



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

לפני כבוד השופט ה' קירש

התובעת (והנתבעת שכנגד)	ניצנים בניין והשקעות בע"מ ע"י ב"כ עו"ד יוסף מרדכי שטרית
---	--

נגד

הנתבעת (והתובעת שכנגד)	בוטיק שימור מבנים בע"מ ע"י ב"כ עוה"ד צביקה מצקין, מיכאל פטרמן ואלרן שפירא בר-אור
---	---

פסק דין

א. מבוא

1. יזם וקבלן בנייה התקשרו בחוזה לביצוע פרויקט הכולל עבודות שיקום, שחזור ושימור מבנה בן 100 שנים, והקמת קומה נוספת מעל הגג הקיים. המבנה היה תפוס בחלקו וכלל שטחי מסחר בדיירות מוגנת. השניים סיכמו כי הבנייה תסתיים תוך 24 חודשים ומחירה הפאושלי יהיה 15 מיליון ש"ח.
2. לימים, ולקראת גמר הפרויקט, ההתקשרות בין היזם לקבלן נגדעה על רקע סכסוך בקשר לביצוע הפרויקט. במסגרת התביעות ההדדיות שהוגשו בתיק זה, כל אחד מהם תולה את האשם בהפסקת שיתוף הפעולה בהתנהלות האחר.
3. היזם והקבלן חלוקים לגבי תוכן ההסכמות ביניהם בשלושה נושאים עיקריים: **היקף העבודה** (זה שתוכנן וזה שבוצע בפועל); **משך הבנייה** (והשלכות התארכותה); וכן **גובה התמורה לתשלום**. כמו כן, הקבלן מלין על כך שהוטעה במכוון בשלב המשא ומתן.

ב. הדמויות המרכזיות בהליך

4. כדי להקל על הקריאה, אציג תחילה את דמויות המפתח שליוו את בניית הפרויקט מושא ההליך:
 - מר מאיר דויד ("מאיר"), מנהלה של החברה הקבלנית ניצנים, היא התובעת והנתבעת שכנגד.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

- מר יצחק דוד ("איציק"), מנהל הפרויקט בשטח מטעם ניצנים. איציק הוא אחיו של מאיר.
 - מר דני בשן ("דני"), בעל מניות ומנהל של החברה היוזמת בוטיק, היא הנתבעת והתובעת שכנגד.
 - משפחת וינברג וחברות השייכות לה (יכוננו יחד לשם הפשטות: "וינברג"), בעלות המגרש והמבנה הישן, אשר התקשרו עם חברת בוטיק בהסכם קומבינציה לשימור ולשיפוץ אגפי המבנה.
 - מר יוסי ספיר ("המפקח"), אשר הוביל מטעם בוטיק את הליך המכרז לבחירת קבלן מבצע לפרויקט, ובהמשך מונה על ידיה לשמש כמפקח. למפקח הייתה היכרות מוקדמת עם שני הצדדים. בהליך כאן, המפקח מסר עדות מטעם בוטיק.
 - מר עמיר פלג ("האדריכל"), ששימש כאדריכל הפרויקט. גם הוא העיד מטעם בוטיק.
 - מר יעקב גוטמן, אשר פעל כמהנדס (קונסטרוקטור) של הפרויקט. מר גוטמן לא הוזמן להעיד. כפי שיתואר, הנחיותיו היו משמעותיות למהלך ואופן הבנייה.
5. נוסף על כך, העידו ונחקרו בבית המשפט, בין היתר:
- מר יואב קוטלר ("מר קוטלר"), מומחה בתחום ההנדסה מטעם ניצנים. כפי שיוסבר, ניצנים נעזרה בשירותיו להכנת דוחות חריגים במהלך הבנייה.
 - מר משה סיגורה ("מר סיגורה"), מומחה ההנדסה מטעם בוטיק.

ג. רקע והשתלשלות האירועים

6. התובעת (והנתבעת שכנגד), ניצנים בניין והשקעות בע"מ, היא חברה קבלנית, העוסקת בהקמת נכסי נדל"ן, ובפרט בביצוע מבנים לשימור ("ניצנים"). מאז ייסודה בשנת 2010, ניצנים הקימה מספר פרויקטים ברחבי הארץ, ביניהם גם מבנים לשימור, שבהם היא "מתמחה... באופן מיוחד" לדבריה (סעיף 1 לכתב התביעה המתוקן). מנהלה של ניצנים, מאיר, הציג עצמו כבעל ידע וניסיון עסקי נכבד:

"... למדתי תואר ראשון בתל אביב, תואר שני ושלישי... אני כל החיים עסקתי בניהול, מי שעוסק בניהול זה לא משנה אם זה נדל"ן או עסק תפעולי, עשיתי הרבה דברים בחיים, נכשלתי במספר דברים קטנים יחסית... התחלתי את עסקי היזמות שלי כבר לפני 30-20 שנה, את תחום הביצוע התחלתי בינואר 2010 ומשם התחיל הניסיון." (פרוטוקול הדיון, עמוד 398, שורה 5 עד שורה 10)

7. הנתבעת (והתובעת שכנגד), חברת בוטיק שימור מבנים בע"מ, היא חברה יזמית בענף הנדל"ן



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

("בוטיק"). בוטיק הוקמה בחודש אפריל 2010 כחלק מאשכול חברות משפחתי הפועל בתחום הייזום והבנייה. דני שימש כבעל המניות והמנהל של החברה יחד עם אדם אחר.

8. לדני השכלה משפטית והוא פועל בשוק המקרקעין מזה עשרים שנים. מעדותו, ניתן להבין שעד לפרויקט הנוכחי, הוא פעל בעסקי הנדל"ן המשפחתיים בעיקר בהשקעה ובניהול נדל"ן מניב. בתחום הבנייה - הוא הוביל באופן אישי (כזום) פרויקט בודד, וניסיונו בתחום השימור היה מועט והסתכם בשימור מבנה אחד בו היה מעורב (עמוד 1,232, שורה 17 ואילך). דני סיפר בעדותו:

"... היום אחרי הפרויקט של דרך יפו 13, יש לי הרבה יותר ידע, הרבה הרבה יותר ידע, לצערי הרב, באותו שלב לא היה לי מספיק ידע ואני סומך על היועצים שלי וגם הייתי אז פרגית צעירה בת 34, 5, הרגשתי מלא ביטחון, עובדה שביצענו פרויקטים בצורה פנטסטית [הכוונה לשני פרויקטי הבינוי הנ"ל - ה"ק"]."
(עמוד 1,251, שורה 22 עד שורה 25)

עסקת הקומבינציה

9. במאי 2010 התקשרה בוטיק בעסקת קומבינציה עם וינברג, בעליו של המגרש הידוע כגוש 6925, חלקות 18 ו-19, הנמצא ברחוב דרך יפו פינת סמטת הבד בתל אביב.

10. בשנות ה-20 וה-30 של המאה הקודמת נבנו על המגרש שני בניינים צמודים, אחד הפונה לסמטת בית הבד, ובניין שני שחזיתו הראשית פונה לרחוב דרך יפו. בין שני הבניינים (בחלקו האחורי של כל אחד מהם) נמצא שטח פתוח. לבניינים היו שלוש קומות: קומת קרקע, ראשונה ושנייה. במרוצת השנים, שטחיהם הושכרו גם לשימוש של מלאכה ומסחר. בין השוכרים, היו גם דיירים מוגנים ("השוכרים המוגנים").

על פי תוכנית מתאר מקומית החלה על המגרש, שני הבניינים יועדו לשימור (שני הבניינים יכונן להלן יחד: "המבנה").

11. במסגרת הסכם הקומבינציה, בוטיק התחייבה לבצע עבודות שיפוץ, חיזוק ובנייה (באמצעות קבלן חיצוני) ולשלם לוינברג סכום כסף בתמורה לרכישת חלק מהבעלות במגרש. לפי חלוקת הבעלות בין הצדדים, מתוך 35 הדירות החדשות שתוכננו בפרויקט, בוטיק תהא זכאית ל-25 מהן. סוכם כי הבנייה תתחיל סמוך לאחר קבלת היתר הבנייה ותושלם תוך 32 חודשים (בכפוף לסייגים). כמו כן הושגו הסכמות לגבי נושאים נוספים, ביניהם המשך מהלך תכנון הפרויקט, ופינוי השוכרים המוגנים בקומות העליונות במבנה ("הסכם הקומבינציה"; העתק של הסכם זה, ללא נספחיו, הוגש כנספח 1 לכתב ההגנה).

12. בשנים 2011-2012, ובמקביל לקידום הליכי התכנון, בוטיק מכרה "על הנייר" מעל מחצית



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 22631-06-16 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

מהדירות שהוקצו לה לגורמים שלישיים. בשלב מאוחר יותר נמכרו דירות נוספות (מוצג ת/20).

13. בספטמבר 2012, הוצא לפרויקט היתר בנייה (נ/52).

מכרז לבחירת קבלן מבצע

14. במועד כלשהו סמוך לקבלת ההיתר, בוטיק ערכה מכרז לבחירת קבלן מבצע. המכרז הובל ובוצע על ידי מר יוסי ספיר, שלימים שימש כמפקח הפרויקט כאמור.

15. הוגשו למכרז מספר הצעות, ביניהן הצעתה של ניצנים שתחילה תמחרה את העבודות בסך של 13.75 מיליון ש"ח. כאן יצוין כי באותה תקופה, המפקח עבד יחד עם ניצנים בפרויקט בנייה אחר, והוא זה שהזמין את מאיר, מנהל ניצנים, להגיש הצעה במכרז.

16. לאחר שכלל ההצעות נשקלו, בוטיק החליטה בהמלצת המפקח להתקדם עם ניצנים - וההידברות בין השתיים החלה (עמוד 992, שורה 27 עד שורה 30).

הליך המשא ומתן בין בוטיק לניצנים

17. ניתן להבין שהמגעים בין הצדדים נפרשו על פני כשלושה חודשים. במהלך התקופה, התקיימו מספר פגישות והוחלפו טיוטות חוזה. שני הצדדים היו מיוצגים על ידי עורכי דין.

18. המפקח, שהשתתף בחלק מהפגישות, העיד כי בשלב מסוים המשא ומתן עלה על שרטון: **"החוזה הזה גם התפוצץ תוך כדי והיה נתק והלכנו לחפש קבלנים אחרים והיה מריבות"** (עמוד 987, שורות 13-14).

19. כנזכר, הצעת המחיר מטעם ניצנים עמדה על 13.75 מיליון ש"ח. אלא שלאחר שמאיר ערך בדיקות נוספות (שעליהן ארחיב בהמשך), הוא דרש להעלות את מחיר העבודה. לדברי המפקח, ייקור המחיר **"כמעט פוצץ את כל ההסכם"** (עמוד 988, שורות 21-22).

אציין באופן כללי כי מר ספיר העיד בבית המשפט בצורה מסודרת ועניינית, והותיר רושם כאדם הגון וכעד מהימן למדי.

הסכמות הצדדים וביצוע הפרויקט

20. ביום 21.3.2013 חתמו בוטיק וניצנים על חוזה לביצוע הפרויקט בתמורה ל**"סך פאושלי"** של 15 מיליון ש"ח (**"חוזה הביצוע"**); העתק של החוזה ושל חלק מנספחיו הוגש כנספח 1 לכתב התביעה).

לפי הגדרתו בחוזה, הפרויקט כלל:

"ביצוע שיקום שחזור ושימור הבניין הקיים, ביצוע תוספת קומה על גג הבניין,



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 22631-06-16 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

תוספת 2 מעליות, תוספת מקלט והעמקת מקלט קיים, הפיכת יחידות מסחר ליחידות דיור, תוספת יחידות דיור על הגג, שיפוץ חדר המדרגות ועבודות פיתוח... (מתוך סעיף 1.4)

21. סוכם כי התמורה תשתלם בהתאם להתקדמות עבודות הבנייה (למשל, השלמת עבודות ההריסה, הפירוק והפינוי, תזכה את ניצנים בשיעור כולל של 5% מהתמורה). המחיר כלל את אספקת החומרים, המתקנים והאביזרים הדרושים. עוד הוסכם כי העבודה תושלם תוך 24 חודשים ותיעשה בהתאם ללוח זמנים כללי (אבני דרך) שגובש (לדוגמה, לפי התכנון עבודות השלד יושלמו תוך שמונה חודשים מתחילת העבודה).
22. באפריל 2013, סמוך לחתימת החוזה, ניצנים התחילה לעבוד באתר. בעקבות התעוררותם של קשיים שונים, כמו גם עבודות שנדרשו במהלך הביצוע, ניתן לניצנים אישור מאת המפקח לדחות את סיום העבודה בשמונה חודשים. לצד זאת, בקשותיה לתוספות שכר בגין עבודות נוספות (חריגים) ובגין תקורה נדחו.
23. במהלך ביצוע הפרויקט - בנובמבר 2014 ובאוקטובר 2015 - הושגו בין בוטיק לניצנים הסכמות נוספות שלפיהן ישולמו לניצנים כספים נוספים בסך כולל של 800 אלפי ש"ח. סוכם כי התשלומים ייפרשו על פני זמן וחלקם הותנו בביצוע ("ההסדרים המאוחרים").
24. על רקע חוסר שביעות רצון מתפקודה של ניצנים, בוטיק הכניסה קבלני משנה נוספים לאתר העבודה. כמו כן, היא שילמה ישירות לחלק מהספקים במקומה של ניצנים.
25. ביוני 2016, ועוד לפני השלמת הפרויקט, בוטיק חייבה את ניצנים להסתלק מהאתר. מיד לאחר מכן, ניצנים הגישה תביעה לבית משפט זה, ובוטיק מצדה פעלה למימוש הערבויות הבנקאיות שהופקדו אצלה מכוח חוזה הביצוע.
26. לאחר סילוק ניצנים, יתרת העבודה בוצעה בעזרת קבלנים אחרים, ובאוקטובר 2016, ניתן לפרויקט אישור אכלוס. עבודות מסוימות נעשו גם לאחר מכן.
27. לחלק מהאירועים הנ"ל אדרש בהרחבה בהמשך הדברים.

ד. תמצית טיעוני הצדדים

28. כאמור, ניצנים ובוטיק העלו טענות הדדיות האחת כנגד השנייה. אתאר בקצרה את עיקר טיעוני ניצנים (היא התובעת) ובהמשך את טיעוניה של בוטיק (היא התובעת שכנגד).

תביעת ניצנים

29. לטענת ניצנים, הוצגה לה תמונת מציאות שגויה לגבי שני נושאים מרכזיים: האחד - קיומם של



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

סיכומים מחייבים עם השוכרים המוגנים בנוגע לרשות לביצוע עבודות ולפינוי חלק מהם; השני - הימצאותו של תכנון סופי ומפורט של הפרויקט.

לפי הטיעון, לאחר יציאתה לדרך, התברר לניצנים שהוטעתה ומצב הדברים שונה לגמרי. הדבר הוביל לשיטתה לעיכוב משמעותי בלוחות הזמנים, הצריך ביצוע עבודות "חדשות" (שלא תוכננו במקור), ייקר את עלויותיה, וכפה עליה לבצע את עבודות הבנייה בצורה לא יעילה.

30. ניצנים העמידה את תביעתה המתוקנת על סך של 4,245,359 ש"ח (במונחי קרן). בכתב התביעה המתוקן זכאותה לכספים מנומקת כך:

שיעור מסך התביעה	סכום בש"ח (לאחר קיזוזים)	
28.30%	1,201,850	(א) יתרת תשלום עבור עבודות שבוצעו לפי החוזה - לטענת ניצנים עד לסילוק ידה מהאתר, היא השלימה 98% מהעבודות. אולם, הכספים ששולמו לה משקפים אחוז ביצוע של כ-88% בלבד. ניצנים הפחיתה מסכום הדרישה סכומים שבבטיק שילמה במקומה ובהסכמתה לספקים.
8.87%	376,629	(ב) תשלום עבור עבודות נוספות (חריגים) - ניצנים דורשת תמורה עבור העבודה שחרגה לגישתה מההסדר החוזי כנזכר. מסכום זה הופחתו כספים ששולמו בהתאם להסדרים המאוחרים בגובה 590 אלפי ש"ח.
45.15%	1,916,880	(ג) תשלום עלויות תקורה והתייקרות שנוצרו כתוצאה מעיכובים בפרויקט - לפי הטיעון, בוטיק כשלה בפניו השוכרים המוגנים במועד. עיכוב זה הגביל את קצב התקדמות עבודות השלד והצריך את פיצולן (העבודה בכל אחד מאגפי המבנה נעשתה בעיתוי שונה). ניצנים גם דורשת פיצוי בגין עלויות התקורה שהתהוו לה בתקופה הנוספת, וכן החזר עבור התייקרות העבודה.
17.67%	750,000	(ד) השבת הכספים שנבעו ממימוש הערבויות הבנקאיות - נטען כי לא הייתה הצדקה למימוש, כך שהכספים מוחזקים על ידי בוטיק שלא כדין.
100%	4,245,359	

31. נוסף על האמור, ניצנים ביקשה לקבל סעדים הצהרתיים שונים. בית המשפט התבקש לקבוע כי:



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

בוטיק הפרה את חוזה הביצוע; ניצנים לא חרגה ממועד סיום החוזה והתנהלות בוטיק היא שגרמה לעיכוב בבנייה; החלטות המפקח, לגבי משך הדחייה וסירובו לאשר תשלום תוספות עבור חריגים, בטלות מטעמים של חוסר סבירות והגינות; סילוק ידה מהאתר נעשה שלא כדין; וכן, לא הייתה הצדקה למימוש הערבויות הבנקאיות.

תביעה בוטיק

32. בוטיק הגישה תביעה נגדית המגיעה לסך של 6,208,013 ש"ח (במונחי קרן). לפי כתב התביעה, סכום זה נתבע בגין ראשי הנזק הבאים:

שיעור מסך התביעה	סכום בש"ח (לאחר קיזוזים)	
13.44%	834,352	(א) השבת כספים ששולמו ביתר - לגישת בוטיק, ניצנים השלימה רק כ-88% מהעבודות בפרויקט. לפיכך עליה להשיב את הכספים העודפים שהועברו לידיה. כמו כן, ניצנים נדרשת להחזיר את הכספים ששולמו לקבלני המשנה במקומה. בוטיק הפחיתה מגובה ההחזר את הערבות שמימשה. במהלך ניהול התיק, הסכום עודכן לכ- 556 אלפי ש"ח.
24.46%	1,518,614	(ב) פיצוי בגין חריגה מהתמורה הפאושלית - נטען כי לאחר סילוקה של ניצנים מהאתר, ולצורך גמר הבנייה, בוטיק נשאה בעלויות שעלו בהרבה על התמורה החוזית. בגדר רכיב זה בוטיק דורשת למעשה את ההפרש בין יתרת התמורה המוסכמת לבין עלויות עבודות ההשלמה שמימנה מכיסה.
24.80%	1,540,000	(ג) פיצוי מוסכם בגין עיכוב שגרמה ניצנים בהשלמת הפרויקט - בוטיק טוענת שניצנים חרגה מלוחות הזמנים המוסכמים וקצב התקדמותה היה איטי. זאת, בין היתר, משום שהקצתה כוח אדם בלתי מיומן ומצומצם לעבודה. הפיצוי כאן מחושב לפי איחור של 11 חודשים בסיום הפרויקט.
11.18%	694,056	(ד) תשלום לכיסוי עלויות מתמשכות שנבעו מעיכוב הפרויקט - בוטיק תובעת את הכספים שהוציאה בזמן התארכות העבודות ועד לקבלת היתר אכלוס. מדובר, בין היתר, בשכר ליועצים ועמלות בנקאיות בגין ערבויות שניתנו להבטחת כספי רוכשי הדירות בפרויקט.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

6.04%	375,000	(ה) שיפוי בגין פיצויים ששילמה בוטיק לרוכשי הדירות בשל איחור במסירה - לפי בוטיק, קיימת חשיפה לתביעות נוספות בעתיד, כך שהנזק טרם התגבש במלואו והתבקש היתר לפיצול סעדים. במהלך ההליך, הסכום עודכן לכ-530 אלפי ש"ח.
5.04%	313,043	(ו) תשלום עלויות תיקון ליקויי בנייה שהתגלו בתקופות הבדק והאחריות - נטען שניצנים נושאת באחריות לטיב הבנייה והחומרים, ולכן עליה לשפות את בוטיק בכלל העלויות הכרוכות בתיקון הליקויים. גם בקשר לרכיב זה, בוטיק ביקשה היתר לפיצול סעדים.
14.49%	900,000	(ז) תשלום בגין שעות עבודה נוספות שנדרשו מצד בוטיק בשל הפיכתה למעשה לקבלן מבצע - לעמדת בוטיק, התנהלותה של ניצנים חייבה את צוותה של בוטיק לעבוד שעות נוספות רבות, החורגות מהיקף הזמן הנדרש בכובעה כיום.
0.5%	32,948	(ח) החזר עלויות נוספות - עבור שיפוץ חנות ומחסן ששימשו את ניצנים בתור משרד ולצורך אחסון ציוד, דמי ביטוח, חובות מים וחשמל.
100%	6,208,013	

33. קודם שאדון בטענות הצדדים, אציג תחילה את הדין וההלכה הפסוקה בנוגע לפירוש חוזים, וכן את אופן יישומם הראוי על חוזה עסקי כבענייננו.

ה. פרשנות חוזים - הדין וההלכה הפסוקה

34. חוזה הביצוע נחתם בשנת 2013, לאחר כניסתו לתוקף של תיקון מס' 2 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 ("חוק החוזים"). סעיף 25(א) לחוק, העוסק בפירוש חוזה, קובע לפי נוסחו כיום:

"חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהוא משתמע מתוך החוזה ומנסיבות העניין, ואולם אם אומד דעתם של הצדדים משתמע במפורש מלשון החוזה, יפורש החוזה בהתאם ללשונו."

35. בפסק דין בעניין סהר, בית המשפט העליון ניתח לעומק את משמעות תיקון לשון סעיף 25(א). המשנה לנשיאה, כבוד השופט ריבלין, פסק (בעמדת רוב) כי **"התיקון לא הביא לשינוי אמיתי במצב המשפטי הנוהג"**, ועיקרו בהדגשת מקומה המרכזי של לשון החוזה. לדבריו, התיקון שעוגן בספר החוקים אינו מעניק לטקסט החוזי משקל מכריע או בלעדי (רע"א 3961/10 המוסד לביטוח לאומי נ' סהר חברה לתביעות בע"מ, ניתן ביום 26.12.2012).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

36. אך לאחרונה, בדנ"א 8100/19 ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ (ההחלטה ניתנה ביום 19.4.2020), חזרה כבוד הנשיאה, השופטת חיות, על תוקפה של ההלכה הוותיקה בנוגע לפירוש חוזים, והזכירה את ההכרעה בעניין סהר הנ"ל בקשר למשמעות תיקון סעיף 25(א). אביא את דבריה בהרחבה:

"הלכת אפרופים קבעה כי חוזה מתפרש על פי אומד דעתם של הצדדים, הנלמד מבחינה של לשון החוזה ושל הנסיבות החיצוניות לו... זוהי התכלית הסובייקטיבית של החוזה. עוד קובעת הלכת אפרופים כי רק במקרים שבהם אין כל אפשרות לאתר את התכלית הסובייקטיבית, על בית המשפט המפרש את החוזה לפנות לתכלית האובייקטיבית שלו, המושפעת בין היתר מעקרון תום הלב ומשיקולי היגיון, יעילות עסקית ושכל ישר... עקרונות פרשניים אלה אומצו לאורך השנים בפסיקת בתי המשפט ואף אושרו בהרכב מורחב של תשעה שופטים בדנ"א 2045/05 מגדלי הירקות... לאחר שנכנס לתוקפו תיקון מס' 2 לחוק החוזים הבהיר בית המשפט כי התיקון אימץ למעשה את השיטה הפרשנית שנקבעה בהלכת אפרופים, תוך הדגשת מקומה המשמעותי של לשון החוזה בתהליך הפרשנות (רע"א 3961/10 המוסד לביטוח לאומי נ' סהר...). עוד הדגיש בית המשפט כי לא ניתן לייחס לחוזה פרשנות שאינה מתיישבת עם לשונו וכי קיימת חזקה שלפיה פרשנות החוזה תואמת את המשמעות הפשוטה העולה מקריאת לשון החוזה..."

ובהמשך -

"... יש לשוב ולהבהיר כי הלכת אפרופים ושורת פסקי הדין שנפסקו בעקבותיה קובעים כי על בית המשפט לעשות כל שניתן על מנת להתחקות אחר אומד הדעת הסובייקטיבי של הצדדים לחוזה, ולהישמר ככל הניתן מלקרוא לתוך החוזה תניות חדשות, שמא ימצא עצמו בית המשפט כותב עבור הצדדים חוזה שהם מעולם לא התכוונו להתקשר בו... בבואנו ליישם עקרונות אלה ולאחר את אומד דעת הצדדים, שמור ללשון החוזה תפקיד מרכזי וחשוב בתהליך הפרשני. אכן, הלשון תוחמת את גבולות הפרשנות של הטקסט החוזי וחזקה היא כי פרשנות החוזה תואמת את המשמעות הפשוטה והטבעית של הכתוב בו בראי של הקשרו הכללי..." (מתוך סעיפים 13 ו-17 להחלטה)

37. בהחלטתה לדחות את הבקשה לדיון נוסף, הנשיאה חיות התייחסה גם לדרך יישומה השונה של ההלכה הנ"ל, בהתאם ל"קטגוריה" שאליה משתייך החוזה הנבחן:



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

"... ניתן למצוא בפסיקה לאורך השנים התייחסויות לא מועטות לכך שהעקרונות הפרשניים שנקבעו בהלכת אפרופים עשויים להיות מיושמים באופן שונה בהינתן סוג החוזה ונסיבות כריתתו. כך נקבע בעניין מגדלי הירקות כי 'המשקל שיש לייחס למשמעות האינטואיטיבית העולה מקריאת החוזה, עשוי להשתנות בין קטגוריות שונות של חוזים שונים... כך, למשל, אין הסכם ממון בין בני זוג כחוזה למכירת דירה. אין חוזה למכירת דירה כחוזה בין אנשי עסקים שבאים בעסקאות חוזרות'... ובעניין אחר הובהר כי 'במסגרת העולם החוזי ישנם 'מוסדות' חוזיים רבים... ברי, כי תכלית המוסד החוזי משפיעה אף על אופן פרשנות החוזה'..." (מתוך סעיף 14 להחלטה)

38. במקרה כאן, ניתן לשייך את חוזה הביצוע לקבוצה של חוזים עסקיים "רגילים", במובן זה שניצנים ובוטיק עסקו באופן קבוע בתחומיהן (קבלנות ויזמות), היו מיוצגות על ידי עורכי דין מסחריים, ודומה כי בין השתיים היה שוויון כוחות בניהול משא ומתן.

39. לגישתו של כבוד השופט גרוסקופף, כשהחוזה נכרת בין "עוסקים" יש חשיבות מרכזית ליכולת התכנון שלהם מבעוד מועד. על כן, יש לאמץ מהלך פרשני שיעניק ללשון החוזה מעמד מכריע (העולה על משקל "משמעותי" - ראו והשוו לעניין סהר הנ"ל). כדלקמן:

"... 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 מתווכמים דיים לעשות שימוש בכללים המשפטיים לצורך עיצוב החוזה כרצונם (ודוק, ההנחה היא שככל שנשכיל להעמיד לרשות עוסקים המעוניינים להתקשר בחוזה מערכת כללית רקע מתאימה, הם ידעו לעשות בה שימוש לצורך הגשמת רצונם, באופן שייתר, ולמצער יפחית משמעותית, את הצורך של בית המשפט לנסות ולנחש את כוונתם).

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 מתווכמים, 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



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

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.

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 תוענק 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. (מתוך סעיפים 4 עד 6 לחוות דעתו בע"א 7649/18 ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ, ניתן ביום 20.11.2019; וראו גם את פסק דינו של השופט גרוסקופף שניתן לאחר מכן - ע"א Segal Group (Dresden) GmbH and A.T.S Investments Inc 9025/17 (19.2.2020, Co.KG, ניתן ביום 19.2.2020)

40. מובן כי כלל פרשני המייחס משקל מכריע ללשון, לא יסייע לפתרון המחלוקת במצב בו תמצא טעות מילולית ברורה בחוזה הנבחן. מקרה מעין זה הובא לפתחו של בית המשפט העליון בעניין **מפעל הפיס**. שם, בית המשפט נדרש לפירוש חוזה שהוראותיו סותרות. כבוד השופט דנציגר, אשר נטה לייחס בפסיקותיו משקל מכריע ללשון החוזה, קבע כי מדובר בסוג המקרים שבהם **"אין מקום להסתפק אך ורק בלשון החוזה"** (רע"א 1452/10 מפעל הפיס בע"מ נ' אלחנן טלמור, ההחלטה ניתנה ביום 11.10.2010, עובר לתיקון סעיף 25(א) לחוק החוזים).

41. כאן המקום לדון במשמעות חוזה פאושלי, שהוא למעשה מקרה פרטי של חוזה עסקי.

ו. חוזה פאושלי - כללי

42. ככלל, בין שיטות התמחור הנהוגות בענף הבנייה, ניתן למצוא את **שיטת הכמויות** - שלפיה שכרו של הקבלן מחושב לפי כמויות הבנייה שבוצעו ונמדדו. אלו יוכפלו במחירים שסוכמו מראש בין הצדדים. דרך נוספת היא **שיטת המחיר הסופי (פאושלית)** - שבמסגרתה הקבלן מגיש הצעת מחיר כוללת, על בסיס תוכניות ומסמכים שונים שנמסרים לו (לעיתים קיים גם כתב כמויות), והערכתו את עלויות הבנייה. קיים גם מצב ביניים, שבו מחיר הבנייה נקבע על בסיס שילוב בין



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

השיטות, בהתאם לטיבן של העבודות הנדרשות.

43. לכל אחת מצורות התשלום מאפיינים משלה. מובן כי השיטה הפאושלית מגלמת בתוכה סיכון ואי-ודאות גדולים יותר, בייחוד מבחינתו של הקבלן המבצע. היטיבה לבטא זאת כבוד השופטת חיות (כתוארה אז) בע"א 616/04 עמותת מורים בונים בלוד-עמב"ל עמותה רשומה נ' דו בר (1983) חברה לעבודות בניה בע"מ (ניתן ביום 13.12.2006). באותו עניין, דובר בעמותה שביקשה להקים פרויקט דיור לחבריה, והתקשרה לשם כך בחוזה בנייה עם קבלן. בית המשפט העליון קיבל את עמדת העמותה ופסק כי מדובר בחוזה פאושלי, ולא חוזה לפי מדידה. בהתאם לכך, נקבע כי העובדה שחברי העמותה קיבלו בתים גדולים יותר מהשטח שסוכם בחוזה אינה מהווה, כשלעצמה, התעשרות שלא כדין. השופטת חיות הטעימה:

"... חוזה פאושלי הוא חוזה המכתיב מערכת הקצאת סיכונים מסוימת. הקבלן, הנהנה מידע עודף בדבר המשאבים העומדים לרשותו ובדבר עלות הרכיבים הספציפיים המרכיבים את חבילת המוצר הכוללת, משקלל ידע זה עם פוטנציאל הסיכון הגלום בכך שלא מתבצעת מדידה פרטנית של כל בית ובית. מזמין העבודה, במקרה זה העמותה, הוא בעל האינטרס לחסוך בעלויות הכרוכות בבדיקה פרטנית של כל בית ובית ומעוניין לדעת מה 'השורה התחתונה' לפני הכניסה להתקשרות. לפיכך הוא מקבל על עצמו את הסיכון לכך שלו היה מנהל משא ומתן לגבי כל רכיב בנפרד או קובע מחיר לפי מדידה, יתכן והיה מקבל מחיר חוזי נמוך יותר פר רכיב או פר מטר. מערך סיכונים זה מבוטא במחיר החוזי הכולל הנקבע, ומשקף את הערכת הצדדים בדבר פוטנציאל התממשות הסיכון. דעתי היא כי מקום בו קיים חוזה שבבסיסו הסכמה על מערך הקצאת סיכונים מעין זה, אין לומר, על דרך העיקרון, שקבלת בתים בעלי שטח גדול מהמוסכם מהווה קבלת הטבה ללא זכות בדין. התשלום העודף הינו תשלום רצוני במסגרת היחסים בין הצדדים... החיוב החוזי של הקבלן היה לבנות את הבתים בהתאם לשטח שנקבע. אולם כאשר נקבע כי המחיר יקבע ללא מדידת שטח לאחר הביצוע, חזקה כי במחיר החוזי שיקלל הקבלן גם את הסיכון שהשטח בפועל יהיה גדול יותר. הערכת סיכונים זו לא בוצעה לכאורה באפילה. היא הערכה מחושבת ומושכלת. אם התרשל או טעה הקבלן בהערכת סיכוניו, עדיין אין המשמעות שנפגם החוזה וניתנה זכות שלא בדין. זהו פוטנציאל סיכון אינהרנטי לסוג זה של חוזה, ואין בכך משום התעשרות שלא כדין של מקבל ההטבה." (מתוך סעיף 22 לפסק הדין)

44. ובחזרה לענייננו.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

הכינוי פאושלי מוזכר שש פעמים לאורך חוזה הביצוע. עולה השאלה: האם כינוי זה, כשלעצמו, **מכתיב בהכרח** את הלך פירושו המתאים? לדעתי התשובה לכך שלילית. מובן כי לא ניתן להתעלם מבחירת הצדדים לחזור ולהדגיש שהמחיר החוזי הוא פאושלי. אך לטעמי, במקרה הנוכחי לפחות, לא מדובר בחזות הכול.

45. **ראשית**, הצדדים עצמם לא הסתפקו בתיאור החוזה כפאושלי, ועמלו על ניסוח מסמך מפורט הכולל הוראות נוספות (וסותרות). מכאן ניתן להבין כי מנקודת מבטם לפחות, לא קיימת "משמעות נודעת" ברורה ויחידה למונח פאושלי כאמור בסעיף 25(ג) לחוק החוזים.

שנית, גם גישתה הנחרצת של בוטיק בנושא זה התרככה במהלך ניהול התיק (ראו והשוו לטענת הסף שהועלתה בפרק ג' לכתב הגנתה). כיום, גם לשיטתה,

"גם אם צדדים כללו את המונח 'הסכם פאושלי' הרי שיש להתייחס למכלול תניות ההסכם. על בית המשפט לבחון מה אומר ההסכם מבחינה מהותית ולא מה אומרת הכותרת שלו. המהות ההסכמית והתוכן הסובסטנטיבי של ההסכם הם שקובעים ולא כינוי הסכם כ'הסכם פאושלי'. המומחה סיגורה [מומחה בתחום ההנדסה מטעם בוטיק] הסביר שלא די שמכנים הסכם 'פאושלי'. ישנם סוגים שונים של הסכמים פאושלים, קיימות גישות מקצועיות שונות ביחס למהותו וטיבו של הסכם פאושלי וכי ההסכם הספציפי בו עסקינן בפועל הוא אינו הסכם פאושלי קלאסי בשים לב לתוכנו וההסדרים הקונקרטיים שנקבעו בו...

... ההסכם דנן הוא הסכם שהצדדים הסכימו לבצעו ללא מדידת כמויות ועם 'תוכניות פתוחות' הנתונות לשינויים, בתמורה סופית, וזה לא יכול להיות הסכם פאושלי במובנו המקובל..." (מתוך סעיף 48 לסיכומי בוטיק)

46. לכך יש להוסיף את פסיקת בתי המשפט, שלפיה תמחור פאושלי אינו מונע באופן קטגורי את זכאות הקבלן לתוספת תשלום (ראו למשל, ת"א (י-ם) 2625/00 **גביר קבלנים לעבודות בנייה ופיתוח נ' עובד לוי תיעוש האבן והבניה בע"מ**, ניתן ביום 29.5.2006; ת"א (ב"ש) 12054-05-11 **ברנס ניקוי חול וצביעה תעשייתית בע"מ נ' א.ב. קרן פרויקטים בע"מ**, ניתן ביום 4.2.2014).

47. לסיכום נושא זה: בקשרים עסקיים יש לייחס חשיבות מיוחדת ללשון ההסכם. זאת, כדי להגשים תכליות של הגברת הוודאות והגנה על ציפיות הצדדים. ככלל, מתקשרים עסקיים נתפסים כבעלי יכולת מיטבית לממש את חופש ההתקשרות שלהם, הכוללת את האפשרות לבחור, לנסח ולהסכים. לצד זאת, פירוש חוזה הביצוע הנדון לא יכול להיעצר בתיוגו כפאושלי, אלא יש להמשיך ולבחון את מכלול הוראותיו.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 22631-06-16 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

48. על רקע דברים אלו, אפנה לבחינת טענות הצדדים לפי הסדר הבא: תחילה אדרש לטענת ניצנים בקשר להטעיה מכוונת מצד בוטיק (חלק ז'). בהמשך, אדון בסמכויות מפקח הפרויקט ומשקל הכרעותיו לפי חוזה הביצוע (חלק ח'). המסקנה בנושא זה תשמש לצורך הדיון בסוגיות שבהן אדון לאחר מכן: היקף העבודות שהוסדרו בפרויקט ודרישת ניצנים לתשלום נוסף עבור עבודות נוספות; לוחות הזמנים, קצב ההתקדמות והמועד להשלמת הבנייה; וכן אחוז הביצוע של הפרויקט ערב סילוקה של ניצנים מהאתר (חלקים ט', י' ו-י"א, בהתאמה). כימות הסעדים המגיעים במסגרת התביעות ההדדיות יידון בחלק הסיכום והמסקנות (חלק י"ב).

ז. סוגיית ההטעיה

49. כאמור, ניצנים טוענת כי הוטעתה במכוון על ידי בוטיק:

"... התברר לתובעת [ניצנים], בדיעבד, כי בשני נושאים מהותיים ויסודיים לחוזה הביצוע - הראשון, קיומם של הסכמים חתומים ומחייבים מול המחזיקים השונים בחנויות בקומת הקרקע, והשני תכנון מפורט וסופי של הפרויקט - בחרה הנתבעת [בוטיק] לפעול במירמה והטעייה כלפי התובעת, והעלימה מהתובעת מידע מהותי וחשוב ביותר. מידע זה, לו היה נמסר לתובעת במועד חתימת חוזה הביצוע, היה בו כדי למנוע את חתימה חוזה הביצוע או את מועד תחילת ביצוע העבודות עד להסדרת כל העניינים הנדרשים לביצוע רציף, יעיל ומהיר של העבודות וסיום הפרויקט או לחילופין להביא את הצדדים להסכמה על תמורה נוספת המגלמת את ביצוע הפרויקט בתקופה ארוכה יותר ובאופן מפוצל, כפי שאירע בפועל בשל מחדלים ומירמה של הנתבעת." (סעיף 6 לכתב התביעה המתוקן)

50. אשר להטעיה הנטענת בהיבט התכנון - ניתן להבין שעמדת ניצנים (ולפחות עיקרה) אינה שהתכנון המקורי של הפרויקט נעשה בחוסר מקצועיות מלכתחילה. אלא שנוכח הממצאים שהתגלו במהלך הבנייה, התכנון התברר בדיעבד כלא מדויק (ראו עדותו של מר קוטלר, מומחה בתחום ההנדסה מטעם ניצנים, שממנה ניצנים לא הסתייגה - סעיף 33 לחוות דעתו, וכן עמוד 279, שורה 6 ואילך).

51. אקדים ואומר כי הטיעון להטעיה, על שני חלקיו, אינו מתיישב עם התמונה העולה מחומר הראיות.

52. אתחיל במצבו הפיסי של המבנה. כאמור, המבנה כולל למעשה שני בניינים נפרדים וצמודים שנבנו לפני כמאה שנים. לדברי האדריכל בפרויקט, מר עמיר פלג, שהעיד מטעם בוטיק, לא ניתן היה לדעת מה מצבו של המבנה במדויק, אלא רק לאחר התחלת הבנייה. הוא הסביר:



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

"בדרך כלל דברים כאלה [הכוונה לבדיקות - ה"ק] נעשים כשיש גישה מאוד ברורה או שיש שאלות מאוד ספציפיות [שירות] שרוצים לגלות...]. פה השאלות וחוסר הידע היה הרבה יותר כללי כלומר זה לא היה עוזר... אם היית מפרק מטר מרובע של רצפה והיית רואה רלס [פרופיל פלדה] אחד שהוא במצב טוב אז היית יכול להסיק שכל הרלסים במצב טוב? או להפך? המצב הקונסטרוקטיבי הכללי היה בעייתי מה גם שחלק הבניין היה אצל דיירים מוגנים ובכלל לא הייתה גישה אליו... אני גם לא רואה פה מקומות נקודתיים שבעזרתם... בדיקות גישוש או נקודתיות היו נותנות לנו תשובה... מדויקת לביצוע הפרויקט, כלומר הבעיות היו כלליות של חוסר ידע או דברים שבעצם רק שפירקנו את כל הרצפה הבנו בעצם את מצבה ולא יכלנו בעצם לעשות את זה בזמן שהבניין עוד היה מאוכלס."

(עמוד 747, שורה 9 עד שורה 24)

האדריכל אישר שחוסר המידע היה משותף לבוטיק ולניצנים. לדבריו, שתיהן לא ידעו ולא יכלו לדעת מה טיב יסודות המבנה לפני תחילת העבודות כאמור (ראו בחקירתו החוזרת - עמוד 772, שורה 23 עד שורה 32).

53. עולה כי העננה סביב מצבו האמיתי של המבנה הגבילה את האפשרות לגבש תכנון סופי. כמפורט מיד, ניתן להתרשם מהראיות בתיק שנתון זה הובא לידיעתה של ניצנים לפני חתימתה על חוזה הביצוע - הן בשלב המכרז והן במשא ומתן בהמשך - בכתב ובעל-פה.

54. אפתח בשלב המכרז. המפקח העיד שבפני המתעניינים הונחו מערכת תוכניות מפורטת כדי שיוכלו לגבש הצעת מחיר. אך בו בעת הובהר להם שתוכניות המכרז כפופות לשינויים:

"היה ספר מכרז, תוכניות אדריכלות, קונסטרוקציה, אינסטלציה, חשמל, מיזוג. נספחים. היה ספר מלא מסמכי המכרז שתיארו את הפרויקט עם כל מה שצריך... יש בפנים הכול..."

