



השתתפות מלכ"רים במכרזי מדינה

לקוחות יקרים,

נבקש לעדכנכם בהנחייה חדשה של רשות המסים בעניין חובת מלכ"ר המציע את מועמדותו למתן שירותים במכרז של המדינה או כל זרוע אחרת שלה, להצטייד באישור מאת רשות המסים לצורך סיווג פעילותו כמלכ"ר לצורכי מע"מ במסגרת המכרז.

ההנחייה גובשה בעקבות פסק הדין שניתן ביום 10.11.2020 על ידי בית המשפט העליון (עע"מ 6466/19 משרד הבטחון נ' עמותת חברות הסיעוד ואח") במסגרתו נדונה, בין היתר, שאלת הסיווג לצורך חוק מע"מ של פעילות מלכ"ר במתן שירות במסגרת מכרז שפורסם על ידי משרד הביטחון.

בית המשפט העליון קבע, כי על מלכ"ר המציע מועמדותו למתן שירותים במסגרת מכרז להצטייד באישור מאת רשות המסים לצורך סיווג פעילותו כמלכ"ר לצורכי חוק מע"מ במסגרת המכרז.

יצוין כי רשות המסים גיבשה קריטריונים ותנאים מסוימים, הן למלכ"רים והן למכרזים, אשר בהתקיימם באופן מלא תסווג פעילות המלכ"ר במסגרת המכרז כמלכ"ר לעניין חוק מע"מ; וכי הקריטריונים האמורים לעיל קיבלו ביטוי במסגרת בקשה למתן אישור במסגרת "מסלול ירוק" ייעודי.

את הבקשה למתן אישור יש להגיש בצירוף מסמכי המכרז ולפרט בה את כל העובדות הנוגעות לשירות המוצע על ידי המלכ"ר לא יאוחר מ- 45 יום מן המועד האחרון להגשת ההצעות במכרז.

במידה ולא התקבלה החלטה במועד, יש להגיש אישור המייצג כי הוגשה בקשה כאמור בצירוף מספר הפנייה. יואר כי רשויות מע"מ רשאיות יהיו לקבוע סיווג שונה למלכ"ר במידה וראו כי במהותו הוא דומה יותר לסוג אחר, בהתאם לסעיף 58 לחוק מס ערך מוסף, התשל"ו-1975 (להלן - "החוק").

רקע כללי

סעיף 2(א) לחוק חובת המכרזים התשנ"ב-1992 (להלן - חוק המכרזים) קובע כי "המדינה, כל תאגיד ממשלתי, מועצה דתית, קופת חולים ומוסד להשכלה גבוהה, לא יתקשרו בחוזה לביצוע עסקה בטובין או במקרקעין, או לביצוע עבודה, או לרכישת שירותים, אלא על-פי מכרז פומבי הנותן לכל אדם הזדמנות שווה להשתתף בו".

מעיון במסמכי המכרזים ניתן לראות כי זכאים להשתתף בהם הן גופים המסווגים כעוסקים והן גופים המסווגים כמלכ"רים, בכפוף לתנאי סף כגון מחזור כספי, ניסיון תחום וכדומה.

מאחר וישנם מוסדות ציבור או מוסדות ללא כוונת רווח המנהלים פעילות עסקית אשר מטרתה הינה קידום הפעילות הציבורית של אותו גוף, ומאחר וחלק לא מבוטל מהפעילות העסקית האמורה לעיל הינו באמצעות שירותים הניתנים למשרדי הממשלה השונים ו/או רשויות או מועצות מקומיות, כאשר ההתקשרות

מבוצעת בשיטת המכרז, אזי שבשל השוני בשיעורי המס החלים על עוסק (17% מס עסקאות ו- 7.5% מס שכן, בהתאמה) נוצר למלכ"ר יתרון מובנה לפיו המחיר המוצע על ידו נמוך מהמחיר המוצע על ידי העוסק. מאחר וכך, ולאור פס"ד שניתן כאמור בעניין משרד הבטחון, נקבע כי מלכ"ר המבקש לגשת למכרז יפנה בבקשה לקבלת אישור במסלול "ירוק" לגבי סיווגו לעניין השירותים שברצונו להציע במסגרת המכרז. רשויות מע"מ יבחנו האם הגוף הפונה הינו מלכ"ר לעניין השירותים אשר הוא מעוניין להציע במסגרת המכרז ויינתן אישור בהתאם.

יואר כי במקרים בהם המדינה ו/או כל זרוע אחרת שלה תפרסם מכרז ובין מגישי ההצעה למכרז יהיו גם גופים המסווגים כמלכ"ר וגם גופים המסווגים כעוסק לעניין החוק, ויתברר כי מטרת פעילות המלכ"ר המתמודד במכרז היא לשם השגת רווחים (גם לשם השגת רווח זמני אשר ישמש את המלכ"ר בפעילותו המלכ"רית), תפעל רשות המיסים לשינוי הסיווג של המלכ"ר לעוסק, בשל הפעילות האמורה עם כל המשמעויות הכרוכות בשינוי הסיווג, בהתאם לסעיף 58 לחוק.

הגדרת מלכ"ר

הגדרת "מלכ"ר - "מוסד ללא כוונת רווח" בחוק הינה כלהלן:

- (1) המדינה, רשות מקומית או איגוד ערים;
- (2) חבר-בני-אדם, מואגד או לא מואגד, שאין עיסוקו לשם קבלת רווחים ושאינו מוסד כספי;
- (3) תאגיד שהוקם מכוח דין ואינו רשום כחברה, כאגודה שיתופית או כשותפות;
- (4) קופת גמל הפטורה ממס הכנסה על פי סעיף 29(2) לפקודת מס הכנסה;

בע"א 87/767 עמותת בשערייך ירושלים נגד מנהל המכס ומע"מ פ"ד מד (4) 800 קבע בית המשפט שישה מבחנים לעניין השיקולים שיש לשקול בהפעלת סעיף 58 לחוק (המאפשר למנהל לשנות סיווגו של גוף אם ראה שבמהותו אותו גוף דומה לסוג אחר):

1. מטרת עיסוקו של החייב במס אינה השגת רווחים (לעניין מבחן זה נקבע כי בהפעלת מבחן המטרה יש לבחון גם את המטרה הזמנית ולא רק את המטרה הסופית, שהרי מטרה זו משליכה כרגיל על השאלה, אם כדבר שבשגרה יהיו לגוף רווחים, היינו ערך מוסף בנוסף על שכר העבודה, ואם יהיו כאלה - נדרש מיסויו של ערך מוסף זה);
2. ב"חוקת" החייב במס נקבע, כי נכסי החייב במס וכן הכנסותיו ישמשו אך ורק למטרותיו, ואילו חלוקת רווחים או כל אחרת אסורות בהחלט, וכן משיפורק חבר בני האדם יועבר הרכוש לידי מלכ"ר דומה, ועל כל פנים לא יחולק בין החברים;
3. עיון במאזן המוסד מעלה שקיים גירעון תפעולי, שמקורות המימון של הגירעון התפעולי בחלקו הניכר בא מתקציב ממשלתי או ממוסדות ציבור או מתרומותיהם של יחידים, ושיתרות הכספים בסוף השנה אינן מחולקות אלא מיועדות להמשך הפעילות;
4. מהות פעילותו של המוסד מצביעה על כך שהיא אינה עסקית כמקובל ואינה מהווה גורם תחרותי לעסקים אחרים באותו תחום, ועל-כן הרישום כמלכ"ר לא יביא להפלייתו של המוסד לטובה בהשוואה לאותם עסקים או אחרים;
5. השיקול אם יש לכאורה הצדקה עניינית לשינוי ברישום, שכן ניתן להפריד מינהלית וארגונית בין עיסוקיו השונים של החייב במס לצורך רישום חלקי;

6. פגיעה לא מוצדקת בהכנסות האוצר, העלולה להיווצר מעצם השינוי ברישום המבוקש ;

בברכה,

פישר (FBC & Co.)

אנו עומדים לרשותכם בכל שאלה או הבהרה ונשמח לסייע ככל הנדרש.

03-6944203

ashavit@fbclawyers.com

עו"ד ענת שביט

03-6944203

dedelshatin@fbclawyers.com

עו"ד דנה אדלשטיין

.....
הכלול באגרת מידע זו הוא מידע כללי בלבד, הוא אינו חוות דעת משפטית או ייעוץ משפטי ואין להסתמך עליו. כל הזכויות שמורות לפישר (FBC & Co.). להירשם למייל זה או להסרה מרשימת התפוצה : news@fbclawyers.com