענה דומה לזו שהעלו הנאשמים, נדונה ונדחתה על ידי בית המשפט העליון בע"פ 5734/91 **מדינת ישראל נ' לאומי ושות' בנק להשקעות בע"מ**, פ"ד מט(2)4 (1995). זאת, בנוגע ליחס שבין עבירה של קבלת דבר במרמה לפי סעיף 415 לחוק העונשין אל מול עבירה של פרסום פרט מטעה בתשקיף, לפי סעיפים 53(א)(1) + 20 לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968 (כנוסחו אז). אחד המערערים באותה פרשה, הורשע הן בעבירה של פרסום פרט מטעה בתשקיף והן בעבירה של קבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות. זאת, בשל העלמת הפרט המטעה מהרשות לניירות ערך ומהבורסה וכתוצאה מכך קבלת היתר קבלה, במרמה של היתר הרשות לפרסום התשקיף. נטען על ידו, כי מדובר בהרשעה על פי נורמה "רגילה" (קבלת דבר במרמה) לצד הרשעה על פי נורמה "מיוחדת" (פרסום פרט מטעה בתשקיף). כיוון שכך, משהורשע על פי הנורמה "המיוחדת" אין להרשיעו על פי הנורמה "הרגילה". בית המשפט העליון דחה את הטענה וקבע, בין היתר, כי שעה שהעבירה לפי סעיף 415 היא עבירה שהתגבשותה מותנית מעבר למעשה האסור, גם בהתרחשות מזיקה - קבלת דבר במרמה, העבירה לפי סעיפים 53(א)(1) ו-20 - אינה מותנית בהתרחשות כזאת. אותה עבירה, אוסרת הכללת פרטים מטעים בתשקיף, והיא מתגבשת עם פרסום תשקיף המכיל פרטים אלה, ללא צורך בהתרחשותה של תוצאה מזיקה. מכאן, שדווקא הנורמה הנטענת להיות "רגילה" (קבלת דבר במרמה), כוללת רכיב נוסף נתון, אשר מבחינה אנאליטית אמור דווקא לאפיין את הנורמה "המיוחדת". נורמה זו, אמורה לכלול את כל המרכיבים של דין המסדיר את כלל ההיפותוזות באותו תחום, בתוספת מרכיב נוסף. מעבר לכך, נדחתה הטענה גם בהסתמך על מבחן זהות המעשה הפיזי ונאמר, כי **"בעניין הנדון אין המדובר במעשה פיזי אחד שעליו חולשות שתי נורמות. עניין לנו בשני מעשים שונים אף כי במסגרת מסכת פלילית אחת. על כל אחד מהמעשים חולשת נורמה אחרת. מעשה אחד ענינו המצג כלפי הרשויות, מצג שהביא את הרשויות להעניק את ההיתרים. על מעשה זה חלה העבירה על פי סעיף 415 לחוק העונשין. מעשה שני עניינו מצג כלפי הציבור, מצג שגולם בתשקיף. על מעשה זה חלים סעיפים 53(א)(1) + 20 לחוק. מכאן, שעניין לנו בשרשרת אחת של מעשי עבירה שלכל אחד מהם קיום עצמאי למרות הקשר הפנימי ביניהם"**.

13. לאור האמור, גם העבירות של צד להסדר כובל ושל קבלת דבר במרמה, בענייננו, אינן מקיימות ביניהן יחס של נורמה כללית אל מול נורמה מיוחדת. המדובר בשני מעשים שונים, אף כי התרחשו במסגרת מסכת פלילית אחת, ועל כל אחת מהן חולשת נורמה אחרת. על ההסדר הכובל שקדם למצג ונועד לפגוע בתחרות בין המציעים בפועל והמציעים הפוטנציאליים, חל האיסור על פי חוק ההגבלים, ואילו על המצג שהוצג בפני ועדת המכרזים על ידי מי שניגשו למכרז ונועד לקבל את הנחת דעתה במרמה, חל האיסור לפי סעיף 415 לחוק העונשין. עצם ההתקשרות בהסדר לא אפשרה להחיל על המתקשרים, שלא ניגשו למכרז ולא הציגו מצג כוזב, את העבירה הכללית של קבלת דבר במרמה. לפיכך גם אין המדובר בזהות המעשה הפיזי, שהוא תנאי לקבלת הטענה של נורמה "מיוחדת" אל מול

נורמה "רגילה" שהעלו הנאשמים.

14. בנוסף, אין לקבל בהקשר זה את טענת ב"כ הנאשמים 6 ו-7 לפיה קיים יסוד אינהרנטי של הטעיה או אי גילוי בעבירת ההסדר הכובל הנוגעת לתיאום מכרז, מן הטעם שהסכמה בין הצדדים בהסדר מסוג זה, כוללת את פוטנציאל הטעייתו של הגורם שכלפיו מכוון ההסדר. אומנם, מעצם הידיעה שהסדר כובל הוא מטיבו מעשה אסור, נוטים מתחרים המתאמים ביניהם פעילות הפוגעת בתחרות להסתיר את מעשיהם מפני רשויות האכיפה ומפני גורמים אחרים. אולם, אין בכך כדי להפוך את ההסתרה ליסוד מיסודות העבירה ראו גם דברי כב' השופטת נ' בן-אור בעניין זה, בעניין בלווא פסקה 20.

15. אינני מקבל גם את טענת ב"כ הנאשמים כי עצם ייחוס סעיף הנסיבות המחמירות לפי סעיף 47א לחוק ההגבלים, לנאשמים שאותם הם מייצגים, מוסיף צרימה לצירופה של עבירת קבלת הדבר במרמה לעבירת ההסדר הכובל בעניינם. זאת מן הטעם, שבין הנסיבות המחמירות מנויות "הנזק שנגרם או צפוי להיגרם לציבור בשל העבירה" ו"טובת ההנאה שהפיק הנאשם". לטענתם, אותם נסיבות חופפות במידה רבה את הטענה בדבר הנחת דעתה במרמה של וועדת המכרזים. בעניין זה יצוין, כפי שצינו ב"כ המאשימה כי הן עבירת ההסדר הכובל "סתם" והן העבירה בנסיבות מחמירות, מושתתות על "עלילות" הפגיעה בהתחרות בעסקים ולא על פגיעה ממשית ומוכחת. יתר על כן, עצם לקיחתו בחשבון של נזק שנגרם או צפוי להיגרם לציבור בשל העבירה או בשל טובת ההנאה שהפיק הנאשם, אין בהם כדי לצרף לעבירת ההסדר הכובל יסוד של קבלת דבר במרמה שאינו כלול בה.

16. בשולי הדברים ראוי להתייחס גם לטענת ב"כ הנאשמים 6-7 לפיה, לא ברור כי בידי נציגי הרשות להגבלים המחזיקים במינוי כב"כ היועץ המשפטי לממשלה הסמכה להעמיד לדין גם בגין עבירה של קבלת דבר במרמה. בעניין זה, מקובלת עליי תשובת ב"כ המאשימה, כי בידי כל אחד ואחד מצוות התביעה החתום על כתב האישום, נתונה סמכות לשמש כתובע בגין כל אחת מהעבירות הנטענות בכתב האישום.

17. לאור כל האמור, הטענה בראש פרק זה, נדחית.

טענת האפליה בגין אישום של קבלת דבר במרמה

18. לטענת הנאשמים יש משום אפליה פסולה לרעה כלפיהם, לעומת נאשמים אחרים בעבר, שעברו עבירות דומות של תיאום מכרז ציבורי באמצעות עשיית הסדר כובל. זאת, משום שבתיקים דומים בעבר, המאשימה הסתפקה באישום בעבירה של הסדר כובל ונמנעה מאישום קבלת דבר במרמה. בכך סתתה המאשימה, לטענתם, ממדיניות האכיפה הנהוגה על ידה, תוך אפליית הנאשמים.

