D.15/2022 YİM 141/2019

Yüksek İdare Mahkemesinde

Anayasa’nın 152.maddesi Hakkında.

Mahkeme Heyeti:Mehmet Türker, Tanju Öncül, Talat Usar.

Davacı: KKTC Kamu İşçileri Sendikası (Kamu-İş), Şht.Şener

 Enver Sokak, No:23, Yenişehir, Lefkoşa

 -ile –

Davalı No.1:KKTC Sağlık Bakanlığı vasıtası ile KKTC, Lefkoşa

 No.2:KKTC Maliye Bakanlığı Merkezi İhale Komisyonu

 vasıtasıyla KKTC, Lefkoşa

İlgili Şahıs:Clean Word Marketing Kollektif Ortaklığı, Mehmet

 Akif Caddesi No.82-Lefkoşa

 A r a s ı n d a.

Davacı namına: Avukat Şefik Aşçıoğulları

Davalılar namına:Savcı Ayfer Şefik Tekinay

İlgili Şahıs çağrıldı hazır değil.

-------------

**K A R A R**

Mehmet Türker: Bu davada, Mahkemenin kararını, Sayın Yargıç Tanju Öncül okuyacaktır.

Tanju Öncül:Davacının;

 ” A-Davalı No.1’in ve/veya No.2’nin ve/veya müştereken

 ve/veya münferiden Davalıların almış oldukları

29/05/2019 tarihli, 771/2019 ihale sıra numaralı ve Gazimağusa Devlet Hastahanesinin Temizlik Bakım ve İlaçlama işleri hizmet alımı için çıkmış olduğu ihalenin neticelendirmesine mütedair almış oldukları 08/07/2019 tarihli ve MİK 257/2019 sayılı kararın ve bu karara dayanak olarak yapılan tüm hazırlık işlemlerinin ve/veya konu karara bağlı bütün işlemlerin ve/veya kararların ve/veya idari şartnamelerin ve/veya sözleşmelerin ve/veya bunlara ilişkin tüm işlemlerinin ve/veya kararlarının yoklukla malul ve/veya hukuka aykırı ve/veya hükümsüz ve/veya etkisiz ve/veya mutlak butlanla sakat olduğuna ve/veya herhangi bir sonuç doğurmayacağına ve/veya iptaline ve/veya hata ve/veya ihmal olduğuna dair bir Hüküm ve/veya Karar, “

talebiyle başlattığı davası, Müdafaa Takririnde yer bulan “Davacının meşru bir menfaati bulunmadığı” özlü ön itiraza bağlı olarak öncelikle bu boyutla sınırlı bir biçimde dinlenmiştir. Ön itirazın dinlenmesi sürecinde 11 adet belge müştereken Emare olarak Mahkemeye sunulmuş, sonrasında ise, Emare 12 olarak, işçi sayıları ile ilgili bir belgenin Mahkemeye sunulması ve kaydı gerçekleştirilmiştir. 14.1.2022 tarihinde konu ile ilgili verilen kararda, Davacının güncel meşru bir menfaatinin olumsuz yönde etkilendiği sonucuna varılmış ve Ön İtiraz reddedilerek davanın esasının dinlenilmesine başlanmıştır.

 Davacının davası incelendiğinde, davanın esası ile ilgili olarak;

 “ 5)Yataklı Tedavi Kurumları Yasası’na göre; Bakanlık,

 sağlık servislerinde temizlik, yemek, güvenlik ve

 ihtiyaç duyulan diğer hizmetlerle ilgili bütçede ödenek

 bulunması koşulu ile Devlet İhale Tüzüğü çerçevesinde

 dışardan hizmet satın alabilir. Davalılar bu düzenleme

 ile, bütçesinde ödenek olmamasına rağmen, bu ihaleye

 çıkılan işler ile ilgili kadrosu boş olmasına ve kadroya

 yeterli personel ve/veya işçi yerleştirilmesi halinde bu

 işlerin ihale yolu ile başka şirkete verilmesine gerek

 olmamasına rağmen, kadrosunu boş tutarak, kamu görevi

 niteliğindeki kadroları özel şirkete vermekte ve kadroyu

 bu şekilde doldurmaya çalışmaktadır. Davacı iddia ve

 beyan eder ki; Davalıların kadroyu bu şekilde

 doldurmaları KKTC’de meri mevzuata ve/veya Kamu

 Görevlileri Yasası’na ve/veya 47/2010 sayılı yasaya

 ve/veya Anayasa’ya aykırılık teşkil etmekte olup, ayni

 zamanda bu şekilde istihdam sağlanması Kamu Hizmeti

 Komisyonu’nun ve/veya personel dairesinin yetkilerini de

 gaspetmektedir. Yine bu şekilde istihdam edilen kişiler,

 kamu görevlilerinin istihdam edilmeleri için gerekli

 nitelikleri de taşımamaktadırlar.

