

תא 001549/97

בית המשפט המחוזי בירושלים

בפני כבוד השופט עזרא קמא

בעניין: א.פ.א. חברה לבניין ולפיתוח (1987) בע"מ
ע"י ב"כ עוה"ד א' שרביט

התובעת**- נ ג ד -**

זהב ירושלים בע"מ
ע"י ב"כ עוה"ד ג' פרום ואח'

הנתבעת

ובעניין: זהב ירושלים בע"מ
ע"י ב"כ עוה"ד ג' פרום ואח'

התובעת שכנגד**- נ ג ד -**

1. א.פ.א. חברה לבניין ולפיתוח (1987) בע"מ
2. אבירם פנאני
ע"י ב"כ עוה"ד א' שרביט

הנתבעים שכנגד

חקיקה שאוזכרה:

[חוק הפרוצדורה האזרחית העותומני: סע' 80](#)[חוק החוזים \(חלק כללי\), תשל"ג-1973: סע' 25\(ב\), 25\(ג\), 26, 39, 41](#)[חוק החוזים \(תרופות בשל הפרת חוזה\), תשל"א-1970: סע' 6, 7, 7\(ב\), עיף 7\(ב\)](#)

ספרות:

[ג' שלו, דיני חוזים - החלק הכללי](#)**פסק דין**

רקע עובדתי

1. התובעת היא חברה קבלנית העוסקת בעבודות פיתוח ובניין. הנתבעת היא חברה העוסקת בעיקר בצורפות, אך היא בעלת זכויות במקרקעין שונים.
2. הנתבעת יזמה פרויקט לבניית בניין מסחרי ברחוב בית הדפוס בגבעת שאול בירושלים. תכניות הנתבעת היו להשתמש במקצת שטחי המסחר לשימוש עצמי, ואת היתר להשכיר, בין השאר להסתדרות הכללית של העובדים, כשמשרדיה של ההסתדרות יעברו לירושלים, על פי התיכנון שהיה באותה העת.
3. הנתבעת הוציאה מכרז, שנשלח למספר מצומצם של מציעים בכוח, לביצוע העבודות הדרושות. התובעת הגישה הצעה למכרז לעבודות הפיתוח, וזכתה בו. להצעת התובעת במכרז היא צרפה מכתב, שלפיו - אם וכאשר תידרש ערבות בנקאית, היא תינתן מיידית. לאחר מגעים שונים בין הצדדים, נחתם ביום 20/6/96 חוזה בין התובעת לנתבעת לביצוע העבודה (להלן: החוזה).
4. עוד לפני חתימת החוזה, בחודש מאי 1996, נוצר אצל הנתבעת צורך בבנייתו של חדר טרנספורמציה, שבו יותקנו שנאים של חברת החשמל (להלן - חדר השנאים). כתוצאה ממחדלים של הקבלן האחראי מלכתחילה לביצוע אותה העבודה, שלא ביצע את העבודות, נמסרה גם עבודה זו לתובעת, לאחר שזו הציעה הצעת מחיר לביצועה. העבודה על חדר השנאים החלה ביום 9/6/96, התנהלה - בהמשך - במקביל לעבודה על החוזה העיקרי, והסתיימה בחודש אוגוסט 1996, למעט מספר עניינים - שוליים יחסית - שלא הסתיימו, ואשר הושלמו על ידי קבלן אחר.
5. החוזה קובע, כי המועד להשלמת העבודה יימנה מיום הוצאת "צו התחלת עבודה". תקופת הביצוע של העבודה על פי החוזה נקבעה לארבעה חודשים מיום הוצאת הצו האמור.
6. הנתבע-שכנגד 2 (להלן: פנאני) המציא לנתבעת ערבות אישית לביצוע החוזה על ידי התובעת. החוזה כלל סעיף המחייב המצאתה של ערבות בנקאית על ידי התובעת, אך מסמכי הערבות, שהיו מלכתחילה נספח לטיוטת החוזה, הוצאו ממנו בנוסחו החתום.

7. מכאן ואילך נחלקות גירסאות התובעת והנתבעת לגבי השתלשלות העניינים.

לפי גירסת הנתבעת, ביום 13/5/96, עוד לפני חתימת החוזה, הוצא צו להתחלת עבודה. המפקח שמינתה הנתבעת בהתאם לחוזה (להלן: המפקח) לא אישר מעולם תוספת ללוח הזמנים לביצוע העבודה. כתוצאה מתחייבת מכך, היתה התובעת אמורה לסיים את העבודה עד ליום 13/9/96.

לאחר שנצפה איחור מצד התובעת בביצוע החוזה, הועברו נדרשה התובעת על-ידי המפקח להגדיל את מספר הפועלים, כדי להביא להשלמת העבודות במסגרת לוח הזמנים הקבוע. דרישות אלו לא זכו למענה, בניגוד למתחייב מן החוזה. לאחר שהתובעת נמנעה מלבצע את חלקה לפי החוזה - נשלח ביום 16/8/96 מכתב, המודיע על הפרת החוזה ודורש מן התובעת להגביר את כח העבודה. משלא נענה גם מכתב זה, נשלח ביום 23/8/96 מכתב המודיע לתובעת על ביטול החוזה (להלן: מכתב הביטול).

עד כאן גירסת הנתבעת.

8. לעומתה, טוענת התובעת, כי מעולם לא הוצא צו להתחלת עבודה. המסמך שנשלח ביום 13/5/96 בפקסימיליה, היה - לטענת התובעת - לא יותר מאשר הצעה לקביעת צו התחלת עבודה, אך לא צו של ממש. כתוצאה מכך, ממילא לא נצפה כל איחור בביצוע העבודות. התובעת גם כופרת בעובדה שהיא קיבלה דרישות לתגבר את כוח העבודה במקום.

9. עוד טוענת התובעת, כי איזור ביצוע העבודה היה מלא בפסולת בניין, שהותירו במקום קבלנים אחרים, שעמם התקשרה הנתבעת בחוזים לביצוע עבודות אחרות, ועובדה זו יצרה קושי להתחיל בביצוע העבודות על-ידי התובעת.

10. לאחר שהמפקח הורה לתובעת לפנות את הפסולת האמורה, החלה התובעת בעבודה. זמן מה לאחר התחלת העבודה, נוצר הצורך להתחיל בבניית קיר תומך. חילוקי דיעות נתגלעו לגבי סוג הקיר התומך שיש לבנות. התובעת סברה שיש לבנות 'קיר כובד', ואילו המפקח סבר שיש לבנות 'קיר קונסטרוקטיבי', שבנייתו מסובכת, יקרה ואורכת יותר זמן מזה הנדרש לבניית קיר הכובד. לפי גירסת התובעת - נמנע המפקח מהעברת פרטי הביסוס הנדרשים לבניית הקיר התומך הקונסטרוקטיבי, ובשל כך לא

עלה בידי התובעת להתחיל בביצוע עבודה זו, הגם שהמשיכה בעבודות בחדר השנאים.

11. ביום 31/7/96 שלחה התובעת חשבון לתשלום על ידי הנתבעת. החשבון אושר, כנדרש בחוזה, על ידי המפקח, אך הנתבעת נמנעה מלשלמו, למרות דרישות תשלום שהתובעת חזרה והפנתה לנתבעת.

12. ביום 16/8/96 נשלח מכתב מהנתבעת אל התובעת, אולם המכתב נשלח למען דירת המגורים השכורה הקודמת של פנאני. במכתב זה, הודיעה הנתבעת לתובעת כי לאחר שפניותיה הקודמות, הדורשות לתגבר את כוח האדם לביצוע העבודות, לא נענו, בכוונתה לבטל את החוזה. מכתב זה לא הגיע לתובעת, וביום 23/8/96 נשלח "מכתב-המשך", המודיע על ביטול החוזה עקב אי-היענותה של התובעת לדרישה לתגבר את כוח העבודה. במקביל למכתב זה - התקשרה התובעת עם קבלן אחר - י.ד. ברזאני בע"מ (להלן: ברזאני), שהשלים (בתוך שלושה חודשים) את רוב העבודה - ככולה, למעט פרטים שוליים.

הקירות התומכים נבנו על-ידי ברזאני, כקירות כובד, ולא קירות קונסטרוקטיביים.

13. ביני לביני, התובעת שלחה חשבון שני לתשלום, והמפקח אישר אותו בחלקו, ללא מתן נימוקים להפחתת מחירים בפריטים שונים. גם חשבון זה לא שולם על ידי הנתבעת.

14. התובעת טוענת, כי נקשר קשר בין המפקח לבין הנתבעת וברזאני "לסלק את התובעת מן האתר" כמבצעת העבודות לפי החוזה, ולבצע את העבודה באמצעות ברזאני. לטענתה, בכך ביקשו שלושת הקושרים להשיג "יתרון קונספירטיבי". המפקח ביקש להסתיר את טעויות התכנון שלו, אשר בעקבותיהן - העלות האמיתית של בניית הפרוייקט גדלה לאין ערוך מהעלות שהוצגה למזמין העבודות, והנתבעת ביקשה להעסיק קבלן שעלות הביצוע של העבודות על ידיו נמוכה בכ- 400,000 ש"ח מזו של התובעת, ואילו ברזאני עצמו ביקש להשיג חוזה לביצוע עבודות.

15. התובעת והנתבעת חלוקות זו על זו לא רק בעניינים עובדתיים, אלא גם בטיעונים המשפטיים.

טענות התובעת

16. התובעת טוענת שנגרמו לה נזקים בשל כל אלה:

- (א) אי-תשלום החשבונות שנשלחו לנתבעת, הכולל חסרון כיס בגין עלויותיה עד אז;
- (ב) אבדן רווח כתוצאה מהפרת החוזה על ידי הנתבעת והפסקת עבודתה, ללא צידוק, כטענתה;
- (ג) הפסדים בגין חומרי בניין שנותרו באתר, כאשר החל ברזאני לבצע בו עבודות;
- (ד) ריבית שהיה עליה לשלם לבנק שבו ניהלה את חשבונה בשל יתרת חובה שנגרמה עקב אי-קיום החוזה.

התובעת גם טוענת כי נגרם נזק לשמה הטוב ולמוניטין שלה.

על כל הנזקים הללו היא תובעת פיצויים, בסכום כולל של 1,416,228 ש"ח, נכון ליום הגשת התובענה.

17. התובעת מוסיפה וטוענת, כי עניין האיחור בביצוע העבודות הועלה על ידי הנתבעת בחוסר תום-לב ובחוסר-יושר. זאת, משום שמעולם לא הוצא צו להתחלת העבודות, וממילא לא היה צפוי להתרחש איחור בביצוע. התובעת מינתה את המועד לביצועו של החוזה מיום חתימתו, דהיינו מיום 20/6/96, ומכאן נובע, שבעת משלוח הודעת הביטול על ידי הנתבעת, נותרו עוד כחודשיים עד לתום תקופת הביצוע, ומשום כך אין מקום לקבוע שהיתה הפרה צפויה. לטענת התובעת, קרוב למועד שליחתו של מכתב הביטול היו אמורים כשלושים פועלים שלה להיות פנויים מעבודות אחרות שבהן הועסקו בפרויקט אחר בשוק מחנה יהודה, וכי היא הבהירה זאת הבהר היטב למנהל הנתבעת, תוך הבטחה כי עובדיה יעבדו עשרים וארבע שעות ביממה. משום כך, היתה הנתבעת חייבת לאפשר לתובעת להמשיך בביצוע הפרויקט.

18. ועוד זאת: לפי טענת התובעת, כל החלטותיו של המפקח כפופות ממילא לעיקרון תום הלב. עיקרון זה, כך לפי התובעת, מחייב להאריך את המועדים אם ההארכה מתבקשת כתוצאה מביצוע עבודות נוספות שהנתבעת עצמה ביקשה מהתובעת לבצע. אילו עשה המפקח את המתחייב מעיקרון תום הלב, היה צורך בהארכת התקופה לביצוע החוזה, וגם מטעם זה לא ניתן לצפות איחור בביצוע.

גם החלטות המפקח בדבר אישור חלקי בלבד של החשבון השני לתשלום אינן עומדות בסטנדרטים המתחייבים מעיקרון תום הלב, כך לפי טענת התובעת.

19. התובעת טוענת כי היא הוכיחה בבית-המשפט את האיכות של עבודות בניין ופיתוח שביצעה בפרויקטים רבים אחרים, ברמה גבוהה וללא איחורים. מעובדה זו מבקשת התובעת להסיק כי היתה מבצעת אף חוזה זה במדויק, תוך עמידה בלוח הזמנים, אילולא בוטל החוזה על-ידי הנתבעת - בשירות-לב ושלא לפי הוראות הדין.

20. התובעת מוסיפה, כי על פי החוזה היא זכאית לרווח קבלני לפי מחירון "דקל" (שדפים ממנו הוגשו לעניין חומרים ושירותים וסומנו ת4/), והיא זכאית לתשלומים כפי שפירטה בחשבונות, שהם סכומים גבוהים מאלה שאושרו על ידי המפקח.

21. ואף זאת: טענות הנתבעת בדבר אי-תגבורו של כוח העבודה חרף דרישותיה, לא היו אלא תואנה להפסקת ההתקשרות החוזית בין התובעת לנתבעת, משום שהתברר לנתבעת שהמפקח ביצע עבודת תכנון רשלנית, והעלות האמיתית של בניית הפרוייקט הינה גבוהה בהרבה מהערכותיה הראשונות. כך גם דרישת המפקח לבנות קיר קונסטרוקטיבי במקום קירות כובד, תוך הימנעות ממתן פרטים הדרושים לבנייתו של קיר קונסטרוקטיבי, ולמרות שההגיון הכלכלי וההנדסי מחייבים דווקא בנייתו של קיר כובד, היתה מכוונת אך ליצור תנאים מתאימים לסילוקה של התובעת מביצוע העבודות לפי החוזה.

22. התובעת מוסיפה וטוענת, כי כל עוד לא היה שטח העבודה פנוי לגמרי מפסולת בניין ומחומרי בנייה של קבלנים קודמים, שעמם היתה הנתבעת בקשרי עבודה - לא יכלה התובעת להתחיל בעבודות, שלפי החוזה ההגיון מחייב, כי לא יוצא צו התחלת עבודה לפני שהמבצע יהיה מסוגל לבצע את העבודות הכלולות בצו, על-ידי הכשרת שטח האתר והכנתו לביצוע העבודות.

בתגובה לטענת הנתבעת כי היה על התובעת להכשיר את שטח האתר לעבודות, גם אם הדבר מחייב את פינויים של חומרי הבניין, טוענת התובעת, כי מעשה שכזה היה בבחינת **איוולת**, מכיון שהוא היה חושף אותה לתביעת נזיקין מצד קבלנים קודמים, ומעשה זה אף מהווה הפרת החוזה עם הנתבעת. התובעת גם טוענת, כי אם אכן היתה מוטלת עליה חובה זו - היה על הנתבעת עצמה להפנות אליה דרישה לעשות

כן, ולהתחיל בביצוע העבודה, תוך קבלת האחריות על עצמה, ולא להסתתר מאחורי התובעת.

