

24 באוגוסט 2011

לכבוד
מר בנימין נתניהו
ראש הממשלה ושר הבריאות

ח"כ יעקב ליצמן
סגן שר הבריאות

גבי מיכל עבאדי
החשבת הכללית, משרד האוצר

דחוף

שלום רב,

הנדון: ביטול האפשרות להפעלת שר"פ בבית חולים כללי באשדוד

אנו מתכבדים לפנות אליכם בבקשה, כי תבטלו את האפשרות להפעלת שירות רפואי פרטי בתשלום במסלול בחירת רופא (מב"ר) במסגרת ההסכם שנחתם ביום 29.5.2011 בין ממשלת ישראל לבין חברת "אסותא אשדוד בע"מ" להפעלת בית החולים המיועד לקום באשדוד. הקמת בית החולים באשדוד במתכונתו הנוכחית (קרי, הפעלת שירות רפואי פרטי במסגרתו) פותחת פתח לשינוי מן היסוד של מערכת הבריאות הציבורית ולפגיעה לא מידתית ושלא כדין בעקרונות יסוד חוקתיים מוגנים, עליהם מושתתת מערכת הבריאות בישראל: שוויון, נגישות וצדק חברתי.

ביטול השר"פ נדרש לאור פגיעתו בציבור בכלל ובזכויות החולים בפרט, במידה בלתי סבירה ושאינה מידתית ובשל התנערות פסולה של המדינה מאחריותה כלפיהם בתחום הבריאות. הסדר השר"פ שאומץ במכרז ובהסכם להקמת בית החולים כרוך בניצול משאבים ציבוריים לפעילות פרטית למטרת רווח, הוא מפר את הזכות לשוויון של החולים ויוצר ניגוד עניינים מובנה. ההסכם כפי שהוא מנוסח כיום מעמיד בסכנה את המשך תפקודה של מערכת הבריאות בישראל כמערכת ציבורית.

רפואה ציבורית בישראל

הסוגיה שלפנינו הנה בעלת השלכות רחבות היקף על הזכות לבריאות של כלל תושבי המדינה ועל צביונה של מערכת שירותי הרפואה הציבוריים במדינת ישראל. מערכת הבריאות בישראל הנה ממלכתית – ציבורית ומשמעות הדבר כי עלויות השירותים ממומנות בעיקרן על ידי המדינה. כל אזרח זוכה לטיפול בהתאם לצרכיו ומשלם מכיסו אחוז קבוע ממשכורתו ללא תלות במצבו הרפואי- עקרון יסוד שעוגן בחקיקה במסגרת **חוק ביטוח בריאות ממלכתי**, התשנ"ד-1994 (להלן- "חוק ביטוח בריאות").

העקרון המחייב בפעילות בתי החולים הציבוריים הוא כי שיקולים רפואיים בלבד הם הקובעים את סוג הטיפול ובחירת הרופא המטפל ולא יכולתו הכלכלית של המטופל או כל שיקול אחר. מנגנון השר"פ הכלול בהסכם להפעלת בית החולים באשדוד ישנה את פני שירותי הרפואה הציבורית בישראל שינוי מהותי והוא בעל השלכות חברתיות וציבוריות נרחבות. בנוסף, פתיחת האפשרות להפעלת שר"פ בבית

החולים באשדוד עלולה להוביל, מטבע הדברים, לדרישה להפעלת שר"פ בכל בתי החולים הציבוריים בישראל.

בהקשר זה, יש להזכיר, כי אמנם שירותי שר"פ מופעלים בשני בתי החולים הציבוריים בירושלים, אולם אין ללמוד מכך על קיומו של היתר כללי להפעלת שר"פ בבתי החולים בישראל בכלל, שכן מדובר בהסדר ספציפי שמעולם לא נבחן במסגרת ביקורת שיפוטית וחוקיותו מוטלת בספק. בוודאי שלא ניתן להסיק מהסדר זה הקיים בפועל כי ניתן להפריט כעת בתי חולים ציבוריים אחרים.

הרקע לחתימה על ההסכם

בעקבות לחץ ציבורי ודיון פרלמנטרי ארוך, נחקק בשנת 2002 **חוק בית החולים באשדוד (הקמה והפעלה)**, התשס"ב-2002 (להלן- "החוק") שקבע את התוואי להקמת בית חולים באשדוד. החוק קבע, בית היתר, כי משרד האוצר, משרד הבריאות ומינהל מקרקעי ישראל יפרסמו מכרז פומבי להתקשרות עם יזם לתכנון, הקמה והפעלה של בית החולים.

ביום 13.9.2005 פורסמה ברשומות הודעה בדבר אישור תכנית מיתאר מקומית לצורך הקמת בית חולים באשדוד במרחב תכנון מקומי אשדוד. על פי ההודעה, השטח נועד להקמת בית חולים עירוני המיועד לספק את רוב השירותים הרפואיים לאשדוד.¹

לאחר עיכובים חוזרים ונשנים, ולאחר שמכרז קודם נכשל, פרסם החשב הכללי במשרד האוצר ביום 9.8.2009 את המכרז הנוכחי, **מכרז מס' 07/2009 לתכנון, מימון הקמה, הפעלה ואחזקה של בית חולים כללי בעיר אשדוד** (להלן- "המכרז"). על פי המכרז בית החולים מיועד להיבנות על גבי קרקע בבעלות המדינה המנוהלת על ידי רשות מקרקעי ישראל בשטח של כ- 70 דונם במזרח העיר אשדוד. עם הזוכה במכרז צפוי להיחתם חוזה פיתוח לתקופה של 5 שנים שבסיומה ייחתם חוזה חכירה.² כן, נקבע במכרז כי החכירה של השטח המיועד לבית החולים הינה **ללא תמורה** (מלבד השטח המיועד לשימושים מסחריים במקרקעין).³

על מנת לחזק את הכדאיות הכלכלית של המכרז וכדי למשוך יזמים להתמודד על המכרז⁴, נקבעו במכרז כמה מרכיבים: מתן אפשרות להפעלה של שירותי רפואה פרטית (מב"ר) בהיקף של 25% מהיקף ההכנסה השנתית של בית החולים ומתן מענק הקמה לזכיין בסך 130 מיליון שקל (כך על פי נוסח המכרז שפורסם ביום 9.8.09).⁵ בנוסף לשתי ההטבות הללו, מאפשר המכרז לזכיין להפעיל שטחים מסחריים בצמוד לבית החולים.

