



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 50062-06-17

ניתן ביום 23 ספטמבר 2020

המערערים והמשיבים - שכנגד

1. ההסתדרות הרפואית בישראל
2. ארגון הרופאים עובדי המדינה

-

1. מדינת ישראל
2. מדינת ישראל - משרד הבריאות
3. ועדת שירות המדינה

המשיבות והמערערות - שכנגד

4. הסתדרות העובדים הכללית החדשה

לפני: סגן הנשיאה אילן איטח, השופטת לאה גליקסמן, השופטת סיגל דוידוב-מוטולה
נציג ציבור (עובדים) מר יוסי רחמים, נציג ציבור (מעסיקים) מר עצמון ליפשיץ

עו"ד מיכל הראל, עו"ד מוריה גליק
עו"ד יפית טלמון-קצב
עו"ד מאיה צחור, עו"ד סיון רדואן

בשם המערערים והמשיבים - שכנגד –
בשם המשיבות והמערערות שכנגד 1 - 3 –
בשם המשיבה והמערערת שכנגד 4 –

פסק דין

סגן הנשיאה אילן איטח

1. ההליך שלפנינו הוא פרק נוסף בסדרה של התדיינויות משפטיות שעניינן תיקונים שונים שביקשה המדינה לעשות, ועשתה, בכללי שירות המדינה (מינויים) (מכרזים, בחינות ומבחנים), התשכ"א-1961 (להלן – **כללי המינויים** או **הכללים**). בפרק הנוכחי המחלוקת היא בשתי שאלות מרכזיות: האחת, האם על המדינה מוטלת חובה לנהל משא ומתן קיבוצי עם ארגוני העובדים בבואה לשנות את כללי המינויים; והאחרת, שעה שמבקשים לאייש משרה שצמודים לה כמה דירוגים מקצועיים, שאחד מהם הוא דירוג הרופאים (להלן – **משרה בין-תחומית הכוללת דירוג רופאים**), האם יש לפרסם כבר בשלב הראשון מכרז פומבי או שמא יש לפרסם קודם לכן מכרז פנימי, ורק אם לא נבחר מועמד מתאים במכרז הפנימי לפרסם מכרז פומבי לאיושה.



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 50062-06-17

העניין הובא לפתחנו במסגרת ערעור וערעורים-שכנגד על פסק דינו של בית הדין האזורי תל אביב (השופטת (כתוארה אז) עידית איצקוביץ ונציגי הציבור מר גבריאל נבו ומר משה הרץ; ס"ק 53775-08-16), שבו נענתה השאלה הראשונה בשלילה ואילו השנייה נענתה בחיוב, קרי שאיוש המשרה האמורה טעון מכרז פומבי כמכרז ראשון. בכך קיבל בית הדין האזורי באופן חלקי בקשת צד ובקשה למתן צווים זמניים שהגישו המערערים, והכל כפי שיפורט להלן.

2. נקדים ונציין כי לאחר הדיון בערעורים ביקשו המערערים והמשיבים-שכנגד למחוק את ערעורם. כפי שיפורט בהמשך, החלטנו להיעתר לבקשה זו ועל כן יישמטו מפסק דין זה עיקרי הדברים הנוגעים לגופה של השאלה הראשונה, שבה עסק ערעור המערערים והמשיבים-שכנגד. תיוותרנה, אפוא, להכרעתנו אך אותן שאלות הנוגעות לאופן איושה של משרה בין-תחומית הכוללת דירוג רופאים.

הצדדים להליך

3. המערערת 1, ההסתדרות הרפואית בישראל (להלן – הר"י), היא ארגון העובדים היציג של הרופאים המועסקים בשירות המדינה ובמקומות עבודה נוספים, וכן ארגון מקצועי הפועל לקידום הרופאים והרפואה בישראל. להר"י אורגנים שונים ובכללם ארגונים פרופסיונאליים שונים, המאורגנים לפי מעסיק. המערער 2, ארגון הרופאים עובדי המדינה (להלן – אר"מ), הוא אחד הארגונים הפרופסיונאליים שבאמצעותם פועלת הר"י. אר"מ מאגד כ-7,000 רופאים שכירים ופועל לייצג, כקבוע בסעיף 2 לתקנון, רופאים המועסקים במוסדות בבעלות או בניהול המדינה ובמוסדות ציבוריים אחרים שיצורפו אליו. אר"מ והר"י ייקראו להלן יחד – המערערים.

4. המשיבות והמערערות-שכנגד 2 ו-3 הן זרועות שונות של המדינה (המשיבה 1) הנוגעות לעניין שלפנינו (להלן יחד – המדינה), ובהן ועדת שירות המדינה (להלן – ועדת השירות), הפועלת מכוח סעיף 7 לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959 (להלן – חוק המינויים).

5. המשיבה והמערערת-שכנגד 4, הסתדרות העובדים הכללית החדשה (להלן – ההסתדרות) היא ארגון העובדים היציג של עובדי המדינה (שאינם שייכים לסקטורים ייחודיים כגון: רופאים). בהקשר המסוים של העניין דנן, צורפה ההסתדרות להליך בבית הדין האזורי כצד נדרש, לאור השאלה אם משרה בין-תחומית הכוללת דירוג רופאים יש לאייש במכרז פומבי כבר בשלב הראשון, כיוון



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 50062-06-17

ש"דילוג" ישיר למכרז הפומבי, תחת פרסום מכרז פנימי, עלול לפגוע בזכויות העובדים המיוצגים על ידה.

רקע נורמטיבי ועובדתי

6. כאמור, העניין שלפנינו עוסק בשאלה אם משרות בין-תחומיות הכוללות דירוג רופאים יש לפרסם במכרז פנימי או פומבי כמכרז ראשון. הגם שבסופו של יום שאלה זו תוכרע בהתאם לפירוש שיינתן להוראה מסוימת בתקשי"ר, נציג בהרחבת מה את הרקע שעמד ביסוד ההליך. הדבר ייעשה בדרך של הצגת עיקרי המסגרת הנורמטיבית החולשת על הסוגיות שהתעוררו בהקשר להליך זה לכתחילה, עיקרי השתלשלות האירועים שהובילה אליו וכן את קורותיו של הליך זה עצמו.

חוק המינויים

7. חוק המינויים מסדיר את אופן המינוי של אדם מחוץ לשירות המדינה למשרה בשירות המדינה. להלן עיקריו:

א. "השר", או מי שהוסמך על ידו, מוסמך להציע לכל יחידה מיחידות משרדו תקנים – רשימת משרות בשירות המדינה, על הדרגות הצמודות להן (סעיף 13);

ב. תקן טעון אישור נציב שירות המדינה (להלן – **הנציב**) (סעיף 14);

ג. אין למנות אדם לעובד המדינה אלא למשרה פנויה בתקן (סעיף 15);

ד. מינוי אדם לעובד המדינה הוא רק לאחר עריכת מכרז פומבי למשרה (סעיף 19);

ה. הממשלה רשאית לקבוע סוגי משרות הפטורות מחובת מכרז פומבי (סעיף 21);

ו. ועדת השירות, שקמה מכוח סעיף 7 לחוק המינויים, רשאית לקבוע כללים בדבר דרכי המכרז ופרטיו (סעיף 20);

ז. על מועמד למשרה במכרז פומבי לעמוד בבחינות ומבחנים להוכחת כשירותו וסגולותיו (סעיף 24);

ח. על ועדת השירות לקבוע את היקף הבחינות והמבחנים, וְלֹא – היא מוסמכת לאצול סמכות זו לנציב (סעיף 25);

ט. הנציב ימנה את הבוחנים בבחינות מתוך רשימה שאושרה על ידי ועדת השירות ויקבע את סדרי הבחינות והמבחנים, אם לא נקבעו על ידי הוועדה (סעיף 26);



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 50062-06-17

י. ועדת השירות מוסמכת לקבוע בחינה ומבחן גם למועמד למשרה הפטורה מחובת מכרז (סעיף 28).

כללי המינויים לאיוש משרה באמצעות אדם מן החוץ

8. מכוח סעיפים 20, 25, 26 ו-28 לחוק המינויים הותקנו, בין היתר, כללי המינויים. כללים אלה מסדירים את אופן הפרסום של מכרז פומבי, את הפרטים שיש לציין בפרסום, את אופן הגשת בקשה למשרה, את היקף המבחנים וסדריהם ועוד. בנוסף, סעיף 30 לכללים קובע כי "לא יתקבל מועמד למשרה שהוכרז עליה, אלא אם עמד בבחינה בעל פה" ובסעיף 31 נקבע כי "בבחינה בעל פה ייבדקו התאמתו של המועמד מבחינת אישיותו וסגולות הדרושות למילוי המשרה...".

9. סעיף 36 לכללי המינויים, הקשור ישירות למחלוקת שלפנינו, קובע את הרכב ועדת הבוחנים העורכת את הבחינה בעל פה. סעיף זה עבר שינויים כאלה ואחרים במרוצת השנים – הן בתיקונו והן בהחלפתו כליל. בשלב זה נביא מתוכו את ההוראות העיקריות הרלוונטיות לענייננו, מתוך נוסח הכללים כפי שהיה עובר לתחילת ההליך דנן ועובר לתחילת ההליך בבית הדין האזורי, כלומר לפני תיקון הסעיף בחודש ספטמבר 2017, שעה שהליך זה תלוי ועומד.

א. בחינה בעל פה על ידי ועדת בוחנים: סעיף 36(א) קובע כי בחינה בעל פה תיערך על ידי ועדת בוחנים שחבריה ימונו על ידי הנציב;

ב. הרכב ועדת בוחנים: סעיף 36(ב) קובע הרכב כללי של ועדת בוחנים (להלן – ההרכב הכללי) וזו לשונו:

"(ב) ועדת בוחנים תהיה של ארבעה חברים, בהרכב המפורט להלן:
(1) יושב ראש הועדה יהיה נציב השירות או נציגו;
(2) שני חברים נציגים של המשרד הנוגע בדבר, אשר אחד מהם הממונה הישיר על העובד שימונה למשרה המוכרזת או מי מטעמו;
(3) חבר אחד יהיה מי שאינו עובד המדינה.
היו דעות חברי ועדת הבוחנים שקולות – תכריע דעתו של היושב ראש."

ג. הרכב ועדת בוחנים למשרה בדירוג הרופאים: סעיף 36(ד) לכללים (להלן – כלל 36(ד)) קובע הרכב מיוחד של ועדת בוחנים עת המכרז הוא "למשרה שצמודה לה דרגה של דירוג הרופאים" (להלן – משרה בדירוג הרופאים). וכך קובע כלל 36(ד):



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 50062-06-17

- (1) "יושב ראש הועדה יהיה נציג נציב השירות שימונה לכל ועדה מתוך רשימה של רופאים המוסכמת בין נציב השירות, המנהל הכללי של משרד הבריאות וארגון רופאי המדינה;
- (2) חבר אחד יהיה נציג המשרד הנוגע בדבר – רופא או המנהל הכללי של המשרד האמור;
- (3) חבר אחד יהיה נציג ארגון רופאי המדינה...;
- (4) למשרת מנהל בית חולים וסגן מנהל בית חולים – שני חברים נוספים: עובד מדינה בכיר, שאינו עובד משרד הבריאות, שיתמנה על ידי נציב שירות המדינה בהתייעצות עם המנהל הכללי של משרד הבריאות; ונציג ציבור שיתמנה על ידי נציב שירות המדינה בהסכמת המנהל הכללי של משרד האוצר והמנהל הכללי של משרד הבריאות; אחד משני חברים אלה יהיה בעל ניסיון וידע בתחום הניהול, והשני, בתחום הכלכלה, ובלבד שמספר הרופאים בהרכב לא יפחת משלושה." (הדגשה הוספה – א.א.).

ד. הוראות נוספות בכללי המינויים קובעות את הרכב ועדת הבוחנים למשרות פיקוח והדרכה מסוימות (סעיף 36(ה)) ולמשרות ביחידת הביקורת הפנימית (סעיף 36(ז)).

התקשי"ר

10. לא רק בכללי המינויים יש הוראות מיוחדות הנוגעות למינוי רופאים בשירות המדינה. גם תקנון שירות המדינה (להלן – **התקשי"ר**) כולל כאלו. התקשי"ר מבחין בין משרות שאינן בדירוג הרופאים ובין משרות בדירוג הרופאים. בנוסף ובין היתר, מסדיר התקשי"ר את כל הנוגע לעריכתם של מכרזים פנימיים בשירות המדינה – הן מכרזים משרדיים (המכונים פנימיים) והן מכרזים בין-משרדיים (שגם הם מכרזים פנימיים במהותם¹). מכרזים אלה פתוחים, ככלל, רק למי מעובדי המדינה שכבר התקבלו לעבודתם לאחר מכרז פומבי.

11. פרק 11.4 לתקשי"ר, עניינו "**מכרז פנימי ומכרז בין-משרדי**" (להלן ביחד – **מכרז פנימי**) וקבועות בו, בין היתר, הוראות באשר להרכב ועדת הבוחנים במכרזים פנימיים. במקביל, סעיף 11.911 לתקשי"ר קובע כי "**לא מולאה משרה פנויה באחת הדרכים המפורטות בפרקי משנה 11.2 עד 11.8** [ובהם פרק משנה 11.4 הנ"ל – א.א.], **מותר למלא אותה על-ידי גיוס עובד מהחוץ, באחת הדרכים הבאות**", ובהן "**עריכת מכרז פומבי**" (סעיף קטן (ג)). מהוראות אלה עולה כי דרך המלך לאיוש משרה בשירות המדינה היא בפרסום מכרז פנימי כמכרז ראשון, ואם לא נבחר במסגרתו מועמד, ניתן לפרסם את המשרה במכרז פומבי. לעומת זאת, איוש

¹ ע"ע (ארצי) 40988-08-19 מרקוס – נציבות שירות המדינה (5.1.2020) (להלן – עניין מרקוס).



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 50062-06-17

"משרה בדירוג הרופאים" נעשה ישירות במכרז פומבי. כך, סעיף 11.411(ו) לתקשי"ר קובע כי "חובה לפרסם מכרז פנימי" למשרות מסוימות, לרבות משרות "בדירוגים המקצועיים הייחודיים למערכת הבריאות", שדירוג הרופאים אינו נמנה עליהם; סעיף 11.411(2) קובע כי "מכרז בין משרדי כמכרז ראשון במקום מכרז פנימי יפורסם" במקרים מסוימים, שאינם כוללים משרות בדירוג הרופאים; וסעיף 11.412(ג), העומד בלב המחלוקת בהליך שלפנינו, קובע במפורש כי "הוראות פרק משנה זה אינן חלות על... משרות בדירוג הרופאים". הוראה נוספת בתקשי"ר הרלוונטית לענייננו קובעת כי הרכב "רגיל" של ועדת בוחנים במכרז פנימי הוא בן ארבעה חברים ובהם, ככלל, "נציג הסתדרות שהוא בא כוח האיגוד המקצועי הרלבנטי" (ראו סעיפי משנה בסעיף 11.454 לתקשי"ר) ובמקרה של מכרז פנימי במערכת הבריאות בתפקידים מסוימים - "נציג האיגוד המקצועי" (סעיף 11.454(ז)(3)(ד) לתקשי"ר).

הוראות הנוגעות למכרזים פומביים הקבועות בחוק המינויים ובכללים, כפי שפורטו לעיל, משתקפות גם בתקשי"ר. כך, למשל, סעיף 12.362 לתקשי"ר כולל את ההוראות הנוגעות להרכב ועדת הבוחנים במכרז פומבי, המקבילות להוראות כללי המינויים.

12. ניתן לסכם בקצרה את עיקרי הדברים הרלוונטיים לענייננו בשלב זה וזאת בהתייחס למצב המשפטי שלפני חודש ספטמבר 2017: ככלל, משרות בשירות המדינה (שאינן משרות בדירוג הרופאים) מאוישות בדרך של מכרזים פנימיים (בין אם משרדיים ובין אם בין-משרדיים), ובהעדר מועמד מתאים נערך מכרז פומבי לאיושן. ועדת הבוחנים במכרזים הפנימיים כוללת ככלל נציג הסתדרות שהוא בא כוח האיגוד המקצועי הרלוונטי. לעומת זאת, ככלל, במכרזים פומביים אין נציג של ארגון העובדים בהרכב ועדת הבוחנים. משרות בדירוג הרופאים מאוישות ישירות במכרז פומבי. בהרכב ועדת הבוחנים נכלל נציג של אר"מ והיא מורכבת מרופאים בלבד או רוב של רופאים.

ההליך הקודם

13. בחודשים דצמבר 2015 וינואר 2016 הוגשו בבית הדין האזורי תל אביב בקשות צד בסכסוך קיבוצי על ידי אר"מ והר"י ונדונו במאוחד (סגן הנשיאה) (כתוארו אז) שמואל טננבוים; ס"ק 16-01-37937, ס"ק 15-12-52643; להלן בהתאמה – **בקשות הצד ו-ההליך הקודם**). מטבע הדברים, בתיאור ההליך הקודם נתמקד אך בדרוש לענייננו. ההליך הקודם עסק בשאלה אם על המדינה מוטלת חובה לנהל משא ומתן



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 50062-06-17

עם המערערים בנוגע לקביעת משרה בדירוג הרופאים כמשרה בין-תחומית הכוללת דירוג רופאים (דהיינו, משרה שאיושה יכול להיעשות על ידי עובדים המדורגים במספר דירוגים ובכללם דירוג רופאים) וכן בשאלת הרכב ועדת הבוחנים במכרז פומבי לאיוש משרות אלה. ברקע לבקשות טענו המערערים שהמדינה פועלת ליצירת משרות חדשות במשרד הבריאות ולשינוי תקן של משרות קיימות, באמצעות פתיחתן לדירוגים נוספים שאינם דירוג הרופאים. נטען, כי בכך מנסה המדינה לשנות את פני הרפואה הציבורית תוך התעלמות מהארגון היציג (הר"י) ופגיעה בתנאי ההעסקה של הרופאים.

אר"מ טען שכלל 36(ד), כנוסחו באותה העת, קובע באופן ברור וחד משמעי שהרכב ועדת הבוחנים צריך לכלול נציג מטעמו בכל משרה בדירוג הרופאים, בין אם מדובר במשרה שצמוד לה רק דירוג הרופאים ובין אם מדובר במשרה שצמוד לה גם דירוג הרופאים, כלומר משרה בין-תחומית הכוללת דירוג רופאים. לחלופין ביקש אר"מ לקבוע כי על המדינה לנהל עמו משא ומתן להסדרת הרכב ועדת הבוחנים במשרה בין-תחומית הכוללת דירוג רופאים.

הר"י טענה כי על המדינה לקיים איתה משא ומתן בכל הנוגע לקביעת משרות בין-תחומיות הכוללות דירוג רופאים, ולמצער בנוגע להשלכה של קביעת משרות כאלה על תנאי העבודה של הרופאים, לרבות הרכב ועדת הבוחנים, משהעניין לא מוסדר בכללי המינויים ומדובר בלאקונה.

14. המדינה טענה שקביעת משרות בשירות המדינה היא עניין המצוי בפררוגטיבה הניהולית שלה כמעסיקה, שאין לגביו חובה לנהל משא ומתן או הליך היועצות עם ארגון העובדים. עוד טענה שהרכב ועדת בוחנים במכרזים פומביים נקבע בכללי המינויים, שהם בבחינת חקיקת-משנה. בכללים אלה לא נקבע הרכב מיוחד לוועדת בוחנים במכרז פומבי למשרות בין-תחומיות הכוללות דירוג רופאים ולכן חל לגביו סעיף 36(ב) לכללים, על ההרכב הכללי הקבוע בו, כלומר ללא נציג ארגון עובדים כלשהו. המדינה טענה שכלל 36(ד), כנוסחו אז, חל רק באותם מקרים שבהם המשרה היא בדירוג הרופאים בלבד ולא כשהמשרה היא בין-תחומית הכוללת דירוג רופאים. לעמדתה, אם יוחל כלל 36(ד) גם על משרה בין-תחומית הכוללת דירוג רופאים, תינתן בכך לרופאים עדיפות מובנית ולא עניינית ביחס לסקטורים שנציג ארגון העובדים שלהם אינו חבר בוועדת הבוחנים ובכך ייפגע השוויון בין המועמדים במכרז.

15. הסעדים העיקריים שהתבקשו בבקשות הצד היו לקבוע שבכל מכרז פומבי לאיוש משרה בין-תחומית הכוללת דירוג רופאים, אחד מחברי ועדת הבוחנים יהיה נציג



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 50062-06-17

אר"מ, ולחייב את המדינה לנהל משא ומתן עם הארגון היציג על קביעת סוגי משרות בין-תחומיות הכוללות דירוג רופאים - בין כאלה שנוצרו לכתחילה כמשרות בין-תחומיות ובין כאלה שהיו בדירוג הרופאים בלבד ונוסף להם דירוג אחר - ועל הרכב ועדת הבוחנים למשרות אלה.

פסק הדין בהליך הקודם

16. ביום 19.5.16 ניתן פסק הדין בהליך הקודם. בכל הנוגע לחובת המדינה לנהל עם ארגון העובדים משא ומתן על קביעת משרות בין-תחומיות הכוללות דירוג רופאים, בקשות הצד נדחו. בכל הנוגע להרכב ועדת הבוחנים במכרז הפומבי, נקבע כי לא קיימת לאקונה בכללי המינויים וכי על משרות בין-תחומיות הכוללות דירוג רופאים חל כלל 36(ד). וכך נקבע:

"לשונו של כלל 36(ד) לכללי המינוי הינה פשוטה וברורה - כל משרה שצמודה לה דרגה של דירוג הרופאים מחייבת כינוס ועדת בוחנים שאחד מחבריה הוא נציג אר"מ. הסעיף אינו כולל סייג או דרישה כי דירוג הרופאים יהיה הדירוג היחיד והבלעדי האפשרי למשרה.

ככל שיישומו של כלל 36(ד) על מכרז פומבי למשרות בין תחומיות, מביא לפגיעה בשוויון כלפי מועמדים שאינם רופאים, כפי שטוענת המדינה, הדרך לריפוי הפגם היא על ידי תיקון או שינוי הכללים.

קבלת הפרשנות שמציעות המשיבות יש בה לפגוע בזכות הייצוג של הרופאים עובדי המשיבות, זכות המעוגנת במפורש בכללי המינויים ובתקשי"ר המהווים חלק בלתי נפרד מתנאי העסקתם." (הדגשה הוספה – א.א.)

בית הדין האזורי דחה מטעמים שונים את הסתמכות המדינה על "מסמך קינר" משנת 2009, שבו ניתנו הנחיות לאופן עריכת מכרזים למשרה בין-תחומית הכוללת דירוג רופאים ודירוג פארה-רפואי (להלן – **מסמך קינר**). במסמך נקבע שמשרה כאמור תפורסם כמכרז פנימי, שבו ועדת הבוחנים תכלול, בין היתר, את נציגי ארגוני העובדים של שני הדירוגים (נציג אר"מ ונציג איגוד הפארה רפואים) וכל אחד מהם יקבל 1/2 קול בוועדה; ואם לא ייבחר מועמד במכרז זה יפורסם מכרז פומבי, וועדת הבוחנים תהיה בהתאם להרכב הכללי.

17. לאור כל האמור, הוציא בית הדין האזורי תחת ידו צו קבוע המורה כי בכל מכרז פומבי לאיוש משרה בין-תחומית הכוללת דירוג רופאים, **"אחד מחברי ועדת הבוחנים יהיה נציג אר"מ"**, כלומר יחול כלל 36(ד).



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 50062-06-17

פעולות המדינה לאחר פסק הדין בהליך הקודם – הצעה לתיקון כלל 36(ד)

18. המדינה בחרה שלא לערער על פסק הדין בהליך הקודם ותחת זאת לפעול, כפי שהותווה בו, לתיקון המצב המשפטי שנוצר באמצעות תיקון הכללים. במכתב מיום 16.6.16, כחודש לאחר מתן פסק הדין בהליך הקודם, הודיעה נציבות שירות המדינה (להלן – **הנציבות**) להר"י על כוונתה לכנס את ועדת השירות לשם דיון בהצעה לתיקון כללי המינויים. נכתב כי מטרת התיקון היא "לעגן את הרכב ועדת הבוחנים במשרות שצמוד להן יותר מדירוג אחד לרבות דירוג הרופאים" וכי מוצע שבכלל 36(ד), אחרי סעיף קטן (4), יבוא הסעיף הבא:

"(5) במשרות שצמוד להן יותר מדירוג אחד לרבות דירוג הרופאים, הרכב הוועדה יהיה כאמור בסעיף 36(ב) לכללים אלה." (להלן – **התיקון המוצע**).

בדברי ההסבר לתיקון המוצע, שצורפו למכתב הנ"ל, נכתב, בין היתר, כך:

"... סעיף 36(ב) לכללי המינויים קובע את הכלל הבסיסי להרכב ועדות הבוחנים במכרזים פומביים בשירות המדינה... מינוי למשרות שנקבע להן דירוג רופאים בלבד הוא חריג לאמור, ונקבע לגביהן הרכב ועדת בוחנים מיוחד הכולל רופאים בלבד. בנוסף, היות שלמשרות אלה לא מתקיים מכרז פנימי ואיושן נעשה מלכתחילה במכרז פומבי, נקבע בסעיף 36(ד) לכללים הרכב מיוחד של ועדת בוחנים, הכולל נציג של ארגון העובדים... חריג זה המעגן את חברותו של נציג ארגון העובדים במסגרת מכרז פומבי, רלבנטי למשרות הפתוחות בפני רופאים בלבד ומדורגות בדירוג רופאים, ללא דירוגים חלופיים... ככל שמדובר במשרות בין תחומיות, הכוללות דירוגים חלופיים ובכללם גם את דירוג הרופאים, מתפרסם מכרז פנימי טרם פרסום המכרז הפומבי, לרבות במקרים בהם אחד מדירוגי המשרה הוא דירוג הרופאים, וניתן בו ייצוג לארגוני העובדים. לפיכך, ראוי כי הרכב ועדת הבוחנים במשרות אלו, יהיה ההרכב הקיים לגבי יתר המשרות הבין תחומיות בשירות המדינה."

בהמשך צוין כי אם לא יתקבל התיקון המוצע עלול הדבר להביא "לפגיעה בשוויון כלפי יתר המועמדים. זאת בשל העובדה כי אין בין חברי הוועדה נציג מתחום עיסוקם ומארגון העובדים הרלוונטי לדירוגם. כמו כן..., הרכב כאמור אינו עולה בקנה אחד עם הנהוג לגבי יתר המשרות הבין-תחומיות בשירות המדינה... אשר על כן, מוצע התיקון האמור על מנת שישקף את הנוהג הקיים לגבי כלל המשרות הבין תחומיות בשירות המדינה."

הנציבות הזמינה את הר"י להציג עמדתה בכתב וכן להתייצב לדיון בתיקון המוצע לפני ועדת השירות, שנועד ליום 30.8.16 (לאחר דחייה).



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 50062-06-17

19. בעקבות מכתב זה של הנציבות דרשו ממנה המערערים לנהל עמם משא ומתן על התיקון המוצע. דרישתם נדחתה ובעקבות זאת פנו המערערים שנית לבית הדין האזורי, כפי שיפורט להלן.

ההליך הנוכחי – הדיון בבית הדין האזורי

20. ביום 24.8.16 הגישו המערערים בצוותא חדא בקשת צד בסכסוך קיבוצי ובקשה דחופה למתן צווים זמניים (להלן בהתאמה – **בקשת הצד ו-הבקשה לסעד זמני**, וביחד – **הבקשות**).

טענות המערערים

21. הבקשות הוגשו נגד התיקון המוצע, וביסודן עמדת המערערים שלפיה על המדינה לנהל איתם משא ומתן לפני שינוי הכללים. עוד נטען כי לפי המצב המשפטי הקיים – כקבוע בפסק הדין בהליך הקודם – על הרכב ועדת בוחנים למשרות בין-תחומיות הכוללות דירוג רופאים חל כלל 36(ד), המורה שככלל, על כל חברי ועדת הבוחנים להיות רופאים ואחד מהם חייב להיות נציג אר"מ. המערערים הוסיפו כי בתום ההליך הקודם המדינה הזדרזה לפעול לשינוי הכללים, העומדים בתוקפם מזה כ-40 שנה, באופן שיביא לביטול זכות הייצוג הייחודית של הרופאים שנקבע כי היא חלק מתנאי העסקתם, לשינוי פני הרפואה הציבורית ולהחלשת כוחם של המערערים. המערערים ציינו שמטרתו של כלל 36(ד), להבטיח, באמצעות ההרכב המיוחד הקבוע בו, מעבר חופשי של רופאים בין המעסיקים השונים, מניעת אפליה בין המגזרים השונים (באמצעות שיתוף נציג אר"מ בהרכב ועדת הבוחנים כפי שנציג ארגון העובדים חבר בוועדת בוחנים למכרזים פנימיים), ומתן ביטוי לשיקולים מקצועיים במשרות בדירוג הרופאים הדורשות הבנה עמוקה של מקצוע הרפואה. עוד נטען כי בפסק הדין בהליך הקודם הופרכה טענת המדינה שלפיה מאז שנת 2009 היא חדלה מלזמן נציג אר"מ לקחת חלק בוועדות בוחנים במכרזים פומביים למשרות בין-תחומיות הכוללות דירוג רופאים, ומשפסק הדין הפך חלוט מדובר בפלוגתא פסוקה.

22. אחר כל זאת טענו המערערים כי מאזן הנוחות נוטה לטובתם וביקשו לקיים דיון דחוף בבקשת הצד, עוד לפני מועד כינוס ועדת השירות. כן ביקשו צווים זמניים וקבועים למניעת קבלת התיקון המוצע ללא משא ומתן עמם וללא הסכמתם.



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 50062-06-17

טענות המדינה

23. המדינה העלתה בתשובתה לבקשות² הן טענות סף והן טענות לגופם של דברים. ככלל, נטען שהתיקון המוצע אינו פוגע בכוחם הארגוני של המערערים ושבמשך עשרות שנים ישב נציג אר"מ במכרזים פומביים למשרות בדירוג הרופאים בלבד. מטרת התיקון המוצע להביא לכך שבמכרזים למשרות בין-תחומיות הכוללות דירוג רופאים, לא תינתן עדיפות לרופאים. הודגש כי במשרות בין-תחומיות שאינן כוללות דירוג רופאים, הרכב ועדת הבוחנים הוא ההרכב הכללי שבסעיף 36(ב) לכללים.

24. המדינה הוסיפה שבניגוד לטענת המערערים, בהליך הקודם לא נקבע ממצא עובדתי בשאלה אם במשך השנים התכנסו במכרזים פומביים למשרות בין-תחומיות הכוללות דירוג רופאים ועדות בוחנים בהרכב הכללי, אלא כל שנקבע הוא כי המדינה לא הוכיחה טענה עובדתית זו. על המערערים הנטל להוכיח פוזיטיבית שנציג מטעמם השתתף דרך קבע בוועדות בוחנים למשרות בין-תחומיות הכוללות דירוג רופאים, וזאת לא נעשה על ידם – לא בהליך הקודם ולא בהליך דנן. המדינה סיכמה כי מדובר בהליך שבו ארגון עובדים "מבקש פעם אחר פעם לקיים מונופול של רופאים, בתפקידים אשר לא נדרשת בהם בהכרח הכשרה של רופא, שמא יתמנה לאיזו מן המשרות הבין תחומיות מי שאינו רופא" ואין כל יסוד לטענות בדבר שינוי פני הרפואה הציבורית.

השתלשלות העניינים בבית הדין האזורי

25. בית הדין האזורי החליט לאחד את הדיון בבקשות, הורה לצדדים להידבר ונתן צו מניעה זמני האוסר על ועדת השירות לקבל החלטה בנוגע לכללים. צו זמני זה הוארך בהמשך ולמעשה עמד בתוקפו במשך כל הדיון בבית הדין קמא.

26. ביום 13.9.16 הגישו המערערים בקשה בהולה למתן סעדים ארעים וזמניים, למניעת קיומו של דיון בוועדת השירות בשינוי הכללים שנועד לאותו היום (להלן – **הבקשה הבהולה**). בבקשה הוסבר, בתמצית, כי למערערים הסתבר שהשינוי שמתכננת המדינה בכללים הוא דרמטי מכפי שהוצג על ידה בתיקון המוצע והוא כולל פתיחת משרות בדירוג הרופאים למכרזים פנימיים. המערערים ציינו כי הוברר להם שהמדינה סבורה, כך לפי הבנתם, שהיא רשאית לפרסם משרות בין-

² תחילה הגישה המדינה את תשובתה לבקשה לסעד זמני ובהמשך את תשובתה לבקשת הצד. הטענות המובאות כאן כוללות את הטענות בשתי התשובות הנ"ל.



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 50062-06-17

תחומיות הכוללות דירוג רופאים במכרזים פנימיים ולהפוך משרות שכיום הן בדירוג הרופאים בלבד למשרות בין-תחומיות הכוללות דירוג רופאים ולפרסמן כמכרז פנימי – עמדה המהווה "שינוי סדרי עולם" בכל הנוגע לסדרי הקבלה לעבודה של הרופאים ולתנאי העסקתם. לעמדת המערערים, את הפרשנות שניתנה לכלל 36(ד) בפסק הדין בהליך הקודם – שלפיה הביטוי "משרה בדירוג הרופאים" מתייחס הן למשרה שהיא רק בדירוג הרופאים והן למשרה שהיא גם בדירוג הרופאים, כלומר משרה בין-תחומית הכוללת דירוג רופאים – יש להחיל גם על הכלל בתקשי"ר הקובע ש"משרות בדירוג הרופאים" יפורסמו במכרז פומבי בלבד. במסגרת הבקשה הבהולה ביקשו המערערים, בין היתר, למנוע את הדיון בתיקון המוצע על ידי ועדת השירות.

27. בתשובתה לבקשת הצד ולבקשה הבהולה חזרה המדינה, ככלל, על הטענות שהעלתה קודם לכן והוסיפה טענות ביחס לבקשה הבהולה, שעיקרן כי קיומן של משרות בין-תחומיות הכוללות דירוג רופאים, שעל איושן מתמודדים רופאים ושאינם רופאים, אינו חידוש, שכן שנים רבות מתקיימים הן מכרזים פנימיים והן מכרזים פומביים למשרות אלה. לתמיכה בטענה זו צירפה המדינה לתשובתה מסמכים שונים (פרסומים ופרוטוקולים של מכרזים פנימיים למשרות בין-תחומיות הכוללות דירוג רופאים, מכרזים פומביים למשרות אלה שבהם ועדת הבחנים היתה לפי ההרכב הכללי ועוד). המדינה הוסיפה שבחלק מהמכרזים שפירטה ישב נציג אר"מ ותמוה כי במצב זה טוענים המערערים שלא ידעו על כך.

28. טענות נוספות מפי המדינה: הרכב ועדת הבחנים במכרז פומבי אינו משנה דבר לגבי עצם קביעת משרות כבין-תחומיות או לגבי עצם קיומם של מכרזים פנימיים למשרות אלה כמכרז ראשון, וגם אם לא יתקבל התיקון המוצע, מכרזים פנימיים למשרות בין-תחומיות הכוללות דירוג רופאים יוסיפו להתקיים; למעשה המערערים לא מעוניינים לשנות את הכללים, שכן לשיטתם, במכרז פומבי למשרה בין-תחומית הכוללת דירוג רופאים, הרכב הוועדה צריך להיות של רופאים בלבד, ובו נציג ארגון העובדים של הרופאים בלבד. בכך מבקשים המערערים להשיג יתרון מובנה ובלתי שוויוני ביחס למי שאינו רופא.

29. המערערים טענו בתגובה שברבים מהמכרזים שפורטו בתשובת המדינה לא ישב נציג אר"מ בוועדת הבחנים; כי בהשתתפות נציג אר"מ במכרזים פנימיים בודדים אין לראות משום הסכמה של אר"מ לנוהג שונה מכך המתקיים כשגרה; וכי אר"מ כלל לא ידע על קיומם של מכרזים פומביים למשרות בין-תחומיות הכוללות דירוג



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 50062-06-17

רופאים שבהם וועדת הבוחנים התכנסה לפי ההרכב הכללי, משום שהנציבות פעלה במסתרים.

30. בתום דיון מיום 25.9.16 הוחלט לראות את בקשת הצד ואת הבקשה הבהולה כבקשת צד מתוקנת. הבקשה למתן צווי מניעה בנוגע למכרזים הפנימיים נדחתה, אך המדינה נדרשה להודיע למערערים **"שבוע מראש לגבי כל מכרז פנימי שעומד להתפרסם במשרות בין תחומיות"** הכוללות דירוג רופאים.

31. דיון הוכחות התקיים ביום 24.11.16 ובמסגרתו נחקרו ד"ר ליאוניד אידלמן, אז יו"ר הר"י, וד"ר נמרוד רחמימוב, אז יו"ר אר"מ. מטעם המדינה נחקר מר יוני דוקן, מנהל אגף בכיר (מערכת הבריאות) בפועל בנציבות.

צירוף ההסתדרות ועמדתה

32. במהלך הדיון עלה כי למדינה יש התחייבות כלפי ההסתדרות, שלפיה איוש משרה בין-תחומית (בין שצמוד לה דירוג רופאים ובין שלא) יעשה תחילה באמצעות מכרז פנימי. בעקבות זאת צורפה ההסתדרות כצד להליך. ככלל, ההסתדרות הביעה תמיכה בתיקון המוצע לגופו. לדבריה, עקרון השוויון במכרזים מחייב שהרכב ועדת הבוחנים במכרז פומבי למשרות בין-תחומיות, לרבות אלה הכוללות דירוג רופאים, יהיה כזה הנותן הזדמנות שווה לכל הדירוגים הרשאים להתמודד. קביעת הרכב הומוגני שכל נציגיו נמנים עם אותו דירוג ומקצוע (רופאים), או לכל הפחות הרכב מוטה, יכול להעלות חשש להערכה לא הוגנת של מתמודדים מדירוגים ומקצועות אחרים. ייחודיותו של הרכב ועדת הבוחנים לפי כלל 36(ד), כנוסחו לפני התיקון המוצע, לא מאפשרת יישומו לגבי משרות המופנות למספר דירוגים, מאחר שגלומה בו עדיפות למועמדים בדירוג הרופאים על פני מועמדים בדירוגים אחרים, גם אם לא במתכוון.

פסק דינו של בית הדין האזורי

33. בתמצית, בית הדין האזורי קבע כי המדינה רשאית לשנות את כללי המינויים, לרבות הרכב ועדות המכרזים לפי כלל 36(ד), מבלי לקיים משא ומתן עם המערערים, אך לאחר הליך היועצות. בהתאם בוטל הצו הזמני שניתן ביום 28.8.16. לצד זאת נקבע כי למשרות בין-תחומיות הכוללות דירוג רופאים יש לפרסם מכרז פומבי מבלי להקדים לו מכרז פנימי.



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 17-06-50062

34. וביתר פירוט, כך נקבע בפסק דינו של בית הדין האזורי, בחלקים הנחוצים להכרעתנו:

א. לשאלה האם הקביעות בהליך הקודם מהוות מעשה בית דין: הדיון בשאלה זו נדרש בין היתר על רקע טענת המערערים להשתק פלוגתא בשאלת קיומם של מכרזים פומביים, כמכרז ראשון, לאיוש משרות בין-תחומיות הכוללות דרוג רופאים. בית הדין האזורי קבע שהקביעות בהליך הקודם הנוגעות למסמך קינר, שעיקרן כי המדינה לא רשאית להסתמך עליו לתמיכה בטענתה לקיום מאות מכרזים למשרות בין-תחומיות הכוללות דירוג רופאים, מהוות השתק פלוגתא.

ב. תשתית עובדתית – שאלת קיומם של מכרזים פנימיים למשרות בין-תחומיות הכוללות דירוג רופאים ושאלת ידיעת המערערים על כך: בית הדין האזורי קבע כי עדויות מצהירי המערערים היו מהימנות. גם עדות המצהיר מטעם המדינה נמצאה מהימנה אך הוא העיד שלא עסק בזימון לוועדות הבוחנים. ראשית, נקבע שהמערערים פעלו בתום לב ונציגיהם התייצבו לוועדות הבוחנים שאליהן זומנו כארגון עובדים שהוא גם ארגון פרופסיונאלי, מבלי שהיו תמיד ערים להבדל בהרכב הוועדה, ואף אחד מהצדדים לא דקדק בהבחנה בין מכרז פנימי למכרז פומבי. שנית, ההכרעה נוגעת לפן הנורמטיבי, כלומר מהו ההרכב על פי דין של ועדת בוחנים למשרות בין-תחומיות הכוללות דירוג רופאים. העניין נוגע ליחסי עבודה קיבוציים ולא מדובר על סכסוך פרט שבו התנהגותו של אחד הצדדים יכולה להתפרש כוויתור על זכות.

ג. האם ניתן לקיים מכרזים פנימיים במשרות בין-תחומיות הכוללות דירוג רופאים?: בית הדין האזורי השיב בשלילה על שאלה זו. תחילה נדחתה הסתמכות המערערים על פרסום של משרד האוצר, שממנו ביקשו ללמוד שקיימת חובה לנהל משא ומתן בעניין קיומם של מכרזים פנימיים למשרות בין-תחומיות הכוללות דירוג רופאים. בהמשך קבע בית הדין האזורי שכדי לקבוע את מעמדה של הוראה מסוימת בתקשי"ר יש להתחקות אחר מקורה. הוראות התקשי"ר הן הוראות בהסכם העבודה האישי של כל עובד המדינה, בין אם כהוראה הסכמית ובין אם כהוראה מכללא. הוסבר שבמוקד ההליך דן עומדת פרשנות ההוראה בתקשי"ר, שלפיה החובה לפרסם מכרז פנימי לפני מכרז פומבי לא חלה על משרה בדירוג הרופאים. לעניין זה הובהר תחילה שאין זה משנה אם עד היום פורסמו בפועל, בידיעת המערערים או בהיסח דעתם,



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 50062-06-17

מכרזים פנימיים למשרות בין-תחומיות הכוללות דירוג רופאים, שכן כאמור לעיל, אין מדובר בסכסוך היחיד שבו התנהלות אחד הצדדים יכולה להתפרש כוויתור על זכות.

לאחר מכן נקבע שבמלאכת הפרשנות יש להסתמך על פסק הדין בהליך קודם. באותו הליך נקבע כי את המילים "משרה שצמודה לה דרגה של דירוג הרופאים", שבכלל 36(ד), יש לפרש ככוללות הן משרה בדירוג הרופאים בלבד והן משרה בין-תחומית הכוללת דירוג רופאים. בית הדין האזורי ציין כי מילים אלה מופיעות גם בהוראת התקשי"ר שבמוקד המחלוקת, והסביר כי חרף השוני במעמד הנורמטיבי של שתי ההוראות, יש לשמור על עקביות פרשנית ולכן אף למילים "משרה שצמוד לה דירוג הרופאים" שבהוראת התקשי"ר יש לתת את אותה פרשנות. כלומר, ההוראה הקובעת פטור ממכרז פנימי לגבי "משרה שצמוד לה דירוג הרופאים", יש לפרש כך שהיא חלה גם על משרה בדירוג הרופאים בלבד וגם על משרה בין-תחומית הכוללת דירוג רופאים. בית הדין ציין כי הגיע למסקנה האמורה "גם מטעמים של 'הרמוניה פסיקתית' ומדיניות אחידה" והדגיש כי אין בכך "כדי לומר שאין אנו מסכימים לגופו של עניין עם הגיונו של פסק הדין בהליך הקודם". את דבריו חתם בית הדין כך:

"יש במסקנתנו בחלק זה של פסק הדין משום איזון עם הפגיעה הנטענת בזכויות הרופאים. זאת לנוכח העסקתם המגוונת – לא רק על ידי מדינת ישראל אלא גם על ידי תאגידי בריאות ואחרים – כך שתהא פתוחה לפנייהם הדרך להתמודד במכרזים לכל המשרות הבין תחומיות שצמוד להן גם דירוג הרופאים. פרשנות זו תמנע פגיעה אפשרית ביכולתם של הרופאים להציג מועמדות למשרות שונות במדינה באופן שוויוני, ולעבור באופן חופשי בין מעסיקים."

הערעור והערעורים-שכנגד

מהלך הדיון – ערעור, ערעורים-שכנגד ובקשה לסעד זמני בערעור

35. הצדדים כולם סירבו להשלים עם פסק דינו של בית הדין האזורי. ביום 21.6.17 הגישו המערערים את הערעור מטעמם, שסב על הקביעה שהמדינה אינה מחויבת לנהל איתם משא ומתן לפני שינוי הכללים. בהמשך הגישו המערערים בקשה לעיכוב ביצוע פסק הדין ולמתן סעד זמני בערעור (להלן – **הבקשה לסעד זמני בערעור**), על רקע כוונת המדינה לכנס את ועדת השירות לדיון בתיקון המוצע ועל רקע ביטול צו המניעה הזמני בפסק הדין. לאחר מכן הגישו המדינה וההסתדרות,



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 50062-06-17

כל אחת בנפרד, הודעות ערעור שכנגד, המכוונות לקביעת בית הדין האזורי שלפיה
משורות בין-תחומיות הכוללות דירוג רופאים יאוישו במכרז פומבי כמכרז ראשון.
36. בהחלטה מיום 8.8.17 התקבלה הבקשה לסעד זמני בערעור באופן חלקי בלבד, כך
שנקבע כי המדינה רשאית לשנות את הכללים, אך עד למועד הדיון בערעור, שנועד
ליום 18.10.17, "לא תפרסם מכרזים חדשים למשרות בין תחומיות בהתאם
לכללים בנוסחם המתוקן, ככל שיתוקן, ואף לא תקיים ועדות בוחנים, בהרכב אשר
יתחייב מתיקון הכללים, במכרזים שפורסמו למשרות בין תחומיות".

תיקון הכללים

37. בעקבות ההחלטה האמורה, התכנסה ועדת השירות ביום המחרת והחליטה לקבל
את התיקון המוצע, בשינוי קל ולא מהותי לעומת נוסחו המקורי (ולפיכך יכולה גם
הוא להלן התיקון המוצע). כך:

"אחרי סעיף 36(ד) לכללי שירות המדינה (מינויים) (מכרזים, בחינות
ומבחנים), התשכ"א-1961 יבוא:
'(ד1) על אף האמור בסעיף קטן (ד), במשרות שצמוד להן יותר מדירוג
אחד לרבות דירוג הרופאים, הרכב הוועדה יהיה כאמור בסעיף 36(ב)
לכללים אלה'."

לצד זאת דחתה ועדת השירות את המלצת ממלא מקום הנציב לכלול רופא בוועדת
הבוחנים למשרות בין-תחומיות הכוללות דירוג רופאים. בהתאם להחלטה תוקנו
כללי המינויים ונוסף להם סעיף קטן (ד1) שלשונו כמצוטט לעיל. התיקון פורסם
ביום 19.9.17 (תחילה מיידית)³. תיקון זה נכנס גם לתקשי"ר – סעיף 12.362(ד)(5).
38. עתה ומטעמי נוחות נצטט להלן את סעיף 36 לכללים כנוסחו החל מחודש ספטמבר
2017:

"(א) בחינה בעל-פה, כאמור בסעיפים 30 ו-31, תיערך על-ידי ועדת
בוחנים אשר נציב השירות ימנה את חבריה.
(ב) ועדת בוחנים תהיה של ארבעה חברים, בהרכב המפורט להלן:
(1) יושב ראש הוועדה יהיה נציב השירות או נציגו;
(2) שני חברים נציגים של המשרד הנוגע בדבר, אשר אחד מהם
הממונה הישיר על העובד שימונה למשרה המוכרזת או מי
מטעמו;
(3) חבר אחד יהיה מי שאינו עובד המדינה.
היו דעות חברי ועדת הבוחנים שקולות – תכריע דעתו של היושב
ראש.

.....

³ ק"ת 7866 (19.9.2017).



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 50062-06-17

(ד) ועדת בוחנים למשרה שצמודה לה דרגה של דירוג הרופאים תהיה בהרכב המפורט להלן:

- (1) יושב ראש הועדה יהיה נציג נציב השירות שימונה לכל ועדה מתוך רשימה של רופאים המוסכמת בין נציב השירות, המנהל הכללי של משרד הבריאות וארגון רופאי המדינה;
 - (2) חבר אחד יהיה נציג המשרד הנוגע בדבר – רופא או המנהל הכללי של המשרד האמור;
 - (3) חבר אחד יהיה נציג ארגון רופאי המדינה. ההוראה הכלולה בסעיף 37 לכללים אלה לא תחול על חבר זה;
 - (4) למשרת מנהל בית חולים וסגן מנהל בית חולים
- (1ד) על אף האמור בסעיף קטן (ד), במשרות שצמוד להן יותר מדירוג אחד לרבות דירוג הרופאים, הרכב הוועדה יהיה כאמור בסעיף 36(ב) לכללים אלה.

(ה) ועדת בוחנים למשרות פיקוח והדרכה שצמודה להן דרגה של דירוג עובדי הוראה, פרט למשרות ניהול – במשרות בעלות אופי ניהולי ופדגוגי – ביחידות המשרד אשר יקבעו אותן המנהל הכללי של משרד החינוך והתרבות ונציב שירותי המדינה תהיה של שבעה חברים בהרכב המפורט להלן:

...

(ז) ועדת בוחנים למשרות ביחידת הביקורת הפנימית תהיה בהרכב המפורט להלן:
 "... (הדגשות הוספו – א.א.)

המשך הדיון בערעור

39. בתום דיון שהתקיים ביום 21.11.17 (הנשיא (בדימוס) פליטמן, השופטת לאה גליקסמן, השופטת סיגל דוידוב-מוטולה ונציגי הציבור מר שי צפריר ומר יהודה פורת), נדרשו הצדדים לקיים הליך הידברות בנושאים הרלוונטיים. בהמשך לכך הגיעו הצדדים להסכמות שונות בנוגע לקיום מכרזים למשרות בין-תחומיות מסוימות, התקיימו דיוני תזכורת לפני חברתי השופטת דוידוב-מוטולה והצדדים פנו להליך גישור לפני הנשיאה (בדימוס) נילי ארד. למרבה הצער, הליך הגישור לא צלח ובעקבות זאת התקיים לפנינו הדיון בערעורים.

40. במסגרת הדיון השלים כל צד טיעוניו בעל פה והדגיש נקודות מסוימות. כך, המערערים⁴ ציינו כי אינם מתעלמים מהטענות לפגיעה בשוויון, אלא שלטעמם הפתרון אינו באיון זכות הייצוג של הרופאים. עוד ציינו כי העובדה שבתקשי"ר לא נזכרת משרה בין-תחומית בכלל ומשרה בין-תחומית הכוללת דירוג רופאים בפרט, אינה מלמדת כי סעיף 11.412 לתקשי"ר אינו חל לגביה. כמו כן, הן פסק הדין מושא

⁴ באות כוח הר"י טענו גם בשם אר"מ. בהתאם תימשך ההתייחסות לטענות שהועלו בדיון ובהמשך לו כאל טענות המערערים יחדיו.



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 50062-06-17

הערעור והן פסק הדין בהליך הקודם התייחסו להתנהגות הצדדים בפועל ודחו את גרסת המדינה בעניין זה.

המדינה התייחסה לסוגי המשרות הבין תחומיות הכוללות דירוג רופאים ולמספר המשרות עצמן. מר דוקן, המצהיר מטעם המדינה ציין כי "**בשלב זה המשרות הבין תחומיות הן 56 עיסוקים**", כגון מנהל תחום מחקר במשרד הבריאות, מנהל המרכז לביקורת מחלות ומנהל תחום התוכניות הלאומיות למדדי איכות.

ההסתדרות עמדה על הטעויות שאליהן נקלע, לשיטתה, בית הדין קמא בפירוש התיבה 'משרות בדירוג הרופאים': א. קבע כי אין משמעות להתנהגות הצדדים, אף שלפי ההלכה הפסוקה יש לכך משמעות קריטית; ב. בית הדין ראה רק את הפגיעה ברופאים ולא את הפגיעה ב-34,000 העובדים האחרים שנמנעת מהם הזכות למכרז פנימי כמכרז ראשון; ג. בית הדין קמא התייחס להוראת התקשי"ר כאילו כתוב בה "משרה שצמוד לה דירוג הרופאים", בעוד שנוסח ההוראה הנכון הוא "משרות בדירוג הרופאים".

בקשת המערערים למחיקת הערעור

41. בתום הדיון התבקשו המערערים להודיע אם הם עומדים על הכרעה בערעור מטעמם, וזאת לאור השתלשלות העניינים מאז הגשת הערעור, ומבלי שבית הדין יקבע דבר באשר לשאלה המשפטית גופה. ואמנם, ביום 3.6.2020 הודיעו המערערים כי בנסיבות הקונקרטיות של העניין – הליך גישור ממושך, "**דין ודברים ממושך**" בין הצדדים בניסיון להגיע להסכמה ודיונים רבים, אין צורך בהכרעה בערעור. לפיכך ביקשו למחקו ללא צו להוצאות, תוך שמירת מלוא זכויותיהם וטענותיהם וכן ביקשו לציין בפסק הדין הבהרתם לגבי "**מחיקת הערעור בשל נסיבותיו הייחודיות של הליך זה**" והוסיפו, למען הסר ספק, כי הם עומדים על עמדתם העקרונית בערעור מטעמם, כמו גם על עמדתם בערעורים שכנגד.

42. ההסתדרות הודיעה שבנסיבות העניין כמתואר בהודעת המערערים, הפכה השאלה שבלב ערעור המערערים לשאלה תיאורטית שלא נדרש להכריע בה וביקשה אף היא להוסיף הבהרה בדומה להבהרת המערערים.

43. המדינה, מצדה, ביקשה כי חרף האמור בהודעת המערערים, יכריע בית הדין בערעורם, לאור דבקותם בעמדתם העקרונית ובשל מהות הסוגיה, הצורך בוודאות משפטית ומשך ההליך והתנהלותו. לחלופין ביקשה המדינה שבמקום מחיקת הערעור יורה בית הדין על דחייתו. לבסוף ביקשה כי אם תתקבל הבקשה למחיקת



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 50062-06-17

הערעור, יצוין במפורש שהיה זה לאחר שהתקיים דיון ונשמעו בו טיעוני הצדדים והערות בית הדין. את שאלת ההוצאות הותרה המדינה לשיקול דעת בית הדין.

44. המערערים, בתגובתם, מדגישים שעמדתם נותרה עקבית משך כל ההליך ומציינים שבנסיבות העניין כפי שפורטו, אין למדינה, בהיותה משיבה ומערערת-שכנגד, מעמד שמכוחו היא יכולה לדרוש הכרעה בערעורם או דחייתו, ומוסיפים הסתייגות מעמדת המדינה בשאלת ההוצאות.

דיון והכרעה

45. כפי שתואר לעיל באריכות, לכתחילה ניצבו לפתחנו שתי שאלות: האחת, שעמדה בלב ערעור המערערים – האם על המדינה מוטלת חובה לנהל משא ומתן קיבוצי עם המערערים בבואה לשנות את כלל 36(ד). השאלה האחרת, שעמדה בלב הערעורים-שכנגד שהגישו המדינה וההסתדרות – האם משרה בין-תחומית הכוללת דירוג רופאים יש לפרסם ישירות במכרז פומבי או שמא יש לפרסמה קודם כמכרז פנימי. שאלה זו נגזרת למעשה מהשאלה מהו הפירוש לתיבה "משרות בדירוג הרופאים" שבסעיף 11.412 לתקשי"ר.

46. למען הסדר הטוב נציין תחילה כי שאלה היא אם אמנם מהווים הערעורים שהגישו המדינה וההסתדרות ערעורים-שכנגד, אולם משלא עלתה כל טענה בעניין זה לא נידרש אליו.

ערעור המערערים – שאלת החובה לנהל משא ומתן לפני שינוי הכללים

47. כאמור לעיל, לאחר הדיון הגישו המערערים בקשה למחיקת ערעורם תוך שמירת מלוא טענותיהם וזכויותיהם. ההסתדרות הודיעה כי בנסיבות העניין הפכה השאלה בעניין חובת המשא ומתן לשאלה תיאורטית שלא נדרש להכריע בה. המדינה, מנגד, ביקשה הכרעה בערעור המערערים ולחלופין ביקשה לדחותו במקום למחקו.

48. הלכה היא כי "יוזם הליך דיוני בבית משפט, השולט על עצם היוזמה להגשתו, רשאי גם לבקש את מחיקתו" והוא נדרש לקבל לשם כך את רשות בית המשפט⁵. עוד נפסק כי במקרה הרגיל ייעתר בית המשפט לבקשה שכזו, אלא אם ימצא טעם

⁵ בג"ץ 2445/06 איזוטסט בע"מ נ' הרשות הלאומית להסמכת מעבדות (31.5.2009) (להלן – עניין איזוטסט), בסעיף 32.



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 50062-06-17

מיוחד שלא לעשות כן⁶. בבחינת בקשה כאמור על בית המשפט לשקול, בין היתר, את השלב הדיוני שבו הוגשה הבקשה, משמעות המחיקה מבחינת בעל הדין שכנגד, המשאבים שהושקעו בהליך הן מצד הצדדים לו והן מצד בית המשפט, שאלת תום לבו של מבקש המחיקה, מהות הסוגיה שעמדה לדיון והאינטרס הציבורי להכריע בה⁷.

49. אנו סבורים שבמכלול נסיבות העניין יש להיעתר לבקשת המערערים למחוק את ערעורם. בקביעה זו ראינו לנגד עינינו את החשיבות הרבה של הסוגיה שעמדה בלב הערעור, את התנגדות המדינה לבקשת המחיקה, את העובדה שההליך מהווה למעשה גלגול נוסף של הליך קודם, את הדיונים הרבים שנערכו במסגרתו ונשמעו בהם טענותיהם של כל הצדדים הנוגעים בדבר לפני ולפנים, כך שלמעשה הוא בשל למתן פסק דין. ואולם, אל מול אלה יש לומר כי בקשת המחיקה הוגשה לאחר שהמערערים נשאלו, מטעמים פרקטיים הנובעים מנסיבות העניין – מבוי סתום במגעים הממושכים בין הצדדים – אם הם עומדים על הכרעה בערעור שהגישו. בנסיבות אלה, משהדיון בערעור הפך במידה רבה לתיאורטי, לא מצאנו כי עולה מהבקשה התנהלות חסרת תום לב של המערערים. לא ראינו, אפוא, כי מכלול הנסיבות במקרה זה נכנס בגדר אותם מקרים חריגים שבהם יימנע בית המשפט מלהיעתר לבקשתו של יוזם ההליך לחזור בו מההליך.

50. אשר לבקשתה החלופית של המדינה שלפיה אם תתקבל בקשת המערערים, ייקבע כי ערעורם נדחה ולא נמחק, נציין כי כבר נפסק ש"המערער חזר בו מהערעור", 'הערעור נמחק לבקשת המערער', 'הערעור נמשך על ידי המערער', או 'בהסכמת המערער הערעור נדחה' – כל הניסוחים הללו חד הם לעניין תחולת כללי מעשה בית דין⁸.

51. לאור כל האמור, בקשת המערערים מתקבלת וערעורם נמחק בזאת, תוך שאיננו מביעים כל עמדה שהיא ביחס לשאלה המשפטית שבמוקד הערעור ותוך שטענותיו וזכויותיו של כל אחד מהצדדים שמורות לו.

⁶ ע"א 7368/06 דירות יוקרה בע"מ נ' ראש עיריית יבנה (27.6.2011), בסעיפים 17 – 18 לפסק דינה של השופטת (בדימוס) א' פרוקצ'יה.

⁷ שם, שם. וראו גם עניין איזוטסט, בסעיף 32 לפסק הדין וכן ע"מ 10089/07 אירוס הגלבו בע"מ נ' ברוך (5.4.2011), בסעיפים 2 – 3 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה.

⁸ ע"מ 2029/18 עו"ד רפפורט נ' עיריית תל אביב-יפו (28.8.2019).



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 17-06-50062

ערעורי המדינה וההסתדרות בשאלת המכרזים הפנימיים

52. נפרש תחילה את תמצית טענות הצדדים בערעורים שהגישו המדינה וההסתדרות ולאחר מכן נפנה להכרעה.

53. **המערערים** תומכים יתדותיהם בפסק דינו של בית הדין האזורי, בכל הנוגע לשאלת המכרזים הפנימיים. וזו תמצית טענותיהם:

א. עריכת מכרזים פנימיים "**למשרות רופאים**" היא שינוי מרחיק לכת בסדרי הקבלה לעבודה ובשיטת המכרזים לאיוש "**משרות רופאים**", בניגוד לתקשי"ר ולכללי המינויים ובניגוד למקובל מזה עשרות שנים, ואין לעשותו באופן חד צדדי וללא משא ומתן. גם סעיף 1 לחוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957, וסעיף 2 לחוק יישוב סכסוכי עבודה, התשי"ז-1957, קובעים שהסדרי קבלה לעבודה הם עניין להסדרה קיבוצית ומהווים חלק מתנאי העבודה.

ב. בדין ניתנה לסעיף 11.412 לתקשי"ר אותה הפרשנות שניתנה, בפסק הדין בהליך הקודם, לכלל 36(ד), שלפיה התיבה "**משרות רופאים**" כוללת הן משרות בדירוג הרופאים בלבד והן משרות בין תחומיות הכוללות דירוג רופאים. זו הפרשנות היחידה העולה מלשון התקשי"ר והכללים והמתיישבת עם התנהלות הצדדים במשך השנים ועם השכל הישר, היא מתחייבת אף מטעמים של הרמוניה פסיקתית ומדיניות אחידה, ותוצאתה – איוש משרות רופאים באמצעות מכרז פומבי בלבד – מבטיחה מוביליות של רופאים בין המעסיקים השונים. למעשה, אין בתקשי"ר או בכללים כל הוראה המאפשרת איוש משרות בדירוג הרופאים שלא במכרז פומבי ושלא לפי כלל 36(ד). לא ייתכן שאותו ביטוי יקבל פרשנות אחת לעניין הכללים ואחרת לעניין התקשי"ר.

ג. איוש משרות רופאים במכרז פומבי ולפי כלל 36(ד) מקנה לרופאים ולנציגותם ייצוג בוועדת הבוחנים, בדומה לייצוג הארגוני שניתן לדירוגים אחרים במכרז הפנימי, ובהליך הקודם נקבע שזכות ייצוג זו מהווה חלק בלתי נפרד של תנאי ההעסקה של הרופאים בשירות המדינה. מעבר לכך, כך נטען בסעיף 50.4 לסיכומי המערערים מיום 19.9.17, משרה במערכת הבריאות מחייבת רמת ידיעה גבוהה ברפואה והשתתפות נציג הרופאים בוועדת הבוחנים מעניקה ביטוי לשיקולים מקצועיים של טובת מערכת הבריאות והציבור. מנגד, מכרז פנימי ל"משרות רופאים" יפלה את הרופאים לרעה ביחס לדירוגים אחרים במדינה שלגביהם ועדת הבוחנים במכרז פנימי כוללת נציג ארגון העובדים (סעיף 11.454 לתקשי"ר). גם יישום מסמך קינר כעמדת המדינה, מעבר לכך



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 17-06-50062

שנקבע בהליך הקודם שהוא חסר תוקף ובדין נקבע שמדובר בהשתק פלוגתא, יפגע בזכות הייצוג של המערערים, שכן הוא מקנה להם "קול" חלקי בלבד בוועדת הבוחנים. הסתמכות המדינה על מסמך קינר מחזקת את העמדה שאין כיום הסדר הקובע את הרכב ועדת הבוחנים במכרז פנימי למשרה בין תחומית הכוללת דירוג רופאים.

ד. ערעור המדינה מבוסס בעיקר על הטענה שקביעת בית הדין עומדת בניגוד להתנהלות הצדדים בפועל לאורך השנים, אלא שטענה זו של המדינה הופרכה. בעניין זה מפרטים המערערים טענות לגבי קבוצות מכרזים שונות ומוסיפים כי טענות אלה שומטות את הקרקע גם מתחת לטענת ההסתדרות שלפיה שגה בית הדין קמא בכך שהתעלם מהתנהלות הצדדים בפועל.

ה. טענת המדינה, שלפיה ההוראה הכללית בתקשי"ר הקובעת חובת מכרז פנימי גוברת על הוראת סעיף 11.412 לתקשי"ר, היא טענה חדשה המהווה הרחבת חזית ויש לדחותה על הסף. יש לדחותה אף לגופה, משהוראה ספציפית גוברת על הוראה כללית, משדרך המלך בקבלה לשירות המדינה היא במכרז פומבי ולאור הטעמים שפורטו המצדיקים עריכת מכרז פומבי למשרות רופאים. אף טענת המדינה לעניין ה"תועלות" הנובעות מקיום מכרזים פנימיים היא טענה חדשה שדינה דחייה על הסף, ממילא לא הוגשו ראיות לתמיכה בה ויתרונות המכרז הפומבי עולים על "תועלות" אלה.

ו. טענת ההסתדרות, שלפיה איוש משרות בין-תחומיות הכוללות דירוג רופאים במכרז פומבי פוגע בהסכמות בינה ובין המדינה, אינה יכולה לשנות מקביעת בית הדין קמא, שלפיה משרות כאמור יש לאייש במכרז פומבי כמכרז ראשון.

54. זו תמצית טענות המדינה :

א. יש שוני בין מכרז פנימי ובין מכרז פומבי לעניין הרכב ועדת הבוחנים. כך, במכרזים פנימיים, שמטבעם כוללים קידום וניוד של עובדים שהם כבר עובדי מדינה, נציג ארגון העובדים חבר בוועדת הבוחנים, ואילו במכרזים פומביים, הפתוחים לכלל אזרחי המדינה, אין ייצוג לארגון העובדים. חריג לכך הוא משרות בדירוג הרופאים בלבד, המאוישות במכרז פומבי בלבד. לכן, כשמדובר במשרות בין-תחומיות, לרבות כאלה הכוללות דירוג רופאים, חלה החובה לפרסם תחילה מכרז פנימי.

ב. משרות בין תחומיות הכוללות דירוג רופאים אינן "משרות רופאים", אלא משרות אשר עובדים בעלי רקע מקצועי שונה יכולים למלאן בהצלחה וחלה



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 17-06-50062

לגביהן חובה לקיים מכרז פנימי כמכרז ראשון. סעיף 11.412 לתקשי"ר, הקובע כי חובת המכרז הפנימי לא חלה על "משרות בדירוג הרופאים", מתייחס למשרות בדירוג הרופאים בלבד. כך גם נוהגת המדינה בפועל שנים רבות – משרות בין-תחומיות הכוללות דירוג רופאים מתפרסמות תחילה כמכרז פנימי – שאז נציגי האיגודים המקצועיים הרלוונטיים חולקים "קול" אחד, כקבוע במסמך קינר – ורק אם לא נמצא מועמד מתאים מתפרסם מכרז פומבי. קביעת בית הדין קמא "משנה סדרי עולם הקיימים מזה שנים רבות".

ג. המערערים העלו מספר טעמים לקיום מכרז פומבי גם למשרות בין-תחומיות הכוללות דירוג רופאים: בחירת המועמד הטוב ביותר, מוביליות וייצוג ארגוני בוועדת הבוחנים. אולם שני הטעמים הראשונים תקפים לגבי כל דירוג ואילו הטעם האחרון "מבטא אינטרס ארגוני צר" וממילא למערערים ניתן ייצוג גם במכרז פנימי למשרות אלה.

ד. שגה בית הדין האזורי בכך שבקביעתו האמורה התבסס על פסק הדין בהליך הקודם, הגם שהמחלוקת שם והמחלוקת דנן שונות במהותן. גם אם לכאורה קיים מתח בין ההוראה הכללית בתקשי"ר הקובעת חובת קיום מכרז פנימי ובין ההוראה הנותנת פטור מקיום מכרז פנימי ל"משרות בדירוג הרופאים", היה על בית הדין האזורי לתת משקל לתכלית המכרז הפנימי, למצב הנוהג שנים רבות ולהסכמת המערערים למצב זה. קביעת בית הדין קמא לעניין מעבר חופשי של רופאים בין מעסיקיהם השונים, כמצדיקה את ביטול המכרז הפנימי, יפה אף לבעלי מקצוע אחרים.

ה. שגה בית הדין קמא בכך שקבע שאין כל חשיבות לשאלה איך התנהלו הדברים בפועל עד היום ולא נתן לכך משקל, שהרי התנהגות רבת שנים של צדדים ליחסי עבודה משמשת כלי פרשני לקביעת זכויות משפטיות. במקרה דנן הוכח כי המערערים ידעו על קיומם של מכרזים פנימיים למשרות בין-תחומיות הכוללות דירוג רופאים ואף השתתפו בהם והבינו את המצב המשפטי והעובדתי במלואו. טענת המערערים כאילו השתתפו במכרזים פנימיים מבלי לדעת את טיבם היא טענה מופרכת ויש לכך השלכה מכרעת על תום לבם ועל הסעדים המבוקשים על ידם. שגה בית הדין קמא בקבעו שהמערערים לא דקדקו באבחנה בין מכרזים פנימיים לפומביים ובהימנעותו מלדון בראיות רבות. כמו כן, היה מקום לקבוע שעדויות העדים מטעם המערערים היו לא מהימנות. מאחר שבית



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 17-06-50062

הדין האזורי כלל לא דן בראיות, לא חל הכלל של אי התערבות ערכאת הערעור בממצאים עובדתיים.

- ו. שגה בית הדין קמא בקבעו כי קיים מעשה בית דין לגבי מסמך קינר.
 - ז. יש לדחות את טענות המערערים להרחבת חזית בעניין פירוט ה"תועלות" ממכרז פנימי ובעניין המתח שבין הוראות התקשי"ר. מכל מקום אין זה מתפקידו של בית הדין לבחון באיזה אופן יש לערוך את גיוס כוח האדם בשירות המדינה, במכרז פנימי או פומבי, אלא זה עניין מקצועי המסור למדינה.
55. אלה הן טענות **ההסתדרות** בשאלת המכרזים הפנימיים :

א. מכרז פומבי הוא אכן דרך המלך בקבלה לשירות המדינה אך באשר לקידום עובדים שהם כבר עובדי המדינה יש נדבך נוסף – המכרז הפנימי. מדובר בכלי חשוב שנועד להבטיח את זכותם של העובדים להתקדם בעבודתם ולזכות בביטחון תעסוקתי. המערערים לא התייחסו ליתרונות המכרז הפנימי, הנוהג מזה עשרות שנים לגבי עובדי המדינה שאינם בדירוג הרופאים, והוא חלק מתנאי העבודה שלהם. זכויות עובדי המדינה בדירוגים שאינם דירוג הרופאים לא יכולות להתבטל מפני זכויות העובדים בדירוג הרופאים, כפי שנקבע למעשה בפסק הדין קמא.

ב. הכללים הנוגעים למכרז פנימי קבועים בפרק 11.4 לתקשי"ר והוחרגו ממנו דירוגים מסוימים ובהם דירוג הרופאים. קביעת בית הדין קמא שלפיה החרגה זו כוללת משרות בין תחומיות הכוללות דירוג הרופאים היא קביעה שגויה הן משום שמדובר בהסכמות קיבוציות שאין בית הדין רשאי להתערב בהן, הן משום שהיא מתעלמת מזכויות העובדים שאינם בדירוג הרופאים והן משום שהיא מבוססת על פסק הדין בהליך הקודם תוך התעלמות דה פקטו מהמצב הקיים היום ומהשלכות התיקון המוצע על הנפסק בהליך הקודם.

ג. בית הדין קמא הסתמך בפרשנות סעיף 11.412 לתקשי"ר על פסק הדין בהליך הקודם, אף שאותו הליך עסק בהרכב ועדת בוחנים לפי כללי המינויים במכרזים פומביים בלבד, ואף שההסתדרות לא היתה צד לו, בעוד שההליך דן עוסק במכרז פנימי המעוגן בתקשי"ר ומעורבים בו שיקולים רחבים בהרבה. ההסתמכות על הנפסק בהליך הקודם יוצרת תוצאות סותרות ולא הרמוניה פסיקתית.

ד. משרה בין-תחומית הכוללת דירוג רופאים אינה לרופאים בלבד, אינה מצריכה בהכרח הכשרה רפואית ויכולים להתמנות אליה עובדים בדירוגים שאינם דירוג



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 17-06-50062

רופאים, שיש לשמור אף על זכויותיהם. העובדה שעובדי המדינה רשאים להתמודד במכרז פומבי אינה מהווה מענה הולם לטענת ההסתדרות בערעורה-שכנגד, שהרי זה פוֹן לא לעצם האפשרות להתמודד למשרה כי אם לזכות לקיים מכרז פנימי. מה עוד שהמכרז הפומבי מהווה פתרון טוב רק עבור דירוג הרופאים, כך שטענת המערערים מיתממת וממחישה את הזלזול שלהם בעובדי הדירוגים האחרים. יש לדחות את טענת המערערים כאילו אינם מבקשים להתערב בהסכם בין המדינה וההסתדרות בנוגע למכרזים הפנימיים, שהרי ברי כי כפיית מכרז פומבי על עובדי דירוגים אחרים מהווה התערבות שכזו. המערערים מבקשים לא לכפות על העובדים בדירוג הרופאים הסדר איוש משרות המנוגד להתנהלות הצדדים עשרות שנים, אך זה בדיוק מה שהם מבקשים לעשות לעובדים שאינם בדירוג הרופאים. יש לדחות גם את טענת המערערים שלפיה קבלת הערעורים-שכנגד תשפיע לרעה על צביונה של מערכת הבריאות שניהולה יופקד בידי מי שאינם בהכרח רופאים.

פרשנות הוראת סעיף 11.412 לתקשי"ר

56. על מנת להכריע בשאלה שלפנינו, עלינו להידרש לפירוש הוראת סעיף 11.412 לתקשי"ר. סעיף זה נמצא בפרק 11 לתקשי"ר שעניינו **"מילוי משרות תקניות"**, בפרק-משנה 11.4, שעניינו **"מכרז פנימי ומכרז בין-משרדי"**, בתת-פרק-משנה 11.41 שעניינו **"חלות והוראות כלליות"**. וזו לשון הסעיף:

"הוראות פרק משנה זה אינן חלות על:

(ג) משרות בדירוג הרופאים;
..."

משמעות הסעיף היא שההוראות הנוגעות למכרזים פנימיים (לרבות בין-משרדיים) אינן חלות על **"משרות בדירוג הרופאים"** ועל כן משרות אלה מאוישות בדרך של מכרז פומבי כמכרז ראשון. משמעות זו, המוציאה **"משרות בדירוג הרופאים"** מאפשרות איוש באמצעות מכרז פנימי, עולה בעקיפין גם מהוראת סעיף 11.401(א) לתקשי"ר, שזו לשונה:

"רשאים להגיש מועמדות למכרז פנימי – עובדי המשרד על כל יחידותיו, לרבות יחידות הסמך; ולמכרז בין-משרדי – עובדי הממשלה על כל יחידותיהם, לרבות יחידות הסמך. זאת, בכפוף לסייגים בפסקאות 11.411-11.415 [ובהם סעיף 11.412 לתקשי"ר המחריג משרות מסוימות



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 17-06-50062

מחובת מכרז פנימי – א.א.], וככל שיקבע אחרת על ידי נציב שירות המדינה
או מי מטעמו;” (הדגשה הוספה – א.א.)

57. מהן אותן **”משרות בדירוג הרופאים”** שבסעיף 11.412 לתקשי”ר? האם אלה משרות בדירוג הרופאים בלבד, כעמדת המדינה וההסתדרות, או שמא מדובר במשרות שהן גם בדירוג הרופאים, כלומר הן משרות בדירוג הרופאים בלבד והן משרות בין-תחומיות הכוללות דירוג רופאים, כעמדת המערערים? בית הדין האזורי העדיף את עמדת המערערים תוך שהוא מסתמך על פסק הדין בהליך קודם. בית הדין קמא היה ער לכך שבהליך הקודם דובר על פרשנות הוראה בכללי המינויים ואילו בהליך שלפניו מדובר על הוראה בתקשי”ר. אלא שלעמדתו יש לשמור על עקביות פרשנית והרמוניה פסיקתית ולתת לתיבה **”משרות בדירוג הרופאים”** שבסעיף 11.412 לתקשי”ר אותה פרשנות שניתנה בהליך הקודם לתיבה **”משרה שצמודה לה דרגה של דירוג הרופאים”** שבכלל 36(ד). עוד הוסיף בית הדין האזורי כי פרשנות זו תאזן את הפגיעה הנטענת בזכויות הרופאים.

58. דעתי שונה. נקודת המוצא היא כי לשונו של סעיף 11.412 לתקשי”ר, וליתר דיוק – לשונה של התיבה **”משרות בדירוג הרופאים”**, יכולה לשאת את שתי האפשרויות; הן את האפשרות שמדובר ב**”משרות בדירוג רופאים בלבד”** והן את האפשרות שמדובר ב**”משרות גם בדירוג רופאים”**. במצב דברים זה, במסגרת מלאכת הפרשנות המוטלת על בית הדין, עליו להעדיף את הפירוש המגשים בצורה הטובה ביותר את תכלית המקור הנורמטיבי שבו מצויה הלשון הטעונה פירוש⁹. תכלית זו כוללת הן את התכלית הסובייקטיבית שעמדה לנגד עיניו של יוצר הנורמה, תכלית שעליה ניתן ללמוד בין היתר מההקשר הפנימי, כלומר מהוראות אחרות המצויות בסמוך לתיבה שעומדת לפרשנות, והן תכלית אובייקטיבית שהיא עקרונות היסוד של השיטה¹⁰.

59. תכליתו של פרק 11.4 לתקשי”ר, שבו מצוי סעיף 11.412, היא להתוות את האופן שבו מאוישות משרות בשירות המדינה על ידי מי שהם כבר עובדי המדינה – באמצעות מכרז פנימי (משרדי ובין-משרדי). הגם שהמקור הנורמטיבי שבו מוסדר נושא המכרז הפנימי אינו ברור עד תום, בפסיקה הוכר מעמדו של מוסד זה ואף הצדדים שלפניו לא חולקים על כך. אך לאחרונה כתבנו כי **”על חשיבותו של המכרז הפנימי ככלי לאיוש משרות באמצעות מי שכבר מועסק על ידי המדינה**

9 א' ברק, פרשנות במשפט – תורת הפרשנות הכללית, בעמ' 274 – 277.

ראו בהקשר של חקיקה שם, בעמ' 289 – 290 ו-301 וכן לאחרונה ע”ע (ארצי) 4333-11-19 מדינת ישראל – גוטמן (29.3.2020), בסעיפים 42 – 43 לפסק הדין. ובהקשר של הסכמים ראו למשל ע”א 7649/18 ביבי כבישים עפר ופיתוח בע”מ נ’ רכבת ישראל בע”מ (20.11.2019) (עתירה לקיום דיון נוסף נדחתה ביום 19.4.2020 – דנ”א 8100/19).



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 17-06-50062

(והזכאי לגשת למכרז הפנימי), אין חולק¹¹. אם כן, באיוש משרות בשירות המדינה, הכלל הוא גיוס מתוך עובדי המדינה עצמם בשלב ראשון, בעיקר באמצעות מכרזים פנימיים, כפי שקבוע בסעיפים 11.411(ו) (מכרז פנימי) ו-11.411(2) (מכרז בין-משרדי) לתקשי"ר. כלל זה עולה גם מסעיף 11.911 לתקשי"ר, המאפשר איוש משרות בדרכים אחרות, לרבות באמצעות עריכת מכרז פומבי, רק אם "לא מולאה משרה פנויה באחת הדרכים המפורטות בפרקי משנה 11.2 עד 11.8" – ובמרכזן דרך המכרז הפנימי (פרק-משנה 11.4 לתקשי"ר).

60. הוראת סעיף 11.412 לתקשי"ר מחריגה "משרות בדירוג הרופאים" מהכלל האמור החולש על דרך הקידום ה"רגילה" של כלל עובדי המדינה, במכרז פנימי תחילה. ראשית, כבר מעצם היותה הוראה המבקשת לחרוג מהכלל, יש לפרשה בצמצום¹². יישומו של כלל פרשני בסיסי זה בענייננו מוביל למסקנה כי את התיבה "משרות בדירוג הרופאים" יש לייחד למשרות בדירוג הרופאים בלבד ואין לקרוא לתוכה גם משרות בין-תחומיות הכוללות דירוג רופאים. עוד אזכיר בהקשר זה כי התקשי"ר מהווה "אוסף של הוראות ממקורות נורמטיביים שונים (חקיקה, הסכמים והסדרים קיבוציים והוראות חד צדדיות שמוציאה המדינה) החלות על עובדי המדינה" וכדי לקבוע דרך הביקורת השיפוטית על הוראה בו, "יש צורך לקבוע, תחילה, מה המקור של אותה הוראה"¹³. לא נטען ולא הוכח לפנינו כי הוראת סעיף 11.412 לתקשי"ר יסודה בהסכם שנכרת בין הצדדים, אם כי יש להניח שההוראה לא באה בחלל ריק, אלא כתוצאה מדין ודברים מסוימים. אם כך הוא, הרי שהסכמות אלה מטבען מוגבלות ל"יחידת המיקוח" המיוצגת על ידי הר"י, וכברירת מחדל אין לפרשן כמתפרשות גם על משרות שמיוצגות על ידי ארגון עובדים אחר.

61. מסקנה זהה עולה אף למקרא תכליות סעיף 11.412 כפי שפורטו על ידי המערערים. לשיטתם, הוראת הסעיף, שמשמעותה איוש משרות בדירוג הרופאים במכרז פומבי כמכרז ראשון, נועדה להבטיח את בחירת המועמד הטוב ביותר, מעבר חופשי של רופאים בין המעסיקים השונים וייצוג ארגוני בוועדת הבוחנים. לדידי, התכליות של בחירת המועמד הטוב ביותר ושל מוביליות רלוונטיות לכל הדירוגים ואינן ייחודיות לדירוג הרופאים בלבד. ודאי שאין ללמוד מתכליות אלה שכל המשרות

¹¹ עניין מרקוס, בסעיף 52 לפסק הדין.

¹² בג"ץ 1893/11 הארגון הארצי של מפעלי השמירה והאבטחה בישראל נ' בית הדין הארצי לעבודה (ניתן ביום 30.8.2015, תוקן ביום 27.10.2015), בסעיף 5 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ח' מלצר וההפניות שם.

¹³ עניין מרקוס, בסעיף 56 לפסק הדין וההפניות שם.



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 17-06-50062

בכל הדירוגים מוחרגות מהכלל המורה על קיומו של מכרז פנימי. ואשר לתכלית הנוגעת לייצוג הארגוני, הרי שזו מתגשמת גם במכרז פנימי, משהרכב ועדת הבוחנים בו כולל "נציג הסתדרות שהוא בא כוח האיגוד המקצועי הרלבנטי" (סעיף 11.454 לתקשי"ר). מעבר לדרוש ומבלי לקבוע מסמרות אציין כי להבנתי לא היה חולק כי במשרה בין תחומית הכוללת דירוג רופאים יש ליישם הוראה זו כך שגם למערערים יהא ייצוג בוועדת הבוחנים.

62. אוסיף, שקבלת הפירוש המוצע על ידי המערערים עשויה להביא לסתירה בין הוראות שונות בתקשי"ר. ואסביר. למעשה לפי פירוש המערערים, כל משרה בדירוג מסוים המופיעה בתקשי"ר כוללת הן משרות באותו דירוג בלבד והן משרות הכוללות גם דירוג זה. כך, למשל, משרות בדירוג האחיות כוללות, לפי שיטת המערערים, הן משרות שצמוד להן דירוג האחיות בלבד והן משרות שצמודים להן כמה דירוגים ובהם דירוג האחיות. במצב דברים זה – מה דינה, למשל, של משרה שצמודים לה הן דירוג הרופאים והן דירוג האחיות? הרי לפי סעיף 11.411(ו)(1)(ג), חובה לפרסם מכרז פנימי בין היתר ל"משרות בדירוגים המקצועיים הייחודיים למערכת הבריאות – אחים..." ואילו לפי סעיף 11.412 הוראה זו לא חלה על "משרות בדירוג הרופאים". אם כן, ואם נקבל את הפירוש המוצע על ידי המערערים, משרה שצמוד לה הן דירוג הרופאים והן דירוג האחיות – האם יש לפרסמה כמכרז פנימי כהוראת סעיף 11.411(ו)(1)(ג) או שמא חל עליה סעיף 11.412 ויש לאיישה באמצעות מכרז פומבי?

63. על כך אוסיף כי לא נסתרה טענת המדינה (והדברים ברורים) שלפיה משרות בין-תחומיות הכוללות דירוג רופאים אינן מחייבות הכשרה במקצוע הרפואה ויכולים למלא אותן בהצלחה מלאה עובדים בדירוגים שאינם דירוג הרופאים.

64. למעשה, בפרשנות שנתן בית הדין האזורי לסעיף 11.412 לתקשי"ר, נלקחו בחשבון אך ורק האינטרסים של המערערים והרופאים המיוצגים על ידם, ולא ניתן כל ביטוי לאינטרסים של עובדי המדינה בדירוגים שאינם דירוג הרופאים, המבקשים להתקדם בעבודתם באמצעות מכרזים פנימיים, במשרות בין-תחומיות הכוללות את הדירוג שלהם, לצד דירוג הרופאים. זאת אף שבהקשר של סעיף 11.412 לתקשי"ר קבוצת השוויון היא קבוצת עובדי המדינה ולא קבוצת הרופאים – עובדי המדינה ושאינם עובדי המדינה. נכון הוא שלפי פירוש המערערים לסעיף זה עובדי המדינה שאינם בדירוג הרופאים רשאים להציג את מועמדותם במכרז פומבי למשרות בין-תחומיות הכוללות דירוג רופאים, אלא שמטבע הדברים הסיכוי



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 17-06-50062

להתקבל למשרה במכרז פומבי נמוך מזה שבמכרז פנימי, ולו בשל כך שמספר המועמדים הפוטנציאליים במכרז פנימי מצומצם מזה שבמכרז פומבי.

65. אינני סבור כי יש מקום להסתמך על הפירוש שניתן לכלל 36(ד) במסגרת פסק הדין בהליך הקודם. ראשית, פסיקה זו, בהיותה פסיקה של בית דין אזורי, אינה מחייבת את בית דין זה, ודאי שעה שבהליך שלפנינו נכלל צד שלא היה צד להתדיינות בהליך הקודם (ההסתדרות).

שנית, התוצאה הפרשנית שאליה הגיע בית הדין האזורי בהליך הקודם מוקשית, שכן היא מובילה לתוצאה קשה משני היבטים: האחד, במשרה שצמודים לה כמה דירוגים ועדת הבוחנים תורכב כולה מרופאים, דבר היוצר יתרון בלתי הוגן למועמדים שהם רופאים על פני מועמדים אחרים; השני, פירוש זה יצר, במועד מתן פסק הדין הקודם, אפליה בין עובדים שכן רק לעובדי דירוג הרופאים יש נציג של ארגון העובדים בוועדת הבוחנים במכרז פומבי. כלל פרשני ידוע הוא שמקום שבו הלשון סובלת שני פירושים יש להעדיף את הפירוש שלא פוגע בשוויון ומתיישב עם הגיונם של דברים. אילו היה בית הדין האזורי בהליך הקודם פועל לפי כלל פרשני זה, לא היה נדרש להוסיף ולהצביע על האפשרות העומדת למדינה לפעול לשינוי הכללים.

שלישית, הגם שהרמוניה פסיקתית ואחידות הן מטרות רצויות, יש שהן נסוגות מפני מטרות אחרות, וידוע הוא שלעתים מתפרש ביטוי מסוים באופנים שונים, לפי הקשרו והתכלית של ההוראה הנורמטיבית שבה הוא מצוי. מכל מקום, ובשים לב לדברינו דלעיל, ודאי שהרמוניה פסיקתית ואחידות אינן יכולות לעמוד כשלעצמן, מבלי לבחון לגופה את הפרשנות שניתנה לביטוי בהליך הקודם.

רביעית, המצב העובדתי והמשפטי שעמד לפני בית הדין האזורי בהליך הקודם – לפני שהתיקון המוצע בא לעולם, אינו המצב העובדתי והמשפטי לפני בית הדין האזורי בהליך דנן, עם בואו לעולם של התיקון המוצע, והוא אף אינו המצב העובדתי והמשפטי העומד לפנינו, לאחר שהתיקון המוצע התקבל ושנו כללי המינויים. בהקשר זה יצוין כי למעשה הטענות שהעלו הצדדים הנוגעות לחוסר השוויון הנוצר כתוצאה מקיום מכרז פומבי למשרות בין-תחומיות הכוללות דירוג רופאים, כפי שהיה לאור פסק הדין בהליך הקודם ולפני קבלת התיקון המוצע, אינן רלוונטיות עוד לאחר שהתיקון המוצע התקבל. כיום סעיף 36(ד1) לכללים מורה כי **"על אף האמור בסעיף קטן (ד), במשרות שצמוד להן יותר מדירוג אחד לרבות דירוג הרופאים, הרכב הוועדה יהיה כאמור בסעיף 36(ב) לכללים אלה"**. כלומר, לפי המצב הקיים, אם תישאר פסיקת בית הדין האזורי על כנה בנוגע לפרשנות



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 17-06-50062

סעיף 11.412 לתקשי"ר, ולפי כללי המינויים כנוסחם לאחר קבלת התיקון המוצע, כלל אין מדובר על פגיעה בשוויון, שכן בהרכב הכללי של ועדת הבוחנים, לפי סעיף 36(ב) לכללים, לא נכלל נציג ארגון העובדים של איזה מהדירוגים. אם קיימת פגיעה כלשהי היא אינה בהיבט של חוסר שוויון בין קבוצות העובדים השונות המדורגות בדירוגים מקצועיים שונים, כי אם בהיבט של האפשרות להתקדם במקום העבודה באמצעות מכרז פנימי ובהיבט של השתתפות נציג ארגון העובדים בוועדת הבוחנים. ברי כי הפגיעה הנובעת מתוצאה זו גדולה בהרבה מהפגיעה בציבור הרופאים שאינם עובדי המדינה הנובעת מהפירוש שאני תומך בו לסעיף 11.412 לתקשי"ר, בהיותה רלוונטית לציבור עובדים גדול ומשאין בה כדי לפגוע בציבור הרופאים עובדי המדינה.

66. מעבר לדרוש מצאתי לנכון להוסיף את ההערות הבאות בהתייחס להנמקתו של בית הדין האזורי: האחת, התנהגותו של צד ליחסי עבודה קיבוציים עשויה ללמד על הפירוש שיש ליתן לנורמה הסכמית¹⁴. השנייה, מוכרת האפשרות של ויתור על זכות אובליגטורית מכוח ההתנהגות של מי מהצדדים ליחסי העבודה הקיבוציים¹⁵. במובן זה, היה מקום ליתן משקל להתנהלות הצדדים במשך השנים ולפיכך לקבוע בעניין זה ממצאים עובדתיים ברורים. מכל מקום, בנסיבות העניין ולאור המסקנה שאליה הגעתי, לא ראיתי להידרש לעניין.

67. העולה מהאמור הוא כי את התיבה "משורות בדירוג הרופאים" שבסעיף 11.412 לתקשי"ר יש לפרש ככוללת משרות בדירוג הרופאים בלבד. מכאן, כי משרות בין-תחומיות הכוללות דירוג הרופאים אינן נכנסות בגדר החריג שבסעיף 11.412 ויש לאייש אותן באמצעות מכרז פנימי תחילה. על כן, הערעורים-שכנגד של המדינה ושל ההסתדרות מתקבלים. בהתאם מבוטל הצו הזמני שניתן ביום 8.8.17.

התייחסות לעמדות חברותיי

68. עיינתי בעמדות חברותיי, השופטת לאה גליקסמן והשופטת סיגל דוידוב-מוטולה, ואני מבקש להעיר שתי הערות:

א. תחילה אתייחס לנימוק בסעיף 5 לחוות דעתה של חברתי השופטת סיגל דוידוב-מוטולה, שלפיו הטעם המרכזי להעדפת עמדתה של חברתנו השופטת

¹⁴ עס"ק (ארצי) 17-04-38016 הבנק בינלאומי לישראל בע"מ – הסתדרות העובדים הכללית החדשה - הסתדרות המעוף חטיבת עובדי הבנקים וחברות הביטוח (25.4.2018), בסעיף 18 לפסק הדין; עס"ק (ארצי) 19-01-19338 רכבת ישראל בע"מ – הסתדרות העובדים הכללית החדשה (15.9.2019), בסעיף 17 לפסק הדין וההפניות שם.

¹⁵ השוו: עס"ק (ארצי) 1017/04 שירותי בריאות כללית – הסתדרות העובדים הכללית החדשה (16.5.2005).



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 17-06-50062

לאה גליקסמן הוא הייחודיות שהמדינה רואה במשרות בדירוג הרופאים. אכן, שעה שהמדינה מבחינה בין משרות בדירוג הרופאים בלבד למשרות אחרות ניתן להניח כי למשרות מהסוג הראשון יש ייחודיות מסוימת. אך לטעמי ייחודיות זו אינה קיימת עוד לגבי משרה שהמדינה קבעה לגביה כי היא בין-תחומית. מעצם הגדרתה ככזו ניטלה ממשרה זו הייחודיות שניתן למצוא, אם ניתן, לגבי משרה שהיא בדירוג הרופאים בלבד. זאת ועוד, ייחודיות זו התבטאה בעיקרו של דבר בהרכב ועדת הבחינה, אך נוכח כלל 36(ד) – ביטוי זה כבר אינו קיים.

ב. כפי שכבר נפסק¹⁶, איוש משרות בשירות המדינה במכרז פומבי רלוונטי אך לגיוס מועמדים מן החוץ, קרי לקבלת אדם שאינו עובד המדינה להיות עובד המדינה. כמו כן, לאיוש משרה בדרך של מכרז פומבי פונים רק לאחר מיצוי דרכי האיוש האחרות ושעה שיש צורך לאישי את המשרה באמצעות מועמדים מן החוץ. בהינתן אלה, ברי שאת הלאקונה הקיימת בתקשי"ר, נוכח העדר התייחסות מפורשת בו לאיוש משרה בין תחומית הכוללת דירוג רופאים, יש למלא לפי הכלל (תחילה מיצוי דרכי האיוש הפנימי, לרבות מכרז פנימי ואחר כך, בהעדר הצלחה, מכרז פומבי לפני ועדה בהרכב הכללי) ולא לפי החרג לכלל (התחלה במכרז פומבי, שעד לחודש ספטמבר 2017 – כך לפי עמדות חברותיי – צריך היה להתקיים לפני ועדה בהרכב של רופאים בלבד או רוב של רופאים, אלא אם כן, לכלל 36(ד) היה ניתן פירוש שלפיו הוא מתייחס למשרות שהן רק בדירוג הרופאים).

ג. בסופו של יום עומדת לפתחנו שאלה פרשנית פשוטה והיא מהן אותן "משרות בדירוג הרופאים" שבסעיף 11.412 לתקשי"ר? האם אלה משרות בדירוג הרופאים בלבד – כשיטתי, או שמא מדובר במשרות שהן גם בדירוג הרופאים – כשיטת חברותיי? מעבר לנימוקיי לעמדתי ביחס למילוי הלאקונה, לרבות האמור בס"ק ב' לעיל, אוסיף את הטעם שלפיו עמדת חברותיי מובילה לתוצאה מוקשית, ואסביר:

אם יתקבל פירושן לסעיף 11.412 לתקשי"ר, נגיע לתוצאה שלפיה עד לחודש ספטמבר 2017 (טרם תיקון כלל 36 ועד למועד שבו ניתן פסק הדין מושא הליך זה), באיוש משרה בין תחומית הכוללת דירוג רופאים צריך היה לנהוג כך: פרסום מכרז פומבי המזמין עובדים ממספר דירוגים, לרבות דירוג רופאים, להגיש את מועמדותם למשרה ובחינת מועמדותם על ידי ועדת בחינה בהרכב

¹⁶ בג"ץ 244/64 אדירי נ' מבקר המדינה, פ"ד יט 401, 405 (1965); בג"ץ 1086/94 צוקר נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מט(1) 139, 154 (1995); עניין מרקוס.



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 17-06-50062

של רופאים בלבד או רוב של רופאים. על מנת להימנע מתוצאה שכזו – הנותנת עדיפות מובנית למועמדים בדירוג הרופאים (אלא אם כן חברותי סבורות כי זו אכן צריכה להיות התוצאה המשפטית), צריך היה לקבוע כי עד לחודש ספטמבר 2017 יש לפרש את סעיף 11.412 לתקשי"ר באופן אחד, וממועד זה ואילך (לאחר הוספת כלל 36(ד)) באופן אחר, וזאת מבלי שסעיף 11.412 עצמו עבר שינוי כלשהו.

אני ער לכך שעל מנת להימנע מתוצאה שכזו ניתן גם לאחוז בדרך פרשנית אחרת (השוו: סעיף 65 לעיל, נימוק שלישי) – שלפיה ייקבע כי הביטוי "**משרות בדירוג הרופאים**" שבתקשי"ר מתייחס למשרה בין-תחומית הכוללת גם דירוג רופאים, ואילו אותו הביטוי בכלל 36(ד) יתפרש כמתייחס למשרות שהן רק בדירוג הרופאים (כך שהוספת כלל 36(ד) היתה מיותרת). אלא שחוסר הרמוניה זה, גם אם הוא אפשרי, הוא פחות סביר בעיני ודחוק. שכן, התקשי"ר והכללים נועדו ליצור יחד הסדר שלם אחד ואחיד (ולא בכדי משתקפות בתקשי"ר הוראות רבות שמקורן בכללים) ויש להעדיף את הפירוש המתאיב עם העיקרון הפרשני שלפיו מטבע לשון אחד נועד, באותו הסדר (ולעניין זה יש לראות את התקשי"ר ואת הכללים כאותו הסדר), לאותה משמעות. העולה מכך הוא, כי התוצאה שלפיה רק אותן משרות שהן בדירוג הרופאים בלבד זכו להסדרה מיוחדת החורגת מההסדר הכללי שחל בכלל הדירוגים, היא התוצאה העדיפה בנסיבות העניין.

סוף דבר

69. לו תישמע דעתי אציע למחוק את ערעור המערערים, תוך שטענותיו וזכויותיו של כל אחד מהצדדים שמורות לו. כמו כן אציע לקבל את הערעורים-שכנגד שהגישו המדינה וההסתדרות ולבטל את הצו הזמני מיום 8.8.17, כך שסעיף 11.412(ג) לתקשי"ר, הקובע כי "**הוראות פרק משנה זה אינן חלות על... משרות בדירוג הרופאים**" יחול על משרות בדירוג הרופאים בלבד ולא על משרות בין-תחומיות הכוללות דירוג רופאים.

70. כמקובל בסכסוכים קיבוציים, אין צו להוצאות בערעור.



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 50062-06-17

השופטת לאה גליקסמן

1. מקובלת עליי קביעתו של חברי, סגן הנשיאה השופט איטח, כי יש לקבל את בקשת המערערים למחיקת הערעור, מהנימוקים שפורטו על ידו, וזאת תוך שאיננו מביעים כל עמדה שהיא ביחס לשאלה המשפטית שבמוקד הערעור ותוך שטענותיו וזכויותיו של כל אחד מהצדדים שמורות לו.
אין בידי להצטרף לחוות דעתו של חברי, סגן הנשיאה השופט איטח, בהכרעה בערעורים שכנגד שהוגשו על ידי המדינה וההסתדרות. זאת, מנימוקים שיפורטו להלן.
2. אקדים ואומר כי מקובלת עליי טענת המדינה וההסתדרות וכן קביעתו של חברי סגן הנשיאה, כי התנהגות צד ליחסי עבודה קיבוציים עשויה ללמד על הפירוש שיש ליתן לנורמה הסכמית (אם כי בענייננו מדובר בנורמה מהתקשי"ר שעל פי הנטען אינה הסכמית), וכן כי צד ליחסי עבודה קיבוציים יכול לוותר על זכות אובליגטורית בהתנהגות. יחד עם זאת, מפסק דינו של בית הדין האזורי עולה כי לצד קביעתו (שאינה מקובלת גם עליי) שלפיה אין ליתן משקל להתנהגות הצדדים, הוא בחן את הטענות שהעלו המדינה וההסתדרות בנוגע להתנהגות המערערים והשלכותיה, וקבע **ממצא עובדתי** שלפיו לא הוכחה הסכמת המערערים בהתנהגות. כך, על יסוד התרשמותו ממהימנות עדותם של פרופ' אידלמן וד"ר רחמימוב, הוא קיבל את גרסתם של המערערים וקבע כי יו"ר הר"י ויו"ר אר"מ פעלו בתום לב, כי נציגי הארגונים שהשתתפו בוועדות הבוחנים מטעם הר"י ואר"מ לא היו תמיד ערים להבחנה בעניין הרכבי הוועדות, וכי אף אחד מן הצדדים לא דקדק בהבחנה בין מכרז פנימי למכרז פומבי, ומכאן שאין להסיק הסכמה מהתנהלות המערערים (פסקה א', ע' 13 לפסק הדין של בית הדין האזורי). קביעות עובדתיות אלה של בית הדין האזורי עולות בקנה אחד עם גרסתו של ד"ר רחמימוב בתצהירים המשלימים, שכאמור בית הדין האזורי קיבל אותה כמהימנה, כי אר"מ לא ידע על קיומם של חלק גדול מהמכרזים כיוון שנציג מטעמו לא זומן ולא השתתף בוועדת הבוחנים; בחלק משמעותי אחר מהמכרזים ועדת הבוחנים הייתה בהרכב של משרה בדירוג רופאים על פי כלל 36(ד), כמקובל במכרז פומבי, כך שנציג אר"מ לא יכול היה להיות מודע לכך שמדובר במכרז פנימי ולא במכרז פומבי; אר"מ לא בוחן כל הזמנה למכרז "תחת זכוכית מגדלת" אלא יוצא מנקודת מוצא כי הזימון לוועדת בוחנים של הנציבות הוא כדין. אני סבורה, כי אין מקום לחרוג מהכלל שלפיו ערכאת הערעור אינה מתערבת בממצאים העובדתיים שקבע בית הדין האזורי על



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 17-06-50062

יסוד התרשמותו הבלתי אמצעית מהעדויות ומהראיות שלפניו. לאור האמור, יש לדחות את טענת המדינה וההסתדרות כי יש ללמוד מהתנהגות הצדדים שהפרשנות הנכונה של הוראות התקשי"ר היא שמשרה בין תחומית תאויש בשלב ראשון במכרז פנימי, או שהמערערים הסכימו לכך.

3. אשר לפרשנות הוראות התקשי"ר: כאמור בחוות דעתו של חברי סגן הנשיאה, את הביטוי "משרה בדירוג הרופאים" בסעיף 11.412 לתקשי"ר ניתן לפרש בשתי דרכים: האחת – שמדובר ב"משרות בדירוג רופאים בלבד"; והשנייה – שמדובר ב"משרות גם בדירוג רופאים". בחינת הוראות התקשי"ר מעלה כי לא נקבע בתקשי"ר הסדר בנוגע למשרות בין תחומיות שצמודים לה הן דירוג רופאים והן דירוגים אחרים. לטעמי, אין להתעלם מכך כי דרך המלך הקבועה בחוק המינויים לאיוש משרה בתקן היא מכרז פומבי, ואילו המכרז הפנימי הוסדר בתקשי"ר. משדרך המלך על פי חוק המינויים היא מכרז פומבי, לגישה נדרשת הוראה מפורשת בתקשי"ר הקובעת כי איוש המשרה יעשה בדרך של מכרז פנימי. משלא מצויה הוראה בדבר עריכת מכרז פנימי בנוגע למשרה בין תחומית הכוללת גם דירוג רופאים, יש להחיל עליה את הוראות חוק המינויים והוראת סעיף 11.412 לתקשי"ר, ולפרסם כבר בשלב ראשון מכרז פומבי.

4. בהתייחס לאמור בסעיף 62 לחוות דעתו של חברי, סגן הנשיאה, שלפיה קבלת הפירוש המוצע על ידי המערערים עשויה להביא לסתירה בין הוראות שונות בתקשי"ר, הרי שגם קבלת פירוש המדינה וההסתדרות מובילה לסתירה בין הוראות שונות בתקשי"ר, שכן בין אם בוחרים בפירוש המערערים ובין אם בוחרים בפירוש המדינה וההסתדרות לא מקיימים את אחת מהוראות התקשי"ר (ההוראה הנוגעת לדירוג האחר או ההוראה הנוגעת לדירוג הרופאים). מכל מקום, סעיף 11.411 (ו)(1)(ג) לתקשי"ר, שאליו מפנה חברי, חל על מכרזים פנימיים, ואינו חל על מכרזים בין משרדיים. כמובהר, לטעמי משלא נקבע בתקשי"ר במפורש כי משרה בין תחומית הכוללת דירוג רופאים תאויש במכרז פנימי, הפרשנות הנכונה של התקשי"ר היא שיש לפרסם מכרז פומבי לאיושה.

5. בהתייחס לחוות דעתו של חברי אוסיף כי כשם שקבלת עמדת המערערים פוגעת באינטרסים של העובדים בדירוגים האחרים, קבלת עמדת המדינה וההסתדרות פוגעת באינטרסים של הרופאים המיוצגים על ידי הר"י ואר"מ. בהקשר זה, איני סבורה כי יש פסול בכך שהר"י נותנת משקל גם לאינטרס של רופאים שאינם מועסקים כעובדי מדינה בתקן, וזאת נוכח התופעה הנפוצה של העסקת רופאים



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 50062-06-17

המועסקים בבתי חולים ובמוסדות אחרים שבבעלות המדינה בתבניות העסקה מורכבות, כגון באמצעות תאגידי הבריאות שליד בתי החולים הממשלתיים. נוכח תופעה זו, לגיטימי שהר"י מבקשת לקבוע כי גם לרופאים המועסקים שלא במישרין על ידי המדינה תהיה זכות לגשת למכרז למשרה בין תחומית. יודגש, כי נוכח תיקון כלל 36 לכללים, כך שבמשרה בין תחומית הכוללת דירוג רופאים הרכב ועדת הבוחנים הוא ההרכב הכללי כאמור בסעיף 36(ב) לכללים, נשמר השוויון בין כל המועמדים מכל הדירוגים ואין עדיפות למועמדים בדירוג הרופאים במכרז הפומבי למשרה בין תחומית, כך שהשילוב בין פרסום משרה בין תחומית הכוללת דירוג רופאים במכרז פומבי כמכרז ראשון והכלל שוועדת הבוחנים תהיה בהרכב הכללי מאזן כראוי בין זכויות העובדים מכל הדירוגים. אכן, כל עוד חל הנוסח הקודם של הכללים, **על פי הפירוש שניתן לו בהליך הקודם** (שלגישת חברי אינו חף מקשיים, ואינו רואה מקום להידרש לכך משמדובר בדיון תיאורטי), ומכל מקום לא יושם בפועל, הייתה מוקנית עדיפות למועמדים בדירוג הרופאים. לטעמי, עניין זה נגזר מכך שלא חודד הצורך בהסדרת הכללים עת מדובר במכרז למשרה בין תחומית הכוללת גם דירוג רופאים. מכל מקום, כאמור, במצב הדברים נכון להיום השילוב של פרסום משרה בין תחומית הכוללת דירוג רופאים במכרז פומבי כמכרז ראשון והכלל שוועדת הבוחנים תהיה בהרכב הכללי מאזן כראוי בין זכויות העובדים מכל הדירוגים.

6. **סוף דבר** – לו תישמע דעתי, מהנימוקים המפורטים לעיל, יידחה הערעור שכנגד שהוגש על ידי ההסתדרות והמדינה.

השופטת סיגל דוידוב-מוטולה

1. במחלוקת שנפלה בין חבריי, וכיוון שלמרבית הצער לא עלה בידי הצדדים להגיע להסכמות שייתרו את הצורך בהכרעה שיפוטית, אני מצרפת את דעתי לעמדתה של השופטת לאה גליקסמן. לנימוקיה אוסיף מספר הערות.
2. כפי שעולה מהתשתית הנורמטיבית שפורטה בהרחבה בחוות דעתו של חברי סגן הנשיאה איטח, המדינה יצרה - בשיתוף פעולה כזה או אחר עם ארגוני העובדים (כאשר ביחס לטיבו של שיתוף הפעולה הדרוש אין צורך כי נביע עמדה נוכח מחיקת ערעורה של הר"י) - מסלול נפרד לאיוש משרות בדירוג הרופאים לעומת המסלול ה"כללי" המתייחס למשרות אחרות. המסלול אינו רק נפרד אלא גם שונה לכל



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 17-06-50062

אורכו - החל מהיעדרו של מכרז פנימי ויציאה למכרז פומבי כשלב ראשון, וכלה בהרכב ועדת הבוחנים המפורט לצורך כך בסעיף 36(ד) לכללים.

3. מעצם יצירתו של המסלול הנפרד נובעת בהכרח הכרה מצד המדינה בייחודיות הכרוכה בדירוג הרופאים בכל הנוגע לאיוש משרות. לצרכי הליך זה אין צורך כי נקבע מסמרות לגבי גבולותיה והיקפה של הייחודיות האמורה, אך היא פורטה בטיעוני הצדדים ונובעת בין היתר מהרצון לעודד מעבר בין מעסיקים שונים; לאפשר לרופאים המועסקים באמצעות תאגידי בריאות הזדמנות שווה להגיש מועמדות למשרות בשירות המדינה; להקנות משקל משמעותי לשיקולים מקצועיים; ולתת מעמד לארגון העובדים (בהתחשב גם בייחודיותו כארגון פרופסיונאלי) גם במכרזים פומביים (בהתחשב בהיעדרו של מכרז פנימי, בו באה לידי ביטוי מעורבות ארגון העובדים במשרות אחרות).

4. במשרות בין תחומיות, אשר פתוחות הן לדירוג הרופאים והן לדירוגים אחרים, קיים קושי ממשי ליישב בין שני ה"מסלולים" הנפרדים, אשר אינם רק שונים זה מזה אלא גם מתנגשים זה בזה. בית הדין האזורי שוכנע שלא ניתן ללמוד דבר מהדרך בה נהגו הצדדים לאורך השנים בפועל, וקביעה זו מקובלת עלי ברמה העובדתית (אם כי מקובלת עלי גם הערת חבריי בקשר אליה ברמה המשפטית). משכך, עלינו "לרבע את המעגל" ולנסות למצוא דרך ליישב באופן פרשני בין שני מסלולים שונים. באופן טבעי, הדבר לא יוביל לפתרון מיטבי ובכל אחת מהאפשרויות יימצאו כשלים וחסרונות, ומשכך סברנו שעדיפה דרך ההידברות לצורך מציאת פתרון יצירתי. משאפשרות זו לא צלחה על אף הזמן והמאמצים שהושקעו בכך, שוכנעתי כי הפרשנות הסבירה יותר היא זו לפיה הביטוי "משרה בדירוג הרופאים" בסעיף 11.412 לתקשי"ר משמעו "משרה שאחד הדירוגים הצמוד אליה הוא דירוג הרופאים" (או "משרות גם בדירוג רופאים" בלשונם של חבריי), כפי שסבר גם בית הדין האזורי.

5. הנימוק המרכזי מבחינתי הוא שלפי פרשנותו של חברי סגן הנשיאה איטח, ברגע שהמשרה נפתחת לדירוגים נוספים פרט לדירוג הרופאים - נעלמת באופן אוטומטי כל הייחודיות שראתה המדינה באיוש משרות למי שנמנה על דירוג הרופאים, וכל הטעמים האישיים, הקיבוציים והמערכתיים שקיבלו מענה באמצעות המסלול הנפרד לדירוג הרופאים - אינם מקבלים עוד כל מענה שהוא (הן בהיבט של סוג המכרז שיפורסם; הן בהיבט של הרכב ועדת הבוחנים; והן בהיבט של מעורבות הר"י או אר"מ). תוצאה זו אינה סבירה בעיניי, שכן משמעותה אינה שילוב של שני



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 17-06-50062

המסלולים אלא ביטול מוחלט של המסלול הייחודי לדירוג הרופאים, תוך פגיעה בכל התכליות שהובילו ליצירתו כמסלול נפרד מלכתחילה. מאידך פרשנותה של חברתי השופטת גליקסמן אמנם אינה חפה מקשיים - בעיקר בשל אובדנה של הזכות החשובה להשתתף במכרז פנימי לעובדי מדינה שיבחרו להגיש מועמדות למשרה בין תחומית - אך עדיין מהווה שילוב מסוים של שני המסלולים, שכן לאחר שתוקנו הכללים והתווסף סעיף 36(ד1), ועדת הבוחנים למשרה בין תחומית היא הוועדה בהרכבה הרגיל הקבוע בסעיף 36(ב), שאין חשש כי תיתן עדיפות לרופאים דווקא (ואף נדחתה המלצת מ"מ הנציב לצרף רופא להרכבה). משכך פרשנות זו, ולו לאחר תיקונם של הכללים, מהווה דרך מאוזנת יותר לפתרון.

6. נימוק נוסף ומשני הוא לשונו של סעיף 11.454 לתקשי"ר, הקובע את הרכבה של ועדת הבוחנים במכרז פנימי, ומדגיש כי תכלול "נציג הסתדרות שהוא בא כוח האיגוד המקצועי הרלבנטי". מעצם אזכורה של ההסתדרות (והאיגודים המקצועיים שבתוכה) בלבד - ברי כי מנסח התקשי"ר לא העלה בדעתו השתתפות של ארגוני עובדים נוספים דוגמת הר"י, דבר התומך אף הוא בקביעה כי די בכך שאחד מהדירוגים הצמודים למשרה מסוימת יהא דירוג הרופאים - על מנת שיחול סעיף 11.412(ג) לתקשי"ר הקובע כי לא תחול לגבי משרה זו חובת פרסום מכרז פנימי.

7. סוף דבר - אני מצטרפת לעמדת השופטת גליקסמן לפיה יש לדחות את הערעורים שכנגד שהגישו המדינה וההסתדרות. במקביל יש לדעתי לקרוא לצדדים להמשיך בהידברות ביניהם לצורך הגעה לפתרון מוסכם (דוגמת פתרון ביניים שאינו מתייחס לכל המשרות הבין-תחומיות כמקשה אחת) שישקלל באופן טוב יותר את הצרכים והאינטרסים של כל אחד מהגורמים.

נציג ציבור (עובדים) מר יוסי רחמים

במחלוקת שנפלה בין חבריי להרכב, מצטרף אני לנימוקים ולתוצאה שבפסק דינו של סגן הנשיאה, השופט אילן איטח.

נציג ציבור (מעסיקים) מר עצמון ליפשיץ

לאחר שעיינתי בחוות הדעת של כל שופטי ההרכב, אני מצטרף לעמדתו של סגן הנשיאה, השופט אילן איטח.



בית הדין הארצי לעבודה

עס"ק 50062-06-17

סוף דבר

על דעת כל חברי ההרכב, ערעור המערערים נמחק, תוך שטענותיו וזכויותיו של כל אחד מהצדדים שמורות לו.

על דעת רוב חברי ההרכב, בניגוד לדעתן החולקת של השופטת לאה גליקסמן והשופטת סיגל דוידוב-מוטולה, הערעורים-שכנגד של המדינה ושל ההסתדרות מתקבלים, כאמור בפסק דינו של סגן הנשיאה אילן איטח. בהתאם, הצו הזמני שניתן ביום 8.8.17 מבוטל וסעיף 11.412(ג) לתקשי"ר, הקובע כי "הוראות פרק משנה זה אינן חלות על... משרות בדירוג הרופאים" יחול על משרות בדירוג הרופאים בלבד ולא על משרות בין-תחומיות הכוללות דירוג רופאים.

כמקובל בסכסוכים קיבוציים, אין צו להוצאות.

ניתן היום, ה' תשרי תשפ"א (23 ספטמבר 2020) בהעדר הצדדים ויישלח אליהם.

סיגל דוידוב-מוטולה,
שופטת

לאה גליקסמן,
שופטת

אילן איטח,
סגן נשיאה, אב"ד

מר עצמון ליפשיץ,
נציג ציבור (מעסיקים)

מר יוסי רחמים,
נציג ציבור (עובדים)