23. התובעת מוסיפה, כי בהודעה על ביטול החוזה לא העלתה התובעת את עניין הערבות הבנקאית, ומטעם זה מנועה התובעת מהעלות עתה טענה זו, והיא גם מנועה מהסתמך עליו. בנוסף על כך, התובעת ויתרה למעשה על הערבות הבנקאית, ועובדה היא כי נספח "ב2" לחוזה הוצא, ולא נכלל במסמכי החוזה שנחתם, לבסוף. זאת ועוד: בהתקשרות עם ברזאני לא דרשה התובעת ליתן לה כל ערבות בנקאית, ואילו היו נכונות טענותיה של התובעת בנוגע לערבות הבנקאית, לא היתה זו צריכה להסכים להתחלת העבודות.

טענות התובעת

24. התובעת טוענת, כי כמעט כל טענות התובעת הן בבחינת עדות בעל-פה הסותרת מסמך בכתב, וכי היא (התובעת) התנגדה לעדויות אלו משבאו לפני בית המשפט. לטענתה, החוזה הוא מסמך בכתב, כמשמעותו של מונח זה בסעיף 80 לחוק הפרוצדורה האזרחית העותומני, ומסמך זה מסכם את כל הסכמות הצדדים עד לחתימתו. לפיכך, אי המצאת ערבות בנקאית על-ידי התובעת משמעותה הפרת החוזה, ואין לקבל את גירסת התובעת, לפיה היו הסכמות נוספות שלא לעמוד על דרישת הערבות הבנקאית.

25. עוד טוענת התובעת, כי התחלת העבודה אכן נקבעה ליום 13/5/96, וכי לא ניתן כל אישור מטעמו של המפקח לכך שהתובעת תאחר בביצוע החוזה. משום כך, המועד לסיום העבודות היה - 13/9/96.

26. משראתה התובעת, כי התובעת אינה עומדת במועדים שנקבעו להשלמת העבודות, וכאשר היה ברור למפקח, מתוך מעקב אחר קצב התקדמות העבודה, כי התובעת לא תספיק לבצע את כל הנדרש על פי החוזה בתקופה שנקבעה בו, וכאשר הפצרותיו של המפקח לתגבר את כוח העבודה לא נענו - החליטה התובעת, נוכח הפרות אלו, לבטל את החוזה.

בנסיבות אלה, למרות שעדיין לא באה לקצה התקופה הקבועה בחוזה לביצוע העבודה, והפרה של ממש עדיין לא התגבשה, הרי ש"הפרה צפויה" היתה גם היתה,

והיא אשר הצדיקה את ביטול החוזה. לטענת הנתבעת - לא היה כל סיכוי שהתובעת תספיק, בתוך כשבועיים, לסיים את העבודות האמורות בחוזה.

27. הנתבעת טוענת, כי סעיפים שונים בחוזה מעניקים לה זכות להפסיק את ביצוע העבודות על פי החוזה משלא נענות דרישותיו של המפקח להחשת קצב ביצוע העבודה. ואמנם, היא טוענת כי שלחה דרישות כאמור שלא נענו.

28. הנתבעת מוסיפה, כי בהתאם לחוזה, החלטות המפקח בנוגע לאישור התשלומים הינן החלטות סופיות ומחייבות, וכי באופן עקרוני, החלטות של מפקח באתר בנייה הן המכשיר היעיל, ולעיתים היחיד, הקיים בידי המזמין כדי לפקח על העבודות המבוצעות על ידי הקבלן. לפיכך, הנתבעת טוענת, כי אין התובעת זכאית לתשלומים מעבר לאלה שאושרו על ידי המפקח ולא ניתן להתערב בהחלטות המפקח שלא לאשר את הארכת המועדים שנתבקשה על ידי התובעת.

29. יתירה מכך, על-פי החוזה, החלטות תכנוניות מצויות בתחום שיקול דעתו הבלעדי של המפקח, ולפיכך דרישתו לבניית קירות קונסטרוקטיביים היתה צריכה להיענות בחיוב וללא כל דין ודברים מצד התובעת.

30. בנוסף על כל אלה, ולחלופין, טוענת הנתבעת, כי סכומי הנזק לפי גירסת התובעת - מוגזמים, כי התובעת לא הוכיחה מוניטין ולא הוכיחה את אחוז הרווח שהוסכם להעניק לה לפי החוזה, ולא הוכיחה כי הנתבעת חייבת לפצותה על חומרי בניין שלה, אשר לטענתה נותרו בשטח.

דין והכרעה

31. ראוי לציין, כי בהחלטת בית המשפט מיום 23/11/98 נקבע, בהסכמת בעלי הדין, כי כל הראיות והעדויות שנתקבלו בהליכי הביניים ישמשו ראיות בתיק העיקרי. הצדדים גם הסכימו, כי כל הנספחים שצורפו לתצהירים יהיו חלק מן הראיות, בכפוף להסתייגות ממסמך זה או אחר.

32. יש לדחות את טענות הנתבעת לפיה רוב רובן של טענות התובעת הן טענות בעל-פה כנגד מסמך בכתב. עיון בפרטי הטענה מראה, כי בא-כוחה המלומד של הנתבעת הרחיב את משמעותו של סעיף 80 לחוק הפרוצדורה האזרחית העותומני מעבר לאמור בו.

הסעיף האמור אוסר על בעל דין להעלות טענות עובדתיות שתוכנן סותר את תוכנו של מסמך בכתב, בין היתר (ובעיקר) מסמך המסכם את הסכמותיהם של הצדדים. משמעותו של הסעיף היא חסימתו של בעל דין מלטעון כי היו הסכמות נוספות, שלא פורטו בכתב, שקדמו למסמך בכתב, הנוגדות את ההסכמות שהעלו הצדדים על הכתב, אך אין בו כדי למנוע טענות לעניין הסכמות והסדרים שבאו אחרי המסמך שבכתב.

הנתבעת מציינת סעיפי חוזה שונים, וטוענת כי התובעת מנסה לטעון כנגד ההסכמות המפורטות באותם הסעיפים, ולא היא.

התובעת אינה טוענת כי היו הסכמות קודמות, שביטלו, למעשה, את האמור בחוזה. טענותיה נוגעות לפרשנות המשפטית ולמשמעותן של אותן ההוראות נוכח כל יתר ההסכמות, ונוכח הלכות משפטיות, עובדות והתנהגותם של בעלי הדין. בכל אלה אין לראות טענות בעל-פה כנגד מסמך בכתב, שאם לא תאמר כן תשלול לחלוטין את יכולתו של צד לחוזה לטעון להסכמה מפורשת או בדרך של התנהגות, מאוחרות לחתימת החוזה, על פרשנות בניגוד ללשון הדווקנית של החוזה מכח עיקרון תום הלב ועוד.

33. ההגיון שבכלל האוסר העלאת טענה בעל-פה כנגד מסמך בכתב הוא, שכאשר צדדים מסכמים בכתב את הסכמותיהם, לא תישמע טענה שהיו הסכמות, במהלך כתיבת המסמך, או לפני כן, שלא הועלו על הכתב. כאשר צד טוען כי לאחר חתימת החוזה, או כתיבת המסמך - יהא אשר יהא - היו הסכמות נוספות, מאוחרות למסמך - אין כל הצדקה ואין כל הגיון לאסור עליו לנסות ולהוכיח את טענתו. יתרה מזאת, גם כאשר מדובר בהבאת ראיות כדי לפרש את המסמך או להבהיר את כוונות הצדדים לו, מתירים הבאת ראיות - גם בעל-פה, וגם כאשר הן סותרות את העולה מפרשנות מילולית-דווקנית של ההסכם (ראו: ע"א 380/88 טוקאן נ' נשאשיבי מה(5) 410 בעמוד 420; וכן פסק הדין, הנושן אך העומד בתוקפו, שבע"א 46/49 שבתאי סודיט נ' אנשל רוזנברג, פד"י ד 733 בעמוד 738).

צו התחלת העבודה

34. סעיף 41(א) לחוזה קובע כדלקמן:

"41. א. הקבלן יתחיל בביצוע העבודה בתאריך שיקבע על ידי המנהל בצו (להלן: "צו התחלת העבודה"). צו זה ינתן בהוראה בכתב וימסר לקבלן במסירה אישית או בפקס או בדואר רשום".

סעיף 42 לחוזה קובע, כי ביצוע העבודה יושלם בתוך ארבעה חודשים מיום הוצאת צו התחלת העבודה, בהתאם ללוח זמנים שייקבע לפי סעיף 10 לחוזה. סעיף זה קובע, כי הקבלן יתאם את לוחות הזמנים המפורטים לביצוע העבודה עם המפקח, ויקבע אותם החל ביום הוצאתו של צו התחלת העבודה.

35. הנתבעת הציגה את מ' / 1 בהמ' 6279/97, (נספח ה' לתצהירו של העד פטר קופר) שהוא מסמך פקסימיליה, ששלח המפקח והממוען לפנאני ובו נכתב כדלקמן:

"טרם חתמת על החוזה של זהב ירושלים. אפילו בלעדיו, אני מציע כי נקבע את צ.ה.ע (צו התחלת עבודה - ע"ק) להיום".

36. מקובלות על דעתי טענות התובעת, כי המסמך האמור אינו יכול להיחשב צו התחלת עבודה במשמעות שניתנה לו בחוזה. להוכחת טענותיה, הציגה התובעת את המסמך ת' / 15, שהוא נוסח של צו התחלת עבודה ששלח המפקח על הפרויקט לקבלן אחר, שעיימו עבדה הנתבעת. התובעת גם הציגה את ת' / 7, שהוא נוסח צו התחלת עבודה שנשלח על ידי אותה חברת פיקוח לקבלן בפרויקט אחר. מתוך מוצגים אלו ניתן ללמוד על נוסחו ועל אופיו של צו התחלת עבודה. בצו זה מפורטים העבודה, החוזה בו נקבעה העבודה, ולוח הזמנים שנקבע בחוזה לביצוע העבודה, והוא מנוסח בלשון צווי. כל אלה חסרים במ' / 1 האמור. גם הניסוח לפיו "אני מציע כי נקבע..." אינו נוסח של צו התחלת עבודה, אלא לשון הצעה בלבד, שאינה מחייבת - כל עוד לא נתקבלה הסכמה על כך מן הצד האחר לחוזה. ראינו כבר, כי סעיף 41 לחוזה קובע שצו התחלת עבודה יינתן "בהוראה בכתב". לשון הצעה אינה לשון צו או הוראה.

37. תימוכין לכך ניתן למצוא בעובדה, כי יומני העבודה לא התחילו מיום 13/5/96, אלא מתחילת חודש יוני בלבד, עם תחילת העבודות בחדר השנאים.

בהקשר זה ראוי לציין את העובדה, כי המפקח העיד (עמוד 147), כי אין לו שום אסמכתא לכך שהוא ביקש מהתובעת להתחיל בעבודות על פי החוזה בד בבד עם העבודות על חדר השנאים. אם תמצי לומר, כי העובדה שאין למפקח אסמכתא בכתב לכך אינה מפחיתה ממשקלה של עדותו, הרי מעדותו עולה (בעמוד 164), כי לא שלח מכתבים מכיון שהיה רוב הזמן באתר ואין באתר מכשיר פקסימיליה אלא רק טלפון. על כך יש להשיב שעדות זו עצמה עומדת בסתירה למה שהעיד עליו מנהל חברת הפיקוח, מר קורנפלד, לפיו קיים נוהל בחברת הפיקוח כי כאשר רוצים לשגר מסמך בפקס מתקשרים מהאתר למשרדי החברה ומשם נשלח הפקס, לפיכך - אילו רצה המפקח לשלוח פקס גם בעת היותו באתר - יכול היה לעשות כן.

38. הנתבעת טוענת, כי מעדות פנאני ניתן ללמוד, כי שררו בינו לבין המפקח יחסי אמון, שבמסגרתם גם נענו דרישות בלתי פורמליות. מכאן מבקשת הנתבעת ללמוד, שעל אף ליקויי הניסוח שבמ/ 1, יש לראות בו צו התחלת עבודה ולוותר על דרישות הניסוח הפורמליות.

טענה זו של הנתבעת דינה להידחות. העובדה שלעיתים נענו דרישות בלתי פורמליות מצידו של הנתבע - אין משמעותה שחובה להיענות לכל "הצעה ידידותית" כזו, והיא אינה יכולה לעמוד לתובעת לרועץ. מר פנאני העיד (עמוד 70 לפרוטוקול) כדלקמן:

"ש. קיבלת נייר ביד, ראית בזה צו?"

ת. ראיתי בזה הצעה. אני לא ראיתי אותו כצו להתחלת עבודה.

ש. אתה אי פעם נתקלת בהצעות ידידותיות ממפקח עבודה?

ת. ביחסים שבין קבלן למפקח שאתה עובד עם משרדי פיקוח לא בפרויקט אחד נוצרים יחסים ששומע לי אני שומע לו זה לא חד משמעי.

ש. אתה יכול על סמך מסמך כזה, אם יתחשק לך אתה תעבוד?

ת. כל דבר נעשה בתאום בין שני צדדים. בסוגיה הזאת מר פיטר הציע אם אני יכול לראות את ההצעה הזאת צו. אני לא יכולתי לראות בזה צו."

39. דבריו של פנאני הם סבירים ומתקבלים על הדעת. ברור הוא, כי במסגרתם של יחסים חוזיים, מסכימים לעיתים הצדדים בעל-פה לסטות מדרישות פורמליות כאלה או אחרות. להסכמות הללו יש תוקף מכח הסכמתם של הצדדים. יתירה מזאת,

סירובו של צד להסכים לבקשותיו של הצד האחר, מטעמים פורמליים גרידא, בכל הנוגע לתניות שוליות בחוזה, יכולה אף, בנסיבות מסוימות, להיחשב לחוסר תום לב. אולם, אין להסיק מכך כי היתה חובה על פנאני להסכים לכל בקשה ששולח המפקח אליו. צו התחלת עבודה הוא מסמך עיקרי ויסודי בחוזה, הקובע באורח משמעותי את הזכויות והחובות על פי החוזה. בנסיבות אלה, פרשנותו של פנאני ל-מ/ 1 כהצעה ולא ציווי ממש הינה פרשנות סבירה, ואפשר לומר שהיא הפרשנות הסבירה היחידה. לא היתה מוטלת על התובע כל חובה: מכח הדין, מכח הסכם ואף מכח נוהג מוכח שבין הצדדים, להסכים לראות במ/ 1 האמור צו להתחלת עבודה.

40. אכן, אילו היתה הנתבעת מוכיחה, כי החתימה על החוזה התעכבה בעקבות חוסר תום לב של התובעת, כי-אז ניתן היה לקבוע שעיקרון תום הלב "יכשיר" את מ/ 1 ויהפכו לצו התחלת עבודה. (וראו בג"ץ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר-שבע נ' בית הדין הארצי לעבודה, פד"י לה(1) 828 בעמ' 838-839, וכן ע"א 986/93 קלמר נ' גיא פד"י נ(1) 188, 197 - שם קובע הנשיא ברק כי חוסר תום לב יכול להכשיר פעולות שנעשו בניגוד לדרישות צורניות). ואולם טענה זו - למרות שנטענה - לא הוכחה.

41. מן הראוי לציין, כי הטענה בדבר הימנעות מלחתום על החוזה לא נודעה למנהלה של הנתבעת מידיעה אישית ודינה להימחק מתצהירו (ראה עמוד 169).

הנתבעת לא הביאה ראיות של ממש הנוגעות לטענה של חוסר תום לבה של התובעת, אשר גרם לאיחור בחתימת החוזה. עצם העובדה שחתמת החוזה התעכבה - אין בה הוכחה לחוסר תום לב שגרם לאותו העיכוב. גם ההערות של המפקח, המופיעות בתכתובות שונות, לפיהן התובעת לא חתמה עדיין על החוזה - אינן מוכיחות שהדבר נעשה בחוסר תום לב. לשם כך היה צריך להוכיח, למשל, הזמנה מפורשת לחתום על החוזה במועד מסוים וסירוב שרירותי להיענות להזמנה כאמור, ואך דבר זה לא הוכח. יש לזכור, כי נטל השכנוע לעניין טענת חוסר תום-לב מוטל על הטוען להיעדרו של תום הלב.

42. זאת ואף זאת: ניתן לדחות את טענת הנתבעת גם מטעם אחר, פנימי לחוזה.

החוזה הוא מסמך מאוחר יותר למ/1, ומשנקבע בחוזה, כי המפקח יוציא צו התחלת עבודה (בלשון עתיד: התאריך "קבע"; הצו "נתן" ו"מסר"), וממועד הוצאתו יקבע לוח הזמנים לביצוע העבודה, הרי ממילא הטענה כי מ/1 הוא צו התחלת העבודה - נסתרת מניה וביה. מה בצע לצדדים לחוזה לקבוע כי יוצא צו התחלת עבודה אם הוא כבר הוצא לפני חתימת החוזה?

43. יתר על כן, בסעיף 50(ז) לחוזה נקבע, לעניין פיצוי על הפסקת העבודה לפני תום תקופת החוזה:

"50. (ז) בוטל החוזה ... אחרי חתימת החוזה, אך לפני שניתן על ידי המנהל צו להתחלת עבודה כאמור ...".

מסעיף זה עולה, כי הצדדים העלו בדעתם, עם חתימת החוזה, שיתכן מצב, לפיו לאחר חתימת החוזה יעבור עוד זמן מה עד להוצאתו של צו התחלת העבודה - תקופת-זמן משמעותית שבה ניתן לבטל את החוזה על-ידי מי מן הצדדים. ודוק: הסעיף קובע "חתימת החוזה", ולא "כריתת החוזה" - שאם כך היה קובע ניתן לפרשו כמתייחס למעשה כריתת החוזה שנוצר עם קבלת הצעת הקבלן, ואילו חתימת החוזה, הכולל את הסעיף 50(ז) האמור, היתה אך ביום 20/6/96. אכן, המילים "חתימת החוזה" ו"כריתת החוזה" - הן במקרים רבים בעלות משמעות זהה. אולם בעניננו, לנוכח השתלשלות הנסיבות - אין לגרוס כי משמעויותיהן בקשר עם החוזה הספציפי הזה הינן זהות.

בנסיבות אלה, פרשנות סבירה לסעיף האמור ולחוזה בכללותו מובילה למסקנה, כי עד למועד חתימת החוזה לא הוצא צו התחלת עבודה, ובמועד חתימת החוזה הצדדים ראו כך את הדברים.

44. בנוסף על כך, החוזה נוסח באופן בלעדי על ידי הנתבעת, וכלל הוא בפרשנות חוזים כי במקרים שבהם "כפות המאזניים מעוינות", יש לפרש החוזה לרעת הנסח של החוזה (ראו: [של, דיני חוזים](#) (מהד' 2, 1995) בעמודים 312-315 והאסמכתאות הרבות שם; וכן פרידמן וכהן, [חוזים](#) (1992) בעמ' 135 ליד ה"ש 97).

יישומו של כלל זה מונע מן הנתבעת לטעון, כי סברה בתום לב שאכן הוציאה צו התחלת עבודה עוד ביום 13/5/96, וזאת משום שהחוזה שהיא עצמה ניסחה מעיד

אחרת. אין זאת כי אם - כטענת התובעת - לא הוצא מעולם צו התחלת עבודה כמשמעותו בחוזה.

45. לאחר שקבעתי כי לא הוצא צו התחלת עבודה, יש לקבוע את המועד על פי החוזה להתחלת העבודה, וממילא לסיומה.

צו התחלת העבודה הוא מסמך משלים לחוזה, הקובע את המועדים לביצוע החיובים האמורים בחוזה בכל הנוגע לביצוע עבודות. אם לא הוצא צו התחלת עבודה, הרי שיש לראות את החוזה כחוזה שלא נקבע בו מועד הקיום. במצב שכזה, מחילים על העניין את הוראות [סעיף 41 לחוק החוזים](#) (חלק כללי), התשל"ג-1973, שקובע כדלקמן:

"41. חיוב שלא הוסכם על מועד קיומו, יש לקיים זמן סביר לאחר כריתת החוזה, במועד שעליו הודיע הנושה לחייב זמן סביר מראש".

46. בסמוך לאחר חתימת החוזה שלח המפקח לוח-זמנים לביצוע החוזה, ובו נקבע מועד התחלת העבודה לחודש יולי 1996. זה, אפוא, המועד שיש לראותו כמועד ביצוע החיוב במובנו של [סעיף 41 לחוק החוזים](#).

בהתאם לכך יש לקבוע, כי סיום העבודה נקבע, על פי החוזה, לסוף חודש אוקטובר 1996, היינו ארבעה חודשים מיום התחלתה.

בעמוד 69 לפרוטוקול מעיד פנאני כי מועד סיום העבודה "חד משמעית היה מובן לשני הצדדים - 31/10/96". מקובל עלי כי יש לקבוע את יום ה-31.10.96 כמועד מוסכם לסיום העבודות על פי החוזה. הנתבעת לא הצביעה על כל מועד אחר, שיש לקבוע, לפי גירסתה היא, כמועד לסיום העבודות לפי החוזה, ועמדה על כך שהמועד הוא ארבעה חודשים מיום ה-13/5/96 - טענה שכאמור לעיל יש לדחותה.

47. לסיכום עניין זה אעיר, כי בא-כוחה המלומד של הנתבעת נכנס לדיון ארוך בדבר מועד כניסת החוזה לתוקפו, תוך שהוא מנסה להראות כי החוזה נכנס לתוקפו בחודש מרס 1996, כבר עם ההודעה על זכייתה של התובעת במכרז. בא-כוח הנתבעת מנסה ללמוד מסעיף 13 להזמנה להציע הצעות, ומסעיפים 8 ו-11 להצעת

הקבלן למכרז, כי החוזה היה כבר שריר וקיים בכל תנאיו מרגע קבלתה של הצעת התובעת.

48. אכן, בין הצדדים לחוזה היה קשר חוזי-משפטי מחייב מרגע זכייתה של התובעת במכרז, וטענות התובעת כי רק חתימה על החוזה הפורמלי מהווה כריתת-חוזה בין הצדדים אינן מקובלות על דעתי. אולם, השאלה איננה מתי נוצר קשר חוזי בין התובעת לנתבעת, אלא מתי היתה אמורה הנתבעת, בהתאם לאותו קשר חוזי, להתחיל בביצוע העבודות, וממתי נמנה המועד לסיומה של העבודה על פי החוזה. אפילו תאמר, כי על פי החוזה שנכנס לתוקף בעת קיבול ההצעה על יד הנתבעת, הרי שכל מה שהתרחש לאחריה, לרבות חתימת החוזה ביום 20/6/96 מהווה הסכמה חדשה, שיש לבחון לאורה את הסכמות הצדדים.

49. כאמור לעיל, החוזה שנחתם ביום 20/6/1996 נוסח על-ידי הנתבעת כך, שהתחלת העבודה תהיה לאחר חתימתו, והוא מהווה את המסמך המאוחר המסכם את הסכמות הצדדים. אין מנוס, אפוא, מהקביעה כי אכן נדרש מהנתבעת להוציא צו מפורש להתחלת עבודה. אילו ניתן היה למצוא בלשון החוזה החתום לבסוף, תוך התחשבות בכלל שיש לפרשו לרעת מנסחו, עיגון לכך, שצו התחלת העבודה כבר הוצא, או שנקבעו המועדים לביצוע העבודה, היה מקום לטענות בא-כוחה המלומד של הנתבעת. אין אפשרות לפרש את האמור בחוזה לגבי הוצאת צו להתחלת עבודה בעתיד, כאילו כבר הוצא צו כאמור.

זאת ועוד: מחקירתו של מנהל הנתבעת (עמוד 177) עולה, כי הנתבעת לא שלחה מעולם הודעה בכתב לתובעת על זכייתה במכרז.

אכן, אין מדובר בחוזה שעניינו עיסקה במקרקעין, ומשום כך לא נדרש כי יהא קיבול בכתב, דווקא. גם הודעת קיבול בעל-פה, ששני הצדדים מסכימים כי ניתנה, מספיקה לכריתת חוזה מחייב. עם זאת, אין לדרוש מן התובעת, בחוזה רחב-היקף שכזה, כי תתחיל בעבודה מבלי שניתנה לה הודעה פורמלית בכתב על כריתת החוזה. טעם זה אולי אינו מספיק לעצמו, אך כשהוא מצטרף לטעמים המרכזיים שפורטו לעיל, נראה כי לא יוותר ספק, הן מבחינת הדין והן מבחינת דרך העסקים הרגילה והמקובלת, שאין לקבוע כי הפקס שנשלח ביום 13/5/96 היווה צו להתחלת עבודה.

האיחור במועדים הפרה צפויה והפרה יסודית

50. מכאן, לטענות הנתבעת, כי בנסיבות העניין היה צפוי איחור של ממש בביצוע החוזה, כי התובעת לא תיגברה את כוח העבודה במקום, למרות שנדרשה לעשות כן, וכי כל אלה היו הפרות של החוזה. עוד יש לדון בטענה לפיה בנסיבות העניין, החוזה הקנה לנתבעת זכות להפסיק את ביצועו על ידי התובעת.

51. סעיף 7(ב) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א - 1970 [להלן: "חוק החוזים (תרופות)"] קובע, כי הנפגע מהפרה שאינה יסודית חייב ליתן ארכה למפר לתקן את ההפרה.

המלומדת פרופ' ג' שלו, בספרה (דיני חוזים) מהדורה שנייה, 1995, בעמודים 553-555, סבורה, כי בהפרה לא יסודית של חוזה - יש צורך במתן ארכה לקיום החוזה, לאמור:

"במקרה של הפרה לא יסודית, מהווה מתן ארכה תנאי להבשלת הזכות לביטול החוזה. רק לאחר מתן ארכה לקיום ואי-קיום החוזה על ידי המפר תוך זמן סביר לאחר מתן הארכה, יכול הנפגע לבטל את החוזה.

על אף שאין דרכי הארכה מוגבלות, על הארכה לקיים שתי דרישות. הדרישה האחת: על הודעת הארכה להיות ברורה; על המפר להבין שקיבל ארכה למילוי החיוב, ושם לא ינצל ארכה זו - יבוטל החוזה. ... הדרישה השנייה: על הודעת הארכה להגיע לידיעת המפר."

52. התובעת טוענת, כי שלחה ביום 16/8/96 הודעה על ההפרה, היינו, על כך שמספר העובדים באתר אינו מספיק. לשון המכתב היא כדלהלן:

"הנדון: זהב ירושלים - אי קיום הבטחות.

למרות כל הפניות החוזרות ונשנות, לא תוגברו הכוחות באתר, ואני נדרשתי ע"י המזמין לסיים את החוזה בינך לבינו.

ביום ראשון, 18/8/96, בכוונתי לפנות לעו"ד יואב לוי שינקוט בצעדים המשפטיים הדרושים."

עיון במכתב זה, מגלה שאין הוא עומד בדרישות שמציב סעיף 7(ב) לחוק החוזים (תרופות). המכתב הוא, למעשה, הודעה על ביטול החוזה, למרות שמבחינה פורמלית הוא מנוסח כמכתב מוקדם לביטול הפורמלי.

53. במכתב אין ניתנת הארכת מועד לתיקון ההפרה, ומכל מקום לא ניתנה בו הארכה סבירה (המכתב נכתב ביום שישי ונאמר בו כי ביום ראשון שלאחר מכן תיעשה פנייה לעורך הדין כדי שינקוט צעדים משפטיים לסיום החוזה). בנוסף על כך, הנתבעת לא הזימה את טענות התובעת כי המכתב לא נשלח לכתובת הנכונה, טענה זו נתמכת בכך שמכתב הביטול, המאוחר יותר, נשלח לכתובת אחרת. בנסיבות אלה, לא עמד מכתב זה בדרישות הצורה המתחייבות מן החוזה.

סעיף 8(א) לחוזה קובע כדלהלן:

"כל הודעה שצד אחד חייב למסור לצד שני לפי חוזה זה, תשלח במכתב רשום, אלא אם נאמר אחרת בחוזה זה, לפי הכתובת המפורטת במבוא לחוזה זה או תמסר בדרך המקובלת במשרדו של הצד השני..." (ההדגשה אינה במקור - ע"ק).

מענה של התובעת, המופיע במבוא לחוזה, הוא שדרות הרצל 36/14 בירושלים, ואילו המכתב האמור נשלח לרחוב רמת הגולן בירושלים, שהיה מקום מגוריו - בעבר - של פנאני, ולא בעת משלוח המכתב. לפיכך, לא עמדה הנתבעת בדרישה שבסעיף 8 לחוזה, ויש לראות במכתב זה - גם אם נשלח כטענת הנתבעת - כמכתב שנשלח שלא לפי החוזה.

אמת נכון, שהמפקח טען כי המכתב האמור נשלח גם בפקס (ראה עמוד 155 לפרוטוקול), ואולם כאשר נדרש להציג אישור על שליחת הפקס, לא יכול היה להציג, ואין לייחס לכך משקל, בהתחשב בכך שהנתבעת היתה יכולה אף להציג פירוט שיחות טלפוניות מאותו מועד, אם האישור לשליחת הפקס הושמד או אבד.

אילו אכן היה מר פנאני מקבל את המכתב האמור, אפשר שהיה מקום להשתיקו מלטעון כי המכתב לא נשלח לכתובת הנכונה, בין מכוח חובת תום הלב ובין מכוח דוקטרינת הרמת המסך. ואולם, עניין זה מוטל על הנתבעת להוכיחו, והיא לא עשתה כן. פנאני עצמו העיד כי קיבל את המכתב רק חודשים לאחר מכן, ועדותו

מתקבלת על הדעת (הכתובת שאלה נשלח המכתב היתה כתובת דירתו הפרטית בעבר ולא כתובת מסחרית).

יתירה מזאת, המכתב אינו עומד בדרישות שנקבעו בפסיקה להודעה בהתאם לסעיף 7(ב) לחוק החוזים (תרופות).

54. לא מצאנו בחומר הראיות כל התכתבות קודמת למכתב זה שניתן לראותה כהודעה על הארכת מועד לתיקון ההפרה.

55. נוכח הקביעה, כי תקופת ביצועו של החוזה היתה אמורה להסתיים בסוף חודש אוקטובר 1996, עוד איני נדרש לדון בשאלת הארכת המועדים, אם נתבקשה, או אם סירב המפקח לכך ואם סירובו היה סביר. מכיון שסיום העבודות נועד לסוף חודש אוקטובר, הרי שגם ללא הארכת המועדים, לא התקיימו נסיבותיה של ההפרה הצפויה, וממילא לא היתה זכאית הנתבעת לבטל את החוזה. לעניין זה ראוי להביא את דבריה של פרופ' שלו, בספרה דיני חוזים (מהדורה 2, 1995), בעמוד 479-477, כי:

"ההסתברות מן הנסיבות שהצד לא יוכל או לא ירצה לקיימו צריכה להיות חד משמעית.

בדרך כלל, נסיבות המצביעות על כך שהחוזה יקיים באיחור, אינן יוצרות הפרה צפויה. כדי שתתקיים הפרה צפויה צריכה לעלות מן הנסיבות המסקנה כי החוזה לא יקיים בכלל."

די בכך, שהמומחה מטעם התובעת, אבשלום סדן, קבע בחוות דעתו, אותה לא הצליחה התובעת להפריך ולא הביאה חוות דעת נוגדת, כי התובעת היתה יכולה לבצע את העבודה עד ליום 19/10/96, שהוא מועד מוקדם יותר מאשר המועד הקבוע לסיום החוזה - כדי לקבוע שאין משתמע מן הנסיבות באופן חד משמעי שהתובעת לא היתה יכולה לסיים את החוזה עד המועד הקבוע בין הצדדים, כאמור לעיל. אך טבעי הוא, שמשקלה של חוות דעת של מומחה, שלא נסתרה ולא הוזמה בחוות דעת נוגדת - עולה (וראה בעניין זה להלן בסעיף 101 לפסק הדין).

56. אם הפרה צפויה אינה קיימת בנסיבות העניין, האם נכונה טענת הנתבעת לפיה אי הבאת עובדים נוספים לאתר העבודה, היווה הפרה יסודית של החוזה, כבר באוגוסט 1996, ועוד לפני שעברו ארבעת החודשים הקבועים לביצוע העבודה?

[בע"א 187/89 - אבשלום רובין ואח' נ' יהודה זהר ואח', פד"י מה\(5\) 824](#), בעמודים 833-834, קובע הנשיא דאז, השופט שמגר, כי לעיתים איחור בביצוע חוזה בנייה ייחשב להפרה יסודית. וכך הוא אומר:

"לטעמי אחד השיקולים המרכזיים לצורך איפיונה של הפרת חוזה בניה, המתבטאת באי השלמת הבניה במועד, כהפרה יסודית או כהפרה שאיננה יסודית, הינו אינטנסיביות המאמצים, שהושקעו לקיום החוזה על ידי הצד המפר, וטיבם של מאמצים אלו. שיקולים כגון אלה נלקחו בחשבון לצורך בחינת סבירותו של פרק הזמן לביצוע עיסקה פלונית, שהצדדים לא קצבו זמן מוגדר לביצועה.

אינטנסיביות המאמץ תימדד, בין היתר, לפי היקף ביצוען של פעולות שונות, אשר המפר יכול היה לבצען ללא קשר לאילוצים חיצוניים. גם איחור קל במועד שנקצב לביצוע החוזה, אשר מלווה באי השקעת מאמצים או השקעת מאמצים זעומה על ידי הצד המתעכב בביצוע החוזה, וכאשר ברור כי נותרה עבודה רבה לביצוע עד אשר תושלם הבניה, יכול שייחשב להפרה יסודית."

ואולם, המקרה שנדון שם שונה מענייננו באופן מהותי. אילו אכן היו מתקרבים לסיומם ארבעת החודשים שנקצבו לביצוע העבודות נשוא החוזה, ולא היתה מושלמת הבניה, כי-אז היתה מתקיימת הפרה בפועל. אילו - בנסיבות שכאלה - היתה הנתבעת מוכיחה כי האיחור נבע מרשלנות רבתי של התובעת, כי-אז הייתי נכון לשקול אם מדובר בהפרה יסודית. הנשיא שמגר מתייחס במובאה דלעיל ([בע"א 187/89 הנ"ל](#)), לאיחור שכבר נגרם, ולא לאיחור צפוי. יש להניח שבמצב שבו אין זה ברור לחלוטין שאכן יהיה איחור בביצוע, לא היה מוכן בית-המשפט לקבוע כי מדובר בהפרה יסודית. בנסיבות בהן נותרו עוד כחודשיים עד למועד סיום הביצוע של העבודות לפי החוזה, וכאשר התובעת הוכיחה כי ביקשה פרק זמן של שבוע להגברת קצב העבודה ולהעברת פועלים נוספים מפרויקט אחר שביצעה לפרויקט זה - כי-אז לא היתה הנתבעת יכולה לקבוע כי ללא ספק תתרחש הפרה, ובעיקר לא הפרה יסודית. בנסיבות שכאלה משלוח הודעת הביטול נעשה שלא כדין.

57. [סעיף 6 לחוק החוזים](#) (תרופות) קובע, כי הפרה יסודית היא:

"הפרה שניתן להניח לגביה שאדם סביר לא היה מתקשר באותו חוזה אילו ראה מראש את ההפרה ותוצאותיה, או הפרה שהוסכם עליה בחוזה שתיחשב ליסודית".

ניתן להציג מבחן להבחנה בין הפרה "יסודית" והפרה "רגילה", לאמור:

"בית המשפט יכיר בהפרה יסודית מסתברת במקרים קיצוניים. מדובר בפגיעה חמורה ביסוד החוזה, עד כדי כך שיהא בה למוטט את בסיסו העסקי של החוזה ולשלול את התועלת שהחוזה נועד להעניק לנפגע" (שלו, שם בעמוד 549).

59. בנסיבות העניין, הוכח כי התובעת הודיעה לנתבעת כי ביכולתה לעמוד במסגרת ארבעת החודשים שנקבעו לביצוע העבודות לפי החוזה, וכי לאחר שישולם החשבון מספר הראשון שהוגשה יעבדו פועלים מטעם התובעת "במלוא המרץ סביב השעון". ועוד: בנסיבות שבהן הוכיחה התובעת על-ידי מומחה מטעמה (סעיף 5 לחוות הדעת של המהנדס אבשלום סדן), כי היתה קיימת אפשרות מעשית להשלים את הבנייה בסוף חודש אוקטובר 1996, הרי שבסיסו המסחרי של החוזה ותועלתו לנתבעת לא יכול היה להתערער באופן שיצדיק קביעה, כי החוזה הופר על-ידי התובעת הפרה יסודית. וגם זאת: הנתבעת לא הוכיחה מה הוא - לטענתה - היקף האיחור בביצוע החוזה, עקב מחדלי התובעת, אילו אכן היו מוקצים הצוותים שעבדו באתר אחר שבו התובעת ביצעה עבודות (בשוק) לאתר הבנייה של הנתבעת.

60. אוסיף, כי אמנם נקבע בע"א 635/83 אברהם נ' מזרחי, פד"י מא(2) 105, כי אדישותו של קבלן והימנעותו מתיגבור קצב העבודה יכולה להיחשב כהפרה צפויה, אולם, ענייננו שונה מאותו מקרה. שם, בא לפני בית המשפט העליון מקרה של קבלן שבמשך שנתיים ומחצה נמנע מלהתחיל בביצוע ההסכם. בנסיבות אלה, ולמרות שהחוזה בין אותם צדדים לא קבע במועד לסיום עבודות הבניין, נכון היה בית המשפט העליון לקבוע שמדובר בהפרה יסודית צפויה, לא כן בענייננו.

בנסיבות שבהן מסגרת לוח הזמנים לביצוע החוזה היא קצרה יחסית (ארבעה חודשים), נכונה עמדתה של פרופ' שלו, שהובאה לעיל, לפיה איחור בחוזי בנייה לא ייחשב להפרה צפויה.

על הנתבעת היה להמתין קרוב, ככל האפשר, למועד הנכון לביצוע החוזה, ולבדוק אז את קצב התקדמות העבודות, ואת נכונותה ומוכנותה של התובעת לבצע את החוזה כלשונו. דרך יעילה יותר שעמדה לנתבעת היתה לשלוח לתובעת הודעה על ההפרה, בהתאם לסעיף 7 לחוק החוזים (תרופות), ולהוסיף דרישה מפורשת לתגבור

מספר הפועלים, שאם לא כן - יבוטל החוזה. כאמור, לא מצינו בחומר הראיות כל התראה כזו.

דרך נוספת שהנתבעת היתה רשאית לנקוט היא לפי התרופות הספציפיות שנקבעו בחוזה (לפי סעיפים 68 או 48, ועל כך ארחיב להלן).

בעדותו של פנאני עלה, לא אחת, כי הוא היה משוכנע ללא סייג כי באפשרותו לעמוד בלוח הזמנים שעל פי החוזה, היינו - להשלים את העבודה עד ליום 31/10/96 (עמוד 80 לפרוטוקול). אפשר שאין בעדות זו, לעצמה, כדי להוכיח כי אכן התובעת היתה עומדת בלוח הזמנים. אולם, עדות זו נתמכת בעדותו של המומחה מטעם התובעת, אבשלום סדן. על כל פנים, היא מספיקה כדי לקבוע שבירור סבלני, בתום-לב, של הנתבעת אצל התובעת היה מעלה כי אין סיבה להפסיק את החוזה כבר, באותו שלב. שיחות הטלפון שעליהן העיד מר בן דוד, מנהלה של הנתבעת, אינן נכנסות לגדרו של בירור שכזה, שהיה צורך לקיימו בכתב. ראוי לציין, כי בעדותו של מר בן דוד עלה כי למרות טענתו (בעמוד 169 לפרוטוקול), הוא לא עודכן באופן מלא לגבי המתרחש באתר. כך, למשל, בעמוד 186 לפרוטוקול הוא העיד כי לא הושארו חומרי בנייה של התובעת בשטח. עדות זו - אינה עולה בקנה אחד עם המצב לאמיתו, והיא אף עומדת בסתירה לעדויות ברורות אחרות, לרבות ראיות אובייקטיביות (צילומי האתר בעת יציאתה של התובעת ממנו - תמונות יא ו-יב שצורפו לתצהירו של המפקח, ועדותו של המפקח בעמוד 162 לפרוטוקול ועדות ברזאני בעמוד 33).

61. הנתבעת טוענת, כי עד למועד הביטול ביצעה התובעת אך כ- 15% מההיקף הכספי של הפרויקט. לפי טענתה, עוד בסוף אוגוסט 1996 היה ברור כי התובעת לא תצליח לבצע 85% מהפרויקט באותו פרק זמן בו ביצעה אך 15% ממנו.

טענה זו אינה מקובלת על דעתי, ולא ניתן לראות בה הוכחה ברמה הנדרשת כדי לקבוע כי התובעת היתה, בהכרח מאחרת איחור שיצדיק צפייה שתתקיים הפרה יסודית. משך ביצוען של עבודה בכלל, ועבודות בניין במיוחד, אינו נגזר דווקא מההיקף הכספי שלהן. ידוע לכל, כי במסגרת פרויקט בניה, יכול שיהיה חלק שביצועו ייארך פרק זמן ארוך, אך ההיקף הכספי שלו אינו גדול, ולהיפך. בדרך-כלל, וכך היה גם במקרה הנדון, עבודות ההכנה והיסודות מצריכות עבודה לפרק זמן ארוך, על ידי ציוד הנדסי יקר אך דורשות מספר קטן של פועלים, ומשהוכנה התשתית לביצוע עבודות נדרשים צוותי-עבודה רבים. בנסיבות אלה עלויות הביצוע

של עבודות שתימשכנה זמן מועט יותר הינן פחותות. התובעת מוסיפה וטוענת, כי המצב הפיזי בשטח לא איפשר לה לבצע את העבודה וטענה זו לא הופרכה.

62. בא-כוח התובעת טוען, כי היו הבטחות מצד מנהלי התובעת, לפיהן היא תקצה פועלים נוספים לפרויקט, והקצאה זו היתה יוצרת תנאים של ביצוע מהיר של העבודות, אשר היו מושלמות במועדן הנכון. הנתבעת לא עשתה להפרכתו של טיעון זה.

בהקשר זה יש לומר, כי המפקח העיד בבית המשפט כעד שאינו עד מומחה (וכך נקבע מפורשות בהחלטת בית המשפט בעמוד 147 לפרוטוקול). לפיכך, הערכות הזמנים שעליהן העיד, לפיהן ברור כי התובעת לא יכולה לעמוד בפרק הזמן עליו הוסכם, יכול שישמשו ראיה אך לעניין קיומן של הערכות המפקח, אך לא לעניין נכונותן או סבירותן.

המפקח העיד על נושאים מקצועיים נוספים אך לא כעד מומחה. אולם, אף אם המפקח אינו עד מומחה, הרי הוא בעל מומחיות בתחומו, ודינו כדין בעל דין המעיד לעצמו ויש לו מומחיות. הנטייה תהיה לראות את עדותו כעדות הנגועה בחוסר אובייקטיביות, ובית המשפט לא ייטה לייחס לה משקל רב יותר מאשר משקל עדות של בעל דין שאינו מומחה.

המפקח עצמו אינו בעל דין, אך הוא ללא ספק צד מעוניין, ופעל מטעמה של הנתבעת, הן בעת ביצוע החוזה והן כעד מטעמה במהלך הדיון.

63. אולם, הנתבעת טוענת יותר מכך. מעבר לזכויות שלפי [חוק החוזים](#) (תרופות), טוענת הנתבעת כי החוזה עצמו מעניק לה זכות להפסיק את עבודתו של הקבלן ולהשלימה באמצעות קבלן אחר, בנסיבות שפורטו בחוזה, כדלהלן:

"כשהמפקח סבור שקצב ביצוע העבודה איטי מידי כדי להבטיח את השלמתה במועד הקבוע בחוזה, או במועד שהוארך להשלמתה, והקבלן לא ציית להוראה בכתב מהמפקח לנקוט באמצעים הנזכרים בהוראה שמטרתן להבטיח את השלמת העבודה במועד הקבוע בחוזה או במועד שהוארך להשלמתה" (סעיף 68(א)(2) לחוזה).

לא מצאנו כל הוראה בכתב, העונה על הדרישות שבסעיף זה. הנתבעת מפנה לשלושה מכתבים (נספחים א2 - א4 לכתב ההגנה). אולם, מכתבים אלה אינם עונים

על הדרישות שבאותו סעיף 68(א)(2), לפי פרשנותו הראויה, ובשים לב לכך כי החוזה נוסח באופן בלעדי על ידי הנתבעת.

סעיף 68(א)(2) קובע שיש לציין בהודעה על-פיו את האמצעים הנדרשים שעל הקבלן לנקוט כדי להבטיח את השלמת העבודה. כל המכתבים שעליהם מצביעה הנתבעת אינם בגדר הודעה שעל פי סעיף 68(א)(2), אלא הם תכתובת שכיחה שבין מזמין עבודה לקבלן, בכל פרויקט, כדי להאיץ בו לעבוד. סעיף 68(א)(2) לחוזה הוא סעיף מרחיק-לכת, והפרשנות הראויה שלו מחייבת מסקנה כי הודעה על פיו צריך שתראה באופן ברור כי היא ניתנת במסגרתו של אותו הסעיף האמור.

64. זו ואף זו: מן העדויות עולה, כי כאשר נדרשה התובעת במפגיע להפעיל צוות נוסף, ביום 7/7/96 - היא עשתה זאת (ראה עמ' 73). במיוחד ראוי לציין, כי אין זה סביר כי המפקח לא ירשום ביומני העבודה כל הערה בדבר המחסור בכוח-אדם. למרות זאת, אין לכך התייחסות ביומני העבודה.

אם אכן הגיעה הנתבעת למסקנה, כי קיים מחסור ממשי בכוח-אדם, וצפוי איחור משמעותי בביצוע העבודות, וכל זאת לנוכח הערכתו של המפקח, שומה היה עליה, למיצער, לציין זאת ביומני העבודה, או לשלוח מכתב על כך לתובעת. מה לה לנתבעת כי תלין על כך שלא תוגבר כוח העבודה כאשר אין בחומר הראיות ולו מסמך אחד הדורש זאת במפגיע מן התובעת ועונה על הדרישות שבסעיפי החוזה השונים?

גם אם נקבל את טענתו של המפקח, לפיה נתקל בקשיים לרשום דברים ביומני העבודה הרי שהיה עליו לעמוד על כך שהדברים יירשמו. המפקח העיד (עמוד 118) כי יומני העבודה נשארו ב"בודקה" של התובעת באתר, וטענותיו לגבי חוסר יכולתו לרשום כרצונו באופן חופשי ביומן העבודה אינן גורעות מחובתו לעמוד על כך שהוראות חשובות שברצונו להורות לקבלן - יירשמו. גם את מחדלו של המפקח לקבל העתקים מיומני העבודה (עמוד 120), יש לזקוף לחובתו. מלבד לכל אלה, אין הדבר מסביר את היעדרו של מכתב רשום לתובעת, כמצוות סעיף 8 לחוזה, הדורש ממנה לתגבר את כח העבודה באתר.

65. בנוסף לסעיף 68(א)(2), מצינו בחוזה גם את סעיף 48(א), שזו לשונו:

48" א. אם יהיה צורך, לדעת המנהל, בכל זמן שהוא, להחיש את קצב ביצוע העבודה יותר מכפי שנקבע תחילה בלוח הזמנים, יפנה המנהל בדרישה מתאימה לקבלן והקבלן מתחייב לעשות כמיטב יכולתו להחשט קצב ביצוע העבודה בהתאם לדרישה, ולמלא אחרי כל יתר הוראות המנהל הנוגעות לענין שעות העבודה, ימי העבודה ושיטות העבודה."

בדומה לנאמר לגבי סעיף 68(א)(2), הדעת נותנת, שגם הודעה לפי סעיף זה חייבת להיעשות במפורש, וכזו לא מצאנו. יתר על כן, סעיף זה דורש מן הקבלן לעשות "כמיטב יכולתו להחשט קצב ביצוע העבודה". הנתבעת לא הוכיחה כי היה באפשרותה של התובעת לבצע את העבודות בקצב מהיר מכפי שביצעה אותן.

66. הנתבעת טוענת, כי מן העדויות עולה, כי התובעת סיימה את העבודות באתר אחר (בשוק) אך בסוף חודש ספטמבר, ומכאן היא מבקשת להסיק כי התובעת לא היתה יכולה להקצות פועלים נוספים לעבודה באתר עד לאותו מועד, ומשום כך ברור כי גם עד לחודש נובמבר לא היתה התובעת מסוגלת לסיים את העבודות באתר.

טענה זו יש לדחות.

בחינת הביטול אם הוא כדין אם לאו - יש לעשות לפי הנסיבות והמידע שהיו קיימים בשעת ביטול החוזה, ואין לקבל לעניין זה עדויות על הנעשה מאוחר יותר, אלא בכל הקשור לסבירות ההערכות השונות של הצדדים. אפשר, שאם הנתבעת היתה מסכימה להמתין עוד זמן מה להשלמת העבודות - היתה התובעת עושה מאמצים רבים לסיים את העבודות בשוק ואת העבודות באתר. משלא נדרשה לכך, אין להסיק כי לא היתה יכולה להקצות פועלים נוספים עד סוף חודש ספטמבר.

ודוק: לתובעת עמדו אפשרויות להביא את החוזה לסיומו. אפשרויות אלה מקנים לה הדין הכללי והוראות החוזה, המנוסחות לטובת הנתבעת. הנתבעת לא היתה חייבת להמתין ולו שבוע אחד, אילו שלחה לתובעת הודעה על הפרת החוזה ערוכה כדין, תוך מתן ארכה של מספר ימים לתגבור הפועלים, אך היא לא עשתה זאת. הנתבעת גם לא נקטה באחת מן הדרכים הרבות שמקנה לה החוזה להביא את החוזה לסיומו, כאמור. משלא עשתה כך - מה לה כי תלין על התובעת?

לכך, יש הצדקה לא רק מכוח החובה לנהוג לפי הדין ולפי הוראות החוזה, אלא גם הצדקה עניינית, מבחינת האינטרסים וההערכות של הקבלן (בענייננו - התובעת). קבלן המבצע עבודה זכאי לקבל התראה מפורשת כי החוזה עימו עלול להתבטל תוך

ימים ספורים, שנקבעו בהודעה - אם לא יתגבר את כוח העבודה באתר כדי לסיים את העבודות במועד. משלא נשלחה הודעה כאמור, ולא נכתב על כך דבר ביומני העבודה - לא היתה הנתבעת רשאית לבטל את החוזה, כפי שעשתה.

67. לסיכום עניין זה יש לציין גם את הוראת סעיף 6 לחוזה, כדלהלן:

"הקבלן יבצע את העבודה בהתאם לחוזה, לשביעות רצונו המוחלטת של המנהל, וימלא לצורך זה אחרי כל הוראותיו. הוראות המנהל שלא נרשמו ביומן, כנזכר בסעיף 22 דלעיל, יינתנו בכתב" (ההדגשה אינה במקור - ע"ק).

נוכח האמור לעיל, ובעיקר בשל היעדרן של הוראות בכתב - הן ביומנים או במכתבים, ולפי האמור בחוזה שנוסח על-ידי הנתבעת - נראה לי שאין יכול להיות ספק שהנתבעת לא עמדה במוטל עליה על פי החוזה, כדי לדרוש מן התובעת לתגבר את כוח העבודה, שאם לא כן - יהא בכך עילה לביטול החוזה

הסתמכות הנתבעת על עילות הפרה נוספות - הסוגיה העקרונית

68. התובעת טוענת, כי אין הנתבעת רשאית להסתמך על עילות-הפרה שלא ציינה בהודעת הביטול ששלחה לתובעת, וכי כל עילה שאינה מופיעה במכתב הביטול כמוה כלא היתה. טענה זו - בדין יסודה.

69. במספר הזדמנויות קבע בית המשפט העליון, כי צד לחוזה אינו רשאי להסתמך על עילת הפרה שזכרה לא בא בהודעת הביטול ששלח למפר. בע"א 262/86 רוט נ' DEAK, פד"י מה(2), 353, בעמ' 375-377, נדונה שאלה זו באריכות, אף כי לתוצאה הסופית של פסק הדין הגיע בית המשפט בלא צורך בדיון זה. בפסק דינו, סוקר השופט בך את המצב המשפטי באנגליה ובארצות-הברית, שם יכול הנפגע להסתמך על כל עילת-הפרה, בין שצוינה בהודעת הביטול ובין שלא, בין שהיתה ידועה לו בזמן שליחת הודעת הביטול ובין שלא. לאחר מכן מביע השופט בך את דעתו כי בישראל המצב המשפטי הוא שונה, משנחקקו חוק החוזים (חלק כללי) וחוק החוזים (תרופות). וכך הוא קובע:

"... בפסיקתו של בית משפט זה לאור חקיקתו של חוק החוזים - תרופות ניתן למצוא רמזים למסקנה הפוכה.

בע"א 702/80 גלפנשטיין ואח' נ' אברהם ואח', פ"ד ל"ז (4) 113
 נדונה תקפותה של הודעת ביטול שנמסרה מהמערערים באותו תיק
 למשיבים. באופן עקיף, ובשולי הדברים, קובע השופט א' שינבויס
 באותו פסק דין (שם, בעמ' 122) 'אי-עמידה בתשלומים אלה לא
 נזכרה בהתראה שנשלחה על ידי המוכרים ובהודעה על ביטול
 החוזה על-ידיהם. אין היא יכולה איפוא לשמש עילה לביטול'.

נוטה אני לדעה, שחייבת להיות זיקה כלשהי בין העילה שהנפגע
 מסתמך עליה בהודעת הביטול, ובין העילה הנטענת על ידו לאחר
 מכן....".

70. על פסיקה זו נמתחה ביקורת מצד מלומדים:

"עקרונית נראה לנו, שהנמקה איננה כובלת את הצד המבטל, וכי
 הוא יכול להסתמך על עילה שלא נזכרה בהודעת הביטול. אם פטור
 אדם מלנמק, מדוע ייחרץ גורלו אם שגה בנימוק?" (פרופ' פרידמן
 ופרופ' כהן, חו"מ, בעמ' 1090).

ואולם, אם בפרשת רוט נ' DEAK, הכרעותיו של בית המשפט העליון נאמרו
 באמרות-אגב, שלא היו צריכות להכרעה לגופו של עניין, הרי שבע"א 3094/96
 שמואל רונן חברה לבניין בע"מ נ' סעל"ר חברה לבניין בע"מ, פד"י נב(1) 210, נקבעה
 הלכה מחייבת בסוגייה. מפאת חשיבותם של הדברים לענייננו, אביאם להלן, מפי
 כבוד השופטת בייניש, בעמ' 224-225 לפסק-הדין:

**"בפנינו לא עומדת השאלה מה דינה של הודעת ביטול שאינה
 מנומקת ... השאלה העומדת בפנינו היא מה דינה של הודעת ביטול
 המתבססת על נימוקים מוטעים, כאשר קיימת עילה תקפה אחרת.**

בשורה של פסקי דין נקבע בבית משפט זה כי משנימק הנפגע את
 הודעת הביטול, אין הוא רשאי להסתמך על עילת ביטול שלא
 הופיעה בהודעתו המנומקת, אלא אם נתן כדין הודעת ביטול חדשה
 (ראו ע"א 262/86 רוט נ' DEAK AND CO. INC., פ"ד מה (2) 353,
 376; ע"א 702/80 גלפנשטיין ואח' נ' אברהם ואח' פ"ד לז(4) 113,
 122; ע"א 751/89 מוסהפור נ' שוחט פ"ד מו(4) 529, 534; ע"א
 1395/91 וינוגרד נ' ידיד, פ"ד מז(3) 793, 801).

בענייננו, ציינה המשיבה ארבע הפרות המצדיקות לדעתה את מתן
 הודעת הביטול אולם אף אחת מהפרות אלו לא יכולה הייתה לשמש
 בסיס לביטול החוזה. יוצא אפוא, שהמשיבה ביטלה את החוזה
 מטעמים שלא הקנו לה את הזכות לביטול. רק בכתב הטענות בפני
 בית המשפט קמא העלתה המשיבה את הטענה כי הביטול מוצדק
 גם בשל משלוח הודעת הביטול של המערערת. אולם בשלב זה, לא

היה בכוחה של המשיבה לתת תוקף רטרואקטיבי להודעת הביטול הפגומה.

- - -

מסירת הודעת ביטול שלא כדין הינה הפרה יסודית של החוזה (או הפרה יסודית צפויה; ראו ע"א 1/84 נתן נ' סטרוד פ"ד מב(1) 661, 671; ע"א 256/89 פרץ נ' כובס פ"ד מו(3) 557, 564). הנפגע - בענייננו, המשיבה - הניחה שהודעה זו הביאה לסיום חייו של החוזה והפסיקה לקיים את חיוביה. אולם כמו שהמערער טענה באשר לתוקפה של הודעת הביטול שלה, כך שגתה גם המשיבה בפירוש הודעתה. שני הצדדים ראו בחוזה כבטל, כל אחד מנימוקיו, ושניהם טעו. למעשה החוזה המשיך לחייב את הצדדים גם לאחר משלוח הודעות הביטול ההדדיות. במסירת ההודעה ובהפסקת קיום תנאי החוזה הפרה, אפוא, המשיבה את החוזה הפרה יסודית".

עמדה זו הפכה לדעת הרוב באותו עניין, משהצטרפה השופטת דורנר לעמדתה של השופטת בייניש. אמנם השופטת שטרסברג-כהן ביקשה לצמצם הלכה זו רק לנסיבות הספציפיות של אותו המקרה (**שם**, בעמ' 229), אך דעת הרוב נקבעה כדעתה של השופטת בייניש שהובאה לעיל.

71. אשר על כן נראה, כי ההלכה הפסוקה של בית המשפט העליון, על אף הביקורת שהושמעה עליה, עומדת בתוקפה - ולפיה אין צד יכול להסתמך על עילת-הפרה, שזכרה לא בא במכתב הביטול.

ערבות בנקאית

72. לדברים המקובצים לעיל ישנה נפקות לענייננו בסוגיית המצאתה (או, ליתר דיוק, אי-המצאתה) של ערבות בנקאית על ידי התובעת, כנדרש על פי החוזה. זאת משום שבהודעת הביטול לא נכתב כי החוזה מבוטל משום שלא הומצאה ערבות בנקאית, אלא מן הטעם שהתובעת לא עמדה בלוח הזמנים הקבוע על פי החוזה, ולא הוסיפה פועלים מטעמה באתר הבנייה, כדי שתוכל לעמוד בלוח הזמנים לביצוע העבודות.

73. במסמכים שנחתמו והוחלפו בין הצדדים, הם התייחסו לנושא הערבות הבנקאית, ובין היתר אלה:

סעיף 9 להצעת הקבלן למכרז קובע:

"אם הצעתי תתקבל הנני מתחייב ... להפקיד בידי המזמין ערבות בנקאית לביצוע בשיעור הנקוב בחוזה ...".

סעיף 7(א) לחוזה קובע:

"להבטחת מילוי התחייבותיו על פי החוזה ימציא הקבלן למזמין, עם חתימת החוזה על ידי המזמין, ערבות בנקאית בנוסח שנקבע במסמך "ב2" בגובה של 10% מסכום החוזה כמפורט בהצעת הקבלן...".

74. אין מחלוקת בין הצדדים, כי התובעת לא המציאה מעולם ערבות בנקאית לגבי פרויקט זה. אין גם מחלוקת, כי ממסמכי החוזה שנחתמו לבסוף על ידי שני הצדדים הוצא מסמך "ב2" (נוסח הערבות הבנקאית כקבוע בסעיף 7(א) הנ"ל), ולא צורף לנוסח הסופי של החוזה. התובעת טוענת, כי מעובדה זו, כמו גם מן העובדה כי הנתבעת הסכימה לתחילת העבודות לפני שהומצאה ערבות בנקאית ומן העובדה כי במסמך ביטול החוזה לא נאמר דבר על אי המצאת הערבות הבנקאית, יש ללמוד כי הנתבעת ויתרה למעשה על המצאת הערבות הבנקאית. עוד טוענת התובעת כי אילו היתה נדרשת להמציא ערבות בנקאית, היתה עושה זאת בתוך זמן קצר.

על כך מעיד פנאני (עמוד 84 לפרוטוקול):

"אם זהב ירושלים היו מבקשים ממני את הערבות הבנקאית תוך חצי שעה הערבות הבנקאית היתה אצלם".

עדות זו נתמכת במכתב שהפנתה התובעת לנתבעת בעת הגשת מסמכי המכרז, לפיו אם תהא בעיה עם הערבות הבנקאית התובעת מבקשת לפנות אליה.

אכן, על פי מסמכי המכרז, לא נדרש, בעת הגשת ההצעות, לצרף ערבות בנקאית. אולם, יש לראות במכתב האמור משום תמיכה מסוימת בעמדתה של התובעת, לפיה אילו היתה הנתבעת פונה לתובעת ודורשת את המצאת הערבות הבנקאית, היתה

נענית. יתירה מכך, כאשר נשאל המפקח, בעדותו בבית המשפט, מה היא תגובתו לקיום המכתב המאשר כי ערבות בנקאית תומצא לנתבעת עם הדרישה לכך, השיב: "אין לי תשובה" (עמוד 159 לפרוטוקול). תגובה זו יש בה כדי לתמוך בגירסת התובעת.

75. במסמך ת/ 18 כותב המפקח לתובעת, כדלהלן:

"... טרם נמסרה לנו ערבות לביצוע החוזה בנוסח הכתוב בחוזה (ראה צילום מצורף). בלעדיה לא יאושר תשלום מס' 1...."
(הסוגריים במקור - ע"ק).

התובעת טוענת כי היא לא קיבלה מסמך זה מעולם. למרות התחייבותה של הנתבעת להמציא אישור על שליחתו של המכתב ת/ 18 לתיק בית המשפט, לא הומצא אישור כאמור. יתירה מכך, התובעת טוענת כי גם הקבלן שעמו התקשרה הנתבעת לבסוף, ברזאני, לא סיפק ערבות בנקאית, ולמרות זאת לא ביטלה הנתבעת את החוזה עימו.

76. לעומת טענת התובעת, אומרת הנתבעת, כי מעולם לא ויתרה על המצאת ערבות בנקאית, כי מנהל הנתבעת (מר בן דוד) לא אישר את התשלום בשל אי המצאת הערבות (ההערות שבנספח ד' לתצהירו של מר בן דוד) וכי זכותה של הנתבעת לדרוש את הערבות הבנקאית היא זכות שעל פי החוזה נתונה לשיקול דעתה הבלעדי. ועוד זאת: לפי סעיף 51 לחוזה הימנעות מדרישת זכות לא תיחשב לויתור על אותה הזכות.

הנתבעת מוסיפה וטוענת, כי העובדה שלא דרשה את הערבות הבנקאית נובעת מכך שכל עוד מבצע הקבלן את חיוביו, יכול התשלום עבור העבודות שאותן הוא מבצע יכול לשמש "תחליף ערבות", כך שהחשבון לא ישולם לקבלן אלא לאחר שימציא ערבות בנקאית כנדרש. החלשה מסוימת של טענתה זו ניתן למצוא בכך שברזאני לא סיפק ערבות בנקאית, וככל הנראה היא אף לא נדרשה ממנו, לא בתחילת העבודה ולא בסיומה, לא לפני ששולמו לו תשלומים ולא לאחר מכן (ראה עדות ברזאני בעמוד 33).

77. פתרון המחלוקת בסוגיה זו קשור בטבורו בהכרעה בשאלה האם רשאית הנתבעת להסתמך על טענות שלא בא זכרן בהודעת הביטול. משנפסקה ההלכה, כאמור לעיל, כי צד אינו יכול להסתמך על נימוקים שלא טען בהודעת הביטול, הרי שלמרות שאי-המצאת הערבות הבנקאית היתה בגדר הפרת החוזה - משלוח הודעת הביטול היווה בעצמו הפרה יסודית של החוזה, ולא עמד בדרישות החוק לטיפול בהפרה "רגילה" של החוזה, דהיינו, מתן ארכה לתיקון ההפרה.
78. בין אם נניח שת/ 18 אכן נשלח על ידי הנתבעת, ובין אם נניח שלא נשלח, בין כך ובין כך - אין הוא יכול לשמש הודעה על הפרה ודרישה לתקן את ההפרה, משום שאינו עומד בתנאים הנדרשים מהודעה כזו. במקרה של הפרה לא יסודית, מהווה משלוח התראה תנאי שאין בלתו לקיום הזכות לבטל את החוזה, ומהתראה כזו צריכה לעלות באופן מפורש הדרישה כי יבוטל החוזה בתום הארכה (וראו [שלו: דיני תוזים](#), מהדורה שניה, 1995, בעמודים 553-555).
79. ראינו גם, כי [סעיף 6 לחוק החוזים](#) (תרופות), קובע כי הפרה יסודית היא הפרה שניתן להניח לגביה שאדם סביר לא היה מתקשר בחוזה אילו ראה מראש את ההפרה ותוצאותיה, או זו הפרה שהוסכם כי תיחשב הפרה יסודית.
- אמת נכון, שבית המשפט עשוי להכיר בהפרה יסודית מסתברת אך במקרים קיצוניים. במיוחד כאשר הפגיעה ביסודות החוזה היא חמורה עד כדי כך שעשויה להביא להתמוטטות "הבסיס העסקי של החוזה" ושוללת את התועלת שהחוזה נועד להעניק לנפגע (שלו, שם, עמוד 549).
80. על כך שאי-המצאתה של ערבות בנקאית איננה בגדר "הפרה יסודית" במובנה האמור, ניתן ללמוד מעצם העובדה שלמרות שלא הומצאה הערבות, אישרה הנתבעת לתובעת להתחיל בעבודה ולהמשיך בה. בנסיבות שכאלה, ולמרות חשיבותה הברורה של ערבות בנקאית, אין לומר כי אי-המצאתה של ערבות בנקאית, תוך מתן ערבות אישית של פנאני, ממוטטת את הבסיס העסקי של החוזה ושוללת את התועלת שהוא נועד להעניק לנתבעת. חיזוק נוסף יש לראות, כפי שנאמר לעיל, בכך שלא נדרשה מהקבלן המחליף - בראזני - ערבות בנקאית.

אוסף עוד, כי מנהל הנתבעת העיד (בעמודים 168-169) כי פנאני הודיע לו כי הוא לא צרף ערבות בנקאית ויצרף אותה יותר מאוחר, ועוד העיד, כי לא שלח תגובה למכתב התובעת, המסביר כי לכשתידרש ערבות בנקאית - היא תסופק מיידית.

81. הנתבעת טוענת בסיכומיה, כי מעדותו של מר משה ברודסקי, שהעיד כי בדרך כלל בלי ערבות לא יתנו לקבלן לעבוד, יש ללמוד כי הערבות הבנקאית היא מהותית ויסודית לחוזה.

דווקא לאור דברי העד הזה, העובדה כי הנתבעת איפשרה לתובעת להתחיל בעבודה, למרות שהערבות הבנקאית לא הומצאה - מעידה כי גם הנתבעת לא ראתה בערבות הבנקאית אחד מעמודי התווך של החוזה שבין צדדים אלה.

עמדה זו מוצאת סיוע בפסק הדין שניתן לאחרונה בע"א 2825/97 אבו זייד נ' מקל, פד"י נג(1) 402. באותה פרשה נדונה שאלה של איחור במועדי תשלום, שהוסכם מפורשות בחוזה כי ייחשב להפרה יסודית. בית המשפט העליון פסק כלהלן (שם), בעמוד 412, מפי כבוד השופט אנגלרד):

"ההשהיה הממושכת בנקיטת אמצעים כלשהם בעקבות האיחור בתשלום יתרת המחיר מעידה על כך כי המשיב פסק מלראות באיחור זה משום הפרה יסודית ... מבחינה עקרונית, התנהגותו של הצד התמים במהלך ביצוע החוזה עשויה להפוך תנאית יסודית מוסכמת לתנאית לא-יסודית. כך, אי-עמידה ממושכת על ביצוע זכות חוזית במועדה הנקוב עשויה ליצור את הרושם, בעיני כל משקיף, כי האיחור אינו עוד בבחינת הפרה היורדת לשורש העסקה".

אמנם כבוד השופטים טירקל ומצא הסתייגו מדרך הנמקתו של השופט אנגלרד באותה פרשה, אך לא בכל הקשור למובאה דלעיל, וגם השופט טירקל הסכים (שם), בעמוד 419, כי:

"בענייננו, שינו בעלי הדין את הוראות ההסכם בשני העניינים הנזכרים. בכך גילו את דעתם כי איחור בתשלום היתרה - להבדיל מהחיוב המקורי לשלם את הסכום בשלמותו - אינו בגדר הפרה יסודית, אלא הוא בגדר הפרה שאינה יסודית. מכיוון שכך היה המשיב זכאי לבטל את החוזה רק 'לאחר שנתן תחילה למפר ארכה לקיומו והחוזה לא קיים תוך זמן סביר לאחר מתן הארכה'".

ואם בהפרה שלגביה קבעו צדדים לחוזה מפורשות שתיחשב להפרה יסודית כך - הרי בהפרה יסודית מסתברת - על אחת כמה וכמה.

82. משנמצאו למדים, כי אי-המצאתה של הערבות הבנקאית איננו בבחינת הפרה יסודית, אלא היא בבחינת הפרה "סתם" - נובע מכך, כי היה על הנתבעת להודיע לתובעת על ההפרה ועל ארכה לתקן את ההפרה. המסמך ת/18, בין אם נשלח ובין אם לא נשלח, אינו מהווה הודעה על ארכה. אין בו כל איזכור, מפורש או משתמע, על ארכה שניתנת, לרבות משך הארכה, ויותר מכך - אין בו התנייה מפורשת כי אם לא תומצא ערבות בנקאית - יבוטל החוזה. כל שנכתב בו הוא כי ללא המצאת הערבות - לא ישולם חשבון מספר 1, ולא נאמר כי יבוטל החוזה. ראינו כבר, כי בהודעת הארכה - יש לומר במפורש שאם לא תתוקן ההפרה יבוטל החוזה. מעבר לכל אלה יש לחזור ולהזכיר, כי הנתבעת לא עמדה בהבטחתה לספק את אישור המסירה של ת/18.

83. בנסיבות אלה, התובעת אינה יכולה להסתמך על אי-המצאתה של הערבות הבנקאית כעילה לביטול החוזה. תיתכן דרישה לפיצויים בשל אי-המצאתה של הערבות, שכן דרישת פיצויים אינה מותנית בביטול החוזה, ואולם אם יתברר שהודעת הביטול של החוזה לא היתה כדין, הרי שבמשלוח הודעת הביטול יש משום הפרה יסודית של החוזה, מה גם שלא הוכח הנזק שנגרם לנתבעת עקב אי-המצאתה של הערבות הבנקאית. אם לא הוכח הנזק בראש-נזק ספציפי - אין מקום לפסוק פיצויים (וראו: ע"א 3094/96 הנ"ל, שבסעיף 70 לעיל, שם).

טענות התובעת ל"קשר" בין הנתבעת לברזאני

84. התובעת טוענת, כי הנתבעת, או המפקח מטעמה, קשרו קשר יחד עם ברזאני לסלק את התובעת מביצוע החוזה, ולהעניקו לברזאני. טענה זו - טענה חמורה היא, משום שהיא מייחסת לנתבעת ביצוע, לכאורה, של מעשים פליליים (קבלת דבר במרמה, או תחבולה; קשר לביצוע עוון או, למצער, 'קשר לביצוע מעשים אחרים'). בעניינים כגון דא, עמדת הפסיקה היתה מאז ומעולם, כי נדרשות ראיות בעלות משקל משמעותי כדי לבססן. אמנם היתה בעבר מחלוקת, האם מדובר על "דרגת הוכחה שלישית" - בין זו האזרחית לבין זו הפלילית, אך כיום הדעה המקובלת היא שאין מדובר בדרגת הוכחה שלישית. עם זאת, מסכם השופט קדמי בספרו על הראיות (1999) בעמ' 1320, את הסוגיה, כדלהלן:

"הגישה המקובלת היא איפוא: שמידות ההוכחה הן שתיים בלבד; ומשמעותן אינה משתנה מעניין לעניין. לעומת זאת - משקלן הסגולי ("כמותן" או "רצינותן") של הראיות הדרושות לעמידה במידת ההוכחה הדרושה, משתנה בהתאם לחומרתן ולרצינותן של העניין הטעון הוכחה".

85. התובעת לא הביאה ראיות של ממש, ואף לא ראיות "כבדות" או "רציניות" להוכחת טענתה. כל הראיות התומכות בטענתה זו נשענות על פרשנות של התובעת לאמירות שנאמרו על ידי העדים השונים, לפני המשפט ובמהלכו. ברזאני עצמו העיד מטעם התובעת, ולא רק שלא הוכחה טענת ה"קונספירציה" בעדותו, אלא שהוא אף לא נשאל על כך, ישירות. כל שנשאל בענין זה היו שאלות שמהן עלה כי יכול שהיו אינטרסים לגורמים השונים שתועבר אליו העבודה.

למרות הסתירה שבין דברי המפקח (בעמוד 137 לפרוטוקול) לבין דבריו של ברזאני (בעמוד 32-30) לגבי אופן יצירת ההתקשרות בין הנתבעת לבין ברזאני, ועדותו של המפקח כי אינו זוכר מה היו תגובותיו של מר בן דוד כאשר נודע לו על הטעות בתכנון (עמוד 139) - לא ראיתי לייחס זאת ל"קשר" בין הנתבעת לבין ברזאני וחברת הפיקוח. גם אין לזקוף את חוסר יכולתו של המפקח להיזכר האם העברת העבודה לברזאני נעשתה לפני או אחרי משלוח המכתב מיום 16 באוגוסט (ראה בעמוד 160 לפרוטוקול), כתמיכה של ממש בטענת ה"קשר".

נוכח דלותן של הראיות בעניין זה - יש לקבוע כי פרשנותה של התובעת היא מרחיקת לכת וכי לא הוכחה, כלל ועיקר.

86. אף מבלי להיזקק הכלל האמור, הדורש ראיות בעלות יתר-משקל לטענות מן הסוג הזה, הייתי מתקשה להכריע בשאלה אם התובעת עמדה בנטל ההוכחה ליצירת "קשר". התחשבות בכלל האמור מביאה למסקנה, כי התובעת לא הוכיחה את טענתה זו.

87. למעלה מן הדרוש אוסיף, כי אין זה ברור מדוע נדרשה התובעת לטענה קיצונית זו של מירמה מכוונת ושל "קשר", שהרי די בקביעה שלא הוצא צו התחלת עבודה ושהודעת הביטול היתה שלא כדין - וכל זאת מטעמים פנימיים לחוזה, כדי שהתובעת תזכה בתביעתה. בנסיבות אלו, מוטב היה לה לתובעת אילולא היתה מעלה טענה זו.

טענת הדרישה לבצע קירות ביסוס ולא קירות כובד

88. התובעת טוענת, כי הדרישה שהופנתה אליה מצד המפקח לביצוע קירות קונסטרוקטיביים במקום קירות כובד היתה בלתי סבירה מבחינה תכנונית, בלתי יעילה מן ההיבט הכלכלי, ונבעה משיקולים מוטעים (או במהדורה אחרת - "זדוניים") של המפקח. דרישה זו היתה, לטענת התובעת, סיבה נוספת לאיחור שנוצר בביצוע העבודות, מה גם שהמפקח נמנע ממסירת הפרטים הדרושים לביצוע קירות קונסטרוקטיביים, כאמור.

89. בטענות הקשר דנתי לעיל וקבעתי כי לא הוכחה. נותר, אם-כן, לדון בשאלה אם העלאת הדרישה תאמה את סמכויות המפקח על-פי החוזה, ומה היתה, בנסיבות אלה, התגובה הנדרשת מצד התובעת.

90. סעיף 2 לחוזה קובע בלשון זו:

"2. א. המפקח רשאי להשגיח על ביצוע העבודה ולהחליט בכל דבר הנוגע לביצוע העבודה, לטיב החומרים והמוצרים שמשמשים בהם וטיב העבודה שנעשית על ידי הקבלן... המפקח רשאי להחליט ולקבוע בכל דבר הנוגע לשלבי ביצוע העבודה, עדיפויות בביצוע, קביעת השלבים שבוצעו ואישור חשבונות חלקיים וסופיים. החלטתו של המפקח בעניינים הנתונים לסמכותו תהיה סופית."

סעיף 19 לחוזה קובע עוד:

"19. א. על מנת להסיר ספקות מוצהר בזאת, כי המנהל ו/או המפקח בלבד הם המוסמכים ליתן הוראות והנחיות המחייבות את הקבלן ... וכי מתכנני העבודה אינם רשאים ליתן הוראות לקבלן באופן ישיר, שלא על דעת ובאמצעות המנהל ו/או המפקח."

91. הנתבעת טוענת, כי כל הוראותיו של המפקח היו הוראות הנוגעות לאופן ביצוע העבודה, והוראות אלה מצויות בתחום סמכותו הבלעדית של המפקח, בהתאם לחוזה. טענה זו מקובלת על דעתי, ואולם יש לסייגה, כפי שאפרט להלן.

92. רבות נאמר על החיובים מכוח עיקרון תום הלב, המוצא את ביטויו [בסעיף 39 לחוק החוזים](#) (חלק כללי), התשל"ג - 1973. אחד מתחומי הפעילות העיקריים של עיקרון תום הלב הוא ריכוזן של הזכויות החוזיות, ויש לזכור, כי החיוב שבאותו [סעיף 39](#)

כורך בכפיפה אחת את תום הלב עם הדרך המקובלת (וראו: שלו, שם, עמודים 50-49).

נראה לי, שבחווה גדול-מימדים והיקף כספי, כגון החווה דנא, תום הלב והדרך המקובלת מחייבים, כי למרות זכות ההחלטה הבלעדית והסופית של המפקח, הרי שאם ישנן הערות לקבלן המבצע, על המפקח לשקול אותן לגופן. "לשקול" - משמעותו לשקול באופן אובייקטיבי, ללא משוא פנים וללא דעה קדומה.

93. כפי שהעיד פנאני (בעמוד 70 לפרוטוקול), שררו יחסי אמון קרובים בין הצדדים לחווה, ובהתאם לכך - החלטות רבות נעשו בתיאום בין הצדדים, גם אם היה בהן משום חריגה מתנאים פורמליים שבחווה. בנסיבות אלה, אין המפקח יכול להסתתר מאחורי החלטתו, משהוכח כי יעיל ונכון יותר לבצע קירות כובד ולא קירות קונסטרוקטיביים, למעט קיר אחד. כך עולה מעדויות המומחה מטעם התובעת (בעמוד 11), שלא נסתרו בחוות דעת מומחה מטעם הנתבעת, ועדות ברזאני (עמוד 35 לפרוטוקול), כי התחילו בבניית קירות תומכים והחליטו כי יהיו אלה קירות כובד. הסבריו של המפקח לעניין זה (בעמוד 138 ו-157 לפרוטוקול), אינם יכולים להתקבל על הדעת, וזאת מכיוון שלא היה ברור, מלכתחילה, לפי עדותו שלו, כי ברזאני יציע או יקבל מחיר נמוך לקירות כובד. עוד ראוי לציין את הבלבול בעדות המפקח (בעמוד 137 שורה 15 לפרוטוקול), לעניין קיומה או אי-קיומה של יציקת "בטון דבש" על-ידי ברזאני לעומת התובעת. עוד יש לציין, כי אין מדובר בטעות שולית, אלא בטעות או בלבול שמטרתו להראות כי החוזים שבין הנתבעת לבין התובעת ובין ברזאני היו זהים, ולא היא.

ועוד ראיה: בלוח הזמנים שהעביר המפקח עצמו לקבלן, נכתב כי יש לבצע קירות כובד דווקא. טענתו של המפקח כי "נכון שכתוב קירות כובד בצד מזרח אולי זו טעות" - אינה מבוססת דיה, מה גם שלא נשלחה כל הודעה מטעם הנתבעת על ה"טעות" הזו.

פנאני העיד (בעמ' 79), לאמור:

"ש. על פי חווה קבלנות, מי שקובע איך תבוצע עבודה, זה מזמין העבודה והמפקח שהוא איש מטעמו.

ת. עקרונית - כן. אבל תמיד שומעים מה יש לקבלן להגיד".

על כך יש להוסיף את העובדה המתמיהה, כי המפקח העיד בעצמו, כי נמנע מהעברתם של פרטי הביסוס לבניית קיר קונסטרוקטיבי לתובעת, וכי ללא פרטי ביסוס אלה לא ניתן להתחיל בבניית הקיר (ראו בעמוד 161). עובדה זו תומכת בגירסתה של התובעת, הן לעניין פעולתו של המפקח שלא בדרך המקובלת והן לעניין העיכוב בביצוע העבודות. כאשר המפקח מורה או דורש מהקבלן, מחד, לבצע עבודה מסויימת, ובעת ובעונה אחת נמנע מהעברת הפרטים הטכניים הנדרשים לשם ביצוע הוראתו, אין לתובעת להלין אלא על עצמה, ופעולה זו רחוקה מלהיות פעולה בדרך המקובלת. זאת, אף בלא צורך לדון בשאלת תום הלב.

אכן, עמידה על זכות חוזית כשלעצמה אינה יכולה להיחשב חוסר תום לב ([שלו, דיני חוזים](#), שם בעמוד 63, ליד הערות השוליים 83-84). אך מדובר אך על עמידה על תנייה חוזית שיש בה יתרון לצד העומד על זכותו. עם זאת, כאשר ברור כי ההוראה החוזית פועלת לרעתם של שני הצדדים לחוזה, ובכל זאת מתקש צד לחוזה, מחד גיסא, על הפעלת הזכות האמורה, ומאידך גיסא, נמנע מליתן לצד האחר פרטים הדרושים לו כדי לבצע את הוראותיו, הרי שדרך מקובלת אין כאן, ותום לב אינו מלווה התנהגות זו.

בכך אינני רואה ראייה מספקת לעניין טענת ה"קשר", שדנתי בה לעיל. שיקוליו של המפקח בעמידה על זכותו להכריע לבדו בסוגיות הקשורות בבנייה - יכול שיהיו שיקולים ממין אחר. כך גם הימנעותו של המפקח מהעביר את פרטי הביסוס לגבי הקיר הקונסטרוקטיבי יכולה היתה לנבוע ממניעים שונים. אין הכרח שהמניע לכך יהיה דווקא נסיון להסתרת טעות אדריכלית, או תחילתה של "מזימה" לסלק את התובעת מן החוזה. אפשר, למשל, שכל מטרתו היתה להעמיד את התובעת "על מקומה", או אולי אף פחות מכך. אין זה מעניינו ותפקידו של בית המשפט לשער השערות ולנחש ניחושים, אך מכל מקום, אין בכל אלה דרך מקובלת או תום לב.

94. לא ראיתי לדון בטענות הנוגעות לעניין ה"קשר" מעבר לכך - נוכח קביעותי, כי דין התביעה להתקבל, מטעמים אחרים.

הנזקים שנגרמו לתובעת

95. התובעת טוענת, כי עקב הפרת החוזה על-ידי הנתבעת נגרמו לה נזקים בשל אבדן רווח, בשל חומרי בניין שנשארו בשטח העבודה, אי-תשלום חשבונות 1 ו- 2 על עבודות שכבר ביצעה, ובשל אבדן מוניטין ופגיעה בשם טוב.

96. התובעת העידה עדים שונים על המוניטין שלה, אולם, היא לא הוכיחה, לא מפי העדים הללו ולא בראיות אחרות, פגיעה במוניטין כטענתה, והקשר הסיבתי שלו להפרת החוזה ואת שיעור הנזק הנובע מכך, אם בכלל.

97. במקרים רבים נפסק, כי נפגע התובע את נזקו חייב להוכיח את הנזק שנגרם לו ואת שיעורו, וכי בהיעדר הוכחה כאמור - אין זה עניין לבית המשפט לאמוד את הנזק על פי ראיות עיניו, ועליו לדחות את התביעה לפיצויים (ראו לעניין הוכחת נזק על פגיעה במוניטין: [ע"א 5465/97 קני בתים נ' הועדה המקומית לתכנון ובנייה](#), תק-על 99(2) 1304, בעמ' 1310-1312; [ע"א 700/89 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' מליבו ישראל בע"מ](#), פ"ד מ"ז(1) 667; [ע"א 346/89 איגיפטאיר חברה לתעופה נ' שמעון לוי בע"מ](#); [ע"א 725/87 חברת ביר-טל סחר מזון בע"מ נ' חברת אוליבסקס, פ"ד מ"ד\(1\) 177](#)). על רקע הלכות אלו, אין לראות את תצהירו של פנאני, שבו מופיעה הערכה סתמית של גובה הנזק - בתור הוכחה מספקת.

98. מן העדויות השונות עולה כי התובעת נקלעה לקשיים כספיים בתקופה האמורה, שנבעו מסיבות נוספות שקדמו לחוזה. מכל אלה ברור, כי גם אילו היה מוניטין שנפגע כתוצאה מביטול החוזה שלא כדין על ידי הנתבעת, הרי שהוא לא הוכח, ולפיכך דין התביעה בגין פגיעה במוניטין - להידחות.

99. הנתבעת טוענת, כי הצדדים הסכימו בחוזה, כי בכל מקרה לא יעלו הפיצויים על האמור בסעיף 50 לחוזה. טענה זו איננה מקובלת על דעת. פרשנותו הראויה של סעיף 50 לחוזה, בשים לב לחריפותו ולכך כי הנתבעת היא זו שניסחה אותו היא, כי החוזה מדבר על "הפסקת עבודה" מטעמים הקשורים במזמין, ולא על מצב של ביטול החוזה שלא כדין על ידי הנתבעת. מכתב הביטול של החוזה איננו עושה שימוש בסעיף 50 האמור או בנוסח התואם אותו, מה גם שסעיף 50 דורש הודעה של שבועיים מראש לפני הפסקת העבודה. משלא נעשה שימוש בסעיף 50, אין זאת אלא שיש להחיל את דין הפיצויים הכללי, המקנה זכות לפיצויים על כל הנזקים שנגרמו והוכחו. הנתבעת נמנעה מעשות שימוש בזכות שמקנה לה סעיף 50 לחוזה, ולא הודיעה כי בכוונתה להשתמש באותו הסעיף לאחר חלוף שבועיים.

זכות התובעת למחירים על פי מחירון 'דקל' ואחוזי הרווח שלה

100. גם בסוגיה של זכות התובעת לקבל רווחים לפי "מחירון דקל" דעתי כדעת התובעת. התובעת העידה עד מומחה מטעמה, ומעדותו עולה, כי אחוז הרווח הקבלני על פי החוזה הוא 31.7% (אמנם בתחילה טען ל- 34%, אך אחר-כך תיקן את חוות דעתו ואין לזקוף תיקון זה לרעתו).

101. הנתבעת לא העידה עד מומחה לעניין זה.

הכלל הוא, כי משהביא צד אחד בלבד עדות מומחה מטעמו, והצד האחר לא הביא עד לסתור אותה (ואין מדובר בבעייה טכנית למצוא עד מומחה מטעמה או בעיה של מימון הוצאות העד), הרי שמשקלה של עדות המומחה עולה (ראה: [ע"א 70/88 פז נ' אלון](#) מד(3) 32 בעמוד 34; [ר"ע 33/86 רפפורט נ' מדינת ישראל, פד"י מ\(1\) 244](#) בעמוד 245; קדמי, [על הראיות](#) (1999) חלק שני, בעמוד 562). אמנם, הנתבעת טוענת, כי החוזה עצמו קובע מה יהיו זכויות הצדדים כשהחוזה מופסק. אולם, נוכח מסקנתי כי החוזה בוטל שלא כדין על ידי הנתבעת, וכי הנתבעת לא השתמשה במנגנון שמאפשר לה החוזה כדי לסיים את עבודתה של התובעת, הרי שכל טענותיה לעניין זה דינן להידחות. אם רצתה לטעון לשיעור נזק שונה, היה עליה להעיד מומחה מטעמה כדי לנסות ולהפריך את עדות המומחה שהביאה התובעת.

102. בכל הנוגע לשיעור הנזק של התובעת - מעלה הנתבעת טענות לעניין שווי העבודות לביצוע חדר השנאים. לטענתה, לאחר שהתובעת העבירה לנתבעת הצעת מחיר לביצוע החוזה לבניית תחנת השנאים, התברר למפקח כי המחיר המוצע גבוה באופן משמעותי מן המחיר הקבוע בחוזה העיקרי לביצוען של עבודות זהות. בעקבות זאת פנה המפקח בפקס לתובעת, ושינה את מחירי העבודות ואת הכמויות. הנתבעת מנסה לטעון, כי סעיף 57 לחוזה מגביל את המחיר לעבודה נוספת מעבר לעבודות המפורטות בחוזה למחירי יחידה זהים שלפי החוזה.

התובעת משיבה לה, כי בפקס ששגר המפקח, שהזמין, למעשה, את העבודה של תחנת השנאים, הוא הציע כי המחירים ייקבעו על פי כתב הכמויות בחוזה או על פי ניתוח מחירים פשוט. עוד אומרת התובעת, כי מחירון דקל מהווה "ניתוח מחירים פשוט" במובנו של החוזה, ולפיכך רשאית התובעת לדרוש את התמורה בעד העבודות לביצוע חדר השנאים בהתאם למחירים שבמחירון דקל.

103. אף בעניין זה מקובלת על דעתי עמדת התובעת. ראשית, סעיף 57 לחוזה מתייחס ל"פקודת שינויים" - שהיא מסמך המוגדר בסעיף 56 לחוזה ומכוון לשנות מהעבודה נשוא החוזה בכל הקשור ל:"צורתה, אופיה, סגנונה, איכותה, סוגה, גודלה, כמותה, גובהה, מיתאריה ומימדיה של העבודה וכל חלק ממנה". (סעיף 56(א) לחוזה) דא עקא, שסעיף 56(ג) קובע מפורשות כי:

"אם ערך השינויים שבפקודת השינויים לפי המדד הבסיסי יעלה על 50,000 ש"ח (חמישים אלף ש"ח), תהיה פקודת השינויים חתומה בידי המזמין בלבד, ולא בידי המנהל או המפקח" (הסוגריים במקור - ע"ק).

אין חולק, כי ערכן של העבודות לביצוע העבודות של תחנת השנאים עולה על 50,000 ש"ח. גם אין חולק, כי המזמין מעולם לא העביר פקודת שינויים בכתב, חתומה בידו, לפיה מתבקשת התובעת לבצע את בנייתו של חדר השנאים.

משום כך, אין לראות בבניית חדר השנאים ביצוע של "שינוי" העבודה כמשמעותו בחוזה, בהתאם לפקודת שינויים. לפיכך אין גם מקום להסתמך על סעיף 57 לחוזה בנסיון להפחית את הסכומים.

כמו בסוגיות אחרות הנוגעות לחוזה זה, הנתבעת מנסה "לאחוז את המקל בשתי קצותיו". הנתבעת היא זו שניסחה את החוזה - עצמאית ובלעדית - ולא קיימה את הוראותיו המפורשות, ועתה, משבאה תביעת התובעת, היא מבקשת להיאחז בהוראותיו - שלא קיימה את הדרוש כדי ליתן להן תוקף, הכל כדי להפחית מחבותה לתשלום על פי הסכמות עם התובעת. טענות אלה יש לדחות.

104. לפיכך, מן הראוי לקבוע מה מעמדו של החוזה לביצוע תחנת השנאים. אין צורך לקבוע "מסמרות" לעניין הסיווג המדויק של המסמכים השונים. בין אם נראה את הפקס שנשלח על ידי הנתבעת כהצעה ואת התחלת הביצוע כקיבול על ידי התנהגות, או שנראה את החוזה כחוזה שנכרת כולו על-פה - התוצאה היא אחת.

ראוי להזכיר כי בדומה לחוזה, הנתבעת היא זו שניסחה את הפקס לגבי קביעת המחיר של ביצוע תחנת השנאים, ומשלא נקבע בו אם תמורה לעבודות נוספות

תיעשה על פי כתב הכמויות שבחווזה או על פי ניתוח מחירים פשוט - ומה הוא אותו ניתוח מחירים פשוט, יש לקבל את הפרשנות הסבירה של התובעת לעניין זה.

לעניין זה, אין מקום לקבל פרשנות שלפיה התמורה ודרך קביעתה לא הוסכמו על ידי הצדדים, וזאת משום שאין חולק כי מחירו של חוזה הוא מן התנאים היסודיים, אשר ללא סיכום לגביו, לרבות סיכום המאפשר להשלים את ההסכמה בדרכים ברורות, החוזה הוא נטול מסויימות, ולפיכך לאו חוזה הוא. זאת, בעוד שבסעיף 25(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), מורה המחוקק כי "חוזה הניתן לפירושים שונים, פירוש המקיים אותו עדיף על פירוש שלפיו הוא בטל". ברי מן האמור, כי פירוש שלפיו לא הוסכם - לא על המחיר ולא על המנגנון שלפיו ייקבע המחיר - הינו פירוש שמשמעותו בטלות החוזה, ואין לנקוט דרך פרשנות זו.

סעיף 25(ג) לחוק החוזים (חלק כללי) קובע כי:

"ביטויים ותניות בחוזה שנוהגים להשתמש בהם בחוזים מאותו סוג יפורשו לפי המשמעות הנודעת להם באותם חוזים".

אמנם לא הוכח כי המונח "ניתוח מחירים פשוט" מקובל בחוזי קבלנות באופן כללי, וכי שם הכוונה היא ל"מחירי דקל". אולם, נראה לי כי ניתן להחיל פרשנות מרחיבה של סעיף 25(ג), יחד עם הוראות סעיף 26 לאותו החוק, לאמור:

"פרטים שלא נקבעו בחוזה או על פיו יהיו לפי הנוהג הקיים בין הצדדים, ובאין נוהג כזה - לפי הנוהג המקובל בחוזים מאותו סוג, ויראו גם פרטים אלה כמוסכמים".

לשון אחר, כאשר הצדדים השתמשו בביטוי עמום, הניתן לפירושים שונים, ופירוש סביר אחד שלו תואם את הנוהג הקיים בין צדדים לחוזה מאותו הסוג, הרי שלמרות שלא הוכח כי הביטוי שבו השתמשו הצדדים משמש בחוזים מאותו סוג, ההעדפה תהיה לפרשו על פי הנוהג הכללי. זאת, משום שהמחוקק הביע דעתו לגבי שתי סיטואציות פרשניות, כי הנוהג המקובל בין צדדים לחוזה מאותו סוג מהווה מקור פרשני עיקרי.

"מחירון דקל" הינו מחירון מקובל בענף הקבלנות, ולפיכך יש לפרש את המונח "ניתוח מחירים פשוט" כמונח המכוון למחירון זה.

105. לעניין זה, אין נפקות להודעה ששלח המפקח ובה שינה את המחירים שהוצעו על ידי התובעת, וזאת משום שההודעה היא מסמך חד צדדי, המנוגד להוראות החוזה על פי פרשנותו דלעיל. המפקח יכול לקבוע באותו מסמך הפחתה של הכמויות עצמן, כי החוזה מאפשר לו זאת, אך לגבי מחיר היחידה של כל עבודה - אין הוא רשאי על דעת עצמו להפחית מן המחיר, בהיותה עבודה נוספת שלא הוסכם מראש על מחירה.

106. יש לדחות אף את טענות הנתבעת לעניין הסכומים המאושרים על ידי המפקח כתמורה לתחנת השנאים. כבר קבעתי, כי הנתבעת לא השתמשה במנגנון שמאפשר לה סעיף 56 לחוזה, ולפיכך סעיף 57 לחוזה אינו נוגע לענין. עוד קבעתי, כי המפקח אמנם רשאי להחליט החלטות שונות על פי החוזה, ובין היתר, ההחלטה אם לאשר את החשבונות המוגשים לו אם לאו. אולם, החלטתו זו חייבת לעמוד בנורמות הרגילות המחייבות כל צד לחוזה, היינו הן חייבות להתקבל בתום לב, בסבירות ובהתאם לדרך המקובלת בחוזים מאותו סוג.

107. עם זאת, התובעת לא נתנה הסברים מספקים ומניחים את הדעת לפער שבין הצעת המחיר לביצוע תחנת השנאים (137,500 ש"ח) לבין החוב הנתבע לגבי תחנת השנאים (193,480 ש"ח). אמנם, העבודות בפועל כללו גם עבודות שלא נכללו מראש בהצעת המחיר, אך התובעת לא הביאה ראיות מספקות לגבי שוויין של עבודות אלה. בנוסף על כך, העבודה בפועל לא כללה מקצת העבודות שפורטו בהצעת המחיר.

אשר על כן, יש לקבוע את התשלום על פי הצעת המחיר שנתנה התובעת. בהתחשב בכך, יש לקבוע את התשלום עבור העבודות שבוצעו בפועל (תחנת השנאים ומקצת העבודות באתר המרכזי) בסכום של 255,416 ש"ח בתוספת מע"מ (שהוא הסכום המופיע בחשבונות - 311,396.80 בניכוי ההפרש שבין 193,480.80 לבין 137,500).

108. על אבדן הרווח של התובעת, קבעתי כבר שיש לקבל את חוות דעתו של המומחה מטעם התובעת, שלא נסתרה - לא בחקירה הנגדית ולא בעדות מומחה מטעם

הנתבעת. על כן יש לקבל את קביעת שיעור הרווח לפי חוות דעתו המתוקנת של מר יואב סרי כ- 31.71%.

בהתחשב בכך, מקובלת עלי דרך החישוב שנערכה בסיכומי בא-כוח התובעת, ולפיכך יש לפסוק פיצוי בגין אבדן רווח בסכום של 342,068 ש"ח בתוספת מע"מ.

109. התובעת לא הוכיחה את תביעתה בכל הקשור לחומרי הבניין שהושארו בשטח. אמת נכון, הטענות בדבר חומרי הבניין שהושארו בשטח הופיעו בתצהירו של פנאני, והוא לא נחקר עליהן. עם זאת, הן המפקח והן ברזאני העידו כי בחומרי הבניין לא נעשה שימוש והן הוחזרו לפנאני. נוסף על כך, עדותם מתחזקת באמור ביומן מספר 6 של ברזאני שנכתב בו במפורש, כי חומרי הבניין הוחזרו לקבלן הקודם (=התובעת). בנסיבות אלה, אין לומר כי התובעת הוכיחה חלק זה של תביעתה בדרגה שמעבר למאזן ההסתברויות, ודין התביעה בגין ראש-נזק זה להידחות.

110. התובעת הצליחה להוכיח את נזקה בכל הנוגע לריבית ששילמה לבנק בגין משיכת יתר שנגרמה לה, בין היתר, עקב אי תשלום חשבונות שהגישה בעד עבודות שביצעה. יתרה שלילית בחשבונה של התובעת עקב אי-תשלום החשבונות שהגישה התובעת למפקח - היא צפויה וצריכה להיות ידועה לנתבעת. עם זאת, מדובר בהוכחה חלקית בלבד, משום שעל פי התדפיסים שצורפו לתצהירו של פנאני, שיעור הריבית שונה מהאמור בתצהיר, ותדפיסים אלה הוגשו לגבי התקופה עד ליום 31/12/96.

111. לפיכך יש לקבוע, כי על הסכומים האמורים בסעיפים 107 ו-108 לפסק הדין, תצטרף ריבית כדלהלן:

(א) ריבית בשיעור של 26.5% על התקופה שבין 10/9/96 ועד 30/9/96, על הסכום שבסעיף 107 בלבד, ולמעט סכום המע"מ - שיוספו לו הפרשי הצמדה וריבית כחוק;

(ב) ריבית בשיעור של 25.7% על התקופה שבין 1/10/96 ועד 31/10/96, על הסכום שבסעיף 107 בלבד, ולמעט סכום המע"מ - שיוספו לו הפרשי הצמדה וריבית כחוק;

(ג) ריבית בשיעור של 25.4% על התקופה שבין 1/11/96 ועד 31/12/96, על הסכום שבסעיפים 107, למעט מע"מ, ויוספו לו הפרשי הצמדה וריבית כחוק;

(ד) יתרת החובה של התובעת בבנק מורכבת מפעילותה בפרוייקטים שונים, לרבות בפרוייקט שביצעה עבור הנתבעת. לפיכך, קיימת הצדקה לשלם רבית בנקאית כאמור על יתרות החובה בבנק בגין סכומים שלא שולמו לה עבור עבודות שביצעה בפועל, שחייבה לשלם רבית בנקאית עבורה.

(ה) אולם, התובעת אינה זכאית לקבל רבית בנקאית בגין אובדן רווח על עבודות שלא ביצעה בפועל. אובדן רווח הוא עניין הצופה פני עתיד והנתבעת לא היתה צריכה לצפותו או לחזות אותו. אין זה ברור כלל ועיקר כי על א ובדן רווח כאמור תיווצר לתובעת יתרת חובה בבנק, שעליה תשלום רבית בנקאית גבוהה.

לפיכך, על אובדן הרווח זכאית התובעת, אך להפרשי הצמדה וריבית כחוק;

(ו) הפרשי הצמדה וריבית כחוק מיום 31/12/96 ואילך.

התביעה שכנגד

112. נוכח כל האמור לעיל, אין עוד מקום לדון בתביעה שכנגד, משום שקבעתי כבר שלא התובעת היא זו שהפרה את החוזה אלא הנתבעת.

113. עם זאת, למרות שאין לדבר משמעות מעשית לנוכח התוצאות דלעיל, יש להתייחס לטענת בא-כוח התובעת, לפיה הנתבעת לא שילמה את אגרת התביעה שכנגד. טענה זו נבדקה בגיזברות בית המשפט ונמצאה בלתי נכונה, ומקורה בטעות של המזכירות, אשר מסרה לבא-כוח התובעת נתון שאינו מדויק.

למען הסדר הטוב יש להבהיר, שאכן - מחמת טעות - לא נרשם במזכירות התשלום האמור, ולפיכך לא היה כל פגם בהעלאת טענה זו על ידי בא-כוח התובעת.

הוצאות ושכר טרחת עורך דין

114. הנתבעת תשלם את הוצאות התובעת (האגרות ששילמה כשהן משוערכות ליום התשלום בפועל, דהיינו בתוספת הפרשי הצמדה וריבית כחוק), את הוצאות המומחים של התובעת וכן שכר טרחת עורך דינה בסכום של 30,000 ש"ח בתוספת מע"מ כדין ובתוספת הפרשי הצמדה וריבית כחוק מהיום ועד התשלום בפועל.

ניתן היום כ' באב תש"ס (21 באוגוסט 2000), בהעדר הצדדים.

המזכירות תמציא העתק מפסק דין זה לב"כ הצדדים.

עזרא קמא, השופט 54678313-1549/97

עזרא קמא, שופט

דיואור / d00154997a.1

נוסח זה כפוף לשינויי עריכה וניסוח

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

הודעה למנויים על עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו - הקש כאן