

İhale yöntemleri kullanılmadan danışmanlık alımı yapılması ve herhangi bir hizmet alımının söz konusu olmaması nedeniyle kamu zararına sebebiyet verildiği işleyecek faizleri ile birlikte ödettirilmesi

İhale ve alım yöntemleri kullanılmadan danışmanlık alımı yapılması

Kamu İdaresi Türü	Belediyeler ve Bağlı İdareler 🏢
Yılı	2018
Dairesi	7
Karar No	410
İlam No	170
Tutanak Tarihi	9.11.2020
Kararın Konusu	İhale Mevzuatı ile İlgili Kararlar

İhale ve alım yöntemleri kullanılmadan avukatlık hizmet alımı yapılması:

İhale ve alım yöntemleri kullanılmadan danışmanlık alımı yapılması ve herhangi bir hizmet alımının söz konusu olmaması nedeniyle kamu zararına sebebiyet verildiği iddiasına ilişkin olarak yapılan incelemede;

Denetçi tarafından düzenlenen sorguda; ihalesiz bir şekilde danışmanlık hizmet alımı yapıldığı, kamu hizmetlerinin memurlar ve sözleşmeli personel eliyle yürütüleceği, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda “Avukatlık hizmetleri sınıfı”nın ayrı bir sınıf olarak düzenlendiği, bu doğrultuda avukatlık hizmetlerinin memur veya sözleşmeli personel eliyle yürütülmesi gerektiği, belediyelerde başka statülerde avukat istihdamının yapılamayacağı, avukatlık hizmetinin hizmet alım suretiyle yıllara sari şekilde sözleşme düzenlenerek yapılmasının mümkün olmadığı, İdare ile iki avukat arasında imzalanan yaklaşık on bir yıldır aralıksız devam eden sözleşmelerde avukatların belediyeyi temsil edebileceğinin belirtildiği böyle bir sözleşmenin danışmanlık hizmet alımı değil avukatlık istihdamını kapsadığı, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun “Danışmanlık Hizmetleri” başlıklı 48’inci maddesinde danışmanlık hizmeti alımlarının belli istekliler arasında ihale usûlü ile yapılacağı, ancak yaklaşık maliyeti 13 üncü maddenin (b) bendinin (2) numaralı alt bendinde hizmet alımları için öngörülen üst limit tutarının dört katının altında kalan danışmanlık hizmetlerinin ise hizmet alımı ihalesiyle gerçekleştirilebileceği ihale yapılmaksızın doğrudan sözleşme imzalanarak danışmanlık hizmet alımının söz konusu olamayacağı bu kapsamda ilgililere yapılan ödemelerin kamu zararı olduğu iddia edilmektedir.

Sorumlularca yapılan savunmalarda; Avukatın aralıksız sözleşme yaparak çalışmasının yasaya aykırılık gerekçesi olarak gösterilemeyeceği, açılan her davada karar verilebilecek hedef süre konulduğu, hedef sürenin bir yıldan fazla olması durumunda avukatla yapılan sözleşmenin sona erdirilmesi, yeni bir sözleşme yapılması gibi bir durumla

karşı karşıya kalınacağı, 1136 sayılı Avukatlık Yasası hükümleri esas alınarak sözleşme yapıldığı, vekâletnameler ile belediye tüzel kişiliğinin temsil edildiği, görev kapsamında hakkında soruşturma açılan tüm kamu görevlilerine hukuki destek verildiği, ... Belediyesinde ilgili birimlere verilen kamu ihale eğitimleri doğrudan konusunda uzman avukatlar tarafından verildiği, sözleşmelerin avukat istihdamı şeklinde olduğu değerlendirmesi soyut ve maddi dayanaktan yoksun olduğu, avukatlık hizmetinin devam eden uyuşmazlıkların takibinde dava ve uyuşmazlıklar sona erece kadar sürdürülmesi avukatın istihdamı anlamına gelmediği, avukatlık hizmet alımından söz edilemeyeceği için mevzuata aykırı bir istihdam şeklinden bahsedilemeyeceği, avukatlık temsilinin 4734 sayılı yasa ile birlikte değerlendirilemeyeceği 1136 sayılı Avukatlık Yasası hükümlerinin dikkate alınması gerektiği, vekâlet ve temsil ilişkisinin kurulması için Belediye Başkanının alınmış bir meclis kararına ihtiyacı bulunmadığı ifade edilmektedir.

Sorumlularca yapılan savunmada aynı konuda olduğu düşünülen ... Asliye Hukuk Mahkemesine ait karar da değerlendirilmesi için savunma ekinde gönderilmiştir. Kararda; .. Belde Belediye Başkanlığı ile Av. ... arasında yapılan sözleşmenin, İçişleri Bakanlığı Kontrolörleri tarafından incelendiği ve sözleşme kapsamında ödenen avukatlık ücretinin kamu zararı olduğu yönünde değerlendirme ve tespitlerin yapıldığı, hukuki ve idari sorunların çözümü için kendi sözleşmeli avukatı dışında bu alanda uzman bir hukukçudan danışmanlık hizmeti almasında hayatın olağan akışına aykırı bir durumun bulunmadığı, aksi yönde davacı tarafça dosyaya sunulan bir delilin mevcut olmadığı, davacı tarafça da sunulan dava dilekçesinde ve dava dilekçesine ekli denetim raporunda söz konusu avukattan her hangi bir hizmet alınmamasına rağmen ödeme yapıldığı ve bu nedenle kamu zararına sebebiyet verildiği iddia edilmişse de Av. ...'in söz konusu dönemde sık sık belediyeye geldiği, belediyenin bir takım hukuki işlemlerini yürüttüğü, toplantılara katıldığı ve belediye

bünyesinde bulunan birimlere danışmanlık yaptığı mahkemece dinlenen tanık beyanları ile sabit olduğu, söz konusu avukattan Danışmanlık Hizmeti alınmasının kamu zararı olarak nitelendirilemeyeceğine ve davanın reddine karar verilmiştir.

Savunmalar üzerine Denetçi tarafından Yargılamaya Esas Raporun Sonuç kısmında; hizmet alınmadan ödeme yapılmasının kamu zararı oluşturduğu, idare ile avukat arasında yapılan sözleşmede avukatın davalara gireceği ve danışmanlık hizmeti verileceğinin belirtildiği, ancak söz konusu avukatların herhangi bir davada idareyi temsil etmediği, ayrıca sorumluların savunmalarında da avukatların idareyi herhangi bir davada temsil ettiğine ve danışmanlık hizmeti sunduğuna ilişkin herhangi bir kanıt sunulmadığı, söz konusu işlemin avukatlık istihdamı olarak da değerlendirilse danışmanlık hizmeti olarak da değerlendirilse mevzuata aykırılık oluşturduğu belirtilerek 5393 sayılı Belediye Kanununun 49'ncu maddesi kapsamında sözleşmeli olarak istihdam edilecek avukatlar için ödenecek yasal tutar üzerindeki ödemeler için kamu zararı yönünde hüküm verilmesi talep edilmektedir.

... Belediye Başkanlığı ve sorguda belirtilen iki avukat arasında düzenlenen sözleşmelerin konusunu avukatlar tarafından belediyeye sunulacak olan danışmanlık ve belediye aleyhine açılacak davalarda vekil sıfatıyla temsil etmek oluşturmaktadır. Ayrıca söz konusu sözleşmenin 9'ncu maddesinde bu sözleşmenin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunun 22/b maddesi kapsamında düzenlendiğine yer verilmiştir. Düzenlenen bu sözleşmeler kapsamında on bir yılı aşkın süre boyunca avukatlara belediye bütçesinden ödeme yapılmıştır. Bahse konu sözleşmelerin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunun 22/b maddesi kapsamında düzenlendiği belirtilmiştir, ancak 4734 sayılı Kanunun "Doğrudan temin" başlıklı 22'nci maddesinin "b" bendinde "Sadece gerçek veya tüzel tek kişinin ihtiyaç ile ilgili özel bir hakka sahip olması." Düzenlemesine yer

verilmiştir. Bu doğrultuda ilgili sözleşmelerin 4734 sayılı Kanunun 22/b maddesi hükümleri çerçevesinde düzenlendiği belirtilmiş olsa da alım yapılan kişilerin ihtiyaç ile ilgili özel bir hakka sahip olması söz konusu olmadığı için sözleşmenin 4734 sayılı Kanunun 22/b maddesi hükümlerine göre düzenlendiğinin belirtilmesine karşın bu durumun gerçeği yansıtmadığı anlaşılmaktadır. Ayrıca 4734 sayılı Kanunun 22'nci maddesi kapsamında yapılacak alımlarda piyasa araştırmasının yapılması zorunlu olup alıma ilişkin piyasa araştırmasının yapılmaması da yapılan alımın 4734 sayılı Kanunun 22/b maddesi kapsamında yapılmadığını ortaya koymaktadır. Ayrıca 4734 sayılı Kanunun 62'nci maddesinin "b" bendinde süreklilik arz eden mal ve hizmet alımları için bir önceki malî yıl sona ermeden ihaleye çıkılabileceği düzenlenmiş olup süreklilik arz eden alımların doğrudan temin yöntemi kullanılarak gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Bahse konu sözleşmelerde danışmanlık hizmeti geçse de 4734 sayılı Kanunun 48'nci maddesinde danışmanlık hizmetinin belli istekliler arasında yapılacak ihale usulü ile ihale edilebileceği, yaklaşık maliyeti 4734 sayılı Kanunun 13 üncü maddesinin (b) bendinin (2) numaralı alt bendinde hizmet alımları için öngörülen üst limit tutarının dört katının altında kalan danışmanlık hizmetlerinin ise hizmet alımı ihalesiyle gerçekleştirilebileceği belirtilmiştir. Yapılan sözleşmeler bu düzenlemeler çerçevesinde 4734 sayılı Kanun hükümlerine aykırı olmakla birlikte 5393 sayılı Belediye Kanununun 67'nci maddesi kapsamında gelecek yıllara yaygın hizmet yüklenmelerinin süresi ilk mahallî idareler genel seçimlerini izleyen altıncı ayın sonunu geçmemek üzere ihale yoluyla üçüncü şahıslara gördürülebilecektir. 5393 sayılı Kanunun 67'nci maddesinde de yıllara yaygın hizmet alımları belediye meclis kararı şartına bağlı tutularak, ilk mahallî idareler genel seçimlerini izleyen altıncı ayın sonunu geçmemek şartıyla süre sınırlamasına tabi tutulmuş ve bu alımların ihale ile yapılacağı düzenlenmiştir. Kaldı ki söz konusu sözleşme kapsamındaki işler 5393 sayılı Kanunun 67'nci maddesi

kapsamında sayılan ihtiyaçlar arasında yer almamaktadır. Bahse konu sözleşmeler 4734 sayılı Kanun ve 5393 sayılı Kanun hükümlerine aykırıdır. Söz konusu sözleşmelerin içeriği incelendiğinde sözleşmenin tarafı olan kişilerin avukat sıfatına haiz olmaları nedeniyle bu sözleşmelerin yapıldığı anlaşılmaktadır. Sorumlularca yapılan savunmada benzer nitelikteki olayda ...Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından kamu zararına ilişkin davanın reddi yönünde karar verildiği belirtilmiştir. Ancak Yargılamaya Esas Rapora konu kamu zararına ilişkin savunmalarda bahse konu avukatlardan herhangi bir danışmanlık hizmeti alındığına ilişkin belgeye yer verilmemiştir. Sorumlularca yapılan savunmada davaların uzun sürmesi nedeniyle, sözleşmenin süre sınırlamasına tabi tutulamayacağı belirtilmesine karşın bahse konu avukatların belediyeyi davalarda vekil olarak temsil ettiğine ilişkin herhangi bir belge de sunulmamıştır. 5018 sayılı Kanunun 71'nci maddesinin birinci fıkrasında, "Kamu zararı; kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır," düzenlemesine yer verilmiştir aynı madde de mal alınmadan, iş veya hizmet yaptırılmadan ödeme yapılmasının kamu zararının belirlenmesinde esas alınacağına yer verilmiştir. Bu doğrultuda belediye başkanı ve avukatlar arasında yasalara aykırı şekilde sözleşme düzenlenmesi ve herhangi bir hizmet alımı söz konusu olmadan ödeme yapılması nedeniyle oluşan ... TL kamu zararının Belediye Başkanı (Harcama Yetkilisi) ... ve Müdür (Gerçekleştirme Görevlisi) ... a müştereken ve müteselsilen 6085 sayılı Sayıştay Kanunu'nun 53'üncü maddesi gereği işleyecek faizleri ile birlikte ödettirilmesine,

6085 sayılı Sayıştay Kanunu'nun 55'inci maddesi uyarınca işbu İlamın tebliğ tarihinden itibaren altmış gün içerisinde Sayıştay Temyiz Kurulu nezdinde temyiz yolu açık olmak üzere oy birliğiyle,

