



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 7649/18

ע"א 7729/18

לפני: כבוד השופט ע' פוגלמן  
כבוד השופט ע' גרוסקופף  
כבוד השופט א' שטיין

המערערת בע"א 7649/18  
והמשיבה בע"א 7729/18: ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ

נ ג ד

המשיבה בע"א 7649/18  
והמערערת בע"א 7729/18: רכבת ישראל בע"מ

ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי תל אביב-  
יפו בת"א 23120-01-10 שניתן ביום 03.09.2018 על ידי  
כבוד השופט ר' כהן

בשם המערערת בע"א 7649/18  
והמשיבה בע"א 7729/18: עו"ד שרונה נמדר ועו"ד גיא וינברג

בשם המשיבה בע"א 7649/18  
והמערערת בע"א 7729/18: עו"ד יגאל קווה ועו"ד שלמה מנחם

### פסק-דין

השופט א' שטיין:

המחלוקת ופסק הדין קמא

1. הערעורים שלפנינו באים לתקוף חלקים מפסק דינו של בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו (השופט ר' כהן), אשר ניתן בת"א 23120-01-10 ביום 3.9.2018. במוקדם עומד חוזה עב כרס שמשפרו 7293 (להלן: החוזה) ועניינו עבודות בנייה ותשתית נרחבות בהיקף של עשרות מיליוני שקלים, שמטרתן להרחיב ולשדרג את מסילות הרכבת בין קיבוץ נען לעיר באר שבע (להלן: העבודות או הפרויקט, לפי העניין). חוזה זה נחתם ביום 23.6.2004 בין בעלי הדין דכאן, המערערת בע"א 7649/18 והמשיבה בע"א 7729/18 (להלן: ביבי כבישים), בכושרה כקבלן ביצוע האחראי על העבודות, מצד אחד, והמשיבה בע"א 7649/18 והמערערת בע"א 7729/18 (להלן: הרכבת), בכושרה כיוזם הפרויקט ומזמין העבודות, מהצד השני. החוזה הוא פועל יוצא של מכרז ציבורי שקיימה הרכבת, בהיותה חברה ממשלתית הכפופה לחוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992 (להלן: חוק

המכרזים), שבו נטלו חלק שלוש-עשרה חברות (להלן: המכרז). ביבי כבישים זכתה במכרז, ולאחר שמונתה, בעקבות זכייתה, לקבלן האחראי לביצוע הפרויקט, חתמה על החוזה עם הרכבת.

2. חוזה זה מורכב מהחלק הכללי, אשר מתאר את חיוביהם ההדדיים של ביבי כבישים ושל הרכבת, וכן מכמה נספחים אשר כוללים את המפרט הטכני המיוחד לתשתיות (להלן: המפרט הטכני) ואת כתב הכמויות (להלן: כתב הכמויות). המפרט הטכני פירט את העבודות השונות שנדרשו לביצוע הפרויקט ואשר הוגדרו כיחידות ביצוע (להלן: יחידות ביצוע) ואת מחירה של כל יחידת ביצוע כפי שהופיע בהצעת המכרז המנצחת של ביבי כבישים (להלן: מחיר היחידה). בשל מורכבות הפרויקט והעדר יכולת להעריך מראש את היקפו, מסמכי המכרז והחוזה שבא לעולם בעקבותיו ציינו את הכמויות של יחידות הביצוע כאומדן ראשוני בלבד אשר כפוף לשינויים. תנאי לאו-בר-שינוי שעליו הסכימו הצדדים בעקבות המכרז והגדירוהו במפרט הטכני היה מחירה של כל יחידת ביצוע. התמורה הסופית שביבי כבישים אמורה היתה לקבל מהרכבת בעד ביצוע הפרויקט הוגדרה על כן כחיבור אריתמטי של מחירי יחידות הביצוע המוכפלים בכמויותיהן – ובלבד שמדובר בכמויות מאושרות אשר נדרשו בפועל על ידי הרכבת וסופקו בפועל על ידי ביבי כבישים (כאמור בסעיף 63(3) לחוזה).

3. כתוצאה מכך, נוצר פער גדול בין האומדן הראשוני של הפרויקט אשר נעשה על ידי ביבי כבישים במסגרת המכרז (67,183,589.7 ₪, לפני מע"מ) לבין התמורה שהרכבת שילמה לבסוף לביבי כבישים (104,814,365 ₪, כולל התייקרויות ולפני מע"מ). פער זה נבע מההבדלים בין הכמויות של יחידות הביצוע השונות אשר תוכננו במסגרת המכרז לבין אלו שנדרשו ובוצעו בפועל במסגרת הפרויקט; וכפי שכבר ציינתי, מדובר בפער ובהבדלי כמויות אשר נצפו מראש, היו חלק מתנאי המכרז, והוסדרו בחוזה חתום.

4. על עובדות בסיסיות אלו אין עוררין. המחלוקת שנתגלעה בין בעלי הדין, הובאה להכרעתו של בית משפט קמא, ואחר-כך הונחה על שולחננו, קשורה להתחשבנות הסופית ביניהם אשר במסגרתה העלתה ביבי כבישים שורה של דרישות תשלום מעבר לתמורה הסופית שאושרה ושולמה לה (כאמור, סך של 104,814,365 ₪, כולל התייקרויות ולפני מע"מ). ביבי כבישים טענה כי הינה זכאית לקבל מהרכבת תשלומים נוספים בגין שינויים בעבודות שנדרשה לעשות ועשתה; בגין עבודות נוספות שנתבקשה לבצע וביצעה; בגין העיכוב בתחילת ביצוע הפרויקט, אשר נגרם על ידי הרכבת והסב לה נזק כספי; בגין נזקים כספיים נוספים אשר נבעו מהשיטפונות שנגרמו על ידי כניסתו

של קבלן חיצוני לשטח בו בוצע הפרויקט; וכן בגין קיזוזי כספים שהרכבת עשתה שלא כדין. ביבי כבישים העמידה את זכאותה הנטענת לקבלת תוספת תשלום מהרכבת על סך של 60,000,000 ₪ ("בלבד", לפי לשונה) – וזאת, לפי דבריה, כדי לחסוך באגרת בית המשפט. הרכבת מצידה כפרה בקיומה של זכאות זו, שכן, לטענתה, מדובר בניסיון פסול מצד ביבי כבישים לעשות מקצה שיפורים המנוגד לתנאי המכרז ולהוראות החוזה. הרכבת הוסיפה וטענה כי אינה חייבת לשלם לביבי כבישים דבר או חצי-דבר, כיוון שהיא כבר שילמה לה את כל אשר התחייבה לשלם במסגרת החוזה.

5. מחלוקת זו לא ניתן היה לפתור בפשטות על ידי העמדתה של כל דרישת תשלום הנישאת בפיה של ביבי כבישים מול ההסדר החוזי אשר חל בעניינה; והרי הסיבה לכך: הצדדים היו – ונשארו – חלוקים ביניהם על עצם המסגרת המשפטית לפתרון המחלוקת. לטענת ביבי כבישים, מחלוקת זו מצויה מחוץ לחוזה עליו חתומים הצדדים. ביבי כבישים טענה בפני בית משפט קמא, ומוסיפה לטעון גם כעת, כי החוזה שבו עסקינן הוא חוזה פתוח ובלתי שלם, שלתוכו יש לקרוא הסדרים משלימים המבוססים על עקרונות של תום-לב, הגינות וסבירות. לטענת ביבי כבישים, הסדרים אלו מזכים אותה בסכומי הכסף שהיא תבעה מהרכבת. הרכבת, מנגד, טענה כי התשובות לכל השאלות מושא המחלוקת מצויות בתנאי המכרז ובדל"ת אמותיו של החוזה, שעליו חתמו הצדדים לאחר זכייתה של ביבי כבישים במכרז. הרכבת הוסיפה וטענה כי חוזה זה קבע את המחירים עבור כל יחידת ביצוע; את הכללים שעל בסיסם יש לתמחר עבודות נוספות; את מנגנון הפיצוי ואת תקרת הפיצוי בגין עיכובים; וכן אימתי צריך ולא צריך להתחשב באירועים שלא נצפו מראש. הרכבת טענה אפוא כי החוזה שבו עסקינן הוא חוזה סגור ושלם; כי הפתרון למחלוקת שנתגלעה בינה לבין ביבי כבישים מצוי בהוראותיו המפורשות של החוזה, ורק בהן; וכי הוראות אלה תומכות בעמדתה שלה.

6. במילים אחרות: ביבי כבישים טענה, הלכה למעשה, כי המסגרת המשפטית בה היא והרכבת מצויות כמוה כ"חוזה יחס" (relational contract) – חוזה שנועד להישאר פתוח להשלמות ולפרשנות שיפוטית רחבה אשר תעצב ותגדיר את זכויותיהם ואת חובותיהם של הצדדים "תוך כדי תנועה", מכוחה של חובת תום-לב ועל בסיס אמות המידה של הגינות וסבירות. הרכבת, מנגד, טענה כי המסגרת המשפטית שבה היא וביבי כבישים מצויות היא זו של התניה חוזית מלאה או "חוזה סגור" (completely contingent contract). לפי עמדת הרכבת, מסגרת זו חייבה את הצדדים לפעול לפי הוראותיו המפורשות של החוזה ובהתאם למחירים ודרכי קביעתם אשר פורטו במפרט הטכני. הרכבת פירטה וטענה כי דבקוּתה בהוראות החוזה איננה לוקה באי-הגינות, בהעדר סבירות או בחוסר תום-לב – זאת, בין היתר, מאחר שהחוזה שבו עסקינן הוא חוזה עסקי

מפורט אשר נערך בין שתי חברות בעלות ניסיון בתחום עסקיהן; אשר חילק בין חברות אלו את הסיכונים הכלכליים הרלבנטיים בהתאם לרצונן והערכותיהן המקצועיות; ואשר נערך בסביבה תחרותית במסגרתו של מכרז ציבורי ובעזרת יועצים משפטיים. בהקשר זה, הוסיפה הרכבת וטענה כי היות החוזה פועל יוצא של מכרז ציבורי מחייב הקפדה על קיום תנאיו ככתבם וכלשונם כדי להבטיח את מימושו של עיקרון השוויון בין המתחרים אשר נקבע על ידי דיני המכרזים.

7. בית משפט קמא הכריע ברוב פרטיה של מחלוקת זו לטובתה של ביבי כבישים. פסק דינו קבע כי על הרכבת לשלם לביבי כבישים סך של 42,347,657 ₪, בתוספת מע"מ, יחד עם הפרשי הצמדה וריבית החל ביום הגשת התובענה, 18.1.2010, וכלה בתשלום בפועל. בנוסף, חייב בית משפט קמא את הרכבת לשלם לביבי כבישים הוצאות משפט בסך של 1,100,000 ₪ ושכר טרחת עו"ד בסך של 585,000 ₪ (כולל מע"מ). בפסקו כך, קיבל בית משפט קמא את טענותיה של ביבי כבישים בדבר מהות החוזה כהתקשרות הנשלטת על ידי כלליהם של חוזי יחס פתוחים (מבלי לנקוב במונח "חוזה יחס"). בהתאם לכך, קיבל בית המשפט את דרישתה של ביבי כבישים להשלמת החוזה על ידי הטלת חובות תשלום עצמאיות ורחבות היקף על הרכבת בהתבסס על חובת תום-הלב ועל העקרונות הרחבים של הגינות וסבירות. יובהר, כי דרישה זו לא התקבלה במלואה: בית המשפט מצא כי ביבי כבישים איננה זכאית לחלק מהתשלומים שתבעה מהרכבת.

מכאן הערעורים שהונחו לפנינו על ידי הרכבת מזה וביבי כבישים מזה.

#### טענות הצדדים

8. הרכבת ממשיכה לדבוק בעמדתה ולאחוז בטענות שטענה בפני בית משפט קמא; וכך עושה גם ביבי כבישים. במישור העקרוני, הרכבת חוזרת על טענתה כי החוזה שבינה לבין ביבי כבישים הוא חוזה מפורט, ברור, מחייב וסגור; וכי בית משפט קמא שגה בהחליטו לסטות ממנו מטעמי הגינות, סבירות ותום-לב אשר נקבעו לפי ראות עיניו במנותק מעובדות המקרה וממהות ההתקשרות בין הצדדים. טענה זו נסמכת על היות החוזה חוזה סגור עם התניה מלאה, או כמעט מלאה, ביחס לכל הפרטים הנדרשים – דבר שאמור היה למנוע השלמה לבר-חוזית אשר נעשתה בפסק הדין קמא. ברמה הפרטנית, הרכבת שבה וטוענת כי החוזה לא הקנה לביבי כבישים את הזכות לדרוש ולקבל ממנה תשלומים נוספים כלשהם בגין השינויים בעבודות והתקלות שאירעו, גם אם אכן מדובר בתקלות; וכי היות החוזה פועל יוצא של מכרז ציבורי, אשר כפוף לעקרון השוויון בין

המתחרים, הופכו לחסין מפני מקצי שיפורים והגדלות משמעותיות של סכומי הכסף המגיעים לביבי כבישים, אם בכלל.

9. ביבי כבישים חולקת על טענות אלה בתוקף. במישור העקרוני, היא סומכת את ידיה על קביעתו של בית משפט קמא בנוגע למהות החוזה כחוזה פתוח (או חוזה יחס). לטענת ביבי כבישים, החוזה החתום איננו חזות-הכל: הוא אינו מכסה את העבודות הנוספות שהיא נתבקשה לעשות על ידי הרכבת; את האירועים הבלתי צפויים ששינו את פני הדברים בשטח הפרויקט; ואת התקלות אשר אירעו במהלך ביצוע הפרויקט. ברמה הפרטנית, שבה ביבי כבישים וטוענת כי הינה זכאית לקבל מהרכבת את כל התשלומים שתבעה ממנה. בית משפט קמא צדק אפוא, לדבריה, בכל אותן הקביעות שזיכו אותה בסכומי הכסף שנתבעו על ידיה וטעה בהחליטו לדחות חלק מתביעותיה המוצדקות.

10. בטענות אלה אדון ואכריע כעת. תחילה, אדון ואכריע בטענות העקרוניות בנוגע למהות ההתקשרות שבין הצדדים ולמסגרת המשפטית לפתרון המחלוקת. לאחר מכן, אעבור למישור הפרטני ובמסגרת זו אדון ואכריע בכל פרטי התשלום שנתבעו על ידי ביבי כבישים.

דיון והכרעה

המסגרת המשפטית: חוזי יחס וחוזים סגורים

11. החוזה שבין הרכבת לביבי כבישים נכרת לפני כניסתו לתוקף של תיקון מס' 2 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים), שעניינו פרשנות חוזה (ראו חוק החוזים (חלק כללי) (תיקון מס' 2), התשע"א-2011). הוראות התיקון אינן חלות אפוא על המקרה דנן (ראו ע"א 3375/06 קמטק מערכות בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקה 10 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן (22.3.2011); ע"א 1062/09 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' בינר, פסקה 12 לפסק דינה של השופטת מ' נאור (כתוארה אז) (23.3.2012); ע"א 3894/11 דלק – חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' בן שלום, פסקה 6 לפסק דינו של השופט ס' ג'ובראן (כתוארו אז) (6.6.2013) (להלן: עניין דלק)). בכל הקשור לענייני פרשנות והשלמת החסר, מקרה זה נשלט על ידי הלכת אפרופים (ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ, פ"ד מט(2) 265 (1995)), אשר קבעה כי חוזה יש לפרש, בראש ובראשונה, לפי תכליתו הסובייקטיבית, דהיינו: לפי כוונתם המשותפת של הצדדים לחוזה, כפי שזו עולה מנוסחו ומנסיבות כריתתו, אשר צריכים להישקל ביחד ולא לחוד (הלכת אפרופים, בפסקה 17 לפסק דינו של המשנה

לנשיא א' ברק (כתוארו אז)). כמו כן קבעה הלכת אפרופים, כי באין אפשרות לקבוע את תכליתו הסובייקטיבית של החוזה על ידי התחקות אחר כוונות הצדדים, על בית המשפט לפרש את החוזה לפי תכליתו האובייקטיבית, דהיינו: באופן שמשלב את לשון החוזה והמטרה אשר משתמעת ממנה עם חובות הגינות ותום-לב החלות על הצדדים (שם, בעמוד 302). הכלל הראשון נותן בכורה לעובדות אמפיריות. בפועלו לפי כלל זה, בית המשפט נדרש לענות על השאלה "מהן ההתחייבויות שבעלי החוזה נטלו על עצמם – זה כלפי זה – כעניין שבעובדה?" הכלל השני בא להשלים את העובדות החסרות באמצעות נורמות התנהגות המשתייכות למארג הערכים החברתיים. כלל זה מסמיך את בית המשפט לעצב עבור הצדדים חיובים וזכויות על בסיס שיקולים נורמטיביים ולקוראם אל תוך החוזה (ראו גבריאלה שלו ואפי צמח, דיני חוזים 517-519 (מהדורה רביעית, 2019) (להלן: שלו וצמח); דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים ג 253 (2003) (להלן: פרידמן וכהן); נילי כהן "נאמנות הפרשן" עיוני משפט לה 587 (2013); וכך איל זמיר פירוש והשלמה של חוזים 28-23 (1996)).

