

1. האגודה לזכויות האזרח בישראל
2. רופאים לזכויות אדם - ישראל
3. מרכז אדוה

כולם ע"י ב"כ עוה"ד גלעד ברנע (מ' ר' 16611) ו/או ד"ר אמיר
פז-פוקס ו/או פרופ' יואב פלד

מרח' נחשון 4, ירושלים 93548
טלפון: 02-6713883, פקס: 02-6713735

וכן על ידי עוה"ד אן סוצ'יו ו/או דן יקיר ו/או דנה אלכסנדר
ו/או אבנר פינצ'וק ו/או עאוני בנא ו/או לילה מרגלית ו/או עודד
פלר ו/או טלי ניר ו/או גיל גן-מור ו/או תמר פלדמן ו/או אשרף
אליאס ו/או נסרין עליאן ו/או קרן צפריר ו/או ראויה אבורביעה
ו/או משכית בנדל ו/או נירה שלו ו/או רגד ג'ראיסי ו/או מיכל
פומרנץ

מרח' נחלת בנימין 75, תל-אביב 65154
טל': 03-5608185; פקס: 03-5608165

העותרים

-נגד-

1. ממשלת ישראל
2. שר הבריאות
3. סגן שר הבריאות
4. מנהל שירותי הרפואה, משרד הבריאות
5. שר האוצר
6. החשבת הכללית במשרד האוצר

המשיבים 1-6 ע"י מחלקת הבג"צים
משרד המשפטים, רח' צלאח א-דין 29, ירושלים
טלפון: 02-6466588, פקס: 02-6467011

7. אסותא אשדוד בע"מ, ח'פ' 51-4525591
רח' הברזל 20, תל אביב 69710

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי ולצו ביניים

בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא מלפניו צו על תנאי, המופנה אל המשיבים והמורה להם לבוא וליתן טעם, מדוע לא ייקבע, כי אין כל תוקף חוקי להיתר שניתן ליזם (כמשמעותו בחוק בית חולים באשדוד (הקמה והפעלה), התשס"ב-2002) ליתן שירות רפואה פרטי (שר"פ) בתשלום במסלול בחירת רופא (מב"ר) (או בכל הסדר שקול להם) במסגרת בית החולים שיוקם באשדוד, והוא יוכרז כבטל.

בקשה למתן צו ביניים ולקביעת העתירה לדיון בהקדם

בית המשפט הנכבד מתבקש, מפאת חשיבות העניין ולוח הזמנים להורות על דיון בהקדם בעתירה זו מאחר שנתקיימו זה מכבר הליכי מכרז ונבחר זוכה בהם (היא המשיבה מס' 7). לפיכך, ועל מנת שלא תיטענה טענות בדבר נזק לקופה הציבורית (כמו גם טענות מצידה של משיבה מס' 7 לנזקים שלטענתה לכאורה יגרמו לה), מתבקש בית המשפט הנכבד לדון בעתירה במועד שיאפשר הכרעה בהקדם וכן להורות בצו ביניים כי לא תעשה כל פעולה לקידום מתן שירות רפואה פרטי (שר"פ) בתשלום במסלול בחירת רופא (מב"ר) (או כל הסדר שקול להם) במסגרת בית החולים באשדוד כהגדרתו בסעיף 2 בחוק בית חולים באשדוד (הקמה והפעלה), התשס"ב-2002, עד להכרעה בעתירה זו.

ואלו נימוקי העתירה:

מבוא – מהו השר"פ

"האפשרות לבחירת רופא, כמוה כבחירת שוטר כדי לבצע שירות שהאזרח זכאי לו בחינם. קשה להעלות על הדעת כי אזרח יוכל להכתיב מי השוטר שיבוא לביתו בעקבות פריצה, יגבה את הודעתו כנחקר וכיוצ"ב, וזאת תמורת תשלום שישלם לו" (כבי' השופטת ד' ברלינר, בג"ץ 4253/02 קרית ג' היועץ המשפטי, ס' 37 (17.3.2009)).

"מהות הסדר השר"פ היא ניצול נכסי המדינה על ידי הרופא לעשיית רווח עצמי, מעבר לשכרו המשתלם לו. פעולה זו מנוגדת לחוק נכסי המדינה וחוק התקציב ואיננה עולה בקנה אחד עם עיקרון בסיסי של מינהל תקין" ("עמדת האוצר", מתוך חוות דעת היועץ המשפטי לממשלה: מניעת רפואה פרטית בבתי חולים ממשלתיים, 14 בפברואר 2002, ס' 6(ה)).

"במצב שכזה, בו נרמסת חובתי ואחריותי המקצועית, אינני מוכן לאשר את המהלך הזה [הסכם הקמה והפעלה של ביה"ח באשדוד – לא במקור]. הוא איננו תקין מינהלית ועלול לגרום לניהול לא תקין של פרויקט שהמדינה עומדת להשקיע בו סכומים כבירים... חתימה שכזו מצידכם, לא תזכה לברכת הדרך ממשד הבריאות" (פרופ' רוני גמזו, מנכ"ל משרד הבריאות, במכתב למר גיל שבתאי, סגן בכיר לחשב הכללי, 26 במאי 2011).

"מכל ההטבות במכרז המעודכן להקמת בית החולים באשדוד, אולי התמוהה ובעלת המשמעות השלילית ביותר לטווח הארוך היא סל ההטבות הטמונות בתנאי הפעלת השרות הרפואי הפרטי (שר"פ)" (פרופ' גבי בן-נון, פרופ' גור עופר,

"אין כל הצדקה להענקת מענקים נוספים לבית חולים באשדוד", **הארץ**
(25.1.11).

1. עניינה של עתירה זו הוא ההיתר שניתן למשיבה מס' 7 על ידי המשיבים מס' 1-6 (או מטעמם) למתן שירותי רפואה פרטית (שר"פ) בתשלום במסלול בחירת רופא (מב"ר) במסגרת בית החולים שיוקם באשדוד (להלן – "**בית החולים**" או "**בית החולים באשדוד**") כהגדרתו בסעיף 2 בחוק בית חולים באשדוד (הקמה והפעלה), התשס"ב-2002 (להלן – "**החוק**" או "**חוק בית החולים באשדוד**").
2. היתר זה למתן שירותי רפואה פרטית בתשלום עומד בניגוד בוטה לדין, לפסיקת בית משפט נכבד זה ולהנחיית היועץ המשפטי לממשלה – ויש בו פגיעה בלתי מידתית שתכליתה אינה ראויה בכבוד האדם, בזכות לבריאות, בזכויות החולה ובזכות לשוויון.
3. היתר הפעלת השר"פ שניתן למשיבה מס' 7 פוגע גם בחובת קביעתם של הסדרים ראשוניים בחקיקה ראשית ויש בו עקיפה של דיון ציבורי ופרלמנטרי, החיוניים בשאלה ציבורית חשובה מעין זו. שאלה זו היא בעלת השלכות רחבות היקף על הזכות לבריאות ועל צביונה של מערכת האשפוז הציבורית.
4. כמו כן, ההיתר שניתן להפעלת שר"פ בבית החולים באשדוד מנוגד לעמדת משרד הבריאות ואף לעמדה העקרונית העיקבית של משרד האוצר, השוללת הפעלת שר"פ בבתי חולים ציבוריים בישראל, בין היתר, בשל ניגוד העניינים המובנה הקיים בהסדר זה והחשש לפגיעה במערכת הבריאות הציבורית. משכך החלטה על מתן היתר להפעלת שר"פ בבית החולים באשדוד הינה בלתי סבירה.

העותרים

5. העותרת מס' 1, **האגודה לזכויות האזרח בישראל**, הינה עמותה הפועלת להגנת זכויות האדם בישראל ובשטחים הכבושים. בין היתר, עוסקת האגודה בהגנה על הזכות לבריאות ובהבטחת ההגנה על זכויות האדם בתהליכי הפרטה.
6. העותרת מס' 2, **עמותת רופאים לזכויות אדם**, הינה עמותה המאגדת רופאים ואנשי רפואה, הפועלת למען זכויות האדם בכלל והזכות לבריאות בפרט, בישראל ובשטחים הכבושים.
7. העותר מס' 3, **מרכז אדוה**, הינו מכון בלתי תלוי לחקר החברה הישראלית ולקידום רעיון השוויון והצדק החברתי. מרכז אדוה מתמקד בחקר במדיניות החברתית בישראל וניתוחה, ובוחן באופן ביקורתי את הצעדים הננקטים בתחומי התקציב, המיסוי והשירותים החברתיים - חינוך, בריאות, שיכון, רווחה, תחבורה וסביבה, וכן את השלכותיהם של צעדים אלה על החברה הישראלית כולה ועל כל אחת מהקבוצות המרכיבות אותה.

המשיבים

8. המשיבה מס' 1 ממשלת ישראל, "היא הרשות המבצעת של המדינה" (כקבוע בסעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה) והיא האחראית לביצועה כדין של חקיקת הכנסת, לרבות חוקי היסוד וכן חוק בית החולים באשדוד, חוק יסודות התקציב, התשמ"ה – 1985, חוק נכסי המדינה, התשי"א - 1951 ופקודת בריאות העם, 1940.
9. המשיבים מס' 2 ו-5 הם השרים המופקדים על ביצוע הוראות חוק בית החולים באשדוד והנושאים באחריות ישירה לביצועו כדין. המשיב מס' 5 הוא המופקד גם על ביצועם של חוק יסודות התקציב, התשמ"ה – 1985 וחוק נכסי המדינה, התשי"א - 1951.
10. המשיב מס' 3 הוא סגן שר הבריאות והמופקד בפועל מטעם הממשלה (ובאישור הכנסת) על משרד הבריאות.
11. המשיב מס' 4 הוא שהוסמך על פי סעיף 2 לחוק בית החולים באשדוד ליתן אישור להקמת בית החולים באשדוד.
12. המשיבה מס' 6 היא המופקדת על נכסי המדינה בפועל והמופקדת גם על ביצועם בפועל של חוק יסודות התקציב, התשמ"ה – 1985 וחוק נכסי המדינה, התשי"א - 1951.
13. המשיבה מס' 7 חברת "אסותא אשדוד בע"מ", היא חברה פרטית (שהוקמה במיוחד לצורך התמודדות במכרז להקמת והפעלת בית החולים באשדוד). היא בבעלותה המלאה של חברת "אסותא מרכזים רפואיים בע"מ", ח' פ' 51-1043457, שהינה חברת עסקית הפועלת למטרות רווח בבעלות "מכבי שירותי בריאות", שהיא השנייה בגודלה מבין ארבע קופות החולים הפועלות בישראל ומבטחת כ-25% מכלל תושבי המדינה המבוטחים בקופות החולים (ז'ק בנדלק, **חברות בקופת חולים, 2010** (סקר תקופתי מס' 233), ירושלים: המוסד לביטוח לאומי, יוני 2011). "אסותא מרכזים רפואיים בע"מ" הינה ספקית שירותי הרפואה הפרטית הגדולה בישראל והיא מפעילה רשת של בתי חולים ומכוני פרטיים ברחבי הארץ (**Dun's100, דרוג החברות המובילות בישראל**, www.duns100.dundb.co.il).

התשתית העובדתית

הקמת בית חולים באשדוד

14. חוק בית החולים באשדוד הוא פרי מאבק ציבורי בן למעלה מעשור להקמת בית חולים באשדוד – מתוך הכרה בצורך בהקמת בית חולים באזור זה נוכח הגידול הניכר באוכלוסיית העיר אשדוד וכן, בין היתר, בשל קרבתו לרצועת עזה ובשל הסכנות הביטחוניות הנובעות מקרבה זו. שני מכרזים שערך ופרסם משרד הבריאות, בשנים 1998 ו-2000 נכשלו, בשל העדר כדאיות כלכלית (ח"כ יעקב ליצמן, **פרוטוקול דיון משותף**

לוועדת הכספים ולוועדת העבודה, הרווחה והבריאות לחוק להקמת בית החולים אשדוד,
15.01.2002, עמ' 7).

15. כישלון זה הוביל את מטה המאבק העירוני להקמת בית חולים באשדוד לקידום המהלך על ידי חקיקת חוק בכנסת. מאבק זה נחל הצלחה כאשר בשנת 2002 נחקק, ביוזמת חה"כ סופה לנדבר, **חוק בית חולים באשדוד (הקמה והפעלה), התשס"ב-2002** שקבע את המתווה להקמת בית חולים באשדוד. החוק קבע, בין היתר, כי משרד האוצר, משרד הבריאות ורשות מקרקעי ישראל (או בשמה הקודם, מינהל מקרקעי ישראל) יפרסמו מכרז פומבי להתקשרות עם יזם לתכנון, להקמה להחזקה ולהפעלה של בית החולים באשדוד:

"התקשרות עם יזם להקמת בית החולים ולהפעלתו"

3. (א) בתוך שלושה חודשים מיום תחילתו של חוק זה [כלומר, עד ליום 1.5.02], יפרסמו משרד האוצר, משרד הבריאות ורשות מקרקעי ישראל מכרז פומבי להתקשרות עם יזם, לתכנון, להקמה, להחזקה ולהפעלה של בית החולים באשדוד ושל המבנים, בכפוף לקבלת כל האישורים הנדרשים לשם כך מאת הרשויות המוסמכות על פי דין (להלן - המכרז).

(ב) על המכרז יחולו ההוראות לפי חוק חובת מכרזים, תשנ"ב-1992, ככל שלא נקבע אחרת בחוק זה, ובלבד שבתנאי המכרז ייכללו גם התנאים האלה:

(1) קופת חולים רשאית, בכפוף לכל דין, להשתתף במכרז ולהתקשר בחוזה על פי, ויראו אותה כיוזם, ואולם לענין זה תהא קופת החולים פטורה מקבלת היחר לפי סעיף 29 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, תשנ"ד-1994;

(2) הערכת ההכנסה הצפויה מהמבנים לא תפחת מעלות ההקמה של בית החולים באשדוד;

(3) היזם ישלים את הקמת בית החולים באשדוד ויפעילו בתנאי המכרז, בתוך חמש שנים ממועד ההתקשרות עמו.

16. בנוסף, קבע החוק במפורש כי היה ולא יבחר זוכה במכרז תוך שישה חודשים מיום פרסומו, יתוכנן בית החולים ויוקם על ידי המדינה:

"הקמת בית החולים על ידי המדינה"

4. לא נבחר זוכה במכרז לפי סעיף 3 בתוך שישה חודשים מיום פרסומו, יתוכנן בית החולים באשדוד על ידי המדינה, בהתאם לכללים שיקבעו השרים, באישור ועדת הכספים של הכנסת ..."

17. מאחר שתשעה חודשים לאחר כניסת החוק לתוקפו עדיין לא פורסם מכרז להקמת בית החולים, עתרה עיריית אשדוד לבית משפט נכבד זה בבקשה כי יחייב את משרד האוצר, משרד הבריאות ומינהל מקרקעי ישראל (כשמו אז) לבוא וליתן טעם מדוע לא יפעלו על פי החוק ויפרסמו את המכרז (בג"צ 2836/03 צבי צילקר ואח' נ' משרד האוצר ואח' (פדאור 06 (31) 709)). בדיון בעתירה שהתקיים ביום 23.11.05 החליט בית המשפט לדחות את המשך שמיעתה, על מנת לאפשר לצדדים להגיע להסדר מחוץ לכתלי בית המשפט.

18. ביום 13 בספטמבר 2005 פורסמה ברשומות הודעה בדבר אישור תכנית מתאר מקומית לצורך הקמת בית חולים באשדוד במרחב תכנון מקומי אשדוד (תכנית מתאר מס' 105/101/02/3). על פי התכנית, השטח נועד להקמת "בית חולים עירוני המיועד לספק את רוב השירותים הרפואיים לאשדוד" (ילקוט הפרסומים 5438, 13.9.2005, עמ' 4221).

19. בתאריך 12.9.2006 החליטה ממשלת ישראל לפעול לביטולו של חוק בית החולים באשדוד (החלטה מס' 462). הממשלה הניחה על שולחן הכנסת הצעה לביטול החוק, באמצעות חוק הסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2007), התשס"ו-2006 (הצעות חוק הממשלה, 260 ס' 10), אך הצעת החוק נדחתה. גם שנה לאחר מכן הניחה הממשלה הצעה לבטל את החוק באמצעות חוק ההסדרים לשנת 2008 (הצעות חוק, 335, ס' 13). גם הצעה זו לא התקבלה.

20. בחודש אוגוסט 2008 פרסמו משרד הבריאות, משרד האוצר ומינהל מקרקעי ישראל הליך מיון מוקדם שכותרתו - "הזמנה להשתתף בהליך מיון מוקדם" לפרויקט ההקמה וההפעלה של בית חולים כללי באשדוד. בהזמנה נאמר כי בית החולים שיוקם "יהא רשאי לספק שירותי רפואה פרטיים בהיקף של עד 25% מהיקף הפעילות" (סעיף 2.7.2). בנוסף, נקבע בהזמנה, כי מחיר הקרקע שתועמד לרשות הפרויקט יקבע בתחרות בין המציעים, כאשר מחיר המינימום יהיה אפס, וכי ידרש תשלום נוסף עבור שימושים מסחריים שהזוכה יעשה בקרקע שתועמד לרשות הפרויקט.

21. בשנת 2009 ביקש משרד האוצר, באמצעות חוק ההסדרים לשנת 2010, לדחות את הקמת בית החולים עד לשנת 2020 וכן לבטל את סעיף 4 בחוק הקובע את חובת המדינה להקים את בית החולים במידה ולא ימצא זוכה במכרז (הצעת חוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום התכנית הכלכלית לשנים 2009 ו-2010), התשס"ט-2010) (הצעות חוק הממשלה, 436, ס' 34). כוונתו זו של משרד האוצר סוכלה על ידי התנגדותו של סגן שר הבריאות, יעקב ליצמן (שי ניב), "האוצר התקפל: הקמת בית-החולים באשדוד לא תידחה במסגרת חוק ההסדרים", גלובס, 30.4.2009.