... התוכניות שצורפו למכרז תיארו את כל העבודות הנדרשות בבניין. דרך אגב גם בספר שאני כתבתי וגם בהנחיות לקבלנים היה ברור שיצורפו תוכניות, שיש דיירים שידרשו שינוי תכנון והבסיס היה קיים ידענו שיהיו שינויים וזה מה שכתבנו בחוזה. יש בסיס אפשר לבנות אפשר לתמחר... אבל תשים לב ברגע שאני אקלף את הטיח ופתאום אני אראה בבניין שחשבתי שהעובי הוא 20 ובעצם הוא 15 ואני צריך לחזק אז אני אחזק."

(עמוד 998, שורה 9 עד שורה 18; עמוד 1,024, שורה 16 עד שורה 21)

55. גם האדריכל צירף לתוכניות האדריכלות שנמסרו למשתתפים במכרז מסמך שכותרתו "הערות



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

לתכניות ביצוע". המסמך כולל רשימה של 23 נושאים אשר "ייסגרו... במשך הביצוע בהתאם לממצאים בשטח ובהתאם לתיאום עם היועצים ואישור מחלקת השימור". מדובר בשלל עניינים, קטנים כגדולים, החל ב"אינטרקום ותיבות דואר", וכלה ב"הריסה ובניה מחדש ע"פ תכנית וע"פ הנחיות מהנדס בשטח כולל חיזוקים נוספים אם יידרשו" (מסמך זה כונה בתיק "מכתב האדריכל"; העתקו צורף כנספח 1 לתצהירו של האדריכל).

האדריכל העיד שכתב את המכתב לבקשת דני, מנהל בוטיק: "הוא רצה שמי מקבל את התוכניות ידע גם מה יש בתוכניות כמובן וגם מה אין בתוכניות ויוכל לקחת את זה בחשבון בהצעת המחיר שלו" (עמוד 722, שורה 6 עד שורה 13).

ניתן להניח כי מכתב האדריכל נמסר לידי ניצנים כבר בשלב המכרז, וממילא המכתב מהווה חלק מנספחי החוזה והוא אושר על ידי ניצנים בחתימתה.

56. אשר למשמעות שמאיר ייחס, או היה אמור לייחס, לאי-הוודאות הקיימת בפרויקט, הרי שמעדותו עולה שהיה מודע למורכבות הבנייה למן ההתחלה. לדבריו, המפקח קרא לו להצטרף והזהיר שמדובר ב"אחד משני הפרויקטים הכי מסובכים בתל אביב":

"מר דויד [מאיר]: ... הוא [המפקח] ביקש שאנחנו נעשה את הפרויקט הזה כי זה פרויקט שהוא הולך ללוות אותו באופן אישי... ואמר לי תקשיב זה אחד משני הפרויקטים הכי מסובכים בתל אביב...

כב' הש' קירש: מה זה מסובך?

מר דויד: הוא מסובך כי הפרויקט הזה הוא פרויקט בניין בן 100 שנה,

צריך היה כל הנושא של לבנות את המרתף, מאד מסובך,

מאד מורכב מבחינה הנדסית מסובך לביצוע."

(עמוד 406, שורה 12 עד שורה 22)

57. גם בשלב המשא ומתן נמסר לניצנים מידע נוסף, והייתה לה ההזדמנות לבדוק ולברר. אפרט.

כפי שצוין, המפקח היה מעורב בהליך ההידברות בין בוטיק לניצנים. לדבריו, לאור ניסיונו המקצועי, הוא זה שביקש להוסיף לחוזה התייחסות לשינויים אפשריים במתכונת העבודה:

"... שינויים בביסוס וביסודות ובתוספות זה רק דברים שאני יכולתי להגיד לעורך דין שיכתוב שישימו לב... עורך הדין לא יודע להגיד דברים כאלה... אני אמרתי תכניסו את הנושא שאם הקונסטרוקטור ישנה יסודות זה חלק מהפרויקט ואם הקונסטרוקטור ישנה את סוג הבטון זה חלק מהפרויקט, זה



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 22631-06-16 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

דברים שאני אמרתי לעשות. (עמוד 1,021, שורה 9 עד שורה 21)

המפקח העיד כי האפשרות לשינויים ולתקלות הייתה על השולחן ונדונה בין הצדדים :

"... הפגישות שאני הייתי עם מאיר מניצנים בנושא החוזה והייתי לדעתי באיזה שתי פגישות הבהרנו למאיר... ישבנו והבהרנו לו ברחל ביתך הקטנה תשים לב לא יודעים על שינוי תכנון ועל בעיות מדיירים ולא שינויים בנקודות ולא הקונסטרוקטור התבלבל ולא האדריכל לא ידע ואפילו צירפנו מכתב מהאדריכל... אני בחוזה הזה ספציפית הבהרתי למאיר ומאיר היה הקבלן שעבד איתי ולא רציתי להכשיל אותו אמרתי לו תשים לב אני ודני כבר עברנו פרויקט אחד עם עבודות נוספות אנחנו לא חוזרים לשם קח את הכסף שאתה רוצה ואני לא רוצה לשמוע מילה על עבודות נוספות והכנסנו את זה לחוזה אני הייתי לדעתי בשתיים שלוש ישיבות אחרונות על החוזה הזה אחרי שהחוזה הזה לדעתי חצי שנה ישבו עליו." (עמוד 987, שורה 12 עד שורה 17 ; שורה 27 עד שורה 32)

58. ואכן, כפי שיפורט בחלק ט' להלן, בחוזה הביצוע נכתב בצורה ברורה כי התוכניות הקיימות משמשות כבסיס בלבד, והן כפופות לשינויים ולהשלמה. יובהר כי לא מדובר רק בשינויים שידרשו בהתאם למצב הפיסי שיתברר בשטח (בהם מתמקד מכתב האדריכל). ניצנים קיבלה על עצמה להתאים את עבודתה גם לשינויים שמקורם בכשלים בתכנון, בהנחיות של אנשי המקצוע, בהתנגדות מצד שוכרים מוגנים ועוד.

59. מעבר למצבו הלא ידוע של המבנה העתיק, השוכרים המוגנים הציבו אתגר נוסף. אזכיר שגם בנושא זה ניצנים קובלת על כך שרומתה והוטעתה על ידי בוטיק.

60. לפי הראיות בתיק, ערב חתימת חוזה הביצוע שהו במבנה עשרה שוכרים מוגנים. רובם החזיקו בחנויות שנמצאו בקומת הקרקע (לחנות אחת היה גם מרתף). היו שני שוכרים מוגנים נוספים בקומה הראשונה והשנייה בבניין שחזיתו פנתה לסמטת בית הבד (האמור נסמך על הצלבת הנתונים ב"רשימת שכירות בבניין" שצורפה להסכם הקומבינציה, ו"טבלה של שוכרים מוגנים" שהועברה לניצנים ימים ספורים לאחר כריתת חוזה הביצוע - נ/53 ו-נ/54, בהתאמה).

61. בהסכם הקומבינציה יוחד חלק נפרד לנושא ה"מחזיקים בבניין". שם, מוזכר מידע לגבי הסכמי השכירות של המבנה, ומתוארת חובתה הבלעדית של וינברג לפעול לפינוי השוכרים המוגנים והחופשיים מהקומה הראשונה והשנייה, בין היתר באמצעות נקיטת הליכים משפטיים. לצד זאת, לבוטיק ניתנה האפשרות לדחות את תחילת הבנייה במקרה בו הפינוי לא יושלם בזמן (סעיף 6.13 להסכם).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

ההסכם מורה במפורש כי פעילות החנויות ובתי המלאכה תימשך כסדרה במקביל לביצוע העבודות. בוטיק נדרשה לפעול **"בתיאום עם המחזיקים, ככל הניתן בנסיבות העניין"**, ולהשיג את רשותם להיכנס לשטחיהם (סעיפים 23.1 ו-23.2).

62. האם הסכם הקומבינציה הוצג לניצנים בזמן אמת? לדעתי, מחומר הראיות בתיק התשובה המתבקשת היא חיובית. אפילו אם אקבל את גרסת ניצנים שלא קיבלה לידיה **העתק** של ההסכם, ניתן להבין שהכירה או שהיה עליה להכיר את תוכנו בעניין השוכרים בבניין.

ראשית, המפקח העיד שבסיורו המשותפים עם מאיר באתר קודם לכריתת החוזה, הוא התריע על הקשיים הצפויים בפרויקט, בין היתר, בגלל השוכרים בחנויות בקומת הקרקע וביתר המבנה:

"המחיר הראשוני שמאיר [הציע] 13.700 [מיליון ש"ח] אחרי זה הוא עשה איתי סיבובים באתר והוא נכנס למשא ומתן עם דני על החוזה, הוא הבין את הקשיים גם שאמרתי לו בעל פה אמרתי לו תראה החנויות פה לא תוכל לעבוד בקלות, עבודות לילה, הסדרי תנועה..."

... אמרתי למאיר שיש דיירים בבניין ויש דיירים בחנויות שיגרמו לנו בעיות בביצוע... הסתובבתי איתו... הוא ראה שחלק מהבניין מאוכלס..."
(עמוד 989, שורה 26 עד שורה 29; עמוד 1,043, שורה 5 עד שורה 15)

שנית, דני עמד על כך שלניצנים הייתה ההזדמנות לעיין בהסכם הקומבינציה לפני חתימתה על חוזה הביצוע, והיא אף עשתה כן (עמוד 1,314, שורה 16 עד שורה 30; עמוד 1,321, שורות 23-24). **שלישית**, ומעבר לכך, **בחוזה הביצוע** ניצנים אישרה בחתימתה ש"הוראותיו והגבלותיו" של ההסכם הקומבינציה (כולו) **ידועות** ומקובלות עליה (סעיף 5.5).

רביעית ואחרון, באפריל 2013, כחודש ימים לאחר שחוזה הביצוע נכרת, ניצנים חתמה על כתב התחייבות כלפי וינברג. שם, היא אישרה שתעמוד בהוראות סעיפים שונים בהסכם הקומבינציה שעניינם ביצוע עבודות הבנייה (בין היתר, בנייה תוך המשך הפעילות במבנה, שהצריכה התחשבות בשוכרים ותיאום מולם; נ/28).

יוער כי באותו השלב ניצנים טרם הפקידה בידי בוטיק את הערבויות הבנקאיות. אלו נמסרו רק בחודשים אוגוסט ואוקטובר 2013 (נספח 2 לתצהירו של מאיר). לגישת בוטיק: **"בניגוד להסכם הביצוע, ניצנים איחרה במספר חודשים בהפקדת הערבות ולכן אם הייתה מבטלת את ההסכם על יסוד הטעיה (כפי שהיא טוענת כיום) לא היה נגרם לה כל נזק ממשי..."** (סעיף 14 לסיכומים). ניצנים לא התמודדה עם טיעון זה.

63. למעלה מזה, וזה העיקר: בחוזה הביצוע קיים עיגון ברור לכך שבוטיק וניצנים צפו מראש את



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

האפשרות להתנגדות מכיוון השוכרים שתשבש את מהלך העבודה :

"הצדדים מאשרים כי במשך כל זמן ביצוע העבודות, ימשיכו להתגורר ו/או לעבוד שוכרים בשטח המקרקעין... מוסכם כי ככל שהשוכרים יתנגדו ו/או יפריעו לביצוע העבודות לרבות, התנגדויות, הפרות סדר וכיוצ"ב, יפעל הקבלן על מנת להגיע עימם להסדר בעניין, בסיוע של המזמין ו/או המפקח, אולם ככל שלא יצליחו הצדדים להגיע עם השוכרים להסדר יהיה המזמין אחראי לנקוט בהליכים משפטיים, לרבות מעיין משפטים, כנגד השוכרים, והכל מבלי לפגוע בהתחייבות הקבלן כי הבניין הינו בנין פעיל, אשר ימשיכו להתגורר ו/או להפעיל חנויות ו/או בתי עסק המופעלים ע"י שוכרים." (סעיף 2.4(21))

בהמשך לכך, גם במישור הכספי הובהר כי :

"... הוצאות נוספות עקב התנגדות לביצוע העבודות ו/או עבודות שלא ניתן לבצע במקרקעין השייכים לדיירים מוגנים ערב חתימה על הסכם זה... לא יהא בכך להגדיל את התמורה הפאשולית הקבועה בהסכם זה..." (מתוך סעיף 5.3)

ניתן להבין, אפוא, כי באותה נקודת זמן לא היה הסדר עם השוכרים (ולפחות לא עם כולם). כמו כן, בוטיק וניצנים נתנו את דעתן לתרחיש של פתיחה בהליך משפטי, על כל המשתמע מכך, כנגד שוכרים מוגנים (ולא רק אלה שהחזיקו בחנויות בקומת הקרקע). מעבר לכך, אפשרות זו הובאה כעניין מעשי (משימה לביצוע) בהסכם הקומבינציה: נכתב בסעיף 6.13.7 להסכם שוינברג "מתחייבים... להגיש בפועל תביעה/ות לפינוי כל הדיירים המוגנים בקומות א' ו-ב' בבניין, עד ולא יאוחר מ-60 ימים מהמועד בו הומצא להם... היתר הבנייה...". כזכור, ניצנים אישרה שהיא מודעת להוראותיה והגבלותיה של הסכם הקומבינציה (ראו סעיף 62 לעיל).

64. על רקע דברים אלה, אינני מוצא טעם של ממש (לעניין ההטעיה הנטענת) במאמצי ניצנים להוכיח כי על אף שידעה על הימצאותם של שוכרים מוגנים במבנה, היא לא הייתה מודעת לקיומה של תביעה משפטית כנגד אחד מהם שהוגשה קודם לחתימה (השוכר מר סיני, שעליו ארחיב בהמשך). האפשרות עמדה על הפרק - באופן ברור ומעשי (גם אם כללי).

65. לכל אלו יש להוסיף את הצהרותיה של ניצנים בנוגע לבדיקות שביצעה לפני חתימתה על החוזה. בסעיף 11 שעוסק ב"בדיקות מוקדמות" צוין :

"הקבלן [ניצנים] מאשר כי בדק, או ניתנה לו הזדמנות לבדוק, לפני חתימה החוזה את האתר עליו יוקם הבניין, את מקום הבניין וסביבותיו, את התוכניות... את טיב הקרקע, את המפרטים וכמויותיהם וטיבן של העבודות והחומרים



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

הדרושים לבצוע המבנה... התאמת התוכניות המצ"ב להסכם זה למצב הקיים במציאות באתר, נכונותם של נתונים הכלולים בכל מסמכי החוזה... וכל עניינים ונתונים אחרים המשפיעים או העשויים להשפיע על ביצוע העבודה ויתר התחייבויות הקבלן על פי חוזה זה, על התמורה המשתלמת לו תמורת ביצוע העבודות... ומצהיר כי הינו מסוגל לבצע את העבודות והקבלן מוותר באופן בלתי חוזר על כל טענה או תביעה כלפי המזמין [בוטיק] בקשר עם האמור לעיל...

הקבלן מאשר כי שוכנע על יסוד הבדיקות המקדימות שערך בעצמו כי התמורה הנקובה בחוזה מניחה את דעתו ומהווה תמורה סופית, הוגנת ומספקת לכל התחייבויותיו עפ"י החוזה. הקבלן לא יהיה זכאי להגדיל את שכר החוזה או לתבוע התייקרויות מעבר לשכר החוזה האמור בנספח ב' לחוזה זה, למעט אם מצוין אחרת בחוזה זה.

הקבלן מאשר כי עיין היטב בכל התכניות והמפרטים וכי הוא מסכים לכל תנאיהם.

66. ומהן אותן הבדיקות שניצנים ביצעה למעשה לפני כניסתה לפרויקט? מלבד סיורים בשטח כאמור, מאיר העיד שנעזר בשירותיו של הנדסאי חיצוני (פרילנסר), עמו עבד לראשונה, שבדק ותמחר את התוכניות. כמו כן הוא פנה לקבלני משנה לקבל הצעות מחיר. מעדותו משתמע שלא ייחס לנושא זה משקל רב:

"כב' הש' קירש: אתה מוכן לקחת סיכון מסחרי על סמך חוות דעת של אדם [הכוונה להנדסאי החיצוני - ה"ק] שאתה לא מכיר?
מר דוידי [מאיר]: אני קודם כל לא לקחתי סיכון, אני בודק אותו ורואה את הדברים וביקשתי הצעות, שנבין, הפרויקט הזה מורכב מהמון קבלני משנה, אני קיבלתי הצעות מקבלני המשנה הוספתי את הרווח הקבלני והגעתי לאומדן מסוים בבדיקה, בנוסף לבדיקות שהוא [ההנדסאי] עשה, הבדיקות שהוא עשה הן בעיקר טכניות לפי התכניות הקיימות... הבדיקות האלה הן בדיקות מסוימות שהן לא יכולות להיות... סופיות."

(עמוד 408, שורה 20 עד שורה 31)

67. לגבי אמירתו של מאיר שהבדיקות ממילא "לא יכולות להיות סופיות" - כזכור, טענה דומה עלתה מפי האדריכל שמסר שבדיקות מדגמיות לא יכלו לתת בהכרח תמונה אמיתית של מצב היסודות.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

זו תיחשף, לדבריו, רק תוך כדי תנועה (ראו סעיף 52 לעיל). אלא שנשמעה גם גישה מעט שונה, דווקא מפיו של מר קוטלר, מומחה ההנדסה מטעם ניצנים, עת השיב לשאלת בית המשפט.

68. מר קוטלר העיד כי מניסיונו בפרויקטים של תמ"א 38 (או "במקומות משוגעים כאלה") נהוג לבצע בדיקות ממוקדות, כמו צילומי בטון, של כל השלד (לא רק מדגמיות). לשיטתו, אמנם לא ניתן להשיג באמצעות בדיקות ידיעה מוחלטת לגבי מצב הנכס וסביבתו ("תמיד יש הפתעות ובמיוחד מתחת לקרקע"), אך "זה חובה לעשות את זה". לפי דעתו גם במקרה כאן לבדיקה יסודית יותר הייתה יכולה להיות תרומה ממשית (עמוד 281, שורה 14 עד עמוד 282, שורה 32; עמוד 280, שורה 9 עד שורה 21).

לא הוכח כי נמנעה מניצנים האפשרות לבצע מבעוד מועד בדיקות מקיפות יותר של מצב המבנה. 69. אינני נדרש להכריע בשאלה אם אכן עמדו בפני ניצנים חלופות בדיקה מועילות יותר. כך או אחרת, על בסיס הבדיקות שכן בוצעו, ניצנים דרשה להעלות את מחיר העבודה - דרשה וגם קיבלה. מאיר סיפר בחקירתו בהקשר זה:

"... בהתחלה קיבלתי ממנו [מהמפקח] חומר חלקי... המשא ומתן היה סביב אפילו מחיר יותר מופחת, סביב ה-13,800 [אלפי ש"ח].

...

"... אבל בסופו של דבר אחרי שבדקתי את התכניות... חלקן הוצגו לי מאוחר יותר ועשיתי את כל הבדיקות אני חשבתי שהפרויקט הזה יהיה אפילו במחיר יותר גבוה סביב הכמעט 16 [מיליון ש"ח] אבל בסוף הוחלט ונחתם שהפרויקט יהיה סביב ה-15. (עמוד 406, שורה 32 עד עמוד 407, שורה 9)

70. לדעתי, וכפי שעוד אפרט בהמשך, יש לייחס חשיבות רבה למיקוח שהוביל לגידול התמורה. נתון עובדתי זה, המתווסף ליתר הראיות שפורטו ולניסיונו העסקי של מאיר, מחזק את המסקנה כי ניצנים ידעה שהתמונה אינה מלאה (סופית), אך לאחר שדרישתה להעלאת התמורה נענתה - היא הפכה למספקת. בהקשר זה אביא שוב את סעיף 11.2 לחוזה הביצוע כלשונו:

"הקבלן מאשר כי שוכנע על יסוד הבדיקות המקדימות שערך בעצמו כי התמורה הנקובה בחוזה [15 מיליון ש"ח] מניחה את דעתו ומהווה תמורה סופית, הוגנת ומספקת לכל התחייבויותיו עפ"י החוזה. הקבלן לא יהיה זכאי להגדיל את שכר החוזה או לתבוע התייקרויות מעבר לשכר החוזה..."

71. התוצאה מכל האמור היא שיש לדחות את טענת ניצנים בדבר קיומה של הטעיה. משקבעתי כי לא נפל פגם בכריתת החוזה במובנו של סעיף 15 לחוק החוזים, יש לראות בהוראות



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

חוזה הביצוע כמשקפות נכוחה את רצון המשותף של בוטיק וניצנים.

ח. סמכויות המפקח ומשקל הכרעותיו לפי חוזה הביצוע

72. המפקח מונה לתפקיד על ידי בוטיק וסמכויותיו עוגנו בחוזה הביצוע. אלו סמכויות המפקח העיקריות (על פי סדר הופעתן בחוזה):

(א) לבדוק את הבנייה ולהשגיח על אופן ביצועה - המפקח היה רשאי לבדוק את התאמת הביצוע לתכניות ולדרישות החוזה, את טיב החומרים וטיב הבנייה, וכן לבדוק את התאמת קצב הביצוע ללוח הזמנים. למפקח ניתנה גם הסמכות להעביר לניצנים הוראות שונות במהלך עבודתה, לפי שיקול דעתו והממצאים בשטח. ניצנים מצידה התחייבה למלא אחר הנחיות אלו (סעיף 3).

(ב) לאשר את ביצוע כל שלבי העבודה והתשלום בגינם - המפקח היה הגורם המוסמך לאשר שניצנים ביצעה כל חלק בעבודה כנדרש. לפי סעיף 3.8, "אישור המפקח לכל שלב עבודה או חלקה, יהיה ראיה לכך שהקבלן עמד בביצוע העניין המאושר". אישורים מעין אלה היו הבסיס להתחשבות הכספית בין בוטיק לניצנים, שהייתה גם כן תחת אחריות המפקח.

(ג) לקבוע כי נדרשת עבודה נוספת שבגינה ניצנים זכאית לתוספת תשלום (סעיף 5.3).

(ד) להכריע לגבי אופן היישום של הוראות או מסמכים סותרים (סעיפים 6.1 ו-41.2).

(ה) להכריע במחלוקות לגבי טיב ומחירים - בסעיף 8 נכתב "בכל ויכוח בנושא של טיב ומחירים, יהיה המפקח מטעם הבעלים [בוטיק] הפוסק האחרון".

(ו) להכריע לגבי זכאות ניצנים לארכה להשלמת הבנייה - המפקח היה הגורם המוסמך לבחון האם בקשת ניצנים לתוספת זמן מוצדקת ועומדת בתנאי החוזה, וכן לקבוע את משך הדחייה לה היא זכאית בהתחשב בנסיבות. סוכם כי "בכל מקרה של חילוקי דעות בין הצדדים בדבר קיום התנאים המצדיקים מתן ארכה כאמור ו/או משך הארכה המגיעה עקב אותם תנאים, יכריע המפקח וקביעתו תהיה המחייבת" (סעיף 30).

(ז) לקבוע כי ניצנים זכאית להחזר עלויות עקב הפסקת עבודה, כולה או מקצתה, שלא ביוזמתה או באשמתה - למפקח ניתנה הסמכות לקבוע את "מניין הימים... לאותו עניין" שמעבר אליו ניצנים תהא זכאית להחזר "הוצאות ישירות" כהגדרתן בחוזה (סעיף 38).

73. ניצנים אינה כופרת בסמכויות המפקח. אך לעמדתה בנסיבות העניין, החלטותיו - אישור דחייה בת שמונה חודשים בלבד ושלילת זכאותה לתקורה ולתוספת תשלום - לוקות באי סבירות קיצונית ובחוסר תום לב, והן הושפעו לגישתה מ"שיקולים זרים של טובת המעסיק, בוטיק



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

ובשן (סעיף 222 לסיכומיה). ניצנים מוסיפה וטוענת כי אין לראות במפקח כגורם מכריע או סופי במחלוקות בנושאים אלה.

אתיחס לטיעונים האמורים לפי סדר הצגתם.

האם המפקח פעל בהגינות המתחייבת מתפקידו?

74. מהטעמים שיובאו מיד, ועל רקע נסיבות התיק, אני סבור כי ניצנים לא הראתה סיבה טובה לפקפק ביושרו המקצועי ובטיב שיקוליו של המפקח.

75. **ראשית**, וככלל, אין בעובדה שהמפקח נשכר על ידי בוטיק **כשלעצמה** כדי להטיל ספק באופן בו הפעיל את שיקול דעתו. תפקידו כמפקח הטיל עליו את החובה לפעול בהגינות ובמקצועיות. הסמכויות המופלגות שנמסרו לו - הן במישור התפקודי-ביצועי (לו יש גם פן בטיחותי) והן במישור הכספי - מעצימות עוד יותר את מחויבותו לנהוג בצורה מאוזנת ואובייקטיבית.

עוד יוער כי אמנם לפי דעת ניצנים, **"ברור כי לספיר [המפקח] יש אינטרס ליישר קו' עם בוטיק ששילמה את שכרו"**, אך דומה כי ההסדר כאן אינה שונה מהמצב הנהוג בענף. מעדותו של מאיר עולה שבנסיבות דומות (התקשרות בין יום וקבלן ראשי), מקובל שהיזם משלם את שכרו של המפקח (סעיף 104 לסיכומיה; עמוד 448, שורה 32 עד עמוד 449, שורה 1).

76. **שתיים**, במישור החוזי, עצם המינוי והעסקתו של הגורם המפקח **על ידי בוטיק** היה מוסכם על ניצנים (ראו הגדרת "המפקח", וכן הוראות נוספות בחוזה הביצוע שבהן המפקח הוצג כמי שפועל **מטעם** בוטיק). גם זהותו של המפקח הייתה ידועה ומקובלת, ואף מעבר לכך. הרי המפקח, כזכור, הוא זה שקרא לניצנים להצטרף לפרויקט מלכתחילה. על סמך המלצתו, בוטיק העדיפה את ניצנים על פני יתר המועמדים במכרז.

77. **שלוש**, אשר להיכרות מוקדמת עם המפקח - למפקח היו שיתופי פעולה קודמים עם **שני הצדדים**. ניצנים עבדה יחד עם המפקח במשך כשנה על פרויקט בנייה אחר לפני הפרויקט הנוכחי (**"הפרויקט הראשון"**). מאיר העיד:

"ש: תסכים אתי שניצנים הגיעה לעבוד בפרויקט שלנו כשברקע שלה עבודה

פורה ומוצלחת עם המפקח ספיר.

ת: נכון.

ש: נכון שאם בזמן אמת היית חושש שהמפקח ספיר עלול להזיק לניצנים לא

היית נעתר להזמנתו.

ת: נכון.

ש: נכון שאם היית סובר שהמפקח ספיר מצוי בניגוד עניינים או שהוא עשוי



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

לפעול במשוא פנים לא היית נכנס לפרויקט?

ת: כן.

ש: תסכים אתי שה[עובדה] שניצנים באה אחרי המפקח ספיר לפרויקט היא

צעד של הבעת אמון במקצועיותו?

ת: כן."

(עמוד 449, שורה 12 עד שורה 23)

ובשלב אחר, מאיר סיפר: "הוא [המפקח] לא היה נגדי בכלל היינו גם חברים טובים בפרק זמן ארוך ובנקודה מסוימת זה השתנה" (עמוד 404, שורות 17-18). גם איציק, ששימש כמנהל האתר בפרויקט הראשון, העיד כי בזמנו שררה בינו ובין המפקח אווירה טובה (עמוד 626, שורה 11 עד שורה 25).

לצד זאת, קשריו הקודמים של המפקח עם דני (ומשפחתו) היו כנראה ממושכים ומשמעותיים יותר. המפקח העיד כי הוא הכיר את דני "... הרבה שנים לפני הפרויקט הזה... עשינו עוד שלושה פרויקטים מאוד מוצלחים לפני" (עמוד 961, שורה 14 עד שורה 31). ניצנים לא טענה שלא הייתה מודעת לכך בזמן אמת. ובכל מקרה, לנוכח טיב יחסיהם של מאיר ואיציק עם המפקח באותה נקודת זמן, ספק בעיניי אם עובדה זו, כשלעצמה, הייתה משנה. כפי שצוין ויפורט בהמשך, לדעת ניצנים, רק בשלב מאוחר יותר חלה תפנית שלילית בגישתו של המפקח כלפיה.

78. ארבע, בנוגע לכישוריו המקצועיים של המפקח - המפקח הוא מהנדס בנייה בהשכלתו. לדבריו, הוא משמש כמפקח בנייה משנת 1997 לערך, ולמשרד בבעלותו "התמחות ייחודית בביצוע פרויקטים של בניינים לשימור ושיפוץ בתל אביב" (עמוד 955, שורה 22; סעיף 2 לתצהירו).

למעשה אין מחלוקת לגבי רמת מקצועיותו ותפקודו של המפקח בפרויקט (בהקשר זה, אפנה לעדויות שני הצדדים: עדותו של דני - עמוד 1,231, שורה 1 ואילך; עמוד 1,613, שורה 9 ואילך; עמוד 1,753, שורה 17 עד שורה 32; עדותו של מאיר - עמוד 466, שורה 32 עד עמוד 467, שורה 4; וכן עדותו של איציק - עמוד 629, שורה 1 ואילך; עמוד 636, שורה 31 עד שורה 33; עמוד 637, שורה 1 עד שורה 4).

עוד יצוין כי התרשמותם הטובה של איציק ומאיר מיכולותיו של המפקח התבטאה גם בהחלטתם לחבור אליו לפרויקט בנייה נוסף. אשוב לעניין זה מיד בהמשך.

79. חמש, לגבי טיב שיקוליו של המפקח - המפקח הצהיר בכתב והעיד כי פעל בהתאם להבנתו המקצועית לאורך כל התקופה. לדבריו הוא לא הושפע מהלחצים שהופעלו עליו: "לא דני ולא מאיר אף אחד לא יכול להזיז אותי מהחלטות מקצועיות". עדותו בנושא הייתה חד-משמעית:



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

"כב' הש' קירש: ... השאלה היא לגבי שיטת עבודה של מפקחי בנייה בכלל ומר ספיר בפרט... האם כשאתה מאשר חשבונות אתה מביא בחשבון רק את מידת ביצוע העבודה והעלות של ביצוע אותו קטע של העבודה או שמא אתה יכול להביא ומביא בחשבון גם שיקולים נוספים או התחשבוניות נוספות בין המזמין לבין המבצע הקבלן. השאלה אם אתה מתמקד רק בחשבון שמוגש... ועבודה מסוימת או שאתה מסתכל על מכלול היחסים בין הצדדים.

מר ספיר: זה לא, אני מסתכל על קודם כל כמובן מה שבוצע ועל החוזה ועל טבלת התשלומים [שצורפה כנספח לחוזה - ה"ק],

כב' הש' קירש: כן.

מר ספיר: וזהו.

כב' הש' קירש: טוב.

עו"ד שיטרית: אז בוא אני אשאל אותך קונקרטי בפרויקט הזה האם בנקודת זמן כול שהיא מר דני בשן ניסה להפעיל עליך לחצים לא במובן של איומים אלא הוא ויבוא ויגיד לך תשמע אני מבקש שתכתוב תשלומים אחרים ממה שאתה חושב. האם הייתה כזו סיטואציה?

מר ספיר: דני בשן מידי פעם תהה על פעולות שאני עושה בפרויקט כולל אישור חשבונות...

...

חשב שאני מאשר לפעמים יותר מידי חשב לפעמים שאני נותן אורכות בזמנים יותר מידי אבל אני פעלתי לטובת הפרויקט [בעניינים] האלה.

עו"ד שיטרית: אז אתה מצהיר עכשיו חד משמעית,

...

שלא הייתה סיטואציה שדני בשן טען להפחתות ואתה נכנעת ללחץ הזה אתה תמיד הלכת עם השיקול דעת המקצועי שלך... איך בית משפט הגדיר העבודה [שבוצעה]... מה מגיע עליה זה מה שקבעת כל הזמן?

ת: ברור.

ש: זה מה שהנחה אותך?



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 22631-06-16 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

ת: כן.
ש: כן. ב-100 אחוז?
ת: 100 אחוז.
ש: לא הייתה סיטואציה שאתם דיברתם בינך לבין דני ואתה אמרת לו תראה, יש אולי בעיה עם הקבלן אני אדאג בחשבונות תמיד יישאר לך יותר כסף, הייתה סיטואציה כזאת?
ת: לא, [נהפוך] הוא היו סיטואציות אחרות. הסיטואציה שאומרת אני סומך על הקבלן שהוא עשה את הטיח... והוא, אם יש תיקונים הוא יתקן. אני תמיד הצדקתי למה אני מאשר לקבלן, דני תמיד חשב שאני מאשר יותר מידי."
(עמוד 962, שורה 31 עד עמוד 964, שורה 10; סעיף 37 לתצהיר המפקח)

ועוד -

"... בשום חשבון לא קיזזתי עבור עבודה שבוצעה לא עשיתי... שום monkey business... אני התעסקתי עם איציק ואישרתי ככה בדיוק מה שבוצע... דני יודע ודני לוקח אותי לפרויקטים במשך השנים כי הוא יודע דווקא שאני לא נלחץ לא ממנו ולא מהשותפים שלו ולא מאף אחד."
(עמוד 1,153, שורה 24 עד עמוד 1,154, שורה 9)

יצוין כי עדותו של המפקח בנקודה זו נתמכת גם בראיה חיצונית. כוונתי להתכתבות "פנימית" בין דני למפקח מאוקטובר 2015, במסגרתה דני חזר וביקש שהמפקח לא ישלם את מלוא התשלומים לניצנים (אלא יערוך בהם "קיזוז"), וזאת כדי להקטין את החשיפה של בוטיק ולהבטיח את השלמת העבודות שטרם בוצעו. המפקח עמד על התנגדותו והשיב לדני: "לגבי קיזוזים - אם ממשיכים עם הקבלן אז אני לא מקיז [לו] מהחשבונות את התוספות שקיבל עד כה לחשבונות, אם לא ממשיכים עם הקבלן אז נכנסים למסכת אחרת של התחשבוניות" (ת/11).

80. שש, פעולותיו של המפקח לא נטו, ודאי לא באופן מובהק, לטובת מי מהצדדים - הרושם המתקבל מהראיות שהונחו לפניי הוא שהמפקח היה קשוב לצרכים ולאימוצים השונים, כשלנגד עיניו קידום הפרויקט והשלמתו. לאורך הדרך, המפקח עשה מאמצים לתווך בין בוטיק לניצנים. כל אחת מהן, עודדה או תומרצה לעשות ויתורים, ולו באופן זמני, לטובת התקדמות הבנייה. להלן מספר דוגמאות:

- גובה התמורה חוזית: בשלב המשא ומתן, המפקח הגן על האינטרסים של שני הצדדים. מחד,



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

הוא הזהיר את ניצנים מפני מורכבות הבנייה ואמירותיו הובילו, במישרין או בעקיפין, להעלאת הצעת המחיר על ידיה. ומנגד, הוא דאג להדגיש - בעל פה ובכתב - כי מבחינת בוטיק המחיר הוא סופי.

- הסדרים כספיים מאוחרים: לאורך הפרויקט, ולצד חוסר שביעות הרצון של בוטיק מתפקודה של ניצנים, המפקח תמך בהשאתה באתר (משיקולים כלכליים ותפעוליים). בתיווכו, הגיעו השתיים להסדרים מאוחרים שלפיהם, מבלי להודות בדבר, ישולמו לניצנים כספים נוספים בגובה 800 אלפי ש"ח.

- הארכת תקופת הביצוע: לצד התרעומת שמביעה ניצנים בנושא זה, יש לזכור כי המפקח כן אישר לה דחייה של שמונה חודשים במצטבר. מדובר בתוספת זמן של שליש מתקופת הביצוע המקורית. מובן כי לדחייה זו, שבאה להיטיב עם ניצנים, נלווית גם משמעות כספית עבור בוטיק, המתבטאת, בין היתר, בשלילת זכותה לפיצויים מוסכמים בגין איחורים, בחשיפתה לדרישת פיצויים בגין איחור במסירת הדירות ועוד.

בנוגע למישור הזמן, יצוין גם כי לצד סירובו של המפקח לאשר לניצנים ארכה נוספת, הוא כן קרא לה להכין לוח זמנים "כפי שהיא רואה אותו" ביחס להמשך עבודתה באתר. בכך המפקח אפשר לה, למעשה, להשפיע על תכנון הזמנים, ולכל הפחות, הוא הוביל לתיאום ציפיות מחודש בין הצדדים.

81. **שבע ואחרון**, ניצנים לא הוכיחה את טענתה כי בשלב מאוחר יותר בפרויקט חל שינוי לרעה בגישת המפקח. בהקשר זה, מאיר סיפר בחקירתו:

"עו"ד מצקין: ... נכון שאם המפקח ספיר היה מוטה כטענתך הוא לא היה

מאשר ארכה לניצנים?

מר דויד: הוא לא היה מוטה, מושפע.

ש: אתה אומר הוא היה מוטה, זו הטענה שלך הוא לא היה אובייקטיבי, כך אתה טוען.

ת: כן.

ש: אני אומר לך אם הוא היה מוטה אז הוא גם יכול היה לא לאשר לך שום ארכה ועדיין הוא אישר לך ארכה של 8 חודשים.

ת: אענה לך, בשלב הראשון הפרויקט התנהל בצורה מאד מקצועית ונכונה, יוסי ספיר הוציא פרוטוקולים בצורה מסודרת וטען, לא יוסדר חשמל, לא יסודר סיני [שוכר מוגן], הפרויקט לא יעמוד בלוחות זמנים, הוא דרש מהיזם בכל שבוע בפרוטוקולים, אני לא



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 22631-06-16 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

רוצה למנות את כל עשרות הפרוטוקולים שיצאו... לטפל בסיני,
שיהיה אפשר לבנות את הפרויקט, אז עד השלב הזה זה היה
בסדר, בשלב מסוים וזה יעשה לך סדר בהכל, בשלב מסוים
שהגשנו עבודה חריגה בגין הקרקע והוצאתי כמה מכתבים יוסי
ספיר הבין שהוא צריך להיות רשמי והוא הפסיק לתת הארכות
כי הוא קיבל הנחיה מהיזם לא לתת הארכות..."

(עמוד 462, שורה 26 עד עמוד 463, שורה 7)

82. יש מקום לתהות כיצד תזה זו מתיישבת עם ההתרחשויות השונות.

כך למשל, הטענה אינה עולה בקנה אחד עם העובדה שלקראת סוף שנת 2014 - בחלוף שנה וחצי מתחילת הפרויקט - ניצנים חברה למפקח לביצוע פרויקט בנייה נוסף במקביל לפרויקט הנוכחי ("הפרויקט המקביל"). צעד זה מעיד לטעמי על האמון שניצנים רחשה למפקח, ובפרט לדרכי התנהלותו. יובהר כי העבודה בפרויקט המקביל התחילה לאחר שחלק מבקשות ניצנים לתוספת זמן ותשלום נדחו, והוויכוח בין הצדדים התנהל גם באמצעות עורכי הדין (עמוד 609, שורה 34; נספחים 52 עד 57 לתצהיר של מאיר).

גם במועדים מאוחרים יותר, ניתן למצוא ביטוי להתחשבות המפקח בניצנים, כגון: ההסדר הכספי שנעשה בתיווכו באוקטובר 2015; התרת ביצוע באמצעות קבלני משנה חיצוניים רק לאחר שניתנו לניצנים הזדמנויות חוזרות, ועוד.

83. לעניין זה חשוב להדגיש כי אפילו אם בנסיבות המקרה, ניתן היה להגיע גם לקביעות אחרות (ועל כך ארחיב בהמשך), ודאי שאין בכך כדי להוביל למסקנה כי המפקח פעל מתוך שיקולים פסולים.

המשקל שיש לייחס לעמדת המפקח

84. מעיון בטענות הצדדים ניתן להבין כי, היום אין ביניהם מחלוקת שהכרעות המפקח אינן סופיות והן ניתנות לערעור (לגבי ריכוך גישת בוטיק בנקודה זו - ראו והשוו בין סעיף 16 לסיכומיה לאמור בפרק ג' לכתב הגנתה. שם, נטען בין השאר כי יש לדחות על הסף את תביעת ניצנים בנוגע להחלטות המפקח, שכן מדובר בניסיון לעקוף את המנגנון המוסכם להכרעה בסכסוכים).

ההבדל בין גישות הצדדים מתמקד למעשה בשאלה מה המשקל שיש לתת לקביעות המפקח.

85. משום חשיבות העניין, ראוי להתייחס גם לראיות בתיק המלמדות כי כוונת הצדדים לגבי מעמד המפקח כגורם מכריע נגעה לנושא משך תקופת הבנייה בלבד. יתרה מזאת, האפשרות להשיג על כלל החלטותיו של המפקח בתום הפרויקט (ואף במהלכו) הועלתה במפורש. אפרט:

(א) תוכן סעיף 40.3 לחוזה הביצוע המצוי בחלק העוסק ב"סעדים ותרופות" מצביע על כך שהיו



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

גורמים נוספים עם סמכויות הכרעה בקשר לפרויקט: "מוסכם מפורשות בין הצדדים כי למרות כל האמור בחוזה זה בדבר סמכויות המהנדס ו/או הבורר ואפשרות הפנייה אליהם במקרה של חילוקי דעות..."

(ב) האפשרות לפנות למסלול של בוררות נדונה בין הצדדים כבר באוגוסט 2014, ככל הנראה ביוזמתה של ניצנים. על אף שהמהלך לא יצא אל הפועל, דני הביע בכתב את הסכמתו העקרונית. אביא את תשובתו למאיר כלשונה:

"... בפגישתנו אמרת שאתה נפגע שלא מתייחסים לבקשה שלך ושאתה רוצה בוררות על ההסכם בנינו ואני אמרתי לך שלמרות שזו לא אפשרות שמופיעה בהסכם ולא פותחים כל דקה הסכם אלא עדיף בסוף שיש את כל הנתונים ואחרי שהפרויקט גמור א[ב]ל על מנת לשמור על היחסים אני מוכן עכשיו לפתוח את ההסכם לבוררות אבל לא כל פעם ושאתה רוצה להפסיק עם האיומים ולייצר סביבת עבודה נוחה להתקדמות וסיום הפרויקט ואתה הסכמת..." (תכתובת אלקטרונית מיום 26.8.2014 - ת/47; וראו גם סעיף 129 ונספח 59 לתצהירו של מאיר ועדותו בנושא - עמוד 463, שורה 8 עד שורה 16).

