

בג"ץ 2114/12

קבוע: 31.7.12

בבית המשפט העליון

בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

1. האגודה לזכויות האזרח בישראל

2. רופאים לזכויות אדם - ישראל

3. מרכז אדווה

כולם על ידי ב"כ עוה"ד גלעד ברנע ו/או ד"ר אמיר פז-פוקס ו/או פרופ' יואב פלד

מרת' נחשון 4, ירושלים 93548

טל': 026713883; פקס': 026713735

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

משכיתבנדל ו/או נירה שלו ו/או רגד ג'ראיסי ו/או מיכל פומרנץ

מרת' 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

על ידי פרקליטות המדינה,

משרד המשפטים, ירושלים

טל': 02-6466771; פקס': 02-6467011

7. אסותא אשדוד בע"מ

ע"י ב"כ ממשד הרצוג פוקס נאמן ושות' עורכי דין

מבית אסיה, רח' ויצמן 4, תל-אביב 64239

טל': 03-6922020 פקס': 03-6966464

8. עיריית אשדוד

ע"י ב"כ ממשד הררי טויסטר ושות'

מגדל ב.ס.ר. דרך בן גוריון 2, רמת גן 52573

טל': 03-7553800 פקס': 03-7553801

המשיבים

תגובה מקדמית מטעם המשיבים 1-6

בהתאם להחלטת כבי' השופט זילברטל, ולקראת הדיון הקבוע בעתירה, מתכבדים המשיבים 1-6 (להלן: "המשיבים") להגיש תגובה מקדמית לעתירה מטעמם, כדלקמן:

מבוא

1. עניינה של העתירה בבקשת העותרים כי בית המשפט הנכבד יקבע כי אין תוקף חוקי להיתר שניתן ליזם (כמשמעותו בחוק בית חולים באשדוד (הקמה והפעלה, התשס"ב-2002)) (להלן: "היזם" ו"החוק" בהתאמה) ליתן שירות רפואה פרטי (להלן: "שר"פ") בתשלום במסלול בחירת רופא (להלן: "מב"ר") או בכל הסדר שקול להם, במסגרת בית החולים שיוקם באשדוד, וכי בית המשפט הנכבד יקבע כי היתר כאמור הינו בטל.

2. בגדרה של בקשה למתן צו ביניים ביקשו העותרים כי בית המשפט הנכבד יורה כי לא תעשה כל פעולה לקידום מתן שירות רפואה פרטי (שר"פ) במסלול בחירת רופא (מב"ר) או כל הסדר שקול להם, במסגרת בית החולים באשדוד.

3. ביום 8.4.12, לאחר הגשת תגובות מטעם המשיבים, נדחתה בקשת העותרים למתן צו ביניים, בהחלטת כבי' השופט זילברטל, בה נקבע כדלקמן:

"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 (ההדגשות הוספו)".

4. ואכן, כפי שפורט גם בתגובת המשיבים לבקשה למתן צו ביניים, וכפי העולה אף מן העתירה עצמה, כבר במכרז לתכנון, מימון, הפעלה ואחזקה של בית החולים באשדוד (מכרז 07/2009), אשר פורסם ביום 9.8.09, כלומר לפני כשלוש שנים (!), צוין כי בית החולים שיוקם באשדוד יהיה רשאי לספק שירותים רפואיים בתשלום, במסלול בחירת רופא, במגבלות שונות (העמודים הרלוונטיים מנספת ההפעלה ומחסכם הפרוייקט צורפו כנספחים ע/2, ע/3 לעתירה).

לא זו אף זו. התנאי בדבר האפשרות לספק שירותים רפואיים בתשלום, במסלול בחירת רופא, הופיע עוד בשלב מוקדם יותר, במסגרת בקשה לקבלת מידע (RFI) בנושא הקמת בית החולים באשדוד, שפורסמה אף טרם השלב המכרזי, וכבר בחודש אוקטובר 2007, קרי כארבע וחצי שנים לפני הגשת העתירה.

מש/1 העתק הבקשה לקבלת מידע מצורף ומסומן מש/1
[ר' סעיף 6(2)(ה) לבקשה]

במענה לשאלות שעלו במהלך ה- RFI הייתה התייחסות מפורשת לשאלת הפעלתם של שירותי רפואה פרטיים במסגרת בית החלים.

מש/2 העתק המענה מצורף ומסומן מש/2

5. בנוסף, התנאי בדבר האפשרות לספק שירותים רפואיים בתשלום, במסלול בחירת רופא, הופיע בשלב הראשון של ההליך המכרזי, במסגרת הזמנה להשתתף בהליך מיון מוקדם להקמת בית חולים באשדוד, שפורסמה כבר בחודש אוגוסט 2008, קרי כארבע שנים לפני הגשת העתירה!

מש/3 העתקי עמודים רלוונטיים ממסמך המיון המקדים מצורפים מסומנים מש/3
[ר' סעיף 2.7.2 תחת הכותרת "תנאי הפעלה נוספים"]

6. בנסיבות אלו, בקשת העותרים לבטל כעת, לאחר שנים של עבודת מטה בינמשרדית מאומצת; הליך מכרזי מורכב ורחב היקף; שבעקבותיו נחתם הסכם עם המשיבה 7; מוגשת בשיהוי ניכר, שיש בו כדי להוביל לדחייתה של העתירה כבר על הסף.

במהלך השנים שחלפו הושקעו הן מטעם המדינה והן מטעם המשיבה 7 השקעות עצומות, הן כספיות והן בשעות עבודה ארוכות, במהלכן גובשו הסכמות בין הצדדים, במטרה לעמוד בדרישות שקבע לעניין זה חוק בית החולים באשדוד. ההליכים המכרזיים והטרנס מכרזיים, על כל הכרוך בהם, אף דווחו לבית משפט נכבד זה במסגרת עתירות שהוגשו בטענות להימנעות המדינה מהקמת בית החולים באשדוד, ובסופו של יום הובילו למחיקת (ובחלק מן המקרים לדחיית) העתירות. לא ניתן להתעלם משיקול זה עת נבחנת בקשתם של העותרים לבטל כעת תנאי מהותי במסגרת תנאי המכרז ובמסגרת ההסכמה בין הצדדים. בהיעדרו של תנאי זה, ספק אם הייתה הסכמה וספק אם היה נשלם ההליך על פי החוק, לבחירת יזם להקמתו של בית החולים באשדוד, בתנאים שנקבעו לעניין מיקום בית החולים וגודלו ולעניין סוג שירותי הבריאות שעל היזם לספק בהתאם לחוק ולהליכים המכרזיים.

7. עוד נציין בהקשר זה, כי כיוון שהעתירה מופנית למעשה נגד תנאי מהותי שנקבע במסמכי המכרז, דומה כי האכסניה המתאימה לבירורה הייתה מלכתחילה (בעיתוי המתאים), בית המשפט לעניינים מנהליים, ומשכך דין העתירה להידחות על הסף גם לנוכח קיומו של סעד חלופי.

8. כפי שיפורט בהרחבה להלן, חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה כמו גם פסק דינו של בית המשפט הנכבד בעניין קרייתי (בג"ץ 4253/02, 4325/02) התייחסו להפעלת מסלול

שר"פ בבתי החולים הממשלתיים, ואינם חלים משכך על בתי חולים ציבוריים שאינם ממשלתיים. מן הטעם האמור יטענו המשיבים כי אין מניעה חוקית להפעלת שר"פ בבתי חולים ציבוריים, ובאופן ספציפי בהפעלת מב"ר בבית החולים שיוקם באשדוד, ודין טענות העותרים, הנשענות במידה רבה על חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה דאז ועל פסק דינו של בית המשפט הנכבד בעניין קריתי, להידחות.

9. מעבר לאמור נציין כבר בפתח דברינו: המחוקק קבע כי יוקם באשדוד בית חולים, כאשר במסגרת החוק נקבע באופן מפורש כי בית החולים יוקם ויופעל באמצעות יזם. למעשה, בהתאם לחוק, דרך המלך היא כי בית החולים באשדוד יתוכנן, יוקם, יוחזק ויופעל על ידי יזם שייבחר במכרז, כפי שאכן נעשה, ורק ככל שמהלך זה לא יצלח, יוקם בית החולים על ידי המדינה.

בהתאם לאמור, המודל שנבחר בסופו של יום, לאחר עבודה כלכלית שנעשתה לעניין זה על ידי המשיבים, היה הקמת בית חולים ציבורי על ידי יזם. מודל כזה קיים בבתי החולים שערי צדק והדסה בירושלים, שאף הם בתי חולים ציבוריים, ואשר משרתים אוכלוסייה של למעלה מ-700,000 תושבים. כמו כן מתאפשר המודל בשורה של בתי חולים ציבוריים נוספים, כגון: בתי החולים מעייני הישועה, לניאדו, ביקור חולים, משגב לדרך, בית החולים האיטלקי בנצרת, בית החולים האנגלי בנצרת ובית החולים הצרפתי בנצרת, אף שבפועל פעילות השר"פ בגדרם מצומצמת בהרבה בהיקפה ביחס לזו הקיימת בבתי החולים הדסה ושערי צדק (להלן נכנה בתגובה זו את כל בתי החולים הציבוריים בהם מתבצעת פעילות של שר"פ "בתי החולים הציבוריים האחרים").

במסגרת החוקית הקיימת, אשר אינה אוסרת שר"פ בבתי חולים ציבוריים אחרים (כפי הגדרתם בתגובה זו), ברי כי גם בבית החולים באשדוד הפעלת מב"ר אינה אסורה. יחד עם זאת, במודל שנבחר נקבעו כללים להפעלת מב"ר בבית החולים, כך ששירות זה יוסדר ויוגבל כראוי, תוך פיקוח ובקרה על פעולתו.

10. במערכת הבריאות בישראל חיות זה לצד זה רפואה ציבורית ורפואה פרטית, וזאת בהקשרים שונים ומגוונים. אמנם עמדתם של המשיבים הינה, כי ככלל, יש להגביל את היקף הרפואה הפרטית במדינת ישראל, משיקולים כלל מערכתיים החורגים מתחומה של העתירה הנדונה, ועניינם היחס הכללי בין הממד הציבורי לפרטי במשק הבריאות, וההשפעות המוסדיות הרוחביות שיש למערכת הפרטית על המערכת הציבורית. עם זאת, בעצם התרת מב"ר בבית החולים באשדוד, בשים לב להוראות החוק הקיימות ביחס לבית החולים ולכלל הנסיבות המאפיינות הקמת בית חולים זה; בהיקף מוגבל ומפוקח, תוך קביעת מערכת סדורה של כללים שיסדירו פעילות זו, אין משום פגם המצדיק התערבותו של בית המשפט הנכבד. מכל מקום ברי, כי לקביעה לפיה המב"ר שאושר בבית החולים באשדוד אינו חוקי, תתכן השלכה גם על מצב הדברים בבתי החולים בירושלים ובבתי החולים הציבוריים האחרים, שפורטו לעיל.

רקע הדברים הנדרש לענייננו

הרקע להקמת בית חולים באשדוד

12. החל מסוף שנות התשעים הופעל לחץ ציבורי להקמת בית חולים באשדוד. עמדת הממשלה בעניין זה הייתה, כי לא נכון להקים דווקא באשדוד בית חולים ציבורי.
13. חרף האמור, בשנים 1998 ו-2000 פורסמו שני מכרזים להקמת בית החולים ואלה לא צלחו, בשל אי היענות של מציעים. הערכתם הכלכלית של גורמי המקצוע בעניין זה הייתה בשעתו, כי ביסוד כשלונם של המכרזים עמדו סימני השאלה באשר להצדקה הכלכלית להקמת בית חולים באשדוד, וזאת לנוכח סמיכותם של בתי החולים ברזילי באשקלון וקפלן ברחובות. בסופו של יום, בשנת 2001 הוגשה בעניין זה לכנסת הצעת חוק פרטית של תה"כ סופה לנדבר, וזו הובילה לחקיקת חוק בית חולים באשדוד (הקמה והפעלה), התשס"ב-2002, בראשית שנת 2002.
14. חרף עמדת הממשלה ביחס להצדקה ולצורך בהקמת בית חולים באשדוד, מיום שנחקק החוק וקבע כי יוקם בית החולים, פעלו משרדי הממשלה על מנת לממש את הוראות החוק ולהקים את בית החולים כנדרש בו. כך, במהלך חודש פברואר 2002 פורסמה בקשה לקבלת מידע בנושא הקמת בית החולים ואף אליה לא הייתה כל היענות.

המסגרת הנורמטיבית

15. במישור הנורמטיבי נפתח ונאמר, כי פרק ההגדרות בחוק בית חולים באשדוד קובע כי בית חולים: כמשמעותו בסעיף 24(ב) לפקודה (פקודת בריאות העם, 1940). סעיף 24(ב) לפקודה קובע:

"(ב) לצרכי חלק זה יכלול המונח "בית-חולים" כל בית חולים, מבראה, בית-מרפא וכל בנין המשמש, או מכוון לשמש, לקבל אנשים הסובלים מכל חולי, פצע, ליקוי גופני או רוחני ולקבלת נשים יולדות, כדי לטפל באנשים טיפול רפואי, בין שניתן או הובטח ובין שלא ניתן או הובטח שכר או תשלום ע"י כל אדם שנתקבל שם כנ"ל".

16. כלומר - חוק בית חולים באשדוד אינו מגדיר את בית החולים שיוקם כבית חולים ציבורי דווקא, ולכאורה, אם ניצמד להוראות הדווקניות של החוק ושל הפקודה, ניתן לשער מצב

בו בית החולים שעתיד לקום יהא בית חולים המספק שירותי רפואה פרטיים בלבד. עם זאת, לנוכח התכליות שעמדו בבסיס הקמת בית החולים, ובהתחשב באופי של שירותי הבריאות שעתיד בית החולים לספק, שהינם שירותי בריאות ציבוריים, נמצאנו למדים כי **בית החולים שיוקם יהא בית חולים ציבורי.**

17. בנקודה זו נבקש להגדיר את המונח "בית חולים ציבורי" ולהבחין בעניין זה בין הבעלות בבית החולים לבין מהות השירותים שיינתנו בו.

חוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2002), התשס"ב-2002 (להלן: "**חוק ההסדרים**"), מגדיר "בית חולים ציבורי כללי", כהאי לישנא:

"בית חולים ממשלתי כללי, בית חולים 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";

כלומר, ההגדרה של בית חולים כציבורי נעשית בהתאם לשאלת הבעלות בבית החולים. בענייננו, בית החולים אסותא באשדוד יהא בבעלות חברת אסותא אשדוד, שהיא חברה ייחודית שהוקמה לצורך הקמת בית החולים.

18. יש להבחין בין שאלת הבעלות בבית החולים, לבין מהות השירותים הניתנים במסגרתו. לצורך הניתוח בתגובה זו נתייחס לבית חולים ציבורי כאל כזה שבו רוב רובם של השירותים ניתנים במימון ציבורי (סל השירותים הבסיסי שלפי חוק ביטוח בריאות ממלכתי, ללא תוספת תשלום על ידי המבוטח), ואשר קיים בו חדר מיון, המיועד למתן טיפול רפואי דחוף (ר' לעניין זה הגדרת "חדר מיון" בחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996).

בהתאם לאמור, אף בית החולים שעתיד לקום באשדוד, אף שספק אם הוא נכנס להגדרת "בית חולים ציבורי כללי" בחוק ההסדרים לעיל (כיוון שהבעלות בו הינה של "אסותא אשדוד"), עתיד לפעול במתכונת של בית חולים ציבורי. כאמור לעיל, לצורך נוחות הדיון בתגובה, נתייחס לבתי חולים ציבוריים אחרים, בהם קיימת פעילות שר"פ, **כבתי החולים הציבוריים האחרים**. לדברים אלה משמעות גם לצורך הניתוח המשפטי שנעשה בהמשך דברינו. בתגובה זו לא התייחסנו לבתי החולים של קופות החולים, אשר כיום לא מתבצעת בהם פעילות שר"פ.

19. נחזור כעת להוראות חוק בית חולים באשדוד. סעיף 3 לחוק, שכותרתו "התקשרות עם יזם להקמת בית חולים ולהפעלתו" קובע כדלקמן:

"3(א). בתוך שלושה חודשים מיום תחילתו של חוק זה, יפרסמו משרד האוצר, משרד הבריאות ומינהל מקרקעי ישראל מכרז פומבי להתקשרות עם יזם, לתכנון, להקמה, להתזקה ולהפעלה של בית החולים באשדוד ושל המבנים, בכפוף לקבלת כל האישורים הנדרשים לכך מאת הרשויות המוסמכות על פי דין (להלן - המכרז).

(ב). על המכרז יחולו ההוראות לפי חוק חובת מכרזים, התשנ"ב-1992, ככל שלא נקבע אחרת בחוק זה, ובלבד שתנאי המכרז יכללו גם את התנאים האלה:

(1) קופת חולים רשאית, בכפוף לכל דין, להשתתף במכרז ולהתקשר בחוזה על פיו, ויראו אותה כיוזם, ואולם לענין זה תהא קופת החולים פטורה מקבלת היתר לפי סעיף 29 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"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".

20. סעיף 4 לחוק, שכותרתו "הקמת בית החולים על ידי המדינה", קובע:

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

21. סעיף 6(א) לחוק ממשיך וקבוע כי בית החולים באשדוד יוחזק ויופעל על ידי היזם או על ידי המדינה, לפי העניין.

22. מהוראותיו של החוק עולה לפיכך, כי דרך המלך על פי החוק הינה הקמתו של בית החולים על ידי יזם שייבחר בהליך מכרזי. רק במידה בה לא נבחר זוכה במכרז - קובע החוק כי בית החולים יתוכנן ויוקם על ידי המדינה.

23. נקודה נוספת שטעונה הבהרה הינה כי לנוכח מדיניות הממשלה בדבר תאגוד בתי החולים הממשלתיים, אשר משתקפת בשורה של החלטות ממשלה שהתקבלו במהלך השנים; בהתחשב בהמלצות ועדות ממלכתיות שעסקו בנושא זה בעשורים האחרונים ובהמלצות מבקר המדינה, אשר קבעו כי יש להוציא את הבעלות על בתי החולים הממשלתיים מידי הממשלה - כבר מתחילת עבודת המטה ליישומן של החוק, האפשרות של הקמת בית חולים בבעלות ממשלתית באשדוד (שאינה דרך המלך על פי החוק) לא עמדה על הפרק מלכתחילה מבחינתה של הממשלה, והושקעו מאמצים רבים מצד הממשלה במטרה למצות את ההליך המכרזי לבחירת יזם טרם בחינת חלופות נוספות להקמת בית החולים.
24. מדיניות הממשלה בהקשר זה משתקפת בשורה של החלטות ממשלה, ביניהן: קידום עבודת מטה לקראת תאגוד, החלטה מס' 2641 מ-8.9.97; העברת בתי חולים אחדים לידי חברות מנהלות, החלטה מס' 130 מ-25.3.03; איחוד בתי החולים רמב"ם ובני ציון, העברת בית החולים וולפסון ולחברת ניהול בבעלות אחת מקופות החולים, החלטה מס' 699 מ-14.8.03; העברת הלל יפה, שיבא ורמב"ם לידי חברות מנהלות, בחינת האפשרות למזג את פעילות בתי החולים פלימן בחיפה ובית החולים הפסיכיאטרי בטירת הכרמל עם זאת של חברת הניהול של רמב"ם, לכשתקום, העברת המרכז הרפואי רבין שבפתח תקווה, הפועל כיחידה של הכללית, לידי חברה מנהלת בבעלות הכללית, החלטה מס' 2460 מ-15.8.04; הקמת צוות מקצועי אשר יפעל להעברת ניהולם של בתי החולים לידי חברות מנהלות, וזאת על פי העקרונות הקבועים בהחלטת הממשלה מאוגוסט 2004, החלטה מס' 471 מ-12.9.06; הקמת צוות לגיבוש חקיקה, החלטה מס' 2203 מ-12.8.07.
25. וכך נקבע בדו"ח המבקר 59 משנת 2009, בפרק "תאגידי בריאות ליד בתי החולים הכלליים הממשלתיים" (בעמ' 456):

"משנת 1990 ממליצות כל מיני ועדות ממלכתיות שמשרד הבריאות יתדל מתפקידו כיצרון וכספק שירותים וכי שתי הישויות יהיו לישות אחת - וזאת באמצעות תאגוד בתי החולים. גם הממשלה קיבלה החלטות רבות בנושא זה, אולם טרם נעשה דבר. ראוי לקדם נושא זה".

כמו כן ראו מבקר המדינה, דו"ח שנתי 61 (2010) בפרק "מצוקת האשפוז בבתי חולים כלליים", עמ' 176, 208.

26. ההחלטה שלא להקים בית חולים ממשלתי נגזרת ממדיניות הממשלה האמורה, ומגישתה העקרונית של הממשלה כי בכלל, אין זה ראוי ומתאים כי כגוף שלטוני

תעסוק באספקת שירותים, אשר ניתן לספקם ואמנם מסופקים בפועל במסגרות לא ממשלתיות, ושלא קיימים טעמים מיוחדים המצדיקים הפעלתם על ידי המדינה דווקא.

27. משכך, ההחלטה שנתקבלה במטרה ליישם את הוראות החוק, בהתאם לסדר הדברים הקבוע בו, הייתה לפעול לפרסום מכרז לצורך בחירת יזם לתכנון, הקמה והפעלה של בית החולים באשדוד.

28. ואכן, מכח החוק הוקמה ועדת מכרזים בינמשרדית משותפת למשרדי האוצר, הבריאות ומינהל מקרקעי ישראל. בוועדה היו חברים גורמי המקצוע הבכירים ביותר ממשרדי האוצר והבריאות, לרבות סמנכ"ל לתכנון פיתוח ובינוי במשרד הבריאות, ראש אגף רפואה במשרד, סמנכ"ל תמחור ותקצוב במשרד וחשב המשרד. עוד היו חברים בוועדה נציגים מאגף התקציבים במשרד האוצר ונציגים מן הלשכה המשפטית במשרד האוצר ובמשרד הבריאות. בראש הוועדה עמד סגן בכיר לחשב הכללי במשרד האוצר.