22. ביום 9 באוגוסט 2009 פרסם החשב הכללי במשרד האוצר מכרז שכותרתו: **מכרז מס' 07/2009 לתכנון, מימון, הקמה, הפעלה ואחזקה של בית חולים כללי בעיר אשדוד** (להלן - "המכרז").

מצ"ב הסעיפים הרלוונטיים מהמכרז כנספח ע/1. המכרז במלואו בקישור:

<http://www.ag.mof.gov.il/NR/rdonlyres/1D669C82-0B03-4AD5-A040-B231601AFD7A/0/bids.pdf>

23. במכרז (סעיף 1.2) נקבע:

"1.2 הדין החל על הפרויקט"

1.2.1 מכרז זה מפורסם, בין היתר, בהתאם להוראות חוק בית החולים באשדוד (הקמה והפעלה), התשס"ב-2002.

בין היתר, בהתאם לחוק האמור, על היזם להשלים את הקמת בית החולים ולהפעילו בתוך חמש שנים ממועד ההתקשרות עמו. על המציעים שישתתפו במכרז לעמוד, בין היתר, בתנאים שנקבעו בחוק לעניין הקמת בית החולים והפעלתו, וזאת מבלי לגרוע מתנאים אחרים שייקבעו במכרז ובדין.

1.2.2 בית החולים והפעלתו כפופים בין היתר להוראות פקודת בריאות העם, 1940, חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994 התקנות והצווים על פיהם, הנחיות ונהלי משרד הבריאות, והוראות כל דין.

1.2.3 ההקמה, הניהול וההפעלה של בית החולים ייעשו על פי אישור הקמה ורשיון הפעלה שיינתן למציע הזוכה מאת משרד הבריאות, מכוח פקודת בריאות העם ובהתאם להוראות הסכם הפרויקט ונספחיו.

24. על פי המכרז, בית החולים מיועד להיבנות על גבי חלקת קרקע בשטח של כ-70 דונם במזרח העיר אשדוד, בבעלות המדינה והמנוהלת על ידי רשות מקרקעי ישראל. עם הזוכה צפוי להיחתם חוזה פיתוח לתקופה של 5 שנים שבעקבותיו ייחתם חוזה חכירה (ס' 5.1, עמ' 4 למכרז).

25. במכרז צוין, כי בית החולים יהיה רשאי לספק שירותים רפואיים בתשלום, במסלול בחירת רופא (מב"ר), מבלי לציין כל הגבלה על היקף השירותים שינתנו. בנספח ההפעלה של הפרויקט נקבע, כי היקף הפעילות במסלול מב"ר לא יעלה על 25% מכלל הכנסות בית החולים (ברוטו) ואותה מגבלה נקבעה גם לגבי כל מחלקה בנפרד ולגבי כל רופא ורופא (מכרז מס' 07/2009 הקמת והפעלת בית חולים כללי באשדוד, נספח הפעלה ומענה המציע, פרק 12, עמ' 1). בהסכם הפרויקט, שהתפרסם בד בבד עם הנוסח המתוקן האחרון של המכרז באוגוסט 2010 (ר' בהמשך), הוגדר מב"ר ככולל גם צוות רפואי אחר, שאיננו רופאים (הסכם הפרויקט, 18 באוגוסט 2010, עמ' 4).

מצ"ב העמודים הרלוונטיים מנספח ההפעלה כנספח ע/2. נספח ההפעלה במלואו בקישור:

<http://www.ag.mof.gov.il/NR/rdonlyres/90DF50CA-77AB-42C3-B90F-CDC553389342/0/hafala.pdf>

מצ"ב העמודים הרלוונטיים מהסכם הפרויקט כנספח ע/3. הסכם הפרויקט במלואו בקישור:

<http://www.ag.mof.gov.il/NR/rdonlyres/1FB68D7A-EB6E-4E8B-BFB8-B64B6A847F20/0/Agreement.pdf>

26. בנוסח המקורי של המכרז, מתאריך 9 באוגוסט 2009, נקבע, כי הזוכה במכרז יהיה זכאי למענק הקמה של 130 מיליון ש"ח, השקולים ל-20% מעלות ההקמה של בית החולים. המכרז המקורי תוקן פעמיים, בפברואר ובאוגוסט 2010, ומענק ההקמה גדל בכל אחד משני התיקונים ל-325 מיליון ול-487.5 מיליון ש"ח, בהתאמה. הסכום הסופי, 487.5 מיליון ש"ח, מהווה 75% מעלויות ההקמה על פי הערכת המדינה (650 מיליון ש"ח). בנוסף, הוענקו ליזם הטבות בתשלומי הפיתוח והיטלי הארנונה לעיריית אשדוד בסך של כ-100 מיליון ש"ח. הסכום הכולל של המענק וההטבות הגיע, אם כן, לכ-587.5 מיליון ש"ח, 89% מעלות ההקמה על פי הערכת המדינה. זאת בנוסף לקבלת הקרקע להקמת בית החולים ללא תמורה ובנוסף להטבה הכלכלית הגלומה במתן האפשרות להשתמש בשטחי קרקע נוספים הצמודים לבית החולים למטרות מסחריות. (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; סעיף 7 למכרז; סעיפים 43.7, 44.1 להסכם הפרויקט).

מצ"ב הודעת משרד האוצר לעיתונות מיום 9.8.2009 כנספח ע/4.

27. את שלב המיון המקדמי במכרז עברו שלוש קבוצות:

א. חברת אפריקה ישראל בשיתוף עמותת רפואה וישועה, דניה סיבוס וחברת מיזמים;

ב. שירותי בריאות כללית, בשיתוף מכון מור וחברת אורתס סהר;

ג. חברת "אסותא אשדוד בע"מ" בבעלות שירותי בריאות מכבי (להלן: "אסותא").

28. לאחר המיון הראשוני פרשו הן קבוצת שירותי בריאות כללית (ביום 14.10.2009) והן קבוצת אפריקה ישראל (ביום 29.04.2010), כך ש"אסותא" נותרה מתמודדת פוטנציאלית יחידה. מצב דברים זה העמיד, ככל הנראה, את המדינה ובעיקר את משרד האוצר בפני חשש כבד, לאור הציווי הקבוע בס' 4 לחוק, הקובע כי במידה ולא ייבחר זוכה במכרז, "יתוכנן בית החולים באשדוד ויוקם על ידי המדינה". זאת ככל הנראה הסיבה להגדלת המענק וההטבות כמפורט בס' 27 לעיל. ואכן, ההסבר שניתן על ידי המדינה עצמה להגדלת המענק היה כי, בניגוד לקבוע בחוק, הממשלה אינה מוכנה להקים בעצמה את בית החולים ולכן האופציה היחידה היא שבית החולים יקום באמצעות יזם. כדברי מר משה בר סימן טוב, סגן הממונה על התקציבים במשרד האוצר, בוועדת הכספים של הכנסת:

"אם המכרז ייכשל, 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." ובהמשך: "במקביל להגדלת המענק ל-50 אחוזים, מענק מרבי שניתן לעשות בפרוייקטים מהסוג הזה, אנחנו מבקשים לקבוע בחקיקה שאם המכרז ייכשל, לא תהיה הקמה של בית חולים על ידי הממשלה ונצטרך למצוא פתרונות אחרים."

מצ"ב פרוטוקול ועדת הכספים מיום 16.02.10 כנספח ע/5.

29. יצוין, כי הגדלת מענק ההקמה מ-325 מיליון ש"ח ל-487.5 מיליון ש"ח נעשתה באוגוסט 2010, לאחר שאסותא נותרה המתמודדת היחידה במכרז.

30. ואכן, ביום 15 בדצמבר 2010 הוגשה במכרז הצעה יחידה על ידי אסותא. ביום 11 באפריל 2011 הודיע משרד האוצר, כי ועדת המכרזים הבין משרדית להליך המכרז לתכנון, מימון, הקמה, הפעלה ואחזקה של בית חולים כללי בעיר אשדוד, החליטה לבחור בהצעתה של אסותא כהצעה זוכה במכרז לתכנון, מימון, הקמה, הפעלה ואחזקה של "בית חולים כללי-ציבורי בעיר אשדוד".

מצ"ב הודעת משרד האוצר לעיתונות: "המדינה הכריזה על זוכה במכרז לתכנון, מימון, הקמה, הפעלה ואחזקה של בית חולים כללי-ציבורי בעיר אשדוד", 11.04.11, כנספח ע/6.

31. ההסכם עם חברת "אסותא אשדוד בע"מ", חברת בת של "אסותא מרכזים רפואיים בע"מ", נחתם ביום 29 במאי 2011. כאמור, "אסותא מרכזים רפואיים בע"מ" הינה חברה עסקית הפועלת למטרות רווח בבעלות מכבי שירותי בריאות והיא ספקית שירותי

הרפואה הפרטית הגדולה בישראל, המפעילה רשת של בתי חולים ומכונים פרטיים ברחבי הארץ.

32. לסיכום חלק זה, מהשתלשלות הדברים כפי שפורטה לעיל עולה, כי המדינה, באמצעות משרד האוצר, עשתה ככל יכולתה כדי להימנע ממילוי חובתה על פי ס' 4 לחוק בית החולים באשדוד - להקים ולהפעיל בעצמה את בית החולים. משלא עלה בידי המדינה לבטל או לדחות את החוק עצמו, היא פעלה באורח שיטתי ועקבי להיטיב את תנאי המכרז מעבר לכל קנה מידה סביר על מנת להבטיח שימצא יזם שיאזן את ההקדים ולהפעיל את בית החולים.

שירות רפואה פרטי בבתי חולים בישראל

33. סוגיית השירות הרפואי הפרטי במערכת הבריאות הציבורית זכתה לבחינה מקיפה ומעמיקה בשני העשורים האחרונים. שתי ועדות ממלכתיות ישבו על המדוכה והנושא אף נבחן בפברואר 2002 על ידי היועץ המשפטי לממשלה דאז, אליקים רובינשטיין ("חוות דעת היועץ המשפטי לממשלה: מניעת רפואה פרטית בבתי חולים ממשלתיים", 14 פברואר 2002 (להלן-"חו"ד רובינשטיין")).

34. ועדת החקירה הממלכתית לבחינת מצב הרפואה בישראל בראשות השופטת (דימ') שושנה נתניהו (ועדת נתניהו) עסקה, בין היתר, גם בבחינת הרפואה הפרטית בישראל. הפרק העשירי לדו"ח הוועדה, שהוגש ביום 20 באוגוסט 1990, עוסק בנושא "הרפואה הפרטית ושילובה ברפואה הציבורית".

35. ועדת נתניהו מנתה את מגרעותיו החמורות של השר"פ:

"החשש להעדפת החולה הפרטי על הציבורי; התחושה של אפליה הנוצרת אצל החולה הציבורי; והאווירה המעוררת פנייה לרופא באופן פרטי כדי לזכות בטיפול, או בטיפול נאות במחלקה. כן ישנו חשש לשימוש במקורות ציבוריים לצרכי שר"פ, או לעידוד ביקושים במערכת ... קיימת גם הבעיה של היווצרות מתחים ותסכול, הנובעים מהגדלה משמעותית וגלויה בהכנסה רק של אותם רופאים (ולא של האחרים) העוסקים במתן שירותים פרטיים במוסד ..."

(ועדת החקירה הממלכתית לבדיקת תפקודה ויעילותה של מערכת הבריאות בישראל, דין וחשבון, כרך ראשון: דעת הרוב (1990), עמ' 324-323 (להלן - "דו"ח ועדת נתניהו")).

36. למרות זאת המליץ הרוב בוועדה להתיר שר"פ בבתי החולים הציבוריים, במגבלות חמורות, מכיוון שלדעת הרוב "השר"פ הוא הרע במיעוטו" ביחס לאלטרנטיבה – עיסוק של רופאים בפרקטיקה פרטית "שחורה" בשעות העבודה, בין כתלי בית החולים הציבורי או מחוצה לו (שם, עמ' 324).

37. דו"ח המיעוט בוועדה הוסיף על מגרעות השר"פ שנמנו בדו"ח הרוב גם את הסיכונים הבאים: קיטוב איכותי וחברתי בשירותי הבריאות, ניצול מבנים וציוד שנקנו בכספי הציבור לרווח פרטי, "הקפצת תורים", עידוד טיפולים יקרים ולא נחוצים, כולל ניתוחים,

תחרות בין בתי החולים ה"מעלה את ההוצאה הלאומית לבריאות ובשום פנים אין לראות בה תרומה חיובית למערכת הבריאות". דו"ח המיעוט דחה את הגדרת השר"פ כרע במיעוטו וקרא למאבק ב"רפואה השחורה" על ידי אכיפת החוקים והתקנות האוסרים עליה. לאור כל זאת שלל המיעוט בוועדה מכל וכל הנהגת שר"פ אשפוזי או ניתוחי בבתי החולים הציבוריים, והמליץ להפעיל, לתקופת ניסיון, שר"פ במרפאות החוץ של בתי החולים בלבד, וגם זאת תחת תנאים מגבילים חמורים (דוח ועדת נתניהו, כרך שני: דעת המיעוט, עמ' 229, 231-233, 263; ההדגשה איננה במקור).

38. "הוועדה לבחינת הרפואה הציבורית ומעמד הרופא בה" (ועדת אמוראי) מונתה על ידי ראש הממשלה דאז, מר אהוד ברק, ביום 17.12.2000, בעקבות שביתת הרופאים שנמשכה למעלה מארבעה חודשים. הוועדה הגישה את המלצותיה בינואר 2003. ההמלצות כללו התרת שר"פ במערכת הרפואה הציבורית, על פי מספר מודלים אלטרנטיביים שבכולם מגבולות חמורות על השר"פ.

39. בין שתי הוועדות הנזכרות – נתניהו ואמוראי – נדרש היועץ המשפטי לממשלה (כתוארו אז) א' רובינשטיין לומר את דברו. מכבי שירותי בריאות, הבעלים של רשת בתי החולים אסותא, היא אשר פנתה בשנת 2000 ליועץ המשפטי לממשלה בבקשה "להפעיל סמכויות" ולקבוע שפעילותם של שירותי הרפואה הפרטיים, אשר פעלו באותה עת בבתי החולים הממשלתיים, מנוגדת לחוק הפיקוח על מחירי מצרכים ושירותים התשנ"ו-1996 ולצו הפיקוח על מצרכים ושירותים (שירות רפואי לציבור), התשמ"ג-1983.

40. היועץ המשפטי לממשלה קבע בחוות דעתו, שניתנה ביום 14.2.2002, כי הסדר השר"פ שנהג אז בבתי החולים הממשלתיים מנוגד לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985, לחוק נכסי המדינה, התשי"א-1951 ולזכות לשוויון, ועל כן פסול. אך היועץ המשפטי לממשלה לא הסתפק בכך, וקבע כי סוגיית השר"פ חייבת להיות מוסדרת בחקיקה ראשית של הכנסת. עד שהנושא יוסדר בחקיקה ראשית, היתווה היועץ מספר עקרונות מנחים להסדרת השר"פ (שירות רפואה משלים), אשר הועדף על ידו על המונח שירות רפואה פרטי) על ידי חקיקת משנה, **למשך שנה אחת בלבד** (חוות דעת היועץ המשפטי לממשלה: מניעת רפואה פרטית בבתי חולים ממשלתיים, 14.2.2002, סעיפים 36.1-36.4). בין היתר, נקבע כי השר"פ יוגבל ל-10% מכלל פעילות בית החולים; השר"פ יתאפשר רק בפעולות רפואיות שאינן נכללות בסל הבריאות; רק רופאים העובדים בבית החולים במשרה מלאה יהיו זכאים לעסוק בשר"פ; כל פעילות השר"פ תתבצע רק לאחר השעה 16:00; רופאי בית החולים יהיו רשאים לעסוק בפעילות שר"פ רק בשעות, שבהן אינם מועסקים בכל דרך שהיא על ידי בית החולים; תאגידי הבריאות יחויבו להקצות לפחות 20% מתשלומי השר"פ לצרכי כלל מערכת הבריאות (סעיף 37(ג) לחוות הדעת).

מצ"ב חוות דעת היועמ"ש מיום 14.2.2002 כנספח ע/7.

41. ראש עיריית טבריה דאז, מר בנימין קריתי, מספר מנהלי מחלקות מבית החולים הממשלתי-עירוני איכילוב בתל אביב ואזרחים נוספים עתרו לבית משפט נכבד זה בבקשה ליתן צו, הקובע כי חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה בטעות יסודה (בג"צ 4253/02 קריתי נ' אליקים רובינשטיין (17.3.2009) (להלן - "ענין קריתי")). בפסק הדין דחה בית

המשפט (מפי כבוד השופטת ברלינר ובהסכמת כבוד השופטים נאור וגובראן) את העתירה וקבע כי הנהגת שר"פ בבתי החולים הממשלתיים היא אכן בלתי חוקית:

”65. סוף דבר: המצדדים בשר”פ מצביעים על יתרונותיו והתשובה שיש בו לרבים מתחלואיה של מערכת הבריאות במדינת ישראל: השר”פ יעודד רופאים בכירים להישאר חלק ממערכת הבריאות הציבורית ואולי יעצור בריחת רופאים מישראל, הרופאים הבכירים, יוכלו גם להעניק מניסיונם והידע שלהם לדור ההמשך של הרופאים שלא לדבר על החולים, הרווחים יוכלו לשמש לטובת צרכי בתי החולים, בתי החולים הממשלתיים יוכלו להתחרות ברפואה הפרטית ובכך לקדם את הרפואה הציבורית לטובת הכלל, כל זאת לצד מתן מענה לצורך ולזכות הבסיסיים של כל חולה לעשות כל שלאל ידו, כדי לזכות לטיפול הטוב ביותר במחלתו, ובמילים אחרות לבחור את הרופא שיטפל בו. אין ספק שמערכת השיקולים דלעיל (ואחרים שלא הוזכרו) היא רלוונטית, משמעותית ויש בה הרבה מן האמת. יחד עם זאת, דווקא בשל כובד הדברים - ההכרעה אינה יכולה להיעשות בנתיב צדדי.