(ג) כעבור כשלושה חודשים, בנובמבר 2014, נערך בין הצדדים הסדר כספי נוסף. הוסכם באופן ברור כי: "על אף העברת התוספת לחוזה יכולים שני הצדדים לתבוע אחד את השני בסוף הפרויקט בלבד" (נספח 12 לתצהיר המפקח).

נוסף על האמור, המפקח, שהיה מעורב במשא ומתן ובעיצוב החוזה, העיד בעצמו כי הסמכות שהוקנתה לו לשמש כ"פוסק אחרון" נוגעת רק לתקופת הבנייה:

"... ככה ענף הבניין מתנהל [,] במשך הביצוע המפקח הוא הפוסק הוא הבורר והוא נותן הנחיות [קבלן] לא יכול לעכב את העבודה במשך הביצוע הוא לא יכול להפסיק אותה... רוצה אחרי זה שיתבע. אבל אני במשך הביצוע אני אומר כרגע זה מה שמגיע..."

...

ת: ... מבחינתי אני בודק את כל החריגים ואת כל החשבונות ואני פוסק ואם יש ויכוחים בין המזמין לבין הקבלן אני נותן את הקביעה שלי תוך כדי ביצוע אחרי זה יכולים תמיד לערער על הקביעה שלי.

ש: אז אין בעיה יכולים, אפשר לערער על הקביעות שלך? אין בעיה?

ת: אני לא אלוהים, אני כולה מפקח."

(עמוד 1,118, שורה 19 עד שורה 23; עמוד 1,120, שורה 4 עד שורה 8)



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

86. אחזור כעת אל לוז המחלוקת בנושא זה: מה עוצמת המשקל שיש לייחס להחלטות המפקח, ובפרט להחלטותיו בנושא הארכת תקופת הביצוע בשמונה חודשים בלבד, ושליטת זכאות ניצנים לתקורה ולתוספת שכר בעד עבודות נוספות (חריגים) נטענות.

לפי דעת בוטיק,

"תביעתה של ניצנים חותרת תחת אחד מעקרונות היסוד של ההסכם גם מהסיבה שהפלוגתאות, לרבות מועדי השלמת הבניה, קצב התקדמות הבניה, השלמת שלבי הבניה, קביעת היקף העבודות שבוצעו, תוספת תמורה בגין 'חריגים' וכו' מסורים, בהתאם להסכמת הצדדים, להכרעתו של המפקח ספיר שעל זהותו הסכימו הצדדים. יש ליתן משקל מכריע לקביעותיו של המפקח ספיר בהיותן קביעות הנעוצות בניסיון ומומחיות מקצועית, של מי שליווה את הפרויקט מראשיתו והיה נוכח באתר באופן שוטף... ברי כמי שליווה מדי יום את הפרויקט, הרי שכדי לסטות מהכרעותיו מזמן אמת נדרש נימוק כבד משקל, בפרט שהוא בעל ניסיון..." (סעיף 16 לסיכומים)

ניצנים מתנגדת ואף קוראת לביטול חלק מהחלטות המפקח מהטעמים שפורטו לעיל:

"... בית המשפט הנכבד [יתבקש] לקבוע כי החלטות המהנדס ספיר, הן בנוגע לסרובו הגורף לאשר עבודות נוספ[ות] וחריגים ו/או לאשר בכתב הארכה נוספת לסיום תקופת הביצוע (מעבר ל-8 החודשים שאישר) ו/או לא לאשר תשלום עבור עבודות שנעשות במסגרת הסכם הביצוע הינן בטלות... המדובר בהחלטות שאינן סבירות, החורגות מכל קנה מידה של סבירות ומקצועיות, תוך הפרה של חובת הזהירות והאמון המוטלת על המהנדס ספיר ו/או החלטות שהתקבלו בחוסר תום לב ומתוך העדפה של אינטרסים של הנתבעת [בוטיק] על פני האינטרסים של התובעת [ניצנים], משיקולים זרים ומהתלות של המהנדס ספיר בנתבעת המשלמת את שכרו..." (מתוך סעיף 243 לכתב התביעה המתוקן)

87. לאור המסקנה שאליה הגעתי, שלפיה שיקוליו של המפקח היו ענייניים, אין מקום להיענות לבקשתה הגורפת של ניצנים. מנגד, יש ממש בדברי בוטיק בסיכומיה כי נוכח בקיאותו של המפקח בתחום הבניה, היכרותו מקרוב את מהלך העבודה ותנאי האתר, וכן הסכמת הצדדים להפקיד בידיו את מלאכת הפיקוח - יש להעניק לקביעותיו משקל משמעותי מאוד (וראו גם את האמור בע"א 524/83 מאיר קן-תור נ' שלמה אלון, ניתן ביום 27.5.1986). לצד זאת, וכפי שיפורט אגב הדיון ביתר הסוגיות שבמחלוקת, קיימים גם שיקולים נוספים שבהם יש להתחשב.

ט. היקף העבודות שתומחרו בחוזה והדרישה לתוספת שכר בגין עבודות נוספות



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

88. השאלה העומדת לדיון בחלק זה היא **עבור מה** בוטיק הסכימה לשלם סך של 15 מיליון ש"ח?

האם מדובר **בכלל** העבודות שנדרשו עד להשלמת הפרויקט ומסירת הדירות (למעט נסיבות שהוחרגו במפורש) - כטענת בוטיק, או שמא התמורה הנ"ל אינה מכסה עבודות שלא נזכרו בתכנון המקורי וחרגו ממנו באופן מהותי (במישור הכספי או הביצועי) - כטענתה העיקרית של ניצנים.

89. ייאמר כבר כאן כי בנושא היקף העבודה ומחירה, נוסח חוזה הביצוע אינו חד-משמעי. אל מול הצגת המחיר כסופי ומוחלט, ישנה התייחסות (מפורשת ומשתמעת) לאפשרות להגדילו. בהתאם לכך, בעוד היקף העבודות הנדרש לשם הגעה ליעד הסופי - פרויקט מוגמר - תואר באופן רחב וגמיש, נכתב כי למפקח סמכות לקבוע כי קיימת "חריגה" המצויה מחוץ לגבולות החוזה (ומחירו).

90. אפתח בהצגת ההגדרות הרלבנטיות לנושא המצויות בחוזה הביצוע -

(א) הגדרת "הבניה" נוסחה באופן הצופה מצב דינמי, ובלבד שלא חל **שינוי מהותי** :

"ביצוע הבניה על פי היתר-הבניה ובהתאם לתכניות, לכתב הכמויות ולמפרטים המצורפים כנספח ג' (הכולל גם את מכתב האדריכל מיום 20.3.13 בדבר ההערות והבהרות לתוכניות) ... שהומצאו ו/או שיומצאו לקבלן [ניצנים] מעת לעת, ובתנאי שהשינויים לא יהיו מהותיים, ובהתאם להוראות כל דין." (סעיף 1.4; קו ההדגשה איננו במקור)

יצוין כי המונח "שינוי מהותי" מוזכר רק בסעיף האמור, ואין בו בחוזה הביצוע כל התייחסות מפורשת למשמעותו. כפי שיתואר בהמשך, השאלה מה נכלל בגדר שינוי מהותי ומה לא, עומדת בלב המחלוקת בין הצדדים בנושא זה.

(ב) גם "התכניות" המתחייבות לביצוע הוגדרו באופן רחב, ובתנאי שהן בזיקה לתכנון המקורי, ובכפוף להוראות סעיף 5.3 לחוזה (אותו אביא מיד) :

"תכניות הבניה ובכללן תכניות ההגשה לקבלת היתר הבניה של הבנין - תכניות העבודה - וכל התכניות המפורטות הנחוצות לביצוע מושלם של הבניין וכן המפרטים הטכניים הכלולים בנספח ג' לחוזה... לרבות התכניות והמפרטים שישנו ו/או יתקנו ו/או יחליפו אותם להלן... וכן כל תכניות או מפרט נוספים, או מפורטים יותר או תכניות או מפרטי בצוע שיאושרו על-ידי המנהל [בוטיק או מי מטעמה] או המפקח לצורך בצוע העבודות ובלבד שהם מבוססים על התכניות והמפרטים בנספח התכניות ו/או נגזרים מהם ו/או מהווים פירוט להם, והכול



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 22631-06-16 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

בכפוף לאמור בסעיף 5.3 להלן. (שם)

91. סעיף 5.3 לחוזה הביצוע, שנמצא תחת הכותרת "היקף החוזה", קובע:

5.3. התכניות המצורפות כנספח ג' הוכנו ויוכנו על-ידי מתכננים שנשכרו לשם כך על-ידי הבעלים [הכוונה לבוטיק שכונתה גם "המזמין" - ה"ק], והן תוכנה בהתאם להנחיות הבעלים ושיקול דעתו הבלעדי מובהר ומודגש כי גם ככל שיימצאו בתוכניות או במפרטים טעויות תכנון ו/או ליקויים ו/או חוסרים ו/או אי התאמות מכל מין וסוג שהוא, ו/או טעויות יועצים ו/או קונסטרוקטור באשר לאופן זיון הבטון ו/או לכמויות הברזל הנדרשות, ו/או לסוג הבטון הנדרש, עומק יסודות שונה לביצוע, ביסוס, חפירות, העתקות, הוצאות נוספות עקב התנגדות לביצוע העבודות ו/או עבודות שלא ניתן לבצע במקרקעין השייכים לדיירים מוגנים ערב החתימה על הסכם זה ו/או דרישות מצד הרשויות לרבות דרישות צוות השימור ו/או כל פרט אחר, יהא כינויו אשר יהא, לא יהא בכך בכדי להגדיל את התמורה הפאושלית הקבועה בהסכם זה, והדבר לא ייחשב בשום מקרה כחריגה אשר בגינה זכאי הקבלן לתוספת תשלום מעבר לשכר החוזה הפאושלי. חרף האמור, מובהר כי במקרה שבו המפקח יקבע כי החריגה אינה כלולה במסגרת התמורה הפאושלית [ת] יהיה המזמין [בוטיק] מחויב בתשלום ההפרש בגין החריגה.

5.3.1 עוד מובהר כי גם שכר החוזה הפאושלי הקבוע בהסכם זה לא ישונה בשום אופן אלא אך ורק שינויי שטחים ביחס למצוין בתוכניות ו/או במפרטים, שינוי סטנדרט הבניה ביחס למצוין בתוכניות ו/או במפרטים, ובמקרה של שינוי במספר יחידות הדיור. (להלן: "סעיף 5.3" ו-"סעיף 5.3.1"; קווי ההדגשה אינם במקור)

92. אשר לתמחור - לצד ההתייחסות הנ"ל בסעיף 5.3, בסעיף 35 שעוסק בתמורה נכתב:

"התמורה:

כתמורה מלאה סופית וכוללת לבצוע כל העבודות והשלמתן ולקיום כל יתר התחייבויותיו לפי החוזה, ישלמו הבעלים לקבלן את התמורה המפורטת בנספח ב' לחוזה [שם צוין 'סך פאושלי בשקלים השווה ל-15,000,000 ש"ח לא כולל מע"מ" - ה"ק] ובמועדים הנקובים בה וזאת כמובן בכפוף לעמידה מצד הקבלן



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

במועדים המפורטים בלוח הזמנים, שהינו נספח ג' לחוזה.

למען הסר ספק:

שינויים הנובעים מטעויות תכנון של המתכננים השונים.

שינויים בביצוע העבודות כתוצאה מדרישות של בעלי החנויות.

שינויים הנובעים מדרישות חדשות של צוות שימור לא יחויבו בתשלום.

שינויים עקב הנחיות חדשות של יועצים בשטח.

שינויים הנובעים מחוסר התאמה בין המפרטים לתוכניות או בתכניות לא יחויבו בתשלום.

שינויים עקב הנחיות המגדילות את הקושי בביצוע לא יחויבו בתשלום.

במידה ויחלו שינויים בערך המע"מ מעת לעת ישונה מחיר החוזה בהתאם.

שינוי דיירים יחויבו על ידי מחירון שינוי דיירים... וישולמו לקבלן ישירות."

לגבי ההבהרה בסיפא של הסעיף - ניתן להבחין שרק לגבי חלק מסוגי השינויים צוין במפורש שהם לא יובילו לחיוב נוסף. על פי קריאה אחת של הסיפא של סעיף 35, מוצגת רשימה - שלא נוסחה בקפידה - של סוגי שינויים שונים אשר כולם אינם מזכים בתשלום נוסף (חרף העובדה שהמילים "לא יחויבו בתשלום" נכתבו לצד חלק מן הסוגים בלבד). על פי קריאה אחרת, הרשימה ממיינת את סוגי השינויים לשתי קבוצות - אלה שעשויים לחייב בתשלום נוסף ואלה שלא. דומה כי על פי ההקשר ולשון סעיף 35 כולו הפירוש הראשון הוא הנכון. אחרת, למשל, יכולנו להבין כי "שינויים הנובעים מטעויות תכנון" עשויים להצדיק תוספת תשלום - מסקנה שסותרת את האמור באופן מפורש בסעיף 5.3 לחוזה.

93. עוד יצוין כי בחלק הצהרות הקבלן נקבע בבירור כי נסיבות שניצנים לא צפתה ואף לא יכולה הייתה לצפות לא ישפיעו על מחיר העסקה, וזאת כל עוד לא נכתב במפורש אחרת:

"ידוע לקבלן כי החוזה הינו חוזה פאושלי וכי התמורה שמקבל הקבלן הינה התמורה הסופית והמוחלטת בגין ביצוע והשלמת כל העבודות עד לקבלת תעודת גמר, וכי הוא לא יהיה זכאי לקבל תמורה נוספת כלשהי מכל סיבה שהיא, לרבות בגין נסיבות שהקבלן לא צפה או חזה או נסיבות שלא יכול היה לצפות או לחזות מראש, הכל למעט אם נאמר אחרת במפורש בחוזה.

מובהר כי שכר החוזה כפי שמופיע בהצעה או כפי שישוכם בכתב בין הצדדים במפורש הוא שכר החוזה הסופי והמוחלט ללא מדידת כמויות (פאושלי), הכל למעט אם נאמר אחרת במפורש בחוזה." (סעיף 6)2.3 (סעיף 7)2.3 (לחוזה)



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 22631-06-16 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

94. בהמשך לאמור, אזכיר שוב כי תחת הצהרות ניצנים בנוגע לבדיקות המוקדמות, היא חזרה ואישרה כי התמורה החוזית הוגנת ומספקת (בהתחשב במצב השטח, בתוכניות ובהתחייבויות שלקחה על עצמה), וכי היא מוותרת על כל דרישה בעניין, ובלבד שלא צוין בחוזה אחרת (ראו סעיף 11 לחוזה הביצוע, שאת תוכנו ציטטתי בסעיף 65 לעיל).

עד כאן סקירת ההוראות הרלבנטיות מתוך חוזה הביצוע.

95. כפי שצוין, בין הצדדים ניטשה מחלוקת על פרשנות המונח שינוי מהותי. לטענת בוטיק,

"... על פי ההסכם, הנסיבות הבלעדיות בהן יש היתכנות לתשלום תוספות בגין 'שינוי מהותי' הן כאשר השינוי [ה]מהותי מתרחש באחת מתוך שלוש קטגוריות הסכמיות בלבד שהוגדרו בסעיף 5.3.1 להסכם: הוספת יחידות דיור, שינוי סטנדרט הבניה ותוספת שטחים." (מתוך סעיף 13 לסיכומי התשובה, וראו גם סעיף 124 לסיכומיה העיקריים)

96. ניצנים, לעומת זאת, סבורה כי:

"... עבודה המהווה שינוי מהותי מהתכניות מזכה את ניצנים בתמורה נוספת בנוסף לתוספת תמורה לפי סעיף 5.3.1...
... אין כל זיקה בין סעיף 5.3.1 לבין הגדרת השינוי המהותי. יש לקרוא את סעיף 5.3.1 למול סעיף 5.3. בסעיף 5.3 ניתנה למפקח סמכות לקבוע כי עבודה [נחשבת] כחריגה ולעומת סעיף זה, סעיף 5.3.1 קבע מקרים שיחשבו כחריגה מבלי שלמפקח יש שיקול דעת בנושא..." (מתוך סעיפים 366-367 לסיכומיה)

דהיינו, קיימת מחלוקת האם סעיף 5.3.1 בא לתחום את סמכות המפקח המוקנית בסעיף 5.3 סיפא בנושא חריגה המחייבת תשלום נוסף, או שמא הוא בא להוסיף עליה.

97. ניצנים מעלה גם טענה חלופית, שלפיה העבודות שביצעה הן בגדר שינוי סטנדרט ושינוי שטח, בהם עוסק במפורש סעיף 5.3.1.

98. כל אחד מהצדדים הציג ראיות חיצוניות לחוזה לחיזוק הפרשנות הנטענת על ידיו. בין היתר, בוטיק הפנתה לעדותם של המפקח והאדריכל כמלמדת על כוונת הצדדים בעיצוב החוזה; ואילו ניצנים מצידה הצביעה על שינויי הנוסח בחוזה הביצוע בהשוואה לטיוטות הקודמות.

99. אני נוטה לקבל את עמדת בוטיק בנושא זה, ולטעמי פועלו של סעיף 5.3.1 לחוזה הוא לצמצם את סמכות המפקח המעוגנת בסעיף 5.3 סיפא.

100. אין לכחד כי הלשון העמומה של הוראות החוזה אכן מותירה פתח לפרשנות המוצעת על ידי



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

ניצנים. כך למשל, להבדיל מסעיף 5.3.1 שבו נעשה שימוש בביטוי "שינוי", סעיף 5.3 מתייחס למונח שונה - "חריגה". ניתן לטעון, לכאורה, כי התוכן שיש לקרוא לתוך הביטוי האחרון - הנזכר בסוף סעיף 5.3 בה"א הידיעה - הוא רשימת התרחישים הארוכה שפורטה קודם לכן, ביניהם: טעויות תכנון, ליקויים, חוסרים, אי התאמות והוצאות נוספות. נכתב בסעיף שברגיל מצבים אלה "לא ייחשב" **בשום מקרה כחריגה אשר בגינה זכאי הקבלן לתוספת תשלום מעבר לשכר החוזה הפאושלי**, אלא אם המפקח יקבע אחרת: "חרף האמור, מובהר כי במקרה שבו המפקח יקבע כי החריגה אינה כלולה במסגרת התמורה הפאושלית] יהיה המזמין מחויב בתשלום ההפרש בגין החריגה". לאמור, בעוד טיב הנושאים בהם עוסק סעיף 5.3.1 מוגבל לשטחים, לסטנדרט הבנייה ולמספר הדירות במבנה, הרי שסעיף 5.3 עוסק בערב רב של עניינים.

101. עם זאת, ברור הוא שהכלל החוזי כאן הוא **סופיות המחיר** (ביחס להיקף ולסוג עבודה גמישים), ואילו תוספת השכר היא החריג.

102. לדעתי, גם אם גישתה הפרשנית של ניצנים בקשר למשמעות החוזה אינה משוללת יסוד (ואינני נוטה להסכים עמה), היא לא הוכיחה כי בנסיבות התיק יש **ליישם** את הפירוש המוצע על ידיה. דהיינו, ניצנים לא עמדה בנטל להראות שחלק מהעבודות שביצעה באות בגדרי החריג (המצדיק סטייה ממחיר החוזה). וזאת, נוכח הצטברותן של הסיבות הבאות:

103. אחריות לעיצוב הוראות החוזה - כמוסבר, לפי ההלכה המושרשת, על בית המשפט לגלות איפוק וזהירות "שלא ימצא עצמו... **כותב עבור הצדדים חוזה שהם מעולם לא התכוונו להתקשר בו**". גישה זו ודאי מוצדקת בנסיבות כאן: (1) דומה שבוטיק וניצנים היו בעמדת כוח שווה; (2) הליך המשא ומתן לא התקיים על מי מנוחות, ולניצנים הייתה יכולת מיקוח שאף הובילה לייקור מחיר עבודתה; (3) היה זה האינטרס של ניצנים לנסח את הוראותיו של חוזה הביצוע באופן חד וברור על מנת להבהיר היטב את היקף העבודה המצופה ממנה (במקום לנסות להיבנות בדיעבד על גלגול נוסחי הטיטוטות). והנה גם בהיבט זה, ניצנים חוזרת ומדגישה בעצמה שהחוזה הסופי שונה ונוסח באופן **המיטיב** עמה (ראו סעיפים 347 עד 354 לסיכומיה, וכן עדותו של מאיר בדבר "שדרוג" החוזה וסעיפים נוספים שהוכנסו בו - עמוד 453, שורה 3 עד שורה 7).

104. חלוקת סיכונים מראש - לדעתי יש להביט על הנושא במבט רחב. בוטיק וניצנים **בחרו** לחבור יחד לצורך ביצוע פרויקט לשימור בניין ותיק ומאוכלס, המתאפיין מעצם טיבו באי-ודאות משמעותית. שתיהן ביקשו להיערך מבעוד מועד לתרחישים השונים. בעוד ניצנים ביקשה להבטיח לעצמה תמורה נאותה עבור עבודתה, בוטיק ביקשה להסיר מעליה את החשש שתיגרר להתחשבנויות נוספות בעתיד, על כל המשתמע מכך. נקודת האיזון בהתנגשות בין רצון השתיים תומחרה **לבסוף** בסך של 15 מיליון ש"ח.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 22631-06-16 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

105. אלא שכל אחד מהצדדים ייחס משמעות שונה להגדלת התמורה לפני החתימה על חוזה הביצוע (בהיקף של כ-10% בהשוואה להצעת המחיר המקורית). לפי בוטיק,

"דווקא בשל קיומה של וודאות גבוהה לשינויי תוכניות ומתן הוראות של מתכננים ויועצים עם התקדמות העבודות, הצהיר בשן [דני] בתצהירו ובחקירתו, כי מראש ובשלב המשא ומתן, לאחר המכרז, הועלתה התמורה החוזית בכמיליון ושלוש מאות אלף ש"ח, כפוליסת ביטוח של כל הסיכונים, על מנת שלא יהיה לניצנים פתחון פה לקבלת תוספות כלשהן בדיעבד." (סעיף 2 לסיכומי התשובה; וכן סעיף 8 לסיכומים הראשיים)

106. ניצנים, לעומת זאת, גורסת כי התזה בדבר "קניית הסיכונים מראש" נולדה לצורך ההליך כאן. לשיטתה,

"... בניגוד לטענות בוטיק כי הגדלת התמורה נועדה לחסום ולמנוע כל תשלום נוסף, הרי שנוסח הטיטות מגלה שיחד עם הגדלת התמורה, הורחבו גם המקרים המזכים את ניצנים בתמורה נוספת... בוטיק טענה שהסיכמה להתייקרות בשיעור 10% מההצעה של ניצנים כדי למנוע דרישות על עבודות נוספות. אלא מאי, שאם ניצנים דרשה התייקרות בגלל הקושי והמורכבות של הפרויקט... ברור כי ניצנים לא עשתה זאת כדי למנוע מעצמה מלקבל תשלום עבור עבודות נוספות, מסקנה שמתיישבת עם ה'גלגול' של טיוטת חוזה הביצוע." (מתוך סעיפים 360 ו-363 לסיכומים)

107. לטעמי, גרסתה של בוטיק הגיונית יותר ונתמכת בראיות.

אמנם, כטענת ניצנים, אין בחוזה הביצוע התייחסות למשמעות ייקור המחיר בשלב המשא ומתן (לא נכתב, למשל, כי התוספת בסך של כ-1.3 מיליון ש"ח שולמה למעשה בעד "פוליסת ביטוח של כל הסיכונים" כלשון בוטיק). אך המילה פאוּשֵׁלִי (או דומות לה - תמורה סופית, מלאה ומוחלטת) חוזרת ומופיעה בחוזה שעליו ניצנים חתומה.

108. נוסף על כך, בסעיף 42 לחוזה הביצוע נקבע בבירור: "תנאי חוזה זה מבטאים את כל שהוסכם בין הצדדים... אף צד לא יסתמך על דבר כלשהו שלא נכלל במפורש בחוזה זה". לאמור, על ניצנים להצדיק את זכאותה לשכר נוסף על בסיס הוראות החוזה, ועליהן בלבד.

109. גם המפקח, שהיה שותף למהלך ההידברות כאמור, העיד ברוח דומה לגרסת בוטיק:

"... מכיוון שהיה לי ניסיון עם דני בשן בפרויקט קודם לשימור אנחנו [ה]וספנו לקבל מיליון 300 אלף שקל... כדי שלא יהיו חריגים בפרויקט... אנחנו סגרנו



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

שמוסיפים כסף ולא מדברים על עבודות נוספות וזה עקב ניסיון שהיה לי עם דני בפרויקט מסריק ששם הקבלן הגיש הרבה עבודות נוספות ואמרנו שאנחנו לא רוצים להיכנס לזה בפרויקט. והובהר לקבלן במשא ומתן ביום הראשון מוסיפים כסף מיליון 300 הבנק ידע זה המחיר לא מוסיפים שקל עבודות נוספות..."

ובהמשך -

"אני בחוזה הזה ספציפית הבהרתי למאיר ומאיר היה הקבלן שעבד איתי ולא רציתי להכשיל אותו אמרתי לו תשים לב אני ודני כבר עברנו פרויקט אחד עם עבודות נוספות אנחנו לא חוזרים לשם קח את הכסף שאתה רוצה ואני לא רוצה לשמוע מילה על עבודות נוספות והכנסנו את זה לחוזה..."

ועוד -

"הוא [מאיר]... כשהוא נכנס לעומק של הפרויקט אז הוא הגיש הצעת מחיר חדשה מ-13.700 [מיליון ש"ח] הוא ביקש 15 וזה כמעט פוצץ את כל ההסכם..."
(עמוד 982, שורה 10 עד עמוד 983, שורה 2; עמוד 987, שורה 27 עד שורה 30;
עמוד 988 שורות 21-22)

110. במאמר מוסגר, אוסיף כי כשמאיר נשאל האם בהתחשב בהיקף כל העבודות שנדרשו בפרויקט - החל מהיום הראשון ועד למסירת המפתחות לדירות - מחיר החוזה הוא הפסדי, הוא השיב בשלילה (עמוד 400, שורה 29 עד שורה 34). למרות שתשובתו ניתנה לאחר המעשה, יש בה חיזוק מסוים לכך שהקצאת הסיכונים המיוחסת לצדדים כאן סבירה.

111. לאור האמור, אני מקבל בנקודה זו את גישת בוטיק כי התוספת להצעת המחיר המקורית בסך של כ-1.3 מיליון ש"ח, נועדה לתת מענה (הדדי) לערפל סביב העסקה. משכך, וכיוון שכל תשלום נוסף מעבר לכך משנה בדיעבד את חלוקת הסיכונים בין השתיים, הנטל על ניצנים להצדיקו הוא מוגבר.

112. מידע חסר בקשר לעבודות הנוספות שבוצעו לכאורה - ניצנים ניסתה לבסס את דרישתה לתשלום נוסף בעזרת טבלת נתונים שהוכנה על ידי מר קוטלר ("טבלת החריגים"; סעיף 10 ונספח 1 לחוות דעתו).

113. לפי הטבלה, תמחור העבודות הנוספות עומד על 966,629 ש"ח. סכום זה משויך ל-21 סוגי עבודות, שמחירן נע בין סכום של כ-4 אלפי ש"ח לסך העולה על 200 אלפי ש"ח. ברף העליון כלולות עבודות כגון: "קונסטרוקציה לחיזוק קירות מסך" (כ-78 אלפי ש"ח); "אחסון נגרות" (כ-99 אלפי ש"ח); "חיזוק פתחים למדרגות" (כ-100 אלפי ש"ח); "תוספת נקודות חשמל



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

בשטחים ציבוריים" (כ-163 אלפי ש"ח); ו"השלמת יציקה מעל תקרה קיימת עקב רלסים רקובים" (כ-203 אלפי ש"ח). פירוט העבודות גובה בניתוחי מחיר, ובקשר לחלקן הוגשו אסמכתאות נוספות.

114. בחוות דעתו, מר קוטלר הטעים:

"העבודות שפורטו [בטבלת החריגים]... כעבודות נוספות הן עבודות שכלל אינן מופיעות בתכניות העבודה או בתכניות שצורפו להסכם. לגבי חלק מהעבודות, ברור מהמסמכים של היועצים כי עבודות אלו לא היו ידועות במועד עריכת התכניות, והצורך לביצוען נולד לאחר שהחלו העבודות ובהתאם לממצאים שהתגלו בשטח.

העבודות הנוספות... אינן נכללות בגדר העבודות שניתן להגדירן כשינוי שאינו מהותי או עבודה מינורית, הן לאור היקף עלות הביצוע שלהן והן לאור מהות העבודות הנרחבות למול העבודות על פי התכניות. בחלק מהחריגים, המדובר בעבודות שבהתאם למסמכים שהוצגו בפני, ביצוען היה בבחינת הפתעה גמורה גם ליועצים של המזמין [בוטיק], כך שברור כי עבודות אלו אינן כלולות בתוכניות ו/או בחשבון פאושלי." (סעיפים 15 ו-16)

115. כשנחקר על תהליך עבודתו, מר קוטלר העיד שהמידע גובש, לבקשת ניצנים, תוך כדי עבודתה באתר (עמוד 156, שורה 30 עד עמוד 157, שורה 20). כפי שיוסבר מיד, לפחות חלק מהנתונים נועדו במקור לבסס דרישת תשלום לפני ביצוע העבודה עצמה.

מר קוטלר הסביר שהחריגים בטבלה הם תוצאה של השוואה פשוטה שערך בין התוכניות. לשם הדוגמה, אם בתוכנית המקורית שצורפה לחוזה הביצוע הופיעו שלוש נקודות חשמל ובתוכנית מעודכנת יותר (או בשרטוט) קיימות חמש נקודות חשמל, אזי לגישתו קיים חריג של שתי נקודות (עמוד 182, שורה 22 עד עמוד 183, שורה 12). התוכניות עצמן לא הוגשו בשלמותן לבית המשפט.

116. לגבי חלק מהעבודות שנכללו בטבלת החריגים, מר קוטלר הודה שלא בדק שהן אכן בוצעו בפועל. כך למשל, הוא העיד:

**"ש: הלכת ובדקת בפועל כמה נקודות חשמל ציבוריות נוספות ביצע[ה] ניצנים?
ת: הלכתי ועשיתי השוואה בין התוכניות.
ש: אבל הלכת בשטח,
ת: תוך כדי ביצוע עבודה... תוך כדי ביצוע, לא, לא, לא... זה לא עובד ככה, זה לא עובד ככה. תוך כדי ביצוע עבודה אני הכנתי את החריג, חריג מלא קרה מה שקרה וכנראה העבודה אני מניח שהעבודה הופסקה באמצע הספיקו**



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

חלק לא הספיקו חלק [אין] לי מושג מה קרה שמה.

ש: יש לך להראות לי תרשומת שלך מזמן אמת שבדקת כמה גלאי עשן הותקנו?

ת: מה פתאום.

ש: לא ניהלת תרשומת בזמן אמת?

ת: לא, אני עוסק בחישוב כמויות לא בביצוע.

ובהמשך -

"... אני הסברתי לך שאני הגשתי את זה טרם ביצוע... הריג הזה [הכוונה

לנקודות חשמל ציבוריות - ה"ק] כדי שיגישו את זה ולא קיבלו את זה... זה היה

אז בזמן הפסקת הפעילות שלא הגענו לבדיקה."

(עמוד 180, שורה 28 עד עמוד 181, שורה 9; עמוד 183, שורה 18 עד שורה 23)

117. באופן דומה, מר קוטלר אישר שלא בירר אם ניצנים רכשה חלק מהאביזרים שעלותם נדרשה. נמצא לדוגמה ששינוי בסוג הזכוכית של המעלית אשר תומחר על ידיו בסך של כ-60 אלפי ש"ח, שולם לבסוף על ידי בוטיק (עמוד 200, שורה 12 ואילך).

118. על רקע זה, מר קוטלר הודה שטבלת החריגים לא מדויקת, ויש למחוק מתוכה פריטים שאינם רלבנטיים (עמוד 205, שורה 18 עד עמוד 206, שורה 1; עמוד 207, שורה 1 עד שורה 5).

119. והנה למרות ההתפתחות האמורה, ניצנים חזרה בסיכומיה על דרישתה לתשלום מלוא השכר הנוסף לו היא זכאית לטענתה בעניין זה. משום מה, היא לא ראתה צורך להבהיר מהם העבודות שבוצעו והחומרים שנרכשו על ידיה הלכה למעשה, והסתפקה בהתייחסות קצרה לנושא:

"ביחס לתמורת העבודות החריגות, הציג העד קוטלר תחשיבים שערך. העד

קוטלר, בהגינותו ובמהימנותו, אישר בחקירתו הנגדית כי אינו יודע ביחס לחלק

מהחריגים, האם בוצעו ע"י ניצנים. ברם המדובר בחריגים בודדים, בסכומים

שאינם מהותיים, כאשר התמונה הכללית הינה ברורה." (סעיף 54 לסיכומי

התשובה; וראו גם סעיף 55 שם, וכן סעיפים 382 עד 385 לסיכומיה הראשיים)

120. גישה זו ודאי מקשה על בחינה עניינית של טבלת החריגים (או לכל הפחות של רובה). מעבר לכך, גם עיון בטיב העבודות שפורטו בטבלה מעלה סימני שאלה. קשה להבין למשל כיצד עבודות כמו יציקה וחיזוק באות בגדר שינוי מהותי ובלתי צפוי, כאשר מדובר בפרויקט שכל מטרתו לבצע "שיקום, שיפוץ ושימור" של מבנה עתיק (סעיף ה"הואיל" השני בחוזה הביצוע). גם מכתב האדריכל שצורף כנספח לחוזה הביצוע הזכיר עניין זה במפורש (סעיף 17 למכתב דן ב"הריסה



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 22631-06-16 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

ובניה מחדש ע"פ תכנית וע"פ הנחיות מהנדס בשטח כולל חיזוקים נוספים אם ידרשו".

נקודה זו עלתה בחקירתו של מר קוטלר, עת נשאל על "השלמת יציקה מעל תקרה קיימת עקב רלסים רקובים" (שנאמדה כנזכר בסך של כ-203 אלפי ש"ח):

ש"ש: ... ניצנים כותבת וגם הצהירה [מספר] פעמים שהיא קבלן

שמתמחה [ב] שימור ועשתה הרבה פרויקטי שימור, תגיד

קבלן שהוא מומחה לשימור ובא לבניין מאה שנים הוא לא,

הוא לא יכול לדעת שמצב הרלסים הוא לא מן המשופרים?

מר קוטלר: לא יכול לדעת, אני אומר לך שהייתה שמה שריפה זה דבר

ספציפי תקנו אותי אם אני טועה כי זה האינפורמציה שאני

קיבלתי... זה לא משהו שהוא מקובל...

...

ש: אז אם לא היו עושים את העבודה הזאתי היה אפשר לחזק

את הבניין לתקן רעידת אדמה?

ת: אי אפשר לחזק את הבניין בכלל הוא כמעט נפל.

ש: אבל אתה מודע לזה שמטרת הפרויקט הייתה התאמת

הבניין,

ת: כן. אבל אף אחד לא ידע שהייתה שריפה בזמן חתימת

החוזה...

...

ש: אתה מודע לזה שחלק מהגדרת תפקידה של ניצנים

בפרויקט הייתה חיזוק, חיזוק היסודות והתאמה לתקן...

ת: לפי תוכניות בוודאי... זאת העבודה, זאת העבודה.

ש: אז החלפת רלסים היא לא חלק מחיזוק הבניין?

...

ת: לא, לא החלפנו [], טיפלנו ועשינו יציקה נוספת. ... [זה] לא

היה בתוכניות כי אף אחד לא ידע על מצב הרלסים עד

שפירקו את הריצוף...

כב' הש' קירש: ... מה שאתה מעיד בעצם שבאופן תיאורטי לפחות בניין,

אני שואל, בניין בן מאה שנה... עם רלסים יכול לעבור

שיפוץ וחיזוק לפי תמ"א 38 מבלי לטפל ברלסים,

מר קוטלר: כן. כן. יש לי כרגע דוגמה באיזה שהוא מקום,



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

כב' הש' קירש: זה יכול לקרות?
מר קוטלר: יכול לקרות... תלוי עוד הפעם אתה יודע מה שקרה שמה
כנראה היה תנאים..."

בהמשך, הוא הוסיף -

"... לא יכול להיות שתקרות שלמות שמה היה צריך לבוא לחזק אותם לא נראה
לי הגיוני ואני בעל מקצוע אני יודע על מה אני מדבר, לא הגיוני... וזה מה שקרה
יש פה 200 אלף שקל רק על התקרה הזאת..."

(עמוד 191, שורה 4 עד עמוד 193, שורה 1; עמוד 196, שורה 4 עד שורה 8)

121. אלא מאי? ניצנים נתנה את הסכמתה לכך שתכנון הפרויקט יוגדר באופן גמיש, ואף אישרה
בחימתה את מכתב האדריכל שמנה רשימת נושאים פתוחים (ראו סעיף 55 לעיל). ואולם,
מעדותו של מר קוטלר ניתן להתרשם שהוא לא הכיר את המכתב, ולכל הפחות לא הביאו
בחשבון:

"ש: ... המכתב הזה חתמו עליו כנספח להסכם... אמרו לניצנים דעי לך
התמורה שסיכמת עליה היא התמורה של 15 מיליון שקל אבל
[העבודות] האלה והאלה והאלה יסגרו פירוט העבודות, הפריטים
הכמויות ההוראות ההנחיות יסגר רק אחר כך בזמן ביצוע העבודה
אחרי שכרתנו את ההסכם ניצנים החליטה להיכנס להסכם על אף
שהיא ידעה שאין כתב כמויות סופי ואין תוכניות סופיות כי יהיו
הרבה מאוד דברים שהם יסגרו רק במהלך הבניה אז איך התזה שלך
שזה תוספת עומדת לאור הקונסטרוקציה המשפטית הזאת?
ת: אני לא יודע אני לא משפטן גדול אבל זה נראה לך הגיוני שיבואו
ויתחייבו על כאלה סעיפים שלא יודעים אותם, בוא נניח שהבניין היה
נהרס בונים אותו מחדש מה אז? מה אז?

...

ש: ... שהכנת את רשימת החריגים אתה נעזרת במכתב הזה של
האדריכל? זאת אומרת ידעת שיש מכתב כזה?

[ת]: אני התייחסתי לזה שהוא חוזה פאושלי ואני עבדתי לפי החוזה
הפאושלי לפי סעיף 35 שאני הראיתי לך אותו עכשיו מה גובר על מה,

...

ש: ... נדמה לי שענית אבל אני רוצה להבהיר את זה... כשכתבת את



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

רשימת החריגים... לא חשבת שיש צורך לתת משקל למה שנכתב
במכתב האדריכל?

ת: אני אומר שנית התזה שלי כמו שאתה קורא לה וככה עבדתי וככה
הגשתי את החריגים חוזה פאושלי של תוכניות ומפרטים הם
הקובעים."

(עמוד 174, שורה 14 עד שורה 24; עמוד 176, שורה 9 עד שורה 26)

122. זאת ועוד, מר קוטלר לא היה מודע לכך שהתמורה החוזית הוגדלה בעקבות דרישת ניצנים (עמוד
172, שורה 29 עד שורה 32).

123. נוכח כל אלה, אין בידי לקבל את עמדתו של מר קוטלר בנושא זה.

124. סירוב המפקח לאשר עבודות נוספות - לאורך הפרויקט המפקח דחה את דרישת ניצנים לתוספות
תשלום בגין עבודות נוספות (להבדיל מאישוריו לגבי דחיית מועד סיום הפרויקט, בהם אדון
בהמשך). בחקירתו, הוא העיד שלא היה מוסמך לאשר תוספות תשלום, אלא בגין שלוש העילות
המסוימות (המנויות בסעיף 5.3.1):

"הבניין רעוע... אין לזה תוספת תשלום בגלל זה הוספנו מיליון 300 בהתחלה...
אני יכול להוסיף כסף וזה הסמכות שיש לי בחוזה הספציפי הזה שהוא חוזה
מיוחד בפרויקט מיוחד... לשלם רק אם אני הגדלתי את הסטנדרט וגם אמרתי
לקבלן אם אני אבקש לשדרג לדיירים במקום אסלה מסוג מסוים לאסלה יותר
יקרה אני אשלם לך כסף אם יהיו עוד שינויים ונקבל עוד קומות קומה וחצי ברור
שנשלם לך כסף דרך אגב אנחנו ישבנו על הסעיפים האלה ודנו בהם והם היו
ברורים זה לא היה משהו לא ברור או סותר."

(עמוד 1,005, שורות 27-28; עמוד 1,006, שורה 9 עד שורה 15)

125. הדגש כאן אינו בפירוש שהעניק המפקח להוראות החוזה (או לסתירה ביניהן), אלא בתפיסתו,
כמי שאמון על החשבונות וההתחשבנות, את הסיכום שנעשה בנושא זה והתנהלותו בהתאם (ראו
למשל, את מכתב תשובתו לניצנים מחודש פברואר 2014 ונימוקיו לסירוב לאשר תוספת שכר -
נספח 53 לתצהיר של מאיר).

משדחיתי את טענת ניצנים בדבר שיקולים בלתי מקצועיים, ובהתחשב במכלול הטעמים שפורטו
לעיל, איני מוצא הצדקה לסטות מקביעות המפקח בעניין.

126. בשולי נקודה זו אתייחס לאמירת ניצנים כי עמדתה נתמכת גם בהתנהלות הצדדים בפועל. נטען
כי אושרו ושולמו לה סכומים נכבדים בעד חריגים (סעיף 4 לסיכומי התשובה). לדעתי אין זו



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

הצגה נכונה של הדברים. מהראיות עולה כי ההסדרים המאוחרים שנערכו נבעו אך מאילוץ השעה. היינו, כתוצאה מהלחצים בהם הייתה נתונה בוטיק ורצונה להאיץ את קצב ההתקדמות בפרויקט. משכך אין לפרשם כשינוי מאוחר של חוזה הביצוע (או לחלופין כיישום הוראותיו, לפי גישתה הפרשנית של ניצנים).

