

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNU BAĞLAMINDA
İHALEYE KONU EDİLEBİLECEK HİZMETLERİN
BELİRLENEBİLİRLİĞİ**

Yüksek Lisans Tezi

Harun KILIÇ

Ankara - 2020

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNU BAĞLAMINDA
İHALEYE KONU EDİLEBİLECEK HİZMETLERİN
BELİRLENEBİLİRLİĞİ**

Yüksek Lisans Tezi

Harun KILIÇ

**Tez Danışmanı
Doç. Dr. Kaya Burak ÖZTÜRK**

Ankara - 2020

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

Harun KILIÇ

**4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNU BAĞLAMINDA İHALEYE KONU
EDİLEBİLECEK HİZMETLERİN BELİRLENEBİLİRLİĞİ**

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Kaya Burak ÖZTÜRK

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

Doç. Dr. K. Burak ÖZTÜRK.....

Dr. D. Çiğdem SEVER.....

Doç. Dr. M. Ayhan TEKİNSOY.....

Tez Sınavı Tarihi : 06.01.2020

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE**

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim. (../../2020)

Harun KILIÇ

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	v
KISALTMALAR	viii
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM KAVRAMSAL ÇERÇEVE

I. İHALE KAVRAMI.....	4
A.GENEL OLARAK	4
B.VASIFLARI17	
1) Tipleştir (ileme)me.....	17
2) Genellik.....	21
3) Kullanışlılık	26
C. İHALE - İDARE HUKUKU İLİŞKİSİ	29
1) Süreç ve Oluşan İhale Algısı.....	34
2) İhale – Sözleşme İlişkisi	45
3) İhale – Ruhsat İlişkisi.....	51
II. İHALE EDİLEBİLİR OLMA (MA) KAVRAMI.....	55
A.GENEL OLARAK	55
B.İHALE EDİLEBİLİR OLMA (MA) SINIRININ TESPİTİ	71
1) Anayasal Dayanak	76
a) Genel Hüküm	78
b) Özel Hüküm	90
2) Yasal Dayanak	97
3) İdari Dayanak.....	108

İKİNCİ BÖLÜM

4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNU KAPSAMINDA İHALEYE KONU EDİLEN HİZMETLER

I. 4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNU	115
A.SÜREÇ VE KANUN KAPSAMI	115
B.GENEL KANUN NİTELİĞİ.....	122
II. KAMU İHALE KANUNU KAPSAMINDA HİZMET ALIMLARI.....	135
A. İHALE KONUSU ALIM	135

B. HİZMET ALIMLARI.....	137
C. BENZERİ HİZMET	145
D. BENZERİ OLMA (MA)NIN SEBEP OLDUĞU GÖRÜNÜM.....	153
E. ÖZELLİK ARZ EDEN HİZMETLER	159
1) Yardımcı/Destek Hizmetler	159
2) Yerel Yönetim Hizmetleri.....	165
3) Kolluk Hizmetleri	169
4) İşletme Hizmetleri.....	177
5) Sağlık Hizmetleri	186
III. KAMU İHALE KURUMU VE HİZMET BELİRLİLİĞİNİN SAĞLANMASI.....	198
A. BELİRLİLİĞİ SAĞLAMADA KURUMUN İŞLEVİ	198
B. KURUMUN, HİZMETLERE YAKLAŞIMI	200
C. YAKLAŞIMIN SONUÇLARI	210

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İHALE EDİLEBİLİR HİZMETLERDEN İHALE EDİLME YASAĞINA TABİ HİZMETLERE

I. GENEL OLARAK.....	216
A. 4734 SAYILI KANUN VE HİZMETLERİN İHALE EDİLEBİLİRLİĞİ... 216	
B. PERSONEL ÇALIŞTIRILMASINA DAYALI HİZMET	219
II. İLK DÖNEM: HER HİZMET İHALE EDİLEBİLİR (2003 – 2014)	225
III. İKİNCİ DÖNEM (2014 – 2018)	231
A. İŞ HUKUKU – İHALE HUKUKU ETKİLEŞİMİ.....	233
1) Yüklenici – Alt İşveren	234
2) İhale Edilebilirlik – Alt İşverene Bırakılabilirlik	236
3) Kamu İhale Kurumunun Yaklaşımı	247
B. FİİLEN DE OLSA HER HİZMET İHALE EDİLEBİLİR.....	251
1) 62/e Değişikliği	253
a) Kanunda tanımlanan hizmetlerden personel çalıştırılmasına dayalı olanları:	254
b) Personel Çalıştırılmasına Dayalı Yardımcı ve Asıl İş:	258
i) Yardımcı İş	259
ii) Asıl İş	265
2) Anayasa Mahkemesi Kararı	268

IV. ÜÇÜNCÜ DÖNEM (2018 – ...)	276
A. İHALE EDİLME YASAĞI KOŞULLARI	281
1) İdare	281
2) Bütçe	282
3) Hizmet	283
B. YASAĞIN UYGULAMAYA ETKİSİ	290
SONUÇ	299
KAYNAKÇA	301
ÖZET	307
ABSTRACT	308



KISALTMALAR

AA	: Anadolu Ajansı
AB	: Avrupa Birliği
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BİT	: Belediye İktisadi Teşebbüsü
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
ÇED	: Çevresel Etki Değerlendirme
DB	: Dünya Bankası
DHMI	: Devlet Hava Meydanları İşletmesi
DİK	: Devlet İhale Kanunu
DSİ	: Devlet Su İşleri
DTÖ	: Dünya Ticaret Örgütü
E.	: Esas
EKAP	: Elektronik Kamu Alımları Platformu
EPDK	: Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu
İETT	: İstanbul Elektrik Tramvay ve Tünel İşletmeleri
İKN	: İhale Kayıt Numarası
İSKİ	: İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi
K.	: Karar
KHK	: Kanun Hükümünde Kararname
KİK	: Kamu İhale Kanunu
KİT	: Kamu İktisadi Teşebbüsü
KOBİ	: Küçük ve Orta Büyüklükteki İşletmeler
OYAK	: Ordu Yardımlaşma Kurumu
PTT	: Posta Telefon Telgraf
R.G.	: Resmi Gazete

S.	:	Sayı
s.	:	Sayfa
TBB	:	Türkiye Barolar Birliği
TBMM	:	Türkiye Büyük Millet Meclis
TEPAV	:	Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı
TETAŞ	:	Türkiye Elektrik, Ticaret ve Taahhüt Anonim Şirketi
TKİ	:	Türkiye Kömür İşletmeleri
TL	:	Türk Lirası
TODAİE	:	Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Genel Müdürlüğü
TRT	:	Türkiye Radyo Televizyon Kurumu
vd.	:	ve devamı
Y.	:	Yıl
YİD	:	Yap- İşlet- Devret

GİRİŞ

İhale, basit bir amaca yönelmiş özellikli süreçtir. Amaç, bir karşı taraf bulmaktır. Ama ihale söz konusu ise bu herhangi bir karşı taraf değildir. Belli niteliğe sahip olan, kuralına göre kazanan, hak eden karşı taraftır. İhale, karşı tarafın adil bir sürecin neticesi olmasını ya da en azından böyle bir sürecin neticesi olduğuna inanılmasını sağlar. Bu nedenle de ihale, son tahlilde adaletle birlikte anılmayı hak eden, adalet gibi göreceli bir değer eksikliğinden beslenen ve bu değer eksikliğini giderici işlev üstlenen bir araçtır. Ancak bu, ihalenin ideal şeklidir. Ve bu potansiyele sahip bir araç, hukuken önem atfedilmeyi hak eden bir araçtır. Ne var ki ihale, bu potansiyel ve öneminin sorgulanmasına hatta yitirilmesine neden olan aksi bir argümanı da beraberinde taşır.

İhaleye dair çizilen bu ideal tablo, her ülkede, her idarede hatta her ihalede aynı şekilde hayata geçmez. Her ihale, kendine özgü bir süreçtir. Her daim aynı ideallikte işlemez ve aynı sonuçları doğurmaz. Hatta ülkemiz açısından çoğu zaman bir ideal tablodan söz etmek mümkün bile olmaz. Ülkemizde bu değerlerden uzaklaşmış, görünürde ihaleye verilebilecek örnekler o denli fazlalaşmış ve can yakıcı boyuta ulaşmıştır ki toplum nezdinde yolsuzluğu, usulsüzlüğü çağrıştıran ihale imgesini kırabilmek oldukça güçleşmiştir. Bu haliyle ise ihale artık idealleştirilmeye layık bir araç değildir. Bir diğer uca savrulmuş, tam aksi bir görünüme kavuşmuştur. Süreci adil kılma gayesiyle geliştirilmiş bir araç, bu kez adaletsizlikle özdeşleşmiş, birçok somut örnekle desteklenen bir çıkar sağlama, kayırma ve kollama aracına dönüşmüştür. Pekala hem adaletle hem de adaletsizlikle özdeşleşme çelişkisini bünyesinde barındırmasına rağmen ihaleden bir türlü vazgeçilememesinin sebebi nedir?

Bu, en anlamlı cevabın idare hukukunda bulunabileceği bir sorudur. İdare hukukunun temelini oluşturan hukuk devleti ilkesi ve bu bağlamda idari davranışların belirliliği ve idarelerin yetkisizliğinin asıl olması, karşı taraf bulma gibi basit bir meseleyi bile idarelerin üzerinde serbestçe tasarruf edilebileceği bir işlem olmaktan alıkoyar. Bu esaslar gereğince idareler her istediğini/takdir ettiğini değil, önceden kurala bağlanmış adil bir sürecin karşısına çıkardığı kişiyi tercih etmek durumundadır. İşte böylesine bir süreci mümkün kılması nedeniyle ihale, idareler ve idare hukuku açısından anlamlı ve aynı zamanda alternatifi olmayan bir araçtır. Ayrıca bu durum, aslında salt idare hukukuna özgülmesi mümkün olmayan bir aracın, kolaylıkla idare

hukuku sahasına eklemenebilmesini, bu saha içerisinde rahatlıkla yer edinebilmesini ve önem kazanabilmesini de anlamamızı sağlar.

İdare hukuku alanına intibakıyla birlikte ihale, karşı taraf bulmaya yönelik idari işlemler silsilesine karşılık gelen bir anlam kazanır. Bu, ihalenin aşına olunan tanımıdır. Ancak bu alana intibak, sadece idari işlem basitliği ile sınırlı kalmaz. Aynı zamanda çok daha önemli meselelere de kapı aralanmış olur. Her şeyden önce idare hukuku anlamında ihale, esas itibarıyla kamu – özel gibi iki karşıt kişiliği buluşturan, ekonomik etkileri ile ön plana çıkan bir fonksiyon üstlenir ve ayrıca kamu hizmetlerinin devri gibi idare hukukunu derinden etkileyen tehlikeli bir araca dönüşür. Dahası bu noktada ihale, salt idare - karşı taraf arası bir süreç olmaktan çıkar. Olabildiğince genele yayılan ve geneli etkileyen, toplumsal anlam ve öneme sahip bir süreç halini alır. Haliyle bu süreç zarfında yapılan hatalar, hukuka aykırı işlemler, usulsüzlükler, topluma yansıyan etki ve sonuçlara sebep olur, topluma yapılan birer kötülüğe dönüşür.

Acı olan ise toplum olarak ihaleyi bu olumsuzluklarıyla kanıksamış ve bunlara karşı duyarsızlaşmış olmamızdır. Artık bizim açımızdan her ihale, kuşkuyla yaklaşılması gereken bir süreçtir. Aslında yakın dönem içerisinde bu kuşkuyu giderme amaç ve iddiası taşıyan birçok hukuki girişime tanık olunmuştur. Ama her birinin akıbeti bir diğerinin benzeri olmuş ve süreç, daha çok bir kısır döngü halini almıştır. Bu hukuki girişimlerin en önemli ve iddialısı şüphesiz ki 4734 sayılı Kamu İhale Kanunudur. Zira bu Kanun, şu ana kadar yürürlüğe konulmuş, ihaleye dair oluşan tüm kuşkuları giderebilecek en elverişli altyapıya sahip olan Kanundur. Diğer temel ihale kanunlarından farklı olarak doğrudan kamu harcamaları gibi en hassas noktaya odaklanılmış, ilk kez ihaleleri incelemek ve denetlemekle görevli bir bağımsız idari otorite oluşturulmuş, ayrıca diğerlerinde görülmedik genişlikte bir idare ve konu kapsamı bu Kanuna bahşedilmiştir. Bu kapsam ise 4734 sayılı Kanuna, ihale hukuku tarihimizin genel niteliği en fazla hak eden kanunu unvanını kazandırmıştır.

Kanunun bu genel niteliği, layıkıyla hak edip etmediği ya da ne ölçüde hak ettiği sorunu bir yana, bu nitelik, en etkili ve önemli sonuçlarını hizmetler üzerinde(n) doğurmuştur. Ülke olarak tam anlamıyla uyum sağlanamamış, nispeten çekingen tavırların söz konusu olduğu bir alana yönelik bakış açısı, bu Kanunun yürürlüğü ile birlikte oldukça farklılaşmış ve köklü bir değişime maruz kalmıştır. 4734 sayılı Kanun sayesinde mevcut bakış açısının, abartılı bir öz sınırlama içerdiğinin, arkaik, statükocu

bir düşünceyi yansıttığının ayırdına varılmıştır. Genel nitelikli olmanın verdiği güvenle ve belirsizlikten alınan destekle, hizmetlerin niteliğine ilişkin bir ayrıma gidilmeksizin ve bunun yol açabileceği sonuçlara bir önem atfedilmeksizin, bu Kanunla birlikte ihale ile hemen hemen tüm hizmetleri kaynaştıran bir uyum, geçmiş dönem çekingenliğinden intikam alırcasına hızlı, örtülü ve bütüncül şekilde sağlanmıştır. Bu, hem ihale edilen hizmetleri hem de olağan dışı şekilde ihale edilebilir niteliğe sahip hizmetleri kapsayan bir uyum olmuştur. Bu doğrultuda 4734 sayılı Kanun ile birlikte artık neredeyse tüm hizmetlerin karşı tarafa gördürülebileceği kabul edilmiş ve akabinde bu hizmetler için karşı taraf arayışına başlanmıştır.

Ne var ki bu, tüm yönleriyle kusursuz olmayan, eksik noktaların daha çok inançla ve fiili uygulamalarla kapatıldığı bir başarıdır. Ancak gerçekçi olmak gerekirse, bu denli genişlikte hizmet alanının ihale ile kaynaşmasını sağlamak, kesinlikle ekonomik bir başarıdır. Neo liberal anlayışın tüm argümanlarına uyumludur ve bu anlayışın amacına layıkıyla aracılık etmektedir. Ama kesinlikle hukuki bir başarı değildir. Belirsizliğe sığınarak ve hukuk devleti ilkesini hiçe sayarak, ihale edilebilir/ihale edilen hizmet, kamu hizmetlerinin devri, taşeron işçi gibi sorunlara, olanca rahatlığıyla ve ölçüsüzce dayanak sunan bir Kanunu, tabiatıyla hukuken başarılı addedebilmek mümkün değildir. Aksi argümanlara rağmen aslında 4734 sayılı Kanun hizmetler özelinde bir hukuki başarı(sızlık) hikayesidir. İşte bu çalışmada idare hukukunda da derin izler bırakan, bu hikaye anlatılmaktadır. İhale ve ihale edilebilir olma gibi genel kavramlar ile başlamakta, belirsizlik, fiili uygulamaların katkısı ile ilerlemekte ve -şimdilik- ihale edilme yasağına tabi hizmetler özelinde bitmektedir.

BİRİNCİ BÖLÜM

KAVRAMSAL ÇERÇEVE

I. İHALE KAVRAMI

A. GENEL OLARAK

İhale, “seçim” ve “kural” birlikteliğinden doğar. Kurallı seçim sürecidir. Karşı tarafın seçimine yönelmiş kurallar bütünüdür. Ancak bu seçim; alelade ya da zorunlu bir tercihi değil, karşı tarafta yarışan seçeneklerin ya da en azından seçeneklerin yarışmasına olanak sağlayan bir ortamın varlığı ile bu seçenekler arasından ya da ortam içerisinde, iradi evreye bağımlı şekillenen bir tercihi gerekli kılar. Kurallaştırma ise bu tercihe giden sürecin, mutlak bir serbesti içermeyeceğini, asgari düzeyde de olsa bir düzen ve öngörülebilirliğe sahip olma gerekliliğini belirtir. Bu yönüyle ihale, seçim süreci ve sebebinin kurallaştırılması, seçim serbestisinin kısıtlanmasıdır. Belli şartları haiz ortam içerisinde ehil olanı belirleme irade ve amacının kurula bağlanmasıdır. İhale, yarışabilecek bir alan ya da konuya ihtiyaç duyan, bu alan ve konu üzerinde kurula bağlı işleyen ve nihayetinde bu alan ya da konuyu hak edeni bulmayı amaçlayan bir süreçtir. Bu açıdan da bir dağıtım değil aksine bir ayıklama ve sınırlandırma uğraşı, belirli kılma işlemidir. Bu tanım, aynı zamanda kavramı kendi içerisinde, ekonomik ve hukuki olmak üzere iki temel yön ve uğraş üzerinden sistemleştirmemize imkan sağlar. Seçimin, yarışma ya da yarışmayı olanaklı kılan bir ortam içerisinde yapılması gerekliliği esas itibarıyla ihalenin ekonomik yönünü/uğraşını oluşturur iken, sürece öngörülebilirlik kazandırılmasını ifade eden kurallaştırma ise ihalenin hukuki yönünü/uğraşını oluşturur.

Bununla birlikte gelişigüzel bir seçimi engelleyerek, seçim özgürlüğünün/keyfiliğinin kayıtlanmasına aracılık eden yöntemsel kurallar olması, ihalenin, temelde rasyonel bir araç olduğunu gösterir. Ancak bu rasyonelliğin işlevsellik kazanması, rekabet, eşitlik, saydamlık, objektiflik gibi bir takım ilkelerin¹ hayata geçirilmesine bağlıdır. Bunlar adil bir süreç ve yarış için gerekli olan ilkelerdir. “Güven” ve “fırsat eşitliği” temelinde ayrılan bu ilkeler, ihale kavramına tipiklik kazandıran, olmazsa olmaz unsurlar kabul edilir ve ancak bu ilkeleri içeren bir süreç,

¹ Bu ilkelerin ayrıntılı açıklamaları için bkz. KUTLU Meltem, “İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:75, İzmir/1997, s.169-211

“gerçek anlamda ihale” olarak nitelenebilir. İlkeler göz ardı edilerek gerçekleştirilen bir ihale, “görünürde ihale” olmaktan öteye geçemez.

Aynı zamanda bu tanım her türden seçimin değil, ancak belli şartları haiz seçimin ihale olarak değerlendirilebilmesine imkan sağlar. İhale, şartlı bir seçim sürecidir. Sürecin bu sınırlılığı, şarta bağlılığı ise ihalenin, birtakım etkenlerle bir arada bulunmasının mümkün olmadığını ortaya koyar. Bu etkenlerden ilki, şans faktörüdür. Bir ihale, tamamen şans faktörü üzerine kurgulanamaz. İhale, iradeye dayalı şekillenen bir süreçtir ya da en azından iradeye dayalı bir evre içeren süreçtir. Oysa tamamen şansa dayalı olma, iradeyi tümüyle dışlar ve bir iradi sürecin ya da süreç içerisinde iradeye dayalı bir evrenin oluşumuna imkan tanımaz. Bu sebeple kurallaştırmaya dayalı olsa da hatta karşı tarafta nispeten bir yarıştan söz edilebilse de tamamen şansa dayalı (piyango çekilişi gibi) bir süreç ve tercih, irade yoksunluğu nedeniyle ihale olarak kabul edilemez.

Benzer şekilde ihale, tamamen takdir yetkisine/doğrudan tercihe de dayalı olamaz. Bu durumda iradeye dayalı gelişen bir süreçten bahsetmek mümkün olsa da bu kez karşı tarafta yarışan seçeneklerden ya da en azından bunu olanaklı kılan bir ortamdan (ekonomik yön) söz edebilmek mümkün olmaz. Bu ekonomik yön eksikliği sebebiyle de tercihin tam serbesti ile somutlaştığı bir alanda ihale, vücut bulamaz. Zaten tam serbesti üzerine kurulu bir sürecin doğası gereği ihalenin varlık sebebi ile bağdaşması da beklenmez. Zira ihale, her şeyden önce tam da bu serbestliğe karşı geliştirilmiş bir araçtır. İhale, karşı taraf seçiminde, seçicinin takdir yetkisini sınırlandırmak için var olan bir araçtır. Bu yönüyle de ihale, idare hukukunun, idarelerin, mutlak ve sınırsız takdir yetkisine sahip olamayacağı şeklindeki öğretisel ve içtihadi anlayışını, pratiğe aktaran somut örneklerden biridir. Aynı zamanda bu yön ihalenin, idareler için neden vazgeçilmez bir araç olduğunu da anlamamızı sağlar.

Ne var ki, bu ekonomik yön eksikliğini ve tam serbestiyi olumlayan üstelik de oldukça aşına olunan bir ilke bulunmaktadır. Fransız hukukunda “intuitu personae” adı altında kavramsallaştırılan ve daha çok ülkemizde bir karşılık bulduğu anlaşılan bu ilke, imtiyaz uygulamalarında karşı tarafın serbestçe seçimi esasına dayanmaktadır.² Bu

² Bu ilkeye ilişkin açıklamalar için bkz. ÖZTÜRK Burak, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara 2000, s.65-66; ÇAL Sedat, “Intuitu Personae” veya İmtiyaz Sözleşmelerinde İdarenin İmtiyazcayı Seçme Hakkı Üzerine..., Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 68, Sayı: 2010/3, s.93-105;

serbestlik, kamu hizmeti üzerindeki sorumluluk anlayışının ve imtiyazın taşıdığı önem ve niteliğin, idarelere, bu hizmetin gereken şekilde yürütülmesinin sağlanmasını teminen, beklenmeyen ve istenmeyen bir karşı taraftan ziyade güvenilir bir karşı tarafı belirleme hakkını bahsettiği gerekçesi ile açıklanmaktadır. Böylelikle ihale yönteminin yol açabileceği güven eksikliği bu serbest yöntemle giderilmiş olmakta ve güven vurgusuyla da ihale kavramının dışlanmasına makullük kazandırılmaya çalışılmaktadır. Oysa bu yönlü bir çabayı savunabilmek oldukça zor görünmektedir. Zira bu eksikliğin sebebinin, ihale sürecinden ziyade bu süreci yönetemeyen ve güvenilir bir karşı taraf oluşturmaya elverişli kurallaştırmayı gerçekleştiremeyen tarafın kendisinde aranması gerektiği açıktır. İhale kavramının dışlandığı bu türden tam serbestiye dayalı uygulamalara örnek olarak, özellikle 19. yüzyılda Osmanlı Devleti tarafından verilen ya da verilmek zorunda kalınan imtiyazlara³ ek olarak 2886 sayılı Devlet İhale Kanununa istinaden yayımlanan Emanet İşlere Ait Uygulama Yönetmeliği hükümleri uyarınca sadece bir taşerondan teklif alınmak sureti ile yapılan anlaşma⁴ öncesi süreçleri gösterebilmek mümkündür.

İhale kavramı ile bağdaşması mümkün olmayan bir diğer etken ise zorunluluktur. İhale, tam bir serbesti içermeyeceği gibi zorunlu bir tercih de dayatamaz. Nitekim bu durumda da aynen tam serbesti halinde olduğu gibi iradeye dayalı gelişen bir süreç yaşanıyor olsa da karşı tarafta yarışan seçenekler ya da en azından bunu olanaklı kılan ortam (ekonomik yön) hiç oluşmaz. Zorunlu bir karşı tarafın varlığı, sürecin ihale olarak nitelenmesine imkan tanımaz. Bu bakımdan, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 22 nci maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde örneklerini bulabileceğimiz ve zorunlu bir tercihi öngören münhasır ya da özel hak

SEZGİNER Murat, İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XI, Sa.1-2, Y. 2007, s. 1087-1093 (Intuitu personae, tek tip bir serbestliğin söz konusu olmadığı, tam serbesti haline de kısmi serbesti haline de karşılık kullanılan bir ilkedir. Burada intuitu personae ilkesi, kısmi serbesti içeren yönü ile değil, sadece tam serbesti (ihale kavramını tümüyle dışlayan) yönü ile ele alınmaktadır. Yoksa intuitu personae ilkesinin kısmi serbesti haline karşılık gelen durumlarda bir ihaleden söz edilebilmesi elbette ki mümkündür.)

³ Bu imtiyazlar konusunda yapılan bir çalışma için bkz. TAN Turgut, Osmanlı İmparatorluğunda Yabancılar Verilmiş Kamu Hizmeti İmtiyazları, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Yıl 1967, C. 22, S. 2, s. 298-323 Ayrıca yazar, bu dönemde verilen imtiyazların, doğrudan yabancılar verildiği gibi büyük çoğunluğu Saraya yakın kişiler ve paşalar olan yerli sermayedarlara da verildiğini ifade etmektedir.

⁴ Emanet İşlere Ait Uygulama Yönetmeliğinin 16. maddesinin ikinci fıkrasında; “Acil ve özellik arz eden işler ilan edilmeksizin komisyonunun ehliyetli görüldüğü bir veya birden fazla taşarondan yazılı veya sözlü teklif almak ve bedel üzerinde anlaşmak sureti yapılabilir.” düzenlemesi yer almaktadır. Bu Yönetmelik, 6.7.1984 tarihli ve 18450 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

sahipliği,⁵ ihale kavramı ile bağdaşmaz. Bu örneği önemli kılan bir diğer yön ise, 4734 sayılı Kanunun farklı bir özelliğini görmemize imkan sağlamış olmasıdır. Bu diğer yönüyle 4734 sayılı Kanun, salt ihaleyi değil ihalesizliği de hükme bağlayan bir Kanundur.

Gerek şans gerek takdir yetkisi gerekse de zorunluluk faktörlerinin, ihale kavramı ile bağdaştırılmasının mümkün olmadığı çıkarımında vurgu “tam olma” haledir. İhale, bu “tam olma” hallerine karşı geliştirilmiş, “tam” şansı, takdir yetkisini ya da zorunluluğu, niteliği gereği dışlayan bir araçtır. Ancak bu çıkarım, “kısmi” haller söz konusu olduğunda geçerliliğini yitirir. İhale, koşulların tüm süreç boyunca kesintisiz şekilde muhafazasına bağlı bir kazanım değildir. Süreçte bir asgarinin varlığı, bu kazanım ve ihale nitelemesi için yeterli olacaktır. Bu asgari unsur ise “ihale niteliği taşıyan bir evre”dir. Karşı taraf belirlemeyi amaç edinen bir sürecin, bu nitelikte bir evreye (parçaya) sahip olması, sürece bütünüyle ihale niteliği kazandıracaktır. Bu evre/parça, ihale niteliğinin, yeter ve gerek koşulu; olmazsa olmaz asgari unsurudur.

Bu bakımdan ihale açısından belirleyici olan, sürecin, yarışmaya olanak sunan ve kurallı seçime dayanan bir evreyi/parçayı içermesidir. Bu kapsamda, 10 kişi arasından kurallı bir yarışma neticesinde 3 kişinin belirlendiği ve bu kişiler arasından kazananın kura ile tespit edildiği bir süreç ya da tam aksine yapılan kura ile 10 kişi arasından 3 kişinin belirlendiği ve bu kişiler arasından kurallı bir yarışma ile kazananın tespit edildiği bir süreç bu asgari unsuru içeren ve şans faktörüne rağmen ihale olarak nitelenebilecek süreçlerdir. Dolayısıyla “kısmen” şansa - takdir yetkisine - zorunluluğa dayalı olsa da bu asgari unsuru taşıyan bir süreç, ihale nitelemesini hak eden bir süreçtir. Ve bu anlamda ihale, “*ihale niteliği taşıyan bir parçaya/evreye sahip olunan süreç*” olarak tanımlanabilmesi de mümkün olan bir kavramdır.

Ne var ki bu asgari unsur, neticede bir ihale kavramından söz edilebilmesine imkan sağlıyor olsa da aslında bir sorunu da beraberinde taşımaktadır. Bu, şansa - takdir yetkisine - zorunluluğa tekabül eden bu (kısmi) alanın genişlediği/tam olma haline yaklaştığı oranda gerçek anlamda ihale kavramından da bir o kadar uzaklaşıyor olma sorunudur. Bu yönde yaşanan her genişleme, ihalenin görünürde bir uğraş halini

⁵ 4734 sayılı Kamu İhale Kanunun 22 nci maddesinin (a) bendinde; “İhtiyacın sadece gerçek veya tüzel tek kişi tarafından karşılanabileceğinin tespit edilmesi”, (b) bendinde; “Sadece gerçek veya tüzel tek kişinin ihtiyaç ile ilgili özel bir hakka sahip olması” hallerinde doğrudan temin usulüne başvurulabileceği ifade edilmektedir.

almasına ve bu halin de giderek belirginlik kazanmasına yol açar. Bu durumun taşıdığı anlam ise ihale kavramının, varlık sebebinden ve savunulabilir olmasından tedricen uzaklaşılmasıdır.

Gerçek anlamda ihale kavramından uzaklaşarak ihaleyi giderek görünürde kılan bu tür uygulamalar açısından ülkemiz ihale pratiği oldukça cömert örnekler sunar. Bu örnekler, yasal bir dayanağa sahip olabileceği gibi rastlantısal da olabilir. Bu bağlamda yarışma ortamı tümüyle sağlanmış olmasına rağmen tek teklifin sunulduğu ya da geçerli tek teklifin kaldığı ihaleleri rastlantısal örnek kapsamında; “kura usulü”⁶ ile sonuçlandırılan ihaleleri ise yasal dayanağa sahip örnekler kapsamında değerlendirebilmek mümkündür. Ancak görünürde ihale söz konusu olduğunda ülkemizde hiçbir şey asgari üç kişinin daveti⁷ ile neticelendirilebilen ihale örneklerinin yerini tutamaz. Aynı zamanda ihale geçmişimizde tüm yargı düzenlerini meşgul eden boyutlarda bir öneme sahip olan bu “lütufkar” olanak, aynı önemini benzer şekilde günümüze de taşımayı başarmıştır. Bu önem, 90’lı yılların ünlü İSKİ skandalındaki payından⁸, Koray AYDIN’ın Yüce Divanda yargılanmasına yol açan suçlamaların başında yer almasına⁹ ve son dört buçuk yıl içinde sadece bir firmaya toplam 3.8 milyar TL tutarında işin ihale edildiği ya da iki buçuk ay içerisinde toplam 5.9 milyar TL

⁶ 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu uyarınca yayımlanan “Yapım İhalelerinde Uygun Bedelin Tercihinde Kullanılacak Kriterler Hakkında Tebliğler”de tekliflerin eşit çıkması halinde uygun bedelin, kura çekilerek tespit edilebileceği düzenlemesine yer verilmiştir. (Bu kapsamda yayımlanan Tebliğler için bkz. AKTAŞ Nebi, Devlet İhale Mevzuatı (1924-1993) Maliye Bakanlığı Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğü, Sayı:1994/5, Ankara, Haziran 1994, s.723-772) 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa istinaden yayımlanan Hizmet Alımları İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin 63 üncü maddesi ve Kamu İhale Genel Tebliği’nin 70 inci maddesinde de hizmet alımı ihalelerinde eşitliğin bozulmaması durumunda ihale komisyonu tarafından kura yöntemine başvurulabilmesine imkan tanınmıştır. Benzer şekilde, Diyaliz Merkezleri Hakkında Yönetmeliğin 9. maddesinin üçüncü fıkrasında da bu usule başvurulabilme imkanının tanındığı görülmektedir. Kura usulü açısından dikkat çekici olan, esas itibarıyla bu usullerin son çare olarak başvurulabilecek istisnai uygulamalar şeklinde kurallandırılmış olmasıdır.

⁷ 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun “Belli istekliler arasında yapılacak ihaleler” başlıklı 44 üncü maddesinde ismen sayılan silah ve malzeme sistemleri, barajlar, enerji santralleri, karayolları, köprüler gibi işlerin teknik yeterlilikleri ve güçleri idarece kabul edilmiş en az üç istekli arasında kapalı teklif usulü ile yaptırılabilmesi, hatta Maliye ve Gümrük Bakanlığının görüşüne dayanılarak Bakanlar Kurulundan bu hususta ayrıca karar alınması ve zorunlu nedene dayalı olması şartıyla üçten az istekliden de teklif alınabileceği öngörülmüştür. Bu imkan, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununda ise daha sınırlı olarak tanınmış ve Kanunun pazarlık usullerini düzenleyen 21 inci maddesinin (b), (c) ve (f) bentlerinde belirtilen hallerde en az üç istekli davet edilerek, bu isteklilerden yeterlik belgelerini ve fiyat tekliflerini birlikte vermelerinin isteneceği hükme bağlanmıştır. Ne var ki, uygulama, hiçbir zaman maddenin öngördüğü sınırlılıktaki olmamıştır.

⁸ DOĞANER Seçkin, Soygunun Öteki Adı: Devlet İhalesi, İletişim Yayınları, 1. Baskı, 1999, s.177

⁹ AYM. (Yüce Divan Kararı) E:2004/4, K:2007/2, Karar Günü: 5/10/2007

tutarında davetli ihalenin gerçekleştirildiği yönündeki iddialara¹⁰ uzanan, oldukça meşakkatli bir geçmişin getirisi olan ve hak edilerek kazanılmış bir önemdir.

Bu önem, Anayasa Mahkemesi kararlarına da yansımış, hatta 4734 sayılı Kanun ile görünürde ihale ilişkisinin en can alıcı noktasına temas eden ilginç bir süreç de sahne olmuştur. Anayasa Mahkemesi, 2014 yılında 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanunda öngörülen ve Kanunun ilan yapılmaksızın üç isteklinin daveti ile ihalenin gerçekleştirilebilmesine imkan tanıyan hükmünü;

“...Dava konusu kuralın madde gerekçesinde, “Kanun’un öngördüğü her türlü mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinin özelliği ve âciliyeti sebebiyle” anılan düzenlemeye gerek görüldüğü ifade edilmiştir... Buna göre,...ihtiyaç duyulan mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinin hızlandırılmasında kamu yararı bulunduğu açıktır.

Bununla birlikte, Kanun’un ülkemizdeki yapı stokunun büyük bir bölümünü dönüştürmeyi amaçladığı, kuralın sadece mal ve hizmet alımını değil yapım işlerini de kapsadığı dikkate alındığında, böyle geniş bir alanda uygulanacak ve yüksek meblağların ödenmesini gerektirecek alım ve yapım işlerinde saydamlık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik, gizlilik ve kamuoyu denetimi ilkelerine uyulmasında da kamu yararı bulunmaktadır. Kural kapsamındaki uygulamalar yönünden can ve mal güvenliğine yönelik gerçekleşmiş öngörülemeyen olaylar da söz konusu değildir... bu usullerin Kanun kapsamında yapılacak işlerin gerektirdiği hız ile yukarıda belirtilen ilkeleri birlikte karşılaması gerekir.

Belirtilen hususlar dikkate alındığında, dava konusu kuralla belirlenen usulün, kamu kaynağı kullanılarak gerçekleştirilen her türlü mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinin niteliğinin gerektirdiği saydamlık, rekabet, güvenilirlik ve kamuoyu denetimi ilkelerini yeterince karşıladığı söylenemez.”

gerekçesiyle Anayasa’ya aykırı bularak iptal etmiştir.¹¹ Ancak bu iptal kararına rağmen, hüküm, aynı ifadelerle üstelik de aynı Kanuna 2016 yılında tekrar eklenmiş ve bu şekilde bu usulün, dolayısıyla görünürde ihalenin tekrar varlık kazanması sağlanmıştır.

Ancak ilerleyen süreçte, bu yeni hükmün öncekinden farklı olarak Anayasa bağlamında endişe edilecek bir durum yaratmadığını anlamamızı sağlayan bir gelişme

¹⁰ http://www.cumhuriyet.com.tr/koseyazisi/807156/Saracoglu_muteahhit_sofrasinda.html (Erişim Tarihi: 20/8/2017)http://www.cumhuriyet.com.tr/koseyazisi/802145/iki_bucuk_ayin_davetli_ihale_bilancosu_5_9_milyar_TL.html (Erişim Tarihi: 14/8/2017)

¹¹ AYM, 27/2/2014 tarihli ve E:2012/87, K:2014/41 sayılı Karar R.G. Tarih-Sayı: 26/7/2014-29072

yaşanmıştır. Anayasa Mahkemesi, önüne gelen yeni hükme ilişkin bu kez aksi bir sonuca ulaşmış ve yeni hükmün, önceki Kararına rağmen yürürlüğe konulan bir hüküm olmadığını ortaya koymuştur. Mahkeme bu yeni hükme ilişkin değerlendirmesinde;

“...Kanun koyucunun tüm mal ve hizmet alımları için tek bir ihale usulünü benimsemesi zorunlu olmayıp kanun koyucu... farklı nitelikteki mal ve hizmetler yönünden durumun gerektirdiği ölçüde farklılaşan ihale usulleri belirleyebilir. Anayasa’ya uygunluk denetiminde ise kanun koyucunun kamu yararı anlayışının isabetli olup olmadığı değil, incelenen kuralın kamu yararı dışında belli bireylerin ya da grupların çıkarları gözetilerek yasalaştırılmış olup olmadığı incelenecaktır.

Kuralın, özellikle terör eylemleri nedeniyle altyapısı kullanılamayacak hâle gelen yerleşim yerlerinde... imar uygulamalarının ivedilikle gerçekleştirilmesini mümkün kılmak ve idarelere hareket alanı tanıyarak kamu hizmetinde devamlılığın sağlanmasına imkân tanımak amacıyla ihdas edildiği anlaşılmaktadır... sürecinin hızlandırılması ve uygulamanın kolaylaştırılmasında, diğer ihale usullerine göre daha kısa sürede sonuçlandırılan pazarlık usulünün benimsenmesinde kamu yararının bulunduğu açıktır.

Kamu düzeni veya güvenliğinin olağan hayatı durduracak veya kesintiye uğratacak şekilde bozulduğu yerlerde, ... alanların riskli alan olarak ilan edildiği durumlarda işin ivedilikle yapılmasını mümkün kılmak ve idarelere hareket alanı tanıyarak kamu hizmetinde devamlılığın sağlanmasına imkân tanımak amacıyla belirtilen alanlarla sınırlı olmak üzere... pazarlık usulünün uygulanmasında kamu yararı amacı dışında bir amaç güdüldüğü saptanamadığından kuralda hukuk devleti ilkesine aykırı bir husus bulunmamaktadır.”

gerekçesiyle maddenin, Anayasa’ya aykırı olmadığına karar vermiştir.¹² İptal edilen hüküm ile bu hüküm karşılaştırıldığında aralarında kapsam yönüyle bir fark bulunduğu ve bu hükmün daha sınırlı bir alana karşılık geldiğinden bahisle bu Kararın netice itibarıyla yerinde olduğunu ileri sürmek mümkünse de¹³ bu hükümlerde asıl dikkati

¹² AYM, 15/11/2017 tarihli ve E:2016/133, K:2017/155 sayılı Karar R.G. Tarih-Sayı: 11/1/2018-30298

¹³ Anayasa Mahkemesinin iptal ettiği hüküm; “Bu Kanun uyarınca kamu kaynağı kullanılarak gerçekleştirilen her türlü mal ve hizmet alımları ile yapım işleri, 4734 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde belirtilen hâllere dayanan işlerden sayılır.” şeklinde iken, 2016 yılında eklenen Ek Madde 1 hükmü;

(1) a) Kamu düzeni veya güvenliğinin olağan hayatı durduracak veya kesintiye uğratacak şekilde bozulduğu yerlerde; planlama ya da altyapı hizmetleri yetersiz olan veya imar mevzuatına aykırı yapılaşma bulunan yahut yapı ya da altyapısı hasarlı olan alanlar,...Cumhurbaşkanınca riskli alan olarak kararlaştırılabilir...

b) Birinci fıkranın (a) bendi uyarınca belirlenen riskli alanlarda kamu kaynağı kullanılarak gerçekleştirilen her türlü mal ve hizmet alımları ile yapım işleri, 4734 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin birinci fıkrasının

eken 4734 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine ve görünürde ihaleye olan (haklı) bağımlılıktır.

Hem iptal edilen hükümde hem de yeni hükümde, 4734 sayılı Kanunun 21. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamına dair belirleyici bir tasarrufta bulunulmakta ve bu tasarruftan da bu iki hükümün, 21/b maddesine bağılı anlam kazanabilen ve uygulanabilen hükümler olduğı anlaşılmaktadır. Bu noktada temel belirleyici rolü, Kanunun en meşhur ve istismar edilen maddelerinden birisi üstlenmektedir. 4734 sayılı Kanunun 21. maddesi istisnai bir usul olan pazarlık usulünü hükme bağılamakta iken, (b) bendi de maddenin şüphesiz en tartışmalı ve sorunlu yöntemine karşılık gelmektedir. Hatta asgari üç kişi davetinin ve bu anlamda görünürde ihalenin tartışıldığı bir alanda, bu maddenin varlığından söz edilmemesi büyük bir eksiklik addolunmaktadır. Bu maddeyi uzun uzadıya ele almak mümkünse de madde için son tahlilde söylenebilecek olan, başlangıç aşamasında olmasa da geldiğı nokta itibarıyla gerçek amacından oldukça uzaklaştığı, asgari üç kişinin daveti ile gerçekleştirilen görünürde ihalelerin en önemli pozitif hukuki dayanağı ve Kanunun en büyük pişmanlıklarından birisi haline geldiğidir.¹⁴ Ayrıca Mahkemenin görünürde

(b) bendinde belirtilen hâllere dayanan işlerden sayılır.” şeklinde dir. 6306 sayılı Kanun, afet riski altındaki alanları ya da bu alanlar dışındaki riskli yapıları konu alan ve bu yapıları ya da alanları iyileştirme ve yenilemeyi (geniş anlamda kamu düzenini) amaç edinen bir Kanundur. Kanunda riskli alan, “zemin yapısı veya üzerindeki yapılaşma sebebiyle can ve mal kaybına yol açma riski taşıyan... Cumhurbaşkanınca kararlaştırılan alan” şeklinde tanımlanmıştır. İki hüküm karşılaştırıldığında, ikinci hükümün iptal edilen hükme oranla daha sınırlı bir alana karşılık geldiğı anlaşılmaktadır. İptal edilen hüküm, 6306 sayılı Kanuna dayanılarak yapılan her türlü alım ve işi kapsamakta iken yeni hükümle birlikte bu alan, daha da sınırlandırılmakta ve kamu düzeni veya güvenliğı temelinde Cumhurbaşkanınca kararlaştırılan riskli alanlara hasredilmektedir. Anayasa Mahkemesi açıkça dile getirmemiş olsa da Kararından yeni hükümün daha sınırlı bir alana karşılık geldiğı inancını taşıdığını anlamak ve bu Kararının netice itibarıyla yerinde olduğı sonucuna ulaşabilmek mümkün gözükmektedir. Ancak bu iddiaya karşı bir itirazda bulunmak da mümkündür. Buna göre 2016 yılında eklenen bu madde, zaten 6306 sayılı Kanunun yürürlüğü girdiğı tarihten beri Bakanlar Kuruluna (artık Cumhurbaşkanına) ait riskli alan olduğına karar verme yetkisini tekrarlamakta ve aynı zamanda “kamu düzeni” gibi zaten bu Kanunun konu ve amacına içkin bir üst kavramı esas almaktadır. Bu doğırltuda yeni madde, iptal edilen maddeye oranla esaslı bir sınırlama getirmemekte ve iptal hükümüne rağımen, aynı Kanuna aynı madde eklenmek suretiyle idarenin aynı olanaklara tekrar kavuşmasını sağılamaktadır. Ancak bu, diğ rine nispetle savunulabilmesi daha g  bir iddiadır.

¹⁴ 4734 sayılı Kanunun 21. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin ilk hali; “Doğıal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması” şeklinde dir. 2008 yılında maddede yapılan değışiklikle, (Değışiklik, 5.12.2008 tarihli 27075 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.) bu bende göre ihalelerin asgari üç istekli davet edilmek suretiyle gerçekleştirilebilmesine imkan tanınmıştır. Aslında bu şekliyle bile bent, böyle bir ivedilik durumunda neden 3 kişi davet edilmesi gerektiğini sorgulamamıza yol açacak denli iyi ve haklı amaca sahip olan bir h k md r. Ancak uygulamada idarelerin, bent kapsamına girmediğı açık olan işlerini de bu kapsamda ve üç istekli davet ederek gerçekleştirmeleri, bendin bu haklı amacının da sorgulanmasına sebep olmuştur. Özellikle Yüksek Hızlı Tren Hattı altyapı,  styağı inşaatı ile yol yapımı gibi işlerin de üstelik de artan bir şekilde bu bende konu edilir hale gelmesi ise artık bu haklı amaçtan bütünüyle sapıldığını ve maddenin

ihaleye karşı bir duruş sergilediği ilk Kararında, iptale dayanak teşkil eden *geniş alanı dönüştürme potansiyeli taşıması ve yüksek meblağların ödenmesini gerektirmesi* gerekçeleri dolaylı olarak 4734 sayılı Kanunun 21/b maddesinin de tartışmaya açılması anlamı taşımaktadır. Zira 4734 sayılı Kanunun sahip olduğu kapsam düşünüldüğünde 21/b maddesinin, 6306 sayılı Kanuna oranla görünürde ihale temelinde çok daha geniş bir alanı dönüştürme potansiyeline sahip olduğu ve yüksek meblağların ödenmesini gerektirdiği açıktır. Bu durum karşısında ilk akla gelen soru ise ilk Karar bağlamında ulaşılan Anayasa'ya aykırılık sonucunun evleviyetle 21/b maddesinin meşruluğunun sorgulanmasını gerektirip gerektirmediği olmaktadır.

Bununla birlikte ihale pratiğinde işgal ettiği önem, bu üç kişilik usulün, öğretinin de uğrak alanlarından biri haline gelmesine yol açmış ve yazınsal düzeyde de bu usulün ve taşıdığı önemin sıklıkla vurgulanmasına sebep olmuştur. Bu kapsamda, *“O işi rekabet ortamında gerçekleştirebilecek yeterli kapasiteye sahip çok sayıda firmalar arasından üç tanesini belirleyip belirlenen bu üçünden teklifte bulunmasını istemek, isteyen için bir “fırsat” istenen için bir “nimet” oluşturabilir. Bu “fırsat-nimet” birlikteliğinin şekillenmiş bir mevzuat anlayışıyla örtüşmesi durumunda; işlerin, yine de kamu yararına sonuçlandırılabilceği düşüncesini taşımak safdillik olacaktır.”*¹⁵ ifadeleri, öğretinin bu usule verdiği önemin göstergelerinden sadece birisini oluşturmaktadır.

Şüphesiz bu davet usulü, ülkemizde ihale kavramına dair bir toplumsal algı ve kanaatin oluşumuna yadsınamaz bir katkı sağlamış ve ne yazık ki sağlamaya da devam etmektedir. Özellikle görünürde ihale, toplumsal bir karşılık kazanımında bu usule çok şey borçludur. Bu usul, son çare ya da istisnai uygulama olarak ne kadar iyi niyetli ve ayrıntılı kurgulanmış olursa olsun “yasal sınırlara sığmayan mizacı” sebebiyle bir türlü giderilemeyen bir ihale sorunu olarak her dönem ve koşulda varlığını sürdürmeyi

işlevini bütünüyle kaybettiğini göstermektedir. Bu kapsamdaki örnekler için bkz. http://www.cumhuriyet.com.tr/koseyazisi/865532/2_milyar_TL_lik_davet_isi.html, http://www.cumhuriyet.com.tr/koseyazisi/751351/Davet_li_yollar_3_havalimanina_cikiyor.html (Erişim Tarihi: 14/11/2017) Bununla birlikte oluşan bu fiili durumlar yeterli gelmediğinden ya da bu fiili durumlara sonradan hukukilik kazandırılabilceği inancı ile olsa gerek, 21/b maddesine 2018 yılında bir ibare eklenmiş (Değişiklik, 25.5.2018 tarihli 30431 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.) ve yapılan değişiklik sonrasında bent, *“Doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya yapım tekniği açısından özellik arz eden veya yapı veya can ve mal güvenliğinin sağlanması açısından ivedilikle yapılması gerekliliği idarece belirlenen hallerde veya idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması”* şeklini almıştır. Benden aldığı bu yeni hal ise hem anlaşılması güç bir ibare ile bizi karşı karşıya bırakmış, hem mevcut karmaşa ve belirsizliği daha da artırmış, hem de görünürde ihale hususunda 90’lı yıllara iyiden iyiye benzediğimizi yasal olarak teyit etmiştir.

¹⁵ TURHAN Seyfullah, Devlet İhaleleri ve Rekabetsiz İhale Uygulamaları, Sayıştay Dergisi, Sayı:22, Temmuz-Eylül 1996, s.28

başarmıştır. Bu, süreklilik arz eden oldukça da şaşırtıcı bir başarıdır. Bu başarısının sırrını ise usulün, ihale alanında birçok başarılamanı başarması oluşturmaktadır. Mesela; usul, aslında doğrudan tercihin, ihale adı altında gerçekleştirebilecek bir yöntem de olabileceğini göstermekte ya da davet edilenlerin sırasını beklediği “paylaşımıcı” ve “adaletli” bir düzene işlerlik kazandırarak, ihalenin belli kişilerin sırayla kazanabildikleri bir sürece de dönüşebileceğini görmemizi sağlamaktadır.¹⁶ Aynı zamanda usul bu başarısını, ülkemizde ihale kavramının yıpranmasının, kayırmacılık ve yolsuzluk gibi kavramlarla birlikte anılır hale gelmesinin ve ihalenin, bir istismar aracı olduğu kanısının toplum nezdinde geçerlik ve yaygınlık kazanmasının her daim başlıca sebepleri arasında yer alarak da taçlandırabilmektedir.

Ancak bu ironi, tabii ki görünürde hal alan ya da bu hale yaklaşan her türlü ihalenin, mutlak surette kötüye yorumlanması gerekliliğini de doğurmamalıdır. Nitekim kimi zaruri haller, gerçek anlamda ihale kavramından uzaklaşılmasına haklı gerekçe sunar. Bu hallerin başında doğal afetler gibi ani, beklenmeyen ve öngörülmesi mümkün olmayan olaylar gelmektedir. Bu anlamda hiç kimse bir sel ya da deprem meydana geldiğinde bu olaylara acilen müdahale için gerekli makine ya da ekipmanın gerçek anlamda ihale koşulları içerisinde temin edilmesi gerekliliğinden söz edemez ve bu şekilde bir beklenti içerisine de girmez. Hatta bu acil durumların boyutları, bir ihale beklentisini dahi tümüyle ortadan kaldırabilir. Nitekim, bu tür olaylarda yaşanılacak zaman kaybının, can ve mal kaybı ile sonuçlanma tehlikesi, gerçek anlamda ihalenin dışlanmasına ve görünürde ihaleye hatta ihalesizliğe toplumsal ve hukuksal bir meşruluk kazandırır. Tabii ki bu kazanım, beklenmeyen ve öngörülmeyen olayların sebep olduğu ve acil müdahaleyi gerekli kılan ihtiyaçların temini ile sınırlı olunmasına bağlıdır. Yoksa ülkemizde yapıldığı gibi acil müdahalenin gereklilik sınırlarını aşacak şekilde olayın tüm etkilerinin, görünürde ihale ya da ihalesizlikle giderilmeye çalışılmasının ve bu doğrultuda köprü, yol gibi inşaat işlerine de girişilmesinin, bu meşruluk kapsamında değerlendirilebilmesi mümkün değildir.

¹⁶ Davetiye usulünün, ihale üzerinde bırakılacak firmanın, üç istekli koşulunu sağlamak amacıyla görünürde teklif sunacak iki firma daha bularak teklif verdiği ya da davet edilen “ayrıcalıklı” kişilerin ihaleyi sırayla kazanmayı beklediği bir sisteme yasallık kazandırmaktan başka bir işe yaramadığına ilişkin yaygın ve haklı bir kanaat hakimdir. İhale geçmişimiz de bu kanaatin haklılığını destekleyen örneklerle doludur. DOĞANER’in aktardığı, 1993 yılında Bayındırlık Bakanlığı tarafından davetiye usulü ile gerçekleştirilen bir ihalede, ihale üzerinde bırakılan firmaların, ihaleden iki gün önce bir gazeteye çekilen faksta ihaleyi kazanacağı belirtilen firmalarla aynı ve üstelik bunlardan birisinin, bir partinin il örgütü başkanı olduğu ve nihayetinde ihalenin iptal edilmek zorunda kaldığı örnek, bunlardan sadece birisidir. (DOĞANER, “Soygunun Öteki Adı...” s. 75-76)

Benzer şekilde kimi politik, sosyal ve çevresel etkenler de ihaleyi her haliyle müspet kabul edilen bir araca dönüştürebilir. Bu müspet şekliyle ihale, bu kez dezavantajlı gruplara (yaşlılar, engelliler, kadınlar gibi), çevresel faktörlere (yeşil alım), korumacı yaklaşımlara (yerli istekli, yerli malı, KOBİ desteği gibi) avantaj sağlayan ya da doğrudan bu grupları, faktörleri veya yaklaşımları önceleyen bir araç olarak karşımıza çıkar. Hatta günümüzde ihalenin makbul yönünü ekseriyetle bu etkenler oluşturur. Devlet de ihale yöntemini bu şekilde araçsallaştırmak suretiyle, ekonomiden insan haklarına kadar uzanan geniş bir alana müdahale edebilme ve sosyal yönünü gösterebilme imkanına kavuşur. Aynen acil ve zaruri hallerde olduğu gibi bu durumda da çevresel, sosyal ve (nispeten) korumacı politikalar nedeniyle gerçek anlamda ihaleden uzaklaşılması ve ihalenin görünürde bir hal alması ya da bu hale yaklaşılması pek kayda değer bulunmaz. Zira artık amaç, ön plana geçmekte ve meşruluk kazanmakta, aracın ikinci plana atılmasını gerektiren bir fayda vaat etmektedir. İşte bu fayda, görünürde hal alan ya da bu hale yaklaşan ihalenin de toplumsal bir anlayış ve destek kazanmasına sebep olur. Bununla birlikte, görünürde ihalenin anlayışla karşılandığı bu hallere, gizlilik içinde yürütülmesi gereken savunma ve ulusal güvenliği ilişkin alımlar gibi örnekleri de ekleyerek genişletmek mümkünse de bu genişliğin, görünürde ihalenin, istisnai bir alana tekabül etmesi gerekliliği ve gerçekliğini değiştiremeyeceği de unutulmamalıdır.

Danıştay da pazarlık usulü ile ihale edilegelen bir alanın artık açık ihale usulü ile ihale edileceği kuralını getiren bir Genelge'ye ilişkin yapmış olduğu değerlendirmesinde, ihalede açıklık ve rekabet ilkelerinin sağlanabilmesi bakımından açık ihale usulünün, pazarlık usulüne göre daha objektif nitelikte bir yöntem olduğu belirlemesini yapmış ve akabinde “...objektif ve belirlenebilir kriterlere dayalı, rekabetin sağlanabildiği, ilan ve şekil şartlarıyla güvence altına alınmış olan açık teklif usulünün takdir yetkisi çerçevesinde tercih edilmesi ...”ni hukuka aykırı bulmamıştır.¹⁷ Bu şekilde idari tercihin, istisnai olana (görünürde ihale) değil, kurala (gerçek anlamda ihale) yönelmesinin yerindeliği ve gerekliliği mahkeme tarafından da teyit edilmiştir.

Öte yandan ihaleyi, salt içsel bir süreç olarak ele almak ve değerlendirmek mümkün değildir. İhale, yarışmayı olanaklı kılan bir ortam içerisinde karşı tarafın seçimine yönelmiş bir süreçten fazlasıdır. Aynı zamanda dışa dönük (dışsal) etkileri de

¹⁷ Danıştay 13. Dairesi, 2/3/2011 tarihli ve E:2009/1028, K:2011/858 sayılı Kararı

olan bir süreçtir. Bu dışsal etkiler, ihalenin dış alemde yol açtığı etkiler ve bulduğu karşılıktır. Bu yönüyle de gerçek anlamda ihale, içsel ve dışsal etkilerin birlikte göz önünde bulundurulmasını gerekli kılan bir süreçtir. İhale, içsel olduğu kadar dışa dönük etkilere de bağlı bir kazanım olmalıdır. Bu birlikteliği sağlayamamanın yol açabileceği sonuçları yansıtmaları bakımından yakın zamanda gerçekleştirilen Araç Muayene Hizmet İhalesi, oldukça ilgi çekici bir örnek teşkil etmektedir. Kamusal imtiyaz şeklinde yürütülegelen bir hizmet - piyasa gereklerine uygun şekilde serbestleştirilme imkanına rağmen - ihale süreci işletilmek suretiyle özel bir imtiyaza dönüş(türül)müştür.¹⁸ Bu, her yönüyle düşündürücü bir örnektir. Herhangi bir zorunluluk olmamasına rağmen bir tekel, ihale aracılığıyla başka bir tekel halini almıştır. Bu durum kuşkusuz, ihalenin dışsal etkisinin göz ardı edilmesinin bir sonucudur.

Şayet kamu tekelinde bulunan bir hizmet, tüm ülkenin iki ana bölgeye ayrıldığı ve tekliflerin de bu bölgeler esasında alındığı bir kurguda ihaleye konu edilirse, dışa dönük etkinin de bir (özel) tekel olarak karşımıza çıkması pek şaşırtıcı bulunmaz. Zaten kurgunun yaratabileceği azami etki, kısmi tekeldir/duopoldür.¹⁹ Bu netice, salt dışsal etkilerin de bir ihalenin görünürde addolunması için yeterli olabileceğini göstermesi bakımından önemlidir. Bu noktada, artık içsel uğraş ve sürecin sağladığı başarının bir önemi yoktur. Nitekim, dışsal etkinin sebep olduğu sonuç, gerçek anlamda ihale kavramından uzaklaşılmasını sağlayacak argüman ve izlenimi fazlasıyla sunmaktadır.

Kuşkusuz bu dışsal etkiler, sadece ihalenin piyasada yol açtığı etkilerle de sınırlı değildir. İhalenin, fiilen gözlemlenebilen etkilerini de bu kapsamda değerlendirmek gerekir. Nitekim bu etkiler, her durumda sözleşme aşamasının ve denetim eksikliğinin bir sonucu olarak karşımıza çıkmaz. Bu dışsal etkiler, her şeyden önce ihale sürecine bağımlı dışa yansımalarıdır. Bu açıdan da öncelikle ihale şartnamelerinin ve bu şartnamelerin hazırlanmasında gösterilen özen ve ihtimamın (kurallaşmanın) birer sonucudurlar. Uygun ve kaliteli malzemenin belirlenmesinden, eserin projelendirilmesi, tasarım ve görünümüne kadar uzanan oldukça geniş bir şartname alanının pratiğe

¹⁸ Bu konunun ayrıntılı değerlendirmesi ve eleştirisi için bkz. ÇAL Sedat, Araç Muayene Hizmetinin Özelleştirilmesi, AÜHFD, Yıl 2008, C. 57, S. 2, s. 63-113

¹⁹ Bu kurgu, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı tarafından, “İl il veya daha çok bölge halinde ihaleye çıkılmamıştır. Bütün araçlarla ilgili bilgiler de tek bir noktada toplanacağından iki bölge olması güvenlik ve hizmetin daha sağlıklı yapılması açısından önem arz etmektedir. İhalenin, il il yapılması halinde bazı il ve ilçelerde hizmetin yapılmasına talipli çıkması mümkün olmayacak, hizmetin aynı anda faaliyete geçmesi zorlaşacaktır. Gelişmiş ülkelerde de uygulama bu yöndedir.” şeklinde gerekçelendirilmiştir. (http://www.oib.gov.tr/duyuru/2004-10-21_encok_soru.htm Erişim Tarihi: 25/4/2017)

aktarımındırlar. Bu sebeple de bu öncelikli aşamalara gerekli özenin gösterilmediği bir işten, olumlu bir dışsal etki beklemek de faydasız olacaktır. Dolayısıyla da deprem riski taşıyan bir bölgede bu risk göz ardı edilerek inşa edilen ve bir deprem anında ilk önce yıkılan devlet binalarını bir ihalenin neticesi olarak değerlendirmek mümkün olsa da, gerçek anlamda bir ihalenin neticesi olarak değerlendirebilmek mümkün olmayacaktır.

Bununla birlikte geçmiş Antik Yunan ve Roma dönemine dayanıyor olsa da²⁰ ihale kavramının gerçek değerini, günümüzde bulduğu söylemek yanlış olmaz. İhale, günümüzde hiç olmadığı kadar ön planda ve şöhret sahibidir. Bu, bir iktisadi dönüşümün eseridir ve esas itibarıyla kamu hizmetleri üzerinden kazanılan bir şöhrettir. 70’li yıllardan itibaren keynesyen politikaların terkedilerek neoliberal anlayışın yaygınlık kazanması ile kamusal alan aleyhine yaşanan daralmanın ön plana çıkardığı ve başta özelleştirmeler olmak üzere oldukça da istifade ettiği kurumlardan biri, ihale olmuştur. Bu dönüşüm, ihale kavram ve sürecini ön plana çıkartırken, bir ihale tasavvurunu da beraberinde getirmiştir. Bu, amaç – araç ilişkisinin bir sonucudur. Nihai amaç (ekonomik dönüşüm), aracın (ihale) tasvirinde ve kimlik kazanımında belirleyici rol oynamıştır. Ekonomik dönüşüme atfedilen keyfiyet, aynı zamanda ihalenin de keyfiyeti halini almıştır. Bu anlamda ekonomik dönüşüm, ne kadar ideolojik, politik, sosyal, ahlaki bir nitelik taşımakta ise ihale de o oranda ideolojik, politik, sosyal ve ahlaki nitelik taşıyan bir aygıt olarak kabul edilmektedir. İşte bu amaç - araç birlikteliği dolayısıyla ihale, günümüzde bu ekonomik dönüşüme atfedilen oranda nitelik sahibi bir araç olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu dönüşüm sürecinde ihalenin, kamu hizmetlerinin organik kriterinde çözülmeyi ya da bir imtiyaz kazanımını mümkün kılan araç vasfı belirginlik kazanmıştır. İhale, kamu hizmetlerinin, kamusal yürütümden özel/piyasa yürütümüne geçişinde başvuru en önemli araç halini almıştır. Zaten ihalenin, bu denli ön plana çıkmasını ve tartışılır hal almasını sağlayan, iki karşıtı buluşturan bu araçsal yönü ve bu hususta sahip olunan sürekliliktir. Süreklilik için ise yeni ihale edilebilir alanlar bulmak/oluşturmak ve ihale edilebilir niteliklerinin hukuka uygunluğunu araştırmak

²⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. BUZ Vedat, Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s.36-37 Yazarın aktardığına göre günümüzdeki ihale hukukunun temelini Roma Hukukundaki “licitatio” usulü oluşturmaktadır. Bu usul, 19. yüzyılın ortalarına kadar uygulanagelmiş ve bu tarihten sonra yerini “ihale” usulüne bırakmıştır. İki usul arasındaki temel farkın ise tekliflerin verilme şekline kaynaklandığı ve “licitatio” usulündeki sözlü teklifin yerini “ihale” usulü ile birlikte artık yazılı teklifin aldığı anlaşılmaktadır.

gibi biraz yorucu ve düşünsel bir uğraşa girişmek gerekmektedir. Ne var ki bu alanların, vergi tahakkuk ve tahsilatına kadar uzanabilme potansiyeline sahip olduğu yönündeki günümüz görüş ve söylemleri,²¹ aslında bunun pek fazla düşünmeyi gerektiren, ülkemize uygun bir uğraş olmadığını kolaylıkla anlamamızı sağlamaktadır. Bu açıdan ihale edilebilir alanlar üzerinden ihaleye dair yeni tartışma alanları açmak, ülkemiz şartlarında sanıldığı kadar zor ve yorucu olmamakta ve radikal bir değişiklik yaşanmadığı sürece de olmayacağı benzetilmektedir. Bu durum ise ihalenin, kamu hizmetleri üzerinden hak ederek kazandığı önemini, ülke olarak uzunca bir süre daha konuşmaya devam edeceğimizi de göstermektedir.

Öte yandan, ihale kavramını, ilk kez türetmemiş ve başlı başına şekillendirmemiş olsa da bu ekonomik dönüşümün, kavrama büyük bir işlevsellik attığı ve kazandırdığı açıktır. Bu işlevsellik, daha çok yaşanan değişimin gerek ve beklentilerine uygun yeni usul kurallarının, (ilkeler, alım - satım yöntemleri gibi) ihale sürecine dahil edilmesi şeklinde kendini hissettirmiştir. Tabii ki ihaleye atfedilen bu dönemsel işlevselliği, salt bu yeni usul kurallarına indirgemek ve ihalenin rasyonel bir araç olmasına bağlayarak tümüyle rasyonellik ve iyi niyet üzerinden açıklamak mümkün değildir. İhalenin zaruri ve haklı sebepler oluşmaksızın da görünürde hal alabilen, kullanışlı ve “karanlık” yüzünün, bu işlevselliğin kazanımında yadsınamayan bir paya sahip olduğu da muhakkaktır.

B. VASIFLARI

1) Tipleştir(ileme)me

İhale, içsel ve dışsal sürece bağlı değişkenlik arz eden, farklı görünümlere sahip bir araçtır. Bu sebeple de tek tip bir ihaleden söz etmek mümkün değildir. İhale, bir konumlama uğraşı ve sorunudur. Bu yönüyle ihale, tek tipleştirilemeyen ve fakat bir değer aralığı içerisinde konumlandırılabilmesi mümkün olan bir araçtır. Bu, gerçek anlamda ihale ile görünürde ihale arasında sahip olunan bir konumdur. Aynı zamanda,

²¹ Dönemin Ekonomi Bakanı tarafından bu keyfiyet, “ Birçok hizmet özel sektör eliyle verilebilmeli. Vergi tahsilatı bile özelleştirilebilmeli. Yapısal reformlar dediğimiz bunlar... Devlet eliyle bir ekonomi artık yok. Devletin fabrikaları mı kaldı? Özel sektöre geçmemiz lazım. Devletin hizmet satın alabilir hale gelmesi lazım. En uç yerden söylüyorum, devlet vergisini de özel sektör eliyle tahakkuk ve tahsil edebilmeli. Bunun önünde engel yok.” ifadeleriyle dile getirilmiştir. <http://www.milliyet.com.tr/vergi-dairesi-bile-ozellestirilmeli-ekonomi-2454159/> (Erişim Tarihi: 14/7/2017)

ilke olarak, görünürde ihaleye yaklaşıldığı oranda hukuki savunulabilirliğin tedricen azalacağı, hukuki sorumluluğun ve hukuka uygunluğun artan şekilde tartışma konusu edileceği; gerçek anlamda ihaleye yaklaşıldığı oranda ise aksi savların geçerlilik kazanacağı bir konumdur. Tabii ki arzu edilen ve hatta olması gereken, zorunlu veya gerekli haller hariç, gerçek anlamda ihaleye yönelimdir.

Tek tipleştirmenin mümkün olmaması, ihalenin ekonomik yönünün, yarışmaya dayalı ya da buna olanak sağlayan ortama olan bağlılığının bir sonucudur. Bir yarışma ya da buna olanak sağlayan bir ortam, süreçten sürece değişkenlik gösteren, her sürecin ayrı ayrı incelenmesini ve değerlendirilmesini gerekli kılan eylem ve oluşumlardır. Bazı süreçler tam bir yarışma ortamı sunmakta iken bazıları bundan tamamıyla yoksundur. Bu sebeple de bazı süreçler, ihale niteliği taşır iken bazıları taşımamaktadır. Ya da bazıları gerçek anlamda ihale niteliğinde iken bazıları görünürde ihale niteliğindedir. Yarışma ya da bunu olanaklı kılan ortam, tek tip olmadığı için ihale de tek tip değildir. İşte bu nedenle ihale, her somut olaya özgü nitelenmesi gereken ve toptan değerlendirmeyi dışlayan bir araçtır. Buna ilişkin bir örneği, 4734 sayılı Kanunun doğrudan temin usulü ile gerçekleştirilen alımlarında görmek mümkündür. 4734 sayılı Kanun anlamında doğrudan temin; sınırlı hallerde başvurulabilecek ve ihale komisyonu kurma gibi birtakım usullerin aranmadığı, ihtiyacın davet edilen istekli ya da isteklilerden daha basit ve kolay şekilde karşılanmasına imkan sağlayan bir alım yöntemidir. Günümüzde bu yöntemle gerçekleştirilen alımlar, ihale olarak nitelenmemektedir. Bunun gerekçesini ise 2003 yılında 4734 sayılı Kanunun ihale usulleri arasından bu yöntemin çıkarılması oluşturmaktadır. Oysa kavramsal olarak ihalenin, bir alım usulüne indirgenmesi mümkün değildir. İhale, bu tür usulleri kapsayan ve aşan yönetsel kurallar bütünüdür. Bu bakımdan, doğrudan temin usulüyle yapılan alımların da ihale yöntemiyle gerçekleştirilmiş sayılıp sayılmayacağına verilecek cevap -münhasır veya özel hakka sahip olma hallerini bir kenara bırakırsak- hem evet, hem hayırdır. Her bir somut olay ayrı ayrı değerlendirilmeli ve oluşan koşullara göre soruna bir cevap aranmalıdır.

Her ne kadar ekonomik yön, ihale kavramında tek tipleştirmeden söz etme imkanını ortadan kaldırıyor olsa da ihalenin hukuki (kurallaştırma) yönü, ekonomik yönün aksine bir tipikleşmeden söz edilmesine imkan sağlamaktadır. Bu durumu, “ihale alanında tek tip ihale yoktur ancak tipik kurallara tabi ihale vardır” şeklinde özetlemek

mümkündür. Bu tipiklik, hukuk devleti ilkesinin etkisiyle kamuya özgü gelişmiştir. Genellikle bir teklik olarak değil çokluk olarak karşımıza çıkar. Her bir tipiklik, ayırt edici faktörlere bağlı kazanılmakta ve ihale tanım ve kuralları da (süreler, ihale usulleri, karşılanması gereken kriterler gibi) bu faktörlere bağlı değişkenlik gösterebilmektedir. Tipikliğin kazanımı, kuralların genele uygulanabilir olması ile doğrudan ilintilidir ve kurallar genelleştiği ölçüde daha baskın bir tipiklikten söz etmek mümkün olmaktadır.

Kurallaşma yönüyle ihale alanı, geliştirilmeye ve genişlemeye elverişli bir alandır. Birden çok tipikliği barındıran ve ayırt edici faktörlerin sınırlı sayıda olmadığı bir alandır. Kamu hizmetini konu alıp almadığı, konu alınan kamu hizmetinin niteliği, karşı tarafça gerçekleştirilen işin karşılığının kimin tarafından ödeneceği/finanse edileceği, riskin kimin tarafından üstlenildiği, kamunun harcama yapmasını gerektiren bir alım mı yoksa gelir getirici bir faaliyet mi olduğu hususları, bu ayırt edici faktörlerin güncel örneklerinden birkaçını oluşturmaktadır. Bu faktörlere göre kazanılan bir tipiklik, çoğu zaman teknik ve özel kavramlaşmayı beraberinde getirmektedir. Ancak şu an için Türk hukukunda ihale kurallarının dağınık yapısı, genel bir tipiklik halinden söz edilmesine engel olduğu gibi bu alandaki örneklerin de sınırlı kalmasına yol açmaktadır.

Bu bakımdan, 4734 sayılı Kanunla kurallaştırılan ve kamu harcamasını gerekli kılan alımlarda izlenen yöntemi ifade etmek için kullanılan “kamu ihalesi”; 2886 sayılı Kanunla kurallaştırılan, kamunun gelir getirici faaliyetlerinde izlenen yöntemle karşılık kullanılan “devlet ihalesi”, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanunla kurallaştırılan “özelleştirme ihalesi” ve son olarak 6428 sayılı Kanunla kurallaştırılan, sağlık hizmetlerine ve bu hizmetlerin de sunum yöntemlerinden birine özgü süreci ifade eden “kamu özel işbirliği ihalesi” ülkemizin göze çarpan pozitif tipik kurallaşma örneklerini oluşturmaktadır.

Bu sınırlı örneklerle karşın ihalelerde kurallaşma yönüyle tipikliğin olabildiğince sağlanması ülkemiz açısından her zaman arzulanan bir amaç olmuştur. Üstelik bu amacın haklılığını ortaya koyan oldukça yerinde gerekçeler de sunulmuştur. Bu durum ve gerekçe, KUTLU tarafından; “...İhale mevzuatımızdaki karmaşa nedeniyle bugün Devlet İhale Kanunu görünüşte genel bir yasa olma özelliğini korumakla birlikte, yürürlüğe konulan birçok düzenleme ile de uygulanması bertaraf edilmektedir. Bu da köklü bir ihale sistemi oluşturulamamasına neden olmaktadır... Öyle ise olması gereken ihale sürecinde uygulanacak kurallarda bir yeknesaklığın sağlanması amacıyla, kural olarak kamusal birimlerin tümünü

kapsamına alan bir ihale yasasının yürürlüğe konulmasıdır... Kısaca belirtmek istediğim husus, ihale sürecine uygulanacak ortak ilkeler benimsenmeli ve kurallar tek bir yasa da belirlenmelidir. Böylece ilkeleri ve kuralları belli olan ihale hukukunun temellerinin atılmış olacağı kanaatindeyiz...” şeklinde ifade edilmiştir.²² Ne var ki ülkemizde bu amaç, hiçbir zaman tam anlamıyla başarılamamıştır. Bu başarısızlık, her yasanın kendi ihale sürecini de kurallaştırması şeklinde oluşan yasama tercih ve anlayışından, tipikliği sağladığına inanılan kuralların aslında etkinliği sağlamaktan uzak olmasına uzanan geniş bir sebepler silsilesinin sonucudur.

Tipiklik söz konusu olduğunda ilk akla gelen örnek olan 4734 sayılı Kanunu da bu başarısız sürecin tamamıyla dışında tutmayı gerektirecek bir durum bulunmamaktadır. Şu an için kamu harcamaları özelinde ülkemizin kurallaşma yönüyle sahip olduğu tipiklik, örnek alınmaya çalışılan ve hedef olarak görülen AB müktesebatı ile uyumlu değildir.²³ 4734 sayılı Kanun ile başlangıçta sağlanan nispi tipiklik başarısı muhafaza edilemediği gibi, geline nokta itibarıyla da AB müktesebatındaki gelişmelerin oldukça uzağında kalınmıştır. Ayrıca AB’nin aksine ülkemizde “imtiyaz ihalesi” adı altında bir tipiklikten söz etmek de şu ana kadar hiç mümkün olmamıştır. Daha da önemlisi, ülkemizde tipikliğe başarılı bir örnek olarak gösterilen “kamu ihalesi” kavramının ve 4734 sayılı Kanununun, istisnalar sebebiyle artık bu nitelemeyi ne ölçüde hak ettiği de sorgulanır hale gelmiştir. Ülkemiz açısından, kurallaşma yönüyle tipiklikte, iyi başlangıç ve arızı başarılarından söz etmek mümkün olmuşsa da bunun muhafazası ve sürdürülmesinde aynı başarılarla tanıklık edebilmek pek mümkün

²² KUTLU Meltem, “İdare Sözleşmelerinde...” s. 249-250

²³ AB’de mal alımı, hizmet alımı ve yapım işi ihaleleri günümüzde 2014/24/EU ve 2014/25/EU sayılı iki direktif ile düzenlenmektedir. 2014/24/EU sayılı Direktif klasik sektör ihalelerine ilişkin iken 2014/25/EU sayılı Direktif, su, enerji, ulaştırma ve posta sektörlerinde faaliyette bulunan kuruluşların ihalelerine özgü bir direktiftir. Bu Direktifler, temelde kamu alım prosedürlerini daha da basitleştirme ve esnekleştirme amacıyla 2004/17/EC (sektörler direktifi) ve 2004/18/EC (klasik sektör direktifi) sayılı Direktiflerin yerine kabul edilmiş, 28.3.2014 tarihinde AB Resmi Gazetesi’nde yayımlanmış ve üye devletlere ulusal mevzuatlarına aktarmaları için 18.4.2016 tarihine kadar da süre verilmiştir. Türk kamu ihale hukuku AB’nin bu ikili ayrımının bilincinde olarak bu ayrım sorununa ilişkin başlangıçta kendi içerisinde farklı ve geçici bir çözüm yöntemi benimsemiştir. Bu kapsamda 4734 sayılı Kanunda 2003 yılında yapılan değişikliklerle enerji, su, ulaştırma ve telekomünikasyon sektöründe faaliyet gösteren teşebbüs, işletme ve şirketlerin, özel kanunları yürürlüğe girinceye kadar, Kanunun 3 üncü maddesinin (g) bendi uyarınca belli parasal limite kadar olan mal ve hizmet alımlarını istisna hükümleri çerçevesinde daha esnek usullere tabi şekilde gerçekleştirebilme imkanı tanınmış ve bu bent dışında kalan alımların ise Kanunun genel hükümlerine tabi olacağı kararlaştırılmıştır. Ne var ki aradan geçen onca yıla rağmen Kanun metninde belirtilen “özel kanun” bir türlü çıkarılamamıştır. Bu sebeple de Türk kamu alımları, AB’nin aksine genel nitelikli tek bir Kanun ekseninde ilerlemeye devam etmektedir. Bununla birlikte ihaleler konusunda AB’yi farklı kılan bir diğer yön, 2014/23/EU sayılı yapım ve hizmet imtiyaz ihale ve sözleşmelerini düzenleyen bir Direktife de sahip olmasıdır. (AB’deki bu direktifler hakkında bilgi için bkz. http://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/rules-implementation_en Erişim tarihi: 21/12/2017)

olmamıştır. Tipikliğe uyum sağlamadaki naçizane ülkesel başarı, tipikliğin muhafazası ve sürdürülmesi söz konusu olduğunda maalesef yerini her zaman bir hayale bırakmıştır.

2) Genellik

İhale, ehil olanın lütufla değil, belli bir silsile ve yarışmacı kurgu dahilinde belirlendiği bir süreçtir. Bu açıdan, hak edeni, hakkıyla bulmamızı sağlayan bir araçtır. İhaleyi farklı ve özellikli kılan da bu rasyonel temelli yöndür. Bu özelliği sebebiyle ihale, idarenin kayıtlanması ve hukuk devleti bağlamında özel öneme sahip olan ve kamu yararı üzerinden vurguyu hak eden bir süreçtir. Karşı tarafın alelade seçimini engelleyen, ehil olanı bulma ve son tahlilde kamu yararını gerçekleştirme potansiyeli taşıyan bir aracın ise kamu ve idare hukuku açısından genel nitelik taşımaması düşünülemez. Genellik vasfı, idare hukuku ilke ve kurallarının, ihalenin, kamu ile olan bağının ve kamu üzerindeki etkilerinin bir sonucudur. Zira, idare tarafından gerçekleştirilen her ihale, az ya da çok kamusal bir fayda veya maliyet anlamı taşır. Taşıdığı bu anlam, istisnai haller dışında kamu yararını sağlama potansiyeline sahip bu araca başvurulmasını, hem sosyal hem de hukuki bir zaruret haline getirir. Bu sebeple de kamusal açıdan ihale, kural olarak genel ve zaruri bir araçtır ve öyle de olmalıdır.

Şu halde genellik vasfı, amaç - araç/kamu yararı - ihale ilişkisinin bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Vasıf, temelde ihalenin, kamu yararını gerçekleştirme potansiyelinden kaynaklanmakta ve ihale yöntemini işletme(me)nin idarelere sunulmuş bir alternatif olmadığını hatırlatmaktadır. Madem, tüm belirsizliğine rağmen kamu yararı, kamu hukukunda idari işlemlerin yegane amacı kabul edilmektedir o halde bu yararı, üstelik de oldukça hassas bir alanda gerçekleştirme imkanı sunan bir aracın, alternatif ya da takdire bağlı olduğundan söz edilmesi mümkün olmamak gerekir. Bu bakımdan ihale, olabildiğince genel tarafından kullanılmalı ve genele uygulanabilir olmalıdır. İhale, koşulların olduğu her hal ve şartta başkaca bir etken araya girmeksizin başvurulabilen bir araç olmalıdır. İhalenin genelliği, piyasa türünden (tek, oligopol gibi), karşı taraf kişiliğinden (özel hukuk tüzelkişisi – kamu tüzelkişiliği), konudan (kamu hizmeti niteliği taşıyıp taşıyama) ve işlemin hukuki niteliğinden (tek

tarafli - çok tarafli) bağışık olunmasını, ayrıca bu tür, kişilik, konu ya da niteliğe özel bir önem atfedilmemesini gerekli kılar.

Taşıdığı bu kamusal önem ve zaruret, ihalenin aynı zamanda toplumsal karşılığa sahip bir araç olduğunu gösterir. Bu toplumsal yönü sebebiyle de ihale, işletilmesinin herkesi ilgilendirdiği ve herkesin işletilmesi talebinde bulunabileceği bir yöntemdir. Dolayısıyla koşulları oluşmasına rağmen ihale yönteminin işletilmediği, taşınmazların kiraya verilmesi işi, ambalaj atığı toplama imtiyazı tanınması işi, telefon, doğalgaz, elektrik alımı²⁴ ile enerji sektöründe akdedilen YİD sözleşmeleri,²⁵ herkesin soru sorma ve sorgulama hakkına sahip olduğu örneklerdir. Aynı şekilde bu önem ve zaruret, yargı mercilerince de ihalesizliğin sorgulanması sonucunu doğurmalı, hatta haklı sebebe dayanmaksızın ihalesizliği olumlayan idari işlem ya da kanun hükümlerinin, kamu yararı (maksat unsuru) eksikliği sebebiyle ilgisine göre geri alınmasını ya da iptal edilmesini gerekli kılmalıdır.²⁶

Oysa bu konuda yargı mercilerinin istikrarlı bir yaklaşıma sahip olduğundan söz edebilmek mümkün değildir. Anayasa Mahkemesi, büyükşehir belediyelerinin tasarrufu

²⁴ Sayıştay Başkanlığı, 2015 yılı Dış Denetim Genel Değerlendirme Raporu, Eylül 2016, s. 41 – 42, 45-46; Sayıştay Başkanlığı 2014 yılı Dış Denetim Genel Değerlendirme Raporu, Eylül 2015, s. 19 – 20, 36 - 38

²⁵ Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile AKTAŞ arasında imzalanan ve elektrik dağıtım tesislerinin işletme hakkının devrini konu alan sözleşme, ihale yönteminin işletilmediği bu tür imtiyaz sözleşmelerine örnek teşkil etmektedir. Aynı zamanda neden olduğu tartışma ve neticeler yönüyle oldukça da dikkat çekici bir örnektir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ATİYAS İzak, ODER Burak, Türkiye’de Özelleştirmenin Hukuk ve Ekonomisi, TEPAV, 12 Mart 2008, s. 73-78

²⁶ Bilindiği üzere idari işlemin unsurları arasında yer alan maksat unsuru, tüm idari işlemler açısından kamu yararının, son tahlilde genel ve değişmez nitelikte bir amaç olmasını ifade eder. Kamu yararına aykırı bir işlem tesis edilmesi de işlemin maksat unsuru yönünden hukuka aykırı olması (yetki saptırması) sonucunu doğurur. (Ayrıntılı bilgi için bkz. GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, 9. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2004, s. 146-148) Öte yandan Anayasa Mahkemesi de kararlarında kamu yararını, hukuk devleti ilkesinin gereklerinden biri olarak değerlendirmekte ve bu şekilde kamu yararı kavramına Anayasaya aykırılık bağlamında belirleyici bir nitelik atfetmektedir. Mahkemeye göre, “*Hukuk devleti ilkesinin bir başka gereği ise kanunların kamu yararı amacını gerçekleştirmek üzere çıkarılmasıdır... Anayasa Mahkemesince “kamu yararı” konusunda yapılacak inceleme, kanunun kamu yararı amacıyla yapıp yapılmadığının araştırılmasıyla sınırlıdır. Anayasa’nın çeşitli hükümlerinde yer alan kamu yararı kavramının Anayasa’da bir tanımı yapılmamıştır. Ancak Anayasa Mahkemesinin kararlarında da belirtildiği gibi kamu yararı; bireysel, özel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yarardır. Kamu yararı düşüncesi olmaksızın yalnız özel çıkarlar için veya yalnız belli kişilerin yararına olarak kanun hükmü konulamaz...”, “Anayasa Mahkemesinin yerleşik kararlarında da belirtildiği üzere devlet harcamalarında 4734 sayılı Kanun’un uygulanmasını zorunlu kılan bir Anayasa kuralı bulunmadığından kanun koyucunun bazı mal ve hizmetler yönünden farklı usuller benimsemesinde anayasal açıdan bir engel yoktur. Ancak, bir mal ve hizmet alımı ihalesinin 4734 sayılı Kanun’da öngörülen usullerin dışına çıkarılırken kamu yararının gerektirdiği haklı nedenlerin bulunması hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Bu ilkelerin gözetilmesi kaydıyla mal ve hizmet alımlarında hangi ihale usulünün uygulanacağını belirlemenmesi kanun koyucunun takdirindedir... pazarlık usulünün uygulanmasında kamu yararı amacı dışında bir amaç güdüldüğü saptanamadığından kuralda hukuk devleti ilkesine aykırı bir husus bulunmamaktadır...”* (AYM, 15.11.2017 tarihli ve E:2016/133, K:2017/155 sayılı Karar R.G. Tarih-Sayı: 11.1.2018-30298)

altında bulunan, hafriyat sahalarının, toplu ulaşım hizmetlerinin, sosyal tesisler, büfe, otopark ve çay bahçelerinin ihalesiz olarak, belediye meclisi tarafından belirlenen süre ve bedelle doğrudan belediye şirketlerine devredilebileceğini öngören kanun hükmüne ilişkin olarak, kanunların kamu yararı dışında bir amaç gözetemeyeceği vurgusu ile birlikte;

“...kanun koyucu, kimi zaman hukuki ve fiili eşitliği sağlamak kimi zaman da kamu yararını korumak veya kamu hizmetlerinin yürütülmesini sağlamak amacıyla temel kanunlardaki prensiplere istisna teşkil eden düzenlemeler yapabilir...”

Belediye şirketlerinin kurulabilecekleri ve faaliyet gösterebilecekleri alanlar, işletme hakkının devredilebileceği yerlere ilişkin iptale konu kuralda yer verilen sınırlamalar ve belediyelerin bu şirketlerin sermayelerinin çoğunluğuna sahip olmaları nedeniyle yönetimlerine hâkim olmaları göz önünde bulundurularak, ... 2886 sayılı Kanun'un rekabeti ve açıklığı temin eden kurallarından muaf tutulduğu anlaşılmaktadır. Kuralda sayılan yerlerin bu alanda temel kanun olan 2886 sayılı Kanun'a istisna oluşturacak bir şekilde belediye meclislerince alınacak kararlar doğrultusunda belediye şirketlerince işletilebilmelerinin öngörülmesi, hizmetlerin ihtiyaçların en iyi şekilde, uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasına imkân sağladığı ve kamunun yararına uygun olduğu değerlendirmesinde bulunan kanun koyucunun takdir yetkisi içerisindedir. ...”

değerlendirmesinde bulunmuş ve belediye - belediye şirketi ilişkisinin, ihale yönteminin işletilmemesine gerekçe oluşturabileceğine karar vermiştir.²⁷

Danıştay'ın da benzer şekilde ihaleyi takdir meselesi olarak ele aldığı kararlarına²⁸ rağmen daha çok aksi yönde, ihalenin genelliği ile ilişkilendirilebilecek kararlarına tesadüf etmek mümkün olmaktadır. Bu doğrultuda Danıştay'ın,

“...plaka tahdidi uygulanması kapsamında...212 adet aracın, ticari değerini iki misline çıkaracak biçimde otobüs turu araçlara dönüştürülmesini ve bu değer artışını kamu yararı doğrultusunda herhangi bir ihale yapılmaksızın doğrudan araç sahiplerine aktarılmasını sağlamak amacıyla tesis

²⁷ AYM, 14.2.2013 tarihli ve E:2011/63, K:2013/28 sayılı Karar R.G. Tarih-Sayı: 31/12/2013-28868

²⁸ Örneğin, Danıştay 10. Dairesi 22/11/2000 tarihli ve E:1998/2661, K:2000/5860 sayılı Kararında, ihalesizliğe imkan tanıyan Yönetmelik hükmünün iptali istemini, her bir kılavuzluk ve römorkaj bölgesi sınırları içinde yalnızca bir kılavuzluk/römorkaj teşkilatına izin verilebileceği ve bu doğrultuda bir bölge için birden fazla kuruluşun başvurusu durumunda bunlar içerisinde en yeterli ekipman ve personeli sağlayacak kuruluşa izin verilmesinde kamu yararı ve hukuka aykırılık bulunmadığı, kılavuzluk ve römorkaj hizmetinin ihale yoluyla verilmesi hususunda hiçbir kanuni zorunluluk bulunmadığı gibi işin niteliğinin bunu gerektirdiği gerekçesiyle -eleştiriye açık şekilde- reddetmiştir.

edildiği anlaşılan işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı...”²⁹, “Ulusal Yayın Frekans Planındaki bir kanal için usulüne uygun birden çok başvuru olması durumunda da kamuya en yararlı teklifin oluşturulabilmesi için ihale usulünün uygulanması gerekmektedir.”³⁰, “...yeni otogarda taksi işletmeciliği yapacaklara izin verilirken araç modellerinin ve işleticilerinin ahlaki durumlarının idarece değerlendirilmesi gibi genel ve nesnel olmayan ölçülere dayanılmasında hukuka uyarlık bulunmamaktadır. Bu durumda idare yeni otogara belirli sayıda taksi işletmeciliği izni verilecek kişilerin saptanmasında ihale açılması...gibi nesnel ölçüleri kullanması gerekir.”³¹

gerekçeleri ile işlemin iptaline karar verirken de; belediyelerin, ihale yapmadan kendi iştirakleri olan şirketlerinden doğrudan mal ve hizmet edinmelerini yasaklayan Genelge hükmünün iptali istemini reddederken³² de yararlandığı temel argümanın, ihalenin bu kamu yararı potansiyeli ve dolayısıyla genellik vasfı olduğu anlaşılmaktadır.

İhale, sahip olduğu öneme karşın, idari boyutta da her zaman kolaylıkla kabul gören bir araç olmamıştır. İhale, yöneme başvuran idareler açısından daha çok bir engel ya da teferruat olarak; yöneme başvurmeyen idareler açısından ise daha çok takdir meselesi olarak görülmüştür. Bu kapsamda örneğin, bir Bakan ihale yöntemine başvurulmamasını, ilgili yasada ihale koşulunun yer almamasına bağlayabilmiş ya da bir idare, ihaleyi yapıp yapmamakta veya kısmen ihale yapmakta veya tercih ettiği talibe vermekte tamamen serbest olduğu ve bunun nedenlerini de açıklamak mecburiyetinde olmadığı kaydını düşme yetkisini, kendinde bulabilmiştir.³³

Öte yandan genellik vasfı, gerçek anlamda ihale kavramı üzerinden tanımlanabilen, gerçek anlamda ihale ile anlam ve bütünlük ifade eden bir vasıftır. Görünürde ihalenin de genelleşmesi gibi bir amacı tabii ki taşımaz. Gerçek anlamda ihale ise ideal durumdur. Bir amaçtır ve aynı zamanda kamu yararına hizmet eden bir araçtır. İhalenin ekonomik ve hukuki birlikteliğe dayanan, nesnel ölçütlere bağlı rasyonel bir araç olduğunu ve aslında iyi bir amaç için kurgulandığını gösterir. Bununla birlikte her ihalede, gerçek anlamda ihale koşullarının gerçekleşeceği beklentisi,

²⁹ Danıştay 8. Daire, 7/4/2014 tarihli ve E:2014/1580, K:2014/2735 sayılı Karar

³⁰ Danıştay 10. Daire, 3/4/2001 tarihli ve E:1999/2323, K:2001/1240 sayılı Karar

³¹ Danıştay 8. Daire, 10/9/1990 tarihli ve E:1989/351, K:1990/849 sayılı Karar (Bu Kararında mahkeme ilginç bir şekilde ihale usulü ile kura usulünü eşdeğer kabul etmiş ve kura usulünü de karşı tarafın seçiminde kullanılabilecek bir nesnel ölçü olarak değerlendirmiştir.)

³² Danıştay 6. Daire, 7/2/1997 tarihli ve E:1996/1122, K:1997/588 sayılı Karar

³³ Aktaran: TAN Turgut, İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 50, S. 3, 1995, s. 304-305

gerçekçi olmayan, fazla iyimser bir beklentidir. Ancak bu durum, ihaleye çıkmamayı, ihaleden vazgeçmeyi gerekli kılmaz. Bu noktada hatırlanması gereken, ihaleye çıkılmış olmasının, gerçek anlamda ihale ve kamu yararı için bir adım olduğu ve bir “şans” yarattığıdır.³⁴ İhalenin sahip olduğu potansiyel, ihaleden vazgeçmeyi değil aksine her hal ve şartta ihale için bir çaba göstermeyi gerekli kılar. Bu bakımdan her şeyden önce gerçek anlamda ihale ve dolayısıyla genellik, bir ihale çabası ve denemesine bağlı bir kazanım ve vasıftır.

Ayrıca genelliği, ihale edilebilir alanların sınırlarını aşacak bir zorunluluk olarak da anlamamak gerekir. Bu vasıf, ihale edilebilir olmayan bir alanın da ihaleye konu edilmesi gibi bir zorunluluğu tabii ki içermez. Genellik, ihale edilebilir alanın boyutuna değil, ihale edilebilir alan içerisinde ihale yönteminin, kamu tarafından işletilmesine yönelmiş bir vasıftır. Bu açıdan da aslında “ihale edilebilir alanlarda, ihale yönteminin işletilmesi” gibi olağan bir durumu konu almakta ve amaçlamaktadır. Benzer şekilde vasıf, idareye bir ihale tercihi de dayatmaz. İhale edilebilir olma mutlak surette ihale edilme anlamı taşımaz. İhale edilebilir nitelik taşıyan bir ihtiyaç, idare tarafından, ihale yöntemi işletilmek suretiyle bir dış kaynak marifetiyle giderilebileceği gibi bizzat kendi imkanları (emanet usulü) ile de giderilebilir. İhtiyacın bir ihaleye konu edilmesi hukuki dayanağa gereksinim duysa da, nihayetinde bir idari tercih ve takdir meselesidir. Genellik vasfı, bu tercihin, mutlaka ihale yönünde kullanılmasını gerekli kılmaz. Genellik, bizzat kendi imkanlarını kullanmayacağı yönünde somutlaşan idari tercih sonrasında ortaya çıkan, uygulama kabiliyeti kazanan ve zorunlu hal alan bir vasıftır.

Netice olarak, genellik vasfı, ihaleyi, her durum ve şart altında mutlak surette başvurulması gereken kutsal bir yöntem haline getirmez. Her kural gibi genelliğin de istisnaları vardır. İhalesizliğe haklılık ve meşruluk kazandıran hal ve sebepler (doğal afetler, münhasır hak gibi) bu kural vasfın istisnasını oluşturur. Bu açıdan genellik, ihale yöntemine mutlaklık atfetmeyen ancak belirli sınırlar dahilinde bu yöntemi ilkeselleştiren bir vasıftır. İhaleyi ilkeselleştiren yönüyle de genellik, “asli vasıf” niteliğini ziyadesiyle hak eden, tüm vasıflar arasında farklı konum ve öneme sahip olan bir vasıftır.

³⁴ ÇAL, “Türkiye’de Kamu Hizmeti...” s. 275

3) Kullanışlılık

İhale, karar vericilerin istemine ve/veya sürece dahil olan ilgililerin eylemlerine bağlı şekillenebilen, manipülasyona açık bir araçtır. Bu etkiye açık özelliği nedeniyle de ihale, kullanışlı bir araçtır. Kullanışlılık vasfı, ihalenin iyi ya da kötü, olumlu ya da olumsuz birçok farklı görünüm altında karşımıza çıkmasının sebebidir. Kullanışlılık, ihalenin, kaygan bir zemine sahip olduğunu, mutlak “iyi” ya da “olumlu” anlam taşımadığını ve her ihalenin, gerçek anlamda ihale niteliğine erişemeyeceği gerçeğini hatırlatır. Bu açıdan, gerçek anlamda ihale de, haklı veya zorunlu sebebe dayansın ya da dayanmasın görünürde ihale de bu vasfın bir sonucudur. Bu yönüyle kullanışlılık, ihalenin tek tipleştirilememe vasfını hatırlatır ve bu vasfı tamamlar.

Kullanışlılık, aynı zamanda toplum nezdinde ihalenin, şüphe ile yaklaşılması gereken bir araç olarak görülmesinin sebebidir. Ancak bu, olumlu ya da iyi yönlerin bir sonucu değildir. Daha çok hukukta belirli bir standardı yakalayamamış ülkeler açısından geçerli olan ve ihalesizliğin ya da görünürde ihalelerin neden olduğu bir şüphedir. İhale yönteminin istismar edilmesinin, iyi yönlerini ortaya çıkarmak yerine kötü yönlerinden yararlanmayı tercih etmenin bir sonucudur. Maalesef ülkemiz açısından da ihalenin genel görünümünü bu olumsuz yönden soyutlayarak tarif edebilmek oldukça zor görünmektedir. İhalenin, iyi yönler üzerinden tanımlanabilen kullanışlı bir vasfa da sahip olduğuna bizleri ikna edecek ülke örnekleri, her geçen gün gittikçe azalmaktadır. Tabii ki bu örnekler sadece günümüze özgü değildir. Geçmişte de ihale, hatıralarda pek de iyi yer etmeyen birçok olayla birlikte anılmış ve birçok skandalda başrolü oynamıştır. Bu bakımdan ihalenin, toplumsal şüphe teşkil eden hali, dün için de bugün için de geçerli olan bir ülke gerçeğidir. Bu gerçek, yakamızı bir türlü bırakmamış ve varlığını daima korumayı başarmıştır. Aynı zamanda, ülkemiz ihale tecrübesi, bu gerçeğe, şüpheyeye yol açan tüm bu olumsuzluklara çok şey borçludur. Zira ihale alanında kazandığımız tecrübeye, bu gerçekler ve olumsuzluklar yadsınamaz bir paya sahiptir. Ancak bu noktadaki sorun, geçmişten bir türlü ders çıkarılamamış ve bu tecrübe kazanımının bir türlü sonuna gelinememiş olmasıdır. Günümüzde bile bu kazanım sürecinin devam ettiğini ortaya koyan çok sayıda örnek ve söylemle karşılaşmak mümkün olmaktadır. Bir firmayı tarif eden ya da rekabeti daraltıcı hükümler içeren şartnamelere dayalı gerçekleştirilen ihaleler, bu kapsamda hatırı sayılır bir alan işgal etmektedir. Hatta kimi örnekler, bir adım daha ileri gitmekte, derinlemesine bir

araştırma ve analiz yapma zahmetini de ortadan kaldırarak, bu tecrübe kazanım sürecini dışarıdan rahatlıkla gözlemleyebilme konforu da sunmaktadır. Aynen günümüzün belediye ihalelerinin, hemen hemen hepsini belediye şirketlerinin kazanması ya da Dünya Bankası verilerine bile yansıyan³⁵ malum şirketler ekseninde yürüyen ve hep de bu malum şirketler üzerinde kalan ihale örneklerinde olduğu gibi. Benzer şekilde ihale kazanmayı, masa arkasına iki tablo koyma ve bir partinin amblemini araba anahtarlığına yerleştirmeye kadar indiren günümüz söylemlerine³⁶ bakmak bile ihale konusunda içinde bulunduğumuz hal ve seviyeye dair bir fikir edinmek için yeterli olmaktadır.

Ne var ki vasfın sebep oldukları bunlarla da sınırlı değildir. Görünürde ihale dışında vasfın, varlığını hissettirdiği başkaca alanlar da bulunmaktadır. Bu kapsamda bir müteahhidin ihalenin onaylanmasını beklemeden inşaata başlaması ve ikinci katına kadar binayı inşa ettikten sonra ihale onayının alınması örneğinde³⁷ olduğu gibi hukukiliğin sonradan kazan(dır)ıldığı haller, bu alanların başında gelmektedir. Bununla birlikte vasıf, ihalenin olumsuz dışsal etkilerine karşı idarelere bir savunma ve dışsal olumsuzlukları peçeleyebilme imkanı da sağlamaktadır. Bu imkanı gözlemlemek açısından daha önce de değinilen araç muayene hizmetinin özelleştirilme süreci, iyi bir örnek teşkil etmektedir. Hatırlanacağı üzere araç muayene hizmetleri, piyasa gereklerine uygun şekilde serbestleştirilme imkanına rağmen kamusal tekelden bir özel tekele dönüştürülmüş ve bu neticeye de gerçek anlamda ihale olarak nitelendirilebilecek bir süreç³⁸ ile ulaşılmıştır. İşte idare, bu sürece ve sürecin bu niteliğine sığınmak suretiyle en azından rasyonel seçim yaptığını, iyi niyetle hareket ettiğini iddia edebilme, kamu yararı kavramını ön plana çıkarabilme ve bunlar üzerinden de toplumsal bir algı oluşturabilme şansına kavuşmaktadır. Böylelikle ihalenin içsel sürecinin idare lehine

³⁵ <https://tr.euronews.com/2018/12/30/turkiye-den-5-inaaat-firmasi-dunyada-en-fazla-ihale-alan-ilk-10-firma-arasinda>, <https://www.sozcu.com.tr/2018/ekonomi/turkiyeden-5-inaaat-firmasi-dunyada-en-fazla-ihale-alan-ilk-10-firma-arasinda-2906909/> (Erişim Tarihi:22.10.2019)

³⁶ <https://www.yenisafak.com/yazarlar/mervesebnemoruc/erdoganin-davasi-mi-erdogancilik-mi-2039807> (Erişim Tarihi: 22/12/2017)

³⁷ DOĞANER,“Soygunun Öteki Adı... s. 158

³⁸ Danıştay 13. Dairesinin 29/2/2008 tarihli ve E:2006/1471, K:2008/2913 sayılı Kararında yer alan teklif sayısı gibi ihale sürecine ilişkin bilgiler ile mahkemece ulaşılan sonuç, bu şekilde bir nitelermeye olanak sağlamaktadır. Bu kapsamda, araç muayene istasyonlarının/hizmetinin özelleştirilmesi ihalesine ilişkin olarak Mahkeme kararında; “...yasal düzenlemelerin ve ihale sürecinin birlikte değerlendirilmesinden;...ihale komisyonu tarafından teklif sahipleriyle yapılan pazarlıklar sonucunda ulaşılan değerler, özelleştirme işlemine esas değerler olarak kabul edilen değerin üzerine çıktığı görüldüğünden, ulaşılan satış değerinde kamu yararına uygunluk bulunduğu, ihaleye katılımın çokluğu ve nihai pazarlık görüşmelerinde yaşanan çok sayıda tur nedeniyle ihalede rekabet koşullarının oluştuğu, ihale süreç işlemlerinde kamu yararının gözetildiği,...” ifadelerine yer verildiği görülmektedir.

sağladığı bu imkan, kullanışlılık vasfının bu kez farklı bir şekilde karşımıza çıkmasına sebep olmakta ve tekel gibi bir dışsal etkinin, yeri geldiğinde masum, hatta nispeten meşru görülebilecek bir netice olduğuna bile inanmamızı sağlayacak güce erişebilmektedir.

Kullanışlılık vasfı ve beraberinde taşıdığı tüm bu olumsuzluklar, şüphesiz ki en büyük etkisini genellik vasfı üzerinde göstermektedir. Bu, genelliğin sorgulanması boyutuna varan bir etkidir. Genelliği sorgulamanın ise neticede ulaşacağı noktanın, bizzat ihale yöntemini sorgulamak olduğu anımsandığında bu etkinin vahametini anlamak da kolaylaşmaktadır. Buna göre, madem, ihale aynı zamanda isteyenin istediğini tercih edebildiği ya da hukukiliğin sonradan kazandırılabilirdiği kullanışlı bir araca da dönüşebilmektedir o halde bu yöntemi genele yaymanın hatta yöneme başvurmaya devam etmenin bir anlamı da olmamalıdır. Bu durum ise kullanışlılığın, genellik vasfının ve dolayısıyla da ihalenin antitezini oluşturan bir yüze de sahip olduğunu anlamamızı sağlar. Nihayetinde ihale gibi kamusal önemi haiz bir yöntemin varlık sebebini sorgulamaya varan boyutta bir tehlikeyi barındırıyor olması, bu yüzün yol açabileceği olumsuzlukların bir şekilde önlenmesi gereksinimini, hatta zarureti doğurur. Bu zaruri hal, başta toplumsal bilinç ve ahlak olmak üzere pek çok unsura bağlı olsa da öncelikle ve özellikle karar mekanizmaları ile sürece dahil olan ilgililerin, dizginlenmesini ve kayıtlanmasını gerekli kılar. Bu öncelik bize ihalenin hukuki yönünün (kurallaştırmanın) önemini hatırlatır. Nitekim, ihalenin içsel ve dışsal etkilerinin bir bütün olarak göz önüne alındığı, salt iyi ya da olumlu vasıflarla kısaca gerçek anlamda ihale şeklinde karşımıza çıkabilmesinin öncelikli ve asli koşulunu, etkin bir kurallaştırmanın varlığı oluşturur.

Bu etkinliğin ise öncelikle idare hukuku alanında ve öncülüğünde sağlanacağı açıktır. Zira, esas itibarıyla kamusal alanı etkileyen hatta bu alanı tahrip eden bir aracın, en fazla karşılığı ve özeni, kamusalıktan beslenen hukuk dalında bulması da tabiidir. Bu durum, ihalenin, başka hukuk disiplinlerine de konu olmasına rağmen idare hukuku ile özdeşleşmiş olmasının ve iç içe geçmiş yapısının tesadüf olmadığını da ortaya koyar. Hatta idare hukuku nezdinde sahip olduğu önem, “ihale hukuku” gibi bir alt disiplininin doğmasına bile sebep olmuştur. Bu alt disiplinin temelinde ise kullanışlılık vasfının sebep olduğu bu olumsuzluklar ve bunlara karşı etkin kurallaştırma arayışı ve gerekliliği yatmaktadır. İhale hukuku için çokça zikredilen bir söylem olan, “ihale hukuku,

dinamik yapıya sahip bir hukuk dalıdır” söyleminin gerekçesini de işte bu arayış ve gereklilik oluşturmaktadır.

C. İHALE - İDARE HUKUKU İLİŞKİSİ

Aslında ihale, kamuya ya da kamu hukukuna (özelde idare hukukuna) özgülenmesi mümkün olmayan ortak bir kavramdır. Bu bakımdan kavram, organik bir aidiyet içermediği gibi bir hukuk dalına da aidiyet içermez. Pekala bir özel kişi de özel hukuk hükümleri çerçevesinde ihale yoluna başvurmak suretiyle bir gereksinimi karşılayabilir, mal veya hizmet satın alabilir ya da satabilir. Bu kapsamda müzayede evlerinde gerçekleştiren artırmalar, özel hukuk alanının en yaygın ve bilinen ihale örneklerini oluşturur. Ne var ki bu örnekler oldukça sınırlıdır. Zira özel hukukta esas olan irade serbestisi, ilke olarak ihale kavramını dışlamakta, karşı tarafın doğrudan seçimini de içeren bu serbesti, özel kişi – ihale birlikteliği olasılığını oldukça azaltmaktadır.

İhale ile kurulacak birliktelik ise hitap edilen kişi sayısında artış ve bu anlamda genelleşme ile doğrudan ilişkili bir birlikteliktir. İhale, genel karakter kazanım ve yoğunluğuna bağlı olan ve sorumlulukla da ilişkilendirilebilen bir süreçtir. Genelleşme sağlandığı ve arttığı oranda, sorumluluk kavram ve anlayışı da değişmekte ve tedricen artan bir sorumluluktan ve daha genel bir kesimin hesap sorabilir hale geldiği bir ortamdan söz etmek mümkün olmaktadır. Bu artan sorumluluk anlayışının ise ilgililerin tasarruflarını da artan şekilde etkilemesi ve biçimlendirmesi beklenir. Nitekim, hesap verilecek kesim genişlemiş ve sahip olunan sorumluluk da aynı oranda artış göstermiştir. Bu sorumluluk artışı, ilgilileri daha bilinçli ve titiz hareket etmeye, daha aleni ve nesnel bir tutum takınmaya sevk eder. Bu durum, artık sahip olunan irade serbestisinin daraldığını ve sürece öngörülebilirlik kazandıracak bir kurallaşma ihtiyacının ortaya çıktığını gösterir. İşte bu sürecin bizi getireceği noktalardan biri de ihale yöntemidir. Bu sebeple bir müzayede evinin ya da halka açık bir şirketin, ihale yöntemine başvurma ihtimali, gerçek kişi tacire oranla her zaman daha yüksektir. Benzer şekilde de iktisadi gaye gütmeyen tüzelkişilik olan derneklerin ihale yöntemine başvurma ihtimalinin, özel şirketlere oranla daha yüksek olması beklenir. Hatta kamu yararına çalışan bir dernek söz konusu olduğunda, bu yöntemin artık bir ihtimal

olmaktan da çıktığı anlaşılmaktadır.³⁹ Bu durum nihayetinde, genelleşme ile ihale arasında doğru orantılı bir ilişkili kurabilmenin mümkün olduğunu göstermekte ve aynı zamanda genelleşme sağlandıkça ihale kavramının neden belirginlik kazandığını ve en genel oluşum olan devlet için ihalenin neden en genel nitelikli bir araç olduğunu ya da olması gerektiğini de kavramamızı sağlamaktadır.

İhale ile genelleşme arasındaki bu ilişki açısından kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları⁴⁰ ilgi çekici bir konuma sahiptir. Bu kuruluşları, bir ara (gri) oluşum olarak değerlendirebilmek mümkündür. Belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak için kanunla kurulan bu kuruluşlar, kamu tüzelkişiliğine ve belli ölçüde genel niteliğe sahip kuruluşlardır. Kamu tüzelkişiliklerinin yanı sıra esas itibari ile üyelerine dayalı bir bütçeye sahip oldukları düşünüldüğünde en azından üyelerine karşı sorumluluklarının bir yansıması olarak bu kuruluşların tasarruflarını, tam serbesti içerisinde değil belli kurallara bağlı ve daha hesap verilebilir bir ortamda gerçekleştirmeleri beklenir. İhale yöntemi de, bu beklentiyi gerçekleştirecek araçlardan biridir. Oysa ülkemizde Noterler Birliği gibi bu beklentiyi usul ve esaslara bağlamak suretiyle karşılayan meslek kuruluşları⁴¹ olduğu gibi ihale yöntemini işletmeyen meslek kuruluşlarına tesadüf etmek de mümkündür.

Oysa genel karakter kazanımının en üst ve yoğun seviyesine karşılık gelen kamu idare ve kurumları söz konusu olduğunda artık nispi de olsa bir serbestlikten ve ihalenin, takdiri bir süreç olduğundan söz etmek mümkün olmaz. Zira artık idare hukuku sahasına girilmiştir ve karşı tarafın seçimindeki serbestlik anlayışı, artık yerini mutlak kısıtlılığa/kurallaşmaya bırakmıştır. Bu kurallaşma, tüm topluma yayılan (topluma karşı olan, toplumun hesap sorabildiği) bir sorumluluğun, kamu yararının ve aynı zamanda hukuk devleti olmanın bir gereğidir. Özellikle de idari davranışların, belli

³⁹ 31/3/2005 tarihli ve 25772 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Dernekler Yönetmeliği’nin 49 uncu maddesinde; “*Son bir yıl içindeki, 2005 yılı için belirlenen tutar olan 50.000.-YTL’sını geçen alım ve satım işlemlerinin rekabet koşullarına uygun yapılması*” şartı, kamu yararına çalışan dernek sayılmak için gerekli olan şartlar arasında sayılmıştır.

⁴⁰ Meslek kuruluşları, Anayasanın 135 inci maddesinin birinci fıkrasında; “*Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşları; belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kalmak üzere meslek disiplini ve ahlakını korumak maksadı ile kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilen kamu tüzelkişilikleridir.*” şeklinde tanımlanmıştır.

⁴¹ Türkiye Noterler Birliği Satın Alma ve İhale Yönetmeliği (9/8/2017 tarihli ve 30149 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.)

ölçüde öngörülebilir olması gerekliliğini ifade eden “devlet faaliyetlerinin belirliliği ilkesi”nin⁴² bir sonucudur. Bu ilke, idari davranışlarda serbestliği kısıtlamakta ve bir kurallaşma zorunluluğunu beraberinde getirmektedir. Bu zorunluluk, ihalenin hukuki yönünün (kurallaşma) oluşumunu sağlamakta ve kamusal sorumluluk ve yararın da eklemelenmesiyle kurala bağlanmış bir karşı taraf seçimi (ihale) kaçınılmaz olmaktadır. Bu kaçınılmazlık ise idare hukuku anlamında ihalenin ayırt edici bir yönünü de ortaya çıkarır. Bu yön, ihalenin kurallaştırma ve ekonomik yönleri arasındaki önceliğe ilişkindir.

Hukuk devleti ilkesinin ve statü hukukunun bir gereği olarak idarenin işlem kabiliyeti, önceden belirlenmiş kurallara bağlıdır. Kural, işlem ve eylemi değil, işlem ve eylem kuralı izler. Bu ilke, idare hukukunda ihale kavramlaşmasına da bir düzen sağlar ve ihalenin kurallaşma yönünün, her zaman ekonomik yöne nazaran öncelikli olmasına yol açar. Bu sebeple idare hukuku bağlamında ihale, kuralları önceden belirlenmiş ekonomik uğraşı (yönü) ifade eder. Süreçte ekonomik yön her durumda kurallaşmayı izler. Özel hukukun aksine tarafların sonradan gösterecekleri rızanın bir önemi yoktur. Taraflar anlaşsa da ekonomik yönün sonradan kurallaştırılması ve geçerlilik kazanması mümkün değildir. Kısaca, idare hukuku anlamında ihale, her şeyden önce bir kurallaş(tır)madır.

İşte bu, genelleşme - ihale - kurallaşma ilişkisi ve kamu (idare) hukuku ilkeleri sebebiyle ihale, esas itibarıyla kamu idare ve kurumları üzerinde, kamu (idare) hukuku içerisinde varlık kazanmakta ve bu alan içerisinde gelişimini sürdürmektedir. Aynı zamanda, bu ilişki ve ilkeler, salt kamuya özgülenmesi mümkün olmayan bir aracın, kamusal bir argümana/resmi bir araca dönüşme ve genellikle kamuya ait örnekler üzerinden işlenme sebebini de anlamamızı sağlamaktadır.

Araşsal işlevinin ötesinde ihale, idare hukuku içerisinde zamanla daha ilgi çekici bir hal almıştır. Aslında kamu tarafından gerçekleştirilen bir ihalenin, az ya da çok, ama mutlak surette topluma yansıyan ve toplumu etkileyen yön ve sonuçlarının bulunması, bu ilgi için yeter sebep teşkil eder. Nitekim böyle bir ihale neticesinde, kamuya ya da kamu adına bir edim sunulmakta, gelir sağlanmakta ya da kamu parası, kamu adına ve yararına harcanmaktadır. Bu sebeple de ihale, her yurttaşın söz söyleme hakkına sahip olduğu ortak bir alana tekabül eder. Böylesine hassas bir alan üzerinde yolsuzluk, rant,

⁴² İlkeler hakkında bkz. GÜNDAY, İdare Hukuku, s. 41-45

kayırmacılık gibi belli kişi ya da gruplara çıkar sağlayan ve son tahlilde ahlaki eksikliğe işaret eden olayların vuku bulması ise kuşkusuz ilginin, ihale kavramı üzerinde toplanmasına neden olur. Kavramın, bu denli ilgi toplanmasında bu tür olayların yadsınamaz etkisi olmakla birlikte bunu, salt bu olaylara dayanarak açıklamak mümkün değildir. Zira kavram gördüğü ve zamanla da artan hukuki ilgiyi, esas itibarıyla sahip olduğu hassas konuma ve bu konumunun yol açtığı hukuki neticelere borçludur.

Bu açıdan idare hukuku bağlamında ihale, her şeyden önce kamu - özel gibi iki karşıtın etkileşimini sağlamayı amaç edinen bir araçtır. İhale, kamunun, özel kişi hüviyeti taşıyan bir karşı taraf oluşturma aracıdır. Kamu - özel etkileşim iradesinin oluşumu ile başlayan, bu amaçla ilerleyen ve etkileşimi sağlayacak hukuki işlemle sonlanan bir süreçtir. Süreç neticesinde belirlilik kazanan özel kişi, kısmen ya da tamamen, arızı ya da uzun süreli bizzat kamusal alana dahil olarak veya olmaksızın, idarenin bir gereksinimini giderir ya da yerine getirmekte olduğu bir işlevi üstlenir.

Bununla birlikte ihale, kural olarak kamu – özel etkileşimini sağlayan bir araçtır. Bu nedenle ihaleyi her durumda bu iki karşıt kişilik üzerinden ele almak ve tanımlamak doğru değildir. İhale, belli amaca yönelmiş, genel nitelik taşıyan bir araçtır. Amaç, ehil olan karşı tarafın belirlenebilmesidir ve bu amacın gerçekleştirilmesinde karşı tarafın taşıdığı kişiliğin hiçbir önemi yoktur. Bu bakımdan ihale, aynen kullanıcısının kişiliğine olduğu gibi karşı tarafın kişiliğine de özel önem atfetmeyen bir araçtır. Karşı tarafın kamu ya da özel sektör olması, ihale açısından önem atfedilecek bir konu değildir. Dolayısıyla ihale, aynı zamanda ve istisnai olarak, kamu – kamu etkileşimini de sağlayan bir araçtır. Bu durum, bir kamu kurum ve kuruluşunun yasal yetkisine istinaden bizzat ihaleye katılması ile oluşabileceği gibi bir alanın yasal olarak birden fazla kamu kurum ve kuruluşuna özgülenmiş olması ile de oluşabilir.

İlk duruma örnek olarak Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Genel Müdürlüğü (TODAİE) gösterilebilir.⁴³ Hatta konu, Kamu İhale Kurulunun bir kararına da konu edilmiş ve kararda, TODAİE'nin bazı belgeleri sunmaktan müstesna olduğu belirtilmiş ve kamu kurumu niteliğine rağmen ihaleye teklif sunabileceği, kamunun bir

⁴³ 9.7.2018 tarihli ve 30473 (3. Mükerrer) sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 703 sayılı Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 125. maddesi ile Türkiye ve Orta-Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Teşkilat Kanunu yürürlükten kaldırılmış ve TODAİE'nin tüzelkişiliğine son verilmiştir.

gereksinimini giderebileceği kabul edilmiştir.⁴⁴ İkinci duruma örnek olarak ise Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Esaslarına Dair Genel Yönetmeliğin 12 nci maddesinde belli kamu kurum ve kuruluşlar lehine tanınmış olan imkan gösterilebilir. Madde gereği, görevde yükselme ve unvan değişikliğine yönelik yazılı sınav, bizzat kurum ve kuruluşun kendisi tarafından yapılabileceği gibi, Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığına, Milli Eğitim Bakanlığına veya yükseköğretim kurumlarından birine de yaptırılabilir. Konuya ilişkin kararında Kamu İhale Kurulu, kamu kurum ve kuruluşlarının ihalede sunması gerek(mey)en belgelere ilişkin belirlemeler yapmış ve bu şekilde zımni de olsa kamu kurum ve kuruluşu tarafından yazılı sınav hizmetinin, bizzat sunulmaması durumunda hizmetin, maddede ismen sayılan kamu kurum ve kuruluşlarından ihale yoluyla alınabileceğine karar vermiştir.⁴⁵ Böylece belli kamu kurum ve kuruluşları arasında geçme ihtimali olan ve neticede karşı tarafın, bir kamu kurumu ve kuruluşu olarak somutlaşacağı oldukça ilginç bir ihale sürecine de hukukilik kazandırılmıştır.

Ne var ki istisnai halin (kamu – kamu etkileşimini sağlayan yönün) sebep olabileceği bu tür sorunlar, kural niteliğın sebep olabilecekleri karşısında pek önem atfedilecek, dikkate değer bulunacak sorunlar değildir. Nitekim ihale, aslında kural niteliği sebebiyle bir sorundur. İki karşıt arası bir münasebet kurma arzu ve iradesi, her şeyden önce bir sınır ve aidiyet sorunudur. Özel kişinin, kamusal alana dahil olma sınırının tespiti, bir konuya, kamu – özel ikileminde aidiyet kazandırma sorunudur. Bu yönüyle ihale, birçok sorunu beraberinde taşıyan ve bu sorunlar aracılığıyla da yasallık ve belirlilik, dolayısıyla da hukuk devleti ilkesine kadar uzanmayı başarabilen bir araçtır. Ancak kavramın yol açabileceği sorunlar, hukuk devleti ile de sınırlı değildir. Kavram aynı zamanda, idare hukukunun tatbik sahasının şekillenmesini sağlama gibi boyunu aşan önemde bir rol de üstlenmiştir. Aslında bu, üstlenmek zorunda kalınan bir rol olmuştur. Kavram gördüğü hukuki ilgi ve değeri, esas itibarıyla üstlenmek zorunda kaldığı bu role borçludur. Ancak bu rol için ülkemizde kamu hizmeti ve imtiyaz sözleşmeleri temelinde yargıya rağmen gelişen ve nihayetinde anayasal boyut kazanan bir sürecin tecrübe edilmesi gerekmiştir. Ve bu süreç, ihaleye ilişkin genel bir algının yerleşmesi ile de neticelenmiş görünmektedir.

⁴⁴ Kamu İhale Kurulunun 12/6/2006 tarihli ve 2006/DK.D-102 sayılı Kararı

⁴⁵ Kamu İhale Kurulunun 16/4/2014 tarihli ve 2014/DK.D-41 sayılı Kararı

1) Süreç ve Oluşan İhale Algısı

Bu süreç, idare hukukunu derinden etkilemiş, oldukça da aşına olunan bir süreçtir. İçerisinde sözleşmenin hukuki nitelemesine ilişkin bol miktarda yargı - iktidar çekişmesini de, bu çekişmeyi anayasal boyuta taşıyarak giderme başarısı(zlığı)nı da barındıran bir süreçtir. Aynı zamanda konumuza ilişkin iki önemli neticeye ulaşmamıza da imkan sağlamaktadır. İlki, ihalenin artık ilke olarak, özel hukuk sözleşmesine giden süreç olduğu algısı, diğeri ise bu algı ile bağlantılı olarak ihale sürecinin sona erdiği noktadan itibaren idare hukukunun yalnızca kolluk etkinlikleri yönüyle var olabileceği anlayışıdır. Bu neticeler ise ihalenin, sadece bir karşı taraf oluşturma yönteminden ibaret olmadığı, bunun da ötesinde idare hukuku sahasını şekillendirme gibi bir işleve de aracılık eder hale geldiği kabulü ile bizi baş başa bırakmıştır. Oysa olağan koşullarda ihale sürecinin doğrudan doğruya idare hukukunun tatbik sahasını etkilemesi ve belirlemesi düşünülemez. Zira, bu saha, ihale sürecinden ziyade kamu - özel etkileşimini sağlayan işlemin hukuki niteliği ile ilintili bir konudur.

Özel kişi ile etkileşimi sağlayan bu işlem, daha sorunlu aynı zamanda ideal yöntem olarak kabul edilen çok yanlı işlem (sözleşme) şeklinde gerçekleşebileceği gibi tek yanlı işlem (ruhsat) şeklinde de gerçekleşebilmektedir. Bu ikilem, öncelikle yasamanın tercihi ile, yasal nitelemenin yapılmadığı durumlarda ise idari tercihle giderilmektedir. Tercih, ister yasama ister idari olsun, günümüzde neoliberal politikaların da etkisiyle ekseriyetle sözleşmeden yana kullanılmakta ve bunun yerinde bir tercih olduğu yönünde yaygın bir kanaat bulunmaktadır. Tek yanlı tasarruflara ilişkin günümüzde daha çok olumsuz ve dışlayıcı bir bakış açısı söz konusudur. Buna göre, bu tip tasarruflar, günümüz ihale ve kamu – özel etkileşim anlayışına uyum arz etmeyen, arka planda ve ikincil tercih olarak kalmasında yarar bulunan yöntemlerdir. Özellikle de yasamanın tercihleri bu bakış açısının pekişmesinde ve sözleşmenin baskın hal almasında etkin bir rol oynamıştır. Yasa koyucu, genellikle bu ikilemi bizzat kendisi gidermeyi, işini şansa bırakmamayı yeğlemiş ve genellikle de tercihini sözleşmeden yana kullanmıştır. Ancak sözleşmenin bu tartışılmaz baskınlığına karşın, tek yanlı tasarruflar hala göz ardı edilmeyi gerektirmeyecek oranda başvurulmuş bir yöntem olarak varlığını sürdürmektedir. Buna karşın, tek yanlı tasarrufların öğretilde işgal ettiği alan

düşünüldüğünde, bu varlıklarını, sözleşmeye nispeten daha öğretisel bir sükûnet içerisinde sürdürmeye devam ettiği de anlaşılmaktadır.

Öğretinin yöneliminin, tek yanlı tasarruflardan ziyade sözleşme üzerine olması aslında oldukça makul bir sebebe dayanmaktadır. İdari ayrıcalık ve üstünlük üzerine kurulu statüer bir alanda, bu anlayışa uyum arz etmeyen, karşılıklılık ve birbirine uygunluk esasına dayalı çok yanlı bir özel hukuk argümanının ne şekilde karşılanacağı ve bu alana nasıl adapte edileceği gibi bir sorun, öğretisel ilginin oluşması için yeter sebebi sunmaktadır. Ancak bu ilgi, salt adaptasyon sorunundan kaynaklanmamaktadır. Hatta ilginin temel sebebini de bu adaptasyon sorunu oluşturmamaktadır. Asıl ilgiyi, adaptasyon sonrası süreç, bu bağlamda sözleşmenin sahip olabileceği güç ve bu gücün yol açabileceği sonuçlar çekmektedir. Nitekim idare hukukuna bir şekilde adaptasyonu sağlansa da bir yüzüyle sözleşme, idare hukukunun tatbik sahasını belirleme gibi oldukça etkin bir gücü de içerisinde barındırmaktadır. Bu, kimilerine göre gayet olağan, kimilerine göre ise oldukça tehlikeli bir güçtür. Bu gücün muhtemel sonucu ise bir alan hakimiyet mücadelesi ve bu mücadelenin beraberinde getirdiği idare hukuku alanını koruma içgüdüsü olmaktadır.⁴⁶

İdare hukukunun sözleşmeyi ele alış şekli, özel hukuktan farklıdır. Bu farklılık, idare hukukunun kendine özgü kabul ve niteliklerinin bir sonucudur. Bunu, sonuçlarına katlanacak olan hukuk dalının, kendi sözleşme argümanlarını üretmesi olarak değerlendirmek de mümkündür. İdare hukuku anlamında sözleşme; “idari sözleşme” ve “idarenin özel hukuk sözleşmesi” olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulmakta ve bu ayrıma bağlı olarak farklılaşan bir hukuki rejimden söz etmek mümkün olmaktadır. Şayet akdedilen sözleşme, özel hukuk sözleşmesi niteliğinde ise bu durum, artık baskın hal almış özel hukuk ve tatbik kabiliyeti olabildiğince sınırlanmış idare hukuku ile karşı karşıya olduğumuz anlamı taşımaktadır. Bu neticenin taşıdığı bir diğer anlam ise özellikle idare hukuku öğretisini haklı bir endişe ve hassasiyete sevk etmesi olmaktadır. Bu, kendi ürettiği argümanların bir kenara bırakılacak, bunun yerine özel hukuk argümanlarının geçerlik kazanacak olmasının getirdiği bir endişe ve hassasiyet halidir. Ancak hukuk düzenleri arası bu geçiş ve idare hukukunun güç kaybı, öyle kolaylıkla gerçekleşebilecek bir hadise değildir. Bunun için sözleşmenin, öncelikle idare hukuku öğretisinin geliştirdiği ölçütlerle test edilmesi gerekmektedir. Bu ölçütler, sözleşmenin

⁴⁶ Aynı yönde BUZ, “Kamu İhale Sözleşmelerinin...” s. 61

tarafı, konusu ve sözleşmede öngörülen kurallara bağlı olan ve bunların tetkikini gerekli kılan ölçütlerdir. (üçlü ölçüt)⁴⁷

Aslında ölçütler, temelde basit bir mantığa dayanmaktadır. Bu, sözleşme gibi özel hukuk kaynaklı bir işleme rağmen idare hukukunun, tek yanlı baskın karakterini koruyup korumadığı ve ne ölçüde koruduğu üzerine kurulu bir mantıktır. Şayet, idare asli sahibi olduğu kamu hizmetinin iyi işlemesi, kamu düzeninin ve yararının sağlanması adına sahip olduğu üstün ve ayrıcalığa dayalı yönünü ya da karşı tarafla eşit çıkarlara sahip olmadığı gerçeğini, karşı tarafa rağmen ve eşitler arası bir ilişkiden beklenmeyecek nispette sözleşme aşamasına da taşımış ise idare hukuku ilke ve kurumları bu aşamaya sirayet etmiş demektir. Dolayısıyla kamu kudretinin benzer şekilde aktarıldığı bu aşamayı sözleşme öncesinden ayırtırmayı gerektiren haklı bir sebep bulunmamaktadır ve idare hukuku benzer şekilde bu aşamaya da uygulanmaya devam olunmalıdır. Bu devamı sağlayacak olan da “idari sözleşme” niteliği taşıyan bir sözleşmedir. Ne var ki bu basit düşüncenin uygulamaya aktarımı, hiçbir zaman aynı basitlikte olmamıştır. Daha önemlisi genel kabul, bu ölçütlere doğrudan başvurulamayacağı yönündedir. Ölçütlere başvurulabilmesi, bir kanuni nitelemenin bulunmaması ön koşuluna bağlıdır. Öncelik her daim yasamanın tercihindedir. Bu yönüyle ölçütler, tamamlayıcı niteliğe sahip ölçütlerdir. Bu tamamlayıcı niteliğinin yanı sıra Türk hukukunda genel kabul gören bir diğer husus, ölçütlerle niteleme yapılabilmesinin, ölçütlerin birlikte uygulanmasına bağlı olduğudur. Bu bakımdan ölçütlerle bir sözleşmeye nitelik kazandırılması, aynı zamanda ölçütlere bütüncül bir yaklaşımı da gerekli kılmaktadır.