19. כדוגמא הם הציגו את ע"פ 2560/08 **מדינת ישראל נ' וול** (פורסם בנבו 6.7.09) (להלן: "פרשת

וול") הידוע גם כפרשת "קרטל המעטפות" שבו, בין היתר, תאמו הנאשמים, יצרני המעטפות, חלוקה של זכייה במכרזים וחלוקת לקוחות מן המגזר הממשלתי. בנוסף, הם מציינים את ע"פ 7068/06 **מדינת ישראל נ' אריאל הנדסת חשמל ורמזורים בע"מ** (פורסם בנבו 31.5.07), שבו התחייבה אחת הנאשמות להימנע מלהשתתף במכרז לתחזוקת מערכת הרמזורים בחיפה. עוד הם מפנים לת"פ (י-ם) 308/95 **מדינת ישראל נ' מוסקוביץ** (פורסם בנבו, 21.7.96), שבו הועמדו לדין נאשמים על תיאום מחירים במכרזים לאספקת שירותי כביסה של משרד הביטחון, וכן לת"פ 1131/00 **מדינת ישראל נ' מוטור גרייזר** (פורסם בנבו, 18.11.01), שעניינו עריכת הסדרים כובלים של תיאומי הצעות למכרזים של משרד הביטחון ושל מע"צ, בנוגע לעבודות פינוי עפר ופינוי שלג באמצעות מפלסות. בכל אותם מקרים, לא הוגשו לטענתם אישומים בגין קבלת דבר במרמה. לדבריהם, בעקבות הנאמר בע"פ 6328/12 **מדינת ישראל נ' פרץ** (פורסם בנבו, 10.9.13) (להלן: "**עניין פרץ**") משקבעה הרשות מדיניות אכיפה בהתייחס להוראותיו של חוק מסויים, עליה לדבוק בה כל עוד לא התריעה שבכוונתה לשנותה. סטייה מאותה מדיניות נוהגת, על דרך העמדתו לדין של אדם בניגוד לה, יכולה להביא במקרים המתאימים להשוואת מצבו של אותו אדם, למצבם של מי שהמדיניות כן הוחלה עליהם. עוד לטענתם, על פי הנקבע בעניין פרץ, ככל שהרשות מגיעה למסקנה שמדיניות האכיפה אינה מתאימה עוד, עליה לתקן את אותה מדיניות תוך יצירת הסדר ביניים או מנגנון המתריע על שינוי המדיניות. במקרה דנן, לדבריהם, מדובר בשינוי מדיניות ללא יצירת מנגנון ביניים או מנגנון מתריע על השינוי, ולפיכך יש להשוות את מצבם של הנאשמים לאלה של נאשמים במקרים דומים, בהם לא יוחסה עבירת קבלת דבר במרמה בצירוף לעבירת ההסדר הכובל.

20. המאשימה במענה, טוענת, כי התיקים עליהם הצביעו הנאשמים הינם תיקים מן העבר, ואילו בתיקים של תיאום מכרזים מהעת האחרונה הואשמו הנאשמים, הן בעבירות של הסדר כובל והן בעבירות של קבלת דבר במרמה. בהקשר זה מצביעים על פרשת תיאום מכרזי מדי המים (ת"פ 49529-12-11, ת"פ 49530-12-11); פרשת תיאום ההתמחרות על נכס נדל"ן בטבריה (ת"פ 9890-10-12, ת"פ 9865-10-12); פרשת תיאום המכרזים לגיזום עצים (התיק הנוכחי, תיק בלווא, תיק בר לב). לדברי המאשימה, בשלושת הפרשות הנ"ל הורשעו הנאשמים בשתי העבירות גם יחד, רובם במסגרת הסדרי טיעון, כאשר חלקם כבר ריצו את עונשם. עוד הם מפנים להרשעתם של שני נאשמים בשתי עבירות במסגרת הכרעת דין מנומקת, בפרשת תיאום ההתמחרות בטבריה (ת"פ (מחוזי י-ם) 9890-10-12 **מדינת ישראל נ' רבינוביץ** (פורסם בנבו, 4.5.14). בנוסף היא טוענת, שברשות מתנהלות היום חקירות בנוגע לעבירות קבלת דבר במרמה לצד חשדות לעבירות להסדר כובל בפרשיות תיאום מכרזי שרתים, תיאום מכרזי ספרים ותיאום התמחרות על נכס נדל"ן בירושלים. לטענתה, קבלת הטענה תיצור אפליה בין הנאשמים דנן לבין הנאשמים בתיקים האחרים שצויינו, לרבות אלה שכבר הורשעו בשתי עבירות, ובהם כאלה שאף ריצו עונשים בגינם.

21. ב"כ המאשימה מפנה גם לדברים שנאמרו על ידי כב' השופטת נ' בן-אור בהחלטתה שדחתה טענות דומות, בעניין בלווא, ולכך שנאמר על ידה בהקשר לעניין פרץ, כי אותו פסק דין אינו עוסק בשינוי מדיניות, וכל שנאמר בו בהקשר זה, הוא בבחינת אמירת אגב.

22. אכן, בפרשת בלווא, בשונה מענייננו, האישומים שצירופם לעבירת ההסדר הכובל נתקף, היו אישומים לפי חוק איסור הלבנת הון התש"ס-2000. באותו עניין נקבע, כי לא הונחה תשתית עובדתית לקיומה של מדיניות קודמת של המאשימה אשר שונתה, ואשר נהגה שלא להעמיד לדין נאשמים בעבירות לפי אותו חוק, בנוסף לעבירות לפי חוק ההגבלים העסקיים, על אף שהדבר היה אפשרי. זאת, בשונה מענייננו, שבו הציגו הנאשמים שורה של כתבי אישום מן העבר, שעסקו בהסדרים כובלים שעניינם תיאום מכרזים, ואשר בהם לא הוואשמו הנאשמים גם בעבירה של קבלת דבר במרמה. יחד עם זאת, יש לבחון אם אכן מדובר בשינוי מדיניות מובהק והאם עובדה זו והעמדת הנאשמים לדין גם בעבירה של קבלת דבר במרמה, מצדיקה את מחיקת אותם סעיפי עבירה כלפי הנאשמים בענייננו.

23. כיוון ששני הצדדים בטיעוניהם התייחסו לפרשת פרץ ולקביעות שנקבעו בה, ראוי תחילה להתייחס לאמור באותו פסק דין ולהשלכותיו האפשריות לענייננו. בעניין פרץ דן בית המשפט העליון בהחלטת מותב זה בת"פ 10-12-22847-12 **מדינת ישראל נ' בובליל**, מיום 7.6.12, למחוק את אחד האישומים בכתב האישום באותו תיק נגד חלק מן הנאשמים, בשל הקביעה שהגשת כתב האישום נגדם היתה בבחינת אכיפה בררנית. זאת, שכן ניתן להצביע לפחות על מקרה בולט אחד שנסייביותו דומות שבו הסתפקה הרשות להגבלים עסקיים בקביעה אזרחית לפי סעיף 43 לחוק ההגבלים ונמנעה מהגשת כתב אישום. בית המשפט העליון ציין, כי עקרון השוויון הוא עקרון חוקתי יסודי שהוא מנשמת אפו של המשטר החוקתי בישראל, ועקרון זה חל גם על הגשת כתבי אישום. אכיפה בררנית, בהקשרה של העמדה לדין, פוגעת גם באינטרס ההסתמכות של הפרט, שלא היתה לו דרך לדעת כי חל שינוי במדיניות האכיפה הפלילית. בנוסף, אכיפה כזו פוגעת באמון הציבור ברשויות התביעה ובגישתן השוויונית, ונפגע כוחו המרתיע של המשפט הפלילי.

