



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 9551/04

ע"א 9823/04

ע"א 8428/06

ע"א 8608/06

בפני : כבוד הנשיאה ד' ביניש
כבוד השופטת א' פרוקצ'יה
כבוד השופט י' דנציגר

המערערת בע"א 9551/04
והמשיבה בע"א 9823/04 : אספן בניה ופיתוח בע"מ

המערערת בע"א 8428/06
והמשיבה בע"א 8608/06 : אינג' אליהו פבר – חברה לבנין והנדסה אזרחית בע"מ

נ ג ד

המשיבה בע"א 9551/04
והמערערת בע"א 9823/04 : מדינת ישראל

המשיבה בע"א 8428/06
והמערערת בע"א 8608/06 : מדינת ישראל – משרד הבינוי והשיכון

ערעור וערעור שכנגד על פסק דינו של בית המשפט המחוזי
בירושלים מיום 28.7.04 בת.א. 3104/01 שניתן על ידי כבוד
השופט משה דרורי

ערעור וערעור שכנגד על פסק דינו של בית המשפט המחוזי
בירושלים מיום 10.8.06 בת.א. 3120/01 שניתן על ידי כבוד
סגנית הנשיא השופטת יהודית צור

תאריך הישיבה : ט"ז בסיון התשס"ט (8.6.2009)

בשם המערערת בע"א 9551/04
והמשיבה בע"א 9823/04 : עו"ד אבי בן-מאיר ; עו"ד עמיר אלמגור

בשם המשיבה בע"א 9551/04
והמערערת בע"א 9823/04 : עו"ד ישראל בלום ; עו"ד דרור אהרוני

בשם המערערת בע"א 8428/06 עו"ד דב בורנשטיין
והמשיבה בע"א 8608/06 :

בשם המשיבה בע"א 8428/06 עו"ד אלעד פרסקי
והמערערת בע"א 8608/06 :

פסק-דין

השופט ד"ר י' דנציגר:

לפנינו ערעור וערעור שכנגד על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים מיום 28.7.2004 בת.א. 3104/01 (כבוד השופט מ' דרורי) אשר קיבל באופן חלקי את תביעתה הכספית של אספן בניה ופיתוח בע"מ (להלן: אספן) כנגד מדינת ישראל (להלן: המדינה) בגין עבודות בנייה שאספן ביצעה עבורה ודחה את התביעה שכנגד שהוגשה מצד המדינה; וכן ערעור וערעור שכנגד על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים מיום 10.8.2006 בת.א. 3120/01 (כבוד סגנית הנשיא השופטת י' צור) אשר קיבל בחלקה תביעה דומה מצד אינג' אליהו פבר חברה לבנין והנדסה בע"מ (להלן: פבר) ודחה את התביעה שכנגד שהוגשה על ידי המדינה.

רקע כללי

1. בסוף שנות השמונים של המאה הקודמת פקדו את ישראל גלי עליה של עולים חדשים מברית המועצות לשעבר ומאתיופיה. המדינה נערכה לקליטתם ושיכונם של העולים ברחבי הארץ באמצעות מבצעי בנייה רחבי היקף. לשם כך, נערכו ונחתמו חוזים בין המדינה לבין קבלני בנייה שונים, ובהם החברות אספן ופבר (להלן ביחד: החברות הקבלניות). המבנה המשפטי והכלכלי של מערכות החוזים שנחתמו בין המדינה לבין הקבלנים היה כדלקמן: המדינה כרתה עם הקבלן חוזה פרוגרמה שכלל מחירון מפורט לתמחור העבודות שאותן התחייב הקבלן לבצע במסגרת חוזה הפרוגרמה (להלן: המחירון), דפי פירוט המתארים את הפרויקט העתיד להיבנות, חוזה בנייה ספציפי הנוקב במספר יחידות הדיור שעל הקבלן לבנות ושטחן, חוזה רכישה כללי וחוזה רכישה ספציפיים המסדירים את רכישת הדיירות שהקבלן לא מכר על ידי המדינה. לאחר החתימה על חוזה הרכישה נערכו בו שינויים טכניים כגון הגדלת מספר הדיירות הנרכשות ושינויים במועד השלמת הבנייה. שינויים אלו מצאו ביטוי ב"חוזה שינויים" שנכתבו בין הצדדים. בנוסף לחוזה הפרוגרמה, על מכלול החוזים הכלולים בו, נחתם בין הצדדים חוזה מדף, שהוא חוזה קבלני סטנדרטי. בהתאם לחוזה הפרוגרמה היה הקבלן רשאי למכור את הדיירות שבנה בשוק החופשי, ואולם המדינה

התחייבה לרכוש ממנו את הדירות שבנה אם לא הצליח הקבלן למכור את הדירות לכל המרבה במחיר. התחייבות המדינה לרכוש את הדירות מאת הקבלן היא זו שעומדת ביסוד חוזה הפרוגרמה. בנוסף הבטיח חוזה הפרוגרמה הטבות ותמריצים נוספים לקבלנים שעמדו בדרישותיו לרבות מימון חלקי לבנייה באמצעות אשראי; מענקים בגין קיצור משך זמן הבנייה ומענקים בגין זירוז התחלת הבנייה.

עובדות פרשת אספן

2. במסגרת חוזה הפרוגרמה בנתה אספן 932 דירות באתרים שהוקצו לה לשם כך בנצרת עלית ואולם, היא הצליחה למכור ארבע דירות בלבד מן הדירות שבנתה. לפיכך, רכשה ממנה המדינה 928 דירות, וזאת על פי חוזה הרכישה וחוזה המדף, כאמור לעיל. מתוך דירות אלה, בנתה אספן ב-404 יחידות דיור "מעטפות להרחבה בעתיד" (להלן: המעטפות), שהינן חללים סגורים בדירות שאותם ניתן לפתוח בעתיד ולהכשירם למגורים, על ידי ביצוע עבודות גימור. תכליתן של המעטפות האמורות הינה לאפשר הרחבה של הדירות בהן הן נבנו בעתיד במחיר נמוך יחסית ובהשקעה פשוטה. מעבר לתשלום עבור הדירות כמכלול, לא עוגן במחירון ואף לא בכל מקום אחר במסגרת החוזית העניפה שבין הצדדים תשלום נוסף עבור המעטפות. למרות שלטענת המדינה בהיעדר עיגון לתשלום נוסף כאמור לא חלה עליה כל חובה חוזית לשלם לחברה הקבלנית עבור בניית המעטפות, החליטה ועדת המכרזים העליונה של המדינה ביום 28.6.1992 לשלם לכל הקבלנים שבנו מעטפות במסגרת חוזה הפרוגרמה סכום אחיד בגין כל מעטפת שבנו בסך של 11,348 ש"ח (מדד 11/90) וזאת, כך לטענת המדינה, "לפנים משורת הדין". הסכום האחיד האמור נקבע בהתבסס על תחשיב למעטפת ב"פרוייקט גפני" בעיר ירוחם (להלן: התשלום האחיד). ביום 14.9.1992 הועברה החלטה זו לביצוע במחוז הגליל לגבי שלוש חברות בלבד, כאשר אספן ופבר לא נמנות עליהן. ביום 19.10.1993 החליטה וועדת המכרזים העליונה על תשלום אותו סכום אחיד בגין המעטפות גם לידי אספן (ומספר חברות נוספות). לאחר שנערך בין הצדדים משא ומתן לפתרון המחלוקת הכספיות שנתגלעו ביניהם, חתמה אספן ביום 21.7.1999 על כתב היעדר תביעות, בו נאמר כי כנגד קבלת סכום של כ-45 מיליון ש"ח בתוספת מע"מ, אין לאספן ולא תהיה לה תביעה כנגד המדינה למעט התביעות שפורטו באותו מסמך, והן: מעטפות, פרצלציה ורישום בית משותף. המחלוקת בין אספן לבין המדינה נוגעת לפריט הראשון המוזכר באותו מסמך, דהיינו סוגיית המעטפות.

3. ההתקשרות החוזית בין המדינה לבין פבר נערכה באמצעות מכרז שפורסם על ידי המדינה ביום 17.11.1990 (מכרז מס' טב/1.007) (להלן: המכרז), בו זכתה פבר. ואולם, פרט לעובדה שההתקשרות בין פבר לבין המדינה נערכה באמצעות מכרז, תוכנה והפרוצדורות שנקבעו למימושה, דהיינו ההסכמים השונים שנחתמו בין המדינה לבין פבר במסגרת חוזה הפרוגרמה, היו כמעט זהים לאלו שנחתמו בין המדינה לבין אספן. גם במקרה זה נערכה ההתקשרות בשני שלבים עיקריים: בשלב הראשון היה על פבר להשלים את בנייתן של יחידות הדיור ולהעמידן למכירה לציבור. ובשלב השני, היה על המדינה לרכוש מפבר את אותן יחידות דיור שזו לא הצליחה למכור. בהתאם למערכת החוזים בין הצדדים, בנתה פבר 348 יחידות דיור בעיר טבריה, כאשר המדינה רכשה בסופו של יום 280 יחידות דיור מתוכן. בדומה לאספן, גם פבר בנתה מעטפות, וזאת ב-64 יחידות דיור מתוך 280 היחידות שנרכשו על ידי המדינה, כאשר גם במקרה זה לא עוגן במסגרת החוזים שבין הצדדים תשלום נוסף בגין המעטפות. גם בעניינה של פבר החליטה ועדת המכרזים העליונה על תשלום סכום אחד עבור המעטפות שזו בנתה, בהחלטתה מיום 21.6.1994. התשלום לפבר על פי החלטה זו בוצע ביום 8.8.1994. גם פבר, כמו אספן, חתמה ביום 17.6.1999 על כתב היעדר תביעות חלקי אשר הותיר תלויות ועומדות את אותן הסוגיות שנותרו פתוחות במסגרת כתב היעדר התביעות שנחתם בין אספן לבין המדינה, וביניהן סוגיית המעטפות.

גדר המחלוקת בין בעלי הדין בבית המשפט המחוזי

4. אספן ופבר לא הסתפקו בתשלום האחד שקבעה המדינה עבור בניית המעטפות ודרשו כי המדינה תשלם להן את העלות הריאלית המלאה של בניית המעטפות נוסף על התמורה הכללית בגין הדירות. יצויין כי בין אספן לבין המדינה הוסכם כי העלות הריאלית של המעטפות שבנתה אספן היא כדלקמן: 184 מעטפות מסוג א' בעלות של 21,700 ₪ כל אחת; 142 מעטפות מסוג ב' בעלות של 19,800 ₪; 78 מעטפות מסוג ג' בעלות של 12,400 ₪. ואילו עלותן של המעטפות שבנתה פבר, כפי שזו עולה מן התחשיב ההנדסי שנערך בהסכמת הצדדים, הינה 23,402 ₪ למעטפת.

עמדתה העקרונית של המדינה היתה כי התמורה החוזית עליה הוסכם בחוזים שנכרתו בינה לבין החברות הקבלניות כוללת גם את עלות בניית המעטפות, כך שהיא אינה חייבת לשלם לחברות סכום נוסף כלשהו עבור בנייתן. לשיטתה, משקיבלה היא על עצמה, לפנים משורת הדין, לשלם לקבלנים עבור המעטפות שבנו תשלום אחד על בסיס עלות המעטפות בפרוייקט גפני, אין מקום לתביעה כלשהי מצד החברות הקבלניות.

משנמנעה המדינה לשלם לחברות הקבלניות תשלום נוסף כאמור בגין בניית המעטפות, עתרו השתיים, כל אחת בנפרד, לבית המשפט המחוזי לחיוב המדינה בתשלום כאמור. במסגרת תביעותיהן המתוקנות, טענו החברות הקבלניות כי נוסף על הסכום הנומינלי של עלות המעטפות, על המדינה לשלם להן גם את ריבית החשב הכללי (פיגורים) (להלן: ריבית הפיגורים), שהינה הריבית הגבוהה מבין שלושת סוגי הריביות המפורסמות על ידי החשב הכללי, וזאת ממועד סיום בניית המעטפות על ידן. בנוסף, פבר טענה כי חלה על המדינה חובה לשלם לה את "תוספת המכרז" בשיעור 18.7% (תוספת אשר על פי תנאי המכרז יש להחילה על כל עבודות הבנייה המתומחרות במחירון הפרוייקט נשוא המכרז) גם ביחס לתמורה הריאלית בגין המעטפות. משכך, סכום התביעה הכולל של אספן הועמד על 26,482,580 ש"ח ואילו סכום התביעה הכולל של פבר הועמד על 10,319,116 ש"ח.

5. אשר לדרישת תשלום ריבית הפיגורים, טענה המדינה כי אין בהסכמים בין בעלי הדין כל הוראה המזכה את החברות הקבלניות בריבית חשב כללי פיגורים, וגם לא בריבית חשב כללי, שהינה נמוכה יותר, כך שאין מקום לחייבה בתשלומן לחברות הקבלניות וכי מכל מקום המועד הקובע לחיובה בריבית הפיגורים, ככל שיוחלט שיש מקום לחייבה בה, הוא מועד מתן פסק הדין או הגשת התביעות, ולכל המוקדם מועד הגשת החשבון הסופי על ידי החברות הקבלניות בגין הפרוייקטים שבנו. עוד טענה המדינה כי פבר אינה זכאית ל"תוספת המכרז" על בסיס עלות הבנייה האמיתית של המעטפות, הואיל ואת "תוספת המכרז" יש לשלם רק לחברות אשר קיבלו עבור המעטפות את התשלום האחיד בלבד. באשר לאספן, טענה המדינה כי אם היא תחויב בתשלום נוסף עבור המעטפות, הרי שלא ניתן יהיה לחייבה לשלם לאספן את המרכיב של "רווח קבלני", בשיעור של 5%, לו היא זכאית ככלל על פי מערכת ההסכמים שבין הצדדים בגין עבודותיה.

6. המדינה אף הגישה נגד החברות הקבלניות תביעות שכנגד מכוח המחירון בו נקבע כי עבור הוצאות בלתי נראות ועבור העדר תביעות כספיות מצד החברות הקבלניות תשלם המדינה תוספת העדר תביעות כמפורט במחיר הבנייה הבסיסי, כאשר במידה והיא תיתבע על ידי החברות הקבלניות, תבוטל התוספת האמורה. לטענת המדינה, משהגישו החברות הקבלניות את תביעותיהן כנגדה, עליהן להשיב לה את תוספת היעדר התביעות האמורה ששולמה להן.

פסק דינו של בית המשפט המחוזי בעניין אספן

7. בית המשפט המחוזי (כבוד השופט מ' דרורי) קיבל את טענתה של אספן בכל הנוגע לזכאותה לקבלת תשלום נוסף בגין בניית המעטפות. השופט דרורי ציין כי בהליך אחר שהתנהל בבית המשפט המחוזי בירושלים בין קבלן לבין משרד השיכון, על רקע אותן נסיבות, חייב כבוד השופט מ' רביד את המדינה לשלם לקבלן את מלוא עלות המעטפות [ת.א. (י-ם) 1231/97 פזל חב' להנדסה בע"מ נ' מדינת ישראל - משרד הבינוי והשיכון (לא פורסם, 9.1.2002) (להלן: עניין פזל)]. משהפך פסק דין זה לחלוט לאחר שערעור עליו לבית המשפט העליון נדחה בהסכמה (ע"א 1365/02), סבר בית המשפט המחוזי כי נוצר בעניין שלפנינו מעשה בית דין שאינו מאפשר לסטות מן התוצאה אליה הגיע השופט רביד בעניין פזל. בית המשפט המחוזי עמד על כך שככלל מעשה בית דין חל בין אותם בעלי דין, בעוד שבמקרה דנן אין זה המצב, כאשר הקו המשותף בין שני התיקים הוא כי הנתבעת בשניהם היא המדינה וכי בשני המקרים ההתקשרויות בינה לבין התובעים נערכו על פי אותה מערכת חוזים, אולם קבע כי נסיבותיו של המקרה דנן עומדות בתנאים שנקבעו בפסיקתו של בית המשפט העליון המאפשרים סטייה מן הכלל הרגיל של מעשה בית דין ומעקרון ההדדיות הגלום בו. ואולם, בית המשפט המחוזי קיבל את טענתה של אספן בדבר זכאותה לתשלום נפרד מלא עבור המעטפות גם לגופו של עניין, שכן סבר כי זכאותה של אספן לקבל תשלום עבור המעטפות אינה לפני משורת הדין, כפי שטענה המדינה, אלא בזכות, מכוח ההחלטה הנזכרת לעיל של ועדת המכרזים העליונה מיום 19.10.93, בה הוחלט על תשלום הסכום האחיד לאספן. עוד נקבע כי החלטה זו, כמו גם התנהלותה של המדינה באופן כללי אל מול הקבלנים בהקשר הנדון, ממלאת אחר הדרישה הפורמאלית שנקבעה בחוזה המדף לשם קבלת תשלום בגין "שינויים" שנעשו בו, לפיה תנאי לזכאותה של אספן לתשלום מלא עבור המעטפות הוא היותן "שינויים" במובן סעיפים 56(2) ו-57 לחוזה זה אשר ביחס אליהם ניתנה "פקודת שינויים". עוד קבע בית המשפט המחוזי כי התשלום האחיד עבור המעטפות שנקבע על ידי ועדת המכרזים העליונה אינו מהווה גבול עליון לתשלום בגין המעטפות, כך שאספן זכאית למלוא הוצאותיה בפועל עבור בניית המעטפות בהתאם לאמור בחוזה המדף, וזאת מאחר שהליך קבלתה של ההחלטה שקבעה אותו תשלום אחיד לקה במספר פגמים: העדר תשתית עובדתית; קביעה של תשלום אחיד היוצר שוויון מדומה, אך פוגע באספן ואי מתן זכות טיעון לאספן לפני קבלת ההחלטה.

