

KAMU İHALE KURULU KARARI

Toplantı No	: 2018/041
Gündem No	: 7
Karar Tarihi	: 18.07.2018
Karar No	: 2018/DK.D-187
Toplantıya Katılan Üye Sayısı	: 7
Gündem Konusu	: 696 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile statü ya da kadroya geçişi sağlanan personelin komisyon üyeliği

Kurumumuza iletilen yazılarda, 27.12.2017 tarihli ve 30280 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 696 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile statü ya da kadroya geçişi sağlanan personelin, ihale ve sözleşme sürecinde oluşturulacak komisyonlarda ve teşkilatlarda görevlendirilip görevlendirilemeyeceği hususunda Kurumumuzdan görüş talep edilmektedir. Bahse konu durum 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 53’üncü maddesinde belirtilen “uygulamayı yönlendirme” görevi çerçevesinde, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ve diğer ilgili mevzuat dikkate alınarak incelenmiş olup buna ilişkin görüş ve değerlendirmelere aşağıda yer verilmiştir.

4734 sayılı Kanun’un “İhale Komisyonu” başlıklı 6’ncı maddesinde, ihale yetkilisinin, biri başkan olmak üzere, ikisinin ihale konusu işin uzmanı olması şartıyla, ilgili idare personelinen en az dört kişinin ve muhasebe veya malî işlerden sorumlu bir personelin katılımıyla kurulacak en az beş ve tek sayıda kişiden oluşan ihale komisyonunu, yedek üyeler de dahil olmak üzere görevlendireceği, ihaleyi yapan idarede yeterli sayı veya nitelikte personel bulunmaması halinde, 4734 sayılı Kanun kapsamındaki idarelerden komisyona üye alınabileceği hüküm altına alınmıştır. İhale Uygulama Yönetmelikleri ile Kamu İhale Genel Tebliği’nde de ihale komisyonlarının idare personelinen oluşturulacağına yönelik düzenlemeler yer almaktadır.

4735 sayılı Kanun’un “Denetim, muayene ve kabul işlemleri” başlıklı 11’inci maddesinde, teslim edilen mal, hizmet, yapım veya yapılan işin muayene ve kabul işlemlerinin, idarelerce kurulacak en az üç kişilik muayene ve kabul komisyonları tarafından yapılacağı hüküm altına alınmıştır. Yine, Hizmet İşleri Genel Şartnamesi’nde kontrol teşkilatının tanımı ve yetkilerine, Yapım İşleri Genel Şartnamesi’nde ise yapı denetim görevlisinin tanımına, yapı denetim hizmetlerine ve yapı denetim görevlisinin yetkilerine; muayene ve kabul işlemlerine yönelik çıkartılan yönetmeliklerinin “Muayene ve kabul komisyonlarının kuruluşu”nu düzenleyen ilgili maddelerinde ise; muayene ve kabul komisyonları ile geçici ve kesin kabul komisyonlarının oluşturulmasına ve üyelerin niteliklerine, muayene ve kabul komisyonu ile geçici veya kesin kabul komisyonunun ilgili idarenin personelinen oluşturulmasının esas olduğuna, ihaleyi yapan idarede yeterli sayıda veya nitelikte personel bulunmaması halinde Kanun kapsamındaki idarelerden komisyona üye alınabileceğine ve bunların sorumluluklarına yönelik düzenlemelere yer verilmiştir.

4734 ve 4735 sayılı Kanunların yukarıda aktarılan hükümleri ile bunların uygulanmasına yönelik çıkarılan ikincil mevzuatlarda, ihale ve sözleşme süreçlerinde kurulacak komisyon ve teşkilatların idare personelinen oluşturulması gerektiği, idare bünyesinde yeterli personel bulunmaması durumunda 4734 sayılı Kanun kapsamındaki diğer idare personelinen komisyonlara

KAMU İHALE KURULU KARARI

Karar Tarihi
Karar No -

: 18.07.2018
: 2018/DK.D-187

üye alınabileceği düzenlenmiş ancak "idare personeli" ifadesinden ne anlaşılması gerektiğine ilişkin bir tanıma ya da açıklamaya yer verilmemiştir. Sorunun çözümü açısından ise idare personeli kavramının açıklığa kavuşturulması önem arz etmektedir.

T.C. Anayasası'nın 128'inci maddesinde, devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği, memurların ve diğer kamu görevlilerinin niteliklerinin, atanmalarının, görev ve yetkilerinin, hakları ve yükümlülüklerinin, aylık ve ödeneklerinin ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceği, ancak, malî ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşme hükümlerinin saklı olduğu hükme bağlanmıştır.

4734 sayılı Kanun'un kapsamı dikkate alındığında; idareler tarafından genel, askeri, sağlık, belediye hizmetleri gibi farklı nitelikte hizmetler gerçekleştirilmekte ve bahse konu hizmetleri gerçekleştiren personele yönelik ise farklı Kanunlar yürürlükte bulunmaktadır. Bu Kanunlar içerisinde ise 657 sayılı Kanun en geniş kapsamlı ve yaygın kullanıma sahip Kanun'dur.

657 sayılı Kanun'un "İstihdam şekilleri" başlıklı 4'üncü maddesinde istihdam şekilleri memur, sözleşmeli personel ve işçiler olarak belirlenmiş, aynı Kanun'un 5'inci maddesinde, bu Kanun'a tabi kurumların, dördüncü maddede yazılı istihdam şekilleri dışında personel çalıştıramayacağı düzenlenmiştir. Yine, söz konusu maddede, bir yıldan az süreli veya mevsimlik hizmet olduğuna Devlet Personel Başkanlığı ve Maliye Bakanlığının görüşleri üzerine Bakanlar Kurulunca karar verilen görevlerde ve belirtilen ücret ve adet sınırları içinde sözleşme ile çalıştırılanların da istihdam edilebileceği hükme bağlanmıştır.

4734 ve 4735 sayılı Kanunlar ile bunlara ilişkin çıkarılan ikincil mevzuatta, ihale süreci ile sözleşme sürecinde kurulacak komisyon ve teşkilatlarda yer alacak kişilere yönelik olarak istihdam türü esasında bir ayırım yapılmamakta olup bunun yerine daha geniş bir kapsama sahip olan "idare personeli" kavramı kullanılmaktadır.

İdare personeli, araya üçüncü bir kişi girmeksizin idare ile doğrudan istihdam ilişkisi bulunan personel olarak tanımlanabilir. Bu istihdam ilişkisinin, doğrudan kanunla ya da idari işlemle veya bir sözleşmeye dayalı olarak kurulabilmesi mümkündür. Aynı zamanda idare ile personel arasında kurulan bu ilişki arzi nitelik taşımamalıdır. Bu doğrultuda, mevsimlik ve kısa süreli veya benzer koşullarda çalışanların bu kapsamda değerlendirilmesine imkan yoktur.

Netice itibariyle, 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar ile buna yönelik çıkarılan ikincil mevzuatta, 696 sayılı Kararname ile kamu kurum ve kuruluşlarındaki sürekli işçi kadrolarına veya mahalli idare şirketlerinde işçi statülerine geçirilenlerin ihale ve sözleşme sürecinde oluşturulacak komisyon ve teşkilatlarda görev almasını yasaklayan bir düzenlemenin yer almadığı anlaşılabilir olup bahse konu kadro ve statülere geçirilen kişilerin "idare personeli" niteliğine sahip olduğu, bu nedenle ihale ve sözleşme sürecindeki komisyon ve teşkilatlarda yer alabileceği ancak geçici işçi statüsünde bulunan kişilerin komisyon ve teşkilatlarda yer alamayacağı değerlendirilmiştir.