127. אשר לטיעון החלופי שהשמיעה ניצנים, שעל פיו העבודות הכלולות בטבלת החריגים באות בגדר שינוי סטנדרט או שינוי שטח בהם דן סעיף 5.3.1 לחוזה הביצוע:

תחילה יצוין כי ניצנים לא הסבירה עמדה זו, אלא באמירות כלליות:

"כלום יעלה על הדעת ששינוי עובי זכוכית אינו שינוי סטנדרט? כלום יעלה על הדעת שביצוע יציקה ולאחר מכן ריצוף במקום ריצוף בשטח של מאות מטרים לא יחשב כשינוי שטח יציקה? ... " (מתוך סעיף 376 לסיכומיה)

אשר לשינוי הסטנדרט הנטען, ומבלי להידרש למשמעות שיוחסה למונח זה, הרי שככל שניצנים מכוונת לזכוכית המעלית (פריט 5 בטבלת החריגים), אין חולק שבוטיק היא שנשאה בעלות כאמור (ראו סעיף 117 לעיל וכן סעיף 183 לכתב התביעה המתוקן).

128. במקרה הנוכחי, לא נעשה גם כל שינוי בשטח. איציק הצהיר בעניין זה: **"אין ולא יכול להיות חולק כי העבודות של יציקות חדשות בהיקף של 300 מ"ר ו/או יציקת עמודים ו/או החלפת רלסים ועבודות הריסה ו/או עיבוי תקרות בשטח של 450 מ"ר, הינן עבודות שאינן מופיעות בתוכניות העבודה ו/או במפרטים, והן מהוות שינוי מהותי מהם"**. בעדותו הוא הסביר שהיציקות בוצעו בחלק הפרויקט הפונה לבית הבד בשני מפלסים: בתקרת קומת הקרקע (רצפת הקומה הראשונה), ובתקרת הקומה הראשונה. לדבריו, באותם אזורים **"לא היה מצב שהיה חלל"**, אך הרצפה או התקרה הקיימת הייתה **"מפחידה מאוד"** (מתוך סעיף 108 לתצהירו; עמוד 695, שורה 6 ואילך).

בהקשר זה, מר סיגורה, מומחה ההנדסה מטעם בוטיק, העיד מניסיונו כי ככלל שינוי שטח בתחום הבנייה משמעותו שינוי משמעותי בשטח המקורה של המבנה (עמוד 808, שורה 17 עד שורה 21 ועוד). גישתו של המפקח הייתה דומה: **"זה לא שהיה לי 1,000 מטר מרובע פרויקט עכשיו יש לי 1,200 זה עבודה בתוך החללים של הפרויקט זה לא הגדלה של שטח... שינוי שטחים זה אם יש לי 12 דירות בשטח של אלף מטר ועכשיו אני מוסיף עוד שתי דירות על הגג אז אני מוסיף שטח... כל עבודה שנעשתה בתוך השטח של הבניין על הבניין היא כחלק מהפרויקט"** (עמוד 1,008, שורה 27 עד עמוד 1,009, שורה 2).

גם אם אניח שהיקף היציקה חרג מעבר לציפייתה המקורית של ניצנים, הרי שממילא לא מדובר



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

בשינוי שטח המבנה עצמו. נניח, לשם ההמחשה, שצבעי התחייב לצבוע חדר בגוון מסוים ותמורת העבודה נקבעה לפי שטח הקירות. אלא שתוך כדי העבודה מתברר לו שכדי להגיע לתוצאה המיוחלת עליו לשוב ולחזור על פעולת הצביעה בשכבת צבע נוספת. האם במצב זה נאמר שמדובר בהגדלת "שטח"? דומה שלא.

129. מכל הטעמים שנמנו לעיל, הגעתי למסקנה כי ניצנים לא הרימה את הנטל להראות כי קיימת הצדקה לסטות מהמחיר הנקוב בחוזה בשל עבודות נוספות.

י. לוחות הזמנים, התקדמות העבודות בפועל והמועד לסיום הבנייה

130. ניצנים ובוטיק חלוקות ביניהן על המועד שיש לקבוע כמועד להשלמת הבנייה. ההכרעה חשובה לבחינת טענות ניצנים בהיבטים הבאים:

(א) צידוק לכך שלא השלימה את הפרויקט עד לחודש יוני 2016, עת סולקה מהאתר שלא כדין לגרסתה;

(ב) קביעת פרק הזמן שחרג מעבר לתכנון המקורי - לשם הצדקת תביעתה לתשלום בעד עלויות תקורה (הכוללות, בין השאר, משכורות לעובדים, עלות פיגומים ועלויות מימון), ובעד התייקרות בעלות ביצוע העבודה. העלויות נאמדו בסכום של כמעט שני מיליון ש"ח, כ-45% מסכום התביעה.

(ג) הוכחת עמדתה כי יש לדחות את תביעתה הנגדית של בוטיק בקשר להתארכות הבנייה.

131. בצד השני של המטבע, קביעת המועד לסיום נחוצה להוכחת תביעתה של בוטיק בכל הנוגע לעיכוב הבנייה. לפי הטיעון, אלה הם ראשי הנזק הרלבנטיים: פיצוי מוסכם בגין האיחור; שיפוי בגין הכספים שהשתלמו לרוכשי הדירות עקב איחור במסירה; וכן כיסוי העלויות המתמשכות (שכר יועצים, עמלות בנק ועוד). רכיבים אלה מגיעים לסכום של כ-2.8 מיליון ש"ח, המשקף כ-45% מסכום התביעה שכנגד.

132. כבר כאן ייאמר: ממכלול הראיות, הגעתי למסקנה כי יש לקבוע כי המועד לגמר העבודות חל בסוף חודש מרץ 2016. הדיון להלן יתייחס לשלוש תקופות: הארכת תקופת הביצוע עד דצמבר 2015; דחיית סיום הפרויקט למעשה עד פברואר 2016; וכן תוספת זמן של חודש עד מרץ 2016.

הארכת תקופת הביצוע עד דצמבר 2015 (בהתאם לאישורי המפקח)

133. ניצנים החלה לעבוד באתר באפריל 2013. לכן בהתחשב בפרק הזמן של 24 חודשים שסוכם בחוזה הביצוע, התאריך המקורי לסיום חל בחודש אפריל 2015 (ראו סעיפים 12, 28 ונספח א' לחוזה הביצוע, שבו פורטו שלבי העבודה המוסכמים).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

134. לימים, המפקח האריך את משך הביצוע בשמונה חודשים :

(א) בדצמבר 2013 - אושרה דחייה בת חודשיים והיא נומקה ב"עיוכים שנגרמו על ידי סירוב בעלי החנויות" (נספח 36 לתצהיר של מאיר) ;

(ב) בפברואר 2014 - אושרה דחייה לשלושה חודשים נוספים. באותה הזדמנות המפקח ציין כי עד לאותו מועד נמשך רצף העבודות למרות "הקשיים הרבים והעיוכים". לדבריו, נעשו מאמצים "לתת פתרונות יצירתיים כדי לאפשר לקבלן להתקדם, אני מודע שלא בכל ההספק שיכל". וכן "כיום ניתן לבצע את פרויקט דרך יפו, ברגע שיפונה הדייר סיני (כנראה באפריל) יהיה אפשר לגמור את הפרויקט במלואו" (נספח 53, שם) ;

(ג) ביולי 2014 - אושרה דחייה שלישית ואחרונה למשך חודשיים. נכתב, בין היתר, "שלא היה ביצוע בבית הבד בתקופה זו אולם כן היה ביצוע בצד של 'דרך יפו' ובמקומות אחרים" (נספח 4 לתצהיר המפקח).

135. בין לבין, ביום 18.5.2014 המפקח פנה לבוטיק במכתב בנושא "פרויקט דרך יפו... עיכוב בפינוי הדייר סיני". אצטט בהרחבה את דבריו שם :

"קיבלתי את הודעתכם על העיכוב בפינוי הדייר סיני מהמחסן שבקומה ב' של הבניין בסמטת בית הבד. כפי שהנכם יודעים היתר הבניה ניתן לפני למעלה מ- 18 חודשים ומאז אנו מקדמים את הבניה והפרויקט ולמרות כל הקשיים. בזמן זה הסתיימו כלל עבודות השלד של הבניין בצד של רחוב דרך יפו... לידיעתך הקבלן עובד בפרויקט כ-12 חודשים. בזמן זה הסתיימו לגמרי עבודות השלד בבניין בצד של רחוב 'דרך יפו' אולם לא ניתן לבצע את העבודות בצד של סמטת 'בית הבד' עקב סירוב הדייר סיני להתפנות, ובכך נמנעת העבודה מהקבלן בחצי מהפרויקט כבר זמן רב. לבקשתנו הקבלן חילק את העבודות והתקדם ככל הניתן בעבודות בדרך יפו אך כעת משהסתיימו העבודות לא ניתן להתקדם בפרויקט כלל. בשלב זה כבר נגרמו לקבלן ולפרויקט נזקים עצומים של למעלה ממיליון ש"ח, הקבלן מבצע בעצם 'חצי פרויקט' ולאחר שסיים חלק זה, אינו יכול להתקדם עוד.

לא נוכל להחזיק את הקבלן באתר הבניה זמן נוסף הוא מאיים לפנות את האתר כבר שלושה חודשים ואני חושש כי ברגע שיגלה את העיכוב הנוכחי בפינוי יהיה זה בבחינת 'הקש ששישבור את גב הגמל' והוא יעזוב את הפרויקט ואת אתר הבניה על כל המשתמע מכך, תוצאה אשר עלולה להיות הרסנית להמשך



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 22631-06-16 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

הפרויקט.

הובטח לקבלן כי עד לא יאוחר מחודש אפריל 2014 יפונה סיני. זה היה תאריך אחרון לאחר מספר הבטחות שלא יצאו לפעול. בשלב זה ללא פינוי סיני לא ניתן להתקדם בעבודות השלד, לא ניתן לבצע טיח חוץ, לבצע עבודות בחצר הפנימית המחברת בין שני הבניינים, ובכך בעצם לקדם את הפרויקט שממילא מצוי באיחורים אדירים.

בפועל לא נותרה עבודה לביצוע עד שלא יוסר גג האזבסט במחסן של סיני ובמקומו ניצוק תקרת בטון שתהווה הרצפה לשלד הקומה הנוספת. אני מבקש לעשות ככל האפשר על מנת שהדייר סיני יפנה את המחסן בימים הקרובים שכן אינני יכול להחזיק את הקבלן והפרויקט שמדי יום מפסידים כספים עצומים כתוצאה מאי היכולת לעבוד... (ת/10)

136. יוסבר כי מר סיני ומשפחתו ("סיני") שכרו בשכירות מוגנת שני נכסים במבנה: הראשון היה חנות הממוקמת בקומת הקרקע בפינת רחוב דרך יפו וסמטת בית הבד; הנכס השני היה דירה (או אולם) ששכנה בקומה השנייה ב"צד האחורי" של המבנה שפונה לסמטת בית הבד. לפי בוטיק, גודל הדירה היה כ-150 מ"ר.

137. שני הצדדים הקדישו חלק ניכר מטענותיהם לנפקות מועד פינוי של סיני מהנכס **בקומה השנייה**. ההליך המשפטי לפינוי סיני מהנכס נפתח על ידי וינברג באוקטובר 2012 והוא נמשך מעל שנה וחצי. לבסוף סיני יצא במחצית חודש יוני 2014 (העתקים של פסק הדין ושל החלטה ערכאת הערעור לעיכוב ביצוע הפינוי צורפו כנספחים 9 ו-10 לתצהירו של דני).

138. לפי ניצנים, **"הפינוי של הדייר [סיני] הינו הכרחי וקריטי לביצוע עבודות השלד בסמטת הבית הבד"**. ניצנים מסבירה כי **"מבחינת שלביות ביצוע השלד, התכנון היה להרוס את כל המחיצות של היחידות הבנויות בקומות א, ב, לצקת תקרה חדשה [ה] בין הקומות וכן תקרה לקומה ב, ומעליה לבנות את הקומה החדשה. ברור כי לא ניתן לצקת רצפה או תקרה או להרוס מחיצות כל עוד נמצאים מחזיקים בקומות א ו-ב..."**. נטען כי בשעתו, לא נדון או הונח לפני ניצנים פתרון הנדסי אלטרנטיבי לביצוע עבודות השלד באזור זה.

לתמיכה בעמדתה, ניצנים מפנה, בין היתר, להתרעותיה בנושא בזמן אמת, לאישורי המפקח לדחות את הפרויקט בשל עיכובים בפינוי השוכרים, וכן לגרסת בוטיק עצמה במסגרת ההליך המשפטי מול וינברג. בהליך האמור, בוטיק טענה כי **"פינוי מהיר של סיני מהנכס היה הכרחי ומהותי ביותר לביצוע הפרויקט והשלמתו במועדים שנקבעו. כל עוד סיני נמצא בנכס, לא ניתן היה להשלים את עבודות השלד באחד הבניינים ולהוסיף את הקומה [ה] נוספת בבניין"** (פרק ג-).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

1 לסיכומי ניצנים; וכן סעיף 102 לכתב ההגנה של בוטיק שהוגש לתיק - ת/29).

139. לעומתה טוענת בוטיק, כי העיכוב בפינוי סיני יצר בעיה "מקומית" בלבד. לדבריה, אפשר היה להמשיך בעבודות, אפילו באגף של בית הבד, כפי שגם נעשה בפועל:

"סיגורה [מומחה ההנדסה מטעם בוטיק] הדגיש כי לא ניתן לקבל את התזה של קוטלר [מומחה ההנדסה מטעם ניצנים] לפיה סיני בבית הבד עצר את כל הפרויקט. זאת, משום ששטח דירתו הוא זניח ביחס לפרויקט כולו, 5% בלבד משטח הפרויקט... זאת, בפרט, משום שיש פתרונות הנדסיים להתמודד עם עבודות שלד כאשר אי אפשר לעבוד בצורה מסוימת כפי שתוכננה מראש. סיגורה הדגיש כי ישנם פתרונות הנדסיים לעבוד מסביב לאיזור בו ישב סיני עד למרחק של 'טווח ההשפעה'. ניתן היה לבצע עבודות שלד, יציקות וגמרים בכל הפרויקט, לרבות בבית הבד, ובהמשך לאחר פינויו של סיני להשלים את החלק הספציפי החסר...

... ניצנים לא ידעה לתכנן את עבודתה נכונה ולהתקדם איפה שניתן היה להתקדם בשל חולשה ניהולית...

... גם לאחר פינויו של סיני, ניצנים לא התקדמה על אף שהמניעות שהיו לשיטתה הוסרו. אם היו באמת עבודות שנעצרו בגלל סיני בבית הבד הרי שהיינו מצפים מניצנים לעבוד בשצף קצף כדי להשלים את הפער בזמנים מיד בסמוך לאחר פינויו של סיני...

... הארכת הזמנים המבוקשת לפי קוטלר למשך כל תקופת שהותם של הדיירים המוגנים, אף מנוגדת לכך שהתגלה בחקירתו של איציק כי גם בתקופת סיני ויו[ח]פז [שוכר מוגן נוסף, שעליו ארחיב בהמשך - ה"ק] ניתן היה לעבוד בבית הבד ואף עבדו בבית הבד... (מתוך סעיפים 62 עד 65 לסיכומיה)

140. פרט לסיני, וכפי שיסופר בהמשך, התקיימו הליכים משפטיים בקשר לשוכרים מוגנים נוספים שהחזיקו בחנויות בקומת הקרקע. לפי ניצנים, תקופת העיכוב שיש לייחס לשוכרים אלה חופפת לזו של סיני. מדובר להערכתה בדחייה של 14.5 חודשים, ולא של שמונה חודשים כפי שקבע המפקח.

141. ובחזרה לציר הזמנים.

בהתחשב בדחייה המצטברת שאישר המפקח כאמור, המועד לסיום לפי חוזה הביצוע חל בדצמבר 2015. בחקירתו הנגדית דני אישר "שניצנים בכל מקרה עד 15.12.15 לפי כל שיטות היא לא נחשבת מאחרת, זה המועד שלה" (עמוד 1,762, שורה 4 עד שורה 6).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

אלא שכפי שיפורט מיד, מהתנהלות הצדדים בהמשך, אפשר להבין שבוטיק השלימה למעשה עם דחיית גמר הפרויקט עד (וכולל) חודש פברואר 2016.

הארכה תקופת הביצוע למעשה עד סוף פברואר 2016

142. תחילה יש להקדים ולהציג בקצרה את הרקע הנוגע לעניין.

גם לאחר פינוי השוכר סיני באמצע יוני 2014, נותרה בין הצדדים מחלוקת שנגעה והשפיעה על התקדמות העבודה. ניצנים עמדה על דרישותיה לקבל כספים נוספים בגין עלויות תקורה ועבודות נוספות לשיטתה. משפניותיה נדחו, היא אף התריעה בשלב כלשהו "שלא תבצע עבודות שלא במסגרת ההסכם: שינוי סטנדרט ושינויי שטחים" אלא לאחר תשלום נוסף (ראו, בין היתר, את חלופת המכתבים בין עורכי הדין ופניות נוספות מאוגוסט עד אוקטובר 2014 - נספחים 54 עד 56, 58 ו-60 לתצהירו של מאיר).

ואילו בוטיק, בין היתר באמצעות המפקח, חזרה ודחתה בניצנים להאיץ את קצב הבנייה. דני הצהיר בהקשר זה: "החל מחודש אוגוסט 2014 החלה ניצנים ב'שביתה איטלקית' שמטרתה סחיטת כספים נוספים מבוטיק מעבר לתמורה הפאושלית. אמצעי הלחץ היה דשדוש בעבודות והשהייתן" (סעיף 109).

גם המפקח סיפר בתצהירו:

"מחודש אוגוסט [2014] היא [ניצנים] החלה לעבוד באיטיות מכוונת על מנת לחייב את בוטיק לשלם לה סכומים נוספים מעבר לתמורה הפאושלית... העבודות הופסקו לפרקים ובפועל ימים רבים אתר הבניה התנהל ללא פועלים כמעט... לקראת סוף שנת 2014 ניצנים הפסיקה את העבודה כמעט לחלוטין והודיעה כי היא לא מתכוונת להשלים את העבודות כיוון שחלקן לדעתה אינן כלולות בהסכם... לאור האמור, בוטיק התייעצה איתי האם לסלק את ניצנים מהפרויקט ואף קיימנו פגישה בנושא. הסברתי לנציגי בוטיק את דעתי... לפיה לא מומלץ בשלב זה לסלק את ניצנים והחלפתה בקבלן אחר תעלה מיליוני שקלים נוספים ותעכב את הפרויקט..." (מתוך סעיפים 59, 63 ו-64)

143. על רקע זה ועוד, בנובמבר 2014, הגיעו הצדדים - בהמלצת המפקח - להסדר נוסף שהועלה על הכתב על ידי:

"נידונו המחלוקות בין הצדדים. סוכם כי דני בשן יעביר עשרה תשלומים שווים של 50,000 ש"ח ועוד מע"מ בחשבונות הבאים וזאת כתוספת לשכר החוזה. התוספת תתווסף לחשבונות המאושרים שיוציא המפקח יוסי ספיר. על אף



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

העברת התוספת לחוזה יכולים שני הצדדים לתבוע אחד את השני בסוף הפרויקט בלבד. מאיר מתחייב לבצע את הפרויקט במהירות האפשרית... מסוכם על כולם כי המטרה המשותפת היא לגמור את הפרויקט מהר ככל הניתן. יוצבו מטרות תוך כדי התקדמות, תתקיים ישיבה ב-[31.12.2014 ובמידה ותהיה שביעות רצון יחליט דני אם להקדים את התשלומים של התוספת לחוזה..." (ההסדר השני"; נספח 12 לתצהיר המפקח)

144. בד בבד לסיכום הנ"ל, המפקח דרש מניצנים להציע ולתלות באתר לוח זמנים שעל פיו בכוונתה לעבוד. כך לדבריו ניתן יהיה לעקוב אחר התקדמותה (ראו, בין היתר, חלופת הודעות דואר אלקטרוני החל מחודש נובמבר 2014 - נספחים 92 עד 95 לתצהיר של מאיר).

145. בינואר 2015, לאחר חילופי דברים וישיבות (בהן הועלה גם נושא זה), ניצנים סיפקה "לוח גאנט" והוא הוצג בשטח ("הגאנט"; נספח 97, שם). נזכיר כי במועד זה חלפה מעל חצי שנה מאז פינוי השוכר סיני.

146. בגאנט פורטו משימות שונות לביצוע. לגבי כל אחת מהן סומנו מועדי התחלה וסיום, מהם ניתן לחלץ גם את משך הביצוע המתוכנן. לצד רבע מתוך המשימות הופיע גם כיתוב כלשהו. למשל, לגבי משימת "ריצוף דירות" הוצבה ההערה "גמר בחירת ריצוף" לפני תקופת הביצוע המתוכננת. קיימות גם הערות אחרות כגון: "הודעה ואישור מהחנויות", "פיתרון לחשמל" ועוד. כפי שיוסבר בהמשך, לפי ניצנים מדובר ב"תנאים מקדימים" לעמידתה בגאנט אשר ביצועם הוטל על בוטיק.

147. לעניין מועד סיום העבודות שצפתה ניצנים - לפי הגאנט, השלמת המשימה האחרונה ("טופס 4") תעשה עד לסוף חודש פברואר 2016. בהקשר זה, איציק, מנהל העבודה של הפרויקט מטעם ניצנים, כתב למפקח:

"מצ"ב לו"ז מעודכן [הגאנט].

1. תאריך סיום הוא סוף מרץ לפי חוזה.

2. במידה והכל יעבוד חלק לא יהיה שימוש ב-[3 חודשים של הארכה].

(הודעת דואר אלקטרוני מיום 4.1.2015 - נספח 96, שם)

יוסבר כי איציק היה אחראי על הנעשה בשטח. לדבריו, הוא קבע, בין היתר, את תוכנית העבודה ואת כמות העובדים שהוצבו באתר (עמוד 597, שורה 25 ואילך).

148. יש מחלוקת בשאלה האם לוח הגאנט אושר על ידי בוטיק. כאן לדעתי יש להבחין בין המישור החוזי לבין מישור הביצוע.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

בהיבט החוזי - הגאנט לא אושר באופן פוזיטיבי. אמנם ניצנים מנסה לטעון אחרת, אך באותה נשימה היא גם מלינה על כך שהמפקח אישר לה רק שמונה חודשי דחייה. בהקשר זה, אביא בשנית את סעיף 30.2.1 לחוזה הביצוע שלפיו: **"בכל מקרה של חילוקי דעות בין הצדדים בדבר קיום התנאים המצדיקים מתן ארכה... ו/או משך הארכה המגיעה עקב אותם תנאים, יכריע המפקח וקביעתו תהיה מחייבת"** (וראו גם את עדותו של איציק - עמוד 664, שורה 4 עד שורה 23).

149. לעומת זאת - בהיבט הביצועי-מעשי - התרשמתי כי הגאנט כן התקבל.

ראשית, גם המפקח וגם דני הודו שלא הסתייגו מלוח הגאנט. המפקח סיפר בעדותו:

"היו לוחות זמנים שהוא [איציק] הגיש והיו טבלאות כאלה שישבתי איתו אבל זה לא שום דבר חוזי... זה משהו שהוא אמר ואמרתי יאללה יופי... יש משהו בוא ננסה להיצמד..."

... אני התייחסתי לגנט הזה בתור תוכנית עבודה לא בתור משהו חוזי, זהו. נקודה לא הלכתי ואמרתי לו אני משנה את החוזה עכשיו בהתאם לגנט... זה גנט שאיציק עשה... לפי ראות עיניו כולנו הלכנו ומחאנו כפיים סוף סוף יש פה איזה שהוא משהו... ואמרנו יאללה בוא נצמד לזה כדי שנראה מה קורה. זהו. זה לא משנה את החוזה, לא נתתי בגלל זה עוד ארכה בלוחות הזמנים..."
(עמוד 1,164, שורה 8 עד שורה 15; עמוד 1,167, שורה 9 עד שורה 19)

ולשאלות בית המשפט, הוא ענה:

"כב' הש' קירש: ... אם הוא מגיש לך גנט שמראש הוא חודשיים או שלושה חודשים אחרי המועד החוזי האחרון... אז יש בעיה מובנית בתוך הגנט מראש."

מר ספיר [המפקח]: נכון.

כב' הש' קירש: אז אתה לא מעיר לו בעצם... הגלישה הזאת... היא... לא מקובלת?

מר ספיר: יכול להיות אבל אני אמרתי לקבלן אני יותר מה-8 חודשים שאישרתי לך לחוזה... לא מאשר. הוא כל הזמן רצה עוד זמנים, הוא כל הזמן רצה עוד דברים, אמרתי לו אני מאשר לך רק 8 חודשים לא שנה ולא 14 חודש... עכשיו לא התייחסתי, כנראה כשהוא הגיש את זה... אני הסתכלתי מתי הריצוף יבוא וזה וזה... ולא אמרתי לו תשמע זה לא



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

משהו,

כב' הש' קירש: לא, אני גם כהדיוט... [בודק] מתי המועד בפרויקט מתי מועד הסיום מתי טופס 4.... עכשיו מסתכלים על שורה 36 [הכוונה לשורה בלוח הגאנט שעוסקת בטופס 4 - ה"ק] וזה סוף פברואר אז האם התשובה היא קח את זה חזרה זה לא מקובל זה גולש מעבר למועד... תעשה חישוב חדש.

מר ספיר: אני לא זוכר שנכנסתי לעניין הזה ככה."

(עמוד 1,168 שורה 2 עד שורה 31)

150. מעבר לכך, דני העיד כי ייחל לכך שהגאנט אכן יתממש במציאות:

"... אנחנו לא קיבלנו את הגנט הזה... זה לא גנט שהוסכם עליו... סוף סוף אחרי שנה וחצי של פרויקט הקבלן הציג גנט, אין, אין, אין פה שום הסכמה... היינו מאושרים שקיבלנו גנט... קראתי גם את הגנט... היו לי הרבה השגות לגביהם לא היה טעם בכלל להעלות אותם... כי רצינו שהקבלן יבנה, רצינו להתקדם... וגם את המצב הזה היינו מקבלים הלואי וזה היה קורה."

(עמוד 1,576, שורה 32 עד עמוד 1,577, שורה 16)

151. שנית, בנוגע ליישום הגאנט - מן הראיות עולה כי לוח הגאנט אכן הנחה את עבודתה של ניצנים. נראה שעד למחצית שנת 2015 או סמוך לכך, קצב עבודתה תאם לגאנט. ולגרסתה, היא השתדלה להמשיך ולעמוד בו, על אף העיכובים שנכפו עליה.

152. בהקשר זה אפנה להתכתבות בין המפקח למאיר בחודש אוקטובר 2015. המפקח ביקש: "לקבל לוח זמנים כללי מפורט עבור גמר העבודות. כרגע האתר מתנהל ללא תכנית עבודה מפורטת ומתוכננת ואין לי או [למזמין] יכולת לעקוב אחר התקדמות העבודות". בהמשך לכך, הוא פירט רשימה ארוכה של סוגי עבודות והדגיש:

"לוח זמנים ותכנית עבודה מפורטת ככל האפשר הינה קריטית לגמר העבודות... הנני מדגיש כי סוכם עם איציק כי כל העבודות למעט החלפת הויטרינות בקומת הקרקע וגמר עבודות הפיתוח אמורות להסתיים ב-[31.12.2015], בהתאם לכך הוסכם לשלם 300,000 ש"ח מעבר לשכר החוזה." (נספח 26 לתצהירו)

מאיר השיב וכתב למפקח:

"האתר מתנהל ע"פ תוכנית ולוח גאנט שנשלחו אליך ביום 4.1.15 ואושרו על ידך ב- 6.1.15 בישיבה משותפת איתי ועם איציק ואף נאמר על ידך למזמין כי



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

לוחות זמנים אלו נראים לך סבירים ביותר... ידוע לך כי במהלך שנת 2015 נוצרו עיכובים רבים שאינם תלויים בניצנים. נושא האיחורים נשלחו לכם באופן שוטף... ניצנים עושה מאמצים כבירים לסיים את העבודה במהירות המרבית, ללא קשר להתנהלות כספית מטעם היזם, שבאה לידי ביטוי באי תשלום חשבוניות במועד... מבדיקה שערכתי עם איציק, עולה כי אין סיכום כזה. מצ"ב דוח לוחות זמנים עדכני. למותר לציין שלוחות הזמנים, לרוב, מקדימים את דוח גאנט שנשלח ואושר ע"י הפיקוח. למען הסר ספק, לוחות הזמנים המחייבים את ניצנים, הם לוחות הזמנים על בסיס החוזה ובנוסף על כך הארכות זמן שאושרו ולא אושרו (למרות שמוצדקות) ע"י הפיקוח... (נספח 66 לתצהירו)

ניתן להבין מהתשובה כי בראיית ניצנים, המפקח אישר את הגאנט ועמדו גם נמסרה לבוטיק.

153. יצוין כי להבנתי ה"סיכום" עם איציק, אליו אשוב בהמשך, לא הקדים את לוח הזמנים הקבוע בגאנט. הרי גם בגאנט נקבע כי עבודות הפיתוח יושלמו עד סוף דצמבר 2015. לפי התכנון שם, לאחר מכן יוותרו לניצנים שתי משימות פתוחות: כלים סניטרים - להשלמה עד סוף ינואר 2016, והוצאת טופס 4 - עד סוף פברואר 2016 (יוער כי גם לגבי חלופת המכתבים מנובמבר 2015 ומינואר 2016, מתבקשת מסקנה דומה - נספחים 29, 30 ו-38 לתצהיר המפקח. אדון בחלק מהם להלן).

154. מכל המקובץ עולה אפוא כי בוטיק קיבלה במשתמע את לוח הגאנט. כתוצאה מכך תקופת הביצוע של הפרויקט הוארכה למעשה עד לסוף חודש פברואר 2016.

קביעת נקודת סיום הפרויקט לתום חודש מרץ 2016

155. בשלב זה נותר להסביר מדוע לדעתי יש לקבוע כי לרשות ניצנים עמד כחודש נוסף, מעבר לתחזית הגאנט, לסיום הפרויקט.

156. לשם בהירות הדברים, לאחר הצגת חלק מטענות הצדדים, הדיון בנקודה זו ייעשה לפי נושאים אלה: גיוס קבלני משנה חיצוניים לצורך תגבור העבודה בפרויקט; אירועים נוספים שמנעו את השלמת הפרויקט; התרשמות כוללת מחומר הראיות ועמידת הצדדים בנטלי ההוכחה.

בתמצית ייאמר כי הראיות בתיק אינן מובילות למסקנה חד-משמעית בקשר לשאלה מי הגורם האחראי להתמשכות הפרויקט: בוטיק או שמא ניצנים. נוכח התביעות ההדדיות, הרי שנטל ההוכחה בעניין זה עומד לפתחה של כל אחת מהן.

א) הטיעונים הרלבנטיים בתמצית

157. לפי המפקח, באוגוסט 2015 חלה תפנית בהתנהלות ניצנים:



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

"בחודשים הראשונים של שנת 2015, ניצנים פעלה לפי לוח הזמנים החדש [הגאנט - ה"ק]... אלא שבחודש אוגוסט 2015, כאשר עמדו להיפרע כל תשלומי התמורה הנוספת [בהתאם להסדר השני], ניצנים חזרה לעבודה האיטי [ת] והחלה שוב לדרוש תשלומים נוספים, מעבר לתמורה הנקובה בהסכם. כך ניצנים חזרה לעבוד ללא מנהל עבודה מסודר, עם כמות מועטה ביותר של פועלים. היא לא ביצעה את העבודות שהיא עצמה התחייבה לבצע [בגאנט] מטעמה... והיה ברור שבקצב עבודתה האיטי, היא לא תסיים את העבודה במהלך שנת 2015." (מתוך סעיפים 70 עד 72 לתצהירו)

158. מעבר להתנהלות האיטית כאמור, בוטיק גורסת כי ניצנים אחראית למחדלים נוספים שגרמו לעיכוב בלוח הזמנים. ביניהם: הימנעות מביצוע עבודות מסוימות; דחייה באספקת מוצרי גמר שחלק מעלותם כבר שולם לה (למשל, ויטרינות ותריסי עץ); ביצוע עבודות גמר באיכות ירודה שגרם לבזבוז זמן ומשאבים; מרמה בקשר להזמנת המעליות הנחשבות ל"נתיב קריטי ביותר" להתקדמות בפרויקט. בוטיק מסבירה חלק מהמהלכים בחולשתה הכלכלית של ניצנים ורצונה לחסוך בעלויות.

159. ניצנים טוענת מנגד (באופן כללי אך גם בנוגע לתקופה זו) שהניהול והתכנון הכושלים הם שעכבו את העבודה. בין היתר נטען כי חלק מהתוכניות הומצאו בשלב מתקדם (תוכניות חשמל לדוגמה). כמו כן, לדבריה ההנחיות והתכנון שונו לעיתים לאחר הביצוע, פגעו במה שכבר נעשה והצריכו עבודה נוספת. לדברי ניצנים, גם בשלב זה היא נתקלה בהתנגדות מצד שוכרים מוגנים לביצוע עבודות בשטחי החנויות שברשותם.

160. אשר לסטייה מלוח הגאנט - ניצנים מדגישה כי בוטיק לא עמדה במחויבותה למילוי תנאיו המקדימים. מאיר הצהיר בנושא זה:

"הנתבעת לא קיימה את התנאים המקדימים שנקבעו בלוח הגאנט באופן שמנע את תחילת ביצוע העבודות. לשם המחשה, הליך סיום בחירת הריצוף בדירות שנקבע ליום 01.10.2014 וזאת כתנאי מקדים לתחילת ביצוע עבודות הריצוף ביום 01.02.2015 לא הסתיים, כך שעוד במהלך חודש מרץ 2015!!! (עיכוב של 5 חודשים!!!) התריעה התובעת בפני הנתבעת על העיכוב שנוצר ועל כך ש-12 בעלי דירות טרם בחרו ריצוף !!!" (סעיף 221; וראו גם את סעיף 227 לתצהירו)

דני מצדו הכחיש. לדבריו: "מדובר בטענה שקרית, שכן 'תנאים מקדימים' אלו מעולם לא הוזכרו. דובר על גאנט שעמד בפני עצמו ולא סווג בשום צורה או תנאי בכל דרך שהיא". הוא דחה את הטענות בעניין גם לגופם (סעיפים 130-131 לתצהירו).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

נוכח מעורבותם הישירה של המפקח ושל איציק בנושא הגאנט, יש מקום להתייחס גם לעדותם. איציק סיפר שבפגישתם המשותפת, הוא הבהיר למפקח שקיימים תנאים:

"אחרי שאנחנו דנו ארוכות הוא [המפקח] מבקש ממני, יוסי שולח לי משהו ואני אומר לו זה לא כך ואנחנו דנים... הלכנו לארומה, הדפסתי את הכל... אמרתי לו יוסי זה ככה ויוסי זה לא ככה זה ככה בתנאים מסוימים, מה זה תנאים זאת אומרת הריצוף יגיע בזמן, זה יעשה ככה, זה יעשה ככה, יש תנאים, אתה לא יכול להגיד אני מרצף אם אין ריצוף אם לא בחר הדייר ריצוף, סתם דוגמה..."

(עמוד 664, שורה 30 עד שורה 35)

המפקח, לעומת זאת, הצהיר כי "ניצנים לא הזכירה במסגרת [ה]גאנט... תנאים מקדימים ו/או מתלים כלשהם והתחייבותה במסגרת הגאנט היתה ברורה לחלוטין" (סעיף 69). כשנשאל בחקירתו (על הפן המעשי) הוא ענה:

"ש: ... אתה מסכים איתי שבגנט עצמו ישנם דברים שצריכים להתקיים כדי לעמוד בו, נכון?

ת: תמיד זה ככה... בכל גנט."

(עמוד 1,172, שורה 20 עד שורה 24)

161. מעיון במסמכים הרבים שהוגשו בתיק, עולה כי ההאשמות ההדדיות נשמעו גם בזמן אמת. כך מחד, בוטיק חזרה ודרשה מניצנים להגביר את קצב עבודתה, ולהגדיר יעדי זמן להשלמת סוגי משימות; ומנגד, ניצנים המשיכה להתריע על מכשולים המונעים מבעדה להתקדם, והתנתה חלק מהעבודות בתשלום שכר נוסף. אלו וגם אלו קיבלו ביטוי בסיכומי הישיבות השבועיות שערך המפקח.

162. בחודש אוקטובר 2015, על רקע הסכסוך המתמשך, סוכם על תוספת נוספת בגובה 300 אלפי ש"ח שתשתלם לניצנים לשיעורין וכפוף לביצוע העבודות. המפקח תמצת את הדברים במכתבו מיום 15.10.2015:

"הנדון: פרויקט דרך יפו... תוספת 300,000 ש"ח לקבלן - הבהרה וסיכום דברים:

א. למען הסר ספק:

תוספת 300,000 ש"ח תינתן לקבלן עקב איום הקבלן לעזוב את האתר והתניית המשך ביצוע העבודות באתר בתשלום הנוסף וזאת עקב ההפסדים הנגרמים לו. הקבלן הגיש בקשה לתוספת של 380,000 ש"ח, אושר לשלם 300,000 ש"ח ללא בדיקה של התוספות כדי לעזור לקבלן לקדם וכנגד



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

התחייבות של הקבלן למאמץ מיוחד להשלמת עבודות וכי לא יוגשו יותר עבודות נוספות בפרויקט עד לסיומו.

ב. הקבלן כבר קיבל תוספת של 500,000 ש"ח מתוך הבטחה שלא יבקש עוד עבודות נוספות, למרות סיכום זה בא הקבלן בדרישה וכדי לקדם את הפרויקט אשור לו 300,000 ש"ח נוספים כדי לעזור לקבלן למלא את התחייבויותיו ולא כהסכמה כי מגיע תשלום בהתאם לחוזה.

ג. התשלום לקבלן יבוצע כדלקמן [כאן מפורטות אבני דרך לשישה תשלומים על סך 50 אלף ש"ח כל אחד - ה"ק] ...

וכל זאת בכפוף לסיכום עם איציק ודני כי כל עבודות הפרויקט יסתיימו (למעט עבודות הפיתוח והרכבת הוויטרונות של החנויות), באם הפיקוח יתרשם כי קצב העבודות אינו משביע רצון וההסכם אינו מכובד על ידי הקבלן יופסקו התשלומים בהתאם ויקוזזו בהתאם... ("ההסדר השלישי"; העתק המכתב נכלל בנספח 72 לתצהירו של מאיר)

יצוין כי מאיר שלח למפקח מכתב תשובה. הוא התנגד לחלק מהדברים (למשל, לכך שאיים לעזוב ולמהות תוספות התשלום), והוסיף ש"ניצנים תעשה כל מאמץ לסיים את הפרויקט בהקדם" (נספח 73, שם).

ב) פנייה לקבלני משנה חיצוניים

163. גם ההסדר השלישי שתואר לעיל, כידוע, לא הביא את הצדדים אל היעד המבוקש. לפי הראיות, זמן קצר לאחר מכן, בנובמבר 2015, המפקח ראה צורך להסתייע בבעלי מקצוע חיצוניים, תחילה לצורך ביצוע עבודות נקודתיות, ובהמשך, באפריל 2016 - לסיוע "בכל התחומים האפשריים". וזאת, חרף התנגדותה של ניצנים.

לעמדת בוטיק, מהלך זה נדרש לנוכח התמהמהות ניצנים, וכן סירובה או חוסר יכולתה לבצע חלק מהעבודות. גרסתה נתמכת, כמפורט מיד, בפניות והנחיות המפקח.

אעמוד עתה על השתלשלות האירועים שהובילה להיעזרות רחבה בקבלני משנה חיצוניים.

164. בתחילת חודש נובמבר 2015, דני פנה למפקח ודיווח כי שוב לא מצא מנהל עבודה באתר. הוא הלן על כך שאיציק נוכח בשטח רק דקות ספורות ביום, כך שהטיפול בנושאים משמעותיים נגרר. מאיר התבקש להגיב לנושא "שעולה כל פעם מחדש". מאיר ענה:

"לוחות זמנים נשלחו יותר מפעם אחת... הלחץ הפתטי של היזם לא יקדם כלום מכיוון שאנחנו עושים מאמץ אדיר למענינו לסיים את הפרויקט בהקדם חבל



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

שהיזם לא פתר את הבעיות של סיני לפני תחילת העבודות].

מציע שיתקדם בפתרונות שיכול לטפל כמו תוכניות סופיות לוטרינות וחברת חשמל ועוד נושאים הקשורים לתכנון." (חילופי הודעות דואר האלקטרוני מיום 1.11.2015 - נספח 34 לתצהיר המפקח)

165. נראה שהמפקח לא התרצה מהתשובה. הוא כתב בנחרצות, והפעם ישירות לאיציק:

"עקב הדחיפות בביצוע אבקש שאתה תהיה באתר כל היום כדי לקדם את הפרויקט, שכן ללא נוכחות שלך אישית במשך כל היום הפרויקט יתעכב, הטעויות בביצוע והעיכובים ימשכו ויגרם נזק הן לחברת ניצנים והן ליזם... אבקש לדעת שאכן אתה לוקח על עצמך את הניהול כל היום באתר בדרך יפו או לא. במידה ולא יגרם נזק ליזם ואלא לפעול בהתאם. כמו כן אבקש לבצע רשימות פועלים כל יום... למלא יומני עבודה ולהגיש לי לחתימה כמתחייב בחוזה." (העתק מכתב המפקח מיום 2.11.2015 - נספח 28, שם)

166. למחרת היום התקיימה ישיבת העבודה השבועית. בסיומה המפקח הכין סיכום של "נושאים לטיפול לתזכורת - רשימה חלקית". שם, הוא חזר והתרה: "על הקבלן להודיע האם איציק יעבור להיות כל היום באתר כדי לקדם את הפרויקט או יציב מנהל עבודה עד ה-[15.11.2015]. באם לא תהיה הודעה יחליט המפקח באיזה צעדים לנקוט כדי שהאתר יתנהל בצורה חוקית ומקצועית". בהמשך לאמור, המפקח מנה שורה של עבודות לטיפול (העתק הסיכום מיום 4.11.2015 - נספח 29, שם).