Şu halde, idare hukukunda sözleşmenin, idari sözleşme veya özel hukuk sözleşmesi olarak nitelenmesinin, bir silsilenin izlenmesine bağlı olduğu anlaşılmaktadır. Nitelik, öncelikle kanunla; kanuni nitelemenin bulunmadığı hallerde

⁴⁷ Bu ölçütler genel itibarıyla “organik” ve “maddi” olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutularak incelenmektedir. Taraflardan birinin kamu tüzelkişi olması organik ölçüt; sözleşmenin kamu hizmetini konu alması ve özel hukuku aşan hükümler içermesi ise maddi ölçüt bağlamında değerlendirilmektedir. Ancak pratikte ve teoride gerek bu ölçütlerin ayrımında, içeriğinde ve anlamlandırılmasında gerekse de ölçütlerin birlikte mi yoksa alternatif şekilde mi aranması gerektiği konusunda farklı yaklaşımlar göze çarpmaktadır. Hatta bu ölçütlerin tümüyle gereksiz olduğunu savunan görüşlerle de karşılaşmak mümkündür. Bu süreç ve ölçütlerin ayrıntılı incelemesi için bkz. TEKİNSOY Ayhan, “İdari Sözleşme Rejiminin Temel Özellikleri”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2002, s.99-149; GÖZLER Kemal, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Kitabevi Yayınları, Güncelleştirilmiş 7. Baskı, Eylül 2008, s.433-436; AKYILMAZ Bahtiyar, SEZGİNER Murat, KAYA Cemil, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 7. Baskı, s.484-489; BUZ, “Kamu İhale Sözleşmelerinin...” s. 51-63

sözleşmenin tarafı, konusu ve ihtiva ettiği kuralların tetkikini gerekli kılan tamamlayıcı ölçütlerle belirlilik kazanmakta ve sahip olunan niteliğe göre de idare hukukunun tatbik sahası şekillenmektedir. Ancak atfedilen nitelik ne olursa olsun sözleşme, idare hukuku açısından bir nihai sınır ya da uç nokta anlamı taşımamaktadır. Sözleşmenin, böyle bir konum ve işleve sahip olması mümkün değildir. İdare hukuku, değişen boyutlarda ama bir şekilde idarenin taraf olduğu sözleşmelerin yürütülmesi safhasına da sirayet etmeyi başarmaktadır. Bu sirayet, sözleşmenin ve sözleşme sürecinde tesis edilen işlemin niteliğine bağlı olarak bütünüyle olabileceği gibi çok daha dar bir alan hattında bir ölçüde de olabilmektedir.

İdare hukukuna bir ölçüde ama her koşulda varlığını sürdürme imkanı sağlayan bu dar hat, idarenin özel hukuk sözleşmelerine özgü olmakta ve ekseriyetle de kolluk etkinliklerinden oluşmaktadır. Bu hat, sözleşme aşamasına ve özellikle karşı tarafın edim sürecine belli bir düzenin kazandırılmaya çalışıldığı hattır. Bu hat boyunca, idare gözetlemekte, denetlemekte ve yaptırım uygulamaktadır. Bunlar kamusal güce bütünleşik, kamusal güç ve yetkinin aynı şekilde sözleşme aşamasına da taşındığını gösteren etkinliklerdir. Bu etkinlikler, kurulan sözleşme ilişkisinin bir neticesi olmakla birlikte idarenin tek yanlı ve sözleşmeden ayrıştırılabilen tasarruflarından oluşmaktadır. Sözleşme, özel hukuk sözleşmesi de olsa bu tek yanlı, baskın kamusal tasarruflar, idare hukukunun sınırlı ve fakat her halde, bu sözleşmelere de uygulanabilmesini mümkün kılmaktadır. Aynı zamanda bu sınırlı imkan, kamu - özel etkileşiminde neoliberal politikaların kamuya biçtiği “denetleyici” role de uyum arz etmektedir. Bu şekilde dar bir hata/kolluk etkinliklerine sıkıştırılmak suretiyle kamu, arzu edilen sınırlı, neoliberal özüne kavuş(turul)muş ya da başka deyişle hapsedilmiş olmaktadır. Hatta uygulamada bu politikanın bir adım daha öteye taşınma uğraşlarına ve bu özün daha da daraltılması girişimlerine bile tanık olunmaktadır.

İdare hukukunun tatbik sahasını sınırlandırma gibi büyük bir etki ve potansiyele sahip olması, şüphesiz sözleşme kavramının, idare hukuku içerisinde hatırı sayılır bir alan işgal etmesini de kaçınılmaz kılar. Konu, esas itibarıyla kamu hizmeti ve imtiyaz sözleşmeleri ekseninde ele alınır, “anayasa”, “yasama”, “yargı” gibi birçok etkin unsurun belirleyici rol oynadığı bir zeminde çözüme kavuşturulmaya çalışılır. Temel uğraş, kamu - özel sektör etkileşiminin ve etkileşimin niteliği üzerinden idare hukuku sahasının kırmızı çizgilerinin saptanması odaklıdır. Bu uğraşı neticesinde ulaşılan

sonuçlar ve yapılan kabullere dayalı bir kurallaştırma ise her zaman karşıt ideolojik ve buna dayalı hukuki argümanlarını da üretmeyi başarır.

Etkileşimin hukuki niteliğine bağlı ortaya çıkan bu değişkenliğe karşın sözleşmenin karşı tarafını belirlemeyi amaçlayan etkileşim öncesi süreç (ihale süreci), değişkenlik arz etmeyen, daha stabil bir süreçtir. Etkileşim öncesi bu sürecin, tek yanlı idari işlemlerden oluştuğu ve her koşulda idari olduğu kabul edilir. ONAR'ın ifadesiyle “İdarenin akidini seçmesi, bir ferdin akidini seçmesi gibi tamamen serbest ve ihtiyari bir ameliye olmayıp hukuk kaidelerine bağlı bir idari ameliye, idari fiil teşkil etmekte ve idari tasarruflarla başarılmaktadır.”⁴⁸

Ancak bu kabulün mutlaklığını yıpratan, bu kabulden dönemsel ve sınırlı sapmaların yaşanıldığını ortaya koyan mahkeme kararlarına tesadüf etmek de mümkündür. Bilinen ve öğretilen ihale anlayışına uyum arz etmemeleri, bu kararları istisnai ve aynı zamanda ayrıntılı bir değerlendirmeyi gerektirecek denli farklı ve önemli kılmaktadır. Kararlar, 2886 sayılı Kanundan önce yürürlükte olan 2490 sayılı Artırma, Eksiltme ve İhale Kanununun⁴⁹ uygulanma dönemine ilişkindir.

Acıpayam-Denizli arası posta taşıyıcılığının pazarlık suretiyle ihalesinde 2490 sayılı Kanununun 57 ve 38 nci maddelerine aykırı hareket edildiğinden bahisle ihalenin iptali ve bu yüzden maruz kalınan zararın tazmini talebini konu alan davada Danıştay;

“... İktisadi Devlet Teşekkülü olduğu tasrih edilen PTT İşletmesi Genel Müdürlüğü, 440 sayılı Kanunun (İktisadi Devlet Teşekkülleriyle Müesseseleri ve İştirakleri Hakkında Kanun) 3 üncü maddesi gereğince devlet alım-satım ve ihalelerini tanzim eden mevzuat hükümlerine bağlı bulunmadığı gibi, kanunların saklı tuttuğu hususlar dışında genel olarak hususi hukuk hükümlerine tabi bir teşekküldür.

... posta taşıyıcılığının 20.7.1964 tarihinde davacıya yapılan muvakkat ihalesi ile, Baş Müdürlüğün talimatı üzerine bu ihale iptal edilerek 7.8.1964 tarihinde işin pazarlık suretiyle bir başka şahsa verilmesinde 2490 sayılı Artırma ve Eksiltme ve İhale Kanunu hükümleri uygulanmış olmayıp, muamelelerin...108 sayılı genelge hükümlerine dayanılarak düzenlenen şartname hükümleri çerçevesinde yürütüldüğü ve binnetice ortada ne bir amme kanununun tatbiki ve ne de idarenin kamu kudretine müstenit bir işleminin mevcut bulunmadığı; hadisede özel hukuktaki hak ve menfaat eşitliği esasının saklı tutulduğu

⁴⁸ ONAR Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. III, İstanbul 1966, s. 1621

⁴⁹ Kanun, 10/6/1934 tarihli ve 2723 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmış ve 2886 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 1983 yılına kadar (yaklaşık 50 yıl) yürürlükte kalmıştır.

görülmekle Danıştay'da tetkik kabiliyeti bulunmayan iş bu davanın... görev yönünden reddine...”⁵⁰

karar vermiştir.

Benzer şekilde Danıştay, ihaleye çıkılan 368 kalem kağıt basılması işinin, 218 kalemine ihaleye katılan diğer firmalardan daha düşük teklif vermesine rağmen ihalenin tamamının diğer firmaya bırakılması işleminin iptali ve yürütmesinin durdurulması talebine ilişkin olarak;

“...iptal davaları, idarece tesis olunan kesin ve لازمülicra idari işlemlerin hukuka ve kanuna uygunluk bakımından yargı denetime tabi tutulması amacına yönelir ve dava idarenin, idare hukuku alanında ittihaz ettiği bu mahiyette bir idari işlemin iptali talebiyle açılır.

440 sayılı Kanuna tabi bulunan ve günlük işlerinde hususi hukuk hükümlerine tabi olduğu aşikar olan davalı idare 1971-1972 yılı ihtiyacı için 368 kalem basılarak kağıt işinin, kamu erki kullanılmadan hak ve menfaat eşitliği esasına dayanılarak tanzim olunan bir özel şartnameye uygun olarak ihaleye çıkarıldığı ve ihalenin tamamının, 218 kalemine davacı tarafından daha düşük fiyat verilmesine rağmen diğer firmaya yapıldığının...

2490 sayılı Artırma, Eksiltme ve İhale Kanunu hükümlerine tabi olmayan Türkiye Şeker Fabrikaları Anonim Şirketi tarafından diğer bir firmaya yapılan ihale işlemlerinde, yukarıda zikrolunan esas muvacehesinde anılan kanun hükümlerinin değil, idarece tanzim olunan ve hak ve menfaat eşitliğine dayanan özel şartname hükümlerinin uygulandığı ve netice olarak özel hukuk sahasında cari hak ve menfaat eşitliği esasını mahfuz tutulduğu anlaşıldığından görüş ve çözümü adliye mahkemelerine ait olan davanın Danıştay'da görüş ve çözümüne imkan...”⁵¹

bulunmadığına karar vermiştir.

İki kararın ortak yönünü, ihalelerin, iktisadi devlet teşekkülleri tarafından ve kendi özel mevzuatları uyarınca gerçekleştirilmesi oluşturmaktadır. Zaten döneme ilişkin mahkeme kararları incelendiğinde ihale niteliğine ilişkin farklılaşmanın da bu teşekküller yönüyle olduğu görülmektedir.⁵² Mahkemeye göre, bu teşekküllerin kendi

⁵⁰ Danıştay 12. Daire 25/10/1966 tarihli ve E. 1965/3237, K. 1966/2946 sayılı Karar (altı çizili alan bana ait)

⁵¹ Danıştay 12. Daire E. 1971/1356, K. 1971/1261

⁵² Bunun için bkz. TÜRKOĞLU Gülşen, TÜRKOĞLU Yekta, Artırma, Eksiltme İhale Kanunu Hakkında Sayıştay, Danıştay, Yargıtay Kararları (660 örnek karar özeti ve ilgili diğer konularla), Orsel Matbaası, Ankara 1975, s.327-333 (Eserde yer verilen Danıştay ve Yargıtay kararları incelendiğinde yüksek yargının, sözleşme ve devlet teşekküllerince gerçekleştirilenler dışında kalan ihalelere yönelik değerlendirmelerinin, günümüze benzer olduğu görülmektedir. Örneğin; “2490 sayılı Yasaya göre yapılan taahhütlerden doğan

özel mevzuatlarına dayanarak gerçekleştirdikleri ihaleler, dönemin temel Kanununa göre gerçekleştirilenlerden farklılık arz etmektedir. Temel Kanunun aksine, bu ihale süreçlerinde teşekküller tarafından kamu erki kullanılmamakta ve taraflar arası bir eşitlik söz konusu olmaktadır. Bu sebeple de bu teşekküllerin bu ihalelerine özel hukuk hükümleri uygulanmalı ve çıkan uyuşmazlıklar adliye mahkemelerinde çözümlenmelidir.

Belki de iktisadi devlet teşekküllerine ve bu teşekküllerin özel hukuk hükümlerine tabi tutuldukları alana, dönemsel farklı bakış açısı bu şekilde bir sonuca ulaşılmasına yol açmışsa da ihale sürecinin niteliğine yönelik günümüze yabancı yaklaşımların, geçmişte sergilenmiş olduğunu ortaya koyması yönüyle bu Kararlar son derece önemlidir. Kararlar, kamu kurumları tarafından gerçekleştirilen ihalelerin, geçmişten günümüze her daim ve istisnasız idari karakterli addedilmediğini, ihalelerin niteliğine ilişkin geçmişte organ ve mevzuat ayrımına bağlı farklılaşan bir bakış açısına sahip olunduğunu ve aslında kamunun, özel hukuk karakteri taşıyan ihalelerinden söz etmenin de mümkün olduğunu göstermektedir. Ne var ki bu, geçmişte kalan, dönemsel bir nitelemedir. Günümüzde bu şekilde farklılaşan bir niteleme ile karşılaşmamakta ve bir kamu iktisadi teşebbüsü tarafından kendi özel mevzuatı uyarınca gerçekleştirilse dahi ihalenin tek yanlı tasarruflardan oluşan mutlak bir idari süreç olduğu tartışmasız kabul edilmektedir. Günümüze hakim ihale anlayışı, daha mutlak ve tekçi bir anlayıştır.

Ancak bu mutlaklık ve tek yanlı olma hali, karşı tarafla etkileşime kapalı, soyutlanmış bir süreç algısına da yol açmamalıdır. Hatta günümüzde aksi yönlü bir gelişimden söz etmek bile mümkündür. Artık neoliberal etkili usullere daha sık tanık olunmakta ve ihale sürecinde idari kararların, (müstakbel) karşı taraf(lar)ın katılımları da sağlanarak alındığı örnekler giderek artış göstermektedir. Bu tür usullere özellikle, belli bir uzmanlığı gerektirmesi ya da neticede yenilikçi bir ürünü hedeflemesinden dolayı idarece teknik şartların hiç belirlenemediği veya yeterli netlikte belirlenemediği durumlarda başvurulmaktadır. İzlenen bu yöntem sayesinde ise idareler teknik

anlaşmazlıklar, akitten doğan birer anlaşmazlık olduklarından bu anlaşmazlıklar adli mahkemelerde çözümlenmesi gerekir.” Yargıtay Ticaret D. T. 18/9/1949, K.1908. s.327; “İdareye taahhüt edilen inşaatın zamanında teslim edilmemesi üzerine, yüklenici tarafından süre uzatımı isteminin idare tarafından reddedilmesiyle ilgili işlemin iptali için açılan dava, ihale sözleşmesinin ifasıyla ilgili bulunduğundan Danıştay’ın görevi dışında kaldığından...” Danıştay 12. Daire E.1965/52, K.1965/776 s. 328; “İhale kararının kesinleşmesine kadarki devre, bir kamu yasası olan 2490 sayılı yasa hükümleriyle düzenlenmiş bulunduğundan, bu devrede idarece yapılan bütün işlemler idari yargı organının denetimine tabidir.” Danıştay 12. Daire 10/10/1972, E.1971/2272, K.1972/3089, s.332-333)

eksikliklerini, uzman karşı taraf(lar)ı görüşmeye çağırarak, bu taraf(lar)la müzakere ederek, önerilen çözüm yöntemlerinden birini benimseyerek ve ortaklık kurarak giderebilmektedir.⁵³ Böylelikle karşı taraf(lar) da idari karar alma sürecine dahil olabilmekte, idari karar alımını etkileyebilmekte ve hatta karşı taraf ile idare arasında nispi bir irade uyuşumundan söz etmek bile mümkün olabilmektedir. Ancak bu durum, nihayetinde ihale sürecinin tek yanlı işlemler üzerine kurulu olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Karşı tarafın iradesi, münferiden tek yanlı irade olarak somutlaşmamakta, sadece iradenin tekemmülünü olanaklı kılan parçalardan biri olmakta, nihai ve icrai irade ise her daim idarenin hakimiyetinde kalmaktadır.

Şu halde bir kamu idare veya kurumu tarafından gerçekleştirilen ihale, günümüzde -en azından şimdilik- hem fikir olunan bir nitelik taşımaktadır. Süreç her durumda ve bütünüyle idari tasarruflarla şekillenmekte, idari karakter taşımakta ve idare hukukunun tatbiki açısından kesinlik arz etmektedir. Oysa bu kesinliğin, ihale süreci sonrası aşamaya da aynı şekilde teşmili her durumda mümkün olmamaktadır. Bu noktada belirleyici olan sözleşmenin sahip olduğu hukuki niteliklerdir. Ancak bu niteliğin tespiti her sözleşme için aynı kolaylıkta olmamıştır. Hatta bu durum sözleşmeleri nitelendirme temeline yaşanan ve zaman içerisinde erkler arası üstünlük mücadelesi görünümü kazanan oldukça önemli bir sürece de sahne olmuştur. Bu süreç ise yasama organını ve kanunu önceleyen bir kurgunun, 1999 yılında anayasal düzeye taşınması ile farklı bir anlam ve boyut kazanmıştır. Bu bağlamda, Anayasa'nın 47. maddesine “...yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya

⁵³ AB’de kamu alımlarına ilişkin ihaleleri düzenleyen 2014/24/EU sayılı Klasik Sektör Direktifi ile 2014/25/EU sayılı Su, Enerji, Ulaştırma ve Posta Sektörleri Direktifinde “rekabetçi müzakere” ve “yenilikçi işbirliği” adı altında teknik kriterler üzerinde de müzakere edilebilmesine ya da çözümler geliştirilebilmesine ve ortaklık kurulabilmesine imkan sağlayan ihale usulleri bulunmaktadır. Bu usuller, 2014/24/EU sayılı Direktifin 30 ve 31. maddelerinde, 2014/25/EU sayılı Direktifin ise 48 ve 49. maddelerinde düzenlenmiştir.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32014L0024>, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32014L0025> (Erişim tarihi: 26.07.2019) 4734 sayılı Kanunda da bu şekilde teknik kriterler üzerinde müzakere edebilmeye ve çözümler üretebilmeye imkan sağlayan hükümler bulunmaktadır. Ancak bunlar AB Direktiflerinden farklı olarak tek bir ihale usulü (pazarlık usulü) kapsamında düzenlenmiştir. Buna göre 4734 sayılı Kanunun 21. maddesinde, “ (a), (d) ve (e) bentlerine göre yapılacak ihalelerde,... İdarenin ihtiyaçlarını en uygun şekilde karşılayacak yöntem ve çözümler üzerinde ihale komisyonu her bir istekli ile görüşür...” hükmüne yer verilmiştir. 21. maddenin (a) bendinde; “Açık ihale usulü veya belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan ihale sonucunda teklif çıkmaması”, (d) bendinde; “İhalenin, araştırma ve geliştirme sürecine ihtiyaç gösteren ve seri üretime konu olmayan nitelikte olması”, (e) bendinde; “İhale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve malî özelliklerinin gerekli olan nitelikte belirlenememesi” halleri sayılmıştır.

tüzelkişilere yaptırılabilceği veya devredilebileceği kanunla belirlenir” fıkrası eklenmiş ve bu şekilde üçlü ölçütün, yasa koyucunun bir niteleme yapmadığı hallerde başvurulabilecek tamamlayıcı bir kural olduğu bir kez daha ancak bu defa anayasal düzeyde hatırlatılmıştır.

Bu şekilde bir anayasal yöntemin tercih edilme sebebinin, bu ölçütleri ve neticede idare hukukunu, kanuna rağmen “niteliği gereği” önceleyen dönemselsel yargı direncinin kırılabilmesi olduğu düşünüldüğünde, artık anayasal dayanak da kazanmış yasa koyucu tercihinin, idare hukukunun olabildiğince kısıtlanması yönünde olacağını tahmin etmek zor değildir. Anayasa değişikliğinin bu tercihi gerçekleştirmeye elverişli olup olmadığı ya da ne ölçüde elverişli olduğu hususu tartışmalı olsa da bunu gerçekleştirmek için başvurulacak nitelemenin “özel hukuk sözleşmesi”, yararlanılacak argümanların da özel hukuk argümanları olacağı açıktır. Nitekim pratiğe de aynen bu şekilde yansımıştır.⁵⁴ Bu anayasal değişim ise idare hukuku öğretisinde; “*Kanun koyucuya, özel hukuk sözleşmesi nitelemesi yapabilmek suretiyle İdare Hukukunun genel ilkelerine aykırı, zorlama ve gerçekte kendisinin ve hatta tarafların iradesinden bağımsız şekilde belirlenmesi gereken bir sözleşmenin hukuki niteliğine müdahale etme imkanı getirilmiştir...Sorun artık İdari Yargının anayasa tarafından korunan ve Yasama organının da müdahale edemeyeceği bir görev alanı var mıdır sorusundan çıkıp, yasa koyucunun İdare Hukuku müesseselerini başkalaştırma, farklı niteleme hakkı olup olmadığına dönmektedir.*” şeklinde haklı eleştiri ve serzenişleri de beraberinde getirmiştir.⁵⁵

Kuşkusuz özel hukukun baskın bir hal alması, 90’lı yıllara özgülenebilecek ve sadece bu yılların hadiseleri üzerinden açıklanabilecek bir olgu değildir. Bu, belli geçmişe sahip olan bir sürecin getirisiidir. 90’lı yılların öncesinde, 2490 sayılı Kanunun uygulandığı dönemde de bu baskınlığın izlerini görebilmek mümkündür. Bu dönem

⁵⁴ Örneğin; 8/6/1994 tarihli ve 3996 sayılı “Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun”un 5. maddesi (20/12/1999 tarihli ve 4493 sayılı Kanun ile değişik) uyarınca Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında yapılacak sözleşmenin, özel hukuk hükümlerine tabi olduğu ifade edilmiş; 21/2/2013 tarihli ve 6428 sayılı “Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İşbirliği Modeli İle Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması Kanunu”nun 1. maddesinin ikinci fıkrasında, sözleşme: yapım işlerinde özel amaçlı şirketle idare arasında, yenileme işleri ile ...ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin gördürülmesi için yüklenici ile idare arasında özel hukuk hükümlerine göre yapılan sözleşme olarak tanımlanmış, aynı şekilde Kanunun 4 üncü maddesinde sözleşmenin özel hukuk hükümlerine tabi olduğu vurgusu yapılmış; 16/7/1997 tarihli ve 4283 sayılı “Yap-İşlet Modeli İle Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması Ve İşletilmesi İle Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun”un 3 üncü maddesinde (1/7/2006 tarihli ve 5539 sayılı Kanun ile eklenen fıkra) sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olduğu hükme bağlanmıştır.

⁵⁵ GÜLAN Aydın, BERKARDA Kemal, İdare Hukukunda Gerçekleşen Köklü Değişimler, Danıştay ve İdari Yargı Günü 134. Yıl Sempozyumu, 10-11 Mayıs 2002, s.131

zarfında Uyuşmazlık Mahkemesi, aynen günümüzde olduğu gibi tatmin edici bir gerekçe sunmaksızın, özel hukuku öncelemekte ve 2490 sayılı Kanun uyarınca akdedilen sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların; “...özel hukuk davalarına ilişkin ihtilaflardan olduğu, bu husus gerek Uyuşmazlık Mahkemesi gerekse Yargıtay ve Danıştay’ca da benimsendiği cihetle adliye mahkemelerince” çözümlenmesi gerektiğine karar vermektedir.⁵⁶ Bu kararlar, Uyuşmazlık Mahkemesi’nin, ihale neticesinde akdedilen sözleşmelere yönelik günümüzdeki toptancı yaklaşımının temelini o günlerde attığını göstermekte ve aynı zamanda günümüze değin süren istikrarlı bir duruş sergilediğini de ortaya koymaktadır.

Özel hukukun, sözleşmeler üzerinden idare hukukunu baskılaması, 90’lı yıllara özgü olmasa da bu yılları özellikli kılan bir yön vardır. Bu yıllar, özel hukuk baskısının iyiden iyiye hissedildiği, alan hakimiyet mücadelesinin oldukça kızıştığı ve bolca çekişmeye tanık olunan yıllardır. Nitekim bu kez idare hukukunun oldukça hassas bir alanına yönelinmiş ve hedefe bütünüyle idari sözleşme niteliği taşıdığı anda hemen herkesin hem fikir olduğu “imtiyaz sözleşmeleri” konulmuştur. İdare hukukunun böylesi önemli bir alan üzerindeki hakimiyetinin de kırılmak istenmesi, bu yönelime karşı özellikle yargı üzerinden korumacı bir tepkinin gelişmesine yol açmıştır. Ve nihayetinde bu çekişme, özel hukuka karşı gelişen kamusal - korumacı tepkiye, en üst (anayasal) düzeyde cevap verilerek sonlandırılmak istenmiştir.

Gelinen noktada, anayasal dayanağa kavuşmanın sağladığı gurur ve güç ile özel hukuku önceleyen bu anlayış, nihayetinde -öğretide dile getirilen aksi yöndeki görüşlere rağmen- pek de sorgulama gereği duyulmayan bir genel kabullenme ve uygulama halini almıştır. Bu kabullenme ve uygulama da bizleri süreç sonucunda etkileşimi sağlayan işlemin, genel olarak özel hukuk sözleşmesi niteliği taşıdığına ve süreç sonrası aşamaya idare hukuku kurallarının artık kısmen tatbik edilebileceğine inanmaya zorlamaktadır. Bu sebeptendir ki artık ülkemizde idari sözleşmelere, karşılaşılma ihtimali gittikçe azalan, ender bir tür gözüyle bakılmaktadır. TEKİNSOY’un da bir dipnotunda aktardığı şekliyle “İdari sözleşmelerin “kamu hukukunun en ümitsiz bölümlerinden biri olduğu” görüşü sebepsiz değildir.”⁵⁷

⁵⁶ Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı K. 1962/22, Aktaran: TÜRKOĞLU Gülşen, TÜRKOĞLU “Yekta, Artırma, Eksiltme İhale Kanunu...” s.327

⁵⁷ TEKİNSOY M. Ayhan, “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu” AÜHFD, Yıl 2006, C. 55, S. 2, s.184

Kamu – özel etkileşimini sağlayan bir hukuki işlemi önceleme uğraşının ise bu hukuki işleme giden öncül süreçten (ihale sürecinden) tümüyle bağışık tutulması ve bu süreci etkilememesi düşünülemez. Etkileşimi sağlayan işleme yönelik oluşan bu genel kabullenme hali, bir ihale imgesini beraberinde getirmiş ve ihale kavramının da esas itibarıyla özel hukuk sözleşmelerine özgülmesi sonucunu doğurmuştur. Kavram, özel hukuk sözleşmesine giden bir süreç olduğu algısını beraberinde taşır hale gelmiştir. Böylece ihale, bütünüyle hak etmediği bir nitelikte özdeşleşmiş, idare hukukunun tatbik sahasını daraltan bir araca ve özel hukuk sözleşmesini imzalayacak bir karşı tarafı belirleme sürecine indirgenmiştir. Artık ihaleye, idare hukuku sahasında yaşanan kayıpların başlangıç noktasını oluşturduğu gözüyle bakılmaya başlanmıştır.

Süreç içerisinde yapılan yasal tercihler, ihaleye atfedilen bu işlevin daha da belirginlik kazanmasına sebep olmuş ve yargı kararlarının da etkisiyle artık kanıksanan bir hal almıştır. Oysa bu, ihale kavramı dışında gelişen bir sürecin ve yapılan tercihlerin sonucudur. Dolaylı ve istem dışı nitelik taşıyan, ihalenin katlanmak zorunda kaldığı bir sonuçtur. Ancak istemsiz ve dolaylı da olsa nihayetinde ihale kavramını biçimlendirmiş, özel hukuk kalıbına sıkışmış ve özel hukuka angaje olmuş bir ihale algısının oluşmasına yol açmıştır. Bu algı ise nihayetinde ihalenin, idare hukuku açısından bir süreçten fazlasını ifade ettiği inancının yerleşmesi ve oldukça etkin sayılabilecek bir konum kazanması ile de neticelenmiştir.

Oysa ihalenin, bu karmaşıklıkta ve etkinlikte sonuçlar üretmesi ya da sebep olması beklenmez. İhale, basit bir araçtır. Salt amaca odaklanmış, genel nitelik taşıyan bir araçtan fazlası değildir. Bu genellik vasfı da sadece kullanıcısının ya da karşı tarafın kişiliğinin arka plana atılması ile sınırlı bir sonuç doğurmaz. Genellik, aynı zamanda etkileşimi sağlayacak hukuki işlemin niteliğine de uygulanabilen bir vasıftır. Bu bakımdan etkileşimi sağlayan işlemin tek ya da çok taraflı olması veya özel hukuk ya da idari sözleşme niteliği taşıması, ihale kavramı açısından bir önem arz etmez. Bu yönüyle de ihale, etkileşimi sağlayacak hukuki işlemin niteliğine özel önem atfetmeyen bir araçtır. Ancak öğretilerde konunun ele alınış şekli, bu çıkarıma ulaşmanın, karşı tarafın kişiliği (özel kişi ya da kamu tüzelkişisi) açısından yapılan kadar kolay olmadığını göstermektedir. Bu zorluk ise ihalenin, bu etkileşimi sağlayan hukuki işlemler olan “sözleşme” ve “ruhsat” ile olan ilişkisinin biraz daha ayrıntılı ele alınmasını gerekli kılmaktadır.

2) İhale – Sözleşme İlişkisi

Öğretide ihale kavramı, genellikle çok taraflı bir işlem olan sözleşme kavramı ile ilişkilendirilerek açıklanır. Ancak bu ilişkilendirme sözleşmenin, mutlak surette özel hukuk sözleşmesi addolunması gerekliliğini içermez. Sözleşme, idarenin özel hukuk sözleşmesi olabileceği pekala idari sözleşme de olabilir. Buna göre; “...kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesini konu alan idari sözleşmeler de idarenin yaptığı özel hukuk sözleşmeleri de ihale sürecinden geçirilerek oluşturulur. İdarenin özel hukuk kişileriyle eşit düzeyde sözleşme yapıyor olması, sözleşme yapma iradesini oluşturmada idari yöntemlerden kurtulma imkanına sahip olduğu anlamına gelmez. İhale, idari sözleşmeler ve idarenin özel hukuk sözleşmeleri, özetle “idarenin sözleşmeleri” oluşturulurken izlenmesi gereken idari yöntemdir.”⁵⁸, “...O halde idarenin sözleşmede karşı tarafın belirlenmesi ve sonuçlandırılması süreçleri bakımından idarenin özel hukuk ve kamu hukuku sözleşmeleri arasında kural olarak bir fark bulunmamaktadır.”⁵⁹ “Geniş anlamıyla ihale, idarenin yapacağı bir sözleşmenin tarafını seçmek üzere yürüttüğü süreci...ifade etmektedir.”⁶⁰

İdarenin sözleşme gibi bir yöntemle başvurma nedeni olarak bireysel ve ekonomik özgürlüğe saygı ilkesi gösterilmektedir. Bu anlamda tek taraflılığın arka plana atılarak karşı tarafın da söz sahibi olduğu, katılımının sağlandığı bir ortam bu ilkenin bir gereği olmakta ve idare - sözleşme ilişkisini de kaçınılmaz kılmaktadır. Bununla birlikte idarenin tek taraflı bir tasarrufla ihtiyaç duyduğu mal ve hizmetleri üçüncü kişilerden temin etmesine imkan tanıyan yasa hükümlerinin istisnai, genellikle savaş, seferberlik dönemlerinde uygulanabilir nitelikte olduğu ve ayrıca sürekli bir ilişkinin kurulmasında her iki tarafın menfaatinin bulunabileceği de idarenin bu yöntemle başvurma gerekçeleri arasında sayılmaktadır.⁶¹

Tabii ki sözleşmeyi olumlayan ve öne çıkaran bu gerekçeler, kamusal alan aleyhine gelişen neoliberal süreç ve dönüşümün karakterine uyum arz eden gerekçelerdir. Birbirine uygunluk ve karşılıklılık, bu dönüşümün özünü yansıtan

⁵⁸ KARAHANOGULLARI Onur, “Özelleştirme Yöntemi Olarak İhale”, Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, Cilt 7, Sayı 1, (1998), s. 107

⁵⁹ KUTLU, “İdare Sözleşmelerinde...” s.45

⁶⁰ ODER Burak, “Kamu İhale Hukuku”, İçinde ÖZAY İl Han (Editör) Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004, s.549

⁶¹ KUTLU, “İdare Sözleşmelerinde...” s. 12; BUZ, “Kamu İhale Sözleşmelerinin...” s. 49

argümanlardır. Sözleşme, bu dönüşümün en belirgin hukuksal aracı ve aynı zamanda amacıdır. Bu sebeple de “*kamu hizmeti alanı ile piyasa ilişkisinin bu köklü dönüşümünün hukuksal aracı elbette sözleşme*”⁶² olmalıdır. Belirtmek gerekir ki sözleşmenin, baskın bir şekilde idare hukuku alanına iltihakının sağlanması ve (özellikle de özel hukuk ekseninde) tedricen yaygınlaştırılması amacıyla, büyük ölçüde başarı sağlanmış ve bu başarı, bu dönüşümün, politik ve ideolojik kazanımları arasındaki yerini de almıştır.

İdare - sözleşme ilişkisinin bu ekonomik temelli özeti, kamu - özel etkileşimi amacını sağlayan bir aracın, tek yanlı işlemde ziyade iki yanlı işlem esasında tanımlanıyor olma sebebini de anlamamızı sağlamaktadır. Buna göre ihale, öğretide de genel kabul gördüğü şekliyle baskın hukuki işlem üzerinden tanımlanan ve bu bağlamda, idarenin taraf olduğu sözleşmelerin (yap işlet devret/kamu ihale/devlet ihale/işletme hakkı devri/kira/kamu istikraz/mübadele gibi) akdine giden süreçtir. Aynı zamanda sözleşmelerin hukuki niteliği veya türünün, ihale kavramı ile doğrudan ilişkilendirilebilmesi de mümkün değildir. İhale, idarenin taraf olduğu her nitelik ve türde sözleşme için başvurulabilecek, genel nitelik taşıyan bir araçtır.

Oysa bu tanım ve genelleme, her durumda doğruyu yansıtmaz. Her şeyden önce ihale, idarenin her türden sözleşmesine giden bir süreç değildir. En basit örneğiyle, sınai ya da ticari kamu hizmetlerinden kişilerin yararlanması amacıyla akdedilen abonman sözleşmeleri, idarenin taraf olduğu sözleşmeler arasında yer almasına karşın, bu sözleşmelerin akdine giden sürecin ihale olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Zira süreç, ihalenin ekonomik yönünden yoksundur. Yarışmaya dayalı bir ortam ve karşı tarafa ilişkin bir tercih içermez. Bu sebeple de ihale olarak nitelenemez. Benzer şekilde idari tercihlerin de ihalenin, idarenin tüm sözleşmelerine giden süreç olduğu tanımını geçersiz kılabileceği unutulmamalıdır. Daha önce de değinilen ve özellikle enerji alanında ihale yöntemi işletilmeksizin akdedilmiş olan YİD sözleşmeleri bu durumun tipik örneğini oluşturmaktadır.

Bu durum ise ihalenin, amaç üzerinden değil, ayırt edici özellikler/yönler üzerinden tanımlanması gereken bir kavram olduğunu gösterir. Buna rağmen yine de amaç üzerinden bir tanım yapılmak isteniyorsa tanımda mutlaka bu ayırt edici özelliklere/yönlere değinilmelidir. Bu itibarla öğretide genel kabul gören, sözleşme

⁶² KARAHANOGULLARI Onur, İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme), Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s.259

üzerinden ve bu şekilde ayırt edici bir özelliğe/yöne değinilmeksizin yapılan ihale tanımı, bir miktar sınırlandırılmalı ve “yarışma ve kurallaşmayı” esas alan ibareler, mutlak surette tanıma eklenmelidir.

Ne var ki, bu ekleme yapılsa da tanımın yetersiz kalacağı istisnai bir durum bulunmaktadır. İhalenin, *yarışmayı olanaklı kılan ortam içerisinde sözleşmenin karşı tarafını belirlemeyi amaçlayan kurallı süreç* olduğu tanımı, “idari hizmet sözleşmeleri” söz konusu olduğunda geçerliliğini yitirir. Neticede akdedilen bir sözleşmenin bulunmasına ve hatta kurala dayalı yarışma benzeri bir sürecin yaşanmasına rağmen bu sözleşmelerin akdine giden süreci, ihale olarak niteleme olanağı yoktur. Zira idari hizmet sözleşmeleri, anayasal bağlamda ihaleye konu edilmesi mümkün olmayan bir alanı konu alır. Süreç her ne kadar benzerlikler taşısa da alanın özelliği, ihale nitelmesine imkan vermez. Bu sebeple sözleşme ilişkisi üzerinden yapılacak bir ihale tanımında aynen KARAHANOĞULLARI’nın yaptığı gibi “idari hizmet sözleşmeleri” her durumda dışarıda bırakılmalıdır.⁶³

Kaldı ki idare hukuku yazınında ihale, bu ayrıntı ve genişlikte ele alınan bir kavram değildir. İdarenin tüm sözleşmelerine uygulanabilir (genel) niteliği vurgulansa da kavram, daha dar ancak ekseriyeti kapsayan bir alana indirgenerek işlenir. Bu alan, aynı zamanda yaygın kullanımın/tipik kurallaşmanın olabildiğince sağlandığı alandır. Günümüzde bu alanı, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu olmak üzere iki temel Kanun oluşturmaktadır. İhale kavramına ilişkin ayrıntılı açıklama ve değerlendirmeler de genellikle bu iki Kanun ve “devlet ihalesi” – “kamu ihalesi” terimleri üzerinden yapılmaktadır.⁶⁴

⁶³ KARAHANOĞULLARI, “İdarenin Hukukla Kavranması...” s.197

⁶⁴ Bu kapsamda ihale lafız ve sürecine;

GÜNDAY, “İdarenin Özel Hukuk Sözleşmeleri (Kamu İhaleleri)” başlığı altında yer vermekte, özel hukuk sözleşmesi ve 2886 sayılı ve 4734 sayılı Kanunlar ekseninde değinmekte, (GÜNDAY, “İdare Hukuku”, s.178-204);

GÖZÜBÜYÜK/TAN, “İdari Sözleşmelerin Yapılması” başlığı altında ve özellikle 4734 sayılı Kanun çerçevesinde ele almakta, (GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, TAN Turgut, İdare Hukuku, Cilt I, Genel Esaslar, Güncelleştirilmiş 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s.556-568);

GÖZLER, “İdari Sözleşmelerin Akdedilmesi: Kamu İhalesi” başlığı altında, 2886 sayılı ve 4734 sayılı Kanunlar ekseninde ele almakta, (GÖZLER, İdare Hukuku Dersleri, s.448-466);

AKYILMAZ, SEZGİNER ve KAYA, “Sözleşmelerin Yapılması Usulü” başlığı altında, 2886 ve ağırlıklı olarak da 4734 sayılı Kanun çerçevesinde değinmekte, (AKYILMAZ, SEZGİNER, KAYA, Türk İdare Hukuku, s.503-526);

Aslında kavramın açıklanmasında izlenen bu daraltıcı yöntem, yadırganacak bir durum teşkil etmez. Zira her ne kadar birçok açıdan eleştiriye açık olsalar da bu Kanunlar, pozitif hukukumuzun ihaleye ilişkin en ayrıntılı usul ve esaslarını içeren ve bunu da kanuni düzeyde hükme bağlamayı başaramış düzenlemeleridir. Bizi gerçek anlamda ihaleye ulaştırabilecek, en elverişli yasal argümanları sunan Kanunlardır. Bu açıdan kanunlar, Türk ihale hukukunun referans noktalarını oluşturur. İhale hukukunda ülke olarak erişebildiğimiz en uç noktalardır. Bu yönüyle hukukumuzda ihale kavramının, bu iki referans Kanun eksenli işleniyor olması da oldukça makul bir tercihtir.

Ne var ki kavramın, bu iki Kanun eksenli işlenmesi, ihale - sözleşme ilişkisi açısından bir algının pekişmesini sağlamaktadır. Bu, ihalenin, idarenin özel hukuk sözleşmesine özgü bir süreç olduğu algısıdır. Aslında her iki Kanuna göre akdedilecek sözleşmeleri, özel hukuk sözleşmesi olarak niteleyen açık bir kanuni dayanak bulunmamaktadır. 2886 sayılı Kanun (devlet ihaleleri) açısından, bu niteleme daha çok yargı kararları ve öğreti kaynaklı iken, 4734 sayılı Kanun (kamu ihaleleri) açısından denkleme belirleyici bir unsur daha eklenmektedir. Bu unsur, 4734 sayılı Kanuna göre gerçekleştirilen ihaleler neticesinde akdedilen sözleşmelerin usul ve esaslarını hükme bağlayan, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'dur. Bu Kanunun 4. maddesinde yapılan tarafların eşitliği vurgusu ile bu prensibe aykırı maddelere yer verilemeyeceği yönündeki emredici hüküm,⁶⁵ idari sözleşme nitelemesini daha güç bir olasılık haline getirmekte, kamu ihale sözleşmelerinin, özel hukuk sözleşmesi olduğu kabul ve algısını ise oldukça güçlendirmektedir. Bu açıdan kamu ihale sözleşmelerinin, idari sözleşme niteliği taşıdığı iddiasında bulunabilmek, devlet ihale sözleşmelerine oranla daha zordur ve daha fazla çaba harcamayı gerektirmektedir.

GİRİTLİ, PERTEV ve AKGÜNER, “İdare Sözleşmelerinin Hukuksal Rejimi (Sözleşmelerin Yapılması)” başlığı altında ve 4734 sayılı Kanun çerçevesinde ele almaktadır. (GİRİTLİ İsmet, BİLGİN Pertev, AKGÜNER Tayfun, İdare Hukuku Dersleri, Der Yayınları, İstanbul 2006, s. 476-482)

⁶⁵ 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 4 üncü maddesinin 3 üncü fıkrası; “ Bu Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklerle sahiptir. İhale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemez. Kanunun yorum ve uygulanmasında bu prensip göz önünde bulundurulur.” şeklindedir. BUZ’a göre bu hüküm, kamu ihale sözleşmelerinin, özel hukuk sözleşmesi olduğunu farklı bir yoruma imkan vermeyecek ölçüde açık bir şekilde ortaya koymaktadır. (BUZ, “Kamu İhale Sözleşmelerinin...”s.70-72) GÖZÜBÜYÜK/TAN da bu hükmün, kamu ihale sözleşmelerinin hukuki niteliğini açıklığa kavuşturduğu görüşündedir. (GÖZÜBÜYÜK/TAN, “İdare Hukuku” s.517)

Azınlıkta kalmakla birlikte bu çabayı gösterenler de vardır. Buna göre, kamu ihale sözleşmelerinin kategorik olarak özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilerek, toptan bir yaklaşım sergilenmesi doğru değildir. Bu tür sözleşmelerin, tamamıyla özel hukuk hükümlerine tabi olmadıkları, bazı öğeleri yönünden kamu hukuku kayıt ve şartlarına tabi oldukları açıktır. Her bir sözleşme, hukuki niteliğin belirlenmesi amacıyla geliştirilen ölçütler çerçevesinde ele alınmalı ve nitelenmelidir.⁶⁶ Ayrıca tarafların eşitliği vurgusu, sözleşmeyi, sözleşme konusundan ve Anayasa'nın 47. maddesinden bağımsız olarak özel hukuk sözleşmesi yapma imkanı da tanımamaktadır. Eşitlik ilkesi, mali hükümler gibi tarafların üzerinde tasarruf edebileceği konulara ilişkindir. Sözleşme konusu hizmet ve yatırıma ilişkin kuralları, bu tasarruf alanı içerisinde değerlendirmeye imkan yoktur. Sözleşmeye hükümler koymak suretiyle idarenin yükümlülüklerinden kurtulabilmesi mümkün değildir.⁶⁷

Şüphesiz ki bu görüşler, idare hukukunun haklı argümanlarını yansıtan, kendi içinde tutarlı görüşlerdir. Ancak tartışmaların bizi götüreceği nihai nokta, yine sözleşmelerin hukuki niteliği üzerinden idare hukukunun alan hassasiyeti olmaktadır. Bu tartışmalar, alan hakimiyet mücadelesinin, kamu ihale sözleşmeleri özelindeki tezahürüdür. Esas itibarıyla da bu, kamu hizmetleri üzerinden yürüyen bir tartışmadır. Oysa kamu hizmeti yürütümü için ihtiyaç duyulan yardımcı nitelikteki hizmetler açısından konu pek hassas addolunmaz ve tartışmaya değer bulunmaz. Bu tür hizmetlere yönelik çoğunlukla daha sıradan bir yaklaşım söz konusudur. Genel kanı, bu tür hizmetleri konu alan sözleşmelerin niteliğine ilişkin bir belirsizliğin bulunmadığı yönündedir. Buna göre, yasal olarak aksi belirtilmediği müddetçe bu hizmetleri konu alan bir sözleşmenin, idari sözleşme olarak nitelenmesi mümkün değildir. Zira bu tür sözleşmeler, idari sözleşme nitelemesi için gerekli kümülatif üçlü ölçütten birini sağlayamamaktadır. Bu sebeple de -aksi yöndeki görüşlere rağmen⁶⁸- bina temizliği, evrak dağıtım, küçük çaplı onarım gibi kamu hizmetine yardımcı işleri konu alan bir ihale, olağan koşullarda özel hukuk sözleşmesi ile neticelenmesi beklenen bir ihaledir.

⁶⁶ GÜNDAY, "İdare Hukuku" s. 200-201, GÖZLER, "İdare Hukuku Dersleri" s. 470-473

⁶⁷ KARAHANOGULLARI Onur, "İdarenin Hukukla Kavranması..." s. 240 Yazar, kamu ihale sözleşmelerinin Anayasa'nın 47. maddesinin 4. fıkrası karşısındaki durumu konusunda iki yorum yapılabileceğini ifade etmekte ve bu değerlendirmeyi, bu yorumlardan birisi olarak ele almaktadır.

⁶⁸ Aksi yöndeki görüşler için bkz. KARAHANOGULLARI, İdarenin Hukukla Kavranması..., s.237-238 GÖZLER, İdare Hukuku Dersleri, s. 470-471 Aksi yöndeki görüşler, esas itibarıyla idari sözleşme nitelemesi için başvuru olan ölçütlerin birlikteliği kriterindeki ayrışmadan kaynaklanmaktadır.

Bu bakımdan Kamu İhale Kanunu (ve aynı şekilde Devlet İhale Kanunu) ilginç bir görünüm arz etmektedir. Nitekim Kanun, hem kamu hizmeti hem de kamu hizmetinin yerine getirilmesi için ihtiyaç duyulan yardımcı hizmetleri konu almaktadır. Kapsadığı hizmetler yönüyle heterojen bir yapıya sahiptir. Üstelik kamu hizmeti – kamu hizmetine yardımcı nitelik taşıyan ihtiyaçlar ayırımına dayalı bir usul farklılaşmasına gidilmediği gibi her tür ve nitelikteki hizmet, 4735 sayılı Kanun çerçevesinde aynı hukuki niteliğe sahip bir sözleşme ile bağitlanmak durumundadır. Hizmetler, tür ve nitelik farklılaşmasına rağmen ihale ve akabinde sözleşme safhasında aynı muameleye tabi tutulmaktadır. Bu açıdan bir temel kamu hizmeti kabul edilen sağlık hizmeti ile kamu hizmetinin yerine getirilmesi için ihtiyaç duyulan bir temizlik hizmeti tüm hukuki yön ve sonuçlarıyla aynılaştırılmış olmaktadır.

Bu durum, Kamu İhale Kanununun en çok eleştirilen yönlerinden birini teşkil etse de aslında ihalenin, genellik vasfı ile uyumludur. Bu anlamda ihale, belli tür ve nitelikteki hizmetlere özgülenme gibi bir amaç taşımaz. Aynen çok yanlı işlem olan sözleşme ile neticelenme amacı da taşımadığı gibi. Peki buna karşın, neden sözleşmeye özgü bir araç olduğu anlayışı hakimdir? Ya da ihalenin tek yanlı tasarruf olan “ruhsat” usulü ile ilişkilendirildiği örnekler hep arka planda kalmaktadır?

İhale – ruhsat birlikteliğinin pek itibar görmemesinde öncelikli sebebi, neoliberal politikaların getirisi olan sözleşme kültürü ve kamu-özel etkileşimini bu kültüre özgüleyen anlayış oluşturmaktadır. Bu anlayış ihalenin, salt sözleşme aracı olduğu yönünde bir izlenime sebep olmuş ve hatta öyle olduğuna inandırmayı bile başarmıştır. Benzer şekilde ruhsat kavramı ve sürecine hakim olan ve ihale kavramını bu süreçten dışlayan bakış açısı da bu itibarsızlığa katkı sunan sebepler arasındadır. Bu bakış açısı, tek yanlı işlemin, idareye dilediği karşı tarafı belirleme yetkisini de tanıdığı inancını ya da daha doğru bir ifade ile yanılgısını içermektedir. Bununla birlikte, ruhsat kavramına atfedilen anlam da bu birlikteliğe itibar edilmemesinin sebeplerinden bir diğerini oluşturmaktadır. Üstelik bu sebep, sözleşme – ihale birlikteliğine geçerli bir hukuki dayanak da sunmaktadır. Örneğin; KARAHANOGULLARI, ruhsatı, kamu hizmetlerinin özel kesime gördürülmesi yöntemlerinden biri olarak değil, kamu hukukunda özgürlüklerin düzenlenmesi yöntemlerinden biri kabul ettiği için⁶⁹ ihale kavramını, salt sözleşmeye özgüleyebilmekte ve kavramı, “*idarenin sözleşmeleri oluşturulurken izlenmesi gereken idari*

⁶⁹ KARAHANOGULLARI Onur, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s.324-326

yöntem” olarak tanımlayabilmektedir. Aslında idare hukukunda çoğu durum açısından geçerli olduğu üzere bu noktada da belirleyici olan, kavram ve müesseselere yüklenen anlam ile bu anlamın, kavram ve müesseseye kazandırdığı sınır olmaktadır. Bu doğrultuda şayet ruhsat, “kolluk” ve “kamu hizmeti” ruhsatı şeklinde iki ayrı başlık altında değerlendirilmekte ya da bu ayrım reddedilerek ruhsat, ruhsattır⁷⁰ görüşü savunulmakta ise farklı bir çıkarıma ulaşılması tabii ki mümkün olacaktır. Zira bu noktada ihale koşulları, ruhsat kavramı açısından geçerlilik kazanacak ve ruhsata giden sürece uygulanabilir bir hal alacaktır. Dolayısıyla tek yanlı bir tasarrufla (ruhsatla) belirleniyor olsa da, karşı tarafın ihale yöntemi işletilerek somutlaştırılması elbette mümkündür ve hatta daha yerinde bir tercihtir. Tabii ki, ruhsata yüklenen anlamın, ihaleye geçerlilik tanıyan bir anlam olması şartıyla.

3) İhale – Ruhsat İlişkisi

Ruhsat, öğretide bir türlü sözleşmenin önem mertebesine ulaşmayı başaramayan ve çoğunlukla da küçük bir alana sıkıştırılarak işlenen bir kurumdur. Buna rağmen, birçok farklı görüş ve tartışmayı bünyesinde barındırmakta, sebep olduğu etki ve sonuçlarla da sözleşmeden hiç de aşağı kalır yanı olmayan bir öneme sahip olduğunu ortaya koyabilmektedir. Bu kapsamda yürütülen tartışmaların ve oluşan görüş farklılıklarının ise çoğunlukla, kamu hizmetinin özel kişilere gördürülme yöntemi olarak kabul edilip edilemeyeceği, kendi içerisinde bir ayrıma tabi tutulup tutulamayacağı, sözleşme – ruhsat müesseselerinin kesin çizgilerle ayrımının mümkün olup olmadığı ve bu ayrım arasındaki gri alanın ne şekilde açıklığa kavuşturulacağı sorunları üzerinde yoğunlaştığı görülmektedir. Bu görüş ve tartışmaların yol açtığı karmaşaya karşın, talebe bağlı (katılımı gerekli kılan) tek yanlı işlem niteliği, ruhsat üzerinde uzlaşılan noktayı oluşturur. Bu açıdan, lisans, izin gibi farklı adlarla anılıyor olsa da ruhsatın, “*bir kimseyi veya yeri önceden mevcut bir statüye sokan ve ona objektif bir hukuki durum sağlayan birer şart-tasarruf*” olduğu genel kabul görür.⁷¹

Ruhsatta da aynen sözleşmede olduğu gibi işlemlerin yöneldiği bir muhatap (karşı taraf) söz konusudur ve ruhsat verilmesine giden sürecin, sözleşmenin akdine

⁷⁰ ÇAL Sedat, Türk İdare Hukukunda Ruhsat, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010, s.136

⁷¹ DURAN Lütfi, İdare Hukuku Meseleleri, Gözden Geçirilmiş İlaveli Yeni Yayın, İÜHF Yayını, İstanbul, 1964, s. 615

giden süreçten bütünüyle farklılık arz ettiğini iddia edebilmek güçtür. Aralarındaki farklara rağmen her iki süreç oldukça fazla benzer yönleri sahiptir. Karşı tarafın taşınması ve uyması gereken kriterler ile tarafların hak ve yükümlülüklerinin düzenlendiği şartnamelerin varlığı, bu benzerliğin yoğunlaştığı noktaların başında gelmektedir. Ancak bu, kurallaşma yönüyle bir benzeşimdir. Oysa anımsanacağı üzere ihale, hukuki (kurallaşma) ve ekonomik birlikteliğe dayalı bir süreçtir. Bu açıdan salt kurallaşma yönüyle bir benzeşim, sürecin ihale olarak nitelenebilmesi için yeterli olmayacaktır. Bunun için ekonomik yöne de ihtiyaç vardır ve aslında ruhsata giden sürecin ihale olarak nitelenebilmesinde belirleyici olan da işte bu ekonomik yöndür.

Yine anımsanacağı üzere ekonomik yön, yarışmaya dayalı ya da yarışmayı olanaklı kılan ortam içerisinde gerçekleştirilen iradi seçimi ifade eden yöndür. Ruhsat söz konusu olduğunda ise bu yönün tespiti, ruhsata farklı açılardan bakmayı ve ruhsata ilişkin bir ayrımı gerekli kılmaktadır. Bu ayrım, ruhsata bağlanan alanın niteliği ile ruhsattan yararlanacakların niceliğine bağlı olan, alanın ve karşı tarafın sınırlılığına ilişkin bir ayrımdır. Bu yönüyle de ihalenin, ruhsat açısından uygulanabilirliğini, sınırlılık temelinde yapılan ikili ayrıma bağlı olarak ele almak mümkündür.

i) Bu kapsamda ilk olarak, ruhsatın, ayrım yapılmaksızın, önceden belirlenen nesnel koşulları sağlayan herkese verildiği görünümü ele alınmalıdır. Bu görünüm, karşı tarafın özgürce girişimde bulunabileceği sınırlılık içermeyen bir alana tekabül etmekte ve ruhsatın, özgürlüklere yönelen kısmını oluşturmaktadır. Ruhsat, bu özgürlüğün bir ön koşulu olarak karşımıza çıkmakta ve kamu düzeni mülahazasına sığınarak bu girişim özgürlüğüne dolaylı bir kısıt getirmektedir. Bu şekilde bireylerin serbestçe tasarrufta bulunabileceği bir alana giriş ve/veya alanda faaliyette bulunulabilmesi, belli koşullara bağlanmakta ve tek yanlı idari izinle (ruhsatla) mümkün olmaktadır. Ancak bu iznin, ayrım gözetilmeksizin, istenilen koşulları sağlayan herkese verilmesi gerekliliği, ruhsatın bu görünümünün, görece özgürlüğe etkili bir müdahale aracı olarak değerlendirilmesine de izin vermemektedir. İşyeri açma ve çalışma ruhsatı, ilaç ruhsatı ya da 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 9 uncu maddesinde öngörülen bildirim üzerine yapılan yetkilendirme ile sınırlandırılmamış kullanım hakkı verilmesi, bu görünüm kapsamında ele alınabilecek ülkemize dair örneklerdir.

Ruhsatın bu görünümüne giden sürecin, ekonomik yön eksikliği sebebiyle ihale olarak nitelendirilebilme imkanı bulunmamaktadır. Yarışma temeline dayalı dinamik

süreç, bu görünümde hiç yaşanmamakta ve dahası benzerler arasından bir seçim değil, öngörülen koşulları sağlayan herkese bir dağıtım söz konusu olmaktadır. Bu görünüme giden sürecin ihale ile benzerliği, kurallaştırma ile sınırlı kalmakta ve neticede süreç, ihale niteliğine erişememektedir. Ancak bu sonucun, ruhsatın diğer görünümü açısından da geçerli olduğunu iddia edebilmek pek mümkün gözükmemektedir.

ii) Bu görünümü farklı kılan, önceki görünümün aksine ruhsata konu edilen alanın, sınırlı ya da sınırlandırılmış olmasıdır. Bu görünümde dağıtım değil, sınırlı olma hali söz konusudur. Bu sınırlılık, farklı dayanaklara bağlı olarak, farklı şekillerde karşımıza çıkar. Bu kapsamda bir yasal dayanağa istinaden ya da idarenin tercihi doğrultusunda alan sınırlandırılmış olabileceği gibi alanın niteliği/doğası da (niteliği gereği kıt kaynak) bir sınırlandırmayı kaçınılmaz kılmış olabilir. Ağ sektörleri (telekomünikasyon, enerji, ulaştırma, su) kapsamındaki hizmetler ile maden ruhsatları niteliği gereği kısıtlı/sınırlı alana ilişkin ilk akla gelen örnekleri oluşturur iken taksi, toplu taşıma, personel servis taşıma işletmeciliği, şans oyunları, idarenin tercihi ile oluşan günümüz sınırlılık örnekleri arasında yer almaktadır. Tahmin de edilebileceği üzere idarenin bu takdiri tercihleri, ruhsat alanının sorunlu addedilen konularının başında gelmektedir. Zira bu idari tercihler, aslında şartları sağlayan herkesin katılabileceği, daha serbest bir ortamda yürütülebilmesi mümkün olan bir etkinliği bu olanaktan yoksun bırakan, alanı yapay bir idari sınırlılığa hapsederek, imtiyaz oluşum ihtimal ve riskini beraberinde taşıyan tercihlerdir.

Tüm bu ihtimal ve risklere dayalı eleştirel yönlerine rağmen bu görünüm altında ortaya çıkan sınırlılık hali, belirli sayıda özel kişinin ya da toplumda karşılık bulduğu şekliyle ayrıcalıklı bir şanslı azınlığın bu alanda faaliyette bulunabilmesi anlamı taşır. Bu doğrultuda karşımızda bir sınırlı alan bulunmakta ve bu alanda faaliyette bulunma onuruna erişecek bir azınlığın seçimi söz konusu olmaktadır. Bu şekilde sınırlı alan üzerinde bir seçim söz konusu ise ihaleden söz edilmemesi için ortada hiçbir sebep yok demektir. Bu sınırlı alan, ihale sürecinin tamam olabilmesi için gerekli ekonomik yönün koşullarını da sağlamakta, üstelik de idareye şanslı azınlık kavramını, hakeden azınlık kavramına dönüştürebilme ve sürece adaleti dahil edebilme imkanı sunmaktadır.

Eserinde defaetle bu duruma dikkat çeken ÇAL'a göre de; “...ruhsat, toplumda etkinliklerde bulunmak için yasal çerçevede öngörülen “mutlak ve zorunlu tutulan özelliklerin” arandığı ve bunları taşıyan herkese ayrımcılığa (keyfiliğe) yer bırakmayan bir düzen içinde -

neredeyse “otomatik (özişler)” olarak, başvurulmasının hemen akabinde, sadece anılan nesnel koşulların varlığını tesbite yönelik bir basitlik içerisinde- verildiği bir kurguya dönüştürülmelidir. Doğası gereği sınırlı sayıda ruhsatın verilebileceği alanlarda ise bu kısıtlamadan dolayı ruhsatların başvuruda bulunulmasına göre değil, ortada bir başvuru olsa dahi mutlaka kamuoyuna duyurularak saydamlık içerisinde yarışmayla verilmesi esası geçerli kılınmalıdır. Kanımızca bunu “olmazsa olmaz” bir koşul şeklinde görmek zorunluluğu vardır.”⁷²

Şu halde ihale – ruhsat ilişkisinde belirleyici olan, sınırlılık ya da sınırlandırılmış olma halidir. Sınırlamanın geçerli olduğu tüm bu haller açısından ihale – ruhsat ilişkisi mümkün, hatta kamu yararı gereği elzemdir. Oysa ülkemizde bu alanlar üzerindeki yasal veya idari tutum, tekdüze bir görünüm arz etmez. Sınırlı alan üzerinde ruhsata hak kazanan kişinin ihale yöntemi ile belirlendiği örneklerle karşılaşmak mümkün iken, bu yöntemin hiç işletilmediği ya da bir süre işletilerek daha sonra işletilmesinden vazgeçildiği örneklerle de karşılaşmak mümkündür. 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin 57. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan hüküm, bu vazgeçişin örneklerinden biridir. Maddede, gerçek veya tüzelkişilerin sağlık alanında belirli bir hizmeti verebilmesi veya hastane ve benzeri kuruluşları açabilmesi için gerekli lisansların, açık artırma (ihale) ile belirlenecek bedel karşılığında verileceği kararlaştırılmıştır. Ne var ki hüküm, 2014 yılında yürürlükten kaldırılmış ve lisansların, ihale yöntemi ile verilmesi uygulamasından vazgeçilmiştir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki bu vazgeçiş, lisans ve lisans sonrası ruhsat için istenen bedellerden kaynaklanmıştır.⁷³ Yoksa ihalenin ya da ihale yönteminin başarısızlığının sebep olduğu bir vazgeçiş değildir. Zaten günümüzde de aksi yönlü bir eğilim söz konusudur. İhale yöntemi, ruhsata konu sınırlı alanlar üzerinde daha cezbedici bir hal almakta ve buna ilişkin örnekler de giderek çoğalmaktadır. Şans oyunları, enerji, GSM ve yayın sektöründe yaşanan kimi örneklerin yanı sıra son olarak 2015 yılında 3213 sayılı Maden Kanunu’nda yapılan değişiklikle belli gruptaki istisnai madenler dışındaki yeni alanların, artık ihale yolu ile

⁷² ÇAL, Türk İdare Hukukunda Ruhsat, s.280 Ayrıca bkz. s.51, 81 – 87, 220

⁷³ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇAKIR Hüseyin Melih, Sağlık Hizmetlerinin Özel Hukuk Kişileri Tarafından Yürütülmesi, XII Levha Yayıncılık, Ekim 2015, İstanbul, s. 265-267

ruhsatlandırılacağıının öngörülmesi,⁷⁴ bu artan cezbediciliği hem de oldukça önemli bir örnek üzerinden görünür kılmaktadır.

Ayrıca bu maden örneğinin, ihalenin cezbediciliği dışında özellikli bir yönü daha bulunmaktadır. Öğretide madencilik alanındaki faaliyetlerin, “ekonomik boyutlu faaliyetler olması” ve “ortak ve genel bir ihtiyacın tatminine yönelik olmaması” sebepleriyle kamu hizmeti statüsünde kabul edilemeyeceği de ifade edilmektedir.⁷⁵ Bu yönüyle örnek, ihalenin, kamu hizmeti ve kamu hizmetine yardımcı hizmetlerin yanı sıra kamu hizmeti ile doğrudan ilişkilendirilemeyen başkaca etkinlikleri de konu alabilme kapasitesini göstermektedir. Bu kapasitenin bize hatırlattığı tek şey ise ihalenin, kavramlar, hukuki nitelme ve sonuçlar üstü bir aygıt olduğudur. Zaten bu da bütün bu süreci ve anlatılanları özetlemeye yeten bir hatırlatmadır.

II. İHALE EDİLEBİLİR OLMA(MA) KAVRAMI

A. GENEL OLARAK

İhale edilebilir olma(ma); hukuki bir statüyü, genel bir niteliği ve konumu ifade eder. Konu ya da alana bağlı olarak kazanılan bir yeterlilik ve potansiyeldir. İhale edilebilir nitelik taşıyan da taşımayan da, bir konu veya bir alandır. Bu anlamda da bir maldır, hizmettir, yapım işidir, imtiyazdır, ağ sektörleri alanıdır... İlk bakışta ihale edilebilirlik, ihale kavramına bağımlı bir statü izlenimi taşısa da aslında tam aksine ihale, ihale edilebilirlik statüsüne bağımlı bir kavramdır. İhale, herhangi bir alan ya da konu üzerinde değil, ancak ihale edilebilir statüye sahip bir alan ya da konu üzerinde işletilebilecek bir yöntemdir. Bu yönüyle de ihale, bu genel statünün varlığına bağlı ve bu statü içerisinde varlık kazanabilen özel ve öznal bir eylem ve yöntemi ifade eder. Alan ya da konu ihale edilebilir olduğu ya da ihale edilebilir parçalar içerdiği için, ihale vardır. Bu açıdan da ihale edilebilirlik, ihale kavramının sınırı ve ön koşuludur. İhaleyi de içine alan bir üst nitelik ve statüdür.

⁷⁴ 6592 sayılı Maden Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 3213 sayılı Kanunun 30 uncu maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesi; “*Herhangi bir sebeple hükümden düşmüş, terk edilmiş veya taksir edilmiş alanlar ile II. Grup (b) bendi ve IV. Grup madenler dışındaki yeni alanlar ihale yolu ile ruhsatlandırılır.*” şeklinde değiştirilmiştir.

⁷⁵ GÜLAN Aydın, Maden İdare Hukukumuzun Ana İlkeleri Ve Temel Müesseseleri (Mevzuat ve Yargı Kararları Işığında Eleştirel Bir Yaklaşım Denemesi), Lamure Yayıncılık, 2008, s.163-167

İhale edilebilir olma(ma) statüsünü de aynen ihale gibi yarışma eylemi temelinde tanımlamak mümkündür. Ancak ihaleden farklı olarak statünün asgarisini, bir imkan değil, ihtimal oluşturur. İhale edilebilirlik, ihalenin aksine salt yarışma ya da yarışmayı olanaklı kılan ortamın fiilen oluşumuna bağlı bir kazanım değildir. İhale edilebilirlik, bunlara ek olarak yarışma ihtimalini de dışlamayan, daha geniş bir alana karşılık gelen bir statüdür. Bu açıdan yarışma ihtimali içeren/sunan, yarışmaya elverişli olan, yarışmayı olanaklı kılan ya da yarışılan her alan ya da konu, aynı zamanda ve öncelikle ihale edilebilir nitelik taşıyan alan ya da konudur.

İhale edilebilirlik, işte tüm bu unsurlara bağlı tanımlanabilen ve asgari unsurunu, yarışma ihtimalinin oluşturduğu bir statüdür. İhtimale dayalı bu asgari özelliği dolayısıyla da ihale dışı aktörler de statü içerisinde kendilerine yer bulabilmektedir. Bu bakımdan yarışmaya dayalı olmaksızın, birden fazla kişi tarafından aynı anda (dağıtımla) üstlenilen bir alan ya da konu veya doğrudan tercihle üstlenilen bir alan ya da konu, ihale olarak değerlendirilemese de yarışma ihtimali içermeleri kaydıyla ihale edilebilir olma statüsü içerisinde değerlendirilebilmesi mümkün hallerdir. Bu bağlamda ihale ile ihale edilebilir olma arasındaki ilişkiyi, *“her ihale edilebilir olan, aynı zamanda ihale edilen değildir, ancak her ihale edilen, aynı zamanda ve evleviyetle ihale edilebilir olandır”* şeklinde özetlemek de mümkündür.

Alan ya da konunun, yarışma ihtimali içermesi, yarışmaya elverişli olması ya da fiilen yarışılması ihale edilebilir olma statüsünün tanımlayıcı unsurları iken, ihale edilebilir olmama statüsünün tanımlayıcı unsuru, bu hallerin hiç oluşmamasıdır. İhale edilebilir olmama, mutlak yarışılamayacak bir alan veya konuya karşılık gelir. Bu sebeple daha sert ve otoriter bir görünüme sahiptir. Aslında ihale edilebilir olmama statüsünün kendi içerisinde yarışma benzeri süreçleri de barındırması mümkündür. Ancak statünün sahip olduğu nitelik, bu süreçlerin tipik bir yarışma olarak kabulüne ya da yarışma ihtimali içerdiği/yarışmaya elverişli olduğu iddiasına imkan vermez. Bu statü söz konusu olduğunda yarışma, imkan ve ihtimal dahilinde değildir. Yarışma unsurunu tümüyle dışlayan yönüyle de ihale edilebilir olmama, sadece ihale açısından değil, doğrudan tercih ve dağıtım açısından da bir kesinliği ifade eder. İhale edilebilir olmama, bu tür eylemlere geçit vermeyen bir statüdür.

Diğer yandan bir alan ya da konunun, ihale edilebilir statüye erişmesi, dolayısıyla da yarışılabilir hal alması, alan ya da konunun bir nitelik değişimine

uğradığını gösterir. Bu, “tek olma” halinde meydana gelen bir değişimdir. İhale edilebilir olma(ma), tek olma(ma) haline bağlı bir statüdür. Şayet alan ya da konunun üstleniminde/sunumunda bir tekel hali söz konusu ise bu, alan ya da konunun ihale edilebilir olmadığı anlamını taşır. Bu da gayet anlaşılabilir bir durumdur. Zira bu hal, başkasına üstlenim/sunum imkanı tanımamaktadır. Haliyle üzerinde yarışılacak ya da yarışma imkan ve ihtimalinden söz etmeyi gerektirecek bir alan ya da konu da hiç oluşmamaktadır. Tek bir kişiye özgülenen, bu kişi dışında başkasının üstlenme hakkının olmadığı bir alan, tabiatı gereği ihale edilebilirliğin söz konusu dahi edilemeyeceği alandır. İhale edilebilir olmama, tek olmanın kaçınılmaz sonucudur. Alan ya da konunun, ihale edilebilir nitelik kazanması ile birlikte üstlenim/sunumdaki bu tekçi (tekel) anlayış yıkılmakta ve alan ya da konu, bir çoğullaşmaya ve üstlenim/sunumda farklı kişilere de imkan tanır hale gelmektedir. Artık yarışmak ve birden çok alternatif arasından bir karşı taraf bulabilmek olanak ve ihtimal dahilindedir. Bu bakımdan, ihale edilebilir olmama statüsünden ihale edilebilir olma statüsüne geçiş, aslında tekçi anlayıştan çokçu anlayışa geçişten başka bir şey değildir.

Ancak idare hukuku söz konusu olduğunda bu geçişin sağlanabilmesi için tamamlayıcı bir unsura daha ihtiyaç vardır. İdare hukuku açısından ihale edilebilir olma, öncelikle hukuki bir meseledir ve ancak hukuki dayanakla kazanılabilen bir statüdür. Hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak idarelerin, ihale edilebilir olma statüsü içerisine dahil olabilmesi ve bir hizmeti birden çok alternatif arasından belirlenen bir kişiden alabilme ya da bu kişiye devredebilme olanağına kavuşması ancak hukuki dayanakla mümkündür. Bu bakımdan bu statünün, idare hukuku bağlamında anlam kazanabilmesi için alan ya da konunun üstlenim ve sunumunda tekel yetkisine sahip olunmaması tek başına yeterli bir ölçüt olmamakta, idarelerin ayrıca hukuki dayanağına sahip kılınması gerekmektedir.

İhale edilebilir olma(ma)nın hukuki dayanağını, anayasal boyuttan idari boyuta uzanan hiyerarşik bir silsilede bulabilmek mümkündür. Bu, farklı alternatif ve olasılıkların söz konusu olduğu bir silsiledir. Bu bağlamda, Anayasa, bir alan ya da konunun ihale edilebilir olduğunu ya da olmadığını açıkça hükme bağlamış ya da herhangi bir niteleme yapmayarak, bunu yasa koyucunun ya da Cumhurbaşkanlığının (kararnamelerin) takdirine bırakmış olabilir. Bu durumda yasa koyucu ya da Cumhurbaşkanlığı, Anayasanın kendisine bıraktığı bu alan ve konulara yönelik

herhangi bir tasarrufta bulunmamayı tercih etmiş ve alan ya da konuları, ihale edilebilir olmaktan alıkoymuş olabilir. Ya da aksine, yasa koyucu ya da Cumhurbaşkanlığı, ihale edilebilirliğe ilişkin bir tasarrufta bulunmak suretiyle bu alan ya da konuların ihale edilebilir niteliğe kavuşmasını sağlamış ya da bu işlemi, sınırlarını da belirlemek suretiyle yasa veya kararname altı normlara bırakmış olabilir. Bu durumda idareler, yasa ve kararnameye istinaden ve kendilerine tanınan sınırlar çerçevesinde açıkça ya da sessiz kalmak suretiyle alan ya da konulara ihale edilebilir olma(ma) niteliği kazandırmış olabilir.

Bu şekilde, silsileye ve hukuka uygun kazanılmış bir ihale edilebilirlik statüsü, yalnızca alan ya da konunun, bir potansiyele kavuştuğunu, idarece üzerinde tasarruf edilebilecek bir hal aldığını ortaya koyar. Yoksa alan ya da konuya ilişkin doğrudan ve mutlak surette bir işlem ya da eylemi gerekli kılmaz. Bu bakımdan statü kazanımı, bir idari tercih ve işlemde bulunulması, alan ya da konunun, ihale, dağıtım veya doğrudan tercihe konu edilmesi zorunluluğu dayatmaz. Bu işlemler, ihale edilebilir olma statüsüne bağlı olsa da nihayetinde idari tercih ve takdir meselesidir. İdare özelinde, ayrıca bir idari karara gereksinim duyan tasarruf ve keyfiyetlerdir. Kamu İhale Kanunu, Devlet İhale Kanunu gibi ihale sürecini kurallaştırmayı amaçlayan Kanunlar, işte bu idari karar ve sonrasına tatbiki mümkün olan Kanunlardır.

Bununla birlikte, ihale edilebilir olma(ma) statüleri üzerinde karşı taraf oluşumunun ya da karşı taraf sınırlamasının bir etkisinden söz etmek de mümkün değildir. İhale edilebilir olma(ma) statüleri açısından temel ölçüt, alan ya da konunun niteliği iken, karşı taraf, bu statüler içerisinde gerçekleştirilen işlemlerin bir neticesidir. Sadece ihale edilebilir olma statüsünde değil, tekçi anlayışın geçerli olduğu ihale edilebilir olmama statüsü kapsamında da bir karşı taraf oluşumundan söz etmek mümkündür. Bu sebeple karşı taraf, ihale edilebilir olma ya da olmama statüleri üzerinde doğrudan doğruya bir belirleyiciliğe sahip olmayan, her iki statü açısından geçerli, ortak bir unsurdur.

Bu noktada, statüleri ve bu statülerin karşı taraf ve idare hukuku ile olan ilişkisini daha anlaşılır kılmak adına konuyu “tek olma(ma)” halleri üzerinden biraz daha ayrıntılı ele almak yerinde olacaktır.

i) **“Tek olmama hali”**: Bu hal, ihale edilebilir olma statüsünü ifade eder. Potansiyel karşı taraflar arası bir yarışma ihtimali veya imkanı barındıran alan ya da konulara karşılık gelir. İhale edilebilir olma ya da tek olmama, alan ya da konularda bir açılım sağlandığını, bunların başkaları tarafından üstlenilebileceğini gösterir. Bunun için bu alan ya da konularda tam rekabet halinin geçerli olması da şart değildir. Önemli olan birden fazla kişinin bu alan ya da konu üzerinde faaliyette bulunabilmesi, alan ya da konunun yarışma ihtimalini barındırmasıdır. Bu bakımdan bir taşıma, organizasyon, yazılım ya da terzilik hizmeti, ihale edilebilir nitelik taşıyan hizmettir. Hatta bir özel şirket tarafından, başkaca bir koşul aranmaksızın ihale edilebilir nitelik taşıyan bu hizmetlerin fiilen bir ihaleye konu edilebilmesi de mümkündür.

Ayrıca tek olmama/ihale edilebilir olmanın tayininde, karşı taraf üstleniminin fiilen gerçekleşmesi, bir zorunluluk değildir. Üstlenimin fiilen gerçekleşmesinin ya da hiç gerçekleşmemesinin, alanın ihale edilebilir niteliği üzerinde bir belirleyiciliği yoktur. Karşı taraf hiç var olmasa ya da oluşmasa da alan, yine ihale edilebilir nitelik taşıyabilir. Tek olmama/ihale edilebilir olma, işleme veya karşı taraf oluşumuna değil, alan ya da konunun niteliğine bağlı bir haldir. Bu bakımdan, koşulu sağlayan herkesin hizmeti üstlenebileceği bir alanın da (dağıtım - çok karşı taraf hali), koşulu sağlayanlar arasından sadece bir kişinin hizmeti üstlenebileceği bir alanın da (ihale, doğrudan tercih - tek karşı taraf hali), karşı tarafın hiç oluşmayacağı bir alanın da (karşı tarafsızlık hali) ihale edilebilir statü içerisinde kendine yer bulabilmesi mümkündür. Örneğin; koşulu sağlayan herkes tarafından sunulması beklenen bir “taksi hizmeti” alanı; ihale ya da doğrudan tercih yöntemi ile belirlenen bir kişinin üstlendiği “elektrik satış hizmeti” alanı, yarışmaya elverişli, ihale edilebilir nitelik taşıyan alanlardır. Hatta taksi hizmet alanında yapılacak bir sınırlandırma, hizmetin, elektrik satış hizmetine benzemesine ve ihale ya da doğrudan tercih yönteminin bu hizmet açısından da geçerli yöntemler halini almasına sebep olacaktır. Aynı şekilde bu yöntemlere başvurmaksızın kendi ekipman ve görevlileri eliyle bizzat (emaneten) üstlenilen bir “temizlik hizmeti” alanı, karşı taraf oluşma imkanı bulunmayan ve fakat yarışma olanak ve ihtimaline sahip olan, ihale edilebilir nitelik taşıdığından şüphe duyulmayan bir alandır.

Ancak bu noktada gözden kaçırılmaması gereken husus, tüm bu alan ya da konuların, idare hukuku açısından da ihale edilebilir nitelikte kabul edilebilmesinin, bir unsurun daha varlığını gerekli kıldığıdır. İdareler, bir şekilde bu alan ya da konular ile

ilişki kurabilmelidir. Bunun için de buna imkan sağlayan bir hukuki dayanağa sahip olmalıdırlar. Bu, hukuk devleti ilkesinin, idarelerin yetkisizliğinin asıl olmasının doğal bir sonucudur. Bu bakımdan bir alan ya da konunun ihale edilebilir niteliğe sahip olması ya da olmaması, başka deyişle yarışma ihtimaline sahip bir alan üzerinde ya da konu hakkında idarenin tasarrufta bulunabilmesi ya da bir tasarruftan alıkonulabilmesi, ancak hukuken sahip olunabilen ve bir hukuki dayanağın sonucu olan keyfiyetlerdir. Bunun siyasi ya da bürokratik söylem ile kazanılabilmesi mümkün değildir. Bir siyasetçinin ya da bürokratin bir alanı ihale edilebilir bulması ya da bulmaması, o alanı ihale edilebilir kılmaz ya da ihale edilebilirlikten alıkoymaz. Bir alan ya da konu, idareler açısından hukuken kabul gördüğü kadar ihale edilebilirdir veya değildir.

Bu da uygulamada genellikle, “...gördürür”, “...yaptırır”, “...üçüncü şahıslardan alabilir” ya da daha açık şekilde “...ihale yoluyla satın alınabilir” gibi ibarelere dayalı olarak kazanılan bir hukukilik olmaktadır. Yarışma ihtimaline sahip alan ya da konunun varlığı üzerine eklemlenen bu hukuki dayanak ile ihale edilebilirlik, idareler açısından da anlamlı ve uygulanabilir hale gelmektedir. Bu iki unsurun birlikteliği, bir organizasyon ya da yazılım hizmetinin ya da elektrik satış hizmetinin ya da bir temizlik hizmetinin, idareler açısından da ihale edilebilir nitelik kazanmasına sebep olmakta ve idareler ancak bu şekilde bu hizmetleri, birden çok potansiyel karşı taraflar arasından seçeceği bir kişiye gördürebilmek ya da bu kişiye devredebilmek imkanına kavuşmaktadır. Bu imkan ise çoğunlukla piyasa ve özel sektör lehine gelişen, piyasa ve özel sektörü ön plana çıkaran bir süreci de beraberinde getirmektedir.

Bu süreç nedeniyle bu noktadan itibaren alan, kamu (idare) hukukunun etkisinin kırılmaya, kamu yararı, kamu hizmeti gibi kavramların piyasa eksenli argümanlarla yıpratılmaya çalışıldığı ve tartışmaların da iyiden iyiye kızıştığı bir alan halini almaktadır. Ve dahası bu alan, kamu-özel etkileşimini sağlayan ve kamu hukuku aleyhine gelişmesi beklenen bir süreci hayata geçirecek olan, ihale hukuku gibi bir alt disiplinin ve “ihale” adı verilen aracın karşımıza çıktığı alan olmaktadır. Bu durum ise ihalenin hukuken, tek olmama hali/ihale edilebilir olma statüsü ve ekseriyetle piyasa ve özel sektör sayesinde var olabilen bir araç olduğunu da görmemizi sağlamaktadır.

ii) “Tek olma hali”: Bu hal, ihale edilebilir olmama statüsünü, münhasır olma halini ifade eder. Bu durumda alan ya da konunun, bu “tek” dışında bir başkası tarafından üstlenimi/sunumu mümkün değildir. Bir başka kişiliğe var olma şansı

tanınmaması sebebiyle de tek olma, haliyle yarışma ve ihtimalinden söz etme imkanının bulunmadığı bir haldir.

Tek olma, salt kamuya özgü bir hal de değildir. Bir özel kişiye de hasredilebilir. Ancak neoliberal düzen iddiası taşıyan bir politikanın, hizmetin üstlenim/sunumunda tekel niteliğine sahip bir özel kişiliğe piyasada bozucu etki oluşturacağından bahisle imkan tanımaması beklenir. Bu sebeple de bu düzen içerisinde tekel niteliğine sahip bir özel kişilik oluşumu oldukça düşük bir ihtimaldir. Ama özel kişi nezdinde oluşan bu teklik ihtimali, kamu tüzelkişiliği söz konusu olduğunda yerini mutlaklığa bırakır. Zira kamu tüzelkişileri ya da geniş anlamda devlet, daralan ya da genişleyen ama mevcudiyetinin her safhasında mutlak surette tekel niteliğine sahip alanlara sahip olmuştur. Bu devlet olgusuna atfedilen niteliğin olağan bir sonucudur. Eğer devleti, egemen bir olgu olarak tanımlar ve tasvir ederseniz, bu egemenliğin kullanılabileceği/gösterilebileceği alanları da kaçınılmaz olarak tanım(lam)ış ve tasvir etmiş olursunuz. Bu anlamda devlet olgusunun ortadan kalkması gerektiğini iddia eden ya da kaldırmayı amaçlayan uç ideolojileri bir kenara bırakırsak devlet olgusunu dışlamayan her ideolojide, bu egemenliği az ya da çok halkın hissetmesini sağlayacak tekel alan öngörülerine tesadüf etmek mümkündür. Neoliberal anlayışı farklı kılan husus ise bu kamusal tekel alanlarını tamamen yok etmek olmasa da olabildiğince minimize etme gayesidir.

İşte tek olma hali, genel olarak bir taraftan minimize edilmeye çalışılan, diğer taraftan dokunulamayacak münhasır alanlar olduğuna inanılan, bu kamusal alan ve oluşumlara karşılık gelir. Bu oluşumlar, salt kamu tüzelkişiliğine (devlete) ait olan, kamu tüzelkişiliği (devlet) dışında bir başkasının üstlenimine/sunumuna izin verilmeyen, alan ve konulardır. Bu bakımdan ihale edilebilir olmama, esas itibarıyla kamu tüzelkişiliği ile bütünleşik olmayı ve kamu tüzelkişiliğine (devlete) aidiyeti ifade eden hukuki bir niteliktir. Tabii ki bu nitelik ve aidiyet de her şeyden evvel hukuki dayanağın bir sonucudur. Aynı zamanda da kamu tüzelkişiliği/devletin sınırı sorunudur.

Kamu tüzelkişiliğine (devlete) hasredilen bu tek olma imtiyazı, bir karşı tarafsızlık anlamı taşımaz. Tek olma halinde de karşı taraf oluşumu mümkündür. Ancak bu oluşumun, tipik bir ihale, doğrudan tercih ya da dağıtım yöntemi ile açıklanabilmesi mümkün değildir. Artık bu alan, ihale, doğrudan tercih gibi yöntemlerin geçerliliğini yitirdiği, “yetki” temelinde işleyen ve “yetki” üzerinden tanımlanan işlemlerin söz konusu olduğu bir alandır. Artık karşı tarafın, “yetki paylaşımı”, “yetki devri” ya da

“yetki kullanımına katılım” gibi idari yöntemler ile oluştuğu; ruhsat, özel hukuk sözleşmesi gibi araçların yerini genelge, idari hizmet sözleşmesi gibi daha saf ve sert kamusal yetki araçlarına bıraktığı alandır.

Tabii ki bu noktada sözünü ettiğimiz yetki, doğrudan yasa tarafından verilen ya da Enerji Bakanlığı – EPDK örneğinde olduğu gibi doğrudan yasa ile paylaştırılan veya devredilen yetki değildir. Sözünü ettiğimiz, yine yasaya/Cumhurbaşkanlığı kararnamesine bağlı ancak, ayrıca bir idari irade ve karara gereksinim duyan yetkidir. Yasaya/kararnameye istinaden idarenin takdirine bırakılmış ve karşı tarafın bu takdirle somutlaştığı özellikli bir yetkidir. Bu anlamda bakanın, sahip olduğu bir yetkiyi, bakan yardımcılar arasında paylaştırmasıdır (yetki paylaşımı) ya da bir yardımcısına devretmesidir (yetki devri)⁷⁶ veya bir kişinin kamu görevlisi sıfatıyla kamusal alana dahil olunmasının sağlanmasıdır. (yetki kullanımına katılım) Bu şekilde kamu tüzelkişiliğine (devlete) hasredilen alan ve konular üzerinde kullanılagelen ihale edilebilir olmayan bir yetki, ihale edilebilir olmama niteliğine hâle gelmeksizin iradi olarak; karşı taraflar (diğer memur ya da kamu tüzelkişilikleri) arasında pay edilmekte ya da bir karşı tarafa (diğer memur ya da kamu tüzelkişiliğe) devredilmekte ya da karşı taraf (kamu görevlisi) bu kamusal yetkinin kullanımına iştirak etmekte ve katkı sunmaktadır. Her ne kadar karşı tarafın oluşum şekli, dağıtımı/doğrudan tercihi ve hatta ihaleyi çağırıştırıyor olsa da bu işlemler, ihale edilebilir alanda değil, bu kez yarışmanın ihtimal dahi olmadığı (ihale edilebilir olmayan) bir alan içerisinde gerçekleşmektedir. Bu sebeple de bu işlemleri, tipik olarak değil ve fakat dağıtım/doğrudan tercih/ihale benzeri eylemler olarak ele almak mümkün olmakta ve artık karşı taraf, bu alana özgü (genelge, idari hizmet sözleşmesi, memur atama gibi) idari tamlığı haiz araç ve işlemlerle somutlaşmaktadır.

Konuya ilişkin ve özellikle de sonuçları itibarı ile ilginç bir örneği, Tohumculuk Kanununun 15. maddesinde görmek mümkündür. Anayasa Mahkemesi’nin incelemesine de konu olan bu madde, ihale edilebilir olmadığı yönündeki hakim görüşün hala geçerliliğini koruduğu bir hizmetin (kolluk etkinliğinin) devrini konu almakta ve Bakanlığın denetim yetkisini, kısmen veya tamamen Türkiye Tohumcular Birliğine, kamu kurum ve kuruluşlarına, özel hukuk kişilerine veya üniversitelere

⁷⁶ 10.7.2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 506. maddesinde “Bakan ve her kademedeki Bakanlık yöneticileri sınırlarını açıkça belirtmek ve yazılı olmak kaydıyla, yetkilerinden bir kısmını alt kademelere devredebilir. Yetki devri, uygun araçlarla ilgililere duyurulur.” hükmü yer almaktadır.

devredebileceğini hükme bağlamaktadır. Mahkeme, yapmış olduğu değerlendirme ile karşı tarafın sahip olduğu kişilik üzerinden ihale edilebilir olmayan alana da bir belirlilik kazandırmıştır. Bu kapsamda Mahkeme “...*özel hukuk tüzel kişileri dışında yetki devri yapılabilecek Türkiye Tohumcular Birliği, kamu kurum ve kuruluşları ve üniversiteler kamu tüzel kişiliğine sahip olup... ancak, bunlar dışında Bakanlığın denetim yetkisini tümüyle özel hukuk tüzel kişilerine devretmesi veya onlarla paylaşması ise olanaklı değildir...*” gerekçesiyle “özel hukuk tüzel kişileri” ibaresinin Anayasa’ya aykırı olduğuna karar vermiştir.⁷⁷

Karar, ihale edilebilir olmama statüsüne ve statünün sahip olduğu özelliklere ilişkin bir takım ilke ve sonuçlara ulaşmamıza olanak sağlamaktadır. Bu bakımdan ilk göze çarpan ihale edilebilir olmama statüsünün, durağan değil aksine dinamik yapıya sahip bir statü olduğudur. Ancak bu dinamizm, sadece tek bir kamu tüzel kişiliği içerisinde yaşananlarla sınırlı değildir. Kamu tüzel kişiliği dışında da, diğer kamu tüzel kişilikleri ile yaşanan etkileşim ve geçişlerle de bu dinamizmi görebilmek mümkündür. Bu açıdan ihale edilebilir olmama, hizmetin bizzat kamu tüzel kişisi tarafından yerine getirilmesi zorunluluğuna dayanmayan, yine kamu tüzel kişisi olan karşı taraf(lar)la etkileşime açık ve hizmetin bu kamu tüzel kişileri tarafından da yerine getirilebilmesi imkanını içeren bir statüdür. Dolayısıyla da tohum yetiştiren, işleyen, dağıtan ve satanların denetlenmesi ya da ticarete arz edilen tohumlukların standartlara uygunluğunun denetlenmesi işi, bizzat Bakanlık tarafından yerine getirilse de, ya da bir yetki devri sonucu Tohumcular Birliği veya üniversiteler tarafından yerine getirilmeye başlansa da hizmet yine ihale edilebilir olmayan bir hizmet olarak kalmaya devam edecek, ihale edilebilir olmama niteliğine hanel gelmeyecektir. Ayrıca bu etkileşim ve geçişin de bu alana özgü genelge, protokol gibi yetki devri araçları ile sağlanması gerekecektir. Oysa ilgili Bakanlığın uygulamada tercihi farklı yönde gelişmiş ve ihale edilebilir nitelik taşımayan bu etkinliğin, farklı bir kamu tüzel kişisine devrinde tercih edilen yöntem, isabetsiz şekilde ihale edilebilir alana özgü bir yöntem (sözleşme) olmuştur.⁷⁸

⁷⁷ AYM. 13/1/2011 tarihli ve E:2002/2, K:2011/13 sayılı Karar, RG: 23/7/2011- 28003

⁷⁸ 13.01.2008 tarihli ve 26755 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Tohumculuk Hizmetlerinde Yetki Devri Yönetmeliği’nin 18/C maddesinin 2. fıkrasında: “*Genel Müdürlükçe uygun görülen denetim yetkisi devri başvuruları, bir sözleşme çerçevesinde devredilir. Yetki devri sözleşmesi, Genel Müdür ve yetki devri yapılan kuruluş yetkilisi tarafından imzalanır. Yetki devri sözleşmesinde; yetki devrinin içeriği, süresi, kapsamı, yetki devri yapılan kuruluş tarafından yapılacak iş ve işlemler, başvuru sahibinin taahhüdü gibi hususlar ile Genel Müdürlükçe uygun görülen diğer hususlar yer alır.*” hükmüne yer verilmiştir.

Bununla birlikte bu Mahkeme Kararı ve dinamik yapı, ihale edilebilir olmama/tek olma kapsamına ilişkin bir belirleme yapılabilmesine de imkan sağlamaktadır. Buna göre, ihale edilebilir nitelik taşımayan alan, kamu tüzelkişi teklifine değil, kamu tüzelkişilikleri toplamına tekabül eden oldukça geniş bir alandır. Hatta ilginç ve bir o kadar da tartışmalı şekilde bu alan, kamu idare ve kurumları ile sınırlı olmayan, kamu tüzelkişiliğini haiz Tohumcular Birliği gibi kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının da kendisine yer bulabileceği genişlikte bir alandır. Bu yönüyle ihale edilebilir olmama/tek olma açısından belirleyici kriter, “kamu tüzelkişiliği”dir. İhale edilebilir olmama/tek olma, kamu tüzelkişiliği kriterine bağımlı bir nitelik ve statüdür. Bu nitelik ve statünün kazanımı açısından niceliğin bir önemi bulunmamaktadır. Bu durumda tek bir kamu tüzelkişisi, birkaç kamu tüzelkişisi ya da tüm kamu tüzelkişileri tarafından sunulabilme/üstlenilebilme, kural olarak teklife ve ihale edilebilir olmamaya işaret edebilmektedir.

Aksi çıkarımla da ihale edilebilir olmama, sadece özel hukuk tüzelkişilerinin kendisine yer bulamayacağı bir statüdür. Bu bakımdan başlı başına özel hukuk tüzelkişiliği de statüler açısından ayırt edici ve belirleyici bir unsurdur. Özel hukuk tüzelkişilerinin de var olabileceği bir alan, tek olma halinden söz edilemeyecek olan, ihale edilebilir nitelik taşıyan bir alandır. Bu itibarla kural, ihale edilebilir olmanın, özel hukuk tüzelkişisinin de var olabileceği alanlar üzerine kurulu bir statü; ihale edilebilir olmamanın ise özel hukuk tüzelkişisinin yokluğu üzerine kurulu bir statü olduğudur. Bu durum aynı zamanda, salt karşı taraf oluşumu, statüler açısından hiçbir anlam ve öneme sahip değil iken, karşı tarafın sahip olduğu kişiliğin, statüler açısından tek belirleyici etken olabilecek kadar anlam ve öneme sahip olduğunu da fark etmemizi sağlamaktadır.

Peki bu durumda Kamu İhale Kurumunun da dahil olduğu bir süreç neticesinde görevde yükselme ve unvan değişikliklerine ilişkin yazılı sınav hizmetinin, özel hukuk tüzelkişilerinin tümüyle dışlanarak sadece kamu tüzelkişilerinin katılacağı bir ihale kurgusuna bağlanmış olmasını nasıl izah etmek gerekecektir? Zira bu durumda yukarıda anlatılanlarla birebir örtüşmeyen bir durumla karşılaşılmaktadır. Bir yandan özel hukuk tüzelkişilerinin katılımına imkan tanınmamakta diğer yandan ise bir ihale sürecinden ve dolayısıyla alanın ihale edilebilir nitelik taşıdığından söz edilmektedir. Kurum vermiş olduğu karar ile yazılı sınav hizmeti için kamu tüzelkişilikleri arası bir ihaleyi yani yarışmaya dayalı bir süreci şart koşturma ve bu şekilde zımni olarak özel hukuk

tüzelkişilerine kapalı olan ihale edilebilir alanların var olabileceğini de kabul etmiş olmaktadır.⁷⁹

Öncelikle neoliberal anlayış açısından yadırganacak bir durum teşkil etse de hatta ihale mantığı ile pek bağdaşmasa da özel hukuk tüzelkişilerine kapalı bir ihale kurgusunun, hukuken mümkün olduğunun bilinmesi gerekir. Bu konuda yasa koyucunun/yürütmenin, önündeki tek anayasal engel, ihale edilebilir olmayan alana özel hukuk tüzelkişilerinin dahil edilmesidir. Yoksa ihale edilebilir nitelik taşıyan bir alanı, kamu tüzelkişilerine hasretmesinin önünde hukuki bir engel yoktur. Kamu tüzelkişiliğinin bu ayrıksı durumu ise statülerin tespiti açısından, özel hukuk tüzelkişiliğinin daha ön plana çıkmasına sebep olur ve bu tüzelkişiliğin, çok daha önemli ve belirleyici bir kriter olduğunu anlamamızı sağlar. Nitekim karşı taraf olarak kamu tüzelkişiliği, hem ihale edilebilir olmayan hem de istisnai de olsa ihale edilebilir olan alanda karşımıza çıkabilmekte iken özel hukuk tüzelkişiliği sadece ihale edilebilir olan alanda karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla özel hukuk tüzelkişiliğinin varlığı, kamu tüzelkişiliğine kıyasla statüler açısından daha kesin bir anlam taşımakta ve başlı başına bir statüye işaret etmektedir. Bu anlam ve statü ise “ihale edilebilir olma”dır. Özel hukuk tüzelkişiliği, ihale edilebilir olmanın olağan, beklenen ve aynı zamanda ayırt edici unsurudur.⁸⁰

⁷⁹ Daha önce de değinilen Kararında (16/4/2014 tarihli ve 2014/DK.D-41 sayılı) Kurul, Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Esaslarına Dair Genel Yönetmelik kapsamında gerçekleştirilecek meslekte yükselme ve unvan değişikliğine yönelik yazılı sınav hizmeti alım ihalelerinde, ihale dokümanının hazırlanmasında dikkat edilecek hususlar ile Yönetmelik’te ismen sayılan kamu kurum ve kuruluşları tarafından ihalede teklifleri ile birlikte sunulacak ya da sunulmasına gerek olmayan belgelerin neler olduğunu belirtmektedir.

⁸⁰ Bu sebeple konu, öğretilde genel itibarıyla özel sektör vurgusu ve “kamu hizmetlerinin özel sektöre gördürülmesi/devri” kavramsallaştırılması üzerinden işlenmektedir. [Örneğin; GÖZÜBÜYÜK, TAN konuyu “kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi” başlığı altında (GÖZÜBÜYÜK, TAN, İdare Hukuku...s.643 vd.), GÖZLER, “kamu hizmetinin bir özel hukuk kişisi tarafından işletilmesi usulleri” başlığı altında (GÖZLER, İdare Hukuku...s.536 vd.) ele almaktadır.] Bu kavram ise “özel sektöre gördürülebilecek/devredilebilecek kamu hizmetleri” şeklinde bir sınıflandırmaya imkan tanımakta ve bu haliyle de “ihale edilebilir kamu hizmetleri” kavramını çağrıştırmaktadır. Ancak kamu hizmetlerinin özel sektöre gördürülmesi/devri kavramı, hizmetlerin ihale edilebilirliğinin aksine bütüne değil ekseriyete karşılık gelen bir anlam taşımaktadır. Kavram, özel sektörü mutlak karşı taraf olarak kabul etmekte ve karşı tarafın kamu tüzelkişiliği olduğu halleri (ihaleyi, bir kamu tüzelkişiliğinin kazanarak sözleşmenin bu tüzelkişilik ile imzalandığı hal gibi) kapsamamaktadır. Oysa “kamu hizmetlerinin ihale edilebilirliği/edilmesi” kavramında bu eksiklikten söz etmek mümkün olmamakta ve bu kavram, özel sektör ile sınırlı olmayan kamu tüzelkişiliklerinin karşı taraf olma ihtimalini dışlamayan daha geniş bir alana karşılık gelmektedir. Ayrıca bu noktada dikkat çekici bir diğer husus, 4734 sayılı Kanun, dolayısıyla kamu ihalesi ve kamu ihale sözleşmesi kavramlarının öğretilde kamu hizmetlerinin (özel sektöre) gördürülmesi/devri dışında ve farklı bir başlık altında ele alınmasıdır. Bu durum kamu ihalesinin, kamu hizmetlerini ya da kolluk etkinliğini konu alamayacağı gibi yanlış bir algıya sebep olmaktadır. Oysa tam aksine oldukça geniş bir kamu hizmeti veya kolluk etkinliği alanı, kamu ihale ve sözleşmelerine de konu

Bu bakımdan, salt kamu tüzelkişileri arasında geçmesi beklenen bir ihale kurgusu, genellikle olağandışı ve şüphe ile yaklaşılması gereken bir duruma işaret eder. Bu şüphenin giderilebilmesi, alanın sahip olduğu niteliğin belirlenmesine bağlıdır. Salt müstakbel karşı tarafın kamu tüzelkişisi olması, alanın niteliği üzerinde doğrudan bir belirleyiciliğe sahip değildir. Her şeyden önce alanın, ihale edilebilir mi yoksa ihale edilebilir olmayan bir niteliğe mi sahip olduğu tespit edilmelidir. Ancak bu tespitten sonra bir ihaleden ya da aksine bir “yetki” kullanımından söz etmek mümkün hale gelecektir. Oysa Kurul kararında bu yönlü bir tespit işlemine girililmemiştir. Yazılı sınav hizmetinin, ihale edilebilir olduğu ön kabulünden hareket edilmiş ve neticede salt kamu tüzelkişilerinin teklif verebileceği ilginç ve istisnai bir ihale ve sözleşme kurgusunun ortaya çıkmasına sebep olunmuştur.

Bu sürece imkan sağlayan hukuki dayanak ise Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Esaslarına Dair Genel Yönetmeliğin 12 nci maddesidir. Maddede, görevde yükselme ve unvan değişikliğine ilişkin yazılı sınavın, bizzat kurum ve kuruluşlarca yapılabileceği gibi, Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığına, Milli Eğitim Bakanlığına veya yükseköğretim kurumlarından birine yaptırılabilmesi hükmüne bağlanmıştır. Öncelikle bilinmesi gereken, Yönetmelik ile bir alana doğrudan ihale edilebilirlik nitelik kazandırılabilmesinin hukuken mümkün olmadığıdır. Ayrıca bir konu üzerinde yetki çokluğu ya da yetkinin alternatifleşmesi, birden fazla kamu kurumunun, yasal veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesine dayalı olarak o konuda yetkili kılınmış olmasına bağlıdır ki bu da oldukça istisnai bir durumdur. Ve bu maddenin, hem bu hukuki imkansızlık haline hem de bu istisnai duruma örnek olabilecek bir potansiyel taşıdığı anlaşılmaktadır. Bu doğrultuda şayet Yönetmelik maddesinde ismen zikredilen kamu kurumları yasal veya kararnameye

olabilmektedir. Diğer yandan ihale kavramına da genellikle bu başlık altında değinilmekte, bu durum ise ihalenin, kamu ihalelerine özgü bir araç olduğu izlenimi uyandırmaktadır. [Örneğin; GÜNDAY, kamu ihaleleri kavramını “İdarenin Özel Hukuk Sözleşmeleri” başlığı altında ele almakta ve ihaleye dair (ihale usulleri, ihale süreci, ihalelere egemen olan temel ilkeler) gibi temel bilgilere sadece bu başlık altında değinmekte, müşterek emanet, ruhsat, imtiyaz gibi usulleri ise “Kamu Hizmetlerinin Görülme Usulleri” başlığı altında ayrıca incelemektedir. (GÜNDAY, İdare Hukuku...s.178-205, 306-330 vd.)] Ancak anımsanacağı üzere ihale, kamu ihalesine özgülenmesi mümkün olmayan genel ve ortak nitelikli bir araçtır. Ruhsat, imtiyaz gibi kamu hizmetlerinin (özel sektöre) gördürülmesi/devrini sağlayan usuller için de geçerli bir kavramdır. Bu çerçevede kafa karışıklığına yol açan mevcut yöntem yerine konunun, “ihale” üst başlığı ve bu başlık altında yapılacak “ihale edilebilir yardımcı hizmetler”, “ihale edilebilir kamu hizmetleri” ayırımına bağlı ve ruhsat, imtiyaz gibi usullerin de “ihale edilebilir kamu hizmetleri” alt başlığı altında incelendiği bir yöntemin tercihi, teorik açıdan daha uygun olacak ve konunun daha bütüncül, sistemli, anlaşılır şekilde ele alınmasını sağlayacaktır.

dayalı olarak sınav yapma yetkisine sahip değil ise bu maddenin hukuka uygunluğundan söz etmek de mümkün olmayacaktır.

Bununla birlikte Kurumun bu noktadaki yanılması, edilgen ve karşı taraf çokluğu içeren yapısı sebebiyle bu maddenin, ihale yöntemini amaçladığı inancına kapılması olmuştur. Oysa her edilgenlik ve karşı taraf çokluğu, ihale edilebilirlik ve ihale anlamı taşımaz. Özellikle de kamu gücü kullanılan ve kamu hukuku ilişkisinin geçerli olduğu bir alanla karşıya karşıya isek. Kurumun ihale inancına kapıldığı ve tarafları da bu yönde zorladığı alan, tam da bu nitelikleri haiz bir alandır. Nitekim alan, Devlet memurları ile 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname kapsamındaki kamu iktisadi teşebbüslerinde görev yapan sözleşmeli personelin, görevde yükselme ve unvan değişikliğinin sebep unsurunu oluşturan bir hizmeti (sınav hizmetini) konu almaktadır. Bu hizmetin, kamu görevlilerinin özlük hakları, kamu gücü ve yetkisinin kullanımı gibi tümüyle kamu hukuku ilişkisinin geçerli olduğu bir alan üzerinde doğrudan bir etkiye sahip olduğu açıktır. Bu özelliklere sahip bir hizmetin, ihale edilebilir olmayan/tek olunan ve dolayısıyla da ancak “yetki araçları”na konu olabilecek bir hizmet olduğu ilk akla gelen seçenek olmalıdır. Bu seçeneği tartışma konusu dahi yapmaksızın, hizmete doğrudan ihale edilebilir nitelik atfeden ve bunun üzerine bir de ihale etmeyi zorunlu kılan bir kararın, hukuka uygunluk tartışmalarını beraberinde getirmesi kaçınılmazdır. Kaldı ki bu Kararın, Kuruma biraz pahalıya mal olduğu da anlaşılmaktadır. Kararla hem kamu tüzelkişilerinin yarışmasına dayalı ilginç ve izahı zor bir görünüme sebep olunmuş, hem de 4734 sayılı Kanun gereği sunulması gereken belgelerin, kamu tüzelkişilerine uyumlaştırılması maksadıyla ayıklanması gibi biraz yorucu bir uğraşa da girişilmek zorunda kalınmıştır. Böylelikle Kurum, hukuka aykırılık tartışmalarının ceremesini farklı yönlerden de olsa çekmiş görünmektedir.

Öte yandan alan ya da konunun, kamu tüzelkişilerine hasredilerek ihale edilebilir olmaktan alıkonulması, önemli bir sonucu da beraberinde getirir. Bu, gereksinimlerin kamusal saha içerisinde, kamusal yeterlilik ve yetenekle karşılanması gerektiği sonucudur. Aslında bu sonuç, oldukça aşına olunan bir usule işaret eder. Neoliberal anlayışla birlikte güncelliğini kaybeden ve idari örgütlenmenin bir zamanlar çoğu gereksinimini bizzat karşılama yeteneğine sahip olduğunu hatırlatan bu usul, “emanet” olarak kavramsallaştırılmaktadır. Genellikle ihale edilebilir olmama statüsü ile birlikte anılmasına rağmen emanet, üzerinde uzlaşılan bir kavram değildir. Bu

kapsamda emaneti, kamu hizmetlerinin, devlet ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından görülme usulü olarak tanımlayanlar olduğu gibi, salt kamu idarelerine özgüleyerek kamu kurumlarını ayrı bir usul olarak ele alanlar da bulunmaktadır.⁸¹

Ancak emanet tanımındaki bu farklılaşma, kamu hizmetini yerine getirecek makamın belirlenmesinden, yetki devirlerine uzanan bir dizi sorun ve tartışmaya sebep olmaktadır. Her şeyden önce kamu idaresine özgü bir emanet tanımı, hizmetin bizzat bu idare tarafından yürütülmesi ile sınırlı bir usulü ifade etmekte iken kamu tüzelkişiliği esasında yapılan bir tanım ise emaneti, hizmetin herhangi bir kamu tüzelkişisi tarafından yürütülmesine karşılık gelen genişlikte bir usul haline getirmektedir. Emanet usulünün, bu genişlikte ele alınması, bu kez de yetki devrine ilişkin bir sorunu karşımıza çıkarmaktadır. Acaba yetki devri ile hizmetin görülmesi, usulü emanet olmaktan çıkarmakta mıdır? Bu anlamda emaneti, doğrudan yasa ile kamu tüzelkişisine bırakılan hizmetlerle sınırlı ve bu hizmetlerin, kamu tüzelkişisi tarafından bizzat yürütülmesi şeklinde tanımlamak ve yetki devri ile üstlenilen hizmetleri usulün dışında bırakmak mümkün olabileceği gibi aksi yorumla da belirleyici etkenin, hizmetin herhangi bir kamu tüzel kişisi tarafından görülmesi olduğunu iddia edebilmek ve bu doğrultuda emaneti, daha geniş şekilde sadece doğrudan yasa ile değil, yetki devri ile üstlenilen hizmetleri de kapsamına alan bir usul olarak tanımlamak da mümkün olabilecektir.

Ne var ki konuya ilişkin tartışma ve sorun, bununla da sınırlı kalmamaktadır. Kamu tüzelkişiliğinin sınırı ve bununla ilintili olarak kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, karşımıza çıkan bir başka sorun alanı olmaktadır. Bu doğrultuda acaba bu kamu tüzelkişiliği genişliği, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarını da kapsamına alan bir genişlik midir? Kamu hizmetlerinin, bizzat kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları tarafından görülmesini, emanet olarak değerlendirilebilmek mümkün müdür? Açıkçası bu, öğretinin pek dikkatini çeken bir sorun olmamıştır. Buna yönelik bir değerlendirmenin DURAN tarafından yapıldığı ve

⁸¹ Örneğin GÜNDAY, emaneti “kamu hizmetlerinin kamu kesiminde yer alan tüzelkişilere gördürülme usulü”, olarak tanımlarken benzer şekilde ÖZAY, faaliyetin bir kamu tüzelkişisi tarafından kendi örgüt, araç-gereç, personel ve malvarlığı ile yürütülmesi olarak tanımlamakta, ancak GÖZLER bu tanımın, Türk İdare Hukukunda yapılan yaygın bir yanlış olduğunu ve emanetin, sadece kamu idareleri tarafından kullanılabilen bir usul olduğunu belirtmektedir. (GÜNDAY, “İdare Hukuku”, s.306, ÖZAY, “Günüşiğinde Yönetim” s. 244, GÖZLER Kemal, “İdare Hukuku C.II, 2. Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa – Ekim 2009”, s. 388-390)

yazarın, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca yürütülen kamu hizmetlerini, emanet olmasa da kamu kurumu usulü başlığı altında ele aldığı görülmektedir.⁸²

Tüm bu açıklamaların sebep olduğu genel görünümü ise denetim hizmetinin, bizzat Bakanlık tarafından gerçekleştirilmesinin emanet usulü; ayrı bir tüzelkişilik olarak örgütlenen kamu kurumu tarafından yerine getirilmesinin, kamu kurumu ya da emanet usulü olarak adlandırılabilceği; bu hizmetin, yetki devri sonucu Tohumcular Birliği tarafından görülmeye başlanmasının ise hem emanet hem de kamu kurumu usulü olarak adlandırılabilceği gibi hem de bu şekilde bir adlandırma yapılamayacağı, şeklinde özetlemek mümkündür. Bu karmaşa ve belirsizlik ise ayrıntıya girmeye gerek olmaksızın da ihale edilebilir olmama ile emanetin her durumda örtüşen kavramlar olmadığını ya da en azından bu örtüşmenin, hem fikir olunan bir düşünceyi yansıtmayacağını anlamamızı sağlamaktadır.

Kaldı ki emanet usulünün pratiğe yansması da, her durumda bizzat -kendi malı ve personeli ile- yerine getirme saflığında gerçekleşmemiştir. Pratikte emanet, karşı tarafı ve özel kişiyi tümüyle dışlayan bir usul olmamıştır. Usul kendi içinde ihale edilebilir kısmi alanlar da barındırabilmiştir. Örneğin, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun emanet suretiyle yapılacak işleri düzenleyen 81 inci maddesinde, bu usulle yaptırılmasında gerek ve yarar görülen işlerin, nevi itibariyle kısımlara ayırmak suretiyle, araya bir müteahhit girmeksizin taşaronlara da yaptırılabilceği hükme bağlanmıştır. Bu maddeye istinaden Bakanlar Kurulu Kararı olarak yayımlanan Emanet İşlere Ait Uygulama Yönetmeliği'nin 3. maddesinde, taşaron; *“nevi itibariyle kısımlara ayrılan işin bir kısmını idareye karşı bedeli karşılığında gerçekleştirmeyi üstlenen gerçek veya tüzelkişi veya kişiler”* olarak tanımlanmış, Yönetmeliğin 15. maddesinde yer alan (a), (b) ve (c) bentlerinde ise işin, doğrudan doğruya emanet komisyonunca yapılmasına ya da emanet komisyonu tarafından işin nevi itibariyle kısımlara ayrılarak malzemeli veya malzemesiz olarak taşaronlar eliyle yaptırılmasına da karar verilebileceği belirtilmiş ve aynı zamanda sayılan bu usullerin gerektiğinde birlikte uygulanabileceği de ifade edilmiştir.⁸³

Bu düzenlemeler, pratikte emanetin, öğretilde ifade edilenlerden oldukça farklı bir yöne savrulduğunu ve birçok yöntemi bünyesinde barındıran bir usul olarak

⁸² DURAN Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s. 342-343

⁸³ Yönetmelik, 6/7/1984 tarihli ve 18450 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

kurgulandığını göstermektedir. Bu açıdan emanet, gereksinimin, hem tamamıyla idari imkanlarla karşılanmasına hem kısımlara ayrılmak suretiyle taşaron adı verilen kişiler vasıtasıyla karşılanmasına hem de taşaron ve idari imkan birlikteliği ile karşılanmasına karşılık gelen bir usuldür. Bu şekliyle usul, alan ya da konunun bir bütün olarak tek bir karşı tarafa bırakılması dışındaki tüm olasılıkları kapsamaktadır. Hatta bu kapsam içerisinde işin, kısımlar itibarıyla karşı taraflara (taşaronlara) bırakılması şeklinde aşına olunan emanet usulünü sorgulamamıza yol açacak bir olasılık da yer almaktadır. Dolayısıyla yaygın inanç ve algının aksine emanet, pratikte ihale edilebilir olmama ile ihale edilebilir kısımlar içermeye çelişkisini, hatta kamu - özel işbirliği imkanını barındıran ve bu şekilde idari örgütlenmenin tamamıyla kendi kendine yetebilen bir yapı olmadığı gerçeğini bize hatırlatan bir usul olmuştur. Bu çok yönlülüğü sebebiyle de usul, ihale edilebilir olmamanın sınırlarını aşan bir boyuta ulaşmış ve ihale edilebilir olmama ile örtüşme ihtimali, yalnızca usulün saf haliyle sınırlı kalmıştır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki emanet usulü ile ihale edilebilir olma(ma) arasındaki ilişki, sözleşme ve ruhsat ile sahip olunan ilişkiden farklı değildir. Aynen sözleşme ve ruhsat gibi emanet de bir sonuçtur. Ancak, sözleşme ve ruhsat ihale edilebilir alana ait genel bir sonuç iken emanet, ihale hem edilebilir olana ve hem de olmayana ait melez bir sonuçtur. Bir hizmetin, sözleşme ya da ruhsata konu edilmesi, o hizmetin ihale edilebilir niteliğinin de bir işaretidir. Bunun istisnasını idari hizmet sözleşmeleri oluşturur. Zira bu istisnai sözleşmeler, ihale edilebilir olana değil, olmayan alana ait sonuçlardır. Emanet ise ihale edilebilir alan açısından idari tercihin; ihale edilebilir olmayan alan açısından ise zorunluluğun bir sonucudur. Bir hizmetin emanet usulü ile görülmesi, hizmete doğrudan bir nitelik kazandırmaz ya da bir niteliğe işaret etmez. Günümüzde bile aynı hizmeti, bir idare ihaleye konu etmekte iken, bir başka idarenin kendi imkanları (emanet) ile sunmayı tercih ettiği bir çok örnek bulunmaktadır. Ya da idarenin hizmeti, ihale etmekten vazgeçerek artık kendi imkanları (emanet) ile karşılamaya başladığı örneklerle de karşılaşmak mümkün olmaktadır. Üstlenim ve sunumda yaşanan bu değişim ve farklılaşmanın, hizmetin niteliğini etkileyen bir güce sahip olamayacağı açıktır. Bu değişim ve farklılaşmalar niteliğe değil, idari tercih ve yerindeliğe ilişkin meselelerdir. Ancak ihale edilebilir olma(ma) - emanet arasındaki ilişkide ve hatta tüm bu ruhsat, sözleşme gibi sonuçlarda bile karşımıza çıkan temel ve belirleyici sorun hep aynı olmaktadır. Bu da alan ya da konunun sahip olduğu niteliğin tespiti sorunudur.

B. İHALE EDİLEBİLİR OLMA(MA) SINIRININ TESPİTİ

İhale edilebilir alan nerede başlamakta, nerede bitmektedir? Kamu tüzelkişilikleri ya da geniş anlamda devlet, dokunulamayan ve vazgeçilemeyen dolayısıyla da ihale edilebilir olmayan münhasır alanlara sahip midir? Bu ve benzeri soruların cevapları, sadece emanet, ruhsat, sözleşme gibi sonuçlar açısından değil, bu sonuçlara ulaşılmasına aracılık eden ihale, doğrudan tercih gibi yöntemlere de belirlilik kazandıracak ve temel bir sorunun çözümünde büyük bir aşama kaydetmemizi sağlayacaktır. Ne var ki bu mühim sonuçlarına karşın bu ve benzeri sorular, kolay ve hemfikir olunan cevaplara sahip sorular değildir. Bu sorular karşısında bizi bekleyen daha çok, ideolojik argümanlarla şekillenen, dönemsel, devletten devlete, kişiden kişiye değişkenlik arz eden cevaplardır. Bu sebeple statüler ve bu statüler arası sınır, inanç meselesini anımsatan bir özelliğe sahiptir. Bunlar, herkesin var olduğunu hissettiği ve hatta inandığı, aynı zamanda da kendi ya da bağlı olduğu grubun inancına göre yorumlamaktan geri kalmadığı statülerdir.

Bu değişkenlik ve belirsizliğin temel sebebini ise daha çok izlenen ekonomik politikalar ve bu politikaların, devlete biçtiği rol oluşturmaktadır. Bu rolü ise günümüzde ekseriyetle neoliberal eksenli politikalar üstlenmiş gözükmektedir. Bu politikaların önemli bir özelliği de salt değişkenlik ve belirsizliğe sebep olmakla yetinmemeleridir. Buna ek olarak politikalar, süreç zarfında ortamın kızışmasına katkı sunacak, belirsizliği daha da derinleştirecek ve hatta sürekli hale gelmesini sağlayacak üretkenlik ve yetkinlikle de donatılmışlardır. Aslında içinde bulunduğumuz durum da tam olarak budur. Neoliberal politikalarda kuralsızlığın ve aşırıya kaçmanın her yönüyle bizi belirsizliğe sevk etmesi ve daha da derine çekmesidir. İhale edilebilir olma(ma) statülerinin sınırının tespiti için başvurulacak hukuki dayanak ve kavramlar düşünüldüğünde ise aslında bu durumun pek şaşırtıcı olmadığı anlaşılmaktadır. Zira bu tespit, kamu gücü, kamu kudreti gibi kamusal baskınlığı ifade eden kavramlar üzerinden yapılmaya çalışılmaktadır. Bu kavramlar ise tüm ihtişamına rağmen belirsizliği de beraberinde taşıyan kavramlardır.

Bu belirsizliğin yol açtığı sonuçlardan biri, aynı veya benzer nitelikli bir etkinliği, hem ihale edilebilir bulan hem de bulmayan çelişkili uygulamalarla bizi baş

başta bırakmış olmasıdır. Ortaya çıkan karmaşa ise ihale edilebilir olma(ma) sınırının tespitini, oldukça güç bir uğraşa dönüştürmüş, aynı zamanda bu statüleri, herkesin kendini haklı görebildiği ve her iddiasının haklılık payı içerdiğini ileri sürebildiği, üstelik de bu haklılığını anayasal bir zemine dayandırabilme imkanına sahip olduğu statüler haline getirmiştir. Haliyle de bu durum statülere karşı bir önyargının gelişmesine neden olmuştur. Buna göre statüler, aslında yapay sınırlara sahip ve boyutları tam anlamıyla kestirilmesi mümkün olmayan oluşumlardır. Bunlar, devlete ait bir çekirdek alan üzerinden tarif edilmeye çalışılan, öngörülemeyen genişliğe ve esnek bir yapıya sahip olduğuna inanılan, bu esnekliğin de ihtişamlı kavramlarla örtülmeye çalışıldığı statülerdir. Aynı zamanda bu esneklik, ülkemiz kamu hizmeti anlayışının etkiye açık yapısını, statüler arası geçişkenliğin nispeten zahmetsiz ve kolaylıkla savunabilir bir eylem olmasının sebebini de anlamamızı sağlamaktadır. Hatta bu esneklik zaman zaman salt devlete (kamu tüzelkişiliğine) ait olduğuna inanılan saf, çekirdek alana dokunulabilmesine ve bu alanın daraltılabilesine imkan sağlayan bir güce de erişebilmektedir. Tüm bu açıklamalar, ihale edilebilir olma(ma) sınırına dair ülke olarak görüp geçirdiklerimizin bir özetidir. Ve bu özet, neoliberal anlayışın, bu esnek sınırı, kamu gücü veya kamu kudreti kavramlarının ihtişamına sığınarak kendi lehine şekillendirmesinden ve kendi argümanları doğrultusunda kullanmasından başka bir şey değildir.

Anayasa Mahkemesi de kimi kararlarında bu esneklikten bizzat istifade etmek suretiyle bu önyargının, yargısallaşmasını sağlamış ve belirsizlikten beslenen bu düşünceye olan desteğini farklı şekilde de olsa göstermiştir. Mahkeme, kararlarında ihale edilebilir olan ve olmayan arası sınırın belirlenmesinde, “kamu gücüne özgü olmama” ile “özel yönetim biçimiyle gerçekleştirilmeye elverişli bulunma” argümanlarını sıklıkla kullanmaktadır. Genellikle de bu argümanlar, kararlarda;

“...kamu hizmetinin, kamu hukukunun genel ilkeleri gereğince doğrudan idare, kuruluş ve kurumları eliyle kamusal yönetim biçimine göre yürütülmesi asıl ve olağandır. Ancak, bu hizmet ve faaliyetlerden kamu gücüne özgü olmayanlar ile özel yönetim biçimiyle gerçekleştirilmeye elverişli bulunanlar, tüm sorumluluk gene ilgili idare üzerinde kalmak kaydıyla, onun sürekli gözetimi ve denetimi altında, belli yasal usullerle özel müteşebbislere yaptırılabilmesi olanaklıdır.”

şeklindeki -ya da buna oldukça yakın- yerleşik cümleler içerisinde kendisine yer bulmaktadır. Ne var ki bu yerleşikliğin yol açtığı sonuç, her durumda aynı olmamaktadır. Benzer cümleler içerisinde benzer argümanları kullansa da Mahkeme aynı nitelikli etkinlikler arasında bile bir statü farklılaşmasına sebep olabilmektedir. Bu kapsamda Mahkeme, bir kolluk etkinliği olan araç muayene hizmeti⁸⁴ ile trafik kurallarına uyulup uyulmadığını denetlemeye yardımcı hizmetleri (fahri trafik teftiş hizmeti)⁸⁵ ihale edilebilir nitelikte bulabilmekte ya da 4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanununda Ulaştırma Bakanlığı'na⁸⁶, Tohumculuk Kanununda Gıda Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı'na⁸⁷ tanınan kolluk etkinliklerinin, ihale edilebilir olmadığı yönünde tam aksi bir sonuca da ulaşabilmektedir. Aynı dayanak ve aynı nitelikli etkinliklerden böylesi farklı sonuçlara ulaşılması ise kuşkusuz arzu edilmeyen keyfi bir görünümün oluşmasına, aynı zamanda da tabi olunacak statü konusunda mevcut karmaşanın daha da içinden çıkılmaz hal almasına yol açmaktadır. Bu görünüm ve karmaşa ise hem Mahkemenin hem de hukuki dayanağın esneme kabiliyeti ile aynı zamanda statüler arası sınır sorununun faillerinden birini de görmemize imkan sağlamaktadır.

Daha önce de değinildiği üzere aslında tüm bu sorunlar, temelde devletin tasarımına dair sorunlardır. Bu, az ya da çok olma sorunudur. Devlete ait olan ile olmayanın belirlenebilmesi sorunudur. Bir devlet olgusu, tabii olarak kendisine ait olan bir alan öngörüsü barındırır. Bu alan, boyutları değişkenlik göstermekle birlikte devlet mefhumu ve otoritesinin olağan sonucudur. Devlete bir faaliyet alanı bırakmanın, edim yüklemenin ve buna koşut atfedilen niteliklerin ve gücün bir sonucudur. Devleti tüm alanlara hakim kılmak gibi tümüyle alansız bırakmak mümkün olsa da rasyonel ve gerçekçi değildir. Zira bu olasılıkların, bizi ulaştıracakları nokta devletin sonudur.⁸⁸ Bu sebeple devlet olgusunu dışlamayan tüm görüşler açısından bu iki uç olasılık arasında devletin var ve tek olduğu alanların varlığı kaçınılmazdır. Bu kaçınılmazlık ise ihale edilebilir olmayan/tek olunan alanların esas itibarıyla devlete özgü yapılar olarak karşımıza çıkmasına sebep olur. İşte bu nedenle ihale edilebilir olmama temelde devlet üzerinden tanımlanan ve devlet içerisinde varlık kazanabilen bir statüdür. Devletin,

⁸⁴ AYM, 29.12.2005 tarihli ve E: 2005/110, K: 2005/111 sayılı Karar, R.G. Tarih-Sayısı: 26.07.2006 - 26240

⁸⁵ AYM, 26.12.2013 tarihli ve E: 2013/43, K: 2013/168 sayılı Karar, R.G. Tarih-Sayısı: 7.3.2014 - 28934

⁸⁶ AYM, 8.11.2012 tarihli ve E: 2012/27, K: 2012/173 sayılı Karar, R.G. Tarih-Sayısı: 28.3.2013 - 28601

⁸⁷ AYM, 13.1.2011 tarihli ve E: 2007/2, K: 2011/13 sayılı Karar, R.G. Tarih-Sayısı: 23.7.2011 - 28003

⁸⁸ KARAHANOGULLARI, "Kamu Hizmeti..." s.61

“ekonomik aktör” niteliğinin de “egemen” niteliğinin de ve bu iki uç nitelik arasında kalan diğer niteliklerinin⁸⁹ de bir sonucudur. Ama özellikle ve her şeyden önce “egemen” niteliğin bir sonucudur. Devlet mefhumu var olduğu sürece ihale edilebilir olmayan alanlar da geniş ya da dar ama mutlak surette var olacaktır. Bu yönüyle de ihale edilebilir olmama, öncelikle devletin mevcudiyetine bağlı, sınırlandırılabilen ama tümüyle yok edilemeyen korunaklı alanlara sahip bir statüdür.

Bu korunaklı alanlar bir hizmetin bütününe yayılmış olabileceği gibi bir parçasına ilişkin de olabilir. Devletin ekonomik aktör olarak yer aldığı hizmetlerde daha çok karar alıcı ve denetleyici parçalar üzerinde oluşan ve daha kolay vazgeçilebilen dar korunaklı alanlar söz konusu iken, devletin egemenlikle birlikte var olduğu hizmetlerde ise daha hassas, geniş ve yoğun mutlaklık barındıran korunaklı alanlar söz konusu olmaktadır. İlk hal, genellikle özel kişilerin bütünüyle dışlanmadığı iktisadi ve sınai alanlara karşılık gelmektedir. Anayasa Mahkemesi de yapmış olduğu “ *...kamu iktisadi teşebbüsleri'nin de, ..."*... genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler..." *mutlaka vardır...*” değerlendirmesi⁹⁰ ile bu iktisadi ve sınai alanlar içerisinde yer alan, ihale edilebilir olmayan parçaların varlığına işaret etmektedir. Öte yandan ilk halin aksine egemenliğe dayalı ikinci hal, kamusal baskınlığın ve gücün kendini daha fazla hissettirdiği, daha güçlü ve kati bir mutlaklık ve teklik anlayışının hakim olduğu alanlara karşılık gelmektedir. Bu alanlar, Anayasa ve yasa üstü bir konuma sahip, dokunulmaz, devredilmez ve daha çok egemen niteliğini, topluma göstermesi ve kanıtlaması için devlete özgülenen alanlardır. Bunların devletin varlık sebebi ve temel işlevi olduğu kabul edilir. Bu kapsamda yapılan çalışmalarda genellikle ilk etapta devlete ait bir asgari alan tarif edilmeye çalışılır ve konu, düzen sağlama ve kural koyma gibi işlevler esasında yasama, yargı ve yürütme erkleri ile bağlantılı ele alınır. Bu doğrultuda da yasama (kural koyma), yargılama (uyuşmazlıkların çözümü, cezalandırma) hizmetleri ile yürütmeye tanınan kural koyma,

⁸⁹ İnsan hakları ve sosyal hukuk devletinden kaynaklanan zorunlu devlet faaliyetleri açısından bir değerlendirme için bkz. SEVER Çiğdem, Kamusal Faaliyetlerin Özel Kişilere Gördürülmesi: Özel Güvenlik ve Özel Sağlık, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (İdare Hukuku) Anabilim Dalı, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara-2013, s. 77-89

⁹⁰ AYM, 22.12.1988 tarihli ve E: 1988/5, K: 1988/55 sayılı Karar, R.G. Tarih-Sayı: 25.7.1989 - 20232

yaptırım uygulama gibi yargı ve yasama benzeri hizmetlerin, modern devletin egemenliğine ve tekeline ait hizmetler olduğu belirtilir.⁹¹

Genellikle de ulaşılan sonuç, erklere bağlı yoğun ve geniş mutlaklık barındıran bu tekellerin, devletin asgarisini yansıttığı ve ihale edilebilir nitelik taşımayan alanlar olduğudur. Tabii ki devlete atfedilen niteliklere bağlı olarak, bu asgari alanın genişlemesi de mümkün olabilecektir. Ne var ki bu, kesin sınır çizebilmenin oldukça güç olduğu bir genişlemedir. Bu genişlemenin bizi götüreceği yer, gene belirsizlik ve statülere ilişkin sınır kaygılarıdır. Ayrıca bu noktada sürecin tam tersine, liberal eksende ilerlemesi ve istenmeyen bir hal alması da mümkündür. Süreç, devletin tekelinde olduğuna inanılan bu asgari alanın daralması yönünde bir seyir de izleyebilmektedir. Bunun için de daha çok “özel idari kolluk”, “yardımcı hizmet” gibi sonradan türetilen kavramlara başvurulmaktadır. Bu kavramların, korunaklı olduğuna inanılan bu asgari alan üzerinde neden olduğu aşınma ve yıpranmalar, bu kez sınıra ilişkin belirsizlik ve kaygıların ters istikamete evrilmesine yol açmaktadır. Artık bu durumda belirsiz olan ve kaygı duyulan, asgari alanın bizzat kendi öz sınırı olmaktadır. Tüm bu süreç açısından dikkat çekici olan ise belirsizliğin ve beraberinde getirdiği kaygı halinin, asgari alanın hem genişleme hem de daralma durumunun ortak sonucu olmasıdır. Bu statü ve alanlara yönelik bir tanım veya belirleme yapılırken, birkaç hizmet ismen sayıldıktan sonra “gibi” ibaresine duyulan gereksinim, işte bu ortak sonucun bir getirisi. Belirsizliği ve kaygı halini hafifletmenin bir yöntemidir. Aynı zamanda güvence ve kolaylık sağlayan oldukça da zahmetsiz bir yöntemdir.

