



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בעניינים מינהליים

ע"מ 4067/23

ע"מ 4073/23

לפני :
כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופטת י' וילנר
כבוד השופט י' כשר

המערערת בע"מ 4067/23 : מדטכניקה אורתופון בע"מ
המערערת בע"מ 4073/23 : איגוד יבואני מכשירי השמיעה בישראל

נגד

המשיבה 1 בע"מ 4067/23
ובע"מ 4073/23 :
המשיבות 2-7 בע"מ
: 4067/23

1. לאומית שירותי בריאות

2. סונובה ישראל בע"מ

3. מכון אודיולוגי אריה בע"מ

4. מדנט בע"מ

5. מדטון בע"מ

6. אופטיקנה האופטיסטור הראשון בע"מ

7. אודיו מדיק בע"מ

8. משרד הבריאות

המשיב 2 בע"מ 4073/23 :

עמותת בקול – ארגון כבדי שמיעה ומתרחשים

האגודה הישראלית של קלינאי התקשורת

המבקשת 1 להצטרף להליך
כ-ידיד בית משפט :
המבקשת 2 להצטרף להליך
כ-ידיד בית משפט :

ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-
יפו (השופטת ה' עובדיה), מיום 21.5.2023, בעת"מ
28790-04-23 ובעת"מ 22173-04-23

(02.08.2023)

ט"ו באב התשפ"ג

תאריך הישיבה :

בשם המערערת בע"מ
: 4067/23

בשם המערערת בע"מ
: 4073/23

עו"ד יגאל קווה

עו"ד רוני ליבסטר ; עו"ד דנה ברנס-אשד ; עו"ד
נועה בומביגר

עו"ד יואב רזין ; עו"ד טל גנדלמן ; עו"ד אדל בלוך-
חכמון

בשם המשיבה 1 :

עו"ד מעוז רוט ; עו"ד הבדר בן-ציון

בשם המשיבה 2 :

עו"ד ערן בצלאל ; עו"ד ליאור שמואלי ; עו"ד
רותם גלמן-כסלו

בשם המשיבה 3 :

עו"ד מתן ווליו

בשם המשיבה 4 :

בשם המשיבה 5 : עו"ד רותם שפירא
 בשם המשיבה 6 : עו"ד אלי עמר
 בשם המשיב 8 : עו"ד ערין ספדי-עטילה

בשם המבקשת 1 להצטרף
 כידידת בית משפט : גב' מיכל גולדין
 בשם המבקשת 2 להצטרף
 כידידת בית משפט : עו"ד נעמי ווסטפריד

פסק-דין

השופט י' כשר:

לפנינו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים (השופטת ה' עובדיה), מיום 21.5.2023, בעת"מ 28790-04-23 ובעת"מ 22173-04-23, במסגרתו נדחו שתי עתירות שנסבו על תנאי מכרז למתן שירותי התאמה ואספקה של מכשירי שמיעה, שפרסמה המשיבה 1, לאומית שירותי בריאות (להלן: לאומית).

רקע הדברים

1. חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994 (להלן: חוק ביטוח בריאות או החוק), מסדיר את זכאותו של כל תושב לקבלת שירותי בריאות הנמנים בגדר "סל שירותי הבריאות" (סעיף 3(א) לחוק). האחריות על מימון סל שירותי הבריאות מוטלת על המדינה (סעיף 3(ב) לחוק), ואילו על קופות החולים מוטלת האחריות לספק למבוטחים בהן את מלוא שירותי הבריאות שלהם הם זכאים לפי החוק (סעיף 3(ג) לחוק). לצורך כך, משרד הבריאות מעביר לקופות החולים תקציב על בסיס מספר המבוטחים הרשומים בכל קופה, ומאפייניהם המסוימים, וקופות החולים הן אשר בוחרות כיצד להעניק את השירותים הכלולים בסל הבריאות – בעצמן או באמצעות נותני שירות מטעמן.

2. בין השירותים המנויים בסל שירותי הבריאות נמנים גם שירותים להתאמת ולהספקת מכשירי שמיעה. עד לשנת 2011, סבסדו קופות החולים את מכשירי השמיעה, למבוטחים הנדרשים להם, בדרך של מתן החזרים כספיים לאחר הצגת קבלה על רכישת מכשיר השמיעה על ידי מבוטח. החל משנת 2011, שונה אופן סבסוד מכשירי השמיעה, מקבלת החזר כנגד הצגת חשבונית, להסדר במסגרתו קופות החולים מתקשרות עם ספקי מכשירי שמיעה בהסכמים, לאחר קיום מכרז. בתוך כך, על פי ההסדר הנהוג כיום, מבוטחי קופות החולים הזכאים לכך יכולים לקבל מכשיר שמיעה ללא תשלום, ככל שמדובר במכשיר מקטגוריה בסיסית, או לחלופין לרכוש מכשיר מאחד מספקי

המכשירים שבהסדר עם קופת החולים בה הם חברים, ולשלם את ההפרש בין מחיר המכשיר לבין הזכאות שנקבעה בסל שירותי הבריאות, העומדת נכון להיום על סך של 3,148.20 ש"ח למכשיר שמיעה, לכל אוזן, אחת ל-3.5 שנים.

3. ביום 2.9.2021 פרסם משרד הבריאות את חוזר 8/2021 (להלן: החוזר), במסגרתו נקבע, בין היתר, הליך התאמת ואספקת מכשירי השמיעה הכלולים בסל הבריאות. בחלק א' של החוזר נקבעו העקרונות בהם חייבות לעמוד קופות החולים, באשר לאספקת מכשירי שמיעה. בתוך כך, נקבע כי:

4.3.1" בהיצע של ספק יכללו מכשירי שמיעה בכל התצורות אשר יתאימו לכל סוגי הירידות בשמיעה בחומרות שונות. ההיצע יכלול לפחות קבוצת מכשירי שמיעה המתקדמת והעדכנית של היצרן המיוצג על ידי הספק בכל התצורות הקיימות למכשירים המיובאים לארץ.

4.3.2. המכשירים שייכללו בהיצע זה יהוו ייצוג הולם של החברה היצרנית.

4.3.3. היצע המכשירים יעודכן אחת לשנתיים.

4.3.4. היצע המכשירים העומדים לרשות המבוטחים יכלול מכשירים ממספר ספקים ולפחות שלושה ספקים.

[...].

4.3.7. למבוטח תינתן אפשרות לבחור מכשיר שמיעה ברמה טכנולוגית בסיסית לפחות (ראה נספח א), ללא השתתפות עצמית. באם יוחלט על מכשיר ברמה טכנולוגית גבוהה יותר ובמידה ונדרשת תוספת השתתפות עצמית, המבוטח ישלם את מחיר המכשיר בהפחתת הזכאות למימון המתעדכן מעת לעת. למען הסר ספק, במידה ועלות המכשיר נמוכה מגובה הזכאות ינתן המכשיר למבוטח ללא השתתפות עצמית" (ההדגשה הוספה – י' כ').

בחלק ב' של החוזר, שכותרתו "הליך להתאמת מכשירי שמיעה", הוסדר הליך התאמת מכשירי שמיעה על ידי קלינאי התקשורת, ובין היתר, נקבע בו כי:

4.2" קלינאי התקשורת יתאים למבוטח מכשירי שמיעה, על פי שיקולים מקצועיים, צרכיו של המטופל רצונו והעדפותיו ובהתאם לבדיקת התאמה מקצועית שתבוצע לו במכון".

עוד נקבע בחלק ב' של החוזר כי:

”4.5. ההמלצה המקצועית לעניין רמתם הטכנולוגית של המכשירים תעשה אך ורק על פי שיקולים מקצועיים קליניים של קלינאי התקשורת ובהתאם לצרכיו של המבוטח, רצונו והעדפותיו. ההמלצה אינה מחייבת את המבוטח והוא רשאי לרכוש מכשירים [ב]רמה טכנולוגית גבוהה או נמוכה יותר או תצורה אחרת המתאימה לצרכי שמיעתו ללא הצורך באישור נוסף”.

בנספח ג' לחוזר – ”טופס המלצה למכשירי שמיעה” – נכתב, כי:

”הרשום לעיל מהווה המלצה והנך רשאי לבחור מכשירים ברמה טכנולוגית גבוהה או נמוכה יותר ובעלי מאפיינים בהתאם לצרכיך ורצונך” (ההדגשה במקור – י' כ').

הנה כי כן, על פי הוראות החוזר זכותו של המבוטח לבחור את מכשירי השמיעה שברצונו לרכוש והוא אינו כפוף להמלצת קלינאי התקשורת. כמו כן, על קופות החולים מוטלת החובה לכלול במכרזים המתפרסמים על ידן תנאי לפיו הספקים יציעו במסגרת המכרז את סדרת המכשירים המתקדמת והעדכנית ביותר של היצרנים אותם הם מייצגים.

4. ביום 13.1.2023 פרסמה לאומית את מכרז פומבי מס' 7393/22, הוא המכרז נושא הערעורים דנן (להלן: המכרז). במכרז הוזמנו מציעים, העומדים בתנאי הסף, להגיש הצעות לאספקה, שירות, אחזקה והתאמה של מכשירי שמיעה למבוטחי לאומית. כמו כן, ובניגוד למכרזי עבר שפרסמה לאומית, במסגרת המכרז דנן נקבע כי הזוכים בו יבצעו עבור לאומית גם את בדיקות השמיעה למבוטחיה.

המציעים במכרז נתבקשו להציע הצעות לאספקת מכשירים העומדות בהוראות החוזר, כך שיוצג מגוון המכשירים הקיים אצל כל היצרנים המוצגים על ידי הספק. נקבע כי במסגרת ההצעות יחולקו מכשירי השמיעה לחמש קטגוריות של איכות, על סקאלה שבין 1-5, באופן הבא: בקטגוריה ”5” יכללו מכשירי השמיעה בעלי רמת הטכנולוגיה הבסיסית ביותר של היצרנים המיוצגים על ידי כל המציע. נקבע כי בעבור כל מכשיר בקטגוריה זו ישולם לספקים הזוכים סך נקוב מראש של 1,453 ש”ח (לא כולל מע”מ). בקטגוריה ”4” יכללו מכשירי שמיעה בעלי רמת טכנולוגיה גבוהה מאלו הנכללים בקטגוריה ”5”, ונקבע כי בעבורם ישולם לספקים הזוכים סך נקוב מראש של 2,137 ש”ח (לא כולל מע”מ). לעומת שתי הקטגוריות הראשונות, קטגוריות ”1”-”3” הן ”קטגוריות עילית”, ובהן יכללו מכשירי השמיעה המתקדמים והעדכניים ביותר של כל יצרן המיוצג על ידי מציע במכרז. בהתאם, להבדיל מהקבוע לגבי מכשירי השמיעה בקטגוריות הראשונות, המחיר שישולם לספקים הזוכים עבור מכשירים הנכללים בקטגוריות ”1”-”3” ייקבע על ידי המציעים בהצעה שיגישו במסגרת המכרז.

5. בחוברת המכרז נקבע כי מבין כלל ההצעות השונות, יבחרו שלושה זוכים שיציעו את המחיר המשוקלל הזול ביותר, וכי ייבחר זוכה רביעי במקרה שיתברר כי פער המחירים המשוקללים בין הצעתו לבין המציע שהצעתו דורגה במקום הראשון, לא עלה על 10%.

לצורך קביעת הזוכים במכרז וחישוב המחיר המשוקלל המוצע על ידי המציעים, נקבע כי יינתן משקל של 50% להצעת המחיר למכשירים הנכללים בקטגוריה 1; משקל של 30% למכשירים הנכללים בקטגוריה 2; ומשקל של 20% למכשירים הנכללים בקטגוריה 3.

וזאת עיקר לעניינם של הערעורים דנן: במכרז נקבעה, בנוסף, "תקרת תשלומים" המבטאת את התמורה השנתית המרבית שתשולם לספק שייבחר במכרז (להלן: תקרת התשלומים או תנאי תקרת התשלומים). סעיף 4.1 לחוברת המכרז פירט את הנוסחה שעל פיה תחושב תקרת התשלומים (להלן: נוסחת תקרת התשלומים או הנוסחה), כדלקמן:

$$50\% * Q * P1 + 40\% * Q * P2 + 10\% * Q * P3 = \text{מקסימלית} \\ \text{תמורה שנתית} \\ \text{לספק בשנה N}$$

$Q =$ כמות מכשירים כוללת שנמכרה בפועל בשנה N;

$P1 =$ מחיר ממוצע של מכשיר מקטגוריות 1-3 (משקל שווה לכל קטגוריה);

$P2 =$ מחיר מכשיר מקטגוריה 4 (נקבע מראש בסך 2,137 ש"ח).

$P3 =$ מחיר מכשיר מקטגוריה 5 (נקבע מראש בסך 1,453 ש"ח).

במכרז נקבע כי עמידת הספקים הזוכים בתקרת התשלומים תיבחן במהלך הרבעון הראשון בכל שנה, וכי ככל שתהיינה חריגה מתקרת התשלומים, סכום החריגה יקוזז מסכום התמורה שתשולם לספק ברבעונים העוקבים. כמו כן, נקבע כי אם החריגה מהתמורה המקסימלית בשנת ההתקשרות האחרונה תעלה על יתרת התמורה שלאומית התחייבה לשלם לספק, לאומית תהיה רשאית להורות לספק להשיב לה את הסכום הנותר או לקזז את יתרת הסכום מערבות הביצוע שהעמיד הספק לפי תנאי המכרז.

6. ביום 10.1.2023 ערכה לאומית כנס מציעים, במסגרתו הוצגה למציעים מצגת הכוללת את תנאי המכרז וניתנה להם הזדמנות לשאול בנוגע לתנאיו של המכרז. לטענת המערער בעע"ם 4073/23, איגוד יבואני מכשירי השמיעה בישראל (להלן: האיגוד), במהלך הכנס הועלתה טענה מטעם המציגים כי הצעה אשר לא תתאם להתפלגות שנקבעה

בנוסחת תקרת התשלומים תהיה הצעה הפסדית עבור המציעים. לפיכך, כך נטען, באמצעות תקרת התשלומים מבקשת לאומית לעודד את המציעים להציע פחות מכשירים מקטגוריות "1"-3", ובכך לצמצם את העלויות בהן תצטרך לשאת לצורך סכסוד מכשירי השמיעה.

7. לאחר כנס המציעים נשלחו שאלות הבהרה שונות ללאומית, בין היתר, ביחס לתנאי תקרת התשלומים. כך, למשל, במסגרת אחת משאלות ההבהרה נטען כי: "הגבלת תקרת התשלומים אינה חוקית. היא נוגדת את הוראות חוזר מינהל הרפואה בעניין ופסקי דין של בתי משפט. ההגבלה כופה, באמצעיים כלכליים, בחירת קטגוריה ע"י הספק במקום המבוטח". בתשובה לשאלה זו ציינה לאומית כי: "ניגוד עניינים של ספקי מכשירי שמיעה בעת אספקת המכשירים הוא מובנה. [...] ברור כי לספק השפעה מכרעת על בחירת המכשיר אצל אחוז ניכר מהמטופלים. הספקים לא חייבים לעמוד בתמהיל, הם יכולים לסבסד מכשירים באופן צולב והמכרז מעניק להם את הכלים לעשות זאת. בשלב ראשון, יכולים הספקים לבצע תחשיב בהתאם לתמהיל הידוע להם, ולהעמיס את העלויות שלטענתם הפסדיות בקטגוריות מחיר 1-3". עוד השיבה לאומית כי "חובתה של הקופה לשמור על איזון תקציבי וזהו אחד הכלים לעמוד בו".

כמו כן, במענה לשאלה בה נטען כי תנאי תקרת התשלומים עלול להביא להפליה בין המבוטחים, השיבה לאומית כי: "הספק מחויב לספק ללקוח מכשיר שמיעה בהתאם להמלצה הקלינית ובזה לאומית לא תתערב. ה'אפלייה' הנטענת יכולה להיות אך ורק כתוצאה מהתנהלות הספק".

במסגרת שאלה הבהרה נוספת שהופנתה ללאומית, נטען כי המנגנון שנקבע בתנאי תקרת התשלומים מבקש להתערב בנעשה בחדרי ההתאמות של קלינאי התקשורת באמצעות "תניית התפלגות", ובכך עומד בסתירה לפסק דינו של בית משפט זה בעע"ס 4269/19 איגוד יבואני מכשירי השמיעה בישראל נ' שירותי בריאות כללית (24.7.2019) (להלן: עניין כללית). בתשובה לשאלה זו טענה לאומית כי: "המנגנון שקבעה לאומית שונה מן המנגנון שקבעה הכללית בנקודות מהותיות אשר אין טעם להידרש להן", וכי: "ידוע לכם היטב כי המכשירים המסופקים כיום בקטגוריות מחיר נמוכות יותר עולים במאפייניהם פי כמה על המכשירים שנמכרו על ידכם בעבר בקטגוריות 'גבוהות'. ניגוד העניינים של הספקים במכירת מכשירי שמיעה הוא מובנה. כך עולה מן ההסטה הפראית שנוצרה בשוק לכיוון מכשירי 'עילית' (כהגדרתם במכרז מ-2018) וכן קבע גם דו"ח מבקר המדינה. קביעת מנגנון קאפ אמורה לאזן את ניגוד העניינים המובנה הזה, וזוהי פרקטיקה חוקית לחלוטין ומקובלת בשוק הבריאות".

8. לאחר משלוח המענה לשאלות ההבהרה, ביום 23.3.2023 פנה האיגוד, באמצעות באי כוחו, ללאומית, בדרישה לשנות את תנאי המכרז כך שיבוטל בהם תנאי

תקרת התשלומים, ולהורות על דחיית מועד הגשת ההצעות בהתאם. באותו היום, פנתה גם המערערת בעע"מ 4067/23, מדטכניקה – אורתפון בע"מ (להלן: מדטכניקה), שהינה חברה העוסקת בשיווק מכשירי שמיעה ואשר השתתפה בכנס המציעים ושלחה שאלות הבהרה ללאומית, במכתב דומה. ביום 5.4.2023 שלחו באי כוחה של לאומית מכתבי מענה לפניותיהם של האיגוד ושל מדטכניקה, במסגרתם ציינה לאומית כי הטענות נגד תנאי תקרת התשלומים אינן מקובלות עליה, ולכן היא דוחה את הדרישה להוצאתו מחוברת המכרז. בתוך כך, לאומית הדגישה כי מועד הגשת ההצעות למכרז יתקיים ביום 30.4.2023.

למען שלמות התמונה יצוין כי ביום 15.1.2023 שלחה האגודה הישראלית של קלינאי התקשורת (להלן: אגודת קלינאי התקשורת), פנייה ללאומית ביחס למכרז, במסגרתה ציינה האגודה את התנגדותה להכללת תנאי תקרת התשלומים בין תנאי המכרז, תוך שציינה כי: "אין מקום להכללת נוסחה המייצרת מכסות לכמויות מכשירי שמיעה מהקטגוריות השונות, אותן קלינאי התקשורת יאלצו להכניס למערכת השיקולים המקצועית שלהם בעת ההמלצה וההתאמה של מכשירי שמיעה". ביום 14.3.2023 השיבה לאומית לפניית אגודת קלינאי התקשורת במכתב בו ציינה כי לעמדתה קלינאי התקשורת נדרשים ליתן המלצה אובייקטיבית קלינית בלבד, אך כי לנוכח העובדה שקלינאי התקשורת מועסקים על ידי ספקי מכשירי השמיעה, יש להם אינטרס מובנה במקסום רווחי הספק ובכלל זה במתן המלצה על רכישת מכשיר מהקטגוריות הגבוהות והיקרות יותר. בתוך כך, נדחתה גם השגתה של אגודת קלינאי התקשורת.

9. ביום 16.4.2023, לאחר שפנייתה ללאומית נדחתה, הגישה מדטכניקה עתירה נגד לאומית לבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים (עת"מ 23-04-22173), במסגרתה נתבקש בית המשפט להורות ללאומית להסיר מתנאי המכרז את תנאי תקרת התשלומים. לצד העתירה הגישה מדטכניקה בקשה למתן צו ביניים וצו ארעי במעמד צד אחד, במסגרתה עתרה להשהיית הליכי המכרז עד להכרעה בעתירה. יצוין כי לעתירתה ולבקשתה צירפה מדטכניקה כמשיבות את המשיבות 2-7 בעע"מ 4067/23 (הוא אחד משני הערעורים אשר בפנינו), שהינן חברות העוסקות באספקת מכשירי שמיעה החברות באיגוד (להלן: החברות באיגוד).

ביום 18.4.2023 הגיש האיגוד גם הוא, יחד עם החברות באיגוד, עתירה ובקשה לצו ביניים ולצו ארעי במעמד צד אחד, במסגרתן נתבקשו סעדים זהים לאלו שנתבקשו על ידי מדטכניקה.

10. בעתירות ובבקשות שהוגשו מטעמם טענו מדטכניקה, האיגוד והחברות בו (להלן, יחד: הספקים), כי על פי תנאי תקרת התשלומים הספקים שיזכו במכרז יקבלו מלאומית תשלום שאינו תואם בהכרח לסוג המכשירים שיספקו בפועל, אלא לפי שיעורים שנקבעו מראש ביחס לכל קטגוריה. זאת, שכן ככל שספק יספק מכשירים שהתמורה בגינם מגיעה לסך הגבוה מתקרת התשלומים, אותו ספק יצטרך להשיב ללאומית את הסכום שקיבל מעבר לתקרת התשלומים, ובכך למעשה לא יקבל תשלום מלא עבור המכשירים אותם סיפק. נטען כי באמצעות תנאי תקרת התשלומים, לאומית מבקשת לכסות את העלויות בהן תצטרך לשאת לצורך סבסוד מכשירי השמיעה באמצעות השתת העלויות העוברות את תקרת התשלומים על הספקים.

עוד טענו הספקים, כי תקרת התשלומים יוצרת ניגוד עניינים בין הספקים הזוכים לבין מבוטחי לאומית. הוטעם כי תנאי תקרת התשלומים יוצר תמריץ לספק הזוכה לנסות ולספק את המכשירים לפי ההתפלגות שנקבעה בתנאי תקרת התשלומים, ולא לפי הצורך האמיתי של המטופלים ורצונותיהם. על רקע זה, נטען כי תנאי תקרת התשלומים סותר את האמור בחוזר משרד הבריאות, אשר קבע כי התאמת מכשירי השמיעה למבוטחי קופות החולים צריכה להיעשות אך ורק בהתאם להמלצת קלינאי התקשורת, על פי צרכי המטופל, ובהתאם לרצונו הבלעדי. בתוך כך, הספקים טענו כי תנאי תקרת התשלומים פוגע הן בקלינאי התקשורת שיימצאו במצב לא פשוט שבו הם נדרשים לקבל החלטות מקצועיות בידיעה כי הן עלולות להזיק למעסיקיהם (הספקים), והן במבוטחים, אשר עלולים להיפגע מכך שיותאם להם מכשיר שמיעה שאינו מתאים לצרכיהם.

הספקים הוסיפו כי תנאי דומה לתנאי תקרת התשלומים, וטענות דומות לאלו המועלות על ידם, נדונו בעניין כללית. שם, לאחר שמיעת טענות הצדדים, הורה בית המשפט לשירותי בריאות כללית לשנות את הוראות המכרז.

עוד הוסיפו הספקים וטענו כי תשובתה של לאומית לשאלות ההבהרה במסגרתה צוין כי המציעים יבצעו סבסוד צולב בין מכשירי השמיעה המוצעים על ידם, עולה לכדי פעולה של "Shifting" שהינה מנוגדת לדיני המכרזים, ופוגעת בשוויון בין המציעים אשר אינם יכולים להסתמך על כך שהם מציעים את המחירים האמתיים והראליים לרכיבים בהצעה.

על רקע כלל הטענות הנ"ל, טענו הספקים כי תנאי תקרת התשלומים אינו חוקי, אינו סביר ואינו מידתי, וכי על בית המשפט להורות ללאומית להוציאו מהמכרז.

11. ביום 11.5.2023 הגישה לאומית תשובה לבקשות הספקים למתן צו ביניים. כבר עתה יצוין כי בדיון שהתקיים בבקשות למתן צו ביניים, ביום 18.5.2023, הסכימו כלל הצדדים כי הדיון יהיה לגוף העתירות, במיוחד, כך שיש לראות בתשובת לאומית לבקשות למתן צו ביניים כתגובתה לגופו של עניין, וכך אתיחס אליה להלן.

לאומית טענה כי דין העתירות להידחות על הסף. לאומית הטעימה כי קביעת תנאי המכרז היא פרוגטיבה של עורך המרכז אשר אין להתערב בה אלא במקרים קיצוניים במיוחד. נטען כי בענייננו, תנאי המכרז נקבעו על ידי ועדת המכרזים של לאומית משיקולים ראויים, לאחר הפעלת שיקול דעת מקצועי ובליווי אנשי מקצוע, כלכלנים ואנשי רפואה, הבקיאים בענף הרלוונטי. בפני לאומית עמדו הוראות הדין והנחיות החוזר, וטענות הספקים נשמעו ונשקלו בכובד ראש. לגופו של עניין, נטען כי אף אם הוראות המכרז מגבילות את יכולת הספקים למקסם עד לקצה את הפוטנציאל הכלכלי הגלום מבחינתם במתן השירותים, אין הדבר עולה לכדי נסיבות חריגות וקיצוניות המצדיקות התערבות בתנאי המכרז.

לאומית הוסיפה וטענה כי אין ממש בטענת הספקים כי תנאי תקרת התשלומים סותר את הוראות החוזר. לאומית ציינה כי בחוזר אין כל איסור על קביעה של נוסחת תקרת תשלומים לספק, וכי קביעת תקרת התשלומים התחייבה כמענה לניגוד העניינים בו מצויים הספקים וקלינאי התקשורת אל מול המבוטחים. לאומית הטעימה כי מזה שנים שקלינאי התקשורת, המועסקים על ידי הספקים, מתאימים למבוטחים את מכשירי השמיעה היקרים והמשוכללים ביותר, אף אם אין למבוטחים צורך קליני אמיתי דווקא במכשירים אלו, תוך השתת העלויות העודפות על לאומית. על רקע זה, כך נטען, מצאה לאומית לכלול במכרז את תנאי תקרת התשלומים לצורך ההגנה על האינטרסים הכלכליים שלה ושל כלל מבוטחיה.

עוד טענה לאומית כי תנאי תקרת התשלומים אינו מאיין את חובת קלינאי התקשורת להתאים למבוטחים מכשירי שמיעה על פי שיקולים מקצועיים ובהתאם לרצונם של המבוטחים. לטענת לאומית, כל פועלו של תנאי תקרת התשלומים הוא בהעברת סיכונים מסוימים הגלומים בתהליך אספקת מכשירי השמיעה מכתפיה של לאומית לכתפי הספקים, על מנת שהללו יתמרצו להציע ולהתאים למבוטחים את מכשיר השמיעה המתאים להם, גם אם הוא לא מכשיר משוכלל ויקר מקטגוריות העילית. לפיכך, לטענת לאומית, אין בסיס לטענה כי תנאי תקרת התשלומים סותר את הוראות החוזר אשר לפיהן על קלינאי התקשורת להתאים למבוטח מכשירי שמיעה על פי צרכיו של המטופל, רצונו והעדפותיו.

כמו כן, בתשובה לטענת הספקים כי תנאי תקרת התשלומים ייאלץ את קלינאי התקשורת להתאים מכשירי שמיעה תוך התחשבות בשיקולים לבר מקצועיים, טענה לאומית כי המכשירים המשתייכים לקטגוריות "4" ו-"5" במכרז, מקבילים, מבחינת תכונותיהם, למכשירים שסווגו כמכשירים מ-"קטגוריות ביניים" בחוזר הקודם של משרד הבריאות בנושא. מכך ביקשה לאומית להסיק כי תקרת התשלומים משקפת את התפלגות המכשירים הרצויה למובטחים.

במענה לטענה כי לספקים ניתנה המלצה להגיש הצעות מחיר בלתי פרופורציונליות, השיבה לאומית כי כוונתה בתשובה לשאלות ההבהרה שנשאלה בנושא הייתה כי לספקים נתונה החירות לכלכל את צעדיהם כראות עיניהם ולתמחר את המכשירים מהקטגוריות הגבוהות במסגרת הצעת המחיר המוגשת על ידם, באופן המביא בחשבון גם את שולי הרווח העומדים להם בכל קטגוריית מחיר.

לבסוף, אשר לטענה כי תנאי תקרת התשלומים עומד בסתירה לפסק הדין בעניין כללית – ראשית, לאומית טענה כי תנאי תקרת התשלומים אינו "תניית התפלגות" מהסוג שעמד במוקד הדיון בעניין כללית, והוסיפה כי קיימים מספר הבדלים נוספים בין המכרז שנדון בעניין כללית למכרז דנן. שנית, לאומית הטעימה כי העתירות שהוגשו בעניין כללית נדחו בבית המשפט המחוזי, ובערעור, בית המשפט העליון הורה לכללית להוסיף למכרז תנאי המבהיר כי על קלינאי התקשורת להתאים מכשירי שמיעה בהתאם לרצונות ולצרכים של המובטחים, אך לא ביטל את תניית ההתפלגות.

12. ביום 16.5.2023 הגיש משרד הבריאות תשובה לבקשת האיגוד למתן צו ביניים. בתגובתו, ציין משרד הבריאות כי אף שהוא הרגולטור האמון על אכיפת חוק ביטוח בריאות ועל החוזרים המוצאים על ידו, בין היתר ביחס לקופות החולים, הוא איננו קובע את תנאי המכרזים שמוציאות קופת החולים, אינו מאשרם טרם פרסומם ואינו משמש כ-"ועדת מכרזים עליונה". חרף האמור, צוין כי גורמי המקצוע הרלוונטיים במשרד הבריאות בחנו את תנאי תקרת התשלומים שבמכרז, ועמדתם היא כי על פני הדברים אין בתנאי זה כדי להשפיע לרעה על יכולת המבטחים לממש את זכאותם לפי חוק, או כי יש בו משום סתירה להוראות החוזר.

משרד הבריאות הוסיף כי כחלק מפעולות האכיפה המבוצעות על ידו, הוא נוהג לבחון התקשוריות של קופות החולים עם ספקים בתחום מכשירי השמיעה לאחר הוצאתן אל הפועל. לפיכך, הודגש כי ככל שימצא שיישום ההסכמים שיכרתו בעקבות המכרז יפגעו במבטחים, שמורה למשרד הבריאות הסמכות לפעול בנושא בהמשך הדרך.

על רקע זה, ציין משרד הבריאות כי אין מקום להתערבותו בשלב הנוכחי, ובהתאם ביקש להימחק כצד מההליך.

13. ביום 17.5.2023 הגישה לאומית תגובה לתשובת משרד הבריאות, וציינה כי היא איננה מתנגדת למחיקתו כצד להליך. באותו היום הגיש גם האיגוד תגובה מטעמו לתשובת משרד הבריאות. בתגובתו חלק האיגוד על עמדת משרד הבריאות לפיה תנאי תקרת התשלומים אינו מפר את הוראות החוזר, תוך שחזר על טענותיו בעניין זה כמפורט לעיל. בתוך כך, האיגוד ציין כי לעמדתו, ככל שיוחלט על מחיקת משרד הבריאות כצד להליך, אזי שיש להוציא את תשובתו מתיק בית המשפט.

בהמשך אותו היום, נוכח עמדת האיגוד, הורה בית המשפט למשרד הבריאות להתייצב לדיון בבקשות למתן צו ביניים, שנקבע ליום 18.5.2023.

14. למען שלמות התמונה, יצוין כי מרבית החברות באיגוד הגישו התייחסות מטעמן בה צוין כי הן תומכות בעמדת הספקים, פרט למשיבה 4, מדנט בע"מ, אשר ציינה כי היא מבקשת להותיר את ההכרעה בבקשות לשיקול דעתו של בית המשפט, ולשנות את סיווגה בהליך מעותרת למשיבה.

בהמשך לכך, ביום 18.5.2023 התקיים דיון בבקשות למתן צו מניעה זמני. בפתח הדיון הסכימו הצדדים כי הדיון יתקיים לגוף העתירות, במאוחד, וכי סיווגה של מדנט בע"מ ישונה, כבקשתה, מעותרת למשיבה.

פסק דינו של בית המשפט המחוזי

15. ביום 21.5.2023 ניתן פסק דינו של בית המשפט המחוזי (השופטת ה' עובדיה), במסגרתו נדחו עתירות הספקים. בפתח פסק דינו עמד בית המשפט המחוזי על ההלכה הידועה לפיה התערבות בית המשפט בהליכי מכרז תיעשה בזהירות יתרה, וכי קביעת תנאי המכרז מצויה בלב שיקול הדעת של עורך המכרז, כך שהתערבות בהם תעשה במקרים חריגים בלבד.

לגופו של עניין ובאשר לטענה כי תנאי תקרת התשלומים סותר את הוראות החוזר, בית המשפט המחוזי ציין כי מקובלת עליו עמדת משרד הבריאות לפיה, על פני הדברים, תנאי תקרת התשלומים אינו סותר את הוראות החוזר. כמו כן, בית המשפט המחוזי ציין כי הוא סבור שיש בהבהרת משרד הבריאות כי יש בידו את הסמכות להתערב בהמשך חיי המכרז וההתקשרות על פיו, ככל שיהיה בכך צורך, כדי להניח את הדעת במידה רבה ביחס לחששות הספקים באשר לפגיעה בזכויות המבוטחים.

נוסף על האמור לעיל, בית המשפט המחוזי דחה את טענת הספקים לפיה תקרת התשלומים תיצור ניגוד עניינים בין הספקים לבין המבוטחים תוך שקבע כי לשיטתו הספקים לא עמדו בנטל להוכיח טענה זו. זאת, "בשים לב לשינויים בהגדרות המוצרים שבמכרז זה, ולכך כי על-פי תנאי המכרז מכשירים מקטגוריית 'בסיס' כוללים מכשירים שהיו מסווגים בעבר כמכשירים מקטגוריית 'ביניים' ומוצרי 'עילית' אשר היום נכללים תחת קטגוריית ה'ביניים', כטענת לאומית".

בית המשפט המחוזי הוסיף כי מקובלת עליו טענת לאומית לפיה מטרת תקרת התשלומים שנקבעה היא לתקן עיוות שנוצר בשוק מכשירי השמיעה, שגרם לגידול ניכר, ללא נימוק ענייני הנוגע לטובת המבוטחים, בהוצאותיה של לאומית, ובמטרה לחסוך בכספי ציבור ולשמור על תקציבה של לאומית. בהקשר זה הדגיש בית המשפט המחוזי כי שיקולים הנוגעים ליעילות המנהל וחסכון בכספי ציבור, אותם שקלה לאומית בקביעת תנאי המכרז, אינם שיקולים זרים אשר אסור היה עליה לשקול.

בית המשפט המחוזי דחה גם את הטענה לפיה תקרת התשלומים שנקבעה סותרת את פסק הדין בעניין כללית. בית המשפט המחוזי ציין כי תנאי תקרת התשלומים שנקבע במכרז הנדון בענייננו, אינו דומה לתניית ההתפלגות שנקבעה במכרז שנדון בעניין כללית. בית המשפט הטעים את קביעתו בציינו כי: "המכרז שנדון בעניין כללית לא כלל נוסחה לתקרת תשלומים, אלא תניית התפלגות שבה הספקים נדרשו להתחייב כי התפלגות המכשירים שייספקו למבוטחים תעמוד בשיעורים קצובים שנקבעו בכל אחת מ-5 הקטגוריות של מכשירים; במכרז כללית נקבע כי ספק שלא יעמוד בתנאי ההתפלגות במשך תקופה מדידה ייחשב כמי שהפר הפרה יסודית את ההסכם, מה שיביא לביטולו המידי של ההסכם ולתשלום פיצוי מוסכם בסך 100,000 דולר ארה"ב. זאת בניגוד למכרז לאומית שאינו מעמיד את עצם ההתקשרות למבחן התלוי בעמידת ספקים בתקרת התשלומים הקבועה בו ואינו קובע סנקציה בדמות פיצוי מוסכם בגין הפרתו. כן מצאתי כי גם לעובדה כי במכרז כללית ובמכרז הנדון נקבעו רמות מחיר שונות וקיימים הבדלים בין קופות החולים כללית ולאומית כנטען".

לבסוף, לעניין הטענה כי לאומית מבקשת לגרום לסבסוד צולב של מחיר המכשירים, קבע בית המשפט המחוזי כי לאחר ששמע את טענות הצדדים ועיין בפרוטוקול ועדת המכרזים, הוא מצא כי אין ממש בטענת הספקים בדבר ניסיון לאומית לשידול המשתתפים במכרז לבצע סבסוד צולב בניגוד לדיני המכרזים. בית המשפט המחוזי הטעים כי לכל המציעים הוכתבו תנאים זהים במסגרת תקרת התשלומים והמחירים של המכשירים מקטגוריית "4" ו-"5" והם רשאים לקבוע את מחיריהם בהתאם. לא הוכח ולא נטען כי השתתפות במכרז הפסדית, או כי מי מרכיביו הפסדיים, באופן המחייב ביצוע מניפולציות תכסיסניות מצד המציעות.

16. ביום 29.5.2023 הגישו מדטכניקה והאיגוד, כל אחת בנפרד, ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי (ע"ם 4067/23 ו-ע"ם 4073/23, בהתאמה), כאשר לערעורה של מדטכניקה צורפו יתר הספקים כמשיבים. לצד הערעורים הגישו מדטכניקה והאיגוד בקשות למתן סעד זמני לתקופת הערעור, המורה על עיכוב הליכי המכרז ודחיית המועד האחרון להגשת הצעות במסגרתו, עד להכרעה בערעור. ביום 29.5.2023 ניתן צו ארעי חלקי, המונע את פתיחת המעטפות שבהן הוגשו ההצעות מושא המכרז, עד למתן החלטה אחרת; וביום 8.6.2023 התקבלו הבקשות למתן סעד זמני, במובן זה שבית משפט זה (השופטת י' וילנר) הורה על עיכוב הליכי המכרז, ובכלל זה עיכוב פתיחת המעטפות שבהן הוגשו ההצעות מושא המכרז, עד להכרעה בערעורים.

נוכח העובדה שהאיגוד, מדטכניקה ויתר הספקים, טענו טענות דומות במסגרת הערעור, יוצגו להלן טיעוניהם במאוחד.

17. בערעורים שבים הספקים על הטענות שנטענו בעתירותיהם לבית המשפט המחוזי. כך, הספקים שבים וטוענים כי תנאי תקרת התשלומים נועד ליצור תמריץ כלכלי לספק למבוטחים מכשירי שמיעה בהתאם להתפלגות שנקבעה בנוסחת תקרת התשלומים. זאת, משנקבע כי ככל שהספקים יספקו מכשירים שהתמורה בגינם גבוהה מהקבוע בנוסחה, תהא לאומית רשאית לקזז את סכום החריגה מהתמורה או מערבות הביצוע. על כן, כך טוענים הספקים, תנאי תקרת התשלומים מציב את קלינאי התקשורת, המועסקים על ידי הספקים, בניגוד עניינים אל מול המבוטחים, ובכך יש בו כדי לסתור הן הוראות החוזר והן את פסק הדין בעניין כללית.

הספקים מוסיפים כי שגה בית המשפט המחוזי עת שקבע כי מטרת תקרת התשלומים היא לתקן עיוות שנוצר בשוק מכשירי השמיעה בכך שהזוכים במכרז הקודם של לאומית הגדילו באופן ניכר וללא נימוק ענייני את כמות המכשירים מ- "קטגוריות העילית" שהותאמו למבוטחים. הספקים טוענים כי לאומית לא הציגה כל ראיה המצביעה על כך שהותאמו למבוטחים מכשירי שמיעה שאינם תואמים את צרכיהם, וכי מרבית המבוטחים מפיקים תועלת גדולה יותר ממכשירים מתקדמים, כך שזה אך טבעי שחלק ניכר מהמכשירים המותאמים יהיו כאלו המשתייכים לקטגוריות העילית.

למעשה, כך טוענים הספקים, ככל שיש עיוות בשוק מכשירי השמיעה, עיוות זה נוצר כתוצאה מהוראות החוזר המחייב את קלינאי התקשורת להציג למבוטחים את כל המגוון של מכשירי השמיעה, ומאפשר למבוטחים לבחור בכל מכשיר שמיעה שהם

חפצים בו. לטענת הספקים, זוהי אף עמדתה של לאומית, כפי שעולה מדברי גורמי המקצוע בה בדיון ועדת המכרזים בנושא עיצוב המכרז דנן, אשר ציינו כי: "כיום השוק הוא שוק של מכשירי עילית (כ-80%-70% בין היתר בשל הוראות חוזר משה"ב לפיה המטופל זכאי לבחור מכשיר מכל קטגוריה גם ללא המלצת קלינאי התקשורת".

הספקים מוסיפים וטוענים כי שגה בית המשפט המחוזי בקביעתו שלאומית לא שידלה את המשתתפים במכרז לבצע סבסוד צולב בניגוד לדיני המכרזים. לטענת הספקים, תשובתה של לאומית לשאלות ההבהרה, במסגרתה צוין כי המציעים במכרז רשאים לסבסד מכשירים באופן צולב, אינה מותירה ספק לכך שלאומית ביקשה לגרום לכך שהמציעים במכרז יעלו באופן מלאכותי את מחירי מכשירי השמיעה מ-"קטגוריות העילית" לטובתה של לאומית ועל חשבון המבוטחים, כך שכספי סל הבריאות המגיעים למבוטחים יגיעו לכיסה של לאומית.

לבסוף, הספקים טוענים כי הסתמכות בית המשפט על עמדת משרד הבריאות לפיה, על פני הדברים, תנאי תקרת התשלומים אינו סותר את הוראות החוזר או את פסק הדין בעניין כללית, אינה במקומה. זאת, שכן בדיון שקדם לפסק דינו של בית המשפט המחוזי הבהיר נציג המדינה כי משרד הבריאות מבקש לא להביע עמדה בדיון, בין היתר, משום שמשרד הבריאות טרם גיבש עמדה מוחלטת בנושא הנדון.

18. בתשובתה לערעור, טוענת לאומית כי האינטרס האמיתי העומד מאחורי הערעור הוא האינטרס הכלכלי של מציעים פוטנציאליים במכרז למקסם עד הקצה את הפוטנציאל הכלכלי הגלום בו. בתוך כך, לאומית סומכת ידיה על פסק דינו של בית המשפט המחוזי וטוענת כי אין מקום להתערב בו. לאומית שבה על טענתה לפיה תנאי תקרת התשלומים נועד לפתור עיוות שהיה קיים בשוק מכשירי השמיעה, במסגרתו חלק הארי של מכשירי השמיעה שהיו מותאמים למבוטחים על ידי קלינאי התקשורת הם מכשירים המשתייכים ל-"קטגוריות העילית", אף שלא הייתה לכך כל הצדקה מקצועית. לאומית מטעימה כי לצורך השגת מטרה זו החליטה ועדת המכרזים שלה לקבוע במכרז מנגנון תקרת תשלומים שיביא בחשבון את הצעות המחיר ואת התפלגות המכירות הצפויות של קטגוריות המכשירים, ההולמת את צרכי השוק והמבוטחים, בהתאם להערכות והנתונים הידועים ללאומית, ולפי שיקול דעתה המקצועי. לאומית טוענת כי בעשותה כן, היא לקחה בחשבון הן את האינטרס של טובת הקופה וכלל מבוטחיה, הן את האינטרס של טובת המבוטחים הנזקקים למכשירי שמיעה והן את טובתם של הספקים.

לגופו של עניין, לאומית חוזרת על טענתה לפיה תנאי תקרת התשלומים אינו סותר את הוראות החוזר, בהינתן שאין בחוזר כל הוראה האוסרת על קביעה של נוסחת

תקרת תשלומים לספק. כמו כן, לאומית שבה על הטענה לפיה תנאי תקרת התשלומים אינו מאיין את הדרישה מקלינאי התקשורת למלא אחר הוראות החוזר ולהתאים למבוטחים מכשירי שמיעה אך ורק על פי שיקול דעתם המקצועי וצרכיו הרפואיים של המבוטח, ללא תלות באינטרסים הכלכליים של הספקים. בנוסף, לאומית שבה ומטעימה כי תנאי תקרת התשלומים אינו סותר את פסק הדין בעניין כללית, תוך שהיא חוזרת בעניין זה על הטעמים שפורטו בפסק דינו של בית המשפט המחוזי.

לבסוף, אשר לטענה כי לאומית המליצה למציעים לבצע סבסוד צולב, לאומית מציינת כי באומרה "סבסוד מחירים" בתשובה לשאלות ההבהרה, כוונתה הייתה כי המכרז עוצב כך שהספקים יוכלו לכלכל את צעדיהם ולתמחר את המכשירים מ-"קטגוריות העילית" כראות עיניהם, לרבות באופן המביא בחשבון את שולי הרווח העומדים להם בכל קטגוריית מחיר. לאומית מדגישה כי בשום שלב היא לא המליצה לספקים להגיש הצעות מחיר בלתי פרופורציונליות, או כאלו הסותרות את הדין.

19. בתשובה לערעורים שהוגשה מטעם משרד הבריאות, טוען משרד הבריאות כי לגישתו לא נפל בפסק הדין של בית המשפט המחוזי כל פגם המצדיק התערבות בו. בתוך כך, משרד הבריאות חוזר על עמדתו לפיה: "בענייננו, לא מתעורר חשש כי נוסחת תקרת התשלומים תפגע בזכויות המבוטח, ומבחינת מערך התמריצים של תנאי המכרז ובכללם נוסחת תקרת התשלומים, נראה שהם יביאו לכך שהיקף הרכש מהקטיגוריות השונות יהיה תלוי בעיקר בצרכים וברצונות של המבוטח בהתאם לחוזר ולא בשיקולים הכלכליים של הספקים". משרד הבריאות מוסיף כי לעמדתו תנאי תקרת התשלומים אינו סותר את פסק הדין בעניין כללית, וכי נוכח העיוותים בשוק מכשירי השמיעה, עמדת משרד הבריאות היא כי: "נוסחת תקרת התשלומים יוצרת מנגנון חדש, נדרש ומתבקש המאזן בין יכולת ההשפעה של הספקים על בחירות המבוטחים ברכישת מכשיריהם באמצעות קלינאי תקשורת [...] לבין הצורך לגדר את עלות המכשירים עבור המבוטחים ובין האינטרסים הכלכליים של קופות החולים...".

20. יצוין כי במסגרת ההליך דנן הוגשו שתי בקשות הצטרפות להליך במעמד של "ידיד בית המשפט" – אחת מטעם עמותת בקול – ארגון כבדי שמיעה ומתחרשים (להלן: עמותת בקול), והשנייה מטעם אגודת קלינאי התקשורת. בבקשתה, טוענת עמותת בקול כי יש לה היכרות מעמיקה עם שוק מכשירי השמיעה, מנקודת מבטם של כבדי השמיעה, ולכן יש בידיה לתרום לדיון בערעורים. לגופו של עניין, עמותת בקול טוענת כי תנאי תקרת התשלומים יפגע בזכות המוקנית למבוטחי לאומית, על פי הוראות החוזר, לבחור בכל מכשיר שמיעה, מהקטגוריות השונות, לפי רצונם.

בבקשת אגודת קלינאי התקשורת נטען כי יש בידה כדי לתרום לערעור נוכח היכרותה עם שוק מכשירי השמיעה מנקודת מבטם של קלינאי התקשורת. לגופו של עניין, האגודה יוצאת חוצץ נגד עמדת לאומית ועמדת משרד הבריאות לפיה קלינאי התקשורת מצויים בניגוד עניינים מובנה, בעקבותיו הם מנסים להשפיע על המבוטחים לקנות את מכשירי השמיעה היקרים ביותר. האגודה עומדת על כך שקלינאי התקשורת פועלים אך ורק על פי שיקולים מקצועיים, וטוענת כי תנאי תקרת התשלומים נועד על מנת להכניס למערך השיקולים של קלינאי התקשורת שיקולים כלכליים ולבר מקצועיים, ועל כן דינו להיפסל.

הדיון בערעור והתפתחויות שלאחריו

21. ביום 2.8.2023 התקיים בפנינו דיון בערעורים. בתום הדיון, ולאחר ששמענו את טיעוני הצדדים בעל פה, הצענו לצדדים לתקן את תנאי המכרז בהסכמה, באופן הבא: תקופת הבחינה תקוצר משנה ל-8 חודשים (בכל פעם), וככל שהתוצאה תהיה מובהקת, במובן זה שההתפלגות בפועל בין רמות המכשירים תיטה באופן מובהק לטובת הרמה הגבוהה ביותר, לעומת ה-50% שנקבעו במכרז; או שסך כלל סכומי הכסף שישלמו מבוטחי לאומית, כ-”השתתפות עצמית”, יהיה גבוה במידה משמעותית ביחס לעבר, תשונה הנוסחה בהתאם, על פי שיקול דעתה של לאומית.

באי כוח המערערים השיבו בחיוב להצעתנו האמורה. באי כוח לאומית ומשרד הבריאות ביקשו שהות להשיב לה.

22. ביום 8.8.2023 השיבה לאומית להצעתנו בשלילה. לאומית הטעימה כי בחינת ההתפלגות על בסיס פרק זמן קצר של שמונה חודשים בלבד, מעלה קושי רב משום שבסיומה יהיו בידיה נתונים חלקיים בלבד. לאומית הוסיפה כי שינוי תנאי המכרז בהתאם להצעת בית המשפט תעוות את מבנה התמריצים שנקבע במכרז. על רקע זה, ובשים לב לכך שלגישתה תנאי המכרז כפי שהם מאזנים באופן ראוי בין טובת המבוטחים, טובת הקופה והאינטרסים של הספקים, סבורה לאומית כי אין מקום לשינוי תנאי המכרז.

ביום 9.8.2023 הגיש משרד הבריאות את עמדתו ביחס להצעתנו, וציין כי משזו נדחתה על ידי לאומית, הרי שהצורך בהבאת עמדתו מתייתר. עם זאת, למעלה מן הצורך, חיווה משרד הבריאות את דעתו כי הוא תומך בעמדת לאומית לפיה שינוי תנאי המכרז יביא לשינוי מערך התמריצים שהמכרז נועד ליצור.

הנה כי כן, משהצעתנו נדחתה, אין מנוס מלהכריע בערעורים דנן.

23. אכן, כפי שנטען בפנינו וכפי שגם נקבע בפסק דינו של בית המשפט קמא, הלכה מושרשת היא כי לעורך המכרז נתונה הפררוגטיבה בקביעת תנאי המכרז, וכי בית המשפט ייטה שלא להתערב בתוכן המכרז אלא במקרים חריגים ויוצאי דופן, בהם תנאי המכרז מנוגדים לדין או חורגים במידה ניכרת ממתחם הסבירות (עע"ם 5525/11 נ.ע מעלות שער העיר בע"מ נ' משרד האוצר, פסקה ל"ה לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין (15.1.2012); עע"ם 6466/19 משרד הביטחון נ' עמותת חברות הסיעוד, פסקה 14 לפסק דינו של השופט י' עמית (נבו 11.10.2020); עע"ם 1338/21 חנן אום אלפחם, חברה למתן שירותי בית ורווחה בע"מ נ' משרד העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים, פסקה 26 לפסק דינו של השופט נ' סולברג (6.10.2021); עומר דקל מכרזים כרך א 468 (2004) (להלן: דקל)).

על רקע זה יש לבחון את טענות המערערים.

24. בענייננו, אין מחלוקת בין הצדדים על כך שתנאי תקרת התשלומים נועד ליצור תמריץ כלכלי להפחתת השיעור היחסי של מכשירי השמיעה המשתייכים ל-"קטגוריות העילית", אשר יותאמו למבוטחי לאומית. המחלוקת מתמקדת אפוא בשאלה האם יצירת תמריץ כאמור הינה פסולה באופן ובמידה המצדיקים את פסילת תנאי תקרת התשלומים, גם לנוכח רף ההתערבות המצומצם בתנאי מכרז, כמפורט לעיל.

בעניין זה וכפי שנקבע גם על ידי בית המשפט קמא, בפי המערערים שלוש טענות מרכזיות אשר מצדיקות לשיטתם את פסילת תנאי תקרת התשלומים: הראשונה – כי תנאי תקרת התשלומים סותר את הוראות החוזר, במיוחד לעניין זכות הבחירה המוקנית ללקוח; השנייה – כי תנאי תקרת התשלומים מחייב את המציעים לבצע סבסוד צולב בלתי לגיטימי; השלישית – כי תנאי תקרת התשלומים סותר את פסק הדין בעניין כללית.

אתיחס להלן לטיעונים אלו (שלא לפי סדרם).

האם תקרת התשלומים מחייבת את המציעים לבצע "סבסוד צולב"?

25. כזכור, במסגרת תשובתה לאחת משאלות ההבהרה, בה נטען כי נוסחת תקרת התשלומים מחייבת את המציעים לעמוד בהתפלגות הקבועה בנוסחה על מנת שהצעתם לא תהיה הצעת הפסדית, השיבה לאומית כי: "הספקים לא חייבים לעמוד בתמהיל, הם יכולים לסבסד מכשירים באופן צולב והמכרז מעניק להם את הכלים לעשות זאת. בשלב ראשון, יכולים הספקים לבצע תחשיב בהתאם לתמהיל הידוע להם, ולהעמיס את העלויות

שלטענתם הפסדיות בקטגוריות מחיר 1-3" (ההדגשה הוספה – י' כ'). על רקע זה טוענים המערערים כי תנאי תקרת התשלומים נוסח באופן המעודד הגשת הצעות תכסיסניות, הנוקטות בהעמסת מחירים (Price shifting).

26. המונח "הצעה תכסיסנית" מתייחס למגוון של טקטיקות פסולות שהמשותף להן הוא הניסיון הפסול להערים על עורך המכרז ולפגוע בתחרות ההוגנת בין המציעים (עע"ם 4282/16 סאיג נ' חטיב, פסקה 19 לפסק דינה של השופטת ע' ברון (7.8.2017)). "העמסת מחירים" (Price shifting), היא פרקטיקה ספציפית הנמנית על משפחת ההצעות התכסיסניות, בה המציע עורך, בהצעתו, "שילוב מכוון של הצעת מחירים גבוהים לחלק מן הרכיבים ומחירים נמוכים לרכיבים אחרים, באופן מלאכותי, הכל בהתאם לתכנוני הרווח של המציע ולא בהתאם לעלות הריאלית של העבודה, או האינטרסים של עורך המכרז" (בר"ם 6926/10 גילי ויואל עזריה בע"מ נ' חברת נמלי ישראל פיתוח ונכסים בע"מ, פסקה 22 (22.11.2010) (להלן: עניין עזריה); וראו גם: עע"ם 8409/09 חופרי השרון בע"מ נ' א.י.ל. סלע (1991) בע"מ, פסקאות נ"ד-נ"ז לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין (24.5.2010); דקל, בעמ' 605-611).

נקיטה בפרקטיקה זו הינה אסורה, בהיותה עומדת בסתירה למספר עקרונות יסוד של דיני המכרזים: הפרקטיקה נשענת על ניצול חוסר ידע של עורך המכרז באשר לעלות הריאלית של רכיבי המכרז והינה עומדת בסתירה לעקרון השקיפות וטוהר המידות בו מחויבים המציעים במכרז (עניין עזריה, בפסקה 22; : עע"ם 5399/14 מור חברה לשיווק מוצרי בניה (1992) בע"מ נ' א.פ. פורמייקה סנטר (1998) בע"מ, פסקה 26 לפסק דינו של השופט ח' מלצר (24.1.2016) (להלן: עניין מור)). כמו כן, הפרקטיקה הנ"ל עומדת בסתירה לעקרון השוויון, שכן היא מאפשרת למציע ההצעה התכסיסנית ליהנות מיתרון בלתי הוגן לעומת מציעים אחרים אשר מקיימים את חובתם לנהוג בשקיפות אל מול עורך המכרז (שם).

27. כפי שעולה משמה, טענה בדבר "הצעה תכסיסנית" משמשת לצורך פסילת הצעה של מציע במכרז, בין היתר בשל הפגיעה שיש בה בעורך המכרז ובתכליתו של המכרז. טענה לפיה יש לפסול תנאי במכרז משום שהוא מעודד הגשת הצעות תכסיסניות, הינה טענה קשה, במיוחד כאשר נטען על ידי עורך המכרז שזהו בדיוק רצונו וכוונתו (יצוין, עם זאת, כי בפסק הדין בעניין מור התייחס השופט ח' מלצר, בפסקה 26 לפסק דינו, למצב בו פירוש של הוראה במכרז מביא לעידוד הגשת הצעות תכסיסניות, כטעם להעדפת פירוש אחר). למרות האמור, אתייחס להלן לטענה, לגופה.

28. כאמור לעיל, טענת המערערים היא כי תנאי תקרת התשלומים נוסח על ידי לאומית באופן המעודד הגשת הצעות המתמחרות את המכשירים בקטגוריות "1"- "3" במחיר העולה על מחירם הריאלי. ואולם, טענה זו סותרת למעשה את האפשרות שמדובר בתנאי המעודד הגשת הצעות תכסיסניות (במובן של מונח זה בדיני המכרזים). זאת, שכן לפי גישת המערערים, האפשרות לבצע סבסוד צולב על דרך תמחור גבוה ובלתי ריאלי של המכשירים בקטגוריות "1"- "3", איננה ניצול חוסר ידע של עורכת המכרז באשר לעלות הריאלית של רכיבי המכרז (בבחינת ניצול Bug של המכרז), אלא Feature שתוכנן מראש על ידי עורכת המכרז. בכך, ניטל עיקר עוקצו של הטיעון בדבר "הצעה תכסיסנית".

כמו כן, סבורני כי אין בתנאי תקרת התשלומים כדי לפגוע בעקרון השוויון. בהקשר זה אציין כי דווקא התשובה לשאלת ההבהרה, עליה נסמכים המערערים בטיעוניהם, במסגרתה ציינה לאומית כי המציעים רשאים לבצע את מה שכינתה "סבסוד צולב", מבטיחה לכאורה כי יישמר השוויון בין כלל המציעים במכרז, שכן יש בה כדי להבהיר לכלל המציעים, במידה שווה, מהם גבולות התכנון המותר על פי המכרז (להבחנה בין תכנון מותר לבין תכסיסנות פסולה ראו: עניין מור, בפסקה 27 לפסק דינו של השופט ח' מלצר; עע"ם 3499/08 רון עבודות עפר ייזום ופיתוח מ.א. בע"מ נ' ועדת המכרזים – עיריית עפולה, פסקה 20 (18.1.2009)).

יתר על כן ומעבר לצורך, אציין כי ספק אם המונח "סבסוד צולב", הגם שלאומית השתמשה בו בתשובתה, מתאים לנסיבות העניין. בהקשר זה אזכיר כי מחירי הקטגוריות "5" ו-"4", נקבעו מראש ולכן אין ולא יכול להיות "סבסוד צולב" בין מחירים אלו לבין המחירים של קטגוריות "1"- "3" (ולא נטען לסבסוד צולב או תכסיסנות בתוך הקטגוריות "1"- "3"). גם משום כך ברור לדעתי כי מה שמדובר בו הוא באפשרות להעלות את מחיר מכשירי השמיעה מקטגוריות "1"- "3", כדי להתמודד עם הסיכון העולה מתנאי תקרת התשלומים, ולא ב-"סבסוד צולב".

29. האמור לעיל אין משמעו שתנאי תקרת התשלומים חף מקושי, בהקשר כלכלי הקרוב לטיעוניהם של המערערים ולתשובתה של לאומית, אשר בשל חשיבותו להמשך, אעמוד עליו כבר עתה.

נקודת המוצא להבנת הדברים שלהלן הינה בעניין שאוזכר בפתח חוות דעתי זו: העובדה שעל פי סל שירותי הבריאות, זכאותו של המבוטח, לעניין הספקת מכשירי שמיעה, עומדת, נכון להיום, על סך של 3,148.20 ש"ח למכשיר שמיעה (לכל אוזן, אחת ל-3.5 שנים). רוצה לומר: עד לסך של 3,148.20 ש"ח, מי שמשלמת עבור מכשיר

השמיעה הינה לאומית, מעבר לסך הנ"ל – התשלום הוא של המבוטח, כהשתתפות עצמית (יצוין כי לגבי מבוטחי שב"ן הסכום גבוה יותר).

נזכור כי לגבי המכשירים מקטגוריות "4" ו-"5" נקבע מחיר קבוע מראש, הנמוך במידה ניכרת מהסך של 3,148.20 ש"ח (2,137 ש"ח ו-1,453 ש"ח, בהתאמה), ונפנה גם לניסוח, הזהיר מאוד, בו בחרה לאומית לטעון בפנינו (סעיף 50 לתשובתה):

"באמצעות תקרת תשלומים ביקשה לאומית, לנוכח ניגוד העניינים שבו מצויים קלינאי התקשורת, להעביר סיכונים מסוימים הגלומים בתהליך מכירת מכשירי השמיעה מלאומית אל הספקים, על מנת שהללו יתמרצו להציע ולהתאים למבוטחים את מכשיר השמיעה המתאים להם, גם אם הוא לא המכשיר המשוכלל ו[ה]יקר מקטגוריות העילית. אין פסול בהעברת הסיכון כאמור, מקום בו כל התנאים ברורים וידועים מראש, והספק יכול לתמחר סיכונים אלה במסגרת הצעות המחיר למכשירים מקטגוריות 3-1" (ההדגשה הראשונה – במקור; האחרונות – הוספו – י' כ')

רוצה לומר: לאומית רוצה להעביר את ה-"סיכון" הנובע מבחירתם של המבוטחים במכשירים היקרים דווקא, על שכמם של הספקים. לאומית מוסיפה ומסבירה כי הספקים יכולים להתמודד עם האמור ("לתמחר סיכונים אלה"), וזאת "במסגרת הצעות המחיר למכשירים מקטגוריות 3-1".

ובמילים פשוטות עוד יותר: לאומית מסבירה כי את הסיכון העולה מתנאי תקרת התשלומים, שמשמעו חיובו של מציע להחזיר חלק מהתמורה שקיבל (במצב בו נמכרו מכשירים מקטגוריות "1"-3" בשיעור של יותר מ-50% מכלל המכשירים), יכול הספק לשקלל לתוך המחיר שיציע לקטגוריות "1"-3" (על דרך העלאת אותו מחיר, כמובן).

אלא שבתשובה זו יש קושי (ולמצער, פוטנציאל לקושי): ככל שאותו סיכון הנובע מתנאי תקרת התשלומים ישוקלל אכן על דרך העלאת המחיר של המכשירים בקטגוריות "1"-3", בסכומים של מעבר לסך של 3,148.20 ש"ח, התוצאה היא שסכום ההחזר, עקב תנאי תקרת התשלומים, ישולם ללאומית ואילו את "הפיצוי" המגולם בשקלול אותו סיכון במחיר של קטגוריות "1"-3", ישלמו מבוטחיה של לאומית במסגרת ההשתתפות העצמית.

להיבט זה אחזור, להלן, בהתייחסות לטענה לפיה תנאי תקרת התשלומים מנוגד לחזור משרד הבריאות.

האם תקרת התשלומים סותרת את פסק הדין בעניין כללית?

30. טענה נוספת שטענו המערערים היא שתנאי תקרת התשלומים סותר את פסק הדין בעניין כללית. בעניין כללית נדון מכרז לאספקת מכשירי שמיעה שערכה קופת חולים שירותי בריאות כללית. במסגרת מכרז זה, נקבע תנאי לפיו המציעים, במסגרת הצעותיהם, מתחייבים כי התפלגות המכשירים שיותאמו על ידם תהיה בשיעורים קצובים שנקבעו ביחס לכל אחת מהקטגוריות שנקבעו במכרז: 14%-19% למכשירים מקטגוריות בסיס; 53%-58% למכשירים מקטגוריות הביניים; ו-22%-33% למכשירים מקטגוריות העילית (להלן: תניית ההתפלגות). כמו כן, בהסכם שצורף למכרז האמור, נקבע כי זוכה שלא יעמוד בתנאי ההתפלגות במשך שלוש תקופות מדידה, ייחשב כמי שהפר את ההסכם הפרה יסודית, המובילה לביטול מידי של ההסכם ולחיוב בפיצוי מוסכם, בסכום של 100,000 דולר ארה"ב.

31. נגד תניית ההתפלגות הוגשו עתירות מטעם המערערים דכאן, בהן נטען, בין היתר, כי תניית ההתפלגות חורגת ממתחם הסבירות שכן יש בה כדי להוביל למצב בו באם מבוטח יהיה זכאי למכשיר שמיעה המשתייך לקטגוריה שהגיעה למכסה הקבועה בתניית ההתפלגות, תימנע ממנו האפשרות לרוכשו ובכך תפגענה זכויותיו הרפואיות.

32. במסגרת ההליך בבית המשפט המחוזי, ובהמשך להצעותיו של בית המשפט, הודיעה כללית כי היא החליטה לעדכן את מסמכי המכרז, בין היתר בכך שתניית ההתפלגות תימדד אחת לשנה (ולא אחת לחודש), כי היקף הרכש בפועל יהיה תלוי בצרכים וברצונות של מבוטח וכי הפרת ההוראה לא תביא לביטול ההסכם אלא תגרור סנקציה כספית שתוטל על בסיס שנתי.

33. ביום 5.6.2019 ניתן פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים (השופט א' יקואל), במסגרתו נדחו העתירות נגד תניית ההתפלגות. בית המשפט המחוזי קבע כי הודעת כללית המתוארת לעיל שומטת את הקרקע מתחת לטענה כי תניית ההתפלגות תפגע במבוטחים. עוד יוער כי בית המשפט המחוזי מצא לדחות את טענת אגודת קלינאי התקשורת, אשר הצטרפה כצד להליך, כי תניית ההתפלגות נועדה להשפיע על שיקול הדעת של קלינאי התקשורת המועסקים על ידי הספקים. עוד מצא בית המשפט המחוזי להעיר כי לאור הודעתה של כללית לא כל חריגה מתניית ההתפלגות תוביל, בהכרח, להטלת הסנקציה, וכי יש להבחין בין חריגה מתניית ההתפלגות שיסודה בצרכי אמת של המבוטחים ובמשאלות לבם, לבין חריגה שיסודה בשיקולים זרים. על יסוד ניתוח זה, קבע בית המשפט המחוזי כי אין עילה להתערב בתוקפה של תניית ההתפלגות.

34. על פסק דינו של בית המשפט המחוזי הוגשו ערעורים לבית משפט זה. לאחר שנשמעו טענות הצדדים בדיון שנערך בערעורים, ניאותו הצדדים לסיים את ההליך בהסכמה לפיה לתנאי המכרז יוסף תנאי אשר יקבע כי:

“על קלינאי התקשורת לראות לנגד עיניהם אך את חובתם המקצועית והאתית ולהתאים מכשיר שמיעה בהתאם לרצונות ולצרכים של האדם.

הכללית תבחין בין חריגה מתניית ההתפלגות שיסודה בצרכי האמת של המבוטחים ובמשאלות לבם (שלא תיחשב הפרה), לבין חריגה שיסודה בשיקולים זרים, או במניעים תועלתניים” (ההדגשה במקור – י”כ).

35. לטענת המערערים, תנאי תקרת התשלומים בענייננו, זהה מבחינת השפעתו לתניית ההתפלגות עובר להוספת התנאי המוסכם לתנאי המכרז בפסק הדין בעניין כללית. זאת, שכן גם בענייננו, תנאי תקרת התשלומים מבקש לאלץ את הספקים שיזכו במכרז להתאים מכשירי שמיעה למבוטחים בהתאם להתפלגות קבועה מראש שנקבעה בנוסחת תקרת התשלומים. כמו כן, כמו בעניין כללית, שם קבע המכרז כי ספק שיסטה מתניית ההתפלגות יהיה חייב בפיצוי כספי; גם בענייננו ספק שיחרוג מההתפלגות שנקבעה בנוסחת תקרת התשלומים, תוטל עליו “סנקציה כלכלית”, שכן המכרז קובע שלאומית לא תעביר לספק שחרג מתקרת התשלומים תמורה החורגת מגבולות התקרה. על רקע זה, טוענים המערערים כי מבלי שיערך בתנאי תקרת התשלומים אשר במכרז שבענייננו שינוי דומה לזה שנערך בתניית ההתפלגות במכרז שבעניין כללית, יש לקבוע כי תנאי תקרת התשלומים סותר את פסק הדין בעניין כללית כך שדינו – בטלות.

36. אינני סבור כי יש בטענה זו כדי להצדיק את קבלת הערעורים. בדחותו את הטענה האמורה קבע בית המשפט המחוזי כי בין תניית ההתפלגות שנדונה בעניין כללית לבין תנאי תקרת התשלומים בענייננו, קיימים הבדלים משמעותיים אשר אינם מאפשרים ללמוד גזירה שווה מיחסו של בית המשפט לתניית ההתפלגות בעניין כללית, למקרה דנן. בית המשפט המחוזי פירט כי:

“המכרז שנדון בעניין כללית לא כלל נוסחה לתקרת תשלומים, אלא תניית התפלגות שבה הספקים נדרשו להתחייב כי התפלגות המכשירים שיספקו למבוטחים תעמוד בשיעורים קצובים שנקבעו בכל אחת מ-5 הקטגוריות של מכשירים; במכרז כללית נקבע כי ספק שלא יעמוד בתנאי ההתפלגות במשך תקופה מדידה ייחשב כמי שהפר הפרה יסודית את ההסכם, מה שיביא לביטולו המידי של ההסכם ולתשלום פיצוי מוסכם בסך 100,000 דולר ארה”ב. זאת בניגוד למכרז לאומית שאינו מעמיד את עצם ההתקשרות למבחן התלוי בעמידת ספקים

בתקרת התשלומים הקבועה בו ואינו קובע סנקציה בדמות פיצוי מוסכם בגין הפרתו. כן מצאתי כי גם לעובדה כי במכרז כללית ובמכרז הנדון נקבעו רמות מחיר שונות וקיימים הבדלים בין קופות החולים כללית ולאומית כנטען" (פסקה 60 לפסק הדין קמא).

אכן, בין המכרז בעניין כללית לבין המכרז שבענייננו, קיימים הבדלים. כך, למשל, אין דינה של סנקציה אחידה ובינארית בגין חריגה מתניית ההתפלגות בצורה של חובה לתשלום פיצוי בסך של 100,000 דולר ארה"ב, כדינה של הוראה הקובעת כי חריגה מתקרת התשלומים תחייב את הספקים בנשיאה בעלות החריגה (אשר עשויה להיות גם נמוכה משמעותית מגובה הפיצוי המוסכם בעניין כללית).

יחד עם זאת, דומני כי טענת המערערים לפיה בדומה לתניית ההתפלגות בעניין כללית, אף תקרת התשלומים שבענייננו נועדה לתמרץ את הספקים הזוכים במכרז להתאים למבוטחים מכשירי שמיעה בהתאם להתפלגות שנקבעה בנוסחת תקרת התשלומים, אינה חסרת בסיס.

ואולם, משעה שפסק הדין בעניין כללית ניתן בהסכמת הצדדים, לא ניתן להסיק ממנו קביעה פוזיטיבית של בית משפט זה בעניין תוקפם של תנאים מהסוג הנדון, וודאי שלא ניתן לראות בו כהלכה מחייבת (ראו: ע"א 9817/17 מנהל מיסוי מקרקעין תל אביב נ' רייך, פסקה 15 לפסק דינו של השופט ד' מינץ (21.2.2021); דנ"א 247/22 סגל-רילוב נ' מרטינס (1.3.2022); והשוו: עע"מ 1456/23 בן-אליעזר נ' מדינת ישראל, פסקה 55 לפסק דיני (10.12.2023)). על כן, בפסק הדין בעניין כללית אין כדי להכריע בעניין תוקפו של תנאי תקרת התשלומים בעניין דנן.

האם תקרת התשלומים סותרת את הוראות החוזר?

37. המסד לעמדתה של לאומית בעניין דנן מצוי בטענה לפיה (סעיף 5 לתשובתה של לאומית במסגרת ע"א 4067/23, אשר בפנינו, ההדגשה במקור): "...רוב המבוטחים ובוודאי חלק ניכר מהם אינו זקוק, קלינית, למכשירי שמיעה המשוכללים והיקרים ביותר" (ההדגשה במקור – י"כ). בהמשך לטענה האמורה טוענת לאומית כי עובר למכרז דנן, מותאמים ונרכשים, בפועל, מכשירי שמיעה מ-"קטגוריית העילית", בשל האינטרס של הספקים למקסם את רווחיהם, וכתוצאה מכך מותאמים ונרכשים, בפועל, מכשירי שמיעה מ-"קטגוריית העילית", שמבוטחים אינם צריכים אותם כלל ויכולים להסתפק במכשירי שמיעה מדרגה נמוכה יותר. הטענות האמורות נטענות לכל אורך טיעוניה של לאומית בפנינו (וראו, בנוסף לסעיף 5 שצוטט לעיל, גם את סעיפים 2, 45, 50, 56-57, 60, 84 ו-92 לתשובתה של לאומית).

38. המערערים טוענים כי הטענות האמורות של לאומית אינן מבוססות על חוות דעת מקצועית שהוגשה לבית המשפט, ולכן אינה יכולה להוות מסד לגיטימי לקביעת תנאי תקרת התשלומים במכרז. טענה זו דינה להידחות שכן אף המערערים אינם מצוידים בחוות דעת מקצועית הסותרת את העמדה המקצועית של לאומית. בהיותם של המערערים מי שמבקשים לתקוף תנאי במכרז שנקבע על ידי עורך המכרז, בהתאם לעמדתם המקצועית של יועציו, נטל ההוכחה מוטל היה עליהם (ראו: ע"ם 5158/20 מילגם בע"מ נ' מועצה מקומית טובא זנגריה, פסקה 30 לפסק דינו של השופט א' שטיין (3.6.2021); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ד – משפט מינהלי דיוני 24-25 (2017)).

הנטל האמור לא הורם ומכאן שהדיון מתקיים תחת ההנחה שעמדתה של לאומית, בהקשר האמור, תואמת את המציאות. יחד עם זאת, ראוי לציין כי בטיעוניה של לאומית לא מצאתי כי הנתון של 50%, כגבול עליון של המבוטחים הזקוקים למכשירי מ-"קטגוריות העילית", מבוסס על עמדה מקצועית כלשהי.

39. בהמשך לאמור לעיל, אין חולק כי תכליתו של תנאי תקרת התשלומים הינה לתמרץ את הספקים לגרום לכך ששיעור מכשירי השמיעה מ-"קטגוריות העילית", יפחת לעומת שיעור זה כפי שהוא עובר למכרז. כך, תנאי תקרת התשלומים מביא לכך שככל שיותאמו ויסופקו מכשירי שמיעה מ-"קטגוריות העילית", בשיעור העולה על 50%, לא יקבל הספק את התמורה המלאה בגין המכשירים שיספק. בדרך זו, מבקשת לאומית להפחית את הסך הכולל של הסכומים שתשלם בגין התאמת והספקת מכשירי שמיעה למבוטחיה.

ודוק, העובדה כי תכליתו של תנאי תקרת התשלומים הינו לצמצם את היקף השתתפותה של לאומית במימון מכשירי השמיעה למבוטחיה, אין בה, כשלעצמה, כל פסול. בצד עקרונות חשובים אחרים שאותם נועד המכרז הציבורי להשיג (ולעניין זה דומני כי ניתן לראות במכרז לאומית בו עסקינן כמכרז ציבורי), עומד גם האינטרס שעניינו יעילות וחסכון בכספי ציבור (ראו: ע"ם 6464/03 לשכת שמאי המקרקעין בישראל נ' משרד המשפטים – אגף שומת מקרקעין, פ"ד נח(3) 293, 302 (2004); ע"ם 6823/10 מתן שירותי בריאות בע"מ נ' משרד הבריאות, פסקה 20 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן (28.2.2011); ע"ם 6911/21 איי. טי. שיקום בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקה 22 לפסק דינו של השופט ד' מין (7.3.2022)).

40. לאומית מפנה להוראת סעיף 3(ד) לחוק ביטוח בריאות, הקובע כי:

“שירותי הבריאות הכלולים בסל שירותי הבריאות יינתנו בישראל, לפי שיקול דעת רפואי, באיכות סבירה, בתוך זמן סביר ובמרחק סביר ממקום מגורי המבוטח, והכל במסגרת מקורות המימון העומדים לרשות קופות החולים לפי סעיף 13” (ההדגשה בטיעוניה של לאומית – י’ כ’).

על יסוד ההוראה דלעיל טוענת לאומית (סעיף 65 לתשובתה), כי:

“...מלשון החוק עולה כי לאומית (ככל קופת חולים אחרת) אינה מחויבת לספק למבוטחיה את השירות הטוב והיוקרתי ביותר (קרי, מכשירי שמיעה משוכללים ויקרים מקטגוריות המחירים הגבוהה ביותר). אלא, שירותים באיכות סבירה, התואמת את צרכיהם הרפואיים של מבוטחיה” (ההדגשות במקור – י’ כ’).

עמדתה של לאומית ברורה. נותר לבדוק האמנם עומדת היא בקנה אחד עם חוזר משרד הבריאות.

41. עיון בחוזר משרד הבריאות מלמד כי יכול והתשובה לשאלה שהצבנו לעיל הינה שלילית. לעניין זה אחזור ואפנה להוראות בחוזר שאוזכרו כבר בפתח חוות דעתי זו:

הראשונה – הוראת סעיף 4.3.1 הקובעת, כדלקמן:

“על הקופה לדאוג כי: בהיצע של ספק יכללו מכשירי שמיעה בכל התצורות אשר יתאימו לכל סוגי הירידות בשמיעה בחומרות שונות. ההיצע יכלול לפחות קבוצת מכשירי שמיעה המתקדמת והעדכנית של היצרן המיוצג על ידי הספק בכל התצורות הקיימות למכשירים המיובאים לארץ” (ההדגשה הוספה – י’ כ’).

כלומר, על פי הוראות החוזר, על כל ספק להעמיד בחלון הראווה את מכשירי השמיעה המתקדמים והעדכניים ביותר.

השנייה – שילוב הוראות סעיפים 4.2 ו-4.5 לחלק ב' לחוזר:

4.2 קלינאי התקשורת יתאים למבוטח מכשירי שמיעה, על פי שיקולים מקצועיים, צרכיו של המטופל רצונו והעדפותיו ובהתאם לבדיקת התאמה שתבוצע לו במכון.

[...]

4.5 ההמלצה המקצועית לעניין רמתם הטכנולוגית של המכשירים תעשה אך ורק על פי שיקולים מקצועיים קליניים של קלינאי תקשורת ובהתאם לצרכיו של המבוטח, רצונו והעדפותיו. ההמלצה אינה מחייבת את המבוטח והוא רשאי לרכוש מכשירים [ב]רמה טכנולוגית

גבוהה או נמוכה יותר או תצורה אחרת המתאימה לצרכי שמיעתו ללא הצורך באישור נוסף" (ההדגשה הוספה – י' כ').

וכן, בנספח ג' לחוזר, שהינו "טופס המלצה למכשירי שמיעה", מודגש למבוטח, תחת הכותרת "לתשומת ליבך", כי:

"הרשום לעיל מהווה המלצה והנך רשאי לבחור מכשירים ברמה טכנולוגית גבוהה או נמוכה יותר ובעלי מאפיינים בהתאם לצרכיך ורצונך" (ההדגשה במקור – י' כ').

מהמקובץ עולה, על פניו, כי החוזר קובע כי המבוטח רשאי בהחלט לבחור במכשיר שהינו ברמה טכנולוגית גבוהה מזו שהומלצה לו על ידי קלינאי התקשורת.

42. לאמור לעיל יש להוסיף עובדה נוספת: כפי שכבר ציינתי לעיל, על פי סל שירותי הבריאות, זכאותו של המבוטח, לעניין הספקת מכשירי שמיעה, עומדת, נכון להיום, על סך של 3,148.20 ש"ח למכשיר שמיעה (לכל אוזן, אחת ל-3.5 שנים). סכום זה עולה, במידה משמעותית, על הסך שלאומית נקבה בו, במכרז דנן, כסכום בגין מכשיר שמיעה מדרגה "4" (הדרגה היותר גבוהה שמתחת ל-"קטגוריות העילית") – 2,137 ש"ח – שלטענת לאומית כולל כבר מרווח רווח נאה. גם עובדה זו מתיישבת, לכאורה, עם הכרה בזכותו של המבוטח לבחור במכשירי שמיעה מ-"קטגוריות העילית" דווקא.

43. עתה נחזור ונזכיר את המסד לטיעוניה של לאומית, עליה עמדנו לעיל – הטענה לפיה עובר למכרז דנן, מותאמים ונרכשים, בפועל, מכשירי שמיעה מ-"קטגוריות העילית", שמבוטחים אינם צריכים אותם כלל ויכולים להסתפק במכשירי שמיעה מדרגה נמוכה יותר.

לאומית טוענת כי הסיבה לכך הינה בספקים, הפועלים, באמצעות הקלינאים המועסקים על ידם, להמרצת המבוטחים לבחור במכשירי שמיעה מ-"קטגוריות העילית", גם כאשר המבוטחים אינם צריכים אותם.

אלא שיש טעם טוב לסבור שגם אם יש בסיס לטענותיה של לאומית, הרי פועלם הנטען של הספקים אינו הסיבה היחידה לתופעת ההעדפה של מכשירי השמיעה מ-"קטגוריות העילית", גם כאשר המבוטחים אינם צריכים אותם. כך, יש טעם טוב לסבור כי כאשר מוצגים בפני מבוטח גם מכשירי השמיעה המעודכנים והמתקדמים ביותר (ודומה כי אף לאומית לא טען כי יש להימנע מלהציג את המכשירים הנ"ל), ומתברר כי הוא יכול להעדיף אותם על פני מכשיר מדרגה נמוכה יותר המומלץ בפניו על ידי הקלינאי,

בלא לשאת בעלות כלשהי או בעלות נמוכה יחסית, המבוטח יעדיף את המכשיר המעודכן והמתקדם יותר, בגדר "אם לא יועיל, בוודאי לא יזיק".

האמור לעיל אינו רק פרי ההיגיון הבריא והכרת דרכם של הבריות (הגם שדי בכך), אלא שכך בדיוק נאמר בוועדת המכרזים של לאומית, כאשר התקיים דיון בנושא (פרוטוקול דיון מיום 3.10.2022):

"לאור העיוותים בשוק שיטת התמחור שהכתיבו מכרזי עבר, לאומית קבעה תקרת תשלומים לספק שתבוסס על הצעת המחיר שיציע במסגרת המרכז.

[...]

הרעיון הוא ששולי הרווח על המכשירים בקטגוריות ה'נמוכות' יהיו גבוהים יותר משול הרווח במכשירי העילית בניסיון לתמרץ את הספקים לשווק מכשירים מקטגוריות אלה. כיום השוק הוא שוק של מכשירי עילית (כ-70%)-80% בין היתר בשל הוראות חוזר משה"ב לפיה המטופל זכאי לבחור מכשיר מכל קטגוריה גם ללא המלצת קלינאית התקשורת" (ההדגשה הוספה – י' כ').

44. אמור מעתה: התופעה שתנאי תקרת התשלומים מבקש להתמודד עמה – בחירת יתר במכשירי שמיעה מ-"קטגוריות העילית" – מקורה לא רק באינטרס של הספקים שכך יקרה אלא גם ברצונם של המבוטחים, שחוזר משרד הבריאות נותן לו מעמד בכורה.

ברם, בין שתי האפשרויות – רכישת יתר של מכשירי שמיעה מ-"קטגוריות העילית", בשל השפעתם של הספקים; ורכישה כאמור בשל נטייתם של המבוטחים – קיים, בהקשר דנן, הבדל חשוב: בעוד הניסיון לפגוע בהטיה מהסוג הראשון הינו לגיטימי, פגיעה בהטיה מהסוג השני, אינה נראית כעולה בקנה אחד עם חוזר משרד הבריאות.

ואם לא די בקושי האמור, זו העת להזכיר את שנאמר על ידי בהקשר טענת ה-"סבסוד הצולב": האפשרות שתנאי תקרת התשלומים יביא לכך שהמחיר של המכשירים ב-"קטגוריות העילית" יהיה גבוה מהעלות הראלית. אם כך יקרה, עלולה להיפגע זכותם של המבוטחים לרכוש את המכשירים מ-"קטגוריות העילית" (שכן יכול ומחירם יהיה גבוה מהמחיר הראלי) גם כשבחירה זו אינה נובעת מהשפעה כלשהי של הספקים.

45. האמור לעיל מעורר את השאלה האם השלכותיו של תנאי תקרת התשלומים תהיה להקטנת השפעתם של הספקים על מבוטחי לאומית לבחור במכשירי שמיעה מ-"קטגוריות העילית", אף כאשר מכשירים כאלו אינם נחוצים להם; או שמא תפגע בזכות הבחירה של המבוטחים לבחור את מכשיר השמיעה (לרבות כאשר ההמלצה של הקלינאי

הינה שאין צורך וניתן להסתפק במכשיר בסיסי יותר), המוגנת בחוזר משרד הבריאות. נראה כי התשובה לשאלה זו מותנית במספר ניכר של היבטים עובדתיים שאינם ידועים, שאזכיר כמה מהם:

- מהו שיעור המבוטחים הנזקקים רפואית למכשירי שמיעה מ- "קטגוריות עילית" (שנא הוא מגיע, כשלעצמו, ליותר מ- 50%)
- מהו שיעור המבוטחים שהיו בוחרים במכשירי שמיעה מ- "קטגוריות עילית", אף בלא השפעה כלשהי, במישרין או בעקיפין, של הספקים?
- האם אכן הספקים יעלו את מחיר מכשירי "קטגוריות העילית" כדי "לפצות" עצמם על השלכות תנאי תקרת התשלומים?
- מה היחס שייווצר בפועל בין המחיר של הספקים הזוכים, למכשירי "קטגוריות העילית", לבין הסכום הקבוע בסל הבריאות – 3,148.20 ש"ח (כך, אם המחיר של הספקים הזוכים, למכשירי "קטגוריות העילית", יהיה מתחת לסך של 3,148.20 ש"ח או אפילו רק במעט מעל לסכום זה, דומה כי הפגיעה בזכות הבחירה של המבוטחים הינה זניחה)? וכתוצאה מהאמור: האם, ככלל, היקף תשלומי ההשתתפות העצמית של מבוטחי לאומית, בעקבות תנאי תקרת התשלומים, יעלה משמעותית?

46. עמדתו של משרד הבריאות, כפי שהוצגה בתשובותיו בערעורים שבפנינו, הינה שתנאי תקרת התשלומים אינו סותר את החוזר וכי: "תנאי המכרז הנוכחיים, על פניו מאזנים כשורה בין כלל האינטרסים הנוגעים בדבר ובראש ובראשונה, האינטרסים של המבוטחים" (סעיף 6 לתשובה בע"מ 4073/23).

משרד הבריאות, בתשובתו, מתמקד כמעט אך ורק בלגיטימיות של ההתמודדות עם השפעתם של הספקים על המבוטחים, ופחות באפשרות לפגיעה בזכות הבחירה של המבוטחים, ונראה כי הוא מותיר היבט זה לבחינה במהלך ההתקשרות עצמה, שכן כך נכתב בתשובתו בפנינו (סעיף 22):

"על בסיס המצב המתואר בשוק, עמדת גורמי המקצוע במשרד הבריאות, היא כי נוסחת תקרת התשלומים יוצרת מנגנון חדש, נדרש ומתבקש המאזן בין יכולת ההשפעה של הספקים על בחירות המבוטחים ברכישת מכשיריהם באמצעות קלינאי תקשורת (שהוא כאמור עובד של הספק ואמור להמליץ על המכשיר המתאים לצרכיו של המבוטח), לבין הצורך לגדר את עלות המכשירים עבור המבוטחים ובין האינטרסים הכלכליים של קופות החולים

לצמצם את עלויות מכשירי השמיעה, לצורך עמידה בחובתה לספק את כלל השירותים הכלולים בסל תוך עמידה באיזון תקציבי, בהתאם להוראות החוק. התמריצים שיוצרת תקרת התשלומים, לצד העלאת מחירי המכשירים מקטגוריות 4 ו-5, יביא איפוא לכך שהספק יתאים מכשירים מבין הקטיגוריות השונות תוך נטרול התמריץ להתאים מכשירים מקבוצות המכשירים היקרים דווקא. ודוק: כיום, הרווח של הספק נובע בעיקרו מאספקת מכשירים למבוטחים מדרגות גבוהות שמחירם נקבע על ידו וזה בסיס הזכייה שלו במכרז. על-כן, עמדת המשיב [משרד הבריאות – י' כ'] היא כי תקרת התשלומים אינה פוגעת במבוטחים וממילא למשרד הבריאות שמורה האפשרות להתערב בהמשך חיי המכרז וההתקשרות, אם יהיה צורך, לשם עמידה בהוראות החוק והחוזר.

47. סבורני כי בעמדת משרד הבריאות אין מענה לחלק מההיבטים עליהם עמדתי לעיל. כמו כן, לדעתי, בתנאי תקרת התשלומים קיים פוטנציאל של פגיעה בזכות הבחירה של המבוטחים. כמו כן, לדעתי, פגיעה שכזו עומדת, למצער לכאורה, בניגוד לחוזר משרד הבריאות.

עדיין עומדת השאלה: האם, בנסיבות אלו, יש לקבל את העמדה לפיה יש לפסול את תנאי תקרת התשלומים בהיותו סותר את חוזר משרד הבריאות, כטענת המערערים, או לקבוע שאין לעשות כן, כעמדתם של לאומית ומשרד הבריאות?

בנסיבות העניין, ולאחר התלבטות, הנני סבור שאין לפסול את תנאי תקרת התשלומים על יסוד הטענה שהינו סותר את חוזר משרד הבריאות, וזאת מהטעמים הבאים:

ראשית, אמנם, נכון הוא כי על פי ההלכה הפסוקה לעמדתו של המאסדר באשר לפרשנות הנכונה של ההוראות שנוסחו על ידו, אין מעמד בכורה (דנ"א 4960/18 זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ, פסקה 67 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר (4.7.2021)). עם זאת, נקבע גם כי על בית המשפט להטות אוזן לפרשנות המאסדר להוראותיו ולהתחשב בה, שכן בנתון למומחיות הנתונה לו בתחום עליו הוא אמון, המאסדר איננו בעל דין רגיל (שם, בפסקה 62). לפיכך, לתמיכת משרד הבריאות בפרופוזיציה לפיה בתנאי תקרת התשלומים יש כדי לתקן את המצב ששרר בשוק מכשירי השמיעה בעבר, בלא לפגוע בזכות הבחירה של המבוטחים, ועמדתו לפיה אין בתנאי תקרת התשלומים משום ניגוד לחוזר שהוציא, יש משקל משמעותי.

שנית, בנסיבות, הנני נותן משקל רב להבהרת משרד הבריאות כי שמורה לו האפשרות "להתערב בהמשך חיי המכרז וההתקשרות, אם יהיה צורך, לשם עמידה בהוראות

החוק והחוזר". כפי שציינתי לעיל, השאלה האם תנאי תקרת התשלומים יפגע בזכות הבחירה של המבוטחים תלויה במשתנים רבים שאינם ידועים כעת (ודי להזכיר בהקשר זה כי למחירי המכשירים מ-"קטגוריות העילית", כפי שהם נקובים בהצעות אשר במעטפות שכבר הוגשו (אולם טרם נפתחו) במסגרת המכרז, יכול להיות השפעה משמעותית בעניין זה). הבהרתו של משרד הבריאות יש בה כדי להפיג, במידת מה, את החשש מפגיעה כאמור. כך, יכול והבחנה בתופעה לפיה תוצאה של תנאי תקרת התשלומים הינה בעלייה משמעותית בתשלומי ההשתתפות העצמית של מבוטחי לאומית, תצדיק לשקול התערבות כאמור.

שלישית, יש לזכור את שהתחלנו בו – לעורך המכרז נתונה פרווגטיבה בקביעת תנאי המכרז, ובית המשפט ייטה שלא להתערב בתוכן המכרז אלא במקרים חריגים ויוצאי דופן, בהם תנאי המכרז מנוגדים לדין באופן מובהק. לאור חוסר הבהירות האם תנאי תקרת התשלומים אכן יפגע בזכויות המבוטחים, והבהרת משרד הבריאות לעניין התערבותו אם יתברר כי פגיעה שכזו נגרמת, הכף נוטה שלא להורות על פסילתה של הוראה במכרז.

48. לפני סיום, אבקש להתייחס, בקצרה, לשתי טענות נוספות שנטענו בפנינו:

הראשונה – הטענה לפיה קיים כביכול חשש שהקלינאים, בשל תנאי תקרת התשלומים, יתאמו למבוטחים מכשירים בדרגה נמוכה מזו שהמבוטח נזקק לה. לטענה זו לא ניתן כל בסיס וחזקה שהקלינאים לא יעשו כדבר הפסול הזה. דבר אחד הוא להציע למבוטח ואף להשפיע עליו לרכוש מכשיר יקר ומתקדם מזה הנחוץ לו (וכפי שציינתי לעיל, מסד עמדתה של לאומית הינו בטענה שתופעה שכזו קיימת והיא שמבטאת את השפעת האינטרסים של הספקים על המכשירים שנבחרים על ידי המבוטחים), דבר אחר לגמרי הוא להציע למבוטח מכשיר ברמה נמוכה מזו שהוא זקוק לה. לטענה בדבר חשש שכך יקרה, לא ניתן בסיס כלשהו.

השנייה – נטען על ידי לאומית כי מכשירי שמיעה, שבעבר הקרוב נכללו ב-"קטגוריות העילית", כלולים היום בקטגוריה "4", ומכאן שהמבוטחים אינם נפגעים. דומה כי בית המשפט קמא אף קיבל טענה זו. דעתי בעניין זה שונה: השאלה למה זכאי המבוטח אינה נגזרת מהחלופות שהיו רלוונטיות בעבר, אלא מהחלופות שהינן רלבנטיות כיום, המבטאות את ההתקדמות בטכנולוגיה הרלוונטית. כך עולה גם מהדרישה בחוזר משרד הבריאות להציע את "קבוצת מכשירי שמיעה המתקדמת והעדכנית של היצרן המיוצג על ידי הספק בכל התצורות הקיימות למכשירים המיובאים לארץ". כך גם מתחייב, לדעתי, ממהות העניין: אם קיים מכשיר מתקדם וחדש שיש בו כדי לשפר את יכולת השמיעה של

המבוטח, העובדה שמכשיר שלפני שנתיים, שהשפעתו טובה פחות, ביטא את קידמת הטכנולוגיה באותו המועד, אינה נראית רלוונטית בהקשר דנן (זאת לאור הקבוע בחוזר הספציפי של משרד הבריאות. באשר להוראת חוק ביטוח בריאות שעניינה במתן שירותי בריאות "באיכות סבירה", שאלת השלכותיה על נסיבות מהסוג דנן, לולא הקבוע בחוזר משרד הבריאות, חורגת מעניינו של פסק דין זה).

49. מהטעמים עליהם עמדתי לעיל, הנני מציע לחבריי כי נחליט על דחייתם של הערעורים. יחד עם זאת, בשל האמור לעיל בדבר היותו של תנאי תקרת התשלומים בעל פוטנציאל לפגיעה בזכות הבחירה של המבוטחים, העומדת, למצער לכאורה, בניגוד לחוזר משרד הבריאות, אציע לחבריי כי נמנע מלחייב את המערערים בהוצאות משפט.

ש ו פ ט

השופט נ' סולברג:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופטת י' וילנר:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' כשר.

ניתן היום, כ"ז בטבת התשפ"ד (8.1.2024).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט