

זכיינים על פרשת דרכים

במציאות של קיצוצים תקציביים בפרויקטי תשתית, עלולים זכיינים בפרויקט BOT לעמוד בפני סיכונים כלכליים חמורים. הסיבה - למרות שהמדינה היא זו שמפירה, מטיל עליהן הדין אחריות למזער נזקים. מה צריך לעשות כדי להימנע מגלישה לסחרור כספי?

מאת: עוה"ד גלי פרידהוף ושגיאה רבינוביץ

הכלל הראשון במעלה, נקבע מפורשות בפסיקה, ולפיו אין הנפגע חייב "לצאת מגדרו" על מנת להקטין את הנזק. קיים להם גרם המפר. בהתאם לכלל זה, אין הזכיין נדרש ליטול על עצמו סיכונים גדולים מדי, ובכללם התחייבויות כספיות שחורגות מעבר ליכולתו. לשם הדוגמה, אין זה סביר לדרוש מהזכיין במהלך תקופת ההקמה - בה ממילא הוא מצוי תחת התחייבויות כספיות ניכרות - כי ישכך את השפעת העיכובים שנגרמו בפרויקט באמצעות תגבור משמעותי של כוח האדם שברשותו. שכן, פעולה זו כרוכה בעלויות גבוהות, העלויות להעמיד את הזכיין בסיכון כלכלי. די לזכיין שבדוגמא, אם יפעל, למשל, להתאמת לוח הזמנים של הפרויקט למצב החדש, בין היתר, באמצעות ביצוע במקביל של פעילויות, שתוכננו להתבצע בסדר עוקב. כך, תוך השקעת תשומות נמוכה יחסית, ייתפס הזכיין כמי שיצא ידי חובתו לנקוט באמצעים סבירים להקטנת הנזק. הכלל השני הוא, כי על הנפגע לבחון האם קיים תחליף למשאב החחי, או האם קיימת דרך אחרת לתיקון הנזק. כך, לדוגמה, מקום בו המזמין הפר את התחייבותו ולא סיפק לזכיין את מלוא שטחי עבודה, ידרש הזכיין, למשל, להתאים את שיטת העבודה לשטחים הצרים שסופקו לו. לדוגמה, במקום ביצוע המלאכה באמצעות כלים מכניים מאסיביים, ידרש הוא להעמיד תחליפים בדמות כלי עבודה קטנים יותר, או בדמות עבודות ידניות של פועלים, אשר הספק עבודתם קטן יותר.

במצב דברים זה, ברור כי הזכיין לא יצליח למנוע לחלוטין את מלוא עיכובי המזמין, אך יחד עם זאת סביר להניח, כי לא תוטל עליו האחריות לאי עמידה בלוחות הזמנים להם התחייב מלכתחילה בתכנית העבודה המקורית. ולכאן מתחבר כלל נוסף והוא, כי על הזכיין הנפגע לקחת בחשבון את ההסתברות שפעולותיו אכן יביאו להקטנת הנזק בפועל. בדוגמה שלעיל, אם ידוע מראש שישנה ההסתברות נמוכה לכך שעבודה ידנית תביא להקטנת הנזק באופן משמעותי, ייאלץ הזכיין לתור אחר פתרון אחר, ככל שזה נמצא. במצבי קיצוץ, אפשר כי הקטנת הנזק תבוא לידי ביטוי דווקא באי נקיטת פעולות בשטח, אלא בשחרור כוח אדם ובהמתנה לסיום ההפרה.

חשוב לציין, כי הכללים האמורים שלובים זה בזה, ויש למצוא את האיזון ביניהם. כך, למשל, גם אם ניתן למצוא תחליף למשאב החחי שלא סופק על-ידי המפר, הרי שעל הזכיין לזכור כי אינו נדרש לשאת בעלותו, ככל שעלות זו תעמיד אותו בסיכון כלכלי גבוה.

בשורה התחתונה, במציאות צפויה של קיצוצים שיגרמו להפרות, מוצע לזכיין בהסכם B.O.T, כי ישכיל לנקוט בפעולות לצמצום הנזקים בפרויקט - אך לא בכל מחיר. כך, הגם שעל הזכיין לחתור לקידום הפרויקט ולהקטין את הנזקים שנגרמו במהלכו, עליו לדעת כי הוא יכול להסתפק בהשקעת משאבים מתונה, ובאופן שלא יעמיד אותו בחשיפה כלכלית גבוהה.

נוסף על האמור, אנו מציעים לזכיין לנהל דו-שיח שוטף עם המדינה טרם נקיטה במהלכי הקטנת נזק, וזאת, בניסיון להגיע להסדר שיחסוך עלויות לכל המעורבים בדבר. מכל מקום, גם אם הידברות זו לא תוביל את הצדדים לעמק השווה, אזי ידע הזכיין כי הוא נקט באחריות, העמיד תוכנית סיכונים סדורה והניף בפני המדינה דגל אדום.



