



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 19-07-44964 דנירן - אספקה מכל הלב בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ

לפני כבוד השופט אביים ברקאי

התובעת: דנירן - אספקה מכל הלב בע"מ

נגד

הנתבע: בנק הפועלים בע"מ

ב"כ התובעת: עו"ד אריה לין, עו"ד אייל לוטטי
ב"כ הנתבע: עו"ד יאיר ליבוביץ, עו"ד רחלי הרשיש – ממשד ב. לוינבוק ושות', עורכי דין

פסק דין

חלק ראשון – פתח דבר, העדויות שנשמעו וכן ארבע השאלות בהן יש להכריע

1. פתח דבר

1.1 כללי

- עניינו של פסק דין זה הוא תביעה על סך של 980,000 ₪ בגין נזקים שנגרמו לתובעת בשל ערבות בנקאית בנוסח שגוי שהנפיק לה הנתבע. התביעה הוגשה בתחילה על הסך של 449,478 ₪. ותוקנה כשנה וחצי לאחר מכן לסך של 980,000 ₪. כל זאת לאחר שהוגש כתב הגנה בכתב התביעה המקורי, התקיים דיון והצדדים אף היו בהליך גישור.

- התביעה על הסך של 980,000 ₪ כללה הרכיבים הבאים:

אבדן רווחים בפועל, בשל מעשי ומחדלי הנתבע - 930,000 ₪

פיצוי בגין הפחתה בהיקף העבודה, הוצאות משפטיות, טרדה ועגמת נפש - 50,000 ₪

=====

סה"כ - 980,000 ₪

1.2 תחילת סיפור המעשה - השתתפות התובעת במכרז עיריית רעננה - התובעת התמודדה במכרז לאספקת נייר וציוד משרדי שפרסמה עיריית רעננה. תקופת ההתקשרות בהתאם למכרז נקבעה לשנה אחת מיום 1/9/2015 ועד ליום 30/8/2016. עוד כלל המכרז אפשרות להארכת תקופות ההתקשרות ובלבד וכל תקופות ההארכה לא יעלו על שלוש שנים נוספות.

1.3 התובעת זכתה בעבר במכרז עיריית רעננה - התובעת זכתה כבר בעבר במכרז שהוציאה עיריית רעננה ואכן סיפקה שירותים בשנים 2013, 2014 ו-2015 בהיקפים שנתיים שבין 361,441 ₪ ל- 434,504 ₪. התובעת ציינה שגם במכרז משנת 2015 הייתה מוכרזת כזוכה, אלמלא כשל וטעות מצד הנתבע.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 19-07-44964 דנירן - אספקה מכל הלב בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ

1.4 הנתבע הנפיק כתב ערבות שגוי, שהוגש במסגרת ההצעה במכרז עיריית רעננה - לעניין זה מפנה התובעת לכך שהנתבע הנפיק ערבות בנקאית בנוסח שגוי. הנוסח השגוי של הערבות הבנקאית, נמסר למרות שהתובעת העבירה אל הנתבע מבעוד מועד נוסח הערבות הבנקאית המבוקש. זאת ועוד, הנתבע אמנם העביר אל התובעת טיוטת ערבות בנקאית לבדיקה, ובה הנוסח הנכון – ואולם בסופו של יום ולאחר שהתובעת אישרה את הטיוטה, הנפיק דווקא נוסח מוטעה.

1.5 התובעת מפנה לכך שהצעתה נפסלה בשל הערבות הבנקאית השגויה ושאלמלא הפסילה הייתה זוכה במכרז - לדברי התובעת, הצעתה במכרז הייתה הזולה ביותר. עוד הפנתה התובעת לכך שכבר סיפקה בסמוך למכרז שירותים לעיריית רעננה וזאת בשל זכייה במכרז קודם. עוד לדברי התובעת, ביום 20/8/2015 הודיעה עיריית רעננה בכתב שהצעתה במכרז נפסלה בשל פגם בערבות הבנקאית.

1.6 התביעה הוגשה בגין אובדן הרווחים בגין מכרז עיריית רעננה - התובעת עותרת לפיצוי בגין כל הרווחים שנמנעו ממנה ואשר אותם הייתה מצליחה להפיק, אלמלא נפסלה הצעתה במכרז.

1.7 חוות הדעת שצירף הנתבע באיחור וכן מינוי מומחה בית המשפט

- התובעת הגישה תצהירי עדות ראשית וכן חוות דעת חשבונאית שהוכנה על ידי רו"ח אייל כהן.
- מנגד הגיש הנתבע בתחילה אך ורק תצהיר עליו חתום מנהל הסניף לשעבר של הנתבע. עם זאת, לאחר שהנתבע החליף את באי כוחו, הוגשה בקשה להגשת חוות דעת חשבונאית מטעמו.
- למרות שהנתבע לא הגיש במועד חוות דעת חשבונאית, התרתי הגשתה. בנוסף מונה מומחה חשבונאי מטעם בית המשפט. מומחה בית המשפט תמך, במידה מסוימת אם כי בוודאי לא באופן מלא ומוחלט, בנתוני וגרסת התובעת.

2. שש העדויות שנשמעו ושתי העדות הנדרשות אותן לא העיד הנתבע
במסגרת ההליך נשמעו העדים הבאים:

2.1 מומחה בית המשפט – במסגרת ההליך מונה מומחה בית המשפט, רו"ח ליאור שחר.

2.2 שלושה העדים מטעם התובעת – מר דני (דניאל) נחום, הבעלים והמנכ"ל של התובעת; רו"ח ערן דויטש, אשר אף נכח בפגישה עם הנתבע; בנוסף הוגשה חוות דעת חשבונאית על ידי רו"ח אייל כהן.

2.3 שני העדים מטעם הנתבע – מר דב בינשטוק, מנהל סניף הנתבע במועדים הרלוונטיים; רו"ח עליזה שרון אשר ערכה והגישה חוות דעת. לא העידו שלוש עדות נדרשות, אליהן אתייחס בפסקה הבאה.

2.4 שלוש העדות הנדרשות שכלל לא זומנו לעדות על ידי הנתבע ואשר בלטו בהיעדרן

- לא זומנו שתי מורשות החתימה שאישרו את הערבות הבנקאית - הערבות הבנקאית שנמסרה לתובעת ועומדת בבסיס כתב התביעה נבדקה והחתמה על ידי שתי מורשות חתימה אצל הנתבע. הן אלה שאחראיות על הנפקת הערבות הבנקאית והן אלה שחתמו על הערבות שנמסרה לתובעת.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 44964-07-19 דנירן - אספקה מכל הלב בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ

למרות זאת, שתי העדות הרלוונטיות כלל לא זומנו לעדות. במקומן בחר הנתבע להעיד את מנהל הסניף, שכדבריו כלל לא היה מעורב בהוצאת הערבות. מנהל הסניף שהקל ראש בטעות והעיד, בין היתר תוך שהוא מתייחס למורשות החתימה – "כנראה שזה לא נתפס להם בעין" ולפני כן העיד " ... הן לא שמו לב על ה-7,10 ימים והם חתמו" (הציטוטים מע"מ 59 לפרוטוקול שורות 11-19). הרחבה לגבי עדותו של מנהל הסניף, והיעדרן של העדות הנדרשות תובא עוד גם בסעיף 5.2 (ב) לפסק הדין.

- לא זומנה הפקידה שכנטען ביקשה ממנכ"ל התובעת שיבדוק את הערבות – מנהל סניף הנתבע טען שכאשר מנהל התובעת קיבל את הערבות נאמר לו לבדוק אותה. וכלשונו "העובדת אמרה לו, בטח... העובדת, אביבית" (ע"מ 64, שורות 4-6). ואולם אותה "עובדת אביבית" שעדיין מועסקת על ידי הנתבע כלל לא זומנה לדיון.

3. ארבע השאלות בהן יש להכריע וכן התשובות שניתנו להן במסגרת פסק הדין

במסגרת פסק הדין יידונו ויוכרעו ארבע השאלות הבאות:

(א) שאלה ראשונה מארבע, האם אכן היה כשל בערבות הבנקאית שהנפיק הנתבע והאם הנתבע אחראי לכשל? התשובה לכך חיובית ועל כך יורחב בסעיף 5 להלן.

(ב) שאלה שניה מארבע, האם יש לייחס לתובעת אשם תורם, ואם כן – באיזה שיעור? התשובה היא שלתובעת אכן רשלנות תורמת בשיעור השווה ל-30% מהנזקים שנגרמו. על כך בסעיף 6 להלן.

(ג) שאלה שלישית מארבע, ככל שייקבע שאכן נפל כשל בערבות הבנקאית, האם אלמלא הכשל הייתה התובעת זוכה במכרז? התשובה לכך חיובית ועל כך בסעיף 7 לפסק הדין.

(ד) שאלה רביעית מארבע, ככל שאכן נפל כשל בערבות הבנקאית ובגין כך נגרמו לתובעת הפסדים – מה היקף הנזקים. התשובה לכך תובא בסעיף 8 לפסק הדין.

חלק שני – תמצית טענות הצדדים

4. תמצית טענות הצדדים

4.1 טענות התובעת

(א) במהלך שנת 2015 פרסמה עיריית רעננה מכרז לאספקת נייר וציוד משרדי. תקופת ההתקשרות בהתאם למכרז נקצבה לשנה החל מיום 1/9/2015 ועד ליום 30/8/2016. עוד ניתנה האפשרות להאריך את תקופת ההתקשרות עד ליום 30/8/2019.

(ב) התובעת הדגישה שכבר זכתה בעבר במכרז עיריית רעננה והעניקה לה שירותי אספקת נייר וציוד משרדי במהלך שלוש השנים שקדמו למועד פרסום המכרז. זאת לאחר שזכתה בעבר במכרז קודם יחד עם שני גופים נוספים. במסגרת המכרז הקודם זכתה התובעת יחד עם שני גופים נוספים



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 44964-07-19 דנירן - אספקה מכל הלב בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ

ומחזורי המכירות של התובעת עמדו על הסכומים הבאים (לא כולל מע"מ) - בשנת 2013, 434,337.19 ₪; בשנת 2014, 434,504.62 ₪; בשנת 2015, 361,441.74 ₪. מכיוון שבמכרז קודם זכתה התובעת יחד עם שני גופים נוספים, הרי מחזור המכירות דלעיל מתייחס אך ורק לחלקה שהוא כ-17% מכלל היקף הרכישות של עיריית רעננה.

(ג) בהתאם לתנאי המכרז, היה על מגיש ההצעה לצרף כתב ערבות בנקאית בהתאם לנוסח שהוכתב במכרז ותוך שהוא כולל את ההוראה הבאה - **"סכום הערבות ישולם לכם על ידו תוך 7 ימים מעת הגיע אלינו דרישתכם הראשונה בכתב התומה על ידי העירייה"**.

(ד) התובעת פנתה אל הנתבע, העבירה את נוסח הערבות הנדרש ע"י עיריית רעננה וביקשה להנפיק כתב ערבות בהתאם. טרם הוצאת כתב הערבות שלח הנתבע טיוטה של כתב הערבות בנוסח זהה לדרישות המכרז לשם קבלת אישור התובעת. התובעת אישרה בחתימתה את נוסח טיוטת כתב הערבות הבנקאית שהועברה אליה, שאכן אשר תאם במדויק את דרישות המכרז.

(ה) לאחר אישור טיוטת כתב הערבות הוציא הנתבע כתב ערבות חתום על ידו ועם קבלת כתב הערבות הועברו מסמכי המכרז ישירות לעיריית רעננה. התובעת טענה שלאחר בדיקת מסמכי המכרז ציינה עיריית רעננה כי התובעת היא זו אשר הגישה את ההצעה הזולה מבין כל המציעים האחרים. עם זאת בשל פגם בערבות הבנקאית נפסלה הצעתה. לעניין זה מפנה התובעת אל מסמך עליו חתום ראש מינהל רכש ולוגיסטיקה בעיריית רעננה אשר התייחס לארבע הצעות שהוגשו וממנו עולה שהצעת התובעת היא אכן הזולה ביותר. עם זאת נקבע באותו מסמך כך - **"מבדיקת הלשכה המשפטית נמצא כי הערבות של חברת דני רן אספקה מכל הלב בע"מ אינה עומדת בדרישות המכרז, לפיכך יש לפסול את הצעתו"** (ההדגשות לא במקור).

(ו) כתוצאה מפסילת הצעת התובעת הוכרזה חברת קרביץ כזוכה במכרז. זאת למרות שהצעתה הייתה יקרה מהצעת התובעת. עיריית רעננה נקשרה בהסכם עם קרביץ ותקופת ההתקשרות הוארכה עד ליום 30/8/2019.

(ז) התובעת הפנתה לכך שהצעתה הייתה הנמוכה ביותר והיא זו שהייתה זוכה במכרז אלמלא התרשל הנתבע בהוצאת כתב ערבות בנוסח שונה מבקשתה ובנוסח שונה מטיוטת כתב הערבות אותה העביר הנתבע לתובעת ואושר על ידה. הנתבע/או מי מטעמו התרשלו, כאשר השינוי שערך הנתבע בערבות הבנקאית הביא לפסילת הצעת התובעת, מנע את זכייתה במכרז וגרם לה להפסידים כספיים כבדים.

4.2 טענות הנתבע

(א) הנתבע עתר לדחות את התביעה והפנה לסעיף 5א' לנספח א' של המכרז בו נאמר כי **"המציע חייב לצרף להצעתו ערבות בנקאית חתומה, אוטונומית, בלתי מותנית בנוסח מקובל בבנק מוכר בישראל (דוגמא של נוסח ערבות אשר נוסחה לא מחייב מצורפת כמסמך א-1)..."**. לדבריו, נוסח



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 44964-07-19 דנירן - אספקה מכל הלב בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ

כתב הערבות שביקשה התובעת להפיק בהתאם למסמכי המכרז לא היה נוסח סטנדרטי אלא שונה מנוסח כתבי הערבות המקובלות אצלו. מאחר ונוסח הערבות לא היה סטנדרטי חתמה התובעת ביום 7/6/2015 על "הצהרה והתחייבות בקשר לבקשתנו להוצאת ערבות למכרז בנוסח מיוחד" בסעיף 1 להתחייבות הסכימה התובעת כי: "אנו ערים לכך שנוסח הערבות שונה מנוסח ערבויות המקובלות אצלכם, וידוע לנו כי הסכמתכם להוציא את הערבות, בנוסח השונה מזה המקובל אצלכם, רק כדי למנוע פגיעה בסיכויינו להשתתף או לזכות במכרז, ורק בהסתמכם על כך שאנו ניטול על עצמנו את הסיכון לכל תקנה ולכל נזק או הוצאה הקשורים בהם".

(ב) עוד הפנה הנתבע לכך שהתובעת חתמה כלפיו על התחייבות בנוסח הבא - "אנו נשפה אתכם בגין כל נזק והוצאה שייגרמו לכם בקשר לכל תקלה, ונשלם לכם לפי דרישתכם מיד לאחריה, ולא תחיינה לנו כל דרישה או טענה כלפיכם או כלפי מי מעובדכם בקשר לתוצאות שתיגרמנה לנו עקב היענותכם לבקשתנו להוצאת הערבות".

(ג) הנתבע טען כי בהזמנת עיריית רעננה לקבל הצעות בדבר אספקת נייר וציוד משרדי למוסדות העירייה ולמוסדות החינוך בעיר רעננה נכתב במפורש כי: "אין העירייה מתחייבת לקבל את ההצעה הזולה ביותר או כל הצעה שהיא". מכאן טוען הנתבע כי לא ברורה מסקנת התובעת כאילו היא הייתה אמורה דווקא להיבחר כזוכה במכרז.

(ד) עוד טען הנתבע כי הוסבר לנציג התובעת שהאחריות לנוסח כתב הערבות רובץ על התובעת וכי היה עליה לבדוק את נוסח כתב הערבות שקיבלה. עוד הוסיף הנתבע שהתובעת חתמה על נוסח כתב הערבות שקיבלה לידיה ואישרה את תוכנו.

(ה) למען הזהירות טען הנתבע כי גם אם יקבע שהייתה מוטלת עליו חובת זהירות כלפי התובעת הרי שגם התובעת חבה בחובת זהירות ואלו הן חובות הדדיות. הנתבע סבור כי סקירת העובדות מצביעה על אשם תורם מצד התובעת ו/או מי מטעמה אשר קיבלו את נוסח כתב הערבות ובחתימת ידו של נציגה אישרו כי "קיבלה את כתב הערבות ואישרה את תוכנו". הנתבע סבור כי על התובעת היה להקפיד ולבדוק את המסמכים עליהם היא חתמה באמצעות נציגה ולוודא שהנוסח של כתב הערבות תואם את דרישות המכרז.

(ו) הנתבע הוסיף שגם אם התרשל בהכנת כתב הערבות הרי שהתנהגותה הרשלנית של התובעת היא הסיבה המכרעת שהובילה להפסד במכרז. מכאן, אין קשר סיבתי ומשפטי בין רשלנותו הנטענת לבין ההפסד במכרז. הגורם הבלעדי לפסילת ההצעה היה קלות הראש בה נהגו התובעת ו/או מי מטעמה כאשר לא טרחו לבדוק מלכתחילה את כתב הערבות שנמסר להם. אילו היו עורכים פעולות בדיקה פשוטה, בנקל היו מוצאים את ההבדל שבין הנוסח שנכתב לזה שנדרש מהם. עוד למען הזהירות טען הנתבע כי גם אם יקבע כי קיים קשר סיבתי כלשהו בין פעולותיו לבין הנזק שנגרם לתובעת הרי שעליו לחלק את האחריות.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 44964-07-19 דנירן - אספקה מכל הלב בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ

ז) באשר לנזק טען הנתבע כי בניגוד לטענת התובעת, העלות הבסיסית העולה מהצעת התובעת לא משקפת את היקף ההזמנות שהייתה מזמינה העירייה בפועל. לכן לא ניתן לחשב את הרווח הצפוי לתובעת לו הייתה זוכה ולו הייתה עיריית רעננה מאריכה את תקופת המכרז. לצד זאת, נטען כי התובעת לא לקחה בחשבון את ההוצאות והעלויות שהיו צפויות לה לו הייתה זוכה במכרז וכל אשר עשתה הוא לקחת את הרווח הגולמי הנטען שהרוויחה בשלוש השנים שקדמו לפרסום המכרז. עוד נטען כי התובעת בחרה שלא למצות את זכויותיה לעתור לבית המשפט לעניינים מנהליים על מנת לבטל את החלטת ועדת המכרזים.

הערת מעבר- אין באמור כדי להביא את מלוא טענות הצדדים, אך די בכך כדי להציב המסד להמשך פסק הדין.

חלק שלישי – דיון והכרעה

5. שאלה ראשונה מארבע שאלות פסק הדין - האם אכן היה כשל בערבות הבנקאית שהנפיק הנתבע והאם הנתבע אחראי לכשל?

5.1 אכן היה כשל בנוסח הערבות הבנקאית שהנפיק הנתבע

אין חולק על כך שכתב הערבות שהונפק בסופו של יום לתובעת שונה מנוסח כתב הערבות אותו ביקשה התובעת. כל זאת למרות שהתובעת הקפידה להעביר אל הנתבע נוסח נדרש. כל זאת למרות שהנתבע אף העביר אל התובעת לבדיקתה טיוטת ערבות והתובעת אישרה בחתימתה את טיוטת הערבות. ובסופו של יום, הנפיק הנתבע נוסח שונה מהנוסח הנדרש ומהטיוטה שאושרה על ידי התובעת. אין ספק שהנתבע הנפיק כתב ערבות בנוסח שגוי ולעניין זה יובאו הדברים הבאים:

א) בדיקה וויזואלית חטופה מלמדת שאין מדובר בנוסח זהה לטיוטה שאושרה וכי הונפק כתב

ערבות שגוי - ניתן להיווכח על נקלה שהנתבע הנפיק לתובעת כתב ערבות שגוי. די בעיון מהיר ובדיקה וויזואלית של נוסח הטיוטה שאישרה התובעת אל מול נוסח כתב הערבות שהוציא בסופו של יום הנתבע, על מנת לקבוע שהנתבע הוציא ערבות בנקאית בנוסח שונה מאשר התבקש. אין מדובר במסמכים ארוכי מלל המתפרשים על פני דפים רבים, אשר כוללים פליטת קולמוס קשה להבחנה. ההיפך הוא הנכון. כתב הערבות הוא על פני עמוד אחד בלבד. טיוטת כתב הערבות כללה ארבעה סעיפים ואילו כתב הערבות שהונפק כלל חמישה סעיפים. די במבט חטוף על מנת להבחין שגם מבחינה וויזואלית כתב הערבות שהונפק שונה מהותית מהטיוטה שהעביר בתחילה הנתבע ואשר קיבלה את אישור התובעת.

ב) זאת ועודף גם מעדות מנהל סניף הנתבע למדים שאין מדובר בנוסח זהה לטיוטה שאושרה וכי

הונפק כתב ערבות שגוי - על מנגנון הוצאת הערבות הצהיר מנכ"ל התובעת, וכן הצהיר דב בינשטוק, מנהל הסניף של הנתבעת. וכך תיאר מנהל הסניף כיצד "... הנתבע הציג לתובעת



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 19-07-44964 דנירן - אספקה מכל הלב בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ

העתק מכתב הערבות (לפני הוצאת כתב הערבות המקורי) לאישורה לפני מסירתו... " (סעיף 5 לתצהיר מנהל הסניף). עוד הצהיר מנהל הסניף כי "לאחר אישורה בכתב של התובעת הפיק הנתבע את כתב הערבות".

ואולם עדיין, כתב הערבות שהונפק לתובעת שונה מהנוסח שביקשה התובעת ושונה מהטיוטה שאישרה התובעת, על כך העיד מנהל סניף הנתבע בחקירתו הנגדית לב"כ התובעת במפורש כך (ע"מ 61 לפרוטוקול, שורות 4-8, ההדגשות לא במקור):

עו"ד לוטטי: תקרא בבקשה או שאני אקרא, אני קורא בקול רם את השורה הראשונה "נבקש מכם להוציא ערבות בנקאית להשתתפות במכרז בנוסח שהמצאנו לכם הנדרש ממסמכי המכרז לחל"י". אתם הוצאתם, אני שואל אותך, הבנק הוציא את הערבות בנוסח שהוא התבקש? העד, מר בינשטוק: הרי זה ברור שלא, כל זה חדיון.

על כך שכתב הערבות שהנפיק הנתבע לא תאם לזה אשר נדרש למדים גם ממסמכי וועדת המכרזים של עיריית רעננה ולהודעת ראש מינהל רכש ולוגיסטיקה של העירייה אליה אתייחס בפסקה הבאה.

(ג) גם בדיקת הלשכה המשפטית של עיריית רעננה מלמדת שאין מדובר בנוסח זהה לטיוטה שאושרה וכי הונפק כתב ערבות שגוי - ביום 16/7/2015 התקיימה ישיבת וועדת מכרזים של עיריית רעננה. במכתב מאותו יום, שהוציא ראש מינהל רכש ולוגיסטיקה של העירייה אל וועדת המכרזים תועד בין היתר כך – "מבדיקת הלשכה המשפטית נמסר כי הערבות של חברת דני רן אספקה מכל הלב אינה עומדת בתנאי המכרז לפיכך יש לפסול את הצעתה".

5.2 האחריות לכשל בנוסח הערבות שהונפקה רובצת על כתפי הנתבע
האחריות לכך שנוסח הערבות הבנקאית שהונפק שונה מהנוסח הנדרש היא של הנתבע. לעניין זה יובאו שלושת הנימוקים הבאים:

(א) נימוק ראשון משלושה לכך שהאחריות לכשל בנוסח הערבות היא של הנתבע – אחריות הנתבע כתאגיד בנקאי

- לנתבע אחריות מושגית וכן אחריות קונקרטיית למתן השירותים הבנקאיים ללקוחותיו ובכלל זה לתובעת. מערכת היחסים בין הנתבע, בנק, לבין התובעת כלקוחה כוללת בתוכה מכח מערך הסכמים וכן מכח הדין הכללי חובת זהירות כאשר הלכה פסוקה היא כי "חובת הזהירות מטילה על הבנק את החובה לנהוג כלפי לקוחותיו במיומנות ובהירות הראויות, לנקוט באמצעים שבנק סביר היה נוקט בנסיבות העניין", ור' ע"א 4880/19, הבנק הבינלאומי הראשון בע"מ נ' שושנה (רוזה) גזונטהייט (מיום 18/7/2022, הש' (בדימוס) ג' קרא, הש' ע' גרוסקופף, הש' א' שטיין).



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 44964-07-19 דנירן - אספקה מכל הלב בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ

- על מערכת היחסים בין בנק לבין לקוח נקבע כי זו "מערכת יחסים מיוחדת" כל זאת - "בשל חיוניות השירותים שמעניק הבנק; מעמדו הייחודי של הבנק בחיי המסחר והכלכלה; פערי הכוחות בין הצדדים (ובפרט היות הבנק "שחקן חוזר" בזירה הפיננסית); אופי היחסים הממושך בין השניים; והאמון שרוכש הלקוח, והציבור הרחב בכללותו, לבנק לאור מהותו כגוף מעין-ציבורי...". עוד נקבע כיצד "מטיל הדין על הבנקים חובות רחבות ומוגברות כלפי לקוחותיהם, השאובות הן מכוח חקיקה מיוחדת – ובראשה חוק הבנקאות (שירות ללקוח) – והן מכוח הדין הכללי, ובכלל זאת דיני החוזים והנויקין" הציטוטים הם מתוך ע"א 4880/19, הבנק הבינלאומי הראשון בע"מ נ' שושנה (רוזה) גזונטהייט, להרחבה ר' גם ע"א 6547/12, שי עמר נ' בנק לאומי לישראל בע"מ - סניף נתיבות (מיום 13/4/2015, הני' (בדימוס) א' גרוניס, השי' ח' מלצר, השי' י' עמית).

(ב) נימוק שני משלושה לכך שהאחריות לכשל בנוסח הערבות היא של הנתבע – אחריות הנתבע, כעולה מעדות מנהל הסניף

- על אחריות הנתבע ניתן ללמוד גם מהמאמצים שביצע על מנת לעמוד בתנאי נוסח הערבות הנדרשת. מאמצים שירדו לטמיון באחת, כאשר התעלם הנתבע מהנוסח שנמסר לו ומהטיוטה שהוא עצמו (הנתבע) העביר לאישור התובעת.

- אין מדובר במצב בו הפניה אל הנתבע הייתה מעורפלת והנוסח המבוקש לא היה ברור. מנהל סניף הנתבע ציין כבר בתצהירו כיצד התובעת העבירה מראש את הנוסח הנדרש ומכאן הנתבע הכין טיוטה לאישורה, ור' סעיף 5.1 (ב) לעיל. יתירה מכך, מנהל סניף הנתבע הודה בחקירתו הנגדית שאילו היה בודק את נוסח הערבות "יכול להיות" שהיה מגלה את הטעות.

לעניין זה נשאל מנהל הסניף ביחס לכך שדווקא מורשות החתימה שאישרו את הנוסח לא הובאו לעדות, ובין היתר נשאל כך (ע"מ 60, שורות 18-23):

כב' הש' ברקאי: אדוני, אבל מה אני אעשה אם יגיד לי בסיכומים שגברת ליאורה אהרוני ואירית בן אשר, שאף אחת מהן לא הגיעה לכאן, היו יכולות לראות מלכתחילה, מיד, שזה לא אותו נוסח ואז הייתה צריכה להידלק, ויזואלית, נורה אדומה ולהגיד 'או-קיי, עכשיו אנחנו מתיישבות ועוברות מילה מילה', אחת קוראת, השנייה בודקת, או ההפך. אם הם יגידו לי את זה בסיכומים, איך להתייחס לזה? הנה יש לך אפשרות להגיב לזה בזמן אמת.

ובתשובתו התייחס מנהל הסניף ישירות לאפשרות גילוי הטעות וכלשונו (ע"מ 60, שורות 24-28, ההדגשות לא במקור):



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 19-07-44964 דנירן - אספקה מכל הלב בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ

העד, מר בינשטוק: תראה, בגדול מה שאני יכול להגיד שאם זה היה עובר דרכי יכול להיות שהייתי עולה על זה, אבל אני גם לא יכול להגיד את זה בוודאות. אבל חייבים גם להבין דבר נוסף, שיש אחריות פה גם לאדון דני נחום שקיבל את הערבות והיה אמור לראות את זה בדיוק כמו שהעובדות היו אמורות לראות את זה, והוא גם חתם שהוא עבר על זה וזה עומד בבקשה שלו.

- על פניו, די היה בזוג עיניים בוחנות אחד שיסרוק את נוסח הערבות שהונפקה על מנת לגלות מיד שזו שונה מנוסח הערבות הבנקאית שאושרה. די היה בהצבת הנוסח שהונפק אל מול הטיוטה שהכין הנתבע ואשר אושרה על ידי התובעת – על מנת להבחין בהבדל בין שני הנוסחים. והרי כפי שהובהר – אפילו השוואת הפסקאות והסעיפים בטיוטה אל מול הערבות שהונפקה, הייתה מראה מיידית שבטיוטה ארבעה סעיפים בעוד בערבות שהונפקה הופיעו חמישה סעיפים. ואולם לא הוכח שבדיקה כזו בכלל נערכה. ובאשר למורשות החתימה אשר ערכו ואישרו את נוסח הערבות, ובאשר לפקידה שמסרה את נוסח הערבות הבנקאית? שלושת אלה לא הובאו לעדות על ידי הנתבע ואפשר שגם הוסתרו על ידו, בעוד הובא לעדות מנהל הסניף שלא היה מעורב ואשר כדבריו (ההדגשות לא במקור) - "אני לא מחליט מי מגיע להעיד או מי לא מגיע להעיד, אני גמלאי של הבנק ואני בא על חשבון זמני החופשי" (ע"מ 64 לפרוטוקול, שורות 21-22).

(ג) נימוק שלישי משלושה לכך שהאחריות לכשל בנוסח הערבות היא של הנתבע – אין לקבל את

טענת הפטור של הנתבע, המפנה למסמך עליו חתמה התובעת

- הנתבע ידע היטב שנוסח הערבות המבוקש אינו נוסח סטנדרטי. לעניין זה טען הנתבע שאין לחייבו בדבר וזאת לאור אישור בכתב אותו ניסח והחתים את התובעת. לעניין זה הוצג נוסח שהכין הנתבע לחתימת התובעת, אשר כותרתו היא "הצהרה והתחייבות בקשר להוצאת ערבות למכרז בנוסח מיוחד". במסגרת אותו מסמך שניסח הנתבע עבור התובעת נכתב במפורש כך:

"ביקשנו מכם או נבקש מכם להוציא ערבות בנקאית להשתתפות במכרז בנוסי

שהמצאנו לכם הנדרש במסמכי המכרז (להלן "הערבות")"

עוד נכללה במסמך ההצהרה הבאה עליה נדרשה התובעת לחתום (הנוסח במקור, ההדגשות לא במקור):

"אנו ערים לכך שנוסח הערבות שונה מנוסח ערבויות המקובלות אצלכם וידוע לנו

כי הסכמתם להוציא את הערבות בנוסח השונה מזה המקובל אצלכם רק כדי למנוע

פגיעה בסיכויינו להשתתף או לזכות במכרז ורק בהסתמכם על כך שאנו ניטול על

עצמנו את הסיכון לכל תקלה ולכל נזק ו/או הוצאה הקשורים בהם"



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 19-07-44964 דנירן - אספקה מכל הלב בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ

באותו מסמך שניסח הנתבע מופיע פירוט ודוגמאות בדבר ההבדל בין הנוסח הנדרש לבין הנוסח הרגיל שמנפיק הנתבע. כך בסעיף אשר מתחיל במילים "ידוע לנו כי נוסח הערבות שונה באחד או יותר מהשינויים שלהלן" מופיע פירוט מדוקדק של שינויים בנוסח החדש אל מול נוסח הערבות הרגילה של הנתבע. ניכר במסמך שהנתבע ביקש להביא את השינויים בנוסח לידיעת התובעת וכן ביקש ממנה להצהיר אודות כשלים אפשריים, כגון הצהרה לפיה מנפיקי הערבות (הנתבע) – "עלולים להיקלע למצבים של אי בהירות או אי וודאות בקשר לתוקפה של דרישת תשלום". אך עוד ניכר מהמסמך, שלא הייתה כל כוונה שהנתבע יתיר, שכן טיוטת ערבות אחת וינפיק נוסח ערבות אחר ולבסוף יטען שהאחריות לכך היא של התובעת.

- ההפניה של הנתבע למסמך שניסח אינה מסייעת לגרסתו. המסמך אותו ניסח הנתבע והחתיים את התובעת על גביו דווקא מוכיח את גרסת התובעת בדבר חשיבות נוסח כתב הערבות. ודוק, המסמך שהכין הנתבע מוכיח שהיה ברור שנוסח הערבות המדויק נחוץ על מנת להתמודד במכרז וכלשון המסמך – "כדי למנוע פגיעה בסיכוינו להשתתף או לזכות במכרז". ניתן היה לצפות מהנתבע אשר ידע היטב אודות חשיבות נוסח הערבות, שידאג ויבדוק שהנוסח שהנפיק אכן זהה לנוסח הנדרש.

- לגופו של ענין, אין כאמור לקבל את טענת הנתבע כאילו המסמך שניסח והחתיים את התובעת הוא בגדר פטור גורף להתנהלותו. עיון במסמך מלמד שהתובעת הייתה מודעת להבדלים שבין הנוסח שדרשה לבין הנוסח הרגיל של הבנק, אך בוודאי לא התירה לנתבע לעשות ככל העולה על רוחו, להנפיק ערבות בנקאית כראות עיניו ובניגוד לטיוטה שהכין. המסמך אותו ניסח הנתבע כולל "הסכמה חוזית" של הנתבע לא לטעון לנזק בגין העובדה שנוסח הערבות שדרש שונה מהנוסח הרגיל של הנתבע. ואולם, אין מדובר בתניית פטור גורפת. על ההבחנה בין הסכמה חוזית מצומצמת לבין תניית פטור גורפת ר' למשל רע"א 6605/15, אילנה שמש נ' ספייס בניה ויזמות בע"מ (מיום 21/2/2016, השופטת ד' ברק-ארז) לרבות סקירת הפסיקה והספרות בסעיף 28 לפסק הדין.

5.3 לסיכום השאלה הראשונה מתוך ארבע בדבר הכשל בערבות הבנקאית שהנפיק הנתבע

הנתבע אכן כשל בהנפקת הנוסח הנכון של הערבות הבנקאית. למרות שהוצג לו נוסח נדרש לערבות, ולמרות שהכין בעצמו טיוטת ערבות שאושרה על ידי התובעת – הרי בסופו של יום הנפיק הנתבע ערבות בנקאית בנוסח שגוי.

6. שאלה שניה מארבע שאלות פסק הדין - האם לתובעת אשם תורם כלשהו, ואם התשובה חיובית – מה

שיעור האשם התורם?

6.1 כללי – אחריות התובעת, כמתמודדת במכרז, לבדוק את נוסח הערבות הבנקאית



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 44964-07-19 דנירן - אספקה מכל הלב בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ

כפי שנקבע לעיל וכפי שעלה אף מדברי מנהל סניף הנתבע - אכן הונפקה ערבות בנקאית בנוסח שגוי, נוסח שניתן היה לבדוק ולגלות את הטעויות שבט מבעוד מועד. האחריות להנפקת הערבות הבנקאית היא של הנתבע – אך בנסיבות העניין יש מקום לקבוע אשם תורם גם מצידה של התובעת. לעניין זה יובאו הדברים הבאים:

(א) התובעת, ככל מתמודד במכרז, ידעה אודות חשיבות הנוסח של הערבות הבנקאית המוגשת על ידה במסגרת המכרז. יש מקום לצפות מהתובעת לערוך בדיקה, ולו בסריקה מהירה ומדגמית, של נוסח הערבות אותה קיבלה. על הציפיה ממתמודד במכרז שיבדוק את נוסח הערבות הבנקאית למדים מסדרה ארוכה של פסקי דין ובהם גם תא (מחוזי תל אביב) 1525/02, א"ד מירז תעשיות בע"מ נ' בנק איגוד לישראל בע"מ (מיום 14/5/2009, השופטת ע' ברון) אליו הפנתה דווקא התובעת. בפרשת א"ד מירז תעשיות בע"מ אמנם נקבע שהמתמודד במכרז אינו צריך לבדוק את החותמות בערבות, או את בולי ההכנסה – אך מהקביעה עולה עוד שיש לצפות מהמתמודד לבחון את נוסח הערבות. וכך קבע פסק הדין תוך התייחסות למתמודד אשר כונה "אבנר" (ההדגשות לא במקור):

"בעוד שהיה מקום לצפות מאבנר כי יבדוק שהנוסח של הערבות הוא כנדרש בתנאי המכרז וכמבוקש על ידי התובעת – אין כל מקום לצפות ממנו כי יגדיל לעשות ויבחן גם אם הערבות בוילה ואם הוטבעו עליה כל החותמות הדרושות. זו גם הייתה גישתו של הבנק בזמן אמת"

על החשיבות שיש לערבות הבנקאית במכרז למדים גם מע"א 65/23, מ.א. אוטומטים בע"מ נ' מש-קר בע"מ (מיום 17/1/2023, הש' דק מינץ, י' אלרון, א' שטיין). במקרה זה ביקשה מתמודדת במכרז להימנע מהפקדת ערבות בנקאית שנקבעה לסך של 10,000 ₪ ולהפקיד תחתיה את הסך של 10,000 ₪ במזומן. על פניו ניתן לטעון שאין הבדל בין סך במזומן של 10,000 ₪ לבין ערבות בנקאית על סכום זה, ועדיין – הן בית המשפט המחוזי והן בית המשפט העליון סברו שיש להקפיד על ערבות בנקאית בנוסח מסמכי המכרז, ולעניין זה נקבע כך:

"על-פי תנאי זה, הערבות מהווה "כרטיס כניסה" המתיר למציע להיכנס אל בין כותלי המכרז, ואי־עמידה בדרישת הערבות מונעת למעשה את קבלת ההצעה... המערערת סבורה כי אין כל הבדל בין הפקדת מזומנים לבין הפקדת ערבות בנקאית במסגרת של מכרז – ולא היא. ראשית, כל משתתף במכרז המעוניין כי הצעתו תתחרה בהצעות אחרות חייב לקיים את דרישות המכרז, ואין הוא רשאי לעשות דין לעצמו. שנית, ערבות בנקאית אינה רק בגדר בטוחה: היא גם מהווה אינדיקציה למצבו הפיננסי של המציע, ליחסיו הטובים עם הבנק ונתן הערבות, ולאמון שהמציע זוכה לקבל מהבנק"

כלומר, כל מתמודד במכרז יודע היטב שעליו להקפיד על נוסח ערבות בנקאית והפקדתה כפי שנקבע במכרז. אין מדובר בתנאי שולי או חסר ערך, אלא בתנאי המהווה את "כרטיס הכניסה" אל בין כותלי המכרז.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 19-07-44964 דנירן - אספקה מכל הלב בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ

(ב) ההקפדה על תנאי הערבות הבנקאית ידועה היטב לכל מתמודד במכרז, ובוודאי הייתה ידועה לתובעת אשר כבר התמודדה בעבר במכרזים ולפחות במכרז עיריית רעננה בו זכתה. עוד לעניין ההקפדה על נוסח הערבות הבנקאית אפנה אל עממ 9289/20, לייט טי.אל.וי.אן.טי.איי בע"מ נ' נת"ע נתיבי תחבורה עירוניים להסעת המונים בע"מ (מיום 20/5/2021, השי' ג' קרא, ד' מינץ, ע' גרוסקופף) שם נקבע כך:

"כידוע, פסיקת בית משפט זה נקטה גישה פורמליסטית מחמירה ביחס לעמידה בדרישה להפקדת ערבות למכרז, והבהירה כי, ככלל, כל חריגה מנוסח הערבות שהתבקש על ידי עורך המכרז תביא לפסילת ההצעה בכללותה, וזאת גם אם המדובר בחריגה המטיבה עם עורך המכרז, ואף אם החריגה נעשתה בתום לב"

להרחבה ביחס לחשיבות הערבות הבנקאית ולבדיקות אותן יש לצפות שיערוך מתמודד במכרז ר' למשל גם עעמ 1873/12, אסום חברה קבלנית לבניין בע"מ נ' אוניברסיטת בן גוריון בנגב (מיום 6/8/2012, השי' א' חיות, נ' הנדל, נ' סולברג) והאסמכתאות בסעיף 4 לפסק הדין.

(ג) נכון הוא שכל הפסיקה שהובאה לעיל לא התייחסה להתנהלות של בנק המנפיק ערבות בנקאית כבעניינינו, אלא התייחסה להתנהלות של מתמודד במכרז אל מול המציע במכרז. עם זאת, הפסיקה הנרחבת והקביעות החד משמעיות ביחס לחשיבות הערבות הבנקאית ונוסחה מלמדים על האחריות והחובה שיש למתמודד במכרז לבדוק את הערבות הבנקאית אותה הוא מוסר.

לא בכדי כונתה הערבות הבנקאית כ"כרטיס הכניסה" של מתמודד אל בין כותלי המכרז, ור' ע"א 65/23, מ.א. אוטומטים בע"מ נ' מש-קר בע"מ הנזכר לעיל. ללא אותו "כרטיס כניסה", לא יוכל מתמודד במכרז לבקש להיכנס לזירת ההתמודדות. ללא כרטיס הכניסה ימצא עצמו כל מתמודד אל מחוץ לרשימת המתמודדים, בדיוק כפי שקרה גם לתובעת במקרה שלפנינו.

כאשר מתמודד במכרז יודע שעליו להציג "כרטיס כניסה" מסוים, חזקה עליו שיבדוק את אותו כרטיס כניסה ולא יסתפק במעטפה סגורה שסיפק לו הבנק ואשר בה, כנטען, נמצא אותו כרטיס כניסה. מכאן, ניתן לצפות שגם התובעת לא תסתפק בקבלת המעטפה ובה הערבות הבנקאית, אלא תטרח ותבדוק, אפילו מבחינה וויזואלית, האם הערבות שהונפקה זהה לטיוטת הערבות שאושרה. כך לא נעשה.

6.2 שיעור האשם התורם שיש לייחס לתובעת

(א) כפי שיורחב להלן, יש לחייב את התובעת באשם תורם. דווקא בשל החשיבות שיש לנוסחו של כתב ערבות, היה מקום שתקיים ולו בדיקה וויזואלית שטחית. בדיקה ראשונית המסתפקת ברפרוף במבט על פני כתב הערבות הבנקאית הייתה מלמדת שהונפק כתב ערבות שונה מהטיוטה אותה אישרה התובעת.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 19-07-44964 דנירן - אספקה מכל הלב בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ

(ב) טענות הנתבע ביחס לאשם התורם

הנתבע מבקש להשית את מלוא תוצאות התרשלותו על התובע ומעלה טענות הן ביחס לכך שהתובעת לא הקטינה נזקיה והן ביחס לאשם תורם של התובעת. אין מדובר בטענות זהות ואי הקטנת הנזק אינה בהכרח משום אשם תורם, כפי שיובהר בס"ק (ג) להלן.

הנתבע מלין על כך שהתובעת לא הגישה תביעה כנגד עיריית רעננה וכן לא ניסתה לשנות את נוסח הערבות הבנקאית השגוי שהונפק. עוד הוסיף הנתבע, תוך שמנהל סניף הנתבע הרחיב וטען בחקירה הנגדית אף מעבר לטענותיו בתצהיר – כאילו פקידה מטעמו הנחתה את התובעת לבדוק את נוסח הערבות וכן שהתובעת אישרה את הנוסח השגוי.

ניתן לחלק, כאמור, את גרסת הנתבע לשני סוגי טענות – טענה אחת, המתייחסת לכך שהתובעת לא הקטינה את נזקיה, והכוונה היא להקטנת נזקים תוך הגשת תביעה כנגד עיריית רעננה או פניה לעיריית רעננה להחלפת הערבות הבנקאית; טענה שנייה, המתייחסת לשלב מסירת הערבות הבנקאית לתובעת. שלב בו התובעת לא בדקה פעם נוספת את פקידי הבנק ושגתה כשנתנה בנתבע את אמונה.

(ג) התייחסות לטענות הנתבע שיקרן הוא תלונה על כך שהתובעת לא הקטינה נזקיה

- טענה בדבר חובת הקטנת הנזק וטענה בדבר אשם תורם הן שתי טענות ההולכות רבות יחדיו כמעין "תאומים משפטיים" אשר ברגיל מתייחסים אליהם כמעט כאחד. חובת הקטנת הנזק בדיני הנזיקין היא פרי פסיקת בתי המשפט ואינה חובה חקוקה. מנגד, חובת הקטנת הנזק בדיני החוזים, היא חובה חקוקה המופיעה בסעיף 14(א) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א – 1970.

על החפיפה בפועל בין חובת הקטנת הנזק לבין דיני אשם תורם, ר' מאמרו של יהודה אדר, הקטנת נזק ואשם תורם – היילכו שניים יחדיו, משפט ועסקים י 381, 385, 387 (התשס"ט). עוד ר' למשל ע"א 4431/17, פלוני נ' פלוני (מיום 3/10/2019, השי"י עמית, השי" ד' מינץ והשופטת י' וילנר) וכן גבריאלה שלו ויהודה אדר, דיני חוזים – התרופות: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 353 (2009).

- אם דוקטרינת הקטנת הנזק ודוקטרינת האשם התורם הן מעין "תאומים משפטיים", מדוע עדיין יש מקום לדון בהם בפסק דין זה? התשובה לכך נעוצה בנטל הראיה וההוכחה החל, בעניינינו, בכל הקשור לטענות הקטנת הנזק שהעלה הנתבע. נטל הרובץ על כתפי הנתבע שהוא המזיק, ר' ע"א 4431/17, פלוני נ' פלוני הנזכר לעיל, שם נקבע כי "נטל ההוכחה שהניזוק לא עמד בנטל הקטנת הנזק הוא על המזיק".

- אין די בטענת הנתבע כנגד התובעת ותלונה בשל העובדה שזו לא הגישה תביעה כנגד עיריית רעננה. אין גם די בטענה כנגד התובעת על כך שלא דרשה מעיריית רעננה



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 44964-07-19 דנירן - אספקה מכל הלב בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ

שתאפשר לה החלפת הערבות הבנקאית. על הנתבע להתכבד ולהוכיח שאילו הייתה מוגשת תביעה כנגד עיריית רעננה או אילו הייתה דרישה להחלפת הערבות הבנקאית – הרי אכן היו מתרפאים נזקי רשלנותו.

- הנתבע לא הוכיח דבר. לא הוצבה כל תשתית ראייתית לכך שהגשת תביעה כנגד עיריית רעננה הייתה מקטינה את הנזק. ממילא לא הוצבה כל תשתית לכך שאילו הייתה התובעת מבקשת מעיריית רעננה לחרוג מתנאי המכרז ולאפשר החלפת הערבות הבנקאית, הרי זו (עיריית רעננה) הייתה מסכימה לכך. למעשה נותרו טענות הנתבע כנגד התובעת, ללא כל תוכן. הנתבע אפילו לא ניסה לזמן אף עד שיוכיח את טענותיו כנגד התובעת. לא הוצב בסיס לטענות הנתבע ואפילו לא זומן, למשל, מי מנציגי עיריית רעננה אשר היה תומך בטענה לפיה פניה של התובעת אליהם הייתה מאפשרת לרפא את פגם הערבות הפגומה שהונפקה.

- כאן המקום לציין שבהינתן העובדה שהערבות ניתנה במהלך התמודדות במכרז, הרי ספק רב אם פנייה לעיריית רעננה להחלפת הערבות הבנקאית הייתה נענית בחיוב. בוודאי ספק אם תביעה כנגד עיריית רעננה בדרישה שזו תחרוג מדיני המכרזים ותאפשר החלפת ערבות בנקאית היא תביעה שאכן הייתה מתקבלת. כלל הוא, בדיני מכרזים, שיש להקפיד על קיומן של הדרישות המקדמיות להגשת הצעה ולהקפיד הקפדה יתירה על צורתו ונוסחו של כתב הערבות. לעניין זה ניתן להפנות אל ע"א 65/23, מ.א. אוטומטים בע"מ נ' מש-קר בע"מ (מיום 17/1/2023, הש' ד' מינץ, י' אלרון, א' שטיין) וסקירת הפסיקה המוזכרת בו וכן חזרה על ההלכה לפיה (ההדגשות לא במקור) –

"מעמדו של עיקרון השוויון בדיני מכרזים כעיקרון-על מסביר את חובתו של כל מציע במכרז – ובפרט את חובתו של הזוכה במכרז – לדייק ולדקדק בכל אחד מתנאי המכרז, ללא סייגים. מכרז ציבורי לא יהא בגדר "מכרז" – כפי שנהוג להגדירו ולהבינו בדין הישראלי – אם כל תנאי מתנאיו לא ייאכף בדוקנות כמות שהוא באופן שיחייב כל מציע ומציע במידה שווה. עקרון השוויון מחייב גם כי דרישות המכרז שעניינן ערבות תחולנה באורח זהה לחלוטין על כל המשתתפים".

באותו מקרה נדונה טענת זוכה במכרז לפיה הפקיד סך מזומן של 10,000 ₪ במקום הפקדת ערבות בנקאית על סכום זה. בית המשפט העליון דחה את טענות הזוכה במכרז וקבע כי "לא נבטל ולא נשנה הלכות מכרזים מושרשות וחשובות במחי יד". אם זו הייתה הקביעה כאשר הופקד סך של 10,000 ₪ במזומן תחת ערבות בנקאית, הרי קשה לקבל את הנחתו הלא מבוססת של הנתבע כאילו פניה של התובעת לעיריית רעננה או תביעה משפטית הייתה מרפאת את נזקי רשלנותו.

(ד) התייחסות לטענות הנתבע על כך שהתובעת לא בדקה את כתב הערבות שקיבלה בפועל



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 44964-07-19 דנירן - אספקה מכל הלב בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ

- הנתבע טוען שמנהל התובעת אשר קיבל את כתב הערבות גם התבקש לבדוק את כתב הערבות. טענה ריקה מהוכחה שנתמכה בתצהיר מנהל הסניף שכלל לא היה בקשר עם מנהל התובעת. הנתבע הפנה לפקידה מטעמו, בשם אביבית, אשר משום מה כלל לא הובאה לעדות. כאשר נשאל מנהל הסניף מדוע דווקא הוא, ולא הפקידה הרלוונטית, הובא לעדות השיב כך (ע"מ 64, שורות 20-23):

עו"ד לוטטי: **למה אביבית לא נמצאת כאן להעיד על מה שהיא אמרה לו?**
העד, מר בינשטוק: **אני לא מחליט מי מגיע להעיד או מי לא מגיע להעיד, אני גמלאי של הבנק ואני בא על חשבון זמני החופשי.**

וכך נותרנו עם עדות שמועה שהעלה מנהל הסניף שכלל לא מסר את כתב הערבות. לא ההפניה לדברי הפקידה שכלל לא העידה היא זו שתצמיח את החיוב באשם תורם, אלא התנהלות התובעת אליה אתייחס בפסקה הבאה.

- עדיין לא ניתן להתעלם מכך שהתובעת לא בדקה, אפילו לא בדיקה שטחית, את כתב הערבות שהונפק לה. כפי שצוין בסעיף 5.1(א) לעיל, די היה בעיון מהיר ובדיקה ויזואלית של נוסח הטייטה שאישרה התובעת אל מול נוסח כתב הערבות שהוציא בסופו של יום הנתבע, על מנת לקבוע שהנתבע הוציא ערבות בנקאית בנוסח שונה מאשר התבקש. כתב הערבות הוא על פני עמוד אחד בלבד. טיוטת כתב הערבות כללה ארבעה סעיפים ואילו כתב הערבות שהונפק כלל חמישה סעיפים. די במבט חטוף על מנת להבחין שגם מבחינה ויזואלית כתב הערבות שהונפק שונה מהותית מהטייטה שהעביר בתחילה הנתבע ואשר קיבלה את אישור התובעת. דווקא כאשר ידעה התובעת עד כמה חשוב הוא נוסח הערבות הבנקאית, הרי ניתן היה לצפות שתערוך בדיקה מהירה ביחס לאותו נוסח.
נכון הוא שטענת הנתבע על כך שהתובעת לא איתרה את כשלו היא טענה מקוממת בפני עצמה. לקוח המגיע לסניף בנק יכול לצפות שעובדי הבנק הם עובדים מקצועיים, אשר לא יתרשלו בהנפקת כתב ערבות בנקאית, בניגוד לטייטה מאושרת שאושרה. אכן בסופו של יום יחויב הנתבע בשל כך והתנהלות התובעת והעובדה שלא בדקה את נוסח הערבות תשית אך ורק אשם תורם המפחית מסך הפיצוי בו יש לחייב את הנתבע.

(ה) מה שיעור האשם התורם בו יש לחייב את התובעת? סקירת דוגמאות לשיעורי אשם תורם שנקבעו בפסיקת בתי המשפט

כאשר מעיינים בפסיקת בתי המשפט ביחס לשיעור אשם תורם במקרה של שימוש או הנפקת ערבות בנקאית שגויה, ניתן לראות שיעורי אשם תורם שונים הנעים בין 0% ל – 50%. להלן אזכור תמציתי של מספר פסקי דין, המובאים בהתאם למועד בו ניתנו:



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 19-07-44964 דנירן - אספקה מכל הלב בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ

- חיוב באשם תורם בשיעור של 45% - תא (מחוזי חי') 999/98 קנדקו בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ (מיום 19/5/2004, סג' נ' השי' ג' גינת), שם נקבע ביחס למתמודדת במכרז כי "התובעת אינה חפה מאשמה, בעיקר לאור העובדה, שהדגישה בעצמה, כי עסקינן במכרז בעל חשיבות עסקית עליונה בעבורה".

- חיוב באשם תורם בשיעור של 10% - ור' תא (שלום ראשלי"צ) 2137/02, ברק אור בטחון ושירותים בע"מ נגד בנק לאומי לישראל בע"מ (מיום 27/3/2005, השי' ע' וינברג – נוטוביץ).

- חיוב באשם תורם בשיעור של 35% - ור' תא (שלום תל אביב) 66525/04, עמית שרותי סיעוד רווחה ורפואה בע"מ נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ (מיום 7/7/2008, השופטת נ' חביב);

- חיוב באשם תורם בשיעור של 40% - במקרה קיצוני בו מתמודדים במכרז "הגישו את הצעתם בליווי ערבות שעה שהיו מודעים לכך שהערבות נמסרה לידיהם אינה תואמת את דרישות המכרז", ור' תא (מחוזי י-ם) 9100/07, גליר פיתוח טכני בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ (מיום 4/6/2009, השי' ר' כרמל);

- חיוב באשם תורם בשיעור של 35% - ור' תא (שלום אשקלון) 1544/06, אסף 2001 עבודות עפר וכבישים בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ (מיום 18/5/2011, השופטת ס' כהן);

- היעדר חיוב באשם תורם, קרי – אשם תורם בשיעור של 0% - ור' תא (שלום נצ') 2229-04-10, ביומי סלימאן נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ (מיום 12/9/2013, השי' ש' סרחאן);

- חיוב באשם תורם בשיעור של 50% - ור' תא (שלום חיפה) 10837-05-15, ווינפלקס בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ (מיום 23/1/2018, השי' אחסאן כנעאן);

שיעור האשם התורם בעניינינו - לאחר עיון בנסיבות המקרה שלפנינו, בעובדה שהנתבע העביר לתובעת טיוטת כתב ערבות שאושרה ובכל זאת הנפיק כתב ערבות שגוי; ומנגד התייחסות לכך שניתן היה לגלות את הפגם בערבות בבדיקה שטחית ומיידית - אני מעמיד את שיעור האשם התורם על 30%.

הערת מעבר – עד כה נדונו שתי השאלות הראשונות בהליך ונקבע שאכן היה כשל בערבות הבנקאית שהונפקה וכן נקבע שהכשל רובץ לפתחו של הנתבע. עוד קבעתי שיש לייחס לתובעת אשם תורם של בשיעור של 30%. כעת אפנה לדון בשתי השאלות האחרונות בפסק הדין – האם התובעת הייתה זוכה במכרז אלמלא הכשל שבערבות הבנקאית, וכן, ככל שהתובעת לא זכתה בשל הכשל בערבות הבנקאית – מה סכום הנזק שנגרם לתובעת.

7. שאלה שלישית מארבע שאלות פסק הדין - האם התובעת הייתה זוכה במכרז אלמלא רשלנות הנתבע?



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 44964-07-19 דנירן - אספקה מכל הלב בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ

7.1 לאחר עיון בכתבי הטענות, תצהירי הצדדים על נספחיהם וכן עדויות הצדדים – אני קובע שאכן יש לראות בתובעת כמי שהייתה זוכה במכרז אלמלא רשלנות הנתבע. על כך שהתובעת אכן הייתה המועמדת המובילה למדים ממכתב הדחיה וכן מההתנהלות כפי שתובא בפסקאות הבאות.

7.2 מסמך תוצאות הבדיקה מיום 16/7/2015

(א) התובעת הציגה מסמך שהוא "תוצאות הבדיקה של הצעות המכרז" כפי שהוצא על ידי ראש מינהל רכש ולוגיסטיקה בעיריית רעננה ביום 16/7/2015. המסמך מרכז את תוצאות כל ההצעות שהוגשו, ארבע במספר, בטבלה ובה נתונים שונים.

(ב) מיקומה של התובעת באותה טבלה הוא ראשון. במסגרת העמודה המפרטת את "חישוב הצעת המציע לאחר הנחת שקלול לא כולל מע"מ" ניתן לראות שהצעת התובעת הייתה הזולה ביותר. הצעת התובעת עמדה על הסך של 235,956.92 ₪ כמעט 8,000 ₪ זול יותר מההצעה השנייה שלאחריה – הצעה שהוגשה על ידי חברת קרביץ 1974 בע"מ. הצעת התובעת אף הייתה זולה בסך העולה על 50,000 ₪ מההצעה הרביעית במכרז.

(ג) באותו מסמך נכתב כי יש לפסול את הצעת התובעת, בשל הערבות שצורפה לה – "מבדיקת הלשכה המשפטית נמצא כי הערבות של חברת דני רן אספקה מכל הלב בע"מ אינה עומדת בתנאי המכרז לפיכך יש לפסול את הצעתו".

(ד) עוד באותו מסמך נכתב שגם הצעת המציעה הרביעית נפסלה בשל פגם בערבות. זאת מכיוון שהומצא העתק של ערבות ולא "ערבות מקור". מכאן למדים, פעם נוספת, על החשיבות הרבה שראתה עיריית רעננה בנוסח הערבות ובתנאיה.

(ה) באותו מסמך הציגה המחלקה הבודקת להכרז על חברת קרביץ 1974 בע"מ כזוכה במכרז כאשר – "המציע השני הזול הינו חברת קרביץ 1974 בע"מ". בהמשך נכתב שחברת קרביץ המציאה את כל האישורים וההמלצות הנדרשות – אך ניתן לראות בבירור שהפרמטר העיקרי לבחירת הזוכה במכרז היה הצעת המחיר שהוגשה.

7.3 פרוטוקול וועדת מכרזים מיום 6/8/2015

גם פרוטוקול וועדת המכרזים של עיריית רעננה מיום 6/8/2015 מחזק את הקביעה לפיה אלמלא הפגם בערבות הבנקאית הייתה התובעת זוכה במכרז. באותו פרוטוקול נכתב במפורש שהצעת התובעת הייתה הזולה ביותר ואולם זו נפסלה בשל הערבות הפגומה וכלשון הפרוטוקול:

"המציע הראשון הזול לאחר בדיקה: דנירן אספקה מכל הלב בע"מ צרף ערבות בנקאית אשר אינה עומדת בדרישות המכרז, במכרז נדרש כי: סכום הערבות ישולם תוך 7 ימים ואילו בערבות הבנקאית של המציע נרשם תוך 10 ימים לפיכך יש לפסול את הצעתו"



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 19-07-44964 דנירן - אספקה מכל הלב בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ

גם ממסמך זה למדים עד כמה הקפידה עיריית רעננה על נוסח הערבות הבנקאית. עוד למדים שאכן הצעתה של התובעת הייתה ההצעה המובילה ואולם זו נפסלה בשל העובדה שצורפה אליה "ערבות בנקאית אשר אינה עומדת בתנאי המכרז".

7.4 הודעת וועדת המכרזים מיום 20/8/2015

ביום 20/8/2015 הצטרפה לכל האמור לעיל הודעתה של גב' עופרה לוי, מנהלת יחידת מכרזים והקצאות בעיריית רעננה אשר הודיעה לתובעת כי וועדת המכרזים "אשרה את פסילת הצעתכם למכרז היות והערבות הבנקאית אשר צורפה על ידיכם אינה עומדת בדרישות המכרז". ואכן הערבות הושבה לתובעת, והזכיה במכרז והעבודה על פיו נמסרה למציע השני לאחר התובעת – קרביץ 1974 בע"מ.

7.5 סוף דבר ביחס לשאלה השלישית – התובעת אכן הייתה זוכה במכרז אלמלא רשלנות הנתבע

(א) כל ההתנהלות דלעיל מלמדת שהתובעת אכן הובילה, בהצעתה, בין מועמדי המכרז. עוד למדים שההצעה השנייה לאחר התובעת, היא זו שזכתה במכרז – לאחר שהצעתה של התובעת נפסלה.

(ב) לא נעלמה מעיני טענה לפיה עם פסילת הצעת התובעת לא נערכו בדיקות נוספות, כגון של המלצות וכיו"ב מטעמה. מהותה של טענה זו היא, שאפשר ולמרות שהתובעת הגישה ההצעה הזולה ביותר, ולמרות שנפסלה רק בשל הערבות הפגומה, הרי אפשר והיו מוצאים פגם בהמלצות או בכישורי התובעת או בכל נתון אחר שהציגה.

אין מקום לקבל טענה זו, בעיקר לאור העובדה שהתובעת כבר הוכיחה שאכן היא ראויה לזכות במכרז ולראיה זכתה במכרז קודם וסיפקה ציוד בהתאם לו לעיריית רעננה. בנסיבות העניין ובהינתן העובדה שאנו בהליך אזרחי – אני קובע שהתובעת הרימה נטל הראיה וההוכחה לכך שאלמלא הערבות הפגומה שסיפק הנתבע ברשלנותו, הרי התובעת הייתה מוכרזת כזוכה במכרז.

8. שאלה רביעית מארבע שאלות פסק הדין - מה היקף הנזקים ומה הסכום בו יש לחייב את הנתבע

8.1 חוות דעת מומחה בית המשפט ומעמדה הנורמטיבי

(א) במסגרת ההליך הגיש כל אחד מבעלי הדין חוות דעת חשבונאית התומכת בגרסתו. התובעת הגישה את חוות דעתו של רו"ח אייל כהן ואילו הנתבעת הגישה בשלב מאוחר ולאחר שהחליפה את באי כוחה, את חוות דעתה של רו"ח עליזה שרון. לאחר הגשת חוות הדעת המאוחרת גם מטעם הנתבעת, מונה על ידי רו"ח ליאור שחטר כמומחה בית משפט.

(ב) מינויו של מומחה בית משפט נועד לסייע בהכרעה ביחס לשאלות הדורשות מומחיות. שאלות חשבונאיות, נתונים שהוצגו וניתוח נזקים והפסדים – כל אלה אינם בתחום מומחיות בית המשפט. לעומת זאת, הכרעה בין חוות דעת שונות, תוך שימוש בכלים משפטיים לרבות חוות דעת אובייקטיבית של מומחה בית המשפט – זו בהחלט בתחום המומחיות המשפטית. בעת



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 44964-07-19 דנירן - אספקה מכל הלב בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ

הכרעה בין חוות דעת מקצועיות, יש להקפיד פן המומחיות השיפוטית לא תגלוש לכדי "הסגת גבולו" של המומחה המקצועי או "המרת שיקול הדעת המקצועי בשיקול דעת שיפוטית", ור' לעניין זה ע"מ 8418/21, פלונית נ' פלוני (מיום 17/1/2022, הש' יי עמית, נ' סולברג, א' שטיין).

מינוי מומחה בית משפט ולאחר מכן ההתייחסות לחוות דעתו מבוססת על ההנחה וכן ההלכה לפיה מומחה כאמור נחשב לעיניים המקצועיות ולנציגו המקצועי של בית המשפט. הלכה זו אף מייחסת לחוות דעת של מומחה בית המשפט את חזקת התקינות המקצועית, בהיותו גורם עצמאי ונטול פניות. לעניין זה ר' רע"א 4220/22, פלוני נ' ד"ר יפעת וינר (מיום 28/6/2022, הש' יי עמית).

(ג) נכון הוא שלא תמיד תאומץ חוות דעת מומחה בית המשפט ואולם ככל שחוות הדעת נפסלת או בית המשפט אינו מאמץ מסקנותיה הרי יש לנמק מדוע כך נקבע. הרגיל הוא שבית המשפט יאמץ מסקנות חוות דעת של מומחה מטעמו והחריג דחיית המסקנות ומכאן דחיית חוות הדעת. לעניין זה ר' ע"א (מחוזי תל אביב) 51617-10-19, לויאלטי פתרונות בע"מ ואח' נ' עמדה סוכנות לביטוח (2004) בע"מ ואח' (מיום 7/3/2021, הש' יי שבת, יי אטדגי ושי יעקובוביץ) שם נקבע כי - "משמונה מומחה מטעם בית המשפט, ייטה בית המשפט לאמץ את חוות דעתו, למעט אם הוצגה סיבה בולטת לעין שלא לעשות כן". להרחבה ר' גם רע"א 9828/17, דרור אבני נגד ד. שליט בע"מ (מיום 18/1/2018, הש' יי וילנר) וכן רע"א 6290/14, תשעה חודשים בע"מ נ' בנק דיסקונט (השופטת, כתוארה אז, א' חיות מיום 4/1/2015) שם נקבע כי: "... ככלל יאמץ בית המשפט את ממצאי המומחה, למעט אם הוצגה סיבה בולטת לעין שלא לעשות כן".

8.2 חוות דעת מומחה בית המשפט בעניינינו

(א) מומחה בית המשפט חיווה דעתו לפיה "הפסד הרווח שהיה צפוי לתובעת אילו הייתה מספקת לעירייה את מלוא הכמות, הינו 345,525 ₪". סכום זה בתוספת מע"מ, עומד על הסך של 404,264 ₪.

(ב) יישום ההלכות והמסגרת הנורמטיבית שנסקרה בסעיף 8.1 לעיל מביא לכך שיש לאמץ את מסקנות מומחה בית המשפט. חוות דעתו של רו"ח ליאור שחטר, מומחה בית המשפט הובאה באופן סדור ובהיר תוך שפורטו בה הנושאים שנבדקו והשאלות שנבחנו לצורך הפקת המסקנות המסכמות. חוות הדעת מאפשרת מעקב אחר דרך הבדיקה, כאשר היא מפרטת היטב הנתונים והמסמכים שנבחנו וכן תרחישים שונים שהובאו, תמורות רכש עיריית רעננה ועוד. חוות הדעת אף בחנה את הדו"חות הכספיים של התובעת, ניתחה את נתוניהם, ובין היתר את נתוני דו"ח רווח והפסד וכן התייחסה אל "בחנית השפעה השולית של זכיה במכרז על תוצאות פעילות התובעת", מכאן התייחסה חוות הדעת באופן מפורט אל רווחיות התובעת, זאת במסגרת בדיקת "שיעור רווחיות התובעת לצורך כימות הנזק".



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 44964-07-19 דנירן - אספקה מכל הלב בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ

עשרות דפי חוות הדעת המפורטות, פירוט הבדיקות שנערכו, השאלות שנשאלו והנחות היסוד, הכל יחד עם ההפניה לנספחיה – כל אלה הציבו מסמך הנושא את עצמו ואשר יש לאמץ את מסקנותיו. לצד אימוץ המסקנות אתייחס להלן להשגות התובעת והנתבע לחוות הדעת, השגות שאין בהן כדי לשנות הקביעה בדבר אימוץ מסקנותיה.

8.3 השגות התובעת על מסקנות מומחה בית המשפט

(א) מומחה בית המשפט התייחס, בין היתר, לתעודת עובד ציבור מטעם היועצת המשפטית של רעננה. מסמך בו הייתה התייחסות לרכישות שבוצעו בשבעה בתי ספר בעיר רעננה. התובעת הפנתה לכך שבעיר רעננה עשרים ושניים (22) בתי ספר. מכאן, חוות הדעת חסרה שכן היא מתייחסת אך ורק לרכישות שבעה מתוך עשרים ושניים בתי הספר. בסיכומיה ביקשה התובעת "להורות למומחה לתקן את חוזה"ד ולכלול בתחשיביו את כל 15 בתי הספר הנוספים (תוך נטרול החודשים בהם הצביע מבקר העירייה שלא מחבי' קרביץ) או לחילופין לערוך תחשיב עם 12 בתי ספר בלבד...". כלומר, התובעת עותרת להסיג את ההליך לאחור, לשוב לשלב חוות דעת מומחה בית המשפט ולקיים בפועל דיון מחודש במסקנות חדשות שיוגשו.

אין מקום לקבל את טענות התובעת, ועל כך אבהיר בפסקאות הבאות.

(ב) הנתונים אליהם התייחס מומחה בית המשפט לא הפתיעו את התובעת ולא התגלו דרך מקרה במהלך החקירה הנגדית. ההיפך הוא הנכון, המומחה ביקש ביחס אליהם התייחסות עוד טרם הוצאת חוות הדעת, וכזו לא התקבלה. חוות הדעת הוגשה מבעוד מועד, גם הוגשו ביחס אליה שאלות הבהרה ובמהלך החקירה הנגדית הודגש על ידי המומחה שאף ביקש מהתובעת הבהרות שונות.

(ג) מומחה בית המשפט ציין כיצד ערך פגישות עם מומחה התובעת ומומחה הנתבעת והתייחס לכך, וכך העיד (ע"מ 11 שורות 9-15, ההדגשות לא במקור):

"אני אבהיר, נתתי דעתי גם בעניין הזה במסגרת חוות הדעת, שבמסגרת המסמכים שהוצגו ע"י התובעת הוצג אותו מסמך ע"י היועצת המשפטית של עיריית רעננה שבו היא מפרטת את הרכישות שנרכשו מחברת קרביץ כאשר היא מפרטת את אותם 7 בתי ספר ואת רכישות העירייה כאשר היא גם מציינת בתחתית שיש עוד בתי ספר. עכשיו, גם בפגישה שנערכה עם המומחה מטעמכם ומומחה מטעם הנתבעת הוצגו בפניהם נתונים שעלו מתוך פעולות שאנחנו עשינו כדי לבדוק,"

ובשלב זה הופסק המומחה ומיד המשיך (ע"מ 11, שורות 19-24, ההדגשות לא במקור):
"והוסבר גם כן שההתייחסות זה שאנחנו כרואי חשבון, מטעמי שמרנות, דבקים במסמך בכתב על פני תחזיות. יתרה מכך, ברגע שאנחנו מזהים שיש קניות לרבות ע"י התובעת, רכישות שנרכשו מן התובעת ע"י בתי ספר אחרים



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 44964-07-19 דנירן - אספקה מכל הלב בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ

והערת מבקר העירייה שהמכרז לא הגביל מכירה לאחרים, אז גם הנושא הזה הוצג בפני המומחה שלכם, ביקשתי התייחסות, וגם ציינתי את זה בחוות הדעת שבנסיבות האלה אני מתייחס רק לנתונים האלה מטעמי שמרנות"

כלומר, התובעת והמומחה מטעמה ידעה בזמן אמת ועוד טרם הפקת חוות דעת מומחה בית המשפט, מה הם הנתונים עליהם יתבסס המומחה. ידעה ולא עשתה דבר. לא העבירה כל התייחסות ולמעשה המתינה עד הוצאת חוות הדעת.

(ד) זאת ועוד, ביחס לבתי הספר שלא נכללו בחוות הדעת, גילה מומחה בית המשפט שהיו מכירות מסוימות שדווקא נעשו על ידי התובעת. כלומר, בניגוד לטענה לפיה התובעת "הפסידה" את כל המכירות לכל בתי הספר – הרי בכל זאת היו מכירות מסוימות בהיקף לא ידוע. מכירות לבתי הספר שלא נכללו בחוות הדעת ואשר על כך מלינה כעת התובעת. מומחה בית המשפט תיאר כיצד פנה אל התובעת בעניין זה והיא מילאה פיה מים, וכלשונו (ע"מ 12 לפרוטוקול, /ורות 21-27, ההדגשות לא במקור):

"אני, וזה גם מה שציפיתי מהתובעת, שהייתה מגלה לי מה היא מכרה בפועל כדי שאני אגזור את זה. אבל ברגע שהיא שתקה ולא הציגה בפני את הנתונים לפני הוצאת חוות הדעת, הממצא הזה הוצג בפניה זה לא שזה היה חסוי, הנחתי הנחה מאוד מבוססת שלא בכדי היא לא הציגה לי ובגלל זה אני מתעלם, כי לא יעלה על הדעת באיזשהו מקום אם התובעת מכרה הייתה צריכה להגיד אני מכרתי רק בסכום לא מהותי ב-1000 שקל או ב-100000 שקל' אז זו הייתה מסקנה אחת שלי, עצם העובדה שלא גילתה."

ומומחה בית המשפט חזר והבהיר והתייחס לכך שהתובעת מילאה פיה מים ושתקה למרות שידעה ונשאלה שאלות העולות מדו"ח מבקר העירייה וכלשונו (ע"מ 17, שורות 9-14):

"אנחנו ישבנו עם המומחים משני הצדדים והועלתה הסוגייה הזאת של דו"ח מבקר העירייה, ואני אומר את זה בכנות מלאה בפני בית המשפט, ציפיתי, יכול להיות שטעייתי, אבל ציפיתי שהתובעת תבוא ותגיד 'רבותי, אני מכרתי ל-1 ל-2 מכרתי בסכום מהותי לא מהותי', עצם שתיקתה של התובעת, מאותה פגישה עד שהוצאתי את חוות הדעת לקח איזה חודש וחצי חודשיים, באיזשהו מקום אמרה, יכול להיות שאני,"

ובהמשך התייחס מומחה בית המשפט לכך שהתובעת התעלמה לחלוטין מטענות בדבר ביצוע מכירות על ידי התובעת והבהיר כך (ע"מ 18, שורות 22-26, ההדגשות לא במקור):

"אם הייתה התובעת עושה את הפעולה הכי פשוטה ואומרת לי 'ליאור, אי ב' ג' לא נמכר, נמכר ציוד אחר, זה היה בסכום לא מהותי' אז הייתי משקלל את זה, אבל ברגע ששותקת התובעת אז מה אני צריך לחשוב? אני בונה את חוות דעתי



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 44964-07-19 דנירן - אספקה מכל הלב בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ

על בסיס הנחות, וזו אחת מההנחות, שתיקתה של התובעת בעניין הזה באיזשהו מקום לימדה אותי שיכול להיות שלא בכדי"

(ה) מכל האמור לעיל למדים שחוות דעת מומחה בית המשפט לא נעשתה על אתר אלא רק לאחר פגישות עם נציגי בעלי הדין, המומחים משני הצדדים. מומחה בית המשפט התייחס במפורש ל"שתיקתה" של התובעת כאשר התייחס לאמור בדו"ח מבקר העירייה ובמסמכים שלפניו.