Öğretide salt devlete ait olan ile olmayanı ifade etmek için kullanılan kavram ve ayrımlarla karşılaşmak mümkündür. Buna ilişkin, KIRATLI tarafından “kamu kudretine özel (tekelli) hizmetler – özel teşebbüse de açık (tekelsiz) hizmetler”⁹² şeklinde bir ayırım yapılmakta iken GÜNDAY da benzer şekilde “tekelli – tekelsiz kamu hizmetleri”⁹³ ayırımını yapmaktadır. Aynı zamanda bu tekel hali öğretide; “*adalet ve milli savunma gibi bazı hizmetler de vardır ki bunlar oldum olası Devletin tekelinde sayıldığından bu*

⁹¹ Bu hizmetlerin tekel niteliğine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. SEVER, “Kamusal Faaliyetlerin Özel Kişilere Gördürülmesi...”, s. 70-77

⁹² KIRATLI Metin, Koruyucu İdari Hizmetler, Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1973, s.11

⁹³ GÜNDAY, İdare Hukuku, s.337

alandaki bir “özeleştirme” için anayasal ya da yasal olmasa bile “meta jüridik/hukuk ötesi” bir sınırın varlığından söz edilebilir.”⁹⁴ gibi cümlelerde de kendine yer bulabilmektedir.

Salt devlete (kamu tüzelkişiliğine) ait olanın belirlenebilmesi siyaset, ekonomi gibi hukuk dışı etkenlere de bağılı olsa bu sorunu hukuktan, kamu (idare) hukukundan ve özellikle de anayasal zeminden uzak ve bağışık tutmak mümkün değildir. Zira devlete ait olan da olmayan da (dolayısıyla ihale edilebilir olan da olmayan da) öncelikle karşılığını, kamu hizmeti ya da kolluk gibi bir üst kavram ve anayasa gibi üst normlarda bulan hukuki bir meseledir. Bu sebeple de ihale edilebilir olma(ma) statüleri, idare hukuku bağlamında her şeyden önce anayasal dayanak ve sınırlara sahip, kamu hizmetine bağımlı, dolayısıyla da “üst”lerin meselesi olan hukuki statülerdir.

1) Anayasal Dayanak

İhale edilebilir olma(ma) statüleri arasındaki sınır, tek bir anayasal dayanağın sonucu değildir. Bu sınırın oluşumuna dayanak sunan maddeler, dağınık bir yapıya sahiptirler ve Anayasa’nın devlete (kamu tüzelkişiliğine) bir faaliyet alanı açan/tanıyan tüm maddelerinde, bu sınır için bir dayanak bulabilmek mümkündür. Bu anlamda devletin sosyal hukuk devleti niteliğini belirten 2. maddesi, temel amaç ve görevlerini belirten 5. maddesi, egemenliğin yetkili organlar eliyle kullanılacağını öngören 6. maddesi⁹⁵ gibi daha birçok madde, bu sınır açısından bir dayanak ve kullanılabilecek argüman sunar.

⁹⁴ ÖZAY, “Günüşığında Yönetim” s. 346

⁹⁵ Atıf yapılan Anayasa hükümleri:

“Madde 2– Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağılı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir.

Madde 5 – Devletin temel amaç ve görevleri, Türk Milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlandıran siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.

Madde 6 – Egemenlik, kayıtsız şartsız Milletindir.

Türk Milleti, egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanır.

Egemenliğin kullanılması, hiçbir surette hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz. Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz. ” şeklindedir.

İhale edilebilir olma(ma) niteliğine ilişkin tek bir anayasal dayanaktan söz etmek mümkün olmasa da genel bir anayasal dayanaktan söz etmek mümkündür. Üstelik de bu genel dayanak, “*Kamu hizmeti görevlileriyle ilgili hükümler*” şeklinde, ilk bakışta ihale edilebilir olma(ma) ile nasıl ilişkilendirilebildiğini sorgulamamıza neden olacak denli ilginç bir başlık altında yer almaktadır. Bu ilgiyi, “genel idare esasları” kavramını, “kamu görevlisi” neticesine bağlamak suretiyle kuran bu dayanak, Anayasa’nın 128. maddesinin birinci fıkrasında hükme bağlanmıştır. Fıkra, belli kamu hizmetleri içerisindeki belli alanları kamu görevlilerine özgülemekte ve bu görevliler üzerinden özel kişilerin var olamayacağı, ihale edilebilir olmayan alanların oluşumuna dayanak sunmaktadır.

Bununla birlikte genel dayanak olarak bu madde yerine egemenliğe ilişkin 6. maddeye öncelik tanıyanlar da bulunmaktadır.⁹⁶ Ancak 128. madde, tüm kamu tüzelkişilikleri esasında daha somutlaştırılabilir argümanlara sahip olan bir maddedir. 6. madde ise 128. maddeye nazaran daha genel ve soyut bir niteliğe sahiptir. Bu niteliği, maddenin, somut uyuşmazlığa doğrudan tatbikini güçleştirmekte, daha çok tamamlayıcı bir işlev üstlenmesine sebep olmaktadır. 128. maddenin belirsizliği daha da daraltabilme imkanı sunan niteliği, sınır tespiti açısından bu maddeyi, daha elverişli ve fonksiyonel bir dayanak haline getirmektedir. Bu çerçevede iki madde karşılaştırıldığında, 128. maddenin genel hüküm niteliğini, daha fazla hak ettiği sonucuna ulaşmak da mümkün olmaktadır. Nitekim SEVER’in de işaret ettiği üzere “... bu bakımdan bu maddeler (Anayasa 5 ve 6. maddeler) genel ve soyut içerikleri nedeniyle daha çok birer destek ölçü norm niteliğine sahip olabileceklerdir. Bu nedenle de Anayasa yargıcı bakımından bu tür destek ölçü normlar ancak 128. madde ile birlikte ve/veya anayasada belirtilen belli hak ve özgürlüklerle birlikte iptal bakımından dayanak oluşturabileceklerdir. Bu nedenle, özel kişilere gördürmenin tersten bir analizle sınırının çizilmesi, yani devletin mutlaka görmesi gereken faaliyetlerin saptanması bakımından,... diğer maddelerle birlikte en önemli ölçütü Anayasa’nın 128. maddesinin birinci fıkrasında yer alan ve kamu görevlisi tanımını da içerecek şekilde kaleme

⁹⁶ AYAYDIN Cem, Özel Hukuk Kişilerinin Kamu Kudreti Kullanması Sorunu İle 4708 Sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun’a İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı Hakkında Düşünceler, Yıldızhan Yayla’ya Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Armağan Serisi No: 4, Birinci Baskı, İstanbul, 2003, s. 125-129, Yazar, konuyu esas itibarıyla “egemenlik” ve “kamu kudreti” kavramları üzerinden ele almakta ve ayrıca Anayasa Mahkemesi’nin yeminli serbest mimarlık ve mühendislik bürolarına tanınan yapı ruhsatı vermesi yetkisini, Anayasa’nın 128 nci maddesinin birinci fıkrasını esas alarak iptal etmesini eleştirmekte ve Yüksek Mahkeme’nin ikincil nitelikteki bir Anayasa maddesini iptal kararının dayanağı haline getirdiğini, halbuki Anayasa’nın 6. madde yönüyle ele almanın ve irdelenmenin, ileride Mahkeme önüne gelecek benzeri kanuni düzenlemelerin yargısal denetiminin daha kolay ve doğru şekilde yapılmasına yardımcı olabileceğini ifade etmektedir. (s.143)

alınmış olan “genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken kamu hizmetleri” kavramı ve bu kavramın Anayasa Mahkemesi tarafından yorumlanmasıdır.”⁹⁷

a) Genel Hüküm

Yasamanın ya da yürütmenin müdahale edemeyeceği, ihale edilebilir olmayan korunaklı alanların oluşumuna imkan sağlayan bu genel hüküm, Anayasa’nın 128. maddesinin birinci fıkrasında; “Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.” şeklinde düzenlenmiştir.

Her şeyden önce hüküm, kamu tüzelkişiliklerini ve bu tüzelkişiler tarafından yürütülen kamu hizmetlerini esas almaktadır. Bu bakımdan kamu hizmeti niteliği taşımayan hizmetlerin, bu hüküm kapsamında değerlendirilebilmesi mümkün değildir. Bu durum, ihale edilebilir olmama açısından Anayasa’nın, kamu hizmeti niteliği taşımayan hizmetlere özel bir ilgi ve önem atfetmediğini gösterir. Aynı zamanda bu genel hüküm, tüm kamu hizmetlerini değil, yalnızca belli şartları haiz olanlarını konu almaktadır. Hüküm, kamu hizmetlerini kendi içinde ayırtırmakta ve bu ayrışımı “genel idare esaslarına göre yürütülme” lafzı üzerinden gerçekleştirmektedir. Böylelikle kamu hizmetlerine yönelik “genel idare esaslarına göre yürütülen ve yürütülmeyen kamu hizmetleri” şeklinde anayasal bir ayrıma gidilmesi de mümkün olmaktadır.⁹⁸ İhale edilebilir olmayan alanlar ise bu ayrımın, genel idare esaslarına göre yürütülen kısmında kalmaktadır. Ancak bu alanlara ulaşabilmek için bir adıma daha ihtiyaç vardır. Zira ihale edilebilir olmayan alanlar, genel idare esaslarına göre yürütülen kısmın tümüne değil, bir parçasına karşılık gelmektedir. Bu parça ise hükümde, “kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görev” olarak ifade edilmektedir. İşte, genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinin, bu asli ve sürekli görev niteliğindeki parçaları, ihale edilebilir olmayan alanları oluşturmaktadır.

Bu yönüyle de genel hüküm, ihale edilebilir olmama statüsüne sahip alanların tespiti için gittikçe daralan bir sürecin izlenmesini gerekli kılmaktadır. Süreç, kamu

⁹⁷ SEVER, “Kamusal Faaliyetlerin Özel Kişilere Gördürülmesi...”, s. 90 (parantez içi bana ait)

⁹⁸ Ayrım hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GÖZLER, İdare Hukuku, C. II, s. 279 - 283

hizmetleri temelinde başlamakta, bu hizmetlerin, genel idare esaslarına göre yürütülenleri ile devam etmekte ve bu esaslara göre yürütülenlerin asli ve sürekli görev niteliği taşıyan parçalarının tespiti ile de noktalanmaktadır. İşte neticede ulaşılan bu parçaları (görevleri), Anayasa, kamu görevlilerine özgülemekte ve bu şekilde yarışmanın ihtimal dahi olmadığı ihale edilebilir olmayan alanların, anayasal güvence altında teşekkülü sağlanmaktadır. Bununla birlikte bu genel hüküm ve daraltıcı süreç, konuya ilişkin birtakım çıkarımlarda bulunulabilmesine de imkan sunmaktadır.

i) Bunlardan ilki, kamu görevlilerinin ya da idare ile kurulan statüler ilişkisinin, sebep değil bir sonuç olduğudur. Alanın sahip olduğu nitelik, bu ilişkiyi ve kamu görevlisi sonucunu doğurmaktadır. Alan, genel idare esaslarının gerekli kıldığı asli ve sürekli görev niteliğini haiz olduğu için kamu görevlisi (kadro) var olabilmektedir. Yoksa kamu görevlisi var olduğu için alan da doğrudan bir niteliğe kavuşmuş olmamaktadır. Bu bağlamda, kamu görevlileri tarafından işgal edilen her görev/kadro, her durumda ihale edilebilir olmayan alan sonucunu doğurmamakta iken ihale edilebilir olmayan her alan, her durumda kamu görevlisi sonucunu doğuracaktır.

ii) Konuya ilişkin bir diğer önemli sonuç, nihayetinde ulaşılan ve fıkra da “görev” olarak ifade edilen en dar alanın (parçanın) dışında kalan alan ve konuların ihale edilebilirliği sorununun, bir yasama ve yürütme⁹⁹ sorunu olduğudur. Bu dar alana ihale edilebilir olmama niteliği, doğrudan Anayasa tarafından bahsedilmiş iken bu anayasal güvenceye sahip alanlar dışında kalan alanların niteliği, yasa koyucu ve yürütmenin iradesinin bir sonucu olacaktır. Bu bakımdan, “kamu hizmeti niteliği taşımayan hizmetler”, “genel idare esaslarına göre yürütülmeyen kamu hizmetleri” ile “genel idare esaslarına göre yürütülen ancak asli ve sürekli nitelik taşımayan görevler”den oluşan ve küçümsenmesi pek de mümkün olmayan genişlikte bir dış alanın, yasama organı veya Cumhurbaşkanlığı tasarrufuna bağlı nitelik kazanmayı bekleyen bir uğraş alanı olduğu anlaşılmaktadır.

iii) Konuya ilişkin ulaşılabilecek belki de en önemli sonuç, Anayasa’nın kamu hizmetlerinin parçalanmasına dayanak teşkil ediyor ve hatta böyle bir olanağı akla getirerek bunu teşvik ediyor oluşudur. Nitekim hüküm uyarınca ihale edilebilir olmama,

⁹⁹ İhale edilebilir olma konusunda yürütmenin (Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin) sahip olduğu belirleyicilik, son anayasa değişikliği ile birlikte 2019 yılı ve sonrası için oldukça farklı bir nitelik kazanmış ve daha da etkin bir hal almıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. s.108-114

kamu hizmeti bütününde değil kamu hizmeti parçalarında (görevlerinde) aranması gereken bir niteliktir. Bunun için de kamu hizmetlerinin yalnızca genel idare esaslarına göre yürütülenlerinin içerisine bakmak ve burada asli ve sürekli görev niteliği taşıyanlarını bulmak yeterli olacaktır. Dolayısıyla ihale edilebilir olmayan alanlar ya da özel kişilerin dahil olamayacağı alanlar, kamu hizmetini parçalamak suretiyle ulaşılabilecek olan alanlardır.

Bu parçalama işlemi, 128. maddenin bir neticesi ve ihale edilebilir olmayan alanların tespiti için gerekli bir uğraştır. Aynı zamanda kamu hizmetlerinin, ayrıştırılabilen ve kendi içerisinde parçalanabilir alanlar barındıran hizmetler olduğunu gösterir. Tabii ki bu parçalanabilir olma hali, ihale edilebilir olmayan alan ya da konunun, her durumda kamu hizmetinin küçük bir parçasına tekabül etme gerekliliği ve sonucunu doğurmaz. Bu kapsamda hizmetin sahip olduğu nitelik, parçalanmaya imkan tanımamakta ve hizmeti, bütünüyle ihale edilebilirlikten alıkoymakta olabilir. Ya da aksine hizmet parçalara ayrılabilir. Ancak bu kez de hizmeti oluşturan her bir parça asli ve sürekli görev niteliği taşımakta ve bu sebeple neticede yine ihale edilebilir olmayan bir hizmetten söz etmek mümkün olabilir. Bu bakımdan, ihale edilebilir olmayan bir kamu hizmet parçası gibi ihale edilebilir olmayan kamu hizmet bütünü de karşılaştırılması muhtemel bir oluşumdur. Belirleyici olan sahip olunan niteliğin, hizmet içerisinde işgal ettiği boyuttur.

Anayasa'nın kamu hizmetlerinin parçalanmasına sunduğu bu dayanak sebebiyle de bir sağlık hizmeti; “veri hazırlama ve kontrol hizmetleri”, “tıbbi sekreterlik”, “tıbbi görüntüleme ve raporlama”, “evde bakım”, “ambulans hizmeti”, “tetkik ve muayene hizmeti” gibi birçok parçaya ayrılabilmekte ve bu parçalar üzerinden bir ihale edilebilirlik tartışması yürütmek mümkün olabilmektedir. Benzer şekilde kolluk etkinlikleri söz konusu olduğunda durum biraz daha hassasiyet kazansa da “özel – genel kolluk” ya da “kolluk - yardımcı kolluk” şeklinde ayrımlara gidebilmek ve bu kez özel ya da yardımcı kolluk üzerinden yürüyen ihale edilebilirlik tartışmalarını gözlemlemek mümkün olmaktadır.

Tüm bu tartışmaların başlangıç noktasını ise “genel idare esasları” kavramı ve bu kavrama yüklenen anlam oluşturmaktadır. Kavramın anlamı üzerine bir uzlaşma zor görünmekle birlikte genel eğilim, kavramın, kamu hukuku rejimi ve kamusal yönetim

usullerine tekabül ettiği ve kamu gücü kullanımı anlamı taşıdığı yönündedir.¹⁰⁰ Buna göre genel idare esaslarına göre yürütülen hizmet, aynı zamanda kamu gücü kullanılan başka deyişle de küçük iktidar alanlarına karşılık gelen hizmettir. Bu noktadaki temel düşünce ve öngörü, kamu gücü ile özel kişinin aynı anda ve alanda varlık kazanamayacağıdır.

Genel idare esasları kavramının kamu gücü ile aynılaştırılması, idari (devlet) faaliyet alanının sınırına ilişkin bir çıkarıma da olanak sağlar. Bu, idarenin faaliyet alanının, kamu gücü kullanılan alanlara kadar çekilmeye elverişli alanlar olduğu çıkarımıdır. Ancak bunun gerçekleşmesi, idarenin olabildiğince dar bir alana sıkış(tırıl)ması sonucunu doğurur. Üstelik böyle bir netice ile, ihale edilebilir olmayan alanın tespiti için öngörülen bir diğer safha olan, asli ve sürekli göreve ilişkin değerlendirmenin dahi yapılmadığı bir aşamada karşı karşıya kalınmaktadır. Bu şekilde daha başlangıç aşamasında idari alan, kamu gücü kullanımına indirgenmiş, başka deyişle neoliberal öngörülere uyum arz eden kıvama gelmiş olmaktadır. İdari alanın başlangıçta bu kadar daraltılmış olması ise haklı olarak başka bir değerlendirmeye gerek olup olmadığı ve kamu gücü kullanılan alanlar dışında kalan tüm hizmetlerin, özel kişiler tarafından görülebilecek hizmetler mi olduğu sorularını gündeme getirmektedir.

¹⁰⁰ GÜNDAY'a göre; “ Genel idare esaslarından anlaşılması gereken, kamu hukuku rejimi ve kamusal yönetim usulleridir. Kamu hukuku rejimi ve kamusal yönetim usulleri ise, kamu gücü kullanılarak tek yanlı idari işlemler tesis etmek ve idari kararlar alabilmektir... Bu açıdan bakıldığında, salt kamu hukuku rejimine ve kamusal yönetim usullerine tabi klasik (geleneksel) kamu hizmetlerinde değil, aynı zamanda esas itibarıyla özel hukuk rejimine ve özel yönetim usullerine tabi tutulmuş bulunan; kamu iktisadi teşebbüsleri tarafından yürütülen daha ziyade iktisadi, ticari ve sınai kamu hizmetlerine de belli ölçüde genel idare esasları uygulanmaktadır. Zira; bu gibi kamu hizmetleri özel hukuk rejimine ve özel yönetim usullerine tabi tutulmuş olsa da bunların planlanması, düzenlenmesi ve yürütülmesinin sağlanması daha ziyade kamu gücüne dayalı idari işlemler ve idari kararlarla olmaktadır...” (GÜNDAY, İdare Hukuku, s. 518-519); GÖZÜBÜYÜK – TAN'a göre; “...kamu görevlilerinin statüsünü belirlemek için kullanılan “genel idare esasları” kamusal yönetim biçimini anlatmaktadır...” (GÖZÜBÜYÜK – TAN, İdare Hukuku, C.I, s.837); GÖZLER, konuyu biraz daha geniş ve açık ele almakta olup yazara göre; “... “Kamu gücü kullanılan” görevler, kanımızca da “genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken kamu hizmeti” niteliğindedir. Ama genel idare esasları kavramını, “kamu gücü” kavramına yollama yaparak tanımlamak, bu kavramı gereğinden fazla daraltmak anlamına gelir. Kamu gücü kullanılmadan yürütülen birçok kamu hizmeti, genel idare esaslarına göre yürütülür. Örneğin; ...Hastaneye gitmeyip evde ölmeyi tercih eden bir kişi üzerinde ve keza üniversite öğrenimi görmeyip sokakta gezmeyi tercih eden genç üzerinde devletin kullanabileceği bir kamu gücü yoktur. Oysa eğitim ve sağlık hizmetleri genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerindendir.” (GÖZLER, İdare Hukuku, C. II, s. 633-634); Benzer şekilde GİRİTLİ, BİLGİN, AKGÜNER'e göre; “Genel idare esasları, idarenin işlevlerini (görevlerini, fonksiyonlarını) yerine getirmesi için kendisine kanun koyucu tarafından yaratılmış bir düzendir (rejimdir). Bu düzende idare, kanunun kendisine verdiği yetkiyle ve istihdam ettiği memurları aracılığıyla, aynı ve nakdi olanakları da kullanarak (bütçe ile), gerekirse, kamu gücünü de bunlara ekleyerek, idari, icrai, tek yanlı işlemler ve eylemler yaparak, kamu hizmetlerini yerine getirir; kamu düzenini sağlar; ulusal güvenliği korur; özel kesimi ekonomik açıdan özendirir (teşvik eder ve destekler); kendi iç düzenine ilişkin (özyönetimsel) etkinliklerde bulunur...” (GİRİTLİ, BİLGİN, AKGÜNER, İdare Hukuku Dersleri, s.231)

Sahip olduğu belirleyici işleve karşın yol açacağı riskler sebebiyle olsa gerek, kamu gücü kavramının tam olarak neye karşılık geldiği, pek ayrıntısına girilmek istenmeyen bir konudur. Kamu gücü, sadece bir otoriteyi, emir verme ve zorlama gücünü mü yoksa bunun da ötesinde herhangi bir idari ayrıcalığı mı ifade etmektedir? Bu anlamda herhangi bir kamu hizmeti ya da idarenin destekleyici faaliyetleri kapsamında da bir kamu gücünden söz etmek mümkün müdür? Kamu gücünün bu sınır sorunu, kamu hukukunun kolay çözümü olmayan sorunlarından birisidir. Bu zorluk ise ihale edilebilir olmama bağlamında kavramın, genellikle kendi belirsizliğine terk edilmesine, kavrama yönelik bir ayrıntıya girilmemesine ve çoğu kez de ismen vurgulanarak geçiştirilmesine sebep olmaktadır. Bu vurgu şeklini, Anayasa Mahkemesi kararlarında sıklıkla görebilmek mümkündür. Ancak bu kararlar, çoğunlukla tersten yapılan bir vurguyu da içermektedir. Bu, genellikle sonuç ile birlikte ya da sonucun öncelenmesi şeklinde yapılan bir vurgu olmaktadır.

Mahkeme'ye göre;

“...Genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken asli ve sürekli görevler Anayasa'nın 128. maddesi kapsamındadır. Düzenleme tadadı ve dondurucu bir nitelikte değildir... Statü ayrımının yapılmasında öncelikle genel idare esaslarına göre yürütülecek hizmetleri belirleyecek objektif ölçütlerin getirilmesi gerekmektedir. Merkezi idare ile statüler bir ilişki, devletin kamu gücünün, emretme yetkisinin kullanılması, genel idare esaslarına göre yürütülecek hizmetlerin belirlenmesinde gözönünde bulundurulması gereken hususlardan bazıları olarak görülmektedir...”¹⁰¹; “...Önemi ve değeri nedeniyle Devletin başlıca görevleri "genel idare esasları"na göre yürütülmektedir. "Genel idare esasları"na göre yürütülen kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde kadro esastır... Anayasa'nın 128. maddesinde genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerine ilişkin asli ve sürekli görevlerin ancak memurlar ve diğer kamu görevlileri tarafından yerine getirileceği belirtilmiştir. Bu görevlerin, kadroya bağlanması dışında, merkezi idare ile statüler bir ilişki içinde olması ve kamu gücünün kullanılması biçiminde özellikleri görülmektedir...”¹⁰²

Kararların bir özelliği, kadroya ve statüer ilişkiye, belirleyici bir fonksiyon yüklemiş olmasıdır. Oysa daha önce de ifade edildiği gibi kadro veya statüer ilişki, ihale edilebilir olmama statüsünün bir sonucudur. Sonuçtan hareketle de genel idare esaslarının, asli ve sürekli görevin, dolayısıyla ihale edilebilir olmama statüsünün saptanabilmesi mümkün

¹⁰¹ AYM. 4.4.1991 tarihli ve E: 1990/12, K:1991/7 sayılı Karar R.G. Tarih-Sayı: 13.8.1991-20959

¹⁰² AYM. 9.2.1993 tarihli ve E: 1992/44, K:1993/7 sayılı Karar R.G. Tarih-Sayı: 19.6.1993-21612

değildir. Şu halde Kararlarda, bu statüyü belirlemeye imkan sağlayacak ölçüt olarak geriye bir tek kamu gücü kavramı ve kavramın sahip olduğu belirsizlik kalmaktadır.¹⁰³

İhale edilebilirlik söz konusu olduğunda ayrıntıya girilmek istenmeyen bir diğer konuyu ise tahmin de edileceği üzere, asli - sürekli görev niteliği ve genel idare esasları içerisinde bu niteliğe karşılık gelen alan arayışı oluşturmaktadır. Bu durum daha çok, kamu gücü vurgusunun idari faaliyet alanını daha başlangıç aşamasında özüne ulaşılacak denli sınırlandırmış olması sebebiyle geriye daraltılacak bir alan kalmamasından ve buna ek olarak asli ve sürekli görevin tam karşılığının saptanabilmesindeki güçlükten kaynaklanmaktadır. Ancak sebebi ne olursa olsun bu arayış isteksizliğine karşın, ihale edilebilirliğe ilişkin sonuca asli ve sürekli görev niteliği üzerinden ulaşan Mahkeme kararlarına tesadüf etmek de mümkün olmaktadır.

Bu kapsamda Mahkeme; geçici köy korucularının yerine getirecekleri görevin sürekli görev niteliği taşımadığına¹⁰⁴; elektrik üretim, iletim ve dağıtım faaliyeti gösteren tesislerdeki işletme ve bakım, onarım işlerinin asli ve sürekli görev sayılamayacağına¹⁰⁵; Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün en üst seviyede karar organı olan Vakıflar Meclisi'nin genel idare esaslarına göre bir kamu hizmeti yürüttüğüne ancak bu meclise vakıflarca seçilecek üyelerin yaptıkları görevin, asli ve sürekli bir görev olarak kabul edilemeyeceğine¹⁰⁶ karar vermiş ve neticede bu hizmet alanlarının, özel kişilere de açık, ihale edilebilir alanlar olduğu sonucuna ulaşmıştır. Ancak Mahkeme bu sonuca ulaşırken ya hiçbir gerekçe göstermemiş ya da Vakıflar Meclisi kararında olduğu gibi kanuni düzenlemeden (sonuçtan) hareketle bir Anayasal kavramı (asli ve sürekli görevi) tarif etmeye, başka deyişle de Anayasa'yı kanuna uydurmaya çalışmıştır.¹⁰⁷ Aynı

¹⁰³ Aynı yönde; GÖZLER, İdare Hukuku, C.II, s. 633; SEVER, “Kamusal Faaliyetlerin Özel Kişilere Gördürülmesi...”, s. 96

¹⁰⁴ AYM. 10.12.1985 tarihli ve E: 1985/5, K:1985/23 sayılı Karar R.G. Tarih-Sayı: 21.1.1986-18995

¹⁰⁵ AYM. 17.6.2015 tarihli ve E: 2014/179, K:2015/54 sayılı Karar R.G. Tarih-Sayı: 4.7.2015-29406

¹⁰⁶ AYM. 17.6.2010 tarihli ve E: 2008/22, K:2010/82 sayılı Karar R.G. Tarih-Sayı: 11.1.2011-27812

¹⁰⁷ Mahkeme Kararında bu durum; “Yasakoyucunun Vakıflar Meclisinde görev yapan üyelerin tümünü asli ve sürekli görev yapanlar statüsünde görmediği anlaşılmaktadır. Bu durum, Kanun'a ekli (I) sayılı listede yalnızca ortak kararname ile atanacak beş üye için 'kadro' tahsis edilmesinden ve vakıflarca seçilen üyeler ile idare arasında statüer bir ilişki kurulmamasından, söz konusu kişilerin Meclis faaliyetleri dışında asil meslek ve uğraşlarına devam etmelerinden açıkça anlaşılmaktadır. Nitekim Kanun'un 43. maddesinin ikinci fıkrasındaki ... hüküm de aslında bu kişilerin kamu görevlisi olmadıklarını ifade etmektedir. Bu durumda, Vakıflar Meclisine eski ve yeni vakıflarca seçilen üyelerin yaptıkları görevin asli ve sürekli bir görev olmaması, bir başka ifadeyle Anayasa'nın 128. maddesinde öngörülen koşulların söz konusu üyeler bakımından gerçekleşmemesi nedeniyle, eski ve yeni vakıflarca seçilen üyelerin yaptıkları görevin, Anayasa'nın 128. maddesi anlamında Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel

zamanda Mahkeme'nin geçici köy koruculuğunu ihale edilebilir kılan Kararı, görevin niteliğinden (işlevinden) değil, görevlinin yasa koyucu tarafından nitelendirilme şeklinden hareketle tesis edildiği ve süreklilik ile süreliğin karıştırıldığı gibi gerekçelerle öğretilde haklı eleştirilerin de hedefi olmuştur.¹⁰⁸

Bununla birlikte Mahkeme, yakın tarihli bir Kararında “asli ve sürekli görev” kavramına yönelik yeni bir bakış açısı geliştirmiş gözükmektedir. Üstelik bu bakış açısı, ilginç sonuçlara yol açabilecek bir özelliğe de sahiptir. Mahkeme kararında;

“...hizmetler, genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinin varlık sebebini teşkil eden, diğer bir ifadeyle hizmetin bizzat kendisini (özünü) oluşturan görevler kapsamında değildir. ... idarelerce, kamu hizmetlerinin daha etkin ve sağlıklı bir şekilde işletilmesini ve yürütülmesini temine yönelik birtakım ikincil görevlerden oluşmakta olup kamu hizmetinin özünü ifade etmeyen bu görevlerin “genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken asli ve sürekli görevler” kapsamında görülmesi mümkün olmadığından Anayasa’nın 128. maddesi uyarınca kamu görevlileri eliyle ifası zorunluluğu yoktur. Bu itibarla, dava konusu kuralla, idarenin, ... hizmetler için ihaleye çıkmasına imkân tanınmasında ve dolayısıyla bunların özel kişiler eliyle gördürülmesi yolunda düzenleme yapmasında Anayasa’ya aykırı bir yön bulunmamaktadır... kuralın idarelerce özel kişilere ihale edilebilecek hizmetler hususunda belirsizlik oluşturduğu söylenemez... hizmetlerin neler olduğunun, idarelerin görev, yetki ve sorumluluklarını düzenleyen kanunlar ile ilgili diğer mevzuattan tespiti mümkündür.”

sonucuna ulaşmıştır.¹⁰⁹

Kararda, ilk dikkati çeken, kamu gücü vurgusunun terkedilerek yerine kamu hizmeti ve kamu hizmeti ile ilişkili olarak “hizmetin özü” kavramının kullanılmış olmasıdır. Aynı zamanda bu özden hareketle “birincil - ikincil görev” şeklinde bir ayrıma gidilmiş ve hizmetin özü kavramı, hizmetin bizzat kendisini oluşturan birincil görevlere; bu öz dışında kalanlar ise ikincil görevlere karşılık olarak kullanılmıştır. Böylece bir hizmetin, öz - öz dışı alanlardan ya da birincil – ikincil görevlerden oluştuğu da kabul edilmiş olmaktadır.

kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli bir görev olmadığı ortadadır.” şeklinde ifade edilmiştir.

¹⁰⁸ SEVER, “Kamusal Faaliyetlerin Özel Kişilere Gördürülmesi...”, s. 99; UZ Abdullah, “Kamu Hizmetlerinin Özel Kişilere Gördürülmesi Ve Devri Bakımından Anayasal Sınırlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2011”, s. 113

¹⁰⁹ AYM. 14.5.2015 tarihli ve E: 2014/177, K:2015/49 sayılı Karar R.G. Tarih-Sayı: 11.6.2015-29383

Mahkemeye göre, işte bu özün dışında kalan, ikincil görev niteliği taşıyan alanlar, ihale edilebilir niteliğe sahip olan alanlardır. Dolayısıyla da birincil görev, asli ve sürekli görevle özdeşleşmekte ve bu niteliğe sahip alanlar da ihale edilebilir olmayan, hizmetin özüne tekabül eden alanları oluşturmaktadır. Bu “öz”ün tam olarak hangi alanlara karşılık geldiği açıklanmamakla birlikte Karardan, -barındırdığı çelişki bir yana- belirleyici ölçüt olarak, “*idarelerin görev, yetki ve sorumluluklarını düzenleyen kanunların ve ilgili diğer mevzuatın*” kullanılabileceği yargısına ulaşmak mümkün olmaktadır. Bu yargı ise bizi hizmetin özü/birincil görev kavramının, idarelerin yasal yetki/kamu hizmeti alanına tekabül eden bir anlama sahip olduğu sonucuna ulaştırmaktadır. Böylece ihale edilebilir olma(ma) statüleri arası sınır, bir miktar daha belirginlik kazanmakta ve kamu hizmeti/yetki alanı – kamu hizmeti olmayan/yardımcı hizmet alanı ayırımına bağlı bir hal almaktadır. Ayırımıda kamu hizmeti/idarenin yetki alanı, ihale edilebilir olmayan alana tekabül etmekte ve bu şekilde kamu gücü kavramına dayalı olarak tanımlanagelen bir alan, bir anda kamu hizmeti/yasal yetki alanına kadar genişleme imkanına kavuşturulmuş olmaktadır. Kamu hizmet alanını bütünüyle kapsayacak denli genişlikte bir ihale edilebilir olmayan alan öngörüsünün ise günümüze hakim anlayışa uyum arz etmediği gibi, şu ana kadar ihale edilebilir kılınan birçok alanın sorgulanmasını da beraberinde getireceği açıktır. Bu sebeple de Kararın, hatırlanmak istenmeyen bir yanılğı olarak görülecek ya da hatırlansa da istisnai karar vasfı ile süreçte kendisine yer bulacak olması pek de şaşırtıcı olmayacaktır.¹¹⁰

Neticede oluşmasına yadsınamaz katkı sunduğu bu belirsizlik içerisinde Mahkeme’nin karşımıza çıkmasına sebep olduğu tablo;

a) Telekomünikasyon yolu ile iletişimin tespitine dair faaliyetlerin denetim hizmetinin,¹¹¹ yapı ruhsatı verme hizmetinin,¹¹² radyo ve televizyon kuruluşlarına yayın izni verme, yayınların denetimlerini yapma, yasaya aykırı yayınlar için yaptırım uygulanmasına karar verme hizmetlerinin,¹¹³ ilköğretim teftiş hizmetinin,¹¹⁴ tapu ve kadastroyla ilgili uygulama ve görüş farklılıklarını giderme hizmetinin,¹¹⁵ yapı ruhsatı

¹¹⁰ Bu Kararın daha ayrıntılı incelemesi için bkz. s.268-273

¹¹¹ AYM. 29.1.2009 tarihli ve E: 2005/85, K:2009/15 sayılı Karar R.G. Tarih-Sayı: 3.4.2009-27189

¹¹² AYM. 11.12.1986 tarihli ve E: 1985/11, K:1986/29 sayılı Karar R.G. Tarih-Sayı: 18.4.1987-19435

¹¹³ AYM. 12.6.2008 tarihli ve E: 2004/55, K:2008/118 sayılı Karar R.G. Tarih-Sayı: 5.11.2008-27045

¹¹⁴ AYM. 5.3.2009 tarihli ve E: 2008/3, K:2009/44 sayılı Karar R.G. Tarih-Sayı: 5.6.2009-27249

¹¹⁵ AYM. 27.9.2012 tarihli ve E: 2011/16, K:2012/129 sayılı Karar R.G. Tarih-Sayı: 22.11.2013-28829

ve yapı kullanma izni verilmesi ve denetlenmesi hizmetinin,¹¹⁶ itfaiye hizmetinin¹¹⁷ ihale edilebilir olmadığı ya da,

b) Araç muayene hizmetinin,¹¹⁸ Ziraat Bankası ve Türkiye Halk Bankası tarafından yürütülen hizmetlerin,¹¹⁹ yapı denetim hizmetinin (yapı denetim kuruluşu hizmeti),¹²⁰ elektrik dağıtım şirketlerinin denetimi hizmetinin,¹²¹ ihale edilebilir olduğu, şeklindedir.

Bu örnekleri çoğaltmak mümkün olmakla birlikte örneklerden, kolluk etkinlikleri üzerinde yoğunlaşan bir hassasiyetin bulunduğunu anlayabilmek mümkündür. Ancak bu, çift taraflı bir hassasiyettir. İhale edilebilir olmaya da olmamaya da gösterilebilmektedir. Mahkemenin bu hassasiyeti sayesinde statülerin aslında saydam bir sınıra sahip olduğunu anlamak ve kolluk etkinliğinin, hem ihale edilebilir olduğu hem de olmadığı gibi bir kanaate ulaşabilmek mümkün olmaktadır.

Kolluk etkinliklerinin, devlet (kamu tüzelkişilikleri) ile bütünleşik olduğu ilkesine rağmen özel kişilerin de bu etkinlik alanına dahil olmasını ve alanın ihale edilebilir hal almasını sağlamak amacıyla Mahkeme tarafından başvuru ve özel ilgiyi hak eden argüman ise; özel kişiye açılan hizmetin, icrai ve nihai karar alma sahasını işgal etmediği ve doğrudan hukuki sonuç doğurma seviyesine ulaşmadığıdır. Yapı denetimi hizmeti ile elektrik dağıtım şirketleri denetim hizmetini bu argümanlara dayalı olarak ihale edilebilir nitelik taşıdığını kabul eden Mahkemeye göre;

“dava konusu düzenlemeyle yapı denetim kuruluşlarına idari işlem yapma yetkisi verilmiş değildir”, “kamu gücü kullanmadan teknik inceleme yapmak ve bu konuda ilgili yerlere rapor, görüş ve bilgi vermekle görevlendirilmişlerdir.”, “Denetim sonucu düzenlenen raporlar idari işlem kuramı uyarınca hazırlık işlemi niteliğinde olup bu raporların hazırlanması, denetlenen kişinin hukukunda değişiklik yaratmamaktadır. Asıl icrai işlem, denetim sonucunda yetkili makamlarca alınan cezai ve idari kararlar ile başvuru diğer hukuki tedbirlerdir. İcrai kararları almakla yetkili idari makam, hazırlık işlemi niteliğindeki denetim raporundaki tespit ve değerlendirmelerle bağlı değildir. Bu nedenle kural olarak denetim faaliyetinin

¹¹⁶ AYM. 16.10.2003 tarihli ve E: 2001/383, K:2003/92 sayılı Karar R.G. Tarih-Sayı: 19.1.2006-26054

¹¹⁷ AYM. 26.6.2019 tarihli ve E: 2019/27, K:2019/56 sayılı Karar R.G. Tarih-Sayı: 11.9.2019-30885

¹¹⁸ AYM. 29.12.2005 tarihli ve E: 2005/110, K:2005/111 sayılı Karar R.G. Tarih-Sayı: 26.7.2006-26240

¹¹⁹ AYM. 25.6.2002 tarihli ve E: 2002/31, K:2002/58 sayılı Karar R.G. Tarih-Sayı: 14.3.2006-26108

¹²⁰ AYM. 26.6.2002 tarihli ve E: 2001/377, K:2002/59 sayılı Karar R.G. Tarih-Sayı: 9.11.2002-24931

¹²¹ AYM. 27.12.2012 tarihli ve E: 2012/102, K:2012/207 sayılı Karar R.G. Tarih-Sayı: 2.4.2013-28606 –mük.

özel kişilerden hizmet satın alınması yoluyla yürütülmesi Anayasa'ya aykırı olmaz.”, “Denetim sonucu Kanun'da öngörülen hukuki, cezai ve idari tedbirleri uygulama yetkisi EPDK'da kalmaya devam ettiğinden, teknik destek sağlamaktan ibaret, hazırlık işlemi niteliğinde bir görev olduğu anlaşılan dağıtım şirketlerinin denetlenmesi görevinin... üçüncü kişilere gördürülmesinde Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.”

Mahkeme'nin bu yaklaşımı “yardımcı kolluk” türüne geçerlik ve hatta savunulabilir bir konum kazandırmaktadır. Bu sayede tam olarak kolluk yetkinliğine erişememiş bir alt hizmet türü, hukuki desteğe sahip bir konuma, üstelik de ihale edilebilir niteliğe sahip bir şekilde kavuşturulmuş olmaktadır.

Bu yaklaşım, beklenildiği üzere pek çok haklı eleştirinin hedefi olmuştur. Buna göre, Mahkeme bu konuda toptancı bir yaklaşım içerisinde. Bunun yerine Mahkeme, öncelikle yardımcı - hazırlayıcı işlemlerin, asıl - icrai işlemle olan ilişkisine ve bu işlemler üzerindeki etkisine yönelik bir inceleme ve değerlendirmede bulunmalı ve yardımcı işlemin, asıl işlemi ne ölçüde etkilediğine bağlı olarak da ihale edilebilirliğe/özel kişilerin dahil olmasına ilişkin bir irade ortaya koymalıdır. Nitekim bu, her yönüyle daha yerinde ve hukuki bir yaklaşım olacaktır.¹²² Mahkemenin eleştirilen bu yaklaşımının belki de tek olumlu yönü, ihale edilebilir olma(ma) statüleri açısından belirleyiciliğini hala koruyan “kamu gücü” kavramının, hangi idari alanlara tekabül edebileceği konusunda bize daha somut fikir vermiş olmasıdır.

Bununla birlikte 1999 yılına gelindiğinde ihale edilebilir olma(ma) denklemine bir unsur daha eklenmiştir. Mahkeme, statülerin tespitinde yararlanabileceği yeni bir imkan ve argümana kavuşmuştur. Anayasa'nın 47 nci maddesine eklenen hüküm, bu konuda mahkemeye yeni bir bakış açısı kazandırmıştır. Mahkeme, “Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği kanunla belirlenir.” hükmüne dayanarak 128. maddeyi göz ardı etme yetkisini kendisinde görmüştür. Bunu da 47. maddeyi, 128. madde yerine kullanmak ya da 128. madde ile birlikte değerlendirmek suretiyle gerçekleştirmiş ve buradan hareketle de bazı hizmetlerin ihale edilebilir olduğu sonucuna ulaşmıştır.

¹²² Yapı denetim hizmetinin, kolluk niteliği ve Mahkeme Kararının değerlendirilmesi ve haklı eleştirisi için bkz. SEVER, “Kamusal Faaliyetlerin Özel Kişilere Gördürülmesi...”, s. 99-102; AYAYDIN, “Özel Hukuk Kişilerinin...”, s. 136-157

Mahkeme, araç muayene hizmetlerine ilişkin kararında 128. maddeye değinmeksizin konuyu sadece 47. madde bağlamında ele almış ve araç muayene hizmetinin, kamu hizmeti olduğu ve bu hizmetin yerine getirilmesi amacıyla idare ve özel kişi arasında akdedilecek sözleşmenin idari sözleşme olduğu belirlemesini yaptıktan sonra “...idari sözleşmeler ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabilmesi veya devredilebilmesi mümkün olan araç muayene hizmetine ilişkin Karayolları Trafik Kanunu'nun 5398 sayılı Yasa ile değişik hükmü, Anayasa'nın 47. maddesine aykırı değildir.” sonucuna ulaşmıştır.¹²³ Sağlık hizmetlerine yönelik ise bu kez 128. madde ile 47. maddeyi birlikte değerlendirmeyi tercih eden Mahkeme, sağlık hizmetlerinin niteliği gereği diğer kamu hizmetlerinden farklı olduğu tespitini yapmış ve ardından “...Anayasa'nın 47. maddesi ile 128. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, sağlık hizmetlerinin bütünüyle devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu bir kamu hizmeti şeklinde nitelendirilmesi olanaklı değildir. Dolayısıyla sağlık hizmetinin tamamının salt memur ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerektiğinden sözedilemeyeceği gibi, 47. maddesinde öngörülen hizmet kapsamında bunun özel hukuk sözleşmeleri ile üçüncü kişilere yaptırılabilmesi olanaklıdır...” gerekçesiyle, önceki ve sonraki kararlarının aksine bu kez sağlık hizmetlerinin tüm parçaları ile birlikte ihale edilebilir olduğuna karar vermiştir.¹²⁴

Ne var ki bu 1999 yılı değişikliğinin Mahkeme üzerinde oluşturduğu etkiyi incelerken, bunu bir içtihat ve anlayış değişikliği olarak ele almak ve değişiklik öncesi - sonrası ayrıma kesin yargı ve sonuçlar yüklemek son derece yanlıştır. Nitekim Mahkemenin, 1999 yılından sonra da - 47. maddeden yararlanabilme imkanına sahip olduğu bir aşamada da - sadece 128. maddeyi esas almak suretiyle ihale edilebilirlik sorununu çözüme bağladığı birçok kararı bulunmaktadır. Kendi içindeki bu tutarsızlık ise Mahkeme'nin, 47. maddeye yönelik bakış açısını tartışılır hale getirmekte ve maddeye belirleyici bir işlevden ziyade özellikle hassas alanlarda kullanılabilecek bir “maymuncuk” işlevi yüklediği izleniminin doğmasına sebep olmaktadır.

Kaldı ki 128 ile 47 arasındaki ilişki, Mahkemenin kavrayışından da oldukça farklıdır. Bu iki madde birbirine yerine kullanılabilen, birbirinin alternatifi maddeler

¹²³ AYM. 29.12.2005 tarihli ve E: 2005/110, K:2005/111 sayılı Karar R.G. Tarih-Sayı: 26.7.2006-26240

¹²⁴ AYM. 22.11.2007 tarihli ve E: 2004/114, K:2007/85 sayılı Karar R.G. Tarih-Sayı: 24.12.2007-26736, Bununla birlikte Mahkemenin, sağlık işletmelerini, kamu hizmeti niteliğindeki sağlık hizmetlerini genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü kuruluşlardan biri olarak; benzer şekilde aile hekimliği hizmetini, Devletin genel idare esaslarına göre yükümlü olduğu kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görev olarak değerlendirdiği Kararları da bulunmaktadır. (AYM. 19.4.1988 tarihli ve E:1987/16, K:1988/8 sayılı Karar R.G. Tarih-Sayı:23.08.1988 – 19908) (AYM. 21.4.2008 tarihli ve E:2005/10, K:2008/63 sayılı Karar R.G. Tarih-Sayı:7.11.2008 – 27047)

değil, aksine bir öncelik – sonralık ilişkisine sahip, birbirini tamamlayan maddelerdir.¹²⁵ 128. madde, belli kamu hizmetleri içerisindeki belli görevleri, kamu görevlilerine özgülemek suretiyle ihale edilebilir olan - olmayan alanın belirlenmesine imkan sağlamakta iken, 47. madde, böyle bir amaç taşımamakta, özel kişilerin katılımına zaten açık olan, ihale edilebilir bir alanda sadece yasa koyucuya sözleşmenin niteliğini belirleyebilme yetkisi vermektedir. Bu yönüyle, 128. madde, her koşulda önceliğe sahip olan maddedir. Madde, 47. maddenin önkoşulu ve aynı zamanda sınırındır. 47. madde, ancak 128. maddenin imkan tanıdığı ihale edilebilir alanlarda uygulama kabiliyetine sahip olan bir maddedir. Bu sebeple de 128. madde gereği genel idare esaslarına göre yürütülen/kamu gücü kullanılan/ihale edilebilir olmayan alanların, 47. maddede yasa koyucuya tanınan takdir yetkisi kapsamında dolayısıyla da “hangilerinin” lafzı içerisinde değerlendirilebilme imkanı bulunmamaktadır.

Bu yönüyle de iki maddenin, farklı aşamalara özgü ve farklı amaçlara sahip maddeler olduğu açıktır. 128. madde, bir hizmetin ihale edilebilir olup olmadığı sorunun giderilmesini amaçlamakta iken 47. madde, bu sorunun aşıldığı bir sonraki aşamada tabi olunacak hukuki rejimin belirlenmesini amaçlamaktadır. Bu farklılık, 128. madde aşılmaksızın, 47. maddenin işletilebilmesini ve hizmetin ihale edilebilir nitelik taşıyıp taşımadığının tespit edilebilmesini engellemektedir. Bu nedenle de Anayasa Mahkemesi’nin araç muayene ve sağlık hizmetlerine yönelik sergilediği yaklaşımının aksine 128. madde göz ardı edilerek ya da 128 ile 47. madde birlikte değerlendirilerek bir hizmetin, ihale edilebilir niteliğe sahip olduğunun veya olmadığının, iddia ve tespiti hukuken mümkün değildir. İlginç olan ise ilerleyen yılların karşımıza Mahkemenin, tam bu noktaya geldiğini gösteren bir örnek çıkarmış olmasıdır. Yılların kazandırdığı deneyimin bir neticesi olsa gerek, Mahkeme, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının ihtiyacı olan tesislerin yapımının ve mevcut tesislerin yenilenmesinin kamu özel ortaklığı modeliyle gerçekleştirilmesine olanak tanıyan KHK hükmünü incelediği kararında; *“Buna göre, idarelerin, genel idare esasları uyarınca yürütmekle yükümlü oldukları asli ve sürekli görevleri dışında kalan alanlardaki hizmetleri, özel hukuk sözleşmeleriyle özel kişilere gördürülmesi olanaklıdır. Anayasa’nın 47. maddesinde, bu sözleşmelerin hukuki niteliğine ilişkin herhangi bir sınırlama yapılmamıştır...”* ifadelerine yer vermiştir¹²⁶. Ne var ki aksi ve hatalı argümanlara dayalı olarak karara bağlanmış araç muayene gibi

¹²⁵ Benzer görüşler için bkz. UZ, “Kamu Hizmetlerinin Özel Kişilere Gördürülmesi...”, s. 141-143; SEVER, “Kamusal Faaliyetlerin Özel Kişilere Gördürülmesi...”, s. 108-111

¹²⁶ AYM. 14.2.2013 tarihli ve E:2011/150, K:2013/30 sayılı Karar, R.G. Tarih-Sayı: 25.6.2013-28688

hizmetleri ve bu kararların sebep olduğu etkileri düşününce Mahkemenin nihayetinde olması gereken noktaya ulaşmasına sevinmek pek de mümkün olmamaktadır.

Anayasal genel dayanağın, ihale edilebilir olma(ma) konusunda yol açtığı genel görünüm, kamu hizmeti gibi bir belirsizlikle başladığı ve kamu gücüne hatta kamu gücünü de aşındıracak kadar daraltılabilen ve kolluk etkinliği üzerinde yoğunlaşan nispi bir belirsizlikle devam ettiği şeklindedir. Bu alan, belli bir sistemden söz etmenin mümkün olmadığı, belirsizliği daraltmanın başarı sayıldığı ve aynı zamanda çekişmenin, paylaşım mücadelesinin kronik hal aldığı bir alandır. Bu, devlet (kamu) olgusuna yönelen, “sadece düzenleyici” ya da “aynı zamanda üretici” olma, son tahlilde ise “az” ya da “çok” olma mücadelesi ve çekişmesidir. Her ne kadar hukuken ulaşılan kamu gücü vurgusu, şu an için sadece düzenleyici (az) devlet taraftarlarını memnun etmekte ise de bu belirsizliğin ve çekişmenin sona erme beklentisi, her daim iyimser bir beklenti olarak kalmaya devam edecek gözükmektedir. Şayet şu an için bu belirsizliğin ve çekişmenin derinleşmesine sebep olan bir şüpheli aranıyorsa kuşkusuz bu, tam olarak kendilerinin bile kestiremediği sınıra devletin çekilmesini iddia eden “az”lık tarafıdır. Hatta “az”lık tarafının bu öngörüsüzlük hali, genel dayanağın sahip olduğu belirsizliğin aksine daha belirli argümanlara sahip Anayasa’nın özel dayanaklarına bile tesir edecek boyuta ulaşmış ve bir şekilde kendisini memnun edecek argümanları türetmeyi ve bu alanda da kendisine bir yer açmayı başarmıştır.

b) Özel Hüküm

Anayasa’da bir hizmetin, ihale edilebilir olmadığını kurallaştıran özel dayanaklar arasında yasama¹²⁷ ve yargıya¹²⁸ ilişkin ayrıksı hükümleri saymak ve hatta bu alanlarda da nispi bir özel kişi baskısından söz etmek mümkünse de bu konudaki asıl çekişme ve yıpratma çabaları, yine yürütme/idari alana ilişkin olmaktadır. Üstelik bu yönlü çabaları, Anayasa’nın hizmetin ihale edilebilir olmadığını en açık şekilde ifade eden tek hükmü olan, 169. maddesi üzerinde bile gözlemlemek mümkündür.

¹²⁷ Anayasa’nın 7. maddesinde;” *Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez*” hükmüne yer verilmiş ve kural koyma yetkisinin yasama organının tekelinde olduğu ve ilke olarak devredilemez bir yetki olduğu belirtilmiştir.

¹²⁸ Anayasa’nın 9 ve 138 inci maddeleri uyarınca yargı hizmeti, münhasıran bağımsız mahkemeler tarafından yerine getirilebilecektir.

Maddenin ikinci fıkrasında; “Devlet ormanlarının mülkiyeti devrolunamaz. Devlet ormanları kanuna göre, Devletçe yönetilir ve işletilir. Bu ormanlar ... kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamaz.” hükmüne yer verilmiştir. Madde, devlet ormanlarının işletilmesini bizzat devlete özgülemekte ve bu şekilde ormanların işletilmesi hizmetinin, anayasal tekel niteliğine sahip, ihale edilebilir olmayan bir hizmet olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Ancak bu noktada ihale edilebilir olmayanın, irtifak hakkı dışında kalan işletme faaliyetleri olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Nitekim madde, belli koşullara bağlı olarak bu ormanların irtifak hakkına konu edilebilmesine imkan tanımaktadır. Bu bakımdan ormanların, bizzat işletilme yönüyle olmasa da irtifak hakkı yönüyle ihale edilebilir niteliğe sahip olduğundan söz etmek mümkündür. Anayasa Mahkemesi de yapmış olduğu değerlendirmelerde irtifak hakkına konu edilen bu tür hizmetlerin, “kamu yararı” ve “zorunluluk” kriterleri çerçevesinde özel kişiler tarafından da yerine getirilebileceğine karar vermektedir. Ormanlar üzerinde sebep olduğu etki ve sonuçlar yönüyle eleştiriye açık olsa da bu kapsamda Mahkeme, petrol arama ve işletme,¹²⁹ maden arama ve işletme,¹³⁰ belli turizm yatırımları¹³¹ gibi irtifak hakkına konu edilen hizmetleri ihale edilebilir kılan kanun hükümlerini, Anayasa’ya aykırı bulmamaktadır.

Bu durumda anayasa gereği devlete özgülenen orman işletme kavramının ise irtifak hakkı dışında kalan; ağaçlandırma, ağaçların ıslahı ve bakımı, erozyon kontrolü gibi ormanın varlığı ve gelişimi için gerekli asli hizmetler ile orman içi tesislerin kullanımı, bakım-onarımı ile tanıtıcı levhaların konulması gibi yardımcı hizmetlere karşılık gelebilecek bir kavram olduğu anlaşılmaktadır. Ancak bu konuda Danıştay aksi bir düşünceye sahiptir. Danıştay’a göre yardımcı hizmetlerin, bu kapsamda değerlendirilebilmesi mümkün değildir. Mahkeme, tabiat parkı ve milli park niteliğindeki ormanların kapı giriş ücreti ile saha ve çevre temizliği işinin ihale edilmesi işlemini incelediği bir kararında; giriş ücreti tahsilinin, otopark hizmetinin, büfe ve kır gazinosu hizmetlerinin, plaj kullanımı ve buna bağlı hizmetler ile tuvalet, lavabo, piknik, masa ve ocaklarının, çocuk oyun alanları ve spor tesislerinin bakım, onarım ve

¹²⁹ AYM. 3.7.2014 tarihli ve E: 2013/96, K:2014/118 sayılı Karar R.G. Tarih-Sayı: 21.5.2015-29362

¹³⁰ AYM. 26.1.2012 tarihli ve E: 2010/85, K:2012/13 sayılı Karar R.G. Tarih-Sayı: 6.10.2012-28433

¹³¹ AYM. 10.3.2011 tarihli ve E: 2008/51, K:2011/46 sayılı Karar R.G. Tarih-Sayı: 14.5.2011-27934

korunması hizmetlerinin, Anayasa'nın 169. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen "işletme" kapsamında yer almadığı sonucuna ulaşmıştır.¹³²

Yardımcı hizmetlerin, ihale edilebilirliğini ve ihale edilmesini hukuka aykırı bulmayan bu karara yöneltilen eleştiriler göz önüne alındığında¹³³ "işletme" eylemi açısından geldiğimiz noktanın pek de yoruma muhtaç olmadığı anlaşılmaktadır. Nitekim günümüzde ormanların işletilmesinde yardımcı hizmet mefhumunun çok ötesine geçilmiş ve "ağaçlara damga vurma, numara verme, çap ölçme, verileri kaydetme" hizmetinden, "toprak işleme", "arazi hazırlığı" "ağaçlandırma", "teras yapımı", "denetim-kontrollük" hizmetlerine uzanan genişlikte bir alan, ihaleye konu edilir hale gelmiştir.¹³⁴ Buna rağmen, gelinen noktanın, Anayasa ve işletme kavramı karşısındaki durumuna ve hukuki geçerliliğine yönelik bir tartışmaya tesadüf etmek pek mümkün olmamaktadır. Aslında bu, hayretle karşılanacak sıra dışı bir durum değildir. Ormanların işletilmesi bağlamında karşımıza çıkan bu örnek, kayıtsızlık ve sınır tanımama üzerine kurulu ihale edilebilirlik anlayışımızı yansıtan birçok örnekten yalnızca bir tanesidir.

Bunun yanı sıra ihale edilebilir olmamaya ilişkin bir başka özel anayasal dayanak, güvenlik hizmeti alanına ilişkindir. Anayasa'nın 130. maddesinin beşinci fıkrasında yer alan hüküm, üniversiteler ve bunlara bağlı birimlerin, güvenlik hizmetlerinin Devletçe sağlanmasını öngörmektedir. Bu hüküm uyarınca güvenliğin

¹³² Danıştay 8. Daire, 11.4.1996 tarihli ve E: 1994/7528, K: 1996/1096 sayılı Karar

¹³³ TEKİNSOY, "İdare Sözleşme Rejiminin..." s. 27-28

¹³⁴ Örneğin bu kapsamda; "**2017/527426 İKN**'li Şanlıurfa Orman İşletme Müdürlüğü Karacadağ Bal Ormanı Makineli Arazi Hazırlığı, Fidan Nakli ve Dikimi ile Karacadağ Toprak Muhafaza Sahasında Tohum Ekimi"; "**2017/512697 İKN**'li M. Kemalpaşa Orman İşl. Müdürlüğü Burhandağ Şefliği...Makineli Diri Örtü Temizliği ve Makineli Toprak İşleme Hizmet Alımı"; "**2017/509675 İKN**'li Edirne Orman İşletme Şefliği...Rehabilitasyon Projesi Arazi Hazırlığı İş (Toprak İşleme, Teras Yapımı, Üst Toprak İşleme ve Terasların Aplikasyonu)"; "**2017/451119 İKN**'li Yenice Orman İşletme Müdürlüğü Kızılçam-Karaçam Ağaç Türlerinde Meşcere Bakımı Yapılması Amacıyla Sıklık Çağındaki Bölmelerde ... Alanda Çıkarılması Gereken Ağaçların İşaretlenerek Dikili Ağaç Ölçü Tutanaklarına Kaydedilmesi Hizmet Alımı"; "**2016/287821 İKN**'li Mustafakemalpaşa Orman İşletme Müdürlüğü Ağaçlandırma ve Toprak Muhafaza Şefliği Sahalarının Denetimi ve Kontrolünün Yapılması Hizmet Alımı"; "**2016/404530 İKN**'li Hendek Orman İşletme Müdürlüğü...Sıklık Bakımı İşaretleme İş (Toplam 4 adet orman mühendisinin gözetim ve denetiminde)"; "**2015/141965 İKN**'li Ulus Orman İşletme Müdürlüğü Dikili Damga İş (ayna açılması, ağaçlara damga vurulması, numara verilmesi, göğüs yüzeyinde çap ölçülmesi, dikili ağaçlara ait verilerin kaydedilmesi gibi işler)"; "**2015/119083 İKN**'li Orhaneli Serçeler Endüstriyel Plantasyon Projesi Arazi Hazırlığı ve Toprak İşleme Hizmet Alımı (Yangın emniyet yolları yapımı, Servis yolu yapımı, Makine ile kök sökme, Toprak İşleme, Diri örtü temizliği, Dikenli tel çit ihatası, Dikim işleri, Sürgün Kontrolü, Bekçi ile koruma)" gibi işlerin ihaleye konu edildiği görülmektedir. (İKN: İhale Kayıt Numarası'nın kısaltmasıdır. 4734 sayılı Kanun ile uygulamaya başlanmış olup, Elektronik Kamu Alımları Platformu (EKAP) üzerinden kaydı yapılan her bir ihaleye verilen kayıt numarasını ifade etmektedir.) Bu ihalelere ilişkin bilgilere ekap.kik.gov.tr adresinden ulaşabilmek mümkündür.

sağlanmasına dair sınırlı bir hizmet alanı, Devlete özgülenmekte ve böylece alanın, ihale edilebilir nitelik taşımadığından söz etmek mümkün olmaktadır. Ancak bu, çoğunluğun dikkate değer bulduğu bir görüş değildir. Bu hizmet alanı için geçerli olan hakim anlayış ve uygulama, “Devletçe sağlanır” ibaresinin, “bizzat (emanet)” yerine “ihale yöntemi ile” sağlanır şeklinde anlaşılması gerektiği yönündedir. Bu anlayış doğrultusunda da üniversite ve bağlı birimlerin güvenlik hizmetinin, ihale edilebilir nitelik taşıdığı kabul edilmiş ve beraberinde getirdiği birçok sorunla birlikte uzunca bir süre özel güvenlik şirketleri eliyle sağlanmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki ihale edilebilirlik sebebiyle olmasa da ihale etme yasağı sebebiyle 2018 yılı ve sonrası için bu durum geçerliliğini yitirmiş, üniversite ve bağlı birimlerin özel güvenliği artık kamu işçileri/sözleşmeli personel eliyle sağlanmaya başlanmıştır.¹³⁵

Öte yandan Anayasa, yalnızca ihale edilebilir olmayana değil, ihale edilebilir olana ilişkin de özel hükümler içermektedir. Anayasa’nın 168. maddesinde yer alan, tabii servet ve kaynakların aranması ve işletilmesi hakkı, buna örnek teşkil eden bir hizmet alanıdır. Maddede, tabii servet ve kaynakların aranması ve işletilmesi hakkının belli bir süre için, gerçek ve tüzelkişilere devredebileceği, dolayısıyla da ihale edilebilir niteliğe sahip olduğu açıkça ifade edilmektedir. Böylelikle bu kez de ihale edilebilir nitelik, doğrudan anayasal dayanak ve imkanın bir neticesi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Benzer bir sonuca, eğitim hizmeti ve sağlık hizmeti açısından da ulaşmak mümkün gözükmemektedir. Nitekim Anayasa’da her iki alan, özel kişinin varlık kazanabileceği alanlar olarak öngörülmüştür. Eğitim hizmetini konu alan Anayasa’nın 42. maddesinde, özel ilk ve orta dereceli okullardan ve bu okulların bağlı olduğu esasların, Devlet okulları ile erişilmek istenen seviyeye uygun olarak kanunla düzenleneceğinden; benzer şekilde sağlık hizmetini hükme bağlayan 56. maddede de özel kesime ait sağlık kuruluşlarından ve Devletin, sağlık hizmetlerine ilişkin görevini, kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getireceğinden söz edilmektedir. Ne var ki özel kişiler tarafından da yerine getirilebileceği belirtilen bu hizmetlere dair kesin değerlendirmelerde bulunmak ve sonuçlara ulaşmak, tabii servet ve kaynakların işletilmesi hizmetleri kadar kolay olmamaktadır. Bunun sebebi, eğitim ve sağlık hizmetlerinin sahip olduğu baskın sosyal

¹³⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. s. 276-290

niteliklidir. Bu hizmetler, sosyal hak niteliği taşıyan, devlete yüklenmiş edim ve ödevlerdir. Sosyal devlet olmanın temel ölçütleridir. Bir devletin, sosyal devlet olma iddiasının doğruluğunu, sosyal devlet olma gereklerini yerine getirip getirmediğini gözlemlemeye ve ölçmeye imkan sağlayan başlıca hizmetlerdir. Sahip oldukları bu toplumsal anlam ve önem, hizmetlere, kamu hizmetleri içerisinde farklı bir konum kazandırmaktadır. Hatta bu farklılığa dikkat çekmek için mahkemelerce “nitelikleri gereği diğer kamu hizmetlerinden farklı”,¹³⁶ “bu denli önemli bir kamu hizmeti”¹³⁷ gibi nitelermelere de başvurulduğu görülmektedir.

Bu hizmetler ile genel hüküm (128. madde) arasında bağ kurma eğilimi ise karşımıza çelişkili bir tablonun çıkmasına sebep olmaktadır. Bu, hizmeti, bir yandan genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken asli ve sürekli görev kabul edip kamu görevlilerine özgülemenin, diğer yandan ise aynı hizmetin ruhsat ya da sözleşme yolu ile özel kişiler tarafından da yerine getirilebileceği kabulünün yarattığı bir çelişkidir. Bu çelişki sayesinde de hem ihale edilebilir olan hem de olmayan, çift/melez statülü hizmetlerin varlığından söz etmek mümkün olmaktadır. Eğitim ve sağlık hizmeti, hem asli ve sürekli görev niteliği taşıyan hem de taşımayan bir alana sahip olma becerisi gösteren hizmetler olarak karşımıza çıkabilmektedir.

Aslında izahı ve savunulması oldukça zor görünen bu çelişkiyi, hukuken gidermek mümkündür. Öncelikle bilinmesi gereken, bu hizmetlerin, Anayasa uyarınca özel kişiler tarafından da yerine getirebiliyor olmasının, hizmetlere ilişkin bir devlet tekeline dolayısıyla da ihale edilebilir olmama niteliğinden söz edilmesini engellediğidir. Bu yönüyle hizmetler, ihale edilebilir nitelik taşıyan hizmetlerdir. Dolayısıyla uygulamada oluşan çift/melez statü çelişkisinin aksine bu hizmetler, olması gerektiği şekliyle tek niteliğe sahip olan ve bu niteliğin de “ihale edilebilirlik” olduğu hizmetlerdir. Üstelik de bu, anayasal özel dayanakla kazanılan bir niteliklidir. Anayasanın 42 ve 56. maddelerinin karşımıza çıkardığı bir sonuçtur. Niteliğin, özel dayanağın bir sonucu olması, kuşkusuz genel dayanağın (128. madde) da doğrudan uygulanabilmesi imkanını ortadan kaldırmaktadır. Bu bakımdan sağlık ya da eğitim hizmetlerinin ihale edilebilirliğinin tespitinde, bu özel maddeler yerine 128. madde üzerinden bir dayanak bulma çabası, izlenen yöntem açısından eleştiriye açıktır.

¹³⁶ AYM. 22.11.2007 tarihli ve E:2004/114, K:2007/85 sayılı Karar R.G. Tarih-Sayısı:24.12.2007-26736

¹³⁷ AYM. 12.4.1990 tarihli ve E:1990/4, K:1990/6 sayılı Karar R.G. Tarih-Sayı:18.06.1990-20551

Pekala bu durum, eğitim ve sağlık hizmetlerinin bütünüyle özel kişilere bırakılmasının önünde hiçbir hukuki engelin bulunmadığı anlamı mı taşımaktadır? Eğer bu anlamı taşımakta ise kamu ağırlıklı bir eğitim ve sağlık hizmeti hala geçerli bir düşünce ve uygulama olarak varlığını nasıl koruyabilmektedir? Eğitim ve sağlık hizmet alanı, elbette bütünüyle özel kişilere terkedilebilecek bir alan değildir. Bu alan üzerinde özel kişi hakimiyetinin kurulabilmesine imkan tanımayan bir hukuki engelin varlığından söz etmek mümkündür. Ancak bu, ihale edilebilir olma niteliğine ilişkin bir engel değildir. Bu, bir sonraki aşamaya, yasama ya da yürütmenin (idarenin) tercihinine ilişkin olan ve bu tercihi kısıtlayan bir engeldir. Bu yönüyle de ihale etme ya da dağıtım veya doğrudan tercihe konu etme kararına yönelmiş olan ve bu kararların alınmasını imkansız kılmasa da oldukça güçleştiren bir engeldir. Bu güçlüğü'nin nedeni de gayet açıktır. Bu hizmetler, devletin kolaylıkla gözden çıkarabileceği ya da görmekten vazgeçebileceği sıradan hizmetler değildir. Bunlar, sosyal önem ve etkilere sahip, bütünüyle kâr sağlama gayesine mahkum edilemeyecek olan hizmetlerdir. İşte karar alımını, bu denli kısıtlayan ve zor kılan da hizmetlerin sahip olduğu bu sosyal niteliktir. Sağlık ya da eğitim hizmetinin toplumsal anlam ve önemi, sosyal devlet ilkesi ve bu ilkenin getirdiği ödev ve yükümlülükler, bu hizmet alanında özel kişi tercihinin kısıtlamakta ve buna ilişkin yasama ve idari kararların hiç de kolay tercihler olmayacağını anlamamızı sağlamaktadır. Bu sosyal baskı, eğitim ve sağlık hizmetini, bütünüyle özel kişilere terkedilemeyen, devletin önceliğe ve geniş hacme sahip olması gereken hizmetler haline getirmekte ve bu şekilde varlıklarını sürdürmelerine sebep olmaktadır. Özel kişi, bu anayasal ilke gereği hizmetler içerisinde sınırlı bir alana ve daha çok tamamlayıcı ve yardımcı bir işleve sahip olmak durumunda kalmakta¹³⁸ ve

¹³⁸ ÇAL tarafından da sağlık hizmeti özelinde benzer bir sonuca ulaşıldığı görülmektedir. Yazara göre; “Sağlık hizmetinin aslî olarak idarece verileceği, ancak özel girişimcilerce aynı hizmetin verilebilmesinde de sakınca olmayacağı algılamasından bahsetmek mümkündür. Ancak, hizmetin rekabet koşulları altında özel sektör tarafından gereği gibi verilememesi gerçeğinden sözedilebilir. Burada “gereği gibi yerine getirememe”, rekabetin eksikliğinden ziyade, bu hizmetin halk için olmazsa olmaz bir koşul taşıması, halkın ekonomik gelir düzeyinin (gelir dağılımındaki dengesizlik nedeniyle) serbest piyasada verilen hizmeti almasına olanak tanımayacak mertebelerde seyredebilmesi daha da önemlisi, hizmetin niteliği itibarıyla özel sektörün bu hizmeti verirken ticari kaygıya düşebilmesi nedeniyle kamu sağlığı bakımından gereği gibi bir hizmet sunumundan bahsedilememesi gerçeğinden kaynaklanıyor denilebilir. Dolayısıyla, özel sağlık hizmetleri, nitelik olarak sadece kamusal sağlık hizmetine yardımcı mahiyette var olabilecek bir alanı oluşturur. Bu itibarla, kamusal sağlık hizmetinin sunulması asıl olacak; özel sağlık hizmetleri ise, bu kamusal sağlık hizmeti yeterli ve gereği gibi sunulurken, bir ilave hizmet olarak, isteyen vatandaşların seçme hürriyetine hitap edebilecektir. ...Sağlık gibi kimi hizmetler alanında, kamu tarafından yerine getirilmekte olan hizmeti özel girişim alanına aktarmaya çalışmak, kamu eliyle “gereği gibi” ve “asgari hizmet”in sunulması zemininde bir kopmaya veya zayıflamaya neden olabileceği için, özel girişime devredilmesinde –yerine göre- sakınca bulunmak icap edebilir. Yoksa, bir sağlık hizmeti devletçe veriliyorken, ilaveten herhangi bir özel girişimcinin de aynı hizmeti vermeye hakkı vardır ve bu yönde serbesti esasen zaten tanınmaktadır. Yeter ki, aynı hizmetin idare eliyle asgari ölçüde sunumuna devam

aynı zamanda bu tali işlev yitirildiği, özel kişilere açıldığı ölçüde eğitim ve sağlık, hak olma özelliğini kaybetmektedir.¹³⁹ Bu açıdan devlet genişliğine dayalı olması gereken sağlık ya da eğitim hizmet alanını, bütünüyle özel kişilere açarak ihale edil(ebil)ir kılan ve bu şekilde devletin bu alandan tümüyle dışlanmasına olanak sağlayan bir kanun hükmü, 128. (ya da 47.) madde yönüyle değil ve fakat sosyal devlet ilkesini hükme bağlayan 2. madde ile bu ilkeyi devletin temel amaç ve görevleri arasında sayan 5. madde yönüyle anayasaya aykırılık teşkil etmektedir.

Şu halde sağlık ve eğitim hizmeti ile özel kişi arasındaki ilişkinin, statüye değil, tercihe ilişkin bir mesele olduğu anlaşılmaktadır. Bu yönüyle sağlık ve eğitim, ihale edilebilir olmayan değil, kısıtlı ihale edilmesi gereken hizmetlerdir. Bu hizmetlerin oluşturduğu alan, ihale edilebilir nitelik taşıyan, ancak sınırlı yasama ve idari tercihin/sınırlı ihalenin/sınırlı doğrudan tercihin söz konusu olabileceği alanlardır. Bu durum ise sadece ihale edilebilirliğe değil, ihale etme tercihine yönelen bir müdahalenin de mümkün olduğunu göstermektedir. Aynı zamanda bu hizmetleri ihale etme iradesi üzerinde oluşan sınırlılık halinin, hizmetlerin ihale edilebilir niteliği üzerinde hukuki olmasa da fiili bir etki doğuracağı açıktır. Zira aslında ihale edilebilir nitelik taşıyan bir hizmet alanı, kolaylıkla özel kişiye terkedilememekte, ihale yöntemine başvurulamamakta ve sonuçları itibarıyla ihale edilebilir olmama niteliğine benzer bir görünüm sergilemektedir. Fiili durumun yol açtığı bu görünüm nedeniyle bu hizmet alanının ihale edilebilir niteliğini, “sınırlı ihale edilebilirlik” olarak nitelemek de mümkün olmaktadır.

Ancak bu noktada gözden kaçırılmaması gereken, ihale edilebilir olmanın ya da sınırlı ihale edilebilir olmanın, sağlık ya da eğitim hizmetinin tüm yönlerine ilişkin olmadığıdır. Bu, hizmetin sunumu ve yürütümü ile sınırlı bir ihale edilebilir olma halidir. Denetimin, bu kapsamda değerlendirilebilmesi mümkün değildir. Nitekim bu hizmetlerin denetimi, mutlaka devlete ait olmak durumundadır. Bu aidiyet, Anayasa’nın 42. maddesinde, “Eğitim ve öğretim, ...Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır.”, 56. maddesinde ise “Devlet, bu görevini... onları denetleyerek yerine getirir.” şeklinde, açıkça

edilmek suretiyle, özel sağlık hizmeti alımına gidilmesi yönünde bir zorunluluk yaratılması uygulamasından sarfi nazar edilebilsin.” (ÇAL Sedat, İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV, Y. 2010, S. 1, s.232-233)

¹³⁹ KARAHANOGULLARI, “İdarenin Hukukla Kavranması...” s.260

ifade edilmiştir. Bu bakımdan eğitim ve sağlık hizmetleri sunum yönüyle olmasa da denetim yönüyle, devlet tekelinde olan ve ihale edilebilir nitelik taşımayan hizmetlerdir.

2) Yasal Dayanak

Yasal dayanak, anayasal dayanağın aksine daha çok ihale edilebilir olana ilişkindir. Anayasal dayanak esas itibarıyla ihale edilebilir olmayan açısından bir koruma sağlamakta ve bir anlam ifade etmekte iken, yasal dayanak daha çok ihale edilebilir olan açısından bir anlam ifade eder. Bu dayanak – statü ilişkisi ise günümüze hakim ekonomik anlayışın bir getirisidir. Zira bu anlayışın beraberinde getirdiği öngörüsüzlük hali, kurallaşmaya ve belirginleşmeye muhtaç alan olarak karşımıza, ihale edilebilir olmayandan ziyade ihale edilebilir olan alanın çıkmasına sebep olur. İşte bu nedenle ihale edilebilir olma, anayasal dayanağa bağlı olan ve fakat yasama organının tercihi ile de somutlaşabilen ve hukukilik kazanabilen bir statüdür.

Belirginleşmenin ve kurallaşmanın yasa ile sağlanması gerekliliği ise hukuk devleti ilkesinin bir sonucudur. Liberal burjuvazi talebinin muğlak bir sonucu olduğu anlaşılan bu ilke, öz olarak, devlet iktidarının hukukla bağlanmasını ve bireysel özgürlüğün korunmasını ifade eder. Bu yönüyle hukuk devleti, “yasallık” ve “özgürlük (insan hakkı)” olmak üzere iki temel unsur üzerinden tanımlanabilen bir ilkedir.¹⁴⁰ Bu unsurlardan biri olan “yasallık” ise devletin özellikle de yürütmenin, hareket kabiliyetinin anayasa ve kanunlara bağlı olmasını ifade eder. Yasallık, yasamanın genel ve asli niteliğine karşın yürütmenin türevsel niteliğinin, sınırlı özgürlüğünün sebebidir. Yürütmenin her dilediğini, dilediği şekilde yapamamasının gerekçesidir. Aynı zamanda yasallık, hukuk devletinin asgari anlamını¹⁴¹ teşkil edecek denli öneme de sahip olan bir ilkedir.

Ne var ki, yapılan son Anayasa değişiklikleri çerçevesinde yasallık, artık bu önemini ve sahip olduğu gücü kısmen yitirmiştir. Ancak bu, ihale edilebilir olma üzerindeki etkisini bütünüyle kaybettiği anlamı da taşımamaktadır. Eski gücünde olmasa da yasallık, ihale edilebilir olma niteliği bağlamında hala geçerli bir ilkedir. Bu doğrultuda bir idarenin ilke olarak kendi yetkisini kendisinin yaratması ve kurulu

¹⁴⁰ SANCAR Mithat, Devlet Aklı Kıskaçında Hukuk Devleti, İletişim Yayınları, 7. Baskı, s. 29-63

¹⁴¹ SANCAR, “Devlet Aklı...” s. 54

bulunduğu alan üzerinde kendiliğinden tasarrufta bulunması ya da yerine getirmekte olduğu görev ve yetkiden kısmen ya da tamamen kendi iradesi ile özel kişi lehine vazgeçmesi mümkün değildir. Nitekim idare teşkilat yönüyle yasal olmalıdır. Bu, Anayasa'nın 123. maddesinde açık bir şekilde ifade edilmiştir. Buna göre, idare kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenecektir. Aynı zamanda idare, işlem ve eylemleri yönüyle de yasal olmalıdır. Kural koyma ve hareket kabiliyeti açısından idarenin bu durumu, Anayasa'nın yürütme yetki ve görevini hükme bağlayan 8. maddesi ile yönetmelikleri hükme bağlayan 124. maddesinde ortaya konulmuş ve bu kapsamda anayasa ve kanunların yürütülmesine bağımlı görece türevsel niteliği açıkça belirtilmiştir.¹⁴² İdarenin gerek örgütlenmesi gerekse de bu örgütlenme içerisindeki hareket serbestini kayıtlayan unsurlardan birinin yasallık olması, kamu hizmeti ya da kamu hizmeti sunumu için ihtiyaç duyulan yardımcı hizmet alanına, özel kişinin yasa vasıtasıyla katılımının da mümkün olduğunu ortaya koyar. Bu bağlamda temizlik gibi yardımcı hizmetlerin de, sağlık gibi temel kamu hizmetlerinin de, denetim gibi kolluk hizmetlerinin de ihale edilebilir niteliği, kanun sayesinde de kazanılabilecek olan niteliklerdir. Aynı zamanda bu, hiyerarşik olarak daha üstün normla elde edilen bir kazanımdır.

¹⁴² Anılan Anayasa maddeleri:

“Madde 8 – *Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanlığı tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.*”

“Madde 124 – *Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler.*” şeklindedir. Aslında idarenin yasallığı kapsamında dayanak gösterilen Anayasa maddeleri bunlarla sınırlı değildir. Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri, yetkileri ve teşkilatının, kanunla düzenleneceğini öngören Anayasa'nın 113. maddesi (teşkilat yönüyle yasallık) ile tüzükleri hükme bağlayan 115. maddesi (işlem ve eylemler yönüyle yasallık) bu kapsamda değinilen diğer maddelerdir. Ancak 2017 yılında halkoylamasına sunularak kabul edilen Anayasa değişikliği ile bu maddeler yürürlükten kaldırılmıştır. Bu Anayasa değişikliği temelde, hükümet sisteminde radikal bir değişimi ve bu kapsamda yürütme erkinin tek merkezli (Cumhurbaşkanlığı) olacak şekilde daha da güçlendirilmesini amaçlamaktadır. Bu amacı gerçekleştirmek için başvuru en önemli hukuki araç ise kuşkusuz Cumhurbaşkanlığı Kararnameleridir. Bu kararnameler, kanun (ve eş değer normlar) ile yönetmelikler arasında bir “ara form” olarak düşünülmüştür. Normlar hiyerarşisindeki konumundan daha önemli olan ise değişiklikle birlikte bu kararnamelere atfedilen hukuki güçtür. Bu güç her şeyden önce yasallık ilkesinin zedelenmesine yol açacaktır. Artık bu kapsamda salt yasaya değil, -tartışmalı yönleri ve istisnai alanlara sahip olmakla birlikte- doğrudan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine de bağlı olan ve bu kararnamelerle de şekillendirilebilen bir idari anlayışla karşı karşıya kalınacaktır. Bu nedenle yasallık ilkesinin ve bu ilkeden neşet eden yürütmenin türevsel niteliğinin, idare hukukundaki etki ve önemi yeni sistemde daha da zayıflayacak, bu etki ve önem artık tek başına değil, bir idari işlem olan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile birlikte ve bu kararnamelerin de geçerli olduğu bir alanda varlığını sürdürecektir. Oluşturulan bu ikili yapıyla sebebiyle de yasal dayanak için bu başlık altında dile getirilen - yasal dayanağın daha çok ihale edilebilir olan açısından bir anlam ifade etmekte olduğu gibi- pek çok unsur artık idari dayanak için de geçerli unsurlar haline gelmiştir. Bu konuya ilişkin daha ayrıntılı açıklama için bkz. s.108-114

Anımsanacağı üzere ihale edilebilirlik potansiyeline sahip olan ve bunun için de yasallığa ihtiyaç duyan bu alan, kamu hizmeti niteliği taşımayan hizmetler, genel idare esaslarına göre yürütülmeyen kamu hizmetleri ile genel idare esaslarına göre yürütülen ancak asli ve sürekli nitelik taşımayan görevlerden oluşan oldukça geniş bir alandır. Ancak bu geniş alan, belli sistematığe sahip olmayan ve daha çok kendine özgü ihale edilebilir alan(cık)lar oluşturan kanunların neden olduğu dağınık bir yapı görünümündedir. Bu, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunundan (yardımcı hizmetler ile sağlık hizmetleri), 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununa (iş sağlığı ve güvenliği hizmetleri), 5411 sayılı Bankacılık Kanunundan (bankaların bağımsız kuruluşlara denetlettirilmesi hizmeti), 5738 sayılı Spor Müsabakalarına Dayalı Sabit İhtimalli ve Müşterek Bahis Oyunlarının Özel Hukuk Tüzel Kişilerine Yaptırılması Hakkında Kanuna uzanan genişlikte ve dağınıklıkta bir yapıdır. İdarelerin kuruluş kanunlarına göz atmak bile bu dağınıklığı görebilmek için yeterlidir.

Bununla birlikte Türk hukukunda bu dağınıklığın kısmen giderildiği ve kısmi toplulaşmanın sağlandığı alanlardan da söz etmek mümkündür. Bu kapsamda belediyeçilik hizmetleri gibi geniş bir alanı ihale edilebilir kılması yönüyle 5393 sayılı Belediye Kanunu ilk akla gelen örnek olmakta ise de 4734 sayılı Kanun, bu hususta tüm diğer kanunlardan farklı ve oldukça özellikli bir yere sahiptir. Zira, 4734 sayılı Kanun, Türk hukukunun, hizmetlere ihale edilebilir nitelik kazandırdığına inanılan en geniş kapsamlı kanunudur. Bu, asgarisini; sermayesinin yarısından fazlası kamuya ait kurum ve kuruluşların oluşturduğu, kamu harcaması gerektiren hizmet alımlarının çoğunluğunu içeren genişlikte bir idari örgüt ve faaliyet çeşitliliğine sahip olan bir kapsamdır.¹⁴³ Bu yönüyle de şüphesiz 4734 sayılı Kanun, hizmetler ve ihale edilebilirlik açısından da “genel” vasfını en fazla hak eden Kanun’dur.

¹⁴³ 4734 sayılı Kanunun 2. maddesinde bu kapsam;

“Aşağıda belirtilen idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihaleleri bu Kanun hükümlerine göre yürütülür:

a) Genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ile özel bütçeli idareler, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı; döner sermayeli kuruluşlar, birlikler (meslekî kuruluş şeklinde faaliyet gösterenler ile bunların üst kuruluşları hariç), tüzel kişiler.

b) Kamu iktisadi kuruluşları ile iktisadi devlet teşekküllerinden oluşan kamu iktisadi teşebbüsleri.

c) Sosyal güvenlik kuruluşları, fonlar, özel kanunlarla veya Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle kurulmuş ve kendilerine kamu görevi verilmiş tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar (meslekî kuruluşlar ve vakıf yüksek öğretim kurumları hariç) ile bağımsız bütçeli kuruluşlar.

Ancak bu, aynı süreklilik ve çizgide devam eden bir vasıf olmamış, Kanun yürürlüğe girdiği tarihten günümüze aynı kapsam ve etki ile bu vasfını korumayı başaramamıştır. 4734 sayılı Kanunun, bu kapsam ve etkideki değişimlere bağlı olarak hizmetlere ihale edilebilir nitelik kazandırma işlevini, 2003-2014, 2014-2018 ile 2018 ve sonrası olmak üzere üç farklı dönemde ele almak mümkündür.¹⁴⁴ Nispeten kısa sayılabilecek bir zaman aralığına üç farklı değişimi sığdırabilme başarısının yanı sıra sürecin ortaya çıkardığı en büyük zorluk, karmaşık, anlaşılması oldukça güç birçok işlem ve kavramla bizi baş başa bırakmış olmasıdır. Bu süreç, kolaylıkla anlatılabilecek ve anlamlandırılabilen bir süreç değildir. Aynı zamanda bize bir sürecin nasıl yürütülmemesi gerektiğinin en iyi örneklerinden birini gözlemleme fırsatı da sunmuştur.

Bu kapsamda 2003 ila 2014 yılları arası, Kanunun hizmetlere ihale edilebilir nitelik kazandırmada en geniş boyutlara ulaştığı dönem olmuştur. Bu yükseliş dönemi, yasal dayanağın yanı sıra idari inisiyatifle de şekillenmiş olan, her hizmetin ihale edilebilir olduğu yönünde yaygın bir anlayışın yerleştiği, olabildiğince kuralsız ve oldukça da sorunsuz işlemiş olan bir dönemdir. 2014 ila 2018 arası, geçmiş dönemin bu kuralsız ve sorunsuz niteliğinin yarattığı karmaşanın önüne geçmek maksadıyla ihale edilebilir hizmetlerin sistemleştirilmeye çalışıldığı dönemdir. Bu kapsamda yasal dayanak belli bir hizmet alanına özgülenmiş ve Bakanlar Kurulu ile de bu alanın büyük bir kısmı üzerinde düzen sağlanmaya çalışılmıştır. Ne var ki ortaya çıkan netice, tam anlamıyla bir hayal kırıklığıdır. 2018 yılı ve sonrası ise artık içinden çıkılmaz hal almış bu karmaşanın çözümünde, şaşırtıcı bir baskınlıkta günümüz ekonomik anlayışı ile pek de bağdaşmayan bir yöntemin tercih edildiği dönemdir. Taşeron işçi sorununu ortadan kaldırma iddia ve söylemiyle bu kez hiç de küçümsenmeyecek genişlikte bir hizmet alanı için tam aksi yönlü, “kamusallaşma” istikametinde bir tercihte bulunulmuştur. Bu tercihin bizim açımızdan en önemli sonucu, 4734 sayılı Kanunun hizmetlere ihale edilebilirlik kazandıran genel niteliğinin son bulmuş olmasıdır. Artık 2018 yılı ve sonrası, ihale edilebilir niteliğin kazanımında 4734 sayılı Kanunun, çok küçük bir hizmet alanına hitap etmeye başladığı dönem olmuştur. Bununla birlikte Kanun bir

d) (a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilenlerin doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip bulundukları her çeşit kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketler.

e) 4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankalar ile bu bankaların doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip bulundukları şirketlerin yapım ihaleleri...” şeklinde belirtilmiştir.

¹⁴⁴ Bu dönemler sırasıyla III. Bölümde ele alınmıştır. Bkz. s. 216-298

özelliğini kaybederken, yeni ve ilginç bir özelliğe kavuşmuştur. Bu, ihale edilebilirliğe değil, bir sonraki aşama olan idari tercihe/ihale etmeye ilişkin bir özelliktir. Kanun, bu tercih imkanını, belirli idareler, bütçeler ve belirli kriterleri haiz hizmetler yönüyle tümüyle ortadan kaldırmış ve bu hizmetlerin, alımını/ihale edilmesini yasaklamıştır. Böylece Kanun bu kez belli idareler ve ihale edilegelen oldukça geniş bir hizmet alanı için geçerli olan negatif bir yükümlülükle, bir ihale etme yasağı ile karşımıza çıkmıştır. Bu sayede ihale mevzuatı, “ihale edilebilir olan ancak ihale edilmesi mümkün olmayan hizmetler” şeklinde özetlenebilecek yeni bir alt başlıkla tanışmıştır. Ne var ki gerek kurallaştırma yöntemi gerekse de kaleme alınma şekli, bu yeni ve ilginç alt başlıkla sağlanacak başarının, hukuki başarıdan ziyade, fiili bir başarı olarak süreçteki yerini almasını da kaçınılmaz kılmıştır.

Ayrıca bu süreç, 4734 sayılı Kanunun, bir diğer yüzünü görmemizi ve salt ihale usul - esasları belirlemekten çok daha fazlasına sahip bir Kanun olduğunu anlamamızı sağlamaktadır. Bu, olağan dışı yüzüyle Kanun, hizmetlerin ihale edilebilirliğine ve hatta ihale edilme yasağına tabi tutulmasına yasallık kazandırma becerisi ile karşımıza çıkmaktadır. Bu, zamanla elde edilmiş olan ve birçok niteliğe dayanak sunma gibi oldukça ender görülen bir beceridir. Başlangıçta her hizmetin ihale edilebilir olduğu anlayışına inandırmaya, ilerleyen yıllarda ise bu kez aslında ihale edilebilir olmayan ya da ihale edilmesi yasak olan hizmetlerin de var olduğuna ikna etmeye çalışmıştır. Aynı zamanda Kanunun ihale edilebilir kıldığı ya da ihale edilebilir olmadığına/edilmediğine inandırmaya çalıştığı bu alan, harcamayı gerekli kılan hizmetlerin ekseriyetini kapsayan, göz ardı edilemeyecek büyüklükte bir alandır. Üstelik Kanun, bu becerisine oldukça bilindik bir yöntemle kavuşmuştur. Bu, belirsizlikten, subjektif kavramlardan istifade etmek suretiyle kavuşulan bir beceridir. Nihayetinde karşımıza çıkardığı sonuç ise hizmetlerin ihale edilebilirliğindeki sorun ve karmaşanın giderek artması ve derinleşmesi olmuştur.

Yasallık ilkesi, sadece ihale edilebilir olma niteliği açısından değil, kuşkusuz ihale süreci açısından da geçerli bir ilkedir. Bir alanı ihale edilebilir kılmak kadar ihale edilebilir kılınan bir alanda karşı taraf belirleme sürecinin de idare açısından kayıtlı olması tabiidir. Nitekim yasallık, idarenin yetkisizliğini kurallaştıran bir ilkedir ve idareye ancak anayasa ve kanunlara bağlı bir özgürlük alanı bahsetmektedir. Bu sebeple de idare istediğini ve dilediğini değil ancak önceden kurallaştırılmış bir sürecin ortaya

çıkardığı kişiyi muhatap almak durumundadır. Kaldı ki bu, sadece hukuk devleti ilkesi değil Anayasanın 13. maddesi gereği de böyle olmalıdır. Hatta yapılan son Anayasa değişikliği bu maddenin, hukuk devleti ilkesine nispetle daha ön plana çıkmasına, yasallık açısından daha belirleyici ve işlevsel bir rol üstlenmesine sebep olmuştur. Bu bağlamda ihale, Anayasanın 48. maddesinde hükme bağlanan sözleşme özgürlüğünü kısıtlayan bir araçtır ve bu nitelikte bir aracın ise Anayasanın 13. maddesi uyarınca kanunla düzenlenmesi şarttır.¹⁴⁵

Tabii ki bu, süreci bütünüyle konu alma zorunluluğu içeren bir yasallık değildir. Genel çerçeve yönüyle yasallığın sağlanmış olması bu anlamda yeterlidir. Buna göre de ihale, tüm unsurları değil ama genel çerçevesi kanunla belirlenmesi gereken bir süreçtir. Bu durum, ihalenin, teknik ve karmaşık bir alan, aynı zamanda uzun ve detaylı kurallaştırmaya gereksinim duyan bir süreç olmasından ileri gelmektedir. Bu özelliği nedeniyle de ihale süreci bütünüyle olmasa da ekseriyetle ve ihale edilebilirliğe oranla daha kolay idari işlem seviyesine indirgenebilmektedir. Ayrıca “belirlilik” ve “yasama yetkisinin devredilmezliği” ilkelerinin, ihale ile birlikte sıkça anılması ve tartışılması da işte bu idari işlem seviyesine indirgenebilir olma özelliğinin bir sonucudur.

Bu özelliğine karşın, idari işlem seviyesine inmesi hukuken mümkün olmayan, mutlak surette yasa ile düzenlenmesi gereken özellikli ihale süreçleri de bulunmaktadır. Bu yasal zorunluluğunun tipik örneğini Anayasa’nın 47. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan hüküm oluşturmaktadır. Bu hüküm uyarınca, devletin, kamu iktisadî teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilmelidir. Bu bakımdan, kamu tüzelkişiliğinin mülkiyeti altında bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesi, kanuni bir sürecin neticesi olmak durumundadır. Sürecin kanuniliği, anayasal bir zorunluluktur. Anayasa Mahkemesi de bir kararında, Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğü taşınmazlarının özelleştirilmesine ilişkin esas ve usullerin yönetim kurulu tarafından belirlenmesine imkan tanıyan kanun hükmünü, bu zorunluluğa aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir.¹⁴⁶

¹⁴⁵ Anayasanın 48. maddesinin birinci fıkrasında “Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir.” hükmüne, Anayasanın 13. maddesinde ise “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir” hükmüne yer verilmiştir.

¹⁴⁶ AYM, 13.1.2011 tarihli ve E:2008/13, K:2011/14 sayılı Karar. R.G. Tarih-sayı:8/3/2011-27868

Yasallık ile ilişkisi üzerine farklı değerlendirmeler yapılmakta¹⁴⁷ ise de “belirlilik”, kısaca idari davranışların belli ölçüde öngörülebilir olmasını ifade eder. İhale ve belirliliğe ilişkin olarak öğretide, yasallığın da dahil olduğu bir söylem bütünlüğü göze çarpar. Buna göre; “...*Kamu hukukunda, özel hukuktan farklı olarak, organ, makam ve görevliler işlem ve eylem yaparken, serbest irade ile hareket edemeyip, yasal ve yönetsel düzenlemelerle önceden belirlenmiş bir takım esas ve usullere uygun olarak davranmak zorundadırlar. Bu esasların başında “kanunilik ilkesi” gelir ki, buna göre yürütme ve idare, Anayasa ve kanunlarda öngörülmeleyen hiçbir konuda doğrudan doğruya (kendiliğinden) herhangi bir işlem ve eylemde bulunamaz. Aynı ilke uyarınca, öngörülen konulardaki kamusal etkinliklerin yürütülmesi de, ancak yasal ve yönetsel düzenlemelerle belirlenmiş olan durum ve koşullarda, yetkili kılınmış organ, makam ve görevli tarafından, yine belirli şekil ve usullere uyulmak suretiyle sağlanabilir...*”¹⁴⁸ “İdare de sözleşme yapma yetkisine sahip olduğu durumlarda irade açıklamasının hukuki sonuç meydana getirebilmesi için idarenin yasallığı ilkesi gereği belli usul kurallarına uymak zorundadır...idare herhangi bir konuda istediği kimse ile istediği şekil kurallarına uymak suretiyle sözleşme yapamaz. Sözleşmenin oluşumu için idarenin uymak zorunda olduğu kurallar, idare hukuku daha genel anlamda kamu hukuku rejimine tabi ilke ve kurallardır.”¹⁴⁹

Benzer yaklaşımı mahkeme kararlarında da gözlemleyebilmek mümkündür. Danıştay ihale - yasallık ilişkisini özel olarak vurguladığı bir kararında, idarenin takdir yetkisine bırakılan konuların önceden çıkarılan idari metinlerle düzenlenmesi anlamına gelen düzenli idare ilkesinin (idarenin yasallığı), hukuk devleti ilkesinin gerçekleşmesi için gerekli ilkelerden biri olduğunu belirttikten sonra

“İdarenin yasallığı ilkesinin en sıkı uygulanması gereken alanlardan birisi de ihaledir...ihale kararının alınması, ihale koşullarının belirlenmesi, şartnamelerin hazırlanması,...ihale kararı, ihale kararının onayı gibi bir dizi işlemten oluşan bu sürecin belirgin olması gerekmektedir. Aksi halde...gibi temel ilkelerin ihalede gerçekleşme olanağı yoktur.”

¹⁴⁷ Örneğin; GÜNDAY belirliliği (düzenli idare ilkesi), hukuk devletinin yasallıktan (kanuni idare) ayrı bir gereği olarak saymakta iken (GÜNDAY, İdare Hukuku, s. 41-45), GÖZLER, yasallığı, devletin hukuka bağlılığı temelinde hukuk devletinin genel gereği olarak ele almakta, belirliliğe ise hukuk devletinin özel gerekleri arasında yer vermekte, (GÖZLER, İdare Hukuku Dersleri, s. 56-59), GÖZÜBÜYÜK-TAN ise yasallık ve belirlilik ilkelerini, aynı başlık (yasal yönetim) altında değerlendirmeyi tercih etmektedir. (GÖZÜBÜYÜK-TAN, İdare Hukuku, C.I, s. 41-42)

¹⁴⁸ DURAN Lütfi, Yap-İşlet-Devret, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt 46, Sayı 1, Basım Yılı 1991, s. 150 Benzer ifadeler için bkz. ÖZAY İl Han, İhale Usulleri ya da “İskambilden Şato” ile Bir Fok ve Penguen Öyküsü, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, Alkım Yayınevi, İstanbul 2007, s.886

¹⁴⁹ KUTLU, “İdare Sözleşmelerinde...” s. 248

ifadelerine yer vermiştir.¹⁵⁰ Yasallık - belirlilik bütünlüğüne dayanan bu kararlara karşın Mahkemelerin, ihale söz konusu olduğunda çoğunlukla yasallığa değinmeksizin doğrudan belirlilik ilkesi üzerinden sonuca ulaşmayı tercih ettiği görülmektedir. Örneğin; Anayasa Mahkemesi, mayın temizleme faaliyetlerinin, 4734 sayılı Kanundan istisna edilmesini öngören Kanun hükmü ile maden sahalarının ihale yolu ile ruhsatlandırılmasını öngören Kanun hükmünü incelediği iki farklı Kararında, hukuk devletinin temel ilkelerinden birinin belirlilik olduğu vurgusunu yapmış ve bu ilkenin amacına etraflıca değindikten sonra da kanun koyucunun sınırlarını belirlemek koşuluyla özel uzmanlık ve teknik bilgi gerektiren konuları yasada ayrıntısıyla düzenlemeyerek idareye bırakması işleminin, hukuki belirlilik ilkesine aykırılık teşkil etmeyeceğini karara bağlamıştır.¹⁵¹

Ancak bu bakış açısı, bu kez de karşımıza farklı bir sorun alanının çıkmasına sebep olmaktadır. Bu, özel uzmanlık ve teknik bilgi argümanının, yürütmeye kazandırdığı ihale usul ve esaslarını doğrudan belirleyebilme yetkisinin beraberinde getirdiği, yasama yetkisinin asliliği ve devrine ilişkin bir sorundur. Acaba yürütmenin sahip olabileceği bu potansiyel yetki, Anayasa'nın 7. maddesinde ifadesini bulan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesinin ihlali anlamı mı taşımaktadır? Bu soruya verilen cevap ise daha çok gerekliliğin hukuki kabulü ve gerekliliğe verilen hukuki desteğin itirafı mahiyetinde olmaktadır. Buna göre, idari işleyişe ilişkin tüm ayrıntıların, yapısı ve işleyiş biçimi de göz önüne alındığında yasama organı tarafından belirlenmesini beklemek, pek de gerçeklikle örtüşen, uygulanabilir bir beklenti olmayacak, gelişen olaylara daha kolay uyum sağlama ve hızlı karar alma gerekliliği karşısında, genel çerçevesi ve temel esasları yasa koyucu tarafından belirlenmek kaydıyla teknik ayrıntıların, idareye ve idari düzenlemelere bırakılması, yasama yetkisinin devri anlamı taşımayacaktır.¹⁵²

¹⁵⁰ Danıştay 13. Daire, 10.2.2010 tarihli ve E:2007/1724, K:2010/1168 sayılı Karar.

¹⁵¹ AYM, 26.7.2017 tarihli, E:2015/46, K:2017/130 sayılı Karar R.G. Tarih-Sayı: 3.10.2017-30199; AYM, 2.6.2011 tarihli, E: 2009/45, K:2011/88 sayılı Karar R.G. Tarih-Sayı: 28.3.2013-28601

¹⁵² Yasama yetkisinin devrine ilişkin benzer gerekçeleri içeren birçok Anayasa Mahkemesi kararı bulunmakla birlikte bu noktada Mahkemenin sergilediği açık sözlülük, bir Kararına ayrıca değinmeyi gerektirmektedir. Nükleer güç santralleri kurmak için yarışmaya katılacaklarda aranacak şartlar, şirket seçimi, seçim süreci gibi usul işlemlerinin yönetmelikle belirleneceğini öngören maddeyi değerlendirdiği Kararında Mahkeme; "... teknik ve çok boyutlu bir alan olmasından kaynaklanan özelliği nedeniyle, konunun bütün yönleriyle Yasa'nın durağan kalıplarına bağlanması mümkün bulunmamakta olup, ... yasakoyucu, bu alanda detaylı kuralları koymuş olsa dahi, zaman içinde ortaya çıkan gelişmeler nedeniyle yasal düzenlemenin son gelinen duruma uyarlanması zorunluluğu ortaya çıkacaktır. ... yasakoyucunun belirlilik ilkesi adına sabit

İhale özelinde yasama yetkisinin devrine ilişkin Kararlar incelendiğinde ise Anayasa Mahkemesi'nin istikrarlı bir yaklaşımından söz etmek mümkün olmamaktadır. En basit örneğiyle, Mahkeme bir kararında, ihale komisyonlarının oluşumu ile görev ve yetkilerinin yasama organınca kurala bağlanmamasını yasama yetkisinin devri niteliğinde kabul ederek Anayasanın 7. maddesine aykırı bulmuş¹⁵³ iken; bir başka kararında Mahkeme, işin hassas niteliği ve hızlı karar alma gerekçelerine sığınarak bu kez aksi yönde bir sonuca ulaşmış ve ihale, muayene ve kabul komisyonlarının oluşumu, görevleri, çalışma esas ve usullerinin belirlenmesi işleminin idareye bırakılmasının, yasama yetkisinin devri olarak nitelendirilemeyeceğine karar vermiştir.¹⁵⁴

Kararların istikrarsızlığına rağmen mahkemelerde ve hatta öğretideki genel eğilim ve kabul, ihale sürecinin düzenlenmesinin, idari işleme konu edilebileceği yönündedir. Bu açıdan temel çerçevesi kanunla çizilmek suretiyle ihale gibi karmaşık ve teknik bir süreç, tümüyle yasama organınca şekillendirilmesi beklenilmeyen, idari işlemle veya idarenin sürekli uygulamaları ile belirlilik kazandırılabilir olan bir süreçtir. İhale sürecine belirliliğinin kazandırılması noktasında sağlanan bu idari kolaylık ve nispi esnekliğe rağmen ülkemizde -pek de şaşırtıcı olmayan şekilde- usul ve esas belirleme gereği duymayan uç örneklerle karşılaşmak da mümkün olmaktadır. Bu gereğe ihtiyaç duymayan idarelerin başında ise yine şaşırtıcı olmayan bir şekilde, belki de Türk kamu örgütlenmesinin en şöhretli kuruluşları olan belediye şirketleri gelmektedir.¹⁵⁵ Tasvibi mümkün olmayan bu örneklerle karşı 4734 sayılı Kanun, ihale -

ve katı kurallar koymaya zorlanması, teknik gelişmeyi desteklemek yerine engelleyici bir etki yapar. Yasama organı(nın), ... temel hükümleri belirledikten sonra uzmanlık gerektiren ve yönetim tekniğine bağlı konuların düzenlenmesi için Bakanlar Kurulunun görevlendirmesi de yasama yetkisinin kullanılmasından başka bir şey değildir. Bilim ve teknik kurallarına göre yürütülmesi gereken ve ... insan ve çevre güvenliği bakımından ciddi boyutlarda tehdit oluşturabilecek konuları kapsayan ve geciktirmeden zamanında tedbirler alınması gereken bu alanın, yasakoyucu tarafından her yönüyle doğrudan doğruya düzenlenmesi yasama organının yapısı ve çalışma biçimi itibarıyla sakıncalar doğurabilir..." ifadelerine yer vermiş ve neticede usul ve esasların yönetmelikle belirlenecek olmasının yetki devri olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığı sonucuna ulaşmıştır. (AYM, 6.3.2008 tarihli, E: 2007/105, K:2008/75 sayılı Karar R.G. Tarih-Sayı: 18.3.2009-27173)

¹⁵³ AYM, 28.2.1996 tarihli, E:1995/38, K:1996/7 sayılı Karar, R.G. Tarih-Sayı: 24.5.1996-22645 Benzer gerekçeye sahip bir diğer Karar için bkz. AYM, 9.4.1997 tarihli, E:1997/35, K:1997/45 sayılı Karar, R.G. Tarih-Sayı: 8.8.1997-23074

¹⁵⁴ AYM, 2.6.2011 tarihli, E: 2009/45, K:2011/88 sayılı Karar, R.G. Tarih-Sayı: 28.3.2013-28601. İhaleyle ilişkin yasama yetkisinin devrini konu alan diğer örnek kararlar için bkz. AYM, 26.7.2017 tarihli, E: 2015/46, K:2017/130 sayılı Karar, R.G. Tarih-Sayı: 3.10.2017-30199; AYM, 14.5.2015 tarihli, E: 2014/177, K:2015/49 sayılı Karar, R.G. Tarih-Sayı: 11.6.2015-29383

¹⁵⁵ Belediye şirketleri, 4734 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin (g) bendi uyarınca, belli bir parasal limite kadar (bu bedel her yıl güncellenmekte olup, 2019 yılı için bu bedel, 13.857.591,00 TL'dir) olan mal ve hizmet alımları yönüyle Kamu İhale Kanunundan istisna edilmiştir. Aynı istisna maddesinden kamu iktisadi

belirlilik açısından da kendisine ayrı bir parantez açılmasını gerektirecek denli özellikli bir yere sahiptir. Nitekim, Kanun, harcamalarla sınırlı da olsa Türk hukukunun şu ana kadar idare, konu ve tür yönüyle en geniş kapsamda ihale süreci belirliliğini sağlamayı başarmış kurallaştırmasıdır. Üstelik de bu, kanun düzeyinde gerçekleştirilen ve yürürlüğü üzerinden geçen süre zarfında yaşadığı onca yıpranma ve eksilmeye rağmen, hala geçerliliğini koruyan bir başarıdır.

Öte yandan ihale – yasallık ilişkisinde dikkati çeken bir diğer husus, kurallaştırma düzeyine bakılmaksızın ihale sürecinin, temel ilkelerden yoksun bırakılmasının mümkün olmadığıdır. Bu yaklaşım, temel ilkelerin, ihalelerin yasal koruma altında olan kutsal ve doğal alanları olduğunun teyidi niteliğindedir. Aynı zamanda idari keyfiyetle gerçek anlamda ihaleden uzaklaşılmasının mümkün olmadığını görmemizi sağlar. Bu açıdan temel ilkeler, idari tasarrufa kapalı alanlardır. İlk elden düzenleme yetkisi ve sahip olunan nispi serbesti, idareye temel ilkeler üzerinde bir tasarruf yetkisi vermemektedir. Temel ilkeler üzerindeki bu idari tasarruf yoksunluğu, mahkeme kararlarında;

“...idare hukukunun kodifiye edilmemiş olmasından kaynaklanan ve gelişen ihtiyaçlara cevap vermesi açısından idari yargı yerlerince geliştirilen bir takım ilkelerin yargı denetiminde dikkate alınması kaçınılmazdır. Bu ilkeler tüm demokratik ülkelerce kabul edilen gerçek, soyut ve evrensel ilkelerdir. İhale hukuku açısından bu ilkeler; ihalenin herkese açık olarak yapılması, rekabet kurallarına aykırı olmaması, ihale aşamasında gizliliğe uyulmasıdır.”¹⁵⁶
“...2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nun uygulanmayacağına ilişkin istisna hükümleri,...ihale usullerinin 2886 sayılı Yasa dışında ayrıca düzenlenmesi amacı taşımakta, davalı idarelere, ihale usulüne ilişkin genel ilkeleri göz ardı etme yetkisi tanımamaktadır. Dolayısıyla davalı idarelerce yapılacak düzenlemede; hukuk devleti, yönetimin yasallığı...gibi idare hukuku ilkeleri yanında, ihalelerde uygulanması gereken açıklık, rekabet ve tarafsızlık, eşitlik, güvenilirlik, gizlilik, kamuoyu denetimi ve verimlilik ilkelerine de uyulması zorunludur.”¹⁵⁷

teşebbüsleri de yararlanmakta ve bu teşebbüslerin hemen hemen hepsi tarafından bu istisnai sürece ilişkin yayımlanmış usul ve esaslar bulunmakta iken, aynı davranışı belediye şirketlerinde görmek ve bu istisnai süreci kurallaştırmış bir belediye şirketi ile karşılaşmak mümkün olmamaktadır. Bu nedenle de ilgili belediye şirketi dışında hiç kimsenin, bu istisnai sürecin nasıl işlediğini, hatta bir ihalenin yapılıp yapılmadığını bilme imkanı bulunmamaktadır.

¹⁵⁶ Danıştay 10. Daire, 28.10.1998 tarihli ve E:1996/4274, K:1998/5478 sayılı Karar.

¹⁵⁷ Danıştay 13. Daire, 10.02.2010 tarihli ve E: 2007/1724, K: 2010/1168 sayılı Karar.

şeklinde ifade edilmektedir. Hatta, ilkelerin ihaleler açısından sahip olduğu bu önem ve zaruret, Anayasa Mahkemesi'nin Yüce Divan sıfatıyla baktığı davalara bile yansımış durumdadır.¹⁵⁸

Temel ilkelerin, ihale sürecinden soyutlanmasının mümkün olmadığı, öğretide de karşılık bulan bir argümandır. ÖZAY'a göre "...Devlet İhale Kanununa tabi olmamak hiçbir şeyi ifade etmez...alenilik, rekabet ve akidin serbestçe seçilememesi gibi, somut anlatımını Devlet İhale Kanunu'nda bulan İdare Hukuku ilke ve kurallarına uymak zorundadırlar."¹⁵⁹ Benzer şekilde DURAN'a göre; "...YİD konusunda, Devlet İhale Kanunu dışında yasa ile özel bir ihale usulü kabul edilmiş olsa bile, bu prosedürün tatbikinde de İdare Hukukunun genel ilke ve kuralları uyarınca işlem yapılmalıdır. Bu çerçevede,... açıklık, objektiflik rekabet ve kamu yararına en uygun koşulları sağlayacak şekilde hareket etmek durumundadır..."¹⁶⁰ KUTLU tarafından ise ilkelerin önemi, "Bu ilkeler sadece DİK'nun uygulanması ile sınırlı olmayıp, kamu ihaleleri sektöründe geçerli genel ilkeler kabul edilmelidir. Çünkü aynı ilkeler anayasal kural olarak Anayasa'da da yer almaktadır." "İhalelerde açıklık kavramını bir ilke olarak belirtsek de ihale sürecine ilişkin uygulanacak bir yasa kuralı olarak değerlendirmek gerekir.", "...rekabetin sağlanması, kamu ihalelerinde bir ilke olmayıp, uyulması zorunlu bir hukuk kuralıdır."¹⁶¹ şeklinde, daha dikkat çekici ifadelerle ortaya konulmuştur.

Tabii ki bu ilkeler, ihaleler açısından mutlak nitelik taşımamakta olup daha çok bir kural mahiyetindedir. Bu ilkelerin aynı anda bütünüyle üstelik de aynı etki derecesiyle bütün ihalelerde gerçekleşmesini beklemek, fazla iyimser bir beklentidir. Haklı gerekçelere (ivedilik, zorunluluk, sosyal amaç gibi) dayalı görünürde ihaleler, bu iyimserliği fark etmemizi sağlayan, temel ilkelerden belli bir oranda sapılmasının makul ve meşru karşılanacağı en belirgin örneklerdir. Bu yönüyle de temel ilkeleri, bir ihalenin olabildiğince kural ve amacı olarak ele almak ve anlamak gerekmektedir.

¹⁵⁸ "Kamu kurum ve idareleri, 2886 sayılı Kanun hükümleri dışında yaptıkları ihalelerde de ihtiyaçları en iyi şekilde, uygun şartlarla ve zamanında karşılamak, ihalede açıklık ve rekabeti sağlamak, saydamlık, eşit muamele, güvenilirlik, gizlilik, kamuoyu denetimi ve kaynakların verimli kullanılması gibi temel ilkeleri gözetmek zorundadırlar. Aksi uygulama, takdir hakkının keyfi uygulanması anlamına gelecektir." "Bir ihale hangi usul ve esas ile yapılırsa yapılsın ihalede rekabet ve açıklığın sağlanması temel ilkedir." AYM, 26.5.2006 tarihli ve E:2004/5, K: 2006/2 sayılı Karar (Yüce Divan - Yaşar Topçu Kararı)

¹⁵⁹ ÖZAY İl Han, Kamu İhaleleri: Bir Örnek Olayın Düşündürdükleri, Prof. Dr. Nihal ULUOCAK' a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı, İstanbul 1999, s. 252

¹⁶⁰ DURAN, "Yap-İşlet-Devret" s. 166

¹⁶¹ KUTLU, İdare Sözleşmelerinde... s. 172, 191, 196

Yapılan tüm bu açıklamalardan, ihale edilebilir olmanın daha çok bir yasallık (ya da kararnameye dayalı olma) sorunu iken, ihalenin ise daha çok belirlilik sorunu olduğu sonucuna ulaşmak mümkündür. Ne var ki yasallık ilkesinden neşet eden tüm bu açıklamalarda, 2019 yılı ve sonrası için bir değişime gidilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Aslında bu, salt ihale – ihale edilebilirlik ile sınırlı olmayan, hukuk devletinden kamu örgütlenmesi - kamu hizmeti anlayışına kadar uzanması ve dolayısıyla da Türk kamu (idare) hukukunu birçok açıdan derinden etkilemesi beklenen bir değişimdir. Bu, yürütmenin tek merkez ekseninde türevsellikten özerkliğe terfi edecek düzenleme yetkisinin,¹⁶² hukuki zemine bolca tartışma ve sorun taşıyacağı açık olan bir değişimdir. Günümüzün aslında pek kayda değer bulunmayan bir meselesinin (idarenin düzenleme yetkisinin), yakın bir gelecekte oldukça kayda değer ve etkin bir hal almasını sağlayacak bu değişimden, şüphesiz ki ihale edilebilirlik de nasibini alacaktır. Artık yasal dayanakla değil, esas itibarıyla idari kudret ve dayanakla kazanılan ihale edilebilir niteliklerden de söz edilmeye başlanılacaktır. Bu durum ise yasamanın – yasallığın asliliği üzerine kurulu müstakar yapının ve bu yapı ekseninde yapılan tüm bu açıklamaların, tekrar gözden geçirilmesini ve sorgulanmasını da kaçınılmaz kılacaktır.

3) İdari Dayanak

Aslında ihale edilebilir olma açısından idari işlem gibi bir dayanak, -daha yakın zamana kadar- üzerinde etraflıca durmayı gerektirecek bir nitelikte görülmemekteydi. Nitekim mazide kalmış olsa da bu düşünceye göre, idari işlem, hizmete doğrudan ihale edilebilir nitelik kazandıracak bir güce sahip değildi. Bu, idarenin kendi kendini yetkilendirmesi, kendi görev ve yetki alanını kendisinin çizmesi ve nihayetinde kendi hukukunu kendisinin yaratması anlamı taşımaktaydı ki bunun, Anayasa gereği de temsili demokrasi gereği de kabul edilebilme imkanı bulunmamaktaydı.¹⁶³ Ancak bu, idari işlemin, ihale edilebilir olma(ma) üzerinde hiçbir belirleyiciliğe sahip olamayacağı anlamı da taşımamaktaydı. Yasama yetkisinin devri tartışmalarıyla birlikte idare, istisnai de olsa yasanın kendisini yetkilendirdiği çerçevede ihale edilebilirlik üzerinde belirleyici bir konum kazanabilmekteydi. Bu bakımdan, idarenin bu hususta sahip

¹⁶² Fransız ve Türk Hukukuna ilişkin yürütmenin türevsel ve özerk düzenleme yetkisine ilişkin ayrıntılı açıklama ve değerlendirmeler için bkz. ÖZTÜRK Burak, Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı, Yetkin Yayınları, Ankara-2009, s. 112-124

¹⁶³ KARAHANOGULLARI, “İdarenin Hukukla Kavranması...” s.9-10, 51

olabileceği yetki, doğrudan değil, istisnai ve yasanın imkan tanıdığı ölçüde bir yetkiydi. Bir başka ifadeyle de yasal sınırı çizilmiş alana belirlilik kazandırmaktan ibaret olan bir yetki.

Bu bağlamda idarenin sahip olabileceği bu sınırlı yetkiye ilişkin bir örneği, yine 4734 sayılı Kanunda bulabilmek mümkündür. Bu, anımsanacağı üzere 2003 - 2014 ile 2014 - 2018 yılları olmak üzere iki farklı dönemde karşımıza çıkan bir örnektir. İlk dönem, yasal dayanakla birlikte idari dayanak anlayışının da geçerli olduğu olabildiğince dağınık ve belirsiz bir dönem iken, ikinci dönem, idari dayanağın daha ön plana çıktığı ve ihale edilebilir nitelikli hizmetlerin daha sistemli hale getirilmeye çalışıldığı bir dönem olmuştur. Bu dönemde yasal dayanak, sınırlı bir alana özgülenmiş ve idari dayanak üzerinden de bu alanın büyük bir kısmına belirlilik ve düzen kazandırılmak istenmiştir. Bu belirliliği ve düzeni sağlayacak idari organ olarak Bakanlar Kurulu belirlenmiştir. Bu kapsamda yardımcı hizmetler gibi hiç de küçümsenmeyecek genişlikte ihale edilebilir nitelik taşıdığına inanılan bir alanın, Bakanlar Kurulu eliyle yeniden dizaynı öngörülmüştür. Ancak, tam da bu noktada karşımıza “küçük” bir sorun çıkmıştır. Zira Bakanlar Kurulu kendisine tanınan bu yetkiyi hiç kullanmamıştır. Bu durum ise yardımcı hizmetlerin ihale edilebilir niteliğine yönelik dönemsel tartışmaları beraberinde getirmiştir. Ancak bunlar daha çok teorik boyutlu tartışmalar olarak kalmış, pratik boyut bundan hiç etkilenmemiştir. Tüm yardımcı hizmetler bu ikinci dönem zarfında da sanki doğal bir ihale edilebilirlik niteliğine sahipmişçesine aynı şekilde 4734 sayılı Kanuna göre ihale edilmeye devam olunmuştur. Üstelik de böyle bir neticeye, ihale edilebilirlik açısından pek önem atfedilmeyen bir dayanak yol açmıştır. Bu durum ise aslında idari dayanağın, hiç de sanıldığı gibi sınırlı ve istisnai bir yetki anlamı taşımayabileceğini, ihale edilebilirlik söz konusu olduğunda sınırlı ve istisnai olması gereken hallerin bile ne denli büyük bir soruna dönüşebileceğini görmemizi sağlamıştır.¹⁶⁴ Bu sorunlu sürecin belki de tek olumlu yanı, 4734 sayılı Kanunun bir başka özelliğini görünür kılması olmuştur. Bir diğer yönüyle Kanun, ihale usul ve esasları belirlemenin ve yasal dayanak teşkil etmenin ötesinde idari dayanakla da hizmetlere, ihale edilebilir nitelik kazandırabilme yetkinliğine sahip bir Kanundur.

¹⁶⁴ İkinci döneme ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. s.251-268

Artık idari dayanağın ihale edilebilirlik üzerindeki sınırlılığına dair tüm bu açıklamalar günümüzde büyük ölçüde geçerliliğini yitirmiş durumdadır. Ve aynı zamanda idari dayanak – ihale edilebilirlik ilişkisi bağlamında çok daha sorunlu bir alan bizi beklemektedir. Bunlar, tamamıyla idari dayanak anlayışını da etkileyen anayasal değişimin birer getirisiidir. 2017 yılında halkoylamasına sunularak kabul edilen ve etkilerini ziyadesiyle 2019 yılı ve sonrasında hissettiğimiz Anayasa değişikliği,¹⁶⁵ ihale edilebilirlik – idari dayanak ilişkisine de oldukça farklı bir boyut kazandırmıştır. Artık idari dayanak, eskiye kıyasla -pek çok konu ve kurum açısından olduğu gibi- ihale edilebilirlik açısından çok daha etkin bir işlev ve öneme sahiptir. Üstelik de bu işlev ve önem, tek merkezde toplanan bir gücün tasarrufuna bağlı olarak kazanılmıştır.

Bu gücü bünyesinde toplayan merkez, Cumhurbaşkanlığı makamıdır. Anayasa değişikliğinin temel gerekçe ve saikini, yürütme erkinin -mevcut gücüne nispet yaparcasına- Cumhurbaşkanlığı merkezli daha da güçlendirilmesi oluşturmaktadır. Bu kapsamda yürütme erki, ilkesel ve sistemsal bir değişime tabi tutulmaktadır. Artık yasama kaynaklı kolektif yapısından yasamadan bağımsız tek merkezli bir yapıya dönüştürülmekte ve mevcut türevsel niteliği yanında kanuni dayanağa ihtiyaç duymayan özerk bir nitelik ve yetki hali de kazanmaktadır. Bu anayasal değişim, kanuni idare ilkesinin (yasallık ilkesi) etkisinin daralması başta olmak üzere kanun ve eşdeğer normlar ile yönetmelikler arasına “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri” adı altında kuvvetlendirilmiş yeni bir idari işlem türünün dahil olması gibi, mevcut anlayış ve sistem üzerinde tahrip edici sonuçlar doğuracak olan bir değişimdir.¹⁶⁶

Normlar ve özellikle de idari işlemler arası hiyerarşik tasnifi yeniden ele almayı gerektirecek olan bu kararnameler, kuşkusuz, ihale edilebilir olma(ma) üzerinde de etkili ve belirleyici bir fonksiyona sahip olacaktır. Zaten parlamento üzerinden tariflenen yürütme anlayışının yıkımına yol açacak denli büyük bir değişimin, ihale edilebilirlik gibi bir konu üzerinde etki doğurmayacağından söz etmek mümkün değildir. Bu sistemde, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, yürütmeye ilişkin tüm konularda çıkarılabilecek olması (m. 104/17), aynı zamanda Bakanlıkların kurulması,

¹⁶⁵ 11.2.2017 tarihli ve 29976 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 16.4.2017 tarihinde zorunlu halkoylamasına sunulmuş, halkoylaması neticesinde öngörülen değişiklikler kabul edilmiş ve buna ilişkin Yüksek Seçim Kurulu kararı 27.4.2017 tarihli ve 30050 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazetede ilan edilmiştir.

¹⁶⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bkz. ARDIÇOĞLU M. Artuk, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 75, Sayı: 2017/3, s. 23-29, 32-51

kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı (m. 106/son) ile Anayasa'nın ikinci kısmının üçüncü bölümünde yer alan sosyal, ekonomik hak ve ödevlerin bu kararnameler ile düzenlenebilecek (m. 104/17) ve kamu tüzelkişiliklerinin kurulabilecek (m. 123/3) olması, bu idari dayanağın, ihale edilebilirlik üzerinde sahip olabileceği etkinin boyutu konusunda bir fikir edinmemize imkan sağlamaktadır.

Şüphesiz ki bu yeni sistemde ihale edilebilir niteliğin belirlenmesinde yasa ile birlikte söz sahibi olacak, belirleyici bir idari makam ve işlem bizleri beklemektedir. Ancak bu durum, tabii ki ihale edilebilirlik üzerinde belirleyici tek gücün, Cumhurbaşkanlığı ve kararnameler olacağı anlamı da taşımamaktadır. Her şeyden önce Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, Anayasa'ya rağmen ihale edilebilirlik niteliği kazandırması ve bu anlamda anayasal dayanakları aşması elbette ki mümkün değildir. Bu sebeple anayasal özel ve genel dayanak, genel idare esasları kavramı ve nihayetinde Anayasa Mahkemesi, ihale edilebilir olma(ma) üzerindeki mevcut belirleyici fonksiyonunu sürdürmeye devam edecektir. Öte yandan, kanuni dayanağa sahip bir niteliğin, kanunda değişikliğe gidilmeksizin doğrudan kararname ile ortadan kaldırılabilmesi de mümkün gözükmemektedir. Nitekim Anayasa'da kararnameler, yasaya eş değer değil yasa altı normlar olarak kurgulanmıştır. Bu bakımdan, yasanın hüküm sürdüğü bir alan, kararnamenin de hüküm sürebileceği bir alan değildir. Bu sonuca ise Anayasa'nın değişik 104/17. maddesinde yer alan *“Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir.”* ibarelerinden hareketle ulaşmak mümkün olmaktadır. Şu halde, yeni sistemde bir hizmetin, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile ihale edilebilir nitelik kazanmasının ya da niteliğini kaybetmesinin, buna ilişkin bir kanuni düzenlemenin bulunmaması ön şartına da bağlı olacağı anlaşılmaktadır. Bu şartın ise, torba yasa uygulamasının yol açtığı karmaşa içerisinde genel ve özel nitelikli tüm kanunların gözden geçirilmesi gibi biraz yorucu bir işlemi gerekli kılacağı açıktır.

Bununla birlikte kuşkusuz ihale süreci de yeni sistemin beraberinde getirdiği kanun-kararname tartışmalarından payına düşeni alacaktır. Hatta Anayasa değişikliğinin temel amacı göz önünde bulundurulduğunda ihale edilebilirliğe nazaran bu tartışma

daha sert geçeceğe benzemektedir. İhale süreci açısından tartışmanın odaklanacağı nokta “münhasıran kanunilik” hali olacaktır. Buna göre Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörölen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılabilmesi mümkün değildir. (m. 104/17) İhalenin, bu yeni sistem bağlamında tabi olacağı norm ya da normlar hususunda belirleyici olan temel unsur ise Anayasanın 13 ile 48. maddeleri ve bu maddeler arasındaki bağdır. Anayasa’nın 48. maddesinde, herkesin sözleşme hürriyetine sahip olduğu hükme bağlanmış, 13. maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabileceği belirtilmiştir. Böylece temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması bağlamında anayasal güvence altında olan kanuna özgü (münhasır) bir alan oluşturulmuştur. İhale de tam olarak bu alanın sınırları içerisinde kalan bir araçtır. Zira istenilen karşı tarafı değil, kurala bağlı belirlenen (hak eden) karşı tarafın tercihini sağlamakta ve bu yönüyle sözleşme hürriyetine müdahale niteliği taşımaktadır. İşte bu niteliği ve Anayasa’nın 13. maddesi sebebiyle ihale, yeni sistemde de münhasıran kanunla düzenlenmek durumunda olan ve doğrudan doğruya Cumhurbaşkanlığı kararnamesine konu edilemeyecek bir süreç olarak somutlaşmaktadır. Ancak daha önce de ifade edildiği üzere bu, sürecin bütününe şamil bir kanunilik anlamı taşımamaktadır. Genel çerçevesi kanunla çizilmek şartıyla ayrıntıların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi gibi daha alt mevzuata bırakılabilmesi mümkündür. Buna karşın hiçbir şekilde kararname ve daha alt mevzuata konu edilmesi mümkün olmayan süreçler de bulunmaktadır. Kamu mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirme süreci, bunun örneklerinden biridir. Anımsanacağı üzere bu, Anayasa’nın 47. maddesinin üçüncü fıkrası gereği münhasıran ve bütünüyle kanunla düzenlenmesi gereken bir süreçtir.

Ne var ki bu noktada kafa karışıklığına yol açan bir husus karşımıza çıkmaktadır. Anayasa değişikliği, 47 ve 48. maddenin dolayısıyla da ihale sürecinin, kanunun yanı sıra Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine de konu edilebileceği çıkarımına imkan sağlayan bir kurgu içermektedir. Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrası, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemeyeceğini de hükme bağlamıştır. Bu durum, mefhumu muhalifinden Anayasa’nın ikinci kısmının üçüncü bölümünde sosyal, ekonomik hak ve ödevler kapsamında yer alan 47 ve 48. maddenin, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine konu edilmesinin mümkün olup olmadığı sorusunu akla getirmektedir.

Bu doğrultuda acaba Anayasa değişikliği bütün olarak ele alındığında, hem kanunla düzenlenebilecek hem de kararnameye konu edilebilecek -47 ve 48. maddeleri de içine alan- ortak bir alanın varlığından söz etmek mümkün olacak mıdır? Artık yeni sistemde ihale sürecinin, kanuna ilave olarak Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile de düzenlenebilir hal aldığı mı kabul etmek gerekecektir?

Bu sorulara olumlu cevap vermek mümkün gözükmemektedir. Anayasa değişikliğinde, sosyal ve ekonomik hak ve ödevlerin, -dolayısıyla da 47 ve 48. maddenin- kararnameye konu edilebilmesi gibi bir imkanın yanı sıra kanunun, kararname üstü bir norm olduğu ve münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda kararname çıkarılamayacağı da açıkça hükme bağlanmış durumdadır. İhale (ve özelleştirme) sürecinin bu münhasır konular arasında yer alması ve kanun - kararname arası oluşturulan bu hiyerarşi, kanunun her halde öncelenmesini gerekli kılmakta ve nihayetinde sürecin, kararnameye konu edilebilme imkanını ortadan kaldırmaktadır. Kaldı ki aslında kanun – kararname çelişkisi veya örtüşmesinden söz edilebilecek bir durum da bulunmamaktadır. Bu noktada kanuna konu olabilecek husus ile kararnameye konu olabileceği belirtilen husus, birbirinden farklıdır. Biri düzenlemeye dair iken diğeri sınırlamaya dairdir. Anayasa ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesine bırakılan alan düzenleme yetkisinden ibarettir. Anayasa gereği kararnameler ile sadece sosyal, ekonomik hak ve ödevler düzenlenebilecektir. Yoksa bu hak ve ödevlerin kararname ile sınırlanabilmesi mümkün değildir. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, Anayasa'nın 13. maddesinde ayrıca hükme bağlanmaktadır ve buna göre de ancak kanun konusu olmak durumundadır. Bu bakımdan son tahlilde, ihale (ve özelleştirme) sürecinin, bu Anayasa değişikliğinden etkilenmeyeceğini, yasallık eksenli mevcut yapısını anayasa gereği korumaya devam edeceğini öngörebilmek ve “yasal dayanak” başlığı altında ihale için dile getirilen hususların, yeni sistemde de aynen geçerli olacağını söyleyebilmek mümkündür.

Öte yandan kanunun sahip olacağı bu üstün ve öncelikli konum, kamu hizmetlerinin tabi olacağı hukuki rejim açısından da ilginç sonuçlara yol açacak gözükmemektedir. Zira kararnameye konu edilmesi mümkün olmayan hususlar arasında, kamu hizmetlerinin kanunla özel hukuk rejimine tabi kılınabilmesine imkan sağlayan, Anayasa'nın 47. maddesinin son fıkrası da yer almaktadır. Özel hukuk rejiminin Anayasa'da kanuna özgü bir sonuç olarak kurallaştırılmış olması, bu alandan da

kararnamelerin dışlanmasına yol açmakta ve müstakbel sistemde ulaşacağı güce rağmen yürütmenin, kamu hizmetleri alanında özel hukuk hükümlerine geçerlik tanımaya muktedir olamayacağını göstermektedir. Bu doğrultuda yürütme aynen mevcut durumda olduğu gibi akdedilecek sözleşmenin niteliği üzerinde doğrudan bir tasarruf yetkisine sahip olamayacak, sadece genel çerçevesi kanunla çizilmiş ihale sürecine belirginlik kazandırabilecek ve süreç neticesinde akdedilecek sözleşmenin niteliği ve tabii olunacak rejim ise kanun ya da üçlü ölçüt meselesi olarak kalmaya devam edecektir.

İhale edilebilirliğin belirsizlikle özdeşleşen makus talihinin, bu anayasal değişimden ne şekilde etkileneceği konusunda kesin yargılara ulaşmak şu an için mümkün olmasa da değişikliğin, bu belirsizliği derhal ve tümüyle gidermesi beklentisinin de fazla iyimserlik içeren bir beklenti olacağını öngörebilmek mümkündür. Nitekim değişikliğin, özellikle idari teşkilatlanma (yasallık ilkesi) alanında yol açtığı tutarsızlık ve kanun - kararname ilişkisinin uygulamada yaratması muhtemel gerilim¹⁶⁷, bu yönde bir öngörünün işaretlerini fazlasıyla sunmaktadır. Bu durum, yeni tartışma alanları ile yeni bir sürece başlayacağımızın habercisidir. Bu tür tutarsızlık ve gerilimler üzerine kurulu süreçler, bu makus talihle olan birlikteliğimizin uzunca bir süre daha devam edeceğini öngörmemize yetecek deneyimi bize kazandırmıştır. Belki de anayasa değişikliği ile birlikte artık belirsizlikle özdeşleşen bu kadere boyun eğmenin ve bu talih(sizlik)ten kurtulamayacağımız gerçeğini kabullenmenin de sırası gelmiştir.

¹⁶⁷ Anayasa değişikliği ile 106. maddesinin son fıkrasında Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri ile teşkilat yapısının düzenlenebileceği hükme bağlanmış olmasına rağmen, idarenin kuruluş ve görevlerinin kanunla düzenleneceğini öngören 123. maddesinin birinci fıkrasında herhangi bir değişikliğe gidilmemiştir. Bu durumun ise bir karmaşayı ve çatışmayı beraberinde getireceği açıktır. Konuya ilişkin değerlendirme için bkz. ARDIÇOĞLU, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, s.35-39 Bununla birlikte Anayasada, bir yandan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine konu edilebilecek hususlar ayrıca belirtilirken diğer yandan münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin çıkarılamayacağı, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde kanun hükümlerinin uygulanacağı gibi hükümlere yer verilmesi, münhasıran kararname ya da kanunla düzenlenmesi gereken veya hem kararnameye hem de kanuna konu edilebilecek alanların bulunup bulunmadığı tartışmasına ve nihayetinde kanun-kararname arası ilişkinin oldukça karmaşık hal almasına neden olmuştur.

İKİNCİ BÖLÜM

4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNU KAPSAMINDA İHALEYE KONU EDİLEN HİZMETLER

I. 4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNU

A. SÜREÇ VE KANUN KAPSAMI

4734 sayılı Kanunun yürürlüğü için öne sürülen gerekçeler, bütünüyle özgün olmayan, hemen hemen benzerlerini Cumhuriyet sonrası diğer temel ihale kanunlarında da bulabileceğimiz gerekçelerdir. Bunlar daha çok kendisinden bir önceki kanunun eleştirisini içeren, bu döneme duyulan tepkiyi ve geri kalmışlığı dile getiren söylemlerdir.¹⁶⁸ Bu bakımdan genel olarak bakıldığında Cumhuriyet sonrası ihale tarihimiz, varlıklarını bir önceki kanuna dayandırmayı alışkanlık haline getirmiş olan,

¹⁶⁸ Cumhuriyetin kuruluşundan günümüze dört temel ihale yasasından söz etmek mümkündür. Bunlar; 28 Nisan 1341 (1925) tarihli ve 97 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 661 sayılı Hükümet Namına Vukubulacak Müzayede ve Münakasa ve İthalat Kanunu; 10 Haziran 1934 tarihli ve 2723 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 2490 sayılı Artırma, Eksiltme ve İhale Kanunu; 10 Eylül 1983 tarihli ve 18161 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu; 22 Ocak 2002 tarihli ve 24648 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 4734 sayılı Kamu İhale Kanunudur.

2490 sayılı Artırma, Eksiltme ve İhale Kanunu, kendisinden bir önceki kanun olan 661 sayılı Hükümet Namına Vukubulacak Müzayede ve Münakasa ve İthalat Kanununun, “*bugünkü ihtiyacı karşılayabilmekten çok uzak bulunduğu*”, “*ihtiyacı hakikiye göre çok noksan görüldüğü*” gerekçesiyle ve “*bazı memleketlerde tatbik edilen hükümler tetkik ve memleketimize faydalı görülenleri kabul ve hükümleri meyanına ihmal edilmek suretiyle*”, “*büyük işlere yüksek kapitallerden başka ufak sermayeli ciddi teşebbüs erbabının da iştirak edebilmesini temin etmek ve Devlet alış ve satışlarıyla taahhütlerini memleket çocuklarına yaptırmak*” amacıyla yürürlüğe konmuştur. 2490 sayılı Kanun ise “*oldukça esneklikten mahrum...planlı kalkınma döneminin icaplarına cevap vermediği*”, “*ihtiva ettiği katı hükümler, zaman kaybına sebebiyet veren formaliteler ve kamu ihtiyaçlarının ortaya çıkardığı güçlükler, bazı idareleri bu Kanun hükümlerinden kurtulmaya sevk ettiği*” gerekçesiyle ve gerçek rekabeti teşvik eden unsurlar birer birer ele alınmak ve mesleki teşekküllerin yapılmasını lüzumlu gördükleri değişiklik teklifleri ve müfettiş raporları incelenmek suretiyle yerini 2886 sayılı Devlet İhale Kanununa bırakmıştır. Bu Kanun ise “*günümüzün değişen ve gelişen ihtiyaçlarına cevap veremediği, uygulamada ortaya çıkan aksaklıkları gidermede yetersiz kaldığı, bütün kamu kurum ve kuruluşlarını kapsamadığı, Avrupa Birliği ve uluslararası ihale uygulamalarına paralellik göstermediği*” ve harcama yapılması ile gelir elde edilmesi yönelik ihalelerin aynı Kanunda düzenlenmesinin pek çok sorunun ortaya çıkmasına neden olduğu gerekçesiyle kısmen ilga edilmiş ve ilga edilen alanı kapsayacak şekilde (kamu harcaması gerektiren işlerde uygulanmak üzere) 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu yürürlüğe girmiştir. 4734 sayılı Kanun günümüzde hala geçerliliğini korumakta ise de bu süreç ve öne sürülen gerekçeler, bu Kanunun muhtemel ilga gerekçelerine ilişkin bir öngöründe bulunmayı oldukça kolaylaştırmaktadır.

Cumhuriyet sonrası temel ihale kanunları hakkında daha geniş bilgi için bkz. BÜBER Bülent, Yeni Bir Çatışma Alanı: Kamu Alımları, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Ve Siyaset Bilimi (Yönetim Bilimleri) Anabilim Dalı, Ankara- 2008, s.74-105; UZ Abdullah, Kamu İhale Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2005, s.127-132

kendisinden önceki kanunun eksik yönlerinden, sebep olduğu kötü sonuçlardan beslenen ve bu şekilde kendisine meşru bir alan açmaya çalışan kanunlardan oluşmaktadır. Aslında bu kapsamda öne sürülen gerekçeler, tüm kanunlar açısından genel geçer bir nitelik taşısa da ihale gibi “hassas” bir alan için çok daha ayrıcalıklı bir öneme sahiptir. Nitekim bir önceki kanunun günün ihtiyaçlarına cevap vermediği gibi tepkiler ile diğer ülke uygulamalarının tetkik edildiği gibi bilgilerin özellikle kayda geçirilmesi ve vurgulanması, alanın hassaslığı nedeniyle oluşan baskıyı gidermenin, yeni olanın daha iyi olduğuna ikna etmenin ve yeni olana güven duyulmasını sağlamanın en önemli araçlarından biri olmuştur. Bu açıdan da kuşkusuz gerekçeler, temel ihale kanunlarının toplumsal kabulünde oldukça işlevsel bir rol üstlenmiş ve bu kabule yadsınamaz bir katkı sunmuştur.

Cumhuriyet sonrası temel ihale kanunlarının tarihi sürecine bakıldığında ilk göze çarpan, tekerrür halidir. Her bir temel ihale kanunu, kendisinden bir öncekinin yarattığı hayal kırıklığını giderme amacıyla yürürlüğe konmuş ve bu amacı nispeten başarmış, ilerleyen süreçte ise bir önceki ile aynı kaderi paylaşarak bu kez kendisi bir hayal kırıklığı sebebi haline gelmiştir. Şüphesiz bu hayal kırıklığı tekerrüründe 90’lı yıllar, dolayısıyla da 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun işgal ettiği yer, inkar edilemez bir önemdedir. Bu yılların, ihale kavram ve alanına kazandırdıkları, bugün bile hafızalardaki yerini korumakta ve daha uzunca bir süre pek unutulacağı da benzememektedir. Yoğun yolsuzluk söylemleri, gizli anlaşmalarla, yüksek maliyetlerle sonuçlanan ihale ve sözleşmeler, bir türlü bitmek bilmeyen işler ve yüce divana uzanan yargılamalar... Bir de tüm bunların üzerine eklenen 2001 yılı ekonomik krizi. Kuşkusuz tüm bu etkenler, zaten askeri müdahale ürünü gözüyle bakılan bir Kanuna öfke duymaya ve artık bu Kanunun değişmesi gerektiğine ilişkin ortak bir görüşün oluşmasına yetecek nedenleri fazlasıyla sunmuştur. Oluşan bu uygun zeminden yararlanmak ise Kemal Derviş ve politikalarına nasip olmuştur.

Bu kapsamda bir ihale kanunu tasarısı hazırlanma gerekliliği, Kemal Derviş ve ekibinin hazırladığı Türkiye’nin Güçlü Ekonomiye Geçiş Programının dört ana alanından biri olan “devlette şeffaflığın artırılması” içerisinde kendisine yer bulmuş ve AB, DB’nin de dahil olduğu bir süreç neticesinde 2002 yılının başlarında Kamu İhale

Kanunu adı altında yasallaşmıştır.¹⁶⁹ Tabii ki 4734 sayılı Kanunu sadece 2001 yılı olaylarına sıkıştırarak, bu olaylar üzerinden açıklamak mümkün değildir. 90'lı yıllarda da 2886 sayılı Kanununun değiştirilmesine yönelik pek çok taslak çalışmaya tesadüf etmek mümkündür. Hatta kamu alımları alanında AB ve DB gibi ulusüstü örgütlerin dikkate alınması gerektiği yönündeki düşüncelerin, 90'lı yılların ikinci yarısında oluşmaya başladığı görülmektedir.¹⁷⁰ Ancak tüm bunlara rağmen Kanun açısından temel belirleyici ve tetikleyici etken, 2001 ekonomik krizi, AB ve DB gibi ulusüstü örgütler olmuştur. Bu yönüyle 4734 sayılı Kanun, birçok haklı gerekçenin, belli geçmiş birikimin ancak daha çok dış etkenlerin başrolü oynadığı sürecin karşımıza çıkardığı bir neticedir.

4734 sayılı Kanunun tam anlamıyla yürürlüğe girmediği 2002 yılında gerçekleştirilen bir panelde dile getirilenler, bu Kanunun hazırlanma sürecine de ışık tutmaktadır. Anlaşılan o ki Kanun, birkaç aksi söyleme rağmen oldukça katılımcı bir hazırlık sürecine dayanmakta ve oldukça da büyük beklentiler içermektedir. *“Düşünün ki bir yasa yapıyorsunuz, Komisyonunda 135 tane değişiklik önergesi veriliyor, bunun 125 tanesi kabul görüyor. Zannediyorum Türkiye Büyük Millet Meclisi’nde bir ilkti bu...iktidarıyla ve muhalefetiyle çok güzel bir çalışma örneği sergiledik.” “Sivil toplum kuruluşlarıyla ilgili kuruluşların görüşlerine en fazla değer verilen, tartışılan bir Komisyonu’nun çalışmasına şahit oldum. Hükümetten gelen orijinal taslakla Komisyondan çıkan taslağı karşılaştırsak, bazı maddelerin büyük oranda değiştirildiğine; ama olumlu yönde ve sivil toplum kuruluşlarıyla, yani sahanın en önemli aktörü olan sivil toplum kuruluşlarının isteğiyle değiştirildiğine tanık oluruz.”*¹⁷¹ Bunlar, Kanunun hazırlanma sürecine duyulan haklı ve içten saygının ifadeleridir. Ancak bu durum, aynı panelde dile getirilen, ihalenin ülkemiz açısından tekerrürden ibaret olduğu gerçeğini hatırlatan ve ihaleye ilişkin genel bir kusurumuzu yüzümüze vuran şu ifadeleri görmezden gelmemize sebep olamaz. *“Yalnız bir şeyi ben çok düşündüm...panelistleri dinlerken de düşündüm; 82-83’lerdi zannediyorum, 2886 sayılı Yasa da çıkarılırken böyle toplantılar yapılıyordu,...bugün söylenen lafların aynısı söyleniyordu,...2886 sayılı Yasa için “hatta bu bir devrimdir” denildiğini de çok iyi hatırlıyorum...Kafalarımızda bir takım devrimler yapmadıkça, hangi yasayı çıkartırsak*

¹⁶⁹ 4734 sayılı Kanunun, Kamu İhale Kurumunu, standart ihale dokümanlarını ve yönetmeliklerini düzenleyen 53 üncü maddesi ile geçici 1 ve geçici 5 inci maddeleri yayımı tarihinde, diğer maddeleri 1.1.2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹⁷⁰ BÜBER, Yeni Bir Çatışma Alanı..., s.45

¹⁷¹ Kamu İhale Yasası Paneli, Türk Müşavir Mühendisler ve Mimarlar Birliği TMMOB İnşaat Mühendisleri Odası Ankara Şubesi, 14 Mayıs 2002, Mustafa GÜL ve Nihat GÖKBULUT’un konuşmaları (s.12, 14) Benzer görüşler, aynı panelde Nihat ÖZDEMİR tarafından da dile getirilmiştir. (s.19, 20)

çıkartalım mutlaka yıllar sonra ne kadar mükemmel yasalar da yapsak,...kendimiz değişmedikçe bir sonuca varamayacağımız gibi gözüküyor. 2886 sayılı Yasa bize “kapalı kapılar arkasında ihaleler yapın, şeffaf olmayın, eşitlikçi olmayın, rekabete kapalı olun” demiyordu herhalde, hiçbir yerinde ben öyle bir şeye rastlamadım...”¹⁷²

4734 sayılı Kanun da her yeni temel ihale kanununu gibi bir umut olarak görülmüş ve daha önce görülmedik oranda pek çok yeniliği beraberinde getirmiştir. Bunlar, temelde 2886 sayılı Kanun dönemi uygulamalarının yarattığı tahribatın giderilmesini amaçlayan yeniliklerdir. Yer yer ulus üstü düzenlemelerle desteklenen, geçmiş dönemin hukuka aykırı uygulamalarından, hatalarından, eksikliklerinden çıkarılan derslerdir. Bu bakımdan gayet rasyonel bir tercih olarak, 4734 sayılı Kanunun yönelimi, 2886 sayılı Kanunun bütününe değil, sorunun yoğunlaştığı büyük parçaya olmuştur. Bu sorunlu parça, alıma ilişkin olan, kamunun para harcamasını gerektiren işlerinden oluşmaktadır. Bu itibarla 4734 sayılı Kanun, 2886 sayılı Kanunu bütünüyle ilga etmeyen, sorunlu büyük parça üzerine yerleşecek şekilde yürürlük kazanan bir Kanundur. Sadece kamu alımlarına özgü/kamu harcaması gerektiren işlerle sınırlı bir uygulama alanına sahiptir. Bu sınırlı hal ise 4734 sayılı Kanuna tipiklik kazandıran ve Kanunun, diğer temel ihale kanunlarından ayrışmasını sağlayan başlıca özelliğidir.

Gerekçede çok daha açık şekilde ifade edilmekte ise de¹⁷³ bu özellik, Kanun maddelerinde “kaynak” ve “alım” ibareleri üzerinden ortaya konulmaya çalışılmıştır. Bu kapsamda ilk maddede, Kanunun amaçları arasında “kamu kaynağı kullanan ... ihalelerde uygulanacak esas ve usulleri belirlemek” ibaresine yer verilmiş, 2. maddede, “...idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan ... ihaleleri(n) bu Kanun hükümlerine göre” yürütüleceği ifade edilmiştir. İşte bu hükümlerden hareketle 4734 sayılı Kanunun, ihalelerin, belli bir kısmına tekabül eden, bunların kamuya ilişkin olanlarını ve alım/harcama yapmayı/kaynak kullanmayı gerektirenlerini kurala bağlayan ayırt edici

¹⁷² Kamu İhale Yasası Paneli, Hilmi YÜNCÜ’nün konuşması s. 36

¹⁷³ Buna ilişkin olarak Kanunun genel gerekçesinde “2886 sayılı Devlet İhale Kanunu alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işlerini kapsamaktadır. Ancak alım, hizmet, yapım, kiralama ve taşıma işleri kamu harcaması yapılmasına; satım, kiraya verme, trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi işleri kamuya gelir sağlanmasına yönelik olduğundan, farklı nitelikteki bu işlerin aynı kanunda düzenlenmesi uygulamada pek çok sorunun ortaya çıkmasına neden olmaktadır.

Diğer taraftan, kamu harcaması gerektiren işlere özgü ihalelerde yeni uygulamaların hayata geçirilebilmesi ve harcama yapılması ile gelir elde edilmesine yönelik ihalelerin kendine özgü niteliklerine uygun olarak ihtiyaçlara cevap verecek şekilde ayrı kanunlarda düzenlenmesi gerekmektedir. Devletin bu işlere ilişkin ihale mevzuatının Avrupa Birliği ve Dünya Ticaret Örgütü gibi uluslararası kuruluşların ihale mevzuatına paralel hale getirilebilmesi için, kamu harcaması yapılmasını gerektiren mal veya hizmet alımları ile yapım işleri bu Kanun kapsamına alınmıştır.” ifadelerine yer verilmiştir.

yönüne ulaşmak mümkün olmaktadır. 4734 sayılı Kanunun öngördüğü ihale kurgusunda karşı taraf, idareye sunduğu ya da idare adına sunduğu hizmetin karşılığını doğrudan yine idareden almaktadır. Bu, ihtiyaç sahibinin, karşılığını ödemek suretiyle ihtiyacını gidermesi esasına dayalı olan, bu yönüyle de oldukça basit ve alışıldık bir kurgudur. Ödemelerin doğrudan bir kamu kaynağından yapılacak olması, bu ihale kurgusunun, kullanıcı tercihlerine bağlı kar - zarar riskinden olabildiğince arınmasını sağlamakta, kurguyu, imtiyaz ihale ve sözleşmelerine kıyasla karşı taraf açısından daha güvenceli ve cezbedici bir yöntem haline getirmektedir. İşte bu özellikleri nedeniyle 4734 sayılı Kanun ve bu Kanuna göre gerçekleştirilen ihaleler, daha ön plana çıkmakta ve diğerlerine oranla daha fazla değer görmektedir. Ayrıca kamu tarafından gerçekleştirilen ihalelerinin nicelik olarak ekseriyeti, tabiatıyla bu alışıldık ihale kurgusu etrafında kümelenmiş durumdadır.

Bununla birlikte Kanun, Türk kamu alımları tarihinde örneği bulunmayan bir idari sistemi bu alana kazandırmıştır. Bu, hem organa hem de ihale sürecinin işleyişine doğrudan etki eden yenilikte bir sistemdir. Bu kapsamda 4734 sayılı Kanun ile, hem ihalenin tarafları ile arasında hiyerarşik ya da vesayet ilişkisi bulunmayan, bu alana özgü kural koyucu ve denetleyici bir bağımsız idari otorite olan Kamu İhale Kurumu kurulmuş, hem de şikayet – itiraz şikayet adı altında ve içerdiği ayrıntılı düzenlemeler sebebiyle Türk idare hukukunda örnek olarak gösterilebilecek nitelikte iki aşamalı bir zorunlu idari başvuru yolu ihdas edilmiştir. Böylelikle kamu alım ihaleleri alanı, tarihinde ilk kez bu alanda söz sahibi olan kamu tüzelkişiliğine sahip, mali ve idari özerkliği haiz yeni bir kamu kurumu ile ve bu kurumun da dahil olduğu dava açılmadan önce tüketilmesi gereken zorunlu idari itiraz prosedürleri ile tanışmıştır.

Konumuz açısından en kayda değer yenilik ise Kanunun kapsamına ilişkin olarak karşımıza çıkmıştır. 2886 sayılı Kanunun en eleştirilen yönlerinden biri olan sınırlı kapsamı, KİT'ler, İSKİ, fon, döner sermaye gibi birçok idarenin kapsam dışı kalmasına ve bu idarelerin ihalelerini kendi usul ve esasları çerçevesinde gerçekleştirmelerine neden olmuştur. Haliyle bu durum, kurallaştırma yönüyle tipikliğin tam anlamıyla sağlanamadığı, parçalanmış bir ihale yapısını kaçınılmaz kılmıştır. Bu sebeple de 2886 sayılı Kanunun, temel kanun niteliği her daim sorgulanan bir mesele olarak kalmıştır. İşte döneme hakim olan parçalanmışlık ve bu parçalanmışlığın yol açtığı sonuçlar, şu ana kadar temel ihale kanunlarında görülmeyen genişlikte bir

kapsamı, 4734 sayılı Kanuna kazandıran ana etmen olmuştur. 2886 sayılı Kanunla karşılaştırıldığında ulaşılan genişliğin, temel kanun nitelemesi için gerekli şartları fazlasıyla 4734 sayılı Kanuna kazandırdığını söylemek mümkündür.

Üstelik de bu, iki yönlü gerçekleşen bir genişlemedir. Hem idare (kamu idare ve kurumları) boyutunda hem de ihale edilen konularda yaşanılmıştır. Hatta Kanunun “Amaç” başlıklı ilk maddesine bakıldığında bu, “*kamu hukukuna tâbi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarını*” kapsayan boyutlara sahip bir genişliktir. Kanunun genel gerekçesinde ise bu geniş kapsam için, “*ihalelerde saydamlığın, rekabetin...kaynakların verimli kullanılmasının en geniş şekilde sağlanması, kamu kurum ve kuruluşlarının kullanımlarında bulunan her türlü kaynaktan yapacakları ihalelerde tek bir yasal düzenlemeye tabi olmaları...amaçlanmıştır.*” ifadeleri kullanılmıştır. Buna göre, neredeyse Türk idari teşkilatının tamamına karşılık gelen bir alan, 4734 sayılı Kanuna tabi olmalıdır. Bunun taşıdığı anlam, 4734 sayılı Kanunun, daha önce hiçbir kanuna nasip olmayan ve ülkemiz ihale anlayışı karşısında hayal edilemeyecek genişlikte bir kapsama ulaşmayı başardığıdır. Ne var ki bu, bütünüyle hukuki ve pratik karşılığı bulunmayan bir başarıdır. 4734 sayılı Kanunu olduğundan daha büyük gösteren bir düşüncüyü yansıtmaktadır. Zira, 4734 sayılı Kanun kapsamı, asli olarak amaç maddesi üzerinden belirlenmemektedir. Kapsamın belirlenmesinde amaç, daha çok destek norm mahiyetindedir. Bu özelliği de yıllar geçtikçe, istisna alanı genişledikçe, daha ön plana çıkmış ve kapsamın korunmasında destek işlevi gören yönü daha belirginlik kazanmıştır. Gerçekte ise kapsam, 4734 sayılı Kanunun bir sonraki maddesinde (2. madde) ve asgarisi, sermayesinin yarısından fazlası kamuya ait kurum ve kuruluşlardan oluşacak şekilde düzenlenmiştir.¹⁷⁴ Danıştay da bir kararında,

¹⁷⁴ 4734 sayılı Kanunun 2. maddesinde kapsam;

“Aşağıda belirtilen idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihaleleri bu Kanun hükümlerine göre yürütülür:

a) Genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ile özel bütçeli idareler, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı; döner sermayeli kuruluşlar, birlikler (meslekî kuruluş şeklinde faaliyet gösterenler ile bunların üst kuruluşları hariç), tüzel kişiler.

b) Kamu iktisadi kuruluşları ile iktisadi devlet teşekküllerinden oluşan kamu iktisadi teşebbüsleri.

c) Sosyal güvenlik kuruluşları, fonlar, özel kanunlarla kurulmuş ve kendilerine kamu görevi verilmiş tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar (meslekî kuruluşlar ve vakıf yüksek öğretim kurumları hariç) ile bağımsız bütçeli kuruluşlar.

d) (a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilenlerin doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip bulundukları her çeşit kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketler.

e) 4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankalar ile bu bankaların doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip bulundukları şirketlerin yapım ihaleleri.

“...Kanun’un kapsamının amacından bağımsız olarak değerlendirilmemesi ve Kanun’un amacının belirlendiği 1. maddedeki kriterlerin 2. maddede belirtilen idarelerin Kanun kapsamında olup olmadığının yorumlanmasında dikkate alınması gerektiği açıktır” ifadeleriyle amaç – kapsam arası bu asli - destek ilişkisine dikkati çekmiştir.¹⁷⁵

İdareler açısından genel durum bu olmakla birlikte ihale edilen konular açısından ise genişlemeyi sağlayan temel etmen, hizmet alımlarıdır. Özgün olarak ilk defa 80’li yılların ikinci yarısında karşımıza çıkan bu alımların, ülkemizde ihale kanunlarına konu edilmeleri, mal alımları ve yapım işleri kadar kolay olmamıştır. Bunun için belli ekonomik değişimin yaşanması, belli yerleşik kalıpların yıkılması gerekmiştir. 4734 sayılı Kanun bu kalıpları ilk yıkan olmasa da kuşkusuz bu yıkıma en büyük katkıyı sunan Kanundur. Bunu da olabildiğince hızlı, örtülü ve bütüncül şekilde yapmıştır. 4734 sayılı Kanunla birlikte hizmetlerin ihale edilmesi, genel bir yasal dayanağa kavuşmuş, daha doğrusu yasal dayanağa kavuştuğu yönünde yaygın bir inanç oluşmuştur. Bunun etkisiyle her nitelik ve türde hizmet, 2000’li yıllardan itibaren artan oranda ihalelere konu edilmeye başlanmış ve artık belli bir noktadan sonra 4734 sayılı Kanuna konu edilemeyecek bir hizmet türünün neredeyse bulunmadığı anlayışı iyiden iyiye yerleşmiştir. Peki 4734 sayılı Kanun bu genel niteliğini ne ölçüde hak etmektedir? Dahası 4734 sayılı Kanun tüm hizmetlerin ihale edilmesine dayanak teşkil edecek bir güce sahip midir? İlerleyen bölümlerde bu sorulara bir yanıt bulunmaya çalışılacaktır. Beklentimiz, bu yanıtların pek tartışılmayan bir kabule ve bu kabulün sebep olduğu sorunların çözümüne nispeten de olsa bir katkı sağlamasıdır. Ancak bu katkı, konuyu daha anlaşılır kılmak ya da mevcut belirsizliği daha da derinleştirmek gibi bir ikilemi ve riski de barındırmaktadır.

Ancak, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ve bu Fonun hisselerine kısmen ya da tamamen sahip olduğu bankalar, 4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankalar ve bu bankaların doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip bulundukları şirketler (e) bendinde belirtilen yapım ihaleleri hariç) 4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankaların 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununa tabi gayrimenkul yatırım ortaklıkları ile enerji, su, ulaştırma ve telekomünikasyon sektörlerinde faaliyet gösteren teşebbüs, işletme ve şirketler bu Kanun kapsamı dışındadır.” şeklinde ifade edilmiştir.

Bununla birlikte Kanun kapsamının gerçek sınırlarının tespitinde, elbette ki 4734 sayılı Kanunda veya kendi özel kanunlarında düzenlenmiş ve halihazırda oldukça geniş boyutlara ulaşmış olan ve genişlemeye de devam eden istisnaların da göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

¹⁷⁵ Danıştay 13. Dairesi 25.10.2013 tarihli ve E:2013/811, K:2013/2659 sayılı Karar.

B. GENEL KANUN NİTELİĞİ

Bir temel ihale kanununun olabildiğince genele hitap etmesi gerektiği, 2886 sayılı Kanun döneminin bize vereceği belki de en önemli ders olacaktır. “...İhale kanunu aslında bir formattır bana göre. Kusura bakmasınlar, daha da daraltıyorlar, şu anki BİT’lerimiz, belediye iktisadi teşebbüslerini de İSKİ’yi de İETT’yi de benim kuruluşlarımı da onları da ihale yasasına alalım diyorlar. Sakın ola yapmayın, bırakın format olarak kalsın. Belediyeyi de bundan çıkarın, ben memnun değilim, 2886 sayılı Kanundan, ama olmasın da demiyorum, mutlaka olmalı...ihale kanunu bir formattır. Bir yol göstericidir, şunu samimiyetle itiraf edeyim. İSKİ’nin bugün yapılan ihaleleri 2886 ya tabi olan bilumum devlet teşekküllerinin yaptığı ihalelerden daha salimdir, daha rekabete açıktır, daha şeffaftır. Ama İSKİ bugün ihale kanununa tabi bir kuruluş değildir.” gibi dönemin istisnai aksi düşüncelerine¹⁷⁶ rağmen ihale kanununun genel niteliğe sahip olması, özellikle 90’lı yıllarda daha yüksek sesle dile getirilmeye başlanan hakim düşüncedir ve bunun için de oldukça haklı gerekçelere sahiptir.

Bu düşünce ve gerekçeler KUTLU tarafından “...İhale mevzuatımızdaki karmaşa nedeniyle bugün Devlet İhale Kanunu görünüşte genel bir yasa olma özelliğini korumakla birlikte, yürürlüğe konulan birçok düzenleme ile de uygulanması bertaraf edilmektedir. Bu da köklü bir ihale sistemi oluşturulamamasına neden olmaktadır. Bunun da nedeni DİK’nun günümüz ihtiyaçlarını tam olarak karşılayamaması olduğu gibi, asıl önemli neden ihale uygulamalarında objektiflikten uzaklaşma ve siyasi tercihlerin ön plana geçirilmesidir...Bu kullanım olumlu yönde olduğu taktirde ülke kaynaklarının adaletli ve dengeli bir şekilde dağılımını ve kamu hizmetlerinin aksamadan yerine getirilebilmesini sağlamakta, amaca aykırı kullanımlar ise belli çıkar gruplarının ödüllendirilmesi şekline de dönüşebilmektedir....Öyle ise olması gereken ihale sürecinde uygulanacak kurallarda bir yeknesaklığın sağlanması amacıyla, kural olarak kamusal birimlerin tümünü kapsamına alan bir ihale yasasının yürürlüğe konulmasıdır....Kısaca belirtmek istediğim husus, ihale sürecine uygulanacak ortak ilkeler benimsenmeli ve kurallar tek bir yasada belirlenmelidir. Böylece ilkeleri ve kuralları belli olan ihale hukukunun temellerinin atılmış olacağı kanaatindeyiz...” şeklinde ifade edilmiştir.¹⁷⁷

¹⁷⁶ Devlet İhale Kanunu Paneli, İstanbul Ticaret Odası, Yayın no:1996-2, 29 Eylül 1995 s. 26-27 (EMMİOĞLU Kahraman konuşması)

¹⁷⁷ KUTLU Meltem, “İdare Sözleşmelerinde...” s.249-250 (Aslında bu ifadelerde yer alan “Devlet İhale Kanunu” ibaresinin yerine “Kamu İhale Kanunu” ibaresinin konulması, günümüzde içinde bulunulan durumu da anla(t)maya yetmektedir. Geçen onca yıla rağmen ihale mevzuatı alanında pek ilerleme kaydedemediğimizi ortaya koyması bakımından bu ifadeler, ayrıca dikkate değerdir.)

İşte 4734 sayılı Kanun, tam olarak bu düşüncelerin etkisi altında hazırlanmış ve bu düşünceleri hayata geçirmek amacıyla yürürlüğe konmuştur. Aslında başlangıçta büyük oranda bu amacı gerçekleştirmeyi de başarmıştır. 4734 sayılı Kanun, diğer temel ihale kanunlarında görülmeyen genişlikte bir kapsamla ve kuşkusuz, diğer temel ihale kanunları arasında genel niteliğini en fazla hak edecek şekilde yürürlük kazanmıştır. Bu denli geniş bir kapsam ve genel nitelik için 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu döneminin hatıralarda pek de iyi bir yer işgal etmeyen olaylarını beklemek ve deneyimlemek gerekmiştir. Ancak ortaya çıkan da elbette kusursuz bir başarı olmamıştır. 4734 sayılı Kanunun, ihale hukukunun kronikleşen sorunlarına tam anlamıyla bir çözüm üretebildiğini söylemek güçtür. Her şeyden önce 4734 sayılı Kanun, KUTLU'nun *“İlk düşünüşte bu çözüm elverişli olarak değerlendirilmeyebilir, ancak hemen ekleyelim ki bu yasada ihale konusuna göre ihale sürecinde uygulanacak kuralların, yine aynı yasanın alt ayrımlarında düzenlenmesine engel bulunmamaktadır”* şeklinde devamı ifadelerinde belirttiği alt ayrımlaşmayı, tüm ihtiyaçlara cevap verecek şekilde hayata geçirememiş, idareler için gerekli yöntem çeşitliliği ve farklılaşmasını sağlayamamıştır. Bir de bunun üzerine idari kapasite ve örgütlenme, ihale sürecinde yer alan personelin yeterliliğinden kaynaklı sorunlar ile ülke olarak bir türlü sahip olamadığımız ihale gelenek ve kültürü gibi dış etmenlerin eklenmesi, süreçte karşımıza Kanunun genel niteliğini de etkileyen alışıldık ve kolaycı bir yöntemi çıkarmıştır. “İstisna olma.”

İlginç olan, her istisna maddesinin, haklı nedene dayandığı argümanına sığınması ve bunun üzerinden meşruluk kazanmaya çalışmasıdır. Bu argüman, bir kısım açılarından doğru kabul edilebilse bile, 4734 sayılı Kanun kapsamı dışına çıkma isteklerini bütünüyle makul karşılamak ve haklı dayanağa sahip oldukları iddiasına katılabilmek tabii ki de mümkün değildir. Ancak kesin olan şey, gerek 4734 sayılı Kanuna gerekse de özel kanunlara eklenen istisnaların, kapsamın belirlenmesinde göz ardı edilemeyecek bir boyut ve öneme eriştiğidir. Bu yönüyle 4734 sayılı Kanunun kaderi, kendisinden önceki temel ihale kanunlarından pek de farklı olmamıştır. Hatta bu istisnalar, süreç içerisinde o denli fazlalaşmıştır ki¹⁷⁸ belli bir noktadan sonra herkesin

¹⁷⁸ 4734 sayılı Kanunda istisnalar temelde Kanunun 3. maddesinde ve harflerle ifade edilen bentler şeklinde düzenlenmiştir. Kanunun yayımlandığı ilk halinde 6 bent (a ile f arası) olan istisnalar, gelinek nokta itibarıyla Nükleer Düzenleme Kurumu, Türkiye Atom Enerjisi Kurumu ve Hesaplar Yönetim Kurulunu ilgilendiren bir istisnai hükme harf verilmesi unutulmuş olmasına rağmen alfabece yer alan tüm harfleri tüketmiş durumdadır. Üstelik birçok bent (harf) içerisinde, birden çok istisnai hal barındırmaktadır. İstisnalar konusunda 4734 sayılı Kanunun bu durumuna bile makul ve rasyonel bir izah getirebilmek mümkün değil iken bir de tüm bunların üzerine eklenmesi gereken yine 4734 sayılı Kanunun Ek madde 9, 10 ve Geçici Madde 4'ü ile diğer (özel) kanunlarda düzenlenmiş ve hiç de azımsanmayacak boyutlara

olağan karşıladığı, tepki göstermekten ve takip etmekten vazgeçtiği bir hal almıştır. Daha kötüsü ise 4734 sayılı Kanun, 2886 sayılı Kanun döneminin parçalanmış hali ile karşılaştırılmaya ve Kanunun genel niteliği gitgide sorgulanmaya başlanmıştır. Kuşkusuz 4734 sayılı Kanuna ve genel kanun niteliğine en fazla zararı, istisnalar vermiştir.

İstisnalar konusunda bu aşamaya gelinmesinde Anayasa Mahkemesi'nin üstlendiği etkin rolü de göz ardı etmemek gerekir. Zira Mahkeme, 4734 sayılı Kanuna tabi olmamayı her durumda kamu yararı ile bağdaştırmayı başarmıştır. Mahkemeye göre;

“Devlet harcamalarında 4734 sayılı Kanun’un uygulanmasını zorunlu kılan bir Anayasa kuralı bulunmadığından kanun koyucunun bazı mal ve hizmetler yönünden farklı usuller benimsemesinde anayasal açıdan bir engel yoktur. Ancak bir mal ve hizmet alımı ihalesi 4734 sayılı Kanun’da belirlenen usullerin dışına çıkarılırken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan kamu yararı amacı gözetilmelidir.”

Bu doğrultuda, TRT'nin her türlü program, haber, yapım ve yayınlarla ilgili olarak AA'dan yapacağı mal ve hizmet alımlarında¹⁷⁹ ya da TETAŞ'ın tedarik amaçlı yaptığı elektrik enerjisi alımlarında¹⁸⁰ veya TBMM'nin sorumluluğundaki tarihî bina ve objelerin onarımları ve restorasyonları ile çevre düzenlemesine ilişkin mal ve hizmet alımları ile münhasıran özel ihtisas gerektiren konularda TBMM Başkanınca mütalaa ve hukuki hizmet satın alma işlerinde¹⁸¹ “Kamu İhale Kanunu kapsamı dışına çıkarılmasında kamu yararı amacı dışında bir amaç güdüldüğü saptanamadığından” hukuk devleti ilkesine ve Anayasa'ya aykırılığından söz etmek de mümkün olmamaktadır. Böylelikle 4734 sayılı Kanunun genel kanun niteliğini ve bu yönde duyulan inancı zedeleyen bu istisnai düzenlemeler, üstelik de kamu yararı gibi belirsiz bir kavrama dayanılarak, anayasal boyutta tasdik edilmiş olmaktadır.

ulaşmış olan istisnaların bulunması ve bunların gün geçtikçe artması, artık işin çıkırından çıktığını ve istisnai alanın gerek hacim gerekse de tutar olarak kestirilemeyecek boyutlara ulaştığını ortaya koymaktadır. Bu durum ise artık Kanunun bizzat kendisinin istisnai bir nitelik arz etmeye başladığı yönünde pek de haksız sayılamayacak eleştirileri beraberinde getirmektedir.

¹⁷⁹ AYM, 13.1.2016 tarihli E:2015/60, K:2016/2 sayılı Kararı R.G. Tarih-Sayı: 27.1.2016 - 29606

¹⁸⁰ AYM, 28.12.2017 tarihli E:2016/150, K:2017/179 sayılı Kararı R.G. Tarih-Sayı: 15.2.2018 - 30333

¹⁸¹ AYM, 18.6.2013 tarihli E:2012/18, K:2013/80 sayılı Kararı R.G. Tarih-Sayı: 28.12.2013 - 28865

Ne var ki Kanunun genelliğini etkileyen tek unsur, doğrudan istisna amacı taşıyan hükümler ve bunları tasdik eden mahkeme kararları değildir. Kanun, kapsam ve genellik yönüyle uzunca bir süre sürüncemede kalmış sorunlu alanlara sahip olduğu gibi hala çözüm bekleyen sorunlu alanlar barındırmaya da devam etmektedir. Bunlar daha çok yorum farklılığından kaynaklı, kapsamı ve genel niteliği etkileyen sorunlardır. Bu sorunlu alanlardan önemli gördüğümüz birkaçına kısaca değinecek olursak;

a) “İdarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanma” ifadesi: 4734 sayılı Kanunun 2. maddesinde yer alan bu ifade, Kanuna tipikliğini kazandıran ifadedir. Kanunun, kamunun para harcamasını gerektiren işlerine özgülenmesinin, bu işlerle özdeşleşmesinin nedenidir. Uygulamada bu ifade, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunun 3. maddesinde yer alan “kamu kaynakları” tanımı¹⁸² ile kamu parasının harcanması eylemi üzerinden açıklığa kavuşturulmaya çalışılmaktadır. Tipiklik kazandırmasının yanı sıra ifade, kapsam açısından da asli belirleyici bir role sahiptir. Kapsam açısından taşıdığı önem, Kamu İhale Kurumunu ifadeyi, daha sıkı ve katı şekilde sahiplenmeye itmiştir. Kurumun genel eğilimi, bu ifadenin olabildiğince geniş yorumlanması yönündedir. Bu şekilde Kurum, 4734 sayılı Kanunun olabildiğince geniş bir alana uygulanmasını ve genel kanun niteliğinin pekişmesini amaçlamıştır. Hatta Kuruma göre idarelere yapılan bağışlar bile belli şartlar altında kamu kaynağı teşkil etmekte ve bunların harcanmasına dayalı ihalelerin, 4734 sayılı Kanuna göre gerçekleştirilmesi gerekmektedir.¹⁸³

Bu geniş yorum yöntemini destekler mahiyette Mahkeme kararları bulunduğu gibi aksi yönde alınan kararlara da tesadüf etmek mümkündür. Danıştay bir kararında yükleniciye, taşıma bedelinin de aktarılacağı bir havuzda biriken paraların belli bir oranı üzerinden ödeme yapılması şeklinde işleyecek -hasılat paylaşımı benzeri- bir sistemin (Elektronik Ücret Toplama Sistemi) kurulum ve işletilmesi ihalesinin, 4734 sayılı Kanun kapsamında yapılması gerektiğini ifade etmiş ve ihalenin, 2886 sayılı Kanuna

¹⁸² 5018 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin (g) bendinde “kamu kaynakları” oldukça geniş şekilde; “Borçlanma suretiyle elde edilen imkânlar dahil kamuya ait gelirler, taşınır ve taşınmazlar, hesaplarda bulunan para, alacak ve haklar ile her türlü değerler” olarak tanımlanmıştır.

¹⁸³ Konuya ilişkin olarak Kamu İhale Genel Tebliğinin 3.1.3. maddesinde; “İdarelere Kanun kapsamı dışındaki kişilerin tasarrufunda bulunan kaynaklardan yapılacak şartlı bağışlarda, bağış şartlarının 4734 sayılı Kanunun uygulanmasını olanaksız hale getirmesi halinde, söz konusu bağış miktarı ile sınırlı olarak yapılacak alımlar, Kanun kapsamında bulunmamaktadır.” düzenlemesine yer verilmiştir.

tabi olarak yapılmasını hukuka uygun bulmamıştır.¹⁸⁴ İşletme ihalesini bile 4734 sayılı Kanun kapsamında değerlendiren Danıştay idare ihtiyaçları için ayrılan banka promosyon gelirlerine ilişkin kararında ise bu kez aksi bir sonuca ulaşmış ve bu promosyon gelirlerinin, 4734 sayılı Kanun hükümlerine göre harcama yapmayı gerektiren bir kamu geliri olarak değerlendirilemeyeceğine ve 4734 sayılı Kanun dikkate alınmaksızın yapılan harcamalarda bir usulsüzlük bulunmadığına karar vermiştir.¹⁸⁵ Bu ikilem ise 4734 sayılı Kanuna tipiklik kazandıran, kamunun para harcama eyleminin ya da “*idarenin kullanımında bulunan her türlü kaynak*” ifadesinin, tam olarak neye karşılık geldiği ve bununla ilintili olarak kaynak kullanımı ile bütçe arasında doğrudan bir bağın şart olup olmadığı sorularının, aradan geçen bunca yıla rağmen hala Kanun kapsamını ve genelliğini etkilemeye devam ettiğini ortaya koymaktadır. Bu ifade veya eylem ile kaynak – bütçe arası bağa atfedilecek anlama bağlı olarak, genelliğin zarar görme sorunu, kapsam içi veya dışı olma belirsizliği hala mevcudiyetini korumaktadır. Ancak bu konuda karşımıza çıkan soru(n)lar bununla da sınırlı değildir. Kapsamda yer aldığının kabulü için ihtiyacın tamamıyla mı kamu kaynağı ile karşılanması gerektiği, yoksa çoğunluğunun veya karakteristik parçanın yahut küçük bir kısmının kamu kaynağından karşılanmasının bu anlamda yeterli mi olacağı soru(n)ları da, bu belirsizlikte hala yasal cevap ve çözüm bekleyen soru(n)ların başında gelmektedir.

b) OYAK, *Vakıflar gibi gri alanda kalan kuruluşlar*: Açıkça bir istisna maddesine konu edilmemiş olsalar da bu kuruluşlar, 4734 sayılı Kanun kapsamına ilişkin, yargının da dahil olduğu uzun bir sürece ve yoğun tartışmalara konu olmuştur.

¹⁸⁴ Danıştay 13. Dairesi 17.04.2013 tarihli ve E:2012/2994, K:2013/1113 sayılı Kararında; “...Bu durumda, Belediye tarafından yapılan uyumsuzluk konusu ihale kapsamında belediye otobüslerinin elde edeceği taşıma bedelinin de aktarılacağı havuzdan yükleniciye ödeme yapılacak oluşu; havuzda biriken paraların Belediye'nin kullanımında olan bir kaynak niteliğinde olması; ihale kapsamında yapılacak sistemin kurulması ve işletilmesi aşamasında aksaklıklar olması durumunda ihale bedelinin Belediye bütçesinden karşılanacağı ve ihale kapsamında yüklenici tarafından idareye belirli bir paranın ödenmesi yerine yüklenicinin kendisine ihale bedelinin ödeneceği hususları dikkate alındığında, uyumsuzluk konusu ihalenin 4734 sayılı Kanun kapsamında yapılması gerekirken, ihalenin 2886 sayılı Kanun'a tabi olarak yapılmasında hukuka uygunluk bulunmadığından...” ifadelerine yer verilmiştir.

¹⁸⁵ Danıştay 12. Dairesi E:2012/6891, K:2015/7140 sayılı Kararında; “...maaş promosyon gelirinin Kamu İhale Kanunu hükümlerine göre harcama yapılmasını gerektiren bir kamu geliri olmadığı, promosyon gelirinin ne şekilde harcanacağını ilgili tebliğ ve genelgelerde düzenlenmiş olduğu, uyumsuzluk konusu olayda da, Kurum ihtiyaçları için ayrılan banka promosyon gelirinin Başbakanlığın 2007/21 sayılı Genelgesi'nin 4. maddesinde öngörülen esas ve usullere uyulmak suretiyle harcanmış olduğu, yapılan harcamalarda usulsüzlük bulunmadığı ve kurumun zarara uğratılmasına neden olan bir durumun olmadığı anlaşıldığından, davacının kuruma intikal eden gelirin harcanmasında gereken dikkat ve özeni göstermediğinden bahisle uyarma cezası ile cezalandırılmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık... bulunmamıştır.” ifadeleri yer almaktadır.

Bu süreç içerisinde yaşanan gelgitler haliyle bir kafa karışıklığına sebep olmuş, aynı zamanda genel niteliği ve kapsamı etkileyen birtakım kabullerin gözden geçirilmesini gerektirmiştir.

OYAK'ın, Milli Savunma Bakanlığına bağlı bir tüzelkişilik olarak kurulması nedeniyle 4734 sayılı Kanunun 2. maddesinin (a) bendi uyarınca Kanun kapsamında bulunduğu 2010 yılında karar veren Kamu İhale Kurumunun bu kararının¹⁸⁶ aksi yönde kesinleşmesi için 8 yıl beklemek gerekmiştir. Üstelik ilk derece mahkeme kararı ile temyiz kararı, Kurul kararının hukuka uygun olduğunu teyit etmiş, aksi görüşle ilk kez, karar düzeltme aşamasında karşılaşmıştır. Karar düzeltme kararında Danıştay,

“205 sayılı Kanunda Milli Savunma Bakanlığı'na bağlı olmak ibaresinin 3046 ve 4734 sayılı Kanunlarda ifade edilen anlamda bir bağlı kuruluş olmayı ifade etmediği”, “OYAK'ın Milli Savunma Bakanlığının görev alanına giren bir ana hizmet yürütmediğinden ve OYAK ile Milli Savunma Bakanlığı arasında bir hiyerarşi veya vesayet bağı olmadığından 4734 sayılı Kanunda ifade edilen anlamda bağlı bir tüzelkişilik olarak değerlendirilemeyeceği”, “herhangi bir kamu kaynağı kullanmadığı ve bütçeden pay almasının mümkün olmadığı”, “kamu kaynağı kullanması mümkün olmayan OYAK'ı Kamu İhale Kanunu kapsamında değerlendirmekle elde edilecek bir fayda olmadığı gibi böyle bir değerlendirmenin OYAK'ı özel hukuk kurallarının dışına çıkararak kamu hukuku kurallarına tabi kılınması sonucuna yol açacağı ve görevlerini etkin şekilde yerine getirmesini engelleyeceği”

gibi kapsam açısından belirleyici olan ve bunun yanı sıra Kanun kapsamını *fayda ve etkinlik* mefhumlarına indirgemek gibi ilginçlikler de barındıran ilke ve gerekçeleri ortaya koymuştur.¹⁸⁷ Kararda ulaşılan nihai sonuç ise OYAK'ın bütün alımları yönüyle 4734 sayılı Kanuna tabi bir kamu kurumu olarak değerlendirilemeyeceği olmuştur.

¹⁸⁶ Kamu İhale Kurulunun 06.04.2010 tarihli ve 2010/DK.D-39 sayılı Kararı

¹⁸⁷ OYAK tarafından Kamu İhale Kurulu kararının iptali istemiyle açılan davada Ankara 7. İdare Mahkemesi 30.11.2010 tarihli ve E:2010/808, K:2010/2027 sayılı kararı ile davayı reddetmiş, bunun üzerine yapılan temyiz başvurusu neticesinde Danıştay 13. Dairesinin 15.01.2016 tarihli ve E:2011/990, K:2016/2 sayılı kararı ile “mahkeme kararının onanmasına” karar verilmiştir. Davacı tarafından yapılan karar düzeltme istemi sonucunda ise Danıştay 13. Dairesi 13.03.2017 tarihli E:2016/3396, K:2017/624 sayılı kararıyla “temyiz isteminin kabulü ile mahkeme kararının bozulmasına, yeniden karar verilmek üzere dosyanın mahkemeye gönderilmesine” karar vermiş, ilk derece mahkemesinin bozma kararına uyması üzerine Kamu İhale Kurumu tarafından yapılan temyiz başvurusu Danıştay 13. Dairesinin 09.03.2018 tarihli ve E:2018/257, K:2018/928 sayılı kararıyla yerinde görülmemiş ve mahkeme kararı onanarak uyuşmazlık kesin olarak çözüme kavuşturulmuştur.

Buna benzer süreçler, Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfı, Türk Polis Teşkilatını Güçlendirme Vakfı, Türk Silahlı Kuvvetlerini Güçlendirme Vakfı gibi kuruluşlarda da karşımıza çıkmıştır. Ancak bu süreçleri, OYAK sürecinden farklı kılan bir yön bulunmaktadır. Bu süreçlerde kapsamda yaşanılacak değişikliği başlatan etmen, OYAK sürecinde olduğu gibi mahkeme kararı değil, bizzat Kurumun kendi iradesi, önceki kararlarını geri alması olmuştur. Başlangıçta bu vakıfların kapsam açısından ve idare ile olan bağlarının değerlendirilmesinde Kurum tarafından;

- i) idare bütçesinden vakıf tüzelkişiliğine kaynak aktarılıp aktarılmadığı, personel, araç, gereç gibi ihtiyaçların idare tarafından sağlanıp sağlanmadığı,
- ii) idarenin görev alanında faaliyet gösterip göstermediği, idarenin görev alanındaki bazı hizmetlerin, vakıf tüzelkişiliği tarafından doğrudan veya dolaylı olarak yerine getirilip getirilmediği ve bunun karşılığı olarak bir gelir elde edilip edilmediği,
- iii) idarenin teşkilatında görevli kamu personelinin, dernek tüzüğünde, vakıf senedinde veya sandık ana statüsünde dernek veya vakıf üyesi olarak ya da denetim veya yönetim kurulu üyesi olarak öngörülüp öngörülmediği,

gibi kriterlere başvurulmuştur. Bu kriterlerden hareketle bu vakıfların, idareye bağlı birer tüzelkişilik oldukları ya da özel kanunlarla kurulmuş ve kendilerine kamu görevi verilmiş tüzelkişiliğe sahip kuruluşlar oldukları saptamasında bulunulmuş ve akabinde 4734 sayılı Kanunun 2. maddesinin (a) ya da (c) bentleri uyarınca Kanun kapsamında yer alan kuruluşlar oldukları sonucuna ulaşılmıştır. Özellikle 2003 – 2004 yıllarında alınan bu Kurul kararlarının bir kısmı davaya konu edilmişse de kapsam açısından süreçte nihai belirliliği sağlayan yine Kurul kararları olmuştur. 2011 yılı ve sonrasında aldığı kararlarında Kurul, 5072 sayılı Dernek ve Vakıfların Kamu Kurum ve Kuruluşları ile İlişkilerine Dair Kanunun ve söz konusu kriterleri geçersiz kılmaya dönük vakıf senetlerinde yapılan değişikliklerin etkisiyle, önceki kararların aksi yönünde değerlendirmelerde bulunmuş ve bu kez bu vakıfların, Kanun kapsamında olmadıkları sonucuna ulaşmıştır.¹⁸⁸ İşte gerek OYAK gerekse de bu vakıf örnekleri, bize açıkça bir

¹⁸⁸ Kurulun 01.07.2003 tarihli ve 2003/DK.D-212 sayılı Kararı ile Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfının mal, hizmet alımı ile yapım işi ihalelerinde 4734 sayılı Kanuna tabi olduğuna karar verilmiş, bu karar aynı şekilde Kamu İhale Genel Tebliğine de aktarılmış, kararın ve Tebliğ düzenlemesinin iptali istemiyle açılan

istisna maddesine konu edilmeyen, gri alanda kalan ve fakat belli bir süreç ve yapılan değerlendirmeler neticesinde 4734 sayılı Kanun kapsamında yer almaması gerektiğine kanaat getirilen istisnai idarelerin de bulunduğunu anlamamızı sağlamaktadır.

c) *Köylere Hizmet Götürme Birliği*: Diğer idarelerden farklı olarak, Köylere Hizmet Götürme Birliğini ayrı bir başlık altında incelememizi gerektiren oldukça haklı bir sebep bulunmaktadır. Birliğe bu farklılığı kazandıran ise sahip olduğu kapsam dışılık vasfını, hukuka aykırı ve örtülü şekilde hala sürdürebilme başarısıdır. Köy tüzelkişiliklerinin, 4734 sayılı Kanun kapsamında yer almamasından hareketle Kurum tarafından 2003 yılında, sadece köy tüzelkişilikleri tarafından oluşturulan mahalli idare birliklerinin (köylere hizmet götürme birliklerinin) Kanun kapsamında bulunmadığına; köy tüzelkişiliklerinin belediyeler ve/veya il özel idarelerinin katılımı ile oluşturdukları mahalli idare birlikleri ile il özel idarelerinin veya belediyelerin kendi aralarında veya diğer belediyeler veya il özel idareleriyle birlikte oluşturdukları mahalli idare birliklerinin ise 4734 sayılı Kanun kapsamında olduğuna karar verilmiştir.¹⁸⁹

26.05.2005 tarihli ve 5355 sayılı Mahalli İdare Birlikleri Kanununun 18. maddesinin son fıkrasının, bu birliklerin mevcut istisnai vasıfları üzerinde sebep olduğu etkiye ilişkin bir değerlendirme yapılmaksızın bu Karar, günümüze kadar aynı şekilde uygulanagelmıştır. Kurum tarafından hala sadece köy tüzelkişiliklerinden oluşan mahalli idare birliklerinin ihalelerine yönelik yapılan itirazın şikayet başvuruları, görev alanında olmadığından bahisle reddedilmektedir. Oysa köylere hizmet götürme birliklerinin yapacakları ihalelere ilişkin esas ve usullerin, Maliye Bakanlığının görüşü

davalarda Danıştay 10. Dairesi tarafından işlemin yürütülmesinin durdurulmasına ve Danıştay 13. Dairesi tarafından da Tebliğ düzenlemesi ve kararın iptaline karar verilmiştir. Kurum tarafından yapılan temyiz başvurusu üzerine ise bu kez Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 06.05.2010 tarihli ve E:2006/2958, K:2010/910 sayılı Kararı ile “dava konusu Tebliğ düzenlemesi ve Kurul Kararı Hakkında verilen iptal kararının bozulmasına” karar verilmiştir. Bunun neticesinde Kurulun, Vakıf hakkında 2003 yılında tesis ettiği işlem geçerlilik kazanmış iken, 18.04.2011 tarihli ve 2011/DK.D-63 sayılı Kararı ile Kurul, vakıf senedinde yapılan değişiklikleri gerekçe göstererek Vakfın 4734 sayılı kanun kapsamında bulunmadığına karar vermiştir.

Türk Silahlı Kuvvetlerini Güçlendirme Vakfının, 19.12.2011 tarihli ve 2011/DK.D-242 sayılı Kurul Kararı ile 4734 sayılı Kanun kapsamında bulunmadığına karar verilmiş, bu Karar ilk derece mahkeme kararı ile iptal edilmiş ise de Danıştay 13. Dairesinin 25.10.2013 tarihli E:2013/811, K:2013/2659 sayılı Kararı ile ilk derece mahkeme kararının bozulmasına ve dava konusu Kurul kararında hukuka aykırılık bulunmadığına karar verilmiştir. Karara karşı yapılan karar düzeltme istemi Danıştay 13. Dairesinin 04.11.2014 tarihli E:2014/2160, K: 2014/3299 sayılı Kararı ile yerinde görülmemiştir.

Türk Polis Teşkilatını Güçlendirme Vakfının, Kanun kapsamında olduğuna 2003 yılında karar veren Kurul, 04.05.2016 tarihli ve 2016/DK.D-70 sayılı Kararı ile bu kez de Vakfın, 4734 sayılı Kanun kapsamında bulunmadığına karar vermiştir.

¹⁸⁹ Kurulun 01.04.2003 tarihli ve 2003/DK.D-97 sayılı Kararı. Bu Karar daha sonra -şu an yürürlükte olmayan- 2003/5 sayılı Kamu İhale Genel Tebliğine de aynı şekilde aktarılmıştır.

alınarak İçişleri Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceğini öngören 5355 sayılı Kanunun 18. maddesinin son fıkrasına yönelik Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan değerlendirme, Kurum yaklaşımının tam aksine bir duruma işaret etmektedir. Mahkeme, kararında 4734 sayılı Kanunun kapsamını ortaya koyduktan sonra, “*Dava konusu kural uyarınca birliklerin yapacakları ihalelere ilişkin esas ve usullerin 4734 sayılı Yasaya uygun olarak çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği açık olduğundan*” yasama yetkisinin devrinden söz edilemeyeceğini ifade etmiştir.¹⁹⁰

Mahkemeye göre köylere hizmet götürme birliklerinin ihalelerine ilişkin çıkarılacak yönetmelikten beklenen, 4734 sayılı Kanuna uygun olmasıdır. Mahkeme, bu sonuca, bu birliklerin bütünüyle 4734 sayılı Kanun kapsamında olduğu ön kabulünden hareketle ulaşmaktadır. Bu birlikler, hiçbir ayrıma tabi tutulmaksızın bütünüyle 4734 sayılı Kanuna tabi olduğundan, çıkarılacak Yönetmelik de haliyle 4734 sayılı Kanuna uygun olacaktır. Ancak Mahkemeye göre gayet açık olan bu durum, pratiğe hiçbir zaman aynı açıklıkta yansımamış, hatta pratikte hiç karşılık bulamamıştır. Bu kapsamda köy tüzelkişiliklerden oluşan mahalli idare birlikleri, Kurumun 2003 yılında almış olduğu karar doğrultusunda hala 4734 sayılı Kanuna tabi bir idare olarak değerlendirilmemekte ve İçişleri Bakanlığı tarafından yayımlanan Yönetmelik, Anayasa Mahkemesi Kararına rağmen 4734 sayılı Kanunla bağdaşmayan çok sayıda hüküm ihtiva etmeye devam etmektedir.¹⁹¹ Böylelikle hiç de küçümsenmeyecek büyüklükteki bir alanın, fiili ve örtülü bir istisnai vasıf kazanmasına ve bu vasfın hukuka aykırı şekilde varlığını sürdürmesine göz yumulmuş olmaktadır.

Anlaşılan, 4734 sayılı Kanun, açıkça istisnaya konu edilen, açıkça istisnaya konu edilmese de istisna olduğuna kanaat getirilen idarelere ek olarak istisnai vasfını hukuka aykırı şekilde sürdürmeyi başaran idarelerin de kapsamına etki edebildiği bir Kanundur. Kapsama etki eden bu tür örnekleri çoğaltmak mümkün olmakla birlikte, bu örneklemeler ile amaçlanan, 4734 sayılı Kanun sınırlarının, sadece yasada açıkça düzenlenen istisna maddeleri üzerinden belirlenmesinin gerçeği yansıtmayacağını

¹⁹⁰ AYM, 24.9.2008 tarihli E:2005/90, K:2008/146 sayılı Kararı R.G. Tarih-Sayı: 26.02.2009 - 27153

¹⁹¹ Köylere Hizmet Götürme Birliği İhale Yönetmeliği, 28.04.2007 tarihli ve 26506 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Yönetmelik maddeleri incelendiğinde, bu kapsamda 4734 sayılı Kanunda yer alan temel ilkelere ve ihale usullerine bütünüyle yer verilmediği gibi fatura karşılığı alım şeklinde 4734 sayılı Kanunda yer almayan bir usulün öngörüldüğü, bununla birlikte açık ihale usulü ile yapılan ihalelerde teklif mektubunda sunulan bedelin, komisyonca uygun görülmemesi veya tekliflerin aynı olması durumunda komisyonun, ihaleye katılan ve orada bulunan isteklilerden tekliflerini yazılı olarak yenilemelerini isteyebileceği gibi 4734 sayılı Kanunla bağdaşmayan yöntemlere de yer verildiği görülmektedir.

ortaya koymaktır. 4734 sayılı Kanunun gerçek sınırlarının tespiti için, istisna maddeleri listesinden daha fazlasına ihtiyaç vardır. Bu Kanun, doğrudan yasaya konu edilenlerin yanı sıra hukuka uygun ya da aykırı belli değerlendirme süreçleri ve yapılan kabuller neticesinde istisnai vasfa sahip olduğu anlaşılan idare ve/veya alımlar sebebiyle kapsam daralmasına maruz kalan bir Kanundur. Dahası kapsam açısından hala tam anlamıyla giderilememiş belirsizliklere ve kusurlara sahiptir. Bu belirsizlikler yasal ya da yargısal anlamda giderilmediği müddetçe de 4734 sayılı Kanunun, kamu alım ihalelerinin bütününe ya da büyük kısmına uygulanabilir olduğu düşüncesi iyimser bir beklenti olarak kalmaya devam edecektir. Ancak belirtmek gerekir ki bu durum, 4734 sayılı Kanunun, temel ihale kanunları arasında en genel niteliğe sahip Kanun olduğu gerçeğini de değiştirmemektedir. Hatta onca tahrip ve eksilmeye rağmen Kanun bu niteliğini hala korumaktadır. Ancak bu, tabii ki de sınırsız bir kapsam anlamı taşımamaktadır.

Dikkat çekici olan ise 4734 sayılı Kanuna yönelik daha fazlasına sahipmiş gibi bir yaklaşım içinde olunmasıdır. Kanunun kapsamına yönelik, olandan ziyade olması arzu edilen bir muamele söz konusudur. Başlangıçtan beri Kanunun oldukça geniş bir kapsam ve güce sahip olduğu, neredeyse kamunun bütün alımlarını kapsadığı düşünülmekte ve aynı zamanda herkesin de bu düşünceye ortak olması beklenmektedir. Bu, öngörülebilirliği ve objektifliği sağlama gibi oldukça haklı ve iyi niyetli sebeplere dayanan bir tutum teşkil etmekteyse de artık belli bir noktadan sonra daha çok bir inanç meselesi halini almakta ve hukuken savunulabilir olmaktan çıkmaktadır. Neticede karşımıza çıkan, gerçeğin ötesinde bir genellik anlayışı olmaktadır. Gerçeğe biraz abartı katılmak suretiyle inanca da yer açılmaktadır. Ve artık genellik, yerini genellik inancına bırakmaktadır. “*KİK, hem imtiyaz sözleşmeleri gibi idari sözleşmelere hem de idarenin özel hukuk sözleşmelerine uygulanabilir*” gibi söylemler¹⁹², işte iyi niyetli olduğunda şüphe bulunmayan bu fazla inancın karşımıza çıkardığı düşüncelerdir.

Tabii ki bu durumu, fazlalık kısımda kalan ihaleler açısından 4734 sayılı Kanunda öngörülen usullerin hiçbir şekilde uygulanamayacağı şeklinde anlamamak gerekir. İhale süreçlerinin, 4734 sayılı Kanun esas alınarak ya da 4734 sayılı Kanuna atıf yapılarak kurallaştırılmasında bir sorun yoktur. Hatta oldukça da yerinde bir tercihtir. Sorun, tabii olma düşüncesindedir. Bu düşüncenin, belli bir noktadan sonrasının bir inanç halini almış olmasındadır. 4734 sayılı Kanunu esas almak veya

¹⁹² GÜNDAY Metin, BAYMAN Tuğba, ORAK Çağatay Cem, Katı Atık Bertaraf Hizmetlerinin Özel Kişilere Gördürülmesi, TBB Dergisi, 2010 (90) s. 417 (42 nolu dipnot)

Kanuna atıf yapmak farklı, 4734 sayılı Kanuna tabi olmak farklı şeylerdir. Birbirinden farklı sonuçları olan hususlardır. Her şeyden önce 4734 sayılı Kanuna tabi olmak -esas almak ya da atıf yapmaktan farklı olarak- Kamu İhale Kurumunun söz sahibi olduğu bir alana dahil değildir. Zorunlu idari itiraz süreçlerine katlanma, mahkemeye erişim hakkının ölçüsüz sınırlandırılma riskini göze alma, nihayetinde özel hukuk sözleşmesi ile neticelenmez. Kısaca olağan dışı, istisnai bir sürece girmektir. Ve şüphesiz bunun için açık bir kanuni dayanağa ihtiyaç vardır.

Kanun kapsamında yaşanan her azalış, Kanunun genel niteliğinin ve buna duyulan inancın da yıpranması anlamı taşımaktadır. Bu bakımdan “kamu kaynağı” ya da “idare” kavramlarına yönelik yapılan kabul ve değerlendirmelerin, bu niteliği ve inancı yıpratan nedenler arasında yer aldığı açıktır. Üstelik istisna maddelerinin sağladığı aleniyeti, bu kabul ve değerlendirmeler neticesinde oluşan istisnalarda görebilmek mümkün olmamaktadır. Bunlar daha çok sınırlı sayıda kişinin hakkında bilgi sahibi olduğu istisnai alanlar olarak kalmaktadır. Bu bakımdan OYAK ya da idarenin ihtiyacı için ayrılan banka promosyon gelirlerinden yapılacak harcama örnekleri, herkesin bilgi sahibi olmadığı, nispeten gizli kalmış ancak neticede 4734 sayılı Kanunun genelliğini ve bu Kanuna karşı duyulan genellik inancını yıpratan örneklerdir. Bununla birlikte genellik ve inancı yıpratan, nispeten gizli kalmış haller, yalnızca 4734 sayılı Kanunun kapsamını belirlediğine inanılan “kamu kaynağı kullanımı” ya da “idare” kavramlarından kaynaklanmamaktadır. 4734 sayılı Kanunun kapsamı, hemen hemen hiç kimsenin ilgi göstermediği bir unsura daha bağlıdır.

Bu bağlamda bir gereksinimin karşılanmasında kamu kaynağı kullanılmakta mıdır? Kamu kaynağı kullanan idare, 4734 sayılı Kanunda sayılan idareler arasında mıdır? sorularına eklenmesi gereken bir soru daha vardır. Bu soru, ihalenin konusuna ilişkindir. Acaba 4734 sayılı Kanunda sayılan bir idarenin kamu kaynağı kullanarak gidereceği gereksinimi, 4734 sayılı Kanuna konu edilebilecek bir niteliğe de sahip midir? Bu açıdan 4734 sayılı Kanuna konu edilebilecek bir yapım işi midir? Mal veya hizmet alımı mıdır? Aslında birçok kişi bu soruların, yersiz olduğuna inanır. Nitekim 4734 sayılı Kanunun “ihale konusu iş” kaynaklı bir sorunu yoktur. Genel düşünce ve uygulama, ihale konusu edilen işlerin, Kanunun kapsamı üzerinde bir belirleyiciliğinden söz etmenin mümkün olmadığı yönündedir.

Bu düşünce, yapım işleri ve mal alımları açısından büyük oranda doğrudur. Bir işin yapım veya mal alımı olması, başlı başına 4734 sayılı Kanun kapsamını etkileyen bir boyuta sahip değildir. Kanunun kapsam ve uygulanabilirliği sorununun çözümü, bu işler söz konusu olduğunda nispeten kolaylaşmaktadır. Bunun için iki unsura (“kamu kaynağı” ve “idare” unsurlarına) odaklanmak yeterli olacaktır. Bu açıdan da kamu kaynağı kullanmak suretiyle bir mal alım ya da yapım işine giren 4734 sayılı Kanun kapsamındaki bir idarenin -istisnai niteliğe sahip olmadığı müddetçe- tabi olacağı kanun, 4734 sayılı Kanundur. Ancak söz konusu olan bir hizmet alımı ise bu netlikte ve kolaylıkta yargıya ulaşabilmek pek mümkün olmamaktadır. Bu durum, hizmet kavramının, homojen olmayan belirsiz yapısından, anayasal ihale edilebilirlik tartışmalarına uzanan sorunlu niteliğinin bir neticesidir. Ama kuşkusuz bu soruna en büyük katkıyı sunan ve sorunu yönetilebilir olmaktan çıkaran yine 4734 sayılı Kanunun bizzat kendisi olmuştur. Nitekim 4734 sayılı Kanun, zaten sorunlu bir kavram ve alanı, daha sorunlu hale getirmek için elinden geleni yapmıştır. İhale konusu edilecek hizmetleri, sistematikten yoksun şekilde belirlemiş ve mevcut belirsizliği daha da derinleştirecek şekilde kurallaştırmıştır. Bu sistemsizlik ve kötü kurallaştırmadan iyi bir netice elde etmeyi beklemek ise haliyle gereksiz ve anlamsızdır. Nitekim ilerleyen yıllar bizi yanıltmamış ve beklenildiği şekilde hizmet alımları giderek belirsizliğe ve içinden çıkılmaz bir hale sürüklenmiştir.

Gayet basit bir anlayışla, herhangi bir ayrıma gitmeye ve belli bir düzen aramaya lüzum duymaksızın her türlü hizmetin, 4734 sayılı Kanuna konu edilebilir olduğu inancıyla bütün bir süreç yönetilmeye kalkışılmıştır. Üstelik sadece bununla da yetinilmemiş, 4734 sayılı Kanunun aynı zamanda hizmetlerin, ihale edilebilirliği önündeki bütün engelleri ortadan kaldırdığı, bunun için arzu edilen hukuki dayanağı hizmetlere kazandırdığına da inanılmıştır.¹⁹³ Bu çifte inanç, kısa süre zarfında yaygın ve kanıksanan bir uygulama halini almıştır. Artık uygulama tümüyle bu yönde şekillenmiş

¹⁹³ 4734 sayılı Kanun hizmetler özelinde salt ihale sürecini kurallaştıran bir Kanun olmamıştır. Aynı zamanda ve olağan dışı şekilde hizmetlere ihale edilebilir nitelik de kazandıran bir kanundur. Bu özelliğinin dayanağını 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi oluşturmaktadır. Bu bent, ihale sürecine konu edilebilecek hizmetlerin belirtildiği “hizmet tanımı”nı dayanak almış ve bu şekilde Kanunun bu olağan dışı niteliğe de sahip olmasını uzunca bir süre sağlamıştır. Bu bakımdan bu süre zarfında ihale edilen hizmetler ile ihale edilebilir nitelikli hizmetler temelde aynı dayanaktan beslenen, Kanun gereği ilintili, iç içe geçmiş ve birbirini tamamlayan hizmetler olmuşlardır. Ancak belirtmek gerekir ki 4734 sayılı Kanun hizmetlere ihale edilebilir nitelik kazandıran bu olağan dışı özelliğini 2018 yılında büyük ölçüde yitirmiştir. Bu bölümde hizmetler, bu iki özelliği ile birlikte ele alınmış ve bu durum “ihaleye konu edilme” ibaresi ile ifade edilmeye çalışılmış, Kanunun hizmetlere ihale edilebilir nitelik kazandıran özelliğine ilişkin detaylı açıklamalara ise çalışmanın III. Bölümünde yer verilmiştir.

ve her tür ve nitelikte hizmet, artan oranda 4734 sayılı Kanuna konu edilmeye ve bu Kanun sayesinde ihale edilebilir nitelikte görülmeye başlanmıştır. 4734 sayılı Kanundan alınan dayanakla kimsenin sınırlarını kestiremediği ucu açık bir alan karşı taraf katılımına imkan sağlayan bir hüviyete kavuşmuş ve bu alan içerisinde karşı taraf arayışına girişilmiştir. Hizmet alımları, 4734 sayılı Kanunun genel niteliğinde inanca da yer açılmasında, bu inanç kısmının pekişmesi ve genişlemesinde başat rol oynamıştır. Zaman içerisinde bu alanda ortaya çıkan karmaşa ve belirsizliği gidermeye yönelik adımlar atılmışsa da bunlar iyi niyetten öteye geçememiştir. Hatta aksine mevcut karmaşayı daha da artırmıştır. Aslında çözüm diye sunulanların, çözümsüzlükten başka bir şey getirmediği bizzat deneyimlenerek öğrenilmiştir. Üstelik bu olumsuzluklar, başlangıçtan beri Kanunun bu karmaşa ve belirsizliğe engel olacak hukuki çözümleri kendi içerisinde barındırmasına rağmen gerçekleşmiştir. Ne var ki yapılan tercihler, bu çözümlerin işletilmemesi yönünde olmuş ve nihayetinde hizmet alımları, kötü kurallaştırmanın, kötü tercihlerin haliyle kötü sonuçları olarak karşımıza çıkmıştır. Etkileri yalnızca 4734 sayılı Kanun ile sınırlı kalmamış, idare hukukunu, idari sistemi ve kamu personel rejimini etkileyecek denli geniş boyutlu olmuştur. Bize, 4734 sayılı Kanunun, bir usuller silsilesini kurala bağlamaktan fazlası olduğunu öğretmiştir. Bir Kanunun, hem kadın doğum uzmanı alımı¹⁹⁴ hem ölüm belgesi düzenleme¹⁹⁵ gibi hayatın başlangıcında ve bitişinde bile varlığını hissettirebileceğini göstermiştir. Şüphesiz ki hizmet alımları, 4734 sayılı Kanuna birçok şey kazandırmıştır. Ama idare hukukuna çok şey kaybettirmiştir.

¹⁹⁴ 2016/507676 İKN’li Kadın Doğum Poliklinik Muayenesi Hizmet Alımı ihalesi, Yıldırım Belediyesi Sağlık İşleri Müdürlüğü tarafından gerçekleştirilmiştir.

¹⁹⁵ 2018/156771 İKN’li Ölü Muayenesi ve Ölüm Belgesi Düzenlenmesi hizmet alımı ihalesi Osmangazi Belediyesi Sağlık İşleri Müdürlüğü tarafından; 2016/457301 İKN’li Ölüm Belgesi Düzenlenmesi Hizmeti Alımı Tuzla Belediyesi Sağlık İşleri Müdürlüğü tarafından; 2015/165258 İKN’li 2016 Yılı Ölüm Belgesi Düzenlenmesi Hizmet Alımı İşi Sancaktepe Belediyesi Destek Hizmetleri Müdürlüğü tarafından gerçekleştirilmiştir.

II. KAMU İHALE KANUNU KAPSAMINDA HİZMET ALIMLARI

A. İHALE KONUSU ALIM

4734 sayılı Kanunun neleri konu edinebileceği 2. maddede, “mal veya hizmet alımları ile yapım işleri” olarak belirtilmiştir. Bu konuların içeriği, somut olarak hangi işlerden teşekkül ettiği bilgisi ise Kanunun 4. maddesinde yer almaktadır. Aslında başlığından da anlaşılacağı üzere bu madde, Kanunda yer alan belli başlı kavramların tanımlandığı maddedir. Bu yönüyle Kanunda yer alan “idare”, “teklif”, “ihale”, “istekli”, “istekli olabilecek” gibi kavramların, Kanun uygulanmasındaki karşılıklarını, anlamlarını ortaya koyan ve sınırlarını belirleyen maddedir. Ancak aynı zamanda bu madde, “kamu kaynağı” ve “idare” unsurlarına ek olarak “ihale konusu alım” unsurunun kapsam üzerinde belirleyiciliğe sahip olup olmadığı ile 4734 sayılı Kanunun konu yönüyle bir sınırının bulunup bulunmadığı sorularına cevap bulunabilecek maddedir. Bu olanağı sağlayan ise maddede yer alan “mal”, “hizmet” ve “yapım” tanımlarıdır.

Bu tanımlarda, konu yönüyle sınır ya da sınırsızlık, pek de rasyonel kabul edilemeyecek bir yöntemden yana yapılan tercihle ortaya konulmaya çalışılmıştır. Kanunun benimsediği yöntem, belli gruplara ayırma ya da üst başlıklar altında listeleme değil, ucu açık sayma yöntemi ve torba yöntem olmuştur. Bu kapsamda Kanunun 4. maddesinde;

“Bu Kanunun uygulanmasında;

Mal: Satın alınan her türlü ihtiyaç maddeleri ile taşınır ve taşınmaz mal ve haklar

Yapım: Bina, karayolu, demiryolu, otoyol, havalimanı, rıhtım, liman, tersane, köprü, tünel, metro, viyadük, spor tesisi, alt yapı, boru iletim hattı, haberleşme ve enerji nakil hattı, baraj, enerji santrali, rafineri tesisi, sulama tesisi, toprak ıslahı, taşkın koruma ve dekapaj gibi her türlü inşaat işleri ve bu işlerle ilgili tesisat, imalat, ihzarat, nakliye, tamamlama, büyük onarım, restorasyon, çevre düzenlemesi, sondaj, yıkma, güçlendirme ve montaj işleri ile benzeri yapım işleri

Hizmet: Bakım ve onarım, taşıma, haberleşme, sigorta, araştırma ve geliştirme, muhasebe, piyasa araştırması ve anket, danışmanlık, tanıtım, basım ve yayım, temizlik, yemek hazırlama ve dağıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, koruma ve güvenlik, meslekî eğitim, fotoğraf, film, fıkri ve güzel sanat, bilgisayar sistemlerine yönelik hizmetler ile yazılım hizmetleri, taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanması ve benzeri diğer hizmetler”

olarak tanımlanmıştır.

4734 sayılı Kanun içerisinde kullanılan “mal”, “hizmet” ve “yapım” kavramlarının, karşılıklarının ne olduğunu, neye tekabül ettiklerinin cevabını, işte bu tanımlar vermektedir. Tanımlarla 4734 sayılı Kanun arasındaki bu ilişki, tabiatı gereği böyle olmakla birlikte, bu ilişkiyi maddenin başında yapılan “*Bu Kanunun uygulanmasında*” vurgusu üzerinden de anlamak mümkündür. Bu ilişki aynı zamanda kapsam açısından elzem bir unsurun da açıklığa kavuşmasını sağlamaktadır. Bu ilişki sayesinde kapsam açısından asli belirleyici hüküm olan Kanunun 2. maddesinde yer alan “*Aşağıda belirtilen idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihaleleri bu Kanun hükümlerine göre yürütülür*” cümlesindeki *mal veya hizmet alımları ile yapım işleri* kavramlarının karşılıklarını anlamlandırmak ve Kanun kapsamının belirleyici unsurlarından biri olduğunu anlamak mümkün olmaktadır. Böylece mal, hizmet ve yapım kavramlarının başka deyişle de ihale konusu işin, 4734 sayılı Kanun kapsamı üzerindeki belirleyici etkisi ile bu hususta duyulan şüphe ve yapılan tartışmaların yersizliği de ortaya çıkmış olmaktadır.

Şu halde, 4734 sayılı Kanuna konu edilebilecek işleri kurallaştıran bu tanımların ve tanımlarla çizilen sınırın ya da sınırsızlığın, Kanun kapsamı üzerinde etkin bir role sahip olduğu hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Bu bakımdan 4734 sayılı Kanun kapsamında yer alan bir idare tarafından kamu kaynağı kullanılarak yapılan hisse alımının ya da restorasyonun veya denetim işinin, maddede yapılan mal/yapım/hizmet tanımı içerisinde yer alması ya da yer almamasının sonuçları farklı olacaktır. Tanımlar içerisinde yer alması alımı, 4734 sayılı Kanuna tabi kılacak iken, yer almaması alımı, 4734 sayılı Kanuna tabi olmaktan alıkoyacaktır. Ne var ki taşıdığı bu öneme karşın, tanımların, teoride ve pratikte hak ettiği değeri gördüğünü söylemek oldukça zordur. Tanımlarda tercih edilen kurallaştırma yöntemi de kuşkusuz bu değer kaybına önemli bir katkı sunmuştur. Bu yöntem nedeniyle tanımlar üzerinden belirliliği, her durumda aynı basitlikte sağlamak pek mümkün olmamaktadır. 4734 sayılı Kanun, mal tanımında torba yöntemi benimsemişken, yapım ve hizmet tanımında tercihini, ucu açık sayma yönteminden yana kullanmıştır. Bu kapsamda mal alımlarına geniş ve belirlenebilir bir hareket alanı bırakılmış, yapım işleri ve hizmet alımları açısından ise bazı işler ismen sayılmış ve “benzeri” bağıntısı üzerinden kapsamın genişletilebilmesine imkan tanınmıştır. Benzerleri üzerinden genişleme imkanı sunan bu ucu açık yöntemde, ismen sayılan işlerin ihaleye konu edilebilirliği oldukça basit bir mesele olmakta iken çok daha büyük bir alana tekabül ettiğinde şüphe bulunmayan ismen sayılmayan işler açısından

ise belirliliği sağlama, karmaşık ve zorlu bir uğraşı göze almayı gerektirmektedir. Bu karmaşık, zorlu alan da ekseriyetle hizmetlerden oluşmaktadır. Zira yasa koyucu hizmetlerin, belirlenebilirlik konusunda mal ve yapımdan oldukça farklı bir yapıya sahip olduğu gerçeğini gözden kaçırmış ve yapım işleriyle aynı muameleye tabi tutmak suretiyle hizmetlere de belirlilik kazandırabileceğini düşünmüştür. Başlı başına sorunlu ve belirsiz bir alanın bu şekilde bir ucu açık yöntemle maruz bırakılması, oldukça hatalı ve talihsiz bir tercih olmuştur. Zaten ilerleyen yıllar, bu sorunlu tercihin sorunlu sonuçlarını gözlemlene fırsatı sunmuş ve bu iddianın haklılığını da teyit etmiştir.

B. HİZMET ALIMLARI

Türk kamu alımları tarihi, yapım işleri ve mal alımları eksenlidir. Hizmetlerin özgün olarak, bu denli ayrıntı ve yoğunlukta ihaleye konu edilmesi, görece yeni bir olgudur ve başlangıcı 80’li yılların ikinci yarısından sonrasına rastlamaktadır. Bu tarihten önce hizmet alımları denildiğinde ise akla gelen nakliye, depolama ile proje, kontrollük, müşavirlik gibi yapım ve mal türevi hizmetler olmaktadır. Bunlar, yapım işine ya da mal alımına bağımlı ve ekli olan hizmetlerdir. 80’li yılların ikinci yarısından öncesi, ekseriyetle yapım işinden ya da mal alımından dolayı varlık kazanabilmiş hizmetlerden oluşan, özgün nitelik taşımayan, sınırlı hizmet anlayışının hakim olduğu dönemdir. Bu sınırlı anlayış uzunca bir süre de etkili olmuştur. Hatta bu anlayışın etkilerini, 4734 sayılı Kanunun kabul edildiği 2002 yılı meclis görüşmelerinde bile görebilmek mümkündür. Görüşmelerde Kanunda sayılan diğer hizmet türlerinden ziyade yapımla ilgili hizmet işlerine ilgi gösterilmiş ve sıklıkla da bu işlerden söz edilmiştir.¹⁹⁶ Bu durum, 2000’lerin başında bile ülke olarak hizmetlerin özgün olarak ihaleye konu edilmesini tam anlamıyla içselleştiremediğimizi ve hala dar bir bakış açısına sahip olduğumuzu göstermektedir.

Hizmetlerin özgün olarak, gerçek anlamda ihaleye konu edilmesinden söz etmek, 80’li yılların ikinci yarısından sonra mümkün olmuşsa da ihaleye uyum sağlamaları, başlangıçtaki yalpalamalara rağmen beklenenden çok daha hızlı gerçekleşmiştir. Bu bağlamda ilk akla gelen hüküm, 1988 yılında 318 sayılı KHK’nın

¹⁹⁶ https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_g_sd.birlesim_baslangic?P4=6870&P5=B&PAGE1=1&PAGE2=112 (Erişim Tarihi: 25/5/2018)

ilk maddesiyle 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 36 ncı maddesine eklenen fıkradır. Hatta hükme, süreçte çözülmeyi sağlayan ilk hüküm olduğu nazarıyla bakılır.¹⁹⁷ Maddenin, yardımcı hizmetler sınıfı başlıklı bölümüne eklenen bu fıkra ile bu sınıfa dahil personel tarafından yerine getirilmesi gereken hizmetlerden, hizmet yerlerinin ve tedavi kurumlarının temizlenmesi, tesisatın bakım ve işletilmesi ve benzeri nitelikteki hizmetlerin üçüncü şahıslara ihale yoluyla gördürülmesi mümkün kılınmıştır. Bu hüküm sayesinde önceden kamu personeline münhasır olan ve kamu personeli eliyle yürütülegelen yardımcı hizmetlerden oluşan görece sınırlı bir alanın, ilk kez özel hukuk kişilerine açıldığı ve ihale edilebilir hal aldığı kabul edilir.

Oysa bu yardımcı hizmetler alanından önce de ihale edilebilir hal alan, üstelik de oldukça önemli hizmet alanları bulunmaktadır. Örneğin, sağlık hizmetleri gibi temel kamu hizmeti niteliğindeki bir alan, bu yardımcı hizmetlerden yaklaşık bir yıl önce ihale edilebilir nitelik kazanmıştır. Buna olanak sağlayan da 1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun 3. maddesinin (b) bendidir. Bu bent uyarınca kamu ve özel bütün sağlık kurum ve kuruluşlarının kurulması ve işletilmesinde kaynak israfı ve atıl kapasiteye yol açılmaksızın gerektiğinde *hizmet satın alınarak* kaliteli hizmet arzı ve verimliliği esas alınacaktır.¹⁹⁸ Bu hüküm, belli şartlar altında ve sağlık hizmetinin parçalarına ilişkin bir ayırım yapmaksızın bütünüyle yürütümü ve sunumunda kamu sağlık kurum ve kuruluşlarına bir takdir yetkisi tanımaktadır. Bu doğrultuda kaliteli hizmet arzı ve verimliliği sağlamak maksadıyla ve sağlık hizmeti alanında kaynak israfı ve atıl kapasiteye yol açılmaması şartıyla, bu kurum ve kuruluşlarca gerektiğinde hizmet alımı yöntemine başvurulabilecektir.¹⁹⁹

Ne var ki 1987 yılında tanınan bu hukuki imkandan hiç yararlanılmamış ve bu Kanuna istinaden sağlık hizmetinin herhangi bir parçası ihaleye konu edilmemiştir.

¹⁹⁷ TOPRAK Eren, Türkiye’de Hizmet Alımı İhaleleri Kavram ve Yapı Üzerine Değerlendirme, Seçkin Yayıncılık, I. Baskı, Mart – 2012, s. 91

¹⁹⁸ Sağlık hizmetlerinin ihale edilebilirliğine dair bu tarihi, 1961 yılına kadar geriye götürebilmek de mümkün görmektedir. 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun (12.1.1961 tarihli ve 10705 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.) 4. maddesinde hekimlerin belli koşullara bağlı olarak özel sağlık müesseseleri açabilmelerine imkan tanınması ile sağlık hizmetleri ihale edilebilir niteliğe de kavuşmuş olmaktadır. Ancak anımsanacağı üzere ihale edilebilir niteliğin, idare hukukunda anlam kazanabilmesi, bir koşulun varlığına daha bağlıdır. Bunun için idarelerin ayrıca bir hukuki dayanağa da sahip olmaları gerekmektedir. Bu hukuki dayanak koşulunu ise Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun değil, sağlık hizmetlerinin işletilmesinde kamunun hizmet satın alabileceğini belirtmek suretiyle Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu sağlamaktadır. İşte bu nedenle bu çalışmada Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu, sağlık hizmetlerine ihale edilebilir nitelik kazandıran ilk Kanun olarak ele alınmıştır.

¹⁹⁹ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. ÇAKIR Hüseyin Melih, Sağlık Hizmetlerinin Özel Hukuk Kişileri...s. 396-400

Günümüzde bile üzerinde sert tartışmaların yaşandığı böylesine hassas bir alan üzerinde bulunulacak tasarrufa o dönemde gösterilebilecek tepkiler düşünüldüğünde, bu imkana hiç başvurulmamış olması gayet anlaşılabilir bir davranıştır. Bu imkana başvurulmadığı ve uygulamaya yansıyan bir örneği olmadığı için de erken doğan böylesine bir hukuki imkanın mevcudiyetinden, pek çok kişi bilgi sahibi değildir. Bu nedenle de sağlık hizmetlerinin ihale edilebilir niteliğini çok daha sonraları kazandığına inanılır. Bu imkana 657 sayılı Kanunda yapılan değişiklikle kavuşulduğu kabul edilir ve konu ekseriyetle de bu değişiklik temelinde işlenir. Hatta sağlık hizmetlerinin ihale edilebilirliğine ilişkin Anayasa Mahkemesine uzanan yargısal süreç de bütünüyle bu fıkra üzerinden ilerlemiştir.²⁰⁰ Buna göre sağlık hizmetlerine ihale edilebilir niteliği kazandıran ilk yasal dayanak, 2003 yılında 657 sayılı Kanunun 36 ncı maddesinin Sağlık Hizmetleri ve Yardımcı Sağlık Hizmetleri Sınıfı başlıklı bölümüne eklenen ve bu sınıfa dahil personel tarafından yerine getirilmesi gereken hizmetlerin, lüzumu halinde bedeli döner sermaye gelirlerinden ödenmek kaydıyla, Bakanlıkça tespit edilecek esas ve usullere göre hizmet satın alınması yoluyla gördürülebileceğini hükme bağlayan fıkradır. Oysa bu fıkra, zaten var olan bir yasal olanağı, daha açık ifade etmekten, anlaşılır ve belirgin kılmaktan öte bir yenilik getirmemiştir. ÇAKIR'ın da haklı olarak belirttiği üzere bu fıkra ile aslına bakılırsa, 3359 sayılı Kanunda düzenlenmiş bulunan malumun ilanı gerçekleşmiştir.²⁰¹

Öte yandan sağlık hizmetlerinin bu önceliği, sadece hukuki boyutta kalan, pratiğe yansımayan bir öncelik olsa da 1988 yılında 657 sayılı Kanun ile ihale edilebilir kılınan yardımcı hizmetlerden önce fiilen ihale edilen başkaca özgün hizmetlerden de söz etmek mümkündür. Mal ve yapım türevi hizmetlerin yanı sıra örneğin, 1987 yılında Afyon Belediyesi tarafından çöp toplama ve taşıma işi,²⁰² Ankara Atatürk Göğüs Hastalıkları Hastanesi Baştabipliği tarafından 1987 yılında hastane temizliği işi,²⁰³ yine aynı yıl içerisinde İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı tarafından bina temizliği işi,²⁰⁴ DSİ I. Bölge Müdürlüğü tarafından 1978 yılında personel taşıma ve şantiye hizmetlerinde kullanılmak üzere servis aracı kiralama işi,²⁰⁵ Etibank Genel Müdürlüğü

²⁰⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. s.186-189

²⁰¹ ÇAKIR Hüseyin Melih, Sağlık Hizmetlerinin Özel Hukuk Kişileri...s. 398

²⁰² İhale ilanı, 1 Aralık 1987 tarihli ve 19651 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

²⁰³ İhale ilanı, 1 Mart 1987 tarihli ve 19387 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

²⁰⁴ İhale ilanı, 30 Aralık 1987 tarihli ve 19680 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

²⁰⁵ İhale ilanı, 7 Nisan 1978 tarihli ve 16252 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

tarafından 1981 yılında maden sahalarının kira karşılığı çalıştırılması (rodövans) işi ihale edilmiştir.²⁰⁶ Kaldı ki emanet usulü kapsamında sadece işçiliğin ihale edildiği örnekler bile bulunmaktadır.²⁰⁷

Bu bakımdan bilinenin aksine 1988 yılı, hizmetlerin ihale edilebilirliğinde başlı başına bir dönüm noktası teşkil etmemektedir. Daha önce ihale edilebilir kılınan ya da ihale edilen hizmet alanları da bulunmaktadır. Tabii ki bu durum, 1988 yılı değişikliğinin hiçbir etkisinden söz edilemeyeceği anlamı da taşımaz. Değişiklik bir ilk olmasa da ihale edilebilirlik ve ihale edilme adına döneminin en etkili olduğu şüphe yoktur. 1988 yılında 657 sayılı Kanuna eklenen fıkra, yardımcı hizmetlerin ihale edilmesine hissedilir bir katkı sunmuş ve özellikle 90'lı yıllarla birlikte bu tür hizmet ihalelerinde gözle görülür bir artış yaşanmasına sebep olmuştur. Bu kapsamda örneğin, Türkiye Yüksek İhtisas Hastanesi tarafından 1988 yılında hastanenin periyodik temizliği ihalesine çıkılmış,²⁰⁸ Zeynep Kamil Kadın ve Çocuk Hastalıkları Hastanesi, Gazi Üniversitesi Tıp Fakültesi tarafından 1989 yılında hastane temizlik işi ihale edilmiş,²⁰⁹ Ankara Atatürk Göğüs Hastalıkları Hastanesi tarafından 1990 yılında hastane temizliği ihalesine çıkılmış,²¹⁰ yine aynı yıl içerisinde Konya Devlet Hastanesi hastane temizliği ve ilaçlanması işini ihale etmiş,²¹¹ Buca Hastanesi, Ordu Devlet Hastanesi, Aydın Doğumevi Hastanesi tarafından 1991 yılında hastane genel temizliği ihalesine çıkılmış,²¹² Şişli Belediyesi tarafından aynı yıl içerisinde belediye personelinin yemek gereksinimi ihale edilmiş,²¹³ Ordu Doğum ve Çocuk Bakımevi Hastanesi 1992 yılında malzemeli umumi temizlik ihalesine çıkmış,²¹⁴ 1993 yılında Gümrük Müsteşarlığı bina temizliği işini, Sağlık Bakanlığı Merkez Teşkilatı ve Bağlı Birimlerinin genel temizlik işini, Akdeniz Üniversitesi Tıp Fakültesi, Selçuk

²⁰⁶ İhale ilanı, 14 Aralık 1981 tarihli ve 17544 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

²⁰⁷ Örneğin, Düzköy Belediyesi tarafından emanet usulü kapsamında gerçekleştirilen elektrik tesisi yapım işinde sadece işçilik için ihaleye çıkıldığı görülmektedir. Buna ilişkin ihale ilanı, 18 Ekim 1977 tarihli ve 16088 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır. İlanda, malzemelerin belediye tarafından temin edileceği, işçilik ihale bedelinin 1.079.746,20 lira olduğu ve işçiliğin emaneten 4768 sayılı Kanun gereğince kapalı zarf usulü ile yapılacağı ifade edilmektedir.

²⁰⁸ İhale ilanı, 4 Ağustos 1988 tarihli ve 19889 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

²⁰⁹ İhale ilanları, 6 Ocak 1989 tarihli ve 20041 sayılı Resmi Gazete ile 22 Mart 1989 tarihli ve 20116 sayılı Resmi Gazete yayımlanmıştır.

²¹⁰ İhale ilanı, 25 Ocak 1990 tarihli ve 20413 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

²¹¹ İhale ilanı, 30 Ocak 1990 tarihli ve 20418 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

²¹² İhale ilanı, 27 Mart 1991 tarihli ve 20827 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

²¹³ İhale ilanı, 1 Ağustos 1991 tarihli ve 20947 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

²¹⁴ İhale ilanı, 17 Mayıs 1992 tarihli ve 21231 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

Üniversitesi bina temizliği işini ihale etmiş²¹⁵ ve ilerleyen yıllar bu tür yardımcı hizmetlerin daha rahat ve sık ihale edildiği yıllar olmuştur. Ayrıca bu yıllar, sadece yardımcı hizmetler alanında değil, özellikle belediyelerin park, bahçe bakım onarımı, çöp toplama gibi asli işlerinin ihalelerinde de artışların yaşandığı yıllardır.²¹⁶ Yine de bunlara rağmen bu yıllar için söylenebilecek olan, hizmetler üzerindeki tasarruflarda daha sınırlı olunan ve tedbirli davranılan yıllar olduğudur. Bu yönüyle de hizmetlerin ihaleye konu edilmesinde 90'lı yıllar, geçişin sağlandığı, fırtına öncesi sessizliğin yaşandığı yıllardır.

2000'li yıllara gelindiğinde ise her şey çok daha farklı olacaktır. 90'ların sınırlı ve tedbirli davranışları giderek yerini aşırılığa ve düzensizliğe bırakacaktır. Artık her tür ve nitelikteki hizmetin ihale edilebileceği anlayışı iyiden iyiye yerleşecek ve sağladığı kolaylıkların farkına varıldıkça da hizmetler üzerinde tasarrufta bulunmanın aslında çok da kötü bir fikir olmadığı düşüncesi giderek yaygınlık kazanacaktır. Daha önce istisnai ve sınırlı olarak ihale edilen ya da hiç ihale edilmeyen hizmetler özellikle 2000'li yılların ikinci yarısından sonra daha olağan şekilde ihale edilmeye başlanacaktır. Süreçte yoğunlaşma yardımcı hizmetler üzerine olsa da ihale edilen hizmetin, kamu hizmeti niteliği taşıyıp taşımadığı, asli iş ya da yardımcı iş olup olmadığı gibi hususlara pek önem atfedilmeyecek, hatta bu tür konular pek düşünmeye değer de bulunmayacaktır. Bu olanağı sağlayan başlıca dayanak ise 4734 sayılı Kanundan başkası olmayacaktır. Hizmetlerin özgün olarak ihale edilmesinde arzu edilen noktaya ulaşılabilmesi için gereken katkıyı, bu Kanun fazlasıyla sunacaktır. Böylece 80'lerin ikinci yarısında başlayan bir süreç yaklaşık 20 yıl içerisinde her yönüyle evrimini tamamlamış ve istenilen liberal olgunluğa da erişmiş olacaktır.

²¹⁵ İhale ilanları, 26 Aralık 1993 tarihli ve 21800 sayılı; 9 Haziran 1993 tarihli ve 21602 sayılı Resmi Gazetelerde yayımlanmıştır.

²¹⁶ Örneğin, Isparta Belediyesi tarafından 1990 yılında şehir içi temizliği ve çöp toplama işi ihalesine çıkılmış (İlanı, 6 Haziran 1990 tarihli ve 20540 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır), Akhisar Belediyesi tarafından 1991 yılında çöplerin bir yıl süre ile toplanması ve taşınması işi ihale edilmiş (İlanı, 11 Nisan 1991 tarihli ve 20842 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır), İzmir Büyükşehir Belediyesi tarafından 1992 yılında belediye sınırları içinde bulunan parkların bakımı, dikimi, çapa, sulama, budama, çim biçme, temizlik işleri ihale edilmiş (İlanı, 19 Kasım 1992 tarihli ve 21410 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.) yine aynı yıl içerisinde Kütahya Belediyesi tarafından mahalle, sokak, ana cadde ve kaldırımlarının temizliği ve çöplerinin 3 yıl süreyle toplatılması işi ihale edilmiş (İlanı, 2 Eylül 1992 tarihli ve 21333 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.), Osmangazi Belediyesi 1995 yılında tarafından sınırları içinde kalan 15 mahallenin cadde ve sokaklarının çöplerinin toplanması nakliyesi ve temizliği hizmeti ile çöp toplama işi ihale edilmiştir. (İlanı, 14 Temmuz 1995 tarihli ve 22343 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.)

Peki bu denli yoğun ve dinamik bir süreçle konu olan ve bu kadar önem atfedilen hizmet kavramından ne anlamak gerekir? Kavramsal olarak hizmet, nerede başlamakta ve nerede bitmektedir? Neleri kapsamaktadır? Yapım ve maldan farkı nedir? Bu anlamda bir klimanın montaj dahil alımı, bir mal alımı; klima tesisatının yenilenmesi bir yapım işi olarak değerlendirilebilmekte iken, klimanın montaj dahil kiralanması veya klimanın sadece montajı ya da klima parçalarının değiştirilmesi ve yenilenmesi, neden hizmet alımı olarak değerlendirilmektedir? Şüphesiz bunlar, belli kabuller çerçevesinde cevaplanabilecek olan ve bu cevapların ise daha çok hizmet kavramında saklı olduğu sorulardır. Bu, hizmet kavramının sahip olduğu özelliklerin, bu anlamda maddi nitelik taşınamamasının, heterojen, soyut ve göreceli yapısının neden olduğu bir sonuçtur.²¹⁷ Bu özellikler hizmetin, mal ve yapımın aksine belli bir alana hapsedilebilmesini, hizmete kesin sınırlar çizilebilmesini oldukça güçleştirmekte ve bu sorulara verilecek cevaplar üzerinde hizmet kavramının ve bu kavrama yüklenecek anlamın belirleyici olmasını sağlamaktadır.

Diğer yandan bu özelliklerinden hizmetin, başlı başına bir belirsizlik sebebi ve son tahlilde bir hukuk devleti sorunu olmasının sebebini de anlamak mümkün olmaktadır. Ancak bu, salt ülkemize özgü bir sorun değildir. Bu belirsizliği, uluslararası metinlerde de benzer şekillerde gözlemlemek mümkündür. Bizde olduğu gibi bu metinlerde de bir hizmet tanımı yapmak ya da hizmet alanına mutlak bir belirlilik kazandırmak gibi bir gaye güdülmemekte, bu yönde bir zorunluluk da hissedilmemektedir. Zaten hakim anlayış, bu yönde bir çaba sergilemenin anlamsız olduğu yönündedir. Anlamsızlığın sebebi, sadece tanımlamada ya da belirliliği sağlamada karşılaşılan güçlük değildir. Sağlanmak istenen düzen açısından önemli olan hizmetleri tanımlamak ya da hizmetlere belirlilik kazandırmak değil, hizmetlerin piyasaya açılımının önündeki engelleri kaldırmaktır. Olabildiğince fazla sayıda hizmeti, piyasaya kazandırmaktır. Bunun için hizmetlere belirlilik kazandırmaya ve mutlak sınırlar çizmeye çalışarak vakit kaybetmeye gerek yoktur. Zira belirsizlik, bunu gerçekleştirecek elverişli koşulları fazlasıyla sunmaktadır. Belirsizlik sayesinde daha geniş bir alan üzerinde çok daha kolay tasarrufta bulunulabilmekte ve daha fazla hizmetin kolayca piyasaya açılmasına imkan sağlanmaktadır. Böylelikle de amaca daha kısa sürede ve zahmetsiz ulaşılabilir. Bu bakımdan hizmetlerin belirsiz olması ve belirsiz olarak kalması, açıkça dile getirilmese de arzu edilen ve her zaman kazandıran

²¹⁷ Bu özellikler için bkz. Hizmet Sektörü İşveren Sendikası, Kamu Hizmetlerinde Özel Sektörün Yeri, s. 22-23

bir tercih olmaktadır. Ve bunun için hukuk devletinin yıpranmasının da bir önemi bulunmamaktadır. Bu anlamda liberal anlayış, kendi üretimi bir liberal ilkeyi ihlal etmekte beis görmemektedir.

Bu kapsamda ilk olarak müzakereleri DTÖ bünyesinde yürütülen ve hizmetlerin tüm dünyada serbestleştirilmesini hedefleyen çok taraflı yatırım ve ticaret anlaşması olan Hizmet Ticareti Genel Anlaşmasına (General Agreement on Trade in Services-GATS) bakıldığında hizmetler, “*resmi otoritenin uygulanmasında sunulan hizmetler dışında kalan her sektördeki hizmetler*” olarak, resmi otoritenin uygulanmasında sunulan hizmet ise, “*ticari amaç dışında ve bir ya da fazla hizmet sunucusuyla rekabet etmeksizin sunulan hizmet*” şeklinde tanımlanmaktadır.²¹⁸

Dünya Ticaret Örgütü Revize Kamu Alımları Anlaşmasında, (World Trade Organization Revised Agreement On Government Procurement) spesifik olarak hizmet tanımlanmamakla birlikte “*ticari mal veya hizmetler*”; “*genellikle ticari pazarda özel kişilere kamusal olmayan amaçlarla satılan veya satılması teklif edilen ve mutat olarak özel kişilerce kamusal olmayan amaçlarla alınan mal veya hizmet türleri*”, “*inşaat hizmeti*”; “*amacı Birleşmiş Milletler Geçici Merkezi Ürün Sınıflamasının (CPC) 51. Bölümüne dayalı olarak mühendislik ya da yapım işlerinin her şekilde gerçekleştirilmesi olan hizmetler*” olarak tanımlanmakta ve hizmetin, aksi belirtilmedikçe inşaat hizmetlerini de kapsadığı ifade edilmektedir.²¹⁹

AB’de kamu alımlarına ilişkin ihaleleri düzenleyen 2014/24/EU sayılı Klasik Sektör Direktifi ile 2014/25/EU sayılı Su, Enerji, Ulaştırma ve Posta Sektörleri Direktifinde de doğrudan hizmet tanımlanmamakta, ancak “sözleşmeler” üzerinden bir tanıma ulaşmak mümkün olmaktadır. Direktiflerde “hizmet alım sözleşmeleri”, gene aynı madde içerisinde tanımlanan yapım işi sözleşmeleri dışında kalan hizmetlerin sunulması olan sözleşmeler şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımdan hareketle de yapım işlerine bağlı bir hizmet tanımı yapmak ve direktifin uygulanmasında hizmetin, yapım işi dışında kalan hizmetleri ifade ettiği sonucuna ulaşmak mümkündür. Bununla birlikte Direktiflerde, daha kolaylaştırılmış bir rejime tabi tutulacak, sağlık, sosyal hizmetler, eğitim, organizasyon, yemek gibi hizmetleri kapsayan, “sosyal ve diğer özel hizmetler”

²¹⁸ Bu tanımlar Anlaşmanın 1/ (3) b ve c maddesinde yer almaktadır. Ayrıntılı açıklama ve eleştirisi için bkz. KARAHANOGULLARI, Kamu Hizmeti... s.381-391

²¹⁹ https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/rev-gpr-94_01_e.htm (Erişim tarihi: 03.06.2018) (Bu tanımlar Anlaşmanın 1/ (a) (c) (r) maddesinde yer almaktadır.)

adı altında belirli ve farklı bir hizmet kategorisi de oluşturulmuş durumdadır.²²⁰ Hatta bir önceki direktiflerde, (2004/17/EC sayılı sektörler direktifi ve 2004/18/EC klasik sektör direktifi) yürürlükteki bu direktiflere oranla hizmetleri daha belirgin kılan bir tanım göze çarpmaktadır.²²¹ Bu direktiflerde hizmet alım sözleşmeleri, üye ülkelerdeki sunum kolaylığına göre direktif ekinde iki bölüm halinde yer alan hizmet listelerine de atıf yapılmak suretiyle tanımlanmıştır. Hizmetler ve tanım açısından esas alınabilecek bir liste söz konusudur. Yapılan tanıma göre de hizmet alım sözleşmeleri, konusu ekte belirtilen hizmetlerin verilmesi olan ve yapım işleri ile mal alımı ihale sözleşmeleri dışında kalan sözleşmeleri ifade etmektedir. Ayrıca hizmet alım ihalelerine özgü ilk direktif olan 92/50/EEC sayılı Direktifte de buna benzer bir yöntemle başvurulduğu görülmektedir.²²²

Bu ulus üstü düzenlemelerde amaçlanan, hizmetlere belli ve mutlak bir sınır kazandırma değil, belirsiz bir alan tarifi üzerinden hizmetlerin olabildiğince genel ve geniş şekilde ele alınmasını sağlamadır. Ancak bu amaç, bu geniş alanın bütünüyle de belirsizliğe terk edildiği anlamı taşımamaktadır. Birçok düzenleme kendi içerisinde hizmet alanının bu belirsizliğini nispeten de olsa giderecek belirli ya da belirlenebilir alancıklar barındırmaktadır. Bu da genellikle ilk akla gelen yöntemle, listeleme/sınıflama yöntemi ile sağlanmaktadır. AB kamu alımları açısından bu belirliliği sağlayan Ortak Kamu Alımları Sözlüğüdür. (OKAS - Common Procurement Vocabulary)²²³ Bu sözlükte hizmetler uzun ve oldukça ayrıntılı bir şekilde listelenmiş ve her bir hizmet için ayrı bir kod tanımlanmış durumdadır. Her ihale, bu kodlara bağlı ve bu kodlar belirtilmek suretiyle gerçekleştirilmekte ve bu şekilde ihale konusu işlere de ihale bazında belirlilik kazandırılmaktadır. Sözlükte listelenen hizmetler incelendiğinde ise yargı hizmetleri, dışişleri hizmetleri gibi şu anda bizim için kırmızıçizgi niteliğinde olan hizmetlerin de bu kapsamda yer aldığı ve bu hizmetler üzerinde de üye ülkelere bir tasarruf imkanı tanındığı görülmektedir. Ancak yine de bu

²²⁰ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32014L0024>, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32014L0025> (Erişim tarihi: 03.06.2018) Tanımlar her iki direktifin de 2. maddesinde yer almakta iken, sosyal ve diğer özel hizmetler, Klasik Direktifin Üçüncü Kısım Birinci Bölümünde (md. 74 vd), Sektörler Direktifinin de Üçüncü Kısım Birinci Bölümünde (md. 91 vd) düzenlemiştir.

²²¹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:32004L0018>, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0017&from=EN> (Erişim Tarihi: 03.06.2018)

²²² <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31992L0050&from=EN> (Erişim Tarihi: 03.06.2018)

²²³ Commission Regulation (EC) No: 213/2008, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32008R0213> (Erişim Tarihi: 22.06.2018)

listenin, hizmetlere tam anlamıyla bir belirlilik kazandırdığından söz etmek mümkün değildir. Nitekim bu listeler içerisinde “diğer hizmetler” adı altında bir bölüme de yer verilmekte ve hizmetlerin bütünüyle sınırlanmasından kaçınılmaktadır.

Tüm bu düzenlemelere bakıldığında hizmetlere belirsiz bir alan bırakıldığı gerçeğinin yanı sıra bu belirsizliğin, neoliberal anlayışa uygun rasyonelliği ve pratikliği barındırdığını da söylemek mümkündür. Bu anlamda olabildiğince geniş bir hizmet alanının ihaleye konu edilebilmesi maksadıyla ülkelere olabildiğince geniş bir takdiri alan bırakılmaktadır. Bu kapsamda ya hizmetlere mutlak sınır çizme gibi bir çaba içine girilmemekte, yapım işleri de birer hizmet işi olarak kabul edilmekte ve yapım işleri üzerinden bu tür hizmetlere geniş bir alan kazandırılmak istenilmekte ya da GATS’da olduğu gibi resmi otoritenin uygulanmasında sunulan hizmet vurgusu üzerinden kamunun tek olduğu/ihale edilebilir olmayan hizmetler dışı bir alan bu nitelikte hizmetlere özgülenmeye çalışılmaktadır. Ama 4734 sayılı Kanunun homojen olmayan bir alanı belirli kılmak adına tercih ettiği yöntem, bu yaklaşımlardan bütünüyle ayrı değerlendirmeyi hak edecek farklılıkta bir yöntemdir. Zira bu yöntem, ne belli öngörüle bulunmaya imkan sağlayacak elverişli koşulları sunmakta ne de belli düzen içeren bir listeye dayanmaktadır. Ucu açık sayma yöntemini kullanmakta, üstüne üstlük bu denli sorunlu bir alana öngörülebilirliği, benzeri olanların tespiti gibi oldukça meşakkatli ve ilginç bir eylem üzerinden kazandırmayı arzulamaktadır. Bizden, ismen sayılan ve birbirinin benzeri olmayan birkaç hizmetin, benzeri olanlarını bulmamızı beklemektedir. Daha da ilginç olan bunun, sadece 4734 sayılı Kanuna özgü bir yöntem olmamasıdır. Birçok ihale kanunumuzda, belirliliğin bu yöntem üzerinden sağlanmaya çalışıldığı görülmektedir. Bu bakımdan, benzerlerini bulma esasına dayalı bu yöntem, belli geçmişe sahip, alışkanlık halini almış olan, genel ve bütünüyle de bize özgü bir yöntemdir. Ve gerçekçi olmak gerekirse hukuk devleti ilkesine aykırılığı bir yana hiç de rasyonel ve pratik olmayan bir yöntemdir.

C. BENZERİ HİZMET

İhaleye konu edilecek işlere geniş bir alan kazandırmanın pek çok alternatif yöntemi vardır. Ama bu alanı, benzeşenler üzerinden kazandırmaya çalışmak pek akla gelmeyecek ve gelse de pek çok kimsenin ilk tercihi olmayacak bir yöntemdir. Ama bu,

bizim için her zaman tercih edilen bir yöntem olmuştur. Geçmişten günümüze hemen hemen tüm ihale kanunlarımızda bu yönetime başvurulduğunu görebilmek mümkündür. Artık ihale kanunu yapma tekniğimizin ayrılmaz parçası olmuş ve yerleşik bir uygulama halini almıştır. Üstelik bu yöntemle, diğer yöntemlerin sağladığı neoliberal başarılarla da ulaşılmıştır. Diğer ülkelerin farklı yöntemlerle ihale edebildiği işlerin hemen hemen hepsi, biraz eğreti dursa da bu yöntemle aynı şekilde ihale edilebilen işler olmuştur.

Bu şekilde benzeri hal üzerinden bir kapsam oluşturma çabasını, 30'lı yıllarda bile görmek mümkündür. 2490 sayılı Artırma, Eksiltme ve İhale Kanununun ilk maddesinde umumi, mülhak ve hususi bütçelerle idare edilen daireler namına alma, satma, yaptırma, keşfettirme, kiraya verme, kiralama ve bunlara *benzer* diğer işlerin, bu Kanunda yazılı hükümlere göre yapılacağı hükme bağlanmıştır. Ama bu şekilde benzer işler üzerinden bir kapsam belirleme çabasının, sorunlu bir yöntem olduğu kendi iç yasal sürecimizde bile kabullenilmiştir. 2490 sayılı Kanunu ilga eden 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu Tasarısının birinci bölüm gerekçesinde, bu sorunlu yön, “2490 sayılı kanunda konuyu teşkil eden iş ve hizmetler sınırlandırılmış ve açıklıkla belirtilmemiştir. Nitekim kanunun birinci maddesinde “benzeri” kelimesi kullanılmakla tatbikatta birtakım güçlüklerle meydan verilmekte ve hususiyle benzeri kelimesinin manâ ve şümülü farklı anlayışlara yer açmakta idi. Bu mahzurları bertaraf etmek üzere yeni tasarı, kanunun konusunu teşkil eden işleri ve tanımları tatbikatta tereddütlere mahal vermeyecek şekilde... *tayin ve tespit etmiştir.*”²²⁴ şeklinde ifade edilmiştir. Böylece benzeri ibaresi ile belirsizlik arasındaki sebep-sonuç ilişkisi, bir kanun değişikliğinin gerekçeleri arasında açık yüreklilikle dile getirilmiştir.

Benzeri olma(ma)ya dayalı bir diğer kapsam belirleme çabasına, 2886 sayılı Kanunda tesadüf edilmektedir. Bu, hizmet kavramına özgü ve bir miktar da rasyonellik barındıran bir çabadır. 2886 sayılı Kanunun 4. maddesinde hizmet; “...*gerçek veya tüzelkişilere ücret karşılığında yaptırılan araştırma, sondaj, imalat, prototip imalat, istikşaf, etüt, harita plan, proje, kontrollük, müşavirlik ve benzeri her türlü hizmetler*” olarak tanımlanmıştır. Bu maddelerde sayılan hizmet türleri incelendiğinde ise benzeri olma(ma) kriterine, belli bir anlam ve işlevsellik yüklemek mümkün gözükmemektedir. Sondaj ve imalat işleri bir kenara bırakılırsa bu tanımda ismen sayılan hizmetler, birbirine benzeyen ve özel veya teknik uzmanlığa dayalı olan, bilgi birikimine, deneyime ihtiyaç duyan (danışmanlık) hizmetlerden oluşmaktadır. Bu ayırt edici özellikler de “benzeri” ibaresi üzerinden, çoğunluğu kapsayan bir hizmet alanının

²²⁴ AKTAŞ Nebi, Devlet İhale Mevzuatı (1924-1993), s. 410

öngörülebilir kılınmasına imkan sağlamaktadır. Neticede, nispeten daha belirli ve sınırlı bir hizmet alanından söz edilebilmekte, karşımıza çıkan tablo ise “sondaj, imalat ve benzeri hizmetler” ile “danışmanlık hizmetleri” olmaktadır. İşte bu hizmetler toplamı da 2886 sayılı Kanunun kapsayabileceği ve uygulanabileceği hizmetleri oluşturmaktadır. Ancak döneme ilişkin örnekler, kapsamın hiç de bu denli sınırlı telakki edilmediğini ortaya koymaktadır. Bu dönemde, 2886 sayılı Kanuna konu edilebilecek hizmetlerle ilgisi bulunmayan birçok asli ve yardımcı hizmet, benzeri hizmet kapsamında değerlendirilmiş ve bu Kanuna göre ihale edilmiştir.²²⁵ Hizmet tanımının ve benzeri ibaresinin, 2886 sayılı Kanun açısından ortaya koyduğu sınırın fazlasıyla ötesine geçilmiştir. Üstelik bunun olağan ve hukuka uygun bir yöntem olduğuna hem idarelerce inanılmış hem de birçoklarının inanması sağlanmıştır.

1988 yılına gelindiğinde ise benzeri olma(ma) ibaresi, bu kez de 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nda karşımıza çıkmıştır. Kanunun 36. maddesinin yardımcı hizmetler sınıfına eklenen fıkrasında, bu sınıfa dahil personel tarafından yerine getirilmesi gereken hizmetlerden hizmet yerlerinin ve tedavi kurumlarının temizlenmesi, tesisatın bakım ve işletilmesi ve *benzeri* nitelikteki hizmetlerin üçüncü şahıslara ihale yoluyla gördürülmesinin mümkün olduğu hükme bağlanmıştır. Bu hükmü farklı kılan ise artık bu andan itibaren ihale edilebilecek hizmetler konusunun, ülkemiz açısından biraz daha karmaşılaşmaya ve rasyonelliğin de giderek kaybolmaya başlayacak olmasıdır. Bu düzenleme karşısında ilk akla gelen sorular diğerlerinden pek de farklılık arz etmemektedir. İsmen sayılan bu hizmetlere benzeri nitelik taşıyan hizmetler hangileridir? Acaba bu benzeri nitelik, bütün yardımcı hizmetleri kapsamakta mıdır? En basit örneğiyle yemek hazırlama ve dağıtım hizmetlerini bu kapsamda değerlendirebilmek mümkün müdür? Dahası bu hizmetler, 2886 sayılı Kanundaki sınırlı hizmet tanımına rağmen bu Kanuna göre mi ihale edilecektir?

Gerçi benzeri nitelik taşımayan asli işlerin bile benzer kabul edilerek, 2886 sayılı Kanun kapsamında ihale edilebildiği bir ortamda bu tür yardımcı işlerin, bu Kanuna göre ihale edilemeyeceğini iddia etmek pek inandırıcı olmayacaktır. Bu dönem zarfındaki örnekler incelendiğinde, Hastanelerin genel olarak, temizlik işlerini, 2886

²²⁵ Örnekleri artırmak mümkün olmakla birlikte 1985 yılında Beyoğlu Belediyesi tarafından evlerden katı atık alınması ve yol temizliği (İhale ilanı, 6 Şubat 1985 tarihli ve 18658 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır), 1987 yılında Afyon Belediyesi tarafından çöp toplama ve taşıma (İhale ilanı, 1 Aralık 1987 tarihli ve 19651 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır) gibi asli işlerin bile 2886 sayılı Kanuna göre ihale edildiği görülmektedir.

sayılı Kanun dışında Döner Sermayeli Kuruluşlar İhale Yönetmeliğine göre ihale etmeyi tercih ettiği²²⁶ ancak DSI ve Kadıköy Belediyesi gibi idareler tarafından Genel Müdürlük merkez sitesinin temizlik işi ile çevre temizliği ve bina temizliği işinin 2886 sayılı Kanuna göre ihale edildiği görülmektedir.²²⁷ Yemek hizmetleri açısından da benzer bir durum göze çarpmaktadır. Hastaneler ve Üniversiteler, yemek hizmet alımlarını, 2886 sayılı Kanun dışında Döner Sermayeli Kuruluşlar İhale Yönetmeliği, Fonlar İhale Yönetmeliği veya kendi usul ve esasları çerçevesinde ihale etmiş²²⁸ iken, örneğin Eminönü Belediyesi tarafından yemek hazırlama işi, 2886 sayılı Kanuna göre açık eksiltme usulü ile ihale edilmiştir.²²⁹ Daha ilgi çekici olan ise Vezirköprü Belediyesinin, “*çöplerin ve atıkların toplanması ve kaldırımların ve tali yolların süpürülmesi, bordur taşların boyanması, cadde ve kaldırımların yıkanması çamurların temizlenmesi*”, “*kasaplık hayvanların kesimi, kasaplara nakli, mezbahanenin temizlenmesi ve devamlı nöbetçi bulundurulması*” ve “*işçilere öğle yemeği ile itfaiye personeline günde üç kez yemek verilmesi*” işlerini, bütünüyle tek bir ihaleye konu ederek 2886 sayılı Kanuna göre gerçekleştirebilmiş olmasıdır.²³⁰

Görülen o ki, 2886 sayılı Kanunun uygulandığı dönem, hizmetlerin ihale edilmesinde tabi olunacak kurallar konusunda kafaların biraz karışık olduğu dönemdir. Kanunda hizmet tanımı kapsamında değerlendirilebilmesi mümkün olmayan hizmetler kolaylıkla Kanun kapsamında değerlendirilebilmekte ve bu Kanuna göre kolaylıkla ihale edilebilmektedir. 2886 sayılı Kanundan döner sermaye gibi olanaklarla kapsam dışı kalma şansına sahip olanlar ilk tercih olarak bu şanslarını kullanmakta ve bir hukuki soruna sebep olmaktan kaçınmakta iken bu tür hizmetlerin ihale edilmesinde 2886 sayılı Kanun, daha çok bu şansa sahip olmayanların tercihi olmaktadır. Bu “şanssız grup” bu hizmetleri kendilerinin oluşturacakları usul ve esaslar çerçevesinde ihale etmek yerine bir temel kanuna bağlanarak ihale etmeyi tercih etmektedirler. Bunun bilinçli bir tercih olduğunu söylemek zordur. Bunu, daha çok 2886 sayılı Kanuna tabi oldukları düşünce

²²⁶ Bunun için 31 Ocak 1996 tarihli 22540 sayılı, 6 Ocak 1998 tarihli ve 23222 sayılı, 2 Şubat 1996 tarihli ve 22542 sayılı, 1 Nisan 1996 tarihli ve 22598 sayılı Resmi Gazetelere bakılabilir.

²²⁷ İhale ilanları, 2 Şubat 1996 tarihli ve 22542 sayılı, 1 Nisan 1996 tarihli ve 22598 sayılı, Resmi Gazetelerde yayımlanmıştır.

²²⁸ Bunun için 12 Şubat 1997 tarihli 22903 sayılı, 5 Aralık 1997 tarihli ve 23191 sayılı, 21 Temmuz 1998 tarihli ve 23409 sayılı, Resmi Gazetelere bakılabilir.

²²⁹ İhale ilanı, 28 Ocak 1995 tarihli ve 22185 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

²³⁰ İhale ilanı, 9 Aralık 1994 tarihli ve 22136 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

ve inancının tabii bir sonucu olarak görmek gerekir. Kaldı ki bu, sadece idarelerin değil, o dönemde hemen hemen herkesin benimsemiş olduğu bir düşünce ve inançtır.

Bu benzeri olma(ma) yöntemi, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun, 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun²³¹ gibi düzenlemelerde de karşımıza çıksa da şüphesiz ki hiçbirisi, neden olduğu sonuç ve tahribatlar yönüyle 4734 sayılı Kanunun yerini tutamaz. 4734 sayılı Kanun da önceki dönemlerin bu yerleşik anlayışını aynen sürdürmüş ve aynen 2886 sayılı Kanunda olduğu gibi hizmet tanımını, benzeri olma(ma) kriterini esas alarak yapmıştır. Ancak 2886 ile 4734 sayılı Kanun arasında belirgin bir fark bulunmaktadır. Bu fark, 2886 sayılı Kanunda gözlemlenen ancak pek değer atfedilmeyen nispi rasyonelliğin, 4734 sayılı Kanunda hiç görülmeyecek olmasıdır. Nitekim tercih edilen kurallaştırma yöntemi, rasyonelliğe ve hizmetleri belli bir sistem içerisinde değerlendirmeye imkan vermeyecek ölçüde kötüdür. Kanunda birbirinden farklı, belli düzen ve kategori içerisinde değerlendirilmesi mümkün olmayan hizmetler ismen sayılmış ve bir de bunun üzerine bunların benzerlerinin bulunması istenmiştir.

Bu bağlamda, 4734 sayılı Kanunun 4. maddesinde hizmet; “*Bakım ve onarım, taşıma, haberleşme, sigorta, araştırma ve geliştirme, muhasebe, piyasa araştırması ve anket, danışmanlık, tanıtım, basım ve yayım, temizlik, yemek hazırlama ve dağıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, koruma ve güvenlik, meslekî eğitim, fotoğraf, film, fıkri ve güzel sanat, bilgisayar sistemlerine yönelik hizmetler ile yazılım hizmetleri, taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanması ve benzeri diğer hizmetler*” olarak tanımlanmıştır. 4734 sayılı Kanun içerisinde geçen hizmet kavramlarının karşılığını, bu tanım maddesi oluşturmaktadır. Bu, sınırlı sayıda olmayan, ismen sayılan hizmetler ile bunların benzerlerini kapsayan bir tanımdır.

4734 sayılı Kanunda benzeri ibaresi üzerinden yalnızca hizmet kavramı tanımlanmış değildir. Yapım için de aynı usul benimsenmiştir. Kanunda yapım, “*Bina, karayolu, demiryolu, otoyol, havalimanı, rıhtım, liman, tersane, köprü, tünel, metro, viyadük,*

²³¹ 4046 sayılı Kanunun, 1. ve 15. maddelerinde, bu ibare, “*Genel ve katma bütçeli idarelerle bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların mal ve hizmet üretim birimleri ve varlıklarının (baraj, gölet, otoyol, yataklı tedavi kurumları, limanlar ve benzeri diğer mal ve hizmet üretim birimleri)*” şeklinde, 3996 sayılı Kanunun 2. maddesinde “*Bu Kanun, köprü, tünel, baraj, sulama, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, haberleşme, kongre merkezi, kültür ve turizm yatırımları, ...benzeri tesisler, çevre kirliliğini önleyici yatırımlar, otoyol, trafiği yoğun karayolu, demiryolu ve raylı sistemler, gar kompleksi ve istasyonları, ... toptancı halleri ve benzeri yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, ...*” şeklinde yer almaktadır.

spor tesisi, alt yapı, boru iletim hattı, haberleşme ve enerji nakil hattı, baraj, enerji santrali, rafineri tesisi, sulama tesisi, toprak ıslahı, taşkın koruma ve dekapaj gibi her türlü inşaat işleri ve bu işlerle ilgili tesisat, imalat, ihzarat, nakliye, tamamlama, büyük onarım, restorasyon, çevre düzenlemesi, sondaj, yıkma, güçlendirme ve montaj işleri ile benzeri yapım işleri” şeklinde tanımlanmıştır. Ancak yapımın sahip olduğu özellikler, hizmetten farklı olarak, benzeri esasına dayalı bu tanımın bir anlam kazanmasına sebep olmaktadır. Yapım işleri, hizmetlere oranla daha somut ve homojen bir yapıya sahiptir. Nihayetinde görünür bir eser olarak karşımıza çıkarlar. Bu özellikler, tanımda yer alan benzeri ibaresi üzerinden yapım işlerine belirlenebilir bir alan kazandırmaya, bütünlük arz edecek şekilde genişletebilmeye imkan sağlar. Bu bakımdan yapım işlerine, benzerleri üzerinden bir alan çizmeye çalışmak, karşılığı olan anlamlı bir uğraştır.

Oysa hizmetler açısından durum bunun tam tersidir. Hizmetler söz konusu olduğunda 4734 sayılı Kanunda ismen sayılanlar üzerinden hizmetlere belirlenebilir bir alan kazandırma, kolaylıkla üstesinden gelinebilecek bir uğraş değildir. Nitekim her şeyden önce ismen sayılan bu hizmetlere bakıldığında, benzeri üzerinden bir genişletmeye, belli ve homojen bir kategori oluşturmaya imkan tanımayacak ölçüde birbiriyle ilgisiz hizmetlerden oluştuğu görülmektedir. Bu hizmetlerin, belli bir sisteme dayalı, belli bir düşünce yapısı ve çerçevesinde bir araya getirildiğinden söz edebilmek mümkün değildir. Bu noktada karşımıza cevaplanması gereken birkaç soru çıkmaktadır. Bu genişletme, her bir hizmetin kendine benzeyenlerinin bulunması şeklinde mi yoksa nitelik bazında benzer olan hizmetler üzerinden mi yapılmalıdır? Bu anlamda, eğitim hizmetlerini, maddede ismen sayılan mesleki eğitim hizmetinin bir benzeri kabul ederek, tanımın, tüm eğitim hizmetlerini kapsadığından söz edebilmek mümkün olacak mıdır? Veya bu benzeri ilgisini, kamu hizmeti niteliği taşıyan ve taşımayan hizmetler ayrımına bağlı olarak kurmak mı daha doğru olacaktır? Ya da tüm bunların dışında bu şekilde bir uğraşa hiç girişilmeksizin, benzeri lafzının tüm hizmetleri ismen saymaktan kurtulmak maksadıyla yasa koyucu tarafından bilinçli olarak tercih edildiği, dolayısıyla lafza bir önem atfetmeye gerek olmaksızın, tanımın istisnasız tüm hizmetleri kapsadığı mı kabul edilmelidir?

Tanımda ismen sayılan hizmetler incelendiğinde, bunların, pek değer atfedilmeyen yardımcı nitelikli işler düşünülerek bir araya getirildiği izlenimi ağır basmaktadır. Ama 4734 sayılı Kanun bu izlenimin aksini ortaya koyan örnekler de sunmaktadır. Bu bağlamda, “*koruma ve güvenlik*” gibi bir kamu (kolluk) hizmeti, hizmet

tanımı kapsamında, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 14. maddesinde belediyelerin görevleri arasında sayılan imar işleri, “*her ölçekte imar planı ve imar uygulama*” şeklinde danışmanlık hizmet alımı ihaleleri kapsamında ismen sayılmaktadır. Bu durum ise 4734 sayılı Kanunda benzeri hizmetler alanının, sadece yardımcı hizmetlere indirgenemeyeceğini ve bu hizmetler üzerinden kapsam belirlemesinin doğru bir yaklaşım olmayacağını ortaya koymaktadır. Gerçi kamu hizmeti kavramının taşıdığı belirsizlik, ismen sayılan bu hizmetlerin ne kadarının yardımcı hizmet vasfını hak ettiğinin de sorgulanmasını gerektirmektedir. Hemen hemen herkesin kabul ettiği şekliyle kamu hizmeti, üzerinde uzlaşa bulunmayan, belli sınırı olmayan, belli bir noktadan sonrasını gri alanların ve ince çizgilerin oluşturduğu bir kavramdır. Yeri geldiğinde yurt dışı temsilciliklerdeki aşçılık hizmetinin bile bu niteliğe erişebileceğini bize öğreten kavramdır.²³² Belirsizliğinin yanı sıra kamu hizmetleri alanında yaşanan çeşitlenme, farklılaşma ve parçalanma, ismen sayılan bu hizmetlerden hangilerinin, bir kamu hizmetine karşılık geldiğinin kolaylıkla saptanabilmesini de oldukça güçleştirmektedir. Örneğin, tanımda ismen sayılan “*bilgisayar sistemlerine yönelik hizmetler ile yazılım hizmetleri*” ibaresinden alınan dayanakla gerçekleştirilen, hastane bilgi yönetim sistem ihalelerinin, hastanelerin iç işleyişine yönelik olması sebebiyle yardımcı hizmetin gördürülmesine ilişkin oldukları kabul edilebilecek iken, Kamu İhale Kurumu tarafından ihalelerin elektronik ortamda gerçekleştirilebilmesini teminen oluşturulan Elektronik Kamu Alımları Platformunun (EKAP) kurulum ve yürütümüne ilişkin ihalelerin ise kamu hizmetini konu aldığı ve kamu hizmetinin gördürülmesine ilişkin oldukları değerlendirmesinde bulunulabilecektir. Tüm bu sorunlar ise kamu hizmeti – kamu hizmetine yardımcı hizmet ayrımı üzerinden 4734 sayılı Kanun bağlamında rasyonel bir benzeri alan oluşturulmasının ve ihaleye konu edilebilecek hizmetlerin tespiti mümkün olmadığını ortaya koymaktadır.

Tanımda ismen sayılan her bir hizmetin benzerlerinin bulunması yöntemi ise (mesleki eğitim – eğitim örneği gibi) 4734 sayılı Kanuna konu edilebilecek hizmetlerin tespiti açısından hukuken daha savunulabilir bir yöntem olsa da uygulamada tercih edilen bir yöntem olmayacağı açıktır. Zira bu yöntem, hem benzeri hizmetlerin tespiti

²³² TAN'ın aktardığına göre; Yargıtay bir kararında, yurtdışı temsilciliklerindeki aşçılık hizmetinin, dışişleri personelinin sağlık ve güvenlikleri açısından büyük bir önemi olduğunu vurgulamak suretiyle uzun yıllar sözleşmeli personel statüsünde görev yapmış ve bu çerçevede hak ve yetkiler kullanmış davacının akdettiği sözleşmenin, idari sözleşme (dolayısıyla da görülen hizmetin, kamu hizmeti olduğu) sonucuna varmıştır. TAN Turgut, “İdari Sözleşme Kuramına...” s. 294

gibi güç bir uğraşı gerekli kılmakta hem de daha önemlisi ihale edilebilecek hizmetlerin arzu edilenden çok daha sınırlı bir alana hapsolması sonucunu doğurmaktadır. Hem güç bir uğraşı hem de arzu edilmeyen bir sonucu barındıran yöntemin, hizmetlerin ve ihalenin söz konusu olduğu bir alanda kabul görmesini beklemek ise anlamsızdır.

Bu nedenle uygulamada tercih edilen yöntem, tahmin de edilebileceği üzere en zahmetsiz olanıdır. Buna göre tanımda yer alan “benzeri diğer hizmet” lafzı, hizmetler alanına bir sınır çizmek için değil aksine olabildiğince genişletmek içindir. Bu lafız, uzun uzadıya hizmetleri saymakla ya da bir hizmetler listesi yapmakla uğraşılmasının önüne geçmek için düşünülen bir kısa yoldur. Dolayısıyla da tanımın, sınırlandırma adına bir işlevinden söz etmek mümkün değildir ve tüm hizmetleri kapsadığı kabul edilmelidir. Uluslar üstü uygulamalardaki rasyonelliği barındırmaya da ulaşılan netice aynıdır. Bu yöntem de uluslar üstü düzenlemelerin sağladığı tüm olanakları sağlamakta ve her hizmeti konu alabilme potansiyeli barındırmaktadır. İşte 4734 sayılı Kanunun her tür ve nitelikte hizmeti konu edinebileceği ve bu denli geniş bir hizmet sahasını konu alabileceği düşüncesinin altında yatan neden, bu tanım, tanımda tercih edilen bu yöntem ve bu yönetime yüklenen anlamdır. Bu anlam sayesinde kamu alımları tarihinde bu denli tür ve nitelikte hizmet, bir Kanuna ve ihaleye konu edilebilmektedir.

Ancak bu durum, hizmetler açısından 4734 sayılı Kanuna bütünüyle belirsizliğin hakim olduğu gibi bir yanlış algıya yol açmamalıdır. Hizmet tanımı kapsamında danışmanlık hizmetleri de ismen sayılmış olmasına karşın, 4734 sayılı Kanunun 48 inci maddesinde ayrıca danışmanlık hizmetlerine özgü bir tanıma da yer verilmiştir. Buna göre danışmanlık hizmetleri; “*Mimarlık ve mühendislik, etüt ve proje, harita ve kadastro, her ölçekte imar planı, imar uygulama, ÇED raporu hazırlanması, plan, yazılım geliştirme, tasarım, teknik şartname hazırlanması, denetim ve kontrolörlük gibi teknik, mali, hukuki veya benzeri alanlardaki hizmetler*”dir. Danışmanlık olarak nitelendirilebilecek hizmetlerde de göze çarpan husus, tıpkı hizmet tanımında olduğu gibi bir yöntemin izlenmiş ve yine benzeri olma(ma) ile ilişkilendirilerek hizmetlerin ucu açık şekilde sayılmış olmasıdır. Ancak, danışmanlığın niteliği itibarıyla özel veya teknik uzmanlık gerektirmesi ve belli bir bilgi birikimi ve deneyime dayalı olması, bu hizmetleri, diğer hizmetlere oranla daha belirlenebilir kılmaktadır. Bu durum ise 4734 sayılı Kanunun ucu açık, belirsiz hizmet alanı içerisinde belirlenebilir nitelikte hizmet alancıkları da barındırdığını göstermektedir.

D. BENZERİ OLMA(MA)NIN SEBEP OLDUĞU GÖRÜNÜM

4734 sayılı Kanunda hizmet kavramına gereken önemin bilinçli ya da bilinçsiz olarak gösterilmemesi, “benzeri olma(ma)” gibi bir ibare üzerinden bir alan açılmaya çalışılması, sonuçları, oldukça pahalıya mal olan bir tercih olmuştur. Bu ibarenin sebep olduğu ucu açıklık ve belirsizlik haline 4734 sayılı Kanunun kamu kaynağı kullanılan işlerde genel Kanun olduğu inancının eklemelenmesi, her tür ve nitelikte hizmet alımının, Kanun kapsamında gerçekleştirilebileceği yönünde bir genel kabule zemin hazırlamıştır. Bu genel kabullenme hali, daha minimal düzeyde başlayan bir sürecin belirlenebilir olmamanın da verdiği rahatlıkla evrilerek, bütün hizmetlerin ihale konusu edilebildiği bir noktaya ulaşması ile neticelenmiştir. Bu netice ise kaçınılmaz olarak kamu alımları alanında birçok ilki beraberinde getirmiş ve pek çok hukuki sorunla bizi baş başa bırakmıştır.

*“Taşeron sanatçı dönemi başlıyor. ... Belediyesi, tiyatro oyunlarını sahneleme hizmeti ile Tarihi Türk Müziği Topluluğu ve bando gösterilerini düzenleyecek taşeron elemanı almak için ihale açtı.”*²³³ *“İtfaiyeden doktora, öğretmenlerden temizlikçiye her işi taşeronlar yapıyorlar...Her şeyin taşeronu var...Sağlık Bakanlığı kiralık doktor ihalesine de çıkmaya başladı...Kiralık öğretmenlik. Taşeron öğretmenlik uygulaması da son yıllarda yaygınlaşan kamu eğilimleri arasında...”*²³⁴ *“ ... Belediyesinde yasa dışı ihale...itfaiye ihalesi açtı yeniden...kamuda kiralık işçilik yasaktır...personel temini ihalesi yasadışıdır.”*²³⁵ yönündeki haber ve tepkiler, işte bu neticenin kamuoyuna yansıyan kısımları olmuştur. Ancak bahis konusu olan, hizmetlerin ihale edilmesi ise 4734 sayılı Kanunun ve benzeri olma(ma) ibaresinin sergileyeceği performans, beklenildiği üzere kamuoyuna yansıyan bu örnekler ile sınırlı kalmayacaktır. 4734 sayılı Kanun, ihaleye konu edilen nispeten saklı kalan daha birçok hizmete aracılık etmekte ve hatta daha fazlasına aracılık etme potansiyeline sahip olduğunu her ihaleye konu edilen farklı hizmet ile de kanıtlamaktadır. Bu durum ise birçok kişinin, idarelerin 4734 sayılı Kanun öncesi kamu adına hiçbir iş yapmadığı izlenimine kapılmasına ya da yapmakta iseler bu işleri hangi

²³³ <https://www.birgun.net/haber-detay/taseron-sanatci-donemi-basliyor-89810.html> (Erişim Tarihi: 16/8/2018)

²³⁴ <http://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/26462354.asp> (Erişim Tarihi: 22/9/2018)

²³⁵ <https://www.aydinlik.com.tr/itfaiyedeki-taseron-iscilerin-haklari-nelerdir-mehmet-akkaya-kose-yazilari-ekim-2017> (Erişim Tarihi: 16/8/2018)

yöntemle kotardıklarının sorgulanmasına sebep olmaktadır. Biraz da uzun bir listeyi göze alarak 4734 sayılı Kanun kapsamında,

“İşçi Temini”, “İlave Geçici İşgücü Temini”, “Doğal Konuşmacı”, “Antrenör, Gençlik Lideri, Cankurtaran Alımı”, “Tarihi Türk Müziği Topluluğu”, “Tıbbi Görüntüleme”, “Evde Sağlık Hizmeti ve Cenaze Hekimliği”, “Mobil Sağlık Hizmeti ve Ölüm Belgesi Düzenleme”, “Sosyal Yardım Amaçlı Gıda Alışverişi Kuponu Alımı”, “Hükümlü Tutuklu Taşıma”, “İnsan, Çevre ve Hayvan Sağlığının Korunması”, “Sahipsiz Sokak Hayvanlarının Toplanması”, “Toplu Sünnet - Nikah Organizasyonu”, “İçmesuyu ve Atıksu Abonelerinin Sayaçlarının Okunması İhbarnamelerinin Basımı - Dağıtımı - Su Sayaçlarının Sökülmesi - Takılması - Mühürlenmesi - Kaçaksu Bildirimi”, “İletişim Koordinasyonu ve Metin Yazarlığı”, “Basım, Tanıtım, Belgesel Film Senaryosu Hazırlanması ve Çekimi”, “Fizik Tedavi ve Rehabilitasyon”, “Hastalıklarla Mücadele”, “Nadir Hastalıklar İçin Moleküler ve Genetik Hizmet Alımı”, “Cenaze, Defin ve Taziye İşleri”, “Mezar Çukuru Açma”, “Avukatlık İşleri”, “Hukuk İşleri” “İftar Yemeği Organizasyonu”, “Ramazan Ayı İçerisinde İlahi Grubu Temini ve Sema Gösterileri Düzenlenmesi”, “Fıstık Aşılama Hizmeti”, “Ortaöğretim ve Üniversiteye Hazırlık”, “Erozyon Kontrolü”, “Flora ve Fauna Araştırılması” “Köy ve Mahallelerdeki Camilerde Kandil Geceleri Yatsı Namazı, Ramazan Ayı Boyunca da Teravih Namazı Çıkışlarında Dağıtılması İçin Tulumba Tatlısı Satın Alınması ve Dağıtımı İş”, “Valide Sultan Gemisinde Simit Dağıtımı”, “Yurtdışı Seçmen Bilgilendirme Kampanyası”, “Bağımsız Denetim”, “Şehir Tuvaletleri Turnike Sistemleri Tahsilat Toplama”, “Fatura Tahsilatı”, “Kemoterapi İlaç Hazırlama Hizmeti Alımı”, “Kök Hücre Üretimi”, “Atıksu Arıtma Tesisi/Lojistik Depo/Kireç Ocağı/Kültür Merkezi İşletilmesi”, “Evde Uyku Testi”, “ÇED Raporu Hazırlanması”, “Orman Emvali Boylama, Ölçme ve Değerlendirme”, “Kaçak ve Usulsüz Su Kullanımının Tespiti ve Su Açma Kapama”, “Şevval Sam Konseri ve Organizasyon”, “Konuşma Bozukluğu Olan Kişilerin Konuşma Bozukluklarının Giderilmesi”, “Sanat Tarihçisi, Arkeolog, Restoratör, İnşaat Mühendisi Çalıştırılması”, “Turunçgil Kabuk Reçelleri Dizi Yapımı”, “Kaptan Hizmet Alımı”, “Planetaryum (Gezegen Evi) Hizmet Alımı”, “Veteriner, Zooteknist Çalıştırılması” gibi işlerin ihaleye konu edildiği görülmektedir.²³⁶

Bu ihalelerin bir kısmı sahip olduğu görünüm itibarıyla daha dikkat çekmekte ve diğerlerinden hemen ayırt edilebilmektedir. Bunlarda bir hizmetin yerine getirilmesinden ziyade personel istihdamına yönelindiği izlenimi ağır basmaktadır. Odaklanılan husus, hizmetin kendisi değil, hizmet kapsamında çalışanlar olmaktadır. İdareler bu durumu açıkça dile getirmekten de kaçınmamakta ve çıktıkları ihaleleri, “işçi

²³⁶ Bu hizmet ihalelerine ilişkin bilgilere ekap.kik.gov.tr adresinden ulaşılmıştır.

alımı”, “*ilave geçici işgücü temini*” gibi genel adlar altında ya da “*veteriner alımı*”, “*doktor alımı*”, “*arkeolog alımı*” gibi çalışanın vasfı ya da unvanı üzerinden gerçekleştirmektedirler. Bu yöntemin, ihalenin amacına dair şüphelerin artmasına yol açacağını tahmin etmek zor değildir. Nitekim bu şekliyle hizmet ihalesi, çalışana (personele) indirgenmekte ve asli amacının dışına çıkarılmaktadır. Artık ihale, kamu personel rejimine eklenilen, personelin olağan prosedür dışında daha kolay yöntemle istihdamının sağlandığı bir görünüme kavuşturulmuş olmaktadır. Hatta bazı ihaleler açısından durum daha vahim bir hal almakta, ilgili ya da ilgisiz birçok hizmet birleştirilmek suretiyle personel istihdam istek ve görüntüsünün, çok daha açık şekilde teşhirinden de sakınılmamaktadır. Örneğin,

- i) 2008/161254 İKN’li ... Büyükşehir Belediyesi tarafından gerçekleştirilen bir hizmet alım ihalesi kapsamında 1 Biyolog, 1 Halkla İlişkiler Mezunu, 6 Bayan Gasilhane Görevlisi, 6 Erkek Gasilhane Görevlisi, 3 Sosyal Yardım Hizmetleri Elemanı, 1 Bilgisayar İşletmeninin İstihdamı,
- ii) 2013/560 İKN’li Belediye Hizmetlerinde Çalıştırılmak Üzere İşçilik Hizmet Alımı ihalesi kapsamında “1-Vasıfsız İşçi (Belediyenin ilgili müdürlüğünde yapılan tüm genel temizlik vb. gibi hizmet işlerinde çalıştırılmak üzere) 2-Vasıflı İşçi (Belediyenin ilgili müdürlüklerinde yapılan tüm hizmet işlerinde çalıştırılmak üzere idareci sekreteri, tesisatçı, marangoz, kaynakçı, kasap, şoför, iş makinesi operatörü, kanal ustası, inşaat ustası, tekniker, asfalt işçisi, elektrikçi, motor ustası -usta başı, döşemeci, su okuyucusu, odacı, servis elemanı, aşçı, bulaşıkçı, ağaç oyma elemanı, gassal, su okuyucu, kasap, büro-temizlik elemanı, teknisyen, zabıta ve itfaiye elemanı, mesleki hizmet elemanı (antrenör, öğretmen, eğitimci vb.) dil uzmanı, mimarlık, mühendislik (inşaat, makine, elektrik, harita vb.), idareci personel, belediye başkanı ile birlikte çalışan makam şoförü) çalıştırılması,
- iii) ... Kurumu tarafından gerçekleştirilen 2015/90879 İKN’li “2016-2017-2018 Yılları (1.Kısım Malzemeli Genel Temizlik ve İlaçlama) (2.Kısım Klinik Destek) Hizmet Alımı” ihalesi kapsamında toplam 1.925 işçinin çalıştırılması,

- iv) ... Büyükşehir Belediye Başkanlığı tarafından gerçekleştirilen 2015/47272 İKN’li “Personel Çalıştırılmasına Dayalı Hizmet Alımı” ihalesi kapsamında 1.225 işçinin çalıştırılması,
- v) ...Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi ... Araştırma ve Uygulama Hastanesi tarafından gerçekleştirilen 2015/86571 İKN’li ihalede 1.230 işçinin çalıştırılması, öngörülmüştür.

Oysa bu ihalelerde oluşan görünümün aksine ihale ile amaçlanan, doğrudan personel istihdamı ya da personel alımı değil, bir hizmetin alımıdır, gördürülmesidir. Bu anlamda, özel güvenlik hizmetinin alımıdır, sağlık hizmetinin alımıdır. İhaleye konu edilen de özel güvenlik personeli değil, özel güvenlik hizmetinin kendisidir ya da doktor, hemşire, ebe değil, sağlık hizmetinin kendisidir ya da bir parçasıdır. Personel (insan ögesi), ihalenin ancak dolaylı sonucu olabilir. Bu nüansın farkına varılmadan hizmet ihalelerini ve ihale mantığını belli bir çerçeveye oturtabilmek ve hukuka uygunluğundan söz edebilmek mümkün değildir. Nitekim bu farkı kavrayamamanın ne gibi sonuçlara yol açabileceğini deneyimlemek yine ülkemize ve bizlere nasip olmuştur.

Ülkemizde hizmet ihalelerinin ilginçliği, sadece personel istihdam görüntüsü ile de sınırlı kalmamıştır. Bu ihaleler, Türk Silahlı Kuvvetleri bünyesindeki kimi idarelerin, özel güvenlik ihalesine çıkması²³⁷ ya da Kıyı Emniyet Genel Müdürlüğü, Makina ve Kimya Endüstrisi Genel Müdürlüğü, Toplu Konut İdaresi Genel Müdürlüğü, İstaç İstanbul Çevre Yönetimi San. ve Tic. A.Ş. gibi kamu kurum ve şirketlerinin, menfaat çatışmasını hiçe sayarak, kendilerini finansal açıdan denetleyecek karşı tarafı, kendi bütçelerinden ödeme yapmak suretiyle gene kendileri tarafından yapılan hizmet ihaleleri ile belirlemesi²³⁸ veyahut Şevval SAM konseri için ihaleye çıkılmamış olmasının tutuklamaya gerekçe teşkil etmesi²³⁹ gibi ilginçlikler de barındırmaktadır.

²³⁷ Bunun için 2016/5346 İKN’li “Harp Akademileri Komutanlığına 33 (Otuzüç) Personel İle 36 (Otuzaltı) Ay Süreli Özel Güvenlik Görevlisi Hizmet Alımı”, “2017/424028 İKN’li Deniz İkmal Grup Komutanlığı 11 (on bir) Güvenlik Personeli ile 36 (otuz altı) Ay Süreyle Silahsız Özel Güvenlik Hizmet Alımı” gibi ihalelere bakılabilir.

²³⁸ Bu şekilde “bağımsız denetim hizmet alımı” ihalesi adı altında ve özellikle kamu iktisadi teşebbüsleri ile belediye şirketleri tarafından yapılan çok sayıda ihale bulunmaktadır. Bunun için, ekap.kik.gov.tr adresi üzerinden 2018/137939, 2017/481454, 2017/519793, 2013/36717 İKN’li ihalelere bakılabilir.

²³⁹ <https://www.aksam.com.tr/guncel/ihalesiz-sevval-konseri-tutuklatti--80861h/haber-80861>, <http://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/sevval-sam-inaat-malzemesi-mi-ki-ihaleye-cikarilsin-19486773>, <https://www.sozcu.com.tr/2017/yazarlar/yilmaz-ozdil/bu-memlekette-hirsiz-olmamak-agir-suc-1708404/>, (Erişim Tarihi: 19.06.2018) Bu durum, “Şevval SAM için nasıl ihale açılabilir? Birkaç tane Şevval SAM mı

Sunduğu ilginç örneklerin yanı sıra hizmet alanı, ilginç tartışmalara da sahne olan bir alandır. Aslında bunlar daha çok ülkemizde temel kamu hizmetlerinin veya belli kesimlerin/kuruluşların duyarlı olduğu hizmetlerin, ihaleye konu edilmesine karşı gösterilen tepkilerin neden olduğu tartışmalardır. Kuşkusuz avukatlık hizmeti, bu tepki ve tartışmaların gözlemlenebileceği en iyi alanlardan biridir. AB direktiflerine göre avukatlık hizmeti, ihale edilebilir bir hizmet olarak kabul edilmekte iken ülkemizde bu hizmetin ihalesinden söz etmek AB kolaylığında olmamakta ve özellikle Barolar Birliği nezdinde pek de hoş karşılanmamaktadır. Bunu daha çok ve haklı olarak da mesleklerinin saygınlığına gölge düşüren bir davranış olarak değerlendirmektedirler.

Hatta 2005 yılında bu konuya ilişkin Barolar Birliği tarafından oldukça sert bir duyuru yayımlanmış ve bu durumun, Avukatlık Yasası'na ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarına, Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliği'ne aykırı olduğu, avukatın kendisine iş sağlama niteliğindeki hiçbir davranışta bulunamayacağı, avukatlar arasında bu tür bir yarışma ve ücret konusunda eksiltme anlayışının, Devlet tarafından uygulamaya sokulmasının kabul edilemeyeceği ve Birlik olarak ihaleye katılan avukat olursa kayıtlı olduğu baro nezdinde disiplin yönünden gerekenin yapılmasının talep edileceği ifade edilmiştir.²⁴⁰ Ancak bunlar, güncelliğini nispeten yitirmiş olan düşüncelerdir. Başlangıçtaki sertlik günümüzde yerini daha ılımlı tepkilere bırakmış durumdadır. Artık avukatlık hizmetinin ihaleye konu edilmesi, eskiye nazaran daha olağan karşılanan, kanıksanan bir hadise halini almıştır. Bu olanak, geniş bir yasal alana yayılmış ve farklı yasal düzenlemelerde karşılık bulmuştur. Bu doğrultuda avukatlık hizmetinin gerek 4734 sayılı Kanunun 22. maddesi, gerekse de danışmanlık hizmetleri kapsamında ihale edilebilmesi olanağına ek olarak, hem 659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin²⁴¹ 5. maddesinde, hem de kamu

var?" "Bir sanatçı inşaat malzemesi değil ki, konsere getirmeden önce sadece ona özel ihale yapacaksın. Burada belediye bir sanatçıyı belirlemiş ve onu konser amaçlı getirmiş. Şevval Sam'ın başka bir örneği yok ki ihaleye çıkılsın. Bu nasıl bir iştir? Sanatçı açık arttırmada satılır gibi ihale edilir mi?" gibi tepkilere neden olmuştur. Bununla birlikte Aydın Belediyesi tarafından 2012 yılında "7 Eylül AYDIN'ın Kurtuluşu Etkinlikleri Çerçevesinde Şevval SAM Konseri ve Organizasyon" adı altında açıkça Şevval SAM ismine yer verilmek suretiyle ihaleye çıkılmış, ancak ihale, tek isteklinin iştirak etmesi, teklif veren isteklinin tüm belgelerinin fotokopi olması ve yaklaşık maliyetin üzerinde teklif verilmesi gerekçeleriyle iptal edilmiştir. İptal gerekçeleri arasında açıkça zikredilmese de bu ceza davasının da idareyi ihalenin iptali yönünde karar almaya iten sebepler arasında yer aldığını öngörebilmek mümkündür. Bu ihaleye ilişkin bilgilere ekap.kik.gov.tr adresinden ulaşmak mümkündür.

²⁴⁰ <https://www.barobirlik.org.tr/calisma/duyuru/311.aspx> (Erişim tarihi: 20.06.2018)

²⁴¹ 02.11.2011 tarihli ve 28103 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

idare ve kurumlarının kendi kuruluş kanunlarında²⁴² bu olanaktan açıkça söz edilmektedir. Bu düzenlemelerde dikkati çeken ise görünürde ihale potansiyeli taşıyan doğrudan temin yönteminin, avukatlık hizmeti alım ihalelerinde tercih edilen genel yöntem olmasıdır.

Diğer yandan bu kapsamda özellikle öğretilde hizmetlere atfedilen önemler arasında bir ölçü çelişkisi de göze çarpmaktadır. Denetim hizmeti gibi bir kolluk etkinliğinin ihale edilmesine öğretilde oldukça fazla önem atfedilebilmekte ve bu durum anayasal boyuta taşınarak hukuka aykırılık tartışmalarına konu edilebilmekte iken²⁴³, aynı yoğunluk ve düzeyde önemi ve hukuka aykırılık tartışmalarını, ulusal savunma için silah, mühimmat gibi araç ve gereçlere ilişkin ihalelerde ya da nükleer santrale ilişkin hizmetlerin alımında veya mayın temizleme gibi hassas ve özellikli işlerde görebilmek mümkün olmamaktadır. Bu tür işlerin ihaleye konu edilmesi, bir denetim hizmetine oranla daha olağan karşılanabilmektedir. Oysa bu işlerin, denetim hizmetlerinden daha az öneme ve etkiye sahip olduğunu iddia edebilmek pek mümkün değildir. İhale edilme noktasında gösterilen bu önem farkına, otarşi ve dışa bağımlılık üzerinden bir açıklık getirmek mümkünse de bu fark nedeniyle oluşan görüntüye mantıklı bir izah getirebilmek oldukça güçtür.

Benzeri olma(ma) kriterinin etkisi, beraberinde taşıdığı tüm hukuki sorun ve tartışmalarla birlikte, hizmet alanının bütününe yayılmış durumdadır. Ama bu, her hizmette ya da belli kategori altında toplanabilecek hizmet topluluklarında aynı şiddette hissedilen bir etki değildir. Bazı hizmetlerin, 4734 sayılı Kanuna ve bu belirsiz kritere dayalı ihale ediliyor olmasına pek değer atfedilmez, bu durum daha olağan ve sükûnet içerisinde karşılanır iken bazı hizmet ya da hizmet toplulukları açısından tam tersi bir durum geçerlidir. Bunların, ihaleye konu edilmesi diğerlerine oranla daha hissedilir, daha yıkıcı ve daha beklenmediktir. Bu fark, tabii olarak bu tür hizmetlerin daha ön plana çıkmasına ve diğerlerine oranla daha özellikli muameleye tabi tutulmasına sebep olmaktadır. Bu özellikli hizmetleri ya da hizmet topluluklarını ayrıca ele almak ise kuşkusuz benzeri olma(ma) kriterinin yol açtığı bu sorun ve sonuçları, daha yakından ve daha teferruatlı görmemize de imkan sağlayacaktır.

²⁴² Örneğin, 2813 sayılı Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun Kuruluşuna İlişkin Kanunun 5. maddesinin son fıkrasında, 4734 sayılı Kanuna atıf yapılmak suretiyle Kurul tarafından belirlenecek esas ve usuller çerçevesinde serbest avukatlar veya avukatlık ortaklıklarıyla sözleşmeler akdedilebileceği hükme bağlanmıştır.

²⁴³ Ayrıntılı bilgi için bkz. s. 85-87

E. ÖZELLİK ARZ EDEN HİZMETLER

1) Yardımcı/Destek Hizmetler

Yardımcı/destek hizmetleri ya da daha teknik ifadeyle kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi için ihtiyaç duyulan hizmetleri özellikli kılan, ihaleye konu edilen hizmetlerin klasik ve en geniş alanını oluşturması ve aynı zamanda kamu hizmeti alanına dahil olmasını sağlayan anlamsal değişime uğradığı iddiasını, zaman içerisinde başarıyla pratiğe de aktarmış olmasıdır. Aslında bu hizmetler, kamu hizmeti mertebesine erişemeyen, kamu hizmetine bağımlı, kamu hizmeti sayesinde var olabilen ve kamu hizmeti için yerine getirilen hizmetlerdir. Ancak kamu hizmeti kavramının sahip olduğu belirsizlik, tabii olarak kamu hizmeti – yardımcı hizmet ayrımını da etkilemekte ve bu ayrımın sınırlarının net şekilde ortaya konulmasını oldukça güçleştirmektedir.²⁴⁴ Bu sınıra ilişkin kesin bir yargıda bulunmak mümkün olmasa da yardımcı/destek hizmetler konusunda fikir edinmemize imkan sağlayacak düzenlemeler, pozitif hukukumuzda yer almaktadır. Bunun en bilinen örneği, 657 sayılı Kanunun 36. maddesinde “yardımcı hizmetler sınıfı” başlığı altında ve sınırlı olmayacak şekilde sayılan görevlerdir. “Kurumlarda her türlü yazı ve dosya dağıtmak ve toplamak”, “müracaat sahiplerini karşılamak ve yol göstermek”, “hizmet yerlerini temizleme”, “aydınlatma ve ısıtma işlerinde çalışmak”, “basit iklim rasatlarını yapmak”, “ilaçlama yapmak”, “tedavi kurumlarında hastaların ve hastanelerin temizliği ve basit bakımı”, “kurumlarda koruma ve muhafaza” gibi ana hizmetlere yardımcı mahiyetteki görevler, bu madde kapsamında sayılan yardımcı/destek hizmetleri oluşturmaktadır.

4734 sayılı Kanun bağlamında da buna benzer tespitlerde bulunabilmek mümkün gözükmemektedir. 4734 sayılı Kanunda hizmet tanımına bakıldığında, öngörülen benzeri olma koşulu, ismen sayılmayan hizmetler ile ismen sayılanlar arasında benzeşen yönler üzerinden bir bağ kurulmasının ve bu doğrultuda hizmetlerin, tek bir kategori altında toplanmasının mümkün olabileceği gibi bir yargının oluşmasına sebep olmaktadır. Kuşkusuz bu kategori için en elverişli içeriği, yardımcı/destek hizmetleri oluşturmaktadır. Üstelik geçmiş dönem, bu içeriğe destek sağlayacak argüman ve örnekleri de fazlasıyla sunmaktadır. Gerçekten de 4734 sayılı Kanunda “bakım ve

²⁴⁴ Aynı yönde KARAHANOGULLARI, Kamu Hizmeti..., s.316-321

onarım”, “temizlik”, “yemek hazırlama ve dağıtım”, “toplantı”, “organizasyon” gibi ismen sayılan daha birçok hizmet, yardımcı/destek hizmet kategorisi içerisinde değerlendirmeye de elverişli olan hizmetlerdir. Bu anlamda 4734 sayılı Kanunu, salt yardımcı hizmetleri konu alan pozitif örneklerden biri olarak değerlendirebilmek de mümkün olmaktadır. Bu yaklaşımın bizi götüreceği nokta ise gayet açıktır. Buna göre 4734 sayılı Kanun, yardımcı/destek hizmetlere özgü, bu hizmetlerle sınırlı uygulama alanına sahip ve sadece bu tür hizmetler üzerinden genişletilebilecek olan bir Kanundur. Bu nedenle de kamu hizmetlerinin doğrudan 4734 sayılı Kanuna konu edilebilmesi mümkün olmamalıdır. Bu bakış açısının ise hem 4734 sayılı Kanuna hem de bu Kanuna göre ihale edilebilecek hizmetlere daha savunulabilir bir hukuki konum kazandıracağı açıktır.

Ne var ki daha önce de değinildiği üzere bu bakış açısı daha savunulabilir olsa da, bunu her durumda doğru kabul etmek yanıltıcıdır. Her şeyden önce 4734 sayılı Kanunda hizmet tanımında ismen sayılanları bütünüyle tek bir kategori altında toplayabilmek pek olası gözükmemektedir. Kamu hizmeti kavramının belirsizliği, kamu hizmetlerindeki çeşitlilik ve kamu hizmetlerinin kendi içyapısında asli unsurun saptanmasını olanaksız kılacak denli parçalanmış hali, bu hizmetleri toptan şekilde bir kategori altında birleştirmeye engeldir. Bu hal ve daha da önemlisi, tanım kapsamında, kamu hizmeti/kolluk etkinliği niteliği taşıdığına şüphe bulunmayan birçok hizmetin de (özel güvenlik hizmetinin, 4734 sayılı Kanuna konu edilebilmesine imkan sağlayan “koruma ve güvenlik” gibi) ismen sayılmış olması, yardımcı hizmetler eksenli bir kategori oluşturma çabasını anlamsızlaştırmakta ve savunulabilir olmaktan alıkoymaktadır.

Gerçi tam da bu noktada özellikle idarelerde gözlemlenen bir anlayış farklılığı karşımıza çıkmaktadır. Bu, yardımcı/destek hizmet alanını, idarelerin görev ve yetki alanı üzerinden tarifleyen ve bu alan üzerinden belirlilik kazanmasını sağlayan bir anlayıştır. Buna göre kanunla doğrudan kendilerine tevdi edilen görev ve yetkiler dışında kalan alan, idarelerin yardımcı/destek alanını oluşturmaktadır. Bu anlayış nedeniyle özel güvenlik hizmeti, tüm idareler açısından yardımcı/destek hizmetleri seviyesinde kalan bir hizmet olarak kabul görmekte ve kolaylıkla ihaleye konu edilebilmektedir. Oysa bu noktada gözden kaçırılan husus, özel güvenlik hizmetinin, başlı başına bir kolluk etkinliği/kamu hizmeti niteliği taşıdığı ve bu hizmetin, ihale

edilebilirliğinin anayasal boyuta varan tartışmalı bir mesele olduğudur. Aynı zamanda bu anlayış farklılığı, bir çelişkiyi de kaçınılmaz kılmaktadır. Zira bu şekilde ihaleye konu edilebilirliğin, idareden idareye değişkenlik gösteren bir mesele olarak ele alınmasına da imkan tanınmış olunmaktadır. Bu bağlamda, idarenin görev ve yetki alanında bulunan bir hizmetin, ihaleye konu edilmesi, ciddi tartışmalara ve sert reaksiyonlara neden olabilmekte iken, aynı hizmet, başka bir idarenin asli görev ve yetkileri arasında yer almadığı gerekçesiyle bu kez yardımcı hizmet muamelesi görebilmekte ve hizmetin bu idare tarafından ihaleye konu edilmesine, daha ılımlı yaklaşılabilmekte ve daha olağan bir işlem gözüyle bakılabilmektedir. İşte bu bakış açısı, uygulamada sağlık hizmetinin, Sağlık Bakanlığı tarafından ihaleye konu edilmesine farklı, DHMİ tarafından ihaleye konu edilmesine farklı reaksiyon gösterilmesinin arkasında yatan nedeni de anlamamızı sağlamaktadır.

İdarelerin izafi düşüncelerinin ürünü olan ve maalesef uygulamayı da etkileyen bu anlayış, oldukça sorunlu ve hukuki temelden yoksundur. Kamu hizmeti, doğrudan idari karar ile şekillendirilebilecek, idareden idareye değişkenlik gösterebilecek bir mesele değildir. Bir hizmet ya kamu hizmetidir ya da değildir. Melez niteliğe sahip bir hizmetten söz edilemez. Bu hususta öğretilerde karşılaşılan, hizmetin niteliğine ilişkin yorum farklılıklarıdır. Bir hizmetin, kamu hizmeti olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışmalarıdır. Yoksa bir hizmete, çifte nitelik kazandırmak gibi bir düşünce ve amaçtan söz etmek mümkün değildir. Bilinmesi gereken, ihaleye konu edilmenin de doğrudan idari algı ve anlayış ile değil, yasa koyucunun iradesi veya hizmetin taşıdığı nitelikle ilintili ve bunlar üzerinden belirlenebilecek bir konu olduğudur. Ama itiraf etmek gerekirse 4734 sayılı Kanunun hizmet tanımında, bu idari algı ve anlayışa koşut bir kurallaştırmanın benimsendiği izlenimi ağır basmaktadır. Hatta 2014 yılında 4734 sayılı Kanunun 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde iş hukukundan ilham alınarak yapılan değişiklikte, bu algı ve yaklaşım, çok daha açık bir şekle bürünmüş ve artık bir izlenimden öteye geçmiştir. Tabii ki bu durum, 4734 sayılı Kanunda ismen sayılan hizmetlerin, salt yardımcı hizmetlere özgülenebileceği anlamı taşımamakta ve 4734 sayılı Kanunun, kamu hizmeti seviyesine de çıkabileceği, kamu hizmetini de kapsayabileceği gerçeğini değiştirmemektedir.

Kaldı ki yardımcı/destek hizmet kavramı, uygulamada farklı bir şekle bürünmüş ve anlam itibarıyla artık bilinen sınırlarının oldukça ötesine geçmiş durumdadır. Kamu

hizmeti alanına dahil olmuş ve kamu hizmeti parçalarına da karşılık gelen bir anlam kazanmıştır. Genel eğilim, yardımcı hizmetin mevcut kapsamına, kamu hizmetinin çekirdek/asli parçaları dışında kalan parçaları da eklediği yönündedir. Karar alıcı ve denetleyici hizmetlerin oluşturduğu asli alan dışında kalan oldukça geniş bir kamu hizmeti alanının bu niteliği, gün geçtikçe daha da çok benimsenmeye başlanmıştır. Bu yaklaşım çerçevesinde ise tıbbi görüntüleme ve raporlama, ambulans gibi doğrudan teşhis ve tedavinin sağlandığı asli/çekirdek alan dışında kalan sağlık hizmetlerini, yardımcı/destek hizmet olarak değerlendirebilmek mümkün hale gelmiştir. Bir hizmetin, yardımcı/destek hizmet seviyesine indirgenmesinin taşıdığı anlam ise daha kolay ihaleye konu edilebilmedir. Nitekim bu, yargı nezdinde de karşılık ve destek bulan bir anlamdır. Kamu hizmetleri sahasında oluşturulan bu yardımcı/destek algısı, hizmetlerin ihale edilmesinde, arzulanan “kurtarıcı” gücün açığa çıkmasını sağlamıştır. Yargıdan da alınan destekle artık bu tür hizmetler, daha kolay ihale edilebilir bir niteliğe bürünmüş, üzerlerinde oluşan hukuki baskının oldukça hafiflemesi sağlanmış ve yargı denetimini aşmak daha kolay hale gelmiştir. Artık yardımcı/destek seviyesi, hizmetlerin ihale edilmesinde her yönüyle kazandıran bir tercih halini almıştır. Hatta bu konuda çok daha kazançlı çıkılacak yöntemlerin geliştirildiğine bile şahit olunmaktadır. Bu kapsamda kimi idareler, işi daha örtülü şekilde kotarmaya çalışmakta ve yardımcı/destek niteliği taşımadığı açık olan hizmetleri, ihale adında yaptıkları yardımcı/destek vurgusu üzerinden yardımcı/destek niteliğindeymiş gibi ihale etmektedirler. Maltepe Belediyesi tarafından “Sağlık Destek Hizmetleri Alımı” adı altında gerçekleştirilen ve kapsamında “5 Doktor, 1 Uzman Doktor (Mikrobiyolog), 1 Uzman Doktor (Dahiliye veya Aile Hekimi), 1 Diş Hekimi, 1 Veteriner Hekim, 3 Hemşire, 1 Laborant (Tekniker), 1 Röntgen Teknikeri, 1 Gıda Mühendisi, 2 Gıda Teknikeri”nin de çalıştırılmasının istendiği 2010/42160 İKN’li ihale, bu örtülü duruma verilebilecek en iyi örneklerden birisini oluşturmaktadır.

Ne var ki ayırım kamu hizmeti temelinde ne şekilde yapılırsa yapılsın değişmeyen olgu, ayırımın sınırlarını kesin şekilde ortaya koymanın güçlüğüdür. Hatta kimi hallerde kamu hizmetinin asli unsuru esasında yapılan en uç ayırım bile anlamını yitirebilmektedir. Bunun en tipik örneği gene sağlık hizmetleri alanında karşımıza çıkmaktadır. Sağlık hizmetlerinin asli/çekirdek alanında yer alan ve en uç noktasını oluşturan tetkik ve tedavi (doktorluk, hemşirelik) hizmeti bile yargıdan da alınan

teyitle²⁴⁵ günümüzde ihaleye konu edilebilmektedir. Buna rağmen bazı hizmetlerde, tam aksi bir durumla karşılaşılmakta ve asli unsura ilişkin olmadığı, yardımcı/destek niteliği taşıdığı kabul edilebilecek kimi hizmetlerin, ihaleye konu edilemeyeceği anlayışı kararlılıkla sürdürülmektedir. Bilirkişilik hizmeti, işte bu kararlılığın sürdürüldüğü alanların başında gelmektedir. Yargıcın hüküm tesisine yardımcı nitelik taşıyan bilirkişilik hizmeti, uzmanlık ya da özel teknik ve bilgi gerektiren, genel bilgi ve tecrübeyle ya da hakimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olmayan konularda, gerçek veya özel hukuk tüzelkişilerinin oy ve görüşüne başvurulmasını ve bu oy ve görüşün sözlü veya yazılı olarak bildirilmesini ifade etmektedir.²⁴⁶ Aslında bu, ihale mevzuatı bağlamında tipik bir danışmanlık hizmetidir. Belli bir uzmanlığa dayalı olma, özel teknik ve bilgi gerektirme, danışmanlık hizmetlerinin karakteristik özelliğidir.

Danışmanlık hizmetleri için 4734 sayılı Kanunda da ayrı bir bölüm oluşturulmuş ve Kanunun 48. maddesinde, belli uzmanlığa dayalı hizmetler ismen ve fakat sınırlı sayıda olmayacak şekilde sayılmak suretiyle teknik, mali, hukuki veya benzeri alanlardaki hizmetlerin, danışmanlık hizmet sunucularından alınabileceği hükme bağlanmıştır. Madde gerekçesinde işin kapsamlı ve karmaşık olması nedeniyle özel uzmanlık ve bilgi birikimi gerektiren danışmanlık hizmetleri için ayrı bir bölümün düzenlendiği ifade edilmiştir. Bu düzenlemelerden de bilirkişiliğin, 4734 sayılı Kanun bağlamında ihaleye konu edilebilmesi mümkün bir danışmanlık hizmeti olduğunu anlamak mümkündür. Hatta Anayasa Mahkemesi'nin kolluk alanına ilişkin görüş ve rapor hazırlama hizmetlerinin ihaleye konu edilmesini, bunların hazırlık işlemi niteliği taşıdığı, doğrudan icrai karar alma yetkisine ve asli/çekirdek alana ilişkin olmadıkları gerekçesiyle Anayasaya aykırı bulmadığı kararları, yargıç açısından bağlayıcı nitelik taşımayan bilirkişilik hizmetinin de ihaleye konu edilebileceği savını destekler mahiyettedir. Ancak bu hukuki altyapıya karşın, bilirkişilik hizmetlerinin ihaleye konu edildiği bir örnek bulunmamakta, bilirkişiler yargıç takdiri ile belirlenmeye devam edilmekte ve bu hizmetin, ihaleye konu edilemeyeceği yönündeki hassasiyet ve

²⁴⁵ AYM. 22.11.2007 tarihli ve E: 2004/114, K:2007/85 sayılı Karar R.G. Tarih-Sayı: 24.12.2007-26736 (Ayrıntılı bilgi için bkz. s. 187-188)

²⁴⁶ 6754 sayılı Bilirkişilik Kanununun 2. maddesinde bilirkişi; “Çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde oy ve görüşünü sözlü veya yazılı olarak vermesi için başvuru alan gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi” olarak tanımlanmış ve Kanunun 3. maddesinde, genel bilgi veya tecrübeyle ya da hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiyeye başvurulamayacağı hükme bağlanmıştır.

kararlılık hala korunmaktadır. Oysa bilirkişilik hizmetinden hiç de aşağı kalır yanı olmayan “mahkemelerde yapılacak duruşmalar ile her türlü yargı safhasında savunmaya esas raporların düzenlenmesi”²⁴⁷ veya “avukatlık hizmeti” gibi yargısal alana dair diğer işlerde bu hassasiyeti görebilmek mümkün olmamaktadır.

4734 sayılı Kanun bağlamında yardımcı hizmetler meselesi, kolaylıkla üstesinden gelinebilecek ve hukuki kesinliğe kavuşturulabilecek bir mesele değildir. Bu Kanun çerçevesinde ihale edilebilecek hizmetler konusundaki belirsizliği ve yapısal sorunu gidermesi beklenen mercilerin takındığı pasif tavır, mevcut belirsizlik ve sorunu daha kararlı hale getirmekten başka bir işe yaramamaktadır. Bütün bu durumların kaçınılmaz sonucu ise 4734 sayılı Kanunda ismen sayılan hizmetlerin, yardımcı hizmetlerle sınırlandırılmayacağı ve sadece bu hizmetler üzerinden genişletilemeyeceği olmaktadır. Bu sonuç ise 4734 sayılı Kanunun, doğrudan kamu hizmetlerini konu edinebilecek yetkinliğe sahip bir Kanun olduğunu ortaya koymakta ve aynı zamanda bu Kanunda hizmetleri, belli bir kategori altında toplama çabasının, nafile bir çaba olmaktan öteye geçemeyeceği gerçeği ile bizi baş başa bırakmaktadır. Daha önemlisi bu sonuç, 4734 sayılı Kanunun ve kamu ihalesi kavramının, sanılanın aksine hiç de basit ve masum bir yüze sahip olmadığını, kamu hizmetinin özel kişilere gördürülme yöntemlerinden biri olduğunu da anlamamızı sağlamaktadır. Kuşkusuz, karşı yöndeki düşüncelere ve hukuka uygunluğu noktasındaki soru işaretlerine rağmen, 4734 sayılı Kanun ve kamu ihalesi kavramı, kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülme yöntemleri arasında yer almayı ziyadesiyle hak etmektedir. Aksi halde bu Kanun ve kavramın sahip olduğu, sağlık, eğitim, denetim gibi temel kamu hizmetlerini/kolluk etkinliklerini konu alma ve sözleşmeye bağlama becerisini izah edebilmek mümkün değildir. Bu durumun ise denetim hizmetlerine ek olarak fiili de olsa çöp toplama ve taşıma gibi işleri de konu alabilmiş olan 2886 sayılı Kanuna ve devlet ihalesi kavramına da ayrı bir parantez açılmasını gerektirdiği açıktır. Zira 4734 sayılı Kanun ve kamu ihalesi için uygun görülen, kamu hizmetinin özel kişilere gördürülme yöntemi olma niteliğinin, -daha sınırlı bir kamu hizmet alanına karşılık

²⁴⁷ TCDD 7. Bölge Müdürlüğü tarafından gerçekleştirilen 2016/171468 İKN’li ihale; toplam 1885 adet taşınmazın kıymet takdirlerinin hazırlanması, kapitalizasyon faiz oranlarının belirlenmesi ve ilgili yerel ve üst mahkemelerde yapılacak duruşmalar ile her türlü yargı safhasında (bilirkişi tespitleri, mahkeme ara kararları, kesin mahkeme kararları, üst mahkeme kararları) teşekkülleri adına sunulacak savunmaya esas raporların düzenlenmesi ve idareye teslim edilmesi hizmetlerini kapsamaktadır.

gelse de- 2886 sayılı Kanuna ve devlet ihalesine uygun düşmeyeceğini iddia edebilmek için ortada haklı bir neden bulunmamaktadır.

2) Yerel Yönetim Hizmetleri

Yerel hizmetleri özellikli kılan, işgal ettiği boyut ve yol açtığı neticelerdir. Bu anlamda olabildiğince geniş bir hizmet alanını kapsamaları ve neredeyse her akla gelen hizmetin sorgusuz sualsiz, 4734 sayılı Kanuna konu edilebileceği anlayışının yerleşmesine temel sebep teşkil etmesidir. Haliyle de 4734 sayılı Kanuna göre gerçekleştirilen ilginç ihale örneklerinin ekseriyetinin bulunulabileceği alan olmasıdır. Açıkçası bunlar, övünülecek özellikler ve neticeler olmadığı gibi tesadüfi de değildirler. Bu ihaleler, ortak ve genel nitelikli yerel ihtiyaçları karşılamak için seçime dayalı iş başına geline bir düzende, gelecek kaygısının da etkisiyle belirsizlik ortamının ve bu ortamın sağladığı nimetlerden yararlanılmasının karşımıza çıkardığı sonuçlardır.

ASLAN, belediye hizmetlerinin ihale edilebilirliğini, diğer kamu hizmetlerinde gözlemlenen sürece koşut şekilde üç evreye ayırmaktadır. 1980'lerde belediye hizmetlerinin ihale edilmesine önce yardımcı hizmetler ya da asli olmayan hizmetlerle başladığını, 90'lı yıllarda başlayan dalga ile ihalelerin belediyelerin asli hizmetlerine temas ettiği, temel işlevlerini piyasadan almaya başladıklarını, 2005 yılında kabul edilen 5393 sayılı Kanun ile de üçüncü dalganın başladığını ve artık ihale edilmede en üst noktaya ulaşıldığını ve belediyelerin üretmesi gereken bütün asli hizmetlerini piyasadan satın alabilmeleri yolunun yasal olarak açıldığını ifade etmektedir.²⁴⁸ Bu süreçten de anlaşılabilceği üzere belediye hizmetlerinin ihale edilebilirliğinde genel kabul, 5393 sayılı Belediye Kanunu ile 5216 sayılı Büyükşehir Belediye Kanununun temel kırılma noktası olduğudur. Bu Kanunlar, kısmen devlet kısmen vakıflar aracılığıyla başlayan bir sürecin²⁴⁹ günümüzde geldiği noktayı yansıtmaktadır. Tahmin de edileceği üzere bu nokta neoliberal dönüşümün bir eseridir. Bu Kanunlara bakıldığında belediyelere geniş bir görev ve yetki alanının bırakıldığı görülmektedir. Ayrıca Kanunlarda bu görev ve yetkilerin bütünüyle belediyeler tarafından kendi imkanları ile yerine getirilmesi beklenmemekte, “*yapar veya yaptırır*”, “*kurmak-kurdurmak, işletmek-işlettirmek*”, “*ihale*

²⁴⁸ ASLAN Onur Ender, “Zabıta Personeli ve Taşeronlaşma ya da Belediye Kolluğunun Piyasaya Devri”, Çağdaş Yerel Yönetimler, Cilt 16, Sayı I, Ocak 2007, s. 55

²⁴⁹ TAN Turgut, Osmanlı İmparatorluğunda... s. 286

yoluyla üçüncü şahıslara gördürülebilir” gibi ibarelerle belediyelerin görev ve yetkisi dahilindeki birçok hizmetin bir karşı tarafça da yerine getirilebileceği açıkça ifade edilmektedir. Bu şekilde yerel yönetim hizmetlerine özgü oldukça da geniş bir alanın ihale edilebilir niteliği, hukuken tanınmış ve dayanak kazanmış olmaktadır.

5393 sayılı Kanuna bakıldığında ihale edilebilir kılınan bu hizmetlerin, Kanunun 14, 15 ve 67. maddelerinde düzenlendiği görülmektedir. Bu maddelerde zabıta, temizlik ve katı atık, imar, sayaç okuma ve sökme, toplu taşıma, ağaçlandırma, park ve yeşil alanlar, fuar, panayır ve sergi, sosyal hizmet ve yardım gibi belediyelerin görev ve yetkisine dair akla gelebilecek birçok hizmet ismen sayılmakta ve bunlara bütünüyle ihale edilebilir nitelik kazandırılmaktadır.²⁵⁰ Bu maddeler sayesinde de uygulamada imar, çöp toplama, park ve bahçelerin bakımı gibi aşına olunan hizmetlerden, yüzme eğitimi verilmesi, taziye çadırı kurulması, yaşlı, hasta ve engellilerin evde bakımlarının sağlanması, ölüm belgesinin düzenlenmesi, sünnet yapım hizmeti, gazete bastırılması,

²⁵⁰ 5393 sayılı Kanunun “Belediyenin görev ve sorumlulukları” başlıklı 14 üncü maddesinin (a) bendinde; “İmar, su ve kanalizasyon, ulaşım gibi kentsel alt yapı; coğrafi ve kent bilgi sistemleri; çevre ve çevre sağlığı, temizlik ve katı atık; zabıta, 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 orta ve yüksek öğrenim öğrenci yurtları (Bu Kanunun 75 inci maddesinin son fıkrası, belediyeler, il özel idareleri, bağlı kuruluşları ve bunların üyesi oldukları birlikler ile ortağı oldukları Sayıştay denetimine tabi şirketler tarafından, orta ve yüksek öğrenim öğrenci yurtları ile Devlete ait her derecedeki okul binalarının yapım, bakım ve onarımı ile tefrişinde uygulanmaz.); sosyal hizmet ve yardım, nikâh, meslek ve beceri kazandırma; ekonomi ve ticaretin geliştirilmesi hizmetlerini yapar veya yaptırır.” hükmüne,

“Belediyenin yetki ve imtiyazları” başlıklı 15 inci maddesinde; “ d) ... vergi, resim ve harç dışındaki özel hukuk hükümlerine göre tahsili gereken doğal gaz, su, atık su ve hizmet karşılığı alacakların tahsilini yapmak veya yaptırmak”, “e) Müktesep haklar saklı kalmak üzere; içme, kullanma ve endüstri suyu sağlamak; atık su ve yağmur suyunun uzaklaştırılmasını sağlamak; bunlar için gerekli tesisleri kurmak, kurdurmak, işletmek ve işlettmek; kaynak sularını işletmek veya işlettmek”, “f) Toplu taşıma yapmak; bu amaçla otobüs, deniz ve su ulaşım araçları, tünel, raylı sistem dâhil her türlü toplu taşıma sistemlerini kurmak, kurdurmak, işletmek ve işlettmek”, “g) Katı atıkların toplanması, taşınması, ayrıştırılması, geri kazanımı, ortadan kaldırılması ve depolanması ile ilgili bütün hizmetleri yapmak ve yaptırmak”, “j) Toptancı ve perakendeci hâlleri, otobüs terminali, fuar alanı, mezbaha, ilgili mevzuata göre yat limanı ve iskele kurmak, kurdurmak, işletmek, işlettmek veya bu yerlerin gerçek ve tüzel kişilerce açılmasına izin vermek”, “p) ...durak yerleri ile karayolu, yol, cadde, sokak, meydan ve benzeri yerler üzerinde araç park yerlerini tespit etmek ve işletmek, işlettmek veya kiraya vermek...” “Belediye, (e), (f) ve (g) bentlerinde belirtilen hizmetleri Danıştayın görüşü ve İçişleri Bakanlığının kararıyla süresi kırkdokuz yılı geçmemek üzere imtiyaz yoluyla devredebilir; 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.” hükmüne,

“Gelecek yıllara yaygın hizmet yüklenmeleri” başlıklı 67. maddesinde; “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 mahalli idareler genel seçimlerini izleyen altıncı ayın sonunu geçmemek üzere ihale yoluyla üçüncü şahıslara gördürülebilir.” hükmüne yer verilmiştir.

sokak hayvanlarının toplanması, kısırlaştırılması ve rehabilitasyonu, çörek, bademli şeker hazırlanması ve yemek verilmesi, mobil tuvalet hizmeti, karla mücadele hizmeti, endemik ve nadir bitkiler hizmet alımı, (ilçe sınırındaki bitki örtüsünün araştırılması, örneklerin toplanması ve kitap basım hizmeti) uzman doktor hizmeti, eğitmen, öğretmen hizmeti genişliği ve çeşitliliğine uzanan bir alan kolaylıkla ihaleye konu edilebilmekte²⁵¹ ve bu alanın, bir sınırının bulunup bulunmadığı ise üzerine kafa yormayı gerektiren ciddi bir mesele halini almaktadır.

Ayrıca bu yerel hizmet ihalelerinin tabi olduğu mevzuat, 5393 sayılı Kanun ya da bu Kanuna istinaden ayrıca kurallaştırılan usul ve esaslar değil, 4734 sayılı Kanun olmaktadır. Üstelik 4734 sayılı Kanuna tabi olunması sonucu, 5393 sayılı Kanunda, 4734 sayılı Kanuna açık bir atıf bulunmamasına rağmen gerçekleşmektedir. 5393 sayılı Kanunda yalnızca hizmetlerin ihale edilebilir olduğundan söz edilmekte ve bu noktadan sonrasını, hizmetlerin 4734 sayılı Kanuna göre ihale edilmesi gerektiği anlayışı takip etmektedir. Uygulamada da bu anlayış, herhangi bir sorgulamaya tabi tutulmamakta, tüm bu hizmetler, gayet olağan ve hem fikir olunan şekilde 4734 sayılı Kanuna göre ihale edilmektedir. Bunun için de öne sürülen gerekçe ise gayet basit ve tahmin edilebilirdir. Bu ihaleler, 4734 sayılı Kanuna göre ihale edilmelidir, çünkü 4734 sayılı Kanun genel nitelikli bir kanundur.

Ancak bu kabul, 4734 sayılı Kanun ile 5393 sayılı Kanun ve bunlar arasındaki ilişki üzerinde etraflıca düşünmeyi ve birtakım sorulara cevap bulmayı gerektirmektedir. Madem her hizmet, 4734 sayılı Kanuna konu edilebilir nitelik taşımakta, neden Kanun ihale konusu edilecek işleri ayrıca belirtme gereği duymakta, hizmetleri ismen saymakta ve benzeri diğer hizmetler lafzı üzerinden de bu alanı genişletme yoluna gitmektedir? Dahası 5393 sayılı Kanunda herhangi bir hizmetin ihale edilebilirliğinden söz edilmemiş olsaydı, 4734 sayılı Kanunun hizmetlere ihale edilebilir nitelik de kazandırdığı inancı karşısında bu genişlikte ve türde hizmetin yine de ihale edilebilir olduğunu kabul etmek gerekmeyecek miydi? Bu bakımdan da 5393 sayılı Kanunda bu kadar hizmeti saymayı ve bu hizmetlere ihale edilebilir nitelik kazandırmaya çalışmayı, yasa koyucunun anlamsız bir uğraşı olarak mı değerlendirmek gerekmektedir? İşte bu

²⁵¹ Bu örnekler için, <https://ekap.kik.gov.tr> adresi üzerinden 2019/259101, 2018/389961, 2019/18887, 2018/7260, 2019/293877, 2018/597163, 2019/195708, 2018/74893, 2019/7312, 2018/561262, 2019/49091, 2018/545031, 2017/147672, 2019/468, 2018/682697, 2018/557236, 2017/202595, 2017/519660, 2015/148976, 2019/295993, 2018/685369 İKN’li ihalelere bakılabilir.

ve benzeri sorulara hukuken tatmin edici bir cevap veremediğimiz müddetçe 4734 sayılı Kanun ile 5393 sayılı Kanun arasındaki ilişkiye de ikna edici hukuki bir izah getirebilmek mümkün olmayacaktır. Ama kabul etmek gerekir ki 4734 sayılı Kanun ile 5393 sayılı Kanun arasında bütünüyle bir bağ kurulamayacağı düşüncesi daha hukuki olsa da karşı argüman daha cezbedici bir yöne sahiptir. Nihayetinde kuralları Kanunla belirlenmiş bir ihale prosedürüne tabi olunması gibi üstün bir yarar vadetmektedir. Kuşkusuz bu, belirlilik adına da oldukça rasyonel bir tercih olacaktır. Bu noktada bizden beklenen, üstün yarar ile hukukilik arasında bir tercihte bulunmaktır. Bu tercih, ekseriyetle üstün yarardan yana olmakta, bu nedenle de 4734 sayılı Kanunun, 5393 sayılı Kanunda yer alan hizmetleri bütünüyle kapsadığı kabul edilmekte ve en önemlisi de 4734 sayılı Kanunun genel kanun vasfı taşıdığına fazladan inanılmaktadır. Oysa hukukiliğin tercihi, işleri biraz daha komplike hale getirmekte, genel kanun gibi toptancı ve kolaycı kabulün aksine benzeri hizmet tetkikine dayanan çok daha yorucu ve teferruatlı bir uğraşı göze almayı gerektirmektedir. Ve aynı zamanda yerel hizmetler özelinde 4734 sayılı Kanunun, abartılan bir genellik vasfına sahip olduğunun açığa çıkması ve yerleşik sistem üzerinde yol açacağı bozucu etki nedeniyle de günah keçisi olarak damgalanması anlamı taşımaktadır.

Öte yandan genellik, temel ihale kanunları arasında en fazla hak eden olsa da sadece 4734 sayılı Kanuna özgü bir sıfat değildir. 4734 sayılı Kanuna göre çok daha dar bir kapsama sahip olan 2886 sayılı Kanunun bütünüyle uygulandığı dönemde bu sıfatı kazanması için harcanan yoğun bir çaba göze çarpmaktadır. 2886 sayılı Kanunda hizmet, daha belirlenebilir ve sınırlı alana karşılık gelen bir tanıma sahip olsa da bu Kanuna istinaden gerçekleştirilen hizmet ihaleleri, bu tanımın sınırları ile bağdaşmayacak genişliğe ulaşmıştır. Belediyeler, çöp toplama ve nakli hizmetlerini herhangi bir hukuki engelle karşılaşmaksızın, 2886 sayılı Kanuna göre ihale edebilmişler, üstelik de bu ihale edilme yönteminin hukuka uygunluğu Danıştay tarafından da teyit edilmiştir. Danıştay 8. Dairesi 2886 sayılı Kanunda yapılan hizmet tanımına hiç değinmeksizin, belediyelerin bu Kanun kapsamında yer aldığından hareketle bu yöntemin hukuka uygun olduğuna karar vermiştir. 2001 yılında verdiği Kararında Mahkeme, 1580 sayılı Belediye Kanunu uyarınca umumi ve hususi yerlerdeki temizlik, çöp toplama ve nakli ile bunların yok edilmesi görevinin belediyelere ait olduğunu, ancak, bu hizmetlerin en verimli ve etkin biçimde yerine getirilmesi ve kamu yararının sağlanması amacıyla özel kişi ve kuruluşlar marifetiyle

gördürölüp denetlenebileceğini, 2886 sayılı Devlet İhale Yasasının 1. maddesi uyarınca belediyelerin alım, satım, hizmet, yapım kiralama ve trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işleminin bu Kanunda yazılı hükümlere göre yürütüleceğinin belirtildiğini, söz konusu yasanın verdiği yetkiye istinaden çöp toplama ve nakli işinin, dava konusu kararlarla bir yıl süre ile ihaleye çıkarıldığını ve ihale edildiğini ifade etmiş ve temizlik işlerinin gördürülmesi amacıyla ihale yapılmasında mevzuata aykırılık bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır.²⁵²

Bu açıdan, ihale alanında genel kanunun, çoğu dönemde bir amaç ve ihtiyaç olarak telakki edildiğini söylemek mümkündür. Şüphesiz yerel yönetimler ve bu yönetimlerce sorgusuz sualsiz gerçekleştirilen ihaleler, bu amaç ve ihtiyacı doğuran en temel gerekçeler arasında yer almaktadır. Ancak bu amaç ve ihtiyacın hukuken tam anlamıyla karşılanıp karşılanmadığı veya ne ölçüde karşılandığı, her zaman sorgulanmaya muhtaç bir mesele olarak kalmıştır. Bu noktada oluşan başarı eksikliği ise kanunu olduğundan fazla göstermeye çalışarak kapatılmaya çalışılmıştır. Bu genişletme yöntemine elden geldiğince başvurulmuş ve aranan destek, genellikle yargı nezdinde de bulunmuştur. Bu yöntem ve desteğin bilinçli mi, yoksa sadece ihaleleri genel kurala bağlama ihtiyacını gidermek maksadıyla bilinçsizce yapılan bir tercihin mi neticesi olduğu konusunda kesin yargıda bulunabilmek mümkün değildir. Ancak bu şekilde genel kanuna tabi tutma istek ve çabalarının, genel kanuna tabi olmama, kanun dışına çıkma gibi günümüz istek ve çabaları karşısında ülkemize özgü bir çelişkiyi gözler önüne serdiği açıktır.

3) Kolluk Hizmetleri

Kolluk hizmetlerini özellikli kılan, sahip oldukları hassas hukuki niteliğe rağmen ihaleye konu edilebilmeleridir. Bu hassaslık ise, kolluk hizmetlerinin devredilemeyeceği, özel kişiler eliyle yerine getirilemeyeceği, kamu düzenini sağlamanın yalnızca kamusal ve devlet tekelinde bir etkinlik olduğu düşüncesinden ileri gelmektedir. Aynı zamanda bu, hukuki dayanağını Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrasında bulan bir düşüncedir. Anayasal karşılığa da sahip bu düşünce ve yol açtığı hassasiyet, haliyle kolluk etkinliklerine yönelik tasarruflarda daha dikkatli ve temkinli

²⁵² Danıştay 8. Daire, 9.10.2001 tarihli ve E:2001/1555, K:2001/4261 sayılı Karar

davranmayı beraberinde getirmiştir. Bu nedenle kolluk etkinliklerinin ihaleye konu edilebilirliği, kamu hizmetlerine oranla daha dirençli tepkilerle karşılaşmış ve daha ağır işleyen süreçlere konu olmuştur. Buna karşın, ihale edilebilir olmadığı savının kolluk etkinliklerinin bütününe teşmil ettirilemeyeceği, genel idari kolluk – özel idari kolluk (belli bir alana özgü oluşturulan kolluk) gibi ayrımlara bağlı olarak bu etkinlikler içerisinde de ihale edilebilir alanların bulunduğu yönündeki görüş ve düşünceler, kolluk etkinliklerinin ihaleye konu edilmesine karşı gelişen süreci etkilemiş ve sürecin aksi yönde ivme kazanmasına önemli bir katkı sunmuştur. Örneğin, GÖZÜBÜYÜK ve TAN, özel kolluğun özel kişiler tarafından da yerine getirilebilmesinin mümkün olduğunu belirtmekte iken,²⁵³ AKGÜL, egemenliğe ilişkin olmayan özel idari kolluk yetkilerinin, hizmetin düzenlenmesi ve karar alma yetkileri devredilmeksizin yasal dayanakla özel kişilere gördürülebilmesinin mümkün olduğunu ifade etmekte ve buna örnek olarak, araç muayene hizmetleri ile yapı denetim hizmetlerini göstermektedir.²⁵⁴ Kolluk etkinliklerinin ihaleye konu edilmesinin mümkün olmadığı yönündeki düşünce günümüzde hala baskınlığını hissettirmekte ise de uygulamada kolluk etkinlikleri, aksi düşünceye koşut bir gelişme içerisinde yer almakta ve mahkeme kararlarının da katkısıyla bu etkinliklerde ciddi bir yıpranma göze çarpmaktadır. Aksi yönlü bu gelişimde ve yıpranmada, 4734 sayılı Kanun da yadsınamaz önemde bir yer işgal etmektedir. Hatta Kanunun bu önemi, kolluk etkinliklerine gösterilen hassasiyeti en derinden etkileyen ve sarsan başlıca yasal dayanak olması büyüklüğünde bir önemdir.

İlginç şekilde 4734 sayılı Kanun bunu, bütünüyle belirsizliğe bel bağlamaksızın başarmaktadır. Kolluk etkinliklerinin 4734 sayılı Kanuna konu edilebilirliğinde, hizmet tanımının yol açtığı belirsizliğin etkisi oldukça az hissedilmektedir. Nitekim 4734 sayılı Kanun “*koruma ve güvenlik*”, “*denetim ve kontrolörlük*” gibi geniş ve üstelik genel idari kolluğu da içeren bir alanı, hizmet tanımında ve danışmanlık düzenlemesinde ismen saymakta ve bu hizmetler açısından bir benzeri hizmet tartışmasına mahal vermeksizin ihaleye konu edilebileceklerini açıkça ortaya koymaktadır. Bu sayede “*su yapılarının denetimi*”, “*bağımsız mali denetim*”, “*itfaiye hizmeti*”, “*itfaiye hizmeti destek personeli*”, “*semt poliklinik binalarının toplam 48610 m² kapalı alanın deprem performansı inceleme işi*”, “*atıksu arıtma tesislerinde numune alınması ve analizlerinin yapılması*”, “*yapı kontrol, haritalama ve*

²⁵³ GÖZÜBÜYÜK/TAN, İdare Hukuku, s.644 vd.

²⁵⁴ AKGÜL YILDIZ Şerife, İdari Faaliyetlerin Devri Bağlamında Özel Güvenlik, Adalet Yayınevi, Ankara - 2011, s.153-168

ruhsat işleri”, “*ruhsatsız ve ruhsat eklerine aykırı yapıların yıkımı işi*”, “*adli bilişim incelemeleri ve siber suç analizlerinde geçici olarak çalıştırılacak personel temini*”, “*ağaçlandırma, toprak muhafaza ve endüstriyel plantasyon sahalarının denetim ve kontrolü*” gibi oldukça geniş bir kolluk alanı,²⁵⁵ 4734 sayılı Kanuna bağlı olarak tüm yasallığı ile ihaleye konu edilebilme imkanına kavuşmuş olmaktadır.

Hatta kimi örnekler, bu hassas konuda sınırın daha da ileriye taşınabileceğini göstermektedir. Ruhsat ve Denetim Müdürlüğü hizmetlerinin yürütülmesi maksadıyla gerçekleştirilen ihaleler kapsamında mimar, veteriner hekim, kabul ve yönlendirme, gıda teknikeri gibi personelin çalıştırılmasının istendiği, üstelik de bu personelin bir kısmı için ihale dokümanında açıkça *idari personel* nitelemesinde bulunduğu görülmektedir. Bu personelin yerine getirmesi istenilen işler arasında ise;

- İşyeri ruhsatı (Sıhhi, Gayri Sıhhi, Umuma Açık İstirahat ve Eğlence Yerleri gibi) almak için ruhsat müracaatında bulunan vatandaşların başvurularını kabul etmek,
- Ruhsat talebinde bulunan işyerlerinin yasal düzenlemelere uygunluğunu denetlemek, denetimde tespit edilen hususları Ruhsat Denetim Raporu düzenleyerek Müdürlük Makamına bildirmek,
- Ruhsat talebinde bulunulan ve hakkında şikayet bulunan işyerlerinin mimari veya hijyen yönünden uygunluğunun denetlemek ve teknik rapor sunmak,
- Vatandaşları ruhsat işleri ile ilgili imar mevzuatı hakkında bilgilendirmek,
- Yasalar çerçevesinde işyerleri ile ilgili mesafe kontrollerini yapmak,

gibi işler de sayılmıştır.²⁵⁶ Bu durum ise kolluk etkinliklerinin neredeyse bütün parçaları ile birlikte ihale edilmesinin hukuka aykırılığı bir yana, şayet bu kolluk hizmetleri bu kadar geniş çaplı ihale edilme niyetindeyse neden idare bünyesinde bu hizmetleri görmek için ayrıca bir alt idari birim kurulma gereği duyulduğu sorgulamalarını da beraberinde getirmektedir. Alt birimin, yalnızca görevli kılındığı kolluk etkinliklerini, özel kişilere devrini sağlamak/ihale etmek için kurulmuş olduğu ilk akla gelen cevap

²⁵⁵ Bu ihale örnekleri için ekap.kik.gov.tr adresine bakılabilir.

²⁵⁶ Bunun için ekap.kik.gov.tr adresi üzerinden 2017/485388 İKN’li, 2014/129086 İKN’li, 2012/161852 İKN’li ihalelere bakılabilir.

olsa da bunun düşüncesi bile oldukça rahatsız edicidir ve ciddi yapısal sorunlara işaret etmektedir.

Ne var ki idarelerin bu konuda ortaya koyduğu ibretlik örnekler, bununla da sınırlı kalmamıştır. Bu kez de bir kolluk hizmetinin ihalesini, kendi üzerlerinde sonuç doğuracak şekilde denemişlerdir. Bu bağlamda kendilerinin denetlenmesi işini ihale etmişler ve karşılığında bir bedel ödemek suretiyle de kendi denetimlerinin, ihale ile belirledikleri danışman firmalar tarafından yapılmasını sağlamışlardır. Bunun üzerine konu, istişari görüş istemiyle Danıştay 1. Dairesine taşınmış ve mahkeme;

“... bu denetimde de dışarıdan sağlanan konunun uzmanlarından yararlanma yoluna gidilebilmektedir. Burada, denetleme yetkisi meclis üyelerindedir. Gereksinim duyulması üzerine yardımına başvurulmuş uzmanların ise, denetimle görevlendirilen meclis üyelerinin istedikleri konu ile sınırlı olarak inceleme yapmaları imkanı bulunmakta ve üyelerin denetlemeyi sevk ve yönetim yetkisini ortadan kaldıracak bir çalışmaya girmeleri mümkün görülmemektedir...belediye ve özel idarelerin ücret karşılığı bağımsız denetim kuruluşlarına veya özel firmalara denetlettirilmelerinin yasal dayanağı bulunmadığı ve bir kamusal yetkinin kullanılmasına ilişkin hususlardaki denetlemelerin ancak kanunlarla belirlenen kamu denetim elemanlarınca yapılabilmesi(ni)...”

ifade etmiştir.²⁵⁷ Ancak Kararda Anayasanın 128. maddesine hiç değinilmemiş ve 2886 sayılı Kanunda -aynı şekilde 4734 sayılı Kanunda- hizmet (danışmanlık) tanımı kapsamında ismen sayılan “kontrollük” işinin neden idarenin denetimine dayanak teşkil edemeyeceğine ilişkin de herhangi bir değerlendirmede bulunulmamıştır. Bu eksiklikler, kararın soyut ve tatmin edicilikten uzak kalmasına neden olmuştur. Oysa Anayasa Mahkemesi benzer konuya ilişkin olarak;

“...4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 48. maddesinde, denetim faaliyeti, danışmanlık hizmeti olarak kabul edilmiş ve bu suretle denetim faaliyetinin danışmanlık hizmeti satın alınması yoluyla üçüncü kişilere gördürülmesine olanak tanınmıştır. Anılan Kanun'un 2. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine göre, genel bütçe kapsamındaki kamu idarelerinin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin ihalelerin bu Kanun hükümlerine göre yürütülmesi zorunlu olduğundan Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının denetim hizmeti satın alması da anılan Kanun hükümleri uyarınca yerine getirilecektir. Dolayısıyla denetim şirketlerinin niteliklerinin belirlenmesi, seçimi ve

²⁵⁷ Danıştay 1. Daire, 29.09.1995 tarihli ve E:1995/194, K:1995/197 sayılı Karar

yetkilendirilmesinin, 4734 sayılı Kanun'da yer alan hükümler çerçevesinde gerçekleştirileceği anlaşılmaktadır...”

değerlendirmesinde bulunmuş ve 4734 sayılı Kanunun, bir kolluk etkinliği olan denetim hizmetinin, özel kişilere gördürülebilmesine imkan sağlayan bir vasma da sahip olduğunu açıkça ortaya koymuştur.²⁵⁸

Kolluk etkinliklerinin ihale edilmesi söz konusu olduğunda, her daim *özel güvenlik* ile *itfaiye* ve *zabıta* ön plana çıkan hizmetler olmuş ve konu üzerindeki tartışmalar da genel itibarıyla bu hizmetler ekseninde yürümüştür.²⁵⁹ Hiç şüphesiz ki bunun için oldukça haklı gerekçeler bulunmaktadır. Bu hizmetler, geniş etki alanına sahip, kamusal gücün daha somut ve baskın hissedildiği hizmetlerdir. Doğrudan cebir kullanımına, güvenlik ve asayişin sağlanmasına, genel idari kolluğa ve son tahlilde devlet tekeline ilişkindir. Ve bu özelliklerine rağmen ihaleye konu edilmeleri ise kaçınılmaz bir ilgiye ve diğerlerine oranla bu hizmetlere daha farklı bir değer ve anlam yüklenmesine sebep olmaktadır. Bu özellikli halleri, diğer kolluk hizmetleri arasında baskın bir yer edinmelerine ve neredeyse tüm kolluk hizmetlerinin ihale edilebilirliğinde bir “evleviyet örneği” teşkil etmelerine yol açmaktadır. Bu nedenle kolluk etkinliklerine gösterilen hassasiyet, bu hizmetler söz konusu olduğunda daha yoğun hissedilmekte ve daha sert tepkileri beraberinde getirmektedir.

²⁵⁸ AYM, 27.12.2012 tarihli E:2012/102, K:2012/207 sayılı Karar. R.G. Tarih – Sayı: 02.04.2013 – 28606 (Mükerrer)

²⁵⁹ Zabitanın görev ve yetkileri, 5393 sayılı Belediye Kanununun 51 inci maddesinde düzenlemiştir. Bu kapsamda, belediye zabıtasının, beldede esenlik, huzur, sağlık ve düzenin sağlanmasıyla görevli olduğu, bu amaçla, belediye meclisi tarafından alınan ve belediye zabıtası tarafından yerine getirilmesi gereken emir ve yasaklarla bunlara uymayanlar hakkında mevzuatta öngörülen ceza ve diğer yaptırımları uygulayacağı, görevini yaparken zabıtaya karşı gelenlerin kolluk kuvvetlerine karşı gelenler gibi cezalandırılacağı, zabıta hizmetlerinin kesintisiz olarak yürütüleceği hükme bağlanmıştır. İtfaiye, 5393 sayılı Kanunun 52. maddesinde düzenlenmiş ve bu maddeye istinaden yayımlanan Belediye İtfaiye Yönetmeliğinin (21.10.2006 tarihli ve 26326 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır) 6. maddesinde itfaiyenin görevlerine bentler halinde yer verilmiştir. Bu kapsamda, yangınlara müdahale etmek ve söndürmek, her türlü kaza, çökme, patlama, mahsur kalma ve benzeri durumlarda teknik kurtarma gerektiren olaylara ve su baskınlarına müdahale etmek gibi etkinlikler, itfaiyenin görevleri arasında sayılmıştır. Özel güvenlik görevlilerin yetkileri ise 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanunun 7. maddesinde düzenlenmiş olup, bu maddeden özel güvenlik görevlilerin, duyarlı kapıdan geçirme, kişilerin üstlerini dedektörle arama, Ceza Muhakemesi Kanunun 90. maddesine göre yakalama, haklarında yakalama emri veya mahkumiyet kararı bulunan kişileri yakalama ve arama, genel kolluk kuvvetlerine derhal bildirme şartıyla aramalar sırasında suç teşkil eden veya delil olabilecek ya da suç teşkil etmemekle birlikte tehlike doğurabilecek eşyayı emanete alma, kişinin vücudu veya sağlığı bakımından mevcut bir tehlikeden korunması amacıyla yakalama, olay yerini ve delilleri koruma gibi yetkilere sahip olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca Kanunun 23. maddesinde, özel güvenlik görevlilerine karşı görevleri dolayısıyla suç işleyenlerin, kamu görevlisine karşı suç işlemiş gibi cezalandırılacağı da hükme bağlanmıştır.

Aslında bunlar aşına olunan, yalnızca daha yüksek sesle dile getirilen tepkilerdir. Bu bağlamda herkese tanınan yetkileri aşan kolluk benzeri yetkilerin özel kişilere devri, kamu gücü kullanımının devri anlamı taşımakta ve Anayasa'nın 128. maddesine aykırılık oluşturmakta²⁶⁰ ya da biraz daha sert bir söylemle “Devlet iktidarının, dolayısıyla devletin bizi kendisinin devri” sağlanmış olmaktadır.²⁶¹ Anayasa Mahkemesi de yeni tarihli bir kararında itfaiye hizmetleri açısından bu tepkilerin yerindeliğini teyit etmiş gözükmektedir. Mahkeme, 5393 sayılı Kanunun 14. maddesinde yer alan “...yaptırır” ibaresinin “itfaiye hizmeti” yönünden Anayasa'nın 128. maddesine aykırılık teşkil ettiği itirazına yönelik olarak, itfaiye hizmetinin anlam ve önemine değindikten sonra belediyelerin gerçekleştirmek zorunda olduğu diğer birçok hizmetten ayıran kendine özgü niteliklerinin, bu hizmetin genel idare esaslarına göre memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gereken asli ve sürekli bir görev kapsamında değerlendirilmesini gerekli kıldığını ifade etmiş ve nihayetinde itfaiye hizmetinin, kamu görevlisi olmayan kişilere gördürülmesine imkan tanıyacak şekilde düzenleme yapılabilmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle söz konusu düzenlemenin, Anayasanın 128. maddesine aykırı olduğunu ve iptali gerektiğini karara bağlamıştır.²⁶²

Bu doğrultudaki yaklaşım ve tepkilere karşı ileri sürülenler ise yine bilindik argümanlar olmaktadır. Anayasanın 47. maddesinin dördüncü fıkrası bu hizmetlerin ihaleye konu edilmesine anayasal dayanak sağlamakta, kaldı ki ihaleye, kolluk hizmetlerinin bizi kendisi (asli unsuru) değil, kolluk hizmetine yardımcı nitelik taşıyan, çekirdek alana müdahale etmeyen, çekirdek dışı alanlar konu edilmektedir. Uygulamada ise esas itibarıyla bu sav ve hizmetlerin yardımcı nitelikte görünmesi için harcanan emek sayesinde bu hizmetlerin, -asli ya da yardımcı alana ilişkin olup olmadıkları hususu araştırılmaksızın ve bu hususa bir önem atfedilmeksizin- ihale edilebilir olduğu düşüncesi daha fazla benimsenmiş durumdadır. Hatta belli bir dönem süresince de buna imkan tanıyan bir hukuki dayanağa bile sahip olunmuştur. Buna göre 4734 sayılı Kanunun 62/e maddesi ve hizmet tanımında “koruma ve güvenlik” ibaresine ismen yer verilmiş olması, bu hizmetlerin ihale edilebilirliğine ve ihale edilmesine başlı başına hukuki dayanak sağlamıştır.

²⁶⁰ SEVER, “Kamusal Faaliyetlerin Özel Kişilere Gördürülmesi...” s. 287

²⁶¹ ASLAN Onur Ender, “Zabıta Personeli ve Taşeronlaşma ...”, s. 59

²⁶² AYM. 26.6.2019 tarihli ve E: 2019/27, K:2019/56 sayılı Karar R.G. Tarih-Sayı: 11.9.2019-30885

Ayrıca bu hizmetler, denetim faaliyetlerini, asli/çekirdek alana dair icrai sonuç doğuran işlemler niteliğinde görmeyen ve bu doğrultuda kural olarak bu faaliyetlerin, özel kişilerden hizmet satın alınması yoluyla yürütülmesinin Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna ulaşan mahkeme kararlarına²⁶³ koşut olduğu inancı ve bilinci ile ihaleye konu edilmişlerdir. Bu kapsamda bu hizmetlerin, asli kolluk değil, asli kolluk emrinde faaliyet gösteren, asli kolluğa yardımcı hizmetler olduğu özellikle vurgulanmıştır. Özel güvenlik hizmetinin, polis (genel kolluk) hizmetine yardımcı nitelik taşıdığı, zabıta ya da itfaiye hizmetinin ise aslında zabıtaya ya da itfaiyeye destek olma amacı taşıyan hizmetler olduğu savıyla bir karşı taraf arayışına girilmiştir. Böylece asli unsur, doğrudan icrai işlemi tesis etmekle görevli kişilerden oluşan bir üst küme olarak somutlaştırılmış ve bu görevliler esasında yardım/destek amaçlı bir hiyerarşik alt hizmet kümesi oluşturularak, bu alt küme üzerinden de ihaleye konu edilebilirliğe meşru bir zemin kazandırılmış, daha doğrusu kazandırılmaya çalışılmıştır.

Kuşkusuz 4734 sayılı Kanun bu noktada da oldukça işlevsel bir rol üstlenmiştir. Kanun, alt hizmet odaklı bu yönetime ve bu yöntemle uyumlu örneklerin büyük çoğunluğuna dayanak teşkil etmiştir. Bunlar, destek ya da yardımcı olma vurgusu ile, özellikle zabıta ve itfaiye hizmetlerinde karşımıza çıkan örneklerdir. Aynı zamanda bu vurgu, zaman içerisinde daha genele yayılmış ve daha da özen gösterilen bir hal almıştır. Zabıta/itfaiye hizmet alımı adı altında çıkılan ihalelerde zamanla “zabıtaya/itfaiye destek hizmet alımı”, “zabıta/itfaiye hizmetlerine yardımcı personel alımı” adı tercih edilir olmuştur. Üstelik bu yardımcı veya destek olma hususu salt ihale adları ile sınırlı kalmamış, ihale dokümanlarına da benzer şekilde yansımıştır. Bu ihalelere ilişkin hazırlanan teknik şartnamelerde genel olarak,

“a) Belediye İtfaiye Yönetmeliği’nde belirtilen itfaiye hizmetleri ile şartnamelerde belirlenen hizmet, görev ve çalışmaların yapılmasına ve hizmetlerin yerine getirilmesine yardımcı olmak, ayrıca ... yetki verilen amirlerce, verilen işlerin ve hizmetlerin de yerine getirilmesine yardımcı olmak

b) Belediye zabıta personelinin yapacağı tüm çalışmalarda alıkonulan malların taşınması, araçlara yüklenmesi, depolara teslimi ile muhafazalarında yardımcı olmak

²⁶³ Örneğin, AYM, 27.12.2012 tarihli E:2012/102, K:2012/207 sayılı Karar. R.G. Tarih – Sayı: 02.04.2013 – 28606 (Mükerrer)

c) Hakkında yıkım kararı bulunan yapıların yıkım işlemlerinde Zabıta Müdürlüğü yetkililerin sevk ve idaresinde her türlü taşıma işlemi yapmak ve yıkım süresince gerekli emniyet tedbirlerinin alınmasını yardımcı olmak

d) İzinsiz satış yapan seyyar satıcıların faaliyetten men edilmesi için Zabıta Müdürlüğü'nce yürütülen çalışmalara katılarak, zabıta personeli tarafından el konulan seyyar satıcıların araba ve malzemelerini araçlara yüklemek, araçlardan boşaltmak ve depoya yerleştirmek”

gibi asli kolluğa yardımcı/destek olma vurgusu içeren birçok “alt” hizmete yer verildiğini ve ihale konusu iş kapsamında bu işlerin yerine getirilmesinin istenildiğini görebilmek mümkündür.²⁶⁴

Bu yardımcı ya da destek vurgusuna rağmen bu ihalelerin birçoğunda istihdam edilen personelin aslında zabıta ya da itfaiye hizmetine özgülenen faaliyetlerde bulunmak zorunda bırakıldıkları bilinmektedir.²⁶⁵ Dolayısıyla belki de tepkileri azaltma ya da ortadan kaldırma gayesi idareleri bu yönde isim ve içerikle sınırlı biçimsel bir değişime yönlendirmiş olsa da uygulamada niteliksel bir değişimden söz etmek pek de mümkün olmamaktadır. Hatta kimi şartnamelerde, bu danışıklı halin, açıkça belirtilmesinden çekinilmemekte, kimilerinde ise bu halin izlerini görebilmek mümkün olmaktadır. Örneğin; Bucak Belediye Başkanlığı tarafından gerçekleştirilen 2015/138919 İKN’li Zabıta Müdürlüğüne Yardımcı Personel Alımı ihalesinin teknik şartnamesinde yardımcı zabıta personelinin, zabıta memurunun yapmış olduğu tüm görevleri yapacağı hususu açıkça ifade edilmiş, Bitlis Belediye Başkanlığı tarafından gerçekleştirilen 2015/109269 İKN’li Zabıta Destek Personeli Çalıştırılması Hizmet Alımı ihalesinin teknik şartnamesinde ise askerliğini komando olarak yapan veya herhangi bir spor dalı ile ilgili belge veya sertifika sahibi olan “destek personeli”nin tercih sebebi olacağı belirtilmiş, Manisa Büyükşehir Belediyesi tarafından yapılan 2017/472940 İKN’li İtfaiye Hizmetlerinin Yürütülmesi İçin Yardımcı Personel

²⁶⁴ Bunun için, Çankırı Belediyesi tarafından yapılan 2017/477915 İKN’li İtfaiye Müdürlüğü 2018 Yılı Destek Personeli Hizmet Alımı, Araç Belediyesi tarafından yapılan 2016/506741 İKN’li İtfaiye Çavuşluğu Destek Personel Hizmet Alımı, Bakırköy Belediyesi’nce gerçekleştirilen 2017/511793 İKN’li 21 Aylık Zabıta Destek Hizmet Personeli Hizmet Alımı, Altındağ Belediyesi tarafından gerçekleştirilen 2017/513685 İKN’li 2018-2019 Yıllarında 21 Ay Süre İle Zabıta Hizmetlerinde 49 Kişi Zabıta Destek Personeli Hizmet Alımı İş, Küçükçekmece Belediyesi’nce yapılan 2107/281332 İKN’li Zabıta Destek Elemanı Hizmet Alımı İş gibi ihalelere bakılabilir. İhalelere ilişkin bu bilgilere ekap.kik.gov.tr adresi üzerinden ulaşabilmek mümkündür.

²⁶⁵ Aynı yönde BÜBER Bülent, “Yeni Bir Çatışma Alanı...” s. 245-246

Çalıştırılması Hizmet Alım İşinde ise yangın söndürme ve kurtarma faaliyetlerinde bulunmak, yardımcı personelin yapması gereken görevler arasında sayılmıştır.²⁶⁶

Yapılan bu açıklamalardan da anlaşılabileceği üzere kolluk etkinliklerinin ihaleye konu edilebilirliği, birçok açıdan öğretisel öngörülerini aşmış ve bu aşkın hal, öğretiye rağmen kanıksanmış durumdadır. Kolluk etkinliklerine yönelik sergilenen hassasiyet, daha çok teorik boyutta kendisine yer bulabilmektedir. Uygulamada, asli – yardımcı ya da özel kolluk – genel kolluk gibi ayrımlar gittikçe silikleşmekte ve önemini kaybetmektedir. Doğrudan asli (çekirdek) unsurları ya da genel kolluğu hedef alan ihale girişimlerine tanık olunmakta ve ne yazık ki buna engel bir anayasa hükmü olduğu gerçeği, gün geçtikçe unutulmakta ve anlamını yitirmektedir. 4734 sayılı Kanunun, uygulamanın bu yönde ilerlemesine ve şekillenmesine yadsınamaz bir katkı sunduğu da muhakkaktır. Hatta Kanunun hizmet tanımında yer alan “koruma ve güvenlik” ibaresi, bu katkının görece yasallaşmasını ve en can alıcı şekilde hissedilmesini sağlamıştır. Bu ibare, genel kolluk hizmetlerinin bütünüyle ihaleye konu edilebilmesi gibi oldukça önemli bir imkanı ve sorunu beraberinde getirmiştir. Bu durum haliyle konuyu oldukça rahatsız edici bir boyuta taşımaya yettiği gibi aslında bir gerçeği de görmemizi sağlamıştır. Bu, öteden beri devlet tekelinde olduğu ve devredilmesi mümkün olmadığı konusunda hemfikir olunan genel kolluğa dair asli-çekirdek alanların bile ihale edilmesine gerekçe teşkil edebilecek bir hukuki dayanağa uzunca bir süre sahip olduğumuz gerçeğidir. Bu noktadaki tek sorun ise bu ibareden hareketle genel kolluğun bütün parçaları ile birlikte ihale edilmesine dönük bir adımın - Anayasaya rağmen- atılmamış olmasıdır. Ya da daha doğrusu “yardımcı” veya “destek” olma örtüsüyle bu adımın rahatlıkla atılabileceğinin farkına varılamamış olmasıdır.

4) İşletme Hizmetleri

İşletme hizmetlerini özellikli kılan, idare hukuku ile sözleşme gibi özel hukuk menşeli bir kavramın, yine idare hukuku ilke ve kuralları dahilinde bağdaşabileceğinin tipik örneği ve kanıtı niteliğindeki kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ile olan ilişkisi ve bu sözleşmeler üzerine olan etkisidir. Bu anlamda yer yer bu idari sözleşmeler ile özel hukuk sözleşmesi niteliği taşıdığı ekseriyetle kabul edilen kamu ihale sözleşmelerinin,

²⁶⁶ İhalelere ilişkin bu bilgilere ekap.kik.gov.tr adresi üzerinden ulaşabilmek mümkündür.

aslında iç içe de geçebilen sözleşmeler olduğunu görmemize imkan sağlaması ve bunun üzerinden rasyonellik ve hukukilik sorgulamalarına neden olmasıdır.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerine ilişkin üzerinde tam anlamıyla uzlaşmış bir tanımdan söz etmek mümkün olmamakla birlikte, “*bir kamu hizmetinin kurulması ve işletilmesi ya da sadece işletilmesi*”, “*imtiyaz sahibinin hizmeti tüm tehlike, zarar ve masrafları üstlenerek yürütmesi*”, “*imtiyaz sahibinin hizmetten yararlananlardan tahsil edeceği karşılıklardan gelir sağlaması*”, bu sözleşmeleri, klasik ve dar çerçevede tanımlayan, ayırt edici unsurlar olarak kabul edilmektedir.²⁶⁷ Bu sözleşmelerin temel mantığını, idarenin kendi olanakları ile gereği gibi yürütemediği kamu hizmetlerinin özel kişiler aracılığıyla en iyi şekilde yürütülmesinin sağlanması oluşturmaktadır.²⁶⁸ Bu kurguda idare açısından beklenti, kamu yararının gerçekleşmesi iken özel kişi açısından ise sunduğu hizmet karşılığında yararlananlardan tahsil edeceği bedellerle kar/gelir elde etmedir. Bu bakımdan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, sözleşmenin her iki tarafının kazandığı ya da en azından kazanma beklentisi içerisine girdikleri ve kurgusu itibarıyla da içerisinde belli bir rasyonellik barındıran, kamu hizmetini gördürme ve finanse etme yöntemidir.

Peki benzeri olma tartışması bir yana bırakılırsa ayırt ediciliğini kamunun para harcamasına/kamu kaynağı kullanımına borçlu bir Kanun ile daha çok imtiyaz sözleşmeleri ile özdeşleşmiş olan hizmetin işletilmesi kavramı nasıl yan yana gelebilmektedir? Bunun gayet basit bir cevabı bulunmaktadır. Eğer idare olarak öncelikle bir kamu hizmetini kamu parası ile kurar ve daha sonra kurduğunuz bu hizmeti yürütecek yeterlilikte olmadığınızı fark eder ve bir de üstüne yeterli olmadığınızı idrak ettiğiniz bu hizmeti, yine kamu parası karşılığında özel kişi aracılığıyla işletmeye kalkarsanız karşınıza çıkan kanun, haliyle, ayırt ediciliğini kamu parasının harcanmasına borçlu olan 4734 sayılı Kanundan başkası olmayacaktır. Bu durumda hizmet, kurma ve işletilme olmak üzere iki parçaya ayrılmakta ve kamu parası harcanması kriterinden hareketle de bu iki parçanın ayrı ayrı 4734 sayılı Kanuna göre ihale edilebileceği kabul edilmektedir. Üstelik bu şekilde 4734 sayılı Kanuna göre yapım işi ihalesi ile kurulup, daha sonra bunların işletilmesi işinin ayrıca ve yine 4734 sayılı Kanuna göre ihale edildiği örnekler hiç de azımsanmayacak sayıdadır. Bu bağlamda; “*Aktarma İstasyonlarının İşletilmesi ve Evsel Atıkların Taşınması (2018/336681*

²⁶⁷ Bu unsurlar için bkz. ÖZTÜRK, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri, s. 30-35

²⁶⁸ ÖZTÜRK, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri, s. 29 - 30

İKN)”, “*Yüzme Havuzu ve Spor Kompleksi İşletilmesi (2018/246068 İKN)*”, “*Dinlenme Tesislerinin İşletilmesi (2018/207533 İKN)*”, “*Atık Kabul Tesisinin İşletilmesi (2017/625952 İKN)*”, “*Karayolları Denetim İstasyonlarının İşletilmesi (2017/525158 İKN)*”, “*İçmesuyu Tesisleri İşletilmesi (2017/501945 İKN)*”, “*Kayak Merkezi Tesislerinin İşletilmesi (2017/465679 İKN)*”, “*Mahalle Konakları, Kültür Merkezleri, Gençlik Merkezi, Müzeler ve Spor Kompleksi İşletilmesi (2017/428679 İKN)*”, “*Sosyal Tesislerin İşletilmesi (2016/535138 İKN)*”, “*İstanbul Geneli Tuvalet Birimlerinin İşletilmesi (2016/357680 İKN)*”, “*Anahat ve YHT Vagonlarında Bulunan Yemekli Vagonların İşletilmesi (2016/14644 İKN)*”, “*Yol Kenarlarının Otopark Olarak İşletilmesi (2014/34429 İKN)*”, “*Hidroelektrik Santrallerinin İşletilmesi (2014/30529 İKN)*”, “*Tiyatro Salonunun İşletilmesi (2015/26989 İKN)*”, “*Otoparkların İşletilmesi (2014/80599 İKN)*”, “*Deniz Taşıtlarının İşletilmesi (2014/75807 İKN)*”, “*Aşevi İşletilmesi (2015/20461 İKN)*”, “*Kültür Sanat Faaliyetleri ve Bağlı Tesislerin İşletilmesi (2015/133968 İKN)*”, “*Teleferik Tesisinin İşletilmesi (2012/58612 İKN)*” gibi daha birçok hizmetin, 4734 sayılı Kanun kapsamında ihale edildiği görülmektedir.

Bu tür hizmetlerin, 4734 sayılı Kanunla birlikte anılması ve işlerlik kazanması oldukça düşündürücüdür. Zira bu hizmetlerin birçoğu, işletilme açısından daha rasyonel bir yöntem olan imtiyaz sözleşmelerine de konu edilebilecek nitelikte hizmetlerdir. Aşevi, kültür, sanat tesislerinin işletilmesi gibi örneklerde karşımıza çıkan sosyal ve kültürel amaç, bu hizmetlerin bir kısmının 4734 sayılı Kanuna göre ihale edilmesine nispi bir meşruluk kazandırmakta ise de otoparkların, hidroelektrik santrallerinin ya da deniz taşıtlarının işletilmesi gibi sınai ve ticari karakterli hizmetler, kuşkusuz imtiyaz usulünün temel işleyiş ve mantığına daha uygun düşen hizmetlerdir. Şu halde özellikle sınai ve ticari karakterli hizmetlerin işletilmesi açısından anlaşılması güç olsa da, karşımıza birbirine ikamesi mümkün iki olası yöntem çıkarılmakta ve bunlardan birinin tercih edilmesi beklenilmektedir. Bir yanda hizmetin işletilmesinden kaynaklanan kar – zarar riskini özel kişilerin üstlendiği bir yöntem, diğer yanda ise hizmetin işletilmesinin karşılığının doğrudan kamu parası ile ödendiği ve bu şekilde özel kişi üzerinde oluşabilecek riskin tümüyle bertaraf edildiği yöntem. Yapılacak tercihin rasyonellikten yana olması beklenirken bu örneklerden de anlaşılabilceği üzere kimi tercihler ilginç şekilde, özel kişiler üzerindeki piyasa riskinin bertaraf edildiği, liberal ekonominin kabulleri ile bağdaşmayan yöntemden yana olmaktadır. Bu durum ise aynı zamanda kamu parasının, farklı bir işlev ve görünüm kazanmasına sebep olmakta, özel kişiler lehine kar-zarar riskinden bağımsız, güvenli bir ortam yaratmak amacıyla kullanılan bir araç halini aldığını göstermektedir. Böylelikle kamu parası için vatandaş – vergi – kamu

hizmeti döngüsü üzerinden sıkça dile getirilen kamusalılık düşü, işletilme ihalelerinde de aynı kadere razı gelmekte ve bir kez daha hayal kırıklığı ile sonuçlanmış olmaktadır.

Bununla birlikte aynı anda hem gelir elde etme hem de harcama yapma tuhaflığını, 4734 sayılı Kanuna tabi olma tuhaflığı ile birleştirmeyi başaran bu işletilme ihalelerinde, tahmin de edileceği üzere belli bir standardın yakalanması ve belirliliğin sağlanması mümkün olmamakta ve bu ihaleler, masumiyetleri konusunda ciddi şüpheler barındırmaktadır. Örneğin, Rize Belediyesi tarafından 4734 sayılı Kanuna göre gerçekleştirilen otoparkların işletilmesi ihalesinde, ihale dokümanında, çalıştırılacak personele ve idare tarafından yükleniciye yapılacak ödemelere (her ay en fazla tahsilat yapan ilk üç çalışana ikramiye verileceği ayrıntısına kadar) ilişkin düzenlemelere yer verilmiş iken, hizmetin işletilmesinden elde edilecek gelirlerin akıbeti konusunda herhangi bir belirlilik bulunmamaktadır. Diyarbakır Belediyesi tarafından gerçekleştirilen otoparkların işletilmesi ihalesinde ise teknik şartnamede, ödeme ve personele ilişkin ihale dokümanında yapılan düzenlemelere ek olarak toplanılan ücretlerin, mesai bitiminde idareye teslim edileceği açıkça ifade edilmektedir.²⁶⁹

Bu konuda koşulları itibarıyla daha farklı bir örnek ise tuvaletlerin işletilmesi işinde karşımıza çıkmaktadır. Bu kapsamda İstanbul Büyükşehir Belediyesi tarafından gerçekleştirilen ihalenin koşullarına bakıldığında; teknik şartnamede, işletme kapsamında yapılması istenilen işlerin ayrıntılı bir şekilde sayıldığı, işletilme hizmetinin amacının, İstanbul il sınırlarında oturan veya İstanbul’u ziyaret eden vatandaşların veya turistlerin, hijyenik, güvenilir, herkes tarafından erişilebilir birimlerde tuvalet hizmetini alabilmesi olarak belirlendiği görülmekte ve 5216 sayılı Kanununun 7. maddesinin (m) bendinin, bu ihalenin hukuki dayanağını oluşturduğu ifade edilmektedir.²⁷⁰ Tuvalet hizmetinden yararlananlardan elde edilecek gelirlere ilişkin olarak ise sözleşme tasarısında, tuvaletlerin işletilmesi sonucu toplanan nakit paralar ve İstanbul kartta toplanan paraların yüklenicinin hak edişinden mahsup edileceği belirtilmektedir.²⁷¹ Bu

²⁶⁹ Rize Belediyesinin 2012/152523 İKN’li Yol Kenarlarının Otopark Olarak İşletilmesi ve Diyarbakır Belediyesinin 2016/232390 İKN’li Ana Arterlerde Bulunan Yol Boyu Açık Otoparkların İşletilmesi ihalelerine ilişkin bu bilgilere ve ihale dokümanlarının tamamına ekap.kik.gov.tr adresinden ulaşabilmek mümkündür.

²⁷⁰ 5216 sayılı Kanunun 7 (m) maddesinde yer alan hüküm; “*Büyükşehirin bütünlüğüne hizmet eden sosyal donatılar, bölge parkları, hayvanat bahçeleri, hayvan barınakları, kütüphane, müze, spor, dinlence, eğlence ve benzeri yerleri yapmak, yaptırmak, işletmek veya işlettirmek; ...*” şeklindedir.

²⁷¹ 2016/357680 İKN’li İstanbul Geneli Tuvalet Birimlerinin İşletilmesi ihalesine ilişkin bu bilgilere ve ihale dokümanının tamamına ekap.kik.gov.tr adresinden ulaşabilmek mümkündür.

ihale kurgusunda önceki örneklerden daha farklı bir yöntem izlenmekte, tuvaletlerin işletilmesinden elde edilen gelir, idare bütçesi ile ilişkilendirilmemekte, doğrudan yükleniciye ait olmaktadır. Aynı zamanda yükleniciye ait olan bu gelirin, yüklenicinin hak edişinden düşüleceği belirtilmekte ve bu şekilde yüklenicinin teklif ettiği bedel ile işletilmeden elde edilecek gelir arasında bir fark bulunması halinde, bu farkın idare tarafından karşılanacağı anlaşılmaktadır.

Dolayısıyla tüm bu hallerde yüklenici, teklifinde öngördüğü bedelden mahrum kalmayacağı, piyasa risklerini dert etmesine gerek olmayan, her koşulda kazançlı çıktığı, idare ve kamu parası ile desteklenen güvenceli bir konuma yerleşmiş olmaktadır. Üstelik de bu güvenceli imkan, 4734 sayılı Kanun aracılığıyla sağlanmaktadır. Neoliberal düşüncenin bir ürünü olduğu eleştirilerine maruz kalan bir Kanun bu kez de tam aksi bir özellikyle, serbest piyasa mantığıyla bağdaşmayan bir yöntemin aracı olarak karşımıza çıkmaktadır. Can alıcı soru ise kamuya bir gelirin de sağlandığında şüphe bulunmayan bu ihalelerin, nasıl 4734 sayılı Kanuna göre ihale edilebildiğidir? Süreçte bütünüyle kamu harcaması yapıldığı mı kabul edilmektedir? İşletme hizmetleri, benzeri hizmet kapsamına mı girmektedir? Ya da 4734 sayılı Kanun, aynı zamanda imtiyaz ihalelerini düzenleme yetkinliğine de sahip olan bir Kanun mudur?

Aslında bu kurgu hakkında fikir sahibi olmamıza imkan sağlayacak örneklerle son dönemde sıkça karşılaşılmaktadır. Oldukça sert eleştirilerin de hedefi olan kamu özel işbirliği yöntemiyle gerçekleştirilen bu ihaleler, 4734 sayılı Kanuna göre gerçekleştirilen işletme ihaleleri ile oldukça benzer özellikler sergilemektedir. 4734 sayılı Kanuna tabi olunmaksızın kendi özel kanunları çerçevesinde gerçekleştirilen bu ihalelerde de bir hizmetin işletilmesi söz konusu olmakta ve ihaleyi kazanan da benzer şekilde ayrıcalıklı bir konuma yerleştirilmektedir. 4734 sayılı Kanundan farklı olarak bu yöntemde karşı tarafa doğrudan bir ödeme yapılmamakta, araç sayısı, yolcu sayısı ya da hasta sayısı gibi unsurlar üzerinden verilen devlet garantileri bir ödeme yapılmasını gerekli kılabilmektedir. Ülkemiz koşulları düşünüldüğünde ise bu ödemenin daha çok bir gereklilik olarak karşımıza çıkacağını tahmin etmek de zor olmamaktadır.²⁷²

²⁷² Son dönemde bu garantilerin, özellikle Osmangazi Köprüsü, Avrasya Tüneli, Ankara Yüksek Hızlı Tren Garı, Şehir Hastaneleri, Çanakkale Köprüsü, 3. Köprü, gibi büyük imtiyaz işlerinde verildiği görülmektedir. Karşımıza çıkan sonuçlar ise, bu uygulamaya yöneltelen eleştirilerin ve bu tahminlerin haklılığını ortaya koyar mahiyettedir. Örneğin, Avrasya Tüneli'nde yılda 25,6 milyon araç için otomobil başına 4, minibüs başına 6 dolar artı KDV garantisi verilmiş, 2017 yılında geçiş yapan araç sayısı 15,6 milyonda kalmış;

Dolayısıyla aynen 4734 sayılı Kanunda olduğu gibi bu yöntemde de kamu parasının harcanması gündeme gelmekte ve her koşulda, ihaleyi kazanan özel kişi lehine piyasa riskinden bağışık rahat ve güvenceli bir ortamın tesisi sağlanmaktadır. Peki aralarındaki bu benzerliğe rağmen, 4734 sayılı Kanuna tabi olma ya da olmama çelişkisini nasıl izah etmek gerekmektedir? Daha önemlisi hem gelir sağlanan hem kamu harcaması yapılan ve aynı zamanda kar-zarar riskini de bertaraf eden bu güvenceli yöntemleri, kamu hizmetinin özel kişilere gördürülme yöntemlerinden hangisi içerisinde değerlendirmek gerekecektir? Kamu ihale sözleşmesi mi, devlet ihale sözleşmesi mi, imtiyaz sözleşmesi mi, müşterek emanet mi yoksa iltizam mı?

Bu soruya, hukuki kesinlik içeren bir cevap verebilmek en azından şu an için pek mümkün görünmemektedir. Ancak imtiyaz sözleşmesini geniş çerçevede ve bir üst kavram olarak ele alan yaklaşım, bu konuda bir çözüm üretmeye imkan sağlamaktadır. Bu yaklaşıma göre, imtiyazın klasik tanımındaki kimi unsurlar zayıflamış, hatta önemini yitirmiş durumdadır. Örneğin, imtiyaz sahibinin hizmetin finansmanını, hizmetten yararlananlardan elde edeceği bedelle karşılaması, artık ayırt edici bir unsur olmaktan çıkmıştır. Özellikle enerji sektöründeki yap-işlet-devret sözleşmelerinde, üretilen elektrik halka değil, idarenin kendisine satılmakta ve karşılığı da halktan değil, idareden alınmaktadır. Hatta, bu kapsamda kamu hizmetinin, imtiyaz sözleşmesinin ayırt edici unsurları arasında yer aldığı yönündeki görüş bile kimi aksi örnekler düşünüldüğünde sorgulanmaya muhtaç hale gelmiş durumdadır. Neticede, bu yaklaşım imtiyaz sözleşmesini, ayrıcalıklı konuma yerleşme ile özdeşleştirmekte ya da klasik tanımda yer alan kriterleri birkaç belirleyici kriterle indirgemek suretiyle yeniden tanımlamaktadır. Ama nihayetinde yargı kararlarından da alınan destekle imtiyaz sözleşmelerinin, torba ve kapsayıcı bir yöntem olduğu kabul edilmektedir. Buna göre imtiyaz sözleşmeleri, kamu hizmetlerinin özel kişiye gördürme yöntemlerinden birini değil, kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinin genel adı ve yöntemini ifade etmektedir.²⁷³ Bu şekilde bir yaklaşım ise işletme ihalelerine ilişkin soruyu da anlamsız kılmaktadır. Zira kamu hizmetinin özel kişiye gördürülmesi, bu yaklaşımda teke

Zafer Havalimanında 2012-2016 yılı sonuna kadar 4 milyon 73 bin 181 yolcu garantisi verilmiş, ancak bu yıllar arasında yolculuk yapan kişi sayısı sadece 170 bin 534'te kalmıştır.

Bu bilgiler için bkz. http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/ekonomi/983137/Buyuk_vurgun.html, http://www.cumhuriyet.com.tr/koseyazisi/991760/Zafer_Havaalani_ve_tabandaki_vergiler.html (Erişim tarihi:17.07.2018)

²⁷³ Bu görüş ve ayrıntılı açıklamalar için bkz. ÇAL, *Intuitu Personae veya İmtiyaz Sözleşmelerinde...*, s.53-62; Benzer tartışmalar için bkz. KARAHANOGULLARI, *Kamu Hizmeti...*, s. 326-350

indirgenerek imtiyaz addedilmekte ve kamu ihale, devlet ihale, iltizam, müşterek emanet gibi ayrımlar da anlamını yitirmektedir. Haliyle de bu yaklaşım, bünyesinde çokça işletme ihale örneği barındıran 4734 sayılı Kanunu, imtiyazları da konu alabilen bir Kanun ve bu Kanuna göre akdedilen işletme sözleşmelerinin (kamu ihale sözleşmelerinin) de birer imtiyaz sözleşmesi olarak kabulü sonucunu doğurmaktadır. Bu sonuç, idare hukuku açısından oldukça dikkate değerdir. Nitekim bu, aynı zamanda “özel hukuk hükümlerine tabi olacak bir imtiyaz sözleşmesi” gibi idare hukukunun yerleşik esasları ile bağdaştırılması mümkün olmayan bir sonuç anlamı da taşımaktadır.

İşletme ihalesinden söz açıldığında üzerinde ayrıca durmayı gerektirecek önemde bir diğer hizmet ise rödovanstır. Özellikle Soma ve Ermenek maden kazaları nedeniyle bir anda tüm ülkenin varlığından haberdar olduğu rödovans, işletme ruhsatı sahibinin, maden işletme hakkını belli bir süre ile sınırlı olarak kiraladığı, bunun karşılığında kiralayanın belirli miktarda üretim yaparak ürettiği miktara göre hesaplanan kira bedelini ödemeyi taahhüt ettiği ilişkidir. Kısaca maden işletme hakkının kiralınmasıdır.²⁷⁴ İşte bu şekilde karşılıklılık içeren bir süreç bile 4734 sayılı Kanuna konu edilebilmektedir. Bu kapsamda Türkiye Kömür İşletmeleri Genel Müdürlüğü tarafından 08.06.2006 tarihinde açık ihale usulü ile 2006/42159 İKN’li “ELİ Eynez Yeraltı Sahalarında Kömür Üretimi” ihalesi gerçekleştirilmiş ve bu hizmetin niteliği ve türü; “*ELİ Müessese Müdürlüğü Eynez yeraltı sahalarında belirlenen termin programına bağlı olarak hazırlık döneminde yaklaşık 500.000 ton, işletme döneminde asgari 1.yıl 1.000.000 ton/yıl, 2.yıldan itibaren 1.500.000 ton/yıl olmak üzere toplam 15.000.000 ton tüvenan kömürün üretimi ve üretilen tüvenan kömürün belirlenen yerlere teslim edilmesi hizmeti işi*” olarak belirtilmiştir.

Bu ihaleye 2 adet teklif verilmiş, ihaleyi Park Teknik A.Ş. kazanmış ve bu firma ile 27.7.2006 tarihinde sözleşme imzalanmıştır.²⁷⁵ Ancak yüklenici firma, 07.10.2009 tarihinde TKİ’ye yaptığı başvuru ile “*sahada karşılaştığı teknik problemler (üretim çalışmaları sırasında oluşan yangınlardan ve daha önce çalışılan bölgelerdeki büyük miktardaki su birikimleri, şartnamede görülmeyen büyük atımlı faylar)*” nedeniyle “*ileride telafisi mümkün olmayacak problemlerle karşılaşılacağı anlaşılan bu durumdan*” dolayı sözleşmeyi devretmek istemiştir. Bu istek, TKİ tarafından kabul edilerek, sözleşmenin

²⁷⁴ Rödovans sözleşmesi hakkında bilgi için bkz. ÖZTOPRAK Sezin, Kömür Ocaklarının Özel Hukuk Kişileri Tarafından İşletilmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 125-133

²⁷⁵ Bu bilgilere ekap.kik.gov.tr adresinden ulaşabilmek mümkündür.

Soma Kömür A.Ş.'ye devri sağlanmıştır.²⁷⁶ Sözleşme gereği 10 yıllık süre içerisinde 15 milyon ton kömür üretimi garanti edilmiş olmasına rağmen, hazırlık süresi dahil üç yılın sonunda (işe başlanılan tarih olan 11.08.2006 ile devir tarihi olan 30.10.2009 tarihi arasında) Park Teknik A.Ş.'nin ulaştığı miktar, 852.803,6 tonda kalmıştır. Geriye kalan 14.147.196,4 ton kömürün üretimi ve teslimi işi, 388.340.541,18 TL bedel üzerinden Soma Kömür A.Ş. tarafından devralınmıştır. İş üstlenen Soma Kömür A.Ş. üretimde önceki yıllarda oluşan eksikliği oldukça hızlı bir şekilde kapatmış ve Mart 2017 tarihine kadar yapılması gereken 15 milyon ton üretime, Mayıs 2014'e gelindiğinde neredeyse ulaşmıştır. Hem fikir olunan husus ise bunun bir üretim başarısı değil, üretim zorlaması olduğudur. Rödovansa ilişkin verilebilecek birçok örnek bulunmasına karşın özellikle bu sürece değinmemizin ve süreci bu kadar ayrıntısıyla anlatmamızın oldukça önemli bir sebebi bulunmaktadır. Ne yazık ki bu süreç, tüm ülkeyi derinden sarsacak, oldukça üzücü ve kötü bir sonla bitecektir. 301 işçi hayatını kaybedecek, 162 işçi de yaralanacaktır. Bu, ihale – insan ilişkisini acı şekilde tekrar hatırlamamızı sağlayacak ve bizi Soma Maden Faciasına götürecek olan sürecin kendisidir.²⁷⁷ Ve aynı zamanda pek bilinmese de 4734 sayılı Kanunu, bu kez de bir facianın, toplumun bütününe yayılacak bir acının hukuki sebebi olarak karşımıza çıkaracak olan süreçtir. Bu noktada da 4734 sayılı Kanunun nasıl bu şekilde karşılıklılığa dayalı bir sürece ve işletme işine hukuki dayanak teşkil edebildiği ise her zamanki gibi sorgulanmaya ihtiyaç duyulmayan bir mesele olarak kalacaktır.

İşletme ihalelerinde tabi olunacak kurallar konusunda öğretide hakim olan tek sesliliğe karşın, uygulamaya daha çok karmaşanın hakim olduğu anlaşılmaktadır. Uygulama esas itibarıyla idarelerin takdiri ile şekillenmekte ve tabi olunacak kurallar idarelerce belirlenmektedir. Bu kapsamda idarelerin bir kısmı 4734 sayılı Kanuna, bir

²⁷⁶ Sözleşmenin devri müessesesi, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 16. maddesinde hükme bağlanmış olup, madde; “Sözleşme, zorunlu hallerde ihale yetkilisinin yazılı izni ile başkasına devredilebilir. Ancak, devir alacaklarda ilk ihaledeki şartların aranması zorunludur. Ayrıca, isim ve statü değişikliği gereği yapılan devirler hariç olmak üzere, bir sözleşmenin devredildiği tarihi takibeden üç yıl içinde aynı yüklenici tarafından başka bir sözleşme devredilemez veya devir alınamaz. İzinsiz devredilen veya devir alınan veya bir sözleşmenin devredildiği tarihi takibeden üç yıl içinde devredilen veya devir alınan sözleşmeler feshedilerek, devreden ve devir alanlar hakkında 20, 22 ve 26 ncı madde hükümleri uygulanır.” şeklindedir.

²⁷⁷ Bu sürece ilişkin bilgiler için bkz. SAYMAZ İsmail, Fıtrat, İş Kazası Değil, Cinayet, İletişim Yayınları, I. Baskı, İstanbul, 2016, s. 205-220; Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi, Soma Maden Faciası Raporu (1 Kasım 2014), Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 22-23; Soma Kömür İşletmeleri A.Ş. Tarafından İşletilen Manisa İli Soma İlçesi, Eynez Köyündeki Kömür Madeninde 13.05.2014 Tarihinde Meydana Gelen Maden Kazası İle İlgili Bilirkişi Raporu, Eylül 2014, s.90-92 (<http://www.mineaccidents.com.au/uploads/soma-report.pdf>) (Erişim Tarihi: 21.07.2018)

kısmı 2886 sayılı Kanuna göre²⁷⁸ bu işletme ihalelerini gerçekleştirmekte iken, bir kısmı ise kamu özel işbirliğine dayalı özel kanunlara göre bu işleri ihale edebilmektedir. Elbette ki bu, bütünüyle bu karmaşadan idarelerin sorumlu olduğu anlamı taşımamaktadır. Karmaşanın oluşumunda idarelerin hukuki yetkinliği ve kapasitesinin yadsınamaz etkisinden söz etmek mümkünse de işletme ihalelerinde tabi olunacak kurallar konusunda ülkemizde tartışmaya mahal vermeyecek düzeyde yasal netliğin sağlanmış olduğundan söz edebilmek de oldukça güçtür. Bu iki etkenin karşımıza çıkardığı kaçınılmaz sonuç ise gene belirsizliktir. Bu nedenle de Ankara Büyükşehir Belediyesinin “*Toplu Taşıma Elektronik Ücret Toplama, Güzergah, Araç Takip ve Akıllı Durak Sistemi ve Yazılım İşinin Yapımı ile Birlikte 10 Yıl Süre ile İşletme Hizmetinin Satın Alınması*” işinin hangi mevzuat çerçevesinde gerçekleştirilmesi gerektiğini sormasını, buna karşılık olarak Kurumun bu işin “*4734 sayılı Kanunda düzenlenen usullere göre ihale edilebilir niteliğinin bulunmadığına, ancak hangi mevzuat çerçevesinde gerçekleştirilebileceği yönünde Kurumumuz tarafından görüş bildirilmesi mümkün bulunmadığından, bu konunun İdare tarafından belirlenmesi gerektiğine*” karar vermesini,²⁷⁹ işletme ihalelerindeki bu karmaşa ve belirsizliğin olağan bir sonucu olarak görmek gerekir. Her ne kadar idarelerin bu tür ihalelere iyi niyetli yaklaşımlarından söz etmek mümkün olsa da bunun, belirliliğe ve yeknesaklığın sağlanmasına etkisi yok denecek kadar azdır. İdarelerin hukuki yetkinliğinde ve tabi olunacak kurallar konusunda belli ve yeknesak bir düzeyin yakalanamamış olması, neticede işletme ihalelerinde farklı idari yaklaşımları kaçınılmaz kılmakta ve teorik çerçeveden bakıldığında amatör düzeyde kalmış bir görüntünün oluşmasına sebep olmaktadır. Aynı zamanda ihale konusunda edinilen tecrübeler, işletme hizmetlerinin uzunca bir süre daha bu karmaşa ve belirsizlikle birlikte var olacağını öngörmemize de imkan sağlamaktadır.

²⁷⁸ Örneğin, Savarona Yatının kullanım hakkı, 2886 sayılı Kanun hükümlerine dayanılarak yap-işlet-devret modeline göre restore edilmek üzere Maliye Bakanlığınca 49 yıllığına bir şirkete ihale edilmiştir ve bu işlem yargı nezdinde de onanmıştır. Yargının bu kararı ise 2886 sayılı Kanunda yap-işlet-devret modeline ilişkin bir yetkinin bulunup bulunmadığına ilişkin bir değerlendirme içermemesi, imtiyaz kurallarına uyulup uyulmadığının araştırılmaması nedenleriyle eleştirilmiştir. Bu ihale ve eleştiriler için bkz. KARAHANOGULLARI, Kamu Hizmeti..., s. 345; Bununla birlikte, Isparta Belediyesi tarafından “Ambalaj Atığı Toplama Ayırma Aktarma Tesisi Kurdurularak Toplama ve İşletmecilik Hakkının Verilmesi İş”inin, (<http://www.isparta.bel.tr/ihale-detay.aspx?id=138>) (Erişim Tarihi:17.07.2018); Adana Büyükşehir Belediyesi tarafından “Deniz Araçlarının Atıklarının Alınması, Atık Kabul ve Bertaraf Tesisinin Kurulması ve İşletilmesi İş”inin, (<http://www.adana.bel.tr/ihale/page/12/>) (Erişim Tarihi:17.07.2018) ve Ordu Büyükşehir Belediyesi tarafından Atık Kabul Tesisinin Modernizasyonunun Yapılarak İşletimi ve Geçici Faaliyet Belgesi/Lisans Almış Geri Kazanım veya Bertaraf Tesislerine Nakledilmesi İşinin İşletmeciliği” ihalesinin, 2886 sayılı Kanuna göre ihale edildiği görülmektedir. (<https://www.ordu.bel.tr/EskiIhaleler>) (Erişim Tarihi:17.07.2018) 2886 sayılı Kanuna göre ihale edilen bu işletme örneklerini çoğaltmak mümkün olmakla birlikte, dikkate değer ve bir o kadar hayret verici olan aynı nitelikli işlerin, 4734 sayılı Kanun kapsamında da ihaleye konu edilebiliyor oluşudur.

²⁷⁹ 12/9/2011 tarihli ve 2011/DK.D-167 sayılı Kamu İhale Kurulu Kararı

Tabii ki işletme ihalelerinin karmaşa ve belirsizliğe sürüklenmesinde ve bu karmaşa ve belirsizliğin derinleşmesinde, 4734 sayılı Kanun inkar edilemez bir paya sahiptir. DURAN, Sağlık Bakanlığı'nın özel kişilerin tıbbi cihazları hastanelerde kurmasına ve kendi hesaplarına çalıştırmalarına imkan sağlayan yöntemle ilişkin; *“Gerçekten, burada söz konusu olan, bir bayındırlık eseri vücuda getirmek veya bir kamu hizmetini veya faaliyetini bütünü ile işletmek ve yerine getirmek değil, taşınır mal olan bir cihazın kendini amorti edinceye kadar çalıştırılıp kazanç sağlamasıdır...Böyle bir uygulamanın benzetilebileceği ya da yakınlaştırılabileceği herhangi bir kamusal yöntem Türk hukukunda bulunmamaktadır.”* değerlendirmesinde bulunmuştur.²⁸⁰ Ne var ki DURAN'ın hukuki imkansızlık atfettiği bu tür işletme ihaleleri, 4734 sayılı Kanun sayesinde kolaylıkla ihaleye konu edilebilmiştir.²⁸¹ Hatta 4734 sayılı Kanun, yalnızca cihazların işletilmesine dayalı bu tür işletme ihalelerini değil, doğrudan doğruya kamu hizmetlerinin işletilmesini konu alan ihalelere bile dayanak teşkil edebilecek niteliği kendinde görebilmiştir. Üstelik de bunu doğası gereği ibretlik bir finansman yöntemi ile ve ihaleyi kazanana riskten arındırılmış bir ortam sunarak sağlamıştır. İşletme ihalelerinin düştüğü bu duruma ve 4734 sayılı Kanunun mutlak katkısı ile ortaya çıkan bu karmaşaya tanık olsaydı, DURAN'ın göstereceği tepkinin bu kadarla sınırlı kalmayacağını öngörebilmek, pek de zor olmasa gerek.

5) Sağlık Hizmetleri

Sağlık hizmetlerini özellikli kılan ise kamu hizmetleri içerisinde sahip olduğu temel konuma ve taşıdığı sosyal öneme rağmen ihalelere ilişkin tüm olasılıkları bünyesinde barındırabilme başarısıdır. İhale edilebilir olanı da olmayanı da, ihalenin tüm karmaşası ile birlikte bu temel kamu hizmeti alanında görebilmek mümkündür. Hizmet ihalelerinin ülkemizdeki vaziyetini ve seyrini anlamak için sağlık hizmetleri alanına bakmak yeterlidir. Bu alan, ülkemiz hizmet ihalelerinin özetidir. Sağlık hizmetlerinin, bu denli renkli olmasında en büyük pay, hiç şüphesiz ki yargı mercilerine

²⁸⁰ DURAN, Yap-İşlet-Devret, s.149

²⁸¹ 4734 sayılı Kanun kapsamında görüntüleme hizmetleri pek çok farklı yöntemle gerçekleştirilmekte olup, görüntüleme hizmetinin, özel kişilerden kiralanan tıbbi cihazlar üzerinden sunulması bu yöntemlerden birisini oluşturmaktadır. (Örneğin; Dinar Devlet Hastanesi tarafından yapılan Görüntüleme Birimi Çekim Karşılığı Tıbbi Cihaz Kiralama Hizmeti -2012/190911 İKN'li ihale)

aittir. Sebep oldukları karmaşa, öğretide de sıklıkla yad edilen, hatırı sayılır bir iz bırakmıştır.

Bu konuda başrolü üstlenen mercii, Anayasa Mahkemesi olmuştur. Mahkeme, 1988 yılında sağlık kuruluşlarında, 657 sayılı Kanun ile diğer yasaların sözleşmeli personel çalıştırılmasına ilişkin hükümlere bağlı olmaksızın, sözleşmeli personel statüsünde görevli çalıştırılabilmesine imkan tanıyan Sağlık Hizmetleri Temel Kanununda yapılan yasa değişikliğini, Anayasa'nın 128. maddesine aykırı bulmuştur. Mahkeme, günümüzden bakıldığında oldukça sert sayılabilecek bir yorumla, genel hizmetler sınıfındaki personelin sözleşmeli statüye geçirilmesinin, 657 sayılı Yasa kapsamından çıkarılması, hizmetin genel idare esasları dışında yürütülmesi yolunun açılması anlamı taşıdığı gerekçesiyle değişikliğin iptaline karar vermiş ve bu şekilde sağlık hizmetlerinin ihaleye konu edilemeyeceğini, en üst tondan dile getirmiştir.²⁸² Ancak 2007 yılına gelindiğinde bu sertlik tam aksi yöne evrilmiştir. Bu hizmet alanında sözleşmeli personel dahi çalıştırılamayacağını karara bağlayan Mahkeme, bu kez sağlık hizmetinin bütünüyle özel kişilere gördürülebileceğine karar vermiştir. 657 sayılı Kanunun 36. maddesinin Sağlık Hizmetleri ve Yardımcı Sağlık Hizmetleri Sınıfı başlıklı bendine eklenen ve sağlık hizmetlerinin, hizmet satın alınması yoluyla gördürülebilmeye imkan tanıyan değişikliğe ilişkin olarak Mahkeme, sağlık hizmetlerinin, niteliği gereği diğer kamu hizmetlerinden farklı olduğundan, bu hizmetlerdeki eksiklik ve gecikmelerin önüne geçmenin sosyal önem ve gerekliliğinden uzun uzadıya bahsetmiş ve

“...Anayasa'nın 47. maddesi ile 128. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, sağlık hizmetlerinin bütünüyle devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu bir kamu hizmeti şeklinde nitelendirilmesi olanaklı değildir. Dolayısıyla sağlık hizmetinin tamamının salt memur ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerektiğinden sözedilemeyeceği gibi, 47. maddesinde öngörülen hizmet kapsamında bunun özel hukuk sözleşmeleri ile üçüncü kişilere yaptırılabilmesi olanaklıdır...”

gerekçesiyle sağlık hizmetlerinin ihaleye konu edilebileceğini karara bağlamıştır.²⁸³

²⁸² AYM. 19.4.1988 tarihli ve E:1987/16, K:1988/8 sayılı Karar R.G. Tarih-Sayı:23.08.1988 – 19908

²⁸³ AYM. 22.11.2007 tarihli ve E: 2004/114, K:2007/85 sayılı Karar R.G. Tarih-Sayı: 24.12.2007-26736

Mahkeme bu Kararında; “...Sağlık hizmetleri nitelikleri gereği diğer kamu hizmetlerinden farklıdır. Sağlık hizmetinin temel hedefi olan insan sağlığı sorunu, ertelenemez ve ikame edilemez. Bilime dayalı olması gereken tanı ve tedavi metotlarının insan yararına sürekli yenilik ve gelişme göstermesi, hizmet kalite ve

Neoliberal eksenli dönüşüme ayak uydurma çabaları ve bu sürecin pek de başarılı sayılamayacak bir girişimi olan Anayasanın 47. maddesine 1999 yılında eklenen fıkra, bu Karara temel dayanak teşkil etmekte ve Kararı görece savunulabilir kılmaya yetecek argümanları üretmeye imkan sağlamaktadır. Ancak Mahkeme, bu karardan yaklaşık üç ay sonra verdiği karar ile bu savunulabilir olma imkanını da kendi eliyle oldukça zayıflatmış gözükmektedir. Mahkeme bu defa sağlık hizmetlerinin asli sahasında yer aldığında şüphe bulunmayan aile hekimliği hizmetinin, sözleşme ile karşılanmasını öngören 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun hükmünün, bu kapsamda çalışan aile hekimleri ve aile sağlığı elemanları ile idare arasında akdedilecek sözleşmenin, idari hizmet sözleşmesi niteliği taşıdığı ve bu çalışanların diğer kamu görevlisi kapsamında olduğu gerekçesiyle Anayasanın 128.

beklentilerini çağın koşullarına yaklaştırmayı gerektirmektedir. Bu yönüyle sağlık hizmetleri, kendi iç dinamikleri ve nitelikleri gereği üretilmesi ve halk yararına sunulmasında özel sektörün kazanç, rekabet ve büyüme dinamiklerinden yararlanacak türdeki hizmetlerdendir.

Bu çerçevede, artan sağlık hizmeti talebini en doğru şekilde karşılamak, yüksek sermaye grubuna dahil sürekli yenilenen teknoloji elde etmek ve cihaz-ekipman-sigorta-bakım-yenileme maliyetlerini minimize etmek, birden çok kuruma ortak hizmet alanı yaratmak, yetersiz ve kısıtlı kalifiye insan gücü kaynağını değerlendirerek hizmette etkinlik ve verimlilik sağlamak, değişen şartlara ve ihtiyaca göre hizmet planlama ve sunumunu yapmak, yerinde sağlık hizmeti sunarak gereksiz hasta transferi ve beraberinde getireceği sosyal sorunlara son vermek, kaynak kullanımı kontrollü, kaliteyi yükselten, maliyeti düşüren etkin, süratli, kesintisiz bir sağlık hizmeti sunmak, gereksiz bina ve cihaz alımının önüne geçmek, kurumlar arası işbirliği ve halkın sosyal memnuniyetini arttırmak sağlık hizmetleri yönünden Devlet için bir kamusal zorunluluk ve sosyal devlet olmanın gereğidir.

Anayasa'nın 47. maddesi ile 128. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, sağlık hizmetlerinin bütünüyle devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu bir kamu hizmeti şeklinde nitelendirilmesi olanaklı değildir. Dolayısıyla sağlık hizmetinin tamamının salt memur ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerektiğinden sözedilemeyeceği gibi, 47. maddesinde öngörülen hizmet kapsamında bunun özel hukuk sözleşmeleri ile üçüncü kişilere yaptırılabilmesi olanaklıdır.

...Sosyal hukuk devleti, insan hak ve özgürlüklerine saygı gösteren, kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamlarını güvence altına alan, kişi ile toplum arasında denge kuran, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak sosyal adaleti gerçekleştiren, bu bağlamda sağlık hizmetlerinden bireylerin yeteri kadar yararlanmasını sağlayan devlettir.

Anayasa gereği herkesin, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olması karşısında, ülkenin her yöresinde sağlık hizmetlerinden tam olarak yararlanılabilmesini sağlamak amacıyla niteliği gereği sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesinde ortaya çıkacak eksiklik ve gecikmelerin telafisi olanaksız sonuçlara yol açabilmesi, kamunun iktisadi ve teknik yetersizliği, teknolojik gelişme ve kullanıcıları ve hizmet sunucu ve donanımlarına olan ihtiyaç, görev ve yer yönünden erişim zorlukları, sağlık hizmetlerinin ertelenemez ve ikame edilemez özellikleri, doğal afet, salgın hastalıklar ve acil durumlar sağlık hizmetlerinin hizmet satın alma yoluyla karşılanmasını zorunlu kılmaktadır. Böylece, itiraz konusu kural ile, sağlık hizmetleri ve yardımcı sağlık hizmetleri sınıfına dahil personel tarafından yerine getirilmesi gereken hizmetlerin, ücretleri döner sermaye gelirlerinden karşılanmak kaydıyla, lüzumu halinde hizmet satın alınması yoluyla gördürülmesi olanaklı hale gelmektedir.

Kuralın, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen sosyal devlet ilkesini gerçekleştirmek, 5. maddesinde Devletin temel amaç ve görevleri arasında belirtilen kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, insanın maddi ve manevi varlığını geliştirmek, 56. maddesinde öngörülen sağlık hizmetlerini tam ve dengeli biçimde yerine getirebilmek amacıyla düzenlendiği anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 47., 56. ve 128. maddelerine aykırı değildir..." gerekçesiyle iptal isteminin reddine karar vermiştir.

maddesine aykırılık teşkil etmediğine karar vermiştir.²⁸⁴ Böylece sağlık hizmetlerinde başlangıçtakine benzer bir bakış açısı tekrar geçerlilik kazanmıştır. Ancak bu kez, başlangıçtakinden farklı olarak, sert tutum yerini daha yumuşak bir üsluba bırakmış ve ihaleye konu edilebilir olmama, bütüne değil, daha sınırlı, sadece aile hekimliği parçasına özgü olacak biçimde karar altına alınmıştır.

Bu süreçten artakalan ise sağlık hizmetleri alanının iç çelişkisi olmuştur. Süreçte bir yandan sağlık hizmetinin bütün parçaları ile birlikte ihaleye konu edilebilir olduğu kabul edilmiş, diğer yandan ise konu sağlık hizmetleri içerisinde yer alan aile hekimliği parçasına geldiğinde bu kez bu parçanın ihaleye konu edilmesinin mümkün olmadığı şeklinde aksi bir kabule ulaşılmıştır. Buradan çıkan sonuç, izahı oldukça zor olsa da sağlık hizmetlerinin, aile hekimliği parçası hariç ihaleye konu edilebileceğidir. Ancak bu istisnai parçanın varlığına rağmen sağlık hizmetlerinin bütünüyle ihaleye konu edilebilir olduğu düşüncesi hala baskınlığını korumaktadır. Şüphesiz bu baskın düşünceden en ergonomik ve seri şekilde istifade eden de 4734 sayılı Kanun olmuştur.

Aslında sağlık hizmetlerinin ihaleye konu edilebilirliğinin hukuki başlangıcı ile fiili başlangıcı, hukuki dayanakları farklı olan, aralarında epeyce zaman farkı bulunan, farklı hadiselerdir. Sağlık hizmetlerinin ihaleye konu edilebilirliği, esas itibarıyla 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun 3. maddesinin (b) bendinde yer alan ve 1987 yılından beri yürürlükte olan bir hukuki dayanağa sahip olmasına rağmen, gerçek anlamda tatbikinden, herkesin dikkatini çekmesinden ve tartışılmaya başlanmasından söz edebilmek için 2003 yılını beklemek gerekmiştir. Sağlık hizmetlerinin ihaleye konu edilebilirliğini fiilen başlattığına ve bu anlamda bir kırılma noktası olduğuna inanılan hüküm, daha önce de değinilen 2003 yılında 657 sayılı Kanunun 36. maddesinin “*III-Sağlık Hizmetleri ve Yardımcı Sağlık Hizmetleri Sınıfı*” başlıklı bendine eklenen hükümdür.²⁸⁵ Bu hükümde, bu sınıfa dahil personel tarafından yerine getirilmesi

²⁸⁴ AYM. 21.4.2008 tarihli ve E:2005/10, K:2008/63 sayılı Karar R.G. Tarih-Sayı: 7.11.2008 – 27047

²⁸⁵ Bu hüküm, 24.07.2003 tarihli ve 25178 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 4924 sayılı Eleman Temininde Güçlük Çekilen Yerlerde Sözleşmeli Sağlık Personeli Çalıştırılması İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 11. maddesi ile eklenmiştir. Ayrıca bu hükme istinaden yayımlanan alt mevzuatlarından biri olan 05.05.2004 Tarih ve 25453 Sayılı Resmi Gazete’de Yayımlanarak Yürürlüğe Giren Sağlık Ve Yardımcı Sağlık Personeli Tarafından Yerine Getirilmesi Gereken Hizmetlerin Satın Alma Yoluyla Gördürülmesine İlişkin Esas Ve Usûllerin Tatbiki Hakkında Uygulama Talimatı’nda, hükmün bu niteliği, “...Ülkemizde bu anlamda bir ilk olan ve sistemin bütünü açısından bakıldığında Bakanlığımız da dahil olmak üzere hiçbir kamu kurum ve kuruluşu tarafından evvelce gerçekleştirilmemiş bulunan sağlık hizmetlerinin satın alma yoluyla gördürülmesine dair...” şeklinde ifade edilmiştir.

gereken hizmetlerin, lüzumu halinde bedeli döner sermaye gelirlerinden ödenmek kaydıyla, Bakanlıkça tespit edilecek esas ve usullere göre hizmet satın alınması yoluyla gördürülebileceği ifade edilmiştir. 4734 sayılı Kanun ise her zamanki alışıldık işlevini bu noktada da üstlenmiş ve yine bir tamamlayıcı olarak karşımıza çıkmıştır. Ve bu, yine öğretide karşılık bulan ve olması gerekeni ortaya koyduğuna inanılan bir işlemdir. Buna göre de, “Öte yandan, 657 sayılı Yasa’da yapılan bu değişiklikle Sağlık Bakanlığına tanınan yetkiye dayanılarak, gereği durumunda 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında alımı yapılacak olan sağlık hizmetlerinin...gördürülmesine ilişkin...Usuller yürürlüğe konulmuştur.”²⁸⁶, “Böylece lüzumu halinde, bedeli döner sermaye gelirlerinden ödenmek kaydıyla sağlık hizmetlerinin, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında ihale yoluyla alımı uygulamasına başlanmıştır.”²⁸⁷

Bu noktada cevaplanması gereken sorular ise yine aynı mahiyettedir. Sağlık hizmetlerinin fiilen ihaleye konu edilmesine dayanak teşkil eden 657 sayılı Kanunun 36. maddesinde ve madde gerekçesinde, hatta Anayasa Mahkemesi Kararında, 4734 sayılı Kanundan söz edilmemesine rağmen “hizmet satın alınması yoluyla gördürülebilir” ibaresinin 4734 sayılı Kanuna yapılmış bir atıf olarak anlaşılmasının sebebi nedir? Eğer bu ibare doğrudan 4734 sayılı Kanunun ve buna istinaden yayımlanan alt mevzuatların uygulanması sonucunu doğuracak ise madde metninde “Bakanlıkça tespit edilecek esas ve usullere göre” ibaresi ne anlam taşımaktadır? Daha da önemlisi sağlık hizmeti, 4734 sayılı Kanunda hizmet tanımında ismen sayılan hizmetlerden hangisine benzerlik göstermektedir?

Beklenildiği şekilde bu süreçte de bu tür sorulara gereken önem atfedilmemiş, süreç bütünüyle 4734 sayılı Kanun temelinde başlamış ve ilerlemiştir. Netice bu olsa da süreç bir ayrıntıyı fark etmemizi sağlamıştır. Hükümde yer alan “Bakanlıkça tespit edilecek esas ve usullere göre” ibaresinin gereğini yerine getirmek maksadıyla Sağlık Bakanlığı tarafından Sağlık ve Yardımcı Sağlık Personeli Tarafından Yerine Getirilmesi Gereken Hizmetlerin Satın Alma Yoluyla Gördürülmesine İlişkin Esas ve Usuller hazırlanarak, yürürlüğe konulmuştur.²⁸⁸ Bu Esas ve Usuller incelendiğinde, bir farklılık göze çarpmaktadır. Esas ve Usullerde, 4734 sayılı Kanun ve kamu ihale alt mevzuatından kısmi de olsa bir ayrışma söz konusudur. Örneğin, bu kapsamda şikayet-

²⁸⁶ TAN Turgut, Sağlık Hizmeti İhale Yoluyla Satın Alınabilir Mi? (Kamu hizmetinin özelleştirilmesi konusunda bir örnek olay) İÜHFM, C. LXIX, S.1-2, 2011, s. 292

²⁸⁷ UZ, Kamu Hizmetlerinin... s. 35-36

²⁸⁸ 05.05.2004 tarihli ve 25453 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

itirazen şikayet başvuru sürecinden hiç söz edilmemekte, ihale usullerinde 4734 sayılı Kanuna göre farklılıklar bulunmakta ve ekonomik açıdan en avantajlı teklif, 4734 sayılı Kanunda öngörülenden daha farklı bir şekilde belirlenmektedir. Üstelik bu farklılıklar, bilinçli bir tercihin sonucu olduğu izlenimini de fazlasıyla vermektedir. Ancak her ne kadar belli bir bilinçten söz etmek mümkün olsa da Esas ve Usuller, aksi izlenime imkan sağlayan düzenlemeler de içermektedir. Bu doğrultuda Esas ve Usullerin ilk maddesinde, 4734 sayılı Kanuna açıkça atıf yapılmak suretiyle düzenlemenin amacı, *“lüzumu halinde 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında alımı yapılacak olan sağlık hizmetlerinin...satın alınma yoluyla gördürülmesine dair usul ve esasları belirlemek”* olarak ifade edilmekte ve 47. maddesinde hüküm bulunmayan hallerde, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ve Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği’nin ilgili hükümlerinin uygulanacağı belirtilmektedir. Bu düzenlemeler haliyle Esas ve Usullerin kendi içerisinde bir çelişkiye ve kamu ihale mevzuatı ile Esas ve Usullerin ayrışması konusunda bir kafa karışıklığına yol açmaktadır. Ancak yargının ve Kurumun süreçte takındığı tavır, aslında ortada bir çelişkinin ve kafa karıştırmayı gerektiren bir durumun bulunmadığına işaret etmektedir. Bu aksi tavrın da etkisiyle nihayetinde kabullenilmek zorunda kalınan sonuç, ayrışmanın, daha çok “istek” boyutunda kaldığı olmaktadır.

Bu Esas ve Usulleri ayrıcalıklı kılan yönlerden biri, bu denli hassas bir kamu hizmetinin ihale edilebilir kılınma sürecine yargının da dahil olmasını sağlamasıdır. Bu Esas ve Usullere istinaden Denizli Devlet Hastanesi tarafından 2004 yılında çıkarılan 7 doktor ve 5 diğer sağlık personeli hizmet alımı ihalesi ile *“2004 yılı (4 aylık) Psikiyatri Uzmanı, Onkoloji Uzmanı, Çocuk Psikiyatri Uzmanı, Alerji Hastalıkları Uzmanı Hizmetleri Satın Alma İş Teknik Şartnamesi ”*nin iptali istemiyle Türk Tabipler Birliği Merkez Konseyi tarafından açılan davada, bu Esas ve Usullerin dayanağı olan 657 sayılı Kanunun 36. maddesine eklenen hükmün de anayasa aykırılığı iddiasında bulunulmuştur. Danıştay 5. Dairesi, bu savın ciddi olduğu kanısına varmış ve sağlık hizmetlerinin ihale edilebilirliği meselesi bu şekilde Anayasa Mahkemesine taşınmıştır. Bunun üzerine Anayasa Mahkemesi malum Kararı almış ve böylece kamu hizmetleri açısından başlamış olan süreçte yeni ve daha can yakıcı bir safhaya geçildiği anayasal boyutta da teyit edilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin sağlık hizmetlerini ihale edilebilir bulduğu bu kararından sonra Danıştay 5 ve 13. Dairelerince yapılan müşterek toplantıda alınan kararda, söz konusu Esas ve Usullerin, kamu ihale mevzuatına uyumu meselesi,

“...Dava konusu düzenleyici işlemde yer alan kuralların; 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 36. maddesinin “III-SAĞLIK HİZMETLERİ VE YARDIMCI SAĞLIK HİZMETLERİ SINIFI” başlıklı bendine eklenen...paragraf hükmü ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu hükümleri ve Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde yer alan düzenlemeler dikkate alınarak getirildiği, anılan Kanunlardaki hükümler ile söz konusu Yönetmelikte yer alan düzenlemelerin tekrarı niteliğinde olduğu anlaşıldığından...”

şeklinde dile getirilmiştir.²⁸⁹ Kamu İhale Kurumuna göre de bu uyum meselesine farklı yaklaşım sergilemeyi gerektiren bir durum söz konusu değildir. Sağlık Hizmetlerinin Satın Alma Yoluyla Gördürülmesine İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelik Taslağına verdiği görüşte Kurum, “...Taslağa konu sağlık hizmet alımı da 4734 sayılı Kanun kapsamında bir hizmet alımı olduğundan ve Bakanlıkça belirlenecek usul ve esaslar 4734 sayılı Kanun ve ilgili mevzuata aykırı unsurlar içermeyeceği...”²⁹⁰ yönündeki ifadeleri ile bu düşüncesini açıkça ortaya koymuştur. Bu Kararından yaklaşık sekiz yıl sonra almış olduğu bir başka Kararında Kurumun, gerekçelendirmede kaydettiği kısmi ilerlemeye rağmen, mevcut düşüncesini aynen koruduğu görülmektedir. Bu kez Türk Silahlı Kuvvetleri bünyesindeki sağlık kuruluşlarının, sağlık hizmetlerini satın alma yoluyla gördürebilmesine ilişkin hazırlanan Taslağa²⁹¹ ilişkin verdiği görüşte, Kurum tarafından “...657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 36 ncı maddesinin “II-SAĞLIK HİZMETLERİ VE YARDIMCI SAĞLIK HİZMETLERİ SINIFI” başlıklı bendine, eklenen ... hükmünde ise bu alımların 4734 sayılı Kamu İhale Kanunundan istisna olduğuna yönelik bir ifade yer almamaktadır. Aktarılan hukuki çerçevede, 657 sayılı Kanunda tanımlanan sağlık ve yardımcı sağlık hizmetleri sınıfına dahil personel tarafından yerine getirilmesi gereken sağlık hizmetlerine ilişkin ihalelerin 4734 sayılı Kanun kapsamında hazırlanan Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği ve ekleri esas alınarak gerçekleştirilmesi gerektiği...”ifade

²⁸⁹ Danıştay 5. Daire, 5.12.2007 tarihli ve E:2004/4439, K:2007/6598 sayılı Karar

²⁹⁰ 8/3/2004 tarihli ve 2004/DK.D-70 sayılı Kamu İhale Kurulu Kararı

²⁹¹ TSK Sağlık Teşkilllerinde Sağlık ve Yardımcı Sağlık Personel Tarafından Yerine Getirilmesi Gereken Hizmetlerin Satın Alma Yoluyla Gördürülmesine İlişkin Usul ve Esaslara İlişkin Taslak. Bu taslak çalışma, yürürlük kazanmamıştır.

edilmiştir.²⁹² Bu görüşte, öncekinden farklı bir argüman göze çarpmaktadır. Kuruma göre, 657 sayılı Kanunda sağlık hizmetlerinin 4734 sayılı Kanundan istisna edildiğine ilişkin bir hükme yer verilmemesi, 4734 sayılı Kanuna tabi olunması sonucu doğuracaktır. Bu, tabii bir sonuç olarak görülmektedir. Oysa bu noktada Kurum, 657 sayılı Kanunun sağlık hizmetlerinin, 4734 sayılı Kanundan müstesna olduğuna ilişkin bir hüküm içermediği gibi bu Kanuna tabi olduğuna ilişkin bir hüküm de içermediğini gözden kaçırmaktadır.

Bu kararlardan da anlaşılacağı üzere, sağlık hizmetlerinde Esas ve Usullerle ortaya konulan kamu ihale mevzuatından ayrışma istek ve görüntüsü, hiçbir zaman tasvip görmemiş ve bir karşılık bulamamıştır. Uygulamada istenilen düzeye erişen ve hukuki başarı olarak kabul edilebilecek, sağlık hizmetleri – kamu ihale mevzuatı ayrışmasından söz etmek hiç mümkün olmamıştır. İlginç şekilde oluşan genel kanı, ayrışmayı sağlaması beklenen ve aslında bunu kısmen de başarmış olan, Sağlık Bakanlığınca yayımlanan Usul ve Esasların, 4734 sayılı Kanun ve kamu ihale mevzuatına uyumlu ve hemen hemen tekrarı niteliğinde hükümler içerdiği yönündedir. Tatmin edicilikten uzak bu zorlama düşünce ve kabule yenik düşmesine rağmen, kamu ihale mevzuatından ayrışmak gibi bir olanağı akla getirmesi bile bu Esas ve Usulleri, nihai başarısızlık içerisinde bir başarı avuntusu olarak değerlendirmeye yetmektedir.

Bununla birlikte sağlık hizmetlerinde gözden kaçırılmaması gereken bir diğer husus, 4734 sayılı Kanunun bu hizmetler açısından taşıdığı işlevin sadece tamamlayıcılıkla sınırlı olmadığıdır. Daha önce de belirtildiği üzere 657 sayılı Kanunun 36. maddesine sağlık hizmetlerinin kamu tarafından özel kişilere gördürülebilmesine olanak tanıyan hüküm eklenmeden önce de sağlık hizmetlerinin ihale edilebilirliğinden bahsetmek mümkündü. Hatta aslında bu imkanı sağlayan, bir değil iki farklı Kanun bulunmaktadır. Anımsanacağı üzere bunlardan birini, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu oluşturmakta iken diğerini ise tahmin de edileceği üzere 4734 sayılı Kanun oluşturmaktadır. 3359 sayılı Kanunun bu dayanak teşkil etme niteliği biraz meçhul kalmışsa da 4734 sayılı Kanunun bu niteliği, tam aksine birçok kimse tarafından bilinmekte ve hatta yargı kararlarında da bundan söz edilmektedir. Örneğin, Danıştay 13. Dairesi, Sağlık Bakanlığı tarafından yayımlanan 27.6.2003 tarihli, 2003/70 sayılı Tıbbi Cihaz Hizmet Alımı Hakkında Genelgenin bir maddesinin iptali istemiyle açılan

²⁹² 16/04/2012 tarihli ve 2012/DK.D-60 sayılı Kamu İhale Kurulu Kararı.

davaya ilişkin Kararında, sağlık hizmetlerinin bir parçasını konu alan bu genelgenin, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunun 4. maddesi ile 62. maddesinin (e) bendine dayanılarak yürürlüğe konulduğunu açıkça ifade etmiştir.²⁹³

Tüm bu açıklamalar ise oldukça karmaşık bir durumla karşı karşıya olduğumuzu göstermektedir. Her şeyden önce karşımızda sağlık hizmetlerinin ihale edilebilirliğine imkan sağlayan temelde üç farklı yasal dayanak bulunmaktadır. 1987 yılında yürürlüğe konulan Sağlık Hizmetleri Temel Kanunun 3. maddesinin (b) bendi, 2003 yılının başında yürürlüğe giren 4734 sayılı Kanunun 62/ (e) ve 4. maddeleri ve bundan yaklaşık 7 ay sonra yürürlüğe girecek olan 657 sayılı Kanunun 36. maddesine eklenen malum hüküm. Bu çeşitlilik karşısında söylenebilecek olan tek şey, yasamanın işini oldukça sağlama aldığıdır. Ve odaklanılan hüküm, ilginç şekilde en son yürürlük kazanan ve malumun ilamı olan hükümdür. Oysa 1987 yılında yürürlüğe konulan hükümden pek çok kimse haberdar dahi değildir. 4734 sayılı Kanun ise bu alanda da varlığını olabildiğince hissettirmekte, hem de bu kez yeri geldiğinde tamamlayıcı, yeri geldiğinde ise bizzat dayanağın kendisi olabilmek gibi çifte bir rol üstlenmektedir. Ama nihayetinde kendinden hep söz ettiren, 657 sayılı Kanunun 36. maddesi olmaktadır.

Ne var ki süreçte bu dayanak fazlalığının sebep olduğu karmaşayı azaltacak oldukça önemli bir gelişme daha yaşanmıştır. Bu gelişmeyi bu denli önemli kılan ise başlangıçtan beri sahip olduğumuz düşünceyi teyit eder nitelikte olması ve bizi bu çalışmaya iten temel saikler arasında yer almasıdır. Bu anlamda, mevcut 4734 sayılı Kanun – hizmet ilişkisini bütünüyle sarsabilecek nitelikte olmasıdır. Bu gelişmeyi doğuran olay, bir mahkeme kararıdır. Üstelik de sağlık hizmetlerinin, 4734 sayılı Kanunun hizmet tanımı içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini birçok kez kabul etmiş mahkemeye ait olan bir karardır. Danıştay 13. Dairesi, DHMİ tarafından gerçekleştirilen havalimanı/havaalanı sağlık hizmeti alım ihalesini değerlendirdiği kararında bu kez beklenmedik şekilde farklı bir sonuca ulaşmıştır. Mahkeme;

“...4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 4. maddesinde “Hizmet”, bakım ve onarım, taşıma, haberleşme, sigorta...ve benzeri diğer hizmetler olarak tanımlanmıştır. Görüldüğü gibi, anılan hizmetler arasında sağlık hizmetleri yer

²⁹³ Danıştay 13. Daire 13.6.2008 tarihli ve E:2006/3097, K:2008/4811 sayılı Karar. Aynı şekilde, Danıştay 13. Dairesinin 6.5.2009 tarihli ve E:2007/7931, K:2009/4977 sayılı; 9.1.2009 tarihli ve E:2008/618, K:2009/108 sayılı Kararları.

almamaktadır. Sağlık hizmetlerinin anılan maddede yer alan “benzeri diğer hizmetler” olarak da kabul edilmesi mümkün bulunmamaktadır...

Ayrıca, kamu iktisadi teşebbüslerinin ihale yoluyla sağlık personeli ve yardımcı sağlık personeli alabilmesine olanak sağlayan genel bir kanun yoktur...Dolayısıyla, ihaleyi kazanan yüklenicinin sağladığı sağlık personeli ile sağlık hizmetlerinin gördürülmesi, kamu iktisadi teşebbüslerinin tabi olduğu personel rejimine ve ihale mevzuatına uygun...” olmadığını ifade etmiş²⁹⁴ ve sonraki süreçte karar düzeltme istemini de reddetmiştir.²⁹⁵

Bu karar, açık şekilde sağlık hizmetleri alanından, 4734 sayılı Kanunu dışlamakta ve bu alanda bu Kanunun uygulanabilme kabiliyetini haiz olmadığını ortaya koymaktadır. Buna göre sağlık hizmetleri, 4734 sayılı Kanunda ismen sayılan hizmetler arasında yer almamakta ve aynı zamanda ismen sayılan hizmetlere bir benzerlik de taşımamaktadır. Bu nedenle bu hizmetin, 4734 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilebilmesi, bu Kanun nedeniyle ihale edilebilir nitelikte görülebilmesi ve ihale edilebilmesi mümkün değildir. Ayrıca bu şekilde, kapsam üzerinde belirleyici bir unsura daha yer açılması gerektiği de kabul edilmiş olmaktadır. Karar, hakim görüşün aksine 4734 sayılı Kanun kapsamını, sadece idare ve kamu kaynağı kullanımı ile sınırlı çözüme sahip bir mesele olmaktan çıkarmakta, kapsamın belirlenmesinde, hizmet tanımı ve benzeri hizmet ibaresinin de (konunun da) dahil olduğu üçlü bir birlikteliği şart koşmaktadır. Böylece “konu” unsurunun kapsam üzerindeki belirleyiciliği, yargı nezdinde de pekişmiş olmaktadır. Öte yandan Karar, sadece 4734 sayılı Kanunun değil, tabiatıyla Kamu İhale Kurumunun da bu alandan dışlanmasına yol açmakta ve sağlık hizmetlerinin, Kurumun söz hakkının bulunmadığı bir alan olduğunu anlamamızı sağlamaktadır.

Üstelik Kararın sebep olduğu yıkıcı neticeler bu kadarla da sınırlı kalmamaktadır. Bu Karar, aynı zamanda 4734 sayılı Kanunun genel kanun olduğu inancının sorgulanmasına sebep olmakta ve başka hangi hizmetlerin, bu Kanun kapsamında değerlendirilemeyeceği sorusunu da beraberinde getirmektedir. Böylece 4734 sayılı Kanuna sorgusuz sualsiz atfedilen genel kanun niteliği sorgulanabilir hal almakta ve 4734 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilemeyecek hizmetler adı altında bir kategoriden de söz etmek mümkün olmaktadır. Bu kategorinin içerisini doldurmak ve hukuk devleti ilkesinin gereklerini yerine getirmek ise başta Kamu İhale Kurumuna

²⁹⁴ Danıştay 13. Daire, 1.11.2010 tarihli E:2010/2668, K:2010/7363 sayılı Karar

²⁹⁵ Danıştay 13. Daire, 11.6.2014 tarihli E:2011/942, K:2014/2376 sayılı Karar

düşen bir görev olmakta ve yargı kararları ile de bu kategorinin şekillenmesi beklenmektedir. Ancak gerek Kurumun gerekse de idari yargı mercilerinin şekillenme adına almış olduğu kararlar yok denecek kadar azdır.²⁹⁶ Ayrıca bu kapsamda Kurum tarafından alınan az sayıdaki kararlarda da bir istikrardan söz etmek mümkün olmamaktadır. İhaleye konu edilemeyeceğini belirttiği birkaç azınlıkta kalan kararına karşı Kurumun, aynı hizmetin ihaleye konu edilebileceğini belirttiği birçok aksi yönlü kararı da bulunmaktadır. Bu durum karşısında söylenebilecek olan, 4734 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilemeyecek hizmetler adı altında bir kategorinin, şu ana kadar hep bir beklenti olarak kaldığı ve radikal bir değişim olmadığı sürece de kalmaya devam edeceğidir. Oluşan genel eğilim, bu şekilde bir ayırımın anlamsız olduğu ve 4734 sayılı Kanun bağlamında ihale edilebilir nitelik taşıyan ve ihaleye konu edilen hizmetlere müdahale etmek için ortada haklı ve hukuki bir nedenin bulunmadığı yönündedir. Danıştay'ın vermiş olduğu karar da bu eğilime yenik düşmüş ve istisnai niteliğe terkedilmiş durumdadır. Pek bilinmesi ve görülmesi istenmeyen bir karar halini almıştır. Arka plana atılmış olması ise elbette ki daha hukuki ve belirlilik adına takdire şayan bir karar olduğu gerçeğini değiştirmeye yetmemektedir.

Öte yandan Sağlık Bakanlığı daha bu sürecin başında sağlık hizmetlerinin bütününden olmasa da asli alanın en önemli parçasının ihaleye konu edilmesinden vazgeçmiştir. Bu konuda Bakanlığın 18.8.2004 tarihli 6587 sayılı olurunda, “...tabip ve uzman tabip çalıştırılması konusunda önemli mesafeler alındığı, buna yönelik olarak merkezi planlamaların yapıldığı ve şu aşama itibarıyla, yapılan merkezi planlama çerçevesinde gerekli istihdam politikalarının oluşturulduğu ve bu nedenlerle, tabip ve uzman tabip hizmetlerinin satın alma yoluyla gördürülmesi halinde, yapılmış olan merkezi planlamada bir kısım aksamaların oluşabileceği müşahade edilmiş olup; hizmeti satın alma ihalesi yapılmış olanlar hariç ikinci bir yazılı talimata kadar, Bakanlığımıza bağlı kurum ve kuruluşlarca yapılacak olan hizmet satın alma işlemlerinde tabip ve uzman tabiplik hizmetlerine yer verilmemesi...”

²⁹⁶ Kurumun özellikle 2006 yılında aldığı zabıta hizmetlerine ilişkin oldukça sınırlı sayıdaki kararında bu yönde atılan adımları görebilmek mümkün olmaktadır. (10/4/2006 tarihli ve 2006/UH.Z-938 sayılı, 10/7/2006 tarihli ve 2006/UH.Z-1631 sayılı Kararları gibi.) Ayrıca Ankara 13. İdare Mahkemesi tarafından 31.5.2018 tarihli ve E:2018/306, K:2018/1202 sayılı Kararında, MTA Genel Müdürlüğü tarafından proje uygulama öncesi uyum ve adaptasyon, detay jeolojik etüt, jeofizik kuyu ölçümleri, prospeksiyon yarma, sondaj operasyonlarının takibi ve kontrolü, sondaj kuyularının takibi, numune alma gibi işleri kapsayacak şekilde gerçekleştirilen ihalenin ve ilan işlemlerinin, 4734 sayılı Kanun'un 4. maddesinde tanımlanan 'hizmet' kavramı içinde sayılanlar arasında yer almadığı ve Anayasa'da belirtilen istihdam şekilleri dışında personel istihdam edilmesine yönelik olduğu gerekçeleriyle hukuka uygun olmadığına karar verildiği görülmektedir.

gerektiği belirtilmiştir.²⁹⁷ Ne var ki Sağlık Bakanlığının sağlık hizmetlerinin bu asli parçasının ihale edilmesinden vazgeçmiş olması, diğer idarelerin de vazgeçmesi sonucunu doğurmamıştır. Hatta Sağlık Bakanlığının bu hassasiyetini, diğer idareler üzerinde görmek neredeyse hiç mümkün olmamıştır.²⁹⁸ Özellikle de belediyeler tarafından son ana kadar tabip ve uzman tabip hizmet ihaleleri olanca rahatlığıyla gerçekleştirilmeye devam edilmiştir.

Hizmet – ihale birlikteliği, etkileri doğrudan devlet mefhumu üzerinde hissedilen, bu nedenle ekonomik, siyasi, hukuki ve hatta ideolojik boyuttan soyutlanması tabiatıyla mümkün olmayan bir meseledir. Bu nitelikte ve nicelikte boyutun ilgi alanına giren bir birliktelik ise çetrefil ve sorunlu olmaya mahkumdur. Şüphesiz başlı başına sorunlu bu birlikteliğin, 4734 sayılı Kanunda ele alınma biçimi, sorunu daha da derinleştirmiş ve çıkmaza sürüklemiştir. Zira 4734 sayılı Kanun – hizmet birlikteliğinden ortaya, diğer kanunlarda rastlanmayan etkide bir nitelik daha doğrusu fazladan bir inanç çıkmıştır. Bu, hemen hemen her tür ve kapsamda hizmetin, 4734 sayılı Kanuna konu edilebilmesinin ve bu Kanun sayesinde de ihale edilebilmesinin mümkün olduğu inancıdır. Bu inanca, idarelerin başlangıçta geçiş sürecinin yarattığı olağan çekingen tavrı kısa süre zarfında üzerinden atması ile ulaşılmıştır. Hızla genele yayılmış ve genel kabul halini almıştır. Bu imkanı sağlayan temel dayanak noktası ise pek çok kimsenin üzerinde durmaya dahi tenezzül etmediği bir tanım ve bu tanımda geçen “benzeri diğer hizmetler” ibaresi olmuştur. Bu ucu açık tanım ve yol açtığı belirsizlik, 4734 sayılı Kanunda hizmetleri belli bir kategori altında toplamayı imkansızlaştırmış ve idarelerin, yardımcı hizmetlerden kamu hizmetlerinin bütününe uzanabilme gücüne sahip oldukları gibi bir algıya zemin hazırlamıştır. Bir de üzerine 4734 sayılı Kanunun genel kanun olduğu inancının eklenmesi, bu algının inandırıcı bir argümana dönüşmesi için gerekli ve yeterli dayanağı fazlasıyla sunmuştur. İdareler de uygulamada bu argümana sıkı sıkıya sarılmış ve kendilerine bahsedilen gücü sonuna kadar kullanmaktan geri kalmamışlardır. Ortaya çıkan ise esneme kabiliyetine

²⁹⁷ Danıştay 5. Daire, 5.12.2007 tarihli ve E:2004/4439, K:2007/6598 sayılı Karar içeriğinden alınmıştır.

²⁹⁸ Bayrampaşa Belediyesi tarafından 2017 yılında gerçekleştirilen “Uzman Doktor Hizmet Alımı” (2017/519660 İKN), Doğubayazıt Belediyesi tarafından 2015 yılında gerçekleştirilen “Uzman Doktor ve Yardımcı Personel Alımı” (2015/148976 İKN), Kars Belediyesi tarafından 2018 yılında gerçekleştirilen “İş Yeri Hekimi Hizmet Alımı” (2018/313369 İKN), EÜAŞ İstanbul Doğalgaz Kombi Çevrim Santrali (A) İşletme Müdürlüğü tarafından yine 2018 yılında gerçekleştirilen “2 Yıl Süreli İş Yeri Hekimliği” (2018/268878 İKN), 2010 yılında Maltepe Belediyesi tarafından gerçekleştirilen, kapsamında farklı branşlardaki doktorların çalıştırılmasının da öngörüldüğü “Sağlık Destek Hizmetleri Alımı” (2010/42160 İKN) gibi ihaleler bu duruma örnek gösterilebilir.

sahip, olabildiğince geniş ve genişleme potansiyelini de her daim koruyan bir yapı olmuştur. Bu, belirsizliği, hakim ekonomik anlayışla biçimlendirmeye kalkışmanın tabii bir sonucudur. Ve arz ettiği görünüm itibarıyla kesinlikle, düzen ve kaliteden yoksun bir sonuçtur.

Daha vahim olan ise böyle bir sonucun, kayda değer bir hukuki engelle karşılaşmaması ve hukuk devleti ilkesine rağmen günümüze kadar tutunabilmiş olmasıdır. Bunun sebebini tek bir mercide aramak veya sorumluluğu tek bir mercie yüklemek elbette doğru değildir. Ancak tek mercie indirmek mümkün olmasa da asli sorumluyu saptayabilmek mümkündür. Bu mercii tahmin de edileceği üzere kamu ihale sürecini kurala bağlamakla da görevli ve yetkili kılınmış olan Kamu İhale Kurumundan başkası değildir. Ve şüphesiz, Kurum, 4734 sayılı Kanun bağlamında hizmetlerin kronik bir soruna dönüşmesinin asli faili olarak süreçteki tarihi yerini de almıştır. Buna rağmen Kurumun bu süreçte üstlen(me)diği bu rol, öğretide hiçbir zaman yargı mercileri kadar ilgi görmemiştir. Bu nedenle bu kapsamda son olarak Kurumun arka planda kalmış bu rolüne, süreçte takındığı tavra ve bunun yol açtığı neticelere ayrıca değinilmesi, ilgi eksikliğinden kaynaklanan bu boşluğu kapatmak adına da atılan önemli bir adım olacaktır.

III. KAMU İHALE KURUMU VE HİZMET BELİRLİLİĞİNİN SAĞLANMASI

A. BELİRLİLİĞİ SAĞLAMADA KURUMUN İŞLEVİ

4734 sayılı Kanunda benzeri olanların bulunamaması ya da daha doğrusu bulunması için çaba harcanmaması nedeniyle oluşan ucu açık ve belirsiz hizmet alanı, haliyle birçok hukuki soruna temel teşkil etmiştir. Belirsizlikten kaynaklanan bu sorunun giderilmesi için önerilecek hukuki çözüm yöntemlerinin bizi götüreceği nihai nokta, hukuk devleti ilkesidir. Bu ilkeyi hayata geçirmesi ve belirsizliği gidermesi beklenen mercii, yasama ya da yeni sistemle birlikte daha da belirgin kılınan yürütme organıdır. 4734 sayılı Kanun söz konusu olduğunda ise bu belirliliği sağlaması, öncelikle bağımsız idari otorite olarak örgütlenen bir merciden beklenmektedir. Gerek idari yapısı gerekse de ihaleler üzerindeki etki ve işlevi açısından kamu alımları tarihinde bir ilk olarak 4734 sayılı Kanunla birlikte varlık kazanan bu mercii, Kamu

İhale Kurumudur. 4734 sayılı Kanunda öngörülen kurguda, yasama organı hizmetlere belirlilik kazandırma işlevini esas itibarıyla, sınırlarını belirlediği çerçevede çok daha rahat ve seri hareket edebilme kabiliyetine sahip, kamu tüzelkişiliğini haiz bir üst idari organa, -Kamu İhale Kurumuna- bırakmıştır. Ne var ki kulağa oldukça hoş gelen ve açıkçası ciddi bir beklentiye de sevk eden bu kurgu, uygulamaya aynı hoşlukta yansımamıştır. Belirlilikte olması gereken ölçüyü değil, herhangi bir ölçüyü bile sağlama başarısı gösterememiştir. Zira yasama organı, Kuruma belirlilik kazandırması için sınırlarının belirlenebilmesi oldukça güç bir alan bırakmış, Kurum ise zaten başlangıcı sorunlu bu alana, gereken önemi göstermemiş ve belirlilik kazandırma adına herhangi bir etkili girişimde de bulunmamıştır.

4734 sayılı Kanunun 53. maddesi, Kamu İhale Kurumunun yasal dayanağını oluşturan maddedir. Bu madde incelendiğinde;

- i) Bu Kanunda belirtilen esas, usul ve işlemlerin doğru olarak uygulanmasının,
- ii) İhalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde idarece yapılan işlemlerde bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olmadığına ilişkin şikayetlerin incelenerek sonuçlandırılmasının,
- iii) Bu Kanuna ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa ilişkin bütün mevzuatın, standart ihale dokümanlarının ve tip sözleşmelerin hazırlanması, geliştirilmesi ve uygulamanın yönlendirilmesinin,

Kurumun görev ve yetkileri arasında sayıldığı görülmektedir.

Bu görev ve yetkiler ise kamu ihaleleri üzerinde asli idari gücü tariflemeye ziyadesiyle yetmektedir. Özellikle 4734 sayılı Kanunda belirtilen usul ve esasların doğru olarak uygulanması, uygulamanın yönlendirilmesi gibi ifadeler, Kuruma oldukça geniş ve genişletilmeye elverişli bir görev ve yetki alanı tanımaktadır. Şüphesiz ki bu, ismen sayılan hizmetlere ek olarak “benzeri olma(ma)” ibaresi üzerinden başkaca hangi hizmetlerin, 4734 sayılı Kanuna konu edilebileceği ya da edilemeyeceğinin ayrıntısıyla ortaya konulmasını da içkin bir alandır. Böylece, 4734 sayılı Kanun nezdinde oluşan hizmet belirsizliğini giderecek mercii ve yardımcı hizmetlerden kamu hizmetlerine uzanan belirsizliğin asli sorumlusu da belirginlik kazanmış olmaktadır. Kamu İhale

Kurumu, bu belirsizliği ilk elden gidermesi gereken ve yasal olarak bununla görevli kılınan merciidir. Bu durum ise ortaya çıkan bu hizmet belirsizliğinin, aslında gereken önemi atfetmemenin, görevi layıkıyla yerine getirmemenin bir sonucu olduğu ayrıntısını da fark etmemizi sağlamaktadır.

Ayrıca bu görev, sadece 4734 sayılı Kanun açısından değil, idare hukuku açısından da büyük bir anlam taşımaktadır. Zira görevi layıkıyla yerine getirme ya da getirmemeden nihayetinde etkilenen, akdedilen sözleşmelerin niteliği ve dolayısıyla da idare hukuku sahası olacaktır. Kurumun benzeri olarak değerlendireceği hizmetler, 4734 sayılı Kanuna ve dolayısıyla da 4735 sayılı Kanuna tabi olacak, sözleşmeler ise genel kabul gördüğu üzere özel hukuk sözleşmesi niteliğiyle bağtlanacaktır. Oysa Kurumun benzeri olmadığına kanaat getireceği hizmetler, 4735 sayılı Kanunun kapsamı dışında kalacak ve üçlü ölçütün tatbiki neticesinde bu kez idari sözleşmeden ve idare hukuku sahası içerisinde kalan hizmet ya da hizmetlerden söz etmek olası hale gelecektir. Böylece Kamu İhale Kurumu da oldukça etkili bir konuma yerleşmiş olacaktır. Kurum idare hukukunun uygulama sahası üzerinde söz sahibi olmasını sağlayan bir güce kavuşacaktır. Üstelik de bu gücü, idari mercii sıfatına rağmen elde edecektir. Ne var ki Kurum, böylesine etkili bir güce sahip olduğunun bilincine hiçbir zaman varamamıştır. Şu ana kadar dişe dokunur bir benzeri hizmet tartışmasına hiç girmemiştir. Daha çok genele ayak uydurma kaygısıyla hareket etmiş, attığı adımlarda genel huzuru bozmamaya özen göstermiştir. Bu nedenle de Kurumun benzeri olmadığına kanaat getirdiği bir hizmetten söz edebilmek, haliyle de aracı olduğu bir idari sözleşme örneği verebilmek şu ana kadar hiç kimseye nasip olmamıştır.

B. KURUMUN, HİZMETLERE YAKLAŞIMI

Kamu İhale Kurumu aslında genelin bakış açısına koşut şekilde, 4734 sayılı Kanunda hizmet tanımını bir sorun olarak görmemiş ve tanımın, bir soruna yol açtığını hiçbir zaman inanmamıştır. Hizmetlerin ihaleye konu edilebilirliğini, daha çok kendisi dışında ve 4734 sayılı Kanunla ilgisi bulunmayan bir mesele olarak ele almıştır. Bu nedenle de meseleye bakış açısı ve gösterdiği ilgi, her zaman yüzeysel düzeyde kalmıştır. Hatta bu bakış açısını, düzenleyici işlem seviyesinde ikrar etmekte de bir beis görmemiştir. Bu kapsamda Kurum, Kamu İhale Genel Tebliğinin 85. maddesinde

hizmet tanımına ve “benzeri diğer hizmet” ibaresine ilişkin olarak; “...Anılan maddede ismen sayılmayan ve mal alımı veya yapım işi niteliği taşımayan işlerin “benzeri diğer hizmetler” kapsamında ihale yoluyla alınıp alınamayacağını; ilgili mevzuatında, alım konusunun idarenin görev alanında olup olmadığı, söz konusu işin ihale yoluyla yaptırılmasına engel olan bir düzenleme bulunup bulunmadığı hususlarının değerlendirilmesi suretiyle belirlenmesi gerekmektedir.” açıklamasında bulunmuştur.

Bu düzenleyici işlem, Kurumun hizmetlere yönelik yüzeysel bakış açısının hukuki kabulü ve teyidi mahiyetindedir. Kuruma göre, 4734 sayılı Kanunda benzeri diğer hizmet kapsamı temelde, iki şarta bağlıdır. Bunlar, hizmetin, idarenin görev alanında yer alması ve ihaleye konu edilmesine de engel bir hukuk kuralının bulunmamasıdır. Ancak bu şekilde Kurum yalnızca malumu ilam etmiş olmakta, haliyle meselenin çözümüne de bir katkı sunmamaktadır. İdare hukukunda yetki istisnai olduğu için, idarelerin hareket kabiliyeti zaten hukuki dayanağa bağlıdır ve bu nedenle de bir hizmeti görebilmeleri, bu hizmetin görev alanlarında bulunmasını, bir hizmeti ihaleye konu edebilmeleri de bu yönde yetkilendirilmiş olmalarını gerektirmektedir. Kaldı ki görev alanında bulunma şartı, yardımcı hizmetlerin ihaleye konu edilebilirliği hususunu da tam olarak açıklayamamaktadır. Yardımcı hizmetler, ekseriyetle idarelerin görev ve yetki alanında sayılmamalarına karşın ihaleye konu edilebileceklerine dair bir hukuki dayanağa sahip olması gereken hizmetlerdir. Bu bakımdan alım konusunun idarenin görev alanında yer alması, Kurumun yapmış olduğu genellemenin aksine, sadece yardımcı nitelik taşımayan hizmetler açısından geçerli olabilecek bir şarttır.

Diğer yandan bir idari işlem seviyesinde olmasa da Kurum temsilcilerinin toplantılarda, bu düzenleyici işlemi, yargı kararlarını da dahil etmek suretiyle bir ileri seviyeye taşıdığı anlaşılmaktadır. BÜBER’in aktardığına göre Kurum temsilcilerinin hangi hizmetlerin ihale yoluyla temin edilebileceği sorusuna toplantılarda verdikleri cevap, “bir idare tarafından bir hizmetin ihale yoluyla temin edilip edilemeyeceği konusunun, idarenin tabi olduğu mevzuat ve söz konusu hizmetle ilgili hukuki düzenlemeler ve yargı kararları çerçevesinde değerlendirilmesi” gerektiği olmaktadır.²⁹⁹ Bu sorunun en açık yüreklilikli cevabının ise bir seminerde gene bir Kurum temsilcisi tarafından verildiği görülmektedir. “...Kamu İhale Kanunu ile yapılan düzenlemeyle, bütün işlerin hizmet alımı yoluyla yaptırılacağı konusunda kamu idarelerine yetki verilmiştir. Çok açık bir yetkidir bu. 4. maddede hizmet tanımı çok geniştir ve 62. madde ile de desteklenmektedir. Bu nedir? Kamu

²⁹⁹ BÜBER, Yeni Bir Çatışma Alanı..., s.236

idareleri her türlü konuda hizmet alımı yapma konusunda sınırsız takdir yetkisine sahiptirler. Sadece tek istisnası, bir istihdam sözleşmesi daha doğrusu personel alımı gibi ihale yapmamak kaydıyla hizmet tanımı yaparak sağlık hizmeti alırlar, doktor hizmeti alırlar, hemşire hizmeti alırlar...”³⁰⁰

Aslında bunlar, birçok kişi tarafından inanılan ve desteklenen ancak bir türlü doğrudan resmiyete dökülemeyen ifadelerdir. Buna göre, şimdilik bir Kurum temsilcisi tarafından dile getirilmiş olsa da “*Kamu idareleri her türlü konuda hizmet alımı yapma konusunda sınırsız takdir yetkisine sahiptirler.*” Çünkü, 4734 sayılı Kanunda “konu”nun, kapsam açısından bir kısıt teşkil ettiğinden söz edebilmek mümkün değildir. Kurulun da birel işlem niteliğindeki bir kararında belirttiği gibi “*...Bu nedenle de, bir işin ihalesinin 4734 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilebilmesi için, Kanun kapsamında bir idarenin bulunması ve ihtiyacın, idarenin kullanımında bulunan kaynaktan karşılanması ve bütçeden ödenek kullanımını gerektirmesi koşullarının bir arada bulunması gerekmektedir.*”³⁰¹ İşte bu bakış açısı, 4734 sayılı Kanun kapsamını, yalnızca idareler ile kamu kaynağı kullanımı/kamu parası harcanması şartlarına özgülediğinden, geriye, açıkça ifade edilemese de her tür ve nitelikte hizmeti konu alma kapasitesine sahip bir Kanun inancı kalmaktadır. Kurum da almış olduğu birçok kararda bu inancı aynen benimsediğini göstermiş ve hizmet tanımı ve benzeri hizmet (konu) unsuruna hemen hemen hiç değinmemiştir. Bu unsura değindiği birkaç kararında ise olabildiğince geniş yorumda bulunmayı ve özellikle benzeri olma(ma) gibi bir şart hiç yokmuşçasına meseleyi çözüme kavuşturmayı tercih etmiştir.

Hatta bu mesele, Kurum tarafından düzenleyici işlem seviyesinde bile ele alınmıştır. Ağaçlandırma, erozyon kontrolü ve fidan dikim işlerinin niteliğine ilişkin, Kamu İhale Genel Tebliğinin 64. maddesinde yaptığı açıklamada Kurum, hizmet tanımına ve benzeri hizmet ibaresine hiç değinmeksizin, yapım işleri üzerinden bir çıkarımda bulunmuştur. Bu kapsamda Kurum, benzeri olma(ma) ibaresinin, yapım işleri açısından taşıdığı anlamı ortaya koymuş ve tersten yaptığı çıkarımla da ağaçlandırma, erozyon kontrolü ve fidan dikim işlerinin, hizmet tanımı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Buna göre; “*4734 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinde, hizmet alımı ve yapım işleri tanımlanırken işler sayma yöntemiyle belirlenmiş ve sayılan yapım işlerine*

³⁰⁰ Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, Kamu İşyerlerinde Alt İşveren Uygulamasının Doğurduğu Sorunlar ve Çözüm Arayışları (Seminer/Çalıştay), Başbakanlık Basımevi, Antalya-Belek (29 Nisan-2 Mayıs 2010) s.147-148

³⁰¹ 20.06.2012 tarihli ve 2012/DK.D-112 sayılı Kurul Kararı

nitelik itibarıyla benzer olan işler de yapım işi kapsamında kabul edilmiştir. Bu çerçevede, yapım işleri arasında ismen sayılmayan bir işin yapım işi olarak kabul edilebilmesi için, bu işin yapılma tekniğinin ismen sayılan işlere benzerliği yanında, uygulama projesini ya da kesin projeyi de kapsayan teknik şartnameye dayanması, yapım müteahhidinin deneyiminin arandığı ve onun uzmanlık alanına giren işlerden olması, vasıfsız işgücünden ziyade ağırlıklı olarak malzeme, makine ve ekipman girdisine ihtiyaç duyulması ve istisnalar dışında fen ve sanat kurallarına uygun olarak bir eserin meydana getirilmesi koşulunun aranması gerekmektedir. Bu nedenle, gerek hizmet alımı gerekse yapım işleri arasında ismen sayılmayan, ağaçlandırma, erozyon kontrolü ve fidan dikim işlerinin, bir işin yapım işi sayılabilmesi için gereken ve yukarıda belirtilen şartları taşınamaması nedeniyle “hizmet” tanımı kapsamında hizmet alımı olarak ihale edilmesi gerekmektedir.” Bu açıklama ile yapım ve benzeri yapım kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmayan, aynı zamanda da mal alımı dışında kalan işlerin, 4734 sayılı Kanun bağlamında hizmetleri oluşturduğu, dolaylı olarak kabul edilmiş olmaktadır. Benzeri yapım işleri için Kurumun öngördüğü şartlara bakıldığında ise bunların, yapım müteahhidinin deneyimi, uygulama ya da kesin projenin varlığı gibi zaten salt bir yapım işine özgülenebilecek, yapım işini tarif eden şartlar olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla da bu açıklama, 4734 sayılı Kanun bağlamında ne yapım ne de hizmet kavramına bir sınırlama getirmekte, yapım işi üzerinden hizmetlere olabildiğince geniş bir alan açmakta ve akla gelebilecek her tür ve nitelikte hizmetin, bu Kanun kapsamında ihale edilebileceğini, uzun ve dolambaçlı şekilde ifade etmekten başka da bir işe yaramamaktadır.

Kurum, bireysel işlem niteliğindeki kararlarında ise,

i) “Sondaj işini”, maden sahalarının etüdü kapsamında yapılacak araştırmalara yönelik ve etüt işlerinin gerçekleştirilmesi için gerekli bir hizmet olduğu, doğası gereği bu işlerin ayrılmaz bir parçasını oluşturduğu, Kanunda tanımlanan yapım işleri ile bir ilgisinin bulunmadığı,³⁰²

ii) “6000 adet civarındaki bayiinin anlık ve geriye dönük olarak, 7 gün 24 saat izlenmesi ve görüntülerinin yedeklendirilmesi işini”, ihaleyi gerçekleştirecek Spor Toto Teşkilat Başkanlığı’nın her türlü kaynaktan karşılanan hizmet alımı ihalelerinde Kanuna tabi bir idare olduğu,³⁰³ gerekçeleriyle, 4734 sayılı Kanun kapsamında değerlendirirken,

³⁰² Kurulun 08.06.2004 tarihli ve 2004/DK.D-173 sayılı Kararı.

³⁰³ Kurulun 03.10.2011 tarihli ve 2011/DK.D-183 sayılı Kararı.

iii) Emniyet Genel Müdürlüğünün belediyeler tarafından kurulmuş olan trafik elektronik denetleme sistemini kullanarak almış olduğu hizmeti, bu hizmet ile 4734 sayılı Kanunda yer alan ihale sürecinin benzerlik göstermediği, Emniyet Genel Müdürlüğünün belediyelerce kurulmuş olan trafik elektronik denetleme sistemini kullanmasının hizmetten ziyade veri paylaşımı niteliğinde olduğu ve bu paylaşım sonucunda kesilen cezaların belli orandaki tutarının belediyelere verilmesinin düzenlendiği, bu kurguda ödeneğin temin edilmesi, yaklaşık maliyetin tespiti ve ekonomik açıdan en avantajlı teklifin tespit edilerek ihalenin karara bağlanması gibi ihale süreçlerinin bulunmadığı gerekçesiyle bu hizmetin, 4734 sayılı Kanun anlamında bir hizmet alımı olarak değerlendirilemeyeceğini karara bağlamıştır.³⁰⁴ Ancak bu Kararlarda da hizmetler ile Kanun kapsamı arasında ilgi kurulurken, Kurum tarafından hizmet tanımına ve benzeri hizmet tartışmasına hiç girilmemiştir.

Bununla birlikte bu tartışmaya girdiği bir Kararıda, Türk Silahlı Kuvvetleri bünyesindeki sağlık kuruluşlarının ihtiyaç duyduğu “acil servis hizmetleri”, “acil servis hemşirelik hizmetleri”, “hastane hemşirelik hizmetleri” ve “hasta bakıcılık hizmetleri” gibi hasta bakımına ilişkin hizmetlerin, 4734 sayılı Kanun kapsamında temin edilip edilemeyeceği şeklindeki soruya yönelik olarak, Kurum, sağlık hizmetlerini ihaleye konu edilebilir nitelikte bulan Anayasa Mahkemesi kararından da aldığı destekle, “...657 sayılı Kanunda düzenlenen yardımcı sağlık hizmetleri sınıfındaki personel tarafından yerine getirilebilecek hizmetlerin Türk Silahlı Kuvvetleri bünyesindeki sağlık kuruluşları tarafından, ilgili Bakanlık olan Milli Savunma Bakanlığınca belirlenecek usul ve esaslara göre 4734 sayılı Kanunun 4 üncü maddesindeki hizmet tanımında yer alan benzeri diğer hizmetler kapsamında ihale yoluyla alınmasının mümkün olduğu” değerlendirmesinde bulunmuştur.³⁰⁵

Bu Karar, Kurumun, benzeri hizmet kapsamına ilişkin iradesini somut bir örnek üzerinden bu açıklıkta yansıtması bakımından önemlidir. Kuruma göre sağlık hizmetleri, benzeri hizmet kapsamında değerlendirilmeli ve ihaleleri, 4734 sayılı Kanuna göre gerçekleştirilmelidir. Ancak bu değerlendirmede eksik olan husus,

³⁰⁴ Kurulun 20.07.2016 tarihli ve 2016/DK.D-131 sayılı Kararı. Kolluk etkinliğinin ihale edilebilirliği tartışması bir yana bu Kararıda Kurul, oldukça hatalı bir yaklaşım ve değerlendirmede bulunmuştur. Her şeyden önce Kurulun bu Kararda ulaşması gereken sonuç, 4734 sayılı Kanun kapsamında bir hizmet alımı olmadığı değil, bu şekilde işleyen bir kurgunun bir ihale olarak değerlendirilemeyeceği olmalıdır. Nitekim bu kurguda, belediyeler tarafından halihazırda kurulmuş bir sistemden ücret karşılığı yararlanılmakta ve yarışılabilir bir ortamdan söz etmek mümkün olmamaktadır. Diğer yandan Kararda, yine hatalı şekilde, kapsamla doğrudan ilgisi bulunmayan bir unsur (4734 sayılı Kanunda yer alan sürece dair usul ve esasların bir hizmete tatbikinin mümkün olup olmadığı) üzerinden, kapsama ilişkin değerlendirmelerde bulunulmuş ve bir sonuca ulaşılmıştır.

³⁰⁵ 16/2/2009 tarihli ve 2009/DK.D-24 sayılı Kurul Kararı.

gerektirir. Sağlık hizmetleri, neden benzeri niteliktedir ve neyin benzeridir? Şayet benzeri olma(ma), Kanun kapsamı açısından belirleyici bir unsur ise benzeri nitelikte kabul edilemeyecek bir hizmet var mıdır? Yoksa hizmetleri bütünüyle benzeri nitelikte mi değerlendirmek gerekmektedir? Kararda bu sorulara bir cevap bulabilmek mümkün değildir. Kaldı ki Kurumun bu değerlendirmesi, Danıştay'ın sağlık hizmetinin, benzeri hizmet kapsamında değerlendirilemeyeceği yönündeki kararına da açık aykırılık teşkil etmektedir. Ayrıca bu noktada, sağlık hizmetleri sayesinde belirginlik kazanan 4734 sayılı Kanuna uyum meselesi gene karşımıza çıkmaktadır. Milli Savunma Bakanlığınca ayrıca usul ve esaslar belirlenecek olması, ne anlam taşımaktadır? Bu kez, Kurumun soruya vereceği bir cevabı bulunmaktadır. Ancak bu, farklılık yaratan, genel eğilime aykırı düşen bir cevap değildir. Genel kanun inancının, Kurum tarafından da sahiplenildiğini göstermektedir. Kuruma göre, Milli Savunma Bakanlığınca belirlenecek usul ve esaslar, göstermelik, icrai nitelik taşımayan düzenleyici işlemler olmalıdır. Zira, bu ihalelerin, 4734 sayılı Kanun ve bu kapsamda hazırlanan Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği ve ekleri esas alınarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle de hazırlanacak usul ve esasların, kamu ihale mevzuatından ayrışması ve kamu ihale mevzuatına aykırı hükümler içermesi gibi bir ihtimalden söz etmek mümkün olmamalıdır.³⁰⁶ Bu yaklaşım tabiatıyla Milli Savunma Bakanlığının hazırlayacağı usul ve esasların hiçbir hukuki kıymeti bulunmamakta ise neden usul ve esas hazırlama gibi bir zorunluluğun dayatılmakta olduğu sorusuna mantıklı bir cevap sunmaktan oldukça uzaktır.

Öte yandan Kurum, hizmetlere belirlilik kazandırma(ma) adına, işletme ihalelerine yönelik de oldukça dikkat çekici değerlendirmelerde bulunmuştur. Toplu Taşıma Elektronik Ücret Toplama, Güzergah, Araç Takip ve Akıllı Durak Sistemi ve Yazılım İşinin Yapımı İle Birlikte 10 Yıl Süre İle İşletme Hizmetinin Satın Alınması işine ilişkin Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığına verdiği görüşte,

i) İhale konusu iş kapsamında yer alan hizmetlerin tek tek alınması ve bunun için idare bütçesinden kaynak harcanması durumunda 4734 sayılı Kanun kapsamında temini gerekmekte ise de bu hizmetlerin bütün olarak tek bir ihalenin konusu olması, sözleşme süresinin on yıl olarak belirlenmesi ve idare bütçesinden doğrudan kaynak harcanmayarak idarece toplanan günlük ciro üzerinden yükleniciye teklifi kapsamında

³⁰⁶ Bu karar için bkz. s. 192-193

pay ödenecek olması ve 4734 sayılı Kanunla belirlenen ihale usul ve esaslarının bütün hükümleriyle birlikte bu işte uygulanmasının mümkün olmaması karşısında söz konusu işin, 4734 sayılı Kanunda düzenlenen usullere göre ihale edilebilir niteliğinin bulunmadığını,

ii) Bu işin, Belediye Kanunun 15. maddesi kapsamında Danıştay'ın görüşü ve İçişleri Bakanlığı'nın kararıyla imtiyaz hakkına konu olabileceğini ifade etmiştir.³⁰⁷

Kurumun bu kararı, sonuç itibarıyla doğru olsa bile dayandığı gerekçeler yönüyle eleştiriye açıktır. Her şeyden önce Kararda, idarece toplanan günlük ciro üzerinden yükleniciye verilecek payın, neden kamu kaynağı kullanımı olarak değerlendirilemeyeceğine ilişkin bir açıklamaya yer verilmemiştir. Belli koşullar altında bağış bile kamu kaynağı olarak değerlendiren bir merciden en azından bu kısmı açıkta bırakmaması ve buna ilişkin tatmin edici bir gerekçe ortaya koyması beklenirdi. Diğer yandan Kurumun 4734 sayılı Kanunda belirlenen usul ve esasların bir ihalede uygulanamayacak olmasını, kapsam açısından belirleyici bir unsur olarak ele alan hatalı yaklaşımı, birçok kararında olduğu gibi bu Kararı da karşımıza çıkarmaktadır. Daha önce de birçok kez dile getirildiği üzere, 4734 sayılı Kanun kapsamı, idare, kamu kaynağı ve konu kriterlerine bağımlı bir meseledir. Salt usul ve esasların tatbik edilemeyecek olmasının, kapsam üzerinde etkisinden söz edebilmek mümkün değildir. Usul ve esasların tatbiki, kapsama değil, kapsam sonrası aşamaya ilişkindir. Öngörülen ihale usullerinin elverişliliği, yeterliliği ile ilintilidir. Kapsamı belirleyen kriterler çerçevesinde 4734 sayılı Kanun kapsamında yer aldığı anlaşılan bir alım hakkında bu Kanunda belirtilen usul ve esaslardan hiçbirinin tatbik edilemeyecek olması, kapsamı değil, kanunun usul ve esaslar yönüyle yoksunluğunu, kapsamındaki tüm alımlara uygulanabilecek elverişlilik ve yeterlilikte usul ve esaslar içermediğini gösterir. Olması gereken, ihaleye konu edilecek alımın, önceden belirli yasal alana uyumudur, yoksa yasal alanın, alıma uyum sağlaması değildir. Bu nedenle de Kurumun usul ve esasların tatbiki üzerinden kapsam belirleme alışkanlığından bir an evvel vazgeçmesinin, hukuka uygunluk adına atacağı önemli adımlarından biri olacağı muhakkaktır.

Bunun yanı sıra Kararda, pek aşına olunmayan bir unsura da kapsam açısından belirleyicilik atfedildiği görülmektedir. Sözleşme süresinin 10 yıl olarak belirlenmesi, söz konusu hizmetin, 4734 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmemesi gerekçeleri

³⁰⁷ Kurulun 18.04.2011 tarihli ve 2011/DK.D-60 sayılı Kararı.

arasında sayılmıştır. Oysa süre, 4734 sayılı Kanun ve ihale sürecinden ziyade daha çok mali yapı, ödenek ve bütçe ile ilişkilendirilebilecek bir husustur. Bütçe kısa süreli oluşturulmakta, ödeneklerin bu süre içerisinde harcanması şart koşulmakta, kısaca bütçe ve mali mevzuat kısa süreli kamu harcamalarına imkan tanımakta ise kamu alım sürecini kurallaştıran kamu ihaleleri de haliyle kısa süreli sözleşme ile neticelenmek durumundadır. Şayet uzun süreli harcamalara imkan tanıyan bütçe ve mali yapıdan söz edilebilseydi bu kez de uzun süreli yüklenmelerden ve uzun süreli sözleşme ile neticelenen kamu ihalelerinden söz etmek mümkün olacaktı. İşte kamu ihale mevzuatından ziyade mali yapı ve bütçe mevzuatı ile ilintili ve bu mevzuatın karşımıza çıkardığı bir mesele olması sebebiyle sürenin, 4734 sayılı Kanun ve Kanun kapsamı üzerinde doğrudan belirleyiciliğinden söz edebilmek mümkün değildir. Sürenin uzunluğu ya da kısalığı, kapsama değil olsa olsa kamu ihalelerinde genel bir uygulama ve eğilime işaret edebilir.

Kaldı ki ülkemizde sayıca az olsa da uzun süreli kamu ihalelerinden söz etmek de mümkündür. Bir sempozyumda dile getirilen *“Dekapaj işi, 4734 sayılı Kanuna baktığımızda açıkça yapım işi olarak tanımlanır ve proje çerçevesinde gerçekleştirilir. Ama bizim iki farklı kuruluşumuz var aynı dekapaj işini yapan, ...İşletmeleri Kurumu ve ...Anonim Şirketi Kurumu. Baktığımızda ...İşletmeleri Kurumu genel olarak yapım işi ağırlıklı yapıyor dekapaj işlerini, ...Anonim Şirketi hizmet işi olarak yapıyor. Bu, Kamu İhale Kurumuna geldiğinde de, şikayet edildiğinde de Kamu İhale Kurumu bu idarelerin bu uygulamalarını bozmamıştı. Çünkü şikayet konusu edilmiş olmasına rağmen hem Hazinesinin hem de Kamu İhale Kurumunun görüşleriyle 25 yıllık ihale yaptık. Oysa 25 yıllık ödenek olmadığını hepimiz biliriz. Ödeneği olamayan hiçbir ihaleye çıkılamayacağı temel hükümdür. Ama biz 25 yıllık ihale yaptığımızda Kamu İhale Kurumunun bunu esnettiğini, bizim kurumlarımızı rahatlattığını da hepimiz biliyoruz.”* ifadeleri, hem kanuna rağmen ortaya çıkan yapım - hizmet çelişkisine hem de uzun süreli kamu ihalelerine itiraf niteliğinde bir örnektir.³⁰⁸

İşletme ihalesini konu alan bir başka Kararında ise Kurum, Bandrollü Ürün İzleme Sisteminin Kurulup İşletilmesi işine ilişkin olarak, *“...kurulup işletilmesi usulünün kamu yararı ve hizmet gerekleri dikkate alınarak belirlenmesinde ve uygun modelin seçilmesinde, idarenin takdir yetkisinin bulunduğu, kamu harcaması ve dolayısıyla bütçeden ödenek ayrılması ihtiyacının doğmadığı durumlarda, belirlenen usul ve seçilen model çerçevesinde 4734 sayılı Kanuna tabi olunmaksızın işin ihale edilmesinin mümkün olduğuna, bu*

³⁰⁸ 3. Uluslararası Kamu Alımları Sempozyumu, 11-12 Mayıs, 2015 Ankara, s.247-248

nedenle de, ihalenin “bu işe özgü bir ihale usulü” ile ihale edilerek gerçekleştirilmesinde, niteliğine ve kapsamına uygun olarak yürürlükte bulunan bir mevzuatın uygulanması gerektiğine” karar vermiştir.³⁰⁹ Kurum, bu Kararda bir önceki kararına nispeten daha çekingen bir hale bürünmüş gözükmektedir. Kararda idareye uygun modeli seçme konusunda takdir yetkisine sahip olduğu hatırlatılmakta ve 4734 sayılı Kanuna tabi olunmaksızın bu işi kotarabileceği konusunda yol gösterilmektedir.

Aslında bu şekilde bir takdirden ve seçimden söz edilebilmesi, aynı işi kurallaştıran birden fazla ihale mevzuatının varlığına bağlıdır ki bu, hukuken pek olası değildir. Kurumun esasen ifade etmek istediği, takdire ilişkin bir yetki değil, işin niteliğine uygun düşen mevzuata dair bağlı bir yetkidir. Bu bakımdan idarenin yapması gereken mevzuatlar arasından bu işin niteliğine uygun düşen ihale mevzuatını bulmaktır. Peki bu mevzuat hangisidir? Kararda buna ilişkin bir açıklamada bulunulmamakta ve bunu bulmak idarenin becerisine kalmış gözükmektedir. Ama Kurum, Kararında bu işin, 4734 sayılı Kanuna tabi tutulmaması isteğini hissettirmekten de geri kalmamaktadır. Kurumun işletme ihalelerini bu şekilde Kanun kapsamı dışında tutma isteğine, hatta Kanun kapsamında değerlendirilemeyeceği yönündeki kararlarına rağmen, bu ihalelerin hala 4734 sayılı Kanun kapsamında gerçekleştiriliyor olmasını izah edebilmek ve anlamlandırabilmek oldukça güçtür. Bu tutarsızlık sadece hukuka uygunluk tartışmalarına değil, aynı zamanda Kurumun, kamu ihaleleri üzerindeki gücünün de sorgulanmasına neden olmaktadır. Ancak tam da bu noktada sorgulanması gereken çok daha önemli bir meselenin bulunduğu anlaşılmaktadır. Karşı oyda dile getirildiği üzere Kurum, ürün izleme sisteminin işletilmesine ilişkin bu Kararını, konuya ilişkin aksi yönde bir mahkeme kararının varlığına rağmen almış ve mahkeme kararının hilafına işlem tesis ederek kendisini anlamsız bir hukuki tehlikenin içine atmıştır.³¹⁰

³⁰⁹ Kurulun 20.06.2012 tarihli ve 2012/DK.D-112 sayılı Kararı.

³¹⁰ Kararın karşı oyunda “Ankara 7. İdare Mahkemesinin 13.02.2012 tarihli ve E:2011/2626 sayılı kararında; “...Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığının 4734 sayılı Kamu İhale Kanunun 2. maddesinde sayılan kamu kurum ve kuruluşlarından olması; 03.11.2011 tarihinde yapılan Tütün Mamülleri ve Alkollü İçkilerde Ürün İzleme Sisteminin Kurulması ve Bandrol, Kod ve Kodlanmış Etiket Uygulanması İşİ İhalesinin kamu kaynağından karşılanması ve ... gözönünde bulundurulduğunda, uyuşmazlık konusu ... İşİ İhalesinin, 4734 sayılı Kanun hükümleri uyarınca yapılması gerekirken, söz konusu Kanun kapsamı dışında bırakılmak suretiyle özel bir ihale usulü ile yapılmasına ilişkin dava konusu işlemlerde hukuka ve mevzuata uyarlık görülmemiştir. ...” gerekçeleriyle, “yürütmenin durdurulmasına” karar verildiği, anılan karara yapılan itirazın da Ankara Bölge İdare Mahkemesince reddedildiği anlaşılmaktadır.

... gündem teklifine konu edilen hususun yargıya intikal etmiş bir uyuşmazlık kapsamında idari yargı mercilerince “dava konusu şartname düzenlemesinden bağımsız olarak”, 4734 sayılı Yasanın amaç, kapsam ve istisnayı düzenleyen maddeleri çerçevesinde ihaleyi yapan idare, ihale konusu işin özelliği ve

Bununla birlikte işletme ihalelerine ilişkin olmasa da Kurumun çekingeniğini bir kenara bıraktığı kararları da bulunmaktadır. Bunlar daha çok 2006-2007 yıllarına tekabül eden ve zabıta hizmetlerini konu alan kararlardır.³¹¹ Bu kararlarda Kurum, Anayasa'nın 128 nci maddesinin birinci fıkrasından hareket etmekte ve bu fıkranın bilindik argümanlarını tekrarlamaktadır. Buna göre, zabıta hizmeti, genel idare esaslarına göre Belediyelerce yürütülmesi gereken, asli ve sürekli nitelikte bir görevdir, bu görevi yerine getirecek personel kadro esasına göre istihdam edilmektedir, bu görevin yerine getirilmesinde merkezi idare ile statüer ilişki içinde bulunulmakta, kamu gücü kullanılmakta ve ayrıca kolluk faaliyetlerinin yerine getirilmesi sırasında meydana gelebilecek zararlardan idare doğrudan sorumlu tutulabilmektedir. Bu nedenle de bu hizmetin, 4734 sayılı Kanun ve ilgili mevzuatı uyarınca yapılacak bir ihaleye konu edilebilmesine imkan bulunmamaktadır. Ne var ki Kurumun bu yönde tesis ettiği kararlar, oldukça sınırlı sayıda, itirazen şikayet üzerine alınan, bireysel nitelikli ve yönlendirici olmaktan uzak kararlardır. Zabıta hizmetlerinin adına eklenen “yardımcı”, “destek” ibarelerinin de etkisiyle aksi yönlü kararlar zamanla ağırlık kazanmış ve nihayetinde istikrarlı hal almıştır. Anayasanın 128. maddesi ve bu maddeden türetilen gerekçeler artık daha çok karşı oylarda kendilerine yer bulur hale gelmiştir. Haliyle de bu az sayıdaki bireysel nitelikli Kararın, kalıcı etkiye sahip olduğundan, Kurumun hizmetlere yönelik genel tutum ve iradesini yansıttığından söz edebilmek hiçbir zaman mümkün olmamıştır.

Kurumun hizmetlere yönelik yaklaşımı açısından söylenebilecek olan, varlık sebebiyle bağdaşmayacak nispette umursamaz bir tavır takındığıdır. Kurum, bu noktada kendisinden bekleneni layıkıyla yerine getirememiştir. Bunu hizmetlere belirlilik kazandırmakla görevli kılınan bir merciden beklenmeyecek oranda sessiz ve tepkisiz kalarak başarmıştır. Kurum, 4734 sayılı Kanun bağlamında ihale konusu edilebilecek hizmetlere ve benzeri hizmet ibaresinin taşıdığı anlama yönelik olabildiğince pasif kalmayı, konfor alanının dışına çıkmamayı tercih etmiştir. Almış olduğu kararlar çoğunlukla en az riski barındıran, en az hasarla atlatılabilecek yöntemden yana olmuştur. Hakim ekonomik ve siyasi anlayışa aykırı düşmemeye özen göstermiştir.

ihalede kamu kaynağı kullanılıp kullanılmayacağı tartışılarak, konunun değerlendirildiği ve Ankara 7. İdare Mahkemesince hüküm kurulduğu anlaşıldığından, bu aşamada Kurum görüşünden elde edilecek amaç ortadan kalktığından, konu ile ilgili bir görüş verilmesine gerek bulunmadığı değerlendirilmiştir.” ifadeleri yer almaktadır.

³¹¹ Kurulun 10/4/2006 tarihli ve 2006/UH.Z-938 sayılı, 10/7/2006 tarihli ve 2006/UH.Z-1631 sayılı Kararları gibi

Bunun hukuk devleti ilkesi ve idare hukuku açısından taşıdığı önemi tam anlamıyla kavrayamamış, dahası bu pasif tutumunun ileri dönemlerde büyük bir soruna dönüşeceğini öngörememiştir. Bu nedenle de 4734 sayılı Kanun bağlamında hizmetler, her daim belirsizliği, karmaşayı ve çelişkiyi beraberinde taşıyan, kronik sorunlu bir alan olagelmış ve artık geline nokta, bu niteliklerle bütünleşik bir hal almıştır. Tabii ki bu, tüm sorumluluğun sadece Kuruma yüklenebileceği bir mesele değildir. Ama bu sorumlulukta en büyük payın Kuruma ait olduğu gerçeğinin de göz ardı edilemeyeceği bir meseledir.

C. YAKLAŞIMIN SONUÇLARI

Kötü bir kurallaştırmanın ve üzerine eklenen bu pasif tutumun, ihale ve hizmet gibi başlı başına hassas iki alan üzerinde doğuracağı sonuçlar, tabiatıyla büyük ve sorunlu olacaktır. 4734 sayılı Kanun, bu sonuçların gözlemlenebileceği tek kanun olmasa da şüphesiz en önemlisidir. Zira bu büyük ve sorunlu sonuçları, diğerlerinde rastlanılmayan bir netlikte ve yoğunlukta gözleme imkanı sunmuştur. 4734 sayılı Kanun özelinde, kötü kurallaştırmanın muhatabı, pek önem atfedilmeyen bir tanım maddesi iken, pasif tutumun muhatabı, bilhassa Kamu İhale Kurumudur. Bu açıdan 4734 sayılı Kanun bağlamında karşı karşıya kalınan, küçük ve önemsiz bir madde ve Kurumun pasif tutum birlikteliğinden doğan büyük hukuki sorunlardır.

Her şeyden önce ve en önemlisi bu birliktelik, hizmet alanını belirsizliğe terk etmiştir. Bu durum, bu alanda karşımıza çıkan tüm hukuki sorunlara da kaynak teşkil etmiştir. Belirsizliğe terk edilen alandan en çok istifade eden ise haliyle alanı kurallaştıran bir muhatap bulamayan ve geriye sadece kendileri muhatap olarak kalan, idareler olmuştur. Böylelikle idareler, istedikleri doğrultuda tasarrufta bulunabilecekleri zahmetsiz bir ortama kavuşmuş ve uygulamada bu ortamın sunduğu imkanı olabildiğince kullanmaktan da geri kalmamışlardır. Bu durum, dolaylı olarak hizmetlerin ihaleye konu edilmesinde idarelerin, söz sahibi ve belirleyici bir konum kazanmalarına ve ihaleye konu edilme meselesinin, idari takdir basitliğine indirgenmesine yol açmıştır. İşte bu belirsizlik ve idari kararlarla şekillenme hali, hemen hemen tüm hizmetlerin, 4734 sayılı Kanuna konu edilebileceği yönünde hakim ve pek sorgulanma gereği de duyulmayan anlayışın oluşma sebebini de anlamamızı sağlamıştır.

Bu anlayış uyarınca 4734 sayılı Kanuna konu edilemeyecek bir hizmetten söz etme imkanı neredeyse kalmamıştır. Üstelik bu, hizmet alanını sınırlandıracak ve belirsizliği giderecek elverişli hukuki araç ve argümanlara sahip olunmasına rağmen gerçekleşmiştir. Bu araç ve argümanlardan hiç yararlanılmamış, hukuk devleti ilkesinin zedeleneceği, uygulamada fiili durum oluşacağı endişesine hiç kapılmamıştır.

Ayrıca bu yaklaşım, genel kanun inancının oluşumu için gerekli tüm koşulları da sağlamıştır. Ancak bu, salt 4734 sayılı Kanunun hemen hemen her hizmeti ihale sürecine konu edebilme kapasitesi nedeniyle oluşan bir inanç değildir. 4734 sayılı Kanun, aynı zamanda ve belli bir süre boyunca, hemen hemen her hizmete ihale edilebilir nitelik kazandırma potansiyeline de sahip olduğuna inandırmayı başarmıştır. Bu potansiyelini, 2018 yılında büyük ölçüde kaybetmişse de benimsendiği ve uygulandığı süre zarfında bu potansiyeli, toptan bir nitelik değişimini ya da sahip olunan niteliğin daha da güçlenmesini beraberinde getirmiştir. İhale edilebilir niteliğe sahip olmayan hizmetler, 4734 sayılı Kanunun yürürlüğünden itibaren bu süre zarfında toplu şekilde ihale edilebilir niteliğe kavuşmuş; sağlık hizmetleri gibi daha önceden ihale edilebilir kılınan hizmetlerin bu niteliği ise bu genel kanun aracılığıyla tekrar vurgulanmış ve güçlendirilmiştir. 4734 sayılı Kanun bu şekilde değişimi ya da mevcudun güçlenmesini sağlayarak, özellikle kamu hizmetlerinin ihale edilebilir kılınmasında asıl muhatap alınması gereken hukuki dayanak olduğunu ve hukuka rağmen temel kırılma noktası teşkil edecek önemde bir işlev üstlendiğini göstermiştir. Aynı zamanda da kamu hizmetlerinin ihale edilebilir kılınmasına ilişkin hukuki tartışmaların bütünüyle özel kanunlar üzerinden yürütülmesinin yanlışlığını anlamamızı sağlamıştır.

Bu bakımdan, belediye hizmetleri ya da iş sağlığı ve güvenliği hizmetleri gibi kamu hizmetlerinin ihale edilebilir kılınmasına yönelik anayasaya aykırılık iddialarını, sadece 5393 sayılı Kanuna ya da 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununa (özel kanunlara) yöneltilmesi ve bu şekilde etkili bir sonuç elde etme beklentisi, hüsrarla sonuçlanabilecektir. Nitekim, özel Kanunlarda yer alan maddelerin iptali yoluna gidilse bile 4734 sayılı Kanunun genel dayanak vasfı bu hizmetlere ihale edilme imkanı sağlamaya devam edecektir. Bu nedenle olması gereken, anayasaya aykırılık iddialarının özel kanunlarla birlikte mutlak surette 4734 sayılı Kanunun hizmet kavram ve anlayışına da yöneltilmesidir. Ama bu yönde bir girişime hiç tanık olunmamıştır.

Oysa sebep olduğu belirsizlik ve öngörülemez hal, 4734 sayılı Kanunun hizmetleri kurallaştırma yöntemine dair anayasal boyutta yapılacak bir değerlendirmeyi de oldukça kolaylaştırmaktadır. Nitekim bu hal, Anayasanın 128 nci maddesi yönüyle bir değerlendirme ve tartışmaya hiç girilmeksizin de salt hukuk devleti ilkesine aykırılıktan hareketle bir sonuca ulaşılabilmesine yetecek argümanı fazlasıyla sunmaktadır. Ancak daha önce de belirtildiği üzere 4734 sayılı Kanun, hizmetlerin ihale edilebilir kılınmasına genel dayanak teşkil etme vasfını, 2018 yılında büyük ölçüde yitirmiş olduğundan, artık tüm bu açıklamalar daha çok mazinin birer özlem ve pişmanlıkları olarak kalmıştır.

Öte yandan bu birliktelikten istisnalar da nasibini almıştır. 4734 sayılı Kanuna yöneltilen temel eleştirilerden biri de istisna maddelerinin fazlalığı ve kapsam üzerinde oluşturduğu tahribatın artık makul karşılanamayacak boyutlara ulaştığıdır. Bu eleştirilerde, bu birliktelik de önemli bir paya sahiptir. Bir hizmetin kanundan istisna edilmesinin ön şartını, o hizmetin kanun kapsamında yer alması oluşturduğu düşünüldüğünde, bu payı anlamak da kolaylaşmaktadır. Kanun kapsamında yer alma ile istisna edilme ihtimali arasında doğrudan doğruya bir ilişki bulunmaktadır. Bir hizmet öncelikle kanun kapsamında bulunmalıdır ki istisna edilebilsin. Bu bakımdan kapsamda yer alan hizmet sayısı kadar istisna edilme ihtimali taşıyan hizmet bulunmaktadır. Kapsamdaki hizmet sayısı arttıkça haliyle bu ihtimal de artacaktır. Bu ilişki 4734 sayılı Kanuna uygulandığında ise genel kanun inancının etkisiyle hiç de azımsanmayacak nitelik ve nicelikte hizmetin, bu Kanundan istisna edilme ihtimali taşıdığı ortaya çıkmaktadır. Bu yönüyle 4734 sayılı Kanunun 3. maddesinin (c) bendi uyarınca Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasının teknolojiye, banknot ve kıymetli evrak üretim ve basımına ilişkin hizmetler ya da Kanunun 3. maddesinin (g) bendi uyarınca KİT'lerin, belediye şirketlerinin belli şartlar altında gerçekleştirecekleri tüm hizmetler ya da Kanunun 3. maddesinin (p) bendi uyarınca Spor Genel Müdürlüğü ile bağımsız spor federasyonlarının ulusal ve uluslararası sportif faaliyetlerine ilişkin hizmetler, bütünüyle ve öncelikle Kanun kapsamında yer alan hizmetler olarak telakki edildiğinden, Kanundan istisna edilebilmiş olan hizmetlerdir. Dolayısıyla da bu birlikteliğin sebep olduğu sorunlar, istisnalara da aynı şekilde yansımış ve bu alanda yaşanan artışa kaçınılmaz bir katkı sunmuştur.

Bu birliktelik, aynı zamanda ihaleye konu edilen hizmetlerin geldiği noktayı, içine düşülen hali, veri ve istatistikler üzerinden izah etmeye ya da kanıtlamaya çalışanları fazlasıyla mutlu etmiştir. Nitekim birliktelikten doğan hizmet belirsizliği, iddialarına destek bulacaklarından şüphe duymadıkları bir ortamı, buna ilişkin veri ve istatistikleri cömertçe sunmuştur. Yapılan birçok çalışmada, hukuki bağlama pek önem atfedilmeksizin bu cömert ortamdan yapılan çıkarımları görmek mümkündür. Bunlar, ekseriyetle benzerlik taşıyan, tahmin edilebilir çıkarımlardır. Buna göre, neo liberal politikalar, piyasa ve özel sektör yine istediğini elde etmekte ve üstünlüğünü bir kez daha kanıtlamaktadır. Bu noktada gözden kaçırılan ise bu alandaki belirsizliğin, sadece verilerle desteklenen veya istatistiğe dayalı ulaşılan sonuçların değil, ileri sürülen hemen hemen her iddianın savunulabilir nitelik kazanmasına sebep olduğudur. Bu açıdan, 4734 sayılı Kanunla birlikte ihaleye konu edilemeyeceği hususunda hemfikir olunan milli savunma ve adalet gibi kamu hizmetleri de dahil tüm kamu hizmetlerinin, artık ihaleye konu edilebilir bir hal aldığını iddia etmek mümkün olmaktadır. Nitekim alanın belirsizliği, böyle bir iddiada bulunabilmeye ve bu iddiayı destekleyecek argümanlar üretmeye imkan sağlamaktadır. Hatta kamu hizmetlerinin bir kısmı açısından bu durum, iddia olmanın da ötesine geçmiş ve fiilen gerçekleşmiş durumdadır. Ekseriyetle çekirdek kamu hizmetlerinden oluşan diğer kısım ise Anayasaya rağmen gerçekleşme olasılığını ve bunun yarattığı baskıyı her daim üzerinde hissetmektedir. Zira belirsizlik, bu fiili imkanlara da olanak sağlamaktadır. Görülen o ki belirsizlikten yararlanma kolaycılığı ile de öngörülen hatta öngörülenin ötesinde liberal sonuçlara ulaşılabilmek mümkün olmaktadır. Ancak asıl güç olan ve cesaret isteyen, belirliliğin sağlanıldığı, alanın disipline edildiği hukuki bir kurguda bu sonuçlara ulaşılabilmesidir. Ve maalesef güç ve cesaret gerektiren bu kurgu, ihale ve hizmetler özelinde bir türlü tam anlamıyla içselleştirmeyi beceremediğimiz ve her daim eksikliğini hissettiğimiz ülkesel hukuki hasretlerimizden biri olarak kalmıştır.

Diğer taraftan hiç şüphesiz ki bu birliktelik, en önemli ve etkili sonuçlarını, idare hukukunun tatbik sahası üzerinde doğurmuştur. Zaten kapsadığı ya da kapsadığına inanılan kamu hizmetleri/kolluk etkinlikleri düşünüldüğünde belirsizlikten beslenen bu anlayışın, idare hukuku sahası üzerinde herhangi bir etki doğurmayacağından söz edebilmek mümkün değildir. Bu etki ise her daim tek yönlü ve aynı kesime yönelik olmuştur. Devamlı surette idare hukuku sahasının daralmasına hizmet etmiş, özel hukuk kişileri ve piyasa lehine işlemiştir. 4734 sayılı Kanun kapsamında olan ve olduğuna

inanılan her hizmet, 4735 sayılı Kanun uyarınca -pek çok kişinin benimsediği şekliyle- özel hukuk sözleşmesi olarak bağtlanmıştır. Neticede karşımıza çıkan neo liberal anlayışa uyumlu ve bu uyumdan taviz verilmeyen bir düzen olmuştur.

Oysa Danıştay kararı dikkate değer bulunmuş ya da benzeri hizmetler ekseninde bir belirlilik sağlanmış olsaydı, şu ana kadar sözü edilen sonuçlar da oldukça farklılaşacaktı. Bu durumda artık sağlık hizmeti ve daha birçok diğer hizmetin, 4734 sayılı Kanuna ve haliyle 4735 sayılı Kanuna konu edilememesi gündeme gelecek ve özel hukuk sözleşmesine ek olarak idari sözleşme olasılığından da söz edilmeye başlanacaktı. Bu kez üçlü ölçüt işlevsellik kazanacak ve sağlık hizmetine veya benzeri kapsamda yer almayan diğer hizmetlere ilişkin akdedilen sözleşmelerin niteliği, bu ölçütlerin tatbikine bağlı olarak belirlenecekti. Böylece idari sözleşme ender bir tür olmaktan kurtulabilecek, kamu (idare) hukuku lehine gelişen bir süreçten ve genişleyen bir idare hukuku alanından söz etmek mümkün hale gelecekti. Tabii ki tüm bunlar aynı zamanda Kamu İhale Kurumunun görev ve yetki alanın daralması anlamı da taşıyacaktı. Artık Kurum, daha sınırlı bir alanda söz sahibi olmak durumunda kalacaktı. Ve bunu da idare hukuku uğruna verilen bir zayıf olarak değerlendirmek mümkün olabilecekti. Şu halde 4734 sayılı Kanun ve hizmet bağlamında hukuk devleti ilkesinin gereklerine uygun hareket edilmesi ve hukuken olması gerekenin sağlanması halinde, karşımıza çıkan, her yönüyle daha tutarlı olan, ancak iktisaden ve siyaseten istenmeyen sonuçlar olmaktadır. Ne yazık ki bu güçleri arkasına almış bir isteksizlik hali, ülkemizde hukukun baskılanması ve ötelenmesine kafi gelmektedir. Bu bakımdan aslında bu sonuçlar, herkesin de farkında olduğu üzere mevcut anlayış var olduğu müddetçe hayalden öteye geçmesi pek de mümkün olmayan sonuçlardır.

Ancak bu durumu, hizmet belirsizliğini ortadan kaldırmak adına hiçbir adımın atılmadığı şeklinde de anlamamak gerekir. 4734 sayılı Kanunda, belirsizliğin giderilmesi maksadıyla biri 2014 diğeri 2018 yılında olmak üzere iki değişiklik yapılmıştır. Ne var ki bunlar, daha çok iyi niyetli ama kalıcı çözüm sağlamaktan uzak girişimler olarak kalmıştır. Bu girişimlerde esas alınan hüküm hep, 4734 sayılı Kanunun 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi olmuştur. Bunun oldukça basit bir nedeni vardır. Zira bu bent, daha sonraları bu niteliğini yitirmiş olsa da, bu denli tür ve nitelikte hizmeti ihale edilebilir kılan, dolayısıyla 4734 sayılı Kanunun, hizmetlerin ihale edilebilirliği özelinde de genellik vasfı kazanmasını sağlayan temel yasal dayanaktır.

Bir başka deyişle hizmet tanımı ile birlikte hizmetin içinden çıkılmaz hal almasının asli failidir.

Bu özelliği, tabiatıyla çözümün hep bu bent üzerinde aranmasına ve sürecin ekseriyetle bu bent üzerinde ilerlemesine neden olmuştur. Ancak tam anlamıyla bir çözümden söz etmek hiç mümkün olmamıştır. Ya hizmet belirsizliğinin bir diğer nedeni olan tanım maddesi görmezden gelinmiş, ya idari merciler üzerine düşeni yapmamış, ya da nesnel ölçütlere dayanmayan çözümler üretilmiştir. Çözüm diye sunulanlar, süreci daha da karmaşık hale getirmekten başka bir işe yaramamıştır. Ülkemiz gündemini uzun süre meşgul eden taşeron işçi ve kadro sorununun, bu sürecin bir neticesi olduğunu bilmek bile, başlı başına vaziyeti anla(t)maya yetmektedir. Kaldı ki bu süreç, taşeron işçiden çok daha fazlasını barındıran, hayli dinamik ve karmaşık bir süreçtir. Bu yönüyle de, belirsizliği, personel (işçi) temelinde gerçekleştirilen ihaleleri, iş hukuku ve iş yargısının ihale (idare) hukuku üzerinde oluşturduğu etki ve tahribatı, uygulanmayan yasa hükümlerini, fiili uygulamaları, ihale edilebilir hizmetleri, ihale edilme yasağına tabi hizmetleri bütünüyle ve üstelik de 15 yıl gibi kısa sayılabilecek zamana sığdırabilmiş olan bir süreçtir. İşte bir sonraki bölümde, kısa zamanda çok şeyler başarılmış bu sürece, dönemler halinde değinilecektir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İHALE EDİLEBİLİR HİZMETLERDEN İHALE EDİLME YASAĞINA TABİ HİZMETLERE

I. GENEL OLARAK

A. 4734 SAYILI KANUN VE HİZMETLERİN İHALE EDİLEBİLİRLİĞİ

4734 sayılı Kanunun, hizmetlerin ihale edilebilirliği özelinde taşıdığı anlam, olağandışı ve sorunludur. Olağandışıdır; zira hukuk tekniği açısından “*ihale kuralları, yapılacak iş için yetki veren değil, varolan yetki ile alınmış sözleşme yapma kararının uygulanma yöntemini gösteren yöntem kurallarıdır*”³¹² şeklindeki haklı tespitle örtüşmemektedir. 4734 sayılı Kanun, sadece hizmetler özelinde bir süreci kurallaştırmakla yetinmemiştir. Kanun, usul kurallarından fazlasını barındırmıştır. Hizmetlere ihale edilebilir nitelik kazandırmak, yapılacak iş için yetki vermek gibi bir işlev de üstlenmiştir. İhale edilebilir niteliğin, yetki veren özel yasalara bağlı kazanılması, ihaleyi kurala bağlayan yasaların (2886 sayılı, 4734 sayılı Kanunlar gibi) ise bu kazanım üzerine işlerlik kazanması şeklinde ilerlemesi beklenen olağan silsile, 4734 sayılı Kanun söz konusu olduğunda geçerliliğini yitirmektedir. Kanun, bu iki farklı özelliğin, aynı anda bir yasaya da konu olabileceğini göstermiştir. Hem hizmetlerin ihale sürecini kurallaştırmış hem de bu hizmetlere ihale edilebilir nitelik kazandırmıştır. Üstelik de bunu, kendi tarihi açısından uzun sayılabilecek bir süre boyunca ve neredeyse tüm hizmetleri kapsamına alacak bir genellikte gerçekleştirmiştir. Kanunun, ihale edilebilirlik açısından da genel nitelik arz etmesi ise hizmetler özelinde sorunu katlanarak büyütmekten başka bir işe yaramamıştır. İhale edilme noktasında sebep olunan onca sorun, bu kez de idare hukukunun en hassas konularından birine (ihale edilebilirliğe) taşınmıştır. Neticede oluşan birikim ise bu şekilde sahip olunan genel niteliğin, Kanunun hizmetler özelindeki en sorunlu yönü olarak tarihe geçmesini sağlamıştır.

İhale edilebilirlik temelinde gelişen bu olağan dışı ve sorunlu yön, Kanuna sonradan kazandırılmamıştır. Birçoklarının iftihar ettiği ilk halinde yer almış, yürürlüğe

³¹² KARAHANOGULLARI, İdarenin Hukukla Kavranması... s.198

bu yönü içkin şekilde girmiştir. Kuşkusuz en parlak dönemini de Kanunun tam anlamıyla yürürlüğe girdiği tarih (2003) ile 2014 yılları arasında yaşamıştır. Bu dönem, başlangıçtan azami faydaya ulaşıldığı, gelişimin bütünüyle tamamlandığı dönem olmuştur. Bu, bilinçli ya da bilinçsiz neredeyse her hizmete ihale edilebilir niteliğin zahmetsizce kazandırıldığı bir dönemdir. 2014 yılında zahmetsizce kazanılan bu niteliğin sınırlandırılması amacıyla Kanunda yasal bir değişikliğe gidilmişse de bu değişimden beklenen sonuç elde edilememiştir. Hizmetler, ihale edilebilir niteliklerinden hiçbir şey yitirmemiştir.

2018 yılı ise 4734 sayılı Kanun ve hizmetler bağlamında dönüm noktası olduğu izlenimini fazlasıyla veren bir dönemin başlangıcı olmuştur. Bu yeni dönemde, önceki dönemlerden farklı bir düşünce ile hareket edilmiştir. Bu kez ihale edilebilir nitelik kazandırmanın değil, ihale edilme yasağının kurallaştırılması yoluna gidilmiştir. Bu sayede Kanun 15 yıl aradan sonra, hizmetlere genel ihale edilebilir nitelik kazandıran bir Kanun olmaktan çıkmış, esas itibarıyla olağan işlevine odaklanan, diğer kanunlarla ihale edilebilir kılınan hizmetlerin ihale sürecini kurallaştıran bir Kanun halini almıştır. Ne var ki her ne kadar farklı ve yerinde bir düşünce ile başlanmışsa da bu dönem, önceki dönemlere benzer bir gelişim göstermiştir. Belli bir noktadan sonrasını fiili uygulamalar işgal etmiş ve bu uygulamaların katkısıyla bir ilerleme kaydedilebilmiştir. Tüm bu dönemler, tedrici iyileşmelere rağmen tamamen hukuka bağlı kalınan ve tamamıyla iyi yönleri ile hatırlanan dönemler olmamıştır.

Böylesi hareketliliğine rağmen bu süreç, tek bir bent üzerinde ilerlemiştir. Hizmetlere ihale edilebilir nitelik kazandıran da hizmetleri ihale edilme yasağına tabi tutan da temelde 4734 sayılı Kanunun 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi olmuştur. Bent, yaklaşık 15 yıl boyunca hizmetlerin ihale edilebilir nitelik kazanmasına dayanak teşkil etmiştir. Ancak bunu tek başına değil, yine Kanunun bir diğer sorunlu maddesinden aldığı destekle başarmıştır. Bu desteği sunan, tanım maddesinden başkası değildir. Hizmet tanımını ve dolayısıyla belirsizliği arkasına alan bir işten ise makul ve mantıklı bir sonuç beklemek ise haliyle gerçekçi ve anlamlı olmayacaktır. Ayrıca hizmet tanımından alınan bu destek, 4734 sayılı Kanun bağlamında hizmetlerin ihale edilebilirliği ile ihale edilmenin aynı sorunlu özellikleri taşımasının ve aynı eleştirilere maruz kalmasının sebebini de anlamamızı sağlamaktadır.

Diğer yandan Kanunun 62/e maddesi, bu sorunlu yönüne ek olarak hizmet ihaleleri açısından vahim bir yanılsa da mesnet teşkil etmiştir. Maddede, hizmetlerin ihale edilebilirliği gibi oldukça önemli bir mesele, doğrudan personelle ilişkilendirilmiş, istihdam edilen personelin nitelik veya niceliği üzerinden ele alınmış ve bu temelde tariflenmiştir. Böylece hizmet ve ihale edilebilirlik kavramlarının istihdam ve personele indirgenmesine, istihdam ve personel üzerinden şekillenen bir hizmet anlayışının yerleşmesine sebep olunmuştur. Bunun neticesinde ise karşımıza, temel amacından sapan ve personel istihdamını çağrıştıran bir ihale tasavvuru çıkmıştır. Arzu edilmeyen bu sonuca, 4734 sayılı Kanun bizzat aracı olmuştur. Kamu alım ihalelerini kurallaştıran Türk hukukunun en genel nitelikli Kanunu, hizmet alımlarına yöneltilen en temel eleştirilerden birisinin sebepleri arasında yer alarak, bu kez de bir başka özelliği ile kendinden söz ettirmeyi başarmıştır.

Hizmet ihalesi, doğası gereği emeğe dolayısıyla da çalışana (işçiye) bağımlı olsa da bu durum elbette ki ihalenin doğrudan çalışan üzerinden tariflenebileceği ya da çalışanın doğrudan ihale konusu edilebileceği anlamı taşımaz. İhaleye konu edilen, bir hizmet bütünüdür ya da bir parçasıdır, yoksa bu bütünün ya da parçanın sadece insan ögesi değildir. Aksi hal, bir hizmet ihalesinden değil bir işgücü temininden söz etmeyi gerektirir. Dahası salt insanı temel alan bir ihale ve hizmet anlayışı, insanın metalaştırılması anlamı taşır ki, hangi açıdan bakılırsa bakılsın bunu kabullenebilmek de savunabilmek de mümkün değildir. KARAHANOGULLARI'nın haklı olarak belirttiği üzere “Kamu hizmetinin bütünü veya parçalarının özel girişimcilere gördürmek için yapılan sözleşmeleri ihale mevzuatına göre yapılan basit alım işlerine benzetmek ve kamu hukuku rejimi dışına çıkartmak amacıyla sözleşme konusu, yöntem saptırması yapılarak, hizmet alımı olarak değil de işgücü alımı gibi gösterilebilmektedir. Hukukumuzda böyle bir yöntem bulunmamaktadır. Örneğin, güvenlik hizmetlerinin yürütülmesi için özel girişimciden hizmet alımı yapılması değil de, özel güvenlik personeli alımı ihalesi yapılmaktadır. Özel girişimciler, işgücü simsarları gibi çalışmakta, idare bu simsarlardan işçi kiralamaktadır. Bu yöntem hukuken sakattır. Kamu hizmetinin üretilmesi için özel şirketlerden ihale ile işgücü satın almak yöntemi kamu hizmetine girme hakkına aykırıdır.”³¹³

Ne var ki bu simsarlığın yerleşik hal almasında Kanun kadar Kamu İhale Kurumunu da bütünüyle aklamak mümkün gözükmemektedir. Bir kasıttan söz etmek mümkün olmasa da hizmet ihalelerinin personele özgülenmesinde Kurumun da pay

³¹³ KARAHANOGULLARI, İdarenin Hukukla Kavranması... s. 241

sahibi olduğu anlaşılmaktadır. Kurum bunu, daha çok gerekli reaksiyonu göster(e)meyerek, sessiz kalmayı tercih ederek ve gerekli ortamın oluşmasına bilinçsizce katkıda bulunarak gerçekleştirmiştir. Kanunun 62/e maddesi, hizmet ihalelerinin, personel ve istihdamla ilişkilendirilebilmesinin, personele, istihdama indirgenebilmesinin yolunu açmış, Kurum da hizmet ihalelerine özgü türettiği kavram ve bu kavrama bağlı oluşturduğu kurallarla bu yolun hızlıca aşılmasına hem katkı sunmuş hem de göz yummuştur. Bu nedenle de uygulamada bir temizlik hizmeti, temizlik işçisi istihdamına; bir özel güvenlik hizmeti, özel güvenlik personeli istihdamına dönüşebilmiş ya da dönüştüğü yönünde bir görünüme kavuşmuştur. Hatta Kurum tarafından türetilen bir kavram, süreçte o denli önemli bir konum kazanmıştır ki hizmetlerin ihale edilebilirliği ile taşeron işçi sorunun çözüm(süzlğ)ünde başat rol oynamıştır. Bu kavram, “personel çalıştırılmasına dayalı hizmet” kavramıdır. Ve şüphesiz kamu ihale literatüründe hatırı sayılır bir yer işgal etmiş olan, etmeye de devam eden bir kavramdır.

B. PERSONEL ÇALIŞTIRILMASINA DAYALI HİZMET

4734 sayılı Kanunun 62/e maddesi, *personel çalıştırılmasına dayalı hizmet* şeklinde bir kavramsallaşmaya ilham kaynağı olsa da aslında bu maddede yer alan ile kavramda geçen “personel” tabiri, eş anlamlı değildir. Bunlar, farklı hukuki karşılıklara sahip tabirlerdir. Personel tabiri ile, 62/e maddesinde ekseriyetle statü hukukuna tabi personel (kamu görevlileri) ifade edilmekte iken, kavramda hizmet akdi ile çalışan işçiler ifade edilmek istenmektedir. Birisi ağırlıklı olarak özel hukuk ilişkisi içermekte, diğeri ise kamu hukuku ilişkisine dayanmaktadır. Bununla birlikte hizmet kavramının, en nihayetinde dayandığı noktanın emek ve işçi unsurları olması, personel (işçi) çalıştırılmasına dayalı hizmet adıyla yapılacak bir kavramsallaştırmanın, aslında hizmetler arası bir ayrım için de elverişli olmadığını ortaya koymaktadır. Bu haliyle kavram, hizmetler açısından kayda değer bir ayrım getirmemekte, hemen hemen tüm hizmetleri kapsamına almaktadır. 4734 sayılı Kanunda tanımda sayılan hizmetler arasından yalnızca kiralama ve sigortalama hizmetlerinde işçi ve emek unsuru olabildiğince zayıflamaktadır. Bu nedenle de sadece bu hizmetleri işçi bağlamından koparabilmek ve personele (işçiye) dayalı olmanın istisnaları olarak kabul edebilmek mümkün ve daha rasyonel gözükmemektedir. Bu doğrultuda kavram lafzına bağlı

kalınarak yapılacak bir değerlendirmenin karşımıza çıkaracağı sonuç da “sigortalama ve kiralama hizmetleri” – “diğer hizmetler” ayrımı olmaktadır. Ancak arzulanan tabii ki de bu değildir. Aslında kavram ile temelde ifade edilmek istenen, ağırlıklı olarak işçiye ve işçilik maliyetine dayalı olan hizmetlerdir. Bu bakımdan personel çalıştırılmasına dayalı hizmet adı altında yapılan bu kavramsallaştırma, teknik olarak hatalı bir kavramsallaştırmadır. Kavram, amacı ile çelişen, arzulananı tam karşılık gelmeyen bir ada sahiptir. Ne var ki kavramın hizmet alımlarına etkisi ve yol açtığı sonuçlar o denli önemli ve büyük olmuştur ki, bu hatalı kavramsallaşma, üzerinde ayrıca durmayı gerektirmeyecek denli önemsiz bir mesele halini almıştır.

Personel çalıştırılmasına dayalı hizmet, Kurum tarafından kamu ihale literatürüne kazandırılmış, tamamıyla Kurumun eseri olan bir kavramdır. Her ne kadar hatalı bir kavramsallaştırma olsa da tekdüze bir kavram değildir. Gerek tanımı gerekse de normlar hiyerarşisi içerisindeki konumu yıllar içinde değişkenlik göstermiştir. Süreç içerisinde tanıma yeni kriterler eklendiği gibi mevcut kriterlerinde değişikliklere de gidilmiştir. Kavram, her dönemde adından bir şekilde söz ettirmeyi ve hizmet alımları bağlamında kilit kavram rolünü üstlenmeyi başarmıştır. 2018 yılına kadar da düzenleyici işlem seviyesinde tanımlanagelmıştır. Düzenleyici işlem seviyesinde kavram, ilk kez 2005 yılında, Kamu İhale Genel Tebliğinde, “*çalıştırılacak personel sayısının belirlendiği ve haftalık çalışma saatlerinin tamamının idare için kullanıldığı işler*” olarak tanımlanmıştır.³¹⁴ Bu tanıma 2009 yılında ilave bir kriter eklenmiş ve tanım, “*ağırlıklı olarak personel çalıştırılmasına dayanan, çalıştırılacak personel sayısının belirlendiği ve haftalık çalışma saatlerinin tamamının idare için kullanıldığı işler*” halini almıştır.³¹⁵ 2014 yılına gelindiğinde ise tanıma yeni kriter ilave edilmemiş ancak mevcut kriterlerde dikkat çekici ve daha teknik detay içeren değişikliklere gidilmiştir. Bu doğrultuda tanım, “*ihale konusu işte çalıştırılacak personel sayısının ihale dokümanında belirlendiği, bu personelin çalışma saatlerinin tamamının idare için kullanıldığı ve yaklaşık maliyetinin en az % 70’lik kısmının asgari işçilik maliyeti ile varsa aynı yemek ve yol giderleri dahil işçilik giderinden oluştuğu hizmetler*” şeklini almıştır.³¹⁶ Ne var ki tanımlama uğraşı bu kadarla da sınırlı kalmamıştır. 2018 yılında kavram, ilavelerle birlikte ilk kez kanun düzeyine taşınmıştır. 4734 sayılı Kanunun 62/e maddesinde personel çalıştırılmasına

³¹⁴ 25.07.2005 tarihli ve 25886 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

³¹⁵ 09.01.2009 tarihli ve 27105 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

³¹⁶ 07.06.2014 tarihli ve 29023 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

dayalı hizmet bu kez de, “bu Kanun ve diğer mevzuattaki hükümler uyarınca ihale konusu işte çalıştırılacak personel sayısının ihale dokümanında belirlendiği, bu personelin çalışma saatlerinin tamamının idare için kullanıldığı, yaklaşık maliyetinin en az %70’lik kısmının asgari işçilik maliyeti ile varsa aynı yemek ve yol giderleri dahil işçilik giderinden oluştuğu ve niteliği gereği süreklilik arz eden işlere ilişkin hizmet” biçiminde tanımlanmıştır.³¹⁷ Anlaşılan, personel çalıştırılmasına dayalı hizmet kavramı, 15 yıllık süre zarfında istikrarsız, oldukça yorucu ve bir o kadar da sıkıcı bir seyir izlemiştir.

Personel çalıştırılmasına dayalı hizmet, tarifi güç bir kavramdır. Tüm bu farklı tanımlarda öngörülen kriterlerin birlikteliğine bağlanmıştır. Bunlar, kümülatif kriterlerdir. Kavram, düzenleyici işlemle tanımlandığı süre boyunca daha çok Kurumun idareleri yönlendirmesi ile var olabilmiş ve kendini kabul ettirebilmiştir. Kurum, Kamu İhale Genel Tebliğinde yaptığı düzenlemelerle bir hizmetin, personel çalıştırılmasına dayalı olmasını sağlamıştır. İdareleri, personel çalıştırılmasına dayalı hizmet kriterlerini göz önüne alarak hareket etmek ve bu kriterlere uyum sağlayacak şekilde hizmet alımlarını gerçekleştirmek zorunda bırakmıştır. Bu açıdan kavram, Kurumun kendi eliyle oluşturmakla yetinmediği, koyduğu kurallarla varlığını sürdürmesini sağladığı, idareleri kabullenmek, katlanmak ve uymak mecburiyetinde bıraktığı bir kavram olmuştur. Ancak bu durum kavramın, manipülasyona ve sübjektif değerlendirmeye açık bir kavram olduğu gerçeğini değiştirmeye yetmemiştir. Sübjektiflik, kavramın en büyük kusurudur. Personel çalıştırılmasına dayalı olarak değerlendirilen, aslında bir hizmet değildir, her bir idare tarafından belli koşullar altında gerçekleştirilen hizmettir. Bu yönüyle, genele değil, tekile karşılık gelen bir durum söz konusudur. Özellikle tanımda öngörülen, *çalıştırılacak personel sayısının (dokümanda) belirlenmesi, personelin çalışma saatlerinin tamamını idare için kullanması, yaklaşık maliyetin belli bir ağırlığının işçilik maliyetinden oluşması* kriterleri, idarelerin takdiri ile şekillenebilen bir hizmet anlayışını beraberinde getirmektedir. Bu bakımdan bir hizmet, bir idare açısından personel çalıştırılmasına dayalı nitelik taşımakta iken Kurumun düzenlemelerine uymayarak dokümanda personel sayısı belirtmeyen veya ihaleyi, personelin çalışma saatlerinin tamamını idarede kullanmayacak şekilde gerçekleştiren ya da hizmeti istisna kapsamında ihale eden diğer idare açısından bu nitelikte kabul

³¹⁷ 4734 sayılı Kanunun 62/e maddesinde, 24.12.2017 tarihli ve 30280 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 696 sayılı Olağanüstü Kanun Hükmünde Kararname ile yapılan değişiklikle bu tanım Kanuna eklenmiştir. Bu KHK, TBMM tarafından kabul edilmiş ve buna ilişkin 7079 nolu Kanun, 08.03.2018 tarihli ve 30354 (1. mükerrer) sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

edilemeyecektir. Hatta bir idarenin belli bir dönemde personel çalıştırılmasına dayalı nitelik taşıyan bir hizmetini, dokümanda personel sayısı belirtmediği veya personelin kısmi saatli çalışmasına karar verdiği ya da işçi sayısı ve/veya işçilik maliyetindeki azalma nedeniyle yaklaşık maliyette işçilik giderinin düştüğü/düşürüldüğü bir sonraki dönemde bu nitelikte kabul edebilmek mümkün olmayacaktır. Bu noktada ön plana çıkan yine idareler olmuş ve personel çalıştırılmasına dayalı hizmet, temelde idareye bağımlı bir kavram olarak varlığını günümüze kadar sürdüregelmiştir. Ve ilginç şekilde göz ardı edilemeyecek büyüklükte bir alan, idareden idareye hatta idarenin bir hizmetinden aynı nitelikteki diğer hizmetine değişkenlik gösterebilen bu kavram üzerinden şekillendirilmeye çalışılmıştır.

Bununla birlikte, kavramın sahip olduğu sübjektiflik bütün hizmetlere aynı şekilde sirayet etmemiştir. Sübjektifliğin bertaraf edildiği ya da edilmeye çalışıldığı hizmetler de bulunmaktadır. Zaman içerisinde değişkenlik gösterse de gerek Kamu İhale Genel Tebliğinde gerekse Kanunda kimi hizmetler, doğrudan personel çalıştırılmasına dayalı olan ya da olmayan hizmet olarak kategorilenmiştir. Hatta kimi hizmetler, başlangıçta personel çalıştırılmasına dayalı nitelikte kabul edilmemekte iken ilerleyen yıllarda personel çalıştırılmasına dayalı olarak nitelenmeye başlanmıştır. Ama neticede, her dönemde tanımdan bağımsız ve personel çalıştırılmasına dayalı hizmet olarak değerlendirilen ya da değerlendirilmeyen bir hizmet kümesinin varlığından söz etmek mümkün olmuştur.³¹⁸ Bu şekilde idareye bağımlı hizmet anlayışının yol açabileceği olumsuz etkiler kısmen de olsa giderilmek istenmiştir.

Bu kapsamda, Kamu İhale Genel Tebliğine bakıldığında genel olarak; temizlik, malzemesiz yemek, özel güvenlik, tıbbi sekreterlik gibi daha birçok hizmetin, personel çalıştırılmasına dayalı hizmet olarak nitelendirildiği; çöp toplama ve nakline ilişkin hizmetler ile malzemesiz yemek hizmetlerinin ise koşulsuz ya da belli koşullara bağlı olarak personel çalıştırılmasına dayalı hizmet olarak kabul edilmediği görülmektedir. Bunlar yıllar içerisinde farklılık gösteren, geçerli oldukları dönem zarfında tanımdan bağımsız bir vasfa sahip olan ve kimi zaman da bu vasıfları tartışmalı hizmetler olagelmıştır. Günümüzde ise 4734 sayılı Kanunun 62/e maddesinde yer alan hüküm

³¹⁸ Ancak belirtmek gerekir ki kamu ihale mevzuatında personel çalıştırılmasına dayalı hizmet olarak değerlendirilen ya da değerlendirilmeyen hizmet kümesi her dönemde var olsa da bu var oluş kesintisiz değildir. Bu doğrultuda 2015 ila 2018 yılları arası (ikinci dönemin büyük bir kısmı), bu şekilde bir hizmet kümesinden söz etmenin mümkün olmadığı yıllardır.

gereğince danışmanlık hizmetleri, hastane bilgi yönetim sistemi hizmetleri ve çağrı merkezi hizmetleri, personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı olarak kabul edilmemektedir. Ayrıca yine aynı maddede belli idare ve hizmetler için geçerli olan, kriterleri azaltılmış, ayrıksı bir personel çalıştırılmasına dayalı hizmet tanımı da bulunmaktadır. Buna göre, mahalli idare veya şirketlerinin bütçelerinden yapılan, yıl boyunca devam eden, niteliği gereği süreklilik arz eden ve haftalık çalışma saatlerinin tamamının idare için kullanıldığı, park ve bahçe bakım ve onarımı ile çöp toplama, cadde, sokak, meydan ve benzerlerinin temizlik işleri, personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı olarak kabul edilecektir. Belli idare ve hizmetlere öngülenen bu tanımı, genel tanımdan farklı kılan ise genel tanıma nispeten taşıdığı objektif niteliklerdir. Genel tanımda sübjektifliğe neden olan kriterler, mahalli idare veya şirketlerinin park ve bahçe bakım onarımı ile çöp toplama ve kent temizliği işlerinde oldukça azalmış görülmektedir. Bu nedenle de bu idarelerin bu hizmetlerini, üstelik de kanundan alınan dayanakla daha objektif niteliğe sahip personel çalıştırılmasına dayalı hizmetler olarak değerlendirebilmek mümkündür.

Personel çalıştırılmasına dayalı hizmet kavramının, ihale mevzuatına dahil olması, şüphesiz hizmet alımlarını derinden etkilemiş, bu alımlar üzerinde köklü bir değişime sebep olmuştur. Ayrıca kavram, bütün süreç boyunca öneminden bir şey kaybetmemiş ve hizmet alımlarına yön veren en temel kavram olagelmıştır. 4734 sayılı Kanuna göre gerçekleştirilen hizmetler, personel çalıştırılmasına dayalı olan ve olmayan olmak üzere iki ana kategoriye ayrılmış ve bu ayrıma bağlı olarak uygulanacak kurallar da farklılaştırılmıştır. Personel çalıştırılmasına dayalı olanlar açısından, işçilik temelinde işleyen bir kurgu geçerli olmuştur. Bu doğrultuda teklifler işçilik üzerinden alınmış, işçi sayısı, işçi ücretleri, işçilerin taşınması gereken vasıflar ile işçiliğe dair hak ve yükümlülükler ihale dokümanında belirtilmiş, işçilik maliyeti Kurum tarafından geliştirilen “işçilik hesaplama modülü” aracılığıyla hesaplanmış, ihalede asgari işçilik maliyetinin altında teklif sunan isteklilerin değerlendirme dışı bırakılacağı düzenlenmiştir. Aslında bu kavram ve öngörülen bu kurallar, oldukça farklı bir düşünce ile hayata geçirilmiştir. Bunların ortaya konuluş amacı, kamu ihale mevzuatına has (teklif ve aşırı düşük teklif değerlendirme aşamalarında karşılaşılan) kimi sorunlara çözüm üretmek ve bir kısım hizmetler açısından ihale sürecinin daha pratik ve yalın hal almasını sağlamaktır. Arka planda ise işçilik ücretleri ve maliyetleri bir standarda kavuşturulmak suretiyle işçi ücretlerinin, yarışmaya elverişli bir alan olmadığı ortaya

konulmaya, olması gerekenin altında asgari işçilik bedeli sunulmasının önüne geçilmeye ve son tahlilde işçiler korunmaya çalışılmıştır. Bu açıdan personel çalıştırılmasına dayalı hizmet kavramı, Kurumun işçiler için ihale mantığından ödün verdiği bir kavram olmuştur. Hatta uygulamada bu tutumu nedeniyle Kurum, aslında çalışma hayatını düzenlemek ve denetlemekle görevli Bakanlığın yapması gereken işi üstlendiği eleştirilerine göğüs germek durumunda bile kalmıştır. Ancak tüm bunlara rağmen, bu kavram ve yapılan bu düzenlemeler, iyi niyet taşıdığından şüphe duyulmayan, masum kurallaştırmalardır.

Kuşkusuz, tüm bu masumiyetin, iyi niyetin ve süreci kolaylaştırma amacının, büyük bir hatanın yerleşik hal almasına katkı sağlayacağı başlangıçta kimsenin aklına gelmemiştir. İstemsiz de olsa 62/e maddesinin etkisiyle oluşturulan bu kavram ve kurallar, işçi unsuruna bağlı bir hizmet anlayışına sebep olmuştur. İdareleri bir hizmeti tariflemekten ziyade, işçi sayısı, işçilik hakları ve maliyetinin ön planda tutulduğu bir ihale ve hizmet pratiğine sevk etmiştir. Bu durum ise personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımlarının, işçilik temelinde işleyen bir sürece dönüşmesine ya da en azından bu yönde bir görünüm kazanmasına neden olmuştur. Böylelikle ihalelerin amacı dışına çıktığı, hukuka aykırı bir istihdam modeli halini aldığı şeklinde hizmet alımlarına yöneltilen en temel eleştirinin sebeplerinden biri ve daha önemlisi bu eleştirilerde Kurumun oynadığı rol de belirginlik kazanmıştır. Kurum bu rolü, kendi eseri bir kavram üzerinden oynamıştır. Üstelik bu rolün, hiç de göz ardı edilebilecek denli küçük boyutlarda olmadığı anlaşılmaktadır. Kurum tarafından türetilen bu kavram ve bu kavrama bağlı kurallaştırmalar, taşeron işçi gibi büyük bir sorunun oluşumuna doğrudan katkı sunmuştur. İlginç olan ise bu sorunun çözümünün yine bu kavram ve kurallarda aranmış olmasıdır. Sorunun sebebi, ironik şekilde soruna çözüm olarak sunulmuştur. Buna karşın sorun, hiçbir zaman tam anlamıyla hukuki çözüme kavuşturulamamış, iyi niyetli bir başlangıç, kötü gelişme ve sonlara sahne olmuştur. Bunlar masum düşünce ve kurallaştırmaların, öngörülemeyen kötü sonuçlarıdır.

4734 sayılı Kanunun 62/e maddesi üzerinden işleyen bu süreç, ayırt ediciliğini kesinlikle sahip olduğu karmaşaya borçludur. Bu süreci anlayabilmek de anlaşılır kılmak da oldukça zordur. Yasa koyucu da süreci, karmaşaya sürüklenme konusunda elinden geleni yapmıştır. Süreçte birçok teknik kavram ön plana çıkmış ve bunlar, etkin rol oynamıştır. Dahası süreç, “her hizmet ihale edilebilir” anlayışı ile başlamış,

sonrasında idare hukuku sınırlarını aşan bir boyuta evrilmiştir. İş hukuku da bu alana dahil olmuş hatta zaman içerisinde iş hukuku ve yargısının etkisi gittikçe ağırlık kazanmış ve nihayetinde, ihale hukukuna baskın gelmiştir. Artık ihale hukuku değil, iş yargısı ile iş hukuku kavramlarının baskın ve belirleyici olduğu bir düzende, hizmetlerin ihale edilebilirliğinden söz edilmeye başlanmıştır. İlerleyen yıllarda ise iş hukuku ve yargısının bu baskınlığı sona ermiş olsa da bu kez de hatalı kurallaştırmanın yol açtığı hukuki sorunlarla başa çıkılmak zorunda kalınmıştır. İşte “her hizmet ihale edilebilir” anlayışından ihale edilme yasağına uzanan olabildiğince teknik kavramı ve karmaşayı bünyesinde barındıran bu süreç, bu bölümde ele alınmaya ve anlatılmaya çalışılmıştır.

II. İLK DÖNEM: HER HİZMET İHALE EDİLEBİLİR (2003 – 2014)

Bu dönem, diğerlerine nazaran anlatılması ve anlaşılması en kolay dönemdir. Zira döneme bütünüyle belirsizlik hakimdir. Bu da işleri oldukça kolaylaştırmaktadır. Aslında dönemde geçerli olan düzenlemeler, her hizmet ihale edilebilir ile birçok hizmet ihale edilemez arası bir tercihe imkan sağlamaktadır. Ancak böyle bir imkan karşısında tercihte pek zorlanılmamakta ve yapılan tercih, haliyle hakim ekonomik anlayış doğrultusunda olmaktadır. Buna göre de her hizmet ihale edilebilir niteliğe sahip olmalıdır. Anımsanacağı üzere aslında bu, bir sonraki aşamadan (ihale sürecine konu edilmeden) aşına olunan bir ifadedir. Sürece konu edilme için sıklıkla tekrarlanan ifadenin, ihale edilebilir niteliğe uyarlanmış halidir. Buna göre her hizmet, ihaleye konu edilebildiği gibi ihale edilebilir niteliğe de sahip olmalıdır. 4734 sayılı Kanun bağlamında ihale sürecine konu edilme ile ihale edilebilir olma birbiriyle örtüşen ve birbirini tamamlayan unsurlardır. Ve bu, kesinlikle tesadüfi değildir. Aynı kaynaktan beslenmenin olağan bir sonucudur.

4734 sayılı Kanunun hizmetlere ihale edilebilirlik niteliği kazandıran 62/e maddesine bakıldığında bu dönem zarfında maddenin, işlevsel açıdan etkisiz de olsa bir değişikliğe uğradığı görülmektedir. Bu kapsamda Kanunun ilk halinde “*İdarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması halinde, en üst ihale yetkilisinin onayı alınmak kaydıyla bu Kanunda belirtilen hizmetler için ihaleye çıkılabilir.*” şeklinde düzenlenen bent, 2008 yılında yapılan değişiklikle, “*İdarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması halinde, bu Kanunda belirtilen hizmetler için ihaleye çıkılabilir. Ancak*

danışmanlık hizmet alım ihalelerinde, istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması şartı aranmaz.” halini almıştır. İşte bu düzenlemeler, 4734 sayılı Kanunun hizmetlerin ihale edilebilirliğinde de söz sahibi olmasının ve her hizmetin ihale edilebilir nitelik taşıdığı anlayışının hukuki dayanaklarıdır. Bunlar, Kanunun hizmetlerin ihale edilebilirliği özelindeki olağan dışı ve sorunlu yönünün asli sebepleridir. Aynı zamanda idare hukukunun varlık sahasını derinden etkileyen önemli bir meseleyi, oldukça hafife alan, olanca rahatlık ve kayıtsızlık içerisinde kurallaştırmış olan düzenlemelerdir.

Hem düzenlemenin ilk halinde hem de düzenlemede yapılan değişiklikte ilk göze çarpan husus, hizmetlerin ihale edilebilirliğinin, temelde bir idari takdir meselesi olarak ele alınmış olmasıdır. 4734 sayılı Kanun, hizmetlerin ihale edilebilirliğini, büyük ve önemli bir mesele olarak değerlendirmemiş, idari karar (takdir) basitliğine indirgemekte bir beis görmemiştir. Bendin ilk halinde “en üst ihale yetkilisinin onayı” ile hizmetlere ihale edilebilir nitelik kazandırmak mümkün kılınmış iken değişiklikle birlikte bu onay şartı da kaldırılmış ve mevcut serbestiye bir miktar daha serbestlik eklenmiştir. Gelineen noktanın arz ettiği görünüm, izahı zor da olsa 4734 sayılı Kanun bağlamında hizmetlerin ihale edilebilirliği meselesinin, bütünüyle idari serbesti üzerine kurulu olduğudur. Bununla birlikte bu serbestinin ve oluşan bu görünümün, aslında pek de istenilen bir sonuç olmadığı anlaşılmaktadır. Zira bent kendi içinde, bu serbesti ve görünümü engellemeyi amaçlayan sınırlamalar da ihtiva etmektedir. Sınır olma işlevinde pek başarılı olamasalar da bu sınırlamaları iki başlık altında ele almak mümkündür.

i) Hizmet Sınırı

Bentte, bu serbestiye hizmetler yönüyle bir sınır getirilmeye çalışılmıştır. Bu amaçla, ihaleye ancak, *bu Kanunda belirtilen hizmetler için* çıkılabileceği ifade edilmiştir. Aslında 4734 sayılı Kanun doğası gereği kapsamında yer alan hizmetlere uygulanabileceğinden, ayrıca bu ibareye yer verilmiş olmasının bir etkisinden söz edebilmek mümkün değildir. Bu ibareye yer verilmemiş olsaydı da anlaşılması gereken yine Kanunun kapsamında yer alan hizmetler olacaktı. Ne var ki bu noktadaki temel sorun, ibarenin etkili ya da etkisizliği değildir. Sorun, Kanunda belirtilen ya da Kanunun

kapsadığı hizmetlerin neler olduğudur. Bu, oldukça büyük bir sorunun habercisidir. Zira burada, Kanunun 4. maddesindeki hizmet tanımına bir atıfta bulunmaktadır.

Anımsanacağı üzere bu tanım, bazı hizmetleri ismen saymakta, bu hizmetlerin benzeri olanlarının tespiti gibi ilginç bir uğraş üzerinden bu alanı genişletmeye çalışmakta, ancak neticede bizi belirsiz bir hizmet yığını ile karşı karşıya bırakmaktadır. Bu durum, genelliğe duyulan istek ve inanç sebebiyle hukuken tartışılmaya pek değer bulunmamakta ve nihayetinde belirsizlik kabullenilmek zorunda kalınan bir durum olmaktadır. Tanım, hizmet ve sınır kavramlarını bir arada kullanmayı neredeyse imkansız kılmaktadır. Bu nedenle haliyle *bu Kanunda belirtilen hizmetler* ibaresinin, ihale edilebilirliğe bir sınır çizdiğinden söz edebilmek mümkün olmamaktadır. İhale edilebilir nitelik de işte bu sınırsızlığa dayanarak her tür hizmeti kapsayabilecek bir potansiyele ulaşabilmektedir.

ii) Personel Sınırı

Bu idari serbestiye karşı bentte getirilen bir diğer sınır, personele ilişkindir. Bu kapsamda bentte, hizmet ihalesine çıkılabilmesi için *“İdarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması”* şart koşulmuştur. Buna göre, idare bünyesinde yeterli nitelik veya sayıda personel bulunmaması, hizmeti ihale edilebilirlik kılmak adına yeterli olacaktır. Personele dair kapasite eksikliği, bu sınır açısından belirleyici faktördür. Bu eksiklik, niteliğe ilişkin olabileceği gibi niceliğe ilişkin de olabilecektir. Bir idarenin görevlerini gereği gibi yerine getirebilmesi, nicelik ve nitelik yönüyle yeterli personele sahip olmasına bağlıdır. Bu bakımdan aslında bu sınırlayıcı ölçüt, görevin gereği gibi yerine getirilemediği her alanı, ihale edilebilir kılmak gibi izahı zor bir imkana dayanak sunmaktadır. Bu noktada ihale edilebilirlik, adeta hizmet kusuru oluşumunu engelleyen bir unsur olarak takdim edilmektedir.

Acaba hizmetlerin ihale edilebilirliğini sınırlandırması beklenen bu nitelik veya nicelik eksikliği neyi ifade etmektedir? Nicelik olarak eksiklik, kadroya dair idari bir sorundur. Bu eksiklik, idareye hiç kadro tahsis edilmemesi ya da edilmesine rağmen kadroya atamanın yapılmaması ya da eksik atama yapılması yahut mevcut kadro sayısının işi gerçekleştirmek için yeterli olmaması hallerinde karşımıza çıkar. Nitelik

olarak eksiklik ise daha çok idari kusura işaret etmektedir. İdarenin personel seçiminden personele verilen eğitime uzanan yetkinliğe dair bir sorundur. Ve her iki eksiklik de idarenin içe dönük sorunlarıdır. Ayrıca bir miktar sübjektiflik barındırsa da nicelik olarak eksikliğin genellikle nesnel olarak tespiti mümkündür. Nitelik olarak eksiklikte ise tam aksi bir durum söz konusudur. Bu eksikliğin, ileri teknoloji gerektiren işler gibi uç örnekleri bir kenara bırakırsak nesnel olarak tespiti oldukça güçtür. Niceliğe oranla bünyesinde daha büyük bir sübjektif alan barındırmaktadır. Her iki ölçütte farklı oranlarda yer alan bu sübjektif yönler ise idareler lehine bir durum yaratmakta ve bunları, amacından sapan kullanışlı ölçütlere dönüştürmektedir.

Bu bağlamda, belli uzmanlığa sahip olmayı gerektirmeyen işlerin (bina temizliği gibi) ihale edilebilirliğinde, haliyle yeterli nitelik koşuluna sığınabilmek mümkün olmayacaktır. Bu tür işlerde ancak yeterli sayıda olmama durumu ihale edilebilirliğe gerekçe teşkil edebilecektir. Ancak bu durumu, ya bu işler için kadro oluşturmayarak ya oluşturulan kadroya personel atamayarak ve az sayıda atayarak ya da mevcut kadro sayısının iş için yeterli olmadığını gerekçe göstererek kolaylıkla aşabilmek mümkündür. Belli uzmanlığa sahip olmayı gerektiren (yazılım, özel güvenlik gibi) hizmetlerde ise sübjektif alan daha da genişlediğinden, durum daha vahim ve kolay bir hal almaktadır. Bu tür hizmetlerde işi gerçekleştirebilecek yeterli sayıda uzman personelin mevcut olması bile bu hizmetin ihale edilebilirliğine engel teşkil etmeyecektir. Zira bu durumda idare, sayıca yeterli olan personelin bu kez nitelik olarak yetersizliği iddiasına sığınarak, yine hizmeti ihale edilebilir kılma ve ihale etme imkanına sahip olacaktır.

Bu sınırlamaların dikkat çekici bir diğer özelliği ise bizi idareden idareye değişkenlik gösteren bir ihale edilebilirlik anlayışı ile karşı karşıya bırakmasıdır. Yeterli nitelik ve nicelik, her idarede farklı şekilde tezahür eden ve her idare için ayrı ayrı değerlendirme yapmayı gerekli kılan koşullardır. Bu durum ise, ihale edilebilirliği hizmet esasında kazanılan bir yetkinlik olmaktan çıkarak idare esasında kazanılan öznel bir yetkinliğe dönüşmesine yol açmaktadır. Bir hizmet, bir idare açısından ihale edilebilir nitelik taşımakta iken diğer bir idare açısından bu niteliğe sahip olamayabilmektedir. Bu bakımdan aynı hizmet, hem ihale edilebilir nitelik taşımak hem de taşımamak ikilemini yaşamaktadır. Ancak bu teorik ikilem, uygulamaya hiçbir zaman bu karmaşa ve öznellik ile yansımamıştır. Uygulama, aksi yönde bir inançla

şekillenmiştir. Bu inanca göre de her idare açısından her nitelik ve türde hizmet ihale edilebilir nitelik taşımaktadır.

Anlaşılan, ihale edilebilirliğe bir sınır çizmesi beklenen bu ölçütler her durumda ihale edilebilirliğe imkan sağlayan bir kurgu içermektedir. Uygulamada bu ölçütlerin dikkate alındığı, bu ölçütler nedeniyle bir hizmetin, ihale edilebilir nitelikte bulunmadığı bir örnekle karşılaşmak mümkün olmamaktadır. Bu ölçütler, bir sınır değil, daha çok bir sınır kılıfı halini almış durumdadır. Ancak bu sınırlamaların bir karşılığa sahip olduğu inancı ile olsa gerek, personel yönüyle getirilen sınırın aranmayacağı istisnai bir hal, yasa koyucu tarafından 2008 yılında yapılan değişiklikle bende eklenmiştir. Değişiklikte, danışmanlık hizmetlerinin, diğer hizmetlere nispeten hukuken çok daha kolay ihale edilebilir niteliğe sahip hizmetler olması arzulanmıştır. Özel sektör kuruluşları lehine ve piyasa mantığı ile yapıldığı açık olan bu değişiklik uyarınca danışmanlık hizmet alım ihalelerinde, istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması şartı aranmayacak, personele dair sınırlama uygulanmayacaktır. Ne var ki daha önce de belirtildiği üzere uygulamada, sınırlama adına hizmetler arası bir farklılıktan söz edebilmek mümkün değildir. Personelin nitelik ve niceliğine ilişkin ölçüt, dikkate değer bulunmadığından bu ölçüt bağlamında yapılan ayrımlar da anlamını yitirmekte, haliyle danışmanlık hizmetlerini farklı bir muameleye tabi tutmaya çalışmak da lüzumsuz bir çaba halini almaktadır.

Bu dönemde 4734 sayılı Kanun bağlamında neticede karşımıza, ihale edilme ile ihale edilebilirliğin özdeşleştiği ve ihale edilen hizmetlerin aynı zamanda ihale edilebilir nitelik de taşıdığı belirsiz bir tablo çıkmaktadır. Bu, ihale edilme ile ihale edilebilirliğin, hizmet tanımını temel almasının olağan sonucudur. Ancak daha da önemlisi bu sonuç, fiilen ihale edilen hizmetlerde olduğu gibi ihale edilebilir nitelik taşıyan hizmetler açısından da 4734 sayılı Kanunun, genel nitelik taşıdığı inancını beraberinde getirmektedir. Bu doğrultuda Kanunun, hizmetlerin ihale edilebilirliğine de genel dayanak teşkil ettiğine sorgusuz sualsiz inanılmaktadır. Nihayetinde yardımcı hizmetlerden temel kamu hizmetlerine uzanan genişlikte bir alanın, 4734 sayılı Kanuna göre ihale edilebilir niteliğe sahip olduğu bir düzen(sizlik) geçerli olmaktadır. Sınıra dayanak olması beklenen ölçütler de bu şekilde aslında sınırsızlığa dayanak olmaktadır.

Bu anlamda bir yerel hizmet ya da bir sağlık hizmeti, sadece 5393 sayılı Kanun ya da 657 - 3359 sayılı Kanunlar uyarınca değil, 4734 sayılı Kanun uyarınca da -üstelik

genel kanuna dayandığı inancı ile- ihale edilebilir niteliğe sahip olabilmektedir. Ya da bir hizmet, herhangi bir özel yasa veya idari dayanakla ihale edilebilir nitelik kazanamamış olsa da, yine bu inanç sayesinde ihale edilebilir niteliğe kavuşabilmektedir. İhalelerin elektronik ortamda gerçekleştirilmesini teminen kurulan EKAP, bu duruma iyi bir örnek teşkil etmektedir. EKAP, 4734 sayılı Kanun Ek Madde 1 kapsamında düzenlenmiş, ancak maddede bu platformun kurulum ve işletilmesinin ihale edilebilir niteliğine dair herhangi bir özel hükme yer verilmemiştir. Oysa Kamu İhale Kurumu EKAP'ın kurulumu ve işletimi hizmetini, uzunca bir süre ihale etmiş ve özel sektör kuruluşlarına gördüregelmiştir. Kurum bunun için Kanunun 62/e maddesi ile hizmet tanımında ismen sayılan “bilgisayar sistemlerine yönelik hizmetler ile yazılım hizmetleri” ibaresini kendisine dayanak almıştır. İşte bu dayanak sayesinde EKAP'ın kurulum ve işletim hizmeti, ihale edilebilir nitelik kazanabilmiş ve akabinde de ihale edilebilmiştir.

Bu noktadaki sorun ise 4734 sayılı Kanunun idare hukukunun varlık sahasını bile etkileme gücünü bünyesinde taşımasına rağmen sanki Kanunun hiçbir hizmete ihale edilebilir nitelik kazandırması mümkün değilmişçesine bir tavır içine girilmesidir. Bu, oldukça düşündürücüdür. Çünkü kamu hizmetlerinin ihale edilebilirliği ya da idare hukukundaki yerleşik ifadesi ile kamu hizmetlerinin devri gibi oldukça önemli bir meselenin, bütün yönleriyle ele alınmadığını, belki de en önemli noktasına hiç değinilmeksizin aktarıldığını göstermektedir. Bununla birlikte genel tavır bu olsa da bazı istisnalarla da karşılaşmak mümkün olmaktadır. Anayasa Mahkemesi kimi kararlarında Kanunun bu özelliğinden açıkça söz etmektedir. Bu kapsamda Mahkeme bir kararında “...idarelerin, ilgili mevzuatı uyarınca çalıştırdığı personelin nitelik veya sayı itibarıyla yetersiz kalması durumunda 4734 sayılı Kanunda belirtilen hizmetler için ihaleye çıkması ve dolayısıyla bu hizmetleri özel kişiler eliyle yürütmesi mümkün kılınmıştır.” tespitiyle bulunmuş ve Kanunun, ihale edilebilir nitelik kazandıran yönüne dikkat çekmiştir.³¹⁹ Devamı cümlelerinde ise ironik de olsa Kanun bağlamında hizmetlerin ihale edilebilirliğinin bir sınırı olduğundan söz etmiştir. Mahkemeye göre, “Bent uyarınca, danışmanlık hizmet alım ihaleleri hariç, idarelerin ihaleye çıkabilmesi için ilgili mevzuat gereğince çalıştırdığı personelin nitelik veya sayı itibarıyla yetersiz olması şartı aranmış ve ayrıca özel kişilere gördürülecek hizmetler de 4734 sayılı Kanun'da sayılanlarla sınırlandırılmıştır.” Bir başka kararında Mahkeme, 4734 sayılı Kanunun 62/e maddesine

³¹⁹ AYM. 14.5.2015 tarihli ve E:2014/177, K:2015/49 sayılı Karar R.G. Tarih-Sayı: 11.6.2015 – 29383

hiç değinmeksizin, “4734 sayılı Kanununun 48. maddesinde, denetim faaliyeti, danışmanlık hizmeti olarak kabul edilmiş ve bu suretle denetim faaliyetinin, danışmanlık hizmeti satın alınması yoluyla üçüncü kişilere gördürülmesine...” olanak tanındığını ifade etmiştir.³²⁰

Oysa denetim hizmetinin ihale edilebilir niteliği, Kanunun 48. maddesinde danışmanlık hizmetleri arasında sayılmasından değil, Kanunun 48. ve 62/e maddelerinde hizmetin bu niteliğe sahip olduğunun belirtilmiş olmasından ileri gelmektedir. Mahkemenin ulaştığı sonuç doğru olsa bile gerekçesine katılabilmek mümkün değildir. Salt hizmetin, Kanun kapsamında yer alması, hizmeti, ihale edilebilir kılmak adına yeterli kabul edilemez.

İlk dönem, ihale edilebilir hizmetler bağlamında bir düzenden söz etmenin mümkün olmadığı dönemdir. Bu, hizmet tanımına dayanmanın, belirsizliğin, Kanunun her hizmete ihale edilebilir nitelik kazandırabilme potansiyeline sahip olduğu anlayışının bir sonucudur. Düzensizliğine rağmen dönem, uzun sayılabilecek bir süre varlığını sürdürmeyi başarmıştır. Dönemin aslında sürdürülebilir olmadığını anlamak için ise yaklaşık 11 yıl beklemek gerekmiştir. İlginç olan, dönemin sonunu kamu hukukunun temelini oluşturan hukuk devleti ilkesinin değil, taşeron işçi sorununun getirmiş olmasıdır. İhale edilebilirliğin ve ihale edilen hizmetlerin belirsizlikle iç içe geçmiş yapısı, taşeron işçi sorunu kadar kayda değer bir mesele olarak görülmemiştir. Belirsizlik ve hukuk devlet ilkesi pek bir ilgi uyandıramamışken taşeron işçi sorunu hemen hemen herkesin ilgisini çekmeyi başarmıştır. Bir dönemi sona erdirecek güce ulaşan iş hukuku kaynaklı bu soruna çözüm ise gene aynı kaynaktan bulunmuştur. Bu doğrultuda iş hukuku kavramları esas alınarak iki hukuk dalı uyumlaştırılmaya çalışılmış ve bunun için Kanunun 62/e maddesinde bir değişikliğe gidilmiştir. Bu değişiklikte birlikte her hizmetin ihale edilebileceği anlayışından kaynaklanan sorunların çözümünü amaçlayan, iş hukuku etkili yeni bir döneme girilmiştir. Bu yeni dönem, kısa ömrüne rağmen tartışmasız, sürecin en zorlu ve en karmaşık dönemidir.

III. İKİNCİ DÖNEM (2014 – 2018)

Karşı taraf belirleme amaçlı kurallar silsilesini hükme bağlayan, kamu ile özeli buluşturmayı amaç edinen bir Kanunun, diğer disiplinlerle etkileşimi kaçınılmazdır. Genelde bir özel hukuk kişisi şeklinde somutlaşan karşı tarafın taşınması gereken

³²⁰ AYM. 27.12.2012 tarihli ve E:2012/102, K:2012/207 sayılı Karar R.G. Tarih-Sayı: 2.4.2013 – 28606 mük.

kriterler bile (tacir olma, iflas hali, rüşvet verme suçu gibi) birçok disiplinin ilgi alanına girmekte ve bu disiplinler hakkında bilgi sahibi olmayı gerektirmektedir. Ancak 4734 sayılı Kanun ile 4857 sayılı İş Kanunu arasındaki etkileşim, diğer disiplinlere nazaran ayrıca ele alınmayı hak eden bir önemde gerçekleşmiştir. Üstelik bu önem, yıllar geçtikçe daha da derinlik kazanmıştır. Bunu sağlayan, sözleşmenin karşı tarafının taşınması gereken kriterler değildir. Bu derinleşmeyi, daha dolaylı ancak sosyal etkisi bir o denli yıkıcı olan bir unsur sağlamıştır. Bu unsur, hizmet alımlarının uç noktasında yer almakta ve emek üzerinden tariflenmektedir.

Bu anlamda işçi unsuru ve dolayısıyla da iş hukuku, kamu ihale hukuku üzerinde yadsınamaz bir etkiye sahip olmuştur. Bu, 4734 sayılı Kanun ve hizmetler bağlamında bir dönemi biçimlendirecek büyüklükte bir etkidir. İşçiler ve iş hukuku, bu dönemin ana unsurlarıdır. İş hukuku ile ihale hukuku arasındaki münasebet, bu dönemde yasal düzeye taşınarak daha da belirginlik kazanmıştır. Bu dönem, iş hukuku etkisinin iyiden iyiye hissedildiği, asıl işveren - alt işveren, asıl iş - yardımcı iş kavramları esasında şekillenen ara ve kısa bir dönemdir. Oldukça teknik ve karmaşıktır. Hatta dönem bu kısa sürecine, bir Anayasa Mahkemesi kararını sığdırmayı bile başarmıştır. Aslında iş hukuku ile ihale hukuku arasındaki münasebet, salt bu döneme özgü değildir. Bu, 4734 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten beri var olan bir münasebettir. Bunun sebebini anlamak için iki hukuk dalının kesişim noktasına bakmak yeterlidir. Hizmet alımları en nihayetinde işçi unsuruna dayanmakta ve iş hukuku da bu nihai unsuru kurala bağlayan temel norm olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu yönüyle 4734 sayılı Kanun ile iş hukuku ile arasındaki etkileşimin, kesişim noktasını ve temel sebebini, -özellikle hizmet ihalesi neticesinde akdedilen kamu ihale sözleşmeleri kapsamında istihdam edilen- işçiler oluşturmaktadır. Bu nedenle işçi unsurundan söz edilebilecek her dönem için bu münasebet de kaçınılmaz olmaktadır. Bu dönemi farklı kılan ise zaten mevcut olan bu münasebetin, yasal boyutta da aleniyet kazanmasını sağlamış ve bunu, iş hukuku baskınlığında hizmetlerin ihale edilebilirliğinde belirleyici kılmış olmasıdır.

İtiraf etmek gerekirse kamu ihale mevzuatı ile doğrudan ilişkilendirilebilmesi mümkün olmayan bir unsurun, bu denli etkili bir güce ulaşmış olması, kesinlikle takdir edilesi bir başarıdır. Ancak işçi unsurunun ve dolayısıyla iş hukukunun, bu denli ön plana çıkması ve ihale hukukunu bu denli etkilemesi, idare hukukunun egemenliğine dair pek çok soruyu beraberinde getirmiştir. Acaba iki hukuk dalı arasında doğrudan ve

iş hukuku baskınlığında bir etkileşim mümkün müdür? İş hukuku kavramları, aynı şekilde idare (ihale) hukukunda da uygulanabilecek midir? Kurum, konuya nasıl yaklaşmaktadır? Bu soruların cevapları özellikle bu dönemin arka planını anlamak adına oldukça önemlidir. Bu nedenle 4734 sayılı Kanunun 62/e maddesinde yapılan değişikliği ele almadan önce bu sorulara bir cevap bulunmaya çalışılacaktır.

A. İŞ HUKUKU – İHALE HUKUKU ETKİLEŞİMİ

4857 sayılı Kanun ile 4734 sayılı Kanun arasındaki ilişki, kamu ihale sözleşmeleri kapsamında işçi çalıştırılmasının bir sonucudur. 4734 sayılı Kanunun 46. maddesinde de açıkça belirtildiği üzere yapılan bütün ihaleler bir sözleşmeye bağlanmak durumundadır. Bu bakımdan işçi çalıştırılmasını gerektiren her kamu ihale sözleşmesi açısından, bu ilişki de kaçınılmaz olacaktır. Kaçınılmaz olmakla birlikte aslında bu, dolaylı bir ilişkidir. Zira her şeyden önce Kanunlar farklı aşamalara ve farklı konulara ilişkindir. 4734 sayılı Kanun, kamu ihalelerini kurallaştırmakta iken, 4857 sayılı Kanun, sözleşme aşamasında uygulama kabiliyeti kazanan ve işçi, işveren, iş sözleşmesi gibi çalışma hayatını ilgilendiren konuları düzenleyen temel Kanundur. Bu yönüyle 4734 sayılı Kanun, 4857 sayılı Kanunun uygulanabileceği aşama öncesine ait, daha öncelikli bir Kanundur. Ayrıca kamu ihale hukuku tümüyle kamu hukuku alanına ait bir disiplin iken, iş hukukunun karma hukuk dalı olduğu kabul edilmektedir.³²¹ Bu bağlamda farklı aşamalara ilişkin, farklı konuları düzenleyen, iki farklı hukuk dalına ait bu Kanunların aynı karşılığa sahip kavramlara sahip olmasını beklemek ya da bu Kanunlardan aynı karşılığa sahip kavramlar üretmeye çalışmak, pek de gerçekçi bir beklenti ve uğraş olmayacaktır.

Bununla birlikte aynı karşılığa sahip kavramlardan söz etmek mümkün olmasa da iki hukuk dalı arasında benzer karşılığa sahip ya da benzer karşılığa sahip olduğuna inanılan kavramlardan söz etmek mümkündür. Hatta bu kavramlardan biri, kamu ihale sözleşmesi kapsamında çalıştırılan işçilerin adlandırılması üzerinden tespit edilebilmektedir. Kamuoyunda “taşeron işçisi” olarak bilinen bu işçiler, 4857 sayılı

³²¹ SÜZEK Sarper, İş Hukuku, Beta Basım Yayım, İstanbul 2005 s.39

Kanun kapsamında “alt işveren işçisi”³²², 4734 sayılı Kanun kapsamında ise “yüklenici işçisi” olarak adlandırılmaktadır. Şu halde “alt işveren” ile “yüklenici”, bu iki hukuk dalının benzeşen ya da benzeştiğine inanılan kavramlarından biri olarak karşımıza çıkmaktadır.

1) Yüklenici – Alt İşveren

Yüklenici, basit ve sade bir kavramdır. 4734 sayılı Kanunun 4. maddesinde, “*üzerine ihale yapılan ve sözleşme imzalanan istekli*” biçiminde tanımlanmıştır. Buna göre, ihalenin türü ve konusuna dair bir sınırlama olmaksızın, salt sözleşmenin akdedilmesi yüklenici sıfatının kazanımı için yeterlidir. Her kamu ihale sözleşmesinin karşı tarafı, 4734 sayılı Kanun bağlamında bir yüklenicidir. Oysa alt işveren, yüklenici basitliği ve sadeliğinde bir kavram değildir. İş hukukunun en temel ve problemlili kavramlarından biri olagelmıştır. Alt işveren uygulamasının temel hukuki dayanağını İş Kanununun 2. maddesinin yedinci fıkrası oluşturmaktadır. Bu fıkra, alt işverenlik, asıl işverenle olan ilişki esasında belirlenmekte ve yardımcı - asıl iş kavramları bağlamında alt işverenliğin kriterleri ortaya konulmaktadır. Bizim açımızdan önemli olan ise bu fıkranın, iş hukuku sınırlarını aşarak, ihale hukukunu ve hizmetlerin ihale edilebilirliğini etkileyen bir hükme doğrudan ilham kaynağı olmasıdır. Üstelik de bunu kendi dalına özgü ve kendi dalında anlam ifade eden kavramlardan taviz vermeksizin gerçekleştirmiştir.

Söz konusu fıkra, “*Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir.*” hükmüne yer verilmiştir. Alt işveren kavramına ilişkin öğretilerde yapılan tanımlar da genel olarak bu hükümden türetilen birbirinin benzeri tanımlardır.³²³ Alt İşverenlik Yönetmeliğinin 3. maddesinin (a) bendinde ise yine bu hüküm temelinde bir alt işveren tanımına yer verilmiştir. Yönetmelikte yapılan bu tanıma göre alt işveren; “*Bir işverenden, işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin*

³²² Taşeron ve alt işveren kelimelerinin kökeni için bkz. SÖNMEZ Ahmet Miraç, Türkiye’de Kamu Personeli Rejiminde Yardımcı Hizmetler Sınıfında Alt İşverenlik: Sağlık Bakanlığı Üzerine Bir Araştırma, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2011, s. 7-17

³²³ Tanımlar için bkz. AYKAÇ Bahar Hande, İş Hukukunda Alt İşveren, Beta Yayın, İstanbul 2011, s.29-31

yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan, bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran gerçek veya tüzel kişiyi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar(ı)” ifade etmektedir.³²⁴

Bu tanım, yardımcı iş – asıl iş gibi yeni kavramları da beraberinde getirmekle birlikte, yüklenici kavramı ile karşılaştırıldığında dikkati çeken, örtüşen alanlara karşılık iki kavram arasında daha çok karmaşık bir ilişkinin geçerli olduğudur. Yüklenici kavramının ihale sözleşmesine bağlı geniş kapsamını, alt işveren kavramında görebilmek mümkün değildir. Alt işveren kavramı, yükleniciye oranla daha dar bir alana karşılık gelmektedir. Kavramın bu dar niteliğini, mal ve hizmet üretimine ilişkin olma, alt işverenin de işveren sıfatını haiz olması, iş için görevlendirilen işçilerin sadece o işyerinde alınan işte çalıştırılması gibi alt işverenlik kriterlerinden anlayabilmek mümkündür.³²⁵ Bu bakımdan iki farklı idarenin personel taşıma ihalesini kazanan bir firmanın, aynı şoförler ile gün içerisinde iki idarenin personelini taşıması durumunda, bu şoförler, yüklenici işçisi olarak kabul edilebilecek iken, alt işveren işçisi olarak kabul edilemeyeceklerdir. Zira alt işverenlik için gerek koşullardan biri olan, sadece o iş için o işyerinde işçi çalıştırılması koşulu bu olayda gerçekleşmemektedir.

Bununla birlikte yüklenicinin alt işverenliğe göre daha geniş kavram olması, çoğu durum için geçerli olsa da her durum için değildir. Nitekim yüklenici, ihale kanunlarının tümünde karşılığa sahip, ortak nitelikli bir kavram olmamıştır. Örneğin, 2886 sayılı Kanunda, “yüklenici” yerine “müteahhit” kavramı kullanılmaktadır. Diğer taraftan yüklenici, her ihale kanunu açısından geçerli olmadığı gibi sadece 4734 sayılı Kanuna özgü bir kavram da değildir. Bu kapsamda, 6428 sayılı Kanunda, 4734 sayılı Kanuna benzer bir yüklenici tanımına yer verildiği görülmektedir. Ancak yüklenici, her ne kadar 4734 sayılı Kanuna özgü olmasa da bu Kanunla bütünleşik hal almış olan, bu Kanunla birlikte anılan bir kavramdır. Oluşan algı, kavramın 4734 sayılı Kanuna özgü olduğudur. Oysa alt işveren kavramı açısından 4734 sayılı Kanun (ve diğer yüklenici tanımına sahip olan mevzuat) bir sınır teşkil etmez. Bu nedenle 4734 sayılı Kanunun (ve diğer yüklenici tanımına sahip olan mevzuatın) kapsamı dışında gerçekleştirilen ihaleler açısından yüklenici, geçerli bir kavram olmayacak iken alt işverenlik geçerli bir kavram olabilecektir. Bu çerçevede iki kavram arasındaki benzeşme düzeyini, 4734 sayılı

³²⁴ Yönetmelik, 27.09.2008 tarihli ve 27010 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

³²⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. ERSÖZ Deniz, Alt İşverenlik El Kitabı, Seçkin Yayıncılık, s.127-128

Kanuna (ve diğer yüklenici tanımına sahip olan mevzuata) göre gerçekleştirilen ihaleler açısından “her alt işveren aynı zamanda yüklenici iken, her yüklenici aynı zamanda alt işveren değildir” şeklinde; 4734 sayılı Kanunun (ve diğer yüklenici tanımına sahip olan mevzuatın) kapsamı dışında kalan ihaleler açısından ise “her alt işveren, sadece alt işverendir” şeklinde özetlemek mümkündür.

Öte yandan belli koşullara bağlı yapısı alt işverenliğin, her iş için geçerli ve her işe uygulanabilecek bir nitelik olmadığını ortaya koymaktadır. Salt işçi çalıştırılıyor olması, alt işveren niteliğinin tekemmülü için yeterli değildir. Alt işverenlik, sıkı koşullara sahip, sınırlı alana karşılık gelen bir kavram ve niteliktir. Bu durum ise bize aynen ihale edilebilirlik gibi başka bir yetkinlikten de söz etmenin mümkün olduğunu göstermektedir. “Alt işverene bırakılabilirlik.” Böylece karşılaştırılması gereken diğer kavramlar da netlik kazanmış olmaktadır.

2. İhale Edilebilirlik – Alt İşverene Bırakılabilirlik

Aslında iki farklı hukuk dalına özgü kavramların açık bir atıf olmadığı sürece, birbirini doğrudan etkilemesi beklenmez. Her kavram kural olarak kendi dalında bir anlam ifade eder, etkilerini kendi dalında gösterir. İş hukukuna özgü bir kavram olan alt işverene bırakılabilirlik ile idare (ihale) hukukuna özgü bir kavram olan ihale edilebilirlik arasındaki ilişki açısından da bu durumun değişkenlik göstermemesi beklenir. Bu bakımdan, hizmetlerin ihale edilebilirliğinin tartışıldığı bir ortamda, alt işverene bırakılabilirlik gibi bir kavramdan söz etmenin de gereği olmamalıdır. Oysa özellikle iş hukuku öğretisi ve yargısında aksi bir düşünce göze çarpmaktadır. Bu düşünceye göre, alt işverene bırakılabilirlik, hizmetlerin ihale edilebilirliğini etkileyen bir unsurdur. Bu iki kavram özdeşleşmiş durumda ve birbirlerine ikame edilebilir niteliktedir. Hatta kimilerine göre alt işverene bırakılabilirlik, ihale edilebilirliğe kıyasla daha baskın bir niteliktir.

“...bizce 5393 sy. Kanun md.67’de sadece, “belediyeler anılan hizmetleri isterlerse bizzat kendi elemanlarıyla kendileri sunabilir ve isterlerse de başkalarına (alt işverenlere) vererek onlar tarafından sağlanması yoluna gidebilirler” anlamında bir düzenleme

getirilmiştir.”³²⁶ “Bu düzenlemelere ek olarak günümüzde hizmet satın alınması yoluyla kamu kurum ve kuruluşlarınca üçüncü kişilere gördürülebilecek işlerin kapsamına (alt işverene verilebilecek işlere) ilişkin temel çerçeveyi ...Kamu İhale Kanunu oluşturmaktadır.”³²⁷ “Belediyenin söz konusu işleri Devlet İhale Kanununa göre ihale etmesi 4857 sayılı Kanuna da uygun olduğu anlamına gelmez. Nitekim Devlet İhale Kanununun amacı kamu ihalelerinin şeffaf olmasını sağlamak olup, belediyelere görevleri ile ilgili her konuda alt işveren ilişkisi kurabilme hakkı vermek ve özellikle 4857 s.k. 2. maddesi hükümlerine aykırı halleri meşru kılmak değildir. Öte yandan belediyelerin sıklıkla taşeronlara verdiği işlerden olan temizlik, çöp toplama ve bunların nakli işleri teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirmediği konusunda kuşku olmadığı gibi işletme ve işin gereği olarak alt işverene devredilmeleri de ancak bazı durumlarda kabul edilebilir.”³²⁸

Yargıtay’ın bu konuda takındığı tutum ise daha karmaşık bir görünüme sebep olmuştur. Mahkeme kimi kararlarında alt işverene bırakılabilirliğe bir üst değer niteliği atfederek, bu yetkinliği, ihale edilebilirlik açısından belirleyici kılmış iken, son dönemde verdiği kararlarında aksi bir tutum içine girmiştir. Mahkeme bu kez de ihale edilebilirliği incelemiş ve alt işverene bırakılabilirliğin arka plana atılabileceğine karar vermiştir. Konu üzerindeki tartışmalar yine belediye hizmetleri üzerinde yoğunlaşmıştır. Bu hizmetlerin ve özellikle 5393 sayılı Kanunun 67. maddesinin, nirengi noktası teşkil ettiği ve oldukça önemli bir değişimi başlattığı görülmektedir. Yargıtay 5393 sayılı Kanunun yürürlüğünden önceki kararlarında belediyelerin, çöp toplama, temizlik gibi asli işlerini alt işverene bırakmasının mümkün olmadığını ifade etmekte iken³²⁹ yürürlük sonrası dönemde Kanunun 67. maddesine istinaden bu görüşünü terk etmiş ve bu maddeyi, alt işverene bırakılabilirliğin ve İş Kanununun 2. maddesinin bir istisnası olarak değerlendirmeye başlamıştır.³³⁰ Yargıtay’a göre

“5393 sayılı Belediyeler Kanunu’nun 67. maddesi ile belediyelerin asli işlerini de 6. fıkradaki sınırlamalar olmaksızın alt işverenlere verebileceği düzenlenmiştir. 67. maddedeki hüküm uyarınca temizlik işleri, park bahçe işleri, bakım onarım işleri belediyelerin asli işlerinden olmasına rağmen, işletmenin

³²⁶ AKYİĞİT Ercan, Alt İşverenlik İlişkisinde İdari Para Cezasından Sorumluluk, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 23, S. 2-3, Kasım 2010/Şubat 2011, s.31

³²⁷ ERSÖZ, Alt İşverenlik El Kitabı, s.53

³²⁸ GEREK/ORAL’dan aktaran; AYKAÇ, İş Hukukunda Alt İşveren, s.472

³²⁹ “Temizlik ve çöp nakli belediyelerin asli işlerindendir. Belediyelerin asli işlerinden olan temizlik hizmet işini 4857 sayılı Kanunun 2/VI-VII maddesi uyarınca taşeronlara devretmesi mümkün olmadığından...” (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 30.05.2005 tarihli E: 2005/4421, K:2005/19804 sayılı Karar)

³³⁰ AYKAÇ, İş Hukukunda Alt İşveren, s.475

*veya işin gereği teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş olup olmadığına bakılmaksızın üçüncü kişilere gördürülmesi mümkün kılınarak İş Kanunun 2. maddesine istisna getirilmiştir...*³³¹

Yargıtay'ın konuya yaklaşımındaki bu değişim, iki yetkinlik arasındaki geçişkenliği görmemizi sağlamıştır. Yargıtay, 5393 sayılı Kanunun yürürlüğü öncesi dönemde, belediye hizmetlerinin ihale edilebilirliğini, alt işverene bırakılabilirlik üzerinden ele alınması gereken bir mesele olarak görmektedir. Mahkemeye göre ancak alt işverene bırakılabilirlik şartlarını taşıyan bir hizmetin, ihale edilebilir niteliğe sahip olduğundan söz edilebilecektir. Bu noktada belirleyici yegane unsur, alt işverene bırakılabilirliktir. Hizmetler, alt işverene bırakılabilir oldukları ölçüde ihale edilebilir nitelik taşımaktadırlar. Yoksa salt ihale edilebilir oldukları için değil. Bu yaklaşımdan anlaşılan, iş yargısının, belli bir dönem için geçerli olan ve alt işverene bırakılabilirlik esasında şekillenen kendine özgü bir ihale edilebilirlik anlayışı geliştirdiğidir.

5393 sayılı Kanunun yürürlüğü sonrası dönemde ise Mahkeme bu kez de tam aksine hizmetin, üçüncü kişilere gördürülebileceğinin (ihale edilebilir nitelik taşıdığı) 67. maddede özel olarak belirtilmiş olmasını, alt işverene bırakılabilirlik koşullarının aranması gerekliliğini ortadan kaldıran bir hal olduğunu ifade etmiştir. Buna göre artık alt işverene bırakılabilirlik, doğrudan ihale edilebilirliği etkileyen bir unsur değildir. İhale edilebilirlik, alt işverene bırakılabilirlik üzerinden şekillenen değil, başlı başına şekillenmeyi sağlayan bir yetkinliktir. Özel yasa ile ihale edilebilir kılınan bir hizmet, başkaca bir araştırmaya ya da sınırlamaya tabi tutulmaksızın ihale edilebilirdir ve ihale edilebilir olduğu için de alt işverene bırakılabilir nitelik taşımaktadır. Acaba bu bakış açısını, ihale edilebilirliğin sadece özel dayanak açısından değil genel dayanakla sağlanması haline de uygulamak mümkün olacak mıdır? Bu soruya şu an için kesin bir cevap vermek mümkün gözükmemektedir. Ancak kesin olan şey bu yaklaşımın genel dayanak hali için de geçerli olacağının kabulü halinde, ihale edilebilir niteliğin, ilk kez 4734 sayılı Kanuna çok şey borçlu olacağıdır. Bütün bu süreç ve yapılan bu açıklamalar, iş yargısının alt işverene bırakılabilirlik ile ihale edilebilirlik arasındaki ilişkiye yönelik tekdüze bir yaklaşım içinde olmadığını göstermektedir. Neticede karşımıza, yetkinliklerin birbirini baskıladığı ya da baskılamaya çalıştığı çekişmeli bir görünüm çıkmaktadır. Buna rağmen bu açıklamaları ve süreci önemli kılan ise alt işverene bırakılabilirliğin, hizmetlerin ihale edilebilirliğini etkileyecek bir güce de eriştiğini görmemize imkan sağlamış olmasıdır.

³³¹ Kararlar için bkz. GÜLEŞÇİ Yusuf, Kamu İşyerlerinde Alt İşveren Uygulaması, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 170-172

Bununla birlikte alt işverene bırakılabilirlik kavramına ve yetkinlikler arası bu ilişkiye idari yargının da bütünüyle yabancı olmadığı anlaşılmaktadır. Hatta idari yargının şaşırtıcı şekilde alt işverene bırakılabilirliği, ihale edilebilirliğe eş değer bulunduğu kararlarına bile rastlanılmaktadır. İlk derece mahkemesinin ifadelerini aynen temyiz kararlarına aktaran Danıştay, konuya ilişkin olarak,

“...İdare Mahkemesi’nce; 4857 sayılı İş Kanunu’nun 2. maddesi hükmü, Sakarya Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi Ana Sözleşmesi maddeleri ile Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu tarafından bu şirkete verilen Dağıtım Lisans hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, davalı idarenin yürütmekte olduğu mal ve hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerin veya asıl işin bir bölümünün, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işleri kendisi yapabileceği gibi alt işverenlere de yaptırılabilirliği tartışmasız olması nedeniyle...çalışan sayısı azalan davalı idarenin yapmış olduğu hizmetin aksatılmadan yürütülmesi için, yürütmekte olduğu mal ve hizmete ilişkin yardımcı işlerin veya asıl işin bir bölümünü işletmenin veya işin gereği olarak alt işverene yaptırılması amacıyla faaliyet alanında bulunan...AG-YG (OG) elektrik arıza, onarım ve bakım işlerini hizmet alımı yoluyla yaptırılması için alınan...Yönetim Kurulu kararında ve bu karara dayanılarak yapılan ihale ilanında hukuka aykırılık bulunmadığı...gerekçesiyle davanın reddine karar vermiş...temyize konu Sakarya 1. İdare Mahkemesi’nin ... sayılı kararında,...bozma nedenlerinden hiç birisi bulunmadığından, bozma istemi yerinde görülmeyerek anılan mahkeme kararının onanmasına...”

karar vermiştir.³³² Mahkeme, bu Kararlarda iş hukuku ve alt işverene bırakılabilirlik kriterleri üzerinden bir ihale edilebilirlik çıkarımında bulunmuş ve bundan olağan bir şeymiş gibi bahsetmiştir. Bu, Mahkemenin iki hukuk dalı arasındaki farkı ve çok daha önemlisi Anayasa, kamu hizmeti/kolluk etkinliği gibi ihale edilebilirlik açısından belirleyici mefhumları görememesinden ya da görmek istememesinden ileri gelmekte ve aynı zamanda iş hukuku ve yargısının idare hukuku üzerindeki etkisinin zımnen kabulü anlamı taşımaktadır.

İş yargısının, iş hukuku ve alt işverene bırakılabilirlik koşullarına dayanarak, idare (ihale) hukukuna özgü bir aşama ve kavram üzerinde tasarrufta bulunma yetkisini kendisinde görmesi, elbette ki yadırganacak ve eleştirilecek bir tutumdur. Ancak bu noktada idari yargı ve mercilerinin pek de söz söylemeye hakkı yok gözükmektedir. Zira böyle bir sonucun ortaya çıkmasına bizzat katkı sunmuşlardır. Hizmetlerin belirsizliğine, her hizmetin ihale edilebilir olduğu anlayışına karşı etkili argüman

³³² Danıştay 13. Dairesinin 17.10.2005 tarihli ve E:2005/6946, K:2005/5042 sayılı; 7.11.2006 tarihli ve E:2006/1764, K:2006/4223 sayılı; 17.10.2005 tarihli ve E:2005/6937, K:2005/5041 sayılı Kararları

geliştirememişler, geliştirilmesi yönünde ortaya konulan çabalar da bir şekilde etkisizleştirilmiştir. Pasiflik, bu belirsizlik ve anlayış karşısında benimsenen genel çözüm yöntemi olmuştur. Belirsiz bir yapının, hukuk devleti ilkesine rağmen idare (ihale) hukuku içerisinde büyümesine göz yumulmuş, ekonomik ihtiraslara öncelik tanınmıştır. Bu belirsizlik ve tepkisizlik hali de zamanla kanıksanmıştır. Tabii ki bu noktada idari yargı ve mercilerinden bu sorunu bütünüyle gidermesini beklemek de gerçekçi olmayacaktır. Ama bu, kesinlikle pasif kalınmasını da gerektirmemektedir. İdari yargı ve mercilerinden beklenen, alt işverene bırakılabilirlik ile ihale edilebilirlik arasındaki ayrışmanın ihale edilebilirlik baskınlığında daralmasını sağlayacak argümanlar geliştirmesiydi. Üstelik bu imkanı sağlayacak, bu konuda asıl söz söylemesi gerekenin kendileri olduğunu hissettirecek araçlara da fazlasıyla sahipti. Üzücü olan tüm bunlara rağmen eylemsizlikte ısrar edilmiş olmasıdır.

Bu eylemsizlik, idari yargı ve mercilerinin söz söylemekten imtina ettiği bir alana ilişkin dolaylı söz söyleme hakkına sahip bir merciin (iş yargısının) ön plana çıkmasına yol açmıştır. İş yargısı önüne gelen bu fırsatı oldukça iyi değerlendirmiş, idari yargı ve mercilerinin bıraktığı boşluğu kendi hukuk anlayışı çerçevesinde doldurmuştur. Bunu, yeri geldiğinde alt işverene bırakılabilirlik baskınlığında, yeri geldiğinde geri adım atarak ihale edilebilirlik baskınlığında yapmıştır. Ancak nihayetinde alt işverene bırakılabilirlik gibi iş hukuku kaynaklı bir kavram, hizmetlerin ihale edilebilirliği gibi idare hukukuna dair bir alanı etkileyebilecek gücü kendisinde bulabilmiştir. Aslında dolaylı olması beklenen etki, doğrudan etki boyutuna üstelik de pek zorlanmaksızın ulaşabilmiştir. Hatta 4734 sayılı Kanuna göre gerçekleştirilen ihaleler ile imzalanan kamu ihale sözleşmeleri, iş hukuku tarafından da içselleştirilmiştir. Bu ihale ve sözleşmeler, asıl işveren – alt işveren ilişkisi bağlamında önemli bir tartışma alanı bulmuş ve oluşan bu atipik örnekler iş hukuku alanına yadsınamaz bir teorik katkı sunmuştur.

İş yargısının ve alt işverene bırakılabilirliğin bu denli ön plana çıkmasında, hizmet alımları sayesinde yerleşik hal alan sistem de inkar edilemez bir rol oynamıştır. Sistem, bunun için gerekli koşulları fazlasıyla sunmuştur. 4734 sayılı Kanuna göre gerçekleştirilen hizmet alımları, kısır döngü halini alan kendine özgü bir sistem türetmeyi başarmıştır. Bu, istihdam edilen işçilerin sabit kaldığı, her bir kamu ihale sözleşmesi ile salt yüklenicinin değiştiği ve bu şekliyle İş Kanununda bile doğrudan

karşılığı bulunmayan bir sistemdir. Sistem taraflar arası ilişkilerin biraz farklılaşmasına ve arzu edilmeyen bir yönde ilerlemesine yol açmıştır. Yüklenici-işçi ilişkisi zayıflarken, sistemin değişmeyen iki unsuru (idare ile işçi) arasındaki ilişki ise olması gerekenden çok daha sıkı bir hal almıştır. Bu nedenle de bu sistemde işçiler, imzaladıkları hizmet akdinin karşı tarafından ziyade bu akitle doğrudan ilgisi bulunmayan tarafı (idareleri) kendilerine daha yakın görmüşler ya da görmek zorunda bırakılmışlardır. İş Kanununda bile doğrudan karşılığı bulunmayan bu sistem için iş yargısı ve öğretisinin ürettiği çözüm ise genel itibarıyla iş yeri devri hükümlerinin (İK md. 6) kıyasen uygulanması olmuştur.³³³

İhalenin, salt yüklenici değişimine hizmet ettiği bu ilginç sistem, sadece yeni sayılabilecek bir istihdam modelinin hemen hemen bütün idarelerde yerleşik hal almasını sağlamamıştır. Aynı zamanda bu modeli, hizmet alımlarının büyük bir kısmına hakim kılmayı da başarmıştır. Bu büyük kısmı, tahmin de edileceği üzere personel çalıştırılmasına dayalı hizmetler oluşturmaktadır. Bu hizmetlerin, ağırlıklı olarak işçi çalıştırılan hizmetlere karşılık geldiği düşünüldüğünde, modelin bu hizmetler üzerinde işlerlik kazanması gayet olağan bir durumdur. Personel çalıştırılmasına dayalı hizmetlerin hemen hemen hepsi, bu modelle bütünleşmiş olan hizmetlerdir. Ne var ki bu denli büyük bir hizmet alanına yayılmış olması, bu modeli ve dayattığı istihdam anlayışını, savunulabilir kılmaya yetmemektedir. Bu modelin hukuka aykırılığı, idare hukukunda da iş hukukunda da hemfikir olunan bir husustur. Nitekim bu, amacının doğrudan işgücü alımı olduğunu açıkça sergilemekten çekinmeyen ve nimetlerden yararlanamayan ama külfetlerine katlanan çalışan kitlesi oluşturmayı hedefleyen bir modeldir. Bu amaçlara sahip bir modelin ise hukuk alanında kabul görmesini beklemenin anlamsızlığı da ortadadır.

Hukukiliği başlı başına tartışmalı bir modele, idarelerin kimi hukuka aykırı uygulamalarının eklenmesi ise konuyu içinden çıkılmaz bir hale getirmiştir. İş hukukunda ekseriyetle asıl işveren olarak değerlendirilen idarelerin, uygulamada yüklenicinin varlığını görmezden gelerek işçilere doğrudan emir ve talimat vermeleri, alınacak işçileri belirlemeleri, işten çıkarma yetkisini kendilerinde görmeleri, işçileri hukuka aykırı şekilde ihale konusu iş dışında başka işlerde çalıştırmaları, alt işverene bırakılabilirliğin koşulları oluşmaksızın işleri alt işverene bırakmaları gibi “muvazaalı”

³³³ AKYİĞİT Ercan, Alt İşverenlik İlişkisinde... s.35-37, ERSÖZ, Alt İşverenlik El Kitabı, s.150

eylem ve işlemleri, nihayetinde idarelerin de işçi hakları ihlalinin sorumlu tutulabileceğini hatta bu işçilerin idarenin kendi işçisi bile sayılabileceğini öğrenmemizi sağlamıştır. Bunları bize öğreten de 4734 sayılı Kanun ya da Kamu İhale Kurumu değil, 4857 sayılı Kanun ve iş yargısı olmuştur. Esas alınan argüman da tabiatıyla alt işverene bırakılabilirliktir.

Bu kadar sözü edilen ve hizmetlerin ihale edilebilirliğini etkileyecek güce sahip olan, alt işverene bırakılabilirlikten ne anlamak gerekmektedir? Hangi koşullara bağlı bir yetkinliği ifade etmektedir? Bunun cevabını yine İş Kanunun 2. maddesinin yedinci fıkrası vermektedir. Bu fıkradan hareketle bu koşulları; “bir işverenin diğer bir işverene (asıl işverene) ait bir işin bir bölümünü üstlenmesi”, “işin, asıl işverenin işyerinde yapılması”, “alt işverene verilen işin belirli nitelikte olması (yardımcı iş veya asıl işin bir bölümünde işletmenin veya işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş olması)”, “işçilerin sadece asıl işverenin işyerinde çalışması” şeklinde sıralamak mümkündür.³³⁴ İşte alt işverene bırakılabilirlik, tüm bu koşulların birlikteliğine bağlı bir yetkinliktir.

Bu koşulların dikkat çekici bir özelliği bulunmaktadır. Sözleşme aşamasına ilişkin olmalarına rağmen, bunlar, daha ihale aşamasında iken karara bağlanması mümkün koşullardır. İdarelerin, ihale dokümanını hazırlarken göz önünde bulundurabilecekleri, üzerinde tasarruf edebilecekleri koşullardır. Bu özellik ise alt işverene bırakılabilirliğin, salt sözleşme aşamasına özgülenemeyeceğini, ihale aşamasını etkileyen bir boyuta da sahip olduğunu anlamamızı sağlamaktadır. Hatta, bu koşullar arasında yer alan, “bir işverenin diğer bir işverene (asıl işverene) ait bir işin bir bölümünü üstlenmesi” ile “alt işverene verilen işin belirli nitelikte olması (yardımcı iş ya da asıl işin bir bölümünde işletmenin veya işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş olması)” koşulları, söylem itibarıyla ihale edilebilirliği çağrıştırmaktadır. Ancak bu, “...gördürür”, “...yaptırır”, “...üçüncü şahıslardan alabilir”, basitliğinde bir ihale edilebilirlik anlayışı değildir. İhale edilebilirliği yasal dayanağa sahip olmanın da ötesine taşımaktadır. Bize yeni ve sınırlanmış bir ihale edilebilirlik anlayışı sunmaktadır.

Bu anlayış, salt yasal dayanağa sahip olunmasını, ihale edilebilirlik/alt işverene bırakılabilirlik açısından yeterli görmemekte, ayrıca konu (iş) yönüyle bir sınır

³³⁴ Bu koşulların ayrıntılı açıklaması için bkz. AYKAÇ, İş Hukukunda Alt İşveren, s.50-166

getirmektedir. Buna göre alt işverene, her iş ya da parça değil, işin belli özellikleri haiz parçaları bırakılabilmektedir. Alt işverene bırakılabilecek bu parçanın, bir işverenin gördüğü işlerin bir bölümüne ilişkin olması, bu bölümün de ya yardımcı iş niteliğinde ya da asıl işin işletmenin veya işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir parçası niteliğinde olması şart koşulmaktadır. Bu şart, iş hukuku bağlamında alt işverene bırakılabilir olmanın, idare hukuku bağlamında ihale edilebilirliğe nazaran daha kısıtlı ve nispeten daha belirli bir alana tekabül ettiğini göstermektedir. 4734 sayılı Kanun ve 4857 sayılı Kanun arasında bu ilişkiyi ise “her alt işverene bırakılabilir olan aynı zamanda ihale edilebilir iken her ihale edilebilir olan aynı zamanda alt işverene bırakılabilir değildir” şeklinde özetlemek mümkündür. Bu ilişki bir gerçeği de görmemize imkan sağlamaktadır. Bu gerçek ise liberal düzen açısından asıl tehlikenin, ihale edilebilirlik değil, ihale edilebilirliği daha da sınırlandıran alt işverene bırakılabilirlik olduğudur. Bu açıklamalar bağlamında alt işverene bırakılabilirlik kriterlerini sağlık hizmeti sunmakla görevli bir idareye uyguladığımızda ise karşımıza çıkan tablo, bu idarenin temizlik, yemek hazırlama, danışma ve yönlendirme gibi asıl hizmeti ile doğrudan ilişkilendirilmesi mümkün olmayan yardımcı işleri ile asıl hizmetin (sağlık hizmetinin) ise sadece işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren parçalarının (görüntüleme hizmeti gibi) alt işverene bırakılabileceği şeklinde olmaktadır.

Bu noktada asıl odaklanılması gereken ise bu tablonun, aynı şekilde idare hukukunda da kabulünün mümkün olup olmadığı hususudur. İş hukuku öğretisinin bile üzerinde tam anlamıyla uzlaşmadığı, asıl ve yardımcı iş ayrımına dayalı bu alt işverene bırakılabilirliğin, idare hukukunda üstelik de ihale edilebilirliğe ikame olacak şekilde doğrudan ve bütünüyle kabul görmesini beklemek, oldukça iyimser bir beklenti olacaktır. Her şeyden önce unutulmaması gereken ihale edilebilirlik ile alt işverene bırakılabilirliğin, farklı hukuk dallarına özgü ve farklı argümanlardan beslenen yetkinlikler olduğudur. İhale edilebilirlik, genel idare esasları, kamu hizmeti, asli ve sürekli görev gibi anayasal kavramlar temelinde şekillenen bir yetkinliktir. Alt işverene bırakılabilirlik için ise bu kavramların doğrudan bir önemi bulunmamaktadır. Bunun yerine yardımcı iş, asıl iş gibi iş hukukuna özgü kavramlar belirleyici olmaktadır. Ancak yetkinlikler arasındaki bu farklılık, elbette ki bunların hiçbir şekilde örtüşemeyeceği anlamı da taşımamaktadır. Aksine iki yetkinlik arasında büyük bir uyumun bulunduğunu iddia etmek bile mümkündür. Özellikle alt işverene

bırakılabilirliğin bir alt unsuru olan yardımcı işler ile ihale edilebilirlik açısından belirleyici bir kavram olan kamu hizmetine yardımcı nitelik taşıyan hizmetler arasındaki durum bu şekildedir. Yardımcı işler ile kamu hizmetine yardımcı nitelikteki hizmetler büyük ölçüde örtüşmektedir. Gerçekte sorun, asıl iş ile kamu hizmeti/kolluk etkinliği; teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme ile kamu gücü, kamu kudreti arasındadır. Bunlar arasında yardımcı iş ve hizmetlerin aksine göz ardı edilemeyecek bir fark bulunmaktadır. İki yetkinlik arasındaki ayrışma da esas itibarıyla bu unsurların uyumsuzluğundan ileri gelmektedir. Ve aslında biraz daha yakından bakıldığında gözden kaçan bir anayasaya aykırılık sorununu görmek de mümkün olmaktadır.

Madem ihale edilebilirliğe eş değer nitelikte görülebilmekte, o halde alt işverene bırakılabilirliği, anayasal bağlamda ayrıca tartışmanın önünde hiçbir engel yok demektir. Bu bakımdan, alt işverene bırakılabilirlik, Anayasanın 128. maddesi ve özel anayasal dayanaklar karşısında ne kadar savunulabilir bir yetkinliktir? “Genel idare esaslarına göre yürütülmekle yükümlü olunan kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görev” lafzına, kamu gücü, kamu kudreti niteliğine veya özel anayasal dayanaklara ne ölçüde uyum arz etmektedir? Savunma hizmetinin ya da yargı hizmetinin, işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren parçalarının alt işverene bırakılabilir/ihale edilebilir nitelik taşıması, Anayasa’nın 128. maddesi karşısında ne anlam ifade etmektedir? Ya da sağlık hizmetlerini bütünüyle ihale edilebilir olduğunu hükme bağlayan Anayasa’nın 56. maddesi karşısında bu hizmetlerin salt uzmanlık gerektiren parçalarının alt işverene bırakılabilir/ihale edilebilir nitelik taşıdığı iddiasını kabul etmek mümkün olacak mıdır? Şu ana kadar ne öğretide ne de yargıda bu konu hakkında yapılmış bir değerlendirme ya da tartışmaya rastlamak mümkündür. Bir yandan ihale edilebilirliğe eş değer kabul edilmekte, diğer yandan ihale edilebilirlikten farklı bir muameleye tabi tutularak, Anayasanın 128. maddesinden ve özel dayanaklardan muafımsıcasına bir tavır içerisine girilmektedir. Elbette ki bu tavır, hukuken kabullenebilmek de savunabilmek de mümkün değildir. Bu tavır, alt işverene bırakılabilirliğin, ihale edilebilirlik hatta anayasa üstü bir yetkinlik olduğu şeklinde izahı mümkün olmayan bir görünüme sebep olmaktadır.

Bakanlıklar, asıl işlere dair bir diğer sorunlu alan olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bakımdan kamu hizmetlerinin konularına göre uzmanlaşmış ve örgütlenmiş

bölümleri oldukları göz önüne alındığında³³⁵ ilk akla gelen, alt işverene bırakılabilirlik için öngörülen asıl işin uzmanlık gerektirme koşulunun, bakanlıklar açısından nasıl uygulanacağı sorusu olmaktadır. Dahası, zaten birer uzmanlık kuruluşu olarak örgütlenen kamu kurumları³³⁶ söz konusu olduğunda konu biraz daha karmaşık hal almakta, bu kez de bu kurumlar açısından işin uzmanlık gerektirme koşulunun nasıl değerlendirileceği sorusu gündeme gelmektedir. Bunları kamu idareleri ile aynı muameleye mi tabi tutmak gerekecektir? Yoksa kamu kurumları açısından uzmanlık koşulu hiç mi uygulanamayacaktır? Bu koşulun sınırı nasıl ve nerede çizilecektir? Şüphesiz ki bunlar kolaylıkla cevaplanabilmesi mümkün sorular değildir.

İki yetkinlik arasında bir diğer farklılık ise sonuçta uygulanan yaptırımlara ilişkindir. Aslında bu farklılık, yetkinliklerin iki farklı hukuk dalına özgü olmasının doğal bir sonucudur. İhale edilebilir niteliğine sahip olmayan bir işin ihale edilmesine uygulanacak yaptırım, idare hukukuna özgü yaptırımlar olan işlemin iptali ya da yokluk olabilecek iken, alt işverene bırakılabilir niteliğe sahip olmayan bir işin ihale edilmesi ve sözleşmenin imzalanması durumunda ise ihalenin iptali/yokluğu ya da sözleşmenin feshinden değil, iş hukukuna özgü hukuka aykırılık hallerinden ve bu anlamda muvazaadan, yüklenici işçilerinin, idarenin kendi işçisi sayılmasından söz edilebilecektir.³³⁷ Dolayısıyla iş hukukunda, ihale ya da ihale sözleşmesinin sıhhatine halel getirecek bir yaptırımdan söz etmek mümkün olmayacak, uygulanacak yaptırım, kendi sahasında kalan ve esas itibarıyla işçiler üzerinde(n) sonuç doğuran bir etkide olacaktır.

Bu yaptırım ise oldukça önemli bir ayrıntıyı fark etmemizi sağlamaktadır. Bu ayrıntı, alt işverene bırakılabilirliğin, ihale edilebilirlik üzerindeki etkisine dairdir. Buna göre, alt işverene bırakılabilirlik, ihale edilebilirlik üzerinde doğrudan bir etkiye sahip olamasa da idarelerin ihale etme kararını etkileyebilecek bir güce sahiptir. Hiçbir idare muvazaa ithamı ile karşı karşıya kalacağı ve yüklenici bünyesinde çalışan işçilerin,

³³⁵ GÖZLER, İdare Hukuku Dersleri, s.128

³³⁶ GÖZLER, İdare Hukuku Dersleri, s.212-213

³³⁷ 4857 sayılı Kanunun 2. maddesinin sekizinci fıkrasında; “*Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez.*” hükmü yer almaktadır.

kendi işçisi olarak neticeleneceği bir sürece girişmek ve karışmak istemez. Bu nedenle alt işverene bırakılabilirlik, ihale edilebilirlik ile değil ve fakat ihale kararı ile daha yakından ilişkilendirilebilecek olan bir yetkinliktir. Bu yetkinlik, hizmetlerin ihale edilmesini güçleştiren bir etken olarak karşımıza çıkmakta ve hizmetlere dair ihale kararlarının aslında kolayca alınabilecek kararlar olmadığını anlamamızı sağlamaktadır.

Hizmetlerin ihale edilmesi noktasında idareleri isteksizliğe sevk ediyor olması, bu kez de alt işverene bırakılabilirliğin bir başka etkisini görünür kılmaktadır. Hizmetlerin ihale edilmesi kararına yönelen bir etkinin, hizmetlerin ihale edilebilirliğini de etkilemesi kaçınılmazdır. İhale etme kararının istenmeyen sonuçlara yol açabileceği endişesi, idarelerin ihale kararı almasını güçleştirmek suretiyle ihale edilebilir niteliğe de sirayet etmekte, bu nitelikten rahatlıkla yararlanılmasını engellemektedir. Böylece aslında ihale edilebilir niteliğe sahip bir hizmet fiilen ihaleye konu edilmeyerek, bu niteliğinin önüne de bir set çekilmiş olmaktadır. İşte bu durum, ihale edilebilirlik ile alt işverene bırakılabilirlik arasındaki ilişkiyi ortaya koymaktadır. Ve bu doğrudan değil, dolaylı bir ilişkidir. İhale edilebilirlik ile alt işverene bırakılabilirlik birbirlerini ancak dolaylı etkileyebilecek olan yetkinliklerdir. Ayrıca bu durum alt işverene bırakılabilirliğin, Anayasal bağlamda tartışılır olmaktan çıkması anlamı taşımamaktadır. Alt işverene bırakılabilirlik, ihale edilebilirliği dolaylı da olsa etkilediğinden, hala Anayasaya uygunluk bağlamında ele alınması ve tartışılması gereken bir yetkinliktir.

İhale edilebilirliği tayin etme gibi tartışmalı uğraşlarının yanı sıra iş hukuku öğretisi ve yargısı taşeron işçi meselesinin toplumsal ve siyasal farkındalığının artmasını sağlayarak, aslında süreçte oldukça önemli bir işlev de üstlenmiştir. Özellikle iş yargısının kararları sayesinde taşeron işçi, doğrudan işçi istihdamını amaçlayan hizmet alım sözleşmeleri gibi konular, daha aleni hal almış, sosyal ve siyasal alana daha kolay taşınabilmiş ve tartışılabilmiştir. İş hukuku ve yargısının üstlendiği bu role karşın aslında meseleye sahip çıkması beklenen özellikli bir kamu kurumu da bulunmaktadır. Şayet mesele, 4734 sayılı Kanuna göre gerçekleştirilen hizmet alımları alanında yaşanılmakta ve bu Kanun, hizmetlerin ihale edilebilirliğini genel şekilde hükme bağlayan bir madde içermekteyse, Kamu İhale Kurumundan söz etmeyi gerektiren koşullar fazlasıyla oluşmuş demektir. Kanunu uygulamakla görevli ve yetkili kılınan

Kurumun, bu meseleyi önemseyip ele almasından daha doğal bir beklenti ve gereklilik olamaz. Bu, kendisine tevdi edilen görevin bir parçasıdır. Nitekim Kanunun 53. maddesinde, Kurum, Kanunda belirtilen esas, usul ve işlemlerin doğru olarak uygulanması konusunda görevli ve yetkili kılınmıştır. Bu beklenti ve gereklilik, uygulamaya ne ölçüde yansımıştır? Kamu İhale Kurumu, bu yetkinlikler arası tartışmanın neresinde yer almış, iş hukuku – ihale hukuku etkileşimine yönelik nasıl bir yaklaşım sergilemiştir? Şüphesiz ki bunlar, konumuz açısından oldukça önemli ve cevaplanması gereken sorulardır.

3) Kamu İhale Kurumunun Yaklaşımı

Kurumun, ihale hukuku-iş hukuku ya da özelde ihale edilebilirlik-alt işverene bırakılabilirlik etkileşimine bakış açısını anlamak için uzun uzadıya bir araştırmaya lüzum bulunmamaktadır. Bunun için tek bir kaynağa bakmak yeterli olacaktır. Kamu İşletmeleri İşveren Sendikası tarafından 2010 yılında gerçekleştirilen Seminerde/Çalıştayda yapılan sunumlar, bunun için gerekli bütün verileri sunmaktadır. Kuşkusuz, bu Seminerin/Çalıştayın üstlendiği en önemli işlev, konu hakkındaki farklı düşüncelerin toplu şekilde görülebileceği bir kaynağın ortaya çıkmasına aracılık etmesi olmuştur. Bu yönüyle de kurum temsilcisi ile iş hukuku öğretim görevlileri arasında Seminerde/Çalıştayda yaşanan tartışma, bu konuya ilişkin iki tarafın argümanlarının ve taraflar arasındaki ayrışmanın en iyi gözlemlenebileceği kaynaklardan birini bize kazandırmış gözükmektedir. Bu tartışmaya baktığımızda ise aslında pek de şaşırtıcı olmayan bir sonucun bizi beklediği anlaşılmaktadır. Ancak bunun için öncelikle uzun bir alıntıyı göze almak gerekmektedir.

Kurum temsilcisi;

“...Sayın hocalarımız da hep hizmet alımlarından bahsederek tebliğlerini sundular. Ancak, neticede kamu kurumlarının İş Kanununa göre yaptığı istihdamları tartışıyor noktasına geldik. Halbuki, nihayetinde bu tartıştığımız konuların hepsi kamu ihale kanununa göre hizmet alımı yoluyla ihale edilmiş işlerdir... Önce meseleye bunun bir ihale mevzuatına göre hizmet alımı olduğunu, bunun bir kanun hükmüyle uygulandığını, dolayısıyla yapılmakta olan uygulamaların nasıl muvazaa olduğunu ben anlamakta

zorlanıyorum. Kanun var. Bunun bir defa kamu ihale mevzuatı açısından ele alınması lazım....Şimdi sağlık hizmetinin ihale yoluyla alınması konusunda kanun çıkmış...Anayasa Mahkemesi doktor sağlık hizmetiyle alınır demiş...Yani aslında bu teoriye iç mevzuat açısından bakıyoruz. Bu yanlış bir yaklaşım. Buna bir de hizmet alımı yoluyla ihale ettiğimiz işlerden kanunen bir idare tanımını, öbür tarafta işi alanların, yani firmaların yüklenici olduğunu bir kabul edelim. Ondan sonra bu süreci tartışalım... Bu meseleyi çözmek için bir defa Kamu İhale Kanununa göre bunların hizmet alımı yoluyla ihale edildiğini ve kanunda ihale eden kamu kurumunun bir idare olduğunu, o sizin işveren dediğiniz kişi var ya buna da yüklenici diyor kanun...Bu tür konularda konuşurken, yorum yaparken; kanunsuz, hukuksuz gibi haddi aşan cümleler de doğru değil. Nihayetinde sizler teorisyen insanlarsınız, realite ortada...³³⁸

“...kamu ihalelerinde hizmet alım sözleşmelerini, iş mevzuatındaki sorunlardan biraz farklı değerlendirmemiz lazım...Sayın Hocalarımız iş hukukçusu oldukları için onlar zannediyorum konuya salt iş hukuku açısından bakıyor. Bizim bu toplantımızın muhatabı kim kamu idareleri. Kamu İhale Kurumu olarak biz kamu idarelerinin ihale yoluyla çalıştırdığı işçilerin ve alt işverenlerin sorununa eğilmemiz gerekiyor...Dün söyledim bunu, ihale mevzuatıyla değerlendirmek lazım, salt iş mevzuatı açısından bakarsak sorunun çözümüne dönük sağlıklı bir yola varamayız diyorum...Kamu İhale Kanunu ile yapılan düzenlemeyle, bütün işlerin hizmet alımı yoluyla yaptırılacağı konusunda kamu idarelerine yetki verilmiştir. Çok açık bir yetkidir bu 4. madde de hizmet tanımı çok geniştir ve 62. madde ile de desteklenmektedir...Kamu idareleri her türlü konuda hizmet alımı yapma konusunda sınırsız takdir yetkisine sahiptirler. Sadece tek istisnası, bir istihdam sözleşmesi...Sağlık hizmetleri, doktor, hemşire ihale yoluyla alınabilir, niye zaten biz sağlık sistemimizi özelleştirmişiz özel hastaneler var ve biz diyoruz ki devlet hastanesinde ihale yoluyla doktor çalıştırılabilir. Doktora, hemşireye özel sektörde sağlık hizmeti sunma imkanı vermişken, bu konuda hizmet alımı yapılamaz demek biraz zorlama oluyor...³³⁹

“...Kamu idarelerimizin yaptıkları iş ortada, ne yapılmak istendiği açıkça ilan ediliyor, şartnamede yazılıyor, ortada hiçbir muvazaaya yok ve biz kamu yararını düşünen bu idarelerimizi muvazaayla suçluyoruz. Bu konu ihale mevzuatını doğrudan ilgilendirmemekle beraber, kamu yararı ve hizmet gerekleri açısından yapılan bu işler için, alt işverenlik ilişkisi ihale yoluyla kurulduğu için, belki bu konuyu bile düzenlenerek Kanuna, “ihale yoluyla yapılan alımlarda, alt işveren asıl işveren sayılır” hükmü eklenmek suretiyle, kamu idarelerinin hizmet alımlarında, iş kanununa istisna getirilebilir...Bu anlamda kamu idareleri açısından farklı düzenleme yapılmasının Anayasaya aykırılık oluşturmayacağı söylenebilir...kamu idarelerinin alt işveren ilişkileri kamu hukukuna tabi ve bu hukuki statüleri çerçevesinde alt işveren ilişkisini

³³⁸ IŞIK Bahattin, Kamu İşyerlerinde Alt İşveren Uygulamasının... s.109-110

³³⁹ IŞIK, Kamu İşyerlerinde Alt İşveren Uygulamasının... s.146-148

kurdukları için farklı hukuki statüleri nedeniyle de onlar açısından farklı düzenleme yapılabileceğini düşünüyorum...”³⁴⁰

İş hukuku öğretisi;

*“...Kamu ihalesiyle ilgili açıklamaları da dinleyince doğrusu kendimi farklı bir ortamda gibi hissettim işin gerçeği. Bu gerek kamu ihale mevzuatı hazırlanırken gerekse iş kanunu ve diğer mevzuatlar hazırlanırken maalesef birbirimizden kopuk hazırlanmasının herhalde göstergesi diye düşündüm... Bazen alt yüklenici dahi alt işveren olamazken iş hukuku bağlamında, bazen asıl yüklenici ilk yüklenici dahi alt işveren niteliği taşıyabilir, kimi zaman da hiç birisi ne asıl ne de alt işveren niteliği taşıyabilir. İş Hukuku mevzuatından da bakmamız lazım olaya dolayısıyla kamu işverenidir. Şöyledir: işçi çalıştırıyor; kamu işverenin işçi çalıştırması İş Kanununda düzenlenmiştir Kamu, özel ayrımı yapılmadan. Bu Kamu İhale Kurumunun işimidir acaba bu işçinin ne olacağı, ne vereceği?...”*³⁴¹

*“...Ama ... Beyin açıklamalarını da çok garipsedim, çünkü bağımsız idari otorite olarak Kamu İhale Kurumu bildiğim kadarıyla kamuda özel sektörün ve kamu kurumlarının ihale verirken; kamu ihalelerinde bir takım temel kuralları koymak; milli şirketlerin ya da devletin kurumlarının yabancı şirketlere üstünlük kazanmasını önlemek maksadı ile adaleti sağlayıcı temel kurulları koymak, gibi görevleri vardır. Ancak şimdi görüyoruz ki Kamu İhale Kurumu kararları ile kendine göre bir İş Hukuku ortaya koyuyor, adeta iş hukuku yaratıyor. Sonuçta Kamu İhale Kurumunun amacı dışındaki kararları ile yeni işçi, yeni memur kavramları doğacak; Kurum işçiyi de kendisi tanımlayacak; alt işvereni de tanımlayacak, herhalde iş hukukçularına da iş kalmayacak, gerek kalmayacak; yani böyle bir şey, gerçekten çok şaşırdım...”*³⁴²

“...Konunun kamu ihale yönüyle ve iş hukuku yönüyle birlikte burada tekrar tartışılmış olmasının son derece yararlı olduğunu; özellikle ... Beyin dün ve bugün yaptığı açıklamalardan sonra daha iyi anlaşıldığını sanıyorum. Sorunun temelinde kanunsuzluk olduğunu bir kez daha tespit ettim. Zira kamu ihale yönünden arkadaşların bakış açısı bizimkinden çok farklı. Şimdi birincisi: Hizmet alım ihalesinden neyin anlaşılması gerekir? Biz iş hukukçuları diyoruz ki, İş Kanunu alt işverene verilebilecek işi konu itibarıyla sınırlamıştır. Ya yardımcı işleri verebilirsin ya da teknolojik nedenlerle işlerin bir bölümünü verebilirsin. Uygulamada ise özellikle kamu kuruluşlarının vermiş olduğu hizmet alım ihalesi adı altında iki türlü iş görülüyor. Baktığınız zaman çoğunlukla kadro ihtiyacı nedeniyle işçi alamadıkları durumlarda, tamamen bizim bordro işçiliği dediğimiz gerçekte alt işverene hiçbir işin verilmediği;

³⁴⁰ IŞIK, Kamu İşyerlerinde Alt İşveren Uygulamasının... s.151-152

³⁴¹ AKYİĞİT Ercan, Kamu İşyerlerinde Alt İşveren Uygulamasının... s.153

³⁴² ARICI Kadir, Kamu İşyerlerinde Alt İşveren Uygulamasının... s.154-155

ancak şu kadar sayıda işçi alt işverenin bordrosunda gözükmesine rağmen kamu kuruluşunun emrine verildiğı, bunların kadrolu işçilerin yerinde ve yan yana birlikte çalıştırıldığı görülüyor. İşte bu kanuna aykırı olup bu nedenle de geçersizdir. Öyle ki, temizlik ihalesi verilmiş gibi gösteriliyor ancak hastanede taşeronun kadrosunda doktor ve hemşire çalıştırılıyor...”³⁴³

“...Sadece ...Bey arkadaşımızın, çok da istifade ettim konuşmasından, bilmediğim konular benim uzmanlık alanımda değil ama bir noktadaki görüşünü kesinlikle kabul etmiyorum ve daha da üzüntü konusu 5538 sayılı Kanun’la yapılan eki savunuyorlar ve daha da katmerli hale getirmek istiyorlar. Diyorlar ki, “kamu için özel bir alt işveren tanımı getirelim, alt işverenliğin kriterlerini, yasaklarını düzenleyelim, başka türlü olmaz” diyorlar. Bu, yani kelimeyi mazur görsün, dehşetle karşıladığım bir görüş. Bir hukuk devletinde statüsü işçi olmak kaydıyla işçi çalıştırmanın şartları, kamuda farklı özelde farklı, alt işveren ilişkisi kamuda şöyle özelde böyle. Böyle bir şey söz konusu olamaz. Dolayısıyla, 5538 sayılı Kanunu değiştirelim derken, daha da sıkıcı düzenlemeler öneriyor gibi algıladım. O bakımdan, o düşünceyi kabul etmiyorum...”³⁴⁴

Anlaşılan o ki, her iki taraf konuya kendi hukuk dalı ile sınırlı bir yaklaşım sergilemekte, kendi bakış açısının doğruluğuna inanmakta ve haklı oldukları konusunda da diretmektedirler. Haliyle de ortak bir paydada buluşmaları mümkün olmamaktadır. Kurum temsilcisi her hizmetin ihale edilebilir olduğu hususunu vurgulamakta ve ihale edilebilir nitelikli bir hizmetin, ihale edilmesinin yasallığından bahsetmekte, ayrıca konuya salt iş hukuku açısından bakmanın yanıltıcı olacağını, konunun muhatabının idareler olduğunun unutulmaması gerektiğini ve yasal olarak ihale edilen bir hizmet karşısında muvazaadan söz edilemeyeceğini belirtmektedir. İş hukuku öğretisi ise buna şiddetle karşı çıkmakta, işçilerden kaynaklanan meselelerin kamu - özel ayrımına bağlı olmaksızın İş Kanunun konusu olduğunu hatırlatmakta ve Kuruma yönelik kendi iş hukukunu yaratmaya çalıştığına varan ithamlarda bulunmaktadır.

Ancak bu tartışmada tarafların farkında olmadığı husus, tartıştıkları ve her birinin kendince haklılığını ileri sürdüğü konuların, doğrudan ilişkilendirilmeleri mümkün olmayan birbirinden farklı konular olduğudur. Bir taraf ihale edilebilirlik ve ihale kavramı üzerinden iddialarını temellendirmekte iken, karşı taraf alt işverene bırakılabilirlik üzerinden bu iddialara cevap vermekte ve bu iddiaların hukuken kabul edilemeyeceğini belirtmektedir. Anımsanacağı üzere alt işverene bırakılabilirlik ve ihale

³⁴³ CANBOLAT Talat, Kamu İşyerlerinde Alt İşveren Uygulamasının... s.161

³⁴⁴ ŞAHLANAN Fevzi, Kamu İşyerlerinde Alt İşveren Uygulamasının... s.163

edilebilirlik, örtüşen alanlara sahip olmalarına karşın, gerek dayandıkları hukuki argümanlar gerekse de sonuçları itibarıyla farklı yetkinliklerdir. Bunların birbirleri yerine doğrudan ikameleri mümkün değildir. Ancak belirtmek gerekir ki alt işverene bırakılabilirliğin sahip olduğu ihale edilebilirliği dolaylı etkileme gücü, bu tartışmanın bütünüyle göz ardı edilmesini de engellemektedir. Bu, yanlış argümanlara dayansa da netice itibarıyla doğru kabul edilebilecek, önemli ve gerekli bir tartışmadır. Nihayetinde kabullenilmesi gereken, dolaylı da olsa bu iki yetkinlik arasında bir rekabetten söz etmenin mümkün olduğudur. Ve anlaşılan bu dönemde bu rekabetten galip çıkan iş hukuku ve alt işverene bırakılabilirlik olmuştur.

B. FİİLEN DE OLSA HER HİZMET İHALE EDİLEBİLİR

İhale edilebilirlik ile alt işverene bırakılabilirlik arasındaki (dolaylı) rekabetin kızışmasını sağlayan temel unsur, taşeron işçi sorunudur. İş yargısı ise sadece bu sorunun geniş kesim tarafından fark edilmesini sağlamamış, personel çalıştırılmasına dayalı hizmet ihalelerini idareler açısından sürdürülebilir olmaktan da çıkarmıştır. Özellikle muvazaa nedeniyle yüklenici işçilerinin, idarenin işçisi sayılması gerektiği yönünde vermiş olduğu kararlar, idareleri oldukça zor durumda bırakmıştır. İdareler, başlangıçta görmezden gelmeyi tercih ettiği bir meselenin içinde kendilerini zorunlu olarak bulmuşlar ve bir anda kadroya geçmeyi bekleyen bir işçi kitlesi ile karşı karşıya kalmışlardır. 4734 sayılı Kanunun 62 nci maddesinin (e) fıkrasında yapılan değişiklik, işte bu taşeron işçi sorunun katlanılmaz noktaya ulaşmasının bir sonucudur.

Bu süreçte temelde yön veren, iş yargısı kararları olmuştur. Bu dönemde idare (ihale) hukuku terminolojisine yabancı, iş hukuku kavramları esas alınmış, yardımcı iş, asıl iş gibi kavramlar idare (ihale) hukuku literatürüne girmiştir. Alt işverene bırakılabilirliğin, ihale edilebilirlik üzerindeki dolaylı etkisi, bu dönemde doğrudan etki halini almış ve üstelik bu, yasal olarak da teyit edilmiştir. 4734 sayılı Kanunda yapılan bu değişiklikle alt işverene bırakılabilirlik kriterleri doğrudan hizmet alımlarına uygulanabilecek bir yetkinliğe kavuşmuştur. Kimilerine göre aslında bu, olması gereken durumdur. “...kamu ihale mevzuatına göre çıkılan ihaleler sonucu imzalanan sözleşmelerin 4857 sayılı Kanuna uygunluğu tartışmalıdır...Bu açıdan 4734 sayılı Kanuna tabi kamu idarelerinin daha fazla hukuki sorun ile karşılaşmaması için sözleşmelerin 4857 sayılı Kanun dikkate alınarak yapılması ve alt işverenlik uygulamasının kapsam açısından kamu ihale

mevzuatında da sınırlarının iyi çizilmesi gerekmektedir.”³⁴⁵ Bu değişiklik ile tam olarak bu düşünceler hayata geçirilmek istenmiştir. 4857 sayılı Kanun dikkate alınarak hizmetlerin ihale edilebilirliği yeniden tasarlanmaya, alt işverene bırakılabilirlik mantığıyla kurgulanan yeni bir ihale edilebilirlik anlayışı idare (ihale) hukukuna kazandırılmaya çalışılmıştır. Bunu iş hukukunun bir başarısı olarak değerlendirebilmek mümkündür. Hatta bir miktar mübalağa katarak ifade edersek, 2006 yılında İş Kanunu’na eklenen ve iş hukuku öğretisi tarafından ihale mevzuatına özgü kavramlar barındırdığı gerekçesiyle sıkça eleştiri konusu yapılan hükümlere, bu şekilde bir karşılık da verilmişe benzemektedir.³⁴⁶

³⁴⁵ ERSÖZ, Alt İşverenlik El Kitabı, s.128

³⁴⁶ 5538 sayılı Kanun ile İş Kanunun 2. maddesine eklenen sekizinci ve dokuzuncu fıkralarda;

Kanuna veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesine dayanarak kurulan kamu kurum ve kuruluşları ile bunların doğrudan veya dolaylı olarak sermayesinin en az yüzde ellisine sahip oldukları ortaklıklarda, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu veya diğer kanun hükümleri çerçevesinde, hizmet alımı amacıyla yapılan sözleşmeler gereğince, yüklenici aracılığıyla çalıştırılanlar, bu şekilde çalışmış olmalarına dayanarak;

a) Bu kurum, kuruluş ve ortaklıklara ait kadro veya pozisyonlara atanmaya,

b) Bu kurum, kuruluş ve ortaklıklara ait işyerlerinin kadro veya pozisyonlarında çalışanlar için toplu iş sözleşmesi, personel kanunları veya ilgili diğer mevzuat hükümlerine göre belirlenen her türlü malî haklar ile sosyal yardımlardan yararlanmaya, hak kazanamazlar.

Sekizinci fıkra da belirtilen işyerlerinde yükleniciler dışında kalan işverenler tarafından çalıştırılanlar ile bu işyerlerinin tâbi oldukları ihale mevzuatı çerçevesinde kendi nam ve hesabına sözleşme yaparak üstlendiği ihale konusu işte doğrudan kendileri çalışanlar da aynı hükümlere tâbidir. Sekizinci fıkra da belirtilen kurum, kuruluş veya ortaklıkların sermayesine katıldıkları ortaklıkların kadro veya pozisyonlarında çalışan işçilerin, ortak durumundaki kamu kurum, kuruluş veya ortaklıkların kadro veya pozisyonlarına atanma ya da bu kurum, kuruluş veya ortaklıklarda geçerli olan malî haklar ile sosyal yardımlardan yararlanma talepleri hakkında da sekizinci fıkra hükümleri uygulanır. Hizmet alımına dayanak teşkil edecek sözleşme ve şartnamelere;

a) İşe alınacak kişilerin belirlenmesi ve işten çıkarma yetkisinin kamu kurum, kuruluşları ve ortaklıklarına bırakılması,

b) Hizmet alım sözleşmeleri çerçevesinde ya da geçici işçi olarak aynı iş yerinde daha önce çalışmış olanların çalıştırılmasına devam olunması,

yönünde hükümler konulamaz.” düzenlemesi yer almaktadır. Bu düzenlemeye ilişkin olarak, kanun yapma tekniğine aykırı olduğu, Türkçesinin bozuk olduğu, günlük kamu işletme ve işyerlerinde kullanılan bir dille kaleme alındığı, “yüklenici”, “hizmet alım sözleşmesi” gibi kavramların iş hukukuna ilişkin kavramlar olmadığı, idarelerin ayrıcalıklı konuma getirildiği, işçilerin durumunu daha da zorlaştırdığı gibi eleştiriler sıklıkla iş hukuku öğretisi tarafından dile getirilmiştir. Bu eleştiriler ve konuya ilişkin tartışmalar için bkz. AYKAÇ, İş Hukukunda Alt İşveren, s. 458, GEREK Nüvit, Kamu Kuruluşlarında Hizmet Alım İhaleleri Kapsamında Çalıştırılan Alt İşveren İşçileri İle İlgili Sorunlar, Çalışma ve Toplum, 2007/4, s.82-89, AKYİĞİT Ercan, Kamuda Alt İşverenlik Ve Mütahhite İş Verme Özeldekinden Farklı mıdır?, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 23, S. 4, Mayıs 2011, s.15-19

1) 62/e Değişikliği

2014 yılında 6552 sayılı Kanunla 4734 Kanunun 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi, önceki sadeliğini aratacak bir değişime uğramıştır. Her hizmetin ihale edilebilir nitelik kazanmasını sağlayan önceki bent, yapılan bu değişikle;

“e) İdarelerin bu Kanunda tanımlanan hizmetlerden personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımlarında aşağıda belirtilen hususlara uyması zorunludur:

1) İdarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması hâlinde personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler için ihaleye çıkılabilir. Bu kapsamda ihaleye çıkılabilecek yardımcı işlere ilişkin hizmet türlerini; idarelerin teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuatı, yerleşik yargı içtihatları ile 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 2 nci maddesinin yedinci fıkrası dikkate alınmak suretiyle idareler itibarıyla ayrı ayrı veya birlikte belirlemeye işçi, işveren ve kamu görevlileri konfederasyonları, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Hazine Müsteşarlığı ve Devlet Personel Başkanlığının görüşü ve Maliye Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu yetkilidir. 3/7/2005 tarihli ve 5393 sayılı Belediye Kanununun 67 ncimaddesi ile diğer kanunların hizmet alımına ilişkin özel hükümleri saklıdır.

2) İdarelerin teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuatı ile 4857 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin yedinci fıkrası esas alınmak suretiyle, idareye ait bir işyerinde yürütülen asıl işin bir bölümünde idarenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde hizmet alımı ihalesine çıkılabilir.

3) Danışmanlık hizmet alım ihalelerinde istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması şartı aranmaz.”

halini almıştır.³⁴⁷

Değişiklikte, bir karmaşa içerisinde hizmetlerin ihale edilebilirliğini sınırlama isteği ön plana çıkmaktadır. Bunun için hizmet alanı genelden özele daraltılmakta ve bu şekilde ihale edilebilir hizmetler somutlaştırılmaya çalışılmaktadır. Her iki hukuk dalına özgü kavramlar değişiklikte yer yer iç içe geçmekte ise de bu daralma, ihale mevzuatına özgü kavramlarla başlamakta, iş hukukuna özgü kavramlarla da sonlanmaktadır. İhale edilebilir hizmetlerin esas itibarıyla belirliliğini sağlayan da artık idare (ihale) hukukunda yer edinmiş olan, iş hukukuna özgü bu kavramlar olmaktadır. Bu noktada

³⁴⁷ 11.09.2014 tarihli ve 29116 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

kavramlara genelden özele doğru başlıklar altında değinmek, hem bu dönemde geçerli olan ihale edilebilirlik anlayışının belli sistem içerisinde incelenebilmesine hem de bu hususta 4734 sayılı Kanunda kat edilen mesafenin daha ayrıntılı görülebilmesine imkan sağlayacaktır.

a) Kanunda tanımlanan hizmetlerden personel çalıştırılmasına dayalı olanları

Bu ibare, ihale edilebilir hizmetlerin sınırlandırılmasında en üst aşamayı oluşturmakta, sınırlamanın genel çerçevesini çizmektedir. Bu dönemde hizmetler öncelikle bu ibare üzerinden bir filtrelemeye tabi tutulmakta, ancak bu filtreden geçebilen hizmetlere bir sonraki ölçütlerin tatbiki mümkün olmaktadır. Buna göre de kamu ihale mevzuatına dair aşına olunan iki unsur, öncelikli ve genel sınır olarak karşımıza çıkmaktadır. “4734 sayılı Kanunda tanımlanan hizmetler” ile “bu hizmetlerin personel çalıştırılmasına dayalı olanları.”

Bendin, hizmet tanımına atıfla, “*bu Kanunda tanımlanan hizmetlerden*” ibaresi ile başlaması, oldukça kötü bir başlangıç olmuştur. Bu, sorunlu bir sürecin habercisidir. Nitekim ihale edilebilir hizmetler için ilk sınırlayıcı unsur olarak, yine hizmet alımlarını belirsizliğe sevk eden Kanunun en sorunlu maddelerinden birisi tercih edilmiştir. 62/e maddesinin önceki halinde hizmet tanımına atfedilen sınırlandırıcı rol, bu dönemde de aynı şekilde korunmak istenmiştir. Oysa daha önce defaatle belirtildiği üzere hizmet tanımına yapılan atıf, belirsizliğe yapılan atıftır. Bu nedenle de bu tanıma bağlı bir sınırdan söz edebilme imkanı bulunmamaktadır. Kaldı ki, bu ibareye değişiklikte ayrıca yer verilmiş olmasının, teknik olarak bir etkisinden söz edebilmek de mümkün değildir. Zira 4734 sayılı Kanun, tabiatıyla 4. maddede tanımlanan hizmetlere tatbik edilebilecek bir Kanundur. Tanım maddesinde ismen sayılan ve bunların benzeri olan hizmetler, 4734 sayılı Kanunun hizmetler yönüyle sınırdır. Dolayısıyla bu ibareye hiç yer verilmemiş olsaydı da yine aynı hizmetler bu bende tabi olacak, yine aynı belirsizlik ve sorunlar karşımıza çıkacaktı.

Öte yandan değişiklikte bu sorunlu başlangıca bir başka sorunlu kavramın eşlik ettiği görülmektedir. İhale edilebilir hizmet alanının belirliliğini sağlamak adına başvuru olan bir sonraki sınırlama, Kanunda tanımlanan bu hizmetlerden personel

çalıştırılmasına dayalı nitelik taşıyanları olmuştur. Böylece 4734 sayılı Kanun bağlamında ihale edilebilir nitelik, bu dönemde personel çalıştırılmasına dayalı hizmetlere özgülenmiştir. Aynı zamanda Kurumun eseri olan kavram, ilk defa kanun düzeyinde zikredilmiştir. Ancak bu, büyük bir eksiklikle gerçekleşmiştir. Değişiklikte, personel çalıştırılmasına dayalı hizmet kavramına, ihale edilebilirlik açısından genel belirleyici bir nitelik atfedilmiş, buna karşın bu kavramdan ne anlaşılması gerektiğine ilişkin Kanunda herhangi bir tanıma yer verilmemiştir. Bu eksiklik personel çalıştırılmasına dayalı olan ve olmayan hizmet ayırımına ilişkin Kanun düzeyinde sağlanmış bir belirlilikten söz edebilme imkanını ortadan kaldırmıştır. Bu eksikliği giderme görevi ise 4734 sayılı Kanunda belirtilen esas, usul ve işlemlerin doğru olarak uygulanması konusunda görevli ve yetkili kılınmış olan Kamu İhale Kurumuna kalmıştır. Personel çalıştırılmasına dayalı hizmet ve belirsizlik sayesinde Kurum, bu dönemde de ihale edilebilir hizmetler üzerinde belirleyici bir konum kazanmıştır.

Ne var ki Kurum bu belirsizliği gidermek için fazla çaba harcamak zorunda kalmamıştır. Boşluk, halihazırda Kamu İhale Genel Tebliğinde yer alan personel çalıştırılmasına dayalı hizmet tanımı ile doldurulmuştur. Bu dönemde, söz konusu Tebliğde bu kavram, *“ihale konusu işte çalıştırılacak personel sayısının ihale dokümanında belirlendiği, bu personelin çalışma saatlerinin tamamının idare için kullanıldığı ve yaklaşık maliyetinin en az % 70’lik kısmının asgari işçilik maliyeti ile varsa aynı yemek ve yol giderleri dahil işçilik giderinden oluştuğu hizmetler”* şeklinde tanımlanmıştır. Ancak anımsanacağı üzere bu kavramın en büyük kusuru, -belli başlı hizmetler dışında- sübjektif niteliğe sahip olması, idarelerin inisiyatifine bağlı bir ihale edilebilirlik anlayışını beraberinde getirmesidir.

Kurumun bu şekilde üstlenmek zorunda kaldığı rolden memnun olduğunu söylemek oldukça zordur. Hatta Kurum kavramın sübjektifliğini ortadan kaldırmak maksadıyla farklı çözüm yolları denemiştir. 2014 yılında taşeron işçilerin haklarının iyileştirilmesi adına yapılan değişiklik sadece 4734 sayılı Kanunla sınırlı kalmamıştır. Hizmet alımlarına ilişkin akdedilen kamu ihale sözleşmeleri kapsamında çalışan işçilerin, kıdem tazminatı sorununu çözmek ve toplu iş sözleşmesinden farklılaştırılmış usullerle yararlanabilmeleri amacıyla 4857 sayılı Kanuna ve 4735 sayılı Kanuna da fıkralar eklenmiştir. Tüm bu değişikliklerin ortak özelliği, kapsamlarının, 4734 sayılı

Kanunun 62/e maddesine atıf yapılmak suretiyle belirlenmiş olmasıdır.³⁴⁸ Bu bakımdan 62/e madde değişikliği, salt 4734 sayılı Kanunla sınırlı bir etki doğurmamıştır. Bu Kanunun sınırlarını aşan, kıdem tazminatı ve toplu iş sözleşmelerini de etkileyen bir kapsamla yürürlük kazanmıştır. İşte yapılan bu değişiklikler uyarınca kıdem tazminatına ilişkin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca, toplu iş sözleşmesine ilişkin Maliye Bakanlığınca hazırlanan Usul ve Esaslara³⁴⁹ yönelik Kurum tarafından verilen görüşlerde, mevcut tanımın gözden geçirilme gerekliliği, ayrıca ve ısrarla dile getirilmiştir. Bu doğrultuda değişiklikle birlikte yeni bir personel çalıştırılmasına dayalı hizmet tanımı ihtiyacının ortaya çıktığı, bu kavram netleştirilmediği sürece bu Usul ve Esasların uygulanabilme kabiliyetinin sınırlı olacağı, bu nedenle Usul ve Esaslarda personel çalıştırılmasına dayalı hizmet kavramının yeniden tanımlanmasının yerinde olacağı belirtilmiştir.³⁵⁰

Ne var ki bu Usul ve Esaslarda personel çalıştırılmasına dayalı hizmet kavramından sıklıkla söz edilmesine rağmen Kurumun görüşleri dikkate alınmamış ve kavramın yeniden tanımlanması yoluna gidilmemiştir. İnisiyatif kullanarak personel çalıştırılmasına dayalı hizmet tanımında bir değişikliğe gitmesinin, kamu alım ihalelerinin sınırını aşacak, kıdem tazminatı, toplu iş sözleşmesini de etkileyecek olması, Kurumu çekingен davranmaya itmiş ve tanımın değiştirilmesi yönünde adım atmaktan alıkoymuştur. Böylece tamamıyla kamu ihale mevzuatına özgü sorunları gidermek maksadıyla düzenleyici işlemle yapılan masum bir tanım, istemsiz de olsa bu dönemde birçok Kanun maddesinin uygulama alanını belirleyen bir güce kavuşmuştur. Hizmetlerin ihale edilebilirliğinin yanı sıra kıdem tazminatını ve toplu iş sözleşmesini doğrudan etkileyen, sosyal boyutu ağır basan bir önem kazanmıştır. Aynı zamanda bu şekilde düzenleyici işlemle yapılmış bir tanımın, daha sonra yürürlüğe konulan kanun

³⁴⁸ 4857 sayılı Kanunun 112. maddesine eklenen fıkralarda kıdem tazminatı için, “4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi kapsamında alt işverenler tarafından çalıştırılan işçiler” ibaresi; benzer şekilde 4735 sayılı Kanunun 8. maddesine eklenen fıkra da toplu iş sözleşmesi için “4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca ihale edilen işler” ibaresi, kapsamın belirlenmesinde esas alınmıştır. Yapılan bu düzenlemeler ile 62/e maddesi kapsamına giren hizmetlerin, kıdem tazminatı ödemelerinde ve toplu iş sözleşme süreci ile bu sözleşmelerden kaynaklanan fiyat farkı ödemelerinde farklı esas ve usullere tabi olması amaçlanmıştır.

³⁴⁹ “Kamu İhale Kanununa Göre İhale Edilen Personel Çalıştırılmasına Dayalı Hizmet Alımları Kapsamında İstihdam Edilen İşçilerin Kıdem Tazminatlarının Ödenmesi Hakkında Yönetmelik” 8/2/2015 tarihli ve 29261 sayılı Resmî Gazetede; “Personel Çalıştırılmasına Dayalı Hizmet Alımlarında Toplu İş Sözleşmesinden Kaynaklanan Fiyat Farkının Ödenmesine Dair Yönetmelik” 22/1/2015 tarihli ve 29244 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır.

³⁵⁰ Kamu İhale Kurulunun 26/9/2014 tarihli 2014/DK.D-165; 17/12/2014 tarihli ve 2014/DK.D-244 sayılı Kararları

maddeleri üzerinde belirleyici bir rol üstlenmesi, başka deyişle kanunun düzenleyici işleme uyum sağlaması hukuken pek de alışık olunmayan bir görünüme sebep olmuştur.

Öte yandan Kamu İhale Genel Tebliğinde yer alan tanım üzerinden ihale edilebilir hizmetlerin belirlenecek olması, karşımıza ilginç bir tablonun çıkmasına yol açmıştır. Tebliğde ismen, personel çalıştırılmasına dayalı olarak nitelenen ya da nitelenmeyen hizmetler açısından belirlilik bir sorun teşkil etmemekte iken,³⁵¹ ismen sayılmayan ve personel çalıştırılmasına dayalı olma potansiyeli taşıyan hizmetler açısından objektif bir belirlilikten söz edebilmek için bütün idarelerin dokümanda işçi sayısı belirtmelerini, yaklaşık maliyeti mevzuata uygun hazırlamalarını, bunun da % 70’lik kısmının işçilik giderinden oluşmasını ve personelin çalışma saatinin tamamını idare için kullanmasını beklemekten başka çare kalmamaktadır. Bu kurallara uygun ya da aykırı hareket edilmesi ya da yaklaşık maliyetin hesaplanmasında izlenen yöntem farklılığı, hizmetin, personel çalıştırılmasına dayalı olup olmadığı, dolayısıyla da ihale edilebilir nitelik taşıyıp taşımadığı üzerinde doğrudan belirleyici olmaktadır.

Böylelikle hizmetlerin ihale edilebilirliği bağlamında geçerli bir başka husus da açıklığa kavuşmuş olmaktadır. Buna göre, bu dönem zarfında da ihale edilebilir hizmetlerin belirliliği tümüyle Kurum tarafından sağlanan bir husus olmamıştır. Her ne kadar personel çalıştırılmasına dayalı hizmet kavramı Kurumun tasarrufunda olsa da belli bir hizmet alanı üzerinde idari kararlar belirleyici rol oynamıştır. Bu, personel çalıştırılmasına dayalı hizmet kavramının bu şekilde tanımlanmasının ve bu dönemde de

³⁵¹ Bu dönemde Kamu İhale Genel Tebliğinin 78. maddesinde bu hususa ilişkin olarak;

“78.2. Malzemeli veya malzemesiz temizlik, malzemesiz yemek, özel güvenlik, sayaç okuma ve kesme-açma, hasta ve ziyaretçi yönlendirme, tıbbi sekreterlik, veri işleme ve otomasyon sisteminin işletimi hizmetleri gibi hizmetler personel çalıştırılmasına dayalı olup, bu tebliğde personel çalıştırılmasına dayalı olan/olmayan hizmetler arasında sayılmayan işlerin personel çalıştırılmasına dayalı olup olmadığı yukarıda yer verilen tanıma göre idarelerce değerlendirilecektir.

78.3. Malzeme dahil yemek hazırlama hizmeti veya malzeme dahil yemek hazırlama ve dağıtım hizmeti ya da makine ve ekipman ile araçlar ve/veya akaryakıtın yüklenici tarafından sağlanacağı çöp toplama ve nakline ilişkin hizmetler ile personel taşıma gibi hizmetler personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı olarak değerlendirilmeyecektir.

78.4. Çöp toplama ve nakline ilişkin hizmetlerde, çöp toplama ve naklinde kullanılacak makine ve ekipmanlar ile çöp toplama araçlarının ve akaryakıtın idare tarafından karşılanması durumunda bu alımların ve ayrıca malzemenin idare tarafından karşılandığı yemek hizmeti (malzemesiz yemek hizmeti) alımlarının personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı olarak ihale edilmesi gerekmektedir.” düzenlemelerine yer verilmiştir. Ancak bu düzenlemeler, 12.6.2015 tarihli ve 29384 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan Kamu İhale Genel Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bu bağlamda 2015 yılı ve sonrasında Kamu İhale Genel Tebliğinde açıkça personel çalıştırılmasına dayalı olarak nitelenen ya da nitelenmeyen bir hizmet kümesi varlığından söz etmek mümkün olmamıştır. Ancak bu durum, bu şekilde bir hizmet kümesinin bu yıl ve sonrasında hiç var olmadığı anlamı taşımamaktadır. 2018 yılında personel çalıştırılmasına dayalı olarak kabul edilmeyen ve sınırlı sayıda hizmetten oluşan bir hizmet kümesi, düzenleyici işlemle değil ve fakat Kanunla düzenlenmiştir.

temel alınmasının olağan bir sonucudur. Tebliğde ismen sayılmayan bir hizmet olan şoförlü araç kiralama hizmeti bu açıdan iyi bir örnek teşkil etmektedir. Bu hizmetin öne çıkan özelliklerinden birisi de şoför ve araç sayısına, şoförlere ödenecek ücrete bağlı olarak yaklaşık maliyetin % 70'inin işçilik giderinden oluşmaması kadar oluşması ihtimalini de barındıran bir hizmet olmasıdır. Bu nedenle personel çalıştırılmasına dayalı hizmet için öngörülen diğer kriterler gerçekleşmiş olsa bile şoförlü araç kiralama hizmetini her daim personel çalıştırılmasına dayalı hizmet olarak nitelemek mümkün olmayacaktır. Bu hizmet, araç sayısı ve şoför dağılımına bağlı olarak bir idare için personel çalıştırılmasına dayalı olmayan, diğer idare için ise personel çalıştırılmasına dayalı bir nitelik taşıyabilecektir. Ve dolayısıyla bir idare açısından ihale edilebilir nitelikte olmayan bir hizmet iken, diğer idare açısından ihale edilebilir niteliğe sahip olabilecektir. Bu noktada dikkat edilmesi gereken, ihale edilebilir olmayan açısından oluşan kesin yargıyı, aynı şekilde ihale edilebilirliğe de taşımanın mümkün olmadığıdır. Zira bu dönemde ihale edilebilirlik için personel çalıştırılmasına dayalı olmaktan fazlasına ihtiyaç vardır. Kanunun 62/e maddesi, bunun için bir adım daha atılmasını ve alt bir kavramlaşmaya daha gidilmesini gerekli kılmaktadır.

b) Personel Çalıştırılmasına Dayalı Yardımcı ve Asıl İş:

Personel çalıştırılmasına dayalı hizmet kavramı sonrası bu aşama, ihale edilebilir hizmetlere belirlilik kazandırma sürecinin son aşamasıdır. Gerçekte belirliliği sağlaması beklenen en temel ve uç aşamadır. Bu önemine karşın bu aşama, ihale hukukunun olabildiğince zayıfladığı, iş hukukunun ön plana çıktığı aşama olmuştur. Bu dönemde ihale edilebilir hizmet alanına belirlilik, iş hukuku menşeli iki kavram üzerinden kazandırılmaya çalışılmıştır. Bunun için “personel çalıştırılmasına dayalı” üst başlığı altında hizmetler, “yardımcı iş” ve “asıl iş” olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulmuştur. Ve bu ayrım temelinde oluşturulan kriterlerle de iş hukuku etkili yeni bir ihale edilebilir hizmet alanı tariflenmiştir.

Üst başlığı belirsiz olan bir alanın, salt alt kavramlara bağlı belirlilik kazanmasını beklemek, elbette ki gerçekçi değildir. Buna rağmen madde, nispeten bu açığı kapatmaya çalışmış ve özellikle yardımcı işlere belirlilik kazandıracak başkaca kriterler öngörmeyi ihmal etmemiştir. Aynı zamanda bu alt kavramlar ender bir

kaynaşma örneğini görme imkanı da sağlamıştır. Bu dönem iş hukuku kavramlarının idare hukuku alanında ne ölçüde kabul göreceği sorusunun cevabını da bulabileceğimiz bir dönem olmuştur. Bu anlamda iş hukuku kavramlarının “kamusallaşabilme” sınırına şahit olmak kesinlikle ilgi çekici olacaktır. Ne var ki uygulama bu çekiciliğe hiç kapılmamıştır. İyi niyetli teşebbüslere ve yaşanan bir miktar iyileşmeye rağmen ihale edilebilir hizmet alanı, bu dönemde de yine aynı sonla karşılaşmaktan kurtulamamıştır. Değişiklik, belirlilik kazandırmak bir yana idarelerin dikkatini çekmeyi bile başaramamış ve haliyle iş hukukunun “kamusallaşabilme” sınırını görmek de hiç mümkün olmamıştır.

i) Yardımcı İş

Kanunun 62/e maddesinde yapılan değişikliğin 1 nolu alt bendinde, ihale edilebilir hizmetleri belirli kılma amacı ile kamu ihale literatürüne kazandırılan iş hukuku menşeli ilk kavram, “yardımcı iş” kavramı olmuştur. Ancak kavramın bu amacı, tek başına değil, aşına olunan ibarelerin yardımıyla gerçekleştirmesi öngörülmüştür. Bu kapsamda bendin daha başlangıcında bu ibarelerden birine yer verilmiştir. Buna göre, “idarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması”, personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlerin ihale edilebilirliği için öngörülen ilk ölçüt olmuştur. Bir önceki dönemde ihale edilebilir nitelikli hizmetlerin belirliliğini sağlamak için kullanılan bu ölçüt, bu dönemde yardımcı işler için aynen tekrarlanmıştır. Ancak anımsanacağı üzere bu ölçütü, belirliliği sağlama adına bir kısıt olarak değerlendirebilmek mümkün değildir. “Yeterli nitelik veya sayıda olmama”, ihale edilebilirliği kısıtlamaktan ziyade bizzat ihale edilebilirliğe hizmet eden, kullanışsız ve etkisiz bir ölçüttür. Bu nedenle bendin böyle bir ibare ile başlamış olmasına anlam verebilmek mümkün değildir. Geçmişten hiç ders alınmadığını göstermektedir.

Diğer yandan bu ölçüt ile bağlantılı olarak aşına olunan bir istisnanın da bu döneme aynen aktarıldığı görülmektedir. Bu bağlamda danışmanlık hizmet alım ihalelerinde istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmama şartı aranmayacaktır. Bu istisnanın bu dönemde de bir etkisinden söz etmek mümkün olmasa da ilginç bir neticesinden söz etmek mümkündür. Bu şekilde bir istisnaya yer verilerek, danışmanlık hizmetlerinin bütünüyle personel çalıştırılmasına dayalı hizmet niteliği

taşıdığı kabul edilmiş olmaktadır. Değişikliğin üst kavramını personel çalıştırılmasına dayalı hizmetler oluşturmakta ve değişiklikte danışmanlık hizmetlerinin, personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlerin ihale edilebilirliği için öngörülen kriterlerden birine tabi tutulmayacağı ifade edilmektedir. Böylece danışmanlık hizmetleri, yasa gereği personel çalıştırılmasına dayalı hizmetler altında kategorilenmiş olmaktadır. Oysa danışmanlık hizmetleri, birkaç tartışmalı istisna dışında nitelikleri gereği personel çalıştırılmasına dayalı hizmet olarak değerlendirilebilmesi mümkün olmayan hizmetlerdir. Bunun tespiti için danışmanlık hizmetlerini, personel çalıştırılmasına dayalı hizmet kriterleri yönüyle ayrı ayrı ele almaya da gerek yoktur. Bu kriterlerden birine bakmak bile bunun için yeterlidir. Danışmanlık hizmetlerinde genellikle çalışanlar tüm çalışma saatlerini idareye özgülemektedirler. Danışmanlık hizmetlerinde idare ile yüklenici arasındaki ilişki genel itibarıyla geçici niteliktedir ve personelin tam zamanlı idare için çalışmasına bağlı değildir. Salt bu nedenle dahi birçok danışmanlık hizmetini personel çalıştırılmasına dayalı olarak nitelemek mümkün olmaz. Oysa yapılan değişiklikte bu durum göz ardı edilmiş ve danışmanlık hizmetleri bütünüyle personel çalıştırılmasına dayalı hizmet olarak nitelenmiştir. Bu da hizmetlerin nitelenmesi adına yasa koyucunun hatalı bir tercihi olmuştur.

Bu talihsiz başlangıç ve hatalı kurallaştırma bir yana bırakılırsa bu dönemde yardımcı işler açısından asıl belirleyici olması beklenen ölçüt, Bakanlar Kurulu'na tanınan yetkidir. Bu yetki, ihale edilebilir nitelikli yardımcı işlere ilişkin hizmet türlerini, idareler itibarıyla ayrı ayrı veya birlikte belirleme yetkisidir. İhale edilebilir yardımcı işlerin somutlaşmasını sağlayacak olan da bu yetkidir. Ancak yetkinin kullanımı birtakım önkoşullara bağlanmıştır. Bakanlar Kurulu her personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işi değil, bu önkoşullara sahip olan yardımcı işleri ihale edilebilir kılmaya yetkili kılınmıştır. Bu bağlamda Bakanlar Kurulu;

- a) İdarelerin teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuatı,
- b) Yerleşik yargı içtihatlarını
- c) İş Kanununun 2. maddesinin yedinci fıkrasını,

dikkate almak suretiyle, işçi, işveren ve kamu görevlileri konfederasyonları, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Hazine Müsteşarlığı, Devlet Personel Başkanlığının görüşü ve Maliye Bakanlığının teklifi üzerine, bu yetkisini kullanabilecektir.

Bu kapsamda, Bakanlar Kurulu'nun yardımcı işlere ilişkin hizmet türlerini belirlerken, ilk dikkate alması gereken husus, idarelerin teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuattır. Bu durum yardımcı iş kavramının, idarelerin görev ve yetkileri göz önünde bulundurularak tespit edilebilecek bir kavram olduğunu göstermektedir. Bunun için her bir idarenin kuruluş kanununa bakmak, burada sayılan görev ve yetkiler dışında kalan ve yardımcı iş niteliği taşıyabilecek hizmetleri tespit etmek gerekmektedir. Ancak bu tespit tek başına yeterli olmamakta, yerleşik yargı içtihatları, bu noktada göz önünde bulundurulması gereken bir diğer unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Yardımcı iş kavramının bu dönemde ihale hukukuna aktarılan bir kavram olduğu düşünüldüğünde bu koşulun, iş yargısı içtihatlarına karşılık geldiği açıktır. Ayrıca iş yargısının yerleşik kararlarının, Bakanlar Kurulunun yardımcı iş belirlemesini sınırlandıran bir unsur olması, iş yargısının ihale hukuku üzerinde kavuştuğu gücü de görmemizi sağlamaktadır. Bu kapsamda öngörülen son koşul ile de iş yargısına ek olarak bu kez iş hukukunun ihale hukuku üzerinde ulaştığı güç teyit edilmiş olmaktadır. Buna göre İş Kanunun 2. maddesinin yedinci fıkrası ve bu anlamda alt işverene bırakılabilirlik kriterleri, Bakanlar Kurulu'nca göz önünde bulundurulması gereken son koşul olarak sayılmaktadır. Böylece yardımcı iş kavramının, iş hukukundaki karşılığı benzer şekilde ihale hukukuna da taşınmış ve iki hukuk dalı arasındaki uyumun iş hukuku baskınlığında gerçekleşmesi sağlanmış olmaktadır.

İş hukukunda yardımcı iş kavramı, “...tamamlayıcı nitelikte işler”, “...asil işle bağlantılı, yan-destekleyici nitelikteki faaliyetler”, “...ikinci planda kalan işler” gibi ibareler esasında tanımlanmaktadır. Bu kapsamda, yardımcı işin her bir işyeri için ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği kaydı düşülerek, temizlik, yemek, güvenlik, teknik bakım gibi hizmetlerin yardımcı iş olarak değerlendirilebileceği ifade edilmektedir. Yargıtay'ın da öğrenci yurdunda temizlik, kalorifer, çamaşır hizmetlerinin yardımcı iş olarak değerlendirilemeyeceği, otellerin genel temizlik işinin yardımcı iş nitelik taşıdığı, Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü'nün kreş hizmetleri ile bankaların kurye ve kargo işlerinin yardımcı iş olarak değerlendirilmesi gerektiği yönünde kararları bulunmaktadır.³⁵² Yardımcı iş kavramı ile idare (ihale) hukukundaki muadili olarak

³⁵² Ayrıntılı tanım, değerlendirmeler ve mahkeme kararları için bkz. AYKAÇ, İş Hukukunda Alt İşveren, s. 94-99; Ayrıca Alt İşverenlik Yönetmeliğinde yardımcı iş; “İş yerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin olmakla beraber doğrudan üretim organizasyonu içerisinde yer almayan, üretimin zorunlu bir unsuru olmayan ancak asıl iş devam ettikçe devam eden ve asıl işe bağımlı olan işi ifade eder” şeklinde tanımlanmıştır.

değerlendirilebilecek kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi için ihtiyaç duyulan yardımcı hizmet kavramı karşılaştırıldığında ise iki kavramın büyük ölçüde örtüştüğü görülmektedir.

Ancak farklı hukuk dallarının kendine özgü öncelikleri iki kavram arasında bir farklılığa da sebep olmaktadır. Bunun en tipik örneğini özel güvenlik hizmetleri oluşturmaktadır. Yargıtay'ın “...güvenlik işi...yemek, taşıma, makine bakımı gibi asıl işin tamamlayıcısı olup, yardımcı bir iştir...” tespitine rağmen³⁵³ idare hukukunda güvenlik işinin, kamu hizmeti/kolluk etkinliği niteliği, hemfikir olunan bir husustur. Ayrıca iş yargısı ve hukuku nezdinde güvenlik hizmetinin alt işverene bırakılabilirliğine ilişkin daha olağan bir yaklaşım söz konusu olmakta iken idare hukukunda bu hizmetin ihale edilebilir nitelik taşıdığı sonucuna iş hukuku kolaylığında ulaşmak mümkün olmamaktadır. Güvenlik hizmetinin ihale edilebilirliği, idare hukukunda Anayasaya aykırılık boyutunda, ciddi bir tartışma konusu teşkil etmektedir. Ne var ki değişiklik kapsamında yargı içtihatları ile alt işverene bırakılabilirlik kriterleri, Bakanlar Kurulu'nu sınırlandıran önkoşullar arasında yer aldığından, güvenlik hizmetinin Bakanlar Kurulu Kararı'nda yardımcı iş olarak belirlenmesi kaçınılmaz görülmektedir. Böylece idare hukuku açısından her ne kadar zor ve sorunlu bir mesele teşkil etse de güvenlik hizmetinin ihale edilebilir niteliğinde bu dönemde de değişen bir şeyin olmayacağını öngörebilmek mümkündür. Güvenlik hizmetleri, bu kez de iş hukukunun etkisi sayesinde 4734 sayılı Kanuna göre hem ihale edilebilir hem de ihale edilen hizmetler olmaya devam edecektir.

Öte yandan bu değişiklik ile idari merciler arasında hiyerarşik açıdan ilginç bir görünüme de sebep olunmuştur. Yardımcı hizmet türleri nihayetinde Bakanlar Kurulu Kararı ile belirlenecek olsa da Bakanlar Kurulunun bu yetkisinin genel çerçevesini, Kurum tarafından belirlenmiş bir kavram çezecektir. İhale edilebilir yardımcı hizmetler, personel çalıştırılmasına dayalı hizmet kavramına bağlı ve ancak bu nitelikteki hizmetler arasından belirlenebilecek olan hizmetlerdir. Bu durum ise Bakanlar Kurulu ile Kurum arasındaki ilişkinin sorgulanmasına yol açmaktadır. Nitekim bu şekilde Bakanlar Kurulu, Kurumun düzenleyici işlemine bağlı işlem tesis etmesi gereken bir mercie indirgenmekte, Kurum ise bir üst mercii görünümüne kavuşturulmuş olmaktadır.

³⁵³ Aktaran: AYKAÇ, İş Hukukunda Alt İşveren, s. 98

Bununla birlikte Bakanlar Kurulunun ihale edilebilecek personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı hizmet türlerini belirleyecek olması, 4734 sayılı Kanun bağlamında bir ayırımın da netleşmesini sağlayacaktır. Bu, ihale edilebilir hizmetler ile ihale edilen hizmetler ayırımıdır. Bu bakımdan Bakanlar Kurulu yardımcı hizmet türlerini belirlerken bu yetkisini elbette sınırlı bir şekilde de kullanabilecektir. Bakanlar Kurulu'nun bu yetkisini, bir kısım personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işleri kapsam dışında bırakacak şekilde daha sınırlı kullanması halinde, kapsam dışı kalan hizmetler, 4734 sayılı Kanun uyarınca ihale edilebilir nitelik kazanamayacak, ama hizmet tanımında yer almaları (ya da yer aldıkları iddiası) nedeniyle Kanunda öngörülen ihale sürecine tabi tutulabilmeleri mümkün olacaktır. Örneğin tesisat bakım hizmetine Bakanlar Kurulu Kararında yer verilmemesi halinde, bu hizmet, 4734 sayılı Kanun nedeniyle değil, yalnızca 657 sayılı Kanunun 36. maddesi nedeniyle ihale edilebilir niteliğe sahip olabilecek, buna karşın hizmet tanımında yer alan (ya da yer aldığı iddia edilen) bir hizmet olması sebebiyle ihalesi, 4734 sayılı Kanunda öngörülen usul ve esaslar çerçevesinde gerçekleştirilebilecektir. Böylece 4734 sayılı Kanun bu hizmet bakımından olması gereken fonksiyonu ile sınırlı uygulanacaktır. Bu sonuç ise Bakanlar Kurulu Kararı ile 4734 sayılı Kanunun ihale edilebilir hizmetler bağlamında sahip olduğu genel nitelik arasında doğru orantının bulunduğunu göstermektedir. Bakanlar Kurulu bu yetkisini ne denli geniş kullanırsa, Kanunun genel niteliği de o denli sağlanmış ve korunmuş olacaktır.

Yardımcı işlere ilişkin hizmetlerin ihale edilebilirliğini hükme bağlayan bu bent, oldukça ilginç bir cümle ile bitmektedir. Bu cümlede, Belediye Kanununun 67. maddesi ile diğer kanunların hizmet alımlarına ilişkin özel hükümlerinin saklı olduğu hükme bağlanmıştır. Bu şekilde özel kanunlar ile ihale edilebilir nitelik kazanmış yardımcı işlere ilişkin hizmetler, Bakanlar Kurulu'nun tasarruf alanı dışına çıkarılmak ve hizmetlerin bu nitelikleri korunmak istenmiştir. Bu hükme neden ihtiyaç duyulduğunu anlamak oldukça zordur. Zira bir idari işlemle, kanun maddesinin ilga edilebilmesi zaten mümkün değildir. Bu bakımdan hükmün yenilikçi bir yönü bulunmamakta, yalnızca 6331 sayılı Kanunda ihale edilebilir niteliği açıkça hükme bağlanmış olan iş sağlığı ve güvenliği³⁵⁴ gibi hizmetler üzerinde Bakanlar Kurulunun tasarrufta

³⁵⁴ 6331 sayılı Kanununun 6. maddesinin ikinci fıkrasında “4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamındaki kamu kurum ve kuruluşları; iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerini, Sağlık Bakanlığına ait döner sermayeli kuruluşlardan doğrudan alabileceği gibi 4734 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde de alabilir.” hükmü yer almaktadır.

bulunabilmesinin mümkün olmadığı tekraren hatırlatılmaktadır. Bununla birlikte cümlede anlamakta zorlanılan bir diğer husus ise Belediye Kanunun 67. maddesinin ayrıca vurgulanmasına neden gerek duyulduğudur. Bu durum, aslında daha geniş bir amacın güdüldüğü izlenimine sebep olmaktadır. Zira Belediye Kanunun 67. maddesinde salt yardımcı işler değil, asıl işler de üçüncü kişilere gördürülebilecek hizmetler arasında sayılmıştır. Bu maddeyi önemli kılan da, bu asıl işlerdir. Çok daha önemli bir alanı kapsayabilecekken cümlemin, salt yardımcı işlere özgülenmiş olması ise ister istemez hükmün yanlış bende mi konulduğu, gerçekte amacın yardımcı işlerden ziyade asıl işler mi olduğu sorusunu akla getirmektedir. Ama bu durum neticede, cümlemin sağladığı (etkisiz) korumadan sadece Belediye Kanununun 67. maddesinde sayılan yardımcı işlerin yararlanabileceği gerçeğini değiştirmemektedir.

Yardımcı işler esasında oluşturulan bu yeni ihale edilebilirlik anlayışına genel olarak bakıldığında, iş hukuku kavramlarının baskınlığına ihale hukuku kavramlarının eşlik ettiği karmaşık bir yapı göze çarpmaktadır. Neyse ki bu dönemde bu karmaşık yapı ile uğraşılacak ve yaratacağı sorunlarla boğuşulmak zorunda kalınmamıştır. Çünkü ihale edilebilir yardımcı işleri belli koşullara tabi olarak belirlemesi beklenen Bakanlar Kurulu bu yetkisini hiç kullanmamıştır. Dolayısıyla da 4734 sayılı Kanun bağlamında ihale edilebilir yardımcı işler adı altında bir hizmet kategorisi hiç var olmamıştır. Yapılan tüm bu açıklamalar, birer teorik kaygıdan ibaret kalmıştır. Bakanlar Kurulu tarafından bir belirleme yapılmamış olmasının olağan sonucu ise 4734 sayılı Kanun üzerinden herhangi bir yardımcı işin ihale edilebilir nitelik kazanamayacak olmasıdır. Artık bu işler yönüyle 4734 sayılı Kanun genellik vasfını yitirecek ve bu konuda özel kanunlar belirleyici olacaktır. Ne var ki bu nitelik kaybı da hiç yaşanmamıştır. Bu dönemde 4734 sayılı Kanunun 62/e maddesinde yardımcı işlerin ihale edilebilirliğine dair bir değişiklik yapılmamışcasına uygulamada her şey kaldığı yerden devam etmiştir. Yine her yardımcı iş, ayrıca bir özel kanun araştırmasına gerek duyulmaksızın 4734 sayılı Kanunun sağladığı ihale edilebilir nitelikten yararlanmış ve bu Kanuna göre de ihale edilmiştir. Üstelik bu durum, yardımcı işlerle sınırlı kalmamış, asıl işlere de aynen sirayet etmiştir.

ii) Asıl İş

Değişikliğin 2 nolu alt bendi, asıl işe ilişkin hizmetlerin ihale edilebilirliğine ayrılmıştır. Bu işlere idare hukukunda karşılık gelebilecek unsur, idarenin görevleridir, ki bu da kamu hizmeti/kolluk etkinliğine işaret etmektedir. Başka deyişle de idare hukukunun en karmaşık ve hassas konusuna. Bu dönemin bu karmaşık ve hassas konuya bakış açısı ise iş hukuku karakterli, sonuçları itibarıyla da biraz sıra dışı olmuştur. Bu kapsamda yapılan değişiklikte, asıl işe ilişkin hizmetlerin, idarelerin teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuatı ile 4857 sayılı Kanunun 2. maddesinin yedinci fıkrası esas alınmak suretiyle,

- a) İdareye ait işyerinde yürütülen asıl işe ilişkin bir bölümün bulunması,
- b) Bu bölümün, idarenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirmesi,

kriterlerinin tekemmülü ile ihale edilebilir nitelik kazanacağı hükme bağlanmıştır.

Bu değişiklikte dikkati yine iş hukuku kavramlarının baskınlığı çekmektedir. Ama değişiklikte, bunun öncesinde yardımcı işlerde olduğu gibi, idare hukukuna özgü bir unsurun vurgulanmasına gerek duyulmuştur. Buna göre asıl işin tespitinde idarelerin teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuat esas alınacaktır. İdare hukukunda yetkisizlik asıl olduğundan aslında bu vurgu, malumun ilamı niteliğindedir. İdarelerin hareket kabiliyeti zaten yasal olarak yetkilendirilmelerine bağlıdır. Bir idarenin görevi (asıl işi), her şeyden önce yetkilendirildiği alan kadardır. İdarelerin bu alanın ötesine geçerek işlem tesis edebilmeleri hukuken mümkün değildir. Bu yönüyle idarelerin hareket kabiliyetini ifade eden yetki unsuru, karşı taraf arayışını mümkün kılan ihale edilebilirlik için doğası gereği göz önünde bulundurulması gereken bir unsurdur. Bu nedenle de asıl işlere ilişkin hizmetlerin ihale edilebilirliğinde, bu unsurdan ziyade bentte öngörülen diğer kriterler etkili ve belirleyici olacaktır. Bunlar ise tümüyle iş hukukundan nakledilmiş olan kriterlerdir.

Bu bağlamda değişiklikte 4857 sayılı Kanunun 2. maddesinin yedinci fıkrasının esas alınacağı ifade edilmiş, ancak bununla yetinilmemiş, zaten bu fıkra da yer alan asıl işe ilişkin cümlelerin, bir kere de açık şekilde tekrarlanması yoluna gidilmiştir. Yapılan bu mükerrer düzenlemeden anlaşılan, asıl işlere ilişkin hizmetlerin bütünüyle değil, belli

bölümler itibarıyla ihale edilebileceğidir. Bu kapsamda asıl işe ait bölümün ihale edilebilirliği, iş hukukundan iktibasla, işin idareye ait bir işyerinde yürütülmesi, idarenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirmesi şartlarına bağlanmıştır. Aslında bu şartlar, bir bütün olarak mı yoksa bölünerek mi değerlendirilmesi gerektiği, geniş mi yoksa dar mı yorumlanması gerektiği iş hukukunda bile tartışmalı olan, ayrıca lafzının açık olmadığı, kötü kaleme alındığı gibi eleştirilere maruz kalan şartlardır.³⁵⁵ Kendi hukuk dalında bile tartışmalı bir kavramın ve bu kavrama ait kriterlerin, aynen kamu ihale mevzuatına aktarılması, ihale mevzuatını bu tartışmaların içine çekmekten başka hiçbir işe yaramamıştır. İş hukukunda cevap bekleyen sorular bu kez ihale hukukunda sorulmaya başlanmıştır. Üstelik idare hukukunun kendi ilke ve esasları göz önüne alındığında bu soruların ihale hukukuna yansması iş hukukuna oranla daha da sert olmuştur. İdareye ait işyeri neresidir? İdarenin gereği ne demektir? Bir hizmetin ya da hizmet bölümünün, idarenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirip gerektirmediği nasıl tespit edilecektir? Bu sorulara, iş hukukunda bile verilemeyen kesin cevapların, idare hukukunda verilebilmesi pek olası değildir. Hatta idare hukuku ilke ve esasları ile kamu hizmetlerinin çeşitliliğine koşut olarak, idare hukukunda cevap bekleyen gri alanların artması kaçınılmazdır.

Buna karşın, kimi kararlarından idari yargının, bu hususta pek de karamsarlık içinde olmadığı anlaşılmaktadır. Bu kararlarda idari yargı, ihale edilebilirlik ile alt işverene bırakılabilirliğin, 62/e maddesinde bir değişikliğe lüzum olmaksızın da kaynaşabileceğini göstermiştir. Daha önce de değinilen ve değişiklik öncesine ait olan kararlarında Danıştay;

“...çalışan sayısı azalan davalı idarenin yapmış olduğu hizmetin aksatılmadan yürütülmesi için, yürütmekte olduğu mal ve hizmete ilişkin yardımcı işlerin veya asıl işin bir bölümünü işletmenin veya işin gereği olarak alt işverene yaptırılabilmesi amacıyla faaliyet alanında bulunan ...elektrik arıza, onarım ve bakım işlerini hizmet alımı yoluyla yaptırılması için alınan ... Yönetim Kurulu kararında ve bu karara dayanılarak yapılan ihale ilanında hukuka aykırılık bulunmadığı, kaldı ki tesis edilen işlemle...kamu hizmetinin yürütülmesinden doğan yetki ve sorumluluk ihale edilmediği, hizmetin etkin ve verimli ve aksamadan yürütülmesinden SEDAS sorumluluğu olduğu, ihale edilen hizmete ilişkin SEDAS'ın gözetim ve denetim ve sorumluluğu devam edeceği, hizmetin aksatılmadan yürütülmesini temin edecek personelin istihdam ve bir takım teknik işin ihale suretiyle gördürülmesi hususlarında idarenin takdir

³⁵⁵ Tartışmalar için bkz. AYKAÇ, İş Hukukunda Alt İşveren, s.85-138

yetkisinin bulunduğu gerekçesiyle davanın reddine karar vermiş,...temyize konu ... sayılı kararında...bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, bozma istemi yerinde görülmeyle anılan mahkeme kararının onanmasına...”

karar vermiştir.³⁵⁶

Mahkemenin konuya yaklaşımı basit ve iş hukuku eksenslidir. Mahkeme, idarenin görev alanında bulunan bir işin (asıl işin) ihale edilebilirliğini, alt işverene bırakılabilirlik kriterleri üzerinden açıklamakta, asıl işin bir bölümünü işletmenin veya işin gereği olarak ihale edilmesini hukuka aykırı bulmamaktadır. Öte yandan, idarenin yetki ve sorumluluğunun ihale edilmediği, gözetim ve denetim yetkisinin devam ettiğini belirterek, kamu hizmetlerinin ihale edilebilirliğinde öne sürülen klasik argümana sığınmakta ve hizmetin aksatılmadan yürütülmesinin sağlanmasının, personel istihdamı ve teknik işlerin ihaleye konu edilmesine gerekçe teşkil edeceğini belirtmektedir. Bu yaklaşım, ihale edilebilirlik/alt işverene bırakılabilirlik için uzun uzadıya işletmenin ya da işin gereği ya da idarenin gözetim ve denetim yetkisinin devam etmesi gibi argümanlardan söz etmekte ise de özetle personel eksikliği yaşanan her teknik işin başkaca bir şart aranmaksızın ihale edilebilmesine/alt işverene bırakılabilmesine olanak tanımaktadır. Oysa kamu hizmetlerinin (asıl işlerin) ihale edilebilirliği, bu kolaylıkta bir mesele değildir. Bunu bilmesi gerekenlerin başında da idari yargı mercileri gelmektedir. Buna rağmen idare mahkemesi ve Danıştay, kolay yolu tercih etmekte, salt personel eksikliği ve işin teknik nitelik taşımamasını ihale edilebilirlik açısından yeterli görebilmektedir.

Belirtmek gerekir ki asıl iş temelinde yapılan bu değişiklik de arzulanan belirliliği sağlayacak ve sorunu tümüyle ortadan kaldırmaya yetecek potansiyele sahip değildir. Değişiklikte açık ve anlaşılabilir olan, asıl işlerin bir bütün olarak ihale edilemeyeceğidir. Bu kapsamda idare hukukunun iş hukuku kadar esnek bir hukuk dalı olmadığından hareketle asıl işe dair ortaya konulan bu şartların, idare hukukunda bir bütün olarak (idarenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bütünlükte) ele alınması gerektiği daha savunulabilir bir görüş olarak ön plana çıksa da ileri sürülebilmesi muhtemel tüm bu ve aksi yöndeki görüşlerde son tahlilde karşımıza çıkan, asıl işin ancak belli şartları haiz bölümleri itibarıyla ihale edilebilir nitelik taşıdığı olacaktır. Pekala bu durumu kamu gücü ölçütü açısından nasıl değerlendirmek

³⁵⁶ Danıştay 13. Dairesinin 17.10.2005 tarihli ve E:2005/6946, K:2005/5042 sayılı; 7.11.2006 tarihli ve E:2006/1764, K:2006/4223 sayılı; 17.10.2005 tarihli ve E:2005/6937, K:2005/5041 sayılı Kararları

gerekecektir? Kamu hizmetlerinin ihale edilebilirliğinde genel belirleyici ölçüt olan kamu gücü ölçütünün artık yerini uzmanlaşma ölçütüne mi bıraktığı kabul edilecektir? Ya da sağlık hizmetlerinin bir bütün olarak ihale edilebilir nitelik taşıdığını karara bağlayan Anayasa Mahkemesinin iradesi artık görmezden mi gelinmeye başlanacaktır?

Bu ve benzeri soruları artırmak mümkün olmakla birlikte uygulamada bu zor ve soyut sorularla muhatap olunmak zorunda kalınmamıştır. Bu değişikliğin, uygulamada asıl işlerin/kamu hizmetlerinin ihale edilebilirliğini ya da bu iş/hizmetlere ilişkin idarelerin ihale kararı almasını etkileyip etkilemediği ya da ne ölçüde etkilediği hiçbir zaman tam manasıyla bilinmemiştir. Ayrıca bu kapsamda genel – özel kanun, önceki – sonraki kanun gibi tartışmalara da hiç girilmemiştir. Bu bakımdan belediyelerin, personel çalıştırılmasına dayalı asıl işi niteliğinde değerlendirilebilecek olan sayaçların okunması, kontrolü, kesilmesi ve bağlanması hizmetinin ihale edilebilirliğinin dayanağı, merak edilen bir husus olmamıştır. Sadece Belediye Kanunun 67. maddesi mi buna dayanak sağlamaktadır? Yoksa 4734 sayılı Kanunun 62/e maddesi bu konuda genel dayanak olma vasfını hala sürdürmekte midir? Aslında bu tür sorular bu dönemde yalnızca idarelerin değil hemen hemen hiç kimsenin ilgisini çekmemiştir. Bu dönemde asıl işler için söylenebilecek olan husus, sahip oldukları ihale edilebilir niteliklerinin ve ihale edilmelerinin aynen yardımcı işlerde olduğu gibi kaldığı yerden devam ettiğidir. Bu dönem zarfında işin ya da bir parçanın uzmanlık gerektirip gerektirmediği kaygısından bağımsız olarak asıl işler/kamu hizmetleri bölümler itibarıyla ya da bir bütün olarak ihale edilebilir niteliklerini korumuş ve ihaleye de konu edilmişlerdir. İronik olan ise uygulamada pek itibar görmemiş bu değişikliğin, kısa ömrüne bir Anayasa Mahkemesi süreci sığdırmayı başarmış ve Mahkemenin maddeye görmediği itibarı iade edercesine oldukça ilginç ve kayda değer değerlendirmelerde bulunmuş olmasıdır.

2) Anayasa Mahkemesi Kararı

Anayasaya aykırılık iddiasını ziyadesiyle hak eden hüküm, her hizmete ihale edilebilir nitelik kazandıran 62/e maddesinin ilk hali olsa da bu iddia ile karşı karşıya kalan, maddenin değişik hali olmuştur. Ancak bu durum bile Kararın önemini gölgelemeye yetmemiştir. Zira bu Karar, 4734 sayılı Kanun bağlamında hizmetlerin

ihale edilebilirliğine ilişkin Anayasa Mahkemesinin bakış açısını ilk kez bu kadar yakından ve ayrıntılı görme fırsatı sunmuştur. Aynı zamanda, Mahkemenin ihale edilebilirlik - alt işverene bırakılabilirlik tartışmasına ve bu iki yetkinliği kaynaştırma çabasına tanık olunabilecek tek Kararıdır.³⁵⁷ Tüm bunlar, Mahkemenin konuya ne kadar hakim olduğuna dair bir fikir edinmemize de imkan sağlamıştır. Açıkça söylemek gerekirse yadsınamaz önemdeki hukuki değerlendirme ve tespitlerine rağmen Mahkemenin bu konuda ortaya koyduğu performans, pek de iç açıcı değildir.

Karar, 62/e maddesinin ilk ve değişik halinin karşılaştırması ile başlamakta ve Mahkemenin tekraren dile getirmekten kaçınmadığı bir farklılaşma vurgusu Kararda dikkati çekmektedir. Mahkemeye göre;

“...4734 sayılı Kanun’un 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinin önceki hâlinde, idarelerin, ilgili mevzuat uyarınca çalıştırdığı personelin nitelik veya sayı itibarıyla yetersiz kalması durumunda 4734 sayılı Kanun’da belirtilen hizmetler için ihaleye çıkması ve dolayısıyla bu hizmetleri özel kişiler eliyle yürütmesi mümkün kılınmıştır. Bent uyarınca, danışmanlık hizmet alım ihaleleri hariç, idarelerin ihaleye çıkabilmesi için ilgili mevzuat gereğince çalıştırdığı personelin nitelik veya sayı itibarıyla yetersiz olması şartı aranmış ve ayrıca özel kişilere gördürülecek hizmetler de 4734 sayılı Kanun’da sayılanlarla sınırlandırılmıştır.

...4734 sayılı Kanun’un 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi bütünüyle değiştirilmiştir...

Bentte, önceki hâlden farklı olarak özel kişilere gördürülebilecek hizmetlerde farklılaşmaya gidilmekte; önceki düzenlemede “bu Kanunda belirtilen hizmetler” için ihaleye çıkılabilmesi öngörülmekte iken, yeni hâlinde “personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler” için ihaleye çıkılabilmesine imkân sağlanmaktadır. Öte yandan, bendin ikinci cümlesiyle, birinci cümlede sözü edilen yardımcı hizmetlerin neler olduğunun belirlenmesi hususunda Bakanlar Kuruluna yetki tanınmaktadır. Buna göre, bu kapsamda ihaleye çıkılabilecek yardımcı işlere ilişkin hizmet türlerini, idareler itibarıyla ayrı ayrı veya birlikte belirlemeye işçi, işveren ve kamu görevlileri konfederasyonları, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Hazine Müsteşarlığı ve Devlet Personel Başkanlığının görüşü ve Maliye Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu yetkilidir. Bu belirleme yapılırken, idarelerin teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuatın, yerleşik yargı içtihatlarının ve 4857 sayılı Kanun’un 2. maddesinin yedinci fıkrasının dikkate alınması gerekmektedir.”

³⁵⁷ AYM. 14.5.2015 tarihli ve E: 2014/177, K:2015/49 sayılı Karar R.G. Tarih-Sayı: 11.6.2015-29383

Mahkemenin ileri sürdüğü temel argüman, ihale edilebilir hizmet alanının bu yasal değişiklikle birlikte daha da belirgin hale geldiğidir. Nitekim önceki halinden farklı olarak artık “*bu Kanunda belirtilen hizmetler*” için değil, “*personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler*” için ihaleye çıkılabilecektir. Bu tespit bile başlı başına sorunlu olmasına rağmen Kararın ilerleyen bölümlerinde Mahkeme ilginç bir tespitte daha bulunmakta ve sorunun daha da derinleşmesine sebep olmaktadır. Mahkemeye göre;

“Önceki düzenleme uyarınca, 4734 sayılı Kanun’un 4. maddesinde “hizmet” kavramı içinde sayılan hizmetler için ihaleye çıkılabilmesi mümkün iken, yeni düzenlemede, 4734 sayılı Kanun’da sayılanlarla sınırlı olmaksızın personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin tüm hizmetler, özel kişiler eliyle yerine getirilmesine imkân sağlanan hizmetler kapsamına alınmıştır.”

Mahkeme bu hükmün, öncekinden farklı olarak 4734 sayılı Kanunla sınırlı olmaksızın tüm personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı hizmetlere, ihale edilebilir nitelik kazandırabilme potansiyeline sahip olduğu düşüncesindedir.

Elbette ki bu düşünceye katılabilmek mümkün değildir. 4734 sayılı Kanunun, yasal sınırlarının da ötesine uygulanabileceği kabul edilebilecek bir düşünce ise, bu düşüncenin nasıl ihale edilebilir hizmet alanını daha belirgin hale getirmesi beklenmektedir? Kaldı ki 4734 sayılı Kanunun hizmet tanımının kapsamadığı yardımcı hizmet var mıdır? Şayet 4734 sayılı Kanunun kapsamadığı yardımcı hizmet varsa şu ana kadar tüm yardımcı hizmetler nasıl 4734 sayılı Kanuna göre ihale edilebilmektedir? 4734 sayılı Kanuna tabi olmayan hizmetleri, 4734 sayılı Kanuna tabi tutmak hukuken nasıl mümkün olacaktır? Çok daha önemlisi değişikliğin “*bu Kanunda tanımlanan hizmetlerden personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımlarında aşağıda belirtilen hususlara uyması zorunludur.*” şeklindeki başlangıç cümlesindeki “*bu Kanunda tanımlanan hizmetler*” ibaresi ne anlam taşımaktadır? Mahkemenin yaptığı 4734 sayılı Kanunla sınırlı olmama çıkarımı, bu ve buna benzer pek çok soruyu yanıtsız bırakmaktadır. Mahkeme, daha başlangıç aşamasında teşhisi yanlış koymaktadır. Üstelik de bu, kanunu aşan bir teşhistir, gerçeklik ve hukukilikten kopuktur. Mahkemenin bu iddiasının aksine önceki hüküm de bu hüküm de 4734 sayılı Kanunun sınırına tabidir ve ihale edilebilirlik açısından Kanunun hizmet tanımını temel almaktadır. Ve her ikisi açısından bu durum, hem kaçınılmazlık hem de belirsizlik anlamı taşımaktadır. Buna karşın, öncekinden

farklı olarak bu hükümde hizmet tanımına bir unsur daha eklenmektedir. İhale edilebilirlik açısından sınırlandırıcı işlev görmesi beklenen bu unsur, personel çalıştırılmasına dayalı hizmet kavramıdır.

Kararda doğrudan bu unsura ilişkin bir açıklama yer almamakta ise de bir sonraki aşamaya ilişkin çok daha spesifik bir kavram, uzun uzadıya tanımlanmaya çalışılmaktadır. Mahkeme, bu değişiklikte birlikte hizmetlerin ihale edilebilirliğinin temel sınırlarından biri haline gelen yardımcı işlere ilişkin olarak Kararında;

“Personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler, genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinin varlık sebebini teşkil eden, diğer bir ifadeyle hizmetin bizzat kendisini (özünü) oluşturan görevler kapsamında değildir. Personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işler, idarelerce, kamu hizmetlerinin daha etkin ve sağlıklı bir şekilde işletilmesini ve yürütülmesini temine yönelik birtakım ikincil görevlerden oluşmakta olup kamu hizmetinin özünü ifade etmeyen bu görevlerin “genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken asli ve sürekli görevler” kapsamında görülmesi mümkün olmadığından Anayasa’nın 128. maddesi uyarınca kamu görevlileri eliyle ifası zorunluluğu yoktur...

“Personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler” ibaresiyle, özel kişiler eliyle yerine getirilebilecek işlerin kapsamının farklılaştırıldığı açık ise de kuralın idarelerce özel kişilere ihale edilebilecek hizmetler hususunda belirsizlik oluşturduğu söylenemez. Personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetlerin neler olduğunun, idarelerin görev, yetki ve sorumluluklarını düzenleyen kanunlar ile ilgili diğer mevzuattan tespiti mümkündür...”

açıklamalarında bulunmuştur.

Mahkemeye göre yardımcı işlere ilişkin hizmetler, kamu hizmetlerinin daha etkin ve sağlıklı şekilde işletilmesi ve yürütülmesini sağlayan bir takım ikincil görevlerden oluşmaktadır. Bu görevler, kamu hizmetinin özünü ifade etmemektedir. Bu nedenle de genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken asli ve sürekli görev olarak kabulleri mümkün değildir ve dolayısıyla ihale edilebilir nitelik taşımaktadırlar. Ayrıca personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin bu hizmetlerin, idarelerin görev, yetki ve sorumluluklarını düzenleyen kanunlar ile ilgili diğer mevzuattan da tespiti mümkündür. Ne var ki tüm bu teknik açıklamaların kulağa hoş gelen yönüne rağmen belirsizliği giderdiğini iddia edebilmek mümkün değildir. Hatta anlaşılan, mevcut belirsizliği bir miktar daha derinleştirmektedir. Zira Mahkeme, bu açıklamalarda sadece

personel alıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetleri tanımlamamakta, Anayasanın 128. maddesi ile bu hizmetleri ilişkilendirerek, hizmetlerin ihale edilebilirliğine farklı bir kavram üzerinden yön vermeye de çalışmaktadır.

İhale edilebilirliğe yön vermesi beklenen bu farklı kavram, “kamu hizmetinin özü” kavramıdır. Bundan ne anlaşılması gerektiği, bu özün nerede başladığı veya bittiği konusunda Kararda doğrudan bir belirleme yapılmamaktadır. Buna karşın Mahkeme, kamu hizmetinin özünü ifade eden görevleri, ihale edilebilir nitelik taşımayan hizmetlere eş değer görmektedir. Böylece genel idare esaslarına göre yürütölmesi gereken asli ve sürekli görev ile kamu hizmetinin özü muadil kavramlar olarak somutlaşmaktadır. Haliyle de bu tespitten, kamu hizmeti özünün, hizmetin bütününe değil, bir parçasına (asli ve sürekli görev) tekaböl ettiği sonucuna ulaşmak mümkün olmaktadır. Zaten bu da ihale edilebilirlik açısından olağan karşılanabilecek bir sonuçtur. Ne var ki Kararda aslında bu özün parçaya değil, bütüne tekaböl ettiği yönünde aksi bir sonuca ulaşmak da mümkün gözükmemektedir. Bu bağlamda yardımcı işlerin tespiti için kullanılan, “*Personel alıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetlerin neler olduğunun, idarelerin görev, yetki ve sorumluluklarını düzenleyen kanunlar ile ilgili diğer mevzuattan tespiti mümkündür.*” ibaresi, dolaylı da olsa bu özün, idarelerin görevlerine (kamu hizmeti/kolluk etkinliği) karşılık geldiği şeklinde bir yargıyı da mümkün kılmaktadır. İdarelerin görev, yetki ve sorumluluklarını düzenleyen kanunlarda yardımcı işler ayrıca belirtilmez. Buna rağmen Kararda yardımcı işlerin yine de bu kanunlar üzerinden tespit edilebileceği ifade edilmektedir. Bu durum ise bu kanunlarda belirtilen görevler dışında kalan alanları, yardımcı işlere özgüleyebilmeye, belirtilen bu görevlerin ise bütünüyle kamu hizmetinin özüne karşılık geleceği çıkarımında bulunulabilmeye imkan sağlamaktadır. Böylelikle idarelerin görev alanı/kamu hizmetinin özü dışında kalan -personel alıştırılmasına dayalı yardımcı işler gibi- hizmetlerin ihale edilebilir niteliğe sahip olduğu, görev alanı/kamu hizmeti özü içerisinde kalınmasının ise hizmetin ihale edilebilirliğine engel nitelik taşıdığı sonucuna da ulaşılabilmektedir.

Bu, kesinlikle olağan dışı bir sonuçtur. Nitekim bu sonuç nedeniyle idarelerin görev alanında yer alan hizmetlerin, 4734 sayılı Kanun bağlamında sahip oldukları ihale edilebilir nitelikleri tartışılır hale gelmekte ve artık bu hizmetlerin, ihale edilebilir nitelik taşımadıkları iddiasına dayanak teşkil edebilecek hukuki bir gerekçeye kavuşulmuş olunmaktadır. Bu sonuç aynı zamanda hem hakim ekonomik anlayışla hem de idare

hukukunun kamu hizmetlerinin devredilebileceği kabulüyle de örtüşmemektedir. Hizmetlerin idarelerin görev alanında yer almasının ihale edilebilirliklerine engel olacağı savı, bu kabul ve anlayıştan feragat edilmesi anlamı taşımaktadır. Oysa Mahkemenin liberal anlayışa ve bu idare hukuku kabulüne ters düşmemeye özen gösterdiği birçok aksi yönde kararı da bulunmaktadır.³⁵⁸ Bu yönüyle Karar, Mahkemenin sadece bu anlayış ve kabulle değil, aynı zamanda önceki argümanlarıyla da çeliştiği bir Karar olmuştur. Ancak belki de bu çelişkiden daha fazla endişe duyulması gereken husus ise Kararın kendi iç çelişkisidir. Karar, bir yandan kamu hizmetinin özü ifadesinin, hizmet içerisindeki bir parçaya karşılık geldiği çıkarımına imkan sağlamakta, diğer yandan ise yardımcı işler üzerinden dolaylı olarak kamu hizmeti özünün, hizmetin bütününe tekabül edeceği şeklinde tam aksi yönlü bir yargıya ulaşabilmeyi de mümkün kılmaktadır. Bu çelişki, hizmetlerin ihale edilebilirliğine dair Mahkemenin düşüncelerini tam olarak anlayabilmeyi ve bir yargıda bulunabilmeyi imkansızlaştırmaktadır. İşte hizmetlerin ihale edilebilirliğinde mevcut belirsizliği daha derinleştiren de, tercih edilen kamu hizmeti özü kavramının beraberinde getirdiği bu iç çelişki olmaktadır.

Bununla birlikte Mahkeme, Kararında salt yoğun bir ihale edilebilirlik tartışmasına yol açmakla kalmamış, aynı zamanda alt işverene bırakılabilirlik kavramına da değinerek, iş hukukunun tartışmaya dahil olmasını sağlamıştır. Mahkemeye göre;

“4857 sayılı Kanun’un 2. maddesinin yedinci fıkrası, asıl işveren-alt işveren ilişkisini düzenlemektedir ... Fıkra, asıl iş-yardımcı iş ayrımı yapılmakta, yardımcı işlerin alt işverene devrinde herhangi bir sınır öngörülmemekte, asıl işin devri ise kural olarak yasaklanmakla birlikte işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren kısımlarının devri mümkün kılınmaktadır...”

Dava konusu kuralla, 4857 sayılı Kanun’un 2. maddesinin yedinci fıkrasına yapılan atıf, hem alt işverene devredilebilecek işler yönünden hem de asıl işverenin sorumluluğu yönündendir. Dolayısıyla, kamu idareleri, kamu hukuku kuralları uyarınca çalıştırdıkları personelin (memur ve diğer kamu görevlilerinin) nitelik veya sayı itibarıyla yetersiz kalması durumunda, yardımcı işlerini veya kamu hizmetinin gerekleri ve teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerini ihaleye çıkarmak suretiyle özel kesime gödürebileceklerdir. Bu durumda, ilgili kamu idaresi ile ihaleyi kazanarak işi üstlenen işveren arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisine benzer bir ilişki kurulmakta ve kamu idaresi, işi üstlenen işverenin o işyerinde çalıştırdığı işçilerine karşı o işyeri ile

³⁵⁸ Buna ilişkin örnekler için bkz. s. 85- 86

ilgili olarak 4857 sayılı Kanun'dan, iş sözleşmesinden veya işi yüklenen işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden işi yüklenen işveren ile birlikte sorumlu olmaktadır.”

Anlaşılan, Mahkeme ihale edilebilirlik – alt işverene bırakılabilirlik tartışmasında dönemin ruhuna uygun bir bakış açısına sahiptir. Tıpkı Danıştay gibi Anayasa Mahkemesi de ihale edilebilirlik ile alt işverene bırakılabilirliği kolaylıkla bağdaştırmış gözükmektedir. Mahkeme, iş hukuku kavramlarının benzer şekilde ihale edilebilirliğe uygulanmasında bir sakınca görmemektedir. Mahkemeye göre idarelerin kamu hukuku kuralları uyarınca çalıştırdıkları personelin nitelik veya sayı itibarıyla yetersiz kalması durumunda, yardımcı işlerini veya kamu hizmetinin gerekleri ve teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerini özel kesime gördürebilmesi mümkündür. Bu, Mahkemeden beklenilmeyecek derecede yüzeysel ve anayasal bağlamdan kopuk bir değerlendirmedir. Mahkeme, alt işverene bırakılabilirlik kriterleri dahilinde yardımcı işlerin veya asıl işlerin ihale edilebilir nitelik taşıdığından söz etmekte, ancak bunun genel anayasal dayanak, kamu gücü, kamu kudreti kavramları karşısında ne ölçüde mümkün olduğu konusunda suskun kalmaktadır. Aynı zamanda idare ile yüklenici arasındaki ilişkiyi asıl işveren – alt işveren ilişkisi değil, asıl işveren – alt işveren ilişkisine benzer bir ilişki olarak nitelendirmekte ve bu şekilde hem ihale hukukuna hem de iş hukukuna yeni ve tartışmalı bir kavram da kazandırmışa benzemektedir.

Nihayetinde ise Mahkeme, Kararında 4734 sayılı Kanunun 62/e maddesinin 1 nolu alt bendinde öngörülen hükmü, özellikle Bakanlar Kuruluna tanınan ihale edilebilir yardımcı hizmetleri belirleme yetkisini gerekçe göstererek Anayasa'ya aykırı bulmamaktadır. Ancak asıl işlerin ihale edilebilirliğini hükme bağlayan 2 nolu alt bent, Anayasa'ya aykırılık iddiasına doğrudan konu edilmemiştir. Şüphesiz ki bu, büyük bir eksikliktir. Çünkü yardımcı işlerin ihale edilebilirliği, pek tartışma konusu edilen ve önem atfedilen bir husus olmamış iken idare hukukunda temel çekince hep kamu hizmetleri/kolluk etkinlikleri üzerine olmuştur. Bu nedenle de Anayasa'ya aykırılık iddiasına konu edilmesi gereken yardımcı işlerden ziyade anayasal öneme sahip olan asıl işler olmalıydı. Ne yazık ki süreçte asıl işlerin, 4734 sayılı Kanun bağlamında ihale edilebilirliği doğrudan gündeme gelmemiş ve Anayasa Mahkemesinin bu konunun esasına yönelik düşüncesi ayrıntısıyla hiç öğrenilememiştir. Ama yaptığı genel değerlendirmelerden, asıl işlerin, iş hukuku kavram ve kuralları bağlamında da ihale

edilebilir nitelik kazanabileceği düşüncesini benimsediğini anlamak mümkün olmaktadır.

Bu dönem, süre olarak kısa, teorik olarak uzun bir dönemdir. İyi niyetli bir düşüncenin eseri olduğunda şüphe bulunmasa da neticede ortaya çıkan eser pek tatmin edici olmamıştır. Bunda Bakanlar Kurulunun yetkisini hiç kullanmaması kadar alanın iş hukuku kavramlarına terkedilmesi de etkili olmuştur. Bu dönemde iş hukuku kavramlarına bu denli bel bağlanması, salt kamu (idare) hukuku kavram ve kuralları ile başarıya ulaşılabilmesinin mümkün olmadığı kanaatinin bir sonucudur. İdare hukukunun yeterliliğini tartışmaya açan bu kanaate karşı ise idare hukuku öğretisi sessiz kalmayı yeğlemiştir. Oysa iş hukuku öğretisi, benzer bir durum karşısında oldukça sert bir tepki ortaya koymuştur. 2006 yılında 4857 sayılı Kanuna ihale hukuku kavramlarının dahil olması karşısında iş hukuku öğretisince ihale hukuku kavramlarının tahliline girilmiş ve bu kavramların iş hukukunda neden uygulanamayacağı ayrıntılarıyla izah edilmeye çalışılmıştır. Ancak bu durum, iş hukuku kavramlarının baskınlığına karşı bütünüyle de tepkisiz kalındığı anlamı taşımamaktadır. İdare hukuku öğretisinin göstermekten imtina ettiği tepki, bilinçsiz ve hukuka aykırı da olsa uygulamada idari mercilerce gösterilmiştir. Bunu da hizmetlerin ihale edilebilirliğine dair yapılan bu değişikliğe bütünüyle kayıtsız kalarak gerçekleştirmişlerdir. Yardımcı işlere dair Bakanlar Kurulu'na bir belirleme yapılmamış, asli işlere dair kısıtlar da idarelerce görmezden gelinmiştir.

Bununla birlikte iş hukuku kavramlarının yol açtığı etkiden çok daha önemli olmasına karşın gözden kaçırılan husus, değişikliğin barındırdığı çelişkidir. Değişiklikte sübjektif temel üzerinden objektif bir sonuca ulaşmaya çalışılmıştır. Aslında personel çalıştırılmasına dayalı hizmet gibi idareden idareye hatta idarenin bir hizmetinden aynı nitelikteki diğer hizmetine değişkenlik gösteren bir kavram temel alınmış, buna rağmen objektif bir hizmet tarifi yapılmışçasına işlem tesis edilmesi beklenmiştir. Bu bağlamda Bakanlar Kurulundan her idare için geçerli olacak objektif bir yardımcı hizmet alanı belirlemesi istenmiş ve benzer şekilde objektif bir asıl işler alanı tanımlanmaya çalışılmıştır. Bu durum ise Bakanlar Kurulu'na bir belirleme yapılsaydı ya da asıl işlere dair kısıtlar uygulansaydı dahi yine de değişiklikte arzulanan amaca ulaşabilmenin oldukça güç olduğunu anlamamızı sağlamıştır. Bu bağlamda gerek Bakanlar Kurulunca bir belirleme yapılmamasına, gerekse de asıl işlere dair kısıtların uygulanmamasına,

hukuka aykırı ve fakat emek kaybının önüne geçen tepkiler gözüyle bakılmasına sebep olunmuştur. Netice olarak hizmetlerin ihale edilebilirliği bağlamında bu dönemde karşımıza, yine aynı sonuçların çıktığını söylemek mümkündür. Hizmetler bu dönemde de “sorun” nitelikleri dahil olmak üzere eski niteliklerinden hiçbir şey yitirmemiştir. Her hizmetin ihale edilebilir nitelik taşıdığı anlayışı, bu dönemde de geçerliliğini sürdürmüştür. Ama önceki dönemden farklı olarak bu imkan bu dönemde, fiili uygulamaların daha yoğunluklu olduğu bir anlayışla sağlanmıştır. İşte bu nedenle bu dönem, her hizmetin fiilen de olsa ihale edilebileceği anlayışının geçerli olduğu bir dönem olmuştur.

Hizmetler bu dönem zarfında da belirsizce ihale edildikçe, taşeron işçi meselesi de katlanarak büyümeye, genele yayılmaya devam etmiştir. Hatta bu mesele sadece hukuki boyutla sınırlı kalmamış, siyasi gündemi de epeyce meşgul etmiş, taşeron işçilerin kadroya alınması siyasi vaatlere bile konu olmuştur.³⁵⁹ Bu vaatlerin yerine getirilmesi için yaklaşık 2 yıl beklemek gerekmişse de 2018 yılına gelindiğinde yine 62/e maddesini ve personel çalıştırılmasına dayalı hizmet kavramını temel alan bir değişim yaşanmıştır. Ancak bu kez geçmişten ders alındığını kanıtlamak istercesine oldukça farklı bir yöntem benimsenmiştir. Bu yöntem, taşeron işçilerin kadroya alınması, bu işçilerin çalıştığı hizmet alanlarının ihale edilebilirliğine son verilmesi gibi radikal bir düşüncüyü temel almıştır. Atılan adımlarda bu düşüncenin izlerini görebilmek ve eskiye oranla oldukça iyi bir ilerlemeden söz edebilmek mümkün olmuşsa da ne yazık ki bazı yönler eksik kalmış ve ulaşılan sonuç, beklenen radikallikte olmamıştır.

IV. ÜÇÜNCÜ DÖNEM (2018 – ...)

Bu dönem, 4734 sayılı Kanunun hizmet anlayışında farklı yöne savrulduğu bir dönem olmuştur. Buna neden olan ise Kanunun hizmetlerin ihale edilebilirliğine ilişkin üstlendiği işlevde yaşanan aksi yönlü değişimdir. Bu değişim, aynı zamanda Kanun ve hizmetler açısından bir dönüm noktası teşkil etmektedir. Bu dönemle birlikte Kanun, hizmetlerin ihale edilebilirliğine dayanak teşkil etme vasfını büyük ölçüde yitirmiştir.

³⁵⁹<https://www.haberturk.com/ekonomi/is-yasam/haber/1213526-taseron-isciyekadro-mujdesi>,
<https://www.aa.com.tr/tr/ekonomi/basbakan-davutoglundan-taseron-iscilere-mujde/541671>,
<http://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/taseron-iscilere-bir-mujde-daha-hangi-taseron-isciler-kadroya-alinacak-40073609> (Erişim Tarihi: 19.03.2019)

Bu kayıp karşısında oluşan beklenti, Kanunun hizmetlere ihale edilebilir nitelik kazandırmaktan ziyade ihale sürecini kurula bağlamaya odaklanmış bir niteliğe bürünmesidir. Böylece Kanun artık olması gereken işlevi ile sınırlı bir etki gösterecek ve kendisine yöneltilen en büyük eleştirilerden birinin de son bulmasını sağlayacaktır. Bu beklenti, büyük oranda karşılanmış olsa da Kanun bu kez de farklı bir işlevle karşımıza çıkmıştır. Bir işlevini kaybederken yeni bir işlev kazanmıştır. Kanun bu dönemle birlikte ihale edilebilir hizmetleri belirleyen olmasa da artık ihale edilme yasağına tabi hizmetleri kurallaştıran bir Kanun halini almıştır. Yetki vermemekte ama yetki verilmesine de engel olmaktadır. Bu nedenle bu dönem her hizmet ihale edilebilir anlayışından belli hizmetler ihale edilemez anlayışına geçilen bir dönem olmuştur. Ve bu, günümüzde de geçerli olan anlayıştır.

Taşeron işçi sorunu, bu dönemin de başlamasına sebep olan unsurdur. Bu sorunun büyük oranda, 4734 sayılı Kanuna göre ihale edilen hizmetler kapsamında çalışan işçilerden kaynaklandığı düşünüldüğünde çözüm için her defasında bu Kanuna başvurulması şaşırtıcı değildir. Bunun için Kanunda yapılan değişiklikten beklenen faydanın sağlanamaması, sorunun katlanarak büyümesi, taşeron işçi sorununun kamuoyunun ve siyasetin kayıtsız kalamayacağı bir noktaya ulaşmasına sebep olmuştur. Ortaya konulan siyasi vaatlerin de etkisiyle kamuoyunda soruna dair köklü bir çözüm beklentisi oluşmuştur. Bu kapsamda arzu edilen köklü çözümün bu değişiklikte sağlanıp sağlanmadığı tartışması bir yana kesin olan şey, değişikliğin köktenci bir yöntem izlenerek yapıldığıdır. Zira bu değişiklik, bir kanunla değil, bir Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamesi ile gerçekleştirilmiştir. OHAL KHK'larının ancak olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda çıkarılabileceği ve olağanüstü halin gerektirdiği konuları düzenleyebileceği, düzenlemelerin olağanüstü hal süresi ile sınırlı olacağı, bu tür kanun hükmünde kararnameler ile yürürlükteki yasaların değiştirilmesinin mümkün olmadığı gibi anayasal teminat ve kurallar gözetilmeksizin, 15 Temmuz 2016 darbe teşebbüsünden sonra çıkarılan pek çok Kanun Hükmünde Kararnameden biri olan 696 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile 4734 sayılı Kanunun 62/e maddesinde bir değişikliğe gidilmiştir.³⁶⁰ KHK tercihine gerekçe olarak ise yılbaşından önce taşeron işçilere kadro

³⁶⁰ 696 sayılı OHAL KHK'sı, 24.12.2017 tarihli ve 30280 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmış ve bu KHK, 8.3.2018 tarihli ve 30353 (mükerrer) sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 7079 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun ile de TBMM tarafından onaylanmıştır.

düzenlemesini sonuçlandırmak isteği ve Mecliste devam eden bütçe görüşmeleri nedeniyle Meclis gündeminin yoğun olması gösterilmiştir.³⁶¹

Kanıksanmış bir anlayışa son vermek gibi hizmetlerin ihale edilebilirliği açısından yadsınamaz önemde bir iş başarmış olmasına rağmen bu değişiklik, sadece yapılarında izlenen yöntem açısından değil içeriği itibarıyla da hukuki ve teknik pek çok eleştiriyi hak eden bir değişiklik olmuştur. Bir kere birçok açıdan önceki hükmü aratmaktadır. Önceki hükme yöneltilen sade olmadığı eleştirisini haksız çıkaracak denli uzun ve karmaşıktır. 4734 sayılı Kanun sistematğine uyumlu değildir. Kendi kapsamını, Kanunun mevcut kapsamına rağmen üstelik de bu kapsamla örtüşmeyen tarzda oluşturmuştur. Kötü kaleme alınmıştır. Dahası, süreçte personel çalıştırılmasına dayalı hizmet gibi bir kavrama tekrar başvurma hatasında bulunulmuştur. Bu kavramın, kriterlerinde esaslı bir değişiklik yapılmaksızın benzer şekilde bu döneme de aktarılması, yine beklentinin aksine nesnellikten uzak bir hizmet anlayışının oluşmasına yol açmıştır. 696 sayılı OHAL KHK'sının 83. maddesi ile 4734 sayılı Kanunun 62/e maddesinde yapılan ve sahip olduğu öneme rağmen bunca eleştiriyi de hak eden bu değişiklik;

“1) 5018 sayılı Kanuna ekli (I), (II), (III) ve (IV) sayılı cetvellerde yer alan kamu idareleri (MİT Müsteşarlığı hariç) ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlar, 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye ekli (I) sayılı listede yer alan idarelerin merkez ve taşra teşkilatları, il özel idareleri, belediyeler ile bağlı kuruluşları ve bunların üyesi olduğu mahalli idare birlikleri, birlikte veya ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlası il özel idareleri, belediyeler ve bağlı kuruluşlarına ait şirketler; merkezi yönetim, sosyal güvenlik kurumu, fon, kefalet sandığı, yatırım izleme ve koordinasyon başkanlığı, gençlik hizmetleri ve spor il müdürlüğü, mahalli idare ve şirket bütçelerinden veya döner sermaye bütçelerinden, anılan liste kapsamındaki diğer idareler için ise kendi bütçelerinden personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı veya niteliği itibarıyla bu sonucu doğuracak şekilde alım yapamaz ve buna imkân sağlayan diğer mevzuat hükümleri uygulanmaz.

2) Bu bendin uygulanmasında personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı; bu Kanun ve diğer mevzuattaki hükümler uyarınca ihale konusu işte çalıştırılacak personel sayısının ihale dokümanında belirlendiği, bu personelin çalışma saatlerinin tamamının idare için kullanıldığı, yaklaşık maliyetinin en az

³⁶¹<https://www.cnnturk.com/ekonomi/kamuda-calisan-taseron-iscilere-kadro-khk-ile-verilecek>, http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/turkiye/889309/Kamuda_calisan_taseron_iscilere_kadro_KHK_ile_v_erilecek.html, <https://tr.sputniknews.com/turkiye/201712191031469033-taseron-isci-kadro-khk/> (Erişim Tarihi:28.3.2019)

%70'lik kısmının asgari işçilik maliyeti ile varsa aynı yemek ve yol giderleri dahil işçilik giderinden oluştuğu ve niteliği gereği süreklilik arz eden işlere ilişkin hizmet alımlarını ifade eder. Mahalli idare veya şirketlerinin bütçelerinden yapılan, yıl boyunca devam eden, niteliği gereği süreklilik arz eden ve haftalık çalışma saatlerinin tamamının idare için kullanıldığı park ve bahçe bakım ve onarımı ile çöp toplama, cadde, sokak, meydan ve benzerlerinin temizlik işlerine ilişkin alımlar personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı olarak kabul edilir. Hizmet alım sözleşmesi kapsamında niteliği birbirinden farklı hizmet türlerinin bulunması halinde personel çalıştırılmasına dayalı olup olmama yönünden yapılacak değerlendirme her hizmet türü için ayrı ayrı yapılır. Danışmanlık hizmetleri, hastane bilgi yönetim sistemi hizmetleri ve çağrı merkezi hizmetlerine ilişkin alımlar personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı olarak kabul edilmez.

3) Kurum, hizmet alımının personel çalıştırılmasına dayalı olup olmadığı ya da niteliği itibarıyla bu sonucu doğurup doğurmadığı hususunda (2) numaralı alt bentte sayılan kriterleri ayrı ayrı ya da birlikte dikkate almak suretiyle usul ve esaslar belirlemeye yetkilidir.”

şeklindedir.³⁶²

Değişiklikte ilk göze çarpan, önceki hükümlerde yer alan “ihaleye çıkılabilir”, “ihalesine çıkılabilir” ibarelerinin yerini, “...hizmet alımı veya niteliği itibarıyla bu sonucu doğuracak şekilde alım yapamaz...” ibaresinin almış olmasıdır. Bu ibare, 4734 sayılı Kanunda hizmetlerin ihale edilebilirliğinde yaşanan değişimi, Kanunun hizmetlerin ihale edilebilirliğinde üstlendiği yeni ve yasakçı anlayışı göstermektedir. Buna göre Kanun, hizmetler bağlamında sahip olduğu ihale edilebilir nitelik kazandırma vasfını, birkaç istisna dışında yitirmiş ve yasaklayıcı bir hüviyet kazanmıştır. Artık Kanun, “hizmet alımı yapamaz” şeklinde emredici bir hüküm üzerinden belli hizmetlerin ihale edilmesini yasaklayan, emanet usulünün tekrar canlanmasını amaçlayan bir Kanundur. Acaba Kanun bunu nasıl başaracaktır? İhale etme yasağı nasıl hayata geçirilecektir? Dahası bu hizmetlere olan ihtiyacı bir anda ortadan kaldıran formül nedir?

Bu soruların kolay bir cevabı bulunmaktadır. Ama bu cevaba ihaleden ziyade işçiler üzerinden ulaşmak mümkün olmaktadır. Kanun belli hizmetlere ihale etme yasağı getirebilmiştir, çünkü aynı zamanda bu hizmetlerde taşeron işçi uygulamasına son verilmiştir. Değişiklik temelde basit bir mantık üzerine kuruludur. Buna göre belli

³⁶² Değişiklik, 24.12.2017 tarihli ve 30280 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmış ve maddenin 2.1.2018 tarihinde yürürlüğe girmesi kararlaştırılmıştır.

hizmet alanlarında çalışan işçiler, sürekli işçi kadrosuna/işçi statüsüne geçirilecek,³⁶³ bu şekilde emek, bu hizmet alanları için karşı tarafça karşılanması gereken bir unsur olmaktan çıkacaktır. Bu alanlar daha devletçi bir yapıya bürünecek, emanet usulü bu alanlarda tekrar geçerlik kazanacak ve artık ihaleye ihtiyaç kalmayacaktır. Bu, basitliğine rağmen liberal anlayışa karşı ortaya konulmuş cesur bir düşüncedir. Ama ne yazık ki tam anlamıyla hayata geçirilememiştir. Zira öngörülen koşullar, bu düşüncüyü hayata geçirmek için yeterli değildir. Kadro/statü ile ihale edilme yasağı arasındaki uyum bütünüyle sağlanamamıştır. Sübjektif anlayış bu dönemde de geçerliliğinden bir şey yitirmemiştir. Çok daha geniş bir alan kapsama alınabilecek ve sorun çok daha büyük ölçüde giderilebilecekken sebebi tam anlaşılamayan şekilde sınırlı bir kapsam tercihinde bulunulmuştur. Bu bağlamda hem idareler hem bütçe hem de hizmetler yönüyle ölçüsüz bir sınırlamaya gidilmiştir. Neticede temel bir sorunu bütünüyle çözüme kavuşturma şansı, heba edilmiştir. Tüm bu eksikliklerine ve hukuki sorun teşkil eden yönlerine rağmen temel alınan düşünce ve bu doğrultuda atılan adımlar yine de değişikliğe nispeten de olsa takdir edilesi bir yön kazandırmıştır. Hem yergiyi hem de övgüyü hak etme başarısı gösteren bu değişikliğin uygulanabilme koşullarını, üç alt başlık altında ele almak mümkündür. Bunlar, aynı zamanda 4734 sayılı Kanun bağlamında bir hizmetin ihale edilme yasağına tabi olabilmesinin kümülatif ve günümüzde geçerli olan koşullarıdır.

³⁶³ Taşeron işçilere kadro ya da statü verilmesi, 696 sayılı KHK'nın 127. maddesi ile 375 sayılı "657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu, 926 Sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu, 2802 Sayılı Hakimler Ve Savcılar Kanunu, 2914 Sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu, 5434 Sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu İle Diğer Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması, Devlet Memurları Ve Diğer Kamu Görevlilerine Memuriyet Taban Aylığı Ve Kıdem Aylığı İle Ek Tazminat Ödenmesi Hakkında Kanun Hükmünde Kararname" ye eklenen Geçici 23 ve 24. maddelerle mümkün olmuştur. Bu maddelerde işçilerin istihdamında ikili bir ayrıma gidilmiştir. Bu kapsamda 5018 sayılı Kanuna ekli (I), (II), (III) ve (IV) sayılı cetvellerde yer alan kamu idareleri (MİT Müsteşarlığı hariç) ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlar, 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye ekli (I) sayılı listede yer alan idarelerin merkez ve taşra teşkilatlarında çalışan taşeron işçilerin bu idarelerin bünyesinde sürekli işçi kadrosunda istihdam edilmeleri öngörülmüş iken, il özel idareleri, belediyeler ile bağlı kuruluşları ve bunların üyesi olduğu mahalli idare birliklerinde çalışan taşeron işçilerin ise bu idarelerde değil, bu idarelere ait şirketlerde ve işçi statüsünde istihdamı öngörülmüştür. Böylece bir kısım taşeron işçi için sürekli işçi kadrosundan söz etmek mümkün iken, bir kısmı ise sadece kamu sermayeli şirketlerde işçi statüsü kazanabilmiştir.

A. İHALE EDİLME YASAĞI KOŞULLARI

1) İdare

İhale edilme yasağı, 4734 sayılı Kanun kapsamında yer alan her idareye uygulanacak bir yasak değildir. Sınırlı sayıda idare bu yasağa tabi olacaktır. Kanunun 62/e maddesinde yapılan değişiklikte bu sınır, “5018 sayılı Kanuna ekli (I), (II), (III) ve (IV) sayılı cetvellerde yer alan kamu idareleri (MİT Müsteşarlığı hariç) ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlar, 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye ekli (I) sayılı listede yer alan idarelerin merkez ve taşra teşkilatları, il özel idareleri, belediyeler ile bağlı kuruluşları ve bunların üyesi olduğu mahalli idare birlikleri, birlikte veya ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlası il özel idareleri, belediyeler ve bağlı kuruluşlarına ait şirketler” olarak belirtilmiştir.

Değişiklikte idareleri belirlemede kullanılan yöntem dikkat çekicidir. Zira 4734 sayılı Kanunun bütünlüğünü bozan bir tercihte bulunulmuştur. Değişiklik, parçası olduğu Kanuna rağmen kendi kapsamını kendi öngördüğü sistem ile belirlemiştir. 4734 sayılı Kanunun 2. maddesinde kapsamdaki idareleri belirlemede izlenen usul, bu değişiklikte bir kenara bırakılmış, bunun yerine 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi Ve Kontrol Kanununun esas alındığı bir yöntem benimsenmiştir. Bu bağlamda 5018 sayılı Kanuna ekli (I), (II), (III) ve (IV) sayılı cetvellerde yer alan kamu idareleri (MİT Müsteşarlığı hariç) ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların bu yasağa tabi olacağı ifade edilmiş ve 5018 sayılı Kanun kapsamında yer almayan idareler için de sayma yoluna gidilmiştir. Buna göre de 375 sayılı KHK’ya ekli (I) sayılı listede yer alan idarelerin merkez ve taşra teşkilatları³⁶⁴, il özel idareleri, belediyeler ile bağlı kuruluşları ve bunların üyesi olduğu mahalli idare birlikleri, birlikte veya ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlası il özel idareleri, belediyeler ve bağlı kuruluşlarına ait şirketler, ihale etme yasağına tabi olacak diğer idareler olarak belirlenmiştir. İdareler açısından bu şekilde sınırlı bir kapsamın benimsenmiş olması, bilinçli bir tercihle karşı karşıya olduğumuzu göstermektedir. Buna karşın özellikle belediye şirketleri gibi kamu – özel ayrımında statüsü tartışmalı olan ve özel niteliği görece daha ağır basan kuruluşlar, böylesine bir yasak kapsamına alınmışken, kamu kurumu niteliği taşıyan kamu iktisadi

³⁶⁴ Bu listede, Atatürk Orman Çiftliği Müdürlüğü, Avrupa Birliği Eğitim ve Gençlik Programları Merkezi Başkanlığı, Çanakkale Savaşları Gelibolu Tarihi Alan Başkanlığı, Ereğli Kömür Havzası Amele Birliği ve Biriktirme Yardımlaşma Sandığı, Kalkınma Ajansları, Kanunla Kurulan Fonlar ve Kefalet Sandıkları, Milli Savunma Bakanlığı Akaryakıt İkmal ve NATO POL Tesisleri İşletme Başkanlığı, Milli Piyango İdaresi Genel Müdürlüğü, Spor Genel Müdürlüğü Gençlik Hizmetleri ve Spor İl Müdürlükleri, Spor Toto Teşkilat Başkanlığı, Tarım ve Kırsal Kalkınmayı Destekleme Kurumu Başkanlığı, Yatırım İzleme ve Koordinasyon Başkanlıkları olmak üzere 12 adet idare yer almaktadır.

teşebbüslerinin kapsam dışı bırakılmış olması, bu bilinçli tercihin, nesnel ve makul bir temele dayanıp dayanmadığı ve bu anlamda eşitlik ilkesine aykırı olup olmadığı yönüyle ayrıca sorgulanmaya muhtaç olduğunu ortaya koymaktadır.

Bununla birlikte 4734 sayılı Kanun sistematığı ile uyumlu olmayan bir tercihte bulunulmuş olsa da aslında değişiklik kapsamına giren idarelerin hemen hemen hepsi, Kanun kapsamında yer alan idarelerdir. Çok büyük bir oranda örtüşme söz konusudur. 4734 sayılı Kanunun sahip olduğu geniş kapsam düşünüldüğünde bu örtüşme gayet olağandır. Kaldı ki olması gereken de bu örtüşmenin sağlanmasıdır. 4734 sayılı Kanuna eklenen bir hükmün tatbik sahası bu Kanun kapsamı ile sınırlı olmak durumundadır. Kapsam dışı bir alana, Kanunun uygulanabilmesi tabiatıyla mümkün değildir. Buna rağmen, değişiklikte ayrık bir hal göze çarpmaktadır. Kalkınma ajansları, kendi özel kanununda tanınan muafiyet sebebiyle 4734 sayılı Kanun kapsamında yer almamakta iken,³⁶⁵ bu ajanslar, 375 sayılı KHK'ya ekli (I) sayılı listedeki idareler arasında sayılmış ve değişiklikte, ihale etme yasağına tabi kılınmışlardır. Böylece aslında 4734 sayılı Kanuna tabi olmayan bir idare aleyhine bu Kanuna tabiiymişçesine bir tasarrufta bulunulmuştur. İdare kendisini bir anda, aslında tabi olmadığı bir Kanunun, bir kısmına (ihale etme yasağı) tabi bir idare olarak bulmuştur. Her yönüyle ironik bir durumdur. Bu durum değişiklik ile, salt 4734 sayılı Kanunun sistem bütünlüğünü bozmakla sınırlı kalmadığını, ayrıca kapsama dair küçük ve fakat anlam verilemeyen bir tutarsızlığa da sebep olduğunu görmemizi sağlamıştır.

2) Bütçe

İhale etme yasağı için öngörülen bir diğer koşul, harcamanın hangi kaynaktan yapıldığına ilişkindir. Bu açıdan değişiklik, bütçeye özel bir önem atfetmiştir. Ancak bu noktada yine Kanunun sistematik bütünlüğünü bozacak bir tercihte bulunulmuştur. 4734 sayılı Kanunda bütçe türünden bahsedilmeksizin, *idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynak* ibaresi, kapsam tayini açısından yeterli görülmüş iken, değişiklikte daha dar ve spesifik bir belirlemeye gidilmiştir. Bu doğrultuda, harcama yapılabilecek bütçeler ayrı ayrı sayılmıştır. Buna göre de, “*merkezi yönetim, sosyal güvenlik kurumu, fon,*

³⁶⁵ 8.2.2006 tarihli ve 26074 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 5449 sayılı Kalkınma Ajanslarının Hizmetlerine İlişkin Kanunun 27. maddesinde, Ajansın, 4734 sayılı Kanun hükümlerine tabi olmadığı hükme bağlanmıştır.

kefalet sandığı, yatırım izleme ve koordinasyon başkanlığı, gençlik hizmetleri ve spor il müdürlüğü, mahalli idare ve şirket bütçelerinden veya döner sermaye bütçelerinden, anılan liste kapsamındaki diğer idareler için ise kendi bütçelerinden” harcama yapılması, ihale etme yasağına tabi olunması için şart koşulmuştur. Bu bağlamda sosyal tesis gelirleri gibi değişiklikte belirtilen bütçe türleri arasında yer almayan bütçelerin kullanılması halinde ise bu yasak geçerli olmayacak ve bu bütçelerden karşılanan hizmetler aynı şekilde ihale edilmeye devam olunacaktır. Bu noktadaki temel sorun ise ihale edilme yasağı gibi önemli bir meselede bütçe gibi konu ile doğrudan ilgisi bulunmayan, tali bir unsura belirleyicilik atfedilmiş olmasıdır. Bu, kesinlikle anlaması ve izah edilmesi güç bir tercih olmuştur.

3) Hizmet

Yapılan değişiklik, konu yönüyle de bir sınır getirmektedir. Asıl önemli olan ve belirleyici olması beklenen de bu sınırdır. Buna göre ihale edilme yasağı, her tür hizmete değil ancak belli özellikleri haiz hizmetlere uygulanabilecek olan bir yasaktır. Bu ayrımı sağlamak için de aşına olunan bir kavrama başvurulmuştur. Personel çalıştırılmasına dayalı hizmet kavramı, bu dönemin de kilit kavramı olmayı başarmış, bu kez de ihale edilme yasağının konu yönüyle sınırını çizen kavram olarak karşımıza çıkmıştır. Bu durum madde metninde biraz da sert bir dille, *“personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı veya niteliği itibarıyla bu sonucu doğuracak şekilde alım yapamaz”* şeklinde ifade edilmiştir.

Bununla birlikte aşına olunan bu kavram, bu dönemde dikkat çekici bir gelişme kaydetmiştir. Değişiklikle birlikte normlar hiyerarşisinde sınıf atlamış, düzenleyici işlemlerin konusu olmaktan çıkıp, ilk kez KHK/yasa düzeyinde tanımlanmıştır. Böylece Kurum tarafından tamamıyla kamu ihale mevzuatına dair sorunların çözümü için geliştirilmiş olan bu kavram, bu dönemde salt kilit bir rol üstlenmekle kalmamış, artık yasa düzeyinde tanımlanacak bir seviyeye de ulaşmıştır. Hatta yasada tek bir tanım değil, genel ve özel nitelikli birden fazla tanım yapılmıştır. Bu bağlamda maddenin 2 nolu alt bendi, düzenleyici işlemde yapılabilecek oldukça benzer bir tanımla başlamış, devamında ise bazı idare, bütçe ve işlere özgü farklı bir personel çalıştırılmasına dayalı hizmet tanımı yapılmış, bazı hizmetler ise bu tanımlardan tamamıyla istisna tutulmuştur. Bu tanım çeşitliliği, önceye oranla işlerin biraz daha karışık hal almasına

yol açmıştır. Bu kapsamda bendin başlangıcında personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı; “*bu Kanun ve diğer mevzuattaki hükümler uyarınca ihale konusu işte çalıştırılacak personel sayısının ihale dokümanında belirlendiği, bu personelin çalışma saatlerinin tamamının idare için kullanıldığı, yaklaşık maliyetinin en az %70’lik kısmının asgari işçilik maliyeti ile varsa aynı yemek ve yol giderleri dahil işçilik giderinden oluştuğu ve niteliği gereği süreklilik arz eden işlere ilişkin hizmet alımları*” olarak tanımlanmıştır.³⁶⁶ Kamu İhale Genel Tebliğinde yapılan önceki tanıma oldukça benzemesine karşın bu tanıma, öncekinden farklı olarak *niteliği gereği süreklilik arz etme* şeklinde yeni bir kriter daha eklenmiştir.³⁶⁷ Buna göre tekrarına ihtiyaç duyulmayan, geçici nitelikteki hizmetlerin

³⁶⁶ Personel çalıştırılmasına dayalı hizmet kavramı sadece 4734 sayılı Kanunda değil, taşeron işçilerin kadroya/statüye geçirilmesine ilişkin olarak 696 sayılı KHK’nın 127. maddesi ile 375 sayılı KHK’ya eklenen Geçici Madde 23’te de tanımlanmıştır. Bu, 4734 sayılı Kanunda yapıldığına oldukça benzer bir tanımdır. Bu benzerliğin kurulmasındaki amaç, kadroya/statüye geçen taşeron işçilerin çalıştığı hizmet alanları ile ihale edilme yasağına tabi olacak hizmetlerin olabildiğince örtüşmesini ve böylece artık bu hizmetlerin, kadroya/statüye geçen taşeron işçiler eliyle yerine getirilmesini sağlamak, bundan sonraki süreçte de bu hizmet alanlarının ihale edilmesinin önüne geçmektir. Geçici Madde 23’te personel çalıştırılmasına dayalı hizmet, “*4734 sayılı Kanun ve diğer mevzuattaki hükümler uyarınca ihale konusu işte çalıştırılacak personel sayısının ihale dokümanında belirlendiği, bu personelin çalışma saatlerinin tamamının idare için kullanıldığı ve yaklaşık maliyetinin en az %70’lik kısmının asgari işçilik maliyeti ile varsa aynı yemek ve yol giderleri dahil işçilik giderinden oluştuğu, yıl boyunca devam eden ve niteliği gereği süreklilik arz eden işlere ilişkin hizmet*” biçiminde tanımlanmıştır. 4734 sayılı Kanunun 62/e maddesinde yapılan tanım ile karşılaştırıldığında 375 sayılı KHK’daki bu tanımda fazladan bir kritere daha yer verildiği görülmektedir. Yıl boyunca devam etme kriteri, 375 sayılı KHK’nın aksine 4734 sayılı Kanun bağlamında personel çalıştırılmasına dayalı hizmet için aranan kriterlerden biri değildir. Bu uyumsuzluğun bir sebebi bulunmaktadır. 375 sayılı KHK kapsamında kadroya/statüye alınanlar, sadece yıl boyu devam eden işlerde çalışanlarla sınırlı olmamıştır. KHK’nın yine aynı maddesinde yıl boyu devam etme şartı hariç personel çalıştırılmasına dayalı hizmet için öngörülen diğer kriterleri taşıyan hizmet alımları için geçici işçi pozisyonu oluşturulmuş ve bu nitelikteki hizmetlerde çalışan işçilere de geçici kadro/statü tanınmıştır. Bunun için verilen tipik örnek ise okul binalarının temizliği işleridir. Bu işler, eğitim-öğretime ara verildiği aylarda yerine getirilmeyen, dolayısıyla da niteliği gereği yıl boyu devam etmeyen işlerdir. Yapılan bu düzenleme ile hakkaniyeti sağlama adına bu işlerde çalışan işçilerin de geçici de olsa bir kadroya/statüye sahip olmaları mümkün kılınmıştır. İşte ihale etme yasağı ile kadro/statüye geçirilme arasında beklenen uyum ve örtüşmeyi bu geçici alanlarda da temin maksadıyla 4734 sayılı Kanunda yapılan tanımda, yıl boyu devam etme kriterine yer verilmemiş, bu geçici hizmetlerin de personel çalıştırılmasına dayalı hizmet kabul edilerek, ihale edilme yasağına tabi olması sağlanmıştır. Buna karşın, 4734 sayılı Kanunda, mahalli idare ve şirketleri tarafından yapılan çöp toplama ve park, bahçe bakım onarımı işlerine özgü yapılan personel çalıştırılmasına dayalı hizmet tanımında, -genel tanımın aksine- yıl boyu devam etme kriterine yer verildiği görülmektedir. Genel tanımda, olması gerektiği şekilde yer verilmeyen bir kritere, özel tanımda yer verilmiş olması isabetsiz olmuştur. Bu tercihe makul bir sebep bulabilmek mümkün gözükmemektedir. Bu fazla kriter, ihale etme yasağı ile kadro/statüye geçirilme arasında uyumsuzluğa ve değişikliğin temel mantığına aykırı bir durumun ortaya çıkmasına neden olmuştur.

³⁶⁷ Taşeron işçilerin kadroya alınmasına ilişkin Kurum tarafından alınan 17.1.2018 tarihli ve 2018/DK.D-12 sayılı Kararda niteliği gereği süreklilik arz eden iş, geçici nitelikte olmayan, belli dönemler itibarıyla tekrarlanmasına ihtiyaç duyulan işler şeklinde tanımlanmış ve Maden Tetkik ve Arama Genel Müdürlüğünün sondaj işleri gibi belli süreye ve projeye bağlı olan işlerin, geçici nitelikleri sebebiyle süreklilik arz eden iş olarak değerlendirilebilmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir. Aslında bu tanıma biraz daha genişletmek suretiyle, idarenin hukuki varlığı devam ettiği müddetçe tekrarlanması gereken ya da tekrarlanmasına ihtiyaç duyulan, belli, belirlenebilir ya da öngörülebilir bir sürede ihtiyacı ortadan kalkmayacağı anlaşılan işler olarak da tanımlayabilmek mümkündür. Bununla birlikte ne şekilde tanımlanırsa tanımlansın, bu denli tür ve nitelikte hizmetin mevcudiyeti karşısında, hangi hizmetlerin niteliği gereği süreklilik arz ettiği ya da etmediği, her durumda kolaylıkla cevaplanabilecek bir soru değildir.

temini için çıkılan ihaleleri, tanımda öngörülen diğer kriterleri taşısa bile artık personel çalıştırılmasına dayalı olarak nitelemek mümkün olmayacaktır.³⁶⁸ Bu tür ihtiyaçlar açısından yasak uygulanmayacak ve bunların, aynı şekilde ihale edilmek suretiyle teminine devam edilebilecektir. Bu açıdan süreklilik arz eden idarenin bina temizliği işi ihale edilme yasağına tabi olabilecek iken, arızı niteliğe sahip binanın dış cephe temizliği işi ise aynen eskiden olduğu gibi ihaleye konu edilebilecektir.

Aynı zamanda bu tanıma ilginç şekilde “diğer mevzuat” da dahil edilmiştir. Bu şekilde personel çalıştırılmasına dayalı hizmet tanımının, 4734 sayılı Kanunla sınırlı olmayan, diğer mevzuata da uygulanabilen bir tanım olması arzulanmıştır. Böylelikle bu değişiklikten, diğer mevzuata göre ihale edilegelen hizmetler de nasibini almış ve ihale edilme yasağına tabi olmaktan kurtulamamışlardır. Ama bu noktada önemli bir husus gözden kaçırılmıştır. Personel çalıştırılmasına dayalı hizmet, kamu ihale mevzuatına özgü, kamu ihale mevzuatı bağlamında anlam ifade eden, subjektif bir kavramdır. Kavramın, diğer mevzuatta da aynı karşılığa sahip olması oldukça düşük bir ihtimaldir. Çünkü diğer mevzuata göre gerçekleştirilen ihalelerde, farklı usul ve esaslar uygulanabilecek, kamu ihale mevzuatı ile uyumlu olunması zorunluluğundan, bu anlamda personel sayısının ihale dokümanında belirtilmesi gibi kriterlerin geçerliliğinden ve nihayetinde personel çalıştırılmasına dayalı hizmet gibi bir kavramdan söz etmek mümkün olamayabilecektir. Hizmet aynı olsa da nitelik pekala farklılaşabilecektir. Dolayısıyla bir bina temizliği işinin, kamu ihale mevzuatına göre ihale edilmesi, genellikle hizmetin, personel çalıştırılmasına dayalı nitelikte ve ihale edilme yasağına tabi olması sonucunu doğuracak iken diğer mevzuata göre ihale edilmesi ise aksine hizmeti, personel çalıştırılmasına dayalı nitelikte ve ihale edilme yasağına tabi olmaktan alıkoyabilecektir. Bu nedenle diğer mevzuata atıf yapılması, zaten sorunlu bir alana, bir sorun daha ilave etmekten başka bir katkı sunmamıştır.

³⁶⁸ Kanunun 62/e maddesinde yapılan bu değişikliğe uyum sağlama maksadı ile Kamu İhale Genel Tebliğinin 78. maddesinde yapılan değişiklik kapsamında “*Niteliği gereği süreklilik arz etme koşulu dışında diğer koşulları taşıyan ve ihale edilmesi mümkün olan hizmet alımlarında, teklifler ile aşırı düşük tekliflerin hazırlanması ve değerlendirilmesinde bu Tebliğin personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı ihaleleri için öngördüğü düzenlemeler (asgari işçilik maliyeti ile sözleşme giderleri ve genel giderlerin hesabı, sınır değer tespiti, işçilik hesaplama modülünün kullanım zorunluluğu vb.) aynen uygulanır.*” düzenlemesine de yer verilmiştir. Bu bakımdan tekrarına ihtiyaç duyulmayan, geçici nitelikteki hizmetleri, personel çalıştırılmasına dayalı olarak nitelemek mümkün olmasa da bu hizmetlerin, kamu ihale mevzuatının personel çalıştırılmasına dayalı hizmetlere ilişkin düzenlemelerine tabi olmaya devam edeceği anlaşılmaktadır. (Değişiklik 6.2.2018 tarihli ve 30324 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.)

Üzerinde durulan bu tanım, genel tanımdır. Kural olarak personel çalıştırılmasına dayalı hizmet kavramından ne anlaşılması gerektiğini ortaya koymaktadır. Devamı cümlede ise bu genel tanımdan ayıksı bir hal düzenlenmektedir. Bazı idare, bütçe ve işler açısından genel tanım biraz daha farklılaştırılmakta hem kriterler azaltılmakta hem de yeni bir kriter tanıma ilave edilmektedir. Buna göre, *“Mahalli idare veya şirketlerinin bütçelerinden yapılan, yıl boyunca devam eden, niteliği gereği süreklilik arz eden ve haftalık çalışma saatlerinin tamamının idare için kullanıldığı park ve bahçe bakım ve onarımı ile çöp toplama, cadde, sokak, meydan ve benzerlerinin temizlik işlerine ilişkin alımlar personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı olarak”* kabul edilecektir. Böylece mahalli idare ve şirketlerinin park, bahçe, bakım ve onarımı ile çöp toplama ve kent temizliği işlerinin personel çalıştırılmasına dayalı hizmet kabul edilebilmesi ve dolayısıyla ihale edilme yasağına tabi olabilmesi, genel tanımda yer alan iki kriterin ve bir de bunlara eklenen yıl boyunca devam etme kriterinin varlığına bağlanmış olmaktadır.

Bu şekilde ayrıma gidilmesinin sebebi, mahalli idare ve şirketlerince yapılan çöp toplama ile park, bahçe bakım ve onarım işlerinin, personel çalıştırılmasına dayalı hizmet kategorisi içerisinde değerlendirilmesini sağlama ve ihale edilmelerinin önüne geçme isteğidir. Zira her iki hizmet, genel tanım karşısında personel çalıştırılmasına dayalı olmama ihtimali daha ağır basan hizmetlerdir. Genel tanımda yer alan, *ihale konusu işte çalıştırılacak personel sayısının ihale dokümanında belirlenmesi, yaklaşık maliyetinin en az %70’lik kısmının asgari işçilik maliyeti ile varsa aynı yemek ve yol giderleri dahil işçilik giderlerinden oluşması* kriterleri, hem kamu ihale mevzuatı gereği hem de girdi maliyetlerindeki dağılım gereği,³⁶⁹ bu hizmetlerde gerçekleşme ihtimali oldukça düşük olan kriterlerdir. Bu nedenle de bu iki kriter, genel tanım içerisinde çıkarılarak, bu iki yerel hizmetin her durumda personel çalıştırılmasına dayalı nitelik taşıması istenmiştir. Bu iyi niyetli yaklaşıma karşın yıl boyunca devam etme şeklinde genel tanımda bile yer almayan bir kritere neden ihtiyaç duyulduğunu anlamak mümkün

³⁶⁹ Kamu İhale Genel Tebliğinin 78.maddesinde, personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı ihalelerinin birim fiyat teklif alınmak suretiyle gerçekleştirilmesi zorunlu kılınmış ve birim fiyat teklif cetvelinde işçilik kalemlerine dair tekliflerin, işçi sayısı üzerinden (işçi x ay, işçi x gün gibi) alınması genel kural olarak benimsenmiştir. Bu düzenlemelerden personel çalıştırılmasına dayalı hizmetlerde idarelerin, kamu ihale mevzuatı gereğince işçi sayısını ihale dokümanında belirtmek zorunda oldukları anlaşılmaktadır. Oysa çöp toplama gibi hizmetlerde araç ve malzeme girdilerinin yüksek maliyeti, işçilik giderlerinin yaklaşık maliyetin % 70’ine ulaşmasını genellikle engellemekte ve bu nedenle de bu hizmetleri, personel çalıştırılmasına dayalı olarak nitelemek ve dolayısıyla bu hizmetlerde işçi sayısı belirtilmesi gibi bir zorunluluktan söz etmek mümkün olmamaktadır.

değildir. Kaldı ki fazladan öngörülen bu kriter, kadroya/statüye geçen taşeron işçilerin çalıştığı hizmet alanları ile ihale edilme yasağına tabi olacak hizmet alanları arasında beklenen uyum ve örtüşmenin gerçekleşmesine mani olmuş, ihale edilebilir/ihale yasağına tabi hizmet anlayış ve kurgusunda çelişkili bir durumun ortaya çıkmasına yol açmıştır.³⁷⁰

Tüm bunlara ek olarak, değişiklik kapsamında bu tanımlardan bağımsız bir de istisnai düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre danışmanlık hizmetleri, hastane bilgi yönetim sistemi hizmetleri ve çağrı merkezi hizmetleri, personel çalıştırılmasına dayalı hizmet olarak kabul edilmeyecektir. Bunlar nitelemesi doğrudan yasa tarafından yapılan hizmetlerdir. Yasa gereği personel çalıştırılmasına dayalı nitelik taşımayan, ihale edilme yasağına tabi olmayan, dolayısıyla da ihale edilebilirliklerini muhafaza eden hizmetlerdir. Aynı zamanda bu hizmetler, 4734 sayılı Kanunun ihale edilebilir nitelik kazandırma vasfından geriye kalanlardır. Genel ihale edilebilirlik vasfının, geldiği nokta, aldığı dar şekildir. Artık 4734 sayılı Kanun günümüzde yalnızca üç hizmete ihale edilebilir nitelik kazandırabilmektedir. Danışmanlık, hastane bilgi yönetim sistemi ve çağrı merkezi hizmetleri. Bu üç hizmeti, diğerlerinden farklı muameleye tabi tutmaya iten saikin ne olduğu sorusuna ise rasyonel bir cevap bulabilmek oldukça zordur.

Hatta danışmanlık hizmetlerinde yaşanan bir değişimden söz etmek mümkün bile gözükmemektedir. Danışmanlık hizmetleri, niteliği gereği ve ekseriyetle personel çalıştırılmasına dayalı nitelik taşımayan hizmetlerden oluşmaktadır. Kaldı ki 4734 sayılı Kanunun 48. maddesinde danışmanlık hizmetlerinin ihale edilebilir niteliği, açıkça ve özel olarak hükme bağlanmış durumdadır.³⁷¹ Bu bakımdan danışmanlık hizmetleri, 4734 sayılı Kanun bağlamında ihale edilebilir niteliğe sahip ve bu niteliğinden tüm bu süreç zarfında hiçbir şey kaybetmemiş olan hizmetlerdir. Bu nedenle değişiklik kapsamında danışmanlık hizmetlerinin personel çalıştırılmasına dayalı hizmet olarak kabul edilemeyeceğinin ayrıca belirtilmiş olmasını, bir yenilik olarak

³⁷⁰ Ayrıntılı açıklama için bkz. 366 nolu dipnot

³⁷¹ 4734 sayılı Kanunun 48. maddesinde “Mimarlık ve mühendislik, etüt ve proje, harita ve kadastro, her ölçekte imar planı, imar uygulama, ÇED raporu hazırlanması, plan, yazılım geliştirme, tasarım, teknik şartname hazırlanması, denetim ve kontrolörlük gibi teknik, mali, hukuki veya benzeri alanlardaki hizmetler, danışmanlık hizmet sunucularından alınır.” hükmüne yer verilmiştir. Hizmet sunucusu ise Kanunun 4. maddesinde “Hizmet alımı ihalesine teklif veren gerçek veya tüzel kişileri veya bunların oluşturdukları ortak girişimler” olarak tanımlanmıştır. Bu düzenlemeler açık bir şekilde danışmanlık hizmetlerinin, 4734 sayılı Kanun uyarınca ihale edilebilir niteliğe sahip hizmetler olduğunu ortaya koymaktadır. Hatta düzenlemedeki “alınır” vurgusu ile, bu nitelik bir ileri aşamaya taşınmakta ve ihale etmenin bir takdir meselesi olmaktan çıkartıldığı izlenimi bile verilmektedir.

değerlendirebilmek mümkün değildir. Personel çalıştırılmasına dayalı hizmet olarak kabul edilemeyeceği belirtilen diğer iki hizmet açısından söylenebilecek olan ise bu hizmetlerin ihale edilebilir niteliklerini bu dönemde de muhafaza ettikleri ve fakat nesnel ve makul bir gerekçe olmaksızın farklı muameleye tabi tutulmaları nedeniyle nihayetinde eşitsizliğin kurbanı olduklarıdır.

Bununla birlikte değişiklik, farklı hizmet türlerinin aynı ihaleye konu edilmesi ihtimalini de göz ardı etmemiş ve bu durumda oluşabilecek nitelikleme sorununa bir çözüm getirmiştir. Buna göre hizmet alım sözleşmesi kapsamında niteliği birbirinden farklı hizmet türlerinin bulunması halinde personel çalıştırılmasına dayalı olup olmama yönünden yapılacak değerlendirme, her hizmet türü için ayrı ayrı yapılacaktır. Acaba bir hizmet alımı kapsamında birden fazla bulunabileceği anlaşılan bu hizmet türü, tam olarak neye karşılık gelmektedir? Bu doğrultuda şoförlü araç kiralama ihalesinin, araç kiralama ve şoför çalıştırılması olmak üzere iki farklı hizmet türü barındırdığı mı kabul edilecektir? Taşeron işçilerin kadro/statüye geçirilmesine ilişkin yayımlanan Usul ve Esaslarda verilen bir örnek,³⁷² bu sorulara bir cevap bulmamıza yardımcı olmaktadır. Bu kapsamda Usul ve Esaslarda malzemeli yemek ve temizlik işinin birlikte ihale edilmesi örnek olarak gösterilmekte, akabinde bu iki işin farklı hizmet türleri olduğu ve ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Verilen bu örnek ile şoförlü araç kiralama ihale örneği karşılaştırıldığında ise iki ihale arasında ince bir ayrımın bulunduğu görülmektedir.

Bu bağlamda şoförlü araç kiralama ihalesini oluşturan hizmetler arasındaki ilişkinin yoğunluk düzeyini, Usul ve Esaslarda verilen malzemeli yemek ve temizlik örneğinde görebilmek mümkün olmamaktadır. Malzemeli yemek ve temizlik işinde doğrudan ilişkilendirilemeyecek, tamamlayıcı nitelik taşımayan birbirinden farklı iki hizmetin bir arada ihale edilmesi söz konusu iken şoförlü araç kiralama ihalesinde aksi bir durum söz konusudur. Bu ihalede, hizmetler arasındaki bağ çok daha kuvvetli,

³⁷² Bu örnek, 1.1.2018 tarihli ve 30288 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan “Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Personel Çalıştırılmasına Dayalı Hizmet Alımı Sözleşmeleri Kapsamında Çalıştırılmakta Olan İşçilerin Sürekli İşçi Kadrolarına Veya Mahalli İdare Şirketlerinde İşçi Statüsüne Geçirilmesine İlişkin 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Geçici 23 Ve Geçici 24 üncü Maddelerinin Uygulanmasına Dair Usul Ve Esaslar”ın 4. maddesinin üçüncü fıkrasında yer almaktadır. Hizmet alım sözleşmesi kapsamında niteliği birbirinden farklı hizmet türlerinin bulunması haline özgü bu düzenlemeye, hem taşeron işçilerin kadroya geçirilmesine yönelik Usul ve Esasların dayanağını oluşturan 375 sayılı KHK’nın Geçici 23. maddesinde hem de ihale edilme yasağına ilişkin olarak 4734 sayılı Kanunun 62/e maddesinde yer verilmiştir. Birbirinin tekrarı niteliğindeki bu düzenlemeler aynı şekilde uygulanmak durumunda olduğundan biri için verilen örnek diğeri açısından geçerli ve yol gösterici olacaktır.

hizmetler, doğrudan doğruya ilişkili ve tamamlayıcı niteliktedir. Bu da değişiklikte, hizmet türü ibaresi ile aslında birbiri ile doğrudan ilişkilendirilmesi mümkün olmayan, tamamlayıcı nitelik taşımayan hizmetlerin ifade edilmek istendiğini ortaya koymaktadır. Bu kabul ise şoförlü araç kiralama hizmetinin, temizlik ve malzemeli yemeğin bir arada ihale edildiği işten farklı olarak, tek bir hizmet olarak değerlendirilmesini, bir ayırtırmaya gidilmeksizin hizmetin bütünü üzerinden, personel çalıştırılmasına dayalı nitelik taşıyıp taşımadığına dolayısıyla da ihale edilme yasağına tabi tutulup tutulmayacağına karar verilmesini gerektirmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki elbette hizmetler arasında ilgiyi kurabilmek pek çok durumda bu örnek kolaylığında olmamaktadır.

Öte yandan Kurum da bu değişiklikten kendi payına düşeni almış gözükmemektedir. Değişiklikte Kuruma personel çalıştırılmasına dayalı hizmetler üzerinde söz sahibi olmasını sağlayacak bir yetki tanınmıştır. Bu, personel çalıştırılmasına dayalı hizmet sahasının, dolayısıyla da ihale etme yasağının genişletilebilmesine dair bir yetkidir. Buna göre Kurum, hizmet alımının personel çalıştırılmasına dayalı olup olmadığı ya da niteliği itibarıyla bu sonucu doğurup doğurmadığı hususunda tanımlarda yer alan kriterleri ayrı ayrı ya da birlikte dikkate almak suretiyle usul ve esaslar belirlemeye yetkili kılınmıştır. Bu yetkiye istinaden Kurum, bir hizmetin niteliğini değiştirebilecek, tanımlar uyarınca personel çalıştırılmasına dayalı kabul edilmesi mümkün olmayan bir hizmetin, tanımlarda yer alan kriterleri ayrı ayrı uygulamak suretiyle personel çalıştırılmasına dayalı hal almasını ve ihale edilme yasağına tabi tutulmasını sağlayabilecektir. Ancak Kurum şu ana kadar mevcudu korumayı yeğlemiş, bir usul ve esas belirleme yoluna gitmemiştir.

Bu yeni dönem, kuşkusuz diğerlerinden farklı bir düşünce ve amaç ile şekillenen bir dönemdir. Her şeyden önce 4734 sayılı Kanunun hizmetlere ihale edilebilir nitelik kazandırma gibi idare hukukunun arka planda kalmış en büyük hukuki sorunlarından birine son verilmek istenmiştir. Ama salt bununla yetinilmemiş, bu mühim düşüncenin yanı sıra hizmetlerin ihale edilmesini yasaklamak suretiyle bu düşüncenin aksine hareket edilmesinin önüne geçilmek de istenmiştir. Bu düşünce ve alınan bu tedbir, dönemin, diğerlerinden ayırt edilmesine ve diğerlerine kıyasla gerçek anlamda değişimin amaçlandığı bir dönem olarak değerlendirilmesine sebep olmuştur. Bu düşünce ve tedbirlerin hayata geçirilmesi için başvuru yöntem incelendiğinde ise, üç

kümülatif koşulun öngörüldüğü, bunun yanı sıra özellikle hizmet koşulundan kaynaklı olarak farklı tanımlara, istisnalara yer verildiği ve hatta bu kapsamda Kuruma, hizmete özel tanım oluşturma yetkisinin bile tanındığı anlaşılmaktadır. Ancak yöntem kapsamında öngörülen bu kümülatif koşulların böylesine önemli bir amacı ölçüsüzse sınırlaması yetmezmiş gibi bir de kurallaşmada bu denli parçalı yapının tercih edilmesi haliyle bir kafa karışıklığına sebep olmuş ve bir takım haklı soruları beraberinde getirmiştir. Acaba bu karmaşa içerisinde bu amacı gerçekleştirebilmek mümkün olacak mıdır? Bu yöntem, uygulamada nasıl karşılık bulacaktır ya da karşılık bulma ihtimali var mıdır? Belki de bu sorular, bu güncel döneme dair cevabı en fazla merak edilen sorulardır.

B. YASAĞIN UYGULAMAYA ETKİSİ

Bu dönemde uygulamaya konulan hizmet anlayışı, sınırlı ve yasakçı bir anlayıştır. Geçmiş uygulamalardan farklı olarak ihale edilebilir niteliğe sahip olanları değil, olmayanları belirlemeyi amaçlamaktadır. Bunun için bilindik bir kavram olan personel çalıştırılmasına dayalı hizmet kavramını dayanak almakta ve birtakım koşullara bağlı olarak da ihale edilebilirliğe/ihale edilmeye bir yasak getirmektedir. Bu açıdan düzenlemeye konu edilen bütün değil, belirli bir hizmet alanıdır. Yapılan düzenleme, bu belirli alan üzerinde yasaklayıcı bir etkiye sahiptir. Düzenlemenin bu sınırlı etkisini genişletebilmek ve bu sınırlı etkiden hareketle alan dışında kalan hizmetlere bir nitelik kazandırabilmek mümkün değildir. Bu nedenle de bu sınırlı alan dışında kalan hizmetlerin (personel çalıştırılmasına dayalı olmayan hizmetlerin), doğrudan ihale edilebilir nitelik taşıdıkları çıkarımında bulunulamaz. Zira ihale edilebilir nitelik için her şeyden önce açık yasal ya da idari bir dayanağa ihtiyaç vardır. Bu bakımdan personel çalıştırılmasına dayalı olmayan hizmetler, bu düzenleme gerekçe gösterilerek ihale edilebilir niteliğe sahip hizmetler olarak nitelenebilmesi mümkün olmayan, ancak özel dayanakla bu niteliği kazanabilecek olan hizmetlerdir. Dolayısıyla hizmetlerin ihale edilebilirliği meselesinin, bu dönemle birlikte -olması gerektiği şekilde- özel dayanak konusu bir mesele halini aldığını söylemek mümkündür.

Ne var ki bu kaydedilen önemli ilerlemeye rağmen dönemin en büyük hatası, kötü bir alışkanlıktan vazgeçememesi olmuştur. Bu dönemde de personel

alıştırılmasına dayalı hizmet kavramı temel alınmıştır. Anımsanacağı üzere bu kavram, bütünüyle bir hizmete karşılık gelmemekte, belli koşullara sahip, idare ve hizmet temelinde değişkenlik arz eden, sübjektif bir anlayışı ifade etmektedir. Bu dönemde de kavrama objektif nitelik kazandırmak gibi bir uğraşa girişilmemiştir. Bu kavramın önceki dönemde yol açtığı sorunlar, ihale edilme yasağı alanına aynen taşınmıştır. Hatta diğer mevzuata göre gerçekleştirilen (Kanundan istisna olan) hizmetleri de kapsadığı iddiasına sahip bu dönem açısından bu sorunlar daha belirgin şekilde hissedilmiştir. Bu kavramın temel alınması, bu dönemde ihale edilme yasağına dair atılan bütün olumlu adımları anlamsızlaştırmaya yetmiştir. Bu olumsuz sonuçlar bizi çok daha yakından ilgilendirmektedir Zira bunlar günümüze dair, aktüel sonuçlardır. Bu nedenle de daha ayrıntılı bir değerlendirmeyi hak etmektedirler.

Bu sonuçları görebilmemiz açısından iş sağlığı ve güvenliği hizmeti iyi bir örnektir. 6331 sayılı Kanunda iş sağlığı ve güvenliği hizmetinin ihale edilebilirliği özel olarak hükme bağlanmış durumdadır. Buna göre ihale edilebilir olan bütünüyle bir hizmettir. Bu, işçi giderinin yaklaşık maliyet içerisindeki ağırlığı, ihale dokümanında işçi sayısının belirtilmesi gibi kriterlerden bağımsız olarak, özel kanunla kazanılmış olan bir niteliktir. Genel ve objektiftir. Oysa 4734 sayılı Kanunda yapılan bu düzenleme, iş sağlığı ve güvenliği hizmetini değil; işçi, işe ve ihaleye dair birtakım koşulları taşıyan bir iş sağlığı ve güvenliği hizmetini hedef almaktadır. Bu doğrultuda, personel sayısının ihale dokümanında belirlendiği, personelin çalışma saatlerinin tamamını idare için kullandığı, yaklaşık maliyetinin en az %70’lik kısmının asgari işçilik maliyeti ile varsa aynı yemek ve yol giderleri dahil işçilik giderinden oluştuğu ve niteliği gereği süreklilik arz eden bir iş sağlığı ve güvenliği hizmetinin ihale edilmesini yasaklamaktadır. Yasak, hizmete değil, daha çok hizmetin ihale edilme yöntemine dairdir. Yasaklanan ya da yasaklanmaya çalışılan, idareden idareye hatta bir idarenin hizmetinden diğer hizmetine değişkenlik gösteren bir iş sağlığı güvenliği hizmetidir. Bu bakımdan 6331 sayılı Kanunla kazanılan genel nitelikten farklıdır. Bireysel ve sübjektiftir. Dolayısıyla da ihale edilebilir kılınan hizmet ile ihale edilme yasağına tabi tutulan hizmet, aynı hizmet olsa da idareler açısından taşıdığı anlam farklıdır. Hizmet, bütün idareler için ihale edilebilir nitelik taşımakta ama ihale edilme yasağı sadece belli idareler için söz konusu olabilmektedir.

Oysa anlaşılan, düzenlemeyi yapanlar önceki dönemde olduğu gibi bu dönemde de bunun ayırında değildir. Uygulamaya konulan ihale edilme yasağının sübjektif olmadığına, idareden idareye ya da idarenin bir hizmetinden aynı nitelikteki diğer hizmetine değışkenlik göstermediğine inanmaktadırlar. Onlar açısından bu düzenleme, iş sağlığı ve güvenliği hizmetini bütünüyle kapsamakta ve bu hizmetin ihale edilmesini bütünüyle yasaklamaktadır. Bu inancı, düzenlemede yer alan “*personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı veya niteliği itibarıyla bu sonucu doğuracak şekilde alım yapamaz ve buna imkan sağlayan diğer mevzuat hükümleri uygulanmaz.*” ibaresinden ve danışmanlık hizmetleri, hastane bilgi yönetim sistemi hizmetleri ile çağrı merkezi hizmetlerinin bir bütün olarak istisna tutulmasından anlayabilmek mümkündür. Oysa personel çalıştırılmasına dayalı hizmet gibi sübjektif ve manipölasyona açık bir kavramdan hareketle bu şekilde objektif ve genel bir hizmet çıkarımında bulunulabilmek mümkün değildir. Bu yönüyle, niteliği itibarıyla bu sonucu doğuracak şekilde alım yapılamayacağını ve buna imkan sağlayan diğer mevzuat hükümlerinin uygulanmayacağını belirtmenin de pek bir anlamı yoktur. İşe, ihaleye ve işçiye dair belli koşullara sahip hizmet tanımı üzerinden ne niteliği itibarıyla bu sonucu doğuran bir hizmete ne de diğer mevzuatlarda buna imkan sağlayan bir hükme, açık ve tartışmasız şekilde ulaşılabilir.

Bu bakımdan bu düzenleme de aynen bir önceki gibi kendi içerisinde çelişkilidir ve bu durum büyük bir değışiklik getirildiği savını inanılır olmaktan çıkarmaktadır. Bu düzenlemeye rağmen özel kanunlarla ihale edilebilir kılınan birçok hizmet, hala bu niteliklerini korumakta ve ihale edilme yasağından etkilenmemektedir. 4734 sayılı Kanun değışikliği sadece belli koşullara sahip hizmetlerin ihale edilmesini engellemekte yoksa hizmetlerin ihale edilebilir niteliklerine hanel getirmemekte ve ihale sürecine konu edilebilmelerine bütünüyle mani olmamaktadır. Bu nedenle, belediyelerin, temizlik, güvenlik, sayaç okuma ve sayaç sökme takma işleri Belediye Kanunun 67. maddesi, temizlik ve katı atık, zabıta hizmetleri aynı Kanunun 14. maddesi, hizmet yerlerinin ve tedavi kurumlarının temizlenmesi, tesisatın bakım ve işletilmesi ile sağlık hizmetleri Devlet Memurları Kanununun 36. maddesi gereğince hala ihale edilebilir nitelikte olan ve akabinde ihale sürecine konu edilebilecek hizmetlerdir. Tabii ki ihale sürecine konu edilmeleri, bu hizmetlerin 4734 sayılı Kanunun 62/e maddesinde ihale edilme yasağı için öngörülen kriterleri taşımaması kaydıyla mümkün olabilecektir ki bu kriterlerin birçoğu, -özellikle de ihale dokümanında personel sayısının belirtilmesi ve haftalık

çalışma saatlerinin tamamının idare için kullanılması kriterleri- idarelerce zaten kolaylıkla aksi yerine getirebilecek olan kriterlerdir.

Bununla birlikte düzenlemede, bu tür aksi durumlara karşı Kurum üzerinden bir önlem alınmaya çalışılmıştır. Buna göre Kurum, hizmet alımının, personel çalıştırılmasına dayalı olup olmadığı ya da niteliği itibarıyla bu sonucu doğurup doğurmadığı hususunda, tanımlarda yer alan kriterleri ayrı ayrı ya da birlikte dikkate almak suretiyle usul ve esaslar belirleyebilecektir. Böylelikle bir hizmete, personel çalıştırılmasına dayalı hizmet kriterlerini ayrı ayrı tatbik etmek suretiyle objektif nitelik kazandırabilecek ve idarenin inisiyatifi ile şekillenmeyen bir ihale edilme yasağından söz etmek mümkün hale gelecektir. Objektifliği sağlayabilmenin yolu da personel çalıştırılmasına dayalı hizmet tanımında idarelerin etki edemeyeceği kriteri ya da kriterleri bulmaktan geçmektedir.

Bu kriterler incelendiğinde bütünüyle idari etkiye kapalı tek kriterin, *niteliği gereği süreklilik arz etme* olduğu görülmektedir.³⁷³ Objektifliği sağlama gibi büyük bir fırsata rağmen Kurumun bu tek kriter esasında yeni bir personel çalıştırılmasına dayalı hizmet kavramı oluşturabilmesi ise oldukça güçtür. Nitekim bu yeni kavramın, tek bir hizmet açısından geçerli olacak şekilde uygulanması halinde, eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği meselesi gündeme gelecektir. Bu bağlamda Kurumun, şoförlü araç kiralama hizmetinin personel çalıştırılmasına dayalı hizmet olarak nitelenebilmesi için niteliği gereği süreklilik arz etme kriterinin yeterli olacağını kararlaştırması halinde, neden malzemeli yemek ihaleleri açısından da aynı tercihte bulunmadığı sorusuna muhatap olmak, bu tercihi makul ve nesnel bir gerekçe göstermek durumunda kalacaktır. Kurum, tek kriter esasında oluşturduğu bu yeni kavramı, tüm hizmetler açısından geçerli olacak şekilde uygulaması halinde ise bu kez de bütün kamu hizmetlerini kapsayan oldukça geniş bir hizmet sahasının ihale edilme yasağına tabi tutulması gibi istenmeyen bir sonuçla karşı karşıya kalacaktır. Kısaca objektifliği sağlama adına

³⁷³ Bu noktada personelin çalışma saatlerinin tamamını idare için kullanılması kriterinin neden idari etkiye kapalı bir kriter olarak değerlendirilmediği sorusu akla gelebilir. Bu kriter bütünüyle değil, kısmen idari etkiye kapalıdır. Kriterin bu haliyle idari müdahaleye bütünüyle engel olabilmesi mümkün değildir. Zira yasada açıkça bir işçinin tam zamanlı çalışması gerektiği belirtilmeyen haller dışında idarenin, tam zamanlı bir işi, kısmi zamanlara ayırarak bu işte birden fazla işçi çalışmasını sağlayacak şekilde dokümanda düzenleme yapmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Bu durumda personel, idarenin bu tasarrufu nedeniyle (haftalık) çalışma saatlerinin tamamını idare için kullanmamış olacağından bu kriter de haliyle gerçekleşmemiş olacaktır. Bu kriterin temel sorunu, işin niteliği değil, personel odaklı kaleme alınmış olmasıdır. Bu bakımdan aslında olması gereken, kriterin, *işin niteliği gereği tam zamanlı çalışmayı gerektirmesi* şeklinde belirlenmesidir, yoksa personelin fiilen tam zamanlı çalışması şeklinde değil.

atılacak her adımda sorunlara yol açan, bu sorunlarla baş etmek zorunda kalan ve neticede bu süreçten zararlı çıkan bizzat Kurumun kendisi olacaktır.

Öte yandan 4734 sayılı Kanunun 62/e maddesinde yapılan bu değişikliğin uygulamaya yansımaları, bir hizmet bütünlüğünde olmamıştır. İhale edilme yasağı, hizmetin bütünü için değil, bir parçası için uygulanmıştır. Yasağa tabi tutulan, personel çalıştırılmasına dayalı hizmetin sadece personel (işçi) parçası olmuştur. Hizmetin personel dışındaki diğer bileşenleri bu yasaktan etkilenmemiş, bu bileşenlerin ihale ile olan ilişkisi sektöre uğramamıştır. Bunların, satın alınmak (mal alımı) ya da kiralanmak (hizmet alımı) suretiyle karşı taraftan teminine devam edilmiştir. Bu dönemde belediyeler tarafından çöp toplama adı altında çıkılan bir ihaleden söz etmek mümkün olmasa da çöp toplama hizmetinin işçilik dışında kalan diğer bileşenleri (çöp kamyonu, süpürge vb.) ihale edilebilmiş ya da benzer şekilde bina temizliği bütünüyle ihale edilemese de temizlik malzemeleri için ihaleye çıkılabilmıştır.³⁷⁴

Bu durum, bir hizmetin bütünü için getirilen bir yasağın evleviyetle parçalarını da kapsamamasının gerekip gerekmediği, bu nedenle de işçilik dışındaki bileşenlerin ihale edilmesinin hukuka aykırı olup olmadığı noktasında bir duraksamaya yol açmıştır. Bu, taşeron işçilerin kadro/statüye geçirilmesi ile ihale edilme yasağı arasındaki uyumun istenilen şekilde sağlanamamasından, ihale edilme yasağının, işçilerin kadro/statüye geçmeye imkan tanıyan hükme oranla daha geniş kapsamlı kurallaştırılmasından ileri gelmektedir. Kadroya sadece işçiler (hizmetin bir parçası) geçirilmiş iken, yasak hizmetin bütünü için getirilmiştir. Ancak yine de bu yasağı, işçilik dışındaki bileşenleri de kapsayacak şekilde uygulayabilmek mümkün değildir. Zira ihale yasağı personel çalıştırılmasına dayalı hizmet niteliği taşıyan alımlar için öngörülmüştür. Yasağa tabi olma yönüyle her ihale kendi içinde ve ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Bu nedenle de işçilik dışı bu bileşenlerin tek başına ihaleye konu edilmeleri halinde, bu ihaleler ayrıca ele alınmalı ve personel çalıştırılmasına dayalı nitelik taşıyıp taşımadıkları/yasağa tabi tutulup tutulmayacakları konusu ayrıca kararlaştırılmalıdır. Kaldı ki yapılacak aksi

³⁷⁴ Bu duruma, Gaziosmanpaşa Belediyesi tarafından gerçekleştirilen 2019/172205 İKN'li Çöp Toplama ve Genel Temizlik İşlerinde Kullanılmak Üzere Malzeme Alımı İş, Dargeçit Belediyesi tarafından yapılan 2018/622449 İKN'li 1 adet 2 El Vinçli Çöp Kamyonunun Satın Alınması İş, Maçka Belediyesi tarafından gerçekleştirilen 2018/340142 İKN'li Çöp Kamyonu Alımı İş, Mentеше Belediyesi tarafından gerçekleştirilen 2018/256126 İKN'li Mini Damperli Çöp Kamyonu Alım İş, Bergama Belediyesi tarafından yapılan 2019/40111 İKN'li Çöp Kamyonu ve Temizlik Araçları Kiralama İş, Viranşehir Belediyesi tarafından gerçekleştirilen 2018/653687 İKN'li Çöp Toplama Nakil ve Genel Temizlik İşinde Kullanılmak Üzere Araç Kiralama Hizmet Alımı örnek olarak gösterilebilir. (Bu ihalelere ait bilgiler ekap.kik.gov.tr adresinden ulaşabilmek mümkündür.)

yorum, personel çalıştırılmasına dayalı hizmetin tüm bileşenlerinin idarelerce üretilmesi beklentisini de içermektedir ki bu, fiilen mümkün olmadığı gibi emanet usulünde bile rastlanmayan güçlükte bir koşulun idarelere dayatılması anlamı taşımaktadır.

Bununla birlikte pratikte, bu tartışmaya ve kısmen ihale edilme uygulamasına bile itibar etmeyen örneklerle karşılaşılması, bu tartışmanın gerekliliğinin ve kanun değişikliğinin taşıdığı anlamın sorgulanmasına sebep olmuştur. Nitekim bazı idareler, 62/e maddesinde yapılan değişikliğe rağmen eski anlayışlarını sürdürmeyi tercih etmiş, sadece işçilik dışı bileşenlerin ihale edilmesi şeklinde oluşan uygulamayı dahi önemsememiştir. Bunun için de yıllardır uygulaya geldikleri ihale koşullarında değişikliğe gitmişler ya da aksine bu koşullardan taviz vermemek suretiyle aslında personel çalıştırılmasına dayalı olarak değerlendirilebilecek ve ihale edilemeyecek hizmetleri, ihale edilebilir kılmaktan ve ihaleye konu etmekten çekinmemişlerdir. Bu şekilde personel çalıştırılmasına dayalı hizmet kavramının idareden idareye değişkenlik gösteren bir kavram olduğunun somut örneklerini de herkesin görmesini sağlamışlardır.

Çanakkale Belediyesi Su ve Kanalizasyon Müdürlüğü'nün “*Çanakkale Belediyesi Kanalizasyon Sistemine Bağlı Terfi İstasyonları, Periyodik Kontrol, Temizlik Ve Bakımının Yapılması İş*” bu duruma verilebilecek örneklerden biridir. Bu hizmet kapsamında terfi istasyonlarının fiziksel günlük temizliğinin yapılması, bağlantı rögarlarının günlük bakımının yapılması ve kanal açıcı araç ile temizlenmesi gibi işlerin de sayıldığı görülmektedir.³⁷⁵ Bunlar, işçiliğe ve sürekliliğe vurgu yapan ve bu anlamda personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımını çağrıştıran tipik düzenlemelerdir. Bu nedenle daha ilk bakışta bu hizmeti, personel çalıştırılmasına dayalı hizmet olarak nitelendirmek mümkündür. Oysa ihale dokümanı incelendiğinde, dokümanda idare tarafından işçilere ve işçiliğe dair neredeyse hiçbir düzenlemeye yer verilmediği, “*Yüklenici, her türlü makine/araç/gereç/malzeme/işgücü ihtiyacını kendi imkanları ile karşılayacak, idareden bu konu ile ilgili hiçbir yardım talebinde bulunmayacaktır.*” şeklinde genel bir ifade ile konunun geçirildiği görülmektedir. Bu durum karşısında, ihale dokümanında personel sayısının belirtilmesi kriteri hiç gerçekleşmediğinden, personelin çalışma saatlerinin tamamının idare için kullanılması ile yaklaşık maliyetin en az %70'inin işçilik giderinden oluşması kriterlerinin gerçekleşip gerçekleşmediği bilinemeyeceğinden, bu ihaleyi, personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı olarak

³⁷⁵ 2018/666470 İKN'li ihaleye ait bilgilere ekap.kik.gov.tr adresinden ulaşabilmek mümkündür.

niteleme imkanı bulunmamaktadır. Neticede karşımıza, idarenin, Kuruma ve 62/e maddesine rağmen ortaya koyduğu cesareti ve inisiyatifi ile şekillendirdiği bir süreç, personel çalıştırılmasına dayalı olarak nitelenemeyecek ve ihale edilmesinin açıkça hukuka aykırı olduğu iddia edilemeyecek bir hizmet alımı çıkmaktadır.

Bu kapsamda verilebilecek bir diğer örnek, Çorum Orman İşletme Müdürlüğü tarafından gerçekleştirilen “*Etüt Proje, Ağaçlandırma, Rehabilitasyon Ve Özel Ağaçlandırma, Toprak Muhafaza, Mera Islahı Sahalarının Teknik Denetim Ve Kontrolü İşleri*”dir. Bu ihalede, önceki örneğin aksine işçiliğe dair ayrıntılı düzenlemeler göze çarpmaktadır. Teklifler işçilik üzerinden alınmakta, iş kapsamında 6 adet orman mühendisi ya da orman yüksek mühendisinin 9 ay 15 gün süre ile çalışması istenmekte, mühendisler brüt asgari ücretin %92,25 fazlasının ödeneceği, haftalık çalışma saatinin 45 saat olduğu belirtilmekte ve ağaçlandırma, ağaçlandırma bakım, toprak muhafaza, toprak muhafaza bakım çalışmaları gibi idarenin asıl işleri, ihale kapsamında yapılması istenen işler arasında sayılmaktadır.³⁷⁶ Bu düzenlemeler de personel çalıştırılmasına dayalı bir hizmet alımı ile karşı karşıya olduğumuz izlenimini fazlasıyla vermektedir. Oysa idare, ihale dokümanında işçiliğe bu denli ayrıntı ve rahatlıkta değinebilmesine olanak sağlayan makul bir gerekçeye sahip olduğuna inanmaktadır. Çünkü idare, ihaleyi danışmanlık hizmet alımı olarak gerçekleştirmektedir. Ve danışmanlık hizmetleri, kanunen personel çalıştırılmasına dayalı hizmet olarak kabul edilmeyen, ayrıksı hizmetlerdir. Bu nedenle idare, ayrıksı olmanın verdiği güvenle ve üstelik de işi danışmanlık hizmeti şeklinde ihale etmiş olmasına rağmen uzmanlığı, deneyimi ya da bilgiyi değil, işçiliği ihalenin temeline yerleştirme serbestisini kendisinde görebilmektedir.³⁷⁷

Oysa Kamu İhale Kurumu benzer bir durum karşısında farklı bir tutum sergilemiştir. Kurum, EKAP yazılım geliştirme işini, 4734 sayılı Kanunun 62/e madde değişikliği sonrası dönemde ihale etmekten vazgeçmiştir. Üstelik de “yazılım geliştirme” işinin, Kanunun 48. maddesinde ismen danışmanlık hizmeti kapsamında sayılmış olmasına rağmen tercihi yine de ihale etmeme yönünde olmuştur. İki idare arasındaki bu uygulama farklılığı, danışmanlık hizmetleri ile genel hizmetler arasındaki

³⁷⁶ 2019/62424 İKN’li ihaleye ait bilgilere ekap.kik.gov.tr adresinden ulaşabilmek mümkündür.

³⁷⁷ 4734 sayılı Kanunun 48. maddesinin ikinci fıkrasında, belli parasal tutarın altında kalan danışmanlık hizmetlerinin, hizmet alımı ihalesiyle gerçekleştirilebilmesine imkan tanınmıştır. Bu hüküm gereğince bir danışmanlık hizmetinin, hizmet alımı olarak gerçekleştirilebilecek olması, elbette ki ihalede işçiliğin temel alınabilmesine gerekçe teşkil edemez.

sınır sorunundan, kimi hizmetlerin hangi kapsamda değerlendirilmesi gerektiğinin tespitindeki güçlükten kaynaklanmaktadır. Bu tartışmada karşımıza çıkan tipik soru, tam zamanlı işçiliğe dayalı ve niteliği gereği süreklilik arz eden bir hizmetin, danışmanlık hizmeti olarak nitelenmesinin mümkün olup olmadığıdır. Yoksa tüm danışmanlık hizmetleri uzmanlık, bilgi ve deneyim gibi özelliklerinin yanı sıra niteliği gereği arızı nitelik taşıyan hizmetler midir? Bu, pek üzerine düşülen ve düşünülen bir konu değildir. Anlaşılan, Kuruma göre tam zamanlı işçiliğe dayalı ve niteliği gereği süreklilik arz eden bir hizmetin, -üstelik de ismen danışmanlık olduğu belirtilmiş olmasına rağmen- danışmanlık hizmeti olarak nitelenmesi mümkün değil iken, Çorum Orman İşletme Müdürlüğü ve daha birçok idareye göre mümkündür. Bütün mesele, gri alanın sağladığı kolaylık ve bu kolaylık içerisinde yapılan tercihlerdir. Ve bu tercihler şu an için hizmetlerin ihale edilebilirliği gibi önemli bir sorun üzerinde belirleyici etkiye sahip olmaktadır.

Son tahlilde hizmetlerin ihale edilebilirliği/ihale edilmekten yasaklanması bağlamında bu dönemde de tam anlamıyla bir çözümden söz etmek mümkün değildir. İyi bir düşünce, kötü bir kurallaştırma ile heba edilmiştir. Bir bina temizliği işinin, malzemesiz yemek hizmetinin ya da danışma, yönlendirme işinin, yapılan düzenlemeye rağmen her durumda personel çalıştırılmasına dayalı hizmetmiş gibi muamele görmesi istenmiş ve bu isteğin nihayetinde hayata geçmesi de sağlanmıştır. Ama bunun için fiili unsurların sürece dahil edilmesi gerekmiştir. Hukukun yetersiz olduğuna inanılan ya da hukuku aşmak istenilen alanlarda sıkça fiili uygulamalara başvurulmuştur. Şayet bu dönemde ulaşılan bir başarıdan söz etmek gerekirse bu kesinlikle fiili uygulamaların katkısıyla ulaşılan bir başarı olmuştur. Birçok hizmeti ihale edilemez kılan/ihale edilme yasağına tabi tutulmasını sağlayan, esas itibarıyla bu fiili uygulamalardır. Kurum bu noktada da etkin bir rol üstlenmiştir. İdareden idareye değişkenlik gösteren bina temizliği işinin ya da park, bahçe bakım ve onarımı işinin tüm idarelere aynı şekilde uygulanması için elinden geleni yapmıştır. Bu doğrultuda personel çalıştırılmasına dayalı hizmet olarak değerlendirilemeyecek bir park, bahçe bakım ve onarımı işini ihale etmek isteyen idareye ya dolaylı olarak izin vermemiş ya da ikazla geri adım atmasını sağlamıştır. Aslında bu engellemelerinde Kurum oldukça iyi niyetlidir. Zira birçokları gibi objektif bir düzenleme ile karşı karşıya olduğuna, bina temizliği ya da park, bahçe bakım ve onarımı işinin, her durumda personel çalıştırılmasına dayalı hizmet niteliği taşıdığına inanmaktadır. Bu dönemde Kurum bu inançla hareket etmiş, düzenlemenin

sebepler olduğu sübjektifliğı kendince gidermeye, bilinçsizce de olsa hukukiliğe fiili unsurlar da ekleyerek eşitliğı tesis etmeye çalışmıştır. Ancak bu durum nihayetinde önceki döneme nazaran belirgin şekilde azalmış olsa da fiili durumların ve bu fiili durumlar üzerinden ulaşılan başarıların, bu dönemin de tedirgin edici unsurları olduğu gerçeğini daha görünür kılmaktan başka bir işe yaramamıştır.



SONUÇ

Hizmet ihaleleri, idare hukukunun her daim baş etmekte zorlandığı alanlardan biri olmuştur. 4734 sayılı Kanunun bu bağlamda idare hukukuna sağladığı katkı ise kesinlikle iltifata değer değildir. Kanunun hizmetleri ele alış şekli, zaten sorunlu bir alanı, çok daha sorunlu hale getirmekten öte bir katkı sağlamamıştır. Hizmetlere gereken önemi atfetmemiş ve bu alanda belirliliği, benzeri olanların bulunması gibi pek de rasyonel ve elverişli kabul edilemeyecek bir yöntem üzerinden sağlamaya çalışmıştır. Kanun bunlarla da yetinmemiş, varlık sebebi ile bağdaşmayan meselelere el atmaktan da geri kalmamıştır. Bu bağlamda hizmetlere ihale edilebilir nitelik kazandırmakla işe başlamış, ilerleyen yıllarda ise bu kez de tam aksi bir anlayışla hizmetlerin ihale edilmesini yasaklama yoluna gitmiştir. Bu hususta iki uç nokta arasında gidip gelinse de ve farklı çözümler denense de hizmetler ile ihale sürecine konu edilme ve ihale edilebilir olma özelinde bir türlü arzulanan netice elde edilememiştir. Mevcut bakış açısı ile elde edilebilmesi mümkün de değildir. Çünkü sürecin “hukuk” kısmı hep eksik bırakılmıştır. Kanunda yapılan hizmet tanımının muğlak olduğunun, hizmetlere belirlilik kazandırmak gerektiğinin ve bütün bir sürecin personel çalıştırılmasına dayalı hizmet gibi sübjektif kavram üzerinden ilerlediğinin farkına bile varılamamıştır. Bu süreç, hukuken üstesinden gelinemeyen ve başarı olarak adlandırılanın aslında hukuki başarısızlık olduğu bir süreçtir.

Ancak bu başarısızlığı, salt pozitif hukuk üzerinden açıklamak ve pozitif hukuka yüklemek yanıltıcı olur. Bu başarısızlıkta pay sahibi olan bir başka etken daha bulunmaktadır. Bu, soyut, doğrudan doğruya ve bütünüyle pozitif hukuk ile biçimlendirilebilmesi mümkün olmayan bir etkidir. İhale kültür ve bilinci, ihalenin toplumsal bir mesele halini almasında ve kuşku ile yaklaşılması gereken bir araç olarak görülmesinde belki de pozitif hukuktan daha önemli bir role sahiptir. Aksi halde dönemin ruhunu yakaladıklarını, önceki dönem eksikliklerini diğer ülke uygulamalarını da dikkate alarak giderdiklerini iddia eden ihale yasalarının -gerçek anlamda ihale için gerekli olanaklardan da yoksun bırakılmamış olmalarına rağmen- hep aynı kaderi paylaşmasını, bu denli hızlı yıpranmalarını, salt yasanın yetersizliği ile açıklayabilmek mümkün değildir. Bu bakımdan ihale açısından olması gereken, pozitif hukuk ile bu kültür ve bilincin, bir arada ve mümkün olduğunca üst seviyelerde bulunduğu bir ortamın tesisidir.

Ne var ki bu ortam, bizim için hayalden öteye geçememiştir. İhale kültür ve bilinci, zaten bize oldukça uzak ve kronik sorun teşkil eden bir alandır. İhale tarihimizin herhangi bir safhasında tam manasıyla içselleştirilmiş bir ihale kültür ve bilincinden söz etmek mümkün olmamıştır. İyi bir kurallaştırma (pozitif hukuk) açısından ise durum bu denli umutsuz değildir. Hatta ihale söz konusu olduğunda 4734 sayılı Kanun, iyi kurallaştırma adına ilk akla gelen örnektir. Ancak bu noktada küçük bir sorun vardır. 4734 sayılı Kanun birçok açıdan iyi bir kurallaştırma örneği olarak övgüyü hak etse de hizmet alımları bu iyi örneklerden biri değildir. Bu nedenle de 4734 sayılı Kanun ile hizmet birlikteliği, ihale açısından olabilecek en sorunlu birlikteliktir. İki kötünün, kötü bir kurallaştırma ile ihale kültür ve bilinç yoksunluğunun birlikteliğidir. Belirsizliğe, fiili uygulamalara, ihale kültür ve bilinç yoksunluğunun eklemelenmesidir. Haliyle de bu, kolay çözüme sahip olmayan bir birlikteliktir.

Bu husustaki deneyimlerimiz ise çözümün, yasayı değiştirmek veya yeni bir yasa yapmak ya da bir bağımsız idari otorite oluşturmak basitliğinde olmadığını bize göstermiştir. Bu unsurların inkar edilemez etkisine rağmen tam anlamıyla bir çözüm için bundan çok daha fazlasına, zihinsel bir değişime ihtiyaç vardır. Bunun için de kültür ve bilinçlenmenin önemi göz ardı edilmemeli ve gerçek anlamda ihale için gerekli bir etken olduğu unutulmamalıdır. Hatta pozitif hukuktan ziyade bu etkene daha fazla odaklanılması gerekmektedir. Ayrıca bu, sadece karar alıcı düzeyde değil, daha temelde, her bir birey düzeyinde sağlanması gereken bir bilinçlenme olmalıdır. Bunun için her akla gelen hizmetin ihale edilemeyeceğinin, ihalenin değil gerçek anlamda ihalenin amaç ve kural olduğunun, ihale sürecinde atılan her adımın aslında toplum adına ve yararına atılan adımlar olduğunun, ihalenin kişisel ve politik çıkarlara yer verilmeyecek kadar önemli bir nitelik taşıdığının herkesçe fark edilmesinin ve herkesin bu bilince ulaşmasının sağlanması da şarttır. Ancak bu aynı zamanda ironinin başladığı noktadır. Zira hemen hemen herkes zaten bu farkındalığa ve bilince sahiptir. Birçok yerde bu veya benzeri cümlelere tesadüf etmek mümkündür. Oluşan algı, bunların her dönemin teorik temennilerini yansıtan, pratikte ise bir anlam ifade etmeyen ve görmezden gelinen basmakalıp cümleler olduğudur. Peki bu kısır döngüden kurtulabilmek adına hiç mi umut yoktur? Umudla yaşayıp avuntuyla yetinmek, bizim gibi hukukta belli kaliteyi yakalayamamış ülkelerin kaderidir. Bu açıdan bu soruya verilebilecek belki de en mantıklı cevap, umut etmekten vazgeçilen günün, ihale ve hizmet adına umudun başladığı gün olduğudur.

KAYNAKÇA

- AKGÜL YILDIZ Şerife, **İdari Faaliyetlerin Devri Bağlamında Özel Güvenlik**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011
- AKTAŞ Nebi, **Devlet İhale Mevzuatı (1924-1993)** Maliye Bakanlığı Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğü, Sayı: 1994/5, Ankara, Haziran 1994
- AKYILMAZ Bahtiyar, SEZGİNER Murat, KAYA Cemil, **Türk İdare Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 7. Baskı
- AKYİĞİT Ercan, **Alt İşverenlik İlişkisinde İdari Para Cezasından Sorumluluk**, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 23, S. 2-3, Kasım 2010/Şubat 2011
- AKYİĞİT Ercan, **Kamuda Alt İşverenlik Ve Müteahhite İş Verme Özeldekinden Farklı Mıdır?**, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 23, S. 4, Mayıs 2011
- ARDIÇOĞLU M. Artuk, **Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi**, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 75, Sayı: 2017/3
- ASLAN Onur Ender, **Zabıta Personeli ve Taşeronlaşma ya da Belediye Kolluğunun Piyasaya Devri**, Çağdaş Yerel Yönetimler, Cilt 16, Sayı I, Ocak 2007
- ATİYAS İzak, ODER Burak, **Türkiye’de Özelleştirmenin Hukuk ve Ekonomisi**, TEPAV, 12 Mart 2008
- AYAYDIN Cem, **Özel Hukuk Kişilerinin Kamu Kudreti Kullanması Sorunu İle 4708 Sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun’a İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı Hakkında Düşünceler**, Yıldızhan Yayla’ya Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Armağan Serisi No: 4, Birinci Baskı, İstanbul, 2003
- AYKAÇ Bahar Hande, **İş Hukukunda Alt İşveren**, Beta Yayın, İstanbul 2011
- BUZ Vedat, **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları**, Yetkin Yayınları, Ankara 2007

BÜBER Bülent, **Yeni Bir Çatışma Alanı: Kamu Alımları**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Ve Siyaset Bilimi (Yönetim Bilimleri) Anabilim Dalı, Ankara- 2008

ÇAKIR Hüseyin Melih, **Sağlık Hizmetlerinin Özel Hukuk Kişileri Tarafından Yürütülmesi**, XII Levha Yayıncılık, Ekim 2015, İstanbul

ÇAL Sedat, **Araç Muayene Hizmetinin Özelleştirilmesi**, AÜHFD, Yıl 2008, C. 57, S. 2,

ÇAL Sedat, **Intuitu Personae” veya İmtiyaz Sözleşmelerinde İdarenin İmtiyazcayı Seçme Hakkı Üzerine...**, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 68, Sayı: 2010/3

ÇAL Sedat, **İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV, Y. 2010, S. 1

ÇAL Sedat, **Türk İdare Hukukunda Ruhsat**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010

Devlet İhale Kanunu Paneli, İstanbul Ticaret Odası, Yayın no:1996-2, 29 Eylül 1995

DOĞANER Seçkin, **Soygunun Öteki Adı: Devlet İhalesi**, İletişim Yayınları, 1. Baskı, 1999

DURAN Lütfi, **İdare Hukuku Ders Notları**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982

DURAN Lütfi, **İdare Hukuku Meseleleri**, Gözden Geçirilmiş İlaveli Yeni Yayın, İÜHF Yayını, İstanbul, 1964

DURAN Lütfi, **Yap-İşlet-Devret**, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt 46, Sayı 1, Basım Yılı 1991

ERSÖZ Deniz, **Alt İşverenlik El Kitabı**, Seçkin Yayıncılık

GEREK Nüvit, **Kamu Kuruluşlarında Hizmet Alım İhaleleri Kapsamında Çalıştırılan Alt İşveren İşçileri İle İlgili Sorunlar**, Çalışma ve Toplum, 2007/4

GİRİTLİ İsmet, BİLGİN Pertev, AKGÜNER Tayfun, **İdare Hukuku Dersleri**, Der Yayınları, İstanbul 2006

GÖZLER Kemal, **İdare Hukuku C. II**, 2. Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa – Ekim 2009

GÖZLER Kemal, **İdare Hukuku Dersleri**, Ekin Kitabevi Yayınları, Güncelleştirilmiş 7. Baskı, Eylül 2008

GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, TAN Turgut, **İdare Hukuku C. I, Genel Esaslar**, Güncelleştirilmiş 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2004

GÜLAN Aydın, BERKARDA Kemal, **İdare Hukukunda Gerçekleşen Köklü Değişimler**, Danıştay ve İdari Yargı Günü 134. Yıl Sempozyumu, 10-11 Mayıs 2002

GÜLAN Aydın, **Maden İdare Hukukumuzun Ana İlkeleri Ve Temel Müesseseleri (Mevzuat ve Yargı Kararları Işığında Eleştirel Bir Yaklaşım Denemesi)**, Lamure Yayıncılık, 2008

GÜLEŞÇİ Yusuf, **Kamu İşyerlerinde Alt İşveren Uygulaması**, Adalet Yayınevi, Ankara 2013

GÜNDAY Metin, **İdare Hukuku**, 9. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2004

GÜNDAY Metin, BAYMAN Tuğba, ORAK Çağatay Cem, **Katı Atık Bertaraf Hizmetlerinin Özel Kişilere Gördürülmesi**, TBB Dergisi, 2010 (90)

Hizmet Sektörü İşveren Sendikası, Kamu Hizmetlerinde Özel Sektörün Yeri

Kamu İhale Yasası Paneli, Türk Müşavir Mühendisler ve Mimarlar Birliği TMMOB İnşaat Mühendisleri Odası Ankara Şubesi, 14 Mayıs 2002

Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, **Kamu İşyerlerinde Alt İşveren Uygulamasının Doğurduğu Sorunlar ve Çözüm Arayışları (Seminer/Çalıştay)**, Başbakanlık Basımevi, Antalya-Belek (29 Nisan-2 Mayıs 2010)

KARAHANOGULLARI Onur, **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)**, Turhan Kitabevi, Ankara 2011

KARAHANOGULLARI Onur, **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)**, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015

KARAHANOGULLARI Onur, **Özelleştirme Yöntemi Olarak İhale**, Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, Cilt 7, Sayı 1, (1998)

KIRATLI Metin, **Koruyucu İdari Hizmetler**, Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1973

KUTLU Meltem, **İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:75, İzmir/1997

ONAR Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. III**, İstanbul 1966

ÖZAY İl Han, **Gümüşğında Yönetim**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004

ÖZAY İl Han, **İhale Usulleri ya da “İskambilden Şato” ile Bir Fok ve Penguen Öyküsü**, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, Alkim Yayınevi, İstanbul 2007

ÖZAY İl Han, **Kamu İhaleleri: Bir Örnek Olayın Düşündürdükleri**, Prof. Dr. Nihal ULUOCAK' a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı, İstanbul 1999

ÖZTOPRAK Sezin, **Kömür Ocaklarının Özel Hukuk Kişileri Tarafından İşletilmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara 2015

ÖZTÜRK Burak, **Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı**, Yetkin Yayınları, Ankara-2009

ÖZTÜRK Burak, **Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri** (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara 2000

SANCAR Mithat, **Devlet Aklı Kısılcacında Hukuk Devleti**, İletişim Yayınları, 7. Baskı

Sayıştay Başkanlığı, 2015 yılı Dış Denetim Genel Değerlendirme Raporu, Eylül 2016

Sayıştay Başkanlığı 2014 yılı Dış Denetim Genel Değerlendirme Raporu, Eylül 2015

SAYMAZ İsmail, **Fıtrat, İş Kazası Değil, Cinayet**, İletişim Yayınları, I. Baskı, İstanbul, 2016

SEVER Çiğdem, **Kamusal Faaliyetlerin Özel Kişilere Gördürülmesi: Özel Güvenlik ve Özel Sağlık**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (İdare Hukuku) Anabilim Dalı, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara-2013

SEZGİNER Murat, **İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XI, Sa.1-2, Y. 2007

SÖNMEZ Ahmet Miraç, **Türkiye’de Kamu Personeli Rejiminde Yardımcı Hizmetler Sınıfında Alt İşverenlik: Sağlık Bakanlığı Üzerine Bir Araştırma**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2011

SÜZEK Sarper, **İş Hukuku**, Beta Basım Yayım, İstanbul 2005

TAN Turgut, **İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 50, S.3, 1995

TAN Turgut, **Osmanlı İmparatorluğunda Yabancılar Verilmiş Kamu Hizmeti İmtiyazları**, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Yıl 1967, C. 22, S. 2

TAN Turgut, **Sağlık Hizmeti İhale Yoluyla Satın Alınabilir Mi? (Kamu hizmetinin özelleştirilmesi konusunda bir örnek olay)** İÜHFM, C. LXIX, S.1-2, 2011

TEKİNSOY Ayhan, **İdari Sözleşme Rejiminin Temel Özellikleri**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2002

TEKİNSOY M. Ayhan, **İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu**, AÜHFD, Yıl 2006, C. 55, S. 2

TOPRAK Eren, **Türkiye’de Hizmet Alımı İhaleleri Kavram ve Yapı Üzerine Değerlendirme**, Seçkin Yayıncılık, I. Baskı, Mart – 2012

TURHAN Seyfullah, **Devlet İhaleleri ve Rekabetsiz İhale Uygulamaları**, Sayıştay Dergisi, Sayı:22, Temmuz-Eylül 1996

Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi, **Soma Maden Faciası Raporu** (1 Kasım 2014), Türkiye Barolar Birliği Yayınları

TÜRKÖĞLU Gülşen, TÜRKÖĞLU Yekta, **Artırma, Eksiltme İhale Kanunu Hakkında Sayıştay, Danıştay, Yargıtay Kararları (660 örnek karar özeti ve ilgili diğer konularla)**, Orsel Matbaası, Ankara 1975

UZ Abdullah, **Kamu Hizmetlerinin Özel Kişilere Gördürülmesi Ve Devri Bakımından Anayasal Sınırlar**, Adalet Yayınevi, Ankara 2011

UZ Abdullah, **Kamu İhale Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara 2005

3. Uluslararası Kamu Alımları Sempozyumu, 11-12 Mayıs, 2015 Ankara

İNTERNET KAYNAKLARI

- Çalışmada atıf yapılan Kamu İhale Kurumu Kararlarına ihale.gov.tr ya da ekap.kik.gov.tr adresinden ulaşabilmek mümkündür.
- <http://www.cumhuriyet.com.tr>
- <http://www.oib.gov.tr>
- <http://www.milliyet.com.tr>
- http://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/rules-implementation_en
- <https://tr.euronews.com>
- <https://www.sozcu.com.tr>
- <https://www.yenisafak.com>
- <https://eur-lex.europa.eu/legal-content>
- <https://www.tbmm.gov.tr>
- <https://www.wto.org>
- <https://www.birgun.net>
- <http://www.hurriyet.com.tr>
- <https://www.aydinlik.com.tr>
- <https://www.aksam.com.tr>
- <https://www.barobirlik.org.tr>
- <http://www.mineaccidents.com.au>
- <http://www.isparta.bel.tr>
- <http://www.adana.bel.tr>
- <https://www.ordu.bel.tr>
- <https://www.haberturk.com>
- <https://www.aa.com.tr>
- <https://www.cnnturk.com>
- <https://tr.sputniknews.com>

ÖZET

4734 sayılı Kanun, pek çok kayda değer yenilikle birlikte yürürlük kazanmış, bu yönüyle de kamu ihale tarihinde haklı bir yer edinmiş olsa da hizmetler özelinde hep sorunlu bir Kanun olagelmıştır. Bunun temelde iki nedeni vardır.

İlki, kapsamdaki hizmetlere belirliliğin, ismen sayılan birkaç hizmet ile bunların benzeri olanlarının tespiti gibi ilginç bir yöntem üzerinden sağlanmaya çalışılmasıdır. Böylesine bir yöntemi, pratik açıdan makul kabul edebilmek mümkün iken hukuki açıdan değildir. Zira belirliliği sağlama adına başvurulmuş yöntem, tam aksine hizmetleri belirsizliğe terk etmiş, hemen hemen her tür ve nitelikte hizmetin ihale edilebileceği anlayışının yerleşmesine ve neticede hizmet – ihale birlikteliğinin bir hukuk devleti sorununa dönüşmesine sebep olmuştur.

İkincisi ise Kanunun, hizmetler özelinde kendisinden beklenilmeyen, fazladan bir işlev üstlenmiş olmasıdır. Bu anlamda Kanun, sadece ihale sürecine ilişkin usul ve esasları belirlemekle yetinen bir Kanun olmamış, ayrıca ve olağan dışı şekilde hemen hemen her hizmetin ihale edilebilir nitelik kazanmasına da dayanak teşkil etmiştir. Günümüzde bu niteliğini büyük ölçüde kaybetmişse de bunu, uzun sayılabilecek bir süre boyunca üstelik de pek dikkat çekmeden, belirsizliğe ve fiili uygulamalara dayalı olarak hukuka rağmen sürdürmüştür.

Bu nedenler ve beraberinde getirdiği hukuki sorunlar aynı zamanda 4734 sayılı Kanun bağlamında hizmetlerin, hem ayrıcalıklı bir konum kazanmasına sebep olmuş hem de ayrıca ele alınmayı gerektiren önemde bir mesele olduğunu anlamamızı sağlamıştır.

Anahtar Kelimeler: İhale, hizmet, ihale edilme, ihale edilebilir olma, belirsizlik, hukuk devleti

ABSTRACT

Public Procurement Law numbered 4734 (herein after referred as the Law) brought so many novelties in our traditional procurement regulations since its adoption. Although the Law found a notable place in public procurement history, it has always been problematic and controversial with regards to service procurements. Beneath this lie two reasons.

First, an interesting method is followed such as using a couple of namely counted services and their similar to define all covered service procurements. Such a method may be accepted taking into account practical concerns but it is not possible legally because method applied with a view to ensure definiteness paradoxically leaves services into the indefiniteness and this also cause settlement of understanding that almost all services with different kinds and natures may be subjects of procurement proceedings and that the relation between services and procurement has become a problem of state of law.

Second, the Law undertakes an unnecessary function, which is not supposed to be in terms of service procurements. In that regard, the Law is not only a law regulating principles and procedural rules regarding procurement proceedings but also grants unusually almost all services a legal ground for ability to be tendered. Although it has lost its quality to a great extent today, it still exists based on indefiniteness and de facto practices against law in general for a long period of time without taking any attention.

These reasons and accompanying legal problems also gain the services procurements privileged place in the Law and also make us understand how an important topic to be seriously taken into account it is.

Key words: procurement, service, to be a subject of procurement, ability to be tendered, indefiniteness, state of law.