

Belediyenin asli ve sürekli görevi olan zabıta hizmetinin hizmet alım ihalesi kapsamında yüklenici firma eliyle gördürölmes

Dilekçiler dilekçelerinde özetle, 5393 sayılı Belediye Kanununun 14'ncü maddesi " Belediye, mahallî müşterek nitelikte olmak şartıyla; a) İmar, su ve kanalizasyon, ulaşım gibi kentsel alt yapı; coğrafî ve kent bilgi sistemleri; çevre ve çevre sağlığı, temizlik ve katı atık; zabıta, itfaiye, acil yardım, kurtarma ve ambulans; şehir içi trafik; defin ve mezarlıklar; ağaçlandırma, park ve yeşil alanlar; konut; kültür ve sanat, turizm ve tanıtım, gençlik ve spor; sosyal hizmet ve yardım, nikâh, meslek ve beceri kazandırma; ekonomi ve ticaretin geliştirilmesi hizmetlerini yapar veya yaptırır." hükmünü içerdiğini ve Belediye Kanununun bu madde de sayılan görevleri "hizmet" olarak tanımladığını; bu hizmetlerin de belediyeler tarafından bizzat yapılabileceği gibi yaptırılabilceğinin de açıkça belirtildiğini;

Karar Veren Mahkeme: Sayıştay Temyiz Kurulu

Karar Tarihi: 27.12.2011

Karar Sayısı : Tutanak No : 34158

Olay Özeti Karar ve Sonuç:

Belediyenin asli ve sürekli görevi olan zabıta hizmetinin hizmet alım ihalesi kapsamında yüklenici firma eliyle gördürülmesi nedeniyle 631.412,54.-TL'ye tazmin hükmü verilmiştir.

Dilekçiler dilekçelerinde özetle, 5393 sayılı Belediye Kanununun 14'ncü maddesi " Belediye, mahallî müşterek nitelikte olmak şartıyla; a) İmar, su ve kanalizasyon, ulaşım gibi kentsel alt yapı; coğrafî ve kent bilgi sistemleri; çevre ve çevre sağlığı, temizlik ve katı atık; zabıta, itfaiye, acil yardım, kurtarma ve ambulans; şehir içi trafik; defin ve mezarlıklar; ağaçlandırma, park ve yeşil alanlar; konut; kültür ve sanat, turizm ve tanıtım, gençlik ve spor; sosyal hizmet ve yardım, nikâh, meslek ve beceri kazandırma; ekonomi ve ticaretin geliştirilmesi hizmetlerini yapar veya yaptırır." hükmünü içerdiğini ve Belediye Kanununun bu madde de sayılan görevleri "hizmet" olarak tanımladığını; bu hizmetlerin de belediyeler tarafından bizzat yapılabileceği gibi yaptırılabilceğinin de açıkça belirtildiğini;

Aynı Kanununun 67 nci maddesinin de " Belediyede belediye meclisinin, belediyeye bağlı kuruluşlarda yetkili organın kararı ile park, bahçe, sera, refüj, kaldırım ve havuz bakımı ve tamiri; araç kiralama, kontrollük, temizlik, güvenlik ve yemek hizmetleri; makine-teçhizat bakım ve onarım işleri; bilgisayar sistem ve santralleri ile elektronik bilgi erişim hizmetleri; sağlıkla ilgili destek hizmetleri; fuar, panayır ve sergi hizmetleri; baraj, arıtma ve katı atık tesislerine ilişkin hizmetler; kanal bakım ve temizleme, alt yapı ve asfalt yapım ve onarımı, trafik sinyalizasyon ve aydınlatma bakımı, sayaç okuma ve sayaç sökme-takma işleri ile ilgili

hizmetler; toplu ulaşım ve taşıma hizmetleri; sosyal tesislerin işletilmesi ile ilgili işler, süresi ilk mahallî idareler genel seçimlerini izleyen altıncı ayın sonunu geçmemek üzere ihale yoluyla üçüncü şahıslara gördürülebilir.” hükmünü getirerek 14’üncü maddede genel olarak belirtilen hizmetlerden bir kısmının da yıllara yaygın olarak üçüncü kişilere gördürülebileceğini ifade ettiğini;

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 4’üncü maddesi de “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, mesleki eğilim, fotoğraf, ilim fikri ve güzel sanat, bilgisayar sistemlerine yönelik hizmetler ile yazılım hizmetlerini, taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanmasını ve benzeri diğer hizmetleri, hizmet kapsamında değerlendirdiğini, ayrıca aynı Kanunun 62’nci maddesinin “e” bendinde “İdarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması halinde, bu Kanunda belirtilen hizmetler için ihaleye çıkılabilir” denilerek personel çalıştırma esaslı ihalelere çıkılabileceğinin açıkça belirtildiğini;

Bununla birlikte, Belediyenin gerek 657 sayılı Kanunun 4 ve 5’inci; gerekse Belediye Kanunu’nun 49 ve 51’inci maddelerini dikkate alarak ihale yolu ile “Zabıta Hizmeti”ni temin etmediğin;, asli zabıta hizmetinin yanında buna bağlı olarak sürdürülen fakat kamu hizmeti niteliğinde bulunmayan 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 4’üncü maddesinde tanımlanmış bulunan bakım, onarım, taşıma; 5393 sayılı Belediye Kanununun 67’nci maddesinde tanımlanmış olan araç kiralama gibi destek hizmetlerinin bir bütün olarak satın alındığını ve işin tanımı olarak da “Zabıta Destek Hizmeti” tanımının kullanıldığını; Bu

tanımın esasen ayrı ve müstakil bir hizmet tanımı olmayıp, Zabıta Müdürlüğü'nün asli görevlerinin ifası için gerekli olan Kamu İhale Kanunu kapsamındaki bazı hizmetlerin ayrı ayrı tanımlanmaması nedeniyle kullanılan bir tanım olduğunu;

Bu hizmet kapsamında Zabıta Müdürlüğü'nün denetiminde bulunan pazar yerlerine seyyar direklerin taşınması, kurulması ve toplanması, seyyarlarla mücadele uygulamalarında her türlü materyalin zabıta araçlarına yüklenmesi, araçlardan boşaltılması ve depoya yerleştirilmesi, zabıta araçlarının temizliği ve her an kullanıma hazır halde tutulması, yıkım kararı alınan ve tahliye edilmesi gereken ev ve işyerlerinde bulunan eşyaların taşınması, yıkım çalışmalarında gerekli hallerde kaynak makinesi, sepetli araç vb araç ve gerecin kullanılması, zabıta tarafından kaldırılan ilan ve reklam materyallerinin taşınması, araçlara yüklenmesi ve araçlardan boşaltılması, zabıtanın trafik uygulamaları esnasında gerekli malzemenin taşınması, kurulması ve toplanması gibi esasen asli ve sürekli zabıta hizmeti niteliğinde olmayan hizmetler için söz konusu ihaleye çıkıldığını ve hizmet satın alındığını;

Bu hizmet kapsamında çalıştırılanların hiç birinin, asli ve sürekli zabıta hizmeti (ceza kesme, tutanak tutma, güç kullanma gibi) niteliğindeki işlemleri yapmadıklarını; hiçbir resmi evrakta bu kişilerin isim ve imzalarının bulunmadığını;

Yapılan ödemelerin 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu çerçevesinde imzalanan Sözleşme hükümlerine uygun olarak yapılarak, çalışmanın karşılığı olarak verildiğini; yapılmayan bir iş karşılığında bir ödeme yapılmasının söz konusu olmadığını;

5018 sayılı Kanun gerekse 6085 sayılı Sayıştay Kanununa göre bu işlemlerden dolayı kendilerine sorumluluk üstlenemeyeceğini;

6085 sayılı yeni Sayıştay Kanununun 7'nci maddesinin birinci fıkrasında "Bu Kanunun sorumlular ve sorumluluk halleri uygulamasında; 5018 sayılı Kanun ve denetimi ile ilgili diğer kanunlarda belirtilen sorumlular ve sorumluluk halleri esas alınır" Üçüncü fıkrasında da "Sorumlular; mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri ile illiyet bağı kurularak oluşturulan ilamda yer alan kamu zararından tek baslarına veya birlikte tazmin ile yükümlüdür." denildiğini;

5018 sayılı Kanunun hesap verme sorumluluğunu "Her türlü kamu kaynağının elde edilmesi ve kullanılmasında görevli ve yetkili olanlar, kaynakların etkili, ekonomik, verimli ve hukuka uygun olarak elde edilmesinden, kullanılmasından, muhasebeleştirilmesinden, raporlanmasından ve kötüye kullanılmaması için gerekli önlemlerin alınmasından sorumludur ve yetkili kılınmış mercilere hesap vermek zorundadır" şeklinde tanımladığını, aynı Kanunun 32'nci maddesinde "Harcama yetkililerinin, harcama talimatlarının bütçe ilke ve esaslarına, kanun, tüzük ve yönetmelikler ile diğer mevzuata uygun olmasından, ödeneklerin etkili, ekonomik ve verimli kullanılmasından ve bu Kanun çerçevesinde yapmaları gereken diğer işlemlerden sorumlu olduğunun; 33'nci maddesinin "gerçekleştirme görevlilerinin, harcama talimatı üzerine; isin yaptırılması, mal veya hizmetin alınması, teslim almaya ilişkin işlemlerin yapılması, belgelendirilmesi ve ödeme için gerekli belgelerin hazırlanması görevlerini yürütecekleri, bu Kanun çerçevesinde yapmaları gereken iş ve işlemlerden sorumlu tutulacaklarını, açıkladığını; 11'inci madde ise üst yöneticilerin sorumluluk hallerini düzenlediğini; kaldı ki söz konusu olayda sorumluluğu gerektirecek kamu zararı söz konusu

olmadığını; Zira kamu zararı da 5018 sayılı Kanunun 71'inci maddesinde "Kamu zararı: kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır" Denildiğini; Kanun metninde belirtilen kamu zararına yol açan sebeplerden hiç birinin iş bu sorguda gerçekleşmediğini; başka bir ifadeyle fazla ödeme yapılması, iş ve hizmet yaptırılmadan ödeme yapılması, yersiz ödeme yapılması, yüksek fiyatla ödeme yapılması ve mevzuata uygun olmayan ödeme yapılması gibi bir durum söz konusu olmadığını belirterek tazmin hükmünün kaldırılmasını talep etmiştir.

"Anayasa'nın 128. maddesi ile açıkça memur ve kamu görevlisi tanımının yapılmadığını ve onlara gördürülecek işi belirlenme yoluna gidilmediğini; en geniş tanımla ile kamu hizmetinin, devlet veya 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 etkinlikler olduğunu; toplumsal yaşamın zorunlu gereksinimlerinden olan düzenlilik ve süreklilik isteyen sağlık hizmetinin de nitelikleri gereği kamu hizmeti olarak değerlendirildiğini;

Anayasa'nın 47. maddesine eklenen dördüncü fıkra ile kamu hizmetlerinden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile üçüncü kişilere yaptırılabilirliği veya bunlara devredilebileceği konusunda yasama organının yetkili kılınmış olduğunu;

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 olmadığından, sağlık

hizmetinin tamamının salt memur ve diğ er kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerektiğinden söz edilemeyeceğini ve 47. maddede öngörülen hizmet kapsamında bunun özel hukuk sözleşmeleri ile üçüncü kişilere yaptırılabilceğini belirterek bu kuralın, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen sosyal devlet ilkesini gerçekleştirmek, 5. maddesinde Devletin temel amaç ve görevleri arasında belirtilen kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, insanın maddi ve manevi varlığını geliştirmek, 56. maddesinde öngörülen sağlık hizmetlerini tam ve dengeli biçimde yerine getirebilmek amacıyla düzenlendiğı anlaşıldığından Anayasa'nın 2, 47, 56 ve 128. maddelerine aykırı olmadığı yönünde kararı bulunmaktadır.

Bu itibarla, Kamu hizmetlerinin özel kişilere yaptırılabilmesi buna izin veren yasal bir düzenlemeyi gerektirdiğinden ve Üsküdar Belediyesi Zabıta Hizmet Satın Alımı İhalesi kapsamında yaptırılan işler de 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 14. maddesi kapsamında değerlendirilerek yaptırılabilcek nitelikte işlerden olduğundan; dilek i iddialarının kabul edilerek, 1246 sayılı İlam'ın 13. maddesiyle verilen tazmin hükmünün KALDIRILMASINA, karar verilmiştir.