

T.C.

DANIŞTAY

BEŞİNCİ DAİRE

Esas No : 2004/4439 Karar No :2007/6598

Davacı _____ : Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyi Başkanlığı

Vekilleri _____ : Av. Ziyet Özçelik, Tunus Cad. No:21/3 - Kavaklıdere/ANKARA

Davalı _____ : Sağlık Bakanlığı - ANKARA

Davanın Özeti _____ : Davacı, 5.5.2004 günlü, 25453 sayılı Resmi Gazete'de

yayımlanarak yürürlüğe giren "Sağlık ve Yardımcı Sağlık Personeli Tarafından Yerine Getirilmesi Gereken Hizmetlerin Satın Alma Yoluyla Gördürülmesine İlişkin Esas ve Usuller" in, bu düzenlemeye dayalı olarak hazırlanan "2004 yılı (4 aylık) Psikiyatri Uzmanı, Onkoloji Uzmanı, Çocuk Psikiyatri Uzmanı, Alerji Hastalıkları Uzmanı Hizmetleri Satın Alma İşi Teknik Şartnamesi"nin ve bu Şartname ile Denizli Devlet Hastanesi'nde 7 hekim ve 5 diğer sağlık personeli hizmetinin satın alma yolu ile gördürülmesine ilişkin olarak 4 Ağustos 2004 tarihinde yapılacak olan ihale işleminin iptalini istemekte, bu düzenleme sonucunda sağlık hizmetinin, kamu sağlık personeline değil, bir kısım tacirlerin işçisi durumuna getirilecek sağlık çalışanlarına gördürüleceğini, bu şekilde çalıştırılacak hekimler ile diğer sağlık personelinin, çalışanlara tanınan güvence ve haklardan yoksun olacağını, İki farklı istihdam pazarı ve iki farklı hukuk düzeninin ortaya çıkacağını, düzenlemenin, kazanç amaçlı emek ve insan ticareti yapılması olanağı getirdiğini, bu durumun hukuk devletinin yurttaşlarına hukuk güvenliği sağlaması gerekliliğine aykırı olduğunu, bu nedenle anılan düzenlemenin dayanağı olan 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 36. maddesinin "III- Sağlık Hizmetleri ve Yardımcı Sağlık Hizmetleri Sınıfı" başlıklı bendine 24.7.2003 günlü, 25172 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 4924 sayılı Eleman Temininde Güçlük Çekilen Yerlerde Sözleşmeli Sağlık Personeli Çalıştırılması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 11. maddesiyle eklenen hükmün, Anayasa'nın 2., 10. ve 128. maddelerine aykırı olduğunu ileri sürerek Anayasa Mahkemesi'ne gönderilerek iptalini talep etmektedir.

Savunmanın Özeti _____ : Davacının dava açmakta menfaatinin bulunmadığı,

Anayasaya aykırılık itirazlarının yerinde olmadığı, düzenlemenin sağlık hizmetinin daha iyi sunulabilmesi ve verimli bir şekilde işletilebilmesi için Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Maliye Bakanlığı, Kamu İhale Kurumu ile Sayıştay Başkanlığının görüşleri alınarak çıkarıldığı, söz konusu düzenlemenin üst hukuk normlarına aykırı bir kural taşımadığı, bu düzenlemeyle kiralama şeklinde hizmet alımı veya 657 sayılı Yasa'ya göre bir istihdam modeli oluşturulmadığı, hizmeti sunacak kişi ile hizmetin sunumunda vazgeçilmez niteliğe haiz tıbbi cihaz ve ekipmanların bir bütün oluşturacak şekilde bir araya gelmesi sonucu ortaya çıkan sağlık hizmetinin satın alınmasının düzenlendiği, satın alınan bu hizmetin idarece denetleneceği ve sağlıklı bir şekilde İşleminin sağlanacağı, bir kamu hizmeti olan sağlık hizmetinin etkin ve verimli bir şekilde sunulabilmesi için getirilen düzenlemelerde hukuka aykırılık bulunmadığı ileri sürülerek yasal dayanaktan yoksun davanın reddi gerektiği savunulmaktadır. 1

T.C.

DANIŞTAY BEŞİNCİ DAİRE

Esas No : 2004/4439 Karar No : 2007/6598

Danıştay Tetkik Hakimi : Mahmut Ersert

Düşüncesi _____ : Davacının Anayasa'ya aykırılık iddiasının ciddi görülerek

657 sayılı Yasanın 36.maddesinin "III- SAĞLIK HİZMETLERİ VE YARDIMCI SAĞLIK HİZMETLERİ SINIFI" başlıklı bendine eklenen paragrafın iptali amacıyla Anayasa Mahkemesi'ne itirazın yapılan başvuru anılan Mahkemenin 22.11.2007 gün ve E:2004/114, K:2007/85 sayılı

kararıyla reddedildiğinden Anayasa'ya aykırı olmadığı anlaşılmıştır. Bu hükme dayalı olarak çıkarılan ve 5.5.2005 günlü, 25453 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "Sağlık ve Yardımcı Sağlık Personeli Tarafından Yerine Getirilmesi Gereken Hizmetlerin Satın Alma Yoluyla Gördürülmesine İlişkin Esas ve Usuller" isimli düzenleyici işlemin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu hükümleri ile bu Kanun uyarınca çıkarılan İhale Yönetmeliklerindeki düzenlemelerin tekrarı niteliğinde olduğu ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Maliye Bakanlığı, Kamu İhale Kurumu ile Sayıştay Başkanlığı'nın görüşleri alınarak Sağlık Bakanlığınca hazırlandığı ve yürürlüğe konulduğu ve genel olarak mevzuata ve hukuka uygun olduğu anlaşıldığından düzenleyici işleme yönelik davanın reddi gerekmektedir. "2004 yılı (4 aylık) Psikiyatri Uzmanı, Onkoloji Uzmanı, Çocuk Psikiyatri Uzmanı, Alerji Hastalıkları Uzmanı Hizmetleri Satın Alma İşi Teknik Şartnamesi" ile Denizli Devlet Hastanesi'nde 7 hekim ve 5 diğer sağlık personeli hizmetinin satın alma yoluyla gördürülmesine ilişkin olarak 4.8.2004 tarihinde yapılacak olan İhale işleminin ise, Kanun hükmüne göre lüzum unsuru açık ve somut olarak ortaya konulmadan tesis edildiği gibi, ihalenin yapıldığı tarihten sonra Sağlık Bakanlığının 18.8.2004 gün ve 6587 sayılı oluru ile de Bakanlığa bağlı kurum ve kuruluşlarca yapılacak olan hizmet satın alma işlemlerinde tabip ve uzman tabiplik hizmetlerine yer verilmemesi gerektiği belirtildiğinden, lüzum unsurunun bu yönüyle de gerçekleşmediği anlaşıldığından iptalleri gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı _____ : Kemal Bilecen

Düşüncesi _____ : 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 36 ncı maddesinin "Ill-Sağlık Hizmetleri ve Yardımcı Sağlık Hizmetleri Sınıfı" başlıklı bendine, 4924 sayılı Kanunun 11 inci maddesiyle "Bu sınıfa dahil personel tarafından yerine getirilmesi gereken hizmetler, lüzumu halinde bedeli döner sermaye gelirlerinden ödenmek kaydıyla, Bakanlıkça tesbit edilecek esas ve usullere göre hizmet satın alınması yoluyla gördürülebilir" hükmü eklenmiştir.

4924 sayılı Kanun'un 11 inci maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğu yolundaki davacı savları ciddi bulunarak iptali istemiyle Danıştay Beşinci ve Onuncu Daireleri Müşterek Kurulu'nun 22.11.2004 günlü kararıyla Anayasa Mahkemesine başvurulmuş ise de, Anayasa Mahkemesinin 22.11.2007 gün ve E:2004/114,K:2007/85 sayılı kararıyla başvurunun reddine karar verilmiştir.

Bu durumda, dava konusu 5.5.2005 günlü.25453 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "Sağlık ve Yardımcı Sağlık Personeli Tarafından Yerine Getirilmesi Gereken Hizmetlerin Satın Alma Yoluyla Gördürülmesine İlişkin Esas ve Usuller" isimli düzenleyici işlemin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu hükümleri ışığında, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Maliye Bakanlığı, Kamu İhale Kurumu ile Sayıştay Başkanlığının görüşleri alınarak Sağlık Bakanlığınca hazırlandığı ve yürürlüğe konulduğu ve genel olarak mevzuata ve hukuka uygun bulunduğundan bu kısma yönelik davanın reddi gerekmektedir.

"2004 yılı (4 aylık) Psikiyatri Uzmanı, Onkoloji Uzmanı, Çocuk Psikiyatri Uzmanı, Alerji Hastalıkları Uzmanı Hizmetleri Satın Alma İşi Teknik Şartnamesi" ile Denizli Devlet Hastanesinde 7 hekim ve 5 diğer sağlık personeli hizmetinin satın alma yoluyla gördürülmesine ilişkin olarak 4.8.2004 tarihinde yapılacak olan İhale işleminin, Kanun hükmüne göre lüzum unsuru açık ve somut olarak ortaya konulmadan tesis edildikleri anlaşıldığından iptalleri gerektiği, düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun Ek-1. maddesi uyarınca Danıştay Beşinci ve Onüçüncü Daireleri'nce, duruşma için önceden belirlenen 25.1.2006 günü duruşmaya davacı vekili Ziyet Özçelik ve Sağlık Bakanlığını temsilen Hukuk Müşaviri Erol Demirci'nin geldiği görüldü. Danıştay Savcısı Kemal Bilecen'in katılımıyla açık duruşmaya başlandı, taraflara usulüne göre söz verilip dinlendikten ve Danıştay Savcısının düşüncesi alındıktan sonra duruşmaya son verildi, aynı günlü ara kararı ve 7.6.2006 günlü bekletme kararından sonra Anayasa Mahkemesinin karar tutanağının gelmesi üzerine yapılan müşterek toplantıda dava dosyası incelenerek işin gereği düşünüldü:

Üyeler Esen EROL ve Hayrettin KADIOĞLU'nun "657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 36. maddesinin "III- SAĞLIK HİZMETLERİ VE YARDIMCI SAĞLIK HİZMETLERİ SINIFI" başlıklı bendine 4924 sayılı Yasa'nın 11. maddesiyle eklenen hükmün Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülerek Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvuru Yüksek Mahkemeye reddedilmiş olup, söz konusu karara göre sağlık hizmetinin Anayasa'nın 47. maddesinde öngörülen hizmet kapsamında özel hukuk sözleşmeleri ile üçüncü kişilere yaptırılması olanaklı hale geldiğinden anılan hükme dayalı olarak düzenlenen davaya konu işlemin kamu görevlilerine ait mevzuat olarak kabulüne olanak bulunmadığı, düzenlemenin dayanağını oluşturan kurala 657 sayılı Yasa kapsamında yer verilmiş olmasının düzenlemenin niteliğinin belirlenmesinde etkili olmayacağı, hizmet satın alınmasına ilişkin düzenlemeleri içeren "Sağlık ve Yardımcı Sağlık Personeli Tarafından Yerine Getirilmesi Gereken Hizmetlerin Satın Alma Yoluyla Gördürülmesine İlişkin Esas ve Usuller" in yargısal denetiminin Kamu İhale Kanunu hükümleri ve ilgili mevzuat çerçevesinde çözümlenmesi gerektiği, uyuşmazlığın görüm ve çözümünün Danıştay Onüçüncü Dairesi'ne ait bulunduğu dosyanın anılan Daire'ye gönderilmesi gerektiği" yolundaki usule ilişkin ayrışik oylarına karşılık, iptali istenilen düzenlemenin dayanağını oluşturan 4924 sayılı Kanun'un 657 sayılı Yasa'nın 36. maddesine ilave bir hüküm getirdiği, Anayasa Mahkemesi'nce anılan Kanun hükmünün iptali talebinin reddedilmiş olmasının görevli Daire'nin tespitinde belirleyici bir unsur olarak görülemeyeceği gerekçesiyle uyuşmazlığın çözümünün Beşinci ve Onüçüncü Dairelerin görevinde olduğuna oyçokluğuyla karar verilerek esasa geçildi:

Dava, 5.5.2004 günlü, 25453 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren "Sağlık ve Yardımcı Sağlık Personeli Tarafından Yerine Getirilmesi Gereken Hizmetlerin Satın Alma Yoluyla Gördürülmesine İlişkin Esas ve Usuller" in, bu düzenlemeye dayalı olarak hazırlanan "2004 yılı (4 aylık) Psikiyatri Uzmanı, Onkoloji Uzmanı, Çocuk Psikiyatri Uzmanı, Alerji Hastalıkları Uzmanı Hizmetleri Satın Alma işi Teknik Şartnamesi"nin ve bu Şartname ile Denizli Devlet Hastanesi'nde 7 hekim ve 5 diğer sağlık personeli hizmetinin satın alma yolu ile gördürülmesine ilişkin olarak 4 Ağustos 2004 tarihinde yapılacak olan ihale işleminin iptali istemiyle açılmış, Sağlık ve Yardımcı Sağlık Personeli Tarafından Yerine Getirilmesi Gereken Hizmetlerin Satın Alınması Yoluyla Gördürülmesine İlişkin Esas ve Usullerin dayanağını oluşturan, 657 sayılı Yasa'nın 36. maddesinin "III- SAĞLIK HİZMETLERİ VE YARDIMCI SAĞLIK HİZMETLERİ SINIFI" başlıklı bendine 24.7.2003 günlü, 25172 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 4924 sayılı Yasanın 11. maddesiyle eklenen paragrafın Anayasa'nın 2. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülerek konunun Anayasa Mahkemesi'ne iletilmesi talep edilmiştir.

Dairemizin 22.11.2004 günlü, 2004/4439 sayılı kararıyla anılan Kanun hükmünün Anayasa'nın 2. ve 128/1. maddelerine aykırılığı savı ciddi bulunarak iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmasına rağmen, Anayasa Mahkemesi'nce verilen 22.11.2007 gün ve E:2004/114, K:2007/85 sayılı kararla itiraz reddedilmiş olup, uyuşmazlığın mevcut mevzuat hükümlerine göre karara bağlanması zorunluluğu ortaya çıkmıştır.

Davalı idarenin usule ilişkin iddiaları yerinde görülmemiştir.

24.7.2003 günlü, 25172 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 4924 sayılı "Eleman Temininde Güçlük Çekilen Yerlerde Sözleşmeli Sağlık Personeli Çalıştırılması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"un 11 inci maddesiyle 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 36 ncı maddesinin "III-SAĞLIK HİZMETLERİ VE YARDIMCI SAĞLIK HİZMETLERİ SINIFI" başlıklı bendine eklenen paragrafta; "Bu sınıfa dahil personel tarafından yerine getirilmesi gereken hizmetler, lüzumu halinde bedeli döner sermaye gelirlerinden ödenmek kaydıyla, Bakanlıkça tespit edilecek esas ve usullere göre hizmet satın alınması yoluyla gördürülebilir." hükmüne yer verilmiştir.

Anılan Yasa hükmüne dayanılarak çıkarılan "Sağlık ve Yardımcı Sağlık Personeli Tarafından Yerine Getirilmesi Gereken Hizmetlerin Satın Alma Yoluyla Gördürülmesine İlişkin Esas ve Usuller" in 1.

maddesinde, düzenlemenin amacı; lüzumu halinde, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında alımı yapılacak olan sağlık hizmetlerinin, 4924 sayılı Eleman Temininde Güçlük Çekilen Yerlerde Sözleşmeli Sağlık Personeli Çalıştırılması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 11. maddesiyle 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 36. maddesine eklenen hüküm uyarınca, Bakanlığa tanınan takdir yetkisi çerçevesinde, bedeli döner sermaye gelirlerinden ödenmek kaydıyla satın alınma yoluyla gördürülmesine dair esas ve usulleri belirlemek olarak açıklanmıştır. 2. maddesinde düzenlemenin kapsamı belirlenmiş, 3. maddesinde düzenlemenin dayanağına, 4. maddesinde tanımlara yer verilmiş, 5. madde ile devamı maddelerde ise; 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu ihale Sözleşmeleri Kanunu hükümleri ve Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nde yer alan düzenlemeler çerçevesinde sağlık hizmetleri ve yardımcı sağlık hizmetleri sınıfına dahil personel tarafından yerine getirilmesi gereken hizmetlerin satın alma yoluyla gördürülmesine ilişkin temel ilkeler ile bu hizmetlerin satın alınmasında kullanılacak satın alma usulleri ile hizmet satmaya isteklilerin kimler olabileceği, yaklaşık maliyetin nasıl hesaplanacağı, hizmet satın almada uyulacak ilkelerin belirlenmesi için çıkarılacak şartnamelerin içeriklerinde nelerin yer alabileceği, teklif mektuplarının şekli, açılması ve değerlendirilmesi, sonuçlandırılması, Bakanlığa düzenleme yetkisi verilmesi ve hüküm bulunmayan hallerde hangi mevzuat hükümlerinin uygulanacağı hususlarına yer verilmiştir.

Dava konusu düzenleyici işlemde yer alan kuralların; 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 36. maddesinin "III- SAĞLIK HİZMETLERİ VE YARDIMCI SAĞLIK HİZMETLERİ SINIFI" başlıklı bendine 4924 sayılı Yasa'nın 11. maddesiyle eklenen paragraf hükmü ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu hükümleri ve Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde yer alan düzenlemeler dikkate alınarak getirildiği, anılan Kanunlardaki hükümler ile söz konusu Yönetmelikte yer alan düzenlemelerin tekrarı niteliğinde olduğu anlaşıldığından davaya konu düzenleyici işlemin dayanağı olan Kanun hükmüne ve hukuka aykırı hükümler taşımadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Düzenlemenin dayandığı Kanun hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu savının Anayasa Mahkemesi'nce yerinde görülmemiş olması, bu Kanun hükmü ve düzenlemeler uyarınca yapılan/yapılacak bireysel işlemlerin de hukuka uygun olduğu sonucunu doğurmayacağından, idarenin yaptığı işlemlerde lüzum unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin ve takdir yetkisinin kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olarak kullanılıp kullanılmadığının her işlem bazında ve her aşamada denetlenebileceği kuşkusuzdur.

Öte yandan, dava konusu Esas ve Usullerin "Doğrudan Temin" başlığı altında düzenlenen 13. maddesinde, bu yöntemle yapılacak hizmet alımlarına hangi hallerde başvurulacağı somut kurallara bağlandığından anılan maddenin üst hukuk kurallarına aykırı olduğu iddiası da yerinde görülmemiştir. Davanın "2004 yılı (4 aylık) Psikiyatri Uzmanı, Onkoloji Uzmanı, Çocuk Psikiyatri Uzmanı, Alerji Hastalıkları Uzmanı Hizmetleri Satın Alma İşi Teknik Şartnamesi"nin ve bu Şartname ile Denizli Devlet Hastanesi'nde 7 hekim ve 5 diğer sağlık personeli hizmetinin satın alma yolu ile gördürülmesine ilişkin olarak 4 Ağustos 2004 tarihinde yapılacak olan ihale işleminin iptaline ilişkin kısmına gelince anılan ihaleye ilişkin ihale komisyonu kararında ihaleye konu olan personel hizmetinin satın alınmasının hangi gereklilikten doğduğu açık olarak ortaya konulamamakta, soyut olarak ihtiyaçtan söz edilmektedir. Öte yandan, Sağlık Bakanlığı'nın 18.8.2004 günlü, 6587 sayılı oluru ile de "...tabip ve uzman tabip çalıştırılması konusunda önemli mesafeler alındığı, buna yönelik olarak merkezi planlamaların yapıldığı ve şu aşama itibarıyla, yapılan merkezi planlama çerçevesinde gerekli istihdam politikalarının oluşturulduğu ve bu nedenlerle, tabip ve uzman tabip hizmetlerinin satın alma yoluyla gördürülmesi halinde, yapılmış olan merkezi planlamada bir kısım aksamaların oluşabileceği müşahade edilmiş olup; hizmeti satın alma ihalesi yapılmış olanlar hariç, ikinci bir yazılı talimata kadar, Bakanlığımıza bağlı kurum ve kuruluşlarca yapılacak olan hizmet satın alma işlemlerinde tabip ve uzman tabiplik hizmetlerine yer verilmemesi...." gerektiğinin belirtilmiş olması

da, tabip ve uzman tabiplik hizmetleri ihalelerinde lüzum unsurunun gerçekleşmediğini ortaya koymakta, Hizmet Alım Teknik Şartnamesi'nin hukuka uygun olmadığı sonucunu doğurmaktadır. Açıklanan nedenlerle, davanın Sağlık ve Yardımcı Sağlık Personeli Tarafından Yerine Getirilmesi Gereken Hizmetlerin Satın Alma Yoluyla Gördürülmesine İlişkin Esas ve Usullerin 1'inci ve 13'üncü maddelerine yönelik kısmının reddine oyçokluğuyla, düzenleyici işlemin diğer maddelerine yönelik kısmının reddine, hizmet satın alma ihalesi ile buna ilişkin olarak düzenlenen teknik şartnamenin iptaline; aşağıda dökümü yapılan 110,80,-YTL yargılama giderlerinin 55,40,-YTL.'lık kısmının davacı üzerinde bırakılmasına, 55,40,-YTL.'lık kısmı ile Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca 1.000,00.-YTL. vekalet ücretinin davalı idareden alınarak davacıya verilmesine, posta pulu ücretinden noksan olan 8,50.-YTL'nın davacıya tamamlattırılmasına oybirliğiyle, 5.12.2007 tarihinde karar verildi

Başkan Turan
FALCIOĞLU (X)

Uye Uye Uye
Ali Günay Orhun
ÖZTÜRK ERDEN YET
(X)

Üye Üye Üye
Suna Sadri Zümrüt
TÜRKOĞLU BOZKURT ÖDEN
(X)
(XX)

Üye Esen
EROL
Üye
Hayrettin KADIOĞLU (X)

YARGILAMA GİDERLERİ :
Harçlar Toplamı : 52.30.-YTL
Posta Pulu Gideri: 58.50.-YTL
TOPLAM 110.80.-YTL
T.C.

DANIŞTAY
BEŞİNCİ DAİRE

Esas No : 2004/4439 Karar No : 2007/6598

(X) KARSİ OY

Sağlık ve Yardımcı Sağlık Personeli Tarafından Yerine Getirilmesi Gereken Hizmetlerin Satın Alma Yoluyla Gördürülmesine ilişkin Esas ve Usullerin "Amaç" başlıklı 1. maddesinde, "Bu düzenlemenin amacı; lüzumu halinde, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında alımı yapılacak olan sağlık hizmetlerinin, 4924 sayılı Eleman Temininde Güçlük Çekilen Yerlerde Sözleşmeli Sağlık Personeli Çalıştırılması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 11. maddesiyle 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 36. maddesine eklenen hüküm

uyarınca, Bakanlığa tanınan takdir yetkisi çerçevesinde, bedeli döner sermaye gelirlerinden ödenmek kaydıyla satın alınma yoluyla gördürülmesine dair esas ve usulleri belirlemektir." şeklinde belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'ne itiraz yoluyla götürülen 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 36. maddesinin "III- SAĞLIK HİZMETLERİ VE YARDIMCI SAĞLIK HİZMETLERİ SINIFI" başlıklı bendine 4924 sayılı Yasanın 11. maddesiyle eklenen paragraf hükmünün Anayasa Mahkemesince iptal edilmemiş olması, Kanun hükmünde yer alan "...lüzumu halinde..." ifadesinin dava konusu düzenleyici işlemde de aynı şekilde yer alması ve her hangi bir sınırlama getirilmemesi takdir hakkının sınırsız olarak ve çok geniş bir şekilde kullanılması sonucunu doğurabileceğinden Anayasa'nın 128. maddesinin "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." hükmü karşısında "lüzum halinde" ifadesinin hangi hallerde, hangi ihtiyacın karşılanması zorunlu olduğu durumlarda göz önünde bulundurulacağına açıkça belirtilmesi gerekirken, Kanun hükmünde yer aldığı şekliyle her hangi bir sınırlama yapılmadan soyut bir şekilde dava konusu düzenleyici işlemde aynı şekilde yer alması nedeniyle davaya konu düzenlemenin 1. maddesinin iptali oyuyla, kararın bu maddeye ilişkin davanın reddi yolundaki kısmına karşıyız.

Başkan	Üye	Üye	Üye
Turan FALCIOĞLU	Günay ERDEN	Suna TÜRKOĞLU	Hayrettin KADIOĞLU

(XX) KARSI OY

657 sayılı Kanun'un 36. maddesinin III. bendine 4924 sayılı Kanunun 11. maddesiyle eklenen hükmün, Anayasaya aykırı olmadığına Anayasa Mahkemesince karar verilmesi üzerine; Kanunda ayrıntılı bir düzenleme olmaması ve hükümde yalnızca "lüzumu halinde bedeli döner sermaye gelirlerinden ödenmek kaydıyla Bakanlıkça tespit edilecek esas ve usullere göre" hizmet satın alınması yoluna gidilebileceğinin belirtilmesi karşısında; Sağlık Bakanlığınca düzenlenen "Sağlık ve Yardımcı Sağlık Personeli Tarafından Yerine Getirilmesi Gereken Hizmetlerin Satın Alma Yoluyla Gördürülmesine İlişkin Esas ve Usuller" de; "lüzumu halinde" başvurulacak hizmet satın alınması yetkisinin, objektif kullanılmasını teminen hangi kriterlere bağlı olacağına ve hangi durumda "lüzum"un gerçekleştiğinin kabulü gerektiğinin somut olarak ortaya konulması gerektiği gibi; buna bağlı olarak, Esas ve Usullerin "Doğrudan temin" başlığını taşıyan 13. maddesinin de, somut ve objektif kurallar içermesi gerekmektedir.

Anayasaya göre, Devletin, herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp, hizmet vermesini düzenlemek görevi bulunmakta olup; devlet bu görevini, yine Anayasaya göre kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlardan yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirmek durumundadır.

Anayasada öngörülen bu amacın gerçekleşmesi için önemli olan husus, "tek elden planlama" yapmak olup, bu nedenle de, hangi halde, hangi kriterlere bağlı olarak, nasıl, ne kadar süreyle ve kimlerden ve hangi usullere göre hizmet satın alınacağına, bu konuları düzenlemekle görevli Sağlık Bakanlığınca açık, net, anlaşılabilir ve eşitliğe uygun olarak "Esas ve Usuller"de gösterilmesi zorunlu bulunmaktadır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, "Doğrudan temin" i, bu Kanunda belirtilen hallerde ihtiyaçların idare tarafından davet edilen isteklilerle teknik şartların ve fiyatın görüşülerek doğrudan temin edilebildiği usul olarak tanımlamakta olup; doğrudan temin usulüne hangi hallerde gidilebileceğine, düzenlemede yer verilmesi gerekmektedir.

Dava konusu 13. madde hükmünde, herhangi bir sınırlamaya gidilmeden, hangi durumlarda doğrudan temin yoluna gidilebileceği açıkça gösterilmeden sağlık hizmeti gibi asli nitelikteki kamu hizmeti

alanında faaliyet gösteren idarelere geniş bir takdir yetkisi tanındığı anlaşıldığından, bu maddenin iptali oyuyla, kararın bu maddeye yönelik olarak davanın reddine ilişkin kısmına karşıyım.

Üye SunaTÜRKOĞLU