167. בסמוך לכך, איציק כתב בתשובה למפקח שהם ייסגרו ביניהם את נושא נוכחות מנהל העבודה. הוא הוסיף שאחראי הבטיחות באתר ממלא יומן עבודה מדי יום. לגבי עיקר העבודות (אך לא כולן) נמסר שהטיפול יסתיים עד ליום 31.12.2015. היינו, תוך כחודשיים (העתק מכתבו מיום 9.11.2015 - נספח 30, שם).

אלא שכמעט מיד לאחר מכן, המפקח ראה להורות על הכנסת קבלני משנה לצורך סיוע בעבודות מסוימות. אפרט.

168. עבודת מסגרות - באמצע חודש נובמבר, החל בין הצדדים ויכוח בדבר האפשרות להזמין מסגר חיצוני לטיפול בגגונים. כנראה שהצפי שניצנים מסרה לביצוע בעצמה לא היה קרוב מספיק, והמפקח אישר לדני לברר היתכנות ביצוע על ידי גורם אחר. כשהועברה הצעת מחיר, איציק התנגד בתוקף וטען שזה בניגוד לחוזה הביצוע. אך דני התעקש:

"הוא [איציק] לא מנהל את האתר ולא מתקדם בפרויקט והעיכובים גוררים אותי



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

להוצאות ונזקים אדירים. אני כל הפרויקט הזה נושך את שפתי ומת[א]פק לא להוציא את הקבלן הזה מהאתר. אני מעדכן כי אם אני אמשיך לא לראות התקדמות באתר מפגישה לפגישה ובייחוד בנתיבים הקריטיים ובמידה ואיניק ימשיך לא לנהל את האתר בכל יום וכל הזמן וכפי שהתחייבו, ובשל העובדה שלא רק שהם לא מבצעים את העבודות ומתקדמים, הם גם באופן קבוע אוסרים עלי להכניס קבלנים נוספים לביצוע עבודות שהם אינם משתלטים עליהן אני [א]אלץ להוציא את הקבלן מהאתר ולקזז את כל נזקי חברתנו וכפי שהתרעתי במכתבים קודמים.

הדבר הנכון ביותר הוא שהקבלן ישאר ויבצע את העבודות אותן הוא מסוגל לבצע ויתיר לנו להשלים עבודות חיצוניות שהוא לא מצליח להגיע אליהן ועל מנת לזרז את סיום העבודות..." (חילופי הודעות דואר אלקטרוני מיום 12.11.2015 ולמחרתו - נספח 59 לתצהירו של דני)

169. המפקח קבע שאכן "קצב ההתקדמות לא מקובל". הוא הורה להכניס מסגר מיד :

"איניק ודני שלום,

אני לא בעניין של מלחמות.

קצב ההתקדמות לא מקובל, יכלו להשלים את הפתחי עליה לגג לפני שנה, והגג למעלית כבר לפני חודשים.

דני - יש להכניס מסגר לעבודה במידי.

בנושא [ה]חווה - יש אין ספור הפרות של החווה על ידי הקבלן, לא רוצה להיכנס לזה עכשיו - כולם משלבים ידיים ומאמץ ומסיימים את הפרויקט הזה..." (הודעה אלקטרונית מיום 13.11.2015 - נספח 58, שם)

170. הריסה והקמת מרפסות - בינואר 2016, החלה התגוששות נוספת סביב גילוי מצבן הרעוע של שלוש מרפסות בבניין שחזיתו פונה לדרך יפו.

לאחר שמהנדס הפרויקט, מר יעקב גוטמן, סייר באתר העבודה, הוא הורה :

"המרפסות... רעועות ואינן מסוגלות לשאת עומס כלשהו! גם כפי שהן כיום, הן מהוות סכנה למבנה ולסובבים... יהיה צורך להרוס את המרפסות או חלקים מהן ולבצע מחדש (משוחזר) לפי תכ' והנחיות שאתן." (העתק מכתב המהנדס למפקח מיום 6.1.2016 - נספח 109 לתצהירו של מאיר)

171. ניצנים התרעמה (אז וגם בהליך כאן) על שינוי התוכניות בשלב זה של הפרויקט. כבר ביום למחרת היא כתבה למפקח בנושא לוחות הזמנים :



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

"חברת 'ניצנים' נצמדת ללוח הזמנים על פי דוח גאנט שהוסכם. בהודעות קודמות ציינו כי הפרויקט ידחה עקב בעיות עם דיירים וכן בגלל תוכניות ביצוע שעדיין לא מוכנות או שמומצאות בשלב מתקדם זה של הפרויקט. לדוגמא: החלטה על הריסת מרפסת כעבור 2.5 שנים של ביצוע בשלב מתקדם של גמרים. חברת 'ניצנים' עושה מאמצים אדירים לסיים את הפרויקט בהקדם האפשרי למרות המכשולים האין סופיים." (העתק מכתב מיום 7.1.2016 - נספח 110, שם)

מנקודת מבטה, מדובר בעבודה נוספת שביצועה מחייב תוספת תשלום.

172. בשל סירובה של ניצנים לטפל בעניין (ללא תשלום), המפקח הורה לפנות לקבלן חיצוני. המפקח סיפר בחקירתו: "הייתה בעיה שלא היו טייחים באתר והייתה בעיה... שמאיר לא רצה לפרק איזה שהיא מרפסת... ואמרתי בשלב הזה אי אפשר לסגור את הפרויקט בשביל שיסחטו אותי צריך להביא בעלי מקצוע ולסיים..." (עמוד 1,178, שורה 28 עד שורה 30).

173. דני ציין בתצהירו כי לאחר שהוחלט שבטיק מטפלת במרפסות, מאיר "התעורר" וביקש לבצע את העבודה בעצמו. לדברי דני, באותו שלב זה כבר לא היה מעשי. ההתכתבות בין השניים ממחישה גם כן את הלך הרוח:

[מאיר:] יש לי פתרון למרפסות נפגש היום בצהרים ונריך ביצוע.

[דני:] אחי. אני עושה את המרפסות. אל תחזיר אותי אחורה בבקשה. בוא

נסיים בכוחות משותפים אני לא יכול להשאיר את המצב כמו שהוא

ויש עוד מלא עבודות.

[מאיר:] לא אפשרי אחי. אתה תגרום נזק לפרויקט נפגש ואסביר לך..."

(צילום הודעות טלפון מיום 20.1.2016 - נספח 90 לתצהירו של דני)

174. יש להוסיף כי גם הגורם שהצריך את הריסת המרפסות הנ"ל מצוי במחלוקת. בוטיק הקדישה מאמץ ניכר לביסוס טענתה בנושא. לעמדתה, "רשלנותה של ניצנים בטיפול במרפסות היתה הגורם הבלעדי לכך שנדרשה הריסת המרפסות והקמתן מחדש". דני הסביר בתצהירו שכדי להבטיח את המשך הפעילות המסחרית במבנה, ולאפשר גישה להולכי רגל, לא ניתן היה להציב פיגום פשוט על הקרקע. השוכרים המוגנים גם התנגדו לכך. לדבריו, הדבר חייב הצבת פיגום פלדה (אותו כינה "פיגום חצאית"), המתאפיין במעט עמודים ו"גג" מעל המדרכה, כך שנוצר מעבר נוח ובטוח לעוברים (סעיף 204 לתצהיר).

לפי הטיעון, כדי לחסוך בעלויות, ניצנים הניחה פיגום פשוט על מרפסות הקומה הראשונה במקום על המדרכה. נטען כי משקל הפיגום יצר עומס רב על המרפסות וגרם לערעורן. לגרסת בוטיק, לנוכח הנזק המשמעותי שנגרם, לא ניתן היה להסתפק אך בשיקום שתוכנן מלכתחילה.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

ניצנים, מנגד, דוחה טיעונים אלה מנימוקים שונים. איציק העיד: "[ב]שום דרך אחרת בעולם לא היה ניתן להתקין את הפיגום הזה אם זה לא בדרך הזו, הדרך הזו עלתה לחברת ניצנים פי 10 יותר מאשר היא הייתה מקימה פיגום רגיל... אני רואה את זה דווקא כנקודת זכות אדירה שהקמנו את הפיגום בצורה הזו... אחרת כל הפרויקט אולי עד היום לא היה נגמר". לדבריו, ניצנים נועצה עם המפקח ועם מהנדס הפרויקט בעניין, וניתן לכך אישור (עמוד 680, שורה 9 עד שורה 11, שורה 31 עד שורה 33).

175. המפקח הודה בחקירתו כי אישר לניצנים להשאיר את הפיגום כמות שהוא. לדבריו, היו "ויכוחים עד השמים" בנושא. אך לאחר שחקר ובדק את הפיגום שהוקם, גם עם מהנדס הפרויקט, הוא הסכים שישאר (עמוד 1,211, שורה 26 ואילך).

176. מדרגות פנים של דירות הדופלקס - בינואר 2016 ניתנה גם הוראה לפנות לחברה חיצונית שתבצע את מדרגות הפנים של דירות הדופלקס במקום ניצנים. בסיכום הישיבה שהתקיימה ביום 12.1.2016 נכתב: "יוסי [המפקח] לא מאשר יותר לחכות, יוסי מבקש מדני לפנות לחברה לבצע את מדרגות הפנים, חברה מוכרת, מבקש [מ]איציק לפרק את הקונסטרוקציה שבוצעה במידי כדי להכין את השטח לקבלן מדרגות אחר" (נספח 43 לתצהיר המפקח).

יוסבר כי ניסיונותיה הקודמים של ניצנים להרכיב את המדרגות לא צלחו. לטענת ניצנים - התוכניות היו שגויות (עמוד 670, שורה 7 ובהמשך), ואילו לגישת בוטיק - העבודה בוצעה בחוסר מיומנות מקצועית. במכתביו של המפקח נמצא חיזוק לעמדת בוטיק. למשל, באחד המכתבים צוין: "בניגוד לדעתי בחר הקבלן לבצע את המדרגות פנים על ידי מסגר מטעמו על ידי בניית מסגריה באתר. אני דרשתי ביצוע על ידי מסגריה מומחית כקו נכון... לאחר כשנה של ניסיונות השתכנע הקבלן שאין ביכולתו לבצע את מדרגות הפנים ובהסכמה עם המזמין שילם המזמין לקו נכון עבור ביצוע המדרגות והם מורכבות בחודשים אלו בהצלחה..." (העתק מכתב המפקח מיום 26.4.2016 - נספח 46 לתצהירו; וראו גם את פניותיו הקודמות מאוקטובר 2015 ומינואר 2016 - נספחים 27 ו-38, בהתאמה).

177. עבודות בחנות של יוחפז - בתחילת 2016, בוטיק נעזרה בקבלן חיצוני גם לביצוע עבודות בחנות של השוכר המוגן מר יוחפז ומשפחתו ("יוחפז"). העבודות כללו הריסת קיר ובניית שירותים ומטבח.

יוסבר כי מול יוחפז התקיים הליך משפטי שהסתיים בהסכם פשרה בפברואר 2014. במסגרת הפשרה, בוטיק ויוחפז הגיעו להבנות בנוגע לביצוע עבודות שונות בנכס כפוף לתשלום פיצוי מוסכם (העתק של הסכם הפשרה צורף כנספח 8 לתצהיר של דני).

178. ניתן להבין כי תשלום הפיצוי הוסדר כבר במרץ 2014, קרוב לסיום ההליך (ת/26). אולם, לדברי



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

דני, ניצנים התמהמה בהשלמת העבודות למעלה משנה :

"חיכינו המון המון זמן ואז בסוף ביצע[נ]ו בעצמ[נ]ו... למרות ששילמנו כבר את

סכום הפשרה ליו[ח]פז 100 אלף שקל בהתחלה כל הזמן ביקשנו מאיציק לבצע

את זה הוא לא ביצע את זה בסוף נאלצנו אנחנו לבצע..."

(עמוד 1,450, שורה 1 עד שורה 5)

179. ניצנים טוענת שמדובר בעבודות שכלל אינן קשורות אליה, אשר נדרשו בשל הסכם פשרה בין בוטיק ובין יוחפז. היא מדגישה את העיכוב בהשגת הסדר עם יוחפז, והשלכותיו המעשיות לקידום עבודות השלד. גם בהקשר זה, היא הפנתה לעמדת בוטיק בהליך המשפטי כנגד וינברג. במסגרתו, בוטיק טענה בין היתר כי: **"העיכוב בהריסת השירותים** [שהיו בשימוש יוחפז - ה"ק] **גרם לעיכוב משמעותי בפרויקט היות שללא הריסת השירותים לא ניתן היה לבצע את העבודות מתחת לשירותים - קרי, ביסוס היסודות והמרתף, שהן עבודות חיוניות בפרויקט דנן"** (סעיף 134 לכתב הגנתה של בוטיק - ת/29).

לדברי ניצנים, **"... תקופות העיכוב ביחס לדיירים הנוספים** [יוחפז ובבגינ] **חופפות לתקופת העיכוב ביחס לדייר סיני. ברם, יש להבין את המשמעות האופרטיבית של העיכובים והמניעות של הדיירים המוגנים..."** (מתוך סעיף 152 לסיכומיה).

180. אזהרות המפקח - התרחשות חשובה נוספת, בהתקדמות על ציר הזמן, נוגעת להתרעות המפקח במהלך ינואר עד מרץ 2016. מהכתוב עולה שהמפקח היה מוטרד מקצב העבודה ואיכותה.

כך למשל, בפתח מכתבו לאיציק ולדני מיום 3.1.2016 הודגשו **"ההבטחות שהובטחו והתוצאות הגרועות בשטח"**, ונכתב גם: **"לפי קצב התקדמות זה הפרויקט לא יגמר לפני אוגוסט-ספטמבר הקרוב א[ם] לא אחרי"**. במכתב זה, המפקח סקר את מידת ביצוע העבודות נכון לאותו מועד. לגבי רובן, כמסופר, ניצנים מסרה צפי לסיום עד ליום 31.12.2015 (ראו סעיף 167 לעיל). בקשר לעבודות רבות צוינו הערות כגון: **"לא ידוע מתי יבוצע"**, **"כלל לא מטופל"**, **"טרם בוצע. אין לוח זמנים"**, **"רשלנות וזלזול מוחלט של הקבלן בנושא"**, **"לא ידוע מתי יגמר"**, **"הקבלן מתמהמה בטיפול"**. אך היו גם עבודות שכן בוצעו או היו בשלבי ביצוע. המפקח הוסיף וכתב כי **"הקבלן לא עמד בהסכם הפרויקט רחוק מסוים, ויש עיכובים חדשים כל יום"**, וכי **"אין מנהל עבודה רשום באתר"** (נספח 38 לתצהיר המפקח).

באותו היום, המפקח שלח מכתב נוסף בנושא ליקויים והשלמות של עבודות האלומיניום. המסמך נערך לאחר סיור משותף עם איציק בשטח. לאחר פירוט הממצאים והכשלים, הודגש: **"באופן כללי רמת עבודות האלומיניום לא מקובלת"** (נספח 39, שם; וראו גם את דו"ח הליקויים שערך האדריכל לאחר סיורו באתר זמן קצר לאחר מכן. שם, הוא פירט את רשמיו בקשר למצב



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

חזיתות המבנה, החצר הפנימית, חדרי המדרגות והדירות - נספח 3 לתצהירו).

כעבור כחודש וחצי, ביום 22.2.2016, המפקח שלח מכתב נוסף ברוח דומה. צוין: "למרות כל ההבטחות עבודות האתר מתנהלות בעצלתיים ואינם מתקדמות לגמר. איכות הביצוע ירודה ואינה משתפרת". לאחר פירוט ליקויים ועבודות לביצוע, נכתב: "למזמין נגרמים נזקים כספיים עקב התנהלות זו. נזקים אלו יקוּזו מחשבונכם. אין כמות מספיקה של אנשים באתר. לא ישולמו יותר התייקרויות. קנסות יחלו החל מחשבון חודש מרץ". העתק של מכתב זה נשלח לניצנים גם ביום 3.3.2016 (נספחים 41 ו-42 לתצהיר המפקח).

ניצנים לא הראתה כי היא הגיבה, בכתב לפחות, להתראות אלו. אציג בהמשך את גרסתה בנושא.

181. עבודות צבע וטיח - בתחילת אפריל 2016, נדרשו עבודות צבע וטיח במקומות שונים במבנה. דני איתר קבלן חיצוני, ובמקביל כתב למאיר: "אם אתם באמת ערוכים לבצע אז אני אבטל אותו אבל אני חייב לדעת שאכן יש צוות שיתחיל לטפל כדי שלא אפספס את הקבלן שיכול להתחיל ונצא קרחים מכאן ומכאן". מאיר ענה בקצרה: "ערוכים" (התכתבות אלקטרונית מיום 6.4.2016 - נספח 92 לתצהיר של דני).

ואולם, לדברי דני בתצהירו, ניצנים לא עמדה במילתה. הפועלים לא הגיעו ובוטיק נעזרה בקבלן טיח אחר. בעדכון למפקח, דני הביע את העדפתו לכך שניצנים תמשיך בעבודתה במקביל:

"... בהמשך לקצב ההתקדמות האיטי והמלצתך להוסיף עובדים לזרז ביצוע העבודות סיכמתי עם קבלן הטיח לביצוע מלא וגמור של כל חזית דרך יפו... הקבלן [ניצנים] רשאי ומומלץ שייקח את הטייחים ויתחיל לעבוד על החזיתות האחרות אם הוא רוצה ואם לא אז אין בעיה להעביר את הטייח לאחר שיסיים ליתר החזיתות. כמובן שהעדפה שלי היא שניצנים יבצעו במקביל לטייח את [יתר] החזיתות או לפחות חזית אחת נוספת כך שנוכל לחסוך בכסף ובזמן..." (הודעת דואר אלקטרונית מיום 21.4.2016 - ת/49)

182. הנחיה כוללת לפנות ישירות לבעלי מקצוע - הגיע אמצע חודש אפריל, ולדעת המפקח "הפרויקט כלל לא קרוב למסירה". הוא החליט להתיר לבוטיק, הפעם באופן גורף, להיעזר בקבלני משנה ובספקים חיצוניים עד לסיום כלל העבודות. הוא כתב לנציגי בוטיק וניצנים:

"בהמשך לפגישה של היום. האתר כלל לא קרוב למסירה... אני מתריע כי בקצב הזה גם באוקטובר לא נסיים, אני לא רואה שהקבלן מתרגש מהקצב האיטי ואני ממליץ למזמין להכניס אנשים נוספים לאתר כדי לסיים את העבודות בכל התחומים האפשריים, מה שקורה באתר זה לא סביר ומתחת לכל התנהלות



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

נורמאלית סבירה של פרויקט. (הודעה אלקטרונית מיום 17.4.2016 - נספח 44

לתצהיר המפקח)

183. מיד לאחר מכן, ביום 21.4.2016, הגיע לאתר קבלן הטיח הנ"ל יחד עם פועליו. ניצנים התנגדה לכך בתוקף ובאותו היום שלחה לדני "הודעה על הפרה יסודית של ההסכם והתראה בטרם הפסקת העבודות". נכתב שכניסת הקבלן, ללא רשותה והסכמתה, מהווה "הפרה בוטה" של חוזה הביצוע, וכן שהמהלך פוגע בהמשך עבודתה, ואף יוצר סיכון בטיחות. ניצנים דרשה מדני: "להורות לקבלן שלא להגיע לאתר ולא להקים את הפיגום", והזהירה: "ככל שנושא זה לא יבוצע אנו נראה בכך כהודעה מטעמך, על סילוק ידה של החברה מהאתר, על כל המשתמע מכך לרבות הפסקת העבודה באתר על ידי חברתנו" (נספח 88 לתצהירו של מאיר).

למחרת נשלח מכתב נוסף מטעם ניצנים בנושא "הרכבת פיגום ועבודות בניגוד לכללי בטיחות". נאמר שם כי עבודת הקבלן החיצוני ואנשיו נעשית בניגוד לכללי הבטיחות. צוין גם כי הדבר הובא לידיעת משרד העבודה ועיריית תל אביב (שם).

184. ביום 25.4.2016, המפקח הגיב בלשון נוקבת לדברים האמורים. לדבריו, מבין שתי האפשרויות שעמדו על הפרק - סילוק ידה של ניצנים מהאתר או שיתוף פעולה יחד עם קבלנים נוספים - הוא העדיף את האחרונה. המפקח הפציר בניצנים לעזור ליתר הגורמים באתר. בשל החשיבות, אביא חלקים נרחבים מדבריו:

"זה חודשים שהאתר בדרך יפו מתנהל מתחת לכל ביקורת, ללא ניהול תקין, ללא מנהל עבודה, עם איכות ביצוע ירודה, ללא כיוון, וללא יעד. הפיקוח התריע פעמים אין ספור, הקבלן פיזר הבטחות, הלקוח הוסיף תשלומים, אולם התוצאה הסופית היא שאנחנו נמצאים בסוף חודש אפריל והסוף לא נראה באופק (גם אין שום תכנית עבודה או לוח זמנים שמגדירה אותו מטעם הקבלן).

מתוך ראיה שלפי קצב התקדמות הפרויקט בחודשים האחרונים הפרויקט לא יסתיים לפני סוף דצמבר 2016 ולמזמין יגרמו נזקים אדירים, הוריתי למזמין לחזק את הקבלן בכל עבודה בה הקבלן מתעכב. כולל הזמנת מוצרים במקום הקבלן (כבר בוצע בשיתוף עם הקבלן כמו מעלית, מדרגות פנימיות), או ביצוע (כבר בוצע הריסת מרפסות ובנייתן מחדש, ביצוע עבודות אצל יו[ח]פז ועוד). הקבלן מכיר בכך שהוא אינו מסוגל לסיים את הפרויקט ושהוא מוגבל כספית ושיתף פעולה חלקית עם המזמין, אני בחרתי בדרך של שיתוף פעולה בין המזמין לקבלן כאשר אני מנחה את הקבלן להתקדם היכן שהוא יכול ומנחה את המזמין



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

לחזק ולהכניס קבלנים/ספקים היכן שניתן כדי לקדם את הפרויקט ולמסור דירות לדיירים שזו המטרה העיקרית כרגע. יכולתי לבחור בדרך של סילוק הקבלן מהאתר (ויש לי את כל הסיבות החוזיות לכך) חילוט הערבות ופניה לדרך של תביעות משפטיות אולם בחרתי בדרך של שיתוף פעולה בין הצדדים עבור סיום הפרויקט. אני מבקש/דורש מכל הצדדים לשתף פעולה, לעזור אחד לשני ולכלל הקבלנים שבאים לסייע ולסיים לעבוד יחד ולהביא את האתר לסיום. להלן רשימה חלקית [של] עבודות (שרובן הובטחו על ידי הקבלן לסוף דצמבר) שטרם בוצעו או הושלמו בפרויקט והנחיות שלי להשלמה, [וכן] תיאור מצב הביצוע... (נספח 46 לתצהיר)

במענה למכתבה בנושא הפרת כללי הבטיחות - המפקח הוסיף והטיח בניצנים דברים קשים. לדבריו, במהלך כל התקופה ניצנים לא הקפידה כלל על נושא זה: "... שום דבר באתר לא עבד לפי תקנות בטיחות וזאת למרות ההתרעות הרבות... לא היה באתר מנהל עבודה אחראי בטיחות יום אחד...".

כחודש וחצי מאוחר יותר, ביום 6.6.2016, ניצנים סולקה מהאתר.

185. כאן המקום לחזור ולתאר את עיקר גרסתה של ניצנים בנוגע להאשמות כלפיה - אז וגם היום.

(א) כמות עובדים - יוסבר כי ניצנים לא החזיקה מאגר עובדים קבוע שפעל באתר. איציק, שהיה אמון על הכנת סידור העבודה, העיד כי כמות הפועלים שהביא הייתה תלויה בצורכי הפרויקט (החל מעמוד 657, שורה 26).

גם מאיר נשאל והעיד: "אני חושב שהייתה כמות מסיבית [של עובדים - ה"ק] לכל חיי הפרויקט, כמה שצריך, אם יש עבודה עובדים ועושים" (עמוד 565, שורות 1-2).

ניצנים לא הביאה אסמכתאות בדבר מצבת העובדים באתר. מחקירתו של איציק עולה כי לא נערך רישום של נוכחות הפועלים. ולדבריו, יומני העבודה שנוהלו על בסיס יומי, הושארו באתר (עמוד 625, שורה 15 עד שורה 35; עמוד 635, שורה 23 ואילך).

ואולם, גם בהינתן נסיבות אלו, מצופה היה שניצנים תציג תימוכין חיצוניים אחרים לגרסתה (כגון: סידורי העבודה שהועברו לאישורו של מאיר אחת לחודש או תיעוד מהנהלת החשבונות בקשר לשכר העובדים).

(ב) נוכחות מנהל עבודה - איציק סיפר שחילק את זמנו בין הפרויקט הנדון לפרויקט המקביל שניצנים ביצעה יחד עם המפקח בצפון העיר. לדבריו, בשנה הראשונה השקיע את עיקר זמנו



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

בפרויקט כאן. לאחר מכן, נוכחותו פחתה כך שמחודש פברואר 2015 לערך, הוא שהה באתר כ-70% מזמנו. לקראת סוף השנה, נוכחותו הצטמצמה עוד. עם זאת, איציק העיד כי הוא הגיע לאתר הבנייה מדי יום (עמוד 612, שורה 1 עד עמוד 613, שורה 18; עמוד 618, שורות 24-25).

אשר לדברי המפקח **בנקודה זו** - דומה כי איציק לא הכחיש את נכונותם. אך לדבריו, נוכח עבודתם המשותפת בפרויקט המקביל, המפקח הכיר וקיבל למעשה את האילוצים:

"... אני כפי שכבר הצהרתי התחלתי לעבוד באוקטובר '14 בחיים לבנון [הכוונה לפרויקט המקביל - ה"ק], אדון יוסי ספיר ידע את זה, איך הוא ידע את זה? כי הוא גם היה המפקח בחיים לבנון... יוסי ספיר ידע שאני עובד במקביל באחוזים שצינתי על שני פרויקטים... אני הצהרתי שאני לא נמצא כל היום בדרך יפו, הרי יוסי ידע שאני לא נמצא כל היום בדרך יפו..."

(עמוד 619, שורה 15 עד עמוד 620, שורה 2)

(ג) אחוז ביצוע ותשלומים - לטענת ניצנים, גם אחוז ההשלמה הגבוה של הפרויקט בעת סילוקה מלמד על קצב הביצוע ונוכחות העובדים במקום. לדברי מאיר, "אתה יכול להגיד יש עובדים, אין עובדים יש עובדות בסוף, באפריל/מאי הגענו ל-98 אחוז מה הגענו סתם?" (עמוד 565, שורות 3-4).

כפי שאפרט בהמשך, בתיק הוצגו שתי שיטות לחישוב אחוז ההתקדמות. הראשונה - במונחי עלות עבודתה של ניצנים, בהתבסס על אישורי החשבונות של המפקח; השנייה - לפי היקף ההתקדמות הכולל, כפי שהוערך על ידי שמאי המקרקעין מטעם הבנק המלווה של הפרויקט (להלן: "אחוז הביצוע לפי המפקח" ו-"אחוז הביצוע לפי השמאי", בהתאמה).

בהתאם לשיטה הראשונה, המבוססת על חשבונות שאושרו לתשלום כאמור - ניצנים הראתה כי בגין אותה תקופה - נובמבר 2015 עד לחודש מרץ 2016 - שולמו לה סכומים גבוהים, המשקפים לטענתה אחוז ביצוע של מעל 8% מהפרויקט (העתקי חשבוניות המס שהופקו לבוטיק הוגשו לתיק - ת/53 עד ת/57). לשיטת ניצנים, "חשבוניות אלו... סותרות את טענותיה של בוטיק בדבר התפקוד של ניצנים באתר החל מינואר 2016" (מתוך סעיף 54 לסיכומיה).

המפקח נשאל על נושא התשלומים בחקירתו. לגבי הכספים ששולמו לניצנים עבור עבודות חודש פברואר 2016, הוא העיד:

"ש: ... מה העלות [של] העבודות שבוצעו בפברואר?



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

- ת :** בפברואר בוצע מבחינתי 595 אלף.
- ש :** זאת אומרת שאתה מדבר שבחודש פברואר 16 עם שני פועלים באתר ועם מנהל עבודה שלא נמצא עושים עבודה ב-600 אלף ש"ח,
- ת :** אני רואה, אני רואה מה עשו. הביאו את המטבחים בפברואר בשביל זה כנראה גם לא הוצאתי אותם בפברואר אלא יותר מאוחר אבל הביאו את המטבחים הביאו את הדלתות פנים, הביאו את הספי שיש למטבחים, הביאו חלונות, אינסטלטור מרכיב כלים סניטרים שזה כסף גדול 120 אלף שקל, זהו. ריצוף.
- ש :** אז עובדים באתר?
- ת :** בפברואר כנראה עוד עובדים.
- ש :** בפברואר כנראה עוד עובדים?
- ת :** כן. אבל אני אומר לך שמבחינת, עובדים בפברואר עובדים אבל זהו. פברואר, פברואר עובדים.

...

הרי לא הייתי מוציא אותם אם הם לא היו עובדים, אין לי אינטרס להוציא אותם אם הם לא עובדים. שעובדים שמחתי לשלם כסף ושמחתי לשלם חשבונות גדולים."

(עמוד 1,196, שורה 24 עד עמוד 1,197, שורה 10 ; דו"ח התשלום לפברואר - ת/15)

לדברי המפקח, מחודש מרץ 2016 לא הייתה התקדמות. ניצנים הציבה במקום פועל אחד או שניים (עמוד 971, שורה 25 עד עמוד 972, שורה 10 ; עמוד 969, שורה 21 עד שורה 26).

(ד) שיקולי המפקח - ניצנים סבורה כי המפקח נכנע ללחץ הכבד שדני הפעיל עליו. ולגישתה, זה גם ההסבר, להחלטתו להכניס קבלני משנה חיצוניים לאתר. להלן קטעים מתוך עדותו של מאיר בנושא :

"... על יוסי ספיר [המפקח] ישב מר דני בשן בלחץ, הוא לא טיפל במחדלים שלו שגרמו שנה וחצי איחור לפרויקט, בזה הוא לא טיפל כי זה כבר קרה, עכשיו יש עליו לחץ, הוא מכר דירות כבר שנה וחצי לפני שנכנסנו לאתר... יש לו קנסות, יש לו לחצים, יש לו חוזה קשה עם וינברג והוא מלחיץ את יוסי ספיר כל הזמן לא לשלם חשבונות ושיעשו, שיעשו מהר..." (עמוד 549, שורה 6 עד שורה 11)

אולם לדברי המפקח, האפשרות להחלפת ניצנים עמדה על הפרק כבר בשנת 2014. אלא שבזמנו, מטעמים כלכליים ותפעוליים, עצתו לבוטיק הייתה שונה. המפקח המליץ להשאיר



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

את ניצנים באתר :

"... בוטיק התייעצה איתי האם לסלק את ניצנים מהפרויקט ואף קיימנו פגישה בנושא. הסברתי לנציגי בוטיק את דעתי... לפיה לא מומלץ בשלב זה לסלק את ניצנים והחלפתה בקבלן אחר תעלה מיליוני שקלים נוספים ותעכב את הפרויקט. סברתי באותה התקופה כי בשל העבודה שעבודות השלד כמעט והסתיימו יהיה קשה 'להכניס' קבלן אחר שייקח על עצמו את האחריות לכל העבודות שביצעה ניצנים עד כה, בייחוד בשל העובדה כי מדובר בפרויקט לשימור, בו העבודה מתבצעת על בניין קיים. לכן, במקרה זה, יהיה זה פשוט יותר להחליף קבלן לקראת סיום עבודות השלד." (סעיף 64 לתצהירו)

המפקח העיד כי "הדיון האם להוציא את ניצנים מהשטח בגלל מה שקורה בשטח היה כל הזמן". הוא העריך שהחל מאמצע שנת 2014, "כשראינו שהמצב מתחיל להתדרדר", התקיימה התייעצות בנושא "בערך פעם בשבועיים" (עמוד 1,132, שורה 21 עד עמוד 1,133, שורה 2).

והנה, למרות הדיונים התכופים בנושא, המלצת המפקח נותרה דומה: להמשיך "להמר" כלשונו על ניצנים. באוקטובר 2015, ערב עריכת ההסדר השלישי, הוא השיב לחששותיו של דני בקשר לחשיפה הכספית מול ניצנים כך :

"... אין בטחון שהקבלן אכן יצליח לגמור את כל העבודות בדצמבר, זהו שלב בו צריך לקבל החלטות אמיצות. ההחלטה היא האם להיכנס למלחמה עם הקבלן או לשלם את החשבון ולהמשיך עם מערכת שכבר מוכנה לסיים את הפרויקט אבל לא בטוח שבזמן... מבחינה כספית אתה די מוגן. גם הקבלן רוצה לגמור וללכת אנחנו רק צריכים לעזור לו לגמור את העבודה מהר. אני מציע לשלם את החשבון ולדחוף קדימה אני חושב שהקבלן הבין את המסר. להוציא את הקבלן מהאתר כרוך בארגון מטורף אשר ממילא יקח זמן ויגרום להוצאות רבות ללא אחריות ובעיות רבות. אם זה היה הפרויקט שלי הייתי ממשיך ומהמר על ניצנים שימשיכו ופשוט דוחף קדימה ונותן פתרונות והדרכה לסיום מהיר ככל שניתן. תמיד יש חשבונות אחרונים וסופי בהם ניתן להתחשבן."

בהמשך לכך, כשדני התעקש לקבל "התייחסות עניינית" לבקשתו לקזז בחשבונות התשלום מראש, המפקח הוסיף וענה :

"צריך להחליט אם סומכים על הקבלן או לא. אם אתה חושב שהוא לא מתכוון לגמור את הפרויקט ואין לך יותר ביטחון במה שהוא אומר אז בוא נגמור לבד."



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

אני לא יכול להבטיח שהוא לא ייקח את הצ'ק ויברח, לא נראה לי שזה מה שהוא יעשה, אבל החיים לימדו אותי כי יש הפתעות ואכן מאיר הוא לא צפוי. לכן ההחלטה היא שלך - להמר על הקבלן או לקחת את המושכות. לגבי קיזוזים - אם ממשיכים עם הקבלן אז אני לא מקוז [לו] מהחשבונות את התוספות שקיבל עד כה לחשבונות, אם לא ממשיכים עם הקבלן אז נכנסים למסכת אחרת של התחשבוניות." (מתוך התכתבות אלקטרונית מיום 6.10.2015 ולמחרת - ת/11)

(ה) תגובת ניצנים למכתבי המפקח - בחקירתו הנגדית מאיר התבקש להסביר מה הייתה התייחסותו לפניית החוזרות ונשנות של המפקח:

"כב' הש' קירש: ... מה שאני מנסה להבין, אתה מקבל ב-22 לפברואר 2016 מכתב, שם יש דברים לא נעימים כולל גם... אין כמות מספיקה של אנשים באתר... למה לא לקבוע עם יוסי [המפקח] וללכת למקום ולהראות לו הנה יש לי דוגמה 20 [אנשים], לתעד את זה, שאומר הייתי עם יוסי הראיתי ליוסי שהיו 20 אנשים.

מר דויד [מאיר]: עשינו את זה.

כב' הש' קירש: איפה זה?

מר דויד: עשינו, לא, זה לא תיעוד שנרשם אבל הוא הרבה פעמים התבונן וראה.

כב' הש' קירש: אז למה הוא חוזר לכתוב את זה?

מר דויד: הוא חוזר זה לפרוטוקול ואני גם כתבתי לו מכתבים חזרה.

כב' הש' קירש: ... איפה אני מוצא את זה שאתה נותן מענה למה שיוסי כותב? למשל בנושא עובדים, זו השאלה שנשאלת, יש לך משהו להראות שאתה מגיב לעניינים האלה?

מר דויד: כן.

...

ב-7 לינואר '16.

...

זה מכתב אחד היו עשרות מכתבים שאפילו לא צרפתי...

...

כב' הש' קירש: אז מה איך הגבתם? הוספתם עובדים?



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

מר דויד:

לא, היו מספיק.

...

כבודו אני אסביר לך משהו, שכמות העובדים היא לא פונקציה לתפוקה, למה? כי יש דברים שאי אפשר להתקדם אתם למשל בכל הנושא של הפטיו אי אפשר היה להתקדם... בכל נקודת זמן אני לא מנעתי מאיזיק לרגע כמות של עובדים, זה האינטרס שלי לגמור את הפרויקט כמה שיותר מהר, היה לי בקופה באותו מועד 3-4 מיליון שקל למה שאני אאט את זה שהעלות הבצוע שלי היא כמה מאות אלפי שקלים ספורות, אז אני רצתי כל הזמן..."

(עמוד 565, שורה 24 עד עמוד 567, שורה 10)

לדעתי, עדותו של מאיר בנושא אינה משכנעת, ודבריו אף סותרים זה את זה.

ראשית, אם אכן נשלחו למפקח "עשרות מכתבים" כדברי מאיר, מדוע לא ראתה ניצנים להמציא יותר ממכתב תשובה בודד מתקופה זו? כוונתי למכתבו של איזיק מנובמבר 2015, במסגרתו, כזכור, איזיק הגיב לדרישות המפקח, וציין כי מרבית העבודות יושלמו עד תום השנה (ראו בסעיף 167 לעיל). מכתב זה נשלח לפני סדרת פניות נוספות מצד המפקח. ניצנים לא הפנתה בסיכומיה למסמכים אחרים התומכים בגרסתה בנקודה זו; **שתיים**, ובהמשך לאמור, דומה כי אותו מכתב מינואר 2016, אליו מאיר הפנה בחקירתו, אינו רלבנטי לעניין. המכתב הקצר עסק במאמצי ניצנים לעמוד בלוחות הזמנים, אגב גילוי המרפסות הרעועות והצורך שעלה בהריסתן. אין בו תשובה לטענות בדבר מצבת הפועלים, העדר נוכחות מנהל עבודה או רמת ביצוע המשימות (תוכן המכתב הובא בסעיף 171 לעיל במלואו); **שלוש**, ככל שלא היה מענה כתוב, ומאיר הסתפק בהצגת המצב בשטח, הרי שמדובר בהתנהלות שונה מזו הנלמדת מחומר הראיות. בתיק קיימות דוגמאות רבות המעידות על כושר הביטוי של מאיר ושל איזיק בכתב, ואף על יכולתם להשיב בזריזות; **ארבע**, גם אם המפקח חזר על פניותיו "לפרוטוקול", כטענת מאיר, הרי שלכאורה הדבר היה אמור רק לחזק את התמריץ לתעד את המענה להן מצד ניצנים.

186. על רקע האמור עד כה, הגעתי למסקנות הבאות:

(א) קבלני המשנה הוכנסו לאתר בליית ברירה. לדעתי, העובדה שהמהלך נעשה באופן הדרגתי מחזקת קביעה זו. לניצנים ניתנה ההזדמנות להשתלט על העבודה, וכך לייתר במעשיה את הצורך בסיוע חיצוני נוסף.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

(ב) ניצנים לא עמדה בנטל להראות שהגיבה לפניות המפקח בנושא, בכתב או בפעולה כלשהי. כמו כן, לא הוכח כי דרישותיו החוזרות של המפקח לא היו מוצדקות. בהקשר זה יש לזכור כי המפקח היה מצוי בעמדה מורכבת. מצד אחד, הוא נדרש להתמודד עם לחצי בוטיק; ומן הצד שני, היה לו האינטרס לשמור על יחסים טובים עם ניצנים שעמה שיתף פעולה (כמפקח) גם בפרויקט המקביל. בין לבין, היה עליו למלא את אחריותו המקצועית. כמוסבר בחלק ח' לעיל, לא מצאתי בסיס לטענת ניצנים שהמפקח פעל משיקולים זרים או לפי "רוח המפקד" כלשונה.

(ג) טענתה של ניצנים כי "הרשות להכניס קבלני משנה ניתנה ע"י ספיר [המפקח] לקראת סוף אפריל 2016" אינה מדויקת (סעיף 55 לסיכומיה). כמתואר, המפקח אפשר לבוטיק להסתייע בקבלנים אחרים כבר בנובמבר 2015 (באופן נקודתי). נקודה זו תשמש להמשך הדיון בנושא קביעת אחוז הביצוע במועד סילוקה של ניצנים מהאתר.

ג) אירועים נוספים שמנעו את השלמת הפרויקט

187. שני הצדדים הקדישו תשומת לב רבה להתרחשויות נוספות שעיכבו את התקדמות הפרויקט. לצורך הדיון כאן, אציג דוגמאות של עבודות שטרם בוצעו בסוף שנת 2015, אשר לגביהן קיים ספק בנוגע לאפשרות ביצוען מוקדם יותר.

188. העבודות בחנות של בבג'ני - מר בבג'ני ומשפחתו ("בבג'ני") שכרו בשכירות מוגנת חנות כפולה במבנה, שכללה מרתף. בבג'ני סירב לביצוע עבודות חיזוק ושיפוץ בחנות, והוגשה נגדו תביעה על ידי וינברג. הסכמות בין בבג'ני ובין וינברג ובוטיק בעניין ביצוע עבודות שונות הושגו בספטמבר 2016 ובאוקטובר 2016 (העתקים של פסק הדין והסכם פשרה צורפו כנספחים 6 ו-7 לתצהיר של דני, בהתאמה).

לטענת ניצנים, קודם להסדרים הנ"ל לא ניתן היה להשלים את העבודות אצל בבג'ני. כך שהשלמת העבודות בפרויקט לפני ספטמבר-אוקטובר 2016 כלל לא הייתה אפשרית.

לחיזוק עמדתה, ניצנים מסתמכות על דברי בוטיק בכתב הגנתה בהליך המשפטי מול וינברג. שם, בוטיק טענה כי התנגדות בבג'ני לביצוע עבודות חשמל מנעה מבעדה לקבל אישור אכלוס:

"... בשלבי הסיום בפרויקט, הבניין טרם יכול היה לקבל אישור אכלוס בגלל

סירובו של בבג'ני לבצע את עבודות החשמל בחנות. על כן, בהעדר ברירה, נאלצה

הנתבעת [בוטיק] להגיע להסכם עם בבג'ני במסגרתו שילמה לו הנתבעת סכומים

גבוהים על מנת לבצע את העבודות בחנות ולהשלים את הפרויקט." (סעיף 121

לכתב ההגנה - ת/29)



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

יוסף כי במסגרת הגנתה, בוטיק טענה בתוקף כי מחדלי וינברג ויחסיה העכורים עם חלק מהשוכרים המוגנים, ביניהם בבג'ני, תרמו להתנגדותם לביצוע עבודות בחנויות (בפרט בנושא החלפת הוויטרונות). נטען כי העיכוב בביצוע גרם לעיכוב בקידום הפרויקט ובסיומו (ראו פרק ג.2. שסק ב"דיירים המוגנים בקומת הקרקע", שם).

189. ניצנים מוצאת תימוכין לעמדתה גם בעדותו של דני, שאישר כי בבג'ני גרם לעיכוב נוסף במהלך שנת 2016. לגבי עבודות החשמל - דני הסביר כי המועד בו הושגה הפשרה - אוקטובר 2016 - הוא "מקרי", ובנסיבות אחרות, אפשר היה להערכתו להגיע להבנות כבר במרץ 2016. ולגבי החלפת הוויטרונות - דני הודה שניצנים יכלה להתקין את הוויטרינה אצל בבג'ני רק בספטמבר 2016. אולם, לדבריו, בכל מקרה ניצנים לא החליפה ויטרונות בחנויות בהן הדבר כן התאפשר (עמוד 1,471, שורה 3 עד שורה 28).

190. במענה לכך, ניצנים טוענת בסיכומיה כי: **"בשן בחקירתו ביקש ל'סדר' את הנושא בכך שטען כי יכול היה להגיע עם הדיירים הנ"ל [הכוונה לשוכרים בבג'ני ויוחפז - ה"ק] להסדר במועדים מוקדמים יותר, ברם ברור כי טענה זו, אינה נתמכת בכל ראיה, ולא ברור מדוע בוטיק לא הגיעה להסדרים בשלב מוקדם יותר"** (מתוך סעיף 235).

בוטיק לא השיבה לדברים. למעשה, אין בסיכומיה התייחסות פרטנית להתנגדות מצד בבג'ני ולהשפעתה על קידום הפרויקט.

191. כך או אחרת, לא ברור מה מידת ההשפעה הממשית של העבודות הנ"ל על היכולת להשלים את הפרויקט. אמנם, בחוזה הביצוע הובהר כי "גמר העבודות" כולל גם את **"החלפת ויטרונות לכל החנויות בקומת הקרקע, חיבור החנויות למים בזק וחשמל"**. אך לצד זאת, נכתב גם:

"מוסכם במקרה שבו לא ניתן יהיה לבצע עבודות כלשהן, אולם הדבר אינו מעכב קבלת טופס 4 ומסירת כל יתר העבודות ליד המזמין (להלן: 'העבודות החסרות'), יפעל הקבלן לקבלת טופס 4 ומסירת העבודות שבוצעו לידי המזמין. מוסכם כי אי ביצוע העבודות חסרות כאמור לא יעכב את תשלום מלוא התמורה לקבלן." (מתוך סעיף 33.2)

אין חולק כי ניתן למבנה אישור אכלוס ביום 10.10.2016, לפני כריתת הסכם הפשרה (העתק מטושטש שלו הוגש לתיק בית המשפט - נ/35). גם מעדותו של דני עולה כי עבודות החשמל אצל בבג'ני לא חסמו את האפשרות לקבלת היתר אכלוס (בשונה מהאמור בטיעוני ההגנה של בוטיק במסגרת ההליך המשפטי מול וינברג; עמוד 1,523, שורות 29-30).

192. תיאום תכנון החשמל בשטח הציבורי (חצר פנימית) - בעניין זה הצדדים חלוקים בעיקר בשניים:



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

(א) השפעת מהלך התכנון על קידום הפרויקט - האם, כטענת בוטיק, נוכח התממהות ניצנים בביצוע עבודות הכרחיות (וקודמות) בחצר המבנה, אין לכך נפקות מעשית; או שמא, כטענת ניצנים, החסם שנבע מדרישת חברת החשמל, צריך להילקח בחשבון בהערכת הזמן הנדרש.

(ב) מועד מסירת תוכניות סופיות לחשמל הציבורי לידי ניצנים - האם מדובר בסוף שנת 2015, כפי שמשמע מגרסת בוטיק, או שהתוכניות הועברו רק במרץ 2016, כגרסת ניצנים.

אציג את הרקע הנדרש להבנת טיעוני הצדדים בעניין.

193. במסגרת הפרויקט, הוקמה בין שני אגפי המבנה חצר פנימית מרוצפת (פטיו). במרחב החצר הוצב מגדל לזוג מעליות. מתחת לשטח החצר הוקם מקלט תת-קרקעי לשימוש הדירות.

194. צנרת החשמל הועברה מתחת לרצפת החצר ודרך פיר המעליות. קודם לסילוקה, ניצנים לא השלימה את עבודת החשמל בחצר.

195. לפי הראיות, הליך תכנון החשמל הציבורי לווה בקשיים.

יוסבר כי לאחר קבלת היתר הבנייה, חברת החשמל דרשה להקים חדר טרנספורמציה. חברת החשמל חזרה בה מדרישתה במהלך שנת 2015.

לדברי האדריכל, לא ניתן היה להשלים את תוכניות החשמל הציבורי (להבדיל מהתכנון בדירות) **"עד שלא ירדה הדרישה לחדר טרנספורמציה"** (עמוד 762, שורה 13).

196. דני העיד כי **"קידום התכנון של החשמל בשטחים הציבוריים... הושלם לקראת סוף שנת 2015"**. אך, לדבריו **"אישורו הסופי"** מול חברת החשמל, היה תלוי בהשלמת איטום גג המקלט ובבניית פיר המעליות, וניצנים סיימה את ביצוע עבודות אלו רק במרץ 2016 (עמוד 1,477, שורות 18-17; עמוד 1,491, שורה 23 עד שורה 27; עמוד 1,495, שורה 25 עד שורה 27).

לשיטת דני, אלמלא דשדושה של ניצנים, ניתן היה להגיע לנקודת הסיום כבר בשנת 2015 (עמוד 1,490, שורה 7 עד שורה 24).

197. בחקירתו המפקח העיד כדלקמן:

"ש: ... אם אתה סבור שהפרויקט צריך להסתיים בסוף דצמבר 15... ורק

לקראת סוף 15 יש לך איזה שהוא אישור מחברת חשמל,

ת: אבל אם הפיתוח הייתי מתחיל לעשות אותו באפריל 2015 וכבר היה לי את

המעליות וכבר היה לי את המעוין [הכוונה לחזית מגדל המעליות - ה"ק]

הייתי מתעסק עם זה שנה לפני ולא שנה אחרי,

...



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

עמדו מעליות עמדו דברים עמד פיגום אי אפשר היה לעשות חיבורי חשמל

לא היו לי נישות מוכנות לחברת חשמל בכלל..."

(עמוד 1,175, שורה 4 עד שורה 14)

198. אולם, על אף ניסיונה של בוטיק לתלות את האשם בנושא החשמל כולו על ניצנים, נראה כי דרישת חברת החשמל הציבה חסם אובייקטיבי. גם אם ניצנים הייתה מספיקה לסיים את העבודות בחצר מוקדם יותר, כציפיית בוטיק, היא הייתה נדרשה לעצור. שהרי, לפי העדויות, לפחות עד לסוף שנת 2015, לא ניתן היה לקבל את אישור נציגי חברת החשמל למיקום כבלי החשמל. ומשכך, גם לא ניתן היה להתקדם לשלב הריצוף. יתרה מזאת, כשאנשי חברת החשמל הגיעו לבסוף לאתר, הם סברו שהעומק שנועד להטמנת הכבלים בלתי מספק ונדרשו חפירה ויציקה נוספות (ראו את עדות החשמלאי, מר אבו-אלהיג'א - עמוד 357, שורה 11 עד שורה 21).
199. גם האמור בכתב הגנתה של בוטיק מפני תביעה וינברג מהווה חיזוק לכך. בוטיק טענה שם כי דרישת חברת החשמל עצרה את התכנון, ואף הובילה להשהיית העבודה עצמה:

"בתקופה שבה דרשה חברת חשמל להקים חדר טרנספורמציה בפרויקט ובשל דרישה זו, חברת החשמל סירבה לשתף פעולה עם הנתבעת [בוטיק] לגבי תכנון החשמל לפרויקט. על כן, בהעדר ברירה, נאלצה הנתבעת להשהות את ביצוע עבודות החשמל בפרויקט, וזאת עד לקבלת התכנון המלא של עבודות החשמל מטעם חברת החשמל. עקב כך, נגרם עיכוב בחיבור הסופי והקבוע של הבניין לרשת החשמל. כך שלמעשה, למרות שעבודות הבניה בפרויקט נסתיימו מספר שבועות טרם קבלת אישור האכלוס, הנתבעת נאלצה להמתין לחיבורו הסופי והקבוע של הבניין לרשת החשמל." (סעיף 158 לכתב ההגנה - ת/29)

200. לגרסת ניצנים, תוכניות סופיות לחשמל בשטח הציבורי נמסרו לידיה רק במרץ 2016. לגרסת בוטיק, לעומת זאת, התוכניות האמורות נמסרו לקראת סוף שנת 2015. לא הוגשו ראיות בכתב המצביעות באופן חד-משמעי על מועד מסירת התוכניות. ובכל זאת, טוענת ניצנים:

"... לצורך הדיון דנן (עיכוב בביצוע העבודות) ברור כי ניצנים לא יכולה היתה לסיים את הפרויקט בטרם קיבלה את תיאום התכנון לחשמל הציבורי בשים לב כי לאחר קבלת התכנון יש לבצע את העבודות. אם לדידו של בשן תיאום התכנון הושלם בסוף שנת 2015, הרי שלא ניתן היה לסיים את הפרויקט לפני מועד זה, שממנו יש לתת לניצנים זמן לביצוע עבודות החשמל..." (מתוך סעיף 217 לסיכומיה)

201. בנסיבות המקרה, יש לדעתי להתחשב בנושא זה (ביטול דרישת חברת החשמל בשלב מאוחר) במכלול השיקולים לקביעת מועד הסיום של הפרויקט.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

202. החלפת ויטרינות בחנויות - בקומת הקרקע של המבנה נמצאות יותר מעשר חנויות מסחר. כחלק מהעבודות, ניצנים נדרשה להחליף את חלונות הראווה שלהן ("ויטרינות").

תחילה דובר על שני סוגי ויטרינות. לחנויות שחזיתן פנתה לסמטת בית הבד - תוכננו ויטרינות עם מסגרת מתכת (הן כונו בהליך "ויטרינות בלגיות"); ולחנויות שפנו לרחוב דרך יפו - תוכננו ויטרינות עם מסגרת עץ.

203. בסופו של יום, הוויטרינות (או רובן המוחלט) הותקנו על ידי קבלן משנה חיצוני, לאחר סילוק ניצנים. המחלוקת המעשית בין הצדדים נוגעת לגובה עלויות החומר וההרכבה, שאותן ניצנים נדרשת להשיב לבוטיק במסגרת תביעתה הנגדית.

204. פרט לפן הכספי, במסגרת טיעוניה בוטיק הביאה את נושא ייצור והרכבת הוויטרינות כדוגמה מרכזית ל"עבודה איטית ומרושלת" של ניצנים. לפי בוטיק, היא נאלצה "לרדוף" אחר ניצנים במשך תקופה ארוכה, ובייחוד במהלך שנת 2015, כדי להניע את החלפת הוויטרינות. אולם, לדבריה, עד לחודשים פברואר-מרץ 2016 לא הותקנה ויטרינה אחת בפרויקט.

205. מעיון בראיות מתקבלת תמונה יותר מורכבת, לפיה השלמת העבודה לא הייתה תלויה רק בניצנים.

ראשית, ביצוע העבודה הצריך שיתוף פעולה מצד השוכרים המוגנים בחנויות, אלא שהמהלך נתקל בהתנגדות. טענת השוכרים הייתה כי השינוי יוביל להקטנת שטח חלון הראווה, ואף לצמצום שטח החנות.

השוכרים הערימו קשיים על הביצוע גם לאחר סילוק ניצנים. בשלהי חודש אוגוסט 2016, לאחר סיור שערך צוות השימור של עיריית תל אביב במבנה, דווח: **"עד כה שוחזרו שתי ויטרינות עץ בלבד... בעלי החנויות שכן החליפו את החלונות לויטרינות עץ, טוענים כי אינם מרוצים מהשינוי - שטח הראווה הוקטן, טרם נמצא פתרון לסורג/התריס, העץ קשה לתחזוקה. שאר בעלי החנויות אינם מעוניינים להחלפת החלונות בוויטרינות עץ מאות[ן] הסיבות."** (מתוך סעיפים ב.2. ו-ג.2. למכתב נציגת מחלקת השימור מיום 11.9.2016 - ת/52).

206. **שנית**, החלפת הוויטרינות נעשתה בהתאם להנחיות מחלקת השימור של העירייה, והייתה כפופה לאישורה. נטען כי אישור זה היה נחוץ לקבלת טופס 4 ותעודת גמר.

עניין זה הכתיב את אופן העבודה. כך למשל, בשלב הראשון, ניצנים התבקשה להתקין רק שתי ויטרינות לדוגמה (אחת מכל סוג), על מנת שאלו יאושרו על ידי מחלקת השימור.

דוגמה נוספת, וחשובה יותר לדעתי, היא ההוראה המאוחרת של צוות השימור - בספטמבר 2016 - לבחון שוב את עיצוב הוויטרינות ואת מסגורן במתכת (ליותר ממחצית החנויות תוכננו במקור



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

ויטריות (עץ). בעקבות הסיור הנ"ל, צוות השימור הנחה: "לשקול מחדש את נושא העיצוב של הפתחים המסחריים ולבדוק אפשרות לאפשר חלונות ראויה... ממסגרים בפרופיל בלגי [מתכת] עם פתרון לתריס/סוגר אחיד לכולם... אדריכל הפרויקט יציג את תכנון הפתחים בקומה המסחרית בשתי החזיתות בהתאם למומלץ ויעביר את התכנון לבדיקת צוות השימור..." (מתוך סעיפים 2.ד. ו-2.ה., שם).

207. **שלישית**, ישנו ספק לגבי מועד העברת תוכניות הוויטריות לניצנים. לפי חלק מהאסמכתאות, משתמע לכאורה כי עד תחילת נובמבר 2015 לא נמסרו לניצנים תוכניות לייצור הוויטריות:

(א) ביום 19.10.2015 ניצנים פנתה למפקח במכתב בו העלתה מספר נושאים הדורשים את התייחסותו לצורך ביצוע, ביניהם צוינו גם הוויטריות. נאמר כי "התשובות קריטיות על מנת לעמוד בלוחות הזמנים" (נספח 68 לתצהיר של מאיר).

(ב) ביום 1.11.2015 ניצנים כתבה לדני מכתב בנושא הוויטריות, והתריעה: "עדיין אין תוכניות לביצוע הוויטריות. לאור האמור... גמר הפרויקט ידחה ב-60 יום מלוחות הזמנים שנשלחו" (ת/43). מסר דומה הועבר גם בהודעה אלקטרונית למפקח מאותו היום, שאלה דני היה מכותב (נספח 34 לתצהיר המפקח).

(ג) כמסופר, ביום 4.11.2015 המפקח הפנה לניצנים רשימת נושאים לטיפול. בסעיף 19 למכתבו ציין: "יש להרכיב ויטריות מסגרות פלדה בהקדם כדוגמא לצוות שימור, יש להרכיב ויטריות נגרות כדוגמא לצוות שימור - פעולות אלו בעדיפות ראשונה" (נספח 36, שם).

ביום 9.11.2015, איציק ענה: "19. רק היום קיבלנו תוכניות, יסתיים עד ה-31.12.2015" (נספח 37, שם).

על פני הדברים, לא ברור כיצד האמור משתלב עם הודעות קודמות של ניצנים כי תספק את הוויטריות במהלך חודש אוקטובר 2015 (נספחים 23 ו-25 לתצהיר המפקח). אפשר לשער כי קיים ערבוב בין האסמכתאות שעניינן בויטריות לדוגמה לבין אלו שעוסקות בשאר הוויטריות (בעניין זה, ראו את דבריו של מאיר בחקירתו: "ההבטחה של אוקטובר התייחסה לוויטריות לדוגמה". ובנוגע ליתר הוויטריות, הוא אמר: "היו בערך 28 פגישות... שהאדריכל לא ידע איך הוא רוצה בדיוק את הוויטרינה ואנחנו לא ידענו מה לייצר"; עמוד 533, שורה 25; עמוד 530, שורות 17-18).

(ד) התרשמות מהראיות בתיק והרמת נטלי ההוכחה

208. כבר הקדמתי וצינתי כי מחומר הראיות אין זה מקרה של "שחור או לבן". ההתנהלות בפרויקט - מטבעה - הייתה דינמית. התרשמתי שלכל אחד מהמעורבים הייתה תרומה או אחריות מסוימת



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 22631-06-16 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

להשתלשלות העניינים (בין במעשה או בין במחדל).

209. לטעמי, גם בנוגע לעמידה בלוח הזמנים (כמו בנושא התמורה החוזית שנדון לעיל), יש להתבונן על התמונה הכוללת. התמקדות בפרק זמן זה או אחר על ציר הזמן, מובילה לתוצאות שונות, ומחטיאה במידה רבה את "הסיפור" כולו.

210. לדברי דני עצמו, רק לקראת סוף 2015 האמון בין הצדדים נשבר :

"ת: הקבלן לא היה גרוע מההתחלה... הוא לא היה גרוע מההתחלה, מההתחלה היו איתו בעיות, הוא ממש לא היה גרוע מההתחלה, גם אחרי פינויו של סיני עוד לא היינו בטוחים שהוא גרוע, אנחנו הבנו שהוא גרוע שהוא הונה אותנו בערך באמצע סוף 2015...

ש: זאת אומרת, בוא נדייק את הדברים עכשיו, בוא נדייק, החוזה נחתם במרץ 13 ואיפה שהוא באמצע סוף 2015 אתה יש לך תובנה.

ת: שהוא הונה אותי... תובנה מתגבשת, עוד לא, בפברואר 2016 או מרץ 2016 הבנתי שהונו אותי לגמרי.

ש: ... מתי?

ת: פברואר, מרץ 2016, מרץ, אפריל 2016, אבל כבר במקרה המעלית, היה לי שברון אמון מלא..."

(עמוד 1,408, שורה 31 עד עמוד 1,409, שורה 10 ; וראו גם בפרק ב.7. לתצהירו)

211. בשלב אחר בחקירה, דני סיפר שלאחר עריכת ההסדר השני, בנובמבר 2014, "היו 10 חודשים באמת סבירים בהתנהלות":

"כב' הש' קירש: רק להבין משהו הסכום של 500 אלף שקל זה סכום לא מבוטל בהקשר הזה,

מר בשן: המון כסף.

כב' הש' קירש: וצינת שלא היו חריגים אז למה הסכמתם?

מר בשן: אני לא הסכמת... אני רציתי בשלב זה... להוציא את הקבלן

אני כמעט פיטרתי את יוסי [המפקח] בשלב הזה וכמעט עם כולם רבתי עם אבא שלי, עם כולם אני אמרתי זה לא יכול להיות... אבל הקבלן הבטיח... שאם הוא מקבל את הכסף הזה הוא עוזב אותנו עד סוף הפרויקט הוא מסיים את הפרויקט בנובמבר 15... המזל שלי שהסכמת, שדרשתי שנייה לפני הזה שזה יהיה ב-10 תשלומים ולא בתשלום



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

אחד ככה לפחות 10 חודשים עוד, עוד, זה היו 10 חודשים

באמת סבירים בהתנהלות."

(עמוד 1,613, שורה 18 עד עמוד 1,614, שורה 4)

212. היינו, לצד חוסר שביעות הרצון **ההדדי** בקשר לעניינים כאלה ואחרים, ההתנהלות בין הצדדים נמשכה במשך כשלוש שנים.

היום, אין בידי כלים לבחון ולברר מה הייתה השפעתם **המדויקת** של כל אחד מהגורמים הנטענים לעיכוב, או מה מידת (ואף כיוון) התלות ביניהם. האם, למשל, כוח העבודה שהוצב באתר היה מספק ומיומן? האם היה מתווה עדיף וישים לביצוע העבודה? האם בוטיק נרתמה כמצופה להסיר את המכשולים שבדרך? והאם העדכונים לתוכניות יכלו להימסר מוקדם יותר?

213. ניתן לומר לכאורה כי במצב דברים זה, יש לפנות לקביעות המפקח, שהיה קרוב להתרחשות ובחן את הדברים בזמן אמת. אלא שלטעמי קיים ספק אם הדחיות שאישר הן מספקות, ולו מהסיבה הפשוטה שהאחרונה מבניהן ניתנה ביולי 2014. מאז חלפו כמעט שנתיים של עבודה עד לסילוקה של ניצנים מהאתר, על כל הכרוך בכך. כפי שתוארתי לעיל, חלק מהאירועים שהתרחשו בשלב מאוחר יחסית (ולאחר הצגת הגאנט), לא היו באחריות הבלעדית של ניצנים.

214. מנגד, אין בידי לקבל את הערכתו של מר קוטלר בנושא. לגישתו, היה מקום לאשר לניצנים 24 חודשי דחייה. כלומר פי שניים ממשך הזמן המקורי, אשר לדבריו היה בר-ביצוע:

"כב' הש' קירש: ... לפרויקט הזה שהוא פרויקט שאפתני זה בניין מאוד ישן

להפוך את זה למשהו מאוד יפה לפי התמונות... הלוח זמנים

המקורי של 24 חודשים הוא היה מציאותי לדעתך?

מר קוטלר: כן. 24 חודשים ועוד 3 חודשים גרייס... זה 27, כן מציאותי.

...

כב' הש' קירש: זה סביר?

מר קוטלר: כן... חד משמעית כן."

(עמוד 253, שורה 2 עד שורה 14)

215. לצורך מתן עדותו, מר קוטלר הכין ניתוח של לוח זמנים (אותו כינה "לוח הגאנט בפועל"; נספח 3 לחוות דעתו). הוא העיד שהוא הסתמך על הגאנט המקורי וערך בו התאמות בהתאם להתרחשויות בפועל שהתבררו בדיעבד (סעיפים 23, 31 ו-41 לחוות דעתו; עמוד 294, שורה 26 עד עמוד 295, שורה 1).

התרשמתי כי הניתוח של מר קוטלר היטיב עם ניצנים, והעביר למעשה את מלוא האחריות



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

(והסיכון) לבוטיק. מר קוטלר אמנם הביא בחשבון עיכובים שלכאורה נכפו על ניצנים, אך במקביל לא בחן באופן ביקורתי את השאלה האם ניצנים עצמה נערכה באופן מיטבי לקידום הפרויקט באותו שלב, בהינתן אותן נסיבות חיצוניות. לדוגמה, בקשר לחישוב משך המשימות, מר קוטלר לא נתן את דעתו לכמות העובדים המתאימה, וממילא לא השווה כמות זו למספר העובדים שעבדו באתר בפועל מטעם ניצנים (עמוד 272, שורה 30 ואילך).

הערכתו של מר קוטלר כי ניצנים הייתה מחויבת לסיים את הפרויקט רק בסוף מרץ 2017, נראית לי מקלה מדי, גם בהתחשב בעובדה שלפרויקט ניתן אישור אכלוס כחצי שנה קודם לכן.

216. ומכאן לנטלי ההוכחה.

כאמור, כל אחת מהתביעות בתיק עומדת בפניה עצמה, ומכאן שהנטל מוטל הן על ניצנים והן על בוטיק. בכל הנוגע ללוחות הזמנים, בוטיק הצליחה לבסס את טענותיה בצורה טובה יותר, אך לדעתי אף לא אחד מן הצדדים העמיד תשתית מספקת.

כך לדוגמה, לאורך ההליך, בוטיק הדגישה את העובדה שניצנים לא הציגה יומני עבודה להוכחת טענותיה. נטען כי "יומן העבודה הוא 'ראית הזהב' בתיק זה, היות שיומן עבודה מתעד תאריכים, סטאטוס השלמה בפרויקט, אופן התקדמות העבודות, מיקום ביצוען, באופן שהיה יכול לייצר דינמי הוכחות ארוכים בתיק זה" (מתוך סעיף 75 לסיכומיה).

ואולם, דומה כי אמירה זו יכולה להישמע גם כלפי בוטיק עצמה (וכלפי המפקח שהעיד מטעמה). מר סיגורה, מומחה ההנדסה מטעם בוטיק, העיד בנחרצות על קיומו של נוהג (או נוהל מקצועי) להחזיק שלושה עותקים ליומני עבודה, כאשר שניים מהם מצויים בידי היזם ובידי המפקח. לדבריו, זה בגדר "חובה" או "א' ב' של פרויקט", ונועד להבטיח התנהלות תקינה: "יש יומן עבודה הרי אתה יכול מחר להוסיף ולהוריד מה שאתה רוצה. שני הצדדים חותמים עליו [המפקח] בא וחותם על היומן אז כדי שלא יהיו שינויים וכדי למנוע דברים לא תקינים היזם מקבל אחד..." (החל מעמוד 914, שורה 5).

כמו כן, סעיף 3.5 לחוזה הביצוע קובע:

"הקבלן ינהל יומן עבודה... במתכונת שתואם בינו לבין המפקח ו/או הבעלים. ביומן ירשמו כל האירועים הרלבנטיים בקשר לבצוע העבודות ודיווח שוטף על המתרחש באתר העבודות. המפקח יהיה רשאי להעיר ביומן את הערותיו והקבלן יהיה רשאי להשיב עליהן. היומן ישמש לציון עבודות, הערות והוראות בלבד."

לפיכך, גם אם לא נוהלו יומנים באופן סדור ושיטתי כטענתה של בוטיק, הרי שהדבר פוגם גם בהוכחת תביעתה.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

217. כדוגמה נוספת ניתן להביא את המחלוקת סביב מועד מסירת תוכניות החשמל הציבורי לידי ניצנים. כאמור, אף אחד מהצדדים לא ראה להגיש את התוכניות גופן, למרות שהצגת התאריך המוטבע על גביהן אמור היה לשרת אחת מבין התביעות.

218. באותו אופן, אפשר להצביע על טענותיה השונות של בוטיק במסגרת ההתגוננות בפני תביעת וינברג, לפיהן עיכובים שונים בביצוע הפרויקט נכפו על בוטיק שלא באשמת ניצנים. יש להדגיש שדברים אלה הם בגדר טיעונים ולא ממצאים שנקבעו בהתדיינות בהליך האמור.

219. לסיכום, בהתחשב בטענות מכאן ומכאן בנוגע לאחריות לעיכובים, ולאחר שקילת הדברים בכללותם, הגעתי למסקנה כי יש מקום להעניק לניצנים תוספת של חודש ימים מעבר ללוח הגאנט. לפיכך, אני קובע כי ניצנים הייתה מחויבת לגמור את הפרויקט עד לסוף חודש מרץ 2016. אפנה עתה לדיון בטיעוני הצדדים בנוגע לשיעור השלמת הפרויקט, ערב סילוקה של ניצנים מהאתר. לאחר מכן, איישם את מסקנותיי בנוגע לכל אחת מהתביעות.

יא. אחוז הביצוע של הפרויקט במועד סילוק ניצנים

220. שאלה נוספת בה יש להכריע היא, מה היה אחוז הביצוע בנקודת הזמן שבה ניצנים סולקה מהאתר.

בוטיק טוענת, כי ניצנים ביצעה לכל היותר כ-88% מהיקף העבודות. לכן, עליה להשיב לה סך כולל של כ-1,197 אלפי ש"ח ששולמו ביתר.

ניצנים טוענת, מנגד, כי היא השלימה 98% מהפרויקט, ולכל הפחות 95%. לטענתה, בוטיק לא שילמה לה סכום של כ-1,202 אלפי ש"ח בגין העבודה שהיא ביצעה עד לתחילת יוני 2016 (וזאת לאחר הפחתת הכספים שבבוטיק שילמה במקומה ובהסכמתה ישירות לספקים).

221. אני סבור כי ניצנים זכאית לתשלום המשקף כ-88% מהתמורה החוזית בלבד, כעמדת בוטיק. את נימוקיי אחלק לשניים. תחילה, אציג את הטעמים לאימוץ אחוז הביצוע לפי המפקח, שעליו נסמכת עמדת בוטיק. לאחר מכן, אפרט מדוע יש לדחות לצורך העניין כאן את אחוז הביצוע לפי השמאי, העומד בבסיס עמדת ניצנים.

קביעת אחוז הביצוע של הפרויקט בהתאם לאישור החשבונות של המפקח

222. כדי שהדברים יובנו, אפתח בתיאור קצר על אופן ההתחשבות בין הצדדים.

לחווה הביצוע צורפה "טבלת תשלומים קבלן ראשי" (נספח ב'1 לחווה); "טבלת התשלומים החוזית". הטבלה מחולקת לקטגוריות, כגון: שלד, נגרות ומסגרות, אינסטלציה ומיזוג, חשמל, טיח ועוד. תחת כל קטגוריה מפורטות עבודות שונות, כאשר לכל אחת מהן יוחס אחוז ביצוע



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

מתוך כלל הפרויקט. בהכפלת האחוזה בתמורה החוזית הנקובה (15 מיליון ש"ח) מתקבל ערכה הכספי של העבודה.

223. ניצנים תיארה את דרך ביצוע ההתחשבות הכספית כך :

"נוהל העבודה על פי חוזה הביצוע קבע כי ניצנים תגיש חודש בחודשו חשבון ביחס לעבודות שביצעה. דוח זה הועבר לספיר אשר מתוקף תפקידו כמפקח הפרויקט, בחן את הדוח ואשר או התייחס אליו. בדוחות אלו פורטו, בין היתר, סוגי העבודות שבוצעו באותו החודש, אחוז ביצוע העבודות הכללי עד לאותו מועד וכן דרישה לתשלום בגין עבודות נוספות. בהתאם לדוחות אלו, ולנספח ב1 לחוזה הביצוע [הכוונה לטבלת התשלומים החוזית], ערך ספיר חישוב לתשלום לו זכאית ניצנים עבור העבודה שביצעה באותו החודש." (סעיף 97 לסיכומיה)

224. יש מקום להתעכב על מתכונת "דוחות התשלום" הנזכרים ולהסביר :

(א) אחוז הביצוע שיוחס לכל עבודה בדו"ח התשלום הוא בהתאם לפילוח המוסכם בטבלת התשלומים החוזית.

(ב) הדו"ח כולל מידע (חודשי ומצטבר) בנוגע לדרישות ניצנים לתשלום מחד, ולאישורי המפקח מאידך. לעיתים קיים ביניהם פער, כך שרק חלק מהדרישה אושרה לתשלום.

(ג) חלוקת סך התשלומים שאושרו על ידי המפקח בתמורה החוזית הנקובה מניבה את האחוז המצרפי של העבודות שאושרו (לרבות מקדמות) - זה הנתון שכינתי קודם לכן "אחוז הביצוע לפי המפקח".

225. לתיק הוגשו מספר דוגמאות לדוחות תשלום. לפי דו"ח התשלום לחודש אפריל 2016, המפקח אישר לניצנים במצטבר תשלום בסך 13,119 אלפי ש"ח. דרישתה הייתה גבוהה יותר. לפי חשבון פשוט, אפוא, אחוז הביצוע - שאושר - לפי המפקח הוא 87.46% למועד זה ("דו"ח התשלום לאפריל"; 6/ת).

דו"ח התשלום לאפריל הוא המאוחר ביותר בזמן שהוגש לתיק. ניצנים לא הפנתה לדרישות תשלום או דוחות דומים בקשר למאי-יוני 2016, וזאת חרף שאלת בוטיק בעניין מסוים זה (ראו במהלך חקירתו של המפקח - עמוד 969, שורה 25 עד שורה 31, וכן סעיף 24 לסיכומי בוטיק).

226. לדעתי, אחוז הביצוע צריך להתבסס על דו"ח התשלום לאפריל, כטענת בוטיק, מכמה טעמים :

(א) במישור החוזי - טבלת התשלומים החוזית, שלפיה תורגמו העבודות ורמת ביצוען למונחים כספיים, נדונה וגובשה יחד עם ניצנים. המפקח העיד :



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

"כב' הש' קירש: ... החלוקה [של] העוגה של 100 אחוז לאחוזים שונים מי

עשה את זה? את החלוקה הזו?

מר ספיר: זה אני עשיתי בשלב החוזה יחד עם הקבלן.

...

כב' הש' קירש: אז החלוקה הזאת הייתה אז,

מר ספיר: הייתה מקובלת על שנינו.

כב' הש' קירש: מקובלת על שני הצדדים איך ה-100 אחוזים מתחלקים.

מר ספיר: כן. זה לא מדע, זה לא מדע מדויק זאת אומרת תמיד יש משא

ומתן בין הקבלן והמפקח... בהתחלה הקבלן רוצה שכמה

שיותר אחוזים יהיו בהתחלה המפקח מנסה לשמור...

שהדברים יהיו יותר פרופורציונאליים... וזה לא מדע מדויק

כיוון שהחוזה הוא פאושלי ולא כמויות אז אתה לא יודע

באמת אם סעיף פחי אבץ זה באמת אחוז או אחוז וחצי ואם

המטבחים זה שני אחוז או אחוז אבל משתדלים להיות כמה

שיותר מדויקים.

כב' הש' קירש: אבל זה נעשה מהתחלה על ידי שני הצדדים?

מר ספיר: כן. זה בחתימת חוזה, זה משהו שאני והקבלן הסכמנו

עליו."

(עמוד 979, שורה 23 עד עמוד 980, שורה 10)

ניצנים לא הסתייגה מעדות המפקח בעניין זה.

כמו כן, במסגרת חוזה הביצוע, הצדדים הסדירו נוהל עבודה להתחשבות הכספית ביניהם.

בסעיף 3.1, הוסכם כי המפקח יעקוב אחר התקדמות העבודות. ובסעיף 3.8, כאמור, סוכם

כי "אישור המפקח לכל שלב עבודה או חלקה, יהיה ראיה לכך שהקבלן עמד בביצוע העניין

המאושר" (וראו את האמור בפסק דין בעניין קן-תור המוזכר בסעיף 87 לעיל).

יצוין כי הסכמה זו תקפה לשני הכיוונים. היינו, היא גם עומדת לניצנים כמגן מפני טענות

בוטיק כי אחוזי הביצוע שהמפקח אישר היו גבוהים ביחס לביצוע בפועל (לפי הטיעון, בשל

כוונתו לתמרץ את ניצנים וכן בהתחשב בליקויים שגילה בשלב מאוחר יותר).

(ב) במישור הכספי והביצועי - כפי שתואר, ההתחשבות השוטפת בין הצדדים נעשתה בהתאם

לטבלת התשלומים החוזית. המפקח העיד כי אחוז הביצוע שיקף את עבודתה של ניצנים

בשטח, כפי שנסקרה על ידיו בזמן אמת. הוא נשאל על נוהל העבודה:



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

- ש"ש:** ... הקבלן בסוף כל חודש הגיש לך חשבון.
- ת:** כן. ברור. כן.
- ש:** ... [ה]חשבון הוגש לפי פורמט שאתה קבעת אותו.
- ת:** כן.
- ש:** ... אתה בדקת את החשבון,
- ת:** כן.
- ...
- ש:** ... שאני אומר בדקת את החשבון מה הבדיקות שעשית?
- ת:** עשיתי סיורים בשטח.
- ש:** אתה בפועל היית בשטח הולך ורואה מול הדוח שהוגש לך לגבי חשבון הקבלן אתה רואה את [העבודות] שבוצעו ולפי זה אתה מפעיל שיקול דעת ואומר בוצע או לא בוצע.
- ת:** נכון בהתאם לחוזה.
- ש:** בהתאם לחוזה.
- ת:** לטבלת התשלומים.
- ש:** זאת אומרת אם בפועל יצא שיק לקבלן זה היה חייב להיות אחרי שאתה אישרת את החשבון בסכום של השיק.
- ת:** ברור.
- ש:** ... זאת אומרת אם אני חוזר עכשיו לסעיף 3.8 [לחוזה הביצוע] אם נתת איש[ו]ר לתשלום ואישור לחשבון משמע שהעבודה בוצעה?
- ת:** כן.

(עמוד 964, שורה 16 עד עמוד 965, שורה 6)

בהמשך חקירתו, המפקח אישר שהוא נהג באופן דומה גם בקשר לחודש אפריל 2016:

- ש"ש:** ... אם אתה הוצאת חשבון על חודש אפריל שהוא בערך 88 אחוזים הוא מתייחס לעבודות שבוצעו עד חודש אפריל?
- ת:** כן.
- ש:** ועבודות שבוצעו שם לא יכול להיות שה[ן] לא בוצעו?
- ת:** לא, אבל יכול להיות [שעבודות] שבוצעו וזה חד משמעית כמו למשל יכול להיות שבוצעה עבודה בדירה שהיא ריצוף או בוצעה עבודת טיח או בוצעה עבודת מסגרות וזה מה שקרה גם בפרויקט אחרי זה גם היה צריך לתקן אותם כי יש פגמים



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

שהתגלו לי לצערי בשלב יותר מאוחר... נניח בוצע הטיח זה אחרי זה שהוא התפרק לי אבל הוא בוצע.

ש: לא יכול להיות סיטואציה שאתה אישרת תשלום לצורך העניין ישבת בבית מלון באילת ואישרת,

ת: אין דבר כזה.

ש: לא יכול להיות.

ת: שום דבר. היה סיורים באתר... שעות גם, שעות ואושר מה שאני ראיתי לעין.

כב' הש' קירש: מה הייתה תדירות הביקורים שלך באתר?

מר ספיר: כל יום המון שעות.

כב' הש' קירש: כל יום?

מר ספיר: כל יום המון שעות... יחסית לפרויקט כזה המון שעות לפעמים 4 שעות לפעמים 3 כל היום התעסקתי עם הפרויקט הזה."

(עמוד 978, שורה 27 עד עמוד 979, שורה 20)

227. ניתן להבין, אפוא, כי ההתנהלות הכספית הייתה דומה לאורך כל תקופת העבודה - שנמשכה מעל שלוש שנים. אינני רואה סיבה מדוע יש לסטות ממנה, כבקשת ניצנים, דווקא ברגע הסיום. כפי שאפרט מיד, החלופה שהציעה ניצנים לקביעת אחוז הביצוע לפי השמאי - אינה מקובלת - גם מטעמים נוספים.

הקשיים באימוץ אחוז הביצוע שהוערך על ידי השמאי

228. ניצנים הקדישה עמודים רבים בסיכומיה לטענה כי אחוז הביצוע צריך להתבסס על דוחות המעקב של שמאי המקרקעין מטעם הבנק המלווה של הפרויקט. בין השאר, ניצנים סבורה כי יש לייחס לדוחות השמאי מהימנות גבוהה יותר, נוכח היותו גורם אובייקטיבי וזהיר. הודגש כי הדוחות הועברו לתגובתה של בוטיק לפני חתימתם, והיא מעולם לא הסתייגה מהם או ביקשה לתקנם.

229. בעקבות בקשת ניצנים, מנהלת משרד השמאות "גרינברג אולפין ושות'", הגב' עדינה גרינברג, העידה במשפט (גב' גרינברג). היא מסרה כי אין לה היכרות אישית עם הפרויקט. היא לא ביקרה באתר, ולא הייתה מעורבת בעיבוד נתוני הדוחות (עמוד 22, שורה 28; עמוד 24, שורה 28 עד שורה 32; עמוד 57, שורות 28-29). עדותה תרמה בעיקר להבנת תהליכי העבודה ואופן הפקת הדוחות.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

230. כידוע, השמאי פועל כגורם מפקח מטעם הבנק המלווה. תפקידו להבטיח כי נעשה שימוש ראוי בכספי חשבון הליווי של הפרויקט. הגב' עדינה גרינברג הסבירה:

**"המטרה של הליווי הפיננסי הוא לדאוג שהכספים שיוצאים מחשבון הפרויקט והכספים שנכנסים לחשבון הפרויקט שייכים [ל]פרויקט, זאת אומרת לא הייתה דליפה של כסף החוצה לטובת דברים אחרים מצד שני כספים של מכירות נכנסו לתוך הפרויקט ולבדוק שזו קופה סגורה אז אנחנו בודקים את כל הפעילות בחשבון מקבלים את החשבונות של הקבלן המבצע אם יש קבלן מבצע ומדווחים לבנק בעצם שהיינו בשטח התקדמו 5 אחוז שילמו ככה וככה וקיבלו כסף ככה וככה שורה תחתונה האם הכסף שיצא מחשבון הבנק והכסף שנכנס תואם יש כל מיני שורות אחרונות אבל בגדול זאת המסגרת...
... אנחנו בעצם מאשרים שיקים אנחנו מקבלים את השיקים שהיזם רוצה לשלם אנחנו בודקים שהם שייכים לפרויקט ואז אנחנו מאשרים והבנק נותן לו את הכסף אחרי אישור שלנו, זאת אומרת השיק נפדה רק אחרי שיש אישור של הפיקוח[.]. בפרויקט הזה שיטת המעקב לפי רשימת שיקים."
(עמוד 18, שורה 14 עד שורה 22; עמוד 42, שורה 16 עד שורה 19)**

231. משרד השמאות ערך דוחות מעקב חודשיים בקשר למצב הפרויקט לטובת הבנק המלווה ("דוחות מעקב"). לשם כך, אחת לחודש נציג מטעם המשרד, מהנדס בניין בהכשרתו, ביקר באתר. רשמיו שימשו את צוות המשרד להכנת הדוחות.

232. דו"ח המעקב כולל מידע ונתונים רבים על אודות הפרויקט. לדו"ח מצורף, כחלק מנספחיו, "טופס ריכוז אחוזי התקדמות". מדובר בטבלה מפורטת לגבי רמת התקדמות של העבודות שונות. לכל סוג עבודה שויך אחוז מהתקציב, ולצדו מופיע אחוז הביצוע שלה למועד הרלבנטי. בסיכום הטבלה מצוין אחוז הביצוע המצרפי, שאותו הצגתי בתור "אחוז הביצוע לפי השמאי" לעיל.

233. וכיצד חושב אחוז הביצוע לפי השמאי?

כפי שכבר הוזכר, שיטת החישוב שונה מזו של המפקח. לפי גב' גרינברג, החישוב התבסס על אומדן של היקף ההתקדמות, והוא תורגם בהמשך למונחים כספיים. לדבריה, ההערכה לא נסמכת על תשלומים שאושרו, ואין ביניהם בהכרח חפיפה. הוסבר כי מבחינת הבנק אף רצוי כי אחוז הביצוע המשווער יהיה גבוה מהתשלומים. להלן קטעים מתשובתה לשאלות בית המשפט בנושא:

"גב' גרינברג: אנחנו לא נכנסים לעובי הכמויות אנחנו לא עושים פיקוח



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

צמוד של הפרויקט אנחנו יודעים סדרי גודל של כל רכיב ורכיב בפרויקט מהו, מהו האחוז הרכיב שלו מסך כל העלויות ואנחנו בודקים אם בוצע ממנו 100 אחוז, 50 אחוז, 80 אחוז גם בסדרי גודל אנחנו גם עושים את זה, אין לנו, כאילו זה לא מדע מדויק של המספרים.

כב' הש' קירש: כן. אבל זה ביטוי של ערכים כספים...

...

לא, זה של התקדמות.. בסופו של יום אם אנחנו מעריכים שעלות הבניה במקרה הזה היא 15 מיליון שקל... ואנחנו באים ורואים שבוצעה 50 אחוז מהעבודה אנחנו יודעים שמה שיש היום בבניין שווה לפחות את ה-50 אחוז מה-15 מיליון שקל אוקיי? עכשיו יש 7.5 מיליון שקל אם שולם ה-7.5 או לא שולם ה-7.5 זה משהו אחר אבל אנחנו משקפים את הביצוע את השווי של מה שבוצע ב-50 אחוז מסך כל התקציב.

גב' גרינברג:

...

... מניסיון שלנו אנחנו יודעים להעריך בכל בניין בעת הביקור את אחוז ההתקדמות אם גמרו, אם אנחנו למשל אני אתן לך התחילו רק חפירה אז אנחנו יודעים שמרכיב החפירה מהווה אחוז מסך כל התקציב אז אנחנו אומרים אחוז מסך כל התקציב כבר בוצע גמרו שלד ולצורך הפרויקט הספציפי, הדוגמה הזאתי השלד מהווה 50 אחוז מהפרויקט אז אנחנו אומרים בוצע 50 אחוז אחרי זה אנחנו בודקים מה שולם אם שולם יותר אנחנו בודקים למה שולם יותר... אם שולם פחות אנחנו יודעים, תמיד צריך להיות משולם פחות כי אנחנו בעצם משקפים ביצוע שעוד לא בהכרח שולם בגינו."

(עמוד 31, שורה 16 עד עמוד 32, שורה 21)

234. ומכאן חזרה לעמדת ניצנים.

לתיק הוגשו מספר דוגמאות של דוחות מעקב. לפי הדו"ח שהוכן לחודש אפריל 2016, אחוז הביצוע של הפרויקט היה כ-94% (נ/1).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 22631-06-16 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

לשיטת ניצנים, יש להגדיל את אחוז הביצוע לפי השמאי בשיעורים נוספים. תחשיבה מבוססים בעיקר על חשבונות שאושרו לה עד לתחילת אפריל 2016, וכן על עבודות שהספיקה לקדם לאחר תקופת הדוחות (כמו למשל, הליכים לקבלת טופס 4). כאמור, לפי גרסתה, אחוז הביצוע במועד סילוקה עמד בטווח שבין 95%-ל-98%.

235. ניצנים מדגישה כי בוטיק מעולם לא חלקה על אחוזי הביצוע לפי השמאי, וזאת למרות הפער הקיים בהשוואה לאחוזי הביצוע לפי המפקח:

"לא יעלה על הדעת כי בנושא כה מהותי בדוח השמאי מטעם הבנק, אחוז ביצוע העבודות בפרוייקט, בוטיק מקבלת את הנתונים מספיר [המפקח] ומהשמאי של הבנק, יודעת ו/או יכולה לדעת בעיון קל כי הנתונים בשני דוחות אינם מתיישבים זה עם זה, ואף על פי כן אינה מעלה כל הסתייגות בזמן אמת ובמשך 39 דוחות עד למועד סילוק היד של ניצנים." (מתוך סעיפים 42 לסיכומיה)

אלא שבניגוד לעמדת ניצנים, מובן מאליו כי לבוטיק לא היה כל אינטרס למחות על אחוז ביצוע גבוה מדי לכאורה.

236. כדי להמחיש את ההבדל בין אחוזי הביצוע, שעליו מצביעה ניצנים, אציג את הנתונים ביחס לחודשים פברואר עד אפריל 2016:

אחוז ביצוע לפי השמאי	אחוז ביצוע לפי המפקח	
כ-88% (דו"ח חשיפה, נ/1)	87.36% (15/ת)	פברואר
כ-90% (דו"ח חשיפה, נ/1)	87.46% (7/ת)	מרץ
93.56% (נ/1)	87.46% (שוב; 6/ת)	אפריל

237. השימוש באחוז הביצוע לפי השמאי כמדד להיקף עבודתה בפרויקט מעלה מספר קשיים. אלה עשויים להסביר חלק מהפער הנ"ל.

238. קושי מרכזי בפנייה לאחוז הביצוע לפי השמאי הוא העדר האפשרות לזהות את הגורם המבצע.

כזכור, החל מנובמבר 2015 נכנסו לאתר קבלני משנה נוספים שעבדו לצד ניצנים. בהקשר זה, בוטיק מדגישה בסיכומיה בעיקר את התקופה **"החל מינואר 2016 ובפרט מחודש אפריל 2016"**



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

(סעיף 25). אלא שאחוז הביצוע לפי השמאי חושב באופן כולל, מבלי שנעשתה הבחנה בדבר זהות הגורם המבצע - ניצנים או קבלן משנה אחר. גב' גרינברג העידה:

ש": ... כשהמהנדס [נציג השמאי] מגיע וצריך למלא את אחוזי הביצוע בכל רכיב בטבלת המעקב האם הוא מסמן בטבלת המעקב מי ביצע את אותו רכיב?

ת: לא.

...

ש: אז מבחינתך שאת חותמת על הדוח את לא יכולה לדעת מי ביצע את אותו רכיב קבלן המשנה של בוטיק או בוטיק?

ת: נכון.

ש: עכשיו זה רלוונטי בכלל עבור הבנק מי ביצע את העבודה? הקבלן המבצע הראשי או קבלן משנה?

ת: לא."

(עמוד 62, שורה 29 עד עמוד 63, שורה 7; וראו גם בעמוד 132, שורה 8 עד שורה 14)

239. והנה, הקושי הכללי בשיטת האמידה של השמאי נכון ביתר שאת לגבי חודשים אפריל-מאי, שבהם גדלה פעילותם של קבלני המשנה החיצוניים. בדו"ח המעקב לאפריל צוין בקשר לעלויות ההקמה (הבנייה הפיסית):

"הוצאות הקמה בחודש אפריל - בתקופת הדיווח נמסר מהיזם כי לאור מחלוקות עם הקבלן המבצע ועל מנת שלא לעכב את מועד סיום הפרויקט, הוחלט לבצע את יתרת העב' בפרויקט באמצעות מספר קבלני משנה... הוצגו אסמכתאות על תשלומים ששולמו לקבלי משנה בגין עב' שבוצעו בשטח ממקורות עצמאיים בסך של כ-379 אש"ח. תשלומים אלו הוכרו כחלק מההשקעות בפרויקט..." (ראו בעמוד 2 בו מובאים "דגשים לדוח", נ/1)

גב' גרינברג נשאלה על משמעות הדברים, והיא הסבירה **"שהכרנו בהם שהם חלק מהעבודות שבוצע משהו ששייך לפרויקט"** (עמוד 37, שורה 30).

יצוין כי סך התשלומים הנזכר **תואם במדויק** לסכום הוצאות ההקמה השוטפות שהוכרו בתקופת הדו"ח - 378,379 ש"ח (ראו טבלת פירוט ההוצאות בסעיף 2.3 לדו"ח המעקב, שם). לצד זאת, ניצנים לא הוכיחה במידה מספקת מה היה **היקף** עבודתה (תרומתה) בחודש אפריל.

240. לגישת ניצנים, לשמאי הייתה אפשרות לזהות את הגורם המבצע:



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

"...מאחר ובוטיק טענה כי מינואר 2016 ניצנים לא תיפקדה... ולא החזיקה עובדים באתר, הוצגו... חשבוני[ו]ת מס אשר ניצנים הוציאה לבוטיק כנגד תשלומים ששולמו לניצנים בפועל. חשבוניות אלו מתייחסות לתקופה שמיום 1.12.2015 ועד 4.4.2016 וסכומן הכולל הינו כ 1.7 מליון ש"ח... חשבוניות אלו, מעבר לכך שהן סותרות את טענותיה של בוטיק בדבר התפקוד של ניצנים באתר החל מינואר 2016, סותרות אף את טענותיה של בוטיק כי השמאי מטעם הבנק אינו יכול לדעת מי הגורם שביצע את העבודות. ברור כי לו היתה סבורה בוטיק שעבודות אלו בוצעו ע"י אחרים, לא היה בשן חותם על התשלום לניצנים. ברם מאחר ואין חולק כי הרשות להכניס קבלני משנה ניתנה ע"י ספיר [המפקח] לקראת סוף אפריל 2016... כך שלמעשה הפעילות של קבלני המשנה מטעם בוטיק (למעט ספק המעליות) טרם החלה (מועד ההסכם המוקדם ביותר מתוך 4 ההסכמים שנחתמו עם הטיח והטייח הינו 2.5.2016...), כך שכל אחוזי הביצוע המופיעים בדוח של השמאי מטעם הבנק מגלמים עבודות שביצעה ניצנים בלבד." (מתוך סעיפים 54-55 לסיכומיה)

טענות אלו אינן משכנעות: (1) אחוז הביצוע לפי השמאי חושב כמוסבר, על ידי הערכת היקף ההתקדמות שנצפה בשטח, ולא על בסיס תשלומים; (2) ממילא, התשלום המאוחר ביותר, שאליו מפנה ניצנים, הוא מיום 4.4.2016. היינו, עבור עבודה שהיא ביצעה **קודם** להוצאת החשבונית שהפיקה לבוטיק במועד זה; (3) פעילות קבלני המשנה באתר החלה לפני חודש אפריל, כמפורט לעיל; (4) על פניו, גם לפי עמדת ניצנים, הקושי בזיהוי הגורם המבצע מתעורר "לקראת סוף אפריל 2016", שעה שגיוס קבלני המשנה התרחב.

241. הסתמכות על אחוז הביצוע לפי השמאי לצורך מדידת היקף העבודה של ניצנים מוקשית בעיניי גם מטעמים אחרים. ביניהם:

(א) אחוז הביצוע לפי השמאי לא שימש להתחשבות הכספית - כמוסבר, דו"ח המעקב, ובפרט אחוז הביצוע שצוין בו, נועד לשמש ככלי פיקוח על התנועות בחשבון הליווי. בעזרתו, ניתן היה לאשרר את עלויות הפרויקט לתקופה נתונה, לרבות כספים **שכבר** שולמו לניצנים בגינה. נתון זה לא השפיע על שיקול דעתו של המפקח בבואו לבחון את זכאות ניצנים לתשלום. לדברי המפקח, אם כבר, הכיוון היה הפוך. בפעמים הבודדות שנפגש עם נציג השמאי, הוא זה שסיפק הסברים על ההתקדמות באתר:

"מידי פעם השמאי היה מבקש להיפגש איתי לעשות סיור באתר ולהבין את הפרויקט, להבין מה מתקדם... למה עשו חיפוי עץ למה לא עשו חיפוי עץ? איפה



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

זה מופיע בטבלה. היה מזמין אותי והיינו עושים סיבובים באתר... בשני סיורים או בשלושה הוא בא עם הדוח שלו והראה לי את הדוח שלו ויישרנו קו לגבי החשבון, לא תמיד הסכמנו אבל בדרך כלל הוא שוכנע אחרי שהסברתי לו למה אני מאשר וכמה... יישרנו קו זאת אומרת לקחתי את החשבון שלי, את טבלת התשלומים והייתי אומר לו תראה, הרכיבו בשתי קומות אלומיניום ולכן אני מאשר איקס, לא הרכיבו בקומה כזו אז אני משאיר בצד לחשבוניות הבאים... אבל זה לא היה, זה לא היה כל חשבון לדעתי זה היה פעמיים שלוש במשך הפרויקט... אנחנו לא השווינו דוחות הוא פשוט בא עם הדוח שלו וניסה להבין מה הוא רואה כי הוא לא מכיר את הפרויקט כמוני והוא בא פעם ב-, לא מכיר תוכניות לא מכיר כלום ואני הייתי צריך להסביר לו... אתה רואה עשו כך וכך טיח בשביל זה אחוז הטיח שצריך לרשום גם אצלי וגם אצלך צריך להיות כזה... מה הוא עשה אני לא ראיתי את דוחות של השמאים שהוגשו."

(עמוד 973, שורה 19 עד עמוד 974, שורה 24)

(ב) הוראות חוזה הביצוע - פרט להתנהלות המתוארת, הוסכם בין הצדדים במפורש כי לפעילות הבנק ולפיקוח מטעמו לא תהא השפעה על ההתקשרות ביניהם. בסעיף 2.3(13) נקבע כי צעדי הבנק לא יגרעו ממחויבות בוטיק לשלם לניצנים עבור עבודתה:

"הקבלן מאשר כי ידוע לו כי ליווי הפרויקט יבוצע באמצעות ליווי בנקאי סגור, וכי כספי התמורה ישולמו לקבלן מחשבון הפרויקט בלבד, בכפוף לכך כי ניתן אישור המפקח מטעם הבנק לתשלום הכספים וכן ניתן אישור הבנק המלווה לתשלום.

אם תהיה חריגה מעלות הפרויקט בהתאם לקביעת הבנק, יהא הבנק רשאי להפסיק את העמדת ההלוואות ו/או שחרור הכספים לחשבון הפרויקט ו/או מחשבון הפרויקט לאלתר, כל עוד לא העמיד המזמין הון עצמי נוסף כנדרש. יובהר כי אין באמור כדי לגרוע מהתחייבות המזמין לביצוע התשלומים לקבלן על פי הוראות הסכם זה."

ובסעיף 2.3(15) סוכם כי ניצנים לא תוכל להסתמך על קביעות השמאי מטעם הבנק:

"ידוע לקבלן כי סמכויות הפיקוח הניתנות לבנק בהתאם להסכם ההלוואה אשר נחתם בין הבנק לבין המזמין נעשות לצרכי הבטחת האשראי שניתן על ידי הבנק למזמין בלבד, כי מערכת ההתקשרויות שבין הבנק ובין המזמין, אינם בגדר 'חוזה לטובת אדם שלישי'... וכי הקבלן אינו רשאי להסתמך בשום צורה ואופן



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

על סמכויות הפיקוח הניתנות לבנק ו/או על מנגנון שחרור הכספים מחשבון הפרויקט.

(ג) מידת ההיכרות עם הפרויקט - לנציג השמאי הייתה היכרות פחותה בהרבה בהשוואה למפקח. ביקוריו נעשו אחת לחודש לזמן קצר יחסית (ככל הנראה במשך כשעה - עמוד 61, שורה 27 עד עמוד 62, שורה 2). במסגרת עבודתו, הוא היה מעורב גם בפרויקטים נוספים שהמשרד ליווה (להערכת גב' גרינברג, הנציג מסייר ב-10 עד 20 אתרים שונים מדי שבוע - עמוד 62, שורה 11 עד שורה 24).

לטענת בוטיק, למפקח קיים יתרון משמעותי בהיבט זה: **"בניגוד לשמאי הבנק, המפקח ספיר היה נוכח באתר באופן שוטף, בקיא בסכסוך, ידע בזמן אמת לזהות מהי עבודה של ניצנים".** נטען כי, **"המפקח חי ונשם את הפרויקט, ולכן להכרעותיו ולשיקוליו המקצועיים יש להקנות עדיפות"** (מתוך סעיפים 26 ו-16 לסיכומיה הראשיים, בהתאמה).

(ד) שוני בקטלוג העבודות בפרויקט ומשקלן - אין בהכרח חפיפה בין סיווג העבודות השונות ומשקלן בדו"ח המעקב לאלה שנקבעו בטבלת התשלומים החוזית. גב' גרינברג הסבירה: **"אנחנו הרי לא מכירים את המפרט על בוריו אנחנו עושים את הטבלה הזאתי על סמך מדדים שלנו אם יש רכיב כזה אז הוא [היזם] מסב את תשומת ליבנו ואנחנו מוסיפים את זה... אם לא אז זה בא על חשבון משהו אחר זה יורד מסעיפים אחרים..."** (עמוד 117, שורה 22 עד שורה 26).

לעבודות הנגרות, למשל, הוקצו 4% מתוך הפרויקט בדו"ח המעקב של השמאי לעומת 9% או יותר שיוחסו להן בטבלת התשלומים החוזית. בהקשר זה יש להוסיף כי מקדמות ששולמו על ידי בוטיק, בגין חומרי העץ לדוגמה, לא קיבלו ביטוי באחוז הביצוע לפי השמאי (להבדיל מאחוז הביצוע לפי המפקח שנסמך על אישוריו לתשלום). מובן כי לפערים במדידה משמעות מעשית.

(ה) פער הזמן בין הביצוע לבחינתו על ידי נציג השמאי - הביקור באתר נעשה לרוב לאחר תקופת הדו"ח. לדוגמה, דו"ח המעקב שנערך עבור חודש אפריל מבוסס על סיור במקום מיום 15.5.2016.

גב' גרינברג העידה כי, לצורכי הבנק, אין לכך חשיבות רבה: **"אנחנו הרי לא מדייקים באחוז ליום המדויק... כשאנחנו עושים דוח לחודש אפריל אנחנו מצלמים בעיקר את הדיווח שלנו הוא דיווח כלכלי לגבי הפעילות... [ש]קרתה בחשבון הבנק [.] הביקור הוא לא בהכרח לסוף חודש אפריל הוא גולש תמיד לתחילת מאי שאנחנו מציינים את אחוז הביצוע הוא לא בחפיפה ל-31 לסוף אותו חודש קודם... הוא יכול לגלוש... [ל]שבוע שבועיים לתוך החודש**



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

הבא אחרי זה ... " (עמוד 66, שורה 14 עד שורה 20).

יב. סיכום ומסקנות (כימות הסעדים)

242. ארכז את המסקנות האופרטיביות העולות מהדיון לעיל:

(א) ניצנים הייתה מחויבת לגמור את הפרויקט עד לסוף חודש מרץ 2016. כפועל יוצא, יש לזקוף לחובתה איחור של כשישה חודשים וחצי בהשלמת העבודה (עד לקבלת אישור אכלוס ביום 10.10.2016).

(ב) בוטיק הייתה רשאית לסלק את ניצנים מהאתר, שעה שניצנים לא עמדה בלוחות הזמנים לביצוע העבודות (הפיגור מהווה הפרה של חוזה הביצוע - ראו סעיפים 12 ו-36 לחוזה).

(ג) ערב סילוקה, ניצנים השלימה כ-88% מהפרויקט (בהתאם לאישורי המפקח לתשלום).

(ד) ניצנים לא עמדה בנטל להוכיח את זכאותה לתוספת תשלום עבור עבודות נוספות, אשר לא תומחרו בחוזה הביצוע.

בשלב זה, אפוא, נותר לדון בסעדים המבוקשים. עיינתי בטיעוני הצדדים ובמסמכים הנוספים שהגישו בעניין זה. ואתיחס להלן לעיקריים שבהם.

אפתח בתביעת ניצנים, ולאחר מכן אדרש לתביעה הנגדית מצד בוטיק.

תביעת ניצנים

243. יתרת תשלום עבור עבודות שבוצעו לפי החוזה - יש לזכות את ניצנים בסך של 94,500 ש"ח.

בחלק הקודם, קיבלתי את עמדת בוטיק, שלפיה אחוז ביצוע הפרויקט במועד הסילוק יחושב ככלל לפי אישורי החשבונות של המפקח.

לדברי ניצנים, סך של 94,500 ש"ח שאושר לה על ידי המפקח לתשלום באפריל 2016, לא הועבר אליה בפועל. בוטיק לא הכחישה זאת בטיעוניה (יצוין כי הטיעון הועלה על ידי ניצנים במספר הזדמנויות: בתצהיר של מאיר - סעיף 174; בעדותו - עמוד 461, שורות 30-31; ובסעיפים 19, 385 ו-439 לסיכומי הראשיים של ניצנים).

244. עלויות תקורה בגין עיכוב בעבודות השלד - יש לפסוק לטובת ניצנים סך של 320,000 ש"ח (מתוך 1,411,800 ש"ח). אפרט.

(א) במישור החוזי - הצדדים הסדירו את הזכאות להחזר עלויות ישירות במקרה של הפסקת עבודה שלא ביוזמתה או באשמתה של ניצנים. סעיף 38(3) לחוזה הביצוע מורה: "הופסקו העבודות ביוזמת המזמין שלא לצמיתות לתקופה העולה על מניין ימים כפי שיקבע המפקח



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

לאותו עניין, הקבלן יהיה זכאי להחזר הוצאות הישירות מן המזמין. "הוצאות ישירות" כוללות, לפי הגדרתן בסעיף: שכר עובדים, עלות שכירת ציוד ומכונות, עלות ארגון מחדש ועוד.

אין למעשה מחלוקת, כי הייתה הפרעה ממשית לביצוע עבודת השלד בחלק המבנה הפונה לסמטת הבד. וראו, לעניין זה, את דברי בוטיק בכתב הגנתה כנגד תביעה וינברג:

"העדר האפשרות לבצע את עבודות השלד בחלק זה של הבניין (בניין 'בית הבד') גרם לעיכוב עצום בפרויקט. עבודות השלד בחלק זה של הפרויקט החלו למעשה רק לאחר הפינוי של סיני - באיחור ועיכוב של חודשים רבים. ... העובדה שסיני לא פונה מהפרויקט במועד יצר מניעה חד-משמעית לבצע את העבודות בפרויקט." (מתוך סעיפים 106 ו-109 לכתב ההגנה - ת/29)

גם אם, כפי שמדגישה בוטיק בהליך שלפניי, העבודה בפרויקט כולו מעולם לא הופסקה לחלוטין, הרי שלפי סעיף 38(1) לחוזה הביצוע, שאליו מפנה סעיף 38(3) הנ"ל, ההסדר עשוי לחול בהפסקת הביצוע "כולו או מקצתו" (וראו גם את עדותו של המפקח בעניין זה - עמוד 1,113, שורה 31 עד עמוד 1,114, שורה 4).

(ב) התחשבות בעמדת המפקח - כמסופר, השיבוש בעבודה גרם למפקח לאשר לניצנים דחייה של שמונה חודשים במצטבר. לדעתי, יש מקום להשיב לניצנים תקורה עבור מחצית תקופה זו. זאת, בהתחשב בסירובו הגורף של המפקח לאשר לניצנים תקורה נוכח התמשכות העבודה בחלק הפרויקט הפונה לדרך יפו, מצד אחד (נספח 4 לתצהירו); אך גם מבלי להתעלם מפנייתו של המפקח לבוטיק במאי 2014, מצד שני (ת/10). אביא שוב חלק מדבריו הברורים שם:

"... הקבלן עובד בפרויקט כ-12 חודשים. בזמן זה הסתיימו לגמרי עבודות השלד בבניין בצד של רחוב 'דרך יפו' אולם לא ניתן לבצע את העבודות בצד של סמטת 'בית הבד' עקב סירוב הדייר סיני להתפנות, ובכך נמנעת העבודה מהקבלן בחצי מהפרויקט כבר זמן רב. לבקשתנו הקבלן חילק את העבודות והתקדם ככל הניתן בעבודות בדרך יפו אך כעת משהסתיימו העבודות לא ניתן להתקדם בפרויקט כלל. בשלב זה כבר נגרמו לקבלן ולפרויקט נזקים עצומים של למעלה ממיליון ש"ח, הקבלן מבצע בעצם 'חצי פרויקט' ולאחר שסיים חלק זה, אינו יכול להתקדם עוד..."

גרסת המפקח שלפיה ה"נזקים" נלקחו בחשבון מראש בעצם הגדלת התמורה החוזית, אינה



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

עולה בקנה אחד עם הוראת סעיף 38 לחוזה הביצוע (עמוד 1,135, שורה 9 ואילך). לאמור, לצד העלאת המחיר, הצדדים מצאו לנכון להסדיר, בצורה מפורשת, מנגנון שיפוי נוסף בהתקיים תנאים מסוימים.

(ג) גובה ההחזר - הפיצוי שנפסק כאן חושב בהתאם לגובה ההוצאות הישירות שהציגה ניצנים למפקח בזמן אמת בסך של כ-80,000 ש"ח לחודש (ראו סעיף 38(5) לחוזה הביצוע, וכן נספחים 52 ו-54 לתצהיר של מאיר).

245. התייקרות הבנייה עקב פיצול עבודות השלד - לדעתי, ניצנים אינה זכאית לפיצוי בגין התייקרות מהטעמים הבאים:

(א) לטעמי, הפיצוי הנדרש, ולפחות חלקו, כבר כלול בתוך החזר עלויות התקורה שפסקתי לטובת ניצנים עבור תקופה זו. בהקשר זה, ההסבר שסיפק מאיר לזכאותו להחזר עלויות **תקורה** דומה לזה שנטען בנוגע ל**התייקרות**, והוא: האילוץ לבצע את עבודות השלד ב"שני שלבים" בשל המניעה שנוצרה בחלק הפונה לבית הבד. מאיר העיד:

"ש: ... כותב לך המפקח ספיר ביצעתם עבודה בדרך יפו אז למה אתה צריך לקבל תוספת תקורות נכון החזקת צוות עבודה אבל הצוות עבד בפרויקט על עבודות מתחייבות.

ת: אענה לך, זה כמו שאתה צריך לייצר שתי מכוניות במקביל, פה מספקים לך חומרי גלם פה לא, בסופו של דבר אתה עובר בטור, אתה גומר את זה אתה צריך להתחיל עוד פעם מהתחלה את זה במקום לעבוד במקביל..."
(עמוד 466, שורה 10 עד שורה 15)

(ב) ההכרח לשנות את מתווה העבודה המתוכנן בשל אילוצים ומגבלות הוא סיכון מסתבר בפרויקט בנייה מסוג זה. בחוזה במחיר נקוב, הקבלן צריך לשקלל את האפשרות כי הסיכון אכן יתממש בפועל. מעיון בהוראות חוזה הביצוע עולה כי ניצנים נטלה על עצמה במפורש את הסיכון לייקור העבודה. הוראה כללית ברוח זו מצויה בסעיף 11.2 לחוזה הביצוע, שם נקבע: **"הקבלן לא יהיה זכאי להגדיל את שכר החוזה או לתבוע התייקרויות מעבר לשכר החוזה... למעט אם מצוין אחרת בחוזה זה"**. יתרה מכך, בנושא המסוים של הפרעות מצד שוכרים מוגנים נאמר בסעיף 5.3 לחוזה הביצוע:

"... הוצאות נוספות עקב התנגדות לביצוע העבודות ו/או עבודות שלא ניתן לבצע במקרקעין השייכים לדיירים מוגנים ערב החתימה על הסכם זה... לא יהא בכך בכדי להגדיל את התמורה הפאושלית הקבועה בהסכם זה..."



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

(ג) בהתחשב בטיב הפרויקט, דומה כי לא נגרם עיכוב מופרז למהלך הבנייה. לפי קביעת המפקח, התנאים באתר הצדיקו דחייה בת שמונה חודשים בלבד - תוספת של שליש מתקופת הביצוע המקורית.

יותר מכך, בזמנו, גם בראייתה של ניצנים, נוצר איחור של כאחד עשר חודשים ולא מעבר. כזכור, לאחר פינוי סיני, כשניצנים הייתה כבר למודת ניסיון בסיבוכי הפרויקט, היא הכינה גאנט שלפיו הבנייה תושלם עד לסוף פברואר 2016.

(ד) ניצנים לא עמדה בנטל הוכחת ההתייקרות הנתבעת על ידה. מר קוטלר ערך תחשיב המציג את העלות הנוספת שנגרמה עקב ביצוע העבודות השלד בשני שלבים כנטען (נספח 8 לחוות דעתו). ניתן להבין כי ההתייקרות חושבה על בסיס תיאורטי בלבד, מבלי להתחשב למשל בכוח האדם, הציוד והמשאבים שניצנים הקצתה בפועל לפרויקט. חישוב זה אינו מספק.

(ה) בשים לב לכלל נסיבות התיק, אין זה מוצדק לדעתי להתחשב בניצנים בנקודה זו. ניצנים הפרה את התחייבויותיה ולא סיימה את הבנייה בזמן. כתוצאה מכך, בוטיק נאלצה לשאת בעלויות נוספות שחרגו מעבר למחיר המוסכם.

246. לסיכום, תביעת ניצנים מתקבלת בחלקה, כך שבוטיק נדרשת לשלם לניצנים סך כולל של 414,500 ש"ח, כמפורט בחלק זה. כמו כן, ניצנים הצליחה להצדיק את זכאותה להארכת תקופת הביצוע בכשלושה חודשים וחצי במצטבר, עד לסוף חודש מרץ 2016 - כמוסבר בחלק י' לעיל. ההשלכות הכספיות של קביעה זו יפורטו להלן, אגב הדיון בתביעת בוטיק. יתר חלקי התביעה נדחים מהטעמים שנומקו לעיל.

אשר לבקשת ניצנים להוסיף כראיה כתב תביעה, על נספחיו, שהוגש על ידי בוטיק כנגד קבלן הזכויות, לא שוכנעתי כי הוספת ראיה זאת הייתה מובילה לתוצאה שונה בהליך זה, בהתחשב במכלול הראיות.

תביעתה הנגדית של בוטיק

247. כפי שצוין, סוגי הנזק הנתבעים על ידי בוטיק הם אלה: השבת כספים ששולמו ביתר; פיצוי בגין חריגה מהתמורה הנקובה לצורך השלמת הבנייה; כיסוי עלויות מתמשכות בשל עיכוב הפרויקט; שיפוי עבור עבודה מאומצת של אנשי צוותה; שיפוי בגין פיצויים ששולמו לרוכשי הדירות בשל איחור במסירה; פיצוי מוסכם בגין האיחור; תשלום עבור תיקון וטיפול בליקויי בנייה; וכן החזר עלויות נוספות. אדון להלן בנפרד בכל אחד מהם.

248. השבת כספים ששולמו ביתר - הדרישה להחזר כוללת מספר רכיבים. למען הסדר הטוב, אציג תחילה את חישוב ההחזר הנתבע לצד הסכום המגיע. מיד בהמשך, אנמק את קביעתי.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 22631-06-16 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

ההחזר הנתבע (ש"ח)	הסכום שנפסק (ש"ח)	
500,000	350,000	(א) כספים ששולמו לניצנים מכוח ההסדר השני
90,000	0	(ב) כספים ששולמו לניצנים מכוח ההסדר השלישי
607,295	485,000	(ג) תשלום כפול (לניצנים ולקבלני משנה חיצוניים)
(641,026)	(750,000)	(ד) הפחתת כספי הערבות בנקאית שמומשה
556,269	85,000	סך הכול

(א) כספים ששולמו לניצנים מכוח ההסדר השני

249. לאחר התלבטות, הגעתי למסקנה שבבטיק זכאית להשבה בסך 350,000 ש"ח (מתוך 500,000 ש"ח).

לפי לשון ההסדר, התוספת שולמה כנגד התחייבות ניצנים לקצב התקדמות מהיר. בכתב ההסדר הקצר (שאורכו עמוד וחצי) נקודה זו חזרה שוב ושוב: "מאיר מתחייב לבצע את הפרויקט במהירות האפשרית"; "מאיר מתחייב לטפל במיידית בהקמת פיגום... כמו כן מתחייב לטפל במקלט... בהקדם האפשרי"; "מסוכם על כולם כי המטרה המשותפת היא לגמור את הפרויקט מהר ככל הניתן".

גם מידת שביעות הרצון של בוטיק מתפקודה של ניצנים קיבלה ביטוי בהסדר. סוכם כי התוספת תשתלם בעשרה תשלומים חודשיים, וכי "יוצבו מטרות תוך כדי התקדמות... ובמידה ותהיה שביעות רצון יחליט דני אם להקדים את התשלומים של התוספת לחוזה".

נוסף על כך סוכם בין הצדדים במפורש כי "על אף העברת התוספת לחוזה יכולים שני הצדדים לתבוע אחד את השני בסוף הפרויקט בלבד".

250. בקשר לאפשרות לתביעה הדדית בגמר הפרויקט כאמור, דני הסביר בעדותו:

"... אין פה הסכמה שקבלן דרש מיליון שקל חריגים ואחרי משא ומתן הסכמנו לשלם לו חצי מיליון שקל חריגים[...]. התשלום של החצי מיליון שקל אינו קשור בכלל לחריגים הוא עכשיו דלק לקבלן שישחרר אותנו וימשיך לעבוד כי הוא מסרב לעבוד זה או שאני מקבל כסף או זה שאני לא עובד יותר תחליטו יש או



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

את האופציה הזאת או את האופציה הזאת, אני השתכנעתי לבחור באופציה שהקבלן ימשיך לעבוד ונשלם לו חצי מיליון שקל תוך כדי שאני אומר בכנות ומסביר וכול הצדדים מבינים שאני לא מקבל את החצי מיליון שקל האלה ששילמתי זה מעין מקדמה שאותה אני ארצה בסוף [.] אגב יכול להיות שאם הכל היה מסתיים טוב אז היינו מתפשרים או משהו כזה, אין לי מושג, אבל באותו שלב של החוזה אף אחד לא קיבל את, מאיר לא הסכים ל-500 ואני לא הסכמתי לתת אותם אז הגיוני שכל אחד יוכל לתבוע."

(עמוד 1,616, שורה 3 עד שורה 13)

251. בסופו של יום, ציפייתה של בוטיק לא התממשה ברובה (וראו סעיף 211 לעיל). לפי העדויות, כעבור מספר חודשים, מאיר זנח את התחייבותו **להשתדלות**. המפקח הצהיר בהקשר זה, **"בחודש אוגוסט 2015, כאשר עמדו להיפרע כל תשלומי התמורה הנוספת, ניצנים חזרה לעבודה האיטי[ת]..."** (סעיף 72).

252. משעה שקבעתי כי ניצנים הפרה את התחייבותה כלפי בוטיק (המעוגנת הן בחוזה הביצוע והן בהסדר השני המאוחר), יש מקום לאפשר לבוטיק "לחזור" להסכם המקורי בשיעור האמור לעיל.

(ב) כספים ששולמו לניצנים מכוח ההסדר השלישי

253. יש לדחות את הדרישה להחזר בסך 90,000 ש"ח. כפי שיוסבר מיד, בנקודה זו קיימת עמימות הנזקפת לחובת בוטיק כמי שנושאת בנטל.

254. כפי שתואר לעיל, מנגנון התשלומים שעוגן בהסדר השלישי היה שונה מזה שנקבע בהסדר השני. סוכם כי התשלום יבוצע בהתאם לאבני דרך שנקבעו (הרכבת זכוכיות במעלית, ביצוע עבודות חשמל, הרכבת קיר מסך ועוד), ולא על בסיס חודשי. אגב סיכום ההבנות בין הצדדים, המפקח התרה בניצנים כי התשלומים יבוצעו בכפוף לכך ש"כל עבודות הפרויקט יסתיימו (למעט עבודות הפיתוח והרכבת הוויטרינות של החנויות), באם הפיקוח יתרשם כי קצב העבודות אינו משביע רצון וההסכם אינו מכובד על ידי הקבלן יופסקו התשלומים בהתאם ויקוזזו בהתאם".

255. מתוך הסכום הכולל שאושר לתשלום - 300,000 ש"ח, בוטיק העבירה לניצנים 90,000 ש"ח בלבד. הדרישה להחזר הסכום הנ"ל הועלתה לראשונה בתצהירו של דני. בכתב ההגנה, לעומת זאת, נכתב שהסכום קוזז על ידי בוטיק כנגד יתרת זכות שעמדה כנראה לניצנים:

"... על מנת להקטין נזקיה של הנתבעת [בוטיק] ולדרבן את התובעת [ניצנים] לסיים את העבודות, שילמה הנתבעת לתובעת סך של כ-90,000 ש"ח. ברם, משהנתבעת לא הייתה מוכנה לשלם כספים מעבר לתמורה הפאושלית, קיזזה



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

הנתבעת סכום כספי זה בהמשך, בכך שלא שילמה לתובעת בגין חלק מעבודות החשמל, שכן זו ממילא לא ביצעה אותן ומשום שעל מנת להשלימן נדרשה הנתבעת לשלם כספים רבים לקבלן עבודות החשמל שעלו כדי מאות אלפי שקלים." (סעיף 279)

גם בכתב התביעה שכנגד (שהוגש באותו היום), הסכום לא נתבע חזרה. אולם, שם אין כל התייחסות לקיזוז הנ"ל.

256. בוטיק לא הסבירה מדוע שינתה את עמדתה בעניין זה, כך שלא ברור אם בפועל נעשה קיזוז אם לאו.

יצוין כי ניצנים קושרת את הדברים לכך שלא קיבלה סכום של 94,500 ש"ח שאושר לה לטענתה. בסעיף 439 לסיכומיה נאמר: "... בוטיק 'שכחה' לציין כי סך של 94,500 ש"ח שאושר בחשבון אפריל לא שולם. בשן טען כי לא שילם סכום זה כ'קיזוז' כנגד התשלום בסך 90,000 ש"ח ששולם על חשבון עבודות נוספות". משום מה, בוטיק לא ראתה להתייחס לכך.

(ג) תשלום כפול - לניצנים ולקבלני המשנה החיצוניים

257. תביעת בוטיק בעניין זה מגובה בהוראות חוזה הביצוע. לפי סעיף 36.6, "בכל מקרה בו לא קיים הקבלן התחייבות כלשהי מהתחייבויותיו לפי חוזה זה במלואה ובמועדה, יהיו הבעלים [בוטיק] רשאים, לאחר מתן התראה... לבצע את הפעולה נשוא אותה התחייבות בעצמם ו/או באמצעות אחרים על חשבונו של הקבלן, והקבלן יהיה חייב להשיב לבעלים את כל ההוצאות [ו]הנזקים שנגרמו לה[ם] עקב כך."

258. במסגרת סיכומיה, בוטיק הפחיתה משמעותית (בשיעור של מעל 42%) את דרישתה המקורית לסך של 607,295 ש"ח, עקב טעות שהתבררה לה.

259. לדעתי, יש להעמיד את סכום ההחזר בגין עניין זה על סך של 485,000 ש"ח, וזאת נוכח הקושי הקיים בהעדר בקרה ופיקוח על ההוצאות. אסביר.

260. המפקח העיד שלא היה מעורב כלל בהתחשבות הכספית בין בוטיק לקבלני המשנה החיצוניים:

ת: אני לא אישרתי את החשבונות של הטיח והטייח [שמו של הקבלן המרכזי שעבד באתר. לפי הנטען, שולם לו סך כולל של מעל 2.3 מיליון ש"ח - ה"ק] זה לא עבר דרכי.

ש: למה לא אישרת אותם? ... למה זה לא עבר בנוהל הרשמי שאתה תוודא שבוצע...



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

ת: ... כי היינו בשלב של הפרויקט יתפרק, עשיתי מיליון דברים בו זמנית לא היה לי זמן לקחת קבלנים חדשים, התחלקנו בעבודה. רצתי לעירייה, עמדתי על הפיגום, הייתי עם אנשי מעליות, רצתי לחברת חשמל, הכל עשיתי לבד, מה לעשות? אז עזר לי היזם והביא את הקבלנים בעצמו והתחשבן איתם לא נכנסתי לוויכוחים, לקח את ראשד [הכוונה לחשמלאי] ושילם לו, את האינסטלטור ושילם לו וזה לא עבר דרכי וגם לא הייתי יכול להתמודד עם זה. לא יכלתי להיות הקבלן.

ש: אז אני שואל אותך שאלה בדיקה מינימאלית של החשבונות האלה עשית?

ת: לא זה לא עבר דרכי.

ש: כלום?

ת: כלום. וגם שרצו הקבלנים לשבת איתי החשמלאי או האינסטלטור אמרתי

להם חבר'ה... תלכו תסתדרו עם דני אני לא בעסק אני מתעסק עם הביצוע..."

ועוד -

ש"א: אם דני בשן היה מביא לך, שלמתי לטיח ולטייח מראה לך שיקים 10

מיליון שקלים... היית רושם אותו וזהו וממשיך? בלי שום בדיקה?

ת: זה לא עסק שלי מה ששלמו לטיח ולטייח.

...

אני לא יכול להיכנס לכמה שילמו לטיח ולטייח... הוא בא עם [30] פועלים

לאתר ועשה מה שעשה... אם שילמו לו, אם שילמו לו יותר כסף יכול

להיות..."

(עמוד 1,183, שורה 9 עד שורה 24; עמוד 1,185, שורה 31 עד עמוד 1,186, שורה 3;

עמוד 1,187, שורה 6 עד שורה 27)

261. ניתן להבין שגם השמאי מטעם הבנק המלווה היה למעשה אדיש לגובה ההוצאה, שהרי הכספים שולמו מכיסה של בוטיק, ולא מחשבון הליווי של הפרויקט.

גב' גרינברג העידה כי המשרד בודק את המידע לגבי ההתקשרויות בין היזם לקבלני המשנה באופן "מאוד מאוד כללי". לגבי תשלומים לקבלני המשנה (שגובו בתיעוד) - גב' גרינברג השיבה, על בסיס האמור בדו"ח מעקב שהוצג לה, כי צוות המשרד השתכנע כי הם קשורים לפרויקט, ולכן הם הוכרו כחלק מההשקעה (עמוד 32, שורה 26 עד עמוד 33, שורה 1; עמוד 36, שורה 25 ואילך).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

בהמשך לאמור, ראו גם את עדותו של דני: "התשלומים לטיח ולטייח בשלב מסוים בגלל שלא נשאר כסף בפרויקט... עברו מאיתנו אז לא צריך לאשר אותם... לא דרך הבנק ולא דרך יוסי ספיר [המפקח]" (עמוד 1,743, שורה 9 עד שורה 14).

