

**Kreş ve Anaokulu Hizmet Alımı ile ilgili olarak; her bir çocuk için KDV dâhil 734,40 TL olan hizmet bedelinin sadece 150,00 TL'sinin hizmetten yararlanan memur personelden alınarak kalan kısmının bütçeden karşılanması sonucu .....TL kamu zararına sebebiyet verilmesi**

|                          |                                    |
|--------------------------|------------------------------------|
| <b>Kamu İdaresi Türü</b> | Belediyeler ve Bağlı İdareler      |
| <b>Yılı</b>              | 2016                               |
| <b>Dairesi</b>           | 5                                  |
| <b>Karar No</b>          | 305                                |
| <b>İlam No</b>           | 129                                |
| <b>Tutanak Tarihi</b>    | 19.4.2018                          |
| <b>Kararın Konusu</b>    | İhale Mevzuatı ile İlgili Kararlar |

Kreş hizmet alımı

..... yüklenimindeki "Kreş ve Anaokulu Hizmet Alımı ile ilgili

olarak; her bir çocuk için KDV dâhil 734,40 TL olan hizmet bedelinin sadece 150,00 TL'sinin hizmetten yararlanan memur personelden alınarak kalan kısmının bütçeden karşılanması sonucu .....TL kamu zararına sebebiyet verilmesi ile ilgili olarak yapılan incelemede,

Anayasa'nın 128'inci maddesiyle memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceği, ancak, malî ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşme hükümlerinin saklı olduğu hüküm altına alınmıştır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 146'ncı maddesinde, yukarıda yer alan Anayasa hükmüne benzer bir düzenlemeye yer verilmiş, 191inci maddesinde ise, Devlet Memurları için lüzum ve ihtiyaç görülen yerlerde çocuk bakımevi kurulabileceği, bunların kuruluş ve işletme esas ve usullerinin genel yönetmelikle belirleneceği ifade edilmiştir.

08.12.1987 tarih ve 19658 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Açılacak Çocuk Bakımevleri Hakkında Yönetmeliğin "Amaç-Kapsam" başlıklı linci maddesinde; "Bu Yönetmelik, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun değişik 1 inci maddesinin birinci fıkrası kapsamına giren Devlet memurlarının çocukları için açılacak olan bakımevlerinin kuruluş, işleyiş ve denetimine ilişkin esas ve usulleri belirlemek amacıyla düzenlenmiştir."

"Ücret" başlıklı 13üncü maddesinde;

"(Değişik birinci fıkra: 25/1/1996 – 96/7840 K.) Çocuk bakımevi hizmetleri ücretlidir. Her çocuk için alınacak aylık ücret, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü görüşü de alınmak suretiyle, her mali yıl başında Maliye Bakanlığınca belirlenir. Belirlenen ücreti gerektiğinde yıl içinde değiştirmeye Maliye Bakanlığı yetkilidir." denilmektedir.

Çocuk bakım yurtlarına ilişkin ikinci bir düzenlemeye 20.06.2012 tarih ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 30'uncu maddesinde yer verilmiştir. Söz konusu maddede çocuk bakım yurtlarının kurulması veya dışarıdan hizmet alınması ve benzeri özel düzenleme gerektirebilecek konulara ilişkin usul ve esasların Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiş, bu kapsamda "Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik" 16.08.2013 tarih ve 28737 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Bu Yönetmelik'in "Uygulamada Öncelik" başlıklı 5inci maddesinde Yönetmelik hükümlerinin uygulanmasında öncelikle çalışanın tabi olduğu ilgili mevzuat hükümlerinin dikkate alınacağı, kendi özel mevzuatlarında hüküm bulunmaması halinde çalışanlar açısından bu Yönetmelik hükümlerinin uygulanacağı hüküm altına alınmış, oda ve yurtlarla ilgili bölümlerin uygulanmasında devlet memurları için 1987 yılında çıkarılan "Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Açılacak Çocuk Bakımevleri Hakkında Yönetmelik" hükümlerinin saklı olduğu açıkça ifade edilmiştir.

Aynı Yönetmelik'in 13üncü maddesinde yurt açma yükümlülüğü düzenlenmiş, işverenlerin ortaklaşa yurt kurabilecekleri gibi, bu yükümlülüğü, kamu kurumlarınca yetkilendirilmiş yurtlarla yapacakları anlaşmalarla da yerine getirebilecekleri ifade edilmiştir.