(ו) בסופו של יום, מומחה בית המשפט מגיע למסקנותיו על בסיס הנתונים שהובאו לפניו ואשר אליהם התייחס. התובעת, המלינה כעת על חוות הדעת, לא פעלה להביא או להציג נתונים כלשהן עליהם יתבסס מומחה בית המשפט, כאשר הותירה את המומחה במצב בו "תבן אין ניתן לעבדך ולבנים אומרים לנו עשוי" (שמות, פרק ה', פסוק ט"ו). המומחה לא פסח על העובדה שלא התייחס למלוא בתי הספר בעיר רעננה, אלא הדבר עלה בבירור מחוות דעתו ובכל זאת לא סיפקה התובעת נתונים כלשהם שיוכלו לסייע לגרסתה.

(ז) בסיכומי התובעת היא מפנה לפתרון שהוצע על ידי מומחה בית המשפט, פתרון של תחשיב השערתי על בסיס מספר התלמידים בבתי הספר ברעננה – ואולם גם פתרון זה הוא טכני בלבד, כאשר עדיין יהיה צורך לבחון כיצד להתייחס לבתי הספר השונים שלא נכללו בחוות הדעת, וכלשון מומחה בית המשפט (ע"מ 17 לפרוטוקול, שורות 17-18, ההדגשות לא במקור) – "אין לי בעיה זו שאלה טכנית לעשות את החישוב. השאלה היא שאלה אחרת, איך צריך להתייחס לאותם בתי ספר". ובכך שבנו לכך שהמומחה הסיק מסקנותיו על בסיס העובדות וה"תבן" שהתובעת הייתה מודעת אליהן היטב. מודעת, אך לא פועלת להציג ראיות אחרות.

(ח) זאת ועוד, אפילו נקבל את טענות התובעת, הרי ההתנהלות הדיונית של התובעת הביאה בסופו של יום למסקנות הסופיות של חוות הדעת. התנהלות דיונית של בעל דין מביאה בסופו של יום לתוצאת ההליך, כאשר ההכרעה היא בהתאם לראיות, טענות וטיעונים משפטיים שהעלה בעל הדין. אין מקום להליך על מסקנות מומחה בית המשפט במקרה מעין זה. להרחבה בדבר השפעת התנהלות דיונית של בעל דין על תוצאות ההליך ר' למשל רע"א 6924/17, ניסים מטייב נ' שופרסל בע"מ (מיום 23/10/2017, הש' ד' ברק-ארוז); רע"א 9499/16, גיא אורלי נ' ריה חברה בע"מ (מיום 7/3/2017, הש' נ' הנדל) וכן ע"א (מחוזי ת"א) 3088-01-19, נחום חדד נ' חלמיש חברה ממשלתית עירונית לדיור לשיקום ולהתחדשות (מיום 26/4/2020, סג' נ' הש' יי שבח, הש' יי אטדגי, הש' ש' יעקובוביץ).

8.4 השגות הנתבע על מסקנות מומחה בית המשפט

(א) הנתבע טען אף אם הייתה זוכה התובעת במכרז, הרי אפשר והמכרז היה מפוצל כך שזכייתה לא הייתה מתייחסת למלוא בתי הספר והפריטים אליהם התייחס המכרז. מכאן, עיקר השגתו



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 19-07-44964 דנירן - אספקה מכל הלב בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ

של הנתבע על חוות דעת מומחה בית המשפט, היא ביחס לפיצול האפשרי. פיצול שהיה מביא לכך שגם זכייה מלאה במכרז, עדיין אין משמעו הפקת מלוא הרווחים להם טוענת התובעת.

(ב) אין לקבל את טענות הנתבע, ואבהיר. בעניינינו, אין מדובר בשאלה תאורטית הצופה פני עתיד ואשר מתייחסת לאפשרות עתידית של פיצול המכרז בין מספר שונים. המכרז הסתיים. השנים חלפו. ניתן לדעת בדיעבד האם הזכיה אכן פוצלה בין מספר זכיינים ואם כן באיזו מידה.

הנתבע לא הביאה שום ראיה מכריעה לכך שהמכרז אכן פוצל בסופו של יום בין מספר זוכים. מנגד, מומחה בית המשפט התייחס ממילא רק למספר בתי ספר מכלל בתי הספר בעיר רעננה (ורי הדיון בסעיף 8.3 לעיל) ובכך כלל באופן מסתבר אפשרות בה התובעת אינה מספקת את מלוא הציוד למלוא בתי הספר. במצב דברים כזה, אין מקום להניח הנחות שאינן מבוססות בדבר פיצול אפשרי של המכרז. הנחות שמטרתן להוסיף ולהפחית בדרך של הערכה לא מבוססת, את שיעורי הרווח והסכומים שנכללו בחוות דעת מומחה בית המשפט.

(ג) הנתבע אף טוען שאין מקום לפצות את התובעת בגין אבדן הרווח שסבלה בשל אי זכייתה במכרז. לטענת הנתבע, יש לפצות את התובעת רק בגין "אובדן הסיכוי לזכות במכרז" (סעיף 86 לסיכומי הנתבע).

בוודאי שאין לקבל טענה זו. כפי שהובא לעיל – התובעת הייתה זוכה במכרז אלמלא התרשלות הנתבע ואלמלא הערבות הבנקאית השגויה שהנפיק. זכייה במכרז הייתה מביאה לרווחים שנקבעו לעיל. אין מדובר רק ב"אובדן הסיכוי לזכות במכרז" אלא – באבדן בפועל בשל העובדה שהצעת התובעת נפסלה ולכן לא זכתה במכרז.

8.5 לסיכום שאלת היקף הנזק שנגרם לתובעת

מכל האמור לעיל וכן מסקנות חוות דעת מומחה בית המשפט והסכום שנקב בסעיף 8.2(א) לעיל, עולה שהיקף הנזק אשר נגרם לתובעת הוא 404,264 ₪.

חלק רביעי – הערות לפני סיום וכן תוצאת ההליך

9. שתי הערות לפני סיום

9.1 הערה ראשונה משתיים לפני סיום – התייחסות לרכיב עגמת הנפש טרדה וכיו"ב שבתביעה

(א) התובעת עותרת לפיצוי בסך של 50,000 ₪ בגין עגמת הנפש שנגרמה לה וכפי שנכתב בתביעה, בגין הפחתה בהיקף העבודה, הוצאות משפטיות, טרדה ועגמת נפש.

(ב) אין מקום לפצות את התובעת, חברה בע"מ, בגין נזקי עגמת נפש המיוחסים לאנשים בשר ודם. למעלה מהנדרש אציין שאף אם התובעת היתה אדם "בשר ודם", הרי לא היה מקום לפצות אותה בגין עגמת נפש. התביעה מתמצית בהפסדי רווחים עסקיים, ואפילו היה מוכח שהפסדים



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 44964-07-19 דנירן - אספקה מכל הלב בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ

אלה גרמו לצער מסוים הרי אין מדובר בצער החורג מעגמת הנפש והצער הרגילים שהיא מנת חלקנו הצפויה כבני אנוש.

(ג) באשר לטרדה והפחתה בהיקף העבודה – הרי אלה לא הוכחו באופן נפרד ובסכום כלשהו ומכאן אין לפצות בגינם. בגין דרישת הוצאות המשפט – הרי סכום זה ייקבע בסימום של פסק הדין ובאופן כולל למלוא היקף ההליך.

9.2 הערה שניה משתיים לפני סיום – התייחסות לטענות הנתבע בדבר הסתרת עובדות על ידי התובעת

(א) הנתבע פתח סיכומי טענותיו והרחיב ביחס לכך שהתברר בהליך כי התובעת המשיכה לספק ציוד לבתי ספר שונים בעיר רעננה. הנתבע טען שהתובעת הסתירה עובדה זו וכי "די בכך כדי להצדיק דחיית התביעה כולה, באשר היא נוגדת את תקנות הציבור" (סעיף 3 לסיכומי הנתבע).

(ב) איני סבור שיש לדחות התביעה בשל האמור בס"ק (א) לעיל. רבות הן התביעות אשר מתקבלות בחלקן, כאשר חלק אחר מהן מתברר ככזה הכולל טענות או אף עובדות שאינן נכונות. עדיין יש מקום לפצות בגין נזק שהוכח קיומו ולא לזכות את הנתבע בכך שיהיה פטור מפיצוי בגין התרשלותו.

זאת ועוד, אין כל חשש של פיצוי כפול או פיצוי בגין רווח אותו לא הפסידה התובעת. בסופו של הליך תפוצה התובעת על רווחים שנשללו ממנה, כפי שעולה מחוות דעת מומחה בית המשפט. חוות הדעת, כהגדרת המומחה, היא שמרנית וניתן לראות כיצד התובעת הלינה על כך שאינה כוללת את כל בתי הספר בעיר רעננה. חוות הדעת, מעצם טבעה וכפי שהורחב בסעיף 8 לעיל, מנטרלת כל אפשרות של פיצוי כפול, קרי פיצוי בגין רווחי מכירות שבפועל בוצעו.

10. סוף דבר

מהמקובץ לעיל ניתן לומר כך :

(א) ראשית, הנתבע הנפיק כתב ערבות שגוי. האחריות לכשל ולהתרשלות בהנפקת הערבות הבנקאית היא של הנתבע, הדיון על כך הובא בסעיף 5 לפסק הדין.

(ב) שנית, מכל פיצוי שייקבע יש להפחית אשם תורם של התובעת בשיעור של 30%, הדיון על כך הובא בסעיף 6 לפסק הדין.

(ג) שלישית, התובעת אכן הייתה זוכה במכרז אלמלא רשלנות הנתבע, על כך הורחב בסעיף 7 לפסק הדין.

(ד) רביעית, סכום הנזק אשר נגרם לתובעת הוא 404,264 ₪. על כך הורחב במסגרת סעיף 8 לפסק הדין.

(ה) חמישית, הפיצוי לו זכאית התובעת הוא הסך של 404,264 ₪ בהפחתת אשם תורם בשיעור של 30% ובסך הכל – 282,985 ₪ (= 404,264 - 30% ₪).




בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 44964-07-19 דנירן - אספקה מכל הלב בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ

אשר על כן אני מחייב את הנתבע בתשלום הסך של 282,985 ₪ בצירוף הפרשי הצמדה וריבית כחוק מיום 18/7/2019 ועד למועד התשלום בפועל. בנוסף אני מחייב את הנתבע בתשלום הוצאות משפט ושכר טרחת עו"ד בסך כולל של 40,000 ₪ בצירוף הפרשי הצמדה וריבית כחוק ממועד פסק הדין ועד למועד התשלום בפועל.

ניתן היום, י"ח שבט תשפ"ג, 09 פברואר 2023, בהעדר הצדדים.


אביים ברקאי, שופט