



İtiraz Eden (Davalılar) : 1- Başbakanlık- ANKARA
2- Sağlık Bakanlığı-ANKARA
Vekili: Av. Rüya Günaydın - aynı yerde -
İtiraz Eden (Davacı) : Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyi Başkanlığı
GMK Bulvarı Şehit Daniş Tunalıgil Sk. No:2/4
Maltepe/ANKARA
Vekili : Av. Özgür Erbaş - aynı adreste -
İstem Özet : Danıştay Onüçüncü Dairesince verilen yürütmenin durdurulması isteminin kısmen kabulüne, kısmen reddine ilişkin 09/07/2012 günlü, E:2011/4558 sayılı karara, taraflar karşılıklı olarak itiraz etmektedirler.
Danıştay Tetkik Hakimi : Bülent Küfüdür
Düşüncesi : Tarafların itirazlarının reddi gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca dosya incelendi, gereği görüldü: Sağlık Bakanlığı Kamu Özel Ortaklığı Daire Başkanlığı tarafından 10/10/2011 tarihinde yapılan "Ankara Bilkent Entegre Sağlık Kampüsü Yapım İşleri ve Ürün ve Hizmet Temin Edilmesi İş" ihalesinin ve anılan ihalenin dayanağı olan 22/07/2006 günlü, 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 (d) bendinde yer alan "işletilmesi" ifadesinin, 4. maddesinin (ğ) bendinde yer alan "sözleşme süresince" ifadesinin, 4. maddesinin (j) bendinde yer alan "özel hukuk hükümlerine göre" ifadesinin, 4. maddesinin (m) bendinin, 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 (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 iptali ve yürütmenin durdurulması, ayrıca 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun Ek 7. maddesinin iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması istemiyle açılan davada; Danıştay Onüçüncü Dairesince verilen dava konusu Yönetmelik hükümleri yönünden yürütmenin durdurulması isteminin reddine, "Ankara Bilkent Entegre Sağlık Kampüsü Yapım İşleri ve Ürün ve Hizmet Temin Edilmesi İş" ihale işlemi yönünden yürütmenin durdurulması isteminin kabulüne ilişkin 09/07/2012 günlü, E:2011/4558 sayılı karara, taraflar karşılıklı olarak itiraz etmektedirler.

Davalı idarelerin ehliyet yönünden usule ilişkin itirazları bulunduğundan, öncelikle usule ilişkin bu itirazların incelenmesi gerekmektedir.

6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanununun 1. Maddesinde, Birliğin meslek mensuplarının hak ve yararlarını korumak amacının bulunduğu belirtilmiş; aynı Kanunun 4. Maddesinde, azalarının maddi ve manevi hak ve menfaatlerini korumak ve bunları halkın ve Devletin menfaati ile en iyi bir şekilde denkleştirmeye çalışmak; halk sağlığını ve tıp mesleğini ilgilendiren meselelerde faaliyetlerde bulunmak davacı Birliğin vazifeleri arasında sayılmış; Kanunun 28. Maddesinde de, mesleğin haysiyetini ve meslektaşlarının hak ve menfaatlerini diğer makamlar nezdinde savunmanın



Birlik İdare Heyetinin vazifelerinden olduğu hükme bağlanmıştır. Davacı Birlik tarafından dava konusu Yönetmeliğin iptali istenirken, anılan Yönetmelik hükümleriyle, tıbbi görüntüleme ve laboratuvar hizmetleri gibi bazı temel sağlık hizmetlerinin özel sektöre devredildiği, böylece kamu görevlisi olan hekimlerin çalışma alanının kısıtlanarak güvencesiz bırakıldıkları ve tıbbi hizmetlerin bütünleşik yapısının bozulması neticesinde kamu sağlığının olumsuz etkileneceği iddialarında bulunulmuştur. Dava konusu Yönetmelik ile getirilen düzenlemelerin, kapsam ve nitelik itibarıyla sağlık hizmetlerini ve hekimler başta olmak üzere tüm sağlık çalışanlarının hukuki durumlarını etkileyeceği kuşkusuzdur. Bu itibarla, menfaatinin ihlal eden dava konusu Yönetmeliğe karşı davacı Birliğin 6023 sayılı Yasa uyarınca dava açma ehliyeti bulunmaktadır.

Dava konusu ihale işlemi yönünden ehliyet itirazı incelendiğinde;

Danıştay içtihatlarında, ihaleye katılmayan ve ihale ile ilgili herhangi bir ilgisi kurulamayan gerçek ve tüzel kişilerin ihaleden dolayı menfaatinin ihlal edilmediği, dolayısıyla bunların ihale işlemlerinin iptali istemiyle açtığı davalarda, kural olarak, dava açma ehliyetinin bulunmadığı kabul edilmektedir.

Bununla birlikte, ihalenin iptali istemiyle açılan bir davada, davacının kamu kuruluşu niteliğinde meslek kuruluşu olması halinde, dava açma ehliyeti konusunun Danıştay kararlarında, davacının faaliyet alanı ile ihale işlemi arasında hukuken kabul edilebilen bir ilgi kurulup kurulamayacağı yönünden incelendiği anlaşılmaktadır.

Nitekim, TMMOB İnşaat Mühendisleri Odasının İstanbul Büyükşehir Belediyesinin Bağcılar TEM Bağlantı Yolu Alt ve Üst Geçit İnşaatı İhalesinin iptali istemiyle İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığına karşı açtığı davada, İdare Mahkemesi ile Danıştay Onüçüncü Dairesi arasında dava açma ehliyeti yönünden farklı sonuçlara ulaşılmış, bunun sonucunda İdare Mahkemesinin ehliyet ret kararında direnmesi ve bu kararın temyizi üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 18/06/2009 günlü, E:2009/1360, K:2009/1676 sayılı kararıyla; "...Uyuşmazlık konusu olayda, dava konusu ihale, davacı Odanın meslek sınıfına ait bir iş olan yapım ihalesi olduğundan ve ihaleye çıkarma işleminin ilan edilmemiş olmasının mevzuata aykırı olduğu; meslek kurallarını, şehircilik ilkelerini ve kamu yararını ihlal ettiği iddialarıyla bu iptal davasının açıldığı anlaşıldığından, davacının dava konusu işlem nedeniyle menfaatinin etkilendiği sonucuna varılmaktadır." gerekçesiyle İdare Mahkemesinin ehliyete ilişkin ısrar kararı bozulmuş ve davacı Odanın dava açma ehliyetinin olduğuna karar verilmiştir.

Dava konusu olayda da, görev alanına ilişkin bir konuda yapılan ihale işlemine karşı davacı Birliğin dava açma ehliyetinin bulunduğu sonucuna varılmıştır.

Üye Hasan Güzeler ile Üye Yalçın Ekmekçi; davacı Türk Tabipleri Birliği'nin 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu uyarınca genel olarak mensuplarının hak ve menfaatlerini korumaya yönelik olarak dava açma yetkisinin bulunduğu, kamu özel ortaklığı modelinin ise davacı Birliğin üyelerinin hak ve menfaatlerini olumsuz etkilemediği, nitekim sağlık hizmetlerinin satın alma yolu ile temin edilmesi yönteminin diğer mevzuat hükümleri ile halen mevcut olduğu ve uygulandığı, dolayısıyla dava konusu Yönetmelik ve ihale işleminin davacı Birliğin kuruluş amacı ile ilgisinin bulunmaması nedeniyle bakılan davada dava açma ehliyetinin bulunmadığı gerekçesiyle; Üye Vahit Bektaş ise, ihale işlemlerine karşı ihaleye katılmayan ve teklif sunmayan gerçek veya tüzel kişilerin dava açamayacaklarının istikrar kazanan yargısal içtihatlarla kabul edilmiş olduğu, olayda dava konusu Birliğin ihaleye katılan veya teklif sunan konumunda olmaması nedeniyle dava konusu ihale işlemi yönünden dava açma ehliyetinin bulunmadığı gerekçesiyle yukarıda açıklanan çoğunluk görüşüne belirtilen yönlerden katılmamışlardır.

Açıklanan nedenlerle; davacı Birliğin, dava konusu Yönetmeliğe ve ihale işlemine karşı dava açma ehliyetinin bulunduğu oyçokluğu ile karar verilerek, itiraz istemlerinin esasen incelenmesine geçildi.

Taraflarca ileri sürülen hususlar, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesi gereğince verilen kararın kaldırılmasını gerektirecek nitelikte bulunmadığından, tarafların itirazının REDDİNE, Yönetmeliğin 4. maddesinin (o) ve (f) bentleri ile 15. maddesinin (u) ve 30. maddesinin (i) bentlerine yönelik davacının itirazı ile ihale işlemine yönelik olarak davalı idarelerin itirazları yönünden oyçokluğu, Yönetmeliğin yukarıda belirtilen kısımları dışında kalan diğer kısımlarına ilişkin davacı itirazı yönünden ise oybirliğiyle, 17/10/2012 gününde karar verildi.

Başkanvekili
Sinan
YÖRÜKOĞLU
(X)

Üye
Halide Ayfer
ÖZDEMİR

Üye
Nüket
YOKLAMACIOĞLU
(X)

Üye
İbrahim
BERBEROĞLU
(X)

Üye
Namık Kemal
ERGANİ
(X)

Üye
Nalan
TERZİ
(X)

Üye
Kadir
ÖZKAYA
(XX)

Üye
Şaban
IŞIK
(X)

Üye
Ali İhsan
ŞAHİN

Üye
İbrahim
ALİUSTA
(X)

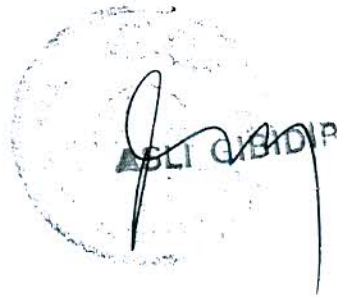
Üye
Mustafa
GÖKÇEK

Üye
Vahit
BEKTAŞ

Üye
Hasan
GÜZELER

Üye
Mehmet
ÇELİK

Üye
Yalçın
EKMEKÇİ
(XX)


ASLI GÜBİDİR

KARŞI OY

X- 3559 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun Ek-7. maddesi ile sağlık tesislerinin kiralama karşılığı yaptırılacağı, tesislerdeki tıbbi hizmetler dışındaki hizmetlerin ve alanların işletilmesinin kiralayana verilebileceği kurala bağlanmıştır.

Dolayısıyla, kiralama karşılığı sağlık tesisi yaptırılmasına ilişkin usul ve esasları belirleyen anılan Yasa hükmü ile kiralama karşılığı yaptırılacak sağlık tesislerinde tıbbi hizmetlerin Sağlık Bakanlığı'nca yürütüleceği belirlenmiş iken, dava konusu Yönetmeliğin 4. maddesinin (o) bendinde "tıbbi hizmetler dışındaki hizmetlerin" tanımı yapılırken, "tıbbi destek hizmetleri" ibaresine yer verilmek suretiyle bu hizmetler de kiralayana yaptırılacak hizmetler kapsamına alınmış, ancak tıbbi destek hizmetlerinin neler olduğu hususuna ise açıklık getirilmemiştir.

İhaleye ilişkin genel şartnameden; tıbbi destek hizmetlerinin görüntüleme, laboratuvar, sterilizasyon, dezenfeksiyon, atık yönetimi ve rehabilitasyon hizmetlerinden oluştuğu anlaşılmaktadır. Ancak, gerek 3359 sayılı yasada gerekse Yönetmelikte tıbbi destek hizmetlerinin nelerden oluştuğu açıkça belirtilmemiştir. Dolayısıyla, Yönetmelikte "tıbbi hizmetler dışında hizmetler" tanımı içinde "tıbbi destek hizmetleri" ibaresine yer verilmesi, yasada öngörülmemesine rağmen bazı tıbbi hizmetlerin kiralayana yaptırılacak hizmetler kapsamına alınması sonucunu doğurabileceğinden, Yönetmeliğin 4. maddesinin (o) bendindeki "tıbbi destek hizmetleri" ibaresinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Ayrıca, dava konusu Yönetmeliğin dayanağını oluşturan 3359 sayılı Kanunun Ek-7. maddesinin üçüncü fıkrasında, tıbbi hizmetler dışındaki hizmetlerin ve alanların işletilmesinden bahsedilmiş, dava konusu Yönetmeliğin 4/ğ bendinde de, "İşletme Dönemi Yönetim Planı" tanımında, tıbbi hizmetler dışındaki hizmet ve alanların yükleniciye bırakılabileceği belirtilmiştir. Bu düzenlemeler karşısında, sağlık tesisinin tümünün değil, sadece tıbbi hizmetler dışındaki hizmetlerin ve alanların işletilmesinin yükleniciye bırakılabileceği açıktır.

Ancak, Yönetmeliğin dava konusu 4. maddesinin (o) bendinde, "...binaların tamiri, bakımı ve işletilmesi..." ibaresine yer verilmek suretiyle yüklenici tarafından işletilecek alanların içerisine tıbbi hizmetlerin yürütüleceği binalar da eklenmiş olup, Yönetmeliğin 4. maddesinin (f) bendinde, "İhale Dökümanı" tanımı içinde aynı şekilde "İşletilmesi" ibaresi tekrar edilmiştir. Böylece, tıbbi hizmetlere ilişkin alanların ve binaların işletilmesinin de yükleniciye bırakılabilmesine olanak tanıyacak düzenleme yapılmıştır.

Davalı idareler tarafından, anılan düzenlemelerdeki "işletilmesi" ibarelerinin tıbbi hizmetlere ilişkin binaları ve alanları kapsamadığı ileri sürülmüş ise de, "Ankara Etlik Entegre Sağlık Kampüsü Yapım İşleri ile Ürün ve Hizmetlerin Temin Edilmesi İş" ne ait İhale Sözleşmesi taslağında "Şirket hastanenin yönetiminden sorumlu olacaktır." hükmüne yer verilmiş olması, dolayısıyla uygulamada tıbbi hizmetlere ilişkin alanların ve binaların işletilmesinin de yükleniciye bırakılması yönünde sözleşmeye hüküm konulması karşısında, davalı idarelerin belirtilen savunmasına itibar edilmesine olanak bulunmamıştır.

Bu itibarla, 3359 sayılı Kanunun Ek-7. maddesine ve Yönetmeliğin diğer kısımlarına aykırılık oluşturan Yönetmeliğin 4/o ve 4/f bentlerindeki "işletilmesi" ibarelerinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Öte yandan, 3359 sayılı Kanunun anılan Ek-7. maddesinde kira bedeli ve kiralama süresinin tespitinde etkili olan hususlar içinde tıbbi donanımın, kiralayan tarafından sağlanıp sağlanmaması hususuna yer verilmiştir. Ancak, tıbbi donanımın neler olduğunu Yasa hükmünde ve Yönetmelikte açıkça belirtilmemiştir. Buna karşın, dava konusu Yönetmeliğin 15. maddesinin (u) bendinde ve 30. maddesinin (i) bendinde, "ve uygun görülen donanım işletmesine" ibaresine yer verilmiş olup, anılan düzenlemeler bu haliyle Yasada açıkça öngörülmemesine rağmen tıbbi hizmetlerin bir bölümünün kiralayan tarafından işletilmesine olanak sağlayabileceğinden, Yönetmeliğin 15. maddesinin (u) ve 30. maddesinin (i) bentlerinde yer alan "ve uygun görülen donanım işletmesine" ibarelerinde de hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

Belirtilen nedenlerle, Yönetmeliğin 4/o. bendinde yer alan "tıbbi destek hizmetleri" ve "işletilmesi" ibareleri, 4/f bendinde yer alan "işletilmesi" ibaresi ile 15/u ve 30/i bentlerinde yer alan "ve uygun görülen donanım işletmesine" ibareleri yönünden davacı itirazının kabulü ile 2577 sayılı Yasanın 27. maddesinde öngörülen koşullar gerçekleştiğinden anılan kısımların yürütmesinin durdurulması gerektiği oyuyla, karara bu yönden katılmıyoruz.

Başkanvekili
Sinan
YÖRÜKOĞLU

Üye
Nüket
YOKLAMACIOĞLU

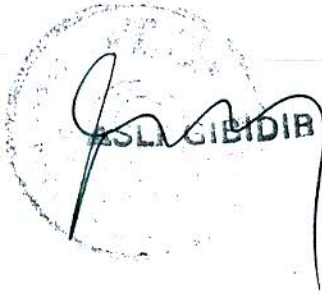
Üye
İbrahim
BERBEROĞLU

Üye
Namık Kemal
ERGANİ

Üye
Nalan
TERZİ

Üye
Şaban
IŞIK

Üye
İbrahim
ALİUSTA



KARŞI OY

XX- 3359 sayılı Ek-7. maddesinde ve bu Yasa hükmüne dayanılarak hazırlanan dava konusu Yönetmelikte, kampüs dışında kalan başka bir anlatımla kiralanan karşılığı yaptırılacak sağlık kampüsü içerisine alınacak olan mevcut sağlık tesislerinin (hastanelerin) üzerinde bulunduğu taşınmazların da yükleniciye devredileceğine dair bir hükmün bulunmadığı açıktır. Bu itibarla, inşa edilecek olan sağlık kampüsünün alanının dışında kalan alanların yükleniciye devrini öngören şartname hükümleri Yasaya aykırılık taşımaktadır.

Bununla beraber, projelerin yarıştırdığı ve en uygun kira bedeli karşılığında sağlık tesisinin özel girişimcilere yaptırılmasını amaçlayan bu modelde, temel tıbbi hizmetlerin Sağlık Bakanlığı tarafından, görüntüleme, laboratuvar, atık yönetimi, rehabilitasyon gibi tıbbi destek hizmetlerinin ve tıbbi hizmet alanı dışında kalan tesislerin yüklenici tarafından işletilmesi, böylece yükleniciye bina (tesis) karşılığı ödenecek kira bedelinin düşük tutulması ve sonuçta kamu yararının sağlanması amaçlanmıştır.


Davalı idarenin itiraz dilekçesinde; şartnamede, kampüs dışındaki taşınmazların yükleniciye devri hususunun dava konusu ihalede dahil olmak üzere kamu özel ortaklığı modeli ile yapılan mevcut ihalelerin hiç birisinde ihaleye etkisinin olmadığı, mevcut ihale sürecinde bu konunun değerlendirilmediği, dolayısıyla ihalelere ilişkin tekliflerde bu hususun yer almadığı söz konusu taşınmazlar için teklif edilecek gelir getirici yatırımlardan elde edilecek gelirlerin, idarece ödenecek kira bedelinin tespitinde etkili olacağı belirtilmiştir. Ayrıca ihale ile ilgili dokümanlar ve teklif mektuplarının incelenmesinden de, anılan taşınmazların ihaleye dahil edildiğine dair açık bir bilgi belgeye rastlanmamıştır.

Esasen kamu-özel ortaklığı modelinde; ihtiyaç duyulan sağlık tesislerinin kiralama karşılığı yaptırılmasına ilişkin ihale, proje yarışması niteliğindedir ve yüklenici, hem teklif edilen proje hem de projeye ilişkin yatırım maliyeti bazında belirlenmektedir.

İdare tarafından ödenecek kira bedeli ise, seçilen projeye ilişkin yatırım maliyetlerinden, tıbbi hizmet alanları dışında kalan ve yüklenici tarafından işletilecek olan tesislerden elde edilecek gelirlerin düşülmesi suretiyle belirlenecek ve ihale sonrası imzalanacak sözleşmede yer alacaktır. Bu çerçeveden bakıldığında; ödenecek kira bedelinin tesbiti, yüklenicinin belirlenmesine ilişkin ihale sürecinden tamamen bağımsız bir süreç olup, sağlık kampüsü dışında kalan alanların ihaleye dahil edilebileceğine ilişkin olan (ve tarafımızca da hukuka aykırı olduğu değerlendirilen) şartname hükmünün, sadece yüklenicinin belirlendiği ihale aşamasını hukuka aykırı kılma olanağı bulunmamaktadır.

Bu itibarla, davalı idarenin iddiaları dikkate alınarak, ihalesi yapılan sağlık kampüsü alanı dışında kalan alanların fiilen ihaleye dahil edilip edilmediği ve kira bedelinin buna göre belirlenip belirlenmediğini araştırılmasından sonra karar verilmesi gerektiğinden, bu husus açıklığa kavuşturulmadan, başka bir ifade ile eksik incelemeye dayalı olarak ihalenin yürütülmesinin durdurulması yolundaki Daire kararına yapılan itirazın kabul edilmesi gerektiği görüşüyle, kararın, davalı idare itirazlarının reddine ilişkin kısmına katılmıyoruz.

Üye
Kadir
ÖZKAYA



Üye
Yalçın
EKMEKÇİ