"Oda ve Yurtlardan faydalanacaklar" başlığını taşıyan 14üncü maddede yurtlardan faydalanacak çocuklara sınırlama getirilmiş, buralardan kadın çalışanların çocukları ile erkek çalışanların annesi ölmüş veya velayeti babaya verilmiş çocuklarının faydalanabileceği hüküm altına alınmıştır. Yönetmelik'in diğer maddelerinde yurtların yönetimi, denetimi, personeli, çocukların beslenmesi, muayenesi gibi hususlarda ayrıntılı açıklamalara yer verilmiş, işverene sadece yurt hizmeti sunma değil aynı zamanda bu yurtlarda verilecek

hizmetleri kontrol etme sorumluluğu yüklenmiştir.

Maliye Bakanlığı'nın 178 sayılı KHK ve Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu'ndan aldığı yetkiye istinaden Kamu Sosyal Tesislerine İlişkin Tebliğ düzenlenmiştir. Mezkur Tebliğ'in III. bölümünde kamu kurum ve kuruluşlarına ait kreş ve çocuk bakımevlerine kabul edilecek devlet memurları ile diğer kamu personelinin her çocuğu için aylık asgari 150,00 TL ücret alınacağı, asgari aylık ücretlerin kreş ve çocuk bakımevi hizmetlerinin karşılanmasında yeterli olmadığı durumlarda, kurum ve kuruluşların belirlenen ücretin üzerinde bedel tespit edebileceği ifade edilmiş, "Ortak Hususlar" başlıklı V. Bölümünün 1 ve 13'üncü maddelerinde ise kreş giderlerine bütçeden katkıda bulunulamayacağı, bunların her türlü giderlerinin (temizlik hizmeti alımı dahil) kreş ve çocuk bakımevlerinin kendi gelirlerinden karşılanacağı hüküm altına alınmıştır.

Devlet memurlarının çocukları için açılacak kreş, bakımevi ve yurtlarda temel düzenleme 1987 yılında çıkarılan "Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Açılacak Çocuk Bakımevleri Hakkında Yönetmelik"tir. Her ne kadar 6331 sayılı Kanuna istinaden çıkarılan "Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik" daha sonra çıkmış olsa da bu Yönetmelik'in "Uygulamada Öncelik" başlıklı maddesinde öncelikle çalışanın tabi olduğu ilgili mevzuat hükümlerinin dikkate alınacağı ve yurt konusunda "Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Açılacak Çocuk Bakımevleri Hakkında Yönetmelik" hükümlerinin saklı olduğu ifade edilmiştir. "Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Açılacak Çocuk Bakımevleri Hakkında Yönetmelik" hükümlerine göre bu kapsamda açılacak kreşlerden ücret alınması ve bu ücretin Maliye Bakanlığı tarafından belirlenmesi bir zorunluluktur. Maliye Bakanlığı tarafından yayımlanan ve yukarıda bahsedilen Tebliğ'de kreş giderlerine bütçeden katkıda bulunulmayacağı, bu tesislerin tüm giderlerinin kendi gelirleri ile karşılanması gerektiği açıkça belirtilmiştir. Dolayısıyla

devlet memuru olan kişiler için açılacak yurt, kreş ve benzeri tesislerin tüm giderlerinin bu tesislerden istifade edenlerden alınması gerekmektedir. Tebliğ'de belirtilen asgari tutarların ilgili kişilerden alınarak mütebakisinin bütçeden karşılanması mümkün değildir.

Savunmada özetle;“Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Açılacak Çocuk Bakımevleri Hakkında Yönetmelik”, “Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik'in” detaylı hükümleri ile Maliye Bakanlığı tarafından yayımlanan Kamu Sosyal Tesislerine İlişkin Tebliğ'de yer alan hükümlere değinilerek, bu kapsamda Anayasa'nın 10uncu maddesi gereğince memur-işçi veya ihtiyarilik-zorunluluk gibi çelişki ya da farklılık arz eden hükümlerin uyumluluğunun sağlanması gerektiği,

Yukarıda bahsi geçen Yönetmeliklerin usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalara da aykırılık teşkil ettiği, Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nin (CEDAW) ilgili bölümlerine atıf yapılarak kreş hizmeti sunulma zorunluluğu,

.....'nin hizmet alanınının çok geniş olduğu, her yerde kreş hizmeti sunmanın hem maliyetli hem de yönetsel açıdan zor olduğu, bu nedenle kreş hizmeti satın alınması yoluna gidildiği,

Kreş yapılması maliyetleri ile kreş hizmeti satın alınması maliyetleri karşılaştırılarak kamu zararı oluşmadığı, kreş yapılmasında en büyük maliyeti ilk yapım aşamasının oluşturduğu, bu nedenle hizmet satın alınmasının daha karlı olduğu,

Böyle bir uygulama yapılmasınının devletin aileyi koruma, nüfus artışını teşvik ve kadınları çalışmaya teşvik ile alakalı politikasıyla uyumlu olduğu, sorguya konu husus ile alakalı kasıt, kusur ve ihmal bulunmadığından sübjektif sorumluluğun bulunmadığı, bu nedenle kamu zararından söz edilemeyeceği,

Devlet memurları ile ilgili 01/01/2018-31/12/2019 tarihleri arasında uygulanacak olan "Kamu Görevlilerinin Geneline ve Hizmet Kollarına Yönelik Mali ve Sosyal Haklara İlişkin 2018 ve 2019 Yıllarını Kapsayan 4. Dönem Toplu Sözleşmesinin "Kreş hizmeti" başlıklı 41inci maddesinde, Kamu kurum ve kuruluşlarının, imkânları çerçevesinde personeline kreş hizmeti sunma, kalitesini ve kapasitesini artırma konusunda ihtimam göstereceği düzenlemesine yer verildiği,

İfade edilmiştir.

Öncelikle Yönetmelik ve Tebliğ hükümleri ihale ile kreş hizmeti satın alınmasını ve maliyetin bir kısmının bütçeden karşılanmasını meşru göstermediği gibi aksine böyle bir hizmetin satın alınamayacağını, alınsa dahi maliyetin tümünün memur personelden alınması, bütçeden herhangi bir katkı yapılmaması gerektiğini açıkça ortaya koymaktadır. Anayasanın eşitlik ilkesinden hareketle kadınlara ve işçilere tanınan hakların memur ve erkeklere de tanınması gerektiği ve bu konuda düzenleme yapılması hususu ise ne İdarenin ne de Sayıştay'ın görevleri arasındadır. Usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan kanunların yasama organınca değiştirilmedikçe veya Anayasa Mahkemesince iptal edilmedikçe yürürlükte olduğu, ve aynı şekilde, yönetmeliklerin de yargı organlarınca iptali sağlanmadıkça yürürlükte olduğu ve tüm idarelerin bu hükümlere uymak zorunda olduğu açıktır.

Her ne kadar sorumlular tarafından CEDAW'ın ilgili hükümlerine atıf yapılarak kreş hizmeti savunulmuş olsa da, atıf yapılan hiçbir maddede kamu kurumlarına kreş hizmeti alınmasını zorunlu kılacak bir hüküm bulunmamaktadır. Söz konusu Sözleşmenin bazı maddelerinde bilhassa kadının çalışma hayatına katılımını teşvik amacıyla kreş hizmetlerinden bahsedilse de bu hizmetin illaki ihale yoluyla satın alınmasını zorunlu kılacak bir hükme yer verilmemiştir. Kaldı ki, söz konusu Sözleşmenin kreş hizmeti ile alakalı hükümlerini karşılayacak düzenlemeler gerek kanun koyucu tarafından yürürlüğe konulan kanunlar gerekse de ilgili

idareler tarafından çıkarılan yönetmelikler ile sağlanmıştır. Bu kapsamda gerek memurlar için çocuk bakımevleri gerekse de diğer personel için çocuk bakım yurtları ile alakalı düzenlemeler yapılmıştır. Sorguda kreş ve çocuk bakım yurdu açılıp açılmayacağı değil bu hizmetin ihale yoluyla satın alınması durumunda Kurum bütçesinden katkıda bulunulup bulunulamayacağı konu edilmiştir.

Kreş hizmetini kurumun kendisinin vermesi ile hizmet satın alınması suretiyle bu işin gördürülmesinin karşılaştırılması doğru bir kıyas değildir. Zira söz konusu hususlardan bir tanesi mevzuata uygun diğerinin ise mevzuata uyarlılığı bulunmamaktadır. İdarelerin mevzuata aykırı işlemleri salt maliyetinin daha düşük olması gerekçesi ile yapmaları hem mümkün değildir, hem de böyle bir anlayışın yaygınlaşması mevzuata uymayan hatalı uygulamaların önünü açacaktır.

Her ne kadar sorumlular tarafından memurları ilgilendiren Toplu Sözleşmenin kreş hizmeti ile alakalı maddesi örnek olarak verilmişse de söz konusu maddede doğrudan bir hüküm tesis edilmemiş, kamu idarelerini bu konuda ihtimam göstermeye teşvik eden genel nitelikli ifadeler yer verilmiştir.

Anayasa'nın 128inci maddesine göre memurların tüm haklarının kanunla düzenlenmesi zorunludur. Kanunda hüküm bulunmaksızın memurlara yardım veya yardım niteliğinde transfer yapılması mümkün değildir. 657 sayılı Kanunda memurların faydalanabileceği çocuk bakımevleri ile alakalı düzenleme yapılmış ve bu kapsamda Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Açılacak Çocuk Bakımevleri Hakkında Yönetmelik 08.12.1987 tarih ve 19658 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Devlet memurlarının çocukları için açılacak kreş, bakımevi ve yurtlarda temel düzenleme 1987 yılında çıkarılan "Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Açılacak Çocuk Bakımevleri Hakkında Yönetmelik"tir. Her ne kadar 6331 sayılı Kanun'a istinaden çıkarılan "Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair

Yönetmelik" daha sonra çıkmış ise de bu Yönetmelik'in "Uygulamada Öncelik" başlıklı maddesinde "öncelikle çalışanın tabi olduğu ilgili mevzuat hükümlerinin dikkate alınacağı" ve yurt konusunda "Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Açılacak Çocuk Bakımevleri Hakkında Yönetmelik" hükümlerinin saklı olduğu ifade edilmiştir.

"Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Açılacak Çocuk Bakımevleri Hakkında Yönetmelik" hükümlerine göre bu kapsamda açılacak kreşlerden ücret alınması ve bu ücretin Maliye Bakanlığı tarafından belirlenmesi bir zorunluluktur. Maliye Bakanlığı tarafından yayımlanan ve yukarıda bahsedilen Tebliğ'de kreş giderlerine bütçeden katkıda bulunulmayacağı, bu tesislerin tüm giderlerinin kendi gelirleri ile karşılanması gerektiği açıkça belirtilmiştir. Dolayısıyla devlet memuru olan kişiler için açılacak yurt, kreş ve benzeri tesislerin tüm giderlerinin bu tesislerden istifade edenlerden alınması gerekmektedir. Tebliğ'de belirtilen asgari tutarların ilgili kişilerden alınarak mütebakisinin bütçeden karşılanması imkanı bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, ..... yüklenimindeki "Kreş ve Anaokulu Hizmet Alımı ile ilgili olarak; her bir çocuk için KDV dâhil 734,40 TL olan hizmet bedelinin sadece 150,00 TL'sinin hizmetten yararlanan memur personelden alınarak kalan kısmının bütçeden karşılanması sonucu oluşan .....TL kamu zararının;

.....TL'sinin, Harcama Yetkilisi (Uzman) ....., Gerçekleştirme Görevlisi ve İhale Komisyon Üyesi (Şube Müdürü) ....., Diğer Sorumlular; Yönetim Kurulu Üyeleri (Genel Müdür) ....., (Genel Müdür Yardımcısı) ....., (Üye) ....., (Üye) ....., (Üye) ....., İhale Komisyon Üyeleri; (Mühendis) ....., (Şef) ....., (Şef) ....., (Mali Hizmetler Uzmanı) .....dan,

.....TL'sinin, Harcama Yetkilisi (Şube Müdürü) ....., Gerçekleştirme Görevlisi ve İhale Komisyon Üyesi (Şube Müdürü) ....., Diğer Sorumlular; Yönetim Kurulu Üyeleri (Genel Müdür) ....., (Genel Müdür Yardımcısı) ....., (Üye) ....., (Üye) .....,

(Üye) ....., İhale Komisyon Üyeleri; (Mühendis) ....., (Şef) ....., (Şef) ....., (Mali Hizmetler Uzmanı) .....’dan,

.....TL’sinin, Harcama Yetkilisi (Şube Müdürü) ....., Gerçekleştirme Görevlisi (Şube Müdürü) ....., Diğer Sorumlular; Yönetim Kurulu Üyeleri (Genel Müdür) ....., (Genel Müdür Yardımcısı) ....., (Üye) ....., (Üye) ....., (Üye) ....., İhale Komisyon Üyeleri; (Şube Müdürü) ....., (Mühendis) ....., (Şef) ....., (Şef) ....., (Mali Hizmetler Uzmanı) .....’dan,

Müştereken ve müteselsilen, 6085 sayılı Sayıştay Kanununun 53 üncü maddesi gereği işleyecek faizleriyle ödettirilmesine,

İş bu ilamın tebliğ tarihinden itibaren 6085 sayılı Sayıştay Kanununun 55 inci maddesi gereğince altmış gün içerisinde Sayıştay Temyiz Kurulu nezdinde temyiz yolu açık olmak üzere oyçokluğuyla karar verildi.

#### Azınlık Görüşü

Daire Başkanı .....’nın karşı oy gerekçesi; 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 191inci maddesinde; “Devlet Memurları için lüzum ve ihtiyaç görülen yerlerde çocuk bakımevi ve sosyal tesisler kurulabilir. Bunların kuruluş ve işletme esas ve usulleri Devlet Personel Başkanlığı ile Maliye ve Gümrük Bakanlığınca birlikte hazırlanacak genel yönetmelikle belirlenir.” denilmektedir. Anılan hüküm uyarınca, Devlet Memurları için lüzum ve ihtiyaç görülen yerlerde çocuk bakımevi açılması ilgili kurumun insiyatifine bırakılmıştır. Halihazırda açılmış bir çocuk bakımevi bulunmaması sebebiyle bu konuda 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun uygulanması gerekmektedir.

6331 sayılı Kanunun “Kapsam ve istisnalar” başlıklı 2nci maddesinin birinci fıkrasında, “Bu Kanun; kamu ve özel sektöre ait bütün işlere ve işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine, çırak ve stajyerler de dâhil olmak üzere tüm çalışanlarına faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanır.” denilmektedir. “İş sağlığı ve güvenliği ile ilgili

çeşitli yönetmelikler” başlıklı 30 uncu maddesinde de; emzirme odaları ve çocuk bakım yurtlarının kurulması veya dışarıdan hizmet alınması hususunun bir yönetmelikle düzenleneceği hükmü yer almaktadır. Anılan maddeye istinaden Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkartılan “Gebe Veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları Ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmeliğin 4üncü maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde “Yurt /çocuk bakım yurdu / kreş” tanımlanmış, 13üncü maddesinin ikinci fıkrasında, 150’den çok kadın çalışanı olan işyerlerinde, 0-6 yaşındaki çocukların bırakılması, bakımı ve emziren çalışanların çocuklarını emzirmeleri için işveren tarafından, çalışma yerlerinden ayrı ve işyerine yakın bir yurdun kurulması zorunlu hale getirilmiş, üçüncü fıkrasıyla; işverenlerin, ortaklaşa oda ve yurt kurabilecekleri gibi, oda ve yurt açma yükümlülüğünü, kamu kurumlarınca yetkilendirilmiş yurtlarla yapacakları anlaşmalarla da yerine getirebilirler denilmiştir.

Bu itibarla, ..... Genel Müdürlüğünde çalışan personelin çocukları için Kreş ve Anaokulu Hizmet Alımı İşi ile ilgili olarak; her bir çocuk için KDV hariç 630,00 TL olan hizmet bedelinin 150,00 TL’sinin hizmetten yararlanan personelden alınıp kalan kısmının bütçeden karşılanmasının mevzuatına uygun olduğu düşünülmektedir.”

Üye .....’in karşı oy gerekçesi; “Söz konusu ihalede görev yapmış olan İhale Komisyonu Üyelerinin Yönetim Kurulunun almış olduğu ihale yapma Kararını yerine getirmiş olmaları sebebiyle kararın uygulanması sonucu oluşan kamu zararına ilişkin sorumluluklarının bulunmadığı yönünde karar verilmesi gerekir.”