12. הלכת אפרופים חלה על כל חוזה וחוזה, אבל לא כל החוזים נולדו שווים. רמת הפירוט של החיובים והזכויות איננה זהה בכל חוזה וחוזה. בקצה אחד של הספקטרום נמצא חוזה יחס פתוח אשר מנוסח בקווים כלליים בלבד – זאת, מאחר שבעלי החוזה, אשר הסכימו אהדדי לגבי מטרתו ונטלו על עצמם את התחייבות הבסיסית לקדמה, לא יכלו, לא רצו או לא השכילו לקבוע בו מתווה צעדים מדויק שבו כל אחד מהם אמור לצעוד כדי להגיע אל אותה מטרה משותפת. בדרך כלל, אם כי לא תמיד, חוזים כאלה נעשים כדי לשרת מערכות יחסים ארוכות טווח (ראו Charles J. Goetz & Robert E. Scott, *Principles of Relational Contracts*, 67 VA. L. REV. 1089, 1091 (1981) (להלן: גואץ וסקוט)). חוזי יחס פתוחים מסמיכים את בית המשפט לקרוא לתוכם תנאים וחיובים חדשים, שלא הוסכמו מראש, על בסיס עקרונות משפט רחבים כמו תום לב, הגינות וסבירות, כשכל אלו מותאמים למטרות החוזה (ראו רע"א 1185/97 יורשי ומנהלי עיזבון המנוחה מילגרם הינדה ז"ל נ' מרכז משען, פ"ד נב(4) 145, 160-161 (1998); וכך שלו וצמח בעמ' 77, ובעמ' 757 בה"ש 1; פרידמן וכהן, בעמ' 393; ROBERT A. HILLMAN, THE RICHNESS OF CONTRACT LAW: AN ANALYSIS AND CRITIQUE OF CONTEMPORARY THEORIES OF CONTRACT LAW 256 (1997); ראו גם אהרון ברק פרשנות תכליתית במשפט 381-380 (2003)). חוזי יחס פתוחים נועדו על כן להיות מנוהלים על ידי שופטים מעיקרם, מאחר שהליכה בדרך אחרת – כריתתו של חוזה סגור עם התניה מלאה, או כמעט מלאה – הינה יקרה מדי או בלתי מעשית, בשעה שהצדדים אינם נכונים לוותר על עצם ההתקשרות ביניהם (ראו Ian Macneil, *Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical,*

(1978) 854 (72 Nw. U. L. REV. *and Relational Contract Law*). תפקידו של שופט אשר נדרש לפרש חוזה יחס פתוח ולהשלים את חלליו על ידי הוספת תנאים וחובים פרי יצירתו איננו מוגבל על כן לקביעת ממצאים עובדתיים. תפקיד זה כולל קביעת חיובים וזכויות בהתבסס על שיקולים ערכיים המוכרים על ידי דיני החוזים ושיטת המשפט בכללותה. כפי שכבר ציינתי, שיקולים אלה כוללים הגינות, תום לב וסבירות; והם מזהים עם דרך השלמת החוזה אשר כונתה על ידי הנשיא ברק בהלכת אפרופים כ"פרשנות אובייקטיבית" (ראו הלכת אפרופים, בעמ' 313).

13. בקצה השני של הספקטרום, נמצא חוזה סגור עם התניה מלאה: חוזה ממצה שכל תנאיו מוגדרים באופן ברור ונהיר, והוא איננו זקוק לפרשנות יצירתית (ראו גואץ וסקוט, 1090-1091). חוזה סגור מנוהל על ידי כללים פורמליים, שעיקרם דרישת הכתב. כוונתי לא רק לדרישת הכתב כתנאי קונסטיטוטיווי לכריתתו של חוזה, דוגמת זה שנקבע בסעיף 8 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, או כתנאי להוכחת קיומה של עסקה שעל פי הרגיל והנהוג נעשית בכתב, כאמור בסעיף 80 לחוק הפרוצדורה האזרחית העותומני, אלא – ובעיקר – לכלל שפוסל עדות בעל פה אשר באה לסתור את הכתוב בחוזה (ה- *parol evidence rule*, שאותו קלטנו מהמשפט המקובל האנגלי; ראו לדוגמא: ע"א 52/53 אל-כירי נ' שפיר, פ"ד ט 1382, 1389 (1955); ע"א 138/56 דוידון נ' חברת בוני חיפה בע"מ, פ"ד יא 1474, 1480 (1957)). הכלל האחרון מאפשר הבאת עדויות בעל פה בנוגע לחוזה כתוב אך ורק למטרת פרשנות, וזאת רק מקום שקיימת עמימות גלויה על פני הכתוב (ראו אליהו הרנון דיני ראיות א 173-174 (1970)). על פי רוב, אם כי לא תמיד, חוזים סגורים מכילים בתוכם הוראה כתובה בדבר היותם ממצים את מכלול החיובים והזכויות שהצדדים ביקשו ליצור עבור עצמם, אשר גם מבהירה כי שום תנאי מתנאי החוזה לא ישונה אלא בהסכם בכתב החתום בידי הצדדים. הוראה כאמור תחסום כל עדות אשר באה לסתור את תנאי החוזה, לרבות עדות המייחסת לבעלי החוזה הסכמה מאוחרת לשנות תנאי מתנאיו. בעניין זה, קובע סעיף 23 לחוק החוזים כי "חוזה יכול שיעשה בעל פה, בכתב או בצורה אחרת, זולת אם היתה צורה מסוימת תנאי לתקפו על פי חוק או הסכם בין הצדדים." הווה אומר: משקבעו הצדדים את דרישת הכתב כבסיס ליחסיהם החוזיים, רצונם יכובד (ראו שלו וצמח, בעמ' 377 וכן בעמ' 511; פרידמן וכהן, כרך א בעמ' 387).

14. לאור האמור לעיל, לנוכח הכלל הבסיסי אשר קובע כי לשון החוזה היא כלי הקיבול של אומד דעת הצדדים, וכן בהתחשב בחזקה הפרשנית לפיה לשון ברורה משקפת את מה שהצדדים לחוזה התכוונו לקבוע בינם לבין עצמם (ראו ע"א 8080/16 עמודי שחף בע"מ נ' לברניצ'וק, פסקה 12 (2018)); וכן שלו וצמח, בעמ' 511 והאסמכתאות הנזכרות שם) – שופט אשר בא להכריע במחלוקת לגבי משמעותם של

תנאיו של חוזה סגור לא יעסוק אלא בקביעתן של עובדות החוזה. הווה אומר: השאלה היחידה שעליה יהא עליו לענות היא "מה הסכימו ביניהם הצדדים כעניין של עובדה?" – מלאכה שכונתה על ידי הנשיא ברק בהלכת אפרופים כ"פרשנות סובייקטיבית" (ראו הלכת אפרופים, בעמ' 312). במקרה של ספק עובדתי בכגון דא, יהא על השופט להפעיל את נטלי ההוכחה שנקבעו בדיני הראיות ואת הכלל העתיק בדבר פירושו של תנאי חוזי בלתי ברור לרעת מנסחו. כלל זה, המעוגן כעת בסעיף 25(ב) לחוק החוזים – אשר קובע כי "חוזה הניתן לפירושים שונים והיתה לאחד הצדדים לחוזה עדיפות בעיצוב תנאיו, פירוש נגדו עדיף על פירוש לטובתו" – מהווה פתרון יעיל וצודק של חוסר ודאות בגדרו של חוזה פורמלי סגור (ראו, למשל, RICHARD A. POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 114 (9th ed. 2014) ("The doctrine of *contra proferentum* may be a sensible tie-breaker ... on the ground that the party that drafted the contract was probably in the better position to avoid ambiguities"). פרשנותו של חוזה פורמלי סגור, ככל שמלאכה זו תידרש, תהא אפוא חסינה מפני הכנסת שיקולים ערכיים, החיצוניים לחוזה, על ידי בית המשפט. חובת תום-הלב תמשיך, כמובן, לחול על יחסי הצדדים, אך תחולתה תהא שירית ושמורה למקרים קיצוניים של מצגי שווא, הטעיה ושימוש לרעה בזכויות; היא לא תשפיע על קביעת תוכנו של החוזה כהוא זה.

15. חובתו של בית המשפט לפרש וליישם את תנאיו של חוזה סגור ככתבם וכלשונם עולה בקנה אחד עם הגישה התכליתית שנקבעה בהלכת אפרופים. לחוזה סגור, שתנאיו פורטו לפרטי פרטים במסמך ארוך, אשר על פי רוב מנוסח על ידי עורכי דין המנוסים בכתבת הסכמים, יש תכלית מהותית-עסקית. לצדה של תכלית זו, יש לו, לחוזה סגור, תכלית נוספת, חשובה לא פחות, ששמה וודאות חוזית. ודאות זו מוזילה את עלות העסקאות, יוצרת ביטחון עסקי ומסייעת בגיוס הון ממוסדות פיננסיים ומהציבור הכללי (באמצעות הנפקת מניות של חברות אשר נסחרות בבורסה לניירות ערך ובדרכים אחרות). הגישה התכליתית חייבת אפוא להכיר – ואכן מכירה – בוודאות החוזה ובביטחון העסקי כאחת מתכליות החוזה (ראו אהרן ברק, פרשנות תכליתית במשפט 393 (2003)).

16. בין שני קצוות אלו – חוזה יחס פתוח וחוזה סגור עם התניה מלאה – ניצבת קשת רחבה של חוזים אשר מכילים בתוכם רכיבים של חוזי יחס, מזה, וחוזים סגורים, מזה. על פרשנותם של חוזים אלו יחולו, בהתאמה, כללי הפרשנות הערכיים, אשר חלים על חוזי יחס, וכללים בדבר קביעת עובדות החוזה אשר חלים על חוזים סגורים. בהקשר זה ברצוני להעיר, במאמר מוסגר, כי הקניית מעמד בכורה ללשון החוזה אשר נעשתה בגדרו של תיקון מס' 2 לחוק החוזים (ראו נוסחו העכשווי של סעיף 25(א) סיפא לחוק; וכן דנ"א 2045/05 ארגון מגדלי ירקות - אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקה



11 לפסק דינו של השופט א' ריבלין (כתוארו אז) (11.5.2006); רע"א 3961/10 המוסד לביטוח לאומי נ' סהר חברה לתביעות בע"מ, פ"ד סה(2) 563 (2012); נילי כהן "הניסוח בעייתי, התכלית ברורה" עורך הדין 11, 102 (2011)) שינתה את המצב המשפטי רק בעבור החוזים הממוקמים במרכז הקשת. על חוזים שקרובים לקצוות – זה של חוזה יחס וזה של חוזה סגור – יחולו הכללים הקודמים אליהם כיוונו הצדדים בכוחם בחוזה יחס או בחוזה סגור. חוזים הקרובים לחוזה יחס ימשיכו לחסות תחת משטר של פרשנות ערכית רחבה, מאחר שאין להם מקור השלמה אחר; ואילו על חוזים שקרובים יותר לחוזה סגור יחול המשטר של כללים פורמליים שעיקרם פרשנות עובדתית צרה.

17. ברצוני להוסיף ולהעיר כי תיאור זה של הדינים החלים על חוזים סגורים מתייחס כמובן לחוזים אשר באים להסדיר יחסים עסקיים רגילים דוגמת אלו שלפנינו. תיאור זה איננו מתייחס לחוזים מיוחדים אשר נשלטים על ידי מערכות דינים מיוחדות, רגולטוריות בבסיסן, דוגמת חוזים אחידים, הסכמים צרכניים, חוזים שבין מעביד לעובדיו וכיוצא באלה (ראו למשל: חוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982; חוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981; חוק חוזה הביטוח, התשמ"א-1981; חוק המכר (דירות), התשל"ג-1973; חוק פיצויי פיטורים, התשכ"ג-1963; חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996); וכן שלר וצמח, בעמ' 512-515). לית מאן דפליג כי בדונם בחוזים כאמור – גם כשתנאיהם סגורים וברורים – בתי המשפט חייבים לעשות שימוש בכלים הרגולטוריים שהופקדו בידיהם כדי לכונן הגינות, למנוע שימוש לרעה בשליטה בשוק על ידי תאגידי רבי עוצמה, להגן על הצד החלש מפני ניצול על ידי הצד החזק, ולהבטיח את אינטרס הציבור בהספקה נאותה של מוצרים ושירותים חיוניים. החוזה שלפנינו הוא חוזה עסקי רגיל, שאיננו משתייך למשפחת החוזים המיוחדים; ועל כן לא ארחיב עליהם את הדיבור.

מן הכלל אל הפרט

המישור הכללי:

חוזה יחס או חוזה סגור?

18. בהטילו על הרכבת חיובים כספיים כבדי משקל שזכרם לא בא בחוזה הכתוב שבין הצדדים, בית משפט קמא הפעיל שיקולי הגינות שנראו לו נכונים לנסיבות המקרה אשר הובא לפניו. בית המשפט התייחס אפוא אל החוזה שבין ביבי כבישים לרכבת כאל חוזה יחס; וסבורני, כי בכך הוא טעה טעות יסודית.

19. החוזה שבו עסקינן נכרת בעקבות מכרז בו השתתפו חברות עסקיות ובמרכזו עמד פרויקט בעל היקף נרחב. חוזה זה מחזיק מאות עמודים של טקסט, מפרטים טכניים ותכניות. מדובר במסמך משפטי ממצה שנכתב ונבדק על ידי עורכי דין ואנשי מקצוע אחרים כדי לכסות את מכלול העבודות אשר נדרשו לפרויקט ואת מחיריהן (לפי יחידות ביצוע). חוזה זה קבע את אשר קבע בין היתר כדי להגן על הרכבת מפני עליית מחירי העבודות והחומרים שנדרשו לביצוען וכן כדי להבטיח לבייבי כבישים עבודה ושכר בהיקף נרחב, שכאמור נאמד בעשרות מיליוני שקלים. אין אפוא ספק בכך כי החוזה שבו עסקינן הינו קרוב, לפי כתבו ולפי מהותו, לחוזה סגור עם התניה מלאה, והמרחק שבינו לבין חוזה יחס הוא מרחק שנות-אור. בנסיבות אלו, חייב היה בית משפט קמא לנקוט בגישה פורמלית ולהיצמד ללשונו הכתובה של החוזה, למחירי העבודות שנקבעו בו ולדרכי קביעתם – שכן כל אלו שיקפו את האופן בו בחרו הצדדים – הרכבת, מזה, ובייבי כבישים, מזה – לחלק ביניהם את הסיכונים העסקיים שהיו כרוכים בביצוע הפרויקט. כמו כן חייב היה בית המשפט שלא לאפשר לבייבי כבישים לעשות מקצי שיפורים ביחס להצעה שהציעה לרכבת במסגרת המכרז כדי לגבור על תריסר מתחרות: כל מקצה שיפורים כזה מנוגד לעיקרון השוויון בין המתחרים, שהוא לב לבם של דיני המכרזים (ראו עומר דקל מכרזים א 91-140 (2004); גבריאלה שלו חוזים ומרכזים של הרשות הציבורית 161-162 (1999)).

20. למרבה הצער, בית משפט קמא לא פעל כך בנתנו עדיפות לשיקולי הגינות לבר-חוזיים, כפי שאלה גובשו על ידיו, על פני הוראות החוזה. למעלה מן הנדרש, אעיר כי שיקולי הגינות שהדריכו את קביעותיו השונות של בית משפט קמא לא היו הוגנים לרכבת, אשר שילמה לבייבי כבישים מעל 100,000,000 ₪ בהתאם להוראות החוזה ולחלוקת הסיכונים שבו, ואשר אמורה היתה ליהנות מביטחון חוזי ועסקי שחוזה זה נתן לה. מטעמים אלה, אציע לחבריי לקבל את ערעורה של הרכבת ולבטל את כל החיובים שבית משפט קמא הטיל עליה שלא בהתאם להוראות הכתובות של החוזה.

21. לצד הטלת החיובים כאמור, דחה בית משפט קמא את טענתה של בייבי כבישים כי כביכול כרתה עם הרכבת, במהלך ביצוע הפרויקט, הסכמים חדשים ששינו את האמור בחוזה הקיים. טענה זו נטענה כבסיס לדרישות שכר שונות, ודרישות אלה נדחו על ידי בית המשפט יחד עם הטענה. סבורני כי קביעות אלו של בית המשפט היו נכונות; ודי אם אזכיר בעניינן את האמור בסעיף 2(א) לחוק המכרזים שחסם את אפשרות הרכבת לכרות את ההסכמים הנטענים בלא מכרז. ברי הוא כי לרכבת לא היתה שום סיבה לכרות הסכמים

חדשים עם ביבי כבישים בניגוד לחוק והיא ממילא לא כרתה הסכמים כאלה, אלא נצמדה לחוזה הקיים. אשר על כן, אציע לחבריי לדחות את ערעורה של ביבי כבישים ביחס לדרישות השכר המושתתות על הסכמים חדשים (או על הסכמות חדשות, לצד החוזה הקיים).

