|  |  |
| --- | --- |
| **לפני כבוד השופט רונן אילן** | |
| **התובע:** | **אלי כהן** |
| **נגד** | |
| **הנתבעת:** | **פיקה תשתית - עבודות פיתוח בע"מ** |

|  |
| --- |
| **פסק דין** |

לפני תביעה אשר בטבורה טענות באשר לתניית "גב אל גב" (back to back) בהסכם שבין קבלן ראשי לקלן משנה.

בין התובע לבין הנתבעת נכרתו 2 הסכמים לביצוע עבודות גינון ב- 2 פרויקטים שבצעה הנתבעת באזור העיר מודיעין, כאשר הנתבעת הינה הקבלן הראשי של הפרויקטים והתובע הינה אחד מקבלני המשנה של הנתבעת. העבודות שבצע התובע הושלמו ונמסרו, ואף שלא נשמעה כלפי התובע כל טענה באשר לאיכות העבודות שבצע, לא שולמה לתובע מלוא התמורה המגיעה לו.

במוקד המחלוקות שנתגלעו בין הצדדים עומדת טענת הנתבעת לתניית תשלום "גב אל גב" בהסכמים שנכרתו בין הצדדים, תניה שלפיה תנאי לחבות הנתבעת בתשלום הינה קבלת הכספים מהמזמין עצמו, זה שעמו התקשרה הנתבעת בהסכם. הכרעה במחלוקת זו מחייבת התחקות אחר אומד דעת הצדדים, ובשים לב למהותה של תניית "גב אל גב".

מחלוקת נוספת שנתגלעה בין הצדדים מתייחסת לתשלומים בגין צריכת המים בפרויקטים שבוצעו, כאשר לטענת התובע תחולת העבודות להן התחייב איננה כוללת נשיאה בתשלום עבור צריכת המים, בעוד לטענת הנתבעת החבות בעלויות צריכת המים חלה דווקא על התובע, כחלק מהתחייבותו בהסכמים מולה.

**העובדות**

1. התובע הינו עצמאי, בעל העסק למתן שירותי גינון.

הנתבעת הינה חברה פרטית, העוסקת בביצוע עבודות תשתית ופיתוח.

1. במהלך השנים 2012 – 2014, יזמה רשות מקרקעי ישראל (**"רמ"י"**) עבודות פיתוח באזור העיר מודיעין ולשם כך התקשרה בהסכם עם חברת אהוד תייר ניהול והנדסה בע"מ (להלן: **"המזמין"**). המזמין מצדו, התקשר עם הנתבעת בשני הסכמים לביצוע עבודות פיתוח.

האחד, הסכם מאפריל 2012 לביצוע עבודות פיתוח בכבישים 4 ו- 20 באזור התעסוקה של מודיעין (להלן: **"פרויקט מודיעין ב"**).

והשני, הסכם מיולי 2013 לביצוע פריצת כבישים ועבודות פיתוח סביב מגרשים 503 ו- 101 באזור התעסוקה של מודיעין (להלן: **"פרויקט מודיעין ג"**).

1. על יסוד הסכמים אלו, הוזמנו מהנתבעת עבודות פיתוח בהיקף כולל של עשרות מיליוני שקלים, כ- 20,000,000 ₪ בגין פרויקט מודיעין ב' ו- כ- 18,000,000 ₪ בגין פרויקט מודיעין ג'.

בשני ההסכמים (סעיף 3 למסמך המכונה "מסמך ב") תניה המבהירה את זכות הנתבעת לקבלת כספים מהמזמין "גב אל גב" ביחס לקבלת הכספים מרמ"י כך:

**תמורת ביצוע העבודות על ידי הקבלן כאמור לעיל, מתחייב תייר לשלם לקבלן את שכר החוזה, כמוסכם בחוזה. הקבלן מצהיר, כי הוא מודע עובדה שהכספים אותם מעבירה תייר לקבלן מתקבלים ממנהל מקרקעי ישראל (להלן: "ממ"י") וכל עוד לא העביר ממ"י, הכספים לתייר, עבור הקבלן לא יהיה הקבלן זכאי לדרשם מתייר**.

עוד נקבע בהסכמים שבין המזמין לנתבעת, כי על ביצוע העבודות נשוא אותם הסכמים תפקח, מטעמו של המזמין, חברת עדי הדר, יזום, יעוץ וניהול כלכלי בע"מ (להלן: **"המפקח"**).

על בסיס הסכמים אלו, נערכה הנתבעת לביצוע העבודות שהוזמנו ממנה, ולרבות באמצעות התקשרות עם קבלני משנה מטעמה.

1. במהלך חדש מרץ 2014, או בסמוך לכך, נוצר קשר בין התובע לבין הנתבעת ונדונה האפשרות שהתובע יספק לנתבעת שירותי גינון במסגרת הפרויקטים שבצעה באזור מודיעין. בהמשך לכך, נחתמו ביום 24.3.14 שני מסמכי הזמנות עבודה בין התובע לבין הנתבעת.

האחד, הסכם להזמנת עבודות גינון בפרויקט מודיעין ב'.

והשני, הסכם לביצוע עבודות גינון בפרויקט מודיעין ג'.

ההסכמים שבין התובע לנתבעת יכונו להלן: **"ההסכמים"**.

בהסכמים הוסדרה התמורה שתשולם לתובע על פי "כתבי כמויות" ותחשיב שיבוצע על בסיס הכמויות שבוצעו, ויעבור לאישור המפקח. בכתב הכמויות שצורף להסכם מודיעין ב' הוערכה התמורה שתשולם לתובע בסך של כ- 674,000 ₪ ובכתב הכמויות שצורף להסכם מודיעין ג' הוערכה התמורה שתשולם לתובע בסך של כ- 2,096,000 ₪.

1. התובע בצע את העבודות שהוזמנו ממנו בשני הפרויקטים, ואלו הושלמו במהלך אוגוסט 2014 (בגין פרויקט מודיעין ב') ובמהלך אפריל 2015 (בגין פרויקט מודיעין ג'). מאידך, מסירת העבודות לנתבעת התעכבה במשך חדשים ארוכים. העבודות נשוא פרויקט מודיעין ב' נמסרו לנתבעת ביום 19.5.15 ועבודות נשוא פרויקט מודיעין ג' נמסרו לנתבעת ביום 9.9.15.

כיוון שהעבודות אותן בצע התובע כללו גם נטיעת צמחים, ממילא שכל עוד לא בוצעה מסירה של העבודות, המשיך התובע לתחזק את הצמחייה שנשתלה, להשקותה ולטפל בה.

1. תוך כדי ביצוע העבודות, במהלך ספטמבר 2014, פנתה למפקח חברת מי מודיעין בע"מ (חברה שהיא תאגיד מים; להלן: **"חברת מי מודיעין"**) וטענה לחוב בסך של 338,918.22 ₪ בגין צריכת מים באזורים בהם עבד התובע. הדרישה לתשלום חוב זה הועברה לתובע, אשר בניסיונותיו לבטלה אף עתר לבית המשפט ביום 19.2.15 (תיק מספר 25936-02-15). מחלוקת זו עוררה את החשש שחברת מי מודיעין תבקש להשית את החוב על הנתבעת או על המזמין, וביום 19.3.15 הושג הסדר פשרה, שלפיו תפקיד הנתבעת 150,000 ₪ מהכספים המגיעים לתובע בנאמנות בידי ב"כ התובע, וכנגד הפקדה זו לא תהא לחברת מי מודיעין כל טענה כלפי הנתבעת או כלפי המזמין בקשר עם הטענות לחוב זה בגין צריכת המים.
2. ביום 22.9.14 הגיש התובע לנתבעת "חשבון סופי" בגין העבודות שבוצעו בפרויקט מודיעין ב' ובסך כולל של 846,197 ₪, אולם הנתבעת לא העבירה לתובע תשלום כלשהו בגין עבודות אלו וטענה שהחשבון הסופי טרם אושר על ידי המזמין.

בעקבות מסירת העבודות, ביום 25.6.15 או בסמוך לכך, הגיש התובע לנתבעת "חשבון סופי" בגין העבודות שבוצעו בפרויקט מודיעין ג'. ביחס לפרויקט זה דווקא שילמה הנתבעת לתובע תשלומים במהלך הביצוע, לפי חשבונות חלקיים שהוגשו מעת לעת ובסכום מצטבר של כ- 1,500,000 ₪. יתרת התשלום לפי החשבון הסופי שערך התובע ביחס לפרויקט מודיעין ג' הסתכמה בסך של 594,643 ₪.

כאשר הנתבעת ממאנת לפרוע לתובע את החוב על פי החשבונות שהגיש ובהיעדר הסכמה, הוגשה תביעה זו ביום 26.1.16.

**תמצית טענות הצדדים, ההליך והראיות**

1. לטענת התובע, יש לחייב את הנתבעת לשלם לו את חובה על פי החשבונות הסופיים שהגיש, לבטל קיזוזים שנעשו בגין ובקשר עם צריכת המים וכן גם לשלם לו פיצוי על נזקיו בגין העיכוב במסירת העבודות והעברת התמורה בגינן.

