

YENİ BELEDİYE YASASI VE KAMU İHALE YASASI ÇERÇEVESİNDE BELEDİYE HİZMETLERİNİN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE GÖRDÜRÜLMESİ

Av. Selçuk Ertan

1-Belediye Yasasında Durum

7 Aralık 2004 tarihinde TBMM’de kabul edilen ve 24 Aralık’ta Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 5272 sayılı yeni Belediye Yasası Anayasa Mahkemesince şekil şartlarına aykırı bulunarak iptal edilmiş, yasa tekrar ele alınarak 13/07/2005 tarihinde 5393 sayılı yasa olarak eskisinin tüm hükümlerini koruyarak yeniden yürürlüğe girmiştir. Hükümetin kamu hizmetine bakışını bütün açıklığıyla yansıtan bu yasa, Belediye yönetimlerine özelleştirme ve taşeronlaşmada en geniş yetki ve olanağı tanıyan hükümlerle donatılmıştır. Sanki Yasanın çıkarılış amacı vurgulanmak üzere özelleştirme ve taşeronlaştırma uygulamasına yönelik hükümlere değişik maddelerde özellikle tekrar yer verilmiştir. Belediyeler yasasını madde madde inceleyecek olursak aşağıda ayrıntıları verilen başlıklarda durum daha açık anlaşılacaktır:

A- Belediye Yasası ile Belediyenin Kamu Hizmeti Niteliğindeki Bir Çok Görevlerinin Üçüncü Kişilere Gördürülmesine Geniş Olanaklar Sağlanmıştır.

Kamu hizmetlerinin üçüncü kişilere gördürülmesi genellikle ya kamu ihale Yasası çerçevesinde hizmet satın alınarak ya da imtiyaz niteliğindeki kamu hizmetlerinin devri şeklinde gerçekleşmektedir. Belediye Yasası da bu ayrıma uygun düzenlemeler getirmiştir.

a) Hizmet Satın Alma Yolu ile Kamu Hizmetlerinin Üçüncü Kişilere Gördürülmesi:

Yasanın “Belediyenin görev ve sorumlulukları” başlıklı 14.maddesi “a” bendinde belediyenin kamu hizmeti niteliğindeki adeta bütün görevleri sayılarak belediyelerin bu hizmetleri “**yapacağı veya yaptırılacağı**” ifade edilerek şöyle denilmiştir :

“İmar, su ve kanalizasyon, ulaşım gibi kentsel alt yapı; coğrafi 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, evlendirme, meslek ve beceri kazandırma; ekonomi ve ticaretin geliştirilmesi hizmetlerini yapar veya yaptırır. Büyükşehir belediyeleri ile nüfusu 50 000’i geçen belediyeler, kadınlar ve çocuklar için koruma evleri açar.”

Yukarıdaki yasa metnine bakıldığında sayılan hizmetlerin tümünün kamu hizmetleri olduğu açıktır. Bu hizmetlerin kar amacı güdülmeden, kamu yararı gözetilerek vatandaşa en iyi kamusal organlarınca götürüleceği tartışmasızdır.

Belediye Yasasının **“Gelecek yıllara yaygın hizmet yüklenmeleri”** başlıklı 67.maddesinde ise **belediyedeki neredeyse bütün hizmetlerin** üçüncü kişilere gördürülebileceği ifade edilerek şöyle denilmiştir:

“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.”

b) İmtiyaz Yolu ile Kamu Hizmetlerinin Üçüncü Kişilere Gördürülmesi:

Yasanın **“Belediyelerin yetkileri ve imtiyazları”** başlıklı 15.maddesi **“e”** bendinde belediyelerin su hizmetleri, **“f”** bendinde toplu taşıma hizmetleri, **“g”** bendinde çöp gibi ana belediye hizmetlerini yapmak ve yaptırmak belediye yetki ve imtiyazları arasında sayılırken bu hizmetlerin Danıştay’ın görüşü ve İçişleri Bakanlığının kararı ile 49 yıllığına imtiyaz yolu ile devredilebileceği de hükme bağlanmıştır.