אשר לריבית, בית המשפט המחוזי ציין כי אספן הגישה למדינה את החשבון הסופי של הפרוייקט באיחור של כארבע שנים וחצי ממועד סיום העבודות, בעוד שעל פי סעיף 63(1) לחוזה המדף יש להגיש את החשבון הסופי 60 ימים לאחר מועד סיומן,

וקבע כי מאחר ונושא איחור הגשת החשבון הסופי לא נטען על ידי אספן בכתב התביעה וממילא לא ניתנה הזדמנות למדינה להביא ראיות בעניין זה, יש להתעלם מטענותיה של אספן לפיהן המדינה היא האחראית לאיחור זה. לפיכך, נקודת המוצא של בית המשפט המחוזי היתה כי החשבון הסופי הוגש רק ביום 9.3.1997 (כאשר מועד סיום הבנייה המוסכם הינו יום 17.8.1992). מכל מקום, נקבע כי עצם האיחור בתשלום הנפרד בגין המעטפות גרם לאספן נזק, בין בשל חוסר האפשרות להרוויח מכוח שימוש בכסף שמצוי כעת בידי המדינה ובין בשל הריבית שנאלצת אספן לשלם כדי ללוות כסף שהיה צריך כבר להימצא בידיה וכי אספן זכאית לריבית פיגורים בשיעור גבוה יותר מריבית "רגילה". ואולם, משלא הגישה אספן חשבון ביניים ביחס למעטפות והמועד הראשון שבו הוגש חשבון ביחס אליהן – הוא החשבון הסופי – הינו יום 9.3.1997, נקבע כי בתקופת הביניים שמיום השלמת המעטפות, דהיינו יום 19.8.1992, ועד להגשת החשבון הסופי, זכאית אספן להצמדה למדד תשומות הבנייה בלבד, בהתאם לסעיף 64 לחוזה המדף. עוד נקבע כי בתקופת הביניים שבין הגשת החשבון הסופי לבין המועד שבו המדינה היתה חייבת לשלמו, בהתאם לאמור בהסכם המדף, הוא יום 24.9.1997, חלה על המדינה חובת תשלום ריבית חשב רגילה, בניכוי 15 ימים אחרונים של אותה תקופה, שאז פטורה המדינה לשלם לאספן ריבית כלשהי, כאמור בסעיף 63(3)(ד) לחוזה המדף. לבסוף, קבע בית המשפט המחוזי בהקשר זה כי מיום 24.9.1997 ועד למועד התשלום בפועל, התקופה אליה מתיחס סעיף 63(8) לחוזה המדף, תשלום המדינה לאספן ריבית פיגורים, ריבית שנועדה לשקף את הפיצוי בגין הפיגור בתשלום, בהיותה קרובה לסכום שנאלץ הקבלן לשלם בשל משיכת יתר. בית המשפט המחוזי התייחס גם למועד בו התקבלה החלטת ועדת המכרזים בדבר התשלום האחיד בגין המעטפות והגיע למסקנה כי להחלטת ועדת המכרזים העליונה אין כל נפקות לעניין מועד חישוב הריבית, שכן זכאות הקבלן לתשלום עבור המעטפות נובעת מהחוזה ומהנסיבות שחייבוהו לבצע את המעטפות ואילו החלטת ועדת המכרזים נעדרת משקל משפטי בהקשר זה. נוכח האמור לעיל דחה בית המשפט המחוזי גם את דרישתה של אספן לחייב את המדינה בריבית חשב כללי או ריבית פיגורים מיום סיום העבודות.

בית המשפט המחוזי דחה את טענת המדינה לפיה יש לעקר את מרכיב הרווח הקבלני מערך המעטפות, הואיל ולדידו המעטפות הינן בגדר "שינויים", המזכים את הקבלן במלוא העלות, כולל מרכיב הרווח הקבלני. כן, דחה הוא את התביעה שכנגד אשר הוגשה על ידי המדינה. נוכח האמור לעיל, חייב בית המשפט המחוזי את המדינה לשלם לאספן סך של 25,761,052 ₪ וכן חייבה בתשלום שכר טרחת עורך דין בגובה 20% מן הסכום שנפסק לטובת אספן, בתוספת מע"מ כחוק, וכן בהחזר האגרה עד

לגובה זכייתה של אספן במשפט ובתשלום שכר טרחה והוצאות נסיעה של העדים שהעידו מטעם אספן.

פסק דינו של בית המשפט המחוזי בעניין פבר

8. גם בעניינה של פבר קיבל בית המשפט המחוזי (כבוד סגנית הנשיא השופטת י' צור) את טענתה של פבר בכל הנוגע לזכאותה לקבלת תשלום נוסף בגין המעטפות שהיא בנתה, וזאת מטעמים דומים לטעמים שהביאו לקבלת הטענה בעניינה של אספן. ראשית, נקבע כי משהוכרעה סוגיה זו בפסק הדין החלוט בעניין פזל, אין להידרש אליה שוב נוכח קיומו של השתק פלוגתא מכוח מעשה בית דין ויש לפסוק בה בהתאם לאמור בעניין פזל הנ"ל, כפי שנקבע אף בעניינה של אספן. בית המשפט המחוזי קיבל את טענתה הנדונה של פבר גם לגופם של דברים, בקובעו כי משלא תומחרה בניית המעטפות במחירון, לא היה על פבר לתמחר את בניית המעטפות במסגרת הצעתה במכרז, כאשר ציפייתה כי המדינה תשלם לה עבור המעטפות שבנתה היתה סבירה והגיונית והיא מתיישבת עם נסיבות כריתת ההסכם בין הצדדים. עוד נקבע כי על אף שחובתה של פבר לבנות את המעטפות נובעת ממערכת ההסכמים שבין הצדדים, משלא תומחרה בניית המעטפות במחירון או בכל מקום אחר במסגרת ההסכמים שבין הצדדים, ניתן לראות בהחלטה של ועדת המכרזים העליונה בדבר התשלום האחיד לפבר כ"פקודת שינויים" כמשמעה בסעיף 56(2) לחוזה המדף (בהיותה אסמכתא להקמתן של המעטפות), כך שהדרישה הפורמאלית ל"פקודת שינויים" שהוצאתה על ידי המדינה הינה תנאי לקבלת התשלום בגין שינויים בחוזה, התקיימה. תמיכה למסקנה בדבר חובת המדינה לשלם לפבר עבור בניית המעטפות מצא בית המשפט המחוזי בכך שלדידו המדינה לא היתה בוחרת מיוזמתה ומרצונה הטוב לשלם לכל החברות הקבלניות סכום כלשהו עבור המעטפות, אם היתה סבורה כי מלכתחילה היה על אותן חברות לתמחר את עלות בניית המעטפות בהצעות שהגישו וכי לא מוטלת עליה חובה משפטית לשלם להן עבור המעטפות. בית המשפט המחוזי המשיך וקבע, בהסתמך על פסק הדין בעניין אספן, כי למעשה יש לראות בהחלטת ועדת המכרזים כהודאה של המדינה בדבר קיומה של זכות חוזית לקבלת תשלום בגין המעטפות וכי מדובר בזכות חוזית "לפנים משורת הדין". בית המשפט המחוזי דחה את טענת המדינה לפיה מאחר ובחוזה שינויים שנערך בין הצדדים בעקבות תשלום הסכום האחיד לפבר נרשם כי "הסכום הוא חד-פעמי", נוצר השתק עילה בעטיו מנועה פבר לתבוע כספים נוספים בגין בניית המעטפות, בקובעו כי הביטוי "תשלום חד פעמי" אינו מלמד על הסכמה ל"תשלום סופי" מצד פבר, כאשר מקום שהיה מדובר בתשלום סופי בין הצדדים, הדבר נאמר במפורש.

אשר לתשלום תוספת המכרז גם עבור בניית המעטפות, נקבע כי משהגיעו הצדדים לכלל הסכמה לערוך את התחשיב לעניין עלות המעטפות בהתבסס על מדידה מדויקת של ביצוע העבודה בפועל כאשר עלות העבודה נקבעת על פי "מחירון דקל", הכולל בחובו גם מרכיב של תקורה ושל רווח כללי, אין הצדקה להוסיף רווח קבלני נוסף על העלות הריאלית שנקבעה עבור בניית המעטפות, אשר כבר כוללת בחובה רווח סביר ומקובל והתביעה בעניין זה נדחתה.

בשאלת שיעור הריבית שעל המדינה לשלם לפבר בגין האיחור בתשלום התוספת עבור בניית המעטפות, הגיעו הצדדים לידי הסכמה לפיה יאמצו הם את מה שייפסק בנושא זה בערעורה של אספן לבית משפט זה. להסכמה זו של הצדדים ניתן תוקף של פסק דין ביום 10.5.2005 ובית המשפט המחוזי קבע כי ההכרעה בבית המשפט העליון תחייב את הצדדים. ואולם, בית המשפט המחוזי נדרש לשאלת המועד שממנו זכאית פבר לתשלום הריבית. בדומה לאמור בפסק הדין בעניין אספן בנקודה זו, נקבע כי הסכם המדף אינו קובע את מועד סיום הבנייה כמועד לחיוב המדינה בתשלום. בית המשפט המחוזי ציין כי מסעיף 62(5) לחוזה המדף עולה כי החשבון שעל בסיסו על המדינה לשלם את הסכומים הנתבעים על ידי הקבלנים צריך להיות חשבון פורמלי ומוגדר ואין הכוונה להגשת כל דרישת תשלום מצד החברה הקבלנית, אלא שהחשבון שהוגש על ידי פבר ביום 5.1.1994 לא עמד בדרישות אלה. נקבע כי הדבר נכון גם ביחס לחשבון שפבר הגישה ביום 2.2.1994. אשר לחשבון שהוגש על ידי פבר ביום 22.8.1994, קבע בית המשפט המחוזי כי הוא אומנם חשבון חלקי כנדרש בהסכם, אלא שהוא כולל רק את הסכום לתשלום עבור עלות המעטפות עליו החליטה ועדת המכרזים העליונה ולא את הסכום המלא אותו ביקשה פבר לקבל, ולכן הוא אינו יכול להוות חשבון חלקי לצורך קביעת מועד מרוץ הריבית. משהחשבון הסופי, הערוך על פי המתכונת שקבעו הצדדים בהסכם המדף, הוגש למדינה רק ביום 2.2.1997, נפסק כי המועד הקובע בו הגישה פבר את דרישתה הכספית עבור בניית המעטפות הוא יום הגשת החשבון הסופי.

בית המשפט המחוזי דחה את התביעה שכנגד שהוגשה על ידי המדינה וקבע כי המדינה תישא בהוצאות ושכר טרחת עורך דין לטובת פבר בשיעור 15% מהסכום הכולל שנפסק לטובתה.

הסוגיות השנויות במחלוקת במסגרת הערעורים והערעורים שכנגד

9. על שני פסקי דין אלו של בית המשפט המחוזי הוגשו ערעורים על ידי החברות הקבלניות וערעורים שכנגד מצד המדינה, כאשר כל אחד מבעלי הדין משיג על חלקי

פסקי הדין שהרעו עימו ותומך בחלקים אשר קידמו את עניינו. בטרם אעבור לדון בטענות הפרטניות השונות שהעלו בעלי הדין כנגד פסקי הדין של בית המשפט המחוזי, אציג את הסוגיות שנותרו שנויות במחלוקת ביניהם במסגרת הערעורים דנן:

א. חובת המדינה לשלם לחברות הקבלניות כספים בגין בניית המעטפות מעבר לסכום של 11,348 ₪ עבור כל מעטפת אותו הסכימה המדינה לשלם במסגרת החלטות ועדת המכרזים העליונה.

ב. שיעור הריבית שעל המדינה לשלם לחברות הקבלניות בגין האיחור בתשלום הכספים הנוספים המגיעים להן בגין המעטפות שבנו, ככל שייקבע כי זכאיות הן לקבלת תשלום כאמור.

ג. המועד הקובע לצורך העברת התשלום הנוסף בגין המעטפות, ככל שהמדינה תחויב בתשלום כאמור, וכהמשך לכך, המועד ממנו יש לחייב את המדינה בתשלום הריבית בגין האיחור בהעברת תשלום זה.

ד. במידה שייקבע כי על המדינה לשלם תשלום נוסף עבור המעטפות, האם חלה על המדינה חובה לשלם לאספן מרכיב של "רווח קבלני" (בשיעור של 5%) ולפבר את תוספת המכרז (בשיעור 18.7%) נוסף על התשלום האמור.

במסגרת ערעורה על פסק דין בית המשפט המחוזי בעניין אספן טענה המדינה גם כנגד שיעור שכר טרחת עורך דין והוצאות המשפט בהם חוייבה. פבר מצידה העלתה השגות ביחס להוצאות ולשכר הטרחה שנפסקו לטובתה ומשכך, גם לעניין זה ייוחד דיון בהמשך הדברים, ככל שיהיה בכך צורך לאור תוצאת פסק הדין. יצויין כי בערעורים שכנגד אשר הוגשו על ידי המדינה הועלו טענות שונות גם כנגד דחייתן של התביעות שכנגד אותן היא הגישה בבית המשפט המחוזי בכל הנוגע לסעיף היעדר התביעות, ואולם, במסגרת הדיון שהתקיים לפנינו ביום 8.6.2009 ויתרה המדינה על טענות אלה, כך שסוגיה זו אינה עומדת עוד לפתחנו.

אפתח את הדיון בשאלת חבות המדינה לשלם לחברות הקבלניות עבור בניית המעטפות תשלום נוסף על התמורה החוזית הכוללת בגין בניית הדירות (פלוגתא א' לעיל), הואיל ויתר השאלות הצריכות תשובה בתיק זה תלויות בהכרעה בה. ככל שיוכרע כי זכאיות החברות הקבלניות לתשלום נוסף בגין המעטפות, מעבר לתשלום הכללי שקיבלו בגין ביצוע העבודות ומעבר לסכום האחיד ששולם להן תמורת

המעטפות, הרי שיהיה מקום להידרש ליתר השאלות שבמחלוקת, אשר כאמור לעיל מושתתות על ההנחה כי החברות הקבלניות זכאיות לתשלום כאמור. ואולם, אם ההכרעה בשאלת החבות לשלם תוספת תשלום בגין בניית המעטפות תהיה כי חבות כזו אינה קיימת, הרי שמנייה וביה, נשמטת הקרקע גם מיתר הטענות של החברות הקבלניות.

