



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 207/20

ע"פ 1629/20

לפני: כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופטת ד' ברק-ארז
כבוד השופטת י' וילנר

המערערים בע"פ 207/20: 1 אשר אופיר
2. יוסף נוימן

המערער בע"פ 1629/20: אליהו קולן

נ ג ד

המשיבה: מדינת ישראל - רשות ההגבלים העסקיים

ערעור על הכרעת הדין מיום 13.9.2018 שניתנה על-ידי
כבוד השופט מ' י' הכהן ועל גזר הדין של בית המשפט
המחוזי בירושלים מיום 24.11.2021 שניתן על-ידי כבוד
השופט מ' כדורי בת"פ 22847-12-10

תאריכי הישיבות: כ"ח באדר א' התשפ"ב (1.3.2022)
ג' באדר ב' התשפ"ב (6.3.2022)
ד' באדר ב' התשפ"ב (7.3.2022)

בשם המערער 1
בע"פ 207/20: עו"ד איריס שמואלי

בשם המערער 2
בע"פ 207/20: עו"ד ליזי בר-שובל

בשם המערער
בע"פ 1629/20: עו"ד רונית אמיר יניב

בשם המשיבה: עו"ד אסף מוזס, עו"ד אוהד בורשטיין
עו"ד אסנת שלזינגר

פסק-דין

השופטת ד' ברק-ארז:

1. האם התארגנות של קבלנים שהחליטו בצוותא חדא שלא להשתתף במכרז
ממשלתי עלתה כדי ביצוע עבירה של הסדר כובל? איזו דרגת מעורבות בהתארגנות זו
מצדיקה הטלת אחריות פלילית? האם בנסיבות העניין עומדת למעורבים ההגנה של פטור

מאחריות פלילית בשל הסתמכות על ייעוץ משפטי? לבסוף, וככל שהרשעתם עומדת על כנה, מהו העונש ההולם על מעשיהם?

2. הערעורים שבפנינו מכוונים כנגד הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים מיום 13.9.2018 (ת"פ 10-12-22847, השופט מ"י הכהן) וגזר הדין שניתן בעקבותיה ביום 24.11.2019 (השופט מ' כדורי). ערעורים אלה הם "שרידים" של פרשה גדולה בהרבה, כמפורט להלן.

3. מקורו של ההליך בכתב אישום שהוגש לראשונה בשנת 2010 נגד 35 נאשמים, ביניהם התאחדות הקבלנים והבונים בישראל, כיום התאחדות בוני הארץ (להלן: התאחדות הקבלנים או ההתאחדות) ובעלי תפקידים בה, וכן נגד 15 חברות קבלניות ו-15 בעלי תפקידים בחברות אלה (שיכונו להלן גם: הקבלנים). כתב האישום ייחס לנאשמים עבירות לפי חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988. יצוין כי ביום 10.1.2019, לאחר שניתנה הכרעת הדין ובטרם ניתן גזר הדין בפרשה, התקבל בכנסת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 21), התשע"ט-2019 (להלן: תיקון מס' 21), שבמסגרתו שונה שמו לחוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988 (ולפיכך יכונה בהמשך הדברים: חוק התחרות).

4. בעיקרו של דבר, כתב האישום גולל מסכת של החלטות ופעולות שעניינן תיאום בין החברות הקבלניות באשר לכך שהן לא יגישו הצעות במסגרת מכרז של משרד הבינוי והשיכון (להלן: משרד השיכון) לביצוע עבודות מיגון באזור עוטף עזה. לשיטת המדינה החלטות ופעולות אלה עלו כדי עבירה של הסדר כובל. לצורך הצגת טיבה של המחלוקת ראוי להקדים ולהציג אפוא את עיקרי הוראותיו של חוק התחרות באשר לאיסור האמור. הצגה זו תשמש מצע נוח לתיאור פרטיו של כתב האישום בהמשך.

המסגרת הנורמטיבית: האיסור על הסדר כובל ותכליותיו

5. חוק התחרות קובע מגבלות ואיסורים החלים על פעולות הננקטות בקשר עם הגבלת תחרות עסקית. בבסיס החוק עומדת התכלית של הגנה על קיומה של תחרות חופשית כגורם מרכזי שבכוחו להניע את הכלכלה במשק ולקדם את האינטרס הציבורי. בעניין זה קבעתי בעבר בע"פ 1408/18 מדינת ישראל נ' בן דרור, פסקה 21 (21.8.2018) (להלן: עניין בן דרור):

"ההכרה בתחרות החופשית ככזו התורמת לייעול ולחדשנות, להורדת מחירים, לשיפור המוצרים והשירותים, ואף להבטחת הזדמנות שווה להתחרות בשוק באופן שמקדם את חופש העיסוק, היא שהובילה לאיסור

הקבוע בחוק על קיומו של הסדר כובל אשר עלול לפגוע בתחרות החופשית" (ראו גם: ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776, 861-860 (2005) (להלן: עניין בורוביץ)).

6. לב לבו של חוק התחרות הוא האיסור על "הסדר כובל". סעיף 4 לחוק קובע כי לא יהיה אדם צד להסדר כובל מבלי שהתקבל "הכשר" לכך, בדמות היתר, אישור זמני או פטור לסוגיו כאמור בסעיף. סעיף 47(א1) לחוק התחרות מוסיף וקובע כי הפרת איסור זה עולה כדי עבירה פלילית בת עונשין.

7. המונח "הסדר כובל" מוגדר בסעיף 2(א) לחוק התחרות כך:

"(א) הסדר כובל הוא הסדר הנעשה בין בני אדם המנהלים עסקים, לפיו 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".

על-פי לשון הסעיף, קיומו של הסדר כובל מבוסס על ארבעה יסודות עובדתיים מצטברים, כמפורט להלן.

8. הרכיב הראשון הוא קיומו של הסדר. לפי סעיף 1 לחוק התחרות, המונח "הסדר" כולל קשת רחבה של מקרים: "בין במפורש ובין מכללה, בין בכתב ובין בעל פה או בהתנהגות, בין אם הוא מחייב על פי דין ובין אם לאו". בהתאם לכך, נקבע בפסיקה כי יש לפרש מונח זה באופן רחב הכולל הסכמות מסוגים שונים (עניין בורוביץ, בעמ' 867-861; ע"פ 2560/08 מדינת ישראל - רשות ההגבלים העסקיים נ' וול, פסקאות ק"ו ו-קס"ב (6.7.2009) (להלן: עניין וול); עניין בן דרור, בפסקה 23). בין היתר, נפסק כי אף נסיבות שבהן התגבשה הסכמה אך היא לא מומשה בפועל, או שאחד מהצדדים חזר בו ממנה – יכולות לעלות כדי הסדר כובל (ע"פ 7399/95 נחושטן תעשיות מעליות בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(2) 105, 120 (1998); עניין בורוביץ, בעמ' 857; עניין וול, בפסקאות ק"ב ו-קס"ג; עניין בן דרור, בפסקה 23).

9. הרכיב השני הוא כי הצדדים להסדר הם בני אדם המנהלים עסקים. מטרתו של התנאי היא להבחין בין גופים עסקיים לבין גופים שאינם כאלה, כגון גופים צרכניים או המדינה בתפקידה השלטוני. בכפוף לכך, תנאי זה פורש בפסיקה לאורה של מגמה מרחיבה, כך שהוא משתרע גם על הסדר שהצדדים לו אינם חולקים אותו תחום עיסוק, וכמובן גם על צדדים שהם תאגידים (עניין בורוביץ, בעמ' 862).

10. הרכיב השלישי הוא כי ההסדר כולל הגבלה עצמית של לפחות אחד מהצדדים להסדר. באופן מהותי, משמעותו של רכיב זה היא הצרת חופש הפעולה הנתון בידי מי שמנהל את העסקים, וזאת "בין שכתוצאה מההגבלה נאסר עליו לעשות דבר-מה (לדוגמה, לפנות לקהל מסוים של לקוחות) ובין שההגבלה מחייבת אותו לפעול רק באופן מסוים (לדוגמה, למכור את מוצריו רק במחיר מוסכם כלשהו)" (עניין בורוביץ, בעמ' 867). בית משפט זה טרם השיב באופן חד משמעי על השאלה העקרונית מהם גבולות השתרעותו של יסוד הכבילה, וההכרעה היא בכל מקרה לגופו (ע"פ 5823/14 שופרסל בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקאות ל"ט-מ"ב (10.8.2015) (להלן: עניין שופרסל)).

11. הרכיב הרביעי והאחרון – שלו מיוחס המשקל הרב ביותר – הוא קיומו של פוטנציאל לפגיעה בתחרות או למניעתה כליל, גם אם אלו לא התקיימו בסופו של דבר. ודוק: עבירת ההסדר הכובל איננה דורשת מבחינת היסוד העובדתי שלה התרחשות של תוצאה מסוימת בדמות פגיעה בתחרות בפועל כתנאי לשכלול העבירה, אלא אך את התקיימותו של פוטנציאל כאמור. רכיב זה זכה בפסיקה לכינוי "מבחן העלילות" (עניין בן דרור, בפסקה 22; עניין שופרסל, בפסקה ל"ב).

12. חזקה חלוטה בעניין התקיימותו של הסדר כובל – סעיף 2(ב) לחוק התחרות מוסיף וקובע ביחס לארבעה סוגי הסדרים, שבהתקיימם קמה חזקה חלוטה לקיומו של הסדר כובל, וממילא, אין עוד צורך להוכיח את התקיימותו של מבחן העלילות הקבוע בסעיף 2(א). ואלו הם, על-פי לשון הסעיף:

- "(1) המחיר שיידרש, שיוצע או שישולם;
- (2) הריווח שיופק;
- (3) חלוקת השוק, כולו או חלקו, לפי מקום העיסוק או לפי האנשים או סוג האנשים שעמם יעסקו;
- (4) כמות הנכסים או השירותים שבעסק, איכותם או סוגם."

13. עוד נקבע כי בכל הנוגע להסדר כובל "אופקי", דהיינו כזה שנעשה בין מתחרים או מתחרים פוטנציאליים, פרשנות תכליתית של סעיף 2(ב) מחייבת לקבוע כי היקף התחולה של החזקה החלוטה הוא רחב ואינו מסויג, באופן שמייתר את הצורך לערוך בדיקה פרטנית של כל הסדר לגופו (דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף-הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56, 96 (2001); עניין בן דרור, בפסקה 27).

14. היסוד הנפשי הנדרש בגדרה של העבירה של צד להסדר כובל הוא מודעות בפועל של מבצע העבירה לטיב הפיזי של התנהגותו ולקיום הנסיבות

הרלוונטיות. בכלל זה נדרשת מודעותו של המבצע לכל אחד מארבעת הרכיבים שפורטו לעיל, כמו גם מודעותו לכך שהוא "צד" (או אורגן של "צד") להסדר כובל – דהיינו שההסדר חל עליו, או כי הוא שותף לו בדרך זו או אחרת. נוסף על כך עליו להיות מודע לרכיב השלישי בהגדרת עבירת ההסדר הכובל, קרי, היעדר "הכשר" מתאים להסדר הכובל (כאמור בסעיף 4 לחוק התחרות. ראו גם עניין בורוביץ, בעמ' 875-878). עוד יש להוסיף, ולכך יש חשיבות לענייננו, כי בית משפט זה כבר קבע שכאשר מתקיימת החזקה החלוטה הקבועה בסעיף 2(ב) לחוק התחרות, מתייחר הצורך להוכיח את פוטנציאל הפגיעה של ההסדר הכובל בתחרות ואת מודעותו של מבצע העבירה אליו. חלף זאת, די בהוכחת מודעות מבצע העבירה לנושא הכבילה הרלוונטי מבין הנושאים המנויים בסעיף 2(ב) לחוק התחרות: המחיר, הרווח שיופק, חלוקת השוק או כמות הנכסים או השירותים בעסק, איכותם או סוגם (שם, בעמ' 873).

15. העונש על ביצוע עבירה של צד להסדר כובל – בעת שבוצעו המעשים בענייננו, העונש המרבי שניתן היה להטיל על מבצע העבירה של צד להסדר כובל עמד על שלוש שנות מאסר או קנס (סעיף 47(א)(1) לחוק כנוסחו באותה עת). אם בוצעה העבירה בנסיבות מחמירות, שנמנו בסעיף 47א לחוק זה כנוסחו אז, העונש המרבי בגין העבירה עמד על חמש שנות מאסר או קנס. במסגרת תיקון מס' 21 בוטל סעיף 47(א)(1), והוחלף בסעיף 47(א1) ששינה את נוסח העבירה של צד להסדר כובל, תוך החמרת עונש המאסר המרבי בגינה לחמש שנים או קנס בשיעור הקבוע בסעיף. בהתאם להוראת סעיף 3(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), ובשים לב לכך שהתיקון החמיר כאמור את העונש המרבי שנקבע לעבירה, ענישתם של המערערים דנן צריכה להיבחן לפי הענישה הנוהגת בטרם התיקון לחוק (ראו: ע"פ 6339/18 בלווא נ' מדינת ישראל, פסקאות 12-13 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן (15.1.2020)).

תולדות ההליך המשפטי שבפנינו

16. ההליך המשפטי שהתנהל בפרשה זו ידע תלאות שונות. ראוי לפתוח בתיאור קצר שלהן, בין השאר מאחר שיש להן רלוונטיות לחלק מן הטענות שיוצגו בהמשך ביחס להתמשכות ההליך ולנפקות שיש לתת לכך.

17. כתב האישום המקורי הוגש ביום 15.12.2010 וכלל שלושה אישומים, כאשר הראשון והשלישי התייחסו להתאחדות הקבלנים ובעלי תפקידים בה, ואילו האישום השני התייחס לחברות הקבלניות. בשלביו הראשונים של הדיון בתיק טענו חלק מהנאשמים טענות מקדמיות שונות, אשר נסבו על פגמים שנפלו לטענתם בכתב האישום. חלק מטענות אלו נדחו על-ידי בית המשפט המחוזי בהחלטתו מיום 7.6.2012, בעוד

שחלקן – הנוגעות לאכיפה בררנית של הדין – התקבלו, כך שבית המשפט המחוזי הורה על מחיקת האישום השני ביחס לחלק מהנאשמים. המדינה ערערה על כך לבית משפט זה, וערעורה התקבל ביום 10.9.2013 (ע"פ 6328/12, מפי השופט ע' פוגלמן ובהסכמת הנשיא א' גרוניס והשופט (כתוארו אז) ס' ג'ובראן). בעקבות זאת התיק הושב לבית המשפט המחוזי לצורך חידוש הדיון. בהחלטה נוספת מיום 12.1.2014 דחה בית המשפט המחוזי את מירב הטענות המקדמיות הנוספות שהעלו הצדדים, אך קיבל טענות מסוימות שהצריכו תיקון נוסף של כתב האישום. בין לבין, חלק מהנאשמים הגיעו להסדרי טיעון ודינם נגזר.

18. ההליך במקרה זה התפרס על פני מספר שנים, הן בשל מורכבותו והן בשל נסיבות חיצוניות לו שלא זה המקום לפרטן. בית המשפט המחוזי קיים כ-50 דיוני הוכחות, שמע עשרות עדים, והוגשו לו כ-700 מוצגים. ביום 13.9.2018 נתן בית המשפט המחוזי את הכרעת דינו המנומקת, המשתרעת על-פני 174 עמודים. כשנה וחודשיים לאחר מכן, בעקבות פרישתו לגמלאות של המותב שנתן את הכרעת הדין, גזר בית המשפט המחוזי את דינם של הנאשמים, במותב אחר.

19. פסק דינו של בית המשפט המחוזי פרש יריעה רחבה והכריע במחלוקות עובדתיות ומשפטיות רבות. על הכרעת הדין וגזר הדין הוגשו תשעה ערעורים מטעם 7 מהחברות הקבלניות, 8 בעלי תפקידים בהן וכן בעל תפקיד בהתאחדות הקבלנים. הערעורים נדונו בפנינו במאוחד במשך שלושה ימי דיונים. בתום הדיונים, לאחר שמיעת הערות בית המשפט, חזרו בהם מרבית המערערים מערעורם. נותר לנו אפוא להכריע בערעורים שבפנינו, שהוגשו על ידי שלושה מנהלים של חברות קבלניות שהיו מעורבים בפרשה, ולמלאכה זו נפנה כעת. בנסיבות המתוארות, יריעת המחלוקת הצטמצמה באופן ניכר, והיא נוגעת כעת רק לשלושה מן המעורבים במעשים המתוארים באישום השני. בהתאם, פסק דיננו יתמקד בסוגיות הקשורות לכך, ובהן בלבד.

כתב האישום והעובדות שאינן שנויות עוד במחלוקת

20. לצורך הבנת האישום המיוחס למערערים בכתב האישום, אפתח תחילה בתיאור העובדות שאינן שנויות במחלוקת בשלב זה של ההליך. כאמור, כתב האישום הוגש נגד נאשמים רבים, בעלי תפקידים בהתאחדות הקבלנים, חברות קבלניות ומנהליהן, אך לצורך הכרעה בערעור איננו נדרשים אלא להצגתם של המערערים שבפנינו לבדם. אופיר אשר (להלן: אשר), המערער 2 בע"פ 207/20, היה בתקופה הרלוונטית בעליה ומנהלה של הנאשמת 17 בכתב האישום, חברת אוולון טכנולוגיות בע"מ (להלן: אוולון). יוסי נוימן (להלן: נוימן), המערער 3 בע"פ 207/20, היה בתקופה הרלוונטית בעליה ומנהלה

של הנאשמת 19 בכתב האישום, "דירורין" חברה לבנין הנדסה ותשתיות בע"מ (להלן: דירורין). אליהו קולן (להלן: קולן), המערער בע"פ 1629/20, היה בתקופה הרלוונטית מנהלה של הנאשמת 23 בכתב האישום, חברת מנרב הנדסה ובנין בע"מ (להלן: מנרב).

21. ביום 24.2.2008 התקבלה בממשלה החלטה שבמסגרתה אושרה תכנית למיגון דירות ביישובי עוטף עזה. בעקבות זאת, ביום 13.3.2008 פורסם מכרז ממשלתי מס' 10/08 שכותרתו "מאגר 'קבלני מדף' לעבודות תכנון וביצוע מרחבים מוגנים דירתיים (ממ"דים) בשדרות וביישובי עוטף עזה" (להלן: המכרז). מטרת המכרז הייתה דו-שלבית: בשלב הראשון, הוא נועד להקים מאגר של חברות קבלניות, ובשלב השני, הוא נועד לשמש מסגרת לבחירתן של חברות לביצוע עבודות בניית הממ"דים מתוך המאגר האמור. במסגרת תנאי המכרז נקבע כי החברות הקבלניות שייכנסו למאגר יידרשו להתחייב להגיש הצעות לפניות ספציפיות שיופנו אליהן בשלב השני, ואם לא יעשו כן לאחר שתי פניות – תחולט הערבות שנדרשו להפקיד, והן יימחקו מהמאגר.

22. בסיום השלב הראשון של המכרז נבחרו 14 חברות שעמדו בתנאי הסף (חברות אלו יכוננו להלן: חברות קבלני המדף). הן התבקשו להעמיד ערבויות על-פי תנאי המכרז. אציין כבר עתה כי אחת מחברות אלה הייתה מנרב, שאותה ניהל קולן. לעומת זאת, חברות אוולון ודירורין לא ניגשו למכרז מסיבות שונות אך היו "קבלני משנה", במובן זה שהגיעו להסכמה עם אחת מהחברות שנמנו עם חברות קבלני המדף לבצע עבורה את העבודות. אוולון התקשרה בהסכמה כאמור עם הנאשמת 15 בכתב האישום, חברת קיסר הנדסה ופיתוח בע"מ (להלן: קיסר) ומנהלה, ואילו דירורין הגיעה להסכמות דומות עם הנאשמת 35, חברת דלויה מרכז הבניה בע"מ (להלן: דלויה), שנמחקה בהמשך מכתב האישום לאחר שהאישום נגדה בוטל. יצוין כי נוימן והמדינה חלוקים באשר לאופיין המדויק של ההסכמות שהתגבשו לעניין זה בין דירורין לדלויה.

23. המועד האחרון להגשת הצעות בשלב השני של המכרז נקבע ליום 18.5.2008. לקראת מועד זה, נשלחו במחצית הראשונה של חודש מאי 2008 לכל אחת מ-14 חברות קבלני המדף שבע פניות ספציפיות להגיש הצעות לבניית ממ"דים בשבעה מתחמים בשדרות וביישובי עוטף עזה, וכן נערך ביום 12.5.2008 סיור קבלנים באותם מתחמים. במהלך הסיור העלו נציגי החברות הקבלניות שנכחו בו מספר תלונות בנוגע לחוסר ההתייחסות במכרז לעליית מחירי הברזל. הם אף ניסחו מסמך שהתייחס לנושא זה, שבו ביקשו מחברת עמיגור ניהול נכסים בע"מ, חברת בת של הסוכנות היהודית (להלן: עמיגור) שהייתה אחראית מטעם משרד השיכון על פרויקט מיגון עוטף עזה, להעניק לחברות הקבלניות פיצוי בגין כך (ת/276). לאחר הסיור נשלח למנכ"ל עמיגור מכתב

מטעם ההתאחדות, שהתייחס אף הוא לסוגיה. למכתב צורף המסמך שעליו חתמו הקבלנים במהלך הסיור ובו התבקשה עמיגור להתחשב בעמדתם ולתת לכך ביטוי בתנאי המכרז (ת/475). בתשובה למכתב זה עמיגור ענתה כי הסוגיה הובאה לפתחו של משרד השיכון, והנחייתו הייתה שאין לחרוג מכללי המכרז (ת/275).

24. הפגישה הראשונה – ביום 15.5.2008 התקיימה פגישה במשרדי ההתאחדות, שבה נכחו נציגים של חלק מהחברות הקבלניות ובהן חברות קבלני המדף וקבלני המשנה. במהלך הפגישה נוסח מכתב נוסף בנושא למשרד השיכון שנשא את הכותרת "הרעה ושינויים בתנאי מכרז חדרי מיגון עוטף עזה". המכתב, שנכתב בכתב יד, כלל התייחסות לקשיים שהתעוררו במהלך המכרז, ובכלל זה במהלך סיור הקבלנים. בין השאר, הוא נדרש לכך שהתושבים יפנו לבנייה עצמית של המרחבים המוגנים, לכך שיתכן שהתמורה לחברה הקבלנית המבצעת תותנה בשביעות רצונם של התושבים, וכן לעליית מחירי הברזל ולהפסדים שהיא עלולה לגרום לחברות הקבלניות, בגינם התבקש פיצוי. המכתב נחתם במילים "עקב כך החלטנו לא להגיש ביום א' 18.5.2008 המכרז" [כך במקור – 'ד' ב' א'] (ראו ת/451, להלן: מסמך כתב היד). בעמוד השני של המכתב, שנכתב בכתב-יד שונה, נכתבו שמותיהם של 14 חברות קבלני המדף (לרבות אלה שלא נכחו בפגישה), כשלצד חלק מהשמות הופיעו גם חתימותיהם של נציגים מטעמם. בעמוד השלישי של המכתב הופיעה טבלה הכוללת שתי עמודות ובראשה הכותרת "אחריות". בראש עמודה אחת נכתב "חברה שלא הייתה" ובראש רעותה "אחראי לשיתוף" (ת/451א). כפי שעלה מהראיות שהוצגו בבית המשפט המחוזי, מסמך זה נועד להבטיח שחברות קבלני המדף שלא נכחו בפגישה יעודכנו לגבי ההסכמות שהתגבשו במהלכה. האחריות לעדכוןם ולצירוף חתימותיהם הוטלה על מי שנכחו בפגישה בהתאם לסדר שנקבע בטבלה.

25. הנוסח שהועלה על הכתב בעת הפגישה לא נשלח כמות שהוא למשרד השיכון. בהמשכו של אותו יום, נשלח למשרד השיכון מכתב מודפס דומה (אם כי לא זהה) בנושא אותו תאריך (ת/269, להלן: המסמך המודפס). בין השאר, המסמך המודפס נחתם בנוסח שונה כדלקמן: "עקב כל האמור לעיל אין ביכולתנו להשלים את המכרז ולהגישו ביום א' 18.5.2008. העברנו פנייתנו זאת לטיפול יועצנו המשפטי. אנו מבקשים פגישה דחופה ומיידית בין הנהלת הפרויקט לקבלנים הזכיינים לצורך השלמת ביצוע פרויקט החיוני כל כך". בשולי המסמך המודפס הופיעו שמות חברות קבלני המדף בסדר זהה לזה שבו הופיעו בטבלה שצורפה למכתב שנכתב בכתב-יד. המכתב נשלח ממספר הפקס של עו"ד לרר, היועץ המשפטי של ההתאחדות הקבלנים (אם כי הוא עצמו טען בעדותו שלא הכיר אותו).

26. בו ביום (15.5.2008) השיב מנכ"ל עמיגור לפניית החברות הקבלניות (ת/449). הוא ציין כי לא נערכו כל שינויים בתנאי המכרז לרעתן, והוסיף "תמוהה בעינינו עצם התארגנותכם במהלך מכרז פומבי ומשמעות הדבר מבחינת חוק ההגבלים העסקיים". אין ראייה לכך שמכתב התשובה הובא לידיעתן של החברות הקבלניות. בהמשך לכך, הוחלפו מספר מכתבים בין עו"ד לרר ליועץ המשפטי של עמיגור. במסגרת זו, ביקש עו"ד לרר, במכתבו מיום 16.5.2008, לדחות את המועד האחרון להגשת הצעות במסגרת השלב השני של המכרז, ופנייתו נענתה, כך שהמועד נדחה ליום 20.5.2008.

27. הפגישה השנייה – ביום 18.5.2008 התקיימה פגישה נוספת של חלק מהחברות הקבלניות במשרדי ההתאחדות. במהלך הפגישה נוסח מכתב נוסף בשם כל חברות קבלני המדף, שבו נכתב, בין השאר, כי עקב שינויים מהותיים במכרז יש קושי לאמוד את היקף העבודה והתמורה, ו"לפיכך אין באפשרותנו להגיש הצעה ולפיכך לא נגישה" (ת/257), ההדגשה במקור; להלן: מסמך החתימות). עוד צוין שם כי חברות קבלני המדף מבקשות פגישה דחופה עם מנהלת הפרויקט ועם משרד השיכון, וכי עד לקיומה מבוקש לדחות את מועד הגשת הצעות לשלב השני במכרז. כן נכתב כי "התאחדות הקבלנים והבונים בישראל שמעה ובחנה את עמדותינו הנ"ל והיא מביעה את תמיכתה המלאה והבלתי מסויגת בנו". לבסוף נכתב כי המסמך תקף רק אם יחתם על-ידי כל חברות קבלני המדף. בתחתית המכתב מופיעים שמותיהן של 14 חברות קבלני המדף לצד חתימות הנחזות להיות של מי מטעמן, כאשר חלק מהחתימות – הנחזות להיות של נציגי אותן חברות קבלני המדף שלא נכחו בפגישה זו – הוספו מאוחר יותר, לאחר שהמכתב נשלח אליהם בפקס (ת/266-ת/258). עוד יצוין כי הנאשם 5 בכתב האישום, פולדי פרץ (להלן: פרץ), בעליה ומנהלה של חברת פולדמיר בנין (1986) בע"מ, הנאשמת 7 בכתב האישום, פעל להשיג את הסכמתם של כל קבלני המדף שלא לגשת למכרז, וכי במועדים הרלוונטיים היה אף חבר בנשיאות ההתאחדות ומילא בה תפקידים שונים.

28. במשרדיה של אחת מחברות קבלני המדף, נתפס מסמך החתימות לצד מכתב נוסף, הממוען לכל משתתפי המכרז, ובו נכתב כך:

1. מצ"ב מס' דפים שעליהם חתומים כל 14 המגישים שבו אנו מודיעים על אי הגשת המכרז.
 2. מחר בבוקר יישלח מכתב זה עם כל החתימות למנכ"ל משהב"ש ולמנכ"ל עמיגור.
 3. אנו מודים לכולכם על ההיענות ונעדכנכם בהתפתחויות.
- על החתום, מטה המאבק בהתאחדות" (ת/256).

29. ביום 20.5.2018, שבו התקיימה פתיחת ההצעות לשלב השני במכרז, התברר כי רק חברה קבלנית אחת מבין קבלני המדף הגישה הצעה (הגם שאף היא התחייבה שלא לעשות כן, במסגרת ההסכמות שאליהן הגיעו הקבלנים בפגישות). לפיכך, ומבלי להידרש לפרטים, ערבויותיהן של החברות האחרות חולטו.

30. בעקבות אי-הגשת ההצעות בשלב השני של המכרז, חלק הארי של המכרז בוטל. בהמשך לכך נדרש משרד השיכון לפרסם מכרז חדש, דבר שהיה כרוך בעיכוב העבודות הנדרשות במסגרת הפרויקט.

31. בשל המסכת העובדתית המתוארת, באישום השני בכתב האישום, שאך הוא נותר רלוונטי בשלב הנוכחי, נטען כי חלק מהנאשמים, ובהם המערערים, הגיעו להסכמה לפיה קבלני המדף יימנעו מהגשת הצעות במסגרת השלב השני במכרז, כל עוד לא תתקבל טענתם על הצורך בפיצוי בגין עלייה במחירי הברזל. על-פי הנטען, הסכמה זו התגבשה במסגרת שתי פגישות לפחות (כמתואר בפסקאות 24 ו-27 לעיל), וכן במסגרת מגעים נוספים בסמוך לכך. בשל כך יוחסה לשלושת המערערים דנן עבירה של צד להסדר כובל לפי סעיפים 47(א)(1), 2(א), 2(ב)(1), 2(ב)(2), 2(ב)(4) ו-4 לחוק התחרות, וביחס לקולן – לחלופין יחד עם סעיף 48 לחוק התחרות, שעניינו אחריות נושא משרה בתאגיד.

הכרעת הדין בבית המשפט המחוזי

32. לנוכח צמצום היריעה בערעור שבפנינו, אתאר כעת את הכרעת הדין רק בחלקה המתייחס להרשעתם של המערערים באישום השני.

33. בהתייחסו לשאלת האחריות, בית המשפט המחוזי הבהיר כי נקודת המוצא המשפטית לדיון באישום השני היא כי החלטה משותפת של מתחרים שלא להגיש הצעות במסגרת המכרז מהווה הסדר כובל. בית המשפט המחוזי קבע כי גם דיון בין מתחרים שמסקנתו היא שלנוכח תנאי המכרז לא ניתן להגיש הצעות במסגרתו, פוגע בצורה קשה באפשרות של כל מתחרה להפעיל שיקול דעת עצמאי לגבי הצעתו במכרז – ולכן עולה אף הוא כדי הסדר כובל. בית המשפט המחוזי הוסיף וקבע כי במקרה זה חלה החזקה החלוטה הקבועה בסעיף 2(ב) לחוק התחרות, ולפיכך אין צורך להוכיח את פוטנציאל הפגיעה בתחרות. זאת, כך נקבע, משום שהסכמתן של החברות הקבלניות שלא לגשת לשלב השני של המכרז ולא להתחרות אחת בשנייה, מהווה הלכה למעשה הסכמה שלא להתחרות על המחיר, הרווח, או כמות השירותים במסגרת המכרז. למעלה מן הצורך קבע בית המשפט המחוזי כי פוטנציאל הפגיעה בתחרות הוכח כנדרש לפי סעיף 2(א) לחוק

התחרות, שכן כאשר המתחרים הרלוונטיים למכרז מתאגדים ומסכימים שלא להגיש הצעות, על רקע המחיר הנקוב במכרז, ממילא מתבטלת התחרות ביניהם.

34. באשר למישור העובדתי, קבע בית המשפט המחוזי כי כבר במהלך הפגישה הראשונה התגבשו הסכמות שעולות כדי הסדר כובל. קביעתו זו התבססה על המסמכים שנכתבו במהלך הפגישה (ת/451 ו-ת/451א הנזכרים) וכן על עדויות שונות שנשמעו ביחס אליה. בין היתר, הסיק בית המשפט המחוזי ממסמכים אלו כי נציגי החברות הקבלניות הגיעו להסכמה לפיה אף חברה לא תגיש הצעה לשלב השני במכרז, וכי הנציגים שנכחו בפגישה התכוונו לחלק את האחריות לעדכון של יתר החברות לגבי ההסכמות. בית המשפט המחוזי סבר כי הצורך בעדכון ובהשגת הסכמתן של האחרונות תומך במסקנה באשר לגיבושו של הסדר כובל. עוד ציין בית המשפט המחוזי כי שינויי הנוסח בין מסמך כתב היד לבין זה המודפס, אשר נשלח בסופו של דבר, אינם שומטים את הקרקע תחת מסקנה זו, כי מכלול הראיות מלמד שמסמך כתב היד הוא שמשקף באופן מהימן את ההסכמות שהושגו בפגישה, וכי מכל מקום, גם נוסחו של המסמך המודפס מעיד על קיומו של הסדר כובל. זאת, כך נקבע, משום שגם החלטה משותפת של מתחרים במכרז לפיה תנאי המכרז לא מאפשרים הגשת הצעה למכרז – מהווה הסדר כובל, שכן החלטה זו נוסכת ביטחון בקרב המתמודדים שאיש מהמתחרים הפוטנציאליים לא יגיש הצעה, וממילא משנה לחלוטין את מאזן השיקולים שלהם.

35. בית המשפט המחוזי הוסיף עוד, כי מסמך החתימות שנוסח בפגישה השנייה, שבו נכתב בצורה מפורשת כי אין באפשרותן של החברות הקבלניות להגיש הצעה במסגרת המכרז ככל שלא ישונו תנאיו ולפיכך אין בכוונתם לעשות כן, עולה אף הוא כדי התגבשות הסדר כובל בין החברות הקבלניות.

36. בית המשפט המחוזי הוסיף ודחה את טענתן של החברות הקבלניות כי אי-הגשת ההצעות לא הייתה תוצאה של גיבוש הסכמה משותפת אלא הייתה תולדה של הפעלת שיקול דעת עצמאי, שהוביל למסקנה כי המכרז אינו כדאי מבחינה כלכלית. כמו כן, נדחו הטענות בדבר הנוקשות שאפיינה את החלטות עמיגור ומשרד השיכון ביחס למכרז ולעמידה הדווקנית על תנאיו אף בנסיבות של עליית מדד תשומות הבנייה, וכן הטענות שלפיהן לא היה מקום לנקוט במקרה זה בהליך פלילי, אלא להסתפק בהליכים מינהליים. כן נדחתה הטענה לטעות במצב משפטי (לפי סעיף 34 ל חוק העונשין), שהועלתה על רקע נוכחותו של עו"ד לרר, יועצה המשפטי של התאחדות הקבלנים, בפגישות הקבלנים, והימנעותו מלהתריע על כך שגיבוש הסכמה שלא לגשת למכרז מהווה עבירה פלילית.

בקשר לכך נקבע, בין היתר, כי עו"ד לרר לא אישר את החרמת המכרז ואת הפעולות הכרוכות בכך, ולכל היותר שתק ולא חיווה דעתו על ההתנהלות.

37. באשר ליסוד הנפשי של החברות הקבלניות ומנהליהן, בית המשפט המחוזי קבע כי די להוכיח את מודעותם ליסוד הכבילה, ואין הכרח להוכיח שהיו מודעים לפסול שבהתנהגותם ולפוטנציאל הפגיעה בתחרות הגלום במעשיהם.

38. בהמשך לאמור, ערך בית המשפט המחוזי דיון במעורבותו הפרטנית של כל אחד מהנאשמים בגיבושו של ההסדר והצטרפותו אליו. בתוך כך, הקדיש בית המשפט המחוזי תת-פרק של פסק דינו לדיון באחריותם הפלילית של אוולון, דיורין ובעליהן אשר ונוימן (בהתאמה), בהתחשב בכך שחברות אלו היו קבלני משנה שלא נכללו במאגר קבלני המדף וממילא לא היה ביכולתן לגשת לשלב השני של המכרז. בית המשפט המחוזי דחה את טענות אוולון ודיורין ומנהליהן לפיה לא הייתה להן השפעה על התחרות בין קבלני המדף ולכן לא ניתן לראותם כצדדים להסדר כובל. כן קבע בית המשפט המחוזי כי קבלני המשנה נכחו בפגישות, חתמו על המסמכים לצד שמותיהן של חברות קבלני המדף אשר עמן התקשרו, והיו מודעים להחלטה המשותפת שהתקבלה, ובכך חיזקו את ההסדר ואיפשרו את קיומו. פסק הדין כלל אף התייחסות פרטנית לכל אחד ואחד מן המערערים שבפנינו, כדלקמן.

39. אשר – בעדותו ובסיכומיו לא הכחיש אשר כי נכח בשתי הפגישות (אם כי טען שיצא בשלב מוקדם של הפגישה השנייה) וכן חתם על מסמך כתב היד לצד שמה של קיסר, חברת קבלן המדף שעמה התקשר. אשר העיד עוד שהוא נדרש לעדכן חברה קבלנית אחרת לגבי ההסכמות שהתגבשו, אף שלגרסתו הוא לא עשה זאת. עם זאת, הוא הוסיף וטען כי לא חתם על מסמך החתימות, ולמעשה כלל לא הכיר אותו ולא היה מודע לתוכנו. בהמשך לכך, אשר גרס כי ככל שהתגבש הסדר כובל, היה זה רק לאחר שנחתם מסמך החתימות על-ידי כל הקבלנים לאחר הפגישה השנייה. לפיכך, הוא טען כי לא ניתן לראותו כמי שהיה צד להסדר שהתגבש.

40. בית המשפט המחוזי דחה טענה זו בהדגישו כי ההסדר הכובל התגבש כבר בפגישה הראשונה, ובא לידי ביטוי במסמך כתב היד שעליו חתם אשר. עוד דחה בית המשפט המחוזי את הטענה לפיה אשר היה לכל היותר מסייע, וכי מנהלה של קיסר היה המבצע עיקרי של העבירה. בית המשפט המחוזי קבע כי די בעובדה שאשר נכח בפגישה וחתם על מסמך כתב היד כדי לגבש את היסוד העובדתי. בית המשפט המחוזי הוסיף ודחה את טענתו של אשר לפיה מנהלה של קיסר נכח בפגישה הראשונה בעצמו ואף אישר

לו לחתום על מסמך כתב היד, וקבע כי הראיות מלמדות שאותו מנהל כלל לא נכח בפגישה, ומכל מקום כי לעניין זה אין רלוונטיות לשאלת אחריותו הפלילית של אשר עצמו, אשר היה מעורב באופן עצמאי בהתגבשות ההסדר. בסיכומו של דבר נקבע כי:

”אשר לא היה קבלן משנה שצפה מהצד ותמך בהצטרפות הקבלן הראשי עמו עבד להסדר. הוא היה חלק מהמהלך, נכח בפגישות, חתם על מסמכים ואף היה מעורב יותר מחלק מקבלני המדף במהלך שהתגבש ובהגעה להחלטה המשותפת” (פסקה 483 להכרעת הדין).

41. עוד נקבע כי מאחר שמסמך כתב היד הסתיים במלים ”עקב כך החלטנו לא להגיש ביום א’ 18.5.2008 המכרז”, יש לדחות את טענתו של אשר לפיה מסמך זה אינו משקף החלטה משותפת שלא לגשת למכרז או כי הוא עצמו לא היה מודע לכך. ממילא – כך נקבע – יש לדחות את טענתו של אשר לגבי המועד המאוחר שבו התגבש ההסדר. לבסוף, בית המשפט המחוזי הוסיף וקבע כי גם הראיות שהציג אשר לכך שהוא התכוון לגשת למכרז ולכך שאי-ההגשה רק פגעה בו בשל חילוט הערבות שהוגשה על-ידו (ולא על-ידי קיסר) אינן רלוונטיות לשאלת ההרשעה, שכן הוכחת העבירה של צד להסדר כובל אינה תלויה במניע של הצדדים להסדר ואף לא בכוונה ליישמו. מכל הטעמים הללו נקבע כי הוכח גם קיומו של היסוד הנפשי הנדרש, וממילא כי יש להרשיעו.

42. נוימן – אף נוימן לא הכחיש בעדותו ובסיכומיו כי נכח בשתי הפגישות וכי חתם במהלכן לצד שמה של חברת דלויה על מסמך כתב היד ועל מסמך החתימות. אולם, הוא הוסיף וטען כי הגיע לישיבות במטרה לחפש עבודה וליצור קשר עם קבלני המדף, ולא היה בעל מעמד לקבל החלטה ביחס למכרז. נוימן טען עוד, כי בניגוד לנטען בכתב האישום לא התגבשה הסכמה בין דיורין לאוולון לפיה דיורין תשמש קבלן משנה במקרה של זכייה במכרז, אלא בסך הכול התגבשה הבנה בעל-פה בין החברות לשיתוף פעולה בביצוע הפרויקט במקרה של זכייה. ממילא, לטענתו, לא רק שדיורין לא הייתה קבלן מדף, אלא שלא ניתן לראותה גם כקבלן משנה, ועל כן אף אותו אין להרשיע כמי שהיה המנהל והבעלים בחברה זו.

43. בית המשפט המחוזי דחה את טענותיו של נוימן וקבע כי ”חתימותיו של נוימן והתנהלותו בפגישות תרמו למהלך והיו חלק מההסדר בדומה לחתימות שאר הקבלנים” (פסקה 498 להכרעת הדין). בית המשפט המחוזי קבע עוד כי נוימן לכל הפחות יצר מצג שווא שהוא פועל כנציגה של חברת קבלן המדף שעמה התקשר.

44. בית המשפט המחוזי הוסיף ודחה את טענתו של נוימן לפיה המסמכים שעליו חתם לא כללו הסכמה שלא לגשת למכרז אלא "קריאה להידברות" עם עורכי המכרז. ביחס לכך הפנה בית המשפט המחוזי לדבריו של נוימן בחקירתו ברשות התחרות, לפיהם הייתה הסכמה בין כל הנוכחים שלא ניגשים למכרז. בית המשפט המחוזי הדגיש כי לא ניתן לפרש את הדברים האמורים במסמך כתב היד, שעליו כאמור חתם נוימן, באופן אחר מאשר החלטה שלא לגשת למכרז אם לא ישונו תנאיו – דבר המהווה הסדר כובל.

45. אשר ליסוד הנפשי, בית המשפט קבע כי הוא מתקיים אצל נוימן, ובהקשר זה נדחתה טענתו לפיה הוא לא היה מודע לכך שההסדר אינו חל עליו. בית המשפט הדגיש לעניין זה, כי הסדר כובל מתקיים גם כאשר רק אחד הצדדים מגביל את עצמו, וכי לצורך הוכחת היסוד הנפשי אין צורך להוכיח שהנאשם היה מודע לפסול שבמעשיו.

46. קולן – אף קולן אינו חולק על כך שנכח בפגישה השנייה לזמן קצר, אך לטענתו בפרק הזמן שבו נכח בפגישה לא דובר על אי-הגשת הצעות למכרז. לגרסתו של קולן, ביום 19.5.2008 התקשר אליו פרץ ושאל האם מנרב קיבלה החלטה לגבי הגשת מועמדות במכרז. קולן השיב לו שמנרב החליטה לא לגשת למכרז. בתגובה לכך השיב פרץ כי ישלח לו מסמך בפקס שבו יש להצהיר על כך שאין בכוונת מנרב לגשת למכרז, ולחתום בשמה. כאשר מסמך החתימות נשלח באמצעות הפקס, קולן לא נכח במשרד ועל כן ביקש מחשב החברה לחתום בשמה על מסמך החתימות. לטענתו הוא לא ראה את המסמך ולא היה מודע לתוכנו, כמו גם לכך שחתימה עליו מהווה הצטרפות של מנרב להחלטה המשותפת.

47. בית המשפט המחוזי קבע כי לצורך התקיימות יסודות העבירה של צד להסדר כובל די בעובדה שקולן התחייב בפני פרץ, שהיה כאמור מנהל של מתחרה אחרת במכרז, כי הוא אינו מתכוון להגיש הצעה במסגרת המכרז. יתר על כן, בית המשפט המחוזי דחה את גרסתו של קולן לפיה עזב את הפגישה השנייה בטרם הסתיימה, לאחר שקבע כי זוהי גרסה מאוחרת שהתפתחה תוך כדי עדותו בבית המשפט. בית המשפט המחוזי הפנה ביחס לכך להודעתו של קולן ברשות התחרות שם אמר כי הפגישה הייתה קצרה והסתיימה במהירות, ולא ציין שעזב אותה במהלכה. עוד דחה בית המשפט את גרסתו של קולן ביחס לכך שלא ידע מה תוכנו של מסמך החתימות. גם בעניין זה הפנה בית המשפט המחוזי להודעתו של קולן ברשות התחרות, שם ציין כי הועבר מסמך בין כל הקבלנים לחתימתם, שבו נכתב כי אף אחד מהקבלנים לא ייגש למכרז, וכי מטרת המסמך הייתה "לשכנע אחד את השני לא לגשת" (ת/526, 337-338).

