

המקומון - העדכון היומי לרשויות המקומיות

האם השוואת בין ההצעות הינה לפי העלות למזמין או בניכוי המע"מ?

עמ 6466/19 משרד הביטחון נ' עמותת חברות הסיעוד

בית המשפט העליון הפך את החלטת בית המשפט קמא גם בסוגיית מנגנון השוואת ההצעות בין חברות החייבות במע"מ לבין מלכ"ר.

באותו מקרה קבע משרד הבטחון כי ההשוואה בין ההצעות תעשה על פי העלות למזמין (דהיינו – ככל שהחברה המציעה חייבת במע"מ יוסיפו להצעה את שיעור המע"מ וככל שהמציעה היא מלכ"ר, הפטורה ממע"מ, תחושב ההצעה ללא תוספת מע"מ). כמו כן דרש משרד הבטחון כי ככל שהמציעה אינה מלכ"ר ועל כן מבקשת שלא להוסיף מע"מ להצעתה, היא תצרף אישור מרואה חשבון לפיו היא לא תחוייב במע"מ ובכל מקרה נקבע כי ככל שכן תחוייב במע"מ (בהנחה שרשות המיסים תראה בפעילות זו כפעילות עסקית) תשא היא בעלות המע"מ מתוך ההצעה כפי שהוגשה על ידה.

בית המשפט לעניינים מנהליים קבע כי עיקרון השוויון מחייב להשוות את ההצעות המוגשות למכרז ללא רכיב המע"מ. לשיטתו, בחינת ההצעות לפי עקרון העלות למזמין ותוך התחשבות ברכיב המע"מ מפלה לרעה שלא כדין בין חברות שנדרשות לתשלום מע"מ לבין מלכ"רים הפטורים ממע"מ, ומהווה הבחנה בלתי רלוונטית בשלב ההצעות ובחירת הזוכה. עוד קבע בית המשפט לעניינים מנהליים כי ככל שהזוכה זכה תחת הנחה שהוא פטור ממע"מ אך יתברר בסופו של יום כי אין הוא פטור, הזוכה יישא בעלויות המע"מ בעצמו. אך במצב דברים זה הרווח של הזוכה יצטמצם, והדבר עלול להוביל לפגיעה בזכויות המלווים ובתנאי העסקתם. לבסוף נקבע, כי נוכח ההשלכות שעלויות להיות להצהרה שאינה נכונה בדבר פטור ממע"מ, הסתפקות באישור רואה חשבון לעניין הפטור אינה סבירה, ומלכ"ר-מציע שסבור כי הוא פטור ממע"מ לצורך המכרז נדרש להביא על כך אישור מפקיד השומה.

גם על החלטה זו הוגש הערעור דן על ידי משרד הבטחון. לטענת משרד הבטחון, משמעות עיקרון העלות למזמין היא שהשוואה בין ההצעות צריכה להיעשות לפי הסכום אותו ידרש המזמין לשלם למציע בפועל. לשיטתו, המזמין, הגוף הממשלתי, אדיש לאופן ההתארגנות של המציעים והוא לא נדרש למאפיינים מיסויים של המציעים, כמו גם למאפיינים אחרים שעורך המכרז כלל אינו נדרש לבחון.

בית המשפט העליון קיבל את הערעור ברובו. וכך קבע בית המשפט העליון:

על בעל המכרז לדאוג לשוויון במסגרת תנאי המכרז, אך הוא אינו נדרש להבטיח כי המתמודדים במכרז יהיו שווים... מציעים במכרז נבדלים זה מזה במאפיינים שונים, מבנה עלויות והוצאות, ועורך המכרז לא אמור להתחשב במאפיינים ובשיקולים של כל מציע ומציע. אך לטענת חלק מהמשיבים, שונים הם פני הדברים משמדובר במע"מ, מס עקיף המוטל על המוצר עצמו... והינו בבחינת רכיב מובחן מההצעה. כך, לפי הנטען, שלא כמו יתר העלויות של המציע, המע"מ אינו נתון לשליטתו ואף אינו נותר בידי, שכן המציע מהווה מעין "גובה מס" עבור המדינה.

איני סבור כך. בהיעדר הוראה אחרת בחוזה במפורש או במשתמע, מס ערך מוסף מהווה חלק ממחיר העסקה. כך באופן כללי... וכך גם במכרזים, "רכיב המע"מ הנו חלק אינטגרלי מהתמורה המשתלמת על-ידי המזמין למציעים במכרז". ... התעלמות מרכיב המע"מ בהצעות משמעותה בחינת ההצעות במכרז לפי מחיר שונה מהמחיר שישולם בפועל, והיא יוצרת עיוות מבחינה כלכלית".

בית המשפט העליון מכיר בעובדה ש"פערי המיסוי המובנים יקשו על חברות להתחרות במכרז מול מלכ"רים". עם זאת, ביהמ"ש העליון מפנה לכך שעל פי חוזר רשות המיסים סביר להניח שגם מלכ"ר תדרש לשלם מע"מ בהתקשרות מסוג זה ולכן החשש להדרה גורפת של חברות מהמכרז בהשוואה למלכ"רים, או חשש להעלאת מחירים מצד המלכ"רים, פוחת במידה ניכרת.

באשר לקביעת בית המשפט קמא לגבי הצורך באישור רשויות המס בשאלה האם המלכ"ר יחוייב במע"מ או לא קבע ביהמ"ש העליון כך "אנו סבורים כי הדרך שהתווה בית המשפט המחוזי אמורה להיות דרך המלך, וככלל, על מלכ"ר שמגיש הצעה להצטייד מראש באישור מרשויות המס. עם זאת, וכחריג, ועדת המכרזים תהא רשאית להמיר דרישה זו בהמצאת אישור של עורך דין או רואה חשבון חיצוני בעל התמחות בנדון, במקרים שבהם יצרף המציע להצעתו פנייה לרשות המסים שנעשתה מבעוד מועד ולא יאוחר מ-45 יום מן המועד האחרון להגשת ההצעות במכרז".

בהיעדר

הוראה אחרת

בחוזה במפורש

או במשתמע,

מס ערך מוסף

מהווה חלק

ממחיר

העסקה. כך

באופן כללי...

וכך גם

במכרזים,

"רכיב המע"מ

הנו חלק

אינטגרלי

מהתמורה

המשתלמת

על-ידי המזמין

למציעים

במכרז".

התעלמות

מרכיב המע"מ

בהצעות

משמעותה

בחינת

ההצעות

במכרז לפי

מחיר שונה

מהמחיר

שישולם

בפועל, והיא

יוצרת עיוות

מבחינה

כלכלית".