ביום 15.12.2010, לאחר פרישתם של שני מציעים בשלבים המוקדמים, הוגשה במכרז הצעה יחידה על ידי חברת "אסותא אשדוד בע"מ" (להלן- "אסותא אשדוד"). ביום 11.4.2011 הודיע משרד האוצר כי ועדת המכרזים הבין משרדית לעניין המכרז להקמת והפעלת בית החולים באשדוד, החליטה לאשר את הצעתה

¹ ילקוט הפרסומים 5438, 13.9.2005, עמ' 4221

² מכרז מס' 07/2009 לתכנון, מימון הקמה, הפעלה ואחזקה של בית חולים כללי בעיר אשדוד (להלן- "המכרז"), סעיף 5.1, עמ' 4

³ סעיף 43.7 להסכם הפרויקט לתכנון, מימון, הקמה, הפעלה והחזקה של בית חולים כללי בעיר אשדוד (להלן- "ההסכם"). כך גם בסעיף 12.4.3 להזמנה להציע הצעות למכרז: "מובהר, כי המציע אינו נדרש לשלם בין חכירת המקרקעין, המיועדים לשימושים הציבוריים של בית החולים."

⁴ צבי לביא, "בפעם השנייה: מכרז להקמת בית חולים באשדוד", [ynet](http://www.ynet.co.il), 9.8.2009.

⁵ משרד האוצר, הודעה לעיתונות "החשב הכללי יפרסם היום את המכרז למימון, הקמה והפעלה של בית החולים באשדוד. המכרז יכלול מענק הקמה בהיקף של 130 מיליון ש"ח", 9.8.2009.

של "אסותא אשדוד" כהצעה זוכה במכרז לתכנון, מימון, הקמה, הפעלה ואחזקה של "בית חולים כללי-ציבורי בעיר אשדוד".⁶

ההסכם עם חברת "אסותא אשדוד" נחתם ביום 29.5.2011, אך, למיטב הבנתנו, טרם הוחל בביצועו והוא נמצא בשלב המקדמי של גיוס המימון.⁷ חברת "אסותא אשדוד" נמצאת בבעלותה המלאה של חברת "אסותא מרכזים רפואיים בע"מ", שהנה חברת פרטית עסקית הפועלת למטרות רווח בבעלות מכבי שירותי בריאות. החברה הנה ספקית שירותי הרפואה הפרטית הגדולה בישראל והיא מפעילה רשת של בתי חולים ומכונים פרטיים ברחבי הארץ.

על פי ההסכם שנחתם עם חברת "אסותא אשדוד", החברה תקבל מענק הקמה בסך **487 מיליון שקל** מהמדינה המהווה כ- 75% מעלות ההקמה המוערכת על ידי ועדת המכרזים.⁸ מענק ההקמה עמד במכרז המקורי (שפורסם ביום 9.8.09) על 130 מיליון שקל המהווה כ- 25% מעלות ההקמה,⁹ לאחר מכן הוגדל לסך של 325 מיליון שקל (50%) ובסופו של דבר הוגדל שוב לסכום הנוכחי, 487 מיליון שקל.¹⁰ בהודעה שפורסמה על ידי משרד האוצר ביום פרסום המכרז נכתב כי "בית החולים יכלול את כל המחלקות הנדרשות להפעלת בית חולים ציבורי-כללי ובכלל זה חדר מיון, טיפול נמרץ, מחלקות בתחומים שונים כמו כירורגיה, לב, יולדות, ילדים, אורטופדיה ועוד."

מסלול השר"פ בבית החולים באשדוד (המסלול לבחירת רופא)

נספח ההפעלה של המכרז¹¹ מסדיר בפרק 12 את מסלול השר"פ שיכול היזם להפעיל בבית החולים באשדוד- המכונה שם "מסלול בחירת רופא" (מב"ר). המב"ר חל על השירותים הניתנים על ידי רופא וכן על כל השירותים הניתנים על ידי צוות רפואי אחר שאינו כולל רופאים כגון אחיות, טכנאים, עובדי מעבדה וכו', ובכללם שירותים אמבולטוריים, שירותי הדמיה, שירותי מעבדה, שירותי אבחון, ניתוחים, בדיקות תקופתיות או כל שירות רפואי אחר, לאחר אישורו על ידי מינהל הרפואה.¹² הנספח כולל מספר מגבלות על היקף הפעלת השר"פ, ובין היתר נקבע: "היקף הפעילות במסגרת מב"ר לא יעלה על 25% מכלל הכנסות בית החולים (ברוטו) ממכירת שירותים רפואיים" (סעיף 1.5.1); "היקף הפעילות המבוצע על ידי כל רופא, במסגרת מב"ר, לא יעלה על 25% מכלל הפעילות של אותו רופא" (סעיף 1.5.3); "מי שיעסוק במב"ר יהיו רופאים מרמת מומחה ומעלה, העובדים ילפחות במשרה חלקית בביה"ח" (סעיף 1.3);¹³ "רופאים המשתתפים במסגרת מב"ר ישתתפו בפעילות הייעוץ במרפאות בית החולים באותו אופן והיקף שבו משתתפים רופאים שאינם משתתפים במסגרת מב"ר" (1.5.4); "רופא המשתתף במסגרת

⁶ משרד האוצר, הודעה לעיתונות "המדינה הכריזה על זוכה במכרז לתכנון, מימון, הקמה, הפעלה ואחזקה של בית חולים כללי-ציבורי בעיר אשדוד", 11.4.2011.

⁷ על פי סעיפים 9 ו-10 להסכם, היזם מחויב לסיים בתוך 12 חודשים ממועד החתימה על ההסכם את "השלב המקדמי" במסגרתו מתחייב היזם לגייס את המקורות הכספיים ולהגיש תכנון ראשוני. רק בתום תקופה זו יחל שלב ביצוע עבודות ההקמה.

⁸ סעיף 44 להסכם, עמ' 31. סעיף 7 למכרז, עמ' 8.

⁹ לעיל ה"ש 5.