262. ניצנים העלתה נימוקים שונים מדוע לדחות את הדרישה להחזר. היא מסכמת את עמדתה בנושא כך:

"... 'הבאלאגן' במסמכים שצורפו, מוביל למסקנה ראייתית חד משמעית: אין כל התאמה בין ההסכמים לבין הטבלה לבין החשבוניות לבין מהות העבודות וחובתה של ניצנים לשלמן. בשן בחקירתו לא ידע ליתן הסברים, כך שבוטיק לא הוכיחה כל תשלום ו/או כי התשלום חל על ניצנים ו/או כי אין המדובר בעבודה נוספת ו/או כי הסכומים שצויינו בתצהיר נכונים, ולפיכך יש לדחות את התביעה ביחס לפרק זה ואין לקבל את הנתונים בטבלאות בהיותם שגויים בעליל. ודוק, הסכומים על פי הטבלאות שגויים בעליל וכל הסתמכות עליהם תגרום לעיוות דין מהותי ביותר, פשוטו כמשמעו." (סעיף 450 לסיכומיה)

263. אשר לחוסר ההתאמה הנטען - לאחר עיון במסמכים השונים והצלבת הנתונים, נמצא כי סכום החשבוניות הכולל (ללא מע"מ) מגיע לסכום הנתבע (יצוין בהקשר זה כי הפרש לגבי קבלן הטיח יוחס לתקופה השנייה - עלויות שהוצאו לצורך גמר הבנייה לאחר סילוק ניצנים).

264. על רקע כל זה, יש מקום לדעתי להקטין את סכום ההחזר הנתבע באחוז מסוים, שמא התביעה בנושא זה מוגזמת בהיקפה הכספי (ואף אם קיים לכאורה תיעוד להוצאות השונות).

265. מהו, אם כך, שיעור ההפחתה הראוי?

בנקודה זו, אזכיר כי התביעה להחזר נוגעת לשתי תקופות: הראשונה - בה מתמקד סעיף זה - היא בקשר לעבודת שבוצעה על ידי קבלני משנה חיצוניים בזמן שהייתה של ניצנים באתר. התקופה השנייה היא לאחר סילוק ניצנים.

266. דומה כי בתקופה השנייה, לאחר יציאת ניצנים מהאתר, הקושי בהעדר פיקוח משמעותי ורחב יותר (מתעורר ספק לא רק לגבי היקף ההוצאות, אלא גם לגבי טיבן). ראשית ועיקר, משום שהמפקח סיים את עבודתו בפרויקט לאחר שניתן אישור אכלוס, באוקטובר 2016 (עמוד 1,205, שורה 27); שנית, גם מעקב השמאי על תקציב הפרויקט נעשה עד לשלב מסירת הדירות (עמוד 47, שורה 19 עד שורה 21); שלישית, משעה שניצנים סולקה מהאתר, לא היה באפשרותה לדעת ממקור ראשון על ההתרחשות באתר (לדוגמה, מספר הפועלים שעבדו או סוגי העבודה שבוצעו). אל מול טעמים אלה, יש להתחשב בטענת בוטיק לקיומה של "פרמיית החלפת קבלן". לאמור,



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

פנייה לקבלנים אחרים בשלב זה של הפרויקט עשויה להיות יקרה יותר (סעיף 133 לסיכומיה).

267. שיקול נוסף בהקשר זה נוגע לאסמכתאות שהוגשו בעניין. כדי לבסס את טענותיה לגבי שתי התקופות, בוטיק הגישה טבלאות פירוט הוצאות, מסמכי התקשרות (ביניהם גם הצעות מחיר) ואסופת חשבוניות. אולם מעיון במסמכים קשה לשייך את החשבוניות **במדויק** לתקופה הרלבנטית. כפי שמסבירה בוטיק בעצמה, מועד הנפקתן אינו בהכרח מלמד על עיתוי ביצוע העבודה.

מכאן, מן הצדק לקבוע מקדם הפחתה **אחיד ומשוקלל** ביחס לשתי התקופות. לטעמי, שיעור הפחתה של כ-20% יהיה ראוי בנסיבות העניין, וישקף את הספק הקיים לגבי חיוניות מלוא הסכום הנתבע.

268. לדעתי, מקדם ההפחתה שקבעתי מספק מענה הולם גם ליתר החששות והטענות שהשמיעה ניצנים בעניין זה (לרבות בקשר לעלות התקנת מבנה שירותים אצל יוחפז, ובקשר לפיצוי ששולם לסיני בתקופה השנייה שלאחר הסילוק).

ד) הפחתת כספי הערבות הבנקאית שמומשה

269. מיד לאחר סילוק ניצנים, בוטיק פעלה למימוש הערבות הבנקאית בהתאם להוראות חוזה הביצוע, ולהנחיית המפקח (סעיפים 9 ו-36 לחוזה; ומכתב המפקח לניצנים מיום 14.6.2016 - נספח 49 לתצהירו).

270. בקשת ניצנים למתן צו מניעה זמני כנגד חילוט הערבות הגיעה לטיפול. לאחר דיון שקיימתי בנוכחות הצדדים, הבקשה נמחקה והערבות חולטה (ראו פרוטוקול דיון מיום 21.6.2016).

271. לפי בוטיק, סכום הערבות שהופקד בידיה כלל רכיב מע"מ שהועבר לרשות המיסים. לכן במסגרת ההתחשבות מול ניצנים, יש להפחית רק את סכום הערבות "נטו", בנטרול המע"מ. דני הצהיר:

"... הסך של 750,000 ש"ח, מושא הערבות הבנקאית, כלל בתוכו מע"מ שהועבר לרשויות כדין. על כן, הסכום שבבוטיק קיבלה בפועל מתוך הערבות הבנקאית לצורך פיצויה בגין הפרת התחייבויותיה של ניצנים הוא רק 641,026 ש"ח. היות שלפי הסכם הביצוע הערבות הבנקאית שניצנים התחייבה לה היא בסך של 750,000 ש"ח, מחויבת ניצנים להשלים את סכום הערבות הבנקאית כך שבידי בוטיק ישאר סכום של 750,000 ש"ח נטו. רכיב המע"מ הוא 108,795 ש"ח."
(מתוך סעיף 328)

ובסיכומי בוטיק נטען: **"מהחוב כלפי בוטיק יש להפחית את הערבות הבנקאית שחילטה בוטיק, בסך של 641,026 ש"ח (750,000 ש"ח ערבות פחות המע"מ שהועבר למע"מ כדין)"**



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

(סעיף 138).

272. בניגוד לגישת בוטיק, לדעתי יש להתחשב במלוא גובה הערבות - 750,000 ש"ח.

ראשית, בוטיק לא הרימה את הנטל להוכיח כי מרכיב המע"מ אכן הועבר על ידיה לאוצר המדינה. לא נמסר כל מסמך המעיד על תשלום.

273. **שנית**, בוטיק לא הסבירה מדוע סכום הערבות חייב במע"מ מלכתחילה. ככל שכוונתה היא שרכיב המע"מ הועבר לרשות המיסים על ידי הקטנת ניכוי מס התשומות שהותר לה - נדמה כי זו התוצאה המתחייבת במצב זה. אסביר.

274. בנסיבות כאן, מימוש הערבות נעשה בשל הפרת חוזה הביצוע, והוא נועד להבטיח את השבת הכספים המגיעים לבוטיק. סעיף 9.2 לחוזה הביצוע מורה:

"... ערבות הביצוע תשמש להבטחת כל תשלום שיגיע למזמין מהקבלן בהתאם להוראות חוזה זה, לרבות ובלי לגרוע מכלליות האמור, תשלום כל פיצוי ו/או נזק ו/או הוצאה ו/או הפסד ו/או שיפוי שיגיע למזמין מהקבלן בכל אחד מהמקרים בהם הפר הקבלן התחייבות יסודית מהתחייבויותיו על פי החוזה ולרבות הבטחת החזר כל הסכומים שהמזמין שילם במקום הקבלן במקרה בו הקבלן היה חייב בתשלום ו/או סכומים שהמזמין שילם לקבלן על פי החוזה בנסיבות המתירות החזר כאמור על-פי החוזה ו/או הדין..."

275. באמצעות חילוט הערבות, קטנה למעשה התמורה המקורית המוסכמת. כפועל יוצא, כיוון ששני הצדדים הם "עוסקים" לצורכי חוק מס ערך מוסף, התשל"ו-1975 - אזי, ניצנים חייבת בפחות מס עסקאות, ובוטיק רשאית לנכות פחות מס תשומות (ראו והשוו להוראות סעיף 43 לחוק מע"מ, וכן לתקנה 23 להוראות מס הכנסה (ניהול פנקסי חשבונות), התשל"ג-1973).

השלכות אלו, המובילות יחד לאיזון במצב החשבון מול שלטונות מע"מ, אינן גורעות מכך שהבנק העביר לידי בוטיק סכום גלובלי של 750,000 ש"ח כתוצאה ממימוש הערבות.

276. פיצוי בגין חריגה מהתמורה הנקובה לצורך השלמת הבנייה - כאמור, בוטיק טוענת כי לצורך השלמת הבנייה היא נשאה ב"עלויות עודפות" שחרגו בהרבה מיתרת התמורה הנקובה. משכך, היא תובעת פיצוי בסך 1,518,614 ש"ח, המשקף למעשה את ההפרש בין סכום יתרת התמורה לבין סך התשלומים שהוציאה, לפי הטענה, עבור סיום הפרויקט. לדעתי, בשל העדר בקרה ופיקוח, בוטיק זכאית לפיצוי בסך של 711,000 ש"ח בלבד.

277. אפתח בהצגת הוראות חוזה הביצוע, לפיהן במקרה שניצנים תסולק מהפרויקט על פי אחת מהעילות המנויות, השלמת הבנייה תעשה על חשבונה:



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

"... יהיו הבעלים [בוטיק] זכאים... לדרוש מהקבלן לסלק את ידו מהבניין ו/או מהפרויקט ו/או מהמקרקעין ו/או כל חלק מהם... ולהשלים על חשבון הקבלן את הבניה בעצמם או באמצעות קבלן אחר או בכל דרך אחרת..."

הוצאות השלמת הבניה כאמור... יהיו על חשבון הקבלן והוא יישא בהוצאות האמורות. כמו כן יהיה הקבלן אחראי במקרה של השלמת הבניה על ידי הבעלים כאמור, לפצות את הבעלים בגין כל ההפסדים, הנזקים וההוצאות האחרות שנגרמו להם עקב כך." (מתוך סעיף 36.1 וסעיף 36.2)

278. לפי חישוב שערכה בוטיק, סכום החריגה מהתמורה החוזית הנקובה הוא 1,518,614 ש"ח:

"... החל ממועד סילוק ידה של ניצנים, הוצאות בוטיק בגין עבודות, שירותים ואלמנטים שונים הסתכמו ב-3,399,614, לא כולל מע"מ... מתוך סכום זה (3,399,614 ש"ח), ששולם לקבלני משנה, יש להפחית את החלק היחסי שבבוטיק ממילא היתה צריכה לשלם במסגרת הפרויקט (1,881,000 ש"ח הנובעים מההפרש בין 15,000,000 ש"ח לבין 13,119,000 ש"ח) - כך שסכום התביעה בראש נזק זה עמד על 1,518,614 ש"ח, ללא מע"מ..." (מתוך סעיף 140 לסיכומיה)

279. כאמור, לצורך הוכחת הפיצוי הנתבע, בוטיק הגישה, בין השאר, העתקי חשבוניות בגין עבודות שבוצעו לאחר סילוק ניצנים (נספח 136 לתצהיר של דני). על פי בדיקת בית המשפט, החשבוניות מסתמכות לסך של כ-3,328 אלפי ש"ח (ללא מע"מ). לאחר שיוך חלק מהן לתקופה בה ניצנים שהתה באתר, נמצא כי קיים למעשה תיעוד לעלויות בהיקף של כ-3,240 אלפי ש"ח.

280. בסעיפים 265 עד 267 לעיל, הסברתי את השיקולים המצדיקים הפחתה בשיעור של כ-20% בגין העדר בקרה ומעקב. בהתחשב במקדם זה, יש להתחשב בעלויות בגובה 2,592 אלפי ש"ח (80% כפול 3,240 אלפי ש"ח). מכאן, שגובה החריגה מעבר לתמורה החוזית הנקובה הוא: 711 אלפי ש"ח בלבד (2,592 אלפי ש"ח פחות 1,881 אלפי ש"ח).

281. כפי שהוסבר שם, מקדם ההפחתה הנ"ל משקלל בתוכו, בין השאר, את שלל הטענות שהועלו מצד ניצנים בנושא זה.

282. כיסוי עלויות מתמשכות בשל עיכוב הפרויקט - מהטעמים שיפורטו להלן, יש לפסוק לטובת בוטיק סך של 135,000 ש"ח בגין ראש נזק זה.

בעניין זה, בוטיק דרשה הוצאות שהתהוו לה, לפי הטיעון, עד לקבלת אישור אכלוס בסך כולל של 694,056 ש"ח. מדובר בתשלומים ששולמו לשמאי, למפקח, לאדריכל, לבנק המלווה (עמלות



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

בגין ערבות ודמי ניהול) ועבור תוכנת "משכנת" (פירוט ההוצאות צורף כנספח 139 לתצהיר של דני).

283. דומה כי ההוצאות הנ"ל הן בגדר "עלויות השלמת הבנייה" שבהן דן סעיף 36.2 לחוזה הביצוע שהובא לעיל. כאמור, לשון הסעיף רחבה וחלה גם על שיפוי בעד "כל ההפסדים, הנזקים וההוצאות האחרות" שנגרמו לבוטיק.

284. חישובי בוטיק מתייחסים לעלויות קבועות על פני תקופה של 10 חודשים (מדצמבר 2015 ועד ספטמבר 2016). לכן, בשלב הראשון, יש לחשב מחדש את העלויות בגין היועצים (שמאי, מפקח ואדריכל) בהתחשב בתקופת העיכוב בת 6.5 חודשים שנפסקה כאמור בסעיף 242(א) לעיל.

285. נוסף על כך, יש לדחות את דרישת בוטיק בקשר לתשלומים השוטפים עבור הבנק המלווה (מדובר בעיקר סכום הפיצוי שנתבע בסעיף זה - מעל 69%). להבדיל משאר ההוצאות, בוטיק לא הגישה כל אסמכתה חיצונית בעניין (ליתר האסמכתאות - ראו נספח 140, שם).

286. לדעתי, גם הצורך לעמוד בעלות תוכנת הניהול לא הוכח. מדובר בסכום זניח.

287. שיפוי עבור עבודה מאומצת של צוות בוטיק - לדעתי, יש מקום לשפות את בוטיק בסכום גלובלי של 150,000 ש"ח בלבד. וזאת, בגין מעמסה נוספת שהוטלה על בוטיק, מעבר לעיסוקה כיוזמת, במשך 6.5 חודשי עיכוב בעקבות השיבוש שנגרם עקב סילוק ניצנים.

כאמור, לפי סעיף 36.1 לחוזה הביצוע, בוטיק זכאית לשיפוי גם עבור עבודה שביצעה בעצמה לאחר סילוק ניצנים (נוסח הסעיף הובא בסעיף 277 לעיל).

288. הפיצוי שנתבע בסך 900,000 ש"ח מבוסס על 3,000 שעות עבודה של אנשי בוטיק. היקף זה נראה מופרז (גם בהתחשב בעדותו של דני - החל מעמוד 1,797), ובוטיק לא הציגה ראיות חיצוניות התומכות בנייר החישוב שהכינה לעניין זה (נספח 170 לתצהיר של דני). כן הבאתי בחשבון שניים או שלושה עובדים, בעלות שכר (לפרויקט זה) של 10,000 ש"ח לחודש, על פני 6.5 חודשים.

289. שיפוי בגין פיצויים ששולמו לרוכשי הדירות בשל איחור במסירה - מהטעמים שיפורטו, הגעתי למסקנה כי יש לפצות את בוטיק בסכום כולל של 317,500 ש"ח. בנסיבות העניין, אני נענה לבקשה לפיצול סעדים בנושא זה, וזאת בהתאם לתקנה 45 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984. למיטב הידיעה, תביעת וינברג, היא בעלת עשר דירות במבנה, טרם התבררה. כמו כן, נטען כי ישנה חשיפה אפשרית לתביעות נוספות בעתיד.

290. בהתאם לדרך הניתוח עד כה, אתייחס תחילה להוראות חוזה הביצוע. סעיף 31 עוסק ב"פיצוי בגין איחורים". סוכם בסעיף 31.1 כי :



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

"... במקרה בו לא יושלם הקבלן את ביצוע הבנין והעבודות בשלמותן תוך התקופה הנקובה בלוח הזמנים (ובמקרה של מתן ארכה לפי סעיף 30 לעיל, בהתחשב בארכה כאמור) הוא ישא במלוא סך הנזק הנגרם לבעלים [בוטיק] עקב כך כולל מלוא הסכומים אותם הם ידרשו לשלם (כולל דמי שכירות) לצד ג' כלשהו וכן בכל פיצוי ו/או בכל שיפוי עקב כך."

291. בסיום הדיון בחלק י' מעלה, קבעתי כי ניצנים הייתה מחויבת להשלים את הבנייה עד לסוף חודש מרץ 2016. חובתה לתשלום בגין עיכוב במסירת הדירות חלה החל ממועד זה בלבד.

292. ניתן להבין כי האסמכתאות שבבטיק הגישה מתייחסות לשתיים עשרה דירות במבנה. מעיון בהן עולה כי, ככלל, תמהיל הפיצוי הורכב משניים :

עד ליום 1.4.2016 - ניתן לרוכשים **פיצוי בעין**, הכולל, התקנת מקלחונים, עבודות גבס ועוד. בתוספת לחוזה המכר נכתב כי ביצוע העבודות על חשבון בוטיק ייעשה כנגד ויתור הרוכש על כל דרישה בקשר עם דחיית מועד מסירת החזקה בדירה עד ליום 1.4.2016 (הוראה דומה הופיעה בתשע מתוך אחת עשרה תוספות לחוזה מכר שהוגשו לתיק - נספחים 141 עד 151 לתצהיר של דני).

ממועד זה ועד למסירה - הוענק **פיצוי כספי** בסך של 4,000 ש"ח עבור כל חודש איחור (תעריף זה מופיע בתשע מהתוספות לחוזה מכר. שם צוין כי מדובר בפיצוי סופי ומוחלט שיחול לאחר יום 1.4.2016).

293. בנוגע לשיפוי בעד הפיצוי בעין - יש מקום לשער כי החשבוניות והקבלות שצורפו לתצהירו של דני, בסכום העולה על 50 אלפי ש"ח, קשורות לעבודות שבוצעו בדירות הנ"ל (נספח 153). מאחר שניצנים אחראית לעיכוב החל מחודש אפריל כאמור, אין מקום לחיובה בעלויות אלה. חלק זה בתביעת בוטיק נדחה.

294. אשר לרכיב הפיצוי הכספי - חלק מהתשלומים הנטענים לא הוכחו כדבעי ויש להפחיתם :

(א) בקשר לכספים ששולמו בדרך של קיזוז, לפי הטענה, למשפחות מלכה ולוי - בסכום כולל של 71,000 ש"ח - לא הוגשה אסמכתה (סעיפים 359.11 ו-359.12 לתצהיר של דני, בהתאמה).

(ב) בקשר למשפחות אלבו, עקנין וליברטוס - לא הוסבר מדוע שולם סכום העולה על 28,000 ש"ח (המשקפים שבעה חודשי איחור, בהנחה שגם עבור אוקטובר שולם פיצוי מלא). משכך אין הצדקה לסכום העודף בגובה 12,000 ש"ח (שם, סעיפים 359.3, 359.4, 359.6, בהתאמה).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

295. התוצאה מהאמור עד כה היא כי עבור תשע דירות (שרכשו משפחות אפרתי, מרציאנו, אלבו, עקנין, דאדון, ליברטוס, סספורטס, שרעבי וחברת יניב כהן) - יש הצדקה לשיפוי כולל בגובה 252,000 ש"ח (28,000 ש"ח כפול תשע). לעומת זאת, בקשר לשתי דירות (של משפחות מלכה ולוי) - הפיצוי הנתבע לא הוכח.

296. לגבי שלוש הדירות שמולם סוכם **פיצוי גלובלי** - ניצנים חייבת לשפות את בוטיק בסכום כולל של 65,500 ש"ח. סכום השיפוי חושב באופן יחסי, בהתאם לתקופת האיחור שבאחריותה, כמפורט:

- משפחת קינן - לפי התוספת לחוזה המכר, בשל דחיית מועד המסירה לנובמבר 2016, הוענק למשפחה פיצוי בעין (ארונות, מקלחון ועוד) וסכום כסף של 20,000 ש"ח שקוזז מהתמורה המגיעה לבוטיק (נספח 147 לתצהיר של דני).

במקרה זה, קשה לחלץ מהנתונים בתיק את המועד המקורי שסוכם למסירת החזקה בדירה, ולחשב את תקופת האיחור הכוללת. ניתן לשער, על בסיס התעריף שסוכם מול יתר הרוכשים כאמור, שמדובר בתקופת איחור של חמישה חודשים (20,000 לחלק 4,000 ש"ח). בספירה לאחר ממועד המסירה הסופי, יוצא כי הפיצוי שולם בעד התקופה המתחילה בחודש יוני 2016. כיוון שניצנים אחראית לאיחור במסירה מאפריל ואילך - יש לחייבה **במלוא** הפיצוי הנתבע כאן.

- מר בן סיד - דני הצהיר כי בוטיק שילמה לרוכש סך של 78,000 ש"ח בגין איחור במסירה, והוא צירף את העתקי השיקים שנרשמו לפקודת הרוכש (נספח 152 לתצהיר של דני).

לפי הנתונים בתיק, נראה כי תקופת האיחור החייבת בפיצוי התחילה בחודש יוני 2015 (ראו "טבלת ריכוז הסכמי מכר" שנערכה על ידי ניצנים - ת/20, ועוד).

אלא שלפי עדותו של דני האיחור נספר למעשה בנובמבר-דצמבר 2015. לדבריו, הוא הגיע להבנות עם הרוכשים **"שהזמן שאני מאחר להם הוא בערך מנובמבר דצמבר בגלל כל העיכובים שהיו למשל עיכובי סיני כמו שהיו מותרים לקבלן בסופו של דבר גם לי היו מותרים מול הרוכשים ומול וינברג"** (עמוד 1,763, שורה 13 עד שורה 15).

לאור האמור, ובהעדר נתונים לסתור, יש מקום לקבוע שהפיצוי בסך 78,000 ש"ח מתייחס לתקופת איחור של כשנה (מנובמבר 2015 ועד לתחילת נובמבר 2016, כאשר לצורך העניין חודש אוקטובר נלקח במלואו). בהתחשב בתקופת האחריות של ניצנים (מאפריל 2016), היא חבה בסך של 45,500 ש"ח בלבד (7/12 כפול 78,000 ש"ח).

- משפחת שקד - בתוספת לחוזה המכר שנחתמה באפריל 2017, נכתב כי ישולם סכום של 21,000 ש"ח **"כפיצוי סופי ומוחלט באשר לאיחורים מכל מין וסוג שהוא ובין שנטענו ובין**



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

שלא" (נספח 150 לתצהיר של דני).

ואולם, לפי הנתונים שהציגה ניצנים (ובוטיק לא הסתייגה מהם), לא נגרם כל איחור במסירת החזקה בדירה. הסכם המכר נחתם בדצמבר 2014, וסוכם כי הדירה תימסר בתוך 30 חודשים ממועד החתימה (ת/20).

העמימות הנ"ל פועלת לחובת של בוטיק כנושאת בנטל. יש לדחות את הפיצוי המבוקש כאן.

297. פיצוי מוסכם בגין איחור בהשלמת הבנייה - בהתחשב במשך האיחור שנפסק של 6.5 חודשים, בוטיק זכאית לפיצויים מוסכמים בסך כולל של 282,026 ש"ח. אפרט להלן את אופן החישוב.

298. מנגנון הפיצוי המוסכם עוגן בסעיף 31.2 לחוזה הביצוע ולפיו:

31.2.1" **אחור עד 90 ימים לא יחויב בפיצוי כלל.**

31.2.2 **אחור מעל 90 ימים יזכה את הבעלים [בוטיק] בפיצוי בסך של 140,000 ש"ח לחודש או חלק יחסי כחלק מחודש.**

חרף האמור, מוסכם כי בגין התקופה שבין 91 ימי העיכוב ועד 180 ימי העיכוב (ותקופה זו בלבד) סכום הפיצוי שהקבלן יידרש לשלם למזמין כקבוע בסעיף זה לעיל יהיה סכום הפיצוי שהמזמין ישלם לצד ג' בתוספת 15%, ובלבד שלא יעלה על הסכום של 140,000 ש"ח. יובהר כי החל מיום העיכוב ה-[181] יהיה הפיצוי 140,000 ש"ח ללא ההגבלה הנקובה בפסקה זו."

299. הצדדים חלוקים לגבי אופן יישום הסדר זה.

ניצנים סבורה כי יש לחשב את הפיצוי באופן מדורג: "גרייס" למשך שלושה חודשי איחור ראשונים, פיצוי מוגבל בתקרה בגין שלושה חודשים נוספים, וכך הלאה. בוטיק קוראת את הסעיף אחרת. לגישתה, במצב בו האיחור עולה על שישה חודשים, כבענייננו, הפיצוי יחושב באופן אחיד לגבי כל חודשי האיחור. היא מטעימה:

"יש לדחות את טענת ניצנים... כי בחצי השנה הראשונה של העיכוב, הפיצוי צריך להיות נמוך מ-140,000 ש"ח בחודש. טענה זו של ניצנים אינה סבירה לאור לשון ההסכם... אם ניצנים היתה מתעכבת בהשלמת העבודות בפחות מחצי שנה, אז סכום הפיצוי החודשי היה נמוך יותר, אולם מרגע שהאיחור גדול מחצי שנה... אזי סכום הפיצוי החודשי עומד על 140,000 ש"ח בהתאם להוראות ההסכם." (מתוך סעיף 143 לסיכומיה)



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

300. מבין שני הפירושים המוצעים, לדעתי הפירוש של ניצנים עדיף בשל הגיונו המסחרי-כלכלי. ככלל, יש להימנע לדעתי מפירוש שיוביל למעבר חד ושרירותי בין מצב דברים אחד לאחר. במקרה כאן, גישתה של בוטיק, מובילה לכך שבשל יום עיכוב בודד נוסף (היום ה-181), היקף חובתה של ניצנים משתנה באופן משמעותי (סכום הפיצוי תופח במעל 600 אלפי ש"ח בתוך יום). אמנם יתכנו נסיבות שבהן "קפיצה" מעין זו בסכום הפיצוי תסוכם בין צדדים מסחריים לשם יצירת הרתעה או להגברת התמריץ להגיע ליעד הרצוי לא יאוחר ממועד מסוים. אך כשמדובר במתן שירותי בנייה על פני תקופה ממושכת, כבענייננו, קשה להצדיק תוצאה שכזו. אימוץ פרשנות ניצנים, לעומת זאת, יוצר מדרג רצוי בעוצמת הפיצוי המגיע בהתאם למשך תקופת האיחור (היקף ההפרה).

301. חשוב אף יותר, גישתה של ניצנים עדיפה בעיניי מבחינה לשונית. קריאה פשוטה של סעיפי החוזה הנ"ל, מלמדת כי יום העיכוב ה-181 ממילא לא משפיע על זכאות ניצנים לגרייס. בוטיק מפנה בסיכומיה לאמור בסעיף 31.2.2 סיפא: **"החל מיום העיכוב ה-[181] יהיה הפיצוי 140,000 ש"ח ללא ההגבלה הנקובה בפסקה זו"**. אך ההוראה מתייחסת במפורש להגבלה (תקרה) הנקובה **"בפסקה זו"**. בעוד מנגנון הגרייס הוסדר בפסקה אחרת - בסעיף 31.2.1.

302. עוד יוער, בבחינת למעלה מן הצורך, כי הניסיון לשלול את זכאות ניצנים לגרייס גם אינו הוגן במובן מסוים. לפי הראיות, בוטיק נהנתה מהגנה דומה במישור יחסיה מול וינברג ומול רוכשי הדירות:

- בהסכם הקומבינציה נכתב בסעיף 22.2: **"איחור שאינו עולה על 90 יום... במועד השלמת עבודות הבנייה לא ייחשב הפרה ולא יזכה את הבעלים [וינברג] בסעד ו/או תרופה כלשהם"**. ואכן, בוטיק דרשה לנצל את "שלושת חודשי האיחור המוסכם" בכתב הגנתה בהליך המשפטי מול וינברג (סעיף 190 לכתב ההגנה - ת/29).

- בדוגמאות שהוצגו להסכמי מכר הדירות סוכם כי: **"... איחור שלא יעלה על 60 (שישים) ימים בהשלמת הדירה ובמסירת החזקה בה לקונה, מכל סיבה שהיא... לא יהווה הפרה כלשהי מצד המוכר של חוזה זה ולא יזכה את הקונה בתרופה ו/או בפיצוי כלשהם, ולא ייחשב כאיחור במסירת החזקה... ולא יבוא במניין תקופת האיחור..."** (סעיף 7.3 להסכמים שנחתמו ביולי 2011, בנובמבר 2012, במרץ 2015 ובמרץ 2016 - ת/17, ת/18, ת/19, ו-ת/30).

303. לאור האמור, יש לחייב את ניצנים בפיצוי מוסכם בסך של 282,026 ש"ח עקב האיחור בבנייה, בהתאם לחישוב הבא:

(א) עבור חודשים אפריל, מאי ויוני 2016 - ניצנים אינה חייבת בפיצוי לפי סעיף 31.2.1 לחוזה.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

(ב) עבור יולי, אוגוסט וספטמבר - ניצנים חייבת בסך של 235,359 ש"ח. כאמור, על פי סעיף 31.2.2 יש לבחור בחלופה הנמוכה מבין שתיים. הראשונה - "סכום הפיצוי שהמזמין ישלם לצד ג' בתוספת 15%", והחלופה השנייה - סכום של 140,000 ש"ח לחודש.

במקרה כאן, החלופה הראשונה נמוכה יותר:

- לפי חישוב בית המשפט, העלויות שבבטיק שילמה לצדדים שלישיים בעקבות האיחור וניתנות לייחוס לשלושת החודשים הנ"ל מגיעות לסך של 204,660 ש"ח. סכום זה חושב באופן יחסי, והוא מורכב מאלה: (א) עלויות מתמשכות בגין עיכוב בפרויקט בסך של כ- 62.2 אלפי ש"ח בהתאם וביחס לסכום שנפסק בסעיף 282 לעיל; (ב) פיצויים ששולמו לרוכשי הדירות בשל איחור במסירה בסך של כ-136 אלפי ש"ח בהתאם וביחס לפיצוי שנקבע בסעיף 289 לעיל; (ג) הוצאות דמי ביטוח בסך של כ-6.4 אלפי ש"ח בהתאם וביחס לאמור בסעיף 314 להלן.

- בהתחשב בתוספת של 15%, כמצווה בסעיף הנ"ל, מדובר בסך של 235,359 ש"ח. סכום זה נמוך מסך של 420,000 ש"ח (140,000 ש"ח כפול שלושה חודשים).

(ג) עבור חלק מחודש אוקטובר (10 ימים עד למתן אישור אכלוס) - ניצנים חייבת בסכום יחסי של 46,667 ש"ח. וזאת, בהתאם לסעיף 31.2.2 הקובע כי "אחור... יזכה את הבעלים [בבטיק] בפיצוי בסך של 140,000 ש"ח לחודש או חלק יחסי כחלק מחודש".

304. טרם סיום נקודה זו, יצוין כי אין ממש בטענת ניצנים כי הפיצוי המוסכם מהווה סעד חלופי. נטען "שבבטיק אינה יכולה לאחוז את החבל משני קצותיו ולדרוש מאחד פיצוי מוסכם ומאידך את כל התשלומים ששילמה ו/או תיקונים אשר ביצעה, לטענתה, לרוכשי הדירות כפיצוי עבור האיחור במסירת החזקה" (מתוך סעיף 468 לסיכומים). בחוזה הביצוע נכתב בבירור כי הפיצוי המוסכם ישתלם "מעבר לפיצויים לצדדים השלישיים" (סעיף 31.2).

305. תשלום עבור תיקון וטיפול בליקויי בנייה - בשלב זה, בבטיק הוכיחה את זכאותה לפיצוי בגובה 89,000 ש"ח. יש להיעתר לבקשתה לפיצול סעדים ביחס לנזקים שיתבררו בעתיד.

306. נושא זה הוסדר בין הצדדים בעיקר בסעיף 34 לחוזה הביצוע שכותרתו "בדק ואחריות". לפי הוראותיו, ניצנים אחראית "לתקן ליקויים, נזקים, קלקולים, אי התאמות, ופגמים שיתגלו בפרויקט או בכל חלק הימנו על-פי התקופות והיקפי האחריות הקבועים בחוק המכר...", ועליה לשאת בעלויות הכרוכות בביצוע התיקונים לבדה (סעיפים 34.2 ו-34.3).

בהמשך לכך, בסעיף 34.5 נאמר באופן גורף כי:

"בנוסף לכל האמור בחוזה זה, מוסכם בזה כי הקבלן יהיה אחראי וישא בכל



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

חבות ו/או אחריות שהבעלים [בוטיק] יהיו חייבים בה לפי כל דין הקיים בעת חתימת חוזה זה ו/או שיהיה קיים, בקשר עם ביצוע העבודות ו/או בקשר עם התחייבויות הקבלן לפי חוזה זה, וישפה את הבעלים לפי דרישתם הראשונה בכתב בגין כך."

ממיקומו של הסעיף בחוזה משתמעת כוונת הצדדים להחילו גם בנקודה זו.

307. לעניין משכי הזמן - הוסכם כי תקופות הבדק והאחריות יקבעו בהתאם לאמור בחוק המכר (דירות), התשל"ג-1973. לפי הגדרתן בחוק זה, **"תקופת הבדק"** מתחילה ממועד מסירת הדירה, ואורכה בין שנה לשבע שנים בהתאם לסוג התקלה. עם סיומה מתחילה **"תקופת האחריות"** שנמשכת שלוש שנים (סעיף 4 והתוספת לחוק). כמו כן, ניצנים התחייבה לבצע תיקונים **"ביחס לכל חלק בבנין"** במשך 12 חודשים מתחילת תקופת הבדק (סעיף 34.2 לחוזה הביצוע).

308. הוראה נוספת הקשורה לעניין מצויה בסעיף 37 הקובע **"תנאי לשיפוי"**, ולפיה :

"בכל מקרה שבו, על פי הוראות חוזה זה חייב הקבלן לשפות את הבעלים [בוטיק] כנגד תביעה או דרישה של רשות כלשהי או של רוכש דירה או של צד ג' אחר כלשהו, יהיו הבעלים חייבים להודיע לקבלן על תביעה או דרישה כאמור בתוך זמן סביר מעת שתופנה אליהם והמזמין [בוטיק] איפשר לקבלן להתגונן כנגד התביעה ושיתף פעולה בכל הליכי ההתגוננות, הליכי ערעור, בורות, גישור וכיוב'..."

309. עוד יצוין כי על פי סעיף 36.3 לחוזה הביצוע, סילוק הקבלן מהאתר אינו מוביל בהכרח לביטול החוזה, על כל המשמעות הנובעת מכך.

310. וכעת לפיצוי הנתבע.

ניתן לחלק את דרישתה של בוטיק בסך 313,043 ש"ח לשתי קבוצות :

(א) עלויות ביצוע התיקונים בדירות, בחנויות ובשטחים המשותפים. בקבוצה זו נכללות גם עלויות ישירות (202,103 ש"ח) וגם עלויות עקיפות, הכוללות את כלל רכיבי שכרו של מנהל התפעול שהעסיקה בוטיק והתגורר במבנה, לרבות שכר דירתו, הוצאות ארנונה וחשמל (67,194 ש"ח).

(ב) עלויות התמודדות עם דרישות רוכשי הדירות. מדובר בעלויות מהנדס שנשכר לצורך הכנת חוות דעת נגדיות ועלות פנייה לשמאי מכריע (84,658 ש"ח).

יוער כי חיבור העלויות השונות חורג מעבר לסכום הנתבע (נספחים 163 ו-169 לתצהיר של דני).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

בוטיק לא השיבה לטענת ניצנים בנושא.

311. אשר לעמדת ניצנים - ניתן להבין כי היא לא שוללת באופן עקרוני את מחויבותה לתיקון ליקויים הקשורים לעבודתה בפרויקט. טענותיה מתמקדות בהעדר הוכחה מספקת. לגבי תביעת וינברג, שעסקה גם בליקויי בנייה, ניצנים הזכירה שלא ניתנה לה הודעה ואפשרות להתגונן כמתחייב בחוזה הביצוע.

312. לדעתי, בחישוב הפיצוי המגיע לבוטיק בנקודה זו, יש להתחשב בשני קשיים עיקריים:

ראשית, בוטיק לא הוכיחה את תשלום חלק הארי של העלויות. להבדיל משכר היועצים ומנהל התפעול, בוטיק לא הציגה חשבוניות לביסוס הוצאות התיקון הישירות בסך נטען של 202,103 ש"ח. לכן יש להפחית סכום זה מגובה הדרישה.

313. **שנית**, לניצנים לא ניתנה כל הזדמנות לבדוק ולתקן את הליקויים בעצמה, ולחלופין לשלוח גורם מטעמה שיבחן מקרוב את זיקתה הנטענת ויאמוד את היקף העלות הכרוכה בתיקון.

דני ענה לשאלות בית המשפט בנושא:

"כב' הש' קירש: ... בא הדייר וטוען שיש ליקויי בנייה מצפה ממך בעצם

לטפל בזה אתה רואה בניצנים אחראית אתה לא מצפה

שהיא תעשה את זה אבל אחראית, השאלה האם הודעת

לניצנים על קבלת ההודעות, התלונות,

מר בשן: ... איזה סיבה יש לי להודיע להם?

...

כב' הש' קירש: התשובה היא שלא הודעת.

מר בשן: לא, אין עם מי לדבר שם, מה אני יעשה סתם? אין עם מי

לדבר.

כב' הש' קירש: לא הודעת. אוקיי.

מר בשן: לא.

(עמוד 1,773, שורה 10 עד שורה 19)

כמוסבר לעיל, בהימנעותה ממתן הודעה מוקדמת, בוטיק לא עמדה בחובתה החוזית, אשר לכל הפחות, הוכתרה על ידי הצדדים כ"תנאי לשיפוי" (וראו את הוראת סעיף 1.2 האוסרת על שימוש בכותרות הסעיפים לצורך פירוש החוזה). לכן לגבי יתרת הסכום הנתבע יש לעשות הפחתה של כ-20%.

314. החזר עלויות נוספות - בוטיק הוכיחה את זכאותה להחזר בעד דמי הביטוח ששילמה עד לגמר



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

הפרויקט בסך 8,484 ש"ח.

315. נטען, בנושא זה, כי ניצנים חייבת בסכום כולל של 32,948 ש"ח בעבור שיפוץ חנות ומחסן במבנה ששימשו לה כמשרד ולצורכי אחסון ציוד (5,983 ש"ח); חובות מים וחשמל בגין התקופה שלפני ולאחר סילוקה מהשטח (18,481 ש"ח); וכן עלויות הביטוח עד להשלמת הפרויקט (8,484 ש"ח).

316. מעיון באסמכתאות השונות, מצאתי כי בוטיק עמדה בנטל הנדרש רק בקשר לתשלומי הביטוח (נספח 172 לתצהיר של דני). חיובה של ניצנים נעשה בהתאם לסעיף 18.7 לחוזה הביצוע, העוסק בהחזר דמי הביטוח, וכן לסעיף 36.2 שעניינו בכלל עלויות השלמת הבנייה כאמור לעיל.

317. **סיכומי של דבר:** תביעתה הנגדית של בוטיק מתקבלת באופן חלקי כמפורט לעיל. היא זכאית לתשלום כולל של **1,778,010 ש"ח**, המורכב מכל אלה:

- (א) השבת כספים ששולמו ביתר 85,000 ש"ח ;
- (ב) פיצוי בגין חריגה מהתמורה החוזית הנקובה 711,000 ש"ח ;
- (ג) כיסוי עלויות מתמשכות בשל עיכוב בפרויקט 135,000 ש"ח ;
- (ד) שיפוי עבור עבודה מאומצת 150,000 ש"ח ;
- (ה) שיפוי בגין פיצויים ששולמו לרוכשי הדירות 317,500 ש"ח ;
- (ו) פיצוי מוסכם בגין איחור בהשלמת הבנייה 282,026 ש"ח ;
- (ז) תשלום עבור תיקון וטיפול בליקויי בנייה 89,000 ש"ח ;
- (ח) החזר עלויות נוספות 8,484 ש"ח.

יג. השורה התחתונה

318. לאחר קיזוז הסכום שנפסק לטובת ניצנים בגובה 414,500 ש"ח, על ניצנים להעביר לידי בוטיק סך של **1,363,510 ש"ח**. הסכום האמור יישא הפרשי הצמדה כהגדרתם בסעיף 1 לחוק פסיקת ריבית והצמדה, התשכ"א-1961, וזאת מתאריך 1.6.2016 עד למועד התשלום בפועל.

319. לאור התוצאות אליהן הגעתי, ולאור התנהלות הצדדים במהלך ניהול המשפט, אינני מוצא לנכון לפסוק הוצאות משפט לכאן או לכאן.

320. מזכירות בית המשפט תמציא את פסק הדין לידי באי כוח הצדדים.

ניתן היום, י"א תשרי תשפ"א, 29 ספטמבר 2020, בהעדר הצדדים.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

29 ספטמבר 2020

ת"א 16-06-22631 ניצנים בניין והשקעות בע"מ נ' בוטיק שימור מבנים בע"מ

הרי קירש, שופט