



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 2114/12

לפני :  
כבוד הנשיא א' גרוניס  
כבוד השופט י' דנציגר  
כבוד השופט א' שהם

העותרים :  
1. האגודה לזכויות האזרח בישראל  
2. רופאים לזכויות אדם ישראל  
3. מרכז אדווה

נגד

המשיבים :  
1. ממשלת ישראל  
2. שר הבריאות  
3. סגן שר הבריאות  
4. מנהל שירותי הרפואה משרד הבריאות  
5. שר האוצר  
6. החשבת הכללית במשרד האוצר  
7. אסותא אשדוד בע"מ  
8. עיריית אשדוד

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

תאריך הישיבה : י"ב באב התשע"ב (31.07.2012)

בשם העותרים : עו"ד גלעד ברנע ; עו"ד אמיר פז-פוקס ;  
עו"ד יואב פלד ; עו"ד אן סוציו

בשם המשיבים 1-6 : עו"ד מיכל צוק-שפיר

בשם המשיבה 7 : עו"ד דוד זילר ; עו"ד לב זיגמן

בשם המשיבה 8 : עו"ד בתיה בראף ; עו"ד לימור ספצ'ק

## פסק-דין

הנשיא א' גרוניס:

1. בימים אלה מוקם בעיר אשדוד בית חולים על ידי המשיבה 7, חברת אסותא אשדוד בע"מ (להלן, בהתאמה – בית החולים ו-אסותא). לפנינו עתירה, שהוגשה ביום 13.3.2012, המופנית נגד ההיתר שניתן לאסותא להפעיל בבית החולים, לכשיוקם, שירותי רפואה פרטית בתשלום, במסלול של בחירת רופא.

רקע

2. חוק בית חולים באשדוד (הקמה והפעלה), התשס"ב-2002 (להלן – חוק בית החולים), מורה על הקמת בית חולים בעיר אשדוד, על ידי יזם שייבחר במכרז פומבי (סעיף 3(א) לחוק). החוק מתייחס לאפשרות כי לא ייבחר זוכה במכרז בחלוף חצי שנה ממועד פרסומו. במקרה כזה, כך קובע החוק, תתכנן המדינה ותקים את בית החולים בעצמה (סעיף 4 לחוק). כמו כן מורה החוק, כי לאחר הקמתו יופעל ויוחזק בית החולים על ידי היזם או המדינה, לפי העניין (סעיף 6(א) לחוק). לאחר חקיקת החוק חלו עיכובים ממושכים בפרסום המכרז, שאין צורך לתארם בהליך דנא. לבית משפט זה אף הוגשה עתירה בה נטען כי המדינה נמנעת מליישם את הוראות החוק (בג"ץ 2836/03). בסופו של דבר, הוקמה ועדת מכרזים בין-משרדית משותפת למשרד האוצר, משרד הבריאות ומינהל מקרקעי ישראל (להלן – ועדת המכרזים). בחודש אוקטובר 2007 פרסמה הוועדה "בקשה לקבלת מידע" (RFI), על מנת לבחון האם קיימים מתמודדים פוטנציאליים במכרז להקמת בית החולים. לאחר שנתברר כי התשובה לכך היא חיובית, החלה ועדת המכרזים לקדם את הליכי המכרז. המכרז נערך, למעשה, בשני שלבים. בשלב הראשון, שהחל בחודש אוגוסט 2008, הזמינה הוועדה מציעים פוטנציאליים להשתתף בהליך של מיון מוקדם. שלוש מציעות, ובהן אסותא, צלחו שלב זה. עם סיום שלב המיון המוקדם החל השלב השני של המכרז. ועדת המכרזים פרסמה, ביום 9.8.2009, הזמנה להציע הצעות להקמת בית החולים. ההזמנה הופנתה למציעות שעברו את שלב המיון המוקדם. להזמנה צורף, כנספח, ההסכם שצפוי היה להיחתם עם הזוכה. בשלב מסוים פרשו שתיים מן המציעות מהמכרז. אסותא נותרה המשתתפת היחידה. אסותא הגישה את הצעתה לוועדת המכרזים ביום 15.12.2010. ביום 10.4.2011 הוכרז כי אסותא זכתה במכרז. בהסכם שנכרת בין המדינה לבין אסותא, ביום 29.5.2011, נקבע, בין היתר, כי על אסותא לפתוח את בית החולים בתוך 6 שנים, היינו עד לשנת 2017. עתה, כאמור, נמצא בית החולים בשלבי הקמה.

3. הרקע להגשת העתירה הוא העובדה שבמסמכי המכרז ובהסכם שנכרת עמה, הותר לאסותא להפעיל בבית החולים שירותי רפואה פרטיים במסלול של בחירת רופא בתשלום (להלן – שר"פ), בהיקף של עד 25% מהיקף הפעילות הכולל בבית החולים. מסלול זה יאפשר לאסותא, בכפוף לשורה של מגבלות שנקבעו במכרז, להציע לציבור המטופלים בבית החולים אפשרות לבחור את הרופא המטפל, תמורת תשלום כספי.

העתירה וטענות בעלי הדין

4. בעתירה שלפנינו שהוגשה, כאמור, בחודש מרץ 2012, מבקשים העותרים כי ייקבע שאין תוקף להיתר להפעיל בבית החולים שירותי רפואה פרטיים במסלול של בחירת רופא בתשלום. העותרים מדגישים, כי הפעלת מערך של שר"פ בבית החולים באשדוד, עשויה להוביל לפגיעה בזכויות חוקתיות של אלה שידם אינה משגת לרכוש שירותים כגון דא. העותרים מונים בהקשר זה את הזכות לכבוד והזכות לנגישות שווה לבריאות. לטענתם, מתן שר"פ בבית החולים יוביל לתחושת הפליה, השפלה ופגיעה בכבודם של אלה שלא יכולים לרכוש את אותם שירותים ולאספקה לא שוויונית של שירותים רפואיים בבית החולים. העותרים מסכימים, אומנם, כי במסמכי המכרז נקבעו הוראות המטילות מגבלות על אופן הפעלת מערך השר"פ בבית החולים, כמו גם מנגנוני פיקוח על הפעלת השירותים. אלא, שלטענת העותרים אין במנגנונים אלה כדי לאיין את הפגיעה החוקתית הנטענת על ידם. העותרים מדגישים כי נוכח הפגיעה הנטענת בזכויות חוקתיות היה על הנושא להיות מוסדר בחקיקה ראשית, ומשלא נעשה כן אין תוקף להיתר שניתן לאסותא להציע שר"פ בבית החולים. העותרים מציינים, כמו כן, כי שירותי הרפואה הפרטיים בבית החולים באשדוד, יעמידו את רופאי בית החולים בניגוד עניינים מובנה בכל הנוגע לטיפול הרפואי בציבור המטופלים. לטענתם, שיקולים כלכליים יגרמו לרופאים לשכנע מטופלים לעבור טיפולים שאין בהם נחיצות מבחינה רפואית. בנוסף טוענים העותרים, כי בהחלטה ליתן היתר להפעלת שר"פ בבית החולים נשקל שיקול זר, והוא הרצון לעודד יזמים, באמצעות תמריץ כלכלי, להגיש הצעות במכרז. זאת, בהתחשב בכך שחוק בית החולים קובע, כאמור, כי אם לא ייבחר זוכה במכרז יהא על המדינה להקים בעצמה את בית החולים.

5. יוער, כי העתירה רצופה התייחסויות לפסק דינו של בית משפט זה בבג"ץ 4253/02 קריתי נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם, 13.7.2009) (להלן – עניין קריתי). בעניין קריתי נפסק, כי אין להתערב בחוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה משנת 2002, אשר הורתה על הפסקת ההפעלה של שירותי רפואה פרטית בתשלום,

במסלול של בחירת רופא מנתח, בבתי החולים הממשלתיים בישראל. לטענת העותרים, הן פסק הדין בעניין קריתי, הן חוות דעתו הנזכרת של היועץ המשפטי לממשלה, מלמדים כי חל איסור על הפעלת מערך של שר"פ בבית החולים באשדוד. אומנם, מן העתירה ניתן ללמוד כי העותרים אינם חולקים על העובדה שבית החולים המוקם באשדוד אינו בית חולים ממשלתי כמוכנו הרגיל. אלא שלגישת העותרים, הקביעות העקרוניות שנפסקו בעניין קריתי צריכות לחול אף לגבי בית החולים באשדוד, משום שהמדינה נושאת בחלק הארי של מימון הקמת בית החולים (ולסוגיה זו נידרש גם בהמשך).

6. העתירה הוגשה נגד גורמי המדינה (המשיבים 1-6), אסותא (המשיבה 7) ועיריית אשדוד (המשיבה 8). המשיבים סבורים, כולם, כי דינה של העתירה להידחות. הטענה המרכזית שהעלו כל המשיבים הינה כי העתירה הוגשה שנים ארוכות לאחר שנודע לעותרים כי בבית החולים באשדוד צפוי להיות מופעל מערך של שירותי רפואה בתשלום, במסלול של בחירת רופא. במהלך אותן שנים, כך נטען, החלו פעולות שונות להקמת בית החולים והושקעו כספים בהיקף אדיר. לטענת המשיבים, השיהוי המשמעותי בהגשת העתירה מצדיק את דחייתה על הסף. בנוסף טוענים המשיבים, כי עסקינן בעתירה התוקפת תנאי מכרז ומשכך היה על העותרים להגיש עתירה לבית המשפט לענינים מינהליים. לגופו של עניין מוסיפים המשיבים ומדגישים, כי אין מקום לבטל את ההיתר שניתן לאסותא להפעיל שר"פ בבית החולים. המשיבים אינם סבורים כי הפגיעה החוקתית עליה מצביעים העותרים מצדיקה את ביטול ההיתר. לבסוף טוענים המשיבים, כי אין ללמוד מן ההלכה שנפסקה בעניין קריתי כי לא ניתן להפעיל שר"פ בבית החולים באשדוד. זאת, מן הטעם הפשוט שבית החולים באשדוד לא יהיה בית חולים ממשלתי, אלא בית חולים בבעלות פרטית. מכאן, שלא חל איסור עקרוני על הפעלת שר"פ בבית החולים, כשם שאיסור כזה לא קיים בבתי חולים אחרים בישראל, שאינם ממשלתיים, בהם מופעל שר"פ.

ד"ן

7. מקובלת עלי טענתם המרכזית של המשיבים, כי העתירה דנא לוקה בשיהוי כבד. השיהוי המשמעותי בהגשת העתירה מהווה, להשקפתי, פגם היורד לשורש העתירה ואשר מצדיק את דחייתה. העותרים התייחסו לעיתוי הגשת העתירה. לטענתם, אין זה ראוי כי טענת השיהוי "תחסום את עצם הדיון וסמכות הבחינה שבידי בית משפט נכבד זה בנוגע לפגיעה בזכויות חוקתיות". אכן, בפסיקה נזכרת האפשרות כי פגיעה חמורה וקשה בשלטון החוק עשויה להאפיל על שיהוי בהגשת הליך (ראו,

למשל, בג"ץ 2285/93 נחום נ' ראש עיריית פתח-תקווה, פ"ד מח(5) 630, 640-643 (השופט י' זמיר) (1994); עע"ם 7142/01 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, חיפה נ' החברה להגנת הטבע, פ"ד נו(3) 673, 678-680 (2002) (להלן – עניין החברה להגנת הטבע). למקרה בו נזקק בית משפט זה לטענות שהועלו נגד מכרז, חרף שיהוי בהגשת העתירה ובהתחשב בפגיעה בשלטון החוק, ראו עע"ם 8539/11 מלכה אנגלסמן ושות' – משרד עורכי דין נ' משרד האוצר – אגף החשב הכללי, בפרט פסקה 21 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן (טרם פורסם, 5.7.2012); ראו עוד, בג"ץ 1262/06 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' סיעת ש"ס, פ"ד סא(1) 185, 195-199 (2006)). עם זאת, בנסיבות העניין אין בידי לקבל את טענת העותרים כי מדובר בפגיעה חוקתית (בהנחה שקיימת) המצדיקה התערבות של בית המשפט, חרף השיהוי. לטעמי, השיהוי שנפל בהגשת העתירה הוא משמעותי וכבד. אין מדובר בסוגיה בעלת אופי טכני גרידא (ראו והשוו, בג"ץ 1802/12 פרופסור יוסי יונה נ' משרד התחבורה, התשתיות הלאומיות והבטיחות בדרכים, פסקה 5 (טרם פורסם, 14.3.2012)). העותרים התעכבו זמן ממושך בהגשת העתירה. העותרים ידעו, או למצער היה עליהם לדעת, לפני שנים, כי בית החולים באשדוד צפוי לספק לציבור גם שירותי רפואה פרטיים, במסלול בחירת רופא. המידע בנושא זה היה פומבי ונגיש לציבור. גורמים רבים, ובהם אסותא, החלו לפעול להקמת בית החולים לפני שנים. כספים רבים הוצאו, עד עתה, לצורך הקמת בית החולים. מן העבר השני, לא הוכח על ידי העותרים כי מתן שירותי רפואה פרטיים בבית החולים עשוי להוביל לפגיעה קשה וחמורה בשלטון החוק מן הסוג העשוי להאפיל על השיהוי בהגשת העתירה, בנסיבות המקרה. משכך, אין מנוס מדחיית העתירה מחמת שיהוי. אעמוד עתה על הסוגיות הנזכרות.

8. אין ספק כי על העותרים היה לדעת, לפני זמן רב, כי בבית החולים באשדוד צפויים להינתן שירותי רפואה פרטיים, במסלול של בחירת רופא. אפשרות זו נזכרה בשורה של מסמכים פומביים שפורסמו בקשר עם המכרז שערכה המדינה לצורך בחירת היזם שיקים את בית החולים. ראשית, היא אוזכרה כבר בחודש אוקטובר 2007, בשלב הטרם מכרזי, כאשר המדינה פרסמה בקשה לקבלת מידע (להלן - RFI), לצורך בחינת קיומם של מתמודדים פוטנציאליים. ב-RFI נקבע, כי במסגרת המענה לפנייה, יש להכין תכנית עיסקית הכוללת התייחסות, בין היתר, ל"שירותים פוטנציאליים נוספים שיוכל הזוכה להפעיל ביחד עם פעילות בית החולים (כגון שירותי רפואה פרטיים נוספים ושירותים אחרים)" (סעיף 6(ה) ל-RFI). בהמשך, בחודש מרץ 2008, הועברה עמדת הממשלה בנוגע לשאלות שעלו במענה ל-RFI. בעמדת הממשלה נאמר בבירור, כי בית החולים יוכל להפעיל שר"פ, בתנאים שונים, בהיקף של עד 25% מהיקף הפעילות הכולל בבית החולים (סעיף 1.2 למכתב מיום 9.3.2008).

9. האפשרות להפעיל בבית החולים באשדוד שירותי רפואה בתשלום, במסלול של בחירת רופא, נזכרה, כמובן, גם במכרז עצמו. בהזמנה להשתתף בהליך המיון המוקדם, שפורסמה בחודש אוגוסט 2008, נאמר כי "בית החולים יהא רשאי לספק שירותי רפואה פרטיים בהיקף של עד 25% מהיקף הפעילות, והכל בתנאים ובהתאם לכללים שיוגדרו במסמכי המכרז, בשלב השני" (סעיף 2.7.2 להזמנה מחודש אוגוסט 2008). בחודש אוגוסט 2009, לאחר תום שלב המיון המוקדם, פורסמה, כאמור, הזמנה להציע הצעות. האפשרות להפעיל שר"פ בבית החולים נזכרה אף בהזמנה להציע הצעות, בה נאמר כי "בית החולים יהיה רשאי לספק שירותים בתשלום, במסלול בחירת רופא, בהתאם ובכפוף לתנאי דרישות המינימום והסכם הפרויקט" (סעיף 6.4.4 להזמנה להציע הצעות). חובה לציין, כי בפרק 12 לנספח ההפעלה שצורף להזמנה להציע הצעות, נכללו הוראות מפורטות הנוגעות לדרישות שיחולו על הזוכה במכרז בכל הנוגע להפעלת המסלול של בחירת רופא בתשלום. אחת ההוראות המרכזיות בנספח הינה, כי היקף הפעילות של המסלול לא יעלה על 25% מכלל הכנסות בית החולים (ברוטו) ממכירת שירותים רפואיים (ראו סעיף 1.5.1 בפרק 12 לנספח ההפעלה). גם בהסכם שנכרת ביום 29.5.2011 בין המדינה לבין אסותא נקבעה הוראה הנוגעת לאפשרות להפעיל שר"פ בבית החולים. כך, בסעיף 46.1 להסכם נקבע, בין היתר, כי אסותא תהא רשאית "לגבות תשלומים בגין שירותי רפואה במסלול בחירת רופא, הכול בהתאם ובכפוף לנוהלי משרד הבריאות ולהוראות הסכם זה...". אינדיקציה ברורה לכך שהעותרים ידעו, בפועל, על הכוונה לאפשר הפעלת שר"פ בבית החולים באשדוד, עולה בבירור מתוך מכתבים שנשלחו על ידי העותרת 1, כשנה לפני הגשת העתירה. כך, במכתב מטעם העותרת 1 מיום 5.4.2011, אשר מוען לראש הממשלה ושר הבריאות, סגן שר הבריאות ושר האוצר, הביעה העותרת 1 מורת רוח על ההיתר שניתן להפעלת שר"פ בבית החולים. מכתב זה נשלח ימים ספורים לפני הכרזת אסותא כזוכה במכרז. מכתב נוסף מטעם העותרת 1, בו הועלתה דרישה לבטל את האפשרות להפעלת שר"פ בבית החולים, נשלח ביום 24.8.2011.

10. העתירה הוגשה, כאמור, בחודש מרץ 2012. זאת, לאחר שחלפו כארבע וחצי שנים מאז נודע כי בכוונת המדינה לאפשר הפעלת שר"פ בבית החולים (בחודש אוקטובר 2007); בחלוף למעלה משלוש וחצי שנים לאחר שהותנע המכרז; וקרוב לשנה לאחר הכרזת אסותא כזוכה במכרז. לא ניתן בעתירה כל הסבר להשתהות המשמעותית בפנייתם של העותרים לערכאות. במהלך התקופה בה שקטו העותרים על שמריהם בוצעו פעולות רבות על ידי המשיבים לצורך הקמת בית החולים. לטענת אסותא, היא

הוציאה עד עתה סכום של כ-90 מיליון ש"ח לצורך הקמת בית החולים. כמו כן הוצאו על ידה, לטענתה, למעלה משני מיליון ש"ח נוספים לשם הכנת מסמכי ההצעה במהלך המכרז. יוער, כפי שיפורט בהמשך, כי המדינה משתתפת במימון חלק עיקרי מעלות הקמת בית החולים. עם זאת, בהסכם בין אסותא לבין המדינה נקבע כי חלקו העיקרי של המענק ישולם לאסותא רק עם סיום הפרויקט (ראו סעיפים 3-44.1.2 להסכם). אי לכך, טוענת אסותא כי היה עליה ליטול אשראי בהיקף עצום לצורך הקמת הפרויקט. אסותא מוסיפה ומדגישה, כי אחת הסיבות המרכזיות להשתתפותה במכרז הייתה האפשרות שהוקנתה לה להפעיל שר"פ בבית החולים. טענה זו נתמכת בטענת המדינה, לפיה בלא התנאי המאפשר הפעלת שר"פ בבית החולים, "ספק אם הייתה הסכמה [בין המדינה לבין אסותא – א' ג'] וספק אם היה נשלם ההליך על פי החוק, לבחירת יזם להקמתו של בית החולים באשדוד..." (סעיף 6 לתגובת המדינה לעתירה). הנה כי כן, אסותא הסתמכה על ההיתר שניתן לה במכרז ובהסכם להפעלת שר"פ בבית החולים, וכן על העובדה שהיתר זה לא נתקף בבית המשפט על ידי גורם כלשהו משך שנים ארוכות. בנסיבות העניין, ובהתחשב בשיהוי שנפל בהגשת העתירה, יש ליתן לאינטרס ההסתמכות של אסותא משקל רב (ראו והשוו, בג"ץ 8122/11 עיריית ירושלים נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פסקה 7 (טרם פורסם, 21.12.2011)). גם המדינה הדגישה, כי נעשו מטעמה הליכים שונים והוצאו הוצאות כספיות לא מבוטלות לצורך הקמת בית החולים. יוער, כי עסקינן בבית חולים המוקם מכוח חקיקה של הכנסת. איני רואה צורך להידרש לרקע שקדם להגשת הצעת החוק ולמהלכים שהובילו לחקיקתו. די להזכיר, כי החוק נחקק בשנת 2002. בשלב זה צפוי בית החולים להיפתח בשנת 2017, היינו כ-15 שנים לאחר חקיקת החוק. על רקע זה, ובהתחשב בעיכובים הרבים ביישום החוק, מצופה היה מהעותרים שלא להשתהות בהגשת העתירה במשך פרק זמן כה ניכר.

11. העותרים טוענים כאמור, כי קיים צידוק לדון בטענותיהם לגופו של עניין בהתחשב בפגיעה בזכויות חוקתיות שתיגרם, לשיטתם, אם יופעל מערך של שר"פ בבית החולים באשדוד. טענתם המרכזית של העותרים הינה, כי מתן שירותי רפואה פרטיים בבית החולים, במסלול של בחירת רופא בתשלום, תוביל לפגיעה בזכות לנגישות שוויונית לשירותי בריאות, וכן לפגיעה בכבודם של אלה שאינם יכולים להרשות לעצמם רכישת שירותי רפואה פרטיים. אפילו אניח לטובת העותרים, ולצורכי עתירה זו בלבד, כי אכן קיימת זכות חוקתית של נגישות שוויונית לשירותי בריאות, כנגזרת של הזכות לכבוד, הרי עדיין אין בכך כדי להתגבר, בנסיבות העניין, על השיהוי בו לוקה העתירה. אדגיש, כי אין בדבריי משום הבעת עמדה כלשהי בנוגע לגבי עצם קיומה של זכות חוקתית לנגישות שוויונית לשירותי בריאות. אף אין לראות בדבריי משום רמיזה כלשהי בנושא זה. כלומר, ההנחה כי זכות כזו אכן קיימת הינה לצורך

הדיון בלבד. יוער, כי מידת התועלת או אי התועלת שיש בהפעלת שירותי רפואה פרטיים בבתי החולים בישראל היא סוגיה מורכבת וסבוכה שיש לה פנים לכאן ולכאן. בצדק הדגישה השופטת מ' נאור כי השאלה אם לאפשר שר"פ (בבתי החולים הממשלתיים) הינה "שאלה מובהקת של מדיניות" שבית המשפט לא ימהר להתערב בה (עניין קרית, פסקה 2 לפסק דינה של השופטת נאור). דברים אלה יפים, בשינויים המחויבים, גם כאשר נתקפת האפשרות להפעיל שר"פ בבתי חולים שאינם ממשלתיים.

12. ראוי לציין, כי בעניין קרית עלתה טענה חוקתית מכיוון הפוך. נטען שם, כי לכל אדם קנויה הזכות לבחור את הרופא שיטפל בו. על בסיס זה נטען כי חובה לאפשר קיום שר"פ בבתי החולים הממשלתיים. בית המשפט קבע באותו עניין כי נראה ש"מן הזכות לבריאות או מחוק היסוד, יקשה לגזור במסגרת העקרונות שהותוו במשפטנו החוקתי... זכות לבחירת רופא מנתח. זכות לבחירת רופא אינה נמצאת בליבת שירותי ההכרח להם זקוק אדם לשם שמירה על קיום מינימאלי בכבוד" (פסקה 52 לפסק דינה של השופטת ד' ברלינר). דברים דומים ניתן לומר על טענתם ההפוכה של העותרים. אף אם קיימת זכות לנגישות שוויונית לשרותי בריאות, כנגזרת של הזכות לכבוד, הרי מדובר בזכות פריפריאלית ולא בזכות המצויה במרכז של הזכות החוקתית (לאבחנה בין גרעין (core) ואיזור אפלולית (penumbra) בעקרונות היסוד, ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני – פרשנות החקיקה 727-728 (1993)). זאת ועוד, העותרים לא השכילו להראות כי עצם קיומו של שר"פ בהיקף של 25 אחוזים ובמגבלות שהוצבו אומנם יפגע בזכות לבריאות של אלה שאינם מסוגלים לשאת בתשלום לעניין בחירת רופא.

ניתן לומר, כי ככל שמצויים אנו קרוב יותר לליבתה של הזכות החוקתית, נקל על הטוען לפגיעה בה להתגבר על טענת שיהוי; ככל שמצויים אנו בשוליה של הזכות, יקשה על הטוען לשכנע כי קיימת הצדקה להתערבות שיפוטית במקרה של שיהוי. כמובן שבמסגרת זו יש אף להתחשב במידתו של השיהוי ובעוצמתה של הפגיעה באחרים והנזק שייגרם, עקב קבלת העתירה (השוו, עניין החברה להגנת הטבע, בעמ' 680-682).

13. בטיעוניה הצביעה אסותא על יתרונות רבים, לטובת ציבור החולים והרופאים, הצפויים בעקבות הפעלת מערך השר"פ בבית החולים אשדוד. מנגד, מעלים העותרים טענות בנוגע להשלכות הקשות שתהיינה להפעלת שר"פ בבית החולים באשדוד. דומני, כי באיזון הכולל בין הטיעונים בנושא זה, מן הראוי לייחס משקל משמעותי לשורת המגבלות ואמצעי הפיקוח שנקבעו בנוהל שנכלל בנספח ההפעלה של המכרז בקשר עם מערך השר"פ בבית החולים באשדוד. בנוהל נקבע, בין היתר, כי רופא המשתתף



במערך שירותי הרפואה הפרטיים יוכל לספק שירותים אלה רק בימים ובשעות בהם הוא אינו מועסק במסגרת משרתו הרגילה; כי לא יותרו שירותי רפואה פרטיים בכל הנוגע לרפואה דחופה; כי לא תינתן כל קדימות בקביעת תורים לטיפולים, בדיקות או ניתוחים במסגרת מערך השר"פ; כי לא תהיה כל הפרדה בין חולים במסגרת שר"פ לבין חולים "רגילים"; וכי בית החולים יוודא כי כל חולה ינותח על ידי מנתח בעל מיומנות מתאימה. מדובר רק בחלק מן המגבלות שנקבעו בנוהל. כמו כן נקבע בנוהל (סעיף 1.14), כי בית החולים יידרש להכין דו"ח מפורט מדי שלושה חודשים וכן דו"ח שנתי בנוגע לפעילות השר"פ בבית החולים. עיון בהוראות אלה מלמד, כי יש ממש בטענת המדינה כי שורת המגבלות ואמצעי הפיקוח "נועדו להבטיח מצב לפיו שירותי הבריאות הציבוריים שיינתנו במסגרת בית החולים, למי שאיננו במסלול המב"ר [מסלול בחירת רופא – א' ג'], יעמדו בדרישות חוק בריאות ממלכתי, וכי החשש המובנה לפגיעה בשוויון בין המטופלים, הנובע מהתרתו של מב"ר, גם בהיקף מוגבל, יופחת ככל שניתן" (סעיף 93 לתגובת המדינה). יצוין, כי המדינה הוסיפה והדגישה בתגובתה לעתירה, כי היא שומרת לעצמה את האפשרות להוסיף הסדרי פיקוח אחרים, ככל שיהיה בכך צורך. כמו כן טענה המדינה, כי בבתי חולים ציבוריים אחרים הפועלים בישראל, בהם מופעל מערך שר"פ, "לא נקבעו הסדרים ייחודיים המגבילים את השר"פ" (סעיף 82 לתגובת המדינה). כלומר, לגבי בית החולים באשדוד ראתה המדינה להטיל שורה של מגבלות ואמצעי פיקוח שחלקם אינם מיושמים כלל בבתי חולים אחרים. היינו, צפוי כי לגבי בית החולים תופעל רגולציה מקיפה ונרחבת.

בהתחשב בנתונים אלה, דעתי היא כי העותרים לא הצביעו על פגיעה אנושה וחמורה בשלטון החוק, ובענייננו בזכויות חוקתיות, המאפילה בנסיבות העניין על השיהוי המשמעותי בהגשת העתירה.

14. ודוקו, ייתכן שמסקנתי הייתה שונה אילו היה מדובר בבית חולים ממשלתי. כזכור, בעניין קריתי נקבע, כי אין להתערב בחוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה אשר אסרה על הפעלת שירותי רפואה פרטיים בבתי חולים ממשלתיים. אולם, אין ללמוד מפסק הדין בעניין קריתי על איסור להקמת מערך של שר"פ בבית החולים באשדוד. בית החולים שיוקם באשדוד לא יהיה ממשלתי, אלא בבעלות יזם פרטי שיחזיק בו ויפעיל אותו (ראו, סעיף 6(א) לחוק בית החולים). נכון הוא, כי בית החולים מוקם במימון ציבורי משמעותי. בהקשר זה, נקבע בהסכם בין המדינה לבין אסותא כי המדינה תעניק לאסותא מענק הקמה בסך 487.5 מיליון ש"ח (סעיף 42 להסכם בין המדינה לאסותא). יצוין, כי עלות ההקמה הכוללת של בית החולים הוערכה, עם כריתת ההסכם, ב-600 מיליון ש"ח. לטענת אסותא, לימים התברר כי הערכה זו לוקה בחסר

וכי עלות ההקמה האמיתית תהיה גבוהה יותר (היום היא מוערכת על ידה ב-700 מיליון ש"ח). דא עקא, העובדה שהמדינה נושאת במימון משמעותי של הקמת בית החולים אין בה כדי להפוך את בית החולים באשדוד לממשלתי. מקובלת עלי, איפוא, טענת המשיבים כי ההלכה שנפסקה בעניין קריית וחוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה אשר נדונה שם, אינם מלמדים כי יש לבטל את ההיתר שניתן לאסותא להפעיל שר"פ בבית החולים באשדוד.

15. בשולי הדברים יצוין, כי יש ממש בטענת המשיבים לפיה היה על העותרים להגיש את העתירה לבית המשפט לעניינים מינהליים, היינו כי עמד להם סעד חלופי. מבחינה מהותית תוקפים העותרים את אחד התנאים המרכזיים במכרז, הנוגע לאפשרות להפעיל שר"פ בבית החולים באשדוד. מכאן, שעל פני הדברים נכנס העניין לגדר סמכותו של בית המשפט לעניינים מינהליים (ראו, סעיף 5(1) לחוק בתי-משפט לעניינים מינהליים, תש"ס-2000, בצירוף פרט 5 לתוספת הראשונה לחוק; יודגש, כי סעיף 3(ב) לחוק בית החולים קובע כי על המכרז מכוח החוק יחולו ההוראות לפי חוק חובת מכרזים, התשנ"ב-1992, ככל שלא נקבע אחרת בחוק). טענת העותרים כי הם תוקפים את עצם מתן ההיתר לקיים שר"פ בבית החולים באשדוד, להבדיל מעצם הליך המכרז או תנאי מתנאיו, אינה משכנעת. מכל מקום, משמצאנו כי יש לדחות את העתירה מחמת שיהוי, ממילא אין צורך להידרש בהרחבה לסוגיה של סעד חלופי.

16. התוצאה היא שהעתירה נדחת. העותרים ישאו יחד ולחוד בשכר טרחת עורך דין בסך 15,000 ש"ח לטובת המשיבים 1-6 ובאותו סכום לטובת המשיבה 7 והמשיבה 8 (בסך הכל 45,000 ש"ח).

ה נ ש י א

השופט י' דנציגר:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט א' שהם:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק-דינו של הנשיא א' גרוניס.

ניתן היום, כ"ז באב התשע"ב (15.08.2012).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ה נ ש י א