¹⁰ תגובת משרד האוצר על גובה המענק: רוני לינדר-גנץ, "מבקר המדינה בודק ההחלטה להעניק לאסותא כחצי מיליארד שקל עבור הקמת בית חולים באשדוד" דה-מרקר, 2.8.2011; רוני לינדר-גנץ, "הסתיים המכרז להקמת בית החולים באשדוד; המצעה היחידה- אסותא", דה-מרקר, 16.12.2010.

¹¹ נספח הפעלה ומענה המציע, מכרז 7/2009- הקמה והפעלת בית חולים כללי באשדוד (להלן- "הנספח" או "נספח הפעלה").

¹² הגדרת "מב"ר" בעמ' 5 לנספח.

¹³ בנוסח הראשוני של נספח הפעלה של המכרז נקבע כי הרופא יהיה חייב לעבוד במשרה מלאה בבית החולים אולם תנאי זה שונה ובנוסח הסופי נקבע כי נדרשת רק עבודה חלקית בבית החולים. היקף המשרה החלקית לא נקבע.

מב"ר... יהיה רשאי לספק שירותים במסגרת מב"ר רק בימים ובשעות שבהם אינו משמש כאמור במסגרת משרתו הרגילה" (סעיף 1.5.5); "לא תינתן כל קדימות בקביעת תורים לטיפולים, בדיקות או ניתוחים, לחולים במסגרת מב"ר" (סעיף 1.6); "לא תהייה כל הפרדה בין חולים במסגרת מב"ר לבין חולים רגילים, ולא יהיה כל הבדל בטיפול הרפואי שייתן לחולים במסגרת מב"ר" (סעיף 1.7); "בית החולים יוודא כי... שינוץ והשמת רופאים לניתוחים במסגרת הרגילה יתבצעו אך ורק על פי שיקולים רפואיים ולא לפי שיקולים כלכליים" (סעיף 1.8)

אין במגבלות אלה כדי לרפא את הפגיעה המובנית בזכויות היסוד של החולים כפי שיפורט להלן. כמו כן, הסדר השר"פ שאומץ בהסכם מתעלם מההמלצות שגובשו בוועדות הציבוריות¹⁴ אשר בחנו את סוגיית השר"פ ובחוות דעת היועץ המשפטי לממשלה דאז, אליקים רובינשטיין, "מניעת רפואה פרטית בבתי חולים ממשלתיים" מיום 14.2.2002 (להלן- "חוו"ד רובינשטיין"). הסדר השר"פ אשר אומץ נעדר את המנגנונים הקשיחים של פיקוח ובקרה שהוצעו בחוות הדעת והוא בעל השלכות קשות על מערכת הבריאות הציבורית.¹⁵ לכך מצטרפות מגבלות הכרחיות נוספות שאינן מוסדרות בהסכם כגון הוראה מפורשת המכפיפה את הזכיין לביקורת מבקר המדינה והגדרת עובדי הזכיין כעובדי מדינה, לכל הפחות, לעניין החוק הפלילי.

בית החולים באשדוד- בית חולים כללי ציבורי

בית החולים באשדוד הנו בית חולים ציבורי לכל דבר ועניין. אמנם, בית החולים באשדוד מתוכנן להיות מוקם ומופעל על ידי זכיין פרטי אולם אין בשאלת זהות הגורם המקים והמפעיל כדי להפוך את בית החולים לבית חולים פרטי במהותו ולפטור אותו מהעקרונות החלים על בתי חולים כלליים ציבוריים בישראל.

ראשית, **תפקודו של בית החולים**, כאמור במכרז ובהסכם, הענקת שירותים מכוח חוק ביטוח בריאות ממלכתי לכלל התושבים. בניגוד לבתי חולים פרטיים אשר אינם מפעילים מיון והם מציעים, בדרך כלל, ניתוחים וטיפולים רפואיים אלקטיביים בתחומים מוגבלים בלבד, בית החולים באשדוד אמור לתפקד כבית חולים כללי ציבורי לכל דבר. על פי נוסח המכרז, בית החולים באשדוד מחויב לתת שירותי רפואה לכל תושב, כהגדרתו בחוק ביטוח בריאות ממלכתי (סעיף 6.4.1 למכרז). מנקודת מבטו של החולה, בית החולים באשדוד הוא בית חולים ציבורי לכל דבר. מנקודת מבט זו, אין בבית החולים באשדוד היבט של "בחירה" אלא זהו בית החולים הציבורי שישירת את כלל תושבי אשדוד והסביבה בדומה לבתי החולים הציבוריים האחרים הפרושים ברחבי הארץ.

כמו כן, בית החולים באשדוד כעולה בבירור מהחוק עצמו ומתכליתו ובהתאם הוגדר על ידי גופים שונים המעורבים במכרז ובהסכם, ובכלל זה על ידי משרד האוצר, עיריית אשדוד ואסותא כ**בית חולים ציבורי כללי**. על אופיו הציבורי של בית החולים ניתן ללמוד מדבריו של סגן הממונה על הכספים במשרד האוצר,

¹⁴ ועדת החקירה הממלכתית לבחינת מצב הרפואה בישראל" (**ועדת נתניהו**) הגישה את המלצותיה בעניין הרפואה הפרטית ושילובה ברפואה הציבורית ביום 20.8.90. ועדה זו המליצה להתיר שירותי רפואה פרטית בבתי חולים ציבוריים (כגון בחירת רופא) במגבלות מסוימות; "הוועדה לבחינת הרפואה הציבורית ומעמד הרופא בה" (**ועדת אמוראי**) הגישה את המלצותיה בינואר 2003, והציעה שני מודלים לשלוב שר"פ, האחד ללא תשלום והשני בתשלום ובמגבלות רבות. הסדר השר"פ בהסכם מתעלם, לדוגמה, מהמלצות ועדת אמוראי שכללו, בין היתר: יצירת כללים ברורים ושקופים למיסוד ההסדרים תחת פיקוח ובקרה הדוקים, אמינים ובלתי תלויים ותוך אפשרות להפעלת סנקציות נגד מפרייהן; התחייבות של הרופא לעבוד במסגרת בית חולים אחד, לאחר שעות העבודה הרגילות או ביום השישי החופשי; התחייבות הרופאים לקבל עליהם את האיסור לעסוק בפרקטיקה פרטית או בעבודה נוספת שלא בשליחות בית החולים. (דוח ועדת אמוראי, עמ' 147).