22. חלק מהתשלומים שבהם חייב בית משפט קמא את הרכבת לטובתה של ביבי כבישים הם תשלומים שהרכבת אכן חייבת בהם על פי הוראות החוזה. כפי שאראה להלן, תשלומים אלה מסתכמים בסך של 8,030,227 ₪ בתוספת הצמדה וריבית. הרכבת ערערה על חיובה בתשלומים אלה ללא הצדקה. אשר על כן, אציע לחבריי לדחות את ערעורה ככל שהוא מתייחס לתשלומים כאמור.

המישור הפרטני:

פרטי הזכאות הכספית שנתבעו על ידי ביבי כבישים

23. כאן המקום להציג בקצרה את פרטי הזכאות הכספית אשר נתבעו על ידי ביבי כבישים, ואלה הם:

א. עיכוב בתחילת ביצוע הפרויקט. לטענת ביבי כבישים, הרכבת דחתה את תחילתו של ביצוע הפרויקט ועל כן היא חייבת לפצותה בגין השבתת ציוד וכוח-אדם וכן בגין העליות במחיריהם של ברזל ושל עבודות הנחת-תשתית-החצץ אשר חלו בתקופת העיכוב.

ב. שינויים בהיקף העבודות. לטענת ביבי כבישים, הרכבת שינתה את היקף העבודות מושא הפרויקט על ידי הוספת עבודות כדלקמן: חיפוי מדרונות באזורי הפיכת שיפועים; ייצור המעקים במסתורי העובדים; הוספת יחידות ביצוע חדשות שעלו על 150% מהכמות הנקובה בכתבי הכמויות המקוריים; פינוי חומר המילוי שנחפר ונפסל לשימוש; ייצור קורות הגשר במפעל שדה; וכן ייבוא של שטיחים למסילות הברזל. ביבי כבישים טוענת כי הרכבת חייבת לשלם לה שכר ראוי עבור עבודות נוספות אלה.

ג. נזקי שיטפונות. לטענת ביבי כבישים, הרכבת אפשרה את כניסתו של קבלן חיצוני לשטח הפרויקט והלה גרם לשיטפונות. כפועל יוצא מכך, נגרמו לביבי כבישים נזקים. ביבי כבישים טוענת כי הרכבת חייבת לפצותה בגין נזקים כאמור.

ד. קיזוז בלתי מורשה של כספים. לטענת ביבי כבישים, הרכבת קיזוז כספים במסגרתו של חשבון חלקי מס' 33, וזאת ללא הצדקה. כפועל יוצא מכך, התמורה שהרכבת אמורה היתה לשלם לה בעד העבודות שבוצעו על ידיה הופחתה. ביבי כבישים טוענת כי הרכבת חייבת לשלם לה את הסכום שקוזז כאמור.

ה. לטענת ביבי כבישים, היא זכאית לקבל מהרכבת את כל הסכומים הנ"ל בתוספת של הפרשי הצמדה וריבית.

עיכובים בתחילת ביצוע הפרויקט

24. לצורך ביצוע הפרויקט נדרשה הרכבת לקבל מהוועדה לתשתיות לאומיות (להלן: הות"ל) אישורים לתכנית הפרויקט ולתכניות הביצוע. הצדדים חתמו על החוזה לפני קבלת האישורים הנ"ל; ואין חולק, כי דבר זה וכן הצורך בקבלת האישורים היו בדיעתה של ביבי כבישים. ביום 21.9.2004, ועובר לקבלת האישור לתכנית הפרויקט, הוציאה הרכבת צו להתחלת העבודות. הצו קבע כי ביבי כבישים תחל לעבוד בפרויקט ביום 10.10.2004 ותעביר לרכבת את לוחות הזמנים לביצוע העבודות עד ליום 24.10.2004. בצו צוין כי תכנית הפרויקט טרם קיבלה את אישור הות"ל ולכן עד לקבלת האישור תוכל ביבי כבישים לבצע עבודות מוגבלות בהיקפן, ותו לא. תכנית הפרויקט אושרה לבסוף ביום 28.11.2004; ובהמשך אישרה הות"ל גם את תכנית הביצוע. ביום 21.4.2005 מסרה הרכבת לביבי כבישים הודעה בדבר קבלת האישורים לתכנית הביצוע. ביבי כבישים הוציאה את הפרויקט מן הכוח אל הפועל בהתאם לתכנית אלה ולפי ההוראות בדבר שינויים שקיבלה מהרכבת במהלך העבודות. אישור הרכבת על גמר ביצוע הפרויקט ניתן ביום 10.8.2008.

25. סעיף 00.37 למפרט הטכני מסדיר את שלבי ביצוע העבודות ואת ההפסקות אשר יכול שתחולנה בביצוען. בשל התחלת העבודות בטרם התקבלו אישורי הות"ל, קובע סעיף 00.37(א) את היתכנותן של הפסקות בביצוע העבודות. הסעיף מצייין במפורש כי לרכבת זכות וטו מוחלטת להורות על הפסקות – ללא צורך בסיבה מיוחדת כלשהי – תוך שהוא מתריע כי על הקבלן לקחת אפשרות זו בחשבון במסגרת הצעתו במכרז.

26. סעיף 00.37(ב)(1) למפרט הטכני מעיד כי העבודות היו אמורות להתבצע בשני שלבים: שלב א', שנקבע לביצוע תוך 14 חודשים החל ממועד תחילת העבודות המצוין בצו; ושלב ב', שנקבע לביצוע תוך 7 חודשים מהמועד שייקבע על ידי הרכבת. בפועל,

לא נעשתה הפרדה בין שלבי הפרויקט וביבי כבישים ביצעה את שלב א' וכמחציתו של שלב ב' במקביל.

27. סעיף 00.37(א) למפרט הטכני איננו בגדר הוראה יחידה בעניין הפסקות בביצוע הפרויקט. גם סעיף 00.37(ב)(2) לאותו מפרט מתייחס להפסקה אפשרית בעבודות, בקבעו כך:

“הפסקת העבודות לפי דרישת הרכבת:

- i. הרכבת שומרת לעצמה את הזכות להפסיק את עבודות הקבלן לתקופה של עד שמונה חודשים קלנדריים.
- ii. הפסקת העבודות תתבצע בהודעה מראש בכתב ע"י הרכבת.
- iii. תקופת הפסקת העבודות תיחשב כפרק הזמן בו הופסקו כל עבודות הקבלן בשטח.
- iv. עבור הפסקה זו בעבודות הקבלן לא תשולם כל תמורה, והקבלן לא יהיה זכאי לתשלום עבור ניהול מתמשך או התארגנות מחודשת בשטח עבורה.
- v. היה והפסקת העבודות המוגדרת לעיל תימשך מעבר לשמונה חודשים קלנדריים, יהיה הקבלן זכאי לתשלום קבוע וסופי כמפורט בפרק התנאים הכלליים.”

28. הנה כי כן, סעיף 00.37 למפרט הטכני מגדיר שני סוגים של הפסקות עבודה. הסוג הראשון הוא הפסקות עבודה שנובעות מעיכובים במתן אישורי הות"ל. הפסקות אלה אינן מוגבלות בזמנים; הן כפופות לשיקול דעתה הבלעדי של הרכבת; והן לא מזכות את ביבי כבישים בשום פיצוי בהיותן נכללות בתמחור העבודות אשר נעשה במסגרת החוזה, בהתאם לדרישות המכרז. הסוג השני הוא הפסקות עבודה לצורך ביצוע עבודות אחרות בשטח הפרויקט, אלו שביבי כבישים לא מופקדת עליהן, באמצעות הרכבת או מי מטעמה (ראו גם הוראת סעיף 2 לנספח א' לחוזה, הוזה בעיקרה לכללים שנקבעו בסעיף 00.37 הנ"ל). הפסקה מסוג זה מזכה את ביבי כבישים בפיצוי מוסכם בסך של 100,000 ₪, כל אימת שמשכה עולה על שמונה חודשים (כאמור בסעיף 3.3 לנספח א' לחוזה). על כל הפסקה כאמור חייבת הרכבת להודיע לביבי כבישים מראש ובכתב.

29. להוראות אלה יש להוסיף את סעיף 9.3 לנספח א' לחוזה, אשר קובע לאמור:

"אירעה הפסקת עבודה ו/או אירעה התמשכות תקופת הביצוע למשך תקופה העולה על 2 חודשים קלנדריים במצטבר, תשלם הרכבת לקבלן סכום קבוע ומוערך מראש בסך של 20,000 ₪ (בתוספת מע"מ) בגין כל העלויות הכרוכות והנובעות מהפסקת העבודה ו/או התמשכות תקופת הביצוע [...] הקבלן לא יהא זכאי לכל תשלום נוסף שהוא בקשר עם הפסקת העבודה ו/או התמשכות תקופת הביצוע כאמור." (ההדגשה הוספה – א.ש.).

30. ברי הוא, כי במקרה דכאן לא אירע שום עיכוב בלתי מוסכם או הפסקת עבודה המזכה את ביבי כבישים בפיצוי מכוחו של סעיף 00.37 למפרט הטכני. עיכוב לא היה כאן כי ביבי כבישים החלה בביצוע הפרויקט בזמן מוסכם שנקבע בצו אשר הוצא על ידי הרכבת; כמו כן, התאפשר לה לבצע חלק מהעבודות עוד בטרם התקבלו אישורי הות"ל. הפסקת עבודות לא היתה כאן כי הרכבת לא הפסיקה את ביצוע העבודות (למרות שהיתה זכאית לעשות כן למשך שמונה חודשים מבלי לשלם פיצוי כלשהו לביבי כבישים). יחד עם זאת, ברי הוא כי ביצוע העבודות נמשך זמן רב וקצב ביצוען היה איטי בהשוואה ללוח הזמנים שנקבע בחוזה. הווה אומר: מה שאירע במקרה דכאן הוא לא עיכוב ולא הפסקה, אלא "התמשכות תקופת הביצוע למשך תקופה העולה על 2 חודשים קלנדריים במצטבר", כמשמעה בסעיף 9.3 לנספח א' לחוזה. ביבי כבישים לא היתה אחראית להתמשכות יתר זו. בנסיבות אלו, על הרכבת לשלם לביבי כבישים תמורה נוספת בסך כולל של 20,000 ₪ בתוספת מע"מ – וזאת "בגין כל העלויות הכרוכות והנובעות [מהתמשכות] תקופת הביצוע", כמובהר בסעיף 9.3 הנ"ל.

31. פיצוי זה נראה לבית משפט קמא נמוך באופן קיצוני בהשוואה לעלויות הנוספות שביבי כבישים נאלצה לספוג בשל התמשכותה היתרה של תקופת ביצוע הפרויקט. בית המשפט קבע כי הרכבת לא עשתה די כדי למזער עלויות אלה ומסיבה זו החליט שלא להחיל על המקרה את הוראת הפיצוי המוסכם שבסעיף 9.3 לנספח א' לחוזה. תחת זאת, בחר בית המשפט לאמור את נזקי העיכובים של ביבי כבישים על פי "נוסחת המדף" הממשלתית. מכוחה של נוסחה זו, קבע בית המשפט כי ביבי כבישים זכאית לקבל מהרכבת פיצויי עיכוב בסך של 4,629,550.265 ₪ – זאת, למרות שהנוסחה לא היתה חלק מהחוזה ולמרות שסעיף 9.3 לנספח א' לחוזה קבע בלשון מפורשת, בקשר לפיצוי המוסכם של 20,000 ₪, כי "הקבלן לא יהא זכאי לכל תשלום נוסף שהוא בקשר עם הפסקת העבודה ו/או התמשכות תקופת הביצוע כאמור."

32. ביבי כבישים טענה לפנינו כי הפיצוי המוסכם הנ"ל איננו משקף את נזקי העיכוב שספגה, שכן, לטענתה, נזקים אלו הגיעו כדי 9,747,920 ₪. מנגד, טענה הרכבת כי "נוסחת המדף" הממשלתית לא מהווה חלק מהחווה, שכאמור הגביל מפורשות את גובה הפיצוי המגיע לביבי כבישים לסך של 20,000 ₪ (בתוספת מע"מ). מטעם זה, הרכבת סבורה כי בית משפט קמא היה צריך להפעיל את הוראת הפיצוי המוסכם ולהשאיר את הנוסחה על המדף.

33. סבורני כי הדין עם הרכבת. תקרת הפיצוי המוסכם אשר נקבעה בסעיף 9.3 הנ"ל מהווה חלק מחלוקת הסיכונים שנעשתה על ידי הרכבת, מזה, וביבי כבישים, מזה. במסגרתה, ביבי כבישים נטלה על עצמה את כל הסיכונים הכלכליים הכרוכים בעיכובים ובהתמשכות העבודות שמעבר לסכום הצנוע של 20,000 ₪; בעוד שהרכבת לקחה על עצמה סיכונים אחרים, ובראשם הסיכון שהתמורה הכוללת עבור ביצוע הפרויקט, שאותה היא התחייבה לשלם לביבי כבישים, תהא, בסופו של יום, גבוהה יותר מהתמורה המוסכמת שהיתה משלמת – לביבי כבישים או לקבלן אחר – אילו לקחה את עלויות העיכובים על עצמה כנגד הפחתת מחיריהן של יחידות הביצוע השונות. במלים אחרות: מחיריהן המוסכמים של יחידות הביצוע כוללים בתוכם את עלות העיכובים, כפי שנצפתה בזמן כריתת החווה; בעוד שהפיצוי המוסכם של 20,000 ₪ נועד לשמש דמי השתתפות של הרכבת בנזקי העיכובים של ביבי כבישים, ככל שייגרמו לה נזקים כאלה. ביבי כבישים קוראת לפיצוי המוסכם הזה "לעג לרש" – תיאור שאולי נכון מנקודת הראות שאחרי המעשה (ex post). ברם, נקודת הראות הנכונה כאן היא זו שלפני המעשה (ex ante), אשר מתמקדת בחלוקת הסיכונים הכוללת לפני שאלה התממשו. מנקודת ראות זו, חברה קבלנית שזוכה בפרויקט העתיד להזרים לקופתה עשרות מיליוני שקלים איננה בגדר "רש"; ובוודאי שלא נקרא לה "רש" אחרי שידענו, בסוף היום, כי התמורה הסופית ששולמה לה על ידי מזמין העבודות עברה את הסף של 100,000,000 ₪. ביבי כבישים חתמה על חוזה מסחרי. היא הכירה את תנאי החווה וידעה, או היתה צריכה לדעת את מה שתנאים אלה אומרים. החוזה עליו היא חתומה הוא הסכם מחייב הן לעניין הדבש (הזכות לבצע עבודות שתמורתן הסתכמה ביותר מ-100,000,000 ₪) והן לעניין העוקץ (הגבלתה של תקרת הפיצוי בגין העיכובים לסך של 20,000 ₪). אחרי שאכלה את הדבש, ביבי כבישים מנסה כעת להיפטר מהעוקץ; אך פטור כזה אין בידינו להעניק לה. כמו כן לא נוכל לאשר את הפיצוי לפי "נוסחת המדף" הממשלתית בו בחר בית משפט קמא לזכות את ביבי כבישים. פשיטא הוא כי נוסחה זו איננה חלק מהחווה, שכן החווה קבע הסדר אחר בענייני עיכובים. בית משפט קמא לא היה רשאי אפוא לקרוא אותה לתוך החווה שחילק את הסיכונים הכלכליים בין הצדדים בדרך אחרת, כפי שהם רצו לחלקם.

34. מטעמים אלה, אציע לחבריי כי נבטל את קביעתו של בית משפט קמא שחייבה את הרכבת לשלם לביבי כבישים פיצויי עיכוב בסך כולל של 4,629,550.265 ₪ ונעמיד במקום פיצוי זה את הפיצוי המוסכם בסך של 20,000 ₪ בתוספת מע"מ.

עליית מחירי הברזל

35. במסגרת תביעתה, דרשה ביבי כבישים מהרכבת תשלום מיוחד בגין התייקרות מחירי הברזל. לטענתה, בשל דחייתה של תחילת ביצועו של הפרויקט והעיכובים בקבלת תכניות הביצוע, היא נאלצה לעכב את הזמנת הברזל הדרוש לפרויקט. ביני לביני, עלה מחירו של הברזל באופן משמעותי (ככל הנראה, עקב הבנייה המואצת בסין לקראת אולימפיאדת בייג'ין). אי לכך, דרשה ביבי כבישים מהרכבת כי זו תשלם לה תוספת התייקרות לצד מחיר הברזל החוזי. בית משפט קמא קיבל את טענה זו ואת ניתוח המחירים שהוצג על ידי ביבי כבישים וחייב את הרכבת לשלם לביבי כבישים פיצוי התייקרות בסך 1,545,356.53 ₪.

36. הרכבת טוענת כי קביעה זו בטעות יסודה. לטענתה, החוזה – שהוא, ורק הוא, מחייב את הצדדים – קבע מנגנון ברור, מוסכם ויחיד לעדכון המחירים בסעיף 64. סעיף זה קובע כי "שום תנודות בשכר העבודה, או במחירי החומרים אשר על הקבלן לספקם לפי החוזה [...] לא ישנו את שכר החוזה, אלא בהתאם לסעיף קטן (3) דלהלן"; ואילו סעיף קטן (3) מורה כי "אם יחולו תנודות במדד [מדד מחירי תשומות הבניה למגורים – א.ש.] יגדל או יקטן שכר החוזה בהתאם לחישוב הבא: א. ההעלאה או ההפחתה של שכר החוזה תחושב בכל חודש לגבי תשלומי הביניים של העבודה שבוצעה באותו חודש, בהתאם לשיעור תנודות במדד [...]".

37. הרכבת מוסיפה וטוענת בהקשר זה, כי ניתוח המחיר מטעם ביבי כבישים איננו נתמך בראיות והינו מנותק מהעובדות. כמו כן טוענת הרכבת כי בית משפט קמא התעלם מהראיות אשר הוכיחו כי הברזל שהיה דרוש לפרויקט ממילא הוזמן מראש ולכן ביבי כבישים לא נפגעה מהתייקרותו; מכך שהברזל נרכש על ידי קבלן-משנה "שפיר" (להלן: קבלן המשנה) אשר אין לו שום דרישות כספיות עצמאיות מביבי כבישים; וכן מכך שדרישותיה הכספיות של ביבי כבישים הועלו לאחר המעשה וכשהיו ניכר: כשנה אחרי הישיבה בה נושא זה נדון.



38. מנגד, ביבי כבישים טוענת כי בקביעתו של בית משפט קמא בנוגע לזכאותה לפיצויי ההתייקרות הנ"ל לא נפל שום פגם. ביבי כבישים מבקשת אפוא מאתנו כי לא נתערב בקביעה זו ונקיימה כלשונה.

39. סבורני כי הדין עם הרכבת. סעיף 64 לחוזה קובע מנגנון בלעדי וברור לעדכון התמורה המגיעה לביבי כבישים מהרכבת מחמת התייקרויות. מדובר בהצמדה חודשית שוטפת של יחידות הביצוע החוזיות למדד תשומות הבניה אשר מתכלל בתוכו, בין היתר, את התנודות במחירי הברזל (להלן: ה-TTM). לפי סעיף זה, החשבונות שהוגשו לרכבת, מדי חודש בחודשו, על ידי ביבי כבישים אמורים היו לקחת בחשבון – ומן הסתם, לקחו בחשבון – את התנודות שחלו במדד בהשוואה למדד הבסיסי, אשר היה תקף ביום האחרון בו ניתן היה להגיש הצעות למכרז. הוזה אומר: ביבי כבישים כבר קיבלה את הפיצוי החוזי המגיע לה בגין התייקרויות הברזל, ומעבר לפיצוי זה לא מגיע לה דבר. כפי שכבר ציינתי, אין לנו אלא הוראות החוזה שבאמצעותן בחרו הצדדים – כפי שבחרו – לחלק ביניהם את הסיכונים הכלכליים שהיו כרוכים בביצוע הפרויקט; ולאורן ניתן את הכרעתנו. ביבי כבישים טוענת כי הוראות החוזה שבהן עסקינן לא צפו את האפשרות כי העיכוב בביצוע הפרויקט ייגרם על ידי התנהלות הרכבת; ולא היא. בעניין זה, די אם נעמיד לנגד עינינו את סעיף 64(3)ב לחוזה, שעניינו עיכובים הנגרמים על ידי הקבלן, ביבי כבישים, מול הוראותיו של סעיף 64(3)א האדישות לשאלה "מי אשם בעיכוב?". ברי הוא, כי עיכובים בביצוע הפרויקט אשר נגרמים על ידי הרכבת חוסים בצלו של סעיף 64(3)א הנ"ל.

40. לצד ניתוח פשוט זה, אוסיף שאלה רטורית: מה היה קורה אם תקופת העיכוב היתה רושמת ירידה במחירי הברזל? האם במקרה כזה היתה ביבי כבישים מסכימה להפחתת התמורה שהרכבת שילמה לה בעד ביצוע הפרויקט? סביר להניח שהסכמה כזאת לא היתה ניתנת; ואם כך הוא הדבר, מדוע נטה אוזן קשבת לטענת ביבי כבישים כי עלייה במחירי הברזל צריכה לבוא על חשבונה של הרכבת? ודוק: הרכבת קיימה את החוזה ככתבו ושילמה לביבי כבישים, נוסף לתמורה הבסיסית בעד העבודות, את הפרשי ההצמדה למדד. סבורני, אפוא, כי ביבי כבישים מנסה להפוך את הרכבת למבטחת של שני סיכונים – עלייה במדד תשומות הבניה והתייקרות הברזל – תוך שמירת מעמדה כנהנית בלעדית מכל ירידה אפשרית במחיריהם של חומרי בניה. הסדר כזה הוא מן המופלאות שצריכות ראייה: מי שטוען לקיומו חייב להציג אסמכתא משכנעת בדמותו של כתב התחייבות או של סעיף בחוזה. בנטל זה ביבי כבישים לא עמדה. היא טענה לקיומו של הסדר כאמור בהבל פה וללא כל אסמכתא, ועל כן מן הדין לדחות את טענותיה.

41. מטעמים אלה, אציע לחבריי כי נבטל את קביעתו של בית משפט קמא שחייבה את הרכבת לשלם לביבי כבישים זמי התייקרות בגין עליית מחירי הברזל בסך כולל של 1,545,356.53 ₪ ונקבע כי ביבי כבישים איננה זכאית לשום תוספת מחיר מעבר למה שכבר שולם לה לפי סעיף 64(3)ב לחוזה.

#### הנחת תשתית החצץ

42. ביבי כבישים תבעה מהרכבת סך של 2,682,030 ₪ בגין הנחת תשתית החצץ, שלטענתה היתה בגדר עבודה נוספת אשר בוצעה על ידיה לאחר תום תקופת הביצוע כהגדרתה בחוזה. סכום זה חושב לפי הכמות של 39,000 מ"ק ובהקשרו טענה ביבי כבישים כי המחיר החוזי ששולם לה כלל את אספקת החצץ וכן את הובלתו, פיזורו, הידוקו וכיוצא באלה, אולם לא כלל את אחסון החצץ מעבר לתקופה הקבועה בחוזה.

43. בית משפט קמא קבע בעניין זה כי ביבי כבישים לא פירטה כיאות את תביעתה ועל כן אין זה ברור אם דרישת התשלום נובעת מהעיקובים בביצוע הפרויקט, או שמא מהקיזוז הנטען במסגרת חשבון חלקי מס' 33. כמו כן נקבע כי ביבי כבישים לא סתרה את טענת הרכבת כי עבודת פיזור החצץ נדחתה רק ביחס ל-3.33% מהשטח בו עבודה זו נדרשה. הווה אומר: הדחייה בפיזור תשתית החצץ נוגעת רק לשטח מצטבר של כ-300 מטר, מתוך 10,000 מטרים של תוואי העבודות; ובהתאם לכך, כמות החצץ שאותו היה צריך לאחסן ולפזר במועד מאוחר יותר עמדה על כ-1,000 מ"ק מתוך כ-30,000 מ"ק אשר נדרשו לפרויקט כולו. עוד נקבע כי ביבי כבישים לא הוכיחה כל נזק: החצץ לא נפגם מאי השימוש בו; ועלות העבודה לא התייקרה כלל.

44. ביבי כבישים העלתה טענה נוספת בעניינן של עבודות החצץ העודפות. לדבריה, היא פיזרה את שכבת החצץ בגובה של 30 ס"מ, כפי שנתבקשה תחילה על ידי הרכבת, אולם בהמשך היא נתבקשה להנמיך שכבה זו, וכך עשתה (להלן: הנמכת הגבהים). בהקשר זה הוסיפה ביבי כבישים וטענה, כי בחשבון חלקי מס' 33 שכרה קוזז לנוכח מדידת הכמויות שנעשתה לאחר הנמכת הגבהים מבלי לקחת בחשבון את כמות החצץ שהונחה בפועל. טענה זו הועלתה לראשונה בשלב הסיכומים ובית משפט קמא דחה אותה מטעם זה ובשל האיסור על הרחבת חזית. כמו כן ציין בית המשפט כי הטענה איננה נתמכת במסמכים שנערכו בזמן אמת. מסיבות אלה, קבע בי המשפט כי ביבי כבישים איננה זכאית לשום תוספת תשלום בגין הנחת תשתית החצץ.

45. ביבי כבישים טענה לפנינו כי קביעתו זו של בית משפט קמא הינה שגויה. מנגד, טוענת הרכבת כי בית משפט קמא צדק בהחליטו לדחות את תביעתה של ביבי כבישים לתוספת תשלום בגין הנחת תשתית החצץ.

46. סבורני כי הדין עם הרכבת. ביבי כבישים טוענת, למעשה, כי התנהלות הרכבת בעניין החצץ והנחתו יצרה בין הצדדים חוזה חדש; ולא היא. מדובר בעבודות המוסדרות בחוזה, שתמורתן אמורה היתה להשתלם – ושולמה בפועל – לפי יחידות הביצוע המוכפלות בכמויותיהן, כשהן מאושרות במתכונת שנקבעה בסעיף 63(3) לחוזה. חוזה זה לא שונה, לא שופץ, ולא הוחלף בשום חוזה חדש. החוזה קבע, בין היתר, כי הרכבת רשאית לקבוע וליישם את סדר העדיפויות שלה בביצוע העבודות, וכי הצורך באחסון החומרים וההוצאות הנובעות מכך לא יקנו לביבי כבישים שום זכות לקבלת פיצוי או תוספת תשלום (ראו סעיף 00.13 למפרט הטכני). הטענות העובדתיות שביבי כבישים העלתה בניסיונה להוכיח את דבר קיומו של הסדר חוזי חדש ונפרד, לצדו של החוזה שחתמה עם הרכבת, נדחו על ידי בית משפט קמא; ובזאת לא נתערב. אוסיף רק כי ביבי כבישים גם לא הצליחה להוכיח את הפסדיה; ובאין נזק, ממילא אין פיצוי.

47. מטעמים אלה, אציע לחבריי לדחות את ערעורה של ביבי כבישים ככל שהיא מתייחס לדרישת תוספת תשלום בגין הנחת תשתית החצץ.

#### שינויים בחוזה והוספת עבודות

48. כפי שכבר צויין, החוזה עליו חתמו הצדדים צפה את האפשרות של הגדלת הכמויות הבסיסיות של יחידות הביצוע, אשר פורטו בכתב הכמויות – צפה וגם הסדירה. ההסדרה החוזית של הוספת עבודות התייחסה לא רק להגדלת כמויות של יחידות הביצוע, אלא גם לעבודות שכלל לא תומחרו במסגרת החוזה. סעיף 00.38 למפרט הטכני קובע במפורש כי תכניות הפרויקט כפופות לשינויים, לתוספות ולהשלמות; וכי לאחר עדכוןן והשלמתן כאמור הן תועברנה לביבי כבישים כתכניות ביצוע. כמו כן קובע הסעיף הנ"ל כי שינויים, תוספות והשלמות אלו לא ישפיעו על מחירי החוזה. הוזה אומר: תשלום עבור הרחבת היקפן של העבודות יחושב בהתאם לכמויות שתבוצענה בפועל ועל בסיס מחיריהן של יחידות הביצוע אשר מופיעים בכתב הכמויות. בהמשך, קובע הסעיף באופן חד-משמעי כי "לקבלן לא תהיה שום תביעה, לא תביעה כספית ולא תביעת זמן ביצוע, הנובעים במישרין ו/או בעקיפין מהאמור לעיל". בעניינן של עבודות אשר לא תומחרו מראש ושנדרשו בתכניות הביצוע (להלן: עבודות נוספות), קובע סעיף 00.44 למפרט הטכני כי המחיר ליחידה של כל עבודה כזאת ייקבע לפי האלטרנטיבה הזולה

מבין שלוש אלו: (1) מחירי יחידות דומות אשר תומחרו בכתב הכמויות; (2) מחיר המופיע במחירון דקל לעבודות בניה גדולות, בניכוי הנחה של 15%, או בהתאמה למחירי המכרז; (3) מחיר השוק לעבודות דומות אשר ייקבע על סמך שלוש הצעות מחיר לעבודה הנתונה ובניכוי הנחות שניתנו לקבלן. סעיף זה חייב את ביבי כבישים להתריע על כל פער בין מסמכי החוזה לתכניות הביצוע בתוך 30 יום מיום מתן צו התחלת העבודה על ידי הרכבת. עוד קובע הסעיף כי הוראותיו באות להוסיף על האמור בסעיפים 56-59 לחוזה בעניין פקודות שינויים; ולתוספת חשובה זו עוד אתייחס בהמשך דבריי.

49. סעיף 56 לחוזה, שכותרתו "שינויים", מאפשר לרכבת להורות על שינויים ב"מבנה", המוגדר בחוזה כ"המבנה ו/או העבודה שיש לבצע בהתאם לחוזה, לרבות כל מבנה ארעי ו/או עבודה ארעית" (ראו סעיף 1 לחוזה). הוראות הרכבת בדבר שינויים במבנה מכונות "פקודות שינויים". ככלל, פקודות אלה צריכות להימסר בכתב עובר לבקשה לביצוע השינוי, אולם יתכנו גם מקרים בהן הפקודה תועלה על הכתב בשלב מאוחר יותר. מכאן עולה כי כל עבודה שביצועה נדרש בפקודת שינויים הינה בגדר "עבודה נוספת" במובן זה שהיא משנה את האמור בתכניות המכרז ובכתב הכמויות המקורי. בניגוד לתכניות הביצוע, אשר נמסרו לביבי כבישים בסמוך לצו תחילת העבודה ואשר חייבו לפעול לפיהן ללא סייג, פקודות השינויים חייבו את ביבי כבישים בגבולות שקבע סעיף 56(3). לפי האמור בסעיף זה, ביבי כבישים התחייבה למלא אחר פקודות שינויים כל אימת שהעבודות הקבועות בה לא מייצרות חריגה שעולה "על 50% לגבי הגדלה או 25% לגבי הקטנה מהסכום הנקוב במסמכי החוזה כשכר החוזה או מכל סכום אחר שמתקבל במקומו עקב תנודות במחירי החומרים [...]".

50. תמחור של עבודות נוספות אשר נדרשו בפקודת שינויים נקבע בסעיף 57 לחוזה, שכותרתו "הערכת שינויים". סעיף זה קובע כדלקמן:

"57. (1) ערכו של כל שינוי שבוצע בהתאם לפקודת שינויים ייקבע לפי מחירי היחידות הנקובים בכתב הכמויות. לא נקבעו בכתב הכמויות כל מחירי היחידות הדרושים לקביעת ערכו של השינוי – ייקבע ערכם של מחירי היחידות החסרים במשא ומתן בין המהנדס והקבלן, ואולם אין הקבלן רשאי לעכב את ביצועו של השינוי מחמת אי קביעת ערכו של השינוי.

(2) לצורך קביעת ערכם של מחירי היחידות החסרים, כאמור בסעיף קטן (1), יובא בחשבון כל מחיר יחידה דומה הנקוב בכתב הכמויות שאפשר להתבסס עליו לצורך קביעת כל אחד ממחירי היחידות החסרים. בהעדר מחירי יחידות דומים שאפשר להתבסס עליהם לקביעת

אחד ממחירי היחידות החסרים – ייקבע ערכו של השינוי במשא ומתן בין הצדדים.”

51. עבודות שלא תומחרו בחוזה ושלא הופיעו בכתב הכמויות, אך נדרשו לביצוע הפרויקט, הוסדרו, אפוא, בשני מתווי שינויים נפרדים: (1) שינוי במסגרת תכניות הביצוע המתומחר בהתאם למחיר הנמוך ביותר מבין אלו שצויינו בסעיף 00.44 למפרט הטכני; (2) עבודות נוספות המתומחרות לפי מחירי יחידות ביצוע הדומות לאלו שתומחרו בחוזה; בהעדר מחירים כאמור, במשא ומתן בין הצדדים; ובמקרה של כישלון במשא-ומתן, על פי כללי התמחור הקבועים בסעיף 00.44 למפרט הטכני.

