



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

המאשימה

מדינת ישראל

בעניין:

ע"י ב"כ היועץ המשפטי לממשלה מרשות ההגבלים
העסקיים עוה"ד אוהד בורשטיין ואסנת שלזינגר

נגד

1. נסים בובליל

2. יוסף גורדון

ע"י ב"כ עוה"ד ערן זך ועינת בן משה

3. דוד שחף

ע"י ב"כ עוה"ד רותי ליטבק ואורי פירסט

4. אשר גרין

5. פולדי פרץ (עניינו הסתיים)

6. התאחדות הקבלנים והבונים בישראל

נאשמים 1, 4 ו-6 ע"י ב"כ עוה"ד נויט נגב, יאנה סלוצניק-

פוגל, ערן אלהרר ואירי ביטן

7. פולדמיר בנין (1986) בע"מ (עניינה הסתיים)

8. יואב קן תור

9. קן-התור הנדסה ובנין בע"מ

ע"י ב"כ עו"ד קרן פסח

10. רועי נגרי

11. טר – ארמה בע"מ

ע"י ב"כ עו"ד חי הבר

12. אברהם יקואל

13. י.ע.ז. – חברה לבניה ופיתוח בע"מ

ע"י ב"כ עוה"ד ד"ר גלעד וקסלמן וכן לוצאטו

14. יוסף מרדכי קנר



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

15. קיסר הנדסה ופתוח בע"מ

ע"י ב"כ עו"ד אלי גודארד

16. אופיר אשר

17. אוולון טכנולוגיות בע"מ

ע"י ב"כ עו"ד אורן גלעדי

18. יוסף נוימן

19. "דיוורין" חברה לבנין הנדסה ותשתיות בע"מ

ע"י ב"כ עו"ד גיל עשת

20. הרצל אברהמי (עניינו הסתיים)

21. ה.א.ל. ערד 2000 (1999) קבלנות ויזמות בע"מ (ענינם

הסתיים)

22. אליהו קולן

23. מנרב הנדסה ובנין בע"מ

ע"י ב"כ עוה"ד רונית אמיר-יניב ואיתמר ליפנר ממשרד

י' ארנון ושות'

24. אלישי נחום

25. נחום עמוס, קבלן לעבודות בנין ופיתוח

בע"מ

ע"י ב"כ עו"ד אילן בן חמו

26. יוסף שומרוני

27. י. שומרוני – חב' להשקעות ובניה בע"מ

ע"י ב"כ עוה"ד זיו אברמוביץ ואודי טוויזר

28. סימון אוזן

29. אחים אוזן חברה לבניה בע"מ

ע"י ב"כ עוה"ד א. כהן ואח'

30. זאב מרק (ענינו הסתיים)

31. בוני בנין פיתוח והשקעות (ז.ח.) בע"מ (ענינה הסתיים)

32. עיסם סלטי



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

33. אחים סלטי עסאם בע"מ

ע"י ב"כ עו"ד שמעון תורג'מן

34. דוד בן יחזקאל עזרא (נמחק)

35. דלוייה מרכז הבניה בע"מ (נמחק)

הנאשמים

הכרעת דין

נאשמים:

1,2,3,4,6,8,9,10,11,12,13,14,15,16,17,18,19,22,23,24,25,26,27,28,29,32,33

עניינה של הכרעת דין זו בכתב אישום שהוגש בתיק שבכותרת ביום 15.12.10 ואשר כלל שלושה אישומים. עניינם של האישומים בטענות לעבירות על חוק ההגבלים העסקיים תשמ"ח-1988 (להלן "חוק ההגבלים העסקיים" או "החוק") ובמרכזן טענה כי הנאשמים עברו עבירות של קו פעולה ושל צד להסדר כובל לפי סעיפים 2, 4, 5 ו-47(א)(1) לחוק.

מבוא

כתב האישום והרקע להגשתו:

1. כתב האישום המקורי בת"פ 10-12-22847 הוגש ביום 15.12.10. הרקע לכתב האישום ותוכנו הוצגו בפירוט במסגרת מספר החלטות שניתנו לאורך ניהול הליך זה ואשר עסקו בטענות מקדמיות שהעלו חלק מהנאשמים. לשם הנוחות אחזור על עיקרי הדברים גם כאן. אציין כבר בפתח הדברים כי כתב האישום בהליך זה הוגש כנגד נאשמים רבים אשר באופן עקרוני ניתן לחלקם לשתי קבוצות עיקריות: קבוצת הנאשמים הראשונה כוללת בעלי תפקידים בהתאחדות הקבלנים והבונים בישראל (כיום התאחדות בוני הארץ) (להלן – "התאחדות הקבלנים" או "ההתאחדות") וכן את ההתאחדות עצמה. ההתאחדות הינה אגודה עותמאנית שבין מטרותיה לארגן,



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

לאגד ולאחד במסגרת כלל ארצית את כל הקבלנים לסוגיהם העוסקים במקצועות השונים בענפי הבנייה. לנאשמים אלה מייחסת המאשימה עבירות של קביעת קו פעולה בידי איגוד עסקי על פי סעיף 5 לחוק ההגבלים העסקיים. קבוצת הנאשמים השנייה כוללת מספר חברות קבלניות ובעלי תפקידים בהן אשר לטענת המאשימה הגיעו להסכמות אשר עולות כדי הסדר כובל כהגדרתו בסעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים [להלן החברות הקבלניות והנאשמים הקשורים לחברות אלה יכוננו כולם יחד "**קבלני מכרז עוטף עזה**"]. להלן אפתח בהצגת הרקע הרלוונטי לאישומים תוך שהבחנה בין שתי קבוצות הנאשמים תוביל את הדיון לאורך הכרעת דין זו.

2. ברקע לכתב האישום עומדת החלטת ממשלה מספר 3192 מיום 24.2.08 במסגרתה אישרה הממשלה תכנית למיגון דירות ביישובי עוטף עזה. ביום 13.3.08 פורסם מכרז מספר 10/08 – "מאגר קבלני מדף לעבודות תכנון וביצוע מרחבים מוגנים דירתיים (ממ"דים) בשדרות וביישובי עוטף עזה". מטרת המכרז הייתה, בין היתר, הקמת מאגר קבלני מדף (להלן: "**שלב א'**"), מתוכו ייבחרו קבלנים לביצוע עבודות בניית הממ"דים בשלב מאוחר יותר (להלן: "**שלב ב'**").

3. תנאי המכרז שצורפו כחוברת למכרז כללו גם את תנאי התשלום עבור הקמת הממ"דים ופירוט היקף המכרז (ת/467). על פי תנאי המכרז, כניסה למאגר הייתה מותנית בהעמדת ערבויות מצד המציעים. עוד נקבע בתנאים, כי לאחר השלמת שלב א', שבו יגובש מאגר של "קבלני מדף", ייבחרו מתוך אותו מאגר, קבלנים לביצוע עבודות ממ"דים וזאת באמצעות פניות ספציפיות לקבלנים במאגר אשר יתבקשו להציע הצעות לביצוע עבודות מיגון באתרים ספציפיים. במסגרת תנאי המכרז נקבע כי קבלנים שיזכו להיכנס למאגר קבלני המדף יידרשו להתחייב להגיש הצעות לפניות הספציפיות שיופנו אליהם. עוד נקבע, כי קבלנים שייכנסו למאגר קבלני המדף אך לא יגישו הצעות לגבי שתי פניות ספציפיות, תחולט ערבותם, וניתן יהיה למחוק אותם מהמאגר.

4. בסיום שלב א' של המכרז, נבחרה קבוצה של 14 קבלני מדף, שעמדה בתנאי הסף. הללו העמידו ערבויות על פי תנאי המכרז, והביעו רצונם להיכלל במאגר (להלן: "**קבלני המדף**"). יש לציין כי בשלב זה היה באפשרות הקבלנים שנבחרו לוותר על הזכות להיכלל במאגר קבלני המדף ולהסיר את הצעתם. בקבוצת קבלני המדף נכללו





בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

- הנאשמות 7, 9, 11, 13, 15, 23, 25, 27, 29, 33, 35, חברות נוספות שהואשמו במסגרת כתב האישום אך עניינן הסתיים כפי שיפורט להלן וכן אסום – חברה קבלנית לבנייה בע"מ (להלן: "אסום") שלא הוגש כנגדה כתב אישום.
5. ביום 5.5.08 נשלחו לכל אחד מקבלני המדף שבע פניות ספציפיות להציע הצעות לבניית ממ"דים בשבעה מתחמים בשדרות וביישובי עוטף עזה. ביום 12.5.08 התקיים סיור קבלנים בשבעת המתחמים.
6. במועד פתיחת תיבת ההצעות לשלב ב', נמצאו בתיבת המכרזים הצעות מהנאשמת 33 בלבד. נוכח אי הגשת ההצעות לשלב ב', חולטו הערבויות של כל קבלני המדף, למעט הנאשמת 33.
7. לצד אירועים אלה התקיימה גם פעילות מצד התאחדות הקבלנים בתקופה האמורה. בעניין זה אין חולק כי בחודש מאי 2008, או בסמוך אליו, בחנה התאחדות הקבלנים אפשרויות להתמודד עם השפעת התייקרות התשומות לבנייה ובעיקר השפעת התייקרות מחירי הברזל על ציבור הקבלנים. פעילותה בנוגע לנושא מהווה סוגיה מרכזית בכתב האישום.
8. כתב האישום כולל, כאמור, שלושה אישומים. האישום הראשון מיוחס לנאשמת 6, התאחדות הקבלנים, לנאשם 1, ניסים בובליל, ששימש במועדים הרלוונטיים לכתב האישום כנשיא ההתאחדות (להלן גם "בובליל"), לנאשם 2, יוסי גורדון, ששימש בתקופה הרלוונטית לכתב האישום כמנכ"ל ההתאחדות (להלן גם "גורדון") ולנאשם 3, דוד שחף, ששימש בתקופה הרלוונטית לכתב האישום כסמנכ"ל ההתאחדות וכמנהל אגף תשתיות ובניה חוזית בהתאחדות (להלן גם "שחף") [להלן "נאשמי ההתאחדות"].
9. יש לציין כי כתב האישום המקורי ייחס את האישום הראשון גם לנאשם 5 פולדי פרץ ששימש בתקופה הרלוונטית לכתב האישום כחבר נשיאות ההתאחדות, כחבר הנהלת אגף בניה חוזית וכחבר ההנהלה המשותפת לאגף בניה חוזית ואגף תשתיות בהתאחדות (להלן גם "פרץ"). פרץ גם היה בתקופה הרלבנטית מנהלה של נאשמת 7 חברת פולדמיר בנין (1986) בע"מ (להלן "פולדמיר") שהייתה אחד מקבלני המדף והואשמה יחד עמו במסגרת האישום השני.



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

10. כפי שיפורט להלן, פרץ הודה ביום 13.1.2013 בעובדות האישום הראשון במסגרת הסדר טיעון בעניינו שהופרד מתיק זה ונדון במסגרת ת"פ 12-09-3799 ודינו נגזר ביום 18.3.2013 (להלן "ההסדר הראשון"). יצוין כי פרץ הודה במסגרת ההסדר באחריותו לקו הפעולה כאורגן של ההתאחדות. אולם המאשימה, התחייבה כי לא תשתמש בהודייתו של פרץ במסגרת ההסדר בהיותו אורגן כאמור במסגרת ההליך בתיק זה (סעיף 12 לפרטי ההסדר). בהמשך נעשה עם פרץ ועם פולדמיר הסדר טיעון נוסף שהתייחס לאישום השני (להלן "ההסדר השני") ויפורט בהמשך.
11. עניינו של האישום הראשון בטענה כי נאשמי ההתאחדות באישום הראשון המליצו לקבלנים חברי התאחדות הקבלנים על קו פעולה אסור באופן שמפר את הוראות חוק ההגבלים העסקיים. המאשימה טוענת כי קו הפעולה שהתוו נאשמי ההתאחדות באישום הראשון כלל המלצה לחברי ההתאחדות או לחלקם שלא להגיש הצעות למכרזים ממשלתיים אשר לא ניתן בהם פיצוי על עליה במחירי התשומות לבנייה.
12. בכתב האישום נטען כי ביום 12.5.08, או בסמוך לו, פנה גורדון בכתב לחברי ההתאחדות (ת/434, ת/557) (להלן "המכתב" או "מכתב המנכ"ל"). כחלק ממכתב זה פרסם גורדון את קריאתו של בובליל לקבלנים לפיה עליהם "לשקול ולבחון היטב את השתתפותם במכרזים ממשלתיים, בהם לא בא לידי ביטוי פיצוי נאות בגין ההתייקרויות במחירי התשומות, דבר העלול לגרום לחברות נזקים כספיים כבדים, ולעיתים, בלתי הפיכים". מכתב המנכ"ל נשלח לחברי ההתאחדות ופורסם גם באתר האינטרנט של ההתאחדות.
13. עוד נטען בכתב האישום, כי ביום 18.5.08 פורסמה מודעה בעיתונות בחתימת בובליל המופנית אל קבלני הבנייה והתשתית (ת/55) (להלן: "המודעה"). המאשימה טוענת כי במסגרת המודעה נקראו קבלני הבנייה והתשתית שלא לגשת לפרויקטים, ובכלל זה למכרזים, בהם לא ניתן פיצוי לעלייה במחירי הברזל, בפרט, והתשומות לבנייה בכלל. על פי הנטען, גם גורדון לקח חלק בפרסום המודעה, ובין היתר אישר את נוסחה ואת פרסומה.
14. לטענת המאשימה התאחדות הקבלנים לא הסתפקה בפעולות אלה ובהמשך לפרסומים הללו תמכה ההתאחדות בהתארגנות משותפת של קבלני מכרז עוטף עזה במסגרתה הסכימו שלא לגשת לשלב ב' של המכרז. התארגנות זו כפי שנראה מיד



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

עומדת במרכזו של האישום השני אשר מייחס לקבלני מכרז עוטף עזה עבירה של צד להסדר כובל. על פי כתב האישום תמיכת התאחדות הקבלנים בהתארגנות קבלני המדף התבטאה, בין היתר, בעובדה שבין התאריכים 12.5.08 ועד ל-20.5.08 השתתפו הן שחף והן פרץ, לכל הפחות, בשתי פגישות שהתקיימו במתקני ההתאחדות ובמשרדיו הסמוכים של עו"ד נתן לרר (להלן: "עו"ד לרר" או "לרר") ששימש במועדים הרלבנטיים לכתב האישום כיועץ המשפטי של התאחדות הקבלנים. בפגישות אלה, השתתפו חלק מקבלני מכרז עוטף עזה. באותם מפגשים קידמו המשתתפים, לפי הנטען, מהלך לפיו כל קבלני המדף יימנעו מלהגיש הצעות לשלב ב' של המכרז, ככל שלא יתקבלו טענותיהם כנגד תנאי המכרז, וביניהן הטענה כי בתנאי המכרז לא ניתן פיצוי לעלייה במחירי הברזל. עוד לפי הנטען, קידמה התאחדות הקבלנים את ההתארגנות האמורה, בכך שפרץ פעל לקבלת הסכמת כל קבלני המדף, שלא לגשת לשלב ב' של המכרז. לטענת המאשימה התמיכה האמורה של ההתאחדות בקבלני מכרז עוטף עזה נעשתה במסגרת ההמלצה על קו פעולה בניגוד לחוק ההגבלים העסקיים.

15. המאשימה טוענת כי נאשמי ההתאחדות באישום הראשון לא קיבלו ביחס לקו הפעולה האמור, פטור מאישור הסדר כובל מאת הממונה על ההגבלים העסקיים, או היתר זמני מאב בית הדין להגבלים עסקיים, או אישור מבית הדין להגבלים עסקיים, ומעשיהם לא באו בגדר פטור סוג. בהתבסס על דברים אלה מבקשת המאשימה כי ייקבע שנאשמי ההתאחדות באישום הראשון המליצו לחברי התאחדות הקבלנים, או חלקם, על קו פעולה, שהיה בו כדי למנוע או להפחית את התחרות בעסקים ביניהם (להלן: "קו הפעולה"). בנוסף טוענת המאשימה כי קו הפעולה נגע למחיר שיידרש, שיוצע או שישולם, לרווח שיופק, ולכמות הנכסים או השירותים שבעסק, איכותם או סוגם.

16. לאור האמור, מייחסת המאשימה לכל הנאשמים באישום הראשון, עבירת צד להסדר כובל, עבירה לפי סעיף 47(א)(1) בצירוף סעיפים 5, 2(א), 2(ב)(1), 2(ב)(2), 2(ב)(4) ו-4 לחוק ההגבלים. להתאחדות הקבלנים, מייחסת המאשימה אחריות בצירוף סעיף 23(א)(2) לחוק העונשין התשל"ז-1977 (להלן: "חוק העונשין"). אחריותם הפלילית של בובליל, גורדון ושחף נגזרת, לשיטת המאשימה, מאחריות ישירה, הנגזרת מסמכותם



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

ואחריותם בניהול ענייני ההתאחדות או לחלופין מאחריותם כמנהלים פעילים בחבר בני אדם שנעברה בידו עבירה לפי חוק ההגבלים, לפי סעיף 48 לחוק ההגבלים.

17. את האישום השני, שעניינו הסדר כובל, מייחסת המאשימה לנאשמים 8-9, יואב קן תור וחברת קן התור הנדסה ובניין בע"מ (להלן: **"קן תור"** ו-**"קן התור"** בהתאמה), 10-11, רועי נגרי וחברת טר-ארמה בע"מ (להלן **"נגרי"** ו-**"טר ארמה"** בהתאמה), 12-13, אברהם יקואל וחברת י.ע.ז. חברה לבניין ופיתוח בע"מ (להלן **"יקואל"** ו-**"ייעז"** בהתאמה), 14-15, יוסי קנר וחברת קיסר הנדסה ופיתוח בע"מ (להלן **"קנר"** ו-**"קיסר"** בהתאמה), 16-17, אופיר אשר ואוולון טכנולוגיות בע"מ (להלן **"אשר"** ו-**"אוולון"** בהתאמה), 18-19, יוסי נוימן ודיורין חברה לבניין הנדסה ותשתיות בע"מ (להלן **"נוימן"** ו-**"דיורין"** בהתאמה), 22-23, אליהו קולן ומנרב הנדסה ובניין בע"מ (להלן **"קולן"** ו-**"מנרב"** בהתאמה), 24-25, אלישי נחום ונחום עמוס קבלן לעבודות בנין ופיתוח בע"מ (להלן **"אלישי"** ו-**"נחום עמוס"** בהתאמה), 26-27, יוסף שומרוני ו-ג. שומרוני חברה להשקעות ובניה בע"מ (להלן **"שומרוני"** ו-**"י.י. שומרוני"** בהתאמה), 28-29, שמעון אוזון ואחים אוזון חברה לבניה בע"מ (להלן **"אוזון"** ו-**"אחים אוזון"** בהתאמה) ו-32-33, עסאם סלטי וחברת אחים סלטי עסאם בע"מ (להלן **"עסאם"** ו-**"אחים סלטי עסאם"** בהתאמה). יש לציין כי מספר נאשמים שהואשמו באישום השני הורשעו לפי הודאתם ונגזר עונשם במסגרת הסדר טיעון – כפי שצינתי לעיל, פרץ וחברת פולדמיר הורשעו לפי הודאתם במסגרת ההסדר השני בעובדות שיוחסו להם שם וגזר דינם ניתן ביום 19.6.2014. זאב מרק וחברת בוני בניין פיתוח והשקעות (ז.ח.) בע"מ (נאשמים 30 ו-31 בכתב האישום) הורשעו גם הם לפי הודאתם בהסדר טיעון, גזר דינם ניתן ביום 1.4.2014. הרצל אברהמי וחברת ה.א.ל. ערד 2000 (1999) קבלנות ויזמות בע"מ (נאשמים 20 ו-21 בכתב האישום) הורשעו גם הם לפי הודאתם בהסדר טיעון, גזר דינם ניתן ביום 26.5.2016. בנוסף בכתב האישום הואשמו גם דוד עזרא וחברת דלויה (נאשמים 34 ו-35 לכתב האישום) אך האישום כנגדם בוטל בהסכמת הצדדים ובהתאם להחלטתי מיום 9.6.2016.

18. נאשמי האישום השני מוגדרים על ידי המאשימה כקבלני מכרז עוטף עזה. במסגרת האישום השני נטען, כי במהלך הימים שבין 12.5.08 ל-20.5.08, הגיעו קבלני מכרז עוטף עזה להסכמה, לפיה יימנעו קבלני המדף מהגשת הצעות לביצוע מתחמים



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

ספציפיים בשדרות וביישובי עוטף עזה, במסגרת שלב ב' במכרז. בין המועדים הנ"ל, טוענת המאשימה, התקיימו מספר פגישות, ולכל הפחות שתי פגישות, בתאריכים 15.5.08 ו-18.5.08 במתקני ההתאחדות/ואו במשרדו של עו"ד לרר, בהם השתתפו חלק מקבלני מכרז עוטף עזה. באותן פגישות קידמו המשתתפים מהלך, לפיו כל קבלני המדף יימנעו מלהגיש הצעות לשלב ב' של המכרז, ככל שלא תתקבלנה טענותיהם נגד תנאי המכרז, ובהן הטענה כי בתנאי המכרז לא ניתן פיצוי לעלייה במחירי הברזל. המאשימה ממשיכה וטוענת כי אכן בעקבות פגישות אלה ובמסגרת מגעים נוספים שהתקיימו בעניין הסכימו קבלני מכרז עוטף עזה להימנע מלהגיש הצעות לשלב ב' במכרז עוטף עזה.

19. בסופו של יום, בהתאם להסכמה האמורה, לא הגישו קבלני המדף, למעט הנאשמת 33, הצעות לבניית מתחמים ספציפיים בשלב ב' במכרז עוטף עזה.

20. על פי הנטען בכתב האישום, הנאשמים לא קיבלו, ביחס להסכמות האמורות, פטור מאישור הסדר כובל מאת הממונה על ההגבלים העסקיים, היתר זמני מאב בית הדין להגבלים עסקיים, או אישור מבית הדין להגבלים עסקיים, ומעשיהם לא באו בגדר פטור סוג.

21. לטענת המאשימה נאשמי האישום השני, שהם בני אדם המנהלים עסקים, היו צדדים להסדר, לפיו הגבילו עצמם באופן העלול למנוע או להגביל את התחרות בעסקים בינם לבין הצדדים האחרים להסדר או חלקם (להלן: "ההסדר"). ההסדר האמור, כלל כבילות הנוגעות למחיר שיידרש, שיוצע או שישולם, לרווח שהופק, ולכמות הנכסים או השירותים שבעסק, איכותם או סוגם. זאת, מבלי שהתקבל לכך אישור, היתר זמני או פטור על פי דין.

22. המאשימה מייחסת לנאשמים אלה עבירה של צד להסדר כובל, עבירה לפי סעיף 47(א)(1) בצירוף סעיפים 2(א), 2(ב)(1), 2(ב)(2), 2(ב)(4) ו-4 לחוק ההגבלים; לגבי הנאשמות 9, 11, 13, 15, 17, 19, 23, 25, 27, 29, 33 מיוחסת העבירה בצירוף סעיף 23(ב)(2) לחוק העונשין; המאשימה מייחסת לנאשמים 18, 22, 24, 26, 28 ו-32 לחלופין אחריות בצירוף סעיף 48 לחוק ההגבלים.



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

23. האישום השלישי הכלול בכתב האישום עוסק גם הוא בעבירה של המלצה על קו פעולה ומיוחס, על ידי המאשימה, לבובליל, פרץ ושחף שהואשמו גם באישום הראשון וכן לנאשם 4, אשר גרין, ששימש במועדים הרלוונטיים לכתב האישום כסגן נשיא וחבר נשיאות ההתאחדות וכן כחבר וועדת הנשיאות ויו"ר אגף בניה חוזית בהתאחדות (להלן גם "גרין"). כמו כן, מואשמת באישום זה גם ההתאחדות עצמה (כל הנאשמים באישום השלישי יכוננו להלן "נאשמי ההתאחדות באישום השלישי"). על פי הנטען בכתב האישום, במהלך חודש יולי 2008 ובסמוך לכך, המליצו שחף, גרין וההתאחדות, לפני חברי אגף בניה חוזית שבהתאחדות, על קו פעולה, לפיו יחברו יחד, להימנע מלהשתתף במכרזים, כאמצעי לשנות את תנאי המכרז.
24. במסגרת האישום השלישי נטען, כי בתאריך 8.7.08 או בסמוך אליו, פנה שחף, במסגרת עלון עדכון שנשלח לקבלני אגף בניה חוזית של ההתאחדות (ת/443), כדלקמן: "מכרז מיגון עוטף עזה: פעם ראשונה שקבוצה של 13 קבלנים חברו יחדיו והחליטו שלא להשתתף במכרז. מדובר בצעד חשוב ומשמעותי וצריך להסתכל על חצי הכוס המלאה במקרה זה. יישר כוח לקבלנים. בעקבות זאת פורסמו מכרזים חדשים אך הערבות של הקבלנים חולטה, לצערנו, ע"י משרד השיכון/עמיגור". עלון העדכון נשלח לקבלנים באמצעות דואר אלקטרוני ופורסם גם באתר האינטרנט של ההתאחדות.
25. אליבא דמאשימה, גרין אישר את פרסום פניית שחף לעיל לחברי האגף טרם פרסומה, ואילו בובליל וגורדון ידעו על המעשים המתוארים באישום השלישי או לכל הפחות יכולים היו לדעת עליהם.
26. המאשימה טוענת, כי במשלוח העלון ובפרסומו, המליצו שחף, גרין וההתאחדות לחברי האגף לבנייה חוזית על קו פעולה העלול למנוע או להפחית את התחרות או העסקים ביניהם. כאשר קו הפעולה נגע לרווח שיופק ולכמות הנכסים או השירותים שבעסק, איכותם או סוגם. בכך, היו שחף, גרין וההתאחדות צדדים להסדר כובל, שלא ניתן לגביו אישור, היתר זמני, או פטור להסדר, ומבלי שהכבילות שבהסדר היו פטורות בהתאם לפטור סוג. בהתאם נטען כי הנאשמים בובליל, גורדון, שחף וגרין היו מנהלים פעילים בחבר בני אדם שנעברה בידיו עבירה לפי חוק ההגבלים העסקיים.



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

27. בגין המעשים האמורים, מייחסת המאשימה לשחף גרין ולהתאחדות עבירה של צד להסדר כובל, לפי סעיף 47(א)(1), בצירוף סעיפים 5, 2(א), 2(ב)(2), 2(ב)(4) ו-4 לחוק ההגבלים, ולהתאחדות בצירוף סעיף 23(א)(2) לחוק העונשין, אישום חלופי מופנה כלפי שחף וגרין, בצירוף סעיף 48 לחוק ההגבלים, ואילו בובליל וגורדון מואשמים מכוח היותם מנהלים פעילים בחבר בני אדם שבו נעברה עבירה לפי חוק ההגבלים העסקיים, עבירה לפי סעיף 48 לחוק ההגבלים העסקיים, בצירוף סעיפים 5, 2(א), 2(ב)(2), 2(ב)(4) ו-4 לחוק ההגבלים העסקיים.

28. מהאמור עד כה ניתן לראות כי כתב האישום מתאפיין בחלוקה ברורה בין נאשמי ההתאחדות שלהם מיוחסים האישומים הראשון והשלישי, לבין קבלני מכרז עוטף עזה, שלהם מיוחס האישום השני. גם דיוננו יתחלק בהתאם לאישומים השונים. תחילה אתמקד באישום הראשון המיוחס כאמור לחלק מנאשמי ההתאחדות ובהמשך אפנה להכריע באישומים השני והשלישי. עם זאת, בטרם אפנה לדיון זה אסקור תחילה בקצרה חלק מהשתלשלות ההליכים בתיק זה, שהינו תיק רב היקף ורב נאשמים, תוך שאתמקד בסוגיות הרלוונטיות לצורך הכרעה זו.

התנהלות ההליכים:

29. כתב האישום המקורי הוגש, כאמור, ביום 15.12.10. בעקבות הגשת כתב האישום ובשלביו הראשונים של הדיון בתיק הגישו חלק מהנאשמים טענות מקדמיות שונות במסגרתן התייחסו לפגמים שונים וקשיים אשר מעורר כתב האישום. ביום 7.6.12 ניתנה החלטה ראשונה בנוגע לטענות המקדמיות (להלן: "**ההחלטה הראשונה**"). במסגרת ההחלטה הראשונה, דנתי, בין השאר, בטענות נאשמי ההתאחדות באישום הראשון והשלישי. נאשמי ההתאחדות טענו, בין השאר, כי כתב האישום הוגש בניגוד להבטחה שלטונית שניתנה להם, כי הגשתו עולה כדי אכיפה בדרנית של הדין, כי מדובר בזוטי דברים ועוד. בהחלטה דחיתי את מרבית טענותיהם המקדמיות של נאשמי ההתאחדות, אך קיבלתי את טענתם בנוגע לאכיפה בדרנית של הדין בכל הנוגע לאישום הראשון. לגבי טענה זו קבעתי כי היא עומדת לנאשמי ההתאחדות אך אין בה כדי להצדיק ביטול כתב האישום אלא ייתכן ויידרש לתת לה משקל בעת שייקבע



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

עונשם של נאשמי ההתאחדות, ככל שיורשעו כולם או חלקם (סעיפים 56-69 להחלטה הראשונה).

30. בעקבות החלטות נוספות שניתנו לאורך הליך זה והליכים אחרים, בין השאר נוכח החלטת בית המשפט העליון שתוזכר להלן, קביעה זו בנוגע לטענת האכיפה הבררנית אינה עומדת עוד בתוקפה והיא אינה רלוונטית עוד. בנוסף, במסגרת ההחלטה הראשונה קיבלתי את טענתו של פרץ לגבי אי קיום שימוע בעניינו ביחס לאישום הראשון והוריתי על מחיקת האישום הראשון נגדו מטעם זה כדי לאפשר עריכת שימוע בעניינו.

31. בנוגע לטענות המקדמיות של הנאשמים באישום השני, קיבלתי את הטענה שהציגו חלקם לגבי קיומה של הגנה מן הצדק בשל אכיפה בררנית. במוקד טענת האכיפה הבררנית עמדה החלטת הממונה על ההגבלים העסקיים לפי סעיף 43(א)(2) לחוק ההגבלים העסקיים בעניין קו פעולה של ארגון בתי חולים פרטיים לחולים כרוניים בישראל [החלטה מיום 31.12.2007 (להלן "ההחלטה בעניין ארגון בתי החולים הפרטיים")]. במסגרת החלטה זו נקבע שחברי ארגון בתי חולים פרטיים לחולים כרוניים לא יועמדו לדין בגין המלצת הארגון לחבריו שלא לגשת למכרז שפרסם משרד הבריאות והסכמה בין חברי הארגון להחרים את המכרז שתנאיו לא נראו להם (סעיפים 97-87 להחלטה הראשונה). בעקבות קבלת טענת האכיפה הבררנית, הוריתי על מחיקת האישום השני כלפי אותם נאשמים שטענו לאכיפה בררנית.

32. על ההחלטה הראשונה הגישה המאשימה ערעור לבית המשפט העליון [ע"פ 6328/12 מדינת ישראל נ' פולדי פרץ (להלן: "הערעור")].

33. במקביל נמשכו ההליכים כנגד נאשמי ההתאחדות לגבי האישומים הראשון והשלישי. בעניין פרץ, אשר הואשם הן באישום הראשון והן באישום השני, התנהלו ההליכים באופן מעט שונה. כפי שצוין לעיל בהחלטה הראשונה נמחק פרץ מהאישום הראשון בשל אי קיום שימוע בעניינו לגבי אישום זה וכן נמחק הוא מהאישום השני לאור קבלת טענת האכיפה הבררנית מצד נאשמי האישום השני. בהמשך לכך, התבצע שימוע לפרץ לגבי המיוחס לו באישום הראשון וכתב האישום הוגש מחדש יחד עם הסדר טיעון שהושג בעניינו.



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

34. במסגרת הסדר הטיעון הראשון הודה פרץ בעובדות כתב אישום המתוקן שהוגש נגדו. לעניין העונש המאשימה ופרץ עתרו במשותף לגזירת עונש של מאסר בפועל של 60 ימים אשר ירוצה בעבודות שירות, פיצוי למדינה בסך 60,000 ₪ וכן התחייבות בסך 250,000 ₪ להימנע מעבירה לפי חוק ההגבלים. ביום 18.3.13, אושר הסדר הטיעון ונגזרו על פרץ העונשים להם עתרו הצדדים.
35. בעקבות ההסדר הראשון עם פרץ ביקשה המאשימה לתקן את כתב האישום נגד שאר הנאשמים. לגבי האישום הראשון, ביקשה להוסיף כי בפגישות במתקני ההתאחדות ובמשרדיו של עו"ד לרר, היו מרבית המשתתפים חברי ההתאחדות. תיקון נוסף הרחיב את תיאור תפקידיו של פרץ במהלך אותן פגישות, תוך שצוין כי הוא הביע תמיכה במהלך, היה ממוביליו והמליץ למשתתפים שלא לגשת למכרז וזאת על אף עמדתו המשפטית של עו"ד לרר שהמהלך אינו חוקי. התיקון השלישי עסק בפירוט פעולותיו של פרץ להשגת הסכמת קבלני המדף, כולל משלוח פקס בעניין ההסכמות המוצעות ועריכת שיחות טלפוניות בעניין עם חלק מקבלני המדף.
36. בהחלטה מיום 19.2.13, אישרתי את הבקשה לתיקון כתב האישום, תוך קביעה כי הוא אינו משנה מהותית את העובדות המקוריות שיוחסו לנאשמים בסעיף 62 לכתב האישום המקורי, אלא רק מרחיב ומעבה אותו. בנוסף, דחיתי את טענת נאשמי ההתאחדות לגבי הכוונה לצרף את פרץ כעד תביעה בכתב האישום המתוקן נגדם. ציינתי באותו עניין, כי ככל שערעור המדינה לגבי מחיקתו מן האישום השני, שבכתב האישום המקורי יתקבל, הדבר ישליך רק על מעמדו הראייתי כעד ועל התוספת הראייתית שתידרש לצורך הרשעת הנאשמים על פי עדותו, ואין בכך כדי לחסום את צירופו כעד תביעה.
37. לאחר דחיית הטענות המקדמיות וצירופו של פרץ כעד תביעה, הודיעו נאשמי ההתאחדות, כי תשובתם לכתב האישום מיום 2.9.12 תקפה גם לגבי כתב האישום המתוקן. ביום 20.6.13 התקיימה ישיבת ההוכחות הראשונה בתיק והדיון לגבי האישומים הראשון והשלישי נמשך.
38. ביום 10.9.13 ניתן פסק דינו של בית המשפט העליון, אשר ביטל את ההחלטה הראשונה (להלן: "**פסק הדין**"). בפסק הדין נקבע מפי כב' השופט ע' פוגלמן, כי על מנת להוביל לביטול כתב האישום, יש להוכיח כי העמדה לדין במקרה הנדון חרגה מן



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

המדיניות הנהוגה בתביעה. השופט פוגלמן קבע כי במקרה זה הוכחה המערערת (המאשימה) כי מדיניות האכיפה של הרשות גורסת העמדה לדין פלילי במקרים כדוגמת המקרה בו מואשמים קבלני מכרז עוטרף עזה. כב' הנשיא א' גרוניס ציין בחוות דעתו, כי לא די במקרה זהה אחד ויחיד, שבו פעלו הרשויות המנהליות בעבר בדרך שונה ולא הגישו כתב אישום, כדי להוביל בהכרח לביטולו של כתב האישום במקרה דומה אחר, וכי על הנאשם להראות לצורך קבלת הטענה בדבר אכיפה בררנית שהרשויות קיבלו, לאורך זמן ובאופן שיטתי, במקרים דומים החלטות שונות מאלה שהתקבלו בעניינו. כב' השופט ס' גיבוראן הצטרף לדעה זו.

39. לאור התוצאה אליה הגיע בית משפט העליון בפסק הדין, נקבע בפסקה 45 לחוות דעתו של כב' השופט פוגלמן כי יש לקבל את הערעור לבטל את פסק הדין שניתן במסגרת ההחלטה הראשונה ולהחזיר את הדיון באישום השני לבית משפט זה תוך שנדרש להתייחס תחילה לטענות המקדמיות של נאשמי האישום השני שטרם נדונו.

40. יש לציין כי כבר בדיון בבית המשפט העליון העלו באי כוחו של פרץ את הטענה כי לנוכח הרשעתו וגזירת דינו בכתב האישום הנוסף והמתקן שהוגש בעניינו, השבת האישום השני על כנו בכל הנוגע לפרץ משמעה האשמתו בשנית בגין אותם מעשים שבהם כבר הורשע.

41. בנוסף ראוי לציין כי החלטת בית המשפט העליון הקרינה גם על קביעתי במסגרת ההחלטה הראשונה בעניין טענת האכיפה הבררנית של נאשמי ההתאחדות באישום הראשון (סעיפים 56-69 להחלטה הראשונה). כפי שצינתי כבר לעיל, בעקבות החלטת בית המשפט העליון קביעתי בעניין זה אינה רלוונטית עוד, זאת מאחר שהמסד העובדתי והמשפטי עליו נשענה טענת נאשמי ההתאחדות באישום הראשון וקביעתי בעניינה זהים למסד שעמד בבסיס טענת נאשמי האישום השני. מכאן שהחלטת בית המשפט העליון רלוונטית גם לגבי טענת נאשמי ההתאחדות באישום הראשון והופכת את הטענה והקביעות בה ללא רלוונטיות.

42. בעקבות מתן פסק הדין, הוריתי על חידושם של ההליכים כנגד הנאשמים שנמחקו בעקבות ההחלטה הראשונה והמאשימה הגישה כתב אישום חדש לגבי אותם נאשמים בכתב האישום המקורי אשר לא היו צד לטענות שהולידו את ההחלטה הראשונה ונמחקו בהסכמה מכתב האישום המקורי עד למתן ההחלטה בע"פ 6328/12. כתב



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

האישום החדש הוגש במסגרת ת"פ 13-10-23916. בהחלטתי מיום 28.10.13 איחדתי את הדיון בין כתב האישום החדש שהוגש (בת"פ 13-10-23916) ותיק זה. באותו דיון, חזרו באי כוח הנאשמים על הטענות המקדמיות שהוצגו לבית המשפט בראשית ההליך וטרם הוכרעו (להלן: "**הטענות הראשונות**"). בנוסף חלק מהנאשמים העלו טענות מקדמיות חדשות (להלן: "**הטענות החדשות**"). הנאשמים חזרו על תשובותיהם לכתב האישום.

43. פרץ היה בין הנאשמים אשר הציגו טענות חדשות. פרץ, כאמור לעיל, הורשע במסגרת הסדר טיעון בעבירות שיוחסו לו באישום הראשון בכתב אישום מתוקן שהוגש בעניינו. בעקבות פסק דינו של בית המשפט העליון חודשו ההליכים גם כנגד פרץ ופולדמיר בגין המיוחס להם באישום השני. פרץ ופולדמיר טענו כי לא היה מקום להגיש נגדם את כתב האישום החדש, זאת הן משום קיומו של פגם או פסול בכתב האישום, הן בשל ריבוי האישומים החלופיים שבכתב האישום, הן משום טענת "כבר הורשעתי" והן משום טענת "הגנה מן הצדק".

44. ביום 12.1.2014 נתתי את החלטתי בנוגע לטענות המקדמיות הראשונות והחדשות (להלן: "**ההחלטה השנייה**"). במסגרת ההחלטה השנייה דחיתי את מירב הטענות המקדמיות. עם זאת, לעניין טענות בנוגע לפגמים בניסוח כתב האישום קבעתי כי אף שאין בהן כדי להצדיק ביטול כתב האישום הן אכן מצדיקות את תיקונו בדרך של הוספת פירוט מסוים ככל שישנו מידע רלוונטי בנושאים מסוימים בידי המאשימה (פס' 29-31 להחלטה השנייה).

45. במסגרת ההחלטה השנייה דחיתי גם את טענותיו החדשות של פרץ (פס' 139-146 להחלטה השנייה). קבעתי כי לא נפל פגם בכך שפרץ ופולדמיר הואשמו גם בעשיית הסדר כובל במסגרת האישום השני, כי אין יסוד לטענת פרץ בדבר סיכון כפול וכי לא הייתה מניעה שיועמד לדין הן באישום הראשון והן באישום השני. בנוסף קבעתי כי עמידתה של המאשימה על הוכחת האישום השני כלפיו, לאחר שהורשע ונגזר דינו בעקבות כתב האישום המתוקן, אינה מהווה "נגישה" המקימה לו הגנה מן הצדק לפי סעיף 109(10) לחסד"פ.

46. בעקבות החלטתי השנייה הוגש הסדר טיעון שהושג בעניינו של פרץ במסגרתו הודו הוא ופולדמיר בעובדות שיוחסו להם בכתב האישום החדש שהוגש בעניינם בעקבות



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

- פסק דינו של בית המשפט העליון וכן בעובדות המיוחסות להם במסגרת פרטים נוספים שהוגשו לבית המשפט ביום 16.1.2014. ביום 20.2.2014 הרשעתי את פרץ ופולדמיר על בסיס הודאתם במסגרת הסדר הטיעון וביום 19.6.2014 גזרתי את דינם.
47. יש לציין כי בשל נסיבות אישיות של מותב זה שנוצרו לאחר הגשת הסיכומים נבצר מהמותב להמשיך ולנהל את התיק והוחלט כי מותב אחר ימשיך לנהל את ההליכים עד לסיומם. החלטה בעניין זה ניתנה ביום 17.7.2017. עם זאת, בהמשך הדרך בעקבות שינוי באותן נסיבות הוחזר התיק למותב זה והוחלט כי הוא יהיה אמון על כתיבת הכרעת הדין.
48. לאחר שהושב התיק למותב זה ומכיוון שהסתיים שלב שמיעת ההוכחות והוגשו סיכומי הצדדים וכן נשמעו סיכומים בעל פה הגיע העת להכריע באישומים. למשימה זו אפנה כעת.
49. סימוני ההפניות לפרוטוקולים להלן ייעשו לפי תאריכי הדיונים והעמוד הרלוונטי בפרוטוקול וזאת בשל מספר מקרים של כפילויות בעימוד הפרוטוקולים.

האישום הראשון – דיון

50. הרקע והעובדות העיקריות הנוגעות לאישום הראשון הוצגו לעיל. כאמור, עניינו של האישום הראשון בטענה כי נאשמי ההתאחדות באישום הראשון המליצו בפני חברי התאחדות או חלקם על קו פעולה שהיה בו כדי למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בין חברי ההתאחדות. קו פעולה זה נגע למחיר שיידרש, שיוצע או שישולם, לרווח שיופק, ולכמות הנכסים או השירותים שבעסק, איכותם או סוגם. להלן אתייחס לאישום זה.

נאשמי האישום הראשון:

51. כאמור לעיל, האישום הראשון, לאחר ההסדר עם פרץ, מתייחס לנאשמים בובליל, גורדון ושחף וכן להתאחדות.





בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

52. התאחדות הקבלנים הינה, כפי שציינתי לעיל, אגודה עותמאנית. מטרתה של ההתאחדות הינה, בין השאר, לארגן, לאגד ולאחד במסגרת כלל ארצית את כל הקבלנים לסוגיהם העוסקים בענפים ובמקצועות השונים בענפי הבניה וכן קידום ענייניהם העסקיים של חבריה.

53. בובליל, שימש במועדים הרלוונטיים לכתב האישום כנשיא התאחדות הקבלנים, כיושב ראש האסיפה הכללית של ההתאחדות, כיושב ראש נשיאות ההתאחדות ויושב ראש וועדת הנשיאות.

54. גורדון, שימש במועדים הרלוונטיים לכתב האישום כמנכ"ל התאחדות הקבלנים.

55. שחף, שימש במועדים הרלוונטיים לכתב האישום כסמנכ"ל ההתאחדות וכמנהל אגף תשתיות ובניה חוזית בהתאחדות הקבלנים.

שני חלקיו של האישום הראשון:

56. כמתואר לעיל, בפסקאות 7-13, במסגרת האישום הראשון מייחסת המאשימה לבובליל, גורדון, שחף ולהתאחדות פעולות שעולות כדי המלצה על קו פעולה בניגוד לחוק ההגבלים העסקיים. את המיוחס לנאשמי ההתאחדות באישום הראשון ניתן לחלק לשניים: חלקו הראשון של האישום מתייחס למכתב ולמודעה שפורסמו, על פי הנטען, על ידי בובליל וגורדון מטעם התאחדות הקבלנים ואשר פרסומם היווה עבירה בניגוד לסעיף 5 לחוק ההגבלים. חלקו השני של האישום הראשון עוסק בפעולות המיוחסות לשחף ולפרץ אשר כפי שתואר לעיל נאשמים כי תמכו בהתארגנות קבלני מכרז עוטף עזה. מכוח פעולות תמיכה נטענות אלה מייחסת המאשימה לנאשמי ההתאחדות באישום הראשון ולהתאחדות בכללם עבירה של המלצה על קו פעולה לפי סעיף 5 לחוק ההגבלים העסקיים.

57. אומנם שני חלקי האישום הראשון קשורים זה לזה אך נוח יותר לדון בכל אחד מחלקים אלה בנפרד וכך עשו גם הצדדים בסיכומיהם. לכן אתייחס תחילה לחלקו הראשון של האישום הראשון, אציג את תשובת הנאשמים לאישום, את יריעת המחלוקת שנסתמנה בעקבותיה ואת טענות הצדדים בהן יש להכריע ואכריע בחלק



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

זה. לאחר הדיון בחלק הראשון אפנה להכריע באופן דומה בטענות הצדדים לגבי חלקו השני של האישום הראשון.

חלקו הראשון של האישום הראשון – מכתב מנכ"ל ההתאחדות ומודעת נשיא

ההתאחדות

תשובת נאשמי ההתאחדות לטענות בעניין המכתב והמודעה ויריעת המחלוקת:

58. בתשובתם לכתב האישום כפרו נאשמי ההתאחדות בטענת המאשימה כי באמצעות המכתב והמודעה המליצו לחברי ההתאחדות על קו פעולה לפיו לא יגישו הצעות למכרזים ממשלתיים שלא ניתן בהם פיצוי על עליה במחירי התשומות לבנייה. נאשמי ההתאחדות לא הכחישו את דבר פרסום המכתב והמודעה אך כפרו בפרשנות ובמשמעות שהמאשימה ייחסה לפרסומים. לאורך הליך זה ובסיכומיהם טענו נאשמי ההתאחדות כי פעולות אלה היו ראויות ונעשו במסגרת תפקידה הלגיטימיים של ההתאחדות. נאשמי ההתאחדות גרסו כי ההתאחדות ביקשה להזהיר את הקבלנים חברי ההתאחדות ולסייע להם להתגבר על עוול חמור שנגרם להם כתוצאה מפעולות של גורמים שונים ברשויות המדינה אשר ניצלו את עליית מחירי התשומות לבנייה באופן שפגע בקבלנים. סיוע זה לטענת נאשמי ההתאחדות היה ראוי והתבצע מבלי שנאשמי ההתאחדות המליצו למי מחבריה על נקיטה בקו פעולה מסוים.

59. לגופם של דברים הציגו נאשמי ההתאחדות באישום הראשון טיעונים נרחבים שנועדו להראות כי לא מתקיימים בעניינם היסוד העובדתי והיסוד הנפשי הדרושים לצורך הרשעה בעבירה של קו פעולה. מבחינה עובדתית התמקדו טיעוניהם בשאלת המסר העולה מתוך המכתב והמודעה ונועדו להראות כי זה אינו עולה כדי המלצה על קו פעולה ולא היה עלול להביא לפגיעה בתחרות. מבחינת היסוד הנפשי ביקשו נאשמי ההתאחדות להצביע על כך שלא עלה בידי המאשימה להוכיח כי הם פעלו מתוך מודעות ומתוך הלך הרוח הנדרש כדי להביא להרשעתם בעבירה.

60. עולה כי המחלוקת העובדתית בכל הקשור לחלקו הראשון של האישום הראשון היא מצומצמת יחסית. בבסיסו של חלק זה עומדים שני מסמכים אשר נסיבות פרסומם



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

ברובן מוסכמות על הצדדים. המחלוקת העיקרית בין הצדדים הינה ביחס למשמעות שיש להעניק לפרסומים ולאופן בו יש לפרשם.

תמצית טענות הצדדים

עמדת המאשימה

61. המאשימה טוענת כי המכתב והמודעה כוללים המלצה על קו פעולה. באופן עקרוני טענת המאשימה היא כי המכתב והמודעה כללו המלצה ברורה של התאחדות הקבלנים לחברי ההתאחדות כי לא יגישו הצעות למכרזים ממשלתיים בהם לא ניתן פיצוי נאות לעליית מחירי התשומות לבנייה ובפרט עליית מחירי הברזל. לטענת המאשימה, באמצעות מסר זה התוותה התאחדות הקבלנים לחבריה דרך פעולה מסוימת ופגעה בשיקול הדעת העצמאי שהיה אמור להפעיל כל קבלן בעת שנדרש להחליט האם לגשת למכרזים אלה. לדעת המאשימה המסר הברור העולה מהמסמכים הוא שאין לגשת למכרזים שאינם מפצים את הקבלנים בגין עליית מחירי התשומות.

62. המאשימה הצביעה על כך שבמסר יש מעצם טיבו כדי לפגוע בתחרות, שהרי הוא מבקש למנוע מכל וכל את התחרות במכרז על ידי מניעת הגשת הצעות למכרזים מסוימים. יסוד הפגיעה בתחרות הינו, כפי שנראה להלן, אחד מהיסודות העובדתיים של עביר קו הפעולה והמאשימה סבורה שיסוד זה אכן הוכח. מעבר לכך, לטענת המאשימה בענייננו חלות החזקות הקבועות בסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים ומאחר שהמסר העולה מתוך המכתב והמודעה נוגע לנושאים המפורטים בסעיף 2(ב), הרי שמתיתר הצורך להוכיח את יסוד הפגיעה בתחרות באופן עצמאי.

63. המאשימה ממשיכה וטוענת כי הוכח בנוסף שהנאשמים פעלו מתוך היסוד הנפשי הנדרש ומכאן שהן היסוד העובדתי והן היסוד הנפשי של עבירת קו הפעולה הוכחו ועל כן יש להרשיע את הנאשמים בעבירה זו.

טענות נאשמי ההתאחדות



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

64. נאשמי ההתאחדות ביקשו להראות כי טענות המאשימה חסרות ביסוס ובוודאי שאינן עומדות בנטל ההוכחה הנדרש לצורך הרשעה בעבירה פלילית. תחילה הצביעו על מספר טעמים אשר לדעתם מצדיקים פרשנות מצמצמת של עבירת ההסדר הכובל בעניינם. בהמשך לכך, ביקשו נאשמי ההתאחדות להראות כי לא עלה בידי המאשימה להוכיח כי התקיימו היסוד העובדתי והיסוד הנפשי הנדרשים לצורך הרשעתם בעבירה של קו פעולה בכל הנוגע למכתב ולמודעה.
65. לגבי היסוד העובדתי, טענו נאשמי ההתאחדות, בין השאר, כי המכתב והמודעה חסרים מרכיבים בסיסיים אשר בשל העדרם לא ניתן לראות בהם כממליצים על קו פעולה. בנוסף, לטענתם, המכתב והמודעה אומנם הזהירו את הקבלנים מפני העלייה במחירי הברזל אך לא המליצו להם כיצד עליהם לפעול בעניין זה. מעבר לכך, לגישתם המלצה על אי הגשת הצעות למכרזים כלל לא הייתה הגיונית ומעשית מבחינת הקבלנים ועל כן לא סביר לקבל פרשנות לפיה ההתאחדות המליצה על קו פעולה מסוג זה.
66. נאשמי ההתאחדות טענו בנוסף כי גם אם ניתן היה לראות במכתב ובמודעה ככוללים המלצה על קו פעולה מסוים הרי שלא הוכח יסוד הפגיעה הפוטנציאלית בתחרות והם הצביעו על נסיבות המעידות על כך.
67. לעניין היסוד הנפשי, נאשמי ההתאחדות טענו כי לא פעלו מתוך היסוד הנפשי הנדרש לצורך הרשעה בעבירה. לטענתם נוכח תום לבם וחוסר מודעותם ביחס ליסודות העובדתיים של העבירה, לא ניתן לקבוע כי התקיים בעניינם היסוד הנפשי הנדרש אשר כפי שנראה להלן דורש מחשבה פלילית רגילה. בעניין זה התייחסו נאשמי ההתאחדות גם למטרות הראויות לטענתם אשר עמדו בבסיס הפרסומים.
68. לחלופין, טענו הנאשמים, כי גם אם ייקבע כי היסוד הנפשי הנדרש הוכח הרי שעומדת להם טענת סייג לאחריות פלילית, הנובעת מטעות במצב דברים בהתאם לסעיף 34 לחוק העונשין. המדובר לדבריהם בטעות הנוגעת לדין הלב-פלילי שיש לבחון בהתאם לסייג האמור. לדבריהם התנאים הקבועים באותו סייג התקיימו בעניינם ולכן אף מטעם זה אין להרשיעם בעבירה הנטענת.



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

טענות גורדון

69. גורדון טען בנוגע לדברים שיוחסו לו על ידי המאשימה כי הוא לא היה מעורב כלל בפרסום המודעה, לא אישר את נוסחה ולא אישר כי ניתן לפרסמה. בנוגע למכתב טען גורדון כי מדובר היה במכתב עדכון ולא ניתן למצוא בו כל המלצה על קו פעולה. על כן, טען גורדון כי יסודות העבירה אינם מתקיימים בעניינו, במסגרת זו הוא חזר על מרבית טענותיהם של נאשמי ההתאחדות הנוספים וכן הדגיש כי לא הוכח כי פעל מתוך היסוד הנפשי הנדרש לצורך הרשעה.

70. גורדון הוסיף וטען כי מתקיים בעניינו הסייג הקבוע בסעיף 34 ל חוק העונשין בדבר טעות במצב משפטי וזאת נוכח הסתמכותו על עצה משפטית שניתנה לו. בנוסף טען גורדון כי קמה לו טענת הגנה מן הצדק וכן טענת זוטי דברים.

דיון והכרעה

71. טענות הצדדים מלמדות כי עיקר המחלוקת בין הצדדים נוגעת למשמעות שיש לייחס למכתב ולמודעה ולשאלה האם כללו פרסומים אלה המלצה של התאחדות הקבלנים לחבריה על קו פעולה אסור כקבוע בסעיף 5 לחוק ההגבלים העסקיים. בשל חשיבותם של המכתב והמודעה לצורך הכרעה בשאלות אלה, אתייחס בפסקאות הבאות בקצרה לפרסומים אלה, לתוכנם ולנסיבות פרסומם. בהמשך לכך, אתייחס למסגרת הנורמטיבית הרלוונטית ולסעיף 5 לחוק ההגבלים העסקיים אשר עומד בלב האישום הראשון. על בסיס דיון זה אפנה להכריע בשאלות השנויות במחלוקת תוך שאתייחס ביתר הרחבה גם לטענות הצדדים בעניין.

מכתב המנכ"ל

72. ביום 12.5.2008 פרסם גורדון מכתב אשר הופץ בקרב חברי ההתאחדות באמצעות הדואר האלקטרוני ובאמצעות אתר האינטרנט של ההתאחדות (ת/434, ת/557).

73. במסגרת מכתב זה התייחס גורדון לסוגיות שונות הנוגעות להתייקרות מחירי הברזל ולפעולות שמבצעת התאחדות הקבלנים בנדון. טענותיה של המאשימה לגבי מכתב זה



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

מתמקדות בפסקה האחרונה בעמוד הראשון של המכתב. נוכח חשיבות המכתב לעניין האישום הראשון אצטט את העמוד הראשון של המכתב כלשונו במלואו (ההדגשות במקור אלא אם צוין אחרת):

"אל חברי התאחדות הקבלנים והבונים בישראל,

חברים וחברות יקרים,

ההתאחדות דורשת מהממשלה: פיצוי על התייקרות הברזל

התייקרות מחירי הברזל בעולם כולו, ובכלל זה גם בישראל, (התייקרות הנובעת מעליה עולמית בביקושים) בחודשים האחרונים, חייבת להוות, בפני מקבלי ההחלטות במשק, תמרור אזהרה אדום להמשך הפעילות בענף הבניה והתשתית וברוח זו פועלת ההתאחדות בשבועות האחרונים, על מנת לדאוג כי הקבלנים יקבלו פיצוי הולם להתייקרות זו.

כאמור, מחירי הברזל זינקו בשלושת החודשים האחרונים בכל העולם וגם בישראל. במהלך שלושת החודשים האחרונים התייקר הברזל ב-40%, ואם לא די בכך, הרי שבשבוע האחרון נתבשרנו כי חלה עליה נוספת של 17% – לאלתר!!

עליית מחירים זו, ללא מתן פיצוי הולם, גורמת הפסדים כבדים לכל העוסקים בענף הבניה והתשתית, ובעיקר לקבלנים החוזיים וקבלני התשתיות, הפסדים אשר יכולים להביא לקריסת חברות, לעצירת פרויקטים לאומיים ואחרים ועוד.

מקבלי ההחלטות בממשלה אינם נותנים דעתם על ההשלכות המסוכנות היכולות להיגרם לא רק לחברות התשתית ולחברות הביצוע, אלא בטווח הארוך גם לגורל הפרויקטים הממשלתיים אשר בביצוע ולפרויקטים אשר טרם הוחל בביצועם.

**נשיא התאחדות הקבלנים והבונים בישראל קורא לכל הקבלנים לשקול
לבחון היטב את השתתפותם במכרזים ממשלתיים, בהם לא בא לידי ביטוי**



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

פיצוי נאות בגין ההתייקרויות ועלויות במחירי התשומות, דבר העלול לגרום

לחברות נזקים כספיים כבדים ולעיתים בלתי הפיכים.

..."]

74. בהמשך המכתב מפרט גורדון צעדים שונים אשר ההתאחדות נוקטת בהם כדי לפתור את הקשיים שהתייקרויות מחירי הברזל יוצרת לקבלנים. כפי שנראה בהמשך, רבות מטענות נאשמי ההתאחדות מתמקדות בצעדים נוספים אלה ובמאבקה, הראוי לדעתם, של ההתאחדות בכל הנוגע לנושא התייקרויות מחירי התשומות לבנייה.

מודעת הנשיא

75. ביום 18.5.2008 פורסמה בעיתונות הכלכלית (גלובוס ודה-מרקר) מודעה שהציגה דברים ברוח דומה לאמור במכתב גורדון, על הודעה היה חתום בובליל (ת/55). נוכח חשיבותה לטענות המאשימה באישום הראשון תוצג גם המודעה להלן במלואה וכלשונה (ההדגשות השונות במקור):

הודעה חשובה לקבלני ישראל

אל קבלני הבניה והתשתית,

לאור ההתייקרויות במחירי הברזל, למעלה מ-50% בחודשים האחרונים – ואי מתן פיצוי הולם על ידי מזמיני העבודה, נגרמו ונגרמות לחברות הקבלניות הפסדים כספיים ניכרים, הפסדים המקשים על המשך יציבות ענף הבניה והתשתית.

אני פונה אליכם, קבלני הבניה והתשתית, לשקול ולבחון היטב את השתתפותכם במכרזים בהם לא בא לידי ביטוי פיצוי מלא בגין ההתייקרויות. אי מתן פיצויים בגין ההתייקרויות פירושו מימון הפרשי המחיר וספיגת הפסדים על ידי הקבלן!

קבלן! אל תסכן את חברתך ועובדיך!

אם אין פיצוי על ההתייקרויות התשומות – לא נגשים לפרויקטים!

ניסים בובליל

נשיא התאחדות הקבלנים והבונים בישראל".



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

76. בכתב האישום הדגישה המאשימה את אחריותם של בובליל וגורדון לשני הפרסומים. לעניין המכתב הצביעה המאשימה על כך שגורדון היה חתום עליו וכחלק ממנו הציג את קריאתו של בובליל לקבלנים. לגבי המודעה, טענה המאשימה כי זו מציגה קריאה של בובליל לקבלנים והוא שחתום עליה וכי גורדון לקח חלק בפרסום המודעה ואישר את הנוסח שלה.
77. בתשובתם לכתב האישום ולאורך הליך זה לא כפרו נאשמי ההתאחדות בכך שגורדון עמד מאחורי המכתב שכלל גם מסר מטעם בובליל וכי בובליל עמד מאחורי המודעה והיה חתום עליה. נאשמי ההתאחדות גם לא כפרו גם בכך שהמעשים נעשו על ידי בובליל וגורדון כחלק מתפקידם בהתאחדות (ראו, בין השאר, תשובת נאשמי ההתאחדות לכתב האישום; עדות בובליל – דיון מיום 6.1.2016 בעמ' 2111-2112; דיון מיום 26.1.2016 בעמ' 2303; עדות גורדון – דיון מיום 31.1.2016 בעמ' 2347 ראו גם הודעת גורדון במסגרת חקירתו ברשות – ת/3 בעמ' 15). עם זאת, הצדדים היו חלוקים לגבי השאלה האם גורדון לקח חלק בפרסום מודעת הנשיא ואישר את נוסח המודעה ואת פרסומה.
78. ההחלטה לפרסם קריאה לקבלנים התקבלה במסגרת ישיבת חירום מיוחדת שכונסה בהתאחדות ביום 6.5.2008 בעקבות התייקרות מחירי הברזל (פרוטוקול הישיבה הוגש וסומן כ-ת/86). בישיבה נכחו בובליל, גורדון, גרין, שחף, לרר ואחרים. במסגרת פרוטוקול הישיבה נכתב כי בסופה של הישיבה סיכם בובליל את הישיבה ופירט את דרכי הפעולה שהוסכם עליהן, בין השאר, קבע בובליל כי תתפרסם בעיתונות הארצית מודעת קריאה ואזהרה לכלל הקבלנים בנושא התייקרות מחירי הברזל.
79. אין מחלוקת כי החלטה זו שהתקבלה בסוף ישיבת החירום היא שהובילה בסופו של יום לפרסום המכתב והמודעה. כאמור, ההחלטה לגבי פרסום המודעה צוינה במפורש בפרוטוקול הישיבה. לגבי המכתב, בובליל העיד כי גם ההחלטה בעניין שליחת המכתב התקבלה בישיבת החירום (דיון מיום 26.1.2016 בעמ' 2296). גורדון העיד גם הוא כי למרות שהדבר לא צוין בפרוטוקול ההחלטה לפרסם את המכתב התקבלה אף היא בישיבת החירום (דיון מיום 1.2.2016 בעמ' 2491-2492).