חבות המדינה לשלם תשלום נוסף בגין המעטפות
טענות בעלי הדין בתמצית

10. לטענת המדינה לא היה מקום לחייבה בתשלום בגין המחיר הריאלי עבור המעטפות מעבר לתשלום האחיד אותו הסכימה לשלם לפני משורת הדין עבור בנייתן, כאשר, בניגוד לקביעותיהם של השופט דרורי ושל השופטת צור אין ההליך בעניין 219 יכול ליצור השתק פלוגתא בהליכים דנן, הואיל ואספן ופבר כלל לא היו צד לאותו הליך יחד עם חברת פזל ומשכך, אין הן יכולות ליהנות מטענת מעשה בית דין, הנתונה לחברת פזל ולה בלבד. לשיטתה, גם שיקולים של מדיניות משפטית ראויה והרציונאל שעומד מאחורי הדוקטרינה של מעשה בית דין, תומכים במסקנה זו, קל וחומר מקום בו המדינה הינה צד להליך, כאשר גם אם במקרים מסוימים תיתכן סטיה מעקרון ההדדיות העומד בבסיסה של דוקטרינה זו, הרי שסטיה כאמור אפשרית רק מקום בו מי שטוען את הטענה של מעשה בית דין מעלה אותה כטענה הגנתית ולא כטענה התקפית, כבעניינו. ומכל מקום, ממשיכה המדינה וטוענת, נסיבותיו של עניין 219 שונות מנסיבותיהם של המקרים דנן, וגם מטעם זה לא יכולה טענת השתק הפלוגתא להתקבל.

ואולם, המדינה סבורה כי גם לגופו של עניין לא חלה עליה חובה לשלם תשלום נפרד בגין המעטפות, מעבר לתשלום החוזי הכללי עבור הדיירות. לטענתה, הדרישה לבנות את המעטפות היתה ידועה היטב ומראש לחברות הקבלניות, כך שממילא מצאה דרישה זו את ביטויה הכספי בקביעת המחיר המוסכם לכל יחידת דיור. לשיטת המדינה, הוראותיהם הברורות של החוזים שנכרתו בינה לבין החברות הקבלניות שוללות תשלום נוסף בגין המעטפות, כאשר גם נסיבות כריתתם של חוזים אלו, לרבות התנאים הכלכליים המפליגים והמשתלמים שקיבלו החברות הקבלניות במסגרת הפרוייקטים שבנו, מעידות על כך שאומד דעת הצדדים בעת כריתתם היה כי לחברות הקבלניות לא מגיע תשלום נוסף בגין בניית המעטפות. יתר על כן, ממשיכה המדינה וטוענת, כי משידעו החברות הקבלניות על הדרישה לבניית המעטפות עוד לפני כריתת החוזים עימן, בניית המעטפות אינה יכולה להיות מוגדרת, בניגוד לקביעת בית המשפט המחוזי, כ"שינוי", כמשמעו בהוראות חוזה המדף, מה גם שלא ניתנה מעולם "פקודת שינויים" במובן החוזה האמור, כנדרש לשם ביצוע השינויים. עוד טוענת

המדינה בהקשר זה כי בעקבות החלטות ועדת המכרזים העליונה נכרתו בין המדינה לבין החברות הקבלניות חוזים אשר במסגרתם הועברו לחברות הקבלניות התשלומים האחידים בגין המעטפות מבלי שאלה הביעו הסתייגויות או הערות בגוף החוזים או מחוצה להם, ומשכך, מושתקות הן כעת מלהעלות את הדרישה לתשלום נוסף בגין המעטפות. לבסוף, טוענת המדינה כי יהא תוקפה המינהלי של החלטת ועדת המכרזים אשר יהא, לא ניתן לאחוז את החבל בשני קצותיו, כפי שעשה בית המשפט המחוזי, ולקבוע כי החלטות ועדת המכרזים העליונה הן בתוקף לעניין עצם החבות לשלם בגין המעטפות, אולם הן אינן בתוקף לעניין גובה הסכום אותו יש לשלם תמורתן.

המדינה מעלה טענה נוספת הנוגעת לפבר בלבד, לפיה החלטתה של השופטת צור בנושא הנדון מבוססת רובה ככולה על קבלת טענת השתק פלוגתא, ואילו הידרשותה לטענות הצדדים לגופו של עניין היתה למעלה מן הצורך. משהיו קביעותיה של השופטת צור בהקשר זה אמרות אגב בלבד, תוך שהשופטת צור אף הפנתה לממצאים שנקבעו על ידי השופט דרורי בעניינה של אספן, סבורה המדינה כי לכל הפחות יש להחזיר את התיק לבית המשפט המחוזי על מנת שזה יקבע ממצאים שבעובדה לגופם של דברים.

11. החברות הקבלניות מצידן סומכות את טענותיהן על הקביעות של בית המשפט המחוזי. לטענתן צדקו השופט דרורי והשופטת צור עת קבעו כי חל על הסוגיה הנדונה מעשה בית דין, כך שיש ללכת בעניין זה אחר מה שנקבע בעניין 57(3) לטענתן, קביעותיהם של השופטים דרורי וצור הינן מבוססות ומנומקות ונותנות מענה לכל אחת מטענות המדינה, כפי שפורטו לעיל.

החברות הקבלניות סבורות כי גם לגופם של דברים יש לדחות את טענות המדינה מכל וכל. לטענתן, משעניין בניית המעטפות לא צויין בחוזי המדף או בחוזי הרכישה ומשהמחירון שצורף לחוזים אלו לא כלל מחיר עבור המעטפות, הרי שבניית המעטפות הינה משום עבודה נוספת, כאמור בסעיף 57(3) לחוזה המדף, אשר מזכה את החברות הקבלניות בתשלום נוסף עבורה. ומכל מקום, ממשיכות החברות הקבלניות וטוענות, כי גם אם ידעו הן עובר לכריתת ההסכמים עם המדינה כי יהיה עליהן לבנות את המעטפות, הרי שדיעתן זו אין משמעותה גם הסכמה מצידן לבנות אותן ללא תמורה הולמת. אספן מוסיפה בהקשר זה כי פנתה למדינה בבקשה לתשלום תמורת המעטפות בטרם עריכת חוזי הרכישה, אלא שהמדינה ביקשה ממנה להמתין עם דרישה זו. עוד טוענות החברות הקבלניות כי לא ויתרו בשום שלב על תביעתן לקבלת תשלום נוסף עבור המעטפות והעובדה שלא חתמו על כל כתב ויתור מפורש תוכיח. אשר

לטענת המדינה לפיה קביעות השופטת צור בעניין פבר הינן בגדר אמרות אגב, טוענת פבר כי קביעותיו של בית המשפט המחוזי בעניינה נעשו לאחר ניתוח, סריקה ובחינה של חומר הראיות שהונח לפניו וכי ההכרעה לגופו של עניין הינה עניינית ומנומקת כדבעי. בשולי הדברים מעלה אספן טענה חלופית, לפיה גם אם ייקבע כי היא אינה זכאית לתשלום ריאלי נפרד בגין המעטפות, הרי שהחלטת ועדת המכרזים בעניינה, שהינה בלתי שוויונית בעליל ומפלה, מהווה מקור עצמאי לתשלום מלוא עלות המעטפות וכי יש להשוות את מצבה של אספן למצבם של אותם קבלנים שכל הוצאותיהם כוסו על ידי התשלום האחיד.

דיון והכרעה

מעשה בית דין

12. כאמור, הן השופט דרורי והן השופטת צור קבעו כי החלטתו של השופט רביד בעניין פזל, אשר חייבה את המדינה, בנסיבות דומות, לשלם לחברה הקבלנית עימה היא התקשרה באותו מקרה במסגרת חוזה הפרוגרמה תשלום נוסף ונפרד עבור המעטפות שזו בנתה, ואשר הפכה לחלוטה לאחר דחייה מוסכמת של ערעורי הצדדים עליה על ידי בית המשפט העליון, מהווה מעשה בית דין המונע מן המדינה להעלות טענות כנגד חיובה לשלם תשלום נוסף בגין המעטפות גם לאספן ולפבר. אומר כבר כאן, כי מקובלת עליו בהקשר זה טענת המדינה, כי קביעות אלה בטעות יסודן וכי החלטת השופט רביד בעניין פזל אינה מהווה מעשה בית דין ביחס לעניין שלפנינו. אסביר את טעמי לכך.

13. הדוקטרינה של מעשה בית דין (*res judicata*) מבוססת על הרעיון בדבר כוחו של פסק דין שניתן בסיומו של ההליך שיפוטי להוביל לסיומה המוחלט של ההתדיינות בין הצדדים באותו הליך או כל מי שהוא ביחסי "קרבה משפטית" (*privity*) עם אחד מהם, כך שאלו לא יוכלו עוד לחזור ולהתדיין ביניהם בעתיד בכל עניין או שאלה שנדונו והוכרעו במסגרת פסק הדין שניתן. כך, משנתן בית משפט מוסמך פסק דין סופי בהתדיינות פלונית, מקים הוא מחסום דיוני בפני בעלי הדין, המונע כל התדיינות נוספת ביניהם בנושא או בשאלה שהוכרעה במסגרתו. כל עוד פסק הדין עומד על כנו, מחייב הוא את הצדדים לו ביחס לכל קביעה עובדתית או משפטית הכלולה בו ואיש מהם לא יכול להעלות, במסגרת התדיינות אחרת ביניהם, טענה העומדת בסתירה לקביעה זו [ראו: נינה זלצמן מעשה-בית-דין בהליך אזרחי 3-4 (1991) (להלן: זלצמן)]. וראו: ע"א 246/66 קלוז'נר נ' שמעוני, פ"ד כב(2) 561, 584 (1968)]. דוקטרינה זו של מעשה בית דין מייסדת עצמה על שני כללים עיקריים המבטאים רעיון דומה ומבוססים על שיקולים קרובים. הכלל הראשון הינו כלל השתק העילה, לפיו מוקם מחסום דיוני בפני

כל תביעה שכבר מוצתה בפסק דין קודם. הכלל השני הוא כלל השתק הפלוגתא, עליו התבססו השופטים דרורי וצור בפסקיהם והוא הרלבנטי לעניין שלפנינו, לפיו מחסום דיוני מוקם בפני כל אחד מבעלי הדין המבקש להתדיין פעם נוספת על פלוגתא שכבר נדונה והוכרעה בפסק דין קודם, גם אם ההתדיינות הנוספת מבוססת על עילת תביעה שונה [ראו למשל: ע"א 1041/97 סדרו נ' נעלי תומדס בע"מ, פ"ד נד(1) 642, 650 (2000) (להלן: עניין סדרו); ע"א 2035/03 לב יסמין בע"מ נ' ת.ג.י. בע"מ, פ"ד נח(6) 447, 452-453 (2004)].

14. השתק פלוגתא לא יחול אלא בהתקיים ארבעה תנאים עיקריים: קיומה של זהות עובדתית ומשפטית בין הפלוגתא שהוכרעה במסגרת פסק הדין הראשון לבין זו העומדת לדיון במקרה הנדון; שנית, קביעתו של ממצא פוזיטיבי באותה פלוגתא במסגרת פסק הדין הראשון, להבדיל מממצא שנקבע עקב היעדר הוכחה; שלישית, נדרש כי ההכרעה בפלוגתא הייתה חיונית לתוצאה הסופית שנקבעה בהתדיינות הראשונה; תנאי רביעי לביסוסו של השתק פלוגתא הוא זהות בעלי הדין בהתדיינות הראשונה שהוכרעה ובהתדיינות המאוחרת, או היות הצדדים בהתדיינות המאוחרת חליפיהם של הצדדים בהתדיינות הראשונה או היותם "קרובים משפטית" לבעלי הדין שהתדיינו במקרה הראשון [ראו: ע"א 2576/03 וינברג נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים (לא פורסם, 21.2.2007), פסקה 23; עניין סדרו הנ"ל, בעמוד 650]. גם אם אניח כי מתקיימים בענייננו שלושת התנאים הראשונים המפורטים לעיל, אם כי אין הדבר נקי מספקות נוכח נסיבות כריתת החוזים השונות בכל מקרה ומקרה (מה גם שבעניין פזל ההתקשרות בין הצדדים נעשתה באמצעות מכרז ולא זה המצב בכל הנוגע לאספן) [השוו: ע"א 450/82 מדינת ישראל נ' חירם לנדאו עבודות עפר כבישים ופיתוח בע"מ, פ"ד מ(1) 658, 670 (1986) (להלן: עניין חירם לנדאו)], אין חולק כי לא התקיים התנאי הרביעי שבהם. שכן, לא קיימת זהות בין בעלי הדין בעניין פזל, אשר לשיטת בית המשפט המחוזי יוצר השתק פלוגתא בעניין שלפנינו, לבין בעלי הדין בהליכים נשוא הערעורים דנן. אומנם, המדינה הינה הנתבעת בכל שלושת ההליכים, אולם התובעים בהליכים אלו שונים הם.

15. תנאי זה להקמתו של השתק פלוגתא, דהיינו התנאי בדבר זהות בעלי הדין, הינו ביטוי לכלל ההדדיות שהינו יסוד מוסד בדיני מעשה בית דין. בהתאם לכלל זה, כוחו המחייב של פסק דין יפה ביחס לצדדים לאותה התדיינות בלבד. פלוני, שהינו זר להליך ונעדר קרבה משפטית כלשהי לצדדים לו אינו רשאי להסתמך על אותו הליך בהתדיינות מאוחרת, כך שיהא עליו להוכיח את תביעתו או את הגנתו, בהתאם לעניין, מבלי שיהנה מן היתרונות "המניעתיים" שמצמיחה הכרעה שיפוטית אחרת [ראו:

זלצמן, בעמוד 525]. במילים אחרות, כלל ההדדיות משמיענו כי אין בעל דין יכול להסתמך על מימצא שהוכרע לטובתו כדי להשתיק את יריבו, אלא אם היה בידי היריב להשתיק את אותו בעל דין עצמו לו הוכרע המימצא לטובתו הוא [ראו: ע"א 718/75 עמ"ד נ' סקורניק, פ"ד לא(1) 29, 35 (1976) (להלן: עניין עמ"ד); ע"א 3097/02 מלמד נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בא"י, פ"ד נח(5) 511, 522 (2004) (להלן: עניין מלמד)]. יפים לעניין זה דבריו של השופט זוסמן (כתוארו אז):

"אין אדם נהנה מהכרעה שנפלה במשפט, אלא אם-כן היה קשור בה, לו ניתן פסק-הדין נגדו" [ע"א 55/52 עיריית רמת-גן נ' פרדס ינאי בע"מ, פ"ד י(3) 1804, 1812 (1956)].

16. עיקרון ההדדיות מעוגן בשיקולים של צדק והגינות, הדורשים התיחסות שוויונית לבעלי הדין, "שאם לא תאמר כן, העדפת בעל-דין אחד על פני רעהו, ובבית-המשפט לא יהיה לך איפה ואיפה" [עניין עמ"ד הנ"ל, בעמוד 35. וראו: ע"א 581/72 ארביב נ' מדינת ישראל, פ"ד כז(2) 513, 520 (1973)]. נוכח האמור לעיל, די היה, לכאורה, בכך שלא קיימת זהות בין בעלי הדין בעניין פזל לבין בעלי הדין בהליכים נשוא הערעורים דנן כדי לשלול כל אפשרות להיווצרות השתק פלוגתא במקרה זה. ואולם, על כלל ההדדיות נמתחה ביקורת [ראו לעניין זה סקירה ממצה אצל זלצמן, בעמודים 525-561] שבמרכזה הטענה לפיה החלה דווקנית של הכלל תאפשר למי שהיה לו יומו בבית המשפט לשוב ולהתדיין בשאלות שכבר הוכרעו ובכך תסכל את המטרות העומדות ביסודו של העיקרון בדבר מעשה בית דין, לרבות מניעת הכבדה על המערכת השיפוטית בניהולן של התדיינות חוזרות. ואכן, עם השנים ניכרת בפסיקתו של בית משפט זה מגמת עידון של כלל ההדדיות, אם כי לא סטיה מלאה הימנו. כך, נקבע כי גם צד זר להליך שכבר הוכרע יוכל לטעון להשתק פלוגתא בהליך מאוחר בהתבסס על ההליך הראשון, ובלבד "שכל האינטרסים עליהם בא עקרון 'זהות הצדדים' לשמור, [יהיו] מוגנים" [ראו: ע"א 258/88 פיכטנבוים נ' רשם המקרקעין, פ"ד מד(2) 576, 580-581 (1990), במסגרתו אומצה למעשה אימרת האגב של המשנה לנשיא מ' בן-פורת בעניין חירם לנדאו הנ"ל, בעמודים 669-672. כן ראו: ע"א 2590/90 ניסים נ' דניאלי, פ"ד מח(3) 846, 850 (1994); עניין מלמד הנ"ל, בעמוד 494]. ואולם, נקבע כי ככלל צד זר להליך הראשון יכול להעלות טענה של השתק פלוגתא בהתבסס על הליך זה בהליך מאוחר רק מקום שטענה זו מועלית על ידו כטענת הגנה (טענת השתק פלוגתא דפנסיבית), דהיינו טענה המועלית על ידי הנתבע בהתדיינות השניה נגד התובע, על מנת למנוע אותו מלהתדיין בפלוגתא זהה שכבר נדונה והוכרעה נגד אותו תובע בהתדיינות קודמת בינו לבין נתבע אחר [ראו: רע"א 7831/99 צוריאנו נ' צוריאנו,

פ"ד נז(1) 673, 683 (2002) (להלן: עניין צוריאנו); עניין סדרו הנ"ל, בעמוד 655. וראו: ע"א 8265/96 דמט בע"מ נ' בריברוס, פ"ד נז(1) 486, 494 (2002), בו השאלה האם יש להכיר באפשרות לעשות שימוש בטענת השתק פלוגתא התקפית הושארה בצריך עיון]. ואכן, שימוש דפנסיבי שעושה צד זר להליך בטענת הפלוגתא הפסוקה יש בו, במקרים רבים, כדי לקדם את תכליתו של עיקרון מעשה בית דין – צמצום היקף ההתדיינות ומניעת הכרעות סותרות. שכן, מתן רשות לנתבע בתביעה השניה להעלות טענת השתק פלוגתא נגד התובע בתביעה הראשונה, ואגב כך מניעתו מלחזור ולהעלות פלוגתא זהה שכבר נדונה והוכרעה לרעתו בתביעה הקודמת, לא רק שחוסך זמן שיפוטי יקר, אלא אף מונע הכרעה שיפוטית סותרת בשתי התביעות [ראו: זלצמן, בעמודים 547-548. כן ראו: ע"א 9647/05 פוליבה בע"מ נ' מדינת ישראל אגף המכס ומע"מ ומשרד המסחר (לא פורסם, 22.7.2007), פסקאות 34-36 (להלן: עניין פוליבה)].

17. אשר לטענת השתק פלוגתא המועלת כטענה התקפית (טענת השתק פלוגתא אופנסיבית), קרי טענה המועלית על ידי התובע בהתדיינות המאוחרת נגד הנתבע כדי למנוע מן האחרון מלהעלות טענת הגנה שסותרת או מתכחשת לממצא שנקבע נגד אותו נתבע בהתדיינות קודמת שבינו לבין תובע אחר (ובכך היא משמשת למעשה בידי התובע אמצעי לביסוס עילת תביעתו נגד הנתבע), האפשרות להקים מכוחה מעשה בית דין מעוררת קשיים רבים היורדים לשורש הדוקטרינה של מעשה בית דין. כך, שימוש אופנסיבי שנעשה על ידי בעל דין זר להליך בטענת המניעות עשוי דווקא להגדיל את כמות ההתדיינות ואת הסיכוי להכרעות סותרות. הדבר בא לידי ביטוי במקרים, כגון המקרה שלפנינו, בו קיימים תובעים פוטנציאליים רבים אל מול נתבע יחיד. במקרה כזה תימנע אומנם התדיינות נוספת במסגרת התביעה השניה בשאלה שכבר הוכרעה נגד הנתבע בהתדיינות הראשונה, אולם טענת המניעות האופנסיבית תעודד במקרה זה תובעים בכוח לשבת מן הצד ולצפות בהתדיינות המתנהלת בין אחד מהם לבין הנתבע. אם ראו שזכה התובע הראשון בתביעתו, יגישו תביעותיהם, ביודעם שיוכלו להנות מכך אף הם, נוכח האפשרות להעלות טענת השתק פלוגתא אופנסיבית, וזאת חלף הגשה, מלכתחילה, של תביעה אחת משותפת. במקרים אלו, אם כן, קבלת טענת השתק פלוגתא אופנסיבית דווקא מעודדת פיצול תביעות וריבוי התדיינות. יתר על כן, האפשרות להעלות טענת השתק פלוגתא אופנסיבית עשויה להיות בעייתית במיוחד מקום שבמקרה של תובעים פוטנציאליים רבים נדחית תביעה של תובע אחד, מתקבלת תביעה של תובע אחר (שהרי מקום בו נדחית התביעה הראשונה לא יוכל הנתבע להעלות טענת השתק כנגד התובע השני הואיל ולא היה לאחרון יומו בבית המשפט כלל ועיקר) ותביעתו של תובע שלישי עומדת לדיון. הסתמכותו של התובע השלישי על התוצאה בתביעה השניה נראית במקרה זה בעייתית ובלתי צודקת, כאשר כשלוננו של

הנתבע במשפט השני מונצח ביחס ליתר התובעים ולא ניתן משקל כלשהו להצלחתו במשפט הראשון [להרחבה ראו: זלצמן, בעמודים 549-552]. המצב חמור מקל וחומר כאשר לקבלת תביעתו של תובע פלוני, עליה סומך התובע המאוחר את טענת השתק הפלוגתא כנגד הנתבע, קדמו משפטים רבים בהם זכה האחרון. קשיים אלו מצטרפים לקושי הכללי שמביאה עימה ההגמשה של עקרון ההדדיות, והוא יצירת פגיעה בחלוקה ההוגנת של סיכויי ההתדיינות בין בעלי הדין, כאשר קבלת טענת השתק פלוגתא מצד מי שלא לקח חלק בהתדיינות הראשונה מטילה על בעל הדין שהשתתף בהליך הראשון נטל בלתי שוויוני של "סיכויי המשגה" של בית המשפט שהכריע לרעתו. משכך, גם אם הגמשת תנאי ההדדיות מתיישבת עם האינטרס הציבורי הכללי של הפחתת עומס ההתדיינות וחסכון במשאבים שיפוטיים, השגת יעדים אלו עלולה לגרום לפגיעה בלתי מוצדקת בצדדים שהשתתפו בהתדיינות הראשונה [ראו: דורון מנשה "הערך שבשימור תנאי ההדדיות בדוקטרינת השתק פלוגתא" עיוני משפט כג 343 (2000)]. כן ראו: עניין פוליבה הנ"ל, פסקה 36].

18. ואכן, ההלכה המתגבשת בבית משפט זה בהקשר הנדון הינה כי ככלל, אין לאפשר לבעל דין לטעון לקיומו של השתק פלוגתא כטענת התקפה בהתבסס על הכרעה בהליך שהוא לא היה צד לו [ראו: רע"א 6830/00 ברנוביץ נ' תאומים, פ"ד נז(5) 691, 711 (2003) (להלן: עניין ברנוביץ); עניין צוריאנו הנ"ל, בעמוד 683], הגם שאין לשלול את האפשרות להעלות טענה כאמור על הסף. כך, במקרים נדירים ויוצאי דופן בהם קיים "ערך מפצה הטמון בהיזקקות לה" יותר השימוש בטענת השתק פלוגתא אופנסיבית [עניין צוריאנו הנ"ל, בעמודים 683-684], ובלבד שכתוצאה מקבלתה לא ייגרם אי צדק לצד שכנגדו היא מועלית [ראו: עניין ברנוביץ הנ"ל, בעמוד 711]. מכל מקום, האפשרות כי בעל הדין הזר יעלה טענה של השתק פלוגתא, בין כטענת הגנה ובין כטענה התקפית, כלפי בעל הדין שנטל חלק בהליך הראשון, כפופה לחובת תום הלב והשימוש ההוגן בהליכי משפט [ראו: עניין צוריאנו הנ"ל, בעמוד 692; עניין ברנוביץ הנ"ל, בעמודים 711-712].

19. יש לציין כי לאחרונה הועלו ספקות בפסיקתו של בית משפט זה בדבר הצורך להגמיש את עקרון ההדדיות, תוך שנקבע כי "די בהיעדר זהות הצדדים כדי לנהוג זהירות רבה בקביעת השתק פלוגתא", כאשר "היסוד להשתק פלוגתא... הוא זהות בעלי הדין, הצדדים, ועל כן הרחבת השתק פלוגתא אל מעבר להם טעונה הליכה עקב בצד אגודל" [עניין פוליבה הנ"ל, פסקה ב(2)(א) לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין]. כן ראו שם, פסקאות 36-38 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל ואת הערתה של השופטת ד' ברלינר]. אין לי אלא להצטרף לדברים אלו. לדידי, הפעלה נכונה וצודקת של כלל

ההימנעות הדיונית בין מי שהיה צד להליך הראשון לבין בעל דין זר לו, אינה יכולה להיעשות על ידי קביעה מראש של כללים נוקשים ויש להעניק לבית המשפט אשר לפניו מועלית טענה זו שיקול דעת נרחב להכריע בה בהתאם לנסיבותיו המיוחדות של המקרה הספציפי [ראו: עניין ברנוביץ הנ"ל, בעמוד 711. כן ראו אצל זלצמן, בעמוד 554].

20. ומן הכלל אל הפרט. איני סבור כי המקרה שלפנינו נכנס בגדרם של אותם מקרים יוצאי דופן המצדיקים קבלתה של טענת השתק פלוגתא אופנסיבית. אדרבא, לדידי יש לנהוג במקרה זה זהירות כפולה ומכופלת בנוגע לסטיה מעקרון ההדדיות. המדובר כאן בתביעות בהיקף נרחב המסתכמות בעשרות מיליוני שקלים והמכוונות כנגד המדינה שכספה אינו אלא כספו של הציבור. בנסיבות אלה, החשש מהנצחת טעויות שיפוטיות בשל הסטיה מעקרון ההדדיות והימנעות מבחינה עניינית של התביעות המאוחרות, קל וחומר כאשר בטענת השתק פלוגתא אופנסיבית מדובר, מקבל משנה תוקף, לאור ההשלכות השליליות רחבות ההיקף שעלולות להיות לטעויות כאמור. כך, החלטה שגויה במסגרתה מתקבלת תביעה לא מוצדקת של חברה קבלנית אחת שהתקשרה עם המדינה בחוזה הפרוגרמה, עלולה להביא לקבלתן של תביעות רבות נוספות של חברות קבלניות אחרות שכלל לא היו צד להליכים בתביעה הראשונה ואשר ייהנו מהמשגה השיפוטי. הנזק שייגרם בשל כך למדינה, וכתוצאה מכך לציבור בכללותו, יכול להיות קשה ביותר. החשש הנדון מתחזק בעניין שלפנינו, בו החלטתו של בית המשפט המחוזי בעניין פזל, עליו סומכות החברות הקבלניות את טענת השתק הפלוגתא, לא נבחנה לגופו של עניין על ידי בית משפט זה, הואיל ובעלי הדין באותו עניין חזרו בהם מערעוריהם [השוו: עניין פוליבה הנ"ל, פסקה ב(2)(א) לפסק דינו של השופט רובינשטיין]. יתר על כן, וכפי שיובהר להלן, הגעתי למסקנה שונה בעניין שלפנינו מן המסקנה אליה הגיע בית המשפט המחוזי בעניין פזל בדבר זכאות החברות הקבלניות לתשלום נוסף בגין בניית המעטפות. גם אם אין במסקנתי במקרה דנן להעיד על משגה שנפל בהחלטתו של בית המשפט המחוזי בעניין פזל, שהרי יכול ולא מתקיימת זהות עובדתית מוחלטת בין שני המקרים, כאמור לעיל, יש בה כדי להעיד על הקושי שבקבלת טענת השתק פלוגתא במקרה כגון זה.

אומנם, בעת שהחליטו בעלי הדין בעניין פזל לחזור בהם מן הערעורים, ההליכים בבית המשפט המחוזי בעניינה של אספן כבר היו בעיצומם, ו"חזקה על נציג המדינה, כי כאשר הודיע לבית המשפט העליון על חזרתו מערעור המדינה על חיובה בתשלום עבור המעטפות בתיק פזל, ידע על התיק התלוי ועומד", קרי על עניין אספן [פסקה 48 לפסק הדין בעניין אספן], ואולם, איני סבור כי יש בכך כדי לחייב היענות

לטענת השתק הפלוגתא המועלית על ידי אספן. כל שניתן ללמוד מהתנהלותה של המדינה הוא כי מכלול השיקולים במסגרת עניין פזל (שבנוסף לסוגיית המעטפות הוכרעו בו סוגיות נוספות שכלל לא מתעוררות בעניין שלפנינו), לרבות העובדה כי גם חברת פזל עצמה ניאונה למשוך את ערעורה, הובילו אותה לסבור כי טוב תעשה אם באותו מקרה קונקרטי תמשוך את הערעור. אדרבא, קבלת טענת השתק פלוגתא במקרה כגון זה עלולה לתמרץ מערערים פוטנציאליים, ובפרט את המדינה שמנהלת התדיינות רבות בכל הערכאות ובכל עת, להגיש ערעורים על החלטות הערכאה הראשונה או לעמוד על ערעורים שכבר הוגשו גם אם לולא החשש מטענת השתק פלוגתא שתועלה נגדם בעתיד, היו הם נמנעים מהגשה או עמידה על ערעוריהם. איני סבור כי מבחינת שיקולי יעילות וההתמודדות עם העומס הרב ששורר במערכת בתי המשפט בכלל ובבית משפט זה בפרט, ראוי לעודד התנהלות שכזו של בעלי דין. הינה כי כן, משלא נבחנה החלטת בית המשפט המחוזי בעניין פזל על ידי ערכאת הערעור (דהיינו, על ידי בית משפט זה) וזו לא נתנה את דעתה לנכונות החלטתו, ובהתחשב בהשלכות הרחוב כבדות המשקל שעלולות להיות לקבלת טענת השתק פלוגתא במקרה זה, אני סבור כי לא היה מקום לקבלה. יתר על כן, בנסיבות המפורטות לעיל, איני סבור כי יש מקום למנוע מן המדינה להעלות טענות לגופו של עניין ולנסות ולהגן על עמדתה אל מול תביעותיהן של אספן ופבר, שכאמור כלל לא היו צדדים להליך בעניין פזל, בהתבסס על שיקולים פרוצדוראליים-טכניים בלבד [השוו: רע"א 6265/04 כסיף נ' רובין, פ"ד נט(3) 913, 917 (2004); רע"א 6241/08 זילבר נ' אהרוני (לא פורסם, 17.11.2008), פסקה 14; ע"א 10189/07 ששון נ' בנק מזרחי טפחות בע"מ (לא פורסם, 15.6.2009), פסקה 6 לפסק דיני]. נוכח כל האמור לעיל, אני סבור כי צודקת המדינה בטענתה כי אין לקבוע במקרה זה כי קביעותיו של בית המשפט המחוזי בעניין פזל בסוגיית התשלום עבור המעטפות יוצרות השתק פלוגתא ומחייבות את המדינה גם בתביעותיהן של אספן ופבר. משקבעתי כי המדינה אינה מושתקת מלהעלות טענות לגופו של עניין כנגד חיובה בתשלום נוסף בגין המעטפות, אגש לבחינתן של טענות אלה.

חבות המדינה לשלם תשלום נוסף עבור המעטפות – דיון לגופו של עניין
 21. לאחר שעיינתי בכתבי הטענות של בעלי הדין, על צרופותיהם, ושמעתי את טיעוניהם על פה בדיונים שהתקיימו לפנינו, הגעתי לכלל מסקנה כי גם לגופו של עניין יש לקבל את ערעורי המדינה ולקבוע כי אספן ופבר אינן זכאיות, על פי המערכת החוזית הקיימת בינן לבין המדינה, לתשלום נוסף עבור המעטפות, מעבר לתמורה החוזית הכוללת והתשלום האחיד ששולם להן על ידי המדינה לפני משורת הדין.