 6)Davacı, Davalıların kadroda yer olmaması ve/veya

 kadronun mezkur işlemleri karşılamaya yetişememesi

 halinde temizlik, yemek, güvenlik ve ihtiyaç duyulan

 hizmetler ile ilgili, bütçede ödenek bulunması koşulu

 ile Devlet İhale Tüzüğü çerçevesinde hizmet

 alabileceğini, bu işlerin kamu hizmeti niteliğini

 taşıdığını, mamafih Davalıların müştereken ve/veya

 münferiden kamu hizmeti niteliğindeki kadroları boş

 tutarak, kamu görevlerini “taşeron işçiler” eliyle

 yürüttüklerini ve bu hususun bilhassa Anayasaya ve

 KKTC’de meri ilgili mevzuata aykırılık teşkil ettiğini

 iddia ve ileri sürer.

 7)Davacı, Davalıların bu şekilde hizmet alımı

 yapabilmeleri için Bütçede ödenek bulunmasının zorunlu

 olduğunu, mamafih 28/06/2019 tarihinde Bakanlar Kurulu

 tarafından çıkartılan Yasa Gücünde Kararname ile bütçede

 yer olmaması nedeni ile kamu görevlilerinin hayat

 pahalılığı haklarının %2 kısıtlanarak tasarruf sağlama

 meyanında karar aldıklarını, bu meyanda dışarıdan

 hizmet alımı için bütçede ödeneğin bulunduğunu

 söylemenin olanaksız olduğunu, kaldı ki ihale sonucunda

 hizmet alımının kamu yararına olmadığını, maliyeti

 artırdığını, sağlık hizmetinden alınan verimi

 düşürdüğünü iddia ve ileri sürerler. Yine devamla,

 Davacı iddia eder ki Gazimağusa Devlet Hastahanesinde

 takriben 87 taşeron çalışan bulunmaktadır ve aylık

 takribi ortalama 3,163,025.00TL + KDV devlet bütçesinden

 ödenmektedir. Binaenaleyh, toplam bu rakam kadar kişi

 sayısı istihdam edilerek çalıştırılmış olsa idi,

 yapılacak ödemeler ve dolayısı ile devlet bütçesinden

 harcanacak meblağ, aylık çok daha aza tekabül edecekti.

 Bu rakamlar KKTC genelinde değerlendirildiğinde aradaki

 fark çok büyük meblağlara denk gelmektedir. Bu bağlamda

 idari işlem ve/veya karar, amaç ve/veya diğer unsurlar

 bakımından eksik ve/veya hatalı olarak uygulanmıştır,

 uygulanmaktadır.

9)Davacı, Anayasa’nın “kamu hizmetlerinin gerektirdiği

 asıl ve sürekli görevler, kamu görevlileri eliyle

 yürütülür.” Amir hükmünü içermesine rağmen, Davalıların

 müştereken ve/veya münferiden “temizlik” ve/veya

 “güvenlik” ve/veya “yemek” ve/veya sair işler kisvesi

 altında istihdam edilen işçilerin, Yataklı Tedavi

 Kurumları Dairesinde kadrosu bulunan “sekreter” ve/veya

 “Santral memuru” kadrosunda çalıştırıldıklarını,

 Davalıların müştereken ve/veya müştereken kamu görevini

 “taşeron işçiler” eliyle yürütülmesini sağladıklarını ve

 bu hususun KKTC’de meri mevzuata aykırı olduğunu iddia

 ve ileri sürer.”

şeklindeki olgulara dayanıldığı anlaşılmaktadır.

Davalı tarafın müdafaası incelendiğinde ise, müdafaanın;

“8) 6/2009 sayılı Kamu Sağlık Çalışanları Yasası’nın

7.Maddesine göre Sağlık hizmetleri, sürekli personel, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle yürütülür. Keza aynı maddeye göre “Sürekli Personel”, sağlık hizmetlerinin gerektirdiği asıl ve sürekli görevlere atanan, genel ve katma bütçelerden ve/veya bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlardan aylık alan kişileri; “İşçi” ise Sürekli Personel, Geçici Personel ve Sözleşmeli Personel dışında kalan görevleri yerine getiren ve Emeklilik Yasası’nın ve/veya Kıbrıs Türk Sosyal Sigortalar Yasası’nın ve/veya Sosyal Güvenlik Yasası’nın ilgili maddelerinde aksine kural bulunup bulunmadığına bakılmaksızın herhangi bir sosyal güvenlik kurumundan emeklilik maaşı/yaşlılık aylığı çekmeyen kişileri anlatır.

9) 34/2007 Sayılı Yataklı Tedavi Kurumları (Kuruluş, Görev

ve Çalışma Esasları) Yasası’nın 17.maddesine göre Bakanlık, sağlık servislerinde temizlik, yemek, güvenlik ve ihtiyaç duyulan diğer hizmetlerle ilgili bütçede ödenek bulunması koşulu ile Devlet İhale Tüzüğü çerçevesinde dışardan hizmet satın alabilir.”