משה בר סימן טוב, בוועדת הכספים של הכנסת ביום 16.2.2010: "בית החולים הוא ציבורי. מה שקובע בית חולים אם הוא ציבורי, זה שדבר ראשון יש לו חדר מיון והוא חייב לקבל כל פונה אליו. שנית, תמהיל המיטות לא נקבע על פי הצרכים שלו לניתוחים אלקטיביים וטיפולים אמבולטוריים אלא התמהיל שקובע עבורו משרד הבריאות. יש לו מחלקות פנימיות, מחלקת יולדות, מחלקה כזאת ומחלקה אחרת. זה מה שעושה את בית החולים ציבורי ועל המאפיין הזה אנחנו שומרים וזה קבוע בחוק." וכך גם הצהיר משרד האוצר בהודעה לעיתונות מיום 11.4.2011: "המדינה הכריזה על זוכה במכרז לתכנון, מימון, הקמה, הפעלה ואחזקה של **בית חולים כללי-ציבורי בעיר אשדוד**". וכך גם לדברי שר האוצר, יובל שטייניץ, במועד החתימה על ההסכם עם חברת אסותא: "יהיה מדובר **בבית חולים ציבורי**, שחלק קטן בו יהיה מותנה לשירותי רפואה פרטיים, כמו בתי החולים הציבוריים בירושלים."¹⁶

שנית, **המימון של בית החולים ציבורי**. למעלה מ-75% מכספי ההקמה של בית החולים מגיעים ישירות מאוצר המדינה וחלק ארי מהוצאות תפעול בית החולים ימומנו באמצעות החזרים מקופות החולים בעבור שירותי בריאות הנכללים בסל הבריאות הממומן על ידי כספי הציבור. כמו כן, הקרקע עליה יוקם בית החולים תועבר לידי חברת אסותא בחכירה ללא תמורה. בנוסף, בית החולים צפוי לקבל הטבות ניכרות במיסים אשר גם הן ממומנות, בעצם, מכספי ציבור. דהיינו, שעלויות העיקריות של בית החולים מסובסדות על ידי המדינה ולאור זאת ההגבלות המוטלות על מי שעושה שימוש במשאבים ציבוריים חלות גם בענייננו.

משמעות הדברים היא, שהחלק הארי מעלויות הטיפול במסגרת השר"פ ימומן מכספי המדינה שכן תוספת התשלום עבור בחירת הרופא מממנת רק את שירות בחירת הרופא ואילו את יתר מרכיבי הטיפול מממנות קופות החולים ומשרד הבריאות מכוח מחויבויותיהם על פי החוק: בית החולים, מתקני הניתוח, התרופות, מיטות האשפוז וסגל בית החולים ממומנים מכיסה של המדינה, ואותם ממשיך החולה לקבל ללא תשלום נוסף. הטענות שהועלו כנגד השר"פ בבתי משפט ממשלתיים בעניין קריתי יפות גם במקרה דנן שכן העלויות העיקריות מסובסדות ע"י המדינה. הוספת תשלום לשם קבלת השירות של בחירת מנתח "איננה" מנתקת את החולה המטופל מקבלת הטיפול במסגרת מתקני המדינה ועל חשבון משאביה. חלק הארי מעלויות הטיפול עדיין ממומנות מכספי המדינה, שכן תוספת התשלום אותה מוסיף המטופל- "קונה" אך ורק את שירות בחירת המנתח.¹⁷

שלישית, חברת "אסותא אשדוד בע"מ" היא אמנם חברת פרטית אולם היא **בבעלותה של קופת החולים מכבי**. במילים אחרות, בית החולים באשדוד הוא לא רק בית חולים ציבורי כללי במהותו אלא גם על פי הגדרות החוק משום שבעלת השליטה העיקרית בו היא קופת חולים. מסקנה זו נובעת ישירות מחוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2002), התשס"ב-2002, המגדיר "בית חולים ציבורי כללי", בין היתר, כבית חולים כללי שבבעלות קופת חולים.

איסור הפעלת שר"פ בבית חולים ציבורי: פגיעה בזכויות חוקתיות

הפעלת שר"פ בבית החולים באשדוד פוגעת בזכויות יסוד מוגנות של הציבור בישראל, מנוגדת לעקרונות חוקתיים וחוקיים המסדירים את מערכת הבריאות הציבורית בישראל ולפסיקת בג"צ. בנוסף, אין כל בסיס או עיגון חוקי לכאורי להפעלתו.

¹⁶ שי מלול "דרמה בטקס החתימה על הקמת בית החולים באשדוד" [השבוע באשדוד](http://ashdod10.co.il) (ashdod10.co.il), 29.5.2011.
¹⁷ עניין קריתי, סעיף 53.

בבג"צ 4253/02 קריתי נ' אליקים רובינשטיין (17.3.2009) (להלן - "ענין קריתי") פסק בית המשפט כי חל איסור על הפעלת שר"פ בבתי החולים הממשלתיים וזאת "בהעדר זכות קנויה... לשנות מן היסוד את פניה של מערכת שירותי הבריאות הקיימת במדינת ישראל, מערכת יציבה המושתתת על עקרונות של צדק, שוויון ועזרה הדדית שהסדרה מעוגנים היטב בחוקי היסוד, החקיקה והתקנה" (בסעיף 65 לפסק דינה של השופטת ברלינר).

א. פגיעה בנגישות שווה לבריאות ובכבוד האדם

על פי סעיף 1 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, עקרון השוויון והערבות ההדדית הם עקרון היסוד במערכת הבריאות הציבורית: "ביטוח הבריאות הממלכתי לפי חוק זה, יהא מושתתת על עקרונות של צדק, שוויון ועזרה הדדית". עקרון השוויון בא לידי ביטוי גם בסעיף 8 הקובע כי תשלומי ההשתתפות העצמית ותשלומי ביטוחי הבריאות המשלימים יהיו אחידים ובלתי מפלים, ובלא תלות בהכנסות החברים וכן בסעיף 4 לחוק זכויות החולה שאוסר על הפליה בין מטופלים במתן שירותי בריאות. עקרון השוויון חל גם על השירותים שמעבר לסל הבריאות שרשאיות קופות החולים להציע.