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

80. בובליל העיד כי החלטות בישיבות השונות של הנשיאות אינן מתקבלות בהצבעה אלא שהוא עצמו מסכם בסוף הדיון את הדברים וסיכום זה משקף את ההחלטה שהתקבלה בישיבה (דיון מיום 13.1.2016 בעמ' 2226 ; דיון מיום 26.1.2016 בעמ' 2339-2338).
81. עולה, אם כן, כי בעקבות ישיבת החירום החל המהלך שהסתיים עם פרסום המכתב והמודעה. המחלוקת העיקרית בין הצדדים מבחינה עובדתית נוגעת, כאמור, לשאלת מעורבותו של גורדון בפרסום המודעה.
82. המאשימה טענה שגורדון העביר לזיואל טל (להלן גם "זיואל"), מנהלת מחלקת פרסום ושיווק בהתאחדות הקבלנים, את הנקודות למכתב ולמודעה גם יחד והיא ניסחה אותם בהתאם לנקודות אלה. המאשימה הפנתה בעניין זה לעדותה של זיואל אשר במסגרתה לטענת המאשימה העידה זיואל כי את הבסיס לניסוח המודעה קיבלה מגורדון (דיון מיום 13.7.2014 בעמ' 681). בנוסף התבססה המאשימה על כך שזיואל העבירה במייל את נוסח המודעה לגורדון לאישורו בטרם יוזמן שטח בעיתונים, גורדון השיב במייל חוזר "תעבירי לניסים לאישור", כלומר, לאישורו של בובליל (ת/432 ו-ת/433 בהתאמה).
83. גורדון מצדו טען כי לא לקח כל חלק בפרסום המודעה ולא אישר את הנוסח שלה (ראו לדוג' דיון מיום 31.1.2016 בעמ' 2350-2348). גורדון הדגיש כי במהלך חקירתו ברשות לא נשאל האם היה מעורב בפרסום המודעה וכל שציין בעניין זה הוא שבאחת הישיבות עלה הרעיון להזהיר את הקבלנים מפני השתתפות במכרזים בהם אין פיצוי ונכתבה מודעה בעניין ביחד עם היועץ המשפטי של ההתאחדות אשר גם ניסח את המודעה (ת/3 בעמ' 12). מכאן עולה לטענתו כי לכל אורך הדרך הציג גרסה אחידה לפיה לא היה מעורב בפרסום המודעה.
84. עם זאת, גורדון הוסיף והעיד כי המודעה והמכתב נוסחו במקביל (דיון מיום 31.1.2016 בעמ' 2350), בנוסף ניתן לראות כי המסר המועבר במכתב ובמודעה הוא זהה והם מנוסחים באופן דומה עד מאוד. זיואל, כאמור, העידה כי את הבסיס למודעה קיבלה מגורדון (דיון מיום 13.7.2014 בעמ' 681). בהמשך עדותה נשאלה לגבי אמירה זו ונשאלה שוב האם תשובותיה שגורדון אישר את המודעה הן תשובות שגויות, זיואל השיבה כי "מאחר ולצערי אני לא זוכרת מה היה אני מתארת לעצמי שיוסי (הכוונה לגורדון – מ. י.ה) קרא לי לחדר ואמר לי שהוא מאשר לפרסם את המודעה" (דיון מיום



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

13.7.2014 בעמ' 682). על בסיס אמירה זו ביקש גורדון להטיל ספק בעדותה של זיואל. אך כפי שניתן לראות זיואל העידה כי גורדון נתן לה את הבסיס למודעה – ייתכן שהיא אינה זוכרת מי לבסוף אישר את המודעה אך אמירתה כי את הבסיס קיבלה מגורדון נאמרה בצורה ברורה ואמירתה הנוספת לא ערערה עדות זו.

85. בנוסף, למקרא השתלשלות המיילים ת/432-ת/433 מיום 12.5.2008 בין זיואל לבין גורדון ברור שגורדון היה מודע היטב לנוסח המודעה, שמצורפת לשני המיילים. מתכתבות מיילים זו ניתן לראות שזיואל העבירה את המודעה לאישורו של גורדון לפני הזמנת שטח בעיתונים וברור שאלמלא נדרש גם אישורו לפרסום לא הייתה רואה צורך להעביר את ההודעה אליו. מעבר לכך, העובדה שגורדון מצא לנכון להורות לזיואל להעביר את נוסח ההודעה גם לאישורו של בובליל אין בה כדי לשלול את אחריותו לפרסום.

86. בנוסף, ניתן לקבוע כי גורדון הכיר היטב את המסר שהוצג במודעה ואשר הינו זהה כמעט למסר העולה מהפסקה במכתב המנכ"ל המצוטטת לעיל והמפנה לעמדת הנשיא. הדמיון בין שני הפרסומים, העובדה כי הוחלט על פרסומם באותה ישיבה וכי הם פורסמו במועדים קרובים כאשר המכתב פורסם קודם, כל אלה מעידים כי שניהם הוכנו ונוסחו יחד כאשר גורדון לוקח חלק בעבודה על שני המסמכים.

87. מסקנה זו מתיישבת גם עם תפקידו של גורדון בהתאחדות. גורדון עצמו העיד כי הוא הגורם שמוציא אל הפועל את מדיניות ההתאחדות (דיון מיום 1.2.2016 בעמ' 2371). אליאב בן שמעון, ששימש בתקופה הרלוונטית כסגן מנהל אגף תשתיות ובניה חוזית (כלומר, סגן מנהל של שחף) וכיום מכהן כמנכ"ל התאחדות בוני הארץ (לשעבר התאחדות הקבלנים) (דיון מיום 21.1.2015 בעמ' 1032) העיד גם הוא כי מנכ"ל ההתאחדות היה הגורם שיישם את מדיניות הנשיאות והיה אחראי מקצועית לכל עובדי ההתאחדות (דיון מיום 12.1.2015 בעמ' 1102-1104). כפי שראינו ההחלטה העיקרית שהתקבלה בישיבת החירום ואשר גם אוזכרה בפרוטוקול הישיבה הייתה לגבי פרסום מודעה בעיתונות. ניתן לקבוע לכן כי גורדון לאור תפקידו הוא שהוציא את ההחלטה אל הפועל.

88. לצד דברים אלה, אוסיף ואציין כי אף אם אקבל את גרסתו של גורדון בעניין היעדר מעורבותו בניסוח המודעה, וכאמור אינני מקבל גרסה זו, כפי שנראה להלן, די



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

באחריותו למכתב המנכ"ל כדי להטיל עליו אחריות לקביעת קו פעולה בשם ההתאחדות.

89. אכן כעת אפנה לדון בשאלת המשמעות שיש לייחס למכתב ולמודעה. כפי שציינתי לעיל, פרט למחלוקת העובדתית בדבר אחריותו של גורדון לפרסום המודעה הצדדים חלוקים בעיקר ביחס לשאלה האם באמצעות פרסום המכתב והמודעה המליצה ההתאחדות לחבריה על קו פעולה אסור. כדי להכריע בשאלה זו אתייחס תחילה למסגרת הנורמטיבית הרלוונטית ואסקור את יסודות עבירת קו הפעולה, על בסיס דיון זה אפנה בהמשך לבחון, תוך התייחסות לטענות הצדדים, האם הדברים שנכתבו במכתב ובמודעה עולים כדי המלצה על קו פעולה.

סעיף 5 לחוק ההגבלים העסקיים – קביעת קו פעולה בידי איגוד עסקי – המסגרת הנורמטיבית:

90. סעיף 5 לחוק ההגבלים העסקיים תחת הכותרת "קביעת קו פעולה בידי איגוד עסקי" קובע כדלקמן:

"5. קו פעולה שקבע איגוד עסקי לחבריו או חלקם העלול למנוע או להפחית תחרות בעסקים ביניהם, או קו פעולה כאמור שהמליץ עליו לפנייהם, יראו כהסדר כובל כאמור בסעיף 2, ואת האיגוד העסקי וכל אחד מחבריו הפועל על פיו כצד להסדר כובל".

91. במרכזו של סעיף 5, אם כן, עומדת סוגיית ההסדר הכובל. הסעיף כמובן אינו עומד לבדו וכדי לעמוד על משמעותו ויסודותיו יש לפרוס את מסגרת הדיון כפי שחוק ההגבלים מתווה אותה.

92. סעיף 47(א) לחוק ההגבלים העסקיים קובע שורה של מעשים המהווים עבירה עליו, העבירה נשוא כתב האישום קבועה בסעיף 47(א)(1). סעיף זה מתייחס למי ש"היה צד להסדר כובל שלא אושר כדן ושלא ניתן לו היתר זמני או פטור לפי סעיף 14".



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

93. המונח "הסדר כובל" מוגדר בסעיף 2 לחוק. סעיף 2(א) מגדיר מהו הסדר כובל וסעיף 2(ב) קובע לעניין זה מספר חזקות לפיהן יראו כהסדר כובל הסדר שבו הכבילה נוגעת לאחד ממספר עניינים המפורטים בסעיף. הפסיקה קבעה כי החזקות הקבועות בסעיף 2(ב) הינן חזקות חלוטות [ראו ע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נ' בורוביץ'** פ"ד נט(6) 776 (31.3.2005), פס' 69 לפסקין (להלן עניין "**בורוביץ'**")]; תפ (י-ם) 4016-06-12 **מדינת ישראל נ' שוהם** (23.2.2014) פס' 7 (להלן עניין "**שוהם**") וראו גם לאחרונה ע"פ 1408/18 **מדינת ישראל נ' אברהם (ויקטור) בן דרור** (21.8.2018) להלן "**ערעור בן דרור**" פס' 26-27]:

2". (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.

(ב) מבלי לגרוע מכלליות האמור בסעיף קטן (א) יראו כהסדר כובל הסדר שבו הכבילה נוגעת לאחד העניינים הבאים:

המחיר שיידרש, שיוצע או שישולם;

הריווח שיופק;

חלוקת השוק, כולו או חלקו, לפי מקום העיסוק או לפי האנשים או סוג האנשים שעמם יעסקו;

כמות הנכסים או השירותים שבעסק, איכותם או סוגם".

94. לצד סעיף 2 לחוק קובע סעיף 4 את האיסור על קיום הסדרים כובלים:

4". לא יהיה אדם צד להסדר כובל, כולו או מקצתו, אלא אם כן קיבל מאת בית הדין אישור לפי סעיף 9 או היתר זמני לפי סעיף 13 או פטור לפי סעיף 14, או שכל הכבילות שבהסדר פטורות בהתאם לפטור סוג שנקבע לפי סעיף 15א; היו האישור, ההיתר הזמני, הפטור או פטור הסוג מותנים – לא יהיה להם תוקף, אלא אם כן נתמלאו תנאיהם".



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

95. עולה כי סעיף 5 מחיל את האיסור ההגבלי בנוגע להסדרים כובלים גם במקרה שבו איגוד עסקי קובע או ממליץ על קו פעולה העלול להפחית את התחרות. במקרה זה יראו את קו הפעולה כהסדר כובל ואת האיגוד וכל פי שפועל בהתאם לקו הפעולה כצד להסדר כובל [ראו גם מיכל גל, אמיר ישראלי ומנחם פרלמן "הסדרים כובלים יסודות האיסור" 193, 310-309 **ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים** (עורכים מיכל גל ומנחם פרלמן 2008) (להלן "גל, ישראלי ופרלמן")].

96. מכאן שמרכיבי היסוד העובדתי הנדרשים לצורך הרשעה על בסיס סעיף 5 הינם – איגוד עסקי, קביעת קו פעולה או המלצה עליו על ידי האיגוד העסקי בפני חברי האיגוד או חלקם וכן נדרש כי קו הפעולה עלול למנוע או להפחית את התחרות בין חברי האיגוד או חלקם. כמו כן, יש המוסיפים כאן את הדרישה להוכיח כי לא התקבל בנוגע לקו הפעולה האישור או ההיתר הנדרש בהתאם לסעיף 4 לחוק ההגבלים העסקיים [ראו שוהם בפס' 11, 37; ההחלטה בעניין ארגון בתי החולים הפרטיים; גל, ישראלי ופרלמן בעמ' 310-309].

97. היסוד הנפשי הנדרש בעבירה הנדונה הוא "מודעות בפועל של עושה העבירה לטיב הפיזי של מעשיו ולקיום הנסיבות שבגדרן נעשו" [בורוביץ', בעמוד 876; שוהם, פס' 72 וכן סעיפים 19, 34 כג' לחוק העונשין]. טענה כי עבירה של צד להסדר כובל הינה עבירה הדורשת יסוד נפשי של מטרה מיוחדת נדחתה באופן מפורש בעניין בורוביץ' שם קבע בית המשפט כי מדובר בעבירה המצריכה יסוד נפשי של מודעות (בורוביץ', פס' 94). יש לציין כי הדברים נקבעו לגבי עבירה של הסדר כובל ולא לגבי עבירה של המלצה על קו פעולה לפי סעיף 5, אך כפי שראינו סעיף 5 נשען על סעיף 2 וההגדרות הקבועות בו. כמו כן, כפי שנראה להלן, סעיף 5 נועד להבהיר ואף להרחיב את תחולת העבירה של הסדר כובל, לכן יש מקום לקבוע כי הטעמים שעמדו ביסוד החלטת בית המשפט בעניין בורוביץ' רלוונטיים באותה מידה גם לעניין סעיף 5 לחוק ההגבלים העסקיים ולעבירה של המלצה על קו פעולה.

המלצה על קו פעולה על ידי איגוד עסקי – מבט כללי והתכלית העומדת בבסיס האיסור:

98. סעיף 5 לחוק ההגבלים העסקיים עוסק באיגודים עסקיים ומטיל הגבלה חשובה על פעילותם. המונח איגוד עסקי מוגדר בסעיף 1 לחוק ההגבלים העסקיים שם נקבע כי



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

איגוד עסקי הינו "חבר בני אדם, בין מאוגד ובין שאינו מאוגד, שמטרותיו, כולן או חלקן, הן קידום ענייניהם העסקיים של החברים בו".

99. ההגדרה הקבועה בסעיף 1 היא הגדרה רחבה הקובעת מבחן מהותי ולא פורמאלי – על פי ההגדרה יש לבחון מהם התפקידים שממלא האיגוד ואין להסתפק רק בבחינת שמו של האיגוד העסקי או אופן התאגדותו [ראו גל, ישראלי ופרלמן בעמ' 310].

100. איגודים עסקיים מעלים מעצם קיומם שאלות מורכבות מנקודת המבט של דיני ההגבלים העסקיים. אין ספק כי חברת חברים או עסקים הפועלים בענף מסוים לאיגוד עסקי אינה מהווה, כשלעצמה, הסדר כובל. בנוסף, לאיגודים עסקיים תפקיד חשוב והם מאפשרים לחברי הארגון לפעול יחד תוך שיתוף הידע והניסיון שלהם כדי לקדם את הענף הספציפי בו הם פועלים, להגדיל את הביקוש לשירותים או המוצרים המוצעים בענף ולשפר היבטים שונים בפעילות הענף. איגודים עסקיים יכולים לכן להביא ברכה לעסקים המאוגדים במסגרתם אך גם לצרכנים ולמשק [ראו גילוי דעת 3/14 של הממונה על ההגבלים העסקיים בעניין איגודים עסקיים ופעילותם מיום 4.9.2014 (להלן "גילוי דעת 3/14"); ההחלטה בעניין ארגון בתי החולים הפרטיים]. עם זאת, ואף שאין להתעלם מתפקידם החשוב של האיגודים העסקיים, ברי שעצם חברתם של מתחרים יחד בגוף אחד ושיתוף הפעולה ביניהם מעלים חששות מבחינת היבטי התחרות.

101. החשש העיקרי הנובע מחברת מתחרים באיגוד עסקי הינו כי האיגוד העסקי ישמש מסווה לפעילות מתואמת במסגרת קרטל או יקל על היווצרות פעילות מתואמת מסוג זה. עצם הפגישות והישיבות באיגוד, המערך הלוגיסטי שהאיגוד מציע והמידע המוחזק בידיו עלולים להקל על התיאום, הפיקוח והאכיפה הקרטליסטיים. בנוסף, קיים חשש כי האיגוד העסקי ישמש פלטפורמה להחרמת מתחרים, ספקים או צרכנים [ראו שוהם בפס' 41, גילוי דעת 3/14 פס' 10-13].

102. נוכח המורכבות הכרוכה בפעילותם של איגודים עסקיים מבחינה תחרותית בחר המחוקק להתייחס במסגרת סעיף 5 לסוגיה זו באופן מפורש. מכאן גם ניתן ללמוד על תכליתו של סעיף 5 עליה עמד גם בית המשפט העליון בעניין בורוביץ' (בפס' 101):



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

"תכליתו של סעיף 5 לחוק ההגבלים, לתפיסתנו, היא להתמודד עם מצב שבו התחרות החופשית בענף מסוים נפגעת כתוצאה מפעילותו של איגוד עסקי שממליץ "המלצות" לחבריו והללו נוהגים לפיהן. במצב זה עשוי להיות קושי בהטלת אחריות על חברי האיגוד לפי עבירת ההסדר הכובל הקבועה בסעיף 4 לחוק. קושי זה נובע מכך שייתכן מצב שבו חבר באיגוד העסקי פעל לפי קו הפעולה שהומלץ על-ידי האיגוד ושעלול לפגוע בתחרות, אולם ללא שמתקיימים לגביו כל יסודות עבירת ההסדר הכובל (ראו גלמור [100], בעמ' 598). סעיף 5 לחוק נועד לאפשר את הטלתה של אחריות פלילית על אדם כזה (ואף על האיגוד העסקי עצמו). על-כן הוא קובע כי יש לראות בקו הפעולה שהומלץ (או נקבע) על-ידי האיגוד כהסדר כובל ובחבר האיגוד שנהג לפיו כצד להסדר הכובל".

103. עולה כי סעיף 5 נועד, בין השאר, להרחיב את תחולת החוק לאותם מקרים אשר אינם נופלים תחת גדר ההסדר הכובל כהגדרתו בחוק אך מבחינה מהותית מאיימים לפגוע בתחרות בצורה דומה [ראו גם שוהם בפס' 41]. סעיף 5 נועד, אם כן, לתת כלי להתמודד עם אותם חששות תחרותיים שהצגתי לעיל. יחד עם זאת, כאמור לעיל, אל לנו לשכוח כי איגודים עסקיים כשלעצמם אינם אסורים על פי דין ועל כן יש לפרש את סעיף 5 באופן שאינו מרוקן את עצם ההתאגדות באיגוד עסקי מתוכן.

104. ביחס לאיזון זה בין מתן אפשרות לאיגוד העסקי לקדם מטרותיו הלגיטימיות לבין החשש מפגיעה בתחרות העלו נאשמי ההתאחדות באישום הראשון מספר טענות. לעמדתם יש לפרש את עבירת קו הפעולה בעניינם באופן מצמצם וזאת בין היתר נוכח אותם תפקידים חשובים שממלאים איגודים עסקיים בכלל והתאחדות הקבלנים בפרט. לדיון בטענות אלה אפנה כעת.

טענות נאשמי ההתאחדות בנוגע לאופן פרשנות האיסור הקבוע בסעיף 5:

105. נאשמי ההתאחדות טוענים כי נוכח מקומם החשוב של איגודים עסקיים בחיי הכלכלה המודרניים ומטרותיהם הראויות יש לפרש את העבירה בדבר קו פעולה ואת היקף תחולתה בצמצום.



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

106. הטענות הקונקרטיות שהעלו נאשמי ההתאחדות כדי להראות שפרסום המכתב והמודעה שהוצגו לעיל נכנסים תחת הפעילות הלגיטימית של איגוד עסקי יידונו בהמשך. בנוגע לטענתם הכללית של נאשמי ההתאחדות באישום הראשון אציין כי אכן, כמו במקרים רבים אחרים, יש לפרש את העבירה הפלילית כך שלא תמנע פעילות לגיטימית. כחלק מדיון זה יש כמובן לשקול שיקולי הרתעה ולנסות להימנע מהרתעת יתר. נדמה כי אף המאשימה לא מתכחשת לכך שאיגודים עסקיים יכולים וצריכים לקדם מטרות לגיטימיות בהתאם להוראות הדין.

107. לכן השאלה שנותרת בעינה היא האם במקרה שלפנינו פעלה ההתאחדות הקבלנים במסגרת פעילותה הלגיטימית או חרגה ממנה אל עבר התחום האסור הנכנס תחת גדרי סעיף 5. שאלה זו אכן תעמוד במרכז הדיון שלהלן ואין שונה משאלות דומות המתעוררות בפני בית המשפט במקרים רבים אחרים.

108. טענה נוספת של נאשמי ההתאחדות בהקשר זה היא כי בעניינם יש לפרש את הסעיף באופן מצמצם, שכן הפעולות העומדות במרכז האישום הראשון הינן פעולות שנעשו כחלק ממאבק צודק ולגיטימי של ההתאחדות הקבלנים ומתוך מטרה ראויה. נאשמי ההתאחדות מתייחסים במסגרת טענה זו למצב החירום ששרר במדינה בכל הנוגע לעליות מחירי הברזל. טענות אלה, שהינן מרכזיות מאוד לקו ההגנה של נאשמי ההתאחדות, יזכו להתייחסות נרחבת גם בהמשך. כאן אציין כי באופן עקרוני טיעון זה אינו יכול לסייע לנאשמי ההתאחדות שכן גם אם תתקבל הטענה כי מאבקה של ההתאחדות הקבלנים היה לגיטימי וראוי, הרי שהדבר לא מצדיק פעילות אסורה ככל שהתבצעה [ראו גם עניין שוהם בפס' 68].

109. בהמשך לטענות אלה אשר בבסיסן הטענה לפעילות לגיטימית של ההתאחדות, מציינים הנאשמים כי הדיון בנוגע לשאלת חוקיות פרסום המכתב והמודעה צריך להתייחס גם לחופש הביטוי הנתון לאיגודים עסקיים. לטענת הנאשמים התבטאויות פומביות הינן כלי חשוב אשר איגוד עסקי יכול להיעזר בו כדי לקדם את מטרותיו הלגיטימיות וכך אכן עשתה ההתאחדות במקרה שלפנינו.

110. אומנם, ניתן לקבל את טענתם העקרונית של נאשמי ההתאחדות בנוגע לחופש הביטוי אך מכאן לא מתחייבת המסקנה כי המכתב והמודעה פורסמו כדין. העובדה שאיגודים עסקיים יכולים לעשות שימוש בחופש הביטוי הנתון להם ולהתבטא באופן פומבי אינה



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

הופכת כל התבטאות פומבית של איגוד עסקי למותרת. הזכות לחופש הביטוי הינה זכות מוכרת במשפטנו אך אין המדובר בזכות מוחלטת ואין בקיומה כדי להכשיר כל ביטוי באשר הוא. על אחת כמה וכמה נכונים הדברים בנוגע לעבירה של קו פעולה שלרוב מערבת התבטאות פומבית של איגוד עסקי [ראו למשל עניין שוהם בפס' 20]. סעיף 5 לחוק ההגבלים העסקיים מבקש הרי במפורש להגביל את חופש הביטוי של איגודים עסקיים.

111. בפסיקה ענפה של בית המשפט העליון נקבע כי פרשנותה של עבירה הכרוכה בהטלת מגבלה על חופש הביטוי צריכה להיעשות תוך איזון בין הערכים המוגנים שאותם היא משרתת לבין שמירה על זכות האדם לחופש ביטוי. בית המשפט נדרש לכן לאמץ פרשנות אשר תוביל לכך שהפגיעה בחופש הביטוי תהא מידתית ולא תעלה על הנדרש [ראו לאחרונה רע"פ 8736/15 זילפה צוברי בר נ' מדינת ישראל פס' 51 לפסק דינה של השופט דפנה ברק ארז (17.1.2018)].

112. אציין כי השאלה העומדת במרכז ענייננו אינה הלגיטימיות של התבטאויות של איגוד עסקי באופן כללי, כפי שמבקשים לטעון נאשמי ההתאחדות, השאלה המרכזית שלפנינו נוגעת לגיטימיות של התבטאות ספציפית. עלינו אם כן להמשיך להתוות את גבולות האיסור תוך התחשבות הן באינטרסים הראויים שאיגודים עסקיים עשויים לקדם והן בחשש מפני פגיעה בתחרות החופשית כתוצאה מפעילותם.

קו פעולה במסגרת המכתב והמודעה – היסוד העובדתי:

113. כפי שראינו לעיל לצורך הרשעה בעבירה של קו פעולה על המאשימה להראות כי איגוד עסקי קבע או המליץ על קו פעולה לחברי האיגוד או חלקם וכי קו הפעולה האמור עלול למנוע או להפחית את התחרות. בהמשך לכך יש לבחון האם ניתן פטור או היתר בנוגע לאותו קו פעולה כמוגדר בסעיף 4 לחוק ההגבלים העסקיים.



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקאל ואח'

המלצה או קביעה של קו פעולה ע"י איגוד עסקי:

114. הצדדים מסכימים כי התאחדות הקבלנים הינה איגוד עסקי כמוגדר בסעיף 1 לחוק ההגבלים העסקיים. הצדדים חלוקים לגבי השאלה האם מכתב המנכ"ל ומודעת הנשיא מהווים המלצה על קו פעולה.
115. המונח המלצה על קו פעולה הינו מונח הדורש פירוש ותיחום. תיחום זה יש לעשות על בסיס תכליתו של סעיף 5 כפי שהוצגה לעיל ובעיקר נוכח המטרה המרכזית העומדת בבסיס הסעיף – התמודדות עם מצב בו פעילות האיגוד העסקי והמלצות שהוא ממליץ עלולות לפגוע בתחרות בין החברים באיגוד או חלקם [ראו לעיל וכן ראו בורוביץ' פס' 101].
116. סעיף 5 אינו מגדיר או מפרט מהן הדרכים באמצעותן עשוי איגוד עסקי להמליץ על קו פעולה. הסעיף מציב לכן מבחן מהותי אשר במסגרתו מושג דגש על השאלה האם איגוד עסקי העביר מידע לגבי קו פעולה ולא על שאלת האופן בו הועבר המידע [ראו גל, ישראלי ופרלמן בעמ' 310]. בנוסף, נקבע כי קו פעולה אינו צריך להיות מותווה באמצעות הוראה מחייבת ודי גם בהמלצה מכללא – השאלה היא האם בפנינו מסר חיובי ביחס לקו פעולה מסוים [ערר 2/89 מועצת המובילים בישראל נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (18.9.1991) פס' 4.2 (להלן עניין "מועצת המובילים")]; עניין שוהם פס' 19].
117. המאשימה טוענת כי המכתב שהגדיר עצמו כקריאה לקבלנים והמודעה הנושאת את הכותרת "הודעה חשובה לקבלני ישראל" העבירו לחברי ההתאחדות מסר ברור והיוו המלצה על קו פעולה לפיו עליהם להימנע מלגשת למכרזים בהם לא ניתן פיצוי (נאות או מלא) בגין עליית מחירי התשומות. לטענת המאשימה אין לייחס משמעות לכך שהתאחדות הקבלנים בחרה לנקוט במילים "לשקול ולבחון היטב", לעמדתה השימוש בלשון של בחינה או שקילת הדברים אינה מעמעמת או מפחיתה מהמסר הברור שעולה מהפרסומים.
118. נאשמי ההתאחדות באישום הראשון טוענים כי המכתב והמודעה אינם מהווים המלצה על קו פעולה. לדידם, הפרסומים הציפו בפני הקבלנים קושי מסוים והזהירו אותם מפניו אך לא המליצו על אופן פעולה מסוים; נאשמי ההתאחדות הוסיפו כי



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

הפרסומים נעדרו את המסוימות הנדרשת והיו בלתי קונקרטיים ולכן לא ניתן היה לראות בהם כהמלצה על קו פעולה וכי בכל מקרה לא ייתכן שההתאחדות תמליץ לחבריה להימנע מלהגיש הצעות במסגרת מכרזים דבר שהיה מקור פרנסתם העיקרי.

119. במסגרת טיעוניהם בעניין זה הדגישו נאשמי ההתאחדות כי בשנת 2008, עת התרחשו האירועים נשוא כתב האישום, זינקו מחירי הברזל ותשומות הבנייה באופן חד. כך לדוגמא זינקו מחירי הברזל ממחיר של כ-1600 ₪ לטון לשיא של כ-5400 ₪ לטון. העלייה החדה במחירי התשומות לבנייה הקשתה מאוד על הקבלנים וגרמה להם להפסדים קשים שהובילו אף לפשיטות רגל של חלק מהקבלנים [ראו לדוגמא בעדות בובליל דיון מיום 4.1.2016 עמ' 2063–2064; עדות גרין – דיון מיום 18.2.2016 בעמ' 2883–2884]. על רקע נסיבות קשות אלה קיימה ההתאחדות מאבק ציבורי שנועד למצוא פתרון למצב, המכתב והמודעה היוו חלק מהמאבק ומטרתם הייתה להזהיר את הקבלנים מהסכנות שבעליית המחירים.

120. אין בידי לקבל את טענותיהם של נאשמי ההתאחדות בעניין זה. אין ספק כי המלצה על קו פעולה יכולה להתבצע באמצעות קריאה להימנע מפעולות מסוימות או באמצעות קריאה להחרים גורם מסוים [החלטה בעניין ארגון בתי החולים הפרטיים, פס' 47; קביעת הממונה בדבר קיום הסדר כובל – פעילות איגוד סוכנות השחקנים מיום 24.5.94 פס' 32 (להלן עניין "איגוד השחקנים")]. בנוסף, כפי שציננתי לעיל, אחד החששות המרכזיים שמעוררים איגודים עסקיים הוא כי איגודים אלה יפחיתו את המוטיבציה של חברי האיגוד להתחרות האחד בשני בזירה העסקית. אכן, כלל יסוד בדיני ההגבלים העסקיים הוא שעל כל עסק לקבל את החלטותיו העסקיות והמסחריות באופן עצמאי בהתבסס על האופן בו אותו עסק מבין את מצבו שלו ואת מצב השוק [ראו גם החלטה בעניין ארגון בתי החולים הפרטיים פס' 49–50]. איגוד עסקי המפגיש יחד מתחרים תחת קורת גג אחת עלול לפגוע בעצמאות שיקול הדעת של כל מתחרה. לטעמי חשש זה התממש במקרה שלפנינו לאור המסר שהועבר במכתב ובמודעה.

121. בחינת מכתב המנכ"ל ומודעת הנשיא מלמדת כי הם קוראים בבירור להימנע מלגשת למכרזים מסוג מסוים. מסר זה מהווה ניסיון של התאחדות הקבלנים לכוון את



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

הפעילות המסחרית של חברי ההתאחדות באמצעות הצגת מסקנות לגבי כדאיות עסקית או במקרה זה אי כדאיות עסקית של מהלכים מסוימים.

122. מעיון במכתב המנכ"ל ניתן לראות כי הוא אינו מסתפק רק בהצגת התמונה העובדתית הנוגעת לעליית מחירי תשומות הבניה בפני חברי ההתאחדות אלא הולך צעד מעבר לכך. המכתב מבקש להתערב בשיקול הדעת העסקי של חברי ההתאחדות ובפועל קורא להם להימנע מביצוע מהלך עסקי מסוים. צעד נוסף זה הוא שהופך את מכתב המנכ"ל למכתב הכולל המלצה על קו פעולה.

123. הניסיון לסייג את ההמלצה באמצעות שימוש במילים "לשקול ולבחון היטב" אין בו כדי לכסות על ההמלצה הברורה העולה מלשון המכתב. המכתב פותח בתיאור התייקרות מחירי הברזל, בקשיים שההתייקרות מעוררת ואף מדגיש את ההפסדים הכבדים שעלולים להיגרם לעוסקים בענף הבניה והתשתית, אכן אם כל מטרתו הייתה להזהיר את הקבלנים די היה בפסקאות הראשונות כדי להשיג מטרה זאת. אך ההתאחדות וגורדון החתום על המכתב לא הסתפקו בכך אלא צירפו למכתב את קריאת נשיא ההתאחדות אשר הולכת מספר צעדים מעבר לכך. השימוש בלשון קריאה, ההדגשה הניתנת לדברים במסגרת המכתב ואף הלשון "לשקול ולבחון היטב" כל אלה מהווים המלצה בדבר דרך פעולה אשר בפועל אינה מותירה את שיקול הדעת בידי הקבלנים.

124. דברים אלה נכונים מקל וחומר לגבי מודעת הנשיא אשר חוזרת על המסר של מכתב המנכ"ל באופן כמעט זהה אך מוסיפה את הקריאה הברורה – "אם אין פיצוי על התייקרות התשומות – לא ניגשים לפרויקטים". זאת ועוד לטעמי, צמידות הזמנים במועדי פרסום המכתב והמודעה, הנושא הזהה של שניהם, הדמיון הברור בין הניסוחים המופיעים בשניהם וזהות הגוף המפרסם הופכים אותם למעשה לחטיבה אחת. ההחרפה במסר המופיעה במודעה שהיא המסמך המאוחר יותר והקובעת באופן קטיגורי ובלשון ציווי "לא ניגשים לפרויקטים", אינה מותירה מקום לספק כי אין הכוונה להצגה ניטרלית של תמונת מצב אלא קריאה ברורה להחרמה קולקטיבית של מכרזים שאינם עונים על הקריטריונים המצוינים במכתב ובמודעה ולא להפעלת שיקול דעת פרטני ועצמאי של כל קבלן.



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

125. טענה נוספת של נאשמי ההתאחדות מתייחסת למונחים "פיצוי הולם", "פיצוי נאות"

ו"פיצוי מלא" המופיעים במכתב המנכ"ל ובמודעת הנשיא. לדידם יש שונות רבה בין מכרזים ובין קבלנים שונים, שונות המביאה לכך שתוכן ביטויים אלה בהכרח יהיה שונה בין קבלן לקבלן ובין מכרז למכרז. לכן לטענתם המכתב והמודעה לא יכולים היו לכוון את התנהגות הקבלנים באופן לו טוענת המאשימה.

126. טענה זו אינה מקובלת עליי. אני סבור שקבלנים יכולים היו להבין לאילו מכרזים

מתייחס המסר ומה המשמעות של הביטויים "פיצוי הולם", "פיצוי נאות" ו"פיצוי מלא" בהקשר זה. מדובר באמירות ברורות שאין ספק שחברי ההתאחדות אשר ניגשים למכרזים כחלק שגרתי מעבודתם הבינו היטב. לא למותר לציין, כי טענתם העכשווית של נאשמי ההתאחדות מרוקנת מתוכן את המסר שהם עצמם ניסחו – טענתם בדבר כלליות המסר לא חותרת רק תחת ההבנה של המסר כקו פעולה אלא גם תחת כל הבנה אפשרית אחרת שלו. מעבר לכך, כפי שעולה מעדותו של בובליל בסופו של יום שונה אופן ההצמדה שהיה נהוג במכרזים הממשלתיים בצורה כללית באופן שפתר את מרבית הבעיות שנבעו מהתייקרות מחירי הברזל (דיון מיום 4.1.2016 בעמ' 2070-2069). מכאן, שלמרות השונות הרבה בין המכרזים לבסוף נמצא פתרון כללי שסייע לפתרון הסוגיה.

127. מעבר לכל האמור, אוסיף כי דווקא טענתם של נאשמי ההתאחדות בנוגע לשוני בין

הקבלנים והמכרזים היא שמדגישה את הבעייתיות הרבה הגלומה בפרסומים הנדונים. דווקא שוני זה אמור היה להוביל כל קבלן לשקול באופן עצמאי האם הגשת הצעה למכרז מסוים כדאית כלכלית עבורו. המסר המועבר במכתב המנכ"ל ובמודעת הנשיא פוגע בשיקול דעת עצמאי זה. המכתב והמודעה אינם מסתפקים בהפניית תשומת לב הקבלנים לעליית מחירי הברזל תוך חותרת שיקול הדעת והסקת המסקנות בידי הקבלנים. המכתב והמודעה הולכים מעבר לכך וקובעים באופן ברור שהשתתפות במכרזים אלה עלולה "לגרום לחברות נזקים כספיים כבדים ולעיתים בלתי הפיכים" וכן כי "אם אין פיצוי על התייקרות התשומות לא ניגשים לפרויקטים". ניסיונם של נאשמי ההתאחדות לצייר את המסר כמסר כללי בלבד ובלתי קונקרטי לחלוטין אינו מתיישב עם הנוסח הברור של הפרסומים.



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

128. נאשמי ההתאחדות אף טענו כי מרבית הקבלנים תלויים לצורך עבודתם ופרנסתם בהשתתפות במכרזים ולכן לא ייתכן שההתאחדות תמליץ לקבלנים להפסיק לגשת למכרזים. טענה זו אינה משכנעת על רקע לשונם הברורה של המכתב והמודעה מהם עולה בבירור עמדת ההתאחדות לפיה השתתפות במכרזים שבהם לא ניתן פיצוי הולם בגין עליית מחירי התשומות עלולה להביא לקריסתן של חברות וזהו הטעם העיקרי שעומד מאחורי הפרסומים. מעבר לכך, אם נקודת המוצא היא שחברי ההתאחדות לא יכולים היו שלא לגשת למכרזים מה הטעם להזהירם ולפנות אליהם באמירה לא לגשת לפרויקטים. כלומר, טענתם של נאשמי ההתאחדות אינה מתיישבת בשום אופן עם לשון הפרסומים.

129. נוכח המורס, מסקנתי היא שהמכתב והמודעה מהווים המלצה של איגוד עסקי על קו פעולה. נוכח מסקנתי זו אפנה כעת לבחון האם קו פעולה זה היה עלול למנוע או להפחית את התחרות בין הקבלנים. ודוק, לא נדרש להראות כי הקבלנים אכן פעלו בהתאם לקו פעולה זה או כי התחרות נפגעה בפועל – קו פעולה של איגוד עסקי יכול להיות הצהרה חד צדדית של האיגוד העסקי כלפי חבריו ולצורך הוכחת קיום יסודות העבירה אין צורך להראות שההמלצה התקבלה על ידי חברי האיגוד.

קו הפעולה עלול למנוע או להפחית תחרות בעסקים בין החברים באיגוד העסקי או חלקם:

130. סעיף 5 דורש כחלק מהיסוד העובדתי כי יוכח שקו הפעולה שנקבע על ידי האיגוד העסקי עלול לפגוע בתחרות בין החברים באיגוד העסקי או חלקם. כפי שאפרט להלן לדעתי יסוד זה הוכח בענייננו – הן נוכח החזקות הקבועות בסעיף 2(ב), וחלות לעמדת בענייננו, והן באופן עצמאי.

131. המאשימה בסיכומיה טענה כי אין היא צריכה להוכיח יסוד זה שכן המדובר בקו פעולה הנוגע לחזקות החלוטות הקבועות בסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים.

132. טענת המאשימה מעלה שתי שאלות מרכזיות – הראשונה הינה האם החזקות החלוטות הקבועות בסעיף 2(ב) חלות גם לגבי הוכחת יסוד פוטנציאל הפגיעה בתחרות הקבוע בסעיף 5. ככל שהתשובה לשאלה הראשונה תהיה חיובית יש להמשיך לבחון



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

האם קו הפעולה עליו המליצה ההתאחדות נוגע לאחד הנושאים המפורטים בחזקות החלוטות.

133. תשובתי לשאלה הראשונה היא בחיוב. שאלת תחולת החזקות החלוטות הקבועות בסעיף 2(ב) במסגרת אישום על בסיס סעיף 5, נדונה בהרחבה בעניין שוהם. באותו עניין לאחר בחינת לשון החוק ותכליתו ועיון בשיקולים הרלוונטיים לעניין נקבע כי החזקות הקבועות בסעיף 2(ב) חלות גם לעניין הוכחת יסוד הפגיעה בתחרות הקבוע בסעיף 5 לחוק [ראו עניין שוהם פס' 49-37]. קביעה זו מקובלת עלי.

134. אומנם יש הטוענים כי נוכח ההיבטים החיוביים והחשובים שנוגעים לפעילותם של איגודים עסקיים אין מקום להחיל בעניינם את החזקות החלוטות הקבועות בסעיף 2(ב) דבר שעשוי לפגוע בפעילותם של איגודים אלה [ראו לדוגמא גל, ישראלי ופרלמן, עמ' 311-310]. עמדה זו אינה מקובלת עלי, אינני סבור כי החלת החזקות יוצרת הגבלה מוגזמת על איגודים עסקיים שעשויה להוביל להרתעת יתר או פגיעה בפעילותם.

135. החזקות החלוטות עוסקות בכבילה הנוגעת למחיר שיידרש או שיוצע, לרווח שיופק לחלוקת השוק ועוד. מדובר בחזקות הנעוצות בשיקולים של יעילות ופשטות ומתייחסות להיבטים שנמצאים בלב ליבה של התחרות העסקית ואשר הסכמים בנוגע אליהם הינם בעלי פוטנציאל בלתי מוטל בספק לפגוע בתחרות [ראו בורוביץ', פס' 89-91; שוהם, פס' 37]. נוכח הטעמים והשיקולים שעומדים ביסוד סעיף 5 ובמרכזם הרצון למנוע ניצול לרעה של יכולת ההתאגדות באיגודים עסקיים וכן נוכח החששות התחרותיים העולים נוכח קיומם של איגודים עסקיים אינני חושב שמדובר בהרחבה מוגזמת או בלתי ראויה. אציין כאן כי נאשמי ההתאחדות לא העלו טענה לגבי אי תחולת החזקות באופן כללי אלא טענו כי אלה לא חלות בנסיבות הספציפיות של העניין – לבחינת שאלה זו אפנה כעת.

136. כפי שצינתי לעיל, גם לאחר שהגעתי למסקנה שהחזקות החלוטות הקבועות בסעיף 2(ב) חלות לגבי אישום המבוסס על סעיף 5 לחוק, יש להמשיך ולבחון האם בענייננו מדובר בקו פעולה המתייחס לאחת החזקות הקבועות בסעיף. בעניין זה מקבל אני את טענות המאשימה לפיהן קו הפעולה העולה מתוך המכתב והמודעה נוגע לחזקות החלוטות הקבועות בסעיף 2(ב). לעיל דנתי בשאלת קו הפעולה ותוכנו והגעתי למסקנה כי מדובר בהמלצה לקבלנים על קו פעולה לפיו לא ייגשו למכרזים מסוימים בשל



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

תנאייהם הכלכליים. קו פעולה מסוג זה מבקש למנוע מראש הגשת הצעות למכרזים מסוימים ובכך עלול למנוע את עצם קיום התחרות. לטעמי ברור שקו פעולה זה נוגע למחיר ולרווח שיופק וכן לכמות הנכסים או השירותים שבעסק [ראו גם פס' 52 להחלטתי השנייה בטענות המקדמיות מיום 12.1.2014].

137. נאשמי ההתאחדות באישום הראשון ביקשו לדחות מסקנה זו ומיקדו טענותיהם בצורך לפרש באופן תכליתי את שאלת תחולת החזקות וזאת לצד הדגשת המטרות הלגיטימיות והראויות שעמדו מאחורי המכתב והמודעה. בהקשר של החזקות החלוטות טענתם הייתה שהמטרות שעמדו בבסיס מאבקם היו מטרות לגיטימיות שלא נועדו לפגוע בתחרות אלא אולי אף להגביר את התחרות. לכן לטענתם אין מקום להסיק כי החזקות החלוטות חלות בעניינם וכי קו הפעולה הנטען עוסק בנושאים המפורטים בסעיף 2(ב). נאשמי ההתאחדות הפנו בעניין זה לפסקי דין שהציגו גישה המותירה פתח לסטות מהחזקות החלוטות במקרים מתאימים כדי למנוע החלת יתר של האיסור הקבוע בחוק ההגבלים העסקיים [ראו לדוג' ע"פ 2560/08 מדינת ישראל נ' וול (6.7.2009) (להלן עניין "וול")].

138. טענה זו אינה יכולה לסייע לנאשמי ההתאחדות. הפסיקה שעסקה בסוגיית הפרשנות התכליתית של החזקות (בין השאר הפסיקה אליה הפנו נאשמי ההתאחדות) הדגישה כי העמדה לפיה יש להחריג הסדרים מסוימים מתחולת החזקות הוצגה ביחס להסדרים אנכיים ולא ביחס להסדרים אופקיים [ראו עניין וול פס' קפא לפסק דינו של השופט רובינשטיין]. מכיוון שקו הפעולה בענייננו עוסק בתיאום אופקי בין מתחרים לפיו לא ייגשו למכרזים מסוימים, הרי שאין ספק שקו פעולה זה נוגע לסוג ההסדרים שנמצאים בלב ליבן של החזקות הקבועות בסעיף 2(ב) ואשר בדיוק אליהן מכוון סעיף 2(ב) ובהתאם גם סעיף 5 כאשר מדובר בקו פעולה הנוגע לנושאים אלה.

אומנם נאשמי ההתאחדות מבקשים לצייר את המטרות שעמדו מאחורי הפרסומים תוך בחירה ברמת הכללה גבוהה ביותר והצבעה על מטרות כלליות של מאבקם אך אין בכך כדי לסתור את המסקנות הברורות לגבי הפרסומים וקו הפעולה שהם ממליצים עליו. אומנם מסכים אני כי יש לנקוט בגישה תכליתית שתמנע מצב בו הסדר עסקי מקובל ורצוי ייתפס כהסדר כובל אך המקרה שלפניי אינו מעורר התלבטות זו. קו הפעולה אשר עליו המליצו הפרסומים היה בברור קו פעולה אסור (ראו בהקשר זה גם



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקאל ואח'

ת"פ 11-12-49529 מדינת ישראל נ' בן דרור (30.4.2017) (להלן עניין בן דרור) בפס' 750.

139. אינני סבור כי הקביעה שהמקרה כאן נתפס בגדרי החזקות החלוטות מהווה הרחבת יתר של האיסור. קו הפעולה שהוצג מצוי בלב ליבו של האיסור ולא בתחום עמום המעורר קשיים. משכך מסקנתי היא שהוכח כי ההמלצה העולה מתוך המכתב והמודעה נוגעת לנושאים המפורטים בחזקות החלוטות ולכן לא נדרשת המאשימה להוכיח את יסוד הפגיעה בתחרות.

140. מעבר לדרוש, אמשך ואציין כי גם אלמלא הגעתי למסקנה שהחזקות החלוטות חלות בענייננו הרי שהוכח במקרה הנדון יסוד הפגיעה בתחרות, ברמה הנדרשת, גם באופן עצמאי. מסקנה זו בסופו של דבר עולה באופן טבעי מדיוננו עד כה. קו הפעולה שעולה מתוך המודעה ומהכתב עלול להוביל לכך שהתחרות לא תתרחש כלל או לכל הפחות תיפגע נוכח אי הגשת הצעות למכרזים מסוימים. מסכים אני עם טענת המאשימה כי קו פעולה מסוג זה הוא בעל פוטנציאל מובהק לפגיעה בתחרות. בהשאלה לענייננו מדברי כב' המשנה לנשיאה א' רובינשטיין בפרשת וול "ייתכנו מקרים מובהקים בהם ברור כשמש בצהרי היום שלפנינו הגבל עסקי על פי הראיות – כמעט בפרפרזה על אמרתו הנודעת של השופט פוטר סטיוארט, שבעקבותיה נאמר 'כשאני רואה הגבל, אני יודע זאת' (שם פסקה צ"ו).

141. נאשמי ההתאחדות המשיכו וטענו לגופו של עניין כי לא היה בתוכן המכתב והמודעה כדי להביא לפגיעה בתחרות. דא עקא, שתוך הצגת טענה זו מתייחסים הנאשמים לכל אורך הדרך למטרות הכלליות הנטענות של המאבק – לדוגמה הצמדה של מחירי התשומות באופן שיגן על הקבלנים (בעת התייקרות) ועל המדינה (בעת ירידת מחירים), סיוע לקבלנים שלא מסוגלים להתמודד עם עליית מחירי התשומות באופן שיאפשר להם להתמודד במכרזים ועוד. כל אלה, טוענים נאשמי ההתאחדות, נועדו לעודד תחרות ולא לפגוע בה ועל כן לא ניתן לומר שבענייננו ישנו חשש לפגיעה בתחרות.

142. אולם, טענות אלה אף אם הן נכונות אינן יכולות לסייע לנאשמים. השאלה אינה האם מאבקה הכללי של ההתאחדות יכול היה לפגוע בתחרות אלא האם קו הפעולה שעולה מהמכתב והמודעה היה בעל פוטנציאל לפגוע בתחרות. מסקנתי היא שקו פעולה שענייננו אי הגשת הצעות למכרזים בשל תנאיהם הכלכליים הינו בעל פוטנציאל



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

מובהק וברור לפגוע בתחרות. בסופו של יום נאשמי ההתאחדות לא הציגו כל טענה שיש בה כדי לשנות ממסקנה זו.

143. ראוי להדגיש כי התאחדות הקבלנים יכולה הייתה לנהל מאבק ציבורי בנושאים הנדונים ולפעול בדרכים שונות כחלק ממאבק זה כפי שאכן עשתה. אין במסקנותיי כאן כדי להביע עמדה בנוגע למאבקה הכללי של ההתאחדות, אך מאבק זה גם אם הוא ראוי אינו מצדיק כל פעולה באשר היא. ככל שעולות טענות ביחס לפעולה מסוימת בה נקטה ההתאחדות יש לבחון פעולה זו כשלעצמה, וזאת כמובן על רקע הנסיבות הרלוונטיות. לגבי המכתב והמודעה בחינה זו הובילה אותי למסקנה שבמסגרת פרסומים אלה המליצה התאחדות הקבלנים בפני חבריה על קו פעולה שהיה בעל פוטנציאל לפגוע בתחרות. אף אם הנאשמים היו מוכיחים כי גורמים שונים ברשויות המדינה פעלו באופן לא ראוי או לא הוגן הרי שאין בכך כדי להצדיק ביצוע פעולות שהינן אסורות לפי דיני ההגבלים העסקיים [ראו בהקשר זה עניין שוהם, פס' 68].

144. מסקנתי נוכח כל האמור היא כי היסוד העובדתי הקבוע בסעיף 5 לחוק הוכח במקרה שלפניי. בנוסף בענייננו אין חולק כי הנאשמים לא פנו לקבלת אישור, היתר זמני או פטור לגבי המכתב והמודעה בהתאם לאמור בסעיף 4 ובהתאם פטור או היתר לא ניתנו.

קו פעולה במסגרת המכתב והמודעה – היסוד הנפשי:

145. כפי שראינו לעיל, היסוד הנפשי אשר על המאשימה להוכיח על מנת להרשיע בעבירה בהתבסס על סעיף 5 לחוק הינו מודעות בפועל של עושה העבירה לטיב הפיזי של מעשיו ולקיום הנסיבות שבגדרן נעשו (עניין בורוביץ', פס' 92; עניין שוהם בפס' 72 וכן סעיפים 19, 34 כג' לחוק העונשין).

146. פרסום המכתב והמודעה הן פעולות שמעצם טיבן הינן רצוניות ומודעות. הנאשמים לא הכחישו את דבר הפרסום ואת העובדה שהם עמדו מאחורי הפרסום. פרסומים אלה לא נעשו כלאחר יד וברי כי בטרם הופצו הקריאות נדרשה קבלת החלטות, היה צורך לנסח את המסמכים, להעלות את הדברים על הכתב ועוד. הנאשמים ועדים נוספים תיארו חלק מפעולות אלה אשר קדמו לפרסומים [ראו לדוג' דיון מיום



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

31.1.2016 בעמ' 2348]. המסקנה הטבעית הנובעת מאופיין זה של הפעולות הנדונות היא שהן נעשו מתוך מודעות מלאה.

147. מסקנה זאת מתחזקת נוכח חזקת המודעות הכללית לפיה "אדם מודע, בדרך כלל, למשמעות התנהגותו, מבחינת טיבה הפיזי, קיום נסיבותיה ואפשרות גרימת התוצאות הטבעיות שעשויות לצמוח ממנה" (ע"פ 8150/05 חסון נ' מדינת ישראל (6.3.07), פס' 14 לפסק הדין).

148. בהתבסס על אופי הפעולות שעומדות מאחורי הפרסומים טענה המאשימה כי הוכח שנאשמי ההתאחדות פעלו מתוך היסוד הנפשי הנדרש. לעניין מודעות ליסוד הפגיעה הפוטנציאלית בתחרות טוענת המאשימה כי די בהוכחת מודעות לקיומן של החזקות החלוטות הקבועות בסעיף 2(ב). מעבר לכך, לטענתה מעצם ההמלצה שלא לגשת למכרזים בעלי מאפיינים מסוימים נלמדת מודעות נאשמי ההתאחדות לאפשרות הפגיעה בתחרות שהיא תוצאה טבעית וברורה של המלצה זו.

149. נאשמי ההתאחדות באישום הראשון טוענים שלא עלה בידי המאשימה להוכיח את היסוד הנפשי הנדרש, זאת לנוכח תום לבם וכן חוסר מודעותם להתקיימות היסודות העובדתיים של העבירה. בובליל וההתאחדות המשיכו וטענו כי אף אם ייקבע כי היסוד הנפשי הנדרש הוכח, הרי שעומד להם סייג של טעות במצב דברים בהתאם לסעיף 34 לחוק העונשין. גורדון מצדו טען כי חל בעניינו סייג של טעות במצב משפטי לפי סעיף 34 לחוק העונשין. אקדים מסקנה לטעמים ואציין כי לא מצאתי ממש בטענות נאשמי ההתאחדות ומסקנתי היא כי הוכח היסוד הנפשי הנדרש בעניינם.

הטיעון בעניין תום לבם והיעדר מודעותם של נאשמי ההתאחדות:

150. טענתם המרכזית של נאשמי ההתאחדות היא כי ההתאחדות פעלה בכנות, באופן גלוי ובליוי משפטי. כל אלה מלמדים לטענתם על תום לב וסותרים את הטענה כי הם פעלו מתוך היסוד הנפשי הנדרש בעבירת קו הפעולה. נאשמי ההתאחדות טענו בנוסף כי המאשימה לא הצליחה להוכיח את מודעותם לכל היסודות העובדתיים של העבירה. טענת תום הלב מבוססת בעיקרה על כך שלדידם של נאשמי ההתאחדות הם פעלו מתוך מטרות ראויות וחשובות, על כך שלעמדתם גבולות העבירה לא היו ברורים



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

בתקופה הרלוונטית וכן על כך שיועץ משפטי ליווה את כל המהלכים. ודוק, נאשמי ההתאחדות הדגישו כי טענתם בנוגע ליועץ משפטי אינה כי קם להם סייג של טעות במצב משפטי אלא כי הייעוץ המשפטי מוכיח כי לא נתקיים בעניינם היסוד הנפשי כלל.

טענת תום הלב הערה כללית:

151. בטרם אדרש בפירוט לטיעונים של הנאשמים ואציג את הטעמים שהובילו אותי למסקנה שיש לדחות אותן, אתייחס באופן כללי לטיעונים של הנאשמים. מקריאת סיכומיהם של נאשמי ההתאחדות בסוגיה זו עולה כי בסופו של יום טיעוניהם מתבססים לא פעם על הטענה הבסיסית שבובליל וגורדון לא היו מודעים לכך שבמעשיהם הם עוברים עבירה ומפרים את הוראות חוק ההגבלים העסקיים. טענה זו לא יכולה לסייע לנאשמים אף אם היא הייתה נכונה והיא עומדת בניגוד למושכלות יסוד בשיטתנו המשפטית. אין ספק שאדם עשוי לשאת באחריות פלילית למעשים שעשה אף אם לא היה מודע לאיסור הפלילי ולפסול שבהתנהגותו [ראו עניין בורוביץ' בפס' 96; ראו לעניין זה גם דנ"פ 1397/03 מדינת ישראל נ' שבס פ"ד נט(4) 385 (2004) פס' 55 לפסק דינו של הנשיא ברק; עניין שהם פס' 90]. המאשימה לא נדרשה, אם כן, להוכיח כי בובליל וגורדון היו מודעים לכך שמעשיהם מהווים עבירה פלילית.

152. מסקנה זו עולה בברור מהפסיקה. כך למשל בעניין בורוביץ' נפסק כי היסוד הנפשי מתקיים גם כאשר העושה אינו מודע לאופי האנטי חברתי של התנהגותו או אף אם הוא מאמין באמת ובתמים שבמעשיו אין כל פסול. טענות הנאשמים בעניין תום ליבם וחוסר מודעותם עומדת בניגוד לסעיפים 20(א) ו-34 ל חוק העונשין ואף מייתרות סעיפים אלה [ראו בורוביץ' בפס' 96]. סעיף 20 בהגדרו מהי מחשבה פלילית אינו מתייחס לשאלת מודעות הפועל לפלילויות מעשיו וסעיף 34 קובע בפירוש כי "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 הייתה בלתי נמנעת באורח סביר" [ראו גם בורוביץ' בפס' 96 ודיון בדבר סייג זה להלן]. אומנם הדברים שנקבעו בעניין בורוביץ' נקבעו לגבי העבירה של הסדר כובל אך טעמיה של



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

הקביעה והגיונה רלוונטיים באותה מידה לסוגיה של קו פעולה [ראו לעניין זה ראו גם עניין שוהם בפס' 90].

153. דברים אלה נכונים ביתר שאת בענייננו שבמסגרתו בובליל וההתאחדות אף אינם מעלים טענת טעות שבדין. קבלת טענתם של הנאשמים יוצרת, אם כן, תמריצים בעייתיים ביותר – תמריצים שסעיף 20 ו-34 יט ביקשו למנוע.

154. קביעות אלה אינן מפחיתות כמובן מהנטל שמוטל על המאשימה בכל הנוגע להוכחת היסוד הנפשי, אך הן כן באות להבהיר שהמאשימה אינה נדרשת להוכיח את מודעות הנאשמים לכך שהתנהגותם הייתה אסורה. כפי שנראה להלן מסקנה אחרונה זו שומטת את הקרקע תחת מרבית טענותיהם של נאשמי ההתאחדות.

טענת תום הלב נוכח האופן הגלוי בו פעלו נאשמי ההתאחדות:

155. לטענת נאשמי ההתאחדות תום לבם נלמד מתוך האופן הגלוי בו נעשו הפעולות העומדות במרכז דיוננו. זאת בניגוד לאופן הרגיל בו נעשים הסדרים כובלים שמוסדרים במחשכים. מעבר לכך, נאשמי ההתאחדות טענו כי הם פעלו מתוך מודעות לסוגיית ההגבלים העסקיים ולראיה הצביעו על כך שהם פנו כחלק מהמאבק בעליית מחירי הברזל לממונה על ההגבלים העסקיים בנוגע לחשש מפני קרטל של יבואני הברזל [נ/1(4)], עדות בובליל דיון מיום 6.1.2016 בעמ' 2122-2123, ת/210].

156. דא עקא שהעובדה שהדברים נעשו בגלוי אינה יכולה לסייע לנאשמים. לא למותר לציין, כי לעיתים קרובות עבירה של המלצה על קו פעולה מתבצעת כאשר איגוד עסקי פונה בפומבי ובגלוי לחברי האיגוד. אומנם לעיתים הפעילות הגלויה מעידה על חוסר מודעות לפליליות המעשים (אם כי מסקנה זו כלל אינה הכרחית) אך כאמור שאלת המודעות לפליליות המעשים אינה רלוונטית להוכחת היסוד הנפשי ואינה דרושה לשם הוכחת היסוד הנפשי [ראו בעניין זה גם שוהם בפס' 91].



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

טענת תום הלב נוכח הליווי של עורך הדין לרר:

157. נאשמי ההתאחדות טענו בנוסף כי העובדה שעו"ד לרר, היועץ המשפטי של ההתאחדות, ליווה את הדיונים והפעולות שהובילו לפרסומים שוללת את האפשרות לראות בנאשמי ההתאחדות כמי שפעלו מתוך היסוד הנפשי הדרוש ובפרט שוללת את המודעות לרכיבים של קו פעולה ופוטנציאל הפגיעה בתחרות. לטענתם עצם הליווי שהעניק לרר מעיד כי ההתאחדות נהגה בתום לב וביקשה לפעול בדרך חוקית ומותרת בכל מעשיה. נאשמי ההתאחדות הדגישו כי מדובר בליווי משפטי כולל אשר כשלעצמו, כך הם טוענים, שולל יסוד נפשי.

158. אין בידי לקבל טענות אלה המנוגדות, כאמור, למושכלות יסוד במשפטנו ולסעיפים מפורשים בחוק העונשין. אציין כי קו טיעון זה מבקש להעניק פטור מהרשעה לכל גוף או אדם המלווים ביועץ משפטי קבוע. לטענת הנאשמים העובדה שלאדם או תאגיד יועץ משפטי קבוע מעידה כי אותו גורם ביקש להימנע מעבירה על החוק ולכן לא ניתן להרשיעו בעבירה הדורשת מחשבה פלילית. אין לי אלא להפנות לדברים לעיל כדי לדחות טענות אלה. כפי שצינתי שכלולה של עבירה על חוק ההגבלים העסקיים אינו מותנה בידיעה על פלילות המעשה וברי כי העסקת יועץ משפטי אינה מעניקה באופן אוטומטי פטור מהרשעה פלילית.

159. נאשמי ההתאחדות הוסיפו וטענו כי העובדה שלא נעשתה פנייה מיוחדת לעו"ד לרר כדי לקבל חוות דעת בנושא מעידה כי איש לא סבר שמדובר בעבירה פלילית. דא עקא שכאמור לעיל המאשימה לא נדרשת להוכיח כי הנאשמים סברו שמדובר בעבירה פלילית ועל כן כל קו הטיעון של הנאשמים בעניין זה נופל. אוסיף כי אף אם היה ממש בטענה זו הרי שהיא גם לא עומדת במבחן המציאות, גורדון וז'ואל העידו כי במקרה של המודעה הגורמים השונים בהתאחדות היו מודעים לסוגיה המשפטית ולקושי האפשרי הקיים (דיון מיום 13.7.2014 בעמ' 684; דיון מיום 31.1.2016 בעמ' 2351).

160. כמו כן, קו הפעולה עליו המליצו נאשמי ההתאחדות נוגע לנושאים המצויים בגרעין הקשה של דיני ההגבלים העסקיים. המסר שהועבר לא היה גבולי או עמום אלא נגע לנושאים המצויים בלב לבם של דיני ההגבלים העסקיים ואשר, כפי שראינו, נכנסים תחת החזקות החלוטות הקבועות בסעיף 2(ב) לחוק. כאשר מדובר במסר מסוג זה כבר על פני הדברים קשה לראות כיצד איגוד עסקי והעומדים בראשו יכולים לבסס טענה



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

בדבר היעדר יסוד נפשי [ראו בהקשר זה גם ע"פ 845/02 מדינת ישראל נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית לישראל בע"מ (3) 307 (2007) פס' 40 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (להלן עניין "תנובה")].

161. עולה כי מעבר לקושי לקבל את טענות נאשמי ההתאחדות במישור הנורמטיבי טענותיהם נדחות גם במישור העובדתי-קונקרטי. המסר העולה מהפרסומים הוא חד וברור ובסופו של יום נאשמי ההתאחדות נמנעו מלעסוק באופן ישיר בשאלת המסר ולא הציעו כל הסבר שיוביל להבנה שונה של הפרסומים ושל משמעותם (ראו בהקשר זה גם עניין שוהם בפס' 92-93).

162. במקרה שלפני לא רק שנאשמי ההתאחדות לא עסקו כלל במשמעות הטבעית והברורה של הפרסומים אלא שמעדויותיהם עולה שהם היו מודעים היטב למסר שהעבירו מכתב המנכ"ל ומודעת הנשיא. מהראיות שהוצגו בהליך זה ניתן אף ללמוד כי, בניגוד לטענות נאשמי ההתאחדות, הם היו מודעים בפועל לפסול ולקושי שמעוררים הפרסומים. על פי פרוטוקול ישיבת החירום בעניין הברזל שהתקיימה ביום 7.5.2008 (ת/86) במהלך הישיבה ציין לרר את "חוק ההגבלים העסקיים ומגבלותיו והפתרון באישור קו פעולה על ידי בית הדין להגבלים עסקיים".