ראשית, מפנה התובע לחשבונות הסופיים שערך והגיש על העבודות שבצע בשני הפרויקטים. בכתב התביעה מפנה התובע לחשבון בסך של 846,197 ₪ בצירוף מע"מ בגין פרויקט מודיעין ב' (נספח ד' לכתב התביעה) וחשבון בסך של 594,643 ₪ בגין פרויקט מודיעין ג' (נספח ו' לכתב התביעה).

בתצהיר התובע לעומת זאת, מבקש התובע לתקן את החשבונות הסופיים שהגיש וטוען כי החשבון הסופי המתייחס לפרויקט מודיעין ב' מסתכם בסך של 995,775 ₪ (נספח 6 לתצהיר התובע) ואילו החשבון הסופי המייחס לפרויקט מודיעין ג' מסתכם בסך של 577,801 ₪ (נספח 8 לתצהיר התובע ובניכוי התשלומים ששולמו עד להגשת התביעה). לכל הסכומים הללו מבקש התובע להוסיף מע"מ כדין. ההסבר לשינוי בחשבונות, לטענת התובע, תיקונים שנעשו בתיאום עם נציגי הנתבעת לאחר הגשת התביעה.

לטענת התובע אין כל הצדקה לעיכוב בפירעון חובות הנתבעת. התובע מדגיש כי לפי ההסכמים שנכרתו עמו התחייבה הנתבעת לפרוע את חובה בתנאי "שוטף + 90" וטוען שאין כל יסוד לטענת הנתבעת שלפיה הוסכם שהתשלום שישולם לו ייעשה אך ורק "גב אל גב" עם התשלומים שתקבל הנתבעת מהמזמין, טענה עליה מתבססת הנתבעת כטעם לאי פירעון חובותיה לתובע.

שנית, טוען התובע שחויב על ידי הנתבעת לשלם עבור צריכת המים בשטחי הפרויקט בהם עבד, אף שכלל לא התחייב לכך בהסכמים מול הנתבעת. התובע מציין כי חויב לשלם "קנס" בסך של 115,000 ₪ בטענה לשימוש במים תוך התחברות אסורה למוני המים העירוניים, אף שבפועל העובד שעשה כן כלל לא היה עובד מטעמו אלא עובד הנתבעת, שפעל לשימוש במים להידוק קרקע בעבודות אחרות שלא קשורות לתובע. עוד מציין התובע כי העלות הישירה של השימוש במים באתרים בהם עבד הגיע כדי 75,000 ₪, שלא עליו החובה לממנם וכן שאין הצדקה לחייבו במאום בגין תביעת חברת מי מודיעין, אותה תביעה שבמסגרתה הוסכם שיופקדו בנאמנות 150,000 ₪ עד שתוכרע המחלוקת. למרות כלל טרוניות התובע בכל הנוגע לצריכת המים, העמיד התובע את תביעתו בטענות אלו על סך כולל של 75,000 ₪.

1. לטענת הנתבעת, אין כל בסיס לטענות התובע.

לפי גרסת הנתבעת, ובניגוד מוחלט לטענת התובע, תנאי יסודי בהסכמי ההתקשרות שבין הנתבעת לתובע הינה ההסכמה שכל תשלום לתובע ייעשה אך ורק "גב אל גב" עם התשלומים שתקבל הנתבעת מהמזמין. כיוון שלעת הגשת התביעה טרם אישר המזמין את החשבונות הסופיים בגין שני הפרויקטים וטרם שילם אותם לנתבעת, אין לתובע כל זכות לתבוע תשלומים אלו מהנתבעת.

בכתב ההגנה, הנתבעת אף איננה מסכימה עם תחשיבי התובע. לשיטתה, התמורה המגיעה לתובע בגין פרויקט מודיעין ב' עומדת על 674,792 ₪ בתוספת מע"מ בלבד, והתמורה הכוללת בגין פרויקט מודיעין ג' עומדת על 2,096,556 ₪ בתוספת מע"מ, שממנה כבר שולמו לתובע טרם הגשת התביעה סך של 1,620,900.85 ₪ (בהפחתת פקדון בסך של 85,312 ₪). סכומים אלו ולא יותר, טוענת הנתבעת, ישולמו לתובע לאחר שיאושרו וישולמו לנתבעת מהמזמין.

עוד טוענת הנתבעת כי אף ניסיון התובע להתנער מחובתו לשלם עבור צריכת המים באתרים בהם פעל חסר בסיס, ואיננו עולה בקנה אחד עם התחייבויותיו כלפיה. הנתבעת מדגישה כי חלק מחובות התובע כלפיה הינו נטיעת צמחייה ועשיית כל הדרוש להצלחת קליטתה בקרקע, כך שברור שההשקיה מהווה חלק בסיסי מהתחייבותו לביצוע עבודה מושלמת. דווקא על רקע טענה זו, מבקשת הנתבעת להצביע על התנהלות לא ראויה מצד התובע עצמו, שנמנע מלשאת במישרין בתשלום חשבונות המים וכפה על הנתבעת לעשות כן בעצמה מול הרשות המקומית.

הנתבעת מכחישה את הטענה לחיוב או לקיזוז סכום כלשהו על רקע טענות להתחברות אסורה למוני מים עירוניים וטוענת שהקיזוזים היחידים מחשבונות התובע על רק השימוש במים עומדים על סך של 107,575.20 ₪ שקוזזו מחשבונות התובע נוכח סירוב התובע לשאת בחיובי המים בניגוד להסכמים עמו, והסך שהתחייבה להפקיד בנאמנות לפי הסדר הפשרה בתביעה נגד חברת מי מודיעין.

1. בכתב התביעה עתר התובע לחיוב הנתבעת בסכום כולל של 1,700,000 ₪. סכום זה עולה על סך התשלומים שפורטו לעיל, נוכח הסכם פשרה חלקי אליו הגיעו הצדדים במהלך ההתדיינות.

תוך כדי בירור התביעה, ברור היה כי התקדמות בבירור המחלוקות המתבררות במקביל במישרין בין הנתבעת לבין המזמין, עשויה לייתר את ההכרעה בחלק מהמחלוקות לפחות. כך, בפרט, אם בינתיים יאושרו חשבונות סופיים בשני הפרויקטים נשוא התביעה. על יסוד הבנה זו, הודיעו הצדדים ביום 26.5.17 כי הגיעו להסדר פשרה שלפיו תשלם הנתבעת לתובע סך של 760,000 ₪ (בצירוף מע"מ) על חשבון התמורה המגיעה לו בגין שני הפרויקטים נשוא התביעה.

עוד הסכימו הצדדים כי כנגד תשלום זה, מוותר התובע על עתירותיו בכתב התביעה לחיוב הנתבעת בפיצויים בגין התמשכות הפרויקט עד למסירת העבודות (טענות להוצאות תקורה וניהול מתמשך; להוצאות בגין תחזוקת האתר; לנזקים שנגרמו לאתר העבודה; להוצאות להכנת השטח למסירה; ולפגיעה במוניטין). בכך ויתר התובע על העתירות בסעיפים 44, 45 ו- 47 בכתב התביעה.

כך, להלכה ולמעשה (כאמור בסעיף 4 בהסכם הפשרה), נותרו להכרעה המחלוקות נוכח טענת התובע לזכותו לתשלום מהנתבעת בלא קשר לאישור החשבונות ותשלומי המזמין; המחלוקות בקשר עם חשבונות המים; וטענות התובע לזכותו לתוספת הפרשי הצמדה וריבית.

1. התובע תמך את גרסתו בתצהירו ובנוסף לו, זומנו למתן עדות מטעם התובע מר אבי מוסקוביץ (מנהל עבודה בנתבעת) ומר אלון ידין (מפקח מטעם המפקחת בפרויקט). הנתבעת תמכה את גרסתה בתצהיריהם של מר אפרים קורן (מנהל בנתבעת) ושל גב' הדס שמואלוביץ (מנהלת חשבונות בנתבעת).

במהלך הדיון ביום 18.9.17 נחקרו כלל העדים ובתום החקירות הוקצבו מועדים להגשת סיכומים בכתב.

**דיון**

1. נוכח הסדר הפשרה אליו הגיעו הצדדים, נותרו להכרעה שתי מחלוקות עיקריות, שיידונו כסדרן.

ראשית, תתברר המחלוקת באשר לקיומה של תניית "גב אל גב" בהסכמים.

שנית, תתברר המחלוקת המתייחסת לעלויות הכרוכות בצריכת המים בפרויקט.

ועל יסוד ההכרעה במחלוקות אלו, ייערך תחשיב החוב.

1. במוקד המחלוקות אשר הובילו להגשת של תביעה זו עומדת המחלוקת באשר לתחולתה של תניית "גב אל גב" בהסכמים שבין התובע לנתבעת.

מחלוקות זו מחייבת הסבר על מהות התנייה ואופן ההתחקות אחר אומד דעת הצדדים בהקשרה של תנייה שכזו.

