



Belediye Şirketlerinin İhale Mevzuatı Karşısındaki Durumu

Atila Kılıçarslan tarafından kaleme alınan bu yazıda; belediye şirketlerinin Kamu İhale Kanunu ve Devlet İhale Kanunu karşısındaki durumu ele alınacaktır.

Belediye Şirketlerinin İhale Mevzuatı Karşısındaki Durumu

Atila Kılıçarslan

Sayıştay Uzman Denetçisi

I. Giriş

Günümüzde yaşanan teknolojik gelişmeler toplumsal hayatın hızını ziyadesiyle artırmış ve toplumsal ihtiyaçların karşılanmasında zamanın ne kadar önemli olduğu gerçeğini gözler önüne sermiştir. Bu çerçevede toplumsal ihtiyaçların karşılanmasında görevli ve yetkili olan kamu idarelerinin tabi oldukları mevzuatın yoğun bürokratik süreçler içermesi, ihtiyaçların zamanında karşılanması noktasında zaman uyumsuzluğuna neden olabilmektedir.

Diğer taraftan toplumsal ihtiyaçların yalnızca kamu idareleri tarafından değil, özel teşebbüsler eliyle de karşılanmaya başlanması, benzer şekilde kamu idarelerinin de özel teşebbüslerinin faaliyet alanına girmesi, kamu idarelerinin özel teşebbüsle rekabete girmesine neden olmakta ancak kamu idarelerinin mevzuatsal anlamda karar alma süreçlerindeki yavaşlık rekabetin özel sektör lehine evrilmesi sonucunu doğurmaktadır.

Buradan hareketle hem toplumsal ihtiyaçların daha hızlı bir şekilde karşılanabilmesi hem de kamunun özel sektörle olan rekabetinde güç kazanabilmesi adına, özel sektörün tabi olduğu mevzuata tabi olan ayrıca kamusal çekincelere sahip ve kamu kaynaklarını kullanırken kamu idaresi gibi hareket eden organizasyonlara ihtiyaç duyulmuştur.

Bu çerçevede belediyelerin şirketleşmesinin önü açılarak ticari alanda faaliyet gösteren ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu kapsamında hareket eden özel hukuk tüzel kişileri yani belediye şirketleri kurulmaya başlanmıştır.

Belediye şirketleri özel hukuk tüzel kişileri olmakla beraber kamu kaynağı kullanan ve bu kaynağı tüketerek kamusal hizmet üreten kuruluşlardır. Bu açıdan bakıldığında bu şirketlerin kullandıkları kaynaklarla satın alınacak mal ve hizmetlerin, yapılacak olan yapım işlerinin kamu kaynaklarının tabi olduğu prosedürlere tabi olması kamu kaynaklarının etkin ve verimli bir şekilde kullanılması konusunda özel sektör kuruluşlarına nazaran ek bir güvenlik mekanizması olacaktır. Bu açıdan bakıldığında belediye şirketlerinin yapacağı giderlerin tıpkı belediyeler gibi 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na tabi olması kararlaştırılmış ve belediye şirketleri 4734 sayılı Kanun kapsamına dahil edilmiştir. Dolayısıyla bu yazımızın birinci bölümünde belediye şirketlerinin Kamu İhale Kanunu karşısındaki durumu ele alınacaktır.

Diğer taraftan, belediye şirketleri yalnızca harcama yapan tüzel kişiler olmayıp çok fazla kaynaktan gelir elde etmektedirler. Söz konusu gelirlerin elde edilme usullerinin kamu idarelerinden farklı olup olmadığı konusunda da belediye şirketlerinin 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu kapsamında çerçevesinin çizilmesi gerekmektedir. Bu itibarla yazımızın ikinci bölümünde belediye şirketlerinin Devlet İhale Kanunu karşısındaki durumu ele alınacaktır.

II. Belediye Şirketleri ve Kamu İhale Kanunu

22.01.2002 tarihli ve 24648 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, kamu hukukuna tâbi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve usulleri belirleyen bir Kanun olup belediyelerin doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip buldukları şirketlerin, mal ve hizmet alımları ile yapım işleri 4734 sayılı Kanun'un kapsamındadır.