העקרונות המונעים הפעלת שר"פ בבתי חולים ציבוריים, כפי שנקבעו, בין היתר, בפסק הדין בענין קריתי ובחוו"ד רובינשטיין, חלים גם בענייננו ואין לשאלת הבעלות על בית החולים רלוונטיות: ניגוד עניינים מובנה, פגיעה בעקרון השוויון ושימוש במשאבים ציבוריים לצרכים פרטיים. כל אלה פוגעים בזכות לבריאות, בזכות לכבוד ובזכות לשוויון של הציבור כולו.

בית החולים באשדוד נועד לפעול כבית חולים ציבורי הנותן שירות לכלל המטופלים ללא תשלום נוסף מכיסם במסגרת חוק ביטוח בריאות ממלכתי. במסגרת בתי החולים הציבוריים בישראל זכאי כל חולה המגיע לבית החולים לקבל את הטיפול הטוב ביותר שבית החולים יכול להציע לו על בסיס שיקולים רפואיים בלבד: "לכל החולים דין אחד, והם זכאים ליחס שוויוני." ¹⁸

הפעלתו של שר"פ בין כתליו של בית חולים זה טומנת בחובה הפליה מובנית בין מטופלים. הפעלת שר"פ בבית חולים ציבורי יוצרת שני מעמדות של חולים: אלה שיכולים להרשות לעצמם לבחור תמורת תשלום נוסף את הרופאים הבכירים והמומחים יותר ולקבל טיפול מקצועי יותר, ולעומתם יתר החולים שידם אינה משגת לבחור את הרופא המטפל. **ההסדר המעוגן בהסכם יעניק יתרון ממשי לחולים בעלי האמצעים ויעמיד אותם בקבוצה נפרדת מיתר מבוטחי ביטוח הבריאות הממלכתי. הפעלת שר"פ בבית החולים באשדוד תגרום לכך שהרופאים הבכירים יטפלו באוכלוסייה האמידה יותר. כך, איכות הטיפול וזמינותו לחולי השר"פ תעלה ובמקביל תיפגע איכות הטיפול הרגיל.** אין המדובר בהפליה בנגישות לטיפולים הנמצאים מחוץ לסל הבריאות, אלא שהשר"פ מפלה בין החולים השונים בנגישותם בקבלת השירותים החיוניים ביותר המכוסים על ידי סל הבריאות הממלכתי.

אין להתעלם גם מתחושת ההפליה שתיווצר אצל החולה "הרגיל" נוכח החולה המטופל במסלול השר"פ, שהרי ברי כי הסיבה העיקרית לכך שהוא אינו נהנה ממסלול השר"פ היא העדר יכולת כלכלית. קיומו של מסלול השר"פ מעודד את התחושה בקרב החולים כי היחס ותשומת הלב של הרופא והצוות המטפל נאותים וקשובים יותר במסלול השר"פ: "הדעת נותנת כי תחושת אפליה, תלווה כל חולה שבמיטה לידו שוכב חולה אחר, המוגדר כחולה פרטי במסגרת השר"פ של רופא - המעניק טיפול לשניהם. זאת, גם אם לא ניתן יהיה להניח את האצבע על נקודה מדויקת שבה הופלה האחד

¹⁸ ענין קריתי, סעיף 42.

לעומת השני. יש חשיבות ומשמעות גם לתחושה זו, לצד החשש כי אכן תהיה הפלייה בפועל בין במודע ובין שלא במודע מצד הרופא".¹⁹

בג"צ פסק כבר כי עקרון השוויון מחייב כל גוף ציבורי במדינה והוא חל, בראש ובראשונה, על הקצאת משאבים של המדינה.²⁰ למרות שבאופן רשמי הבעלות בבית החולים תהייה בידי זכיון פרטי, אין בכך כדי ליצור הבחנה מהותית לעניין שאלת ההפליה בשירותי הבריאות בין בית החולים באשדוד לבתי חולים ממשלתיים, כפי שיוסבר להלן.

מהאמור לעיל עולה, כי מרכיב ההפליה והפגיעה ברמת הבריאות של החולה הציבורי טמונים באופן מובנה במסלול השר"פ שיופעל בבית החולים באשדוד. לכך מתווסף החשש מפני קיצור התורים שלדעת רבים הוא תוצר לוואי הכרחי של השר"פ.²¹

ב. ניגוד עניינים

מתן אפשרות לרופא לקבל תמורה בעבור טיפול בחולים במסגרת מסלול השר"פ מעמיד אותו ואת כל מקבלי ההחלטות בבית החולים באופן מובנה בניגוד עניינים. על פי מסקנות ועדת נתניהו, הרופאים שיעסקו בשר"פ "מטבע הדברים" ישאפו להשיג רווח כספי, שאיפה שעלולה להתנגש עם הצורך לפעול על פי שיקולים טהורים גרידא.²² בהקשר זה, ראוי להזכיר, כי משרד האוצר הביע במסגרת ענין קריתי עמדה נחרצת המתנגדת להפעלת שר"פ. משרד האוצר סבר כי בהפעלת שר"פ קיימת אי חוקיות מובהקת בעיקר בשל ניגוד העניינים שבו הוא מעמיד את המועסקים בו.²³

כך, רופאים עשויים לשכנע חולים לפנות למסלול השר"פ, לקבוע לגבי חולים המגיעים למיון כי לא מדובר בנייתוח דחוף, יחס וטיפול מועדפים לחולי השר"פ ביחס לחולים הרגילים. כמו כן, עולה החשש שקיומו של שר"פ יביא לביצוע פרוצדורות שאינן הכרחיות.²⁴ (על פי דו"ח רובינשטיין- "פרופ' שני מסר, שהמחקרים מאששים חשש זה").

פסק הדין בעניין קריתי קבע בעניין זה, כי "קיומו של שר"פ במסגרת בתי החולים הממשלתיים יוצר ניגוד עניינים מובנה ומובהק שספק אם מקבלי ההחלטות (מנהלי המחלקות) יכולים להשתחרר ממנו. גם משום כך- לא עומד השר"פ בעקרונות המשפט המנהלי." (סעיף 44).

השר"פ כהסדר ראשוני המחייב חקיקה ראשית

סוגיית השר"פ הנה סוגיה ערכית כבדה וטעונה המעוררת מחלוקת בציבוריות הישראלית זה שנים רבות. כלל בסיסי במשפט המנהלי הוא, כי הסדרים ראשוניים במהותם, ואמות המידה העקרוניות והמדיניות הכללית צריכות להיקבע בחקיקה ראשית: "הלכה היא שמשיקולים של הפרדת רשויות, שלטון החוק והדמוקרטיה (במובנה הפורמאלי-ייצוגי ובמובנה המהותי), ראוי שהתוויית המדיניות הכללית והעקרונית- זו המהווה ההסדר הראשוני- אשר השפעתה על חיי

¹⁹ עניין קריתי, סעיף 43.

²⁰ בג"צ 6698/95 עאדל קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פד"י נד (1) 258, 272-274 (2000).

²¹ כך לדוגמה עולה מחוות הדעת של רובינשטיין.

²² עניין קריתי, סעיף 22.

²³ עניין קריתי, פסקה 22. גם בחו"ד רובינשטיין הוצגה עמדת משרד האוצר נגד קיום השר"פ בבתי החולים בעיקר מהטעם כי השר"פ מעמיד את המועסקים בו בניגוד עניינים (עמ' 3-4 לחו"ד); גם בהקשר של שביתת הרופאים הנוכחית, הביע האוצר התנגדות לשר"פ כחלק מהמו"מ עם הרופאים. דן אבן "שביתת הרופאים תימשך היום; קופות החולים יפעלו" **הארץ**, 6.4.11.

²⁴ בחו"ד רובינשטיין הובעו חששות אלה ונטען כי קיימים מחקרים המאששים אותם (סעיף 31 לחו"ד).

הפרטים בחברה הינה גדולה- תיעשה בחקיקה ראשית".²⁵ הכלל המנהלי בדבר הסדרים ראשוניים תקף על אחת כמה וכמה בסוגיות בעלות השלכות חברתיות וציבוריות נרחבות, בסוגיות הנוגעות לחלוקת משאבים ובהסדרים המעלים חשש לפגיעה בזכויות הפרט.²⁶ בבג"צ קריתי התייחסה כב' השופטת ברלינר לשאלת הצורך בהסדרת השר"פ בחקיקה ראשית וקבעה כי: "רפואה פרטית המתבטאת באפשרות לבחירת רופא, היא מהפכה של ממש, בהשוואה למצב הקודם שבו המוסדות הרפואיים הם שהכתיבו את מיהותו של הרופא המטפל על פי שיקולים רפואיים בלבד... כל אפשרות לקנות שירות משופר במסגרת השירות הציבורי הניתן בחינם, צריכה להיות מוסדרת בחוק".²⁷

כב' השופטת ברלינר סיכמה את שאלת החובה להסדיר את סוגיית השר"פ בחקיקה ראשית בדברים אלה:

"קיומו של השר"פ בבתי חולים ממשלתיים הוא נושא מהותי בעל השלכות בכיוונים רבים. בפן המעשי יש לו השפעה על אופי הרפואה הציבורית בישראל. אין ספק שמתן אפשרות לבחירת רופא מכתיבה התנהלות שונה הן של ציבור הרופאים והן של ציבור החולים. אין מדובר בהסדר מצומצם ונקודתי אלא בהסדר שכל אחד מיחיד הציבור יכול להיתקל בו בשלב מסוים של חייו. בפן הערכי מדובר בנושא הראוי להגדרה כנושא ליבה: בחירה בין סוציאליזם כעקרון כלכלי-חברתי ראוי, אל מול העדפת כוחות השוק, הפרטה והתערבות מינימאלית של הרגולטור".²⁸

וכדברי יואב דותן וברק מדינה:

"האפיון של דרך האספקה של מוצרים ושירותים כהכרעה פוליטית הוא בעל חשיבות במישור המוסדי ... ולפיכך יש לקבוע כי רק הכנסת מוסמכת להחליט, בדרך של חקיקת חוק, על ההפרטה של אספקת מוצר כלשהו... החלטה לשנות את מבנה גביית התשלום לגבי חלק מהשירותים הניתנים, באופן שיש להניח שתהיה לו השפעה על צורת מתן השירות (כגון גביית תשלום עבור תוספת לשירות הבסיסי) חייבת להתבסס על הסמכה מפורשת של המחוקק".²⁹

המכרז וההסכם מכוחם יופעל בית החולים באשדוד על ידי חברת אסותא פורסמו בהתאם להוראות חוק בית החולים באשדוד (הקמה והפעלה), התשס"ב-2002. אלא שאין בלשון החוק כל בסיס המתיר הפעלת שר"פ בבית החולים שיוקם באשדוד. החוק מכיר אמנם באפשרות כי

²⁵ בג"צ 244/00 עמותת שיח חדש נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6), 25, 56 (2002).
²⁶ בג"צ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון פ"ד נב(5), 481, 502 (1998); בג"צ 11163/03 ועדת המעקב העליונה נ' ראש ממשלת ישראל, עמ' 58-60 (2006).
²⁷ עניין קריתי, סעיף 36 (ההדגשה הוספה); עמדה דומה הביע היועמ"ש רובינשטיין בחוו"ד שהגיש במסגרת בג"צ קריתי "מניעת רפואה פרטית בבתי חולים ממשלתיים" מיום 14 פברואר 2002. רובינשטיין הציע להסדיר בתקנות למשך שנה בלבד את פעילות השר"פ ובמהלך תקופה זו תוכל הכנסת לשקול אם בכוונתה לחוקק חקיקה ראשית בעניין (סעיף 36.4 לחוו"ד רובינשטיין).
²⁸ עניין קריתי, סעיף 48.
²⁹ יואב דותן וברק מדינה, "חוקיות הפרטה של אספקת שירותים ציבוריים", משפטים 287, בעמ' 332, 343 (2007).

זכיון פרטי יקים ויפעיל את בית החולים באשדוד, אולם אין ללמוד מכך על מתן אישור להפעלת שר"פ בבית החולים. החקיקה המסמיכה את הרשות לפעול אינה חייבת, אמנם, להסדיר את כל ההיבטים היישומיים, אולם בוודאי שהיא צריכה לכלול את העקרונות המנחים ואמות המידה המהותיות להפעלתה של הסמכות המוסדרת בה. בהעדר אישור להפעלת שר"פ בבית החולים באשדוד במסגרת החקיקה המסמיכה את הרשויות יש ללמוד על כוונת המחוקק שלא להתיר הסדר מסוג זה.