Bugün yürürlükte olan mevzuat itibariyle verilen imtiyazların Kamu

İhale Kanunu kapsamı dışında olduğunu da not etmek gerekir. Bu konuya ileride daha ayrıntılı olarak değinilecektir.

Ancak burada üzerinde durulması gereken önemli nokta şudur ki; yasanın 15.maddesinde belediyenin yukarıda sayılan toplu taşıma, temizlik ve katı atık ve su hizmetlerinin belediye imtiyazları arasında sayılırken bu hizmetlerden sadece " toplu taşıma hizmetlerini imtiyaz veya tekel oluşturmayacak şekilde ruhsat vermek suretiyle yerine getirebileceği gibi toplu taşıma hatlarını kiraya verme veya 67 nci maddedeki esaslara göre hizmet satın alma yoluyla yerine getirebilir" denilerek bir ayırmda bulunulmuştur. Yasanın bu hükmünden temizlik ve katı atık ile su hizmetlerinin sadece imtiyaz devrine konu edilebileceği ve hizmet satın alma yada başka bir tasarrufa konu **edilemeyeceği** anlamı çıkmaktadır.

Yasanın "Meclisin görev ve yetkileri" başlıklı 18.maddesi "j" bendinde belediye meclisinin belediye adına imtiyaz vermeye, belediye yatırımlarının yap-işlet veya yap-işlet-devret modeli ile yapılmasına; belediye şirket, iştirak ve işletmelerinin özelleştirilmesine karar vermeye görevli ve yetkili olduğu ifade edilmiştir.

Yukarıda ifade edilen Belediye Yasasının 67.maddesinde belediye yetki ve imtiyazındaki asli belediye hizmetleri olan temel su hizmetleri, katı atık toplanması işlemleri bu yasa hükmü dışında tutularak bu hizmetler yönünden bir ayırım yapılmıştır. Zira maddede belediyeye ait bütün hizmetler ayrıntılı olarak sayılmışken belirttiğimiz su hizmetleri, katı atık toplanması işlemlerinden söz edilmemiştir. Bu durumda belediyeler ya bu temel hizmetleri kendileri sunacak ya da uzun süreli imtiyaz devirleri ile üçüncü kişilere gördürebileceklerdir. Bu hizmetlerin kamusal nitelikli yerel yönetim birimleri olarak belediyeler eliyle sunulması elbette bu hizmetlerin birer kamu hizmeti olmasının gereğidir ve kurum olarak belediyelerin varlık nedeni bu hizmetleri yerine getirmektir.

2-Kamu İhale Yasasında Durum:

Belediyeler 4734 sayılı kamu İhale Yasasının 2. maddesi uyarınca "her türlü kaynaktan karşılanan mal ve hizmet alımı ile yapım işleri ihalelerini" bu yasa kapsamında yapmakla yükümlüdürler. Bu durumda Kamu İhale Yasası bakımından durum nedir, bununda ayrıntılı olarak

incelenmesinde yarar vardır.

a) Kamu İhale Kanununda Hizmet Kavramı:

Bu başlık altında 4734 sayılı Yasa bakımından "hizmet" kavramının kapsamını incelemenin yerinde olacağı kanısındayız. Yasanın 4. maddesinde yasanın uygulaması bakımından hizmet şu şekilde tanımlanmıştır:

"Hizmet: Bakım ve onarım, taşıma, haberleşme, sigorta, araştırma ve geliştirme, muhasebe, piyasa araştırması ve anket, danışmanlık, mimarlık ve mühendislik, etüt ve proje, harita ve kadastro, imar uygulama, her ölçekte imar planı, 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,"

Yukarıda ifade edilen tanım oldukça genel ifadelerle yazılmış ve idarelerin rutin işlerini kapsayan bir nitelik taşımaktadır. Bu anlamda yukarıda sözünü ettiğimiz **teknik özellik taşıyan su, temizlik ve katı atık gibi hizmetlerin bu tanımda yer bulduğu söylenemez**. Buradan yola çıkarak şu sonuca varabiliriz; özellikle belediye hizmetlerinden olan su ve katı atık hizmetleri yukarıda da açıkladığımız gibi hizmet alımı çerçevesinde ihale yoluyla üçüncü şahıslara gördürülemez. Gördürülmesi hem Kamu İhale Yasası hem de daha önce incelemiş olduğumuz ve Belediye Yasası hükümlerine aykırılık oluşturacaktır.

b) Kamu İhale Yasası Hizmet Alımlarında Personel Yetersizliği Koşulunu Aramaktadır:

Yukarıda belirttiğimiz nedenlerin yanı sıra Kamu İhale Yasasının "*İdarelerce uyulması gereken diğer kurallar*" başlıklı 62. maddesi "e" bendi "*İdarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması halinde, ihale yetkilisinin onayı alınmak kaydıyla bu Kanunda belirtilen hizmetler için ihaleye çıkılabilir.*" hükmünü ayrıca getirmiştir. Bu maddeden anlaşılacağı gibi her idare keyfi olarak hizmet alımı için ihaleye giremeyecek, ancak personel yetersizliği söz konusu ise hizmet alımı yoluna başvurabilecektir. Aksi durum yasaya aykırılık oluşturduğu gibi kamu yararı ilkesine de aykırılık oluşturacaktır. Ancak hepimizin gözlemlediğimiz gibi ülkemizde idareler, bu kurala hiç aldırış

etmemekte, hatta kamu hizmetlerinin kamusal niteliği olmayan kişi ve kuruluşlar eliyle gördürülmesi -nitelik ve nicelik bakımından elinde yeterli personel olmasına rağmen- personel giderlerinden tasarruf olarak sunulabilmektedir.

Oysa 62.maddede yer alan kurala aykırılık hali idare hukukunun temel ilkelerinden “idarenin işlem ve eylemlerinde kamu yararı” ilkesine aykırılık oluşturup, yapılan ihalelerin geçersizliğini gerektirir. Kamu İhale Kurumu, bu aykırılıkları denetleyip gereğini yapmakla görevlidir. Ayrıca üçüncü kişilerin de bu yöndeki aykırılıkları Kuruma yasanın 53/1.maddesi uyarınca şikayet etmeleri olanaklıdır. Doğal olarak ilgililer de idari dava yoluna bu gerekçelerle başvurabileceklerdir.

c) Kamu İhalelerinde Temel İlkeler Nelerdir:

Yeri gelmişken kamu hizmetlerinin ihale yolu ile üçüncü kişilere gördürülmesi söz konusu olduğunda hangi ilkelere göre hareket edileceğini de incelemek gerekir. Kamu İhale Yasası bu konuda 5.maddede temel ilkelerin çerçevesi belirlemiş ve şöyle düzenleme yapmıştır:

" İdareler, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur.

Aralarında kabul edilebilir doğal bir bağlantı olmadığı sürece mal alımı, hizmet alımı ve yapım işleri birarada ihale edilemez.

Eşik değerlerin altında kalmak amacıyla mal veya hizmet alımları ile yapım işleri kısımlara bölünemez.

Bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulü temel usullerdir. Diğer ihale usulleri Kanunda belirtilen özel hallerde kullanılabilir.

Ödeneği bulunmayan hiçbir iş için ihaleye çıkılamaz.

(Değişik altıncı fıkra: 30/7/2003-4964/4 md.) İlgili mevzuatı 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."

Özellikle maddenin ilk fıkrasında genel olarak ifade edilen temel ilkeler çerçevesinde idareler ihalelere çıkabileceklerdir. Bize göre bu ilkeler arasındaki en önemlisi kaynakların verimli olarak kullanılması, saydamlık ve kamuoyu denetimidir. Özellikle kamu hizmetlerinin ihalesinde bu ilkelere ayrı bir önem verilmesi gereği açıktır.

d) İmtiyaz Sözleşmeleri Kamu İhale Yasası Kapsamı Dışıdır:

Burada öncelikle yukarıda da sıkça sözünü ettiğimiz imtiyaz kavramının ne olduğu konusuna açıklık getirelim. İmtiyaz bir kamu hizmeti gördürme biçimidir. İmtiyaz konusu ile ilgili olarak hukuksal kaynak niteliğinde ayrıntılı özel düzenlemeler bulunmamaktadır. Bu konuda en ayrıntılı düzenleme Osmanlı döneminde çıkarılan ve halen yürürlükte olan Menafii Umumiyye Mütteallik İmtiyazat Hakkında Kanun' dur. İmtiyaz usulü, idarenin bir özel kişi ile yaptığı sözleşme uyarınca belli bir kamu hizmetinin masraflarını, kar ve zararlarını özel kişiye ait olmak üzere özel bir kişice kurulması ve / veya işletilmesidir. İdare imtiyaz veren, karşı taraf ise imtiyazcıdır. Belediyeler adına imtiyaz verme yetkisi yukarıda da ifade ettiğimiz gibi belediye meclisine aittir. Ancak Belediyelerin imtiyaz sözleşmeleri İçişleri Bakanlığının vesayet denetiminden geçer. Yani belediyeleri yaptığı imtiyaz sözleşmeleri İçişleri Bakanlığının onayı ile yürürlüğe girer. İçişleri Bakanlığı da onaylamadan önce Danıştay'dan görüş almak zorundadır. Daha önce kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri Danıştay'ın incelemesinden geçerken, bu inceleme şeklinde olurdu yani bağlayıcı bir Danıştay kararı söz konusu olurken, yapılan yasal değişiklikler sonucu Danıştay'ın yetkisi görüş bildirmeye dönüşmüştür. Bu durumda Danıştay'ın imtiyaz sözleşmelerinin yürürlüğe girmesinde bağlayıcı yetkisi ortadan kalkmıştır.

Kamu kurumlarının imtiyazındaki hak ve görevlerin devrine ilişkin işlemler 4734 sayılı Kamu İhale Yasasına tabi değildir. Bu yasanın amacı, kapsamındaki idarelerin mal ve hizmet alımları ve yapım ihaleleridir. Bu anlamda 4734 sayılı yasada imtiyazların devri ile ilgili herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Ayrıca Belediye Yasasının 15. maddesinde de belirtildiği üzere Belediyelerin özellikle su, temizlik ve katı atık hizmetlerine ilişkin imtiyazları Danıştay'ın görüşü İçişleri Bakanlığı kararı ile en çok kırkdokuz yıllığına devredilebilir denilmektedir. Aynı maddede " toplu taşıma hizmetlerini imtiyaz veya

tekel oluşturmayacak şekilde ruhsat vermek suretiyle yerine getirebileceği gibi toplu taşıma hatlarını kiraya verme veya 67 nci maddedeki esaslara göre hizmet satın alma yoluyla yerine getirebilir. " denilmek suretiyle yine bir imtiyaz niteliğindeki toplu taşıma hizmetlerine bir istisna getirilmiştir.

3- Sonuç

Sonuç olarak gerek dünyadaki küreselleşme dalgasının ülkemizi de etkilemesi, gerekse de iktidar partisinin kamu hizmetlerine bakış açısı, diğer alanlarda olduğu gibi belediye hizmetlerinde de etkisini göstermiş ve yapılan yasal düzenlemelerle belediye hizmetlerinin çoğunun üçüncü kişiler eliyle gördürülmesine olanak sağlanmıştır. Bu durumda biz kamu hizmetinden yararlananların belediyelere verilen yetkilerin kullanımının özellikle yasaya uygunluğu başta olmak üzere her bakımdan denetimini sonuna kadar yapmaktan başka yol kalmamıştır. Belediyelerin verdiği en önemli hizmetler olan çöp ve su hizmetlerinin yasaya aykırı olarak alelade bir yöntem olan hizmet alımı yolu kolayca yapılıp yapılmadığının bizlerce denetlenmesi ve bunun önüne geçilmesi de bu kapsamda yer almaktadır.