52. לזאת יש להוסיף כי זכותה של ביבי כבישים להתנער מביצוען של עבודות נוספות אשר נדרשו על ידי הרכבת במסגרתה של פקודת שינויים הוגבלה לתקופה של 10 ימים מיום קבלת הפקודה – וזאת, בין אם גודל השינוי ומחירו היו ידועים באותה העת ובין אם לאו. כלל זה נקבע בסעיפים 56(4) ו-57(5) לחוזה, וזו לשונם:

”56(4). קבלן שיקבל פקודת שינויים וערך השינויים הכרוך בה עולה על האחוז האמור בסעיף קטן (3) – בין שהיה ערך השינוי ידוע בשעת קבלת הפקודה ובין שערכו נתגלה רק לאחר זמן – ולא טען הקבלן תוך 10 ימים שאין פקודת השינויים מחייבת אותו – אין שומעים את תלונותיו לאחר מכן ודין השינוי כדין שינוי שאין ערכו עולה על האחוז האמור.

57(5). קיבל הקבלן פקודת שינויים שלא נקבע בה ערכו של השינוי והוא בדעה שהשינוי מחייב את העלאת שכר החוזה – יודיע למהנדס בכתב בהקדם האפשרי על כוונתו לבקש העלאת שכר החוזה כאמור. עברו 10 ימים מיום מתן פקודת השינויים מבלי שהקבלן פנה בכתב כאמור, רואים אותו כאילו הסכים לכך שהשינוי לא ישפיע על שכר החוזה.”

53. במהלך ביצוע הפרויקט, נתנה הרכבת לביבי כבישים 13 פקודות שינויים החוסות בצלם של סעיפים 56 ו-57 לחוזה. אישור הרכבת על גמר ביצוע הפרויקט, ובכלל זה, על גמר ביצוע העבודות הנוספות שפורטו בפקודות השינויים, ניתן ביום 10.8.2008. בכל הקשור לתמחור השינויים, ביבי כבישים לא הפעילה את המנגנונים הקבועים בסעיף 57 לחוזה. תחת זאת, היא הגישה לרכבת, ואחר-כך לבית משפט קמא, ניתוחי מחיר אשר נעשו לאחר המעשה וממילא לא אושרו על ידי הרכבת בזמן אמת. ביבי כבישים טענה בהקשר זה כי ניתוחי מחיר אלה התבססו על מחירון דקל שנוכר בחוזה וכי הם הועברו לרכבת בזמן אמת, אם כי לא במסגרת מתווי השינויים שנקבעו בחוזה. ביבי כבישים

איננה טוענת כי הרכבת הסכימה עם ניתוחי המחיר הללו, והרכבת אכן חולקת עליהם בתוקף.

54. בנסיבות אלו, עם כל ההבנה שניתן לגלות למצבה של ביבי כבישים, אשר יכול שביצעה עבודות נוספות מבלי לקבל בעדן תמורה מספקת, אין בידי לאפשר לה לסטות מהוראותיו הברורות של החוזה בעניין התמחור. בקשר לכל עבודה נוספת שנדרשה על ידי הרכבת בפקודות השינויים, חייבת היתה ביבי כבישים לבוא עם הרכבת בדין ודברים בזמן אמת כדי לגבש הסכמה לגבי מחיר העבודה, כאמור בסעיף 57(2) לחוזה; ובאין הסכמה כאמור, היה עליה להפעיל את מנגנון התמחור שכאמור נקבע בסעיף 00.44 למפרט הטכני. ביבי כבישים בחרה שלא לפעול כך. יתרה מזאת: ביבי כבישים לא ביקשה להפעיל את מנגנון התמחור הקבוע בסעיף 00.44 הנ"ל גם במסגרת ההתדיינות בבית משפט קמא. תחת זאת, היא טענה כי מגיעים לה סכומי עתק בהתבסס על ניתוחי המחיר החד-צדדיים שהוגשו מטעמה, אולם לניתוחי מחיר אלו אין – ולא היתה – שום השלכה על תמחורן החוזי והמוסכם של העבודות הנוספות. ביבי כבישים מיצתה אפוא את יומה בבית המשפט מבלי שאפילו ניסתה להוכיח את זכאותה לקבל מהרכבת את התשלום החוזי המוסכם בעד העבודות הנוספות שביצעה – זו היתה בחירתה, ואותה נכבד.

55. הפועל היוצא מכך הוא שבית משפט קמא טעה בכל אותן הקביעות שזיכו את ביבי כבישים בתשלומים בעד עבודות נוספות שלא תאמו את מנגנוני התמחור הקבועים בסעיף 57(2) לחוזה ובסעיף 00.44 למפרט הטכני. קביעות אלה עומדות בניגוד להוראות החוזה עליו חתמו הצדדים בעקבות זכייתה של ביבי כבישים במכרז. כפי שכבר הסברתי, לדרך זו של השלמת הסכמים יש מקום רק בגדריהם של חוזי יחס פתוחים, אשר מתפרשים לפי עקרונות רחבים של הגינות, סבירות ותום-לב, ואשר מקנים לבית המשפט כוחות ניהוליים המאפשרים לו לעצב עבור בעלי החוזה זכויות וחובות חדשות. בעולמם של חוזים סגורים עם התניה מלאה או כמעט מלאה, לעקרונות אלה יש תחולה שיווית בלבד, השמורה למצבי קצה ולמקרים חריגים. בתי המשפט מצווים על כן ליישם את הוראותיהם הכתובות של חוזים עסקיים סגורים כמות שהן – מבלי לשנות את החוזה ומבלי לקרוא לתוכו נורמות וזכויות חדשות (ראו עניין דלק, פסקאות 14-16; וכן דניאל פרידמן "לפרשנות המונח 'פרשנות' והערות לפסק דין אפרופים" המשפט ח 483 (תשס"ג)).

56. במסגרת הדיון שיבוא להלן, אציע אפוא לחבריי לבטל את כל קביעותיו של בית משפט קמא אשר חרגו מהוראותיו הכתובות של החוזה בעניין תמחור העבודות הנוספות.

57. ביום 11.7.2007, דרשה ביבי כבישים כי הרכבת תשלם לה תשלום מיוחד בגין חריגה בכמות העבודות הנוספות אשר לטענתה עלתה על 50% משכר החוזה. בעבור חריגה נטענת זו דרשה ביבי כבישים סך של 17,160,137.77 ₪. בית משפט קמא קבע כי ביבי כבישים אינה זכאית לקבל סכום זה מאחר שהיא לא קיימה את חובת ההודעה לפי סעיף 57(5) לחוזה. סעיף זה חייב את ביבי כבישים להודיע לרכבת "בכתב בהקדם האפשרי על כוונת[ה] לבקש העלאת שכר החוזה כאמור." כמו כן קבע הסעיף, כי "עברו 10 ימים מיום מתן פקודת השינויים מבלי שהקבלן פנה בכתב כאמור, רואים אותו כאילו הסכים לכך שהשינוי לא ישפיע על שכר החוזה."

58. קביעה זו בדין יסודה. ניסיונה של ביבי כבישים לתרץ את מחדלה בטענות כאלה או אחרות לא צלח; ואין כל סיבה שנתערב בקביעותו של בית משפט קמא אשר דחו ניסיון זה בשתי ידיים מטעמים שבעובדה ועל יסוד הדברים המפורשים שנקבעו בחוזה.

59. ביבי כבישים והרכבת טענו לפנינו בהרחבה בעניין החריגות הללו והאם הן חצו את הקו של 150%. כפועל יוצא מכך, שמענו סיפורים מורכבים – המנוגדים אלו לאלו – באשר להתקיימות התנאי לקבלתה של תמורה נוספת בגין החריגות, שכאמור נקבע בסעיף 57(5) לחוזה. סבורני כי בין סיפורים אלו אין אנו נדרשים להכריע, שכן התנאי הקבוע בסעיף 57(5) לחוזה הוא תנאי הכרחי ליצירת זכאותה של ביבי כבישים לתמורה נוספת, אבל איננו תנאי מספיק. כפי שכבר צויין, תמחורה של כל עבודה נוספת שבאה מכוחה של פקודת שינויים אמור היה להיעשות בהתאם למנגנונים הקבועים בסעיף 57(2) לחוזה ובסעיף 00.44 למפרט הטכני. ביבי כבישים בחרה שלא לפעול לפי מנגנונים אלה, ועל כן זכאותה לתמורה נוספת לא השתכללה; ואין לה אלא להלין על עצמה. טבלאות, תחשיבים וחשובים עצמיים אחרים, עליהם ביבי כבישים בחרה להסתמך במקום ללכת בדרך המלך של החוזה, היו – ונשארו – חסרי ערך. בית משפט קמא בחר שלא להיזקק להם בקביעותו, וכך נעשה גם אנחנו.

60. מטעמים אלה, אציע לחבריי כי נדחה את ערעורה של ביבי כבישים בעניין תוספת מחיר בגין חריגת כמויות, שלטענתה חצתה את הגבול של 150%.

61. הצדדים מסכימים כי עבודות חיפוי המדרונות (להלן: עבודות החיפוי) והפיכת השיפועים, אשר נעשו על ידי ביבי כבישים במסגרת הפרויקט, היו נרחבות בהיקפן. עבודות אלה חרגו בהרבה מכתבי הכמויות של החוזה. החוזה קבע כי עבודות החיפוי תתפרשנה על פני שטח של 11,000 מ"ר (הרכבת טוענת כי כאן מדובר בטעות סופר ושהצדדים התכוונו לכתוב 110,000 מ"ר). בפועל, עבודות החיפוי נעשו על ידי ביבי כבישים בשטח של כ-590,000 מ"ר. יתרה מכך: בעוד שלפי תכניות המכרז היה על ביבי כבישים לבצע עבודות חיפוי רק "בשטחי מילוי" (שטחים בהם תשתית המסילה מוגבהת מעל פני הקרקע), הרי שתוכניות הביצוע דרשו ממנה לבצע עבודות חיפוי גם ב"שטחי חפירה" (שטחים בהם תוואי המסילה מונמך מתחת לפני השטח). בעניין זה, טענה ביבי כבישים בפני הרכבת כי עבודות חיפוי בשטחי חפירה מורכבות יותר – וכפועל יוצא מכך, יקרות יותר – מאלו הנדרשות בשטחי מילוי. בהתאם לכך, הסכימו ביבי כבישים והרכבת, בזמן אמת, על קביעת תמחור חדש לעבודות החיפוי: 3 ש"ח למ"ר עבור עבודות החיפוי בשטחי המילוי, לשטח כולל של 150,000 מ"ר; ו-20 ש"ח למ"ר עבור עבודות החיפוי בשטחי החפירה, לשטח כולל של 100,000 מ"ר.

62. לאחר גיבוש הסכמות אלה, ביקשה הרכבת מביבי כבישים לבצע עבודה נוספת: הפיכת שיפועים בחלק נרחב מהאזור בו נדרשו מלכתחילה עבודות החיפוי בשטחי המילוי. כתוצאה מכך, הוקטנו שטחי המילוי והוגדלו שטחי החפירה – שינוי שמשמעו התייקרות נוספת ומשמעותית של עבודות החיפוי. ביבי כבישים דרשה אפוא מהרכבת כי התמחור שהוסכם עליו יעודכן בהתאם, אך לא זכתה למענה. במסגרת תביעתה, דרשה ביבי כבישים כי הרכבת תשלם לה בגין העבודה בשטחי הפיכת השיפועים 36.88 ש"ח למ"ר.

63. בית משפט קמא קבע כי ביבי כבישים זכאית לתשלום נוסף בגין השינוי האחרון. במסגרת זו, קבע בית המשפט, על יסוד הראיות ששמע, כי השטח שלגביו חלה ההתייקרות הגיע ל-290,000 מ"ר. עבור העבודות שבוצעו בשטח זה, שילמה הרכבת לביבי כבישים את התעריף של עבודות החיפוי בשטחי המילוי, 3 ש"ח למ"ר, במקום התעריף של עבודות החיפוי בשטחי החפירה, 20 ש"ח למ"ר. ההפרש שבין שני התעריפים הללו, 17 ש"ח למ"ר, הוכפל על ידי בית המשפט בשטח ההתייקרות הכולל, 290,000 מ"ר, וסכום הכסף שהתקבל, 4,930,000 ש"ח, נזקף לזכותה של ביבי כבישים (חלף הסכום הגבוה יותר שתבעה בהתבסס על התעריף של 36.88 ש"ח למ"ר).

64. שני הצדדים מערערים על קביעה זו. לטענת ביבי כבישים, היא היתה – ועודנה – זכאית לקבל מהרכבת, עבור עבודות החיפוי הנוספות שביצעה, תשלום נוסף לפי



התעריף של 36.88 ₪ למ"ר אשר אושר על ידי עד מומחה. לטענת הרכבת, טעה בית משפט קמא משבחר להיזקק לחוות דעתו של מומחה שרגלו לא דרכה בשטח הפרויקט. כמו כן טעה בית המשפט משנמנע מהפעלת המנגנון הקבוע בסעיף 00.44 למפרט הטכני. זאת ועוד: לדברי הרכבת, השטח הנכון לגביו מגיעה לביבי כבישים תוספת תשלום (אם בכלל) השתרע על פני 198,000 מ"ר, ולא על פני 290,000 מ"ר.

65. הנני סבור כי בסוגיה זו עלינו לדחות את טענותיהם של שני הצדדים ולאמץ את ממצאיו של בית משפט קמא. טענת הרכבת תוקפת ממצא עובדתי מובהק אשר נקבע על ידי בית משפט קמא על יסוד הראיות ששמע – וזאת, מבלי לבסס עילת התערבות שמכוחה, ורק מכוחה, נוכל לשנותה (ראו למשל: ע"א 3601/96 בראשי נ' עיזבון המנוח זלמן בראשי ז"ל פ"ד נב(2) 582, 594 (1998)). מטעם זה, דינה של טענה זו להידחות. ביבי כבישים, כדרכה, ממשיכה להתעלם מהוראותיו של סעיף 00.44 למפרט הטכני. התעלמות זו, כמובן, אינה יכולה לשנות את המסגרת המשפטית שבתוכה ביבי כבישים והרכבת פעלו; ועל כן עלינו לדחות גם את טענתה של ביבי כבישים ולקבוע כי בית משפט קמא צדק גם צדק בעניין תמחורן של עבודות החיפוי הנוספות. תמחור זה תואם את השיטה שהוסכמה על ידי הצדדים במסגרתו של סעיף 00.44 למפרט הטכני ועל כן נכבדו.

66. מטעמים אלה, אציע לחבריי כי נאשר את החלטתו של בית משפט קמא לחייב את הרכבת לשלם לביבי כבישים סך של 4,930,000 ₪ בגין עבודות החיפוי הנוספות ונדחה את ערעורי הצדדים בסוגיה זו.

פינוי חומר המילוי שנפסל

67. ביבי כבישים טוענת כי הינה זכאית לתוספת מחיר עבור פינוי חומרי חפירה שנפסלו לשימוש. כחלק מביצוע הפרויקט, נדרשה ביבי כבישים לבצע עבודות חפירה בתוואי הרכבת בהיקף של 1,560,000 מ"ק (להלן: החומר החפור). ביבי כבישים מוסיפה וטוענת כי היתה לה ציפייה סבירה לכך שתוכל להשתמש ב-950,000 מ"ק של החומר החפור בהידוק פסי הרכבת (להלן: עבודות ההידוק) וכי כמות החומר שיהא עליה לפנות לא תהא אפוא גדולה במיוחד (כ-600,000 מ"ק). בפועל, כל החומר החפור נפסל לשימוש לאחר שנמצא בלתי מתאים לביצוע עבודות ההידוק; ועל כן ביבי כבישים נדרשה לפנותו על חשבונה. לטענתה, היא ביצעה פינוי עודף של החומר החפור בהיקף שהתקרב ל-1,000,000 מ"ק.

68. בעניין זה, בית משפט קמא קבע כי ביבי כבישים אמנם לקחה על עצמה את הסיכון שתידרש לפנות את החומר החפור, אך הנחתה "לפיה תוכל לבצע שימוש חוזר בחומר [...] היא הנחה לגיטימית, שעל בסיסה בוצעה הערכה לצורך הצעת התובעת". קביעה זו התבססה על דבריהם של עדים שמסרו את עדותם מטעמה של ביבי כבישים. כמו כן קבע בית המשפט כי הסתמכותה של ביבי כבישים על בדיקות הקרקע אשר נעשו על ידי הרכבת, אף היא היתה הסתמכות לגיטימית. בד-בבד, דחה בית המשפט את טענת הרכבת כי החוזה לא מקנה לביבי כבישים את הזכות לקבל תמורה כלשהי בעד פינויו של החומר החפור. החלטות אלה וההתחשבות בגודלו של מבצע הפינוי הובילו את בית המשפט אל המסקנה כי הרכבת חייבת לשלם לביבי כבישים שכר ראוי עבור המבצע. שכר זה חושב על ידי בית המשפט בהתבסס על מחירון דקל, בהיעדר חוות דעת נגדית מטעם הרכבת. חישוב זה קבע שכר ראוי בסך של 21,802,500 ₪, ובית המשפט חייב את הרכבת לשלמו לביבי כבישים.