22. מטעונו בעלי הדין עולה כי החברות הקבלניות בנו את המעטפות בעקבות דרישה מצד המדינה לעשות כן ומתוך מודעות לכך כי הן מחויבות בבנייתן. מכאן שבניית המעטפות הפכה לחלק מן ההסכמה החוזית בין הצדדים. וכדברי השופט צור בעניין פבר: "אין חולק כי מכוח מערכת ההסכמים בין הצדדים היתה מוטלת על החברות הקבלניות ובכללן התובעת [פבר] החובה [לבנות] מעטפות להגדלה" [פסקה 36 לפסק הדין] [ההדגשות אינן במקור – T.1]. בדומה, קבע השופט דרורי בעניין אספן כי השאלה "האם אכן חייב היה הקבלן לבנות את המעטפות... למעשה אינן [ה] שנוי[ה] במחלוקת" [פסקה 63 לפסק הדין]. עיגון פורמאלי לכך ניתן למצוא בסעיף 16 לחוזה הפרוגרמה, שהוא, כאמור לעיל, חוזה המסגרת העומד בבסיס ההתקשרות החוזית בין המדינה לבין החברות הקבלניות. סעיף זה קובע כי החברה הקבלנית "מתחייבת למלא אחר תנאי ההיתרים והרשיונות בנוגע לעבודות המבוצעות על ידה", כאשר אם בוצעו העבודות בניגוד לאמור לעיל, אף "תפצה החברה את הממשלה וכל צד ג' על כל נזק שייגרם להם כתוצאה מהפרת תנאי הרשיונות וההיתרים". הוראה דומה מצויה גם בסעיף 7 לחוזה הרכישה הכללי עליו חתמו החברות הקבלניות. כפי שמציינות אספן ופבר בכתבי התביעה המתוקנים שלהן, באזור בו ביצעו הן את הפרוייקטים העומדים בבסיסם של הערעורים דכאן, דרשו רשויות מקומיות, כמו גם וועדות מקומיות לתכנון ובנייה, כי במסגרת הבנייה יקימו החברות הקבלניות מעטפות להגדלה בעתיד, דרישות שעוגנו בהיתרי הבנייה [סעיפים 19 ו-20 בכתבי התביעה המתוקנים של אספן ופבר, בהתאמה]. הינה כי כן, בניית המעטפות על ידי החברות הקבלניות היתה חלק מן ההתחייבות החוזית שלהן כלפי המדינה.

אלא שבחוזה הפרוגרמה וביתר ההסכמים שנכרתו מכוחו בין החברות הקבלניות לבין המדינה, לרבות המחירון אשר בו מפורטים רכיבי העבודה השונים והסכומים שעל המדינה לשלם עבורם, אין זכר לחובת תשלום נוסף מצד המדינה בגין בניית המעטפות, מעבר לסכום הכללי אותו התחייבה היא לשלם בגין בניית הדיירות. טענתן של החברות הקבלניות היא כי חרף העובדה שחובת המדינה לשלם להן בגין מעטפות אלה אינה מפורטת בתניותיהם של ההסכמים השונים, זכאיות הן לתשלום נפרד ונוסף עבור בנייתן, ומששולם להן התשלום האחיד על ידי המדינה זכאיות הן לקבל את ההפרש שבין העלות הריאלית של המעטפות לבין מה ששולם להן בפועל. מנגד, טענת המדינה היא כי בהתאם למערכת ההסכמים בין הצדדים ידעו החברות הקבלניות על הדרישה החוזית לבנות את המעטפות בעת כריתת החוזים ולכן היה עליהן לתמחר את עלות בנייתן במסגרת קביעת המחיר המוסכם לכל יחידת דיור, ובנייתן איננה בגדר עבודה נוספת המזכה את החברות הקבלניות בתשלום נוסף. מכאן, שהשאלה המתעוררת בהקשר זה הינה למעשה האם העובדה שלא נקבעה במסגרת

החוזים שבין בעלי הדין חובה כלשהי מצד המדינה לשלם תשלום נפרד ונוסף עבור בניית המעטפות יוצרת הסדר שלילי ממנו עולה כי המדינה אכן לא חייבת בתשלום כאמור, או שמא המדובר בלאקונה הדורשת השלמה, כאשר תוכנה של השלמה זו הינו חיוב המדינה בתשלום נוסף עבור המעטפות אותן בנו החברות הקבלניות. ההכרעה בשאלה זו הינה פועל יוצא של הפרשנות הראויה שיש להעניק למערכת ההסכמים בין החברות הקבלניות לבין המדינה.

23. משמעותו של הסדר שלילי הינה כי כאשר חוזה קובע הסדרים ספציפיים למצבים שונים, הרי שמכך משתמע כי לגבי המצבים שלא הוסדרו על ידיו, אותו הסדר אינו חל, דהיינו השתיקה בחוזה היא "שתיקה מדברת" [ראו: ע"א 9609/01 מול הים (1978) בע"מ נ' שגב, פ"ד נח(4) 106, 128 (2004) (להלן: עניין שגב)]. וראו: אהרן ברק פרשנות במשפט כרך רביעי – פרשנות החוזה 140 (2001) (להלן: ברק). כידוע, חוזה מתפרש על פי אומד דעת הצדדים [ראו: סעיף 25(א) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים)]. אומד דעת זה הוא "המטרות, היעדים, האינטרסים והתכנית שהצדדים ביקשו במשותף להגשים" וניתן ללמוד עליו מלשון החוזה ומהנסיבות החיצוניות לו [ע"א 11081/02 דולב חברה לביטוח בע"מ נ' סיגלית קדוש (לא פורסם, 25.6.2007), פסקה 22 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (להלן: עניין דולב)]. מקום בו לשון החוזה היא ברורה וחד משמעית, ברי כי היא משקפת את אומד דעת הצדדים ולפיכך יש להעניק לה משקל מכריע בפרשנותו [ראו: ע"א 5856/06 לוי נ' נורקייט בע"מ (לא פורסם, 28.1.2008), פסקה 27; ע"א 5925/06 בלום נ' אנגלו סכסון-סוכנות לנכסים (ישראל 1992) בע"מ (לא פורסם, 13.2.2008), פסקה 43. כן ראו: דניאל פרידמן "לפרשנות המונח 'פרשנות' והערות לפסק דין אפרופים" המשפט ח 483 (2003); מנחם מאוטנר "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה ושאלת המשך התפתחותם של דיני החוזים של ישראל" עיוני משפט כט 17, 48-55 (2005)]. ואולם, שעה שלשון ההסכם אינה ברורה די הצורך, כי אז אין מנוס מפנייה לנסיבות החיצוניות לחוזה על מנת שאלה תלמדנה על אומד דעתם של הצדדים לו ותסייענה בפרשנותו של החוזה [ראו למשל את דבריי בע"א 2032/06 אמנון האגי נ' עזבון המנוח סלמאן יוסף זיאן (לא פורסם, 1.2.2009), פסקה 36, בע"א 8239/06 אברון נ' פלדה (לא פורסם, 21.12.2008) ובבע"מ 4870/06 פלונית נ' עיזבון המנוח פלוני (לא פורסם, 24.3.2008)]. כן ראו: גבריאלה שלו "מיהם שליטי החוזה (דיון נוסף בהלכת אפרופים)" ספר מישאל חשין 645, 664-668 (אהרן ברק, יצחק זמיר ויגאל מרזל עורכים, 2009)]. על הפרשן לעמוד תחילה על אומד דעתם הסובייקטיבי של הצדדים לחוזה. לעתים, במקרים שבהם הנתונים שבפניו אינם מספיקים, יסתפק הוא בקביעת אומד הדעת האובייקטיבי של הצדדים. במקרים כאמור לא ישאל עצמו בית

המשפט מה הייתה כוונתם של הצדדים לחוזה הספציפי, אלא מהי כוונתם של צדדים סבירים. אומד הדעת האובייקטיבי של הצדדים הינו למעשה התכלית האובייקטיבית של החוזה. "תכלית זו עניינה, המטרות, האינטרסים והתכליות אשר חוזה מהסוג או מהטיפוס של החוזה שנכרת נועד להגשים" [ע"א 11418/03 Megasong Publishing Aps נ' אורנים פרוייקטים 1994 בע"מ (לא פורסם, 11.4.2005), פסקה 8. כן ראו: ע"א 4869/96 מליליין בע"מ נ' The Harper Group, פ"ד נב(1) 845, 856 (1998); רע"א 1185/97 יורשי ומנהלי עיזבון המנוחה מילגרומ הינדה ז"ל נ' מרכז משענן, פ"ד נב(4) 145, 158 (1998)]. ואולם, בית המשפט יידרש לאומד הדעת האובייקטיבי של הצדדים רק מקום בו לא ניתן לחשוף את עומד הדעת הסובייקטיבי שלהם [ראו: עניין שגב הנ"ל, בעמוד 125].

כללי פרשנות אלו יפים גם מקום שאחד הצדדים לחוזה הינה המדינה, כבענייננו. עקרונות הפרשנות של חוזה הרשות אינם שונים מאלה החלים בפרשנות כל חוזה אחר, וגם בפרשו חוזים מסוג זה על בית המשפט לנסות להתחקות אחר אומד דעתם של הצדדים [ראו למשל: ברק, בעמוד 392], כאשר, כאמור לעיל, התחקות אחר אומד דעת הצדדים הסובייקטיבי על סמך נסיבות כריתת החוזה, כמו גם התחקות אחר אומד דעתם האובייקטיבי, יכול שיתרחשו רק מקום בו לשון החוזה אינה ברורה דיה. אכן, מקום שלשון החוזה אינה ברורה, קושי באיתור התכלית הסובייקטיבית של הרשות הציבורית הינו מאפיין טיפוסי של חוזי רשות והצורך להידרש לבחינתה של התכלית האובייקטיבית של חוזים אלה, קרי המטרות האופייניות והאינטרסים הציבוריים שחוזי רשות מהסוג הנדון מיועדים להגשים, רב יותר מאשר בחוזים בהם שני הצדדים הם אנשים פרטיים. ואולם, כאשר בחוזה רשות בעל תוכן עסקי עסקינן, ההנחה היא כי הצדדים לו התכוונו לצקת הגיון עסקי-כלכלי בחוזה שביניהם, כמו בכל חוזה מסחרי אחר [ראו: גבריאלה שלו חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית 31-33 (1999) (להלן: שלו)].

24. אם בסיומו של תהליך פרשני זה של התחקות אחר אומד דעת הצדדים, המכונה פרשנות במובן הצר, סבר בית המשפט כי שתיקתו של החוזה הינה "שתיקה רועמת" אשר מהווה הסדר שלילי, יעצר הוא בשלב זה וייתן את הביטוי הפרשני ההולם לשתיקה זו. ואולם, אם הגיע בית המשפט אל המסקנה כי פירוש החוזה בשלב הראשון אינו נותן תשובה חיובית או שלילית לבעיה הטעונה הכרעה, דהיינו כי קיימת "לאקונה" בחוזה, רשאי הוא להשלים את החסר [ראו: סעיף 26 לחוק החוזים. כן ראו: ע"א 554/83 "אתא" חברה לטכסטיל בע"מ נ' עיזבון המנוח זולוטולוב יצחק ז"ל, פ"ד מא(1) 282, 303 (1987); ע"א 154/80 בורכרד ליינס לימיטד לונדון נ']

הידרובטון בע"מ, פ"ד לח(2) 213, 223-224 (1984)]. שלב זה בו משלים בית המשפט חלל אשר נתגלה בשלב הראשון מכונה "פרשנות במובן הרחב". ואולם, יש לנהוג זהירות רבה בטרם יוחלט כי חוזה דורש השלמה וככלל לא יתערב בית המשפט בתוכן החוזה שבין הצדדים, גם אם תוכן זה נראה בעיניו כבלתי סביר. "על בתי המשפט להימנע מליצור 'תחושה או 'אווירה' שלפיה אף חוזה אינו ברור, הכל פתוח, וכל תוצאה ניתנת להשגה באמצעות פרשנות'... אין זה תפקידו של בית המשפט ליצור עבור הצדדים חוזה סביר יותר מזה שהם יצרו לעצמם" [דבריו של המשנה לנשיאה השופט א' ריבלין בדנ"א 2045/05 ארגון מגדלי ירקות - אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 11.5.2006), פסקה 12]. גישה זו מתחייבת מעיקרון חופש החוזים, המוצא את ביטויו בסעיפים 23 ו-24 לחוק החוזים המעגנים את חופש ההתקשרות בחוזה ואת חופש עיצובו של החוזה בהתאם לרצון הצדדים [ע"א 9323/04 מיצר לפיתוח בע"מ נ' שותפות בנין 17 מתחם 5 (לא פורסם, 23.7.2006), פסקה 23. כן ראו: דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א' 387 (1991); גבריאלה שלו דיני חוזים – החלק הכללי 24 (2005); גבריאלה שלו "מה נותר מחופש החוזים" משפטים יז 465, 468 (התשמ"ח)]. ואכן, כבר נפסק כי "פעילותו של השופט בתיקון הטקסט שנעשה על-ידי הצדדים צריכה, מטבע הדברים, להיות מוגבלת למקרים קיצוניים" [ראו: ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ, פ"ד מט(2) 265, 322 (1995)]. איני סבור כי כזהו המקרה שלפנינו. אדרבא, לדידי לשונם הברורה של ההסכמים השונים אשר עומדים ביסוד ההתקשרות בין בעלי הדין, כמו גם יתר נסיבות העניין, מעידים על כך שאומד דעת הצדדים היה ליצור הסדר שלילי ביחס לתשלום נוסף עבור המעטפות.

25. אף שביסוד ההתקשרות בין אספן ופבר לבין המדינה עומד חוזה הפרוגרמה, על החוזים השונים שמלווים אותו, נוכח העובדה שאופן התקשרותה של פבר עם המדינה הושתת על השתתפות במכרז, דבר שיש לו השלכות חוזיות מסוימות, גם אם מוגבלות ביותר, כפי שיפורט בהמשך הדברים, אתיחס למסגרת החוזית ביחס לכל אחת מן החברות הקבלניות בנפרד. אבחן תחילה את המסגרת החוזית בעניינה של אספן.

26. כאמור לעיל, ביסוד חוזה הפרוגרמה, אשר מהווה את חוזה המסגרת בין אספן לבין המדינה, עומדת התחייבות המדינה לרכוש מן הקבלנים דירות אותן בנו ולא הצליחו למכור בשוק הפרטי [סעיף 6 לחוזה הפרוגרמה]. בסעיף 6(ו) לחוזה הפרוגרמה נקבע כי "[המדינה] ת[ירכוש את הדירות שעליהן חלה התחייבות הרכישה במחיר שייקבע לפי המפורט להלן]:

(1) בניה, פיתוח חצר, תכנון

בגין הבנייה ופיתוח חצר ישולם הסכום בהתאם
למחירון המשרד [משרד הבינוי והשיכון] שבתוקף
בעת הפעלת הבנייה של בנין בפרוייקט...".

כאמור לעיל, אין חולק כי המחירון אליו מפנה סעיף זה [מחירון לעבודות
בנייה ופיתוח חצר בבניית חברות וקבלנים בשנת 1990 – הסדר מחירים לרכישת
דירה"], אשר הינו נספח לחוזה הפרוגרמה ומהווה חלק בלתי נפרד ממנו, ואשר בו
מפורטים הפריטים השונים המזכים בתשלום ואופן חישוב התשלום בגינם, לרבות
תוספות ו"הוצאות בלתי נראות מראש", לא קובע תשלום נפרד בגין בניית המעטפות,
מעבר לתשלום הכולל עבור בניית הדירות. יתר על כן, בסעיף 28 בעמוד 7 למחירון,
נקבע לאמור:

"דרישות של הוועדות הסטטוטוריות כתנאי לאישור
היתר הבנייה, (ובלבד שמש"ב"ש אישר מראש תשלום
עבורם) ישולמו לפי תחשיב הנדסי" [ההדגשות אינן
במקור – T.T.].

לשוננו של סעיף זה ברורה וחד משמעית, ולפיה תשלום עבור דרישות תכנוניות
שונות של הוועדות הסטטוטוריות שלעניין, ובניית המעטפות בכלל זה, מותנה בכך
שהמדינה נתנה אישור מראש, דהיינו בעת כריתת החוזה בינה לבין אספן, או לפנייה,
להעברתו לידי אספן. שאלה היא, אם אישור זה צריך שיהיה בכתב או די בכך שיינתן
בעל פה, אולם איני רואה צורך להידרש לכך שכן, לא נטען לפנינו, ובוודאי לא הוכח,
כי אישור כאמור ניתן על ידי המדינה. כל שטענה אספן בהקשר זה, טענה שאליה עוד
אתיחס בהמשך הדברים, הוא כי היא דרשה תשלום עבור בניית המעטפות קודם
לחתימת חוזה הרכישה (חוזים אשר נחתמו למעלה משנה לאחר החתימה על חוזה
הפרוגרמה), אולם נתבקשה להמתין עד לגיבוש המדיניות של המדינה בנושא
המעטפות. משבניית המעטפות אכן נדרשה, כאמור לעיל, במסגרת היתרי הבנייה
ומשלא אושר תשלום עבורן על ידי המדינה, בוודאי שלא "מראש", ברי כי בהתאם
לסעיף הנדון לא זכאית אספן לתשלום כאמור. מכאן, שלמעשה החוזה בין הצדדים כלל
לא שותק, אף לא "שתיקה רועמת", אלא משמיע הוא לנו במפורש את שקבעו הצדדים:
כי אספן לא זכאית לתשלום נוסף עבור בניית המעטפות. בוודאי שלא ניתן לקבוע כי
העניין שלפנינו הוא מסוג מקרים חריגים וקיצוניים בהם קיימת לאקונה הדורשת
את השלמתו של החוזה.

27. מעבר לנדרש, אציין כי לדידי גם נסיבות עריכת ההתקשרות החוזית בין אספן לבין המדינה, כמו גם התנהלות בעלי הדין לאחר שנכרתה, מעידות על כך שפרשנות החוזה אכן מעגנת את אומד דעת הצדדים בעת כריתתו, לפיו אין אספן זכאית לתשלום נוסף עבור המעטפות. אספן לא חלקה לפנינו על כך שדרישת רשויות התכנון, כמו גם דרישת המדינה עצמה, לבניית המעטפות על ידה היתה ידועה לה עובר לחתימת החוזים בין הצדדים. ואולם, אף על פי שהמחירון של חוזה הפרוגרמה הוא מיום 3.1.1991, דף פירוט שהוצא מכוחו נחתם ביום 25.3.1991 וחוזה הבנייה הספציפי נחתם בין הצדדים ביום 12.11.1991, נציגיה של אספן העלו לראשונה את דרישת התשלום עבור המעטפות רק לפני החתימה על חוזה הרכישה שנחתם ביום 19.5.1992. יצויין כי מעדותו של מר בלאו, אשר העיד מטעם אספן עולה כי הפניה הראשונה של אספן למדינה בבקשה לתמחר את המעטפות נעשתה "ביחד עם הבקשה לקניות הדירות" [עמוד 179 לפרוטוקול], ואולם העד לא זכר את התאריך המדויק בו נעשה הדבר ("תאריכים 1992 1993, אני לא יודע, תאריכים בעל פה אני לא יודע" [שם]). דברים ברוח זו נשמעו גם מפי הגברת אברמוביץ' אשר העידה מטעם המדינה [עמוד 370 לפרוטוקול]. בנוסף, היא ציינה בתצהירה כי לפני מועד זה לא העלה בעליה של אספן בגלגולה הקודם, עוד כאשר זו היתה חברת מריו לזניק בע"מ, אותו הכירה העדה באופן אישי, מעולם את נושא המעטפות ולא דרש תשלום מיוחד עבורן [סעיף 34 לתצהירה]. משלא הוגשה אותה בקשה של אספן לתיק בית המשפט, אין אלא להניח כי היא הוגשה למדינה 45 ימים עובר ליום עריכת חוזה הרכישה הכללי כאמור לעיל. הנחה זו מושתתת על האמור בסעיף 6(ה) לחוזה הפרוגרמה לפיו על חוזה הרכישה בין החברה הקבלנית לבין המדינה להיחתם תוך 45 ימים מיום הגשת הבקשה לרכישת דירות. הינה כי כן, אספן העלתה לראשונה את עניין תמחור המעטפות רק כשנה ושלושה חודשים לאחר שמסגרת התשלום בגין עבודות הבנייה עוגנה במחירון, הכולל את אותו סעיף מפורש שהוזכר לעיל, השולל מאספן תשלום נוסף עבור המעטפות בנסיבות העניין, וזאת חרף ידיעתה על חובתה לבנותן בהתאם לחוזה בעת כריתתו. אם לא די בכך, הרי שדרישה זו הועלתה על ידי אספן לאחר שבניית הדירות, לרבות המעטפות, כבר היתה בעיצומה [ראו: סעיף 23 לכתב התביעה המתוקן של אספן]. משידעה אספן על חובתה החוזית לבנות את המעטפות והיתה ערה לכך שדרישה זו לא תומחרה במחירון ולא נקבע בגינה תשלום כלשהו [ראו למשל: עדותו של מריו לב ז"ל אשר העיד מטעם אספן, בעמוד 155 לפרוטוקול] וחרף זאת החלה בבניית המעטפות מבלי לדרוש כל תשלום עבורן והעלתה דרישה זו לראשונה אך כשנה ושלושה חודשים לאחר עיגון תנאי התשלום בגין ביצוע העבודות השונות במסגרת המחירון, יש לראות בה כמי שהסכימה לכך שהמחיר שנקבע במחירון עבור הדירות כולל את מחיר בנייתן של

המעטפות. שהרי לו סברה כי זכאית היא לתשלום נפרד עבור המעטפות, חזקה עליה שהיתה עומדת על עיגון התשלום עבורן במסגרת ההסכמים שבין הצדדים, ולכל הפחות מוחה על היעדר עיגון לתשלום כאמור כבר בעת כניסתה למסגרת החוזית או מייד לאחר מכן. ודוק: אין המדובר בענייננו בחוזה בין המדינה לבין אזרח פרטי לגביו קיים חשש כי הוא אינו מודע לזכויותיו המשפטיות ועלול הוא שלא לעמוד על מימושן. יש להניח כי אספן קיבלה יעוץ משפטי בטרם חתמה על החוזים עם המדינה וכן כי נהנתה מליווי משפטי במהלך ביצועם [ראו: פסקה 168 לפסק הדין בעניין אספן]. בנסיבות אלה, התנהלותה המתוארת של אספן אומרת דרשני ופועלת לרעתה.

28. יתר על כן, גם לאחר שהעלתה אספן את דרישתה לתשלום נוסף עבור המעטפות, לא מצאה הדרישה לתשלום בגין המעטפות ביטוי כלשהו אף בחוזה הרכישה הספציפי שנחתם בין הצדדים ביום 10.6.1992, דהיינו לאחר החתימה על חוזה הרכישה הכללי, וזאת חרף העובדה שמפורטים בו ובנספחיו מחיר סופי ונקוב עבור כל דירה ודירה ולמרות שנאמר בו במפורש כי תשלומים בגין הדירות "יבוצעו לפי: מחיר יח"ד הנקוב בחוזה". זאת ועוד, כל אחד מבעלי הדין צירף לכתבי הטענות שהגיש במסגרת הערעורים שלפנינו תמחירים לכל אחת מן הדירות שנרכשו על ידי המדינה ואשר ליוו את חוזה הרכישה הספציפי. בתמחירים אלו מצויים שני סעיפים שלהם עשויה להיות נפקות לעניין תשלומים נוספים בגין בניית הדירות: "שונות" ו"סעיפים חריגים". אספן לא חלקה על טענת המדינה שהועלתה במסגרת סיכומיה לפנינו על כך ששני סעיפים אלו נשארו ריקים בכל אחד מדפי התמחירים. העובדה שגם לאחר שאספן כבר ביקשה תשלום נפרד עבור המעטפות לא ראתה היא לעמוד על כך שתשלום זה יעוגן במסגרת חוזה הרכישה והתמחירים, תמוהה לכל הפחות. ואולם, גם אם דרשה אספן מן המדינה, דבר שלא נטען ולא הוכח, לעגן את התשלום הנפרד בגין המעטפות במסגרת חוזה הרכישה והתמחירים, אלא שהיא לא הצליחה לכפות את דרישתה על המדינה, הרי שאם סברה כי היא אכן זכאית לתשלום כאמור, עמדו לפנייה דרכי פעולה שונות כגון עתירה למתן סעד הצהרתי בנקודה זו או התניית המשך עבודות הבנייה בקבלת התשלום עבור המעטפות. אי נקיטה באחת מאותן דרכים והמשך ביצוע הבנייה מתוך מודעות כי אין בכוונת המדינה לשלם לאספן עבור המעטפות או למצער בידעה כי החשש כי היא לא תקבל בגינן כל תשלום הינו ממשי, מלמדת על כך שגם מלכתחילה, בעת כריתת החוזה, לא ראתה היא בהיעדר תשלום עבור המעטפות כאבן נגף אשר תמנע בעדה מלכרות את חוזה המסגרת עם המדינה, אשר, כפי שיבואר להלן, כולל בחובו הטבות ניכרות לקבלנים.

29. זאת ועוד, במסגרת חוזה הפרוגרמה הסכימו הצדדים על מחיר קבוע וידוע מראש לכל יחידת דיור, וזאת בהתבסס על מחירי המחירון, ולא על עלויות הבנייה בפועל (זאת בניגוד לרכיבי בנייה אחרים, כגון קרקע, פיתוח כללי, היטלים ואגרות, אשר ביחס אליהם נקבע החישוב בהתאם להוצאות החברה בפועל) [ראו: סעיף 9.2 לתצהירו (מיום 15.12.02) של מר מרדכי אריאל שהעיד מטעם אספן; סעיף 7 לתצהירו של מר קרול בלאו שאף הוא העיד מטעם אספן]. אומנם, צודקת אספן בטענתה בהקשר זה כי לא נקבע מראש המחיר הסופי של הדירות, אלא מנגנון לחישוב המחיר. ואולם, מנגנון זה היה מבוסס על מחירי המחירון הקבועים שהיו ידועים לצדדים מלכתחילה ולא על העלות בפועל של בניית הדירות, אותה תוכל החברה הקבלנית לאמוד רק בעתיד. הצדדים ביקשו, אם כן, להפוך את תמחור הדירות במסגרת המחירון לקבוע וידוע מראש כך שהחובות והזכויות הכספיות שלהם במסגרת החוזה, בכל הנוגע למחיר הדירות, תהיינה קשיחות ובלתי תלויות בעלויות הממשיות שיתגלו בעתיד ואשר לא תומחרו כראוי מלכתחילה. כאמור לעיל, כאשר, ביקשו הצדדים לבסס את התשלום עבור ביצוע העבודות על העלות בפועל, קבעו זאת במפורש במסגרת המחירון. משכך, ומשנמנעו הצדדים מלקבוע תשלום נפרד ועצמאי בגין המעטפות על אף שהדרישה לבנותן היתה ידועה לשניהם בעת כריתת החוזים ביניהם, הרי שהמסקנה המתבקשת הינה כי שתיקת החוזה בהקשר זה משמעה כי מחיר המעטפות כלול במחיר הכללי והקבוע מראש בגין כל דירה. תמיכה לכך ניתן למצוא גם בלשון סעיף 9(ב)(1) לחוזה הפרוגרמה העוסק בקביעת מחיר בגין דירות הנמכרות בשוק הפרטי וקבלת אישור עבור מחיר זה מצד המדינה. וכך נקבע שם:

”(ב) החברה תמכור את הדירות במחירים שייקבעו בדרך הבאה:

(1) החברה תודיע למשרד בכתב מהם המחירים המוצעים על ידה לכל סוג של דירה; המחירים המוצעים... יהוו מחירים מקסימליים וסופיים למשתכן.

ביקשה החברה למכור חנויות ו/או חצרות ו/או מרפסות ו/או מחסנים ו/או תוספות אחרות במחיר שייקבע בנפרד ממחיר הדירה, תודיע על כך בהודעתה ותציין את המחירים המוצעים; לא ציינה החברה אחרת, יהיו המחירים המוצעים כוללים את כל המרכיבים של המחיר הסופי” [ההדגשות אינן במקור – T.].

מסעיף זה עולה בבירור כי המחיר המבוקש על ידי החברה הקבלנית עבור הדירות הינו מחיר מקסימאלי וסופי הכולל כבר את כל התוספות, לרבות המעטפות, אשר הוסיפה החברה הקבלנית לדירות, אלא אם צויין על ידה אחרת והודע על כך

מראש. אם כך לעניין קביעת מחיר הדירות עבור רוכשים פרטיים, אשר ממילא אינם כבולים ברכישת הדירות מקבלן זה או אחר, קל וחומר שכך הוא לעניין קביעת המחיר ביחס למדינה אשר כבלה עצמה ברכישת הדירות מאספן מלכתחילה, על בסיס מחיר כללי וידוע מראש.

30. המסקנה הפרשנית לפיה אין אספן זכאית, מכוח מערכת החוזים בינה לבין המדינה, לתשלום נפרד עבור המעטפות נתמכת גם בהיגיון הכלכלי של מערכת החוזים האמורה. במסגרת ההתקשרות בין המדינה לבין אספן בחוזה הפרוגרמה, זכתה האחרונה בהטבות שונות להן ערך כלכלי רב וביניהן: הקצאה של קרקעות מדינה [סעיף 10(א) לחוזה הפרוגרמה]; מענקים משמעותיים בגין הקדמת תחילת הבניה של הפרוייקט ובגין קיצור משך הבנייה בהיקף מצטבר של עשרות מיליוני ש"ח [סעיפים 12 ו-13 לחוזה הפרוגרמה. וראו: ע"א 2054/98 אחים רויכמן שומרון בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(2) 433, 464 (2001) (להלן: עניין אחים רויכמן שומרון), שם הוגדרו מענקים אלו כ"מופלגים"]; פטור מחובת תשלום בגין הפיתוח הכללי [סעיף 11 לחוזה הפרוגרמה ודף פירוט לחוזה זה מיום 25.3.1991 ולבסוף, והוא עיקר, התחייבות המדינה לרכוש מאספן את כל הדירות אותן היא לא תצליח למכור בשוק הפרטי במחיר מוסכם מראש, דבר שהפך למעשה את הפרוייקט לנטול סיכון עסקי כלשהו (ואכן, מתוך 932 הדירות שנבנו על ידי אספן, 928 נרכשו בסופו של יום על ידי המדינה). אומנם, הטיל הסכם הפרוגרמה חיובים שונים על החברות קבלניות, שהיה עליהן לעמוד בהם על מנת לזכות בהטבות הנזכרות, לרבות עמידה בלוח זמנים קשוח, אולם עמידה בחיובים אלו, זיכתה אותן כאמור לעיל, בהטבות מפליגות. לא בכדי מיהרה אפוא אספן לחתום על חוזה המסגרת מבלי לעמוד על דרישת התשלום בגין המעטפות, ויש להניח כי נהגה כן לאחר בדיקת היתרונות והחסרונות שבדבר. יתר על כן, כפי שעולה מפסק דינו של השופט דרורי, במהלך הבנייה בוצעו שינויים ותוספות על חוזה הרכישה שבין המדינה לבין אספן שתוצאתם היתה הגדלה ניכרת של סכום הרכישה, שבמקורו עמד על 30 מיליון ש"ח וטפח לכדי סכום של כ-126 מיליון ₪. ברי אפוא, כי הפוטנציאל הכלכלי של הפרוייקט עבור אספן, אשר אף מומש בסופו של יום, היה מהותי ואין תימה כי רכיבי בנייה מסוימים תומחרו כחלק ממחיר הבנייה הכולל של הדירות. ומכל מקום, אם סברה אספן כי מחיר הדירות הכולל את עלות המעטפות, כפי שנקבע במחירון, אינו כדאי מבחינתה גם בהיתחשב בכל ההטבות המפורטות לעיל, הרי שהיא היתה חופשית למכור את הדירות בשוק הפרטי לכל המרבה במחיר (אף אם גם מחיר זה אינו בלתי מוגבל ומותנה באישור המדינה, כאמור לעיל [סעיף 9 לחוזה הפרוגרמה]).

31. לסיכום, הן לשונם הברורה של ההסכמים בין המדינה לבין אספן והן נסיבות עריכת ההתקשרות החוזית ביניהן מובילות שתיהן למסקנה כי הצדדים נמנעו במכוון מקביעת תשלום בגין בניית המעטפות וכי אי קביעת תשלום כאמור אינה בגדר לאקונה הדורשת השלמה.

32. הממצאים שנקבעו לעיל לעניין אספן נכונים לדידי, ואף מקל וחומר, בכל הנוגע לפרשנות ההתקשרות החוזית בין המדינה לבין פבר. לאור העובדה כי מערכת ההסכמים בין המדינה לבין פבר זהה כמעט למערכת החוזית בין המדינה לבין אספן, פרט להשלכות הנקודתיות שיש לעובדה כי דרך הכניסה אליה בעניין פבר היתה באמצעות מכרז, הרי שעיקר הדברים שנאמרו ביחס לאספן, הן במישור לשון החוזה והן במישור הנסיבות שהובילו לכריתתו, יפים גם לעניין פבר ועל כן, בכדי להימנע מסרבול הדיון, אפקד את התייחסותי לעניינה של פבר בעיקר במה שיחודי לו.

33. כאמור, התקשרותה של פבר עם המדינה במסגרת חוזה הפרוגרמה ויתר החוזים שנכרתו בין הצדדים מכוחו נעשתה באמצעות מכרז. במסגרת התנאים הכלליים למשתתפים במכרז נקבע בסעיף 1.3 כי מקום בו "נתגלתה סתירה בין הוראות המכרז לבין הוראות חוזה פרוגרמת 1990, הוראות המכרז תהיינה עדיפות". ואכן, במסגרת סעיף 11.1 למכרז נקבע כי סעיף 6(ו)1 לחוזה הפרוגרמה, אשר צוטט לעיל במסגרת הדיון בנוגע לאספן ואשר מפנה למחירון חוזה הפרוגרמה לשם קביעת המחיר בגין עבודות הבנייה השונות, בוטל, ובמקומו נקבע, בסעיף 2.1 לתנאי המכרז, מנגנון דומה, אלא שחלף קביעת המחיר בהתאם למחירון חוזה הפרוגרמה, נקבע המחיר במסגרת המנגנון "המכרזי" על בסיס "המחירון לעבודות בניה ופיתוח חצר בבניית חברות וקבלנים בשנת 1989" שצורף כנספח 9 לתנאי המכרז. מחירון זה דומה בעיקרו למחירון הרלבנטי לאספן. בנוסף, נקבע במסגרת תנאי המכרז כי "למחיר המחירון יתווסף או יופחת אחוז נקוב בהצעה אשר תזכה במכרז", כאשר "המחיר שיתקבל לאחר הוספת או הפחתת האחוז האמור ממחיר המחירון יהווה במכרז זה מחיר הבנייה ליחידת דיור (להלן - "מחיר הבניה ליחידת דיור")" [סעיף 2.1 הנ"ל]. בסעיף 2.2 לתנאי המכרז נקבע לאמור:

מחיר הבניה ליחידת דיור יכלול את כל העלויות של כל העבודות ושל כל הטיפולים האירגונים והאחרים הנדרשים לצורך מסירת יחידות הדיור נשוא מכרז זה למשתכנים, כאשר הן מושלמות, מתאימות לתוכניות ולמפרטים המאושרים, מתאימות להנחיות תכנון 1:23 של המשרד אשר בתוקף בעת הגשת ההצעה וראויות לשימוש למגורים (ההדגשות אינן במקור – י.ד.).

לשוננו של סעיף 2.2 הנ"ל הינה ברורה ביותר: מחיר הבנייה ליחידת דיור, דהיינו מחיר ההצעה הזוכה של המכרז, אותו על המדינה לשלם לחברה הקבלנית, פבר במקרה זה, עבור דירות אותן זו לא תצליח למכור בשוק הפרטי, הינו מחיר סופי וקבוע מראש הכולל את כל העבודות הדרושות לשם מסירת הדירות למשתכנים, לרבות עמידה בתנאי התוכניות והמפרטים המאושרים. כאמור לעיל, אין חולק כי תנאי למתן היתרי בנייה לפבר היה כי זו תבנה מעטפות בחלק מן הדירות במסגרת הפרוייקט [וראו: סעיף 13 לתב"ע "טבריה נוף כנרת"], כך שבהתאם לסעיף הנדון היה עליה לכלול במחיר המכרז גם את עלות המעטפות. אם לא די בלשוננו הברורה של סעיף 2.2 הנ"ל, הרי שבא סעיף 2.3 לתנאי המכרז ומבהיר נקודה זו:

"יודגש כי במילוי טופס הצעת המחיר על המציע לקחת בחשבון כי מחיר הבניה ליחידת דיור אשר התקבל כאמור לאחר הוספה או הפחתת האחוזים הקבועים בהצעה אשר תזכה במכרז יכלול את כל המרכיבים בסעיף 2.2 דלעיל".

מרכיבים אלו כוללים, כאמור לעיל, את מרכיב עלות המעטפות אשר בנייתם מחויבת מכוח תוכנית התב"ע הרלבנטית. הוסף על כך את שאמרנו לעיל בדבר סעיף 9(ב)(1) לחוזה הפרוגרמה העוסק בקביעת מחיר בגין דירות הנמכרות בשוק הפרטי וקבלת אישור עבורו מצד המדינה, אשר חל גם על ההתקשרות בין המדינה לפבר, ואשר ממנו עולה כי כוונת הצדדים לחוזה הפרוגרמה היתה לראות במחיר שנקבע עבור הדירות כמחיר סופי וקבוע מראש, והמסקנה המתבקשת הינה כי היה על פבר לתמחר את עלות המעטפות במסגרת הצעתה למכרז. במילים אחרות, גם בעניינה של פבר, היעדר קביעת מחיר חוזי נפרד בגין בניית המעטפות אינו בבחינת לאקונה הדורשת השלמה, כי אם הסדר שלילי המגשים את אומד דעת הצדדים בעת הכניסה למסגרת החוזית שנערכה ביניהם. מעבר לנדרש אציין כי גם בעניינה של פבר, נסיבות עריכת החוזים בינה לבין המדינה, כמו גם התנהלות הצדדים במהלך ביצוע חובותיהם החוזיות מביאות למסקנה פרשנית דומה.

34. אומנם, בעניין פבר נמנעו הצדדים מלטעון לפנינו לעניין המועד בו העלתה פבר לראשונה את דרישת התשלום הנפרד בגין המעטפות, ואולם גם מבלי להזדקק לסוגיה זו, התנהלותה של פבר בהקשר זה אומרת דרשני ומעידה על כך שדרישתה לקבל תשלום נפרד עבור המעטפות נולדה בשלב המאוחר לכניסתה למסגרת החוזית עם המדינה, כך שאומד דעת הצדדים בעת כריתת החוזה היה כי מחיר המכרז שהוצע על ידי פבר כולל כבר את התשלום בגין המעטפות. כאשר הציעה פבר את הצעתה במכרז ידעה, ולמצער היתה יכולה לדעת, על דרישת בנייתן של המעטפות המעוגנת

בתב"ע שחלה על האזור בו אמורה היתה היא לבנות, שהרי ניתן להניח כי קבלן שניגש למכרז שעניינו ביצוע פרויקט בנייה בודק את דרישות התב"ע הרלבנטית. ומכל מקום פבר אף לא חלקה על כך [ראו: פסקה 6 לסיכומי התשובה בבית המשפט המחוזי]. משכך, ומשתנאי המכרז הברורים בדבר היות המחיר המוצע על ידי החברה הקבלנית מחיר קבוע מראש וסופי, למצער ביחס לרכיב המעטפות, היו ידועים לפבר, הרי שבהיותה חברת בנייה אשר, כך ניתן להניח, זכתה ליעוץ משפטי עובר להגשת הצעות במכרז, חזקה עליה כי אם החליטה בסופו של יום להשתתף במכרז, תימחרה היא את עלות בניית המעטפות בתוך הצעתה. יתר על כן, פבר, בדומה לאספן, אף התחילה בבניית המעטפות מבלי לעגן בחוזה כל תשלום נוסף עבורן, ורק בעיצומה של הבנייה החלה לדרוש מן המדינה תשלום תמורה נוספת, מעבר למחיר הכללי שנקבע במכרז עבור עבודות הבנייה. זאת ועוד, גם לאחר סיום הבנייה ביום 14.2.1993 (היום הממוצע המוסכם על הצדדים), כאשר בוודאי כבר ידעה פבר להעריך את העלויות בהן נשאה בגין בניית המעטפות, חתמה היא ביום 24.2.1993 על חוזה הרכישה הספציפי מבלי לעגן במסגרתו דרישה כלשהי לתשלום בגין המעטפות. אדרבא, בדומה לעניין אספן, גם בתמחירי הדירות אשר צורפו להסכם הרכישה הספציפי עליו חתמה פבר לא צויין, במסגרת סעיפי ה"שונות" וה"חריגים" המצויים בהם, דבר בקשר עם תשלום נוסף נטען כלשהו בגין המעטפות וסעיפים אלו הושארו ריקים. כך עולה הן מן התמחירים שצירפה פבר לכתב הערעור והן מכך שהיא לא הכחישה את טענת המדינה בהקשר זה במסגרת סיכומי תשובתה בבית המשפט המחוזי [ראו: פסקה 22 לסיכומי המדינה]. בנוסף, יש לזכור כי פבר, כמו אספן, זכתה במסגרת הפרוייקט נשוא המכרז בהטבות מהותיות, כאשר מעבר לתשלום בגין הבנייה לו היתה זכאית מכוח המחירון שצורף למכרז, נהנתה היא מתוספת מכרז בגובה 18.7%, תוספת אשר היא עצמה קבעה את שיעורה, וזאת יש להניח, בין היתר בהתבסס על ידיעתה שלא תהיה זכאית לתשלום נפרד בגין המעטפות אותן חייבת היתה לבנות מכוח החוזים שכרתה עם המדינה.

35. את החלטתה לקבל את טענת פבר בדבר זכאותה לתשלום נפרד עבור בניית המעטפות ביססה השופטת צור, בין היתר, על דברים שנאמרו בסיוור קבלנים שהתקיים עובר למכרז "עפ/1.010 עפולה גבעת המורה" ביום 14.2.1991. באותו סיוור, בתגובה לשאלת אחד הקבלנים "באופציה להגדלה – מה חייבת החברה לבצע?", ענה נציג המדינה: "על פי התכנון המפורט והאופציות אשר המחוז יחייב את החברה לבצע. התשלום יהיה ע"פ המחירון". לדידי, אין בדברים אלו כדי להביא לקבלת טענתה של פבר. המדובר בסיוור קבלנים בנוגע למכרז אחר ומאוחר למכרז נשוא הערעור של פבר, ושאלה היא עד כמה, ככל שבבחינת אומד הדעת הסובייקטיבי של הצדדים לחוזה קונקרטי עסקינן, ניתן להסתייע בדברים שנאמרו בקשר לחוזה אחר. מעבר לנדרש וככל

שניתן היה ללמוד מן האמור במסגרת סיור הקבלנים גם ביחס לעניין שלפנינו, הרי שכל שעשה נציג המדינה הוא להפנות למחירון המכרז, כפי שעושים אף תנאי המכרז בענייננו, מחירון, אשר כאמור לעיל, אינו קובע תשלום כלשהו עבור המעטפות. כך, שאין בהפניה זו למחירון, אלא כדי לעורר שוב את השאלה הפרשנית נשוא בחינתנו עתה, האם היעדר התשלום במחירון הינו הסדר שלילי אם לאו, שאלה שהתשובה לה, נוכח לשונו הברורה של החוזה, כמו גם נסיבות כריתתו, הינה בחיוב. הינה כי כן, גם בעניינה של פבר, לשונו הברורה של החוזה, ואף נסיבות כריתתו, מעידים על כך שאומד דעת הצדדים לחוזה היה כי מחיר המכרז יחד עם תוספת המכרז כוללים אף את התשלום עבור המעטפות וכי העובדה שלא נקבע מחיר במחירון לתשלום עבור מעטפות אלה אינה מעידה על כך שקיימת לאקונה בחוזה הדורשת השלמה, ההיפך הוא הנכון.

36. אכן, על רשות ציבורית שהינה צד לחוזה מוטלות חובות הגינות ותום לב הן מכוח אמות מידה שמקורן בדיני החוזים המחייבות כל מתקשר בחוזה והן מכוח נורמות של הגינות וסבירות הנגזרות מתפקידה כנאמן הציבור [ראו: ע"א 6518/98 הוד אביב בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(4) 28, 45 (2001); בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289, 317-318 (1998); בג"ץ 4422/92 עפרן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מז(3) 853, 860 (1993)].

כן ראו: דניאל פרידמן "תחולתן של חובות מן המשפט הציבורי על רשות ציבורית הפועלת במישור הפרטי" משפטים ה (תשל"ג-תשל"ד) 598; שלו, בעמוד 42]. אני סבור כי במקרה שלפנינו המדינה אכן עמדה בנורמות אלה, כאשר חרף העובדה כי לא היתה היא מחויבת, כאמור לעיל, על פי החוזים שנכרתו בינה לבין החברות הקבלניות בתשלום נוסף עבור בניית המעטפות מעבר לתשלום שכבר הועבר אליהן בגין הדירות, ניאותה היא לשלם להן, לפני משורת הדין, סכום אחיד בלתי מבוטל של 11,348 ₪ עבור כל מעטפת שבנו. כך, שולמו לאספן ביום 19.12.1993 7,609,425 ₪ בגין המעטפות שזו בנתה ואילו פבר קיבלה ביום 8.8.1994 עבור המעטפות שאותן בנתה סכום של 746,379 ₪. אין בידי לקבל את קביעתו של השופט דרורי בהקשר זה לפיה החלטת ועדת המכרזים ניתנה לא לפני משורת הדין כי אם בהתאם לשורת הדין, אותה השתית הוא על נוסח החלטת ועדת המכרזים בעניינה של אספן מיום 19.10.1993, כמו גם על כך שמי שהעידה מטעם המדינה בדבר היות ההחלטה לפני משורת הדין – הגברת אברמוביץ' – לא נכחה בישיבת וועדת המכרזים העליונה מיום 19.10.1993 בעוד שמי שנכח בה לא הובא לעדות, דבר הפועל לרעת המדינה.

ראשית, עצם העובדה שהחלטה בעניין התשלום עבור המעטפות התקבלה בוועדת המכרזים העליונה, שהינה הגוף היחיד המוסמך לאשר תשלומים נוספים על סכומים שנקבעו במסגרת חוזי הפרוגרמה והמכרזים הנלווים אליהם, מעידה על כך שתשלום זה הינו מעבר לנדרש על פי החוזים שבין הצדדים. יתר על כן, בקשת החברות הקבלניות במסגרת ההחלטה האמורה אושרה "במגבלות חוזה הפרוגרמה" [ראו: פרוטוקול הדיון של ועדת המכרזים העליונה מיום 19.10.1993], מה גם שהחלטה זו הוכפפה ל"מגבלות התקציב" של משרד הבינוי והשיכון [שם], דבר המעיד על כך שאין המדובר בהחלטה שמקורה בחוזה שבין הצדדים, שהרי אז מגבלות התקציב לא יכולות למנוע תשלום חוזי המגיע בדין לצד השני לחוזה. אומנם, בפתח ההחלטה נאמר כי היא ניתנת לאור "מחויבות המשרד", אלא שלדידי אין בכך להוביל למסקנתו של בית המשפט המחוזי. ההחלטה הנדונה של ועדת המכרזים העליונה היתה אך המשך להחלטה קודמת שלה מיום 28.6.1992. במסגרת החלטה ראשונה זו אישרה ועדת המכרזים העליונה תשלום אחד של 11,348 ש"ח עבור כל מעטפת לשלוש חברות קבלניות שאספן ופבר לא נמנו עליהן. על כן, אפשרי בהחלט כי הרישא של ההחלטה מיום 19.10.1993 מתיחסת למעשה לאותה החלטה קודמת במסגרתה הוחלט, חרף העובדה שהחוזים בין הצדדים אינם מקנים לחברות הקבלניות זכאות לתשלום נפרד בגין בניית המעטפות, על אישור תשלום לפנים משורת הדין בגינן. משכך, ונוכח לשונם הברורה של החוזים שבין החברות הקבלניות לבין המדינה, כאמור לעיל, ממנה עולה כי הן לא זכאיות לתשלום נוסף בגין המעטפות, חזקה היא כי התשלום מכוחה של ההחלטה מיום 19.10.1993 נעשה לפנים משורת הדין. בנסיבות אלה ובהיות החברות הקבלניות תובעות בתיק דנן, בבחינת "המוציא מחברו", עליהן מוטל נטל השכנוע, כמו גם נטל הבאת הראיה הראשוני, להראות כי החלטת ועדת המכרזים העליונה מיום 28.6.1992 ובהמשך לה ההחלטות מיום 19.10.1993 (ביחס לאספן) ומיום 20.6.1994 (ביחס לפבר) לא ניתנו לפנים משורת הדין אלא מכוח חובה חוזית, ומשנמנעו הן מלהביא לעדות מי שיכול היה לסתור את החזקה האמורה כמו גם את תוכן החלטת ועדת המכרזים מיום 28.6.1992, והסתפקו בהבאת הנחיה פנימית של משרד הבינוי והשיכון מיום 14.9.1992 המבוססת על החלטה זו, פועל הדבר לרעתן דווקא [ראו: ע"א 78/04 המגן חברה לביטוח בע"מ נ' שלום גרשון הובלות בע"מ (לא פורסם, 5.10.2006), פסקה 53; ע"א 293/90 גרינהולק נ' מרמלשטיין (לא פורסם, 28.12.1994) פסקה ה'; יעקב קדמי על הראיות - הדין בראי הפטיקה חלק שלישי 1652 (מהדורה משולבת ומעודכנת, 2003)]. יתר על כן, השופט דרורי עצמו ציין, בבחנו את סוגיית הריבית, כי " אין משקל משפטי להחלטת ועדת המכרזים העליונה" [פסקה 136 לפסק הדין בעניין אספן]. ודוק: אף השופטת צור, בהתייחסה להחלטת ועדת המכרזים מיום 19.10.1993 קבעה בפסק דינה, גם לאחר שהפנתה בהסכמה לפסקאות הרלבנטיות

בפסק דינו של השופט דרורי בסוגיה זו והביעה את דעתה כי לא סביר שהמדינה תשלם לחברות הקבלניות תשלום שלא סברה מלכתחילה שהוא מגיע להן, כי "החלטת ועדת המכרזים מכירה בזכותה החוזית של התובעת [פבר] לתשלום עבור בניית המעטפות, במעמד של 'לפנים משורת הדין'" [פסקה 38] [ההדגשות אינן במקור – י.ת.]. ואולם, בניגוד לעמדתה של השופטת צור אני סבור כי נוכח מטרת חוזי הפרוגרמה לספק במהירות האפשרית דיור לעולים הרבים שהחלו להגיע לישראל בתקופה הרלבנטית ועקב החשש כי ריבוי מחלוקות כספיות עם החברות הקבלניות ועיכוב עבודות הבנייה בשל כך עלול לסכל מטרה זו, כמו גם נוכח הצורך לשמור על וודאות תקציבית, אין זה בלתי סביר כי המדינה תהיה מוכנה לשלם להן, בנסיבות העניין, כספים לפנים משורת הדין. ומכל מקום, קביעה גורפת לפיה אין זה סביר כי המדינה תשלם כספים לפנים משורת הדין וכתוצאה מכך הסקת מסקנה כי המדינה למעשה היתה חייבת מלכתחילה בתשלום כספים אלו, עלולה להביא לכך שהלכה למעשה המדינה אכן תימנע מתשלום כספים לפנים משורת הדין, גם במקרים שבהם ראוי שהיא תעשה כן.

37. בהמשך לכל האמור לעיל ובניגוד לשופט דרורי ולשופטת צור, אני סבור כי יש ממש בטענת החברות הקבלניות לפיה יש לראות בבניית המעטפות כעבודה נוספת המזכה אותן בתשלום בהתאם למנגנון הקבוע בסעיף 57 לחוזה המדף. פרק ט' לחוזה המדף, עליו חתמה כל אחת מן החברות הקבלניות, שכותרתו "שינויים, תוספות והפחתות" קובע מנגנון לביצוע ותמחור שינויים מאוחרים בחוזה המקורי בין המדינה לבין החברות הקבלניות. בהתאם למנגנון זה, רשאי המנהל "להורות בכל עת על כל שינוי... הכל כפי שימצא לנכון, והקבלן מתחייב למלא אחר הוראותיו" [סעיף 56(1) לחוזה המדף]. עוד נקבע שם כי "הוראת המנהל על שינוי המבנה... תיקרא פקודת שינויים ותימסר לידי הקבלן בכתב" [סעיף 56(2)]. ערכו של כל שינוי שמבוצע בהתאם לפקודת השינויים מחושב בהתאם למנגנון הקבוע בסעיף 57(1) לחוזה המדף. הן השופט דרורי והן השופטת צור סברו כי החלטות ועדת המכרזים העליונה בעניינן של אספן ופבר, כמפורט לעיל, עולות כדי פקודת שינויים במשמעות סעיף 56(2) לחוזה המדף (אם כי השופט דרורי סבר כי גם מצגים נוספים מצד המדינה כלפי הקבלנים בדבר חובתם לבנות מעטפות היו בבחינת "פקודת שינויים"). ואולם, כפי שעולה מן האמור לעיל, פרק ט' לחוזה המדף עוסק ב"שינויים" בחוזה המקורי. דהיינו מתייחס הוא למצבים בהם עבודה פלונית לא נקבעה בחוזה וכעת מבקשת המדינה לבצעה. ואולם, משנקבע כי הדרישה לבנות מעטפות נקבעה מלכתחילה כחלק אינטגרלי ובלתי נפרד ממערכת החוזים שבין החברות הקבלניות לבין המדינה, ובוודאי שאינה בגדר "שינוי" מאוחר של החוזה, כלל לא ניתן לפנות למנגנון התמחור המצוי בפרק ט' לחוזה, אשר נועד, כאמור לעיל, להסדיר תשלום בגין דרישות מאוחרות מצד המדינה

שלא הוסדרו בחוזה המקורי. משכך, הקונסטרוקציה החוזית אותה ביקש בית המשפט המחוזי לבנות על מנת לאפשר לחברות הקבלניות ליהנות מתשלום נוסף עבור בניית המעטפות אינה יכולה לעמוד. השופטת צור עצמה עמדה על קושי זה באומרה: "אכן, החובה לבנות את המעטפות נובעת ממערכת ההסכמים שבין הצדדים". עם זאת, היא קבעה כי "מאחר ובניית המעטפות לא תומחרה במחירון או בכל מקום אחר במסגרת ההסכמים שבין הצדדים, ניתן לראות בהחלטה של ועדת המכרזים כ'פקודת שינויים' כמשמעה בחוזה המדף, מאחר והיא מהווה אסמכתא להקמתן של המעטפות ויש לקבוע כי הדרישה הפורמלית ל'פקודת שינויים' התקיימה". כאמור, אין בידי להסכים לקביעה זו, כאשר חובתן של החברות הקבלניות לבנות את המעטפות היתה מעוגנת מלכתחילה בחוזים בינן לבין המדינה וכאשר חוזים אלו קובעים במפורש כי החברות הקבלניות לא תהיינה זכאיות לתשלום נוסף עבור המעטפות. יתר על כן, ספק בעיניי עם החלטת ועדת המכרזים עומדת בדרישות הצורה של המסמך שנקרא "פקודת שינויים", במובן סעיף 56 לחוזה המדף ואם עמדו החברות הקבלניות בתנאים הפרוצדוראליים השונים הקבועים בסעיפים 57 ו-59 לחוזה המדף.

38. נוכח האמור לעיל, איני רואה צורך להידרש לטענת המדינה לפיה חוזי השינויים שנכרתו בינה לבין אספן (שינוי מספר 6 לחוזה רכישה מספר 63/10101/91) ובינה לבין פבר (שינוי מספר 6 לחוזה רכישה מספר 63/10024/91) בהמשך להחלטות ועדת המכרזים העליונה בעניינן, אשר במסגרתם שולם לחברות הקבלניות התשלום האחיד בגין המעטפות אותן בנו ואשר נאמר בהם במפורש כי מדובר בסכום "חד-פעמי", סותמים את הגולל בפני תביעה לתשלום נוסף עבור המעטפות. מעבר לנדרש אציין כי גם אם יש ממש בקביעתה של השופטת צור, שהתייחסה לעניין זה בפסק דינה, כי "תשלום חד פעמי" אינו מלמד על הסכמה ל'תשלום סופי' ומקום שהיה מדובר בתשלום סופי הדבר נאמר במפורש" (למשל, במסגרת שינוי 9 לחוזה רכישה מספר 63/10101/91 שנכרת בין המדינה לבין אספן), הרי משהיו החברות הקבלניות מודעות למצער לאי נכונותה של המדינה לשלם סכומים נוספים בגין המעטפות מעבר לתשלום האחיד, תמוה הדבר כי לא עמדו על כך שבחוזי השינויים יאמר במפורש כי אין בהם משום וויתור על זכויותיהן בעניין זה. על כן, גם אם חוזים אלו אינם יוצרים השתק ביחס לחברות הקבלניות, בוודאי שיש בהם משום חיזוק לעמדת המדינה.

39. אשר לטענתה של אספן בדבר היעדר השוויון בינה לבין החברות הקבלניות אשר עלות בניית המעטפות שלהן כוסתה במלואה על ידי התשלום האחיד ששילמה המדינה, הרי שזו נטענה בשולי הדברים ובעלמא, מבלי שהיא הציגה בסיכומיה דוגמאות קונקרטיות למקרים בהם הסכום האחיד ששולם עלה על עלות הבנייה של

המעטפות. ומכל מקום, משנקבע כי הסכום האחיד בגין המעטפות שולם לחברות הקבלניות לפני משורת הדין, הרי שגם אם ההטבה בה זכתה אספן אינה זהה להטבה היחסית בה זכו חברות קבלניות אחרות, לא ניתן בשל כך לחייב את המדינה לשלם לאספן את מלוא מחיר המעטפות. ודוק: אף השופט דרורי, אשר סבר כי התשלום האחיד לאספן לא היה תשלום לפני משורת הדין ואשר קבע כי החלטת ועדת המכרזים העליונה הינה "קביעה של תשלום אחיד היוצר שוויון מדומה, אך פוגע קשות בתובעת [אספן]", קבע לבסוף כי אין החלטה זו מהווה מקור עצמאי לתשלום מלוא עלות המעטפות. קל וחומר שכך הוא, כאשר מצאתי כי התשלום האחיד הינו לפני משורת הדין.

40. סיכומו של דבר, משנמנעו החברות הקבלניות לעגן בחוזים בינן לבין המדינה את חובתה של האחרונה לשלם להן תשלום נפרד עבור בניית המעטפות, אשר אינו כלול בתמורה החוזית הכללית, משלשונם המפורשת של חוזים אלו, כמו גם נסיבות כריתתם, מלמדים על כך שאין הן זכאיות לתשלום כאמור ומשניאותה המדינה, חרף זאת, לפני משורת הדין, לשלם לחברות הקבלניות תשלום אחיד עבור בנייתן, הרי שאין אלא לקבל את ערעורי המדינה על חיובה בתשלום מלוא עלות בניית המעטפות לאספן ולפבר. ודוק: אין כל פסול בכך שהמדינה עומדת על התנאים המפורשים המפורטים בחוזה לעניין היעדר זכאות לתשלום נוסף בגין בניית המעטפות. נהפוך הוא, כפי שכבר נפסק לעניין הטלת מגבלות על תשלום מענקי עידוד מתוך הקופה הציבורית, קופה אותה מנהלת המדינה כנאמן הציבור, "מדובר בהתנהגות סבירה של המדינה" [ראו: עניין אחים רויכמן שומרון, בעמוד 464].

41. משנקבע כי החברות הקבלניות לא זכאיות לתשלום נוסף עבור המעטפות, ברי כי המדינה לא הפרה התחייבות כלשהי מהתחייבותיה החוזיות בכך שלא שילמה להן סכומים נוספים מעבר לתשלום האחיד. משכך, מתייטר הצורך לדון בטענותיהן של החברות הקבלניות בדבר זכאותן לרכיבים האחרים של תביעותיהן, המושתתים על חובת המדינה לשלם את מלוא עלות המעטפות ועל הפרת החוזים כתוצאה מהיעדר תשלום כאמור. זאת, פרט לרכיב התביעה של פבר המתיחס לתשלום תוספת המכרז, ככל שהוא מתיחס לסכום האחיד ששולם לה בגין בניית המעטפות. כפי שעולה מפסקה 13 לסיכומי המדינה בע"א 8428/06 וכפי שנאמר במפורש בסעיף 89 לסיכומי המדינה בבית המשפט המחוזי, מוכנה היא לשלם את תוספת המכרז לחברות קבלניות אשר שולם להן התשלום האחיד בגין המעטפות בלבד, להבדיל מחברות אשר דורשות כי תשולם להן מלוא עלות המעטפות [ראו גם: פסקה 46 לפסק דינה של השופטת צור]. משכך, ומשקבעתי כי התשלום לו זכאית פבר הינו התשלום האחיד בלבד, הרי שעל

המדינה לשלם נוסף לתשלום זה את תוספת המכרז, בשיעור 18.7% מערכו. אשר לרכיב הרווח הקבלני בעניינה של אספן, הרי שכפי שזו מציינת בסיכומיה לפנינו, רכיב זה כבר שולם לה בגין התשלום האחיד עבור המעטפות.

42. אשר על כן, אציע לחבריי לקבל את ערעורי המדינה הן בעניין אספן והן בעניין פבר, פרט לרכיבי הערעורים הנוגעים לתביעות שכנגד מצד המדינה, עליהם ויתרה היא, כאמור לעיל, בדיון שהתקיים לפנינו, ולדחות את ערעוריהן של אספן ופבר, פרט לרכיב הערעור של פבר הנוגע לתשלום תוספת המכרז, ככל שזה מתיחס לתשלום האחיד שפבר קיבלה מן המדינה עבור המעטפות שבנתה.

43. סכומי ההוצאות שנפסקו על ידי בתי המשפט המחוזיים יושבו למדינה בתוספת הפרשי הצמדה, וזאת ככל שסכומים אלו שולמו בפועל. בנסיבות העניין החלטנו שלא לעשות צו להוצאות במסגרת ההליכים שלפנינו.

ש ו פ ט

הנשיאה ד' ביניש:

אני מסכימה לפסק דינו של חברי השופט י' דנציגר. במקרה דנן המסקנה אליה הגיע חברי היא כי הן לשון החוזים הרלוונטיים והן הנסיבות שבהן נכרתו החוזים, מלמדות כי לא הייתה כוונה לכך שהחברות אספן ופבר יקבלו תשלום נוסף מהמדינה עבור בניית המעטפות. לפיכך, אין נדרשת התייחסות לשאלת כללי פרשנות החוזה והמשקל היחסי שיש ליתן בעת פרשנות החוזה ללשון החוזה ולנסיבות כריתתו, כפי שנקבעו בהלכת אפרופים ובדנ"א 2045/05 ארגון מגדלי ירקות – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 11.5.06).

ה נ ש י א ה

השופטת א' פרוקצ'יה:

אני מצטרפת למסקנות חברי, השופט דנציגר, כי לא חל על מקרה זה "מעשה בית דין" ו"השתק פלוגתא", וכי המערכת החוזית בין הצדדים הינה מערכת שלמה,

הכוללת בתוכה גם תשלום עבור "המעטפות", ואין בה חסר המאפשר השלמה. זאת יש להסיק על פי פרשנות החוזים הנוגעים לענין בהתאם להילכת "אפרופים" (דנ"א 2045/05 ארגון מגדלי ירקות - אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 11.5.2006)). כן אני מסכימה, כי התשלום האחיד ששולם עבור "המעטפות" הינו תשלום לפנים משורת הדין, והמדינה לא היתה מחוייבת בו מלכתחילה. ממילא, אין עליה להוסיף לו דבר.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' דנציגר.

ניתן היום, כ"ד בתשרי תש"ע (12.10.09).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ה נ ש י א ה