בית משפט השלום בראשון לציון

ת"א 7229-01 שקד מחשבים ועיבוד נתונים בע"מ נ' זי-טק מחשבים בע"מ ואח'

בפני כב' השופט שאול מנהיים

התובעת שקד מחשבים ועיבוד נתונים בע"מ
ע"י עו"ד אפרים קרנון

נגד

הנתבעים 1.זי-טק מחשבים בע"מ
2.מדמון ציון
ע"י עו"ד עופר פיק

חקיקה שאוזכרה:
חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970: סע' 10
חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973: סע' 12, 39
פקודת הנזיקין [נוסח חדש]: סע' 35
חוק המכר, תשכ"ח-1968: סע' 4, 14א, 17א
חוק המיטלטלין, תשל"א-1971: סע' 1
חוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974

פסק דין

א. כללי

1. התובעת, חברה המספקת שירותי עיבוד נתונים לגביית כספים ממוחשבת, התקשרה בהסכם לפיתוח תוכנה עם הנתבעת 1 (להלן: **הנתבעת**), חברה העוסקת בפיתוח מערכות תוכנה. הנתבע 2, מר ציון מדמון (להלן: **ציון**) הוא מנהלה של הנתבעת והבעלים של 99% ממניותיה.

2. התובעת טוענת, בתמצית, כי הנתבעת 1 הפרה חיוביה מכוח ההסכם האמור לפתח, להשלים ולהתקין התוכנה אצל התובעת, ומסרה לתובעת תוכנה לקויה, זאת אף תוך חריגה מהמועד המוסכם, וכן הפרה התחייבותה לפתח עבורה תוכנת מדף. עוד טוענת התובעת כי ציון אחראי באופן אישי לנזקים ולהוצאות שנגרמו לתובעת בשל התנהגותו הרשלנית, מצגי שווא רשלניים והתנהגות חסרת תום לב, הן בשלב המו"מ והן בשלב קיום ההסכם. התביעה היא תביעה כספית על סך של 1,266,407 ₪, נכון ליום הגשתה. סכום זה כולל את אלה: סך של 66,949 ₪ בגין הוצאות הכשרת והעסקת עובדת התובעת, אשר מונתה כנציגתה בתהליך פיתוח התוכנה; 66,237 ₪ בגין רכישת חומרה ותוכנות תשתית; 518,119 ₪ בגין אובדן ההכנסות הצפויות ממכירת תוכנת המדף ללקוחות פוטנציאליים; 256,798 ₪ בגין תשלומים אשר שולמו לנתבעת 1 עבור פיתוח התוכנה; וכן החזר הוצאות שספגה התובעת, כתוצאה מכישלון פיתוח התוכנה, כדלהלן: 75,054 ₪ בגין "תרגום" התוכנה לעבודה בסביבת מסד הנתונים אקסס (המתאימה למשתמש יחיד, להבדיל ממסד הנתונים SQL המתאימים להפעלה על ידי ריבוי משתתפים, כלומר במשרדי התובעת); 128,000 ₪ בגין ההפרש שבין המחיר שדרשה הנתבעת 1 לבין המחיר ששולם לחברה בשם טיקל (שהיא הספק החלופי של התוכנה שהוזמנה מהנתבעת); 24,239 ₪ בגין תשלום שכ"ט המומחה ד"ר רועי גלברד, ו-36,305 ₪ בגין תשלום שכ"ט המומחה פרופ' משה צבירן (המומחים בדקו את תוכנת "מוסדית" שפותחה על ידי הנתבעת בשנת 2000, כשנה לפני הגשת התביעה).

3. הנתבעים טוענים, בתמצית, כי התוכנה נמסרה לתובעת במועד כשהיא תקינה ועובדת, וכי התובעת לא הזמינה אצל הנתבעת 1 פיתוח תוכנת מדף וממילא האחרונה לא התחייבה לספק תוכנת מדף כאמור. עוד טוענים הנתבעים כי ציון אינו אחראי באופן אישי לנזקים הנטענים ע"י התובעת, שכן לא קיימת עילה להרמת מסך בין הנתבעת 1 לבינו ובכל מקרה טענה כאמור הועלתה אך במסגרת הסיכומים ומהווה לפיכך הרחבת חזית אסורה.

4. במסגרת ההליך המשפטי ומתוך ניסיון לייעל את ניהולו הגיעו הצדדים להסכמה דיונית אשר על פיה מונתה מומחית מוסכמת, הגב' אורנה מינץ – דב (להלן: **המומחית**), שהתבקשה להכריע בדבר תקינות התוכנה. הצדדים אף

ניסחו כתב מינוי ארוך למומחית. במסגרת זאת ערכה המומחית בדיקות והוציאה תחת ידה דו"ח ביניים מיום 21.11.03 (להלן: **דו"ח הביניים**). בחודש ינואר 2004 עתרה התובעת להעברת המומחית מתפקידה, בין היתר מחמת קיום דיונים נפרדים עם הנתבעת 1 ונציגיה ללא ידיעתה וללא הסכמתה של התובעת. בהחלטה מיום 18.4.05 בוטל מינויה של המומחית וכן בוטלה ההסכמה הדיונית המקורית שבין הצדדים בעניין זה. על החלטה זו הגישו הנתבעים בר"ע לבית המשפט המחוזי ת"א אשר הותיר בעינו את ביטול מינויה של המומחית וקבע בהחלטתו מיום 31.8.06 כי יש ליתן תוקף להסכמת הצדדים בפניו כי יפעלו למינוי מומחה אחר, ולפיכך הורה כי הדיון יוחזר לבית משפט זה אשר ימנה את המומחה מתוך הרשימה שתוצע ע"י מר דורון שיקמוני, כפי שהוסכם בין הצדדים בבית המשפט המחוזי, ויקבע, במידת הצורך, לוחות זמנים לביצועו של כל מהלך. משסוכל גם מהלך זה, נדחתה בהחלטה מיום 13.11.06 בקשת הנתבעים למינוי מומחה בהתאם להחלטת ביהמ"ש המחוזי ונקבע כי כל צד יגיש חוות דעת מומחה מטעמו, שכן ההסכמות בין הצדדים לא השיגו את המטרה של קידום וייעול הדיונים בתיק, אלא אך האריכו וסרבלו את ההליך יתר על המידה ומשכך יש לזנוח אותן.

5. **התובעת** תמכה טענותיה בחוות דעת של המומחים, פרופ' משה צבירן, יועץ לניהול ומערכות מידע, (**מוצג ת/3**) (להלן: **צבירן**) וד"ר רועי גלברד, יועץ לטכנולוגיות ומתודולוגיות מחשוב (**מוצגים ת/4, ת/5 ו-ת/6**) (להלן: **גלברד**). חוות הדעת מפרטות את הליקויים החמורים שבתוכנה אשר תוצאתם הינה אי – כשירות מוחלטת. כמו כן, סומכת התובעת ידיה על חוו"ד רו"ח עופר ויתקין (**מוצג ת/7**) בתמיכה לגובה הנזק הנטען על ידה. בנוסף העידו התובעים את מר ישראל שקד, מנהל התובעת (להלן: **שקד**).

6. **הנתבעים** סמכו ידיהם על חוות דעת המומחים ד"ר יוסי בלום (**מוצגים נ/7 ו-נ/7א)** (להלן: **בלום**), מר חגי שפר (**מוצג נ/6**) (להלן: **שפר**) ורו"ח עמוס חסון (**מוצג נ/8**). כן העידו מטעמם את ציון ואת מר חיים מדמון, אחיו של ציון, אשר מונה לראש צוות פיתוח התוכנה מושא התביעה (להלן: **חיים**). עוד הגישו הנתבעים תצהיר עדות ראשית של מר חיים לנקרי (להלן: **החוקר**), אשר ביצע חקירה אודות סטאטוס פיתוח התוכנה אותה הזמינה התובעת מאת טיקל, כפי שיפורט בהמשך.

7. מלבד העדים כאמור לעיל קיימות דמויות נוספות אשר היו מעורבות במידה כזו או אחרת בתהליך פיתוח התוכנה מושא התביעה ואשר לא הובאו למתן עדות, ואלו הם: הגב' אביבית מזן דבוש, עובדת דאז של התובעת אשר מונתה כנציגתה הבקיאה בתהליכי העבודה בתהליך פיתוח התוכנה (להלן: **אביבית**); מי מטעם חב' טלדור מערכות מחשבים (1986) בע"מ, אשר התקשרה עם התובעת בהסכם להסבת או תרגום התוכנה מ- SQL ל- ACCESS MDB (להלן: **טלדור**); מי מטעם חברת טיקל, שתוזכר בהמשך, אשר שירותיה נשכרו על ידי התובעת בחודש מרץ 2001 לשם כתיבת תוכנת מוסדית בגרסת חלונות; עו"ד שי פורת, אשר ניהל הליך גישור בין התובעת לנתבעים בקשר למסירת התוכנה לתובעת (להלן: **עו"ד פורת**); מר רמי מדמון, שגם הוא אחיו של הנתבע 2, אשר בתקופה מסוימת היה מעורב בפיתוח מוסדית מטעם הנתבעת ואף עמד בראש הפיתוח; ומר שמעון דהן, עובד של הנתבעת 1 דאז, אשר כתב את מסמך האפיון אשר היווה את הבסיס להתקשרות בין הצדדים (להלן: **דהן**).

א. <u>תמצית העובדות הצריכות לעניין</u>

8. התובעת התאגדה בישראל בשנת 1982. עיסוקה העיקרי של התובעת הוא מתן שירותי עיבוד נתונים לגביית כספים ממוחשבת באמצעות לשכת שירות שהתובעת מפעילה ומנהלת. לקוחות התובעת, אשר מקבלים ממנה את שירותי לשכת השירות הממוחשבת, הם גופים עסקיים וגופים שאינם עסקיים, אשר גובים מלקוחותיהם כספים באמצעות הוראות קבע בנקאיות. התובעת היא שעושה את כל פעולות העיבוד הדרושות מידי חודש בחודשו ביחס להוראות קבע אלה, ומעבירה את הנתונים על גבי מדיה מגנטית או בתקשורת נתונים אל מרכז הסליקה הבנקאי לשם ביצוע הוראות הקבע. לצורך מתן שירותים אלה ללקוחותיה מפעילה התובעת תוכנה בשם "מוסדית" (להלן: **מוסדית**) שפותחה בעבר עבורה לפי הזמנתה. תוכנה זו פעלה, במועדים הרלוונטיים לתביעה, על מערכת ההפעלה המיושנת MS-DOS.

9. בנוסף לכך עוסקת התובעת גם במכירה של רישיונות מוגבלים לשימוש במוסדית, היינו זכות שימוש במוסדית, על מנת שלקוחות המעוניינים בכך יוכלו לבצע את פעולות הגבייה באופן עצמאי באמצעות מוסדית.

10. הנתבעת 1 היא חברה פרטית אשר התאגדה בישראל בשנת 1992. עיסוקה העיקרי של הנתבעת 1, הפועלת כבית תוכנה, הוא פיתוח מערכות תוכנה ומתן שירותי ייעוץ בתחום המחשוב. הנתבע 2, ציון, הוא מנכ"ל הנתבעת 1 והבעלים של 99% ממניותיה.

11. בתקופה בה החלה מערכת ההפעלה windows של מיקרוסופט (להלן: **חלונות**) לתפוס בהדרגה את מקומה של מערכת ההפעלה MS-DOS, ובעקבותיה עברו גם התוכנות העסקיות למערכת חלונות, היה גם על התובעת להסב את מוסדית כך שתוכל לפעול בסביבת חלונות ותוך שיתוף פעולה עם תוכנות אחרות הפועלות אף הן תחת חלונות. בנסיבות אלה, בראשית שנת 1997, החל להתנהל מו"מ בין התובעת באמצעות שקד לבין הנתבעת 1 באמצעות ציון, לפיתוח והטמעה של גרסת מוסדית לחלונות אשר תוכל לפעול בשיתוף פעולה עם תוכנות אחרות הפועלות אף הן בסביבת חלונות. במסגרת זאת הגישה הנתבעת 1 לתובעת ביום 13.4.97 הצעה לאפיון ועיצוב מערכת מוסדית, אשר כותרתה "אפיון ועיצוב מערכת מוסדית תחת MS-WIN95" (נספח א לתצהיר עדות ראשית שקד). עיקרה של הצעה זו בכך שהנתבעים ילמדו את צורכי התובעת ויגישו לה מסמך אפיון של המערכת המוצעת (להלן: **מסמך האפיון**). התובעת קיבלה הצעה זו ובהתאם לכך פעלה הנתבעת 1 לכתיבת מסמך האפיון באמצעות דהן, עובד הנתבעת 1 דאז. בחודש אוקטובר 1997 הגישה הנתבעת 1 לתובעת את מסמך האפיון המוגמר (נספח ב' לתצהיר עדות ראשית שקד).

12. במבוא למסמך האפיון האמור נכתב בין היתר כי " ... בתקופה האחרונה עקב התמעטות תוכניתני ה- Cobol, בעיית הזמנים בשנת 2000 והעלמות מערכת ההפעלה MS-DOS, נוצרה בעיה חמורה של תחזוקת המערכת שלא לדבר על הכנסת שיפורים בתהליכי עבודה חדשים. מסיבה זו הוחלט בחברת שקד מחשבים בע"מ לכתוב מערכת חדשה שתצעד בחזית הטכנולוגיה ותכתב בכלים סטנדרטים ומבוססי ממשק למשתמש חלונאים...".

13. ביום 20.1.98 ולדרישת התובעת, הגישה לה הנתבעת 1 הצעת מחיר לפיתוח מוסדית לחלונות על יסוד מסמך האפיון אותו כתבה (נספח ג לתצהיר

עדות ראשית שקד), ולפיה מועד משוער לסיום הפרויקט הוא חודש ספטמבר 1998 (להלן: **הצעת המחיר**).

14. ביום 15.2.98 הזמינה התובעת מאת הנתבעת 1 שירותי פיתוח והטמעה של גרסת מוסדית בהתאם להצעת המחיר, הקובעת תמורה בסך של $52,000 (נספח ד לתצהיר עדות ראשית – שקד) (להלן: **ההזמנה**). כמו כן, ביום 25.2.98 ולאחר דין ודברים בין הצדדים, הגישה הנתבעת 1 לתובעת מסמך סיכום תשתיות (נספח ה לתצהיר עדות ראשית שקד) (להלן: **הצעת התשתיות**) במסגרתו הציעה הנתבעת 1 פיתוח המערכת כך שתתמוך בשתי תצורות עבודה: עבודה ברשת בלשכת השירות במשרדי התובעת; ועבודה בתחנה אחת עצמאית שאותה ניתן יהיה להתקין אצל לקוחות התובעת (להלן: **תוכנת מדף**). תחת הכותרת "עדכון עלויות" באותו מסמך נכתב כי "מחיר לתוספת סט העבודה מול קבצי MDB הינו $7,500 ...".

15. בחודש פברואר 1998 החלו הנתבעים בפיתוח מוסדית לחלונות כמערכת מרובת משתמשים בגרסת חלונות 95' מהדורה עברית (מערכת 32 ביט), תוך שימוש שכלי הפיתוח Visual Basic 5 ובסיס הנתונים SQL Server מהדורה 6.5. מוסדית לחלונות פותחה תוך שימוש ברכיבים מחבילת הרכיבים Com-Pack (להלן: **קומפאק**) מפיתוחה של מעבדת "מגן הנדסת תוכנה" (להלן: **מגן**). בכל שלבי הפיתוח הסתייעה הנתבעת 1 במגן, כאשר חיים, אחיו של הנתבע 2, מונה על ידו לראש צוות הפיתוח של מוסדית. התובעת מינתה את הגב' אביבית מזן דבוש (להלן: **אביבית**), עובדתה דאז, כנציגתה הבקיאה בתהליכי העבודה. ביום 28.5.98 הגישה הנתבעת 1 לתובעת מסמך עיצוב למערכת מוסדית (להלן: **מסמך העיצוב**) אשר נערך בניהולו של חיים ומגדיר באופן מפורט את הממשק של המערכת החדשה עם משתמשי המערכת לרבות הטפסים, המסכים, הדוחות וכן מאגרי המידע במערכת. במכתב שקד מיום 5.6.98 אשר כותרתו "אישור עיצוב מוסדית" (נספח ו2 לתצהיר עדות ראשית – ציון), נאמר "העיצוב מאושר, עקרונית"...".

16. במהלך פיתוח התוכנה ומשך תקופה ארוכה, מעבר למועד אשר הוסכם על הצדדים, התבצעו תיקוני תקלות וביצוע שיפורים. לדידה של התובעת תהליך פיתוח התוכנה התעכב מעבר למועד המוסכם בין הצדדים, כאמור

בהצעת המחיר, קרי חודש ספטמבר 1998. זאת, לטענת התובעת, מהטעם שהנתבעים כשלו בפיתוח התוכנה ולא עלה בידם לספק לתובעת מוסדית לחלונות כפי שהוסכם על הצדדים. הנתבעים טוענים כי מסרו לתובעת את התוכנה כפי שהוזמנה במועד המוסכם וכי כבר ביום 3.9.98 הותקנה מוסדית בגרסה ראשונה במשרדי התובעת, והתובעת אף שילמה את מלוא התמורה בגינה. לטענת הנתבעים, תוספות ושינויים אותם דרשה התובעת, מעבר למוסכם במסמכי האפיון והעיצוב, הם אלה אשר הביאו לחריגה מהמועד המוסכם בהצעת המחיר.

17. לאור האמור ונוכח חוסר שביעות רצונה של התובעת פנתה היא אל עו"ד פורת העוסק גם בתחום הגישור. לטענת התובעת, היא עשתה כן על מנת שהנתבעים יעבירו לתובעת את מה שייצרו עד כה ובמיוחד את ה-SOURCES (להלן: **תוכניות המקור**) כדי שגורם מקצועי אחר יוכל להשלים את פיתוח מוסדית, זאת לדידה מבלי לוותר על זכות לתבוע את הנתבעים בגין נזקיה. ביום 10.1.00 התקיימה פגישה במשרדו של עו"ד פורת בה נכחו הנתבע 2, שקד ועו"ד פורת. במסגרת זו נחתם ע"י הצדדים מסמך אשר נוסח ע"י עו"ד פורת, לפיו התוכנה תותקן ביום 17.1.00 אצל שקד במצבה AS IS והתובעת תשלים את התשלום לנתבעת 1 עד ל- 80% ממחיר המערכת, כאשר 50% מתוך התשלום יועברו לנאמנות ו- 50% נוספים יועברו לנתבעת 1 לאחר התקנת תוכניות המקור אצל התובעת, וזאת אם אין כשל קריטי במערכת (נספח לב לתצהיר עדות ראשית – שקד, להלן: **הסכם פורת**).

18. בהתאם להסכם פורת התייצב נציג הנתבעת 1 במשרדי התובעת וביצע שם התקנה של התוכנה. הכספים שהיו אמורים לעבור לנתבעת על פי הסכם פורת אכן הועברו לידיה במועד הקבוע בהסכם פורת, ללא כל הסתייגות או מחאה מצד התובעת. לאחר קבלת תוכניות המקור של מוסדית מאת הנתבעת 1, ע"פ הסכם פורת, התקשרה התובעת עם טלדור בהסכם להסבת התוכנה מ- SQL ל- ACCESS MDB מיום 29.3.00 (נספח נד לתצהיר עדות ראשית שקד). זאת בהתבסס על הצעת טלדור מיום 22.3.00, שכותרתה "תמחור הסבת מערכת מוסדית לחברת שקד" (מוצג נ/1). מטרת תרגום התוכנה כאמור הייתה להכין גרסת מדף של מוסדית לחלונות לאלה מבין לקוחות התובעת המעוניינים ברכישת תוכנה כזו לשם הפעלה עצמית. משלא צלחה

ההתקנה של התוכנה שפותחה על ידי הנתבעת על גבי מחשב רגיל אצל טלדור והתובעת התלוננה על כך בפני הנתבעים, דרשה הנתבעת 1 כי טלדור תעמיד לרשותה מחשב "נקי" מתוכנות אחרות. רק לאחר שטלדור העמידה לרשות הנתבעת מחשב כאמור, עלה בידי הנתבעת 1 להתקין את התוכנה על מחשב ששימש תחנת הפיתוח בטלדור. לאחר ההתקנה כאמור החלה טלדור במלאכת התרגום ובסיום המלאכה ניסתה להתקין את התוכנה המתורגמת, אלא שלא עלה בידה לעשות כן שעה שעל המחשב שעליו נעשה ניסיון ההתקנה מותקנות גם תוכנות אחרות.

19. בסופו של דבר, ולאחר ניסיונות חוזרים ונשנים להתקנת מוסדית במשרדי חברת טלדור אשר עלו בתוהו, התקשרה התובעת בהסכם מיום 21.3.01 עם חברת טיקל תעשיות תוכנה בע"מ (להלן: **טיקל**) על מנת שזו תכתוב עבורה גרסת חלונות למוסדית.

ב. <u>תמצית טענות הצדדים</u>

20. לשיטת התובעת, הנתבעת 1 הפרה חיובה מכוח הסכם, לפתח, להשלים ולהתקין גרסת מוסדית לחלונות אצל התובעת ומסרה לתובעת תוכנה לקויה, שאינה מסוגלת לבצע את שנועדה לבצע. כמו כן, הנתבעת 1 הפרה התחייבותה לפתח מוסדית בתוכנת מדף. לפיכך, הנתבעת 1 אחראית לפיצוי התובעת בגין נזקיה, על יסוד ס' 10 חוק החוזים (תרופות), התשל"א – 1970 ועל יסוד ס' 12 ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג – 1973. כן, הנתבע 2, אחראי באופן אישי לנזקים ולהוצאות שנגרמו לתובעת בשל התנהגותו הרשלנית, מצגי שווא רשלניים והתנהגות חסרת תום לב, הן בשלב המו"מ והן בשלב קיום החוזה, זאת על יסוד ס' 12 ו- 39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג – 1973 ועל יסוד ס' 35 לפקודת הנזיקין (נוסח חדש).

21. מאידך, טוענים הנתבעים, כי מוסדית נמסרה לתובעת כשהיא תקינה ועובדת וכי התובעת לא הזמינה אצל הנתבעת 1 פיתוח תוכנת מדף וממילא האחרונה לא התחייבה לספק תוכנת מדף כאמור. כן, אין הנתבע 2 אחראי באופן אישי לנזקים הנטענים ע"י התובעת שכן לא קיימת עילה להרמת מסך

בין הנתבעת 1 לבינו ובכל מקרה טענה כאמור הועלתה אך במסגרת הסיכומים ומהווה הרחבת חזית אסורה.

ב. <u>דיון והכרעה</u>

22. להלן הסוגיות המרכזיות הטעונות הכרעה:

א. האם נמסרה מוסדית במועד המוסכם או באיחור, ואם באיחור – מדוע.

ב. האם הפרה הנתבעת את חיוביה כלפי התובעת לעניין פיתוח מוסדית ללשכת השירות של התובעת, ובניסוח אחר - האם נמסרה מוסדית תקינה או לקויה. בסוגיה זו מספר ניכר של סוגיות-משנה השנויות במחלוקת, שתובאנה במפורט במסגרת הדיון.

ג. האם התחייבה הנתבעת 1 גם לפיתוח תוכנת מדף אם לאו.

ד. האם הנתבע 2 אחראי באופן אישי לנזקים הלכאוריים של התובעת.

ה. מהם, אם בכלל, הנזקים שנגרמו לתובעת ושבגינם היא זכאית לשיפוי.

להלן אדון בנושאי המחלוקת השונים. בכל נושא יובאו הנתונים כפי שהוצגו על ידי הצדדים וטענותיהם המפורטות, ובסיומו תובא הכרעה.

<u>ד(1). מועד מסירת מוסדית</u>

23. **לשיטת התובעת**, הנתבעת 1 איחרה למסור את התוכנה במועד, קרי חודש ספטמבר 1998, כפי שהתחייבה ע"פ הצעת המחיר מיום 20.1.98. הראיה לכך הינה מכתביו של הנתבע 2 אשר מהם עולה כי גם במועדים מאוחרים לספטמבר 1998, מוסדית טרם נמסרה לתובעת. (נספחים: ז', ט', י"א, י"ב לתצהיר עדות ראשית – שקד).

24. **לשיטת הנתבעים**, מוסדית נמסרה לתובעת במועד וכבר ביום 3.9.98 הותקנה בגרסתה הראשונה במשרדי התובעת (עמ' 114 לפרו' ש' 22), אלא שמאותו מועד נמשך תהליך הפיתוח, תיקון התקלות וביצוע השיפורים שעלו תוך כדי הבדיקות, כעניין שגרתי וצפוי של פיתוח תוכנה מסוגה של מוסדית. לצד התהליך האמור, החלה מסכת ארוכה ומתישה של חוסר שיתוף פעולה מצידה של התובעת שהתבטא בחוסר רצונה ואי זמינותה לבצע את הבדיקות וכן בבקשות אינסופיות של התובעת לשינויים ותוספות, שלא הוגדרו בשלבי האפיון והעיצוב. מתוך מסמכי רשימת התוספות (נספחים א1 – א3 לתצהיר

עדות ראשית חיים) ניתן ללמוד כי אכן נעשו תוספות מעבר לתשתית שהוסכמה על הצדדים. מכתב ציון מיום 27.7.99 (נספח כ' לתצהיר עדות ראשית – ציון) מתאר את מצב הדברים לאשורו, לפיו תהליך הבדיקות של התובעת איטי ולא רציף, שקד לא עמד בהבטחתו להקצות את אביבית במשרה מלאה לביצוע הבדיקות, ושיתוף הפעולה של התובעת לוקה בחסר.