48. לבסוף, בית המשפט המחוזי דחה את טענת קולן לפיה ההחלטה שלא להגיש הצעה במסגרת המכרז התקבלה על-ידי מנרב באופן עצמאי, עוד בטרם קיומן של הפגישות בהתאחדות הקבלנים, וזאת בשל שיקולים עסקיים ובעקבות סיור הקבלנים. קולן טען בעניין זה כי ההחלטה שלא לגשת למכרז לא הייתה מצויה כלל בתחום סמכותו אלא התקבלה על-ידי ועדת המכרזים של מנרב המוסמכת לקבל החלטה מסוג זה. בית המשפט המחוזי קבע כי אין לעובדה זו השלכה על שאלת אחריותו הפלילית של קולן, מאחר שאין בכך כדי לסתור את המסקנה שמנרב הצטרפה להחלטה להחרים את המכרז ככל שלא ישונו תנאיו. עוד הודגש, כי קולן אינו מכחיש שהוא הורה לחשב של מנרב לחתום על מסמך החתימות, פעולה שהביאה להצטרפותה של מנרב להסדר הכובל, גם אם התקבלה במקביל החלטה על-ידי ועדת המכרזים.

גזרי הדין בבית המשפט המחוזי

49. להלן יובאו עיקרי קביעותיו של בית המשפט המחוזי בגזר הדין, בנוגע למערערים דנן בלבד.

50. בית המשפט המחוזי דחה את הטענות שכוונו לביטול הרשעתם של המערערים, לאחר שקבע כי גם אם הרשעתם תכביד עליהם ואף תגרום לנזקים שונים עבורם, לא הוכח כי למי מהם ייגרם נזק קונקרטי כתוצאה מההרשעה, מעבר לנזק שנגרם לכל נאשם המורשע בדינו. בקשר לכך, בית המשפט המחוזי דחה את הטענה שהרשעה תמנע מהמערערים להשתתף במכרזים ציבוריים באופן אוטומטי, שכן ככלל הרשעה פלילית כשלעצמה אינה משמשת עילה לפסילתו של מציע במכרז, והדבר נתון לשיקול דעתה של ועדת המכרזים בכל מקרה לגופו. בית המשפט המחוזי הוסיף כי אין מדובר במעשי עבירה "פעוטים וקלי ערך", בין השאר מכיוון שמדובר היה במכרז בעל משמעות רבה, שאף הוגדר כ"פרויקט מציל חיים", ואי-הגשת ההצעות בשלב השני של המכרז גרמה לעיכוב בהוצאתו אל הפועל.

51. כדי לקבוע את מתחם העונש ההולם ביחס לכל אחד מהמערורים חלק בית המשפט המחוזי את הקבלנים לשלוש קבוצות, בהתאם לרמת מעורבותם בפרשה. בקבוצה הראשונה נכללו הקבלנים שהובילו את המהלך מושא הערעור ועודדו אותו, וביניהם אשר. ביחס אליו נקבע בגזר הדין כי "הוא היה חלק מהמהלך והיה מעורב יותר מחלק מקבילני המדף במהלך שהתגבש ובהגעה להחלטה המשותפת" (עמ' 53 לגזר הדין). הקבוצה השנייה כללה קבלנים בדרג "ביניים", כלומר, כאלו שלא היו מיוזמי המהלך, אך חלקם היחסי בביצוע העבירה לא היה מבוטל. בקבוצה זו נכללו קולן ונוימן. הקבוצה השלישית כללה קבלנים שמעורבותם בגיבוש ההסדר הייתה מצומצמת בלבד.

52. בית המשפט המחוזי קבע שהנזק שנגרם בפועל עקב העבירה הוא ביטול המכרז ועיכוב בביצוע העבודות, גם אם לפרק זמן לא ממושך. בית המשפט המחוזי עמד על כך שהעבירה נעשתה מחמת מצוקה שחשו המערערים לנוכח העלייה הדרמטית במחירי הברזל ובמדד תשומות הבנייה, אך קבע כי אין להתעלם מכך שעמדו בפני המערערים דרכים חלופיות, שאינן כרוכות בהפרת החוק (ובכלל זה האפשרות להימנע מהצעת הצעות בשלב השני של המכרז באופן עצמאי וללא תיאום). בית המשפט המחוזי שקל עוד את העובדה שהמעשים לא בוצעו במחשכים, וכן כי פגישות הקבלנים התקיימו במשרדי ההתאחדות ובהשתתפותו של היועץ המשפטי של ההתאחדות, עו"ד לרר, ש"נמנע מלהרים דגל שחור" ולא התריע בפני הקבלנים על הקשיים שבגיבוש ההסדר, באופן שהשליך על הלך הרוח בפגישה.

53. בית המשפט המחוזי קבע כי מתחמי העונש ההולם בגין העבירות שביצעו המערערים נעים בין מאסר בפועל שהוא קצר מועד לבין מאסר בפועל למשך שמונה חודשים, כאשר "נקודת הכובד" שונה ביחס לכל אחד מהמערערים. בית המשפט המחוזי הוסיף וקבע כי מתחם הקנס ההולם בעניינו של אשר נע בין 20,000 ל-60,000 שקלים, זאת בין השאר בשים לב למצבו הכלכלי; ואילו בעניינם של נוימן ושל קולן, מתחם הקנס ההולם נקבע בין 60,000 ל-150,000 שקלים.

54. במסגרת קביעת העונש בתוך המתחם, בית המשפט המחוזי שקל את הפגיעה שעלולה להיגרם למערערים ולמשפחותיהם, את העובדה שהמערערים לא כפרו בעיקרי העובדות בכתב האישום, אלא בעניין ביסוס האחריות פלילית, וכן קבע כי יש לתת משקל ממשי לפרק הזמן הממושך שחלף מאז ביצוע העבירות. כמו כן נזקפו לזכותם של המערערים עברם הפלילי הנקי, התנהגותם החיובית ותרומתם הממשית לחברה במרוצת השנים. בעניינו של אשר, שהיה מצוי בהליך של פשיטת רגל, בית המשפט המחוזי אף ציין כי יש לשקול את ההשלכות שעלולות להיות לעונש מאסר על שיקומו הכלכלי.

55. בסיכומו של דבר, בהתחשב בכל השיקולים המפורטים, בית המשפט המחוזי גזר על אשר עונש מאסר בפועל למשך שלושה חודשים וחצי, שירוצה בדרך של עבודות שירות, עונש מאסר על-תנאי של שמונה חודשים למשך שלוש שנים, וכן קנס בשיעור של 35,000 שקלים. על נוימן ועל קולן נגזר אותו עונש – מאסר בפועל למשך שלושה חודשים, שירוצה בדרך של עבודות שירות, עונש מאסר על-תנאי של שישה חודשים למשך שלוש שנים, וכן קנס בשיעור של 80,000 שקלים.

56. הערעורים שבפנינו נסבו על הכרעת הדין וגזרי הדין גם יחד. בהתאמה, יוצגו תחילה הטענות הנוגעות להכרעת הדין וההכרעה ביחס אליהן, ובהמשך הטענות הנוגעות לגזרי הדין וההכרעה בהן.

טענות הצדדים בערעורים על הכרעת הדין

57. שלושת המערערים העלו טענות הן באשר לקביעותיו העובדתיות של פסק הדין, והן באשר למסקנותיו המשפטיות. אפתח בהצגת הטענות שהיו דומות או משותפות לכלל המערערים, ורק לאחר מכן אדרש לטענות הפרטניות של כל אחד מהם.

58. המערערים טוענים כי לא הונחה תשתית ראייתית לכך שההסכמה שאליה הגיעו, שלא להגיש הצעות בשלב השני של המכרז, עלולה הייתה למנוע או להפחית את התחרות העסקית. עוד נטען, כי שגה בית המשפט המחוזי בקביעתו שלפיה חלה במקרה זה החזקה החלוטה הקבועה בסעיף 2(ב) לחוק התחרות, המייתרת את הצורך בהבאת ראיות לעניין הפגיעה בתחרות העסקית. בקשר לכך מדגישים המערערים כי ההסכמה האמורה לא כללה את הרכיבים המצוינים באותו סעיף, אשר מקימים את החזקה החלוטה – תיאום לעניין מחיר ההצעות, כמות השירותים שיוצעו או הרווח שיופק כתוצאה מהמכרז.

59. נוימן ואשר מדגישים עוד, כי החברות שבבעלותם לא היו כשירות להגיש הצעה בשלב השני של המכרז, בהיותן חברות קבלני משנה, שפרטי המכרז כלל לא היו בידעתן. על כן, לשיטתם, לא מתקיים הרכיב של "הגבלה", שהוא חלק מן היסוד העובדתי הנדרש בעבירה של צד להסדר כובל, וממילא לא ניתן להרשיעם בה.

60. המערערים מוסיפים וטוענים, כי לא התקיים אצלם היסוד הנפשי הנדרש לצורך הרשעה בעבירה של הסדר כובל. לשיטתם, כל הפעולות שנעשו בקשר עם אי-הגשת הצעה בשלב השני של המכרז נשאו אופי של מחאה, או אף של ניסיון להגיע להידברות עם עורכי המכרז, ואינן מהוות מעשה פלילי. בקשר לכך מדגישים המערערים כי הפגישות וניסוח המכתבים נעשו בגלוי וכי לא נעשה כל ניסיון להסתיר את הדברים מעיניהם של עורכי המכרז. למעשה, כך נטען, ההיפך הוא הנכון – יש להבין את הפגישות ואת ניסוח המכתבים כחלק מהפניות שנעשו למנהל הפרויקט מטעם עמיגור בנוגע לשינוי הנטען בתנאי המכרז.

61. המערערים מוסיפים, כי שגה בית המשפט המחוזי בקביעתו שלפיה לא קמה בעניינם ההגנה של טעות במצב משפטי. זאת, כך נטען, לנוכח האופן שבו הם פירשו את התנהגותו של עו"ד לרר ובפרט את הימנעותו מלהתריע כי ההסכמות שהושגו מהוות עבירה פלילית.

62. ומכאן – להצגת טענותיהם הפרטניות של כל אחד מהמערערים, הנוגעות לקביעתו העובדתית של בית המשפט המחוזי.

63. אשר טוען, כי קביעתו של בית המשפט המחוזי לפיה כבר בפגישה הראשונה התגבש הסדר כובל היא שגויה. לשיטתו, כל שהוסכם באותה פגישה הוא כי חלו הרעה ושינוי בתנאי המכרז וביחס לכך יש לקיים הידברות עם משרד השיכון, תוך דחיית המועד שנקבע להגשת ההצעות. אשר מוסיף וטוען כי בניגוד לקביעתו העובדתית של בית המשפט המחוזי, הוא לא נכח בפגישת הקבלנים השנייה. לטענתו, התייחסותו בעדותו לכך שנכח בשני מפגשים עם נציגי החברות הקבלניות כוונה לסיור הקבלנים ולפגישה הראשונה בלבד. עוד טוען אשר כי גם במסגרת נוכחותו בפגישה הראשונה הוא לא היה שותף לניסוח מסמך כתב היד ולא ידע כלל על המסמך המודפס.

64. אשר מוסיף וטוען, כי כל פעילותו – ובכללה, פנייה לעו"ד לרר ופניה למנהל הפרויקט מטעם עמיגור – נסבה על דחיית מועד הגשת ההצעות בשלב השני של המכרז, ולא על הסדר של אי-הגשת הצעות במכרז. אשר מדגיש עוד כי קביעתו של בית המשפט המחוזי באשר לקיומו של יסוד נפשי אצלו היא שגויה, שכן פנייתו האמורה לעו"ד לרר ולעמיגור, המאוחרת לפגישה הראשונה, אינה עולה בקנה אחד עם ההנחה שהיה מודע להתגבשות ההסדר של אי-הגשת ההצעות.

65. נוימן טוען כי מעורבותו בגיבוש ההסדר התמצתה ב"ישיבה בספסלים האחוריים" בפגישות, ולפיכך לא היה מקום להרשיעו. נוימן טוען עוד כי גם במישור היחסים בינו לבין חברת דלויה, מעורבותו הייתה "מועטה ומשנית", כאשר שותפו לניהול דירורין היה מנהל החברה בפועל ואילו הוא שימש כ"מנהל הביצוע". לו עצמו, כך נטען, לא היה קשר ישיר עם נציגי דלויה. בנסיבות אלה, לשיטתו, לא היה מקום לראותו כמי שייצג את דירורין ודלויה והצטרף בשמן להסדר הכובל.

66. נוימן מדגיש, כי אין זה מתקבל על הדעת להותיר את הרשעתו על כנה, בעוד האישום כלפי דלויה ומנהלה בוטל, שכן חלקה של דירורין בפרשה אינו יכול לעמוד ללא ייחוס אחריות פלילית לדלויה, חברת קבלן המדף שעמה התקשרה. ככל שדלויה לא

הייתה חלק מההסדר הכובל – כך נטען – ניטל העוקץ ממעשיה של דיורין וממילא גם של נוימן.

67. קולן טוען, כי החלטתה של מנרב שלא לגשת לשלב השני של המכרז הייתה החלטה עצמאית, שהתקבלה עוד קודם לפגישות הקבלנים, והיא התבססה על שיקולי אי-כדאיות כלכלית. קולן מוסיף וטוען, כי שגה בית המשפט המחוזי משביסס את הרשעתו בעיקר על ההודעה שמסר ברשות התחרות, שכן הודעה זו נמסרה בטרם נועץ בעורך-דין, ועולה ממנה, לשיטתו, כי הוא לא הבחין בין עובדות שהיו ידועות לו מידעה אישית בזמן אמת לבין עובדות שנודעו לו בדיעבד.

68. כמו כן, קולן חולק על הקביעה העובדתית לפיה נכח בפגישת הקבלנים השנייה, וטוען כי "סביר יותר" שהוא נכח דווקא בפגישה הראשונה מבין השתיים. יתר על כן, לשיטתו, אף אם נכונה הקביעה שהוא נכח בפגישה השנייה דווקא, לא הונחו ראיות לכך שנכח בחלק הפגישה שבו דובר על החרמת המכרז, להבדיל מהחלק שעסק בהידברות עם משרד השיכון.

69. עוד טוען קולן, כי בניגוד לקביעתו של בית המשפט המחוזי, הוא לא הבין את תוכנו של מסמך החתימות והוא טעה לחשוב שחתימתו עליו נועדה לשקף את החלטתה העצמאית של מנרב שלא לגשת לשלב השני של המכרז. לשיטתו, יש לראות במסמך החתימות "עצומה" המופנית למנכ"ל משרד השיכון ולמנכ"ל עמיגור, וזאת בגיבוי של התאחדות הקבלנים. מכל מקום, לשיטתו, אין לראות במסמך זה גיבוש של הסדר כובל.