בהעדר זכות קנויה של מי מהעותרים לשנות מן היסוד את פניה של מערכת שירותי הבריאות הקיימת במדינת ישראל, מערכת יציבה המושתתת על עקרונות של צדק שוויון ועזרה הדדית שהסדריה מעוגנים היטב בחוקי היסוד, החקיקה והתקינה – אין מקום להתערבותו של בית המשפט.”

42. ההצעות המפורטות בחוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה, וכן בדו"חות של ועדות נתניהו ואמוראי, לא זכו לגיבוש או אימוץ על ידי הממשלה או הכנסת. כך, לדוגמה, ביום 20 באוקטובר 2002 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 באוגוסט 2004 החליטה הממשלה, בהחלטה מס' 2460, על הקפאת הדיונים בעניין השר"פ והתניית דיון בנושא במסגרת הליך תאגוד בתי החולים הממשלתיים.

שר"פ בבתי החולים בירושלים

43. לצד הויכוח הציבורי והמשפטי בעניין הנהגת שר"פ בבתי חולים ממשלתיים, מונהג זה שנים רבות שר"פ בבתי החולים הציבוריים בירושלים, שהינם בבעלות גופים שאינם עסקיים (הסתדרות מדיצינית הדסה והמרכז הרפואי שערי צדק), עוד בטרם נחקק חוק ביטוח בריאות ממלכתי. בהדסה פועל שר"פ מאז 1954 ובשערי צדק מאז 1976. שאלת חוקיות השר"פ בבתי החולים בירושלים לא הובאה עד היום בפני בית המשפט. גם בבג"צ קריית ובחוות דעת היועמ"ש לא נידונה ישירות שאלה זו, אלא רק נבחנה הטענה לפיה המשך הפעלת שר"פ בבתי החולים בירושלים יוצרת הפליה בין בתי החולים השונים.

44. מבקר המדינה התייחס לסוגיית השר"פ בבתי החולים הציבוריים בירושלים בדוח משנת 1988 בו קבע, כי בחלק מהמחלקות המתנת מטופלי שר"פ לאשפוז היתה קצרה ביחס למטופלים אחרים. מבקר המדינה הסיק כי ההנחה לפיה שר"פ אינו פוגע בשירות לכלל הציבור לא עמדה במבחן המציאות (מבקר המדינה, דוח שנתי לשנת 1988, מס' 38, עמ' 187).

45. למרות הדיון הציבורי והמשפטי הנרחב בעניין הפעלת שירות רפואה פרטית בבתי חולים ציבוריים, לא קיימים כמעט מחקרים אמפיריים שבחנו את אופן הפעלת השר"פ בבתי החולים בירושלים ובייחוד את השפעת השר"פ על הפליה בין מטופלים. הממצאים הבודדים שקיימים מחזקים את טענות העותרים נגד התרת שר"פ.

46. במחקר אמפירי שנערך בשנת 2001 בבתי החולים שערי צדק והדסה בירושלים נבחנו רשומות חדרי הניתוח של כ- 37,000 ניתוחים. ממצאי מחקר זה פורסמו במספר מאמרים ובין היתר:

- רוזן ב', עופר ג' וגרינשטיין מ' "שר"פ בבתי חולים בירושלים - סוגיות נבחרות" מאירס-גוינט- מכון ברוקדייל, ינואר 2006. (להלן: "רוזן, עופר וגרינשטיין, 2006") בקישור:

http://brookdaleheb.jdc.org.il/_Uploads/PublicationsFiles/474rr-sharap-heb.pdf

- צירני ג, "מיתון הסיכונים המוסריים הכרוכים בהפעלת שירות רפואי פרטי (שר"פ) בבתי חולים ציבוריים באמצעות הסדרה (רגולציה) ואחריותיות" הרפואה, כרך 150, חוב' 5, מאי 2011. בקישור:

http://doctoronly.co.il/wp-content/uploads/2011/05/20110526_cherni-harefoaa.pdf

- Ofer G, Greenstein M & Rosen B, "Selecting your Surgeon: the Private-Public Mix in Public Hospitals in Jerusalem; Considerations of Efficiency and Equity" **CESifo Economic Studies**, 2006;

47. יש להדגיש כי מחקרים אלה לא הסיקו מסקנה חד משמעית בשאלה אם רצוי או לא רצוי להפעיל שר"פ בבתי חולים ציבוריים בישראל, וחלק מממצאי המחקרים מעידים, לכאורה, כי לשר"פ השפעה מוגבלת על השוויון בין המטופלים ועל הזכות לבריאות. למרות זאת, הממצאים מחזקים את החששות המועלים בעתירה זו נגד השר"פ.

48. בין יתר הממצאים, במחקר התגלו הבדלים בין ניתוחים שנערכו במסגרת ציבורית לעומת ניתוחים שבוצעו במסגרת שר"פ בכל הקשור להקצאת רופאים בכירים לניתוח. מהנתונים עולה כי בעוד בכלל הניתוחים שבוצעו במסגרת שר"פ ב-92% מהמקרים המנתח הראשון היה רופא בכיר, רק ב-37% מהניתוחים במסלול הציבורי היה המנתח הראשון רופא בכיר (רוזן, עופר וגרינשטיין, 2006, עמ' 34).

49. במחקר התגלו הנתונים הבאים:

ניתוח מורכבות גבוהה		ניתוח מורכבות בינונית		ניתוח מורכבות נמוכה		רופא בכיר (מנהל מחלקה ומנתח בכיר)
ציבור	פרטי	ציבורי	פרטי	ציבורי	פרטי	
74%	99%	35%	93%	32%	92%	

8%	68%	7%	65%	1%	26%	רופא לא בכיר (מנתח זוטור ומתמחה)	הקצאת מנתחים ראשוניים
94%	53%	100%	97%	100%	97%	רופא בכיר	המנתח המשתתף הבכיר ביותר
6%	47%	0%	3%	0%	3%	רופא לא בכיר	

50. ניתן לראות הבדלים משמעותיים בין הקצאת המנתחים לניתוחים ברמת מורכבות דומה בין הציבורי לפרטי: "השר"פ כן מגדיל את אי השוויוניות בכך שבניתוחים בעלי מורכבות בינונית הוא מגדיל את הסיכוי שרופא קבוע ישתתף בצוות המנתחים ובניתוחים בדרגת מורכבות גבוהה גדל הסיכוי שהמנתח הראשון יהיה רופא קבוע" (רוזן, עופר וגרינשטיין, 2006, עמ' 43). הנתונים אף מובהקים יותר כאשר מתבוננים בהשתתפות מנהלי המחלקות בניתוחים. המחקר הראה, כי ב-45% מכלל ניתוחי השר"פ המנתח המוביל היה ראש המחלקה וזאת לעומת 12% בניתוחים הציבוריים וכי ב-91% מניתוחי שר"פ ברמת מורכבות גבוהה ראש מחלקה היה המנתח המוביל לעומת 28% בלבד בניתוחים הציבוריים ברמת מורכבות זו (שם, עמ' 37).

51. אף, כי מהנתונים עולה כי רופאים בכירים משתתפים ב-97% מהניתוחים הציבוריים ברמת מורכבות גבוהה-בינונית, מסקנת המחקר היא כי "ייתכן שגם במקרים כאלה החולה יכול להגדיל את הסיכוי להצלחת הניתוח שלו על ידי פנייה לשר"פ" (רוזן, עופר וגרינשטיין, 2006, עמ' VI).

52. מהנתונים שנבדקו עולה, כי דרגת מורכבותם של כמחצית מהניתוחים שבוצעו בשר"פ היתה נמוכה יחסית (48%) ורק 10% מניתוחי השר"פ דורגו בדרגת מורכבות גבוהה. עיקר הניתוחים שבוצעו בשר"פ היו כאלה שהשפעתם על הבריאות נמוכה עד בינונית. נתונים אלה העלו בקרב החוקרים את השאלה "האם העיסוק האינטנסיבי של הרופאים המנוסים ביותר (וכאלה הם רוב "מורשי השר"פ") בניתוחי שר"פ פשוטים יחסים מותר להם די זמן לבצע ניתוחים ציבוריים מורכבים, שבהם השתתפותם חשובה" (רוזן, עופר וגרינשטיין, 2006, עמ' III).

53. כמו כן, ממחקרים אלה ואחרים עלה כי שר"פ נמצא מחוץ להישג ידם של מטופלים מעוטי הכנסה. אמנם, הגישה לשר"פ הפכה זמינה יותר לבעלי הכנסה בינונית, שכן אחוז בעלי הביטוחים המקיפים גדל לכדי כ-80% כיום, אולם עדיין שירותים אלה נמצאים מחוץ ליכולת הכלכלית של רוב המשפחות שהכנסתן נמוכה (רוזן ב', עופר ג', גרינשטיין מ', בירנבאום י' והלוי י', "הנגישות הכלכלית של שירותי רפואה פרטיים בתי חולים ציבוריים בירושלים" **ביטחון סוציאלי**, מס' 72, אוקטובר 2006. בקישור: [http://www.btl.gov.il/SiteCollectionDocuments/btl/Publications/SocialSecurit\(y/72/Rosen.pdf](http://www.btl.gov.il/SiteCollectionDocuments/btl/Publications/SocialSecurit(y/72/Rosen.pdf)

54. במחקר שפרסם כלכלן הבריאות פרופ' אריה שירום בשנת 2001 והתבסס על ראיונות עומק שערך עם רופאים ומנהלים בבתי החולים בירושלים עלה, כי:

"Formally, they all receive the same care. Informally, it is well known in these hospitals that specific senior physicians have many PMS patients, and these patients usually enjoy special attention from their PMS-remunerated doctor" (Shirom A. "Private Medical Services in Acute-care Hospitals in Israel", *Int J Health Plann Mgmt*, 2001, p.337. <http://www.tau.ac.il/~ashirom/pdf/1.pdf>)

55. אמנם לא קיימים נתונים אמפיריים לגבי קיצור תורים במסגרת השר"פ, אולם מדבריו של ד"ר יונתן הלוי, מנכ"ל בית חולים שערי צדק, עולה כי אין דרך לחסום באופן מוחלט את האפשרות שהדבר יתרחש. "כמנהל בית החולים, אין הוא מסוגל לפקח באופן קבוע, סגור והרמטי על קביעת התור" (הדברים הובאו בחוות דעת המיעוט בדוח ועדת נתניהו, כרך ב', עמ' 232)(ההדגשה הוספה). יוזכר עוד, כי בדו"ח מבקר המדינה משנת 1988 נקבע, כי זמן ההמתנה של חולים לניתוחים במסגרת שר"פ בבתי החולים בירושלים היה לעיתים קרובות קצר במידה ניכרת לעומת זמן ההמתנה של חולים במערכת הציבורי.

"מסלול בחירת הרופא" בבית החולים באשדוד

56. עיקר עניינה של עתירה זו בהסדר השר"פ המוכר במכרז כ"מסלול בחירת רופא" (מב"ר). נספח ההפעלה של המכרז מסדיר בפרק 12 את מסלול השר"פ שיכול היזם להפעיל בבית החולים באשדוד. הפרק נפתח בקביעה לפיה "היזם יהיה רשאי להפעיל שירותי רפואה פרטיים, במסלול בחירת רופא (להלן: מב"ר) בבית החולים, כמוגדר בהסכם הפרוייקט" (ההדגשה הוספה). חשיבות הסיפא המודגשת תובהר להלן.

57. על פי נספח ההפעלה, שירותי המב"ר יכולים לכלול ניתוחים, ייעוץ ואבחונים, לרבות פרוצדורות פולשניות (סעיף 1.2). כמו כן, על פי האמור בנספח ההפעלה, יורשו לעסוק במב"ר רופאים מרמת מומחה ומעלה, העובדים "לפחות במשרה חלקית" בביה"ח (סעיף 1.3 לנספח).¹

58. לעומת זאת, הסכם הפרוייקט כולל הגדרה "פתוחה" ורחבה ביותר ל"מב"ר": "לרבות שירותים 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" (עמ' 5 להסכם הפרוייקט). במקרה זה, המילה "לרבות" הינה בעלת פוטנציאל הרחבה רחב ובלתי מוגדר – העלול להביא ליצירת מרחב פעולה ניכר ורחב מן הנראה לעין עתה.

59. מן הראוי להדגיש שהן המילים "כמוגדר בהסכם הפרוייקט" אשר בנספח ההפעלה והן ההגדרה של מב"ר בהסכם הפרוייקט הינן תוספות מאוחרות למסמכים הרלוונטיים.

60. נספח ההפעלה כולל שורת הוראות לגבי המב"ר (התיקונים במקור):

¹ בנוסח הראשוני של נספח ההפעלה של המכרז נקבע כי הרופא יהיה חייב לעבוד במשרה מלאה בבית החולים אולם נתאי זה שונה ובנוסח הסופי נקבע כי נדרשת רק עבודה חלקית בבית החולים. היקף המשרה החלקית לא נקבע.

פרק - 12 מסלול בחירת רופא (מב"ר)

1. דרישות הפעלה

1.1 בכפוף לאמור בהסכם הפרויקט, היזם יהיה רשאי להפעיל שירותי רפואה פרטיים, במסלול בחירת רופא (להלן: "מב"ר") בבית החולים, כמוגדר בהסכם הפרויקט, ובלבד ששירותים במב"ר יעשו בהתאם ובכפוף להוראות כל דין, לרבות נהלי והנחיות משרד הבריאות, כפי שיהיו מעת לעת, ובכפוף למסמכי המכרז לרבות נספח זה.

1.2 שירותי מב"ר יכולים לכלול ניתוחים, יעוץ ואבחונים, לרבות פרוצדורות פולשניות.

1.3 יורשו לעסוק במב"ר רופאים מרמת מומחה ומעלה, העובדים לפחות **במשרה מלאה במשרה חלקית** בביה"ח, ואשר קיבלו את אישור הנהלת בית החולים לכך.

1.4 היזם ובית החולים ישאו באחריות גם לגבי הפעילויות השונות המבוצעות במב"ר, לרבות בכל הנוגע להקצאת משאבים ולבקרה הרפואית, אשר תבוצע באופן זהה לזה הנהוג בפעילות מקבילה אחרת של בית החולים, שאינה במסגרת מב"ר.

1.5 מב"ר ייושם בהתאם לפירוט להלן:

1.5.1 היקף הפעילות במסגרת מב"ר לא יעלה על 25% מכלל הכנסות בית החולים (ברוטו) ממכירת שירותים רפואיים. מגבלה זו תיבחן באופן כולל לגבי כלל פעילות בית החולים, באופן שנתי.

1.5.2 היקף פעילות מב"ר בכל אחת מן המחלקות או היחידות לא יעלה על 25% מן היקף הפעילות המבוצע באותה מחלקה. מגבלה זו תיבחן באופן שנתי.

1.5.3 היקף הפעילות המבוצע על ידי כל רופא, במסגרת מב"ר, לא יעלה על 25% מכלל הפעילות של אותו רופא, מגבלה זו תיבחן ברמה שנתית.

1.5.4 רופאים המשתתפים במסגרת מב"ר ישתתפו בפעילות הייעוץ במרפאות בית החולים באותו אופן והיקף שבו משתתפים רופאים שאינם משתתפים במסגרת מב"ר, ויהיו מחוייבים לקבל חולים גם במערכת הציבורית, בהיקף ובמסכת שעות כאמור, והכל כפי שיקבע מעת לעת ע"י הנהלת בית החולים, בכפוף לאישורים הדרושים לפי כל דין.

1.5.5 רופא המשתתף במסגרת מב"ר לא יהיה רשאי לעבוד במסגרת שעות העבודה הרגילות שלו, במקביל להימצאות בתורנות בבית החולים, ויהיה רשאי לספק שירותים במסגרת מב"ר רק בימים ובשעות שבהם אינו משמש כאמור במסגרת משרתו הרגילה.

1.5.6 רופא המשתתף במסגרת מב"ר לא יקבל תגמול נוסף בגין שירותים במערכת הציבורית הרגילה.

1.5.7 לא יותרו שירותים במסגרת מב"ר בכל הנוגע לרפואה דחופה. מבלי לגרוע מכלליות האמור לעיל, מובהר כי טיפול לחולה אשר מגיע לבית החולים דרך חדר המיון, וזקוק לניתוח בתוך 24-36 שעות ממועד בדיקתו, יחשב לטיפול רפואה דחופה.

1.6 לא תינתן כל קדימות בקביעת תורים לטיפולים, בדיקות או ניתוחים, לחולים במסגרת מב"ר. מוקד קביעת התורים בכל בית חולים יהיה מרכזי – ללא הפרדה (פיזית ומיחשובית) בין חולי מב"ר לבין חולי המערכת הציבורית.

1.7 לא תהיה כל הפרדה בין חולים במסגרת מב"ר לבין חולים רגילים, ולא יהיה כל הבדל בטיפול הרפואי שיינתן לחולים במסגרת מב"ר, למעט זכותם לבחור את הרופא המטפל. ייאסר על בית החולים ליצור או ליעד שירותי אשפוז נפרדים,

שמטרתם להעניק למטופלים שירותי סיעוד ומלונאות נפרדים ומועדפים תמורת תשלום, ולא תינתן כל העדפה למטופל במסגרת מב"ר במהלך תקופת האשפוז ובמשך המעקב הרפואי.