Buna göre bir belediye şirketi bir mal veya hizmet alacak veyahut bir yapım işi gerçekleştirecek ise bunları 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun belirlediği ihale usulleri kapsamında ihale etmek zorundadır. Bu konuda belediye şirketlerinin Kanun kapsamındaki diğer idarelerden farklı bulunmamaktadır. Ancak belediye şirketleri Kanun kapsamındaki diğer idarelere göre, Kanun'un 3 üncü maddesinin (g) bendi kapsamında önemli bir istisnai alım hakkına sahiptir. Söz konusu madde hükmü aşağıdaki gibidir:

“Madde 3- İstisnalar

(g) 2 nci maddenin birinci fıkrasının (b) ve (d) bentlerinde sayılan kuruluşların (belediye şirketleri dahil) , ticarî ve sınaî faaliyetleri çerçevesinde; doğrudan mal ve hizmet üretimine veya ana faaliyetlerine yönelik ihtiyaçlarının temini için yapacakları, Hazine garantisi veya doğrudan bütçenin transfer tertibinden aktarma yapmak suretiyle finanse edilenler dışındaki yaklaşık maliyeti ve sözleşme bedeli 66.224.498.-TL'yi aşmayan mal veya hizmet alımları ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç bu Kanuna tâbi değildir.”

Hükümden de anlaşılacağı üzere, belediye şirketlerine önemli bir istisnai hak verilmiş olup 66.224.498.-TL'yi aşmayan mal hizmet alımları 4734 sayılı Kanun'un kapsamın dışına çıkarılmıştır.

4734/3 (g) istisna alımına ilişkin genel düzenleme Kamu İhale Genel Tebliği'nde yapılmıştır. Buna göre;

- İstisna taleplerinde yer verilecek mal ve hizmetlerin, bu idarelerin ticari ve sınaî faaliyetleri çerçevesinde doğrudan mal ve hizmet üretimine veya ana faaliyetlerine yönelik ihtiyaçlarının temini kapsamında, makine-teçhizat, ilk madde ve malzeme (ilk madde, yardımcı madde, ana malzeme, diğer işletme malzemesi ve bunlara ilişkin yedekler) ve dışarıdan sağlanan fayda ve hizmetler gibi doğrudan üretim süreci ile ilgili mal alımları ve hizmet alımları ile sınırlı tutulması, ana faaliyetin bizzat kendisi olan nihai mal ve hizmetler için başvuruda bulunulmaması, üretim süreci ile ilgili olmayan ve bu idarelerin dışındaki diğer idarelerce de ihtiyaç duyulan, üretimle dolaylı ilişkilendirilebilecek ve/veya genel nitelikteki mal ve hizmet alımlarına taleplerde yer verilmemesi gerekmektedir.

- Kanununun 3 üncü maddesinin (g) bendinde sadece ticari ve sınaî faaliyetler çerçevesinde doğrudan mal ve hizmet üretimine veya ana faaliyetlere yönelik ihtiyaçların temini için yapılacak mal veya hizmet alımlarına ilişkin istisna hükümleri düzenlendiğinden, Kuruma yapılacak başvurularda yapım işlerine yer verilmemesi gerekmektedir.

- İdarelerin bu bent kapsamında gerçekleştirecekleri ve yıllık planlama yapılabilen (yıl boyunca alınması gereken) mal ve hizmet alımlarına ilişkin değerlendirme, bu mal ve hizmetlerin yıllık toplam yaklaşık maliyeti dikkate alınarak yapılacak ve bu çerçevede söz konusu alımların anılan bent kapsamında yapılıp yapılmayacağına karar verilecektir. Dolayısıyla planlanabilen yıllık ihtiyaçların bu bent kapsamında gerçekleştirmek amacıyla bölünmesi Kanuna açık aykırılık oluşturacaktır.

- Yaklaşık maliyeti 4734 sayılı Kanununun 3 üncü maddesinin (g) bendindeki parasal limitin altında olduğu için anılan Kanuna tabi olmadan yapılan bir mal ve hizmet temininde sözleşme bedeli bu limiti aşarsa işlem iptal edilecek ve yaklaşık maliyet yeniden değerlendirilerek bu değerlendirme sonucunda hesaplanan yeni yaklaşık

maliyet tutarına göre istisna kapsamında veya anılan Kanun kapsamında işlem yapılacaktır. Yeniden hesaplanan yaklaşık maliyete göre tekrar istisna kapsamında işlem yapılmış ve yine sözleşme bedeli Kanununun 3 üncü maddesinin (g) bendindeki parasal limiti aşmışsa işlem tekrar iptal edilecektir.

Görüleceği üzere bir belediye şirketi 3 (g) maddesinde yer alan tutarın altında bir mal veya hizmet alımı yapacak ise ihalesiz olarak doğrudan temin yoluyla alımı yapabilecektir. Bu geniş yetki bazı önemli soruları da beraberinde getirmektedir. Bu soruların cevabına başlık başlık değinecek olursak;

- İş artışı yapılarak 3 (g) istisna limitinin aşılması mümkün değildir.
- Fiyat farkı ödenmesi 3 (g) istisna limitinin aşılması anlamına gelmeyecektir.
- KDV tutarı 3 (g) istisna limitine dahil değildir.
- Yaklaşık maliyet hesaplanması, ihale komisyonu kurulması, teknik şartname/idari şartname hazırlanması, ilan yapılması, geçici/kesin teminat alınması, sözleşme imzalanması, yeterlilik kriteri belirlenmesi zorunlu değildir.
- Alımların EKAP'a girilmesi gerekmektedir.
- 4734 sayılı Kanununun 3 (g) hükmü kapsamında, ihalelerden yasaklama kararı verilebilir.
- 4734 sayılı Kanun uyarınca ihalelere katılmaktan yasaklı hale gelenler 4734 s. K. 3 (g) maddesi kapsamında belediye şirketlerine mal veya hizmet satamaz.
- 4734 sayılı Kanununun 3 (g) maddesi kapsamında yapılan alımlarda haklarında yasaklama kararı verilenler, 4734 sayılı Kanun uyarınca yapılacak ihalelere ve 4734 s. K. m. 3'te yer alan diğer istisna alımlarına katılamazlar.
- 4734 sayılı Kanununun 3 (g) maddesi kapsamında yapılan alımlarda haklarında yasaklama kararı verilenler, 4734 sayılı Kanun'un 22/d maddesi kapsamında yapılacak alımlara katılamazlar.
- İdare aslında 4735 sayılı Kanun kapsamında olmayan 3 (g) istisna alımını kendi yapacağı düzenlemelerle bu kapsama alabilir. (E. 2015/2682, K. 2017/2824, Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu kararı)
- 4734 sayılı Kanununun 3 (g) maddesi kapsamında yapılan alımlarda sözleşme düzenlenmesi halinde, söz konusu alımlarla ilgili olarak 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu kapsamında yasaklılık kararı verilemez.

- 4734 sayılı Kanununun 3 (g) maddesi hükmü kapsamında yapılan mal ve hizmet alımlarında, yasaklılık teyidi yapılması gerekmektedir.
- 4734 sayılı Kanununun 3 (g) maddesi bir ihale usulü olmadığı için alım yapılacak gerçek veya tüzel kişinin SGK ve vergi borcu olup olmadığının sorgulanması mümkün değildir.
- Alımların SGK'ya bildirilmesine gerek yoktur.
- 4734 sayılı Kanununun 3 (g) istisna hükmü kapsamında yapılan ödemelerde vergi borcu sorgulaması yapılması gerekmektedir.
- 4734 sayılı Kanununun 3 (g) istisna hükmü kapsamında yapılan alımlar için iş deneyim belgesi düzenlenebilir.
- 4734 sayılı Kanununun 3 (g) maddesi kapsamında yapılan alımlarda hakediş ödemelerinden damga vergisi kesilmez.
- 4734 sayılı Kanununun (g) maddesi kapsamında yapılan alımlarda ihale kararı damga vergisi kesilmez.

III. Belediye Şirketleri ve Devlet İhale Kanunu

10.09.1983 tarihli ve 18161 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'na göre; genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işleri 2886 sayılı Kanun'da yazılı hükümlere göre yürütülecektir.

Ancak 2002 yılında yürürlüğe giren 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 68 inci maddesinin (a) bendi uyarınca; 4734 sayılı Kanun kapsamında yer alan işlerin ihalelerinde 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümleri uygulanmayacaktır. Bu hüküm doğrultusunda; 2886 sayılı Kanun kapsamında yer alan idarelerin bu kanun kapsamında gerçekleştirecekleri faaliyetler genel olarak gelir getirici faaliyetler olmaktadır.

Diğer taraftan 2886 sayılı Kanun'un kapsam maddesine göre belediyeler, bu kanun kapsamında iken belediyelerin ortak oldukları şirketler 2886 sayılı Kanun kapsamına alınmamıştır. Bu doğrultuda belediye şirketleri, gelir getirici faaliyetlerinde (kiralama vs.) Devlet İhale Kanunu hükümleri ile bağlı değildir.

Bu durumun istisnasına 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun "Şirket Kurulması" başlıklı 26 ncı maddesinde yer verilmiştir. İlgili madde hükmü aşağıdaki gibidir:

“Büyükşehir belediyesi kendisine verilen görev ve hizmet alanlarında, ilgili mevzuatta belirtilen usullere göre sermaye şirketleri kurabilir. Genel sekreter ile belediye ve bağlı kuruluşlarında yöneticilik sıfatını haiz personel bu şirketlerin yönetim ve denetim kurullarında görev alabilirler.

Büyükşehir belediyesi, mülkiyeti veya tasarrufundaki hafriyat sahalarını, toplu ulaşım hizmetlerini, sosyal tesisler, büfe, otopark ve çay bahçelerini işletebilir; ya da bu yerlerin belediye veya bağlı kuruluşlarının % 50'sinden fazlasına ortak olduğu şirketler ile bu şirketlerin % 50'sinden fazlasına ortak olduğu şirketlere, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerine tabi olmaksızın belediye meclisince belirlenecek süre ve bedelle işletilmesini devredebilir.

Ancak, bu yerlerin belediye şirketlerince üçüncü kişilere devri 2886 sayılı Kanun hükümlerine tabidir.”

Bu hüküm ile belediye şirketlerinin 2886 sayılı Kanun kapsamında olmadıkları hususunu bir arada değerlendirecek olursak; belediye şirketlerinin 2886 sayılı Kanun kapsamında olmadıklarının esas olduğu ancak bu şirketlerin 5216 sayılı Kanun'un 26 ncı maddesi kapsamında ihalesiz olarak büyükşehir belediyesinden aldıkları hafriyat sahalarının toplu ulaşım hizmetlerinin, sosyal tesislerin, büfelerin, otoparkların ve çay bahçelerinin işletmesinin belediye şirketleri tarafından üçüncü kişilere kiralanması halinde belediye şirketlerinin bu devirleri 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu çerçevesinde ihale etmek zorunda olduğu ortaya çıkmaktadır.

Diğer taraftan özellikle Sayıştay Düzenlilik Denetim Raporlarında da sıklıkla yer alan bir husus olarak belediye şirketlerinin 5216 sayılı Kanun'un 26 ncı maddesi kapsamında yer alan yerlerin işletmesinin üçüncü kişilere devrinde, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 51 inci maddesinin (g) bendi kapsamında pazarlık usulünü kullanıp kullanamayacakları karşımıza çıkmaktadır.

Sayıştay Raporlarında söz konusu hususun Kanuna aykırı olduğu değerlendirilmekle birlikte ayrıca Danıştay 13. Dairesi 21.10.2008 tarih ve K: 2008/6874 sayılı Kararında; “Belediyenin mülkiyetindeki taşınmazın, 2886 sayılı Kanun'un 51. maddesinin (g) bendi uyarınca, pazarlık usulü ile turizm amaçlı tesis yapılmak ve işletilmek üzere mülkiyetten gayri ayni hak tesis edilmek suretiyle, (daimi ve sürekli üst hakkı kurulmak suretiyle) 30 yıllığına kiralanmasına ilişkin belediye encümeni kararını, belediyelere ait taşınmazların “devletin özel mülkü” ve “devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerden” olmadığı, bu nedenle 2886 sayılı Yasa'nın 51/g maddesi kapsamında kiralanmasının, trampasının ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi yoluyla devrinin, olanaklı olmadığı gerekçesiyle, iptal eden mahkeme kararının hukuka uygun olduğunu” ifade ederek belediyelerin dolayısıyla da belediye şirketlerinin devlet tüzel kişiliği içerisinde olmadıklarından hareket ederek bunların 2886 sayılı Kanun'un 51 (g) pazarlık usulünü kullanabilmelerinin mümkün olmadığına karar vermiştir.

Uygulamada en çok sorulan sorulardan bir tanesi de belediye şirketlerinin sermayedarı olan belediyelerin 2886 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında açmış oldukları ihalelere, bu şirketlerin iştirak edip edemeyecekleridir.

İçişleri Bakanlığı Mahalli İdareler Genel Müdürlüğü 12/12/2000 tarih ve B050MAH0740001/47539 sayılı Genelgesi'nde belediye şirketlerinin; belediyelerin 2886 sayılı Kanun'a göre yaptığı ihalelere katılamayacağını belirtmiş, ancak Danıştay 10. Dairesi 16.12.2003 tarih ve K: 2003/5197 sayılı kararı ile bu Genelgeyi iptal ederek belediye şirketlerinin, ortağı olan belediyelerin 2886 sayılı Kanun kapsamındaki ihalelere katılabilmesinin önünü açmıştır.

IV. Sonuç ve Değerlendirme

Günümüz dünyasının hızlı bir şekilde değişim ve dönüşüm içerisinde olması belediyeler ve bunların ortağı olduğu şirketlerin de bu değişim ve dönüşümün etki alanına girmesine sebep olmuştur. Ancak bir yandan kamu kaynağı kullanmaları diğer yandan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu kapsamında özel hukuk tüzel kişisi olarak faaliyet gösteren belediye şirketlerinin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu karşısındaki durumunun etraflıca irdelenmesi gerekliliğini ortaya çıkarmaktadır.

Bu gerekliliğin bir sonucu olarak ele alınan bu makalemizde bu hususların çerçevesi genel olarak çizilmeye çalışılmıştır. Ancak uygulayıcıların da çok kez ifade ettikleri gibi her gün çok daha fazla kamu kaynağı kullanan ve kendine has özellikleri ile kamu idarelerinden ayrılan belediye şirketleri için özel ihale kanunlarına ihtiyaç olduğu aşikardır.

Telefon: +90 (312) 473 84 23

E-Posta: mts@mevzuattakip.com.tr

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