רויקט, הינו מעורה בפרטיו ובצרכיו, ולרוב מחזיק במשאב בים זמינים בתוך שטחי העבודה לביצוע המלאכות הדרושות להקטנת הנזק. בנסיבות אלה, יכול הזכיין לספק בפרק זמן קצר יחסית פתרונות יעילים לשיכון השפעות ההפרה. אם כן, עתה, נוכח הנטל המוטל עליו לשכך את השפעת מחדלי המזמין, נאלץ הזכיין להתמודד עם מציאות חדשה, בה עליו ליטול על עצמו התחייבויות החורגות מהעלויות החזיות. מבחינת הזכיין מדובר בצומת דרכים, שכן אם ייטול על עצמו התחייבויות כספיות רחבות היקף לשם הקטנת הנזק, הוא עלול להיכנס לסחרור, שיוביל אותו לבור תקציבי.

בצומת זו, על הזכיין לדעת, כי חוק החוזים הישראלי עומד לצידו וקובע, כי במסגרת הקטנת נזקי המפר עליו לנקוט "באמצעים סבירים" - ולא מעבר לכך. בכך לכאורה נמצא פתרון למצבו החדש של הזכיין, אלא שיחד עם זאת, נקיטת החוק במונח הכללי "אמצעים סבירים" אינו נותן לנפגע קריאת כיוון ממשית בדבר הפעולות אותן עליו לבצע על מנת לעמוד בנטל זה.

הניסיון מלמדנו, כי בסופו של יום, ההגדרה המשפטית העמומה עלולה לפתוח למפר פתח להשתמש במונח "סבירות אמצעים" כקרום לחפור בו, על מנת להימנע מתשלום בגין הנזקים להם גרם.

לצאת ידי חובה

כאן אנו מבקשים להאיר את עיני הזכיין למספר כללים עקרוניים, בבואו להחליט על האמצעים הסבירים בהם עליו לנקוט לשם הקטנת הנזקים להם גרם המזמין. נציין, כי במקרים רבים, הזכיין אינו מודע לאותם כללים, למרות שאלה אמורים להיות נר לרגליו ועשויים לחסוך לו עלויות ניכרות.

באחרונה יצא שר האוצר החדש, **יאיר לפיד**, בכשורה כואבת שהיכתה גלים במשק הישראלי, ולפיה צפוי קיצוץ מאסיבי בתקציב המיועד לפרויקטי תשתיות. על פרויקטים אלו נמנים מיזמים רחבי היקף שבבסיסם, על-פי רוב, עור מדות התקשרויות בין המגזר הציבורי לבין המגזר הפרטי (התקשרויות מסוג B.O.T ודומיהן). קיצוצים מקיפים אלו טומנים בחובם סיכון ממשי, שמא בפרויקטים שכבר יצאו לדרך, לא תבצע המדינה, השותפה לפרויקטים, את מלוא חובותיה החזיות כנדרש. בפרט הדברים אמורים בנוגע להתחייבויות המגלמות בתוכן חיובים כספיים משמעותיים, כדוגמת ביצוע הפקדונות, הסטת תשתיות, הקמת מבני תמך וכיוצא באלו. מצב דברים זה עלול להביא להאטה משמעותית בקצב ביצוע העבודות, לעיתים אף עד כדי עצירתן המוחלטת, וזאת תוך גרימת נזקים לזכיין ולציבור העומד בתווך.

להקטין את הנזקים

ואולם, הזכיין אינו רשאי "לשבת בחיבוק ידיים" למול הנזקים האמורים, הגם שהולדתם בהתנהלות המדינה. כך, הדין הישראלי מטיל על הזכיין הנפגע את הנטל להקטין את הנזקים שנגרמו נוכח התנהלות המפרה של המדינה, שאחרת לא תקום לו זכות תביעה לפיצויים בגין הנזקים אותם היה יכול למנוע או להקטין. בד בבד, קובע הדין הישראלי, כי הזכיין יהיה זכאי לשיפוי בגין ההוצאות אותן הוציא לצורך הקטנת הנזק.

בנטל הקטנת הנזק טמונה הצדקה כלכלית, חברתית ומוסרית. זאת הואיל והזכיין הנפגע הוא "המונע הזול ביותר" של הנזקים להם גרם המזמין בהפרותיו. ההסבר לכך הינו כי הזכיין, בהיותו הגורם האמון על ביצוע הפי-

הכותבים נמנים על צוות משרד עו"ד פישר, בכר, חן, וול, אוריון ושות'