1.8 בית החולים יודא כי כל חולה ינותח על ידי מנתח בעל מיומנות מתאימה, בהתאם לחומרת מחלתו, גם אם החולה לא בחר במסגרת מב"ר, וכי שיבוץ והשמת רופאים לניתוחים במסגרת הרגילה יתבצעו אך ורק על פי שיקולים רפואיים ולא לפי שיקולים כלכליים או בכפוף לכל תשלום נוסף או טובת הנאה מצד החולה.

1.9 לצורך הבקרה, המעקב והניהול הכספי תבוצע הפרדה רישומית מתאימה ברמת בית החולים בין המסגרות הניהוליות של מב"ר לבין יתר פעילויות בית החולים.

1.10 בית החולים יקבע את התעריפים לשירותי מב"ר לסוגיהם השונים, התעריפים יכללו החזר, ריאלי לבית החולים בעבור כל העלויות הישירות והעקיפות. התעריף יהיה מעל ערך טופס 17. התשלום לרופא שביצע פעילות במסגרת מב"ר יבוצע על ידי בית החולים, כחלק משכרו בביה"ח.

1.11 תשלום בגין שירותי מב"ר יהיה רק בין המטופלים לבין משרד המב"ר בבית החולים, ולא יותר כל תשלום ישיר או מתן טובת הנאה מן החולה לרופא או לחברי צוות בית החולים. לא תהייה התקשרות כספית או חוזית או אחרת ישירה בין המטופל למטפל.

1.12 התמורה לרופא תהיה רק עבור השתתפותו בביצוע פעילות במסגרת המב"ר, וזאת כחלק משכרו בביה"ח, והסדרי העסקתו בו.

1.13 שירותי מב"ר יהיה אך ורק בתחומי הפעולה השגרתיים/ציבוריים ושהוכרו לפעולות בבית החולים על ידי משרד הבריאות.

1.14 בית החולים יכין דו"ח תקופתי מפורט, מדי שלושה חודשים קלנדריים, ודו"ח שנתי (קלנדררי) על כל פעילות מב"ר שבוצעה במסגרתו. דו"ח יכלול בין השאר, נתונים משווים בין חולים המטופלים במסגרת הציבורית לבין המטופלים במסגרת מב"ר, שלשניהם אותה אבחנה, בנושאים הבאים: זמני המתנה לניתוחים, שהייה ממוצעת, סיבוכים, אשפוזים חוזרים, עלות של כל פעילות וכיו"ב. בנוסף יכלול הדו"ח גם פירוט מלא על ההוצאות וההכנסות הכספיות הכרוכות בהפעלת המב"ר ועל עמידתם של בית החולים, המחלקה והרופא המבצע בכל הכללים המפורטים בנספח זה.

מבלי לגרוע מהאמור לעיל, בית החולים יעביר למשרד הבריאות ו/או לכל גוף אחר עליו יורה משרד הבריאות, את הדו"ח כאמור, וכן כל מידע או דו"ח שיידרש על ידו בקשר לשירותי מב"ר.

1.15 מתן שירותים במסגרת מב"ר כפוף לדין ולהנחיות משרד הבריאות, אשר עשויים להשתנות מעת לעת.

1.16 הזכות להפעלת שירותי המב"ר כפופה לקיום התחייבויות היזם על פי הסכם הפרויקט, ולתנאים שנקבעו לכך בהסכם הפרויקט.

61. מן האמור ברור וגלוי, כי עורך המכרז והמתמודדים בו מודעים היטב לכך שבית החולים הינו ציבורי (רי' סעיפים 1.5.4, 1.5.6, 1.6, 1.13 ו-1.14 לעיל). כן ברור וגלוי, כי אף עורך המכרז מודע היטב לחשש המוחשי הכבד כי חולה שבחר במסלול מב"ר – יועדף על פני החולה ה"רגילי" (רי' ס' 1.8 לעיל).

62. כאמור, הסדר 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.

63. אמנם, לפי סעיף 1.5.4 בפרק 12 לנספח ההפעלה, הרופאים המשתתפים במסגרת מב"ר מחויבים לקבל חולים גם במערכת הציבורית בבית החולים, אולם לא נקבע היקף משרת המינימום שבה הם מחויבים לעבוד במערכת הציבורית (רק נאמר "משרה חלקית" – ר' סעיף 1.3 בפרק 12 לנספח ההפעלה).

64. זליגה מוקדמת של הסדר המב"ר שיחול בבית החולים באשדוד נראית כבר היום בשטח, עת מתברר כי ב"מרכז הרפואי אסותא אשדוד" המופעל על ידי חברת "אסותא מרכזים רפואיים", החלו כבר עתה לקיים ולפרסם פתיחת חדרי ניתוח, בזיקה לבית החולים שיקום בעוד מספר שנים. בהודעה לעיתונות שפירסמה אסותא ביום 9.8.2011 נכתב, כי "בית החולים הציבורי יפתח באשדוד רק בעוד כ-6 שנים, אך במרכז הרפואי אסותא אשדוד כבר פתחו השבוע את חדרי הניתוח הראשונים בעיר" ובהמשך הידיעה צוטט יו"ר אסותא, פרופ' שוקי שמר: "מדובר באבן דרך נוספת לקראת הקמת בית החולים באשדוד". ברור וגלוי, כי מהלך זה נועד להרחיב את קשת השירותים הפרטיים שנותנת אסותא וכי הקישור לבית החולים באשדוד מהווה קרש קפיצה נוח לקידום מהלך זה.

מצ"ב הודעת אסותא מיום 9.8.2011 כנספח ע/8.

מיצוי הליכים

65. ביום 24 באוגוסט 2011, פנתה הח"מ עו"ד אן סוצ'יו, בשם העותרת מס' 1 למשיבים מס' 2, 3 ו-6 בבקשה לבטל את האפשרות ליתן שירות רפואה פרטי בתשלום במסלול בחירת רופא בבית החולים באשדוד, במסגרת ההסכם שנחתם ביום 29 במאי 2011.

66. בתשובה כתב סגן שר הבריאות, יעקב ליצמן, ביום 6.9.2011 כך:

"עמדתו העקרונית של משרד הבריאות כי בהקמת בית חולים ציבורי יש לשאוף בעת הזו כי ינהג כמו כל בית חולים ציבורי, היינו ללא שר"פ. שינוי במדיניות זו ראוי שיעשה באופן דומה לכל בתי החולים הציבוריים במערכת".

67. תשובה זו חושפת את הסכנה האמיתית הגלומה בהיתר הפעלת השר"פ - "זליגה" בלתי מבוקרת של השר"פ לכלל בתי החולים הציבוריים, ללא כל הליך חקיקה וללא בקרה, תחת הלחץ שיווצר מעצם קיומו של הסדר שר"פ בבית החולים באשדוד. יחד עם זאת, סגן השר לא הבהיר במכתבו (ואף לא בכל דרך אחרת) אם בכוונתו לבטל את האישור שניתן לכאורה לאסותא להפעלת שר"פ במסגרת בית החולים באשדוד.

68. ביום 27.10.2011 נתקבלה תשובת היועצת המשפטית במשרד ראש הממשלה (באמצעות גב' מיכל נחמיאס אדר), לפיה "הנושא האמור אינו מצוי בתחום טיפולו המקצועי של

משרד ראש הממשלה" וכי "העתק מכתבך הועבר על ידינו למשרד הבריאות, לשם קבלת התייחסותו".

69. עד מועד הגשת עתירה זו לא התקבלה תשובת החשבת הכללית.

70. ביום 20 בספטמבר 2011, התקבלה תשובת אסותא, באמצעות ב"כ עוה"ד אליעד שרגא ויונתן ליבצ'יק, הדוחה את הדרישה לביטול האפשרות לקיים שירותי רפואה פרטיים והמעלה טענות סף, ובכללן טענת שיהוי וטענות לגבי הפורום המוסמך (לגישתם בית המשפט לעניינים מנהליים). ב"כ אסותא הגדילו לעשות וציינו במכתבם, ככל הנראה במטרה להלך אימים על העותרת 1, כי חברת אסותא תאלץ להגיש **תביעה נזיקית בשיעור של מאות מיליוני שקלים הן נגד הממשלה והן נגד העותרת 1** **היה והעתירה תתקבל**.

מצ"ב הפניה מיום 24.08.2011, תשובת משרד הבריאות מיום 6.09.2011 ותשובת אסותא מיום 20.9.2011, **כנספח ע/9**.

הטיעון המשפטי

71. בית החולים שעתיד לקום באשדוד הינו בית חולים כללי ציבורי לכל דבר ועניין המוקם במימון ציבורי כמעט מלא, מופעל במימון ציבורי כמעט במלואו, מפעיל חדר מיון ומחלקות אשפוז כלליות וקולט ומטפל בחולים מכלל הציבורי הרחב. משכך חלים עליו העקרונות האוסרים על הפעלת שר"פ מתוקף החוק, חוות דעת היועץ המשפטי לממשלה והכרעת בית משפט נכבד זה בעניין קריתי. אמנם גם בעניין קריתי וגם בחוות דעת היועץ המשפטי נבחנה שאלת הפעלת שר"פ בבתי חולים ממשלתיים בלבד, שכן זו היתה השאלה שעמדה לפתחם. אולם העקרונות המהותיים שעמדו בבסיס ההכרעות שהתקבלו בפסק הדין ובחוות הדעת נוגעים לשאלת הפעלת שר"פ במערכת הציבורית בכללותה והם רלוונטיים במלואם לענייננו: החשש לניגוד עניינים; פגיעה בזכות לשוויון; ניצול נכסי המדינה לרווחים פרטיים; פגיעה בזכות לבריאות.

72. אמנם מבחינה פורמאלית הגורם המפעיל את בית החולים שיבנה באשדוד (עד תום תקופת ההפעלה כקבוע במסמכי המכרז) הינו חברת אסותא, אולם אין בעובדה זו כדי להוציא את בית החולים מגדרי מערכת האשפוז הציבורית על המגבלות החלות עליה לאור המאפיינים הציבוריים של בית החולים, כפי שיפורט להלן. במקרה של בית החולים באשדוד אין המדובר בתאגיד הפועל בהתאם לכללי "השוק החופשי", אלא במיזם עסקי הפועל בחסות הסדרים ציבוריים, הנהנה מהטבות בכסף ובשווה כסף בסכומים של מאות מיליוני שקלים (הן בשלב ההקמה והן בתקופת ההפעלה), ואשר באפשרותו לנצל את מצוקתם הכבדה והבסיסית ביותר של אזרחי המדינה ותושביה להשאת רווחיו.

73. בהקשר זה יש להזכיר, כי אמנם שירותי שר"פ מופעלים בבתי החולים הציבוריים בירושלים, אולם ודאי שאין ללמוד מכך על קיומו של היתר כללי להפעלת שר"פ בבתי החולים בישראל בכלל, שכן מדובר בהסדר ספציפי שהחל עוד בטרם נחקק חוק ביטוח

בריאות ממלכתי, שמעולם לא נבחן במסגרת ביקורת שיפוטית ולאור הטענות המועלים בעתירה זו עולה שאלה באשר לחוקיותו.

בית החולים באשדוד – בית חולים ציבורי

74. קושי אינהרנטי משמעותי בולט בהסדר נשוא העתירה הוא בשילוב של שירות פרטי בתוך גדרי בית חולים ציבורי, הכרוך ברובו בשימוש במימון ציבורי ובנכסים ציבוריים. הקושי האחר הוא עצם ההסדר של בחירת הרופא, המהווה סתירה מהותית לזכות לשוויון, פגיעה בכבוד האדם של מי שאינו יכול לבחור רופא ויוצר מעמדות שונים בגדרי מערכת הבריאות הציבורית.

75. בישראל קיימת מערכת אשפוז ציבורית אשר נחלקת לסוגי בעלות שונים:

הבעלות על בתי חולים כלליים 2010

מס' מיטות (באחוזים)	בעלות
46.6	ממשלה
30.3	שירותי בריאות כללית
19.6	בתי חולים ציבוריים: הדסה, שערי צדק ומלכ"רים אחרים
3.5	פרטי

מקור: גבי בן נון, יצחק ברלוביץ, מרדכי שני, מערכת הבריאות בישראל, תל אביב: משרד הביטחון (2010).

76. יודגש ויוטעם, כי גם הפעילות בבתי החולים שאינם בבעלות המדינה או קופת חולים כללית – ממומנת רובה ככולה מכספים ציבוריים, שמרביתם מגיעים מקופות החולים והביטוח הלאומי.

77. בית החולים באשדוד הינו בית חולים ציבורי לכל דבר ועניין, כפי שיבואר להלן. אף שבית החולים באשדוד יוקם ויופעל על ידי זכיון פרטי, אין בכך כדי להפוך את בית החולים לבית חולים פרטי במהותו (שאם לא כן לא הייתה כל סיבה לקיים בו שר"פ) ולפטור אותו מהעקרונות החלים על בתי חולים ציבוריים בישראל. מספר נימוקים תומכים בעמדה זו.

78. ראשית – החקיקה, מסמכי המכרז ועמדתם של נציגי המדינה: בית החולים באשדוד הוא בית החולים היחיד בארץ המוקם על פי חוק שנחקק במיוחד למטרה זו – חוק בית חולים באשדוד (הקמה והפעלה), התשס"ב-2002. עצם החיוב להקמתו של בית החולים מכח החוק – הופכת אותו ליציר מעשה חקיקה המהווה מעשה ציבורי מובהק. גם הרקע לחקיקת החוק הייחודי מעיד על כך שבית החולים נועד לשמש לצורכי הכלל ולתת מענה לצורך ציבורי מובהק וחיוני.

79. מסמכי המכרז וההסכם מלאים ורצופים ביטויים והיבטים רבים המעידים על ציבוריות בית החולים ועל היותו בית חולים שנועד לשרת את הציבור בכללותו ולהכיל את כל המחלקות והשירותים הרפואיים הנוהגים בבית חולים ציבורי כללי.

80. במסגרת המכרז (סעיף 6.3.2) נקבע כך לגבי היזם:

"6.3.2 היזם יפעיל את בית החולים באופן אשר ישרת את צרכי הציבור ברמה רפואית הולמת שלא תפחת בשום שלב מזו המקובלת במערכת הבריאות הציבורית בישראל באותה עת, על פי תקנים ודרישות משרד הבריאות, ותוך קיום הוראות כל דין, לרבות דרישת הרשויות המוסמכות. בנוסף, היזם יפעיל את בית החולים בהתאם להתחייבויותיו, במסגרת מענה המציע, הכל ככל שהתחייבויותיו מוסיפות או מחמירות ביחס לדרישות הדין והסכם הפרויקט, בהתאם לשיקול דעתה הבלעדי והמוחלט של הממשלה."

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."

81. התפיסה הרואה בבית החולים באשדוד בית חולים ציבורי הובעה על ידי לא אחר מאשר יוזם המכרז – מדינת ישראל - משרד הבריאות. כך עולה באופן ברור ממכתבו של המשיב 3, סגן שר הבריאות, בתשובתו מיום 20 בספטמבר 2011, למכתבה של העותרת 1: "עמדתו העקרונית של משרד הבריאות היא כי בהקמת בית חולים ציבורי יש לשאוף בעת הזו כי ינהג כמו כל בית חולים ציבורי, היינו ללא שר"פ."

82. כמו כן, בית החולים באשדוד הוגדר על ידי גופים שונים המעורבים במכרז ובהסכם, על ידי משרד האוצר, עיריית אשדוד ואסותא כבית חולים ציבורי כללי. על אופיו הציבורי של בית החולים ניתן ללמוד מדבריו של סגן הממונה על הכספים במשרד האוצר, משה בר סימן טוב, בועדת הכספים של הכנסת ביום 16 בפברואר 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."

83. כך גם הצהיר משרד האוצר בהודעה לעיתונות מיום 11 באפריל 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: "ייהיה מדובר בבית חולים ציבורי, שחלק קטן בו יהיה מופנה לשירותי רפואה פרטיים, כמו בתי החולים הציבוריים בירושלים" (שי מלול "דרמה בטקס החתימה על הקמת בית החולים באשדוד" השבוע באשדוד (ashdod10.co.il), 29.5.2011).

84. באירוע חגיגי שנערך באשדוד בתאריך 2.1.2012, לרגל התנעת "פרויקט בית החולים הציבורי באשדוד", אמרה מנכ"ל אסותא אשדוד בע"מ, עו"ד רחל שמואלי, כי "בית החולים יהיה בית חולים ציבורי". גם ראש עיריית אשדוד, ד"ר יחיאל לסרי, ויו"ר

אסותא מרכזים רפואיים בע"מ, פרופ' שוקי שמר, ציינו בדבריהם באירוע במפורש כי בית החולים יהיה **בית חולים ציבורי** (אתר עיריית אשדוד (הדגשים אינם במקור)). ראו ב:

http://www.ashdod.muni.il/Apps/Hebrew/Calendar/OpenItem.asp?ItemId=I1030&Categories=194.&TableName=TWINCITIES.TC_NAME,ITM_EXPIRE_DATE,ITM_EXPIRE_DATE

85. **שנית – תפקידו של בית החולים**: כאמור במכרז ובהסכם, תפקידו של בית החולים הוא הענקת שירותים מכוח פקודת בריאות העם וחוק ביטוח בריאות ממלכתי לכלל התושבים. בניגוד לבתי חולים פרטיים, אשר אינם מפעילים חדר מיון ואשר 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 יהיה מחויב לתת שירותי רפואה לכל תושב, כהגדרתו בחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994" (סעיף 6.4.1 למכרז). מנקודת מבטו של התושב והחולה, בית החולים באשדוד הוא בית חולים ציבורי לכל דבר. מנקודת מבט זו, אין בבית החולים באשדוד היבט של "בחירה" אלא זהו בית החולים הציבורי שישירות את כלל תושבי אשדוד והסביבה בדומה לבתי החולים הציבוריים האחרים הפרושים ברחבי הארץ.

