

Sağlık Tesislerinin, Kiralama Karşılığı Yaptırılması ile Tesislerdeki Tıbbî Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmelik”in iptali istenen maddeleri incelendiğinde; 4. maddesinin “İhale dokümanı” tanımında yer alan “işletilmesi” ifadesinin, 4. maddesinin “Kira bedeli” tanımında yer alan “sözleşme süresince” ifadesinin , 4. maddesinin “Sözleşme” tanımında yer alan “özel hukuk hükümlerine göre yapılan” ifadesinin, 4.

maddesinin “Tıbbi hizmetler dışındaki hizmetler” tanımının, 11. maddesinin son cümlesinde yer alan “veya alt yüklenici olarak” ifadesinin, 13. maddesinin, 15. maddesinin (u) bendinde yer alan “ve uygun görülen donanımın işletilmesine” ifadesinin, 21. maddesinin ikinci fıkrasının, 30. maddesinin (ı) bendinde yer alan “fiyatlandırma ölçütleri” ifadesinin, 30. maddesinin (i) bendinde yer alan “ve uygun görülen donanımın işletilmesine” ifadesinin, 32. maddesinin 2.

**fıkrasında yer alan
“sözleşmede belirtilen yer
teslim tarihinden başlamak
üzere” ifadesinin, 33.
maddesinin 2. fıkrasının, 34.
maddesinin 4. fıkrasının
ikinci cümlesinin, 34.
maddesinin 6. fıkrasının, 35.
maddesinin 2. fıkrasının
üçüncü cümlesinin, 40.
maddesinin, 47. maddesinin
ikinci cümlesinin 3359 sayılı
Kanunda yer alan kurallara
uygun olarak düzenlendiği bu
nedenle de hukuka uygun
bulunduğu anlaşılmıştır.**

Danıştay 13. Daire Başkanlığı
2017/1827 K.

2012/878 E. ,

“İçtihat Metni”

T.C.

D A N I Ő T A Y

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2012/878

Karar No : 2017/1827

Davacı :

Vekili :

Davalılar :

Davanın Özeti : Kamu Özel Ortaklığı Daire Başkanlığı tarafından 30.01.2012 tarihinde yapılan "Konya Karatay Entegre Sağlık Kampüsü Yapım İşleri İle Ürün ve Hizmetlerin Temin Edilmesi İşİ"ne ilişkin ihale işleminin ve anılan ihalenin dayanağı olan 22.07.2006 tarihli, 26236 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan "Sağlık Tesislerinin Kiralama Karşılığı Yaptırılması ile Tesislerdeki Tıbbî Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmelik"ın 4. maddesinin "İhale dokümanı" tanımında yer alan "işletilmesi" ifadesinin, 4. maddesinin "Kira bedeli"

tanımında yer alan “sözleşme süresince” ifadesinin , 4. maddesinin “Sözleşme” tanımında yer alan “özel hukuk hükümlerine göre yapılan” ifadesinin, 4. maddesinin “Tıbbi hizmetler dışındaki hizmetler” tanımının, 11. maddesinin son cümlesinde yer alan “veya alt yüklenici olarak” ifadesinin, 13. maddesinin, 15. maddesinin (u) bendinde yer alan “ve uygun görülen donanımın işletilmesine” ifadesinin, 21. maddesinin ikinci fıkrasının, 30. maddesinin (1) bendinde yer alan “fiyatlandırma ölçütleri” ifadesinin, 30. maddesinin (i) bendinde yer alan “ve uygun görülen donanımın işletilmesine” ifadesinin, 32. maddesinin 2. fıkrasında yer alan “sözleşmede belirtilen yer teslim tarihinden başlamak üzere” ifadesinin, 33. maddesinin 2. fıkrasının, 34. maddesinin 4. fıkrasının ikinci cümlesinin, 34. maddesinin 6. fıkrasının, 35. maddesinin 2. fıkrasının üçüncü cümlesinin, 40. maddesinin, 47. maddesinin ikinci cümlesinin; dava konusu Yönetmeliğin tıbbî donanımın yüklenici tarafından işletilmesini ve fiyatlandırılmasını kabul ettiği, ancak Kanun’un yalnız tıbbî donanımın yüklenici tarafından sağlanmasını kira bedelinin ve kiralama süresinin belirlenmesindeki unsurlardan biri olarak öngördüğü, yani yükleniciye tıbbî donanımın işletilmesinin verilme zorunluluğunun bulunmadığı, böyle bir işletme hakkı veriliyorsa bile bunun gerekçelendirilerek lüzum unsurunun ortaya konulması gerektiği, idarenin bu yöndeki takdir hakkını hangi ölçütlere göre kullandığını açıklama zorunluluğunun bulunduğu, ihale kapsamında görüntüleme ve laboratuvar hizmetlerinin alt yükleniciler aracılığıyla karşılanabileceğinin belirtildiği, asli tıbbî hizmet niteliğinde olan bu hizmetlerin “tıbbî destek hizmeti” olarak sayılmasının mümkün olmadığı, bütün görüntüleme ve laboratuvar hizmetlerinin istisnasız yüklenici tarafından karşılanmasının sağlık hizmetlerine erişimi kısıtlayacak nitelikte olduğu, Anayasa Mahkemesi’nin sağlık hizmetlerine erişimi zorlaştıracak düzenlemeleri Anayasa’ya aykırı bulduğu, bu hizmetlerin satın alma yoluyla işleticiden karşılanması hâlinde hastanedeki uzman hekimlerin işleticiye ait hizmetleri kullanması, gerekli yeni cihazların işletici tarafından

üstlenilecek külfetlerle yerine getirilmesi ya da sağlık hizmeti için gerekli, ancak yeterince kârlı görünmeyen yeni cihaz ve malzemenin temini konusunda sıkıntı yaşanmasının kaçınılmaz olduğu, bütün bu nedenlerle tıpta uzmanlık ve yan dal uzmanlık eğitimi ve bilimsel çalışmalar ve ileri sağlık hizmetinin ciddi biçimde zarar göreceği, dava konusu ihalede yükleniciye bırakılan alanların belirtildiği, ancak bu hizmetlerden yararlanma şartlarının belirlenmediği, bu düzenlemelerin kamu hizmetinin ücretsiz olması ve arzda ve yararlanmada eşitlik ilkesine aykırı olduğu, bu konuda bir düzenleme yapılmaması nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen "sosyal devlet ilkesi"nin, 17. maddesinde düzenlenen "yaşam hakkı"nın ve 56. maddesinde yer alan "sağlık hakkı"nın ihlâl edildiği, ihale sonucunda devredilen tesis içinde çalışan hekimlerin, hemşirelerin ve teknisyenlerin bir bölümünün personeli, bir kısmının da şirket çalışanı olacağı, hizmetin alt yükleniciye verilmesi hâlinde personel rejiminin tamamıyla karışacağı, yemek hizmetlerinin yüklenici tarafından verileceğinin belirlendiği, ancak hasta diyetlerini uygulayan diyetisyenler hakkında bir belirleme yapılmadığı, sağlık hizmetleri de yükleniciye bırakıldığı için bu amaçla doktor, hemşire vs. istihdamı olacağı, bu nedenle uzmanlığını almış kamu personelinin çalışamayacak hâle geleceği, iki grup arasında statü farklılığı olacağı, sağlık hizmetleri de ihale edildiğinden, bu hizmetleri verecek personelin, hemşirenin, hekimin şirket çalışanı olacağı, bu durumun kamu hizmetinin kamu personeli eliyle gördürülmesine ilişkin Anayasa'nın 128. maddesine aykırı olduğu, Yönetmeliğin kira bedelinin ödenmesine ilişkin maddeleri değerlendirildiğinde, sözleşmenin imzalanmasını takip eden 30 gün içinde taşınmazların yükleniciye devredilerek yer teslimi yapılmasıyla sözleşme süresinin başlayacağı, kiranın da sözleşme süresi boyunca ödeneceği, bu durumun Kanun'un öngördüğü sisteme aykırı olduğu, yapım süresince kira ödemesi yapılmasına neden olacağı, bu durumun da hukuka aykırı olduğu; ihalenin ön yeterlilik ilânında ihale usulünün "belli istekliler arasında ihale usulü" olarak belirlenmişken, ihalenin "açık eksiltme"

usulüyle yapıldığı, ihalenin çok uzun sürdüğü, ödenek olmadan ihaleye çıkılamayacağına ilişkin 4734 sayılı Kanun'un 5. maddesindeki temel ilkeye aykırı davranıldığı, sözleşmeden önce hiçbir ödeme yapılmadığı belirtilse de ihale hazırlıkları için yüksek maliyetlere katlanıldığı, 'nın 3359 sayılı Kanun'a göre sağlık hizmetlerini yurt çapında dengeli biçimde sağlamakla görevli olduğu, yapılacak harcamaların 'nın bütçesinde görülmeyecek olması nedeniyle, işin kamuya maliyetinin tam olarak anlaşılamayacağı, ihalenin yer seçiminin kentsel planlama ölçülerine aykırı olduğu, ihalede şeffaflık, kamuoyu denetimi ve katılımının sağlanmadığı, davalı idarenin kendileriyle hiçbir şekilde işbirliği yapmadığı ve görüş almadığı ileri sürülerek iptali ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun Ek 7. maddesinin iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Dava konusu ihalenin ve dayanağı olan düzenlemenin davacı Birliğin mensubu tabiplerin menfaatini ihlâl eden bir yönü olmadığından, davacının dava açma ehliyetinin bulunmadığı, Yönetmeliğin Resmî Gazete'de ilân tarihinden itibaren dava açılması gerekirken, açılan davanın süresinde olmadığı, bir konunun düzenleyici işleme düzenlenmesinin yasama yetkisinin devri anlamına gelmediği, idarenin genel düzenleme yetkisi çerçevesinde bir konuda yönetmelikle düzenleme yapma yetkisinin bulunduğu, 3359 sayılı Kanun'un Ek 7. maddesinde tıbbî hizmetler dışındaki hizmet ve alanların işletilmesi veya kiraya verilmesi hâlinde, bu hususun dikkate alınacağına belirtildiği, bu hükümden bu hizmetlerin işletilmesinin kiralayana verileceği hususunun kendiliğinden ortaya çıktığı, tıbbî hizmetler dışındaki alanların Yönetmeliğin 4. maddesinin (n) bendinde belirtildiği, Kanun, Yönetmelik ve sözleşme hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, sağlık tesislerinin idare ve özel sektörün ortak çalışmasıyla işletileceği, bu durumun kamu özel ortaklığı sisteminin bir yansıması olduğu, yüklenicinin sadece kendisine bırakılan tıbbî hizmet dışındaki hizmet ve alanların işletilmesinden sorumlu olacağı, sağlık tesislerinin

işletilmesinin ise kamuya ait olacağı hususunun açıkça anlaşıldığı, sağlık hizmetlerinin erişiminde bir sıkıntı olmayacağı, aksine hizmet kalitesinin yükseleceği, laboratuvar ve görüntüleme hizmetinin tek bir merkezde olmayacağı, alt yüklenicinin ihtiyaç hâlinde ve idarenin onayıyla çalışacağı, yüklenicinin sorumluluğunun ortadan kalkmayacağı, alt yükleniciliğin hizmetin aksamaması için öngörülen istisnâî bir yol olduğu, sağlık tesisinin devlet hastanesi niteliğinde olmaya devam edeceği, sağlık hizmetlerinin de kamu görevlileri tarafından verileceği, 'nca sağlık hizmetlerinin vatandaşlara sunulmasına ilişkin yürürlükteki mevzuat hükümlerinin burada da aynen geçerli olacağı, destek hizmetlerinin ya da tıbbî destek hizmetlerinin özel sektöre gördürülmesinin bu durumu değiştirmeyeceği, ihale konusu yerin bir devlet hastanesi olması nedeniyle ayrıca ödeme konusunda bir düzenleme yapılmadığı, sözleşmeye göre 'nın yükleniciye kira bedeli olarak iki tür ücret ödediği, bunlardan birisinin kullanım bedeli, diğerinin de yükleniciye bırakılan hizmetlerin yerine getirilmesi karşılığında yükleniciye ödenecek hizmet bedeli olduğu, yani yükleniciye bırakılan hizmetler karşılığında Bakanlıkça ödeme yapılacağı, bu nedenle hasta ve hizmet kullanıcılarından herhangi bir bedelin alınmasının söz konusu olmadığı, dolayısıyla bu yönde bir düzenleme yapılmamasında hukuka aykırılık bulunmadığı, temel sağlık hizmetlerini vereceklerin tamamının kamu görevlisi olup, destek hizmetleri ve tıbbî destek sağlık hizmetlerinin ise özel personel tarafından verileceği, personelin statüsü konusunda bir kargaşanın bulunmadığı, sağlık hizmeti imtiyazının verilmesinin söz konusu olmadığı, sağlık hizmetinin Bakanlık tarafından vermeye devam edileceği, kira ödemelerine ilişkin Yönetmelik düzenlemelerinde bir çelişki veya hukuka aykırılık bulunmadığı, dava konusu ihale sonucunda imzalanan sözleşme, kamu hizmeti verilmesine ilişkin bir sözleşme olmadığından 47. madde kapsamında Kanun'la düzenleme yapılmasının söz konusu olamayacağı, zaten işletmesi yükleniciye devredilen hizmetlerin pek çoğunun ihale yoluyla alınarak özel sözleşmelerle gördürüldüğü, tahkime ilişkin iddianın da bu

nedenle mesnetsiz olduğu, ihalenin belli istekliler arasında ihale usulüyle gerçekleştiği, teklif konusunda karar verilirken son aşamada Yönetmeliğe uygun olarak açık eksiltme ile pazarlık yapıldığı, ön yeterlilik ilânında bulunacak hususların Yönetmeliğin 17. maddesinde sayılmış olduğu, bu hususlar arasında pazarlığa davet gibi bir hususa yer verilmediği, zaten bu durumun ön yeterlilikten sonraki bir aşama olduğu, belli istekliler arasında ihale usulüyle yapılan ihalede teklifler alındıktan sonra nihaî teklif aşamasına kadar müzakereler ve pazarlığın sürdürüldüğu, yani pazarlık usulüyle yapılan ihalenin söz konusu olmadığı, pazarlığın nihaî teklif sürecinin bir parçası olduğu, 4734 sayılı Kanun'a tabi bir ihale olmadığı, 4734 sayılı Kanun hükümlerinin kıyasen uygulanmasına olanak bulunmadığı, dava konusu ihalenin nitelikli ve tamamlanması zor bir ihale olduğu, bu nedenle Yönetmelikte süreyle ilgili bir koşul getirilmediği, ayrıca tesis yapılıp teslim edilinceye kadar hiçbir ödeme yapılmayacağından ödenek kullanımının da söz konusu olmadığı, harcama yetkilisinin aynı zamanda ihale yetkilisi olduğu, bu nedenle ihale sürecinde bu hususta da bir hukuka aykırılık bulunmadığı, ödemelerin devlet garantisinde olduğu, bu nedenle döner sermayeden karşılanmaması hâlinde genel bütçeden pay aktarılacağı, hastanenin yer seçiminin mevzuata ve kamu yararına uygun olduğu belirtilerek davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi : Davanın reddine karar verilmesi gerektiği düşünölmektedir.

Danıştay SavcısıDüşüncesi : Dava; Kamu Özel Ortaklığı Daire Başkanlığı tarafından 30.01.2012 tarihinde açık eksiltme usulüyle yapılan "Konya Karatay Entegre Sağlık Kampüsü Yapım İşleri ve Ürün ve Hizmetlerin Temin Edilmesi İşi"ne ilişkin ihale işleminin ve anılan ihalenin dayanağı olan 22.07.2006 tarih ve 26236 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan "Sağlık Tesislerinin Kiralama Karşılığı Yaptırılması ile Tesislerdeki Tıbbî Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet ve Alanların

İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmelik" in 4. maddesinin "ihale dökümanı" tanımında yer alan "işletilmesi" ifadesinin, 4. maddesinin "kira bedeli" tanımında yer alan "sözleşme süresince" ifadesinin, 4. maddesinin "sözleşme" tanımında yer alan "özel hukuk hükümlerine göre yapılan" ifadesinin, 4. maddesinin "tıbbi hizmetler dışındaki hizmetler" tanımının, 11. maddesinin son cümlesinde yer alan "veya alt yüklenici olarak" ifadesinin, 13. maddesinin, 15. maddesinin (u) bendinde yer alan "ve uygun görülen donanımın işletilmesine" ifadesinin, 21. maddenin 2. fıkrasının, 30. maddesinin (1) bendinde yer alan "fiyatlandırma ölçütleri" ifadesinin, 30. maddesinin (i) bendinde yer alan "ve uygun görülen donanımın işletilmesine" ifadesinin, 32. maddesinin 2. fıkrasında yer alan "sözleşmede belirtilen yer teslim tarihinden başlamak üzere" ifadesinin, 33. maddesinin 2. fıkrasının, 34. maddesinin 4. fıkrasının ikinci cümlesinin, 34. maddesinin 6. fıkrasının, 35. maddesinin 2. fıkrasının üçüncü cümlesinin, 40. maddesinin, 47. maddesinin ikinci cümlesinin iptali ve ayrıca 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun Ek 7. maddesinin iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması istemiyle açılmıştır.

Davacı tarafından; 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun ek 7. maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması talep edilmiş ise de; 3359 sayılı Kanunun ek 7. maddesi, 21.02.2013 tarihli ve 6428 sayılı Kanunun 12. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış ve bu nedenle de, Anayasa Mahkemesi'nin 06.06.2013 tarih ve E:2012/105, K:2013/71 sayılı kararıyla, iptal istemi hakkında "karar verilmesine yer olmadığına" karar verilmiştir.

3359 sayılı Kanun'un yürürlükten kaldırılan ek 7. maddesinde; "Yapılmasının gerekli olduğuna Yüksek Planlama Kurulu tarafından karar verilen sağlık tesisleri, nca verilecek ön proje ve belirlenecek temel standartlar çerçevesinde, kendisine veya Hazineye ait taşınmazlar üzerinde ihale ile belirlenecek gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine kırkdokuz

yılı geçmemek şartıyla belirli süre ve bedel üzerinden kiralama karşılığı yaptırılabilir. Değeri yirmi milyon Türk Lirasına kadar olan tesislerin bu madde kapsamında yaptırılmasına Sağlık Bakanınca karar verilebilir.

Bu amaçla Maliye Bakanlığınca, gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine Hazineye ait taşınmazlar bedelsiz devredilebilir. Bu taşınmazların sözleşme süresince amacı dışında kullanılmayacağına, Maliye ve Sağlık Bakanlıklarından izin alınmaksızın devredilemeyeceğine dair tapu kütüğüne şerh konulur.

Kira bedeli ve kiralama süresinin tespitinde; taşınmazın gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine ait olup olmadığı, bedelsiz Hazine taşınmazı devredilip devredilmediği, yatırımın maliyeti, tıbbî donanımın bu kişiler tarafından sağlanıp sağlanmayacağı, kiralama konusu taşınmaz ve üzerindeki sağlık tesislerinde tıbbî hizmetler dışındaki hizmetlerin ve alanların işletilmesinin kiralayana verilip verilmeyeceği hususları dikkate alınır” düzenlemesi yer almıştır.

Kiralama karşılığı sağlık tesisi yaptırılmasına ilişkin usul ve esasları belirleyen anılan Kanun hükmü ile; sağlık tesislerinin kiralama karşılığı yaptırılabilceği, tesislerdeki tıbbi hizmetler dışındaki hizmetlerin ve alanların işletilmesinin yükleniciye verilebileceği ve kiralama karşılığı yaptırılacak sağlık tesislerinde tıbbi hizmetlerin ‘nca yürütüleceği belirlenmiştir.

3359 sayılı Kanun’un ek 7. maddesine dayanılarak hazırlanan Sağlık Tesislerinin, Kiralama Karşılığı Yaptırılması İle Tesislerdeki Tıbbi Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet ve Alanlarının İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmeliğin dava konusu 4. maddesinin (o) bendinde; Tıbbi hizmetler dışındaki hizmetlerin; sözleşme hükümlerine göre yüklenici tarafından üstlenilen tıbbi destek hizmetleri ile bilgi işlem, hasta danışmanlığı, sterilizasyon, çamaşırhane, temizlik, güvenlik, yemekhane, arşivleme ve benzeri

hizmetleri; aydınlatma, asansör, ısıtma, soğutma, havalandırma, tıbbi gaz, su ve enerji temini atık ve atık su uzaklaştırma hizmetleri de dahil olmak üzere binaların tamiri, bakımı ve işletilmesi, park ve bahçe bakımı ve kara, hava, deniz ambulans hizmetleri ile morg ve gashane hizmetlerini ifade ettiği kurala bağlanmıştır.

Görüldüğü üzere; Kanun maddesinde, tesislerdeki tıbbi hizmetler dışındaki hizmetlerin ve alanların işletilmesinin yükleniciye verilebileceği kurala bağlanmışken, bu maddeye dayanılarak çıkarılan Yönetmeliğin 4. maddesinin (o) bendinde, tıbbi destek hizmetlerine, "tıbbi hizmetler dışındaki hizmetler" in tanımı içerisinde yer verilmek suretiyle, tıbbi destek hizmetleri de, yükleniciye yaptırılacak hizmetler kapsamına alınmış ve tıbbi destek hizmetlerinin neler olduğu hususuna da açıklık getirilmemiştir. Her ne kadar, ihaleye ilişkin genel şartnamenin içeriğinden, tıbbi destek hizmetlerinin; görüntüleme, laboratuvar, sterilizasyon, dezenfeksiyon, atık yöntemi ve rehabilitasyon hizmetlerinden oluştuğu anlaşılmakta ise de, gerek 3359 sayılı Kanun'da, gerekse davaya konu Yönetmelikte tıbbi destek hizmetlerinin nelerden oluştuğu açıkça belirtilmemiş olup, Yönetmelikte "tıbbi hizmetler dışındaki hizmetler" tanımı içinde "tıbbi destek hizmetleri" ibaresine yer verilmesi, kanunda öngörülmemesine rağmen, bazı tıbbi terimlerin yükleniciye yaptırılacak hizmetler kapsamına alınması sonucunu doğuracaktır. Bu itibarla; Yönetmeliğin 4. maddesinin (o) bendindeki "tıbbi destek hizmetleri" ibaresinde hukuka ve dayanağı Kanun maddesine uyarlık görülmemiştir.

Öte yandan, dava konusu Yönetmeliğin dayanağını oluşturan 3359 sayılı Kanun'un ek 7. maddesinin üçüncü fıkrasında, tıbbi hizmetler dışındaki hizmetlerin ve alanların işletilmesinden söz edilmiş ve yine dava konusu Yönetmeliğin 4/ğ bendinde "işletme dönemi yönetim planı"nın tanımı yapılırken; tıbbi hizmetler dışındaki hizmet ve alanların yükleniciye bırakılabileceği belirtilmiş olup, bu suretle, sağlık

tesisinin tümünün değil, sadece tıbbi hizmetler dışındaki hizmet ve alanların işletilmesinin yükleniciye bırakılması mevzu bahis edilmiştir. Hal böyle iken; Yönetmeliğin dava konusu 4. maddesinin (o) bendinde; “... binaların tamiri, bakımı ve işletilmesi...” denilmek suretiyle, yüklenici tarafından işletilecek alanların içerisinde tıbbi hizmetlerin yürütüleceği binalar da eklenmiştir.

Aynı şekilde, Yönetmeliğin dava konusu 4. maddesinin (f) bendinde yer alan “ihale dökümanı” tanımının içerisinde; “işletilmesi” ibaresine yer verilmek suretiyle, tıbbi hizmetlere ilişkin alanların ve binaların işletilmesinin de yükleniciye bırakılabilmesine olanak tanıyacak düzenleme yapılmıştır.

Bu nedenle; 3359 sayılı Kanunun ek 7. maddesine ve Yönetmeliğin diğer kısımlarına aykırılık oluşturan Yönetmeliğin dava konusu 4. maddesinin (o) ve (f) bendlerinde yer alan “işletilmesi” ibarelerinde de hukuka uyarlık görülmemiştir.

3359 sayılı Kanunun ek 7. maddesinin 3. fıkrasında; “ Kira bedeli ve kiralama süresinin tespitinde; taşınmazın gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine ait olup olmadığı, bedelsiz Hazine taşınmazı devredilip devredilmediği, yatırımın maliyeti, tıbbî donanımın bu kişiler tarafından sağlanıp sağlanmayacağı, kiralama konusu taşınmaz ve üzerindeki sağlık tesislerinde tıbbî hizmetler dışındaki hizmetlerin ve alanların işletilmesinin kiralayana verilip verilmeyeceği hususlarının dikkate alınacağı belirtilmiş, ancak tıbbi donanımın neler olduğu Kanun maddesinde ve Yönetmelikte açıklığa kavuşturulmamıştır. Buna karşın Yönetmeliğin “ihale dökümanları” başlıklı 15. maddesinin (ihale dökümanlarında yer alması zorunlu olan hususlara ilişkin) 2. fıkrasının (u) bendi ile, “sözleşmede yer alacak hususlar” başlıklı 30. maddesinin (i) bendinde; “...ve uygun görülen donanımın işletilmesine” ibaresine yer verilmek suretiyle, Kanunda açıkça öngörülmemesine rağmen tıbbi hizmetlerin bir bölümünün

yüklenici tarafından işletilmesine olanak sağlanmış olup, bu haliyle, Yönetmeliğin 15. maddesinin (u) ve 30. maddesinin (i) bendlerinde yer alan "...ve uygun görülen donanımın işletilmesine" ibarelerinde hukuka uyarlık görülmemiştir.

Yönetmeliğin dava konusu edilen diğer maddelerinin, dayanağı Kanun maddesi çerçevesinde düzenlemeler içerdiği sonucuna varıldığından, anılan maddelerde hukuka aykırılık görülmemiştir.

Dava konusu ihale işlemine gelince; yukarıda belirtilen Yönetmelik hükümleri ve buna dayanılarak hazırlanan dava konusu ihaleye ait genel şartnamede; tıbbi hizmetlere ilişkin alan ve binaların işletilmesi ile tıbbi hizmetlerin bir bölümünün 3359 sayılı Kanuna aykırı olarak yükleniciye devrinin öngörülmüş olması, başka bir deyişle, tıbbi hizmetlerin bir bölümü ile tıbbi hizmet alanlarının işletmesinin, ihaleye dahil edilmiş olması sebebiyle, dava konusu ihale işleminde de hukuka uyarlık görülmemiştir.

Diğer taraftan, 6428 sayılı Kanunun geçici 1. maddesi ile, 3359 sayılı Kanunun bu Kanunla yürürlükten kaldırılan ek 7. maddesi çerçevesinde ilana çıkılarak ihale süreci başlatılmış olan işlerin, mevcut ihale şartnamelerine göre sonuçlandırılması öngörülmüş ise de, davaya konu ihaleye ait şartnamenin, hukuka aykırılığı saptanan Yönetmelik hükümlerine dayanması karşısında, 6428 sayılı Kanunun geçici 1. maddesi hükmünün, ihale işlemi yönünden yukarıda belirtilen hukuka aykırılığı gidermeyeceği açıktır.

Açıklanan nedenlerle; Sağlık Tesislerinin, Kiralama Karşılığı Yaptırılması İle Tesislerdeki Tıbbi Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmeliğin dava konusu 4. maddesinin (o) bendinde yer alan; "tıbbi destek hizmetleri " ve "işletilmesi" ibarelerinin, 4. maddesinin (f) bendinde yer alan "işletilmesi" ibaresi ile, 15. maddesinin (u) ve 30. maddesinin (i) bendlerinde yer alan; " ...ve uygun görülen donanımın

işletilmesine” ibarelerinin ve dava konusu ihale işleminin iptaline, Yönetmeliğin diğer maddeleri yönünden ise, davanın reddine karar verilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi’nce, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüşüldü:

Dava, Kamu Özel Ortaklığı Daire Başkanlığı tarafından 30.01.2012 tarihinde “açık eksiltme ihalesi” usulüyle yapılan “Konya Karatay Entegre Sağlık Kampüsü Yapım İşleri İle Ürün ve Hizmetlerin Temin Edilmesi İşİ”ne ilişkin ihale işleminin ve anılan ihalenin dayanağı olan 22.07.2006 tarihli, 26236 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan “Sağlık Tesislerinin Kiralama Karşılığı Yaptırılması ile Tesislerdeki Tıbbî Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmelik”in 4. maddesinin “İhale dokümanı” tanımında yer alan “işletilmesi” ifadesinin, 4. maddesinin “Kira bedeli” tanımında yer alan “sözleşme süresince” ifadesinin , 4. maddesinin “Sözleşme” tanımında yer alan “özel hukuk hükümlerine göre yapılan” ifadesinin, 4. maddesinin “Tıbbi hizmetler dışındaki hizmetler” tanımının, 11. maddesinin son cümlesinde yer alan “veya alt yüklenici olarak” ifadesinin, 13. maddesinin, 15. maddesinin (u) bendinde yer alan “ve uygun görülen donanımın işletilmesine” ifadesinin, 21. maddesinin ikinci fıkrasının, 30. maddesinin (1) bendinde yer alan “fiyatlandırma ölçütleri” ifadesinin, 30. maddesinin (i) bendinde yer alan “ve uygun görülen donanımın işletilmesine” ifadesinin, 32. maddesinin 2. fıkrasında yer alan “sözleşmede belirtilen yer teslim tarihinden başlamak üzere” ifadesinin, 33. maddesinin 2. fıkrasının, 34. maddesinin 4. fıkrasının ikinci cümlesinin, 34. maddesinin 6. fıkrasının, 35. maddesinin 2. fıkrasının üçüncü cümlesinin, 40. maddesinin, 47. maddesinin ikinci

cümlesinin iptali ve ayrıca 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun Ek 7. maddesinin iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması istemiyle açılmıştır.

Davacı tarafından, 3359 sayılı Kanun'un Ek 7. maddesinin Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülmüşse de; anılan maddenin Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına ulaşılması nedeniyle, Dairemizin 06.07.2012 tarih ve E:2011/3392 sayılı kararı ile, Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına karar verilerek dosyanın Anayasa Mahkemesi'ne gönderilmesi üzerine, Anayasa Mahkemesi'nin 06.06.2013 tarih ve E:2012/105, K:2013/71 sayılı kararıyla iptal istemi hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir.

Öte yandan, 6527 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 24. maddesiyle, 6428 sayılı nca Kamu Özel İşbirliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un Geçici 1. maddesine eklenen 3. fıkrasının iptali için yapılan başvuru üzerine Anayasa Mahkemesi 28.01.2016 tarih ve E:2014/92, K:2016/6 sayılı kararıyla anılan hükmün Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir.

22.07.2006 tarih ve 26236 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan "Sağlık Tesislerinin, Kiralama Karşılığı Yaptırılması ile Tesislerdeki Tıbbî Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmelik" in iptali istenen maddeleri incelendiğinde; 4. maddesinin "İhale dokümanı" tanımında yer alan "işletilmesi" ifadesinin, 4. maddesinin "Kira bedeli" tanımında yer alan "sözleşme süresince" ifadesinin , 4. maddesinin "Sözleşme" tanımında yer alan "özel hukuk hükümlerine göre yapılan" ifadesinin, 4. maddesinin "Tıbbi hizmetler dışındaki hizmetler" tanımınının, 11. maddesinin son cümlesinde yer alan "veya alt yüklenici olarak" ifadesinin, 13. maddesinin, 15.

maddesinin (u) bendinde yer alan “ve uygun görülen donanımın işletilmesine” ifadesinin, 21. maddesinin ikinci fıkrasının, 30. maddesinin (ı) bendinde yer alan “fiyatlandırma ölçütleri” ifadesinin, 30. maddesinin (i) bendinde yer alan “ve uygun görülen donanımın işletilmesine” ifadesinin, 32. maddesinin 2. fıkrasında yer alan “sözleşmede belirtilen yer teslim tarihinden başlamak üzere” ifadesinin, 33. maddesinin 2. fıkrasının, 34. maddesinin 4. fıkrasının ikinci cümlesinin, 34. maddesinin 6. fıkrasının, 35. maddesinin 2. fıkrasının üçüncü cümlesinin, 40. maddesinin, 47. maddesinin ikinci cümlesinin 3359 sayılı Kanunda yer alan kurallara uygun olarak düzenlendiği bu nedenle de hukuka uygun bulunduğu anlaşılmıştır.

Dava konusu ihale incelendiğinde ise;

İhale işlemleri nitelikleri bakımından birbirinden ayrılabilen zincir işlemlerden oluşmakta ve ihale sürecinin her aşamasında gerçekleşen bu işlemler, ihale sürecinin sonraki aşamalarını da hukuken etkileyebilmektedir. Özel bir idarî usulün belirlendiği durumlar dışında, kural olarak, ihale sürecinin çeşitli aşamalarında gerçekleşen bu işlemlere karşı doğrudan dava açılabilirliği gibi, ihalenin belirli bir aşamasında açılan davalarda, dava açılmadan önceki ihale süreçlerinde gerçekleşmiş olan işlemlerin yargısal denetiminin yapılması hukuken mümkündür.

Davanın 30.01.2012 tarihinde açık eksiltme usulüyle yapılan ihale işleminin iptali istemiyle açılmış olması karşısında, dava konusu ihale işlemi açısından yapılacak yargısal denetimin, dava konusu 30.01.2012 tarihinde yapılan açık eksiltme ihalesi ve bu ihaleden önceki sürece yönelik olması gerektiği sonucuna varılarak işin esasına geçildi:

Dosyanın incelenmesinden; 25.10.2010 tarih ve 2010/ T-37 sayılı Yüksek Planlama Kurulu kararıyla yapılmasına karar

verilen Konya Karatay Entegre Sağlık Kampüsü projesine ilişkin ihalenin belli istekliler arasında ihale usulüyle yapılmasının öngörüldüğü, ön yeterlik ihalesine ilişkin ilânların usulüne uygun olarak yayımlanmasının ardından, 21.01.2011 tarihinde ön yeterlik ihalesinin yapıldığı, 8 adet doküman satın alındığı, 7 başvuru yapıldığı, başvuran isteklilerin tamamının yeterli görüldüğü, yeterli görülen isteklilerin Bakan onayı aldığı, Bakan onayı alan isteklilerden YDA İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş. – Inso Sistemi Per Le Infrastrutture Sociali S.P.A İş Ortaklığı'nın, Eser Taahhüt Sanayi A.Ş. – Hammes Company İş Ortaklığı'nın ve IC İçtaş İnşaat Sanayi Ticaret A.Ş. – Techint Compagnia Tecnica Internazionale S.P.A İş Ortaklığı'nın, 23.08.2011 tarihli teklif, 16.01.2012 tarihli nihaî teklif ve 30.01.2012 tarihli açık eksiltmeye katıldığı; açık eksiltme sonucu en düşük teklifin sahibi olan YDA İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş. – Inso Sistemi Per Le Infrastrutture Sociali S.P.A. İş Ortaklığı'ndan revize teklif istenerek, bu iş ortaklığının 18.03.2013 tarihli gerekçeli ihale komisyonu kararında P1 bina kullanım bedeli ile zorunlu hizmet bedeli olarak 69.000.000,00-TL ve P2 isteğe bağlı hizmet bedeli olarak 62.000.000,00-TL üzerinden en avantajlı teklif olarak belirlendiği görülmektedir.

Bu itibarla, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun Ek 7. maddesine dayanılarak hazırlanan ve 22.07.2006 tarih ve 26236 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan "Sağlık Tesislerinin Kiralama Karşılığı Yaptırılması ile Tesislerdeki Tıbbî Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmelik" in dava konusu maddeleri ve uyuşmazlığa konu "Konya Karatay Entegre Sağlık Kampüsü Yapım İşleri İle Ürün ve Hizmetlerin Temin Edilmesi İş" ihalesine ilişkin olarak idare tarafından 30.01.2012 tarihine kadar gerçekleştirilen ihale işlemleri ile 30.01.2012 tarihinde yapılan açık eksiltme ihalesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle; davanın REDDİNE, ayrıntısı aşağıda

gösterilen toplam 401,00-TL yargılama giderinin davacı üzerinde bırakılmasına, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca 1.800-TL vekâlet ücretinin davacıdan alınarak davalı idarelere verilmesine, posta gideri avansından artan tutarın kararın kesinleşmesinden sonra istemi hâlinde davacıya iadesine, bu kararın tebliğ tarihini izleyen 15 (on beş) gün içerisinde Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'na temyiz yolu açık olmak üzere, 06.06.2017 tarihinde esasta oybirliği, gerekçede oyçokluğuyla karar verildi.

(X)

Yargılama Giderleri :

Toplam Harç : 183,00 TL

Posta Gideri : 218,00 TL

Toplam : 401.00 TL

(X) GEREKÇEDE KARŞI OY :

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde, iptal davaları, idarî işlemler hakkında menfaatleri ihlâl edilenler tarafından, tam yargı davaları da idarî eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar

tarafından açılan davalar olarak tanımlanmış; 14. maddesinin 3/c bendinde, dava dilekçelerinin, diğer ilk inceleme konuları yanında ehliyet yönünden de inceleneceği belirtilmiş; aynı Kanun'un 15. maddesinin 1/b bendinde ise, 14. maddenin 3/c, 3/d ve 3/e bentlerinde yazılı hâllerde davanın reddine karar verileceği kurala bağlanmıştır.

İptal davası açılabilmesi için idarî işlem nedeniyle ilgilinin menfaatinin etkilenmiş olması, etkilenen menfaatin somut, güncel ve meşru bir menfaat olması, iptali istenen işlem ile davacı arasında makul ve ciddi bir ilginin bulunması gerekmektedir.

Anayasa'nın kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarını düzenleyen 135. maddesinde; "... kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşları; belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlâkını korumak maksadı ile kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilen kamu tüzel kişileridir..." kuralı yer almış; 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu'nun 59. maddesinde, Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyinin vazifeleri arasında lüzumu hâlinde tabip odaları idare heyetlerini ilgili makamlar nezdinde temsil etmek, Birliğin tabip odaları ile ilgili işlerini takip etmek, meslektaşların birbiri ile ve hastaları ile münasebetlerini düzenleyen deontoloji nizamnameleri hazırlamak olduğu belirlenmiştir.

Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının genel nitelikteki düzenleyici işlemlere karşı sadece kuruluş kanunlarında gösterilen amaçları doğrultusunda dava açma ehliyeti bulunmaktadır. Nitekim konuyla ilgili yasal düzenlemelerde de, bu kuruluşların amaçları dışında faaliyette bulunamayacakları açık bir biçimde yer almıştır.

Kaldı ki davacı, dava dilekçesinde dava konusu işlemin meslek mensuplarının ne tür bir menfaatini ihlal ettiğini açıklayamamaktadır.

Bu itibarla, davacının statüsü dikkate alındığında, dava konusu işlemle arasında meşru, güncel ve kişisel menfaat ilgisi bulunmadığından, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 15-1/b bendi hükmü uyarınca davanın ehliyet yönünden reddine karar verilmesi gerektiği görüşüyle karara katılmıyorum.