163. במסגרת הנקודות שסיכם לעצמו שחף במהלך הפגישה (ת/176) ציין שחף את הדברים כך: "נתן לרר: ביהמ"ש להגבלים עסקיים". כאשר בובליל נשאל במהלך עדותו לגבי דבריו של לרר כפי שהם משתקפים בפרוטוקול הוא לא הצליח להסבירם. בובליל ציין כי הוא מנסה לשחזר את הדברים ולדעתו לרר התייחס לרעיון להשבית את המשק הישראלי (דיון מיום 4.1.2016 בעמ' 2090). ברי כי הסבר זה אינו מתיישב כלל עם הדברים הברורים שעולים מפרוטוקול הישיבה ואף לא עם הערתו של שחף בסיכום שערך. גורדון העיד כי לרר אכן אמר דברים ברורים לגבי האיסור לקרוא לקבלנים לא לגשת למכרז או למכרזים אך הוסיף כי לרר אמר שאין בעיה עם זה שגוף כמו ההתאחדות יזהיר את הקבלנים, על כל פנים גורדון הבין שהאמירה מתייחסת לסוגיית קו הפעולה ולא לנושא השבתת המשק (דיון מיום 31.2.2016 בעמ' 2351-2352).

164. עו"ד לרר חזר על האזהרה במהלך ישיבת הנהלת אגף בניה חוזית מיום 12.5.08 אשר התקיימה לאחר פרסום המכתב וטרם פרסום המודעה. על פי פרוטוקול הישיבה



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

(ת/210) במהלכה ציין לרר כי "ארגון מקצועי לא יכול לצאת באמירה מפורשת לא לגשת למכרזים".

165. עולה, אם כן, כי על פי פרוטוקולים מזמן אמת לרר ציין במהלך הפגישות באופן מפורש וברור לא רק את הצורך להיזהר מלהמליץ על קו פעולה אלא אף את הפתרון האפשרי בדמות בקשת אישור מבית הדין להגבלים עסקיים. לרר בעדותו נשאל בנוגע לאמירה זו וציין כי ביקש להתוות את גבולות הגזרה בכל הנוגע לנושא ההגבלים העסקיים (דיון מיום 14.9.2014 בעמ' 767).

166. נוכח האמור ניתן להסיק כי בובליל וגורדון היו מודעים לא רק לטיב פעולתם וליסודות העובדתיים של העבירה אלא היו מודעים לאיסור החל על איגוד עסקי בכל הנגוע להמלצה על קו פעולה וכן לכך שבאפשרותם לפנות לבית הדין להגבלים עסקיים בנושא. הם בחרו שלא לעשות זאת ובובליל סיכם בסוף הישיבה כי תתפרסם מודעת קריאה ואזהרה לכל הקבלנים. על רקע זה נסתרת לחלוטין טענתם של נאשמי ההתאחדות בדבר תום לבם וחוסר מודעותם.

167. אציין, כי בהקשר לטענת תום הלב התייחסו נאשמי ההתאחדות גם לכך שהפרסומים אושרו על ידי עו"ד לרר. שוב טענה זו עלתה לא כטענה המקימה סייג של טענות בדיון אלא כטענה השוללת את התקיימות היסוד הנפשי מלכתחילה. אין בידי לקבל טענה זו אשר נשללת נוכח הדיון שהוצג עד כה. אציין בתמצית כי אין מחלוקת כי לרר לא נתן אישור בכתב לפרסום המכתב והמודעה אך נאשמי ההתאחדות טענו כי הוא אישר את המודעה ולו בשתיקה ואף אם לא אישר אותה הרי שבובליל וגורדון יכולים היו להסיק מכך שלא הציג התנגדות לדברים כי הוא אישר את המודעה והמכתב.

168. בטרם אבחן את הדברים אציין כי טענה זו אף אם הייתה מתקבלת לא מובילה למסקנה בדבר העדר יסוד נפשי. מקומה של הטענה בנסיבות המקרה שלפנינו היא במסגרת הסייג של טעות במצב משפטי – בהמשך הדברים אדון בסייג זה שרק גורדון טען להתקיימותו אך אתיחס לחלק מהדברים בקצרה כבר כאן.

169. בנוגע לטענה כי עו"ד לרר אישר בעל פה את פרסום המכתב והמודעה, הרי שבסופו של יום אף לא אחד מהעדים הרבים שהעידו במסגרת הליך זה לא העיד כי הוא שמע מעו"ד לרר באופן ישיר שהוא מאשר את הפרסומים. אומנם עו"ד לרר היה מכותב



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

למייל בו העבירה ז'ואל את נוסח מודעת הנשיא לאישורו של גורדון אך לא נמצא כל מייל אישור או תגובה של לרר (ת/432). ז'ואל עצמה לא זכרה כי ניתן אישור של לרר אך סברה שלא היו מפרסמים את המודעה מבלי לקבל את אישורו של לרר. היא המשיכה וציינה כי האישור בכל מקרה לא היה ניתן לה אלא לגורדון (דיון מיום 13.7.2014 בעמ' 643–644). גורדון אף הוא הניח כי לרר אישר את פרסום המודעה אך לא העיד כי הוא יודע באופן ישיר כי ניתן אישור שכזה ורק היה סבור שלא היו מפרסמים מודעה כזו ללא אישור עו"ד לרר (דיון מיום 1.2.2016 בעמ' 2495–2494).

170. בובליל העיד כי ז'ואל הקריאה לו בשיחת טלפון את נוסח ההודעה וכי מבחינתו הנוסח היה בסדר, אך הוא ביקש שתאשר את המודעה גם מול לרר. לדבריו, הוא הניח שבעקבות דברים אלה לרר אכן אישר את הנוסח אך הוא לא יודע זאת באופן ישיר ובוודאות (דיון מיום 26.1.2016 בעמ' 2323, 2325). גרסתו זו של בובליל לא רק שאינה שוללת את המסקנה כי הוכח היסוד הנפשי לגביו אלא שגם לא מצאתי מקום לקבלה בשל היותה גרסה כבושה. הגרסה האמורה עלתה לראשונה במסגרת עדותו של בובליל בבית המשפט. לעומת זאת, כאשר נשאל בובליל על אודות אישור המודעה בחקירתו ברשות לא סיפר כי ביקש לאשרה מול לרר. בובליל ציין שם כי לרר משתתף באופן קבוע בישיבות הנשיאות ובישיבות התאחדות הקבלנים וכאשר נשאל שוב מדוע לא פנו אליו השיב כי פנו לעו"ד תדמור (ת/2 שורות 272–270, 287–284). בובליל טען בעדותו שחשב ששאלת החוקרת מתייחסת למכתב ששלחה הרשות להגבלים עסקיים להתאחדות בעקבות פרסום המודעה, אך החקירה מתייחסת בפירוש למהלכים שהובילו לפרסום המודעה ולא לאשר התרחש אחריו ולכן טענתו זו תמוהה ביותר בעיני.

171. מכל מקום, אין ספק כי בהודעתו ברשות לא הזכיר בובליל כלל כי ביקש מז'ואל שתאשר את נוסח המודעה מול לרר, זאת למרות שנשאל על כך בפירוש. כלומר, הגרסה כי בובליל הנחה לאשר את נוסח המודעה מול לרר היא גרסה כבושה שהוצגה לראשונה רק בעדותו שניתנה בשנת 2016 לגבי אירועים שהתרחשו בשנת 2008 ולאחר שלא הוזכרה במהלך החקירה משנת 2009. בנסיבות אלה איני מוצא מקום לתת אמון בגרסה מאוחרת זו אשר, כאמור, גם אם הייתה מתקבלת לא יכולה הייתה לסייע לבובליל לבסס טיעון בדבר העדר יסוד נפשי.



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

172. מכל האמור עולה שגורדון, בובליל וז'ואל לא העידו שלרר אישר את פרסום המכתב והמודעה. לרר עצמו העיד כי לא אישר את נוסח המודעה (דיון מיום 14.9.2014 בעמ' 806–807) וכך גם אמר במסגרת הודעותיו ברשות (ת/558, 1203-1204 ; ת/559, 38-44). אומנם התרשמתי מעדותו של לרר כי היה לו היה אינטרס להרחיק עצמו מהדברים ולהעיד כי לא אשר את הנוסח שפורסם ולכן יש מקום להתייחס לעדותו ולהודעתו ברשות בעניין זה בחשדנות. עם זאת, עדותו של לרר אינה עומדת לבדה. במקרה שלפנינו עדותו מצטרפת לעובדה, כי איש מנאשמי ההתאחדות או מהמעורבים הנוספים לא העיד כי לרר אישר את הנוסח ולא הוצגה אף ראיה ישירה המצביעה על כך שניתן אישור כלשהו לנוסח המכתב או המודעה. לכך מצטרפות אזהרותיו במהלך הישיבות לגבי סוגיית קו הפעולה.

173. נאשמי ההתאחדות ביקשו לבסס את הטענה כי עו"ד לרר אישר את פרסום המכתב גם באמצעות פנייה לתרשומת שערכה בלה גלבו, מזכירתו של שחף, במהלך ישיבת אגף בניה חוזית מיום 12.5.2008 (ת/205). בתרשומת של גלבו לצד השם נתן (הכוונה ללרר – מ. י.ה.) נכתב "תחרותיות – ארגון כאשר ארגון קורא לחבריו לנקוט בקו פעולה על מנת לפגוע בתחרות – נוסח המכתב נוסח טוב". לפני כן, באותה תרשומת נכתב לצד השם נתן "אף פעם לא אמרנו בצורה מפורשת לא ללכת למכרזים". על בסיס אמירות אלה טענו נאשמי ההתאחדות כי לרר אישר את נוסח המכתב והיה מעורב בפרסומו. אין בידי לקבל טענה זו. ישיבת אגף בניה חוזית התקיימה לאחר שנשלח מכתב המנכ"ל, זאת ניתן ללמוד מכך שבתרשומת של גלבו נכתב מפי שחף שהוא מעדכן כי "יצא הבוקר מכתב המנכ"ל". כלומר, האמירה של לרר נאמרה בכל מקרה לאחר שהמכתב נשלח. בנוסף, תחילת המשפט המובא מלמדת כי לרר דווקא הזהיר מפני המלצה על קו פעולה. לרר עצמו הכחיש שהכשיר את מכתב המנכ"ל ואמר שיש סתירה בין הדברים שנכתבו בתרשומת (דיון מיום 16.9.2014 בעמ' 977).

174. לכך יש להוסיף כי נאשמי ההתאחדות היו מודעים היטב לאפשרות לפנות לגורמים המתאימים ולקבל את אישור בית הדין או פטור מטעם הממונה בנוגע לפעולותיהם. כך עולה ממכתב ששלחה ההתאחדות לממונה על ההגבלים העסקיים בעניין החשש של ההתאחדות כי קיים קרטל של יבואני הברזל [נ/1(4)], ראו דיווח לגבי שליחת המכתב מתוך סיכום ישיבת הנהלת אגף בניה חוזית מיום 12.5.2008 – ת/210]. בנוסף



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

על פי פרוטוקול ישיבת החירום (ת/86) במהלך הישיבה אמר לרר "מציין את חוק הגבלים העסקיים ומגבלותיו והפתרון באישור קו פעולה על ידי בית הדין להגבלים עסקיים". כלומר, נאשמי ההתאחדות היו מודעים היטב לאפשרות לפנות לבית הדין ולרר אף הזכיר זאת במפורש במהלך הפגישה. כפי שניתן לראות נאשמי ההתאחדות לא היססו לפנות לממונה ולהפנות את תשומת לבו לחשש מקרטל של יבואני הברזל אך בחרו לא לפנות לגורמים המתאימים בכל הנוגע לפרסומים.

175. בנסיבות אלה אף אם היו עדויות או ראיות המעידות כי לרר אישר את נוסח המכתב והמודעה, וראיות אלה לא הוצגו, לא היה בכך כדי להקים לנאשמי ההתאחדות הגנת הסתמכות על ייעוץ משפטי ובוודאי שלא היה בכך כדי לסתור את המסקנה כי הוכח היסוד הנפשי בעניינם. בהמשך נראה כיצד האפשרות לפנות לרשות המוסמכת משפיעה על טענתו של גורדון לסייג בגין טעות במצב משפטי, כאן אציין כי לגבי טענת תום הלב הנסיבות המתוארות מלמדות דווקא שנאשמי ההתאחדות היו מודעים לא רק לטיב הפיזי של מעשיהם ולקיום הנסיבות שבגדרן נעשו אלא גם לכך שהמלצה על קו פעולה מהווה עבירה פלילית וידעו כי באפשרותם לפעול לאישור הפרסומים. נאשמי ההתאחדות בחרו שלא לעשות זאת.

176. בהקשר זה יש לציין כי עלתה שאלה האם הוצג בפני לרר נוסח קודם של המודעה אשר אותו הוא פסל. לרר, הן במסגרת הודעותיו ברשות והן במסגרת עדותו, ציין כי כך היה וכי הוא פסל נוסח מסוים של המודעה אך לא ראה כלל את הנוסח שפורסם בפועל (דיון מיום 14.9.2014 בעמ' 769-771 ; ת/559 בעמ' 2). זו הייתה גרסתו של לרר אף שכפי שצינו נראה כי נוסח המודעה הסופי נשלח אליו בהעתק למייל, אף כי, אין ראיה כי אישר אותו.

177. פרט לעדותו של לרר אין ראיה שהוא פסל נוסח כלשהו של המודעה, אולם בכל מקרה אין הדבר מעלה או מוריד. אם לרר אכן דחה נוסח קודם של המודעה הרי שדווקא משום כך היה צורך לוודא מראש שהוא מאשר את הנוסח שפורסם. אולם, כאמור איש מהעדים שהופיעו לפני, כולל נאשמי ההתאחדות עצמם, לא העיד כי ניתן אישר שכזה וכן אין הם יכולים היום להישמע בטענה שהם סמכו על אישורו.

178. בטרם אפנה לטענותיהם החלופיות של נאשמי ההתאחדות בעניין היסוד הנפשי אדגיש כי ניתוח היסוד העובדתי של עבירת קו הפעולה בענייננו מוביל אותנו באופן טבעי



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

למסקנות גם לגבי היסוד הנפשי. נוסחם של המכתב והמודעה הוא חד והמסר העולה מהם ברור – לא ניגשים למכרזים אשר לא מפצים בגין התייקרות התשומות. מתוך מסר ברור זה ונוכח אופיין של פעולות פרסום המסמכים עולה באופן טבעי ומתבקש המסקנה בדבר מודעות נאשמי ההתאחדות. נאשמי ההתאחדות הכירו את הנוסח של הפרסומים ולכן היו מודעים באופן סובייקטיבי ובבירור להמלצה העולה מהם. המסר שהוצג במכתב ועל אחת כמה וכמה המסר שהוצג במודעה היו ברורים, ההמלצה הכלולה בהם לא השאירה מקום לשיקול דעת כפי שטוענים הנאשמים ובהתאם גם טענתם לחוסר מודעות לגבי עצם ההמלצה ויסוד הפגיעה בתחרות נסתרת.

טענה להתקיימות הסייג בדבר טעות במצב דברים :

179. טענתם החלופית של בובליל וההתאחדות הייתה כי אף אם ייקבע שהיסוד העובדתי והנפשי של עבירת קו הפעולה בעניינם הוכחו יש לזכותם נוכח הסייג לאחריות פלילית בגין טעות במצב דברים הקבוע בסעיף 34 יח.

180. טענתם זו של נאשמי ההתאחדות מבוססות על כך שלעמדתם שאלת פרשנות האיסור על קו פעולה וטעות בפרשנות זו היא טעות בדין הלבר-פלילי ועל כן טעות במצב דברים אשר יש לדון בה בהתאם להוראות סעיף 34 יח.

181. סעיף 34 יח קובע כי :

"34 יח. (א) העושה מעשה בדמותו מצב דברים שאינו קיים, לא יישא באחריות פלילית אלא במידה שהיה נושא בה אילו היה המצב לאמיתו כפי שדימה אותו.

(ב) סעיף קטן (א) יחול גם על עבירת רשלנות, ובלבד שהטעות הייתה סבירה, ועל עבירה של אחריות קפידה בכפוף לאמור בסעיף 22(ב)."

182. בניגוד לסייג של טעות בדין, הסייג בדבר טעות במצב דברים אינו קובע מבחן אובייקטיבי של סבירות הטעות אלא מחיל מבחן סובייקטיבי בלבד [ראו ע"פ 5672/05 **טגר בע"מ נ' מדינת ישראל פס' 60** (21.10.2007) (להלן עניין "טגר")]. בעניין טגר נקבע כי גם לאחר חקיקתו של סעיף 34 יט יש מקום להבחנה בין דין פלילי לדין לבר פלילי.



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

אין מקום לפרט במסגרת הכרעת דין זו את פרטי ההבחנה זו והטעמים שהביאו ליצירתה קודם לתיקון 39 וחקיקת סעיף 34. אולם, אעיר כי כיום הנפקות העיקרית של ההבחנה נסבה סביב השאלה על פי איזה סעיף יש לבחון את טענתו של נאשם לטעות. נקבע כי טענה לגבי טעות בדן הלב-פלילי תידון בהתאם לסעיף 34 ואלו טעות בדן הפלילי תידון בהתאם להוראות סעיף 34.יט.

183. בובליל וההתאחדות מסתמכים על הבחנה זו וטוענים כי פעולתם נבעה מטעות בדן הלב-פלילי הנבחנת באופן סובייקטיבי. מאחר שלטענתם נאשמי ההתאחדות טעו טעות כנה הרי שהסייג חל בעניינם. טענתם זו של נאשמי ההתאחדות אינה יכולה לעמוד – כפי שנראה להלן טעות לגבי פרשנות האיסור על קו פעולה הינה טעות בדן הפלילי ולא הלב-פלילי ועל כן עליה להיבחן בהתאם למבחנים הקבועים בסעיף 34.יט לחוק.

184. סעיף 34 כג לחוק העונשין קובע כי כל עוד אין בחוק כלשהו הוראה לסתור "יחולו הוראות החלק המקדמי והחלק הכללי גם על עבירות שלא לפי חוק זה" – כלומר, לגבי עבירות שאינן קבועות בחוק העונשין אלא בחוקים אחרים. בחוק ההגבלים העסקיים אין הוראה שסותרת את הכלל בדבר תחולת החלק המקדמי והכללי של חוק העונשין. מכאן מתחייבת המסקנה כי טעות בפירושה של נורמה עונשית הקבועה בחוק ההגבלים העסקיים היא טעות בדן הפלילי ולא בדן הלב-פלילי ותיבחן תחת סעיף 34.יט. עבירה של המלצה על קו פעולה קבועה בסעיף 5 לחוק ההגבלים העסקיים ולכן טענה הנוגעת לטעות בנוגע לעבירה זו תיבחן בהתאם לקבוע בסעיף 34.יט. ראו בהקשר זה הדברים הברורים שנקבעו בעניין בורוביץ':

"[...] סעיף 34 כג לחוק העונשין מורה כי "באין בחוק הוראה לסתור, יחולו הוראות החלק המקדמי והחלק הכללי גם על עבירות שלא לפי חוק זה". בהיעדר "הוראה לסתור" בחוק ההגבלים מתחייבת המסקנה כי טעות בהבנת תוכנה של נורמה עונשית שנקבעה בחוק ההגבלים הריהי "טעות במצב משפטי" כמשמעה בסעיף 34.יט לחוק העונשין (ראו ש"ז פלר "טעות במצב הדברים" [108]). ואכן, משהועמדה לפני בית-משפט זה השאלה כיצד יש לסווג טעות נטענת בהבנת חובת הדיווח הקבועה בחוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968, קבע בית-המשפט כי "טעות בדן על-פי חוק ניירות ערך אינה



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

טעות בעובדה (לעניין סעיף 34 לחוק העונשין), וכי "עניין לנו בטעות בדין פלילי ולא טעות בדין לבר פלילי..." (רע"פ 4827/95 ה.ג. פולק בע"מ נ' מדינת ישראל [57], בעמ' 111). [פס' 178 לפסק הדין].

185. בהתאם לאמור נקבע בעניין טגר כי טעות בשאלה אם הסדר מסוים הינו הסדר כובל – הינה לכל הדעות טעות בדין הפלילי ולא בדין הלב-פלילי ועל כן תיבחן תחת האספקלריה של טעות בדין בהתאם לסעיף 34 יט (ראו עניין טגר בפס' 61).

186. דברים אלה והטעמים העומדים מאחוריהם רלוונטיים גם לענייננו שבמרכז עבירה של קו פעולה שאף היא עבירה שנקבעה בחוק ההגבלים ומכאן שהסייג בדבר טעות במצב דברים אינו רלוונטי לעניינם של נאשמי ההתאחדות ויש לכן לדחות את טענתם של בובליל וההתאחדות בעניין זה.

187. מאחר שבובליל ונאשמי ההתאחדות אינם טוענים להתקיימות הסייג של סעיף 34 יט בעניינם, הרי שמשנדחת טענתם בדבר קיום הסייג של טעות במצב דברים לא עומדת להם טענת קיומו של סייג כלשהו בחוק העונשין שיש בו כדי לשלול את פליליות מעשיהם.

188. לעומת בובליל וההתאחדות גורדון בסיכומיו כן טען שיש להחיל בענייננו את הסייג בדבר טעות במצב משפטי. בפסקאות הבאות תיבחן שאלה זו.

טענה להתקיימות הסייג בדבר טעות במצב משפטי:

טעות במצב משפטי – המסגרת הנורמטיבית:

189. כאמור מבין נאשמי ההתאחדות רק גורדון טען טענה חלופית בדבר טעות במצב משפטי. סייג זה לאחריות פלילית קבוע בסעיף 34 יט אשר קובע את הדברים הבאים:

"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 הייתה בלתי נמנעת באורח סביר".



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

190. הרישא של סעיף 34 ל³⁴ לחוק העונשין נותנת ביטוי חקוק לכלל הידוע והמקובל בדיני העונשין לפיו אי ידיעת הדין אינה פוטרת נאשם מאחריות פלילית. כלל זה מבוסס הן על האינטרס החברתי שכל אדם ידע את החוק הפלילי ויציית לו והן על עקרון החוקיות המחייב שהחוק יחול באורח שווה על כל בני החברה כאשר ההכרעה אם התנהגות פלונית מהווה עבירה אם לאו אינה נתונה להבנתו של כל פרט אלא להכרעת המחוקק ולפרשנות הרשויות המוסמכות על פי חוק.

191. לכלל זה נקבע חריג המעמיד לנאשם הגנה של טעות במצב משפטי, מקום שבו הטעות הייתה "בלתי נמנעת באורח סביר". הנטל הכפול לעורר את הטענה וכן להביא ראיות להוכחתה מוטל על שכמו של הנאשם. הפסיקה קבעה כי על הנאשם להוכיח שני רכיבים: הראשון, רכיב סובייקטיבי, המבקש לבחון אם אכן טעה הנאשם בדין הפלילי, כאשר לשם הוכחת רכיב זה, על הנאשם לשכנע כי אותה טעות הייתה תמת לב וכנה.

192. הרכיב השני, הוא אובייקטיבי לגביו נפסק כי "הדרישה לכך שהטעות תהיה בלתי נמנעת באורח סביר מצביעה על כך שרק אם לא היה בידי הנאשם למנוע את הטעות למרות שפעל באורח סביר, הוא ייהנה מההגנה של טעות במצב משפטי. אם נקיטת האמצעים לא הייתה אפשרית באורח סביר בהתאם לנסיבות העניין, או אם למרות שאמצעים אלה ננקטו, עדיין הייתה טעותו של הנאשם בלתי נמנעת, תשלול הטעות בדין הפלילי את אחריותו הפלילית של הנאשם" (עניין תנובה בפס' 31. ראו גם ע"פ 389/91 מדינת ישראל נ' ויסמרק, פ"ד מט(5) 705, בעמ' 727-728 (1996)).

193. סעיף 34 ל³⁴ לחוק העונשין כולל, אם כן, איזון בין עקרון החוקיות והרצון לתמרץ לידיעת הדין (ולכרסם בתמריצים שלא לדעתו) מחד גיסא והעיקרון לפיו אין עבירה בפלילים ללא אשמה מאידך גיסא [ראו ע"פ 3506/13 **הבי נ' מדינת ישראל** (12.1.2016), פס' 545 לפסק הדין (להלן עניין "**הבי**")].

194. הסתמכות על "עצה" משפטית מוטעית מהווה מקרה פרטי של "טעות במצב משפטי". אכן, במקרים רבים, בעיקר באישומים בגין עבירות מס ועבירות כלכליות אחרות וכן בעבירות על חוק ההגבלים העסקיים עולה תדיר טענת הטעות במצב משפטי, בהקשר לעצה שגויה של מומחה: עו"ד, רואה חשבון או מומחה אחר, שלפי טענת הנאשם, הוצג לפניו, מראש, התרחיש העובדתי נשוא האישום והוא ייעץ לנאשם כי לא קיימת לגביו



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

בעיה חוקית. החשש מפני שימוש לרעה בטענה זו ומהסתמכות על חוות דעת סתמיות ושטחיות כבסיס לשלילת אחריות פלילית, כמו גם החשש מפני יצירת אפליה, על בסיס כלכלי, בין נאשמים רבי אמצעים שיוכלו לממן חוות דעת מקצועיות מתאימות לבין נאשמים דלי אמצעים, שלא יוכלו לעמוד בנטל הכלכלי הכרוך בכך, הביא לצמצום ההכרה באותה טענה ובפסיקה נקבע כי על בית המשפט לנהוג הקפדה יתרה בטרם יחליט להעניק לנאשם פטור בשל הסתמכות על עצה שגויה של מומחה [עניין הבי פס' 548-550].

195. יוטעם, כי אותה החמרה נקבעה דווקא בפסקי דין שעסקו בעבירות על חוק ההגבלים העסקיים [ראו: ע"פ 1672/06 בלילי נ' מדינת ישראל, הרשות להגבלים עסקיים (מיום 10.3.2008) (להלן: "עניין בלילי"); עניין תנובה פס' 34-35].

196. על פי גישתה העדכנית של הפסיקה, על מנת שתקום לנאשם הגנה של טעות במצב משפטי, על ההסתמכות עצמה להיות סבירה, כאשר הסבירות נגזרת מהנסיבות הקונקרטיות הנוגעות לנאשם, מהאפשרויות הקיימות לבירור המצב החוקי ולמורכבותה של השאלה המשפטית שהתעוררה באותו עניין. נקבע בהקשר זה כי ככל שמדובר בשאלה משפטית מורכבת יותר, שהדין לגביה אינו חד משמעי, תהיה ההסתמכות על ייעוץ מקצועי באותו עניין, סבירה יותר. עוד נקבע, כי ככל שהפונה לייעוץ הוא בעל עמדה בכירה יותר, הסתמכות מצדו על עצת המומחה, תהיה סבירה פחות, ובנוסף נקבע כי אופייה ומורכבותה של הסוגיה נשוא הייעוץ היא רכיב חשוב בהכרעה בדבר סבירות טענת ההסתמכות. בנוסף נקבע, כי על מבקש חוות הדעת לחשוף בפני הגורם המייעץ את כל העובדות הרלוונטיות ולמסור לו את כל המידע המדויק הדרוש לשם מתן העצה (ראו למשל עניין תנובה פס' 36-38 ועניין הבי פס' 550).

197. אמת מידה נוספת המשמשת לבחינת קיומה של ההגנה הינה מידת מומחיותו של נותן העצה, והאם העצה שניתנה, על פניה, הינה רצינית ומעמיקה. לייעוץ שלווה במסמכים או שנערך בכתב, ניתנת עדיפות ברורה לצורך בחינת קיומה של ההגנה. עוד נקבע, כי יש לבחון את השאלה האם לא עמדו לרשותו של הנאשם אמצעים מתאימים יותר, חלף הפנייה לייעוץ הפרטי, כגון אפשרות פניה לרשות המוסמכת לקבלת עמדה מוקדמת (pre-ruling).



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

198. מעבר לכך, על מנת שיוכל נאשם ליהנות מהגנת הטעות במצב משפטי, בשל הסתמכות על עצת מומחה, הסתמכות זו צריך שתיעשה בתום לב (ראו עניין בלילי בפסקה 13; עניין תנובה בפסקאות 27-30).

הטענה להסתמכות על ייעוץ משפטי במקרה דנן:

199. בהתבסס על המסגרת הנורמטיבית שהוצגה נפנה לבחון את טענתו של גורדון בנוגע להסתמכות על ייעוץ משפטי וטעות בדין במקרה שלפנינו.

200. גורדון סבור שבחינת אמות המידה שהותוו בפסיקה מובילה למסקנה כי הסייג האמור מתקיים בענייננו. מוקד טיעונו בעניין זה נוגע לייעוץ שהעניק עו"ד לרר להתאחדות שמרבית היבטיו והנסיבות הקשורות אליו נסקרו לעיל. לטענתו של גורדון מדובר בענייננו בסוגיה משפטית מורכבת המחייבת פרשנות של המונח קו פעולה שהינו עמום ולא מוגדר בצורה ברורה בחוק ההגבלים העסקיים. גורדון מוסיף וטוען כי בהתחשב ברקע שלו ובנתונו האישיים הרי שלא ניתן היה לצפות כי יחזיק בידע הרלוונטי בדיני ההגבלים העסקיים ולכן הסתמכותו המלאה על לרר בעניין זה הייתה כנה וסבירה.

201. גורדון הדגיש כי בפני לרר עמד כל המידע הרלוונטי – הוא השתתף בכל הישיבות שהתקיימו, הכיר את הרקע הרלוונטי וליווה את התאחדות הקבלנים במשך שנים רבות. על סמך ידע זה, כך טוען גורדון, התווה עו"ד לרר במהלך ישיבת החירום את גבולות הגזרה וציין כי להתאחדות הקבלנים מותר להזהיר את הקבלנים (ת/86). גורדון מדגיש כי לרר היה מעורב בפרסום המודעה והמכתב לכל אורך הדרך ואף אישר את נוסח המכתב שוב בדיעבד כאשר ציין במהלך ישיבת הנהלה חוזית מיום 12.5.2008 כי נוסח המכתב הוא נוסח טוב (ת/205).

202. גורדון מוסיף וטוען לכן כי לרר נדרש לסוגיה בצורה רצינית, הכיר את סוגיות ההגבלים העסקיים מתוקף עבודתו כיועץ המשפטי של התאחדות הקבלנים, ליווה את פרסום המכתב והמודעה והתווה בברור את המותר והאסור. לגבי אי הפנייה לרשות המוסמכת בעניין קו הפעולה טען גורדון כי לאור המצב הקשה בכל הנוגע לעליית מחירי הברזל האפשרות לפנות לבית הדין להגבלים עסקיים לא הייתה ריאלית וכן כי



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

כלל לא חשבו שהיא נדרשת נוכח המלצתו של לרר בעניין. על בסיס כל אלה מבקש גורדון להסיק כי הסתמכותו על ייעוצו של לרר מקימה לו סייג של טעות במצב משפטי.

203. המאשימה טענה כי הראיות מלמדות שבמקרה דנן לא ניתן לנאשמי ההתאחדות ייעוץ משפטי המקנה להם פטור. המאשימה הפנתה לדבריו הברורים של עורך הדין לרר בישיבת החירום במסגרתם הבהיר שחוק ההגבלים העסקיים אוסר על איגוד עסקי להמליץ לחבריו על קו פעולה וכי הפתרון הוא פנייה לבית הדין להגבלים עסקיים (ת/86). המאשימה גם מפנה לעדותו של לרר במסגרתה ציין כי בפגישות הוא התווה באופן כללי קווים מנחים אך לא חיווה דעתו לגבי המכתב והמודעה ולא אישר אותם (דיון מיום 14.9.2014 בעמ' 770, 753, 801, 806-807; דיון מיום 16.9.2014 בעמ' 1008).

204. בהמשך לכך, טוענת המאשימה כי לא הוצגה כל ראיה המעידה על כך שלרר אישר את אחד הפרסומים. המאשימה מוסיפה כי לרר בכל מקרה אינו מומחה בדיני ההגבלים העסקיים וכי בפני נאשמי ההתאחדות הייתה פתוחה הדרך לפנות לבית הדין להגבלים עסקיים אך הם בחרו שלא לעשות זאת דבר המטיל עליהם נטל כבד יותר בכל הנוגע להוכחת טענת הסייג. בנוסף הצביעה המאשימה על מעמדם הבכיר של נאשמי ההתאחדות שעמדו בראש איגוד עסקי גדול ומרכזי, נוכח מעמד זה סבורה המאשימה כי הסתמכותם ה"עיוורת" של הנאשמים על עצותיו של לרר הינה בלתי סבירה (ראו בהקשר זה עניין תנובה פס' 36).

205. דינה של טענתו של גורדון להידחות. אין בידי לקבל את הטענה כי במקרה שלפנינו טעו גורדון (וכן שאר נאשמי ההתאחדות) טעות שבדין המקימה להם סייג כאמור בסעיף 34 יט. טענה זו לא הוכחה ובחינת העניין שלפנינו על פי אמות המידה שהותוו בפסיקה מצביעה בברור על כך שלא זהו המקרה המצדיק קבלת טענה של הסתמכות על עצת עורך דין – טענה אשר צריכה להיבחן בצורה קפדנית (ראו לעניין זה הבי בפס' 550).

206. לעיל סקרתי את מרבית הראיות והנקודות הרלוונטיות לעניין. ראינו כי בסופו של יום איש מהעדים והמעורבים לא העיד באופן ישיר כי לרר אישר את המכתב או המודעה. בנוסף הפסיקה הדגישה לא פעם כי כדי להעמיד טענת הסתמכות על ייעוץ משפטי על חוות הדעת להיות רצינית ומעמיקה. בתי המשפט לא פעם מתעמקים בחוות הדעת המוצגות לפנייהם בהקשר זה ובוחנים עד כמה יסודיות ומקיפות הן ועד כמה ברורה וחדה הייתה ההכרעה של המומחה ועוד (ראו למשל עניין הבי בפס' 562). האמירה של



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

לרר במהלך הישיבה לפיה הוא מזכיר את חוק ההגבלים העסקיים לא יכולה לעלות כדי חוות דעת המעניקה פטור מהרשעה.

207. מעבר לכך, אמירה כללית של עורך דין במהלך פגישה, ועוד בטרם נוסחו המסמכים הנדונים, אינה יכולה להעמיד לנאשמי ההתאחדות ולגורדון בכלל זה טענת טעות שבדין. זאת במיוחד כאשר הפרסומים עומדים בסופו של יום בניגוד גמור לאמירה זו – לרר העיר כי הוא "מציין את חוק ההגבלים העסקיים ומגבולותיו והפתרון באישור קו פעולה על ידי בית הדין להגבלים עסקיים" (ת/86). אמירותיו של לרר לכן לא רק שאינן מעמידות טענת טעות שבדין אלא להפך – הן מעידות על מודעותם של נאשמי ההתאחדות לנושא ומלמדות כי במישור הסובייקטיבי טעותם לא הייתה טעות כנה ובתום לב.

208. בובליל וגורדון הינם גורמים בכירים בהתאחדות הקבלנים, מדובר בנשיא ובמנכ"ל ההתאחדות אשר עומדים בראש הפירמידה הארגונית ואשר להם אחריות לקבל החלטות ולכוון את פעילותה בהתאם לחוק ולשם כך עומדים לרשותם משאבים רבים (ראו בהקשר זה עניין הבי בפס' 562). בעניינו מעבר למשאבי ההתאחדות העומדים לרשותם עמדה בפניהם האפשרות לפנות לרשות מוסמכת והחוק התווה דרך מוגדרת לפעולה במקרים אלה – דרך שעו"ד לרר הציג באופן מפורש וברור בישיבת החירום – פנייה לבית הדין להגבלים עסקיים. כאמור לעיל, נקבע כי טעות בדין של נאשם שבחר שלא לפנות לרשות המוסמכת ולהסתמך על עצת עורך דין היא על פני הדברים טעות שניתן למנוע באופן סביר, על כן הנטל המוטל על נאשם הטוען לטעות מסוג זה הוא כבד יותר (ראו עניין תנובה בפס' 38).

209. גורדון הוסיף וטען כי נוכח הנסיבות הקשות והמצב החמור בכל הנוגע לעליית מחירי הברזל האפשרות לפנות לבית הדין לא הייתה ריאלית וכלל לא חשבו שהיא נדרשת נוכח המלצתו של לרר בעניין. טענה זו כמובן לא יכולה להצדיק את הדרך בה בחרו נאשמי ההתאחדות לפעול. העובדה כי נוצרה סיטואציה מורכבת בכל הנוגע לעליית מחירי הברזל אינה מצדיקה את הפרת הוראות החוק. בהתאם גם הדחיפות היחסית במקרה זה לא מצדיקה בחירה שלא לפנות לרשות המוסמכת וקבלת החלטות באופן עצמאי. כאמור, אי הפניה לרשות מטילה על נאשמי ההתאחדות נטל כבד יותר כדי להוכיח את טענתם לטעות – נטל זה לא הצליחו נאשמי ההתאחדות להרים.



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

210. לסיכום סוגיה זו ניתן לומר שבענייננו כלל לא ברור שניתנה עצה או חוות דעת בנוגע למכתב או למודעה מעבר לאמירות הכלליות של לרר שדווקא מזהירות מהמלצה על קו פעולה. אף אם ניתנה עצה כזו הרי שספק רב אם היא יכולה הייתה לעמוד בתנאים שהותוו בפסיקה בעניין זה. מעבר לכך, גם ככל שחוות הדעת הייתה עומדת באמות המידה שהותוו הרי שאי הפנייה לרשות המוסמכת בעניין זה הופכת את הטעות בכל מקרה לטעות שניתן היה למנוע באופן סביר.

211. נוכח האמור המסקנה היא שסעיף 34 אינו חל בענייננו ולא קם לגורדון סייג מהרשעה נוכח טעות בדין.

טענה להגנה מן הצדק – הבטחת הרשות

212. בא כוחו של גורדון טען בסיכומיו כי יש לבטל את האישומים כנגד גורדון גם מטעמים של הגנה מן הצדק (החל בסעיף 195 לסיכומים מטעם גורדון). טענה זו עניינה במכתב ששלחה רשות ההגבלים העסקיים לבובליל ולגורדון ביום 19.5.2008, לאחר פרסום המכתב והמודעה (נ/19/2). במסגרת מכתב זה התייחסה הרשות להודעה ולמכתב וקבעה כי הפניה בפרסומים אלה לציבור הקבלנים מהווה, על פני הדברים, המלצה על קו פעולה לפי סעיף 5 לחוק ההגבלים העסקיים ועל כן מדובר בהסדר כובל. במכתבה תבעה הרשות מהתאחדות הקבלנים "לחדול לאלתר מקו הפעולה האמור, או מכל פעולה אחרת דומה במאפייניה או בתוצאתה", וכן הזהירה כי "הישנותה של התנהגות כאמור, או דומה לה, תוביל לבחינת הפעלת אמצעי האכיפה נגד ההתאחדות, ראשי ההתאחדות וחברים בה".

213. נאשמי ההתאחדות התייחסו למכתב זה גם במסגרת הטענות המקדמיות שהציגו בשלבים המוקדמים של הליך זה. טענתם הייתה כי במכתבה התחייבה הרשות שלא לנקוט הליכים כנגד ההתאחדות (וממילא לשיטת נאשמי ההתאחדות גם כלפי בובליל, גורדון ושחף) ככל שההתאחדות תסיר את הפרסומים ותימנע מלנהוג בצורה דומה בעתיד. מאחר שההתאחדות עשתה זאת ופעלה כפי שדרשה הרשות, אזי התגבשה, לטענת נאשמי ההתאחדות, הסכמה ביניהם לרשות כי הרשות לא תפעיל אמצעי אכיפה כנגדם. הפרת הסכמה זו והגשת כתב האישום שעומד במרכז הליך זה היוותה לטענתם הפרה של ההסכם באופן שמצדיק דחיית האישומים מכוח טענת הגנה מן הצדק.



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

214. במסגרת החלטתי מיום 7.6.2012 דחיתי את טענות נאשמי ההתאחדות להגנה מן הצדק. עם זאת, בסיכומיו טוען גורדון כי לאחר שמיעת הראיות ופרישת התמונה העובדתית בפני בית המשפט התברר כי הטעמים שעמדו ביסוד החלטתי מיום 7.6.2012 אינם רלוונטיים לגביו עוד וכי יש לכן לקבוע כי היה מקום לקבל את טענתו להגנה מן הצדק.
215. להלן אתייחס לטענה זו. למען שלמות הדיון אחזור בקצרה על חלק מהדברים שנכתבו במסגרת ההחלטה מיום 7.6.2012.
216. טענתו של גורדון במסגרת סיכומיו הינה כי מאחר שבמכתב הרשות נכתב בפירוש כי הישנותה של התנהגות כאמור (כלומר, פרסום קריאות נוספות לקבלנים) תוביל לבחינת האפשרות לנקוט באמצעי מניעה הרי שהרשות הציגה בפניו מצג לפיו ככל שיחדלו מהפעולות שבוצעו הרשות תימנע מלנקוט באמצעי אכיפה נגדו (ראו סעיפים 200-201 לסיכומים שהוגשו מטעם גורדון).
217. גורדון וההתאחדות שלטענתו הופתעו מאוד מהמכתב ומעמדת הרשות פעלו בהתאם להוראותיה והסירו את הפרסומים (דיון מיום 31.1.2016 בעמ' 2359-2361). גורדון העיד כי בהמשך לכך כינס את סגל ההתאחדות ועדכן אותם במכתב הרשות והבהיר כי לא יפורסמו בעתיד מודעות דומות. בנוסף הוא שלח מכתב עדכון לחברי ההתאחדות במסגרתו, בין השאר, עדכן לגבי מכתב הרשות והוראותיה (דיון מיום 31.1.2016 בעמ' 2361-2362 לפרוטוקול).
218. פעולות אלה מעידות כי ההתאחדות נענתה לדרישות הרשות ולכן לטענת גורדון השתכללה הסכמה בין הרשות לבין גורדון לפיה בעקבות הסרת הפרסומים ומניעת הישנות התנהגות דומה לא ינקטו כנגדו כל אמצעי אכיפה.
219. מסקנתי היא כי יש לדחות את טיעונו של גורדון. ראשית, אין מקום לקבל את הטענה כי נוצר הסכם בין הרשות להתאחדות הקבלנים או כי ניתנה הבטחה שלטונית בהקשר זה. מכאן שיש גם לדחות את הטענה כי אלמלא היו מתבצעות הפרות נוספות של חוק ההגבלים העסקיים לא היה מקום להגיש כתב אישום כנגד ההתאחדות ואנשיה בגין פרסום המכתב והמודעה. שנית, אף אם הייתה ניתנת הבטחה כאמור, בנסיבות העניין הייתה המאשימה יכולה לחזור בה מהסכם או הבטחה זו. לבסוף אציין כי אף אם כן



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

הייתי מקבל את הטענה כי ניתנה הבטחה הרי שבפועל, כפי שנראה להלן במסגרת הדיון באישום השלישי, ההתאחדות הפרה את הוראות חוק ההגבלים העסקיים גם לאחר מכתב הרשות ועל כן אף אם הייתה ניתנת הבטחה הרי שההתאחדות לא עמדה בתנאי שנדרש ממנה.

סיכום ביניים – חלקו הראשון של האישום הראשון :

220. לאור האמור, אני קובע כי בובליל וגורדון אחראים באחריות אישית לביצוע העבירות מתוקף מעמדם בתאגיד- נשיא ומנכ"ל. לנוכח תפקידם של בובליל וגורדון, סמכותם ואחריותם בניהול ענייני ההתאחדות יש לראות את פרסום המכתב והמודעה כמעשה של ההתאחדות (ראו סעיף 23(א)(2) לחוק העונשין). לעניין מעמדם ותפקידם של בובליל וגורדון בהתאחדות ראו להלן בפסקאות 578-590 במסגרת הדיון באישום השלישי באחריותם כמנהלים.

221. בנוסף בובליל וגורדון אחראים במישרין כמבצעים עיקריים לביצוע העבירות לצד ההתאחדות מכוח אחריותם הישירה כאורגנים לניסוח המסמכים המבטאים את קו הפעולה וחתימתם על ידם. בעניין זה אין הדין שונה בין אדם המתקשר בהסדר כובל מטעמו של תאגיד וחב באחריות ישירה כצד להסדר לבין אורגן המנסח קו פעולה מטעמו של איגוד עסקי [ראו בע"פ 7399/95 נחשתן נ' מדינת ישראל, פ"ד נ"ב (2) (1998) 105, 126 (להלן "נחשתן")].

חלקו השני של האישום הראשון

222. עד כה עסקתי בחלקו הראשון של האישום הראשון שבמרכזו עמדו המודעה והמכתב שפורסמו מטעם התאחדות הקבלנים. חלקו השני של האישום הראשון מתייחס להתוויית קו פעולה ספציפי על ידי ההתאחדות שעניינו הימנעות של קבלני מכרז עוטף עזה מלגשת לשלב ב' של המכרז.

223. לטענת המאשימה, לאחר פרסום המכתב והמודעה, ובמסגרת ההמלצה שהוצגה בפרסומים אלה, תמכה התאחדות הקבלנים בקבלני מכרז עוטף עזה ובהתארגנות המשותפת שלהם לא לגשת לשלב ב' של המכרז. לטענתה, בכתב האישום המקורי תמיכה זו התבטאה בכך שבין התאריכים 12.5.2008-20.5.2008 השתתפו פרץ ושחף



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

לכל הפחות בשתי פגישות עם חלק מקבלני מכרז עוטף עזה. המאשימה מוסיפה וטוענת כי פגישות אלה התקיימו במתקני ההתאחדות ובמשרדיו של עורך הדין לרר שהיו סמוכים לשם וכן כי במהלכן קידמו המשתתפים מהלך לפיו ככל שלא תתקבלנה טענות קבלני המדף כנגד המכרז אזי כל קבלני המדף יימנעו מלהגיש הצעות לשלב ב' של מכרז עוטף עזה. לטענת המאשימה פרץ היה ממובילי המהלך והוא שהמליץ למשתתפים שלא לגשת למכרז.

224. בכתב אישום מתוקן שנכלל בבקשה לתיקון, שאושרה ביום 19.2.2013 לאחר הסדר הטיעון עם פרץ, חודד כי פעולותיו של פרץ כללו על פי הנטען, בין השאר, שליחת פקס בתאריך 19.5.2008 אשר כלל מסמך הנותן ביטוי להסכמה זו וכן פעולות שמטרתן הייתה להביא לכך שכל קבלני המדף יחתמו על מסמך זה. עוד טוענת המאשימה כי לאחר קבלת כל החתימות בהתאם להוראותיו של פרץ נשלחו ממשרדו בפקס לקבלני המדף מספר דפים המרכזים את ארבע עשרה החתימות שניתנו לגבי המסמך וכן צורף דף נלווה המתאר משלוח דפים. נאשמי ההתאחדות לא שינו מתשובתם לכתב האישום בעקבות התיקון (הודעת נאשמי ההתאחדות מיום 1.5.2013).

225. בסיכומיה חזרה המאשימה על הטענות שהציגה בכתב האישום. היא הדגישה כי מבוקש לייחס להתאחדות אחריות לעבירה של קו פעולה על בסיס פעולותיהם והתנהגותם של שחף ופרץ. לדבריה, יש לפרש את המונח "המלצה" בסעיף 5 לחוק ההגבלים העסקיים באופן רחב ולקבוע כי המלצה כזו עשויה להיות גם המלצה מכללא וגם להתבצע בהתנהגות ובאמצעות הבעת תמיכה בהתנהגות שהינה אסורה על פי חוק. המאשימה סבורה שפרץ פעל בכל הקשור למכרז עוטף עזה כאורגן של ההתאחדות ועל כן ניתן לייחס את מעשיו להתאחדות. המאשימה סקרה בהקשר זה את פעולותיו וביקשה להראות שהוא הוביל את מהלך הקבלנים באופן שעלה בקנה אחד עם ההמלצה שהציגה ההתאחדות במודעת הנשיא ובמכתב המנכ"ל שנדונו לעיל.

226. בנוסף מציינת המאשימה את ישיבת נשיאות התאחדות מיום 15.5.2008, שבה לדבריה עודכנו חברי הנשיאות על ידי פרץ לגבי חתימת הקבלנים על המסמך לפיו לא ייגשו למכרז וביקש את תמיכת הנשיאות וזו ניתנה על ידי המשתתפים ובכללם בובליל. מעבר לכך היא מציינת כראיה נוספת לקו הפעולה את העובדה שלקבלנים נמסרה בפגישתם השנייה תמיכתו של בובליל בהחרמת המכרז. המאשימה אף מפנה לראיות



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

שוונות המעידות לדעתה שהן פרץ והן קבלני מכרז עוטף עזה תפסו את פעולותיו של פרץ כפעולות מטעם ההתאחדות אשר נעשו בכובעו כאורגן ההתאחדות.

227. מלבד פעולותיו של פרץ התייחסה המאשימה באריכות בסיכומיה להתנהגותו של שחף במהלך התגבשות ההסכמה בין הקבלנים וסביב מכרז עוטף עזה. אציין כבר כאן כי בכתב האישום התייחסה המאשימה רק לנוכחותו השותקת של שחף בפגישות ולא ייחסה לו כל פעולה אקטיבית נוספת. בנוסף, המאשימה הסכימה כי שחף לא יזם את מהלך הקבלנים והיה מעורב פחות מפרץ בכל הנוגע לנושא, עם זאת, לטענתה אין ספק שנוכחותו בפגישות הייתה מתוקף תפקידו בהתאחדות ודי בכך כדי להביע תמיכה במהלך. המאשימה סבורה לכן כי עצם נוכחותו של שחף, סמנכ"ל ומנהל אגף תשתיות ובניה חוזית בהתאחדות, בפגישות בהן פרץ המליץ במפורש לא לגשת למכרז מהווה כשלעצמה המלצה של ההתאחדות לפעול באופן זה.

228. בתשובתם לחלק זה של כתב האישום ובסיכומיהם חלקו נאשמי ההתאחדות על טענות המאשימה. לדבריהם, ככל שהמעשים המיוחסים לפרץ בחלק זה של כתב האישום אכן נעשו על ידו, הרי שפעולות אלה בוצעו שלא במסגרת תפקידו בהתאחדות הקבלנים אלא במסגרת היותו בעלים ומנהל של פולדמיר (שכאמור הואשמה במסגרת כתב האישום והורשעה במסגרת הסדרי הטיעון בעניינה), ונוכח האינטרס האישי שהיה לו כאחד מקבלני המדף.

229. בהקשר זה ציינו בובליל וההתאחדות שפרץ אומנם היה חבר נשיאות ההתאחדות וחבר הנהלת האגף לבנייה חוזית, אך הוא לא היה נושא משרה בהתאחדות ולא היה בעל תפקיד אקזקוטיבי בהתאחדות. לכן לדידם לא ניתן להתייחס לפרץ כאל אורגן של ההתאחדות ולייחס את מעשיו להתאחדות. בובליל וההתאחדות התייחסו לטענת המאשימה לפיה פרץ זכה לתמיכה מההתאחדות, לדבריהם, כל שהמאשימה הראתה הוא שגורמים בהתאחדות הביעו סימפטיה למצבם של הקבלנים והביעו הבנה לקשיים שלהם. לטענתם המרחק בין סימפטיה והבנה להמלצה על קו פעולה הוא מרחק רב מאוד.

230. לגבי חלקו של שחף נטען כי השתתפותו של שחף בפגישות לא הייתה חלק מ"המלצה" נטענת ומוכחשת. לגישת נאשמי ההתאחדות שחף לא קידם מהלך של קבלני מכרז עוטף עזה לפיו ימנעו מלהגיש הצעות לשלב ב' במכרז עוטף עזה. בנוסף, הדגישו כי





בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

הפרשנות שמבקשת המאשימה לתת למונח "המלצה" היא מרחיקת לכת ביותר. לדידם, אין מקום להחיל את עבירת קו הפעולה גם על המלצה בהתנהגות, דבר שיפגע מאוד בפעילותם של איגודים עסקיים ויגבילם באופן בלתי ראוי שלא יאפשר להם לממש את מטרותיהם הלגיטימיות והחשובות. בובליל וההתאחדות הדגישו כי המאשימה לא הצביעה על כל אסמכתא או ביסוס שיתמוך בפרשנות מרחיקת הלכת שהיא מבקשת להחיל.

231. בנוגע למעורבותו של שחף במהלך הוסיפו בובליל וההתאחדות כי מרבית טענותיה של המאשימה בעניין זה מהוות הרחבת חזית. לטענתם בכתב האישום ובכתב האישום המתוקן ייחסה המאשימה לשחף רק נוכחות בפגישות ואילו בסיכומיה הלכה מעבר לכך וייחסה לו פעולות שונות ומעורבות רבה יותר. לגופם של דברים ציינו בובליל וההתאחדות כי העובדות מגלות שכל שעשה שחף היה לשמש "אוזן קשבת" לקבלנים ולסייע להם מבחינה מנהלית ושגרתית. בובליל וההתאחדות הדגישו כי ההתאחדות ראתה עצמה כבית של הקבלנים וביקשה לסייע להם ולספק להם שירותים שונים אשר הם היו זקוקים להם, ובכך הסתכם תפקידו של שחף במקרה הנדון.

232. גם שחף התייחס בסיכומיו לפעולות שהמאשימה ייחסה לו, לטענתו הניסיון להציג את מעשיו כתמיכה, ליווי וסיוע למהלך החרמת מכרז עוטף עזה באופן המהווה המלצה על קו פעולה על ידי ההתאחדות אינו מוצדק ואינו נכון לא מבחינה משפטית ולא מבחינה עובדתית. מבחינה עובדתית טוען שחף כי הוא לא תמך ולא ליווה את החרמת מכרז עוטף עזה, הסיוע שנתן לקבלנים היה לעמדתו לגיטימי ושגרתית ולא נגע למהלך של החרמת המכרז. שחף הוסיף כי הוא ביקש לסייע לקבלני מכרז עוטף עזה במגעים שלהם מול מזמין העבודה אך לא סייע להם בכל הקשור להתארגנות האסורה הנטענת ואף לא ידע עליה עד ליום 19.5.2008.

233. מבחינה משפטית טוען שחף כי גם אם היה מסייע לקבלנים באופן הנטען על ידי המאשימה אין הדבר עולה כדי המלצה על קו פעולה. שחף טען בנוסף כי יש לדחות את הטענה שהופיעה בכתב האישום כי ככל שלא תקבע אחריות הישירה למעשים נשוא האישום הראשון יש להטיל עליו אחריות מנהלים מכוח סעיף 48 לחוק. שחף טוען כי בסיכומיה לא חזרה המאשימה על הטענה כי יש לייחס לו אחריות מנהלים לגבי



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

האישום הראשון וכי המבחנים שנקבעו בפסיקה בעניין זה מובילים למסקנה שאין הוא יכול להיחשב מנהל בכל הקשור לאירועים נשוא האישום הראשון.

דיון והכרעה

234. במסגרת חלקו השני של האישום הראשון טוענת המאשימה כאמור כי התאחדות הקבלנים המליצה בפני קבלני מכרז עוטף עזה על קו פעולה לפיו לא יגישו הצעות במסגרת של ב' של מכרז עוטף עזה. טענות אלה מתמקדות אף הן מבחינת הזמן והמקום בשתי פגישות שנערכו במשרדי התאחדות הקבלנים (בימים 15.5.2008 ו-18.5.2008) ואשר בהן נכחו חלק מקבלני מכרז עוטף עזה שהן מושא האישום השני. המאשימה טוענת כי במסגרת פגישות אלה התגבש הסדר כובל בין הקבלנים שמצא ביטוי במספר מסמכים שנוסחו במהלך או בעקבות הפגישות. עיקר הדיון לגבי אירועים אלה יובא להלן במסגרת הכרעתי באישום השני אך גם בשלב זה אתייחס לחלק הדברים שכן קו הפעולה שמיוחס להתאחדות הקבלנים מתבסס גם הוא על אותה שרשרת אירועים.

235. אין כיום מחלוקת כי פרץ היה דומיננטי ביותר במהלך הפגישות שהתקיימו בהתאחדות הקבלנים הוא הוביל את הפגישות ואת המהלך שהתגבש בין הקבלנים. בסופו של דבר הטענה כי ההתאחדות המליצה לקבלני מכרז עוטף עזה על קו פעולה מסוים מושתתת כל כולה על כך שהמאשימה מייחסת להתאחדות את פעולותיו של פרץ בכל הקשור למכרז ולהתארגנות הקבלנים (ראו סעיפים 935-937 לסיכומי המאשימה). המחלוקת העיקרית, אם כן, אינה לגבי פעולותיו של פרץ אלא לגבי השאלה האם יש לייחס את מעשיו של פרץ להתאחדות. ככל שייקבע שפרץ לא היה אורגן של ההתאחדות לעניין זה אין מקום לייחס להתאחדות את פעולותיו, הרי שיישמט הבסיס תחת טענות המאשימה במסגרת חלקו השני של האישום הראשון.

236. בכל הנוגע לשחף גם בכתב האישום וגם בכתב האישום המתוקן לא ייחסה המאשימה כמובא לעיל לשחף, בניגוד לנאמר לגבי פרץ, כל פעולה או אמירה מעבר להשתתפות בפגישות הקבלנים. למרות זאת בסיכומיה הרחיבה המאשימה לגבי פעולותיו והתייחסה גם לפעולות נוספות שעשה לטענתה. על משמעות טענות נוספות אלה אעמוד בהמשך.



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

237. כבר כאן בפתח הדברים אציין כי המאשימה לא הצליחה להוכיח כי פרץ פעל בפגישות כאורגן ההתאחדות ולכן לא הוכחה על סמך פעולותיו הנטענות עבירת קו הפעולה המיוחסת להתאחדות במסגרת חלק זה של האישום. מסקנה זו עולה הן ממעמדו האמיתי בהתאחדות, הן מהיותו אחד מקבלני המדף ועל כן בעל אינטרס אישי בעניין והן בשל האופן בו התגבש והתפתח מהלך ההתארגנות של הקבלנים. זאת בנוסף להתרשמות ומסקנות מראיות נוספות שהוצגו במשפט לגבי החלטות ההתאחדות והתפתחות מהלך הקבלנים. לאחר דברים אלה אתייחס גם לטענות המאשימה לגבי פעולותיו של שחף.

238. אציין בקצרה כי מסקנתי שלא הוכחה עבירת קו הפעולה אינה מלמדת כי בהכרח לא נפל פגם בהתנהלות ההתאחדות. נראה שההתאחדות או למצער בעלי תפקידים בכירים בה תמכו באופן מורלי ולוגיסטי במהלך של הקבלנים שלא הם יזמו אותו או אישרו אותו. מהיבט זה ייתכן שניתן היה להאשים אותם בסיוע לעבירה של הסדר כובל ואולי אף לראות בהם צד להסדר כובל למרות שלא מתקיים בהם תנאי ניהול העסקים בהקשר לעבירה. אולם, המאשימה לא העלתה טענות אלה ולנאשמי ההתאחדות לא ניתנה הזדמנות להתגונן בפניהן ועל כן לא ניתן להרשיעם בעבירות אלה.

פרץ לא פעל כאורגן ההתאחדות :

239. כאמור טענותיה של המאשימה בחלק זה של האישום נובעות כולן מגישתה הבסיסית לפיה פרץ פעל כאורגן ההתאחדות בכל הנוגע למכרז עוטף עזה ועל בסיס פעולותיו יש לייחס אחריות פלילית להתאחדות. השאלה מתי תאגיד יישא באחריות פלילית זכתה למענה בחוק העונשין. על פי סעיף 23(א)(2) לחוק, תאגיד יישא באחריות פלילית לעבירה המצריכה הוכחת מחשבה פלילית או רשלנות אם "בנסיבות הענין ולאור תפקידו של האדם, סמכותו ואחריותו בניהול עניני התאגיד, יש לראות במעשה שבו עבר את העבירה, ובמחשבתו הפלילית או ברשלנותו, את מעשהו, ומחשבתו או רשלנותו, של התאגיד".

240. בעניין ע"פ 3027/90 חברת מודיעים בינוי ופיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל פ"ד מה(4) 364 (1991) (להלן – "עניין מודיעים") נקבע כי "גוף או נושא משרה בכיר בתאגיד (אסיפה כללית של בעלי המניות, דירקטוריון, דירקטור, מנהל כללי, מנהל עסקים)



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

יהיו בוודאי אורגן של התאגיד. אך גם נושא משרה שאינו בכיר עשוי להיחשב כאורגן התאגיד, וזאת אם על-פי מסמכי התאגיד או על-פי מקור נורמאטיבי אחר רואים את פעולתם ומחשבתם כפעולת התאגיד עצמו" [פסקה 7; ראו גם עניין בן דרור בפס' 833]. בעניין מליסרון [ע"פ 99/14 מדינת ישראל ואח' נגד מליסרון בע"מ (25.12.2014)] להלן "עניין מליסרון" [נקבעו שני מבחנים חלופיים אשר על בסיסם יש להכריע בשאלה האם יש לראות באדם מסוים כאורגן בתאגיד – מבחן אחד הוא המבחן הארגוני המתמקד במעמדו הפורמלי של האדם בתאגיד והמבחן השני הוא המבחן הפונקציונאלי אשר במרכזו עומדת השאלה "האם הפונקציה המבוצעת על-ידי נושא המשרה הספציפי מצדיקה לראות את מעשיו כמעשיו של התאגיד", זאת ללא קשר למעמדו ותוארו בחברה (עניין מליסרון בפס' קטו-קטז וכן בעניין בן דרור בפס' 834-835)]. בית המשפט הבהיר כי מדובר במבחנים חלופיים אשר מסייעים לקבוע האם מבחינת זהות האדם יש לראותו כאורגן של התאגיד.

241. בנוסף למבחנים אלה יש להמשיך ולקבוע כי ראוי בנסיבות העניין הספציפי להטיל אחריות על התאגיד בגין מעשיו הקונקרטיים של האורגן. שאלה אחרונה זו היא שאלה של מדיניות משפטית אשר לאורך השנים עוצבו מספר מבחני עזר שנועדו לסייע לענות עליה – בתי המשפט נדרשים לבחון האם דבר החקיקה לא התכוון להוציא מתוכו את האפשרות להטיל אחריות על התאגיד, האם פעולת האורגן נעשתה במהלך מילוי תפקידו וכן האם הפעולה הייתה לטובת התאגיד או לכל הפחות לא כוונה נגדו (ראו עניין מליסרון פס' קיח וההפניות המובאות שם). יישום מבחנים אלה אינו תמיד פשוט, כך למשל השאלה האם פעולותיו של אותו אדם נעשו במסגרת מילוי תפקידו עשויה להיות סבוכה.

242. אין ספק שפעילויות בעלות אופי אישי מובהק, שביצע האדם מחוץ לשעות העבודה ולמקום העבודה ככל הנראה לא ייחשבו כפעולות שנעשו במסגרת מילוי תפקידו של אותו אדם ומנגד פעילויות אשר ביצע האדם על פי הוראות מנהליו וקשורות בקשר הדוק לתפקידו ייחשבו כפעולות שנעשו במסגרת מילוי תפקידו. בתווך ישנם מקרים רבים שעשויים לעורר שאלות בעניין זה (ראו שם, בפס' קכ). הפסיקה קבעה כי יש לפרש בהרחבה את גדר המצבים אשר יכללו תחת הביטוי "במילוי תפקידו" (שם, פס' קכ). לגבי המבחן המבקש לבדוק האם הפעולה נעשתה לטובת התאגיד, נקבע, בין





בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

השאר, כי כאשר אדם פועל במכוון נגד האינטרס של התאגיד פעולתו לא תחייב את התאגיד אך כאשר הוא פעל הן לטובת החברה והן לטובתו האישית אין בכך כדי להפחית מאחריות החברה בפלילים בגין מעשיו (שם, פס' קכא). עוד צוין כי אף אם המעשה לא היטב בסופו של דבר עם התאגיד אך מטרתו הייתה להיטיב עמו ניתן יהיה לקבוע כי התאגיד יהיה אחראי בפלילים בגין המעשה (ראו עניין בן דרור, פס' 837).

243. יישומם של המבחנים בענייננו מוביל למסקנה כי פרץ לא היה אורגן של התאחדות הקבלנים בכל הקשור לאירועים סביב מכרז עוטף עזה ולא ניתן לייחס את מעשיו להתאחדות הקבלנים. במסגרת המבחן הארגוני עלינו לבחון את תפקידו הפורמלי של פרץ בתאגיד. מבחינה זו הצליחו נאשמי ההתאחדות להראות כי מבחינת מעמדו ותפקידו אין לראות בפרץ אורגן של ההתאחדות. פרץ היה חבר נשיאות ההתאחדות, חבר הנהלת אגף בניה חוזית וחבר ההנהלה המשותפת לאגף בניה חוזית ואגף תשתיות בהתאחדות. סעיף 12 לתקנון ההתאחדות (ת/335) קובע כי רק החלטה והכרעה של הנשיאות לגבי נושאים או הצעות שהובאו לסדר היום על ידי חברי הנשיאות תהיה מחייבת ותייצג את עמדת ההתאחדות.

244. בובליל בעדותו הדגיש כי סעיף 12 נוסח באופן זה מתוך מטרה להבהיר את סמכויות הגורמים השונים בהתאחדות וכדי למנוע מנבחר ציבור מכהנים להציג עצם בתור מי שמייצג את ההתאחדות ופועל מטעמה. באמצעות שינוי התקנון ביקשו לקבוע באופן ברור מי הגוף שהחלטותיו מייצגות את עמדת ההתאחדות ולהבהיר באופן חד משמעי שרק לנשיאות כגוף תהיה הסמכות להכתיב מדיניות ולייצג את ההתאחדות (דיון מיום 4.1.2016 בעמ' 2054-2055). גם עד ההגנה ראול סרוגו שכיום הינו נשיא התאחדות הקבלנים ברוטציה העיד כי חבר נשיאות אינו יכול לייצג את ההתאחדות אלא אם כן הנשיאות הסמיכה אותו לייצגה לגבי עניין מסוים (דיון מיום 14.3.2016 בעמ' 3066-3067). אף פרץ עצמו העיד כי כך התנהלו הדברים (דיון מיום 15.4.2015 בעמ' 1627).

245. נשיאות ההתאחדות, שפרץ היה אחד מחבריה, הינה גוף רחב הכולל 22 חברים. כל חברי הנשיאות הינם נבחר ציבור מתנדבים (עדות בובליל, דיון מיום 4.1.2016 בעמ' 2048-2049). פרץ וחברי הנשיאות האחרים נבחרו לתפקידם על ידי הבוחרים במחוזות השונים והם מייצגים את בוחריהם בפורום נשיאות ההתאחדות, בפורום זה הם משמיעים את קולם, מביעים את דעתם ומציגים את עמדת בוחריהם ואת האינטרסים



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

של המחוז ממנו הם מגיעים (דיון מיום 4.1.2016, עמ' 2050). חברי הנשיאות, אם כן, אינם מקבלים שכר מההתאחדות, הם מתנדבים ותפקידם לייצג את האינטרסים של בוחריהם כדי שיקבלו ביטוי בהחלטות ההתאחדות. בהתאם תקנון ההתאחדות קובע באופן ברור כי חברי הנשיאות יכולים להעלות נושאים לדיון בפורום הנשיאות אך שרק החלטת הפורום בכללותו תייצג את עמדת ההתאחדות. כל אלה מצביעים על כך שהמבחן הארגוני אינו מתקיים בענייננו, מעמדו הפורמאלי של פרץ בהתאחדות מצביע על כך שאין לראות בו אורגן של ההתאחדות לצורך התווית מדיניות מחייבת.

246. גם המבחן הפונקציונאלי מוביל למסקנה שפרץ אינו אורגן של ההתאחדות. כחלק ממבחן זה עלינו לבחון האם הפונקציה שביצע פרץ מצדיקה לראות במעשיו את מעשיה של ההתאחדות. כאמור, פרץ היה חבר נשיאות נבחר ומתנדב. פרץ עצמו העיד כי לא הייתה לו סמכות לקבל החלטות בשם ההתאחדות (דיון מיום 28.4.2015 בעמ' 1808). ראינו כי מבחינת תפקידו הפורמאלי לפרץ לא הוקנו סמכויות לקבל החלטות או סמכויות שלצדן שיקול דעת, המאשימה לא הוכיחה כי בפועל מבחינת הפונקציה שביצע בהתאחדות סמכויותיו ותפקידיו היו נרחבים יותר מאלו שמשתקפים מתוך התקנון. מהראיות שהוצגו בפניי עולה כי תפקידיו של פרץ בפועל התמצו בהשתתפות בישיבות נשיאות ובישיבות אגף בנייה חוזית והעלאת נושאים לסדר היום באותן ישיבות.

247. אומנם, המאשימה טענה כי פרץ השתתף כנציג ההתאחדות בפגישות מול גורמים שההתאחדות עבדה מולם וכי הייתה לו סמכות להפעיל את עובדי ההתאחדות שהיו כפופים לו אך אין בטענות אלה כדי להוביל למסקנה שפרץ צריך להיחשב כאורגן של ההתאחדות. לעניין הפגישות העובדה שפרץ השתתף בפגישות אינה מובילה למסקנה שהוא היה אורגן של ההתאחדות. אומנם פרץ היה חבר נשיאות ההתאחדות, הוא היה קשור להתאחדות ואף השתתף במספר פגישות עליהן הצביעה המאשימה (דיון מיום 9.2.2016, עמ' 2755-2756, 2745-2746, ת/574, ת/571), אולם, אין בעובדה שהוא השתתף באותן פגישות בודדות אשר בהן נכחו גם גורמים נוספים מתוך ההתאחדות, כולל גורמים מקצועיים ובעלי תפקידים בשכר, כדי ללמד שהפונקציה שמילא בהתאחדות מצדיקה לייחס את מעשיו להתאחדות. גם העובדה שפרץ ביקש משחף



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

ומזכירתו סיוע טכני בדברים מסוימים והם סייעו לו אינה מלמדת כי יש לראות בו אורגן של ההתאחדות.

248. שחף העיד לא פעם כי ההתאחדות ראתה עצמה כבית של הקבלנים וביקשה לסייע לקבלנים ולעזור להם. מבחינת שחף וההתאחדות הקבלנים היו לקוחותיה של ההתאחדות (דיון מיום 4.2.2016 בעמ' 2526). מתוך הבנה זו את תפקיד ההתאחדות, התרשמותי היא כי שחף סייע לפרץ כפי שסייע גם לקבלנים אחרים ולעיתים פעל בהתאם למה שביקשו. כפי שנראה גם להלן, רבות מפעולותיו של שחף נבעו מכך שראה עצמו ככתובת לבעיות הקבלנים וביקש לעזור להם. דבריו אלה של שחף היו אמינים עלי והם עולים מתוך התנהלותו בזמן אמת. לכן, העובדה שסייע לפרץ כמו גם לקבלנים אחרים לא נעשתה מתוך ציות לבעל תפקיד בכיר הממונה עליו, אלא בשל האופן שבו תפס וביצע את תפקידו. לפיכך סיוע זה אינו הופך את אותם קבלנים ופרץ בכללם לאורגנים של ההתאחדות שניתן לייחס את פעולותיהם להתאחדות.

249. מכל האמור עולה כי פרץ לא ביצע פונקציה המצדיקה לראותו כאורגן של ההתאחדות. גם בחינת הגדרת תפקידו הפורמאלית מובילה למסקנה שאין לראות בו אורגן. למרות המסקנה הברורה העולה מתוך פנייה לשני מבחנים אלה אמשיך ואתייחס לעדויות וראיות המלמדות שבנסיבות עניינו גם לא ראוי לראות בפרץ כאורגן ההתאחדות. בהקשר זה יש לציין כי העובדה שפרץ הודה בהסדר טיעון כי הוא אורגן של ההתאחדות אינה רלוונטית לדיוננו כאן. הודאתו בעניין זה שהוא עניין משפטי אינה מחייבת את ההתאחדות ובוודאי שלא את בית המשפט. מדובר בהודאה לגבי שאלה משפטית אשר על בית המשפט להכריע בה ועצם אמירתו של פרץ כי שימש כאורגן של ההתאחדות אינה בעלת משקל מבחינה זו. מעבר לכך, יש לציין כי פרץ עצמו אישר בחקירתו הנגדית כי אין לו הבנה משפטית בעניין (דיון מיום 28.4.2015, בעמ' 1807-1809).

250. יתר על כן, כמפורט לעיל, במסגרת הסדר הטיעון הראשון עם פרץ בת"פ 12-09-3799 התחייבה המאשימה (בסעיף 12 לפרטי ההסדר), כי לא תשתמש במסגרת ההליך נגד יתר הנאשמים בהודייתו של פרץ במסגרת ההסדר לגבי היותו אורגן של התאחדות הקבלנים. זו אינדיקציה נוספת לכך שגם לשיטתה אין לאותה הודיה משקל מפליל נגד שאר נאשמי ההתאחדות.



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

251. לא זו אף זו, פרץ העיד כי חשב שאין לו סמכות ויכולת לקבל החלטות באופן עצמאי מטעם ההתאחדות. בהתאם לכך הוא הרגיש שהוא צריך לקבל תמיכה ואישור בכל הקשור לסוגיה של מכרז עוטף עזה והדגיש שהוא אינו האיש המחליט בהתאחדות (דיון מיום 28.4.2015 בעמ' 1807-1808). פרץ לא רק הרגיש שהוא צריך לקבל את אישור ההתאחדות אלא המשיך וטען בתוקף שאישור כזה אכן ניתן לו. לגרסתו של פרץ בישיבת הנשיאות מיום 15.5.2008 העלה את נושא אי הגשת ההצעות למכרז עוטף עזה להצבעה בפורום הנשיאות וחברי הנשיאות הצביעו בהרמת ידיים ותמכו במהלך (דיון מיום 26.3.2015 בעמ' 1436-1437). אולם, טענה זו של פרץ לא הוכחה ברמה הנדרשת במשפט פלילי ואין בידי לקבל את הגרסה כי פרץ אכן קיבל את האישור שהוא עצמו סבר שנדרש לו.
252. הטענה כי בישיבת הנשיאות הצביעו על העניין והחליטו לאשר את המהלך נותרה טענה שנתמכת רק באמירות של פרץ עצמו. גרסה זו הוצגה על ידו בישיבת הנהלת אגף בניה חוזית מיום 15.7.2008. אולם, יודגש כי דיווח זה נמסר על ידו על פני ציר הזמן במועד שבו ההסדר בין הקבלנים כבר גובש ומומשה על ידם ההסכמה שלא לגשת למכרז. מעבר לכך, יש פנים לדעה שדיווח זה מתייחס דווקא להחלטה שבאה לאחר החרמת המכרז וחילוט הערבויות לסייע לקבלנים בעניין זה.
253. לגבי אותה ישיבה הוצגו שני פרוטוקולים מודפסים אשר אחד מהם הודפס לאחר שעו"ד לרר ביצע תיקונים בפרוטוקול הראשון (עדות לרר – דיון מיום 14.9.2014 בעמ' 722, נוסח מודפס ראשוני הוגש וסומן ת/421, תיקוני עו"ד לרר על הפרוטוקול סומנו ת/550 והנוסח המודפס הסופי הוגש וסומן כ-ת/387) מכל הנוסחים עולה כי באותה ישיבה של אגף בניה חוזית פרץ טען כי הציג בישיבת הנשיאות את המהלך שהתחיל כנגד המכרז ופורום הנשיאות החליט לגבות את המהלך. לדבריו, ההחלטה בישיבת הנשיאות התקבלה למרות שעו"ד לרר ציין כי ישנם סיכונים שעולים מבחינת הגבלים עסקיים. כאמור, עו"ד לרר ביצע מספר שינויים בפרוטוקול בין השאר תיקן חלק מאמירתו של פרץ. כאשר נשאל על התיקונים בחקירתו ברשות ציין כי אם בוצע שינוי הרי זה מפני שלא הייתה אף פעם ישיבת נשיאות בה נאמר שהנשיאות מגבה את המהלך (ת/559 ש' 125-122). בעדותו חזר עו"ד לרר על דברים אלה (דיון מיום 14.9.2014 בעמ' 723-724).



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

254. בנוסף, באותו פרוטוקול, מיד אחרי שפרץ מתייחס להחלטת הנשיאות לתמוך במהלך הקבלנים, נכתב שהוא הוסיף וציין כי חוות דעת נוספת של עורך דין הצביעה על כך שיש סכנה שהקבלנים יכולים להימצא בבית משפט בדין פלילי (ת/421, ת/387). בעדותו אמר פרץ כי כשדיבר על חוות הדעת התכוון לחוות הדעת של משרד הרצוג פוקס נאמן (דיון מיום 28.4.2015 בעמ' 1866-1867). אין ספק שחוות דעת זו ניתנה לאחר אי הגשת ההצעות במסגרת המכרז ולאחר חילוט הערבויות. ההתאחדות אכן תמכה בפנייה למשרד עורכי הדין ובניסיון להשיב את הערבויות שחולטו לאחר שההצעות לא הוגשו ובהחלט ייתכן שדבריו של פרץ שנאמרו כאן כוונו דווקא לתמיכה בניסיון להשיב את הערבויות שחולטו.

255. מהמורם עולה כי הטענה כי נערכה הצבעה בנשיאות שהוחלט בה מראש לתמוך במהלך הקבלנים נותרה טענה בודדת בנוף הראיות שהוצגו. כל שמבסס אותה הן אמירותיו של פרץ ואין כל ראייה או עדות נוספת התומכת בהן. מעבר לכך, כפי שנראה מיד הטענה לא עולה מהפרוטוקולים מזמן אמת של ישיבת הנשיאות ואיש מהעדים שהעידו במהלך המשפט לא תמך בה. פרץ עצמו אישר כי למרות שהתכוון לבקש את אישור הנשיאות לא ביקש לפני הפגישה שהדבר יירשם בסדר היום לקראת הישיבה (דיון מיום 28.4.2015 בעמ' 1812). כאמור, פרץ טען תחילה כי למרות שהנושא לא עמד על סדר היום של הישיבה הוא כן הציג את הדברים במהלך הישיבה, בעקבות זאת נערכה הצבעה והוחלט לתמוך במהלך (דיון מיום 26.3.2015 בעמ' 1437). בשלב מאוחר יותר של עדותו פירט כי הנושא נדון בישיבה וכי עו"ד לרר אמר שמדובר במהלך "אפור" ובכל זאת התקיימה הצבעה והוחלט כי ההתאחדות תתמוך במהלך.

256. כאשר נשאל פרץ מדוע לא נרשמו כל הדברים האלה בפרוטוקול לא הייתה לו תשובה לכך. פרץ גם לא הציע כל תשובה או הצדקה לכך שהפרוטוקול אינו מזכיר כלל את ההצבעה וההחלטה שהוא תיאר (דיון מיום 28.4.2015 בעמ' 1843-1841). פרץ אף העיד כי מדובר באירוע חריג בהתאחדות והסכים שמדובר בעניין מרכזי ומהותי ושלא סביר שדבר כזה לא יופיע בפרוטוקול. למרות זאת לא הציע הסבר לשאלה כיצד ייתכן שבסופו של יום הפרוטוקול לא מזכיר אף לא ברמז את מהלך העניינים המתואר (דיון מיום 28.4.2015 בעמ' 1816-1814, 1825).



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקאל ואח'

257. מעבר לכך, עדים נוספים שנכחו בישיבת הנשיאות העידו כי אין הם זוכרים שהתקיימה הצבעה בעניין מכרז עוטף עזה. יוסי לוינסקי שהיה בתקופה הרלוונטית חבר נשיאות ההתאחדות ונכח בפגישה (דיון מיום 14.3.2016 בעמ' 3008) העיד כי לא התקיימה בה הצבעה. הוא הדגיש כי עדותו מבוססת על כך שזה מה שהוא זוכר מהישיבה ועל כך שהדבר אינו מופיע בפרוטוקול. בנוסף לדבריו, לא ייתכן שקיום הצבעה בנושא כלשהו לא היה מוצא ביטוי בפרוטוקול וכי קיום הצבעה הוא דבר נדיר שאינו מתקיים כדבר שבשגרה בנשיאות (דיון מיום 14.3.2016 בעמ' 3035-3036).
258. ראול סרוגו, שהיה בתקופה הרלוונטית לכתב האישום חבר בנשיאות וכן כיהן בתפקידים נוספים בהתאחדות (דיון מיום 14.3.2016 בעמ' 3046-3047) ונכח בפגישה העיד כי חד משמעית לא הייתה הצבעה (דיון מיום 14.3.2016 בעמ' 3062). אביגדור פרויד שכיהן אף הוא בתקופה הרלוונטית לכתב האישום כחבר נשיאות (דיון מיום 14.3.2016 בעמ' 3100-3101) ונכח אף הוא בפגישה, העיד כי לא הייתה שום הצבעה בעניין ושלא התקבלה החלטה שמובילה את ההתאחדות לדרך הזאת (דיון מיום 14.3.2016 בעמ' 3116-3117).
259. מכלול נתונים אלה הביא אותי לפקפק באמינות גרסתו של פרץ בעניין זה ולקבוע כי אין לבסס עליה ממצא עובדתי בנדון. הטענה כי נערכה הצבעה והתקבלה החלטה נותרה אמירה יחידה של פרץ שלא רק שאין לה כל תמיכה בראיות אחרות אלא שהיא נסתרת גם ע"י פרוטוקול הישיבה וגם ע"י עדויות שאר המשתתפים שלא נטען כי תיאמו גרסאות ביניהם. אני סבור כי גרסת פרץ אינה נכונה והיא הועלתה על ידו בדיעבד כדי להוסיף נופך של אמינות לטענתו כי פעל מול הקבלנים בשם ההתאחדות. דברים אלה מחזקים את המסקנה כי פרץ לא שימש כאורגן של ההתאחדות בישיבות הקבלנים וכי לא ראוי לייחס את מעשיו להתאחדות.
260. תמיכה נוספת במסקנה שאין לייחס את מעשיו של פרץ להתאחדות ניתן למצוא גם באופן שבו הבין פרץ עצמו את פעילות ההתאחדות ותפקידה בכל הנוגע למהלך הקבלנים. פרץ העיד במפורש כי הוא סבור שההתאחדות תמכה במהלך והביעה סימפטיה ורצון לעזור לקבלנים, אבל לא עמדה מאחורי המהלך (דיון מיום 26.3.2015, בעמ' 1440). דבריו משתלבים בדברי בובליל בעדותו שאכן הייתה סימפטיה למצבם של הקבלנים בכלל וקבלני מכרז עוטף עזה בפרט אך לא התקבלה כל החלטה לגבות



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

את המהלך או לתמוך בו (דיון מיום 6.1.2016 בעמ' 2153-2154, דיון מיום 13.1.2016 בעמ' 2262-2264). מסקנות אלה אינן משתנות נוכח העובדה שפרץ, כפי שנראה להלן, חתם על מסמכים שהיוו חלק ממהלך הקבלנים בשם "מטה המאבק בהתאחדות" (ראו ת/256). מסמכים אלה יעמדו במרכז הדיון באישום השני. כאן אציין כי מהראיות עולה כי מטה המאבק היה יציר כפיו של פרץ ולא גורם רשמי שהוקם על ידי ההתאחדות (דיון מיום 26.3.2015 בעמ' 1450-1451). אכן בהתאם המאשימה לא הצביעה על כל ראיה שמלמדת על קיומו של גוף זה. באופן דומה גם הניסוח של פרץ בסוף מסמך עליו חתמו קבלני מכרז עוטף עזה ויידון להלן (ת/257-ת/267) לפיו ההתאחדות תומכת בעמדת הקבלנים, לא סותר את המסקנה כי פרץ לא פעל כאורגן ההתאחדות ולא ראוי לייחס את מעשיו להתאחדות.

261. לכל אלה מצטרפת העובדה שפרץ היה קבלן מדף ובעל אינטרס אישי מובהק בדברים. פרץ העיד כי הוא ראה בעליית מחירי הברזל איום ממשי ומלחמת קיום הוא טען ש"האדמה בערה" והרבה קבלנים נכנסו לקשיים (דיון מיום 26.3.2015 בעמ' 1417). כלומר, היה לו אינטרס אישי מובהק להביא לשינוי תנאי המכרז אשר הוא חשש ממנו מאוד ונוח היה לו להציגו מול הקבלנים האחרים כמהלך הנתמך ואף מותווה על ידי ההתאחדות. האינטרס האישי המשמעותי שלו מצטרף כמובן לכל שנאמר עד כה ומחזק את המסקנה כי פרץ לא פעל במסגרת התארגנות כאורגן של ההתאחדות, הוא לא ראה עצמו בזמן אמתי כאורגן ולא ניתן לראות בו מבחינה משפטית ועובדתית כאורגן של ההתאחדות לעניין קביעת קו פעולה מטעמה. משהגענו למסקנה זו נשמט הבסיס תחת טענות המאשימה בחלקו השני של האישום הראשון. עם זאת, למען שלמות הדיון אתייחס כעת לטענותיה בענייננו של שחף.

ייחוס פעולות שחף להתאחדות:

262. כאמור לעיל, בכתב האישום ובכתב האישום המתוקן ייחסה המאשימה להתאחדות גם את פעולותיו של שחף. בעוד שלגבי פרץ התייחסה המאשימה במפורש הן לנוכחותו בפגישות והן לפעולותיו בפגישות ובעקבותיהן, הרי שלגבי שחף כל שציינה המאשימה בהם הוא ששחף השתתף, לכל הפחות בשתי פגישות בהן נכחו חלק מקבלני המדף אשר נערכו במתקני ההתאחדות או במשרדיו הסמוכים של עו"ד לרר ובהן קידמו המשתתפים מהלך לפיו כל קבלני המדף יימנעו מלהגיש הצעות במסגרת שלב ב' של



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

המכרז ככל שלא תתקבלנה טענותיהם נגד המכרז. כלומר, המאשימה ייחסה לשחף רק **השתתפות בישיבות** ולא ייחסה לו כל פעולה מחוץ להן או לאחריהן.

263. משקבעתי שלא ניתן לייחס את פעולותיו של פרץ להתאחדות, פעולותיו של שחף לבדו אין בהן כדי לבסס את חלקו השני של האישום הראשון. להלן אציג בקצרה את הטעמים שעומדים ביסוד מסקנתי זו, אצביע על כך שהמאשימה הרחיבה בסיכומיה וייחסה לשחף מעשים ופעולות שלא ייחסה לו בכתב האישום ובכתב האישום המתוקן ולא ניתן לבסס הרשעה על בסיסם. בכל מקרה, אף אם הייתי מוצא שיש מקום להתייחס לפעולות הנוספות שמתארת המאשימה הרי שמסקנתי היא שאין הן יכולות לבסס את יסודות עבירת קו הפעולה בוודאי לא כשהן עומדות לבדן כפעולות היחידות שמיוחסות להתאחדות.

264. כאמור בכתב האישום ובכתב האישום המתוקן יוחסה לשחף בסופו של יום רק נוכחות בפגישות הקבלנים כעובדה המבססת את חלקו בקביעת קו הפעולה מטעם ההתאחדות. בסיכומיה לעומת זאת הקדישה המאשימה לדיון בפעולות נוספות של שחף ובמשמעותן כ-22 עמודים אשר במסגרתם התייחסה גם לפעולות רבות שביצע שחף לאחר הפגישות. המאשימה התייחסה, בין היתר, לשיחות טלפון שקיים שחף על פי הנטען עם עו"ד לרר ועם מנכ"ל חברת עמיגור, שהייתה אחראית מטעם משרד השיכון על פרויקט מיגון עוטף עזה. בנוסף עסקה המאשימה באופן בו הבין שחף את קריאות ההתאחדות במכתב ובמודעה וכן סקרה פעולות שביצע לאחר שכל הקבלנים, פרט לסלטי, לא הגישות הצעות במסגרת שלב ב' של מכרז עוטף עזה. ההתייחסות למכלול פעולות אלה מהווה הרחבת חזית ברורה שאין להתירה.

265. המאשימה הגישה את כתב האישום לאחר חקירה ארוכה, שבמסגרתה נחקרו ברשות מרבית המעורבים כולל שחף ולאחר שנתפסו מסמכים רבים הקשורים לפרשה ולטענות עליהן מבוססת הרחבת החזית בסיכומים. במהלך ההליך לא התגלה מידע חדש שלא היה ידוע למאשימה בטרם הגשת כתב האישום וממילא גם לא הוגשה כל בקשה לתיקון כתב האישום, שמטרתה להתוות את יריעת המחלוקת בפני הנאשמים ולהעמידם בפני טענות נוספות או חדשות שבפניהן שומה עליהם להתגונן. לא ניתן, אם כן, לבסס הרשעה על בסיס כל אותם מעשים נוספים שבחרה המאשימה להתייחס אליהם רק במסגרת סיכומיה. עם זאת, ומעבר לדרוש, נראה להלן כי אף אם הייתי



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

מתייחס לכל אותם מעשים נוספים בהם דנה המאשימה, הרי שלא די בהם כדי להביא להרשעת ההתאחדות ונאשמה במסגרת חלקו השני של האישום הראשון.

266. בטרם אתייחס לפעולות הנוספות המיוחסות לשחף ולמשמעות המפלילה שהמאשימה מבקשת לייחס להן כלפי ההתאחדות אתייחס תחילה לטענות המאשימה בנוגע לנוכחותו של שחף בפגישות. פגישת הקבלנים הראשונה נערכה, כאמור, ב-15.5.2008. מסיכומי המאשימה עולה כי בסופו של דבר כל שמייחסת המאשימה לשחף בקשר לפגישה הראשונה הוא נוכחות בה ואין היא טוענת כי שחף ארגן או יזם את הפגישה. אכן אין מחלוקת כיום כי שחף נכח בפגישה, ואף עדכן את הקבלנים כי פניית ההתאחדות לעמיגור במטרה להביא להצמדת מחירי הברזל במסגרת מכרז עוטף עזה נענתה בשלילה (דיון מיום 4.2.2016 בעמ' 2593-2594 לפרוטוקול, ס' 1054-1053 לסיכומי המאשימה וס' 43-44 לסיכומיו של שחף), אולם המאשימה אינה משייכת אמירות אלה לקו הפעולה.

267. בהחלטתי במסגרת הליך זה מיום 19.12.2012 ציינתי כי לשיטתי המלצה על קו פעולה אינה יכולה להיעשות על ידי פעולה פאסיבית של איגוד עסקי, כלומר, כדי לקבוע כי איגוד עסקי המליץ על קו פעולה או קבע קו פעולה לחבריו יש להראות כי התבצעה פעולה אקטיבית כשלהי (ראו פס' 32 להחלטה). כפי שציינתי שם לטעמי עצם נוכחותו של אורגן של איגוד עסקי בהתכנסות שבה נדונה עריכתו של הסדר כובל בין חברים באותו איגוד ללא פעולה נוספת מצדו אינה יכולה להיחשב כשלעצמה כהמלצה או כקביעה של האיגוד ועל כן לא יכולה לעלות כדי עבירה של קו פעולה. בסופו של דבר המאשימה לא מייחסת לשחף כל פעולה הנוגעת למכרז עוטף עזה מעבר לנוכחות בעת שעלתה ההצעה והחלה להתגבש ההסכמה כי ככל שלא ישונו תנאי המכרז לא יגישו הקבלנים הצעות למכרז. דעתי היא כי נוכחות שכזו אינה עולה כדי קו פעולה.

268. בהקשר זה אוסיף כי ניתן לתהות האם שחף אכן פעל כאורגן ההתאחדות והאם ניתן לייחס את מעשיו להתאחדות. המאשימה הקדישה לשאלה זו ארבע פסקאות קצרות וציינה רק כי שחף שימש בתקופה הרלוונטית מנהל אגף תשתיות ובנייה חוזית בהתאחדות הקבלנים וסמנכ"ל ההתאחדות (להפנות לסיכומים). המאשימה הדגישה בפסקאות אלה כי שחף הינו שכיר בהתאחדות ובין השאר פעל מול מזמיני עבודה



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

ציבוריים וכן פעל בנושאים מסוימים באופן עצמאי. הנאשמים מצדם לא התייחסו לשאלה האם שחף הינו אורגן ההתאחדות.

269. אינני סבור שמעמדו של שחף בארגון כפי שעלה מן הראיות הן מבחינת מעמדו הפורמלי בהתאחדות והן על פי המבחן הפונקציונלי כפי שהוצגו לעיל במפורט במסגרת הניתוח לגבי פרץ מאפשר לראות בו בנסיבות העניין, בהתייחס לנוכחותו בפגישות הקבלנים אורגן של ההתאחדות, מה גם שלפי גישת המאשימה בכתב האישום הוא לא נקט בפגישות אלו פעולה אקטיבית כדי לעודד את המהלך (בשונה מטענתה בסיכומים לגבי מסר מפורש שהעביר מבובליל לנוכחים בפגישה השנייה טענה אותה מצאתי לדחות כפי שיפורט להלן).

270. אדגיש כי בהתייחס לנוכחותו של שחף בפגישה הראשונה אינני מקבל את טענותיו כי במהלכה הפגישה הראשונה כלל לא התגבשה בין הקבלנים שנכחו בפגישה הסכמה בנוגע לאי הגשת הצעות במסגרת המכרז. לעמדותי גרסה זו שאינה תואמת את המציאות כהווייתה, נועדה להרחיק עצמו מן האישום. אולם, על אף דחיית גרסתו בנדון, עצם נוכחותו בפגישה אינה מעלה ואינה מורידה ואינה יכולה לבסס ממצא של קביעה או המלצה של קו פעולה על ידי ההתאחדות באמצעותו.

271. בכל הנוגע להשתתפותו של שחף בפגישת הקבלנים השנייה המאשימה בסיכומיה חורגת מהאמור בכתב האישום המייחס לשחף רק נוכחות שותקת וטוענת כי במהלך הפגישה אמר לקבלנים שנכחו בה כי בובליל תומך במהלך של אי הגשת הצעות במסגרת המכרז. אולם, גם בהתעלם מהעובדה רבת המשמעות והבלתי מוסברת שהמאשימה נמנעה מלכלול טענה זו, הן בכתב האישום המקורי והן בזה המתוקן, הטענה לא הוכחה על ידי המאשימה בוודאי לא מעבר לספק סביר ואינה מאפשרת לקבוע ממצא לחובת שחף ודרכו לחובת ההתאחדות.

272. הטענה האמורה נסמכת בעיקרה על הנקודות ששחף עצמו רשם בפגישה השנייה (ת/441). ברשימותיו בפגישה כתב שחף מספר נקודות חלקן בצד ימין של הדף וחלקן בצד שמאל, כאשר בין הצדדים מפריד קו שצייר שחף לאורך הדף. כל שכתב שחף בצד שמאל של הדף הוא "תמיכה של ניסים לא יכולים להשתתף". המאשימה הציגה בסיכומיה ניתוח מדוקדק של מספר סיכומי פגישות שכתב שחף, במחברת שבה השתמש, כדי להראות שבצד שמאל נוהג שחף לכתוב את הדברים שהוא עצמו רוצה



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

להעלות בפגישות ואילו בצד ימין הוא מציין נקודות שונות שעולות במהלך הפגישות. שחף עצמו העיד כי אכן לפני פגישות הוא נוהג לכתוב בצד שמאל של הדף במחברתו סוגיות שהוא מתכוון להעלות בפגישות וכן לסמן "✓" לצד נושאים שהוא עדכן לגביהם בפועל (דיון מיום 9.2.2016 בעמ' 2738). מאחר שהאמירה "תמיכה של ניסים לא יכולים להשתתף" מופיעה בצד שמאל של הדף טוענת המאשימה כי מדובר בעדכון שהציג שחף בפני הקבלנים במהלך הפגישה.

273. אין בידי לקבל את הניתוח שהציע המאשימה בנדון. שחף עצמו, שהוא כמובן עורך המסמך, טען גם בעדותו וגם במסגרת הודעתו ברשות כי דברים אלה נאמרו על ידי פרץ שציין בפגישה כי הוא יבקש מבובליל לתמוך במהלך (דיון מיום 7.2.2016 בעמ' 2627-2629; ת/5 בעמ' 33-34). המאשימה מבקשת לדחות את גרסתו אולם גרסתו נתמכת בראיות נוספות. ראשית, סיכום פגישת הקבלנים מיום 18.5.2008 לא נכתב במחברת של שחף (ת/184), שעל צורת הכתיבה בה מסתמכת המאשימה, אלא על גבי נייר מכתבים של התאחדות הקבלנים (ת/441). שחף ככל הנראה לקח דף בחדר הישיבות במהלך הפגישה או מיד לפניו. כלומר, לא מדובר בנקודות ששחף כתב במחברתו לפני הפגישה כפי שהוא נוהג בדרך כלל אלא בנקודות על דף שנכתב תוך כדי הפגישה עצמה, דבר שמחליש את טענת המאשימה כי שחף הגיע לפגישה מוכן לאחר שכתב לעצמו נקודות שהוא מתכוון להעלות.

274. שנית, הסתמכותה של המאשימה על אופן הכתיבה של שחף במחברת דווקא מחלישה את קו הטיעון שלה בנדון. בסיכומי הפגישות אשר המאשימה הפנתה אליהם את שחף במהלך עדותו (סיכומים ממחברתו – ת/184) מופיעים סימני "✓" לצד חלק מהנקודות. שחף העיד כי הוא מסמן "✓" לצד נקודות שהוא אכן העלה בשיבות בפועל. לצד הנקודה המתייחסת לתמיכה של ניסים (הכוונה לבובליל) לא מסומן "✓". כלומר, לפי הניתוח של המאשימה עצמה את אופן רישומיו של שחף עולה, כי הוא לא העלה את הנקודה במהלך הפגישה. המאשימה לא הצליחה לסתור טענה זו העולה מחקירתה שלה ולא הציגה נתונים אחרים ביחס לדרך הרישום.

275. שלישית, מלבד רישומיו של שחף הראיה היחידה הנוספת שהציגה המאשימה כדי לבסס את טענתה היא עדותו של נוימן. בהקשר זה הפנתה המאשימה לאמירתו של נוימן בהודעתו ברשות לפיה תמיכת ההתאחדות במהלך התבטאה בכך שהוצג בפני



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

הקבלנים בפגישה ציטוט של בובליל אשר מביע תמיכה מלאה בעמדתם שלא לגשת למכרז (ת/523 ש' 556-561). אולם, באותה אמרה נוימן אינו מזהה את שחף דווקא כמי שהציג את הציטוט. בנוסף, המאשימה טענה כי נוימן חזר על הדברים בעדותו (דיון מיום 21.3.2016 עמ' 3133-3134). אולם עיון בדברים בהקשרם המלא מלמד כי נוימן דווקא ייחס את הציטוט מדברי בובליל במפורש **לפרץ ולא לשחף** (שם, בעמ' 3131). יתר על כן דווקא מהמובאה הספציפית מדבריו, שאותה הציגה המאשימה כתמיכה לגרסתה עולה כי נוימן לא ייחס את הציטוט לשחף. לפי אותה מובאה, בתשובה לשאלת ב"כ נאשמי ההתאחדות שבאה בהמשך לאותה אמירה, האם שמע את אותו ציטוט מפי "פולדי פרץ או מפי מישהו אחר" השיב אמנם נוימן במילה "נכון", אבל לא נקב בשמו של שחף.

276. מעבר לאמור, חשוב לציין שהמאשימה לא הצליחה להצביע על כל אמירה או ראיה נוספת המבססת את טענתה כי שחף הוא זה שדיווח לקבלני המדף כי בובליל תומך במהלך. למרות שהמאשימה הרבתה להתבסס על עדויות קבלני המדף כדי לבסס את טענותיה במסגרת חלקו השני של האישום הראשון דווקא טענתה לגבי אמירתו של שחף לא מגובה באף עדות נוספת פרט לעדותו של נוימן שאינה מאפשרת לבסס ממצא ברור בנדון.

277. לעניין זה יש חשיבות מיוחדת משום שאחד מקווי ההגנה העיקריים של רבים מקבלני המדף במסגרת האישום השני מתבסס על מעורבות ההתאחדות בכל הקשור למכרז עוטף עזה ועל הטענה כי המהלך של הקבלנים נולד כתוצאה מפעילות ההתאחדות. לאור קו הגנה זה ניתן היה לצפות שאם שחף אכן אמר את הדברים הקבלנים יעידו כי שחף הביא בפניהם את תמיכתו הברורה של בובליל במהלך. אולם אף קבלן, כולל נוימן, לא העיד כי אותה אמירה באה מפיו.

278. עולה אם כן, שכל שמבסס את טענת המאשימה לגבי אמירתו של שחף בפגישת הקבלנים השנייה הוא סיכום הפגישה ששחף עצמו כתב ואשר הוא הציג הסבר מספק לגביו הסותר את טענת המאשימה וכן עדותו של נוימן שאינה יכולה לבסס את גרסת המאשימה. לכן, אין בידי לקבל את הטענה ששחף אמר לקבלנים במהלך הפגישה השנייה שבובליל תומך במהלך.



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

279. המאשימה התבססה על חלקים אחרים בסיכום הפגישה שכתב שחף (ת/441) כדי לטעון שחלק מהמשימות שהוא כתב לעצמו להמשך נוגעות למתן גיבוי לקבלנים. שחף הכחיש כי מדובר במשימות להמשך שכתב לעצמו. לצורך דיון זה אין צורך להכריע בדברים שכן המאשימה לא טענה כי שחף ביטא את הדברים הללו במהלך הפגישה, אף אם אכן סבר שבהמשך לפגישה יש להעניק גיבוי לקבלנים. בנוסף, כאמור, מאחר שהמאשימה לא ייחסה לשחף במסגרת כתב האישום כל פעולה מעבר להשתתפותו בפגישות לא ניתן לבסס הרשעה על בסיס פעולות נוספות שלו לתמיכה בקבלנים שלא במסגרת הפגישות גם אם נעשו. בכל מקרה, כפי שיוצג מיד, המאשימה בסופו של דבר לא הצביעה על פעולה נוספת של שחף אשר יכולה לבסס עבירה של קו פעולה.

280. כאן המקום להתייחס בקצרה גם לכל אותן טענות שמעלה המאשימה ביחס לפעולות הנוספות של שחף. המאשימה מתייחסת בעניין זה למספר פעולות אשר נטען שביצע שחף בין שתי פגישות הקבלנים וכן לאחר הפגישה השנייה. המאשימה מתייחסת, בין השאר, לשיחת טלפון שקיימו שחף ועו"ד לרר עם מנכ"ל עמיגור ועם עורך דינה של עמיגור לפני הפגישה השנייה במטרה לתאם פגישה עם נציגי עמיגור. בנוסף, המאשימה סוקרת את פעולות שחף לאחר הפגישה השנייה ובמסגרת זו טוענת כי פרץ עדכן את שחף לגבי החלטת הקבלנים לא לגשת למכרז (דיון מיום 7.2.2016 בעמ' 2698), כי שחף ומזכירתו סייעו בפן הלוגיסטי לקבלנים וכי שחף עדכן במהלך ישיבת הנהלת אגף תשתיות לגבי החלטת קבלני מכרז עוטף עזה לא לגשת למכרז. כמו כן, מתייחסת המאשימה לפעולותיו של שחף לאחר שחלף מועד הגשת ההצעות למכרז ולאחר שהקבלנים (פרט לסלטי) לא הגישו הצעות במסגרת שלב ב' של המכרז.

281. טענותיה של המאשימה בעניין פעולות אלה אינן יכולות לבסס הרשעה בעבירה של קו פעולה במסגרת חלקו השני של האישום הראשון. מעבר לכך שהן מהוות הרחבת חזית פסולה, אין בהן לגופן די כדי לגבש את יסודות העבירה. המדובר בעיקר באירועים שהתרחשו לאחר שהתגבשו ההסכמות בין הקבלנים וחלקם לאחר שחלף מועד הגשת ההצעות במסגרת המכרז ואף לא אחד מהם התקיים בנוכחות הקבלנים. בסופו של יום כל שהוכח בעניינו של שחף הוא כי הוא נכח בפגישות הקבלנים. הראיות שעוסקות בפעולות הנוספות של שחף אינן משנות ממסקנה זו. **לפיכך אין לייחס לשחף הבעת תמיכה מטעם ההתאחדות וכאורגן שלה במסגרת שתי הפגישות.**



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

282. אמנם, הפעולות השונות המתוארות לעיל מצביעות על גילוי אהדה לצעדי הקבלנים ועל ניסיון לסייע להם. ההתאחדות גם העניקה לקבלנים סיוע טכני ולוגיסטי שהיה בו לסייע להתגבשות ההסדר ביניהם. בנוסף, אין גם ספק שהמהלך של הקבלנים עלה בקנה אחד עם עמדת ההתאחדות שמצאה ביטוייה בקו הפעולה עליו המליצה ההתאחדות לקבלנים במסגרת מודעת הנשיא ומכתב המנכ"ל שפורסמו על פני ציר הזמן בסמיכות למהלך הקבלנים.

283. עם זאת, ההתאמה בין מהלך הקבלנים לבין עמדתה המוצהרת של ההתאחדות והסיוע שניתן לו אין די בהם כדי לגבש את יסודות עבירת קו הפעולה. זאת, בעיקר, משום שמדובר במהלך של הקבלנים עצמם שנולד בקרב אחדים מהקבלנים ולא ביוזמת ההתאחדות או על פי המלצתה. כפי שיתבהר בהמשך הקבלנים החלו במהלך משותף עוד קודם לפגישות בהתאחדות. כבר במהלך סיור הקבלנים, שנערך ביום 12.5.2008 התלונונו הקבלנים על תנאי המכרז וחתמו על עצומה שניסח הנאשם 8, קן תור. בעצומה זו, אשר כל הקבלנים שנכחו בסיור חתמו עליה, ביקשו הקבלנים פיצוי מיוחד בגין עליית מחירי הברזל (ת/276). קן תור העביר עצומה זו להתאחדות ושחף צירף אותה למכתב שנשלח מטעם ההתאחדות למנכ"ל עמיגור בנוגע לעליית מחירי הברזל ולקשיים שהדבר גורם מבחינת קבלני מכרז עוטף עזה. במסגרת המכתב שחף ביקש מעמיגור שיתחשבו בסוגיית מחירי הברזל במסגרת המכרז (ת/475). בתשובה למכתב זה ענתה עמיגור כי הסוגיה הועברה למשרד השיכון והתקבלה הנחייה כי אין לחרוג מכללי המכרז (ת/275).

284. להלן ארחיב בנושא זה, אך בשלב זה די בכך שהמהלך המשותף של הקבלנים החל במהלך סיור הקבלנים ב-12.5.08 ובהמשך התגבש לכדי הסדר כובל. לאחר סיור הקבלנים וככל שהמשיך והתגבש המהלך גורמים בהתאחדות סייעו לקבלנים, פגישות הקבלנים עצמן התקיימו במשרדי ההתאחדות ופקסים ומכתבים נשלחו ממשרדי ההתאחדות. אולם, המהלך עצמו היה מהלך עצמאי של הקבלנים ובסופו של דבר הם אלו שגיבשו הסדר כובל. זו גם עמדתה של המאשימה שייחסה לקבלנים באישום השני עבירה של הסדר כובל. לשיטתי עצם סיועה של ההתאחדות למהלך שיזמו הקבלנים ותמיכתה בו המיוחסים להתאחדות בחלקו השני של האישום הראשון אינם משכללים



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

מבחינה עובדתית ומשפטית עבירה של קביעת קו פעולה לחבריה או המלצה ברורה אשר לאורה הסדירו חברי האיגוד את פעולתם.

285. לעיל דנתי במסגרת הנורמטיבית הנוגעת לסעיף 5 לחוק ההגבלים העסקיים ולעבירת קו הפעולה. בין השאר, הצגתי את עמדת הפסיקה לפיה תכליתו של סעיף 5 היא בעיקר להתמודד עם מצב בו חברי האיגוד העסקי פועלים בהתאם ל"המלצותיו" של האיגוד מבלי כל תיאום בינם לבין עצמם. במצב זה עשוי להיות קושי בהטלת אחריות על חברי האיגוד על פי עבירת ההסדר הכובל שכן ייתכן שחברי האיגוד פעלו בהתאם להמלצת האיגוד, התחרות נפגעה מכך אך לא מתקיימים יסודות ההסדר הכובל.

286. עבירת קו הפעולה נועדה לפתור קושי זה ולאפשר הטלת אחריות פלילית הן על חבר איגוד הפועל על פי המלצת האיגוד העסקי והן על האיגוד העסקי עצמו (ראו לעיל וכן עניין בורוביץ' בפס' 101). לצד קביעה זו הודגש בעניין בורוביץ' כי חבר באיגוד עסקי יכול להיות מורשע גם בעבירת הסדר כובל ואין בכך שהפעולה התבצעה במסגרת איגוד עסקי כדי להקנות לחבר האיגוד הגנה (ראו בורוביץ' שם). הצד השני לדעתי של קביעות אלה הוא שלא כל פעולה של חבר איגוד עסקי המהווה עבירה על חוק ההגבלים תוליד באופן אוטומטי עבירת קו פעולה מצד האיגוד העסקי.

287. הנסיבות הסובבות את חלקו השני של האישום הראשון אינן מציירות קו פעולה ברור הנכנס ללא קושי לגדרי הסעיף. זאת בוודאי לנוכח קביעתי כי פרץ ושחף לא השתתפו בפגישות כאורגנים של ההתאחדות וכי לא ניתן לראות בדבריו של פרץ במהלכן משום מסר מוסמך מטעם ההתאחדות. העובדה שהקבלנים נפגשו במשרדי ההתאחדות לצורך גיבוש ההסדר, נוכחותם של פרץ, שחף ולרר בחלק מהפגישות והיותו של פרץ, קבלן מדף שהיה ממובילי ההתארגנות, חבר בנשיאות ההתאחדות, אינם יכולים כשלעצמם לגבש עבירה של קו פעולה מטעם ההתאחדות. הדגש לדידי הוא שמדובר בפעולה שנולדה בקרב הקבלנים, אשר הם עמדו מאחוריה, הם שתאמו אותה והם שחתמו על המסמכים שנותנים לה ביטוי. נאשמי ההתאחדות הראו כי לא הוכח, בוודאי לא מעבר לספק סביר, שהתקבלה החלטה על ידי הגורמים המוסמכים של ההתאחדות לתמוך במהלך הקונקרטי וכי נאמר לקבלנים על ידי גורם מוסמך המייצג את ההתאחדות במסגרת הפגישות שהיא תומכת במהלך ומעודדת אותו.



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

סיכום ביניים – חלקו השני של האישום הראשון

288. המסקנה העולה מן האמור היא כי יש לדחות את טענות המאשימה בדבר קביעתו של קו פעולה על ידי ההתאחדות במסגרת פגישות הקבלנים שהתבטא במעשים ואמירות של פרץ ושל שחף כאורגני ההתאחדות ויש לזכות את נאשמי ההתאחדות מהעבירה המיוחסת להם בהתייחס לחלק זה.

הכרעה באישום הראשון:

289. לאור האמור אני מזכה את נאשמי ההתאחדות מהעבירה של קו פעולה לפיו סעיף 47(א)(1) בצירוף סעיפים 5, 2(א), 2(ב)(1), 2(ב)(2), 2(ב)(4) ו-4 לחוק ההגבלים העסקיים המיוחסת להם בנוגע לפעולות המתוארות בסעיף 62 לכתב האישום (כולל תיקונו בהתאם לבקשה מיום 3.1.2013 והחלטה מיום 19.2.2013 במסגרתה קיבלתי את הבקשה לתיקון כתב האישום). לעומת זאת, אני מוצא להרשיע את בובליל, גורדון וההתאחדות בעבירה של קו פעולה לפי הסעיפים המפורטים בנוגע לפעולות המתוארות בסעיפים 60-61 לכתב האישום. לגבי ההתאחדות ההרשעה היא בצירוף סעיף 23(א)(2) לחוק העונשין. כמבואר לעיל, הרשעתם של בובליל ושל גורדון נובעת מאחריותם הישירה כצד לעבירה ואינה נובעת מאחריות לפי סעיף 48 לחוק ההגבלים העסקיים. בכל הנוגע לשחף המאשימה לא ביקשה בסיכומיה לייחס לשחף אחריות מנהלים לגבי פרסום המכתב והמודעה מושא האישום הראשון ולא נטען כי הוא היה מעורב בדברים באופן ישיר ולפיכך אין מקום לקבוע אחריות פלילית בעניינו לגבי מעשים אלה.

האישום השני - דיון

טענות המאשימה במסגרת האישום השני:

290. האישום השני, כאמור לעיל, עוסק בטענת המאשימה כי קבלני מכרז עוטף עזה הגיעו ביניהם להסכמות המהוות הסדר כובל כקבוע בחוק ההגבלים העסקיים. בניגוד לאישום הראשון והשלישי אשר מתמקדים בהתאחדות הקבלנים ובפעולות שביצעה,



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

האישום השני מתמקד בקבלנים עצמם ביחסים ביניהם ובהסכמות אשר על פי הנטען הגיעו אליהן.

291. על פי כתב האישום במהלך הימים שבין 12.5.2008 ל-20.5.2008 הגיעו נאשמי האישום השני להסכמה לפיה יימנעו קבלני המדף מהגשת הצעות לביצוע מתחמים ספציפיים בשדרות וביישובי עוטף עזה במסגרת שלב ב' של מכרז עוטף עזה. המאשימה טוענת כי בין התאריכים הללו התקיימו מספר פגישות, ולכל הפחות שתי פגישות בתאריכים 15.5.2008 ו-18.5.2008 במתקני ההתאחדות ובמשרדו של עו"ד לרר. על פי הנטען בפגישות אלה השתתפו חלק מקבלני מכרז עוטף עזה ובמסגרת הפגישות קודם מהלך לפיו כל קבלני המדף יימנעו מלהגיש הצעות לשלב ב' של המכרז ככל שלא תתקבלנה טענות הקבלנים כנגד תנאי המכרז. עוד טוענת המאשימה בכתב האישום כי בעקבות הפגישות ובמסגרת מגעים נוספים שהתקיימו בין הנאשמים או חלקם אכן גובשו הסכמות כאמור בכתב ובעל פה ולאור הסכמות אלה לא הגישו הנאשמות 9, 11, 13, 15, 23, 25, 27, ו-29 הצעות במסגרת שלב ב' של מכרז עוטף עזה.

292. המאשימה ממשיכה וטוענת כי הנאשמים לא קיבלו ביחס להסכמות האמורות פטור מאישור הסדר כובל מאת הממונה על ההגבלים העסקיים, היתר זמני מאב בית הדין להגבלים עסקיים או אישור מבית הדין להגבלים עסקיים וכן מעשיהם לא באו בגדר פטור סוג.

293. נוכח דברים אלה טוענת המאשימה כי החברות הקבלניות הנאשמות באישום השני וכן הנאשמים הנוספים באישום זה אשר נטען כי היו מנהלים פעילים בחברות אלה היו צד להסדר כובל כקבוע בחוק ההגבלים העסקיים, הסדר זה כלל כבילות הנוגעות למחיר שיידרש, שיוצע או שישולם, לריווח שיופק ולכמות הנכסים או השירותים שבעסק, איכותם או סוגם.

294. הוראת החיקוק לפיהם מבקשת המאשימה להרשיע את נאשמי האישום השני הן עבירה לפי סעיף 47(א)(1) בצירוף סעיפים 2(א), 2(ב)(1), 2(ב)(2), 2(ב)(4) ו-4 לחוק ההגבלים העסקיים.



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

295. לגבי נאשמות 9, 11, 13, 15, 17, 19, 23, 25, 27, 29 ו-33 בצירוף סעיף 23(א)(2) לחוק העונשין. לגבי נאשמים 18, 22, 24, 26, 28, 32 מבקשת המאשימה להרשיע אותם לחלופין בצירוף סעיף 48 לחוק ההגבלים העסקיים.

296. בסיכומיה חזרה המאשימה על הטענות שהוצגו בכתב האישום. המאשימה פירטה את השתלשלות העניינים והאירועים סביב מכרז עוטף עזה אשר הובילו לטענתה להסכמה המשותפת של הקבלנים לא לגשת למכרז. המאשימה התייחסה לפגישה הראשונה שהתקיימה בין חלק מקבלני מכרז עוטף עזה במשרדי ההתאחדות ביום 15.5.2008, למסמכים שנערכו בעקבות אותה פגישה ולשיחות שערכו חלק מהקבלנים ועו"ד לרר עם איל פלד, מנהל פרויקט מיגון עוטף עזה. המאשימה ביקשה להראות כי כבר בפגישה הראשונה התגבשה הסכמה שעלתה כדי הסדר כובל לפיו הקבלנים לא יגישו הצעות למכרז.

297. המאשימה המשיכה ותיארה את האירועים שהובילו לפגישת הקבלנים השנייה בהתאחדות, ביום 18.5.2018, התייחסה לעדויות וראיות לגבי הפגישה ולמסמכים שנוסחו ונחתמו לאחר הפגישה. לטענת המאשימה בפגישה השנייה נחתמו מסמכים נוספים במסגרת ההסדר הכובל אליו הגיעו הקבלנים נאשמי האישום השני (ת/256-267). בנוסף בסיכומיה ענתה המאשימה לחלק מהטענות שהציגו קבלני עוטף עזה בתשובותיהם ולאורך ההליך והתייחסה, בין השאר, לטענות בנוגע לפגמים וקשיים במכרז ולטענות בנוגע ליעוץ של עורך דין לרר. כמו כן, הרחיבה המאשימה והתייחסה לאחריותו של כל נאשם באישום השני ולטענות הייחודיות שהציג כל אחד מהנאשמים.

תשובות הנאשמים לטענות המאשימה:

298. נאשמי האישום השני טענו כי המאשימה לא הצליחה להוכיח כי התגבש הסדר כובל בין הקבלנים. בהקשר זה התייחסו הנאשמים גם למסמכים השונים אשר עליהם התבססה המאשימה וטענו כי המשמעות שהמאשימה מייחסת להם היא מוטעית. חלק מנאשמי האישום השני התייחסו במסגרת טיעוניהם למניעים שעמדו מאחורי אי הגשת ההצעות במסגרת שלב ב' של המכרז וצינו כי אומנם לא הגישו הצעה במסגרת שלב ב' אך הדבר נבע מהפעלת שיקול דעת עצמאי ולא נעשה כתוצאה מהסכמה כלשהי



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

בין קבלני מכרז עוטף עזה. הקבלנים הדגישו כי היו מספר קשיים חמורים במכרז שהפכו אותו ללא כדאי מבחינה כלכלית עבורם ובהקשר זה הדגישו שלוש סוגיות עיקריות – נושא עליית מחירי הברזל לאחר כניסתם למאגר קבלני המדף והיעדר ההתייחסות לכך במכרז, טענה כי משרד השיכון עודד בנייה עצמית של ממ"דים דבר שפגע ביכולת להעריך את היקף העבודה בפרויקט ואת הרווח הצפוי וטענה נוספת לפיה תנאי המכרז שונו והוספה קביעה לפיה 15% מהתמורה עבור הפרויקט תותנה בשביעות רצונם של תושבי עוטף עזה מהעבודה שהתבצעה.

299. הקבלנים טענו כי כל אלה הפכו את המכרז ללא כדאי עבורם ולכן הם בחרו באופן עצמאי שלא לגשת אליו – החלטה זו, כך הם טוענים, לא הייתה קשורה להסכמה נטענת ומוכחשת בין הקבלנים. בהקשר זה הדגישו רבים מהנאשמים את ההתנהלות השערורייתית לטענתם של משרד השיכון וחברת עמיגור, שהייתה אחראית מטעם משרד השיכון על פרויקט מיגון עוטף עזה, בכל הנוגע למכרז עוטף עזה. התנהלות זו אף מקימה להם לדידם טענת הגנה מן הצדק לאורה יש לבטל את האישום כנגדם. חלק מהקבלנים גם הצביעו על מעורבותה הרבה של ההתאחדות בכל הקשור לפעולות המשותפות של הקבלנים וטענו כי היא שיזמה את הפגישות שנערכו והפעולות שהתבצעו. בנוסף טענו נאשמי האישום השני כי בכל מקרה לא הצליחה המאשימה להוכיח שהקבלנים פעלו מתוך היסוד הנפשי הדרוש לצורך הרשעה.

300. חלק מהנאשמים באישום השני לא היו קבלני מדף ולא ניגשו בעצמם למכרז אלא היו מה שכונה לאורך ההליך "קבלני משנה". קבלנים אלה הגיעו להסכמה עם אחד מקבלני המדף לבצע את העבודות עבור אותו קבלן מדף או יחד עמו וזאת בשל נסיבות שונות בגינן לא יכולים היו לגשת באופן עצמאי למכרז. קבלני המשנה טענו לאורך ההליך טענה ייחודית להם לפיה מפני שהם לא נמנו בין קבלני המדף הרי שהפנייה להגיש הצעות בנוגע למתחמים ספציפיים במסגרת שלב ב' לא הופנתה אליהם וממילא לא נמצאו הם בעמדה להסכים או לא להסכים להשתתף במכרז. לטענת קבלני המשנה הם היו תלויים לחלוטין בקבלני המדף מבחינת הגשת ההצעות ולכן לא ייתכן כי היו חלק מאותו הסדר כובל נטען.

301. טענה נוספת שהעלה אחד ממנהלי החברות קבלניות המשנה הייתה שהשתתפותו בסיור הקבלנים או בפעולות אחרות שנגעו למכרז הייתה כנציג של קבלן המדף עמו



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

עבד ולא כנציג החברה אותה ניהל וממילא לא ניתן לייחס את פעולותיו לחברה שניהל. יש לציין כי אל מול טענות קבלני המשנה עמדו טענות קבלני המדף שהתקשרו או התכוונו להתקשר עם אותם קבלני משנה – אותם קבלני מדף טענו כי הם עצמם לא היו מעורבים בהליכים סביב המכרז והותירו את הדברים בידי קבלני המשנה. לכן לטענתם לא היו מודעים לכל מהלך שהתגבש בין הקבלנים ולא היו חלק מאותה הסכמה נטענת ככל שהייתה.

302. בנוסף לטענות הכלליות, קבלנים שונים העלו טענות ספציפיות לגבי מידת מעורבותם באירועים נשוא כתב האישום ומידת מודעותם לתוכן המסמכים שנחתמו ומשמעותם. לבסוף העלו קבלני מכרז עוטף עזה טענות הגנה וסייג שונות – חלק מהקבלנים טענו לסייג בגין זוטי דברים אחרים להגנה מן הצדק וכן נטען כי מתקיים לגבי נאשמי האישום השני סייג של טעות במצב משפטי לאור הייעוץ המשפטי שקיבלו.

יריעת המחלוקת:

303. מתוך הסיכומים שהגישו הצדדים והטענות שהוצגו במהלך השלמת הסיכומים בעל פה ניתן ללמוד כי בעקבות הליך שמיעת הראיות הצטמצמו המחלוקות בין הצדדים בכל הנוגע לאישום השני. בסיכומו של דבר עולה כי אין מחלוקת לגבי האירועים העיקריים וההשתלשלות העובדתית נשוא האישום השני, זאת למרות שחלק מהנאשמים חלוקים לגבי מידת מעורבותם במהלכים וכן לגבי המשמעות והפירוש שיש להעניק לחלק מהאירועים והמסמכים.

304. בסופו של יום, טענת המאשימה בנוגע להתגבשות הסדר כובל בין קבלני מכרז עוטף עזה מבוססת על שתי פגישות שהתקיימו בהתאחדות הקבלנים בימים 15.5.2008 ו- 18.5.2008 וכן על המסמכים שנוסחו ונחתמו בעקבות פגישות אלה. אין מחלוקת כיום כי הפגישות התקיימו וכן כי נוסחו במסגרתם מכתבים ומסמכים שאף נשלחו לעמיגור ולמשרד השיכון. לכן השאלה המרכזית והבסיסית שעומדת לפניי במסגרת האישום השני היא האם הוכיחה המאשימה כי בפגישות האמורות התגבש הסדר כובל בין קבלני מכרז עוטף עזה וכן מה היה חלקו של כל נאשם בהסדר זה ככל שאכן התגבש.



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

305. עולה כי בסופו של יום הסוגיות והמחלוקות שיש להכריע בהן מתוחמות הן, למרות זאת לאורך ההליך הרחיבו הצדדים בטענותיהם וחקירותיהם והציגו ראיות רבות שהרלוונטיות שלהן לשאלות העומדות לפתחי דלה. אכן, מרוב עצים שנטעו הצדדים לאורך הליך זה קשה לעיתים היה לראות את היער. לכן להלן אבקש למקד את הדיון ולהביט תחילה על היער בכללותו, בהמשך ככל שהדבר יידרש אתייחס לחלק מהטענות הפרטניות והספציפיות יותר שהעלו הצדדים.

306. להלן אפתח בהצגת השתלשלות העניינים העיקרית הרלוונטית לאישום השני ואשר כיום אינה עוד שנויה במחלוקת, על בסיס השתלשלות עניינים זו אבחן האם הוכיחה המאשימה כי התגבש הסדר כובל בין נאשמי האישום השני, בהמשך לכך אפנה לבחון את מעורבותו הפרטנית של כל אחד מנאשמי האישום השני במהלך שהתגבש ואקבע האם הוכחו יסודות עבירת ההסדר הכובל בעניינו, לבסוף אתייחס למספר טענות כלליות שהיו משותפות לרבים מנאשמי האישום השני ואכריע בהן במרוכז.

השתלשלות העניינים הרלוונטית לאישום השני – הפגישות בהתאחדות הקבלנים

והמסמכים שנחתמו

307. בבסיס טענות המאשימה במסגרת האישום השני עומדים מספר אירועים ומסמכים עיקריים אשר אסקור בקצרה כעת. מובן שנוסף לאירועים ולמסמכים שיפורטו כעת ישנן סוגיות וראיות נוספות שהינן רלוונטיות להכרעה באישום זה – כל אותן סוגיות נוספות תזכנה להתייחסות בהמשך הדיון לאחר שתיפרס התשתית העובדתית העיקרית ותוצג התמונה הכללית.

308. כאמור בפתח הכרעת הדין בבסיס האישום השני עומדת החלטת ממשלה מספר 3192 מיום 24.2.08 (ת/74) במסגרתה אישרה הממשלה תכנית למיגון דירות ביישובי עוטף עזה. לעיל פירטתי לגבי פרסום מכרז עוטף עזה על שני שלביו והאופן בו התנהל מכרז זה. כפי שציינתי, במסגרת המכרז לאחר שנבחרה קבוצה של ארבעה עשר קבלני מדף שעמדו בתנאים שנקבעו במכרז נשלחו ביום 5.5.2008 לכל אחד מקבלני המדף שבע פניות ספציפיות להציע הצעות לבניית ממ"דים בשבעה מתחמים בשדרות וביישובי עוטף עזה.



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

309. ביום 12.5.08 התקיים סיור קבלנים בשבעת המתחמים (לו"ז לסיור הקבלנים במתחמים הוגש וסומן כ-ת/474). כיום אין עוד ספק כי במהלך הסיור הציגו הקבלנים שנכחו בסיור מספר תלונות והתייחסו, בין השאר, לנושא של עליית מחירי הברזל ולכך שאין התייחסות לסוגיה זו במכרז. במהלך הסיור נוסח על ידי חלק מהקבלנים מסמך קצר שהתייחס לנושא עליית מחירי הברזל ובמסגרתו התבקשה עמיגור להעניק פיצוי בגין עלייה זו (ת/276). לאחר סיור הקבלנים שלח שחף למנכ"ל עמיגור מכתב מטעם התאחדות הקבלנים אשר בו התייחס לנושא עליית מחירי הברזל ולקשיים שהדבר יוצר. שחף צירף למכתב את המסמך עליו חתמו הקבלנים במהלך הסיור וביקש כי עמיגור יתחשבו בכך וייתייחסו לכך במסגרת המכרז (ת/475). בתשובה למכתב זה ענתה עמיגור כי הסוגיה הועברה למשרד השיכון והתקבלה הנחייה כי אין לחרוג מכללי המכרז (ת/275).

310. ביום 15.5.2008 נפגשו חלק מקבלני מכרז עוטף עזה במשרדי התאחדות הקבלנים. במהלך הפגישה נוסח מכתב שנכתב בכתב יד ומוען למשרד השיכון אשר כותרתו "הרעה ושינויים בתנאי מכרז חדרי מיגון עוטף עזה" (ת/451, להלן "מכתב כתב היד"). מכתב זה כלל התייחסות לקשיים שהתעוררו לגבי מכרז עוטף עזה ואשר חלקם התגלו במהלך סיור הקבלנים. בין השאר, במסגרת המכתב ישנה התייחסות לאפשרות כי התושבים יפנו לבניה עצמית של המרחבים המוגנים וכן לכך שייתכן שהתמורה בגין העבודות במכרז תותנה באישור של התושבים ובשביעות רצונם. בנוסף כלל המכתב התייחסות לעליית מחירי הברזל ולהפסדים שהדבר עלול לגרום לקבלנים והתבקש פיצוי בגין עליה זו. המכתב מסתיים במילים "עקב כך החלטנו לא להגיש ביום א' 18.5.08 המכרז".

311. לאחר המכתב בעמוד נפרד תחת הכותרת על החתום מופיעה טבלה שנכתבה אף היא בכתב יד וכוללת שלוש עמודות (עמודה עבור שם חברה, עמודה עבור שם החותם ועמודה עבור חתימות) וארבע עשרה שורות (שורה עבור כל אחד מקבלני המדף). בעמודה הראשונה נכתבו שמות כל החברות שנכנסו למאגר קבלני המדף ולצד חלק משמות החברות מופיע שמו של אדם מסוים שחתם לכאורה בשם החברה וחתימה שנחזית להיות חתימתו. במסגרת הדיון הפרטני ביחס לאחריות כל אחד מהנאשמים אדרש לטבלה זו ולחתימות המוצגות בה. המכתב על כל עמודיו יחדיו נתפס



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

בהתאחדות הקבלנים בתוך קלסר שנשא את הכותרת "עוטף עזה משפטי" ונמצא במשרדה של בלה גלבווע, מזכירת אגף תשתיות ובנייה בהתאחדות (דו"ח החיפוש במסגרתו נתפס הקלסר ובתוכו המכתב הוגש וסומן כת/19).

312. לאחר עמוד החתימות ישנו עמוד נוסף הכולל טבלה בכתב יד המופיעה תחת הכותרת "אחריות". טבלת האחריות כוללת שתי עמודות – עמודה אחת שכותרתה "חברה שלא הייתה" ועמודה שכותרתה "אחראי לשיתוף" (ת/451א). לטענת המאשימה מסמך זה נועד להבטיח שקבלני מדף אשר לא נכחו בפגישה הראשונה ביום 15.5.2008 יעודכנו לגבי ההסכמות אשר על פי המאשימה התגבשו בפגישה זו. האחריות לעדכון הוטלה על הקבלנים שנכחו בפגישה בהתאם לסדר שנקבע בטבלת האחריות. המאשימה הציגה ראיות שלטענתה מראות כי הקבלנים שנכחו בפגישה אכן פעלו בהתאם למסמך האחריות ואף שלחו את מסמך כתב היד לקבלנים שנעדרו מהפגישה כדי שאלה יצרפו את חתימותיהם.

313. אין מחלוקת כי המכתב שנוסח ונערך בכתב יד לא נשלח כמות שהוא אל משרד השיכון אלא שבהמשך הודפס מכתב שנושא את אותו תאריך ומנוסח באופן כמעט זהה פרט למספר שינויי נוסח (ת/269, להלן "המכתב המודפס"). אין מחלוקת כי המסמך המודפס נשלח לעמיגור מפקס שמספרו 035603181 ביום 15.5.2008 בשעה 11:28 (ראו ת/448). עו"ד לרר אישר כי מדובר במספר הפקס שלו (דיון מיום 10.9.2014 בעמ' 762) אם כי טען שלא ראה את המכתב וטען שהמספר אולי הושלך או שמישהו אחר שלח אותו ממשרדו. בכל מקרה, כאמור, נוסחו של המכתב המודפס כמעט זהה לנוסח מכתב כתב היד אך ישנם מספר שינויי נוסח חשובים הכלולים בו – במכתב המודפס הוצגו פרטים נוספים לגבי טענות הקבלנים בעניין הבנייה העצמית והצורך באישור התושבים כתנאי לקבלת 15% מהתמורה הסופית בגין הפרויקט.

314. למכתב המודפס נוספה טענה חדשה לפיה המדינה פועלת על מנת לקדם הקמת חדרי מיגון ישירות מול הדיירים במנותק מהקבלנים. שינוי חשוב נוסף נוגע לסופו של המכתב המודפס – בעוד במסמך כתב היד נכתב כאמור "עקב כך החלטנו לא להגיש ביום א' 18.5.08 המכרז" במסמך המודפס נכתב "עקב כל האמור לעיל אין ביכולתנו להשלים את המכרז ולהגישו ביום א' 18.5.08. העברנו פנייתנו זאת לטיפול יועצנו המשפטי. אנו מבקשים פגישה דחופה ומידית בין הנהלת הפרויקט לקבלנים הזכיינים



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

לצורך השלמת ביצוע פרויקט חיוני כל כך". בסופו של המכתב המודפס מופיעות שמות החברות שנכנסו למאגר קבלני המדף בסדר זהה לסדר בו הופיעו בטבלת החתימות שצורפה למכתב כתב היד.

315. באותו יום (15.5.2008) השיב מנכ"ל עמיגור, יובל פרנקל, במכתב לטענות הקבלנים (ת/449). בפתח המכתב ציין כי לא נערכו כל שינויים בתנאי המכרז לרעת הקבלנים. בהמשך לכך, כתב פרנקל כי "תמוהה בעינינו עצם התארגנותכם במהלך מכרז פומבי ומשמעות הדבר מבחינת חוק ההגבלים העסקיים". אין ראייה כי לרר העביר אמירה זו לידיעת מי מהקבלנים. בהמשך למכתב זה הוחלפו מספר מכתבים בין עו"ד לרר לעו"ד קגן יועצה המשפטי של עמיגור. במסגרת התכתבות זו ביקש עו"ד לרר, במכתב מיום 16.5.2008, לדחות את המועד האחרון להגשת הצעות במסגרת שלב ב' של המכרז אשר היה קבוע ליום 18.5.2008 (ת/383). עמיגור נענתה לבקשה זו ודחתה את המועד כך שהמועד האחרון נקבע ליום 20.5.2008 (ת/478).

316. ביום 18.5.2008 התקיימה פגישה נוספת של חלק מקבלני המדף וקבלני המשנה במשרדי ההתאחדות (להלן "**הפגישה השנייה**"). במהלך הפגישה נוסח מסמך בשם כל קבלני המדף ובסופו שמות ארבע עשרה החברות שנכנסו למאגר קבלני המדף ומקום ריק לחתימה לצד כל אחד מהשמות. המאשימה טענה כי מסמך זה נחתם על ידי כל קבלני המדף כאשר הקבלנים שנכחו בישיבה חתמו עליו במקום ואילו לשאר קבלני המדף נשלח המסמך בפקס והם חתמו עליו והשיבו עותק חתום בחזרה (ת/257-267), להלן יכונה מסמך זה "**מסמך החתימות**". במסגרת מסמך החתימות נכתב, בין השאר, כי החברות החתומות עליו מסכימות כי המכרז הנ"ל לוקה בשינויים מהותיים המסכלים את האפשרות לאמוד את היקף העבודה והתמורה והדבר מונע מהחברות לגבש הצעה למכרז. בהמשך לכך נכתב כי "לפיכך אין באפשרותנו להגיש הצעה ולפיכך לא נגישה" (ההדגשה במקור). עוד צוין כי החברות מבקשות פגישה דחופה עם מנהלת הפרויקט ועם משרד השיכון להסדרת הנושאים וכי עד לבירור זה מבקשות הם כי יידחה מועד הגשת ההצעות במכרז.

317. בהמשך לכך נכתב כי "ההתאחדות הקבלנים והבונים בישראל שמעה ובחנה את עמדותינו הנ"ל והיא מביעה את תמיכה המלאה והבלתי מסויגת בנו". בסופו של המסמך נכתב, בין השאר, כי מסמך זה תקף רק עם כל 14 החתימות נמצאות בפועל.



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

מסמך זה נתפס במספר מקומות. בין השאר, קובץ מסמכי החתימות נתפס בחברת קן התור, הנאשמת 9. בקובץ שנתפס במשרדי קן-התור נתפס המסמך האמור ללא כל חתימה ועליו נכתב בכתב יד "נוסח מקור" (ת/257) וכן עותקים נוספים של המסמך ועליהם חתימות הנחזות להיות חתימותיהם של קבלני מכרז עוטף עזה (ת/258-266). צירוף כל העותקים יחד מכיל חתימות לצד שמות כל אחת מארבע עשרה החברות שנכנסו למאגר קבלני המדף.

318. לצד מסמך החתימות על עותקיו השונים נתפס במשרדי קן התור מכתב נוסף שנשלח יחד עם מסמך החתימות הממוען לכל משתתפי מכרז 10/08 ונכתבו בו הדברים הבאים: "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".

319. כיום אין עוד מחלוקת כי מסמך החתימות נכתב במשרדי ההתאחדות ביום 18.5.2018, נחתם על ידי חלק מקבלני המדף שנכחו בפגישה השנייה ובהמשך נשלח לשאר קבלני המדף באמצעות פקס. לחלק מנאשמי האישום השני טענות פרטניות לגבי עצם חתימתם על המסמך או המשמעות שיש לייחס לחתימה או לגבי הגורם שחתם על המסמך ושאלת סמכותו לעשות זאת, טענות אלה יידונו בהמשך במסגרת הדיון הפרטני בנוגע לאחריות כל אחד מנאשמי האישום השני. בשלב זה די לציין שאין מחלוקת לגבי עצם קיום המכתב ולגבי שליחתו בין הקבלנים השונים מתוך מטרה שכל ארבעה עשר קבלני המדף יחתמו עליו.

האם התגבש הסדר כובל בין קבלני מכרז עוטף עזה:

320. בטרם אדרש לדיון הפרטני לגבי אחריות כל אחד מנאשמי האישום השני למעשים שמייחסת לו המאשימה אפתח בדיון כללי ואכריע בשאלה האם הצליחה המאשימה להוכיח כי התגבש הסדר כובל בין קבלני מכרז עוטף עזה כנטען באישום השני.

הסדר כובל המסגרת הנורמטיבית



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

321. האיסור להיות צד להסדר כובל קבוע בסעיף 4 לחוק ההגבלים העסקיים שהוצג לעיל. הפרת האיסור הקבוע בסעיף זה מהווה עבירה בניגוד לסעיף 47(א)(1) לחוק ההגבלים העסקיים [ראו גם בורוביץ' בפס' 75, עניין בן דרור בפס' 2, ערעור בן דרור בפס' 21-30]. כאמור לעיל, המונח הסדר כובל מוגדר בסעיף 2(א) לחוק כאשר סעיף 2(ב) קובע מספר חזקות חלוטות לפיהן הסדר אשר הכבילה בו נוגעת לאחד העניינים המפורטים בסעיף יראוהו כהסדר כובל.
322. על פי סעיף 2(א) הסדר כובל כולל ארבעה מרכיבים בסיסיים: 1. קיומו של הסדר. 2. ההסדר נעשה בין בני אדם המנהלים עסקים. 3. ההסדר מטיל הגבלה על לפחות אחד מהצדדים להסדר. 4. ההגבלה נעשית באופן העלול למנוע את התחרות בעסקים בין הצד המוגבל לאחרים או להפחיתה (עניין בורוביץ' בפס' 78, עניין תנובה בפס' 21, ערעור בן דרור בפס' 22). כאשר הכבילה נוגעת לאחד העניינים המפורטים בסעיף 2(ב) אין המאשימה נדרשת להוכיח כי מתקיים יסוד הפגיעה בתחרות וזאת נוכח תחולת החזקה החלוטה.
323. המונח הסדר מוגדר בסעיף 1 לחוק ההגבלים העסקיים הקובע כי הסדר יכול להתגבש "בין במפורש ובין מכללה, בין בכתב ובין בעל פה או בהתנהגות, בין אם הוא מחייב על פי דין ובין אם לאו". ההגדרה היא, אם כן, רחבה ביותר ונועדה לכלול כל סוג של הסכמה בין הצדדים ללא תלות בשאלה מה הייתה הדרך בה הגיעו הצדדים להסכמה, כמו כן, די ברמה מינימאלית של שיתוף פעולה, הבנה או הסכמה כדי להוביל למסקנה שהתגבש הסכם בין הצדדים (ראו עניין בורוביץ' בפס' 79, עניין בן דרור בפס' 4-5, ערעור בן דרור בפס' 23).
324. לעניין הדרישה כי ההסדר יעשה בין בני אדם המנהלים עסקים נקבע בעניין בורוביץ' הנ"ל כי המונח בני אדם מתייחס כאן גם לתאגידים. לעניין פירוש המונח מנהלים עסקים נקבע באותו עניין כי יש לפרש ביטוי זה בצורה רחבה תוך הבנה שמטרת דרישה זו היא להבחין בין גופים עסקיים לבין גופים שאינם כאלה (ראו בורוביץ' בפס' 81). המונח עסק מוגדר בסעיף 1 לחוק ההגבלים העסקיים הקובע כי עסק לעניין חוק זה הוא "עיסוק בייצור נכס, במכירתו, בשיווקו, ברכישתו, ביבואו או ביצואו, וכן עיסוק במתן שירות או בקבלתו" (ראו גם עניין בורוביץ' בפס' 82; עניין בן דרור בפס' 16).



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

325. לגבי יסוד "ההגבלה" הנדרש במסגרת הגדרת הכובל נקבע בעניין בורוביץ' כי "הגבלה שתיחשב כיוצרת הסדר כובל היא הגבלה המצמצמת את חופש הפעולה הנתון למי שמנהל את העסקים [...] 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). מלשון החוק עולה כי די בכך שאחד הצדדים להסדר יגביל את עצמו באופן האמור על-מנת שההסדר ייחשב להסדר כובל מבחינת כל השותפים לו" (עניין בורוביץ' בפס' 87, ערעור בן דרור בפס' 24). בנוסף, נקבע כי אף אם לאחר גיבוש ההסדר אחד הצדדים או כולם אינם פועלים בהתאם להסדר ובהתאם להגבלה שנקבעה אין בכך כדי לאיין את קיומו של הסדר. עבירת ההסדר הכובל אינה דורשת מבחינת יסודותיה הוכחת ביצוע מעשים למען יישומו של ההסדר הכובל [עניין "נחושטן", בפס' 6(ב); ערעור בן דרור בפס' 23].
326. עולה כי לצורך הרשעה בעבירה של הסדר כובל המאשימה אינה צריכה להוכיח כי אלמלא ההסדר שהתגבש היה אותו צד שהגביל עצמו פועל באופן שונה ואף אין היא נדרשת להוכיח כי מי מהצדדים להסדר אכן יישם אותו (ראו עניין בן דרור בפס' 13). בהקשר של מתחרים במכרז עולה כי אף אם החליט אחד המתחרים במכרז לא להגיש הצעה במסגרת המכרז או לא להגיש הצעה תחרותית הרי פנייתו למתחרה אחר ותיאום מולו לגבי ההצעות שיוגשו (למשל במטרה להבטיח שהצעתו לא תהיה תחרותית) הופכת את פעולתם לפעולה הנכנסת בגדרי האיסור בנוגע להסדר כובל (ראו עניין בן דרור בפס' 14-15).
327. מכאן שהסכם בין מתחרים במכרז לפיו יוגשו הצעות מסוימות במסגרת המכרז או לא יוגשו הצעות כלל עולה כדי הסדר כובל אף אם אחד הצדדים או כולם התכוונו לפעול באותה צורה בכל מקרה ואף אם הצדדים לא פעלו בסופו של יום בהתאם להסדר. אכן מסקנה אחרת הייתה יכולה להביא לכך שבכל מקרה בו הייתה עולה טענה בדבר תיאום בין מתחרים במסגרת מכרז היו הצדדים טוענים כי הפעילו שיקול דעת עצמאי וכי ההחלטה לא לגשת למכרז או להגיש הצעה מסוימת ולא אחרת התקבלה באופן עצמאי מבלי קשר להסדר (ראו עניין בן דרור בפס' 15). אדגיש כי למתחרה במכרז עומדת האפשרות לשקול את שיקוליו ולהחליט לא להגיש הצעה במסגרת המכרז אך החלטה זו צריכה להיות עצמאית ואין לתאם החלטה זו עם מתחרה אחר במכרז.



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

ישיבה משותפת של מתחרים במכרז והחלטה משותפת שלהם לא להגיש הצעות במסגרת המכרז מהווה הסדר כובל. גם דיון בין מתחרים שמסקנתו היא שלאור תנאי המכרז לא ניתן להגיש הצעות במסגרת המכרז פוגע בצורה קשה באפשרות של כל מתחרה להפעיל שיקול דעת עצמאי לגבי הצעתו במסגרת המכרז.

328. לעניין הרכיב הרביעי של הגדרת ההסדר הכובל – רכיב פוטנציאל הפגיעה בתחרות – כפי שראינו לעיל המאשימה אינה נדרשת להוכיחו ככל שחלות על המקרה החזקות החלוטות הקבועות בסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים. במקרים בהם סעיף 2(ב) אינו חל על המקרה נקבע כי שאלת פוטנציאל הפגיעה בתחרות משקפת "מבחן פונקציונאלי, הבוחן את השלכותיו של ההסדר הכובל ואת מידת פגיעתו בתחרות [...] מנוסחו של רכיב זה ברור כי די בהפחתה בתחרות כתוצאה מן ההסדר, ואין דרישה למניעתה המוחלטת" (עניין בורוביץ' בפס' 88, ערעור בן דרור בפס' 25).

329. מבחינת היסוד הנפשי העבירה של צד להסדר כובל דורשת מחשבה פלילית לשם השתכללותה (ראו דיון לעיל לגבי היסוד הנפשי בעבירת קו פעולה ולגבי סעיף 19 לחוק העונשין, שמוחל על עבירת ההסדר הכובל, כמו יתר הוראות החלק הכללי של חוק העונשין, מכוח סעיף 34 כג לחוק העונשין וכן ראו עניין בורוביץ' בפס' 92). עולה כי לשם הוכחת היסוד הנפשי במסגרת עבירת ההסדר הכובל יש להוכיח כי מי שעבר את העבירה היה מודע בפועל לכל אחד מרכיבי הגדרת ההסדר הכובל וכן לכך שהוא היה צד או אורגן של צד להסדר כובל (ראו שם). אם מדובר בהסדר שעניינו אחד מהנושאים המפורטים בסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים אזי לא נדרש להראות כי המבצע היה מודע לפוטנציאל הפגיעה בתחרות אלא יש להוכיח מודעות לנושא הכבילה הרלוונטי בסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים (ראו גם בורוביץ' בפס' 92; בן דרור בפס' 18). בעניין בורוביץ' נקבע בצורה מפורשת כי עבירת ההסדר הכובל אינה דורשת הוכחת כוונה ליישם את ההסדר הכובל לשם שכלול העבירה וכן כי לא נדרש להוכיח כי מי שעבר את העבירה היה מודע לאופי האנטי חברתי של התנהגותו (ראו בורוביץ' בפס' 44 ו-46 ובן דרור בפס' 17 וכן דיון לעיל לגבי עבירת קו הפעולה). כמו כן, כפי שצינתי בדיון לעיל לגבי עבירת קו הפעולה, גם לגבי עבירת ההסדר הכובל חלה "חזקת המודעות הכללית".

330. בהתבסס על מסגרת נורמטיבית זו אפנה כעת לבחון האם התגבש הסדר כובל בין קבלני מכרז עוטף עזה.



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

האם התגבש הסדר כובל בין קבלני מכרז עוטף עזה

331. כאמור, בסופו של יום האישום השני עומד על מספר אדנים עובדתיים שהצגתי לעיל. כעת אשוב ליסודות אלה ואציג את המסקנות העולות מתוך השתלשלות העניינים שתוארה.

332. אין מחלוקת כי קבלני מכרז עוטף עזה סברו שישנם קשיים במכרז עוטף עזה והם אף חתמו במהלך סיור הקבלנים על עצומה בכתב יד אשר בה ביקשו להעניק פיצוי מיוחד בגין עליית מחירי הברזל (ת/475, עדות אופיר אשר דיון מיום 16.3.2016 עמ' 3022-3025). איל פלד, מנהל הפרויקט מטעם עמיגור ומי שהעביר את סיור הקבלנים, העיד כי במהלך הסיור החלה התלחשות בין הקבלנים ואחד הקבלנים ארגן את שאר הקבלנים שנכחו בסיור הקבלנים למעין "מרד כמו בגולני כזה". אותו קבלן הלך על כך שמחירי הברזל עלו ותנאי המכרז השתנו ולדברי פלד הציע לשאר הקבלנים "בואו נלך כולנו". איל פלד העיד כי הדברים נעשו ממש לידו וכי הקבלנים רצו לעזוב את הסיור, הוא ציין כי הקבלן שלדבריו "ארגן את כל החבורה" היה נציג של קן התור. גם יואב קן תור העיד כי אכן נושא הברזל היה מאוד חשוב לו, אישר כי הוא התחיל את המהלך וכי הוא אף ניסח במהלך סיור הקבלנים את אותו מסמך או עצומה אשר נשלחו בהמשך לעמיגור (דיון מיום 29.2.2016 בעמ' 2907-2911, 2912-2913, 2943, 2947, 2956). איל פלד המשיך והעיד כי בתגובה לתלונות שעלו ציין בפני הקבלנים שהתנאים לא ישונו וכי על פי המכרז הקבלנים מחויבים להגיש הצעה לכל הפניות למעט שתיים או שלוש פניות. לאחר דברים אלה הקבלנים בסופו של דבר המשיכו למתחמים הבאים בסיור אך גם ניסחו יחד את אותו מסמך שנדון לעיל (ת/276, דיון מיום 20.6.2013 בעמ' 126-127).

333. כמו כן, לא למותר לציין כי איל פלד העיד כי ההצעות במסגרת שלב ב' של המכרז היו אמורות להיות מוגשות ביום 14.5.2008 אך בעקבות הקשיים שהוצפו במהלך סיור הקבלנים מועד ההגשה נדחה ליום 18.5.2008 (דיון מיום 20.6.2013 בעמ' 128-129 לפרוטוקול). פלד מסר בעדותו גרסה סדורה, רצופה, עניינית וקוהרנטית. מעבר לכך, לא נטען כי יש לו הטיה או טינה כנגד מי מהקבלנים ואני מוצא את עדותו כעדות מהימנה וכנה שיש להעניק לה את המשקל המרבי. כפי שנראה להלן לא כל הקבלנים ייחסו את אותה חשיבות לנושא עליית מחירי הברזל, עם זאת, ברור שהנושא עלה כבר



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

בסיור הקבלנים והוצג כבעיה של הקבלנים כולם וכי הקבלנים שנכחו במכרז חתמו על העצומה בעניין.

334. מסקנות אלה עולות גם מהמכתב ששלח שחף למנכ"ל עמיגור ביום 13.5.2008 בעקבות סיור הקבלנים (ת/475). במכתב שחף מציין כי קבלני מכרז עוטף עזה פנו אל התאחדות הקבלנים בנוגע לסוגיית התייקרות מחירי הברזל, מציג את הקשיים החמורים שמתעוררים וכן מבקש כי עמיגור תתחשב בעליית המחירים ותאשר מנגנון פיצוי מיוחד בהקשר זה. למכתבו צירף שחף את העצומה עליה חתמו הקבלנים שנכחו בסיור הקבלנים וכן פנייה של אחד מספקי הברזל ללקוחותיו בעניין עליית מחירי הברזל. נציג מטעם עמיגור ענה על המכתב והשיב כי תנאי המכרז לא ישתנו (ת/275; דיון מיום 20.6.2013 בעמ' 127-128 לפרוטוקול).

פגישת הקבלנים הראשונה

335. כמתואר לעיל, ביום 15.5.2008 לאחר סיור הקבלנים ולפני מועד הגשת ההצעות במסגרת שלב ב' של המכרז (שנדחה כאמור ליום 18.5.2008) התכנסו חלק מקבלני מכרז עוטף עזה במשרדי התאחדות הקבלנים. בפגישה זו כבר התגבשו הסכמות שעולות כדי הסדר כובל. על קיומו של הסדר זה ניתן ללמוד מתוך המסמך שנכתב במהלך הפגישה ומתוך העדויות השונות לגבי הפגישה.

336. כאמור לעיל, במהלך הפגישה נוסח מכתב שהסתיים במילים "עקב כך החלטנו לא להגיש ביום א' 18.5.08 המכרז" (ת/451). משפט זה נכתב בעמוד השני של המכתב. אין מחלוקת כי העמוד השני של המכתב והעמוד הראשון לא נכתבו על ידי אותו אדם (ראו גם סעיפים 309-310 לסיכומי המאשימה).

337. יקואל העיד כי הוא כתב את העמוד הראשון של המכתב אשר עסק, כמתואר לעיל, בהצגת עמדת הקבלנים בנוגע לבעיות ולקשיים במכרז שהתעוררו לגבי מכרז עוטף עזה (דיון מיום 7.3.2016 עמ' 3041-3042 לפרוטוקול). יקואל בעדותו המשיך ואמר כי העמוד הראשון נוסח על סמך אמירות הנוכחים בפגישה (דיון מיום 7.3.2016 עמ' 3042). יש לציין כי יקואל בעדותו נשאל גם לגבי העמוד השני של המכתב וציין כי לא הכיר אותו ולא ידע שהוא נכתב. כפי שצינתי לעיל, בהמשך הכרעת הדין אתייחס



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

לטענותיהם הספציפיות של חלק מהנאשמים לגבי מודעותם למסמכים ולמהלך שהתגבש ואדון גם בטענתו של יקואל בעניין.

338. העמוד השני נכתב על יד קן תור במהלך הפגישה (דיון מיום 29.2.2016 בעמ' 2967). קן תור העיד כי סביר שגם עמוד החתימות שצורף למכתב כתב היד נחתם במהלך הפגישה (דיון מיום 29.2.2016 בעמ' 2967). כבר מתוך סקירה כללית זו של הפגישה הראשונה ומכתב כתב היד ניתן לומר שהמכתב מעיד על הסדר כובל שהתגבש בכל הנוגע להגשת ההצעות במסגרת שלב ב'. החלטה משותפת של מתחרים במכרז לא להגיש הצעות למכרז היא כפי שראינו הסדר כובל ומתוך המכתב נלמד כי החלטה מסוג זה התקבלה בפגישה הראשונה.

339. מסקנה זו מתחזקת מתוך עיון במסמכים הנוספים שנכתבו במהלך הפגישה הראשונה ונסקרו לעיל. מכתב כתב היד מסתיים בעמוד שכותרתו "אחריות" (ת/451א) ואשר מטרתו הייתה לחלק בין הקבלנים שנכחו בפגישה הראשונה את האחריות להביא לידיעת הקבלנים שלא נכחו בפגישה את הדברים שנאמרו בפגישה ולהחתימם על מכתב כתב היד שנוסח. במסגרת הדיון הפרטני לגבי כל אחד מנאשמי האישום השני ארחיב לגבי מסמך זה, אולם, כבר כאן ניתן לומר כי הפירוש הסביר היחיד שניתן להעניק למסמך האחריות הוא שהמסמך נועד לחלק את האחריות לעדכון קבלנים נוספים לגבי ההסכמות אליהם הגיעו בפגישה הראשונה. מסקנה זו מגובה בראיות שונות שיידונו להלן. הצורך בעדכון קבלנים אחרים והשגת חתימותיהם מחזק את המסקנות אליהן הגעתי בנוגע להחלטה הנלמדת מתוך מכתב כתב היד.

340. כפי שציינתי לעיל מכתב כתב היד לא נשלח לעמיגור והמכתב שנשלח הוא המכתב המודפס שהוצג לעיל. במכתב המודפס שנשלח בסופו של יום למנכ"ל משרד השיכון (ת/269) נעשו מספר שינויים, ביניהם, כאמור, מחיקת המשפט "עקב כך החלטנו לא להגיש המכרז" והחלפתו במשפט "עקב כל האמור לעיל אין ביכולתנו להשלים את המכרז ולהגישו ביום א' 18.5.2008". אולם, שינוי זה אינו שומט את הקרקע תחת המסקנה שבפגישה התקבלה החלטה משותפת לא לגשת למכרז אם לא ישתנו תנאיו, כפי שנכתב במסמך כתב היד. המסמך המודפס מצביע על ניסיון לעדן את הדברים כנראה מתוך מודעות לבעייתיות הכרוכה בהחרמת המכרז, אך מכלול הראיות כמפורט עד כה מלמד כי מסמך כתב היד הוא שמשקף את ההסכמות שהושגו בפגישה.



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

341. מעבר לכך, אף אם המכתב המודפס אכן היה משקף נכונה את שהוסכם עליו בפגישה, הדבר אינו סותר את המסקנה כי התגבש בפגישה הסדר כובל. אכן, כפי שהוצג במסגרת הדיון הנורמטיבי גם החלטה משותפת של מתחרים במכרז כי התנאים לא מאפשרים להגיש הצעה למכרז מהווה הסדר כובל. ההחלטה האם להגיש הצעה למכרז צריכה להתקבל על ידי כל אחד מהמתחרים באופן עצמאי כאשר הוא אינו יודע מה יחליטו מתחריו. ככל שהקבלנים ישבו יחד וקיבלו החלטה משותפת כי אין ביכולתם להגיש את המכרז הרי שהחלטה זו היה בה כדי להביא לכך שכל קבלן יהיה בטוח יותר לגבי החלטת מתחריו. הביטחון כי איש מהמתחרים הפוטנציאליים לא יגיש הצעה למכרז משנה לחלוטין את מאזן השיקולים של כל מתחרה במכרז. מהלך מתואם מסוג זה הוא מסוג המהלכים שחוק ההגבלים העסקיים והאיסורים בנוגע להסדרים כובלים נועדו למנוע.

פגישת הקבלנים השנייה

342. כאמור לעיל אין מחלוקת כי לאחר הפגישה הראשונה ובעקבות התכתבות בין עו"ד לרר לעו"ד קגן, יועצה המשפטי של עמיגור, נדחה המועד האחרון להגשת הצעות במסגרת שלב ב' של המכרז ליום 20.5.2008. לפני מועד זה ביום 18.5.2008 התקיימה פגישת הקבלנים השנייה.

343. כאמור לעיל, במהלך הפגישה השנייה או מיד בעקבותיה נוסח מסמך החתימות אשר נתפס כאשר עליו מה שנחזה להיות חתימות כל ארבעה עשר קבלני המדף. במסמך החתימות (ת/257-267) אשר מנוסח כפי שראינו בשם כל הקבלנים המתמודדים במכרז נכתב בצורה ברורה כי בשל הקשיים במכרז אין באפשרות הקבלנים להגיש הצעה במסגרת המכרז ולפיכך הם לא יגישו הצעות. מסמך החתימות מעלה על הכתב באופן מפורש החלטה משותפת לא לגשת למכרז. ראינו לעיל כי גם החלטה משותפת של מתחרים במכרז המכילה קביעה שהוא אינו מאפשר הגשת הצעות היא החלטה משותפת אסורה.

344. מכל האמור עולה כי קבלני מכרז עוטף עזה הגיעו להחלטה משותפת שלא להגיש הצעה במסגרת שלב ב' של המכרז ככל שלא ישונו תנאיו. החלטה זו מצאה ביטוי במכתב כתב היד ובמסמך החתימות. כל אחד מהמסמכים הללו מלמד על ההחלטה המשותפת אליה הגיעו הקבלנים ובוודאי שזו נלמדת מתוך בחינת המסמכים כמכלול. המסמכים,



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

אם כן, אינם מותירים מקום לספק כי בין הקבלנים נאשמי האישום השני התגבש הסדר כובל. כעת אפנה לבחון מי מהקבלנים הצטרף להסדר והיה צד לו.

נאשמי האישום השני – דיון פרטני – מעורבות והצטרפות להסדר הכובל

345. כעת אפנה לבחון באופן פרטני את מעורבותו של כל אחד מנאשמי האישום השני בהסדר הכובל שהתגבש בין הקבלנים. כפי שעלה מהדיון לעיל, את נאשמי האישום השני ניתן לחלק לשתי קבוצות – נאשמים שנכללו במאגר קבלני המדף ונאשמים שהיו קבלני משנה והתקשרו עם אחד מקבלני המדף לצורך ביצוע העבודות במכרז יחד עמו או עבורו. להלן אפריד את הדיון לגבי שתי הקבוצות – תחילה אדון בקבלני המדף ובשאלת מעורבותם במהלך ולאחר מכן אפנה לדון באחריות קבלני המשנה ובשאלת הצטרפותם להסדר הכובל.

קבלני המדף

נאשם 8 ונאשמת 9 – יואב קן תור וחברת קן התור:

346. חברת קן התור הייתה אחת החברות הקבלניות שזכו בשלב הראשון של מכרז עוטף עזה ונכללה במאגר קבלני המדף שהוקם (ראו גם סעיף 14 לסיכומי קן תור וחברת קן התור). יואב קן תור היה בתקופה הרלוונטית לכתב האישום הבעלים והמנכ"ל של חברת קן התור וכן חבר הנהלת אגף בניה חוזית בהתאחדות הקבלנים.

347. יש לציין כי מבחינה דיונית, בשל יציאתה של באת כוחם של קן תור ושל חברת קן התור לחופשת לידה, הופרד ביום 31.1.2016 משפטם של קן תור וחברתה ממשפטם של יתר הנאשמים והוגש כנגדם כתב אישום נפרד (בת"פ 16-02-39856). זאת, כדי לאפשר העדתו שלא על פי הסדר הקבוע בדיון ובהמשך, ביום 16.6.2016, אוחדו הדיונים מחדש. על פי ההסכמה הדיונית שהושגה בעניין, משמעותה של ההפרדה היא שעדויות שנשמעו בהליך העיקרי במהלך התקופה בה היה הדיון מופרד וכן מוצגים שהוגשו בתקופה זו (ולא הוגשו גם בהליך הנפרד של קן תור) לא יוכלו לשמש לחובתו או לזכותו של קן תור וחברת קן התור. כמו כן, עדותו של קן תור בהליך הנפרד לא



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

יכולה לשמש לחובתם או לזכותם של הנאשמים האחרים בהליך ועדותו כעד הגנה שהוזמן על ידי ההתאחדות ואשר ניתנה בהליך העיקרי בזמן שההליכים היו נפרדים, אינה יכולה לשמש לזכותו או לחובתו.

348. להלן אתייחס למעורבותו של קן תור וחברתו בהסדר שהתגבש בין הקבלנים ובהמשך לכך אבחן את טענות ההגנה שהעלה קן תור ואשר לאורן לדעתו יש לזכותו. אציין כבר בפתח הדברים כי בסופו של יום קן תור לא חלק על שיוחס לו על ידי המאשימה ועל כן אין מחלוקת לגבי הפעולות שבוצעו במסגרת המהלך שהתגבש בין קבלני מכרז עוטף עזה. טענותיו של קן תור נוגעות למשמעות שיש לדידו לייחס לפעולות של קבלני מכרז עוטף עזה בכלל ולשלו בפרט. לכן להלן יש תחילה לבחון את הפעולות המיוחסות לקן תור ובהמשך לקבוע מה המשמעות שיש לייחס להן ולהכריע בטענות ההגנה של קן תור.

349. המאשימה מייחסת לקן תור השתתפות בשתי הישיבות שהתקיימו בהתאחדות הקבלנים, חתימה על מכתב כתב היד ומתן אישור לחתום בשם חברת קן התור על מסמך החתימות. בסיכומיו ובעדותו לא חלק קן תור על טענות אלה. מסקירת השתלשלות האירועים לעיל עולה כי מעורבותו של קן תור החלה כבר במהלך סיור הקבלנים ביום 12.5.2008, במהלך הסיור בשל החשש שלו מעליית מחירי הברזל כתב קן תור עצומה ובה התבקשה עמיגור להעניק לקבלני המדף פיצוי בגין עליית מחירי הברזל (ת/276), ראו סעיף 33 לסיכומי קן תור וכן פרוטוקול הדיון מיום 15.6.2016 בהליך הנפרד בעמ' 3081 – להלן כל ההפניות לדיון מיום 15.6.2016 יהיו לדיון שנערך במסגרת ההליך הנפרד בענייננו של קן תור).

350. באותו היום לאחר סיור הקבלנים השתתף קן תור בישיבת הנהלת אגף בניה חוזית בהתאחדות. במהלך הישיבה העלה קן תור את נושא מכרז עוטף עזה וסוגיית הצמדת מחירי הברזל ואמירותיו במסגרת הפגישה מעידות על החשיבות הרבה שייחס לסוגיה זו ודאגתו הרבה מעליית מחירי הברזל (סעיף 35 לסיכומיו של קן תור, דיון מיום 15.6.2016 בעמ' 3082, פרוטוקול הישיבה שהוגש וסומן כ-ת/210). לאחר סיום הישיבה קן תור העביר לשחף את העצומה שנחתמה במהלך סיור הקבלנים ושחף, כמתואר לעיל, העביר אותה בצירוף מכתב בנושא לעמיגור. בעדותו ציין קן תור כי העביר לשחף את המסמך כדי להראות שהקבלנים התחילו בהתארגנות מסוימת (דיון מיום



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

15.6.2016 (בעמ' 3107). מהמורם עולה כי עוד לפני שהתקיימו פגישות הקבלנים החל קן תור התארגנות מסוימת של הקבלנים וכן העלה את הנושא בהתאחדות הקבלנים במסגרת ישיבת הנהלת אגף בנייה חוזית.

351. לאחר מספר ימים ביום 15.5.2008 התקיימה פגישת הקבלנים הראשונה, קן תור העיד כי היה לו חלק מרכזי בפגישה זו וכי הוא ופרץ היו הקבלנים הפעילים והבולטים ביותר בפגישה (דיון מיום 15.6.16 בעמ' 3119). הוא הוסיף כי במהלך הפגישה התחושה הייתה שחייבים לעשות מעשה שיזעזע את האנשים (דיון מיום 15.6.16 בעמ' 3115). מתוך כוונה זו לפעול בעניין המכרז נוסח במסגרת הפגישה הראשונה מכתב כתב היד שנדון לעיל. קן תור העיד כי הוא כתב במהלך הפגישה הראשונה את העמוד השני של המכתב וכן את טבלת החתימות אך ציין כי משהו הכתיב לו את הדברים, בנוסף קן תור חתם בשם חברת קן התור על מכתב כתב היד (דיון מיום 15.6.16 בעמ' 3092, 3120, 3129). קן תור גם ניסח את מסמך האחריות (ת/451א) אשר נועד להבטיח כי מכתב כתב היד ייחתם על ידי קבלני המדף שלא נכחו בפגישה הראשונה (דיון מיום 15.6.16 בעמ' 3092, 3121). בהתאם לאחריות שהוטלה עליו על פי מסמך האחריות שלח קן תור את מכתב כתב היד בפקס לחברת בוני בניין באמצעות קבלן המשנה שהיה אמור לעבוד עם בוני בניין רמי בזיע וכן יצר קשר עם גורם כלשהו בחברת אחים סלטי (דיון מיום 15.6.16 בעמ' 3093, 3121, 3124, כמו כן ראו ת/581 בתיק העיקרי – עותק מכתב כתב היד שנתפס ועליו הכיתוב "לידי רמי בזיע אנא הוסף חתימתך, יואב קן תור"). בסיכומיו לא הכחיש קן תור דברים אלו.

352. לגבי פגישת הקבלנים השנייה ביום 18.5.2008, העיד קן תור כי הפגישה התאפיינה באותה אווירה ובאותו רוח שאפיינו את הפגישה הראשונה וכי הוא תמך עקרונית בכל צעד עליו היו מחליטים בפגישה (דיון מיום 15.6.16 בעמ' 3097, 3135-3134). לגבי מסמך החתימות, העיד קן תור כי יום לאחר פגישת הקבלנים השנייה (ב-19.5.2008) הוא שהה ברומניה ולכן לא חתם על מסמך החתימות בעצמו. הוא הוסיף כי פרץ התקשר אליו ועדכן אותו לגבי ההחלטה לא לגשת למכרז וביקש ממנו שיצרף חתימתו למסמך והוא השיב כי הוא תומך במהלך ובמה שהוחלט. בהמשך לשיחתו עם פרץ ביקש קן תור מאשתו או מזכירתו שיחתמו על המסמך וישלחו אותו חזרה חתום לפרץ (דיון מיום 15.6.16 בעמ' 3098).



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

353. מכל האמור עולה כי קן תור הצטרף להסדר הכובל שהתגבש בין קבלני עוטף עזה. קן תור ייחס משמעות רבה לסוגיית עליית מחירי הברזל ופעל כבר בזמן סיור הקבלנים כדי להביא לשינוי תנאי המכרז הנוגעים להצמדת מחירי הברזל; הוא חתם על מסמך כתב היד ואף כתב את חלקו וכן פעל על מנת להחתים קבלנים נוספים על מכתב כתב היד; בנוסף, אישר קן תור לחתום בשמו על מסמך החתימות. לעיל קבעתי כי מסמכים אלה מבטאים את ההסדר הכובל שהתגבש בין הקבלנים וחתימתו של קן תור על המסמכים מלמדת כי הוא הצטרף להסדר שהתגבש בין הקבלנים והיה שותף למהלך כבר מתחילתו. אחריותה הפלילית של קן התור כתאגיד למעשיו של קן תור נובעת מכוח סעיף 23(א)(2) לחוק העונשין.

טענות כלליות:

354. נוסף לטענות שנדונו עד כה העלה קן תור מספר טענות כלליות אשר הועלו גם במסגרת סיכומיהם של נאשמים נוספים באישום השני. להלן, לאחר הדיון הפרטני לגבי כל אחד מנאשמי האישום השני, אפנה לדיון מפורט בטענות הכלליות שהיו משותפות לנאשמי האישום השני. כאן אציין בתמצית כי טענותיו הכלליות של קן תור התייחסו להתנהלות של משרד השיכון ועמיגור בנוגע למכרז עוטף עזה, התנהלות אשר לטענתו מקימה לקבלנים טענת הגנה מן הצדק. לא מצאתי לקבל טענה זו. אף אם טענות הקבלנים בדבר פגמים בהתנהלות המדינה היו מתקבלות אין הדבר מצדיק עשיית דין עצמי. לרשות הקבלנים עמדו כלים משפטיים חוקיים שונים אך הפרת חוק ההגבלים העסקיים לא הייתה אחד מהם.

355. טענה כללית נוספת של קן תור התמקדה בתכליות שעמדו לנגד עיני הקבלנים. לדידו הקבלנים לא ביקשו לתאם מחירים או לפגוע בעורך המכרז אלא להתקומם ולמחות כנגד התנהלות הרשות שהייתה עלולה להוביל לקריסתם, לכן לטענתו אין לקבוע כי הקבלנים הסכימו על הסדר כובל ואין להפעיל את הסנקציה הפלילית לגביהם. בהקשר זה הצביע קן תור גם על מעורבות התאחדות הקבלנים והתמיכה שלה במהלך. גם טענות אלה דינן להידחות מהטעם שהצגתי זה עתה, בפני הקבלנים עמדו מספר דרכים חוקיות לפעול כנגד המכרז ותנאיו, הקשיים במכרז אינם מצדיקים עשיית הסדר כובל ותיאום בדבר אי הגשת הצעות במסגרת המכרז. בנוסף, אדגיש כי קן תור יכול היה להחליט באופן עצמאי לא לגשת למכרז, האיסור נוגע לתיאום שנעשה לגבי החלטה זו.



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

356. עוד טען קן תור כי מתקיים בעניינו הסייג בגין טעות במצב משפטי לאור הסתמכותו על עצתו המשפטית של עורך הדין לרר. טענה זו כמו הטענות הכלליות האחרות תידון בפירוט להלן. אדגיש כבר כאן כי אין בידי לקבלה, קן תור ויתר הקבלנים לא העידו כי לרר אישר את המהלך שלהם אלא לכל היותר כי היה עליו להזהירם, כפי שנראה בהמשך טענה זו אינה עומדת במבחנים שהציבה הפסיקה בנוגע לטענת הסתמכות על ייעוץ משפטי. טענת הגנה נוספת שהעלה קן תור היא טענת זוטי דברים. גם טענה זו לא מצאתי מקום לקבל ואדון בטעמים לכך בהרחבה להלן. כאן אציין כי ההסדר שהוכח כי התגבש בין הקבלנים הוא הסדר כובל אופקי בין מתחרים במכרז משמעותי וגדול ביותר בעל חשיבות גדולה הן במישור הכלכלי והן במישור הביטחוני לא ניתן לקבל את הטענה כי בנסיבות אלה יש להחיל בעניינם של הקבלנים את הסייג בדבר זוטי דברים.

357. **לאור כל האמור אני קובע את אחריותם הפלילית של קן תור ושל קן התור כצדדים להסדר כובל.**

נאשם 10 ונאשמת 11 – רועי נגרי וחברת טר ארמה:

358. טר ארמה הייתה במועדים הרלוונטיים לכתב האישום חברה שעסקה בתחום הבניה ונגרי היה במועדים הרלוונטיים מנכ"ל טר ארמה. טר ארמה נכללה במאגר קבלני המדף במסגרת מכרז עוטף עזה (ראו סיכומי נגרי וטר ארמה ס' 5).

359. המאשימה טענה כי נגרי השתתף בשתי פגישות הקבלנים וחתם על מכתב כתב היד וכן על מסמך החתימות ועל בסיס פעולות אלה ייחסה לנגרי וטר ארמה הצטרפות כצד להסדר כובל.

360. בסיכומיו לא הכחיש נגרי כי השתתף בפגישות וחתם על המסמכים האמורים ועל כן ניתן לקבוע כי על פני הדברים הצטרף להסדר הכובל אשר התגבש בין קבלני מכרז עוטף עזה. טענות ההגנה העיקריות של נגרי התמקדו במשמעות שיש לייחס לדידו למעשיו וכן במספר סייגים והגנות אשר הוא סבור שמתקיימים בעניינו.

361. נגרי, אם כן, לא הכחיש שהוא השתתף בפגישות הקבלנים וחתם על מכתב כתב היד ומסמך החתימות. פעולות אלה מוכיחות שנגרי הצטרף להסדר הכובל וקיים את



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

היסוד העובדתי הנדרש במסגרת עבירה זו. לגבי היסוד הנפשי, לאורך סיכומי טען נגרי במספר מקומות כי "לא מתקיים לגביו היסוד הנפשי הנחוץ לצורך הרשעתו בעבירה". נגרי לא פירט מה עומד בבסיס טענה זו פרט לכך שציין בסוף סיכומיו כי די בעיון בחומר הראיות בכדי להגיע לכלל מסקנה כי היסוד הנפשי הדרוש להרשעה בעבירות נשוא האישום לא התגבש ולא מאפשר הרשעה. דא עקא, שעיון בחומר הראיות אינו תומך בטענתו של נגרי.

362. כפי שראינו לעיל, היסוד הנפשי הנדרש במסגרת עבירת ההסדר הכובל הוא מחשבה פלילית, כלומר, מודעות להתקיימותם של רכיבי היסוד העובדתי. הוכח כי נגרי היה מודע למעשיו, נוכחות בפגישות וחתימה על מסמכים הם מסוג הפעולות הנעשות באופן טבעי מתוך מודעות וקמה בהקשר זה גם חזקת המודעות. נגרי אף לא העלה כל טענה כנגד מסקנות אלה. ככל שטענותיו של נגרי מכוונות כנגד מודעותו לפליליות המעשים הרי ראינו לעיל כי מודעות זו אינה חלק מיסודות העבירה ולא נדרש להוכיחה. משכך ניתן לקבוע שהיסודות העובדתי והנפשי של עבירת ההסדר הכובל הוכחו לגבי נגרי. אחריותה הפלילית של טר ארמה כתאגיד למעשיו של נגרי נובעת מכוח סעיף 23(א)(2) לחוק העונשין.

טענות כלליות:

363. נגרי, בדומה לקן תור, העלה מספר טענות כלליות שהיו משותפות גם לנאשמים נוספים וכאמור יידונו בהרחבה להלן. אציין בקצרה שלא מצאתי לקבל את טענותיו הכלליות של נגרי. נגרי טען כי ההחלטה שלא להגיש הצעה במסגרת המכרז התקבלה על ידי טר ארמה באופן עצמאי במהלך סיור הקבלנים וזאת בשל סוגיית הבנייה עצמית, החלטה זו כלל לא התגבשה בעקבות פגישות הקבלנים. אין בידי לקבל את טענת שיקול הדעת העצמאי והטעמים לכך יוצגו בהרחבה להלן, בתמצית ייאמר כי נגרי חתם על המסמכים ובכך הצטרף להסדר הכובל אפשר אותו וחיזק אותו, הטענה כי ההחלטה התקבלה באופן עצמאי עוד לפני כן אינה רלוונטית ואינה סותרת את המסקנה כי יסודות העבירה הוכחו.

364. טענות כלליות נוספות של נגרי עסקו בהתנהלותה השערורייתית לטענתו של המדינה, בכך שאין מקום לקבוע שפניית הקבלנים לעורך המכרז במטרה להביא לשינוי התנאים מהווה הסדר כובל, בכך שתנאי המכרז לא אפשרו הגשת הצעות ועל כן הרשות



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

אחראית לכך שהקבלנים לא הגישו הצעות. נוסף לכל אלה, טען נגרי כי מבחינת תכליות חוק ההגבלים העסקיים לא צריך לראות בפעולות של הקבלנים כחסדר כובל זאת לאור הנסיבות הקשורות למכרז, הפעולה הגלויה של הקבלנים והמטרות שלהם וכן האופן בו תמכה התאחדות הקבלנים במהלך. כל הטענות הללו יידונו להלן שם אפרט את הטעמים שהביאו אותי לדחות אותן. כאן אדגיש שהקבלנים יכולים היו להחליט באופן עצמאי שלא לגשת למכרז וכן לפעול במשותף בדרכים חוקיות כדי להביא לשינוי תנאי המכרז אך הם לא היו יכולים להחליט באופן משותף שלא להגיש הצעות במכרז. החלטה זו היא שבגינה הוגש נגדם כתב האישום והיא מהווה הפרה ברורה של הוראות חוק ההגבלים העסקיים ולא ניתן לקבוע כי הגשת כתב האישום לגביה עומדת בניגוד לתכליות החוק.

365. נוסף על כל הטענות האמורות הוסיף נגרי כי אף אם הן תדחנה עומדת לו הגנת הסתמכות על ייעוץ משפטי לאור הסתמכותו על ייעוץ של עו"ד לרר שליווה את המהלך. בדומה לטענות הכלליות האחרות טענת ההסתמכות של הקבלנים תידון בהרחבה להלן, אך בנוגע לנגרי טענתו הייתה כי לגביו סייג זה רלוונטי במיוחד, שכן הוא פנה לרר באופן אישי לאחר הישיבה הראשונה בהתאחדות וביקש ממנו לפנות למזמין המכרז כדי לברר מולו לגבי סוגיית הבנייה עצמית שהטרידה את נגרי (דיון מיום 2.3.2016 בעמ' 3013-3014). לרר דיבר עם נציגי חברת עמיגור ושלח לנגרי ולאופיר אשר שפנו אליו בעניין הבנייה העצמית מכתב תשובה ביום 16.5.2008 (ת/384) והשיב להם כי על פי תשובתו של פלד אין למועצות האזוריות כוונה או יכולת לבצע את העבודות שלא באמצעות הקבלנים. לרר סיים את המכתב וכתב "לידיעתכם ולשיקולכם אל מול סיכון חילוט הערבויות ביום א' 18/5".

366. נוכח נסיבות אלה טען נגרי כי עולה בעניינו טענת ייעוץ משפטי ייחודית – אין ספק שלרר ייצג אותו בפני עמיגור ומשרד השיכון ואף הזהיר אותו מסכנת חילוט הערבויות אך לא מצא לנכון להזהירו מפני ההחלטה המשותפת לא לגשת למכרז. לא מצאתי כי נסיבות עניינו של נגרי מקימות לו טענת הסתמכות על ייעוץ משפטי. כאמור, בהמשך אפרט מדוע לא קמה לכלל הקבלנים טענת הסתמכות ולא מצאתי כי יש בנסיבות הפרטניות שתיאר נגרי כדי לשנות ממסקנתי. לפיכך אני דוחה את הטענה.



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

367. **לאור כל האמור אני קובע את אחריותם הפלילית של נגרי ושל טר ארמה כצדדים להסדר כובל.**

נאשמים 12-13 – אברהם יקואל וחברת יעז:

368. חברת יעז הייתה במועדים הרלוונטיים לכתב האישום חברה שעסקה בתחום הבנייה ונכללה במאגר קבלני המדף. יקואל היה במועדים הרלוונטיים לכתב האישום הבעלים של חברת יעז יחד עם אשתו, הוא הקים אותה והוא שניהל אותה (דיון מיום 7.3.2016 בעמ' 3036-3037, ת/517 עמ' 2)

369. המאשימה מייחסת ליקואל השתתפות בשתי פגישות הקבלנים וכן חתימה על מכתב כתב היד ומסמך החתימות. על בסיס פעולות אלה טוענת המאשימה כי יקואל וחברת יעז הצטרפו להסדר הכובל שהתגבש בין קבלני מכרז עוטף עזה. יקואל אינו מכחיש כי השתתף בשתי הפגישות ועיקר טענותיו נוגעות לשאלת חתימתו על המסמכים והאופן בו הבין את משמעותם. בנוסף לכך העלה יקואל בסיכומיו טענות נוספות לגבי סייגים העומדים לו לטענתו ולאורם לדידו יש לזכותו.

370. טענתו המרכזית של יקואל היא כי המאשימה לא הצליחה להוכיח מעבר לספק סביר כי הוא היה מודע לכך שהצטרף כצד להסדר הכובל הנטען ולכן לא הוכיחה כי מתקיים בעניינו היסוד הנפשי הנדרש.

371. לגבי מכתב כתב היד והנוכחות בפגישה הראשונה העלה יקואל מספר טענות. יקואל אינו מכחיש כי הוא השתתף בפגישה וכי הוא עצמו כתב את העמוד הראשון של מכתב כתב היד (דיון מיום 7.3.2016 בעמ' 3041-3042) אך לטענתו הוא עזב את הפגישה לפני שהסתיימה ולא היה מעורב בכתיבת העמוד השני של מכתב כתב היד ולא היה מודע לתוכנו. לטענתו ההסדר הכובל מתבטא במילים "עקב כך החלטנו לא להגיש ביום א' 18/5/08 המכרז" ומאחר שלא היה מודע למשפט זה לא ניתן לייחס לו מודעות להסדר הכובל הנטען.

372. אינני מקבל טענות אלה של יקואל אשר עומדות בניגוד לאמירות ברורות שלו בעדותו ולראיות שהוצגו בעניינו. אין מחלוקת שיקואל נכח בישיבה וכי הוא כתב את העמוד הראשון של מכתב כתב היד (ת/451). בסוף העמוד הראשון מופיע המשפט "בנוסף



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

עליה חריגה במחירי הברזל לא מאפשרת לנו", המילים "לא מאפשרת לנו" מחוקות על ידי קו ואותן מחליף משפט המופיע בעמוד השני של המכתב. לעיל קבעתי כי החלטה משותפת של מתחרים במכרז לפיה תנאי המכרז לא מאפשרים להגיש הצעות במסגרתו עשויה להוות הסדר כובל. כלומר, המשפט שכתב יקואל בסוף העמוד הראשון מלמד על ההסדר הכובל שהתגבש. אומנם מילים אלה נמחקו ויקואל לא זכר האם הוא עצמו מחק אותן (דיון מיום 7.3.2016 בעמ' 3042), אך אין חולק שהוא כתב אותן ומכך ניתן ללמוד כי הוא היה מודע להחלטה המשותפת של הקבלנים והעלה אותה על הכתב.

373. נוסף על כך, יקואל עצמו חתם לצד שמה של חברת יעז על העמוד השלישי של מכתב כתב היד (דיון מיום 7.3.2016 בעמ' 3043). חתימתו מלמדת כי הוא הכיר את תוכן המכתב והיה מודע להחלטה המשותפת שלא להגיש הצעות במסגרת המכרז ככל שלא ישונו תנאיו. יקואל ביקש לדחות מסקנה זו וטען כי הוא חתם על העמוד השלישי של המכתב מבלי להכיר את העמוד השני, לגרסתו לאחר שעזב את הפגישה התבקש לחזור ולחתום על המסמך והוא עשה זאת מבלי לקרוא את העמוד השני שלו (דיון מיום 7.3.2016 בעמ' 3043). אינני מקבל גרסה זו, העמוד הראשון מסתיים באמצע משפט ("בנוסף עליה חריגה במחירי הברזל"), כלומר, הוא חסר את ההחלטה הסופית ואת השורה התחתונה של המכתב, לא ניתן לקבל את הגרסה שיקואל חתם על המסמך מבלי להבין מה ההחלטה האופרטיבית העולה ממנו.

374. מסקנה זו מתחזקת נוכח עדותו של יקואל לפיה בהתאם לאחריותו על פי מסמך האחריות הוא עדכן את שלומי אסולין מחברת אסום לגבי ההחלטות שהתקבלו בפגישה (דיון מיום 7.3.2016 בעמ' 3111-3112 וכן דבריו במסגרת הודעתו ברשות – ת/517 בעמ' 11). כדי לעדכן את אסולין לגבי ההחלטות ברי כי הוא היה צריך לדעת מהן ההחלטות שהתקבלו. יקואל טען כי עדכן את אסולין רק שחלק מהקבלנים רצו להגיש את המכרז וחלק לא ובסופו של דבר לא התקבלה החלטה (דיון מיום 7.3.2016 בעמ' 3066, 3112-3114). אינני מקבל כי יקואל הבין בהתאם למסמך האחריות שעליו לעדכן את הקבלנים שלא נוכחים לגבי הפגישה אך סבר שהעדכון הוא שלא התקבלה כל החלטה – אם לא התקבלה כל החלטה מה הטעם לטרוח לעדכן את הקבלנים שנעדרו מהפגישה לגביה. מסקנות אלה מתחזקות לאור הצורך כי כל הקבלנים יחתמו



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

על מכתב כתב היד. יקואל לא הצליח להסביר מדוע חתימות הקבלנים נדרשו אם לא התקבלה כל החלטה בפגישה (דיון מיום 7.3.2016 בעמ' 3114).

375. המסקנה כי יקואל היה מודע להחלטה שלא לגשת למכרז נתמכת גם באמירות נוספות שלו במהלך הודעתו ברשות ועדותו. בהודעתו נשאל יקואל האם בישיבות בהתאחדות דובר על כך שכל הקבלנים לא ייגשו למכרז והוא ענה שהוא חושב שכן. הוא המשיך וציין כי הוא לא יודע מי התחיל את הרעיון הזה שכולם לא ייגשו למכרז (ת/517 עמ' 8-9). בסוף חקירתו ברשות הוסיף יקואל תיקונים בכתב יד לדברים שאמר בהודעתו (התיקונים סומנו ת/518). יקואל העיד כי תיקונים אלה באו להוסיף על הדברים שאמר ולהבהיר אותם ולא נועדו לבוא במקום הדברים שנאמרו בהודעה עצמה (דיון מיום 7.3.2016 בעמ' 3097).

376. במסגרת התיקונים הדגיש יקואל כי הכוונה ברעיון שכולם לא ייגשו הייתה להביא לשינוי המכרז או להביא לשחרור הקבלנים מהחובה להגיש הצעות (ת/518). בעדותו ציין יקואל כי היו דיבורים בפגישה הראשונה האם לגשת או לא לגשת והיה וויכוח על כך והוסיף כי הוא עצמו עדכן את האחרים במהלך הפגישה שהוא לא מתכוון להגיש הצעה (דיון מיום 7.3.2016 בעמ' 3101-3102). מכל האמור עולה כי הוכח מעבר לספק סביר כי כבר בפגישה הראשונה היה יקואל מודע להחלטה המשותפת שלא להגיש הצעות במסגרת המכרז.

377. מודעותו של יקואל נלמדת גם מכך שהכיר והיה מודע למסמך החתימות ותוכנו. כאמור, המאשימה טענה שיקואל חתם בעצמו על מסמך החתימות. יקואל טען כי החתימה על מסמך החתימות אינה שלו והגיש לשם כך חוות דעת גרפולוגית. המאשימה לא הגישה חוות דעת משלה אך ניסתה להצביע על קשיים בחוות הדעת שהגיש יקואל. אינני נדרש להכריע בסוגיה זו, שכן יקואל העיד כי אף שהחתימה על המסמך אינה שלו החתימה בוצעה בהוראתו על ידי מזכירתו (דיון מיום 7.3.2016 בעמ' 3048) כפי שאפרט להלן לדעתי די בכך כדי להוכיח את מודעתו לתוכן המסמך.

378. יקואל העיד כי הורה למזכירתו לחתום על המסמך אך סבר שמדובר במסמך המהווה ייפוי כוח לפעול בשמו מול מזמין המכרז. טענה זו נדחת לאור מכלול הראיות והעדויות שהוצגו לפניי. כאמור, יקואל נכח בפגישה השנייה אשר בעקבותיה נחתם מסמך החתימות (דיון מיום 7.3.2016 בעמ' 3044-3045), למרות זאת לטענתו טעה לגבי



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

תוכן המסמך, שכן עזב את הפגישה מוקדם ולא היה שותף לניסוח המסמך ולא חתם עליו במהלך הפגישה. יקואל העיד כי בהמשך התקשר אליו פרץ וביקש ממנו לחתום על המסמך אך בגלל שהוא היה מחוץ למשרד הוא ביקש ממזכירתו לחתום עליו בשם חברת יעז (דיון מיום 7.3.2016 בעמ' 3047-3048, 3077), לגרסתו הוא חשב שמדובר בייפוי כוח שהוא חותם להתאחדות כדי שתפנה בשמו למזמין המכרז (דיון מיום 7.3.2016 בעמ' 3070-3073, 3078-3079). לטענת יקואל העובדה שגרסה זו הוצגה גם בהודעתו ברשות (ת/517 עמ' 19, 21) מחזקת אותה ומלמדת על מהימנותה.

379. אולם, דווקא עיון בדברים שאמר יקואל בעדותו ובמסגרת הודעתו ברשות מלמד על מודעתו להחלטה המשותפת של הקבלנים. יקואל בהודעתו ועדותו אכן עושה שימוש במילים ייפוי כוח אך מהקשר הדברים ברור שהוא מתכוון לכך שמדובר במתן הרשאה לשלוח מכתב בשמו לגבי החלטות הקבלנים (דיון מיום 7.3.2016 בעמ' 3072-3073, 3115). יקואל העיד באופן ברור כי כאשר הוא אומר ייפוי כוח כוונתו היא שהוא הבין שהוא מאשר לשלוח מכתב בשמו (דיון מיום 7.3.2016 בעמ' 3072-3073, 3115). ברור שיקואל לא חשב שהוא נותן אישור לשלוח כל מכתב בשמו אלא מכתב המתאר את החלטות הקבלנים. יקואל אף אישר שכך היה הדבר (דיון מיום 7.3.2016 בעמ' 3116).

380. גם מהדברים שאמר בהודעתו ברשות ושאליהם הפנה בסיכומיו ניתן ללמוד על מודעתו להסכמה המשותפת – כשנשאל האם הוא מאשר שהתחייב לא לגשת למכרז השיב – "כן. אם אני חתום אז אשרתי את זה. אני נתתי את הייפוי כוח להתאחדות". בהמשך כאשר הוא נשאל האם עו"ד לרר הזהיר את הקבלנים שהחלטה משותפת מסוג זה אינה חוקית הוא השיב "אני לא ידעתי שזה לא חוקי. אם הייתי יודע לא הייתי נותן להתאחדות את הייפוי כוח שנתתי להם" (ת/517 בעמ' 21). כלומר, מדבריו של יקואל עולה בברור שהוא לא מתכוון לייפוי כוח פורמאלי אלא להסכמה שלו להביא את ההחלטה המשותפת של הקבלנים בפני מזמין המכרז.

381. יקואל טען שטעותו בהבנת המסמך גם מעמידה לו סייג של טעות במצב דברים הנבחנת לאור הוראות סעיף 34 לחוק העונשין הקובע מבחן סובייקטיבי (ראו דיון לעיל במסגרת הדיון באישום הראשון). לדידו מאחר שדימה מציאות שונה, יש לבחון את אחריותו בהתאם למצב שהוא עצמו דימה. גם טענה זו אין בידי לקבל. אומנם המבחן לבחינת טענת הטעות הוא סובייקטיבי אך בית המשפט נדרש לבחון את אמינותה של



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

טענת הטעות ומהימנותה ובמקרה זה איני מקבל כי יקואל טעה בהבנת המשמעות של הדברים [ראו בהקשר זה ע"פ 2598/94 דנינו נ' מדינת ישראל (פורסם 25.12.1995)]. דנ"פ 1294/96 **משולם נ' מדינת ישראל** פ"ד נב(5) 1 פס' 11-12 לפסק דינו של השופט מצא (1998) (להלן: עניין "**משולם**"). מסמך החתימות הוא מסמך ברור המנוסח בשפה בהירה וכולל, כאמור, את המשפט "ולפיכך אין באפשרותנו להגיש הצעה ולפיכך לא נגישה". אין כל בסיס לטענה כי מדובר במסמך המהווה ייפוי כוח. יקואל לא טען כי מישהו אמר לו שמדובר בייפוי כוח ובסופו של יום כלל לא הסביר מדוע שיחשוב שמדובר בייפוי כוח. לכן ולאור העדויות והראיות שנסקרו לעיל איני מקבל את הטענה שיקואל טעה בהבנת משמעות מסמך החתימות.

382. נוכח האמור עד כה ניתן לקבוע כי הוכחו היסוד העובדתי והנפשי של עבירת ההסדר הכובל בכל הנוגע ליקואל. אחריותה הפלילית של יעז כתאגיד למעשיו של יקואל נובעת מכוח סעיף 23(א)(2) לחוק העונשין.

טענות כלליות:

383. יקואל העלה מספר טענות הגנה כלליות נוספות המשותפות לו ולנאשמים נוספים באישום השני ואשר, כאמור, יידונו בפירוט להלן. אתייחס לטענות אלה בתמצית כבר כאן. טענה מרכזית של יקואל נגעה לכך שהחלטת יעז שלא לגשת למכרז התקבלה באופן עצמאי ובלי קשר לעמדת שאר הקבלנים. עסקתי בטענה זו לעיל ואדון בה גם להלן אך יקואל טען כי עניינו הוא ייחודי כיוון שחברתו כלל לא התכוונה לבצע את העבודות במסגרת המכרז בעצמה.

384. לטענתו של יקואל, ליעז כלל לא הייתה יכולת לבצע את עבודות המכרז והיא ניגשה למכרז רק מפני שהתקשרה עם קבלן אחר בשם נגר אשר הוא שפנה ליעז והציע לה להשתתף במכרז תוך שישמש כקבלן המשנה של יעז. לאחר שיקואל הגיש הצעה במסגרת שלב א' של המכרז חברתו של נגר לא הצליחה להעמיד את הערבויות הדרושות לצורך שלב ב' של המכרז ומפני שיעז לא הייתה יכולה לבצע את העבודות בעצמה היא כלל לא התכוונה להגיש הצעות במסגרת המכרז. טענה זו של יקואל אינה רלוונטית לשאלת אשמתו, יעז אינה מואשמת בכך שלא ניגשה למכרז אלא בכך שתיאמה את צעדיה עם מתחריה במכרז. בהמשך הכרעתי אתייחס לטענות שיקול הדעת העצמאי ביתר פירוט.



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

385. במסגרות טענותיו התייחס יקואל גם לפעולותיו של לרר בכל הנוגע למכרז וטען להסתמכות על ייעוץ משפטי אך אף אם אקבל את טענותיו של יקואל בנוגע לפעולותיו של לרר הן אינן עומדות בתנאים שנקבעו בפסיקה לצורך קבלת טענת טעות בדין (ראו דיון נרחב בעניין זה להלן בחלק העוסק בטענות כלליות המשותפות לנאשמי האישום השני). יקואל הוסיף וטען כי הנסיבות סביב מכרז עוטף עזה ובכללן עליית מחירי הברזל. התנהלות הרשות, מטרותיהם של הקבלנים ותמיכת ההתאחדות, כל אלה מעמידים לקבלנים טענת הגנה מן הצדק. לא מצאתי לקבל טענה זו. נסיבות מכרז עוטף עזה אינן מצדיקות הפרה של החוק והצטרפות להסדר כובל כפי שאבהיר בפירוט להלן. טענה נוספת של יקואל הייתה כי יש לקבוע כי עניינם של הנאשמים נכנס בגדרי הסייג של זוטי דברים. גם טענה זו כפי שכבר כתבתי ואפרט להלן אין בידי לקבל ולא מצאתי כל בסיס אמתי שיכול לתמוך בטענה זו.

386. **לאור כל האמור אני קובע את אחריותם הפלילית של יקואל ושל יעז כצדדים להסדר כובל.**

נאשמים 14-15 – יוסי קנר וחברת קיסר :

387. חברת קיסר הייתה במועדים הרלוונטיים לכתב האישום חברה שעסקה בתחום הבנייה ונכללה במאגר קבלני המדף. קנר היה במועדים הרלוונטיים לכתב האישום בעלים ומנכ"ל של חברת קיסר.

388. על פי טענות המאשימה קנר השתתף בפגישת הקבלנים השנייה וחתם על מסמך החתימות. על בסיס זה טוענת המאשימה כי קנר וחברת קיסר היו צד להסדר הכובל בין קבלני מכרז עוטף עזה.

389. מבחינה דיונית, במהלך הדיון שהתקיים ביום 10.9.2014 הודו קנר וחברת קיסר בעובדות המיוחסות להם בכתב האישום אך לא בהוראות החיקוק המיוחסות להם. בעקבות הודאה זו ובהתאם להחלטתי באותו הדיון קנר קיסר ובא כוחם היו פטורים מלהתייצב להמשך ההליכים. קנר עצמו לא העיד במסגרת ההליך והוא קיבל שהליך ההוכחות שהתקיים בהיעדרו יוכל לשמש לזכותו או לחובתו בסופם של ההליכים. בעקבות הודאתו בעובדות כתב האישום אך לא בסעיפי החוק שייחסה לו המאשימה



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

טען קנר בסיכומיו כי יש לראות בו מסייע בלבד לגבי עבירת ההסדר הכובל ולא מבצע עיקרי.

390. עיקר הראיות אליהן התייחסו המאשימה וקנר במסגרת טיעוניהם היו הודעת קנר ברשות ההגבלים, אמירותיו של אופיר אשר (שהיה אמור לשמש כקבלן המשנה של קנר לצורך ביצוע העבודות) בהודעתו ברשות ההגבלים העסקיים ובעדותו וכן המוצגים הרלוונטיים שהוגשו במהלך הדיונים.

391. טענתו הבסיסית של קנר היא שאשר היה המבצע העיקרי של עבירת ההסדר הכובל הנטענת ואילו קנר לכל היותר יכול להיחשב כמסייע לעבירה. קנר הקדיש חלק נכבד מסיכומיו לדיון באמירותיו של אשר בחקירתו ברשות ובעדותו כדי להראות שאשר הוא שהיה מעורב במהלך ואילו מערובתו של קנר עצמו התמצתה בנוכחות בפגישת הקבלנים השנייה, חתימה על מסמך החתימות ויצירת קשר עם סלטי כדי לעדכן אותו על אודות ההחלטה ולבקש כי יחתום על מסמך החתימות.

392. די בעובדות אלה שקנר אינו חולק עליהן כדי לקבוע שקנר וחברת קיסר היו צד להסדר הכובל שהתגבש בין הקבלנים כמבצעים עיקריים וכצד ישיר ולא רק סייעו להתגבשות ההסדר. כפי שקבעתי לעיל מסמך החתימות מהווה בפני עצמו הסדר כובל בין הקבלנים. קנר חתם על המסמך ובכך הצטרף להסדר הכובל.

393. סעיף 31 לחוק העונשין קובע מי הוא מסייע. המסייע בניגוד למבצע בצוותא מצוי במעגל החיצוני של הביצוע (עניין משולם בפס' 18; ראו גם ע"פ 2652/95 רז נ' מדינת ישראל, מיום 21.2.96, בפסקה 5(ג)(2)), הסיוע לדבר עבירה נבדל מהביצוע הישיר בכך שהמסייע בניגוד למבצע הישיר תורם באופן עקיף לביצוע עבירה אשר נעשית בידי אדם אחר (ראו ע"פ 4770/14 אגייב נ' מדינת ישראל, מיום 5.11.15, בפסקה 30). לאור העובדות אשר אותן אישר קנר עולה כי הוא השתייך באופן ברור למעגל הפנימי של מבצעי עבירת ההסדר הכובל ולא הונח כל בסיס שיש בו לתמוך בטענתו כי יש לראות בו מסייע. כפי שראינו מסמך החתימות מבטא את ההסדר הכובל שהתגבש בין הקבלנים קנר חתם על המסמך כאשר הוא מודע לתוכנו ולמשמעותו ובהמשך אף יצר קשר עם סלטי בעניין.



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

394. אכן אין מחלוקת על כך שחלק מהקבלנים היו מעורבים יותר במהלך ואחרים היו מעורבים פחות. אולם, השאלה בה יש להכריע היא האם הצליחה המאשימה להוכיח ברמה הדרושה כי כל אחד מנאשמי האישום השני היה צד להסדר שהתגבש. לגבי קנר התשובה על שאלה זו היא חיובית הוכח כי הוא הצטרף להסדר הכובל באמצעות חתימה על מסמך החתימות בכך לא שונה עניינו או מעמדו מעניינם של קבלנים אחרים אשר הצטרפו להסדר באותו אופן ועל כן אין כל יסוד לטענה כי יש לראות בו מסייע. האישום כנגד קנר אינו כי הוא יזם הסדר כובל או קידם אותו אלא כי הוא היה צד להסדר הכובל וזאת הוכח ברמה הנדרשת.

395. טענה נוספת שהעלה קנר הייתה כי נוכח ההסכם בינו לבין אשר השתתפות במכרז לא הייתה מסכנת אותו כלל והוא היה יכול רק להרוויח מהמכרז ולכן האינטרס שלו היה דווקא להגיש הצעה במסגרת שלב ב'. כחלק מטענות אלה ביקש קנר לסתור את גרסתו של אשר לפיה אשר עצמו דווקא התכוון להגיש הצעה במסגרת המכרז וקנר הוא שעצר אותו בסופו של דבר והודיע לו שהוחלט לא להגיש הצעות במסגרת המכרז. טענה זו של קנר אינה יכולה לסייע לו ואינה רלוונטית לשאלת הוכחת אשמתו בעבירות שיוחסו לו. המאשימה הוכיחה כי לגבי קנר מתקיימים היסוד העובדתי והנפשי של עבירת ההסדר הכובל ואין בטענתו של קנר כי הוא היה מרוויח מהמכרז וכי קבלן המשנה שלו היה מעורב יותר במהלך כדי לשנות ממסקנה זו. אעיר כי דווקא הטענה שקנר יכול היה להרוויח מהגשת הצעה במסגרת המכרז רק מדגישה את הבעייתיות והחומרה הגלומה בהחלטה המשותפת של הקבלנים. נוכח האמור עד כה ניתן לקבוע כי הוכחו היסוד העובדתי והנפשי של עבירת ההסדר הכובל בכל הנוגע לקנר. אחריותה הפלילית של קיסר כתאגיד למעשיו של קנר נובעת מכוח סעיף 23(א)(2) לחוק העונשין.

396. **לאור כל האמור אני קובע את אחריותם הפלילית של קנר ושל קיסר כצדדים להסדר כובל.**

נאשמים 22 ו-23 – אליהו קולן ומנרב:

397. מנרב הייתה במועדים הרלוונטיים לכתב האישום חברה שעסקה בתחום הבנייה. מנרב זכתה בשלב א' של מכרז עוטף עזה ונכללה במאגר קבלני המדף שהוקם במסגרת המכרז. אליהו קולן שימש בתקופה הרלוונטית לכתב האישום כמנכ"ל מנרב.



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

398. המאשימה מייחסת למנרב וקולן עבירה של הסדר כובל על בסיס טענתה כי קולן נכח בפגישת הקבלנים השנייה ובהמשך הורה לחשב של מנרב לחתום בשם מנרב על מסמך החתימות.

399. קולן ומנרב אינם חולקים על העובדות הבסיסיות שמייחסת להם המאשימה ומסכימים כי קולן נכח בפגישה השנייה לזמן קצר וכן ביקש מחשב החברה לחתום בשם מנרב על מסמך החתימות. עם זאת, לטענת קולן ומנרב בחינת העובדות כהווייתן על רקע המסגרת הנורמטיבית הנוגעת לעבירת ההסדר הכובל מובילה למסקנה כי יש לזכותם מהאישומים המיוחסים להם.

400. לטענת קולן ומנרב לא הצליחה המאשימה להוכיח כי מתקיימים בעניינם היסוד העובדתי והנפשי הנדרשים לצורך הרשעה בעבירת ההסדר הכובל. בבסיס טענתו של קולן בעניין זה עומדים שני טעמים מרכזיים – לדבריו הוא אומנם נכח בפגישה השנייה אך לזמן קצר בלבד ובזמן שהיה שם לא דובר על אי הגשת המכרז, בנוסף, הוא לא היה מודע לתוכן מסמך החתימות ולא היה מדוע לכך שחתימה על מסמך החתימות מהווה הצטרפות של מנרב להחלטה המשותפת (דיון מיום 23.5.2016 עמ' 3040, 3090). קולן העיד שב-19.5.2008 פרץ התקשר אליו ושאל אותו מה החליטה מנרב בנוגע להגשת המכרז. קולן ענה לפרץ כי מנרב החליטה לא לגשת למכרז ובתגובה פרץ אמר שהוא ישלח לקולן פקס על גביו מנרב יחתמו שהם לא מתכוונים לגשת למכרז (דיון מיום 23.5.2016 בעמ' 3040). כאשר הפקס נשלח קולן היה מחוץ למשרד והוא ביקש מצבי גולדה, חשב החברה, לחתום שמנרב החליטה לא לגשת ולשלוח את הפקס חזרה (דיון מיום 23.5.2016 בעמ' 3040-3041). לטענת קולן פרץ לא הקריא לו את נוסח מסמך החתימות וקולן לא הבין שחתימת מנרב תועבר לשאר הקבלנים, קולן גם לא ראה את המסמך ולכן לא ידע שמדובר במכתב משותף עליו חתומים כל הקבלנים.

401. די באישורו של קולן לכך שהתחייב בפני פרץ, אחד ממתחריו במכרז, שהוא אינו מתכוון להגיש הצעה במסגרת המכרז כדי לקיים את יסודות עבירת ההסדר הכובל. אך מעבר לכך אין בידי גם לקבל את גרסתו של קולן כי לא היה מודע כלל למהלך שהתגבש בין הקבלנים ולמשמעות החתימה על מסמך החתימות. גרסתו של קולן נסמכת על טענתו כי עזב את הפגישה השנייה בטרם הסתיימה. אך בחקירתו ברשות ציין קולן כי הפגישה הייתה קצרה ונגמרה "צ'יק צ'ק" ולא ציין שעזב אותה באמצע



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

(ת/526 ש' 115-116). גם בעדותו אמר שהפגישה הייתה קצרה וציין כי לדעתו הפגישה לא נמשכה לאחר שהלך (דיון מיום 23.5.2016 בעמ' 3036). רק בהמשך כאשר נשאל שוב ספציפית לגבי האפשרות שהפגישה המשיכה לאחר שעזב השיב כי ייתכן שכך היה הדבר. כלומר, הגרסה של קולן כי עזב את הפגישה באמצע היא גרסה מאוחרת שאף בעדותו הוצגה רק לאחר שנשאל על כך באופן ספציפי ואני דוחה אותה.

402. אציין כי יסודות העבירה הוכחו לגבי קולן ומנרב אף אם הייתה מתקבלת טענת קולן כי עזב את הפגישה השנייה באמצע ולא היה מודע לכך שבמהלך הפגישה החליטו הקבלנים שלא להגיש הצעות במסגרת המכרז. המסקנה בדבר אחריותו של קולן מתבססת גם על כך שהורה לצבי גולדה, החשב של מנרב, לחתום על מסמך החתימות בשמה של מנרב. בחקירתו ברשות ציין קולן מספר פעמים כי הועבר מסמך בין הקבלנים שקבע כי כולם לא ייגשו למכרז והקבלנים חתמו עליו. קולן נשאל מה קרה עם הרעיון לחתום על מכתב לפיו כל הקבלנים לא ניגשים למכרז והשיב "הועבר מסמך כזה בין הקבלנים" וכאשר נשאל אם הם חתמו עליו השיב "כן אנחנו חתמנו שאנחנו לא ניגשים למכרז". קולן המשיך וציין כי נדרש להחתים את הקבלנים על המסמך כדי "לשכנע אחד את השני לא לגשת" (ת/526 בעמ' 7, 14).

403. אומנם, בהמשך הודעתו קולן ציין שמנרב קיבלה את ההחלטה עוד לפני כן באופן עצמאי אך כפי שנראה בהמשך טענת שיקול הדעת העצמאי אינה רלוונטית לשאלת ההצטרפות להסדר. בעדותו נשאל קולן על הדברים מספר פעמים ואישר שמה שאמר בהודעה ברשות נכון וחזר על כך שמנרב החליטה לא לגשת למכרז ובהמשך אישרה בחתימתה שהיא לא ניגשת למכרז על גבי מסמך שעבר בין הקבלנים (דיון מיום 23.5.2016 בעמ' 3093). במקומות נוספים בעדותו ובהודעתו ציין קולן כי להבנתו חתם על כך שמנרב מתחייבת לא לגשת למכרז ושהוא אישר בחתימתו שזו ההחלטה שקיבלה מנרב (ת/526 בעמ' 16, דיון מיום 23.5.2016 בעמ' 3099). נוכח דבריו הברורים של קולן נדחית לחלוטין טענתו של קולן כי לא היה מודע לתוכן המסמך ולא ידע שעובר בין הקבלנים מסמך בו הם מתחייבים לא לגשת למכרז.

404. מסקנה זו מתחזקת גם נוכח עדותו של פרץ שהוא עדכן את קולן לגבי הפגישה הראשונה (עדות פרץ, דיון מיום 23.3.2015 עמ' 1429) וכן מפני שקולן עצמו נכח, כאמור, בפגישה השנייה.



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

405. מעבר לכך, אציין שדי בעובדות אשר קולן ומנרב אישרו אותן בסיכומיהם ובעדותו של קולן כדי לקבוע שיסודות העבירה הוכחו בעניינם. קולן ומנרב אישרו שלבקשתו של פרץ, אחד ממתחריהם במכרז, הם חתמו על מסמך בו הם מתחייבים כי החליטו לא להגיש הצעה במסגרת המכרז (ראו למשל דיון מיום 23.5.2016 בעמ' 3040-3041). לעיל, במסגרת הצגת המסגרת המשפטית הרלוונטית לעבירת ההסדר הכובל, הדגשתי כי אף אם מתחרה החליט לא להגיש הצעה במסגרת המכרז הרי שפנייתו למתחרה אחר ותיאום מולו לגבי ההצעות שיוגשו הופכת את פעולתם לפעולה הנכנסת בגדר האיסור בנוגע להסדר כובל (ראו עניין **בן דרור** בפס' 15-14). מעבר לכך, לא למותר לציין כי קולן ומנרב לא הציעו כל הסבר לשאלה מדוע פרץ היה זקוק לחתימתם על המסמך מלכתחילה אם הם לא ידעו דבר לגבי ההחלטה המשותפת של הקבלנים.

406. אוסיף גם שנוכח כל האמור נדחית גם טענת מנרב וקולן כי מתקיים בעניינם הסייג בדבר טעות במצב דברים כאמור בסעיף 34 לחוק העונשין. קולן ומנרב טענו כי קולן טעה לגבי משמעותו של מסמך החתימות וטעות זו מקימה להם את הסייג האמור. לעיל קבעתי כי איני מקבל את גרסתו של קולן כי טעה לגבי משמעותו של המסמך ולא היה מודע להחלטה המשותפת של הקבלנים. בנוסף, כאמור, יסודות העבירה הוכחו גם אם נקבל את גרסתו של קולן לגבי האופן בו הבין את המסמך. לכן ניתן לקבוע כי הוכחו היסוד העובדתי והנפשי של עבירת ההסדר הכובל בכל הנוגע לקולן. אחריותה הפלילית של מנרב כתאגיד למעשיו של קולן נובעת מכוח סעיף 23(א)(2) לחוק העונשין.

טענות כלליות:

407. טענה נוספת שהציגו קולן ומנרב הייתה כי המהלך של הקבלנים נעשה בהתאם לגילוי דעת 1/00 בעניין שיתופי פעולה בין מתחרים בפנייה לרשויות השלטון. טענה זו הועלתה על ידי חלק מנאשמי האישום השני במסגרת טענותיהם המקדמיות ונדחתה על ידי במסגרת החלטתי מיום 12.1.2014 (סעיפים 55-57 להחלטה). בהחלטתי שם הסברתי מדוע פעולות הקבלנים אינן חוסות תחת גילוי הדעת. הוכח במהלך המשפט כי הקבלנים החליטו במשותף שלא לגשת למכרז אם לא ישונו תנאיו ומכאן שסעיפי כתב האישום עליהם ביססתי את החלטתי מיום 12.1.2014 הוכחו ואין מקום לשנות ממסקנותיי שם. אוסיף כי כבר מהאופן בו הוצגה טענתם של קולן ומנרב עולה כי דינה להידחות – קולן ומנרב כתבו בסיכומיהם כי הטענה בדבר גילוי הדעת רלוונטית רק



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

במקרה שבית המשפט יכריע כי הקבלנים לא היו רשאים לפנות יחד לעמיגור (ס' 232 לסיכומיהם). אך במסגרת הכרעת הדין לא קבעתי כי לקבלנים אסור היה לפנות לעמיגור אלא כי אסור היה להם לגבש הסדר כובל לפיו לא יגישו הצעות במסגרת שלב ב' של המכרז.

408. טענה מרכזית נוספת של קולן ומנרב הינה כי ההחלטה שלא להגיש הצעה במסגרת המכרז התקבלה על ידי החברה באופן עצמאי בעקבות סיור הקבלנים ועוד בטרם התקיימו הפגישות בהתאחדות הקבלנים. בהקשר זה הדגישו קולן ומנרב כי מנרב היא חברת בנייה גדולה ביותר המקיימת הליך החלטות ברור וסדור בכל הנוגע למכרזים אשר במסגרתו מתכנסת מחלקת מכרזים מקצועית המונה בין חמישה לשישה מהנדסים והם שמקבלים את ההחלטות בעניין. ממילא לכן, טוענים מנרב וקולן, לא יכול היה קולן לקבל החלטה באופן פרטי בעניין מכרז עוטף עזה. לדידם, ההחלטה לא להגיש הצעה התקבלה בוועדה הייעודית באופן עצמאי משיקולים עסקיים, היא לא הייתה קשורה לשאר הקבלנים ולקולן לא הייתה סמכות להחליט אם לגשת או לא לגשת למכרז.

409. טענות אלה של מנרב וקולן אינן רלוונטיות לשאלת הצטרפותה של מנרב להסדר הכובל. כאמור, להלן אדון בטענות שיקול הדעת העצמאי שהוצגו על ידי מרבית נאשמי האישום השני אך כבר כאן אדגיש שהקבלנים אינם מואשמים בכך שלא הגישו הצעות למכרז אלא בכך שהחליטו במשותף להחרים את המכרז ככל שלא ישונו תנאיו. גם אם למנרב היו טעמים עסקיים שתמכו באי הגשת הצעה והחלטתה בעניין זה התקבלה עוד קודם לפגישות הקבלנים הדבר אינו מאיין את אחריותה ואינו סותר את המסקנה כי מנרב הצטרפה להסדר הכובל. טעם זה מבהיר גם מדוע יש לדחות את טענת קולן ומנרב בנוגע לסמכותו של קולן.

410. כאמור, אין ספק שקולן ייצג את מנרב, קולן הוא מנכ"ל החברה ולא עלתה כל טענה כי לא ניתן לראות בו אורגן של החברה וכי לא ניתן לייחס את מעשיו לחברה. לא בכדי לא הוצגו טענות אלה שכן ברור שאין להן כל בסיס. אוסיף ואציין כי קולן אמר בהודעתו ברשות וחזר והעיד כי הוא הבין שהוא הורה לצבי גולדה לחתום על מסמך בו מנרב מאשרת כי היא לא תגיש הצעה במסגרת המכרז. בכך הצטרפה מנרב להסדר הכובל ולא נדרש להוכיח כי מי שקיבל את ההחלטה במנרב הוא קולן עצמו. כלומר,



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

הטענה שהחלטה התקבלה על ידי ועדת המכרזים אינה סותרת את המסקנות כי הוכחו יסודות העבירה לגבי קולן ומנרב. מעבר לדרוש אציין כי הצטרפות להסדר יכול שתהיה גם למראית עין ואף אם מנרב לא התכוונה ליישם את ההסדר וגם לכן יש לדחות את טענת מנרב וקולן בעניין.

411. **לאור כל האמור אני קובע את אחריותם הפלילית של קולן ושל מנרב כצדדים להסדר כובל.**

נאשמים 24 ו-25 אלישי נחום וחברת נחום עמוס :

412. חברת נחום עמוס הייתה במועדים הרלוונטיים לכתב האישום חברה שעסקה בתחום הבנייה ונכללה במאגר קבלני המדף. אלישי נחום היה במועדים הרלוונטיים חשב החברה וכן עסק בבדיקת מכרזים ועריכת תחשיבים עסקיים. אביו ואמו של אלישי נחום הם בעלי חברת נחום עמוס (דיון מיום 6.7.2016 בעמ' 3241) ולטענת המאשימה אלישי נחום נמנה על מקבלי ההחלטות בחברה והיה אחראי מטעם החברה למכרז עוטף עזה.

413. המאשימה טענה כי אלישי נחום (להלן "אלישי") השתתף בפגישה הראשונה בהתאחדות הקבלנים וחתם על מכתב כתב היד. עוד טוענת המאשימה כי אינס נחום (להלן "אינס"), אחותו של אלישי שגם עבדה בחברה, חתמה, באישור אחד ממנהלי החברה, לצד שמה של חברת נחום עמוס על מסמך החתימות. על בסיס אלה מייחסת המאשימה לאלישי ולחברת נחום עמוס הצטרפות כצד להסדר הכובל.

414. אלישי וחברת נחום עמוס לא כפרו בעובדות העיקריות המיוחסות להם ואישרו שאינס חתמה על מסמך החתימות ושאלישי חתם במהלך הפגישה הראשונה על מכתב כתב היד (אם כי לטענתם מדובר היה במסמך שונה מהמכתב שהוגש בהליך זה). למרות זאת, טענו אלישי והחברה כי לא הוכח כי הצטרפו להסדר הנטען בין הקבלנים, טענותיהם התמקדו במשמעות שיש לייחס לחתימתה של אינס על מסמך החתימות וכן בתפקידו של אלישי בחברה ומעמדו בה. נוסף לטענות אלה הציגו אלישי וחברת נחום עמוס מספר טענות כלליות בנוגע לאישום שמייחסת המאשימה לקבלנים.



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

415. לגבי חתימתה של אינס על מסמך החתימות טענו אלישי וחברת נחום עמוס כי אינס חתמה על המסמך בשמה מבלי לצרף לחתימה את חותמת החברה וכאשר איש ממנהלי החברה לא היה נוכח במשרדים. לכן לטענתם החתימה לא חייבה את החברה ואיש לא ייחס לה משמעות שכן החברה החליטה עוד לפני כן בעקבות סיור הקבלנים שלא להגיש הצעה במסגרת המכרז. טענה זו של אלישי וחברת נחום עמוס אינה מתיישבת עם הראיות והעדויות שהוצגו לאורך ההליך ומצאתי שיש לדחותה.
416. אינס העידה כי חתימתה אינה חותמת קבלה בלבד וכי לא החליטה על דעת עצמה לחתום, היא ציינה כי אינה זוכרת מי אמר לה לחתום על המסמך אבל שזה היה אביה או אחד משני אחיה (דיון מיום 11.3.2015 בעמ' 1187). בהקשר זה אינס נחום העידה כי אביה, עמוס, ושני אחיה, גבי ואלישי, הם שמקבלים את ההחלטות בחברה (דיון מיום 11.3.2015 בעמ' 1185-1186). מעדותה של אינס נחום, אשר נמצאה אמינה ואשר אלישי והחברה אף לא טענו כנגדה, עולה כי חתימתה על מסמך החתימות נעשתה בהוראת אחד ממנהלי החברה. מסמך החתימות מבטא את ההסדר הכובל ובחתימתה של אינס על המסמך באישור מנהלי החברה הצטרפה חברת נחום עמוס להסדר הכובל.
417. לגבי חתימתו של אלישי על מכתב החתימות במהלך הפגישה הראשונה, אלישי והחברה טענו כי אלישי כלל לא נמנה על מקבלי ההחלטות בחברה, לא שימש כמנהל פעיל בחברה ולא היה בעל שליטה בחברה ועל כן לא היה בעל סמכות לקבל החלטה לגבי השתתפות במכרז ולחתום על מסמך המבטא החלטה זו. אלישי בעדותו טען כי תפקידו בחברה היה לבצע עבודות שחורות בשטח (דיון מיום 6.7.2016 עמ' 3247-3248). לגבי נוכחותו בישיבת הקבלנים טען שנשלח לשם רק מפני שגר קרוב להתאחדות הקבלנים ולכן הוחלט כי הוא יגיע לישיבה (דיון מיום 6.7.2016 עמ' 3243-3244). נוכח האמור טענה חברת נחום עמוס כי אלישי נחום לא פעל כאורגן החברה וכי אין לייחס את מעשיו לחברה.
418. אין בידי לקבל טענות אלה. אכן אלישי נחום וחברת נחום עמוס הקדישו חלק נרחב מסיכומיהם לדיון בעניין מעמדו ואחריותו של אלישי נחום בחברה אך הראיות אינן תומכות בגרסתם. בחקירתו ברשות ציין אלישי נחום כי תפקידו הרשמי בחברה היה חשב אך בפועל הוא גם היה מעורב בהכנת מכרזים והשתתף לעיתים בסיורי קבלנים (ת/527 ש' 17-27). בעדותו ציין אלישי נחום כי כחלק מתפקידו בחברה עבד מול



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

הבנקים, רואי חשבון וכן עסק בנושאי מכרזים (דיון מיום 6.7.2016 עמ' 3247-3248 לפרוטוקול).

419. בחקירתו ברשות ציין כי הוא טיפל בפרויקט של מכרז עוטף עזה יחד עם אחיו גבי והוסיף שלא הייתה חלוקה מוגדרת של סמכויות ביניהם ושבאופן עקרוני הם קיבלו את ההחלטות יחד וכך היה גם לגבי ההחלטה שלא להגיש הצעה במסגרת שלב ב' של המכרז (ת/527 ש' 43-48, 165, 329). בעדותו כאשר נשאל אלישי על הדברים ביקש לסייג במידה מסוימת את הדברים ולצמצם את תפקידו בחברה, הוא העיד כי הוא ממלא את המחירים להצעה לפי מחירון וגבי אחיו מקבל את ההחלטה הסופית וקובע אם החברה תשתתף במכרז או לא. הוא הדגיש כי מתייעצים אתו אך הוא לא מקבל את ההחלטות (דיון מיום 6.7.2016 בעמ' 3275).

420. מצאתי כי יש מקום להעדיף את גרסתו של אלישי בחקירתו ברשות הנתמכת גם בעדותם של אחותו אינס ואחיו גבי. אינס בעדותה ציינה בפירוש כי אביה ושני אחיה הם שמקבלים החלטות בחברה (דיון מיום 11.3.2015 בעמ' 1185-1186). גבי העיד שאביו הוא ואחיו אלישי הם שמקבלים החלטות בחברה למרות שציין כי "המשקל היה יותר עלי", כלומר, ניתן יותר משקל לעמדתו של גבי (דיון מיום 11.3.2015 בעמ' 1206 לפרוטוקול). אלישי אישר בעדותו את התיאור הזה של גבי (דיון מיום 6.7.2016 בעמ' 1275). כאשר נשאל כיצד מתיישב אישורו שהוא מקבל את ההחלטות יחד עם גבי עם גרסתו שגבי מקבל את ההחלטות לבדו השיב כי גבי הוא בעל המילה האחרונה (דיון מיום 6.7.2016 בעמ' 1275). כלומר, הוא לא הצליח להסביר מדוע גבי אחיו העיד כי הם מקבלים את ההחלטות ביחד תיאור שהוא אישר.

421. גבי ואינס הם אחיו ואחותו של אלישי ואין להם כל אינטרס לסבך את אלישי ואלישי לא טען כי יש להם אינטרס כלשהו מסוג זה. דבריהם מתיישבים עם הדברים הברורים והסדורים שאמר אלישי בהודעתו ברשות ועל כן מצאתי כי יש להעדיף גרסה זו ולקבוע כי אלישי היה בין מנהלי החברה והיה בעל סמכות לקבל החלטות בחברה אף כי ייתכן כי אביו ואחיו היו בעלי מעמד בכיר ממנו. נוכח מסקנתי זו מצאתי גם כי יש לדחות את הטענה כי אלישי לא היה אורגן של החברה. במסגרת הדיון באישום הראשון סקרתי את המסגרת המשפטית הרלוונטית לבחינת השאלה האם יש לראות בגורם מסוים אורגן של תאגיד. כפי שצינתי שם הפסיקה קבעה שני מבחנים חלופיים



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

לבחינת השאלה האם אדם מסוים נחשב אורגן בתאגיד – המבחן הארגוני, המתמקד במעמדו הפורמלי של אותו אדם בתאגיד והמבחן הפונקציונלי, הבוחר אם הפונקציה המבוצעת על-ידי אותו אדם מצדיקה לראות את מעשיו כמעשיו של התאגיד יהא אשר יהא מעמדו ותפקידו בחברה (ראו עניין **מליסרון**, פס' קטו').

422. בענייננו אין ספק שניתן וראוי לראות את אלישי כאורגן של החברה והוא עונה הן על המבחן הפונקציונאלי והן על המבחן הארגוני – אלישי היה מוסמך לקבל החלטות בשם החברה, היה אחראי יחד עם אחיו למכרז עוטף עזה ונכח כנציג החברה בישיבת הקבלנים הראשונה, חתימתו אם כן על מכתב כתב היד לא נעשתה, אם כן, בחוסר סמכות.

423. טענה נוספת של אלישי הייתה לגבי מכתב כתב היד עצמו. אלישי טען כי המסמך עליו חתם ושהוצג לו בפגישה היה שונה מהמכתב שהוצג לו בחקירתו ובהמשך במהלך המשפט. אלישי הוסיף כי כל שהועבר בין הקבלנים בפגישה הראשונה הוא דף קשר אשר חתימתו עליו הייתה טכנית בלבד. לגרסתו, לדף הקשר עליו חתם קדם מסמך נקודות בכתב יד אשר כלל בקשה לדחות את מועד הגשת ההצעות ובקשה להיפגש עם שר הבינוי והשיכון כדי לדון עמו בנושא המכרז (דיון מיום 7.6.2016 עמ' 3245, 3285). הוא הדגיש כי מעולם לא ראה את הדף השני של מכתב כתב היד.

424. אין בידי לקבל את גרסתו של אלישי. ברי שהמכתב עליו חתם אינו דף קשר משאין כל פרטי התקשרות על גביו. גרסתו לגבי נוסח שונה של מכתב כתב היד לא הוצגה על ידי איש מהמעורבים האחרים ואין כל מסמך או ראיה אחרת בין המסמכים הרבים מאוד שהוגשו לבית המשפט המעיד על כך שהיה נוסח אחר של המכתב בשלב כלשהו. בנוסף, אלישי נחום גם לא הצליח להסביר מדוע אם כל שביקשו במסגרת אותו מכתב הוא פגישה עם משרד השיכון נדרש היה להחתים את כל הקבלנים ומדוע היה צורך לעדכן את הקבלנים שלא נכחו בפגישה לגבי ההחלטות שהתקבלו בפגישה.

425. ניתן לקבוע לכן כי אלישי נכח בפגישה הראשונה וחתם על מסמך כתב היד אשר מבטא את ההסדר הכובל שהתגבש בין הקבלנים. אלישי עשה זאת כאורגן של חברת נחום עמוס וכנציגה ובכך הצטרפה חברת נחום עמוס להסדר הכובל. בהמשך הצטרפה חברת נחום עמוס להסדר הכובל גם באמצעות חתימתה של אינס על מסמך החתימות. על



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

בסיס פעולותיהם של אלישי ואינס ניתן לקבוע כי הוכח כי היסוד העובדתי והנפשי של עבירת ההסדר הכובל מתקיימים לגבי חברת נחום עמוס ואלישי.

426. בהתאם לקביעות אלה מצאתי גם כי יש לדחות את טענתו של אלישי כי קמה לו הגנה לפי סעיף 49 לחוק ההגבלים העסקיים הקובע הגנה לעובדים ומורשים. קבעתי כי אלישי נחום היה בין מנהליה של חברת נחום עמוס ובוודאי שלא ניתן לראות בו עובד או מורשה שפעל בשם מעבידו או מרשו בעת שחתם על מכתב כתב היד משכך לא קמה לו ההגנה האמורה.

427. נוכח האמור עד כה ניתן לקבוע כי הוכחו היסוד העובדתי והנפשי של עבירת ההסדר הכובל בכל הנוגע לאלישי. אחריותה הפלילית של חברת נחום עמוס כתאגיד למעשיו של אלישי נובעת מכוח סעיף 23(א)(2) לחוק העונשין.

טענות כלליות:

428. אלישי וחברת נחום עמוס העלו מספר טענות כלליות נוספות אשר יידונו להלן במסגרת דיון מרוכז בטענות הכלליות שהעלו נאשמי האישום השני. אציין בתמצית כי לא מצאתי לקבל את טענותיהם הכלליות. טענה מרכזית שהעלו אלישי והחברה הייתה כי החלטתם התקבלה באופן עצמאי. אין בטענה זו לסייע לאלישי ולחברה. כאמור לעיל, הוכח כי חברת נחום עמוס הצטרפה כצד להסדר הכובל, גם אם האופן בו הגבילה עצמה בהתאם להסדר תאם את החלטתה העצמאית אין הדבר מהווה הגנה או חותר תחת המסקנה שהחברה הצטרפה להסדר.

429. טענה נוספת שהעלו אלישי והחברה היא כי בשל האכיפה הבררנית בה נקטה המאשימה קמה להם טענת הגנה מן הצדק. בהקשר זה התייחסו אלישי והחברה להחלטת המאשימה לא להעמיד לדין את חברת אסום ומנהלה שלומי אסולין. אין בידי לקבל טענה זו. טענה זו עלתה כבר במסגרת הטענות המקדמיות של חלק מהנאשמים ונדחתה במסגרת החלטתי מיום 12.1.2014 (פס' 105-107 להחלטה). הטעמים שעמדו ביסוד החלטתי עומדים בעינם. כפי שצינתי שם בית המשפט אינו מחליף את שיקול דעתה של התביעה בשיקול דעתו, בוודאי כשמדובר בשיקולים ראייתיים המצויים ב"גרעין הקשה" של סמכויות התביעה.





בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

430. בסופו של הליך לא הונחה כל תשתית לביסוס הטענה כי המאשימה שקלה שיקולים זרים או נקטה באפליה מכוונת. נזכור שבכל הנוגע לטענה כי נשקלו שיקולים פסולים הנטל להוכיחה מוטל על הנאשם הטוען להגנה מן הצדק (ע"פ 3215/07 פלוני נ' מדינת ישראל, מיום 4.8.08, בפסקה 37). במקרה שלפניי איש מהנאשמים לא הציג ראיה כלשהי בהקשר זה ועל כן טענתו של אלישי נחום וחברת נחום עמוס בהקשר זה נדחתה.
431. עוד התייחסו אלישי וחברת נחום עמוס בסיכומיהם לחילוט הערבויות שלדעתם מהווה סנקציה מספקת בגין אי הגשת ההצעות, להתנהלות השערורייתית לדידם של משרד השיכון ועמיגור וכן לכך שפעולות הקבלנים מהוות פנייה מותרת של מתחרים במכרז לרשות. אדון בכל הטענות הללו בהרחבה להלן אך בקצרה אומר כי הן אינן מצדיקות את הפרת חוק ההגבלים העסקיים. הנסיבות המתוארות במסגרת טענות אלה אף אם אקבל אותן במלואן אינן מצדיקות מהלך משותף של מתחרים במכרז ותיאום ביניהם לגבי אי הגשת הצעות במסגרת המכרז. מטעמים אלה גם מצאתי כי יש לדחות את טענת זוטי הדברים שהציגו אלישי והחברה (ראו גם דיון נרחב להלן).
432. **לאור כל האמור אני קובע את אחריותם הפלילית של אלישי ושל חברת נחום עמוס כצדדים להסדר כובל.**

נאשמים 26-27 – יוסף שומרוני וחברת י. שומרוני :

433. חברת י. שומרוני הייתה בתקופה הרלוונטית לכתב האישום חברה שעסקה בתחום הבנייה ואשר נכללה במאגר קבלני המדף. יוסף שומרוני היה בתקופה הרלוונטית לכתב האישום המנהל ובעל המניות בחברת י. שומרוני.
434. המאשימה טוענת כי שומרוני אישר למזכירתו לחתום לצד שמה של חברת י. שומרוני על מסמך החתימות ובכך הצטרף להסדר הכובל בין קבלני מכרז עוטף עזה.
435. שומרוני לא הכחיש כי הורה למזכירתו לחתום בשמו ובשם חברת שומרוני על מסמך החתימות. ראינו כי מסמך החתימות מהווה ביטוי להסדר הכובל שהתגבש בין הקבלנים וכי חתימה על מסמך החתימות מהווה הצטרפות להסדר הכובל. ההוראה לחתום על המסמך הופכת אם כן את שומרוני וחברת שומרוני לצד להסדר הכובל שהתגבש בין הקבלנים.



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

436. שומרוני טען בסיכומיו כי מחקירתו ברשות ומעדותו בבית המשפט עולה כי לא היה מודע להוראות חוק ההגבלים וכי לאורך כל הדרך היה כן והדגיש שהדברים נעשו באופן גלוי ולא הוסתרו או נעשו במחשכים. על כן טען שומרוני כי ישנו ספק ממשי בנוגע להתקיימות היסוד הנפשי בעניינו. לא מצאתי כי אכן התעורר ספק בעניין התקיימות היסוד הנפשי. כמפורט לעיל, היסוד הנפשי הנדרש במסגרת עבירת ההסדר הכובל עשוי להתקיים גם כאשר הנאשם אינו מודע לאופי האנטי חברתי של התנהגותו ומאמין שבמעשיו אין פסול. המאשימה אינה נדרשת להוכיח כי הנאשם היה מודע לכך שהוא עובר על הוראות חוק ההגבלים או כי מעשיו נכנסים תחת האיסור הפלילי. לכן טענותיו של שומרוני בעניין זה אינן רלוונטיות לשאלת התקיימות היסוד הנפשי.

437. שומרוני הדגיש את מעורבותו המצומצמת עד מאוד בגיבוש המהלך של הקבלנים וכן הצביע על הלחץ שהופעל עליו מצד התאחדות הקבלנים ובנו – הוא העיד כי תחילה התקשר אליו גורם מההתאחדות ולאחר מכן בנו התקשר אליו וביקש ממנו לחתום על מסמך החתימות וציין כי הוא האחרון שלא חתם (דיון מיום 26.5.2016 עמ' 3024-3025). שומרוני העיד כי תחילה סירב גם לבקשתו של בנו אך בנו היה נחרץ ושומרוני הבין גם שמדובר בהנחיה של ההתאחדות (עמ' 3068 לפרוטוקול) שומרוני המשיך והצביע על כך שהוא לא נכח בפגישות הקבלנים ולא עודכן לגביהן.

438. טענות אלה בעניין מעורבותו של שומרוני אינן שומטות את הקרקע תחת המסקנה שהוא הצטרף כצד להסדר הכובל. שומרוני אינו מואשם שיזם את ההסדר הכובל אלא בכך שהיה צד להסדר כובל. היסודות העובדתי והנפשי הוכחו בעניינו של שומרוני ואף אם הופעל עליו לחץ אין הדבר מהווה הגנה או מקים לשומרוני טענת סייג או פטור.

439. בסיכומיו עלתה בין השורות הטענה כי שומרוני חתם בעקבות בקשתו של בנו אשר בעצמו לא הכיר את המסמך ולא היה מודע לתוכנו. אך טענה זו אינה יכולה לערער את המסקנה העולה מהחתימה על מסמך החתימות שכן הוכח כי שומרוני כן קרא את מסמך החתימות בטרם הורה לחתום עליו. בהודעתו ברשות אמר שומרוני שהוא ראה את מסמך החתימות ושבתחילה לא רצה לחתום אבל בסוף הורה למזכירתו לחתום על המסמך והוא עומד מאחורי החתימה (ת/528 בעמ' 4-5). בעדותו נשאל האם קרא את מסמך החתימות לפני שהורה לחתום עליו ושומרוני השיב כי הוא קרא אותו



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

ברפרוף (דיון מיום 26.5.2016 בעמ' 3027-3028). בהמשך שב והעיד שהוא קרא את המסמך בקצרה (דיון מיום 26.5.2016 בעמ' 3041, 3072).

440. כפי שראינו המסמך מבטא באופן ברור את ההסדר הכובל שהתגבש ומכיוון ששומרוני קרא את המסמך בטרם הורה לחתום עליו ניתן לקבוע כי היה מודע ליסודות העובדתיים של העבירה ולנסיבות הרלוונטיות והוכח בעניינו היסוד הנפשי. גם טענות שומרוני כי סירב תחילה חתום על המסמך וכי היה האחרון שחתם עליו אינן יכולות לסייע לו. שכן, משעה שחתם עליו ביצע את הפעולה המלמדת באופן ברור כי הצטרף להסדר.

441. נוכח האמור עד כה ניתן לקבוע כי הוכחו היסוד העובדתי והנפשי של עבירת ההסדר הכובל בכל הנוגע לשומרוני. אחריותה הפלילית של י. שומרוני כתאגיד למעשיו של שומרוני נובעת מכוח סעיף 23(א)(2) לחוק העונשין.

טענות כלליות:

442. שומרוני העלה מספר טענות כלליות שיידונו להלן במסגרת הדיון לגבי הטענות הכלליות של נאשמי האישום השני. במסגרת טענותיו הכלליות התייחס שומרוני למעורבות ההתאחדות, להתנהלות הרשות ולכך שהמדינה כבר הטילה סנקציה על הנאשמים בדמות חילוט ערבויותיהם. עוד הוסיף והצביע על הנסיבות הקיצוניות והייחודיות שאפיינו את מכרז עוטף עזה ועל מעורבותו המצומצמת עד מאוד בפעולות הקבלנים. לאור כל אלה טען כי קמה לו הגנת הגנה מן הצדק. כפי שציינתי, טענות אלה יידונו בהרחבה להלן שם אפרט את הטעמים שהובילו אותי למסקנה שיש לדחותן. יחד עם זאת, שומרוני כחלק מטענתו בדבר הגנה מהצדק התייחס בקצרה גם לעינוי הדין שנגרם לו לטענתו משרבוב שמו ושם החברה לכתב האישום כנאשמים וזאת נוכח חלקו השולי, אם בכלל, בפרשה. בעניין זה יש מקום לציין שכפי שקבעתי שמו של שומרוני לא שורבב לפרשה אלא הוא הואשם כצד להסדר הכובל ואישום זה אף הוכח כמפורט לעיל. אומנם מעורבותו הייתה פחותה ממעורבותם של נאשמים אחרים בפרשה אך לא די בכך כדי לסתור את המסקנה כי שומרוני וחברת י. שומרוני הצטרפו כצד להסדר הכובל.



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

443. לעניין התמשכות הליך זה אציין כי נקבע בפסיקה כי התמשכות הליכים תוביל לביטול

הרשעה רק במקרים קיצוניים ביותר בהם ניתנה הכרעת הדין זמן רב לאחר שהסתיימה שמיעת הראיות, כאשר עיקרה של הכרעת הדין מתבסס על ממצאי מהימנות ועל התרשמות מעדים. מקרה זה אינו אחד מאותם מקרים קיצוניים. מדובר בתיק מרובה נאשמים, רחב היקף וממדים. במסגרתו נמחק כתב האישום נגד חלק מהנאשמים ובהמשך האישום נגדם הוחזר, התנהלו עשרות ישיבות, הוצגו ראיות רבות ונחקרו עדים רבים ע"י כל הצדדים והוגשו סיכומים על פני מאות עמודים. בנוסף, אף כי גם לנסיבות אישיות של המותב הייתה השפעה בהקשר זה, הרי שלפי המבחנים שנקבעו בפסיקה לא ניתן לומר שמקרה זה הוא מקרה כה קיצוני עד כדי שהוא מצדיק ביטול כתב האישום.

444. שומרוני טען בנוסף שנוכח מעורבותו המצומצמת אשר מצטרפת למטרות הלגיטימיות

של הקבלנים עומד לו הסייג בדבר זוטי דברים. גם טענה זו אין אני מוצא לקבל כפי שכבר קבעתי לעיל ואפרט גם להלן. אומנם מעורבותו של שומרוני הייתה פחותה משל נאשמים אחרים באישום השני אך הדבר לא מספיק כדי להעמיד לו סייג של זוטי דברים וכדי לקבוע ששומרוני אינו צריך לשאת באחריות פלילית. הוכח כי שומרוני הצטרף להסדר הכובל וגם אם אקבל את טענותיו כי עשה זאת אחרון ולאחר שנדרש שכנוע מסוים כדי שיחתום הרי הדברים לא עולים כדי טענת פטור ולא הופכים את הצטרפותו להסדר לפעולה שחל לגביה הסייג של זוטי דברים.

445. לאור כל האמור אני קובע את אחריותם הפלילית של שומרוני ושל י. שומרוני כצדדים

להסדר כובל.

נאשמים 28-29 – שמעון אוזון וחברת אחים אוזון חברה לבניין בע"מ :

446. חברת אחים אוזון הייתה בתקופה הרלוונטית לכתב האישום חברה שעסקה בתחום

הבנייה ואשר נכללה במאגר קבלני המדף. שמעון אוזון היה בתקופה הרלוונטית לכתב האישום אחד מבעלי ומנהלי חברת אחים אוזון (דיון מיום 16.6.2016 עמ' 3131).

447. המאשימה טוענת כי אוזון חתם על מסמך החתימות לצד שמה של חברת אחים אוזון

ועל כן הוא והחברה מואשמים בהיותם צד להסדר הכובל שהתגבש בין קבלני מכרז





בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 22847-12-10 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 39856-02-16 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 23916-10-13 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

עוטרף עזה. חתימה על מסמך החתימות היא הפעולה היחידה שמייחסת המאשימה לאוזן ולחברה.

448. אוזן אינו מכחיש כי חתם על מסמך החתימות לצד שמה של חברת אחים אוזן אך טוען כי לא די בפעולה זו כדי להביא להרשעה שלו ושל החברה. אוזן סבור שאף לעמדת המאשימה אין די בחתימה על מסמך החתימות כדי לבסס הרשעה שכן המאשימה החליטה בסופו של דבר לא להגיש כתב אישום נגד שלומי אסולין וחברת אסום אשר המעשים שיוחסו להם הם אותם מעשים שמיוחסים לאוזן. בהקשר זה הדגיש אוזן כי המאשימה עצמה בתגובתה לטענות המקדמיות של הנאשמים ציינה שבעקבות השימוע שנערך לאסולין ולאחר בחינה מחודשת של מכלול הראיות, הוחלט להימנע מהעמדתם של אסום ואסולין לדין, זאת משום שהסיכוי לזיכויים רב מהסיכוי להרשעתם עקב חוסר ראיות להוכחת היסוד הנפשי הדרוש לעבירה (ראו סעיף 101 להחלטתי מיום 12.1.2014). אוזן סבור שהמסקנה לגבי צריכה להיות זהה מפני שהמעשים המיוחסים לו זהים למעשים שיוחסו לאסולין (חתימה על מסמך החתימות).

449. אינני מקבל את טענתו של אוזן. עצם העובדה שהמאשימה סברה שאין די ראיות כדי להוכיח כי אדם כלשהו פעל מתוך היסוד הנפשי הנדרש אינה רלוונטית לשאלה האם הוכחו יסודות העבירה לגבי אוזן וחברת אחים אוזן. כפי שראינו, מסמך החתימות נותן ביטוי להסדר הכובל שהתגבש בין הקבלנים, חתימה על מסמך זה מספיקה כדי לקיים את היסוד העובדתי הנדרש ועשויה להספיק לצורך הרשעה ככל שמוכח כי מתקיים היסוד הנפשי הנדרש בעבירה. אציין כבר כאן כי בהתבסס על החלטת המאשימה בעניינם של אסולין ואסום טען אוזן בנוסף כי קמה לו טענת הגנה מן הצדק לאור האכיפה הבררנית בה נקטה המאשימה. אינני מקבל טענה זו, כפי שציינתי לעיל, התייחסתי לטענה זו בהחלטתי מיום 12.1.2014 שם דחיתי אותה והדגשתי שבית המשפט אינו מחליף את שיקול דעתה של התביעה בשיקול דעתו וכן כי לא הונחה תשתית כלשהי לטענה לגבי הפעלת שיקולים זרים או נקיטה באפליה מכוונת שהופנתה כלפי הנאשמים. דברים אלה נכונים גם היום ולא הוצגה כל עדות או ראיה שיש בה לשנות ממסקנותיי בעניין (ראו פס' 105-107 להחלטתי מיום 12.1.2014).



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 22847-12-10 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 39856-02-16 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 23916-10-13 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

450. אוזון הוסיף וטען כי המאשימה לא הצליחה להוכיח שהוא פעל מתוך היסוד הנפשי הנדרש. גרסתו של אוזון היא כי להבנתו מסמך החתימות עסק בניסיון להציל את הערבות שניתנה על ידי החברה כך שלא תחולט וכי הוא כלל לא הבין שמסמך החתימות עוסק בהסכמה להצטרף להסדר כובל. לדידו המאשימה לא הציגה כל עדות ממנה עולה כי גורם כלשהו הסביר לאוזון לגבי תוכנו של המסמך ולגבי ההסכמות שהתגבשו בין הקבלנים ולכן גרסתו לגבי האופן בו הבין את המסמך לא נסתרה.

451. אינני מקבל טענות אלה של אוזון, הוכח במסגרת ההליך כי אוזון היה מודע לתוכנו של המסמך ובחתימתו עליו הצטרף להסדר הכובל כאשר הוא מודע לטיב הפיזי של ההתנהגות ולקיום הנסיבות הרלוונטיות ועל כן הוכח כי מתקיים בעניינו היסוד הנפשי הנדרש. אוזון העיד שהוא לא קרא את מסמך החתימות לפני שחתם עליו ורק הבין לאור מה שאמרו לו גורמים בחברתו שמדובר במסמך שמטרתו להבטיח שהערבויות יחוזרו לקבלנים ולא יחולטו (דיון מיום 16.6.2016 בעמ' 3170-3171). הגרסה שהציג אוזון בחקירתו ברשות הייתה שונה. שם אמר שהוא ראה שעל המסמך כתוב התאחדות הקבלנים ולכן חתם (ת/530 בעמ' 14 ש' 330). לפני כן טען בחקירה שאולי לא קרא את המסמך טוב (ת/530 עמ' 12 ש' 284) וכן הזכיר כי סמי נזרי, שהיה חשב החברה, הסביר לו שצריך שהוא יחתום משום שההתאחדות תארגן אותנו מול משרד השיכון (ת/530, עמ' 13 ש' 327). עולה כי טענתו של אוזון כי הוא כלל לא קרא את המסמך הוצגה לראשונה במסגרת עדותו בבית המשפט. מעבר לכך, קבלת גרסה זו משמעה שאוזון, מנהל ובעלים בחברה קבלנית, חותם בשם החברה על מסמכים בלי לקרוא אותם. לאור טעמים אלה מצאתי כי אין לקבל את הגרסה שאוזון לא קרא את המסמך לפני שחתם עליו.

452. מסקנה זו מתחזקת לאור הנוסח הברור של מסמך החתימות אשר במסגרתו כלל לא מוזכר נושא חילוט הערבויות. על כן, לא ברור מי יכול היה להסביר לאוזון שמדובר במסמך שנוגע לערבויות ומהיכן הגיעה הבנה זו אשר אין לה כל בסיס בנוסח המסמך והיא אף עומדת בסתירה לתוכנו. אוזון ניסה להשיב לשאלות אלה וטען כי חשב שמדובר באישור לכך שעורך הדין ייצג אותו בעניין זה אך לא הציע כל הסבר לשאלה מהיכן נובעת הבנה זו (דיון מיום 16.6.2016 בעמ' 3170-3171). קרן נבט, מזכירתו של פרץ, העידה כי התקשרה לכל הקבלנים אשר המסמך נשלח אליהם והסבירה להם לגבי



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

המסמך. אומנם, בשל חלוף הזמן היא לא זכרה במדויק מה אמרה לקבלנים אך הניחה כי הסבירה להם שחשוב שכולם יחתמו כדי שלא יוגשו הצעות למכרז (דיון מיום 12.3.2015 בעמ' 1276). לא הוצגה אף עדות של גורם מחברת אחים אוזן לפיה הוא הבין שמדובר במסמך לגבי הערבויות.

453. לא למותר לציין כי לאור העובדה שמסמך החתימות נחתם לפני המועד האחרון להגשת ההצעות הרי שעיסוק בחילוט הערבויות בשלב זה יכול לנבוע רק מכך שהקבלנים החליטו במשותף לא להגיש הצעות במכרז מכיוון שאז ישנו חשש שהערבויות יחולטו. מכאן, שגם מגרסתו של אוזן עצמו (לפיה מדובר במסמך שמטרתו השבת הערבויות) נלמדת מודעותו לכך שמדובר במסמך שמשקף הסכמה של הקבלנים לא להגיש הצעות במסגרת המכרז. לכן אף אם הייתי מקבל את גרסתו של אוזן היה מקום לקבוע כי הוא היה מודע להחלטה המשותפת של הקבלנים שלא להגיש הצעות במסגרת המכרז.

454. טענה נוספת שהעלה אוזן הייתה כי חתימתו על מסמך החתימות אינה יכולה לחייב את החברה שכן לא צורפה לחתימתו חותמת החברה כפי שנדרש כדי שחתימה מסוימת תחייב את החברה. גם טענה זו יש לדחות. כפי שצינתי לעיל, הסדר כובל יכול שייעשה בעל פה או אף באמצעות הסכמה של הצדדים בקריצת עין. ההסדר הכובל אף אינו צריך להיות מחייב על פין דין על מנת שייחשב להסדר על פי חוק ההגבלים העסקיים (ראו בורוביץ' בפס' 79). עוד ציינתי לעיל כי ניתן להרשיע מנהל עסקים בהיותו צד להסדר כובל אף אם הצטרף להסדר הכובל למראית עין. אין מחלוקת כי אוזן היה אחד משלושת הבעלים והמנהלים של חברת אחים אוזן. לא עלתה טענה כי אוזן אינו אורגן של החברה. לכן חתימתו על מסמך החתימות הביאה להצטרפות חברת אחים אוזן להסדר בין הקבלנים אף אם בפועל לא הייתה אפשרות לאכוף את ההסכמה הזו ואף אם נעשתה למראית עין בלבד.

455. נוכח האמור עולה שהוכחו היסודות העובדתי והנפשי של עבירת ההסדר הכובל בעניינו של אוזן. אחריותה הפלילית של אחים אוזן כתאגיד למעשיו של אוזן נובעת מכוח סעיף 23(א)(2) לחוק העונשין.



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

טענות כלליות:

456. טענה נוספת שהציג אוזון היא כי הוחלט בחברה שלא להגיש הצעה במכרז באופן עצמאי ומשיקולים עסקיים גרידא. אוזון מפנה בהקשר זה לעדותו של נזירי, חשב החברה, ומבקש להראות שהיא תומכת בגרסה זו. לעיל דנתי בטענת שיקול הדעת העסקי העצמאי ודחיתי אותה. כפי שציינתי, האישום אינו נסוב סביב ההחלטה שלא להגיש הצעות במסגרת המכרז אלא מתייחס להצטרפות להסכמה המשותפת בעניין זה. ראו גם דיון להלן בעניין זה.

457. בנוסף לטענות בהן דנתי עד כה העלו אוזון והחברה מספר טענות נוספות שלא מצאתי מקום לקבלן ואתייחס אליהן כאן בקצרה. אוזון טען לאי התקיימות היסודות העובדתיים של עבירת ההסדר הכובל. לעיל כבר דנתי בשאלה זו וקבעתי כי התגבש בין הקבלנים הסדר כובל אשר אליו הצטרף אוזון בכך שחתם על מסמך החתימות. לגבי שאלת היסוד הנפשי, לעיל דנתי בטענת חוסר המודעות לתוכן מסמך החתימות. בנוסף לכך טען אוזון כי לא פעל מתוך מחשבה פלילית בשל חוסר המודעות הציבורית שהייתה באותו זמן בנוגע לעבירות ההגבלים העסקיים וכן כי השיקולים שעמדו מאחורי החלטת החברה היו עסקיים בלבד. אין בידי לקבל טענות אלה. כבר דנתי בכך שלא נדרשת מודעות לפסול או לאנטי חברתיות שבפועלה וכמו כן עסקתי בשאלת שיקול הדעת העסקי העצמאי. טענה נוספת שהעלה אוזון בהקשר זה היא שעיסוקה העיקרי של חברת אחים אוזון הוא הקמת יחידות דיור ולא מבנים ממגורים ועל כן החברה אינה מנהל עסקים לעניין מכרז עוטף עזה. גם טענה זו אין בידי לקבל. כבר נקבע בפסיקה כי יש לפרש את המונח "מנהלים עסקים" באופן רחב וכי אין לזהות בין תחום העיסוק העיקרי של העסק לבין התחום שהוא נושא הכבילה. מטרת הדרישה בעניין ניהול עסקים היא להבחין בין גופים עסקיים לבין גופים שאינם כאלה (ראו לעניין זה עניין בורוביץ' בפס' 81).

458. אוזון התייחס בנוסף לתנאי המכרז והעלה טענה כי השתתפות במכרז למרות עליית מחירי הברזל הייתה מובילה לכך שלא היה מנוס מלפגוע בתנאי העובדים ולפגיעה בזכויות אדם. טענה זו אינה רלוונטית לעניינו. כאמור, אוזון אינו מואשם בכך שלא הגיש הצעה במסגרת המכרז אלא בכך שהצטרף להסדר הכובל בין המתחרים במכרז בעניין זה. טענה נוספת שעלתה מסיכומיו של אוזון היא כי הגשת כתב האישום לוקה



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

בחוסר מידתיות. אתייחס לטענה זו גם להלן, אך כבר כאן אציין כי החלטה משותפת של מתחרים במכרז שלא להגיש הצעות במכרז עומדת בלב ליבו של האיסור הקבוע בחוק ההגבלים העסקיים. אין המדובר במעשה פעוט ובוודאי שלא מדובר בזוטי דברים או בסוגיות שניתן לומר שהגשת כתב אישום בגין אינה מידתית.

459. **לאור כל האמור אני קובע את אחריותם הפלילית של אוזן ושל חברת אחים אוזן כצדדים להסדר כובל.**

נאשמים 32-33 - עסאם סלטי וחברת אחים סלטי עסאם בע"מ :

460. בכתב האישום טענה המאשימה כי חברת אחים סלטי הייתה בתקופה הרלבנטית חברה שעסקה בתחום הבנייה ונכללה במאגר קבלני המדף. על פי המאשימה עסאם סלטי היה בתקופה הרלבנטית בעלים ומנכ"ל של חברת אחים סלטי.

461. המאשימה טענה כי נאיף סלטי אחיו של עסאם חתם בהוראתו של עסאם על מסמך החתימות ובכך הצטרפה חברת אחים סלטי להסדר הכובל.

462. נאיף העיד כי בהתאם לבקשתו של אחיו עסאם הוא לקח את מסמך החתימות שנשלח אליהם בפקס, חתם עליו והחזיר אותו חתום באמצעות הפקס, את המקור לדבריו הותיר על מכשיר הפקס (דיון מיום 11.3.2015 בעמ' 1253-1254) (מסמך החתימות הכולל את החתימה לצד שמה של חברת אחים סלטי הוגש וסומן ת/263). בתקופה הרלוונטית לכתב האישום נאיף עבד בחברה נפרדת אך בעדותו אמר כי הוא ואחיו עסאם חלקו משרד משותף מתחת לביתו של נאיף (דיון מיום 11.3.2015 בעמ' 1253-1254). אין כל סיבה לפקפק בעדותו של נאיף אשר לא הייתה לו כל סיבה לייחס לעסאם מעשה שלא היה. בנוסף, עסאם עצמו לא הכחיש בעדותו כי הורה לנאיף לחתום על המסמך. הוא טען תחילה כי אינו זוכר את האירועים אך בסופו של דבר אשר כי אמר לנאיף לחתום על המסמך (דיון מיום 26.9.2016 בעמ' 3369-3371). עולה אם כן, כי סלטי וחברת אחים סלטי אינם מכחישים בסופו של יום כי נאיף חתם על מסמך החתימות לצד שמה של חברת אחים סלטי וכי עשה כן לבקשתו של סלטי.

463. סלטי והחברה הוסיפו וטענו כי בכל מקרה חתימתו של נאיף לא נעשתה בשם חברת "אחים סלטי עסאם בע"מ" אלא בשם "חברת אחים סלטי הנדסה בע"מ" שלה מספר



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

רישום אחר ואשר לא נכללה במאגר קבלני המדף ולא הייתה לה כל נגיעה למכרז עוטף עזה. אין בידי לקבל טענה זו. נאיף סלטי חתם על מסמך החתימות בהוראתו של עסאם. מסמך החתימות נפתח במילים "אנו הח"מ קבלני בנין ותשתית המתמודדים במכרז מס' 08/10 מרחבים מוגנים דירתיים לשדרות ולישובי עוטף עזה מסכימים [...]". כלומר, אין כל ספק שהמסמך נוגע לקבלני המדף ולחברת "אחים סלטי עסאם" שנכללה במאגר זה. חתימתו של נאיף על המסמך בהוראתו של עסאם חיוקה את ההסדר הכובל ואפשרה אותו. העובדה כי חל בלבול ובמכתב נרשם "אחים סלטי הנדסה" במקום "אחים סלטי עסאם" אינה מערערת מסקנה זו. מדובר במסמך המבטא הסדר כובל בין קבלני מכרז עוטף עזה אשר עסאם סלטי הורה לחתום עליו באופן שמלמד את שאר הקבלנים כי חברתו של סלטי שהיא קבלן מדף במכרז הצטרפה להסדר.

464. עוד טענו סלטי וחברת אחים סלטי כי עסאם סלטי לא היה מודע לתוכן מסמך החתימות ועל כן לא ניתן לקבוע כי סלטי והחברה קיימו את היסוד הנפשי של עבירת ההסדר הכובל. איני מקבל טענה זו. כפי שראינו לעיל עסאם התקשר לנאיף והורה לו לחתום על מסמך החתימות שיגיע בפקס. עסאם, אם כן, עודכן כי צפוי להגיע מסמך בפקס והורה לנאיף לחתום עליו. לא נטען כי עסאם סלטי נוהג להורות לנאיף לחתום על מסמכים הנוגעים לחברתו מבלי שאיש בחברה קרא אותם או מודע לתוכנם. אינני מקבל, אם כן, את הטענה כי עסאם החליט כי חברת אחים סלטי תחתום על מסמכים שלאיש בחברה אין כל מידע לגביהם ואיש אינו מכיר את תוכנם. עסאם הוסיף וטען בסיכומיו כי עודכן שמדובר במכתב מחאה ודרישה (ס' 8 לסיכומי עסאם סלטי וחברת אחים סלטי עסאם). גרסה זו לא הוצגה בעדות ומעבר לכך אינה מסבירה מדוע חתימת חברת אחים סלטי נדרשת במקרה זה. בכל מקרה טענה זו מלמדת כי אף לגרסתו של עסאם הוא היה מודע לכך כי מדובר במכתב מטעם הקבלנים כולם שהינו חלק מהסוגיה של שינוי תנאי מכרז עוטף עזה. כל אלה מלמדים כי עסאם היה מודע לתוכן המסמך.

465. מסקנה זו מתחזקת נוכח עדותם של קו תור וקרן נבט אשר העידו שעדכנו את חברת אחים סלטי על אודות המסמכים. קן תור העיד שבהתאם לאחריות שהוטלה עליו במסגרת מסמך האחריות יצר קשר עם חברת אחים סלטי ואף שלח להם פקס ועדכן



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

אותם לגבי הפגישה הראשונה ומכתב כתב היד (דיון מיום 29.2.2016 בעמ' 2968-2969, 2971). קרן נבט אמרה במסגרת הודעתה ברשות כי דיברה עם גורם כלשהו בחברת אחים סלטי לגבי מסמך החתימות. היא ציינה כי תחילה הם סירבו לחתום אך בהמשך הסכימו לכך. היא חזרה על הדברים בעדותה (ת/560 203-206, דיון מיום 12.3.2015 בעמ' 1366). אומנם, נבט לא ידעה להגיד עם מי בדיוק דיברה ומה בדיוק הובן מהשיחה אך עדותה מחזקת את המסקנה שלכל אורך הדרך חברת אחים סלטי עודכנה לגבי המהלך של הקבלנים וכי עסאם היה מודע לדברים.

466. בסופו של דבר ישנו מסמך המבטא בברור את ההסדר הכולל שהתגבש בין הקבלנים ואשר נכתב בו בפירוש שהוא תקף רק ככל שכל קבלני המדף יחתמו עליו ועסאם סלטי הורה לחתום עליו בשמו ובשם החברה ובכך הצטרף להסדר, חיזק אותו ואפשר אותו. איני מקבל כי פעולה משמעותית זו שנעשתה בשם חברתו נעשתה על ידי סלטי שהינו אדם המנהל עסקים מבלי שאיש בחברה ידע על מה הוא חותם או עיין במסמך.

467. עוד טוען סלטי כי בתקופה הרלוונטית לכתב האישום היה מנוע מבחינה חוקית מלפעול במסגרת חברת אחים סלטי. על כן טוען סלטי לא ניתן להתייחס אליו כאורגן של החברה ולכן יש לזכות אותו ואת חברת אחים סלטי מהאישומים כנגדם. אין בידי לקבל טענה זו של סלטי. הוכח לפניי כי עסאם סלטי הוא שניהל את חברת האחים סלטי ואין ספק שיש לראות בו אורגן של החברה. סלטי אמר בעדותו שהוא הבעלים של החברה וכן אמר שהוא היום מנכ"ל החברה למרות שהוא לא רשום כמנכ"ל (דיון מיום 26.9.2016 בעמ' 3304), אומנם בא כוחו של סלטי ניסה לתקן את דבריו אך אמירתו של סלטי הייתה ברורה בעניין זה, למרות שהוא לא רשום כמנכ"ל הוא משמש כמנכ"ל החברה, גם בהמשך עדותו חזר סלטי על כך שהוא המנהל של החברה (דיון מיום 26.9.2016 בעמ' 3305, 3323).

468. בנוסף, איני מקבל את גרסתו של סלטי בסיכומיו כי האמירות לגבי מעמדו בחברה נבעו מהתרברבות גרידא. מעבר לכך, סלטי העיד באופן ברור כי תפקידו בחברה כוללים פגישות עם לקוחות, החלטות בעניין הגשת הצעות למכרזים, החלטות לגבי העסקת עובדים ופיטורי עובדים וכן פיקוח על נהלי העבודה בחברה. בנוסף העיד כי הוא בעל זכות החתימה בחברה (דיון מיום 26.9.2016 עמ' 3360. סלטי אמר את הדברים גם במסגרת הודעתו ברשות – ת/532 עמ' 2). נוכח דבריו הברורים של עסאם



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

מצאתי שיש מקום לראות בו אורגן של החברה – הוכח כי הוא ניהל את החברה בפועל והיה מקבל ההחלטות בחברה. הטענה כי אסור היה להציג כלפי חוץ מצג לפיו עסאם סלטי ניהל את החברה אינה משנה מהמסקנה שבפועל מי שניהל את החברה היה עסאם.

469. סלטי והחברה טענו בנוסף כי המאשימה לא הוכיחה כי ההסדר הנטען עלול היה לפגוע בתחרות. לדידם המעשים המיוחסים לקבלנים לא נעשו כדי להשיא רווח לקבלנים אלא מתוך ניסיון להביא לקיום המכרז והתחרות. לטענתם דווקא מעשי משרד השיכון ועמיגור פגעו בתחרות וזאת בשל התעקשותם על תנאים בעיתיים וקשים שהפכו את המכרז להפסדי עבור הקבלנים. כפי שכבר ציינתי לעיל, אינני מקבל טענות אלה. במסגרת הצגת המסגרת הנורמטיבית הרלוונטית הצבעתי על כך שהחלטה משותפת של מתחרים במכרז שלא להגיש הצעות למכרז מהווה פגיעה ברורה בתחרות ונכנסת גם תחת החזקות הקבועות בסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים. אדגיש שוב כי בפני הקבלנים עמדו מספר דרכים חוקיות להתמודד עם הקשיים במכרז אך החלטה משותפת שלא לגשת למכרז לא הייתה אחת מהן.

470. נוכח האמור עד כה ניתן לקבוע כי הוכחו היסוד העובדתי והנפשי של עבירת ההסדר הכובל בכל הנוגע לעסאם סלטי. אחריותה הפלילית של אחים סלטי עסאם כתאגיד למעשיו של סלטי נובעת מכוח סעיף 23(א)(2) לחוק העונשין.

471. לאור כל האמור אני קובע את אחריותם הפלילית של סלטי ושל חברת אחים סלטי עסאם כצדדים להסדר כובל.

קבלני המשנה:

472. קבלני המשנה אשר מואשמים במסגרת האישום השני הם אופיר אשר וחברת אוולון ויוסי נוימן וחברת דיורין. קבלני המשנה העלו במסגרת סיכומיהם טענה כללית הנוגעת אליהם ולפיה מכיוון שהם לא נכללו במאגר קבלני המדף הם לא היו יכולים להיות צד להסדר הכובל שהתגבש בין קבלני מכרז עוטף עזה. בפסקאות הבאות אכריע בטענה כללית זו ולאחר מכן אפנה לדין פרטני לגבי אחריותם של אשר ונוימן ואכריע בטענותיהם.





בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

טענת קבלני המשנה כי לא ניתן לקבוע שהיו צד להסדר הכובל:

473. קבלני המשנה טענו כי מאחר והם לא נכללו במאגר קבלני המדף ולא הייתה להם היכולת להגיש הצעות ולהתחרות במכרז הרי שלא הייתה להם השפעה על התחרות בין קבלני המדף ועל שאלת הגשת ההצעות במכרז ולכן לא ניתן לראותם כצד להסדר הכובל הנטען. טענה זו עלתה על ידי קבלני המשנה כבר במסגרת טענותיהם המקדמיות ודנתי בה באריכות במסגרת החלטתי מיום 12.1.2014 (סעיפים 58-70 להחלטה). דיון זה והנימוקים שהוצגו במסגרתו מהווים חלק בלתי נפרד מנימוקיי והכרעתי כאן. במסגרת החלטתי שם בחנתי בעיון את טענת קבלני המשנה בהקשר זה וקבעתי כי יש לדחותה. הפניתי שם לפסקי הדין המנחים בע"פ 2929/02 מדינת ישראל נ' סבירסקי, פ"ד נו (3), 135 (להלן: עניין "סבירסקי") וכן לעניין בורוביץ' לאורם קבעתי כי אף שקבלני המשנה לא היו קבלני מדף ולא נדרשו להגיש בשם חברתם הצעה במסגרת המכרז, הרי שניתן לראות בהם צד להסדר שהתגבש בין הקבלנים. כפי שנראה להלן, קבלני המשנה נכחו בפגישות הקבלנים, חתמו על המסמכים העומדים בבסיס ההסדר הכובל והיו מודעים להחלטה המשותפת של הקבלנים. הם היו חלק מהמהלך של הקבלנים ומעורבותם ופעילותם חיזקו את ההסדר ואפשרו אותו. לא מצאתי כי די בכך שהם בעצמם היו נעדרים כשירות להחליט באופן עצמאי לגבי אי הגשת הצעות במסגרת המכרז כדי להוביל למסקנה שיש לזכותם.

דיון פרטני באחריותם של קבלני המשנה:

נאשמים 16-17 – אופיר אשר וחברת אוולון:

474. חברת אוולון הייתה במועדים הרלוונטיים לכתב האישום חברה שעסקה בתחום הבנייה. אופיר אשר היה במועדים הרלוונטיים לכתב האישום בעלים ומנהל של חברת אוולון. אוולון ואשר התקשרו עם חברת קיסר וקנר והסכימו כי אם קיסר תיכלל במאגר קבלני המדף חברת אוולון תיקח על עצמה את האחריות לבצע את המכרז. אוולון וקיסר סיכמו, אם כן, שאוולון תשמש כקבלן המשנה של קיסר (ראו תשובת אשר ואוולון לכתב האישום וסיכומי אשר ואוולון בס' 7-12).



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

475. המאשימה טענה כי אשר השתתף בשתי פגישות הקבלנים וחתם על מכתב כתב היד לצד שמה של חברת קיסר. על בסיס פעולות אלה טענה המאשימה כי אשר היה צד להסדר הכובל שהתגבש בין קבלני מכרז עוטף עזה.

476. בעדותו ובסיכומיו לא הכחיש אשר את שמייחסת לו המאשימה והסכים כי נכח בשתי הישיבות (אם כי כפי שנראה מיד טען שיצא בשלב מוקדם של הישיבה השנייה) וכן חתם על מכתב כתב היד. למרות שאין מחלוקת עובדתית לגבי השתתפותו בפגישות וחתימתו על מכתב כתב היד טען אשר כי יש לזכותו. במסגרת סיכומיו הציג אשר בצורה מפורטת את גרסתו בנוגע להשתלשלות העובדתית סביב מכרז עוטף עזה. הוא אף ציין כי ביום הגשת ההצעות הוא נסע על מנת להגיש הצעה במסגרת שלב ב' של המכרז אך קנר פגש אותו בדרך והודיע לו שכל הקבלנים חתמו שלא מגישים את המכרז. על בסיס הצגה מפורטת זו מבקש אשר להראות כי לא הוכח שהוא היה צד להסדר הכובל.

477. אחת מטענותיו המרכזיות של אשר הינה כי ככל שהתגבש הסדר כובל בין הקבלנים הרי היה זה רק לאחר שנחתם מסמך החתימות על ידי כל הקבלנים. אשר מדגיש לאורך סיכומיו כי בפגישה הראשונה ואף בפגישה השנייה לא הוסכם באופן סופי שהקבלנים לא ייגשו למכרז. לטענתו, ההסדר דרש את ההסכמה של כל הקבלנים ועל כן לא התגבש כל הסכם בטרם חתמו כל הקבלנים על מסמך החתימות. אשר שלא חתם על מסמך החתימות טען שהוא כלל לא הכיר את המסמך ולא היה מודע לתוכנו ועל כן לא היה צד להסדר שהתגבש.

478. אין בידי לקבל טענות אלה. בבסיס הטיעון של אשר עומדת ההנחה שההסדר הכובל התגבש רק לאחר שמסמך החתימות נחתם על ידי כל הקבלנים, כלומר, ב-19.5.2008, כאשר לדידו של אשר לפני כן לא התגבש כל הסדר. לעיל כבר דחיתי הנחה זו. ראינו כי מכתב כתב היד שנוסח בפגישה הראשונה וגם המכתב המודפס שהוכן על בסיסו משקפים הסדר כובל שהתגבש בין הקבלנים. אשר חתם על מכתב כתב היד ובחתימתו על המכתב הצטרף להסדר.

479. מסקנה זו מתחזקת לאור גרסתו של אשר עצמו בנוגע להשתלשלות הדברים. אשר העיד ואף ציין בסיכומיו כי יום לאחר פגישת הקבלנים הראשונה שוחח עם אייל פלד, מנהל הפרויקט מטעם עמיגור, פעמיים (סיכומי אשר בסעיף 49-42, עדות אשר דיון



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

מיום 16.3.2016 עמ' 3039-3036). בשיחה הראשונה ביקש אשר מפלד להיפגש עם הקבלנים אך פלד סירב (חקירת אשר ברשות – ת/522 ש' 586-590; עדות פלד – דיון מיום 15.5.2014 בעמ' 302; עדות אשר – דיון מיום 16.3.2016 עמ' 3037-3038). בהמשך היום התקשר אשר פעם נוספת לפלד וביקש ממנו ארכה להגשת המכרז והסביר כי ביום ראשון עתידה להתקיים פגישה אחרונה בין הקבלנים (הכוונה לפגישה השנייה בהתאחדות שאכן התקיימה ביום ראשון ה-18.5.2018).

480. במכתב שכתב פלד ליועצת המשפטית של משרד השיכון (ת/484) ובו תיאר את השתלשלות העניינים סביב מכרז עוטף עזה כתב בס' 14 שאשר אמר לו שהפגישה הנוספת תתקיים על מנת "להוריד את הקבלנים מהעץ". נציין כי מדובר במכתב שנכתב בזמן אמת מבלי שלפלד היה אינטרס כלשהו בעניין. פלד חזר על מרבית הדברים שצוינו במכתב בעדותו והדברים עלו גם מעדויות נאשמי האישום השני וגורמים נוספים. בהקשר לשיחות פלד עם אשר הן פלד והן אשר חזרו על הדברים בעדותם והמכתב הנ"ל רק מחזק את הדברים. אשר נשאל בחקירתו ברשות מה הייתה כוונתו באמירה "להוריד את הקבלנים מהעץ" והוא השיב כי הוא התכוון "שאנחנו רוצים לפרק את האווירה שנוצרה שלא מגישים את המכרז" (ת/522 ש' 597-600). אשר אישר את הדברים בעדותו וציין כי אכן זו הייתה האווירה לאחר הפגישה הראשונה ושהוא הרגיש שהקבלנים לא הולכים להגיש הצעות (דיון מיום 16.3.2016 עמ' 3115-3114).

481. עוד טען אשר בסיכומיו כי למרות שרעיון אי הגשת ההצעות עלה במהלך הפגישה הראשונה לא הושגה עדיין בשלב זה החלטה קונקרטית בעניין. דין טענה זו להידחות. שיחותיו של אשר עם פלד, המכתב של פלד לגביהן בזמן אמת וכן אמירות אשר ופלד במסגרת עדותם בבית המשפט מלמדות כי כבר בפגישה הראשונה התגבשה הסכמה שהקבלנים לא יגישו את הצעותיהם ככל שתנאי המכרז לא ישתנו. הסכמה זו מצאה ביטוי במכתב כתב היד ועולה ממנו בברור.

482. אשר המשיך וטען כי ההסדר התגבש רק בעת שכל קבלני המדף חתמו על מסמך החתימות לכן כל הפעולות שנעשו עד שלב זה הינן לכל היותר מעשי הכנה. אינני מקבל טענה זו והיא נדחית מאותם טעמים שהוצגו זה עתה. הוכח ברמה הנדרשת כי בפגישה הראשונה הסכימו חלק מהקבלנים כי אם לא ישונו תנאי המכרז הם לא יגישו הצעות



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

במסגרת המכרז. הסכמה זו הינה הסדר כובל ואין כל בסיס לטענה כי בשלב זה עוד לא התגבש ההסדר או כי נדרשת הסכמת כל המתחרים במכרז כדי לקבוע שההסדר התגבש.

483. אשר הוסיף וטען היא כי לנוכח העובדה שלא חתם על מסמך החתימות הוא יכול להיחשב לכל היותר מסייע להסדר הכובל ולא כמבצע עיקרי. גם טענה זו נסמכת על ההנחה שרק לאחר שנחתם מסמך החתימות התגבש ההסדר הכובל וכיוון שאינני מקבל הנחה זו אני דוחה גם את טענתו של אשר כאן. אוסיף כי אשר סבר שהאישום כנגדו מתבסס גם על פעולותיו של קנר ומעורבותו אך לא כך הדבר. אשר הואשם בגין מעורבותו שלו עצמו. אשר לא היה קבלן משנה שצפה מהצד ותמך בהצטרפות הקבלן הראשי עמו עבד להסדר. הוא היה חלק מהמלך, נכח בפגישות, חתם על מסמכים ואף היה מעורב יותר מחלק מקבלני המדף במהלך שהתגבש ובהגעה להחלטה המשותפת ועל כן לא מצאתי כי יש בסיס לטענתו כי הוא צריך להיחשב מסייע בלבד.

484. אשר הקדיש חלק ניכר מסיכומיו בניסיון לסתור את טענת המאשימה כי קנר נעדר מהפגישה הראשונה וביקש להראות שקנר נכח בפגישה ואף אישר לו לחתום על מכתב כתב היד. טענה זו אינה רלוונטית לעניין הרשעתם של אשר ואוולון. די בעובדות שאינן נתונות במחלוקת לפיהן אשר נכח בפגישה וחתם על המסמך כדי לגבש את היסוד העובדתי הנדרש בענייננו של אשר וזאת אף אם קנר נכח בפגישה. בנוסף לגופה של הטענה מצאתי שיש לדחות את גרסתו של אשר בנקודה זו. בתרשומת של שחף מהישיבה (ת/458) הוא כתב שבישיבה נכחו שמונה קבלנים. ישנם שמונה קבלנים אשר כיום אין מחלוקת כי השתתפו בפגישה – קן תור, פרץ, נגרי, יקואל, נוימן, אברהמי, נחום ואשר. אשר שידע מה נכתב בתרשומת של שחף טען ששחף פירט אילו קבלני מדף נכחו בישיבה ולא כמה אנשים נכחו בסך הכל או כמה נציגים הגיעו מטעם כל קבלן. אשר לא הציג כל בסיס לטענה זו ולא שאל את שחף לגבי נקודה זו והדבר כמובן עומד לחובתו.

485. מעבר לכך, שמו של קנר לא מוזכר במסמך האחריות (ת/451א) ואילו שמו של אופיר נכתב שם והוא אף העיד כי נדרש לעדכן את שומרוני לגבי ההסכמות שהתגבשו אף שלגרסתו לא עשה זאת (דיון מיום 16.3.2016 עמ' 3076, סיכומי אשר ס' 35). בנוסף קן תור בעדותו נשאל מי נכח בפגישה הראשונה וציין כי הוא זוכר שאשר נכח בפגישה (אף



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

שהסתייג מכך מעט באומרו שהוא מקווה שאינו מתבלבל) אך לגבי קנר אמר שהוא לא זוכר שהוא השתתף בפגישה. את שאר הנוכחים בפגישה זכר קן תור מה שמחזק את המסקנה שקנר לא נכח בפגישה (דיון מיום 29.2.2016 בעמ' 2965). כל אלה תומכים במסקנה שאשר נכח בפגישה הראשונה לבדו ולא הוצגה כל ראיה או עדות התומכת בטענה שקנר נכח בפגישה.

486. עולה כי אשר היה מעורב באופן עצמאי במהלך, נכח בפגישות וחתם על המסמכים ובכך קיים את היסוד העובדתי הנדרש לגבי עבירת ההסדר הכובל. אשר אף היה במגעים מול מזמין הפרויקט ובשיחה עמו הצביע על ההסדר הכובל שהתגבש בין הקבלנים. הוכחו לכן מרכיבי היסוד העובדתי לגבי אשר באופן עצמאי מבלי להידרש למעורבותו של קנר או פעולותיו.

487. לגבי היסוד הנפשי כפי שראינו נדרשת מודעות לכל אחד מרכיבי הגדרת ההסדר הכובל וכן לכך שאשר היה צד או אורגן של צד להסדר. אשר בסיכומיו לא טען בפירוש בנוגע לאי התקיימות יסוד זה אך הפנה לעדותו שם אמר כי מבחינתו החתימה על מכתב כתב היד לא הייתה "החלטה לא ללכת למכרז", אלא ניסיון לפתור את בעיית הברזל שהוא עצמו דווקא לא ייחס לה משמעות רבה (דיון מיום 16.3.2016 בעמ' 3027-3028). כפי שראינו לעיל מכתב כתב היד מסתיים במילים "עקב כך החלטנו לא להגיש ביום א' 18.5.2008 המכרז". לאור משפט זה אין מקום לקבל את הטענה כי מכתב כתב היד לא הובן כמסמך שמשקף החלטה משותפת לא לגשת למכרז. ראו גם הדיון לעיל לגבי מסמך כתב היד והטענה בדבר טעות במצב דברים אשר הוצגה גם על ידי קבלנים נוספים ונדונה לעיל ונדחתה. ניתן לקבוע, אם כן, כי גם היסוד הנפשי הוכח בעניינו של אשר.

488. אשר בסיכומיו גם ביקש להראות כי בעוד שלקנר היה אינטרס לא לגשת למכרז והוא לא היה מסכן בכך דבר (שכן הערבויות ניתנו על ידי אשר) הרי שאשר עצמו רצה לגשת והתכוון לגשת ואי ההגשה רק פגעה בו. טענות אלה אינן רלוונטיות לשאלת הרשעתו של אשר. כפי שראינו לעיל, הוכחת ההסדר הכובל אינה תלויה במניע של הצדדים להסדר ואף לא בכוונה של הצדדים ליישם את ההסדר. הטענות של אשר אינן סותרות את הראיות אליהן התייחסתי עד כה בעניינו והן אינן חותרות תחת המסקנה כי הוכחו היסוד העובדתי והנפשי של עבירת ההסדר הכובל בכל הנוגע לאשר. אחריותה



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

הפלילית של אוולון כתאגיד למעשיו של אשר נובעת מכוח סעיף 23(א)(2) לחוק העונשין.

טענות כלליות:

489. נוסף לטענות שנדונו עד כה אשר העלה עוד מספר טענות כלליות אשר כפי שצינתי גם במסגרת הדיון לגבי שאר נאשמי האישום השני אתייחס אליהן להלן בפרק נפרד. אציין כאן בתמצית כי אשר התייחס בהרחבה למעורבות התאחדות הקבלנים במהלך ולהשפעה שהייתה לה. בנוסף הוא התייחס לחילוט הערבויות ולנזקים הרבים שנגרמו לו ולאחרים כתוצאה מהחילוט. לעניין התאחדות הקבלנים ומעורבותה הדבר לא יכול להיות הגנה מאישום בפלילים. ההתאחדות אינה גוף שיכול לאשר עשיית הסדר כובל ומשהוכח שאשר ואוולון היו צד להסדר, אזי גם אם אכן נעשה הדבר בתמיכת ההתאחדות תמיכה זו אינה מעניקה לאשר פטור או מצדיקה ביטול האישום כנגדו. כך גם לעניין חילוט הערבויות והסנקציה האזרחית. סנקציה זו הוטלה על הקבלנים בעקבות אי הגשת המכרז ואילו כתב האישום הוגש בגין הפרת חוק ההגבלים העסקיים והתיאום לגבי אי ההגשה והעובדה כי חולטו ערבויות הקבלנים לא מקימה טענת הגנה מן הצדק.

490. **לאור כל האמור אני קובע את אחריותם הפלילית של אשר ושל אוולון כצדדים להסדר כובל.**

נאשמים 18-19 יוסי נוימן וחברת דיורין:

491. חברת דיורין הייתה בתקופה הרלוונטית לכתב האישום חברה שעסקה בתחום הבנייה. בכתב האישום נטען כי נוימן היה בתקופה הרלוונטית בעלים ומנהל של חברת דיורין. בתשובת נוימן ודיורין לכתב האישום נטען כי נוימן היה בתקופה הרלוונטית בעלים משותף יחד עם אברהם בר-אילן. בעדותו ציין נוימן כי בתקופה הרלוונטית לכתב האישום הוא היה בעלים שותף בחברה יחד עם אברהם בר-אילן והחזיק ב-50% מהחברה. לדבריו בר-אילן כיהן כמנכ"ל החברה ואילו נוימן עצמו היה מנהל הביצוע (דיון מיום 21.3.2016 בעמ' 3010-3009).



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

492. המאשימה טענה בכתב האישום כי דיורין הגיעה להסכמה עם חברת דלויה (שהייתה הנאשמת 35 אך האישום נגדה בוטל לאור הסכמה בעניין בין הנאשמים 34 ו-35 והמאשימה) לפיה אם דלויה תזכה בשלב ב' של המכרז אזי דיורין תבצע עמה את העבודה. כלומר, דיורין ודלויה הסכימו כי דיורין תשמש קבלן משנה של דלויה. בתשובתם לכתב האישום טענו נוימן ודיורין כי ההסכמה בין דיורין ודלויה לא התגבשה אלא כל שהיה בין החברות הייתה הבנה בעל פה לפיה ככל שדלויה תזכה במכרז ישתפו החברות פעולה במסגרת ביצוע הפרויקט. כיוון שדלויה לא זכתה בשלב ב' של המכרז לא התגבשה ההבנה בין החברות לכדי הסכמה בדבר עבודה משותפת. נוימן ודיורין חזרו על דברים אלה בסיכומיהם (ס' 19-11) והדגישו כי בר-אילן היה אחראי על המגעים מול דלויה.
493. המאשימה טענה כי נוימן השתתף בשתי ישיבות הקבלנים בהתאחדות וחתם במהלך הישיבות לצד שמה של חברת דלויה על מסמך כתב היד ועל מסמך החתימות. על בסיס פעולות אלה ייחסה המאשימה לדיורין ונוימן עבירה של הסדר כובל.
494. נוימן בעדותו ובסיכומיו לא הכחיש כי נכח בישיבות וכי חתם במהלך הישיבות על מכתב כתב היד ועל מסמך החתימות. עם זאת, לטענתו של נוימן ישנם טעמים לאורם יש לזכותו מההאשמות המיוחסות לו.
495. טענה מרכזית של דיורין הינה הטענה הכללית בה עסקתי כבר לעיל. נוימן ודיורין טענו שדיורין לא נכללה במאגר קבלני המדף, לא היה לו כל הסכם מול עמיגור והיא לא הייתה במעמד שאפשר לה להחליט האם להגיש או לא להגיש הצעה במסגרת המכרז. על פי הטענה דיורין לכן לא הייתה שחקן רלוונטי בגזרת התחרות של המכרז. לעיל דנתי בטענה זו ודחיתי אותה. הפניתי בעניין זה להחלטתי מיום 12.1.2014 וקבעתי כי למרות שקבלני המשנה לא נכללו במאגר קבלני המדף, ניתן לייחס להם עבירה של הסדר כובל ככל שהוכחו לגביהם היסודות הרלוונטיים.
496. בהמשך לטענה אחרונה זו טענו נוימן ודיורין כי לא רק שדיורין לא הייתה קבלן מדף אלא שהיא גם לא הייתה קבלן משנה. כפי שצינתי לעיל, לפי נוימן ההסכם בין דלויה ולדיורין הותנה בכך שדלויה תזכה בשלב ב' של המכרז דבר שלא קרה בסופו של יום. לכן טוען נוימן לא התגבש כל הסכם בין דלויה לדיורין ונוימן לא היה קבלן משנה ולא



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

נכח בפגישות בהתאחדות מטעם דלויה. לפי נוימן הוא הגיע לפגישות במטרה לחפש עבודה וליצור קשר עם קבלני המדף.

497. אינני מקבל טענה זו של נוימן. מסקנתי היא כי הוכח שנוימן פעל בכל הנוגע למכרז עוטף עזה לאור ההבנות שהושגו בין דלויה ודיורין. מעבר לכך, אף אם נוימן היה מבצע את הפעולות המיוחסות לו, ואשר לגביהן אין מחלוקת, על דעת עצמו די היה בכך כדי לקיים את יסודות העבירה. אפרט כעת את הטעמים העומדים בבסיס מסקנות אלה. אין מחלוקת כי נוימן חתם לצד שמה של דלויה הן על מכתב כתב היד והן על מסמך החתימות. כפי שפירטתי מספר פעמים לעיל, הנוכחות בפגישות והחתימות חיזקו את ההסדר הכובל ותרמו תרומה משמעותית להתגבשותו – הקבלנים הסתמכו זה על חתימתו של זה והחתימות על המסמכים מלמדות על ההסכמה בין הקבלנים וגם מבטאות אותה ואפשרו אותה.

498. חתימותיו של נוימן והתנהלותו בפגישות תרמו למהלך והיו חלק מההסדר בדומה לחתימות שאר הקבלנים וזאת במנותק משאלת היחס בין דלויה לדיורין. בנוסף לכך, כפי שכבר ציינתי, אינני מקבל את טענותיו של נוימן לגבי יחסיו עם עזרא ודלויה. נוימן אינו חולק כי הושגו הבנות לגבי עבודה משותפת בין בר אילן לנציגי דלויה והוא אף העיד כי הרגיש שהוא פועל כנציג של דלויה (דיון מיום 28.3.2016 עמ' 3041 לפרוטוקול). בהמשך לכך נוימן חתם הן על מכתב כתב היד והן על מסמך החתימות לצד שמה של דלויה. ודוק, הוא לא חתם לצד שמה של חברה אחרת או הוסיף את שמו אלא חתם לצד שם החברה אשר עמה התקשר לשם ביצוע העבודות כקבלן המשנה שלה.

499. ההסבר היחיד לכך שנוימן חתם לצד שמה של דלויה הוא הקשר בין החברות ונוימן אכן לא הציע כל הסבר אחר לדבר. נוימן אף העיד כי חתם על המסמכים בגלל הקשר עם דלויה וכי הבין שבהיעדר חתימות המסמך לא תקף (דיון מיום 28.3.2016 עמ' 3032). אומנם נוימן ניסה לעדן את הדברים ואמר שחתם בשם עצמו מתוך אווירה של הסכמה כללית וכיוון שביקש להביע באופן אישי תמיכה במהלך (דיון מיום 28.3.2016 עמ' 3032-3033 לפרוטוקול). די בדברים אחרונים אלה כדי לבסס את יסודות העבירה לגבי נוימן. בנוסף, הם אינם סותרים את המסקנה כי נוימן יצר לכל הפחות מצג שהוא פועל כנציגה של דלויה ובשמה.



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

500. נוימן הוסיף וטען כי עזרא מדלויה ידע בזמן אמת על התארגנות הקבלנים ולכן לא ניתן לראות בנוימן ודיורין צד להסדר הכובל. אין כל בסיס לטענה זו. כל הראיות אליהם הפנו נוימן ודיורין בסיכומיהם מלמדות לכל היותר על כך שעזרא ידע על מעשיו של נוימן בדיעבד (ס' 21-25 לסיכומי נוימן ודיורין) אך ידיעה זו של עזרא לא יכולה לסייע לנוימן ודיורין. נוימן ודיורין לא טענו כי עזרא הורה להם לחתום על המסמכים ואפילו לא כי התייעצו עם עזרא. כל שהם טוענים הוא שעזרא עודכן בשלבים שונים לגבי התארגנות הקבלנים ולא הסתייג ממנה. ידיעתו של עזרא בדיעבד אינה רלוונטית לשאלת אחריותו של נוימן. לעיל קבעתי כי הצטרפות קבלן המדף עמו עבד קבלן המשנה להסדר הכובל אינה פוטרת את קבלן המשנה מאחריות. הדברים נכונים מקל וחומר בעניינו של נוימן אשר אין מחלוקת כי קבלן המדף עמו עבד לא חתם על המסמכים, לא היו מעורב כלל במהלכים ואפשר לדיורין ונוימן לפעול באופן חופשי בכל הקשור למכרז.

501. טענה נוספת שהעלה נוימן נגעה לאופן בו הבין את מכתב כתב היד ומסמך החתימות. נוימן טען כי הקבלנים חתמו על המסמכים בניסיון להביא לשינוי תנאי המכרז ולאפשר את הגשת ההצעות (דיון מיום 28.3.2016 בעמ' 3056). נוימן טען כי המסמכים לא כללו הסכמה אסורה אלא קריאה להידברות אשר נשלחה לעורכי המכרז. נוימן אף הפנה בסיכומיו לחקירתו ברשות שם אמר כי לגבי מכתב כתב היד. לדעתו העמוד השני של המכתב, בו נכתב כי הקבלנים החליטו לא להגיש את המכרז, אינו קשור ואולי חסר דף באמצע. הוא ציין כי הוא זוכר רק את המכתב המודפס ולא את הנוסח בכתב יד (ת/523 ש' 409-415). בעדותו חזר נוימן על הדברים ואמר שלדעתו העמוד השני לא שייך למסמך ונכנס באמצע (פרוטוקול דיון מיום 21.3.2016 בעמ' 3030, 3116). הדגש, אם כן, מבחינתו של נוימן הוא שלא התקבלה החלטה שלא ניגשים למכרז אלא הוחלט שפונים למשרד השיכון ועמיגור כדי לפתור את הבעיות הקשות במכרז (דיון מיום 21.3.2016 בעמ' 3035).

502. עיון בעדותו של נוימן עצמו ובראיות שהפנה אליהם מוביל למסקנה שיש לדחות את טענותיו בדבר המשמעות שיש לייחס למסמכים. נוימן בחקירתו ברשות אמר מספר פעמים שהייתה הסכמה שלא ניגשים למכרז ושכולם הולכים ביחד. נוימן אף ציין



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

במהלך החקירה כי ישנו מכתב ברור שנשלח למשרד השיכון לפיו אם לא ישונו התנאים אזי הקבלנים לא ייגשו למכרז (ת/523 ש' 227-226, 270-273, 300-302).

503. במהלך עדותו בבית המשפט נשאל נוימן לגבי הפגישה הראשונה, מכתב כתב היד ולגבי הדברים שאמר בחקירתו ברשות. בעדותו הדגיש נוימן את הבעיות במכרז ומספר פעמים ציין כי בפגישה הראשונה הוחלט לשלוח מכתב עם שאלות לעמיתיו וציין כי כל עוד התמונה לא הייתה מתבהרת פשוט לא ניתן היה להגיש הצעות למכרז. לצד דברים אלה נוימן גם העיד כי התגבשה הסכמה מקיר לקיר שהמכרז נוסח באופן לא נכון ושצריך לתקנו. טענתו הייתה כי בזמן הפגישה הראשונה שהתרחשה ביום חמישי לא היו מספיק נתונים כדי להגיש את ההצעות ביום ראשון (המועד המקורי בו נדרשו הקבלנים להגיש את הצעותיהם) (דיון מיום 28.3.2016 עמ' 3056-3059 לפרוטוקול).

504. נוימן הדגיש בעדותו כי הייתה הסכמה מוחלטת לא להגיש את ההצעות הוא ציין כי כל מי שהיה בפגישה הראשונה ובסיוור הקבלנים הבין שאי אפשר להגיש את ההצעות למכרז ביום ראשון (דיון מיום 28.3.2016 בעמ' 3057). נוימן הדגיש מספר פעמים בחקירתו ברשות ובעדותו כי הוא הסכים למהלך הזה ותמך בו (דיון מיום 28.3.2016 בעמ' 3032, 3057).

505. כפי שראינו בתי-המשפט קבעו לא פעם שהחלטה משותפת של מתחרים במכרז לגבי הגשת ההצעות במכרז או אי הגשתן עלולה להוות הסדר כובל. בענייננו החלטה משותפת של הקבלנים בדבר הכדאיות העסקית בהגשת המכרז והסכמה כי אין מקום להגיש את המכרז אם לא ישונו תנאיו הינה הסדר כובל. מעבר לכל האמור אזכיר כי הן מכתב כתב היד והן מסמך החתימות מבטאים באופן ברור את ההסדר הכובל שהתגבש בין הקבלנים. לאור כל האמור טענותיו של נוימן בעניין המשמעות שיש לייחס למסמכים והאופן בו הבין אותם אינה יכולה לסייע לו.

506. מעבר לדרוש אעיר כי אני לא מקבל את גרסתו של נוימן כי העמוד השני של מכתב כתב היד אינו שייך למכתב – העמוד הראשון של המכתב מסתיים באמצע משפט כך שלא ייתכן שהוא עמד לבדו. בנוסף, מתוך המסמכים הרבים שהוגשו לאורך הליך זה אין אף מסמך המעיד כי היה עמוד שונה שהמשיך את מכתב כתב היד. מעבר לכך, מבין כל המעורבים בפרשה נוימן הוא היחיד שטען כי היה נוסח שונה של מכתב כתב היד.



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

507. נוימן הוסיף וטען כי לא ניתן לקבוע מעבר לספק סביר כי הוא היה מודע לכך שההסדר חל עליו. לעניין זה הפנה לחקירתו ברשות שם אמר, בין השאר, כי להבנתו על מנת להיות חלק מהסדר כובל "אתה צריך להיות בין הזוכים במכרז" (ת/523 ש' 245-250). טענה זו אינה יכולה לסייע לנוימן שכן המאשימה כלל לא נדרשה להראות מודעות מצדו של נוימן לכך שהוא מגביל את עצמו. הסדר כובל מתקיים גם כאשר רק אחד הצדדים להסדר מגביל את עצמו. מעבר לכך, כפי שראינו לעיל, לצורך הוכחת היסוד הנפשי בעבירת ההסדר הכובל לא נדרש להראות כי הנאשם היה מודע לפסול שבמעשיו.

508. המאשימה לא נדרשה להוכיח כי נוימן היה מודע לכך שהוא מגביל את עצמו דווקא או כי הוא מבין שפעולותיו עולות לכדי עבירה של הסדר כובל. דברים אלה גם קבעתי במסגרת החלטתי בהליך זה מיום 12.1.2014 אשר עליה מבקש נוימן להסתמך. נוימן חתם על המסמכים המבטאים את ההסכם. בנוסף, דחיתי את טענותיו בעניין המשמעות שיש לייחס למסמכים ובעניין האופן בו הוא הבין אותם ועל כן אני קובע כי הוכח בעניינו היסוד הנפשי.

509. משכך ניתן לקבוע שהיסודות העובדתי והנפשי של עבירת ההסדר הכובל הוכחו לגבי נוימן. אחריותה הפלילית של דיורין כתאגיד למעשיו של נוימן נובעת מכוח סעיף 23(א)(2) לחוק העונשין.

טענות כלליות:

510. נוימן הציג מספר טענות כלליות שיידונו להלן. אציין כי לא מצאתי מקום לקבל טענות אלה. טענתו להגנה מן הצדק התבססה על התנהלות הרשות ועל תמיכת ההתאחדות. כפי שציינתי לעיל, טענות אלה אינן יכולות לסייע לנוימן ואינן מצדיקות הפרת חוק ההגבלים העסקיים. אציין כי נוימן הרחיב בסיכומיו וסקר את התנהלות גורמי ההתאחדות בכל הנוגע למכרז עוטף עזה וטען כי הסתמך בתום לב על המצג שהם הציגו לטענתו לפיו אין פסול בפעולת הקבלנים. דא עקא שטענה זו אינה סותרת את המסקנה כי נוימן ודיורין היו צד להסדר כובל שהתגבש בין הקבלנים.

511. ככל שהטענה היא לטעות במצב משפטי נראה מיד כי לא נטען ולא הוכח שעו"ד לרר אישר את ההסדר והמעורבות שלו לא מקימה את הסייג האמור. בנוגע למעורבות



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

ההתאחדות, לעיל דחיתי את הטענה כי פרץ פעל באישור הנשיאות ואת הטענה ששחף דיווח בפגישה השנייה שבובליל תומך במהלך. עם זאת, אפילו אם זהו המצג שהוצג לקבלנים הדבר אינו מצדיק את עשיית העבירה ואינו מקים טענת פטור או סייג. בנוסף, אין כאן כל טעות במצב דברים שיכולה להיות רלוונטית לשאלת ההרשעה – כאמור, לא נדרשת מודעות לפליליות המעשים וברי כי ההתאחדות אינה גוף שיש לו סמכות לאשר הסדר כובל או לתת לו פטור.

512. **לאור כל האמור אני קובע את אחריותם הפלילית של נוימן ושל דיורין כצדדים להסדר כובל.**

טענות כלליות משותפות לנאשמי האישום השני:

513. עד כה דנתי במעורבות כל אחד מנאשמי האישום השני בהסדר הכובל שהתגבש בין קבלני מכרז עוטף עזה. קבעתי כי הוכחו יסודות עבירת ההסדר הכובל לגבי כל נאשמי האישום השני. במהלך הדיון ציינתי כי דחיתי מספר טענות כלליות שהיו משותפות לרבים מנאשמי האישום השני ובמרכזן טענת הגנה מן הצדק, טענה בדבר סייג של טעות במצב משפטי, טענות בנוגע למעורבותה של ההתאחדות הקבלנים וכן טענות בדבר תחולתו של הסייג הנוגע לזוטי דברים. בפסקאות הבאות אדון בטענות הכלליות הללו ואציג את הטעמים שעומדים ביסוד מסקנותיי שיש לדחות טענות אלה.

טענה בדבר הפעלת שיקול דעת עצמאי – טענת נאשמים 10-11, 12-13, 22-23, 24-25, 28-29:

514. כאמור לעיל פרט לסלטי ולחברת אחרים סלטי שאר הקבלנים לא הגישו הצעות במסגרת המכרז. נאשמים 10-11, 12-13, 22-23, 24-25, 28-29 טענו כי אי הגשת המכרז נבעה מהפעלת שיקול דעת עצמי ולא הייתה תוצאה של הסכמה משותפת בין הקבלנים. על פי נאשמים אלה עליית מחירי הברזל, האפשרות כי התושבים המקומיים יפנו לבניה עצמית וכן התניית חלק מהתמורה בגין הפרויקט בשביעות רצונם של התושבים, כל אלה הפכו את המכרז לבלתי כלכלי עבורם. על כן, קיבלו החלטה לא להגיש הצעה במסגרת המכרז מבלי כל קשר להחלטת שאר הקבלנים בעניין או להסכמה משותפת כלשהי.



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

515. אין בידי לקבל טענות אלה, הן זכו להתייחסות לעיל וניתן ללמוד כי יש לדחותן כבר מתוך עיון במסגרת הנורמטיבית שהוצגה לעיל. כפי שראינו לשם הוכחת קיומו של הסדר כובל לא נדרש להוכיח כי ההסדר יושם בפועל או כי אלמלא ההסדר מי מהצדדים לו היה פועל באופן שונה. גם אם צד או צדדים להסדר התכוונו לנהוג בהתאם להסדר בכל מקרה אך בכל זאת הצטרפו להסדר הרי שניתן לקבוע כי הם היו צד להסדר כובל ולהרשיעם בהתאם. ההחלטה המשותפת של הקבלנים מונעת את התחרות ביניהם ומשנה את מערך השיקולים של המתחרים במכרז. ההסכמה המשותפת הופכת את טענת שיקול הדעת העצמאי לחסרת משקל – שהרי הקבלנים אינם נאשמים בגין אי הגשת הצעות למכרז אלא בשל החלטתם המשותפת בעניין.

516. הצטרפותם של הקבלנים להסדר חיזקה אותו והביאה להתגבשותו ודברים אלה נכונים גם לגבי אותם קבלנים אשר לטענתם התכוונו להימנע מלהציע הצעה בכל מקרה. בנסיבות שלפנינו מסמך החתימות מחזק מסקנה זו בצורה משמעותית ביותר – במסגרת מסמך זה נכתב בבירור כי המסמך "תקף רק עם כל 14 החתימות נמצאות בפועל". כלומר, מתוך המסמך עצמו אנו למדים על המשמעות של ההצטרפות להסדר ועל החשיבות שיש לכך שכל קבלן הביע בפני שאר הקבלנים המתחרים את כוונתו לא לגשת למכרז. ברור, אם כן, מדוע אין בטענת שיקול הדעת העצמאי כדי לשנות מהמסקנה העולה מקריאת המסמכים ומדוע היא אינה יכולה להוות טענת הגנה כלפי האישומים המיוחסים לקבלנים.

טענות הגנה מן הצדק – טענות נאשמים 8-9, 10-11, 12-13, 16-17, 18-19, 24-25, 26-27 ו-28:

29:

517. נאשמים 8-9, 10-11, 12-13, 16-17, 18-19, 24-25, 26-27 ו-28 טענו כי עומדת להם טענת הגנה מן הצדק לאורה יש לזכותם. לדיון כללי באשר לפן המשפטי של טענת ההגנה מן הצדק מופנה הקורא להחלטתי בטנות המקדמיות של הנאשמים מיום 7.6.2012. בהחלטתי שם פירטתי לגבי הרקע לטענה זו והמבחנים שנקבעו בפסיקה אשר בהתקיימם יהיה מקום להחיל את הדוקטרינה ולזכות נאשם מהמיוחס לו במנותק משאלת אשמתו או חפותו וזאת כיוון שכתב האישום עומד בסתירה



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

לעקרונות של צדק והגינות משפטית. תחת הכותרת של הגנה מן הצדק העלו הנאשמים מספר טענות שונות שיידונו בפסקאות הבאות.

טענות בנוגע להתנהלות שערורייתית של הרשות (טענת נאשמים 8-9, 10-11, 18-19, 24-25):

518. סוגיה מרכזית אשר הנאשמים הרחיבו לגביה בהקשר לטענת ההגנה מן הצדק נגעה להתנהלות השערורייתית לטענתם של הרשות (נאשמים 8-9, 10-11, 18-19, 24-25, 26-27). בהקשר זה הדגישו הנאשמים את חוסר ההגינות וחוסר הסבירות שאפיינו את פעולת הרשות בכל הקשור למכרז עוטף עזה. חוסר הגינות זה התבטא בהתעלמות עמיגור ומשרד השיכון מפניות הקבלנים, התעלמות מהעלייה התלולה במחירי הברזל, חוסר היענות והיעדר כל ניסיון לפתור את הקשיים במכרז ועוד. לטענת הקבלנים התעקשותה של המדינה ועמידתה הדווקנית על תנאי המכרז למרות הנסיבות החריגות בכל הקשור לעליית מדד תשומות הבנייה מהווה התנהלות בחוסר תום לב וסיכלה את המכרז. התנהלות זו לדעת הנאשמים ראוי שתקים להם טענת הגנה מן הצדק ויש מקום לקבוע כי לאור התנהגות זו של הרשות יש לזכותם.

519. בכל הקשור להתנהלות המדינה הדגישו הנאשמים בעיקר את האופן בו המדינה לטענתם עודדה את תושבי עוטף עזה, באמצעות מענקים והטבות כספיות, לפנות למסלול של בנייה עצמית של ממ"דים (נאשמים 10-11, 12-13, 24-25). אומנם, האפשרות לבנייה עצמית צוינה במסגרת המכרז אך האופן בו פעלה המדינה בהקשר זה היה לטענת הקבלנים בלתי הגון וצפוי היה להקטין את היקף העבודה ואת הרווח מהמכרז. במסגרת הדיון לגבי הבנייה העצמית הפנו הנאשמים גם לקביעת בית המשפט העליון בבג"צ 7844/07 יוסף פנחס כהן נ' ממשלת ישראל (14.4.2008), להלן "בג"צ פנחס", שדן בעתירת התושבים לביצוע בניה עצמית שם הכריע בית המשפט העליון כנגד עתירת התושבים והתבסס על עמדת המדינה כנגד האפשרות לבצע את המיגון באמצעות בנייה עצמית.

520. טענות הקבלנים בנוגע להתנהלות הרשות הוצגו בפירוט כחלק מטענותיהם המקדמיות וזכו למענה נרחב במסגרת החלטתי מיום 12.1.2014 (סעיפים 83-86 להחלטה)



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

במסגרת החלטתי שם התייחסתי גם לטענות בנוגע לבנייה העצמית ואף לטענות בנוגע לבג"ץ פנחס ומשמעותו. לאחר שנפרסה התמונה הראייתית לפניי לא מצאתי שיש מקום לשנות מהכרעתי במסגרת ההחלטה בטענות המקדמיות. לאורך ההליך לא הוצגו נתונים חדשים או ראיות שיש בהן כדי לשנות את התמונה. כפי שצינתי בהחלטתי בטענות המקדמיות גם אם נפלו פגמים בהתנהלות המדינה בכל הנוגע למכרז מיגון עוטף עזה אין הדבר מצדיק עשיית דין עצמי. לרשות הנאשמים עמדו כלים משפטיים הולמים וחוקיים לפעול כנגד עורכי המכרז ולנסות להביא לשינוי תנאיו אך הפרת חוק ההגבלים העסקיים לא הייתה אחד הכלים הללו. לכן אף אם אקבל את טענות הקבלנים בנוגע להתנהלות המדינה, אין מקום על בסיס טיעון זה לזכות את הנאשמים.

521. בכל הקשור להתנהלות הקבלנים מול הרשות טענו הנאשמים בנוסף כי אין כל פסול בכך שהמציעים במכרז פונים לעורך המכרז בדרישה להבהרות או בבקשה לתיקון תנאים במכרז (נאשמים 10-11, 24-25) גם טענה זו אינה יכולה לסייע לנאשמים. הקבלנים לא מואשמים בכך שפנו לעמיגור ולמשרד השיכון אלא בכך שהגיעו להחלטה משותפת שלא להגיש הצעות במסגרת המכרז. כאמור, הקבלנים יכולים היו לפעול למען שינוי תנאי המכרז, לפנות בעניין זה לעורך המכרז וכן לתקוף את המכרז בדרכים החוקיות הפתוחות להם בהתאם לדיני המכרזים ולדין המנהלי. לצד כל אלה הקבלנים לא יכולים היו לפעול בניגוד לדיני ההגבלים העסקיים.

522. חלק מהנאשמים הדגישו בהקשר זה כי המכרז עצמו והתנאים שנקבעו בו לא אפשרו להם להגיש הצעה במסגרת המכרז (נאשמים 10-11, 24-25, 26-27). טענת הקבלנים הייתה כי הבעיות שהתגלו בכל הנוגע למכרז כמו למשל התניית התמורה באישור התושבים ונושא הבנייה העצמית הפכו את המכרז ללא כדאי ולא אפשרו להעריך את הרווח הצפוי ולהגיש הצעה בהתאם. הקבלנים ציינו כי דווקא הם ביקשו לפתור בעיות אלה ואילו המדינה שהתעלמה מפניותיהם היא שלא אפשרה את הגשת הצעות. בנסיבות אלה טוענים הקבלנים לא היה מקום להעמידם לדין פלילי ומשהוגש כתב האישום יש מקום לבטלו מכוח הגנה מן הצדק. דין טענה זו להידחות. גם טענה זו נדונה במסגרת החלטתי מיום 12.1.2014 וקביעותי שם והטעמים שהובילו אליהן עודם רלוונטיים. בתמצית ייאמר כי קבלני מכרז עוטף עזה לא הואשמו בכך שלא ניגשו



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

למכרז אלא בעריכת הסדר כובל לגבי אי הגשת הצעות במסגרת המכרז. הקבלנים רשאים היו להחליט באופן עצמאי שלא לגשת למכרז אך הם היו מנועים מלתאם עמדות בעניין זה ולהגיע להסכמות בעניין. לכן הטענה בדבר אי האפשרות להגיש הצעה במכרז אינה יכול להוות הגנה בפני המעשים המיוחסים לנאשמים.

523. טענה מרכזית נוספת הנוגעת להתנהלות הרשות וההחלטה להגיש כתב אישום כנגד קבלני מכרז עוטף עזה התמקדה בנושא חילוט הערבויות. חלק מהנאשמים טענו כי חילוט ערבויות הקבלנים היווה כשלעצמו אמצעי ענישה מחמיר שאף פגע בצורה קשה בחלק מהחברות הקבלניות (נאשמים 16-17, 18-19, 24-25, 26-27). לטענת חלק מהנאשמים אף אם ייקבע שהסנקציה האזרחית של חילוט הערבויות אינה מקימה את טענת ה"סיכון הכפול", עדיין יש מקום להחיל על המקרה את טענת ההגנה מן הצדק שכן במקרה דנן הסנקציה האזרחית היא כבדה ביותר ולא ראוי להטיל לצדה גם סנקציה פלילית. גם טענה זו עלתה והוכרעה במסגרת החלטתי מיום 12.1.2014 (ס' 84 להחלטה). כפי שצינתי שם חילוט הערבויות נעשה על פי תנאי המכרז ואין לו קשר להגבל העסקי שנעשה בגדר ההסכמה המשותפת שלא לגשת למכרז. כפי שצינתי כתב האישום הוגש לא בגין אי הגשת ההצעות במכרז אלא נוכח ההסכמה המשותפת שהתגבשה בעניין זה. קביעות אלה עודן רלוונטיות היום.

טענות הנוגעות למטרות שעמדו לנגד עיני הקבלנים ולגבי הבחירה לנקוט בהליך פלילי חרף האפשרות לנקוט בהליכים מנהליים מידתיים יותר (נאשמים 8-9, 10-11, 12-13, 18-19, 24-25):

524. כחלק מטענת ההגנה מן הצדק טענו מספר נאשמים כי בנסיבות הנוגעות לקבלני מכרז עוטף עזה לא היה מקום לנקוט כנגד הקבלנים בהליכים פליליים וראוי היה להסתפק לכל היותר בנקיטת הליך מנהלי מתון ומידתי יותר. קבלנים אחרים הדגישו כי הקבלנים לא ביקשו לתאם מחירים או לפגוע בתחרות אלא למחות כנגד התנהלות הרשות ותנאי המכרז הבעייתיים לכן לדידם אין לראות בהחלטה שלהם כהסדר כובל. הנאשמים הדגישו כי לא מדובר בהסדר כובל קלאסי שנעשה במחשכים ונועד לפגוע בתחרות ולהגדיל את רווחי הקבלנים, אלא מדובר על פנייה גלויה לעורכי המכרז על רקע נסיבות קיצוניות שבמרכזן עליית מחירי הברזל. פניית הקבלנים לדידם נועדה



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

לאפשר להם להגיש הצעות במסגרת המכרז ולמנוע פשיטת רגל של הקבלנים. בנסיבות אלה סבורים הנאשמים לא היה מקום לבחור לפנות לדין הפלילי בעניינם ובכל מקרה לא היה מקום לקבוע כי הם הסכימו על הסדר כובל.

525. הטענה בדבר חוסר הצדק בפנייה לדין הפלילי עלתה אף היא במסגרת טענותיהם המקדמיות של חלק מהנאשמים ובדומה לטענות שנדונו עד כה התייחסתי לטענה במסגרת ההחלטה מיום 12.1.2014 (סעיפים 92-89 להחלטה). בהחלטתי שם הדגשתי כי החלטה משותפת של מתחרים במכרז לא להגיש הצעות במסגרת המכרז וזאת כאמצעי לכפות על הרשות לבטל את המכרז ולהוציא תחתיו מכרז בעל תנאים משופרים יותר מבחינת המציעים נמצאת בלב ליבו של האיסור ההגבלי. הצבעתי על כך כי הסכמה זו חותרת תחת האינטרסים הציבוריים החשובים שעומדים בבסיס חובת הרשות לקיים מכרזים. גם לעיל במסגרת הדיון הנורמטיבי הדגשתי דברים אלה. מעבר לכך, כפי שגם ציינתי בהחלטתי מיום 12.1.2014, מידת התערבותו של בית המשפט בשיקול דעתה של הרשות בהקשר זה גם בהחלטות שעניינן הגנה מן הצדק היא מסויגת ומצומצמת. נוכח כל האמור, אינני סבור כי העדויות והראיות שהוצגו לאורך הליך זה יש בהן כדי לשנות ממסקנתי במסגרת הדיון בטענות המקדמיות. על כן לא מצאתי מקום לקבל את הטענה כי ההחלטה לנקוט בהליך פלילי כנגד הקבלנים הינה בלתי מידתית ומקימה להם טענת הגנה מן הצדק.

526. לאור כל האמור, לא מצאתי מקום לקבל את טענות חלק מנאשמי האישום השני בדבר הגנה מן הצדק. במסגרת החלטתי מיום 12.1.2014 ציינתי כי קביעותי לגבי טענותיהם המקדמיות של נאשמי האישום השני לא בוססו על עדויות או ראיות והתקבלו ללא תשתית ראייתית מוסכמת וטרם החל הליך שמיעת העדויות והצגת הראיות. עם זאת, המשכתי וצינתי שם שגם בהנחה שקיים ביסוס ראייתי מלא לטענות הנאשמים הרי שברמה המושגית לא קמה להם טענת הגנה מן הצדק. אכן, ביטולו של הליך פלילי מטעמי הגנה מן הצדק הינו מהלך קיצוני שבית המשפט ייזקק לו רק במקרים חריגים ביותר (עניין בורוביץ' בפס' 21 וראו בהקשר זה לאחרונה בע"פ 2868/13 **חייבטוב נ' מדינת ישראל** (2.8.2018) המשנה לנשיאה מלצר פס' 3-8). טענותיהם של נאשמי האישום השני אף אם היו מוכחות במלואן, ולא כולן הוכחו או בוססו, אינן עומדות במבחנים שקבעה הפסיקה בנוגע לקבלת טענת הגנה מן הצדק לעניין ביטולו של כתב



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

האישום ואינן עומדות ברמה המושגית והקונקרטית כאחת של הרף שמציב הדין
בנדון. לפיכך טענות הנאשמים אינן יכולות לבסס מסקנה כי יש לבטל את האישום
נגדם מטעמי הגנה מן הצדק ועל כן, כאמור, מצאתי כי יש לדחותן.

טענה לסייג בגין טעות במצב המשפטי נוכח קבלת ייעוץ משפטי – טענת נאשמים 8-9, 12-13, 18-19, 28-29 :

527. נאשמים 8-9, 12-13, 18-19, 28-29 טענו כי עומד להם סייג לאחריות פלילית מכוח
סעיף 34 ל חוק העונשין כיוון שטעו טעות במצב משפטי אשר הייתה בלתי נמנעת
באופן סביר. לעיל, במסגרת הדיון באישום הראשון סקרתי את המסגרת הנורמטיבית
הרלוונטית לטענת טעות במצב משפטי. כחלק מהדיון לעיל הסברתי מדוע קבעה
הפסקה כי על בית המשפט לנהוג הקפדה יתרה בטרם יחליט להעניק לנאשם פטור
בשל הסתמכות על עצה שגויה של מומחה ופירטתי את השיקולים השונים הנבחנים
בעת שעולה טענה זו.

528. נאשמי האישום השני שהעלו את טענת הטעות בדיון התייחסו לפעולותיו של עו"ד לרר
בכל הנוגע למכרז עוטף עזה. הם טענו שהוא ייצג את הקבלנים, פנה בשמם לעמיגור
ולמשרד השיכון השיב לשאלות הקבלנים, נכח בפגישותיהם וליווה אותם בכל הקשור
למכרז. טענת הקבלנים היא שלכל אורך ההתנהלות סביב המכרז לא הזהיר אותם
עו"ד לרר כי נקיטת צעדים משותפים מצדם עלולה להוות עבירה על חוק ההגבלים
העסקיים ועל כן טעו הם בהבנת המצב המשפטי באופן המצדיק החלתו של הסייג
האמור.

529. עו"ד לרר ביקש להתחמק מהקביעה שהוא ייצג את הקבלנים (דיון מיום 16.9.2014
בעמ' 936) וביקש להרחיק עצמו מהמהלך. עוד טען עו"ד לרר כי הבהיר בכל הזדמנות
שלא ניתן בצורה מאורגת להחליט שלא להגישה הצעות במסגרת המכרז (דיון מיום
16.9.2014 בעמ' 851-852). אין בידי לקבל גרסאות אלה של עו"ד לרר. עדותו לא הייתה
חפה מקשיים ובעיות אשר אינם מאפשרים קבלת טענות אלה ומעוררים תהיה לגבי
אמינותן. כך למשל, לצד עדותו כי הזהיר את הקבלנים שלא להחרים את המכרז, טען
לרר כי כלל לא העלה בדעתו שהקבלנים מתכוונים לא להגיש הצעות למכרז וכי למד



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

על הדברים רק לאחר מעשה. לטענתו, אילו היה יודע על כך היה מתריע בפניהם על הבעייתיות הכרוכה בדבר (דיון מיום 16.9.2014 בעמ' 875-874, 1006). כך מצד אחד מעיד עו"ד לרר כי הזהיר את הקבלנים ומנגד טוען כי כלל לא ידע כי הם מתכוונים לקבל החלטה משותפת שלא להגיש הצעות במסגרת המכרז- דבר והיפוכו.

530. על כן אינני מקבל את הטענה כי עו"ד לרר הזהיר את הקבלנים. מעבר לכך שהטענה נטענה רק על ידי עורך דין לרר, איש מהנוכחים האחרים בפגישות, לא הקבלנים ולא שחף, לא העיד כי ניתנה אזהרה כזו והקבלנים אף הכחישו זאת (ראו לדוג' עדותו של אופיר אשר דיון מיום 16.3.2016 בעמ' 3030, 3074-3073).

531. למרות קביעותי אלה אין בידי לקבל את טענתם של חלק מהקבלנים לטעות במצב משפטי. כאמור, אינני מתעלם מהקשיים שאפיינו את עדותו של עו"ד לרר ואין אני מקבל את הגרסה כי הזהיר את הקבלנים, אך גם בהינתן קביעות אלה לא הוצג בסיס שיכול להוביל לקבלת טענת הטעות במצב המשפטי, כפי שאפרט להלן.

532. הקבלנים שהעלו את הטענה לא טענו, בסופו של יום, כי לרר חיווה דעתו ואישר את המהלך באופן פוזיטיבי, אלא רק שלרר לא הזהיר אותם לגבי האיסור לקבל החלטות משותפות בעניין הגשת הצעות במכרז על אף שהיה מודע למהלך (ראו סעיפים 149-154 לסיכומי נאשמים 12-13, סעיף 80.6 לסיכומי נאשמים 8-9).

533. כאמור, על בית המשפט לנהוג הקפדה יתרה בטרם יחליט להעניק לנאשם פטור בשל הסתמכות על עצה שגויה של מומחה. בענייננו כלל 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. אינני מקבל כי שתיקה זו של לרר מעניקה לקבלנים טענת הסתמכות על עצת עורך דין. בל נשכח כי שתיקה זו נוגעת לפעולה אשר כפי שראינו מהווה הסדר כובל ברור – הסדר כובל אופקי הכולל תיאום בין מתחרים במכרז לגבי אי הגשת הצעות במכרז. בנסיבות אלה לא ניתן לקבל את הטענה כי מכיוון שעורך דין לרר לא הזהיר את הקבלנים עומדת להם טענת סייג בגין הסתמכות על עצת עורך דין.

534. בנוסף, האישום השני הוגש כנגד חברות קבלניות ומנהליהן, מדובר בנאשמים המנהלים עסקים ואשר השתתפות במכרזים והגשת הצעות במסגרתם נמצאת בלב



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

עיסוקם. נאשמים אלה יודעים מה כרוך בהשתתפות במכרזים ועל כן קבלת טענות הסתמכות מצדם על עצת עורך דין בכל הנוגע להחלטה משותפת שלא להגיש הצעות במכרז הינה סבירה פחות (ראו גם דיון לעיל באישום הראשון בהקשר זה). לכך יש לצרף גם את עמדת הפסיקה כי אף שאין מניעה עקרונית להחיל את ההגנה של טעות במצב משפט בנסיבות בהן מקורה של הטעות היא בהסתמכות על עצת עורך דין, הרי שבמקרים אלה תיבחן הטענה כי הטעות הייתה בלתי נמנעת באופן סביר בצורה קפדנית יותר מאשר כאשר טעות הטעות נסמכת על עמדתו המשפטית של גורם רשמי מוסמך.

535. לא זו אף זו, הפסיקה הדגישה כי מן הראוי שבדרך כלל חוות הדעת שניתנה על ידי עורך הדין תהיה בכתב (ראו עניין תנובה בפס' 35-37). אך מעבר לכך, בעניין תנובה נטה בית המשפט העליון לעמדה כי כאשר קיימת אפשרות לקבל את עמדת הרשות המוסמכת בעניין הנדון ובמיוחד במצב שבו ישנו הסדר סטטוטורי המאפשר זאת (כפי שיש בעניינו בהתאם לסעיף 43 לחוק ההגבלים העסקיים), הרי שטעותו בדין של נאשם שהעדיף לא לפנות לרשות המוסמכת ולהסתמך על עצתו של עורך דין, היא על פני הדברים טעות שאינה בלתי נמנעת באופן סביר (עניין תנובה בפס' 38).

536. לאור כל האמור, וכפי שציינתי לעיל, אין בידי לקבל את טענת ההסתמכות על ייעוץ משפטי שהציגו חלק מנאשמי האישום השני והטענה על כן נדחתה.

טענות בדבר מעורבות ההתאחדות – טענת נאשמים 8-9, 10-11, 16-17, 18-19, 26-27 :

537. נאשמים 8-9, 10-11, 16-17, 18-19, 26-27 הרחיבו בסיכומיהם לגבי מעורבות ההתאחדות הקבלנים בכל הנוגע להחלטה של הקבלנים בעניין מכרז עוטף עזה. נאשמים אלה טענו כי ההתאחדות תמכה במהלך של הקבלנים וגיבתה את המהלך.

538. טענת הקבלנים בדבר תמיכת ההתאחדות אינה רלוונטית לצורך הכרעה בשאלה האם התגבש בין הקבלנים הסדר כובל. גם אם חלק מהקבלנים סבור שההתאחדות תומכת בעשיית ההסדר עדיין מדובר בעשיית הסדר ובעבירה על חוק ההגבלים העסקיים. בהכרעתי לגבי החלק השני של האישום הראשון דחיתי את טענות פרץ לפיהן פעל באישור הנשיאות וגם דחיתי את הטענה ששחף הביא הודעת תמיכה של בובליל



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

בפגישה השנייה. אך גם אם זה המצג שהציגו לקבלנים הדבר אינו מצדיק את עשיית העבירה ואינו מהווה פטור מבחינת דיני העונשין. שכן, ההתאחדות אינה גוף שיש לו סמכות לאשר הסדר כובל או לתת לו פטור. על כן לא מצאתי כי יש בטענות בדבר תמיכת ההתאחדות בכדי להוביל לביטול כתב האישום ואני דוחה טענות אלה.

טענת זוטי דברים – טענת נאשמים 8-9, 10-11, 12-13, 20-21, 24-25, 26-27 :

539. נאשמים 10-11, 12-13, 20-21, 24-25 ו-26-27 טענו כי עומדת לנאשמים גם הגנת זוטי דברים הקבועה בסעיף 34 לחוק העונשין ולפיה "לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה, אם, לאור טיבו של המעשה, נסיבותיו, תוצאותיו והאינטרס הציבורי, המעשה הוא קל ערך". נאשמים אלה טענו כי במקרה שלהם לא מדובר בהסדר כובל שנעשה במחשכים בין חברות גדולות בשוק אלא באירוע נקודתי ביותר שאירע לאורך כמה ימים בודדים לגבי מכרז אחד ללא כל השלכות רוחב ואשר הנאשמים לא הפיקו כתוצאה ממנו כל רווח פוסל ולא נגרם כל נזק ממשי לתחרות ואם נגרם נזק כלשהו מדובר בפגיעה קלה וזניחה ביותר. עוד הדגישו הנאשמים כי מה שהוביל לאירוע מלכתחילה הייתה התנהלות הרשות וסירובה להיענות לפניות הקבלנים ולנסות למצוא פתרון לקשיים במכרז.

540. הטענה בדבר הגנת זוטי הדברים הועלתה על ידי הנאשמים כבר במסגרת טענותיהם המקדמיות ודנתי בה במסגרת החלטתי מיום 12.1.2014. בהחלטתי שם גם סקרתי את המסגרת הנורמטיבית הרלוונטית לטענה זו (סעיפים 119-125 להחלטה ראו גם סעיף 72 להחלטתי מיום 7.6.2012, שם עסקתי בטענת נאשמי ההתאחדות להגנת זוטי דברים לגבי האישום השלישי), בין השאר, הדגשתי שם כי הפסיקה מגלה גישה מצמצמת במיוחד לגבי הפעלת הסייג לגבי עבירות בתחום ההגבלים העסקיים. זאת, מאחר שהחוק עצמו כולל מספר הוראות "מסננות" שמטרתן להוציא מגדרו מעשים שנלכדו ברשתו, מבלי שנתכוון אליהם או שהרשעה בגינם לא תשרת אינטרס ציבורי. קיומן של אותן "מסננות" מותיר לטוען הטענה חרך צר בלבד, שהאישור למעבר בו יינתן במשורה.



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

541. עוד ציינתי שם כי האישום השני נוגע להתארגנות שנועדה לאגד את כל החברות שיכלו לגשת למכרז, על מנת להביא לסיכולו המלא. המדובר גם בהסדר אופקי שהתייחס למכרזים בעלי היקף כספי משמעותי, ואשר הייתה להם חשיבות ציבורית יתרה, גם בשל חשיבותו הביטחונית של המיגון.

542. לעניין זה ראו גם האמור בעניין בן דרור בפס' 753-754 והאסמכתאות שם וכן בערעור בן דרור בפס' 79, כולל ההפניות לכללי ההגבלים העסקיים (הוראות והגדרות כלליות), התשס"א-2001 ובמיוחד לתחולת סעיף 4 המסייג את תחולתם של פטורי הסוג על סוגים מסוימים של כבילות. לענייננו יפה הוראת סעיף 4(5) לכללים השוללת תחולת כללי פטור על "הסכם הכולל, במישרין או בעקיפין... הסדר שענינו הגשה או אי הגשה של הצעה למכרז או פרט כלשהו בתוכן ההצעה...".

543. לעניין חומרתו של תיאום הנוגע להגשת מכרז והשלכתו על צמצום היכולת להעלות טענה של זוטי דברים בתחום זה ראו גם הנאמר בערעור בן דרור בפס' 43:

"אכן, תיאום של הליכים תחרותיים הוא רעה חולה והוא מוביל לפגיעה חמורה בכלכלה בכל מקרה שבו הוא מתקיים. אך כאשר מדובר בתיאומים שעניינם הליכים תחרותיים של רשויות ציבוריות הפגיעה היא למעשה כפולה ומכופלת, בשל כך שהרשויות חייבות לקיים את ההליך התחרותי – גם אם לא תמיד במתכונת של מכרז פורמאלי – ובמובן זה הן "שבויות" שלו (ראו למשל: סעיף 197 לפקודת העיריות [נוסח חדש] וסעיף 2(א) לחוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992). כאמור, לקיומו של הליך תחרותי יש תועלת וגם מחיר. אולם, כאשר מתבצע ברקע הדברים תיאום נותר המחיר ללא התועלת".

544. כעת לאחר שמיעת הראיות מעלים חלק מהקבלנים את טענת זוטי הדברים שוב, אך לא מצאתי כי יש מקום לקבלה. נהפוך הוא, לאחר הליך שמיעת הראיות התחזקו והוכחו הנסיבות והטעמים אשר התייחסתי אליהם בהחלטתי מיום 12.1.2014. בנסיבות האישום השני מדובר בהסדר כובל אופקי בין מתחרים במכרז אשר הסכימו לא להגיש הצעות במכרז ככל שלא ישונו תנאיו. המכרז לא היה מכרז שולי או פעוט. המדובר במכרז משמעותי ביותר שהוגדר כפרויקט מציל חיים (ראו עדות אייל פלד,



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

דיון מיום 20.6.2013 בעמ' 118), המכרז נגע למיגון עוטף עזה ופורסם בתקופה במהלכה המשיכו לירות קסאמים על יישובי עוטף עזה והייתה חשיבות רבה לקבועי הזמן לביצוע העבודה מבחינה זו (עדות פיאלקוב מנכ"ל משרד השיכון, דיון מיום 11.7.2013 בעמ' 205).

545. העבודות במסגרת המכרז צפויות היו להגיע לסדר גודל של עשרות ואולי מאות מיליוני שקלים (ראו למשל עדות יקואל, דיון מיום 7.3.2016 בעמ' 3038). כלומר, לא ניתן לומר שמדובר במכרז שולי, קטן וחסר משמעות כפי שמנסים חלק מהקבלנים לציירו. בנוסף, אין מחלוקת כי בעקבות אי הגשת הצעות במסגרת שלב ב' של המכרז נדרש היה לפרסם מכרז חדש דבר שכמובן היה כרוך בזמן ועיכב את העבודות. משכך, לא מצאתי מקום לקבל את טענת הנאשמים כי מדובר בנסיבות שראוי שייכנסו תחת הסייג הקבוע בסעיף 34. לא למותר לציין ולחזור על שאמרנו לעיל – החלטה משותפת של מתחרים במכרז שלא להגיש הצעות במסגרת המכרז נמצאת בלב האיסור ההגבלי. קשה לראות נסיבות בהן הסדר כובל אופקי מסוג זה ייכנס תחת הסייג בדבר זוטי דברים ועל כל פנים בנסיבות שכאן בוודאי שההסדר בין הקבלנים לא נכנס תחת סייג זה.

546. נוכח האמור אני דוחה את הטענה לגבי תחולת הסייג בדבר זוטי דברים.

הכרעה באישום השני:

547. לאור האמור אני מרשיע את הנאשמים 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 32 ו-33 בעבירה לפי סעיף 47(א)(1) בצירוף סעיפים 2(א), 2(ב)(1), 2(ב)(2), 2(ב)(4) ו-4 לחוק ההגבלים העסקיים. לגבי נאשמות 9, 11, 13, 15, 17, 19, 23, 25, 27, 29 ו-33 ההרשעה היא בצירוף סעיף 23(א)(2) לחוק העונשין.

אישום השלישי - דיון:

548. תיאור כללי של האישום השלישי וטענותיה העיקריות של המאשימה במסגרתו הוצגו בפתח הכרעת הדין. במסגרת אישום זה טוענת המאשימה כי שחף, גרין וההתאחדות



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

(הנאשמים 3, 4 ו-6) המליצו לחברי אגף בניה חוזית בהתאחדות על קו פעולה לפיו חברי האגף יחברו יחד וימנעו מלהשתתף במכרזים בעלי מאפיינים מסוימים וזאת כדי להביא לשינוי תנאי המכרזים.

549. כמצוין לעיל, במרכז האישום השלישי עומד עלון עדכון שפרסם שחף ביום 8.7.2008 או בתאריך סמוך לכך (ת/443). עלון זה נשלח לחברי אגף בניה חוזית במייל ביום 9.7.2008 ואף פורסם באתר ההתאחדות. המאשימה טוענת כי כחלק מעלון העדכון פנה שחף לקבלני אגף בנייה חוזית בהתאחדות הקבלנים וקרא להם לנקוט בדרך של החרמת מכרזים כפי שנעשה במקרה של מכרז מיגון עוטף עזה. טענה זו מתבססת על פסקה אחת מתוך עלון העדכון אשר צוטטה לעיל במלואה. טענת המאשימה היא שבפסקה זו מביע שחף תמיכה בהחלטת קבלני מכרז עוטף עזה שלא לגשת למכרז עוטף עזה באופן שמעודד קבלנים נוספים ללכת בדרך זו.

550. לטענת המאשימה, הנאשם 4, גרין, אישר את פרסומו של עלון העדכון. בנוסף טוענת המאשימה כי במועדים הרלוונטיים לאישום זה היו הנאשמים 1, 2, 3 ו-4 מנהלים פעילים בהתאחדות הקבלנים. המאשימה הדגישה בכתב האישום כי בובליל וגורדון ידעו על קו הפעולה המתואר באישום השלישי או לכל הפחות היה בידם לדעת עליו.

551. המאשימה טוענת, כי במשלוח העלון ובפרסומו, המליצו שחף, גרין וההתאחדות עצמה לחברי האגף לבנייה חוזית על קו פעולה העלול למנוע או להפחית את התחרות או העסקים ביניהם. כאשר קו הפעולה נגע לרווח שיופק ולכמות הנכסים או השירותים שבעסק, איכותם או סוגם. בכך, היו נאשמים אלה, צדדים להסדר כובל, שלא ניתן לגביו אישור, היתר זמני, או פטור להסדר, ומבלי שהכבילות שבהסדר פטורות בהתאם לפטור סוג. בהתאם נטען כי בובליל, גורדון, שחף וגרין היו מנהלים פעילים בחבר בני אדם שנעברה בידי עבירה לפי חוק ההגבלים העסקיים.

552. בגין המעשים האמורים, מייחסת המאשימה לשחף, גרין ולהתאחדות עבירה של צד להסדר כובל, לפי סעיף 47(א)(1), בצירוף סעיפים 5, 2(א), 2(ב)(2), 2(ב)(4) ו-4 לחוק ההגבלים, ולהתאחדות בצירוף סעיף 23(א)(2) לחוק העונשין, אישום חלופי מופנה כלפי שחף, גרין בצירוף סעיף 48 לחוק ההגבלים. בובליל וגורדון מואשמים מכוח היותם מנהלים פעילים בחבר בני אדם שבו נעברה עבירה לפי חוק ההגבלים, עבירה



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

לפי סעיף 48 לחוק ההגבלים, בצירוף סעיפים 5, 2(א), 2(ב), 2(ב)(4) ו-4 לחוק ההגבלים.

553. בתשובתם לכתב האישום טענו נאשמי ההתאחדות באישום השלישי, כי האמור בעלון העדכון כלל אינו עולה כדי המלצה על קו פעולה לפיו על חברי אגף בניה חוזית לחבור יחד ולהימנע מלהשתתף במכרזים כאמצעי לשנות את תנאי המכרזים (עמ' 5 לתשובת הנאשמים 1, 2, 3, 4 ו-6 לכתב האישום מיום 2.9.2012). שחף הסכים בתשובתו כי הציטוט שהובא בכתב האישום הוא אכן חלק מעלון העדכון וכי הוא שניסח את העלון וגרין הסכים כי הוא עצמו קרא את עלון העדכון ואישר את פרסומו. עם זאת, נאשמי ההתאחדות כפרו בפרשנות שביקשה המאשימה לייחס לדברים שנכתבו בעלון. טענתם הייתה כי מטרת הדברים שנכתבו הייתה לעדכן את חברי אגף בניה חוזית על אודות אירועי מכרז עוטף עזה וכן לעודד ולחזק את קבלני מכרז עוטף עזה שערביותיהם חולטו. נאשמי ההתאחדות טענו בנוסף כי לשחף ולגרין לא הייתה המחשבה הפלילית הנדרשת לצורך הרשעה בעבירה לפי סעיף 5 לחוק ההגבלים. עמדת נאשמי ההתאחדות הייתה אפוא כי יש לזכותם מכל המיחס להם באישום השלישי.

554. יש לציין, כי בסיכומיהם לא עמדו עוד נאשמי ההתאחדות על הטענה כי הפרשנות שמייחסת המאשימה לדברים שנכתבו בעלון העדכון היא מוטעית ולא התייחסו לשאלה כיצד יש לפרש את הדברים שנכתבו בעלון. עם זאת, הם הרחיבו לגבי טענתם כי לא התקיים במי מנאשמי ההתאחדות היסוד הנפשי הנדרש לצורך הרשעה בעבירה.

555. עולה, אם כן, כי נאשמי ההתאחדות אינם כופרים בעצם פרסום עלון העדכון ובנוסחו וכן מסכימים כי שחף הוא שניסח את העלון וגרין הוא שאישר לפרסומו (תשובת נאשמים 1, 2, 3, 4 ו-6 לכתב האישום וכן דיון מיום 7.2.2016 בעמ' 2653; דיון מיום 24.2.2016 בעמ' 2904). הצדדים חלוקים ביניהם רק בנוגע לשאלה האם הוכח כי שחף וגרין פעלו מתוך היסוד הנפשי הנדרש לצורך הרשעה. בנוסף יש להכריע בשאלה האם יש להרשיע את בובליל וגורדון במסגרת האישום השלישי מכוח סעיף 48 לחוק ההגבלים העסקיים ונוכח מעמדם כמנהלים בהתאחדות הקבלנים.

האם פרסום עלון העדכון עולה כדי המלצה על קו פעולה:



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

טענות המאשימה:

556. המאשימה טוענת, כאמור, כי הדברים שנכתבו בעלון העדכון מהווים המלצה על קו פעולה. לטענתה השאלה האם אמירה מסוימת עולה כדי המלצה על קו פעולה צריכה להיבחן באופן מהותי תוך בדיקה האם האמירה כוללת מסר חיובי ביחס לקו הפעולה הנדון. לדעת המאשימה מתוך הדברים שנכתבו בעלון עולה מסר חיובי ברור בנוגע לקו פעולה של החרמה משותפת של מכרזים עתידיים ככל שדרישות הקבלנים ביחס למכרזים אלה לא תענינה, מסר זה מעודד קבלנים לבצע פעולות מסוג זה בעתיד (סעיפים 1278-1279 לסיכומי המאשימה).

557. המאשימה ממשיכה וטוענת כי מקריאת הדברים שנכתבו בעלון על רקע ההקשר בו פורסמו והנסיבות שסבבו את הפרסום ברור שהדברים שנכתבו צפו פני עתיד וביקשו לעודד החרמת מכרזים נוספים בעתיד. המאשימה מצביעה על כך שהפסקה הרלוונטית בעלון העדכון הופיעה תחת הכותרת "טיפול במכרזים" ובמסגרתה נכתב כי החלטת הקבלנים לא לגשת למכרז היא צעד חשוב ומשמעותי. מכאן לומדת המאשימה כי ההתייחסות למכרז עוטף עזה נועדה להציע לקבלנים דרך לטיפול במכרזים בעייתיים באמצעות החרמתם.

558. לדעת המאשימה, לא ניתן לקבל פרשנות המייחסת לעלון העדכון מסר מעודד לגבי העבר ותו לא. אין מקום לסברה שהעלון שנשלח לכל קבלני אגף בנייה חוזית נועד רק לחזק את קבלני מכרז עוטף עזה עקב חילוט הערבויות. מעבר לכך, לטענת המאשימה השאלה מה הייתה מטרתם של שחף וגרין בכתיבת הדברים אינה רלוונטית כלל. גם אם כוונתם הייתה לעודד את קבלני מכרז עוטף עזה, הרי שבסופו של יום צריך לבחון מהו המסר העולה מהדברים ומסר זה לטענת המאשימה הוא כאמור ברור ומנוגד לחוק. המאשימה מוסיפה וטוענת שגרין ושחף היו מודעים למעשיהם ולמסר העולה מהדברים שנכתבו וכי הם אף היו מודעים לכך שמדובר בעידוד של פעולה אסורה.

טענות נאשמי ההתאחדות באישום השלישי:

559. כאמור, נאשמי ההתאחדות אינם כופרים בעובדות המתוארות באישום השלישי. נאשמים אלה אף לא כפרו בסיכומיהם בכך שניתן להבין את נוסח הסעיף הרלוונטי בעלון העדכון כהמלצה על קו פעולה (שחף אף הסכים לכך בפירוש בסיכומיו. ראו סעיף



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

120 לסיכומיו של שחף). למרות הסכמות אלה טוענים נאשמי ההתאחדות באישום השלישי, כי אין מקום להרשיעם בעבירה הנטענת במסגרת אישום זה.

560. טענותיו של גרין התמקדו בסוגיית היסוד הנפשי, לטענתו לא עלה בידי המאשימה להוכיח כי התקיים אצלו היסוד הנפשי לצורך הרשעה. לטענתו של גרין הוא לא ראה בדברים שנכתבו בעלון כקו פעולה ולא חשב כלל כי יש בלשון העלון פוטנציאל לפגוע בתחרות. גרין וההתאחדות שבים ומדגישים כי אי הגשת מכרזים לצורך שינוי תנאיהם לא הייתה מטרה של ההתאחדות. בנוסף מציין גרין כי לאורך כל השנים פעל כדי לפתוח את התחרות בענף. הוא דחה לכן מכל וכל כל כוונה לייחס לו ניסיון להמליץ על הסדר כובל או לפגוע בתחרות תוך שהדגיש שאין זה הגיוני עבור קבלן לא לגשת למכרזים וכי בוודאי שלא הייתה לו כוונה להמליץ או לעודד מהלך כזה. לגבי נוסח עלון העדכון והדברים שנכתבו לגבי מכרז עוטר עזה הסביר גרין, כי הכוונה הייתה להראות לקבלנים שהתאחדות פועלת בעניינם ושאינה נאכפת להתאחדות מהקבלנים, כמו כן, הדברים נועדו להביע אמפתיה והבנה למצבם של קבלני מכרז עוטר עזה אשר חלקם נפגעו מאוד כתוצאה מהמהלך של אי הגשת הצעות למכרז. על בסיס כל אלה טען גרין כי לא התקיים אצלו היסוד הנפשי הנדרש לצורך הרשעה.

561. גם שחף טען בסיכומיו כי לא התקיים בו היסוד הנפשי הדרוש לצורך הרשעה בעבירה של המלצה על קו פעולה. לטענתו, הנוסח שנכתב בעלון העדכון לא נועד לשבח את ההחלטה לא לגשת למכרז, אלא לתמוך בקבלני מכרז עוטר עזה שערבבויותיהם חולטו. כלומר, הסעיף הרלוונטי בעלון העדכון היה חלק מהגיבוי הלגיטימי שנתנה ההתאחדות לקבלני מכרז עוטר עזה. לכן כל ששחף היה מודע אליו הוא שמטרת הדברים שנכתבו בעלון הייתה לעודד את קבלני מכרז עוטר עזה וכן שהדברים הם חלק מגיבוי לגיטימי שנותנת ההתאחדות לקבלנים. שחף לא היה מודע לכך שהדברים יכולים להתפרש כהמלצה להחרים מכרזים.

562. הן גרין והן שחף טוענים שיש לבחון מחדש את הטענה כי האישום השלישי עוסק בזוטי דברים. טענה זו עלתה כחלק מהטענות המקדמיות של נאשמי ההתאחדות ונדחתה. נאשמי ההתאחדות סבורים כי כיוון שהובהר כי הם לא ביקשו לעודד החרמת מכרזים וכן מכיוון שמדובר בסעיף אחד מתוך עלון עדכון שפורסם לאגף בנייה חוזית בלבד, הרי שיש מקום לקבוע כי מדובר בזוטי דברים. נאשמי ההתאחדות ממשיכים



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

ומוסיפים כי בתקופה הרלוונטית לאישום השלישי העבירה של המלצה על קו פעולה הייתה עמומה ולא עמדה בלב ליבו של חוק ההגבלים העסקיים. לאור כל אלה מבקשים נאשמי ההתאחדות כי המיוחס להם באישום השלישי יידחה והם יזוכו מאישום זה.

563. גורדון טען כי אין לייחס לו אחריות מנהלים ביחס לפרסום עלון העדכון. הוא הדגיש כי אין ולא נטען שיש לו נגיעה כלשהי לעלון. בנוסף לטענתו אגף בניה חוזית כפוף ישירות לנשיא ההתאחדות ולא למנכ"ל ולכן לא הייתה לו שום סמכות ביחס לפרסום העלון וממילא לא ניתן לייחס לו אחריות מנהלים בגין הפרסום. מעבר לכך, גורדון סבור כי בכל מקרה עומדת לו ההגנה הקבועה בסעיף 48 לחוק ההגבלים מאחר שלא ידע על הפרסום ונקט אמצעים סבירים להבטחת שמירת החוק.

דיון והכרעה

564. במסגרת טענותיהם המקדמיות העלו נאשמי ההתאחדות את הטענה כי יש לזכותם מהאישום השלישי, שכן ראוי להחיל על הנסיבות המתוארות באישום את ההגנה בדבר זוטי דברים כקבוע בסעיף 34 לחוק העונשין. גרין ושחף חזרו על הטענה במסגרת סיכומיהם לעניין הכרעת הדין. בהחלטתי מיום 7.6.2012 התייחסתי לטענה זו וציינתי, בין השאר, כי "כל פעילות מאורגנת, או המלצה לפעילות מאורגנת, ולו בדרך של פרסום בעלון של האיגוד, שעשויה להוות פתח להפרת החוק ולפגיעה בתחרות צריכה להבחן בזהירות ובקפידה. לטעמי, קריאה ולו בצורה מרומזת, לחברי האיגוד, לנקוט בפעילות מאורגנת, שיש בה משום עבירה על החוק, על ידי הבעת דבר שבח למי שנקטו בדרך כזו ואף השיגו באמצעותה את המטרה המיוחלת, שינוי תנאי המכרז, גם אם מטרתה השגת יעד לגיטימי, אינה יכולה להיחשב כזוטי דברים והיא מצויה, לטעמי, בקרבה רבה מאוד לליבת האיסור הפלילי המבוטא בסעיף העבירה" (פס' 73 להחלטתי מיום 7.6.2012). מטעמים אלה דחיתי את טענתם המקדמית של נאשמי ההתאחדות בעניין זה. מאחר וטעמים אלה עומדים בעינם הריני דוחה גם את טענת זוטי הדברים שהציגו גרין ושחף בשנית בסיכומיהם.

565. כפי שציינתי לעיל, נאשמי ההתאחדות לא טענו עוד כי לא ניתן לפרש את הדברים שנכתבו בעלון העדכון כהמלצה על קו פעולה, אלא מיקדו טענותיהם בשאלת קיומו של היסוד הנפשי הנדרש. דיוננו להלן יתמקד, אם כן, בשאלה זו. כפי שראינו במסגרת



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

דיוננו באישום הראשון מרכיבי היסוד העובדתי של עבירת קו הפעולה הינם – איגוד עסקי, קביעת קו פעולה או המלצה על קו פעולה על ידי האיגוד העסקי בפני חברי האיגוד או חלקם וכן כי קו פעולה זה עלול למנוע או להפחית את התחרות בין חברי האיגוד או חלקם. היסוד הנפשי הנדרש במסגרת העבירה הוא מודעות בפועל של עושה העבירה לטיב הפיזי של מעשיו ולקיום הנסיבות שבגדרן נעשו.

566. הצדדים חלוקים בנוגע לשאלה האם הצליחה המאשימה להוכיח מעבר לספק סביר כי שחף וגרין היו מודעים לטיב הפיזי של מעשיהם ולקיום הנסיבות שבגדרן נעשו. הן גרין והן שחף הרחיבו במסגרת סיכומיהם וטענו כי עלון העדכון לא נועד לעודד קבלנים שלא להגיש הצעות למכרזים. המאשימה הרחיבה אף היא בנושא זה וביקשה להראות כי כוונתם של גרין ושחף אכן הייתה לעודד קבלנים לנקוט בצעד של אי הגשת הצעות למכרזים. בנוגע לדיון זה יש לזכור כי המאשימה כלל אינה נדרשת להוכיח כוונה או מטרה מיוחדת כחלק מיסודותיה של העבירה לפי סעיף 5 לחוק ההגבלים העסקיים. השאלה שיש להכריע בה היא לכן האם עלה בידי המאשימה להוכיח את מודעותם של גרין ושחף. כפי שאפרט להלן מסקנתי היא שעלה בידי המאשימה להוכיח מודעות זו.

567. כאמור, אין מחלוקת כי שחף ניסח את עלון העדכון וכי גרין קרא את הנוסח אישר אותו לפרסום ועמד מאחוריו (דיון מיום 7.2.2016 בעמ' 2653; דיון מיום 24.2.2016 בעמ' 2904 וכן סיכומי הנאשמים 1, 4 ו-6 וסיכומי הנאשם 3). מדובר בפעולות רצוניות שיש צורך להשקיע בהן מחשבה ואין הן נעשות כלאחר יד. מכאן שהן שחף והן גרין היו מודעים לפעולותיהם, לעובדה שהם מפיצים עלון עדכון לחברי אגף בנייה חוזית בהתאחדות ולתוכנו של עלון העדכון. המאשימה אינה נדרשת להוכיח כי הנאשם היה מודע לאופי האנטי חברתי של התנהגותו וייתכן שבית המשפט ימצא כי היסוד הנפשי מתקיים במקרים אלה גם כאשר הנאשם מאמין שבמעשיו אין פסול – כלומר, לא נדרשת מודעות לקיומו של איסור פלילי (ראו לעיל וכן עניין שוהם בפס' 90). מכאן, שעלינו לבחון האם עלון העדכון כולל המלצה על קו פעולה, זאת במנותק מהשאלה האם הנאשמים ידעו כי הם ממליצים על קו פעולה או שישנו איסור בחוק ההגבלים העסקיים על המלצה זו. יש לציין כי טענות כדוגמת טענותיו של גרין בנוגע לפעילותו רבת השנים לקידום התחרות בין הקבלנים אין בהן כדי לשכנע שיסודות העבירה לא התקיימו.



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

568. כפי שראינו לעיל עלון העדכון משבח בצורה ברורה ומפורשת את החלטת קבלני מכרז עוטף עזה. במסגרת עלון העדכון נכתב כי החלטת הקבלנים הינה צעד חשוב ומשמעותי ואף הוספה קריאת יישר כוח לקבלנים. בנוסף הם מציינים מה היו תוצאות המהלך – פורסמו מכרזים חדשים לצד חילוטה של הערבות של הקבלנים שהפקידו הקבלנים.

569. שחף עצמו כתב בסיכומיו כי אינו חולק על כך שניתן לפרש את הדברים הללו כהמלצה על קו פעולה. לטעמי קשה לראות בהם משהו אחר – מדובר בתמיכה ברורה ומפורשת במהלך המנוגד לחוק באופן שמעודד קבלנים לנקוט במהלכים דומים בעתיד. גרין העיד כי בעת שהוא פועל מתוקף תפקידו באגף בנייה חוזית ובשם האגף הוא מייצג את ההתאחדות כולה (דיון מיום 24.2.2016 בעמ' 2913). כלומר, לפנינו איגוד עסקי המפרסם מסר שיש בו המלצה על קו פעולה בדבר הדרך להתמודד עם מכרזים בעלי מאפיינים מסוימים. קו פעולה זה עלול לפגוע בתחרות או לכל הפחות עונה על החזקות החלוטות הקבועות בחוק לגביהן דנתי לעיל. בנוסף גרין ושחף היו מודעים לטיב פעולתם ולנסיבות הרלוונטיות. מכאן שכל יסודות העבירה הוכחו ברמה הנדרשת ודיוננו היה יכול להסתיים בשלב זה. עם זאת, ומעבר לדרוש, נראה בפסקאות להלן כי נאשמי ההתאחדות היו מודעים גם לאיסור הקבוע בחוק בדבר המלצה על קו פעולה על ידי איגוד עסקי.

570. כך, למשל, הן גרין והן שחף נכחו בישיבת החירום בעניין הברזל שהתקיימה ביום 7.5.2008 (פרוטוקול הישיבה הוגש כת/86). במהלך פגישה זו ציין עו"ד לרר את "חוק ההגבלים העסקיים ומגבלותיו והפתרון באישור קו פעולה על ידי בית הדין להגבלים עסקיים". שחף אף סיכם פגישה זו בנקודות (ת/176) ובמסגרתן ציין "נתן לרר: ביהמ"ש להגבלים עסקיים". עולה כי הן שחף והן גרין נכחו בפגישה בה הזהיר עו"ד לרר במפורש את עובדי ההתאחדות בנוגע לנושא של המלצה על קו פעולה והאיסור הקבוע בחוק בנוגע לסוגיה זו.

571. מעבר לכך, כפי שתואר לעיל, ביום 19.5.2008 נשלח להתאחדות הקבלנים מכתב רשות ההגבלים בנוגע למודעת הנשיא ומכתב המנכ"ל (נ/19/2). עלון העדכון פורסם כחודש וחצי לאחר מועד זה. אין ספק שהן גרין והן שחף מתוקף תפקידם היו מודעים למכתב הרשות, מכתב שהתייחס בפירוש לסעיף 5 לחוק ההגבלים העסקיים והזהיר את ההתאחדות לבל תפעל שוב באופן שמפר את הוראות הסעיף. גרין עצמו בסיכומיו



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

מתייחס למכתב זה ומציין כי בישיבת אגף בניה חוזית מיום 15.7.2008 הוא אף התייחס למכתב (פרוטוקול ישיבת אגף בניה חוזית מיום 15.7.2008 הוגש כת/249). בפרוטוקול הישיבה נרשם כי גרין אמר ש"בהמשך להודעת הנשיא לא לגשת למכרזים שיש בהם סכנה, קיבלנו מכתב התראה מהממונה על ההגבלים העסקיים שאם ישנה המקרה נעמוד לדין פלילי". גרין מצטט אמירה זו בסיכומיו ומסכים כי הוא שאמר את הדברים (סעיף 13 בעמ' 74 לסיכומי הנאשמים 1, 4 ו-6). דברים אלה נאמרו מספר ימים לאחר פרסום עלון העדכון.

572. גרין טוען כי דברים אלה מעידים שהוא ביקש לנהוג בזהירות ולא לפגוע בתחרות ולכן לא סביר שהיה ממליץ על קו פעולה במסגרת עלון העדכון. קשה לקבל טענה זו של גרין. דבריו של גרין בישיבה מלמדים כי הוא היה מודע לאיסור בנוגע להמלצה על קו פעולה ולכך שהרשות הזהירה את ההתאחדות מלפעול שוב בצורה זו. למרות זאת ואף שהוא בפירוש ציין שיש בעיה עם קריאה "לא לגשת למכרזים שיש בהם סכנה" הוא מאשר פרסום עלון עדכון התומך בקבלנים שביצעו בדיוק מהלך כזה. גרין טען בעדותו כי הוא ביקש למנוע הפרת חוק ושאין כל הגיון בכך שהוא יכתוב בעלון דברים שעולים כדי המלצה על קו פעולה (עמ' 2911 לפרוטוקול). עם זאת, גרין לא הציע כל הסבר אחר או פרשנות כלשהי לדברים שנכתבו. הוא לא הצליח להסביר כיצד הטענה שהוא נזהר מלעבור על החוק מתיישבת עם העובדה שאישר פרסום עלון עדכון שמביע תמיכה ברורה במהלך של החרמת מכרז. נוכח כל האמור עולה שגרין ושחף היו מודעים לא רק לטיב המעשה ולקיום הנסיבות הרלוונטיות אלא גם לאיסור הקבוע בסעיף 5 לחוק ההגבלים העסקיים ולכל הפחות עצמו עיניהם מלראות את הפסול העולה מתוך הדברים שנכתבו בעלון.

573. נוכח האמור ניתן לקבוע כי שחף וגרין הפרו את הוראות סעיף 5 לחוק ההגבלים העסקיים והמליצו לחלק מחברי התאחדות הקבלנים על קו פעולה העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בין חברי ההתאחדות. אין מחלוקת, כאמור, כי גרין ושחף פעלו בהקשר זה כאורגנים מתוקף תפקידם הבכיר בהתאחדות. אשר על כן, גם התאחדות הקבלנים כתאגיד אשמה עקב כך בהפרת האיסור הנוגע להמלצה על קו פעולה על ידי איגוד עסקי מכוח סעיף 23(א)(2) לחוק העונשין.



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

574. בנוסף, שחף וגרין אחראים במישרין כמבצעים עיקריים לביצוע העבירות לצד ההתאחדות מכוח אחריותם הישירה כאורגנים לניסוח ופרסום העלון המבטא את קו הפעולה. כמבואר לעיל בעניין זה אין הדין שונה בין אדם המתקשר בהסדר כובל מטעמו של תאגיד וחב באחריות ישירה כצד להסדר לבין אורגן המנסח קו פעולה מטעמו של איגוד עסקי (ראו עניין נחושתן בעמ' 126).

אחריותם של בובליל וגורדון מכוח סעיף 48 לחוק ההגבלים העסקיים:

575. כאמור, במסגרת כתב האישום ייחסה המאשימה אחריות לבובליל ולגורדון לקו הפעולה מושא האישום השלישי כמנהלים פעילים בהתאחדות הקבלנים מכוח סעיף 48 לחוק ההגבלים העסקיים.

576. סעיף 48 לחוק ההגבלים העסקיים תחת הכותרת "אחריות של חבר בני אדם" קובע כי:

"נעברה עבירה לפי חוק זה בידי חבר-בני-אדם, יואשם בעבירה גם כל אדם אשר בשעת ביצוע העבירה היה, באותו חבר-בני-אדם, מנהל פעיל, שותף – למעט שותף מוגבל – או עובד מינהלי בכיר האחראי לאותו תחום, אם לא הוכיח שהעבירה נעברה שלא בידיעתו ושנקט כל אמצעים סבירים להבטחת שמירתו של חוק זה".

577. נקבע כי המונח מנהל פעיל בו נוקט סעיף 48 צריך להיות מפורש כך שיחול לכל הפחות על נושאי משרה באותו חבר בני אדם אשר יכולים למנוע או למצמצם את האפשרות שאותו חבר בני אדם יהיה מעורב בביצוע עבירות לפי חוק ההגבלים העסקיים [ראו בורוביץ פס' 173, דנ"פ 5189/05 איילון חברה לביטוח נ' מדינת ישראל, מיום 20.4.2006, פס' 23 (להלן: "עניין איילון")]. כפי שעולה מלשון הסעיף החוק גם מעניק הגנה למנהל פעיל, שותף או כל עובד אחר הנכנס תחת גדר הסעיף וקובע כי אותו גורם לא יואשם כאמור בסעיף אם הצליח להוכיח כי העבירה נעברה שלא בידיעתו ושנקט את כל אמצעים סבירים כדי להבטיח שמירתו של החוק. נטל השכנוע בקיומם של מרכיבי ההגנה זו מוטל על הנאשם ועליו להרימו במאזן הסתברויות [ראו ת"פ (י-ם) 366/04 מדינת ישראל נ' בידרמן, מיום 20.1.2010, בפס' 240, 278; עניין בן דרור פס' 26].



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 22847-12-10 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 39856-02-16 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 23916-10-13 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

אחריותו של בובליל מכח סעיף 48

578. בענייננו, כאמור, מבקשת המאשימה להטיל אחריות מכוח סעיף זה על בובליל שכיהן בתקופה הרלוונטית לכתב האישום כנשיא ההתאחדות ועל גורדון שכיהן בתקופה הרלוונטית לכתב האישום כמנכ"ל ההתאחדות.

579. על פי תקנון ההתאחדות (ת/52) נשיא ההתאחדות נבחר מתוך ציבור חברי ההתאחדות והא המייצג את ההתאחדות כלפי גורמי חוץ ומאשר פניות ועמדות שיוצגו בפני גורמי חוץ אלה (סעיפים 11.1-11.2 לתקנון ההתאחדות). נשיאות ההתאחדות אחראית על ניהול ההתאחדות והינה הסמכות המכוונת, המנהלת, המחליטה והמבצעת של פעולות ההתאחדות (סעיף 12.1 לתקנון ההתאחדות). נשיא ההתאחדות מתוקף תפקידו הוא גם יושב ראש נשיאות ההתאחדות (סעיף 12.4 לתקנון). בנוסף, מתייחס התקנון לוועדת הנשיאות, גוף זה מורכב מנשיא ההתאחדות (שעומד בראש ועדת הנשיאות), סגני נשיא ההתאחדות וגזבר ההתאחדות. ועדת הנשיאות משמשת כקבינט של הנשיאות וכחלק מתפקיד זה מגבשת ומבצעת את עיקרי המדיניות של ההתאחדות וזאת על סמך החלטות והצעות של נשיאות ההתאחדות והאסיפה הכללית. כמו כן, ועדת הנשיאות אחראית לגבש ולהציע הצעות לפעולה ולמדיניות ולהציג הצעות אלה בפני הנשיאות או האסיפה הכללית (סעיפים 13.1-13.3 לתקנון ההתאחדות).

580. על פי התקנון מנכ"ל ההתאחדות עומד בראש מנגנון העובדים של ההתאחדות והוא הגורם האחראי על הפעילות השוטפת של ההתאחדות ועל הפעלת מנגנון ההתאחדות. בנוסף, מנכ"ל ההתאחדות הוא שאחראי על קבלה לעבודה ופיטורין של עובדים, הגדרת תפקידיהם של העובדים השונים ותנאי העבודה והשכר של העובדים, הכל בהתאם להחלטות וההנחיות שהוא מקבל מהנשיאות (ס' 14 לתקנון ההתאחדות).

581. מבחינת מבנה ההתאחדות [נ/1-1] מתחת לאסיפה הכללית לנשיא ולנשיאות ההתאחדות וועדת הנשיאות ישנם מספר אגפים כאשר בראש כל אגף עומד אחד מסגני הנשיא וכן ישנו מנהל מקצועי לכל אגף הכפוף למנכ"ל ההתאחדות.

582. אין כל ספק שבובליל כנשיא ההתאחדות היה מנהל פעיל בהתאחדות ונכנס בגדרי סעיף 48. בובליל בסיכומיו לא טען באופן מפורש שחלה בעניינו ההגנה הקבועה בסעיף 48, הוא ציין כי לא היה מעורב בפרסום העלון וכי ההתאחדות נהגה לקבל ייעוץ



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

משפטי שוטף ולפעול על פיו (דיון מיום 13.1.2016 בעמ' 2192). בנוסף טען בובליל כי בשנת 2008 ההתאחדות הייתה איגוד עסקי בהתהוות לאור שינוי מבני שחל בה בשנת 2007 (עדותו בדיון מיום 4.1.2016 בעמ' 2043-2038) וכי באותה תקופה עקרויות הממשל התאגידי בארץ ויישומם היו בחיתוליהם. בטענות אלה אין כדי להקים את ההגנה הקבועה בסעיף 48 והן אינן סותרות את המסקנה כי בובליל נושא באחריות כמנהל פעיל לאור הוראות הסעיף.

583. העובדה שלהתאחדות היה ייעוץ משפטי שוטף בוודאי אינה מקיימת את הדרישה כי ינקטו אמצעים סבירים לשמירת החוק. בנוסף, בובליל העיד כי נבחר לתפקידו כנשיא ההתאחדות בסוף שנת 2006 (דיון מיום 4.1.2016 בעמ' 2040) וכי חל שינוי במבנה ההתאחדות בסוף שנת 2007. האירועים נשוא האישום השלישי התרחשו ביולי 2008 וברי כי בובליל לא יכול להתנער מאחריותו בנשיא ההתאחדות לנוכח שינוי מבני שהתרחש מספר חודשים קודם. בכל מקרה, שינוי מבני זה אינו מקנה לבובליל וההתאחדות פטור או הגנה מפני הפרת דיני ההגבלים העסקיים. נוסף לכל אלה, פרסום העלון העומד במרכז האישום השלישי נעשה לאחר שההתאחדות קיבלה את מכתב רשות ההגבלים העסקיים כמתואר לעיל. בנסיבות אלה ברור שטענות כי ההתאחדות זכתה ליעוץ משפטי שוטף או כי חל בה שינוי מבני מסוים אינן עומדות בדרישות ההגנה הקבועה בסעיף 48. זאת לאחר שבובליל כבר הוזהר במכתב כי לעניין דרישות החוק בנושא איגודים עסקיים וסוגיית קו הפעולה ואף הובהר לו שלעמדת הרשות ההתאחדות מפרה את הוראות החוק.

584. משכך אני קובע כי הוכחה אחריותו של בובליל במסגרת האישום השלישי מכוח סעיף 48 לחוק ההגבלים העסקיים.

אחריותו של גורדון מכח סעיף 48

585. גורדון טען כי לא קמה לו אחריות מנהלים בנוגע לפרסום העלון נשוא האישום השלישי וכן כי אף אם ייקבע שהוא נכנס בגדרי הסעיף הרי שקמה לו ההגנה הקבועה בסעיף. כמפורט להלן מצאתי כי יש לדחות את טענותיו אלה של גורדון.



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

586. על פי תקנון ההתאחדות גורדון שהיה מנכ"ל ההתאחדות עמד בראש מנגנון העובדים והיה הגורם האחראי על הפעילות השוטפת של ההתאחדות ועל הפעלת מנגנון ההתאחדות על כל אגפיה (ת/52, ס' 14 לתקנון).

587. מעמדו הבכיר של גורדון עלה גם מעדויותיהם של עובדי ההתאחדות. כך למשל ז'ואל העידה כי גורדון יכול היה לפנות לבובליל ולומר לו שלדעתו החלטה מסוימת או קו מסוים בו נוקטת ההתאחדות אינם נכונים. היא הדגישה שגורדון יכול היה לתרום מהידע המקצועי שלו ושהוא לא היה "יס מן" (דיון מיום 13.7.2013 בעמ' 683).

588. אליאב בן שמעון, ששימש בתקופה הרלוונטית כסגן מנהל אגף תשתיות ובניה חוזית (כלומר, סגן מנהל של שחף) וכיום מכהן כמנכ"ל התאחדות בוני הארץ (לשעבר התאחדות הקבלנים) (דיון מיום 21.1.2015 בעמ' 1032), העיד אף הוא לגבי מעמדו הבכיר של גורדון. בן שמעון העיד כי כל עובדי ההתאחדות היו כפופים מקצועית למנכ"ל והדגיש כי בכלל זה גם עובדי האגפים היו כפופים לו. המנכ"ל מבחינה זו היה אחראי על כל הפעילות המקצועית של ההתאחדות. כך לדוגמא, אם יושב ראש אגף מסוים היה מעוניין שהגורמים באגף יפנו לגורם חיצוני כלשהו בעניינים שונים, כולל בענייני מכרזים, בסמכות המנכ"ל היה לקבוע שאין לפנות לאותו גורם. במקרה כזה לא הייתה מתבצעת פנייה (דיון מיום 21.1.2015 בעמ' 1103-1102).

589. בן שמעון הדגיש בעדותו כי אחריותו המקצועית של המנכ"ל לא מתמצה בכך שהוא דואג "שיהיה לעובדים לדלקן באוטו", אלא הוא הכתובת גם להתלבטויות מקצועיות לגבי האופן בו פועלת ההתאחדות והוא היה בסופו של דבר מי שמיישם את מדיניות הנשיאות (דיון מיום 21.1.2015 בעמ' 1104-1103). גורדון עצמו העיד באופן דומה כי הוא היה אחראי להוציא לפועל את מדיניות ההתאחדות (דיון מיום 1.2.2016 בעמ' 2371).

590. גורדון העיד בנוסף שהוא פעל מול הממשלה והכנסת לאור החלטות הנשיאות וכן ריכז את תחום התקשורת בהתאחדות (דיון מיום 1.2.2016 בעמ' 2374). בהקשר זה ז'ואל העידה כי היא עצמה נדרשה לאשר מול מנכ"ל ההתאחדות כל פרסום שהיא הייתה מוציאה בשם ההתאחדות (דיון 13.7.2013 בעמ' 637).



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

591. מעל כל אלה, כמפורט לעיל במרכז האישום הראשון, עומד מכתב המנכ"ל לחברי ההתאחדות הקבלנים שפרסם גורדון מתוקף תפקידו. זו ראייה מובהקת לכך שגורדון נהג להפיץ לחברי ההתאחדות מכתבים מטעמו עליהם הוא היה חתום בשם ההתאחדות ובהם עדכונים שונים ונקודות שהאחרונה רצתה להעלות בפני החברים ובהם ביטא את עמדתה המוסמכת באותן סוגיות.

592. לא למותר לציין כי, כפי שנראה להלן, במסגרת טענותיו של גורדון לגבי התקיימות ההגנה הקבועה בסעיף 48 בעניינו, הוא עצמו הצביע על סמכותו הרחבה בהתאחדות. בסיכומיו טען כי בעקבות מכתב הרשות להגבלים עסקיים כינס ישיבת סגל ועדכן את סגל ההתאחדות לגבי המכתב והבהיר להם כי לא יפורסמו עוד מודעות דומות (ס' 206 לסיכומים, דיון מיום 31.2.2016 בעמ' 2361). בנוסף, גורדון הצביע על כך שפרסם מכתב בעניין לחברי ההתאחדות ועדכן לגבי דרישת הרשות להגבלים עסקיים (נ/2 – 20; דיון מיום 31.2.2016 בעמ' 2365). פעולות אלה מלמדות על סמכותו הרחבה ביחס למתן הנחיות לסגל ההתאחדות וכן לגבי מעמדו המאפשר לו לפרסם עדכונים ומכתבים המציגים את עמדות ההתאחדות בקרב חבריה וכן לאשר פרסומים מטעמה המופנים לגורמי חוץ.

593. לאור האמור לעיל בעניין מעמדו של גורדון עולה מאליו שאין מקום לטענותיו בדבר אכיפה בררנית בשל ההבדל בין תפקידו לבין תפקידי הנשיאות, וועדת הנשיאות וסגני הנשיאים. לפיכך אני מוצא לנכון לדחות את טענתו בעניין זה.

594. נוכח האמור עד כה, אינני מוצא לקבל את טענתו של גורדון לפיה הוא היה דרג שישי בהתאחדות ללא סמכויות מהותיות. גורדון ניסה לטעון כי מבנה ההתאחדות והתקנון שלה קובעים כי מנכ"ל ההתאחדות, מכוח תוארו כמנכ"ל, הוא גורם הכפוף לנשיא, לנשיאות, לוועדת הנשיאות כמו גם לסגני הנשיא העומדים בראש האגפים. לכן, לטענתו, המנכ"ל הוא בעצם דרג שישי בהתאחדות [ראו גם דיון מיום 1.2.2016 בעמ' 2367-2368]. גורדון גם הדגיש כי לא הייתה לו סמכות לקבל החלטות (דיון מיום 1.2.2016 בעמ' 2461)].

595. נוכח העדויות והראיות הרבות בעניין סמכויותיו הנרחבות של גורדון שהובאו לעיל, טענותיו בעניין מעמדו הנמוך בהיררכיה הארגונית נדחות. אף אם גורדון היה אחראי להוציא לפעול החלטות ומדיניות שנקבעו ברמת הנשיאות, אין הדבר סותר את



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

המסקנה כי היה הוא מנהל פעיל בהתאחדות הקבלנים, בעל סמכות כלל אירגונית לכוון את עבודתם ופעולותיהם של עובדי ההתאחדות ובעל סמכות לאסור על העובדים לפנות לגורמים מסוימים. בנוסף, כלל תפקידו סמכות ליזום או למנוע פרסומים מטעם ההתאחדות וכן לפנות לנשיא ההתאחדות, כאשר מדיניות מסוימת או החלטות מסוימת היו לדעתו מוטעות.

596. מסקנות אלה נתמכות כפי שראינו בעדויותיהם של ז'ואל ושל בן שמעון, אשר לא נטען כי יש להם אינטרס כלשהו להעיד כנגד גורדון והן מתיישבות גם עם הוראות תקנון ההתאחדות. בנוסף, הדברים עולים מעדותו של גורדון עצמו. גורדון היה אם כן היה מנהל פעיל בהתאחדות הקבלנים ונושא באחריות לפי סעיף 48 לעבירה שנעברה לפי חוק ההגבלים העסקיים על ידי ההתאחדות הקבלנים, ככל שלא הצליח להראות כי מתקיימות בעניינו ההגנה הקבועה בסעיף.

597. בנסיבות ענייננו באישום השלישי לא עומדת לגורדון ההגנה הקבועה בסעיף 48. גורדון טען כי לא ידע על פרסום עלון העדכון. אולם, גם אם אכן כך הדבר לא קמה לו ההגנה הנטענת, שכן הוא לא הוכיח כי הוא נקט ב"כל אמצעים סבירים להבטחת שמירתו" של חוק ההגבלים העסקיים.

598. גורדון טען בסיכומיו בעניין זה, כי שחף יכול היה להתייעץ עם עו"ד לרר ועו"ד בן שאול שיעצו להתאחדות. גורדון הוסיף כי עו"ד לרר הבהיר בישיבות אגף בניה חוזית כי יש בעיה בכך שההתאחדות תגיד לקבלנים לא לגשת למכרז (ס' 314.1 לסיכומיו של גורדון). בנוסף, גורדון טען כי הוא עדכן את הסגל של ההתאחדות לגבי מכתב רשות ההגבלים (דיון מיום 31.1.2016 בעמ' 2365). לטענתו של גורדון, קשה לחשוב על אמצעים מחמירים יותר מאלה להבטחת שמירתו של חוק ההגבלים העסקיים (ס' 314.4 לסיכומיו של גורדון).

599. אינני מקבל את טענותיו של גורדון בנושא זה. עדכון הסגל לגבי מכתב הרשות אינו ממצה את האמצעים בהם ניתן וראוי היה לנקוט. גם ההפניה לכך שלעובדי ההתאחדות היו יועצים משפטיים שאליהם יכלו לפנות בוודאי שאינה מהווה נקיטת כל האמצעים הסבירים מצדו. גורדון נדרש, בוודאי לאחר שהתקבל מכתב הרשות בעניין, להבהיר לעובדיו באופן מסודר מהם גבולות המותר והאסור בפרסומים שיש להם זיקה לעניין הנדון ולהבטיח שפרסומים דומים בעתיד לא יישנו. הוא היה צריך



בית המשפט המחוזי בירושלים

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן

ת"פ 10-12-22847 מדינת ישראל נ' בובליל ואח'

ת"פ 16-02-39856 מדינת ישראל נ' קן תור ואח'

ת"פ 13-10-23916 מדינת ישראל נ' יקואל ואח'

לנקוט באמצעים שיבטיחו אכיפת ההוראות ולבצע בדיקה שעובדי ההתאחדות אכן פועלים לאורן. במודעות בלבד לא די. נדרשו פעולות הסברה ואכיפה נרחבות הרבה יותר מצדו, במיוחד לנוכח עמדת הרשות לפיה ההתאחדות כבר הפרה את הוראות החוק, עמדה שגורדון היה מודע לה בעקבות המכתב שנשלח.

600. על כן אני קובע כי לא עומדת לגורדון ההגנה הקבועה בסעיף 48 לחוק ההגבלים העסקיים.

601. התוצאה היא שהן בובליל והן גורדון נושאים באחריות לעבירת קו הפעולה המתוארת באישום השלישי מכוח סעיף 48 לחוק ההגבלים העסקיים.


לסיכום:

602. **אישום ראשון** – אני מזכה את שחף מעבירה של צד להסדר כובל שיוחסה לו באישום זה. לנוכח האמור לעיל אינני מוצא להרשיעו מכוח אחריות מנהלים לפי סעיף 48 לחוק ההגבלים העסקיים. אני מרשיע את בובליל, גורדון והתאחדות הקבלנים בעבירה של צד להסדר כובל על פי הוראות החיקוק שפורטו באישום זה כמפורט לעיל.

603. **אישום שני** – אני מרשיע את קן תור, קן התור, נגרי, טר ארמה, יקואל, יעז, קנר, קיסר, אשר, אוולון, נוימן, דיורין, קולן, מנרב, אלישי נחום, חברת נחום עמוס, שומרוני, חברת י. שומרוני, אוזן, חברת אחים אוזן, סלטי וחברת אחים סלטי עסאם בעבירה של צד להסדר כובל על פי הוראות החיקוק שפורטו באישום זה.

604. **אישום שלישי** – אני מרשיע את בובליל, גורדון, שחף, גרין והתאחדות הקבלנים בעבירה של צד להסדר כובל, על פי הוראות החיקוק שפורטו באישום זה. הרשעתם של בובליל וגורדון היא מכוח סעיף 48 לחוק ההגבלים העסקיים.

ניתנה היום, ד' בתשרי תשע"ט, 13 בספטמבר 2018, במעמד הנוכחים.


משה יועד הכהן, שופט