25. הנתבעים מפנים לעניין זה לתצהיר החוקר אשר ביצע מטעמם חקירה אודות סטאטוס פיתוח התוכנה אשר הזמינה התובעת מאת טיקל, ממנו עולה כי בפגישה מיום 26.1.03, בה השתתף שקד, אמר שקד, בין היתר, את הדברים הבאים: "... אנו מציעים את המערכת החדשה לשרות באינטרנט החל מחודש זה" (כאשר מדובר בחודש ינואר 2003, שעה שההסכם עם טיקל נחתם כבר ביום 21.3.01, דהיינו, תהליך פיתוח מוסדית ע"י טיקל נמשך כשנתיים ימים). עוד אמר אז שקד כי "אנו בתהליך הרצה ניסיונית ... כמה לקוחות באינטרנט... נתחיל להציע את זה בחודש הקרוב...". "עובדים על המערכת שנתיים פלוס שנה הטמעה..." כך גם "חצי שנה זה משהו דמיוני לחלוטין... אין שום סיכוי ... זה לא באשמתם (טיקל)... הרבה פעמים הם היו צריכים לבדוק ... ואנחנו לא היינו זמינים לבדיקה... חצי שנה? אין שום סיכוי ... זה אוטופי". הוא הוסיף: "גם בטיקל חרגנו בלוח הזמנים... רק התאמה כמה חודשים טובים...". שקד מספר כי במועד הפגישה עדיין התובעת עובדת במוסדית DOS הישנה, והיא נמצאת בשלב מעבר למוסדית חלונות (עמ' 20 לפרו' ש' 24-22). כך גם מאשר שקד בעדותו כי השימוש בתוכנת מוסדית DOS הישנה נעשה עד שהתוכנה החדשה נכנסה לפעולה, קרי ב- 2003 לערך (עמ' 20 לפרו' ש' 22-21). שקד מאשר בחקירתו כי אמר את הדברים ביחס למועדים הנדרשים לפיתוח תוכנה הדומה למוסדית: "מינימום שנתיים, אנחנו עושים את זה כבר שלוש שנים אבל נתנו לטיקל חומר לעוס ולא באנו אמרנו להם שאנו רוצים ככה... קיבלו מערכת מאופיינת" (עמ' 53 לפרו' ש' 31 – עמ' 54 לפרו' ש' 4). כמו כן לא סתר שקד בעדותו את העובדה כי טיקל חרגו מלוח הזמנים וכי התובעת לא תמיד הייתה זמינה לבדיקה (עמ' 54 לפרו' ש' 9-5). עוד אישר שקד כי כבר לאחר שנה עברו לשיטת "קוסט פלוס" בהתחשבנות עם טיקל (עמ' 54 לפרו' ש' 28-22). מדברים אלו עולה כי גם טיקל לא עמדה בלוח הזמנים של התובעת וכי טיקל דרשה כעבור שנה

מתחילת ההתקשרות שלה עם התובעת לעבור לתשלום על בסיס קוסט פלוס, בדומה לדרישת הנתבעים אשר נענתה בשעתה בסירוב מצד התובעת.

26. **ההכרעה** בעניין זה היא כי המסירה מחודש ספטמבר 1998 אינה יכולה להיחשב למסירה כמשמעותה בהסכם שבין הצדדים, ואף הנתבעת מעולם לא סברה שזהו המצב. לו סברה כך בזמן אמת, לא היתה מסכימה להמשיך ולטפל ב"רשימה אינסופית של שינויים", כטענתה, ללא כל חיוב, ובודאי שלא היתה מסכימה להמשיך לעשות כן מבלי שהתמורה המוסכמת עבור הפיתוח תשולם לה. מכל מקום וכפי שנראה בהמשך הדברים, "הסכם פורת" הוא בגדר הסכם חדש שבא במקום ההסכם המקורי בין הצדדים בשאלת מסירת התוכנה, ועל כן השאלה מה בדיוק אירע בספטמבר 1998 ואף מאז ועד ל"הסכם פורת" ולפעולות שבוצעו על פיו אינה רלבנטית לתוצאה, וממילא אינה צריכה הכרעה.

<u>ד(2). הפרת חיובי הנתבעת לעניין פיתוח מוסדית ללשכת השירות; או - מסירת מוסדית על ידי הנתבעת: תקינה או לקויה</u>

27. **לדידה של התובעת**, התוכנה שמסרה לה הנתבעת 1 היא בגדר כישלון מוחלט, אינה ניתנת אפילו להתקנה ואינה מסוגלת לבצע את המטלות לשמן יועדה. הראיה לכך היא העובדה כי לאחר שהתובעת שילמה לנתבעת 256,798 ₪, השקיעה שנתיים של עבודה מולה ותרגמה את התוכנה ל"אקסס" תמורת 75,054 ₪ בטלדור, היא נאלצה לפנות לטיקל ולשלם לה למעלה מ- 330,000 ₪ כדי שתכתוב עבורה את מוסדית לחלונות מחדש (נספחים מד ו- נז לתצהיר עדות ראשית – שקד). עובדה זו מעידה כאלף עדים על כך שהתוכנה שפיתחו הנתבעים נכשלה כליל. מאידך טוענים **הנתבעים** כי מוסדית נמסרה לתובעת ע"פ הסכם פורת כשהיא פועלת, תקינה ובהתאמה מלאה למסמכי האפיון והעיצוב.

28. כדי להכריע במחלוקת בדבר טיב התוכנה כפי שנמסרה על ידי הנתבעת, נסקור תחילה את ההתכתבות בין הצדדים. לאחר מכן נתמקד בתיאור מפורט של העובדות ושל טענות הצדדים המפורטות בסוגיות הבאות: מסמך סיכום הבדיקות נ/2; הסכם פורת; ניסיונות התקנת התוכנה בחברת טלדור; עובדות הכלולות בדו"ח הביניים של המומחית; מגבלת העבודה במקביל לתוכניות

שירות ויישום; הנדסת התוכנה של מוסדית; גמישות מוסדית לשינויים – תחזוקת מוסדית; העדר מערכת נעילה ויידוע; הקלדה ידנית של שערי מטבע ומדדים; אופן ארגון בסיס הנתונים; מחדלה הנטען של התובעת באי הפעלת מוסדית, הרצתה, יישומה והטמעתה; ושאלת תחולת חוק המכר על עניינו. לאחר כל אלה תובא ההכרעה במחלוקת שבכותרת.

ד(2)א. ההתכתבות בין הצדדים

29. **התובעת** מפנה למכתבו של שקד מיום 21.12.98, לפיו הנתבעים ממשיכים להתקין גרסאות שלא עוברות אצלם בדיקות איכות מינימליות (נספח יג לתצהיר עדות ראשית - שקד), כמו גם להודעת שקד במכתבו כי ניהול בסיס הנתונים שונה ממה שתוכנן ואושר על פי דרישת התובעת וכי שיטת ניהול בסיס אחד לכל המוסדות אינה באה בחשבון ויש לעצור את המשך הפיתוח (נספח טו לתצהיר עדות ראשית - שקד). תשובת ציון לעניין זה הייתה כי אנשיו זוכרים סיכום של בסיס נתונים אחד וכך הם פעלו (נספח טז לתצהיר עדות ראשית שקד); אלא שבהצעת התשתיות (נספחים ה1 ו-ה2 לתצהיר עדות ראשית ציון) ציון עצמו כתב "לכל לקוח יהיה DB משלו...". זאת ועוד: במכתב מיום 6.8.99 מפרט שקד את ההשלמות והתיקונים הנדרשים (נספח כה לתצהיר עדות ראשית - שקד). בתשובת ציון במכתבו מיום 16.8.99 הוא אינו טוען במועד מאוחר זה כי התוכנה הושלמה בהתאם למוסכם, אלא מציע למנות בורר (נספח כו לתצהיר עדות ראשית - שקד). יחד עם זאת ובאותו מכתב מיום 16.8.99 דוחה הנתבע 2 את דרישות התובעת, ולדידו יש לדבר על "מוסדית" כפי שהוגדרה במפרטי הניתוח והעיצוב.

30. גם במכתביו הנוספים מאשר ציון כי מה שנמסר לתובעת היא מערכת להמשך פיתוח (נספחים כז1, כז2 וכט לתצהיר ציון, שהם גם נספחים לג, לד לתצהיר שקד). יתרה מכך, ציון מבהיר במכתבו מיום 22.9.99 כי מה שתמסור הנתבעת 1 לתובעת זו מערכת שאפשר להמשיך ולפתחה אצלם או אצל שקד ובזו הלשון: "... כך או כך סיום אבן הדרך הראשונה יהיה במצב של מערכת תקינה וראויה לעבודה שאפשר להמשיך ולפתחה אצלנו או אצל שקד" (נספח כט לתצהיר עדות ראשית - שקד). כן טוענת התובעת כי גם לאחר התערבות עו"ד פורת, לא עלה בידי הנתבעים להוציא תחת ידם תוכנה תקינה, זאת כעולה מסעיף 2 למכתב עו"ד פורת מיום 13.10.99 (נספח ל' לתצהיר עדות

ראשית - שקד), לפיו ביקש שקד להבהיר כי גם לאחר ביצוע מושלם של העדכונים והתוספות, לא תתאפשר לדעתו, מסירתה של מערכת תקינה ועובדת כמוסכם על הכול.

31. **לשיטת הנתבעים**, התייחסות התובעת למכתבי ציון מיום 22.9.99 (נספח כח2 לתצהיר עדות ראשית – ציון) ומיום 20.10.99 (נספח כט לתצהיר עדות ראשית ציון), לפיה כביכול עולה מהם כי מוסדית תימסר לתובעת כשאיננה תקינה ועובדת אלא תימסר ל"המשך פיתוח" – נסתרת על פי לשון הסכם פורת, ודברי ציון בעניין זה הוצאו מהקשרם. כך, טוענים הנתבעים, כי לכל המעיין במכתבו של ציון מיום 9.9.99 (נספח כז 2 לתצהיר עדות ראשית ציון) ברור, כי ציון הציע לעו"ד פורת שתי אפשרויות: האחת, עצירה באותו שלב של הפיתוח והעברת המערכת כמות שהיא (לפי מפרטי המדריך למשתמש, היינו כפי שסוכם מלכתחילה בין הצדדים וללא תוספות ושינויים שנדרשו מעבר למוסכם) כנגד השלמת תשלום מחצית מיתרת הסכום לתשלום; והשנייה - הסכמה על מסירת המערכת על פי המפרטים שיוסכמו, כאמור בסעיף קטן א' למכתבו, כמערכת תקינה ועובדת, וזו לשון המכתב:

"*אנחנו נגיש שני מסמכים המגדירים את תכולת המערכת לאבן דרך הבאה:*

- *מסמך מדריך למשתמש שמכיל את כל הפונקציונאליות העכשווית של המערכת.*
- *מסמך שמגדיר את התוספות שבוצעו ותבוצענה עד לסיום / עצירה של אבן הדרך ראשונה...*

ג. במידה ולא תאשרו את המסמכים ולא נגיע לסיכום, זי-טק תהיה מוכנה להעביר את כל המערכת לשקד כמות שהיא (<u>לפי מפרטי המדריך למשתמש</u>)...".

32. גם במכתב עו"ד פורת מיום 12.9.99 שנכתב בתשובה למכתב ציון שלעיל (נספח כח1 לתצהיר עדות ראשית ציון) נאמר, כי בכפוף לאישור המסמכים ע"י שקד, זיטק תסיים את הפיתוח "למערכת פועלת" על פי האפיונים המוגדרים בשני המסמכים הנ"ל, היינו לפי התוספות והשינויים.

33. ציון השיב לעו"ד פורת במכתבו מיום 22.9.99 (נספח כח2 לתצהיר עדות ראשית – ציון), כי "... הדרך בה נסיים את הביצוע שיוגדר במסמכים

שנעביר אליכם או הדרך השנייה בה לא נגיע להסכמה על ביצוע תוספות ואז נעצור עם מערכת תקינה ועובדת לפי המוגדר במדריך למשתמש ...". עו"ד פורת השיב במכתב מיום 13.10.99 (נספח כט 1 לתצהיר עדות ראשית – ציון) וציין בסעיף 2 למכתבו כי מבקש להבהיר שגם לאחר ביצוע של "העדכונים והתוספות שבנדון" (היינו אלה המפורטים בריכוז עדכונים ותוספות מיום 18.8.99 שאליהם מתייחס מכתב זה) לא תתאפשר, לדעתו, מסירתה של "מערכת תקינה ועובדת" כמוסכם על הכול, וממשיך וכותב: "רצ"ב רשימה של השלמות, עדכונים ותוספות הכרחיים, לדעתו של שקד, על מנת למסור מערכת תקינה ועובדת". לדידם של הנתבעים, משמעות הדברים הללו היא כי אין מדובר בקביעה קטגורית לפיה לא תתאפשר מסירתה של "מערכת תקינה ועובדת" בכל מקרה, אלא נהפוך הוא – עו"ד פורת מצרף למכתבו רשימת השלמות, עדכונים ותוספות שהכרחיים לדעתו של שקד, על מנת שאכן ניתן יהיה למסור "מערכת תקינה ועובדת", כפי שאכן ארע בפועל על פי הסכם פורת. זאת ועוד, במכתבו המאוחר יותר של עו"ד פורת מיום 23.11.99 (נספח ל 6 לתצהיר עדות ראשית – ציון), נכתב כי "... הצדדים מסכימים לגבי עניין אחד והוא העובדה כי מסמכי האפיון והעיצוב מחייבים את שני הצדדים, כמות שהם – שקד לא תדרוש דבר מעבר למוגדר באותם מסמכים וזי-טק תבצע כל דבר הכלול בהם"; וכן "אם העבודה ע"פ חליפת המכתבים תסתיים בהצלחה ותותקן אצל שקד ורסיה ראשונה של התוכנה – "מערכת תקינה ועובדת", כמוסכם על הכול, לא נדרש עוד לאותה הסכמה בסיסית...". דעתי היא כי בכך שנאמר כי שקד לא תדרוש מעבר למוגדר באותם מסמכים יש כדי להצביע על מסקנה הפוכה, לפיה אין מדובר בתוספות ושינויים אלא במה שמלכתחילה סוכם בין הצדדים. זאת ועוד, במכתב הנ"ל נכתב גם כי "הגדרת העבודות שנותרו לביצוע אינה מחליפה את ההסכמה הבסיסית הנ"ל ..."; משמע - הגדרת העבודות שנותרו לביצוע באה בגדרה של ההסכמה הבסיסית, לפחות לשיטת שקד.

34. הנתבעים מפנים גם למכתב ציון מיום 28.11.99 (נספח ל7 לתצהיר עדות ראשית ציון), שהוא מענה למכתב עו"ד פורת הנ"ל, לפיו "בניסיון לעשות מאמץ כן אחרון לסיים את המערכת לשביעות רצונו של מר שקד, אנחנו מקבלים על עצמנו לבצע את כל אותם דברים עליהם התחייבנו במפורש בתכתובות מולך עד כה. כל העדכונים יבוצעו ללא תמורה נוספת ובלבד

שנסיים ביחד כראוי את פיתוח המערכת וכניסה לעבודה יצרנית". דברים אלו לשיטת הנתבעים מדברים בעד עצמם. על פי הודעתו של חיים לשקד מיום 12.12.99 (נספח לא לתצהיר עדות ראשית – ציון) תואמו הבדיקות הסופיות של מוסדית. בהודעה האמורה צוין בין היתר כי "השלמת הבדיקות בהצלחה תהווה אישור לעמידה בבדיקות המערכת". כן צוין כי "מדריך למשתמש סופי ומעודכן יופק בסמוך לסיום הבדיקות". בהתאם לכך הושלמו ביום 28.12.99 הבדיקות לשביעות רצונה של התובעת, זאת ע"פ אישור אביבית, נציגת התובעת (מוצג נ/2). המסקנה, לטענת הנתבעים, היא כי לפחות כל הפונקציות שהוגדרו במסמכי האפיון והעיצוב פועלות ותקינות. ביום הבדיקות כאמור מסר חיים לאביבית את המדריך למשתמש במוסדית (נספח לג לתצהיר עדות ראשית – ציון).

35. זאת ועוד, הנתבעים טוענים כי מוסדית נמסרה לתובעת ע"פ הסכם פורת כשהיא פועלת, תקינה ובהתאמה מלאה למסמכי האפיון והעיצוב, כאשר כל הפונקציות שעליה למלא, כמוגדר באותם מסמכים, פועלות ותקינות, זאת כעולה ממכתב שקד מיום 5.6.98 (נספח ו2 לתצהיר עדות ראשית - ציון), אשר לפיו "העיצוב מאושר, עקרונית".

36. בעניין זה מפנה **התובעת** לעדות שפר (מומחה שהעיד מטעמם של הנתבעים דווקא), בה הוא מאשר כי מסמך העיצוב צריך לכלול את המראה המפורט של כל המסמכים: "... מה שחשוב הוא להראות מה רואה המשתמש כי זה בעצם החוזה בין הספק ללקוח וחשוב מאוד שהלקוח יאשר שזה מה שהוא רוצה לקבל... את המסכים הוא חייב לראות" (עמ' 191 לפרו' ש' 28-30). עיון במסמך העיצוב (נספח ו1 לתצהיר עדות ראשית ציון) מלמד כי הוא אינו עומד בסטנדרט של שפר. בסעיף 4 עמ' 6 למסמך העיצוב, תחת הכותרת "מבנה מסכים" נכתב "טופס קליטת בעלי התחייבויות – יוצג במהלך הפיתוח". בעמ' 9 סעיף 4, תחת הכותרת "מבנה מסכים", נכתב "טופס בעל התחייבויות – יוצג בתהליך הפיתוח", וכן הלאה. ללמד, כי גם מסמך העיצוב אינו עומד בקריטריונים של מומחה הנתבעים עצמם, וממילא אין להסתמך עליו. כך גם כעולה מחוות דעת צבירן לפיה מסמך העיצוב, אשר אמור להוות את התשתית לבניית המערכת, אינו מכסה את הנושאים הבסיסיים שאמורים להיכלל בו ואינו ממלא את ייעודו וכי "ליקויים אלה מצביעים על חוסר

מקצועיות בתהליך עיצובה של מערכת "מוסדית" החדשה ומהווים להערכתי את שורש כל הרע למערכת הכושלת שהתקבלה" (ס' 27 לחוו"ד צבירן - מוצג ת/3).

37. **הנתבעים** ממשיכים וטוענים כי מסמך סיכום פעילות הבדיקות מיום 28.12.99 (להלן: סיכום הבדיקות, מוצג נ/2) החתום ע"י חיים ואביבית מלמד אף הוא שתקלות המערכת טופלו לשביעות רצונה של התובעת. כפי שעולה מחילופי התכתובות בין ציון לעו"ד פורת, בטרם התקיימו בדיקות הקבלה של מוסדית על ידי התובעת באמצעות אביבית במשרדי הנתבעת 1, הנתבעת 1 התקינה את מוסדית ביום 7.11.99 לבדיקותיו הסופיות של שקד, זאת כאמור במכתב ציון מיום 7.11.99 (נספח ל1 לתצהיר עדות ראשית ציון). עו"ד פורת עונה לציון ומברך על ההתקנה "הפתעה מאוד נעימה הייתה לי לשמוע על ההתקנה..." (נספח ל2 לתצהיר עדות ראשית – ציון). לאחר מכן, במכתב עו"ד פורת מיום 15.11.99 (נספח ל3 לתצהיר עדות ראשית – ציון), נכתבו בין היתר הדברים הבאים: "ראשית מבדיקת המערכת למול 'המדריך למשתמש' ולמול מסמך האפיון ומסמך העיצוב, לא נמצא חוסר של יישומים מהותיים, מלבד 'העיבודים המיוחדים', הקיימים במציאות וחסרים במדריך". כמו כן נכתב שם: "בהקשר זה רשמנו לפנינו את התחייבותכם כי כל הכלול במסמכים: מדריך למשתמש, מסמך האפיון ומסמך העיצוב – מחייב אתכם ויהיה קיים במערכת". מדברים אלו עולה מסקנה אחת, והיא כי כל הפונקציות שאמורות היו לפעול על פי מסמכי האפיון והעיצוב, שאין חולק כי הם אלו המהווים את המפרט שעל פיו הייתה הנתבעת 1 אמורה לספק לתובעת את המוסדית ע"פ הצעת המחיר (נספח ג' לתצהיר עדות ראשית – ציון) וההזמנה (נספח ד1 לתצהיר עדות ראשית – ציון), פעלו כבר בחודש נובמבר 1999. כפי שאישר אף מומחה התובעת פרופ' צבירן, בעדותו, מוסדית פותחה בהתאמה למסמכי האפיון והעיצוב (עמ' 138 לפרו' ש' 27-26). בהקשר זה יש לשים לב לכך שהמומחה האחר מטעם התובעת, ד"ר גלברד, העיד כי מוסדית לא פותחה בהתאמה למסמכי האפיון והעיצוב, אף לא ברמה הפונקציונאלית (עמ' 156 לפרו' ש' 27-21).

<u>ד(2)ב. סיכום הבדיקות נ/2</u>

38. הבדיקות שביצעה התובעת ביום 28.12.99 לקראת הסכם פורת ואשר תועדו במסמך נ/2, מלמדות כי במועד התקנתה של מוסדית אצל התובעת על פי הסכם פורת, כללה מוסדית את כל ההגדרות, הפונקציות והשימושים על פי מסמכי האפיון והעיצוב, כמו גם את כל התוספות והשינויים על פי דרישותיו של שקד, כאשר הם תקינים ופועלים. בדיקות אלו לא הובאו לעיונם של צבירן וגלברד, המומחים מטעם התובעת, עובר למתן חוות דעתם (עמ' 172 לפרו' ש' 29 - עמ' לפרו' 173 ש' 7). משהוצג בפניו מוצג נ/2 כאמור במהלך חקירתו הנגדית, העיד גלברד כי "מבחינה תיאורטית אישר הלקוח שהסתיימו הבדיקות בהצלחה. המשמעות של זה שהמערכת יוצאת לשטח וזה לא אומר שלא יהיו עוד תקלות וזה לא אומר שהלקוח או הספק חושבים שהמערכת נקייה מתקלות. עוברים למוד מבצעי, המערכת עברה מפיתוח למערכת מבצעית" (עמ' 155 לפרו' ש' 32-29). **התובעת טוענת** כי נ/2 אינו יכול להיחשב כבדיקת קבלה, זאת כעולה מעדות גלברד (עמ' 173-172 לפרו').ד"ר גלברד העיד כי לא מדובר במסמך המאפשר שיחזור של בדיקה כלשהי (עמ' 173 לפרו' ש' 22-21). **הנתבעים** טוענים לעניין זה כי אם אכן כך היה הדבר, אזי היה על התובעת לתמוך טענה זו ולהציג בפני בימ"ש דוגמא נכונה לסיכום בדיקות סופיות, ומשלא עשתה כן הרי שזוהי טענה בעלמא. לדידם של הנתבעים, שקד ואביבית אמורים להכיר טוב מכל הנוגעים בדבר את הפונקציות שעל מוסדית למלא וכפי שאמר בלום, המומחה מטעם הנתבעים, בעדותו, "הלקוח הוא איש עסקי וזו הסיבה שבדיקות הקבלה חייבות להיות של האיש העסקי... חייב להיות האיש העסקי בראייתו העסקית ולהגדיר מה הוא מצפה שיהיה במערכת" (עמ' 215 לפרו' ש' 25-23). מקום בו אושרו הבדיקות ע"י אביבית במסגרת נ/2, יש בכך כדי להעיד על מסירת מוסדית תקינה ועובדת. לגרסתו של שקד בסעיף 79.2 לתצהיר עדותו הראשית, לא ניתן לראות בבדיקות שבוצעו אצל זי טק, "ואפילו אם הם עברו בהצלחה", כלשונו, משום קבלת התוכנה. מדברים אלו עולה כי שקד מאשר שהבדיקות עברו בהצלחה ולכל הפחות אינו מכחיש זאת, אלא שלדידו אין לראות בהן משום קבלת התוכנה וזאת מטעמים השמורים עימו ושאינם קשורים למוסדית.

39. **לדידה של התובעת**, סיכום הבדיקות (מוצג נ/2) חסר משקל ראייתי ואינו מעיד על דבר, שכן אביבית לא הוסמכה לחתום בשם החברה בעניין זה והיא חתמה על נ/2 תוך חריגה מסמכות (עמ' 44 לפרו' ש' 24-24). **לדידם**

של הנתבעים זוהי גרסה המועלית לראשונה, בלחץ חקירתו הנגדית של שקד, על אף שנ/2 צורף כנספח ד לכתב ההגנה המתוקן. בסעיף 71.1 לכתב תביעתה עצמה, מציינת התובעת כי "בהתאם למוסכם, העמידה התובעת לרשות הפרויקט את אחת העובדות שלה, הגב' אביבית מזן – דבוש, כנציגה מטעמה אשר הייתה בקיאה בפעולת התוכנה הישנה כמי שהייתה קלדנית ומפעילה מנוסה וותיקה של מוסדית ל- DOS ובקיאה בכל היבטי הפעלתה". ברוח זו גם נכתב בהודעת חיים מיום 12.12.99 (נספח לא לתצהיר עדות ראשית ציון), כי עדיף שאביבית היא שתגיע למשרדי הנתבעת 1 שכן היא מכירה את המערכת. ברי כי אם אביבית התייצבה במשרדי הנתבעת 1, הרי שמי ששלחה הוא שקד בכבודו ובעצמו. לדידם של הנתבעים, משלא הזמינה התובעת את אביבית לעדות, יש להפעיל את החזקה לפיה בעל דין הנמנע מלהביא עד רלוונטי אשר יכול היה להביאו, העדות של העד היתה סותרת את גרסת בעל הדין.

<u>ד(2)ג. הסכם פורת</u>

40. על רקע היחסים בין הנתבעת 1 לתובעת הציעו הנתבעים לתובעת, כאמור במכתבו של מר ציון מיום 2.8.99 (נספח כא לתצהיר עדות ראשית ציון), שהתובעת תמנה איש מקצוע מטעמה. במכתבו של ציון מיום 16.8.99 (נספח כב לתצהיר עדות ראשית – ציון) ולאחר שהתובעת לא קיבלה את ההצעה הקודמת, הוצע שימונה בורר מוסכם שיוביל את השלמת תהליך הפיתוח ומסירת מוסדית לתובעת. שקד לא נענה גם להצעה זו (עמ' 50 לפרו' ש' 24 – עמ' 51 לפרו' ש' 7). בתגובה למכתבו האמור של ציון התקבל מכתבו של ב"כ התובעת, עו"ד פורת, מיום 18.8.99 (נספח כג לתצהיר עדות ראשית ציון), אשר הוביל את המשא ומתן לחתימת ההסכם למסירת מוסדית לתובעת.

41. בהסכם פורת (נספח לב לתצהיר עדות ראשית ציון) אשר נחתם ע"י הצדדים ביום 10.1.00 סוכם, בין היתר, כי התוכנה תותקן ביום 17.1.00 אצל התובעת, ולאחר מכן יעביר עו"ד פורת לציון את הכסף, אלא אם יש כשל קריטי במערכת. עוד סוכם שם הנתבעת 1 תעניק שלושה חודשי אחריות מלאה למערכת מיום תום הבדיקה והשלמת התיקונים המהותיים שעלו בבדיקות וכן התקנת הסורסים המותקנים (זאת בהבדל מההסכם המקורי, בו

דובר על כך שתינתן שנה של אחריות מלאה, ללא תמורה נוספת). כמו כן הוסכם שהנתבעת 1 תעניק יומיים של חיים בגין הטמעה ויומיים של חיים בגין הדרכה. לאחר תום הבדיקות, הנתבעת 1 תעביר לתובעת, אם רצונה בכך, הצעת מחיר לשירות שנתי וכן הצעת מחיר לתמיכה שנתית בתוכניתן של התובעת. כן סוכם כי הסכום שישולם לנתבעת על פי הסכם פורת (ובהעדר כשל קריטי במערכת) יעמוד על 80% מהמחיר שנקבע וכי מלוא הסכום שישולם, יועבר לנתבעת רק לאחר התקנת הסורסים.

42. **לדידה של התובעת**, מסירת מוסדית ע"פ הסכם פורת אינו מהווה מסירה מוסדית תקינה ועובדת כמוסכם מלכתחילה, אלא מסירה לצורך המשך פיתוח התוכנה ע"י גורם אחר, שכן עובדה היא כי זמן רב לאחר מכן ביצעו הנתבעים עצמם פעולות תיקון והשלמה.

43. **לשיטת הנתבעים**, הסכם פורת היווה את סופו של תהליך מסירת התוכנה. טענת התובעת כאילו המסירה על פי הסכם זה נועדה לצורך המשך פיתוח התוכנה על ידי גורם אחר על מנת שניתן יהיה להמשיך בפיתוח ולהשלימו באמצעות צד ג', וכי לא היה בה משום מסירה סופית של הממכר, טענת שווא היא. בתשובה לשאלה לשם מה היה צורך ביומיים הטמעה, כאמור בהסכם פורת, השיב שקד בעדותו כי המילה "הטמעה" בהסכם: "זה מינוח של עו"ד שאין לו מושג במחשבים מפני שהטמעה זו הכנסת עבודה למערכת וכאן היה ברור לכל שהפיתוח לא הסתיים" (עמ' 45 לפרו' ש' 25-24). לעניין זה טוענים **הנתבעים** כי עסקינן בעו"ד של התובעת וכי משהתובעת לא זימנה אותו לעדות, יש להפעיל את החזקה שיסתור את דבריה. יתרה מכך, אם אכן לא הבין עו"ד פורת את המונח הטמעה, הרי ששקד מבין אותו והוא נכח בפגישה, חתם על המסמך ואף אישר בעדותו שהחתימה הינה שלו (עמ' 45 לפרו' ש' 27-26). לשאלת בית המשפט מדוע יש אבחנה בין יומיים להדרכה למשהו שהכותב קרא לו הטמעה ואתה חתמת, השיב שקד כי הכוונה הייתה לקבל מהם את הסורסים "פחדנו שגם את זה לא נקבל מהם" (עמ' 46 לפרו' ש' 13-12). על כך אומרים הנתבעים כי התשובה מערבת מין בשאינו מינו. לעניין זה טוענת **התובעת** בסיכומיה כי מטרתה העיקרית של התובעת בעת החתימה על הסכם פורת הייתה להבטיח קבלת תכניות המקור (סורסים) של התוכנה כדי למסרה להמשך פיתוח, ולכן שקד לא ייחס חשיבות לכך שהמסמך

כלל גם הוראות כאמור. זאת ועוד, לדידה, תוכנה מסוג מוסדית שלקח לנתבעת 1 שנתיים לפתחה ולחיים ימים על גבי ימים להתקינה, לא מטמיעים ביומיים.

44. עוד **טוענים הנתבעים** כי גם לשאלת בית המשפט מדוע יש לדבר על אפשרות של שירות ותמיכה שנתיים, השיב שקד: "הגישה של שי פורת כמגשר הייתה להרגיע את ציון ולתת לו הרגשה שאנחנו ממשיכים ביחסים ולא קוטעים את היחסים באיזו שהיא צורה, ובאותה רוח גם ביקשנו מהם הצעת מחיר להמשך פיתוח למרות שהיה ברור לציון שלא מהם יוזמן המשך הפיתוח. זה סעיף שנועד להרגיע את הרוחות" (עמ' 46 לפרו' ש' 24-20). הנתבעים טוענים כי הסיפא של תשובתו זו של שקד סותרת את רישת תשובתו הנ"ל, שכן אם ציון ידע שלא יוזמן ממנו דבר, היינו מערכת היחסים מופסקת, כיצד ניתן להרגיעו ולתת לו הרגשה שממשיכים לעבוד עמו?! לכך יש להוסיף את העובדה כי התובעת התקשרה עם חברת טלדור להסבתה של מוסדית – כפי שהיא – לתוכנת מדף (הסכם פיתוח בין השתיים הוא נספח נד לתצהיר עדות ראשית שקד), וכפי שנכתב בין היתר במסמך תמחור הסבת מערכת מוסדית לחברת שקד (מוצג נ/1) שעל בסיסו נחתם ההסכם ביניהן, תחת הכותרת "תכולת עבודה נדרשת לביצוע ההסבה", מה שהתבקשה טלדור לעשות בהקשר זה הוא: "הסבת מבנה הנתונים (כמות שהוא)".יתרה מכך, משהתבקש פרופ' צבירן להסביר מתן שלושה חודשי אחריות מלאה למערכת במסגרת הסכם פורת, השיב: "האחריות הזו היא לכך שהמערכת תעבוד ותהיה תואמת לחלוטין לדרישות שהועלו ממנה בשלב תכנונה כולל תפקוד מלא" (עמ' 200 לפרו' ש' 8-4). לטענת הנתבעים, זוהי ראיה לכך שמדובר במסירתה של מוסדית כמערכת תקינה ומתפקדת, שהרי אם לא כן לא היה מקום מלכתחילה להידרש לענייני אחריות.

45. **לדידה של התובעת**, עצם העובדה שהנתבעים הסכימו במסגרת הסכם פורת לקבל רק 80% מהתמורה שנקבעה בהסכמה המקורית מעידה על מוסדית כמוצר שאינו מוגמר. לעניין זה **הנתבעים טוענים** שלא כך הדבר, אלא ההנחה של 20% ניתנה במסגרת הסכם פורת כנגד הפחתת תקופת האחריות משנה לשלושה חודשים. לטענתם,על העובדה כי המשך תקופת האחריות מעבר למוסכם הינה שוות ערך מעיד התנאי בהסכם פורת, לפיו

הנתבעת 1 תעביר לתובעת, אם התובעת תרצה בכך, "הצעת מחיר לשירות שנתי". הנתבעים טוענים עוד כי בסיום תהליך המסירה על פי הסכם פורת העביר עו"ד פורת לנתבעת 1 את מלוא יתרת התמורה שהתובעת הפקידה בידיו, מבלי ששקד העלה כל טענה, מקלה ועד חמורה, בקשר עם מוסדית, מסירתה והתקנתה בלשכת השירות.

ד(2)ד. ניסיונות ההתקנה בטלדור

46. **לדידה של התובעת**, הכשלים בטלדור החלו כבר כשהנתבעת 1 ניסתה להתקין בטלדור את גרסת ה- SQL של תחנת הפיתוח מפרי פיתוחה, זאת כעולה ממכתב ציון מיום 28.5.00 אשר כותרתו "סיום פעילות והעברת ציוד" ובו מתועדות 14 שעות עבודה בגין התקנת מוסדית במשרדי טלדור (נספח לד לתצהיר עדות ראשית שקד). לאחר שחיים הצליח להתקין את תחנת הפיתוח ב- SQL בטלדור, ומשהושלמה פעולת התרגום ע"י טלדור, נכשל ניסיון האחרונה להתקין אצלה תחנת עבודה כאמור במכתב ציון מיום 19.6.00, בו מצוין כי נציגי טלדור אינם יכולים להשלים התקנת התוכנה (נספח לה לתצהיר עדות ראשית - שקד). כך גם נכתב במכתב שקד מיום 10.8.00 (נספח לט לתצהיר עדות ראשית – שקד), לפיו גם ניסיון של חיים מיום 7.8.00 להתקנת התוכנה במשרדי טלדור עלה בתוהו.

47. **לדידה של התובעת,** העובדה כי הנתבעת 1 לא חייבה אותה בגין ניסיונות ההתקנה בטלדור מלמדת שהבעיות לא נבעו מהתרגום של טלדור אלא מליקויים בתוכנה שפיתחו הנתבעים. חיזוק לכך נמצא במכתבו של הנתבע 2 מיום 19.6.00, לפיו "אם יתגלו תקלות שלא מאפשרות התקנה הן תתוקנה ללא חיוב" (נספח לה לתצהיר עדות ראשית שקד), וכן במכתב הנתבע 2 מיום 18.7.00, לפיו "כל תקלה בהתקנה שמקורה בתוכנה שפיתחנו תטופל ללא תמורה. בעיה שאינה נובעת מהתוכנה שפיתחנו, תחויב בתשלום" (נספח ל"ז לתצהיר עדות ראשית שקד). לדידה של התובעת, אין חולק כי הנתבעת 1 מעולם לא חייבה את התובעת בגין ניסיונות ההתקנה הכושלים בטלדור, ומכאן שהכשלים בהתקנה האמורה מקורם בתקלות בתוכנה שפיתחה הנתבעת 1. עוד טוענת התובעת כי כפי שעולה מסעיף 101 לתצהיר עדות ראשית שקד, טלדור הבהירה לשקד לראשונה בשלב זה, כי

התוכנה לקויה מן היסוד וכי לא ניתן יהיה להמשיך ולפתחה (עמ' 26 לפרו' ש' 5-10 עמ' 27 לפרו' ש' 21-8).

48. **לשיטת הנתבעים**, לא התגלו כל תקלות בהסבת מוסדית לתוכנת מדף ע"י טלדור. העובדה כי התובעת לא טרחה להעיד מי מטעם טלדור אומרת דרשני, ויש להפעיל את החזקה לפיה העדות תסתור גרסת התובעת, בדומה לאי העדת אביבית ועו"ד פורת. הנתבעים מפנים להסכם הסבת התוכנה בין התובעת לטלדור (נספח נד לתצהיר עדות ראשית שקד), אשר לא צורף לו העתק מהצעת טלדור אשר הוצג לשקד בחקירתו הנגדית (מוצג נ/2) והתברר כי לא בכדי; שכן בהצעת המחיר כאמור אין מילה וחצי מילה על המשך פיתוח, כנטען ע"י התובעת, פרט להסבה לתוכנת מדף. כך עולה גם מחקירתו הנגדית של שקד בעמ' 22 לפרו' ש' 21-1: "עשינו הסכם להסבה. זה לא הסכם להמשך פיתוח התוכנה. זה הסכם להסבה...". כן טען שקד בעדותו כי "היה בהסכם בע"פ שאמרתי להם שנעשה בשלב הראשון את ההסבה ובשלב השני נעשה המשך פיתוח..." (עמ' 22 לפרו' ש' 20-18).

49. עוד **טוענים הנתבעים** כי טלדור סיפקה לתובעת את תוכנת המדף על בסיס מוסדית שפותחה ע"י הנתבעת 1, אלא שהתובעת החליטה לזנוח את תוכנת המדף לטובת פיתוח פיתרון אינטרנטי. על פי תנאי התשלום שנקבעו בהתאם לאבני הדרך, התובעת הייתה אמורה לשלם לטלדור לשיעורין, כדלהלן: 30% בעת ביצוע ההזמנה, 50% בסיום הפיתוח – התקנה באתר, ו-20% בסיום בדיקות הקבלה. בהתאם לתצהיר עדות ראשית שקד, נתבעים מלוא הסכומים ששולמו לטלדור וסה"כ 75,054 ₪, שעה שע"פ ההסכם, הסבת מוסדית לתוכנת מדף היתה יכולה להתבצע על ידי תמורת סך של $15,600. המסקנה שהנתבעים טוענים לה היא כי טלדור סיפקה לתובעת את תוכנת המדף על בסיס מוסדית כפי שפותחה ע"י הנתבעת 1. התובעת שילמה לטלדור את התשלום האחרון על פי אבן הדרך האחרונה, ובידי שקד היה לקראת סוף שנת 2000 תוכנת מדף שאף בה החליטה התובעת לא לעשות שימוש מהטעם לפיו החליט שקד לזנוח את תוכנת המדף ולעבור לפיתוח פתרון אינטרנטי, וכפי העולה מעדות שקד: "ש. כאשר התקשרת עם טיקל תוכנת המדף הפסיקה לעניין אותך ת. הפיתרון של תוכנת מדף כבר לא היה רלבנטי והפיתרון האינטרנטי נועד לתת פתרונות ללקוחות שרוצים

להפעיל את המערכת באופן עצמאי ולתת לנו יתרון על המתחרים שלנו שהשיגו אותנו בשלב תוכנת המדף" (עמ' 61 לפרו' ש' 24-27). הנתבעים טוענים עוד כי טענות התובעת בסיכומיה לפיהן החל ממרץ 2000 ואילך מנסים הנתבעים להתקין את מוסדית ונכשלים שוב ושוב והתוכנה קורסת בכל פעם שכן במחשב מותקנות תוכנות המבוססות על ADO מעל 1.5, הן טענות מטעות שכן ההתקנה הנזכרת הינה התקנה במשרדי טלדור ולא אצל התובעת, שאצלה כאמור ההתקנה הסתיימה על פי הסכם פורת. ההתקנה בטלדור לא הייתה מבצעית ולא נועדה להמשך עבודה אלא לצורך הסבתה של מוסדית לתוכנת מדף, שהנתבעת נתבקשה לסייע בהתקנתה.

ד(2)ה. עובדות הכלולות בדו"ח הביניים של המומחית

50. בין הצדדים יש מחלוקת בשאלה האם ניתן להתייחס לנתונים שנכללו בדו"ח הביניים של המומחית כהגדרתה לעיל, נוכח העובדה שמינויה בוטל לאחר שדו"ח הביניים נכתב וטרם שערכה חוות דעת מטעמה, וכן נוכח החלטה שניתנה סמוך לפני תחילת שמיעת הראיות ואשר בה נדחתה בקשת התובעת לזמן את המומחית לדיון. **הנתבעים** טוענים כי העלאת טענות המבוססות על בדיקת מוסדית על ידי המומחית מנוגדות להחלטת בית המשפט מיום 13.6.07 (צורף נספח א' לסיכומי הנתבעים), לפיה "השאלה מה נמצא בבדיקות שנערכו במסגרת תהליך עבודתה של המומחית המוסכמת אשר מינויה בוטל בינתיים איננה שאלה שהכרעה בה דרושה, אלא להיפך, ברגע שמעוררים את השאלה הזו יהיה עלי לקבל את בקשת הנתבעים לזמן לעדות את אותה מומחית ולמעשה נקבע בעל פה חוות דעת ולו חלקית ממנה. תוצאה כזו סותרת את ההחלטה לבטל את המינוי שלה ...". לטעמי, ככל שמדובר בנתונים שלגביהם אין המומחית מביעה דעה, אלא בנתונים שהיא מציינת כעניין שבעובדה כאשר היא מתארת מה נמסר לה ומה נכלל במה שנמסר לה מבלי לחוות דעה, סבורני שאין מניעה מלהידרש להם. ביטול המינוי של המומחית פירושו שאין מקום לקבל בהליך זה הבעת דעה מצידה של המומחית, אולם עצם ביטול המינוי אין פירושו שמה שאירע בבדיקה אסור שיגיע לידיעת בית המשפט וכי יש להתעלם ממנו. יש הבדל בין הזמנת המומחית להעיד, אשר כמעט בוודאות תפתח פתח לניסיונות לקבל ממנה במהלך עדותה הבעות דעה בעניינים מסוימים ולכן לא הותרה לאחר שהמינוי בוטל, לבין בירור השאלה מה נמסר לבדיקת המומחית ועל ידי מי. זאת ועוד: בעדויות עדי ההגנה נחקרו עדי ההגנה באריכות בשאלה זו, ללא כל התנגדות

(ראו למשל: עמ' 123 ש' 26-21; עמ' 124 ש' 32 – עמ' 125 ש' 10; עמ' 126 ש' 28-24). על כן, גם אם מלכתחילה לא היה מקום להביא את הנתונים העובדתיים הנזכרים בדו"ח הביניים של המומחית לידיעת בית המשפט, הרי משהדבר נעשה ממילא במהלך שמיעת הראיות וללא התנגדות אין עוד מקום לחזור ולהתנגד בדיעבד במסגרת הסיכומים לקבילות המידע הזה, כפי שמנסים הנתבעים לעשות. להלן אדון בשני הנתונים שעניינם עלה בסיכומים.

51. מקוריות הדיסקט: **לטענת התובעת**, הדיסקט מחודש פברואר 2000 אותו הגישה לבדיקת המומחית הוא הדיסקט המקורי אשר נמסר לה ע"י הנתבעת 1 מכוח הסכם פורת. התובעת טוענת כי העדרו של קובץ התקנה (SETUP) בדיסקט זה, כפי שנכתב בדו"ח המומחית, הוא שגרם לכישלון התקנת מוסדית בזמן אמת. הראיה לכך היא כי תאריך הדיסקט המקורי לכאורה, אותו הציגה הנתבעת 1 לבדיקת המומחית, הינו מחודש מאי 2000, וברור כי אם לטענת הנתבעים הותקנה מוסדית במשרדי התובעת בהצלחה כבר ביום 17.1.00, אזי מדוע דיסקט ההתקנה שמסרה הנתבעת למומחית אינו נושא את אותו תאריך, אלא תאריך מאוחר יותר? התשובה לשאלה זו היא כי הנתבעים ניסו להסתיר את הדיסקט גרסת 17.1.00 (המקורי) באמצעות הצגת דיסקט שכלל לא נמסר לתובעת, אשר כולל SETUP להתקנה. לדידה של התובעת, טענות עדי הנתבעת בהקשר זה סותרות זו את זו וגם את העובדות שנחשפו בבדיקה. בסעיף 76 לתצהיר ציון נטען שביום 17.1.00 הושלמה התקנת התוכנה אצל התובעת ע"פ הסכם פורת. בסעיף 79 לתצהירו, טוען ציון כי ביום 9.2.00 בוצעו פעולות השלמה. בסעיף 80 לתצהיר עדות ראשית ציון הוא טוען כי ביום 30.5.00 נמסר ציוד, אלא שבנספח לז לתצהיר עדות ראשית ציון, שבו מופיעה רשימת הציוד שהושב לתובעת, נכתב כי במועד זה סופק בין היתר "דיסק התקנות" למערכת מוסדית. התובעת טוענת כי אם אכן ההתקנה הושלמה ב- 17.1.00, הרי שלא היה צורך בדיסק התקנות ביום 30.5.00, והרי זהו הדיסק שחיים הביא למומחית; מכאן, לשיטת התובעת, שאין שחר לטענת הנתבעים כי כבר ביום 17.1.00 בוצעה מסירה של התוכנה. לדידה של התובעת, עולה מעדויות הנתבעים כי אין להם מושג מה לגישתם מהווה מסירה סופית של התוכנה (עמ' 98-100 לפרו').

52. לטענות כאמור משיבים **הנתבעים,** כי אין כל סתירה בין התקנתה בפועל של מוסדית במועד אחד לבין מסירת דיסק ההתקנות במועד מאוחר יותר. בס' 48-49 לתצהיר ציון מפורט תהליך התקנת מוסדית בלשכת השירות של התובעת ועד למסירתה השלמה של מוסדית, ע"פ הסכם פורת. כך, יש להבחין בין מועד התקנת מוסדית למועד מסירת המסמכים, קוד המקור ובסופו של דבר הציוד ודיסק ההתקנות. הנתבעים מפנים לנספח לו3 לתצהיר עדות ראשית ציון, לפיו ביום 17.1.00 נערכה התקנת הגרסה האחרונה של מוסדית אצל התובעת, לרבות בדיקתה ע"י שקד עצמו והעברת הדרכה לשקד. ביום 9.2.00 נמסרו תוכניות המקור כנגד קבלת יתרת התשלום משקד, כן נמסר תיעוד טכני, לרבות בדיקה והדרכת שקד בנושא הדוחות, התקנת עיצוב חדש של דוחות על פי בקשת שקד, כוונון דוחות והצגת מוסדית לנציג בית תוכנה וכן הלאה. כמו כן מפנים הנתבעים לנספח לז לתצהיר עדות ראשית ציון, לפיו לאחר תום שלושת חודשי האחריות על פי הסכם המסירה, בתאריך 30.5.00, נמסרו לתובעת החומרות והתוכנות של התובעת שהיו אצל הנתבעת 1 כולל דיסק ההתקנות. זאת ניתן אף לראות במכתבו של ציון מיום 28.5.00 (נספח לט לתצהיר עדות ראשית ציון), אשר פותח במשפט "בשעה טובה, סיימנו את כל הכרוך בהתקנות המערכת" ומתחת לכותרת "אחריות וסיוע" נכתב "תקופת האחריות על המערכת תמה לפני כחודש ולמרות זאת הנחיתי להשלים את משימת העברת המערכת ללא כל חיוב נוסף". מהשתלשלות העניינים כאמור עולה כי אין כל סתירה בין התקנתה בפועל של מוסדית ע"י הנתבעת 1 במועד אחד ובין מסירת דיסק ההתקנות במועד שני, כאשר בין לבין מתבצעות פעולות של הטמעה והדרכה, כיוונונים, התקנת עיצוב חדש של דוחות וכיוצ"ב פעולות עד לסיום תקופת האחריות.

53. <u>ממצאי בדיקת מוסדית על ידי המומחית בדו"ח הביניים שלה</u>: לדידה של **התובעת,** המומחית כתבה במפגש מיום 17.9.03 שבתוכנה "הייתה חסרה הפנייה ל- MGutil". בחוות דעת גלברד (מוצג ת/5) נאמר כי התוכנה לא כללה ההפניה הנדרשת לרכיב תוכנת חב' מגן שמהווה חלק מהמוסדית. בס' 8.11 לחוות הדעת הוא ציין שחיים הסביר לו שעליו לייצר גרסת תוכנה חדשה כדי ליצור את ההפניה החסרה. על כך טוענת התובעת כי הוא נזכר באיחור. כך, במפגש מיום 18.9.03, כתבה המומחית: "... על פי זיטק הקבצים בדיסק

אך שכחו להתקינם". במפגש מיום 16.10.03, קבעה המומחית: "... בהסבת תשלומים למוסד הופיעה הודעת תקלה. ככל שנמשך תהליך ההסבה קיבלנו הודעות שגיאה נוספות. לא ניתן היה לדעת ממה נובעת השגיאה, לא הופיעה הודעה מתאימה בתהליך ההסבה". אכן הודעת תקלה הופיעה בגלל תאריך לא חוקי 30.2, אולם על התוכנה היה לייצר הודעת שגיאה המבהירה מה הוא מקור התקלה, אשר עלולה להתרחש בהקלדת נתונים רבים. זאת ועוד: במפגש מיום 19.11.03 קבעה המומחית: "בקליטת שערים נוצרה בעיה בכל הוספת תאריך חדש. המערכת מציגה באופן אוטומטי מציגה שערים לכל המטבעות אשר משמשים מוסד זה בביצוע תשלומים..." ובהמשך: "בעת ניסיון לביצוע תהליך תשלום נוצרו 227 רשומות במקום 609... הרשומות עם תאריך עתידי לא נכנסו לתהליך הגבייה... ביקשתי מחיים לבדוק מדוע הרשומות נקלטו עם תאריך שגוי אשר שיבש את נתוני המערכת"; ובהמשך: "ביצענו מחיקה של לקוח לאחר ביצוע תשלומים והפקנו שנית את דו"ח התשלומים לאותו תאריך, הלקוח אשר נמחק לא הופיע בדו"ח למרות שהתשלום בוצע והיה אמור לכלול גם רשומות אשר נמחקו". די בכך כדי להראות כי בכל מפגש ובכל בדיקה אשר נערכו ע"י המומחית נחשפו כשלים חמורים ויסודיים. כן טוענת התובעת כי הודאת חיים בשנת 2003 כי "במהלך הבדיקות ביקשתי לבחון כל תקלה לעומק, על מנת שניתן יהיה להבין את מהות התקלה ולהעמיד את הדברים על דיוקם" (סעיף 60 לתצהיר עדות ראשית חיים), מעידה על כך שהתוכנה שנמסרה אינה תקינה.

<u>ד(2)ו. מגבלת העבודה במקביל לתוכניות שירות ויישום</u>

54. **לטענת התובעת**, מערכת מוסדית אינה מסוגלת לפעול בסביבה עסקית אמיתית כי אם אך ורק בסביבה סטרילית, נקייה מכל רכיב תוכנה העושה שימוש ב- ADO מגרסה גבוהה יותר מאשר ADO 1.5. במסגרת זו לא ניתן, למשל, להפעיל את מוסדית על מחשבים שבהם הותקנו תוכנות כגון OFFICE 2000 וגרסאות עדכניות של Anti Virus.

55. במכתב מיום 22.8.00 מודה ציון כי לא ניתן להתקין את מוסדית מאחר ועל מחשב אחד מותקן אקספלורר 5 ועל השני אופיס 2000 (נספח מ לתצהיר עדות ראשית שקד). זאת כעולה גם ממכתב ציון מיום 28.8.00, לפיו ניתן יהיה להתקין את התוכנה רק על גבי מחשב שעליו מותקנות תוכנות

עתיקות כגון: חלונות 95 ואופיס 97 (זאת בשלהי שנת 2000).ף נספח מ5 לתצהיר עדות ראשית – ציון. כעולה ממכתב ציון, רק ביום 6.9.00 עלה בידי הנתבעים להתקין תחנת עבודה בטלדור (נספח מ7 לתצהיר עדות ראשית ציון), וזאת רק לאחר שבטלדור הועמדו לרשות הנתבעים מחשבים סטריליים שעליהם התוכנות ה"עתיקות" הנ"ל. לדידה של התובעת, במסמך האפיון או העיצוב אין זכר למגבלות האמורות. נהפוך הוא, ס' 1.1 מדבר מפורשות על כך שהתוכנה תתאים לתהליכי עבודה שילכו ויתפתחו בנתבעת. זהו כשל מהותי וקיצוני, שכן לא יעלה על הדעת כי תוכנה לא תוכל לפעול על מחשב שמותקנת בו תוכנה סטנדרטית המותקנת על כל מחשב, כפי שהבהירו גם מומחי התובעת בחוות דעתם [ס' 33 לחוו"ד צבירן (מוצג ת/3) ו-ס' 4.3 לחוו"ד גלברד (מוצג ת/4)]. בסעיף 33 לחוו"ד צבירן צוין כי "... מערכת מוסדית קרסה מייד עם הפעלת תוכנת האנטי וירוס ולא ניתן היה להפעילן במקביל. מגבלה זו הינה חמורה במיוחד שכן היא מעמידה את הפעלת מוסדית בניגוד מוחלט ללוגיקת ההפעלה של מערכת windows". בסעיף 34 לאותה חוות דעת צוין כי "... בשל ריבוי נקודות הכשל במערכת ובשל עוצמתה של כל אחת מנקודות הכשל ברור כי הדרך היחידה להתמודד עם ההשפעה המצרפית של כל הליקויים והכשלים המתוארים לעיל הינה כתיבתה מחדש של המערכת".

56. **התובעת** טוענת כי בחקירה נגדית של מומחי הנתבעים, הם התחמקו בעקביות מתשובה לשאלה: הייתכן שתוכנה שהוזמנה ב- 1998 וסופקה ב- 2000 לא תפעל כאשר על המחשב מותקנות תוכנות של שנת 2000 (חקירה נגדית שפר בעמ' 185 ש' 24 עד עמ' 188 ש' 22, ובכלל זה התחמקותו ממתן תשובות לשאלות ביהמ"ש בעמ' 186 ובעמ' 187; וכן חקירת בלום בעמ' 216 ש' 14-7). לגישת מומחים אלה בחקירתם הנגדית, אין פסול בכך שמי שהזמין תוכנה ב- 1998 ומקבל אותה בשנת 2000 לא יוכל להפעילה מאחר ולא הותאמה כלל לסביבת העבודה של שנת 2000, השנה בה נמסרה ללקוח, וזאת רק משום שהתוכנה הוזמנה בשנת 1998. שפר טוען בעדותו כי המערכת צריכה לעבוד לפי המפרט שעל פיו היא הוזמנה. במפרט כתוב על איזו מערכת הפעלה ואילו כלים היא אמורה לעבוד (עמ' 185 לפרו' ש' 26-27) בלום טוען בעדותו כי תוכנה צריכה לעבוד בסביבות העבודה שהוגדרו בעת חתימת החוזה בין המזמין לספק עמ' 216 לפרו' ש' 8). כן מפנה

התובעת לחוות דעתו המשלימה של בלום (מוצג נ/7א) בסעיף 5 עמ' 2, שם נאמר כי "5. לדוגמה ... אם בעת הרצת מערכת מוסדית אצל הלקוח היה עולה הצורך לאפשר למוסדית לרוץ במקביל לתוכנת חשבשבת או לתוכנת אנטי וירוס המשתמשות בטכנולוגיית ADO 2, אזי הפתרון הנכון (והפשוט) הוא לעדכן את גרסת com-pack לגרסה שתומכת ב- ADO 2, ככל הנראה ללא ביצוע שום שינוי בקוד של מוסדית". באותה חוות דעת ממשיך וטוען בלום, בעמ' 3, כי "למיטב ידיעתי, גרסת עדכון שכזו הייתה זמינה מייד עם הופעת טכנולוגיית ADO 2. משמעות הדבר היא שאם במהלך הבדיקות והיישום של מוסדית בחברת שקד הייתה בקשה או היה עולה צורך לשדרוג מוסדית לתמיכה בטכנולוגיית ADO 2, אזי היה מדובר בפעולת תחזוקה פשוטה, מהירה ושגרתית". לעניין מועד יציאת גרסת הקומפאק החדשה אשר תומכת ב- ADO 2 מעיד המומחה כי חוות דעתו כאמור מתבססת על הדברים שנמסרו לו מאת הנתבעים. כך גם אמר בעדותו: "כמו שאמרתי קודם, זה בהתאם למידע שקיבלתי מחב' זי טק ואני לא ביצעתי מחקר האם הדברים שנאמרו לי נכונים או לא. אני מניח שמה שהם אומרים לי מגובה במסמכים ועל בסיס זה כתבתי למיטב ידיעתי ולא שום אמירה מוחלטת" (עמ' 209 לפרו' ש' 24-22). במסגרת החקירה הנגדית הציג ב"כ התובעת תוצאות חיפוש ב-google המעלות כי גרסת הקומפאק החדשה האמורה יצאה לאור כבר ביולי 1998 (עמ' 209 לפרו' ש' 9-8). הנתבעים מנסים החל ממרץ 2000 להתקין את המוסדית ונכשלים שוב ושוב והתוכנה קורסת כל פעם מחדש, שכן במחשב מותקנות תוכנות המבוססות על ADO בגרסה גבוהה מ-1.5. לשיטת התובעת, הנתבעים עצמם טוענים כי הבעיה היא שהמוסדית נכתבה עם קומפאק המבוסס על ADO 1.5 (עמ' 157 לפרו' ש' 29). הדברים אינם מדויקים: המומחה מטעם התובעת הוא שהעיד כי חיים ציין בפניו כי אינו יכול לעבוד משום שעל המחשב מותקנות תוכנות העושות שימוש ב- ADO מגרסה מתקדמת מ-1.5; יחד עם זאת ברור שיש ממש בטענות התובעת בעניין זה, שהרי אם הפתרון הנכון והפשוט הוא שדרוג מוסדית לגרסת קומפאק המבוססת על ADO 2 (כנטען ע"י ד"ר בלום בסעיף 5 לחוות דעתו כאמור לעיל), ופתרון זה היה זמין כבר בשנת 1998 ולבטח בשנת 2000 (עמ' 208 למטה ועמ' 209 למעלה), איך יתכן כי הנתבעים לא שדרגו את הקומפאק ל-ADO 2 ופתרו בכך את כל הבעיות?

57. **הנתבעים** טוענים כי מדובר בטענה תיאורטית וחסרת יסוד, הואיל ובפועל בעיה זו לא עלתה כלל בעולם האמיתי של פעולת מוסדית, שכאמור לא הופעלה והורצה מעולם, אלא במסגרת התקנת מוסדית בטלדור. בחוו"ד שפר נכתב מפורשות כי "כל איש תוכנה מצוי יודע שלכל מוצר או מערכת תוכנה מוגדרת רשימה של גרסאות של מוצרי התשתית שלהן המערכת תואמת. אין יצרן תוכנה בעולם שיכול לטעון שמערכות התוכנה שהוא מפתח תתאמנה באופן אוטומטי לגרסאות עתידיות של מוצרי תשתית. בדיוק לשם כך מקובל בעולם התוכנה לספק שרות תחזוקה ... שרות זה מטרתו בין השאר להתאים את המערכת לגרסאות חדשות של תוכנות תשתית אשר מתעדכנות ומתקדמות באופן טבעי" (חוו"ד שפר עמ' 7; כן ראו חוו"ד בלום עמ' 4). דברים אלו באים לידי ביטוי גם בעדותו של שפר (עמ' 186 לפרו' ש' 5-1, 8-27, עמ' 187 לפרו' ש' 19 – עמ' 188 לפרו' ש' 6). כך העיד כי "בכל נקודת זמן וגם היום בשנת 2009 שיש תוכנה של נורטון אנטי וירוס יש כמה גרסאות נתמכות. ישנה הגרסה שיצאה השנה ויש גם גרסה שיצאה לפני שנה או שנתיים והיא עדיין נתמכת באותה חב' והיא עדיין מתעדכנת באופן שוטף ע"י עדכונים יומיים והיא עדיין מספקת הגנה ופעילה..." (עמ' 187 לפרו' ש' 16-12). המשמעות היא כי אם התובעת הייתה מריצה את מוסדית בלשכת השירות והיו מתגלות תקלות של התנגשויות עם תוכנות שירות, אזי במסגרת האחריות או במסגרת החוזה לשירות שנתי היה על הנתבעת 1 לפתור את התקלה. לחיזוק הדברים הללו טוענים הנתבעים כי גלברד הודה שכלל לא בדק באילו תוכנות שירות התובעת עשתה שימוש בלשכת השירות שלה (עמ' 155 לפרו' ש' 19-21), וצבירן הודה שכלל לא בדק את האפשרות של עבודה של מוסדית בסביבת אנטי וירוס התואם לתשתית ADO 1.5 (עמ' 144 לפרו' ש' 10-8). בתשובה לשאלה אם צבירן משתמש באקספלורר (דפדפן אינטרנט) בגרסה 8, השיב בשלילה (זוהי הגרסה החדשה והעדכנית של דפדפן האינטרנט נכון למועד עדותו), וכשנשאל מדוע השיב כי: "לא מצאתי לנכון לשדרג את המערכת וכל המערכות שאני עובד איתן לא דורשות שאני אשנה את הפלטפורמה של גרסת הדפדפן" (עמ' 147 לפרו' ש' 17-13). זאת ועוד, משנשאל "אם זה היה חכם, נכון וראוי לעשות את השדרוג לפני שאתה מוסר את התוכנה ללקוח בשלב הסופי ולפני ההרצה שלה אצל הלקוח" השיב צבירן כי לו המערכת הייתה מותקנת ובסביבתה היו מותקנות מערכות שירות שהיו מתאימות לגרסת הפיתוח, והוא היה נוכח שהתוכנה פועלת והיה נאמר שניתן

לשדרג את ADO באופן שיעבוד עם גרסאות מתקדמות "אני מניח שחוות דעתי הייתה נכתבת אחרת" (עמ' 148 לפרו' ש' 7-1). הנתבעים טוענים כי אין דוגמא טובה יותר מתשובה זו להדגמת חוסר הבסיס שבטענות התובעת והמומחים מטעמה, אשר בדקו את מוסדית שעות בודדות בטלדור מבלי שעיינו בתיעוד תשתית הפיתוח המרכזית בהנדסת התוכנה שלה, כאשר התקנתה לא הייתה בסביבת עבודתה הטבעית, אלא לצורך הסבתה בלבד, ולא היססו לכתוב את חוות דעתם, שהתבררו כשטחיות ובלתי מבוססות. המסקנה העולה מדברי צבירן הינה כי בעולם האמיתי, ולא זה ששקד ניסתה להציג בתביעה זו, צבירן לא היה מבצע שדרוג רכיבי תשתית במוסדית אלא רק לאחר הרצתה ויישומה אצל הלקוח.

58. עוד טוענים **הנתבעים ש**מומחי התובעת צבירן וגלברד אישרו בחקירתם הנגדית כי במועד תחילת פיתוח מוסדית (מרץ 1998), התשתית ADO 1.5 אשר עליה התבססה מוסדית הייתה התשתית הסטנדרטית העדכנית של מייקרוסופט לפיתוח מערכת מסוג מוסדית (עמ' 140 לפרו' ש' 29-17 ועמ' 157 לפרו' ש' 13-8). זאת בניגוד לאמור בחוות הדעת שהגישו, שלפיהן סביבת העבודה המגבילה המוכתבת על ידה, היינו השימוש ב- ADO 1.5, מגבילה את יכולתה לעבוד במקביל לתוכנות שירות סטנדרטיות. על כך מבססים הנתבעים את הטענה כי כי אין כל בסיס לטענותיהם אלה של צבירן וגלברד בחוות דעתם שבכתב, וכי ADO 1.5 היה באותה העת התשתית העדכנית של מייקרוסופט לפיתוח מערכת מסוג זה. עוד טוענים הנתבעים כי בניגוד לטענת התובעת לפיה השימוש ב- ADO 1.5 אינו הליקוי היחיד וכי הבעיה היא הנדסת התוכנה כולה אשר לקויה מן היסוד, אישר צבירן כי לטענתו כמו גם לטענת גלברד, המגבלה לעבוד במקביל עם תוכנות כחשבשבת ומכפל כמו גם לעבוד עם תוכנות שירות סטנדרטיות כאנטי וירוס, נובעת מהשימוש בגרסה הישנה של ADO (חקירה נגדית צבירן עמ' 141 לפרו' ש' 31-25, עמ' 142 לפרו' ש' 1). כן אישר כי אם רכיב ADO היה משודרג לגרסה חדשה יותר, סביר שלא הייתה מתרחשת ההתנגשות שעליה כתב בחוות דעתו, כאשר השיב: "יכול להיות שכן" (עמ' 141 לפרו' ש' 22-24). כמו כן אמר בתשובה לשאלה, שאם היה נעשה שדרוג של ADO הייתה נפתרת הבעיה: "יש הסתברות כזו" (עמ' 142 לפרו' ש' 5-2). כן אישר כי ההסתמכות של מוסדית על ADO 1.5 מנעה לטענתו את היכולת לעבוד עם

תוכנות אחרות במקביל ומכיוון שכאן נעצרה הבדיקה לא יכלו לבדוק אם יש בעיות נוספות מעבר, אולם אין ספק ש- ADO מגרסה מתקדמת יותר היה מסיר את המגבלה, אלא שצבירן מסכים שגרסת 1.5 של ADO הייתה המתקדמת בזמנה (עמ' 142 ש' 15-10) וכן מאשר כי במועד בו הייתה גרסת 1.5 של ADO העדכנית ניתן היה לעבוד עם כל תוכנות השירות במקביל, לרבות אנטי וירוס, דואר אלקטרוני וכן עם חשבשבת ומכפל (עמ' 142 לפרו' ש' 20-17). עוד מאשר צבירן בעדותו כי לא נבדקה על ידו האפשרות של עבודה של מוסדית בסביבת אנטי וירוס תואם לגרסת 1.5 של ADO (עמ' 144 לפרו' ש' 10-8). לטענת הנתבעים, מדברים אלו עולה כי הטענה שמוסדית איננה מסוגלת לפעול בסביבה עסקית אמיתית אלא רק סטרילית ונקייה וכי דרישה זו בלתי מקובלת ובלתי סבירה, היא מגוחכת ואבסורדית. לטענת הנתבעים, הוכח כי הנתבעת 1 עשתה שימוש ברכיבי הפיתוח הנכונים, המתאימים והעדכניים למועד בו פיתחה את מוסדית, לרבות ובמיוחד ב- 1.5 ADO, וכי אין הדבר מהווה מגבלה כלשהי שהרי זהו כלי פיתוח; וכן הוכח כי אילו הייתה מתעוררת בעיה אמיתית ולא תיאורטית בהתנגשותה של מוסדית עם תוכנות שירות בלשכת השירות של התובעת, אזי היה צורך כעניין סטנדרטי לחלוטין, במסגרת אחריות או שירות שנותן בית התוכנה, לשדרג או לעדכן רכיב כזה או אחר לרבות ובמקרה הצורך את רכיב ADO.

59. לטענת **התובעת**, במהלך חקירתו של בלום ניתנה התשובה הסותמת את הגולל על כל טענות הנתבעים בעניין רכיב ADO, וזאת הואיל ובלום לא בדק מתי גרסת עדכון של 2 ADO הייתה זמינה. **הנתבעים** משיבים לכך בטענה שאין זה הדבר המהותי, אלא המהות היא אלו גרסאות תואמות ומהו היחס בין גרסת 1.5 ADO ל- 2 ADO. כך או כך, אישרו מומחי התובעת כאמור כי גרסת 1.5 ADO הייתה הגרסה העדכנית ולכך התחייבה הנתבעת 1. אם התובעת הייתה מבצעת את השלב הבא לאחר שהותקנה אצלה מוסדית, והייתה מתחילה לבצע את שלב ההרצה במקביל, היישום וההטמעה של מוסדית, הרי ככל שהייתה מתעוררת בעיה של התנגשות מוסדית בתוכנות שירות, או אז ורק אז אמורה הייתה הנתבעת 1 להידרש לכך, וזאת במסגרת האחריות ולא בשום שלב קודם לכן.

60. הנתבעים מפנים גם לכך כי בחוו"ד בלום (מוצג נ/7א), שלל בלום מכל וכל את טענתו של גלברד כי היה על זיטק לשלב את רכיב ADO 1.5 כרכיב "פנימי", והסביר כי הפיכת ADO לרכיב פנימי, כפי שהציע ד"ר גלברד, מחייבת ביצוע שינויים (שינויים בשמות הקבצים, שינויים במיקום ההתקנה, שינויים בצורת הרישום במחשב ועוד). שינויים כאלו אסורים ע"פ תנאי הרישיון של מייקרוסופט, ומכאן שלא ניתן להפוך את ה- ADO לרכיב פנימי (חוו"ד בלום ס' 1 פרק ב' עמ' 5-4). צבירן אישר כי כאשר נעשה שימוש ברכיב ADO חייבים להתקינו לפי תנאי הרישיון של מייקרוסופט, אולם לא ידע לומר האם מייקרוסופט מאפשרת להשתמש בו כרכיב פנימי ומכל מקום לא שלל את האפשרות שהדבר אסור על פי תנאי הרישיון (עמ' 197 לפרו' ש' 32-29, ועמ' 198 ש' 1).

<u>ד(2)ז. הנדסת התוכנה של מוסדית</u>

61. **לדידה של התובעת**, מוסדית פותחה בהנדסת תוכנה לקויה מן היסוד, וכפי שהעידו גלברד וצבירן כי בניגוד לטענת הנתבעים, השימוש ב- ADO 1.5 בוודאי אינו הליקוי היחיד וכי הבעיה היא הנדסת התוכנה כולה אשר לקויה מן היסוד (גלברד בעמ' 157 לפרו' ש' 20 – עמ' 158 לפרו' ש' 10) . ד"ר גלברד העיד בחקירתו הנגדית: "ובסופו של דבר זי טק סיפקה את המערכת הכי לא גמישה" (עמ' 156 לפרו' ש' 24-21), וזאת כדבריו בניגוד למסמכי האפיון והעיצוב כפי שנוסחו ע"י הנתבעת עצמה, וכדבריו "ופה אנחנו במצב הפוך שבית התוכנה דורש מהלקוח להישאר מאחור" (עמ' 157 לפרו' ש' 25-24); "אולי זה לא נאמר אבל נאמר פה שכל הנדסת התוכנה לקויה ..." (עמ' 158 לפרו' ש' 4); "האסון הגדול שאין מעטפת שחוצצת ואם צריך לעשות שינוי מסיבה כלשהי צריך לעבור על כל מקום שבו המערכת קוראת לחבילה ולעדכן אותו. תחזוקתית זו טעות מוחלטת" (עמ' 162 לפרו' ש' 28-31 -עמ' 163 לפרו' ש' 17-16). בסעיף 28 לחוות דעתו הבהיר צבירן את הליקוי החמור באופן שילובם של רכיבי חב' מגן בתוכנה "בניגוד לכללים הבסיסיים של הנדסת תכנה" ובאופן אשר "מהווה מגבלה מהותית על אפשרות הפעלתה של המערכת לאורך זמן ועל גמישותה ... ליקוי זה מהווה סתירה מוחלטת לתכונת הגמישות שהובטחה במסמך האיפיון...". גלברד הבהיר בעמ' 159 ש 11-10: "ש. לשיטתך אם הנדסת התוכנה הייתה בסדר הייתי לוקח ADO מגרסה מתקדמת מתקין ורץ. ת. הייתי מביא את מוסדית עם כל

הספריות שלה והיא הייתה עובדת ללא קשר למה שמותקן על המחשב הזה. זה יכול להיות יוניקס ולינוקס ומה שאתה רוצה"; ובהמשך בשורות 17-19 "אתה צריך לייצר תוכנה שהיא תעבוד ולא משנה מהי הסביבה ואתה מייצר אותה שהיא תשתמש בספריות שלה ולא משנה מה נמצא בסביבה בהיקפה. היא צריכה להמשיך לפעול"; ובע' 160 שורות 3-6 "כל הנושא הזה הוא הנדסת תוכנה ... ולכן סיפור ה- ADO הוא תת מקרה של הנדסת תוכנה"; ובע' 160 ש 15-17 "ש. יש אפשרות לפתח תוכנה שתתאים עצמה לשנת 2009. ת. היא לא צריכה להתאים את עצמה. אתה מפעיל על המחשב שלך תוכנות דוס ישנות והן מתאימות את עצמן לעבוד היום? לא צריך לעשות כלום".

62. **הנתבעים טוענים** מנגד כי מוסדית פותחה בהנדסת תוכנה נכונה ומתאימה. הפרכת טענת התובעת באשר לשימוש בהנדסת תוכנה שאינה נכונה, עולה מעדויות מומחי התובעת עצמה. בהתאם לעדות גלברד, אם מוסדית הייתה מפותחת בהנדסת תוכנה נכונה, אזי על מנת לעבוד עם גרסאות חדשות של תוכנות שירות, כגון חשבשבת ומכפל, לא היה צריך לנגוע במוסדית ומעבר לשינוי במערכת הפעלה, הייתה מוסדית צריכה לעבוד "מבלי נגיעת יד אדם" (עמ' 160 לפרו' ש' 22-28). אלא שעדות גלברד כאמור נסתרת ע"י לא אחר מאשר עדותו של צבירן, אשר העיד כי המערכת פותחה בסביבה מסוימת וכאשר בונים מערכת נכון: "יש רכיבים רבים שלא דורשים שום שינוי, או שיכולים להשתדרג כלפי מעלה ללא בעיה. מאידך, בהנדסת תוכנה נכונה, יש רכיבים שדורשים התאמה וניתן להחליפם ללא קושי רב, כגון, למשל, התאמות של רכיבים במערכת של מגן..." (עמ' 147 לפרו' ש' 6-12); היינו בניגוד לעדות גלברד, לפיה מוסדית הייתה אמורה להתאים עצמה לעבודה עם תוכנות שירות בגרסאות מתקדמות ללא מגע יד אדם, צבירן מעיד כי כאשר בונים מערכת נכון הרי שעל מנת להתאימה לסביבה מתחדשת ומשתנה, הרי שלפי העניין, ישנם רכיבים שלא דורשים שינוי, רכיבים שניתן לשדרגם ורכיבים שיש להחליפם – דהיינו דרוש גם דרוש מגע יד אדם. ד"ר בלום תומך בגישה זו בחוות דעתו המשלימה (מוצג נ/7א).

63. **לטענת הנתבעים**, מוסדית פותחה לפי העקרונות המתקדמים ביותר של הנדסת תוכנה, כפי שהיו בזמן הפיתוח, תוך שימוש ברכיבים מחבילת הרכיבים

COM-PACK (להלן ולעיל: **קומפאק**) מפיתוחה של מגן הנדסת תוכנה בשיתוף מייקרוסופט. המדובר בחבילה המספקת מסגרת עבודה שלמה למימוש מודל השכבות לפיתוח מערכות מידע. בתצורה זאת נעשית אבחנה בין שלוש שכבות – שכבת הממשק למשתמש (GUI), שכבת האובייקטים העסקיים (BO) ושכבת מסד הנתונים (DB).

64. התשתית עליה התבססה המערכת שפותחה, הייתה סביבת חלונות 95 מהדורה עברית (מערכת 32 ביט), כלי הפיתוח Visual Basic 5, מסד הנתונים SQL Server מהדורה 6.5 ו- ADO 1.5. בחקירתם הנגדית, אישרו צבירן וגלברד כי במועד תחילת פיתוח מוסדית (מרץ 1998) התשתית האמורה, שעליה התבססה המערכת שפותחה, הייתה התשתית הסטנדרטית העדכנית של מייקרוסופט לפיתוח מערכת מסוג מוסדית (עמ' 140 לפרו' ש' 27-29, עמ' 157 לפרו' ש' 13-8). גלברד העיד "ש. לשיטתך אם הנדסת התוכנה הייתה בסדר הייתי לוקח ADO מגרסה מתקדמת מתקין ורץ? ת. הייתי מביא את מוסדית עם כל הספריות שלה והיא הייתה עובדת ללא קשר למה שמותקן על המחשב הזה. זה יכול להיות יוניקס ולינוקס ומה שאתה רוצה" (עמ' 159 לפרו' ש' 12-10, כך גם בש' 9-5), אלא שעדותו נסתרת ע"י לא אחר מאשר צבירן, שהעיד כי כוונתו ברישת סעיף 2 לחוות דעתו, בה תיאר את מערכת מוסדית וכתב כי היא יכולה להפעיל רק תוכנות שיודעות לעבוד בסביבת חלונות של מייקרוסופט ולא תוכנות אחרות, שעובדות למשל תחת מערכת הפעלה אחרת כמו יוניקס (עמ' 138 לפרו' ש' 32-28).

65. הנתבעת 1 הסתייעה במגן בכל שלבי הפיתוח, כעולה מעדות גלברד: "... שיטת 3 השכבות זו שיטת הפיתוח המקובלת..." (עמ' 162 לפרו' ש' 1). כך גם נלמד מחוות דעת בלום בעמ' 3 וכן מחוות דעת שפר בעמ' 5. שפר ובלום קבעו בחוות דעתם כי לצורך יישום ארכיטקטורת השכבות עשתה הנתבעת 1 שימוש בחבילת קומפאק, והוסבר אופן השימוש בחבילה ויתרונותיה הרבים (עמ' 4-3 לחוו"ד בלום ועמ' 7-5 לחוו"ד שפר).

66. צבירן וגלברד כלל לא עיינו, במסגרת המסמכים שהועברו לעיונם ע"י התובע, במסמכי התיעוד של חבילת קומפאק. גלברד מתייחס לראשונה לחבילת קומפאק בסעיף 2.2 לחוו"ד השלישית (ת/6) וטוען כנגד השימוש

שעשתה הנתבעת 1 בגרסה 1.3 של חבילת קומפאק, הואיל ומדובר בגרסה ראשונה של קומפאק, ללא ניסיון נצבר עשיר וזאת ללא שכבת קישור עוטפת, דבר היוצר תלות במוצר צד שלישי צעיר; אלא שהוא עצמו גם העיד כי מצד שני אם זה מוצר שמוביל טכנולוגי, לא היה מהסס להשתמש בו אלא שהיה עוטף אותו (עמ' 175 לפרו' ש' 17-19). צבירן אישר בחקירתו הנגדית את אופן מימוש מודל השכבות באמצעות חבילת קומפאק, כפי שנכתב במדריך למשתמש של חבילת קומפאק, על ידי מגן הנדסה (נספח לו2 לתצהיר עדות ראשית ציון). משנשאל באשר לרכיב העיקרי של חבילה זו, כפי שתואר בסעיף 2 בעמ' 3 לנספח לו2 (cpADORS), איזה פסול הוא מוצא בשיטת העבודה של מגן הנדסה, השיב: "אתה יוצא מנקודת הנחה שמה שרשום במדריך לימוד עצמי הוא אכן מה שנעשה בפיתוח התוכנה... נאמר לנו מפורשות שהוא (הכוונה לחיים) חרג משיטת השימוש הסטנדרטית על מנת להתגבר על בעיה של ביצועים" (עמ' 196 לפרו' ש' 16-28), היינו אינו רואה בעיה בבחירת חבילת קומפאק אלא בכך שחיים חרג ממנה. ממשיך צבירן ומאשר בעדותו כי "שכפי שהשימוש ברכיבים מתוארים בפרק תיאור כללי, זה הנדסת תוכנה נכונה, כך בונים מערכת" (עמ' 197 לפרו' ש' 3-5), היינו גם לדעתו לא היה כל פסול בבחירת חבילת קומפאק. ויודגש, אין מדובר בגרסת 1.1 של קומפאק אלא בגרסת 1.3.

67. מנגד, **טוענת התובעת** לעניין זה כי שפר טען בס' 8 לחוות דעתו, בפרק תחזוקת המערכת, כי "מובן שחשוב מאוד לבחור חבילת תשתית הכוללת שלדי תוכניות המבוססים על ניסיון יישומי רב"; אולם, חבילת קומפאק שבחרו הנתבעים הייתה גרסה 1.0, כלומר הגרסה הראשונה שחב' מגן יצרה, אשר לא היה לה שום ניסיון יישומי. ציון אישר שגרסת תוכנה 1.0 היא הגרסה הראשונה היוצאת לשוק (בע' 72 לפרו' ש' 29-30). גם שפר אישר בעדותו כי גרסת 1.0 היא הגרסה המסחרית הראשונה (עמ' 191 לפרו' ש' 13-14).

68. **לשיטת הנתבעים**, יש להעדיף חוות דעת המומחים מטעמם אשר חקרו ובדקו בקפידה את התוכנה, עיינו בכל המסמכים, לרבות בקוד המקור ובמסמכי חבילת קומפאק, ויש לקבוע כי בשאלות מקצועיות מתחום פיתוח תוכנת מחשב והנדסת התוכנה, התובעת לא הרימה נטל ההוכחה המוטל על כתפיה. כפי שעולה מחקירתם הנגדית של צבירן וגלברד, חוות דעתם (ת/3 ו-

ת/4) ניתנה לאחר פגישה אחת בת מספר שעות, שהתקיימה בתאריך 6.9.00, במשרדי טלדור, שבמסגרתה בדקו ביחד את מוסדית וקיבלו דברי הסבר של חיים – הא ותו לא (עמ' 136 ש' 30-32, עמ' 137 ש' 10-11, עמ' 195 ש' 10-16 לחקירתו הנגדית של צבירן – תומך בטענה למעט טענת קבלת דברי הסבר מחיים). כמו כן, מוסדית נבחנה ונבדקה ע"י מומחי התובעת בטלדור ולא "בסביבת עבודתה הטבעית", קרי על גבי המחשבים שבהם הותקנה על פי הסכם המסירה אצל התובעת, מהטעם הלכאורי, כפי שהוצג ע"י התובעת, כי מוסדית לא הותקנה אצל המשתמש בסביבת עבודתה הטבעית (כאמור בסעיף 4 לחוות דעת צבירן). כך, במענה לשאלה מדוע לא בדק את מוסדית שהותקנה על גבי שרת ושני מחשבים במשרדי שקד, השיב ששקד מסר לו שמוסדית שהותקנה במשרדים הותקנה בגרסת פיתוח ולא בגרסה סופית עובדת (עמ' 137 ש' 12-17). כך גם טען גלברד בעדותו כי לא הייתה מערכת בשקד (עמ' 156 ש' 8-12). הנתבעים טוענים שהעובדה כי שקד הפנה את המומחים לבדוק את מוסדית בטלדור ולא בסביבתה הטבעית אצל התובעת, אומרת דרשני .

69. הנתבעים מוסיפים וטוענים כי אין ליתן משקל לחוות דעתם של המומחים מטעם התובעת, שכן בחקירתם הנגדית עלו העובדות כדלקמן: כי הפונקציה היחידה שבדקו במוסדית היא הפונקציה של הזנת רשומת לקוח משני מקומות שונים (עמ' 194 לפרו' ש' 10-7); כי לא הפיקו חשבונית באמצעות מוסדית (עמ' 194 לפרו' ש' 12-11) ולפחות אינו זוכר שעשו כן; כי לא שידרו קובץ שמייצרת המערכת (עמ' 194 לפרו' ש' 16-15); כי ניסו להקים מוסד אך צבירן לא זכר את פרטי הבדיקה וכי לא בדקו את מוסדית בעומסים (עמ' 194 לפרו' ש' 22-19); כי לא פתחו את קוד המערכת (עמ' 195 לפרו' ש' 20-21); כי בעת מתן חוות דעתם, תיעוד חבילת קומפאק (נספח לו 2 לתצהיר עדות ראשית ציון) שפותחה ע"י מגן הנדסת תוכנה בשיתוף עם מייקרוסופט, ואשר מוסדית פותחה באמצעותה, לא היה בפניהם (עמ' 158 לפרו' ש' 21-31 לחקירתו הנגדית של גלברד, עמ' 195 ש' 23-22 לחקירתו הנגדית של צבירן); וכי למעשה ביססו חלק ממסקנותיהם בחוות הדעת לא על סמך בדיקתה והפעלתה של מוסדית אלא על סמך שאלות מגמתיות לחיים (עמ' 195 לפרו' ש' 31-24).

70. **מנגד טוענת התובעת**, כי אין ליתן לחוות דעת המומחים מטעם הנתבעים משקל שכן אינם מומחים בלתי תלויים. שפר שירת עם ציון ב- 8200 וגם היה שכיר שלו בפוינט מץ' (עמ' 177 לפרו' ש' 22-21) כך גם ד"ר בלום, מאשר בעדותו כי שרת ב- 8200 ומכיר את הנתבעים (עמ' 217 לפרו' ש' 1).

ד(2)ח. גמישות מוסדית לשינויים – תחזוקת מוסדית

71. **לטענת התובעת**, בשל כך שמוסדית פותחה בהנדסת תוכנה לקויה, היא איננה גמישה לשינויים ותחזוקתה איננה כלכלית. כך, טוען גלברד בסעיף 1.7.2 לחוות דעתו כי העובדה שבמערכת מוסדית לא עטפו את הרכיבים החיצוניים בשכבת קישור ואף לאחר שידעו שהם פוגעים בביצועי המערכת, הופכת את תחזוקת המערכת לבלתי כלכלית. בסעיף 3.3.2 צוין כי נעשה שימוש באובייקטים של תשתית שפותחו ע"י "גורמים חיצוניים" וזאת בלא לעטוף כל אחד מהרכיבים הנ"ל בשכבת קישור ועל כן לא מתקיימות במוסדית יכולות של אוטונומיה ותחזוקה, וכן, שהרכיבים החיצוניים נמצאו כפוגעים בביצועי המערכת. כן, בסעיף 31 לחוות דעתו, מציין פרופ' צבירן כי "התיעוד הטכני ... אינו מספק תיעוד מלא של מבנה המערכת ורכיביה... והופך את המערכת לבלתי ניתנת לתחזוקה". בסעיף 32 "...ברור כי גם אם הייתה המערכת עוברת את מבחני הקבלה ומותקנת אצל הלקוח, היא תהיה בלתי מעשית לתחזוקה מתקנת (תיקון ליקויים) ו/או לתחזוקה מרחיבה (תוספות ושינויים)... זאת בניגוד לתכונה בסיסית ומהותית המוגדרת במסמך האפיון".

72. **לטענת הנתבעים**, דברים אלו נסתרים ע"י המומחים מטעמם. כך, הן שפר והן בלום דוחים מסקנות גלברד ומביעים תמיהה הכיצד יכול גלברד לקבוע קביעות אלו מבלי לעיין בתיעוד של חבילת קומפאק ומבלי לדעת מה הן התכונות של הרכיבים בחבילה זו ואופן השימוש בהם, וכי טענותיו נובעות מחוסר הבנה של הטכנולוגיה בה פותחה מוסדית, הואיל וחברת קומפאק מספקת גם את הרכיבים (רכיבי ממשק המשתמש) וגם את שלד התוכנית (תבניות לפיהן מומשה התוכנה), כפי שבלום הסביר בפרק תחזוקת המערכת בעמ' 5 לחוו"ד בלום, ופירט כי חבילת קומפאק מספקת בעצמה מעטפת לרכיבי הממשק ולרכיבים תשתיתיים נוספים וחושפת לתוכניתן ממשק (interface) נתון. לא קיימת לשיטת המומחים כל בעיה בהחלפת המימוש הפנימי של רכיבים אלו. זאת לעומת שלד התוכנית, שההתייחסות אליו כאל

רכיב חיצוני הינה שגויה בעיקרה, שהרי השלד (התבנית) הוא המסגרת סביבה נבנתה מוסדית, וככזו לא ניתן לעטפה בשכבה נוספת ולא ניתן להחליפה. ע"פ חוו"ד שפר ובלום, המערכת פותחה בהנדסת תוכנה המאפשרת לה להיות גמישה לשינויים ועדכונים (פרק 5 בעמ' 8 לחוו"ד שפר ופרק "מערכת מוסדית" בעמ' 3-4 לחוו"ד בלום).

73. בנוסף על האמור, בחקירתו הנגדית הציג גלברד תזה לפיה אחת הטעויות שהוא מייחס לנתבעת 1 בפיתוח מוסדית היא פיתוח מוסדית באופן בו לא ניתן יהיה "להיפטר" מחבילת קומפאק כולה בעתיד (עמ' 162 לפרו' ש' 12-15), כאשר גלברד מציין באותה נשימה כי דבריו מבוססים על כך שחיים אמר לו שהוא לא "מבסוט" מהביצועים של חבילת מגן; אולם שמשעומת עם העובדה שהוא לא כתב עובדה מהותית זו בחוות דעתו וכי המציא אותה בלחץ עדותו, הפנה גלברד בתשובה לסעיפים 3.3.1 ו-3.3.5 לחוות דעתו. עיון בסעיפים אלו מעלה כי בחוות דעתו נכתב כי מתוך השיחה עם חיים "עמדתי על הכשלים הבאים בהנדסת התוכנה...", היינו הטענה הינה שמהצגת אופן פיתוח התוכנה ע"י חיים למדו גלברד וצבירן על כשליה. לא נכתב כי חיים עצמו הביע את אי שביעות רצונו מחבילת קומפאק. אכן, בחקירתו הנגדית אישר צבירן כי חיים האמין שעשה נכון ולא ראה פגם בגישה שהוא עבד (עמ' 196 לפרו' ש' 7-11).

74. כמו כן, אליבא דגלברד חבילת קומפאק הינה "ספריות" (עמ' 158 לפרו' ש' 23-26) ולא "טכנולוגיה" (עמ' 162 לפרו' ש' 21-22). כאשר התבקש להשיב אם הוא עומד על תשובתו שמדובר בספריות, גם לאור תיאור החבילה בסעיף 2 בעמ' 3 למדריך לימוד עצמי של קומפאק (נספח לו 2 לתצהיר עדות ראשית ציון), השיב: "הכל זה ספריה תשתיות ואת כולה אמור להיות אפשר להחליף" (עמ' 162 לפרו' ש' 26), ולאור זאת העיד כי כל רכיב בחבילה הוא עוטף ואף רכיב שלד (עמ' 163 לפרו' ש' 18-24).

75. משהעלה גלברד בחקירתו הנגדית "תזות" חדשות, במספר נושאים, הרשה בית המשפט לבלום להגיש חוות דעת משלימה (מוצג נ/7א), אשר בין שלושת הנושאים שנדונו בה נדונה גם התזה של עטיפת השלד. בחוו"ד המשלימה הנ"ל הבהיר בלום בסעיף 2 (בעמ' 2) כי עדותו של גלברד כי

חבילת קומפאק הינה אוסף של רכיבים בלבד "אינה נכונה לחלוטין". בהמשך מסביר בלום כי חבילת קומפאק בנויה משלד תוכנית ואוסף רכיבים הממומשים על ידה. המשמעות – "מדובר בתשתית מלאה (שאומצה ונתמכה על ידי מייקרוסופט עצמה בארץ, ויותר מאוחר בעולם)...". כמו כן, בסעיף 6 לחוות דעתו מסכם בלום כי הטענה התיאורטית שהיה צריך לעטוף את החבילה כולה מעידה על חוסר היכרות והבנה של מהות חבילה, וזאת מאחר והחלפתה: "כמוה כביטול כל תשתית המערכת והנדסת התוכנה ופיתוח מחדש ב- VB...". אל מול התזות הללו שהעלה גלברד בעדותו, ניתן פעם נוספת לעמתו מול תשובת צבירן, שאישר כאמור לעיל: "שכפי שהשימוש ברכיבים מתוארים בפרק תיאור כללי זה הנדסת תוכנה נכונה, כך בונים מערכת (עמ' 197 לפרו' ש' 5-3)".

76. עוד טוענים **הנתבעים** כי לטענות גלברד וצבירן, כתיבת קוד ישירות מול בסיס הנתונים ולא באמצעות רכיבי חבילת קומפאק היא טעות חמורה הפוגעת בהנדסת התוכנה ובתחזוקתה. טענות אלו עלו על רקע טענתם של צבירן וגלברד בחוות דעתם כי מוסדית "עלולה" לסבול מקשיי ביצועים (ס' 7 לחוו"ד צבירן). בלום הסביר בחוות דעתו (מוצג נ/7א) בסעיף 1 לפרק ג' כי בכל מערכת בה ישנם עיבודים המבוצעים על כמות גדולה של נתונים נכון לפתח את קטעי הקוד הרלוונטיים, בעבודה ישירה מול בסיס הנתונים, ולא דרך רכיב תשתית סטנדרטי של אותה מערכת ובמקרה דכאן רכיבי חבילת קומפאק. אליבא דבלום, ההצדקה לשימוש בגישה ישירה לבסיס הנתונים בעיבודים כבדים היא שבעבודה ישירה מול בסיס הנתונים, מגיעים לביצועים שיכולים להיות בסדרי גודל יותר מהירים ממהירות העבודה של רכיבי תשתית, שמיועדים לשימוש בתהליכי עיבוד שגרתיים מול המשתמש, וכי (סעיף 2 עמ' 6) כתיבת תהליך עיבוד כבד תוך שימוש בתשתיות המיועדות לעבודה מול המשתמש היא טעות שיכולה להביא לקריסה של המערכת מעל עומס נתון. המסקנה מדברים אלו היא כי מוסדית פותחה בהנדסת תוכנה מתאימה, נכונה ועדכנית, גמישה לשינויים ועדכונים, וכי אין כל בסיס לטענות גלברד וצבירן בחוות דעתם.

<u>ד(2)ט. העדר מערכת נעילה ויידוע</u>

77. **לשיטת התובעת**, בהתאם לחוו"ד צבירן בסעיף 3, הוברר במהלך הניסוי שנערך על ידו וע"י גלברד כי ניתן להזין במוסדית נתונים סותרים בשתי תחנות

עבודה כאשר המערכת איננה מבצעת נעילת נתונים הנמצאים בטיפולו של משתמש אחר ואיננה מיידעת את שאר המשתמשים בשינויים שבוצעו. אליבא דגלברד, עלות הוספת יכולת כזו למערכת במצבה, הינה כעלות פיתוח המערכת מחדש (חוו"ד גלברד ת/4 ס' 1.7.3). בחקירת גלברד בשאלת הכשל של הנתבעים בהכנסת מערכות נעילה ויידוע**,** הבהיר גלברד שהיה על הנתבעים לדאוג לקיום מערכת כזו חרף העובדה שזו לא הייתה חלק מה- SQL וכי היה עליהם לפתח זאת, מה גם שמערכת נעילה הייתה קיימת אפילו במוסדית גרסת DOS הישנה, אותה ביקשה התובעת לשדרג (עמ' 164 לפרו' ש' 29-30). המערכת של נעילה ויידוע חיונית במצב של ריבוי משתמשים. בסעיפים 58 ו- 59 לתצהיר עדות ראשית חיים, מנסה חיים להמעיט מחומרת הכשל החמור של אי התאמת התוכנה לעבודה נכונה בסביבה מרובת משתמשים בו זמנית. כאמור בתצהירו: "ע"פ תהליכי העבודה שהיו קיימים אצל שקד... לא אמור להיות עדכון של אותה רשומה במקביל ע"י קלדניות שונות.." (ס' 58); "... לא הייתה דרישה ספציפית בשום שלב בתכנון ובפיתוח התוכנה, למתן התראה למשתמש על ניסיון לעדכון רשומה שנשלפה אצל משתמש אחר. אם הייתה מתעוררת דרישה כזו, היה אפשר להשלימה בפשטות בכל שלב" (ס' 59); "כלומר אם התבצעה פעולה כזאת, הרי התבצעה בשוגג" (ס' 59); התובעת טוענת כי הפונקציה המגינה על רשומה מעבודה כפולה ללא יידוע מיועדת בדיוק למקרה שאירע בשוגג וכדי למנוע שתוצאת השגגה תהא הרת אסון, שהרי כל אחד מן העובדים על הרשומה סבור שהוא המעדכן האחרון שעה שחברו משנה בשגגה את נתוניו ללא ידיעתו. לא יעלה על הדעת שעובד א' ועובד ב' יעבדו שניהם על אותה רשומה בו זמנית ללא יידוע הדדי וללא הגנה על הרשומה.

78. **לשיטת הנתבעים**, גלברד ציין בס' 1.4 לחוו"ד (מוצג ת/4) כי במוסדית דוס הייתה אפשרות של נעילת נתונים. כשנשאל אם בדק את מוסדית בגרסת דוס השיב "הדגימו לי". לשאלה הספציפית אם ראה והדגימו לו את מנגנון נעילת הנתונים בדוס השיב: "לא זוכר. אבל ראיתי את אופן העבודה...". משנשאל איך ראה את המנגנון, השיב: " אני לא זוכר איך ראיתי את זה במוסדית. אני זוכר איך לא ראיתי את זה פעמיים בגרסת החלונות..." (עמ' 164 לפרו' ש' 27 - עמ' 165 לפרו' ש' 3). המסקנה העולה מדברים אלו היא כי גלברד לא בדק ולא ראה שבמוסדית דוס קיים מנגנון נעילת נתונים.

79. בס' 99 לתצהיר עדות ראשית ציון, מצהיר ציון כי מוסדית נבנתה לעבודה נכונה בסביבה מרובת משתמשים, הותקנה בסביבה כאמור, נבדקה ואושרה כך ע"י שקד. כן הצהיר כי בסדרי העבודה כפי שנמסרו לנתבעים ע"י התובעת לא היה כל צורך לדאוג "לנעילת" רשומות של אותו לקוח מפני עדכון בו זמנית ע"י מספר משתמשים. אם דרישה כזו הייתה עולה בכל שלב שהוא, הייתה מוספת האפשרות ללא כל בעיה מאחר וזוהי אפשרות ממגוון האפשרויות הקיימות בתשתית הפיתוח, המבוססת על מסד נתונים SQL התומך בריבוי משתמשים.

80. גלברד אישר בחקירתו הנגדית כי בשנת 1998 היה ב- SQL מנגנון נעילה, אך לדבריו לא היה מנגנון יידוע (Notification). בתשובה לשאלה אם בשנת 1998 מפתחי מייקרוסופט לא מצאו לנכון לכלול ב- SQL (שהינה תוכנת בסיס הנתונים של מייקרוסופט) מנגנון יידוע, מדוע הוא בא בעניין זה בטענות לנתבעת 1, השיב כי מדובר בהשקעה אדירה וכי על המפתח היה לפתח את זה לבד, במסגרת זו הציג דוג' שניתן היה למצוא את הפונקציה הזו בבסיס הנתונים אינפורמיקס, אך מייד אישר שאינפורמיקס לא עובד עם SQL. לטענתו זהו בסיס נתונים יותר טוב מ- SQL, אולם הוא אישר כי בסיס הנתונים אינפורמיקס אינו קיים היום (עמ' 165 לפרו' ש' 16 – עמ' 166 לפרו' ש' 6).

81. כמו כן, גלברד עומת עם העובדה שלא בדק אותה שזי טק לא נדרשה לכלול את הפונקציה של נעילה ויידוע וכי אין דרישה במסמך האפיון לנעילת נתונים, בשל שיטת העבודה אצל שקד. אליבא דגלברד, אם אין דרישה במסמך האפיון לנעילת נתונים זהו כשל במסמך, אלא שמפתחי הנתבעת 1 פיתחו את מוסדית חלונות, על פי דרישתו של שקד באופן זהה לפונקציה שהייתה קיימת במוסדית דוס (עמ' 166 לפרו' ש' 32-7).

<u>ד(2)י. הקלדה ידנית של שערי מטבע ומדדים</u>

82. **לשיטת התובעת**, העובדה שמערכת שעושה שימוש תדיר בשערי מטבע ומדדים אינה מכילה פונקציה שמאפשרת הזנת מדד או שער מרשימה אחת, ומאלצת הקלדה ידנית של שערי מטבע ושל מדדים שוב ושוב (ובכך פותחת פתח לטעויות רבות), היא תעודת עניות לנתבעת 1. הנתבעים לא היו סתם

ספקים אלא גם יועצים ומומחים, ולא תעלה על הדעת טענה לפיה הפונקציה אינה קיימת רק משום שהתובעת לא ביקשה זאת.

83. **לשיטת הנתבעים**, בס' 54 לתצהיר עדות ראשית חיים הצהיר חיים כי בניית תהליך עדכון השערים התבצע על פי מסמך העיצוב והנחיותיו של שקד, ובשום שלב, במהלך בדיקת התהליכים עשרות פעמים, על ידי שקד ואביבית, הנתבעת 1 לא התבקשה כי יילקחו שערי ברירת מחדל באופן אוטומטי ממקור אחיד כלשהו. כמו כן הדגיש חיים כי שקד דרש כי לכל מוסד יעודכנו שערים ספציפיים עבורו, ואף הפנה לס' 7.4 למכתבו של שקד מיום 6.8.99 (נספח כה לתצהיר עדות ראשית חיים) שכעולה ממנו דרש שקד כי: "יש לאפשר עדכון שערים לכל המטבעות למוסד, לאותו תאריך גבייה במסך אחד (טבלאי). ברירת המחדל בשדה תאריך – תאריך הגביה הקרוב. מיון שערים לפי קוד המטבע". דברים אלה עולים גם מעדותו של חיים (עמ' 130 לפרו' ש' 28 – עמ' 131 לפרו' ש' 2, 18 – עמ' 132 לפרו' ש' 2 ו- ש' 6-8).

84. **לטענת התובעת** לעניין זה, מסמך העיצוב אשר אמור להוות את התשתית לבניית המערכת, אינו מכסה את הנושאים הבסיסיים שאמורים להיכלל בו ואינו ממלא את ייעודו וכי "ליקויים אלה מצביעים על חוסר מקצועיות בתהליך עיצובה של מערכת "מוסדית" החדשה ומהווים להערכתי את שורש כל הרע למערכת הכושלת שהתקבלה" (ס' 27 לחוו"ד צבירן - מוצג ת/3).

<u>ד(2)יא. אופן ארגון בסיס הנתונים</u>

85. **לשיטת התובעת,** בניגוד למוסכם בין הצדדים פיתחה הנתבעת 1 את מוסדית באופן בו בסיס הנתונים הוא אחד**.** לאור זאת, נשלחה הודעת שקד לפיה ניהול בסיס הנתונים שונה ממה שתוכנן ואושר על פי דרישת התובעת וכי שיטת ניהול בסיס אחד לכל המוסדות אינה באה בחשבון ויש לעצור את המשך הפיתוח (נספח טו לתצהיר עדות ראשית - שקד). תשובת ציון לעניין זה הייתה כי אנשיו זוכרים סיכום של בסיס נתונים אחד וכך הם פעלו (נספח טז לתצהיר עדות ראשית - שקד); אלא שבהצעת התשתיות (נספחים ה1 ו-ה2 לתצהיר עדות ראשית ציון), ציון עצמו כתב "לכל לקוח יהיה DB משלו...".

86. **לשיטת הנתבעים**, הנתבעת 1 פיתחה את מוסדית באופן בו בסיס הנתונים הוא אחד. אין כל מחלוקת, לדידם של הנתבעים, כי זו הייתה הדרך הנכונה לפתח את בסיס הנתונים של מוסדית. בתחילת הדרך שקד הציב לנתבעת 1 דרישה מפורשת של ניהול בסיס נתונים לכל לקוח בנפרד, כפי שעבד עם מוסדית בגרסת דוס. הואיל וכדעתם של כל המומחים, זו איננה הדרך הנכונה לניהול בסיס נתונים תחת SQL, הובהר לשקד במספר פגישות על ידי הצוות המקצועי של הנתבעת 1 כי זו איננה הדרך הנכונה, והנתבעת 1 פיתחה את מוסדית כשבסיס הנתונים הוא אחד. מכתבו של שקד מתאריך 8.1.99 (נספח טו לתצהיר עדות ראשית שקד), לפיו בסיס נתונים אחד לכל המוסדות אינו בא בחשבון ובמסגרתו דרש לעצור את הפיתוח, מדגים הלכה למעשה את מערכת היחסים בין הצדדים ואת ה"הכתבות" של שקד אף בנושאים מקצועיים מובהקים. למכתבו של שקד השיב ציון כי "אנשיי זוכרים סיכום של בסיס נתונים אחד וכך פעלו. מתכונת זו היא הנכונה ביותר בהיבטים המקצועיים" וכי אם שקד יעמוד על דרישתו, זיטק תעשה כן (נספח יד לתצהיר עדות ראשית ציון); אלא שהצוות המקצועי של הנתבעת 1 הצליח לשכנע את שקד כי אכן שיטת ניהול בסיס נתונים אחד לכל המוסדות היא השיטה הנכונה, והפיתוח נמשך כאשר בסיס הנתונים הוא אחד. הראיה לכך היא העדר טענה נוספת כלפי הנתבעת 1 לעניין זה, ולכל הפחות לא הוצגה ראיה כי נטען באשר לעניין זה פעם נוספת.

<u>ד(2)יב. מחדלה הנטען של התובעת באי הפעלת מוסדית, הרצתה, יישומה והטמעתה</u>

87. **לדידם של הנתבעים**, למרות כל בדיקות בקרת האיכות של בית התוכנה ולמרות הבדיקות המבוצעות על ידי המזמין בעת בדיקות הקבלה, אף מערכת לא יכולה להיות מוכנה ליישום מלא ללא תהליך הרצה במקביל על נתוני אמת. זאת כעולה מחוות דעתם של המומחים: בלום – "ברצוני להדגיש כי למרות כל הבדיקות שנעשות על מערכת ע"י צוותי הפיתוח ועל ידי אנשי בקרת האיכות (QA) בתום הפיתוח, ולמרות כל הבדיקות המבוצעות על ידי המזמין (בזמן בדיקות הקבלה), אף מערכת לא יכולה להיות מוכנה ליישום מלא ללא תהליך הרצה במקביל על חלק או על כל נתוני האמת ...". חוו"ד שפר – "להערכתי הכשל העיקרי הוא אי ביצוע הטמעה והרצה במקביל של המערכת החדשה ע"י חברת שקד וזאת לאחר שנציגתה אישרה בחתימתה את סיומן המוצלח של

ביצוע בדיקות המערכת". יתרה מכך: ע"פ המומחה מטעם התובעת, פרופ' צבירן, בחוות דעתו "שלב היישום וההטמעה מתייחס להתקנה של רכיבי המערכת והכנת המערכת והארגון לקראת הפעלת המערכת באופן שוטף. שלב זה כולל שלוש פעילויות עיקריות: התקנת המערכת ובדיקת תקינותה במחשבי המשתמש... הדרכת המשתמשים במערכת... הסבת המערכת... הסבת המערכת כרוכה בהסבת קבצים ונתונים, הסבת נוהלי ההפעלה, והפעלת המערכת במתכונתה הסופית...".

88. לדידם של הנתבעים רוב "התקלות" במוסדית אינן תקלות כלל, אלא נושאים העולים באופן שגרתי בתהליך יישום והרצתה של תוכנה שפותחה (כגון הצורך לטפל בעדכון רשומות במקביל, הצורך בשדרוג ADO להרצת תוכנות במקביל התומכות רק ב- ADO 2 או הרצת אנטי וירוס מגרסה מסוימת, או עדכון שער דולר יציג כברירת מחדל לכל המוסדות), שהיו צפים ועולים בתהליך היישום וההרצה במקביל של מוסדית והיו מטופלים ע"י הנתבעת 1 כעניין שגרתי וסטנדרטי, במסגרת שלושת חודשי האחריות שניתנו לתובעת בהתאם להסכם המסירה ואף לאחר מכן, אם היה מוזמן שירות תמיכה שנתית מהנתבעת 1. הנתבעים מפנים לעדות צבירן, לפיה האחריות בת השלושה חודשים למערכת, הינה לכך שהמערכת תעבוד ותהיה תואמת לחלוטין לדרישות שהועלו ממנה בשלב תכנונה כולל תפקוד מלא (בעמ' 200 לפרו' ש' 8-4).

ד(2)יג. תחולת חוק המכר, תשכ"ח-1968 על עניינו

89. **לדידה של התובעת**, ההוראה בחוק המכר, תשכ"ח-1968 המחייבת רוכש להודיע מיד למוכר על כל אי התאמה ולאפשר למוכר לתקנה מתייחסת למיטלטלין כגון שולחן ונועדה למנוע מצב שבו המזמין טוען שהשולחן שהוצב בביתו פגום, אך לא מאפשר לנגר לבוא לביתו לבדוק אותו, לקחתו לנגריה, לתקנו ולהחזירו מתוקן; אלא שבמקרה דנן, התוכנה הייתה אצל הנתבעים ממש כפי שהייתה אצל התובעת, והראיה לכך היא שהנתבעים הגישו את הדיסקט המקורי לבדיקת המומחית. לפיכך, ומאחר והיא אצלם, הם יכולים היו לקחת מומחה מטעמם בכל עת, לבדוק לתקן ולהודיע שתיקנו, אלא שהם לא עשו כן אף לא בשלב בו סוכם על פנייה למומחית לבדיקת התוכנה. לדידה, ציון רק רצה לברוח מהפרויקט: "...אנחנו לא מחזיקים אצלנו שום דבר שאינו

מאפשר להמשיך בלעדנו. אתה יכול לעשות הכול אצל לא מעט בתי תוכנה בתמורה לכסף שתשלם, וזאת העדפתנו" – כך כתב ציון בנספח לז לתצהיר שקד בתשובה למכתב שקד (נספח לו לתצהיר שקד), הדורש לתקן את התוכנה. אשר על כן, כל טענה לפיה התובעת לא אפשרה לנתבעים לתקן את מוסדית, דינה להידחות.

90. **לדידם של הנתבעים**, התובעת מנועה מלהעלות טענות של "אי התאמה" כמשמעותה בחוק המכר, תשכ"ח–1968. שקד לא טענה בכתב תביעתה המתוקן כי נתנה הודעה לנתבעת 1 על אי התאמתה של מוסדית, כנדרש בס' 14א לחוק המכר. התובעת גם לא טענה כי נתנה לנתבעת 1 הזדמנות לבדוק את התוכנה לאחר שנתנה לנתבעת 1 הודעה על אי התאמה, כנדרש בס' 17א לחוק המכר. כך, גם מכל התכתובות בין הצדדים לא עולה כי התובעת נתנה לנתבעת 1 הודעה על כי מוסדית איננה פועלת ותקינה בלשכת השירות של שקד ונתנה לנתבעת 1 הזדמנות לבדוק את אי ההתאמה הנטענת. כאמור, התובעת לא הפעילה את מוסדית בלשכת השירות, ולו לדקה, לאחר שמוסדית נמסרה לה ע"פ הסכם פורת. כן טוענים הנתבעים שאין בסיס לטענות התובעת כי חוק המכר חל רק על מיטלטלין "כשולחן", כאשר ס' 4 לחוק המכר מחיל את החוק אף על זכויות (ראה גם ס' 1 לחוק המיטלטלין). כאן המקום להעיר כי הצדדים לא טענו דבר לעניין חוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1973, אף שיתכן והיה מקום להחילו על ענייננו. משלא עשו כן, לא אדרש לכך.

ד(2)יד. ההכרעה בשאלת הליקויים ב"מוסדית" כפי שפותחה על ידי הנתבעת

91. בפתח הדברים נזכיר כי ככל שיש ליקויים נטענים ב"מוסדית" אשר מפריעים לשימוש השוטף בה או מכבידים עליו אולם יש בהם משום התאמה מלאה למסמכי האפיון והעיצוב, אין בכך כדי להועיל לנתבעת מהטעם הפשוט שהיא עצמה גם הכינה וכתבה את מסמכי האפיון והעיצוב. הנתבעת לא היתה רק מי שכתבה תוכנה לפי דרישות מפורטות שקיבלה לידיה. היא גם מי שהגדירה את אותן דרישות, לאחר שניתחה את המערכת הקיימת של התובעת. המשמעות היא שהתובעת לא רק עסקה בכתיבת תוכנה, אלא גם במתן הייעוץ שעל פיו הוגדו מטלות הכתיבה. היא גם ידעה היטב שהתובעת אינה נעזרת במומחה מתאים מטעמה באופן שוטף, והראיה לכך היא מסמכים

בהם היא אף דחקה בתובעת לעשות כן, אולם ידעה היטב כי הצעתה זו לא התקבלה על ידי התובעת, מה גם שההצעה הזו הועלתה רק בשלב מתקדם שלך התהליך ולא בשלב שבו הוגדו הפרמטרים של הפיתוח. הטענה כי המסמכים שהגדירו את אפיון המערכת ועיצובה (ומסמך התשתיות) אושרו על ידי התובעת אין בה כדי להועיל לנתבעת, מאחר והתובעת היא בגדר משתמש גרידא. אין לה המומחיות והידע הדרושים כדי לבחון לעומקם את הנושאים הללו. בנסיבות אלו, אישור התובעת אינו פוטר את הנתבעת, שהיא הגורם המקצועי מבין שני הצדדים, מאחריותה לכשלים בהגדרת האפיון, העיצוב והתשתיות של המערכת. על הנתבעת מוטלת האחריות גם לחסרים באפיון ובעיצוב או לטעויות בהגדרת התשתיות, אם היו. דוגמה לכך היא בעניין העדר מנגנוני נעילה של נתונים מפני הזנה על ידי שני משתמשים במקביל, והעדר מנגנון יידוע המתריע כי הגישה ננעלה משום שאותו נתון עצמו מעודכן כעת על ידי משתמש אחר. מנגנונים כאלה, ולמצער אחד מהם (ככל שאכן לא ניתן היה באותה תקופה לכלול את שני המנגנונים הללו בהינתן בסיס הנתונים שבו נעשה שימוש, אלא רק אחד מהם) חיוניים במערכת שאמורה לעבוד בסביבה מרובת משתמשים. מצופה ממי שמנתח את המערכת על מנת להגדיר את האפיון והעיצוב שלה, שלפחות יעלה את השאלה בפני הלקוח ויברר עמו האם סדרי העבודה בעסקו הם כאלה, שניתן לומר בבטחה שאין חשש מפני הזנה של אותו נתון על ידי שני משתמשים במקביל. הנתבעת אינה טוענת שהעלתה בפני התובעת את הנושא. הוא רק טוענת, ללא כל ראיה מוחשית שניתן להסתמך עליה, כי הוברר לה שסדרי העבודה אצל התובעת הם כאלה של קלדנית מטפלת במוסד (לקוח של התובעת) אחר, כך שלא סברה שיש צורך במנגנוני נעילה ויידוע; אלא שגם אם כך נאמר לה בתשובה לשאלה כללית בדבר סדרי העבודה אצל התובעת, היה עליה להעלות את השאלה האם ניתן להימנע מבניית מנגנון נעילה ויידוע מתאים. אין טענה שעשתה כן. בכך כשלה הנתבעת. הטענה כי לו היתה הדרישה עולה ניתן היה לבצעה בקלות אינה ממין העניין, לפחות ככל שעסקינן בשאלת האחריות ולא בנזק.

92. דין דומה חל גם בסוגיית ההקלדה הידנית של שערים ומדדים. מסתבר שב"מוסדית", כפי שפותחה על ידי הנתבעת, כל פעולה צמודה לשער או למדד כלשהם מצריכה הקלדה נפרדת של השער או של המדד הרלבנטיים. מדובר לא רק בתהליך שגוזל זמן רב של מי שעוסקים בהקלדת הנתונים, אלא

גם בתהליך מועד לטעויות בשל ריבוי ההקלדות. גם כאן נאחזת הנתבעת בטנה כי זו היתה דרישתו של מר שקד, אלא שלטעמי היה על הנתבעת להעמידו על המשמעות של הדבר הן מבחינת כמות העבודה והזמן הנדרשים לעבודה בשיטה זו והן מבחינת הגדלת כמות השגיאות המתחייבת, ולהציע הצעות חלופיות שתאפשרנה גמישות בהגדרת שערים ומדדים ללקוחות השונים של התובעת מבלי שתידרש הקלדה מחודשת של השער או המדד בכל פעולה ופעולה הצמודות לשער או למדד. היא לא עשתה כן, גם לטענתה. גם בכך כשלה.

93. גם בשאלת דרך ארגון בסיס הנתונים (בסיס אחד משותף לכל לקוחות התובעת, או בסיס נפרד לכל אחד מהלקוחות) מצאתי לנכון לקבל את עמדת התובעת. אין מדובר בדוגמא אופיינית לדרישותיו של מר שקד לשינויים במהלך הפיתוח, כטענת הנתבעים (אגב: לא עלה בידי למצוא הפניה מצד הנתבעים ל"דוגמא" אחרת לדרישות כאלה), אלא להיפך: מדובר בשגיאה נוספת של הנתבעת בתכנון המערכת. במסמך התשתיות כתב ציון עצמו שלכל אחד מלקוחות התובעת יהיה בסיס נתונים נפרד. לכן דרישתו של שקד לפעול כך, לאחר שהתברר לו שבפועל מהערכת מפותחת אחרת (עם בסיס נתונים משותף לכל לקוחותיו) אינה אלא דרישה לעמוד במה שהנתבעת עצמה הגדירה, דרישה לגיטימית לחלוטין. תשובתו של ציון לפיה אנשיו "זוכרים סיכום" על בסיס נתונים נפרד לכל לקוח אינה מקצועית, משום שהיא עומדת בניגוד למסמך התשתיות, וככל הנראה היא גם חסרת בסיס בעובדות. אכן, כיום אין עוד מחלוקת שדווקא הדרך של בסיס נתונים אחד היא הנכונה מקצועית, אולם את הטרוניה על כך שהיתה דרישה לעבוד בדרך שאינה נכונה מקצועית על הנתבעת להפנות אליה עצמה. בנוסף, הובר ששקד שוכנע על ידי הנתבעת כי הדרך שבה פעלה, ולא זו שנקבה בה במסמך העיצוב, היא הנכונה מבחינה מקצועית, והסכים לכך. הדבר מלמד על פתיחות מצדו של שקד, בניגוד לטענות הנתבעת.

94. למרות זאת, באתי למסקנה שאין באמור לעיל כדי להשפיע על התוצאה, וכי אין גם צורך להידרש למרבית המחלוקות האחרות שבין הצדדים שהובאו בפרק ד(2) לפסק הדין. הטעם לכך הוא הסכם פורת. זהו ההסכם המאוחר ביותר שבין התובעת לנתבעת. מדובר בחוזה חדש, שבא במקום קודמו לכל

דבר ועניין. בהסכם זה כבר אין מדובר יותר במסירת "מוסדית" לחלונות כדי שהיא תהיה התוכנה שעליה עובדת לשכת השירות של התובעת. שקד עצמו הגדיר את המטרה שלו בהסכם פורת כקבלת מה שפותח בינתיים, ובמיוחד קבלת קוד המקור ("סורסים") של התוכנה, כדי שניתן יהיה להמשיך את פיתוחה במקום אחר ובלבד שלא יתגלה "כשל קריטי" במה שנמסר. כשל "קריטי" כזה לא התגלה, והדבר נלמד מעצם העובדה שהסכום שהיה צריך להיות משולם לנתבעת אכן שולם לה, ללא כל מחאה מצד התובעת. גם המחלוקת לעניין משמעותו ומהותו של המסמך נ/2 אינה ממין העניין: אם, כטענת התובעת, מסמך זה אינו בגדר סיכום של בדיקות קבלה כהלכתן, הרי שפירוש הדבר כי התובעת טוענת שבדיקות קבלה כהלכתן מעולם לא בוצעו על ידי התובעת. מצב כזה אפשרי רק אם במועד מסירת התוכנה לפי הסכם פורת כלל לא היה מקום לבדיקות קבלה במובן שהיה רלבנטי לו היה מדובר בתוכנה שנמסרה על מנת שתהיה כלי העבודה של התובעת, משום שהתובעת כלל לא התכוונה לעבוד על התוכנה שנמסרה לה אלא רק רצתה להעבירה הלאה, להמשך פיתוח. מטעם זה הוגדר בהסכם פורת המבחן לזכאותה של הנתבעת לתשלום התמורה (המופחתת לכדי 80% מזו שהוסכמה במקור) לא כמבחן של עמידה במבחני קבלה, אלא כהעדר "כשל קריטי" בלבד. מאותו טעם עצמו גם דובר בהסכם פורת על יומיים של הדרכה ויומיים של הטמעה – משכי זמן קצרים ובלתי מספיקים בעליל (במיוחד לגבי ההטמעה) לו היה מדובר בתוכנה שנמסרה על מנת שתהיה לכלי העבודה של התובעת.

95. נוכח האמור לעיל, אין עוד חשיבות כמעט לכל השאלות שהעלו הצדדים בשאלת טיב פיתוחה של מוסדית, ובכלל שה לשאלות הבאות: יכולת המערכת לפעול בסביבה של תוכנות שירות עדכניות לשנת 2000 (בה בוצעה המסירה לפי הסכם פורת); התאמת התוכנה לגרסת ה-ADO העדכנית בשנת 2000; הנתונים שנמצאו בבדיקת התוכנה על ידי המומחית כפי שבאו לביטוי בדו"ח הביניים של המומחית; גמישות המערכת לתחזוקה וטיב הנדסת התוכנה שבה פותחה; ומחדליה הנטענים של התובעת עצמה בכלל ולפי חוק המכר, תשכ"ח-1968 (אם הוא חל על עניננו) בפרט. הנתבעת עשתה מלאכה שאין להתפאר בה, בלשון המעטה. למרות זאת, הסכם פורת טרף את הקלפים ויצר מציאות משפטית חדשה, לפיה תסתפק התובעת בקבלת המוצר כפי שהוא בכפוף להעדר "כשל קריטי" וכן תקבל ללא תשלום נוסף שני ימי

הדרכה, שני ימי הטמעה ושלושה חודשי שירות ותחזוקה. הכישלונות בהתקנת התוכנה ובהפעלתה ב"טלדור" אינם יכולים להיחשב ל"כשל קריטי" כמשמעותו בהסכם פורת. לפי הסכם פורת, כשל קריטי כזה היה צריך להתגלות תוך שבעת הימים שבין המסירה לבין העברת התשלום לנתבעת, ולא זהו המצב לעניין ניסיונות התקנה ב"טלדור", שהתקיימו כמה חודשים לאחר מכן. זאת ועוד: הנתבעת הודיעה גם בשלב של ניסיונות ההתקנה ב"טלדור", שהתקיים לאחר שכבר חלפו שלושת חודשי השירות ללא תשלום, כי תהיה מוכנה לתקן ליקויים (להבדיל משינויים) בעבודתה ללא חיוב. בכך פעלה כנדרש, ואולי אף מעבר לכך.

96. **המסקנה הכללית** היא כי לו היתה ההתקשרות המקורית נותרת כבסיס החוזי של יחסי הצדדים, נראה שהיה מקום לקבוע שהנתבעת הפרה את חיוביה ומכל מקום לא ביצעה אותם כנדרש, וכן נראה שהיה מקום לקבוע כי גם התובעת לא פעלה באופן מלא כפי שהיה עליה לפעול בבדיקת התוכנה, ערכית מבחני קבלה וכיוצא באלה; אלא שההתקשרות המקורית עברה מן העולם והוחלפה על ידי הצדדים בחוזה חדש, הוא הסכם פורת. בהסכם פורת לא נאמר כי הוא נערך מבלי שיהיה בו משום ויתור על תביעות וטענות, ולכן יש לראותו כחוזה שלא רק בא במקום קודמו, אלא גם כחוזה שאם יקוים לא ישובו עוד יחסי הצדדים להתבסס על החוזה הקודם שביניהם, אלא יוותרו על תביעות וטענות הנובעות מהחוזה הקודם. חוזה חדש זה לא הופר על ידי הנתבעת. ממילא יש לומר שבכך הקיץ הקץ על חבות אפשרית של הנתבעת בגין האופן בו פעלה עד לכריתתו.

<u>ד(3). האם התחייבה הנתבעת 1 לפיתוח תוכנת מדף</u>

97. **לשיטת התובעת**, התוכנה שהוזמנה ללשכת השירות תוכננה להיכתב מלכתחילה באופן שניתן יהיה לתרגמה בקלות ובמהירות לגרסה לתוכנת מדף. מעידים על כך טוב מכל נספחים ה1 ו-ה2 לתצהיר עדות ראשית ציון, שהם פרי עטו ומוחו של ציון. בשני המסמכים מצוין בבירור כי המערכת תכלול אפשרות עבודה ברשת, בין באמצעות בסיס נתונים SQL ובין באמצעות בסיס נתונים MDB (הרלבנטי למערכת עם משתמש אחד, כלומר לתוכנת מדף המיועדת להימסר ללקוחות) ואפשרות עבודה בתחנה אחת בבסיס נתונים MDB. נכון שסט העבודה מול MDB לא הוזמן בפועל מהנתבעת 1 וגם לא תוכניות

הסבה, אולם אין חולק כי התוכנה שנכתבה בהתאמה ל- SQL אמורה הייתה להיות ניתנת להסבה כאמור בעלות של $7,500 ואף סוכם עקרונית שתוסב כאמור, והראיה לכך במכתב רמי מדמון מיום 17/12/98: "5. התקנת גרסה למלאה לעבודה תהיה עד תאריך 18/1/99 6. בהמשך נסכם את הכנת הגרסה ללקוחות" (נספח י"א לתצהיר עדות ראשית שקד). מכתב שקד מיום 14/12/98 מוכיח חד משמעית כי התובעת אכן ציפתה להיות במצב שכבר תהיה ברשותה תכנת המדף, אך מצאה עצמה במצב שאפילו התוכנה ללשכת השירות לא מוכנה ועדיין אין מה להסב: "... אנו מעדכנים את לקוחותינו בדבר העיכוב בהתקנת התוכנה החדשה אצלם ונערכים להתמודדות עם תביעות מצידם..." (נספח י' לתצהיר עדות ראשית שקד). הוסכם בפברואר 1998, בנספחים ה1 ו-ה2 לתצהיר ציון, כי התוכנה ללשכת השירות תושלם עד ספטמבר 1998 בעלות של $52,500, והתובעת רשאית הייתה להסתמך על כך.

98. כן, **טוענת התובעת** כי כעולה ממכתביה, שעה שהתגלה כי הנתבעים בנו בסיס נתונים אחד לכל הלקוחות, דבר שעלול להתנגש עם הגרסה לתוכנת מדף, ביקש שקד כי יעצרו את הפיתוח כיוון שזה סותר את שהוסכם, לפיו הגרסה תהיה אחידה הן ללשכת השירות והן ללקוחות (ראו למשל נספח ט"ו לתצהיר עדות ראשית שקד).

99. **לדידם של הנתבעים**, התובעת הזמינה מהנתבעת 1 פיתוח של מוסדית ללשכת השירות של התובעת בלבד ובשום אופן לא תוכנת מדף למכירה ללקוחותיה, וזאת כאשר התובעת לא קיבלה את הצעת התשתיות (נספחים ה1 – ה2 לתצהיר עדות ראשית – ציון) לפתח מלכתחילה גרסה לתוכנת מדף בעלות נוספת של $7,500, אשר לא הוזמנה ע"י התובעת. לעניין זה מפנים הנתבעים אל מכתב הנתבעת 1 מיום 15.2.98 לאישור הצעת המחיר (נספח ד2 לתצהיר עדות ראשית – ציון) ולמכתב התובעת מאותו יום המאשר קבלת הצעת המחיר מיום 20.1.98 (נספח ד1 לתצהיר עדות ראשית – ציון), אשר לפיה המוצר שהוזמן הינו פיתוח מוסדית ללשכת השירות בלבד. כן, מפנים הנתבעים לחקירתו הנגדית של שקד, ממנה עולה כי אכן לא הוזמנה מוסדית בגרסה לתוכנת מדף בתחילת הדרך: "ש. אתה את התרגום לא הזמנת מהנתבעת ת. לא הגענו לשלב התרגום, אבל קיבלתי הצעת מחיר ודובר על

זה לאורך כל הדרך על תוכנת המדף והם היו דברים כרוכים זה בזה לאורך כל הדרך. ש. מפנה לנספח ה1 לתצהירו של מדמון – 'עדכון עלויות'. אתה אישרת את התוספת של $7,500 + מע"מ. ת. לא הגענו ליישום המערכת ועוד לא חתמנו על הסכם... ורציתי לדעת כמה יעלה בתום הפיתוח ללשכת השירות, ההסבה לתוכנת מדף. השלב הזה יכול להתבצע רק אחרי סיום הפיתוח ללשכת השירות" (עמ' 23 לפרו' ש' 27-20). "ש. זה שדיברתם על מה יקרה בעתיד אני יודע, אבל האם כאשר קיבלת את אותה הצעה ממדמון, האם הזמנת אותה בתחילת הדרך. ת. ההצעה לא הייתה לצורך הזמנת הפיתוח המיידי אלא לצורך הפיתוח לאחר תום השלמת הפיתוח ללשכת השירות. רציתי לדעת כמה יעלה לי השלב השני כבר עכשיו" (עמ' 24 לפרו' ש' 26-23). על אף טענת התובעת, לפיה הגרסה החלונאית הייתה אמורה לשמש, בסוף התהליך, הן בלשכת השירות של התובעת והן על מנת למוכרה ללקוחות התובעת כתוכנת מדף (ס' 16 לתצהיר עדות ראשית – ציון), הודה שקד בעדותו כי לא קיבל את הצעת הנתבעת 1 לפתח בד בבד לפיתוח הגרסה ללשכת השירות את הגרסה לתוכנת מדף, אלא העיד (ואף עדות זו שקרית) שהצעת המחיר נועדה: "... לצורך הפיתוח לאחר תום השלמת הפיתוח ללשכת השירות. רציתי לדעת כמה יעלה לי השלב השני כבר עכשיו" (עמ' 24 לפרו' ש' 26-23) וכן עדותו בעמ' 47 לפרו' ש' 20-19: "ש. הזמנת את הפיתוח שלו אז? ת. לא. בינואר 2000 ביקשתי את ההצעה...".

100. יתרה מכך: **הנתבעים** טוענים כי שקד פנה אל הנתבעת 1 לאחר שמוסדית נמסרה לו ע"פ הסכם פורת, לקבלת הצעת מחיר להסבת מוסדית לתוכנת מדף, וכפי העולה מהצעת המחיר של הנתבעת 1 להסבת מוסדית לתוכנת מדף במחיר של $33,110 מתאריך 22.2.00 (נספח לח לתצהיר עדות ראשית – ציון). בעדותו מאשר שקד כי אכן התקבלה אצלו ההצעה הנוספת כאמור ע"פ דרישתו (עמ' 26 לפרו' ש' 27-26) וכי ביקש הצעת המחיר הנוספת, על אף שכבר היה ידוע מה הוא הסכום לביצוע התוספת כאמור, רק כדי שיוכל להשוות להצעות מחיר אחרות (עמ' 26 לפרו' ש' 23). הנתבעים מפנים לסתירות בעדות שקד: מחד, טען כי "זאת לא הייתה התחייבות שלו ל- $7,500. זה לא במסגרת הסכם. זה במסגרת הצעה ראשונית" (עמ' 47 לפרו' ש' 9-8); ומאידך טען כי התחייבות הנתבעת 1 הייתה לפתח את המערכת לניהול גבייה כך שהיא תתאים גם לבסיס נתונים של

לשכת שירות SQL וגם ל- MDB (בסיס נתונים של תוכנת מדף) (עמ' 47 לפרו' ש' 13-12). בהמשך העיד כי ה- $7,500 היו הצעה ו"לא חתמנו" (עמ' 47 לפרו' ש' 18-15), ומאידך העיד שקיבל את ההצעה, ולבסוף כשנשאל אם הזמין השיב שלא: "ש. הזמנת את הפיתוח שלו אז? ת. לא. בינואר 2000 ביקשתי את ההצעה" (עמ' 47 לפרו' ש' 20-19). בהמשך חקירתו הנגדית, אישר מר שקד כי לא שילם לנתבעת 1 הסך של $7,500, שדובר שבתום הפיתוח יעברו לשלב הבא "ולזה לא הגענו", וכן כי ביקש מהנתבעת 1 (לאחר מסירת מוסדית ע"פ הסכם פורת) הצעת מחיר להסבת מוסדית לתוכנת מדף, וכי ההצעה הייתה לעשות כן במחיר של $33,110 (נספח לח לתצהיר עדות ראשית ציון), וכי טלדור הציעו לבצע את ההסבה במחיר של $15,000 וכי אותן ההצעות של טלדור והנתבעת 1 נועדו לבצע את הסבת מוסדית לתוכנת מדף, כפי שהוצע לתובעת מלכתחילה ע"י הנתבעת 1, הצעה שלא התקבלה על ידה (עמ' 59 לפרו' ש' 20 - עמ' 60 לפרו' ש' 8).

101. הנתבעים מפנים לעדות גלברד, אשר סמך חוות דעתו על המידע שקיבל מאת התובעת לפיו היה על הנתבעת 1 לפתח "...מערכת אחת לארגון גדול ומערכת נוספת לארגונים קטנים, תחנת עבודה אחת" (עמ' 154 לפרו' ש' 30-29), ואישר כי לא עיין בחוזה שבין הצדדים (עמ' 155 לפרו' ש' 11-8). בניגוד לאמור בסעיף 11 לחוו"ד צבירן, שם נאמר כי התובעת הזמינה מהנתבעת 1 גם פיתוח של תוכנת מדף, אישר צבירן בעדותו כי: "ת. הכוונה שהובהרה לי ע"י שקד הייתה שבעצם רצו לפתח את המערכת במה שנקרא גרסת לשכת השירות, קרי הגרסה שתעבוד במשרדי שקד וכן גרסה נוספת שתעבוד אצל לקוחות גדולים ועיקריים שיחפצו להתקינה אצלם. בשלב שחב' שקד התקשרה איתי נמסר לי שלאור מהלך פיתוח המערכת הוחלט להתמקד בגרסת לשכת השירות בלבד, כאשר גרסת הלקוחות הגדולים תפותח לאחר מכן. נאמר לי שיש גם הצעה לפיתוח שכזה אך ההצעה טרם נתקבלה באותה תקופה". "ש. כשאתה מדבר על גרסת התוכנה שתעבוד אצל לקוחות גדולים. אתה מתכוון לגרסת המחשב הבודד שתעבוד תחת אקסס או לא? ת. כן" (עמ' עמ' 137 לפרו' ש' 27 – עמ' 138 לפרו' ש' 3); "ש. האם לדעתך המערכת שפיתחה זיטק פותחה בהתאמה למסמכי האפיון והעיצוב? ת. כן. לפחות אלו שהגיעו אליי" (עמ' 138 לפרו' ש' 27-26). מדברים אלו עולה כי התובעת

הזמינה מהנתבעת 1 פיתוח מוסדית ללשכת השירות בלבד ומעולם לא הזמינה מהנתבעת פיתוח תוכנת מדף.

102. **ההכרעה** בשאלה האם הוזמנה גם תכנת מדף מהנתבעת היא, כי פיתוח תוכנת מדף לא הוזמן על ידי התובעת מהנתבעת. כפי שראינו לעיל, שקד הודה בעצמו בעדותו כי ההצעה שהתקבלה מהנתבעת בעניין זה התבקשה רק על מנת לקבוע מראש את מחירו של השלב הזה, שהוגדר מראש כ"שלב שני". אין חולק שהצדדים כלל לא הגיעו לאותו "שלב שני". לא במקרה אין בנמצא בכל שלל המסמכים שהוגשו על ידי הצדדים ולו מסמך אחד המעיד על מעבר מהשלב של הצעה לפיתוח תכנת מדף לשלב של הזמנת פיתוח כזה מהנתבעת: לא מסמך חוזי, ולא מסמך טכני. עם זאת, הקביעה כי התובעת לא התקשרה עם הנתבעת בחוזה בר תוקף לפיתוח תוכנת מדף אינה מחייבת בהכרח את המסקנה שהתובעת לא תוכל לתבוע פיצויים על ההפסדים שנגרמו לה בעניין תוכנת המדף, וזאת כחלק מהנזקים שנגרמו לה. לו היה נקבע שהנתבעת הפרה את החוזה שבין הצדדים בעניים פיתוח מוסדית ללשכת השירות, היה צורך לברר כיצד השפיעה הפרה זו על נושא פיתוח תכנת המדף והאם נגרמו הפסדים כתוצאה מאותה השפעה, וכן היה צורך לקבוע האם הפסדים כאלה הם חלק מהנזק שהיה על הנתבעת לראותו כתוצאה מסתברת של ההפרה. משנמצא שנוכח הסכם פורת, שבא במקום ההתקשרות המקורית שבין הצדדים, ונוכח פעולות הצדדים בעקבות הסכם פורת, לא ניתן עוד לייחס לתובעת הפרה של ההתקשרות החוזית המקורית, אין עוד צורך גם בדיון שעניינו אחריות אפשרית של הנתבעת בנושא עיכובים בפיתוח תכנת מדף שנבעו מהעיכובים והליקויים בפיתוח התכנה המיועדת ללשכת השירות.

<u>ד(4). שאלת האחריות האישית של הנתבע 2</u>

<u>ד(4)א. כללי</u>

103. משנקבע כי הסכם פורת יצר מציאות משפטית חדשה בין הצדדים וכי הנתבעת לא הפרה אותו ועל כן אינה נושאת בחבות כלפי התובעת, אין עוד משמעות מעשית לדיון בשאלת חבותו האישית של הנתבע 2, ציון. מעל לצורך, ורק מחמת שהצדדים השקיעו אנרגיה רבה בטיעון בשאלה זו, אסקור בקצרה את עיקר טיעוניהם בשאלה זו ואדון בהם בקיצור נמרץ.

104. בכתב תביעתה המתוקן (סעיפים 82-80) טענה התובעת כי ציון אחראי באופן אישי לנזקיה. בסעיפים אלה של התביעה, שהם היחידים הדנים בבסיס חבותו הנטענת של הנתבע, נטען כי חבותו האישית מבוססת על היותו מנהל הנתבעת, אשר הציג, ביודעין או ברשלנות או בחוסר תום לב מצגי שווא בדבר יכולתם של הנתבעת ושל העובדים שהקצה לכך לבצע בהצלחה את הפיתוח שהוזמן מהנתבעת (סעיף 80 לכתב התביעה המתוקן); וכן על כך שהוליך את הנתבעת שולל בהבטחותיו החוזרות ונשנות בדבר יכולתה של הנתבעת לתקן את הליקויים ולעמוד בהתחייבויות שהוסכמו בין הצדדים לעניין הפיתוח (סעיף 81 לכתב התביעה המתוקן). נראה שסעיף 80 לכתב התביעה המתוקן מתייחס לשלב הטרום חוזי, וסעיף 81 מתייחס לשלב קיום החוזה. הנתבעת היא חברה פרטית. ציון הוא המייסד והמנכ"ל שלה, והוא גם הבעלים של 99% ממניותיה (1% בידי אשתו) והשולט הבלעדי בה. מכל בחינה מעשית, הנתבעת היא עסקו הפרטי של ציון.

105. בסיכומיהם הפליגה התובעת, ובעקבותיה כמובן גם הנתבעים, הרחק מעבר לגבולות הצרים של הטענות דלעיל בכל הנוגע לחבותו הנטענת של ציון. אף שהנתבעים טענו בתוקף, גם במהלך הדיונים וגם בסיכומיהם, להרחבת חזית בעניין זה מצד התובעת, הם גם לא נטלו סיכון והשיבו גם לגופן לכל הטענות שהועלו בסיכומי התובעת כלפי ציון, ובכללן גם לטענות שלגביהן נטען שהן בגדר הרחבת חזית. להלן יובא תאור תמציתי של הטענות שהעלו הצדדים בסיכומיהם לעניין שאלת החבות האישית של ציון.

106. לדידה של **התובעת**, הוכח כי התקשרותה עם הנתבעת 1 נעשתה על סמך האמון בציון ובמיומנותו המקצועית והניהולית כפי שהציגה לשקד (ס' 17-20, 120 לתצהיר עדות ראשית שקד). כך גם כנטען ע"י ציון עצמו: "בתחילת שנת 1997... פנה אליי שקד ..." (סעיף 12 לתצהיר עדות ראשית- ציון). דהיינו, פניית שקד הייתה ישירות אל ציון עצמו ולא אל הנתבעת 1. ציון הציג בפני שקד בראש ובראשונה את כישוריו שלו (סעיף 9-5 לתצהיר עדות ראשית ציון) .כך ציין גם בסעיף 91 לתצהירו כי "... בתוכנות שהגיתי ופיתחתי עבור אחרים..."; ובהמשך: "לאור השכלתי וניסיוני, מגוחכת הטענה כי נזקקתי להצגת מצגי שווא". ציון אף אישר בחקירתו הנגדית כי אכן "אם הלקוח ישאל אותי על זיטק אז אני אספר לו על היכולות של זיטק שבין היתר הן היכולות

שלי" (עמ' 69 לפרו' ש' 2-1). באותה נשימה הציג ציון את הנתבעת שבשליטתו המלאה, כמי שמסוגלת לפתח עבור התובעת את המוסדית לחלונות (ס' 18-17 לתצהיר עדות ראשית שקד), ובכך יצר זהות בינו לבינה.

107. ציון הוא שניהל מול שקד את הדיאלוג לאורך כל הדרך. ציון הוא שניהל את המו"מ הטרום חוזי (ס' 14-13 לתצהיר עדות ראשית ציון, ס' 9 לתצהיר עדות ראשית חיים). ציון הוא שסגר את העסקה עם התובעת, ציון הוא שמינה את שמעון דהן (המצטיין) לכתוב את אפיון המערכת (ס' 16 לתצהיר עדות ראשית ציון ועמ 69 לפרו' ש' 11-10 ו-עמ' 107 לפרו' ש' 21-20) וכאשר דהן פרש מינה במקומו את אחיו חיים, חסר הכישורים (ס' 28 לתצהיר עדות ראשית – ציון). ציון מינה את העובדים שעיצבו ופיתחו את התוכנה (עמ' 77 לפרו' ש' 9-6), ציון הוא שהחליט על ההתקשרות עם חב' מגן, החלטה בעלות של $42,000 (עמ' 86 לפרו' ש' 6-5, עמ' 87 לפרו' ש' 16-7). ציון הוא שהחליט גם להוסיף את אחיו רמי לניהול הפרויקט (ס' 36 לתצהיר עדות ראשית - ציון).

108. כל ההתכתבות מטעם הנתבעת מול התובעת נוהלה, באופן כמעט בלעדי, על ידי ציון אשר הציג עצמו כמי שמעורה במתרחש והבטיח לשקד באופן אישי, לכל אורך הדרך, ש"הכול יהיה בסדר", כאשר פעם אחר פעם מתברר ששום דבר לא בסדר. דוגמא לכך ניתן לראות במכתבי ציון לשקד (נספח ט', י1, י2, יב ו- יד לתצהיר עדות ראית ציון). כך גם מצהיר ציון בתצהירו בסעיף 58: "הודעתי לשקד בסיום מכתבי שאינני מוכן להמשיך ולעבוד עוד במתכונת הישנה" בסעיף 67 (פסקה 2): "ביקשתי להביא את ההתקשרות ... לידי סיום, בכל דרך, כיוון שחשתי כי נקלעתי למבוי סתום מול שקד...". מהאמור לעיל עולה מסקנה אחת, ולפיה תפקודו של ציון בהתקשרות מול התובעת חרג מתפקוד שיגרתי של מנהל בחברה. ציון אכן הציג עצמו לשקד הן כבעל מומחיות אישית ומיומנות מקצועית, שעליהן סמך שקד, והן כבעל הבית השולט בעסקו. לא זו בלבד אלא שהנתבעת היא חברה פרטית קטנה, בבעלותו, בשליטתו ובניהולו הבלעדיים של ציון.

109. **הנתבעים** טוענים כי נוסף לכך שמדובר בטענה חדשה המהווה הרחבת חזית, טענות אלה הינן כוזבות. כך, בס' 17 לתצהיר עדות ראשית שקד מצהיר

נכתב: "בראשית שנת 1997 נוצר הקשר בין התובעת בין הנתבעת. בפגישות אחדות שהתקיימו ביני לבין הנתבע, הציג הנתבע את הנתבעת כחברה אשר מומחיותה בפיתוח תוכנה, כחברה בעלת ידע, ניסיון ... ואשר יכולה לפתח עבור התובעת את גרסת Windows של "מוסדית"... ". כמו גם, בסעיף 18 לתצהיר עדות ראשית שקד "הנתבע התגאה בפני, כי לנתבעת ולאנשיה מומחיות ספציפית בפיתוח תוכנות עסקיות ...". מדברים אלה של שקד מבקשים הנתבעים ללמוד כי שקד עצמו לא טוען כי פנה אל ציון אישית, ואף אינו טוען שציון הציג בפניו את כישוריו שלו, אלא את יכולותיה של הנתבעת 1 וניסיונה. לטענת הנתבעים יש להוסיף לכך את האמור בסעיף 31 לתצהירו של שקד, לפיו ציון הבטיח לשקד שילווה באופן אישי רצוף והדוק את כל שלבי פיתוח מוסדית, ואילו ציון מצהיר בס' 24 לתצהיר עדותו הראשית כי לא הבטיח כאמור, אולם מובן וברור שמתוקף תפקידו היה ציון מעורב וניהל את פיתוח מוסדית באמצעות עובדי הנתבעת 1. הטרמינולוגיה בה עשה שקד שימוש, לפיה ציון הבטיח "ללוות" את תהליך הפיתוח, משמע היה ברור לשקד כי ציון עצמו לא יבצע את הפיתוח אלא עובדי הנתבעת 1, כפי שאכן התרחש בפועל: העובדים הם שכתבו את מסמכי האפיון והעיצוב ופיתחו וכתבו את תוכנת מוסדית.

110. באשר לטענת התובעת כי ציון עצמו הוא שניהל את הדיאלוג ואת ההתכתבות, לרבות העובדה שהבטיח הבטחות ובין היתר השימוש שעשה ציון במכתביו ובדיאלוג עם שקד בגוף ראשון וכן העובדה שהוא עצמו מינה את עובדי הנתבעת 1 לתפקידים אלו ואחרים והנחה אותם, ובכך יש להטיל עליו אחריות אישית במובן זה שחרג מתפקוד שגרתי של מנהל בחברה, טוענים הנתבעים כי אנשים בשר ודם הם אלו שמנהלים חברות. חברה איננה יכולה לדבר ולכתוב ואין כל דבר מה חריג בתקשורת בין ציון כמנכ"ל הנתבעת לשקד כמנכ"ל התובעת, אף אם התקשורת הינה בגוף ראשון ואף אם מדובר בתקשורת אינטנסיבית. כמו כן, מינוי בעלי תפקידים בחברה הוא בגדר תפקוד שגרתי של מנהל בחברה.

<u>ד(4)ב. דיון והכרעה בשאלת החבות האישית של ציון</u>

111. נוכח ההיקף המצומצם, הכמעט טלגרפי, של הטענות שהועלו בכתב התביעה המתוקן כלפי ציון כבסיס לחבותו האישית הנטענת, ונוכח התנגדותם

העקבית של הנתבעים לכל הרחבת חזית, יש לומר כבר כעת כי דין כל טענה החורגת מהנטען בכתב התביעה המתוקן בנוגע לחבותו האישית של ציון להידחות מחמת הרחבת חזית ומבלי להידרש לגופה. כך, אין מקום לכל טענה שעניינה הרמת מסך. הרמת מסך היא סעד חריג ומיוחד. היא ללא ספק צריכה טיעון מפורש בכתב טענות, באשר הדין קובע שורה של תנאים מוקדמים להרמת מסך, תנאים שיש להם יסודות עובדתיים מובהקים. כתב תביעה חייב לכלול את כל העובדות המקימות את הזכות לסעדים המבוקשים בו, וכן פירוט של הסעדים. לא ניתן לעתור בסיכומים להרמת מסך מבלי לציין בכתב התביעה, בפרק הדן בחבות האישית הנטענת, כי זו מבוססת על הרמת מסך. בכתב התביעה המתוקן, בסעיפים הדנים בחבות האישית המיוחסת לציון, נזכרים רק דבר היותו מנהל הנתבעת והמצגים וההבטחות המיוחסים לו, אך אין כל זכר להיותו בעל המניות היחיד כמעט של הנתבעת ואין כל טענה שהחבות הנטענת מבוססת על אותה בעלות במניות. הרמת מסך אינה נעשית בין חברה למנהלה, אלא בין חברה לבעלי מניותיה (או בין חברות שונות באותו "אשכול חברות"). משלא נזכר עניין הרמת המסך בכתב התביעה המתוקן, ולא נזכר בו עניין בעלות ציון במניות בהקשר לחבותו הנטענת וכחלק מהבסיס לאותה חבות, וכן לא נטען בו קיומו של אף אחד המתנאים החלופיים שרק בהתקיימם מורם מסך התאגדות, חובה לקבוע שכל עניין הרמת המסך הוא הרחבת חזית אסורה שאין להידרש לה כלל. אין מקום לבסס הרחבת חזית גם על הרחבת הנכסים המיוחסת לציון, אף שקיומה נלמד לראשונה רק במהלך הדיון בבקשה בעניין עיקול זמני במהלך ההליכים כאן. גם בנסיבות כאחלה היה על התובעת לעתור לתיקון התביעה על ידי הוספת הטענה של הרמת מסך בגין הברחת נכסים הנטענת, והיא לא עשתה כן.

112. גם בהקשר לחבות האישית המבוססת על היות ציון מנהלה של הנתבעת, רוב הטענות המועלות בהקשר זה בסיכומי התובעת הן בגדר הרחבת חזית ברורה. כאמור לעיל, המעשים היחידים שבגינם יוחסה לציון חבות אישית בכתב התביעה המתוקן הם הבטחות ומצגים שעשה בשלב הטרם חוזי לעניין יכולתם של הנתבעת ואנשיה לעמוד במשימת הפיתוח, והבטחות במהלך תקופת ההתקשרות לתיקון הליקויים ולעמידה בכל ההתחייבויות. כל שאר הטענות המועלות כלפיו בסיכומי התובעת (בחירת חבילת רכיבים קומפאק שלא יושם בה כל ניסיון מעשי; בחירה באדם בלתי מתאים – חיים – לניהול הפיתוח

במקום מי שהחל במשימה זו ועזב; ביצוע הפיתוח גם על ידי חברת מגן, שלא כמוסכם; והבחירה בבסיס נתונים אחד) – כל אלה לא נזכרו בכתב התביעה המתוקן, ואין להידרש להן בהיותן הרחבת חזית מובהקת שנתקלה בהתנגדות עקבית.

113. אשר לטענות שעניינן הבטחות ומצגי שווא של ציון בשלב טרם חוזי, אין לקבל את הטענה לגופה ויש אף לומר שהיא נזנחה במידה רבה בסיכומי התובעת. פיתוח תוכנה חדשה עבור לקוח, לשימושו, היא בגדר משימה לא פשוטה שהלחתה אינה ודאית. מקל וחומר שאלו פני הדברים בתקופה הרלבנטית, בה מערכת ההפעלה "חלונות" היתה צעירה יחסית, וכלי פיתוח רלבנטיים למערכת זו היו קיימים בגרסאות ראשוניות וללא ניסיון מצטבר של ממש. גם בנסיבות רגילות אין לומר שכל הבטחה, ואף התחייבות, שלא קוימו על ידי חברה בע"מ לאחר שניתנו בידי מנהלה בשמה ומטעמה במו"מ לקראת התקשרות חוזית עם החברה, מקימות חבות אישית של המנהל. מקל וחומר שזהו המצב מקום בו ההתקשרות דנה בפיתוח מוצר חדש וייחודי למזמין, ועל רקע החדשנות של מערכת ההפעלה שבסביבתה נדרש המוצר החדש לפעול וחדשנותם של כלים מרכזיים בתהליך הפיתוח בתקופה הרלבנטית. גם התובעת הבינה זאת, ולכן טענה בתביעתה שמדובר במצגי שווא רשלניים או ביודעין, או שנעשו בחוסר תום לב; אלא שטענות אלו, לפיהן היה ציון מודע לכך שהוא עושה מצגי שווא, או שעשה כן בחוסר תום לב או שהתרשל בעשיית המצגים שעשה, נותרו לא תוכן קונקרטי ולא הוכחו.

114. דומה המצב לגבי ההטחות שנתן ציון במהלך תקופת ההתקשרות. התרשמותי היא כי ציון האמין שהבעיות תבואנה על פתרונן ועשה מאמץ להביא לכך. הדברים לא עלו יפה, אך גם כאן אין לומר שעצם העובדה שמנהל מבטחי בשם החברה שבניהולו כי היא תפתור בעיות שהתגלו ובדיעבד היא לא הצליחה בכך באופן מלא, די בה כדי להקים חבות אישית של המנהל. גם כאן נדרש יסוד נוסף כדי להקים חבות אישית כזו, כלומר – יש להוכיח שהמבטיח ידע שההבטחות לא תקוימנה, או התרשל כאשר הבטיח את שהבטיח, או עשה כן בחוסר תום לב. סבורני שגם בתקופה החוזית, לא הוכח שציון הטעה ביודעין את התובעת או עשה כלפי מצגים והבטחות בחוסר תום לב או ברשלנות.

115. **המסקנה** היא כי גם לו הוכחה חבות של הנתבעת כלפי התובעת, לא היה מקום – על בסיס אותן טענות שנטענו בעניין זה בכתב התביעה המתוקן – להטיל על ציון חבות אישית.

ג. <u>ראשי הנזק הנטענים</u>

116. משנקבע כי אין מקום להטלת חבות על הנתבעת (ואף אין בסיס להטלת חבות אישית על ציון), דין התביעה להידחות ואין עוד צורך לדון בנזק. מעל לצורך ולנוכח הדיון הנרחב של הצדדים בעניין זה, אסקור להלן בקיצור את ראשי הנזק הנטענים.