70. קולן מוסיף וטוען כי יש קושי של ממש בקביעתו של בית המשפט המחוזי, לפיה די באישורו לכך שהתחייב בפני פרץ שהוא אינו מתכוון להגיש הצעה במכרז – כדי לקיים את יסודות העבירה של צד להסדר כובל. זאת, משום שלא ניתנה לו הזדמנות להתגונן מפני אישום של גיבוש הסדר כובל יחד עם פרץ – להבדיל מאישום המתייחס לתיאום עם כל חברות קבלני המדף.

71. לבסוף טוען קולן לקיומה של אכיפה בורנית, לנוכח אי-העמדתו לדין של שלומי אסולין (להלן: אסולין), מנהלה של חברת קבלן מדף נוספת, אסום חברה קבלנית לבניין בע"מ (להלן: אסום), שחתם אף הוא על מסמך החתימות. קולן מדגיש בהקשר זה כי הוא עצמו כלל לא חתם על מסמך החתימות ואף לא ראה אותו.

72. המדינה טוענת כי אופיו של ההסדר הכובל במקרה דנן התבטא בהחרמה משותפת של המכרז ככלי להפעלת לחץ לשינוי תנאיו, ובאופן הפוגע בתחרות. בנסיבות אלה, לשיטת המדינה, יש לראות את ההסכמה שלא לגשת למכרז כ"חובקת" את החזקה החלוטה הקבועה בסעיף 2(ב) לחוק התחרות, קרי, ככוללת הסכמה משותפת לכך שלא תוגש הצעת מחיר במכרז, שלא יופק רווח מהמכרז ושלא יינתנו שירותים במסגרתו. לפיכך, לשיטת המדינה, בדין קבע בית המשפט המחוזי כי חלה בנסיבות העניין החזקה החלוטה האמורה בסעיף 2(ב) לחוק התחרות, וממילא אין צורך להציג תשתית ראייתית מספקת לקיומו של מבחן העלילות.

73. המדינה דוחה את הטענה לפיה קבלני המשנה לא היו יכולים להיות צד להסדר הכובל, משום שלא היו יכולים להגיש הצעה בשלב השני של המכרז. המדינה מדגישה כי יש לראות בהם מבצעים בצוותא, גם אם לא יכלו להיות צד להסדר בעצמם, וכי גם הסדר שנעשה למראית עין הוא הסדר כובל, בשל השפעתו על המתחרים האחרים. המדינה מוסיפה ומדגישה את מעורבותם המשמעותית של חברות אוולון ודירין ושל מנהליהן של חברות אלה, אשר ונוימן, בפעילות הקשורה לגיבוש ההסדר באופן שהוסיף ליציבותו. המדינה מדגישה, כי אין משמעות לכך שחברה זו או אחרת החליטה באופן עצמאי שלא לגשת למכרז, שכן בסופו של דבר כל החברות הקבלניות הצטרפו להחלטה המשותפת שיצרה אצלם חזית אחידה והגבילה אותם מלנסות ולהתמודד עם קשיי המכרז בראי האינטרסים העסקיים הייחודיים להם.

74. המדינה טוענת עוד, כי יש לדחות את טענתם של המערערים באשר לאי-התקיימותו של היסוד הנפשי. המדינה מציינת כי היסוד הנפשי הנדרש להשתכללות עבירת צד להסדר כובל הוא מודעות לטיב המעשה, ובמקרה דנן – להסכמה שלא לגשת למכרז אם לא ישונו תנאיו. המדינה מדגישה כי המערערים היו מודעים גם לפוטנציאל הפגיעה בתחרות הנובע מהסכמתם המשותפת שלא לגשת למכרז.

75. המדינה דוחה עוד את טענת המערערים לתחולת ההגנה של טעות במצב משפטי, בעקבות הימצאותו של עו"ד לרר בפגישות הקבלנים. בקשר לכך הדגישה המדינה כי הפסיקה פירשה את ההגנה של הסתמכות על עצה משפטית באופן מצומצם, וכי המערערים לא הרימו את הנטל המוטל עליהם להוכיח את תחולתה במקרה דנן.

76. אשר לטענותיהם של המערערים נגד קביעותיו העובדתיות של פסק הדין, טוענת המדינה כי אלו נקבעו על בסיס התרשמותו הבלתי אמצעית של בית המשפט המחוזי מהעדויות ומהראיות שהוגשו לו, ולפיכך אין להתערב בהן. באופן קונקרטי, המדינה

דוחה את טענת אשר לפיה ההסדר לא התגבש בפגישה הראשונה, בה נכח. כמו כן, דוחה המדינה את טענותיו של נוימן ביחס לחלקו במהלכים מול חברת דלויה, כמו גם את טענתו ביחס לאכיפה בררנית בשל ביטול האישום נגד דלויה ובעליה. ביחס לכך מדגישה המדינה כי התעוררו קשיים ראייתיים בהוכחת מודעותו של בעליה של דלויה לקיום ההסדר, וכי לכך אין השלכה על המסכת הראייתית נגד נוימן, שהשתתף בפגישות וחתם על מסמך כתב היד.

77. בדומה לכך, המדינה דוחה גם את טענת קולן לפיה כלל לא נכח בפגישה השנייה אלא בראשונה, ומדגישה כי טענה זו נשמעה לראשונה בשלב הערעור. עוד דוחה המדינה את הטענה החלופית לפיה קולן עזב את הפגישה השנייה בטרם דובר על אי-הגשת הצעות במכרז. המדינה מציינת עוד שקולן טוען בערעורו שלא ניתן להסתמך על הודעתו ברשות התחרות – אך באותה נשימה הוא מבקש להוכיח על בסיסה של אותה הודעה שלא הבין בזמן אמת שמסמך החתימות מהווה התחייבות משותפת לכלל הקבלנים שלא לגשת למכרז. המדינה מוסיפה ודוחה את טענתו של קולן לכך שלא ניתנה לו הזדמנות להתגונן מפני הרשעתו בתיאום המכרז עם פרץ, ומדגישה כי מדובר בקביעה המהווה נימוק אחד מני רבים למודעתו לתוכנו של מסמך החתימות. המדינה דוחה גם את טענת האכיפה הבררנית ביחס לאסום ולאסולין, ומדגישה כי לא היו די ראיות למודעותם להסדר הכובל.

דיון והכרעה בשאלת האחריות הפלילית

78. כבר בפתח הדיון יש להדגיש את חשיבותם של חוק התחרות והאיסורים הפליליים הקבועים בו ביחס לפגיעה בתחרות. השאלות שבפנינו ממוקדות אך ביישומם של אלה.

79. עיון בטענות המערערים מעלה כי למעשה הם אינם חולקים על התקיימות שני היסודות הראשונים של האיסור על הסדר כובל הקבוע בסעיף 2(א) לחוק התחרות: קיומו של הסדר והיותם של הצדדים בני אדם המנהלים עסקים. הצדדים מיקדו את טענותיהם בשני הרכיבים הבאים שמונה הסעיף: יסוד ההגבלה ומבחן העלילות. באשר לאחרון, הצדדים חלוקים ביניהם בעיקר בשאלת התקיימותה של החזקה החלוטה. נמקד אף אנו את הדיון בשני רכיבים אלו, ונפתח בשני מביניהם, שבו התמקדו עיקר הטענות.

האם מתקיימת החזקה החלוטה בסעיף 2(ב) לחוק התחרות, ועל כן לא נדרשת הוכחה של פוטנציאל לפגיעה בתחרות?

80. נקודת המוצא לדיוננו היא כי תיאום בין מתחרים המתמודדים במכרז היא התנהגות אנטי-תחרותית המנוגדת להגיונו של המכרז. המכרז הוא מסגרת לתחרות כלכלית בין שחקנים בשוק, והצלחתו נמדדת ביכולת לבחור את ההצעה הזוכה מבין הצעות שונות, בהתאם לקריטריונים רלוונטיים. החלטה על תיאום בין מתחרים במכרז, בין בהקשר של השתתפות ובין בהקשר של אי-השתתפות, מהווה על פני הדברים התנהלות אנטי-תחרותית, שהיא לא רק טעונת גינוי אלא גם עבירה פלילית ממש. משנה תוקף יש ליתן לחומרת השלכותיו של תיאום הנערך ביחס למכרז ציבורי, אשר נועד לקדם פעילות לטובת הציבור (עניין בן דוד, בפסקה 43; כן ראו: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי – משפט מינהלי כלכלי כרך ג 25-39 (2013)).

81. בהתחשב בתכליתו של האיסור על הסדר כובל, ככלל נכון יהיה להחיל את החזקה החלוטה הקבועה בסעיף 2(ב) לחוק התחרות על הסדר בין מתחרים במכרז שלא להגיש הצעות לאותו מכרז. הסדר כזה הוא במהותו הסדר הכובל את שיקול הדעת של כל המתחרים במכרז, שכן מבחינה עניינית הוא חולש על כל ההיבטים שהם חלק מאותה חזקה: העלאת המחירים, הגדלת הרווחים וצמצום הכמות של הנכסים או השירותים. באופן יותר קונקרטי, הסכמה לפיה אף מתחרה לא יגיש הצעה ככל שלא תשונה התמורה המשולמת לזוכה תמורת השירותים שיספק – מהווה הסכמה הנוגעת למחיר שישולם (סעיף 2(ב)(1) לחוק התחרות); הסכמה כזו מגלמת גם את ההסכמה לפעול להשאת הרווח שכל אחד מהמתחרים יפיק (סעיף 2(ב)(2) לחוק זה); ולבסוף, הסכמה זו רלוונטית גם לגבי כמות השירותים הניתנים על-ידי כל אחד מהמתחרים לעורך המכרז, במובן זה שהם מתחייבים שלא לספק שירותים כלל (סעיף 2(ב)(4) לחוק זה). החרמת המכרז על דרך של החלטה מתואמת שלא לגשת אליו כלל – מהווה אמצעי להפעלת לחץ על עורך המכרז לשנות את תנאיו המסחריים, באופן שייטיב עם המתחרים במכרז על חשבון מתחרים פוטנציאליים אחרים. בכך יש כדי לפגוע בערך המוגן של העבירה – שמירה על קיומו של שוק חופשי ותחרותי. בהקשר של מכרז ציבורי מצטרפת לכך פגיעה נוספת בתכליותיו של המכרז ובאינטרסים הציבוריים הניצבים ביסודו.

82. הדברים מתחדדים אף יותר כאשר בוחנים את נסיבות המקרה דנן: המערערים, יחד עם הנאשמים האחרים, קיבלו החלטה משותפת שלא לגשת לשלב השני של המכרז. החלטתם זו פגעה באופן מובהק הן ביסוד התחרות בין המשתתפים כולם והן בשיקול הדעת העצמאי של כל אחד מהם. ללא קיומו של ההסדר, כל אחת מהחברות הקבלניות הייתה שוקלת את צעדיה, ולא מן הנמנע שלפחות חלק מהן היו מחליטות, משיקולים

כלכליים ואחרים, להתמודד בשלב השני של המכרז. ואולם, ההסדר שאליו הגיעו החברות הקבלניות הביא להחרמה כמעט מוחלטת של המכרז ולביטול חלקו העיקרי. בעקבות זאת נדרש משרד השיכון לפרסם מכרז חדש, דבר אשר מטבע הדברים עיכב את ביצוע עבודות מיגון בתי המגורים ביישובי עוטף עזה, עניין שאין להמעיט בחשיבותו.

83. מסקנתי היא אפוא כי בנסיבות העניין חלה החזקה החלוטה הקבועה בסעיף 2(ב) לחוק התחרות, ואין עוד צורך להוכיח את פוטנציאל הפגיעה בתחרות או את הפגיעה שנגרמה בפועל כתוצאה מההסדר בין החברות הקבלניות.

רכיב ההגבלה: האם קבלני המשנה יכולים להיות צד להסדר הכובל?

84. הרכיב הנוסף שכנגדו כיוונו שניים מהמעוררים – אשר ונוימן – את טענותיהם, נגע לרכיב ההגבלה. ביחס לכך נטען כי מכיוון שחברות קבלני המשנה לא היו יכולות כלל לגשת לשלב השני של המכרז, לא ניתן לומר כי ההסדר הצר את חופש הפעולה שלהן. ממילא, לשיטתם של אשר ונוימן, להצטרפותם להסדר לא הייתה השפעה על התחרות במכרז. אין בידי לקבל טענה זו.

85. הגם שנוימן ואשר היו מנהליהן של חברות שלא היו כשירות בעצמן להגיש הצעה בשלב השני של המכרז, יש לראות בהם "מבצעים בצוותא" של עבירת ההסדר הכובל (ראו: ע"פ 2929/02 מדינת ישראל נ' סבירסקי, פ"ד נז(3) 135, 140-141 (2003)). הגיון הדברים ברור: גם שלוחו של משתתף במכרז המצטרף להסדר כובל שעניינו החרמת מכרז, תורם בכך להגבלת התחרות בין המשתתפים במכרז. בענייננו, אף אם חברות קבלני המשנה לא היו כשירות להגיש הצעה במכרז מלכתחילה ועל כן לא צומצם חופש הפעולה שלהן, הרי שהצטרפותן להסדר הכובל בשם חברות קבלני המדף שעמן התקשרו, פגעה בתחרות בין יתר משתתפי המכרז. אכן, כפי שכבר נקבע בפסיקה, "אף מי שמצטרף להסדר הכובל למראית עין בלבד עשוי בנסיבות מסוימות לגרום לחיזוק ההסדר הכובל ולפגיעה בתחרות, שכן הוא גורם לשותפים האחרים, שאינם פועלים למראית עין, להתבסס על כך שגם הוא שותף להסדר הכובל, ובכך הוא מעודד אותם להגביל את עצמם" (עניין בורוביץ, בעמ' 875).

86. למעשה, אם בוחנים את המסכת העובדתית שתוארה בהכרעת הדין, קשה עוד יותר לקבל את טענתם של נוימן ואשר. בית המשפט המחוזי קבע כי אשר ונוימן נכחו בפגישות הקבלנים, חתמו על המסמכים העומדים בבסיס ההסדר והיו מודעים להחלטתם המשותפת של נציגיהן של החברות הקבלניות האחרות. בית המשפט המחוזי הוסיף

וקבע, כי פעולותיהם של אשר ונוימן חזקו את ההסדר ואיפשרו אותו. בקביעות אלו, הנשענות על ממצאי עובדה ומהימנות, לא מצאתי מקום להתערב.

האם התקיים אצל המערערים היסוד הנפשי הנדרש להרשעה בעבירה של הסדר כובל?

87. המערערים מוסיפים וטוענים, כי שגה בית המשפט המחוזי בקביעתו כי התקיים אצלם היסוד הנפשי הנדרש להרשעה בעבירה של הסדר כובל. לשיטתם, הם פעלו בתום לב, ולא ניסו להסתיר את מעשיהם, וממילא הם לא היו מודעים לכך שאלו מהווים עבירה פלילית. טענה זו אין לקבל.