24. בית המשפט הוסיף, כי במשפט הישראלי מצאה על פי רוב הטענה את מקומה בגדרה של טענת ההגנה מן הצדק שעוגנה בסעיף 149(10) לחסד"פ, אך הוסיף כי ניתן להעלות את הטענה במסגרת ההליך הפלילי, גם בהתבסס על העילות המקובלות לביקורת שיפוטית על ההחלטה המנהלית. עוד פסק, כי כאשר נאכף החוק באופן מפלה, מדובר בהחלטה פגומה. יחד עם זאת, עוצמתו וחומרנו של הפגם אינה זהה ממקרה למקרה. כך אין דין מקרה שבו מוצא אדם מן הכלל ומועמד לדין במדיניות עקבית של הרשות, כדין מצב שבו מצביע הנאשם על מקרה אחד בלבד שנסייביותו דומות לעניינו. בדומה, אין דין מקרה שבו הוגש כתב אישום באופן מפלה ממניעים לא ענייניים למקרה שבו אי העמדה לדין של מעורבים אחרים נבעה מחמת שגגה, כך אין גם דומה המקרה שבו הסתמך הנאשם על מנהגי האכיפה של הרשות לאורך שנים, למקרה שבו מדובר במקרה בודד שבו התקבלה החלטה חריגה אחרת. בהתאם גם משתנה הסעד שיושט לנאשם ואשר עליו לטעון את חומרת הפגיעה. לפיכך, בחלק מן המקרים תהיה המסקנה כי למרות הפגם, הפגיעה בנאשם נמצאה ברף הנמוך ובשולי האינטרסים המוגנים, ואז אין להורות על ביטול כתב האישום ויש לשקול רק אם יש מקום, אם בכלל, להקל במידה מסויימת בעונשו. לעומת זאת, קבלת טענה מקדמית של נאשם שלפיה הגשת כתב אישום בעניינו מהווה סטייה ברורה ממדיניות נהוגת של התביעה, עשויה במקרים מתאימים להביא לביטול כתב האישום.

25. בהקשר זה נקבע מפי כב' השופט ע' פוגלמן כי "**משעה שקבעה הרשות מדיניות אכיפה בהתייחס**

להוראותיו של חוק מסוים, עליה לדבוק בה כל עוד לא התריעה שבכוונתה לשנותה. הפעלת החוק באורח אקראי - שלא על דרך מדיניות קבועה, ברורה ומבוקרת מראש - משמיעה שרירות, ושרירות הינה אויבת שלטון החוק (עניין תורג'מן, שם). סטייה מן המדיניות הנוהגת על דרך העמדתו לדין של אדם בניגוד לאותה מדיניות, יכולה לחייב - במקרה מתאים - השוואת מצבו של אותו אדם למצבם של מי שהמדיניות כן הוחלה עליהם (נקדימון, בעמ' 397). באותו עניין הוסיף, כי הרשות רשאית להגיע למסקנה שמדיניות שבה נהגה בעבר אינה מתאימה עוד והיא רשאית לשנותה.

"עם זאת, ככלל, על רשויות האכיפה לתקן מדיניות אכיפה שנמצא צורך לשנותה תוך יצירת הסדרי ביניים או מנגנון המתריע על שינוי המדיניות...". בית המשפט אזכר בעניין זה את הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 4.1002 התשמ"ו, שבהן נקבע כי שינוי המדיניות ראוי שייעשה בדרך בה נקבעה המדיניות ובכלל זה לעניין התפוצה והפרסום, וייכנס לתוקף ממועד השינוי או ממועד מאוחר יותר אשר ייקבע במפורש.

26. לגוף העניין נקבע, כי המשיבים בערעור הרימו את הנטל הראשוני שבו היה עליהם לעמוד בהצביעם על פרשת בתי החולים שבה לא הוגש כתב אישום. אולם, הרשות מצידה, עמדה בנטל להראות כי הגשת כתב אישום נגד המשיבים, לא חרגה ממדיניות האכיפה המקובלת אצלה במקרים מן הסוג הנדון וכי ההחלטה שלא להעמיד את נציגי המוסדות הרפואיים בגין ההסדר הכובל שנעשה להחרמת מכרז, נבעה מטעמים ראייתיים ולא משינוי מדיניות האכיפה. מטעם זה, התקבל הערעור והאישום שנמחק הושאר על כנו.

27. בפרשת בלווא, סברה כב' השופטת נ' בן-אור, כי פסק הדין בעניין פרץ אינו עוסק בשינוי מדיניות "וכל שנאמר בו בהקשר זה הוא בגדר הערת אגב" (שם, בפסקה 7). עוד ציינה באותו הקשר, כי הנחיית היועץ 4.1002 המשפטי לממשלה, שעניינה מדיניות ההעמדה לדין של התביעה, עוסקת במקרים שבהם קבעה התביעה הכללית מדיניות מפורשת בנוגע לשיקולי האכיפה בעבירה מסויימת. מקום שלא נקבעה מדיניות כזו, ההסתמכות על התנהלות השיפוטית של התביעה אינה יכולה לעמוד ללא הצגת תשתית לאותה התנהלות נטענת. בפועל ובניגוד לנטען על ידי ב"כ הנאשמים, נאמר בעניין בלווא, כי המאשימה הגישה כתבי אישום נוספים והיא מנהלת חקירות ופרשיות שטרם הבשילו לכדי כתב אישום ואשר פורטו לעיל גם בענייננו.

28. אמנם יש פנים לדעה שהנאמר בעניין פרץ לעניין חובתה של הרשות שלא לסטות ממדיניות אכיפה שהנהיגה ללא הודעה מוקדמת וכן לתקן או לשנות מדיניות אכיפה נוהגת תוך יצירת הסדרי ביניים או מנגנון המתריע על שינוי המדיניות, הוא, בהקשרו של פסק הדין, בגדר אמרת אגב. יחד עם זאת, האמירות הנורמטיביות בעניין מפיו של כב' השופט פוגלמן באותו פסק דין, מהוות סיכום של ההלכה הנוהגת בסוגייה הנדונה ולא חידוש פסיקתי. בנוסף, מקובל עליי, כי שההתייחסות לשינוי מדיניות התביעה האמורה בסעיף 8 להנחיות היועץ, אכן נוגעת למדיניות מרכזית קבועה וכתובה של חקירה ותביעה שהיא במקומותינו, החריג ולא הכלל. לעניין הנחיות כתובות מהסוג האמור, ראו לדוגמה הנחיות פרקליט המדינה בעניין מדיניות התביעה בהעמדה לדין, בעבירות של גרימת מוות בתאונת דרכים,

בהעמדה לדין בעבירות של תקיפות קטין או חסר ישע, בהעמדה לדין בעבירות ביגמיה, העמדה לדין בדבר שידורי רדיו פיראטיים, בהעמדה לדין נהגים שמנהלים מרדפים בכביש ועוד. אין חולק כי בענייננו, אין מדיניות כתובה של המאשימה בהעמדה לדין בעבירות של הסדרים כובלים שעניין תיאום מכרזים.

29. אף על פי כן, גם במקום שאין המדובר במדיניות כתובה מן הסוג האמור, עדיין יכול נאשם להסתמך על התנהלות שיטתית מסוימת של המאשימה העשויה לעורר ציפיה שהיא תמשיך ותנהג באותו אופן בעתיד. אולם, עליו להניח תשתית מתאימה לכך. בעניין זה צויין אגב בפרשת פרץ, כי גם כאשר טוענת הרשות שהחריגה הנטענת ממדיניותה היא בגדר שגגה, אין בכך בגדר סוף פסוק, ומקום שבו מוכח כי מדובר בפרקטיקה המבטאת את המדיניות בפועל בתחום הרלבנטי, יהיה מקום לקביעה כי הרשות סתה ממדיניותה וייבחן הסעד המתאים בנסיבות המקרה.

