



www.mevzuattakip.com.tr

Belediye İşletme ve Şirketlerinin İhale Kanunundan İstisna Tutulması

Bu makalede, belediyelerin tek başlarına veya birden fazla belediyeyle müştereken, sermayesinin yarısından fazlasına sahip oldukları şirket, işletme ve döner sermayeli kuruluşların; 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 3'üncü maddesinin (g) bendi uyarınca, 4734 sayılı Kanundan muafiyetlerini sağlayan şartlar ile bu muafiyetin ortaya çıkardığı sonuçlar incelenmiştir.

Belediye İşletme ve Şirketlerinin İhale Kanunundan İstisna Tutulması

Hakan Baytak

İçişleri Bakanlığı Kontrolörü

Giriş

Makalemizde, belediyelerin tek başlarına veya birden fazla belediyeyle müştereken, sermayesinin yarısından fazlasına sahip oldukları şirket, işletme ve döner sermayeli kuruluşların; 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 3'üncü maddesinin (g) bendi uyarınca, 4734 sayılı Kanundan muafiyetlerini sağlayan şartlar ile bu muafiyetin ortaya çıkardığı sonuçları inceleyeceğiz.

İnceleme

Kamu hukukuna tabi ve kamunun denetiminde olan idareler veya kamuya ait kaynakları kullanan idarelerin; mal ve hizmet alımı ile yapım işlerine ilişkin harcamalarının, hangi usul ve ilkeler doğrultusunda yapılacağına dair esaslar, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile düzenlenmiştir.

Kanunun "Kapsam" başlıklı 2'nci maddesinde, belediyeler ile sermayesinin tamamı belediyeye ait olan bağlı kuruluş, tüzel kişiler ve birlikler ile belediyelerin tek başlarına veya farklı bir belediyeyle müştereken, sermayesinin yarısından fazlasına sahip olunan kuruluş, işletme, müessese, birlik ve şirketlerin Kanunun kapsamı içerisinde yer alacağı

belirtilmiştir. Maddede kuruluşlarla alakalı genel bir perspektif çizilerek, kendisine ait bir tüzel kişiliği olsun veya olmasın belediyeye bağlı kuruluşlar Kanun kapsamında sayılmıştır. Bu kuruluşları; kurum içi ticari etkinliklere yön vermek için kurulmuş ticari işletmeler, müstakil bütçeli; kamu tüzel kişiliğine haiz bağlı kuruluşlar (İSKİ, ASKİ vb.) ve özel hukuk tüzel kişiliğine haiz ticaret şirketleri (anonim ve limited şirketler) olarak örneklendirmemiz mümkündür.

Öncelikle ifade etmemiz gerekir ki yasa koyucu, "sermayesinden yarısından fazlasına sahip bulunan" hükmüyle, kuruluşundaki pay ortaklığı oranı ne olursa olsun, mevcut durumda sermayesinin yarısından fazlasına, tek başına veya diğer belediyelerle müşterek şekilde sahip olunan şirket, işletme, müessese gibi kuruluşların Kanuna tabi olduğunu; bu koşulu, kuruluşunda veya belli bir zaman içerisinde sağlayan ancak hali hazırda sermayesinin yarısından fazlasına hakimiyet sağlanamayan kuruluşlara, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun uygulanabilirliğinin ortadan kalkacağını kural haline getirmiştir.

İhale Kanununun "İstisnalar" başlığı altında düzenlenen 3'üncü maddesi, belediyelerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip oldukları ve Kanunun kapsam içerisine aldığı; kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketler için önemli bir istisnayı beraberinde getirmiştir. İlgili maddenin "g" bendiyle, başta belediyelerin yarı oranından fazla temsiliyet bulunduğu şirketler olmak üzere sayılan diğer kuruluşların yapacakları bazı harcamalar, Kanundan azade tutulmuştur. İstisnayı içeren kural temel olarak yukarıdaki şartları taşıyan şirket, işletme gibi kuruluşların ticari ve sınai (endüstriyel) faaliyetleri doğrultusunda yapacakları harcamaları, istisnanın temel şartı olarak vurgulamaktadır. Buna göre kuruluşların ticari ve sınai faaliyetleri dışında yapacakları harcamaların, (Örnek: üretim ve pazarlama gibi ticari ve sınai faaliyete etkisi bulunmayan personel çalıştırılması) Kanun hükümleri uyarınca yapılması gerekmektedir.

Öte yandan ticari ve sınai faaliyetler uyarınca yapılan harcamalar tek başlarına istisna kapsamında değerlendirme için yeterli olmayıp, istisna kapsamında değerlendirilmeleri için bu faaliyetler çerçevesinde yapılan harcamaların doğrudan mal ve hizmet üretimine yönelik olması gereklidir.

Doğrudan mal kavramı burada özellik arz etmektedir. Zira iktisat literatüründe; insan ihtiyaçlarını doğrudan doğruya karşılayan mallara doğrudan veya nihai mallar denilmektedir. Bunlara örnek olarak ev, elbise, ekmeğe verilebilir. Doğrudan mallar dışında kalan üretim malları, diğer üretim mallarının ve tüketim mallarının üretiminde kullanılan ve insan ihtiyaçlarını gidermekte aracılık eden mallara ise dolaylı mal denilmektedir. Bunlara örnek olarak ise çimento, traktör verilebilir. Bu nedenle inceleme konusu kuruluşların doğrudan mal veya hizmete mazhar olmayan harcamaları ile doğrudan mal veya hizmetin üretiminde kullanılan dolaylı malların,

Kanunun istisnası kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmayacaktır.

Ancak bu kuruluşların ticari ve sınai faaliyetleri kapsamında kalmak şartıyla yapacakları; Hazine garantisi veya doğrudan bütçenin transfer kaleminden aktarma yapmak suretiyle finanse edilmeme şartıyla ve ana faaliyetlerine yönelik yapacakları alımlardan dolayı mal ve hizmet harcamaları istisna kapsamında yer alabilmektedir. Madde, Hazine garantisi veya doğrudan bütçenin transfer kaleminden yapılan aktarmalar ile karşılanan mal ve hizmet ihtiyaçlarını istisna dışarısından çıkararak Kanunun kapsam alanı içerisine dahil etmiştir ve bütün bu istisna kalemlerini ayrıca her yıl belirlenen bir parasal bir meblağ ile sınırlandırmıştır.

Bu durumda ticari ve sınai faaliyetler kapsamında; doğrudan mal ve hizmet alımları, hazine garantisi kapsamında olmayan veya bütçenin transfer kalemin aktarma yapılmak suretiyle finansmanı karşılanmayan harcamalar; her yıl belirlenen tutarı aşması durumunda (01.02.2025 tarihine kadar 95.508.971 TL) her halükârda istisna kapsamında değerlendirilemeyecektir.

Sonuç

İncelememizi sona erdirirken 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun, "Kapsam" başlıklı 2'nci maddesini gerekçesi ile birlikte değerlendirdiğimizde,

Kanunun, "Amaç" başlıklı 1'inci maddesinde, kamu kaynağı kullanılan, kamunun denetiminde olan ve kamu hukukuna tâbi olan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve usulleri belirlemenin amaçlandığı belirtilmiştir. Kanunun 2'nci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde yer bulan belediyelerin, sermayesinin yarısından fazlasına sahip buldukları her çeşit kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketler Kanun kapsamına alındığı; böylece esas itibarıyla özel hukuk hükümlerine tâbi olan, kamu kaynağı kullanmayan ve kamunun denetimi altında bulunmayan kuruluşların, kamu alımlarıyla ilgili olan Kanun kapsamında bulunmasının doğuracağı sorunların giderilmesi amaçlandığı ifade edilmiştir. Ancak Kanunun "İstisnalar başlıklı 3'üncü maddesinin (g) bendi ile yapılan düzenlemenin, aynı Kanunun "Kapsam" başlıklı 2'nci maddesi ile hedeflenen amaca aykırılık teşkil ettiği görüşü ağırlık kazanmaktadır.

Kanaatimiz, Kanunun 3'üncü bölümünde, belediyelere ait kamu veya özel hukuk tüzel kişileri özelinde düzenlenen istisnanın, Kanunun "Kapsam" bölümüne aykırılık teşkil etmeyecek şekilde yeniden ele alınmasının; kamu kaynaklarının etkili, ekonomik ve verimli bir şekilde kullanılması ile hesap verebilirlik ve malî saydamlığın sağlanmasına katkı sağlayacağı yönündedir.

Telefon: +90 (312) 473 84 23

E-Posta: mts@mevzuattakip.com.tr

Adres: Çetin Emeç Bulvarı Hürriyet Cad. No: 2/12 Çankaya ANKARA