29. ועדת המכרזים קיימה עבודת מטה ממושכת ומאומצת לתכנון הליכי המכרז. במסגרת עבודת המטה בחנה הוועדה את המתכונת המיטבית למכרז, אשר אף תאפשר עמידה בתנאי הקבוע בסעיף 3(ב)(2) לחוק, לפיו ההכנסה הצפויה מהמבנים שיוקמו לשימושים נלווים לבית החולים ולשימושים מסחריים לא תפחת מעלות ההקמה של בית החולים. לצורך כך העסיקה הוועדה יועצים פיננסיים, אשר הופקדו על עריכת הבדיקה הכלכלית הנדרשת מכח החוק. נציין, כי מהבדיקה הכלכלית שנעשתה עבור המשיבים עלה בשעתו כי לא ניתן היה לקיים את התנאי הקבוע בחוק, וכי הקמה והפעלה של בית החולים במתכונת שתוכננה ועל פי הנחות העבודה שעמדו בשעתו בבסיס העבודה - אינה כלכלית.

30. על כן, ועל-מנת למצות לחלוטין את הליך הבדיקה של האפשרות לפרסם מכרז להקמת בית החולים, אשר יעמוד בתנאי החוק, הוחלט בשעתו על פרסום "פנייה לקבלת מידע" - RFI. מטרת הפנייה הייתה לבחון את השוק ואת השאלה האם קיימים מתמודדים פוטנציאליים בהליך מכרזי. כמו כן, ביקשה הוועדה לקבל מידע רלוונטי מן השוק ובין היתר בדבר פרטי ההתקשרות שבמסגרתם יהיו מוכנים ספקים להתקשר במכרז.

הוועדה החליטה כי ה-RFI יכול פנייה לקבלת מידע בנושאים הבאים: זהות המתמודדים הפוטנציאליים על הקמת בית החולים; מבנה בית החולים ותמהיל המחלקות היעיל ביותר להפעלתו; קבלת הערות לגבי הפרוגרמה שהייתה קיימת אז; שיטות שונות לניהול ולהפעלת בית החולים; שירותים נוספים אפשריים שיכול בית החולים לספק.

31. נשוב ונדגיש, כפי שפורט לעיל, כי כבר במסמכי הבקשה לקבלת מידע (ה-RFI) (מ/ש/1) הוזכרה האפשרות להפעלת שירותי רפואה פרטיים בבית החולים שיוקם. לדברים אלה משמעות רבה בכל הנוגע לטענת השיהוי הקיימת למשיבים.

32. במסגרת הליך ה-RFI נתקבלו שלוש תגובות: האחת של אלקטרה בע"מ, השנייה של אסותא מרכזים רפואיים בע"מ, והשלישית של עמותת רפואה וישועה.
33. לאחר שנתברר כי קיימות מציעות פוטנציאליות, פרסמה ועדת המכרזים את המכרז, אשר בדומה למכרזים תשתיתיים בסדרי גודל שכאלה, כלל שני שלבים: שלב מיון מוקדם (מאוגוסט 2008) ושלב הזמנה להציע הצעות. גם בשלב המיון המוקדם (מש/3) צוין כי "בית החולים יהא רשאי לספק שירותי רפואה פרטיים בהיקף של עד 25% מהיקף הפעילות, והכול בתנאים ובהתאם לכללים שיוגדרו במסמכי המכרז, בשלב השני".
34. ביום 9.8.2009 פורסם "הזמנה להציע הצעות" מכרז מס' 07/2009 לתכנון, מימון, הקמה, הפעלה ואחזקה של בית חולים כללי בעיר אשדוד. חלקים רלוונטיים מן המכרז צורפו לעתירה, המכרז במלואו בקישור:
<http://www.ag.mof.gov.il/AccountantGeneral/Templates/Tenders>
35. בהתאם לתנאי המכרז, בית החולים ייבנה על קרקע בבעלות מינהל מקרקעי ישראל, על שטח של כ-70 דונם, אשר נמצא במזרח העיר אשדוד. היזם אשר ייבחר במכרז יתחייב לבנות, לתכנן, לממן ולתפעל את בית החולים באופן אשר ישרת את צרכי הציבור ויעמוד בדרישות ובתקני משרד הבריאות.
36. בית החולים יכלול את כל המחלקות הנדרשות להפעלת בית חולים ציבורי-כללי ובכלל זה חדר מיון, טיפול נמרץ, מחלקות מתחומים שונים כמו כירורגיה, לב, יולדות, ילדים, אורטופדיה ועוד. היזם שיזכה במכרז יתחייב להקים את בית החולים ולהפעילו בתוך חמש שנים מיום אישור ההקמה. נציין שוב, גם במסמכי המכרז צוין במפורש כי ליזם תינתן אפשרות להפעלת מב"ר בהיקף של עד 25% מכלל הכנסות השנתיות ממכירת שירותים רפואיים של בית החולים וזאת בדומה להיקף פעילותם המדווחת של בתי החולים הדסה ושערי צדק בתחום השר"פ.

הוראות המב"ר במסגרת המכרז

37. פרק 12 בנספח ההפעלה במכרז מתייחס למסלול בחירת רופא (מב"ר), ותנאיו נפרשו במלואם בעמ' 15-16 לעתירה.
38. במסגרת התנאים שנקבעו, רשאי היזם להפעיל מסלול בחירת רופא בבית החולים, ובלבד ששירותים אלו יעשו בתיאום ובכפוף להוראות כל דין, לרבות נהלי והנחיות משרד הבריאות, כפי שיהיו מעת לעת, ובכפוף למסמכי המכרז לרבות נספח ההפעלה. ככלל נאמר, כי היקף הפעילות במסגרת מב"ר לא יעלה על 25% מכלל הכנסות בית החולים (ברוטו) ממכירת שירותים רפואיים, וכי היקף פעילות המב"ר בכל אחת מהמחלקות לא

יעלה אף הוא על 25% מהפעילות המבוצעת באותה מחלקה והיקף הפעילות במסגרת מב"ר המבוצע על ידי כל רופא לא יעלה על 25% מכלל הפעילות של אותו רופא.

39. התנאים והמגבלות אשר בכפוף ובהתאם להם יופעל המב"ר בבית החולים באשדוד גובשו על ידי ראש מינהל הרפואה (דאז) במשרד הבריאות, שאף היה חבר בוועדת המכרזים. כפי שניתן לראות גם מן הפירוט בעתירה, נספת ההפעלה קובע שורה ארוכה של מגבלות, שנועדו לאפשר פיקוח ובקרה מטעם משרד הבריאות. כך, בין היתר, נקבע:

א. רופאים המשתתפים במסגרת מב"ר ישתתפו בפעולות הייעוץ במרפאות בית החולים באותו אופן והיקף בו משתתפים רופאים שאינם משתתפים במסגרת מב"ר, ויהיו מחויבים לקבל חולים גם במערכת הציבורית, בהיקף ובמכסת שעות כאמור, כפי שייקבע על ידי הנהלת בתי החולים ובכפוף לאישורים הדרושים לפי כל דין.

ב. 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.

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

ד. 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 מיון, וזקוק לניתוח בתוך 24-36 שעות ממועד בדיקתו, יחשב לטיפול רפואה דחופה.

ה. 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 ומחשובית בין חולי מב"ר לבין חולי המערכת הציבורית.

ו. לא תהיה כל הפרדה בין חולים במסגרת מב"ר לבין חולים רגילים, ולא יהיה 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.

ז. בית החולים יודא כי כל חולה ינותח על ידי מנתח בעל מיומנות מתאימה, בהתאם לתומרת מחלתו, גם אם לא בחר במסגרת מב"ר, כי שיבוץ שמות 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.

40. ואלו רק חלק מן הדוגמאות. תנאי המב"ר שגובשו על ידי אנשי המקצוע במשרד הבריאות נועדו להבטיח פיקוח הולם וראוי ככל הניתן על מתן שירותי רפואה פרטית במסגרת בית

החולים, וזאת על מנת לצמצם את החשש לפגיעה בשוויון בין המטופלים במסגרת המב"ר.

41. עוד נציין, כי בהתאם לסעיף 1.14 לנוהל המב"ר, המופיע כאמור בפרק 12 לנספח ההפעלה של המכרז, 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 חולים 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".

42. לא מן הנמנע כי בכללים שפורטו לעיל לא יהא די. לפני מספר חודשים שלח משרד הבריאות לאסותא קובץ "נהלי הפעלה" בהם הוספו הסדרים רגולטיביים נוספים להסדרים הנ"ל.

מש/4 העתק המסמך מצורף מסומן מש/4

43. מעבר לאמור, ייתכן כי בהמשך הדרך, כאשר ייבחנו הדברים "תוך כדי תנועה", לרבות על יסוד דיווחי המשיבה 7 למשרד הבריאות, יגובשו כללים ותנאים נוספים. כך, למשל, מתעתד משרד הבריאות לעקוב באמצעות קבלת דיווחים שוטפים אחר זמני ההמתנה לניתוחים בשני המסלולים, כדי למנוע מצב בו נוצר פער במוצעת התורים, ובמידת הצורך - לתת מסלולים הנחיות מתאימות אשר יווסתו ויטפלו בפער זה.

44. נזכיר, כי בהתאם לסעיף 6(ב) לחוק, בית החולים שיוקם באשדוד יפעל בהתאם לכל דין החל על בית חולים, וכן בהתאם לנהלי עבודה מקצועיים שיקבע מנהל שירותי הרפואה. אף במכרז עצמו, בפרק המתייחס למב"ר, מצוינת כפיפותו של בית החולים להוראות משרד הבריאות בהקשר זה.

45. לשם הבהרה נציין, כי כשמו כן הוא, מב"ר נועד לאפשר למטופלים בחירת רופא, ולא אנשי צוות רפואי נוספים. ההגדרה במכרז בהקשר זה, אליה מפנים העותרים (סעיף 58 לעתירה), נועדה להבהיר כי הטיפול/ניתוחים שנעשים במסגרת המב"ר, כוללים את כל המעטפת האשפוזית-טיפולית הניתנת במסגרת בית החולים (גם במסלול הציבורי) ובכלל זה יתר הצוות הרפואי העושה במלאכה (עובדים פרא-רפואיים, סיעוד, מעבדות וכיו"ב). בכך אין כדי להשמיע, ולא זו הייתה כוונת המדינה, כי בידי של המטופל יהא לבחור בתשלום את כל הצוות הרפואי, כי אם את הרופא בלבד.

46. שלושה מציעים ניגשו למכרז ועברו את שלב המיון המוקדם: המשיבה 7, המשתייכת לקבוצת "אסותא מרכזים רפואיים בע"מ", חברת אפריקה ישראל בשיתוף דניה סיבוס ועמותת רפואה וישועה (שנקראה לצורך המכרז מיזמים), ומכון מור.

