

- בעניין:
1. האגודה לזכויות האזרח בישראל
 2. רופאים לזכויות אדם – ישראל
 3. מרכז אדוה
- כולם ע"י ב"כ עוה"ד גלעד ברנע ו/או
ד"ר אמיר פז-פוקס ו/או פרופ' יואב פלד
מרח' נחשון 4, ירושלים 93548
טל': 02-6713883; פקס': 02-6713735
- וכן ע"י עוה"ד אן סוצ'יו ואח'
מרח' נחלת בנימין 75, תל אביב 65154
טל': 03-5608185; פקס': 03-5608165

העותרים

- נ ג ד -

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 פרקליטות המדינה, מחלקת בג"צים
משרד המשפטים, רח' צלאח א-דין 29, ירושלים
טל': 02-6466588; פקס': 02-6467011
7. אסותא אשדוד בע"מ
ע"י ב"כ עוה"ד ממשרד הרצוג פוקס נאמן ושות' עורכי דין
מבית אסיה, רחוב ויצמן 4, תל-אביב 64239
טל': 03-6922020; פקס': 03-6966464
8. עירית אשדוד
ע"י ב"כ משרד הררי טויסטר ושות'
ממגדל ב.ס.ר 1, דרך בן גוריון 2, רמת גן 52573
טל': 03-7553800; פקס': 03-7553801

המשיבים

תגובה מקדמית מטעם המשיבה 7 לעתירה

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד, מתכבדת המשיבה 7, אסותא אשדוד בע"מ (להלן: "אסותא" או "המשיבה"), להגיש תגובה מקדמית לעתירה, אשר הוגשה במסגרת ההליך שבכותרת מטעם העותרים (להלן: "העתירה").

על יסוד האמור בתגובה זו יתבקש בית המשפט הנכבד לדחות העתירה על הסף, ולמצער לדחות את העתירה לגופה. כן יתבקש בית המשפט הנכבד לחייב העותרים בהוצאות המשיבה, לרבות שכר טרחת עו"ד.

ההדגשות להלן הוספו אלא אם כן צוין אחרת.

א. פתח דבר

1. עניינה של עתירה זו בבקשת העותרים כי בית המשפט הנכבד יורה כי "אין כל תוקף חוקי להיתר שניתן ליזם [אסותא – הח"מ] ליתן שירותי רפואה פרטי (שר"פ) בתשלום במסלול בחירות רופא (מב"ר).. במסגרת בית החולים שיוקם באשדוד והוא יוכרז כבטל". על יסוד עתירה זו, אף התבקש צו ביניים, אשר לא בכדי, נדחה על ידי בית המשפט הנכבד בהחלטה מיום 8 באפריל, 2012.

המדובר בעתירה שדינה להדחות על הסף, ומכל מקום לגופה.

2. כמפורט בתגובה זו, היעדרות לעתירה עלולה להיות בעלת השלכות הרסניות על המשיבה, וזאת הואיל והמתווה העסקי של הקמת בית החולים באשדוד ותפעולו השוטף, מתבססים על יכולת מתן שירותי המב"ר. "שליפת" תנאי זה מתנאי ההסכם שנחתם בין המשיבה למדינה בעניין הקמת בית החולים, עלולה למנוע מהמשיבה את היכולת לעמוד בתנאיו, ולפגוע במימון הפרויקט (בהיקף מאות מיליוני ש"ח), וייתכן שאף להביא לעצירת הקמת בית החולים, תוך הסבת נזקי עתק, וירידה לטמיון של השקעות בהיקף עשרות מיליוני ש"ח שכבר הושקעו. אין להסכין עם כך, ודין העתירה להדחות לפיכך על הסף, ולמצער לגופה, ולו מטעמים אלו בלבד.

3. ודוק: כמבואר בהרחבה בפרק 1.ג להלן, העתירה הוגשה בשיהוי תהומי ובלתי נתפס, אשר מחייב לבדו דחייתה על הסף. אין חולק כי כבר בשלב המיון המוקדם של המכרז, אשר פורסם עוד באוגוסט 2008, פורסם ברבים והיה ידוע וברור לכל – לרבות העותרים, כעולה מעתירתם – כי הגורם אשר יפעיל את בית החולים באשדוד יהיה רשאי לספק "שירותי רפואה פרטיים בהיקף של עד 25% מהיקף הפעילות..." (ר' סעיף 2.7.2 להזמנה, נספח "4" להלן). תנאי מהותי זה עוגן לאחר מכן אף במסמכי המכרז עצמם בספטמבר 2009 (ר' סעיף 6.4.4 למכרז, נספח "5" להלן); ההכרזה על אסותא כזוכה בו התבצעה ביום 10 באפריל, 2011, וכפועל יוצא ההסכם עם המדינה נחתם ביום 29 במאי, 2011.

4. חרף זאת, העתירה הוגשה רק ביום 13 במרץ, 2012, דהיינו: כשלוש שנים וחצי לאחר פרסום ההזמנה למכרז וקרוב לשנה לאחר ההודעה בדבר הזוכה במכרז. בפועל, הוצאו כבר בפרקי זמן אלו, הוצאות בהיקף עשרות מיליוני ש"ח בקשר עם המכרז וההסכם, ועבודות ביצוע התשתית להקמת בית החולים כבר החלו. יהא זה אבסורד אם לאחר המתנה כה ארוכה, ידון בית משפט נכבד זה בעתירה שעניינה דרישה לשנות מהיסוד את תנאי הקמת בית החולים.

5. ודוק. על קיום שיהוי חמור בענייננו זה אין עוד מחלוקת, וזאת בשים לב להחלטת בית המשפט הנכבד (כב' השופט זילברטל) מיום 8 באפריל, 2012, במסגרתה נדחתה הבקשה לצו ביניים שהוגשה במסגרת עתירה זו, תוך שצויין על ידי בית המשפט הנכבד, כי:

"לאחר שעיינתי בעתירה, בבקשה למתן צו ביניים ובתגובות המשיבות 1-7 לבקשה למתן צו ביניים, לא ראיתי לנכון ליתן צו ביניים כמבוקש. החלטתי מבוססת, בין היתר, על השיהוי הניכר בהגשת העתירה, על שיקולי מאזן הנוחות ועל היות הצו המבוקש בלתי ממוקד ולא ניתן לאכיפה."

העתק ההחלטה מיום 8 באפריל, 2012 מצ"ב כנספח "18".

6. ודוק: בעתירה דנא לא זו בלבד שמבקשים העותרים לתקוף תניה שנכללה מלכתחילה במכרז. אלא שהם מתעוררים לעשות כן, רק בשלב מאוחר זה. השתהותם של העותרים עלולה בעיתוי זה להסב למשיבה נזק חמור. המשיבה הוציאה הוצאות בהיקף של מעל שני מיליון ש"ח לשם הכנת הצעתה למכרז, כל זאת עת שקטו העותרים על שמריהם. בהמשך, עם התתימה על ההסכם, הפכה המשיבה

למחויבת מכוחו, והחלה לפעול על מנת לקיימו. עד כה הוציאה אסותא והתחייבה להוציא בעקבות החתימה על ההסכם ולשם קידומו, וזאת בין היתר בהתקשרויות עם קבלנים וגורמי תכנון וביצוע, **סכומים בהיקף העולה על 90 מליון ש"ח**. בכלל זאת, התקשרה המשיבה עם הקבלן המבצע, חברת דניה סיבוס, אשר אמור להקים את בית החולים, ואשר כבר החל בביצוע העבודות.

7. **ודוק: הצעת המשיבה התבססה כמבואר להלן, על האפשרות להציע שירותי מב"ר בבית החולים שיוקם. על בסיס זאת, נטלה על עצמה המשיבה לאייש את בית החולים בצוות רפואי, סיעודי ומינהלי מלא, בתוך פרק זמן של 60 חדשים, והתחייבה להפעיל באופן שוטף את בית החולים. למותר לציין, כי על בסיס האמור, התקשרה אסותא בהסכמי המימון מול הבנק. על בסיס זאת צפויים השלמתו ותחילת הפעלתו של הפרוייקט – על גיוס הצוות הרפואי האיכותי – בתוך פרק הזמן של 60 החודשים. סיום בניה בתוך פרק זה, מאפשר קבלת המענק הממשלתי המובטח, המהווה תנאי בלעדיו אין בהסכם המימון.**

8. די באמור על מנת להביא לדחיית העתירה על הסף. ואולם, גם לגופם של דברים, אין בעתירה זו כל ממש. כמפורט להלן, התנאי בדבר מתן שירותי המב"ר מהווה יסוד מוסד במכרז ובהסכם שנחתם להקמת בית החולים באשדוד על ידי המשיבה, וחיוני לשם יכולת עמידה בהתחייבות להקים מ"אפס" בתוך פרק זמן של 60 חודשים, בית חולים חדש בעל צוות רפואי מלא, איכותי ומתפקד. זהו אתגר שאפתני שכמוסבר להלן, כמוהו לא בוצע בישראל מזה מעל ארבעים שנה, והוא מדשדש מזה כעשרים שנה.

9. מנגנון המב"ר שנקבע בענייננו הינו **מידתי ומדוד, ואינו סותר** במאום את פס"ד קריתי (עליו מסתמכים העותרים באופן שגוי בעליל בהרחבה בעתירתם), כי אם להיפך. מנגנון זה נקבע בענייננו, **על מנת להבטיח** כי תתאפשר הקמת בית חולים "מאפס" בתוך פרק זמן של חמש שנים, תוך יכולת לגייס צוות רפואי איכותי מלא, אשר יסכים להגיע אל "הלא נודע". הוא נועד גם להבטיח כי ניתן יהיה לתפעל לאחר מכן את בית החולים תפעול שוטף בלא היזקקות לתמיכה ממשלתית, דבר המחייב כי מדובר יהיה בבית חולים איכותי ואטרקטיבי בעיני קהל מטופליו ובעיני הצוות הרפואי.

10. אלו הן מטרות ראויות, המצדיקות מתן אפשרות למתן שירותי מב"ר מוגבלים ומפוקחים כפי שנקבעו. זאת, כשטעון העותרים, כאילו מגבלות אלו לא יקוימו, עוד בטרם החלו שירותי המב"ר להינתן, עולה כדי ספקולציה חסרת בסיס גרידא. במצב דברים זה, אין מדובר בעניין הקורא להתערבות בית המשפט הנכבד בו, וכל עילת **התערבות אינה קיימת**. על רקע זאת אף אין כל היגיון בסעד המבוקש, וזה אף אינו ניתן לאכיפה כלל. זאת נכון שבעתים, כאשר התנגדות העותרים, מועלית בשיהוי כה ניכר, ותוך פגיעה של ממש בזכויות המשיבה, ואיום **לסכל את הקמת בית החולים כולו, על כל הכרוך בכך**.

11. להלן יפורטו הדברים ביתר הרחבה.

ב. רקע עובדתי

1.1. האתגר חסר התקדים שבהקמת בית החולים באשדוד

12. העותרים מציינים – למרבה הצער – תמונה מעוותת באשר לפרוייקט הקמת בית החולים באשדוד, ומכך גוזרים "מסקנות" מוטעות באשר למהות המימון "הממשלתי" הציבורי שהוא מקבל, והנובע מכך כביכול לגבי יכולת בית החולים שיוקם לספק במסגרתו שירותי רפואה במסלול בחירת רופא (להלן: "שירותי מב"ר").

13. קודם לניתוח המשפטי של הדברים, אשר כפי שנראה להלן מלמד כי העותרים (במקרה הטוב) **שוגים לחלוטין** בטיעוניהם בנושא, מן הראוי יהיה לפרוש ולפרט את העובדות כהווייתן.
14. הקמת בית החולים באשדוד, מהווה את אחד הפרויקטים **הגדולים והשאפתניים** ביותר בתחום הרפואה הציבורית בישראל מזה שנים רבות. כדי להבין את גודל המשימה שעל הפרק, די אם יצוין, **כי מזה מעל ל- 40 שנה(!)**, לא הוקם מבראשית בישראל בית חולים כללי ציבורי חדש. לאמיתו של דבר, מלבד בית החולים "כרמל" שבחיפה, אשר הוקם בראשית שנות ה-70 של המאה הקודמת, כלל בתי החולים הכלליים בישראל, הינם תולדה של הקמתם בימי קום המדינה, ואף קודם לכן.
15. מבלי להפריז, המלאכה בה מדובר, הינה בנסיבות העניין אדירה. היא מחייבת בניית מבנה בית חולים בהיקף של כ- 60,000 מ"ר, והקמת יחידות מקצועיות, מערך מיון ומערך שירותי חירום, חדרי ניתוח וטיפול נמרץ, מערכות אבחון ודימות, מערכות מחשב ובקרה, מחלקות אשפוז, חדרי בדיקות, מרפאות, מעבדות, חדרי רופאים וכד'. כל זאת לבית חולים המיועד ל- 300 מיטות על כלל מחלקותיו השונות, ובהן מחלקות פנימיות, כירורגיה כללית וטיפול נמרץ, גניקולוגיה ומיילדות, אורטופדיה, וכאמור לעיל - חדר מיון ומערך שירותי חירום, על כל הכרוך בכך.
16. כל אלו מחייבים איוש **בצוות רפואי, סיעודי ומינהלי כולל ומלא** בכל תחומי פעילות בית החולים, דבר הכולל כ- 150 רופאים, מהם 55 רופאים מומחים, 450 אחיות, וצוות עזר מנהלי נרחב של מאות אנשים נוספים. סך הכל, מדובר בצוות המונה, כבר בשלב הראשוני, **כאלף עובדים**.
17. מלאכה עצומה זו, יש לבצע בתוך תקופת זמן של 60 חדשים "מהמועד הקובע" (שהינו ה-29 במאי, 2012), אשר צפויה להסתיים בשנת 2017, ואשר בסופה על בית החולים לעבוד **באופן מלא**, דהיינו: לא רק להיות במצב בו הסתיימה בנייתו של מבנה בית החולים בהיקף עשרות אלפי מ"ר, והוא צוייד וזווד בכלל מערכות יקרות של בית חולים מתקדם, אלא הוא גם **כולל צוות רפואי מלא** בכלל אגפיו ומחלקותיו, **הכשיר ליתן טיפול מלא** למטופלים, באמצעות מערך רופאים מומחים ומיומנים בתחומים השונים. ודוק: במצב בו מפעיל בית חולים חדר מיון, אחרת גם לא יתכן, שהרי קיום שירותי מיון **מחייב פעילות מלאה** של כלל מחלקותיו האחרות של בית החולים, התומכות ומטפלות במגיעים לחדר המיון.
18. ההיקף הכספי של ההשקעה הכרוכה בפרויקט שאפתני זה, הינו אדיר. על פי ההערכות הנוכחיות, רק **שלב ההקמה** לבדו של בית החולים כולל הצטיידות, נאמד בכ- **700 מיליון ש"ח**, כשלאחר מכן תפעולו השוטף של בית החולים מסתכם **במאות מיליוני ש"ח בשנה**. כמפורט להלן, היזם עצמו נושא במימון חלקה המכריע של עלות ההקמה, לאורך כל תקופת ההקמה, והוא זה הנוטל על עצמו בכך את **סיכוני ההקמה**, תוך פניה לבנקים מממנים על מנת להשיג את ההון הנדרש, כשרק לאחר מכן, מקבל היזם **מענק ממשלתי חלקי**, המחזיר לו חלק מעלויות אלו. ואילו את עלויות התפעול השוטף, נוטל על עצמו היזם **באופן בלבדי**.
19. המדובר אפוא, בפרויקט מקצועי וכלכלי **רחב היקף ושאפתני בכל קנה מידה**. ואולם משמעותו הכלכלית האדירה של הפרויקט מקבלת נופך ומשמעות מיוחדים שבעתיים, עת מובאת בחשבון העובדה, כי על פי הנתונים המקובלים, במדינת ישראל **אין ולו בית חולים כללי אחד**, שאיננו גירעוני בפעילותו.¹ הפעלתם הגירעונית של בתי חולים מתאפשרת בנסיבות אלו, אך ורק בשל קיומן של אגודות ידידים ותרומות, כמו גם היחלצויות של המדינה, המסייעת ברגעי משבר, לבתי חולים המאיימים לקרוס.

