

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE Esas
No : 2006/3097

Davacı ve Yürütmenin Durdurulmasını İsteyen: Sağlık ve Sosyal Hizmet Emekçileri Sendikası
Vekili: Av. Öztürk Türkdoğan
Necatibey Cad. No: 82/13 Sıhhiye- ANKARA

Davalı: Sağlık Bakanlığı
Ek Hizmet Binası Mahmut Esat Bozkurt Cad.Umut Sokak.No:19
Kat: 11 Kolej-ANKARA

Davanın özeti: Sağlık Bakanlığına bağlı Gebze Fatih Devlet Hastanesine 2006 ve 2007 yılı için radyoloji görüntüleme hizmet alımına ilişkin ihale ile bu işleme dayanak olan Sağlık Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığının 27.06.2003 tarih ve 2003/70 sayılı Genelgesinin (g) bendinin iptali ve yürütmenin durdurulması istenilmektedir.

Danıştay Tetkik Hâkimi Erkan DEMİRTAŞ'ın Düşüncesi: Yürütmenin durdurulması isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı M. Engin ÇAKMAK'ın Düşüncesi: Dava, Sağlık Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı tarafından yayımlanan 27.6.2003 tarih ve 2003/70 sayılı Genelgesinin (g) bendinin iptali ile bu genelgeye dayalı olarak yapılan Sağlık Bakanlığına bağlı Gebze Fatih Devlet Hastanesine 2006 ve 2007 yılları için radyoloji görüntüleme hizmet alımına ilişkin ihalenin iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılmıştır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 56 inci maddesi ile 181 sayılı Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 1 ve 2 nci maddelerinin incelenmesinden sağlık hizmetlerinin bir kamu hizmeti olduğunda duraksama bulunmamaktadır.

Sağlık Bakanlığının doğrudan, genel idare esaslarına göre yürütmekte olduğu sağlık hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlilerince yerine getirilmesi de, Anayasanın 128 inci maddesinin gereğidir. Anayasanın 128 inci maddesinin 1 inci fıkrası; "Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür." hükmünü içermektedir.

Nitekim 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda istihdam şekilleri, Anayasanın 128 inci maddesinin anılan hükmüne paralel biçimde düzenlenmiş; 4 üncü maddesinin 1 inci fıkrasında "Kamu hizmetleri, memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle gördürülür." hükmüne yer verilmiş; 5 inci maddesinde de, dört istihdam şekli dışında personel çalıştırılması yasaklanmıştır.

İptali istenen Genelge ile idarenin doğrudan genel idare esaslarına göre yürüttüğü sağlık hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, hizmet satın alınması yoluyla gördürülmesi şeklinde dolaylı bir özelleştirme yöntemini benimsemektedir. Nitekim bu genelgeye dayalı olarak yapılan ve sözleşmeye bağlanan dava konusu ihalenin idari şartnamesinde "7 gün 24 saat hizmeti için gerekli sayı ve nitelikteki kendi bünyesinde en az iki radyoloji uzmanı yeteri kadar röntgen teknisyeni, sekreteryaya ve temizlik elemanı çalıştıracağına dair noter onaylı taahhütname ve çalıştırılacak personelin eğitim durumlarını gösteren belgelerin aslı ve/veya noter onaylı suretleri verilecektir" şartına yer verilmiş olması da yasaya aykırılık oluşturmaktadır.

Bu haliyle dava konusu Genelgenin (g) bendinde yer alan hüküm ile dava konusu ihalenin yürütülmesinin durdurulması isteminin kabulü gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce davalı idarenin savunması alındıktan sonra incelenmesine karar verilen yürütmenin durdurulması istemi, savunmanın geldiği görülmekle yeniden incelendi, gereği görüldü:

Dava, Sağlık Bakanlığına bağlı Gebze Fatih Devlet Hastanesine 2006 ve 2007 yılı için radyoloji görüntüleme hizmet alımına ilişkin ihale ile bu işleme dayanak olan Sağlık Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığının 27.06.2003 tarih ve 2003/70 sayılı Genelgesinin (g) bendinin iptali ve yürütmenin durdurulması istemine ilişkindir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 56. maddesinde, herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu, Devletin, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak, insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi arttırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenleyeceği hükmü yer almıştır.

Anayasa'nın bu hükmünden, sağlık hizmetlerinin toplumun genel ve ortak ihtiyaçları kapsamında ele alındığı ve bu hizmetlerin bir kamu hizmeti olarak nitelendirildiği açıkça ortaya çıkmaktadır.

181 sayılı Sağlık Bakanlığının Teşkilât ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 1. maddesinde de, bu Kanun Hükmünde Kararnamenin amacının, herkesin yaşamının beden ve ruh sağlığı içinde devamını sağlamak, ülkenin sağlık koşullarını düzeltmek, bireylerin ve toplumun sağlığına zarar veren nedenlere karşı savaşım vermek ve halka sağlık hizmetlerini ulaştırmak, sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermelerini sağlamak için Sağlık Bakanlığı'nın kurulmasına, Örgüt ve görevlerine ilişkin esasları düzenlemek olduğu vurgulanmış, 2. maddesinde de Sağlık Bakanlığının görevleri sayılmış ve böylece sağlık hizmetlerinin Devlet tarafından ya da Devletin denetimi ve gözetiminde yürütülmesi esası benimsenerek, bu hizmetlerin kamu hizmeti niteliği bir kez daha vurgulanmıştır.

Anayasanın 128. maddesinin birinci fıkrasında da; "Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür." hükmü yer almaktadır.

Sağlık Bakanlığının doğrudan, genel idare esaslarına göre yürütmekte olduğu bir kamu hizmeti olan sağlık hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevlerin, Sağlık Bakanlığına bağlı sağlık kuruluşlarında, memurlar ve diğer kamu görevlilerince yerine getirilmesi gerektiği açıktır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununda istihdam şekilleri, Anayasanın 128. maddesinin anılan hükmüne paralel biçimde düzenlenmiş; 4. maddesinin birinci fıkrasında "Kamu hizmetleri, memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle gördürülür." hükmüne yer verilmiş; 5. maddesinde de, dört istihdam şekli dışında personel çalıştırılması yasaklanmıştır.

Sağlık Bakanlığı Genelgesinin dava konusu düzenlemesinde, idarenin doğrudan genel idare esaslarına göre yürüttüğü sağlık hizmetinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevlerin, hizmet satın alınması yoluyla gördürülmesi şeklinde Yasada öngörülme bir yöntem benimsenmekte olup; bu genelgeye dayalı olarak yapılan dava konusu ihalenin idarî şartnamesinde de ; "7 gün 24 saat hizmeti için gerekli sayı ve nitelikteki kendi bünyesinde en az iki radyoloji uzmanı, yeteri kadar röntgen teknisyeni, sekreteryaya ve temizlik elemanı çalıştıracağına dair noter onaylı taahhütname ve çalıştırılacak personelin eğitim durumlarını gösteren belgelerin aslı ve/veya noter onaylı suretleri verilecektir" şartına yer verilmek suretiyle, yukarıda genel ilkeleri belirtilen yasal düzenlemelere aykırı kurullar getirilmiş bulunmaktadır.

Öte yandan, 657 sayılı Yasanın 36. maddesinin "HI-SAĞLIK HİZMETLERİ VE YARDIMCI HİZMETLER SINIFI" başlıklı bendine 24.07.2003 günlü, 25172 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 4924 sayılı Yasa'nın 11. maddesiyle eklenen hükme dayanılarak yürürlüğe konulan ve 05.05.2004 günlü, 25453 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan "Sağlık ve Yardımcı Sağlık Personeli Tarafından

Yerine Getirilmesi Gereken Hizmetlerin Satın Alınması Yoluyla Gördürülmesine İlişkin Esas ve Usuller "in iptali istemiyle açılan davada; Danıştay ö.Dairesinin 22.11.2004 tarih ve E:2004/4439 sayılı kararıyla anılan hükmün Anayasa'nın 2. ve 128/1. maddelerine aykırılığı savı ciddi bulunarak iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmuş bulunmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27.maddesinde öngörülen koşulların gerçekleştiği anlaşıldığından, Sağlık Bakanlığı'na bağlı Gebze Fatih Devlet Hastanesi'ne 2006 ve 2007 yılı için radyoloji görüntüleme hizmet alımına ilişkin ihale ile bu işleme dayanak olan Sağlık Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı'nın 27.06.2003 tarih ve 2003/70 sayılı Genelgesinin (g) bendinin yürütülmesinin dava sonuna kadar durdurulmasına, 08.01.2007 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

Başkan	Uye	Uye	Uye	Uye
Faruk	Orhun	Suna	Turan	Zümrüt
ÖZTÜRK	YET **	TÜRKOĞLU	KARAKAYA	ÖDEN

KARSI OY

Dava, Sağlık Bakanlığına bağlı Gebze Fatih Devlet Hastanesine 2006 ve 2007 yılı için radyoloji görüntüleme hizmet alımına ilişkin ihale ife bu işleme dayanak olan Sağlık Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı'nın 27.06.2003 tarih ve 2003/70 sayılı Genelgesinin (g) bendinin İptali istemiyle açılmıştır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 4. maddesinde; "... taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanması ve benzeri diğer hizmetler" hizmet tanımı içinde yer almış, anılan Kanunun 62. maddesinin (c) bendinde, "idarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması halinde, ihale yetkilisinin onayı alınmak kaydıyla bu Kanunda belirtilen hizmetler için ihaleye çıkılabilir." hükmü getirilmiştir.

Danıştay Beşinci Dairesinin 22.11.2004 tarihli, E:2004/4439 sayılı kararıyla 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 36'ncı maddesinin "**III. SAĞLIK VE YARDIMCI SAĞLIK HİZMETLERİ SINIFI**" başlıklı bendine 4924 sayılı Yasanın 11 'inci maddesiyle eklenen hükmün iptali için yürürlüğün durdurulması istemli olarak Anayasa Mahkemesine başvurulmasına karar verilmiştir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 152'nci maddesinin üçüncü fıkrasında; "Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır. Ancak, Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkeme buna uymak zorundadır." kuralı yer almıştır.

Buna göre, 22.11.2004 tarihli kararlar Anayasaya aykırı olduğu iddiası ciddi bulunarak Anayasa Mahkemesine başvuru Yasa hükmü hakkında Anayasa Mahkemesince beş ay içinde bir karar verilmediği göz önüne alındığında» yürürlükteki 4734 ve 657 sayılı Yasalardaki düzenlemelere uygun olan Genelgenin ve bu Genelgeye dayalı olarak yapılan ihale işleminin yürütülmesinin durdurulması isteminin reddi gerektiği oyuyla karara katılmıyorum.

Üye Orhun YET