şeklindeki hukuki esaslara ve;

“6) Davalıların dava konusu karar ve/veya işlemleri ve/veya

771/2019 ihale sıra numaralı ve Gazimağusa Devlet Hastahanesinin temizlik, bakım ve ilaçlama işleri için hizmet alımı hususunda ihaleye çıkması mevzuata uygun ve/veya yerindedir. Davalıların bu ihaleye konu işler ile ilgili olarak hizmet alımı yapmaları ve/veya bu maksatla ihaleye çıkmaları herhangi bir kurumun ve/veya Kamu Hizmeti Komisyonunun ve/veya Personel Dairesinin yetkilerini gasp eder bir nitelik taşımamakta olup herhalükarda söz konusu hizmet alımı ve/veya ihale konusu işler kamu hizmetlerinin ve/veya sağlık hizmetlerinin yürütülmesinin gerektirdiği asıl ve/veya sürekli işlerden değildir. Dolayısı ile ne 771/2019 sıra numaralı ihaleye çıkılması ne de bu ihale ile ilgili olarak verilmiş olan MİK 257/2019 sayılı karar Anayasa’ya ve/veya meri mevzuata aykırı değildir.

7) Davalılar Davacının bütçede ödenek bulunmadığı yönündeki

iddialarının herhangi gerçekçi bir hukuki ve/veya olgusal

zemini bulunmadığını ve/veya varsayımdan ibaret olduğunu,

keza Davacının hizmet alımı yerine kadrolu işçi istihdam

alınması halinde devlet bütçesinden harcanacak meblağın

daha az olacağı yönündeki iddiaların da olgusal zeminden

yoksun ve/veya gerçek dışı ve/veya farazi olduğunu iddia

ederler. Her halükârda bu durum Davalıların almış

 oldukları kararın hukuksuz olduğu ve/veya iptal edilmesi

 gerektiği sonucunu doğurmamaktadır.

9) Davaya konu ihale ve/veya ihale kararı neticesinde,

 ihaleyi kazanan şirketlerin çalışanı konumunda olan

 işçilerin sekreter ve/veya santral memuru olarak

 çalıştırıldığı ve/veya bu kişilerin kamu hizmetlerinin

 gerektirdiği asıl ve sürekli görevler ifa ettikleri

 tamamen gerçek dışıdır.

şeklindeki olgulara dayandırıldığı ortaya çıkmaktadır.

Davaya dahil edilmesine karar verilen İlgili Şahıs, kendisine tebliğ yapılmasına karşın davada hazır bulunmamış ve müdafaa layihası da dosyalamamış haldedir.

Davanın esasının dinlenmesi sürecinde, Davacı taraf, iddialarını kanıtlamak amacıyla Mağusa Devlet Hastanesi Şube Amiri Mustafa Yaver’e, KKTC Kamu İşçileri Sendikası Genel Mali Sekreterlik görevini yürüten Derviş Delikurt’a, 2005-2009 yılları arası Sağlık Bakanlığında Müsteşar olan Asaf Şenol’a, Mağusa Devlet Hastanesinde çalıştığını belirten Savaş Saadetoğlu’na şahadet sundurmuştur. Derviş Delikurt’un şahadeti sırasında önceden sunulmuş Emareler de göz önünde bulundurularak, Emare 13 olarak, 2019 yılı bütçesindeki kadroları gösteren evrakların, Emare 14 olarak, 2020 yılı bütçesindeki kadroları gösteren evrakların; Emare 15 olarak 2021 yılı bütçesindeki kadroları gösteren evrakların Emare 16 olarak da 28/6/2019 tarihli hayat pahalılığını düzenleyen Yasa Gücünde Kararnamenin kaydı yapılmıştır. Savaş Saadetoğlu’nun şahadeti sırasında ise Emare 17 olarak bu kişinin sosyal sigorta kayıtları Mahkemeye sunulmuştur.

 Davalı tarafın müdafaa maksatlı herhangi bir tanık dinletmediği meselede, yukarıda da vurgulandığı üzere İlgili Şahıs hazır bulunmamış ve müdafaa yapmamıştır.

 Tarafların hitapları incelendiğinde, Davacı Avukatının hitabının;

1. Yapılacak yargısal denetimin, 34/2007 sayılı Yasa’nın 17’nci maddesi kapsamında konu ihalenin özel şirkete verilip verilemeyeceği ile ilgili olduğu,
2. 7/1979’un 6’ncı ve 6/2009’un 7’nci maddesine göre hizmetlerin sürekli personel, geçici personel, sözleşmeli personel ve işçiler eliyle yürütüldüğü, bu istihdam şekilleri dışında istihdam yapılamayacağı,
3. Taşeron işçilerin şirketle bir alakası olmadığı, yasalardaki istihdam şekilleri dışında devlette istihdam edildikleri,
4. Fiili duruma göre işinden durdurulduğu halde konu çalışanlardan olan ve tanık olarak dinletilen kişinin halen daha çalışmaya devam ettiği,
5. Sözleşmenin bitmiş olmasının fiili durumu değiştirmediği,
6. Bütçede yeterli ödenek olması kaydıyla işe alınma olabileceği, Davacı bu yönde tanık çağırmış olmasına karşın Savcılığın bütçede ödenek olduğuna dair tanık dinletmediği,
7. 34/2007 sayılı Yasa’nın 17’nci maddesine göre sağlık servislerinde ihtiyaç varsa, bütçede de ödenek bulunuyorsa, dışarıdan hizmet satın alınabileceğinin düzenlendiği, ancak bunun istisna olduğu, çünkü gerek 7/1979 gerekse 34/2007’nin istihdam şekillerini emredici bir şekilde düzenlediği, Kadrolar boş tutulurken sorunun ihalelerle çözülmesinin doğru olmadığı,
8. İdarenin takdir yetkisini doğru ve olması gerektiği gibi kullanmadığı,
9. Davaya konu ihale ile bir ihtiyacın giderilmediği, takdir

yetkisi doğru kullanılsa, işçi kadrolarının doldurulmuş

olacağı ve konu işlerin, devlet işçilerine yaptırılacağı,

 10-İdarenin esas kuralın arkasından dolaşmak suretiyle bu

maddeye dayanarak adım atmakla takdir yetkisini yanlış

kullandığı, belli bir amaçla verilmiş yetkiyi o amaçla

değil, başka bir amaçla kullandığı,

 11-İdarenin aslında hiç olmayan, taşeron işçi diye

 tanımlanabilecek yeni bir personel durumu icat ettiği.

 Davalı tarafın iddialarının ise;

1. Davacının genel uygulamalardan yakındığı, oysa davanın idari bir dava olduğu, iptali istenen karar özelinde Mahkemenin denetleme yapacağı,
2. Davalı No.1 Sağlık Bakanlığının hangi karar veya işleminin dava konusu edildiğinin, hangi tasarrufunun iptal edilmesinin istendiğinin davada yer almadığı, Sağlık Bakanlığı aleyhine dava sebebi bulunmadığı,
3. İptali talep olunan tek idari kararın, Davalı No.2 tarafından verilen MİK 257/19 sayılı karar olduğu,
4. Davacı davasında karara dayanak olan tüm hazırlık işlemleri v.s demiş olmakla birlikte davada hangi kararın konu edildiğinin net bir şekilde görülmesi gerektiği,
5. İki ayrı idareden bahsedildiğinde, bunların ayrı ayrı idari işlemleri varsa aynı davada dava edilemeyecekleri,
6. 20/2016 sayılı Kamu İhale Yasası’nın kamu ihalesinin ne olduğunu tanımladığı, hizmet alımlarının bu Yasa kapsamında yapılması gerektiği,
7. 34/2007 sayılı Yasa’nın 17’nci maddesinin sayılan hizmetlerle ilgili ihaleye çıkma yetkisi verdiği, bunun bir istihdam şekli öngörmediği, yasanın verdiği yetkinin devlete istihdam yapılması değil, hizmet alımına yönelik bir yetki olduğu, çıkılan ihalenin de hizmet alımına yönelik bulunduğu, ilgili kişilerin özel şirketin çalışanı olduğu, devlete herhangi bir istihdam, dolayısıyla Kamu Sağlık Çalışanları ve Kamu Görevlileri Yasasına aykırılık bulunmadığı,
8. Devletin elinde iki seçenek olduğu, hizmeti hangisi ile göreceği noktasında bir takdir hakkı bulunduğu, açık takdir hatası olmadıkça Mahkemenin buna müdahale etmemesi gerektiği,
9. Davacı Tanığı Mağusa Devlet Hastanesi Şube Amiri Mustafa Yaver’in hizmet alımı yapmanın kamu menfaatine olduğunu söylediği, aynı tanığın bütçede ödenek olduğunu, olmasa zaten ihaleye çıkılamayacağını belirttiği,

 10-Aynı kişilerin farklı firmalar geldikçe yine çalışmaya

devam ettiği, bunun olgusal bir husus olduğu ve bunu

destekleyen bir şahadetin Mahkemeye getirilmediği,

 11-Merkezi İhale Komisyonu’nun kararı alırken nerede hata

veya hukuksuzluk yaptığına dair bir argüman sunulmadığı,

 12-Boş kadro varken onu doldurmayıp, ihaleye çıkılmasının

hatalı olduğu argümanının Mahkemeyi yerindelik denetimi

yapmaya çağırma anlamına geldiği, yerindelik denetiminin

yapılmaması gerektiği özlü olduğu anlaşılmaktadır.

 Mayıs 2019’da yürürlükte olan mevzuat incelendiğinde, hizmet alımı ile ilgili olarak, 34/2007 sayılı Yataklı Tedavi Kurumları Dairesi (Kuruluş, Görev ve Çalışma Esasları)Yasası’nın;

“17. Bakanlık, sağlık servislerinde temizlik, yemek, güvenlik ve ihtiyaç duyulan diğer hizmetlerle ilgili bütçede ödenek bulunması koşulu ile Devlet İhale Tüzüğü çerçevesinde dışardan hizmet satın alabilir.”

şeklindeki 17’nci maddesinin; Devlet İhale Tüzüğünü yürürlükten kaldıran, bir anlamda onun yerini alan, 20/2016 sayılı Kamu İhale Yasası’nın 2’nci maddesinde yer bulan;

“Hizmet Alımına Yönelik Kamu İhale Sözleşmeleri”, yapım işi veya mal alımı için yapılan sözleşmeler dışında, kara veya hava taşımacılık hizmetleri, araştırma ve geliştirme hizmetleri, pazar araştırması ve kamuoyu araştırması, temizlik hizmetleri, emlak yönetim hizmetleri, sigorta, bankacılık ve yatırım, telekomünikasyon, bilişim teknolojisi, muhasebe, denetim, saymanlık, danışmanlık, mimarlık, mühendislik, reklam, yayıncılık, matbaacılık ve halk sağlığını koruma hizmetleri veya demiryolu ve deniz taşımacılık hizmetleri, otel, catering, hukuk, araştırma, eğitim, sağlık, sosyal, eğlence, kültürel spor ve burada açıkça belirtilmemiş diğer hizmetlerin bir veya daha fazlasının temin edilmesini amaçlayan sözleşmeleri ve ana konusu hizmet temin etmek olan kamu ihale sözleşmelerini ifade eder.”

“Yüklenici”, üzerine ihale bağlanan, yapım işleri yapan müteahhit ve/veya mal veya hizmet sağlayan gerçek veya tüzel kişiler veya kamu kuruluşu veya böyle kişiler ve/veya kuruluşlardan oluşan grupları anlatır.”

şeklindeki tefsirlerin ve;

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| “4. | (1) | İhale Makamı |
|  |  | (A) | Cumhurbaşkanlığını, Cumhuriyet Meclisini, Başbakanlık ile Başbakanlığa bağlı daireleri, Bakanlıklar ile Bakanlıklara bağlı daireleri, Mahkemeleri, Ombudsmanı, Sayıştayı, bağımsız daire ve kuruluşları, |
|  |  | (B) | Bakanlıklara bağlı döner sermayeli kuruluşları, |
|  |  | (C) | Kamu İktisadi Teşebbüsleri (Yönetim, Denetim ve Gözetim) Yasası kapsamındaki kamu iktisadi teşebbüslerini ve kendi özel yasası ile kurulmuş olan kamu tüzel kişilerini, |
|  |  | (Ç) | Belediyeleri, belediyelerin oluşturduklerı birlikleri ve kurdukları şirketleri, |
|  |  | (D) | Köy ve mahalle idarelerini ve kurdukları birlikleri, |
|  |  | (E) | Yönetim kurulu veya farklı bir ad altında yönetim kurulu gibi işlem yapan kurullarında, Devlet tarafından yönetimine atanan kişilerin, toplam yönetim kurulu üyesi sayısının yarısından fazla olduğu üniversiteleri ve kurumlarını, |
|  |  | da kapsar. |
|  | (2) | Bu Yasa kapsamındaki ihale makamlarının mal ve hizmet alımları, satımları, kiralama ve kiraya verme işlemleri ile yapı ve yapım işleri bu Yasa hükümleri doğrultusunda gerçekleştirir.” |

şeklindeki 4’üncü maddesinin varlıklarıyla karşılaşılmaktadır.

 Anılan düzenlemelerden görüleceği üzere, bu meseledeki gibi sağlık alanında, özellikle de “temizlik” işleri için, hizmet alımı yoluyla, Bakanlıkça bir hizmetin temin edilmesi, yasal bir zemine sahip bulunmaktadır. Daha farklı bir söylemle, Sağlık Bakanlığı’nın, ihale yoluyla “temizlik” işleri kapsamında olduğu anlaşılan davaya konu “temizlik, bakım ve ilaçlama” işleri için hizmet alımı gerçekleştir-mesinin yasal bir zemini bulunmaktadır. Hizmet alımının, özel bir şirketten de yapılabileceği, alıntılanan mevzuat incelendiğinde açıkça ortaya çıkmaktadır.

 Davacı Avukatı, belirtilen özdeki düzenlemelerin varlığını kabul ediyor görünmekle birlikte, 34/2007 sayılı Yasa’nın 17’nci maddesindeki düzenlemenin istisna olduğunu ileri sürmüş haldedir.

34/2007 sayılı Yasa’nın 17’nci maddesi incelendiğinde, yukarıda vurgulandığı üzere konu madde ile, Sağlık Bakanlığı’nın, “temizlik” hizmetleri için, ihale yoluyla hizmet alabileceğinin düzenlendiği açık gerçeği ile karşılaşılmaktadır. Bu özdeki bir düzenlemeden, temizlik hizmeti için, kadrolar temizlik işlerini karşılamaya yetmiyorsa ve bu nedenle dıştan hizmet alımına ihtiyaç duyuluyorsa ancak o zaman ihaleye çıkılabileceği gibi bir anlam çıkarmak mümkün değildir. Yasa maddesinde yer bulan sair sözcükler de, “kadrodakiler yetmezse dışarıdan hizmet alınabilir” şeklinde yorumlanabilir bir halde kaleme alınmış görünmemektedirler. Maddede yer verilen “İhtiyaç duyulan diğer hizmetler” söz dizisi, yine aynı yasa maddesinde açıkça sayılan hizmetlerin dışındaki hizmetleri anlatmak açısından kaleme alınmış durumdadır. Bu nedenle, kadroların işleri karşılamaya yetmemesi halinde temizlik hizmeti ihale yoluyla alınabilir tarzı bir yorum, mevcût yasal düzenlemeden hareketle yapılabilecek veya ulaşılabilecek bir yorum değildir. 20/2016 sayılı Kamu İhale Yasası’nın yukarıda alıntılanmış maddeleri yanında temel ilkeleri düzenleyen;

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| “Temel İlkeler | 6. | (1) | İhale makamları ve ihale komisyonları, bu Yasaya göre yapılacak ihalelerde; şeffaflığı, rekabeti, eşit muameleyi, hesap verilebilirliği, güvenirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur. |
|  |  | (2) | İhale makamları ve ihale komisyonları, bu Yasa kurallarına halel getirmeksizin, verilen ihalelerinduyurulmasıyla ve ihale katılımcılarına verilecekbilgilerle ilgili yükümlülüklere ilişkin olarak,işletmelerin kendilerine verdikleri ve gizli olduğubelirtilen, özellikle teknik veya ticari sır ve tekliflerin gizli unsurlarını ve benzeri nitelik-teki bilgileri açıklayamaz. |
|  |  | (3) | Aralarında kabul edilebilir doğal bir bağlantı olmadığı sürece mal alımı, hizmet alımı ve yapım işleri bir arada ihale edilemez. |
|  |  | (4) | Eşik değerlerin altında kalmak amacıyla mal ve hizmet alımları ile yapım işleri kısımlara bölünemez. |
|  |  | (5) | Bu Yasaya göre yapılacak ihalelerde açık usul ve kısıtlı usul, temel usullerdir. Diğer ihale usulleri Yasada belirtilen özel hallerde kullanılabilir. |
|  |  | (6) | Ödeneği bulunmayan hiç bir iş için ihaleye çıkılamaz. |
|  |  | (7) | Yürürlükteki mevzuat gereğince Çevresel Etki Değerlendirme (ÇED) Raporu gerekli olan işlerde ihaleye çıkılabilmesi için ÇED olumlu belgesinin alınmış olması zorunludur. Ancak doğal afetlere bağlı olarak acilen ihale edilecek yapım işlerinde ÇED Raporu aranmaz.” |

şeklindeki 6’ncı maddesi incelendiğinde de,Kamu İhale Yasası uyarınca temizlik işleri için hizmet alımı maksadıyla ihaleye çıkılmasında, kadroların yerine getiremeyeceği bir ihtiyacın değil, bütçede ödenek bulunmasının esas alındığı ortaya çıkmaktadır. Belirtilen düzenlemelerden anlaşılan odur ki, yasa koyucu, getirdiği yasal düzenlemelerle, Devletin yapması beklenen birçok hizmeti, özel sektörün de yapabileceğini esasa bağlamıştır ve bunun sonucu olarak da kamudaki birçok hizmetin, ihale yoluyla özel sektörden sağlanmasının yolunu açmıştır. Buna bağlı olarak da Yasa’da belirtilen özdeki ihale yoluyla hizmet alımları, aslında idarenin yasal sınırlar içerisinde tercih edebileceği bir yol veya iş yaptırma yöntemi olarak varlık gösterir hale gelmiştir. Bu da Yasa’da yer verilen “temizlik” hizmetiyle ilgili olarak ihale yoluyla hizmet alımının istisnai bir durum olmadığını ortaya koymaktadır.

 Bu husus vurgulandıktan sonra, Davacı tarafın diğer iddiaları göz önünde bulundurularak, öncelikle, ihale yoluyla hizmet alımının diğer mevzuatla çelişmesi halinde, sonucun ne olması gerektiğinin, belirlenmesi gerekliliği ile karşılaşılmaktadır. Davacı tarafa göre, hizmet alımı yoluyla, Devletin, kendi işçilerine yaptırması gereken işleri, devlet personeli olmayan işçilere yaptırması, hem konuyla ilgili “emredici” yasal düzenlemelere, hem de Anayasa’ya aykırıdır.

Anayasamızın;

### “Kamu Hizmeti ile İlgili Asıl ve Sürekli Görevlerin Yürütülmesi

**Madde 120**

(1) Devletin genel yönetim ilkelerine göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği asıl ve sürekli görevler, kamu görevlileri eliyle yürütülür.

(2) Kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin, genel yönetim ilkelerine göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asıl ve sürekli görevler ise diğer kamu personeli eliyle yürütülür.”

şeklindeki 120’nci maddesinin, Sağlık Bakanlığı’nın yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği asıl ve sürekli görevlerin, kamu görevlileri eliyle yürütüleceğini kurala bağladığı bir gerçekliktir. “Temizlik, bakım ve ilaçlama” işlerinin, Sağlık Bakanlığının yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği asıl ve sürekli görevler kapsamında olup olmadığının belirlenmesi, açıktır ki, Yüksek İdare Mahkemesinin yetkisinde (görev alanında) değildir. Bu nedenle, gerek Kamu İhale Yasası’ndaki alıntılanan kuralların, gerekse 34/2007 sayılı Yataklı Tedavi Kurumları Dairesi (Kuruluş, Görev ve Çalışma Esasları)Yasası’nın 17’nci maddesindeki düzenlemenin, Anayasa’ya aykırı olup olmadığının, Yüksek İdare Mahkemesi tarafından tespiti veya karara bağlanması olanağı yoktur.

 Anılan düzenlemelerin, Davacı Avukatının iddiasına göre, “emredici” olduğu ileri sürülen sair ilgili mevzuata aykırı olup olmadığı açısından olaya bakıldığında ise, ilk söylenmesi gereken, yasaların, normlar hiyerarşisinde aynı düzeyde oldukları gerçeğidir. Bu gerçeklik dolayısıyla, 7/1979, 6/2009 ve 34/2007 sayılı Yasa’larda yer bulan, kamu hizmetlerini yürütecek olanlara ilişkin yasa kuralları dolayısıyla, ihale yoluyla hizmet alımına ilişkin olarak konan yasa kurallarının dikkate alınmaması ve ihale yoluyla hizmet alımına ilişkin yasa kurallarının ihmal edilerek, hizmetlerin, 7/1979, 6/2009 ve 34/2007 sayılı Yasa’larda belirtilen personel eliyle yürütülmesine ilişkin yasa kurallarının esas alınması yoluna gidilmesi gerektiği iddiasının kabulü mümkün hale gelememektedir. Kaldı ki bu husus bir yana bırakılarak anılan mevzuat bir bütün olarak incelendiğinde, kamu hizmetlerinin 7/1979, 6/2009 ve 34/2007 sayılı Yasa’larda sayılmış görevlilerce yürütüleceği özlü kural ile, ihale yoluyla hizmet satın alınabileceği özlü kuralların aslında birbirlerini ortadan kaldırmadıkları gerçeği ile karşılaşılmaktadır. Çünkü, yukarıda vurgulandığı üzere yasa koyucu, yürürlüğe koyduğu anılan kurallarla, hizmetin görülmesi noktasında, idareye, seçimlik (alternatif) bir yöntem veya yol sağlamış haldedir ve idare de, bu seçimi yapma noktasında yasa gereği bir takdir hakkı elde etmiş bulunmaktadır.

 Belirtilenlerden anlaşılacağı üzere, ihale yoluyla, özel bir şirketten, “temizlik, bakım ve ilaçlama” işleri için, hizmet alımı yapılmasına yetki veren veya olanak sağlayan ve ihmal edilebilir halde de olmayan yasal düzenlemeler mevcuttur. Dolayısıyla da Davacının bu boyutla ilgili olarak dile getirdiği iddialarında başarılı olamadığı ortaya çıkmaktadır. Bu noktada, Davacının iddiaları arasında yer bulan, anılan ihale işleminin, ilgili yasaların aradığı gereklere uygun olarak yerine getirilmediğine yönelik argümanını inceleme zorunluluğu ile karşılaşılmaktadır.

Davacı tarafa göre, bütçede ödenek bulunmadığı halde, konu ihaleye çıkılmıştır. Davacı Avukatı, bu iddiayı yapmış olmakla birlikte, Davacı tanığı olarak dinletilen Mustafa Yaver’in istintakı sırasında;

 “C. Bakanlığın bütçe ayırdığını biliyorum bu konuyla ilgili

 her yıl biz çünkü şöyle birşey ihaleden önce temizlikle

 ilgili kaliteyi ve günün ihtiyaçlarına cevap verebilme

 bağlamında her yıl resmi yazı yazarız Bakanlığa o

 yazıya göre bütçe yani bütçeden önce yazarız bunu ona

 göre bütçeye konulursa o şekilde ihtiyaçlarımız günün

 şartlarına gün olarak yenilenir şartnameler yani.

S.Dolayısıyle doğru anlarım sizi diyorsunuz ki bütçede

 ödenek mevcuttur bu ihaleye çıkılmadan önce?

C. Tabi ki, tabi ki.”

şeklindeki hususları dile getirdiği açık gerçeği ile karşılaşılmaktadır. Davacı tarafın, kendi tanığının bu özdeki şahadeti ile bağlı olduğu bir gerçekliktir. Gerek bu nedenle, gerekse Davacı tarafın sonradan getirdiği şahadetlerle veya yorumlarla bu hususun aksini ortaya koyamadığı gerçeğinden hareketle, davaya konu ihale ile ilgili olarak bütçede ödenek bulunduğunu söylemek kaçınılmaz hale gelmektedir, ki biz, bu hususta bulgu yaparız. Buna bağlı olarak da, Davacı tarafın bu özdeki iddiasını da kanıtlayamadığı sonucuna ulaşırız. Konu ile ilgili olarak vardığımız bütçede ödenek bulunduğu saptaması ışığında, yasal durum değerlendirildiğinde, temizlik, bakım ve ilaçlama işleri için ihaleye çıkılmasında Davacı tarafın iddia ettiği şekilde bir hukuka aykırılık bulunmadığı da ortaya çıkmaktadır.

İdarenin, temizlik işleri için, yukarıda da vurgulandığı üzere, kendi personelini kullanabileceği gibi, ihale yoluyla hizmet alımına da yönelebileceği, yani iki yönlü seçeneği bulunduğu yasalarla düzenlenmiş haldedir. Bu noktada, idarenin temizlik hizmetlerini yürütme noktasında bir takdir yetkisi bulunduğu ortaya çıkmaktadır. Davacı tanığı Mustafa Yaver’in;

 “ S.Ya da neden bu ihaleye çıkıldı onu bir izah edin bize.

C.Evet. Daha önceleri bu Devlet eliynan yapılmaya

 Çalışılırdı birçok gerek hijyen gerek personel

 eksikliği gerekse temizlik malzemesi, tuvalet kâğıdı,

 dezenfektanların, yüzey temizleyiciler, tuvalet

 temizleyiciler, kâğıt havluların tedarikinde büyük

 sıkıntılar yaşardık. Bu da hastaneler için gerçekten çok

 önemli olan hijyen ve temizlikte büyük aksamalara neden

 olurdu. Bununla ilgili taleplerimiz vardı dışarıdan daha

 önce bunun örneklerini gördüğümüz için bu şekilde bir

 talebimiz olmuştu niye çünkü bizim zamanında personel

 olduğunda kamu işçisi olduğu zaman uzun süreli izne

 ayrıldığında doğum izni olsun işte hastalık izni olsun

 ameliyat olur 3 ay, 5 ay, 6 ay onun yerine

 koyabileceğimiz kişi bulamazdık ama şimdi bu şekilde

 olduğunda şartname gereği 42 kişi çalıştırmak zorunda

 olduğu için 2 günden fazla rapor alıp izin alanı biz

 zaten Sosyal Sigortalara devrettiğimiz için Devlet

 tarafından ödenmiyor yani şirket ödemediği için onu onun

 yerine başka personel getirmek zorunda kalıyor.

 Dolayısıynan işgücü kaybımız olmuyordu her yerde her

 zaman sürekli temizleyici personel bulunmaktaydı. Esas

 ve hizmet kalitesi ve hijyen için çünkü dediğim gibi bu

 malzemeleri biz temin etmekte bazan zaman zaman güçlük

 çekiyorduk çoğu zaman şimdi çim makinesinden tutun kâğıt

 havluluğu cihazına kadar artı bir da ilaçlama hizmetleri

 var haşerelerinan bitlerinan, hamam böcekleriyla,

 farelerle bunu da ilgili ihalede Ticaret Dairesine

 kayıtlı bu işi yapabileceğine dair ehliyeti olan bir

 firmaya vermek zorunda Devlet hiçbir şekilde bunu

 ödemiyor ve bunu ilaçlama hizmetlerini profesyonel ekip

 tarafından yapılır ve biz bu ilaçlama hizmetlerini

 yapamadığımız için bir da bu hamam böcekleriynan

 mücadelemiz olmamıştı yani yapamamıştık…

Mehmet Türker (Mahkeme): Yani şimdi hep bütün bunları bu ihaleyi alan firma yapar?

C.Evet efendim. Ağaç budamasından bahçe bakımına kadar

 çiçek ekimine kadar, kâğıt havluluğa takılmasına kadar.

Mehmet Türker (Mahkeme): Evet.

Sv.Ayfer Ş. Tekinay: Peki şöyle şimdi bir ihaleye bu ihale

temizlik ve bakım ihalesidir doğru mu?

C.Evet.

S.Böyle bir ihaleye çıkılmamış ve mevcut kadrodaki

 işçiler ya da yeni kadrolu işçiler alınmak suretiyle

 bütün bu söylediğiniz hizmetlerin verilmesi mümkün

 olabilir miydi?

C.Kendi tecrübelerime göre mümkün görülmemektedir.

.....................................................

.....................................................

S.Bütün bu bahsettikleriniz ve bu ihaleye çıkılması kamu

 yararına mıdır?

C.Kendi tecrübelerime bakarsanız kamu yararına ve

 hastaların kamu yararına gerekse kullanıcı personel için

 da çok önemlidir yani sadece hastalar için demiyorum

 hasta yakınları ve personel için da bu temizliğin

 hijyenin olması gerekiyor bir ameliyathanede bir doktor

 kendini güvende hissetmezse o ameliyat da aksar yoğun

 bakımdaki hastası için endişelenebilir.”

şeklinde dile getirdikleri, yukarıda vurgulandığı üzere kendi tanığı olduğu için Davacı tarafı bağladığından, idarenin temizlik işleri için ihale yoluyla hizmet almayı seçmesinde takdir yetkisini hatalı kullanmadığını da ortaya çıkarmaktadır. Bu da idarenin konuyla ilgili olarak açık takdir hatası yaptığını söylemeyi olanaksız hale getirmektedir.

Son olarak Davacı Avukatının, sözleşme bittikten sonraki fiili duruma ilişkin olarak dile getirdikleri açısından olay ele alındığında ise, bu iddiaların, davadaki taleple veya karara bağlanması gereken konuyla alakasız oldukları gerçeği ile karşılaşılmaktadır. Bu nedenle, işten durmuş kişilerin halen çalışıyor olup olmadıklarının, bu davanın karara bağlanması açısından bir önemi bulunmamaktadır. Dolayısıyla, bu konunun incelenip bir karara bağlanmasına bu dava maksatları açısından gerek yoktur.

 Davacının davasında başarılı olamadığı, yukarıda belirtilenler dolayısıyla ortaya çıktığından, bu aşamadan sonra, Davalı tarafın müdaafa maksatlı ileri sürdüğü incelenmemiş konumda kalan sair iddiaların incelenmesine ise gerek kalmamıştır.

Sonuç olarak;

 Davacı iddialarını kanıtlayamadığından Davacının davası ret ve iptal edilir.

Dava masrafları Davacı tarafından Davalılara ödenecektir.

İlgili Şahıs davada hazır bulunmadığından İlgili Şahıs lehine herhangi bir masraf emri verilmez.

Mehmet Türker Tanju Öncül Talat Usar

 Yargıç Yargıç Yargıç

31 Mayıs 2022