86. **שלישית – המימון של בית החולים הוא ציבורי**: השטח להקמת בית החולים ניתן לזום על ידי המדינה ללא תמורה. יתר על כן, למעלה מ-75% מעלות ההקמה של בית החולים על פי הערכת המדינה ישולמו לזום ישירות מאוצר המדינה כ"מענק הקמה". בנוסף, העניקה עיריית אשדוד לזום הטבות והקלות שונות ששווין מגיע לשיעור של 55% מסכום האגרות והיטלי הפיתוח בגין השטח שישמש לבית החולים – 100 מיליון ש"ח. כמו בכל בית חולים ציבורי, חלק הארי של הוצאות תפעול בית החולים ימומנו באמצעות החזרים מקופות החולים בעבור שירותי בריאות הנכללים בסל הבריאות הממומן על ידי כספי הציבור. כך, לדוגמה, מדו"ח משרד הבריאות משנת 2008 המציג ניתוח פיננסי של בתי החולים הכלליים הממשלתיים עולה כי 94% מסך מחזור הפעילות של בתי החולים הממשלתיים בשנת 2007 היה ממתן שירותים רפואיים על פי ההתפלגות הבאה: 80% מסך ההכנסות מקורן מקופות החולים; 9% מביטוח לאומי (בעיקר בגין לידות ופגים); 6% ממתן שירותים ללקוחות פרטיים (תיירות מרפא לדוג'); 5% מלקוחות נוספים (חברות ביטוח, משרד הביטחון, משרד הבריאות). (משרד הבריאות, "ניתוח פיננסי -2000-2007: בתי החולים הכלליים הממשלתיים ותאגידי הבריאות" דצמבר 2008.

<http://www.health.gov.il/PublicationsFiles/finance07.pdf>

87. במכרז להקמת בית החולים נקבע כי "המציע אינו נדרש לשלם בגין חכירת המקרקעין, המיועדים לשימושים הציבוריים של בית החולים" (סעיף 12.4.3 למכרז). הקרקע לשימוש "ציבורי" היא זו המיועדת לבית החולים בפועלו ככזה, להבדיל מקרקע לשימוש "מסחרי" בה הזום יעשה שימוש לצרכים כלכליים גרידא, כפי שנקבע בתקנון התב"ע: "מתוך השטח שיוקצה לבית החולים, מותרים שימושים מסחריים כגון בתי קפה, חנויות פרחים, חנות מוניות ששטחם הכולל לא יעלה על 3000 מ"ר" (עמ' 32 להזמנה להשתתף

בהליך המוקדם). רק עבור השטח המיועד לפעילות המסחרית (3 דונם מתוך 70) היזם חייב בתשלום דמי חכירה.

88. חוק בית החולים באשדוד קובע, כי "המדינה תשתתף בתקציבו של בית החולים באשדוד, במישרין או בעקיפין, כמקובל לגבי בתי חולים בסדר גודל דומה" (סעיף 7 לחוק).

89. במצטבר, אם כן, עלויותיו העיקריות של בית החולים ממומנות על ידי המדינה ולאור זאת ההוראות המהותיות וההגבלות המוטלות על מי שעושה שימוש במשאבים ציבוריים חלות גם בענייננו.

90. **רביעית – הבעלות על היזם היא בעלות ציבורית:** חברת "אסותא אשדוד בע"מ" היא אמנם חברת פרטית אולם היא **בבעלותה המלאה של "אסותא מרכזים רפואיים בע"מ"**, שהיא מצדה בבעלותה המלאה של **קופת החולים מכבי**. במילים אחרות, בית החולים באשדוד הוא בית חולים ציבורי כללי לא רק במהותו, אלא גם על פי הגדרות החוק, משום שבעלת השליטה העיקרית בו היא קופת חולים. מסקנה זו נובעת ישירות מהוראת סעיף 10 לחוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2002), התשס"ב-2002, המגדיר "בית חולים ציבורי כללי", כך:

"בית חולים ציבורי כללי" - בית חולים ממשלתי כללי, בית חולים כללי שבבעלות קופת חולים, בית חולים כללי שבבעלות רשות מקומית וכן כל בית חולים כללי שהוא תאגיד שהוא מוסד ציבורי כמשמעותו בסעיף 9 לפקודת מס הכנסה; לענין זה, "בית חולים ממשלתי" - לרבות פעילות המתבצעת בו בידי תאגיד בריאות;

וכך גם בסעיף 20 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי:

20א. (א) בסעיף זה –

"בית חולים כללי פרטי" – בית חולים כללי שאינו אחד מאלה:

(1) בית חולים ממשלתי כללי, לרבות פעילות המתבצעת בו בידי תאגיד בריאות, כהגדרתו בסעיף 21 לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985;

(2) בית חולים כללי שבבעלות קופת חולים;

(3) בית חולים כללי שבבעלות רשות מקומית;

(4) בית חולים שהוא תאגיד שהוא מוסד ציבורי כמשמעותו בסעיף 9 לפקודת מס הכנסה;

הגדרה זו מחילה את הקטגוריה "בית חולים ציבורי" גם על בית חולים כללי שבבעלות קופת חולים.

91. העקרונות שנקבעו בענין קריתי ובחוות הדעת של היועץ המשפטי בענין אי-החוקיות שבקיומו של שר"פ בבתי החולים הממשלתיים חלים ללא ספק על בית החולים שעתיד לקום באשדוד לאור המאפיינים הציבוריים שפורטו לעיל.

פגיעה בזכות לנגישות שווה לבריאות

92. ההסדרה של הפעלת שר"פ בבית החולים באשדוד מנוגדת לעקרונות החוקיים המסדירים את מערכת הבריאות הציבורית בישראל וכן לפסיקת בית משפט נכבד זה. למותר להכביר מילים בדבר החשיבות של הזכות לשוויון במשפטנו. בית המשפט העליון קבע כי עיקרון זה חל:

"בראש ובראשונה, על הקצאת משאבים של המדינה. המשאבים של המדינה, אם קרקע ואם כסף, וכן גם משאבים אחרים, שייכים לכל האזרחים, וכל האזרחים זכאים ליהנות מהם על פי עקרון השוויון, ללא הפליה מחמת דת, גזע, מין או שיקול פסול אחר"

(בג"צ 1113/99 עדאלה נ' השר לענייני דתות ושר האוצר, פ"ד נד (2) 186 (2000)).

93. על פי סעיף 1 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, השוויון והערבות ההדדית הם עקרונות היסוד במערכת הבריאות הציבורית: "ביטוח הבריאות הממלכתי לפי חוק זה, יהא מושחת על עקרונות של צדק, שוויון ועזרה הדדית". הזכות לשוויון באה 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.

94. בית משפט נכבד זה פסק כבר, כי הזכות לשוויון מחייבת כל גוף ציבורי במדינה והוא חל, בראש ובראשונה, על הקצאת משאבים של המדינה (בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד (1) 258, 272-274 (2000)). לתחולתו המוגברת של עקרון זה בתחום הבריאות התייחס השופט רובינשטיין בפסק הדין שניתן לאחרונה בבג"צ 8335/09, קרן דולב לצדק רפואי נ' שר הבריאות ממשלת ישראל (פסק דין מיום 16.2.12), באומרו כי:

"הדברים אמורים ביתר שאת כאשר עסקינן במערכת הבריאות ובשירותים שהיא מספקת, שהרי אין לך נושא האמור להיות שווה במהותו לכל נפש כמו הבריאות, בחינת "מאי חזית דדמא דידך סומק מפי" ("מה ראית שדמך אדום יותר") בבלי פסחים כ"ה, ב' ועל כן – למשל – ניתנה בשעתו (14.2.02) חוות דעתי (כיועץ המשפטי לממשלה) שאסרה על שירות רפואי פרטי בבית החולים הממשלתיים. משאב ציבורי אינו יכול להינתן בדרכים שאינן שוויוניות." (סעיף ל' לפסק הדין של השופט רובינשטיין)(ההדגשה הוספה).

ובהמשך, בסעיף ל"ג לפסק דינו, הדגיש השופט רובינשטיין, כי:

"אין צורך להכביר מלים כי עניינו בתחום רגיש, הנוגע לקיום האנושי באופן הבסיסי והפשוט ביותר, משאב חיוני לו נצרך כל אדם מספר פעמים לא מבוטל במהלך חייו, ומכאן ההקפדה היתרה בו; ועם זאת ייאמר מיד, כי על פני הדברים, ומבלי למעט מסמרות, יהא מקום לבחון גם את ההסדרה של נושא

ההטבות בגופים נוספים, זאת בהתחשב במהות הגוף וטיב השירות שהוא מספק."

95. ועדת האו"ם לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות קבעה, כי הזכות לבריאות כוללת נגישות שווה למוצרים ושירותים בתחום הבריאות וכי על המדינה לדאוג למניעת הפליה אסורה בנגישות לשירותים אלה (Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment 14, The Right to the Highest attainable Standard of Health, U.N.Doc.E/C.12/2000/4, (11 August 2000).

96. הזכות לשוויון חלה גם על השירותים שמעבר לסל הבריאות שרשאיות קופות החולים להציע. למסקנה זו מגיעה גם פרופ' דפנה ברק-ארז :

"אוכלוסיות רחבות מבטוחות כיום במסגרת ביטוחי בריאות משלימים, המכוננים מערכת בריאות מופרטת למחצה לצידה של מערכת הבריאות הרשמית. בבתי החולים הציבוריים ניתנים – בצורה רשמית ולא-רשמית – שירותי רפואה פרטיים (שר"פ) תמורת תשלום נוסף ... בתחומים אלה ההפרטה מבטאת לא רק ביטוי לנסיגה של המדינה מביצוע הפעילות, אלא גם נסיגה מן המחוייבות לשוויון חברתי"

(דפנה ברק-ארז "המשפט הציבורי של ההפרטה: מודלים, נורמות ואתגרים" עיוני משפט 461, 476 (2008) (להלן - "ברק-ארז, המשפט הציבורי של ההפרטה").

97. וכך נקבע גם בחוות דעת היועמ"ש רובינשטיין, בפיסקה 28 :

"בתי החולים הממשלתיים הם נכסיה וזרועה של המדינה, ועל משרד הבריאות החובה לוודא כי כל האזרחים יקבלו בהם טיפול באופן שוויוני ללא הפליה מחמת דת, גזע ומין ובודאי בלא הפליה על רקע מתן תשלום כספי. יש לזכור כי המדינה באמצעות משרד הבריאות, מפעילה את בתי החולים הממשלתיים כנאמן הציבור" (ההדגשה הוספה).

98. העקרונות המונעים הפעלת שר"פ בבתי חולים ממשלתיים, כפי שנקבעו, בין היתר, בפסק דין קרייתי ובחוו"ד היועמ"ש, חלים גם בענייננו: בית החולים באשדוד יוקם בכספי המדינה ונועד לפעול כבית חולים ציבורי הנותן שירות לכלל המטופלים ללא תשלום נוסף מכיסם. 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: "לכלל החולים דין אחד, והם זכאים ליחס שוויוני" (ענין קרייתי, סעיף 42).

99. אכן, כדברי פרופ' ברק-ארז: "במקרים רבים הפעילות הפרטית מתקיימת בתוך מתקנים ציבוריים ... במקרים מסוג זה על הרשויות להבטיח שוויון הזדמנויות בנגישותם של המתקנים הציבוריים ובהפעלתם". ובהמשך, בדונה בגביית שירותים בתשלום, קובעת פרופ' ברק-ארז כי "כמו כל פעילות אחרת של הרשויות, גביית תשלומים אמורה להעשות על ידי כללים שוויוניים" (ברק-ארז, המשפט הציבורי של ההפרטה, בעמ' 487). על האיסור לדרוש תשלום עבור שירות חשוב או חיוני אם חסרי אמצעים אינם מסוגלים לעמוד בו, ניתן

ללמוד מפסיקת בית משפט נכבד זה בבג"צ 5394/92 הופרט נ' יד ושם, פ"ד מח(3) 353, 366 (1994).

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

101. זאת ועוד: אף שהסדר השר"פ באשדוד אוסר על מתן קדימות בקביעת תורים, הרי שמתן קדימות זו הוא תוצר בלתי נמנע של השר"פ. זאת, כיוון שבעצם בחירת הרופא יש משום הקדמת תור. כך, ניתן לתאר מצב בו חדר הניתוחים במחלקה נתונה עמוס לעיפה, וחולה "רגיל", שלא במסלול השר"פ, מתבשר על כך שהמועד המוקדם ביותר לניתוח הינו שלושה חודשים מהיום. לעומת זאת, כיוון שקיימת הקצאה נפרדת, מראש, לזמן ניתוחים במסגרת השר"פ, הרי שמוכן שבחירה בשר"פ "תקפיץ" בהכרח את התור של המטופל מעבר למטופלים ה"רגילים", למועד הפנוי הקרוב במסגרת השר"פ.

102. ואכן, דו"ח ועדת נתניהו מאזכר את ממצאי מבקר המדינה אשר בחן את פעילות השר"פ בבתי החולים הדסה ושערי צדק. למען הסר ספק, גם במסגרת ההסדר בבתי חולים אלו נאסר על הקדמת תורים במסגרת השר"פ. ובכל זאת, נמצא שזמן ההמתנה לאשפוז במסגרת שר"פ קצר מזמן ההמתנה במסגרת הרגילה (עמ' 323 לדוח ועדת נתניהו, כרך א').

103. אף כי נערכו מחקרים אמפיריים בודדים בלבד באשר להפעלת מערך השר"פ בבתי החולים הציבוריים בירושלים, נראה כי קיימים ממצאים המעידים על הפליה בין החולים השונים ברמת הטיפול להם זוכים וכן על הקדמת תורים במסלול השר"פ (ראו לעיל המחקרים המפורטים בסעיפים 44-54).

104. גם היועץ המשפטי לממשלה רובינשטיין היה ער לקשר בין בחירת רופא לבין הקדמת תורים, ובהמלצותיו הוא ציין: **"יש להדגיש: בחירת רופא איננה הקדמת תור, "תרגילים" של הערמה לפיה בחירת רופא והתשלום הכרוך בכך יקדימו תור עלולים להביא לקריסת כל ההסדר".** ברם, בכל הכבוד לאבחנה זו, לא ברור כיצד הציווי יכול לקרום עור וגידים במציאות. על כן, יש להכיר בכך שהיועץ המשפטי לממשלה צדק באיבחון המחלה, אך לא בתרופה: בחירת רופא אכן תביא לקריסת ההסדר, אך אין פיתרון – טכנולוגי, משפטי או אחר – אשר יכול למנוע זאת.

105. על חוסר האפשרות לפקח בפועל על האיסור על הקדמת תור, ניתן ללמוד מדבריו של ד"ר יונתן הלוי, מנכ"ל בית חולים שערי צדק, שהובאו מפיו של פרופ' שירוס בדוח ועדת נתניהו: "מנהל המחלקה הוא הדמות הדומיננטית בכל מחלקה הקובע את התור לניתוחים. והוא יכול, אם יש לו כוונות רעות, לקפח רופא מאד מבוקש ולא להקצות לו ניתוחים. רופא שאיננו עובד בניקיון כפיים יכול תמיד להערים על המערכת ולהקדים תור, וד"ר הלוי אינו רואה, לדבריו, דרך לחסום את הפרצה הזו באופן מוחלט. כמנהל בית החולים, אין הוא מסוגל לפקח באופן קבוע, סגור והרמטי על קביעת התור" (דוח ועדת נתניהו, כרך ב', עמ' 232)(ההדגשה הוספה).

106. וכך, למרות שבאופן רשמי הפעלת בית החולים בתקופת ההפעלה כקבוע בהסכם תהיה בידי זכייין פרטי, אין בכך כדי ליצור הבחנה מהותית לעניין שאלת ההפליה בשירותי הבריאות בין בית החולים באשדוד לבתי חולים ממשלתיים, כפי שהוסבר לעיל.

107. 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.

פגיעה בכבוד

108. הפעלת מסלול שר"פ בבית חולים ציבורי פוגעת בכבודם של אלו שידם אינה משגת את הטיפול במסלול השר"פ. אין צורך שהחששות מפני ניגוד עניינים ופגיעה בזכות לבריאות אכן יתממשו כדי לקבוע, כי הפעלת השר"פ פסולה שכן טמונה בה פגיעה מובנית בכבוד. עצם האפשרות של חולה אחד לבחור רופא בעוד האחר איננו יכול לעשות כן במסגרת אותו בית חולים ציבורי יוצרת הפליה, תחושת השפלה ופגיעה בכבוד האדם.

109. לכאורה, ניתן לטעון, כי אם יקוימו כל ההגבלות שנקבעו וניתן יהיה למנוע קיצור תורים ופגיעה בחולים ב"מסלול הציבורי", הרי שאין פסול בשר"פ. אולם ישנו כאן פרדוקס, שהרי אם מובטח לכל החולים, כי רמת הטיפול הרפואי המוענקת לציבור הרחב לא תיפול מזו שמוענקת לחולי השר"פ, הרי שאין כל רבותא בשר"פ ונשאלת השאלה, מדוע יש בכלל ביקוש לשר"פ ומדוע יש המוכנים לשלם תמורתו ממון ניכר?

110. והתשובה המתבקשת מאליה היא שאין שוויון בין שני "המוצרים": בין רפואה ציבורית "רגילה" לבין רפואה ציבורית ב"מסלול שר"פ". שהרי אחרת אין זה מתקבל על הדעת כי אנשים כה רבים היו מוכנים לשלם במיטב כספם עבור מוצר שווה או זהה. ואכן, הממצאים האמפיריים מוכיחים כי חולים רבים מוכנים לשלם עבור ניתוח במסלול שר"פ גם עבור ניתוחים שבהם השתתפות של רופאים בכירים אינה חיונית (ניתוחים שדרגת מורכבותם נמוכה או בינונית היוו 90% מהניתוחים במסגרת השר"פ).

111. לכן, אפילו אם נניח את ההנחה התיאורטית, כי איכות וטיב הטיפול הרפואי שקולים, עדיין מתחייב כי יש ב"מסלול השר"פ" איזשהו יתרון עודף סמוי או גלוי שמושך אליו את החולים שמוכנים להשקיע בו ממיטב כספם. יתרון זה מורכב מיחס

מועדף של הרופא והצוות הרפואי כולו, מתחושה טובה יותר של החולה ומתדמית של יתרון או עדיפות.

112. בעצם, אם נזקק הדברים אנו מדברים על מצב של "נפרד ומפלה" בתוך מערכת הבריאות הציבורית. בעוד שהמשיבים מנסים לשכנע כי אין מתום "במסלול השר"פ" הרי שבפועל נוצרות שתי מערכות נפרדות בתוך מערכת הבריאות הציבורית – אשר לא חוצץ ביניהן קיר או קו גבול ברור – אך הכל יודעים – הרופאים, הצוות הרפואי, החולים ובני משפחותיהם – מי הוא זה שזכה להיכלל במסלול המועדף ומי היא זו שלא זכתה לכך.

113. ההעדפה וההפרדה הן תוצר ותוצאה מובנית של נתון יסוד אחד והוא העובדה שמי שבחר ב"מסלול השר"פ" העיד על עצמו כי הוא יכול ורוצה לשלם מכיסו סכום כסף ניכר תמורת ה"זכות" להיכלל במסלול זה. עובדת יסוד זו מצמיחה תחושת יתרון ועליונות לחולה שכלול במסלול ותחושת נחיתות והשפלה למי שאינו כלול בו ושאינו ידו משגת להיכלל בו. ואף הרופא והצוות הרפואי חשים מחוייבים ליתן "תמורה עודפת" עבור אותו מרכיב תשלום נוסף.

114. אין להתעלם מתחושת ההפליה שנוצרת 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 לעומת השני. יש חשיבות ומשמעות גם לתחושה זו, לצד החשש כי אכן תהיה הפלייה בפועל בין במודע ובין שלא במודע מצד הרופא" (עניין קרית, סעיף 43)(ההדגשה הוספה).

115. לכן, וכפי שנפסק כבר בעניין Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954) – צריך בית משפט זה לומר את דברו באופן ברור וצלול ולקבוע, כי אין זכות קיום ל"נפרד אך שווה" במערכת הבריאות הציבורית של מדינת ישראל. בית משפט נכבד זה הכיר זה מכבר בעקרון הבסיסי, לפיו "טיפול נפרד אבל שווה אינו טיפול שווה":

"כידוע, טענה זו הועלתה בשנות החמישים בארצות-הברית לעניין מדיניות החינוך בארצות-הברית שהפרידה בין חינוך לתלמידים לבנים לחינוך לתלמידים אפרו-אמריקנים. בית-המשפט העליון החליט (בפרשה של Brown v. Board of Education of Topeka (1954) כי מדיניות של "נפרד אבל שווה" ("separate but equal") הינה מעצם טבעה בלתי שווה ("Inherently Unequal"). ביסוד גישה זו מונחת התפיסה כי הפרדה משדרת עלבון כלפי קבוצת מיעוט המוצאת מן הכלל, מחדדת את השוני בינה לבין האחרים, ומקבעת תחושות של נחיתות חברתית." (בג"צ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, 273 (2000))(ההדגשה הוספה).

ניגוד עניינים

116. 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 רפואיים טהורים גרידא. בהקשר זה, ראוי להזכיר, כי משרד האוצר הביע במסגרת ענין קריתי עמדה נחרצת המתנגדת להפעלת שר"פ (ענין קריתי, פסקה 22). על פי עמדת האוצר, בהפעלת שר"פ קיימת אי חוקיות מובהקת, בעיקר בשל ניגוד העניינים שבו הוא מעמיד את המועסקים בו. עמדת משרד האוצר, אשר הובאה בפני היועץ המשפטי לממשלה (כתוארו אז) רובינשטיין, היתה כי:

"הרופאים אשר עוסקים בשר"פ מצויים בניגוד עניינים - מתן אפשרות לרופא העובד בבית חולים לקבל תמורה בעבור טיפול בחולים המתאשפזים שם, מעמיד אותו בניגוד עניינים מובנה. ניגוד העניינים הפוטנציאלי הוא בשכנועם של החולים לפנות למסלול השר"פ, וכן לכאורה ביחסו אל חולי השר"פ ובטיפולו בהם בהשוואה לחולים הרגילים" (סעיף 6(א) לחוות הדעת היועמ"ש).

117. כך, רופאים עשויים לשכנע חולים לפנות למסלול השר"פ, לקבוע לגבי חולים המגיעים למיון (שלא באמצעות השר"פ) כי לא מדובר בניתוח דחוף, ובאופן כללי להעניק יחס וטיפול מועדפים לחולי השר"פ ביחס לחולים הרגילים. כמו כן, עולה החשש, אשר אושש במחקרים, שקיומו של שר"פ יביא לביצוע פרוצדורות שאינן הכרחיות (סעיף 31 לחוות דעת היועמ"ש).

118. בפסק הדין בענין קריתי נקבע 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"

(פסקה 44 לפסק דינה של כב' השופטת ברלינר).

119. הכלל בדבר האיסור על ניגוד עניינים הוכר זה מכבר על-ידי הפסיקה כעיקרון יסוד המשתרע על כל תחומי המשפט. על כך עמד כב' השופט (כתוארו דאז) ברק באומרו:

"...בישראל הכירו בתי המשפט, בשורה ארוכה של פסקי דין, כי העקרון בדבר איסור על ניגוד עניינים אינו אך ענין מוסרי שבין אדם לבין עצמו, אלא הוא הנו עקרון משפטי המשתרע על כל תחומי המשפט. הוא חל בתחומי המשפט הפרטי והמשפט הציבורי גם יחד."

בג"צ 595/89 שמעון נ' דנינו, פ"ד מד(1) 409, 413 (1990).

120. שלושה שיקולים עיקריים עומדים ביסוד הכלל בדבר איסור ניגוד העניינים שבמשפט הציבורי: הראשון, חובת האמון שפקיד הציבור חב כלפי הציבור במילוי

תפקידו; השני, דרישת תום הלב, ההגינות וכללי הצדק הטבעי; והשלישי הוא דרישות המינהל התקין. ראו בעניין זה:

בג"צ 8192/04 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, פ"ד נט(3) 145, 163-164 (2004).

בג"צ 5575/94 מהדרין בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד מט(3) 133, 143-144 (1995).

בג"צ 595/89 שמעון נ' דנינו, פ"ד מד(1) 414, 409 (1990).

121. כלל היסוד בדבר איסור ניגוד העניינים חל ללא ספק על חברת אסותא אשדוד בע"מ, וזאת מכוח התפקיד הציבורי שהופקד בידה. הלכה פסוקה היא כי גוף הממלא תפקיד ציבורי, חלים עליו כללי המשפטי הציבורי. ראו בעניין זה:

בג"צ 731/86 מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד מא(2) 449, 463-464 (1987).

ע"א 294/91 חברה קדישא נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 518-519 (1992).

122. בית משפט נכבד זה כבר פסק כי אצילת סמכות שלטונית המעוררת חשש סביר לניגוד עניינים, דינה פסלות. רלוונטים כאן דבריה של כב' השופט דורנר באומרה:

"..אצילת סמכות שלטונית לגוף פרטי, כמו אצילת סמכות בכלל, הינה פסולה אם היא מעוררת חשש סביר לניגוד עניינים, ובמיוחד ניגוד בין התכליות הציבוריות של הסמכות לבין אינטרסים פרטיים, לרבות אינטרסים כלכליים, של הגוף הנאצל. ראו בג"צ 5848/99 פריצקי נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה ירושלים, פ"ד נד(3) 5, בע' 18-19, 40-41; בג"צ 3424/91 הארגון להגנת הדייר נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מה(5) 340, בע' 343."

בג"צ 4884/00 עמותת "תנו לחיות לחיות" נ' מנהל השירותים הווטרינריים, פ"ד נח(5), 202, עמ' 213-212 (2004) (ההדגשה הוספה).

123. הדברים לעיל, תקפים ביתר שאת בסוגיה עסקינן. ניגוד העניינים, בו תימצא אסותא אשדוד בע"מ, הוא ניגוד עניינים בין שיקולים פרטיים שעניינם הגדלת רווחי החברה, לבין זכות חוקתית של ציבור מקבלי שירותי בריאות, המשקפת בין היתר תכלית ציבורית נעלה בחשיבותה.

124. מעמדן החוקתי של הזכות לבריאות והזכות לחיים, בצד התכלית החקיקתית של חוק בית החולים באשדוד, אוסרות על המשיבים 1-6 להאציל סמכות המעוררת חשש סביר לניגוד עניינים.

125. פסלות ההחלטה מטעם זה מקבלת משנה תוקף עת נבחנת היא מנקודת ראייה השמה במרכז את "קהל היעד" של בית החולים. ציבור זה הוא בדרך-כלל ציבור מוחלש הנמצא בשוליים של מוקדי הכוח.

איסור הפעלת שר"פ בלא הסדר ראשוני שנקבע ועוגן בחקיקת הכנסת

126. עצם האפשרות להפעיל שר"פ בבתי חולים ציבוריים, כמו גם היקף ההסדר ותנאיו, מהווים סוגיות מהותיות, ערכיות, כבדות משקל וטעונות המעוררות מחלוקת בציבוריות הישראלית זה שנים רבות. עקרון יסוד בסיסי במשפטנו הוא, כי אמות המידה המהותיות 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 את ההסדר הראשוני - אשר השפעתה על חיי הפרטים בחברה הינה גדולה - תיעשה בחקיקה ראשית" (בג"צ 244/00 עמותת שית חדש נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25, 56 (2002)). הכלל בדבר הסדרים ראשוניים תקף על אחת כמה וכמה בסוגיות בעלות השלכות חברתיות וציבוריות נרחבות, בסוגיות הנוגעות לחלוקת משאבים ובהסדרים המעלים חשש לפגיעה בזכויות הפרט (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, סעיפים 37-39 (2006)).

127. בפסק הדין בענין קרית 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 המושחתת על עקרונות של צדק, שוויון ועזרה הדדית שהסדריה מעוגנים היטב בחוקי היסוד, החקיקה והתקניה"

(סעיף 65 לפסק דינה של כבוד השופטת ברלינר).

128. את אחד הקשיים המהותיים והמשמעותיים עליו עמד בית המשפט בעניין קרית ניתן לאתר בהטעייה המסויימת הטמונה בכותרת ההסדר "שירות רפואה פרטי". כותרת זו מטעה, כיוון שלמעשה, חלק הארי של עלויות הטיפול במסגרת השר"פ ימומן מכספי המדינה, חלקו במישרין וחלקו בעקיפין. תוספת התשלום עבור בחירת הרופא מאפשרת רק את שירות בחירת הרופא. לעומת זאת, את יתר מרכיבי הטיפול מממנות קופות החולים ומשרד הבריאות מכוח מחויבויותיהם על פי החוק: בית החולים, מתקני הניתוח, התרופות, מיטות האשפוז וסגל בית החולים (רפואי ומנהלי כאחד) ממומנים מכיסה של המדינה, ואותם ממשיך החולה (גם זה הפונה למסלול השר"פ) לקבל ללא כל תשלום נוסף.

129. למעשה מדובר על יצור כלאיים – כימרה (Chimera) – המשלב בין הציבורי לפרטי בצורה ובאופן המעוותים את המהות של המערכת הציבורית-ממלכתית, שכן הוא מכפיף את המערכת הציבורית לצורכי הפרט בעל האמצעים, הנהנה ממשאביה, תוך הוספת מימון חלקי מכיסו שלו.

130. מכאן, ברי שהקביעות כבדות המשקל שנקבעו נגד השר"פ בבתי חולים ממשלתיים בעניין קריתי יפות גם במקרה דנן, שכן בעלויות העיקריות נושא הציבור (באמצעות מימון המדינה). הוספת תשלום לשם קבלת השירות של בחירת מנתח, כפי שאבחנה כבוד השופטת ברלינר:

"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"

(עניין קריתי, סעיף 53 לפסק דינה של כבוד השופטת ברלינר).

131. בבג"צ קריתי התייחסה כב' השופטת ברלינר לשאלת הצורך בהסדרת השר"פ בחקיקה ראשית וקבעה כתנאי הכרחי (אך לא מספיק) 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"

(סעיף 36 לפסק דינה של כבוד השופטת ברלינר (ההדגשה הוספה)).

עמדה דומה הביע כאמור היועמ"ש רובינשטיין בחוות דעתו. רובינשטיין הציע להסדיר בתקנות למשך שנה בלבד את פעילות השר"פ ובמהלך תקופה זו תוכל הכנסת לשקול אם כוונתה לחוקק חקיקה ראשית בעניין (סעיף 36.4 לחוו"ד רובינשטיין).

132. 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 מכתובה 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" (בג"צ קריתי, סעיף 48 לפסק דינה של השופטת ברלינר).

עמדה זו עולה בקנה אחד עם מסקנתם של פרופ' יואב דותן ופרופ' ברק 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" ("חוקיות ההפרטה של אספקת שירותים ציבוריים", משפטים, לו 287, 332, 343 (2007) (ההדגשה לא במקור)).

133. המקרה נשוא העתירה הנוכחית מהווה דוגמא מוחשית לצורך ההכרחי, אך שאינו מספיק מהותית, בהסדרה ראשונית, בדרך של חקיקה, במקרים בהם קיימת חלוקה מחדש של טובין ראשוניים. העדר הדיון הציבורי והפרלמנטרי בשאלת הפעלת השר"פ הוביל, בין השאר, לכך שהסדר השר"פ שאומץ בהסכם הפרויקט (בשלב מאוחר) מתעלם מההמלצות שגובשו בוועדות הציבוריות ובחוו"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. 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 מפיריהן; 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 (דו"ח ועדת אמוראי, עמ' 147).

134. לסיכום טענה זו: המכרז וההסכם מכוחם יופעל בית החולים באשדוד על ידי חברת אסותא אשדוד בע"מ פורסמו לכאורה 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 זכיון פרטי יקים ויפעיל את בית החולים באשדוד, אולם אין ללמוד מכך על מתן אישור להפעלת שר"פ בבית החולים, אלא ההיפך הוא הנכון – בהעדר חקיקה ראשית מפורשת המתירה שר"פ ומגדירה את תנאיו מהותית – אין קיום להסדר כאמור. 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.

השפעות רוחב: פגיעה במערכת הבריאות הציבורית

135. לסוגיה הנדונה השלכות רחבות היקף על 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 (הכנסתו). העיקרון המנחה את פעילות בתי החולים הציבוריים הוא כי שיקולים רפואיים בלבד הם הקובעים את סוג הטיפול ובחירת הרופא המטפל ולא יכולתו הכלכלית של המטופל או שיקולים אחרים.

136. מנגנון השר"פ הכלול בהסכם להפעלת בית החולים באשדוד ישנה את פני שירותי הרפואה הציבורית בישראל שינוי מהותי והוא בעל השלכות חברתיות וציבוריות נרחבות. שכן פתיחת האפשרות להפעלת שר"פ בבית החולים באשדוד, שהוא בית חולים ציבורי לכל דבר ועניין, תוביל, מטבע הדברים, לדרישה להפעלת שר"פ בבתי החולים הסמוכים לו, ברזילי באשקלון וקפלן ברחובות, ואחר כך בכל בתי החולים הציבוריים בישראל, ובכללם בתי החולים הממשלתיים (פרופ' גבי בן נון, חו"ד מומחה המצורפת לעתירה זו, עמ' 10).

מצ"ב חוות דעת פרופ' גבי בן נון כנספח ע/10.

137. התרת הפעלת שר"פ בבית החולים באשדוד צפויה לגרום לתחרות בלתי שוויונית מול בתי החולים האחרים באיזור, ברזילי וקפלן, ולמשוך לאשדוד כח אדם רפואי וחולים. חשש זה הובע בדבריהם של פרופ' גבי בן-נון ופרופ' גור עופר, מומחים בעלי שם במינהל רפואי:

"מידה של תחרות מתונה בין בתי החולים היא רצויה ויש בידה לשפר את השירות, אך תחרות זו חייבת להיות על בסיס הוגן. מתן היתר להפעלת השר"פ באשדוד לעומת האיסור על הפעלתו בקפלן ובאשקלון יוצר תנאי תחרות לא הוגנים, שתוצאתם עשויה להיות הרסנית לשני בתי חולים אלה, המצויים במצוקה כלכלית. ההיתר להפעלת שר"פ באשדוד ואיסורו בבתי חולים אלה יגרום לנטישת רופאים ואנשי סגל נוספים מאשקלון ומקפלן, ויגרום לנדידת חולים ופעילות רפואית מבתי החולים הציבוריים לבית החולים באשדוד" (גור עופר וגבי בן נון, "עושים פרוטקציה לבית החולים באשדוד", הארץ, 25.1.2010).

