



בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בעניינים מינהליים

ע"מ 3719/22

וערעור משיב

ע"מ 3747/22

וערעור משיב

לפני : כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופט ח' כבוב

המערערת בע"מ 3719/22 : שירותי בריאות כללית

המערערת בע"מ 3747/22 : מדנט בע"מ

נ ג ד

המשיבות בע"מ 3719/22 :
1. אודיו מדיק בע"מ
2. מדטכניקה אורתופון בע"מ
3. סונובה ישראל בע"מ
4. מכון אודיולוגי אריה בע"מ
5. מדנט בע"מ
6. מדטון בע"מ
7. אופטיקנה האופטיסטור הראשון בע"מ
8. ל.ל. ראייה ושמיעה בע"מ

המשיבות בע"מ 3747/22 :
1. שירותי בריאות כללית
2. מדטכניקה אורתופון בע"מ
3. אודיו מדיק בע"מ
4. סונובה ישראל בע"מ
5. מכון אודיולוגי אריה בע"מ
6. מדטון בע"מ
7. אופטיקנה האופטיסטור הראשון בע"מ
8. ל.ל. ראייה ושמיעה בע"מ

ערעורים על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מינהליים
בתל אביב-יפו בתיק עת"מ 38694-02-22 מיום 17.4.2022
שניתן על ידי כבוד השופט, סג"נ אליהו בכר

(19.1.2023)
(30.07.2023)

כ"ו בטבת התשפ"ג
י"ג באב התשפ"ג

מועדי הישיבות :

בשם שירותי בריאות כללית : עו"ד אסף שובינסקי ; עו"ד שקד שטורפר ; עו"ד

ענבר חסון	בשם מנדט בע"מ:
עו"ד עופר שפירא; עו"ד מתן וולין	בשם אודיו מדיק בע"מ:
עו"ד אסף פריאל	בשם מדיטכניקה אורתופון
עו"ד יגאל קווה; עו"ד זהר בן דור	בע"מ:
עו"ד רועי בלכר; עו"ד גיא זאבי	בשם סנובה ישראל בע"מ:
עו"ד ערן בצלאל; עו"ד אור פרי-אל; עו"ד ליאור	בשם מכון אודיולוגי אריה
עו"ד רותם גלמן כסלו	בע"מ:
עו"ד רותם שפירא; עו"ד יעקב גלאור (גלאה)	בשם מדטון בע"מ:
עו"ד אלי עמר	בשם אופטיקנה בע"מ:
עו"ד אורי קסיר; עו"ד ירין אליהו	בשם ל.ל. ראייה ושמיעה בע"מ:
עו"ד יצחק ברט; עו"ד ענת גולדשטיין	בשם משרד הבריאות:

פסק-דין

השופט ח' כבוב:

לפנינו שני ערעורים ושני ערעורי משיב לפי תקנה 137(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018 (להלן: התקנות), כולם נסובים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו בשבתו כבית משפט לענינים מינהליים (כבוד השופט, סג"נ א' בכר) בעת"מ 42941-12-21 ובעת"מ 38694-02-22 מיום 17.04.2022.

הרקע והעובדות הצריכים לעניין

1. כחלק מתפקידן לספק לתושבי ישראל שירותי בריאות נאותים בהתאם לסל הבריאות, קופות החולים אחראיות גם על אספקת מכשירי שמיעה למבוטחיהן הסובלים מלקויות שונות בשמיעה. אספקה זו נעשית דרך התקשרות של הקופות עם ספקיות, שכל אחת מהן מייבאת ומשווקת באופן בלעדי מכשירי שמיעה של יצרן אחד או של מספר יצרנים. כדי לסבר את האוזן יצוין, כי בין המכשירים הקיימים בשוק קיימת שונות לא מבוטלת, אשר באה לידי ביטוי במספר מישורים, וביניהם הסדרה שאליה משתייך המכשיר, מבין כלל הסדרות שיש לכל יצרן, מבחינת חדשנות ומחיר; האופן שבו 'יושב' המכשיר בגופו של המבוטח – על האוזן או בתוכה (דבר המוכר גם כתצורת המכשיר); ואופן אספקת החשמל למכשיר – סוללה נטענת או סוללות חד פעמיות.

2. משרד הבריאות, בכובעו כמאסדר המפקח על פעילותן של קופות החולים, מפרסם מעת לעת חוזרים שעניינם באספקת מכשירי שמיעה על-ידי קופות החולים, וזאת על מנת להבטיח כי מכשירי השמיעה יסופקו באופן ראוי ובאיכות נאותה. החוזרים האמורים כוללים, בין היתר, הוראות בדבר האופן שבו על קופות החולים לספק מכשירי

שמיעה למבוטחים, וכן הוראות בקשר למכרזים שעל קופות החולים לערוך על מנת לבחור את הספקיות שעמן הן יתקשרו לצורך אספקת מכשירי השמיעה.

3. ביום 02.09.2021 פורסם חוזר משרד הבריאות – חטיבת הרפואה מס' 8/2021 שכותרתו "שיקום שמיעה באמצעות מכשירי שמיעה לבני 18 ומעלה במסגרת הסל הבטיסי" (להלן: החוזר או חוזר משרד הבריאות). בחוזר נקבע, בין היתר, כי על קופות החולים להתקשר במכרז עם לפחות שלוש ספקיות שונות של מכשירי שמיעה. זאת, לצד הוראות נוספות בדבר איכות, מגוון וסוג המכשירים שעל הספקיות להציע.

4. מכוחו של החוזר פורסם מכרז מס' 91-146/21 לאספקת מכשירי שמיעה דיגיטאליים למבוטחי שירותי בריאות כללית (להלן בהתאמה: המכרז או מכרז כללית; ו- קופת חולים כללית או כללית), שניצב במוקד ענייננו. הרקע למכרז הובא בתמצית בפסק הדין מושא הערעורים שלפנינו, ובהרחבה בפסק הדין שנתן אותו המותב, בו ביום שניתן פסק הדין מושא הערעורים דנן, בגדרי עת"מ 41876-10-21; עת"מ 44951-10-21; ועת"מ 45934-10-21 (להלן: העתירות הקודמות). בגדרן, נדחו שלוש עתירות שהוגשו על-ידי מדטכניקה אורתופון בע"מ, סונובה ישראל בע"מ ומדנט בע"מ (להלן בהתאמה: מדטכניקה; סונובה; ומדנט). יוער, כי בעתירות הקודמות, התבקש בית המשפט המחוזי להתערב בתנאי המכרז, ואכן, אגב הדיון שהתקיים ביום 01.11.2021 בבקשה למתן צווי ביניים בעתירות אלה, הגיעו הצדדים להבנות והבהרות בכל הנוגע לתנאי המכרז ששוננו במעט. מכל מקום, בפסק הדין שניתן בעתירות הקודמות ובפסק הדין מושא ענייננו, נפרשה יריעה רחבה שאין צורך לשוב עליה מבראשית.

5. ובחזרה לענייננו. לוועדת המכרזים של שירותי בריאות כללית (להלן: ועדת המכרזים או הוועדה) הוגשו 9 הצעות. 8 מתוכן של הספקיות שהיו צד להליך שהתנהל בבית המשפט המחוזי, המהוות, יחד עם כללית, את הצדדים בהליכים שבכותרת. בשלהי חודש נובמבר 2021, לאחר הגשת ההצעות, התכנסה ועדת המכרזים על מנת לבחון את ההצעות, וביום 08.12.2021 התכנסה הוועדה לדיון פעם נוספת. בסופו של דבר נקבע, כי הצעתה של מדנט – שעמדה על כ-1,250 ש"ח למכשיר השמיעה המתקדם והעדכני ביותר – היא ההצעה הזוכה (במאמר מוסגר יוער, מדטון בע"מ (להלן: מדטון)), הגישה הצעה שעמדה על כ-700 ש"ח למכשיר שמיעה, אך הצעתה נפסלה על-ידי הוועדה משנמצא כי ההצעה לא עומדת בתנאי המכרז. בהמשך לאמור ובהתאם לתנאי המכרז, כללית פנתה אל המשתתפות שהצעותיהן דורגו במקום השני והשלישי במכרז – מדטכניקה ואודיו מדיק בע"מ (להלן: אודיו-מדיק) – והציעה להן להשוות את הצעותיהן להצעת מדנט. ברם, השתיים סירבו לפניית כללית, וטענו כי הצעתה של מדנט היא הצעה גרעונית ותכסיסנית. משכך, ובהתאם לתנאי המכרז פנתה כללית ליתר המשתתפות

בהתאם לדירוגן במכרז, והציעה להן להשוות את הצעותיהן לזו של מדנט – אך כל המשתתפות במכרז סירבו לעשות כן.

6. מדטכניקה לא השלימה עם מצב דברים זה ועתרה, בסמוך לאחר מכן, לבית המשפט המחוזי בטענה כי הצעתה של מדנט, שזכתה כאמור במכרז, היא הצעה גרעונית ותכסיסנית שאין מאחוריה היתכנות כלכלית (עת"מ 42941-12-21). במסגרת הדיון שקיים בית המשפט המחוזי בעתירה הוסכם שכללית תבחן מחדש את טענות מדטכניקה, וכך אכן נעשה. במסגרת הבדיקה המחודשת, שללה כללית את הטענות שהועלו ביחס להצעת מדנט, וביום 12.1.2022 התקבלה החלטה נוספת של ועדת המכרזים בדבר אישור הצעתה של מדנט, תוך שנקבע כי מדובר בהצעה 'סבירה' שאינה גרעונית.

7. לנוכח ההחלטה המחודשת בדבר זכייתה של מדנט, שבה כללית ופנתה ביום 13.01.2022 לזכות האחרות במכרז, בהצעה כי אלה ישוו את הצעותיהן לזו של מדנט, ואולם גם זו הפעם כולן סירבו לעשות כן. כתוצאה מסירובן של הזכות האחרות במכרז להשוות את הצעותיהן לזו של מדנט, החליטה כללית להכריז על מדנט כעל זוכה יחידה במכרז ולא להתקשר עם אף אחת מהמשתתפות האחרות. זאת ועוד, על רקע הדברים האלה, פרסמה כללית ביום 27.01.2022 מכרז משלים לבחירת שתי ספקיות נוספות לאספקת מכשירי שמיעה דיגיטאליים למבוטחים (להלן: המכרז המשלים). בניגוד לתנאי המכרז המקורי, בתנאי המכרז המשלים נקבע כי במכרז יזכו ביחד שתי הצעות הזולות ביותר.

8. לאחר פרסום המכרז המשלים הוגשה עתירה נוספת (עת"מ 38694-02-22), הפעם על-ידי אודיו-מדיק, בגדרה הועלו טענות שונות נגד המכרז המשלים. הדיון בעתירה זו אוחד עם הדיון בעתירה בעניין המכרז המקורי, שהוגשה, כזכור, על-ידי מדטכניקה. ביום 23.02.2022 התקיים דיון בעתירות, במסגרתו ניתן צו ארעי לפיו כללית תימנע מפתיחת המעטפות של המכרז המשלים.

9. בדיונים שהתקיימו בבית המשפט המחוזי חזרו מדטכניקה ואודיו-מדיק על טענתן כי הצעת מדנט, שזכתה במכרז המקורי, היא הצעה גרעונית ותכסיסנית. כן נטען, כי הצעת מדנט לא עומדת בתנאי המכרז, על יסוד שלושה טעמים מרכזיים: ראשית, משום שלא הוצעה במסגרת הצעת מדנט הסדרה המתקדמת והעדכנית ביותר של מכשירי שמיעה מטעם היצרן שמדנט משווקת את מכשיריו; שנית, משום שגם בסדרה המתקדמת שהוצעה על-ידי מדנט, לא הוצע הדגם העדכני ביותר המיובא על-ידה בפועל; ושלישית, משום שלא הוצעו במסגרת הצעת מדנט מכשירי שמיעה בעלי סוללות נטענות.

10. יצוין, כי בלב הסכסוך שנתגלע בין הצדדים בכל הנוגע להיצע המכשירים שהיה על מדנט לצרף בהצעתה במכרז, עומדים סעיפים 4.3.1 ו-4.3.2 לחוזר, הקובעים כדלהלן:

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.

כאמור לעיל, המכרז מושא ענייננו התבסס, במידה רבה, על לשונו של החוזר, וכך גם בכל הנוגע לדרישות מהמשתתפות במכרז בקשר למכשירים המוצעים על-ידן. סעיף 7 למכרז, שעניינו "מגוון מכשירי השמיעה של המציע", קובע כך:

7. בהתאם להוראות חוזר מינהל הרפואה, כל מציע הזוכה במכרז יידרש להחזיק ולהציע למבוטחי הכללית במהלך תקופת ההתקשרות עם הכללית מכשירים במגוון שיכלול מכשירים כלהלן:

א. מכשירי שמיעה בכל התצורות אשר יתאימו לכל סוגי הירידות בשמיעה בחומרות שונות.

ב. ההיצע יכלול לפחות קבוצת מכשירי שמיעה המתקדמת והעדכנית של כל יצרן המיוצג ע"י הספק בכל התצורות הקיימות למכשירים המיובאים לארץ.

ג. המכשירים שיכללו בהיצע יהוו ייצוג הולם של החברה היצרנית (כל חברה מוצעת המיוצגת ע"י הספק).

11. ייאמר מיד – סעיף 4.3.1 לחוזר וסעיף 7.ב למכרז מנוסחים בצורה קלוקלת מבחינה תחבירית. הם אינם נהירים, ומקריאה תמה שלהם קשה לרדת לסוף דעתו של מחברם. בפרט, לא ברור די הצורך מה הכוונה בסעיף 7.ב הקובע כי "ההיצע יכלול לפחות קבוצת מכשירי שמיעה המתקדמת והעדכנית של כל יצרן המיוצג ע"י הספק בכל התצורות הקיימות למכשירים המיובאים לארץ". האם על ההיצע לכלול את מכשירי השמיעה העדכניים ביותר מתוך התצורות הקיימות למכשירים המיובאים לארץ על-ידי הספק? או שמא על ההיצע לכלול את קבוצת מכשירי השמיעה המתקדמת והעדכנית ביותר של כל יצרן המיוצג על-ידי הספק? כפי שיובהר להלן בהרחבה, חוסר בהירות זה הוביל להתדיינות משפטית ענפה סביב תנאי המכרז. מדנט טענה (וכללית הסכימה עמה) כי הדרישה היא לצירוף של קבוצת מכשירי השמיעה המתקדמת והעדכנית מתוך היצע

המכשירים שהיא מייבאת ארצה, בכפוף ליתר הוראות המכרז. במילים אחרות, לשיטת מדנט, היא לא הייתה מחויבת לייבא את מכשיריו העדכניים ביותר של היצרן שאותו היא מייצגת, אלא רק להציע במסגרת המכרז את המכשירים העדכניים ביותר מבין התצורות של המכשירים שהיא ממילא מייבאת לארץ. לעומת זאת, מדטכניקה ואודיו-מדיק סברו כי בהתאם לפירושו הנכון של המכרז (והחוזר שמכוחו הוצא המכרז), על המשתתפות במכרז להציע את המכשירים העדכניים והמתקדמים ביותר של היצרן שאותו הן מייצגות, וזאת ללא כל הסתייגות ביחס למכשירים שאינם מיובאים על-ידן.

12. לאור האמור נטען, כי יש לפסול את הצעת מדנט שזכתה במכרז המקורי, ולהמשיך בהליכי המכרז באופן של הכרזה על המשתתפת שהצעתה הגיעה למקום השני כזוכה, ולבקש מיתר המשתתפות, בהתאם לדירוג הצעתן, להשוות הצעתן להצעה. בתוך כך הוטעם, כי במסגרת המכרז המקורי כללית התחייבה לבחור שלוש זוכות, ולא ניתן לבחור רק בהצעה זוכה אחת, כפי שנעשה על-ידה. לבסוף נטען, כי יש להורות על ביטול המכרז המשלים, משום שיש להעדיף פרשנות המקיימת את המכרז המקורי, ואין הצדקה לפרסם מכרז חדש בתנאים כה דומים.

13. יצוין, כי יתר המשתתפות במכרז המקורי צורפו כמשיבות לעתירות, והן בחרו להתייצב להליך ולהביע את עמדתן. כפי שיפורט להלן, חלק מהמשתתפות במכרז תמכו בטענה כי יש לבטל את הצעת מדנט ואת זכייתה במכרז; וחלק מן המשתתפות במכרז הביעו עמדה שונה, לפיה לא נפל פגם בהצעת מדנט, וכי יש להמשיך בהליכי המכרז המשלים. כאמור לעיל, קופת חולים כללית התייצבה להליך לצדה של מדנט, וטענה כי אין להתערב בהחלטות ועדת המכרזים שלה.

פסק דינו של בית המשפט המחוזי

14. לאחר עיון במכלול החומר שהונח בפניו, ושמיעת טענות הצדדים, בית המשפט המחוזי קיבל את העתירות שהוגשו נגד החלטת ועדת המכרזים באופן חלקי.

15. כפי שיתואר להלן, הדיון נסוב, בעיקרו, על סוגיית 'המכשיר המתקדם והעדכני ביותר'. ובאופן קונקרטי יותר על השאלה האם ישנה חובה אקטיבית לייבא את קבוצת המכשירים המתקדמת והעדכנית ביותר של היצרן שאותו היא מייצגת, או שדי שהספקית תציע את הקבוצה העדכנית והמתקדמת ביותר של המכשירים המיובאים על-ידה בפועל לארץ. בתוך כך, בית המשפט נדרש הן לפרשנות הסעיפים הנ"ל בחוזר ובמכרז. בנוסף נדונה הטענה כי ליצרן המיוצג על-ידי מדנט יש קבוצת מכשירי שמיעה מתקדמת ועדכנית (סדרת 'אלפא'), שלא צורפה להצעת מדנט, באופן המהווה הפרה של תנאי

המכרז והחוזר. כמו כן, התייחס בית המשפט לטענות כי חרף ההחלטה הנוספת שהתקבלה בנדון – הצעת מדנט היא הצעה גרעונית.

16. וביתר פירוט: תחילה, הבהיר בית המשפט מדוע הוא לא מצא, על אף שהדבר לכאורה התבקש בנסיבות העניין, להורות על קבלת עמדת משרד הבריאות בדבר פרשנות החוזר שיצא תחת ידיו. בתוך כך צוין כי הצדדים, ובפרט מדטכניקה ואודיו-מדיק (אך גם כללית) נמנעו, בכוונת מכוון, מלצרף לעתירות את משרד הבריאות. כמו כן, בית המשפט המחוזי הביא במניין שיקוליו את העובדה שבית המשפט הוא הפרשן המוסמך לחוזר במסגרת ההליך המשפטי, כפי שנקבע בדנ"א 4960/18 זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ (04.07.2021) (להלן: עניין זליגמן)). כן הוזכר האינטרס הציבורי בסיום ההליך בהקדם האפשרי, והעובדה שעמדת משרד הבריאות, בהקשר קרוב, נשמעה בעתירות אחרות, כמפורט להלן.

בהמשך נדרש בית המשפט ללשון החוזר. בהקשר זה נמצא כי לשון החוזר מתיישבת עם שתי הפרשנויות שהעלו הצדדים. אשר לפרשנות התכליתית נקבע כי זו מתיישבת עם עמדת מדטכניקה ואודיו-מדיק, שלפיה "על הספקים להציג את קבוצת המכשירים המתקדמת והעדכנית ביותר של היצרן מטעמם, לכל אחת מהתצורות המיובאות לישראל".

בנמקו קביעה זו, הסתמך בית משפט קמא גם על התגובה המקדמית מטעם משרד הבריאות שהוגשה ביחס לעתירות האחרות שעסקו במכרז. שם, לפי האמור בפסק הדין, "ציין משרד הבריאות כי הוא 'עומד מאחורי הדרישה כי כל ספק יציג את המכשיר המתקדם ביותר שלו (כאמור בסעיף 4.3.1 לחוזר), זאת לטובת המבוטחים וכדי למנוע מצב של אספקת מכשירים מיושנים ושאינם עדכניים'". בהינתן האמור, בית המשפט המחוזי קבע כי "הפרשנות המוצעת על ידי כללית ומדנט תביא לימרוץ לתחתית ואם תתקבל לא יהיה לספקים תמריץ להביא מכשירים מתקדמים לישראל. מדובר בפרשנות העומדת בסתירה חזיתית לכוונת משרד הבריאות בנסחו את הסעיף. לעומת זאת – פרשנות [מדטכניקה ואודיו-מדיק], המטילה על הספקים חובה אקטיבית לייבא את הדגם המתקדם ביותר על מנת להשתתף במכרזי קופות החולים תגשים את תכלית החוזר ותמנע מצב של אספקת מכשירים ישנים ושאינם עדכניים".

בית משפט קמא הוסיף וציין כי "פרשנות זו נתמכת גם בהוראות המכרז שאמנם החילו את סעיף 4.3.1 לחוזר, אך באופן מפורש ציינו את ארבע התצורות הקיימות וכן את הדרישה שהמכשירים יהיו 'מהקבוצה המתקדמת והעדכנית ביותר של כל יצרן המיוצג על ידי הספק', ולא ציינו שמדובר ב'מכשירים המיובאים לארץ' (ס' 6 למכרז)". בנוסף, בית המשפט המחוזי דחה את הטענה לפיה יש בפרשנות כאמור כדי להטיל על הספקיות נטל בלתי סביר או בלתי מידתי, או כי מדובר בדרישה בלתי עניינית. צוין, כי מטרת ההוראה בחוזר

ובמכרז היא להגן על המבוטחים, וכי ספקית הרוצה להשתתף במכרזי קופות החולים נדרשת לייבא לארץ את המכשיר המתקדם והעדכני ביותר של היצרן שאותו היא מבקשת לייצג במכרז.

17. בסופו של דבר, בית המשפט המחוזי מצא לנכון להחזיר את הדיון לוועדת המכרזים על מנת שזו תבחן מחדש את הצעת מדנט. בתוך כך, בית המשפט המחוזי נתן דעתו גם לעובדה שוועדת המכרזים לא דנה בנפקות השאלה האם סדרת 'אלפא' היא הסדרה המתקדמת ביותר של היצרן שמיוצג על-ידי מדנט, המיובאת ארצה; וכן נמצא כי בכל הנוגע להיות ההצעה של מדנט גרעונית, "ישנם נתונים עובדתיים שלא הוכח שנבדקו די הצורך, ועל כן ראוי שיבדקו מחדש". טרם חתימה הוער, כי גם אם הייתה מתקבלת הפרשנות שלפיה אין חובה אקטיבית לייבא לארץ את המכשיר המתקדם ביותר על-ידי הספק, עדיין היה מקום לקבל את העתירות באופן חלקי. שכן, לדעת בית המשפט הוצגה מסה משמעותית של ראיות לכאורה, היוצרות "עננה" מעל הצעת מדנט בנוגע לשאלת הייבוא בפועל של מכשירי אלפא.

18. יצוין, כי בית המשפט המחוזי לא מצא הצדקה להתערב בקביעת הוועדה ביחס לטענה שעניינה בכך שהצעת מדנט לא כללה מכשירים נטענים, מאחר שטענה זו נשללה על-ידי כללית. בית המשפט אף לא מצא להתערב בהחלטת הוועדה בנוגע להיות הצעת מדנט 'הצעה תכסיסנית' בשל חשש מהסטת מחירים, משנמצא כי מדובר בחשש שאינו ממשי. זאת ועוד, בפסק הדין נקבע שאין זה המקום להכריע בשאלת תוקפו של המכרז המשלים, משנמצא כי יש להחזיר את הדיון לוועדת המכרזים לבחינה מחודשת של ההצעות במכרז המקורי. זאת, תוך שמירת טענות הצדדים לעת מצוא בהקשר זה.

19. מכאן הערעורים שלפנינו.

תמצית ערעור כללית (ע"מ 3719/22) וערעור מדנט (ע"מ 3747/22)

20. ביום 02.06.2022 הגישו כללית ומדנט את ערעוריהן על פסק דינו של בית המשפט המחוזי. שני הערעורים הופנו נגד הכרעתו הפרשנית של בית המשפט לחוזר ולמכרז, שלפיה "המזיעים השונים נדרשים לכלול במסגרת הצעתם למכרז את מכשירי השמיעה המתקדמים והעדכניים ביותר של היצרן המיוצג על ידם, גם אם מכשיר זה אינו מיובא על ידם לארץ" כלשון ערעור מדנט. כללית הוסיפה וטענה גם ביחס להוצאות משפט בסך 10,000 ש"ח בהן היא חויבה; ואילו מדנט הוסיפה כי בית משפט קמא שגה שעה שלא סילק את העתירות שהונחו לפניו על הסף בשל אי מיצוי הליכים.

21. זה המקום לציין כי לערעור שהגישה כללית צורפה בקשה להוספת ראיה בדמות מסמך "הנחיות ליישום אספקת מכשירי שמיעה למבוטחי הקופות" מאת משרד הבריאות

מיום 11.05.2022 (להלן: מסמך ההנחיות). לטענת כללית, אם יותר לה להגיש את הראיה יתברר כי פרשנותה היא הפרשנות שאומצה על-ידי משרד הבריאות, וזו אשר מגשימה את תכלית החוזר על-פי עמדת מנסחו.

22. בכדי שלא תימצא התמונה חסרה יובהר, כי טענותיה של מדנט כללו גם התייחסות לכלל שלפיו יש להעדיף פרשנות המקיימת את ההצעות על פני פרשנות המובילה לפסילתן; וכן טענות בנוגע להיקף ההתערבות השיפוטית בהחלטות ועדת המכרזים. בנוסף נטען כי הפרשנות שאימץ בית המשפט המחוזי לא הועלתה על-ידי מדטכניקה או אודיו-מדיק בעתירותיהן.

תמצית עמדותיהן של המשיבות השונות ביחס לערעור כללית וערעור מדנט

23. מטבע הדברים, המשיבות הרבות (ששתיים מהן אף הגישו, כאמור, ערעור משיב), נחלקו בעמדותיהן באשר לסוגיות שעל הפרק. חלקן הצטרפו לטענות כללית ומדנט; בעוד חלקן סברו כי דין הערעורים להידחות וצידדו בערעורי המשיב שהוגשו. מפאת ריבוי הצדדים, ולנוכח החזרתיות הרבה על טענות דומות – עיקרי הדברים יובאו להלן בתמצית.

24. למען הסדר הטוב, אפתח במשיבות שצידדו בטענותיהן של כללית ומדנט וסברו כי דין ערעוריהן – להתקבל.

7. לראיה ושמיעה ציינה כי הפרשנות הלשונית של הסעיף ברורה וחד משמעית, ולפיה יש לכלול בהצעות רק מכשירים שמיובאים לארץ. לפיכך, לגישה, לא היה צורך להידרש לפרשנות תכליתית מלכתחילה. כן צוין, כי על מנת למכור מכשיר שמיעה בישראל יש צורך באישורים רבים ובהליך ביורוקרטי, ולא כל ספקית בוחרת, או יכולה, לייבא את המכשירים העדכניים ביותר של החברה שהיא מייצגת. משכך נטען, כי אין כל היגיון בדרישה מכל משתתפת במכרז להציע את המכשירים המתקדמים והעדכניים ביותר של היצרן שאותו היא מבקשת לייצג, גם אם היא לא מייבאת ארצה מכשיר בתצורה מסוימת.

MDTון תמכה גם היא בטענות כללית ומדנט ביחס לפרשנות החוזר.

גם מכון אודיולוגי אריה סבר כי יש לקבל את ערעורי כללית ומדנט, ובתוך כך התמקד אף הוא בפרשנות הסעיפים האמורים בחוזר ובמכרז. נטען, כי פרשנות זו נתמכת בעובדה שייבוא מכשירי שמיעה לישראל כרוך בפרוצדורה סבוכה, באופן שמקשה על ייבוא מכשירים עדכניים מיד עם הוצאתם לשוק, לא כל שכן במהירות הדרושה לצורך הגשת הצעה למכרז. המכון הוסיף והעיר כי אם מפרשים את תנאי המכרז והחוזר כפי

שקבע בית המשפט המחוזי, הרי שמדטכניקה ואודיו-מדיק לא עומדות בעצמן בתנאים אלו, שכן גם הן לא כללו בהצעה שהגישו למכרז המקורי את המכשירים העדכניים ביותר של היצרנים שהן מייצגות.

בנוסף, מכון אודיולוגי אריה הציע 'הצעה פרקטית לפתרון המחלוקות'. המכון ציין כי החל מהמועד שבו ניתן צו הביניים בעתירה שהוגשה לבית המשפט המחוזי, ההסדר שהונהג בקופת חולים כללית הוא שהמבוטחים יכולים לקבל מכשירי שמיעה מקופת חולים כללית או ממדנט, אך עומדת בפניהם גם אפשרות שלישית: לרכוש מכשיר שמיעה ממכונים פרטיים ולקבל בגינו החזר מכללית עד גובה הסל. נטען, כי ייתכן שהפיכת הסדר זה לקבוע תהא התוצאה המיטבית במקרה זה ובכלל. לחלופין, הוצע לשקול את האפשרות שלפיה תתאפשר רכישה פרטית של מכשירי שמיעה אצל ספקים שאינם ספקי ההסדר, כאשר כללית תחויב להחזיר למבוטחים כמחצית מגובה ההחזר הקבוע בסל הבריאות (כ-1,500 ש"ח). עם זאת, הצעה מעין זו היא עניין למאסדר, ואין בידי לנקוט לגביה כל עמדה.

25. עד כאן, צדו האחד של המתרס. עתה יפורטו טענות המשיבות הסבורות כי יש לדחות את הערעור.

מדטכניקה סמכה ידה על פסק דינו של בית המשפט המחוזי, בכל הנוגע לפרשנות הלשונית והתכליתית של הוראות החוזר. מדטכניקה הוסיפה וטענה כי מדנט לא הציעה במכרז מכשירים נטענים, וכי גם מטעם זה יש לפסול את הצעתה. מדטכניקה דחתה מכל וכל גם את יתר הטענות שהעלתה מדנט, ובפרט את טענתה בדבר אי מיצוי הליכים בטרם הגשת העתירות, כמו גם את הטענה שלפיה יש להעדיף את הפרשנות של עורכת המכרז, הלוא היא כללית, כשקיימות מספר אפשרויות פרשניות.

אופטיקנה ציינה בתשובתה כי לדידה יש לדחות את ערעור כללית וערעור מדנט ולקבל את ערעור מדטכניקה, כך שהצעת מדנט כלל לא תוחזר לדיון בוועדת המכרזים אלא תיפסל לחלוטין – משלא נכללו בה מכשירי שמיעה נטענים כנדרש.

אודיו-מדיק טענה כי, לשיטתה, יש לדחות את ערעור כללית וערעור מדנט משום שגם אם הם יתקבלו, לא יהיה בכך כדי להוביל לביטול פסק דינו של בית המשפט המחוזי. זאת, מכיוון שפסק דינו של בית המשפט המחוזי, שהורה על השבת הדיון לוועדת המכרזים, הושתת על מספר יסודות נפרדים ועצמאיים, ואילו ערעור כללית וערעור מדנט מופנים רק נגד הפרשנות שנקבעה בפסק הדין. אודיו-מדיק הוסיפה לטעון, כי אין לספקיות תמריץ 'עצמאי ובלתי תלוי' להביא לארץ מכשירים מתקדמים ועדכניים מבלי שמחייבים אותן לעשות כן, נוכח מבנה השוק ותלותן של הספקיות במכרזי קופות

החולים כדי להישאר עם 'גישה לצרכנים', כלשונה. על כן, כך אודיו-מדיק, קיים צורך לחייב את הספקיות, במסגרת החוזר והמכרז, לייבא את המכשירים העדכניים ביותר המיוצרים על-ידי היצרניות שאותן הן מייצגות.

26. גם סונובה, בתשובתה לערעורים, סמכה ידה על פסק דינו של בית המשפט המחוזי. לשיטתה, לא זו בלבד שמדנט לא הציעה את המכשירים המתקדמים ביותר של היצרן שאותו היא מייצגת, אלא שהיא אף לא הציעה את המכשירים החדשים ביותר המיובאים על-ידה לישראל. לשיטת סונובה, מדנט מספקת את המכשירים החדשים והמתקדמים ביותר למבוטחי קופת חולים מכבי ולא למבוטחי כללית, ומשכך, גם אם תתקבל טענתה הפרשנית של מדנט, לא יהיה בכך כדי לגרום לזכייתה במכרז.

תגובת כללית ומדנט

27. כללית ומדנט הגיבו בקצרה למשיבות שסברו כי יש לדחות את ערעוריהן, ושבנו וטענו כי עמדת משרד הבריאות היא בעלת חשיבות רבה לסוגיה שבמוקד הדיון. בעניין זה ביקשה כללית להבחין בין ההלכה שנקבעה בעניין זליגמן למקרה דנן, בציינה כי בעניין זליגמן נדונה שאלת המשקל שיש לייחס לעמדת המאסדר, ולא האם נכון לשמוע עמדתו ביחס לפרשות שיש ליתן להנחיות שיצאו תחת ידו. כללית דחתה גם את הטענה שלפיה היא התעלמה בערעורה מקביעות בפסק הדין בעניין פגמים אחרים בהצעת מדנט. לעמדתה, בית המשפט המחוזי כלל לא קבע קביעות פוזיטיביות בנדון, אלא אך הורה כי ועדת המכרזים תבחן את הדברים.

תמצית ערעור מדטכניקה וערעור סונובה ועיקרי התשובות להם

28. ביום 02.08.2022 הוגש ערעור משיב מטעם מדטכניקה לערעור כללית, בהתאם לתקנה 137(ב) לתקנות. בערעורה, טענה מדטכניקה כי יש להורות על פסילת הצעתה של מדנט חלף החזרת הדיון בהצעתה לוועדת המכרזים כפי שקבע בית המשפט המחוזי, וזאת משום שבהצעתה של מדנט לא נכללו מכשירי שמיעה נטענים. ביום 12.09.2022 הוגש ערעור משיב גם על-ידי סונובה, בגדרו נטען, הלכה למעשה, כי העובדה שמדנט לא משווקת למבוטחי כללית מכשירי שמיעה נטענים עולה מעיון באתר האינטרנט שלה. סונובה ציינה כי בניגוד לכך, מדנט דווקא כן הציעה מכשירי שמיעה נטענים למבוטחי קופות החולים האחרות שעמן היא התקשרה. כך עולה, לטענתה, מעיון באתר קופת חולים מכבי שירותי בריאות.

29. כללית השיבה בקצרה, בציינה כי אין כל בסיס לטענה שלפיה ישנה חובה לכלול מכשירים נטענים כחלק ממגוון היצע המכשירים במכרז; כי ממילא מכשירי שמיעה נטענים אינם, בהכרח, מכשירים מתקדמים יותר ממכשירי שמיעה שאינם נטענים, ומדובר

אך בהעדפה אישית של כל מבוטח; וכי מכל מקום, הצעתה של מדנט כללה גם מכשירים נטענים. במסגרת תשובת מדנט נטען, לגופו של עניין ובתמצית, כי הצעתה כוללת מכשירים נטענים וכי אין מקום להתערב בקביעת בית המשפט המחוזי בעניין זה. יצוין כי מדטכניקה הגיבה לתשובת מדנט ולתשובת כללית בציינה כי במועד שבו הצעת מדנט הוגשה היא לא כללה מכשירים נטענים, וכי מדנט ניסתה לתקן את הצעתה כדיעבד לאחר שהבינה שעליה לכלול גם מכשירים מסוג זה בהצעתה.

המשך השתלשלות ההליכים

30. ביום 19.12.2022 הגיש משרד הבריאות בקשה להצטרפות להליך. בהתאם להחלטת רשמת בית משפט זה, השופטת ק' אזולאי, מיום 21.12.2022, הבקשה והתשובות לה הובאו בפני הרכב השופטים שנקבע לשמוע השלמת טיעון בעל-פה מטעם באי-כוח הצדדים ביום 19.01.2023. ההרכב כלל את השופט נ' סולברג, השופטת ע' ברון והח"מ.

31. בדיון שהתקיים ביום 19.01.2023, התמקדנו בבקשת משרד הבריאות להצטרף להליך. לאחר ששמענו את טיעוני הצדדים בנדון החלטנו להיעתר לבקשה וקבענו כי עמדת משרד הבריאות תוגש בתוך 30 ימים. כן אפשרנו זכות תגובה בתוך 30 ימים מיום הגשת העמדה, והורינו כי דיון המשך יקבע בפני ההרכב, או חלקו, סמוך לאחר הגשת התגובות.

32. ביום 19.03.2023 הוגשה עמדת משרד הבריאות, בגדרה הוסבר כי לאחר מתן פסק הדין מושא הערעורים, פנתה כללית למשרד הבריאות וביקשה שיחווה דעתו באשר לפרשנות החוזר שיצא תחת ידו. בסמוך לאחר מכן, הוציא משרד הבריאות את מסמך ההנחיות האמור לעיל שעליו נסובה הבקשה לצירוף ראייה, שבגדרו הוטעם בין היתר כך:

"[...] משרד הבריאות רואה חשיבות רבה בעדכון היצע ואיכות מכשירי השמיעה שיעמוד לרשות מבוטחי קופות החולות אשר יהווה ייצוג הולם וסביר של מכשירי החברה היצרנית [...]. נדגיש, כי הקופה אינה נדרשת לספק למבוטחיה כל מכשיר ומכשיר המיוצר ע"י היצרן העולמי, אולם עליה לדאוג לכך שהמכשירים שיכללו בהיצע זה יהיו עדכניים ויהוו ייצוג סביר והולם של מכשירי החברה היצרנית, בהתאם להתפתחות הטכנולוגית המקובלת בתחום [...] על מנת שהקופה תוכל לספק למבוטחיה שירות באיכות סבירה. בהתאם [...] על ועדת המכרזים של הקופה להתייעץ עם גורמי מקצוע בתחום [...] על מנת לוודא כי המכשירים הכלולים בהצעה אכן מהווים ייצוג סביר, הולם ועדכני (נכון למועד ההצעה) למכשירים של היצרן [...]. בכל מקרה, על כלל המכשירים מהקבוצה המתקדמת והעדכנית של היצרן, המיובאים לארץ על ידי הספקים הזוכים במכרזי הקופות להיות כלולים בהיצע

המכשירים המסופקים על ידי הקופות" (ההדגשות הוספו – ח' כ').

הנה כי כן, עמדת משרד הבריאות היא כי על קופות החולים לוודא שהספקיות השונות, עמן הן מתקשרות במכרז, יספקו למבוטחיהן את סדרות מכשירי השמיעה המתקדמות והעדכניות ביותר המיובאות לארץ; אך הן אינן מחויבות לייבא ארצה את סדרות מכשירי השמיעה המתקדמות והעדכניות ביותר בעולם. בנוסף, על מכשירי השמיעה המוצעים במסגרת המכרזים להיות עדכניים, ולשקף "ייצוג סביר והולם של מכשירי החברה היצרנית, בהתאם להתפתחות הטכנולוגית המקובלת בתחום". לגישת משרד הבריאות, כאשר יש בסדרה ספציפית כדי להיות "ייצוג הולם וסביר" של מכשירי היצרן, הספקית של אותו היצרן תוכל להסתפק בייבוא של אותה סדרה, וזאת גם אם סדרה זו אינה הסדרה המתקדמת והעדכנית ביותר של היצרן. לשיטת משרד הבריאות הנחיות אלו משקפות את "הפרשנות הנכונה של הוראות החוזר, והן מעצבות הסדר ראוי מבחינה רגולטורית".

3.3. וביתר פירוט. לעמדת משרד הבריאות הפרשנות הלשונית של סעיף 4.3.1 לחוזר היא שההיצע לא חייב לכלול את המכשירים המתקדמים ביותר של היצרן שאינם מיובאים לארץ; ופרשנותו של בית משפט קמא, לפיה הביטוי "המיובאים לארץ" מתייחס לתצורות ולא למכשירים, היא מאולצת ולא נכונה מבחינה דקדוקית. עוד נטען כי פרשנות זו לא מתיישבת עם סעיף 4.3.2 לחוזר, הקובע כי המכשירים שייכללו בהיצע "יהיו ייצוג הולם של החברה היצרנית" – שהרי, הוראה זו מניחה שישנם מכשירים של היצרן שאינם מיובאים ארצה, והיא באה להבטיח כי המכשירים שכן מיובאים יעמדו באמת מידה מסוימת.

אשר לפרשנות התכליתית. משרד הבריאות הבהיר כי הוא מצדד במתן שירותי בריאות הכלולים בסל שירותי הבריאות למבוטחי הקופות, באופן איכותי וסביר, כמצוות סעיף 3(ד) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994 (להלן: חוק ביטוח בריאות ממלכתי). לעמדתו, אין מדובר, בהכרח, בשירות ברמה הגבוהה ביותר הקיימת בעולם. לא זו אף זו, משרד הבריאות סבור כי אין יסוד לחשש שהביע בית המשפט המחוזי בכל הנוגע ל'מרוץ לתחתית' שייגרם במקרה שבו לא תהיה חובה להביא את המכשירים העדכניים ביותר של היצרן – הן בשל החובה המעוגנת בסעיף 4.3.2 לחוזר, בדבר הצורך בייצוג הולם של המכשירים; הן בשל העובדה שמדובר בשוק תחרותי.

סיכומו של דבר, עמדת משרד הבריאות היא כי בית משפט קמא שגה בפרשנות הוראות המכרז והחוזר, וכי הפרשנות הנכונה היא זו שפורטה במסמך ההנחיות.

34. כצפוי, בתגובותיהם הצדדים נחלקו ביחס לנכונות עמדת משרד הבריאות ומשמעותה. הצדדים שחלקו על עמדת משרד הבריאות טענו באריכות הן בכל הנוגע לעצם הצורך בקבלת עמדת המאסדר בנסיבות העניין, לנוכח היות בית המשפט הפרשן המוסמך; הן באשר למשקל שיש ליחס לעמדה; הן באשר לנכונותה.

כך לדוגמה, סונוכה טענה באריכות כי מדובר ב"דוגמא מאלפת למאסדר [...] ה'שבוי' בידי הגורם עליו הוא מפקח" ועתרה לדחיית עמדת משרד הבריאות שהוגשה בדיעבד, על-ידי 'גורם לא רלוונטי' במשרד הבריאות, תוך שהוער כי "עמדת משרד הבריאות היא לקונית, שטחית ולא מנומקת". מדטכניקה, שביקשה להותיר את פרשנות בית המשפט המחוזי "על כנה", הוסיפה וציינה, בין היתר, כי משרד הבריאות "ידע היטב על אודות העתירות, הטענות שהועלו בהן ועל סלע המחלוקת בדבר פרשנותו של סעיף 4.3.1 [...] הדברים מתקשרים מן הסתם לכך שמדובר בעמדה 'בהזמנה' שהתבקשה על ידי הכללית". בנוסף נטען על-ידי מדטכניקה כי עמדת משרד הבריאות ביחס לסעיף 4.3.2 היא "שגיאה קשה המעידה על אי הבנה בסיסית", בין היתר משום ש"חובת הייצוג ההולם לא באה להבטיח את איכות המכשירים [...] אלא להבטיח מקרה בו למשל, הספק אינו מציע מכשירים נטענים [...]". בתגובה מאת אודיו-מדיק הוטעם כי דין עמדת משרד הבריאות להידחות משהיא "הוגשה בשיהוי חמור, מתעלמת מקביעות בפסק הדין שאינן נוחות לעמדתו", בית היתר באשר לעמדה סותרת של המשרד עצמו בהליך קודם, ומתעלמת מהוראות המכרז נשוא הליך זה [...] מעל לכל [נטען] כי גם אם היה ממש בעמדת משרד הבריאות, נסיבות העניין מחייבות מתן משקל אפטי לעמדה זו" (כל ההדגשות במקור – ח' כ'). כמו כן, ביקשה אודיו-מדיק ללמדנו על פרשנותה של כללית, עורכת המכרז, להוראות המכרז בזמן אמת על-ידי 'הפניית זרקור' למענה שכללית נתנה לשאלות ההבהרה שנשלחו אליה ביחס להוראות המכרז ודרישותיו.

מטבע הדברים, כללית ומדנט (וגם משיבות אחרות) – תמכו בעמדת משרד הבריאות. מדנט טענה כי פרשנותו הלשונית של בית המשפט מעקרת מתוכן את המילים "המיובאים לארץ" שבחוזר ובמכרז, באופן הנוגד את הכלל הפרשני שלפיו עורך המכרז לא משחית מילותיו לריק. לא זו אף זו הוער, כי אם אכן כוונת המכרז הייתה לדרוש ייבוא אקטיבי של המכשיר המתקדם ביותר, אזי סעיף 6(ג) למכרז לא היה קובע הגבלה ביחס למכשירי שמיעה מקטגוריית עילית, שעניינה שנת השקתם בארץ על-ידי הספקית, אלא בהתאם לשנת השקתם בחו"ל על-ידי היצרן. מדנט הוסיפה כי לשיטתה יש לתת משקל משמעותי לעמדת משרד הבריאות, בין היתר על יסוד המבחנים שנקבעו בעניין זליגמן ובכללם העובדה כי מדובר בחוזר חדש, שבין מועד פרסומו ובין מתן הפרשנות לו עברו פחות מעשרה חודשים; עמדת המאסדר ניתנה בתחום המומחיות שלו; אין מדובר בתחום המוכר ככזה שקיים בו חשש מוגבר לשבי רגולטורי; ועמדת המשרד לא סותרת עמדה

קודמת מטעמו, חרף הנטען. על יסוד האמור הובהר כי "כל טענה לפיה ישנו חשש לשבי רגולטורי בעניינן חסרת כל אחיזה במציאות". לא למותר לציין, כי מכון אודיולוגי אריה, שהגיש סיכומים מנומקים ובהירים, תמך בעמדת משרד הבריאות. בין הטעמים שהוצגו על-ידו היו הדרישות במכרזים קודמים; פרק הזמן הדרוש לשם הנפקת אישור אמ"ר ליבוא ציוד רפואי מטעם משרד הבריאות; פרק הזמן שחולף בין מועד השקת הבינלאומית של מכשיר שמיעה, ועד חתימת הסכמים מסחריים ביחס אליו עם הספקית הישראלית; והעובדה כי השקת מכשירי שמיעה חדשים מבוצעת באופן מדורג, על-פי רוב תחילה בארה"ב ואז בשווקים נוספים.

35. ביום 30.07.2023 קיימנו ישיבה נוספת לצורך השלמת טיעון (זו הפעם בפני הרכב השופטים ' עמית, נ' סולברג ואנוכי), בגדרו שמענו טיעון סדור ומלא לגופו של עניין, והערנו את שהערנו. לאחר התייעצות בין חברי ההרכב, הצענו לצדדים הצעת פשרה לסיום ההליכים. בתגובה, הצדדים העלו את הקשיים הצפויים ממתווה זה, והועלתה הצעה נוספת על-ידי אחד מבאי-כוח הצדדים. בסופו של דבר סוכם כי תינתן לצדדים שהות כדי לבוא בדין ודברים ביניהם, ולאחר מכן תוגש הודעת עדכון בנדון. ביום 04.08.2023 הצדדים עדכנו את בית המשפט כי לא הסתייע בידם להביא את ההליכים שבכותרת לכלל סיום ללא הכרעה שיפוטית.

36. מכאן – פסק דינו.

דיון והכרעה

א. ערעורי משיב לפי תקנה 137(ב)

37. כאמור לעיל, מדטכניקה טענה כי יש לפסול את הצעתה של מדנט, חלף החזרת הדיון בהצעה לוועדת המכרזים, משום שלטענתה הצעתה של מדנט לא עמדה בתנאי המכרז. סונובה הוסיפה וטענה, בערעורה שלה, כי הדבר עולה בבירור מעיון בהיצע מכשירי השמיעה שמדנט מציעה באתר קופת חולים מכבי שירותי בריאות. כאמור, בית המשפט המחוזי, לאחר ששמע את הצדדים, לא מצא הצדקה להתערבותו בקביעות הוועדה בהקשרים להם טענו מדטכניקה וסונובה, לאחר שטענה זו נסתרה בידי כללית. לא זו אף זו, בית המשפט לא מצא הצדקה להתערבות בהחלטת הוועדה בנוגע להיות הצעת מדנט 'הצעה תכסיסנית' בשל חשש מהסתת מחירים, משנמצא כי מדובר בחשש שאינו ממשי.

38. לאחר עיון ובחינת טיעוני הצדדים בנדון, בכתב ובעל-פה, מצאתי כי דין ערעורי המשיב שהגישו מדטכניקה וסונובה להידחות מכוח סמכותנו שלפי תקנה 148(ב) לתקנות, שחלה בענייננו מכוח תקנה 34 לתקנות בתי משפט לענינים מינהליים (סדרי

דין), התשס"א-2000. זאת, משלא ראיתי הצדקה לדחות את הממצאים העובדתיים שנקבעו על-ידי הערכאה הדיונית שתומכים במסקנה המשפטית בהקשר זה; ומשאינן בקביעותיו בנדון משום טעות שבחוק המצדיקה את התערבותנו.

39. משכך אציע לחבריי לדחות את ערעורי מדטכניקה וסונובה בזאת. ההוצאות בגין ערעורים אלה, יילקחו בחשבון בסוף חוות דעתי.

ב. ערעורי כללית ומדנט

1.ב. ערעור כללית על רכיב ההוצאות

40. כידוע, פסיקת הוצאות נתונה לשיקול דעתה של הערכאה הדיונית, ולמעט מקרים חריגים ונדירים, בהם נפל בשיקול הדעת פגם מהותי, הרי שאין ערכאת הערעור נוהגת להתערב בכך (ראו: ע"א 5630/90 תדמור נ' ישפאר חברה אלקטרונית למסחר בע"מ, פ"ד מז(2) 517, 528 (1993); ע"א 8589/06 שפיגל נ' איינס (14.05.2008)). כלל זה נקוט בידינו גם מקום בו הערעור התקבל בחלקו (ראו והשוו: ע"א 3015/06 מדינת ישראל נ' פינקלשטיין, בעמוד 35 (09.12.2008)). בנסיבות אלו, ובשים לב לכך שלא ראיתי מקום להתערב בהחלטת בית המשפט להשיב את הדיון בנקודות שנקבעו על-ידו לוועדת המכרזים, לא מצאתי הצדקה להתערבותנו בהוצאות שפסק בית המשפט המחוזי לחובת כללית, ועל כן אציע לחבריי לדחות את ערעורה בעניין זה.

2.ב. ערעור מדנט בנוגע לאי מיצוי ההליכים

41. כאמור, בערעורה מדנט טענה, בין היתר, כי היה על בית משפט קמא לסלק את העתירות שהונחו לפניו על הסף בשל אי מיצוי הליכים. בהקשר זה החליט בית המשפט המחוזי, אחרי שמצא כי ההליכים בעניין מכשירי ה'אלפא' לא מוצו בפני ועדת המכרזים, כי הסעד הראוי אינו דחיית העתירות, אלא החזרת הדיון בנדון לוועדת המכרזים, מטעמים של טובת ציבור הזכאים לשירות.

42. על אף שאיני מקל ראש בחובה למצות הליכים מול הרשות בטרם פנייה לערכאות (על כך ועל אודות היחס בין פרוצדורה, מהות ומה שביניהן, ראו את פסק דיני מהעת האחרונה בבג"ץ 7753/23 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון לאומי, פסקאות 21-27 (23.11.2023)) – סבורני כי בשלב זה, אין בכוחה של הטענה בדבר אי-מיצוי הליכים כדי להצדיק את התערבותנו כערכאת ערעור, או כדי לייתר את הדיון בסוגיות מהותיות שהונחו לפנינו. הדברים מקבלים משנה תוקף בשים לב לכך שבית המשפט המחוזי לא התעלם מהפגמים שנפלו בהקשר זה, והוא נקט במה שניתן לכנות

“גישה הקשרית”, כמתואר לעיל (ראו והשוו: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ד’ – משפט מינהלי דיוני 355-346, 398-400 (2017)).

43. משכך, סבורני כי ערעורה בהקשר זה דינו להידחות וכך אציע לחברי כי נורה.

3.ב. הערעורים על הקביעה הפרשנית

44. לגישתי, הסוגיה המרכזית הדורשת הכרעתנו היא קביעתו הפרשנית של בית המשפט המחוזי. כאמור, הצדדים בענייננו נחלקו בשאלה האם בהתאם להוראות החוזר והמכרז, ישנה חובה אקטיבית לייבא את קבוצת המכשירים המתקדמת והעדכנית ביותר של היצרן המיוצג על-ידי הספק, כטענת מדטכניקה ואודיו-מדיק, עמדה שאליה הצטרפו ספקיות נוספות; או שמא די בכך שהספק יציע את הקבוצה העדכנית והמתקדמת ביותר של המכשירים המיובאים על-ידו לארץ, כטענות כללית ומדנט, עמדה אליה הצטרפו משרד הבריאות וספקיות נוספות.

45. בהקשר זה, בית משפט קמא קבע כי הדין עם מדטכניקה ואודיו-מדיק, קרי כי ישנה חובה אקטיבית לייבא את קבוצת המכשירים המתקדמת והעדכנית ביותר של היצרן המיוצג על-ידי הספק. זאת, בעיקר, משום שלסברת בית המשפט המחוזי קיים חשש כי אלמלא חובה זו, לא יהיה לספקים תמריץ לייבא מכשירים מתקדמים לישראל (שכן ייבוא מכשירים יקרים יאלץ אותם להעלות את מחיר ההצעה שלהם במכרז), והדבר יוביל ל'מרוץ לתחתית'. זאת, כך נקבע, בסתירה חזיתית לכוונת משרד הבריאות בנסחו את הסעיף, שהיא לדאוג לכך שהמבוטחים יקבלו את המכשירים העדכניים והמתקדמים ביותר. לעומת זאת, כך נקבע, פרשנות מדטכניקה ואודיו-מדיק תגשים את תכלית החוזר ותמנע מצב של אספקת מכשירים ישנים ושאינם עדכניים.

46. כפי שיבואר להלן, סבורני כי בית המשפט המחוזי שגה בקביעתו הפרשנית, וכי הפרשנות הנכונה היא כעמדת כללית ומדנט. משכך, אם תשמע דעתי, נקבל את ערעור כללית ומדנט בהקשר זה. הכול – כפי שיבואר להלן.

3.ב.א. הערה מקדימה על דרך קצרה שהיא ארוכה, ועל המאסדר כידיד בית המשפט

47. כמפורט לעיל, על אף שהדבר לכאורה התבקש בנסיבות העניין, בית המשפט המחוזי לא מצא לנכון לדרוש מיוזמתו כי עמדת משרד הבריאות, הוא המאסדר שהוציא את החוזר, תובא בפניו טרם הכרעתו במחלוקת שניטשה בין הצדדים.

כאמור, בית משפט קמא הבהיר בהקשר זה, כי הצדדים נמנעו, בכוונת מכוון, מלצרף לעתירות את משרד הבריאות. בית המשפט המחוזי אף ציין כי הוא הפרשן

המוסמך של החוזר במסגרת ההליך המשפטי. כמו כן, הוזכר האינטרס הציבורי בסיום ההליך בהקדם האפשרי, והעובדה שעמדת משרד הבריאות נשמעה בעתירות אחרות בהקשר קרוב.

48. לגישתי, ויתור זה על קבלת עמדת המאסדר, במקרה דנן, עוררה קושי מסוים בהכרעה בתיק. אכן, "יש דרך קצרה שהיא ארוכה ויש דרך ארוכה שהיא קצרה" (תלמוד בבלי, עירובין נ"ג, ע"ב); ואסביר.

49. על תפקידו וחשיבותו של המאסדר כגורם המסייע לבית המשפט להכריע באופן צודק ונכון במחלוקת שלפניו, הקשורה בתחום מומחיותו או עיסוקו של המאסדר, עמדתה בהרחבה בעבר. בתוך כך הדגשתי, הן בפסיקה (ראו למשל: בג"ץ 8338/21 The lesser Group Limited נ' רשות ניירות ערך, בפסקה 5 לחוות דעתי (04.04.2023)), הן בכתיבה אקדמית (חאלד כבוב, רעות אברהם-גדליה ונדב קליין "המאסדר כידידו של בית המשפט" (טרם פורסם, צפוי לראות אור במהלך שנת 2024)), את יכולתו של המאסדר לראות את האינטרס הציבורי הרחב, ואת התמונה המלאה של התחום המצוי תחת פיקוחו. המאסדר משמש כנאמן הציבור, שנהנה מחזקת תקינות מינהלית, ושלנגד עיניו עומד, ככלל, האינטרס הציבורי וטובת השוק המפוקח בכללותו. זאת, תוך שלא נעלמה מעיני האפשרות להתקיימותו של 'שבי רגולטורי' במקרים חריגים (שם, בעמודים 9-10; בהקשר רחב יותר ראו: מטר בן ישי "חזקת אי התקינות המנהלית בענף הביטוח? טיפולוגיה של מאסדר הנתון בשבי רגולטורי" מאזני משפט טו 137, 139-143 (2023) (להלן: בן ישי)).

בפועל, הזמנת המאסדר להביע את עמדתו בשאלה שבמחלוקת היא נורמה מקובלת ופרקטיקה מושרשת היטב בערכאות השונות בשיטתנו המשפטית. במרבית המקרים, מנומק השימוש בפרקטיקה זו ביכולתו של המאסדר לסייע לבית המשפט בהרחבת היריעה ובקבלת מלוא התמונה, טרם הכרעתו בסוגיה אשר חורגת מד' אמותיו של הסכסוך העומד לפניו. הנחת היסוד הניצבת בבסיס הנמקה זו היא, כאמור, כי המאסדר הוא גוף אוניברסיטטי, בעל ידע מקצועי ובעל מומחיות ייחודית בתחומו – כך שקבלת עמדתו מהווה כלי ראוי ויעיל העומד לבית המשפט לצורך עיסוקו במלאכת השיפוט, בחקר האמת ובעשיית משפט צדק.

50. בהינתן האמור, ומשבית המשפט רשאי להורות על קבלת עמדת המאסדר, לבקשת הצדדים או מיוזמתו-שלו, כדי שזה יביע עמדתו בהליך פלוני שהוא אינו צד לו, נשאלת השאלה אימתי נכון כי בית המשפט יורה כן. ואכן, במסגרת המאמר הנ"ל, על המאסדר כידידו של בית המשפט, נדרשנו, בראי הפסיקה הקיימת ובהתייחס לתכליות המצדיקות את קיומו של מוסד 'ידיד בית המשפט', להציע אבני דרך שראוי שינחו את

בית המשפט בבואו לדון בשאלה האם לבקש את עמדת המאסדר. אבני דרך אלו הן: ראשית, האם ניצבת בפני בית המשפט שאלה עקרונית החורגת מנסיבות הסכסוך שניצב בין הצדדים לפניו; שנית, האם קבלת עמדת המאסדר תוכל לסייע להעמקת הדיון והבהרתו באופן הנדרש לצורך הכרעת בית המשפט בהליך, תוך שימת לב לשאלה האם המידע אותו יציג המאסדר יהיה בו כדי לחדש ולחרוג מהמידע שכבר מונח לפני בית המשפט; ושלישית, האם אין בקבלת עמדת המאסדר כדי להכביד באופן ממשי על ניהול ההליך.

יישום אבני דרך אלו, בענייננו-אנו, מלמד כי נכון היה לבקש ולקבל את עמדת משרד הבריאות, טרם הכרעה במחלוקת שהתגלעה בין הצדדים בעתירות. שהרי, מדובר בשאלה פרשנית החורגת מהסכסוך הקונקרטי, כזו שהיא בעלת השלכות רוחב שעשויה להשפיע על מכרזים של קופות חולים אחרות, בשלב זה או אחר. בנוסף, ברי כי עמדת משרד הבריאות, שניסח את החוזר שהוראותיו הוטמעו במכרז, יש בה כדי לסייע בהכרעת בית המשפט בנדון, על אף ש'המילה האחרונה' נתונה בידו של בית המשפט. בהקשר זה יוער, כי לגישתי, לא היה נכון להסתפק באמירה אגבית של המאסדר, שהובאה במסגרת הליך אחר, כדי ללמד על ענייננו-אנו. בנוסף, וחרף הצורך בהכרעה מהירה, אינני סבור כי קבלת עמדת המאסדר הייתה מובילה להכבדה של ממש על אופן ניהול ההליך.

51. אחר הערה זו, ומשהובאה בפנינו עמדת משרד הבריאות, אדרש לסוגיה הפרשנית שעל הפרק על יסוד טענות הצדדים ועמדת המאסדר – משרד הבריאות.

ב.3.3. הסוגיה הפרשנית

52. כאמור לעיל, הוראות החוזר שהוציא משרד הבריאות הן ערש היוולדו של המכרז שפרסמה כללית, והוראות החוזר אומצו, כמעט ללא שינוי, במכרז. משכך – הכרעה בפרשנות הוראות המכרז פְּמוֹהֶ כהכרעה בפרשנות החוזר (ראו והשוו: ע"מ 6352/01 חדשות ישראל (טי.אי.אן.סי) בע"מ נ' שר התקשורת פ"ד נו(2) 97, 124-125 (2002) (להלן: עניין חדשות ישראל)). אשר על כן, עלינו לתת דעתנו תחילה למסגרת הנורמטיבית והכללים הפרשניים החלים ביחס לדיני מכרזים, ובאופן קונקרטי יותר מכרזים ציבוריים או מכרזים בעלי אופי ציבורי כמכרז מושא ענייננו (ראו קביעה דומה מפי השופט י' כשר, מהעת האחרונה, בגדרי ע"מ 4067/23 מדטכניקה אורתופון בע"מ נ' לאומית שירותי בריאות, פסקה 39 סיפא (01.01.2024)).

53. פשיטא, כי במכרז המערב כספי ציבור מסל התרופות, שנערך על יסוד הנחיות משרד ממשלתי, ואשר עוסק בצרכיו הרפואיים של הציבור ומימונם – ישנו אינטרס מוגבר בשמירה על השוויון וטוהר המידות, על-ידי מתן הזדמנות שווה לכל המציעים,

בלא משוא פנים ובלא שרירות; תוך שאיפה בלתי מתפשרת לנהוג ביעילות ולחסוך בכספי ציבור (בג"ץ 101/74 בינוי ופיתוח בנגב בע"מ נ' שר הביטחון, פ"ד כח(2) 452, 449 (1974); עע"מ 1966/02 המועצה המקומית מג'אר נ' אבראהים, פ"ד נז(3) 505, 510-511 (2003); עומר דקל דיני מכרזים – כרך ראשון 91-115 (2004) (להלן: דקל)). ודוק, ההנחה המקובלת בפסיקה ובכתיבה האקדמית היא כי השוויון והיעילות הן מטרות משלימות, וכי בטווח הארוך יש בשמירה על עיקרון השוויון כדי להגביר את אמון הציבור במנגנון המכרזים ולעודד השתתפות בו, באופן שיקדם גם את יתר האינטרסים שביסוד עריכת המכרזים (עע"מ 5375/15 בטחון שרותים אביזר בע"מ נ' נתיבי ישראל – החברה הלאומית לתשתיות, פסקה 2 לחוות דעתו של חברי, השופט י' עמית שהיה בדעת מיעוט לעניין התוצאה (11.08.2016)). יפים בהקשר זה דברי השופט א' רובינשטיין:

"ככל שייוותר כר מועט יותר ל'פרשנות יצירתית' של תנאי מכרז, כן ייטב לשוויון, להגינות, ולעשיית צדק עם כולי עלמא. הותרת מרווח לפרשנות בענייני מכרזים משמעה [...] חוסר יעילות וביטול זמן בוועדות המכרזים, דיונים שיפוטיים לאחר מכן, וכיוצא בזה; ולא למותר לציין כי כל ההתדיינות הללו עולות ממון רב לקופות הציבור וגם לצדדים אחרים. ולא אלה בלבד, אלא גם – ובל אחטא בשפתי – במכרז הנתון לפרשנות פתוח פתח לשאלות של טוהר המידות [...]. כל אלה נאמרים כמשקל-נגד לנטייה הרווחת לעתים להקל ראש בפורמליות של מכרזים, ובדרך כלל הקלת הראש תהא כשהיא נוחה למקל הראש ומשיגה לו יתרון. אשר על כן, לדידי על מגישי הצעות במכרזים לבדוק בשבע עיניים אם מילאו אחד לאחד את התנאים למיניהם, ובכבוא ועדות המכרזים לדון בהם, גישתן צריכה להיות קפדנית (עע"מ 6090/05 מ.ג.ע.ר - מרכז גבייה ממוחשבת בע"מ נ' מי נתניה (2003) בע"מ, פסקה א לחוות דעתו של השופט רובינשטיין (27.02.2006)).

54. מן האמור לעיל נגזרת המסקנה הברורה, שנכון לשוב ולהזכירה בנדון דידן – בעת ניסוח מכרז יש להקפיד הקפדה יתרה על בהירותו (דקל, בעמודים 265 ו-476); יש להימנע מהקלת ראש בניסוח מכרזים או הוראות מינהל מכותן מפורסמים מכרזים; ויש להקפיד על ניסוח הוראות ברורות, מפורטות ובהירות. הוראות כאמור, ראוי להן שינוסחו באופן מדויק וממצה, כדי שלא יסבו נזק כלכלי, או ישחיתו את זמנם של העוסקים בדבר. לא זו אף זו, אי בהירות, עלולה להביא מציעים להימנע מלגשת למכרז בשל סברתם כי הם אינם מקיימים את תנאיו, ולחילופין להביא להשקעת יתר מצד מציעים כדי לקיים תנאים שבדיעבד יתברר כי אינם נדרשים. כדי לצמצם את הנזקים שעלולים להיגרם בעטיים של מכרזים כאמור, נקבע הכלל הפרשני הנוהג בדיני המכרזים לפיו כאשר קיימים מספר פירושים אפשריים ללשון המכרז, יש להעדיף פרשנות המקיימת את הצעות

משתתפי המכרז על פני פרשנות הפוסלת אותן (עע"מ 5949/07 אמישראגז-גז טבעי בע"מ נ' פז-גז (1993) בע"מ, פסקה 9 (28.04.2008)).

כך בכלל, ובפרט כאשר מדובר במכרז המשקף ומשלב סטנדרטים רפואיים וטכנולוגיים, לרבות היבטי ייבוא, שיווק, ופיקוח על תקינה. במקרים כגון דא, מצופה כי בעת ניסוח המכרז, יעברו לצד גורמי המקצוע מתחום הרפואה, גם גורמים שיוודאו את תקינותו של לשון המכרז (בין היתר, מבחינה תחבירית), על מנת להימנע ממבוכה בכל הנוגע לפרשנות המכרז לאחר קבלת ההצעות, ועל מנת לצמצם ככל הניתן התדיינות משפטית בנדון.

55. זאת ועוד, נקודת המוצא המקובלת היא כי בענייני מכרזים ציבוריים עיקרון השוויון מחייב את השופט-הפרשן ליתן ללשון משקל מכריע, ולהקפיד שפרשנותו לא תסטה מההוראות שנקבעו במכרז ותכליתן (עע"מ 5511/13 א.ג.א חשמל בע"מ נ' חברת נמל אשדוד, פסקה 19 (16.06.2014)). בהתאם יש להידרש, בראש ובראשונה, ללשון ומשמעותה הפשוטה, שהרי המשמעות הלשונית קובעת למעשה את גבולות הפרשנות של הוראות המכרז. ואולם, באם אין פרשנות פשוטה וברורה, יש לחלצה, על רקע התכלית של המכרז (עע"מ 7111/03 "יוסף חוריי" חברה לעבודות בניין בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(6) 170, 178 (2004); עע"מ 5487/06 סופרמאטיק בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ (12.04.2009)). בהינתן האמור, כאשר הוראות המכרז טעונות פירוש תכליתי, יש לבחון ולשקול, בזהירות המתבקשת, את התכלית האובייקטיבית שלשמה נקבעו ההוראות, ואת המטרות והאינטרס הציבורי שהן נועדו להגשים. הדברים מקבלים משנה תוקף כאשר המכרז נועד ליישם הסדר שנקבע בחקיקה הראשית (חוק ביטוח בריאות ממלכתי) והותאם על-ידי גורמי המקצוע ברשות המבצעת (משרד הבריאות), בכדי להוציאו אל הפועל (ראו והשוו: עניין חדשות ישראל, בעמוד 124). במצב דברים זה, חשוב כי פרשנות ההוראה תהא הרמונית עם ההסדר כולו, ולא תייצר נטע זר בתוכו.

מן הכלל אל הפרט

56. כאמור לעיל, המחלוקת הפרשנית שהונחה בפני בית המשפט המחוזי, וניצבת עתה בפנינו היא כזו: האם ישנה חובה אקטיבית לייבא את קבוצת המכשירים המתקדמת והעדכנית ביותר של היצרן המיוצג על-ידי המציעה במכרז, או שדי בכך שהספקית תציע את הקבוצה העדכנית והמתקדמת ביותר של המכשירים המיובאים על-ידה לארץ.

לשם הנוחות, אביא שוב את נוסח סעיפים 4.3.1-4.3.2 לחוזר, ואת סעיף 7 למכרז שאימץ, במידה רבה, את האמור בחוזר:

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.

7. בהתאם להוראות חוזר מינהל הרפואה, כל מציע הזוכה במכרז יידרש להחזיק ולהציע למבוטחי הכללית במהלך תקופת ההתקשרות עם הכללית מכשירים במגוון שיכלול מכשירים כלהלן:

א. מכשירי שמיעה בכל התצורות אשר יתאימו לכל סוגי הירידות בשמיעה בחומרות שונות.

ב. ההיצע יכלול לפחות קבוצת מכשירי שמיעה המתקדמת והעדכנית של כל יצרן המיוצג ע"י הספק בכל התצורות הקיימות למכשירים המיובאים לארץ.

ג. המכשירים שיכללו בהיצע יהוו ייצוג הולם של החברה היצרנית.

כבר עמדתי לעיל על כך שהסעיפים הנ"ל מנוסחים בצורה שאינה נהירה, ומקריאה תמה שלהם קשה לרדת לסוף דעתו של מחברם. עם זאת, לגיştתי, ישנן מספר אינדיקציות לשוניות התומכות בפרשנות של כללית, מדנט, הספקיות שצידדו בהן ומשרד הבריאות. למעשה, בהתאם לפרשנות בית המשפט המחוזי, החוזר וסעיף 7 למכרז קובעים כי על ההיצע לכלול, בין היתר, את קבוצת מכשירי השמיעה המתקדמת והעדכנית ביותר של כל יצרן המיוצג על-ידי הספקית, בכל התצורות הקיימות למכשירים. זאת, בין אם הספקית ייבאה את קבוצת המכשירים המתקדמת והעדכנית ביותר, בין אם לא. שאם זו פרשנות הסעיף, לא ברור מהי משמעות התיבות "בכל התצורות הקיימות למכשירים המיובאים לארץ"? הרי לפי פרשנות זו, קיימת חובה לכלול בהיצע את הקבוצה המתקדמת והעדכנית ביותר בכל התצורות הקיימות למכשירים, ללא כל קשר לשאלה אילו מכשירים מיובאים לארץ על-ידי הספקית. אין זאת אלא שמנסח המכרז (והחוזר) סבר כי ראוי להתוות איזון אחר, שלפיו יש לכלול בהיצע את קבוצת מכשירי השמיעה המתקדמת והעדכנית ביותר, מבין המכשירים המיובאים לארץ על-ידי הספקית. זאת ועוד, בהתאם לפרשנות שנקבעה על-ידי בית המשפט המחוזי, נוצר הכרח לפרש את התיבות "המיובאים לארץ" כמתייחסות לתצורות של המכשירים, שהרי החובה לייבא את קבוצת המכשירים המתקדמת והעדכנית ביותר אינה תלויה בכך שמדובר במכשירים המיובאים לארץ על-ידי הספקית. אלא שאם זו הייתה כוונת מנסח המכרז, היה עליו לנסח את התיבות "המיובאים לארץ" בלשון נקבה.

כמו כן, יש טעם בעמדת משרד הבריאות, לפיה פרשנותו של בית המשפט המחוזי לא מתיישבת עם סעיף 4.3.2 לחוזר (ובהתאם עם סעיף 7(ג) למכרז), שעניינו הדרישה לייצוג הולם של החברה היצרנית – שהרי, הוראה זו מקפלת בתוכה את ההנחה כי ישנם מכשירים של היצרן שאינם מיובאים ארצה, והיא באה להבטיח כי המכשירים שכן מיובאים יעמדו באמת מידה מסוימת. בצד האמור, לא מן הנמנע כי הוראה אחרונה זו מכוונת גם לסוגית מגוון המכשירים שכבר מיובאים ארצה, כדי למנוע היצע דל בגדר המכרזים שמוציאות קופות החולים מכוח החוזר.

57. יתרה מכך, ואף אם חרף האמור לעיל נותר ספק ביחס לפרשנות הלשונית של הוראות המכרז, הרי שתכלית הוראות החוזר תומכת אף היא בעמדה שנתמכה על-ידי משרד הבריאות. קרי, כי די בכך שהספקית תציע את הקבוצה העדכנית והמתקדמת ביותר של המכשירים המיובאים על-ידה לארץ; וכי לא קיימת חובה מוחלטת לייבא את קבוצת המכשירים המתקדמת והעדכנית ביותר של היצרן. ואסביר.

58. נקודת המוצא לפרשנות התכליתית של ההסדר מושא עניינו נמצאת בסעיף 3 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי. בהתאם לסעיפים 3(א) ו-3(ב) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, תושבים זכאים לקבל שירותי בריאות הנמנים על סל שירותי הבריאות במימון המדינה בכפוף לסעיף מקורות המימון (סעיף 13 לחוק). זאת ועוד, בהתאם לסעיף 3(ג) לחוק האמור, קופות החולים אחראיות לספק למבוטחיהן את שירותי הבריאות להם הם זכאים לפי החוק, אך קופות החולים הן אלה שבחורות כיצד יינתנו השירותים הכלולים בסל הבריאות – בעצמן או באמצעות נותני שירות מטעמן. בהמשך לכך, קובע סעיף 3(ד) 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 הוספה – ח' כ').

59. כפי שתואר לעיל, בין השירותים המנויים בסל הבריאות נמנה גם השירות להתאמה ואספקה של מכשירי שמיעה לבני 18 ומעלה, שניתן דרך קופות החולים. זאת, כאשר קופות החולים מתקשרות עם הספקיות השונות של מכשירי השמיעה באמצעות מכרזים (בהתאם להוראות החוזר), להבטחת הטיב והמגוון של מכשירי השמיעה המיועדים למבוטחים. כאמור בסעיף 2 לחוזר, מטרתו היא "קביעת הליך מסודר, לייעוץ, להתאמה ולאספקה של מכשירי שמיעה", והוא "מפרט את ההליך לשיקום שמיעה באמצעות מכשירי שמיעה לכלל האוכלוסייה, ועדכון שיטת ההתחשבות בגין מכשירי שמיעה לבני 18 ומעלה ולהליך אספקת המכשירים כפי שהוכלל בסל". שירות זה, ככל שירות אחר, מבין השירותים הכלולים בסל שירותי הבריאות צריך להינתן על-פי חוק "באיכות סבירה". זוהי נקודת האיזון שקבע המחוקק בהסדירו את שירותי הבריאות הממלכתיים בישראל,

בכפוף לשיקול דעתו הרחב של המאסדר, שבידיו הפקיד המחוקק את האחריות לכך. כפי שצינתי לאחרונה: "התערבות בית המשפט בשאלות של קביעת מדיניות, בנוגע לאסדרה של הרפואה הציבורית והסדרה של רפואה פרטית בישראל, עלולה להיחשב כהסגת גבול של המחוקק, דבר שיש להישמר ממנו ככל הניתן" (בג"ץ 4700/21 סילפן נ' מנכ"ל משרד הבריאות, פסקה 30 לחוות-דעתי, בדעת מיעוט לעניין התוצאה (05.12.2023)).

הנה כי כן, תכליתו האובייקטיבית של ההסדר מושא ענייננו, שביטויו הסופי הוא במכרז; מכרז שיונק חיותו מהחוזר; חוזר שנקבע מכוח חוק ביטוח בריאות ממלכתי – היא לוודא כי מבוטחי קופות החולים מקבלים שירות רפואי "באיכות סבירה". בנתון לאמור, אין בידי להלום את התשובה שנתן בית המשפט המחוזי לשאלת "המכשיר המתקדם והעדכני ביותר", לפיה הספקיות מחויבות לייבא ארצה את סדרות מכשירי השמיעה המתקדמות והעדכניות ביותר שמציע היצרן, עמו הן עובדות, בעולם. הדברים מקבלים אך משנה תוקף בשים לב לכך שישנם קשיים, אובייקטיביים, העולים כדי נטל 'לא סביר' בפרשנות המטילה חובה אקטיבית כאמור, לרבות קשיים הכוללים היבטים של הפצה מדורגת של דגמים חדישים לשווקים שונים בעולם; היבטים של תקינה והיתרי ייבוא; ועוד.

60. זוהי גם עמדת משרד הבריאות שסבור כי הפרשנות הנכונה של הוראות החוזר, היא כזו שתוודא שהספקיות עמן קופות החולים מתקשרות יציעו למבוטחיהן את סדרות מכשירי השמיעה המתקדמות והעדכניות ביותר המיובאות לארץ. כאשר בתוך כך הוטעם כי על מכשירי השמיעה המיובאים לארץ, לצרכי המכרזים שיוצאים מכוח החוזר, להיות עדכניים ולשקף "ייצוג סביר והולם של מכשירי החברה היצרנית, בהתאם להתפתחות הטכנולוגית המקובלת בתחום". עמדה זו, על אף שאינה מחייבת את בית המשפט, מקובלת עליי ומצאתי ליתן לה משקל ממשי. בתוך כך יוער, כי לא שוכנעתי מהטענות בדבר היות משרד הבריאות מאסדר הנתון ב'שבי רגולטורי' בענייננו, בהתאם למבחנים שנקבעו בפסיקה והוצעו בספרות בנדון (ראו, אצל בן ישי, בעמודים 159-167; וכן אצל רועי שפירא "מתי יש ליתן מעמד בכורה לעמדת הרגולטור? תובנות מהספרות על 'שבי רגולטורי'" פורום עיוני משפט מד 1 (תש"ף)).

61. על יסוד כל האמור לעיל מצאתי, כי התשובה הפרשנית הנכונה לשאלת 'המכשיר המתקדם והעדכני ביותר' היא שדי בכך שהספקית תציע את הקבוצה העדכנית והמתקדמת ביותר של המכשירים המיובאים על-ידה לארץ. טרם סיום חלק זה, וסיכום חוות דעתי אעיר, כי לעמדתי פרשנות זו אינה מעוררת חשש בכל הנוגע ל'מרוץ לתחתית'. זאת, הן בשל החובה המעוגנת בסעיף 4.3.2 לחוזר בדבר 'ייצוג הולם'; הן בשל העובדה שמדובר בשוק תחרותי. החשש האמיתי מפני מרוץ לתחתית הוא לא ביחס לייבוא, אלא

ביחס לאספקת המכשירים למבוטחי קופות החולים, ולשם כך ישנן הוראות אחרות, כמפורט לעיל, שנועדו למנוע מצב מסוג זה. כמו כן, מקובלת עלי טענת מדנט לפיה הואיל והספקיות השונות מוכרות מכשירי שמיעה גם בשוק הפרטי, ולא רק למבוטחי קופות החולים, יש להן תמריץ בלתי תלוי לייבא לארץ מכשירים מתקדמים די הצורך. לא זו אף זו, המכרז אף קובע שנת יצור מינימלית (בענייננו 2019), וגם משכך מצטמצם, במידת מה, החשש שהספקיות יכללו בהצעותיהן רק מכשירים שאינם עדכניים.

סוף דבר

62. לו תשמע דעתי, נדחה את ערעורי מדטכניקה וסונובה מכוח סמכותנו שלפי תקנה 148(ב) לתקנות; נדחה את ערעור כללית על חיובה בהוצאות; נדחה את ערעור מדנט לגבי אי מיצוי ההליכים; ונקבל את הערעורים על הקביעה הפרשנית, תוך שנקבע כי בהתאם להוראות החוזר והמכרז די בכך שהספקית תציע את הקבוצה העדכנית והמתקדמת ביותר של המכשירים המיובאים על-ידיה לארץ. בצד האמור, נותר על כנן את יתר ההוראות האופרטיביות שניתנו בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בכל הנוגע לבירורים העובדתיים שעניינם במכשירים מ'קבוצת אלפא', וביחס לטענות שלפיהן הצעת מדנט עלולה להיות הצעה 'גרעונית'.

כן אציע לחבריי כי נורה למדטכניקה ולסונובה לשאת, בחלקים שווים, בהוצאות מדנט וכללית בערכאתנו בסך כולל של 40,000 ש"ח.

ש ו פ ט

השופט י' עמית:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט נ' סולברג:

אני מסכים.

ש ו פ ט

לפיכך, הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ח' כבוב.

ניתן היום, כ"ה בשבט התשפ"ד (4.2.2024).

שׁוֹפֵט

שׁוֹפֵט

שׁוֹפֵט