



אפיק ושות', עורכי דין ונוטריון  
AFIK & CO. ATTORNEYS AND NOTARY

גיליון 121: 06 מרץ, 2013

הגיליון המקצועי הדו שבועי של [אפיק ושות', עורכי דין ונוטריון](#)  
דניאל פריש 3 תל אביב, קומה 25, טלפון 03-609.3.609 פקס 03-609.5.609

## תוכן עניינים

מאיטליה של תקופת הרנסנס לספרד של העת החדשה, עדכון הלוגו של שבוע זה חוגג את הולדתם של שני אייקוני תרבות: מיכלאנג'לו בואונרוטי (6 במרץ 1475 - 18 בפברואר 1564), מי שנחשב לאחד האומנים הגדולים של כל הזמנים – הפסל דוד הושלם על ידי מיכלאנג'לו בשנת 1504 ומאז 1873 הוא מוצג הגלרייה האקדמיה, פירנצה, ונחשב לאחת היצירות הידועות של תקופת הרנסנס. אצולה מודרנית היא מועדון הכדורגל "ריאל מדריד", אשר הוקם ב-6 מרץ, 1902 כמועדון הכדורגל של מדריד. המילה "ריאל" משמעה בספרדית "מלכותי" והוקנתה למועדון על ידי המלך אלפונסו ה-13 ב-1920 יחד עם הכתר המקשט את סמל המועדון.

### 1. מאמר בנושא: הקו הדק שבין הצעת מחיר עסקית כשרה למכרז לבין תכסינות פסולה

מאמר בנושא הקו הדק שבין הצעת מחיר עסקית כשרה למכרז לבין תכסינות פסולה מאת עו"ד יאיר אלוני ממשרד אפיק ושות'.

### 2. מידעוני המסים של BDO זיו האפט

קישור לגיליון 125 של מידעון המסים, פברואר 2013.

### 3. עדכוני תאגידיים, הגבלים עסקיים וניירות ערך:

#### א. חיוב בעל מניות בחובות החברה יעשה במקרה קיצוני של נטילת סיכונים בלתי סבירים ובמודע

מחוזי תל אביב: שימוש במנגנון הרמת המסך לצורך חיוב בעל מניות בחובות החברה יעשה רק במקרים קיצוניים בהם הצליח נושה של החברה להרים הנטל ולהוכיח כי ניטלו סיכונים בלתי סבירים ובאופן מודע על ידי בעלי המניות בחברה.

#### ב. עת חברה זוכתה מביצוע עבירות לפי חוק עובדים זרים יש לזכות אף את מנהליה

עבודה באר שבע: משנקבע כי יש לזכות חברה מביצוע עבירות לפי חוק עובדים זרים, הרי שיש לזכות גם את מנהליה מביצוע העבירות אשר יוחסו להם בכתב האישים

### 4. עדכוני משפט מסחרי, מקרקעין וזכויות יוצרים:

#### א. בטרם פינוי בעל עסק ממקרקעין יש לאפשר תקופת התארגנות לצורך מציאת פתרון חלופי

העליון: בעת פינוי בעלי עסק שנקבע כי מוקם שלא כחוק, יש להתחשב בנזק שיגרם לו, ולאפשר לו זמן התארגנות בטרם יפונה.

#### ב. עבר פלילי של מועמד למכרז הינו שיקול רלוונטי לצורך קבלת החלטה בדבר פסילת מועמדותו

עליון: עברו הפלילי של מועמד לעבודה או מתמודד במכרז לרבות חקירות תלויות ועומדות הוא שיקול רלוונטי.

#### ג. לשם הוכחת ערבות יש צורך בראיה אחרת מעבר להתחייבות בעל פה

שלום ירושלים: לשם הוכחת ערבות יש לדרוש ראיה אחרת מעבר להתחייבות בעל פה, שכן בחוזה ערבות יש כדי ליצור חיובים חמורים ביותר כלפי הערב.

רשימת התפוצה של משרד אפיק ושות', עורכי דין ונוטריון, מופצת אחת לשבועיים לקהל של כ-3,200 איש וכוללת פרסומים מקצועיים תמציתיים לקהל הרחב בנושאים משפטיים המעניינים את הקהילה העסקית והינם בתחומים בהם עוסק המשרד. על מנת להיות מוסר מרשימת התפוצה או על מנת להצטרף אליה יש לשלוח מייל לכתובת [newsletter@afiklaw.com](mailto:newsletter@afiklaw.com) ובכותרת לכתוב "אנא הסירו אותי מרשימת התפוצה" או "אנא צרפו אותי לרשימת התפוצה".

ניתן להעביר עדכון זה לכל אדם ובלבד שלא נעשה כל שינוי בטקסט. אין האמור בעדכון זה מהווה יעוץ משפטי ובכל נושא מומלץ לפנות למשרדנו על מנת שהעובדות תיבחנה היטב בטרם תתקבל החלטה כלשהי.

למאגר פרסומים קודמים: <http://www.afiklaw.com>

## 1. מאמר בנושא: הקו הדק שבין הצעת מחיר עסקית כשרה למכרז לבין תכסינות פסולה

מצ"ב מאמר הדין בנושא הקו הדק שבין הצעת מחיר עסקית כשרה למכרז לבין תכסינות פסולה. במסגרת המאמר דן עו"ד יאיר אלוני בקו הגבול שבין תכנון אסטרטגי- עסקי בעת תמחור הצעת מחיר לבין תכסינות פסולה אסורה בתחום המורכב של דיני המכרזים. את המאמר ניתן למצוא גם בקישור:

<http://www.afiklaw.com/files/articles/a121.pdf>

את המאמר כתבה עו"ד יאיר אלוני ממשרד אפיק ושות' ([www.afiklaw.com](http://www.afiklaw.com)), העוסק בעיקר בתחום המכרזים והמשפט המינהלי ואשר הצטרף למשרדנו לאחרונה.

## 2. מידעוני המסים של BDO זיו האפט

ביום 20 פברואר, 2013, התפרסם גיליון 125 של מידעון המסים של BDO זיו האפט:

המידעון עוסק בנושאים: ניכוי מס במקור ממשכורות החייבות במס נוסף עפ"י סעיף 121ב לפקודה, מתי הלוואה בין חברות אחיות תסווג כדיבידנד בידי החברה האם, השבה מכוח עילה של עשיית עושר ולא במשפט אינה תמורה לעניין חוק מע"מ.

את המידעון ניתן למצוא בקישור:

[http://replay2.bdo.co.il/fb\\_web/fb/9D3DFFED33D3BEA84061D428D158A50639B759BB6E4872F070B65BCFB0B317D8/show.aspx](http://replay2.bdo.co.il/fb_web/fb/9D3DFFED33D3BEA84061D428D158A50639B759BB6E4872F070B65BCFB0B317D8/show.aspx)

BDO זיו האפט, עימה משרדנו מצוי בקשרי שיתוף פעולה הדוקים, הינה פירמת רואי חשבון המהווה חלק מהרשת הבינלאומית BDO הפרושה בלמעלה מ-110 מדינות ומדורגת בין חמש הפירמות הגדולות בישראל.

## 3. תאגידים, הגבלים עסקיים וניירות ערך

א. חיוב בעל מניות בחובות החברה יעשה במקרה קיצוני של נטילת סיכונים בלתי סבירים ובמודע [עא (ת"א) 55809-01-12 כלל פיננסים טהורי בית השקעות בע"מ נ' אלטרם בע"מ, בית המשפט המחוזי בתל אביב, 28.02.2013, כב' השופטים ישעיהו שנלר, קובי ורדי, איתן אורנשטיין]

בית המשפט המחוזי דן באחרונה בערעור על פסק דין בשאלה - מתי ניתן לחייב בעל מניות בחובות חברה בחובותיה ולבצע הרמת מסך. בית המשפט קבע כי על מנת שניתן יהיה לחייב את בעלי המניות באופן אישי, בחובות החברה על נושה החברה הנטל להוכיח כי בעלי המניות נטלו סיכון בלתי סביר באשר ליכולת של החברה לשלם את חובותיה ובהיותם מודעים לכך ("מימון דק"). עם זאת נקבע כי שימוש במנגנון זה יעשה אך במקרים קיצוניים של מימון דק, ונטל ההוכחה במקרה כזה קשה. במסגרת זו עליו להוכיח כי הפעילות האמורה נעשתה למטרה לא כשרה, בכדי להונות אדם או לקפח נושה של החברה ושעה שבעלי המניות היו מעורבים במודע בפעילות זו. לשם כך נדרשות ראיות מוצקות כהצגת דוחות כספיים או הגשת חוות דעת מומחה. במקרה זה נקבע כי התובעים לא עמדו בנטל ועל כן לא בוצעה הרמת מסך.

ב. עת חברה זוכתה מביצוע עבירות לפי חוק עובדים זרים יש לזכות אף את מנהליה [העז (ב"ש) 1054-08 מדינת ישראל נ' חב' טכנומאן בע"מ, 05.02.2013, בית הדין האזורי לעבודה באר-שבע, כב' השופטת יהודית הופמן]

בית הדין האזורי לעבודה בבאר שבע דן בכתב אישום נגד חברה שעסקה במתן שירותי כוח אדם ובהספקת עובדים בגין העסקת עובדים בניגוד לחוק עובדים זרים. כמו-כן, בית הדין לעבודה דן בכתבי אישום נגד מנהלי החברה, אשר הואשמו כי בהיותם מנהלים פעילים לא פיקחו על פעילות החברה ולא הביאו למניעת ביצוע העבירות. בית הדין קבע, כי המדינה לא הרימה את הנטל המוטל עליה להוכיח מעבר לכל ספק סביר כי החברה העסיקה עובדים זרים. עוד נקבע, כי אין די בראיות שהוצגו בכדי לקבוע קיומם של יחסי עובד מעביד. בית הדין הוסיף, כי משנקבע שיש לזכות את החברה מביצוע העבירות שיוחסו לה בכתב האישום, הרי שיש לזכות גם את מנהליה מהעבירות שיוחסו להם בכתב האישום. בית הדין הוסיף כי חוק עובדים זרים מטיל אחריות פלילית על מי שהוא מנהל פעיל בתאגיד ולא על מי שרשום כמנהל. הסעיף אף אינו מטיל אחריות פלילית על בעלי מניות או דירקטורים אם אינם מנהלים פעילים בה ובמקרה זה גם לא הוכח כי המנהלים היו פעילים וגם מטעם זה אין מקום לקבוע להם אחריות אישית.

**א. חוזה למתן שירותים אינו הסכם המושגת על יחסי אומן שלא ניתן לדרוש אכיפתו**  
 [עא 8707/12 מרדכי אוחנה נ' מנהל מקרקעי ישראל, בית המשפט העליון, 18.02.2013, כב' השופטת עדנה ארבל, כב' השופט צבי זילברטל, כב' השופט אליקים רובינשטיין]

ערייה כרתה חוזים עם סוחרים להקמת דוכני רוכלות באזור שהוגדר לכך. בית המשפט של הערכאה הראשונה קבע כי החוזים שנכרתו אינם עומדים בדרישת החוק ויש לפנות את הדוכנים שנבנו לשם כך. הסוחרים ערערו על קביעה זו של בית המשפט. נקבע כי על אף שנקבע כי החוזים שנכרתו אינם עומדים בדרישת החוק, יש להתחשב בעובדה כי הסוחרים לא פלשו למקרקעין, אלא השתמשו בו בתיאום עם העירייה שהחזיקה בשטח. אשר על כך, נקבע כי יש לאפשר לסוחרים תקופת מעבר של 9 חודשים אשר תהווה איזון הולם בין האינטרס של הסוחרים על הפגיעה הקשה העלולה להיגרם להם, אל מול העיקרון החשוב של שמירה על שלטון החוק והאינטרס הציבורי. תקופה כזו תאפשר לסוחרים למצוא פתרון חלופי למסחר, ולא תהיה ארוכה מדי כדי פגיעה באינטרס הציבורי ובמסר המועבר לתושבי העיר.

**ב. עבר פלילי של מועמד למכרז הינו שיקול רלוונטי לצורך קבלת החלטה בדבר פסילת מועמדותו במכרז**  
 [עא 8189/11 רפאל דיין נ' מפעל הפיס, בית המשפט העליון, 21.02.2013, כב' השופטים ד' ברק-ארז, ע' ארבל, י' דנציגר]

בית המשפט העליון דן לאחרונה בשאלה האם חקירה פלילית בעבירה על טוהר המידות כנגד מתמודד במכרז היא שיקול שוועדת המכרזים רשאית להתחשב בו לשם פסילת מועמדותו והאם רשאית ועדת המכרזים להתחשב בשיקול זה לצורך מתן שקלול והערכת אמת מידה של "יושר ומהימנות" אשר נכללה בתנאי המכרז. הערעור נסב על החלטת ועדת המכרזים לפסילת מציע במכרז לאחר שהתברר כי המציע אינו עומד בתנאי של "מהימנות ואמינות" בשל כך שבעת הגשת ההצעה התנהלה נגדו חקירה פלילית בגין תיווך בשוחד. בית המשפט העליון קבע כי שקילת עברו הפלילי של מועמד לעבודה או מתמודד במכרז הוא שיקול רלוונטי, וכך גם חקירות תלויות ועומדות נגדו. באשר לחקירות עומדות ותלויות ציין בית המשפט כי במקרה דנן אמות המידה היוו כמעין "יצור כלאיים" המשמש כמעין מנגנון סינון הדומה לתנאי סף. אולם, בית המשפט קבע כי אין פסול בקביעת "תנאי מסנן" מסוג זה ובלבד שהשלכות של אי עמידה בתנאי זה יובהרו מראש למשתתפים.

**ג. לשם הוכחת ערבות יש צורך בראיה אחרת מעבר להתחייבות בעל פה**  
 [תא (י-ם) 17920-08 א. קרמר דוד בע"מ שיווק מוצרי זכויות נ' הארמון תעשיות אלומיניום, בית משפט השלום בירושלים, 11.02.2013, כב' השופטת תמר בר-אשר צבן]

בית המשפט דן לאחרונה בשאלה האם מנהל חברה ערב לפירעון המחאות שניתנו על ידי החברה, נוכח התחייבות שניתנה בעל פה לפירעון ההמחאות בעצמו ככל שהחברה לא תיפרע אותן. בית המשפט קבע, כי על פי חוק הערבות הדרך ליצירת ערבות הינה בהסכם בין ערב לנושה או בהתחייבות הערב שהודעה עליה ניתנה לנושה. בתוך כך, מסמך בכתב אינו נדרש כתנאי מכוון ליצירת ערבות, אולם להוכחת הערבות יש לדרוש ראיה אחרת מעבר להתחייבות בעל פה. בית המשפט קבע, כי חוזה ערבות אינו חוזה רגיל, באשר יש בו את כדי ליצור חיובים חמורים ביותר כלפי הערב. משכך, על אף שעל יצירת ערבות חל חוק החוזים, יש לבחון בקפידה יתרה את התנאים להתקיימות חוזה ערבות. בנסיבות אלה, עת מדובר בחברה בערבון מוגבל, יש להיפרע מכיס החברה ולא מכיס בעליה ומשלא הוכח כי מנהל החברה התחייב לפרוע את חובות החברה או לערוב להם, דין התביעה להידחות.

## הקו הדק שבין הצעת מחיר עסקית כשרה למכרז לבין תכסיסנות פסולה/ יאיר אלוני, עו"ד<sup>1</sup>

אופן תמחור הצעות מחיר למכרז הינו תחום מרכזי ומרתק, אשר מעסיק את טובי הכלכלנים במישור התיאורטי והמעשי של יישום תורת המשחקים באשר ליכולת לנבוא את אופן תמחור הצעות מתחרות ובתוך כך לסייע בהגשת הצעת המחיר המיטבית מבין ההצעות שיוגשו בהליך המכרז. אולם, במציאות היומיומית אנו נתקלים במצבים בהם אסטרטגיה עסקית-כלכלית פוסעת על קו דק מאוד, אשר לעיתים אף גובל באי חוקיות, היכולה להביא לפסילת הצעה ובחירת הצעה המתחרה.

מכרזים רבים מאופיינים בהזמנת הצעות לביצוע עבודות או שירותים הדורשים תמחור מספר רב של אלמנטים ופרמטרים וכמובן הצגתם באופן ברור בכתב ההצעה. מציע "תכסיסן" הינו מציע אשר צופה, ולעיתים יודע, כי המשקל היחסי הניתנים לרכיבים "יקרים" בהצעתו, לעומת רכיבים "מוזלים" שהציע ואשר הוא יידרש לספק לעורך המכרז בפועל, הינו שונה מהמשקל היחסי שניתן להם בנוסחת חישוב המחיר לצורך בחירת הזוכה במכרז. כך, כעניין אסטרטגי-עסקי, נוהגים מציעים לשלב בהצעתם, באופן מכוון, תמחיר משולב שבו, למשל, יתומחרו אלמנטים מסוימים בשיעור נמוך באופן בלתי סביר ביחס למחיר הנהוג בשוק, בעוד שלגבי רכיבים אחרים ייערך תמחור גבוה מהמקובל. תוצאה של טכניקת תמחור זו עלולה להביא את המתקשר עם מציע כזה לשלם בסופו של דבר מחיר גבוה מהמקובל, בייחוד כאשר מבוצעים שינויים בשירות הנרכש (למשל, כאשר תוספות ושינויים, שסביר מאוד שיידרשו, מתומחרים באופן יקר משמעותית בעוד שהצעת המחיר הבסיסית הינה נמוכה). בחירת הצעה כזו עשויה להשיג תוצאה המנוגדת לאינטרסים של עורך המכרז ובתי המשפט קבעו כי הצעה המהווה מניפולציה תמחירית, שתכליתה להביא להזלה מלאכותית של הצעת מחיר, מהווה הצעה תכסיסנית פסולה ודינה להיפסל.

בית המשפט דחה בעבר את הגישה לפיה יש לבחון את ההצעה כמכלול מבלי לבדוק את סעיפי ההצעה הספציפיים ונקבע כי כאשר מדובר במכרז הכולל פריטים שונים ונדרש לתמחר כל פריט, יש משקל ומשמעות לחריגות בפריטים השונים. בית המשפט יתחשב בנזק העלול להיגרם כתוצאה מהעמסת מחירים בלתי הוגנת ומשימוש בטכניקה של מילוי הצעת מחיר באופן תכסיסני, העשויים לגרום לחוסר ההגינות כלפי מציעים אחרים ועורך המכרז ולנזק לקופה הציבורית.

קו הגבול בין תכנון אסטרטגי-עסקי בעת תמחור הצעת מחיר לבין תכסיסנות פסולה אסורה, אינו חד משמעי וישתנה בהתאם לנסיבות כל מקרה לגופו. כך למשל, חברת שמירה אשר לה סניפים רבים, המועסקת בפרויקטים סמוכים, עשויה לתמחר באופן לגיטימי את הצעתה ביחס לרכיבים מסוימים באופן נמוך מהמקובל, שכן רכיבים אלה נכללים במסגרת התקורה הקיימת בלאו הכי במסגרת הפעילות השוטפת של החברה. מקרה לגיטימי אחר יכול להיות כאשר יש למציע חומרי גלם או כוח אדם אשר ללא זכייה במכרז יעמדו כאבן שאין לה הופכין ועל כן קל לתמחרם במחיר נמוך מהמקובל.

חשוב להדגיש, כי תחום המכרזים הינו תחום מורכב הטומן בחובו אלמנטים רבים הדורשים תשומת לב רבה הן בעת הגשת הצעות למכרז והן בעת תקיפת החלטות ועדת מכרזים לרבות בכל הנוגע לטיב ההצעה ואופן תמחורה. כך, חשוב ביותר להיוועץ בטרם הגשת הצעה למכרז, ובוודאי כאשר מתקבלת החלטה בדבר תוצאת המכרז, עם עורך דין המתמחה בתחום וזאת בטרם נקיטת כל פעולה.

<sup>1</sup> עו"ד יאיר אלוני הינו עורך דין במשרד אפיק ושות' ועיקר התמקדותו בתחום המכרזים והמשפט המינהלי. אין בסקירה כללית זו משום ייעוץ משפטי כלשהו ומומלץ להיוועץ בעורך דין המתמחה בתחום זה בטרם קבלת כל החלטה בנושאים המתוארים בסקירה זו.