138. שתי נקודות ראויות להדגשה עולות מקטע קצר זה: ראשית, בית החולים באשדוד, לכשיוקם, יהווה חלק ממארג בתי החולים הציבוריים, ובתור שכזה, בעל השפעה על מגוון החולים אשר יטופלו בו והצוות הרפואי אשר יבחר לעסוק בו. כך ניתן להבין את דבריו של סגן שר הבריאות, הרב יעקב ליצמן, במליאת הכנסת, בתשובה להסתנייגות שהובעה מהסדר השר"פ על ידי ח"כ ד"ר רחל אדטו: "את צודקת, ולכן סידרתי לחתום על ההסכם באשדוד, כי אסור לתת. או לכולם שר"פ או – גם לא לאשדוד. נכון. נציג משרד הבריאות – לא נתתי לו לבוא לחתימה, נכון" (ישיבה מס' 247 של הכנסת (11.06.13)). וכך עולה גם מתהייתו של סמנכ"ל משרד מבקר המדינה, מר בועז ענר, בוועדה לביקורת

המדינה: "עולות פה סוגיות מאד מהותיות, כי ברנע שאתה מקים בית חולים פרטי באשדוד, מה יקרה לברזילי?" (פרוטוקול הועדה לביקורת המדינה, 11.8.11).

139. שנית, וכנגזר מעמדה זו, כאשר מדובר על גורם אשר מאפייניו (במקרה זה: ההיתר להפעלת שר"פ) עשויים לשנות את אופיה של הרפואה הציבורית, ולו באיזור נתון, מחייב הדבר מחשבה סדורה שתבוא לידי ביטוי בחקיקה ראשית.

140. מצב דברים זה יגרום להפעלת לחץ ציבורי להתרת שר"פ גם בבתי החולים הציבוריים האחרים. לחץ זה עלול לגרום בסופו של יום ל"זליגה" לא מבוקרת ולא שקולה של תופעת השר"פ למערכת הציבורית.

141. **לסיכום**, הפעלת השר"פ באשדוד מנוגדת להכרעת בית משפט נכבד זה, לעקרונות החוק 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.

אי-תקינות ההליך המינהלי

142. על ההליך המינהלי הפסול שליווה את גיבוש תנאי ההסכם ניתן ללמוד, בין היתר, מתגובת משרד הבריאות להסכם וכן מהודעת מבקר המדינה על כוונתו לחקור את תנאי ההסכם שנחתם עם אסותא אשדוד בע"מ. משרד הבריאות הודיע ביום החתימה על ההסכם עם אסותא, כי הוא מתנגד להסכם במתכונתו הנוכחית. התנגדות משרד הבריאות נובעת, בין היתר, מהיקף הרפואה הפרטית שמאפשר ההסכם ליום להפעיל ולאור תפיסת המשרד כי בית החולים החדש צריך להיות בית חולים ציבורי.

143. במכתב ששלח פרופ' גמזו, מנכ"ל משרד הבריאות, לסגן החשב הכללי ביום 26 במאי 2010, הוא הצביע על הפגמים בהליך ההתקשרות עם חברת אסותא. פרופ' גמזו התרעם על כך שעל אף שביקש "לקבל את החוזה מבעוד מועד, לברר ולשקול את הסעיפים השונים ולשמור על איזון בין הצרכים של המציעים ואחריותו המקצועית של משרד הבריאות", הוא קיבל מעשה מוגמר. פרופ' גמזו הבהיר בלשון שאינה משתמעת לשתי פנים 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."

144. אין זה מקרה שכיח בו הגורם המקצועי הבכיר ביותר מתנגד בגלוי ובפומבי למהלך שבתחום אחריותו – אך המדינה ממשיכה בשלה ומתעלמת מהתנגדותו המנומקת והעקרונית.

145. חשש כבד עולה ממכתבו של פרופ' גמזו גם באשר לתפקיד אותו מילאו נציגי החברה הזוכה בהליך ההתקשרות בכלל ובהטבות שניתנו בפרט. העובדה, העולה מהמכתב, שמנהל בית חולים אסותא ויושב ראש הדירקטוריון היו מכותבים למכתב

ששלח סגן בכיר לחשב הכללי, מר יאיר טל, למנכ"ל משרד הבריאות מעוררת חשש כבד לפריצת הגדר בין הפרטי/עסקי לבין הציבורי, ולהתמוטטות חומות המגן אשר אמורות להגן על האינטרס הציבורי. בצדק רב, לכן, מסכם פרופ' גמזו כי הוא "תקווה כי משרד היועץ המשפטי לממשלה ישהה את החתימה".

מצ"ב 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, כנספח ע/11.

146. התנגדות משרד הבריאות להפעלת השר"פ בבית החולים באשדוד והשפעות המהלך על בתי חולים אחרים מעידה על פגם בהליך המינהלי. על פי הפסיקה, ככל שמדובר בהחלטה בעלת השלכות מרחיקות לכת על החברה ובוודאי כאשר מדובר בהחלטה שיש עמה פגיעה בזכויות אדם, הרי שיש צורך בהשקעה מקיפה באיסוף נתונים לצורך הפעלת שיקול הדעת. יפים לעניין זה דבריה של כבוד השופטת ביניש (כתוארה אז):

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

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

147. גם ההחלטות שקיבל משרד האוצר על גובה מענק ההקמה לזכיון נגועות בהליך מינהלי לקוי. כאמור, משרד האוצר החליט על הגדלת מענק ההקמה פעמיים. בפעם הראשונה מ-20% מעלות ההקמה ל-50% ובפעם השנייה 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 השנייה, במידה ולא יבחר זוכה במכרז בתוך שישה חודשים מיום פרסומו, יוקם בית החולים באשדוד על ידי המדינה (סעיף 4 לחוק). יוזכר, כי היה ניסיון לבטל את סעיף 4 לחוק בחוק ההסדרים לשנת 2007 ו-2008 ולבטל את התחייבות המדינה להקים בעצמה את בית החולים במידה ולא יבחר זוכה במכרז, אולם ניסיון זה נכשל והסעיף לא בוטל.

148. הגדלת המענק, כמו גם ההרשאה להפעלת שר"פ, נועדו בבירור על מנת להמנע ממילוי חובתה של המדינה להקים ולהפעיל את בית החולים בעצמה לאחר שלא נמצא זכיון תשעה חודשים מיום פרסום החוק (שלושה חודשים מיום פרסום החוק ועד לפרסום המכרז ושישה חודשים מיום פרסום המכרז עד למועד בו המדינה הייתה חייבת לבחור זוכה במכרז או להקים ולהפעיל את בית החולים בעצמה).

149. לא זו אף זו: ההרשאה להנהגת שר"פ בבית החולים בהיקף של 25% מפעילותו נקבעה כאשר מענק ההקמה לזכייין הפוטנציאלי עמד על 130 מיליון ש"ח, או 20% מעלות ההקמה של בית החולים, על פי הערכת המדינה. למרות שמענק ההקמה עלה, בשני שלבים, עד ל-487.5 מיליון ש"ח, כך שבית החולים יוקם, למעשה, בכספי המדינה, לא נשקלה מחדש ההרשאה להנהגת שר"פ, שהיא הטבה כלכלית משמעותית נוספת עבור הזכייין.

150. הגידול במענק ההקמה לא לווה בעבודת מטה מסודרת ואף לא בדיון ציבורי או פרלמנטרי, למרות שמדובר בהחלטה מכרעת העוסקת בהקצאת משאבים ציבוריים. תהליך קבלת ההחלטות שהביא להגדלת המענק, פעמיים, מנוגד גם לקביעת בית משפט נכבד זה ביחס לחובה לפרסם מראש מידע על הכוונה לקבל החלטה על הקצאת משאבים ציבוריים, כדי להבטיח תהליך קבלת החלטות דמוקרטי וליצור מסגרת פרוצדוראלית לשיתוף הציבור (בג"צ 3638/99 בלומנטל נ' עיריית רחובות, פ"ד נד(4) 220, 230 (2000)).

151. כך, הגדלת מענק ההקמה מ-20% ל-50% מעלות ההקמה, התקבלה בהפתעה גמורה מצד סגן שר הבריאות יעקב ליצמן:

"יש מצב כזה שלגבי המכרזים [הנוגעים לבית החולים באשרוד] לא מתייעצים עם משרד הבריאות. בינתיים השתנו כל מיני דברים כמו למשל, תאר לעצמך כמה אני נאבק על כך שצריך לבנות את בית החולים ופתאום, בן לילה, בלי שהתייעצו אתי ובלי שדיברו אתי ... הוסיפו 350 מיליון למכרז. קיבלתי הודעה לעיתונות.

יעקב אדרי: מה זאת אומרת הוסיפו?

סגן השר יעקב ליצמן: המדינה מוכנה להשתתף בבניית בית החולים בסכום הזה וזה בן לילה מבלי שדיברו אתי ולא שאלו את משרד הבריאות. (ועדת הכספים של הכנסת, 16.2.2010).

152. ההסבר שניתן על ידי המדינה עצמה להגדלת המענק היה כי, בניגוד לקבוע בחוק, הממשלה אינה מוכנה להקים בעצמה את בית החולים ולכן האופציה היחידה היא שבית החולים יקום באמצעות יזם. כדברי מר משה בר סימן טוב, סגן הממונה על התקציבים במשרד האוצר בוועדת הכספים של הכנסת מיום 16.02.10:

"אם המכרז ייכשל, 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." ובהמשך: "במקביל להגדלת המענק ל-50 אחוזים, מענק מרבי שניתן לעשות בפרייקטים מהסוג הזה, אנחנו מבקשים

לקבוע בחקיקה שאם המכרז ייכשל, לא תהיה הקמה של בית חולים על ידי הממשלה ונצטרך למצוא פתרונות אחרים."

153. גם ההגדלה השניה, מ-50% ל-75%, התקבלה בלא כל דיון. החלטה זו התקבלה למרות שבאותה ישיבה של ועדת הכספים טען מר בר סימן טוב, בעקבות הגדלת 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."

154. קשה להעלות על הדעת מהלך רחוק יותר מהליך מינהלי תקין מאשר ההחלטה להגדיל את הסיוע לחברה פרטית במאות מיליוני ש"ח ללא עבודת מטה מסודרת וללא דיון ציבורי ופרלמנטרי. סגן שר הבריאות עצמו הצביע על העדר הסבירות שבמהלך בדבריו בוועדת הכספים מיום 16 בפברואר 2010: "בן לילה, בלי שהתייעצו אתי ובלי שדיברו אתי ... הוסיפו 350 מיליון למכרז. קיבלתי הודעה לעיתונות".

155. תמיהה דומה לזו של סגן שר הבריאות הביע גם משרד מבקר המדינה. ביום 1 באוגוסט 2011 הודיע המשנה למנכ"ל משרד מבקר המדינה, בועז ענר, על כוונת מבקר המדינה לבדוק את החלטת המדינה לתת מענק הקמה של 487.5 מיליון שקל לאסותא וזאת, בין היתר, לאור ההחלטה להקים את בית החולים במתכונת של בית חולים פרטי. כדבריו:

"עולה פה גם שאלה מאד מהותית שאנחנו כרוג 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... מי החליט על ה-500 מיליון? ולמה החליטו על ה-500 מיליון ואיזו עבודת מטה נעשתה במישור הזה? ומהן החלופות?"

מצ"ב פרוטוקול הוועדה לביקורת המדינה מיום 11.8.11, כנספח ע/12.

156. יש להדגיש: עתירה זו אינה תוקפת באופן ישיר את ההחלטה להעניק לגוף פרטי מענק הקמה בגובה כזה או אחר. עם זאת, השתלשלות העניינים וההתבטאויות הברורות בדבר גובה המענק מעידים כאלף עדים על התכליות שעמדו מאחורי ההחלטה לאשר הסדר שר"פ כמו גם ההחלטות הקונקרטיות בדבר מאפייני השר"פ. התמונה הנגלית היא של נכונות בלתי מתפשרת ובלתי אחראית של המדינה לקדם את צרכי החברה העסקית, מתוך רצון אחד ויחיד: להימנע מהקמה וניהול עצמי של בית החולים, על כל המשתמע מכך. מבחינה זו, דין אחד להעמדת הקרקע לרשות אסותא ללא תמורה, למענק ההקמה אשר הלך ותפח ולהסדר השר"פ. רק כך ניתן להבין את דבריו של סגן ראש עיריית אשדוד ויו"ר מטה המאבק למען בית החולים (כתוארו אז), מר יחיאל לסרי, בדיון בוועדה לפניית הציבור מיום 11.02.08. בנימה המשלבת ציניות וייאוש באשר להתעקשות של חברי הכנסת על קיום הליך תקין, אומר מר לסרי: "תגבילו אותם ברשיונות לשירותים מיוחדים, תגבילו אותם בחלוקה הזאת של השר"פ, ואז עוד פעם אף אחד לא ייגש, ואנחנו נמצא את עצמנו שוב עוד שנה, וכך חוזר חלילה".

שיקולים זרים

157. השיקולים הרלוונטיים בכל החלטה מינהלית נגזרים מתכלית החקיקה ומתכלית שיטת המשפט לשרת את ערכי היסוד. שיקולים ענייניים הם אלה "הנובעים מן התכלית המיוחדת של החוק הנוגע לעניין" או "שיקולים הנובעים מן התכלית של שיטת המשפט. תכלית זאת היא לשרת את ערכי היסוד" (שם). הלכה פסוקה היא שזכויות האדם הן שיקול ענייני בכל מקרה בו החלטה מינהלית עשויה לפגוע בזכויות אלה (יצחק זמיר **הסמכות המנהלית**, כרך ב', 1996, עמ' 741).

158. 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, ומההשפעות 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 אך ורק לכדאיות הכלכלית של המכרז ולרצונה של המדינה (באמצעות משרד האוצר) להמנע ממילוי חובתה להקים ולהפעיל את בית החולים בעצמה, והיא אינה מתייחסת כהוא זה לטובתם של החולים ולמטרה של הבטחת גישה שוויונית למערכת הבריאות הציבורית.

159. למרות שלא התקבלה כל הכרעה פרלמנטרית בשאלת הפעלת השר"פ בבתי 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.

160. בנוסף – קיים חשש שהסדר השר"פ נועד כדי למשוך רופאים המועסקים בבתי חולים אחרים, לבית החולים באשדוד. הוכחה לכך ניתן למצוא בדבריו של מנכ"ל חברת אסותא, ד"ר איתן חי-עם: "המכרז נכתב על ידי מדינת ישראל. אנחנו ניגשנו למכרז. הסיבה שמדינת ישראל כתבה במכרז שאי אפשר [צ"ל – אפשר] לעשות שר"פ בבי"ח הזה, זה מתוך חשיבה שכאשר בונים בי"ח חדש, צריכים לגייס מאות רופאים, יהיה קשה מאד לגייס רופאים, אם לא יהיה עוד איזשהו ערך מוסף בבי"ח.... שר"פ הוא אמצעי... השר"פ היה חלק, שמדינת ישראל חשבה שזה יהיה להביא רופאים לאשדוד".

מצ"ב תמלול ראיון ברדיו "דרום אשדוד" מיום 28.8.2011 כנספח ע/14.

161. גם שיקול זה מהווה שיקול זר שאינו יכול לעמוד. כפי שמבהיר היועמ"ש רובינשטיין בסעיף 30 לחוות דעתו (ההדגשה הוספה):

"חלק מרכזי, שלא לומר עיקר, בפיתוח רעיון השר"פ הוא הרצון לאפשר הכנסות גדולות יותר לרופאים, קרי ... שיקול כלכלי. ... סבורני שלא ניתן להצדיק, על פי עקרון

השוויון הבסיסי, עמדה הגורסת שיש לתמוך בקיום שירות רפואי פרטי בבתי החולים הממשלתיים לשם צורך זה, בלא ששירותים אלו יוסדרו ויוגבלו באורח ראוי, הגון ומפוקח, לשם הבטחת מתן שירות רפואי ציבורי ראוי לכלל הציבור .

...

תמיכה בשו"פ כמענה לבעיית שכרם של הרופאים אינה יכולה להוות הצדקה לו. בכל הכבוד, על שכר הרופאים להיפתר במסגרת הסכמי השכר, והוא איננו מצדיק פגיעה קשה בשוויוניות שהמערכת הרפואית הממשלתית מחויבת בה. ... על שירות רפואי הכרוך בשמירה והצלה של חיי אדם להינתן כך שלא יהא דמו של האחד סמוק משל רעהו - וברור שאינטרס שכר הרופאים איננו יכול להתחרות בעיקרון זה.

החלטה בלתי סבירה באופן קיצוני

162. לאור כל האמור לעיל, ההחלטה על מתן היתר להפעלת שר"פ בבית החולים באשדוד הינה בלתי סבירה באופן קיצוני. לא זו בלבד שהפעלת שר"פ בבית חולים ציבורי שרובו ככולו במימון ממשלתי, מנוגדת לעקרונות חוק ביטוח בריאות ממלכתי, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה ולפסיקת בית משפט נכבד זה, אלא שהיא גם מנוגדת לעמדת משרד הבריאות וכן משרד האוצר אשר מכיר בסכנות הטמונות בהתרת שר"פ למערכת הציבורית בכללותו.

163. יצויין כי עמדת משרד האוצר המתנגדת להפעלת שר"פ באה לידי ביטוי לאחרונה גם במשא ומתן שהתנהל בינו לבין ההסתדרות הרפואית בישראל בעקבות שביתת הרופאים שהתקיימה בשנת 2011. נימוקי משרד האוצר הסתמכו הן על טיעונים כלכליים (השלכות על עלויות המערכת הציבורית וההוצאה הלאומית לבריאות) והן על טיעונים ערכיים (שוויוניות ושימוש בתשתיות ציבוריות לצרכים פרטיים) (פרופ' גבי בן-נון, חוו"ד מומחה המצורפת לעתירה זו, עמ' 3).