117. אשר לראש הנזק של **החזר הוצאות הכשרתה והעסקתה של אביבית בסך של 66,949 ₪** הרי שלדידה של התובעת, מאחר והוסכם בין הצדדים כי נציגת התובעת תוכשר לתחזוקת המערכת בעתיד, שלחה התובעת את אביבית לקורסי תוכנות והשתלמויות בכלי הפיתוח שבהם פיתחה הנתבעת את התוכנה החדשה. עלות הכשרתה המקצועית של אביבית היתה בסכומים העולים מחשבוניות מס בגין תשלום עבור הקורס (נספחים מה1, מה2 לתצהיר עדות ראשית שקד). לטענת התובעת, משחלף הזמן והתוכנה לא הושלמה כמוסכם וממילא לא הופעלה, לא הסכימה עוד אביבית, לאחר שהשלימה קורסי תוכנות ולאחר שהובטח לה התפקיד כנציגת תיאום מול הנתבעת 1, להמשיך ולעסוק בתפקידה הקודם שהיה בעל אופי פקידותי ולאחר שנוכחה לדעת כי התוכנה לא הושלמה במועד המוסכם ואף לאחר מכן, היא הודיעה על התפטרותה. בכך ירדה לטמיון השקעתה של התובעת הן בהכשרתה והן בהעסקתה במשך חודשים ארוכים, מתוך ציפייה כי התוכנה תושלם ואביבית תחל לשמש כמתכנתת המתחזקת את התוכנה. לפיכך, במהלך שנת 1999 הייתה תרומתה של אביבית לתובעת אפסית ולמעשה במשך ששת החודשים האחרונים לעבודתה נאלצה התובעת לשלם לאביבית שכר מלא מבלי שיכולה הייתה להפיק ממנה תועלת של ממש, היות ואביבית לא הייתה מוכנה עוד למלא תפקיד של קלדנית. התובעת טוענת כי לפחות 90% מהעלות החודשית בה נשאה התובעת בנוגע להעסקת אביבית בתקופה זו ירדו לטמיון. עלות שכרה של אביבית בששת החודשים האחרונים של שנת 1999 עמד על סך של 39,353.22 ₪ בהתאם לתלושי השכר (נספחים מח1-מח6, טבלה מצורפת

נספח מז). יוצא, אם כן, כי הנזק שנגרם לתובעת בגין הכשרתה והעסקתה המיותרת של אביבית מסתכם בסך של 59,822.65 ₪, ובצירוף הפרשי הצמדה וריבית מיום 1.7.99 (המועד הממוצע של תשלום המשכורת לאביבית בשנת 1999), ועד ליום 30.7.01 הינו 66,949 ₪. בהקשר לאביבית טוענת התובעת גם כי אין להחיל בעניינה את החזקה בדבר אי העדת עד, שכן אי הזמנתה של אביבית נובע מעוינותה של אביבית כלפי התובעת בעקבות התביעה שהגישה אביבית נגד התובעת משלא מונתה לתפקיד שהובטח לה.

118. **הנתבעים** טוענים לעניין ראש נזק זה, כי הקורס בו השתתפה אביבית התקיים כבר בחודש אוקטובר 1997, כעולה מחשבונית סיון מחשבים מרכז הדרכה (1994) בע"מ מיום 20.10.97 (מה2 לתצהיר עדות ראשית שקד), כאשר פיתוח מוסדית הוזמן מהנתבעת 1 רק בחודש פברואר 1998. כאמור אביבית לא העידה במשפט. כמו כן, ההשקעה של התובעת בהכשרתה המקצועית של אביבית איננה במסגרת הנזקים שנגרמו לתובעת, שהרי שיפור ידע של עובד בתחום המחשבים איננו הולך לאיבוד בכל מקרה. אביבית לא הוקצתה לעבודה רצופה מול הנתבעת 1, ונעדרה שבועות רבים מביקור אצל הנתבעת 1 כאשר ברוב רובו של הזמן הועסקה אביבית אצל שקד בעניינים שכלל לא נגעו לפיתוח של מוסדית. משכך, יש לדחות מכל וכל הניסיון לחייב הנתבעת בפיצוי בגין העסקתה של אביבית במועדים הרלוונטיים ובגין עלות הכשרתה.

119. סבורני כי אין לייחס לנתבעת אחריות בגין נושא עלות הכשרתה וחלק מעלות הכשרתה של אביבית. ההכשרה קדמה בכלל להתקשרות עם הנתבעת. הטענה שבמחצית השניה של שנת 1999 ירד לטמיון כמעט כל שכרה של אביבית היא טענה שלא הוכחה כלל. מכל מקום, גם תקופת "הפסד השכר" וגם תקופת ההכשרה של אביבית קדמו להסכם פורת. הסכם פורת הוריד מסך על כל נזק שנגרם טרם כריתתו, ובכלל זה על הנזקים הנטענים בקשר לאביבית.

120. **ראש הנזק של החזר הוצאות רכישת חומרה ותוכנות תשתית אשר נרכשו לצורך הפרויקט** עומד על 66,237 ₪. לדידה של התובעת, הנתבעת 1 דרשה ממנה להעמיד לרשותה ציוד מחשבים ותוכנות תשתית הן במשרדי

הנתבעת והן במשרדי התובעת לצורך פיתוח התוכנה. לפי דרישת הנתבעים (בהתבסס על הצעתם מיום 20.1.98), רכשה התובעת תוכנות וחומרה כדלהלן: שתי רשתות מחשבים אשר כל אחת מהן כללה שרת ושני מחשבים נוספים, מדפסת, תוכנות תשתית ורישיונות הפעלה לתוכנות. ציוד זה שנמסר לנתבעת הוחזר כשהוא פגום וניזוק בחלקו. באשר לתוכנות התשתית, הרי שהן מונחות כאבן שאין לה הופכין. הציוד שנותר בידי התובעת, הפך בינתיים למיושן ומאז החזרתו לתובעת אינו משמש אותה. עלות הציוד הנ"ל ותוכנות התשתית האמורות הסתכמה בסך של 56,818 ₪ (כולל מע"מ). סכום זה, בהפחתת 3,000 ₪ (בגין דמי שימוש לתקופה מסוימת כתחנות עבודה אצל התובעת), עומד על 53,818 ₪ ובצירוף הפרשי הצמדה וריבית ממועד הרכישה ועד ליום 30.7.01 מסתכם בסך של 66,237 ₪, זאת כעולה מהעתקי חשבוניות שהוצאו לתובעת בגין רכישת הציוד הנ"ל (סעיף 129 לתצהיר שקד ונספחים מט1-מט 6 לתצהירו). **לטענת הנתבעים** לעניין זה, על תובע פיצויים חלה החובה היסודית של הקטנת נזק. לא הוכח שלא ניתן היה לעשות שימוש במחשבים ובציוד המחשבים. ניסיונות שקד בעמ' 57 לחקירתו הנגדית ליתן הסברים קלושים, אינם יכולים להתקבל.

121. סבורני שהדין בעניין זה עם הנתבעים. לא הוכח שלא ניתן היה להקטין הנזק הנטען מעבר לאותו שימוש מוגבל בחלק מהציוד כתחנות עבודה, ביו על ידי שימוש נרחב יותר ובין על ידי מכירת הציוד ולו כמשומש כאשר עדיין היה לו ערך. על כן אין מקום להכיר בראש נזק זה.

122. ראש הנזק של אובדן הכנסות מתוכנת המדף שאמורה הייתה הנתבעת

1 לפתח עבורה עומד על 518,119 ₪. להוכחת גובה הנזק בראש נזק זה סומכת התובעת ידיה על חוות דעתו של רו"ח עופר ויתקין (מוצג ת/7). ראש נזק זה כולל עזיבה של לקוחות שהפעילו תוכנת מוסדית בדוס באופן עצמאי, ואבדן לקוחות פוטנציאליים שלפי הנטען היו צפויים לרכוש את תכנת המדף של מוסדית לחלונות, לו היתה בידי התובעת תוכנה זו למכור להם.

123. בכל הנוגע לעזיבת לקוחות שהשתמשו בתכנת המדף בגרסת דוס, התובעת טוענת כי בין השנים 1999-2000 חדלו להשתמש במוסדית 45 לקוחות, אשר הפסיקו לשלם לתובעת דמי שירות שנתיים ועברו להשתמש בתוכנות מתחרות

שפעלו תחת חלונות (רשימת הלקוחות נספח נ' לתצהיר עדות ראשית שקד). סך דמי השירות השנתיים של לקוחות אלה שלא התקבל הסתכם בסך של $15,825, שהם 66,433 ₪, נכון ליום 30.7.01.

124. לגבי אובדן לקוחות פוטנציאליים מביאה התובעת את הרשימה נספח נא לתצהיר עדות ראשית שקד. זוהי רשימה שערך שקד, שבה שמות לקוחות פוטנציאליים אשר שוחחו עם שקד לעניין רכישת תוכנת מדף בגרסת חלונות, וכאשר הבינו כי למוסדית אין גרסת חלונות הבהירו כי אינם מעוניינים לרכוש את תוכנת המדף הקיימת של התובעת. התובעת טוענת כי בהערכה שמרנית, אילו הייתה בידי התובעת גרסת חלונות של מוסדית הייתה מוכרת מידי שנה לפחות 30 תוכנות. היות ובשנים 1998, 1999, 2000 ומחצית 2001 ביחד מכרה התובעת בסה"כ 36 יחידות של תוכנת המדף הקיימת בגרסת דוס, הרי שאובדן המכירות ב- 3.5 שנים אלה מסתכם ב- 69 יחידות. הרווח שאמור היה לצמוח לתובעת מכל לקוח מורכב ממחיר רכישת התוכנה, העומד בממוצע על $900, ומדמי שירות שנתיים המשולמים מראש והעומדים בממוצע על $350, ובסה"כ $1,250 ללקוח. להוכחת מחיר המכירה של תוכנת מוסדית בגרסת הדוס צורפו חשבוניות (נספחים נב). אשר על כן, ההפסד אשר נגרם לתובעת בגין אובדן מכירות ללקוחות הפוטנציאליים כאמור מסתכם בסך השווה ל- $121,600, כמפורט להלן: אובדן הכנסות ממכירות – 69 יחידות לפי $900 ליחידה – $62,100, אובדן הכנסות דמי שירות 1998 ל- 11 יחידות לפי $350 ליחידה – $3,850, אובדן הכנסות דמי שירות 1999 ל- 34 יחידות לפי $350 ליחידה – $11,900, אובדן הכנסות דמי שירות 2000 ל- 56 יחידות לפי $350 ליחידה – $19,600, אובדן הכנסות דמי שירות 2001 ל- 69 יחידות לפי $350 ליחידה – $24,150. בהתחשב בשער הדולר היציג אשר נקבע ב- 1.7.98, 1.7.99, 1.7.00 וב- 1.7.01, מסתכם ההפסד אשר נגרם לתובעת בצירוף הפרשי הצמדה מאותם מועדים ועד ליום 30.7.01 בסך של 518,119 ₪.

125. לדידם של הנתבעים, הוכח מפורשות כי התובעת לא הזמינה מהנתבעת 1 פיתוח גרסת תוכנת מדף של מוסדית שתחליף את תוכנת המדף מגרסת דוס שהייתה בידיה, וממילא יש לדחות את התביעה בגין ראש נזק זה.

126. עוד **טוענים הנתבעים** טענה חלופית ולפיה, העיכובים בהשלמת פיתוח מוסדית היו נעוצים בתובעת. בכך נכללים הן בקשותיו ודרישותיו האין סופיות של שקד לשינויים ותוספות, בחריגה מוחלטת ממסמכי האפיון והעיצוב, והן מחדליה של התובעת לשתף פעולה ולבצע את הבדיקות הנדרשות ודפוס ההתנהלות של שקד כפי שהתברר חזר על עצמו בפיתוח התוכנה ע"י טיקל. היינו, אף אם בימ"ש לא יקבל טענה זו, הרי שלכל היותר ניתן לקבוע בעניין התמשכות הליכי פיתוח מוסדית כי שני הצדדים תרמו לעיכובים.

127. זאת ועוד, הוכח כי טלדור הסבה את מוסדית לתוכנת מדף בהצלחה ואולם התובעת זנחה זאת מסיבות שלא הוכחו ולא הובהרו ועברה לפתרון אינטרנטי, היינו ממילא לא נעשה כל שימוש בתוכנה שהוסבה לתוכנת מדף ע"י טלדור.

128. כן **טוענים הנתבעים** כי ע"פ ס' 10 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, על נפגע המבקש לחייב את המפר בתשלום פיצויים להוכיח, שמדובר בנזק שהמפר ראה אותו מראש או שהיה עליו לראותו בעת כריתת החוזה כתוצאה מסתברת של ההפרה. הלכה למעשה, במו"מ שנערך בין הצדדים לקראת ההזמנה של פיתוח מוסדית ללשכת השירות ובתנאי ההתקשרות עצמם לא נטען, לא נכתב ולא נרמז כי התובעת עלולה לאבד לקוחות אם לא תהא בידה תוכנת מדף במועד כזה או אחר וכי קיימת דחיפות לפיתוח תוכנת מדף בשל החשש לאיבוד לקוחות. אשר על כן, אף אם הנתבעת 1 הפרה חיוביה, לא ניתן לחייבה באובדן רווחים ודמי שירות ממכירת תוכנת מדף של מוסדית. עוד טוענים הנתבעים כי מחוו"ד רו"ח עמוס חסון מטעם הנתבעים (מוצג נ/2), עולה כי מחזורי פעילותה של התובעת עלו ממחזור בסך של כ- 3.9 מיליון ₪ בשנת 1997 למחזור בסך של כ- 6.3 מיליון ₪ בשנת 2001, ורווחיה הגולמיים של התובעת באותם שנים עלו מסך של כ- 2.8 מיליון ₪ לסך של 4.2 מיליון ₪. הנה כי כן, בשנים בגינן תבעה התובעת את הנתבעים בגין אובדן רווח ודמי שירות, עלו הכנסותיה ורווחיה בשיעורים עצומים. לטענת הנתבעים אין לייחס משקל לחוות דעתו של רו"ח ויתקין (מוצג ת/7), אשר חוות דעתו נועדה כדבריו, רק ליתן אישור להערכותיו של שקד, כאשר שקד הוא זה שקבע את ההערכות בדבר אובדן רווח ודמי שירות. מדובר לכן בחוות דעת מוזמנת שניתנה בדיעבד ונועדה להכשיר את הערכותיו הבלתי מבוססות של שקד. ויתקין לא הצליח להסביר על שום מה הביא בחשבון אובדן לקוחות בשנת

1998 (עמ' 219-218 לפרו'). ויתקין הודה בתשובה לשאלות בימ"ש כי לא הביא בחשבון את אחוז הלקוחות העוזבים באופן טבעי בכל שנה, כפי שעוזבים עסק (עמ' 219 לפרו' ש' 32-27 ועמ' 220 לפרו' ש' 23-1), ואף לא את התנודתיות במכירות תוכנות המדף במהלך השנים. יתרה מכך, ויתקין שיתף פעולה עם שקד וטען כי שקד הזמינה מהנתבעת 1 פיתוח תוכנת מדף (עמ' 220 לפרו' ש' 31-26). ויתקין מאשר כי "כל ההנחה שלי שהוזמנה תוכנה כתוכנת מדף לחלונות..." (עמ' 221 לפרו' ש' 7-4). ויתקין לא ידע להסביר מדוע בחוות דעתו הנתבעת 1 חויבה בהפסדי התובעת בסך של $9,900 לשנת 1998 (עמ' 222 לפרו' ש' 30-20 ועמ' 223 לפרו' ש' 6-1), וכן אישר כי אין למעשה לשקד הוצאות בהפקת אותן הכנסות מוערכות ששקד כביכול הפסידה (עמ' 224 לפרו' ש' 22-4). יתרה מכך, הוברר שבסופו של דבר התובעת לא הזמינה כלל מטיקל פיתוח תוכנת מדף, אלא כתיבת תוכנה שמתאימה לרשת האינטרנט במקום, זאת מבלי שהתובעת תהא מוטרדת מכך שאין בידיה תוכנת מדף בגרסת חלונות במשך כל השנים מסוף שנת 2000 לפחות עד סוף 2003 (שהרי רווחיה רק הלכו וגדלו), וכלל לא ידוע מתי היה בידיה למכירה אותו "פתרון אינטרנטי" שאף הוא לא הוזמן מידי טיקל אלא רק הופיע כאופציה בהסכם עם טיקל, זאת כעולה מעדות שקד (עמ' 60 לפרו' ש' 31-9, עמ' 62 לפרו' ש' 32-21 ועמ' 63 לפרו' ש' 6-1).

129. דעתי היא שבכל עניין ההפסדים הכרוכים בנושא תכנת המדף, אין בידי התובעת הוכחה לקיומו של נזק שיש לה זכות לקבל פיצוי בגינו. נקבע לעיל שהתובעת כלל לא הזמינה תכנת מדף מהנתבעת. אמנם, לו היה מוכח כי הנתבעת חבה בגין הפרת חובותיה בנושא פיתוח התכנה ללשכת השירות כאשר ברור שידעה שהתובעת צפוה לעבור לאחר מכן לשלב של פיתוח גרסה שלה לשימוש כתכנת מדף, היה מקום לברר אלו נזקים נגרמו כתוצאה מאותה הפרה וככל שאלה היו ניתנים לצפייה בעת ההתקרשות, היה מקום לחייב בפיצוי בגינם, אלא שנקבע כי אין מקום לדבר על הפרה כזו מצד הנתבעת נוכח הסכם פורת. גם לגופו של הנזק נכשלה התובעת. היא כללה בנזק גם הפסדים נטענים בתקופה שקדמה למועד המסירה המקודם ביותר שהוסכם עם הנתבעת לגבי גרסת לשכת השירות, כאשר ברור שגם לו הכל היה מתנהל למישרין בגרסה זו נדרש עוד פרק זמן ניכר מאז ועד שהיתה בידי התובעת גם גרסה תקינה של התכנה למכירה כתוכנת מדף. היא לא הביאה כל ראיה, הן לעניין עזיבת

הלקוחות הקיימים והן לעניין אותם לקוחות שכנטען התעניינו ברכישה ולא רכשו כי לא היה לתובעת מה למכור להם, פרט לנתונים שמקורם בתובעת עצמה בכלל ובמר שקד בפרט. אף אחד מהלקוחות, משתי הקבוצות, לא העיד. לא הוגש כראיה מסמך כלשהו ממי מאותם לקוחות, על שתי הקבוצות שלהם. עובדה זו, בפני עצמה ומקל וחומר על רקע העובדה שבתקופה הרלבנטית היה גידול מרשים בהכנסות וברווחי התובעת, מחייבת את המסקנה שהתובעת לא הוכיחה כדבעי את הנזק הנטען על שני חלקיו.

130. התובעת עותרת גם להשבת הסכומים ששילמה לנתבעת 1 עבור התוכנה ולהחזר הוצאות בגין תרגום התוכנה אצל טלדור. המדובר בסכומים של: 281,336 ₪ ששולמו לנתבעת ע"פ העתקי שיקים אשר שולמו לנתבעת (נספחים נג(1) עד נג(8) לתצהיר עדות ראשית שקד). סכומים אלה ששוויים הדולרי עומד על $62,823, מסתכמים בצירוף הפרשי הצמדה וריבית, לסך של 256,798 ₪ נכון ליום 30.7.01; ושל 70,905 ₪ (כולל מע"מ) ששלומו לטלדור כעולה מההסכם שבין התובעת לטלדור (נספח נד לתצהיר עדות ראשית שקד) ומחשבוניות המס של טלדור (נספחים נה1 עד נה3 לתצהיר עדות ראשית שקד), וע"פ כרטיס טלדור בהנהלת החשבונות של התובעת (נספח נו לתצהיר עדות ראשית שקד), שערכו נכון ליום 30.7.01 עומד על 75,054 ₪.

131. התובעת יכולה לתבוע פיצוי בגין שני ראשי נזק אלה רק אם היה נקבע שהיא זכאית לכך שמצבה יושב לקדמותו כליל. הסכם פורת אינו מאפשר קביעה כזו, אלא אם היה מופר באופן המזכה את התובעת בביטולו. לא זהו המצב. על כן אין התובעת יכולה לקבל החזר של הסכומים ששילמה לנתבעת, אשר שולמו על פי הסכם פורת. מאותו טעם היא גם אינה יכולה לקבל פיצוי על מה ששילמה ל"טלדור", גם לו היה נקבע פוזיטיבית שכשלים בפיתוח שנעשו על ידי הנתבעת גרמו לאבדן מלוא ההשקעה שבעבודה שעתה טלדור. אין בעניינו מקום לקביעה כזו, הן מטעמים הקשורים בהסכם פורת והן משום שלא הוכח באמצעות עדים מקרב אנשי טלדור שאכן כשלים בפיתוח התוכנה על ידי הנתבעת הם שגרמו לאבדן כל ההשקעה בעבודה שביצעה טלדור, ואף לא הוכח שכל ההשקעה הזו אכן אבדה.

132. הוא הדין בנוגע לראש הנזק שעניינו <u>החזר הפרש המחיר שבין התוכנה שהוזמנה אצל הנתבעים וכשלה, לבין המחיר שהתובעת שילמה לטיקל</u> עבור פיתוח התוכנה על ידי טיקל. המחיר המוסכם עם הנתבעת (ללא תוכנת מדף) היה $49,500. המחיר הכולל שהוסכם עם טיקל, כולל אפיון אך ללא רכיב האינטרנט, היה $80,000. ההפרש הוא $30,500 במונחי שנת 2001. השער היציג הממוצע של הדולר בשנת 2001 היה 4.2. לכן ההפרש הוא 128,000 ₪ (בהקשר זה אעיר כי בס' 132.2 לתצהיר שקד נפלה טעות חישובית).

133. **הנתבעים** טוענים לעניין הפרש התשלום ששילמה התובעת לטיקל ממחיר מוסדית ששולם לנתבעת 1, כי מלבד העובדה שמדובר בשתי התקשרויות שונות כאשר כפי ששקד העיד טיקל פיתחה תוכנה שתתאים לעבודה ברשת האינטרנט (עמ' 60 לפרו' ש' 23-31), כלל לא ידוע מה כללו עבודתה והתחייבותה של טיקל, משלא הוצגו מסמכי האפיון והעיצוב ושאר מסמכי התוכנה שטיקל פיתחה. התובעת מבקשת לקבל את ההפרש בין הסך ששילמה לטיקל (כולל מע"מ שאין מקום לתובעו) העומד על 539,846.19 ₪ לבין הסכום ששילמה לנתבעת 1, שאף ממנו יש להפחית את המע"מ; אלא שהתובעת התחייבה לשלם לטיקל רק 80,000$ עבור פיתוח מוסדית (עמ' 60 לפרו' ש' 16-20), כאשר ברור מחקירתו של שקד כי טיקל סיפקה שירותים נוספים לשקד, לכן למען הזהירות, הסכום להתייחסות הינו 80,000$ בלבד כשוויים לדוגמא בחודש מרץ (מועד החתימה על ההסכם), בסך של כ- 330,000 ₪ בלבד.

134. כך או כך, התובעת הסכימה לקבל את מה שקיבלה בינואר 2000 מהנתבעת ולשלם עבור זאת את ששילמה אז, הכל לפי הסכם פורת. היא לא ביטלה מעולם את הסכם פורת, וממילא אינה זכאית להשבת מה ששילמה על פיו. הדרישה לקבל את ההפרש בין מה ששילמה לנתבעת על פי הסכם פורת לבין מה ששילמה לטיקל, היא דרישה המבוססת על התפיסה כי תמורת מה ששולם לנתבעת על פי הסכם פורת היתה הנתבעת צריכה לתת לתובעת את מה שטיקל נתנה, ותפיסה כזו אין לה כל בסיס בענייננו.

135. נותר רק עניין <u>השבת שכר המומחים</u>: סך של 24,239 ₪ בגין תשלום שכ"ט המומחה ד"ר רועי גלברד (חשבוניות – נספחים נח, נט1 עד נט3 לתצהיר עדות ראשית גלברד); וסך של 36,305 ₪ בגין תשלום שכ"ט המומחה פרופ' משה

צבירן (חשבונית - נספח ס' לתצהיר עדות ראשית שקד). לא מצאתי שמדובר בנזק שיש לפצות בגינו. אף שמדובר בשכר עבור בדיקה שנעשתה קודם לתחילת ההליכים המשפטיים, הרי שאותה בדיקה עצמה שימשה גם הבסיס הבלעדי לחוות הדעת שהוגשו על ידי אותם מוחים עצמם מטעם התובעת בהליך הנוכחי. מדובר על כן בהוצאות משפט של התובעת. משדין התביעה להידחות, אין לפסוק הוצאות אלה לזכות התובעת.

ה. <u>סוף דבר</u>

136. לאור כל האמור לעיל, התביעה נדחית.

137. לגבי הוצאות המשפט ושכר טרחת עורכי דינם של הנתבעים, יש לתת את הדעת על סכום התביעה ועל היקף העבודה העצום שהושקע בניהולה. כן יש לתת ביטויו לדרך התנהלות ההליך, שבמסגרתו היו הצדדים חלוקים בכל פרט ובכל עניין והרבו במחלוקות שרק הסיטו את תשומת הלב מהשאלות הצריכות הכרעה, כאשר שני הצדדים אחראים במידה דומה מאד לדרך התנהלות זו ולסרבול העצום שנגרם בעקבותיה. בהינתן כל אלה, תישא התובעת בהוצאות המשפט של הנתבעת שתכלולנה את הרכיבים הבאים בלבד: שכר מומחי הנתבעת, וחלקה של הנתבעת בשכר המומחית כהגדרתה בפסק דין זה לעיל. כמו כן תשלם התובעת לנתבעים סך של 125,000 ₪, נכון להיום, בגין שכר טרחת עורכי דינם של הנתבעים.

ניתן היום, כ"ח אייר תשע"ב, 20 מאי 2012, בהעדר הצדדים.

שאול מנהיים 54678313
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן