

BELEDİYE ŞİRKETİNE DEVROLUNAN TAŞERON İŞÇİLERİN
BELEDİYE İHALE KOMİSYONLARINDA GÖREVLENDİRİLMESİ

Bahattin IŞIK
Emekli Sayıştay Denetçisi
E. Kamu İhale Kurulu Üyesi

Kamu İhale Kurulunun 18.07.2018 tarihli ve 2018/DK.D-187 nolu Kararında, 696 sayılı Kararname kapsamındaki personelin, çalışmış oldukları şirketin ihale ve sözleşme sürecindeki komisyon ve teşkilatlarında görev alabileceği belirtilmiş olduğu halde, söz konusu Karara dayanarak belediyeler, doğrudan hizmet alımı kapsamında çalıştırılan personeli, belediyelerin ihale komisyonlarında sürekli şekilde görevlendirmektedirler.

1- Söz konusu KİK Kararında, doğrudan hizmet alımı kapsamında çalıştırılan personelin belediyelerde ihale komisyon üyesi olarak görevlendirilebileceğine dair bir husus yer almamaktadır:

Anılan Kararda, “696 sayılı Kararname ile statü ya da kadroya geçişi sağlanan ve geçici işçi niteliğinde olmayan personelin, ihale ve sözleşme sürecinde oluşturulacak komisyon ve teşkilatlarda görev alabileceğine,” karar verilmiş olup, söz konusu kararın gerekçesinde; 4734 sayılı Kanun’un “İhale Komisyonu” başlıklı 6’ncı maddesinde, ihale yetkilisinin, biri başkan olmak üzere, ikisinin ihale konusu işin uzmanı olması şartıyla, ilgili idare personelinen en az dört kişinin ve muhasebe veya malî işlerden sorumlu bir personelin katılımıyla kurulacak en az beş ve tek sayıda kişiden oluşan ihale komisyonunu, yedek üyeler de dahil olmak üzere görevlendireceği, ihaleyi yapan idarede yeterli sayı veya nitelikte personel bulunmaması halinde, 4734 sayılı Kanun kapsamındaki idarelerden komisyona üye alınabileceği hüküm altına alınmıştır. İhale Uygulama Yönetmelikleri ile Kamu İhale Genel Tebliği’nde de ihale komisyonlarının idare personelinen oluşturulacağına yönelik düzenlemeler yer almaktadır.

4734 sayılı Kanun’un “Denetim, muayene ve kabul işlemleri” başlıklı 11’inci maddesinde, teslim edilen mal, hizmet, yapım veya yapılan işin muayene ve kabul işlemlerinin, idarelerce kurulacak en az üç kişilik muayene ve kabul komisyonları tarafından yapılacağı hüküm altına alınmıştır. Yine, Hizmet İşleri Genel Şartnamesi’nde kontrol teşkilatının tanımı ve yetkilerine, Yapım İşleri Genel Şartnamesi’nde ise yapı denetim görevlisinin tanımına, yapı denetim hizmetlerine ve yapı denetim görevlisinin yetkilerine; muayene ve kabul işlemlerine yönelik çıkartılan yönetmeliklerinin “Muayene ve kabul komisyonlarının kuruluşu”nu düzenleyen ilgili maddelerinde ise; muayene ve kabul komisyonları ile geçici ve kesin kabul komisyonlarının oluşturulmasına ve üyelerin niteliklerine, muayene ve kabul komisyonu ile geçici veya kesin kabul komisyonunun ilgili idarenin personelinen oluşturulmasının esas olduğuna, ihaleyi yapan idarede yeterli sayıda veya nitelikte personel bulunmaması halinde

Kanun kapsamındaki idarelerden komisyona üye alınabileceğine ve bunların sorumluluklarına yönelik düzenlemelere yer verilmiştir.

4734 ve 4735 sayılı Kanunların yukarıda aktarılan hükümleri ile bunların uygulanmasına yönelik çıkarılan ikincil mevzuatlarda, ihale ve sözleşme süreçlerinde kurulacak komisyon ve teşkilatların idare personelinden oluşturulması gerektiği, idare bünyesinde yeterli personel bulunmaması durumunda 4734 sayılı Kanun kapsamındaki diğer idare personelinden komisyonlara üye alınabileceği düzenlenmiş ancak “idare personeli” ifadesinden ne anlaşılması gerektiğine ilişkin bir tanıma ya da açıklamaya yer verilmemiştir. Sorunun çözümü açısından ise idare personeli kavramının açıklığa kavuşturulması önem arz etmektedir.

T.C. Anayasası'nın 128'inci maddesinde, devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği, memurların ve diğer kamu görevlilerinin niteliklerinin, atanmalarının, görev ve yetkilerinin, hakları ve yükümlülüklerinin, aylık ve ödeneklerinin ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceği, ancak, malî ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşme hükümlerinin saklı olduğu hükme bağlanmıştır.

4734 sayılı Kanun'un kapsamı dikkate alındığında; idareler tarafından genel, askeri, sağlık, belediye hizmetleri gibi farklı nitelikte hizmetler gerçekleştirilmekte ve bahse konu hizmetleri gerçekleştiren personele yönelik ise farklı Kanunlar yürürlükte bulunmaktadır. Bu Kanunlar içerisinde ise 657 sayılı Kanun en geniş kapsamlı ve yaygın kullanıma sahip Kanun'dur.

657 sayılı Kanun'un “İstihdam şekilleri” başlıklı 4'üncü maddesinde istihdam şekilleri memur, sözleşmeli personel ve işçiler olarak belirlenmiş, aynı Kanun'un 5'inci maddesinde, bu Kanun'a tabi kurumların, dördüncü maddede yazılı istihdam şekilleri dışında personel çalıştıramayacağı düzenlenmiştir. Yine, söz konusu maddede, bir yıldan az süreli veya mevsimlik hizmet olduğuna Devlet Personel Başkanlığı ve Maliye Bakanlığının görüşleri üzerine Bakanlar Kurulunca karar verilen görevlerde ve belirtilen ücret ve adet sınırları içinde sözleşme ile çalıştırılanların da istihdam edilebileceği hükme bağlanmıştır.

4734 ve 4735 sayılı Kanunlar ile bunlara ilişkin çıkarılan ikincil mevzuatta, ihale süreci ile sözleşme sürecinde kurulacak komisyon ve teşkilatlarda yer alacak kişilere yönelik olarak istihdam türü esasında bir ayırım yapılmamakta olup bunun yerine daha geniş bir kapsama sahip olan “idare personeli” kavramı kullanılmaktadır.

İdare personeli, araya üçüncü bir kişi girmeksizin idare ile doğrudan istihdam ilişkisi bulunan personel olarak tanımlanabilir. Bu istihdam ilişkisinin, doğrudan kanunla ya da idari işlemle veya bir sözleşmeye dayalı olarak kurulabilmesi mümkündür. Aynı zamanda idare ile personel arasında kurulan bu ilişki arazi nitelik taşıyamamalıdır. Bu doğrultuda, mevsimlik ve kısa süreli veya benzer koşullarda çalışanların bu kapsamda değerlendirilmesine imkan yoktur.

Netice itibariyle, 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar ile buna yönelik çıkarılan ikincil mevzuatta, 696 sayılı Kararname ile kamu kurum ve kuruluşlarındaki sürekli işçi kadrolarına veya mahalli idare şirketlerinde işçi statülerine geçirilenlerin ihale ve sözleşme sürecinde oluşturulacak komisyon ve teşkilatlarda görev almasını yasaklayan bir düzenlemenin yer almadığı anlaşılmış olup bahse konu kadro ve statülere geçirilen kişilerin “idare personeli” niteliğine sahip olduğu, bu nedenle ihale ve sözleşme sürecindeki komisyon ve teşkilatlarda yer alabileceği ancak geçici işçi statüsünde bulunan kişilerin komisyon ve teşkilatlarda yer alamayacağı değerlendirilmiştir.” denilmiştir.

KİK Kararının gerekçesinde ise, *“bahse konu kadro ve statülere geçirilen kişilerin “idare personeli” niteliğine sahip olduğu, bu nedenle ihale ve sözleşme sürecindeki komisyon ve teşkilatlarda yer alabileceği ancak geçici işçi statüsünde bulunan kişilerin komisyon ve teşkilatlarda yer alamayacağı değerlendirilmiştir.”* denilmekle; 696 sayılı KHK ile mahalli idarelere geçişi yapılan personelin de *“ihaleyi yapan idarenin personeli olarak kabul edilmesi gerektiği”* gerekçesiyle, bu idarelerin (şirketlerin) ihale komisyonunda görev almalarında sakınca görülmemiş, mahalli idare şirketleri de 4734 sayılı Kanun kapsamında bir “İdare” olarak kabul edildiğinden, söz konusu personelin, mahalli idare şirketlerinde ihale komisyon üyesi veya muayene kabul komisyon üyesi olabileceğine karar verilmiştir. 696 sayılı KHK yürürlüğe girmeden önce de mahalli idare şirketlerinin personeli, zaten bu şirketlerin ihale komisyonunda ve muayene kabul komisyonunda görev alabiliyordu. Ancak 696 sayılı KHK ile mahalli idare şirketlerine geçen personel, söz konusu şirketlerin merkezinde idari, mali veya teknik konularında görev alan destek personeli olmayıp, ihale edilen işin yüklenicisinin bünyesinde, belediyeler tarafından “personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımları kapsamında” belediyenin halka sunmuş olduğu hizmetlerde çalıştırılmaktaydı.

Belediye ve özel idareler dışında kalan idarelerde, 696 sayılı KHK ile sürekli işçi kadrosuna geçen personel, ilgili idarelerin personeli olarak kabul edildiğinden ihale komisyonu ile muayene ve kabul komisyonlarında görevlendirilmektedir. Ancak belediye şirketleri bünyesinde çalıştırılan işçilerin, belediye personeli kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmadığından, bu Karara dayanılarak bir görevlendirme yapılması mümkün gözükmemektedir.

Nitekim İl Özel İdareleri, Belediyeler ve Bağlı Kuruluşları ile Bunların Üyesi Olduğu Mahalli İdare Birliklerinin Personel Çalıştırılmasına Dayalı Hizmetlerinin Gördürülmesine İlişkin Usul ve Esasların “Tanımlar” başlıklı 3 üncü maddesinde personel tanımı yapılmış;

“a) Destek personeli: İşçiler ve yöneticiler dışında kalan şirket personelini,

b) İşçi: Şirketlerde personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı kapsamında idareye hizmet sunmak üzere iş sözleşmesine dayalı olarak çalışan kişiyi,

c) Şirket personeli: Yöneticiler, işçiler ve destek personelini,

d) *Yönetici: Sevk ve idareye yetkili olan birim yöneticileri veya birimi temsile yetkili kişiler ile bu kişilerin üstü konumundaki şirket personelini, ifade eder.*” şeklinde dört gruba ayrılmıştır.

Söz konusu tanıma göre, daha önce yönetici ve destek personeli olarak belediye şirketinde görev yapmakta olan personele ilave olarak, yüklenici firma bünyesinde belediyeye sunduğu hizmetleri, belediye şirketi bünyesinde sunmaya devam üzere 696 sayılı KHK ile, personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı kapsamında yüklenici firma bünyesinde çalışan işçiler de eklenmiştir. Kamu İhale Kurulu da, 696 sayılı KHK kapsamında şirket personeli olan işçilerin de artık idare personeli olduğu gerekçesine dayanarak ihale komisyon üyesi veya muayene kabul komisyon üyesi olabileceğine karar vermiş, böylece söz konusu şirketlerin yöneticilerinin ve destek personelinin görev aldığı ihale ve muayene kabul komisyonlarında 696 sayılı KHK kapsamında istihdam edilen işçilerin de görev alabileceği hususunu açığa kavuşturmuştur.

Ancak bu Karar, söz konusu Usul ve Esaslara göre doğrudan hizmet alımı şeklinde çalıştırılan personelin, belediye ve özel idarelerinin ihale komisyonlarında, bu kapsamda görevlendirilebileceği anlamına gelmemektedir.

Çünkü anılan Esasların kapsamı, belediyeye sunulan personel çalıştırmasına dayalı hizmet alımları ile sınırlı olup, söz konusu işler, belediye şirketlerinden doğrudan hizmet alımı şeklinde yürütülmektedir. Bu kapsamda çalıştırılan personel, anılan Esasların “Hizmetlerin gördürülmesi” başlıklı 6 ncı maddesindeki “*İl özel idareleri, belediyeler ile bağlı kuruluşları ve bunların üyesi olduğu mahalli idare birlikleri, personel çalıştırılmasına dayalı hizmetlerini 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 22 nci maddesindeki limit ve şartlar ile 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendindeki sınırlamalara tabi olmaksızın doğrudan hizmet alımı suretiyle, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak, birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlası bu idarelere ait şirketlere gördürebilir.*” hükmüne dayanılarak çalıştırıldığına göre ihale komisyon üyeliği görevi, “hizmet alımı” kapsamında gerçekleştirilebilir mi, bu hususun açığa kavuşturulması gerekmektedir.

Kanaatimce, ihale komisyon üyeliği, genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken ve kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerden olup, ihale komisyon üyeliğinin personel çalıştırılmasına dayalı bir hizmet alımı olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Çünkü 4734 sayılı Kanunun 62 nci maddesinin (e) bendinin (2) numaralı alt bendinde; “*Bu bendin uygulanmasında personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı; bu Kanun ve diğer mevzuattaki hükümler uyarınca ihale konusu işte çalıştırılacak personel sayısının ihale dokümanında belirlendiği, bu personelin çalışma saatlerinin tamamının idare için kullanıldığı, yaklaşık maliyetinin en az %70’lik kısmının asgari işçilik maliyeti ile varsa aynı yemek ve yol giderleri dahil işçilik giderinden oluştuğu ve niteliği gereği süreklilik arz eden işlere ilişkin hizmet alımlarını ifade eder.*” şeklinde tanımlama yapılmış olup, süreklilik arz eden işlerden olmayan ihale komisyon üyeliği görevinin “hizmet alımı” olarak gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Çünkü her ihale için ayrı ihale komisyonu görevlendirilmesi de, ihale komisyon üyeliğinin süreklilik arz eden bir iş olarak kabul edilmemesini gerektirmektedir.

4734 sayılı Kanununun 4 üncü maddesinde hizmet tanımının “*Bakım ve onarım, taşıma, haberleşme, sigorta, araştırma ve geliştirme, muhasebe, piyasa araştırması ve anket, danışmanlık, tanıtım, basım ve yayım, temizlik, yemek hazırlama ve dağıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, koruma ve güvenlik, meslekî eğitim, fotoğraf, film, fikrî ve güzel sanat, bilgisayar sistemlerine yönelik hizmetler ile yazılım hizmetlerini, taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanmasını ve benzeri diğer hizmetleri*” şeklinde yapıldığı dikkate alındığında, ihale komisyon üyeliğinin hizmet alımı şeklinde gerçekleştirilmesinin mümkün olmadığı anlaşılmaktadır.

Nitekim KİK’in 10.04.2006 tarihli ve 2006/UH.Z-938 sayılı kararında, “*Zabıta Hizmetlerinin Yaptırılması Hizmet Alımı*” ihalesi, “*Belediyelere bağlı zabıta müdürlükleri tarafından yerine getirilen kamu hizmeti; genel idare esaslarına göre Belediye tarafından yürütülmekle yükümlü olunan, asli ve sürekli nitelikte bir görev olup, bu görevi yerine getirecek personel kadro esasına göre istihdam edilmektedir. Bu görevin yerine getirilmesinde merkezi idare ile statüleri ilişki içinde bulunduğu, kamu gücünün kullanıldığı, ayrıca kolluk faaliyetlerinin yerine getirilmesi sırasında meydana gelebilecek zararlardan idarenin doğrudan sorumlu tutulabileceği göz önüne alındığında, bu hizmetin 4734 sayılı Kanun ve ilgili mevzuat uyarınca yapılacak bir ihaleye konu yapılamayacağı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, zabıta hizmetlerinin yürütülmesi kapsamındaki işlerin memurlar veya kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerektiği ve bu işlerin hizmet alımı yoluyla ihale edilmesinin yasal olarak mümkün olmadığı belirlenmiştir*” gerekçesiyle, yani zabıta hizmetlerinin hizmet alımı yoluyla ihale edilemeyeceği gerekçesiyle söz konusu ihalenin iptal edildiği dikkate alındığında, belediyeye hizmet alımı kapsamında hizmet sunan şirket işçilerinin, ihale komisyon üyeliği hizmetini de sunmaları, yani hizmet alımı kapsamında ihale komisyon üyesi olarak görevlendirilmeleri mümkün gözükmemektedir.

4734 sayılı Kanununun “İhale komisyonu” başlıklı 6 ncı maddesine göre, her ihale için ayrı ihale komisyonu kurulacağı ve aynı ihale komisyon üyelerinin yıl boyunca görevlendirileceği kabul edilse bile, her ihale için yeniden komisyon üyeliği görevlendirmesi yapılması gerektiği dikkate alındığında, doğrudan hizmet alımı kapsamında yıl boyunca belediyede sürekli olarak görevlendirilen personelin, bu kapsamda ihale komisyonu üyesi olarak görevlendirilemeyeceği anlaşılmaktadır.

Diğer taraftan 4734 sayılı Kanununun ihale komisyon üyeleri ile ilgili hükümleri dikkate alındığında; Kanununun 6 ncı maddesinde, “*Gerekli incelemeyi yapmalarını sağlamak amacıyla ihale işlem dosyasının birer örneği, ilân veya daveti izleyen üç gün içinde ihale komisyonu üyelerine verilir.*” Kanununun “Bütün tekliflerin reddedilmesi ve ihalenin iptali” başlıklı 39 uncu maddesinde, “*İhale komisyonu kararı üzerine idare, verilmiş olan bütün teklifleri reddederek ihaleyi iptal etmekte serbesttir.*” ve “İhalenin karara bağlanması ve onaylanması” başlıklı 40 ncı maddesinde; “*İhale komisyonu gerekçeli kararını belirleyerek, ihale yetkilisinin onayına sunar. Kararlarda isteklilerin adları veya ticaret unvanları, teklif edilen bedeller, ihalenin tarihi ve hangi istekli üzerine hangi gerekçelerle yapıldığı, ihale yapılmamış ise nedenleri belirtilir. İhale yetkilisi, karar tarihini izleyen en geç beş iş günü içinde ihale kararını onaylar veya gerekçesini açıkça belirtmek suretiyle iptal eder. İhale; kararın onaylanması halinde geçerli, iptal edilmesi halinde ise hükümsüz sayılır.*” denilmekte olup, söz konusu hükümlere

göre ihale komisyonlarının bağımsız şekilde görev yapabilmeleri ve yaptıkları bu işlemlerden dolayı hukuki güvencelerinin olması ve istihdam sorunlarının olmaması gerekmektedir.

Bu çerçevede, işe alınma ve işten çıkarılmaları, İş Kanunu dışında herhangi bir mevzuata tabi olmayan personelin, belediye memurları kadar hukuki güvencelerinin olmadığı da ortadadır. Bu problemin, yani aynı işçilerin, şirketin kendi ihalelerinde ihale komisyon üyesi olarak görev almalarında da oluşabileceği söylenebilirse de, bu problemin 4734 sayılı Kanun dışında hiçbir mevzuata tabi olmayan bir şirket ile, hem 4734 sayılı Kanuna hem de 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa tabi olan, kamu hukuku çerçevesinde görev yapan belediyeler ile karşılaştırılması mümkün değildir. Zaten şirketler, 4734 sayılı Kanunun “İstisnalar” başlıklı 3 üncü maddesinin (g) bendine de tabi olmaları nedeniyle 4734 sayılı Kanun kapsamında çok az sayıda ihale yaptıklarından, kamu hukukuna tabi olmayan özel hukuk tüzel kişisi olan şirketler için oluşacak problemin, belediyeler için emsal gösterilmesi çok doğru olmayacaktır.

Bütün bunlardan sonra, anılan Kamu İhale Kurulu Kararında da belirtildiği üzere, *“İhaleyi yapan idarede yeterli sayı veya nitelikte personel bulunmaması halinde, 4734 sayılı Kanun kapsamındaki idarelerden komisyona üye alınabileceği”* belirtildiğinden, şirket işçilerinin mahalli idareler tarafından *“yeterli sayı veya nitelikte personel bulunmadığı,”* gerekçesiyle, ihale komisyonunda görevlendirilmesinde hukuki bir engel bulunmamaktadır. Ancak söz konusu görevlendirme, yeterli sayı veya nitelikte personel bulunmaması şartına bağlanmış olduğundan, mahalli idarelerin yeterli sayı veya nitelikte personeli mevcutken, söz konusu görevlendirmeyi yapmaları mümkün gözükmemektedir. Kaldı ki böyle bir görevlendirmenin yıl boyunca yapılması mümkün olmadığından her bir ihale için ayrı görevlendirme yapılması gerektiği dikkate alınmalıdır.