1. הביטוי "גב אל גב" (back to back) בהקשר של התקשרות חוזית, מתייחס למצב בו מוסכם להתנות תשלום תמורה לנותן שירות בקבלת התמורה על ידי מזמין השירות מצד ג', שאיננו צד לחוזה. דוגמא מובהקת לקיומו של מצב שכזה הינה כאשר מזמין מתקשר בהסכם עם קבלן ראשי, והקבלן הראשי מתקשר בהסכם נפרד עם קבלן משנה, או מספר קבלני משנה. תניית "גב אל גב" בהסכמים שעושה הקבלן הראשי מול קבלן המשנה, משמעותה בדרך כלל שזכותו של קבלן המשנה לקבלת התמורה עבור השירות שהעניק, מותנית בכך שהקבלן הראשי עצמו קבל את התמורה מהמזמין.
2. תכליתה העיקרית של תניית "גב אל גב" הינה הגנה על הקבלן הראשי בכלל ועל תזרים המזומנים שלו בפרט. בתניה זו מונע הקבלן הראשי מצב בו עלול הוא להימצא חייב בתשלום התמורה לקבלן המשנה, בעוד הוא עצמו לא קבל את התמורה מהמזמין. כך אם מתברר שהמזמין איננו מוכן לשלם כלל עבור העבודה שבוצעה, בין אם בדין ובין אם שלא בדין, כך אם מתברר שלמזמין השגות באשר לאיכות העבודה שבוצעה, וכך אף אם המזמין אך מתעכב בתשלום, שאז נמנע מקבלן המשנה נטל המימון.

הכללת תניית "גב אל גב" בהתקשרות שבין קבלן ראשי לקבלן משנה, הינה איפה ביטוי לשמירת אינטרס מובהק של הקבלן הראשי. לא של קבלן המשנה, אשר בהסכמתו לתניה שכזו עלול למצוא עצמו במצב בו התמורה עבור השירות שהעניק במלואו איננה משולמת לו מסיבות שכלל אינן בשליטתו.

1. נקודת המוצא במחלוקת משפטית העוסקת בפרשנות חוזה, הינה העיקרון לפיו "חוזים יש לקיים". כך גם בהתייחס להסכמה לתניית "גב אל גב".

הסכמה שכזו מהווה חלק מהמערך הכולל של סיכויים וסיכונים אשר נטלו הצדדים על עצמם בכריתת החוזה. ואם עשו כן מרצונם החופשי ובחוזה שנכרת כדין, הנטייה הברורה הינה לכבד הסכמה זו. כך כאשר הסכמת הצדדים ברורה. כאשר, למשל, אומד דעתם של הצדדים "משתמע במפורש מלשון החוזה" (לשון סעיף 25 (א) בחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973). במצב שכזה לא ימהר בית המשפט להתערב בהסכמה לתשלום התמורה "גב אל גב", אפילו מתברר לקבלן המשנה בדיעבד שאפשר ועשה מקח טעות בהסכמתו לתניה זו. אפילו מתברר לו שמשמעותה עיכוב ממושך בתשלום התמורה על השירות שהעניק לעילא.

1. מאידך, אפשר וההסכמה דנא איננה ברורה. איננה משתמעת בבירור מלשונו של הטקסט. מחייבת הליך פרשני של התחקות אחר אומד דעת הצדדים. במצב שכזה אפשר שיינתן משקל למאפייניו הייחודיים של החוזה הרלוונטי, לנסיבות כריתתו, להיקף המשא ומתן שקדם לכריתתו ואף לפערי הכוחות שבין הצדדים לו. במצב שכזה עלולה להשליך על פרשנות החוזה השאלה אם מדובר בחוזה מסחרי שנכרת בין צדדים בעלי כח כלכלי שווה או שמא חוזה שתנאיו הוכתבו על ידי אחד הצדדים לו, בדומה לחוזה אחיד. כך, למשל, נקבע:

**העקרונות האמורים לעיל יפים מכוח קל וחומר במקרה כגון דא, שבו מדובר בחוזה מסחרי שנכרת בין שני צדדים מנוסים ומתוחכמים ושקדם לכריתתו משא ומתן ארוך ומפורט בליווי עורכי דין. אכן, מידת נכונותו של בית המשפט להטות אזנו לטענות של צד לחוזה המבקש להתערב בדיעבד בחלוקת הסיכונים והסיכויים החוזית עשויה להשתנות בהתאם לסוג החוזה שבו מדובר. כך למשל, מובן כי אין דינו של חוזה אחיד, כמשמעותו בחוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982, כדינו של החוזה "הקלאסי", שנכרת בין הצדדים בתום משא ומתן ביניהם... אף שדיני החוזים אינם מבחינים, ככלל, בין חוזה "רגיל" (כגון חוזה למכירת דירה יד שנייה שקדם לו משא ומתן בין הצדדים) לבין חוזה מסחרי "מורכב" (כגון חוזה ההלוואה דנן, שבמסגרתו "נתפרה" עסקה לא שגרתית במסגרתה ניתנה הלוואה בסכומי עתק, ושקדם לכריתתו משא ומתן ארוך ומפורט בין צדדים מנוסים ומתוחכמים), והעקרונות שחלים על כל החוזים "הקלאסיים" הינם עקרונית זהים, מקובלת עלי טענת הבנקים כי ראוי שבית המשפט ייתן דעתו בהקשרים מסוימים למאפיינים השונים של החוזים הנכללים בקבוצה זו, ובמיוחד למידת ייחודו של החוזה, לזהות הצדדים לחוזה ולהיקף המשא ומתן שקדם לכריתתו במילים אחרות, מקובלת עלי הטענה כי בית המשפט לא יתערב בנקל בחוזים שלכריתתם קדם משא ומתן משמעותי וארוך, שהעסקה ש"נתפרה" במסגרתם הינה ייחודית ובלתי שגרתית ואינה דומה לעסקאות אחרות מסוגה, שהצדדים להם הינם צדדים מנוסים ומתוחכמים, שהמשא ומתן שקדם לכריתתם לווה או נוהל על ידי עורכי דין ואנשי מקצוע מטעם הצדדים, וכיו"ב. כפועל יוצא, הנטל שיוטל על צד לחוזה "מורכב" שכזה, שמבקש בדיעבד לשכנע את בית המשפט להתערב בהוראות החוזה ולפטור אותו באופן חלקי או מלא מחיוב שנטל על עצמו בחוזה, הינו נטל כבד מאד."** (ע"א 8506/13 זאבי תקשורת אחזקות בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ [פורסם בנבו] 23.8.15, פסקה 46 בפסק הדין)

כאשר עסקינן איפה בתניה שתכליתה העיקרית הגנה על האינטרסים של מזמין השירות, למשל הקבלן הראשי, במחיר אפשרי של הטלת סיכון גדול על קבלן המשנה; וכאשר עסקינן במצב בו קיים פער כוחות גדול בין הקבלן הראשי לקבלן המשנה, פער שאפשר ומתבטא בהכתבת תנאי ההתקשרות בחוזה שנוסח מראש למספר קבלני משנה – כי אז לכל הפחות מצופה מהקבלן הראשי שיבהיר, ללא כחל וסרק, את מידת הסיכון לו חשוף קבלן המשנה. את קיומה של תניית "גב אל גב" בהסכם שמולו. במצב כזה, עמימות או אי וודאות באשר לקיומה של תנייה שכזו עלולה להביא להעדפת פרשנותו של קבלן המשנה על זו של הקבלן הראשי, ככזו המבטאת את אומד דעת הצדדים.

1. זאת ועוד, בירור המחלוקת הפרשנית איננו נעצר בקביעה האפשרית להסכמה על תניית "גב אל גב" אלא עלול להמשיך גם לבחינת תנאיה של אותה הסכמה. ואלו הרי עשויים להיות שונים ממקרה למקרה. גם בקביעת תנאיה של אותה הסכמה יש להתחשב בפערי הכוחות האפשריים שבין הצדדים ובסיווגו של החוזה, כחוזה מסחרי רגיל או שמא ככזה הקרוב יותר לחוזה אחיד. אף בשאלת פרשנותה של תניית "גב אל גב" עשויה להינתן עדיפות לפרשנות הקושרת בין העיכוב בתשלום התמורה לקבלן הראשי עצמו לבין אותו שירות שניתן על ידי קבלן המשנה. וכך נקבע:

**אין בידי לקבל את טענת המבקשים לפיה עצם קיומה של תניית "גב אל גב" בהסכם שבין הצדדים מבטל את עצם חבותה של המבקשת כלפי המשיבה בגין העבודות שבוצעו, מקום בו לא נתקבל תשלום מאת מזמין העבודה. תכליתה של תניית "גב אל גב" בהתקשרויות בין קבלן לקבלן משנה היא, ככלל, למנוע מצב שבו ייאלץ הקבלן לשלם לקבלן המשנה עבור עבודה שלא אושרה ולא שולמה התמורה בגינה על ידי מזמין העבודה בשל גורמים הקשורים בקבלן המשנה, כגון עבודה שבוצעה באופן חלקי או לקוי. לפיכך, על אף קיומה של תניית "גב אל גב" בהסכם שבין הצדדים ואף אם לא קיבלה המבקשת תשלום ממזמין העבודה בשל הליכי הפירוק בהם היה נתון המזמין, אין בכך כדי לבטל את חבותה של המבקשת כלפי המשיבה, מקום בו נקבע כי המשיבה אכן ביצעה עבודות עבור המבקשת**. (רע"א 3458/10 צוות קרקע ואח' נ' הקודחים שבת בע"מ ואח' [פורסם בנבו] 5.9.2010.

אם כך, אפילו נמצא שהוסכם על תניית "גב אל גב" בהסכם שבין קבלן ראשי לקבלן משנה, לא בנקל תתקבל פרשנות שלפיה הוטל הסיכון כולו על שכמו של קבלן המשנה, ולא בנקל תתקבל פרשנות שלפיה לא זכאי קבלן המשנה לתמורה על העבודות שבצע גם כאשר אין כל טענה שלא בצע את השירות שהוזמן ממנו כיאות וגם כאשר העיכוב בתשלום לקבלן הראשי מקורו במחלוקות להן אין כלל קשר לקבלן המשנה (לדעה דומה: ת.א. (מחוזי ת"א) 29431-09-13 נתיבים דרום בע"מ נ' א. דורי בניה בע"מ [פורסם בנבו] 23.3.18, פסקה 56 בפסק הדין).

על רקע עקרונות אלו ניתן להכריע במחלוקות.

1. אין בין הצדדים מחלוקת על כך שעסקינן במקרה זה במערכת יחסים משולשת, במסגרתה הנתבעת הינה קבלן ראשי בהתקשרות מול המזמין, חברת אהוד תייר ניהול והנדסה בע"מ, בעוד התובע הינה קבלן משנה אשר התקשר מול הנתבעת לבדה לביצוע עבודות המהוות חלק מכלל העבודות שהוזמנו מהנתבעת.

אין גם מחלוקת על כך שהתובע הינו קבלן משנה אחד מבין קבלני משנה רבים שמולם התקשרה הנתבעת בביצוע הפרויקטים (סעיף 9 בתצהירו של אפרים קורן).

1. במערכת יחסים משולשת זו של מזמין – קבלן ראשי – קבלני משנה, טוענת הנתבעת לקיומה של תנית "גב אל גב" בהסכמים שבינה לבין התובע.

לפי גרסת הנתבעת, כיוון שהתמורה המשולמת לה כפופה לאישור המזמין, הובהר לתובע כי זכותו לתשלום התמורה מהנתבעת כפופה גם לאישור העבודות על ידי המזמין ותשלום התמורה לנתבעת על ידי המזמין. כך הובהר לתובע וכך הובהר והוסכם על ידי קבלני המשנה האחרים מולם התקשרה הנתבעת בקשר עם ביצוע הפרויקטים. וכיוון שלעת הגשת התביעה (אף לא במהלכה) טרם אושרו החשבונות על ידי המזמין וטרם שולמה התמורה בגינם לנתבעת – ממילא שאין לתובע זכות לתבוע את התמורה בגינן מהנתבעת.

התובע כופר בטענה זו וטוען שלא הוסכם כלל על תניית "גב אל גב" בהסכמים שערך עם הנתבעת.

לפי גרסת התובע, בהסכמים מול הנתבעת נקבע שהתנאי היחיד לתשלום הוא גמר העבודות להן התחייב ומסירתן לנתבעת, שאז נתונים לנתבעת 60 יום לבדיקת החשבון הסופי ואישורו. החלטת הנתבעת לעכב את תשלום התמורה המגיעה לו ולהתנותה בקבלת התמורה מהמזמין מהווה, לשיטת התובע, הפרה יסודית של התחייבויות הנתבעת. כך בפרט כאשר לעיכובים בתשלומי התמורה לנתבעת עצמה אין כל קשר לעבודות שבצע התובע עצמו.

1. כאמור, בין הצדדים נכרתו הסכמים אשר מסדירים את ההתקשרות ביניהם, על כל היבטיה, ובהם גם התמורה שתשולם לתובע בגין העבודות שהוזמנו ממנו, ותנאי תשלום התמורה.

בחינת ההסכמים מלמדת כי אלו כוללים עמוד ראשון אשר כותרתו "הסכם/הזמנת עבודה עם נותן שירותים". עמוד זה מנוסח כך שפרטי הנתבעת מודפסים והיא מכונה "הקבלן הראשי", בעוד פרטי "נותן השירותים" נותרו להשלמה.

סעיף 3 בעמוד הראשון של ההסכמים מורה כך:

**תנאי תשלום – שוטף + 90.**

ובהמשך, בסעיף 7, נאמר כך:

**קביעת המחיר הכולל: המחיר הכולל יקבע על פי מדידה של יחידות עבודה בפועל ו/או חשבון מאושרים, בהתאם למחירי היחידות להלן.**

לפי עמוד הכותרת של ההסכם, מובהר כי התמורה שתשולם לתובע תיקבע על פי מדידה שתיעשה ובתנאי תשלום של "שוטף + 90". אין בהוראות אלו ולו רמז לתניית "גב אל גב" או אפילו אזכור קיומו של "מזמין" או ליחסיו מול הנתבעת.

באותו עמוד ראשון של ההסכם, בסעיף 10, הפנייה לנספחים המורה כך:

**הנספחים המפורטים להלן מצורפים להזמנה זו ומהווים חלק בלתי נפרד ממנה: נספח א' – תנאים כלליים, נספח ב' – תנאים מיוחדים, נספח ג' – כתב כמויות ומחירים, נספח ד' – תכניות ומפרטים, נספח ה' – לו"ז.**

נספח א' של ההסכם הינו מסמך "התנאים הכלליים". כותרתו של סעיף 4 בתנאים הכלליים קובעת: "התשלומים (ל)נותן שירותים", ומורה כך:

**תוך 30 ימים מיום הגשת החשבון החלקי יבדוק המפקח את החשבון ויאשר תשלום באופן מלא או חלקי לחשבון החלקי שהגיש נותן שירותים לפי שיקול דעתו הבלעדי על פי מדידות שיערוך המפקח לכמות העבודה ע"י נותן שירותים ובהתאם לטיב העבודות שבוצעו ובהתחשב ביתר הוראות הסכם זה.**

הוראה זו מסדירה את זכות התובע לתמורה. לפי הוראה זו, חייב התובע להגיש "חשבון חלקי" המתייחס לכמות העבודה שנעשתה, זה ייבדק על ידי המפקח בתוך 30 יום, והתשלום לתובע יאושר על פי אותו אישור מפקח שינתן. משמע, לפי הוראה זו התנאי היחיד לזכותו של התובע לתשלום הינו אישור המפקח. אין בהוראה זו זכר לתנאים נוספים ובפרט שאין בהוראה זו זכר לקיומה של תניית "גב אל גב".

כך איפה, לשונו הכתובה של העמוד העיקרי של ההסכמים ואף לשונו הכתובה של נספח א', "התנאים הכללים", אינם מתיישבים עם הטענה לתניית "גב אל גב" ומלמדים שהתנאי היחיד לתשלום לתובע הינו אישור המפקח על ביצוע העבודות.

1. הנתבעת ערה לכך ששני חלקים אלו של ההסכמים, העמוד הראשון של ההסכמים ונספח א' של ההסכמים, אינם קובעים כי התשלומים לתובע ייעשו "גב אל גב" עם התשלומים שתקבל הנתבעת, אך מפנה לנספח ב' של ההסכמים, זה שכותרתו "תנאים מיוחדים", ולסעיפים 6, 7 ו- 12 שבו המורים כך:

**6. הכמויות ימדדו ויאושרו וישולמו לחב' פיקה תשתית עבודות פיתוח בע"מ.**

**7. הכמויות לתשלום כפי שיאושרו וישולמו לחב' פיקה תשתית עבודות פיתוח בע"מ.**

**12. החוזה על כל נספחיו בין אהוד תייר-ניהול והנדסה בע"מ (להלן המזמין) לקבלן הראשי, יהיו חלק בלתי נפרד מהסכם זה, ונותן השירותים יבצע את העבודה במלואה בהתאם לחוזה, מפרט, לכתב הכמויות המצורף ותוכניות לביצוע.**

לשיטת הנתבעת, בהוראות אלו הובהר הקשר שבין זכות התובע לתמורה לזכות הנתבעת לקבלת התמורה מהמזמין וזו זו אותה תניית "גב אל גב" הקובעת את התנאי השני, המצטבר, לזכות התובע לתמורה – קבלת התמורה אצל הנתבעת עצמה.

טענה זו לא ניתן לקבל. די לעיין באותם סעיפים אליהם מפנה הנתבעת כדי להיווכח שאין בהם ולו זכר לביטוי "גב אל גב" או לכל ביטוי דומה לו. כל שיש בסעיפים אלו הינה ההבהרה בכל הנוגע לאישורי הכמויות שיבוצעו בפועל. אישורים שיינתנו על ידי המזמין או המפקח מטעמו. ההפניה להסכם עם המזמין, בסעיף 12 של הנאים המיוחדים, נעשית במפורש בהתייחס לכתבי הכמויות. לא למועדי התשלום שמשלם המזמין עצמו לנתבעת או לתנאי התשלום.

למעלה מכך, באותו עמוד ממש גם נספח ג' של ההסכמים, נספח "כתב כמויות ומחירים", וזה מורה כך:

**נותן השירות יהיה זכאי לקבל התמורה מאת הקבלן הראשי על פי כמויות מאושרות בכל חשבון חלקי. תנאי תשלום: שוטף + 90 יום.**

והנה שוב, מודגש כי זכותו של התובע לתשלום כפופה לאישור הכמויות בלבד. לא תניית "גב אל גב" ולא כל אזכור לתשלום שתקבל הנתבעת עצמה.

כך איפה מתברר כי לשונו של ההסכם תומכת דווקא בעמדת התובע. לשונו של ההסכם מלמדת כיצד שוב ושוב הותנתה זכותו של התובע לתשלום באישורי הכמויות שבוצעו על ידי הפיקוח על הפרויקט. הא ותו לא. לשונו של ההסכם מתיישבת עם גרסת התובע. לשונו של ההסכם איננה מתיישבת עם גרסת הנתבעת.

1. במצב זה, אפילו ניתן היה לקבל את טענת הנתבעת, לכל היותר ניתן היה לקבוע שההסכם נותר בנקודה זו עמום. ששאלת זכות התובע לתשלום והאפשרות לתניית "גב אל גב" נותרו לא ברורים. אלא שגם מצב שכזה איננו מועיל לנתבעת.

די לעיין בהסכמים כדי להיווכח בפערי הכוחות בין הצדדים. כדי להיווכח כי ההסכמים נוסחו מראש על ידי הנתבעת כדי שישמשו בסיס להתקשרויות עם קבלני משנה רבים. אין עסקינן בהסכם שהוא תוצאה של משא ומתן בין צדדים שווים, אשר ניסחו את ההסכם בצוותא ותוך החלפת השגות וטיוטות. עמימות שכזו נזקפת לחובת הנתבעת, אשר בידיה עמדה האפשרות להבהיר את תנאי התשלום. ואין צורך להרחיק לכת כדי להביא דוגמא להבהרה שכזו. די לעיין בהסכם שצירפה הנתבעת עצמה. ההסכם שבין הנתבעת למזמין. הרי אף המזמין עצמו התקשר לפני כן בהסכם עם רמ"י. שהנה כך מורה סעיף 3 בהסכם של הנתבעת מול המזמין (נספח 1 לתצהיר אפרים קורן):

**תמורת ביצוע העבודות על ידי הקבלן כאמור לעיל, מתחייב תייר לשלם לקבלן את שכר החוזה כמוסכם בחוזה. הקבלן מצהיר כי הוא מודע לעובדה שהכספים אותם מעבירה תייר לקבלן מתקבלים ממינהל מקרקעי ישראל (להלן: "מ.מ.י") וכל עוד לא העביר מ.מ.י, הכספים לתייר עבור הקבלן לא יהיה הקבלן זכאי לדרשם מתייר.**

די לעיין בהוראה זו כדי להיווכח מה רב הפער בין ההסכמה שבין הנתבעת למזמין, לבין ההסכמה שבין התובע לנתבעת. לשון הוראה זו קובעת, באופן ברור שאיננו משתמע לשני פנים, כי זכות הנתבעת לתשלום מותנית בקבלת הכספים על ידי המזמין עצמו. זו תניית "גב אל גב" מובהקת.

ואין אלא לתמוה מדוע לא טרחה הנתבעת לכלול תניה בלשון דומה בהסכמים מול התובע.

1. במהלך עדותו, טען מנהל הנתבעת, מר אפרים קורן, כי התובע היה מודע להסכמה זו לתשלום "גב אל גב" בלבד. וכך העיד (עמ' 71 בפרוט'):

**ש: לא היו עוד קבלני גינון. אתה אמרת לו במועד החתימה, אני שואל, אתה אמרת לו במועד החתימה תקשיב לא משנה מה כתוב, ההסכם שלנו הוא back to back?**

**ת: בוודאי, כן, אמרתי לו והוא גם קרא את החומר וגם כתוב, הוא חתם על זה גם.**

**ש: אה, לשיטתך מה שכתוב בחוזה זה back to back ולכן הוא ידע את זה.**

**ת: בטח. הוא קרא גם את הכול כל המפרט כל הדברים שהיו בחוזה.**

**ש: הוא קרא את כל המפרט?**

**ת: הוא ביקש לעיין בכל החומר שהיה.**

עדות זו מעוררת תהיה. תחילה טוען מר קורן כי במעמד החתימה נאמר לתובע שהתשלום לו יהיה זכאי ייעשה "גב אל גב" עם התשלומים שתקבל הנתבעת, אך בהמשך טוען שהדברים דווקא היו ברורים לתובע מעיון בהסכמים. גם בתצהירו של מר קורן אין טענה לפיה במעמד החתימה קבל התובע הסבר ברור שלפיו התשלומים ייעשו "גב אל גב" עם התשלומים שתקבל הנתבעת.

לא ברור כיצד טענה כה מהותית, הטענה להסברים שקבל התובע ממר קורן עובר לחתימה בכלל, וההסבר לתשלום שייעשה "גב אל גב" בפרט, לא נטענו בתצהירו של מר קורן. קשה במיוחד לקבל את הטענה כשאף העדות שניתנה בעניין זה איננה ברורה. לפיכך, אני דוחה את גרסת מר קורן בטענה זו ולא מקבל את הטענה להסבר שניתן לתובע בעל פה בעת החתימה קשר עם תניית "גב אל גב".

1. עוד טענה הנתבעת כי עובדה היא שהתובע הסכין עם הוראה זו שכן במהלך ביצוע העבודות הוא עצמו לא מחה כאשר התשלומים הועברו לו באיחור, לשיטתו, ולא בתנאי "שוטף + 90". מטיעוני הנתבעת נראה שאכן גם התשלומים ששולמו לתובע בפועל על חשבון העבודות שבוצעו בפרויקט מודיעין ג', שולמו לו באיחור. התובע התייחס למצב זה בעדותו (עמ' 28 בפרוט') כך:

**זה האחרון. היה, אתה צריך להבין אני הייתי במצב כלכלי מאוד קשה, כל שקל שהיה נוחת לי מהשמיים גם אם הוא באיחור ספציפי באותה תקופה קיבלתי כי הייתי צריך אותו כאוויר לנשימה, אני הייתי ככה מלפשוט רגל בגלל ההתנהלות של פיקה תשתיות, אז להגיד לך שהתקטננתי על כל סכום? לא, גם קיבלתי ממך חלק מהסכום אחרי שנתיים שגמרתי את הפרויקט, והסכמתי לוותר על הרבה דברים, אז זה לא, אתה...**

לא זו בלבד שאינני מוצא בעדות זו תמיכה בגרסת הנתבעת, אלא נהפוך הוא. בשים לב לפערי הכוחות הנוטים בבירור לטובת הנתבעת, גרסתו של התובע סבירה כמשקפת את המציאות. לא מתוך השלמה התנהל התובע ולא מתוך הסכמה להוספת תניית "גב אל גב" להסכמים התנהל התובע, אלא מתוך רצונו להימנע ממריבה עם הנתבעת. על כל פנים, אין בהתנהלות זו כדי לתמוך בגרסת הנתבעת ואין בהתנהגות התובע כדי לבטא הסכמה להוספת תנייה שמקומה הראוי היה בהסכם עצמו, ובאותיות קידוש לבנה.

1. זאת ועוד, אפילו ניתן היה לקבל את גרסת הנתבעת ולקבוע שהוסכם בין הצדדים שהתשלום לתובע ייעשה רק בתנאי "גב אל גב" עם התשלומים שתקבל הנתבעת מהמזמין, בנסיבות העניין לא היה בכך כדי לסייע לנתבעת.

כפי שכבר הובהר, לא די לו לקבלן ראשי לקבוע תניית "גב אל גב" בהסכם עם קבלן המשנה אלא שעליו להבהיר את תוכנה של אותה הסכמה, ובפרט אם הכוונה הינה לשלול את זכותו של קבלן המשנה לתשלום אפילו מצב בו לעיכוב בתשלומי המזמין אין כל קשר לעבודה שבצע קבלן המשנה.

כך בפרט במצב בו עסקינן בחוזה שתנאיו הוכתבו מראש על ידי הקבלן הראשי. כאשר בין הצדדים פערי כוחות כאלו, שלא אפשרו משא ומתן על תנאי ההסכם, אלא הנתבעת הכתיבה את תנאיו תוך שימוש בנוסח אחיד שערכה לקבלני משנה רבים.

במהלך שמיעת העדויות, הובהר שאין כל קשר בין העיכוב בתשלומי המזמין לעבודה שבצע התובע (למשל עדות אפרים קורן בעמ' 73; ש' 1 בפרוט'). במצב שכזה, אפילו הוסכם שהתשלום ייעשה "גב אל גב", שומה היה על הנתבעת להראות שאותה הסכמה כללה אף את ההסכמה של התובע להמתין עד בוש לקבלת התשלום על העבודה שבצע גם כשזה מתעכב בלא כל קשר לעבודות שבצע ובלא כל טענה ביחס לעבודות שבצע. והסכמה גורפת שכזו – לא הראתה הנתבעת.