164. בנוסף, חוסר הסבירות שבהחלטה זו הינו קיצוני במיוחד נוכח העובדה, כי ההסדר שגובש במכרז ובהסכם ההתקשרות עם אסותא חורג מהסדרי השר"פ הקיימים בישראל, בבתי החולים הדסה ושערי צדק בירושלים, וכן חורג באופן משמעותי מההסדרים שהוצעו בוועדות אמוראי ונתניהו. בנוסף, הן היקפו של השר"פ בבית החולים באשדוד, 25% מהיקף פעילות בית החולים, והן הכללים האמורים להסדיר את פעילותו, חורגים מהמלצות היועץ המשפטי בחוות דעתו מיום 14.2.2002 שהיו אמורות להיות בתוקף למשך שנה אחת בלבד, עד להסדרת הנושא בחקיקה ראשית.

165. יודגש, כי עמדת העותרים היא כי התרת שר"פ בבית החולים באשדוד הינה פסולה ובלתי סבירה כשלעצמה, אולם השוואת ההסדר שאומץ בהסכם נשוא עתירה זו למודלים אחרים של שר"פ מלמדת עוד על חוסר הסבירות שבהסדר זה.

166. כך, לדוגמה, היקף השר"פ בבית החולים באשדוד גבוה מהשיעורים המקבילים בבתי החולים הציבוריים בירושלים. בנוסף, בניגוד לנהוג בבית החולים בירושלים,

ההסכם שנחתם עם חברת אסותא מתיר לרופאים שיעסקו בשר"פ לעבוד אף במשרה חלקית בבית החולים (מבלי שהיקף המשרה נקבע) (פרופ' גבי בן-נון, חוו"ד מומחה המצורפת לעתירה זו, עמ' 9 – 10).

167. הסדר השר"פ הנדון סותר גם את המלצות ועדת אמוראי בדבר היקף הרצוי של ההסדר. לפי ההמלצות ייושם מסלול בחירת הרופא ברמת בית החולים כך שהיקף הפעילות לא יעלה על 15% מכלל הכנסות בית החולים ממכירת שירותים רפואיים; ברמת המחלקה הבודדת – היקף הפעילות ברמת המחלקה לא יעלה על 20% מן ההכנסות ממכירת שירותים רפואיים; וברמת הרופא הבודד – היקף הפעילות לא יעלה על 20% מכלל הניתוחים שהוא משתתף בהם (המלצה 4.6).

168. מרכיב מרכזי, המדגיש את חוסר הסבירות שבהסדר השר"פ באשדוד, כמו גם את הלהיטות לקיימו, עניינו **סוגיית (העדר) הפיקוח** על הפעלתו. כך מציין בצדק היועמ"ש רובינשטיין (פרק ד1) לחוות הדעת): **"נושא הפיקוח הוא קריטי. בהעדר הסדרה ראויה ומוצלחת עלול השר"ם להפוך בנקל לכשלון מהותי, מוסרי ומשפטי"**. רובינשטיין מדגיש את הצורך לפקח על האיסור בהקדמת תורים, על היקפי השר"פ, על התעריפים הנגבים, על החוזרים המועברים לידי מערכת הבריאות הכללית, ועל תשלום השכר לרופאים.

169. הן בחוות הדעת של היועמ"ש, והן בהמלצות ועדת אמוראי, מודגש כי סמכות הפיקוח העיקרית והעקרונית חייבת להיות בידי משרד הבריאות.

170. ואילו במקרה שלפנינו הוקמה "מינהלת" לפרוייקט אשר, לפי הגדרתה בהסכם הפרוייקט, תהיה "גוף מינהלי הממונה על ידי הממשלה לצורך הסכם זה, המורכב מנציגי משרד האוצר והבריאות, כפי שייקבע על ידי הממשלה מעת לעת לעת" (עמוד 6 להסכם הפרוייקט).

171. בצדק רב התקומם מנכ"ל משרד הבריאות, פרופ' גמזו, על מהלך זה. במכתב ששלח למר יאיר טל הוא מבהיר בלשון שאינה משתמעת לשני פנים: **"ההסכם הזה לא ייחתם. הוא לא חוקי! לקחתם את סמכויות משרד הבריאות ונתתם אותם ל"מינהלת" "**.

מצ"ב מכתב פרופ' רוני גמזו למר יאיר טל, סגן בכיר לחשב הכללי במשרד האוצר, בעניין "מכרז אשדוד הסכם פרוייקט 15.5.2011", 26 מאי 2011, כנספח ע/15.

עילות סף

א. שיהוי

172. למיטב הבנת העותרים ההתייחסות לטענה זה הינה בבחינת למעלה מן הנדרש.

173. ראשית יאמר, כי טענת שיהוי מקומה בתחום המשפט המנהלי וכי מקומה לא יכירנה במסגרת הפעלת ביקורת על ידי בית משפט נכבד זה לגבי פעולות הממשלה כרשות המבצעת ואף לא במקום בו מדובר בפגיעה בחירויות וזכויות יסוד מוגנות.

174. הטעם העיקרי לחוסר הרלוונטיות של טענת השיהוי במסגרת הפעלת ביקורת על פגיעה בזכות חוקתית נעוץ בשתיים: אין זה ראוי שטענה בעלת אופי פורמאלי-טכני תחסום את עצם הדיון וסמכות הבחינה שבידי בית משפט נכבד זה בנוגע לפגיעה בזכויות חוקתיות. אך על כך נוסיף כי מתוך מבחני המשנה של דיני השיהוי עולה בבירור כי יש לדחות את הטענה עת היא מועלית כטענת נגד לביקורת חוקתית. בית משפט נכבד זה חזר וקבע כי המבחן העיקרי והמרכזי (מתוך שלושת מבחני המשנה) לבחינת טענת השיהוי ולדחייתה הוא מבחן חומרת הפגיעה בשלטון החוק, כפי שפירש וישם כבוד הנשיא (דימי) א' ברק במסגרת בג"צ 1262/06, התנועה למען איכות השלטון נ' סיעת ש"ס (5.3.2006):

"12. את דיני השיהוי השתיית בית המשפט על שלושה יסודות: השיהוי הסובייקטיבי, השיהוי האובייקטיבי וחומרת הפגיעה בשלטון החוק (ראו, בג"ץ 170/87 אסולין נ' ראש עיריית קרית-גת, פ"ד מב(1) 678 (להלן – פרשת אסולין); עע"ם 7142/01 הוועדה המקומית לתכנון ובנייה חיפה נ' החברה להגנת הטבע, פ"ד נו(3) 673 (להלן – פרשת החברה להגנת הטבע); עע"ם 8723/03 עיריית הרצליה נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה חוף השרון, פ"ד נח(6) 728). היסוד הסובייקטיבי מתמקד בהתנהגות העותר ובשאלה האם חלוף הזמן מלמד כי ויתר על זכויותיו. היסוד האובייקטיבי עניינו שינוי המצב לרעה ופגיעה באינטרסים ראויים של הרשות המנהלית או של צדדים שלישיים, שנגרמה בעקבות האיחור בהגשת העתירה. היסוד השלישי עניינו חומרת הפגיעה בשלטון החוק המתגלה מתוך העתירה ואינטרס הציבור בשמיעת העתירה (בג"ץ 3939/99 קיבוץ שדה נחום נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נו(6) 25 85-86). "יסוד זה נוחן ביטוי לעקרון לפיו בית המשפט לא יתן ידו לפגיעה חמורה בשלטון החוק, גם אם העתירה הוגשה בשיהוי שפגע באינטרסים מוכרים" (דברי השופטת ביניש בפרשת החברה להגנת הטבע, בעמ' 679). ברוח זו ציין השופט זמיר באחת הפרשות:

...

אכן, לעקרון שלטון החוק, הפורמלי והמהותי (ראו, א' ברק, שופט בחברה דמוקרטית 116 (2004)) מקום מרכזי במשפט הציבורי הישראלי. יש להביא שיקול זה בחשבון ענה שמאזנים בין השיקולים השונים המגבשים את המשפט הציבורי שלנו. בית המשפט עשוי, איפוא, להיזקק לעתירה, אפילו הוגשה בשיהוי, אם עולה מתוך העתירה פגיעה קשה בשלטון החוק (השוו, ע"א 8116/99 אדם טבע ודין אגודה נ' הוועדה המקומית, פ"ד נה(5) 196). תפקידו של בית המשפט לשמור על הגשמתו של שלטון החוק מחייב נקודת מבט כוללת, הלוקחת בחשבון לא רק את האינטרסים של בעלי הדין, אלא גם את עקרונות היסוד של שלטון החוק.

13. היחס בין שלושת היסודות הרלוונטיים לשיהוי נקבע על פי משקלו היחסי של כל אחד מהשיקולים בנסיבותיו של כל עניין. הכרעה בטענת שיהוי מבוססת, איפוא, על איזון בין האינטרס של העותר בביטול המעשה המינהלי; האינטרס של המשיב בקיומו; והאינטרס של הציבור בשלטון החוק.

...

17. יחד עם זאת, באיזון הכולל, יש להסיג את האינטרס של המשיב והמשיבה מפני האינטרס של הציבור בשלטון החוק. העתירה מעלה סוגיה שאינטרס הציבור בה הוא גדול במיוחד. [...] הנטען בעתירה עניינו פגיעה קשה באמון הציבור במערכות השלטון. דחיית העתירה אך בשל שיהוי עשויה להשליך על אמון הציבור בטוהר הבחירות ובתקינות הליך הבחירות. לאלה משקל המכריע את הכף לכיוון שמיעת העתירה. בשל טעמים אלה, אין לדחות את העתירה על הסף בשל השיהוי בהגשתה, ויש לפנות למענות לגופן."

175. עוד יודגש, כי ממילא בשלב זה טרם החלה הפעלת השר"פ והיא עוד רחוקה מספר שנים קדימה, ולכן גם טענת השיהוי לגופה חסרת יסוד. ממילא אינטרס ההסתמכות של הזכין, המשיבה מסי' 7, איננו לגיטימי בהיותו של ההסדר לא חוקי.

176. מכאן שאין לה לטענת השיהוי כל מקום עת מפעיל בית משפט נכבד זה ביקורת שיפוטית-חוקתית על מעשי החקיקה של הכנסת או על פעולות הממשלה כרשות המבצעת, כאשר פעולות אלה פוגעות פגיעה משמעותית בשלטון החוק או בזכויות וחירויות יסוד מוגנות כבענייננו.

ב. סמכות עניינית

177. נושא הסמכות העניינית הועלה במכתבו של בא כוחה של אסותא, הטוען בתוקף כי הסמכות נתונה לבית המשפט לעניינים מנהליים – בהיות נושאה של העתירה "מכרזים".

178. כמדומה שבא כוחה של אסותא טעה לחשוב כי העתירה תוקפת את עצם הליך המכרז או תנאי מתנאיו של המכרז ולא כך הם פני הדברים.

179. העתירה תוקפת את עצם מתן ההיתר לקיים שירותי רפואה פרטית בבית החולים לכשיקום. זהו מעשה שלטוני שאין בינו לבין המכרז דבר.

180. למעלה מן הנדרש נציין, כי ממילא אף אם המדובר בעתירה בעניין מכרז לבית משפט זה סמכות מקבילה לדון בעניין מפאת חשיבותו – והחשיבות ברורה ועולה מתוך העתירה.

סיכום

181. בית החולים באשדוד עומד להיות מוקם על פי חוק בית חולים באשדוד (הקמה והפעלה), התשס"ב-2002. החוק נחקק, בניגוד לעמדת הממשלה, אחרי מסע ציבורי נרחב שנוהל בידי מטה המאבק העירוני להקמת בית חולים באשדוד.

182. סעיף 4 לחוק קובע, כי היה ולא יבחר זוכה במכרז להקמת והפעלת בית החולים שישה חודשים לאחר פרסומו, תקים ותפעיל המדינה את בית החולים בעצמה. מאז

שנחקק החוק עושה הממשלה, ובעיקר משרד האוצר, כל שביכולתה כדי להימנע ממילוי החובה שהוטלה עליה בסעיף 4 לחוק. משלא עלה בידה להביא לביטול החוק או לדחיית יישומו לשנת 2020 (דחייה שמשמעותה המעשית, קרוב לודאי, הייתה שבית החולים לא יבנה כלל), החלה הממשלה להרעיף הטבות בלתי סבירות ובלתי מידתיות על הזכייין הפוטנציאלי במכרז להקמת והפעלת בית החולים. הטבות אלה, הכוללות מענק הקמה שהלך ותפח עד שהגיע ל- 487.5 מיליון ש"ח, בנוסף להקלות שונות מעיריית אשדוד שוות ערך לכ-100 מיליון ש"ח נוספים, מגיעות לידי 90% מעלות ההקמה של בית החולים על פי הערכת המדינה. זאת מבלי להביא בחשבון את ערך הקרקע לבניית בית החולים, שניתנה לזכייין ללא כל תמורה.

183. מאחר שבית החולים באשדוד מוקם למעשה בכספי המדינה, ומאחר שהוא מוגדר כבית חולים ציבורי, כפי שפורט לעיל, חל עליו איסור הנהגת שר"פ בתוקף עקרונות חוק ביטוח בריאות ממלכתי ובהתאם לחוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה מיום 14.2.2002 ופסק דינו של בית משפט נכבד זה בעניין קרית.

184. כפי שציין היועץ המשפטי רובינשטיין (כתוארו אז) בחוות דעתו, שינוי המצב המשפטי האוסר על הנהגת שר"פ בבתי החולים הממשלתיים יהיה שינוי מרחיק לכת בסדרי החברה בישראל, ולכן הוא מחייב חקיקה ראשית של הכנסת, כפי שפורט לעיל. גם בית משפט נכבד זה קבע, בפסק דינו בעניין קרית, כי סוגיית השר"פ טעונה הסדר ראשוני, כלומר חקיקה ראשית של הכנסת, ואינה יכולה להיות מוסדרת על ידי תקנות. זאת מאחר שהנהגת שר"פ נוגעת להסדרה של תחום מהותי של החיים החברתיים ופוגעת פגיעה ממשית בזכויות יסוד.

185. למרות כל האמור לעיל, ב"הזמנה להשתתף בהליך מיון מוקדם" שפרסמו משרד הבריאות, משרד האוצר ומינהל מקרקעי ישראל באוגוסט 2008 נכללה הרשאה להנהגת שר"פ בבית החולים בשיעור של 25% מהיקף פעילותו. זאת ללא חקיקה ראשית מסמיכה, ללא דיון ציבורי ופרלמנטרי, ללא עבודת מטה מסודרת ובניגוד לעמדתו העקבית של משרד האוצר עצמו, השוללת הנהגת שר"פ בבתי החולים הציבוריים.

186. יתר על כן, הן היקפו של השר"פ בבית החולים באשדוד, והן הכללים האמורים להסדיר את פעילותו, חורגים לקולא מהמלצות היועץ המשפטי בחוות דעתו, מהמלצות ועדות נתניהו ואמוראי ומהסדרים הנוהגים בבתי החולים בירושלים בהם קיים שר"פ עתה.

187. ההחלטה להנהיג שר"פ בבית החולים באשדוד, כמו גם ההחלטות הנוגעות להטבות הכלכליות החריגות האחרות שניתנו לזכייין, התקבלה ללא שקדמה לה עבודת מטה מסודרת שבחנה, בין היתר, את השפעת השר"פ על בתי החולים האחרים באזור ועל מערכת הרפואה הציבורית בישראל בכלל.

188. מכל האמור לעיל עולה בבירור, כי ההחלטה לאפשר קיום שר"פ בבית החולים באשדוד, במיוחד בהיקף ובאופן הנזכרים, לא התקבלה מנימוקים ענייניים הקשורים לטובת החולה, איכות השירות הרפואי, קידום התחרות בין בתי החולים וכיוצא באלה,

שכן משרד האוצר דחה באופן עקבי את כל הטיעונים הללו של המצדדים בשר"פ, וזאת לאחרונה בשנת 2011, לאחר חתימת ההסכם להקמת והפעלת בית החולים עם חברת אסותא אשדוד בע"מ, במסגרת הדיונים על הסכם שכר עם הרופאים.

189. כפי שנטען בהרחבה לעיל, שר"פ פוגע פגיעה קשה בזכות לנגישות שווה לבריאות, בזכות לכבוד, הוא יוצר ניגוד עניינים מובנה בין האינטרס הכלכלי של הרופאים ושל בית החולים לבין מחוייבותם המקצועית, מסיט נכסי ציבור לשימושים פרטיים, מגביר את התחרות המסחרית בין בתי החולים, גורם לעלייה במספר הפרוצדורות המיותרות ומגדיל את ההוצאה הלאומית לבריאות ללא כל תוספת לבריאות הציבור. כאמור, ההחלטה לאפשר הנהגת שר"פ בבית החולים באשדוד התקבלה בניגוד לדין הנוהג, ללא הדיון הציבורי הנדרש וללא ההסדרה החקיקתית הנחוצה. כפי שהוסבר לאורך העתירה, משמעות הדברים היא מרחיקת לכת מבחינת הרפואה הציבורית בישראל והזכות לשוויון בשירותי בריאות. ישנו חשש כבד, כי אישור השר"פ בבית החולים באשדוד יביא לפגיעה קשה בטווח המידי לבתי חולים אחרים ויהווה את סופה של מערכת האשפוז הציבורית בישראל.

לאור כל זאת מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא מלפניו צו על תנאי וצו ביניים כמבוקש בפתח לעתירה זו, ולאחר קבלת תשובתם של המשיבים להפוך אותו למוחלט.

13 במרץ 2012


אמיר פז-פוקס, עו"ד


אן סוצ'יו, עו"ד


גלעד ברנע, עו"ד


יואב פלד, עו"ד