30. בענייננו, הציגו הנאשמים שורה של מקרים מהעבר, שבהם באישומים הנוגעים לתיאום מכרזים על דרך של הסדר כובל, לא הוגשו נגד הנאשמים גם אישומים בעבירות של קבלת דבר במרמה. כפי העולה מהטיעונים שהועלו על ידי המאשימה בענייננו, כתב האישום בתיק זה וכן בכתבי האישום בעניין בלווא ובעניין בר לב, הוגשו אמנם לאחר שינוי במדיניות. זאת שכן, כתבי האישום בפרשת תיאום מכרזי המים ובפרשת תיאום ההתמחרות על נכס הנדל"ן בטבריה הוגשו כבר בשנת 2011 ובשנת 2012. אולם, בעת שבוצעו העבירות הנטענות בשנת 2010 עדיין נהגה, לכאורה, אותה מדיניות קודמת. אציין בעניין זה, כי המקרה הבודד אותו ציטט ב"כ המאשימה, שבו הוגש כתב אישום בעבירת קבלת דבר במרמה בגין תיאום מכרז הפעלת חניון ללא אישום בעבירת הסדר כובל (ת"פ (שלום ת"א) 5303/08), הוא דווקא בגדר יוצא מן הכלל המעיד על הכלל.

31. יחד עם זאת, דומני כי באי כוח הנאשמים טועני הטענה נפלו לכלל שגגה מושגית, בטענתם לגבי שינוי המדיניות והשלכותיו. לטעמי, יש הבדל משמעותי בין הוכחת שינוי במדיניות תביעתית עקבית שלא להעמיד לדין אדם בגין מערכת עובדתית נתונה, שבעקבותיו מוחלט, לראשונה, להעמיד לדין את הנאשם בגין אותה מערכת נסיבות, מבלי שניתנה התראה לגבי שינוי מדיניות. זאת, לעומת טענה הנוגעת לשינוי מדיניות, שעניינה הוספת סעיף אישום נוסף המתיישב עם יסודות העבירה, על אף שבעבר לא נהגו לעשות כן. בעניין זה, ראוי לשים לב להבחנה המהותית בין הסמכות הייחודית המוקנית לתובע על פי סעיף 62 לחסד"פ, להגיש כתב אישום נגד אדם או לסגור את תיק החקירה נגדו, כאשר יכולתו וסמכותו של בית המשפט להתערב בהחלטה כזאת היא מצומצמת ביותר, ומוקנית רק לבית המשפט הגבוה לצדק בנסיבות מיוחדות וחריגות (ראו בג"ץ 5699/07 פלונית(א') נגד היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ס"ב (3) 550 (2008)). זאת, לעומת הסמכות הגמישה הנתונה בידי בית המשפט בכל ערכאה, לתקן את כתב האישום לבקשת תובע תוך כדי ההליך ועד לשלב הכרעת הדין, בין היתר, על דרך הוספה של סעיף אישום או סעיף עבירה, ובלבד שניתנה לנאשם הזדמנות סבירה להתגונן (סעיף 92 לחסד"פ). בנוסף רשאי בית המשפט גם מיוזמתו, להרשיע אדם על פי עובדות שלא נטענו בכתב האישום אך הוכחו בפניו, ובלבד שניתנה לו הזדמנות סבירה להתגונן (סעיף 184 לחסד"פ), וכן להרשיעו בסעיף עבירה שלא יוחס לו בכתב האישום, אך אשמתו בה התגלתה מתוך העובדות שהוכחו בפניו, ובלבד שלא ייענש יותר מפעם אחת בשל אותו מעשה (סעיף 186 לחסד"פ).

32. ההבדל בין הסמכויות, מקרין במישרין על עוצמת אינטרס ההסתמכות שקונה נאשם בשני המקרים. כך, כאשר מוכחת מדיניות תביעתית עקבית שלא להעמיד כלל אדם לדין בגין עבירה מסויימת, ומדיניות זו משתנה בשלב מסויים, ללא התראה, והשינוי מופנה, לראשונה, כלפיו, הוא קונה אינטרס הסתמכות ניכר. אינטרס זה עשוי במקרים מסויימים להביא לביטולו של כתב האישום ובמקרים אחרים להצדיק הקלה בעונש (ראו הנאמר בעניין פרץ הנ"ל). לעומת זאת, במצב של שינוי מוכח במדיניות שנהגה התביעה לפני כן, אשר בעקבותיו מוסף כלפיו סעיף עבירה הנובע מאותה מסכת עובדתית, עוצמתו של אותו אינטרס היא נמוכה ביותר. זאת מהטעמים שבוארו לעיל. לפיכך, במצב דברים כזה אין ברגיל, מקום למתן סעד של ביטול סעיף העבירה הנוסף, אף אם הוכח בעניין זה שינוי במדיניות שלא ניתנה לגביו התראה מוקדמת.

33. יתר על כן, בכל הנוגע לבחירת סעיף או סעיפי האישום המיוחסים לנאשם בכתב אישום, קיימת מערכת כללים ברורה שנקבעה בפסיקת בית המשפט העליון בבג"ץ 7195/08 **אבו רחמה נ' תא"ל אביחי מנדלבלית, הפרקליט הצבאי הראשי** (פורסם בנבו, 1.7.09) (להלן: "**פרשת אבו רחמה**"). באותה פרשה נקבע, כי מבין מספר חלופות אפשריות של סעיפי עבירות, על התביעה לבחור באופציה הנורמטיבית העונשית ההולמת ביותר את טיבו של האירוע הפלילי, כפי שהוא מתואר בפרשת העובדות בכתב האישום. רק "חוסר מתאם מהותי" בין מערכת העובדות לבין סעיף האשמה, כאשר מצויה נורמה פלילית חלופית ההולמת יותר את מערכת העובדות, עשוי, בנסיבות מסוימות, קיצוניות במהותן, להצדיק התערבות שיפוטית לתיקון הליקוי, באופן שעל המאשימה יהיה לתקן את כתב האישום ולייחס לנאשם סעיף אשמה מתאים יותר (ראו, שם, בפסקה 36 לחוות הדעת של כב' השופטת פרוקצ'יה).

34. בפרשת אבו רחמה, קבע בית המשפט, כי סעיף האישום המקל שבו בחרה התביעה הצבאית שם להאשים את הנאשם, לא תאם את מערכת העובדות בכתב האישום וחרג באופן מהותי לקולא ממתחם הסבירות. לפיכך, הורה לה לתקן את כתב האישום בהתאם. אולם, כב' השופט ח' מלצר, בהערת אגב, הוסיף, כי במקרים מתאימים, מיוחדים ונדירים, ניתן יהיה גם לבקר ולהתערב בהחלטה של התביעה להעמיד נאשם בעבירות מחמירות יותר, שעה שמכלול הראיות חייב לייחס לנאשם האשמה בעבירות מקלות יותר. זאת למשל, כאשר בחירת סעיף האישום לא נעשתה לגופו של עניין, אלא נועדה להתגבר על טענת התיישנות אפשרית (ראו, שם, בפסקה 6 לחוות דעתו).

35. כאמור, בלזז טענתם של הנאשמים שלפנינו, עומדת טענת אפליה כלפי נאשמים אחרים בתיקים קודמים שעל סמך מסכת עובדתית דומה, הועמדו לדין רק בעבירה של הסדר כובל, אך לא בעבירה של קבלת דבר במרמה. ודוק, אין הנאשמים טוענים כי המסכת העובדתית הנוטענת אינה מגלה על פניה גם את עבירת המרמה. אכן, חובתו של התובע גם בעת ניסוח כתב האישום ובחירת סעיפי האישום היא לקבל את החלטתו בתום לב, בהגינות, ללא אפליה ובסבירות. סטייה ניכרת מעקרונות אלה עשויה להצדיק את התערבותו של בית משפט בשיקול דעתו. יחד עם זאת, בית המשפט אינו הופך "לתובע על" ובהפעילו את כלי הביקורת השיפוטית, אין הוא מחליף את שיקול דעתה של התביעה בשיקול דעתו. נוכח האמור, הכירו בתי המשפט בקיומו של "מתחם אפשרויות סביר" להחלטות התביעה, כאשר התערבותו של בית המשפט שמורה רק למקרים חריגים שבהם נופלת ההחלטה מחוץ למתחם (ראו:

ע"פ (מחוזי ת"א) 15757-04-11 **מדינת ישראל נ' גרינוולד** (פורסם בנבו, 8.6.12). בכל הנוגע לטענת אכיפה בררנית בהקשר של סעיף העבירה שנבחר, גם כאן על בית המשפט לבחון אם התביעה הונחתה על-ידי שיקולים זרים, פעלה בחוסר תום לב, או שהחלטתה את מי להעמיד לדין ולגבי מי להימנע מכך או להעמיד נאשמים בגין מערכת עובדות זהה או דומה, בעבירות שחומרתן שונה, חרבה בנסיבות העניין מ"מתחם הסבירות התביעתי". ראו לעניין זה, החלטתי בת"פ 37260-08-11 **מדינת ישראל נ' סגל**, מיום 26.7.12.

36. לאחר שבחנתי את טענות הנאשמים גם באספקלריה זאת, לא מצאתי כי קיים חוסר מתאם מהותי בין מערכת העובדות שיוחסה לנאשמים, לבין סעיפי האישום שיוחסו להם באותם אישומים. מעבר לכך, לא מצאתי כי החלטת התביעה להעמידם לדין גם בעבירות של קבלת דבר במרמה, החלטה שיושמה גם לגבי נאשמים אחרים בתיקים שהוגשו קודם לכן, על אף שבעבר נהגה מדיניות שונה, מהווה חריגה ממתחם הסבירות התביעתי, באופן שיצדיק התערבות של בית המשפט בדרך של מחיקת סעיף האישום הנוסף של קבלת דבר במרמה. זאת, גם בהקשר של אינטרס ההסתמכות המופחת, כפי שתואר לעיל. לפיכך, הטענה נדחית.

טענת האפליה לנוכח הסדר הטיעון בעניין מסלאתי

37. הטענה בעניין זה ממוקדת בכך שלנאשמים הטוענים אותה יוחסה עבירה של עשיית הסדר קובל בנסיבות מחמירות לפי סעיף 47 א' לחוק ההגבלים. זאת, שעה שבמסגרת הסדר הטיעון בעניינו של מסלאתי הוגש כתב אישום המייחס לו עבירה של הסדר קובל שלא בנסיבות מחמירות. על פי הטענה, מסלאתי הודה והורשע כי היה שותף בהסדר קובל בפרשה זו בחמישה מכרזים המתוארים באישום השלישי של כתב האישום שבתיק זה, ומשכך, אי אישומו בעבירה של עשיית הסדר בנסיבות מחמירות, מהווה אפליה פסולה כלפי יתר הנאשמים, שהואשמו באותן עבירות או בעבירות דומות בנסיבות מחמירות. עוד נטען, כי בטיעון לעונש בעניינו של מסלאתי, התייחסה לכך המאשימה כי מעמדו משני ביחס לנאשמים אחרים, ולא טענה כי ההסדר מבוסס על קושי ראייתי. בנוסף נטען כי אין שוני ממשי, בין טועני הטענה שהואשמו בשני אישומים מתוך השמונה, לבין מסלאתי שהואשם באישום 1, וכן כי אין לראות דווקא נאשמים אלה כמי שפעלו באופן שיטתי כנטען בכתב האישום. עוד נטען, כי מעבר לאבחנה המתייחסת לשאר האישומים, שאר הנסיבות המחמירות הנטענות בכתב האישום, כגון ההיקף הכספי של ההסדר, הנזק הנטען או ריבוי הצדדים, הן נסיבות אשר יכולות להיות נכונות גם בעניינו של מסלאתי, וכי התנהלות התביעה בעניינו מהווה הפרה של עקרון השוויון בין נאשמים ושל עקרון אחדות הענישה. מטעם זה, לטענתם, ראוי לבטל את האישום בנסיבות מחמירות שהוגש כלפיהם.

38. המאשימה בתגובתה מבהירה, שבניגוד למסלאתי, שהואשם באישום אחד, לגבי חמשת מכרזי הדרום, כל אחד מהנאשמים בתיק הנוכחי, מואשם בשני אישומים לכל הפחות. לפיכך, חל בעניינם הטעם של "שיטתיות" שאינו חל בעניינו של מסלאתי. עוד טענה, כי כתב האישום נגד מסלאתי הוגש במסגרת הסדר טיעון, וכי במסגרת הסדר כזה, רשאית התביעה להסכים להעמיד את הנאשם בסעיף אישום מקל

יותר, מבלי שהדבר יהווה פגיעה בעקרון אחידות הענישה אל מול נאשם שלא הגיע להסדר.

39. לעמדת, גם בהתעלם בטיעון השיטתיות, המבקש להבחין בין מסלאתי שהועמד לדין באישום אחד, לבין טועני הטענה (הנאשמים 6-7, 8-9, 11-12), שכל אחד מהם הועמד לדין בגין שני אישומים, הרי עצם העובדה שבעניינו של מסלאתי מדובר בעניינו בכתב אישום שהוגש במסגרת הסדר טיעון, די בה כדי להדוף את הטענה כטענה מקדמית. בעניין זה נקבע בע"פ 2996/09 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11/5/11), כי אין דינו של נאשם המגיע להסדר טיעון כדין נאשם הבוחר לנהל משפט הוכחות, וההטבה הניתנת לנאשם שמתקשר בהסדר, יכולה להתבטא גם בהמרת סעיפי האישום בסעיפים חמורים פחות, לעומת אלה שהופנו כלפי שותפיו. זאת, מבלי שהדבר ייחשב כהפרה של עקרון השוויון או יקים טענה של הגנה מן הצדק בגין אפליה בהעמדה לדין. מטעם זה, דין הטענה להידחות.

טענות הנאשמים 2 ו-3 בגין אישומם בעבירה לפי סעיף 48 לחוק ההגבלים לעומת מנהלי חברות אחרים

40. לטענת בא כוחם של נאשמים 2 ו-3 (להלן: "הנאשמים"), מרשיו היו במועדים הרלבנטים של כתב האישום, מנכ"לים משותפים של הנאשמת 4, וכל אחד מהם החזיק 50% ממניות החברה. הנאשמים מואשמים בכל שמונת האישומים שבכתב האישום, כמנהלים פעילים בנאשמת 4, מכוח סעיף 48 לחוק ההגבלים. זאת, שעה שכל הנאשמים, הן בתיק זה והן בתיק בלווא ובתיק בר לב שהוגשו במקביל, הואשמו איש איש בשל המעשים המיוחסים לו בכתב האישום ביצירת הקרטל וביישומו. לטענתו, היחידים שהואשמו בפרשת קרטל הגיזום, רק בשל היותם מנהלים או בעלים בחברה, הם הנאשמים, והדבר מהווה אפליה אסורה ופסולה, היכולה להביא סעד של ביטול כתב האישום כנגד הנאשמים. בא כוח הנאשמים מוסיף, כי עיון בשלושת כתבי האישום מלמד, כי רק הבעלים של הנאשמת 7 בכתב האישום בלווא לא הועמד לדין, וכי נותרה השאלה מי הוא הבעלים המשותף של 50% מהנאשמת 6 לכתב האישום בעניין בר לב. עוד ציין, כי מנתוני רשם החברות במשרד המשפטים, ניתן ללמוד, כי בכתב האישום נשוא עניינו, הועמד לדין מנהליה של חברת פורום שתיל, שהיא הבעלים של הנאשמת 9. כמו כן, לא הועמדה לדין בעלת 50% במניות של הנאשמת 12. באשר לנאשמת 5 בכתב האישום בעניין בלווא, נטען כי המנהל של חברה מחזיקה שליש ממניותיה של אותה נאשמת, אף הוא לא הועמד לדין. בנוסף נטען, בכל הנוגע לשביל הירוק המוזכרת בכתב האישום בעניין בלווא כי לא הועמדו לדין מנהלים רשומים של חברת השביל הירוק וגם לא מנהליה של חברה המחזיקה ב-40% ממניותיה של השביל הירוק. בנוסף נטען, כי בכתב האישום בעניין בלווא הועמדו לדין הנאשמת 24, נאשם שהיה מנהל בתחום הגיזום ונאשמת נוספת אולם, על פי נתוני רשם החברות, האדם הרשום כבעל החברה היחיד, לא הועמד לדין. בנוסף נטען, כי בכתב האישום בעניין בר לב לא הועמד לדין אחד הבעלים של הנאשמת 6.

41. לפיכך, נטען כי ב-11 מקרים בפרשת קרטל הגיזום, לא העמידה המאשימה אנשים שהם שווי מעמד לנאשמים רק בעבירה הנוגעת לסעיף 48 לחוק ההגבלים, והמדובר באכיפה בררנית הן באופן ספציפי

בהתייחס להחלטה להעמיד לדין רק חלק מהמעורבים בפרשה הנדונה, והן באופן כללי בכתבי אישום נוספים שבהם הוגשו כתבי אישום לפי חוק ההגבלים מבלי להעמיד מנהלים ובעלים של חברות לפי סעיף 48 לחוק ההגבלים.

42. ב"כ המאשימה מבקשים לדחות את הטענה. ראשית, הם טוענים בפן העובדתי, כי הנאשמים היו מנכ"לים שותפים בנאשמת 4 ועל יסוד תפקידם זה הם עומדים לדין לפי סעיף 48 לחוק ההגבלים בכל שמונת האישומים שבכתב האישום. לטענתם, הסתמכות הנאשמים על תדפיסו BDI המבקשת לראות במי שרשומים שם כ"מנהלי תאגיד", גם כמי שעונים על התיאור של "מנהל פעיל" לפי הגדרת חוק ההגבלים, היא הסתמכות שגויה. זאת שכן, אותה רובריקה בתדפיסו BDI מתייחסת לדירקטורים של סעיף 48 לחוק ההגבלים אינו חל עליהם. לדבריהם, הדבר עולה מהשוואה בין תדפיסו BDI לבין תדפיסו רשם החברות משרד המשפטים, שבהם מופיעים אותם אנשים כ"דירקטורים של התאגיד" ולא כ"מנהלי התאגיד". שנית, נטען כי סעיף 48 אינו חל על בעלי מניות בתור שכאלה, ומכאן שאין בסיס לטענה בדבר אפליה בהעמדה לדין. עוד נטען כי ניתן להעמיד לפי סעיף 48 גם בעלי מניות ודירקטורים, הרי שכל אלה אינם באותה קבוצת שוויון עם הנאשמים שהם גם מנכ"לים משותפים. עוד נטען, כי בתיק בלוא הועמדה גם נאשמת נוספת, הנאשמת 23, רק מכח אחריותה לפי סעיף 48 לחוק ההגבלים, וגם מטעם זה יש לדחות את טענת האפליה.

דוקטרינת ההגנה מן הצדק והאכיפה הבררנית

43. דוקטרינת ההגנה מן הצדק, אשר הוכרה בפסיקת בית המשפט העליון, תוך אימוץ דינים זרים, בע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד ב(2) 221 (1996) (להלן: "הלכת יפת"), הלכה והתפתחה בפסיקה, ואף הורחבה ע"י בית המשפט העליון בעניין בורוביץ. כיום, לאחר עיגון הדוקטרינה כטענה מקדמית בסעיף 149 (10) לחסד"פ, הרי שהתנאים להוכחתה קלים יותר, ואין עוד צורך במבחנים הנוקשים יחסית של התנהגות שערורייתית של הרשות, או של פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות, אשר נקבעו בהלכת יפת, אלא די בכך שההליך המשפטי עומד בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית.

בעניין בורוביץ קבע בית המשפט העליון כדלקמן:

"ביטולו של הליך פלילי מטעמי הגנה מן הצדק מהווה אפוא מהלך קיצוני שבית- המשפט אינו נזקק לו אלא במקרים חריגים ביותר. בדרך כלל יידרש הנאשם להראות, שהתקיים קשר סיבתי בין התנהגותן הנפסדת של הרשויות לבין הפגיעה בזכויותיו. עם זאת אין לשלול אפשרות שהפגיעה בתחושת הצדק וההגינות תיחס, לא להתנהגות שערורייתית של הרשויות, אלא, למשל, לרשלנות... אך נראה כי מצב-דברים כזה אינו צפוי להתרחש אלא במקרים חריגים ביותר".

44. בעניין בורוביץ, עסק בית המשפט העליון במישרין בטענת האכיפה הבררנית, וקבע כי יש לבחון האם העמדתם לדין של חלק מן המעורבים בביצוע עבירה הינה בבחינת אכיפה חלקית מותרת, היינו, כזו שנבעה משיקולים ענייניים, או שמא היא בבחינת אכיפה בררנית פסולה, הנובעת משיקולים זרים, פסולים או שרירותיים, והפנה לדברי כבוד השופט י' זמיר בבג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש עיריית באר-שבע, פ"ד נג (3) 289 (1999), (להלן: "עניין זקין"):

"אכיפה בררנית היא אכיפה הפוגעת בשוויון במובן זה שהיא מבדילה לצורך אכיפה בין בני אדם דומים או בין מצבים דומים לשם השגת מטרה פסולה, או על יסוד שיקול זר או מתוך שרירות גרידא. דוגמה מובהקת לאכיפה בררנית היא, בדרך כלל, החלטה לאכוף חוק כנגד פלוני, ולא לאכוף את החוק כנגד פלמוני, על בסיס שיקולים של דת, לאום או מין, או מתוך יחס של עוינות אישית או יריבות פוליטית כנגד פלוני. די בכך ששיקול כזה, גם אם אינו שיקול יחיד, הוא השיקול המכריע (דומיננטי) בקבלת החלטה לאכוף את החוק" (ההדגשות שלי - מ.ה.).

בעניין זקין, קבע כבוד השופט י' זמיר, כי החלטה להעמיד לדין, ככל החלטה מנהלית, נהנית מחזקת החוקיות של מעשי הרשות, ולכן מי שמעלה נגד החלטת הרשות טענה של אכיפה בררנית, עליו הנטל להפרכת החזקה, נטל שניתן יהא להרימו רק במקרים נדירים. באותם מקרים, בהם יש יסוד לטענה של אכיפה בררנית, יעבור הנטל לרשות על מנת להראות כי האכיפה, על אף שהיא נראית בררנית, מתבססת בפועל על שיקולים ענייניים בלבד. צוין, כי בפרשת פרץ, הצביע בית המשפט מפי כב' השופט ע' פוגלמן על מסלול חלופי אפשרי לתקיפת החלטה שעניינה אכיפה בררנית, שלא בדרך של טענת הגנה מן הצדק, אלא בדרך של תקיפה מנהלית של שיקול דעתו של התובע, מבלי הצורך להזדקק רק למבחנים המחמירים של תורת ההגנה מן הצדק. אולם, הדברים הושארו בצריך עיון (שם, בפסקה 31), ולא זכו להתייחסות של שני חברי ההרכב האחרים.

45. בעניין בורוביץ נדון מקרה בו בהחלטה מודעת, הוגשו כתבי אישום רק נגד חלק מהמעורבים בפרשה (חברה אחת, הדומיננטית ביותר מהחברות בכל אחת מקבוצות הביטוח), בעוד לגבי האחרים, נסגר התיק למרות קיומן של ראיות מספיקות, בעילה של חוסר עניין לציבור, ובעיקר על מנת למנוע ריבוי נאשמים והכבדה על ניהול ההליך המשפטי. בית המשפט העליון קבע בעניין זה, כי האפליה התבססה על שיקולים ענייניים, וכדבריו:

"הנחת המוצא היא אמנם, כי 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 ויש נגדו ראיות לכאורה. כן היא מקיימת את עקרון השוויון ומונעת חששות לתחושת אי-צדק ולפגיעה באמון הציבור במערכות האכיפה... אך לכלל זה יש גם יוצאים, ואף כשהמדובר בעבירה מרובת משתתפים רשאית התביעה, משיקולים ענייניים... במקרים חריגים ועל יסוד קריטריונים מוגדרים, ברורים ושוויוניים - להסתפק בהאשמת חלק מן המעורבים"

(ההדגשות שלי -מ.ה.)

46. בע"פ 3215/07 פלוני נ' מדינת ישראל, (פורסם בנבו, 4.8.08) נקבע באותו עניין:

"... לשם העלאת טענה בדבר "הגנה מן הצדק", הנשענת על טענה לאכיפה בררנית, יהיה על הטוען להראות, בראש ובראשונה כי מדובר בהבחנה בין מי שהדמיון ביניהם רלוונטי לעניין, במובן זה שהוא מצדיק התייחסות דומה בשאלת הגשתו של כתב אישום. בשלב השני יהא על הטוען להראות כי בבסיס ההבחנה ניצב מניע פסול, בין אם בדמות שרירותיות, התחשבות בשיקולים שאינם מן העניין, או חלילה שקילת שיקולים שאינם ראויים. מטבע הדברים מדובר בשני שלבים השלובים זה בזה, ואשר רב המשותף להם. הנטל להוכיחם, שאיננו פשוט כלל וכלל, מוטל על הנאשם, באשר הפרקליטות, ככל רשות מינהלית, נהנית מהחזקה לפיה פעולותיה נעשות כדין".

(ההדגשות שלי - מ.ה.)

מן הכלל אל הפרט

47. בעניינו נטען, כאמור, כי כל הבעלים והמנהלים, בכל החברות הנזכרות בשלושת כתבי האישום, הואשמו איש בשל חלקו בפועל בביצוע המעשים, ורק הנאשמים 2 ו-3 הואשמו בשל אחריותם כמנהלים בתאגיד. בעניין זה התעלם ב"כ הנאשמים מן העובדה, שבכתב האישום בעניין בלווא הואשמה גם נאשמת 23, הגב' שולמית קסנטיני, בגין האישום החמישי הנוגע לחמשת מכרזי הדרום, רק מכ סעיף 48 לחוק ההגבלים ורק בשל היותה מנהלת החברה הנאשמת 24, ולא עקב תפקיד פעיל כלשהו שיוחס לה בביצוע המעשים. לפיכך, הטענה שהנאשמים הם המנהלים היחידים בפרשה שהאשמו רק מכ סעיף 48 הנ"ל איננה נכונה, ודי בכך כדי להדוף את טענת האפליה.

48. מעבר לכך, גם בעמדה שהציגה המאשימה בתגובתה, לפיה אותם "מנהלים" שלא הועמדו לדין, ואשר לדברי ב"כ הנאשמים הם "מנהלי תאגיד" על פי תדפיסי BDI, הם למעשה "דירקטורים", לפי התדפיסים הרשמיים של רשות החברות ולפיכך אינם בגדר "מנהלים פעילים" וסעיף 48 לחוק ההגבלים אינו חל עליהם (ראו: ת"פ 366/04 (מחוזי י-ם) **מדינת ישראל נ' בידרמן** (פורסם בנבו, 20.1.10) והן לגבי כך, שהסעיף לפי פרשנותו העכשווית אינו חל על בעלי מניות, די כדי להביא לדחיית הטענה. גם בהנחה שבעתיד תינתן פרשנות אחרת לסעיף, העובדה שהמאשימה הציגה תבחין משפטי ועובדתי ברור שהצביע מדוע החליטה שלא להעמיד לדין את אותם מנהלים ובעלי מניות, אך בחרה להעמיד לדין את נאשמים 2 ו-3 בתיקנו ואת הנאשמת 23 בתיק בלווא, רק בשל תפקידם הניהולי בתאגיד, די בה כדי להביא לדחיית הטענה המקדמית האמורה.

טענות הנאשמים 11 ו-12 בעניין אפליה אל מול הנאשמים 8 ו-9 בתיק בר לב

49. ביום 16.6.14 הגישו ב"כ הנאשמים הודעה לבית המשפט ובה התייחסות לתשובת המאשימה מיום 15.6.14, לטענות המקדמיות שהועלו על ידי הנאשמים בתיק בר לב. באותו מסמך נאמר, בסעיפים 43 ו-44, כי לאור "גישתה העקרונית" של המאשימה, לגבי השאלה של הוספת רכיב של נסיבות מחמירות בעניין הסדר כובל, היא החליטה, לאור טענות הנאשמים 8 ו-9 בתיק בר לב בעניין זה, למחוק את הרכיב של הנסיבות המחמירות בעבירת ההסדר הכובל אותם נאשמים. על פי הנאמר על ידי המאשימה, בעניינם של אותם נאשמים, מתקיימות נסיבות שאינן מתקיימות לגבי אף אחד מהנאשמים האחרים לגבי שלושת התיקים ש"בתיק הגיזום" (הכוונה לתיק זה, לתיק בלווא ולתיק בר לב - מ.ה.).

50. לדברי באי כוח הנאשמים, המאשימה לא פירטה מהי אותה "גישה עקרונית" וההשוואה שעשתה המאשימה בין הנאשמים 8 ו-9 בתיק בר לב לבין יתר הנאשמים בתיק הגיזום, היא מלאכותית ולא מספקת. בנוסף, הגורם המבחין שצוין, דהיינו מכרז כספי חד פעמי של פחות מ-300,000 ₪, הוא אבחון מלאכותי "שנתפר" במיוחד לצורך תגובת המאשימה וכי ייתכן, כי גם במקרים אחרים לא הוסף רכיב של נסיבות מחמירות, על אף שמדובר במכרזים בהיקפים גדולים יותר או במכרז שאינו חד פעמי.

51. המאשימה בתגובתה, דוחה את הטענה כי התבחין שהוצע בתיק בר לב לגבי המכרז שלו היו הנאשמים צדדים, במובחן בעניינם של יתר הנאשמים, הינו תבחין מלאכותי. לדבריה, הנאשמים 8 ו-9 בתיק בר לב הואשמו בתיאום מכרז אחד בלבד ("מכרז חיפה" - יער ביכורים" העומד גם ביסוד האישום השמיני בתיק זה, שיוגדר להלן: "**מכרז חיפה**"), כאשר היקפו של אותו מכרז היה פחות מ-300,000 ₪ והוא חד פעמי, כלומר, ללא אפשרות הארכה לשנים נוספות. לעומת זאת, הנאשמים 11 ו-12 בתיק זה, מואשמים בתיאום שישה מכרזים, כאשר בנוסף לתיאום מכרז חיפה, מואשמים הנאשמים דנן גם בתיאום חמישה מכרזים נוספים שהיקפם המצרפי עולה על 3,000,000 מיליון ₪ לשנה, עם אפשרות להארכה לשנתיים נוספות. סה"כ היקף של יותר מ-9,000,000 מיליון ₪ על פני שלוש שנים. לטענת המאשימה, מדובר בשיקולים רלוונטיים וסבירים, כאשר היקף כספי הוא גורם היכול לבסס נסיבות מחמירות לפי סעיפים 47א(3)(4) לחוק ההגבלים, זאת בנוסף ליסוד של תיאום מכרז ציבורי, שאף הוא בסיס לנסיבות מחמירות. המאשימה טוענת, כי מחיקת הנסיבות המחמירות כלפי הנאשמים 8 ו-9 בתיק בר לב נעשתה מתוך השוואה לגישה בת"פ (מחוזי י-ם) 34268-03-12 **מדינת ישראל נגד זיידמן** (פורסם בנבו, 2.1.14) (להלן: "**עניין זיידמן**"). שבו הואשמו הנאשמים בעבירת הסדר כובל ללא נסיבות מחמירות בגין תיאום מכרז אחד שהיקפו הכספי יותר ממיליון ₪ לשנה הראשונה, עם אפשרות הארכה לשנים נוספות. לאחר שיקול דעת בנוגע לגישה הראויה במקרה של תיאום מכרז אחד בהיקפים כספיים לא גדולים, ביקשה המאשימה לתקן את כתב האישום בעניין זיידמן, ע"י הוספה של רכיב של נסיבות מחמירות, והרשות לכך ניתנה. בד בבד הוחלט, בהתבסס על אותה גישה, למחוק את רכיב הנסיבות המחמירות באישום שהוגש כלפי הנאשמים 8 ו-9 בתיק בר לב, זאת אף בטרם פנו הנאשמים בבקשה למחוק את אותן נסיבות. לטענת המאשימה, הנאשמים 11 ו-12 בענייננו מואשמים בתיאום שישה מכרזים, זאת בדומה לשאר הנאשמים בתיק זה ולכן, אין בסוגיה המתוארת - אישום בנסיבות מחמירות במקרה של תיאום מכרז אחד - כדי להשפיע על עניינם.

52. באי כוח הנאשמים בתגובה שהוגשה ללא נתינת רשות, טענו כי על אף שהאישום הרביעי המיוחס

לנאשמים בענייננו, מתייחס לחמישה מכרזים שונים, הרי המאשימה טענה במסגרת הסדר טיעון שנחתם בינה לבין הנאשם 13 בתיק בלווא כי היא מוכנה לראות באותם מכרזים פרשה אחת. בהתאם לטענתם, הנאשמים 11 ו-12 היו מעורבים לכאורה רק במכרז אחד מתוך חמשת מכרזי הצפון, ולפיכך, יש להתייחס לאישום כאישום במכרז אחד. ב"כ הנאשמים מוסיפים כי המאשימה מוסיפה להתעלם מהדרישה להציג את גישתם העקרונית לתיקון והדברים אף צוינו על ידי כב' השופטת ר' פרידמן-פלדמן בהחלטתה בעניין זיידמן. הנאשמים מוסיפים כי בעקבות הנאמר בעניין פרץ, די בהצגת מקרה אחד של אכיפה בררנית, כדי להעביר את הנטל לסתור אל כתבי הרשות.

53. בתגובתה לתגובה טוענת המאשימה, כי הסכמתה להתייחס אל חמשת מכרזי הצפון כאל מכרז אחד לצורך הסדר הטיעון, הן בעניינו של הנאשם 13 בתיק בלווא והן בעניינם של הנאשמים 20 ו-21 בתיק בלווא, מתייחסת לגישה הננקטת במסגרת הסדר טיעון, שבו רשאית המאשימה לנקוט בגישה מקלה יותר, כולל ויתור על רכיב הנסיבות המחמירות, מבלי שהדבר ייחשב כאפליה כלפי נאשמים אחרים באותה פרשה, עימם לא נעשה הסדר. לפיכך, אין לטענתה מקום להשוות בין העניינים. עוד לטענתה, גם אילו ניתן היה לראות את הנאשמים 11 ו-12 כצדדים לתיאום מכרז אחד בלבד למסגרת האישום הרביעי, הרי שעדיין הם מואשמים גם בתיאום מכרז נוסף במסגרת האישום השמיני. לפיכך, גם על יסוד השוואה הרואה במכרז חיפה מכרז אחד, הרי הנאשמים 11 ו-12 מואשמים במאזן הכולל גם לשיטתם, בשני אישומים המתייחס לשני מכרזים בהיקף כספי של יותר מ-2,000,000 מיליון ₪, זאת שעה שהנאשמים בתיק בר לב מואשמים באישום אחד, במכרז אחד בהיקף כספי של 300,000 ₪. וגם בכך, די כדי להצדיק התייחסות שונה לעניינם.

54. באשר לטענה כי המאשימה מתחמקת מהצגת עמדתה העקרונית ומבהירה המאשימה כי שיקול הדעת שנעשה בעניין זה נבע מבחינת השאלה, האם הפעלה נכונה של שיקול דעתה של התביעה מחייבת אישום בנסיבות מחמירות, בכל מקרה של תיאום מכרז, גם אם מדובר במכרז בודד. זאת, לאור קביעת בית המשפט העליון שהכיר בתיאום מכרז ציבורי כבסיס לנסיבות מחמירות בפרשת וול, בעקבות אותה בחינה, הוחלט כי נכון להאשים בנסיבות מחמירות גם במקרה של תיאום מכרז בודד בהיקף כספי שאינו קטן, אך לעומת זאת, ראוי להאשים ללא נסיבות מחמירות במקרה של תיאום מכרז בודד בהיקף כספי קטן. לאור הכרעה זו, תוקן האישום נגד הנאשמים 8 ו-9 בתיק בר לב ומנגד, הוסף אישום של נסיבות מחמירות כלפי הנאשמים בפרשת זיידמן. לאור האמור, חזרה המאשימה על עמדתה כי אין לראות בשינוי גישתה כלפי הנאשמים בפרשת בר לב, משום הצדקה לקבלת טענת אפליה מצדם של הנאשמים 11 ו-12 דן.

דין והכרעה

55. לאור האמור לעיל, בהקשר לפן הנורמטיבי של דוקטרינת ההגנה מן הצדק באכיפה בררנית (ראו פסקאות 43-46 לעיל), אין ממש בטענות ב"כ הנאשמים בראש פרק זה. המאשימה הציגה בתשובתה תבחין עובדתי ומשפטי ברור שבגיניו נמחק האישום בנסיבות מחמירות כלפי נאשמים 8 ו-9 בתיק בר לב

והוסף אישום זהה כלפי הנאשמים בעניין זיידמן. תבחין זה, שהוא בגדר אותה "עמדה עקרונית" שעל חסרונה קבלו ב"כ הנאשמים, נבע מקביעת מדיניות של המאשימה לגבי הגשת כתבי אישום בעבירות של תיאום מכרז, כאשר מדובר במכרז בודד. אותו תבחין, נבע מהתלבטות לגיטימית של המאשימה בהתחשב בפרמטרים הכלולים בסעיף 47(א) לחוק ההגבלים. התבחין שנקבע אינו חורג ממתחם הסבירות התביעתי ואין מקום שבית המשפט יתערב בו, ומכאן שלא הוכחה אפליה כלפי הנאשמים 11 ו-12 שעניינם במישור העובדתי שונה. גם ההשוואה בין כתבי האישום שבהם נמחק האישום בנסיבות מחמירות במסגרת הסדר טיעון, כלפי נאשמים אחרים בפרשה, לבין ענייננו, איננו רלוונטי. שכן, כפי שבואר לעיל, במסגרת הסדר טיעון רשאית המאשימה להקל עם הנאשמים המתקשרים בהסדר גם בעניין סעיפי העבירה המיוחסים להם בגין אותה מסכת עובדתית ואין בכך משום אפליה כלפי שותפיהם לעבירה או כלפי נאשמים בעבירות דומות שלא הגיעו לכלל הסדר עם המאשימה. מטעמים אלה, גם טענות הנאשמים 11 ו-12 בראש פרק זה נדחות.

התוצאה

56. כלל הטענות המקדמיות של הנאשמים כפי שהועלו בתיק זה נדחות.

57. הנאשמים יגישו תשובה מפורטת בכתב לכתב האישום **לא יאוחז מיום 20.10.14**.

58. במקביל, יבואו ב"כ הצדדים בדברים כדי לנסות ולהגיע להסכמות עובדתיות, וכן הסכמות בדבר ויתור על עדים (בין ויתור מלא והגשת אמרת העד במקומה ובין ויתור על עדות בחקירה ראשית והסתפקות חקירת העד על אמרתו). בנוסף יפעלו להגיע להסכמות בעניין הגשת תיק מוצגים.

59. קובע לדיון לפי סעיף 144 **ליום 27.10.14 בשעה 09:00**.

60. **המזכירות** תעביר העתק ההחלטה לב"כ הצדדים.

ניתנה היום, ט"ז אלול תשע"ד, 11 ספטמבר 2014, בהעדר הצדדים.