ורק להשלמת התמונה יצוין שבמצב שכזה, אפילו ניתן היה לקבל את הטענה להסכמה שעל התובע להמתין להעברת תשלום לנתבעת עצמה בלא הגבלת זמן, ובלא קשר לסיבת העיכוב, אפשר ועמידה על זכות שכזו עלולה הייתה להיעשות שלא בתום לב. כך, לשם הדוגמא, אם היה מתברר שהקבלן הראשי קבל 90% מהתמורה בעוד לקבלן המשנה לא שולם דבר שכן ההסכם מולו קבע את זכותו לתשלום רק בתשלום מלוא התמורה על ידי המזמין. לו הורה ההסכם דנא בלשון ברורה שזה זה המצב ביחסי התובע מול הנתבעת, ניתן היה לבחון אם אי התשלום נעשה בתום לב. אין בכך צורך בנסיבות אלו, כאשר לא זו בלבד שתניית "גב אל גב" לא נכללה בהסכמים, אלא שאפילו הוזכרה בידי הנתבעת, וודאי שלא הובא לה אותו פירוט שמצדיק אי תשלום תקופה ממושכת ומעיכובים להם אין דבר וחצי דבר עם העבודות שבצע התובע.

1. כך ניתן לסכם טענה זו.

בין התובע לבין הנתבעת נכרתו הסכמים המסדירים את התחייבות התובע לביצוע עבודות כקבלן משנה של הנתבעת. לפי ההסכמים הללו, התנאי היחיד לזכות התובע לתמורה שנקבעה הינה אישור העבודות על ידי המפקח ומרגע שניתן זה האישור – חייבת הייתה התבעת בתשלום בתנאי שוטף + 90 יום. בהסכמים אין כל תנייה לתשלום "גב אל גב" ושלפיה תנאי נוסף, מצטבר, לזכות התובע לתשלום הינה התשלום לנתבעת מהמזמין.

אם בקשה הנתבעת להתנות את התשלום לתובע בקבלת התשלומים מהמזמין, הרי שעליה, כקבלן הראשי שניסח את ההסכמים מול התובע ומול קבלני משנה נוספים, הייתה החובה לוודא כי התובע מודע להוראה זו ומסכים לה. הנתבעת לא עשתה כן בעת כריתת ההסכמים ובהמשך, תוך ניצול פערי הכוחות מול התובע, ניסתה לכפות זאת עליו.

ניסיון זה של הנתבעת לטעון לתניית "גב אל גב" בהסכמים שמול התובע נעשה בלא זכות שכזו בפרט כאשר התברר שלעיכוב בתשלומים מהמזמין אין כלל קשר לעבודות שבצע התובע.

אני מקבל לפיכך את גרסת התובע, דוחה את גרסת הנתבעת, וקובע שעל הנתבעת עמדה החובה לשלם את מלוא התמורה לתובע בסמוך לאחר השלמת עבודות התובע ומסירתן, בתנאים שנקבעו בהסכמים: שוטף + 90.

1. המחלוקת השנייה שנתגלעה בין הצדדים מתייחסת לתשלום עבור צריכת המים בפרויקט.

אין בין הצדדים מחלוקת על כך שתכולת העבודות לה התחייב התובע בהסכמים, בשני הפרויקטים, כלל גם נטיעת צמחייה מסוגים שונים וטיפוח אותה צמחייה עד למסירת העבודות למזמין. המחלוקת על התשלומים בקשר עם צריכת המים התעוררה הן נוכח עלויות השימוש השוטף במים במהלך ביצוע עבודות התובע, שימוש הכרחי נוכח העיסוק בנטיעת צמחייה וטיפוחה, והן על רקע טענות של חברת מי מודיעין לשימוש חריג ובאופן שאיננו תקין, טענות שהיו כרוכות בחיובים ובקנסות.

גרסת התובע במחלוקת זו הינה שהוא כלל איננו חייב בתשלומים עבור צריכת המים בפרויקט. לא בתשלומים על הצריכה השוטפת תוך כדי ביצוע העבודות, לא בתשלומים עבור הצריכה לשם אחזקת הצמחייה בתקופה שמיום סיום העבודות ועד למסירתן למזמין, וודאי שלא עבור טענות לצריכה חריגה או בהתחברות אסורה.

על בסיס טענה זו, טוען התובע שאסור לנתבעת לקזז מהתמורה המגיעה לו תשלומים הקשורים לחשבונות המים ושעליה גם החובה לשאת בקנסות שהוטלו על ידי חברת מי מודיעין בקשר עם צריכת המים בפרויקט.

לטענת הנתבעת, אין כל יסוד לניסיון התובע להשית עליה את האחריות לשאת בתשלומים עבור צריכת המים בפרויקט. לפי גרסת הנתבעת, חלק מחובות התובע כלפיה הינו נטיעת צמחייה ועשיית כל הדרוש להצלחת קליטתה בקרקע, כך שברור שההשקיה מהווה חלק בסיסי מהתחייבותו לביצוע עבודה מושלמת. הנתבעת מכחישה את הטענה לחיוב או לקיזוז סכום כלשהו על רקע טענות להתחברות אסורה למוני מים עירוניים וטוענת שהקיזוזים היחידים מחשבונות התובע על רקע השימוש במים עומדים על סך של 107,575.20 ₪, שקוזזו מחשבונות התובע נוכח סירוב התובע לשאת בחיובי המים בניגוד להסכמים עמו, ועל הסך של 76,924 ₪ שבסופו של יום שולם לחברת מי מודיעין בעקבות מתן פסק הדין בתביעה שהגיש התובע.

1. אף ההכרעה במחלוקת זו מחייבת איפה התחקות אחר אומד דעת הצדדים. התחקות שתכליתה איתור אותה הסכמה המתייחסת לתשלומים על צריכת המים בפרויקט.

כאמור, ההסכמים בנויים מהסכם מסגרת, שאליו מצורפים מספר נספחים המהווים חלק הימנו. עיון בהסכם המסגרת, ואף עיון בנספחים א' – ב' של ההסכם (תנאים כלליים ותנאים מיוחדים) מלמד על היעדר התייחסות כלשהי לסוגיה זו. למעשה, בחלקים אלו של ההסכמים אין כלל התייחסות לתחולת העבודות שהוזמנו מהתובע, כך שאין זה פלא שאף התייחסות לנשיאה בתשלומים על צריכת המים אין בהם.

מאידך, ניכר כיצד בהסכמים נקבעו שתי תקופות רלוונטיות. התקופה הראשונה הינה תקופת ביצוע העבודות, תקופה אשר מסתיימת בקבלת אישור על השלמת ביצוע העבודות. התקופה השנייה הינה תקופת האחריות לה מחויב התובע (סעיף 3 (ו) בנספח א' של ההסכמים). בחינת העבודות שבצע התובע והתאמתן למפרטים שהוזמנו ממנו לפי ההסכמים, נעשית ביום מסירת העבודות על ידו. כך עולה מההסכמים. כך גם עולה מעדות התובע אשר טען בתצהירו (סעיף 10) כך:

**כמקובל, עם תום העבודות פניתי לנתבעת וביקשתי למסור את העבודות למזמין העבודה. מקובל שבפרויקטים מעין אלה ישנם שני שלבי מסירה: בשלב "המסירה הראשונית" מזמין העבודה בודק את הפרויקט ומעלה דרישות לתיקונים, התאמות וכו'. בשלב השני, כשלושה חודשים לאחר מכן, מתבצעת "מסירה סופית" (לרשות המקומית) לאחר שהליקויים תוקנו**.

באשר לאחריות על שמירת העבודות עד למסירתם, מורה סעיף 5 (ו) בנספח א' של ההסכמים כך:

**נותן השירותים מתחייב כי האחריות המלאה לכל חלק, פריט או מתקן, לרבות כל העבודות ו/או חלקי הבנין המבוצעים על ידי נותן השירותים וכל סוג של רכוש אחר, לרבות כלי העבודה אשר הובאו על ידו לאתר ביצוע העבודות, היא עליו בלבד וזאת עד למסירתם הסופית לידי המזמין במועד סיום העבודות, ועליו לדאוג בעצמו לשמירתם וביטוחם בהתאם.**

עיון בנספח ג' של ההסכמים, הנספח הכולל את "כתב הכמויות", מלמד שהעבודות אשר הוזמנו מהתובע כוללות גם אספקה ונטיעה של צמחייה. אם כך, הן מלשון ההסכמים והן מעדות התובע, עולה שעד לביצוע "מסירה סופית" של העבודות, הרי שהן באחריותו המלאה של התובע. המועד בו נעשית הבחינה להתאמת העבודות לאשר הוזמן הינו יום המסירה, שלאחריו עוברת האחריות לרשות המוקמין (עדות המפקח, מר אלון ידין בעמ' 11; ש' 24 – 29 בפרוט'). וכשם שעד למועד המסירה באחריות התובע לשמור על העבודות שבצע, כך גם שעליו לשמור על אותה צמחייה שנטע ולוודא שתהיה במצב תקין בעת מסירתה. ממילא שחבות זו כוללת את השקיית הצמחייה ככל שנדרש. אין כל הבדל בין חובת התובע לוודא שהצמחייה שנטע בריאה ומותאמת לאשר נדרש ממנו בעת הנטיעה, לחובתו לוודא שכך גם יהיה במועד מסירת העבודות.