88. כאמור, היסוד הנפשי הנדרש להשתכללות העבירה של צד להסדר כובל הוא מודעות של מבצע העבירה לטיב מעשיו ולקיום הנסיבות שבגדרן נעשו. בהקשר הנוכחי, נדרשת אפוא מודעות מצד המעורבים לקיומו של הסדר, שנעשה בין בני אדם המנהלים עסקים, אשר כולל הגבלה של לפחות אחד מהצדדים, ואשר יש בו פוטנציאל לפגיעה בתחרות. כפי שתואר לעיל, בנסיבות שבהן חלה החזקה החלוטה הקבועה בסעיף 2(ב) לחוק התחרות, די בהוכחת מודעותו של מבצע העבירה לנושא הכבילה הרלוונטי מבין הנושאים המנויים בסעיף האמור: המחיר, הרווח שיופק, חלוקת השוק או כמות הנכסים או השירותים בעסק, איכותם או סוגם. מודעות זו, כפי שקבע בית המשפט המחוזי, מתקיימת ביחס לכל אחד מהמערערים (כמפורט עוד להלן גם בפסקאות 100-108).

89. בניגוד לנטען על-ידי המערערים, לצורך השתכללות העבירה לא נדרשת התביעה להוכיח כי המבצע היה מודע לפסול שבהתנהגותו או לכך שמעשיו מהווים עבירה. טענה זו מנוגדת לעקרונות היסוד בדיני העונשין, שאינם דורשים מודעות של העושה לקיומו של האיסור הפלילי (ראו: סעיפים 20(א) ו-34 ללחוק העונשין, שבו ייערך דיון להלן בפסקאות 91-98). לפיכך, גם אם המערערים האמינו כי אין כל פסול במעשיהם – אין בכך כדי למנוע את הרשעתם בעבירה (ראו: עניין בורוביץ, בעמ' 875-877; ע"פ 845/02 מדינת ישראל נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית, פסקה 27 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש (10.10.2007) (להלן: עניין תנובה); ע"פ 1672/06 בלילי נ' מדינת ישראל-הרשות להגבלים עסקיים, פסקה 10 (10.3.2008) (להלן: עניין בלילי)).

90. על כך יש להוסיף, כי היסוד הנפשי מתקיים גם אצל קבלני המשנה (אשר ונוימן), אף אם החברות שבבעלותן לא היו יכולות לגשת לשלב השני של המכרז. כאמור, הצטרפותם של קבלני המשנה חיזקה את ההסדר הכובל ואת הפגיעה בתחרות. ממילא, ולנוכח קביעותיו של בית המשפט המחוזי בפסק דינו, לא ניתן לקבל את טענתם לאי-התקיימותו של היסוד הנפשי אצלם.

91. חריג לכלל לפיו אי-ידיעת הדין אינה פוטרת נאשם מאחריות פלילית, מצוי בהגנה של "טעות במצב משפטי", מקום בו הייתה טעותו של הנאשם "בלתי נמנעת באורח סביר". לבחינת השאלה האם הגנה זו עומדת למערערים, כפי שנטען על-ידם, אפנה כעת.

האם יש לפטור את המערערים מאחריות פלילית בשל טעות במצב משפטי, לפי סעיף 34 ל³⁴ לחוק העונשין?

92. ההגנה של "טעות במצב משפטי" קבועה כאמור בסעיף 34 ל³⁴ לחוק העונשין, שמורה כך:

"לענין האחריות הפלילית אין נפקה מינה אם האדם דימה שמעשהו אינו אסור, עקב טעות בדבר קיומו של איסור פלילי או בדבר הבנתו של האיסור, זולת אם הטעות היתה בלתי נמנעת באורח סביר".

93. הגנה זו מהווה כאמור סייג לאחריות פלילית, ולפיכך הנטל להוכיח את התקיימותה מוטל על הנאשם הטוען לה. על מנת ליהנות מתחולתה של ההגנה נדרש הנאשם להוכיח התקיימותם של שני רכיבים: במישור הסובייקטיבי, הוא נדרש להצביע על קיומה של טעות כנה, ובמישור האובייקטיבי, כי הייתה טעות זו "בלתי נמנעת באורח סביר", קרי, כי לא ניתן היה לנקוט אמצעים סבירים למניעתה (עניין תנובה, פסקה 31 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; עניין בלילי, בפסקה 12; עניין בורוביץ, בעמ' 934. ראו גם: יעקב קדמי על הדין בפלילים חלק ראשון, בעמ' 698-700 (מהדורה חדשה, 2012); אלעד רום טעות בחוק הפלילי 47-48, 193-200 (2015)).

94. בפסיקתו של בית משפט זה נקבע, כי במקרים מסוימים, הסתמכות על עצת עורך דין עשויה להקים לנאשם את הגנת הטעות במצב משפטי. יחד עם זאת נקבע, כי יש לתת פרשנות מצמצמת לתחולתה של הגנה זו, בשים לב לקשיים שהיא מעוררת. לצורך כך הותוו אמות מידה שונות לבחינת קיומה של הגנה עקב הסתמכות על ייעוץ משפטי. בכלל זה, מידת סבירותה של טענת ההסתמכות; רמת מומחיותו של עורך הדין בתחום שבו התבקשה חוות דעתו; היקף התשתית העובדתית שהונחה בפני עורך הדין; טיבה ורצינותה של חוות הדעת המשפטית; וקיומם של אמצעים חלופיים מתאימים יותר שעמדו בפני הנאשם לבירור הדין (לפירוט אמות המידה ראו עניין תנובה, פסקאות 37-36; עניין בלילי, פסקה 13; ע"פ 5672/05 טגר בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקאות 66 ו-77

(21.10.2007). ראו גם: מרים גור-אריה "הסתמכות על עצה מוטעית של עורך דין – האם פוטרת מאחריות פלילית" עלי משפט ב, 33, 46-53 (תשס"ב)).

95. לטענת המערערים, עו"ד לרר, יועצה המשפטי של התאחדות הקבלנים, ליווה מטעמה של ההתאחדות את המהלך שהובילו הקבלנים, והיה שותף לכל פעולה שנקטו: הוא פנה בשמם לעמיגור ולמשרד השיכון, השיב לשאלותיהם ונכח בפגישותיהם. בהמשך לכך, הם טענו להסתמכות על התנהלותו של עו"ד לרר, שלא הזהיר מפני דרך פעולה אסורה. לפיכך, לשיטתם, הם טעו בהבנת המצב המשפטי באופן המצדיק את החלתו של הסייג האמור. עוד טענו המערערים, ולו בשפה רפה, כי הם הסתמכו על כך שההתאחדות תמכה בהתגבשות ההסדר וגיבתה את המהלך.

96. בית המשפט המחוזי לא קיבל את גרסתו של עו"ד לרר לאירועים, וקבע כי זו אינה חפה מקשיים. בפרט דחה בית המשפט המחוזי את גרסתו לפיה הזהיר את הקבלנים שלא להחרים את המכרז. יחד עם זאת, בית המשפט המחוזי קבע כי אין בהתנהגותו של לרר כדי לתמוך בטענה לטעות במצב משפטי. זאת, משום שבנסיבות העניין "לא מדובר על עצה פוזיטיבית מפורשת, אלא לכל היותר על שתיקת עורך הדין במהלך פגישות הקבלנים ואי הנפת 'דגל שחור' או 'תמרור עצור' בפניהם על ידו" (פסקה 533 להכרעת הדין). לנוכח זאת, ובשים לב לכך שההסכמה במקרה זה "מהווה הסדר כובל ברור", כמו גם לכך שהנאשמים מורגלים בהשתתפות במכרזים ושהסתמכותם הנטענת הייתה על עצת עורך-דין ולא על עמדת הרשות המוסמכת, נקבע שההגנה לא חלה בעניינם של הקבלנים.

97. מסקנתו של בית המשפט המחוזי בדין יסודה. יש לדחות מכול וכול את ניסיונותיהם של המערערים להסתמך על התנהלותו של יועצה המשפטי של התאחדות הקבלנים, ובפרט על נוכחותו בפגישות, כדי לפטור אותם מאחריות פלילית. במישור העובדתי, אף שנקבע כממצא שעו"ד לרר לא הזהיר את הקבלנים שהסדר המתגבש מהווה עבירה פלילית, אין בכך כדי לשנות מן התמונה בכללותה. הדברים שנאמרו (או שלא נאמרו) על-ידי היועץ המשפטי של התאחדות הקבלנים אינם מרחיקים את החשש מכך שההתארגנות המשותפת לצורך הימנעות מהגשת הצעות במכרז עוררה קושי במובן זה שהיא הגבילה את חופש הפעולה של המשתתפים במכרז והיה ברור שהיא עתידה לפגוע באופן אנוש בתחרות. זאת ועוד, מקרה זה אינו נכנס בגדרן של אמות המידה המצמצמות שתוארו לעניין הסתמכות על עצת עורך-דין, ובכלל זאת הדרישה למתן חוות דעת פורמאלית בכתב.

98. אף במישור הנורמטיבי, אין מקום לאימוץ כלל הגורס כי די בנוכחות של עורך דין בישיבה שבה נדונה התארגנות שהיא במהותה הסדר כובל כדי לשמש בסיס לפטור מאחריות פלילית. יתר על כן, והיא למעשה העיקר. ביסוד טענת המערערים עומדת ההנחה כי לא רק ייעוץ משפטי יכול להקים פטור מאחריות, אלא גם היעדרו של ייעוץ משפטי רלוונטי. במילים אחרות, המערערים טוענים כי גם ייעוץ משפטי שאינו מתריע על כך שפעולה מסוימת עולה כדי עבירה פלילית יכול להביא לכך שהנאשם ייחשב כמי שטעה בהבנת ובידיעת המצב המשפטי לאשורו. מובן כי גישה זו מרחיבה באופן ממשי את תחולתה של ההגנה, באופן שאינו עולה בקנה אחד עם המגמה המצמצמת שהותוותה בהלכה הפסוקה.

99. לבסוף, אין צריך לומר שמעורבותה של התאחדות הקבלנים בגיבוש ההסדר אינה מעניקה למי מהמערערים הגנה.

דיון בטענותיהם הפרטניות של המערערים ביחס לשאלת האחריות

100. נקודת המוצא לחלק זה של הדיון היא הכלל הנקוט עמנו בדבר אי-התערבותה של ערכאת הערעור בממצאי עובדה ומהימנות שנקבעו על-ידי הערכאה הדיונית, שהתרשמה באופן בלתי אמצעי מן העדים ומן הראיות שהוגשו לעיונה. מתוך הנחה זו ניגש לדון בקצרה בטענות המערערים באשר לקביעות פסק דינו של בית המשפט המחוזי בעניינם.

101. אשר – אין בידי לקבל את טענותיו של אשר לפיהן לא היה מעורב בגיבוש ההסדר. אשר חתם על מסמך כתב היד, ובכך יש לראות אותו כמי שהצטרף להסדר. כפי שקבע בית המשפט המחוזי, מסקנה זו אף מתחזקת לנוכח גרסתו של אשר עצמו להשתלשלות האירועים. אשר העיד כי יום לאחר הפגישה הראשונה שוחח עם אייל פלד (להלן: פלד), מנהל הפרויקט מטעם עמיגור, בשתי הזדמנויות שונות. בפעם הראשונה אשר ביקש מפלד להיפגש עם הקבלנים, ונתקל בסירוב. בהמשך היום אשר ביקש ארכה להגשת ההצעות במכרז, בצינו כי בכוונת הקבלנים להיפגש שוב (דברים שהתייחסו לפגישה השנייה). בקשר לכך יש לדחות את טענתו של אשר, שאינה מגובה בראיות, לפיה כל פעילותו – ובכללה, הפנייה לעו"ד לרר והפנייה למנהל הפרויקט מטעם עמיגור – נסבה על דחיית המועד להגשת ההצעות בשלב השני של המכרז, ולא כוונה לאפשרות של אי-הגשת הצעות במכרז. תמונת הראיות אינה תומכת בטענותיו אלה של אשר. במכתב שכתב פלד ליועצת המשפטית של משרד השיכון ובו תיאר את השתלשלות העניינים סביב המכרז הוא כתב שאשר אמר לו בשיחה הנזכרת כי מטרת הפגישה (השנייה) היא "להוריד את הקבלנים מהעץ". בחקירתו ברשות התחרות נשאל אשר למה

התכוון בביטוי זה, והשיב: "אנחנו רוצים לפרק את האווירה שנוצרה שלא מגישים את המכרז" (ת/522 שורות 597-600). בעדותו במשפט הוא אישר את הדברים וציין כי הרגיש שהקבלנים אינם מתכוונים להגיש הצעות (ראו פרוטוקול הדיון מיום 16.3.2016, בעמ' 3114-3115). לנוכח המתואר, לא ניתן לקבל את טענתו של אשר באשר לכך שהיה נעדר מודעות ביחס להתגבשות ההסדר.

102. עוד אני דוחה את טענתו של אשר לפיה הוא נכח רק בפגישת הקבלנים הראשונה, וכי בפגישה זו לא התגבש הסדר כובל. טענה זו מנוגדת באופן מובהק לקביעותיו הברורות של בית המשפט המחוזי בדבר מועד גיבוש ההסכמות, שנשענו בין היתר על מסמך כתב היד שנוסח במהלך הפגישה הראשונה, כמו גם על עדויות שונות לגביה, שנמצאו מהימנות על-ידי בית המשפט המחוזי.

103. נוימן – כמתואר לעיל, נוימן הקדיש חלק ניכר מערעורו לטענותיו בדבר מודעותו של מנהלה של דלויה להסדר – על רקע ביטול הרשעתו. בעניין זה טוען נוימן, שחלקה של דיוורין בפרשה אינהרנטי לחלקה של דלויה, ושעם ביטול האישום כלפי דלויה ומנהלה נשמטת הקרקע מתחת להרשעתו כקבלן משנה.

104. ואולם, כפי שפורט בפסק דינו של בית המשפט המחוזי, בבסיסה של החלטת המדינה לחזור בה מהאישום כנגד דלויה ומנהלה (שמלכתחילה הועמדו לדין בעבירה פחותה בחומרתה, לפי סעיף 6 לחוק התחרות) עמדה התמונה הראייתית שהתבררה באותו שלב, ולפיה לכל היותר ניתן לומר שמנהלה של דלויה ידע על מעשיו של נוימן בדיעבד, לאחר שההצעה לא הוגשה במועד שנקבע לכך. בקביעה זו אף נוימן עצמו לא ביקש כי נתערב. קל להיווכח שמודעותו של מנהלה של דלויה להתגבשות ההסדר, או היעדרה, אינה משפיעה על המסקנת הראייתית ביחס לנוימן, שלגביו נקבע כי השתתף בשתי הפגישות וחתם לצד שמה של דלויה – הן על מסמך כתב היד והן על מסמך החתימות. בהקשר זה, יש גם לדחות את טענתו של נוימן למעורבותו המועטה, לכאורה, בגיבוש ההסדר. אין לי אלא לחזור ולהזכיר את קביעותיו הנחרצות של בית המשפט המחוזי ביחס לכך ששני המסמכים מבטאים באופן ברור את ההסדר הכובל שהתגבש בין הקבלנים בקביעות אלו אין עילה להתערבות.

105. קולן – טענתו העיקרית של קולן היא כי הוא לא ראה את מסמך החתימות וממילא לא היה מודע למשמעותו. בהמשך לכך, נטען כי קולן סבר שמסמך החתימות כולל רק התחייבות כלפי הקבלנים שהחברה בבעלותו לא תיגש למכרז, ותו לא. טענה זו סותרת את קביעותיו העובדתיות של בית המשפט המחוזי, מבלי שהוצג טעם המצדיק להתערב בהן. כזכור, בית המשפט המחוזי דחה את גרסתו של קולן, לאחר שקבע כי הראיות

מלמדות שהוא נכח במשך כל הפגישה השנייה ולא יצא במהלכה. עוד נקבע, כי קולן הורה לחשב החברה לחתום על מסמך החתימות בשמה, וכי ידע שהועבר מסמך בין הקבלנים, שבו נכתב כי כל החברות לא ייגשו למכרז. כמו כן, כך נקבע, קולן ידע שהקבלנים חתמו על מסמך זה. הוא גם ציין כי מטרת החתימות על אותו מסמך הייתה "לשכנע אחד את השני לא לגשת" (ת/526, עמ' 14, ש' 339; פסקה 402 להכרעת הדין). יתר על כן, בית המשפט המחוזי קבע כי מעדותו של קולן עצמו עולה כי התחייב בפני פרץ שהחברה בבעלותו לא תגיש הצעה במסגרת המכרז. בית המשפט המחוזי הדגיש כי די בתיאום האמור בין שני מתחרים במכרז כדי לגבש הסדר כובל. קביעות אלו מעוגנות היטב בחומר הראיות, וכאמור, לא נמצא טעם להתערב בהן.

106. הוא הדין באשר לקביעות עובדה ומהימנות נוספות של בית המשפט המחוזי שעוגנו היטב בחומר הראיות. כך, בין השאר, גם באשר לטענתו של קולן, שנשמעה לראשונה בשלב הערעור, לפיה לא נכח בפגישה השנייה אלא בראשונה, או כי לא נכח בחלק הפגישה שבו גובש ההסדר, וכך גם באשר להסתמכות על הגרסה שמסר בהודעתו ברשות התחרות.

107. קולן שב וטוען גם בשלב זה כי החלטתה של מנרב שלא לגשת לשלב השני של המכרז הייתה החלטה עצמאית ובלתי תלויה בהסדר, והיא נבעה משיקולים של היעדר כדאיות כלכלית. אף טענה זו אין לקבל. בבסיס האישום נגד קולן לא עומדת טענה על מעורבותו באי-הגשת הצעה במכרז, אלא טענה אחרת שעניינה גיבוש החלטה משותפת להחרימו. אף אם החלטתה של מנרב שלא לגשת למכרז נבעה גם משיקולים כלכליים, בסופו של דבר אין מחלוקת שהיא הצטרפה להחלטה המשותפת, ואין גם מחלוקת שהצטרפות זו הגבילה אותה ופגעה בתחרות, באופן המקים את יסודות העבירה.

108. אין גם מקום לקבל את טענתו של קולן לפיה לא ניתנה לו הזדמנות להתגונן מפני "הרשעתו בתיאום המכרז עם פרץ", להבדיל מהאישום שנסב על תיאום המכרז עם יתר הקבלנים. טענה זו יסודה בהבנה מוטעית של פסק דינו של בית המשפט המחוזי. קריאה מדוקדקת של פסק הדין (ובפרט פסקאות 401 ו-405) מעלה כי בית המשפט המחוזי לא "הרשיע" את קולן ביצירת הסדר כובל עם פרץ, על-ידי ייחוס עבירה נפרדת, אלא ציין כי אף לפי גרסתו של קולן עצמו מעשיו עולים כדי תיאום עם פרץ, שהיה אחד המתחרים במכרז. לא ניתן אפוא לומר שלא ניתנה לקולן הזדמנות להתגונן מפני העבירה שבה הורשע.

109. קולן טוען עוד לאכיפה בררנית בשל אי-העמדתם לדין של חברת אסום ומנהלה אסולין, שחתם בשמה על מסמך החתימות. גם בעניין זה לא מצאתי לקבל את הטענה, אף לפי הגישה שאני מחזיקה בה ביחס לאכיפה בררנית, המסתפקת בהוכחה שהופר השוויון בין נאשמים לנאשמים פוטנציאליים, להבדיל מדרישות שעניינן פסול נוסף שנפל בהתנהגותה של הרשות, כדוגמת מניע פסול או שיקולים זרים (ראו: ע"פ 7621/14 גוטסדינר נ' מדינת ישראל, פסקאות 48-59 לפסק דיני (1.3.2017) (להלן: עניין גוטסדינר); רע"פ 1611/16 מדינת ישראל נ' ורדי, פסקאות 68-80 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ח' מלצר, פסקאות 1-5 לפסק דיני (31.10.2018)). לאחר שעיינתי בטענות הצדדים בעניין זה, כבית המשפט המחוזי אף אני סבורה כי הוצגו טעמים מספיקים להחלטה שלא להעמיד לדין את אסולין וחברת אסום, לאחר שבעקבות השימוע שנערך להם התקיימה הערכה מחודשת של הראיות, לרבות אלו הנדרשות לצורך הוכחת היסוד הנפשי. לא למותר להזכיר בעניין זה את כלל היסוד שלפיו בית המשפט אינו מחליף את שיקול דעתו של התביעה בשיקול דעתו שלו, בוודאי כשמדובר בשיקולים ראייתיים המצויים במומחיות התביעה.

110. סיכומם של דברים עד כה, מכל הנימוקים שפורטו, דעתי היא כי יש לדחות את הערעורים על הכרעת הדין, וכך אציע לחבריי לעשות.

טענות הצדדים בערעורים על גזרי הדין

111. בשלב זה, משנדחה הערעור על הכרעת הדין, אדרש לטענותיהם של הצדדים ביחס לגזרי הדין.

112. על אשר הוטלו כאמור עונש מאסר בפועל למשך שלושה וחצי חודשים, לריצוי בדרך של עבודות שירות, עונש מאסר על תנאי וקנס בסך 35,000 שקלים. בערעור על גזר הדין מלין אשר על כך שבמסגרת חלוקת הנאשמים לשלוש קבוצות בהתאם להערכת מידת החומרה של מעשיהם, בית המשפט המחוזי כלל אותו בקבוצה השנייה, בכפיפה אחת עם קבלני המדף שעמדו לשיטתו בראש ההתארגנות והובילו את מהלכיה. עוד טוען אשר כי חלפו קרוב ל-14 שנים מיום ביצוע המעשים, כאשר ההליך עצמו בבית המשפט המחוזי נפרש על-פני כעשור שנים, ואף בכך יש כדי להצדיק הקלה בעונשו. אשר מוסיף וטוען כי בנסיבות העניין, מעשיו לא פגעו באופן ישיר בערך המוגן על-ידי האיסור על הסדר כובל, ולפיכך היה על בית המשפט המחוזי לגזור את עונשו על הצד המקל. לבסוף, נטען גם כי יש להתחשב בנסיבותיו האישיות של אשר, כמי שהפסיק את עסקיו המשגשגים מעבר לים על מנת לעלות ארצה, ובסופו של דבר הידרדר להליך חדלות פירעון, וכן בכך שמצבו הכלכלי הרעוע יצר גם קשיים משפחתיים. במכלול הנסיבות,

אשר סבור כי יש לבטל את עונש המאסר (לריצוי בדרך של עבודות שירות) שנגזר עליו, וכי יש להקל עמו גם ביחס ליתר רכיבי הענישה.

113. על נוימן הושתו כאמור עונש מאסר בפועל למשך שלושה חודשים, לריצוי בדרך של עבודות שירות, וכן עונש מאסר על-תנאי וקנס בסך 80,000 שקלים. נוימן טוען, כי מוצדק להקל בעונשו מטעמים של הגנה מן הצדק, בשל כך שמעורבים אחרים בפרשה לא הועמדו לדין, וכן בשל התמשכות ההליך והעליות והמורדות שהוא ידע. בקשר לכך מדגיש נוימן את העובדה שבראשית הדרך הורה בית המשפט המחוזי על ביטול האישום נגדו – החלטה שבוטלה על-ידי בית משפט זה. עוד טוען נוימן, שאף אם לא חלה בעניינו ההגנה של "טעות במצב משפטי", במישור הכרעת הדין, הרי שמן הראוי להביא בחשבון את מידת "הקרבה לסייג לאחריות פלילית" במסגרת גזירת העונש, בהתאם להוראת סעיף 40ט(א)(9) לחוק העונשין, באופן שיש בו כדי להצדיק הפחתה בעונש.

114. נוימן מוסיף וטוען שבית המשפט המחוזי לא יצר מדרג ענישה בין הנאשמים התואם למידת מעורבותם בביצוע העבירה, ובקשר לכך הוא מציין, בין היתר, כי על פרץ (הנאשם 5) נגזר עונש מאסר למשך חודשיים וחצי לריצוי בדרך של עבודות שירות, בגין חלקו באישום השני, הגם שהיה היוזם והמוביל של מסמך החתימות. עוד מציין נוימן בהקשר זה כי מבין קבלני המשנה הוא היחיד שנכלל בקבוצה השנייה, כאשר מן הראוי היה, לשיטתו, לכלול את כל קבלני המשנה בקבוצה השלישית, מכיוון שלא היה ביכולתם להתחרות בעצמם במסגרת המכרז. לבסוף טוען נוימן כי יש להפחית את שיעור הקנס שהוטל עליו, הן בשל כך שעמיגור חילטה את הערבות ששולמה על-ידי דיורין, החברה שבבעלותו (בדומה לחילוט הערבויות של יתר החברות הקבלניות שלא הגישו הצעה במכרז) והן בשל מצבו הכלכלי שהורע בשנים האחרונות, בין היתר בשל ניהול ההליך המשפטי הממושך, בעטיו אף נקלע לחובות. מכל הטעמים האמורים, סבור נוימן כי שגה בית המשפט המחוזי משדחה את עתירתו לביטול הרשעתו, ולחלופין כי יש להקל בעונשו.

115. על קולן נגזרו כאמור עונש מאסר בפועל למשך שלושה חודשים, לריצוי בדרך של עבודות שירות, עונש מאסר על-תנאי של שישה חודשים, למשך שלוש שנים, וכן קנס בשיעור של 80,000 שקלים. קולן טוען כי התמשכות ההליך ועינוי הדין שהדבר גרם לו, כמו גם נסיבות ביצועה של העבירה, שאינן שגרתיות לשיטתו, מצדיקות את ביטול הרשעתו, ולחלופין הקלה בעונשו. קולן טוען עוד, כי שגה בית המשפט המחוזי בקביעותו לפיהן סוג העבירה אינו מאפשר לוותר על ההרשעה, וכן כי לא הוכח נזק קונקרטי, שהרי הדרישה להצהיר על עבר פלילי במסגרת הגשת הצעות במכרזים מהווה,

לשיטתו, "חשש ממשי לנזק קונקרטי". קולן מוסיף ומציין בעניין זה כי לאחרונה נדחתה הצעה שהגישה מנרב במכרז מסוים בשל אי-עמידה בתנאי הסף של אותו מכרז שעניינו היעדר הרשעה בפלילים. בדומה לנוימן, קולן מוסיף וטוען אף הוא כי עונש המאסר שנגזר עליו חמור מהעונש שנגזר על פרץ בגין חלקו באישום השני. עוד הוא טוען כי שגה בית המשפט המחוזי כשסיווג את חומרת מעשיו כשייכים לקבוצה השנייה ולא לזו השלישית, בשל מעורבותו המצומצמת בהתגבשות ההסדר. קולן מוסיף כי העונשים שהוטלו עליו חורגים לחומרא ממדיניות הענישה הנוהגת. לבסוף מבקש קולן להקל בעונשו גם בשל נסיבותיו האישיות, ובהן מצב בריאותו, תרומתו הרבה לחברה כטייס בחיל האוויר, והעובדה שניהן כמנכ"ל שכיר בחברת מנרב למשך שנה אחת, מבלי שהחזיק במניותיה, ומבלי שהיה לו כל רווח כלכלי כתוצאה מההסדר.

116. המדינה טוענת, מנגד, כי העונשים שהושתו על המערערים הולמים את חומרת מעשיהם ואף מקלים עמם, ועל כן אין כל מקום להתערב בהם. ביחס לכך המדינה מציינת כי בנסיבות העניין מדובר בהסדר כובל חמור במהותו, הנוגע לליבת האיסור הקבוע בחוק התחרות. עוד מדגישה המדינה כי הפגיעה בתחרות משמעותית במיוחד במקרה זה, בהתחשב בכך שברקע הדברים עמד מכרז ציבורי, וכזה שמטרתו הצלת חיי אדם, ולפיכך לעיכוב בהוצאתו אל הפועל נלוו השלכות חמורות. המדינה מוסיפה וטוענת כי העונש שהושת על המערערים תואם את המגמה של החמרה בענישה בעבירה של הסדר כובל, כאשר נקודת המוצא לפי ההלכה הפסוקה היא שעל הענישה לכלול רכיב של מאסר בפועל.

117. אשר לעתירת המערערים לביטול הרשעתם, טוענת המדינה כי לא מתקיימים במקרה זה התנאים המצטברים לכך, כפי שנקבעו בפסיקה, ומדגישה כי אין תקדים לאי-הרשעה בעבירות על חוק התחרות. בנוגע לתנאי של הנזק שייגרם כתוצאה מההרשעה, מדגישה המדינה כי אין די בקיומו של נזק, אלא יש לבחון האם עוצמתו גוברת על האינטרס הציבורי שבהרשעה.

דיון והכרעה בגזרי הדין

118. אפתח בעתירת המערערים לבטל את הרשעתם. סיום הליך פלילי בלא הרשעה הוא חריג לכלל, והוא מתאים רק למקרים יוצאי דופן שבהם אין יחס סביר בין הנזק הצפוי לנאשם מן ההרשעה לבין חומרתה של העבירה (ראו: ר"ע 432/85 רומנו נ' מדינת ישראל, פסקה 2 (21.8.1985); עניין בן-דוד, בפסקה 96). עוד מימים ימימה קבע בית משפט זה שני תנאים מצטברים שרק בהתקיימם ניתן יהיה להימנע מהרשעה או לבטלה: ראשית, כאשר ההרשעה תפגע בשיקום הנאשם פגיעה חמורה, ושנית, כאשר סוג העבירה

מאפשר לוותר על ההרשעה בנסיבות המקרה בלי לפגוע באופן מהותי בשיקולי הענישה האחרים (ע"פ 2083/96 כתב נ' מדינת ישראל, פ"ד נב 337, 342 (1997) (להלן: עניין כתב); עניין גוטסדינר, בפסקה 123 לפסק דיני). התנאי הראשון מבין השניים הוא אמנם חשוב, אך אינו עומד לבדו. לצדו, על בית המשפט הדן בעתירתו של נאשם לביטול הרשעה לבחון גם את טיבה ומהותה של העבירה, ובכלל זה את הצורך בהרתעת הרבים ובהוקעת המעשים, בפרט כאשר קרבן העבירה הוא הציבור כולו (עניין כתב, בעמ' 342).

119. כבר לפני שנים רבות נקבע, כי הימנעות מהרשעה בעבירות על-פי חוק התחרות משמשת "איתות" שלילי לציבור" אשר אינו עולה בקנה אחד עם עקרון ההרתעה (ע"פ 1042/03 מצרפלט שותפות מוגבלת בע"מ (1974) נ' מדינת ישראל, פסקה 19 (10.11.2003)). גישה זו חזרה ואומצה בפסיקה, ואף אני הבעתי בעבר את העמדה לפיה ככלל, אופיין של עבירות על חוק התחרות אינו מאפשר להימנע מהרשעה או לבטלה. בעניין זה קבעתי כי:

"העיקר נעוץ בכך שעבירות על חוק ההגבלים העסקיים הן עבירות בעלות חומרה רבה שפגיעתן בציבור עשויה להיות רחבה וקשה. אלו עבירות אשר יש קושי רב לגלותן ולכן נודעת חשיבות מיוחדת ליצירת הרתעה מביצוען. בהתחשב בכך לא ניתן לוותר על ההרשעה מבלי לפגוע באופן מהותי בשיקולי הענישה" (עניין בן דוד, בפסקה 97).

120. זאת ועוד. איני שוללת את האפשרות שהרשעת המערערים עלולה להקשות עליהם גם בהיבט הכלכלי. ואולם, בכך בלבד אין כדי להצדיק את ביטול הרשעתם. לצורך התקיימות התנאים לאי-הרשעה, אין די בהוכחת פגיעה כלכלית, אלא יש להצביע על פגיעה חריגה בעוצמתה בנאשם, שאינה עומדת ביחס שווה לפגיעה באינטרס הציבורי כתוצאה מאי-הרשעה (רע"פ 1840/12 עוזר נ' מדינת ישראל, פסקה 6 (30.4.2013)).

121. מסקנתי היא על כן כי בדין דחה בית המשפט המחוזי את עתירת המערערים לביטול הרשעתם, וכי אין מקום להתערב במסקנה זו.

122. ומכאן – לערעור על חומרת העונש. אף כאן משמשת כנקודת מוצא לדיון מדיניות הענישה שכבר גובשה ביחס לעבירות על חוק התחרות. מדיניות זו – לא נס ליחה. בית משפט זה שב וקבע כי לנוכח הפגיעה החמורה באינטרס הציבורי שנגרמת מביצוען של עבירות על חוק התחרות, ומשיקולי הרתעה, מדיניות הענישה הראויה בעבירות אלו היא מאסר בפועל מאחורי סורג ובריה (ע"פ 1656/16 דוידוביץ נ' מדינת ישראל, פסקה 106 לפסק דינו של השופט י' דנציגר (20.3.2017); עניין בן דוד, בפסקה

46; עניין בלווא, בפסקאות 60-61). בית המשפט המחוזי נמנע מלהטיל על המערערים (כמו גם על יתר הנאשמים בפרשה) עונש מסוג זה, בעיקר בשל התמשכות ההליך במשך כמעט עשור שנים, דבר אשר גרם למערערים סבל רב ועינוי דין. נסיבה זו היא אכן משמעותית, אך אין כל ספק שהיא הובאה במניין השיקולים של בית המשפט המחוזי בעת גזירת דינם של המערערים, ואין להקל עמם יותר ממה שכבר נעשה.

123. בקשר לכך יש להדגיש, כי אין לקבל את טענתם של חלק מהמערערים לפיה נסיבות ביצוע העבירה מצדיקות מלכתחילה גזירת עונש המצוי בתחתית מתחם הענישה ההולם, אם לא למטה מכך. בניגוד לנטען, וכפי שקבע בית המשפט המחוזי, אין מדובר במעשים פעוטים וקלי ערך. מעשיהם של המערערים ושותפיהם עלו כדי הסדר כובל אופקי בין מתחרים במכרז, אשר הסכימו ביניהם שלא להגיש הצעות אם לא ישונו תנאיו. המדובר היה במכרז ממשלתי שנועד לקדם אינטרס ציבורי חשוב, וזאת בלשון המעטה. כתוצאה מהתגבשות ההסדר בין החברות הקבלניות, שבו נטלו חלק המערערים דנן, התעורר הצורך בפרסום מכרז חדש, דבר אשר כפי שקבע בית המשפט המחוזי עיכב את ביצוע העבודות החיוניות. בכל אלו יש כדי להדגיש את חומרת העבירה בנסיבות דנן, באופן שברגיל היה מצדיק להטיל על מבצעה עונש חמור פי כמה וכמה מזה שהושת עליהם בפועל.

124. בשל האמור, איני מקבלת גם את טענתו של נוימן המתייחסת לכך שמידת הקרבה לסייג לאחריות פלילית (ההגנה של טעות במצב משפטי) מצדיקה הקלה בעונשו. אכן, אין ספק כי במישור העקרוני קרבה לסייג לאחריות פלילית, גם אם לא נחצה הרף המביא לפטור מאחריות, מהווה נסיבה שיש להתחשב בה בעת גזירת עונשו של נאשם (ראו סעיף 40ט(א)(9) לחוק העונשין; והשוו לתחולה ביחס לסייגים נוספים לאחריות פלילית: ע"פ 1964/14 שימשילשווילי נ' מדינת ישראל, פסקה 40 (6.7.2014); ע"פ 7701/14 אל טייב נ' מדינת ישראל, פסקאות 31-34 לפסק דינו של השופט דנציגר ופסקה 5 לפסק דינה של השופטת ע' ברון (16.5.2016); ע"פ 9045/16 אדנני נ' מדינת ישראל, פסקה 46 (7.3.2018)). אולם, בענייננו, לא זו בלבד שלא ניתן לקבוע כי חלה בעניינם של המערערים ההגנה של טעות במצב משפטי, אלא שבנסיבותיהם אף לא ניתן לומר כי מתקיימת "קרבה" לתחולתה של הגנה זו. כאמור, נוכחות שותקת של יועץ משפטי בפגישות אינה בבחינת מתן "אור ירוק" להתנהלות בניגוד לדין, ואין לראות בה כשלעצמה הכשר לפעילות בלתי חוקית. לא לכך כיוון המחוקק בהתייחסו למצב של קרבה לסייג לאחריות פלילית.

125. טענה נוספת של המערערים שיש לדון בה, היא כי העונש שהוטל עליהם הוא חמור בהשוואה לזה שהוטל על פרץ, נאשם נוסף בפרשה שחלקו בגיבוש ההסדר היה רב יותר. בקשר לכך יש לציין, כי פרץ הודה והורשע במסגרת שני הסדרי טיעון שונים שנעשו בשלבים מוקדמים של ההליך. ביום 13.1.2013, לאחר שניתנה החלטתו המקדמית של בית המשפט המחוזי על ביטול האישום השני ביחס לחלק מהמעורבים ובטרם נהפכה החלטה זו, הודה פרץ בעובדות האישום הראשון במסגרת הסדר טיעון, ועניינו הופרד משל יתר הנאשמים (ת"פ 3799-09-12). ביום 18.3.2013, נגזר עונשו של פרץ ביחס להרשעתו זו (באישום הראשון), והוטל עליו בין היתר עונש מאסר בפועל של חודשיים ימים, לריצוי בעבודות שירות. בהמשך, משבוטלה ההחלטה המקדמית של בית המשפט המחוזי והתיק הושב אליו לצורך שמיעת ראיות ביחס לאישום השני, הודה פרץ ביום 20.2.2014 בעובדותיו של אישום זה במסגרת הסדר טיעון וענינו הופרד שוב מההליך שהוסיף להתנהל נגד יתר הנאשמים (ת"פ 22847-12-10). ביום 19.6.2014 השית עליו בית המשפט המחוזי בגין הרשעתו באישום זה עונש מאסר בפועל נוסף למשך חודשיים וחצי, לריצוי בדרך של עבודות שירות ועונשים נוספים.

126. בין עניינם של המערערים לבין עניינו של פרץ מתקיימות אפוא מספר הבחנות רלוונטיות. ראשית, בית המשפט המחוזי זקף לזכותו של פרץ את הודאתו במסגרת הסדר טיעון, באופן שחסך ניהול הליך בעניינו – כאשר הליך ההוכחות שנוהל בעניינם של המערערים ויתר הנאשמים נמשך זמן רב ודרש משאבים רבים. שנית, בעניינו של פרץ הובאה בחשבון גם העובדה, שבעת שהגיע להסדר הטיעון הראשון עם התביעה, סבר פרץ כי בכך מסתיים ההליך הפלילי בעניינו. רק מאוחר יותר, ולאחר שדינו נגזר, הושב האישום השני על כנו וההליך "קם לתחיה". הדבר אמנם נכון גם ביחס למערערים (וליתר הנאשמים), אך במידה פחותה, משהם בחרו להמשיך ולנהל את ההליך מלכתחילה. נסיבה זו אין כמובן לזקוף לחובתם – אך אין בה גם כדי להביא להקלה נוספת בעונשם, מעבר לכברת הדרך שכבר צעד לקראתם בית המשפט המחוזי.

127. ולבסוף, איני מקבלת את טענותיהם הנוספות של חלק מהמערערים באשר ל"סיווג" שניתן להם על-ידי בית המשפט המחוזי במסגרת החלוקה לשלוש קבוצות, על-פי רמת המעורבות בגיבוש ההסדר. טענות אלו נוגעות במהותן לממצאי עובדה שנקבעו על-ידי בית המשפט המחוזי, ובאלו – לא הונח טעם מספק להתערבותנו.

128. מכל הנימוקים שהוצגו, אני סבורה כי יש לדחות גם את הערעורים על גזר הדין.

לקראת סיום

129. בשלב זה, ניתן להביע תקווה, כי בניגוד ל"רוח" שעלתה מחלק מן הטענות בהליך הנוכחי, תשתרש ההבנה כי עבירות על חוק התחרות – עבירות לכל דבר הן. פגיעתן באינטרס הציבורי קשה, ומי שכושלים בהן יידרשו לתת את הדין על מעשיהם במלוא החומרה.

130. ועוד הערה לסיום: נסיבות המקרה שבפנינו מדגימות היטב את החשיבות הנודעת לתפקידם של יועצים משפטיים כשומרי סף. המערערים ביקשו להיתלות בעצם נוכחותו של יועצה המשפטי של ההתאחדות בפגישות כדי לחסות תחת כנפיה של ההגנה של טעות במצב משפטי, לפי סעיף 34^{יט} לחוק העונשין. אולם, כפי שראינו, שתיקתו של היועץ המשפטי בנסיבות העניין אינה מקנה להם הגנה זו. בהקשר זה יש להטעים דברים ביחס לחובותיהם של יועצים משפטיים ומי שנזקקים לשירותיהם. מחד גיסא, זוהי חובתם של יועצים משפטיים להתריע באותם מצבים שבהם הליכי קבלת החלטות נוטים לעבר מסלול שאינו חוקי במובהק. או אז עליהם לצאת מן הצל וליטול על עצמם את התפקיד המחייב, גם אם לא נעים, של אמירת "לא" בתקיפות, ולהזהיר באופן יזום מפני ההיבטים הפליליים של המעשים. זהו אחד הביטויים של חובת הנאמנות של עורך-הדין כלפי לקוחו, כמו גם כלפי הציבור כולו (באופן כללי, ראו: לימור זר-גוטמן "הנאמנויות של עורך הדין" חובות אמון בדין הישראלי 243 (רות פלאטו-שנער ושוקי שגב עורכים, 2016)). מן העבר השני, וככל שהדברים אמורים במישור האחריות הפלילית, ניתן לצפות גם ממי שנזקק לשירותים משפטיים להציג שאלות קשות ולפעול באופן רציני לבירורן, ולא רק לנקוט בגישה של "אל תעירו ואל תעוררו".

131. סוף דבר: אציע לחבריי כי נדחה הן את הערעורים על הכרעת הדין והן את הערעורים על גזר הדין. הממונה על עבודות השירות יגיש עד יום 31.5.2022 חוות דעת עדכנית בעניינם של המערער 2 והמערער 3 בע"פ 207/20 (ביחס לעונשים שמשכם שלושה וחצי חודשים ושלושה חודשים, בהתאמה) והמערער בע"פ 1629/20 (ביחס לעונש שמשכו שלושה חודשים) לביצוע עבודות שירות על-ידם. לאחר מכן יינתן על-ידינו פסק דין משלים.

השופטת י' וילנר :

אני מצטרפת בהסכמה לפסק דינה המקיף של חברתי, השופטת ד' ברק-ארז.

ש ו פ ט ת

השופט נ' סולברג :

אכן, כמסקנת חברתי, השופטת ד' ברק-ארז, בפסק דינה הממצה, על סמך נימוקיה, אף אני סבור כי דינם של הערעורים על הכרעת הדין ועל גזרי הדין – להידחות.

ודוק. גם אם אין מקום להפריז בחומרתו של ההסדר הכובל המשותף דנן – בהתחשב בעיקר עם התהפוכות הדיוניות בתיק, ועם השנים הארוכות שחלפו מאז – הרי שלבטח אין מדובר בקטנות; אין להסכין עם מצג של אדם חדש בעקביו, כגישתם של חלק מן המערערים כלפי המעשה שנעשה. גם לא צריך להיות עורך-דין ממולח כדי להבין את המגמה ואת הלך-הרוח שהתגבש אז בקרב המערערים ושאר הנאשמים; פגישה, חצי-פגישה, אחת ושתיים, מכתב בכתב-יד, ועוד אחד מודפס; טיבם של המכתבים ברור, המשמעות הגלומה בהם מובנת היטב למערערים, כאז כן עתה, מניסיונם ומחכמתם, בלי צורך בפלפול משפטי, או בהתראה של עורך-דין.

היקפו הכספי של המכרז הנדון נאמד בתחילה בעשרות מיליוני שקלים, ובהמשך, צפוי היה להגיע אולי לכדי מאות מיליוני שקלים. אך לא 'רק' בכסף עסקינו, אלא בחיים עצמם. המכרז נועד כזכור להוציא מן הכוח אל הפועל את החלטת הממשלה מחודש פברואר 2008 למיגון דירות ביישובי עוטף עזה, על מנת לספק לתושבים שם הגנה – להציל את חייהם – פשוטו כמשמעו, וזאת במהירות המירבית. החרמת המכרז באותו הסדר כובל משותף, תייבה פרסום מכרז חדש, וכפועל יוצא מכך התעכב מיגון ישובי עוטף עזה, בעוד התקפות הטילים – נמשכות.

ההרשעה, כאמור, מעוגנת בראיות ומבוססת היטב; העונשים – קלים. ככלל, בכגון דא, ענישה הולמת היא במאסר מאחורי סורג וברית. אלא שבחלוף כל השנים הארוכות הללו, בהתחשב עם התהפוכות הדיוניות בתיק, וגם בשים לב למעלותיהם ולסגולותיהם של המערערים, ניתן להסתפק בעונשים שהוטלו עליהם; פחות מכך, אי-אפשר.

אני מצטרף אפוא לפסק דינה של חברתי, השופטת ד' ברק-ארז; הכרעת הדין וגזרי הדין יעמדו על פנם.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז.

ניתן היום, ב' באייר התשפ"ב (3.5.2022).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט