T.C.
D A N I Ş T A Y
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2011/3392

Davacı ve Yürütmenin
Durdurulmasını İsteyen : Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyi Başkanlığı
GMK Bulvarı, Şehit Daniş Tunalıgil Sokak,
No:2/4 Maltepe / ANKARA
Vekili : Av. Özgür Erbaş-Aynı adreste

Davalılar : 1-Başbakanlık / ANKARA
2-Sağlık Bakanlığı-Kolej / ANKARA
Vekilleri : Av.Bahaddin Karahan,
Hukuk Müşaviri Ayşe Kızıler - Aynı adreste

İstemin Özeti : Sağlık Bakanlığı Kamu Özel Ortaklığı Daire Başkanlığı tarafından, "Ankara Etlik Entegre Sağlık Kampüsü Yapım İşleri ile Ürün ve Hizmetlerin Temin Edilmesi İşi"ne ilişkin 30.06.2011 tarihinde yapılan ihalenin 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 (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 yapılan"* 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, 30. maddesinin (i) bendinde yer alan "*ve uygun görülen donanımın işletilmesine*" ifadesinin, 30. maddesinin (ı) bendinde yer alan "*fiyatlandırma ölçütleri*" 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 istenilmektedir.

Danıştay Tetkik Hâkimi Zühal Aysun SUNAY'ın Düşüncesi : Yürütmenin durdurulması isteminin, Dairemizin 07.05.2012 tarih ve E:2011/3392 sayılı ara kararının gereğinin yerine getirilmesinden sonra incelenmesine karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Mehmet KARAOĞLU'nun Düşüncesi :Yürütmenin durdurulmasına karar verilebilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27 nci maddesinde öngörülen koşulların gerçekleşmediği anlaşıldığından, istemin reddi gerekeceği düşünülmektedir.

T.C.
D A N I Ş T A Y
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2011/3392

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce, Dairemizin 26.03.2012 tarih ve E:2011/3392 sayılı ara kararının gereği yerine getirildikten sonra incelenmesine karar verilen yürütmenin durdurulması istemi, ara kararı cevabının geldiği görülmekle yeniden incelendi, işin gereği görüşüldü:

Davanın durumu ve uyuşmazlığın hukukî niteliğine göre, yürütmenin durdurulması isteminin, Dairemizin 07.05.2012 tarih ve E:2011/3392 sayılı ara kararının gereğinin yerine getirilmesinden sonra incelenmesine, 07.05.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan	Üye	Üye	Üye	Üye
Nevzat	Taci	Ahmet	E. Yücel	Hamza
ÖZGÜR	BAYHAN	EĞERCİ	SEYHAN	EYİDEMİR

ASLI GİBİDİR

T.C.
D A N I Ş T A Y
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2011/3392

ARA KARARI

Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyi Başkanlığı tarafından, Sağlık Bakanlığı Kamu Özel Ortaklığı Dairesi Başkanlığı'nca, "Ankara Etlik Entegre Sağlık Kampüsü Yapım İşleri ile Ürün ve Hizmetlerin Temin Edilmesi İşi" ne ilişkin 30.06.2011 tarihinde yapılan ihalenin 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 (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 yapılan"* 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, 30. maddesinin (i) bendinde yer alan "*ve uygun görülen donanımın işletilmesine*" ifadesinin, 30. maddesinin (ı) bendinde yer alan "*fiyatlandırma ölçütleri*" 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 Başbakanlık ile Sağlık Bakanlığı'na karşı açılan dava dosyası incelenerek işin gereği görüşüldü;

Dava dosyasının incelenmesinden, davalı idarelerden Sağlık Bakanlığı'na yapılan 26.03.2012 tarihli ara kararı ile uyuşmazlığın çözülebilmesi için:

1-"Ankara Etlik Entegre Sağlık Kampüsü Yapım İşleri ile Ürün ve Hizmetlerin Temin Edilmesi İşi" ihalesinin 30.06.2011 tarihli ihale komisyon kararının aslı ya da onaylı örneğinin ,

2-Dava konusu ihaleye ilişkin olarak, ihale komisyonunun ihaleyi sonuçlandıran ve harcama yetkilisinin "Sağlık Tesislerinin, Kiralama Karşılığı Yaptırılması ile Tesislerdeki Tıbbî Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmelik"in 27. maddesi uyarınca onayladığı gerekçeli ihale komisyon kararının alınıp alınmadığının, alındıysa aslı ya da onaylı örneğinin ,

3-21.12.2011 tarihli ara kararı üzerine sunulan işlem dosyasında yer alan "Kamu Özel Ortaklığı Modeli İle Ankara Etlik Entegre Sağlık Kampüsü Yapım İşleri İle Ürün ve Hizmetlerin Temin Edilmesi İşi"ne ilişkin İhale Genel Şartnamesinde "Nihai Pazarlık Görüşmelerinin Gerçekleştirilmesi" başlıklı 4.2.3.2. maddesinde yer alan, "*...İdare, Yönetmeliğin 21/3'üncü maddesi doğrultusunda, madde 4.2.3.1'de değinilen sıralamada ilk beş sırada yer alan isteklileri nihaî pazarlık görüşmelerine çağırır... İhale komisyonunca belirlenen tarih ve saatte,*

basın da davet edilerek yapılacak nihaî pazarlık görüşmesinde çağrılan tüm teklif sahipleri davet edilir. Komisyonca, isteklilerin nihaî teklifleri 'her şey dahil en düşük fiyat' bakımından sıralamaya tabi tutulur ve en düşük fiyat üzerinden isteklilere sırasıyla söz verilmek suretiyle sözlü teklifleri alınır. Tek teklif kalıncaya kadar sürdürülen nihaî pazarlık sonucunda en düşük fiyatı verdiği tespit edilen teklif sahibine ihaleyi vermek suretiyle ihale sonuçlandırılır." ifadesi ile davalı idarenin 08.12.2011 kayıt tarihli savunma dilekçesinin 11. sayfasında alıntı olarak yer verilen ve dava konusu edilen ihalenin Şartnamesinde yer aldığı belirtilen "Nihaî Pazarlık Görüşmelerinin Gerçekleştirilmesi" başlıklı 4.2.3.2. maddesindeki " *...İdare, Yönetmeliğin 21/3'üncü maddesi doğrultusunda, madde 4.2.3.1'de değinilen sıralamada ilk dört sırada yer alan isteklileri nihaî pazarlık görüşmelerine çağırır... İhale komisyonunca belirlenen tarih ve saatte, basın da davet edilerek yapılacak nihaî pazarlık görüşmesinde teklifleri sunmak üzere nihaî pazarlık görüşmesine çağrılan tüm teklif sahipleri davet edilir. Komisyonca, isteklilerin nihaî teklifleri 'Her Şey Dahil Yıllık Fiyat (P1)' bakımından sıralamaya tabi tutulur ve en düşük fiyat üzerinden isteklilere sırasıyla söz verilmek suretiyle sözlü teklifler alınır. Tek teklif kalıncaya kadar sözlü teklifler alınmaya devam edilir. Sözlü tekliflerden sonra Her Şey Dahil Yıllık Fiyatı (P1) en düşük olan istekli ile İsteğe Bağlı Hizmetleri (P2), teklif edilen en düşük bedel altında kalmamak kaydıyla pazarlık yapılır."* ifadesinin birbirleriyle aynı olmadığı anlaşıldığından, ihale şartnamesinin ihalede uygulanan son halinin, şartnamenin atıf yaptığı sözleşme tasarısının ve idare tarafından şartnamede zeyilname ile değişiklik yapılmışsa zeyilnamelere ilişkin bilgi ve belgelerin istenilmesine karar verildiği; ancak, davalı idare tarafından 30.06.2011 tarihli açık eksiltmeye dair ihale komisyonu kararı ile dava konusu ihaleye ilişkin olarak, ihale komisyonunun ihaleyi sonuçlandıran ve harcama yetkilisinin Yönetmeliğin 27. maddesi uyarınca onayladığı gerekçeli ihale komisyonu kararının sunulmadığı; bununla birlikte 24.04.2012 kayıt tarihli dilekçe ile ihalenin sonuçlandırılarak sözleşmenin imzalandığının belirtildiği anlaşılmıştır.

Bu durumda, sunulmayan belgelerin tekrar istenilmesi, ayrıca uyuşmazlığın çözümü için aşağıda belirtilen bazı hususların açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Buna göre,

1- 20.09.2011 tarihli İhale Komisyonu ara kararında, "Ankara Etlik Entegre Sağlık Kampüsü Yapım İşleri ile Ürün ve Hizmetlerin Temin Edilmesi İşi" ne ilişkin olarak 30.06.2011 tarihinde saat 10:00'da yazılı ve görsel basının da hazır bulunmasıyla yapıldığı belirtilen açık eksiltmeye dair ihale komisyonu kararının ve açık eksiltmede sunulan tekliflere ilişkin tutanakların aslı ya da onaylı örneklerinin,

2-Dava konusu ihaleye ilişkin olarak, ihale komisyonunun ihaleyi sonuçlandıran ve harcama yetkilisinin "Sağlık Tesislerinin, Kiralama Karşılığı Yaptırılması ile Tesislerdeki Tıbbî Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmelik"in 27. maddesi uyarınca onayladığı gerekçeli ihale komisyonu kararının aslı ya da onaylı örneğinin ,

T.C.
D A N I Ş T A Y
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2011/3392

3-Dava konusu Ankara Etlik Entegre Sağlık Kampüsü yapılmasına karar veren 02.09.2009 tarih ve 2009/T-24 sayılı Yüksek Planlama Kurulu kararında öngörülen, " ...kampüs alanı ve çevresinde yol, elektrik, içme suyu, kanalizasyon gibi alt yapı sorunlarının yaşanmaması için gerekli olan belediye hizmetlerinin sağlanacağına dair taahhütlerin alınması ve kampüste oluşturulacak yatak kapasitesi kadar mevcut hastanelerin yatak kapasitelerinde azaltma yapılması" şartlarının yerine getirilip getirilmediğinin sorulmasına, getirildiyse belirtilen hususlara dair bütün bilgi ve belgelerin aslı veya onaylı örneklerinin,

4-İhalenin harcama yetkilisinin ve ihale yetkilisinin nasıl belirlendiğinin sorulmasına, konuya ilişkin bilgi veya belgelerin aslı veya onaylı örneklerinin,

5-İhaleye ilişkin fizibilite raporu, sözleşme tasarısının bütün ekleri, temel standartlar dokümanı ile ilgili diğer belge ve bilgileri de içeren ihale dokümanının aslı ya da onaylı örneklerinin,

6-30.04.2010 tarihinde yapılan ön yeterlilik ihalesine katılan isteklilere, 28.01.2011 tarihli ihaleye teklif veren isteklilere, 24.06.2011 tarihinde nihaî teklif veren ve 30.06.2011 tarihli açık eksiltmeye katılan isteklilere ilişkin bütün bilgi ve belgelerle birlikte, ihaleye sunulan teklifler ve tekliflerin değerlendirilmesine ilişkin belgelerin, ihale komisyon kararlarının aslı ya da onaylı örneklerinin,

7-Genel Şartnamenin "Proje" başlıklı 1.2. maddesinde belirtildiği üzere, idare tarafından, ihale uhdesinde kalan istekliye bırakılacak "tıbbî hizmetler dışındaki alanlar" kapsamına alınan Ankara Etlik Entegre Sağlık Kampüsü içerisine alınacak mevcut sağlık tesislerinin (Dr.Sami Ulus Çocuk Hastanesi, Ulus Devlet Hastanesi, Dışkapı Yıldırım Beyazıt Eğitim ve Araştırma Hastanesi, Dışkapı Çocuk Hastanesi, Ulucanlar Göz Hastanesi, Ankara Eğitim Araştırma Hastanesi Ulucanlar Ek Poliklinik Binası, Dr. Zekai Tahir Burak Kadın Doğum Hastanesi, Dr. A.Y. Ankara Onkoloji Eğitim Araştırma Hastanesi) üzerinde bulunduğu taşınmazların hangi amaçla, ne olarak kullanılacağının hukuki dayanakları ile birlikte açıklanmasının **davalı Sağlık Bakanlığı'ndan** istenilmesine,

2577 sayılı Kanun'un 20. maddesi uyarınca ara kararının yerine getirilmesi için Sağlık Bakanlığı'na kararın tebliğinden itibaren (10) gün süre verilmesine, ara kararı gereği yerine getirilmediği takdirde dosyadaki bilgi ve belgelere göre karar verileceğinin bildirilmesine, 07.05.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan	Üye	Üye	Üye	Üye
Nevzat	Taci	Ahmet	E. Yücel	Hamza
ÖZGÜR	BAYHAN	EĞERCİ	SEYHAN	EYİDEMİR

ASLI GİBİDİR

T.C.
D A N I Ş T A Y
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2011/3392

Davacı ve Yürütmenin
Durdurulmasını İsteyen : Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyi Başkanlığı
GMK Bulvarı, Şehit Daniş Tunalıgil Sokak,
No:2/4 Maltepe / ANKARA
Vekili : Av. Özgür Erbaş - Aynı adreste
Davalılar : 1-Başbakanlık / ANKARA
2-Sağlık Bakanlığı Kolej / ANKARA
Vekilleri : Av. Bahaddin Karahan,
Hukuk Müşaviri Ayşe Kızıler - Aynı adreste

İstemin Özeti : Sağlık Bakanlığı Kamu Özel Ortaklığı Daire Başkanlığı tarafından, "Ankara Etlik Entegre Sağlık Kampüsü Yapım İşleri ile Ürün ve Hizmetlerin Temin Edilmesi İşi"ne ilişkin 30.06.2011 tarihinde yapılan ihalenin 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 "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, 30. maddesinin (i) bendinde yer alan *"ve uygun görülen donanımın işletilmesine"* ifadesinin, 30. maddesinin (ı) bendinde yer alan *"fiyatlandırma ölçütleri"* 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 istenilmektedir.

Danıştay Tetkik Hâkimi Zühal Aysun SUNAY'ın Düşüncesi : 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinde öngörülen koşulların gerçekleşmediği anlaşıldığından, 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 istenilen maddelerinin yürütülmesinin durdurulması isteminin reddi, anılan Yönetmeliğe dayanılarak yapılan ve hukuka aykırı şartlar ihtiva eden şartname ile gerçekleştirilen dava konusu "Ankara Etlik Entegre Sağlık Kampüsü Yapım İşleri ile Ürün ve Hizmetlerin Temin Edilmesi İşi"ne ilişkin ihalenin yürütmesinin durdurulması gerektiği düşünülmektedir.

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2011/3392

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce, Dairemizin 07.05.2012 tarih ve E:2011/3392 sayılı ara kararının gereği yerine getirildikten sonra incelenmesine karar verilen yürütmenin durdurulması istemi, ara kararı cevabının geldiği görülmekle yeniden incelendi, işin gereği görüşüldü:

Dava; Sağlık Bakanlığı Kamu Özel Ortaklığı Daire Başkanlığı tarafından, "Ankara Etlik Entegre Sağlık Kampüsü Yapım İşleri ile Ürün ve Hizmetlerin Temin Edilmesi İşi"ne ilişkin 30.06.2011 tarihinde yapılan ihalenin 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 "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, 30. maddesinin (i) bendinde yer alan "*ve uygun görülen donanımın işletilmesine*" ifadesinin, 30. maddesinin (ı) bendinde yer alan "*fiyatlandırma ölçütleri*" 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 istemiyle açılmıştır.

Dava konusu Yönetmeliğin iptali istenilen maddelerinin, 3359 sayılı Kanun'un Ek 7. maddesinin uygulanmasını göstermek üzere Kanun'a uygun olarak, Kanun çerçevesinde düzenlemeler getirdiği sonucuna ulaşılmış, anılan düzenlemelerde hukuka aykırı bir yön görülmemiştir.

Uyuşmazlık konusu Yönetmeliğe dayanılarak yapılan dava konusu, "Ankara Etlik Entegre Sağlık Kampüsü Yapım İşleri ile Ürün ve Hizmetlerin Temin Edilmesi İşi" ihalesi incelendiğinde ise:

3359 sayılı Sağlık Temel Kanunu'nun Ek 7. maddesinde, "Yapılmasının gerekli olduğuna Yüksek Planlama Kurulu tarafından karar verilen sağlık tesisleri, Sağlık Bakanlığınca 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. (Ek cümle: 11/10/2011-KHK/663/58.md.) 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

kullanılamayacağına, 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.

Bu şekilde yapılacak kiralama işlemlerine ait kira bedelleri Sağlık Bakanlığına bağlı Döner Sermaye İşletmelerince ödenir.

Sağlık Bakanlığının kullanımında bulunan sağlık tesislerinin, öngörülecek proje ve belirlenecek esaslar doğrultusunda yenilenmesi; tesislerdeki tıbbî hizmet alanları dışındaki hizmet ve alanların işletilmesi karşılığında, sözleşmeyle gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine yaptırılabilir.

Bu madde kapsamında yapılacak yatırımlarla ilgili olarak, otuzaltı aylık süreyi geçmemek ve sözleşmede belirlenecek inşaat yapım süresi ile sınırlı olmak kaydıyla, Sağlık Bakanlığı ile gerçek veya özel hukuk tüzel kişileri arasında yapılacak her türlü iş ve işlemler ile düzenlenecek kağıtlar, 1.7.1964 tarihli ve 488 sayılı Damga Vergisi Kanununa göre alınan damga vergisi ile 2.7.1964 tarihli ve 492 sayılı Harçlar Kanunu uyarınca alınan harçlardan müstesnadır.

Bu Maddeye göre yapılacak iş ve işlemler, 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile 4.1.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa tâbi değildir.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin esas ve usuller ile ihale yöntemi; gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerinde aranılacak nitelikler, sözleşmelerin kapsamı ve konuya ilişkin diğer hususlar Maliye Bakanlığı, Sağlık Bakanlığı, Devlet Planlama Teşkilatı ve Hazine müsteşarlıklarınca müştereken hazırlanarak Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulur." kuralı yer almıştır.

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 "Amaç" başlıklı 1. maddesinde, "Bu Yönetmeliğin amacı; 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun Ek 7 nci maddesi uyarınca; yapılmasının gerekli olduğuna Yüksek Planlama Kurulu tarafından karar verilen sağlık tesislerinin, Sağlık Bakanlığınca verilecek ön proje ve belirlenecek temel standartlar çerçevesinde, kendisine veya Hazineye ait taşınmazlar üzerinde ihale ile belirlenecek gerçek kişilere veya özel hukuk tüzel kişilerine kırkdokuz yılı geçmemek şartıyla belirli süre ve bedel üzerinden kiralama karşılığı yaptırılmasına, bu amaçla Maliye Bakanlığınca Hazineye ait taşınmazlar üzerinde gerçek kişiler veya özel hukuk tüzel kişileri lehine bedelsiz olarak kırkdokuz yıla kadar üst hakkı tesis edilmek suretiyle bu taşınmazların devredilmesine; kira bedeli ve kiralama süresinin tespitine, sağlık tesislerindeki tıbbî hizmet

alanları dışındaki hizmet ve alanların işletilmesi karşılığında yenilenmesine, ihale yöntemlerine, isteklilerde aranacak niteliklerin belirlenmesine, sözleşmelerin kapsamına ve diğer hususlara dair usul ve esasları belirlemektir." düzenlemesi; "Tanımlar" başlıklı 4. maddesinde, tıbbî hizmetler dışındaki alanların, ihale dokümanında belirtilen şartlara uygun olarak, otopark, otel, banka şubesi, restoran, kafeterya, konferans ve kültür merkezi, internet ve iletişim merkezi, yaşlı bakım evi, kreş, personel servisi, taksi hizmetleri ve benzeri ulaştırma hizmetleri, zayıflama ve diyet merkezi gibi ön proje ile tanımlanacak olan, sağlık tesisi konsepti ile uyumlu alanları; üst hakkı sözleşmesinin ise, bu Yönetmeliğin uygulamasında, üst hakkı sözleşmesinin, sağlık tesislerinin Hazineye ait taşınmazlar üzerinde kiralama karşılığında yaptırılması halinde, bu taşınmazlar üzerinde yüklenici lehine bedelsiz olarak kırkdokuz yıla kadar üst hakkı tesis edilmek suretiyle bu taşınmazların devredilmesine ilişkin olan ve (j) bendinde tanımlanan sözleşmeye dayanan, sözleşme ve eklerini ifade ettiği belirtilmiş, Yönetmeliğin 6. maddesinin 2. fıkrasında, "Sağlık tesislerindeki tıbbî hizmetler dışındaki hizmet ve alanların işletilmesi yükleniciye bırakılabilir. Bu durumda kira bedelinin hesabı yükleniciye bırakılan tıbbî hizmetler dışındaki alan ve hizmetler dikkate alınarak yapılır. Kira bedeli hesabında dikkate alınmak kaydıyla, yaptırılacak sağlık tesislerindeki tüm tıbbî ekipmanlar ile mefruşatın yüklenici tarafından sağlanması ihale dokümanları ve sözleşme çerçevesinde öngörülebilir."kuralı, 31 . maddesinin 1. fıkrasında ise, "Bakanlığın talebi üzerine Maliye Bakanlığınca, a) Bakanlıkça bu Yönetmelik kapsamında üzerinde sağlık tesisleri yapılmasına karar verilen Hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlardan, b) Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunup tescili mümkün olan yerlerden,Maliye Bakanlığınca da uygun görülenler üzerinde, yüklenici lehine bedelsiz olarak kırkdokuz yıla kadar üst hakkı tesis edilebilir. " düzenlemesi yer almıştır.

Dosyanın incelenmesinden; 02.09.2009 tarih ve 2009/T-24 sayılı Yüksek Planlama Kurulu kararıyla yapılmasına karar verilen Ankara Etlik Entegre Sağlık Kampüsü Projesinin gerçekleştirilmesi için , Yönetmeliğin 19. maddesinin (b) bendi uyarınca belli istekliler arasında ihale usulüyle "Ankara Etlik Entegre Sağlık Kampüsü Yapım İşleri ile Ürün ve Hizmetlerin Temin Edilmesi İşi"ne ilişkin ihale onayının alındığı, yatırım dönemi 42 ay, işletme dönemi 25 yıl olarak öngörülen proje için ihale ilânlarının yapılarak ön yeterlilik ihalesinin gerçekleştirildiği, 30.04.2010 tarihinde gerçekleştirilen ön yeterlilik ihalesi sonucunda ihaleye katılan 9 firmanın tamamının yeterli görülerek ihaleye davet edildiği, 28.01.2011 tarihli ihaleye 3 firmanın teklif, 1 firmanın ise teşekkür mektubu sunduğu, bu üç firmanın nihai teklif vermek üzere davet edildiği, 24.06.2011 tarihinde nihaî teklif veren 3 firma arasında 30.06.2011 tarihinde gerçekleşen açık eksiltme sonucu en düşük P1 teklifi sunan Astaldi S.P.A. ve Türkerler İnşaat Turizm Madencilik Enerji Üretim Ticaret ve Sanayi A.Ş. iş ortaklığı ile sözleşme imzalandığı anlaşılmaktadır.

Dava konusu ihaleye ait Genel Şartnamenin "Proje" başlıklı 1.2. maddesinde , idare tarafından, Ankara Etlik Entegre Sağlık Kampüsü içerisine taşınacak mevcut sağlık

tesislerinin (Dr.Sami Ulus Çocuk Hastanesi, Ulus Devlet Hastanesi, Dışkapı Yıldırım Beyazıt Eğitim ve Araştırma Hastanesi, Dışkapı Çocuk Hastanesi, Ulucanlar Göz Hastanesi, Ankara Eğitim Araştırma Hastanesi Ulucanlar Ek Poliklinik Binası, Dr. Zekai Tahir Burak Kadın Doğum Hastanesi, Dr. A.Y. Ankara Onkoloji Eğitim Araştırma Hastanesi) üzerinde bulunduğu taşınmazların da yükleniciye "tıbbî hizmetler dışındaki alanlar" kapsamında bırakılacağına ilişkin düzenlemeye yer verildiği, dosya kapsamındaki belgeler arasında yer alan "Ticari Alanlar" başlıklı belge incelendiğinde, tıbbi hizmet dışındaki alanların kampüs içinde ve kampüs dışında olmak üzere iki grupta toplandığı, kampüs dışındaki alanların yukarıda adı geçen mevcut sağlık tesislerine ait taşınmazlar olduğu, isteklilerin teklif ettikleri ticari alanların emsaline denk gelen alan kadar üst hakkı kazanımı elde edeceği, istekli tarafından ticari alan teklif edilmemesi halinde ticari alan hakkından feragat etmiş sayılacağı, kampüs içinde ve dışında kullanılacak ticari alanların gelirleri ve yatırım bedelinin fizibilite raporunda gösterileceği, kampüs dışındaki alanların, kampüs alanına taşındıktan sonra teslim edileceği, mevcut binaların kapalı alanları kadar yeni bina yapılabileceği açıklamasının getirildiği görülmüştür.

Yukarıda yer verilen hukuki düzenlemeler incelendiğinde, yapılmasının gerekli olduğuna Yüksek Planlama Kurulu tarafından karar verilen sağlık tesislerinin, Sağlık Bakanlığınca 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 yaptırılabileceği, bu amaçla Maliye Bakanlığınca, gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine Hazineye ait taşınmazların bedelsiz devredilebileceği, bu devrin Yönetmelikle üst hakkı olarak öngörüldüğü, belirtilen taşınmazların sözleşme süresince amacı dışında kullanılamayacağına, Maliye ve Sağlık Bakanlıklarından izin alınmaksızın devredilemeyeceğine dair tapu kütüğüne şerh konulacağı, ancak bu taşınmazların, üzerinde sağlık tesisi yapılmak üzere belirlenen taşınmazlarla sınırlı olduğu, yapılacak olan sağlık tesisinin kira bedeli ve kiralama süresinin tespitinde; kiralama konusu taşınmaz ve üzerindeki sağlık tesislerinde tıbbî hizmetler dışındaki hizmetlerin ve alanların işletilmesinin kiralayana verilip verilmeyeceği hususlarının da dikkate alınması gerektiği, ancak sözü edilen tıbbi hizmet dışındaki alanların yapılmasına karar verilen sağlık tesisi içerisinde ve bu sağlık tesisi ile uyumlu ticari alanlarla sınırlı olduğu, kiralama işlemlerine ait kira bedellerinin Sağlık Bakanlığı'na bağlı döner sermaye işletmelerince ödeneceği, yani kiranın finansal kaynağının döner sermaye olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Başka bir ifadeyle, yukarıda aktarılan mevzuat çerçevesinde getirilen sistemde, hazineye ait taşınmazlar üzerinde yüklenici lehine üst hakkı tesis edilmesi, bu taşınmaz üzerinde sağlık tesisi yapım işini üstlenen yüklenicinin aynı zamanda, yapılacak olan sağlık tesisinin tıbbi hizmet dışında hizmetleri ile tıbbi hizmet dışındaki alanlarını işletmesi, bu işletme faaliyetinin de kira süresi ve bedelinin tespitinde etkili olması söz konusudur. Ancak sağlık tesisinden tamamen bağımsız bir taşınmazın, sağlık tesisi konsepti ile herhangi bir ilgisi

ve uyumu bulunmaksızın ticari alan olarak işletilmek üzere yüklenici lehine üst hakkı tanınması, söz konusu mevzuata göre yapılan ihaleler çerçevesinde olanaklı değildir.

Bu durumda, dava konusu ihaleye ait Genel Şartnamenin "Proje" başlıklı 1.2. maddesinde, idare tarafından, Ankara Etlik Entegre Sağlık Kampüsü içerisine taşınacak mevcut sağlık tesislerinin (Dr. Sami Ulus Çocuk Hastanesi, Ulus Devlet Hastanesi, Dışkapı Yıldırım Beyazıt Eğitim ve Araştırma Hastanesi, Dışkapı Çocuk Hastanesi, Ulucanlar Göz Hastanesi, Ankara Eğitim Araştırma Hastanesi Ulucanlar Ek Poliklinik Binası, Dr. Zekai Tahir Burak Kadın Doğum Hastanesi, Dr. A.Y. Ankara Onkoloji Eğitim Araştırma Hastanesi) üzerinde bulunduğu taşınmazların da yükleniciye "tıbbî hizmetler dışındaki alanlar" kapsamında bırakılacağına ilişkin düzenlemeye yer verilerek, ilgili mevzuatta dayanağı bulunmayan şartları içeren şartname ile gerçekleştirilen ihalede hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27.maddesinde öngörülen koşulların gerçekleşmediği anlaşıldığından, 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 "Tıbbi hizmetler dışındaki hizmetler" tanımının, 15. maddesinin (u) bendinde yer alan "*ve uygun görülen donanımın işletilmesine*" ifadesinin ve 30. maddesinin (i) bendinde yer alan "*ve uygun görülen donanımın işletilmesine*" ifadesinin yürütülmesinin durdurulması isteminin reddine oyçokluğu, 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, 11. maddesinin son cümlesinde yer alan *"veya alt yüklenici olarak"* ifadesinin, 13. maddesinin, 30. maddesinin (ı) bendinde yer alan "*fiyatlandırma ölçütleri*" 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 yürütülmesinin durdurulması isteminin reddine, anılan maddede öngörülen koşulların gerçekleştiği anlaşıldığından uyuşmazlık konusu Yönetmeliğe dayanılarak yapılan dava konusu, "Ankara Etlik Entegre Sağlık Kampüsü Yapım İşleri ile Ürün ve Hizmetlerin Temin Edilmesi İşi" ihalesi işleminin yürütmesinin durdurulmasına oybirliğiyle, 06.07.2012 tarihinde karar verildi.

Başkan	Üye	Üye	Üye	Üye
Nevzat	Taci	H. Neşe	E.Yücel	Nizamettin
ÖZGÜR	BAYHAN	SARI	SEYHAN	KALAMAN
		(X)		

ASLI GİBİDİR

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2011/3392

KARŞI OY (X)

3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun Ek 7. maddesi ile sağlık tesislerinin kiralama karşılığı yaptırılabileceği, tesislerdeki tıbbi hizmetler dışındaki hizmetlerin ve alanların işletilmesinin kiralayana verilebileceği kurala bağlanmış, bu madde uyarınca düzenlenen 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 "Tanımlar" başlıklı 4. maddesinde; tıbbî hizmetler dışındaki hizmetlerin: sözleşme hükümlerine göre, yüklenici tarafından üstlenilen tıbbî destek hizmetleri ile bilgi işlem, hasta danışmanlığı, sterilizasyon, çamaşırhane, temizlik, güvenlik, yemekhane, arşivleme ve benzeri hizmetleri; aydınlatma, asansör, ısıtma, soğutma, havalandırma, tıbbî gaz, su ve enerji temini, atık ve atık su uzaklaştırma hizmetleri de dâhil olmak üzere binaların tamiri, bakımı ve işletilmesi, park ve bahçe bakımı ve kara, hava, deniz ambulans hizmetleri ile morg ve gasilhane hizmetlerini ifade ettiği belirtilmiş, 15. maddesinin (u) bendinde, tıbbî donanım dâhil projelerde donanımın özellikleri, temini, yenilenmesi, bakımı ve uygun görülen donanımın işletilmesine dair hususların, ihale dokümanlarında sağlık tesisinin mahiyetine göre konulacak özel ve teknik şartların yanında, yer alması zorunlu hususlar arasında olduğu, 30. maddesinin (i) bendinde de, tıbbî donanım dâhil projelerde donanımın özellikleri, temini, yenilenmesi, bakımı ve uygun görülen donanımın işletilmesine dair hususların sözleşmede yer alan hususlar arasında bulunduğu kurala bağlanmıştır.

Görüldüğü üzere kiralama karşılığı sağlık tesisi yaptırılmasına ilişkin usul ve esaslar sadece Ek 7. madde ile düzenlenmiş, yasa ile kiralama karşılığı yaptırılacak sağlık tesislerinde tıbbi hizmetlerin Sağlık Bakanlığı'nca yürütüleceği belirlenmiş iken, Yönetmelikte tıbbi hizmetler dışındaki hizmetler tanımı yapılırken, "tıbbi destek hizmetleri" de kiralayana yaptırılabilecek hizmetler kapsamına alınmış, ayrıca bu hizmetlerin neler olduğu hususuna açıklık getirilmemiş olup, tıbbi hizmetin ayrılmaz bir bölümü olan tıbbi destek hizmetlerinin yasada öngörülmediği halde Yönetmelikte "tıbbi hizmetler dışında hizmetler" tanımı içinde yer almasında kanuna uygunluk görülmemiştir.

Öte yandan, Yönetmeliğin 15. maddesinin (u) bendinde ve 30. maddesinin (i) bendinde yer alan tıbbi donanım dahil projelerde...uygun görülen donanımın işletilmesi ifadesinin tıbbi hizmetlerin bir bölümünün kiralayan tarafından işletilmesine olanak sağlayabileceği, donanımın neler olduğunun net olarak belirtilmediği, bu haliyle yasada öngörülmeyen tıbbi hizmetlerin kiralayana yaptırılabileceği, bununda yasaya uygunluk taşımadığı açıktır.

T.C.
D A N I Ş T A Y
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2011/3392

Belirtilen nedenlerle, Yönetmeliğin 4. maddesinde tıbbi hizmetler dışındaki hizmetler tanımında yer alan "tıbbi destek hizmetleri" ifadesi, 15. maddesinin (u) bendinde ve 30. maddesinin (i) bendinde yer alan "uygun görülen donanımın işletilmesine" ifadesine yönelik hukuka uygunluk görülmediğinden, anılan maddeler açısından yürütmenin durdurulması gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
H. Neşe SARI

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2011/3392

İTİRAZ YOLUYLA ANAYASA MAHKEMESİ'NE BAŞVURULMASI KARARI

Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyi Başkanlığı tarafından, Sağlık Bakanlığı Kamu Özel Ortaklığı Dairesi Başkanlığı'nca, "Ankara Etlik Entegre Sağlık Kampüsü Yapım İşleri ile Ürün ve Hizmetlerin Temin Edilmesi İşi" ne ilişkin 30.06.2011 tarihinde yapılan ihalenin 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 "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, 30. maddesinin (i) bendinde yer alan "*ve uygun görülen donanımın işletilmesine*" ifadesinin, 30. maddesinin (ı) bendinde yer alan "*fiyatlandırma ölçütleri*" 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 Başbakanlık ile Sağlık Bakanlığı'na karşı açılan dava dosyası üzerine oluşturulan dosya incelendi:

Dava Konusu Olay ve Davacının İstemi:

Kamunun, sağlık hizmeti yatırımlarına ilişkin olarak yaşadığı finansman sıkıntısını gidermek amacıyla girişilen model arayışları sonucunda, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na bir ek madde eklenmiş ve yapılmasının gerekli olduğuna Yüksek Planlama Kurulu tarafından karar verilen sağlık tesislerinin, Sağlık Bakanlığı'nca verilecek ön proje ve belirlenecek temel standartlar çerçevesinde, kendisine veya Hazine'ye ait taşınmazlar üzerinde ihale ile belirlenecek gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine 49 yılı geçmemek kaydıyla belirli süre ve bedel üzerinden kiralama karşılığı yaptırılabileceği öngörülmüştür. Kamu-Özel Ortaklığı Sistemi (Public-Private Partnership- PPP), kamu hizmetlerinin devletçe klasik yollardan temini ile tüm hizmet temininin özel sektör aracılığıyla yapılması arasındaki yelpazede yer alan, devlet ile özel sektörün birlikte katılımını öngören mal veya hizmet sağlama yöntemi olarak tanımlanabilir. Bu sistemle amaçlanan, yüksek finansman gerektiren yatırımlar için alternatif bir finansman kaynağı bulunarak, özel sektöre ait finans kaynaklarının

kamuya aktarılmasıdır. Anılan modelde, yatırım ve hizmetlerin maliyet, risk ve getirilerinin, idareler ve özel sektör arasında paylaşılması yoluyla gerçekleştirilmesi amaçlanmaktadır. Sağlık alanında bu sistem hukuki dayanağını, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun Ek 7.Madde'si ve bu Ek Madde'ye dayanılarak çıkartılan ve 22.07.2006 tarih ve 26236 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan "Sağlık Tesislerinin Kiralama Karşılığı Yaptırılması ile Tesislerdeki Tıbbi Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmelik" ten almaktadır.

İlgili mevzuat incelendiğinde, yapılmasının gerekli olduğuna Yüksek Planlama Kurulu tarafından karar verilen sağlık tesislerinin, Sağlık Bakanlığınca 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 yaptırılabileceği, bu amaçla Maliye Bakanlığınca, gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine Hazineye ait taşınmazların bedelsiz devredilebileceği, bu devrin Yönetmelikle üst hakkı olarak öngörüldüğü, belirtilen taşınmazların sözleşme süresince amacı dışında kullanılamayacağına, Maliye ve Sağlık bakanlıklarından izin alınmaksızın devredilemeyeceğine dair tapu kütüğüne şerh konulacağı, yapılacak olan sağlık tesisinin 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 alınması gerektiği, kiralama işlemlerine ait kira bedellerinin Sağlık Bakanlığ'ına bağlı Döner Sermaye İşletmelerince ödeneceği, yani kiranın finansal kaynağının döner sermaye olduğu, ayrıca, Sağlık Bakanlığı'nın kullanımında bulunan sağlık tesislerinin, öngörülecek proje ve belirlenecek esaslar doğrultusunda yenilenmesi; tesislerdeki tıbbî hizmet alanları dışındaki hizmet ve alanların işletilmesi karşılığında, sözleşmeyle gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine yaptırılabileceği görülmektedir.

Anılan Yönetmelik uyarınca, Sağlık Bakanlığı tarafından Türkiye'nin çeşitli yerlerinde entegre sağlık kampüsü projelerini hayata geçirmek üzere ihaleler yapılmaya başlanmıştır. Dava, Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyi Başkanlığı tarafından, anılan projelerden birini gerçekleştirmek üzere Sağlık Bakanlığı Kamu Özel Ortaklığı Dairesi Başkanlığı'nca yapılan, "Ankara Etlik Entegre Sağlık Kampüsü Yapım İşleri ile Ürün ve Hizmetlerin Temin Edilmesi İşi" ne ilişkin ihalenin 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 yukarıda belirtilen maddelerinin iptali, yürütmenin durdurulması ve Yönetmeliğin dayanağı olan Sağlık Temel Kanunu Ek- 7. maddesinin Anayasa'ya aykırlık iddiasının ciddi bulunarak iptali için Anayasa Mahkemesi'ne gönderilmesi talebiyle açılmıştır.

T.C.
D A N I Ş T A Y
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2011/3392

İptali İstenilen Kanun Hükmü :

3359 sayılı Sağlık Temel Kanunu'nun Ek 7. maddesinde, "Yapılmasının gerekli olduğuna Yüksek Planlama Kurulu tarafından karar verilen sağlık tesisleri, Sağlık Bakanlığınca 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. (Ek cümle: 11/10/2011-KHK/663/58.md.) 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 kullanılamayacağına, 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.

Bu şekilde yapılacak kiralama işlemlerine ait kira bedelleri Sağlık Bakanlığına bağlı Döner Sermaye İşletmelerince ödenir.

Sağlık Bakanlığının kullanımında bulunan sağlık tesislerinin, öngörülecek proje ve belirlenecek esaslar doğrultusunda yenilenmesi; tesislerdeki tıbbî hizmet alanları dışındaki hizmet ve alanların işletilmesi karşılığında, sözleşmeyle gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine yaptırılabilir.

Bu Madde kapsamında yapılacak yatırımlarla ilgili olarak, otuzaltı aylık süreyi geçmemek ve sözleşmede belirlenecek inşaat yapım süresi ile sınırlı olmak kaydıyla, Sağlık Bakanlığı ile gerçek veya özel hukuk tüzel kişileri arasında yapılacak her türlü iş ve işlemler ile düzenlenecek kağıtlar, 1.7.1964 tarihli ve 488 sayılı Damga Vergisi Kanununa göre alınan damga vergisi ile 2.7.1964 tarihli ve 492 sayılı Harçlar Kanunu uyarınca alınan harçlardan müstesnadır.

Bu Maddeye göre yapılacak iş ve işlemler, 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile 4.1.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa tâbi değildir.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin esas ve usûller ile ihale yöntemi; gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerinde aranılacak nitelikler, sözleşmelerin kapsamı ve konuya ilişkin diğer hususlar Maliye Bakanlığı, Sağlık Bakanlığı, Devlet Planlama Teşkilatı ve Hazine müsteşarlıklarınca müştereken hazırlanarak Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulur." kuralına yer verilmiştir. Bu kuralın, **sekizinci fıkrasının** Anayasa'nın 2. ve 7. maddelerine aykırılığı iddiasıyla başvurulmaktadır.

T.C.
D A N I Ş T A Y
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2011/3392

İptali İstenilen Kanun Hükmünün Anayasa'ya Aykırılığının Değerlendirilmesi :

1982 Anayasası'nın "Cumhuriyetin Nitelikleri" başlıklı 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu, Anayasa'nın 6. maddesinde egemenliğin kayıtsız ve şartsız Türk milletine ait olduğu, egemenliğin kullanılmasının hiçbir surette hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamayacağı ve hiç kimsenin ya da organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisini kullanamayacağı; 7. maddesinde, yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne ait olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği; 8. maddesinde ise, yürütme yetki ve görevinin Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasa'ya ve yasalara uygun olarak kullanılacağı ve yerine getirileceği öngörülmüştür.

Yürütmenin, Anayasa'da belirtilen ayrık durumlar dışında düzenleme yetkisi aslî değil, ikincildir; yani, yasayla çizilmiş bir alandadır. Önce, yasama, bir alanı temel ilkeleriyle belirler, düzenler; ondan sonra da, yürütme, bu çerçevesi çizilmiş alanda düzenleyici bir takım işlemler yapabilir. Anayasa'nın 7. maddesine göre yasama yetkisi, Türkiye Büyük Millet Meclisinindir ve bu yetki devredilemez. Buna göre, yasa ile düzenlenmesi öngörülen konularda, yürütme organına, genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi verilmesi, yasama yetkisinin devri anlamına geleceğinden Anayasa'nın 7. maddesine aykırı düşecektir.

Bu durumda, kanun koyucunun, belli konularda gerekli kuralları koyması, çerçeveyi çizmesi, eğer uygun ve zorunlu görürse, onların uygulanması yolunda sınırları belirlenmiş alanlar bırakması; idarenin, ancak o alanlar içinde takdir yetkisine dayanmak suretiyle yasalara aykırı olmamak üzere bir takım kurallar koyarak yasanın uygulanmasını sağlaması söz konusu olmalıdır.

İptali istenen kuralda ise, Kanun'un Ek-7. maddesinin uygulanmasına ilişkin esas ve usûller ile ihale yönteminin; gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerinde aranılacak niteliklerin, sözleşmelerin kapsamı ve konuya ilişkin diğer hususların Maliye Bakanlığı, Sağlık Bakanlığı, Devlet Planlama Teşkilatı ve Hazine Müsteşarlığı tarafından müştereken hazırlanarak Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulacağı belirtilmiş, ancak bu maddede öngörülen hususlar hakkında Kanun'da yeterli belirleme yapılıp, sınır çizilmeden yasamaya ait olan aslî düzenleme yetkisini yürütmeye devri niteliğinde olacak şekilde yürütmeye sınırsız bir alanda ilk elden düzenleme yetkisi tanınmıştır. Bu maddeyle uygulamaya konulacak yeni bir sisteme ilişkin olarak, en azından, öngörülen kira ilişkisine esas olan temel ilkeler, tarafların hak ve yükümlülükleri, uygulanacak ihale usulü ve sisteminin genel çerçevesi, sözleşmenin niteliği ve kapsamına ilişkin temel belirlemeler yapıldıktan sonra, belirlenen konulara ilişkin ayrıntıların düzenlenmesinin yürütmeye bırakılması gerekmektedir. Bu nedenle, anılan düzenleme, Anayasa'nın 2. ve 7.maddelerine aykırı olan bir düzenlemedir.

Açıklanan nedenlerle; bir davaya bakmakta olan mahkemenin, o davada uygulanacak bir kanun hükmünü Anayasa'ya aykırı görürse ilgili kanun hükmünün iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurabileceğini düzenleyen 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve

T.C.
D A N I Ş T A Y
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2011/3392

Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddesinin birinci fıkrası gereğince, 3359 sayılı Sağlık Temel Kanunu'nun Ek 7. maddesinin **sekizinci fıkrasının**, Anayasa'nın 2. ve 7. maddelerine aykırı olduğu kanısına ulaşılması nedeniyle bu maddenin iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına, bu hükmün Anayasa'ya aykırılığı ve uygulanması durumunda telafisi güç veya imkânsız zararlar doğabileceği gözetilerek esas hakkında bir karar verilinceye kadar yürürlüğünün durdurulmasının istenilmesine, iptali istenen hükmün Anayasa'nın hangi maddelerine aykırı olduğunu açıklayan gerekçeli başvuru kararının aslının, başvuru kararına ilişkin tutanağın onaylı örneğinin, dava dilekçesi ile dosyanın ilgili bölümlerinin onaylı örneklerinin dizi listesine bağlanarak Anayasa Mahkemesi Başkanlığı'na gönderilmesine, 06.07.2012 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

Başkan	Üye	Üye	Üye	Üye
Nevzat	Taci	H. Neşe	E.Yücel	Nizamettin
ÖZGÜR	BAYHAN	SARI	SEYHAN	KALAMAN
(X)				(X)

ASLI GİBİDİR

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2011/3392

KARŞI OY(X):

Kanun ile düzenlenmesi öngörülen konularda, yürütme organına, genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi verilmesi, yasama yetkisinin devri anlamına geleceğinden Anayasa'nın 7. maddesine aykırı düşer. Ancak, yasada temel esasların ve çerçevenin belirlenmesi koşuluyla, uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların düzenlenmesinin yürütmeye bırakılması Anayasa'ya aykırılık oluşturmaz. Esasen Anayasa'nın 8. maddesinde yer alan, "yürütme yetkisi ve görevi anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir" düzenlemesinin anlamı da budur.

3359 sayılı Kanun'un Ek 7. maddesinde; yapılmasının gerekli olduğuna Yüksek Planlama Kurulu tarafından karar verilen sağlık tesislerinin, Sağlık Bakanlığınca 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 yaptırılabileceği, bu amaçla Maliye Bakanlığınca, gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine Hazineye ait taşınmazların bedelsiz devredilebileceği, bu taşınmazların sözleşme süresince amacı dışında kullanılamayacağına, Maliye ve Sağlık bakanlıklarından izin alınmaksızın devredilemeyeceğine dair tapu kütüğüne şerh konulacağı, 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, bu şekilde yapılacak kiralama işlemlerine ait kira bedelleri Sağlık Bakanlığına bağlı Döner Sermaye İşletmelerince ödeneceği, Sağlık Bakanlığının kullanımında bulunan sağlık tesislerinin, öngörülecek proje ve belirlenecek esaslar doğrultusunda yenilenmesi; tesislerdeki tıbbî hizmet alanları dışındaki hizmet ve alanların işletilmesi karşılığında, sözleşmeyle gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine yaptırılabileceği, bu madde kapsamında yapılacak yatırımlarla ilgili olarak, otuzaltı aylık süreyi geçmemek ve sözleşmede belirlenecek inşaat yapım süresi ile sınırlı olmak kaydıyla, Sağlık Bakanlığı ile gerçek veya özel hukuk tüzel kişileri arasında yapılacak her türlü iş ve işlemler ile düzenlenecek kağıtların, 01.07.1964 tarihli ve 488 sayılı Damga Vergisi Kanununa göre alınan damga vergisi ile 02.07.1964 tarihli ve 492 sayılı Harçlar Kanunu uyarınca alınan harçlardan müstesna olduğu, bu maddeye göre yapılacak iş ve işlemlerin, 08.09.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile 04.01.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa tâbi olmadığı hükme bağlanmış, aynı maddenin sekizinci fıkrasında ise, bu maddenin uygulanmasına ilişkin esas ve usûller ile ihale yönteminin; gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerinde aranılacak nitelikler, sözleşmelerin kapsamı ve konuya ilişkin diğer hususların Maliye Bakanlığı, Sağlık Bakanlığı, Devlet Planlama Teşkilatı ve Hazine müsteşarlıklarınca müştereken hazırlanarak Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulacağı belirtilek, konunun genel çerçevesi çizilmiştir.

T.C.
D A N I Ş T A Y
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2011/3392

Bütün bu hususlar ve ilgili düzenleme göz önüne alındığında, sağlık tesislerinin kiralama karşılığı yaptırılmasına dair yasama tercihinin ortaya konulup belirli temel konuların ve bunun sınırlarının Kanun'da belirlenmesinden sonra, bu alana ilişkin esas ve usûller ile ihale yönteminin gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerinde aranılacak niteliklerin, sözleşmelerin kapsamı ve konuya ilişkin diğer hususlara dair ayrıntılı düzenlemenin ilgili Maliye Bakanlığı, Sağlık Bakanlığı, Devlet Planlama Teşkilatı ve Hazine müsteşarlıklarınca müştereken hazırlanarak Bakanlar Kurulu kararına bırakılmasının, yasama yetkisinin devri olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.

Açıklanan nedenle, davacının Anayasa'ya aykırlık iddiası ciddi görülmediğinden, dosyanın Anayasa Mahkemesi Başkanlığı'na gönderilmesine ilişkin karara katılmıyoruz.

Başkan	Üye
Nevzat ÖZGÜR	Nizamettin KALAMAN

T.C.
DANIŞTAY
İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU
YD İtiraz No : 2012/715

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 -

İstemin Özeti : Danıştay Onüçüncü Dairesince verilen yürütmenin durdurulması isteminin kısmen kabulüne, kısmen reddine ilişkin 06/07/2012 günlü, E:2011/3392 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 görüşüldü:

Sağlık Bakanlığı Kamu Özel Ortaklığı Daire Başkanlığı tarafından, "Ankara Etlik Entegre Sağlık Kampüsü Yapım İşleri ile Ürün ve Hizmetlerin Temin Edilmesi İşi"ne ilişkin 30.06.2011 tarihinde yapılan ihalenin 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 "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, 30. maddesinin (i) bendinde yer alan "ve uygun görülen donanımın işletilmesine" ifadesinin, 30. maddesinin (ı) bendinde yer alan "fiyatlandırma ölçütleri" 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 Etlik Entegre Sağlık Kampüsü Yapım İşleri ile Ürün ve Hizmetlerin Temin Edilmesi İşi" ihale işlemi yönünden yürütmenin durdurulması isteminin kabulüne ilişkin 06/07/2012 günlü, E:2011/3392 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 itibariyle sağlık hizmetlerini ve hekimler başta olmak üzere tüm sağlık çalışanlarının hukuki durumlarını etkileyeceği kuşkusuzdur. Bu itibarla, menfaatini 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.

T.C.
D A N I Ş T A Y
İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU
YD İtiraz No : 2012/715

Açıklanan nedenlerle; davacı Birliğin, dava konusu Yönetmeliğe ve ihale işlemine karşı dava açma ehliyetinin bulunduğuna oyçokluğu ile karar verilerek, itiraz istemlerinin esastan 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)

T.C. ASLI GİBİDİR

T.C.
DANIŞTAY
İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU
YD İt'raz No : 2012/715

KARŞI OY

X- 3559 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun Ek-7. maddesi ile sağlık tesislerinin kiralama karşılığı yaptırılabileceği, 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 yaptırılabilecek 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 yaptırılabilecek 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 "işletilmesi" 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 İşi" 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	**Üye**	**Üye**	**Üye**	**Üye**
Sinan	Nüket	İbrahim	Namık Kemal	Nalan
YÖRÜKOĞLU	YOKLAMACIOĞLU	BERBEROĞLU	ERGANİ	TERZİ

Üye	**Üye**
Şaban	İbrahim
IŞIK	ALİUSTA

T.C.
D A N I Ş T A Y
İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU
YD İtiraz No : 2012/715

K A R Ş I O Y

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 yarıştırıldığı ve en uygun kira bedeli karşılığında sağlık tesisinin özel girişimcilere yaptırılmasını amaçlayan bu modelde, temel tıbbi hizmetlerin Sağlık Bakanlığı tarafından, görüntüleme, labaratuvar, 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 sağık kampüsü alanı dışında kalan alanların fiilen ihaleye dahil edilip edilmediği ve kira bedelinin buna göre belirlenip belirlenmediğinini 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

ASLI GIBIDIR

Üye
Yalçın
EKMEKÇİ

T.C.
DANIŞTAY
BAŞSAVCILIK
Daire : 13.D
Esas No: 2011/3392

DÜŞÜNCE

Dava; Sağlık Bakanlığı Kamu Özel Ortaklığı Daire Başkanlığı tarafından, "Ankara Etlik Entegre Sağlık Kampüsü Yapım İşleri ile Ürün ve Hizmetlerin Temin Edilmesi İşi"ne ilişkin 30.06.2011 tarihinde yapılan ihalenin 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 "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, 30. maddesinin (i) bendinde yer alan "ve uygun görülen donanımın işletilmesine" ifadesinin, 30. maddesinin (ı) bendinde yer alan "fiyatlandırma ölçütleri" 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 istemiyle açılmıştır.

Dava konusu Yönetmeliğin iptali istenilen maddelerinin, 3359 sayılı Kanun'un Ek 7. maddesinin uygulanmasını göstermek üzere Kanuna uygun olarak, Kanun çerçevesinde düzenlemeler getirdiği sonucuna ulaşılmış, anılan düzenlemelerde hukuka aykırı bir yön görülmemiştir.

Uyuşmazlık konusu Yönetmeliğe dayanılarak yapılan dava konusu, "Ankara Etlik Entegre Sağlık Kampüsü Yapım İşleri ile Ürün ve Hizmetlerin Temin Edilmesi İşi" ihalesi incelendiğinde ise:

3359 sayılı Sağlık Temel Kanunu'nun, dava konusu ihale işlemi tarihinde yürürlükte olan Ek 7. maddesinde, "Yapılmasının gerekli olduğuna Yüksek Planlama Kurulu tarafından karar verilen sağlık tesisleri, Sağlık Bakanlığınca 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. (Ek cümle: 11/10/2011-KHK/663/58.md.) 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 kullanılamayacağına, 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.

Bu şekilde yapılacak kiralama işlemlerine ait kira bedelleri Sağlık Bakanlığına bağlı Döner Sermaye İşletmelerince ödenir.

UYAP Bilişim Sisteminde yer alan bu dokümana http://vatandas.uyap.gov.tr adresinden YugZefI - 1zRT7JF - i1TXEII - cOiogo= kodu ile erişebilirsiniz.

Sağlık Bakanlığının kullanımında bulunan sağlık tesislerinin, öngörülecek proje ve belirlenecek esaslar doğrultusunda yenilenmesi; tesislerdeki tıbbî hizmet alanları dışındaki hizmet ve alanların işletilmesi karşılığında, sözleşmeyle gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine yaptırılabilir.

Bu madde kapsamında yapılacak yatırımlarla ilgili olarak, otuzaltı aylık süreyi geçmemek ve sözleşmede belirlenecek inşaat yapım süresi ile sınırlı olmak kaydıyla, Sağlık Bakanlığı ile gerçek veya özel hukuk tüzel kişileri arasında yapılacak her türlü iş ve işlemler ile düzenlenecek kağıtlar, 1.7.1964 tarihli ve 488 sayılı Damga Vergisi Kanununa göre alınan damga vergisi ile 2.7.1964 tarihli ve 492 sayılı Harçlar Kanunu uyarınca alınan harçlardan müstesnadır.

Bu Maddeye göre yapılacak iş ve işlemler, 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile 04.01.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa tâbi değildir.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin esas ve usuller ile ihale yöntemi; gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerinde aranılacak nitelikler, sözleşmelerin kapsamı ve konuya ilişkin diğer hususlar Maliye Bakanlığı, Sağlık Bakanlığı, Devlet Planlama Teşkilatı ve Hazine müsteşarlıklarınca müştereken hazırlanarak Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulur." kuralı yer almıştır.

09.03.2013 günlü ve 28582 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi Ve Hizmet Alınması İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 12. maddesinde, 7/5/1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun ek 7 nci maddesi yürürlükten kaldırıldığı, mevzuatta 3359 sayılı Kanunun ek 7 nci maddesine yapılan atıfların bu Kanuna yapılmış sayılacağı belirtilmiş;

Geçici 1. maddesinin 2. fıkrasında ise, "Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce 3359 sayılı Kanunun ek 7 nci maddesi çerçevesinde ihale süreci tamamlanmış olan veya devam eden işlere ait şartnamelerdeki, yüklenici tarafından yapılacak sağlık yerleşkesinin dışındaki taşınmazların ticari alan olarak işletilmek üzere yükleniciye verilebileceğine dair hükümler uygulanmaz ve sağlık yerleşkesi dışındaki taşınmazlar yükleniciye verilmez; ihale iş ve işlemleri ile yapılmış olan sözleşmeler bu hükümler geçerli olmaksızın yürütülür." hükmü yer almıştır.

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 "Amaç" başlıklı 1. maddesinde, "Bu Yönetmeliğin amacı; 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun Ek 7 nci maddesi uyarınca; yapılmasının gerekli olduğuna Yüksek Planlama Kurulu tarafından karar verilen sağlık tesislerinin, Sağlık Bakanlığınca verilecek ön proje ve belirlenecek temel standartlar çerçevesinde, kendisine veya Hazineye ait taşınmazlar üzerinde ihale ile belirlenecek gerçek kişilere veya özel hukuk tüzel kişilerine kırkdokuz yılı geçmemek şartıyla belirli süre ve bedel üzerinden kiralama karşılığı yaptırılmasına, bu amaçla Maliye Bakanlığınca Hazineye ait taşınmazlar üzerinde gerçek kişiler veya özel hukuk tüzel kişileri lehine bedelsiz olarak kırkdokuz yıla kadar üst hakkı tesis edilmek suretiyle bu taşınmazların devredilmesine; kira bedeli ve kiralama süresinin tespitine, sağlık tesislerindeki tıbbî hizmet alanları dışındaki hizmet ve alanların işletilmesi karşılığında yenilenmesine, ihale yöntemlerine, isteklilerde aranacak niteliklerin belirlenmesine, sözleşmelerin kapsamına ve diğer hususlara dair usul ve esasları belirlemektir." düzenlemesi; "Tanımlar" başlıklı 4.

UYAP Bilişim Sisteminde yer alan bu dokümana http://vatandas.uyap.gov.tr adresinden YugZefI - 1zRT7JF - i1TXEII - cOiogo= kodu ile erişebilirsiniz.

maddesinde, tıbbî hizmetler dışındaki alanların, ihale dokümanında belirtilen şartlara uygun olarak, otopark, otel, banka şubesi, restoran, kafeterya, konferans ve kültür merkezi, internet ve iletişim merkezi, yaşlı bakım evi, kreş, personel servisi, taksi hizmetleri ve benzeri ulaştırma hizmetleri, zayıflama ve diyet merkezi gibi ön proje ile tanımlanacak olan, sağlık tesisi konsepti ile uyumlu alanları; üst hakkı sözleşmesinin ise, bu Yönetmeliğin uygulamasında, üst hakkı sözleşmesinin, sağlık tesislerinin Hazineye ait taşınmazlar üzerinde kiralama karşılığında yaptırılması halinde, bu taşınmazlar üzerinde yüklenici lehine bedelsiz olarak kırkdokuz yıla kadar üst hakkı tesis edilmek suretiyle bu taşınmazların devredilmesine ilişkin olan ve (j) bendinde tanımlanan sözleşmeye dayanan, sözleşme ve eklerini ifade ettiği belirtilmiş, Yönetmeliğin 6. maddesinin 2. fıkrasında, "Sağlık tesislerindeki tıbbî hizmetler dışındaki hizmet ve alanların işletilmesi yükleniciye bırakılabilir. Bu durumda kira bedelinin hesabı yükleniciye bırakılan tıbbî hizmetler dışındaki alan ve hizmetler dikkate alınarak yapılır. Kira bedeli hesabında dikkate alınmak kaydıyla, yaptırılacak sağlık tesislerindeki tüm tıbbî ekipmanlar ile mefruşatın yüklenici tarafından sağlanması ihale dokümanları ve sözleşme çerçevesinde öngörülebilir."kuralı, 31 . maddesinin 1. fıkrasında ise, "Bakanlığın talebi üzerine Maliye Bakanlığınca, a) Bakanlıkça bu Yönetmelik kapsamında üzerinde sağlık tesisleri yapılmasına karar verilen Hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlardan, b) Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunup tescili mümkün olan yerlerden,Maliye Bakanlığınca da uygun görülenler üzerinde, yüklenici lehine bedelsiz olarak kırkdokuz yıla kadar üst hakkı tesis edilebilir. " düzenlemesi yer almıştır.

Dosyanın incelenmesinden; 02.09.2009 tarih ve 2009/T-24 sayılı Yüksek Planlama Kurulu kararıyla yapılmasına karar verilen Ankara Etlik Entegre Sağlık Kampüsü Projesinin gerçekleştirilmesi için,Yönetmeliğin 19. maddesinin (b) bendi uyarınca belli istekliler arasında ihale usulüyle "Ankara Etlik Entegre Sağlık Kampüsü Yapım İşleri ile Ürün ve Hizmetlerin Temin Edilmesi İşi"ne ilişkin ihale onayının alındığı, yatırım dönemi 42 ay, işletme dönemi 25 yıl olarak öngörülen proje için ihale ilânlarının yapılarak ön yeterlilik ihalesinin gerçekleştirildiği, 30.04.2010 tarihinde gerçekleştirilen ön yeterlilik ihalesi sonucunda ihaleye katılan 9 firmanın tamamının yeterli görülerek ihaleye davet edildiği, 28.01.2011 tarihli ihaleye 3 firmanın teklif, 1 firmanın ise teşekkür mektubu sunduğu, bu üç firmanın nihai teklif vermek üzere davet edildiği, 24.06.2011 tarihinde nihaî teklif veren 3 firma arasında 30.06.2011 tarihinde gerçekleşen açık eksiltme sonucu en düşük P1 teklifi sunan Astaldi S.P.A. ve Türkerler İnşaat Turizm Madencilik Enerji Üretim Ticaret ve Sanayi A.Ş. iş ortaklığı ile sözleşme imzalandığı, dava konusu ihaleye ait Genel Şartnamenin "Proje" başlıklı 1.2. maddesinde, idare tarafından, Ankara Etlik Entegre Sağlık Kampüsü içerisine taşınacak mevcut sağlık tesislerinin üzerinde bulunduğu taşınmazların da yükleniciye "tıbbî hizmetler dışındaki alanlar" kapsamında bırakılacağına ilişkin düzenlemeye yer verildiği, dosya kapsamındaki belgeler arasında yer alan "Ticari Alanlar" başlıklı belge incelendiğinde, tıbbi hizmet dışındaki alanların kampüs içinde ve kampüs dışında olmak üzere iki grupta toplandığı, kampüs dışındaki alanların yukarıda adı geçen mevcut sağlık tesislerine ait taşınmazlar olduğu, isteklilerin teklif ettikleri ticari alanların emsaline denk gelen alan kadar üst hakkı kazanımı elde edeceği, istekli tarafından ticari alan teklif edilmemesi halinde ticari alan hakkından feragat etmiş sayılacağı, kampüs içinde ve dışında kullanılacak ticari alanların gelirleri ve yatırım bedelinin fizibilite raporunda gösterileceği, kampüs dışındaki alanların, kampüs alanına taşındıktan sonra teslim edileceği, mevcut binaların kapalı alanları kadar yeni bina yapılabileceği açıklamasının

UYAP Bilişim Sisteminde yer alan bu dokümana http://vatandas.uyap.gov.tr adresinden YugZefI - 1zRT7JF - i1TXEII - cOiogo= kodu ile erişebilirsiniz.

getirildiği,genel şartname düzenlemesinin, hiç bir şekilde ihale sürecindeki teklifleri ve ihale sonucunu etkilemediği, söz konusu düzenlemenin, ihale uhdesinde kalan firmaya Sağlık Bakanlığı tarafında ödenecek kira bedelinin belirlenmesi aşamasında kira bedelinde indirime gidilmesinde etkili olduğu, başkaca herhangi bir etkisinin bulunmadığı, dava konusu proje kapsamında Genel Şartnamenin 1.2. maddesi uyarınca, entegre sağlık tesisi dışında "tesis dışı ticari alan" uygulamasının sözkonusu olmadığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda, 02.09.2009 tarih ve 2009/T-24 sayılı Yüksek Planlama Kurulu kararıyla yapılmasına karar verilen Ankara Etlik Entegre Sağlık Kampüsü Projesinin gerçekleştirilmesi için belli istekliler arasında ihale usulüyle "Ankara Etlik Entegre Sağlık Kampüsü Yapım İşleri ile Ürün ve Hizmetlerin Temin Edilmesi İşi"ne ilişkin ihale onayının alındığı, 30.04.2010 tarihinde gerçekleştirilen ön yeterlilik ihalesi sonucunda ihaleye katılan 9 firmanın tamamının yeterli görülerek ihaleye davet edildiği, 28.01.2011 tarihli ihaleye 3 firmanın teklif, 1 firmanın ise teşekkür mektubu sunduğu, bu üç firmanın nihai teklif vermek üzere davet edildiği, 24.06.2011 tarihinde nihaî teklif veren 3 firma arasında 30.06.2011 tarihinde gerçekleşen açık eksiltme sonucu en düşük P1 teklifi sunan Astaldi S.P.A. ve Türkerler İnşaat Turizm Madencilik Enerji Üretim Ticaret ve Sanayi A.Ş. iş ortaklığı ile sözleşme imzalandığı ve genel şartname düzenlemesinin, hiç bir şekilde ihale sürecindeki teklifleri ve ihale sonucunu etkilemediği, söz konusu düzenlemenin, ihale uhdesinde kalan firmaya Sağlık Bakanlığı tarafında ödenecek kira bedelinin belirlenmesi aşamasında kira bedelinde indirime gidilmesinde etkili olduğu, başkaca herhangi bir etkisinin bulunmadığı hususları ve davacı tarafından ileri sürülen diğer hususlar, dava konusu ihale işlemini sakatlar nitelikte görülmemiştir.

Diğer taraftan, 6428 sayılı Kanun'un Geçici 1. maddesinin 2. fıkrası hükmü uyarınca ihale iş ve işlemleri ile yapılmış olan sözleşmelerin bu madde hükmünde belirtilen şartlar dahilinde yürütüleceği de açıktır.

Açıklanan nedenlerle, davanın reddi gerektiği düşünülmektedir.

Aydın KURTULUŞ
Danıştay Savcısı

***Bu belge, 5070 sayılı Kanun hükümlerine uygun olarak elektronik imza ile imzalanmıştır.**

UYAP Bilişim Sisteminde yer alan bu dokümana http://vatandas.uyap.gov.tr adresinden YugZefI - 1zRT7JF - i1TXEII - cOiogo= kodu ile erişebilirsiniz.

T.C.
D A N I Ş T A Y
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2011/3392
Karar No : 2014/1943

Davacı : Türk Tabipleri Birliği Merkez Konsey Başkanlığı
GMK Bulv. Şehit Daniş Tunalıgil Sok. No:2/4 Maltepe / ANKARA
Vekili : Av. Özgür ERBAŞ - Aynı adreste

Davalılar : 1-Başbakanlık / ANKARA
2-Sağlık Bakanlığı-Kolej / ANKARA
Vekilleri : Av. Bahaddin KARAHAN - Av. Yasemin ERDOĞAN
Av. Erol DEMİRCİ, Hukuk Müşaviri Ayşe KIZILER - Aynı adreste

Davanın Özeti : Sağlık Bakanlığı Kamu Özel Ortaklığı Daire Başkanlığı tarafından, "Ankara Etlik Entegre Sağlık Kampüsü Yapım İşleri ile Ürün ve Hizmetlerin Temin Edilmesi İşi"ne ilişkin 30.06.2011 tarihinde yapılan açık eksiltme ihalesinin 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 "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 "tıbbî 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, 30. maddesinin (i) bendinde yer alan "ve uygun görülen donanımın işletilmesine" ifadesinin, 30. maddesinin (ı) bendinde yer alan "fiyatlandırma ölçütleri" 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; ön yeterlilik ihale ilânında yüklenicinin, tesislerin bakım ve onarımını, görüntüleme laboratuvar ve diğer tıbbî destek hizmetlerini ve bilgi işlem, sterilizasyon, çamaşır, temizlik, güvenlik ve yemek dâhil olmak üzere destek hizmetlerinin sunumunu, sağlık hizmetleriyle uyumlu ve Bakanlık onayını alacak ticari alanların yapımı ve işletilmesini de üstleneceğinin belirtildiği, ancak ilânda 3359 sayılı Kanun'un Ek 7. maddesi ve Yönetmeliğe aykırı olarak, yüklenicilerin bizzat işletilmek üzere ticarî alan inşa etme olanağının bulunmaması gerektiği, ticarî alanların belirsiz olduğu, sağlık tesislerinde hangi hizmet ve alanların yükleniciye devredileceğinin ihale ilânında açık biçimde belirtilmesi gerektiği, 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 unusurlardan biri olarak öngördüğü, yani yükleniciye tıbbî donanımın işletilmesinin verilme zorunluluğunun bulunmadığı, böyle bir işletme hakkı veriliyorsa bile bunun gerekçelendirilerek lüzum unsurunun ortaya konulması

UYAP Bilişim Sisteminde yer alan bu dokümana http://vatandas.uyap.gov.tr adresinden 62vPPbq - uB5aLwB - aQ7rEu2 - mw2c6A= kodu ile erişebilirsiniz.

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 üstelenilecek 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 hizmetler için vatandaşlardan katkı payı alınıp alınmayacağının, alınacaksa ne oranda alınacağının ortaya konulmadığı, yükleniciye işletilmesi bırakılan hizmet ve alanlara ilişkin Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından sigortalı vatandaşlar adına ödeme yapılacak olsa bile, sigortalı olmayanlardan alınacak bedeli ödemeyecek olanların, yükleniciye bırakılan hizmet ve alanlardan yararlanamayacağı, bu düzenlemelerin kamu hizmetinin ücretsiz olması ve arzda ve yararlanmada eşitlik ilkesine aykırı olduğu, bu konuda bir düzenleme yapılmaması nedeniyle, Anayasa'nın 2. maddesine düzenlenen "sosyal devlet ilkesi"nin, 17. maddesinde düzenlenen "yaşam hakkı"nın, 60 maddesinde düzenlenen "sosyal güvenlik hakkı"nın ve 56. maddesinde yer alan "sağlık hakkı"nın ihlâl edildiği, ihale sonucunda devredilen tesis içinde çalışan hekimlerin, hemşirelerin ve teknisyenlerin bir bölümünün Sağlık Bakanlığı 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, "Ameliyathanenin hazır bulundurulması" hizmetinin de yükleniciye bırakıldığı, ancak bu kadar yaşamsal bir hizmetin hayata geçirilmesinde aksaklıklardan kimin sorumlu tutulacağının ve nasıl önleneceğinin belirlenmediği, yaşam hakkına dair böyle bir hususun yükleniciye aktarılmasındaki gerekliliğin ortaya konulmadığı, 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, Kanun ve Yönetmelik tarafından tıbbî hizmetin bütünlüğü ve sürekliliğine ilişkin güvencelerin sağlanmadığı, hizmetin bu yöntemle parçalanması, temel taahhüdü yapım işi olan yüklenicilere, ihale içinde gömülü olarak hizmet imtiyazı tanındığı için bu durumun Anayasa'nın 47. maddesine aykırı olduğu,

UYAP Bilişim Sisteminde yer alan bu dokümana http://vatandas.uyap.gov.tr adresinden 62yPPbq - uB5aLwB - aQ7rEu2 - mw2c6A= kodu ile erişebilirsiniz.

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 hukuka aykırı olduğu; ihalenin ön yeterlilik ilânında ihale usulünün "belli istekliler arasında ihale usulü olarak belirlenmişken, ihalenin "açık eksiltme" usulüyle yapıldığı, ayrıca 30.06.2011 tarihindeki açık eksiltme ihalesinde 3 iş ortaklığının yarıştığı teklifler üzerinden 24 tur yapılarak en sonunda en avantajlı teklifin belirlendiği, ihalenin sonuçlandığı, ancak ihaleyi sonuçlandıran ihale komisyon kararının alınmadığı, kararın alınmamasının usulsüz olduğu, Yönetmeliğin 21. maddesinin 2. fıkrası uyarınca Sağlık Bakanlığı ve Yüksek Planlama Kurulu'nun onayının alınıp alınmama hususunun açıklanmadığı, ihalenin çok uzun sürdüğü, 4734 sayılı Kanun'un 62/b maddesi uyarınca 9 ay içinde ihale sürecinin tamamlanması gerekirken yaklaşık 2 yılda tamamlanmasının hukuka aykırı olduğu, harcama yetkilisi sıfatıyla Kamu Özel Ortaklığı Daire Başkanının işlem yaptığı, ihale kararının 5018 sayılı Kanun uyarınca harcama yetkilisi olarak Müsteşar tarafından onaylanması ya da iptal edilmesi gerektiği, ödenek olmadan ihale 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, diğer illerde de benzer ihalelerin yapıldığının anlaşıldığı, o projelerin de hayata geçmesiyle Sağlık Bakanlığı'nın tüm bütçesinin bile bir yıllık toplam kira bedellerini ödemeye yetmeyeceğinin açık olduğu, Sağlık Bakanlığı'nın 3359 sayılı Kanun'a göre sağlık hizmetlerini yurt çapında dengeli biçimde sağlamakla görevli olduğu, Yönetmelikle yapılan düzenleme ile araştırma geliştirme faaliyetleri ile tıbbî cihaz ve tıbbî sarf malzemesi, ilaç gibi maddelerin karşılanması için kullanılacak döner sermaye kaynaklarının milyarlarca liraya varacak tutarlarının sadece bina inşaatına harcanacağı, yapılacak harcamaların Sağlık Bakanlığı'nın bütçesinde görülmeyecek olması nedeniyle, işin kamuya maliyetinin tam olarak anlaşılamayacağı, Yönetmeliğin 40. maddesinde Bakanlığın sözleşmeyi devir yetkisinden söz edildiği, sözleşmenin kime nasıl devredileceğinin belli olmadığı, sağlık hizmetlerini yürüten Bakanlığın sözleşmeyi devrinin mümkün olmadığı, sözleşmeyi devir yetkisinin hukuka aykırı olduğu, ihalenin yer seçiminin kentsel planlama ölçülerine aykırı olduğu, ihalede şeffaflık, kamuoyu denetimi ve katılımının sağlanmadığı, davalı idarenin kendileriyle hiçbir şekilde işbirliği yapılmadığı 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, henüz ihalenin tamamlanmadığı, o nedenle dava konusu edilebilecek

UYAP Bilişim Sisteminde yer alan bu dokümana http://vatandas.uyap.gov.tr adresinden 62vPPbq - uB5aLwB - aQ7rEu2 - mw2c6A= kodu ile erişebilirsiniz.

kesin ve yürütülebilir bir işlemin bulunmadığı, Yönetmeliğin Resmî Gazete'de ilân tarihinden itibaren dava açılması gerekirken, açılan davanın süresinde olmadığı, bir konunun düzenleyici işlemle düzenlenmesinin yasama yetkisinin devri anlamına gelmediği, idarenin genel düzenleme yetkisi çerçevesinde bir konuda yönetmelikle düzenleme yapma yetkisinin bulunduğu, 3359 sayılı Kanun'un Ek 7. maddesinin son fıkrasına dayanılarak düzenleme yapıldığı, kamu özel ortaklığı modelinin "özelleştirme" veya "devletleştirme" olmadığı, bu nedenle Anayasa'nın 47. maddesi çerçevesinde değerlendirilemeyeceği, 3359 sayılı Kanun'un Ek 7. maddesinde tıbbî hizmetler dışındaki hizmet ve alanların işletilmesi veya kiraya verilmesi hâlinde, bu hususun dikkate alınacağının belirtildiği, bu hükümden bu hizmetlerin işletilmesinin kiralayana verileceği hususunun kendiliğinden ortaya çıktığı, tıbbî hizmetler dışındaki alanların Yönetmeliğin 4. maddesinin (n) bendinde belirtildiği, tıbbî hizmetlerin dışındaki hizmetler de aynı maddenin (o) bendinde belirtildiği, Yönetmeliğin (m) bendinde ise tesislerdeki tıbbî alan dışındaki ticari alanlar ile hizmet alanlarının ne şekilde işletileceğine dair standartları belirleme konusunda Bakanlığa yetki verildiği, bu doğrultuda ihale dokümanına hükümler konulduğu, 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 yüklencinin ihtiyaç hâlinde ve idarenin onayıyla çalışacağı, yüklenicinin sorumluluğunun ortadan kalkmayacağı, alt yükleniciliğin hizmetin aksaması değil, aksamaması için öngörülen istisnaî bir yol olduğu, sağlık tesisinin devlet hastanesi niteliğinde olmaya devam edeceği, sağlık hizmetlerinin de kamu görevlileri tarafından verileceği, Sağlık Bakanlığı'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 değiştirmediği, ihale konusu yerin bir devlet hastanesi olması nedeniyle ayrıca ödeme konusunda bir düzenleme yapılmadığı, sözleşmeye göre Sağlık Bakanlığı'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 verilmeye devam edileceği, kira ödemelerine ilişkin Yönetmelik düzenlemelerinde bir çelişki veya hukuka aykırılık

UYAP Bilişim Sisteminde yer alan bu dokümana http://vatandas.uyap.gov.tr adresinden 62vPPbq - uB5aLwB - aQ7rEu2 - mw2c6A= kodu ile erişebilirsiniz.

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 isteklililer 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 sürdürüldüğü, 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'un hükümlerinin kıyasen uygulanmasına olanak bulunmadığı, Yönetmeliğin 8. maddesinin sürelere ilişkin olduğu, bu konuda boşluk bulunmadığından 4734 sayılı Kanun'un uygulanmayacağı, 4734 sayılı Kanun'da geçen "...yılın ilk 9 ayı ihalenin sonuçlandırılması esastır." kuralının istikrarı sağlamaya yönelik, ödeneklerin zamanında kullanılmasını teminen getirilen bir hüküm olduğu, ancak aksinin ihalenin iptalini gerektirmediği, ayrıca 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 Zühal Aysun SUNAY'ın Düşüncesi : Dava konusu Yönetmeliğin iptali istenilen maddelerinin, 3359 sayılı Kanun'un Ek 7. maddesinin uygulanmasını göstermek üzere Kanun'a uygun olarak, Kanun çerçevesinde düzenlemeler getirdiği sonucuna ulaşılmış, anılan düzenlemelerde hukuka aykırı bir yön görülmemiştir.

Uyuşmazlık konusu Yönetmeliğe dayanılarak yapılan dava konusu, "Ankara Etlik Entegre Sağlık Kampüsü Yapım İşleri ile Ürün ve Hizmetlerin Temin Edilmesi İşi" ihalesi incelendiğinde ise;

3359 sayılı Kanun'un Ek 7. maddesi ve dava konusu Yönetmelik çerçevesinde getirilen sistemde, hazineye ait taşınmazlar üzerinde yüklenici lehine üst hakkı tesis edilmesi, bu taşınmaz üzerinde sağlık tesisi yapım işini üstlenen yüklenicinin aynı zamanda, yapılacak olan sağlık tesisinin tıbbî hizmet dışında hizmetleri ile tıbbî hizmetler dışındaki alanları işletmesi, bu işletme faaliyetinin de kira süresi ve bedelinin tespitinde etkili olması söz konusudur. Ancak, sağlık tesisinden tamamen bağımsız bir taşınmazın, sağlık tesisi konsepti ile herhangi bir ilgisi

UYAP Bilişim Sisteminde yer alan bu dokümana http://vatandas.uyap.gov.tr adresinden 62vPPbq - uB5aLwB - aQ7rEu2 - mw2c6A= kodu ile erişebilirsiniz.

ve uyumu bulunmaksızın, ticari alan olarak işletilmek üzere yüklenici lehine üst hakkı tanınması, söz konusu mevzuata göre yapılan ihaleler çerçevesinde olanaklı değildir.

Bu durumda, dava konusu ihaleye ait Genel Şartnamenin "Proje" başlıklı 1.2. maddesinde, idare tarafından, Ankara Etlik Entegre Sağlık Kampüsü içerisine taşınacak mevcut sağlık tesislerinin (Dr. Sami Ulus Çocuk Hastanesi, Ulus Devlet Hastanesi, Dışkapı Yıldırım Beyazıt Eğitim ve Araştırma Hastanesi, Dışkapı Çocuk Hastanesi, Ulucanlar Göz Hastanesi, Ankara Eğitim Araştırma Hastanesi Ulucanlar Ek Poliklinik Binası, Dr. Zekai Tahir Burak Kadın Doğum Hastanesi, Dr. A.Y. Ankara Onkoloji Eğitim Araştırma Hastanesi) üzerinde bulunduğu taşınmazların da yükleniciye "tıbbî hizmetler dışındaki alanlar" kapsamında bırakılacağına ilişkin düzenlemeye yer verilerek, ilgili mevzuatta dayanağı bulunmayan şartları içeren şartname ile gerçekleştirilen ihalede hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

Her ne kadar dava devam ederken, 09.03.2013 tarih ve 28582 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 6428 sayılı "Sağlık Bakanlığınca 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. maddesinin 2. fıkrasında, "Bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce 3359 sayılı Kanun'un Ek 7'nci maddesi çerçevesinde ihale süreci tamamlanmış olan veya devam eden işlere ait şartnamelerdeki, yüklenici tarafından yapılacak sağlık yerleşkesinin dışındaki taşınmazların ticari alan olarak işletilmek üzere yükleniciye verilebileceğine dair hükümler uygulanmaz ve sağlık yerleşkesi dışındaki taşınmazlar yükleniciye verilmez; ihale iş ve işlemleri ile yapılmış olan sözleşmeler bu hükümler geçerli olmaksızın yürütülür." kuralı getirildiği görülmüşse de, ihale şartnamesinde yer alan bir hukuka aykırılığın, ihalede teklifler alınıp ihale süreci tamamlandıktan sonra getirilen Kanun maddesi ile hukuka uygun hâle getirilmesine olanak bulunmamaktadır.

Öte yandan, ihale sürecinde finansal teklif olarak sunulan P1 teklifler dikkate alınarak bir sıralama yapıldığı ve en uygun teklifin belirlendiği, P1 teklifin ise kampüs dışındaki ticari alanlara ilişkin kâr ve maliyet kalemlerini kapsamadığı anlaşılmakta ise de, Genel Şartnamede teknik ve finansal teklifle ihaleye katılımın gerçekleşeceği, ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesinde fiyat ve fiyat dışı unsurların birlikte dikkate alınacağı belirtilmiş, ayrıca Teknik Tekliflerin Hazırlanmasına İlişkin Talimatlar'ın 4.5. maddesi uyarınca istekliler tarafından sunulması öngörülen "Finansal Model"de tıbbî hizmetler dışındaki alanların sabit yatırım maliyetini ve bu alanlardan elde edilmesi muhtemel gelirleri kapsadığı görülmüştür. Sonuç olarak, ihalenin Genel Şartnamesinde açık olarak yer alan kampüs dışı tıbbî hizmetler dışındaki alanların yükleniciye bırakılacağına ilişkin kuralın, tekliflerin sunulması aşamasında isteklilerin finansal modeli oluşturmaları ve fiyat tekliflerini belirlemeleri sırasında ekonomik açıdan etkili olan bir husus olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatine varılmıştır.Nitekim ihaleye teklif sunan Astaldi S.P.A. & Türkerler İnşaat Turizm Madencilik Enerji Üretim Ticaret Sanayi A.Ş. İş Ortaklığı'nın finansal modelinde kampüs dışı tıbbî hizmetler dışındaki alanların dikkate alındığı görülmektedir.

UYAP Bilişim Sisteminde yer alan bu dokümana http://vatandas.uyap.gov.tr adresinden 62vPPbq - uB5aLwB - aQ7rEu2 - mw2c6A= kodu ile erişebilirsiniz.

Açıklanan nedenlerle, 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 istenilen maddeleri açısından davanın reddi, anılan Yönetmeliğe dayanılarak yapılan ve hukuka aykırı şartlar ihtiva eden şartname ile gerçekleştirilen dava konusu "Ankara Etlik Entegre Sağlık Kampüsü Yapım İşleri ile Ürün ve Hizmetlerin Temin Edilmesi İşi"ne ilişkin ihalenin iptali gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Aydın KURTULUŞ'un Düşüncesi : Dava; Sağlık Bakanlığı Kamu Özel Ortaklığı Daire Başkanlığı tarafından, "Ankara Etlik Entegre Sağlık Kampüsü Yapım İşleri ile Ürün ve Hizmetlerin Temin Edilmesi İşi"ne ilişkin 30.06.2011 tarihinde yapılan ihalenin 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 "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 "Tıbbî 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, 30. maddesinin (i) bendinde yer alan "ve uygun görülen donanımın işletilmesine" ifadesinin, 30. maddesinin (ı) bendinde yer alan "fiyatlandırma ölçütleri" 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 istemiyle açılmıştır.

Dava konusu Yönetmeliğin iptali istenilen maddelerinin, 3359 sayılı Kanun'un Ek 7. maddesinin uygulanmasını göstermek üzere Kanuna uygun olarak, Kanun çerçevesinde düzenlemeler getirdiği sonucuna ulaşılmış, anılan düzenlemelerde hukuka aykırı bir yön görülmemiştir.

Uyuşmazlık konusu Yönetmeliğe dayanılarak yapılan dava konusu, "Ankara Etlik Entegre Sağlık Kampüsü Yapım İşleri ile Ürün ve Hizmetlerin Temin Edilmesi İşi" ihalesi incelendiğinde ise:

3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun, dava konusu ihale işlemi tarihinde yürürlükte olan Ek 7. maddesinde, "Yapılmasının gerekli olduğuna Yüksek Planlama Kurulu tarafından karar verilen sağlık tesisleri, Sağlık Bakanlığınca 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. (Ek cümle: 11/10/2011 -

UYAP Bilişim Sisteminde yer alan bu dokümana http://vatandas.uyap.gov.tr adresinden 62vPPbq - uB5aLwB - aQ7rEu2 - mw2c6A= kodu ile erişebilirsiniz.

KHK/663/58.md.) 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 kullanılamayacağına, 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.

Bu şekilde yapılacak kiralama işlemlerine ait kira bedelleri Sağlık Bakanlığına bağlı Döner Sermaye İşletmelerince ödenir.

Sağlık Bakanlığının kullanımında bulunan sağlık tesislerinin, öngörülecek proje ve belirlenecek esaslar doğrultusunda yenilenmesi; tesislerdeki tıbbî hizmet alanları dışındaki hizmet ve alanların işletilmesi karşılığında, sözleşmeyle gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine yaptırılabilir.

Bu madde kapsamında yapılacak yatırımlarla ilgili olarak, otuzaltı aylık süreyi geçmemek ve sözleşmede belirlenecek inşaat yapım süresi ile sınırlı olmak kaydıyla, Sağlık Bakanlığı ile gerçek veya özel hukuk tüzel kişileri arasında yapılacak her türlü iş ve işlemler ile düzenlenecek kağıtlar, 1.7.1964 tarihli ve 488 sayılı Damga Vergisi Kanununa göre alınan damga vergisi ile 2.7.1964 tarihli ve 492 sayılı Harçlar Kanunu uyarınca alınan harçlardan müstesnadır.

Bu Maddeye göre yapılacak iş ve işlemler, 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile 04.01.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na tâbi değildir.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin esas ve usuller ile ihale yöntemi; gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerinde aranılacak nitelikler, sözleşmelerin kapsamı ve konuya ilişkin diğer hususlar Maliye Bakanlığı, Sağlık Bakanlığı, Devlet Planlama Teşkilatı ve Hazine müsteşarlıklarınca müştereken hazırlanarak Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulur." kuralı yer almıştır.

09.03.2013 günlü ve 28582 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 12. maddesinde, 7/5/1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun ek 7 nci maddesi yürürlükten kaldırıldığı, mevzuatta 3359 sayılı Kanunun ek 7 nci maddesine yapılan atıfların bu Kanuna yapılmış sayılacağı belirtilmiş;

UYAP Bilişim Sisteminde yer alan bu dokümana http://vatandas.uyap.gov.tr adresinden 62vPPbq - uB5aLwB - aQ7rEu2 - mw2c6A= kodu ile erişebilirsiniz.

Geçici 1. maddesinin 2. fıkrasında ise, "Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce 3359 sayılı Kanunun ek 7 nci maddesi çerçevesinde ihale süreci tamamlanmış olan veya devam eden işlere ait şartnamelerdeki, yüklenici tarafından yapılacak sağlık yerleşkesinin dışındaki taşınmazların ticari alan olarak işletilmek üzere yükleniciye verilebileceğine dair hükümler uygulanmaz ve sağlık yerleşkesi dışındaki taşınmazlar yükleniciye verilmez; ihale iş ve işlemleri ile yapılmış olan sözleşmeler bu hükümler geçerli olmaksızın yürütülür." hükmü yer almıştır.

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 "Amaç" başlıklı 1. maddesinde, "Bu Yönetmeliğin amacı; 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun Ek 7'nci maddesi uyarınca; yapılmasının gerekli olduğuna Yüksek Planlama Kurulu tarafından karar verilen sağlık tesislerinin, Sağlık Bakanlığınca verilecek ön proje ve belirlenecek temel standartlar çerçevesinde, kendisine veya Hazineye ait taşınmazlar üzerinde ihale ile belirlenecek gerçek kişilere veya özel hukuk tüzel kişilerine kırkdokuz yılı geçmemek şartıyla belirli süre ve bedel üzerinden kiralama karşılığı yaptırılmasına, bu amaçla Maliye Bakanlığınca Hazineye ait taşınmazlar üzerinde gerçek kişiler veya özel hukuk tüzel kişileri lehine bedelsiz olarak kırkdokuz yıla kadar üst hakkı tesis edilmek suretiyle bu taşınmazların devredilmesine; kira bedeli ve kiralama süresinin tespitine, sağlık tesislerindeki tıbbî hizmet alanları dışındaki hizmet ve alanların işletilmesi karşılığında yenilenmesine, ihale yöntemlerine, isteklilerde aranacak niteliklerin belirlenmesine, sözleşmelerin kapsamına ve diğer hususlara dair usul ve esasları belirlemektir." düzenlemesi; "Tanımlar" başlıklı 4. maddesinde, tıbbî hizmetler dışındaki alanların, ihale dokümanında belirtilen şartlara uygun olarak, otopark, otel, banka şubesi, restoran, kafeterya, konferans ve kültür merkezi, internet ve iletişim merkezi, yaşlı bakım evi, kreş, personel servisi, taksi hizmetleri ve benzeri ulaştırma hizmetleri, zayıflama ve diyet merkezi gibi ön proje ile tanımlanacak olan, sağlık tesisi konsepti ile uyumlu alanları; üst hakkı sözleşmesinin ise, bu Yönetmeliğin uygulamasında, üst hakkı sözleşmesinin, sağlık tesislerinin Hazineye ait taşınmazlar üzerinde kiralama karşılığında yaptırılması hâlinde, bu taşınmazlar üzerinde yüklenici lehine bedelsiz olarak kırkdokuz yıla kadar üst hakkı tesis edilmek suretiyle bu taşınmazların devredilmesine ilişkin olan ve (j) bendinde tanımlanan sözleşmeye dayanan, sözleşme ve eklerini ifade ettiği belirtilmiş, Yönetmeliğin 6. maddesinin 2. fıkrasında, "Sağlık tesislerindeki tıbbî hizmetler dışındaki hizmet ve alanların işletilmesi yükleniciye bırakılabilir. Bu durumda kira bedelinin hesabı yükleniciye bırakılan tıbbî hizmetler dışındaki alan ve hizmetler dikkate alınarak yapılır. Kira bedeli hesabında dikkate alınmak kaydıyla, yaptırılacak sağlık tesislerindeki tüm tıbbî ekipmanlar ile mefruşatın yüklenici tarafından sağlanması ihale dokümanları ve sözleşme çerçevesinde öngörülebilir."kuralı, 31 . maddesinin 1. fıkrasında ise, "Bakanlığın talebi üzerine Maliye Bakanlığınca, a) Bakanlıkça bu Yönetmelik kapsamında üzerinde sağlık tesisleri yapılmasına karar verilen Hazinenin özel

UYAP Bilişim Sisteminde yer alan bu dokümana http://vatandas.uyap.gov.tr adresinden 62vPPbq - uB5aLwB - aQ7rEu2 - mw2c6A= kodu ile erişebilirsiniz.

mülkiyetindeki taşınmazlardan, b) Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunup tescili mümkün olan yerlerden, Maliye Bakanlığınca da uygun görülenler üzerinde, yüklenici lehine bedelsiz olarak kırkdokuz yıla kadar üst hakkı tesis edilebilir. " düzenlemesi yer almıştır.

Dosyanın incelenmesinden; 02.09.2009 tarih ve 2009/T-24 sayılı Yüksek Planlama Kurulu kararıyla yapılmasına karar verilen Ankara Etlik Entegre Sağlık Kampüsü Projesinin gerçekleştirilmesi için,Yönetmeliğin 19. maddesinin (b) bendi uyarınca belli istekliler arasında ihale usulüyle "Ankara Etlik Entegre Sağlık Kampüsü Yapım İşleri ile Ürün ve Hizmetlerin Temin Edilmesi İşi"ne ilişkin ihale onayının alındığı, yatırım dönemi 42 ay, işletme dönemi 25 yıl olarak öngörülen proje için ihale ilânlarının yapılarak ön yeterlilik ihalesinin gerçekleştirildiği, 30.04.2010 tarihinde gerçekleştirilen ön yeterlilik ihalesi sonucunda ihaleye katılan 9 firmanın tamamının yeterli görülerek ihaleye davet edildiği, 28.01.2011 tarihli ihaleye 3 firmanın teklif, 1 firmanın ise teşekkür mektubu sunduğu, bu üç firmanın nihai teklif vermek üzere davet edildiği, 24.06.2011 tarihinde nihaî teklif veren 3 firma arasında 30.06.2011 tarihinde gerçekleşen açık eksiltme sonucu en düşük P1 teklifi sunan Astaldi S.P.A. ve Türkerler İnşaat Turizm Madencilik Enerji Üretim Ticaret ve Sanayi A.Ş. iş ortaklığı ile sözleşme imzalandığı, dava konusu ihaleye ait Genel Şartnamenin "Proje" başlıklı 1.2. maddesinde, idare tarafından, Ankara Etlik Entegre Sağlık Kampüsü içerisine taşınacak mevcut sağlık tesislerinin üzerinde bulunduğu taşınmazların da yükleniciye "tıbbî hizmetler dışındaki alanlar" kapsamında bırakılacağına ilişkin düzenlemeye yer verildiği, dosya kapsamındaki belgeler arasında yer alan "Ticari Alanlar" başlıklı belge incelendiğinde, tıbbî hizmet dışındaki alanların kampüs içinde ve kampüs dışında olmak üzere iki grupta toplandığı, kampüs dışındaki alanların yukarıda adı geçen mevcut sağlık tesislerine ait taşınmazlar olduğu, isteklilerin teklif ettikleri ticari alanların emsaline denk gelen alan kadar üst hakkı kazanımı elde edeceği, istekli tarafından ticari alan teklif edilmemesi hâlinde ticari alan hakkından feragat etmiş sayılacağı, kampüs içinde ve dışında kullanılacak ticari alanların gelirleri ve yatırım bedelinin fizibilite raporunda gösterileceği, kampüs dışındaki alanların, kampüs alanına taşındıktan sonra teslim edileceği, mevcut binaların kapalı alanları kadar yeni bina yapılabileceği açıklamasının getirildiği, genel şartname düzenlemesinin, hiçbir şekilde ihale sürecindeki teklifleri ve ihale sonucunu etkilemediği, söz konusu düzenlemenin, ihale uhdesinde kalan firmaya Sağlık Bakanlığı tarafında ödenecek kira bedelinin belirlenmesi aşamasında kira bedelinde indirime gidilmesinde etkili olduğu, başkaca herhangi bir etkisinin bulunmadığı, dava konusu proje kapsamında Genel Şartnamenin 1.2. maddesi uyarınca, entegre sağlık tesisi dışında "tesis dışı ticari alan" uygulamasının sözkonusu olmadığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda, 02.09.2009 tarih ve 2009/T-24 sayılı Yüksek Planlama Kurulu kararıyla yapılmasına karar verilen Ankara Etlik Entegre Sağlık Kampüsü Projesinin gerçekleştirilmesi için belli istekliler arasında ihale usulüyle "Ankara Etlik Entegre Sağlık Kampüsü Yapım İşleri ile Ürün ve Hizmetlerin Temin Edilmesi İşi"ne ilişkin ihale onayının alındığı, 30.04.2010 tarihinde gerçekleştirilen ön yeterlilik ihalesi sonucunda ihaleye katılan 9 firmanın tamamının yeterli

UYAP Bilişim Sisteminde yer alan bu dokümana http://vatandas.uyap.gov.tr adresinden 62vPPbq - uB5aLwB - aQ7rEu2 - mw2c6A= kodu ile erişebilirsiniz.

mülkiyetindeki taşınmazlardan, b) Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunup tescili mümkün olan yerlerden, Maliye Bakanlığınca da uygun görülenler üzerinde, yüklenici lehine bedelsiz olarak kırkdokuz yıla kadar üst hakkı tesis edilebilir. " düzenlemesi yer almıştır.

Dosyanın incelenmesinden; 02.09.2009 tarih ve 2009/T-24 sayılı Yüksek Planlama Kurulu kararıyla yapılmasına karar verilen Ankara Etlik Entegre Sağlık Kampüsü Projesinin gerçekleştirilmesi için,Yönetmeliğin 19. maddesinin (b) bendi uyarınca belli istekliler arasında ihale usulüyle "Ankara Etlik Entegre Sağlık Kampüsü Yapım İşleri ile Ürün ve Hizmetlerin Temin Edilmesi İşi"ne ilişkin ihale onayının alındığı, yatırım dönemi 42 ay, işletme dönemi 25 yıl olarak öngörülen proje için ihale ilânlarının yapılarak ön yeterlilik ihalesinin gerçekleştirildiği, 30.04.2010 tarihinde gerçekleştirilen ön yeterlilik ihalesi sonucunda ihaleye katılan 9 firmanın tamamının yeterli görülerek ihaleye davet edildiği, 28.01.2011 tarihli ihaleye 3 firmanın teklif, 1 firmanın ise teşekkür mektubu sunduğu, bu üç firmanın nihai teklif vermek üzere davet edildiği, 24.06.2011 tarihinde nihaî teklif veren 3 firma arasında 30.06.2011 tarihinde gerçekleşen açık eksiltme sonucu en düşük P1 teklifi sunan Astaldi S.P.A. ve Türkerler İnşaat Turizm Madencilik Enerji Üretim Ticaret ve Sanayi A.Ş. iş ortaklığı ile sözleşme imzalandığı, dava konusu ihaleye ait Genel Şartnamenin "Proje" başlıklı 1.2. maddesinde, idare tarafından, Ankara Etlik Entegre Sağlık Kampüsü içerisine taşınacak mevcut sağlık tesislerinin üzerinde bulunduğu taşınmazların da yükleniciye "tıbbî hizmetler dışındaki alanlar" kapsamında bırakılacağına ilişkin düzenlemeye yer verildiği, dosya kapsamındaki belgeler arasında yer alan "Ticari Alanlar" başlıklı belge incelendiğinde, tıbbî hizmet dışındaki alanların kampüs içinde ve kampüs dışında olmak üzere iki grupta toplandığı, kampüs dışındaki alanların yukarıda adı geçen mevcut sağlık tesislerine ait taşınmazlar olduğu, isteklilerin teklif ettikleri ticari alanların emsaline denk gelen alan kadar üst hakkı kazanımı elde edeceği, istekli tarafından ticari alan teklif edilmemesi hâlinde ticari alan hakkından feragat etmiş sayılacağı, kampüs içinde ve dışında kullanılacak ticari alanların gelirleri ve yatırım bedelinin fizibilite raporunda gösterileceği, kampüs dışındaki alanların, kampüs alanına taşındıktan sonra teslim edileceği, mevcut binaların kapalı alanları kadar yeni bina yapılabileceği açıklamasının getirildiği, genel şartname düzenlemesinin, hiçbir şekilde ihale sürecindeki teklifleri ve ihale sonucunu etkilemediği, söz konusu düzenlemenin, ihale uhdesinde kalan firmaya Sağlık Bakanlığı tarafında ödenecek kira bedelinin belirlenmesi aşamasında kira bedelinde indirime gidilmesinde etkili olduğu, başkaca herhangi bir etkisinin bulunmadığı, dava konusu proje kapsamında Genel Şartnamenin 1.2. maddesi uyarınca, entegre sağlık tesisi dışında "tesis dışı ticari alan" uygulamasının sözkonusu olmadığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda, 02.09.2009 tarih ve 2009/T-24 sayılı Yüksek Planlama Kurulu kararıyla yapılmasına karar verilen Ankara Etlik Entegre Sağlık Kampüsü Projesinin gerçekleştirilmesi için belli istekliler arasında ihale usulüyle "Ankara Etlik Entegre Sağlık Kampüsü Yapım İşleri ile Ürün ve Hizmetlerin Temin Edilmesi İşi"ne ilişkin ihale onayının alındığı, 30.04.2010 tarihinde gerçekleştirilen ön yeterlilik ihalesi sonucunda ihaleye katılan 9 firmanın tamamının yeterli

UYAP Bilişim Sisteminde yer alan bu dokümana http://vatandas.uyap.gov.tr adresinden 62vPPbq - uB5aLwB - aQ7rEu2 - mw2c6A= kodu ile erişebilirsiniz.

görülerek ihaleye davet edildiği, 28.01.2011 tarihli ihaleye 3 firmanın teklif, 1 firmanın ise teşekkür mektubu sunduğu, bu üç firmanın nihai teklif vermek üzere davet edildiği, 24.06.2011 tarihinde nihaî teklif veren 3 firma arasında 30.06.2011 tarihinde gerçekleşen açık eksiltme sonucu en düşük P1 teklifi sunan Astaldi S.P.A. ve Türkerler İnşaat Turizm Madencilik Enerji Üretim Ticaret ve Sanayi A.Ş. iş ortaklığı ile sözleşme imzalandığı ve genel şartname düzenlemesinin, hiçbir şekilde ihale sürecindeki teklifleri ve ihale sonucunu etkilemediği, söz konusu düzenlemenin, ihale uhdesinde kalan firmaya Sağlık Bakanlığı tarafında ödenecek kira bedelinin belirlenmesi aşamasında kira bedelinde indirime gidilmesinde etkili olduğu, başkaca herhangi bir etkisinin bulunmadığı hususları ve davacı tarafından ileri sürülen diğer hususlar, dava konusu ihale işlemini sakatlar nitelikte görülmemiştir.

Diğer taraftan, 6428 sayılı Kanun'un Geçici 1. maddesinin 2. fıkrası hükmü uyarınca ihale iş ve işlemleri ile yapılmış olan sözleşmelerin bu madde hükmünde belirtilen şartlar dâhilinde yürütüleceği de açıktır.

Açıklanan nedenlerle, davanın reddi gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

Dava, Sağlık Bakanlığı Kamu Özel Ortaklığı Daire Başkanlığı tarafından, "Ankara Etlik Entegre Sağlık Kampüsü Yapım İşleri ile Ürün ve Hizmetlerin Temin Edilmesi İşi"ne ilişkin 30.06.2011 tarihinde yapılan açık eksiltme ihalesinin 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 "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 "Tıbbî 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, 30. maddesinin (i) bendinde yer alan "ve uygun görülen donanımın işletilmesine" ifadesinin, 30. maddesinin (ı) bendinde yer alan "fiyatlandırma ölçütleri" 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 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun Ek 7. maddesinin iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması istemiyle açılmıştır.

UYAP Bilişim Sisteminde yer alan bu dokümana http://vatandas.uyap.gov.tr adresinden 62vPPbq - uB5aLwB - aQ7rEu2 - mw2c6A= kodu ile erişebilirsiniz.

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 kullanılamayacağına, 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.

Bu şekilde yapılacak kiralama işlemlerine ait kira bedelleri Sağlık Bakanlığına bağlı Döner Sermaye İşletmelerince ödenir.

Sağlık Bakanlığının kullanımında bulunan sağlık tesislerinin, öngörülecek proje ve belirlenecek esaslar doğrultusunda yenilenmesi; tesislerdeki tıbbî hizmet alanları dışındaki hizmet ve alanların işletilmesi karşılığında, sözleşmeyle gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine yaptırılabilir.

Bu madde kapsamında yapılacak yatırımlarla ilgili olarak, otuzaltı aylık süreyi geçmemek ve sözleşmede belirlenecek inşaat yapım süresi ile sınırlı olmak kaydıyla, Sağlık Bakanlığı ile gerçek veya özel hukuk tüzel kişileri arasında yapılacak her türlü iş ve işlemler ile düzenlenecek kâğıtlar, 1.7.1964 tarihli ve 488 sayılı Damga Vergisi Kanunu'na göre alınan damga vergisi ile 2.7.1964 tarihli ve 492 sayılı Harçlar Kanunu uyarınca alınan harçlardan müstesnadır.

Bu maddeye göre yapılacak iş ve işlemler, 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile 4.1.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na tâbi değildir.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin esas ve usuller ile ihale yöntemi; gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerinde aranılacak nitelikler, sözleşmelerin kapsamı ve konuya ilişkin diğer hususlar Maliye Bakanlığı, Sağlık Bakanlığı, Devlet Planlama Teşkilatı ve Hazine Müsteşarlıklarınca müştereken hazırlanarak Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulur." kuralı yer almıştır.

Anılan maddenin sekizinci fıkrası uyarınca Maliye Bakanlığı, Sağlık Bakanlığı, Devlet Planlama Teşkilatı ve Hazine Müsteşarlığı tarafından müştereken hazırlanarak 03.07.2006 tarihli Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulan ve 3359 sayılı Kanun'n Ek 7. maddesine ilişkin esas ve usuller ile ihale yöntemi; gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerinde aranılacak nitelikler, sözleşmelerin kapsamı ve konuya ilişkin diğer hususları düzenleyerek, anılan maddede belirtildiği şekilde ve bu sınırlar çerçevesinde yapılan uyuşmazlık konusu Yönetmelikte bu yönüyle hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

UYAP Bilişim Sisteminde yer alan bu dokümana http://vatandas.uyap.gov.tr adresinden 62vPPbq - uB5aLwB - aQ7rEu2 - mw2c6A= kodu ile erişebilirsiniz.

Yönetmeliğin 4. maddesinin "Sözleşme" tanımında yer alan "özel hukuk hükümlerine göre yapılan" ifadesi incelendiğinde;

Yönetmeliğin "Tanımlar" başlıklı 4. maddesinde, sözleşmenin; yapım ve yenileme işlemleri ile ilgili olarak idare ile yüklenici arasında **özel hukuk hükümlerine göre yapılan,** Hazineye ait taşınmaz üzerinde yüklenici lehine bedelsiz olarak kırkdokuz yıla kadar üst hakkı tesis edilmek suretiyle taşınmazların devredilmesi hâlinde, üst hakkı sözleşmesine esas teşkil eden ve onun ayrılmaz parçası olan sözleşme ve eklerini ifade ettiği düzenlenmiştir.

Davacı tarafından; sözleşmenin özel hukuk hükümlerine tabi olacağı hususunun Anayasa'nın 47. maddesi uyarınca ancak kanunla belirlenecek bir husus olduğu, bu konuda yönetmelikle düzenleme yapılmasının hukuka aykırı olduğu ileri sürülmüş; davalı idare tarafından ise, dava konusu ihale sonucunda imzalanan sözleşmeyle kamu hizmeti niteliğindeki sağlık hizmetinin özel kişilere gördürülmesinin söz konusu olmadığı, sağlık hizmetinin idare tarafından verilmeye devam edeceği, bu nedenle Anayasa'nın 47. maddesi çerçevesinde kanunla düzenleme yapılmasının gerekmediği savunulmuştur.

Dava konusu Yönetmelik uyarınca yapılacak ihalelerin sonucunda yüklenici özel kişi ile Bakanlık arasında imzalanacak sözleşmenin hangi hukuki rejime tabi olduğu konusunda 3359 sayılı Kanun'un Ek 7. maddesinde herhangi bir belirlemede bulunulmamıştır. Bu noktada değerlendirilmesi gereken husus, bu tür sözleşmelerin "özel hukuk sözleşmeleri" olarak öngörülmesinin mümkün olup olmadığı, bunların "imtiyaz sözleşmesi" niteliğinde olup olmadığı ve bu açıdan anılan Yönetmelik hükmünün hukuka uygun olup olmadığıdır.

Öncelikle belirtilmesi gerekir ki, idarenin taraf olduğu sözleşmelerin tamamının kamu hukuku rejimine dayalı "idarî sözleşme" olarak kabul edilmesine olanak bulunmamaktadır. İdarenin taraf olduğu sözleşmelerden, konusu bir kamu hizmetinin özel kişilerce yürütülmesi olan "kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri", memurlar dışında kamu görevlisi niteliğindeki personelin idarece istihdamına ilişkin "idarî hizmet sözleşmeleri" ile "kamu istikraz (borçlanma) sözleşmeleri" idare hukukunda idarî sözleşmeler olarak kabul edilmektedir. Buna karşın bir kamu hizmeti kullanıcısı ile hizmeti yürüten idare arasındaki "abonman sözleşmeleri" özel hukuk sözleşmeleridir. Aynı şekilde kamu ihaleleri sonucunda ihaleyi kazanan özel kişiyle idare arasında imzalanan "ihale sözleşmeleri", hukukumuzda özel hukuk sözleşmeleri olarak kabul edilmektedir. Bunun istisnası ise, kamu hizmeti yürütülmesi için özel kişiye "imtiyaz" verilmek istendiğinde, bu imtiyazın verileceği özel kişinin ihale ile belirlenmesi durumunda, ihaleyi kazanan kişi ile idare arasında imzalanacak "kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi"nin idari sözleşme olması, yani özel hukuk değil, kamu hukuku rejimine tabi bulunmasıdır.

Anayasa'nın 47. maddesinde 1999 yılında yapılan değişiklikle, kanunla öngörülmek kaydıyla bazı kamu hizmetlerinin özel kişilerce yürütülmesinin istisnai olarak "özel hukuk sözleşmeleri" ile de yapılabilmesine olanak tanınmıştır.

UYAP Bilişim Sisteminde yer alan bu dokümana http://vatandas.uyap.gov.tr adresinden 62vPPbq - uB5aLwB - aQ7rEu2 - mw2c6A= kodu ile erişebilirsiniz.

Sonuç olarak, bir kamu ihalesi sonucunda ihaleyi kazanan özel kişi ile idare arasında imzalanan sözleşmenin özel hukuk değil, kamu hukuku rejimine tabi olması ancak bu sözleşme konusunun kamu hizmeti niteliğinde olması ve o kamu hizmetinin özel hukuk sözleşmesi ile de yürütülmesine açıkça izin veren bir kanun hükmünün bulunmaması hâlinde söz konusudur.

Bu noktada, 3359 sayılı Kanun ve Yönetmelikle düzenlenen sağlık tesislerinin, kiralama karşılığı yaptırılması ile tesislerdeki tıbbî hizmet alanları dışındaki hizmet ve alanların işletilmesi karşılığında yenilenmesine ilişkin modelin bu açıdan incelenmesi gerekmektedir. Bu modelde, özel kişilere bırakılan, esas olarak bir kamu hizmeti olan sağlık hizmetinin yürütülmesi değil, idarenin yürüteceği bir kamu hizmeti için "sağlık tesisi yapımı"dır. Bu model için zorunlu olmamakla beraber, kiralama süresinin ve kira bedelinin tespitinde etkili olmak üzere, tesisi yapan özel kişinin sağlık tesisine ilişkin birtakım yan ve tali hizmet ve faaliyetlerin işletmesi mümkün olmakla birlikte, bu tür faaliyetler teknik anlamda "kamu hizmeti" sayılması söz konusu değildir. Sonuç olarak bu modelde, kamu hizmeti idare tarafından görülmeye devam ederken, yüklenici; tesis yapımını, tıbbî hizmet dışındaki hizmetin verilmesini, tıbbî hizmet dışındaki alanların işletilmesini ve tesiste kullanılacak ekipmana ilişkin malın tedarikini üstlenmektedir.

Bu noktadan hareketle; Kanun ve ilgili Yönetmelik uyarınca kamu hizmeti dışında birtakım yan ve ikincil hizmetlerin özel kişiler tarafından yürütümüyle yetinildiğinden, bir kamu hizmetinin yürütülmesi söz konusu değildir. Bu durumda, Anayasa'nın 47. maddesi gereğince kanunla bir düzenleme yapılması zorunluluğu olmaması nedeniyle, dava konusu Yönetmelikte yapılan sözleşme tanımındaki **"özel hukuk hükümlerine göre yapılan"** ifadesinde hukuka aykırı bir yön görülmemiştir.

Yönetmeliğin 4. maddesinin "Tıbbî hizmetler dışındaki hizmetler" tanımı incelendiğinde;

Yönetmeliğin "Tanımlar" başlıklı 4. maddesinde; "Tıbbî hizmetler dışındaki hizmetler: Sözleşme hükümlerine göre, yüklenici tarafından üstlenilen tıbbî destek hizmetleri ile bilgi işlem, hasta danışmanlığı, sterilizasyon, çamaşırhane, temizlik, güvenlik, yemekhane, arşivleme ve benzeri hizmetleri; aydınlatma, asansör, ısıtma, soğutma, havalandırma, tıbbî gaz, su ve enerji temini, atık ve atık su uzaklaştırma hizmetleri de dâhil olmak üzere binaların tamiri, bakımı ve işletilmesi, park ve bahçe bakımı ve kara, hava, deniz ambulans hizmetleri ile morg ve gasilhane hizmetlerini" ifade edeceği düzenlenmiştir.

Davacı tarafından; "tıbbî hizmetler dışında hizmetler" tanımı yapılırken sağlık hizmeti ile doğrudan ilintili "tıbbî destek hizmetleri" tanımının yapılmamasının hukuka aykırı olarak eksik düzenleme getirdiği, "tıbbî destek hizmeti" tanımının açıkça yapılmaması nedeniyle, destek hizmeti olarak görülen, ancak asli tıbbî hizmet niteliğindeki hizmetlerin özel kişilerden alınmasının söz konusu olabileceği ileri sürülmüş; davalı idare tarafından ise, tıbbî destek

UYAP Bilişim Sisteminde yer alan bu dokümana http://vatandas.uyap.gov.tr adresinden 62vPPbq - uB5aLwB - aQ7rEu2 - mw2c6A= kodu ile erişebilirsiniz.

hizmetlerinin "tıbbî hizmet" dışındaki hizmetleri kapsadığı, asli tıbbî hizmetlerin idare tarafından verileceği, kaldı ki sağlık hizmetinin özel kişilere gördürülmesine hukuken bir engel bulunmadığı belirtilmiştir.

3359 sayılı Kanun'un Ek 7. maddesi ve dava konusu Yönetmelikle öngörülen sistemde, kamu hizmeti niteliği tartışmasız olan asli sağlık hizmetlerinin, sağlık tesisini yapacak özel kişiye devri söz konusu olmamaktadır. Bu tür asli sağlık hizmetlerinin Bakanlık, yani idare tarafından yürütülmesi esası benimsemiştir. Buna karşın, bir zorunluluk olmayıp sadece bir seçenek olmak kaydıyla, kiralama süresinin ve bedelinin berilenmesinde etkili olmak üzere "tıbbî destek hizmetleri"nin yüklenici özel kişi tarafından yürütülmesi olanağı tanınmıştır.

Bu noktada değerlendirilmesi gereken husus, tıbbî destek hizmetlerinin kamu görevlileri dışında özel kişilere, özel hukuk sözleşmesiyle gördürülüp gördürülmeyeceği hususudur. Öncelikle yapılması gereken "tıbbî destek hizmetleri"nin kamu hizmeti olarak kabul edilip edilmediğini belirlemektir. Eğer kamu hizmeti değilse, kamu hizmeti niteliği taşımayan bir faaliyetin özel kişilerce ve özel hukuk sözleşmeleriyle gördürülmesine bir engel bulunmamaktadır. Ancak, ilgili mevzuat değerlendirildiğinde, "tıbbî destek hizmetleri" ifadesinden somut olarak hangi hizmetlerin anlaşılması gerektiğini ortaya koyan açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, bu hizmetler kural olarak asli sağlık hizmeti niteliğini taşımasa da, bazı hizmetler açısından asli tıbbî hizmetler, yani asli sağlık hizmetleri niteliğini taşıdığı varsayılarak bir değerlendirme yapılması zorunluluğu doğmuştur.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 36. maddesinin "III- SAĞLIK HİZMETLERİ VE YARDIMCI SAĞLIK HİZMETLERİ SINIFI" başlıklı bendine eklenen kural, "Bu sınıfa dâhil personel tarafından yerine getirilmesi gereken hizmetler, lüzumu hâlinde bedeli döner sermaye gelirlerinden ödenmek kaydıyla, Bakanlıkça tespit edilecek esas ve usullere göre hizmet satın alınması yoluyla gördürülebilir." biçiminde düzenlenmiştir.

Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrasında, "Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür" kuralı yer almaktadır. Bu kuralla açıkça memur ve kamu görevlisi tanımı yapılmamış, onlara gördürülecek iş belirlenme yoluna gidilmiştir.

Anayasa'nın 47. maddesine eklenen dördüncü fıkra ile, kamu hizmetlerinden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile üçüncü kişilere yaptırılabileceği veya bunlara devredilebileceği konusunda yasama organı yetkili kılınmıştır.

Anayasa'nın 5. maddesinde, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak şekilde sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak, devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmış; 56. maddesinde ise, "Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak,

UYAP Bilişim Sisteminde yer alan bu dokümana http://vatandas.uyap.gov.tr adresinden 62vPPbq - uB5aLwB - aQ7rEu2 - mw2c6A= kodu ile erişebilirsiniz.

işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir." kuralına yer verilmiştir.

En geniş tanımı ile kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzelkişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, ortak gereksinimleri karşılamak ve kamu yararını sağlamak için topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir. Toplumsal yaşamın zorunlu gereksinimlerinden olan düzenlilik ve süreklilik isteyen sağlık hizmeti de, niteliği gereği kamu hizmeti olarak değerlendirilmektedir.

Sağlık hizmetleri nitelikleri gereği diğer kamu hizmetlerinden farklıdır. Sağlık hizmetinin temel hedefi olan insan sağlığı sorunu, ertelenemez ve ikame edilemez. Bilime dayalı olması gereken tanı ve tedavi metotlarının insan yararına sürekli yenilik ve gelişme göstermesi, hizmet kalite ve beklentilerini çağın koşullarına yaklaştırmayı gerektirmektedir. Bu yönüyle sağlık hizmetleri, kendi iç dinamikleri ve nitelikleri gereği üretilmesi ve halk yararına sunulmasında özel sektörün kazanç, rekabet ve büyüme dinamiklerinden yararlanacak türdeki hizmetlerdendir.

Bu çerçevede, sağlık hizmeti talebini en doğru şekilde karşılamak, yüksek sermaye grubuna dâhil sürekli yenilenen teknoloji elde etmek ve cihaz-ekipman-sigorta-bakım-yenileme maliyetlerini en düşük seviyeye indirmek, birden çok kuruma ortak hizmet alanı oluşturmak, yetersiz ve kısıtlı kalifiye insan gücü kaynağını değerlendirerek hizmette etkinlik ve verimlilik sağlamak, değişen şartlara ve ihtiyaca göre hizmet planlama ve sunumunu yapmak, kaynak kullanımı kontrollü, kaliteyi yükselten, maliyeti düşüren etkin, süratli, kesintisiz bir sağlık hizmeti sunmak, gereksiz bina ve cihaz alımının önüne geçmek, kurumlar arası işbirliği ve halkın sosyal memnuniyetini arttırmak, sağlık hizmetleri yönünden Devlet için bir kamusal zorunluluk ve sosyal devlet olmanın gereğidir.

Anayasa'nın 47. maddesi ile 128. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, sağlık hizmetlerinin bütünüyle devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu bir kamu hizmeti şeklinde nitelendirilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla sağlık hizmetinin tamamının salt memur ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerektiğinden söz edilemeyeceği gibi, 47. maddesinde öngörülen kural kapsamında bunun özel hukuk sözleşmeleri ile üçüncü kişilere yaptırılabilmesi de mümkündür.

Sonuç olarak, pozitif hukukumuz açısından tıbbî destek hizmetleri, asli tıbbî hizmetler niteliğini taşısa bile, bu tür hizmetlerin kamu görevlileri tarafından yürütülmesinin zorunlu olmadığı ve bu hizmetlerin özel kişilerce de görülmesinin mümkün olduğu kanaatine ulaşılmıştır.

Bu itibarla, dava konusu Yönetmeliğin 4. maddesinde "Tıbbî hizmetler dışında hizmetler" tanımı yapılırken, sağlık hizmeti ile doğrudan ilintili "tıbbî destek hizmetleri" tanımının yapılmamasında ve anılan tanımda hukuka aykırı bir yön görülmemiştir.

Yönetmeliğin 4. maddesinin "İhale dokümanı" tanımında yer alan "işletilmesi" ifadesinin ve 15. maddesinin (u) bendinde yer alan "ve uygun görülen donanımın işletilmesine" ifadesinin, 30. maddesinin (i) bendinde yer alan "ve uygun görülen

UYAP Bilişim Sisteminde yer alan bu dokümana http://vatandas.uyap.gov.tr adresinden 62vPPbq - uB5aLwB - aQ7rEu2 - mw2c6A= kodu ile erişebilirsiniz.

donanımın işletilmesine" ifadesinin, 30. maddesinin (ı) bendinde yer alan "fiyatlandırma ölçütleri" ifadesinin incelenmesine gelince;

Yönetmeliğin 4. maddesinde, "ihale dokümanı"nın; ihale konusu sağlık tesisinin projelendirme, yapım, bakım ve işletilmesi işlerinde; isteklilere talimatları da içeren idarî şartnameler ile yaptırılacak işin ön projesini de kapsayan teknik şartnameler, sözleşme tasarısı ve gerekli diğer belge ve bilgileri ifade edeceği belirtilmiş; Yönetmeliğin 15. maddesinin (u) bendinde, "Tıbbî donanım dâhil projelerde donanımın özellikleri, temini, yenilenmesi, bakımı **ve uygun görülen donanımın işletilmesine** dair hususlar"; 30. maddesinin (i) bendinde," Tıbbî donanım dâhil projelerde donanımın özellikleri, temini, yenilenmesi, bakımı **ve uygun görülen donanımın işletilmesine** dair hususlar"; Yönetmeliğin 30. maddesinin (ı) bendinde, "Yükleniciye bırakılan tıbbî hizmetler dışındaki hizmet ve alanların, **fiyatlandırma ölçütleri** ile kira bedeli hesabında dikkate alınma usul ve esasları " düzenlemelerine yer verilmiştir.

Davacı tarafından, kamu hizmetinin verildiği, kamuya ait bir sağlık tesisinin binayı yapan şirket tarafından işletilmesine olanak bulunmadığı, Yönetmelikte tıbbî donanımın yüklenici tarafından işletilmesinin ve fiyatlandırılmasının kabul edildiği, ancak Kanun'da yalnız tıbbî donanımın sağlanmasından söz edildiği ve bunun da kira bedelinin ve süresinin belirlenmesindeki unusurlardan biri olarak görüldüğü, yani yükleniciye işletmenin verilme zorunluluğu bulunmadığı, işletme hakkı veriliyorsa bile bunun gerekçelendirilmesi gerektiği, hizmetin işletilmesinin verilmesinin ve bunun da fiyatlandırılmasının hukuka aykırı olduğu ileri sürülmüş; davalı idare tarafından ise, sağlık tesisi işletilmeye başladıktan sonra işletme sorumluluğunun Sağlık Bakanlığı'nın Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü'ne devredileceği, devlet hastanelerinden farklı bir uygulamanın olmayacağı, tesisin kamu-özel ortaklığı ile işletilmesinin söz konusu olduğu, tıbbî hizmetlerin işletilmesinin kamuya, tıbbî hizmet dışındaki hizmet ve alanların işletilmesinin özel kişilere ait olduğu belirtilmiştir.

3359 sayılı Kanun ve Yönetmelik uyarınca getirilen sağlık tesislerinin, kiralama karşılığı yaptırılması ile tesislerdeki tıbbî hizmet alanları dışındaki hizmet ve alanların işletilmesi karşılığında yenilenmesine ilişkin modelin bu açıdan incelenmesi gerekmektedir. Bu modelde özel kişilere bırakılan, esas olarak bir kamu hizmeti olan sağlık hizmetinin yürütülmesi değil, idarenin yürüteceği bir kamu hizmeti için "sağlık tesisi yapımı"dır. Bu model için zorunlu olmamakla beraber, kiralama süresinin ve kira bedelinin tespitinde etkili olmak üzere, tesisi yapan özel kişi tarafından, tıbbî destek hizmetleri ile sağlık tesisine ilişkin birtakım yan ve tali hizmet ve faaliyetlerin yürütülmesi ve yüklenici tarafından tedarik edilecek donanımın işletilmesi söz konusudur. Sonuç olarak, tıbbî hizmetler davalı idare tarafından sunulurken, tıbbî hizmet dışındaki hizmetler ve alanlar ile bunlara ilişkin donanımın yüklenici tarafından işletilmesi ve işletilen hizmetin doğal olarak yüklenici tarafından fiyatlandırılması, kurulan kamu-özel ortaklığı modelinin bir sonucu olduğundan, anılan düzenlemelerde hukuka aykırı bir yön görülmemiştir.

UYAP Bilişim Sisteminde yer alan bu dokümana http://vatandas.uyap.gov.tr adresinden 62vPPbq - uB5aLwB - aQ7rEu2 - mw2c6A= kodu ile erişebilirsiniz.

Yönetmeliğin "Tanımlar" başlıklı 4. maddesinin "Kira bedeli" tanımında yer alan "sözleşme süresince" ifadesinin, 32. maddesinin 2. fıkrasında yer alan "sözleşmede belirtilen yer teslim tarihinden başlamak üzere" ifadesinin, 34. maddesinin 4. fıkrasının ikinci cümlesinin incelenmesine gelince;

Yönetmeliğin 4. maddesinde,"Kira bedeli: Yükleniciye sözleşme çerçevesinde yaptığı yapım işleri karşılığı olarak; arsa veya arazinin Hazineye veya gerçek kişiye veya özel hukuk tüzel kişilerine ait olup olmadığı; yatırımın maliyeti ve kârı; tıbbî hizmet alanları dışındaki hizmet ve alanların yükleniciye bırakılıp bırakılmamasına bağlı olarak, tıbbî hizmetler dışındaki alanlardan yüklenicinin elde edeceği getiriler ile tıbbî donanımın yüklenici tarafından sağlanıp sağlanmayacağı gibi hususlar da dikkate alınarak hesaplanan, **sözleşme süresince** ve sözleşmede öngörülecek dönemler çerçevesinde ödenecek tutarı" ifade edeceği düzenlenmiş; 32. maddesinin 2. fıkrasında,"**Sözleşmede belirtilen yer teslim tarihinden başlamak üzere,** projelendirme ve yapım süresi dâhil yatırım süresi ve işletme süresi, sözleşme süresidir."; kuralı öngörülmüş; 34. maddesinin 4. fıkrasında ise, "İhale dokümanında ve sözleşmede belirtilmek üzere değişik kira dönemleri tespit edilebilir. **Yapılan peşin ödemeler ile ara ödemeler, toplam kira bedeli hesaplamasında dikkate alınır.**" düzenlemesine yer verilmiştir.

Davacı tarafından; Yönetmelikte yer alan "kira bedeli" tanımı nedeniyle Kanun'a aykırı aykırı olarak "yer teslimi"yle birlikte kira ödenmesi yönünde düzenleme yapıldığı, Yönetmeliğin kira bedeline ilişkin maddeleri birlikte incelendiğinde sözleşme imzalanmasından sonra 30 gün içinde taşınmazların yükleniciye devredileceği, yer teslimi yapılmasıyla sözleşme süresinin başlayacağı, kiranın da sözleşme süresince ödeneceğinin belirtildiği, oysa kiranın binanın teslimiyle birlikte ödenmesi gerektiğinin ileri sürüldüğü; davalı idare tarafından ise, Yönetmeliğin kira bedeli tanımında, kira bedeli ödemelerinin sözleşme süresince ödeneceği belirtilirken, diğer yandan da ödemelerin sözleşmede belirtilecek dönemler çerçevesinde yapılacağının ifade edildiği, sözleşmede ise, kira bedelinin ödenmesinin kabul işleminin yapılarak yatırım döneminin sona ermesi ile başlayacağının kararlaştırıldığı, Yönetmelikte çelişki ve hukuka aykırılığın bulunmadığı belirtilmiştir.

3359 sayılı Kanun'un Ek 7. maddesi uyarınca, yapılmasının gerekli olduğuna Yüksek Planlama Kurulu tarafından karar verilen sağlık tesislerinin, Sağlık Bakanlığı'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 yaptırılabileceği, kiralama işlemlerine ait kira bedellerinin Sağlık Bakanlığı'na bağlı döner sermaye işletmelerince ödeneceği, yani kiranın finansal kaynağının döner sermaye olduğu belirtilmiştir.

Ayrıca Yönetmeliğin 34. maddesinin 6. fıkrası uyarınca, sözleşmede tespit edilen kira dönemleri içerisinde yükleniciye kira ödemelerinin, sağlık tesisinin teslim alınmasından sonra, tesisin bünyesinde döner sermaye işletmesi kurulması durumunda bu işletme bütçesinden, işletme kurulmaması veya kurulmuş olmakla birlikte malî durumunun uygun olmaması hâlinde

UYAP Bilişim Sisteminde yer alan bu dokümana http://vatandas.uyap.gov.tr adresinden 62vPPbq - uB5aLwB - aQ7rEu2 - mw2c6A= kodu ile erişebilirsiniz.

Bakanlık Döner Sermaye Merkez Saymanlığı hesabına aktarılan paydan ödeneceği kural altına alınmıştır.

İlgili mevzuat hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi sonucunda, sözleşmede belirtilen yer teslim tarihinden başlamak üzere, projelendirme ve yapım süresi dâhil yatırım süresinin ve işletme süresinin, sözleşme süresini ifade ettiği, kira bedelinin sözleşme süresince ve sözleşmede öngörülecek dönemler çerçevesinde ödenecek tutarı belirttiği, sözleşmede tespit edilen kira dönemleri içerisinde yükleniciye kira ödemelerinin, sağlık tesisinin teslim alınmasından sonra yapılması gerektiği anlaşılmaktadır. Yönetmeliğin ilgili maddeleri bir bütün olarak değerlendirildiğinde, bu konuda bir tutarsızlık ve çelişki olmadığı, bina tesliminden önce kira ödemesi yapılmasının mümkün olmadığı görülmüştür.

Öte yandan, davacı tarafından, sözleşme döneminde idarenin peşin ve ara ödemeleri neden ve hangi ad altında yapacağına ilişkin Yönetmelik ve Kanun'da bir düzenleme bulunmadığı için 34. maddesinin 4. fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan " ...Yapılan peşin ödemeler ile ara ödemeler, toplam kira bedeli hesaplamasında dikkate alınır." düzenlemesinin hukuka aykırı olduğu belirtilmişse de; işin kiralama karşılığı yapılacağının Kanun'un 1. maddesinde yer alması karşısında, kira sözleşmesinde ödeme takvimi ve biçimini belirleme yetkisi tarafların iradelerine bırakıldığından, ara ödemelerin ve peşin ödemenin yapılmasının öngörülmesine engel bir düzenleme bulunmamaktadır.

Bu durumda, Yönetmeliğin "Tanımlar" başlıklı 4. maddesinin "Kira bedeli" tanımında yer alan "sözleşme süresince" ifadesinde, 32. maddesinin 2. fıkrasında yer alan "sözleşmede belirtilen yer teslim tarihinden başlamak üzere" ifadesinde, 34. maddesinin 4. fıkrasının ikinci cümlesinde hukuka aykırı bir yön görülmemiştir.

Yönetmeliğin 11. maddesinin son cümlesinde yer alan "veya alt yüklenici olarak" ifadesinin ve 13. maddesinin incelenmesine gelince;

Dava konusu Yönetmeliğin 11. maddesinde, "İhaleyi yapan idarenin; ... doğrudan veya dolaylı olarak veya alt yüklenici olarak ihalelere katılamazlar." kuralı; Yönetmeliğin 13. maddesinde ise, "İhale konusu işin özelliği nedeniyle ihtiyaç görülmesi hâlinde, ihale aşamasında isteklilerden alt yüklenicilere yaptırmayı düşündükleri işleri belirtmeleri, sözleşme imzalamadan önce de alt yüklenicilerin listesini idarenin onayına sunmaları istenebilir. Ancak bu durumda, alt yüklenicilerin yaptıkları işlerle ilgili sorumluluğu yüklenicinin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz." düzenlemesi yer almaktadır.

Davacı tarafından, ihale ile hizmetlerin satın alma yoluyla işleticiden karşılanması hâlinde, hastanedeki uzman hekimlerin işleticiye ait hizmetleri kullanması, sağlık hizmeti için gerekli, ancak yeterince kârlı görünmeyen yeni cihaz ve malzemenin temini konusunda sıkıntı yaşanmasının kaçınılmaz olacağı, tüm görüntüleme ve laboratuvar hizmetlerinin istisnasız olarak yükleniciye bırakılmasının sağlık hizmetlerine erişimi kısıtlayacak, tıpta uzmanlık yan dal uzmanlık eğitimini olumsuz etkileyecek, tanı ve tedavi hizmeti veren diğer hekimler açısından burada çalışan hekimlere, bu hekimlerin konsültasyon hizmetlerine ulaşımını sınırlayacak

UYAP Bilişim Sisteminde yer alan bu dokümana http://vatandas.uyap.gov.tr adresinden 62vPPbq - uB5aLwB - aQ7rEu2 - mw2c6A= kodu ile erişebilirsiniz.

nitelikte olduğu, bu hizmetlerin alt yükleneciye devri hâlinde örneğin yüklenici ile alt yüklenici arasında çıkacak bir anlaşmazlıkta hizmetin duracağı ya da aksayacağı ileri sürülmüş; davalı idare tarafından ise, Yönetmeliğin 13. maddesi uyarınca yalnızca işin özelliği nedeniyle ihtiyaç görülmesi hâlinde isteklilerin alt yüklenici kullanacağı, alt yüklenici listesinin idarenin onayına sunulacağı, alt yüklenicinin yaptığı işlerin sorumluluğunun da yüklenicide kaldığı, hizmetin alt yükleniciye devrinin söz konusu olmadığı, düzenlemelerin 4734 sayılı Kanun'la paralel olduğu, alt yüklenici kullanma olanağı sağlanarak işin aksamamasının hedeflendiği belirtilmektedir.

Yönetmeliğin 11. maddesinde, ihaleye katılamayacak olanlar, ihaleyi yapan idarenin; a) İhale yetkilileri, b) İhale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve denetlemekle görev personeli, c) (a) ve (b) bentlerinde belirtilen şahısların eşleri ve üçüncü derece dâhil olmak üzere üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımları, ç) (a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilen şahısların, yönetim kurullarında görevli olmadıkları veya sermayesinin yüzde onundan fazlasına sahip olmadıkları anonim ortaklıklar hariç ortakları, d) 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar olarak sıralanmış; bu kişilerin doğrudan veya dolaylı olarak veya alt yüklenici olarak ihalelere katılamayacakları kural altına alınmıştır. Anılan konumda bulunan kişilerin "alt yüklenici" olarak da ihaleye katılmamaları, ihaledeki saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği ve gizliliği temin açısından önemli olduğundan, anılan düzenlemede hukuka aykırı bir yön görülmemiştir.

Yönetmeliğin 13. maddesinde, ihale konusu işin özelliği nedeniyle ihtiyaç görülmesi hâlinde, ihale aşamasında isteklilerden alt yüklenicilere yaptırmayı düşündükleri işleri belirtmeleri, sözleşme imzalamadan önce de alt yüklenicilerin listesini idarenin onayına sunmalarının istenebileceği, ancak bu durumda, alt yüklenicilerin yaptıkları işlerle ilgili sorumluluğunun yüklenicinin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı belirtilmiştir.

Bir sağlık tesisinin projelendirilmesi, yapımı, anılan sağlık tesisinin işletilmesine yönelik tıbbî hizmet dışında pek çok yan hizmetin verilmesi ve sağlık tesisi için ekipman tedarikini içeren, yani yapım ile mal ve hizmet alımını kapsayan oldukça karmaşık bir edimi yerine getirmesi beklenen yüklenicinin, uzmanlık gerektiren alanlarda hizmetin etkin verilmesini teminen alt yüklenici çalıştırmasına olanak tanınması olağandır. Önemli olan husus, alt yüklenicinin ve alt yüklenici tarafından yapılacak işlerin idarenin onayından geçmesi ve bu durumda, alt yüklenicilerin yaptıkları işlerle ilgili sorumluluğunun yüklenicinin sorumluluğunu ortadan kaldırmamasıdır. İdarenin gözetim ve denetimi altında, nihai sorumlu yüklenici olduğu sürece alt yüklenici çalıştırılmasının öngörülmesinde, ihale hukuku açısından bir sakınca bulunmamaktadır. Hizmetin iyi organize edilmesini ve aksamadan sunulmasını sağlama görevi ise idareye ait olduğundan, bu durum sözleşmenin ifa aşamasını ilgilendiren bir husustur. Yönetmeliğin 13. maddesinin bu yönde düzenlemeler getirmesinde hukuka aykırı bir yön görülmemiştir. Kaldı ki anılan düzenleme referans norm olarak kabul edilebilecek 4734 sayılı Kanun'un 15. maddesiyle de paraleldir.

UYAP Bilişim Sisteminde yer alan bu dokümana http://vatandas.uyap.gov.tr adresinden 62vPPbq - uB5aLwB - aQ7rEu2 - mw2c6A= kodu ile erişebilirsiniz.

Bu durumda, Yönetmeliğin 11. maddesinin son cümlesinde yer alan "veya alt yüklenici olarak" ifadesi ile 13. maddesinde hukuka aykırı bir yön görülmemiştir.

Yönetmeliğin 33. maddesinin 2. fıkrasının, 34. maddesinin 6. fıkrasının, 35. maddesinin 2. fıkrasının üçüncü cümlesi incelendiğinde;

Yönetmeliğin 33. maddesinin 2. fıkrasında, "Bakanlık, döner sermaye ilgili bütçe kalemlerinde, sözleşme süresi boyunca ilgili sağlık tesisinin periyodik kira bedellerinin ödenebilmesine yönelik yeterli ödeneğin tahsisi konusunda her türlü tedbiri alır. Sözleşmelerde kira bedellerinin zamanında ve tam olarak ödenmesinin Bakanlık garantisi altında olduğu ve ödemelerdeki gecikmelere uygulanacak cezaî yaptırımlara ilişkin hükümlere de yer verilir." kuralı; Yönetmeliğin 34. maddesinin 6. fıkrasında, "Sözleşmede tespit edilen kira dönemleri içerisinde yükleniciye kira ödemeleri, sağlık tesisinin teslim alınmasından sonra, tesisin bünyesinde döner sermaye işletmesi kurulması durumunda bu işletme bütçesinden, işletme kurulmaması veya kurulmuş olmakla birlikte malî durumunun uygun olmaması hâlinde Bakanlık Döner Sermaye Merkez Saymanlığı hesabına aktarılan paydan ödenir." kuralı; Yönetmeliğin 35. maddesinin 2. fıkrasında; "Bakanlık, sağlık tesisinin yapımı aşamasında veya işletilmesi sırasında yükleniciden kaynaklanan nedenlerle meydana gelebilecek hata ve olumsuzluklara istinaden cezaî müeyyideler koyma hakkını haizdir. Bu cezaî müeyyidelerin hangi durumlarda ve ne şekilde uygulanacağı sözleşmede belirtilir. Sözleşmenin, yüklenicinin herhangi bir kusuru olmaksızın Bakanlık tarafından feshedilmesi veya Bakanlığın kusurundan kaynaklanan nedenlerle sözleşmenin yüklenici tarafından feshi durumunda, yüklenici zararının tazmininde Bakanlık, döner sermaye ilgili bütçe kalemlerinde yeterli ödeneğin tahsisi konusunda her türlü tedbiri alır. Söz konusu zararın ne şekilde ve ne ölçüde telafi edileceği sözleşme ile düzenlenir" kuralı yer almıştır.

Davacı tarafından; kira ödemelerinin garanti altına alınmasına ilişkin düzenlemelerde, personelin katkısıyla elde edilen döner sermaye gelirlerinden personelin alacağı paya ilişkin hüküm içermemesi, sözleşmenin feshi hâlinde döner sermayeden zararın karşılanacağı belirtilmesine rağmen şartların sözleşmede belirleneceğinin kabul edilmesi nedeniyle Yönetmeliğin hukuka aykırı eksik düzenleme getirdiği, Yönetmelikte feshe ilişkin koşulların sözleşme ile belirleneceğinin düzenlenmesi ve Yönetmelikte feshe ilişkin düzenlemelerin açıkça yapılmamış olmasının hukuka aykırı eksik düzenleme olduğu ileri sürülmüş; davalı idare tarafından ise, kira ödemeleri sırasında sağlık tesisinin döner sermaye bütçesinin yetersiz kalması durumunda, Sağlık Bakanlığı Merkez Döner Sermaye Saymanlığı tarafından mali yönden destekleneceğini ve bu bakımdan personele yapılacak döner sermaye ödemelerinin bu durumdan etkilenemeyeceğini gösterdiği, ayrıca Merkez Döner Sermaye bütçesinin bile yetersiz kalması hâlinde dahi Sağlık Bakanlığı Merkez Döner Sermaye bütçesine genel bütçeden ödenek aktarılacağına dair Maliye Bakanlığı ve Sağlık Bakanlığı arasında protokol düzenlendiği, yani bütün ödemelerin dolaylı olarak hazine garantisinde olduğu, söz konusu

UYAP Bilişim Sisteminde yer alan bu dokümana http://vatandas.uyap.gov.tr adresinden 62vPPbq - uB5aLwB - aQ7rEu2 - mw2c6A= kodu ile erişebilirsiniz.

düzenlemenin idarenin tek taraflı feshi için geçerli olduğu, yüklenicinin sözleşmeyi feshi hâlinde tazminat ödenmeyerek kesin teminatın da irat kaydedileceğinin düzenlendiği belirtilmiştir.

Yönetmelikle getirilen anılan düzenlemelerde özetle; Bakanlığın, döner sermaye ilgili bütçe kalemlerinde, sözleşme süresi boyunca ilgili sağlık tesisinin periyodik kira bedellerinin ödenebilmesine yönelik yeterli ödeneğin tahsisi konusunda her türlü tedbiri alacağı, sözleşmelerde kira bedellerinin zamanında ve tam olarak ödenmesinin Bakanlık garantisi altında olduğu, sözleşmede tespit edilen kira dönemleri içerisinde yükleniciye kira ödemelerinin, sağlık tesisinin teslim alınmasından sonra, tesisin bünyesinde döner sermaye işletmesi kurulması durumunda bu işletme bütçesinden, işletme kurulmaması veya kurulmuş olmakla birlikte malî durumunun uygun olmaması hâlinde Bakanlık Döner Sermaye Merkez Saymanlığı hesabına aktarılan paydan yapılacağı, Bakanlığın, sağlık tesisinin yapımı aşamasında veya işletilmesi sırasında yükleniciden kaynaklanan nedenlerle meydana gelebilecek hata ve olumsuzluklara istinaden cezaî müeyyideler koyma hakkına sahip olduğu, bu cezaî müeyyidelerin hangi durumlarda ve ne şekilde uygulanacağının sözleşmede belirtileceği, sözleşmenin, yüklenicinin herhangi bir kusuru olmaksızın Bakanlık tarafından feshedilmesi veya Bakanlığın kusurundan kaynaklanan nedenlerle sözleşmenin yüklenici tarafından feshi durumunda, yüklenici zararının tazmininde Bakanlığın, döner sermaye ilgili bütçe kalemlerinde yeterli ödeneğin tahsisi konusunda her türlü tedbiri alacağı, söz konusu zararın ne şekilde ve ne ölçüde telafi edileceğinin sözleşme ile düzenleneceği öngörülmüştür.

Öncelikle 209 sayılı Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanun'un 5. maddesinin dördüncü fıkrasında, "...Bu fıkra uyarınca personele her ay yapılacak ek ödeme tutarı, 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Ek 3'üncü maddesi uyarınca kadro ve görev unvanı veya pozisyon unvanı itibarıyla belirlenmiş olan ek ödeme tutarından az olamaz..." kuralı getirilerek, sağlık personeline yapılacak döner sermaye ödemesinin alt sınırı belirlenmiştir. Bu nedenle, 3359 sayılı Kanun'un Ek 7. maddesinin uygulanmasını göstermek üzere çıkarılan dava konusu Yönetmelikte bu konuya ilişkin ayrıca bir düzenleme getirilmemesinde hukuka aykırı bir yön görülmemiştir.

Ayrıca söz konusu ihaledeki kira bedelinin Bakanlık garantisinde olması, bedelin ödenmesinde finansal kaynak olarak öncelikle kurulacak tesisin bünyesindeki döner sermaye işletme bütçesinin, işletme kurulmaması veya kurulmuş olmakla birlikte malî durumunun uygun olmaması hâlinde Bakanlık Döner Sermaye Merkez Saymanlığının gösterilmesinde; sağlık hizmetinin görülmesinde asıl sorumlu olan Bakanlık olduğundan bu hizmetin kesintisiz verilmesini teminen sağlık hizmetinin verildiği sağlık tesisinin kira bedelinin ödenmesinden sorumlu olmasında hukuka aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Sözleşmenin feshine ilişkin 35. maddede yer alan düzenlemeler ise, taraflara eşit hak ve borçlar yükleyen bir özel hukuk sözleşmesinin feshine ilişkin olağan hususları içermekte olup, sözleşmenin feshi nedeniyle doğan zararın ne şekilde ve ne ölçüde telafi edileceği ve

UYAP Bilişim Sisteminde yer alan bu dokümana http://vatandas.uyap.gov.tr adresinden 62vPPbq - uB5aLwB - aQ7rEu2 - mw2c6A= kodu ile erişebilirsiniz.

feshe ilişkin bazı şartların belirlenmesi konusunda sözleşme taraflarına serbesti tanıyan bu hükümde de kanunu aşan bir yön görülmemiştir.

Bu durumda, Yönetmeliğin 33. maddesinin 2. fıkrası, 34. maddesinin 6. fıkrası, 35. maddesinin 2. fıkrasının üçüncü cümlesi de hukuka uygun bulunmuştur.

Yönetmeliğin 40. maddesi incelendiğinde;

40. madde, "(1) Yüklenici, yatırım ve işletme dönemlerinde sözleşmeden doğan tüm hak ve vecibelerini, aynı şartlarla ve bu Yönetmelikte belirtilen şartları haiz başka bir gerçek kişiye veya özel hukuk tüzel kişilerine, Bakanlığın uygun görüşü ile devredebilir. Bu hâlde üst hakkı sözleşmesi de devralan gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi adına ayrıca devredilir. Sözleşmenin bu şekilde devri hâlinde diğer sözleşmeler de devralan gerçek kişiye veya özel hukuk tüzel kişilerine devredilmiş sayılır. (2) Bakanlık da mevzuatta açıkça öngörülmesi hâlinde koşulları da belirtilmek suretiyle sözleşmeleri devredebilir. Bakanlığın, sözleşmeyi devretmesi hâlinde, sözleşmede yer alan süre, kira bedeli, yüklenici tarafından üstlenilen hizmetlerin kapsamı ve benzeri hükümler, sözleşmenin diğer tarafı olan yüklenicinin rızası olmadan değiştirilemez." hükmünü getirmiştir.

Davacı tarafından, sözleşme devrinin yasal dayanağının bulunmadığı, anılan düzenlemede "mevzuatta açıkça öngörülmesi hâlinde" ibaresi dışında bir belirleme yapılmamasının eksik düzenleme niteliğinde olduğu, ayrıca Sağlık Bakanlığı'nın kamu hizmetini gören kamu kurumu olarak sözleşmeyi devretmesinin söz konusu olamayacağı, devrin kime ve hangi koşullarda gerçekleştirileceğinin de belli olmadığı, düzenlemenin hukuka aykırı olduğu ileri sürülmüş; davalı idare tarafından ise, sözleşmenin devrinin Borçlar Kanunu'nda yer alan alacağın temliki ve borcun nakline ilişkin hükümlere uygun olduğu, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda da sözleşmenin devrine ilişkin düzenlemelerin bulunduğu, aynı yönde yapılan düzenlemelerde hukuka aykırılık bulunmadığı savunulmuştur.

Yönetmeliğin dava konusu maddesinin 1. fıkrasında; yüklenicinin, yatırım ve işletme dönemlerinde sözleşmeden doğan tüm hak ve vecibelerini, aynı şartlarla ve bu Yönetmelikte belirtilen şartları haiz başka bir gerçek kişiye veya özel hukuk tüzel kişilerine, Bakanlığın uygun görüşü ile devredebileceği, bu hâlde üst hakkı sözleşmesinin de devralan gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi adına ayrıca devredileceği, sözleşmenin bu şekilde devri hâlinde diğer sözleşmelerin de devralan gerçek kişiye veya özel hukuk tüzel kişilerine devredilmiş sayılacağı düzenlenmiştir.

Anılan düzenleme ile, oldukça uzun süreli yatırım ve işletme dönemlerini kapsayan sözleşmelerin yüklenici tarafından çeşitli nedenlerle yürütülememesi hâlinde devrinin esasları belirlenmiştir. Devir koşulları arasında, Bakanlığın uygun görüşünün bulunması, devrin aynı şartlarla ve bu Yönetmelikte belirtilen şartlara sahip başka bir gerçek kişiye veya özel hukuk tüzel kişilerine yapılması yer almıştır. Böylelikle, çeşitli nedenlerle işi devam ettiremeyecek olan yüklenicinin, yine aynı şartlara sahip başka bir gerçek veya tüzel kişiye Bakanlığın da uygun görüşüyle işi devretmesi olanağı tanınmıştır. Sonuç olarak, işin kesintiye uğramadan

UYAP Bilişim Sisteminde yer alan bu dokümana http://vatandas.uyap.gov.tr adresinden 62vPPbq - uB5aLwB - aQ7rEu2 - mw2c6A= kodu ile erişebilirsiniz.

yürütülmesi sağlanarak, işin çeşitli nedenlerle sekteye uğramasının engellenmesi ve yeni, uzun ve masraflı bir ihale sürecine girilmeden sistemin işlemeye devam etmesine imkân sağlanmıştır. Öte yandan, sözleşmenin devriyle birlikte üst hakkı sözleşmesinin de devralan gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi adına ayrıca devredileceği, sözleşmenin bu şekilde devri hâlinde diğer sözleşmelerin de devralan gerçek kişiye veya özel hukuk tüzel kişilerine devredilmiş sayılacağına ilişkin düzenleme, sözleşme devrinin olağan sonucu olarak kabul edilmelidir. Benzer düzenleme referans norm olarak ifade edilebilecek 4735 sayılı Kanun'un 16. maddesinde de yer almakta olup, bu yönüyle anılan kuralda hukuka aykırı bir yön görülmemiştir.

Yönetmeliğin dava konusu 40. maddesinin 2. fıkrasında ise, Bakanlığın da mevzuatta açıkça öngörülmesi hâlinde, koşulları da belirtilmek suretiyle sözleşmeleri devredebileceği, Bakanlığın sözleşmeyi devretmesi hâlinde, sözleşmede yer alan süre, kira bedeli, yüklenici tarafından üstlenilen hizmetlerin kapsamı ve benzeri hükümlerin, sözleşmenin diğer tarafı olan yüklenicinin rızası olmadan değiştirilemeyeceği düzenlenmiştir.

3359 sayılı Kanun ve Yönetmelik uyarınca getirilen, sağlık tesislerinin kiralama karşılığı yaptırılması ile tesislerdeki tıbbî hizmet alanları dışındaki hizmet ve alanların işletilmesi karşılığında yenilenmesine ilişkin modelde, sağlık hizmetlerinin yükleniciye gördürülmesi söz konusu olmadığından, sözleşmenin Sağlık Bakanlığı tarafından devrinin de sağlık hizmetlerinin devri anlamına gelmeyeceği açıktır. Öte yandan, oldukça uzun bir süreyi kapsayan sözleşmeler devam ederken bir mevzuat değişikliği ile kamu kurumlarına ilişkin görev ve yetkilerde değişikliğe gidilmesi, farklı sağlık politikaları sonucunda farklı uygulamaların söz konusu olması hâlinde, öngörülü davranmak adına Bakanlığın da mevzuatta açıkça öngörülmesi hâlinde koşulları da belirtilmek suretiyle sözleşmeleri devredebileceği kuralına yer verilmiş olup, bu açıdan anılan kuralda hukuka aykırılık görülmemiştir.

Bu durumda, Yönetmeliğin 40. maddesi de hukuka uygun bulunmuştur.

Yönetmeliğin 47. maddesinin ikinci cümlesi incelendiğinde;

Yönetmeliğin 47. maddesinde, "Sözleşmenin uygulanması sırasında taraflar arasında doğabilecek hukukî ihtilaflar Türkiye Cumhuriyeti mevzuatına tabi olup, ihtilafların çözümünde Türkiye Cumhuriyeti mahkemeleri görevli ve yetkilidir. **Ancak, taraflar, sözleşmede ihtilafların Türk hukukuna göre ve Türkiye'de, tahkim yolu ile çözümlenebileceğini kararlaştırabilirler.**" kuralı yer almaktadır.

Davacı tarafından, kamu hizmeti yatırımına ilişkin bir sözleşmenin tahkime tabi olacağına ilişkin bir düzenlemenin ancak kanunla yapılabileceği belirtilerek, dava konusu Yönetmelikle yapılan düzenlemenin hukuka aykırı olduğu ileri sürülmüş; idare tarafından, dava konusu Yönetmelik uyarınca yapılan ihaleler sonucunda imzalanan sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olması nedeniyle, bu sözleşmelerde tahkim şartının getirilmesinde hukuka aykırı bir yön olmadığı savunulmuştur.

UYAP Bilişim Sisteminde yer alan bu dokümana http://vatandas.uyap.gov.tr adresinden 62vPPbq - uB5aLwB - aQ7rEu2 - mw2c6A= kodu ile erişebilirsiniz.

Tahkim, uyuşmazlıkları tahkim kurulları aracılığıyla çözmeye yönelik bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Türk hukukunda milli ve milletlerarası tahkime ilişkin düzenlemeler, iki ayrı kanunda yer almıştır. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) tahkime ilişkin hükümleri, yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır. Milletlerarası tahkim kuralları ise, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda düzenlenmiştir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda 412. maddesi, tahkim anlaşmasının tanımı ve şeklini düzenlemektedir. Tahkim anlaşması; tarafların sözleşme veya sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının çözümünün hakem veya hakem kuruluna bırakılması konusundaki anlaşmaları olarak tanımlanmaktadır. Tahkim anlaşması, ayrı bir sözleşme veya tahkim şartı olarak yapılabilir. Uygulamada, tahkim anlaşmasının, daha çok taraflar arasındaki ilişkiyi düzenleyen bir sözleşmenin içinde tahkim şartı şeklinde yapıldığı görülmektedir.

Öte yandan, 13.08.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanunla yapılan Anayasa değişikliği ile, Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasının sonuna, "Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde, bunlardan doğan uyuşmazlıkların millî veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir." kuralı getirilmiştir. Ayrıca, Anayasa'nın 47. maddesine eklenen hükümle, kanun koyucuya, kamu hizmetlerinin özel kişilere özel hukuk sözleşmeleriyle de gördürülmesi konusunda yetki verilmiştir. Böylece, idare, sözleşme ile özel kişilere gördürmek istediği bir kamu hizmetini, imtiyaz sözleşmesi imzalayarak kamu hukuku rejimine tabi tutabileceği gibi, özel hukuk sözleşmesi imzalayarak, özel hukuk rejimine de tabi kılabilecektir. Ayrıca, özel hukuk sözleşmeleri açısından olağan olan tahkim şartı, imtiyaz sözleşmeleri açısından da mümkün hâle getirilmiştir.

Uyuşmazlığa konu Yönetmelik uyarınca yapılan ihaleler sonucunda, kamu hizmetinin gördürülmesine yönelik bir sözleşme yapılmamakta, kamu hizmeti niteliğindeki sağlık hizmeti idare tarafından yerine getirilmektedir. Bu modelde, sağlık hizmetinin yerine getirileceği sağlık tesislerinin yapımı ile kira bedelinin ve kiralama süresinin belirlenmesinde esas alınmak üzere tıbbî hizmet dışındaki hizmetlerin ve tıbbî hizmet dışındaki alanların işletilmesinin yükleniciye bırakılması öngörülmüştür. Yani Anayasa'nın 125. maddesinde belirtilen bir imtiyaz sözleşmesi veya Anayasa'nın 47. maddesi uyarınca kamu hizmetinin özel hukuk sözleşmeleriyle gördürülmesi gibi bir durum söz konusu değildir. Yönetmelik uyarınca yapılan ihaleler sonucunda imzalanan sözleşmelerin niteliği ise, Yönetmelikte açıkça "özel hukuk sözleşmesi" olarak belirlenmiştir.

Bu durumda, bir özel hukuk sözleşmesinde, söz konusu sözleşmeden doğabilecek uyuşmazlıklar için tarafların tahkim yoluna gidebilmesinin öngörülmesi zaten mümkün

UYAP Bilişim Sisteminde yer alan bu dokümana http://vatandas.uyap.gov.tr adresinden 62vPPbq - uB5aLwB - aQ7rEu2 - mw2c6A= kodu ile erişebilirsiniz.

olduğundan, tarafların, sözleşmede, ihtilafların Türk hukukuna göre ve Türkiye'de, tahkim yolu ile çözümlenebileceğini kararlaştırabileceği yönündeki dava konusu Yönetmeliğin 47. maddesinin ikinci cümlesinde hukuka aykırılık görülmemiştir.

Uyuşmazlık konusu Yönetmeliğe dayanılarak yapılan dava konusu "Ankara Etlik Entegre Sağlık Kampüsü Yapım İşleri ile Ürün ve Hizmetlerin Temin Edilmesi İşi" ihalesi 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 açılabileceği gibi, ihalenin belirli bir aşamasında açılan davalarda, dava açılmadan önceki ihale süreçlerinde gerçekleşmiş olan işlemlerin yargısal denetiminin yapılması hukuken olanaklıdır.

Davanın 30.06.2011 tarihinde açık eksiltme usulüyle yapılan ihale işleminin iptali istemiyle açılmış olması karşısında, dava konusu ihale işlemi açısından yapılacak yargısal denetimin dava konusu 30.06.2011 tarihinde yapılan açık eksiltme ihalesi ve bu ihaleden önceki sürece yönelik olması gerektiği sonucuna varılarak işin esasına geçildi.

Dosyanın incelenmesinden, 02.09.2009 tarih ve 2009/T-24 sayılı Yüksek Planlama Kurulu kararıyla yapılmasına karar verilen Ankara Etlik Entegre Sağlık Kampüsü projesine ilişkin ihalenin onay belgesinde, belli istekliler arasında ihale usulüyle yapılmasının öngörüldüğü, ön yeterlik ihalesine ilişkin ilânların usulüne uygun olarak yayımlanmasının ardından, 30.04.2010 tarihinde ön yeterlik ihalesinin yapıldığı, 13 adet doküman satın alındığı, 9 başvuru yapıldığı, başvuran isteklilerin tamamının yeterli görüldüğü, yeterli görülen isteklilerin Bakan onayı aldığı, Bakan onayı alan isteklilerin teklif vermeye davet edildiği, 28.01.2011 tarihinde YDA İnşaat Sanayi Ticaret A.Ş. - INSO Sistemi Per Le Infrastrutture Sociali S.P.A. - Summa Turizm Yatırımcılığı A.Ş. İş Ortaklığı, Astaldi S.P.A. - Türkerler İnşaat Turizm Madencilik Enerji Üretim Ticaret Sanayi A.Ş. İş Ortaklığı, IC İçtaş İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş. - DIA Holding Fzco İş Ortaklığı'nın ihaleye teklif sunduğu, anılan isteklilerin belirlenen yeknesak proje için nihaî teklif vermek üzere davet edildiği, nihaî tekliflerin 24.06.2011 tarihinde verildiği, 30.06.2011 tarihinde yazılı ve görsel basının da hazır olmasıyla P.1.(Herşey Dâhil Yıllık Fiyat Bina Kullanım Bedeli +Zorunlu Hizmetler) nihâi tekliflerinde en düşük teklif eden istekliye söz verilmek üzere açık eksiltmesi yapıldığı, açık eksiltmenin 24 tur devam ettiği, açık eksiltmede P.1.(Herşey Dâhil Yıllık Fiyat Bina Kullanım Bedeli +Zorunlu Hizmetler) için en düşük fiyat olarak 319.000.000-TL teklif veren Astaldi S.P.A. - Türkerler İnşaat Turizm Madencilik Enerji Üretim Ticaret Sanayi A.Ş. İş Ortaklığı ile idare arasında müzakereler yapıldığı, müzakereler sonucunda anılan istekliden revize teklif istendiği, sonuç olarak Astaldi S.P.A. - Türkerler İnşaat Turizm Madencilik Enerji Üretim Ticaret Sanayi A.Ş. İş Ortaklığı'nın teklifinin dava tarihinden sonra alınan 20.09.2011 tarihli gerekçeli ihale komisyonu kararında bina kullanım bedeli ile zorunlu hizmet bedeli olarak 276.000.000-TL üzerinden (Herşey Dâhil Yıllık Fiyat Bina Kullanım

UYAP Bilişim Sisteminde yer alan bu dokümana http://vatandas.uyap.gov.tr adresinden 62vPPbq - uB5aLwB - aQ7rEu2 - mw2c6A= kodu ile erişebilirsiniz.

Bedeli +Zorunlu Hizmetler) en avantajlı teklif olarak belirlendiği ve ilgiliyle 05.03.2012 tarihinde sözleşme imzalandığı anlaşılmaktadır.

İhale sürecine davet edilen istekliler tarafından görülen ihale dokümanı kapsamında bulunan ihaleye ait Genel Şartnamenin "Proje" başlıklı 1.2. maddesinde, idare tarafından, Ankara Etlik Entegre Sağlık Kampüsü içerisine taşınacak mevcut sağlık tesislerinin (Dr. Sami Ulus Çocuk Hastanesi, Ulus Devlet Hastanesi, Dışkapı Yıldırım Beyazıt Eğitim ve Araştırma Hastanesi, Dışkapı Çocuk Hastanesi, Ulucanlar Göz Hastanesi, Ankara Eğitim Araştırma Hastanesi Ulucanlar Ek Poliklinik Binası, Dr. Zekai Tahir Burak Kadın Doğum Hastanesi, Dr. A.Y. Ankara Onkoloji Eğitim Araştırma Hastanesi) üzerinde bulunduğu taşınmazların da yükleniciye "tıbbî hizmetler dışındaki alanlar" kapsamında bırakılacağı düzenlemesine yer verilmiş; dosya kapsamındaki belgeler arasında yer alan "Ticari Alanlar" başlıklı belge incelendiğinde, tıbbî hizmet dışındaki alanların kampüs içinde ve kampüs dışında olmak üzere iki grupta toplandığı, kampüs dışındaki alanların yukarıda adı geçen mevcut sağlık tesislerine ait taşınmazlar olduğu, isteklilerin teklif ettikleri ticari alanların emsaline denk gelen alan kadar üst hakkı kazanımı elde edeceği, istekli tarafından ticari alan teklif edilmemesi hâlinde ticari alan hakkından feragat etmiş sayılacağı, kampüs içinde ve dışında kullanılacak ticari alanların gelirleri ve yatırım bedelinin fizibilite raporunda gösterileceği, kampüs dışındaki alanların, kampüs alanına taşındıktan sonra teslim edileceği, mevcut binaların kapalı alanları kadar yeni bina yapılabileceği açıklaması getirilmiştir.

Aktarılan mevzuat çerçevesinde getirilen sistemde, hazineye ait taşınmazlar üzerinde yüklenici lehine üst hakkı tesis edilmesi, bu taşınmaz üzerinde sağlık tesisi yapım işini üstlenen yüklenicinin aynı zamanda, yapılacak olan sağlık tesisinin tıbbî hizmet dışındaki hizmetleri ile tıbbî hizmetler dışındaki alanları işletmesi, bu işletme faaliyetinin de kira süresi ve bedelinin tespitinde etkili olması söz konusudur. Ancak, sağlık tesisinden tamamen bağımsız bir taşınmazın, sağlık tesisi konsepti ile herhangi bir ilgisi ve uyumu bulunmaksızın, ticari alan olarak işletilmek üzere yüklenici lehine üst hakkı tanınması, söz konusu mevzuata göre yapılan ihaleler çerçevesinde mümkün değildir.

Bu durumda, dava konusu ihaleye ait Genel Şartnamenin "Proje" başlıklı 1.2. maddesinde, idare tarafından, Ankara Etlik Entegre Sağlık Kampüsü içerisine taşınacak mevcut sağlık tesislerinin (Dr. Sami Ulus Çocuk Hastanesi, Ulus Devlet Hastanesi, Dışkapı Yıldırım Beyazıt Eğitim ve Araştırma Hastanesi, Dışkapı Çocuk Hastanesi, Ulucanlar Göz Hastanesi, Ankara Eğitim Araştırma Hastanesi Ulucanlar Ek Poliklinik Binası, Dr. Zekai Tahir Burak Kadın Doğum Hastanesi, Dr. A.Y. Ankara Onkoloji Eğitim Araştırma Hastanesi) üzerinde bulunduğu taşınmazların da yükleniciye "tıbbî hizmetler dışındaki alanlar" kapsamında bırakılacağına ilişkin düzenlemeye yer verilerek, ilgili mevzuatta dayanağı bulunmayan şartları içeren şartnamede hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle Dairemizin 06.07.2012 tarih ve E:2011/3392 sayılı kararı ile ihalenin yürütmesinin durdurulmasına karar verilmiş ise de;

UYAP Bilişim Sisteminde yer alan bu dokümana http://vatandas.uyap.gov.tr adresinden 62vPPbq - uB5aLwB - aQ7rEu2 - mw2c6A= kodu ile erişebilirsiniz.

Dava devam ederken, 09.03.2013 tarih ve 28582 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 6428 sayılı "Sağlık Bakanlığınca 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. maddesinin 2. fıkrasında, "Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce 3359 sayılı Kanunun Ek 7 nci maddesi çerçevesinde ihale süreci tamamlanmış olan veya devam eden işlere ait şartnamelerdeki, yüklenici tarafından yapılacak sağlık yerleşkesinin dışındaki taşınmazların ticari alan olarak işletilmek üzere yükleniciye verilebileceğine dair hükümler uygulanmaz ve sağlık yerleşkesi dışındaki taşınmazlar yükleniciye verilmez; ihale iş ve işlemleri ile yapılmış olan sözleşmeler bu hükümler geçerli olmaksızın yürütülür." kuralının getirildiği görüldüğünden, anılan düzenlemeyle şartnamedeki hukuka aykırı hükümlerin uygulanmayacağı ve sağlık yerleşkesi dışındaki taşınmazların yükleniciye verilmeyeceği açıkça belirtildiğinden, şartnamedeki hukuka aykırı uygulamanın ortadan kaldırıldığı görülmüştür.

Öte yandan, dava konusu ihaleye ait Genel Şartnamede yer alan düzenlemenin, yargısal denetimi yapılan ihale sürecinde, ihalede rekabet ve eşit muamele gibi temel ilkeleri etkileyip etkilemediği değerlendirildiğinde ise; ihaleye teklif sunan isteklilerin esas olarak P1 teklif fiyatıyla değerlendirildiği, P1 teklifin "Herşey Dâhil Yıllık Fiyat Bina Kullanım Bedeli +Zorunlu Hizmetler"i kapsadığı, sonuç olarak teklif ve nihaî teklif oluşturulurken sunulan P1 teklif fiyatında, "Bina Kullanım Bedeli", "Bina Arazi Hizmetleri", "Olağanüstü Bakım ve Onarım Hizmetleri", "Ortak Hizmetler", "Mefruşat Hizmetleri", "Yer Bahçe Bakım Hizmetleri", "Diğer Tıbbî Destek Hizmetleri" adı altında düzenlenmiş olan maliyet kalemlerinin etkili olduğu, esas olarak fiyat yarışının yapıldığı P1 teklifte kampüs dışındaki alanlara ilişkin maliyet ve kâr kalemlerine yer verilmediği, kampüs dışındaki "tıbbî hizmetler dışındaki alanlar"ın ancak en son aşamada kira bedelinin tespitinde etkili olduğu, kaldı ki dava konusu ihalede kampüs dışı ticari alanların imzalanan sözleşmenin kapsamına girmediği anlaşıldığından, ihale hukukunun temel ilkelerine aykırı bir uygulamanın da olmadığı kanaatine varılmıştır.

Dava konusu ihalede, usulüne uygun olarak Yüksek Planlama Kurulu kararının alındığı, ihale ilânlarının Resmî Gazete, Türkiye çapında yayımlanan yüksek tirajlı iki gazete, yurt dışında yayımlanan iki gazete ve internet üzerinden yapıldığı, ön yeterlilik ihalesi yapılarak yeterli bulunan 9 isteklinin ihale sürecine davet edildiği, davet edilen isteklilerden 3'ünün ihale sürecine katıldığı, bu yönüyle ihalede rekabet ortamının sağlandığı, davet edilen isteklilerce sunulan teklif ve nihaî tekliflerin değerlendirilerek, Genel Şartnamede öngörüldüğü şekliyle açık eksiltme yapılarak ihale sürecinin gerçekleştirildiği görülmüştür.

<u>Davacının ihale sürecinin hukuka aykırı olduğuna dair iddiaları incelendiğinde:</u>

Davacı, ilk olarak, dava konusu ihalenin Yönetmelikte öngörülmeyen bir usulle, "açık eksiltme" usulüyle yapılmasının hukuka aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

Dava konusu Yönetmeliğin ihale türlerini belirleyen 19. maddesinde, bu Yönetmelik kapsamındaki sağlık tesislerinin yenileme veya yapım işlerinde; a) Açık ihale b) Belli istekliler

UYAP Bilişim Sisteminde yer alan bu dokümana http://vatandas.uyap.gov.tr adresinden 62vPPbq - uB5aLwB - aQ7rEu2 - mw2c6A= kodu ile erişebilirsiniz.

arasında ihale , c) Pazarlık usullerden birinin uygulanacağı belirtilmiş; "Belli istekliler arasında ihale usulü" başlıklı 21 . maddesinde, "(1) Belli istekliler arasında ihale usulü, yapılacak ön yeterlik değerlendirmesi sonucunda Bakanlık tarafından seçilerek davet edilen isteklilerin teklif verebildiği ihale usulüdür. (2) İşin niteliğine göre ve rekabeti engellemeyecek şekilde, Bakanlık tarafından belirlenmiş olan ve ön yeterlik dokümanı ile ön yeterlik ilânında belirtilen değerlendirme kriterlerine göre adayların ön yeterlik değerlendirmesi yapılır. Belirtilen asgarî ön yeterlik şartlarını sağlayamayanlar yeterli kabul edilmez. Bu madde hükümlerine göre yapılacak ihalelerde, ihaleye davet edilecek isteklilerin isimleri belirtilmek suretiyle önceden, yapım işlerinde Bakanın, yenileme işlerinde ise harcama yetkilisinin onayının alınması zorunludur. Zorunlu nedenlerle üçten az istekliden teklif alınması hâlinde veya ihaleye üç veya daha fazla istekli davet edilmesine rağmen üçten az teklif sunulması durumunda ihalenin sonuçlandırılabilmesi için bu konuda Yüksek Planlama Kurulu'nun onayı aranır. (3) Bakanlığın uygun gördüğü ihalelerde, şartları ihale ilanında ve ihale dokümanında duyurulmak kaydıyla, tekliflerin değerlendirilmesinden sonra istekliler arasında kira bedeli ya da başka bir kritere göre bir sıralama yapılarak bu sıralamadan belli sayıda istekli nihaî pazarlık görüşmelerine çağrılabilir." kuralı yer almıştır.

Dava konusu ihale onay belgesinde, ihalenin Yönetmeliğin 21. maddesi uyarınca "Belli İstekliler Arasında İhale Usulü" ile yapılacağı öngörülmüş, ihalede belli istekliler arasında ihale usulüne uygun olarak ön yeterlilik aşaması gerçekleştirilmiş, yeterli görülen istekliler ihale sürecine davet edilmiştir. Yönetmeliğin 21. maddesinin 3. fıkrasında, Bakanlığın uygun gördüğü ihalelerde, şartları ihale ilânında ve ihale dokümanında duyurulmak kaydıyla, tekliflerin değerlendirilmesinden sonra istekliler arasında kira bedeli ya da başka bir kritere göre bir sıralama yapılarak, bu sıralamadan belli sayıda isteklinin nihaî pazarlık görüşmelerine çağrılabileceği öngörülmüş olduğundan, Ön Yeterlilik Şartnamesi'nin 1.2. maddesinde, "İhale süreci" anlatılırken "İhaleyi kazanacak adayın seçilme yöntemi önceden duyurulacaktır." kuralına yer verilmiş, ihaleyi kazanacak adayın seçilme yöntemi ihaleye katılarak teklif sunan istekliler için Genel Şartnamede detaylı biçimde açıklanmıştır. Genel Şartnamede ihale süreci özetle, ihaleye teklif sunan isteklilerin Şartnamede öngörüldüğü şekilde değerlendirildikten sonra ilk 5 sıranın nihaî pazarlık görüşmelerine çağrılacağı, idarenin sıralamaya giren istekliler ile teknik teklifleri ve finansal teklifleri konusunda en az maliyetle en yüksek fayda sağlanmasını ve rekabetin sürdürülebilirliğini teminen tek tek ve müştereken görüşmeler yapacağı, nihaî pazarlığa esas olacak yeknesak projenin belirleneceği, bu projenin isteklilere bildirilerek isteklilerden nihai pazarlık öncesi tekliflerini revize etmelerinin isteneceği, yazılı ve sözlü basının ve tüm teklif sahiplerinin toplantıya davet edileceği, isteklilerin nihai tekliflerinin P1 teklifi "Herşey Dâhil Yıllık Fiyat Bina Kullanım Bedeli +Zorunlu Hizmetler" açısından sıralamaya tabi tutulacağı ve en düşük fiyat üzerinden isteklilere sırasıyla söz verilmek suretiyle sözlü tekliflerin alınacağı, tek teklif kalıncaya kadar sözlü tekliflerin alınmaya devam edileceği, sözlü tekliflerden sonra P1 teklifi en düşük olan istekli ile P2 teklifi "İsteğe Bağlı Hizmetler" açısından

UYAP Bilişim Sisteminde yer alan bu dokümana http://vatandas.uyap.gov.tr adresinden 62vPPbq - uB5aLwB - aQ7rEu2 - mw2c6A= kodu ile erişebilirsiniz.

teklif edilen en düşük bedel altında kalmak kaydıyla pazarlık yapılarak ihalenin sonuçlandırılacağı şeklinde düzenlenmiştir.

Dava konusu ihale, Yönetmeliğin 21. maddesinin öngördüğü şekilde "belli istekliler arasında ihale usulü" ile yapılmış olup, açık eksiltme yalnız nihaî teklif aşamasında en düşük teklifin belirlenmesine yönelik olarak uygulanmış, ihaleye ilişkin süreç ihaleye katılan tüm isteklilere Genel Şartname ile açık ve detaylı biçimde duyurulmuştur. İhalede bu yönüyle bir hukuka aykırılık görülmemiştir.

Davacı tarafından ikinci olarak, ihale sürecinin onay verilmek suretiyle Yönetmeliğin öngördüğü süreler içinde sonuçlanmadığı, ihalenin sürüncemede bırakıldığı ileri sürülmüştür.

Yönetmeliğin "İhalenin karara bağlanması ve onayanması" başlıklı 27. maddesinde, "(1) İhale komisyonu, 25'inci maddeye göre teklifleri değerlendirdikten sonra 5'inci maddenin birinci fıkrasının (b) bendi çerçevesinde gerekçeli kararını belirler ve harcama yetkilisinin onayına sunar. Kararlarda isteklilerin adları veya ticaret unvanları, teklif edilen kira bedeli veya işletme süresi, ihalenin tarihi ve hangi istekli üzerine hangi gerekçelerle yapıldığı, ihale yapılmamış ise nedenleri belirtilir. (2) Harcama yetkilisi, karar tarihini izleyen en geç beş iş günü içinde ihale kararını onaylar veya gerekçesini açıkça belirtmek suretiyle iptal eder. (3) İhale; kararın onaylanması hâlinde geçerli, iptal edilmesi hâlinde ise hükümsüz sayılır. (4) İhale kararları harcama yetkilisince onaylanmadan önce idareler, ihale üzerinde kalan isteklinin kamu ihalelerine girmekten yasaklı olup olmadığını teyit ettirerek buna ilişkin belgeyi ihale kararına eklemek zorundadır. " kuralı yer almıştır.

Dava konusu ihalenin karar aşamasında Yönetmeliğin 27. maddesinde öngörülen sürelerin aşılmış olmasının ihalenin iptalini gerektirdiği ileri sürülmekte ise de, ihale sürecine hız kazandırmak ve ihalenin süratle karara bağlamasını sağlamak amacıyla konulan ve idarenin iç işleyişine yönelik bulunan disipliner nitelikteki sürelere uyulmaması söz konusu olsa bile, esasa etkili olmayan usul eksikliklerinin dava konusu ihaleyi kusurlandırıcı niteliğinin bulunmayacağı açıktır.

Davacı tarafından ayrıca ihalelerin 9 ay içinde tamamlanması gerekirken 2 yıl gibi bir süreye yayıldığı, bu yönüyle ihalenin hukuka aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu Yönetmelikte ihalelerin hangi sürede tamamlanacağına dair bir hüküm bulunmamaktadır. Yönetmeliğin "Hüküm bulunmayan hâller" başlıklı 52. maddesinde, "(1) Bu Yönetmelikte hüküm bulunmayan durumlarda ilgisine 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun ilgili hükümleri kıyasen uygulanır. " kuralı yer almaktadır.4734 sayılı Kanun'un 62. maddenin (a) bendinde, "Yatırım projelerinin plânlanan sürede tamamlanarak ekonomiye kazandırılabilmesi amacıyla, birden fazla yılı kapsayan işlerde ihaleye çıkılabilmesi için, işin süresine uygun olarak yıllar itibarıyla ödeneğin bütçelerinde bulunmasını sağlamak üzere programlamanın yapılmış olması zorunludur. İlk yıl için öngörülen ödenek, proje maliyetinin % 10'undan az olamaz ve başlangıçta daha sonraki yıllar için programlanmış olan ödenek dilimleri sonraki yıllarda

UYAP Bilişim Sisteminde yer alan bu dokümana http://vatandas.uyap.gov.tr adresinden 62vPPbq - uB5aLwB - aQ7rEu2 - mw2c6A= kodu ile erişebilirsiniz.

azaltılamaz." kuralı; (b) bendinde, "Öngörülen ödeneklerin kullanılmasına imkan verecek süre dikkate alınarak, idarelerce ihalelerin zamanında yapılması, birden fazla yılı kapsayan ve yatırım niteliği olan işlerde (doğal afetler nedeniyle yapılması gerekenler hariç) ise yılın ilk dokuz ayında ihalenin sonuçlandırılması esastır. Ancak ertesi malî yılda gerçekleştirilecek süreklilik arz eden mal ve hizmet alımları için bir önceki malî yıl sona ermeden ihaleye çıkılabilir." kuralı yer almıştır.

4734 sayılı Kanun'un 62. maddesininde, ödeneklerin sağlıklı kullanılmasını teminen düzenleme yapılmış, birden fazla yılı kapsayan işlerde başlangıç yılı ödeneğinin çok az belirlenmesi ve sonraki yıl ödeneklerinin de programlanandan az olacak şekilde sonradan revize edilmesi nedenleriyle işlerin öngörülen sürede bitirilemediği ve süründemede kaldığı tespit edildiğinden, bu işlerin ihale edilebilmesi için proje maliyetinin % 10'u oranında başlangıç yılı ödeneğinin ayrılması ve daha sonraki yıllar için programlanmış olan ödenek dilimlerinin azaltılmaması zorunlu kılınmıştır. Ayrıca bu esas ile öngörülen amacın sağlanabilmesi için, ihalelerin söz konusu ödeneklerin kullanılabilmesine imkân verecek süre dikkate alınarak zamanında yapılması ve yıllara sari işlerde ise (doğal afetler hariç) yılın ilk dokuz ayında sonuçlandırılması esası getirilmiştir.

Dava konusu ihalede idareye ait bir ödeneğin kullanılması söz konusu olmayıp, yatırım döneminde tamamen yüklenicinin finansman kaynakları kullanılmaktadır. Ayrıca kira bedelinin ödenmesinde, finansal kaynak olarak, öncelikle kurulacak tesisin bünyesindeki döner sermaye işletme bütçesi, işletme kurulmaması veya kurulmuş olmakla birlikte malî durumunun uygun olmaması hâlinde Bakanlık Döner Sermaye Merkez Saymanlığı gösterilmiştir Bu nedenle, 4734 sayılı Kanun'un 62. maddesinin (b) bendinin ödenek kullanılmayan dava konusu ihale için kıyasen uygulanması mümkün değildir. Kaldı ki dava konusu ihalenin niteliği itibarıyla 9 aydan daha uzun bir sürede tamamlanması da olağandır.

Davacı tarafından ayrıca "ödeneği olmadan ihaleye çıkılamayacağı" hükmüne aykırı davranıldığı ileri sürülmüştür.

3359 sayılı Kanun'un Ek 7. maddesi ile dava konusu Yönetmelikte öngörülen modelde farklı bir finansman modeli öngörülmüş olup, Yönetmeliğin 33. maddesinin 1. fıkrasında, "Yüklenici, ihale konusu sağlık tesisinin yenileme veya yapım işlerine ait yatırım tutarı ile hizmetlerin verilmesi ile ilgili gerekli tüm finansmanı sağlamakla yükümlüdür." kuralı yer almıştır. Sonuç olarak, idare tarafından ihale için bir ödenek ayrılması söz konusu olmadığından, 4734 sayılı Kanun'un 5. maddesinde düzenlenen "Ödeneği bulunmayan hiçbir iş için ihaleye çıkılamaz." kuralının dava konusu ihale için kıyasen uygulanmasına olanak bulunmamaktadır.

Ayrıca davacı tarafından, dava konusu ihalenin yüksek fiyatla sonuçlandığı, bunun kamu yararına aykırı olduğu, döner sermaye bütçesinin bu denli yüksek kira ödemelerini karşılayamayacağı ileri sürülmüştür.

UYAP Bilişim Sisteminde yer alan bu dokümana http://vatandas.uyap.gov.tr adresinden 62vPPbq - uB5aLwB - aQ7rEu2 - mw2c6A= kodu ile erişebilirsiniz.

T.C.
D A N I Ş T A Y
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2011/3392
Karar No : 2014/1943

Dava konusu ihalenin Yüksek Planlama Kurulu'nun bu konudaki yatırım kararı üzerine gerçekleştirildiği, ihale yapılırken idare tarafından ön fizibilite ve fizibilite çalışması yapıldığı ve bazı mali öngörülerle hareket edildiği anlaşılmakta olup, sözleşme aşamasında idarenin kira bedelini ödeme edimini yerine getirmekte zorlanacağına dair iddia, ihalenin hukukilik değerlendirmesinin yapıldığı bu aşamada incelenecek bir husus olarak görülmemiştir.

Bu durumda, dava konusu edilen "Ankara Etlik Entegre Sağlık Kampüsü Yapım İşleri ile Ürün ve Hizmetlerin Temin Edilmesi İşi"nin 30.06.2011 tarihinde yapılan açık eksiltme ihalesi ve bu ihaleye kadar idare tarafından gerçekleştirilen ihale işlemlerinde hukuka aykırı bir yön görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle; 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, "İhale dokümanı" ile "tıbbî hizmetler dışındaki hizmetler" tanımının, 15. maddesinin (u) bendinde yer alan "ve uygun görülen donanımın işletilmesine" ifadesinin ve 30. maddesinin (i) bendinde yer alan "ve uygun görülen donanımın işletilmesine" ifadesinin ve 30.06.2011 tarihinde açık eksiltme usulüyle yapılan "Ankara Etlik Entegre Sağlık Kampüsü Yapım İşleri ile Ürün ve Hizmetlerin Temin Edilmesi İşi"ne ilişkin ihale işlemi yönünden davanın reddine oyçokluğuyla, Yönetmeliğin dava konusu diğer maddeleri yönünden davanın reddine oybirliğiyle, ayrıntısı aşağıda gösterilen toplam 285,70 TL yargılama giderinin davacı üzerinde bırakılmasına, bu kararın tebliğ tarihini izleyen 30 (otuz) gün içerisinde Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'na temyiz yolu açık olmak üzere, 16.05.2014 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

Başkan	Üye	Üye	Üye	Üye
Nevzat	Taci	H. Neşe	E.Yücel	Nizamettin
ÖZGÜR	BAYHAN	SARI	SEYHAN	KALAMAN
	(X)	(XX)		

Yargılama Giderleri :

Başvurma Harcı	:	28,20.-TL
Karar Harcı	:	38,20.-TL
YD Harcı	:	30,30.-TL
Posta Gideri	:	189,00.-TL
Toplam	:	285,70.-TL

ASLI GİBİDİR.

UYAP Bilişim Sisteminde yer alan bu dokümana http://vatandas.uyap.gov.tr adresinden 62vPPbq - uB5aLwB - aQ7rEu2 - mw2c6A= kodu ile erişebilirsiniz.

T.C.
D A N I Ş T A Y
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2011/3392
Karar No : 2014/1943

(X) KARŞI OY :

Uyuşmazlık konusu Yönetmeliğe dayanılarak yapılan dava konusu "Ankara Etlik Entegre Sağlık Kampüsü Yapım İşleri ile Ürün ve Hizmetlerin Temin Edilmesi İşi" ihalesi incelendiğinde:

3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun Ek 7. maddesinde, "Yapılmasının gerekli olduğuna Yüksek Planlama Kurulu tarafından karar verilen sağlık tesisleri, Sağlık Bakanlığınca 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. (Ek cümle: 11/10/2011-KHK/663/58.md.) 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 kullanılamayacağına, 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.

Bu şekilde yapılacak kiralama işlemlerine ait kira bedelleri Sağlık Bakanlığına bağlı Döner Sermaye İşletmelerince ödenir.

Sağlık Bakanlığının kullanımında bulunan sağlık tesislerinin, öngörülecek proje ve belirlenecek esaslar doğrultusunda yenilenmesi; tesislerdeki tıbbî hizmet alanları dışındaki hizmet ve alanların işletilmesi karşılığında, sözleşmeyle gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine yaptırılabilir.

Bu madde kapsamında yapılacak yatırımlarla ilgili olarak, otuzaltı aylık süreyi geçmemek ve sözleşmede belirlenecek inşaat yapım süresi ile sınırlı olmak kaydıyla, Sağlık Bakanlığı ile gerçek veya özel hukuk tüzel kişileri arasında yapılacak her türlü iş ve işlemler ile düzenlenecek kâğıtlar, 1.7.1964 tarihli ve 488 sayılı Damga Vergisi Kanunu'na göre alınan damga vergisi ile 2.7.1964 tarihli ve 492 sayılı Harçlar Kanunu uyarınca alınan harçlardan müstesnadır.

Bu maddeye göre yapılacak iş ve işlemler, 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile 4.1.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na tâbi değildir.

UYAP Bilişim Sisteminde yer alan bu dokümana http://vatandas.uyap.gov.tr adresinden 62vPPbq - uB5aLwB - aQ7rEu2 - mw2c6A= kodu ile erişebilirsiniz.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin esas ve usuller ile ihale yöntemi; gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerinde aranılacak nitelikler, sözleşmelerin kapsamı ve konuya ilişkin diğer hususlar Maliye Bakanlığı, Sağlık Bakanlığı, Devlet Planlama Teşkilatı ve Hazine Müsteşarlıklarınca müştereken hazırlanarak Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulur." kuralı yer almıştır.

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 "Amaç" başlıklı 1. maddesinde, "Bu Yönetmeliğin amacı; 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun Ek 7'nci maddesi uyarınca; yapılmasının gerekli olduğuna Yüksek Planlama Kurulu tarafından karar verilen sağlık tesislerinin, Sağlık Bakanlığınca verilecek ön proje ve belirlenecek temel standartlar çerçevesinde, kendisine veya Hazineye ait taşınmazlar üzerinde ihale ile belirlenecek gerçek kişilere veya özel hukuk tüzel kişilerine kırkdokuz yılı geçmemek şartıyla belirli süre ve bedel üzerinden kiralama karşılığı yaptırılmasına, bu amaçla Maliye Bakanlığınca Hazineye ait taşınmazlar üzerinde gerçek kişiler veya özel hukuk tüzel kişileri lehine bedelsiz olarak kırkdokuz yıla kadar üst hakkı tesis edilmek suretiyle bu taşınmazların devredilmesine; kira bedeli ve kiralama süresinin tespitine, sağlık tesislerindeki tıbbî hizmet alanları dışındaki hizmet ve alanların işletilmesi karşılığında yenilenmesine, ihale yöntemlerine, isteklilerde aranacak niteliklerin belirlenmesine, sözleşmelerin kapsamına ve diğer hususlara dair usul ve esasları belirlemektir." hükmüne yer verilmiş; "Tanımlar" başlıklı 4. maddesinde, tıbbî hizmetler dışındaki alanların, ihale dokümanında belirtilen şartlara uygun olarak, otopark, otel, banka şubesi, restoran, kafeterya, konferans ve kültür merkezi, internet ve iletişim merkezi, yaşlı bakım evi, kreş, personel servisi, taksi hizmetleri ve benzeri ulaştırma hizmetleri, zayıflama ve diyet merkezi gibi ön proje ile tanımlanacak olan, sağlık tesisi konsepti ile uyumlu alanları; üst hakkı sözleşmesinin ise, bu Yönetmeliğin uygulamasında, üst hakkı sözleşmesinin, sağlık tesislerinin Hazineye ait taşınmazlar üzerinde kiralama karşılığında yaptırılması hâlinde, bu taşınmazlar üzerinde yüklenici lehine bedelsiz olarak kırkdokuz yıla kadar üst hakkı tesis edilmek suretiyle bu taşınmazların devredilmesine ilişkin olan ve (j) bendinde tanımlanan sözleşmeye dayanan, sözleşme ve eklerini ifade ettiği belirtilmiş; Yönetmeliğin 6. maddesinin 2. fıkrasında, "Sağlık tesislerindeki tıbbî hizmetler dışındaki hizmet ve alanların işletilmesi yükleniciye bırakılabilir. Bu durumda kira bedelinin hesabı yükleniciye bırakılan tıbbî hizmetler dışındaki alan ve hizmetler dikkate alınarak yapılır. Kira bedeli hesabında dikkate alınmak kaydıyla, yaptırılacak sağlık tesislerindeki tüm tıbbî ekipmanlar ile mefruşatın yüklenici tarafından sağlanması ihale dokümanları ve sözleşme çerçevesinde öngörülebilir."kuralı, 31 . maddesinin 1. fıkrasında ise, "Bakanlığın talebi üzerine Maliye Bakanlığınca, a) Bakanlıkça bu Yönetmelik kapsamında üzerinde sağlık tesisleri yapılmasına karar verilen Hazinenin özel

UYAP Bilişim Sisteminde yer alan bu dokümana http://vatandas.uyap.gov.tr adresinden 62vPPbq - uB5aLwB - aQ7rEu2 - mw2c6A= kodu ile erişebilirsiniz.

mülkiyetindeki taşınmazlardan, b) Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunup tescili mümkün olan yerlerden, Maliye Bakanlığınca da uygun görülenler üzerinde, yüklenici lehine bedelsiz olarak kırkdokuz yıla kadar üst hakkı tesis edilebilir. " düzenlemesi yer almıştır.

Dosyanın incelenmesinden; 02.09.2009 tarih ve 2009/T-24 sayılı Yüksek Planlama Kurulu kararıyla yapılmasına karar verilen Ankara Etlik Entegre Sağlık Kampüsü Projesinin gerçekleştirilmesi için, Yönetmeliğin 19. maddesinin (b) bendi uyarınca belli istekliler arasında ihale usulüyle "Ankara Etlik Entegre Sağlık Kampüsü Yapım İşleri ile Ürün ve Hizmetlerin Temin Edilmesi İşi"ne ilişkin ihale onayının alındığı, yatırım dönemi 42 ay, işletme dönemi 25 yıl olarak öngörülen proje için ihale ilânlarının yapılarak ön yeterlilik ihalesinin gerçekleştirildiği, 30.04.2010 tarihinde gerçekleştirilen ön yeterlilik ihalesi sonucunda ihaleye katılan 9 firmanın tamamının yeterli görülerek ihaleye davet edildiği, 28.01.2011 tarihli ihaleye 3 firmanın teklif, 1 firmanın ise teşekkür mektubu sunduğu, bu üç firmanın nihai teklif vermek üzere davet edildiği, 24.06.2011 tarihinde nihaî teklif veren 3 firma arasında 30.06.2011 tarihinde gerçekleşen açık eksiltme sonucu en düşük P1 teklifi sunan Astaldi S.P.A. ve Türkerler İnşaat Turizm Madencilik Enerji Üretim Ticaret ve Sanayi A.Ş. iş ortaklığı ile sözleşme imzalandığı anlaşılmaktadır.

Dava konusu ihaleye ait Genel Şartnamenin "Proje" başlıklı 1.2. maddesinde, idare tarafından, Ankara Etlik Entegre Sağlık Kampüsü içerisine taşınacak mevcut sağlık tesislerinin (Dr.Sami Ulus Çocuk Hastanesi, Ulus Devlet Hastanesi, Dışkapı Yıldırım Beyazıt Eğitim ve Araştırma Hastanesi, Dışkapı Çocuk Hastanesi, Ulucanlar Göz Hastanesi, Ankara Eğitim Araştırma Hastanesi Ulucanlar Ek Poliklinik Binası, Dr. Zekai Tahir Burak Kadın Doğum Hastanesi, Dr. A.Y. Ankara Onkoloji Eğitim Araştırma Hastanesi) üzerinde bulunduğu taşınmazların da yükleniciye "tıbbî hizmetler dışındaki alanlar" kapsamında bırakılacağına ilişkin düzenlemeye yer verildiği, dosya kapsamındaki belgeler arasında yer alan "Ticari Alanlar" başlıklı belge incelendiğinde, tıbbî hizmet dışındaki alanların kampüs içinde ve kampüs dışında olmak üzere iki grupta toplandığı, kampüs dışındaki alanların yukarıda adı geçen mevcut sağlık tesislerine ait taşınmazlar olduğu, isteklilerin teklif ettikleri ticari alanların emsaline denk gelen alan kadar üst hakkı kazanımı elde edeceği, istekli tarafından ticari alan teklif edilmemesi hâlinde ticari alan hakkından feragat etmiş sayılacağı, kampüs içinde ve dışında kullanılacak ticari alanların gelirleri ve yatırım bedelinin fizibilite raporunda gösterileceği, kampüs dışındaki alanların, kampüs alanına taşındıktan sonra teslim edileceği, mevcut binaların kapalı alanları kadar yeni bina yapılabileceği açıklamasının getirildiği görülmüştür.

Yukarıda yer verilen hukuki düzenlemeler incelendiğinde, yapılmasının gerekli olduğuna Yüksek Planlama Kurulu tarafından karar verilen sağlık tesislerinin, Sağlık Bakanlığınca 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 yaptırılabileceği, bu amaçla Maliye Bakanlığınca, gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine

UYAP Bilişim Sisteminde yer alan bu dokümana http://vatandas.uyap.gov.tr adresinden 62vPPbq - uB5aLwB - aQ7rEu2 - mw2c6A= kodu ile erişebilirsiniz.

Hazineye ait taşınmazların bedelsiz devredilebileceği, bu devrin Yönetmelikle üst hakkı olarak öngörüldüğü, belirtilen taşınmazların sözleşme süresince amacı dışında kullanılamayacağına, Maliye ve Sağlık Bakanlıklarından izin alınmaksızın devredilemeyeceğine dair tapu kütüğüne şerh konulacağı, ancak bu taşınmazların, üzerinde sağlık tesisi yapılmak üzere belirlenen taşınmazlarla sınırlı olduğu, yapılacak olan sağlık tesisinin kira bedeli ve kiralama süresinin tespitinde; kiralama konusu taşınmaz ve üzerindeki sağlık tesislerinde tıbbî hizmetler dışındaki hizmetlerin ve alanların işletilmesinin kiralayana verilip verilmeyeceği hususlarının da dikkate alınması gerektiği, ancak sözü edilen tıbbî hizmet dışındaki alanların yapılmasına karar verilen sağlık tesisi içerisinde ve bu sağlık tesisi ile uyumlu ticari alanlarla sınırlı olduğu, kiralama işlemlerine ait kira bedellerinin Sağlık Bakanlığı'na bağlı döner sermaye işletmelerince ödeneceği, yani kiranın finansal kaynağının döner sermaye olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Başka bir ifadeyle, yukarıda aktarılan mevzuat çerçevesinde getirilen sistemde, hazineye ait taşınmazlar üzerinde yüklenici lehine üst hakkı tesis edilmesi, bu taşınmaz üzerinde sağlık tesisi yapım işini üstlenen yüklenicinin aynı zamanda, yapılacak olan sağlık tesisinin tıbbî hizmet dışında hizmetleri ile tıbbî hizmetler dışındaki alanları işletmesi, bu işletme faaliyetinin de kira süresi ve bedelinin tespitinde etkili olması söz konusudur. Ancak, sağlık tesisinden tamamen bağımsız bir taşınmazın, sağlık tesisi konsepti ile herhangi bir ilgisi ve uyumu bulunmaksızın, ticari alan olarak işletilmek üzere yüklenici lehine üst hakkı tanınması, söz konusu mevzuata göre yapılan ihaleler çerçevesinde olanaklı değildir.

Bu durumda, dava konusu ihaleye ait Genel Şartnamenin "Proje" başlıklı 1.2. maddesinde, idare tarafından, Ankara Etlik Entegre Sağlık Kampüsü içerisine taşınacak mevcut sağlık tesislerinin (Dr. Sami Ulus Çocuk Hastanesi, Ulus Devlet Hastanesi, Dışkapı Yıldırım Beyazıt Eğitim ve Araştırma Hastanesi, Dışkapı Çocuk Hastanesi, Ulucanlar Göz Hastanesi, Ankara Eğitim Araştırma Hastanesi Ulucanlar Ek Poliklinik Binası, Dr. Zekai Tahir Burak Kadın Doğum Hastanesi, Dr. A.Y. Ankara Onkoloji Eğitim Araştırma Hastanesi) üzerinde bulunduğu taşınmazların da yükleniciye "tıbbî hizmetler dışındaki alanlar" kapsamında bırakılacağına ilişkin düzenlemeye yer verilerek, ilgili mevzuatta dayanağı bulunmayan şartları içeren şartname ile gerçekleştirilen ihalede hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

Öte yandan, dava devam ederken, 09.03.2013 tarih ve 28582 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 6428 sayılı "Sağlık Bakanlığınca 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. maddesinin 2. fıkrasıyla, 6428 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce 3359 sayılı Kanun'un Ek 7'nci maddesi çerçevesinde ihale süreci tamamlanmış olan veya devam eden işlere ait şartnamelerdeki, yüklenici tarafından yapılacak sağlık yerleşkesinin dışındaki taşınmazların ticari alan olarak işletilmek üzere yükleniciye verilebileceğine dair hükümlerin uygulanmayacağı ve sağlık yerleşkesi dışındaki taşınmazların yükleniciye verilmeyeceği; ihale iş ve işlemleri ile yapılmış olan sözleşmelerin bu hükümler geçerli olmaksızın yürütüleceğine ilişkin hüküm getirilmişse de,

UYAP Bilişim Sisteminde yer alan bu dokümana http://vatandas.uyap.gov.tr adresinden 62vPPbq - uB5aLwB - aQ7rEu2 - mw2c6A= kodu ile erişebilirsiniz.

ihale şartnamesinde yer alan bir hukuka aykırılığın, ihalede teklifler alınıp ihale süreci tamamlandıktan sonra getirilen Kanun maddesiyle, sonuçlanan bir ihalede hukuka uygun hâle gelmesi mümkün değildir.

Ayrıca, ihalenin Genel Şartnamesinde açık olarak yer alan kampüs dışı tıbbî hizmetler dışındaki alanların yükleniciye bırakılacağına ilişkin kuralın, tekliflerin sunulması aşamasında isteklilerin fiyat tekliflerini belirlemeleri sırasında ekonomik açıdan etkili olan bir husus olarak değerlendirilmesi gerektiği açıktır.

Açıklanan nedenlerle; dava konusu "Ankara Etlik Entegre Sağlık Kampüsü Yapım İşleri ile Ürün ve Hizmetlerin Temin Edilmesi İşi" ihalesi işleminin iptali gerektiği oyuyla, anılan ihale açısından davanın reddi yönündeki karara katılmıyorum.

Üye
Taci BAYHAN

ASLI GİBİDİR

UYAP Bilişim Sisteminde yer alan bu dokümana http://vatandas.uyap.gov.tr adresinden 62vPPbq - uB5aLwB - aQ7rEu2 - mw2c6A= kodu ile erişebilirsiniz.

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2011/3392
Karar No : 2014/1943

(XX) KARŞI OY :

3559 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun Ek-7. maddesi ile kiralama karşılığı yaptırılacak sağlık tesislerinde tıbbî hizmetlerin Sağlık Bakanlığı'nca yürütüleceği belirlenmiş iken, dava konusu Yönetmeliğin 4. maddesinde "tıbbî hizmetler dışındaki hizmetlerin" tanımı yapılırken, "tıbbî destek hizmetleri" ibaresine yer verilmek suretiyle bu hizmetler de kiralayana yaptırılabilecek hizmetler kapsamına alınmış, ancak tıbbî destek hizmetlerinin neler olduğu hususuna ise açıklık getirilmemiştir.

İhaleye ilişkin genel şartnameden; tıbbî destek hizmetlerinin, görüntüleme, laboratuvar, sterilizasyon, dezenfeksiyon, atık yönetimi ve rehabilitasyon hizmetlerinden oluştuğu anlaşılmaktadır. Ancak, gerek 3359 sayılı Yasada gerekse Yönetmelikle tıbbî destek hizmetlerinin nelerden oluştuğu açıkça belirtilmemiştir. Dolayısıyla, Yönetmelikte "tıbbî hizmetler dışında hizmetler" tanımı içinde "tıbbî destek hizmetleri" ibaresine yer verilmesi, yasada öngörülmemesine rağmen bazı tıbbî hizmetlerin kiralayana yaptırılabilecek hizmetler kapsamına alınması sonucunu doğurabileceğinden, Yönetmeliğin 4. maddesinin "tıbbî hizmetler dışındaki hizmetler" tanımındaki "tıbbî destek hizmetleri" ibaresinde hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

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

Ancak, Yönetmeliğin dava konusu 4. maddesinde "tıbbî hizmetler dışındaki hizmetler" tanımında , "...binaların tamiri, bakımı ve işletilmesi..." ibaresine yer verilmek suretiyle yüklenici tarafından işletilecek alanların içerisine tıbbî hizmetlerin yürütüleceği binalar da eklenmiş olup, Yönetmeliğin 4. maddesinde, "İhale Dokümanı" tanımı içinde aynı şekilde "işletilmesi" ibaresi tekrar edilmiştir. Böylece, tıbbî hizmetlere ilişkin alanların ve binaların işletilmesinin de yükleniciye bırakılabilmesine olanak tanıyacak düzenleme yapılmıştır. Bu itibarla, 3359 sayılı Kanun'un Ek-7. maddesine ve Yönetmeliğin diğer kısımlarına aykırılık oluşturan Yönetmeliğin "ihale dokümanı" ve "tıbbî hizmetler dışındaki hizmetler" tanımlarındaki "işletilmesi" ibarelerinde hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

Öte yandan, 3359 sayılı Kanun'un anılan Ek-7. maddesinde, kira bedeli ve kiralama süresinin tespitinde etkili olan hususlar içinde, tıbbî donanımın kiralayan tarafından sağlanıp sağlanmaması hususuna yer verilmiştir. Ancak, tıbbî donanımın neler olduğu Yasa hükmünde ve Yönetmelikte açıkça belirtilmemiştir. Buna karşın, dava konusu Yönetmeliğin 15. maddesinin (u) bendinde ve 30. maddesinin (i) bendinde, "ve uygun görülen donanımın işletilmesine" ibaresine yer verilmiş olup, anılan düzenlemeler bu hâliyle Yasada açıkça

UYAP Bilişim Sisteminde yer alan bu dokümana http://vatandas.uyap.gov.tr adresinden 62vPPbq - uB5aLwB - aQ7rEu2 - mw2c6A= kodu ile erişebilirsiniz.

öngörülmemesine rağmen, tıbbî hizmetlerin bir bölümünün kiralayan tarafından işletilmesine olanak sağlayabileceğinden, Yönetmeliğin 15. maddesinin (u) ve 30. maddesinin (i) bentlerinde yer alan "ve uygun görülen donanımın işletilmesine" ibarelerinde de hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

Yukarıda belirtilen Yönetmelik hükümleri ve buna dayanılarak hazırlanan dava konusu iheleye ait genel şartname ile, tıbbî hizmetlere ilişkin alanların ve binaların işletilmesinin ve tıbbî hizmetlerin bir bölümünün 3359 sayılı Kanuna aykırı olarak yükleniciye devrinin öngörülmesi, yani tıbbî hizmetlerin bir bölümü ile tıbbî hizmet alanlarının işletmesinin ihaleye dâhil edilmiş olması nedeniyle, dava konusu ihale işleminde de hukuka uygunluk bulunmamaktadır. Diğer taraftan, 6428 sayılı Kanun'un Geçici 1. maddesi ile 3359 sayılı Kanun'un Ek 7. maddesi yürürlükten kaldırılmış ve yürürlükten kaldırılan yasa hükmü uyarınca ilâna çıkılarak ihale süreci başlatılmış işlerin mevcut ihale şartnamelerine göre sonuçlandırılması öngörülmüş ise de, anılan ihale şartnamesinin hukuka aykırılığı saptanan Yönetmelik hükümlerine dayanması karşısında, 6428 sayılı Kanun'un Geçici 1. maddesi hükmünün ihale işlemi yönünden yukarıda belirtilen hukuka aykırılığı gidermeyeceği açıktır.

Açıklanan nedenlerle, Yönetmeliğin 4. maddesinde "tıbbî hizmetler dışındaki hizmetler" tanımında yer alan "tıbbî destek hizmetleri" ve "işletilmesi" ibareleri, "ihale dokümanı" tanımında yer alan "işletilmesi" ibaresi ile 15/u ve 30/i bentlerinde yer alan "ve uygun görülen donanımın işletilmesine" ibareleri ile dava konusu ihale işleminin iptali gerektiği oyuyla, bu kısımlar yönünden davanın reddi yönündeki karara katılmıyorum.

Üye
H.Neşe SARI

ASLI GİBİDİR

UYAP Bilişim Sisteminde yer alan bu dokümana http://vatandas.uyap.gov.tr adresinden 62vPPbq - uB5aLwB - aQ7rEu2 - mw2c6A= kodu ile erişebilirsiniz.

T.C.
D A N I Ş T A Y
İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU
Esas No : 2014/3694
Karar No : 2017/2249

Temyiz Eden (Davacı) : Türk Tabipleri Birliği Merkez Konsey Başkanlığı
GMK Bulvarı Şehit Daniş Tunalıgil Sok. No:2/4 - Maltepe/ANKARA
Vekili : Av. Özgür Erbaş - Aynı adreste

Karşı Taraf (Davalılar) : **1-** Başbakanlık - ANKARA
2- Sağlık Bakanlığı - ANKARA
Vekilleri : Hukuk Müşaviri Zeliha Sarı,
Hukuk Müşaviri Zeynep Ceyhun - Aynı adresteler

İstemin Özeti : Danıştay Onüçüncü Dairesi'nin 16/05/2014 günlü, E:2011/3392, K:2014/1943 sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması, davacı tarafından istenilmektedir.

Savunmaların Özeti : Danıştay Onüçüncü Dairesince verilen kararın usul ve hukuka uygun bulunduğu ve temyiz dilekçesinde öne sürülen nedenlerin, kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı belirtilerek temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi : Nuray Doğru
Düşüncesi : Temyiz isteminin reddi ile Daire kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 17/2. maddesi uyarınca davacının duruşma istemi yerinde görülmeyerek ve dosyanın tekemmül ettiği anlaşıldığından yürütmenin durdurulması istemi görüşülmeyerek dosya incelendi, gereği görüşüldü:

Dava; Sağlık Bakanlığı Kamu Özel Ortaklığı Daire Başkanlığı tarafından 30/06/2011 tarihinde açık eksiltme usulü ile yapılan "Ankara Etlik Entegre Sağlık Kampüsü Yapım İşleri ve Ürün ve Hizmetlerin Temin Edilmesi İşi"ne ilişkin ihale işleminin 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 "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 "Tıbbî 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, 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 istemiyle açılmıştır.

Danıştay Onüçüncü Dairesi'nin 16/05/2014 günlü, E:2011/3392, K:2014/1943 sayılı kararıyla; dava konusu 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

UYAP Bilişim Sistemindeki bu dokümana http://vatandas.uyap.gov.tr adresinden l3+XuXJ - IAmuG6G - 8AtOIkJ - QySxTw= ile erişebilirsiniz.

Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmelik", 09/05/2014 günlü, 28995 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan "Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınmasına Dair Uygulama Yönetmeliği"nin 69. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış ise de, yürürlükten kaldırılan Yönetmeliğe dayanılarak yapılan uygulama işleminin de dava konusu edilmesi nedeniyle işin esasının incelendiği; **Yönetmeliğin 4. maddesinin "Sözleşme" tanımında yer alan "özel hukuk hükümlerine göre yapılan" ifadesi incelendiğinde;** Yönetmeliğin "Tanımlar" başlıklı 4. maddesinde, sözleşmenin, yapım ve yenileme işlemleri ile ilgili olarak idare ile yüklenici arasında **özel hukuk hükümlerine göre yapılan,** Hazineye ait taşınmaz üzerinde yüklenici lehine bedelsiz olarak kırkdokuz yıla kadar üst hakkı tesis edilmek suretiyle taşınmazların devredilmesi hâlinde, üst hakkı sözleşmesine esas teşkil eden ve onun ayrılmaz parçası olan sözleşme ve eklerini ifade ettiğinin düzenlendiği; dava konusu Yönetmelik uyarınca yapılacak ihalelerin sonucunda yüklenici özel kişi ile Bakanlık arasında imzalanacak sözleşmenin hangi hukuki rejime tabi olduğu konusunda 3359 sayılı Kanun'un Ek 7. maddesinde herhangi bir belirlemede bulunulmadığı, bu noktada değerlendirilmesi gereken hususun, bu tür sözleşmelerin "özel hukuk sözleşmeleri" olarak öngörülmesinin mümkün olup olmadığı, bunların "imtiyaz sözleşmesi" niteliğinde olup olmadığı ve bu açıdan anılan Yönetmelik hükmünün hukuka uygunluğu olduğu; öncelikle, idarenin taraf olduğu sözleşmelerin tamamının kamu hukuku rejimine dayalı "idarî sözleşme" olarak kabul edilmesine olanak bulunmadığı, idarenin taraf olduğu sözleşmelerden, kamu ihaleleri sonucunda ihaleyi kazanan özel kişiyle idare arasında imzalanan "ihale sözleşmeleri"nin, hukukumuzda özel hukuk sözleşmeleri olarak kabul edildiği, bunun istisnasının ise, kamu hizmeti yürütülmesi için özel kişiye "imtiyaz" verilmek istendiğinde, bu imtiyazın verileceği özel kişinin ihale ile belirlenmesi durumunda, ihaleyi kazanan kişi ile idare arasında imzalanacak "kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi"nin idari sözleşme olması, yani özel hukuk değil, kamu hukuku rejimine tabi bulunması olduğu; Anayasa'nın 47. maddesinde 1999 yılında yapılan değişiklikle, kanunla öngörülmek kaydıyla bazı kamu hizmetlerinin özel kişilerce yürütülmesinin istisnai olarak "özel hukuk sözleşmeleri" ile de yapılabilmesine olanak tanındığı, sonuç olarak, bir kamu ihalesi sonucunda ihaleyi kazanan özel kişi ile idare arasında imzalanan sözleşmenin özel hukuk değil, kamu hukuku rejimine tabi olması ancak bu sözleşme konusunun kamu hizmeti niteliğinde olması ve o kamu hizmetinin özel hukuk sözleşmesi ile de yürütülmesine açıkça izin veren bir kanun hükmünün bulunmaması hâlinde söz konusu olduğu; bu noktada, 3359 sayılı Yasa ve Yönetmelikle düzenlenen sağlık tesislerinin, kiralama karşılığı yaptırılması ile tesislerdeki tıbbî hizmet alanları dışındaki hizmet ve alanların işletilmesi karşılığında yenilenmesine ilişkin modelin bu açıdan incelenmesi gerektiği, bu modelde, özel kişilere bırakılanın, esas olarak bir kamu hizmeti olan sağlık hizmetinin yürütülmesi değil, idarenin yürüteceği bir kamu hizmeti için "sağlık tesisi yapımı" olduğu, bu model için zorunlu olmamakla beraber, kiralama süresinin ve kira bedelinin tespitinde etkili olmak üzere, tesisi yapan özel kişinin sağlık tesisine ilişkin birtakım yan ve tali hizmet ve faaliyetleri işletmesi mümkün olmakla birlikte, bu tür faaliyetlerin teknik anlamda "kamu hizmeti" sayılmasının söz konusu olmadığı; sonuç olarak bu modelde, kamu hizmeti idare tarafından görülmeye devam ederken, yüklenicinin, tesis yapımını, tıbbî hizmet dışındaki hizmetin verilmesini, tıbbî hizmet dışındaki alanların işletilmesini ve tesiste kullanılacak ekipmana ilişkin malın tedarikini üstlendiği, bu noktadan hareketle, Yasa ve ilgili Yönetmelik uyarınca kamu hizmeti dışında birtakım yan ve ikincil hizmetlerin özel kişiler tarafından yürütümüyle yetinildiğinden, bir kamu hizmetinin yürütülmesinin söz konusu olmadığı; bu durumda, Anayasa'nın 47. maddesi gereğince kanunla bir düzenleme yapılması zorunluluğu olmaması nedeniyle, dava konusu Yönetmelikte yapılan sözleşme tanımındaki **"özel hukuk hükümlerine göre yapılan"** ifadesinde hukuka aykırı bir yön görülmediği; **Yönetmeliğin 4. maddesinin "Tıbbî hizmetler dışındaki hizmetler" tanımı incelendiğinde;** Yönetmeliğin

UYAP Bilişim Sistemindeki bu dokümana http://vatandas.uyap.gov.tr adresinden I3+XuXJ - IAmuG6G - 8AtOIkJ - QySxTw= ile erişebilirsiniz.

"Tanımlar" başlıklı 4. maddesinde, "Tıbbî hizmetler dışındaki hizmetler: Sözleşme hükümlerine göre, yüklenici tarafından üstlenilen tıbbî destek hizmetleri ile bilgi işlem, hasta danışmanlığı, sterilizasyon, çamaşırhane, temizlik, güvenlik, yemekhane, arşivleme ve benzeri hizmetleri; aydınlatma, asansör, ısıtma, soğutma, havalandırma, tıbbî gaz, su ve enerji temini, atık ve atık su uzaklaştırma hizmetleri de dâhil olmak üzere binaların tamiri, bakımı ve işletilmesi, park ve bahçe bakımı ve kara, hava, deniz ambulans hizmetleri ile morg ve gasilhane hizmetlerini" ifade edeceğinin düzenlendiği; 3359 sayılı Yasa'nın Ek 7. maddesi ve dava konusu Yönetmelikle öngörülen sistemde, kamu hizmeti niteliği tartışmasız olan asli sağlık hizmetlerinin, sağlık tesisini yapacak özel kişiye devrinin söz konusu olmadığı, bu tür asli sağlık hizmetlerinin Bakanlık, yani idare tarafından yürütülmesi esasının benimsendiği, buna karşın, bir zorunluluk olmayıp sadece bir seçenek olmak kaydıyla, kiralama süresinin ve bedelinin berilenmesinde etkili olmak üzere "tıbbî destek hizmetleri"nin yüklenici özel kişi tarafından yürütülmesi olanağının tanındığı, bu noktada değerlendirilmesi gereken hususun, tıbbî destek hizmetlerinin kamu görevlileri dışında özel kişilere, özel hukuk sözleşmesiyle gördürülüp gördürülmeyeceği hususu olduğu, öncelikle yapılması gerekenin "tıbbî destek hizmetleri"nin kamu hizmeti olarak kabul edilip edilmediğini belirlemek olduğu, eğer kamu hizmeti değilse, kamu hizmeti niteliği taşımayan bir faaliyetin özel kişilerce ve özel hukuk sözleşmeleriyle gördürülmesine bir engel bulunmadığı, ancak, ilgili mevzuat değerlendirildiğinde, "tıbbî destek hizmetleri" ifadesinden somut olarak hangi hizmetlerin anlaşılması gerektiğini ortaya koyan açık bir düzenleme bulunmadığı; bu nedenle, bu hizmetler kural olarak asli sağlık hizmeti niteliğini taşımasa da, bazı hizmetler açısından asli tıbbî hizmetlerin, yani asli sağlık hizmetleri niteliğini taşıdığı varsayılarak bir değerlendirme yapılması zorunluluğu doğduğu; sağlık hizmeti talebini en doğru şekilde karşılamanın, yüksek sermaye grubuna dâhil sürekli yenilenen teknoloji elde etmenin ve cihaz-ekipman-sigorta-bakım-yenileme maliyetlerini en düşük seviyeye indirmenin, birden çok kuruma ortak hizmet alanı oluşturmanın, yetersiz ve kısıtlı kalifiye insan gücü kaynağını değerlendirerek hizmette etkinlik ve verimlilik sağlamanın, değişen şartlara ve ihtiyaca göre hizmet planlamanın ve sunumunu yapmanın, kaynak kullanımı kontrollünün, kaliteyi yükselten, maliyeti düşüren etkin, süratli, kesintisiz bir sağlık hizmeti sunmanın, gereksiz bina ve cihaz alımının önüne geçmenin, kurumlar arası işbirliği ve halkın sosyal memnuniyetini artırmanın, sağlık hizmetleri yönünden Devlet için bir kamusal zorunluluk olduğu ve sosyal devlet olmanın gereği olduğu; Anayasa'nın 47. maddesi ile 128. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, sağlık hizmetlerinin bütünüyle devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu bir kamu hizmeti şeklinde nitelendirilmesinin mümkün olmadığı, dolayısıyla sağlık hizmetinin tamamının salt memur ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerektiğinden söz edilemeyeceği gibi, 47. maddesinde öngörülen kural kapsamında bunun özel hukuk sözleşmeleri ile üçüncü kişilere yaptırılabilmesinin de mümkün olduğu, sonuç olarak, pozitif hukukumuz açısından tıbbî destek hizmetleri, asli tıbbî hizmetler niteliğini taşısa bile, bu tür hizmetlerin kamu görevlileri tarafından yürütülmesinin zorunlu olmadığı ve bu hizmetlerin özel kişilerce de görülmesinin mümkün olduğu kanaatine ulaşıldığı; bu itibarla, dava konusu Yönetmeliğin 4. maddesinde "Tıbbî hizmetler dışında hizmetler" tanımı yapılırken, sağlık hizmeti ile doğrudan ilintili "tıbbî destek hizmetleri" tanımının yapılmamasında ve anılan tanımda hukuka aykırı bir yön görülmediği; **Yönetmeliğin 4. maddesinin "İhale dokümanı" tanımında yer alan "işletilmesi" ifadesinin ve 15. maddesinin (u) bendinde yer alan "ve uygun görülen donanımın işletilmesine" ifadesinin, 30. maddesinin (i) bendinde yer alan "ve uygun görülen donanımın işletilmesine" ifadesinin, 30. maddesinin (ı) bendinde yer alan "fiyatlandırma ölçütleri" ifadesinin incelenmesine gelince;** Yönetmeliğin 4. maddesinde, "ihale dokümanı"nın, ihale konusu sağlık tesisinin projelendirme, yapım, bakım ve işletilmesi işlerinde, isteklilere talimatları da içeren idarî şartnameler ile yaptırılacak işin ön

UYAP Bilişim Sistemindeki bu dokümana http://vatandas.uyap.gov.tr adresinden I3+XuXJ - IAmuG6G - 8AtOIkJ - QySxTw= ile erişebilirsiniz.

projesini de kapsayan teknik şartnameler, sözleşme tasarısı ve gerekli diğer belge ve bilgileri ifade edeceğinin belirtildiği, Yönetmeliğin 15. maddesinin (u) bendinde, "Tıbbî donanım dâhil projelerde donanımın özellikleri, temini, yenilenmesi, bakımı **ve uygun görülen donanımın işletilmesine** dair hususlar", 30. maddesinin (i) bendinde,"Tıbbî donanım dâhil projelerde donanımın özellikleri, temini, yenilenmesi, bakımı **ve uygun görülen donanımın işletilmesine** dair hususlar", Yönetmeliğin 30. maddesinin (ı) bendinde, "Yükleniciye bırakılan tıbbî hizmetler dışındaki hizmet ve alanların, **fiyatlandırma ölçütleri** ile kira bedeli hesabında dikkate alınma usul ve esasları" düzenlemelerine yer verildiği; tıbbî hizmetler davalı idare tarafından sunulurken, tıbbî hizmet dışındaki hizmetler ve alanlar ile bunlara ilişkin donanımın yüklenici tarafından işletilmesi ve işletilen hizmetin doğal olarak yüklenici tarafından fiyatlandırılmasının, kurulan kamu-özel ortaklığı modelinin bir sonucu olduğundan, anılan düzenlemelerde hukuka aykırı bir yön görülmediği; **Yönetmeliğin "Tanımlar" başlıklı 4. maddesinin "Kira bedeli" tanımında yer alan "sözleşme süresince" ifadesinin, 32. maddesinin 2. fıkrasında yer alan "sözleşmede belirtilen yer teslim tarihinden başlamak üzere" ifadesinin, 34. maddesinin 4. fıkrasının ikinci cümlesinin incelenmesine gelince;**Yönetmeliğin 4. maddesinde, "Kira bedeli: Yükleniciye sözleşme çerçevesinde yaptığı yapım işleri karşılığı olarak; arsa veya arazinin Hazineye veya gerçek kişiye veya özel hukuk tüzel kişilerine ait olup olmadığı; yatırımın maliyeti ve kârı; tıbbî hizmet alanları dışındaki hizmet ve alanların yükleniciye bırakılıp bırakılmamasına bağlı olarak, tıbbî hizmetler dışındaki alanlardan yüklenicinin elde edeceği getiriler ile tıbbî donanımın yüklenici tarafından sağlanıp sağlanmayacağı gibi hususlar da dikkate alınarak hesaplanan, **sözleşme süresince** ve sözleşmede öngörülecek dönemler çerçevesinde ödenecek tutarı" ifade edeceğinin düzenlendiği, 32. maddesinin 2. fıkrasında, "**Sözleşmede belirtilen yer teslim tarihinden başlamak üzere,** projelendirme ve yapım süresi dâhil yatırım süresi ve işletme süresi, sözleşme süresidir." kuralının öngörüldüğü; 34. maddesinin 4. fıkrasında ise, "İhale dokümanında ve sözleşmede belirtilmek üzere değişik kira dönemleri tespit edilebilir. **Yapılan peşin ödemeler ile ara ödemeler, toplam kira bedeli hesaplamasında dikkate alınır.**" düzenlemesine yer verildiği, 3359 sayılı Kanun'un Ek 7. maddesi uyarınca, yapılmasının gerekli olduğuna Yüksek Planlama Kurulu tarafından karar verilen sağlık tesislerinin, Sağlık Bakanlığı'nca verilecek ön proje ve belirlenecek temel standartlar çerçevesinde, kendisine veya Hazineye ait taşınmazlar üzerinde ihale ile belirlenecek gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine kırk dokuz yılı geçmemek şartıyla belirli süre ve bedel üzerinden kiralama karşılığı yaptırılabileceğinin, kiralama işlemlerine ait kira bedellerinin Sağlık Bakanlığı'na bağlı döner sermaye işletmelerince ödeneceğinin, yani kiranın finansal kaynağının döner sermaye olduğunun belirtildiği; ayrıca, Yönetmeliğin 34. maddesinin 6. fıkrası uyarınca, sözleşmede tespit edilen kira dönemleri içerisinde yükleniciye kira ödemelerinin, sağlık tesisinin teslim alınmasından sonra, tesisin bünyesinde döner sermaye işletmesi kurulması durumunda bu işletme bütçesinden, işletme kurulmaması veya kurulmuş olmakla birlikte malî durumunun uygun olmaması hâlinde Bakanlık Döner Sermaye Merkez Saymanlığı hesabına aktarılan paydan ödeneceğinin kural altına alındığı; ilgili mevzuat hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi sonucunda, sözleşmede belirtilen yer teslim tarihinden başlamak üzere, projelendirme ve yapım süresi dâhil yatırım süresinin ve işletme süresinin, sözleşme süresini ifade ettiği, kira bedelinin sözleşme süresince ve sözleşmede öngörülecek dönemler çerçevesinde ödenecek tutarı belirttiği, sözleşmede tespit edilen kira dönemleri içerisinde yükleniciye kira ödemelerinin, sağlık tesisinin teslim alınmasından sonra yapılması gerektiğinin anlaşıldığı, Yönetmeliğin ilgili maddeleri bir bütün olarak değerlendirildiğinde, bu konuda bir tutarsızlık ve çelişki olmadığı, bina tesliminden önce kira ödemesi yapılmasının mümkün olmadığı görüldüğünden Yönetmeliğin "Tanımlar" başlıklı 4. maddesinin "Kira bedeli" tanımında yer alan "sözleşme süresince" ifadesinde, 32. maddesinin 2. fıkrasında yer alan "sözleşmede belirtilen yer teslim tarihinden

UYAP Bilişim Sistemindeki bu dokümana http://vatandas.uyap.gov.tr adresinden I3+XuXJ - IAmuG6G - 8AtOIkJ - QySxTw= ile erişebilirsiniz.

başlamak üzere" ifadesinde, 34. maddesinin 4. fıkrasının ikinci cümlesinde hukuka aykırı bir yön görülmediği, **Yönetmeliğin 11. maddesinin son cümlesinde yer alan "veya alt yüklenici olarak" ifadesinin ve 13. maddesinin incelenmesine gelince;** dava konusu Yönetmeliğin 11. maddesinde, "İhaleyi yapan idarenin; ... doğrudan veya dolaylı olarak veya alt yüklenici olarak ihalelere katılamazlar." kuralının; Yönetmeliğin 13. maddesinde ise, "İhale konusu işin özelliği nedeniyle ihtiyaç görülmesi hâlinde, ihale aşamasında isteklilerden alt yüklenicilere yaptırmayı düşündükleri işleri belirtmeleri, sözleşme imzalamadan önce de alt yüklenicilerin listesini idarenin onayına sunmaları istenebilir. Ancak bu durumda, alt yüklenicilerin yaptıkları işlerle ilgili sorumluluğu yüklenicinin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz." düzenlemesinin yer aldığı, Yönetmeliğin 11. maddesinde, ihaleye katılamayacak olanların sıralandığı, bu kişilerin doğrudan veya dolaylı olarak veya alt yüklenici olarak ihalelere katılamayacakları kural altına alındığı, anılan konumda bulunan kişilerin "alt yüklenici" olarak da ihaleye katılmamaları, ihaledeki saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği ve gizliliği temin açısından önemli olduğundan, anılan düzenlemede hukuka aykırı bir yön görülmediği; Yönetmeliğin 13. maddesinde, ihale konusu işin özelliği nedeniyle ihtiyaç görülmesi hâlinde, ihale aşamasında isteklilerden alt yüklenicilere yaptırmayı düşündükleri işleri belirtmelerinin, sözleşme imzalamadan önce de alt yüklenicilerin listesini idarenin onayına sunmalarının istenebileceği, ancak bu durumda, alt yüklenicilerin yaptıkları işlerle ilgili sorumluluğunun yüklenicinin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağının belirtildiği, bir sağlık tesisinin projelendirilmesi, yapımı, anılan sağlık tesisinin işletilmesine yönelik tıbbî hizmet dışında pek çok yan hizmetin verilmesi ve sağlık tesisi için ekipman tedarikini içeren, yani yapım ile mal ve hizmet alımını kapsayan oldukça karmaşık bir edimi yerine getirmesi beklenen yüklenicinin, uzmanlık gerektiren alanlarda hizmetin etkin verilmesini teminen alt yüklenici çalıştırmasına olanak tanınmasının olağan olduğu, önemli olan hususun, alt yüklenicinin ve alt yüklenici tarafından yapılacak işlerin idarenin onayından geçmesi ve bu durumda, alt yüklenicilerin yaptıkları işlerle ilgili sorumluluğunun yüklenicinin sorumluluğunu ortadan kaldırmaması olduğu, idarenin gözetim ve denetimi altında, nihai sorumlu yüklenici olduğu sürece alt yüklenici çalıştırılmasının öngörülmesinde, ihale hukuku açısından bir sakınca bulunmadığı, hizmetin iyi organize edilmesini ve aksamadan sunulmasını sağlama görevi ise idareye ait olduğundan, bu durumun sözleşmenin ifa aşamasını ilgilendiren bir husus olduğu, Yönetmeliğin 13. maddesinin bu yönde düzenlemeler getirmesinde hukuka aykırı bir yön görülmediği; kaldıki, anılan düzenlemenin referans norm olarak kabul edilebilecek 4734 sayılı Kanun'un 15. maddesiyle de paralel olduğu, bu nedenle, Yönetmeliğin 11. maddesinin son cümlesinde yer alan "veya alt yüklenici olarak" ifadesi ile 13. maddesinde hukuka aykırı bir yön görülmediği; **Yönetmeliğin 33. maddesinin 2. fıkrasının, 34. maddesinin 6. fıkrasının, 35. maddesinin 2. fıkrasının üçüncü cümlesi incelendiğinde;** Yönetmeliğin 33. maddesinin 2. fıkrasında, "Bakanlık, döner sermaye ilgili bütçe kalemlerinde, sözleşme süresi boyunca ilgili sağlık tesisinin periyodik kira bedellerinin ödenebilmesine yönelik yeterli ödeneğin tahsisi konusunda her türlü tedbiri alır. Sözleşmelerde kira bedellerinin zamanında ve tam olarak ödenmesinin Bakanlık garantisi altında olduğu ve ödemelerdeki gecikmelere uygulanacak cezaî yaptırımlara ilişkin hükümlere de yer verilir." kuralı; Yönetmeliğin 34. maddesinin 6. fıkrasında, "Sözleşmede tespit edilen kira dönemleri içerisinde yükleniciye kira ödemeleri, sağlık tesisinin teslim alınmasından sonra, tesisin bünyesinde döner sermaye işletmesi kurulması durumunda bu işletme bütçesinden, işletme kurulmaması veya kurulmuş olmakla birlikte malî durumunun uygun olmaması hâlinde Bakanlık Döner Sermaye Merkez Saymanlığı hesabına aktarılan paydan ödenir." kuralının; Yönetmeliğin 35. maddesinin 2. fıkrasında; "Bakanlık, sağlık tesisinin yapımı aşamasında veya işletilmesi sırasında yükleniciden kaynaklanan nedenlerle meydana gelebilecek hata ve olumsuzluklara istinaden cezaî müeyyideler koyma hakkını haizdir. Bu cezaî müeyyidelerin hangi

UYAP Bilişim Sistemindeki bu dokümana http://vatandas.uyap.gov.tr adresinden I3+XuXJ - IAmuG6G - 8AtOIkJ - QySxTw= ile erişebilirsiniz.

durumlarda ve ne şekilde uygulanacağı sözleşmede belirtilir. Sözleşmenin, yüklenicinin herhangi bir kusuru olmaksızın Bakanlık tarafından feshedilmesi veya Bakanlığın kusurundan kaynaklanan nedenlerle sözleşmenin yüklenici tarafından feshi durumunda, yüklenici zararının tazmininde Bakanlık, döner sermaye ilgili bütçe kalemlerinde yeterli ödeneğin tahsisi konusunda her türlü tedbiri alır. Söz konusu zararın ne şekilde ve ne ölçüde telafi edileceği sözleşme ile düzenlenir" kuralının yer aldığı; anılan düzenlemelerde özetle, Bakanlığın, döner sermaye ilgili bütçe kalemlerinde, sözleşme süresi boyunca ilgili sağlık tesisinin periyodik kira bedellerinin ödenebilmesine yönelik yeterli ödeneğin tahsisi konusunda her türlü tedbiri alacağının, sözleşmelerde kira bedellerinin zamanında ve tam olarak ödenmesinin Bakanlık garantisi altında olduğunun, sözleşmede tespit edilen kira dönemleri içerisinde yükleniciye kira ödemelerinin, sağlık tesisinin teslim alınmasından sonra, tesisin bünyesinde döner sermaye işletmesi kurulması durumunda bu işletme bütçesinden, işletme kurulmaması veya kurulmuş olmakla birlikte malî durumunun uygun olmaması hâlinde Bakanlık Döner Sermaye Merkez Saymanlığı hesabına aktarılan paydan yapılacağının, Bakanlığın, sağlık tesisinin yapımı aşamasında veya işletilmesi sırasında yükleniciden kaynaklanan nedenlerle meydana gelebilecek hata ve olumsuzluklara istinaden cezaî müeyyideler koyma hakkına sahip olduğunun, bu cezaî müeyyidelerin hangi durumlarda ve ne şekilde uygulanacağının sözleşmede belirtileceğinin, sözleşmenin, yüklenicinin herhangi bir kusuru olmaksızın Bakanlık tarafından feshedilmesi veya Bakanlığın kusurundan kaynaklanan nedenlerle sözleşmenin yüklenici tarafından feshi durumunda, yüklenici zararının tazmininde Bakanlığın, döner sermaye ilgili bütçe kalemlerinde yeterli ödeneğin tahsisi konusunda her türlü tedbiri alacağının, söz konusu zararın ne şekilde ve ne ölçüde telafi edileceğinin sözleşme ile düzenleneceğinin öngörüldüğü; öncelikle, 209 sayılı Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanun'un 5. maddesinin dördüncü fıkrasında, "...Bu fıkra uyarınca personele her ay yapılacak ek ödeme tutarı, 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Ek 3'üncü maddesi uyarınca kadro ve görev unvanı veya pozisyon unvanı itibarıyla belirlenmiş olan ek ödeme tutarından az olamaz..." kuralı getirilerek, sağlık personeline yapılacak döner sermaye ödemesinin alt sınırının belirlendiği; bu nedenle, 3359 sayılı Kanun'un Ek 7. maddesinin uygulanmasını göstermek üzere çıkarılan dava konusu Yönetmelikte bu konuya ilişkin ayrıca bir düzenleme getirilmemesinde hukuka aykırı bir yön görülmediği; ayrıca, söz konusu ihaledeki kira bedelinin Bakanlık garantisinde olmasının, bedelin ödenmesinde finansal kaynak olarak öncelikle kurulacak tesisin bünyesindeki döner sermaye işletme bütçesinin, işletme kurulmaması veya kurulmuş olmakla birlikte malî durumunun uygun olmaması hâlinde Bakanlık Döner Sermaye Merkez Saymanlığının gösterilmesinde, sağlık hizmetinin görülmesinde asıl sorumlu olan Bakanlık olduğundan bu hizmetin kesintisiz verilmesini teminen sağlık hizmetinin verildiği sağlık tesisinin kira bedelinin ödenmesinden sorumlu olmasında hukuka aykırı bir yön bulunmadığı; sözleşmenin feshine ilişkin 35. maddede yer alan düzenlemelerin ise, taraflara eşit hak ve borçlar yükleyen bir özel hukuk sözleşmesinin feshine ilişkin olağan hususları içermekte olduğu, sözleşmenin feshi nedeniyle doğan zararın ne şekilde ve ne ölçüde telafi edileceğinin ve feshe ilişkin bazı şartların belirlenmesi konusunda sözleşme taraflarına serbesti tanıyan bu hükümde de kanunu aşan bir yön görülmediği, bu nedenle, Yönetmeliğin 33. maddesinin 2. fıkrası, 34. maddesinin 6. fıkrası, 35. maddesinin 2. fıkrasının üçüncü cümlesinin de hukuka uygun bulunduğu; **Yönetmeliğin 40. maddesi incelendiğinde;** 40. madde, "(1) Yüklenici, yatırım ve işletme dönemlerinde sözleşmeden doğan tüm hak ve vecibelerini, aynı şartlarla ve bu Yönetmelikte belirtilen şartları haiz başka bir gerçek kişiye veya özel hukuk tüzel kişilerine, Bakanlığın uygun görüşü ile devredebilir. Bu hâlde üst hakkı sözleşmesi de devralan gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi adına ayrıca devredilir. Sözleşmenin bu şekilde devri hâlinde diğer sözleşmeler de devralan gerçek kişiye veya özel hukuk tüzel kişilerine devredilmiş sayılır. (2) Bakanlık da mevzuatta açıkça

UYAP Bilişim Sistemindeki bu dokümana http://vatandas.uyap.gov.tr adresinden I3+XuXJ - IAmuG6G - 8AtOIkJ - QySxTw= ile erişebilirsiniz.

öngörülmesi hâlinde koşulları da belirtilmek suretiyle sözleşmeleri devredebilir. Bakanlığın, sözleşmeyi devretmesi hâlinde, sözleşmede yer alan süre, kira bedeli, yüklenici tarafından üstlenilen hizmetlerin kapsamı ve benzeri hükümler, sözleşmenin diğer tarafı olan yüklenicinin rızası olmadan değiştirilemez." hükmününün getirildiği; Yönetmeliğin dava konusu maddesinin 1. fıkrasında; yüklenicinin, yatırım ve işletme dönemlerinde sözleşmeden doğan tüm hak ve vecibelerini, aynı şartlarla ve bu Yönetmelikte belirtilen şartları haiz başka bir gerçek kişiye veya özel hukuk tüzel kişilerine, Bakanlığın uygun görüşü ile devredebileceğinin, bu hâlde üst hakkı sözleşmesinin de devralan gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi adına ayrıca devredileceğinin, sözleşmenin bu şekilde devri hâlinde diğer sözleşmelerin de devralan gerçek kişiye veya özel hukuk tüzel kişilerine devredilmiş sayılacağının düzenlendiği, anılan düzenleme ile, oldukça uzun süreli yatırım ve işletme dönemlerini kapsayan sözleşmelerin yüklenici tarafından çeşitli nedenlerle yürütülememesi hâlinde devrinin esaslarının belirlendiği, devir koşulları arasında, Bakanlığın uygun görüşünün bulunması, devrin aynı şartlarla ve bu Yönetmelikte belirtilen şartlara sahip başka bir gerçek kişiye veya özel hukuk tüzel kişilerine yapılmasının yer aldığı, böylelikle, çeşitli nedenlerle işi devam ettiremeyecek olan yüklenicinin, yine aynı şartlara sahip başka bir gerçek veya tüzel kişiye Bakanlığın da uygun görüşüyle işi devretmesi olanağı tanındığı, sonuç olarak, işin kesintiye uğramadan yürütülmesi sağlanarak, işin çeşitli nedenlerle sekteye uğramasının engellenmesi ve yeni, uzun ve masraflı bir ihale sürecine girilmeden sistemin işlemeye devam etmesine imkân sağlandığı; öte yandan, sözleşmenin devriyle birlikte üst hakkı sözleşmesinin de devralan gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi adına ayrıca devredileceği, sözleşmenin bu şekilde devri hâlinde diğer sözleşmelerin de devralan gerçek kişiye veya özel hukuk tüzel kişilerine devredilmiş sayılacağına ilişkin düzenlemenin, sözleşme devrinin olağan sonucu olarak kabul edilmesi gerektiği, benzer düzenlemenin referans norm olarak ifade edilebilecek 4735 sayılı Kanun'un 16. maddesinde de yer almakta olduğu, bu yönüyle anılan kuralda hukuka aykırı bir yön görülmediği; Yönetmeliğin dava konusu 40. maddesinin 2. fıkrasında ise, Bakanlığın da mevzuatta açıkça öngörülmesi hâlinde, koşulları da belirtilmek suretiyle sözleşmeleri devredebileceği, Bakanlığın sözleşmeyi devretmesi hâlinde, sözleşmede yer alan süre, kira bedeli, yüklenici tarafından üstlenilen hizmetlerin kapsamı ve benzeri hükümlerin, sözleşmenin diğer tarafı olan yüklenicinin rızası olmadan değiştirilemeyeceğinin düzenlendiği, 3359 sayılı Yasa ve Yönetmelik uyarınca getirilen, sağlık tesislerinin kiralama karşılığı yaptırılması ile tesislerdeki tıbbî hizmet alanları dışındaki hizmet ve alanların işletilmesi karşılığında yenilenmesine ilişkin modelde, sağlık hizmetlerinin yükleniciye gördürülmesi söz konusu olmadığından, sözleşmenin Sağlık Bakanlığı tarafından devrinin de sağlık hizmetlerinin devri anlamına gelmeyeceğinin açık olduğu; öte yandan, oldukça uzun bir süreyi kapsayan sözleşmeler devam ederken bir mevzuat değişikliği ile kamu kurumlarına ilişkin görev ve yetkilerde değişikliğe gidilmesi, farklı sağlık politikaları sonucunda farklı uygulamaların söz konusu olması hâlinde, öngörülü davranmak adına Bakanlığın da mevzuatta açıkça öngörülmesi hâlinde koşulları da belirtilmek suretiyle sözleşmeleri devredebileceği kuralına yer verildiği, bu açıdan anılan kuralda hukuka aykırılık görülmediği, bu nedenle, Yönetmeliğin 40. maddesinin de hukuka uygun bulunduğu; **Yönetmeliğin 47. maddesinin ikinci cümlesi incelendiğinde;** Yönetmeliğin 47. maddesinde, "Sözleşmenin uygulanması sırasında taraflar arasında doğabilecek hukukî ihtilaflar Türkiye Cumhuriyeti mevzuatına tabi olup, ihtilafların çözümünde Türkiye Cumhuriyeti mahkemeleri görevli ve yetkilidir. **Ancak, taraflar, sözleşmede ihtilafların Türk hukukuna göre ve Türkiye'de, tahkim yolu ile çözümlenebileceğini kararlaştırabilirler "** kuralının yer aldığı, tahkimin, uyuşmazlıkları tahkim kurulları aracılığıyla çözmeye yönelik bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğu, Türk hukukunda milli ve milletlerarası tahkime ilişkin düzenlemelerin yer aldığı; öte yandan, 13/08/1999 günlü, 4446 sayılı Yasa ile yapılan Anayasa değişikliği ile, Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasının sonuna, "Kamu hizmetleri ile

UYAP Bilişim Sistemindeki bu dokümana http://vatandas.uyap.gov.tr adresinden I3+XuXJ - IAmuG6G - 8AtOIkJ - QySxTw= ile erişebilirsiniz.

ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde, bunlardan doğan uyuşmazlıkların millî veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir." kuralının getirildiği; ayrıca, Anayasa'nın 47. maddesine eklenen hükümle, kanun koyucuya, kamu hizmetlerinin özel kişilere özel hukuk sözleşmeleriyle de gördürülmesi konusunda yetki verildiği, böylece idarenin, sözleşme ile özel kişilere gördürmek istediği bir kamu hizmetini, imtiyaz sözleşmesi imzalayarak kamu hukuku rejimine tabi tutabileceği gibi, özel hukuk sözleşmesi imzalayarak, özel hukuk rejimine de tabi kılabileceği; ayrıca, özel hukuk sözleşmeleri açısından olağan olan tahkim şartının, imtiyaz sözleşmeleri açısından da mümkün hâle getirildiği, uyuşmazlığa konu Yönetmelik uyarınca yapılan ihaleler sonucunda, kamu hizmetinin gördürülmesine yönelik bir sözleşme yapılmadığı, kamu hizmeti niteliğindeki sağlık hizmetinin idare tarafından yerine getirildiği, bu modelde, sağlık hizmetinin yerine getirileceği sağlık tesislerinin yapımı ile kira bedelinin ve kiralama süresinin belirlenmesinde esas alınmak üzere tıbbî hizmet dışındaki hizmetlerin ve tıbbî hizmet dışındaki alanların işletilmesinin yükleniciye bırakılmasının öngörüldüğü, yani Anayasa'nın 125. maddesinde belirtilen bir imtiyaz sözleşmesi veya Anayasa'nın 47. maddesi uyarınca kamu hizmetinin özel hukuk sözleşmeleriyle gördürülmesi gibi bir durumun söz konusu olmadığı, Yönetmelik uyarınca yapılan ihaleler sonucunda imzalanan sözleşmelerin niteliğinin ise, Yönetmelikte açıkça "özel hukuk sözleşmesi" olarak belirlendiği, bu nedenle, bir özel hukuk sözleşmesinde, söz konusu sözleşmeden doğabilecek uyuşmazlıklar için tarafların tahkim yoluna gidebilmesinin öngörülmesi zaten mümkün olduğundan, tarafların, sözleşmede, ihtilafların Türk hukukuna göre ve Türkiye'de, tahkim yolu ile çözümlenebileceğini kararlaştırabileceği yönündeki dava konusu Yönetmeliğin 47. maddesinin ikinci cümlesinde hukuka aykırılık görülmediği; **uyuşmazlık konusu Yönetmeliğe dayanılarak yapılan dava konusu "Ankara Etlik Entegre Sağlık Kampüsü Yapım İşleri ile Ürün ve Hizmetlerin Temin Edilmesi İşi" ihalesi incelendiğinde ise:** dosyanın incelenmesinden, 02/09/2009 günlü, 2009/T-24 sayılı Yüksek Planlama Kurulu kararıyla yapılmasına karar verilen Ankara Etlik Entegre Sağlık Kampüsü projesine ilişkin ihalenin onay belgesinde, belli istekliler arasında ihale usulüyle yapılmasının öngörüldüğü, ön yeterlik ihalesine ilişkin ilânların usulüne uygun olarak yayımlanmasının ardından, 30/04/2010 tarihinde ön yeterlik ihalesinin yapıldığı, 13 adet doküman satın alındığı, 9 başvuru yapıldığı, başvuran isteklilerin tamamının yeterli görüldüğü, yeterli görülen isteklilerin Bakan onayı aldığı, Bakan onayı alan isteklilerin teklif vermeye davet edildiği, 28/01/2011 tarihinde YDA İnşaat Sanayi Ticaret A.Ş. - INSO Sistemi Per Le Infrastrutture Sociali S.P.A. - Summa Turizm Yatırımcılığı A.Ş. İş Ortaklığı, Astaldi S.P.A. - Türkerler İnşaat Turizm Madencilik Enerji Üretim Ticaret Sanayi A.Ş. İş Ortaklığı, IC İçtaş İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş. - DIA Holding Fzco İş Ortaklığı'nın ihaleye teklif sunduğu, anılan isteklilerin belirlenen yeknesak proje için nihaî teklif vermek üzere davet edildiği, nihaî tekliflerin 24/06/2011 tarihinde verildiği, 30/06/2011 tarihinde yazılı ve görsel basının da hazır olmasıyla P.1. (Herşey Dâhil Yıllık Fiyat Bina Kullanım Bedeli +Zorunlu Hizmetler) nihâi tekliflerinde en düşük teklif eden istekliye söz verilmek üzere açık eksiltmesi yapıldığı, açık eksiltmenin 24 tur devam ettiği, açık eksiltmede P.1. (Herşey Dâhil Yıllık Fiyat Bina Kullanım Bedeli +Zorunlu Hizmetler) için en düşük fiyat olarak 319.000.000-TL teklif veren Astaldi S.P.A. - Türkerler İnşaat Turizm Madencilik Enerji Üretim Ticaret Sanayi A.Ş. İş Ortaklığı ile idare arasında müzakereler yapıldığı, müzakereler sonucunda anılan istekliden revize teklif istendiği, sonuç olarak Astaldi S.P.A. - Türkerler İnşaat Turizm Madencilik Enerji Üretim Ticaret Sanayi A.Ş. İş Ortaklığı'nın teklifinin dava tarihinden sonra alınan 20/09/2011 tarihli gerekçeli ihale komisyonu kararında bina kullanım bedeli ile zorunlu hizmet bedeli olarak 276.000.000-TL üzerinden (Herşey Dâhil Yıllık Fiyat Bina Kullanım Bedeli +Zorunlu Hizmetler) en avantajlı teklif olarak belirlendiği ve ilgiliyle 05/03/2012 tarihinde sözleşme imzalandığının anlaşıldığı; ihale sürecine davet edilen istekliler tarafından görülen ihale dokümanı

UYAP Bilişim Sistemindeki bu dokümana http://vatandas.uyap.gov.tr adresinden I3+XuXJ - IAmuG6G - 8AtOIkJ - QySxTw= ile erişebilirsiniz.

kapsamında bulunan ihaleye ait Genel Şartnamenin "Proje" başlıklı 1.2. maddesinde, idare tarafından, Ankara Etlik Entegre Sağlık Kampüsü içerisine taşınacak mevcut sağlık tesislerinin (Dr. Sami Ulus Çocuk Hastanesi, Ulus Devlet Hastanesi, Dışkapı Yıldırım Beyazıt Eğitim ve Araştırma Hastanesi, Dışkapı Çocuk Hastanesi, Ulucanlar Göz Hastanesi, Ankara Eğitim Araştırma Hastanesi Ulucanlar Ek Poliklinik Binası, Dr. Zekai Tahir Burak Kadın Doğum Hastanesi, Dr. A.Y. Ankara Onkoloji Eğitim Araştırma Hastanesi) üzerinde bulunduğu taşınmazların da yükleniciye "tıbbî hizmetler dışındaki alanlar" kapsamında bırakılacağı düzenlemesine yer verildiği; dosya kapsamındaki belgeler arasında yer alan "Ticari Alanlar" başlıklı belge incelendiğinde, tıbbî hizmet dışındaki alanların kampüs içinde ve kampüs dışında olmak üzere iki grupta toplandığı, kampüs dışındaki alanların yukarıda adı geçen mevcut sağlık tesislerine ait taşınmazlar olduğu, isteklilerin teklif ettikleri ticari alanların emsaline denk gelen alan kadar üst hakkı kazanımı elde edeceği, istekli tarafından ticari alan teklif edilmemesi hâlinde ticari alan hakkından feragat etmiş sayılacağı, kampüs içinde ve dışında kullanılacak ticari alanların gelirleri ve yatırım bedelinin fizibilite raporunda gösterileceği, kampüs dışındaki alanların, kampüs alanına taşındıktan sonra teslim edileceği, mevcut binaların kapalı alanları kadar yeni bina yapılabileceği açıklamasının getirildiği, aktarılan mevzuat çerçevesinde getirilen sistemde, hazineye ait taşınmazlar üzerinde yüklenici lehine üst hakkı tesis edilmesi, bu taşınmaz üzerinde sağlık tesisi yapım işini üstlenen yüklenicinin aynı zamanda, yapılacak olan sağlık tesisinin tıbbî hizmet dışındaki hizmetleri ile tıbbî hizmetler dışındaki alanları işletmesi, bu işletme faaliyetinin de kira süresi ve bedelinin tespitinde etkili olmasının söz konusu olduğu; ancak, sağlık tesisinden tamamen bağımsız bir taşınmazın, sağlık tesisi konsepti ile herhangi bir ilgisi ve uyumu bulunmaksızın, ticari alan olarak işletilmek üzere yüklenici lehine üst hakkı tanınmasının, söz konusu mevzuata göre yapılan ihaleler çerçevesinde mümkün olmadığı; bu durumda, dava konusu ihaleye ait Genel Şartnamenin "Proje" başlıklı 1.2. maddesinde, idare tarafından, Ankara Etlik Entegre Sağlık Kampüsü içerisine taşınacak mevcut sağlık tesislerinin (Dr. Sami Ulus Çocuk Hastanesi, Ulus Devlet Hastanesi, Dışkapı Yıldırım Beyazıt Eğitim ve Araştırma Hastanesi, Dışkapı Çocuk Hastanesi, Ulucanlar Göz Hastanesi, Ankara Eğitim Araştırma Hastanesi Ulucanlar Ek Poliklinik Binaşı, Dr. Zekai Tahir Burak Kadın Doğum Hastanesi, Dr. A.Y. Ankara Onkoloji Eğitim Araştırma Hastanesi) üzerinde bulunduğu taşınmazların da yükleniciye "tıbbî hizmetler dışındaki alanlar" kapsamında bırakılacağına ilişkin düzenlemeye yer verilerek, ilgili mevzuatta dayanağı bulunmayan şartları içeren şartnamede hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle Dairelerinin 06/07/2012 günlü, E:2011/3392 sayılı kararı ile ihalenin yürütmesinin durdurulmasına karar verilmiş ise de; dava devam ederken, 09/03/2013 günlü, 28582 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 6428 sayılı "Sağlık Bakanlığınca 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. maddesinin 2. fıkrasında, "Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce 3359 sayılı Kanunun Ek 7 nci maddesi çerçevesinde ihale süreci tamamlanmış olan veya devam eden işlere ait şartnamelerdeki, yüklenici tarafından yapılacak sağlık yerleşkesinin dışındaki taşınmazların ticari alan olarak işletilmek üzere yükleniciye verilebileceğine dair hükümler uygulanmaz ve sağlık yerleşkesi dışındaki taşınmazlar yükleniciye verilmez; ihale iş ve işlemleri ile yapılmış olan sözleşmeler bu hükümler geçerli olmaksızın yürütülür." kuralının getirildiği görüldüğünden, anılan düzenlemeyle şartnamedeki hukuka aykırı hükümlerin uygulanmayacağı ve sağlık yerleşkesi dışındaki taşınmazların yükleniciye verilmeyeceği açıkça belirtildiğinden, şartnamedeki hukuka aykırı uygulamanın ortadan kaldırıldığının görüldüğü; öte yandan, dava konusu ihaleye ait Genel Şartnamede yer alan düzenlemenin, yargısal denetimi yapılan ihale sürecinde, ihalede rekabet ve eşit muamele gibi temel ilkeleri etkileyip etkilemediği değerlendirildiğinde ise; ihaleye teklif sunan isteklilerin esas olarak P1 teklif fiyatıyla değerlendirildiği, P1 teklifin "Herşey Dâhil Yıllık Fiyat Bina Kullanım Bedeli +Zorunlu Hizmetler"i

UYAP Bilişim Sistemindeki bu dokümana http://vatandas.uyap.gov.tr adresinden I3+XuXJ - IAmuG6G - 8AtOIkJ - QySxTw= ile erişebilirsiniz.

kapsadığı, sonuç olarak teklif ve nihaî teklif oluşturulurken sunulan P1 teklif fiyatında, "Bina Kullanım Bedeli", "Bina Arazi Hizmetleri", "Olağanüstü Bakım ve Onarım Hizmetleri", "Ortak Hizmetler", "Mefruşat Hizmetleri", "Yer Bahçe Bakım Hizmetleri", "Diğer Tıbbî Destek Hizmetleri" adı altında düzenlenmiş olan maliyet kalemlerinin etkili olduğu, esas olarak fiyat yarışının yapıldığı P1 teklifte kampüs dışındaki alanlara ilişkin maliyet ve kâr kalemlerine yer verilmediği, kampüs dışındaki "tıbbî hizmetler dışındaki alanlar"ın ancak en son aşamada kira bedelinin tespitinde etkili olduğu, kaldı ki dava konusu ihalede kampüs dışı ticari alanların imzalanan sözleşmenin kapsamına girmediği anlaşıldığından, ihale hukukunun temel ilkelerine aykırı bir uygulamanın da olmadığı kanaatine varıldığı, dava konusu ihalede, usulüne uygun olarak Yüksek Planlama Kurulu kararının alındığı, ihale ilânlarının Resmî Gazete, Türkiye çapında yayımlanan yüksek tirajlı iki gazete, yurt dışında yayımlanan iki gazete ve internet üzerinden yapıldığı, ön yeterlilik ihalesi yapılarak yeterli bulunan 9 isteklinin ihale sürecine davet edildiği, davet edilen isteklilerden 3'ünün ihale sürecine katıldığı, bu yönüyle ihalede rekabet ortamının sağlandığı, davet edilen isteklilerce sunulan teklif ve nihaî tekliflerin değerlendirilerek, Genel Şartnamede öngörüldüğü şekliyle açık eksiltme yapılarak ihale sürecinin gerçekleştirildiğinin görüldüğü, dava konusu ihalenin, Yönetmeliğin 21. maddesinin öngördüğü şekilde "belli istekliler arasında ihale usulü" ile yapıldığı, açık eksiltmenin yalnız nihaî teklif aşamasında en düşük teklifin belirlenmesine yönelik olarak uygulandığı, ihaleye ilişkin sürecin ihaleye katılan tüm isteklilere Genel Şartname ile açık ve detaylı biçimde duyurulduğu, ihalede bu yönüyle bir hukuka aykırılık görülmediği, davacı tarafından, ihalenin karar aşamasında Yönetmeliğin 27. maddesinde öngörülen sürelerin aşılmış olmasının ihalenin iptalini gerektirdiği ileri sürülmekte ise de, ihale sürecine hız kazandırmak ve ihalenin süratle karara bağlamasını sağlamak amacıyla konulan ve idarenin iç işleyişine yönelik bulunan disipliner nitelikteki sürelere uyulmaması söz konusu olsa bile, esasa etkili olmayan usul eksikliklerinin dava konusu ihaleyi kusurlandırıcı niteliğinin bulunmayacağının açık olduğu, dava dilekçesindeki diğer iddiaların da ihale işlemini kusurlandıracak nitelikte bulunmadığı; bu nedenle, dava konusu edilen "Ankara Etlik Entegre Sağlık Kampüsü Yapım İşleri ile Ürün ve Hizmetlerin Temin Edilmesi İşi"nin 30/06/2011 tarihinde yapılan açık eksiltme ihalesi ve bu ihaleye kadar idare tarafından gerçekleştirilen ihale işlemlerinde hukuka aykırı bir yön görülmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı, anılan kararı temyiz etmekte ve bozulmasını istemektedir.

09/03/2013 günlü, 28582 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren "6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun", sağlık hizmetlerinde uygulanacak kamu özel işbirliği (KÖİ) modelinin yasal alt yapısını oluşturmak amacıyla çıkarılmış ve bu modelin temel öğeleri ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Yasa'nın 1. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, Yasa'nın amacı ve kapsamı belirlenmiş, (2) numaralı fıkrasının (ö) bendinde, KÖİ sözleşmesinin tanımı yapılmış, diğer bentlerinde de sözleşmenin öğelerini oluşturan çeşitli kavramlar tanımlanmıştır. Yasa'nın 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesi ile (2) numaralı fıkrasında, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının KÖİ modeli çerçevesinde yaptırabileceği işlere açıklık getirilmiş; 4. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, KÖİ sözleşmesinin niteliğine ilişkin kurallara yer verilmiş; 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, bedelin ve sözleşme süresinin tespitine dair usul ve esaslar belirlenmiş; 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasında ise finansmanın kim tarafından ve ne şekilde karşılanacağı kurala bağlanmıştır.

Aynı Yasa'nın 10. maddesinde, bu Yasa'nın uygulanmasına ilişkin usul ve esasların, Maliye Bakanlığı, Kalkınma Bakanlığı ve Hazine Müsteşarlığının görüşleri alınmak suretiyle Sağlık Bakanlığınca hazırlanacağı ve Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği öngörüldükten sonra,

UYAP Bilişim Sistemindeki bu dokümana http://vatandas.uyap.gov.tr adresinden I3+XuXJ - IAmuG6G - 8AtOIkJ - QySxTw= ile erişebilirsiniz.

12. maddesinde, 7/5/1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun Ek 7. maddesinin yürürlükten kaldırıldığı, mevzuatta 3359 sayılı Yasa'nın Ek 7. maddesine yapılan atıfların bu Kanuna yapılmış sayılacağı belirtilmiş; aynı Yasa'nın Geçici 1. maddesinde de, "(1) **Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce 3359 sayılı Kanunun bu Kanunla yürürlükten kaldırılan ek 7 nci maddesi çerçevesinde ilana çıkılarak ihale süreci başlatılmış olan işler mevcut ihale şartnamelerine göre sonuçlandırılır. Ancak bu Kanunun üst hakkı tesisine yönelik hükümleri ile 3 üncü maddesinin yedinci fıkrası ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası, süreci devam eden ihalelere ve sözleşmesi imzalanmış işlere de uygulanır.**

(2) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce 3359 sayılı Kanunun ek 7 nci maddesi çerçevesinde ihale süreci tamamlanmış olan veya devam eden işlere ait şartnamelerdeki, yüklenici tarafından yapılacak sağlık yerleşkesinin dışındaki taşınmazların ticari alan olarak işletilmek üzere yükleniciye verilebileceğine dair hükümler uygulanmaz ve sağlık yerleşkesi dışındaki taşınmazlar yükleniciye verilmez; ihale iş ve işlemleri ile yapılmış olan sözleşmeler bu hükümler geçerli olmaksızın yürütülür.

(3) Bu Kanunun 10 uncu maddesinde öngörülen yönetmelik altı ay içerisinde yürürlüğe konulur." kuralı yer almıştır.

Anılan Yasa uyarınca, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca yapılmasına ihtiyaç duyulan tesislerin, Hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere bağımsız ve sürekli nitelikte üst hakkı tesis edilmek suretiyle yaptırılması, mevcut tesislerin yenilenmesinin sağlanması ve bunlara ilişkin danışmanlık, araştırma-geliştirme hizmetleri ile ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin yürütülmesi KÖİ modeliyle yapılabilecek ve bu kapsamda akdedilecek KÖİ sözleşmeleri de özel hukuk hükümlerine tabi olacaktır. Yasa'da öngörülen KÖİ modeli esas itibarıyla, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının projelerinin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere geliştirilen özel bir finansman modelidir. KÖİ, idare ile bir özel hukuk kişisi arasında uzun süreliğine akdedilen, özel hukuk kişisi tarafından bir kamu hizmetinin yürütülmesi için gerekli olan tesisin inşası, bakımı, onarımı ve hizmete elverişli hâlde bulundurulmasını konu edinen ve bunun karşılığında kamu tüzel kişisinin sözleşme süresince özel kişiye her yıl kira karşılığı belli bir miktar paranın ödenmesi taahhüdünü içeren bir sözleşmeyi ifade etmektedir. KÖİ modelinde idare, özel hukuk hükümlerine göre bir kamu hizmetini özel sektöre gördürse de bu hizmetten tam olarak elini çekmemekte, kamu hizmetinin bir kısmını KÖİ sözleşmesi gereğince özel kişiye gördürürken, ayrıca kendisi de bazı hizmetleri bizzat görmeye devam etmektedir. Bu modelde, hastane binası inşası, bakımı ve işletilmesi gibi tıbbi hizmetler dışında kalan yardımcı hizmetler özel sektörün (yüklenicinin), kamu hizmetinin bizzat kendisini oluşturan tıbbi hizmetler ise idarenin (Sağlık Bakanlığının) sorumluluğuna bırakılmaktadır. Bu uygulamada, idare ile projeyi yürütecek şirket arasında projenin uygulanmasına ilişkin hükümleri içeren ve bu kapsamda tarafların hak ve yükümlülüklerini düzenleyen özel hukuk hükümlerine tabi sözleşme imzalanmaktadır. Yüklenici, toplam yatırım tutarının %20'si öz kaynak olmak üzere gerekli finansmanın tamamını sağlayarak sağlık tesislerini inşa etmekle yükümlü olup yatırım ve hizmetlerin finansmanında kullanılan kredi ve öz kaynak ile öngörülen kârın geri dönüşünü sağlayacak ve tesisin özelliklerine ve fizibilite raporuna bağlı olarak sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç 30 yılı geçmemek üzere idarece belirlenen süre boyunca tesisi kiralayacak ve kiralama süresinin sonunda tesisi, her türlü borç ve taahhütten ari, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda ilgili kamu idaresine bedelsiz olarak devredecektir. KÖİ modelinde, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının ihtiyaç duyduğu tesisler Hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde yapılabilecektir. Ancak Hazine taşınmazlarının mülkiyeti yükleniciye

UYAP Bilişim Sistemindeki bu dokümana http://vatandas.uyap.gov.tr adresinden I3+XuXJ - IAmuG6G - 8AtOIkJ - QySxTw= ile erişebilirsiniz.

devredilmemekte, sadece yüklenici lehine üst hakkı tesis edilmektedir. Üst hakkının, sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemesi ve bağımsız ve sürekli nitelikte olması öngörülmektedir.

Öte yandan, Yasa'nın Geçici 1. maddesiyle de 3359 sayılı Yasa'nın Ek 7. maddesine dayanılarak yürürlüğe konulan ve davaya konu edilen Yönetmelğe göre yürütülen şartname ve ihalelere de geçerlilik kazandırılmaktadır. Nitekim dava konusu Yönetmelik, 09/05/2014 günlü, 28995 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınmasına Dair Uygulama Yönetmeliği" ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Bu arada, 6428 sayılı Yasa'nın kimi maddelerinin iptali istemiyle açılan davada, Anayasa Mahkemesinin 01/04/2015 günlü, E:2013/50, K:2015/38 sayılı kararıyla, iptal isteminin reddine karar verilmiştir.

Bu bağlamda; yapılan düzenlemelerin niteliğine bakıldığında, Yönetmeliğin dava konusu ihalenin dayanağı olmaktan çıkarıldığı ve yürürlükten kaldırılarak düzenlediği alana ilişkin olarak yeni bir Yasa ve Yönetmelik yürürlüğe konulduğu anlaşıldığından, mevcut hukuki durum itibarıyla Yönetmelik maddelerinin iptali istemine yönelik Daire kararının temyizen incelenmesinde hukuki yarar bulunmamaktadır.

Kararın ihale işlemine ilişkin kısmına gelince;

Danıştay Onüçüncü Dairesince verilen kararın, 30/06/2011 tarihinde açık eksiltme usulü ile yapılan "Ankara Etlik Entegre Sağlık Kampüsü Yapım İşleri ve Ürün ve Hizmetlerin Temin Edilmesi İşi"ne ilişkin ihale işleminin iptali isteminin reddine ilişkin kısmının usul ve hukuka uygun bulunduğu, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenlerinin kararın bu kısmının bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, Yönetmelik maddeleri yönünden davacının temyiz isteminin reddine, ihale işlemi yönünden ise, Danıştay Onüçüncü Dairesi'nin 16/05/2014 günlü, E:2011/3392, K:2014/1943 sayılı kararının ONANMASINA, yürütmenin durdurulması istemi hakkında karar verilmediğinden 41,50-TL harcın istemi halinde davacıya iadesine, kararın tebliğ tarihini izleyen 15 (onbeş) gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 24/05/2017 gününde, kesinlik hükmü ve Yönetmelik yönünden oyçokluğu, ihale işlemi yönünden ise oybirliği ile karar verildi.

Başkan Namık Kemal ERGANİ (X)	**Üye** Nüket YOKLAMACIOĞLU (X)	**Üye** Gürsel MEKİK (X) (XX)	**Üye** Ziya ÖZCAN (X)	**Üye** Hasan GÜZELER
Üye Abdülkadir ATALIK	**Üye** Yalçın EKMEKÇİ	**Üye** Doç. Dr. Selami DEMİRKOL	**Üye** Bilal ÇALIŞKAN	**Üye** Turgay Tuncay VARLI
	Üye Oğuz YAĞLICI	**Üye** Muhsin YILDIZ	**Üye** Bilge APAYDIN	

UYAP Bilişim Sistemindeki bu dokümana http://vatandas.uyap.gov.tr adresinden I3+XuXJ - IAmuG6G - 8AtOIkJ - QySxTw= ile erişebilirsiniz.

T.C.
DANIŞTAY
İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU
Esas No : 2014/3694
Karar No : 2017/2249

KARŞI OY

X- 3559 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun Ek-7. maddesi ile sağlık tesislerinin kiralama karşılığı yaptırılabileceği, 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 yaptırılabilecek 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 yaptırılabilecek 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 "işletilmesi" 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 İşi" 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 olduğu 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

UYAP Bilişim Sistemindeki bu dokümana http://vatandas.uyap.gov.tr adresinden I3+XuXJ - IAmuG6G - 8AtOIkJ - QySxTw= ile erişebilirsiniz.

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, Danıştay Onüçüncü Dairesince verilen kararın usul ve hukuka aykırı olduğu sonucuna varıldığından temyiz isteminin kısmen kabulü ile temyize konu kararın bu kısımlarının bozulması gerektiği oyuyla karara katılmıyoruz.

Başkan	**Üye**	**Üye**	**Üye**
Namık Kemal ERGANİ	Nüket YOKLAMACIOĞLU	Gürsel MEKİK	Ziya ÖZCAN

UYAP Bilişim Sistemindeki bu dokümana http://vatandas.uyap.gov.tr adresinden I3+XuXJ - IAmuG6G - 8AtOIkJ - QySxTw= ile erişebilirsiniz.

T.C.
D A N I Ş T A Y
İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU
Esas No : 2014/3694
Karar No : 2017/2249

KARŞI OY

XX- 28/06/2014 günlü, 29044 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan ve aynı tarihte yürürlüğe giren 6545 sayılı Kanunun 18. maddesiyle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'na eklenen 20/A maddesiyle, gecikerek karar verilmesi hem idare hem de davacısı açısından giderilmesi güç ve imkansız zararlar doğuracak nitelikte olan bir takım işlemlerden doğan uyuşmazlıklarda yargısal sürecin süratle sonuçlandırılması amacıyla "ivedi yargılama usulü'nün uygulanması kabul edilmiş ve ivedi yargılama usulünün uygulandığı davalarda, 2577 sayılı Kanun'da belirtilen süreler kısaltıldığı gibi yürütmenin durdurulması istemine ilişkin olarak verilen kararlara itiraz edilemeyeceği ve temyiz üzerine verilen kararların kesin olduğu hükme bağlanmıştır.

Anılan maddenin 1. fıkrasının (a) bendinde de "İhaleden yasaklama kararları hariç ihale işlemleri" ivedi yargılama usulünün uygulanacağı işlemler arasında sayılmıştır.

Öte yandan; 6545 sayılı Kanun'da, ivedi yargılama usulü kapsamına giren işlemlere karşı Kanunun yürürlüğe girdiği 28/06/2014 tarihinden önce açılmış olan davalarda ivedi yargılama usulünün uygulanmayacağı yolunda bir hükme de yer verilmemiştir.

Bu durumda; aksi öngörülmediği sürece, usul hükümlerinin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla derhal uygulanması gerektiği yolundaki ilke gereğince, 2577 sayılı Kanunun 20/A maddesiyle getirilen ivedi yargılama usulüne ilişkin hükümlerin ihaleye ilişkin kararın ve dayanağı Yönetmelik maddelerinin iptali istemiyle açılmış olan bu davanın temyiz aşamasında da uygulanmasının zorunlu olduğu sonucuna varıldığından, davanın temyiz aşamasında Kurulumuzca verilen kararın kesin olduğu ve bu karara karşı kararın düzeltilmesi yoluna başvurma imkanının bulunmadığı oyuyla, Kurulumuzun kararının, "kararın tebliğ tarihini izleyen 15 (onbeş) gün içinde karar düzeltme yolunun açık olduğuna" ilişkin kısmına da katılmıyorum.

Üye
Gürsel
MEKİK

UYAP Bilişim Sistemindeki bu dokümana http://vatandas.uyap.gov.tr adresinden l3+XuXJ - IAmuG6G - 8AtOIkJ - QySxTw= ile erişebilirsiniz.

T.C.
DANIŞTAY
İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU
Esas No : 2017/3755
Karar No : 2019/2045

KARAR DÜZELTME

İSTEMİNDE BULUNAN (DAVACI) : Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyi
GMK Bulvarı, Şehit Daniş Tunalıgil Sok. No:2/4
Maltepe/ANKARA

VEKİLİ : Av. Özgür Erbaş - Aynı adreste

KARŞI TARAF (DAVALILAR) : 1- Cumhurbaşkanlığı (Başbakanlık)
2- Sağlık Bakanlığı - ANKARA

VEKİLLERİ : Hukuk Müşaviri Av. Rüya Günaydın,
Hukuk Müşaviri Zeynep Ceyhun - Aynı adreste

İSTEMİN ÖZETİ : Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca verilen, Danıştay Onüçüncü Dairesi'nin 16/05/2014 tarih ve E:2011/3392, K:2014/1943 sayılı kararının onanmasına ilişkin 24/05/2017 tarih ve E:2014/3694, K:2017/2249 sayılı karara karşı, davacı karar düzeltme isteminde bulunmaktadır.

SAVUNMALARIN ÖZETİ : Karar düzeltme isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

DANIŞTAY TETKİK HAKİMİ : Nermin TOMBALOĞLU

DÜŞÜNCESİ : İstemin reddi gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca dosya incelendi, gereği görüşüldü:

Danıştay dava daireleri ve İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurullarının temyiz üzerine verdikleri kararlar hakkında ancak 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 54. maddesinde yazılı nedenlerle kararın düzeltilmesi istenebilir. Kararın düzeltilmesi dilekçesinde öne sürülen hususlar ise adı geçen Yasa maddesinde yazılı nedenlerden hiçbirisine uymamaktadır.

Bu nedenle kararın düzeltilmesi isteminin REDDİNE, 29/04/2019 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

Başkan Hasan GÜZELER	**Üye** Gürsel MEKİK (X)	**Üye** Ziya ÖZCAN (X)	**Üye** Yalçın EKMEKÇİ	**Üye** Doç. Dr. Selami DEMİRKOL
Üye Bilal ÇALIŞKAN	**Üye** Turgay Tuncay VARLI	**Üye** Oğuz YAĞLICI	**Üye** Muhsin YILDIZ	**Üye** Hasan ÖNAL
	Üye Bilge APAYDIN	**Üye** Selbi KOCA	**Üye** Fatih TERZİ	

UYAP Bilişim Sistemindeki bu dokümana http://vatandas.uyap.gov.tr adresinden nuPkvhk - 2PHtNsi - 1DB28U8 - HK2xt0= ile erişebilirsiniz

T.C.
D A N I Ş T A Y
İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU
Esas No : 2017/3755
Karar No : 2019/2045

KARŞI OY

X- Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun kararın düzeltilmesi istemine konu edilen 24/05/2017 tarih ve E:2014/3694, K:2017/2249 sayılı kararındaki "X- karşı oy" gerekçesi doğrultusunda kararın düzeltilmesi isteminin kabulü ile Yönetmeliğin belirtilen maddeleri yönünden Daire kararının bozulması gerektiği oyuyla, karara katılmıyoruz.

Üye	**Üye**
Gürsel	Ziya
MEKİK	ÖZCAN

UYAP Bilişim Sistemindeki bu dokümana http://vatandas.uyap.gov.tr adresinden nuPkvhk - 2PHtNsi - 1DB28U8 - HK2xt0= ile erişebilirsiniz