למען הסר ספק, וכפי שפורט במכתב זה, הפעלת שר"פ בבית חולים ציבורי אינה חוקתית ואין בהסדרתה במסגרת חקיקה כדי לרפא את הפגמים החוקתיים.

הליך מנהלי פגום

סוגיית השירות הרפואי הפרטי בתוך בתי החולים הציבוריים היא מן הסוגיות הקשות והשנויות במחלוקת בציבור הישראלי, בין משרדי הממשלה ובקרב המומחים. בשני העשורים האחרונים עסקו שתי ועדות ממלכתיות בשאלת כדאיות השר"פ במערכת הבריאות הציבורית³⁰ והנושא אף נבחן בפברואר 2002 על ידי היועץ המשפטי דאז, אליקים רובינשטיין בחוות דעת שהגיש לבג"צ בעניין קריתי (חוו"ד רובינשטיין). ועדות אלה הציעו הצעות שונות אולם הסוגיה לא הוכרעה סופית על ידי הממשלה או הכנסת. כך, לדוגמה, ביום 20.10.02 התקבלה בממשלה החלטה מס' 2605 בעניין השר"פ אשר קבעה כי על שרי הבריאות והאוצר לקבוע הסדרים לבחירת רופא בתשלום, בתנאים מסויימים אולם ביום 15.8.04 החליטה הממשלה בהחלטה מס' 2460 על הקפאת הדיונים בעניין השר"פ והתניית דיון בנושא במסגרת הליך תאגוד בתי החולים.

למרות שלא התקבלה כל הכרעה פרלמנטרית בשאלת הפעלת השר"פ בתי החולים הציבוריים בישראל, ההסכם שנחתם עם חברת אסותא להפעלת בית החולים באשדוד מעניק יד חופשית להפעלת מסלול שר"פ בבית החולים. החלטה זו לא התקבלה מתוך עמדה ערכית ומשפטית המכירה ביתרונות השר"פ, אלא כתמריץ כלכלי שנועד למשוך זכיינים להציע עצמם להפעלת בית החולים וזאת לאחר הכישלון שנחל המכרז הראשון.

ההסדר שאומץ בהסכם שנחתם עם חברת אסותא מהווה הכרעה בשאלה ערכית ומשפטית מכרעת מעין כמותה תוך עקיפה של החובה לקיים דיון ציבורי ופרלמנטרי ולשקול את מכלול השיקולים הרלוונטיים. כך, בעניין קריתי נקבע, כי מדובר בהכרעה ערכית שצריכה להישקל בכובד ראש לאור השפעתה על מערכת הבריאות הציבורית בפרט ועל השירותים הציבוריים בכלל. התנהלות זו משקפת **מנהל ציבורי קלוקל** ועל כן יש לבטל את פרק השר"פ בהסכם.

לא זו בלבד שלא נעשה דיון ציבורי או פרלמנטרי בשאלת הפעלת השר"פ, ולא התקבל הסדר בחקיקה, אלא שהסדר השר"פ שאומץ בהסכם מתעלם מההמלצות שגובשו בוועדות הציבוריות ובחוו"ד רובינשטיין. בהקשר זה יפים לענייננו דבריה של כב' השופטת ביניש:

"על כל רשות מינהלית להשתית את החלטותיה על תשתית עובדתית ראויה ובדוקה, שנתקבלה לאחר איסוף נתונים, ותוך הבאה בחשבון של כל העובדות הרלוונטיות לעניין (לכללים החלים לעניין זה ראו למשל: בג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים [15]; בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת

³⁰ "ועדת החקירה הממלכתית לבחינת מצב הרפואה בישראל" (ועדת נתניהו) 20.8.90; "הוועדה לבחינת הרפואה הציבורית ומעמד הרופא בה" (ועדת אמוראי) בינואר 2003.

התקשורת [16]; בג"ץ 8569/96 הסתדרות הנוער העובד והלומד נ' שר החינוך, התרבות והספורט [17]). כך ביחס לכל החלטה של רשות מינהלית, ועל אהת כמה וכמה כאשר מדובר בהחלטה שהשלכותיה ותוצאותיה על המשק ועל החברה הן מרחיקות לכת כמו בענייננו.³¹

השיקולים הרלוונטיים בכל החלטה מנהלית נגזרים מתכלית החקיקה ומתכלית שיטת המשפט לשרת את ערכי היסוד. בענייננו, ההסכם משקף התעלמות מוחלטת מתכלית החקיקה של חוק בית החולים באשדוד להבטיח את זכויותיהם של תושבי אשדוד לנגישות למערכת הבריאות הציבורית במסגרת חוק ביטוח בריאות ממלכתי והוא גם מתעלם מההשפעות החמורות שיהיו להכנסת השר"פ לבית החולים באשדוד על יתר בתי החולים ועל מערכת הבריאות הציבורית בכללותה. ההחלטה על מתן אפשרות להפעלת שר"פ בבית החולים באשדוד מבוססת על אינטרסים זרים הקשורים לכדאיות הכלכלית של המכרז והיא אינה מתייחסת כהוא זה לטובתם של החולים והמטרה של הבטחת גישה שוויונית למערכת הבריאות הציבורית.

על ההליך המנהלי הפסול שליווה את גיבוש תנאי ההסכם ניתן ללמוד מתגובת משרד הבריאות להסכם. משרד הבריאות הודיע ביום החתימה על ההסכם עם "אסותא אשדוד", כי הוא מתנגד להסכם במתכונתו הנוכחית. התנגדות משרד הבריאות נובעת, בין היתר, מהיקף הרפואה הפרטית שמאפשר ההסכם ליזם להפעיל ולאור תפיסת המשרד כי בית החולים החדש צריך להיות בית חולים ציבורי.³² במכתב ששלח פרופ' גמזו, מנכ"ל משרד הבריאות, לסגן החשב הכללי ביום 26.5.10 הוא ביקש את השהיית החתימה על ההסכם וטען כי "במצב שכזה, בו נרמסת חובתי ואחריותי המקצועית אינני מוכן לאשר את המהלך הזה. הוא איננו תקין מינהלית ועלול לגרום לניהול לא תקין של פרויקט שהמדינה עומדת להשקיע בו סכומים כבירים... חתימה שכזו מצידכם, לא תזכה לברכת הדרך ממשרד הבריאות."³³

גם ההחלטות שקיבל משרד האוצר על גובה מענק ההקמה לזכיין נגועות בהליך מנהלי לקוי. כאמור, משרד האוצר החליט על הגדלת מענק ההקמה פעמיים. בפעם הראשונה מ-25% מעלות ההקמה ל-50% ובפעם השניה ל-75%. כזכור, חוק בית החולים באשדוד קובע שתי חלופות: העדיפות הראשונה היא להקמת בית החולים והפעלתו על ידי יזם שיזכה במכרז (סעיף 3(א) לחוק). על פי החלופה השניה, במידה ולא יבחר זוכה במכרז בתוך שישה חודשים מיום פרסומו, יוקם בית החולים באשדוד על ידי המדינה (סעיף 4 לחוק).

הגידול במענק ההקמה לא לווה בדיון ציבורי או פרלמנטרי למרות שמדובר בהחלטה מכרעת העוסקת בהקצאת משאבים ציבוריים. מהלך זה מנוגד גם לקביעת בית המשפט העליון ביחס לחובה לפרסם מראש מידע על הכוונה לקבל החלטה על הקצאת משאבים ציבוריים כדי להבטיח תהליך קבלת החלטות דמוקרטי וליצור מסגרת פרוצדוראלית לשיתוף הציבור.³⁴ כך, העלאת מענק ההקמה מ-25% ל-50% מעלות ההקמה, לוותה בהפתעה גמורה מצד סגן השר ליצמן: "פתאום, בן לילה, בלי שהתייעצו אתי ובלי שדיברו איתי, הוסיפו 350 מיליון למכרז. קבלתי הודעה לעיתונות... המדינה מוכנה להשתתף בבניית בית החולים בסכום הזה וזה בן לילה

³¹ בג"צ 3975/95 קניאל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(5), 459, 493 (1999).

³² מיטל יסעור בית-אור, "אסותא בדרום: משרד הבריאות מחרים טקס החתימה" **ynet** 29.5.2011.

³³ מכתב פרופ' רוני גמזו למר גיל שבתאי, סגן החשב הכללי במשרד האוצר, בעניין "חתימה על הסכם הקמה והפעלה של ביה"ח באשדוד", 26 מאי 2011.

³⁴ בג"צ 3638/99 בלומנטל נ' עיריית רחובות, פ"ד נד(4), 220, 230 (2000).

מבלי שדיברו איתו ולא שאלו את משרד הבריאות.³⁵ ההסבר להעלאת המענק היה כי, בניגוד לקבוע בחוק, הממשלה אינה מוכנה להקים בעצמה את בית החולים ולכן האופציה היחידה שבית החולים יקום הוא באמצעות יזם: "אם המכרז יכשל, אנחנו מבטלים את חובתה של הממשלה להקים את בית החולים בעצמה. אנחנו עושים את המאמץ המרבי כדי שבית החולים יקום בדרך של מכרז. אם לא נצליח לעשות את זה, זאת לא תהיה הקמה על ידי הממשלה."³⁶

גם העלאה השנייה מ- 50% ל- 75% התקבלה בלא כל דיון. החלטה זו התקבלה למרות שסגן הממונה על התקציבים במשרד האוצר, משה בר סימן טוב, התבטא בעקבות העלאת המענק ל- 50% כי "הרעיון היה לסייע ככל הניתן. 50% אחוזים זה המענק המרבי שניתן לתת לפרוייקטים, כי אחרת כבר אין טעם לעשות את כל אופרציית המכרז."

בעקבות ההחלטה להגדיל את מענק ההקמה ל- 75% מעלות ההקמה, הביע משרד מבקר המדינה תמיהה על תהליך קבלת ההחלטות במכרז הנדון. ביום 1.8.11 הודיע המשנה למנכ"ל משרד מבקר המדינה, בועז ענר, על כוונת מבקר המדינה לבדוק את החלטת המדינה לתת מענק הקמה של 487 מליון שקל לאסותא וזאת, בין היתר, לאור ההחלטה להקים את בית החולים במתכונת של בית חולים פרטי.³⁷

לסיכום, הפעלת השר"פ באשדוד מנוגדת להכרעת בג"צ, לחוק ולעקרונות החוקתיים והיא משקפת עקיפה של דיון ציבורי ופרלמנטרי החיוני בשאלה ציבורית חשובה מעין זו. לאור החשש הסביר, כי צעד זה יביא לזליגה של השר"פ לכל בתי החולים הכלליים בישראל, הפעלת השר"פ בבית החולים באשדוד מסמנת את סופה של מערכת הבריאות הציבורית.

אשר על כן, נבקשכם לבטל את השר"פ בבית החולים שעתיד לקום באשדוד ולהקפיד את ההתקדמות ביישום ההסכם שנחתם עם חברת "אסותא אשדוד בע"מ" עד לתיקון ההסכם כאמור.

אין באמור בכדי למצות את טענותינו המשפטיות ו/או האחרות בסוגיה זו. נודה לקבלת תשובתכם בדחיפות על מנת שנוכל לשקול את המשך צעדינו המשפטיים.

בכבוד רב ובברכה,

אן סוציו, עו"ד

³⁵ ועדת הכספים, "הצעת חוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום התוכנית הכלכלית לשנים 2009 ו- 2010), התשס"ט 2009- פרק י' סעיף 34- בית חולים באשדוד", 16.2.2010.

³⁶ שם.

³⁷ בועז ענר: "עולה פה גם שאלה מאד מהותית שאנחנו כרגע נמצאים בבדיקה שלה, זה אותה החלטה מכוח חוק להקים בית חולים באשדוד. החוק מדבר על שתי אופציות, או שיהיה בית חולים פרטי, או שיהיה בית חולים ממשלתי ואגב זה, יש החלטה של האוצר לתקצב אותם 500 מיליון, לבית החולים הפרטי-ציבורי... עולות פה סוגיות מאד מהותיות, כי ברגע שאתה מקים בית חולים פרטי באשדוד, מה יקרה לברזיל? ... מי החליט על ה- 500 מיליון? ולמה החליטו על ה- 500 מיליון ואיזו עבודת מטה נעשתה במישור הזה? ומהן החלופות?" (פרוטוקול הועדה לביקורת המדינה, 11.8.11).