במהלך הליכי המכרז פרשו שתי מציעות מההליכים: הראשונה, חברת אפריקה ישראל בשיתוף דניה סיבוס ועמותת רפואה וישועה, ומכון מור. בהליך המכרזי נותרה מציעה יחידה: חברת אסותא אשדוד.

47. במהלך ניהול הליכי המכרז, בעקבות לקחים שהופקו מעבודת המטה שנמשכה, כאמור, מספר שנים, ואשר במהלכה אף נכשלו כאמור מספר מכרזים שפורסמו, ולאור חוות דעת כלכלית המתייחסת לתכנית העסקית העומדת בבסיס הקמת בית החולים כפי שנדרש במכרז, **הוחלט להגדיל את מענק ההקמה שיינתן מטעם המדינה לצורך הקמתו של בית החולים באשדוד**. בהקשר זה נציין, כי טרם ההחלטה על יציאה למכרז להקמת בית החולים, שכרה ועדת המכרזים חברת יעוץ פיננסי אשר הכינה עבורה עבודה כלכלית באשר להיתכנות הקמתו של בית החולים. העבודה כללה בחינת עלויות הקמה, תפעול, תחזוקה ומימון של בית חולים המיועד להכיל 300 מיטות בעיר אשדוד. כאמור לעיל, מהעבודה עלה כי **הקמת בית החולים במתכונת שנקבעה בחוק אינה כדאית מבחינה כלכלית** (בין היתר בשל הוראת סעיף 3(ב)(2) לחוק). בהקשר זה, עמד משרד האוצר על דעתו המקצועית לפיה על-מנת להביא להצלחת המכרז ולהקמת בית החולים, יש להקצות מקורות ממשלתיים בסכומים ניכרים, ואלה גובשו בסופו של דבר להחלטה ליתן מענק הקמה בשיעור של 75% מעלויות ההקמה המשוערות, ובסך של 487.5 מיליון ₪. להחלטה על הגדלת המענק קדם דיון בראשות שר האוצר, שנתקיים ביום 16.8.2010, במסגרתו הוצגו לשר תנאי המכרז ומצבו נכון לאותה עת, הצורך בהגדלת המענק וההשלכות של אלטרנטיבה בדמות הקמת בית חולים ממשלתי.

48. בשונה מן הנטען בעתירה, מענק ההקמה לא "נתפר" עבור המשיבה 7. לנוכח ההחלטה על הגדלת מענק ההקמה, אשר יש בה כדי להוות תמריץ כלכלי משמעותי למציעות, פנתה הוועדה לכל המציעות והביאה להחלטה לידיעתן, תוך מתן אפשרות לחזרתן להליך המכרזי. ההחלטה על הגדלת מענק ההקמה לא הובילה את שתי המציעות שפרשו מן המכרז לחזור ולהתמודד במסגרתו.

מש/5 העתק הפניה למציעות האחרות מצורף ומסומן מש/5

49. בסופו של יום נותרה רק המשיבה 7, אסותא אשדוד בע"מ, כמציעה יחידה במכרז ולאחר בחינת הצעתה וקיום דיונים שונים בעניין זה בוועדת המכרזים, הוחלט לבחור בה כזוכה במכרז, וביום 10.4.2011 הוכרז על זכייתה.

50. בהמשך לאמור נחתם ביום 29 למאי 2011 חוזה מול המשיבה 7. למותר לציין כי אף בחוזה כלולה האפשרות להפעלת מבי"ר בבית החולים לכשיוקם, בשיעור ובתנאים שנקבעו על ידי ועדת המכרזים הבינמשרדית.
51. להשלמת דברינו בהקשר זה נציין, כי הליכי המכרז וההתפתחויות שקרו במסגרתם דווחו לבית המשפט הנכבד במסגרת בג"ץ 2836/03, שהוגש על ידי ראש עיריית אשדוד, המשיבה 8 בעתירה זו. נציין, כי העתירה נמחקה בחודש מאי 2011, לאחר שהודע לבית המשפט הנכבד על זכייתה של המשיבה 7 במכרז.
52. ביום 29 ביוני 2011 מונתה על ידי החשבת הכללית במשרד האוצר מינהלת פרויקט, הכוללת ארבעה חברים: שני נציגים ממשרד האוצר ושניים ממשרד הבריאות. תפקידה של המינהלת הוא לפקח על ביצוע ההסכם וקיום התחייבויות היזם על פיו, והיא רשאית לערוך מעת לעת בדיקה של כל דבר וענין הקשור בביצוע הפרויקט או ההסכם להפעלתו, וזאת כמפורט בסעיף 6 למסמכי המכרז.
- בהמשך הדרך, אישרה מינהלת הפרויקט בהתאם לסמכותה, מספר שינויים בהסכם, שנעשו בעיקר בשל הצורך בהשגת מימון לפרויקט באמצעות בנק לאומי. התיקונים מצורפים ומסומנים מש/6
53. בהתאם להסכם בין המדינה לבין אסותא, ובהתאם לקבוע בסעיף 3(ב)(3) לחוק, בתוך חמש שנים מן המועד הקובע (החל ביום 29.5.12) אמורה המשיבה 7 להשלים את הקמת בית החולים באשדוד.
54. בנוסף, הגיע המשרד להסכמה עם אסותא מרכזים רפואיים בע"מ (לא המשיבה 7), לפיה עד להקמת בית החולים יפעל בית חולים זמני במבנה קיים ונפרד, במתכונת מצומצמת ומוגבלת מאוד. כיוון שבמתכונת זו לא יופעל מבי"ר, אין לדברים נגיעה לענייננו והם מובאים לשם הצגת התמונה בשלמותה בלבד.
55. על פי העולה מהעתירה, רק בחודש אוגוסט 2011 פנו העותרים למשיבים בבקשה לתקוף את התנאי המאפשר הפעלת מבי"ר בבית החולים שיוקם באשדוד.
56. עתירה זו מופנית נגד ההחלטה להתיר שירותי רפואה פרטיים ובפרט בחירת רופא במסגרת בית החולים הציבורי שיוקם באשדוד.

57. נחזור תחילה על טענתנו בעניין השיהוי. מכל המפורט לעיל עולה, כי התנאי בדבר האפשרות לספק שירותים רפואיים בתשלום, במסלול של בחירת רופא, הופיע כבר במסגרת הפניה לקבלת מידע (הליך ה-RFI בו פרטנו לעיל), שהתפרסמה כבר בחודש אוקטובר 2007, קרי כמעט ארבע וחצי שנים לפני הגשתה של עתירה זו. מדובר בשיהוי כבד, המצדיק בנסיבות העניין דחיית העתירה כבר על הסף.

58. לא למותר לציין, כי בנסיבות העניין מתקיים אף היסוד האובייקטיבי בבחינת השיהוי, שכן בפרק הזמן שחלף מאז פורסם התנאי הנתקף כעת על ידי העותרים, נעשו פעולות שונות למימוש הזכייה במכרז. כך, בפרק הזמן שחלף נבחרה, כאמור לעיל, המשיבה 7, במסגרת ההליך המכרזי, להקים ולהפעיל את בית החולים באשדוד. כך, נשלמה בינתיים גם ההתקשרות בין המשיבה 7 לבין המדינה. יוטעם, כי במסגרת אותה התקשרות נכלל התנאי להפעלת שירותי מסלול בחירת רופא (מב"ר) במגבלות שונות, בבית החולים באשדוד. המשיבה 7 נסמכה במידה רבה על כי תינתן לה אפשרות זו בהפעלתו של בית החולים, לכשיוקם, נכנסה להתחייבויות שונות והוצאו על ידה הוצאות כספיות לא מבוטלות, לצורך מימוש זכייתה, הקמה והפעלה של בית החולים. כפי העולה כבר מן העתירה עצמה, וודאי לנוכח כל שפורט לעיל, גם מטעמה של המדינה נעשו הליכים שונים והוצאו הוצאות כספיות לא מבוטלות, לצורך קיום החוק ומימוש הקמתו של בית החולים באשדוד.

59. לעניין בחינת היסוד האובייקטיבי בשיהוי ראו בג"ץ 2285/93 אוסי נחום נ' ראש עיריית פתח תקווה, פ"ד מח(3) 630, ובפרט:

"כנגד השיהוי הסובייקטיבי, שאין לו טעם היסטורי, עומד השיהוי האובייקטיבי, שיש לו טעם רציונלי. גם אם במקרה מסוים אין שיהוי סובייקטיבי, כיוון שהעותר פנה לבית המשפט מיד כאשר נתגלתה לו עילת העתירה, עדיין אפשר שיהיה בו שיהוי אובייקטיבי. השיהוי האובייקטיבי קיים כאשר מרוץ הזמן, עד הגשת העתירה, אפילו לא נגרם באשמת העותר, גרם לשינוי המצב, באופן שקבלת העתירה באותו מועד תגרום נזק, שהיה נמנע לו הוגשה העתירה במועד הראוי. פנים רבות לנזק כזה. אפשר, קודם כל, שנוזק כזה ייגרם לרשות המינהלית שהחלטתה עומדת לביקורת, שהרי ביטול ההחלטה לאחר

זמן רב עלול, בנסיבות מסוימות, לחייב אותה לחזור בה מהרבה החלטות ומעשים שכבר ביצעה, לשבש את תפקידה באופן ממשי או לחייבה בהוצאות כספיות גדולות. אפשר גם שהנזק ייגרם לצד שלישי שסמך על ההחלטה המינהלית, תכנן וניהל את עסקיו על יסוד ההנחה שאותה החלטה תקפה, ועכשיו בא העותר ומבקש לבטלה. במקרים מיוחדים אפשר אף שהנזק ייגרם לכלל הציבור, כגון, כאשר העותר מבקש לבטל תקנות או החלטות המעניקות שירותים או הטבות לציבור הרחב או למנוע בחירות במועדן...".

60. בענייננו, נראה כי מתקיימים כל הרכיבים שפורטו בפסיקתו של בית המשפט הנכבד. המדינה, מצידה, עשתה פעולות שונות, הכרוכות אף הן בהוצאות כספיות בלתי מבוטלות, לצורך קיום הליכי המכרז ובחירתו של ספק להקמת בית החולים באשדוד, על פי הוראות החוק. אף המשיבה 7 נכנסה להוצאות והתחייבויות שונות לצורך האמור. בנסיבות העניין, היעדרות למבוקש בעתירה וביטול מתן האפשרות להפעיל שירותי מב"ר בבית החולים שיוקם, עלולה לפגוע באופן ממשי בקידום הקמת בית החולים באשדוד.

61. עוד ראו והשוו בג"ץ 1801/12 פרופ' יוסי יונה נ' משרד התחבורה (טרם פורסם, ניתן ביום 14.3.12), שם נדחתה עתירה בגין שיהוי, בנסיבות דומות. ראו:

"למקרא העתירה והתגובות לה, הגענו לכדי מסקנה כי יש לדחותה על הסף. זאת, בשל שלושה טעמים: שיהוי, קיומו של סעד חלופי, והיעדר פנייה מוקדמת. די בכל אחד מטעמים כדי לדחות את העתירה, קל וחומר בהצטברותם יחד. אדון בהם כסדרם.
שיהוי

5. עניינו של טעם זה בעובדה לפיה העתירה "אחרה את הרכבת". משמתבקש בית משפט זה להעביר החלטה מינהלית תחת שבת ביקורתו, שומה על העתירה שתוגש ללא שיהוי. אכן, בחלוף זמן כשלעצמו אין בכדי לדחות עתירה על הסף בשל שיהוי בהגשתה. במובן זה, סדרי הדין בבית המשפט הגבוה לצדק אינם קובעים מועדים מוגדרים להגשת העתירה.

שאלת השיהוי תבחן על פי נסיבותיו של כל מקרה ומקרה, תוך איזון בין האינטרסים המנוגדים העולים בגדריו (וראו בג"ץ 7053/96 אמקור בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד נג(1)

193, 202 (1999); בג"ץ 282/11 ראש מועצת בית איכסא נ' שר הביטחון (6.9.2011).

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 חוזה 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 בחוזה עם צדדים שלישיים לצורך קידום הפרוייקטים השונים אשר "יצאו מהרציף" לדרום. לאמור, המחלף שבשיהוי בתיק דנא אינו רק דיוני-פרוצדורלי-תאריכי, אלא מהותי, והתעלמות ממנו יכול ותפגע באינטרס המשיבים באופן בלתי הוגן (ההדגשות אינן במקור מ.צ.ש.)."

62. ועוד ראו פסק דינה של כב' הנשיאה (בדימוס) ביניש בעע"מ 1789/10 סבא נ' מינהל מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, 7.11.2010), אשר יפים לענייננו גם לנוכח העובדה שפסק הדין שם עסק אף הוא בשאלות בעלות חשיבות ציבורית, המתעוררות בהליכים מכרזיים:

"הערעור שלפנינו מעורר שאלות חשובות בשורה של נושאים, ובהם מעמד עותרים ציבוריים בדיני המכרזים, כפיפותם של תאגידי פרטיים לאיסור ההפליה מטעמי דת ולאום, היקף הפיקוח הנדרש של המינהל על אופן שיווק הקרקעות המותכרות על ידו וחוקיות הקצאת מקרקעין לקבוצות בעלות מאפיינים תרבותיים או דתיים ייחודיים. שאלות חשובות אלה לא תוכרעה במסגרת פסק דיננו זה נוכח נסיבותיה הקונקרטיות של הפרשה שלפנינו, החכרת המגרש נשוא הערעור לאמונה והקניית הזכויות בו למשיבים 4 בגדר מעשה עשוי והפיכתו 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 המוצעים 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 זכייתם במכרז. על כן אין לבטל כיום את זכייתה 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".

63. דברים נכוחים אלה נכונים גם ביחס לטענותיהם של העותרים, כתשובה לטענת שיהוי, ובגנים סבורים המשיבים כי דין עתירה זו להידחות על הסף כבר בשל השיהוי הכבד בו היא לוקה.

סעד חלופי - פנייה לבית המשפט לעניינים מנהליים

64. לא ניתן להתעלם מן העובדה, שעתירה זו מופנית הלכה למעשה נגד תנאי שנכלל במכרז להקמת והפעלת בית חולים באשדוד, אשר קובע את האפשרות למתן שירותי מבי"ר במסגרת פעילות בית החולים. עוד לא ניתן להתעלם מכך, שסעיף 3(ב) לחוק קובע, כי על המכרז יחולו ההוראות לפי חוק חובת מכרזים, התשנ"ב-1992, ככל שלא נקבע אחרת בחוק.

65. על כן, ובהתאם להוראות הפריט החמישי בתוספת הראשונה לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים, התש"ס-2000, וסעיף 5 לחוק, דין העתירה (לו הוגשה במועד המתאים), היה להתברר בפני בית המשפט לעניינים מנהליים.

לעניין זה ראו למשל פסק דינו של בית המשפט הנכבד, שניתן אך לאחרונה, בבג"ץ 8447/10 דוד שוקרון נ' שר הבריאות (טרם פורסם, ניתן ביום 10.10.11), ואשר עסק במכרז שפרסם משרד הבריאות להפעלת מרפאות מתדון, לאוכלוסית המכורים לסמים. במקרה שם טענו העותרים כי עתירתם אינה מופנית נגד תנאי המכרז, אלא נגד עצם ההחלטה לצאת במכרז בהקשרו של השירות הספציפי נושא ההליך. וכך קבע לעניין זה בית המשפט הנכבד:

"הבהרנו לבאת כוחם של העותרים כי אבני נגף שונות עומדות בדרכם, ובין היתר קיומו של סעד חלופי בבית המשפט לעניינים מנהליים. בעקבות הערותינו מסרו הפרקליטות הנכבדות כי אינן עומדות על העתירה, אך

הכוונה היא להגיש עתירה לבית המשפט לעניינים מינהליים. העתירה נמחקת איפוא".

יצוין, כי אף בעניין שם הוגשה העתירה בשיהוי ניכר, ועל כן קבע בית המשפט הנכבד:

"כמובן, שאיננו מביעים כל עמדה לגופם של דברים וכן לעניין טענות סף אחרות, אשר ייתכן ויועלו על ידי המשיב היה ותוגש עתירה לבית המשפט לעניינים מינהליים...".

66. דברים דומים נאמרו על ידי בית המשפט הנכבד במסגרת הערעור בעע"מ 5514/09 סבא נ' מינהל מקרקעי ישראל, שנוכר לעיל, וכמו גם בבג"ץ 6219/06 ארגון בתי חולים פרטיים לחולים כרוניים בישראל נ' משרד האוצר (טרם פורסם, ניתן ביום 18.9.06), שם נקבע:

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

67. דברים אלה יפים אף לעניין שבפנינו.

לגופם של דברים

68. עמדת המשיבים הינה כי זין העתירה להידחות בהיעדר כל עילה משפטית להתערב בהחלטת המשיבים לאפשר, במסגרת ההסכמה עם המשיבה 7 ובהתאם למסמכי המכרז, לקיים שר"פ, בדרך של מסלול בחירת רופא, בהיקף מוגבל ומפוקח, בבית החולים שיוקם באשדוד. השאלה אם להפעיל שר"פ או לא היא שאלה מובהקת של מדיניות, ומשהוחלט על ידי המשיבים לאפשר מב"ר מוגבל בבית החולים באשדוד, במודל הקיים כבר בבתי החולים בהדסה ובשערי צדק, כמו גם בשורה של בתי חולים נוספים, עמדת המשיבים הינה כי אין בעניין זה עילה להתערבותו של בית המשפט הנכבד.

נפנה לפסק דינה של כב' השופטת נאור בעניין קריתי (פסקה 2 לפסק דינה):

"... נכון לעת הזו אין הממשלה מבקשת לקיים שר"פ בבתי חולים ממשלתיים. זוהי הכרעה הנתונה לשיקול דעת הממשלה בעיצוב מדיניות מערכת הבריאות

הציבורית בישראל. גם בהנחה (ולכך אשוב) שניתן היום, במסגרת המשפטית הקיימת, להתקין תקנות להפעלת השר"פ, איני סבורה שהימנעות הממשלה להתקין תקנות כאמור עולה כדי חוסר סבירות או מונעת משיקולים זרים ... מדובר בשאלה מובהקת של מדיניות, הכול כפי שהראתה חברתי בהרחבה. בית המשפט לא יעצב מחדש מדיניות חברתית-כלכלית שכן 'תפקידו של בית המשפט הוא בביקורת שיפוטית על חוקיותן של הפעולות השלטוניות ולא בהכרעה ערכית של המדיניות לגופה' ... השאלות המשפטיות שעוררו הצדדים מחווירות בסופו של יום מול ההכרעה הערכית, הכרעה שנתקבלה בממשלה ... (ההדגשות הוספו)."

69. ואכן, זהו הבסיס לעמדתם של המשיבים, וזוהי אף השורה התחתונה לטעמם. משעה שהחליטה הממשלה לאפשר היקף מסוים של מב"ר בבית החולים שיוקם באשדוד, במודל אשר קיים כבר בבתי החולים בהדסה ובשערי צדק, ובהיקף מצומצם יותר בבתי החולים הציבוריים האחרים אותם מנינו לעיל, מדובר בהכרעה שהיא עניין של מדיניות, ומתחם התערבותו של בית המשפט הנכבד בה הינו, משכך, צר ביותר.

70. לעיל הובהר כי החלטת המשיבים, כהמשך ישיר של מדיניות הממשלה בהקשר זה, הייתה שלא להקים מראש את בית החולים כממשלתי, אלא לפעול כפי שמורה החוק לבחירת יזם לתכנון, הקמה והפעלה של בית החולים, באמצעות הליכי מכרז.

המשיבים אינם חולקים על סיווגו של בית החולים ולו במישור אופי פעילותו (להבדיל ממישור הבעלות) כבית חולים ציבורי, וכך אף צוין במסמכי המכרז. ואולם, השיקול בדבר יכולתו של בית החולים לפעול בצורה מאוזנת כלכלית, המאפשרת לו להתקיים מהכנסותיו השוטפות, הוא שיקול רלוונטי במסגרת החוק. מטרת המחוקק בחקיקת החוק, כעולה מלשונו, הייתה בראש ובראשונה להקים בית חולים בעיר אשדוד באופן כלכלי באמצעות גורמים שאינם בבעלות ממשלתית. לצורך כך נקבעה חובת פרסום מכרז, ונקבעו הוראות מהותיות ביחס למכרז, מעבר להוראות חוק חובת מכרזים, ביניהם הוראת סעיף 3(ב)(2), אשר קובע כי תנאי המכרז צריכים לכלול תנאי לפיו הערכת ההכנסה הצפויה מהמבנים לא תפחת מעלות ההקמה של בית החולים.

71. בהינתן הדברים האמורים, החליטו המשיבים, בעת קביעת המודל לפיו יפעל בית החולים בהתאם לתנאי המכרז, כי בית החולים באשדוד יהא בית חולים ציבורי, המספק שירותי בריאות לכלל הציבור, ושעיקר השרותים בו ניתנים למטופלים במסגרת זכאותם לשרותים במימון ציבורי, על פי חוק ביטוח בריאות ממלכתי (סל השירותים הציבורי). המודל אותו אימצו המשיבים בהקשר זה (של התרת שר"פ בהיקף מוגבל) הינו מודל קיים

של בית חולים ציבורי אחר, והוא פועל בבתי החולים הדסה ושערי צדק בירושלים, ובשורה של בתי חולים ציבוריים אחרים, אותם מנינו לעיל. המשיבים סברו כי, בהינתן מיקומו, גודלו ותמהיל השירותים כפי שנקבעו בחוק ובמסמכי המכרז, מודל זה יאפשר ליזם גמישות תפעולית בהקמה ובתפעול של בית החולים, באופן בו תושג תכלית החוק ואכן יוקם ויפעל בית חולים ציבורי באשדוד.

מאחר ולטעמים של המשיבים אין במסגרת החוקית הקיימת כל מניעה להפעלת מב"ר בבית חולים ציבורי אחר (כהגדרתו בתגובה זו), בפרט בהתחשב בנסיבות העניין הנוגעות לחוק הקמת בית חולים באשדוד, נקבע במכרז מב"ר שיופעל בהיקף מוגבל, אך לצד זאת הותנו שורה של תנאים, שיאפשרו רגולציה ופיקוח מצד משרד הבריאות על תנאי המב"ר בבית החולים שיקום. המשיבים סבורים כי אין כל פגם חוקי בדרך בה בחרו לפעול, ואף מן הטעם האמור דינה של העתירה להידחות.

72. העתירה נסמכת במידה רבה על חוות דעת היועץ המשפטי לממשלה (דאז) ועל פסק דינו של בית המשפט הנכבד בעניין קריתי. על יסוד הדברים האמורים בחוות הדעת ובפסק הדין, מנסים העותרים לבסס טיעון לפיו הפעלת מב"ר, גם בהיקף מוגבל, בבית החולים באשדוד הינה בלתי חוקית, ומשכך על בית המשפט הנכבד לבטלה. דין טענות אלו להידחות.

73. חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה דאז, אליקים רובינשטיין, מיום 23.12.01, ופסק דינו של בית המשפט הנכבד בעניין קריתי, התייחסו להפעלה של שר"פ בבתי חולים ממשלתיים (בשונה מבתי חולים ציבוריים שאינם ממשלתיים, כבענייננו).

חוות הדעת צורפה כנספח ע/7 לעתירה.

כך, היועץ המשפטי לממשלה קבע בשעתו, כי הפעלת שר"פ באמצעות תאגידי הבריאות שליד בתי חולים ממשלתיים מחייבת תיקון של תקנות יסודות התקציב (כללים לפעולת תאגיד בריאות), התשס"ב-2002 כהסדר לתקופת בנייה ולאחר מכן מן הראוי שתוסדר בחקיקה ראשית. כיוון שמדיניות הממשלה בפועל הייתה שאין להתיר שר"פ בבתי חולים ממשלתיים, לא שונו התקנות ואף לא תוקן הדבר בחקיקה ראשית.

היועץ המשפטי לממשלה התייחס בשעתו, במידה רבה, לכך שבבתי חולים ממשלתיים נעשה שימוש בנכסי המדינה, הרופאים בהם הינם עובדי מדינה ומשרד הבריאות הוא הבעלים של בית החולים. משכך, אף נדרש היועץ בחוות דעתו לדברי חקיקה שאינם רלוונטיים לבתי חולים ציבוריים אחרים, כגון חוק נכסי המדינה, התשי"א-1951, חוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985 ותקנותיו. כמו כן נדרש היועץ להוראת צו הפיקוח על מצרכים ושירותים (שירות רפואי לציבור), התשמ"ג-1983, אשר בוטל בינתיים. דברים אלה אינם רלוונטיים ככתבם וכלשונם להתרת שר"פ בבתי חולים שאינם ממשלתיים.

74. לא למותר לציין, כי היועץ המשפטי לממשלה נדרש בשעתו להסדר השר"פ הקיים בבתי החולים הציבוריים בירושלים שאינם בבעלות הממשלה ובתשובה לטענה כי יש להתיר שר"פ במגבלות בבתי החולים הממשלתיים בגין טענת אפליה השיב כדלקמן:

"כיצד ניתן לטעון להפליה לרעה של בתי החולים הממשלתיים לעומת הפרטיים, עקב חוסר האפשרות לקיים שר"פ? כשם שמשפטן בשירות הציבורי אינו יכול לטעון כי הוא מופלה לרעה לעומת עו"ד בשוק הפרטי העוסק בפרקטיקה פרטית, הוא הדין לרופא...".

75. מן האמור לעיל עולה, כי אף היועץ המשפטי לממשלה דאז היה מודע להבחנה המהותית הקיימת בין בתי חולים ציבוריים לבתי חולים ממשלתיים, וחווה דעתו בשאלת התרת השר"פ התייחסה במפורש אך ורק לבתי החולים הממשלתיים.

76. כך גם לגבי פסק הדין בעניין קריתי. ראשית העתירות בעניין קריתי הייתה במצב דברים שבו הופעל שר"פ בבתי חולים ממשלתיים, באופן בו נקבע על ידי היועץ המשפטי לממשלה כי הוא אינו חוקי. בפרשה היו התפתחויות שונות, ובסופו של יום הודיעה המדינה לבית המשפט כי עמדתה הינה שאין מקום להפעיל שר"פ בבתי החולים הממשלתיים, וכי עניין זה יטופל במסגרת פעילות הממשלה לתאגוד בתי החולים הממשלתיים.

משהחליטה הממשלה את אשר החליטה, לא נדרשה למעשה הכרעת בית המשפט הנכבד בשאלת הזרדך הראויה להסדרת שר"פ בבתי חולים ממשלתיים, ולעניין זה נפנה לפסק דינה של כב' השופטת נאור. מכל מקום, גם הקביעות בפסק דינה של כב' השופטת ברלינר, אשר עסקו בחוקיות (או בהיעדר חוקיות) בהפעלת שר"פ בבתי חולים ממשלתיים, לא הוחלו על בתי החולים הציבוריים. ההפך הוא הנכון. וכך קובעת כב' השופטת ברלינר בסעיף 46 לפסק דינה, המתייחס להסדר הקיים בבתי החולים הדסה ושערי צדק בירושלים:

"... 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 ... (ההדגשות הוספו)".

77. כלומר, אף פסק הדין בעניין קריתי, עליו משליכים העותרים ייבם, עסק בשאלה של הסדרת שר"פ בבתי חולים ממשלתיים, ואבחן את שנאמר בו מן המצב הקיים בבתי החולים שאינם ממשלתיים.

מכל מקום, ברי כי אם פסק הדין בעניין קריתי יתפרש ככזה האוסר על הפעלת שר"פ בבתי חולים ציבוריים, יהא בכך כדי להשליך על ההסדר הקיים היום בבתי החולים בהדסה ושערי צדק בירושלים, אשר משרתים אוכלוסייה של למעלה מ-700,000 איש. כמו כן יהא בכך להשליך על המצב בבתי החולים הנוספים, שאף הם, כבית החולים שיוקם באשדוד, בבעלות פרטית, אך מתפקדים כבתי חולים ציבוריים לכל דבר ועניין.

78. מעבר לכל האמור - העתירה, אשר מדברת בשיח של זכויות, מתעלמת במידה רבה מהמציאות המורכבת הקיימת במערכת הבריאות בישראל. במערכת הבריאות, ובכלל האמור במערכת הבריאות הציבורית, חיות זו לצד זו הרפואה הפרטית והרפואה הציבורית, וזאת בהקשרים שונים ומגוונים. כך, למשל, שירותים שונים הכלולים בסל הבריאות ניתנים, במסגרת הסדרי הבחירה של קופות החולים בהתאם לחוק ביטוח בריאות ממלכתי גם במוסדות פרטיים (למשל שירותי דימות שונים הניתנים במכוניס פרטיים). כמו כן, ניתנים שירותים שאינם כלולים בסל, גם בבתי חולים ממשלתיים (במישור האמבולטורי, אך לא במישור האשפוזי, ולמשל: טיפולי הפריה לילד שלישי, דימות PET CT בהתוויות שאינן בסל, טיפולי שיניים וכיוצא בזה).

79. מערכת הבריאות מורכבת רבדים שונים, חלקם ציבוריים וחלקם פרטיים. זוהי מציאות קיימת במערכת הבריאות מימים ימימה, והיא אינה בלתי חוקית או פגומה כשלעצמה. עם זאת, גם במציאות מורכבת זו ישנם כללים עליהם צריך לשמור, והם באים לידי ביטוי במגבלות רגולטוריות המוטלות על ידי משרד הבריאות או על ידי המחוקק. כללים אלה נועדו להבטיח כי קיומה של מערכת רפואה פרטית, לצד או כרובד נוסף על מערכת הרפואה הציבורית, לא תוביל לפגיעה בהיקף ואיכות השירותים הכלולים בסל שירותי הבריאות בהתאם לחוק ביטוח בריאות ממלכתי. כמו כן נועדו הכללים האמורים למזער את הפגיעה בשוויון שעלולה להיווצר לנוכח קיומו של מדרג שירותים, ציבורי ופרטי.

80. אחד העקרונות המרכזיים עליהם מקפידים המשיבים בהקשר זה הינו ההפרדה בין המימון הציבורי למימון הפרטי, וליתר דיוק - העקרון כי כספי המימון הציבורי לא נועדו לממן שירות פרטי. המימון הציבורי איננו "שובר" והוא נועד לממן שירות, שהוא שירות ציבורי גרידא. בהקשר זה, תלויה ועומדת היום לבחינתו של בית המשפט הנכבד עתירה בה נתקפת החלטת משרד הבריאות שלא לאפשר מימון ציבורי (בהתוויה שבאחריות משרד הבריאות על פי חוק ביטוח בריאות ממלכתי) לבדיקת מי שפיר, מקום בו כללה הבדיקה רכיב של בחירת רופא, שהינו רכיב מובהק של רפואה פרטית.

81. בנוסף, כחלק מן המערכת הרגולטורית שמפעיל משרד הבריאות בהקשר זה, חלות מגבלות על שירותי בריאות נוספים שמספקות קופות החולים, ואשר מצויים "בתפר" שבין שירותי הבריאות שהקופות חייבות לספק על פי חוק לבין שירותי בריאות פרטיים לגמרי. בין היתר, אוסר החוק לקבוע הגבלה על קבלה לתכניות שירותי בריאות נוספים מטעמים של מצב רפואי או כלכלי. כמו כן, מחויבות קופות החולים שלא "לסבסד" את

השרותים שהן מציעות למבוטחיהן במסגרת השב"ץ ממקורות הסל, ולכן - ניתוחים פרטיים ממומנים על ידי השב"ץ באופן מלא.

82. ההוראות שנקבעו במסגרת המכרז ואשר לפיהן יותר מב"ר בהיקף חלקי, פועלות אף הן למטרה זו. ויודגש. בעוד שבבתי החולים הדסה ושערי צדק הכללים להפעלת שר"פ לא נקבעו הסדרים ייחודיים המגבילים את פעילות השר"פ, ביחס לבית החולים באשדוד קבעו המשיבים כללים מפורטים שנועדו להפחית ככל שניתן את החשש המובנה לפגיעה בשוויון בין המטופלים, הנובע מהאפשרות לבחירת רופא.

83. ודוק. האמירה העקרונית שבחוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה, המתייחסת לקיומה של אפשרות לבחירת רופא במערכת הממשלתית - נשמרת, שכן לא הותרה בחירת רופא במערכת זו. הן חוות דעת היועץ והן פסק הדין בעניין קריתי לא התייחסו כאמור, לשאר המערכת, וביחס לחלקים אחרים אלה של המערכת, הכוללים בתי חולים דוגמת שערי צדק והדסה, ובתי החולים הציבוריים האחרים שזכרו לעיל, אף לא חל שינוי במערכת התחיקה הרלוונטית. ביחס לבית החולים באשדוד, אשר דומה במאפייניו למערכת בתי החולים הציבוריים האחרים, הוחל מעין "הסדר ביניים", התואם את מאפייני בית החולים, לכשיוקם, ומאפשר עמידה בהוראות החוק המחייבות הקמת בית חולים כאמור, תוך שהוא יוצר מערכת כללים שתפקח על המב"ר המוגבל שהותר במסגרת זו.

84. על רקע הדברים האמורים, קביעה כי התרת שר"פ בבית חולים ציבורי הינה בלתי חוקית אין לה בסיס, ולקביעה כזו אף תהיינה לה השלכות גם בהקשרים אחרים במערכת הבריאות, ואין להתעלם מכך.

85. דברים אלה הם אף התשובה העיקרית לטענת העותרים ביחס לפגיעה בזכות לנגישות שוויונית לשירותי בריאות, בזכות לכבוד או בזכות לבריאות.

86. גם בהקשר זה לא ניתן לבחון את הטענות לפגיעה בזכות זו או אחרת במנותק מהמבנה הייחודי של מערכת הבריאות בישראל, אשר משליך הן על היקפן של הזכויות הנטענות (ולבטח על ההגנה החוקתית הניתנת להן, ככל שאכן קיימת כזו) והן על עוצמת הפגיעה בהן, בנסיבות הנדונות בפנינו.

את מערכת הבריאות בישראל ניתן לתאר כבנויה ממספר רבדים. הרובד הראשון, שהוא אולי הבסיסי ביותר, נוגע לזכות לקבלת טיפול רפואי במצב חירום של מצוקה גופנית מיידית - וראו לעניין זה סעיף 3(ב) לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996.

87. ברובד הבא, הרחב יותר, ניתן למקם את סל שירותי הבריאות הניתנים לפי חוק ביטוח בריאות ממלכתי. החוק האמור קובע בסיס אחיד של שירותי בריאות, המפורט בתוספת השניה ובצו התרופות לפי סעיף 8(ז) לחוק זה (היינו "סל השירותים הבסיסי של קופות

החולים"), וכן בסיס אחיד של מימון (סעיף 13 לחוק זה) המחולק לפי נוסחת הקצאה קבועה (סעיף 17 לחוק זה). חוק ביטוח בריאות ממלכתי קובע סל שירותים בסיסים אחיד, הניתן לכלל תושבי המדינה. המשמעות האמיתית של הסולידריות והשוויון העומדים בבסיס חוק ביטוח בריאות ממלכתי באים לידי ביטוי בכך שהזכויות הניתנות במימון ציבורי ניתנות באופן שוויוני - ללא העדפה למבוטח אחד על פני משנהו, וזו משמעותו של שירות ציבורי. בהקשר זה יובהר, כי רוב פעילותו של בית החולים אסותא באשדוד אכן תינתן במתכונת זו, לצד שירותי מבי"ר (בהיקף שלא יעלה על 25% מכלל פעילות בית החולים).

88. לא למותר להעיר בהקשר זה, כי סל שירותי הבריאות הניתן בהתאם לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, הינו מהרחבים בעולם. עוד חשוב לאמר, כי שירותי הבריאות הכלולים בסל שירותי הבריאות ניתנים, על ידי המדינה או קופות החולים (בהתאם לאחריות בחוק למימון השירות הרלוונטי) במוסדות ממשלתיים, במוסדות הקופה וגם במוסדות פרטיים. חלק מן השירותים הכלולים בסל, ולמשל בדיקות דימות (כגון MRI, CT, רנטגן), ניתנים בחלק גדול מן המקרים במכונים בבעלות פרטית.

עוד חשוב לציין, כי למבטחים (ביחס למרבית השירותים בסל מדובר בקופות החולים) קיימת חובה לפי חוק ביטוח בריאות ממלכתי לספק את השירותים בתנאי הסבירות הקבועים בסעיף 3 לחוק. ברי, כי עצם קיומו של שר"פ בחלק מבתי החולים אינו גורע כהוא זה מחובת קופות החולים (או המדינה בשירותים המצויים באחריותה) לנהוג בהתאם לכללי השוויון הקבועים בחוק.

89. מעבר לסל השירותים הבסיסי הוסדרה בשנת 1998 בחוק ביטוח בריאות ממלכתי האפשרות העומדת לקופות החולים להציע לחברים בהן גם תכניות ביטוחים משלימים, (שב"נים - שירותי בריאות נוספים). תכניות השב"נ אינן תכניות ביטוח המשוקות ומופעלות על ידי חברות ביטוח פרטיות, ובהתאמה הוחל עליהן הסדר שונה בתכלית מזה שחל על תכניות כאלו. תכניות השב"נ מאושרות בידי שר הבריאות, והוא המפקח עליהן, באמצעות אותו סמנכ"ל המפקח על כלל פעילות קופות החולים. על פי חוק ניתנות בידי משרד הבריאות אותן סמכויות פיקוח על תכניות השב"נ הנתונות לו לפיקוח על קופות החולים לפי חוק ביטוח בריאות ממלכתי.

90. תכניות השב"נ נקבעו על מנת לשמש רובד משלים לסל הבסיסי, אשר דומה בעקרונותיו לאלה של סל השירותים הבסיסי, כאשר ההבדל העיקרי בין הסל המשלים לבין הסל הבסיסי הוא בכך שתנאי השב"נ נקבעים בידי הקופה באישור שר הבריאות, ואין תובה של החברים להשתייך אליה.

91. תכניות השב"ן הן דוגמא לרובד במימון פרטי הפועל לצד הרובד הציבורי, כשבקופת החולים מבוטחים אלה לצד אלה - מבוטחים שהם עמיתים בשב"ן ומבוטחים שאינם

עמיתים בשב"ן. קיום הרובד הפרטי אינו שולל את ה"ציבוריות" של הרובד הציבורי, מחד גיסא, ומאידך גיסא, קיומם אלה לצד אלה של הסדר במימון ציבורי והסדר במימון פרטי **מחייב** כי בפיקוחו של משרד הבריאות על הרבדים השונים, תישמר הן הפרדה מתאימה בין הרבדים (למשל, ניתוחים הניתנים תוך בחירת רופא ממומנים על ידי השב"ן באופן מלא ללא סבסוד הסל הציבורי) ולא תפגע איכות השירות במסגרת הרובד הציבורי.

92. מעבר לשירותים האמורים קיימים ביטוחי בריאות פרטיים, במסגרתם ניתנים שירותים שאינם כלולים בסל שירותי הבריאות. כמו כן קיימת בנגזרות שונות במערכת הבריאות האפשרות לרכוש שירותי רפואה פרטיים, גם בבתי חולים (למשל - בבתי חולים פרטיים, בבתי החולים הדסה ושערי צדק בירושלים ובבתי החולים הציבוריים האחרים, אותם מנינו לעיל).

93. כבית חולים ציבורי, אמור בית החולים שיקום באשדוד לספק לציבור הרחב בראש ובראשונה שירותי בריאות הכלולים בסל. **המגבלות שהוחלו על התרת מב"ר בבית החולים נועדו להבטיח מצב לפיו שירותי הבריאות הציבוריים שיינתנו במסגרת בית החולים, למי שאיננו במסלול המב"ר, יעמדו בדרישות חוק בריאות ממלכתי, וכי החשש המובנה לפגיעה בשוויון בין המטופלים, הנובע מהתרתו של מב"ר, גם בהיקף מוגבל, יופחת ככל שניתן.**

נציין שוב. עצם התרתו של מב"ר בבית החולים באשדוד אינה גורעת כהוא זה מחובתו של הגורם המבטח (בין אם מדובר בקופות החולים ובין אם מדובר במדינה) לספק את סל השירותים הבסיסי בהתאם להוראות חוק ביטוח בריאות ממלכתי, על העקרונות הגלומים בו (לרבות עקרון הסבירות ועקרון השוויון בין המבוטחים). המגבלות שנקבעו בתנאי המכרז, ביניהן הגבלת היקף המב"ר, איסור מב"ר ברפואה דחופה, איסור על מתן קדימות בקביעת תורים, איסור על הפרדה בין חולים במסגרת מב"ר לבין החולים האחרים, וכיוצא בזאת, נועדו להבטיח מצב בו "חבילת השירותים הבסיסית" הניתנת למבוטחים תעמוד בדרישות ובעקרונות חוק ביטוח בריאות ממלכתי.

94. ודוק. המשיבים מודעים לחששות לתוצאות שליליות שעלולות לנבוע מהשר"פ ולתופעות בעייתיות שלעיתים כרוכות בו - פגיעה בשוויון בין מטופלים, ניגודי עניינים וכיוצא באלה. ואולם, לטעמם של המשיבים, החשש מתוצאות כאלו לא אמור להוביל לשלילה מוחלטת של הסדרים לבחירת רופא בבית החולים שיקום באשדוד.

95. במערכת הבריאות קיימים כאמור לעיל רבדים שונים, ומגוון שונה של שירותים, חלקם פרטיים וחלקם ציבוריים. כבר מן האמור נובע אי שוויון מסוים בין הרבדים, אשר הינו חלק בלתי נפרד ממצאיאות הדברים במערכת הבריאות. ואולם, עמדת המשיבים הינה **כי כל עוד נשמרת זכותו של המבוטח לקבלת סל השירותים הבסיסי בתנאי השוויון והסבירות הקבועים בחוק**, הרי שלא נפגעת הזכות לשוויון או זכותו של המטופל לנגישות שוויונית לשירותי בריאות. לחלופין, המשיבים יטענו, כי לנוכח מנגנוני הפיקוח שנועדו

לאפשר מצב בו סל השירותים שניתן למטופלים הינו סביר ואיכותי, הרי גם ככל שמתקיימת פגיעה בזכויות, פגיעה זו אינה בעוצמה המצדיקה התערבותו של בית המשפט הנכבד, בדרך של ביטול ההיתר שניתן להפעלת מב"ר בבית החולים באשדוד.

96. טענות העותרים ביחס לצורך בהסמכה בחקיקה ראשית לאישור השר"פ נסמכות במידה רבה על חוות דעת היועץ המשפטי לממשלה ועל פסק הדין בעניין קריתי. אלא, שכאמור לעיל, הן חוות דעתו של היועץ דאז והן פסק הדין בעניין קריתי התייחסו להסמכה לאישור שר"פ בבתי חולים ממשלתיים, על ההסדרים החוקיים הרלוונטיים למצב הדברים בבתי חולים אלה בלבד.

היועץ המשפטי לממשלה קבע בשעתו בחוות דעתו, כי הפעלת שר"פ באמצעות תאגידי הבריאות שליד בתי חולים ממשלתיים מחייבת תיקון של תקנות יסודות התקציב (כללים לפעולת תאגיד בריאות), התשס"ב-2002 כהסדר לתקופת ביניים ולאחר מכן מן הראוי שתוסדר בחקיקה ראשית. דברים אלה אינם מעלים או מורידים בשאלת ההסמכה לקביעת שר"פ בבית החולים באשדוד.

97. לא זו אף זו. בשאלת ההסמכה החוקית לקביעת שר"פ בתי החולים הממשלתיים (כמו גם בשאלה האם נדרש בית המשפט כלל להכריע בחוקיות השר"פ בהינתן מדיניות הממשלה) חלקה כב' השופטת נאור הן על פסק דינה של השופטת ברלינר בהקשר זה, והן על חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה. לעניין זה ר' פסקה 5 לפסק דינה של כב' השופטת נאור:

"עם זאת אבהיר כי ביחס למתווה הפעלת השר"פ באמצעות קרן מחקרים שהיא "תאגיד בריאות", אין דעתי נחרצת כדעת היועץ המשפטי לממשלה. כשלעצמי סבורה אני כי הוראות סעיפים 21 ו-31 לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985 עשויות לקיים את דרישת החוקיות במישור הסמכות להסדרת נושא השר"פ, ובלבד שיותקנו מכוחן תקנות מתאימות ומפורשות לנושא זה, דבר שלא קרה..."

98. כב' השופט ג'ובראן הצטרף אמנם לחוות דעתה של כב' השופטת ברלינר, אלא שהסכים גם עם קביעתה של כב' השופטת נאור, כי לנוכח עמדתה של הממשלה הפך הדיון בחוות דעת היועץ (שנכונות הקביעות בו הועמדה לביקורת בית המשפט במסגרת העתירות) לתיאורטי, ואין כל מקום להכריע בו. בנסיבות אלו ניתן לאמר, כי פסק הדין בעניין קריתי כלל לא קבע הלכה באופן בו יש להסדיר שר"פ, ושוב - ממילא דובר בהסדרת השר"פ בבתי חולים ממשלתיים, על ההסדרים החוקיים הרלוונטיים להם.

99. משעה שפסק הדין בעניין קריתי לא קבע הלכה בעניין הצורך בהסמכה חוקית להתרת שר"פ, שומה עלינו לבחון את הוראותיו של חוק הקמת בית חולים באשדוד. כפי שצינו

בראשית דברינו, הוראות החוק, המפנות בהגדרת בית חולים לסעיף 24(ב) לפקודת בריאות העם, אינן קובעות כלל במפורש כי בית החולים שיוקם באשדוד יהא בית חולים ציבורי, ועניין זה נלמד אך מתכליתו של החוק ומן הכוונה להקים באשדוד בית חולים שישרת את כלל הציבור באזור גיאוגרפי זה. תכלית זו מקוימת, גם שעה שרוב פעילותו של בית החולים היא ציבורית, ומיעוטה "פרטית".

100. בשים לב לדברים האמורים, בהיעדר איסור מפורש; ובשים לב למיקום בית החולים באשדוד; לתמהיל השירותים שנקבע לגביו; ובשים לב עוד להערכות הכלכליות שעמדו בפני המשיבים עובר להליך המכרזי ואשר הצביעו על היעדר כלכליות בהקמת בית החולים - כאשר ביקשו המשיבים ליישם את הוראות החוק, היה עליהם לייצר מודל אשר יאפשר ליזם גמישות תפעולית ויבטיח את הקמתו של בית החולים. לנוכח האמור החליטו המשיבים לאפשר ליזם הפעלת מבי"ר בהיקף מוגבל, תוך קביעת כללים לעניין זה במסמכי המכרז.

101. העותרים, נאמנים לגישתם לפיה בנסיבות אלו היה זה מחובתה של המדינה להקים באשדוד בית חולים ממשלתי, רואים בשלילה את המודל שבחרה הממשלה, ואשר הוביל בסופו של דבר לעמידה בדרישות החוק ולבחירת יזם שיקים את בית החולים, בהליך מכרזי.

אלא, שהאפשרות להקמת בית חולים ממשלתי נדחתה בנסיבות העניין, לנוכח כלל השיקולים אותם פרטנו לעיל. מכל מקום, הפרשנות שניתנת על ידי העותרים בהקשר זה אף אינה מתיישבת עם הוראות החוק, אשר קובעות כי דרך המלך להקמת בית החולים היא הקמה באמצעות יזם, שייבחר בהליך מכרזי. פרשנות העותרים לפיה אסור למדינה לשקול שיקולים של הותרת גמישות תפעולית ליזם באופן שיבטיח את האפשרות להקמת בית החולים (בפרט לאור הוראות 3(ב)2 לחוק) - אינה פרשנות סבירה, והיא אינה עולה בקנה אחד עם לשונו של החוק כמו גם עם תכליתו. החוק קובע כי יש להעדיף הקמת בית חולים באמצעות יזם. מכך נובעות משמעויות גם באשר לאופי בית החולים.

102. משאלו הן נסיבות העניין, ומשאלו הן הוראות החוק, המייחסות באופן ספציפי משקל לשיקול הכלכלי של היזם, עמדת המשיבים הינה כי לא הייתה כל מניעה להתיר שר"פ בבית החולים באשדוד ללא הסמכה מפורשת בעניין זה בחוק להקמת בית החולים. גם לעניין זה יובהר, כי ככל שייקבע כי ההיתר להפעלת מבי"ר שניתן למשיבה 7 בבית החולים באשדוד הוא בטל כיוון שלא הייתה לו הסמכה חוקית ספציפית, תהא לאמור השלכה ישירה על ההסמכה להפעיל שירותי רפואה פרטית בבתי החולים הציבוריים האחרים.

103. לטענות העותרים ביחס למענק ההקמה התייחסנו בפרק העובדתי בראשית דברינו. נושא גובה המענק וההחלטה על הגדלתו זכו לדיונים מעמיקים בוועדת המכרזים הבינמשרדית כמו גם לאישורו של שר האוצר. בעניין זה אף הונחו בפני ועדת המכרזים עבודה כלכלית

שנעשתה על ידי יועצים פיננסיים כמו גם הערכות שנעשו במשרד הבריאות ובמשרד האוצר.

המשיבים חולקים מכל וכל גם על הטענה לקיומם של שיקולים זרים, במסגרת ההחלטה על בחירת אסותא כזוכה במסגרת המכרז. עבודת המטה שנעשתה בשלבים הטרם מכרזיים ובמסגרת הליכי המכרז הייתה מעמיקה ויסודית, והיא כללה נציגים ממשרדי האוצר, הבריאות ומינהל מקרקעי ישראל. אמנם הממשלה לא חפצה מלכתחילה בהקמתו של בית חולים באשדוד, אולם משנקבעה חובת הקמתו בחוק, פעלו המשיבים בצורה אינטנסיבית ליישום מטרות החוק, ואין לזקוף פעילות זו לחובתם.

104. אשר לשיתוף הפעולה בין משרד הבריאות למשרד האוצר, נציין, כי נציגי משרד הבריאות (לרבות נציגי הנהלת המשרד ונציג הייעוץ המשפטי) היו חברים בוועדת המכרזים הבינמשרדית, השתתפו בדיוניה, והיו אף שותפים פעילים בגיבוש תנאי המכרז. הפרק הנוגע להתווית הכללים להפעלת מב"ר בבית החולים באשדוד נכתב, רובו ככולו, על ידי גורמי המקצוע במשרד הבריאות. אכן, סגן שר הבריאות הוביל מדיניות של יצירת תשתית שווה להפעלת שר"פ בבתי החולים השונים בלא אבחנה בין אסותא לבתי החולים האחרים (הדבר בא לידי ביטוי בנספח ע/9 לעתירה כמו גם במש/4 לעיל). סוגיית התרת שר"פ אכן מעוררת שאלות המצויות במחלוקת ציבורית-ערכית ובחלק מהסוגיות קיימת מחלוקת אף בממשלה פנימה. מכל מקום, בעניין העומד במוקד העתירה, **משרד הבריאות תמך בסופו של יום בהסדר שגובש ואשר עליו פרטנו לעיל**. על כן, דין טענות העותרים בעניין זה להידחות.

105. מכל הטעמים האמורים יטענו המשיבים כי דין עתירה זו להידחות על הסף ולגופם של דברים, תוך פסיקת הוצאות לעותרים.

106. תגובה זו נתמכת בתצהירו של יאיר טל, סגן בכיר לחשבת הכללית במשרד האוצר, ודי"ר מיכאל דור, ראש אגף רפואה ומ"מ מינהל הרפואה במשרד הבריאות.

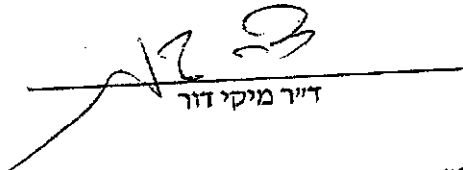
היום, 26 יולי, 2012

מיכל צוק-שפיר
סגנית בכירה במחלקת קליטת המדינה

תצהיר

אני הח"מ, די"ר מיקי דור, ת.ז. 6459945-9 ולאחר שהוזהרתי שעלי להצהיר את האמת וכי אם לא אעשה כן אהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק, מצהיר בזה כדלקמן:

1. אני מכהן כראש אגף רפואה כללית ומ"מ ראש מנהל רפואה.
2. אני עושה תצהירי זה בתמיכה לתגובה מקדמית מטעם המשיבים 1-6 בבג"ץ 2114/12.
3. קראתי את התגובה המקדמית. העובדות המצויות בתגובה זו ידועות לי מתוקף תפקידי והינן אמת למיטב ידיעתי.
4. אני מצהיר כי זה שמי, זו חתימתי ותוכן תצהירי אמת.


 די"ר מיקי דור

אישור

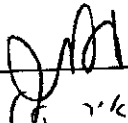
אני הח"מ, עו"ד עודד גורני, מאשר בזאת כי ביום 26/7/12 הופיע בפני די"ר מיקי דור, ת.ז. 6459945-9, המוכר לי אישית, ולאחר שהוזהרתי כי עליו להצהיר את האמת וכי אם לא יעשה כן יהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק, חתם בפני על תצהירו זה.

עו"ד עודד גורני
 יועץ משפטי מ.ג. 15980
 המרכז הרפואי ע"ש חשיבא
 עו"ד גורני, עו"ד

תצהיר

אני הח"מ מר יאיר טל, לאחר שהוזהרתי שעלי להצהיר את האמת וכי אם לא אעשה כן אהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק, מצהיר בזה כדלקמן:

1. אני מכהן כסגן בכיר לחשבת הכללית.
2. אני עושה תצהירי זה בתמיכה לתגובה מקדמית מטעם המשיבים 1-6 בבג"ץ 2114/12.
3. קראתי את התגובה המקדמית. העובדות המצויות בתגובה זו ידועות לי מתוקף תפקידי והינן אמת למיטב ידיעתי.
4. אני מצהיר כי זה שמי, זו חתימתי ותוכן תצהירי אמת.


_____ יאיר

אישור

אני הח"מ, מר יאיר טל, מאשר בזאת כי ביום 24/7/12 הופיע בפני מר יאיר טל המוכר לי אישית, ולאחר שהוזהרתי כי עליו להצהיר את האמת וכי אם לא יעשה כן יהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק, חתם בפני על תצהירו זה.

נעמה קאופמן-צט, עו"ד
מ.ר. 37281
(סמך גא/1011- פס, עו"ד)