אף התובע, בעדותו, מסכים שהתחייב לביצוע "מושלם" של העבודות, ואישר כי "ביצוע מושלם" כולל גם נטיעה, גם דישון וגם זיבול הקרקע לפי הנדרש. קשה איפה להבין את האבחנה שמנסה התובע לעשות בין אותן פעולות להן התחייב לביצוע מושלם של העבודות, לבין פעולת ההשקיה המחויבת אף היא לאותה מטרה בדיוק (אבחנה כאמור בעדותו בעמ' 31; ש' 3 – 12 בפרוט'). לאבחנה זו אין בסיס בהסכם וקשה לראות מה היגיון יש בה.

על פניו, התחייב התובע לביצוע מושלם של העבודות ולנשיאה בכל העלויות הכרוכות במסירתן כך. כולל דישון, כולל זיבול, וכולל השקיה. ובדיוק כשם שאין הנתבעת צריכה לשאת בעלויות הדשן הנדרש, אין היגיון שתצטרך לשאת בעלויות המים הנדרשות. כשם שהתובע מחליט על כמויות ואיכות הדישון הנדרשים, כך גם התובע החליט על כמויות המים שנדרשו.

לפיכך, אני דוחה את גרסת התובע, מקבל את גרסת הנתבעת, וקובע כי על התובע החובה לשאת בעלויות צריכת המים הנדרשת לביצוע התחייבויותיו עד למסירת העבודות למזמין.

1. משהוכרע שלתובע הזכות לקבלת מלוא התמורה על העבודות שבצע בלא קשר לאישור ותשלום התמורה לנתבעת עצמה; ומשהובהר שכחלק מהעבודות להן התחייב חלה על התובע האחריות לשאת בעלויות צריכת המים בפרויקטים, ניתן לערוך את ההתחשבנות.
2. החשבון הסופי בגין עבודות בפרויקט מודיעין ב' עומד על סך של 995,775 ₪ (סעיפים 20 – 23 בתצהיר התובע).

החשבון הסופי בגין עבודות בפרויקט מודיעין ג' עומד על סך של 2,083,120 ₪.

אין מחלוקת על כך שטרם הגשת התביעה שולמו לתובע כספים על חשבון התמורה המגיעה לו בגין פרויקט מודיעין ג'. בתצהיר התובע נטען שסך הסכומים ששולמו לו כאמור עומד על 1,499,396 ₪ (סעיפים 27 – 28 בתצהיר התובע), ברם במהלך החקירה הנגדית עומת התובע עם האפשרות שנפלה טעות בסיכום הסכומים שערך (עמ' 17; ש' 29 – 32 בפרוט') ובסיכומיו מאמץ למעשה התובע את התחשיב שהציגה הנתבעת, שלפיו הסכום ששולם לתובע עד הגשת התביעה בגין פרויקט מודיעין ג' מסתכם בסך של 1,629,910 ₪ (סעיף 9.3.1 בסיכומי התובע). יתרת החוב בגין פרויקט מודיעין ג' עומדת לפיכך על 453,210 ₪.

בסיכומים מטעמה, טוענת הנתבעת שתחשיבים אלו מהווים "הרחבת חזית" אסורה, שכן אין הם מתיישבים עם סכומי החשבונות הסופיים שנטענו בכתב התביעה. ואכן, בכתב התביעה נטען שהחשבון הסופי בגין פרויקט מודיעין ב' עומד על 846,197 ₪ (סעיף 28 בכתב התביעה) ואילו החשבון הסופי בגין פרויקט מודיעין ג' עומד על 594,643 ₪ (סעיף 35 בכתב התביעה).

ככלל, סכום התביעה מהווה חלק מעילת התביעה ולא ינתן לתובע פסק דין על סמך עילה תובע מזו שנטענה בכתב התביעה (ד"ר י. זוסמן, סדר הדין האזרחי [1995] עמ' 154). ככלל, כאשר סבור תובע שבכתב התביעה נפלה טעות ושיש לתקן את סכום התביעה, שומה עליו להגיש על כך בקשה ואם לא עשה כן, לא יוכל לטעון לסכומים אחרים מאלו להם טען בכתב התביעה. אלא שלכלל זה יש חריג. הסכמתו של הנתבע לשינוי הסכומים. וכך נקבע:

**משקבעו הצדדים את רשימת הפלוגתאות העומדות לדיון, גודרת רשימה זו את הסוגיות שבהן ידון בית המשפט, ואין להרחיב את הדיון לשאלות משולבות של עובדה ומשפט שלא נכללו באותה רשימה" (אורי גורן סוגיות בסדר דין אזרחי 91 (מהדורה שמינית, 2005) (להלן: גורן)).**

**רשימת הפלוגתאות העומדת לדיון מעוצבת בכתבי הטענות שמגישים הצדדים. משכך, טענה שמעלה בעל דין שלא הועלתה מלכתחילה בכתבי טענותיו מהווה "שינוי חזית" או "הרחבת חזית", ויש לדחותה... יחד עם זאת מכיר הדין בשני מקרים בהם יותר שינוי חזית. הראשון הוא תיקון כתבי הטענות באישורו של בית המשפט, לפי סעיף 91-92 לתקנות, והשני הוא שבעל הדין שכנגד נתן לכך את הסכמתו, מפורשות או מכללא...**

**הרציונל העיקרי העומד בבסיסה של הלכה זו הוא מניעת עיוות דין, והדברים מקבלים משנה תוקף שעה שמשנה החזית הוא התובע. מבחינת  הנתבע, משקפים כתבי הטענות של התובע את עילת התביעה נגדו, ועל בסיסם הוא בונה את קו הגנתו. אם יאפשר בית המשפט לתובע לשנות את גרסתו במהלך הדיונים, הרי שיכולתו של הנתבע להתגונן עלולה להיפגע. יוצא אפוא, כי בהלכה זו, כמו גם בהוראות אחרות שעניינן סדרי דין, הפרוצדורה אינה אך קביעת "כללי המשחק", ופעמים רבות יש והיא באה להגן על זכויותיהם המהותיות של הצדדים.** (רע"א 9123/05 אדמוב נ. סיטי סטייט [פורסם בנבו] 25.10.07 פסקה 12 בפסק הדין)

בעקבות הגשת כתבי הטענות התקיימה ישיבת קדם משפט, שלאחריה הוגשו תצהירי העדות הראשית. תצהירי הנתבעת הוגשו לאחר הגשת תצהירי התובע. לנתבעת עמדה לפיכך האפשרות להתייחס בתצהיריה לכל הטענות והראיות שהציג התובע. כולל הטענות לאותם תחשיבי חשבון סופי שצוינו.

לאחר הגשת תצהירי הנתבעת התקיימה ישיבת קדם משפט נוספת, ובמהלכה נתבקשה הנתבעת במפורש להתייחס למחלוקות חשבונאיות שאפשר ויש באשר לחשבונות שהוגשו. וכך טען ב"כ הנתבעת (עמ' 3 – 4 בפרוט'):

**אם ביהמ"ש שואל אותי איפה בתצהירי הנתבעת יש התייחסות לתשלומים החלקיים אני אומר שלמיטב הבנתי התשלומים החלקיים אינם במחלוקת. אנחנו רק ציינו סכומים, בתצהירים פורט את אופן התשלומים במהלך הפרויקט שמראה שגם התובע מבין שהתשלום הוא "גב אל גב". צירפנו לעניין הזה נספחים ואני מפנה ל - 3 ו - 4 שמורכבים מנספחי משנה.**

**אם ביהמ"ש שואל אותי איפה ההתייחסות של הנתבעת ביחס לסכומים שלהם עותר התובע אני אומר שלמיטב הבנתי אין מחלוקת על סכומים עצמם אלא אם כן המזמין יקבע אחרת**.

כך מתברר שהנתבעת עצמה הסכימה לתחשיבי התובע, כפי שהובאו בתצהירו. כך מתברר שהנתבעת עצמה טענה שעל החשבונות עצמם אין מחלוקת. הנתבעת עצמה איפה הסכימה לתיקון שעשה התובע ביחס לחשבונות הסופיים. הן זה שלפיו גדלה התמורה המגיעה לו בחשבון המתייחס לפרויקט מודיעין ב', והן לזה שלפיו קטנה התמורה המגיעה לתובע בגין פרויקט מודיעין ג'. לא זו בלבד שהשינוי שנעשה איננו גורם עיוות דין לנתבעת, אלא נהפוך הוא – הניסיון המאוחר לטעון לשינוי חזית הוא הוא שעלול להביא לעיוות דין.

ולפיכך, אני דוחה את הטענה לעיוות דין ולהרחבת חזית אסורה וקובע כי סך החוב לתובע בגין שני הפרויקטים לעת הגשת התביעה ולאחר ניכוי הסכומים ששולמו עד להגשת התביעה עומד על 1,448,985 ₪ בצירוף מע"מ.

1. במהלך ביצוע העבודות קזזה הנתבעת מהתובע הוצאות שהוצאו בקשר עם צריכת המים בשני הפרויקטים.

בכתב התביעה, טוען התובע כי במהלך ביצוע העבודות קיזזה הנתבעת מהתשלומים המגיעים לו גם סך של 115,000 ₪ בטענה שסכום זה שולם על ידה בגין התקנת מוני מים ובגין צריכת מים על ידי התובע. בהמשך, בתצהיר התובע, תוקן הסכום הנטען לסך של כ- 120,000 ₪ (סעיף 36 בתצהיר התובע) ובסיכומים נטען כי החיוב עומד על 121,503 ₪ (סעיף 9.4 בסיכומי התובע). עיון באסמכתאות שהוצגו, מלמד כי אכן הנתבעת קיזזה כספים מהתמורה המגיעה לתובע על רקע זה של התקנת מוני מים וצריכת מים, אולם מהות הקיזוז הובהרה. אותו קיזוז נבע מעלות התקנת מוני מים וחיובים שחויבה הנתבעת על ידי חברת מי מודיעין (נספח 10 לתצהיר קורן) ועמד על סך כולל של 107,575 ₪ (סעיף 38 בתצהיר קורן; סעיף 39 בסיכומי הנתבעת). על תחשיב זה של הקיזוז הנכון הצביעה גם גב' שמואלביץ בעדותה, ונראה שב"כ התובע אישר שאפשר ונפלה בעניין זה טעות בתחשיבי התובע (עמ' 51 בפרוט').

עוד התברר כי התובע עצמו הסכים עם חיוב זה בזמן אמת (למשל כאמור בסעיף 34.2 בתצהיר התובע) ורק בהמשך בקש לחזור בו בטענה שנמצא שהחיוב נעשה בשוגג וזה שעשה שימוש במים הינו עובד של הנתבעת. התובע לא הביא כל ראיה שתתמוך בטענה זו, הטענה שלפיה מקור החיוב שימוש במים בידי עובד של הנתבעת. דווקא העד שזומן מטעם התובע, מר אבי מוסקוביץ, טען שהשימוש במים לצורך הרטבת מצעים (שאינם קשורים לעבודות התובע) נעשתה בכמויות מזעריות, זניחות ביחס לצריכת המים שבקשר עם עבודות התובע (עמ' 8; ש' 25 בפרוט'), כך שנראה שלא בכדי לא הוצגה כזו ראיה על ידי התובע, שכן מפירוט החיוב שהציגה הנתבעת נראה שכולו מתייחס למדי מים וצריכת מים של התובע לבדו.

בנוסף, תוך כדי בירור התביעה התברר שנתבעת נשאה בתשלום סך של 76,924 ₪ ששולם במישרין לחברת מי מודיעין בהתאם לפסק הדין שניתן בתביעה שבין התובע לחברת מי מודיעין. על יסוד אותה הכרעה שלפיה החבות בתשלומים הכרוכים בצריכת המים חלה על התובע, עומדת לנתבעת הזכות גם לקיזוז תשלום זה.

מאחר ונמצא כי התובע לבדו חב בהוצאות בגין צריכת המים בפרויקט, כולל אלו הנובעים מההתדיינות מול חברת מי מודיעין, חב התובע גם בסכומים אלו. לפיכך, יש לקזז מהחוב לתובע סך כולל של 184,499 ₪, בצירוף מע"מ, בגין תשלומים בהם נשאה הנתבעת בקשר עם צריכת המים בפרויקט ובעבודות שבצע התובע.

1. כך ניתן לערוך סיכום ביניים, של חוב הנתבעת לתובע עובר להגשת התביעה. חוב זה עומד על סך של 1,448,985 ₪ (סיכום שני החשבונות בניכוי התשלומים ששולמו על חשבון התמורה), בניכוי סך של 184,499 ₪ (קיזוז בגין תשלומים בקשר עם צריכת המים), וההפרש לו זכאי התובע עומד על 1,264,486 ₪ ובצירוף מע"מ – 1,479,449 ₪.

מהחוב האמור לתובע יש להוסיף ולפחית את הסכומים ששלמה הנתבעת בהתאם להסדר הפשרה בין הצדדים, בסך כולל של 760,000 ₪ ובצירוף מע"מ – 889,200 ₪, כאשר מחצית הסכום (444,600 ₪) שולמה ביום 6.6.17 ומחצית הסכום השנייה שולמה ביום 6.7.17.

לא מצאתי בסיכומי הנתבעת טענה באשר לזכות "עיכבון" שעוד עומדת לה ביחס לחוב לתובע, בהתאם להוראות ההסכמים, וככל שהייתה כזו טענה הרי שהיא – נזנחה.

1. לטענת הנתבעת אין לפסוק לתובע סכומים העולים על הסכום שבגינו שולמה אגרת בית המשפט. בטענה זו היה טעם אם נמצא שהסכום הכולל לו זכאי התובע עולה על הסכום שבגינו שולמה אגרת בית המשפט. סכום התביעה שבגינו שולמה האגרה עומד על 1,700,000 ₪ והסכום שנמצא שיש לחייב בגינו את הנתבעת איננו מגיע לסכום זה, אפילו מוסיפים לסכומים את המע"מ, ולכן אין ממש בטענה זו.
2. לא מצאתי ממש ביתר טענות הצדדים.
3. לסיכום, טענת הנתבעת שלפיה עומדת לה הזכות לעכב את תשלום התמורה לתובע על העבודות שבצע לפי ההסכמים, בשל תניית "גב אל גב" שנכללה בהם – נדחתה.

כקבלן ראשי, כזה שנסח את ההסכמים ובקש לכלול בהם תניית תשלום "גב אל גב", הייתה החובה על הנתבעת לוודא שהסכמה שכזו תצוין באופן ברור, בדומה לאופן בו נעשה הדבר בהסכם שבין הנתבעת למזמין. הנתבעת לא עשתה כן. לשון ההסכמים שבין הנתבעת לתובע אינה כוללת תניית "גב אל גב" ואף מצביעה על חבות בתשלום כנגד אישור העבודות שבוצעו ותו לא. אישור שאיננו קשור כלל לתשלומים להם זכאית הנתבעת מהמזמין עצמו.

אין לנתבעת במצב זה הזכות להוסיף להתקשרות עם התובע תניית "גב אל גב". קל וחומר שאין לה הזכות לעשות כן כאשר הובהר שלעיכוב בקבלת תשלומי המזמין אין כלל קשר לעבודות שבצע התובע עצמו.

הנתבעת חייבת לפיכך בפירעון החוב לתובע בצירוף הפרשי הצמדה וריבית מיום הגשת התביעה.

אשר לצריכת המים בפרויקטים, התברר שהעבודות להם התחייב התובע כוללות גם שימוש שוטף במים, בדיוק כשם שהן כוללות שימוש בדשן וזיבול. השימוש במים מהווה חלק אינטגרלי מחבות התובע בכלל ואחריותו לטיפול בצמחייה ושמירה על קליטתה עד למסירה הסופית בפרט. החבות בעלויות הכרוכות בצריכת המים חלה לפיכך על התובע, וככל שנשאה בחלק מהן הנתבעת – עומדת לה הזכות לקיזוז הסכומים בהם נשאה מהחוב לתובע.

1. לפיכך, אני מחייב את הנתבעת לשלם לתובע סך של 1,479,449 ₪ (סכום החוב בניכוי הקיזוז על צריכת המים וכולל מע"מ) בצירוף הפרשי הצמדה וריבית כדין מיום הגשת התביעה ועד ליום 6.6.17 (מועד תשלום מחצית מהסכום לפי פסק הדין החלקי).

מהחוב הנכון ליום 6.6.17 יופחת סך של 444,600 ₪, וההפרש יישא הפרשי הצמדה וריבית כדין עד ליום 6.7.17 (מועד תשלום המחצית השנייה מהסכום לפי פסק הדין החלקי).

מהחוב הנכון ליום 6.7.17 יופחת סך של 444,600 ₪, וההפרש יישא הפרשי הצמדה וריבית כדין עד למועד מתן פסק דין זה.

הסכום בו חייבת הנתבעת למועד מתן פסק דין זה הינו אותו הפרש של תחשיב הסכומים האמורים, ובגינו באפשרות הצדדים לערוך פסיקתא.

בנוסף לסכומים האמורים, תישא הנתבעת בתשלום אגרת בית המשפט ובנוסף לו (בהתחשב בהסכמתה למתן פסק הדין החלקי תוך כדי ההתדיינות) גם בשכר טרחת עו"ד בסך של 58,500 ₪.

ניתן היום, כ"ז ניסן תשע"ח, 12 אפריל 2018, בהעדר הצדדים.