¹ המרכז הרפואי שיבא בתל-השומר הינו אולי חריג לכך, אך זאת בלא להתחשב בהעדר עלות הנדל"ן עבורו.

20. לכך יש להוסיף, את החסר האינהרנטי הקיים כיום בכוח אדם רפואי וסיעודי מקצועי במדינת ישראל², ובפרט באיזור הדרום, והקושי הטבעי הקיים במצב כזה, לגייס ולהכשיר כוח אדם מיומן אל עבר הלא נודע של בית חולים חדש. למותר להסביר, כי בבית חולים קיים, יש כבר ליבת צוות רפואי מקצועי במחלקותיו השונות, שדרה רפואית ניהולית וכיו"ב. לא כן לגבי בית חולים שזה מקרוב הוקם. גיוס מ"אפס" לבית חולים כזה, של כוח אדם רפואי מיומן, באופן אשר יאפשר לו לעמוד בדרישות המכרז המחייבות להפעיל את בית החולים בכלל מחלקותיו בתוך 60 חודשים, הינו אתגר רב קושי כשלעצמו.
21. האתגר האמור אינו מסתיים בעצם איוש בית החולים בצוות הרפואי הנדרש מיד עם הפעלתו. על מנת לאפשר קיום עצמאי לבית החולים אף בהמשך, יש להבטיח כי הצוות הרפואי שיגויס, יהיה מוביל ואיכותי. רק כך, ניתן להבטיח שם טוב ואטרקטיבי בעיני ציבור המטופלים למוסד החדש והבלתי מוכר המוקם, דבר הנדרש על מנת לאפשר את יכולת התפקוד כמרכז רפואי הנושא את עצמו. למותר להסביר, כי אם לא תצלח מלאכה זו, בית החולים החדש יהפוך, לא רק לכזה המסב הפסדים ליוזם שהקים אותו, אלא שסופו של דבר הוא אף ייפול כאבן ריחיים על צוואר המדינה, אשר תאלץ לשאת בתפעול בית חולים גירעוני נוסף.
22. שילוב עובדות אלו, ממחיש היטב את האתגר המקצועי והכלכלי יוצאי הדופן הכרוכים בהקמת בית החולים החדש. כפי שנעמוד גם בהמשך, אין תמה כי במצב דברים זה, ההליכים לקראת הקמתו של בית החולים, בטרם המכרז הנוכחי, דשדשו מזה קרוב לעשרים שנה, כאשר אף גוף (ובכלל זאת גם לא המדינה), לא שש להכניס עצמו לסיכונים הקשים הכרוכים בהקמת בית החולים. גם במכרז הנוכחי, חרף המענק הממשלתי הניתן במסגרתו, לא היה אף לא מתמודד אחד, זולתי המשיבה, שנכון היה להציע הצעה כלשהי לביצוע פרויקט שאפתני ורב סיכונים זה!
23. על רקע כל זאת, יש להבין את ההתחייבות שניתנה על ידי המדינה, במסגרת הליכי המכרז, לאפשר מתן שירותי מב"ר בבית החולים. כפי שניתן להיווכח מההסכם שנחתם, המדובר בהתחייבות לאפשר היקף מוגבל בלבד של שירותים מסוג זה, ותוך הטלת מגבלות מחמירות לגביהם (עליהן נעמוד גם להלן), אשר יבטיחו, בין היתר, כי שירותים אלו לא יפתחו פתח למתן קדימות בתורים, לא יאפשרו הפרדה בין סוגי חולים, ולא ימנעו מכל חולה להיות מנותח על ידי מנתח בעל מיומנות מתאימה, בהתאם לחומרת מחלתו.
24. עם זאת, בהתחייבות החד-משמעית לאפשר מתן שירותים אלו, טמונה גם יכולת בית החולים המוקם, לגייס לעצמו – חרף המחסור הכללי הקיים בכוח אדם רפואי במדינת ישראל וחרף היותו בית חולים חדש – צוות רפואי חדש ואיכותי, בדיסציפלינות הרפואיות השונות הנדרשות, וברמת המומחיות הנדרשת (כולל ראשי מחלקות). יש בדבר כדי להקנות לבית החולים המוקם יתרון יחסי מסוים, המאפשר לו למשוך אל "הלא נודע" ולאיזור הפריפריה, רופאים בעלי מוניטין, אשר בעזרתם יתאפשר לו להעניק שירותים רפואיים מיטביים ולבנות את שמו כבית חולים איכותי, המושך קהל מטופלים, ובכך גם מבטיח כי תפעולו השוטף, אכן יהיה כלכלי.
25. ההתחייבות לאפשר מתן שירותי מב"ר על ידי בית החולים (בהיקף מוגבל, הנתון למגבלות), היתה לפיכך קריטית עבור המשיבה, עת היא בנתה לעצמה את המודל העסקי להקמת בית החולים ותפעולו השוטף והגישה את הצעתה במכרז דנן.

² ר' למשל "משרד הבריאות מרתיע: מסתמן מחסור חמור ברופאים ובאחיות בישראל", הארץ (5.7.2010); <http://www.haaretz.co.il/news/health/1.1210450>

על מחסור הרופאים בדרום, ר', למשל, "מצוקת הרפואה בדרום: 30% פחות רופאים ואחיות" (ynet, 12.5.2011); <http://www.ynet.co.il/Ext/Comp/ArticleLayout/CdaArticlePrintPreview/1,2506,L-4067554,00.html>; וכן, "מצוקת כוח אדם רפואי בדרום" (doctors, 11.7.2010); <http://www.doctors.co.il/ar/10118>; מצוקת+כוח+אדם+רפואי+בדרום+. כן, ר' דו"ח הוועדה לתכנון כוח אדם רפואי וסיעודי בישראל, שפורסם על ידי משרד הבריאות ביוני, 2010.

26. יכולתה של המשיבה לעמוד באתגר שנטלה על עצמה, תלויה ביכולת המשיבה לגייס צוות רפואי איכותי ובעל מוניטין, תוך פרק הזמן שהוקצב, ולשם עמידה ביעד זה, ההבטחה כי יתאפשר להציע שירותי מב"ר, **הינה תנאי בסיסי ויסודי**. למותר להוסיף ולציין, כי אלמלא היה תנאי זה נכלל במכרז, **לא היתה המשיבה נכנסת אליו**, ולא כל שכן שהיא לא היתה מתחייבת לעמוד במשימה בתנאים שנקבעו.

27. ודוק: נשוב ונפנה את שימת הלב לכך, כי גם משעה שניתנה התחייבות המדינה כי בבית החולים שיוקם ניתן יהיה לקיים שירותי מב"ר (וזאת בהיקף מוגבל, מצומצם ומפוקח – הכל כקבוע במסמכי המכרז), והגם שהמדינה מעבירה מענק לשם סיוע בהקמת מבנה בית החולים (ועל כך גם בהמשך), עדיין **לא היה בכל אלו, כדי להמריץ ולו גורם אחד נוסף**, זולתי המשיבה, ליטול על עצמו את המשימה שבהקמת בית החולים באשדוד.

28. למותר לציין, כי בנסיבות אלו, היעדרות לעתירה, ולפיה **יישלף** בשלב מאוחר זה מתוך המכרז התנאי שנכלל בו, המאפשר לזוכה ליתן שירותי מב"ר בבית החולים שיוקם, עלולה להביא לסיכולו של הפרוייקט. לבטח שיהיה בדבר כדי למנוע את המשך ביצוע הפרוייקט בתצורתו הנוכחית, על ההתחייבות כי ניתן יהיה לגייס לתוכו **צוות רפואי מלא**, הכולל **רופאים מומחים**, והפעלת בית החולים על חדר המיון וכלל מחלקותיו, בתוך **פרק זמן של 60 חדשים**, ולאחר מכן התחייבות **לתפעל את בית החולים באופן שוטף, בלא סיוע חיצוני כלשהו**, ורק מתוך המוניטין והאיכויות הרפואיות המקצועיות שיהיו בו.

2.2. ההיסטוריה שקדמה להליכי המכרז נשוא העתירה

29. על הקשיים המקצועיים, הסיכונים הכלכליים, והאתגרים הכרוכים בהקמת בית החולים באשדוד, ניתן ללמוד באופן הטוב ביותר, מתוך ההיסטוריה ארוכת השנים והכושלת, למרבה הצער, שקדמה למכרז ולחתימת ההסכם עם המשיבה להקמת בית החולים.

30. על נחיצות קיומו של בית חולים בעיר אשדוד, אין איש חולק, **ואף לא העותרים**. המדובר בעיר **החמישית** בגודלה בישראל, שאוכלוסייתה מונה כרבע מיליון תושבים, ואשר הינה עיר תעשייתית, הכוללת גם נמל חשוב. למרבה הצער, כיום מצויה גם העיר קרוב לקו העימות בעזה, דבר המעצים את חשיבות קיומם של שירותי בריאות זמינים. חרף כל זאת, במהלך 55 השנים שחלפו מאז הקמת העיר ועד היום, אין היא כוללת בית חולים.

31. בהעדר בית חולים, נאלצים תושבי אשדוד, במקרה של צורך בטיפול רפואי, להרחיק לבתי חולים הפזורים בערים אחרות, ובכלל זה למרכז הרפואי ברזילי באשקלון ולמרכז הרפואי קפלן ברחובות, על מנת לקבל שירותים רפואיים. היו שהעידו כי מצב בלתי אפשרי זה יוצר מצוקה **קיומית** של ממש לתושבים הזקוקים לסיוע רפואי דחוף, מציל חיים, ואשר נאלצים "לבזבז" זמן קריטי – אשר עלול להכריע גורלם – בנסיעות לבתי חולים אחרים המצויים מחוץ לעיר על מנת לקבלו. יש הטוענים, כי ארעו אף מקרי מוות, שיכולים היו להימנע, אילו היה קיים כבר בית החולים בעיר. ר' לכך דוגמאות שהובאו בישיבת ועדת העבודה הרווחה והבריאות של הכנסת ה-15 מיום 18 בדצמבר, 2001.

העתק העמודים הרלבנטיים מתוך פרוטוקול הדיונים מצ"ב **נספח "1"**.

32. הקשיים האמורים מתווספים לעובדה כי בתי החולים שבערים השכנות, ובמיוחד בתי החולים ברזילי וקפלן, מצויים כבר בעומס יוצא דופן, אשר אינו מאפשר ולמצער מקשה על קליטת תושבי העיר אשדוד הזקוקים לטיפול רפואי. ר' דברי ח"כ ד"ר יחיאל לסרי (ראש עיריית אשדוד דהיום) בישיבת הכנסת מיום 18 בדצמבר, 2001 (נספח "2" לעיל).

33. לכל זאת יווסף, כי המציאות היומיומית כיום מוכיחה עוד יותר את נחיצותו של בית חולים באשדוד ואף ביתר שאת, שעה שהעיר מותקפת לא אחת במתקפות טילים וגראדים, המטילות אימה ולעיתים, למרבה הצער, מחייבים מתן טיפול רפואי דחוף לנפגעים. על כך יעידו דבריו של סגן שר הבריאות, הרב יעקב ליצמן, בועדת הכספים מיום 16 בפברואר, 2010:

"נושא של בית החולים באשדוד עולה בוועדת הכספים לפחות כבר שמונה שנים ואולי אפילו יותר, משנת 2001. אשדוד צריכה בית חולים. אין ספק שאשדוד צריכה בית חולים. מי כמוני יודע שדחפתי אותו עת הייתי יושב ראש ועדת הכספים וחברת הכנסת סופה לנדבר הביאה את הצעת החוק. כאמור, ללא ספק אשדוד צריכה בית חולים. אם היה איזה ספק שהוא, במלחמה האחרונה ראינו כמה צריך בית חולים כי גם באשדוד נפלו הקסאמים..."

העתק העמודים הרלוונטיים מתוך פרוטוקול ישיבת ועדת הכספים מיום 16 בפברואר, 2010 מצ"ב **כנספח "2"**.

34. חרף הנחיצות עליה אין עוררין בהקמת בית חולים באשדוד, ההיסטוריה מורה, כי הליך אחר הליך שנעשה בניסיון לקדם הקמתו – **כשל**. כל זאת, כשהסיבות לכך הינן כמעט אך ורק, כלכליות: לא היה כל גוף שהיה נכון ליטול על עצמו את סיכוני הענק הכרוכים בפרוייקט מהסוג האמור.

35. כך, עוד במהלך שנות ה-60 של המאה הקודמת, כשל ניסיון להקמת בית חולים באמצעות קופת חולים כללית, והפרוייקט ננטש ולא הושלם. בהמשך, וכפי שמציינים העותרים עצמם בסעיף 14 לעתירה, מכרזים שפורסמו על ידי החשב הכללי בשנים 1998 ו-2000 להקמת בית החולים כשלו בשל העדר יעילות כלכלית, ובשנת 2000 גם משלא נמצא יזם אשר היה מוכן להרים הכפפה ולהקים את בית החולים בתנאים שהוצבו. היטיב לתאר זאת ראש עיריית אשדוד לשעבר, צבי צילקר, בועדת הכספים מיום 17 ביולי, 2006:

"ב- 13.9.2000 פורסם המכרז השני על ידי החשב הכללי, במסגרת ועדת מכרזים מיוחדת בשיתוף משרד הבריאות, מינהל מקרקעי ישראל ואגף התקציבים.... המכרזים הוכנו כך שמראש אני, הלא מומחה לבתי חולים, אמרתי להם שאף אחד לא ייגש ואף אחד לא ילך להקמת בי"ח. נכנסו בו כל הסעיפים שאומרים ליזם: אדוני, אל תגיש את זה, חבל על הזמן שלך..."

העתק העמודים הרלוונטיים מתוך פרוטוקול ישיבת ועדת הכספים מיום 17 ביולי, 2006 מצ"ב **כנספח "3"**.

36. על מנת לדרבן סוף סוף את הקמת בית החולים, התקבל ביום 23 בינואר, 2002 חוק הקמת בית חולים באשדוד (הקמה והפעלה), התשס"ב-2002 (להלן: **"חוק הקמת בית החולים"**). סעיף 3(א) לחוק הקמת בית החולים קובע כי:

"בתוך שלושה חודשים מיום תחילתו של חוק זה, 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)."

עוד נקבע, בסעיף 6(א) לחוק הקמת בית החולים, כי במידה שבית החולים יוקם על ידי יזם, הרי שהנטל בתפעול בית החולים יוטל – באופן בלעדי – על היזם:

"בית החולים באשדוד יוחזק ויופעל על ידי היזם או על ידי המדינה, לפי העניין."

37. אלא שחקיקת החוק המיוחד, לא הביאה להקמה מיידית של בית חולים. מספר עתירות הוגשו בעקבות זאת, על ידי עיריית אשדוד, שמטרתן היתה להאיץ ולחייב את הקמת בית החולים. בעקבות כל זאת, החלה הממשלה באמצעות ועדה בינמשרדית שהוקמה לצורך העניין, בקידום הליך של מכרז נוסף להקמת בית החולים (להלן: "הועדה הבינמשרדית" או "ועדת המכרזים").
38. הועדה הבינמשרדית שהוקמה, בה היה ועודנו משרד הבריאות, שותף פעיל, ביצעה הליך מקיף של בדיקות ובחינות, וזאת במסגרת הליך "בקשה לקבלת מידע (RFI) בנושא הקמת בית חולים באשדוד", אשר פורסם ביום 21 באוקטובר, 2007, ואשר מטרתו היתה לאפשר גיבוש חבילה מכרזית שתהא אטרקטיבית דיה למשוך מציעים למכרז שיפורסם. רק בעקבות כל אלו, פורסם לבסוף, לאחר עשרות שנות דשדוש וכשלונות קודמים, המכרז נשוא עתירה זו, הכולל בין מאפייניו השונים, את האפשרות להציע שירותי מב"ר (בהיקף מוגבל ומפוקח).

3.7 פרסום המכרז נשוא העתירה

39. ההליך המכרזי אשר פורסם על ידי ועדת המכרזים, כלל שני שלבים: שלב מיון מוקדם, ושלב הזמנה להציע הצעות. השלב הראשון, יצא לדרכו באוגוסט 2008, ובמסגרתו פורסמה "הזמנה להשתתף בהליך מיון מוקדם" ביחס לפרוייקט הקמת בית החולים באשדוד (להלן: "ההזמנה" או "המיון המוקדם"). ההזמנה פורסמה באתר האינטרנט של החשב הכללי, ופרטיה היו לפיכך ידועים היטב לכל מתעניין.
40. כבר במסגרת מסמכי ההזמנה, צויין במסגרת סעיף 2.7.2 להזמנה, כי כחלק בלתי נפרד מהפעילות השוטפת:

"בית החולים יהא רשאי לספק שירותי רפואה פרטיים בהיקף של עד 25% מהיקף הפעילות, והכל בתנאים ובהתאם לכללים שיוגדרו במסמכי המכרז, בשלב השני".

על חשיבותו ויסודיותו של תנאי זה, עמדנו לעיל. העתק מסמכי ההזמנה, ללא נספחיהם, מצ"ב כנספח "4".

41. הליכי המיון המוקדם, היו הליכים מורכבים, אשר דרשו ביצוע עבודה מקיפה מצד המתמודדים, עתירת עלויות והשקעת זמן ומאמצים. במסגרת הליכים אלו, נדרש, בין היתר, ללמוד את הפרוייקט בו מדובר, להציג יכולת פיננסית לבצעו, להציג יכולת מקצועית להקים את מבנה בית החולים באמצעות קבלן מתאים, להציג יכולת מקצועית בהקמה ותפעול של בית חולים, ועוד. המדובר בעבודה רחבת היקף שנדרשה, תוך כניסה לעלויות כספיות מרובות.
42. נוכח מורכבות ההליך בו היה מדובר, שלושה מציעים בלבד ניגשו למכרז ועברו את שלב המיון המוקדם: המשיבה, המשתייכת לקבוצת "אסותא" בבעלות קופת חולים מכבי שירותי בריאות; חברת אפריקה ישראל בשיתוף עמותת רפואה וישועה, דניה סיבוס וחברת מיזמים; ושירותי בריאות כללית, בשיתוף מכון מור וחברת אורתם סהר.
43. בשלב השני, באוגוסט 2009 פורסמה הזמנה להציע הצעות להקמת בית החולים באשדוד, וזאת למציעים אשר עברו את הליך המיון המוקדם. להזמנה צורף כנספח ההסכם שצפוי היה להיחתם עם הזוכה (להלן בהתאמה: "המכרז"; "ההסכם"). אף מסמכים אלו פורסמו באתר האינטרנט של החשב הכללי, והיו זמינים וידועים היטב לכל מתעניין.

העתק המכרז, ללא נספחיו, מצ"ב כנספח "5". העתק ההסכם, ללא נספחיו, מצ"ב כנספח "6".

44. בהמשך לאמור במסמכי המיון המוקדם, גם במסגרת מסמכי המכרז, נקבע מפורשות קיום יכולת הפעלת המב"ר במסגרת בית החולים שיוקם. כך, במסגרת סעיף 46.1 להסכם, נקבע כי:

"היזם יהיה רשאי לגבות תשלומים בגין השירותים הרפואיים שהוא מספק בהתאם ובכפוף לכל דין... וכן לגבות תשלומים בגין שירותי רפואה במסלול בחירת רופא, הכול בהתאם ובכפוף לנוהלי משרד הבריאות ולהוראות הסכם זה, לרבות דרישות המינימום...".

45. כפי שצויין כבר לעיל, ההתחייבות כי ניתן יהיה להפעיל שירותי מב"ר בבית החולים שיוקם, היוותה – מהסיבות שפורטו לעיל – תנאי יסודי במכרז עבור המשיבה לצורך עמידה בהתחייבויותיה לאיוש הצוותים בבית החולים. יוער עם זאת, כי כפי שיפורט גם להלן, הגם שמסמכי המכרז מאפשרים קיום מב"ר, הם עושים כן באופן מוגבל ומבוקר, המיועד להבטיח כי הפעלת המב"ר, בין היתר, לא תפתח פתח למתן קדימות בתורים, לא תאפשר הפרדה בין סוגי חולים, ולא תמנע מכל חולה להיות מנותח על ידי מנתח בעל מיומנות מתאימה, בהתאם לחומרת מחלתו.

46. בדומה למסמכי המיון המוקדם, אף מסמכי המכרז, דרשו ביצוע עבודה רחבת היקף מצד המציעים הפוטנציאלים. בתוך כך, נדרש לפרט בפרוטרוט את מתווה הקמת בית החולים, אופן תפעולו הצפוי, דרך הפעלתו בחירום, המבנה המקצועי של בית החולים שיוקם, הציוד והמכשור הרפואי בבית החולים, המבנה העסקי, תכנית עסקית, אופן המימון של הפרוייקט, תכנית בניה, ועוד ועוד. ההוצאה שהוצאה על ידי המשיבה על מנת להעמיד הצעה בהתאם למסמכי המכרז, מסתכמת בלמעלה משני מיליון ש"ח.

47. סמוך למועד פרסום ההזמנה להציע הצעות, פרשו מהמכרז מכון מור שבבעלות קופת חולים כללית (ביום 14 באוקטובר, 2009) וקבוצת רפואה וישועה (ביום 22 באפריל, 2010). מהעיתונות עולה כי הסיבות לפרישתם של שני מציעים אלו היו נעוצות, בעיקרן, בתנאים המורכבים של המכרז: כך, קופת חולים כללית הודיעה כי "בעקבות בחינת מכלול השיקולים של תנאי המכרז החליט מכון מור שבבעלות הכללית שלא להשתתף במכרז"³. באופן דומה, רפואה וישועה הסבירה, כי פרישתה, נובעת בין היתר מהעובדה שבניסוח המכרז הגדירה המדינה מגבלות שיוצרות סיכון רב על הניהול הכלכלי הראוי של בית חולים המנוהל ע"י יזם פרטי⁴.

48. לשלמות התמונה יבואר, כי בהזמנה המקורית להציע הצעות, התחייבה המדינה למתן מענק לבניית מבנה בית החולים בשיעור 130 מיליון ש"ח. עם זאת, במסגרת סמכותה של ועדת המכרזים (בין היתר) מכוח סעיף 9.2.1 למכרז לשנות מתנאי המכרז, החליטה הועדה בהמשך להגדיל את גובה המענק, תחילה ביום 10 בינואר, 2010 ל-325 מיליון ש"ח, ולאחר מכן ביום 18 באוגוסט, 2010 ל-487.5 מיליון ש"ח. הודעה על הגדלת שיעור המענק, נשלחה על ידי ועדת המכרזים לכל המשתתפים במכרז (דהיינו: גם לקבוצת קופת חולים כללית ולרפואה וישועה, בהתאם לקבוע בסעיפים 9.1.2 ו-9.2.2 למכרז).

העתק מכתבי ההבהרות במועדים האמורים, שנשלחו לכלל המציעים, ובהם התיקון של היקף המענק, מצ"ב כנספח "9".

49. הנה כי כן, יתר המציעים במכרז ידעו גם ידעו על הגדלת מענק ההקמה, וניתנה להם אפשרות שוויונית לחזור ולהשתתף במכרז. טענת העותרים, אשר נועדה להכתים או לפגום בתוקף הגדלת

³ "כללית פרשה מהמכרז על בית החולים באשדוד; נותרו בתחרות – מכבי מול אפריקה ישראל", The Marker (14.10.2009) מצ"ב כנספח "7".

⁴ "רפואה וישועה פרשה מהמכרז להקמת בית חולים באשדוד", אשדודנט (22.04.2010), מצ"ב כנספח "8".

המענק, ולפיה מענק ההקמה הוגדל לאחר פרישת המציעים האחרים, וכביכול "לאחר שאסותא נותרה המתמודדת היחידה במכרז" (ס' 29 לעתירה), אינה אפוא אמת. עם זאת, העובדה שאף משהוגדל סכום המענק, אף אחד מהמתמודדים האחרים לא בחר לשוב למכרז ולהציע הצעה במסגרתו, מלמדת היטב על כך כי במענק ההקמה אין כדי לנטרל את הנטל הכלכלי והסיכון העצום המוטלים על יזם פרטי המקים בית חולים ציבורי ואמור להפעילו על חשבונו.

50. לרקע האמור, נותרה המשיבה היחידה שהיתה נכונה להמשיך ולהתמודד עם אתגרי המכרז. היא הגישה את הצעתה למכרז ביום 15 בדצמבר, 2010. בסופו של דבר, ולאחר הליך בחינה מקיף ומורכב מצד המדינה של פרטי ההצעה שהוגשה, הודיעה המדינה ביום 10 באפריל, 2011 על זכייתה של המשיבה במכרז.

העתק מכתב הודעת הזכייה במכרז מיום 10 באפריל, 2011 מצ"ב נספח "10".

51. בהתאם, ביום 29 במאי, 2011 נערך מעמד חגיגי של חתימה על ההסכם, וזאת בנוכחות שר האוצר, סגן שר האוצר, החשב הכללי והפקידים הנוגעים בדבר.

4.2 היקף פרויקט בית החולים

52. כמפורט כבר לעיל, במסגרת המכרז נטלה על עצמה המשיבה להקים בית חולים מ"אפס", וזאת החל מהקמת מבנה בית החולים עצמו, בהיקף עצום של עשרות אלפי מ"ר, דרך גיוס כוח אדם ואבזור בית החולים בכל הדרוש לתפעולו התקין, ועד ניהולו השוטף, על כל הנובע ומשתמע מכך, והכל בתוך פרק זמן של 5 שנים מהמועד הקובע.

53. כך, בין היתר, באשר להתחייבויות היזם ביחס להקמת בית החולים נקבע במכרז ובהסכם (נספחים "5" ו-"6" לעיל), כדלקמן:

53.1 סעיף 12.1 להסכם קובע כי על בית החולים שיוקם לכלול לכל הפחות 300 מיטות: "היזם מתחייב לתכנן על חשבונו את בית החולים בהיקף של שלוש מאות (300) מיטות, על כל אגפיו, מחלקותיו, יתר חלקיו, מערכותיו, וכד', עד להשלמת כל שלבי התכנון בהתאם לנהלי משרד הבריאות, להצעה, לדרישות המכרז, להוראות הסכם זה ולדין".

53.2 סעיף 14.2 להסכם קובע כי על המשיבה להתחייב לצייד את בית החולים באופן מלא:

"הקמת בית החולים תכלול גם התקנה של כל הציוד, המכשירים, האביזרים, הריהוט וכל יתר המחברים והמיטלטלין, הדרושים לשם הפעלתו התקינה של בית החולים ומתן שירות נאות, בהתאם לנהלי משרד הבריאות, להצעת היזם במכרז, להוראות ההסכם, המכרז ולדרישות כל דין."

53.3 סעיף 6.2.2 להסכם קובע כי הקמת בית החולים בהיקף האמור תבוצע בתוך "תקופה של 60 חודשים מהמועד הקובע", שהנו 12 חודשים ממועד חתימת ההסכם (ר' העתק נספח "א" למכרז, אשר מצ"ב נספח "11").

54. לצד האמור, קובע ההסכם שנחתם גם מחויבויות מפורטות בכל הקשור לקיום מצבת כוח אדם בהיקף מספק, גיוס רופאים ומומחים למחלקות השונות, ניהול שוטף וכיוצ"ב.

55. כד, למשל :

55.1 סעיף 6.3.2 למכרז קובע, כי :

"...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..."

55.2 סעיף 6.4.6 למכרז קובע, כי על היזם לדאוג כי תקני כוח האדם בבית החולים יעמדו בסטנדרטים שייקבעו על ידי משרד הבריאות לעניין שירותי רפואה שבית חולים בישראל חייב לעמוד בהם :

"...תקני כוח אדם בבית החולים ייקבעו באופן שבית החולים יעמוד בסטנדרטים שיקבע משרד הבריאות לעניין שירותי הרפואה שבית חולים בישראל חייב לעמוד בהם, בהתאם להנחיות משרד הבריאות..."

55.3 בהקשר זה, במסגרת סעיף 1 לפרק 3 בנספח ההפעלה (תיקיה מס' 2), אליו מפנה סעיף 12.2.2 למכרז, נכללו שורה של חיובים המוטלים על המציע בכל הקשור לגיוס כוח אדם, נשיאה בשכרו, ובכל העלויות הנלוות לכך. כך, לדוגמא, קובע סעיף 1.5, כי: **"...היזם יעמיד כוח אדם בהיקף הדרוש לביצוע המטלות בבית החולים באופן מלא, בכל עת, במשך עשרים וארבע שעות ביממה ובמשך כל ימות השנה, בהתאם לנדרש מאופי התפקיד וצרכיו..."**

העתק העמוד הרלוונטי מנספח ההפעלה מצ"ב **כנספח "12"**.

55.4 במסגרת סעיף 40.2 להסכם, נקבע, כי עובדי בית החולים הנם עובדי היזם ולא יתקיים בינם לבין הממשלה יחסי עובד מעביד בקשר לעבודתם בבית החולים. לצד זאת בסעיף 6.4.7 להזמנה, הוגבל היזם ברמת השכר הניתנת לעובדים: **"רמת השכר בפעילות הציבורית (למעט פעילות המב"ר) של עובדי בית החולים תהיה כמקובל בהסכמי השכר הקיבוציים הארציים, לפי הדירוגים השונים במגזר הציבורי"** (ר' גם סעיף 1.3 לפרק 3 בנספח ההפעלה).

5.ב אין במענק ההקמה כדי לממן את פרויקט בית החולים, ומירב הנטל נותר על גבי היזם

56. העותרים מבקשים לגמד מהיקפו ומורכבותו של הפרוייקט, תוך הצבעה על העובדה כי הקמתו מבוצעת בסיוע מענק בהיקף 487.5 מליון ש"ח. כלאחר יד, הם מפטירים כי לאור מענק זה, **"עלויות העיקריות של בית החולים ממומנות על ידי המדינה"** (ס' 89 לעתירה) וכי **"... בית החולים יוקם, למעשה, בכספי המדינה"** (ס' 149 לעתירה).

57. לרקע האמור והמוסבר לעיל, מובן כי טעוני העותרים הינם מופרכים ואף מקוממים. וכי אילו בפשטות כה רבה, המדובר באמת היה בבית חולים "המוקם בכספי המדינה", כלום היתה המשיבה היחידה "הקופצת" על ביצועו? והרי כמוסבר לעיל, בניגוד לטיעונם המטעה של העותרים, הקבוצות האחרות, הגם שידעו על היקף המענק, לא טרחו אפילו להגיש הצעה במסגרת המכרז

לאחר שעברו את שלב המיון המוקדם. די בכך כדי להבהיר עד כמה מנותקים דבריהם הפשטניים של העותרים מן המציאות, ומגלים בורות ואי הבנה במאטריה בה מדובר.

58. מעל הצורך, נפרט להלן דבר טיבו של המענק שניתן. כפי שניתן יהיה לראות, הגם שאין לזלזל במענק זה, העובדה שהוא ניתן **אין פירושה** כי עלויות הפרויקט מושתות על המדינה בלבד. להיפך, יש במענק זה דווקא להבהיר את סיכוני הפרויקט ועלויותיו האדירות, כך שבלא מענק זה, לא היה סיכוי כי גוף כלשהו יסכים ליטול עליו סיכונים אלו. בין היתר יוסבר לעניין זה, כי:

58.1. **ראשית**, היקף המענק הוגדר כעומד על סך 75% מעלויות הקמת בית חולים, וזאת כפי שאלו היו צפויות בעת עריכת המכרז (דהיינו: מתוך סך כ-650 מיליון ש"ח). עם זאת, כעולה מהאמור בסעיף 7 למכרז, מענק ההקמה הנקוב הוא "**קבוע ולא יושפע בכל דרך שהיא מעלות ההקמה של המציעים**". משמע: ככל שעלות ההקמה תחרוג מסך 650 מיליון ש"ח, כל עלות נוספת, תחול על המשיבה. ודוק: כבר כיום ברור, כי עלות ההקמה תעמוד על סכום כ-700 מיליון ש"ח לפחות. משמע: על היזם לגייס לטובת הקמת בית החולים מעל **200 מיליון ש"ח** נוספים "מבית".

58.2. **שנית**, כעולה מסעיף 44.1.2 להסכם, מענק ההקמה לבניית הפרויקט משולם במספר תשלומים, וזאת רק **לאחר** עמידה מלאה באבני דרך לבניית בית החולים. בהתאם לאבני דרך אלו, המפורטים בסעיף 44.1.3 להסכם, חלקו הארי של המענק, בהיקף של 70%, ינתן אך ורק עם **סיום הפרויקט**.

על מנת לסבר את האוזן, מופנה בית המשפט הנכבד לסעיף 37 להסכם, המונה את התנאים לקבלת אישור הפעלה, ולפיהם יש לסיים את הקמת מבנה בית החולים, בכפוף לאישור מנהלת הפרויקט (לרבות תיקון ליקויים, ככל שיימצאו) (סעיף 37.1); להשלים בדיקת הרצה שהיקפה יהיה לפי נהלי משרד הבריאות (סעיף 37.2); על המנהלת להשתכנע כי "**היזם השלים את כל התנאים לקבלת רישיון ממשרד הבריאות להפעלת בית החולים, לרבות הצטיידות, דרישות תפעוליות, כוח אדם וכיו"ב**" (סעיף 37.3); וכן תנאים נוספים.

הנה כי כן, ארוכה מאוד הדרך עד קבלת חלקו המשמעותי של המענק, וזאת עם **סיומו הסופי והמוחלט** של שלב ההקמה. כל אותו הזמן, על היזם לגייס **בעצמו** את הכספים להקמת בית החולים וזאת, בין היתר, באמצעות נטילת הלוואות ומתן בטוחות. היזם הוא גם שנושא לפיכך בסיכון המלא שמא בסופו של יום פרויקט הקמת בית החולים לא יצלח, יתעכב, יגלוש לעלויות נוספות וכד' שאז הוא לא יקבל את כספי המענק, או קבלתם בידיו תידחה. לא בכדי, בראשית סעיף 7 למכרז, נקבע כי "**היזם יהיה אחראי לגייס את המימון הנדרש לביצוע התחייבויותיו על פי הסכם הפרוייקט**", ואף להציג פירוט מקורות המבסס יכולתו לבצע המוטל עליו במסגרת המכרז.

58.3. **שלישית**, מענק הקמת בית החולים הקבוע בסעיף 7 למכרז ובסעיף 42 להסכם, כשמו כן הוא – מענק לטובת **הקמת** בית החולים. לעומת זאת, **מלוא עלויות ניהול בית החולים, ובכלל זה עלויות התפעול השוטף, גיוס כוח אדם, תשלום משכורות, תשלום ביטוחים שונים כנדרש וכיו"ב עלויות שוטפות, מוטלות כולן על היזם, ובהיקף של מאות מיליוני ש"ח** (ר' סעיף 39 להסכם).

כך, על מנת להמחיש את הכרוך בהפעלת בית החולים, נציין כי מצבת כוח האדם הצפויה בבית החולים, בהיקף של כ-1,000 עובדים, מפורטת עד אחרון העובדים; צוות הרופאים והמומחים השונים; צוות האחיות; הצוות המנהלי וכיוצ"ב.

עלויות התפעול השוטף מסתכמות במאות מיליוני ש"ח בשנה, וכולן מוטלות כאמור על היזם.

59. בשים לב לאמור לעיל, ברי כי אין במענק ההקמה (כמו גם בהטבות כאלו או אחרות הניתנות ברמת התשלומים המוניציפאליים לבית החולים), כדי לממן את פרויקט בית החולים, כנטען באופן מופרך על ידי העותרים. הראיה לכך הינה כי **המשיבה היא כאמור היחידה שהסכימה לשאת בעול ההקמה, בעוד שאף מציע אחר לא היה מוכן להרים הכפפה אף בידיעה כי ניתן מענק הקמה כאמור לעיל.**

6.2 חשיבות מסלול המב"ר במסגרת הפעלת בית החולים

60. ההשתלשלות המפורטת לעיל, על הקשיים בהוצאת המכרז מהכח אל הפועל, ופרישת יתר המתמודדים ממנו, מתחדדת היטב את חשיבות תנאיו המיוחדים, ובהם היכולת (המוגבלת), להפעיל מב"ר, אשר נועדו להבטיח כי הגוף הנוטל על עצמו את אתגרי המכרז, יוכל לעמוד בהם.

61. על רקע האמור, יכולת הפעלת המב"ר, מהווה **תנאי יסודי** בהתחייבות המשיבה להקמת בית החולים בתנאים שנקבעו. יכולת זו, שוקללה בתכנית העסקית, ובהתחייבות להפעיל בית חולים מלא תוך פרק הזמן שנקבע, לגייס הצוות הנדרש לו ולכלכל אותו מתוך עצמו לאחר מכן. נטילתה כעת, עלולה לסכל את יכולת הקמת והפעלת בית חולים בהתאם להתחייבויות שניתנו.

62. דודק: לרקע החשיבות של תנאי המב"ר במסגרת ההתחייבויות שנטלה על עצמה המשיבה, הופנתה על ידה במסגרת הליכי המכרז אף שאלת הבהרה **מפורשת** לועדת המכרזים, במסגרתה ביקשה לקבל אישור "כי לא קיימת מניעה על פי דין להתחיל ליתן שירותי מב"ר עם הפעלת בית החולים וזאת לנוכח אי הבהירות שקיימת בסוגיה זו, בין היתר, עקב עמדת היועץ המשפטי לממשלה בעבר וכן מספר ועדות ציבוריות שעסקו בנושא זה".

במענה לשאלה זו, במסגרת מכתב הבהרה מס' 4, מיום 13 בדצמבר, 2009, הודיעה ועדת המכרזים **מפורשות, כי:**

"החלטת היועץ המשפטי לממשלה עסקה בהפעלת שירותי רפואה פרטיים בבתי החולים הממשלתיים וכיום אין מניעה להפעיל מב"ר בבתי החולים הציבוריים ועל כן אין מניעה להפעיל מב"ר בבית החולים באשדוד. ככל שייקבעו הוראות ותנאים שונים בנוגע להסדרי המב"ר ובחירת רופא בבתי החולים הציבוריים הם יחולו גם על בית החולים באשדוד.."

העתק העמוד הרלוונטי מתוך מכתב הבהרה מס' 4 מיום 13 בדצמבר, 2009 מצ"ב **כנספח "13"**.

63. דברים אלו עלו בקנה אחד עם הבהרות נוספות שניתנו בדיונים ופגישות שהתקיימו, בהן הוסבר כי לבית החולים שיוקם, יתאפשר להפעיל שירותי מב"ר, באופן דומה ל"מודל הדסה", וכפי שמתאפשר לבתי חולים אחרים, שאינם ממשלתיים, דוגמת בתי החולים הדסה או שערי צדק בירושלים. ר' לכך, למשל, דברי סמנכ"ל משרד הבריאות (דאז) מר יהודה רון, מיום 11 בפברואר, 2008 שנאמרו בוועדה לפניית הציבור של הכנסת, אשר הסביר כי:

"... אנחנו רוצים לפתוח בית חולים ציבורי שפתוח לכל. אין לנו התנגדות, ואמרנו את זה שבמסגרת בית החולים הציבורי, יופעל מודל של שר"פ כמו בהדסה. אבל אז המיטות הן כולן מיטות ציבוריות..."

העתק העמודים הרלוונטיים בפרוטוקול ישיבת הוועדה לפניית הציבור מיום 11 בפברואר, 2008 מצ"ב **כנספח "14"**.

באופן דומה, ר' גם הסברים שניתנו מפי מר משה בר סימן טוב, סגן הממונה על התקציבים במשרד האוצר, במסגרת דיון בוועדת הכספים בישיבתה מיום 16 בפברואר, 2010 (נספח "3" לעיל):

**"... היו"ר משה גפני: יש העדפה, כפי שאמר סגן השר, שאתם רוצים שבית החולים יופעל באופן פרטי?
משה בר סימן טוב: לא. ממש לא. בית החולים הוא ציבורי.
סגן השר יעקב ליצמן: לא, במכרז כתוב חצי-חצי.
משה בר סימן טוב: לא. הוא מדבר על כך שיהיה שר"פ במודל הדסה ..."**

64. בצד כל זאת, ועל מנת להבטיח כי מסלול המב"ר לא יפגום באיכות ושוויוניות הטיפול בחולים המקבלים שירות רפואי שלא באמצעות המב"ר, פורטו בפרק 12 לנספח ההפעלה של המכרז תנאי הפעלת המב"ר (להלן גם: "נוהל מב"ר"), ובכלל זה הוטלו על פעילות המב"ר בבית החולים מגבלות ופיקוח. במסגרת זו נקבע כי פעילות המב"ר לא תעלה על 25% מהיקף פעילות בית החולים הן ברמת פעילות בית החולים בכלל, הן ברמת פעילות כל מחלקה והן ברמת פעילות הרופא המטפל (ר' סעיפים 1.5.1-1.5.3). באופן דומה, נקבע במסגרת סעיפים נוספים בנספח ההפעלה כדלקמן:

64.1. סעיף 1.5.7 קובע כי: **"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."**

64.2. סעיף 1.6 קובע כי: **"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."**

64.3. סעיף 1.7 קובע כי: **"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 לייעד 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."**

64.4. וכך, נקבע, למשל, גם בסעיף 1.8: **"בית החולים יוודא 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."**

העתק נוהל המב"ר מצ"ב **נספח "15"**.

65. מגבלות אלו ואחרות, כפי שפורטו בנוהל המב"ר, מבטיחות כי פעילות המב"ר בבית החולים, בהתאם למודל "הדסה", לא תפגע באיכות הטיפול שיינתן למטופלים שלא באמצעות המב"ר. ודוק, על מנת להבטיח בקרה ופיקוח של משרד הבריאות, הרי שבהתאם לסעיף 1.14, על בית החולים להכין "דו"ח תקופתי מפורט, מדי שלושה חודשים קלנדריים, ודו"ח שנתי (קלנדרי) על כל פעילות מב"ר שבוצעה במסגרתו. הדו"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".

66. טיעון העותרים, לפיו שירותי המב"ר אשר יופעלו על ידי המשיבה אינם עומדים במגבלות שנקבעו כאמור, הינו חסר כל בסיס ובגדר ספקולציה גרידא. וכי כיצד "יודעים" העותרים, כבר כיום, כי המשיבה תפר את תנאי המכרז ולא תקיים את המגבלות שקיבלה על עצמה בכל הנוגע לאופן הפעלת המב"ר? ובאיזו זכות דורשים לפיכך העותרים את שינויים של תנאי המכרז, על ידי הוצאת שירותי המב"ר מתוך פעילות בית החולים? וכל זאת, אף בשיהוי כה ניכר, וללא שהם מסתמכים על כל צל של חיזוק לכך כי המשיבה לא תעמוד במגבלות שנקבעו.

7.2 זכייתה של אסותא במכרז וחתימת ההסכם להקמת בית החולים

67. כאמור לעיל, ביום 10 באפריל, 2011 הודע למשיבה על זכייתה במכרז, ובהתאם לכך ביום 29 במאי, 2011 נחתם ההסכם בינה לבין המדינה בנושא, המחייב את אסותא להתחיל לפעול בתוך פרק זמן מוגדר, לשם הקמת בית החולים.

68. בעקבות כך, החלה אסותא בביצוע שורת פעולות נרחבות כמתחייב מההסכם עליו היא חתמה, ובהן התקשרויות עם יועצים ומתכננים לשם הקמת בית החולים, תכנון אינטנסיבי של בית החולים, ניהול מו"מ לסגירת החוזה עם הקבלן שיבנה את בית החולים, קיום מו"מ אל מול בנקים אשר ילוו את הפרוייקט ועניקו לו את המימון בהיקף מאות מיליוני ש"ח הנדרש לו, ועוד. ההסכם אל מול הקבלן המבצע (חברת דניה סיבוס) וההסכם אל מול הבנק המלווה (בנק לאומי) כבר נחתמו.

69. למותר לציין, על בסיס האמור בהסכם, ובכלל זה הצפי לקיום שירותי מב"ר בבית החולים, הוצגה התוכנית העסקית לצורך ההתקשרות עם הבנק בהסכם המימון. על בסיס זאת, צפויה השלמתו ותחילת הפעלתו של הפרוייקט, על גיוס הצוות הרפואי האיכותי, בתוך פרק הזמן של 60 החודשים, דבר אשר יאפשר קבלת המענק הממשלתי המובטח.

70. בנוסף לאמור, אסותא תכננה והציגה לוח זמנים מפורט לתכנון בית החולים, הקמתו והפעלתו, וזאת בהתייחס לאבני הדרך שפורטו במסמכי המכרז; הציגה תוכנית בדבר דרכי הביצוע של אותן אבני דרך; המציאה ערבויות כנדרש; עמדה בתנאים לקבלת היתרי הבנייה הנדרשים, וכיוצ"ב. אין צורך להכביר במילים באשר להשקעה והמאמצים הכבירים שהושקעו על ידי אסותא על מנת לעמוד ביעדים אלה, בפרק הזמן הקבוע בהסכם, והכל להנחת דעתה ולשביעות רצונה של מנהלת הפרוייקט.

71. בשים לב לכך, עבודות ההקמה לבניית בית החולים כבר החלו, והן מצויות כיום בשלב הכשרת הקרקע והתשתיות, והתארגנות לצורך תחילת הבנייה, הכל כמתחייב מן ההכרח לעמוד במועדים השאפתניים שנקבעו לתחילת פעילות מלאה בשנת 2017.

72. כאמור, עד כה הוציאה והתחייבה אסותא להוציא בעקבות החתימה על ההסכם (לפני מעל לשנה) ולשם קידומו, וזאת בין היתר בהתקשרויות עם קבלנים וגורמי תכנון וביצוע, סכומים בהיקף העולה על 90 מיליון ש"ח. סכומים אלו מצטרפים לסך מעל שני מיליון ש"ח, שהוצאו לשם הכנת מסמכי ההצעה בשלבי המכרז השונים.

73. העותרים מצידם, ידעו היטב על תנאי המב"ר הקבוע במכרז, וזאת מזה תקופה ארוכה ביותר. כך בין היתר, וכמפורט לעיל, נושא קיום המב"ר בבית החולים שיוקם, היה נושא לדיון בועדות הכנסת השונות. מעבר לכך, העותרים ידעו גם על דבר החתימה של ההסכם, ועל התנאי הקבוע בו

המאפשר את מתן שירותי המב"ר. כך עולה, מניה וביה, מתוך העובדה כי העותרת 1 שלחה עוד ביום 5 באפריל, 2011, מכתב לראש הממשלה ושר הבריאות, סגן שר הבריאות ושר האוצר, ובו הביעה את מורת רוחה כנגד כך. על קיומו של מכתב זה ניתן ללמוד מתוך עיון באתר האינטרנט של העותרת 1, וזאת הגם שהעותרים, מסיבותיהם, בחרו שלא לצרף מכתב זה לעתירתם. העותרים בחרו לנהוג כך, חרף העובדה, שיש במכתב כדי להעיד על המועד המוקדם בו היו ידועות להם נסיבות עתירה זו. נזכיר בהקשר זה כללי ניקיון כפיים החלים בעתירות לבית המשפט הגבוה לצדק.

העתק מכתב העותרת 1 מיום 5 באפריל, 2011 מצ"ב כנספח "16".

74. בהמשך לדברים אלו, שלחה העותרת 1 ביום 25 באוגוסט, 2011 מכתב נוסף הממוען לראש הממשלה ושר הבריאות, סגן שר הבריאות והחשבת הכללית במשרד האוצר, בו העלתה היא טענות דומות כנגד הכללתו של המב"ר במסגרת המכרז שנוהל כאמור, ואשר בו זכתה אסותא (ר' נספח "ע/9" לעתירה). המשיבה השיבה למכתב זה של העותרים במכתב מיום 20 בספטמבר, 2011, במסגרתו נדחו הטענות שבו. העותרים בחרו להחיש שוב פרק זמן של מעל חצי שנה(!), עד שפנו בעתירה זו, במסגרתה היה להם עוד העוז לדרוש לא רק צו על תנאי, אלא גם צו ביניים, אשר בצדק נדחה על ידי בית המשפט הנכבד ביום 8 באפריל, 2012.

75. לשלמות התמונה נעיר, כי בעתירתם מצביעים העותרים על מכתב מנכ"ל משרד הבריאות, מיום 26 במאי, 2011, בו העלה טענות – לאחר שנמסרה לאסותא הודעת הזכייה – כנגד המכרז ותנאיו. למען הסר ספק יובהר, כי כלל הליכי המכרז בהם השתתפה אסותא, התבצעו אל מול ועדת המכרזים, בה חברים גורמים ממשרד הבריאות. ועדת המכרזים, היא שהיתה אמונה על ניסוח המכרז, עיצובו וניהולו. הליכי המכרז, בוצעו לפיכך באופן הדוק בשיתוף משרד הבריאות והגורמים המקצועיים שבו, ועל דעתם. משכך כל ניסיון לטעון, כאילו מדובר במכרז או בתנאים הכלולים בו שאינם על דעת משרד הבריאות, הינו חסר אחיזה במציאות.

76. דברים אלו נלמדים אף מתוך דבריו של סגן שר הבריאות בטקס חגיגי שנערך ביום 29 במאי, 2012, בו ציין כי הקמת בית החולים באשדוד מהווה "בשורה לאשדוד שמייחלת לבית חולים משלה ולאחר שנים בהן החוק להקמת בית החולים באשדוד לא נאכף", וכי "על אף העיכובים הרבים במשך השנים אנו זוכים להתחלת הקמת בית חולים חדש, לאחר 30 שנה מאז בניית בית החולים הציבורי האחרון בישראל".

ג. הניתוח המשפטי

77. על בסיס האמור והמפורט לעיל, נפנה לנתח להלן את ענייניה המשפטיים של העתירה, ונראה כי דינה להידחות מכל אחד מהטעמים הבאים, ולא כל שכן כוחם המצטבר.

1.ג. דין העתירה להידחות על הסף מטעמי שיהוי

1.ג.1. א. שיהוי העותרים הינו ארוך ובלתי מוסבר ודי בו לדחות את העתירה

78. כמפורט להלן, דין העתירה יהיה להידחות על הסף מחמת השיהוי התהומי וחסר ההצדקה (ואפילו הסבר) בהגשתה. כמצויין לעיל, על שיהוי ניכר זה, עמד כבר בית המשפט הנכבד בהחלטתו מיום 8 באפריל, 2012.

79. כמפורט לעיל, המכרז נשוא העתירה קרם עור וגידים עוד בחודש אוגוסט 2008 עת פורסמה ההזמנה להשתתף בהליך המיון המוקדם. אף העותרים אינם חולקים, כי כבר בשלב מקדמי זה היה ידוע וברור לכל כי הגורם אשר יפעיל את בית החולים באשדוד יהיה רשאי לספק "שירותי

רפואה פרטיים בהיקף של עד 25% מהיקף הפעילות... (ר' סעיף 2.7.2 להזמנה, כמפורט בסעיף 20 לעתירה; כאמור, ההזמנה הייתה זמינה לעיון הציבור מעת פרסומה באתר האינטרנט של משרד האוצר).

80. תנאי מהותי זה עוגן בהמשך אף במכרז עצמו, אשר פורסם ביום 9 באוגוסט, 2009, ובמסגרתו צוין כי: **"בית החולים יהיה רשאי לספק שירותים בתשלום, במסלול בחירת רופא, בהתאם ובכפוף לתנאי דרישות המינימום והסכום הפרויקט"** (ר' סעיף 6.4.4 למכרז; נספח "5" לעיל. אף מסמך זה היה חשוף לעיון הציבור באתר האינטרנט של החשב הכללי). בין מסמכי המכרז נכלל גם נספח בעל פרק ייעודי ונפרד, אשר פירט, **ברחל בתך הקטנה**, כיצד ובאיזה אופן יסופקו שירותי המב"ר בבית החולים באשדוד (ר' נוהל המב"ר).

81. חרף זאת, מצאו העותרים לנכון להגיש עתירה זו רק ביום 13 במרץ, 2012. למותר לציין, כי לכל אורך תקופה ארוכה זו, הושקעו זמן ומשאבים אינספור, מצד כל העוסקים בדבר, בקידום המכרז ובביצועו. ואולם העותרים לא עשו דבר וחצי דבר בעניין.

82. יתר על כן: עוד ביום 5 באפריל, 2011, קרי: 32 חודשים לאחר פרסום ההזמנה שלחה העותרת 1, מכתב "דחוף" שעניינו **"עצירת המהלך להכנסת שרות רפואי פרטי לבתי החולים הציבוריים"** (נספח "16" לעיל). כמצוין לעיל, קיום מכתב זה לא גולה על ידי העותרים בעתירתם, וסיבותיהם לכך עימם. ואולם כנובע ממכתב זה, קיום המכרז, תנאי המב"ר שבו, והחתימה הצפויה על ההסכם, היו ידועים היטב לעותרים לכל המאוחר כבר אז. דבר זכייתה של אסותא במכרז פורסם ביום 10 באפריל, 2011, ומכאן שלעותרים היה ידוע כבר סמוך לאחר שיגור המכתב, כי דרישתם לעצור את הליכי המכרז **נדחתה**. אך העותרים המשיכו לשבת בחוסר מעש.

83. ביום 29 במאי, 2011 נחתם בין ממשלת ישראל לבין אסותא הסכם הפרויקט לתכנון, מימון, הקמה, הפעלה והחזקה של בית חולים כללי בעיר אשדוד (להלן: **"ההסכם"**). בהתאם להסכם זה, אסותא התחייבה לסיים את הקמת בית החולים בתוך פרק זמן של **חמש שנים** מהמועד הקובע. דבר החתימה פורסם אף הוא ברבים. ואולם גם בשלב זה קולם של העותרים לא נשמע.

84. ביום 24 באוגוסט, 2011, שלושה חודשים לאחר החתימה על ההסכם, פנתה לפתע העותרת 1 **"בדרישה"** כי ההסכם שנחתם יבוטל (נספח "9/ע" לעתירה). האמור במכתב זה, **נדחה** על ידי המשיבה כבר במכתב מיום 20 בספטמבר, 2011. באותה הזדמנות הופנתה גם שימת לב העותרת לכך שאסותא מתקדמת בהתאם למכרז ונושאת בהוצאות כבדות במסגרתו. כמו כן, ביום 6 בספטמבר, 2011, הגיב סגן שר הבריאות לפניית העותרת 1 במכתב אשר לשיטתה שלה **"לא הבהיר במכתבו ... אם בכוונתו לבטל את האישור שניתן לכאורה לאסותא להפעלת שר"פ במסגרת בית החולים באשדוד"** (ר' בסעיף 67 לעתירה). ואולם, על אף "חוסר הבהירות", שוב שקטו העותרים על שמריהם והמתינו – כמי שעומד לרשותם כל הזמן שבעולם – עם הגשת עתירה זו.

85. הנה כי כן, באם לא די בעובדה שבמשך **שלוש שנים** ארוכות לא פעלו העותרים להגשת העתירה דנן, הרי שאין חולק כי היה עליהם לעשות כן – **לכל המאוחר** – עם קבלת התשובות לעיל. בעניין זה יפים הדברים האמורים בעת"מ (מנהליים י-ס) 1888/09 **אדרי נ' שר הבינוי והשיכון**, פס" 15 לפסק דינו של כבי השופט **מ' סובול** (פורסם ב"נבו", 27.12.2009) (אשר אושררו במסגרת דחיית בקשה לעיכוב ביצוע על ידי כבי השופט י' עמית (עע"מ 68/10)):

"חובת הפעולה המהירה מוטלת על העותר החל משלב הפרסום, ובכל מקרה לא מאוחר מהשלב שבו ברור מעל לכל ספק כי אין בכוונת עורך המכרז להיענות לדרישתו".

86. אלא שכאמור, רק ביום 13 במרץ, 2012 התכבדו העותרים והגישו את העתירה שבכותרת. **כשלוש שנים וחצי** לאחר פרסום ההזמנה; **שנתיים וחצי** לאחר פרסום רשמי של המכרז; **11 חודשים** ממועד זכיית אסותא במכרז; **10 חודשים** ממועד חתימת ההסכם וכ- **7 חודשים** ממועד כתיבת מכתבה השני של העותרת 1.

87. אין צריך להכביר מילים בדבר **היות** התנהלות העותרים עומדת בסתירה גמורה לעקרונות היסוד של המשפט המנהלי ודיני המכרזים. הדברים חמורים שבעתיים בנסיבות בהן **מחד**, במשך מעל שלוש שנים לא אצה לעותרים הדרך להגיש את העתירה דן, **ומאידך**, לא ניתנו כל הסבר, נימוק (שלא לדבר על מילת התנצלות כלשהי) לשיהוי זה, כאילו עיתותיו של עותר הינן בידו, ו"זכותו" כביכול הינה לשבת בשובה ונחת אל מול פגיעה חוקתית שלשיטתו מתרחשת, ולהגיש את עתירתו במועד הנוח לו, תוך שבינתיים המציאות מתקדמת, הוצאות מוצאות לקידום המכרז עצמו, וההסכמים נחתמים ומוצאים אל הפועל בעלויות של עשרות מיליוני ש"ח.

88. חרף האמור, עיון בעתירה מגלה, כי העותרים אינם מוצאים כל פסול בהתנהלותם זו. הם אף אינם רואים כל צורך במתן פירוט או הסבר לשיהוי הכבד בו לוקה העתירה. כל שנטען על ידם הוא כי **"אין לה לטענת השיהוי כל מקום עת מפעיל בית משפט נכבד זה ביקורת שיפוטית-חוקתית..."** (ר' בסעיף 175 לעתירה). הא ותו לא.

89. אם נלך לשיטת העותרים, הרי שכל עותר ציבורי (ובכלל) יהא רשאי לשקוט על השמרים למשך **תקופה בלתי מוגבלת**, להגיש עתירתו – חרף השיהוי – במועד הנוח לו, והכל בשם **"חומרת הפגיעה בשלטון החוק"**, ותוך רמיסת זכויות ואינטרסים של צדדים אחרים. מצב דברים זה אין הדעת יכולה לסבול.

90. הלכה פסוקה היא, כי על עותר להביא את טענותיו בפני ביקורת שיפוטית ללא כל שיהוי. כך בדרך כלל, וכך מקל וחומר בענייני מכרזים בהם הדחיפות רבה, ולזמן נודעת משמעות מיוחדת. בענייננו, כאמור, ידעו העותרים על כוונת המדינה לאפשר מתן שירותי מב"ר כבר בחודש אוגוסט 2008, אך שטחו השגותיהם בעתירה דן רק שלוש שנים וחצי לאחר מכן במרץ 2012. בהקשר זה נקבע בעע"מ 8723/03 עיריית הרצליה נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה חוף השרון, פס' 7 לפסק דינו של כב' השופט י' טירקל (פורסם ב"נבו", 4.8.2004), כדלקמן:

"ככל שדברים אמורים ביסוד הראשון, היסוד הסובייקטיבי, עולה ממשכת העובדות שנפרשה לפנינו, כמפורט לעיל, כי החל בחודש מאי 1999 פורסם הפרויקט בכל דרך פרסום אפשרית. המערערות, כמו הציבור בכלל, היו חשופים אפוא, במשך שלוש שנים לפרסומים שהבהירו היטב את טיבו של פארק התעשייה העתידי להיבנות. במצב דברים שכזה צדק בית המשפט המחוזי בקובעו כי 'לכאורה, ניתן היה לקבוע - בנסיבות אלה - כי הוכחה ידיעת העותרת, במשך פרק זמן ממושך, בדבר אופיו של השימוש בפארק התעשייה'."

91. כך גם יפים לעניין זה הדברים האמורים בבג"צ 1802/12 פרופסור יוסי יונה נ' משרד התחבורה, התשתיות הלאומיות והבטיחות בדרכים, פס' 4 לפסק דינו של כב' השופט ס' ג'ובראן (פורסם ב"נבו", 14.3.2012):

"כעולה מן העתירה, הסכם העקרונות למתן שירותי תחזוקה העומד במרכז דיוננו, אינו אלא יישומה של החלטת הממשלה מיום 24.2.2010 במסגרתה נקבע כי 'ההתקשרות תכלול גם חוזי תחזוקה'. יתר על כן, כבר במכרז משנת 2009, במסגרתו התקשרה הרכבת עם חברת בומברדייה בעיסקה לרכישת קרונות, נכללה אופציה לביצוע תחזוקת הקרונות הנרכשים על ידי הזוכה במכרז. צא ולמד, העותרים ידעו בדבר אפשרות קיומו של מיקור-חוץ ביחס לתחזוקת הקרונות עוד מסוף שנת 2009, ואולם בחרו להשמיע את קולם רק עתה. זאת

כאשר בזמן זה התקשרה המדינה בחוזים עם צדדים שלישיים לצורך קידום הפרויקטים השונים אשר יצאו מהרציף' לדרכם. לאמור, המחזל שבשיהוי בתיק דנא אינו רק דיוני-פרוצדורלי-תאריכי, אלא מהותי, והתעלמות ממנו יכול ותפגע באינטרס המשיבים באופן בלתי הוגן.

עוד ר': בג"ץ 575/91 גולן שני (גושן טלוויזיה בכבלים) בע"מ נ' שר התקשורת (פורסם ב"נבו", 21.4.1991); בג"ץ 56/05 קבהא נ' שר הפנים (פורסם ב"נבו", 3.3.2005); אליעד שרגא ורועי שחר המשפט המינהלי כרך שני 195 (2008) (להלן: "המשפט המינהלי").

92. בענייננו מבקשת העתירה שהוגשה לתקוף תנאי שנכלל במכרז. בכגון דא, פרק הזמן לשיהוי, הינו קצר עוד יותר. ר' לכך, למשל, ההסבר בספר המשפט המינהלי בעמ' 200:

"אם כן, בענייני מכרזים, פרק הזמן הנבחן לצורך טענת השיהוי קצר באופן יחסי, משיקולי יעילות. ככלל, עם סיום ההליך המכרזי, ממשיכים עורך המכרז והזוכה במכרז לשלב ההתקשרות החוזית, ולאחר מכן – לשלב הביצוע. התקדמות זו יוצאת ציפייה ואינטרס הסתמכות ההולכים ומתעצמים עם חלוף הזמן. שינוי האינטרסים מקצר את תקופת הזמן שתעלה כדי שיהיו..."

וכן ר': בג"ץ 224/72 גאולת הכרז בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד כו(2) 155 (1972); בג"ץ 117/63 זלוף נ' עיריית כפר סבא, פ"ד יז(2) 1273, 1280-1281 (1963); בג"ץ 453/84 איתורית שירותי תקשורת בע"מ נ' שר התקשורת, פ"ד לח(4) 617 (1985); עע"מ 7142/01 הועדה המקומית לתכנון ולבנייה, חיפה נ' החברה להגנת הטבע, פ"ד נו(3) 673 (2002); בג"ץ 900/03 אבו עטיה נ' שר הפנים, דינים עליון 04(45) 1124 (2004).

93. ודוק, כאמור לעיל, חומרת השיהוי ועוצמתו אינה עוד במחלוקת ואינה יכולה להיות עוד מוטלת בספק. זאת, לאור החלטת בית המשפט הנכבד מיום 8 באפריל, 2012, אשר דחתה הבקשה לצו ביניים שהוגשה במסגרת העתירה דנא, בה נקבע ברחל ביתך הקטנה כי:

"לאחר שעיינתי בעתירה, בבקשה למתן צו ביניים ובתגובות המשיבות 1-7 לבקשה למתן צו ביניים, לא ראיתי לנכון ליתן צו ביניים כמבוקש. החלטתי מבוססת, בין היתר, על השיהוי הניכר בהגשת העתירה, על שיקולי מאזן הנוחות ועל היות הצו המבוקש בלתי ממוקד ולא ניתן לאכיפה."

ג.1.1. דין טיעון העותרים כאילו דיני השיהוי אינם חלים עליהם להידחות

94. כאמור, את השיהוי התהומי בעתירתם, "מנמקים" העותרים באופן סתמי בטענה לפיה: "אין לה לטענת השיהוי כל מקום עת מפעיל בית משפט נכבד זה ביקורת שיפוטית-חוקתית..." (ר' בסעיף 175 לעתירה). זהו טעון בלתי נכון גם לגופו. הפסיקה מלמדת, כי טענת הפרת זכות חוקתית (שאינה קיימת לגופה בענייננו), אינה בגדר מילת קסם. להפך.

95. יפים לעניין זה, למשל, דברים שנאמרו בעע"מ 1789/10 סבא נ' מינהל מקרקעי ישראל (פורסם ב"נבו", 7.11.2010) (להלן: "עניין סבא"). בהליך זה במסגרתו נדונה, בין היתר, השאלה האם גוף פרטי הזוכה במכרז ציבורי רשאי לנקוט במדיניות מפלה בעת מימוש זכיותו במכרז (בנסיבות פסק הדין – שיווק דירות למגזר מסוים). עיון בפסק דינה של כב' הנשיאה (בדימוס) ד' בינש מגלה, כי חרף נטייתה להסכים עם חלק מטענות המערערים, העוסקות בסוגיות בעלות חשיבות ציבורית, הערעור נדחה בשל קיומו של מעשה עשוי והפיכת הדיון לתיאורטי (ר' סעי' 7 לפסק הדין):

"הערעור שלפנינו מעורר שאלות חשובות בשורה של נושאים, ובהם מעמדם של עותרים ציבוריים בדיני המכרזים, כפיפותם של תאגידי פרטיים לאיסור

ההפלייה מטעמי דת ולאום, היקף הפיקוח הנדרש של המינהל על אופן שיווק הקרקעות המוחכרות על ידו וחוקיות הקצאת מקרקעין לקבוצות בעלות מאפיינים תרבותיים או דתיים ייחודיים. שאלות חשובות אלה לא תוכרענה במסגרת פסק דינו זה נוכח נסיבותיה הקונקרטיות של הפרשה שלפנינו, היותן של החכרת המגרש נשוא הערעור לאמונה והקניית הזכויות בו למשיבים 4 בגדר מעשה עשוי והפיכתו של הערעור לערעור תיאורטי ...

כן סבורה אני כי יש יסוד לטענה כי המינהל נדרש לפקח על אופן שיווק המקרקעין בשוויון ללא הפליה גם על ידי חברות פרטיות הזוכות במכרזים המוצאים על ידו, כאשר המקרקעין הם מקרקעי המינהל על כל המתחייב מכך ... אולם, בנסיבות העניין איננו רואים כי עלינו להכריע בסוגיות הללו כיוון שאין זה מעשי להעניק למערערים את הסעד המבוקש על ידם ... במקרה דנן אין עוד אפשרות מעשית לשלול מהמשיבים 4 את הזכויות במגרש, לאחר שבוצעו כל ההליכים הנדרשים לשם מימוש זכיותם במכרז. על כן אין לבטל כיום את זכיותה של אמונה במכרז או את חוזה החכירה שנחתם עימה. משכך, איננו רואים הצדקה לקיים במסגרת ערעור זה בירור של השאלות כבדות המשקל אותן מעלים המערערים וניתן להניח כי יתבררו בעתיד במקרים מתאימים יותר."

96. באופן דומה, נקבע גם בבג"צ 281/11 ראש מועצת בית איכסא נ' שר הביטחון (פורסם ב"נבו", ניתן ביום 6.9.2011) (להלן: "עניין בית איכסא"), במסגרתו נדונה אי חוקיותו של תוואי מסילת הרכבת המתוכננת בין תל אביב לירושלים, כי השיהוי הכבד בו לוקה העתירה, גובר על הפגיעה הנטענת בשלטון החוק. ור' לכך הנמקתו של כב' השופט ע' פוגלמן, בפס' 32 לפסק דינו, לפיה:

"הצטברותם של הטעמים האמורים הביאה אותי למסקנה כי אפילו הנחתי קיומה של פגיעה בשלטון החוק בעקבות ההפקעה – סוגיה שלא ראיתי לקבוע בה מסמרות במסגרת העתירה שלפנינו – אין מדובר בפגיעה שעוצמתה גוברת באיזון הכולל, על הנזק שייגרם לאינטרסים של הרכבת, של צדדים שלישיים וכן לאינטרס הציבורי, במידה המצדיקה דיון בעתירה חרף השיהוי בהגשתה."

97. עוד ר' בבג"צ 6131/06 גני מאורות המעיין בע"מ נ' שר הפנים, פס' 5 לפסק דינו של כב' השופט ד' חשין (פורסם ב"נבו", 19.2.2007), אשר ניתן לאחר פרשת התנועה למען איכות השלטון אשר אוזכרה על ידי העותרים, בו הוסבר:

"באשר לשיקול השלישי, ברי כי אי חוקיות שבהקצאת קרקע ציבורית שלא כדין חמורה היא. בנסיבות העניין, אין בטענותיה של העותרת כנגד אופן ביצוע הליך ההקצאה כדי לגבור על טענת השיהוי של המשיבים, בהינתן ששני השיקולים הראשונים מטים לכיוון קבלת הטענה:

'... האינטרס בדבר שלטון החוק אינו גובר תמיד על שאר האינטרסים [אשר מובילים לקבלת טענת השיהוי]. הוא מהווה אחד הגורמים שיש לקחתם בחשבון ...'

די בכך כדי לחרוץ את גורלה של העתירה מחמת השיהוי שבהגשתה."

98. הינה כי כן: באין הסבר מניח את הדעת מדוע הוגשה העתירה בשיהוי כה כבד וניכר (ודוק: כל הסבר כאמור אינו יכול בנסיבות העניין להינתן), ניסיון העותרים לשים יתבסס על טענות "חוקתיות" מעושות אינו יכול לעמוד.

99. ודוק: אין צריך להסביר גם, כי לו באמת סברו העותרים כי מדובר "בעניין חוקתי" כה מהותי, ובהפרה ברורה שלו המתרחשת כביכול, חזקה כי הם לא היו ממתניים זמן כה ארוך עד הגשת עתירתם. הלאות הרבה המאפיינת את התנהלות העותרים בענייננו, משדרת טוב מכל, כי אף הם מבינים כי חרף ניסיונם לשדר כי תנאי המב"ר אינם כביכול עולים בקנה אחד עם עקרונות חוקתיים, הרי זה אינו המצב.

לא בכדי טענה זו נדחתה על ידי בית המשפט הנכבד במסגרת החלטתו בבקשה למתן צו ביניים, אשר הושתתה בין היתר, כאמור לעיל, על "השיהוי הניכר בהגשת העתירה".

ג.1.1. השיהוי הניכר הסב נזקים כבדים ובהיותו מעשה עשוי מחייב דחיית העתירה

100. השתהותם הכבדה של העותרים טרם פנייתם לבית המשפט הנכבד, טומנת בחובה פגיעה למכביר באינטרסים של כלל הגורמים המעורבים במכרז נשוא העתירה, ובכלל זאת במשיבה.

101. כמבואר לעיל, המשיבה הוציאה הוצאות בהיקף מעל שני מליון ש"ח לשם הכנת הצעתה למכרז, כל זאת עת שקטו העותרים על שמריהם. בהמשך, עם החתימה על ההסכם, הפכה המשיבה למחויבת מכוחו, והחלה לפעול על מנת לקיימו. עד כה הוציאה והתחייבה אסותא להוציא בעקבות החתימה על ההסכם ולשם קידומו, וזאת בין היתר בהתקשרויות עם הבנק המלווה, קבלנים, וגורמי תכנון וביצוע, **סכומים בהיקף העולה על 90 מליון ש"ח**.

102. יתר על כן: הצעת המשיבה התבססה כמבואר לעיל, על האפשרות להציע שירותי מב"ר בבית החולים שיוקם. על בסיס זאת, נטלה על עצמה המשיבה לאייש את בית החולים **בצוות רפואי מלא**, בתוך פרק זמן של 60 חדשים, והתחייבה להפעיל באופן שוטף את בית החולים. התחייבות זו של המשיבה ניתנה בהתבסס על יכולת מתן שירותי המב"ר, דבר אשר יבטיח יכולת גיוס צוות רפואי איכותי אשר יהווה אבן שואבת לקהל המטופלים.

103. לרקע כלל האמור, ברי כי המשיבה לא הייתה מגישה את הצעתה באופן בו הוגשה, אילו הייתה נשלפת מתנאי המכרז האפשרות להציע שירותי מב"ר. שלילת תנאי זה כעת, **לאחר** גיבוש הצעת המכרז, **חתימת ההסכם והוצאות** עשרות מיליוני ש"ח בהתבסס עליו, הינה עניין שלא יעלה על הדעת. כל זאת, אל מול שיהוי כה ארוך ובלתי נסבל, חסר כל הסבר, צידוק, או נימוק.

104. יפה לכך הסברו של בית המשפט בעניין **בית איכסא**, בפסי' 23 לפסק הדין:

"בהינתן הממון שהוצא עד כה, החוזים שנחתמו והזמן שהושקע בהליכי התכנון וביצוע עבודות הלכה למעשה, מסקנתי היא כי קבלת העתירה בעת הנוכחית תביא לפגיעה קשה באינטרס הרכבת, באינטרסים של צדדים שלישיים המעורבים בפרויקט ומעל לכל אלה – באינטרס הציבורי"

105. סיכומם של דברים, לא יעלה על הדעת מצב בו העותרים התמהמהו זמן כה רב בטרם פנו לבית המשפט הנכבד, וכעת יטענו כי יש לברר טיעוניהם לגופם, בהתעלם מהשיהוי ותוצאותיו. אין ליתן יד להתנהלות כה בוטה וחמורה מצד העותרים, המתיימרים לייצג את הציבור כולו, ובהתאם, דין העתירה כולה להידחות כולה על הסף.

ג.2. דין העתירה סילוק על הסף בהיותה עתירה בתחום דיני המכרזים, תחת סמכותו של בית המשפט לעניינים מינהליים

106. למקרא העתירה, לא יכול להיות חולק כי עניינה הוא אחד: תקפותו של תנאי מהותי במכרז (סעיף 6.4.4 למכרז), המתיר את האפשרות למתן שירותי מב"ר במסגרת פעילות בית החולים העתיד

לקום באשדוד. לשם כך, מפנים העותרים עצמם לתנאי המכרז העוסקים בשירותי המב"ר, ובכלל זה לפרק 12 לנספח ההפעלה, שצורף למסמכי המכרז, ותוקפים חוקיותם.

107. בשים לב לכך, עסקינן בעתירה מובהקת כנגד תנאי במכרז. פשיטא, כי בהתאם לאמור בסעיף 5 לחוק בית המשפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000, והפריט החמישי לתוספת הראשונה לחוק, **מצויה העתירה תחת סמכותו של בית המשפט לעניינים מינהליים.**

108. העותרים מבקשים לתרץ את פנייתם לבית משפט נכבד זה, בכך שכביכול ה"העתירה תוקפת את עצם מתן ההיתר לקיים שירותי רפואה פרטית בבית החולים לכשיקום" (ס' 179 לעתירה), ולכן לשיטתם עסקינן בעתירה התוקפת מעשה שלטוני. זוהי טענה מיתממת אשר דינה להידחות מכל וכל.

109. העובדה כי תנאי המכרז המתיר שירותי מב"ר בבית החולים שיקום הינו פרי החלטה של הועדה הבינמשרדית אשר עצבה ונסחה המכרז, אינה גורעת מהיותו **תנאי במכרז**, דבר המצריך תקיפתו בהתאם לדיני הסמכות בענייני מכרזים. אילו היינו מקבלים את שיטתם של העותרים, אזי כל עתירה שתתקוף תנאי במכרז שפרסמה רשות שלטונית, תהא כביכול נתונה לסמכותו של בית משפט נכבד זה כעניין העוסק בעצם החלטת הרשות השלטונית. ברי כי אין בכך כל היגיון.

110. בפועל, עניינה של העתירה הינו בסופו של יום בניסיון לבטל תנאי מהותי במכרז, המשפיע גם במישרין על תוצאותיו (שכן בלעדיו היו תוצאות המכרז שונות). משכך, מתחייב כי עניין זה יידון בבית המשפט לעניינים מינהליים. יפים לכך דברי כב' הנשיאה (בדימוס) ביניש בעע"מ 5514/09 סבא נ' מינהל מקרקעי ישראל (פורסם ב"נבו", 16.12.2009):

"העתירה תוקפת במישרין את תוצאת המכרז ואת העובדה שהקרקע במכרז ניתנה למשיבה 3. בין אם הטענה מוצדקת ובין אם לאו, ובעניין זה איננו נוקטים עמדה בטרם התבררה העתירה לגופה, אין ספק כי עניינה של העתירה מצוי בסמכות בית המשפט לעניינים מינהליים והיא באה בגדרו של סעיף 5 לתוספת הראשונה של חוק בתי משפט לעניינים מינהליים, תש"ס-2000."

יפים לעניין זה אף דברי כב' השופט ד' חשין בבג"צ 6219/06 ארגון בתי חולים פרטיים לחולים כרוניים בישראל נ' משרד האוצר, פס' 7 לפסק דינו של כב' השופט ד' חשין (פורסם ב"נבו", 18.9.2006):

"אף שהעותרים טוענים כי עתירתם אינה מכוונת נגד החלטה לצאת במכרז מסוים, אלא נגד 'סבירותה וחוקיותה של מדיניות החלת שיטת המכרזים', הרי שלכל היותר מדובר בעתירה המכוונת נגד החלטת המשיבים להחיל על מערך האשפוז הסייעודי את מתכונת המכרזים. עתירה שכזו, בדומה לעתירה המכוונת נגד החלטה לקיים מכרז ספציפי, מצויה בסמכותו של בית-המשפט לעניינים מינהליים, וצריכה ככלל להתברר בפניו."

111. הדברים לעיל נכונים ביתר שאת, בשים לב לכך שמלכתחילה, גילה המתוקק דעתו וקבע בסעיף 3(ב) לחוק הקמת בית החולים כי **על המכרז נשוא העתירה יחולו הוראות חוק חובת מכרזים, התשנ"ב-1992**. ברי, כי בהתאם לכך צריכה להיגזר הסמכות העניינית לדון בעתירה העוסקת במכרז זה, ובכלל זה בכל תנאי מתנאיו.

112. ודוק. ניסיון העותרים להתחמק מהגשת העתירה לבית המשפט לעניינים מינהליים הנו שקוף, מגמתי ונפסד. ברור כי הטעם העומד ביסוד ניסיון זה, הוא רצונם של העותרים "לחמוק" מסד הזמנים הסטטוטורי הקבוע להגשת עתירה מינהלית, הקבוע בתקנה 3 לתקנות בתי המשפט לעניינים מינהליים (סדרי דין), תשס"א-2000 ועומד על 45 יום מיום שהחלטה פורסמה כדין.

זאת, מתוך ידיעה ברורה כי עתירתם אינה עומדת בסד זמנים זה, ונגועה בשיהוי תהומי (הכל כמפורט לעיל). בכל הכבוד, השתהותם החמורה של העותרים, לבטח אינה יכולה להצדיק ניסיון "לצבוע" עתירה זו כעניין חוקתי, ולדלג בכך על הפורום הטבעי לשמיעתה.

113. לבסוף יצוין, כי ניסיון העותרים "לפטור" עצמם מהדין והלכותיו הברורות של בית משפט נכבד זה באשר לסמכותו של בית המשפט לעניינים מינהליים, באמירה כי "לבית משפט זה סמכות מקבילה לדון בעניין..." (סי' 180 לעתירה), אף הוא דינו להדחות. די אם נפנה לעניין זה לנקבע על ידי כב' השופט (בתוארו דאז) א' גרוניס בבג"ץ 2371/04 וולף נ' רשות שדות התעופה בישראל, פסקה 3 לפסק הדין (פורסם ב"נבו", 14.3.2004), ולפיו:

"מבחינה עקרונית, מוסמך בית משפט זה לדון בעתירה דנא, אף שהעניין נתון גם לסמכותו של בית המשפט לעניינים מינהליים. עם זאת, כאשר עסקינן בעניינים הנתונים לסמכותו של בית המשפט לעניינים מינהליים, דרך המלך הינה פנייה לאותו בית משפט... רק במקרים חריגים ונדירים ביותר ייזקק בית משפט זה לעתירות בנושאים המצויים בסמכותו של בית המשפט לעניינים מינהליים. הטעם לכך הוא, בין היתר, כי פסק דינו של בית המשפט לעניינים מינהליים בעתירה מינהלית נתון ממילא לערעור בפני בית משפט זה בשבתו כבית משפט לערעורים. המקרה דנא אינו נמנה על אותם מקרים יוצאי דופן".

ר' עוד לעניין זה בג"ץ 4202/12 מרכז מוסאוא לזכויות האזרחים הערבים בישראל נ' משרד התחבורה ואח', פסקה 5 (טרם פורסם, ניתן ביום 9 ביולי, 2012).

114. בענייננו, העותרים לא הביאו בעתירתם כל טעם לסטות מן ההלכה ולברר העתירה דן בפני בית משפט נכבד זה, זולתי רצון להתגבר בדרך זו על סד הזמנים (שחלף מזמן) המתחייב בעת פניה לבית המשפט לעניינים מינהליים. מובן כי זהו אינו טעם נאות.

3.ג. אין פסול במתן שירותי המב"ר והתבססות העותרים על פס"ד קריטי שגויה ומטעה

115. מעבר לצורך ואף אם יבחנו הדברים לגופו של דברים עניין (דבר שאין בו כל צורך נוכח השיהוי המאסיבי שבהגשת העתירה), כל פסול לא נפל בהחלטת המדינה לאפשר מתן שירותי מב"ר בבית החולים שיוקם. עיון בעתירה מלמד, כי במידה רבה מאוד היא מבקשת לתקוף את שירותי המב"ר בהסתמך על ניתוח פסק הדין שנתקבל בעניין בג"ץ 4253/02 קריטי נ' אליקים רובינשטיין (ניתן ביום 17 במרץ, 2009, פורסם ב"נבו") (להלן: "פס"ד קריטי"). על יסוד פסק דין זה מעלים העותרים טענות מן הגורן ומן היקב כנגד הפעלת המב"ר בבית החולים באשדוד, ובכלל זה טענות בדבר פגיעה בכבוד האדם, ניגוד עניינים, וכיוצ"ב טענות.

116. בכל הכבוד, העותרים אינם מנתחים נכונה את פס"ד קריטי ואת הנמקותיו. עיון בפסק הדין מעלה, כי ההלכה שבפס"ד קריטי לא רק שאינה חלה בענייננו, אלא שיש בה אך לחזק כי מתן שירותי המב"ר הינו אפשרי מקום בו המדינה מחליטה לאפשר זאת, כפי שארע בענייננו.

117. קריאת פס"ד קריטי מעלה, כי הוא עסק אך ורק בשאלת איסור הפעלת שירותי שר"פ בבתי חולים ממשלתיים. מפס"ד קריטי עולה מפורשות, כי אין הוא רואה עם זאת קושי עם החלטה מושכלת להפעיל שירותים כאלו בבתי חולים ציבוריים שאינם ממשלתיים, דוגמת (לפי הנטען) בית החולים דן. כך, בפסק הדין, הוסבר מפורשות כי עניינו בהחלטת ממשלה "...שלא לקדם את נושא הפעלת השר"פ בבתי החולים הממשלתיים" (פסי' 21 לפסק הדין), וזאת, בין היתר, על יסוד חוות דעת היועץ המשפטי לממשלה מיום 14 בפברואר, 2002, לפיה "פעילות השר"פ... בבתי החולים הממשלתיים איכילוב, אסף הרופא ורמב"ם... אינה חוקית" (פסי' 7 לפסק הדין).

118. השאלה עליה נסוב פס"ד קריתי, היתה אפוא האם פעילות השר"פ בבתי החולים הממשלתיים הינה כדין. וכלשון כבוד השופטת ברלינר "השאלה המרכזית שבפנינו היא האם הפעלת השר"פ בבתי החולים הממשלתיים.. הייתה חוקית" (פס' 25 לפסק הדין).

119. לעומת זאת, בענייננו, גם אם בית החולים אשר עתיד לקום באשדוד, בהתאם לתנאי המכרז, הינו בית חולים ציבורי (דבר שעל מנת לשכנע בו מקדישים העותרים עמודים רבים), הרי שבהיותו בבעלות אסותא, אין עסקינן בבית חולים ממשלתי. כך, בין היתר, על פי מסמכי המכרז, וכמפורט לעיל, בית החולים יוקם על ידי אסותא (ס' 14 להסכם); הפעלתו של בית החולים תבוצע בידי אסותא (ס' 39 להסכם); עובדי בית החולים יהיו עובדיה של אסותא ולא המדינה, ובהתאם יקבלו שכרם מאסותא (ר' סעיף 40 להסכם); הקרקע עליה יוקם בית החולים תוכר ממנהל מקרקעי ישראל לאסותא לתקופה של 49 שנים, עם אפשרות הארכה ל-49 שנים נוספות (סעיף 17.2 להסכם), ואסותא היא זו שתשא בכל תשלומי ההיטלים, האגרות והמיסים החלים על בית החולים (ס' 46 להסכם).

120. למותר לציין, כי אסותא היא גם מי שמשקיעה הון עתק בהיקף מאות מיליוני ש"ח בהקמת בית החולים ותפעולו השוטף, וסיכוני ההקמה והתפעול השוטף נופלים על כתפיה. בעובדה כי ניתן מענק ממשלתי המסייע בהקמת בית החולים, אין כמובן כדי להפוך את בית החולים ל"ממשלתי", הכל כפי שעמדנו כבר לעיל (ר' סעיף 59-56 לעיל), והעותרים עצמם אינם טוענים אחרת.

121. מכל אופן בו נבחנים הדברים, בית החולים המוקם הינו אפוא לפי הנטען בית חולים ציבורי, ואולם לא בית חולים ממשלתי. כך מוצגים הדברים על ידי העותרים עצמם, כעולה מסיווג בתי חולים המובא על ידם בסעיף 75 לעתירתם.

122. כעולה מפס"ד קריתי, בית המשפט לא ראה קושי בקיום מערך שר"פ בבתי חולים ציבוריים, שאינם ממשלתיים. להפך: הגם שבית המשפט ראה, למשל, את בתי החולים הדסה ושערי צדק בירושלים, כבתי חולים ציבוריים, הרי שמשעה שהם אינם ממשלתיים, הוא קבע כי ניתן להעניק בהם שירותי שר"פ. ר' לכך את הסברה של כב' השופטת ברלינר, ולפיו (סעי' 45 לפסה"ד): "... בתי החולים בירושלים אינם בבעלות ממשלתית הגם שהם נכללים בהגדרה של מוסד רפואי ציבורי...", ובהמשך (בסעי' 46): "... קופות החולים... מפנות חולים אל בתי החולים הציבוריים בירושלים (משום שמדובר בבתי חולים פרטיים בהם מותר לקיים שר"פ)...".

123. ודוק: האבחנה בין בתי חולים ציבוריים ממשלתיים, בהם ראה בית המשפט קושי ליתן שירותי שר"פ, לבין בתי חולים ציבוריים, שאינם ממשלתיים, בהם לא ראה בית המשפט קושי כזה, אינה טכנית פורמאלית. כפי שהסביר בית המשפט הנכבד, במתן שירותי שר"פ בבתי חולים ממשלתיים, קיים קושי בכך ש (סעי' 3 לפס"ד קריתי): "... הפעילות [בוצעה] תוך שימוש במתקני בתי החולים הציבוריים (שבבעלות הממשלה)...". קושי זה, אינו קיים לגבי בתי חולים ציבוריים שאינם ממשלתיים.

124. יתירה מכך, בית המשפט הוסיף והסביר, כי קיים הבדל בין גוף בבעלות ממשלתית, לבין גוף בבעלות פרטית (סעי' 46 לפס"ד קריתי):

"...האבחנה היא בין בתי חולים פרטיים לממשלתיים, ולא אבחנה גיאוגרפית בין ירושלים לשאר חלקי הארץ. לא הרי עסק פרטי, כהרי מוסד ממשלתי, דינם שונה והכללים החלים על הפעלתם שונים... השוני בעניין זה בין הגופים השונים הוא שוני רלוונטי, וענייני שאין עמו הפליה... כאמור, דינו של מוסד בבעלות פרטית, שונה מדינו של מוסד שבבעלות הממשלה..."

125. בדומה, ראה בית המשפט קושי בכך שרופאים עובדי מדינה יקבלו שכר גם מהמדינה עצמה. קושי זה אינו קיים לגבי רופאים שאינם עובדי מדינה באשר הינם מועסקים שלא בבית חולים ממשלתי. ר' הסבר כב' השופטת ברלינר בסעי' 46 לפסק דינה:

"לא מוטלת על המדינה חובה לוודא כי כלל הרופאים בישראל זוכים לפוטנציאל השתכרות זהה בשעות שמעבר להעסקתם כעובדי מדינה. החובה המוטלת על המדינה היא לוודא, כי כלל הרופאים המועסקים על ידה כעובדי מדינה – יזכו לשכר עבור שעות עבודתם על פי עקרונות שוויוניים, בהתאם למעמדם ותפקידם..."

126. על אבחנה זו עמד גם משרד האוצר, בעמדתו כפי שהובעה במסגרת חוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה, בה הדגיש את השוני בין בתי החולים הממשלתיים לבין בתי החולים הציבוריים הכלליים שאינם ממשלתיים (לדוגמא בי"ח הדסה בירושלים), בהם מונהג שר"פ:

"לדעת משרד האוצר, על אף שבתי חולים ציבוריים מסוימים (לדוגמא: בתי חולים הדסה בירושלים) נוהגים בהסדר שר"פ, יש לדון בתופעה זו בבתי החולים הממשלתיים בשונה וזאת עקב:

- אופיים הציבורי של בתי החולים;
- היות הרופאים בבתי החולים עובדי מדינה;
- הישענות בתי החולים ישירות על תקציב המדינה ונכסיה;
- הפעלתם ישירות על ידי משרד הבריאות"

127. הינה כי כן: העובדה כי בית החולים המוקם באשדוד אינו ממשלתי, משליכה במישרין על כך שאיסור השר"פ שנדון בפס"ד קריתי אינו רלבנטי לגביו. ודוק: כמוסבר לעיל, בעובדה כי המדובר על פי הנטען בבית חולים ציבורי, אין די כדי לומר שלא ניתן להעניק בו שירותי מב"ר, וזאת משאין מדובר בבית חולים ממשלתי, ואחרת גם לא נטען.

128. בנסיבות אלו, אין תמה כי בתשובת המדינה לשאלות ההבהרה של אסותא במסגרת המכרז, היא ציינה כי: "החלטת היועץ המשפטי לממשלה עסקה בהפעלת שירותי רפואה פרטיים בבתי החולים הממשלתיים וכיום אין מניעה להפעיל מב"ר בבתי החולים הציבוריים ועל כן אין מניעה להפעיל מב"ר בבית החולים באשדוד" (ר' סי' 62 לעיל).

129. גם עיון בחוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה, עליה נסמך בית המשפט בעניין קריתי במתן פסק הדין (חוות הדעת מיום 23.12.01) (נספח ע/7 לעתירה) ואשר מצוטטת לאורך העתירה כולה, מעלה כי כותרתה ועניינה "שירותי רפואה פרטיים (שר"פ) או שר"מ (שירותי רפואה משלימים) **בבתי חולים ממשלתיים**".

130. סיכומם של דברים, משאין בית החולים המוקם באשדוד בגדר בית חולים ממשלתי, דבר עליו אין מחלוקת, הרי שפס"ד קריתי, לא רק שאינו קובע כי מתן שירותי מב"ר אינו פסול לגביו, אלא הוא אך מחזק כי מתן שירות כזה הינו אפשרי בו, ממש כשם שכעולה מפס"ד קריתי שירות כזה הינו אפשרי בבתי החולים הדסה ושערי צדק בירושלים. בהקשר זה יוזכר, כי מלכתחילה מסלול המב"ר שנקבע בבית החולים שיוקם באשדוד, הוגדר כמבוסס על "מודל בית החולים הדסה" (ר' סעי' 63 לעיל).

131. בענייננו בחרה הממשלה לאפשר מתן שירותי מב"ר בבית החולים שיוקם, וזאת בנסיבות המפורטות בהרחבה ברקע העובדתי לתשובה זו, ועל מנת לאפשר לו למשוך אל "הלא נודע" ולאזור הפריפריה, רופאים בעלי מוניטין, אשר בעזרתם יתאפשר לו להעניק שירותים רפואיים

מיטביים ולבנות את שמו כבית חולים איכותי, המושך קהל מטופלים, ובכך גם מבטיח כי תפעולו השוטף, אכן יהיה כלכלי.

132. הדבר נעשה באופן **מדוד ומידתי**, תוך הטלת **מגבלות נוקשות** על אופן הפעלת שירות זה, המבטיחות, בין היתר, כי שירותים אלו **לא יפתחו** פתח למתן קדימות בתורים (ס' 1.6 לפרק 12 לנספח ההפעלה), **לא יאפשרו** הפרדה בין סוגי חולים (ס' 1.7 לפרק 12 לנספח ההפעלה), **ולא ימנעו** מכל חולה להיות מנותח על ידי מנתח בעל מיומנות מתאימה, בהתאם לחומרת מחלתו (ס' 1.8 לפרק 12 לנספח ההפעלה).

133. לצד זאת, נקבע גם במסגרת נוהל המב"ר **מנגנון פיקוח הדוק**, המחייב את אסותא למסור דו"ח מפורט ביחס לפעילות המב"ר בבית החולים שיוקם, באופן אשר יבטיח בקרה ומעקב כי אכן הוראות נוהל המב"ר מקויימות כהלכתן (ס' 1.14 לפרק 12 לנספח ההפעלה).

134. טעוני העותרים כאילו לא ניתן להפעיל את שירותי המב"ר בהתאם למגבלות הללו, **הינם היפותטיים ובגדר ספקולציה גרידא**. בודאי שלא על בסיסם יש מקום להתערבות בית המשפט בתנאי ההסכם ואופן הפעלת המב"ר על פיו, כשכל הפרה של התנאים לא הוכחה ולא בוססה בפועל. על אחת כמה וכמה לא ניתן על בסיסם ליתן צו המונע מראש קיומו של מב"ר בבית חולים ציבורי. המדובר אפוא בסעד בלתי אכיף ובלתי ממוקד, ולא בכדי אף מטעם זה, דחה בית המשפט הנכבד ביום 8 באפריל, 2012 את הבקשה לצו ביניים שהוגשה במסגרת העתירה דנא.

135. העותרים טוענים, כי הפעלתו של מסלול המב"ר בבית החולים שיוקם באשדוד אסורה **"בלא הסדר ראשוני שנקבע ועוגן בחקיקת הכנסת"** (עמ' 120 לעתירה), וזאת בהתבסס על דעתה השופטת **ברלינר בפס"ד קריתי**. אף דינה של טענה זו דינה להדחות.

136. **"בניתוחם"** המשפטי את פס"ד **קריתי**, והצגת דעתה של כבוד השופטת **ברלינר** בעניין הצורך בהסדרה בחוק את שירותי השר"פ בבתי החולים **ממשלתיים**, לא טרחו העותרים לציין כי המדובר **בדעת יחיד**. אל מול עמדה זו, עמדה עמדתה של כב' השופטת (כתוארה אז) **נאור**, אשר סברה כי **אין זה תנאי** כי הפעלת השר"פ תעוגן בהסדר ראשוני בחוק⁵:

"... כשלעצמי איני סבורה שיש הכרח בחקיקה ראשית. סוגיית השר"פ היא שאלה חשובה, אך בסופו של יום זוהי שאלה של מדיניות. המדובר ב'נושא מורכב ביותר וכרוכים בו מרכיבים רבים מתחומים הדורשים ידע, מומחיות ונסיון' (פרשת קר, פסקה 8). במדיניות האמורה הנקבעת בדרגי הרשות המבצעת יש אמנם כדי להשפיע על התמהיל הציבורי-פרטי במערכת הבריאות בישראל ולדבר אף עשויות להיות השפעות חברתיות וערכיות. עם זאת, לא כל מדיניות שיש לה השלכות חברתיות וערכיות, אפילו מדובר במדיניות הנתונה במחלוקת בין שרי הממשלה, היא בהכרח מדיניות המחייבת הסדר מפורט בחקיקה ראשית..."

137. בענייננו, כאמור, מדיניות הממשלה והסדרת הסוגיה, באה לידי ביטוי במסגרת מסמכי המכרז, אשר קבעו נוהל הפעלה מפורט של המב"ר (פרק 12 לנספח ההפעלה), **הכולל תנאים והגבלות מדוקדקים, בהם על אסותא לעמוד, כתנאי להפעלת המב"ר, ומשכך, אין הדברים טעונים הסדרה בחקיקה ראשית.**

138. יתר על כן, כאמור לעיל, פסיקתה של כב' השופטת **ברלינר** בעניין זה מבוססת כולה על הסדרת מנגנון השר"פ בבתי החולים **הממשלתיים**, וזאת לעומת בתי החולים הציבוריים שאינם ממשלתיים, דוגמת אלו בירושלים, המפעילים מסלול שר"פ מקדמת דנא, וזאת בלא הסדרה

⁵ כב' השופט גיזבראן הותיר השאלה בצריך עיון.

כאמור. משבית החולים אשר יוקם באשדוד הינו על פי הנטען ציבורי, אך לא ממשלתי, אין כל רלוונטיות לפסיקתה של כב' השופטת ברלינר בדבר צורך בהסדרה ראשית על ענייננו.

139. על מנת להסיר כל קושי מעל הפרק, נוסיף ונציין כי **נדבך מרכזי** בהחלטת בית המשפט הנכבד במסגרת פס"ד **קריתי**, התבסס על הוראות צו הפיקוח על מצרכים ושירותים (שירות רפואי לציבור), התשמ"ג-1983 (להלן: "**צו הפיקוח**"), וכן האכרזה שיצאה מכוחו. אלו שימשו אף הם יסוד לקביעה, כי אין לאפשר מתן שירותי שר"פ בבתי החולים הממשלתיים.

140. דא עקא, **שצו הפיקוח והאכרזה שיצאה מכוחו בוטלו ביום 22 בפברואר, 2010**, במסגרת צו הפיקוח על מצרכים ושירותים (שירות רפואי לציבור) (ביטול), התש"ע-2010, ואכרזת הפיקוח על מצרכים ושירותים (שירות רפואי לציבור) (ביטול), התש"ע-2010 (ר' ק"ת 6870, 22.2.2010, עמ' 882-883).

העתק ביטול צו הפיקוח והאכרזה מצ"ב **כנספח "17"**.

141. למותר לציין, כי ביטול הצו, **משנה** את מצב הדברים ששרר בעת שניתן פס"ד **קריתי**. אין כל ספק כי היה על העותרים, המתבססים בעתירתם באופן כה נרחב על קביעות פס"ד **קריתי**, להפנות את שימת ליבו של בית המשפט הנכבד לדבר **ביטולו** של מקור חקיקתי הנוגע לעניין, ואשר בין היתר על בסיסו הוכרע בג"צ **קריתי** כפי שהוכרע. **אלא שהעותרים לא טרחו לציין את הדבר לאורך 44 עמודי עתירתם**. בהינתן כי המדובר בעותרים ציבוריים, אשר אף דרשו קבלת צו ביניים (אשר בצדק נדחה), הדבר – בכל הכבוד – משליך, ולא לראשונה כאמור לעיל, גם על ניקיון כפיהם.

142. הינה כי כן: מנגנון המב"ר שנקבע בענייננו הינו **מיזתי ומדוד**, ואינו **סותר** במאום את פס"ד **קריתי**, כי אם להפך. מנגנון זה נקבע בענייננו, **על מנת להבטיח** כי תתאפשר הקמת בית חולים "מאפס" בתוך פרק זמן של חמש שנים מהמועד הקובע, תוך יכולת לגייס צוות רפואי איכותי מלא, אשר יסכים להגיע אל "הלא נודע". הוא נועד גם להבטיח כי ניתן יהיה לתפעל לאחר מכן את בית החולים תפעול שוטף בלא היזקקות לתמיכה ממשלתית, דבר המחייב כי מדובר יהיה בבית חולים איכותי ואטרקטיבי בעיני קהל מטופליו. אלו הן מטרות ראויות לאפשר מתן שירותי מב"ר מוגבלים ומפוקחים כפי שנקבעו. במצב דברים זה, אין מדובר בעניין הקורא להתערבות בית המשפט בו, וכל עילה אינה קיימת לעשות כן.

143. בעניין זה נזכיר, כי בפס"ד **קריתי** עסק בית המשפט בשאלה, אם החלטת הממשלה שלא לאפשר מתן שירותי שר"פ בבתי חולים **ממשלתיים**, הינה עניין בו עליו להתערב. בית משפט קבע כי אין מקום לעשות כן בהיות ההחלטה של הממשלה, שאלה ערכית, המבטאת מדיניות של הממשלה, בה אין בתי המשפט נוטים להתערב (ר' פסקה 2 לפסק דינה של כב' השופטת נאור):

"נכון לעת הזו אין הממשלה מבקשת לקיים שר"פ בבתי החולים הממשלתיים. זוהי הכרעה הנתונה לשיקול דעת הממשלה בעיצוב מדיניות מערכת הבריאות הציבורית בישראל... בית המשפט לא יעצב מדיניות חברתית-כלכלית...".

ובהמשך (סעי' 4 לדברי כב' השופטת נאור):

"אפילו בהנחה שטעה היועץ המשפטי לממשלה בפירוש הדין הקיים, והיה מקום לפסוק כי אין מניעה חוקית לקיים את השר"פ בבתי החולים הממשלתיים, עדיין לא מוטלת על הממשלה חובה לקיים את השר"פ בנכסיה, והדבר נתון לשיקול דעתה".

144. מהאמור נובע עם זאת, כי גם החלטה שונה של המדינה, כפי שנתקבלה בענייננו, במסגרת המכרז דנא, **המתירה מנגנון מב"ר מדוד ומוגבל** בבית החולים הציבורי שיוקם באשדוד ויופעל על ידי

אסותא וזאת מהסיבות והטעמים שפורטו לעיל, הינה חוקית ותקינה. אף זו מבטאת החלטה של מדיניות חברתית-כלכלית של הממשלה, בה הלכה היא כי אין להתערב. בהקשר זה ר' דברי כבי השופטת נאור בעניין קריתי :

"אילו רצתה הממשלה לכונן שר"פ בבתי החולים הממשלתיים, הייתה מוצאת מן הסתם את הדרך המשפטית הראויה לעשות כן".

145. די באמור, כדי לדחות את העתירה דן גם לגופה, וכך לא כל שכן כאשר התנגדות העותרים, מועלית בשיהוי כה ניכר, ותוך פגיעה של ממש בזכויות המשיבה, ואיום לסכל את הקמת בית החולים כולו, על כל הכרוך בכך.

ד. סוף דבר

146. על יסוד האמור לעיל, ברי כי דין העתירה להדחות על הסף, ולמצער לגופה. כן, יתבקש בית המשפט הנכבד לחייב העותרים בהוצאות המשיבה, לרבות שכר טרחת עורכי דינה.

147. תגובה זו נתמכת בתצהירה של גבי רחל שמואלי, מנכ"ל המשיבה 7.

מור אטיאס, עו"ד
מ.ר. 59972

לב זיגמן, עו"ד
מ.ר. 49747

דוד זילר, עו"ד
מ.ר. 17499

הרצוג, פוקס, נאמן ושות', עורכי-דין
ב"כ המשיבה 7

היום: 26 ביולי, 2012