69. הרכבת סבורה כי בית משפט קמא טעה בהטילו עליה תשלום זה, וכך סבור גם אני. בית המשפט ביסס את הטלת החיוב כאמור על כך שלביבי כבישים היתה ציפייה סבירה לשימוש נרחב בחומר החפור, שאמור היה לייתר את הצורך בפינוי החומר. דא עקא, ציפייה זו לא היתה חלק מהחוזה. עיון בהוראות החוזה מעלה כי ביבי כבישים התחייבה לפנות את החומר החפור מבלי לקבל תמורה נוספת בעד הפינוי. כך עולה מסעיף 42 לחוזה, אשר מקנה לרכבת זכות כללית להורות לביבי כבישים על סילוקם של חומרים שאינם מתאימים לביצוע העבודות ועל הבאת חומרים מתאימים במקומם. זאת ועוד: סעיף 01.17 למפרט הטכני מכיל הוראה ספציפית בנוגע לחומר החפור שנפסל לשימוש. הוראה זו קובעת כדלקמן:

"[...] מיטב החומר/החצוב, לפי קביעת המתכנן/המפקח, יובא לשטחי מילוי ויפוזר שם בשכבות של 20 מ"מ (אחרי הידוק) או יסולק ע"י הקבלן אל מחוץ לשטח הרכבת. לא תינתן רשות להשתמש בחומר חפירה/מסוג A-7 כחומר מילוי [...] חומר מילוי יכול לשמש חומר חפירה מסוג A4-A6 או עפ"י הסיווגים הנדרשים בתכניות. חומרי החפירה יערמו בערמות נפרדות ויילקחו לאזורי המילוי. [...] המחיר כולל פיזור מיטב החומר החפור/חצוב בשכבות בשטחי המילוי, סילוק החומר שנפסל למילוי [...] ואם דרוש, ימולא החלל המיותר ע"י הקבלן ועל חשבוננו בחומר מילוי מובא נברר ובהידוק לשיעור רצון המפקח. לא יחושבו ולא ישולמו מרחקי הובלה כלשהם."

70. הווה אומר: ביבי כבישים התחייבה לסלק כל חומר שיימצא לא ראוי למילוי מבלי לדרוש מהרכבת שום תמורה נוספת בעד סילוק החומר. האפשרות של שימוש

בחומר החפור היתה בגדר הטבה המותנית בתנאי השטח, שלגביהם הרכבת לא נתנה לביבי כבישים שום הבטחה. מטעמים מובנים, החוזה הכיר באפשרות כאמור כעדיפה על פני הבאת חומרי מילוי (ראו סעיפים 01.19 ו-01.22 למפרט הטכני), אך יחד עם כך, הרכבת לא נטלה על עצמה שום התחייבות בכגון דא וגם לא הציגה בפני ביבי כבישים שום מצג בעניין השימוש בחומר החפור (כך עולה גם מהאמור בסעיף 01.01.02.001 לכתב הכמויות).

71. כאן המקום לצטט את סעיף 00.05 למפרט הטכני, אשר קובע כדלקמן:

“הקבלן מצהיר בזה, כי סייר באתר העבודה והכיר היטב את תנאי המקום [...] וכן תנאי וטיב הקרקע במקום. [...] כמו כן מצהיר בזה הקבלן כי הביא בחשבון בהצעתו את כל תנאי העבודה [...] לא תוכרנה כל תביעות אשר תנומקנה באי הכרת התנאים באתר, לרבות תנאים אשר קיומם אינו בא לידי ביטוי בתכניות ו/או בשאר מסמכי חוזה זה. על הקבלן לבדו מוטלת החובה לבדוק ולוודא את התאמת התכניות למציאות באתר ולדרוש במחירי היחידה את כל ההוצאות הישירות והעקיפות לביצוע העבודה. כל מידע, לרבות תוצאות של קידוחים ובדיקות, אשר יועמד לרשות הקבלן ע"י המזמין [...] והנוגע לתנאי הקרקע באתר, אינו מתיימר להיות שלם ומדויק [...] לא יהיה במידע כזה [...] כדי לשחרר את הקבלן מחובותיו עפ"י סעיף זה ולא תוכרנה כל תביעות מצד הקבלן בקשר למידע שסופק לו ע"י המזמין.”

72. הוראה זו מלמדת על חלוקת הסיכונים אשר נעשתה על ידי הצדדים לחוזה, הרכבת מזה, וביבי כבישים, מזה. מחיר הפרויקט שהוצע על ידי ביבי כבישים במסגרת המכרז כלל את פינוי החומר החפור במלואו. מחיר זה הוצע והוסכם בהתחשב בסיכוי לא מבוטל להקטנת היקף הפינוי על ידי ביבי כבישים – סיכוי שאמור היה להתממש ככל שהחומר החפור יהא מתאים למילוי במסגרת עבודות ההידוק. התממשותו של סיכוי זה לא היתה מקטינה כהוא זה את המחיר שהרכבת התחייבה לשלם לביבי כבישים בעד ביצוע הפרויקט. מכאן ניתן להבין מדוע החוזה קבע כי אי-התממשות הסיכוי במקרה שהחומר החפור יימצא פסול לשימוש לא תגדיל את התמורה הכוללת שהרכבת תהא חייבת לשלם לביבי כבישים. סיכויים וסיכונים אלה חולקו על ידי הצדדים במסגרתו של חוזה לביצוע עבודות בהיקף נרחב, שתמורתן הוערכה בעשרות מיליוני שקלים (ובחשבון הסופי עברה את הסף של 100,000,000 ₪). הוראותיו הברורות של חוזה זה והרציונל שמאחוריהן מראים, על כן, שבית משפט קמא טעה בהחליטו לחייב את הרכבת לשלם לביבי כבישים את דמי פינויו של החומר החפור, שכאמור הגיעו, לטענת ביבי כבישים, לסך של 21,802,500 ₪.

73. מטעמים אלה, אציע לחבריי לבטל חיוב זה ולתקן את פסק הדין קמא בהתאם.

#### ביצוע חוזר של תעלות הניקוז

74. בית משפט קמא קבע בפסק דינו כי ביבי כבישים נתבקשה לבצע עבודות חיפוי מדרונות באזורי חפירה שלא במסגרת העבודות מושא החוזה ולאחר שהשלימה את עבודות העפר ובנתה את תעלות הניקוז. לנוכח ביצוע עבודות החיפוי המאוחרות ובשל הידרדרות חומרי החיפוי לתעלות הניקוז, נדרשה ביבי כבישים לבנות את תעלות הניקוז בשנית. מסיבה זו, קבע בית משפט קמא כי ביבי כבישים זכאית לתשלום בגין העבודה הנוספת. לאחר דין ודברים, קבע בית המשפט, על בסיס הראיות שהוצגו לפניו בעניין זה, כי השכר הראוי בעד העבודה הנוספת כאמור מגיע ל-329,268.54 ₪. חישוב זה נעשה באופן שמנע מביבי כבישים כפל תשלום לאור התמורה שהיא קיבלה ועתידה היתה לקבל בעד עבודות החיפוי ופינוי עודפי עפר.

75. ביבי כבישים מערערת על קביעה זו. לטענתה, בית משפט קמא טעה משלא קיבל את עמדתה כי עבודות החיפוי המאוחרות נעשו במסגרתו של חוזה חדש, ומשהחליט לדחות את חישובי המחיר שהגישה לו. מנגד, הרכבת טוענת כי בית משפט קמא שגה בקביעתו כי ביבי כבישים בנתה את תעלות הניקוז פעמיים ולא רק פעם אחת. הרכבת מוסיפה וטוענת כי קביעה זו איננה נתמכת בשום ראיה, תוך שהיא מפנה לסירובו הנמרץ של מר מאיר אברמוביץ – עד ששימש מנהל הפרויקט מטעם ביבי כבישים – לענות על שאלות בנושא. בית משפט קמא קבע כי בניית תעלות הניקוז הושלמה קודם להפיכת השיפועים – בהתבססו, בין היתר, על דברי העד מטעם הרכבת, מר שמואל דקר, שהיה האחראי על המתכננים והמפקח העליון על ביצוע הפרויקט. בעניינו של עד זה טוענת הרכבת כי בית המשפט שגה בהבנת דבריו. כמו כן טוענת הרכבת, כי החשבון שהגישה ביבי כבישים בעניין העבודות בהן עסקינן היה מנופח והכיל בתוכו חיובים בגין עבודות, דוגמת פינוי העפר, שתמורתן כבר שולמה. למעלה מכך: לדברי הרכבת, ביבי כבישים אמורה היתה להפעיל ביחס לעבודות אלו את מנגנון התמחור החוזי אשר נקבע בסעיף 00.44 למפרט הטכני; ומשבחרה שלא לעשות כן, אין לה אלא להלין על עצמה.

76. סבורני כי הדין עם הרכבת. ביבי כבישים לא פעלה בהתאם לכללים שחייבוה בתמחור העבודות, שכאמור נקבעו בסעיף 00.44 למפרט הטכני. תחת זאת, היא הגישה לבית משפט קמא עוד חשבון מ"יומני ביבי כבישים". חשבון עצמאי זה הכיל חיובים עבור רכיבי עבודה שתמורתם כבר שולמה או שלא הגיעה לביבי כבישים כלל (כוונתי לחיוב בגין פינוי העפר, אשר נשלל מעיקרו על ידי סעיף 42 לחוזה וכן על ידי סעיף

01.17 למפרט הטכני). טענתה של ביבי כבישים כי כרתה, כביכול, חוזה חדש עם הרכבת בעניינן של העבודות הנוספות, אף היא תלויה על בלימה, ועל כך כבר עמדתי בהקשרים אחרים. אשוב ואוסיף, כי הרכבת ממילא לא יכלה לכרות שום חוזה חדש עם ביבי כבישים או עם קבלן אחר, אלא באמצעות מכרז, כנדרש בסעיף 2(א) לחוק המכרזים.

77. במלים אחרות: כדי שתביעתה לקבלת התשלום הנוסף בעד העבודות נושא דיוננו תצלח, ביבי כבישים היתה חייבת להוכיח את כל אלה:

א. כי הרכבת כרתה עמה חוזה חדש חרף האיסור שבחוק המכרזים ותוך ויתור על מנגנון התמחור הקבוע בסעיף 00.44 למפרט הטכני של החוזה הקיים;

ב. כי החוזה החדש העניק לביבי כבישים את הזכות לחייב את הרכבת בתשלום עבור ביצוע עבודות דוגמת פינוי העפר, למרות שהתמורה שנקבעה בחוזה הקיים מכסה עבודות אלו במלואן;

וכן,

ג. כי כל ההסכמות הללו נעשו בעל פה, תוך סטייה ממתכונת ההתקשרות הקיימת בין בעלי הדין.

78. תרחיש זה אמנם איננו בגדר בלתי אפשרי, אך הוא מנוגד לניסיון החיים הכללי, לדרישותיו של חוק המכרזים ולדפוס ההתקשרות בו בחרו הצדדים מלכתחילה. מסיבה זו, הוכחתו לא אמורה להיות קלה. נהפוך הוא: הנטל להוכיח כי כך קרו הדברים הוא נטל כבד, וביבי כבישים לא הרימה אפילו את מקצתו. ראיות שתמכו בתזה שלה מוכיחות, לכל היותר, כי היא אכן נאלצה לבנות חלק מתעלות הניקוז פעמיים, ועל כן היא היתה זכאית לקבלת השכר החוזי בעד אותה עבודה נוספת. דא עקא, כדי לקבל את אותו שכר חוזי נוסף, היה על ביבי כבישים להפעיל את מנגנון התמחור הקבוע בסעיף 00.44 למפרט הטכני ולהימנע מדרישות תשלום בגין רכיבים פטורים (דוגמת פינוי העפר). ביבי כבישים בחרה שלא לעשות כן תוך שהיא אוחזת בתזת החוזה החדש. ברם, תזת החוזה החדש איננה נתמכת על ידי ראיות ועל כן היא קורסת מניה וביה. גם החשבון העצמי של ביבי כבישים – המשכה הישיר של אותה תזה מופרכת – אינו יכול לעמוד. לחשבון זה אין כל אחיזה בהוראות החוזה; וחיובי הכפל שהופיעו בו ממילא הופכים אותו לבלתי אמין בעליל.

79. לחיוב על סך של 329,268.54 ₪, שבית משפט קמא הטיל על הרכבת לטובתה של ביבי כבישים, אין אפוא בסיס משפטי נאות. אשר על כן, אציע לחבריי לבטל חיוב זה.

תוספת מחיר בגין ייצור קורות גשר במפעל שדה

80. תביעתה זו של ביבי כבישים קשורה להקמתו של גשר אדוריים. ביבי כבישים דרשה תוספת מחיר בגין ייצור קורות גשר במפעל שדה שהוקם בסמוך לשטח הפרויקט. לטענתה, הקמתו של מפעל השדה נדרשה בשל הפער שנתגלה בין משקל הקורות כפי שחושב בתכניות המכרז (לכל היותר 128.3 טון) לבין משקלן כפי שחושב במסגרת תכניות הביצוע (לכל היותר 150 טון) – זאת, מפאת העדר אפשרות מעשית לייצר קורות במשקל החדש במפעל מאושר ולהובילן לאתר הפרויקט.

81. בית משפט קמא אישר את קיומו של הפער כאמור; ייחסו לכשל של מתכנתת הגשר מטעם הרכבת, חברת פ.ק.צ. הנדסה (1997) בע"מ (להלן: המתכנתת); וקבע כי כשל תכנוני זה – שלביבי כבישים לא היה בו כל חלק – אכן אילץ אותה לייצר את הקורות במפעל השדה. אי לכך, קבע בית המשפט שביבי כבישים זכאית לעלויות הייצור הבלתי מתוכננות אשר נוספו עקב הצורך לייצר את הקורות במפעל שדה. בהעדר תחשיב נגדי מטעם הרכבת, קיבל בית המשפט את דרישת התשלום שהגישה ביבי כבישים וקבע כי הרכבת חייבת לשלם לה 3,080,272 ₪.

82. הרכבת העלתה טענה כללית נגד עילות התביעה שעניינן הקמת הגשר. לטענתה, עבודות שנדרשו להקמת הגשר בוצעו על ידי קבלן המשנה שנשכר על ידי ביבי כבישים; ולפיכך, אם אכן נגרמו לקבלן משנה זה נזקים כאלה או אחרים, נזקים אלו הם שלו בלבד וביבי כבישים איננה זכאית לקבל בגינם שום פיצוי. יתרה מכך: הרכבת טענה כי בין קבלן המשנה לביבי כבישים קיים הסכם המאשר שלקבלן המשנה אין שום תביעות נגד ביבי כבישים; ומשכך הוא הדבר, גם לביבי כבישים לא יכולה להיות שום תביעה נגד הרכבת בנוגע לייצור הקורות וכל עניין אחר הקשור להקמתו של גשר אדוריים. כמו כן טוענת הרכבת כי ניתוח המחיר בנוגע לקורות ומשקלן, שביבי כבישים עשתה והגישה, איננו נכון וכי בית משפט קמא ממילא התעלם מהוראותיו של סעיף 00.49 למפרט הטכני אשר קובעות כי עלויות התכנון של שיטות ביצוע חלופיות תושנתה על ביבי כבישים, ולא עליה. בהקשר זה, מוסיפה הרכבת וטוענת כי ביבי כבישים היא זו שביקשה לייצר את הקורות במפעל השדה משיקוליה שלה, וכי הובהר לה בזמן אמת כי הדבר יתאפשר בתנאי שלא תבוא בהמשך בדרישות לתשלום נוסף. באשר לכשל שיוחס למתכנתת, טענה

הרכבת כי לדברי המתכננת לא היה כל שינוי באורכן או במשקלן של קורות הגשר בין תכניות המכרז לתכניות הביצוע וכי ממילא לא ניתן היה לדעת מראש מה יהא משקלן המדויק של הקורות.

83. ביבי כבישים השיבה לטענות הרכבת – בבית משפט קמא ואחר כך לפנינו – כי הרכבת והמתכננת הודו בכשל הנ"ל בכתובים, הכוללים את מכתב המתכננת מיום 6.4.2006; וכי סעיף 00.49 למפרט הטכני משית עליה רק את עלויות התכנון והבדיקה ביחס לשיטות הביצוע החלופיות, ואינו בא לשלול ממנה תוספות תשלום בגין עבודות חדשות שהרכבת הוסיפה לה. ביבי כבישים סבורה על כן כי אין כל סיבה שנתערב בקביעותיו של בית משפט קמא בעניין זה.

84. סבורני כי הדין עם ביבי כבישים. ברי הוא, כי קורות הגשר נבנו בהתאם לדרישות הרכבת אשר באו לשנות את תכניות המכרז במסגרת תכניות הביצוע. כמו כן ברור כי בניגוד לטענת הרכבת והמתכננת, שינוי כאמור נכפה על ביבי כבישים על ידי חישוב בלתי נכון של משקל הקורות, וכפועל יוצא ממנו היא נאלצה לייצר את הקורות במפעל שדה. השאלה "מי אשם בטעות זו?" הוכרעה על ידי בית משפט קמא לחובת הרכבת כעניין של עובדה, ובהכרעה זו אין כל סיבה שנתערב. ברי הוא גם, כי התמחור המקורי אשר נעשה על ידי ביבי כבישים התבסס על הנתונים שנמסרו לה על ידי הרכבת וכי הסתמכות כאמור היתה סבירה. אין ספק אפוא כי בנסיבות אלו ביבי כבישים היתה זכאית לקבל מהרכבת תוספת מחיר ראויה בעד הייצור של קורות הגשר במפעל השדה. ביבי כבישים חישבה את תוספת המחיר הראויה והגישה את תחשיבה בזמן אמת לרכבת ואחר-כך לבית משפט קמא. הרכבת מצידה לא הגישה שום תחשיב נגדי שבכוחו להראות כי התחשיב אשר נעשה על ידי ביבי כבישים איננו מדויק או איננו סביר. נותרנו על כן עם תחשיבה של ביבי כבישים אשר לא נסתרה. בית משפט קמא צדק בהחליטו לחייב את הרכבת לשלם לביבי כבישים את השכר הראוי שהוכח לפניו: 3,080,272 ₪.

85. באשר לטענת הרכבת כי מדובר בתוספת מחיר שממילא נספגה על ידי קבלן המשנה של ביבי כבישים – מוטב היה שלא לטעון טענה זו. המענה הקצר ביותר, הפשוט ביותר והנכון ביותר לטענה מעין זו הוא: Mind your own business. המודל העסקי לפיו בחרה ביבי כבישים להתנהל ויחסיה העסקיים עם קבלני המשנה שלה אינם מעניינה של הרכבת. כך גם קובע החוזה באומרו בסעיף ההגדרות כי "הקבלן", ביבי כבישים, משמעו "... לרבות כל קבלן משנה הפועל בשמו, בשבילו או מטעמו בביצוע המבנה". במלים אחרות: כל עבודה נוספת, בהשוואה לחוזה המקורי, שביצעו קבלני משנה מטעמה של ביבי כבישים, כמוה כעבודה אשר בוצעה על ידי ביבי כבישים עצמה. זאת

ועוד, אם אכן נכונה הטענה שקבלן המשנה אשר הקים את מפעל השדה ובנה את הקורות חתם על מסמך העדר-תביעות כלפי ביבי כבישים, ברי הוא כי הדבר לא נעשה על ידיו חינם-אין-כסף. לעניין זה יפה אמירתו המפורסמת של הכלכלן מילטון פרידמן אשר שוללת מניה וביה את קיומן של ארוחות צהריים חינם (ראו MILTON FRIEDMAN, THERE'S NO SUCH THING AS A FREE LUNCH (1977)). אמירה זו בלי ספק מפחיתה מערכה של נדיבות המאפיינת את פועלם של אנשים רבים, אך הרציונל הכלכלי הבסיסי שלה שריר וקיים. רציונל זה משכנענו שלא להאמין בקיומו של עולם אוטופי שקבלניו מקימים מפעלי שדה ובונים קורות גשר מבלי לקבל תמורה מלאה בעד עבודתם, תוך שהם מתעדים את רוח ההתנדבות שלהם על גבי כתבי ויתור. בדומה לכך, התחייבויות שלא לדרוש תמורה בעד עבודה נוספת, אף אותן אין להשיג בחינם. הווה אומר: התמורה שביבי כבישים שילמה לקבלן המשנה בעד העבודות שהלה ביצע גילמה בתוכה תוספת מחיר בעד עבודות נוספות. קבלן המשנה שקיבל תמורה זו יצא מן התמונה וביבי כבישים נכנסה לנעליו לשם קבלת התשלומים בעד עבודות נוספות מהרכבת.

86. מטעמים אלה, אציע לחבריי לאשר את זכאותה של ביבי כבישים לקבל מהרכבת סך של 3,080,272 ₪, כפי שנפסק על ידי בית משפט קמא, ולדחות את ערעורה של הרכבת לגבי פרט זה.

תוספת מחיר בגין ייצור המעקים במסתורי העובדים

87. ביבי כבישים נדרשה על ידי הרכבת לבצע שינויים והתאמות בקשר להתקנת מעקים במסתורי העובדים בגשר אדוריים. שינויים והתאמות אלה נתבקשו במסגרת תכניות הביצוע שהועברו לביבי כבישים ביום 22.4.2007, כשביצוע העבודות היה בעיצומו. לטענת ביבי כבישים, כבר באותו יום היא העמידה את הרכבת על כך שהיא דורשת לקבל ממנה תוספת מחיר בגין השינויים וההתאמות המבוקשים. בהמשך לכך, הוציאה ביבי כבישים, באמצעות אחד מקבלני המשנה שלה, דרישת תשלום על סך של 1,390,246 ₪ – סכום שנתבע על ידיה כעת.

88. פקודת שינויים מס' 13 מיום 23.7.2009 קבעה תוספת מחיר ששולמה לביבי כבישים במסגרת חשבון חלקי מס' 33, אשר לטענת הרכבת כיסתה את כל העבודות הנוספות שבוצעו בגשר אדוריים. ביבי כבישים טענה ביחס לתשלום זה כי הוא כיסה אך ורק את עבודות הבטון, ולא את עבודות הברזל; ובית משפט קמא קיבל את טענתה. כמו כן קיבל בית המשפט את ניתוח המחיר שהציגה ביבי כבישים ביחס לעבודות הברזל – זאת, מן הטעם שניתוח זה לא נסתר על ידי הרכבת. על קביעות אלו משיגה הרכבת



בערעורה. לטענתה, היא שילמה לביבי כבישים את מלוא התמורה בגין כל העבודות הנוספות בגשר אדוריים; ומשכך הוא הדבר, לא היתה לה כל סיבה להתמודד עם ניתוח המחיר החד-צדדי שהגישה ביבי כבישים. לדברי הרכבת, ניתוח זה הינו חסר משמעות.

89. סבורני כי הדין עם הרכבת. הנטל להוכיח כי הרכבת חייבת לשלם תמורה נוספת מעבר לסכומים שכבר שולמו בגין העבודות בגשר אדוריים רובץ על ביבי כבישים. כדי להרים נטל זה, היה על ביבי כבישים להוכיח את זכאותה לקבל מהרכבת תמורה נוספת כאמור מכוח הוראות החוזה. החוזה קובע כי באין הסכמה בין הצדדים, תשלום נוסף כאמור ייקבע לפי אמות המידה שנקבעו בסעיף 00.44 למפרט הטכני. אמות מידה אלה כבר פורטו ונדונו על ידי בהקשרן של עבודות אחרות. ברי הוא, כי ניתוח המחיר החד-צדדי שעשתה ביבי כבישים, אשר לא היה מקובל על הרכבת, איננו תואם את אמות המידה הללו. לפיכך, אין לו, לניתוח זה, כל נפקות חוזית או ראייתית. בית משפט קמא טעה אפוא בבססו את מסקנותיו על ניתוח זה. במקום לבסס את מסקנותיו על הניתוח כאמור, חייב היה בית המשפט לקבוע כי ביבי כבישים לא הרימה את נטל ההוכחה שרובץ עליה ולדחות את תביעתה בכל הקשור לעבודות הנוספות בגשר אדוריים.

90. מטעמים אלה, אציע לחבריי כי נקבל את ערעורה של הרכבת בעניין תוספת התשלום עבור העבודות בגשר אדוריים וכי נבטל את קביעתו של בית משפט קמא שחייבה את הרכבת לשלם לביבי כבישים את הסך האמור של 1,390,246 ₪.

אחריות הרכבת לנזקי השיטפון שלטענת ביבי כבישים נגרם על ידי קבלן חיצוני

91. במהלך ביצוע העבודות נשוא החוזה, התירה הרכבת לקבלן חיצוני, שפעל מטעמה של חברת חוצה ישראל (להלן: הקבלן החיצוני), להיכנס לשטח הפרויקט כדי לבצע עבודות שונות שלא היו קשורות לפרויקט. בסמוך לאחר מכן, דיווחה ביבי כבישים לרכבת על נזקים שלטענתה נגרמו לה עקב שיטפונות באזור הפרויקט, תוך שהיא מייחסת אותם לפועלו של הקבלן החיצוני. לטענתה, המעבר שקבלן זה יצר הוביל לחסימת אפיק של נחל אדוריים באופן שהביא לעליית מי הגשמים על גדות הסכרים ולשיטפון, אשר גרם לנזקים במבנה ובציוד של ביבי כבישים וכן להתארכות משך ביצוע העבודות. בהקשר זה, ציינה ביבי כבישים את המכתב ששלחה הרכבת לחברת חוצה ישראל ביום 28.1.2007, ממנו עולה, לכאורה, כי העדרם של צינורות ניקוז באזור בו ביצע הקבלן החיצוני את עבודתו עלול לגרום נזקים שונים ולעכב את ביצוע הפרויקט. ביבי כבישים טענה ומוסיפה לטעון כי תחזית זו אכן התממשה וכי על הרכבת לפצותה בגין הנזקים האמורים בשל ההיתר שנתנה לקבלן. בית משפט קמא קיבל את טענתה של ביבי כבישים

לצד אומדן נזקיה וחייב את הרכבת לשלם לביבי כבישים פיצויים בסך של 4,640,465 ₪.

92. במסגרת ערעורה, טוענת הרכבת כי בית משפט קמא טעה. לטענתה, החוזה שבין הצדדים קבע את חובתה של ביבי כבישים לאפשר את פועלם של קבלנים אחרים בשטח הפרויקט ולשתף עמם פעולה ככל שיידרש. החוזה אף חייב את ביבי כבישים לנקוט באמצעי זהירות ובפעולות מנע שונות – זאת, בין היתר, כדי למנוע שיטפונות – וכן לרכוש ביטוח מפני נזקים אשר עלולים להיגרם לה ולפרויקט. כמו כן מפנה הרכבת לפערים משמעותיים בדרישות הפיצויים ששוגרו לה, במועדים שונים, על ידי ביבי כבישים.

93. סבורני כי הדין עם הרכבת. בית משפט קמא לא פירט את הבסיס המשפטי שמכוחו הוא פסק פיצויים לזכותה של ביבי כבישים. דיני נזיקין החלים במקומותינו דורשים, כתנאי לפסיקת פיצויים כאמור, הוכחה שהקבלן פעל כשלוחה של הרכבת או, לחלופין, הוכחה שהרכבת התרשלה בעצמה ועל ידי כך גרמה לנזקים הנטענים (ראו סעיף 14 וסעיף 35 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]). הוכחה כאמור איננה בנמצא. יתרה מכך: סעיף 00.41 למפרט הטכני, שכותרתו היא "הגנה מפני מפולות, שיטפונות וכדומה", קובע כי "הקבלן ינקוט על חשבונו בכל האמצעים הדרושים כדי להגן על המבנים ועל כל עבודותיו לאורך כל הפרויקט מפני נזק העלול להיגרם ע"י [...] סופה סערה, שיטפונות, זרימת מים [...] כל נזק אשר ייגרם על ידי חדירת מים לאתר העבודה, יתוקן ע"י הקבלן ועל חשבונו" (ההדגשה הוספה – א.ש.). לצד הוראה זו, סעיף 19 לחוזה קובע כי "הקבלן יבטח על חשבונו הוא, לטובתו ולטובת רכבת ישראל בע"מ יחדיו [...] את האחריות ו/או הסיכונים שלהלן: (א) את המבנה, ובכלל זה החומרים, הציוד, המתקנים, כלי רכב (בין שנעים על מסילות הברזל ובין שאינם) וכל דבר אחר שהובא למקום המבנה לצורך המבנה, במלוא ערכו מזמן לזמן נגד כל נזק ו/או אבדן למשך כל תקופת ביצוע המבנה [...]".

94. מכאן עולה כי הרכבת איננה אחראית – וממילא לא יכלה להיות אחראית – לשיטפון ולנזקיו.

95. אשר על כן, אציע לחבריי כי נקבל את ערעורה של הרכבת בעניין נזקי השיטפונות וכי נבטל את קביעתו של בית משפט קמא שחייבה את הרכבת לשלם לביבי כבישים פיצויים בסך של 4,640,465 ₪.

96. עילת תביעה זו קשורה לרצונה של ביבי כבישים לעשות שימוש בשטיחי מסילת הברזל מתוצרת מקומית חלף השימוש בשטיחי מסילה מתוצרת גרמניה. החוזה עליו חתומים הצדדים לא נכרת בהשראת השיר "תוצרת הארץ" של הזמר אריק איינשטיין. לפי הוראות המפרט הטכני המיוחד – גשרים, שטיחי מסילת הברזל, שביבי כבישים אמורה היתה להניח, חייבים היו לעמוד בדרישות תקן הרכבות הגרמני. הוראות אלה אף המליצו על יצרן השטיחים: חברת Getzner (להלן: היצרן הגרמני) (ראו, בין היתר, עמוד 85 לסיכומי ביבי כבישים שהוגשו בהליך קמא). ביבי כבישים ביקשה לעשות שימוש בשטיחי מסילה מתוצרת הארץ, שמחירם – הנמוך ממחירי היצרן הגרמני – הוא המחיר אשר עליו, לטענתה, סמכה בהגישה את הצעתה למכרז. לאחר קבלת אישור הרכבת, שניתן בכפוף לדרישת התקן הנ"ל, החלה ביבי כבישים בפעולות הנדרשות להשגת אישורי התקן, אך הדבר לא צלח. לבסוף, נדרשה ביבי כבישים על ידי הרכבת לרכוש את שטיחי המסילה מהיצרן הגרמני ולעשות בהם שימוש – דבר שלטענתה גרם לה נזקים כספיים.

97. ביבי כבישים האריכה בהסברים אודות רצונה הכן לעודד ייצור ישראלי; אודות ניסיונותיה להשיג את אישורי התקן הנדרשים; ואודות טיבם ואיכותם של שטיחי המסילה מתוצרת הארץ, שלדבריה אינם נופלים מאלו של היצרן הגרמני. טיעונים אלו, משכנעים ככל שיהיו, עומדים בניגוד להוראות החוזה; וכך גם קבע בית משפט קמא. ביבי כבישים טוענת כי בית משפט קמא לא נתן משקל לעובדה שהרכבת הסכימה להנחת שטיחי המסילה מתוצרת הארץ בפרויקטים אחרים, אך אני מתקשה (בלשון המעטה) לראות בכך טעם לפגם. לטעמי, אין זה סביר לדרוש מבית המשפט לפסוק בניגוד להוראות החוזה תוך התערבות בשיקול דעתה המקצועי של רכבת ישראל בעניין שטיחי המסילה.

98. ערעורה של ביבי כבישים בעניין שטיחי המסילה תלוי אפוא על בלימה, ואציע לחבריי שנדחה אותו.

טענות נגד הקיזוז במסגרת חשבון חלקי מס' 33

99. ענייני ההתחשבנות שבין ביבי כבישים לרכבת הוסדרו, בין היתר, בסעיפים 62 ו-63 לחוזה. סעיף 62 לחוזה, שכותרתו "תשלומי ביניים", קובע כדלקמן:

”(1) בסופו של כל חודש ימציא הקבלן למהנדס חשבון שיפורטו בו:

(א) אומדן ערכו של חלק המבנה, המבוסס על כמויות מסעיפי החוזה שבוצעו למעשה מיום התחלת בצוע המבנה עד למועד אליו מתייחס החשבון, לרבות ערכן של עבודות שבוצעו על-פי פקודות שינויים.

[...]

(3) אישור תשלומי ביניים וכן ביצוע של תשלומים אלה אין בהם משום הסכמת הרכבת, המנהל, המהנדס [...] לטיב המלאכה שנעשתה בבצוע המבנה או לאיכותם של חומרים או לנכונותם של מחירים כלשהם שעליהם מבוססים תשלומי הביניים.”

100. תשלומי הביניים שולמו על ידי הרכבת באופן שוטף במהלך ביצוע העבודות; לפי סעיף 63א(1) לחוזה, הם היו אמורים להיות משולמים תוך 60 יום מיום הגשת החשבון וכלל המסמכים הנדרשים לאישורו.

101. סעיף 63ב לחוזה, אשר בא להקנות לרכבת את זכויות הקיזוז וההשבה, קובע את הדברים הבאים:

”אם קיבל הקבלן תשלומים מעל למגיע לו על פי חוזה זה, יחזירם לרכבת מיד עם דרישתה [...] אין האמור לעיל גורע מזכותה של הרכבת לקזז את תשלומי היתר בתוספת הריבית כאמור, מכל סכום המגיע ממנה לקבלן או לגבותם בכל דרך אחרת, מבלי שתדרוש תחילה את החזרתם מהקבלן.”

102. ביום 29.8.2007 הגישה ביבי כבישים לאישור הרכבת את חשבון הביניים ה-33 במספר (להלן: חשבון חלקי מס' 33). במסגרתו, דרשה ביבי כבישים תשלום של ₪ 2,472,600 בגין עבודות תשתית חצץ לפי הכמות של 39,000 מ"ק. הרכבת מצידה אישרה תשלום של ₪ 1,553,300 בלבד, לפי הכמות של 24,500 מ"ק. ביבי כבישים יצאה נגד תשלום חלקי זה בתביעתה: היא טענה, בין היתר, כי הכמות של 37,500 מ"ק של חצץ כבר אושרה לה במסגרת חשבון חלקי מס' 32 מיום 26.7.2007.

103. מדובר אפוא במחלוקת עובדתית לגבי היקף העבודות שבוצעו בפועל על ידי ביבי כבישים. ביבי כבישים טוענת כי היקף עבודות החצץ שביצעה, לפי דרישת הרכבת, הגיע לכדי 39,000 מ"ק, ואילו הרכבת טוענת להיקף עבודות קטן בהרבה. כדי לשכנע

את בית משפט קמא בצדקתה במחלוקת זו, טענה ביבי כבישים כי נדרשה על ידי הרכבת להנמיך את הגבהים של תשתית החצץ וכך עשתה.

104. בית המשפט קבע כי מחלוקת זו חרגה מהמסגרת של כתבי הטענות, שכן ביבי כבישים לא העלתה את טענת הנמכת-הגבהים במסגרת כתב תביעתה. כמו כן קבע בית המשפט כי טענה זו ממילא לא הוכחה בהסתמכו, בין היתר, על עדותו של עד ששמע. בנסיבות אלו, סבורני כי אין כל עילה שנתערב בקביעתו העובדתית של בית משפט קמא. כמו כן לא מצאתי ממש בטענתה של ביבי כבישים כי הרכבת, כביכול, קיזזה כספים שמגיעים לה בניגוד להוראותיו של סעיף 53 לחוק החוזים. פשיטא הוא, שהוראות אלה הן בגדר ברירת מחדל שניתן להתנות עליה, כפי שנעשה בסעיף 63 לחוזה דכאן (ראו ע"א 6412/16 עיריית באקה אל-גרביה נ' קל בנין בע"מ, פסקה 18 והאסמכתאות הנזכרות שם (12.5.2019)).

105. מטעמים אלה, אציע לחבריי לדחות את ערעורה של ביבי כבישים בעניין הקיזוז.

טוף דבר

106. לאור כל האמור לעיל, הנני מציע לחבריי כי נקבע שהרכבת חייבת לשלם לביבי כבישים בעד העבודות שביצעה בפרויקט את הסכומים הבאים, וסכומים אלו בלבד: 20,000 ₪ בגין התמשכות ביצוע העבודות; 4,930,000 ₪ בגין עבודות חיפוי מדרונות והפיכת השיפועים; ו-3,080,227 ₪ בגין ייצור קורות גשר אדוריים במפעל השדה; טח"כ: 8,030,227 ₪.

107. כמו כן מציע אני כי נבטל את חיוב הרכבת בהוצאות משפט ובשכר טרחת עורך דין בסכום כולל של 1,685,000 ₪ אשר הוטל על ידי בית משפט קמא וכי לא ניתן צו להוצאות בגדרי ההליכים דכאן.

108. לסיכום, הנני מציע לחבריי כי נדחה את ערעורה של ביבי כבישים ונקבל בחלקו את ערעורה של הרכבת, כך שהרכבת תשלם לביבי כבישים – חלף כל החיובים אשר הוטלו עליה בפסק הדין קמא – סך כולל של 8,030,227 ₪ בתוספת הצמדה וריבית החל ביום הגשת התביעה, 18.1.2010, וכלה בתשלום בפועל.

ש ו פ ט

השופט ע' פוגלמן:

אני מצטרף לתוצאת פסק דינו של חברי השופט א' שטיין.

כפי שציין חברי, הלכת אפרופים (שאושרה בהרכב מורחב של בית משפט זה בדנ"א 2045/05 ארגון מגדלי הירקות – אגודה שיתופית בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד סא(2) 1 (2006)), חלה על כל חוזה וחווה. גם לגישתו, שלפיה "לא כל החוזים נולדו שווים" אני מסכים.

כפי שנפסק ברוב דעות ברע"א 3961/10 המוסד לביטוח לאומי נ' סהר חברה לתביעות בע"מ, פ"ד סה(2) 563 (2012) תיקון מס' 2 (שחברי מציין כי אין הוא חל על החוזה שלפנינו), אינו אלא אימוץ של הגישה הפרשנית שהונהגה בעניין אפרופים, תוך הדגשת מקומה המשמעותי של לשון החוזה בהליך הפרשנות, שהיה שמור לה גם בגדרן של ההלכות האמורות.

החוזה שלפנינו השתכלל בעקבות קבלת הצעת ביבי כבישים שהוגשה במסגרת מכרז שפרסמה הרכבת, וממילא תחום הוא בארבע אמותיו של המכרז. עקרון השוויון מחייב אותנו להקפיד שפרשנותנו לא תסטה מההוראות שנקבעו במכרז ומתכלית הנלמדת מנסיבות העניין. גם כאן יש ליתן ללשון החוזה משקל משמעותי ואף אילו הייתי מניח כי בענייננו יש להידרש לתכלית האובייקטיבית איני סבור כי ביבי כבישים הצביעה על תכלית כאמור שתאפשר להגיע לתוצאה שונה.

מטעמים אלה מצטרף אני לתוצאה אותה מציע חברי.

ש ו פ ט

השופט ע' גרוסקופף:

1. גם אני מצטרף לתוצאת פסק דינו של חברי, השופט אלכס שטיין.

חברי, השופט שטיין, מציין בפסקה 12 של פסק דינו כי "לא כל החוזים נולדו שווים", ולתובנה חשובה זו אני מסכים. לשיטתי, חלף גישה אחידה (יוניטרית) המבקשת לדרוש כל התקשרות חוזית באמצעות אותם כללים פרשניים, יש להעדיף גישה

פלורליסטית, המתאימה את כללי הפרשנות לקטגוריות מוגדרות של חוזים. דומה שכך סבור גם חברי (וראו גם פסקה 17 לחוות דעתו). חברי שם את הדגש בחוות דעתו על הבחנה בין החוזים השונים על בסיס "רמת הפירוט של החיובים והזכויות", וגורס כי מאחר שלפנינו חוזה שלם ומפורט, יש לפרשו בצמידות ללשונו. לשיטתי, ההבחנה המרכזית בין החוזים השונים, לעניין דיני הפרשנות החלים, נעוצה בזהות המתקשרים בהסכם, ולא דווקא ברמת הפירוט בה בחרו לנסח את חיוביהם. להלן אבהיר בתמצית שבתמצית את עמדתי, והמבקש להרחיב את העיון בה מוזמן לעיין במאמר הצפוי להתפרסם בשבועות הקרובים: עופר גרוסקופף ויפעת נפתלי בן ציון "תכליות דיני פרשנות החוזים: באיזו דרך עלינו ללכת כשחשוב לנו לאן נגיע?" עיונים בתורת החוזה – ספר שלו (יהודה אדר, אהרן ברק, אפי צמח עורכים, עתיד להתפרסם בשנת 2019)).

2. ההבחנה המרכזית לשיטתי היא בין שני סוגי מתקשרים, אשר האינטראקציה ביניהם יוצרת שלוש קטגוריות עיקריות של חוזים:

שני סוגי המתקשרים הם אלה: מתקשר שהוא עוסק, דהיינו מתקשר מתוחכם המנהל עסקים ומיוצג היטב מבחינה משפטית בעת ההתקשרות (להלן: "עוסק"); מתקשר שהוא אדם פרטי, כלומר בן אדם מן היישוב שלרוב אינו מיוצג היטב מבחינה משפטית בעת ההתקשרות (להלן: "אדם פרטי").

שלוש הקטגוריות של ההתקשרויות החוזיות הן אלה: חוזה עסקי, שהוא חוזה שכל הצדדים לו הם עוסקים (כגון הסכם בין שתי חברות מסחריות למכירת נכס מקרקעין מסחרי (למשל, קניון) או הסכם למכירת חומרי גלם (למשל, ברזל) מיבואן למפעל); חוזה פרטי, שהוא חוזה שכל הצדדים לו הם בני אדם פרטיים (כגון הסכם למכירת מכונית יד שניה או הסכם להשכרת דירה בבעלות פרטית); חוזה צרכני, שהוא חוזה שמהצד האחד לו עומדים עוסק או עוסקים ומהצד השני אדם פרטי או בני אדם פרטיים (כגון חוזה עבודה אצל מעסיק גדול או חוזה הלוואה בנקאי).

3. לשיטתי, דיני הפרשנות שראוי להפעיל ביחס לכל אחד מסוגי החוזים הללו אינם זהים. דהיינו, קיימים הבדלים משמעותיים בין דיני הפרשנות אותם יש להפעיל ביחס לחוזה עסקי, ביחס לחוזה הפרטי וביחס לחוזה הצרכני. הטעם לשונות זו הוא שבעיצוב דיני הפרשנות החוזיים עלינו לתת את הדעת לתכליות שונות אותן ברצוננו לקדם, וחשיבותן היחסית של התכליות הללו משתנה בהתאם לסוג החוזה. אבהיר בקצרה עניין זה.

4. דיני הפרשנות החוזיים מבקשים להגשים שלוש תכליות שונות: התכלית האחת צופה פני עבר, ועניינה בהגשמת רצון הצדדים בעת כריתת החוזה (להלן: "הגשמת רצון הצדדים"); התכלית השנייה צופה פני הווה, ועניינה במתן פרשנות שתכבד את ערכיה של שיטת המשפט, כגון חלוקה צודקת וראויה של התמורות החוזיות (להלן: "כיבוד ערכי השיטה"); התכלית השלישית צופה פני עתיד, והיא מבקשת לשכלל את הבסיס המשפטי ליצירת התקשרויות עתידיות, באמצעות יצירת מערכת כללים משפטיים יעילה המסייעת לצדדים לעשות שימוש במכשיר החוזי (להלן: "שכלול ההתקשרות החוזית"). כך, למשל, קביעה של הוראת ברירת מחדל בחוק (לדוגמא, סעיף 42 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973: "חייב שלא הוסכם על מועד קיומו, יש לקיים זמן סביר לאחר כריתת החוזה, במועד שעליו הודיע הנושה לחייב זמן סביר מראש") מתיישבת עם התכלית הראשונה, ככל שברירת המחדל תואמת את רצונם המשוער של הצדדים במועד הכריתה; עם התכלית השנייה, ככל שברירת המחדל שנקבעה תואמת את ערכי היסוד של שיטת המשפט; ועם התכלית השלישית, ככל שהיא מקלה ומפשטת את הליך כריתת החוזה.

ודוק, שלוש התכליות הללו רלוונטיות במידה מסוימת בכל סוג של חוזה, ואולם חשיבותן היחסית משתנה בהתאם לסוג החוזה בו עסקינן: בחוזה הפרטי, הגשמת רצון הצדדים במועד הכריתה היא התכלית לה ראוי להקנות מעמד של בכורה, מאחר שמדובר בצדדים רציונליים המצויים במישור שווה, ואולם יכולתם להשתמש בשפה החוזית מוגבלת בשל היכרותם החלקית עם רזי דיני הפרשנות החוזיים; בחוזה הצרכני, כיבוד ערכי השיטה היא התכלית המקבלת מעמד מרכזי, וזאת בשל חוסר השוויון הקיים בין הצדדים, המעורר חשש לניצול לרעה של כללי הפרשנות החוזיים על ידי הצד החזק (העוסק) נגד הצד החלש (האדם הפרטי); בחוזה העסקי, שאיפתם העיקרית של דיני הפרשנות צריכה להיות לשכלול ההתקשרות החוזית, וזאת בשים לב לכך שהמתקשרים הם לא רק צדדים רציונליים המצויים במישור שווה, אלא גם מתוחכמים דיים לעשות שימוש בכללים המשפטיים לצורך עיצוב החוזה כרצונם (ודוק, ההנחה היא שככל שנשכיל להעמיד לרשות עוסקים המעוניינים להתקשר בחוזה מערכת כללי רקע מתאימה, הם ידעו לעשות בה שימוש לצורך הגשמת רצונם, באופן שייתר, ולמצער יפחית משמעותית, את הצורך של בית המשפט לנסות ולנחש את כוונתם).

5. החוזה בו עסקינן הוא חוזה עסקי, דהיינו חוזה שכל הצדדים לו הם מתקשרים המנהלים עסקים והמיוצגים היטב. בחוזים מסוג זה קיימת כאמור חשיבות יתרה לכך שכללי הפרשנות שיופעלו יהיו כאלה היוצרים בסיס משפטי יעיל להתקשרויות עתידיות בין עוסקים. הטעם לכך הוא שהמתקשרים בחוזה העסקי הם שחקנים מתוחכמים, אשר משקיעים זמן ומשאבים בניסוח החוזה, ומודעים היטב לכללי הפרשנות החלים. בכך



שונה החוזה העסקי, מהחוזה הצרכני (חוזה בין עוסק לבין אדם פרטי שאינו מיוצג) ומהחוזה הפרטי (חוזה שכל הצדדים לו הם אנשים פרטיים בלתי מיוצגים), אשר לפחות צד אחד להם אינו מודע היטב לכללי הפרשנות החוזיים, ועל כן אינם מכלכלים צעדיהם בעת כריתת החוזה בהתאם להם.

6. כלל פרשנות מרכזי התורם לשכלול ההתקשרות החוזית, הוא כלל הנותן ללשון החוזה מעמד מכריע בהליך פרשנות החוזה. יתרונו של כלל זה הוא בכך שהוא מקנה לצדדים במועד הכריתה שליטה מוגברת על תוכן החוזה, באמצעות כלי הניסוח שברשותם, תוך הבטחה כי הפרשן המוסמך (בית המשפט) יפעל על פי הנחיותיהם הכתובות, ולא ינסה לנחש את העומד מאחוריהם לאחר שהתגלע סכסוך ביניהם. ודוק, הצדדים חשופים במקרה זה לסיכון של טעויות בניסוח, במובן זה שאם הניסוח בו יבחרו לא יתאם את כוונתם לא תוענך להם רשת ביטחון שיפוטית שתתקן טעות זו, ואולם הם מונעים מעצמם את הסיכון שצד שלישי (הפרשן המוסמך) יקרא לתוך החוזה, מתוך חוכמה שבדיעבד, את אשר הצדדים לא ביקשו לכתוב לתוכו.

כאשר עסקינן בהתקשרות שהצדדים לה אינם בעלי שליטה ברזי הניסוח המשפטי (חוזה פרטי), התועלת הצומחת מפרשנות הצמודה ללשון החוזה אינה רבה (שכן ממילא אין הם מומחים בניסוח מסמכים משפטיים) ולעומת זאת העלות גבוהה (מאחר שהצדדים צפויים לשגות לעיתים קרובות בשימוש שהם עושים בלשון לצורך העברת המסר לפרשן המוסמך). השימוש בכלל זה מעורר קושי גם כאשר צד אחד להתקשרות הוא מתקשר מתוחכם ויודע דין (עוסק), והצד השני הוא אדם פרטי, דהיינו כשמדובר בחוזה צרכני, וזאת בשל חוסר האיזון שבין הצדדים באפשרות ליהנות מהיתרונות שמקנה הכלל הפרשני האמור. לעומת זאת, כאשר לפנינו חוזה עסקי, כדוגמת החוזה בו אנו דנים, מתן מעמד מכריע ללשון החוזה מסייע ליצירת יציבות וודאות חוזית, שכן הוא מאפשר לצדדים מתוחכמים ומיוצגים היטב מבחינה משפטית לעצב את ההתקשרות החוזית שלהם כרצונם, תוך שימוש מושכל וזהיר בלשון ההסכם.

7. כאן מצטלבות דרכיהן של חבריי ודרכי. הן לשיטתם והן לשיטתי יש לקרוא את ההסכם בו עסקינן בצורה צמודה ללשונו, תוך התבססות על ההסדרים שהצדדים בחרו לקבוע בו, והימנעות מלקרוא לתוכו הסדרים שלא בחרו לקבוע בו. לשיטת חברי, השופט אלכס שטיין, הדבר מוצדק מאחר שמדובר בחוזה סגור עם התניה מלאה; לשיטת חברי, השופט עוזי פוגלמן, יש לתת משקל לכך שמדובר בחוזה שהשתכלל בעקבות זכייה במכרז ציבורי; לשיטתי דרך הפרשנות האמורה נגזרת מכך שמדובר בחוזה עסקי, אשר ראוי

לפרשו על פי כללי פרשנות הנותנים ללשון החוזה מעמד מכריע. בין כך ובין כך, התוצאה במקרה זה היא אותה תוצאה.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' שטיין.

ניתן היום, כ"ב בחשוון התש"ף (20.11.2019).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט