



T.C.
KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMU
(OMBUDSMANLIK)

ŞİKAYET NO: 2015/3576

KARAR TARİHİ: 04/12/2015

TAVSİYE KARARI

ŞİKAYETÇİ :

ŞİKAYETÇİ VEKİLİ :

ŞİKAYET EDİLEN İDARE :

ŞİKAYETİN KONUSU :

: A.H.

: 1) Gençlik ve Spor Bakanlığı (Re'sen)

2) Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğü

: Öğrenci Yurdu bünyesinde bulunan lokanta kantin işletmesi işletmeci seçimi işleminin iptali ve şirketlerinin haklarının iadesi talebi hakkındadır.

ŞİKAYET BAŞVURU TARİHİ: 23.6.2015

I. USÛL

A. Şikâyet Başvuru Süreci

1) Şikâyet başvurusu, tüzel kişiler için şikâyet başvuru formu doldurularak elden başvuru yöntemiyle yapılmış olup, 23/06/2015 tarih ve 7518 evrak numarası ile kayıt altına alınmıştır. Şikâyet başvurusunun karara bağlanması için 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun 8 inci maddesinin ikinci fıkrası ile 28/03/2013 tarihli ve 28601 mükerrer sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 41 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi ve İmza Yetkileri Yönergesinin 7 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca, şikâyetin incelenmesine ve araştırılmasına geçilmiş olup, 2015/3576 şikâyet sayılı “Kısmen Tavsiye Kısmen Ret” önerisiyle Kamu Başdenetçisi’ne sunulmuştur.

B. Ön İnceleme Süreci

2) Şikâyet başvurusunun yapılan ön incelemesi neticesinde; şikâyetçinin daha önce 24/10/2014 tarihli dilekçe ile Kurumumuza başvuruda bulunduğu, ancak anılan şikâyet başvurusunun, gerekli idari başvuru yolları tüketilmeden yapıldığı anlaşıldığından 2015 tarihli “Gönderme Kararı” ilgili idareye gönderildiği, bahsi geçen “Gönderme Kararı”na istinaden idare tarafından şikâyetçiye olumsuz cevap verilmesi üzerine, şikâyetçi tarafından idari başvuru yolları tüketilmiş olarak 23/6/2015 tarihinde bir kez daha Kurumumuza başvuruda bulunduğu anlaşılmıştır.

3) Öte yandan, şikâyet konusunun Kurumumuzun görev alanına girdiği, şikâyetçinin menfaat ihlali koşulunu taşıdığı, şikâyetin süresinde yapıldığı ve diğer ön inceleme konularında da bir eksiklik olmadığı, bu nedenle şikâyetin incelenmesine ve araştırılmasına engel bir durumun bulunmadığı tespit edilmiştir.

II. OLAY VE OLGULAR

A. Şikâyetçinin Konu Hakkındaki Açıklamaları ve İddiaları

4) Şikâyetçi San. ve Tic. Ltd. Şti. kanuni temsilcisi A.H. dilekçesinde özetle;

4.1) Bölge Müdürlüğüne bağlı Öğrenci Yurdu bünyesinde bulunan lokanta kantin işletmesi 20..-20.. yılları arası işletici seçimi için müracaat ettiklerini, Küçük İşletmeler Statüsünün 6. maddesi gereği tespit edilen Komisyondan olumlu değerlendirme aldıklarını, 65 tam puanla 26 başvuru arasında Genel Müdürlük Makamına gelinceye kadar 1 inci sırada yer aldıklarını,

4.2) Sıralamada 6 ncı veya 7 nci sırada bulunanTic. Ltd. Şti. puanının ise 61 olduğunu, Genel Müdür'ün tercihiyle sözleşme yapmaya çağrılan firmanın, aynı zamanda Statünün 6. maddesi gereğince oluşturulan Komisyondan menfi değerlendirme aldığını, bütün bu olumsuzluklara ve şirketlerinden çok daha alt sıralarda bulunmasına rağmen " Ltd. Şti."nin Öğrenci Yurdunda olduğu gibi çok alt sıralardan gelerek, Öğrenci Yurdu .. Blok Kantin İşletmesi ve ... Öğrenci Yurdu Lokanta Kantin İşletmesi için de sözleşme yapmaya davet edildiğini,

4.3) KYK'nın puanlama sisteminin başvuru sahiplerinin birbirleriyle aralarında aşırı bir puan farkı öngörmediğini, Statünün 9 uncu maddesinin ise son sıradaki firmayı dahi birinci sıraya getirebilecek nitelikte olduğunu, bu nedenlerle İdarenin işlemlerinin Anayasanın 2 inci maddesinde yer alan "Hukuk Devleti" ilkesine aykırılık teşkil ettiğini,

4.4) 20..-20.. dönemine kadar Statüde bulunmasına rağmen aynı şehir içerisinde bir işletmeye, ikinci bir işletme verilmeme teamülü de çiğnenerek, firmaya üç işletme birden verilerek hülle yapmaya zorlandığını, daha önce yapılan işletici seçimlerindeki kriterlere göre söz konusu firmaya hiç bir işletmenin verilememesi gerektiğini belirterek,

gerekli şartları taşıdıkları ve değerlendirme sonucunda birinci sırada yer aldıkları halde işletici seçiminde mevzuata ve Anayasada yer alan eşitlik ilkesine uygun davranılmaması nedeniyle işletmeci seçimi işleminin iptalini ve şirketlerinin haklarının iadesini Kurumumuzdan talep etmektedir.

B. İdarenin Şikâyete İlişkin Açıklamaları

5) Kurumumuzun bilgi-belge talebine istinaden Gençlik ve Spor Bakanlığı Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğüne iletilen 2015 tarih ve sayılı cevabi yazıda;

5.1) Küçük işletmelerde işletici seçiminin, "351 sayılı Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Kanununun Uygulanmasına Ait Yönetmelik" ile Yurt İdare ve İşletme Yönetmeliğinin ilgili hükümlerine dayanılarak hazırlanan "Küçük İşletmeler Statüsü" esaslarına göre yapıldığını,

5.2) Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 2012/614 sayılı kararında da vurgulandığı üzere, küçük işletmelerin işleticilerinin seçiminin ihaleye tabi olmadığını,

5.3) Takdir yetkisinin Bölge ve Yurt Müdürlüklerinde oluşturulan Komisyonların işyerleri hakkında düzenlemiş oldukları raporlar ve istihbari bilgiler çerçevesinde kullanıldığını, Küçük İşletmeler Statüsü madde 19-d, “Bir işleticiye verilen işletme sayısı üçü geçmemek üzere birden fazla lokanta-kantin işletmesi verilebilir.” hükmünü amir olduğundan, birden çok başvuruda bulunan adayların puanlamaları gereği birinci sırayı almışlar ise birden çok işletmeyi çalıştırabildikleri,

5.4) İşletici seçiminde değerlendirmenin, “Küçük İşletmeler Statüsü” esasları gereği; “ticari sicil puanı”, “vergi sicil puanı”; “bir önceki yıl için ödemiş olduğu her brüt asgari ücret tutarı”, “tahsil durumu puanı”, “kesin teminatı nakit olarak yatırmayı taahhüt edenler için verilen puan”, “ustalık belgeli aşçı çalıştırmayı taahhüt edenlere verilen puan”, “mevcut işleticilerden işletmeyi çalıştırdığı dönem içerisinde hiç ceza almamış olanlara verilen puan” ayrıca “ceza almış olan işleticilerin ceza puanlarının toplam puandan düşülmesi” olarak sıralanan kriterler dikkate alınarak ve işletici adaylarının başvuruda buldukları işletme için hazırlamış oldukları dosyalarındaki açıklanan esaslar doğrultusunda vermiş oldukları belgelerle puanlamanın yapıldığını ve en yüksek puanı alan işletici ile işletmeyi çalıştırmak üzere sözleşme imzalandığı,

5.5) Şikayetçi firmanın; 2009-20.. döneminde ... yurdunun kırtasiye işletmesini çalıştırdığını, şirket ortaklarından A.H.’nin 2007-20.. döneminde.... Ltd. Şti. firmasının vekili olarak görev yaptığını, aynı yurdun lokantasını işletmek üzere 2010-2014 döneminde ... Ltd. Şti. yetkilisi sıfatı ile işletici seçimi sırasında dördüncü sırada yer almasına rağmen Genel Müdür tercih puanı ile sözleşme imzalandığını belirtmiştir.

C. Olaylar

6) Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğünce Yurdu .. Bloкта Lokanta-Kantin, Kuaför, Fotokopi-Kırtasiye işletmelerine işletici seçmek için ...2014-...2014 tarihleri arasında başvurular kabul edilmiştir.

7) Yurdu lokanta-kantin işletmesi için 2014-2017 işletici seçimi dönemine ait, 2014 tarihli “Aday İşletici Puan Sıralı Döküm Tablosu” incelendiğinde;

7.1) İşletici adayı olarak müracaat eden “..... Tic. Ltd. Şti.”, ticari sicilden 20, vergi tespitinden 20, tahsil durumundan 3, bonservisli aşçı çalıştırmayı taahhüt etmesinden 10, kesin teminatı peşin yatırmayı taahhüt etmesinden 10, hiç ceza almayanlardan 2 puan olmak üzere toplamda 65 puan almıştır.

7.2) Söz konusu yurdun lokanta-kantin işletmesini çalıştırmaya hak kazanan işletici “.... Ltd. Şti.”, ticari sicilden 20, vergi tespitinden 20, tahsil durumundan 1, bonservisli aşçı çalıştırmayı taahhüt etmesinden 10, kesin teminatı peşin yatırmayı taahhüt etmesinden 10 ve Genel Müdür takdiriyle 10 puan olmak üzere toplamda 71 puan almış, öte yandan aynı tabloda “Komisyon raporu” sütununda firmanın “Gıda ile bir iştigali tespit edilememiştir.” şeklinde not düşülmüştür.

8) “Aday İşletici Puan Sıralı Döküm Tablosu”na göre yapılan değerlendirme sonucunda “... Ltd. Şti.” 71 puan ile işletmeyi çalıştırmaya hak kazanmış ve söz konusu firma ile imzalanan sözleşme 2014 tarihinde Noter tasdiki ile yürürlüğe girmiştir.

9) Şikâyetçi bu konuda ilk olarak 2014 tarihli dilekçe ile Kurumumuza başvuruda bulunmuş, ancak anılan şikâyet başvurusunun, gerekli idari başvuru yolları tüketilmeden yapıldığı anlaşıldığından 2015 tarihli Gönderme Kararı ilgili idareye gönderilmiş ve İdarenin 2015 tarihli cevabi yazısında şikâyetçiye olumsuz cevap vermesi üzerine şikâyetçi tarafından 2015 tarihinde bir kez daha Kurumumuza başvuruda bulunulmuştur.

D. Kamu Denetçisi Abdullah Cengiz MAKAS'ın İnceleme ve Araştırma Bulguları

10) Şikâyetin çözüme kavuşturulması için gerekli bilgi ve belgeler 2015 tarihli ve sayılı bilgi ve belge isteme yazımız ile talep edilmiş, Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğünce 2015 tarih ve sayılı cevabi yazı ile söz konusu bilgi ve belgeler Kurumumuza iletilmiştir.

III. HUKUKİ DEĞERLENDİRME VE GEREKÇE

A. İlgili Mevzuat

11) 2709 sayılı T.C. Anayasasının “ Kanun önünde eşitlik” başlıklı 10 uncu maddesinde; Herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu, Devlet organlarının ve idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda oldukları,

12) 351 sayılı Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Kanunu

12.1) “Kurumun amacı” başlıklı 2 nci maddesinde; Kurumun amacının; yurt içinde ve dışında yükseköğrenim gören öğrencilere bu kanun gereğince kredi vermek, yurtlar yaptırmak ve yurt işletmesini sağlamak suretiyle Türk gençlerinin yükseköğrenimlerini, sosyal ve kültürel gelişmelerini kolaylaştırmak olduğu,

12.2) “Yönetim Kurulu ve görevleri” başlıklı 7 nci maddesinde; Yükseköğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu adına taşınmaz satın alınması, satılması, yaptırılması, trampa yapılması, irtifak hakkı ve benzeri aynı nitelikteki hakların tesis edilmesi, on beş yıla kadar taşınmaz kiralanması, kiraya verilmesi; binaların yurt binası, tesis, kreş ve benzeri hizmet ve sosyal amaçlara tahsis edilmesi hususlarında yapılan teklifleri inceleyerek karara bağlanması yönetim kurulunun görevleri arasında sayıldığı,

13) Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Yurt İdare ve İşletme Yönetmeliği

13.1) “Küçük İşletmeler” başlıklı 33 üncü maddesinde; yurtlarda öğrencilerin çeşitli ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla küçük işletmeler açılacağı,

13.2) “İşletici Seçiminde Aranacak Genel Şartlar” başlıklı 34 üncü maddesinde, “ a) Gerçek veya tüzel kişiliğe sahip olmak, b) Taksirli suçlar hariç sabıka kaydı bulunmamak, c) İlgili meslek kuruluşlarına veya Ticaret Odasına kayıtlı bulunmak” düzenlemesi verildikten sonra belirtilenlerin dışında kalan hususlar Genel Müdürlükçe hazırlanan ve Yönetim Kurulunca kabul edilen statü ile düzenleneceği,

14) Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğü Küçük İşletmeler Statüsü

14.1) “İşletici adaylarında aranacak özel şartlar” başlıklı 8 inci maddesinde; lokanta-kantin işletmelerine, yemek fabrikası, lokanta, kantin, pastane ve kafeterya çalışanlar ile gıda maddesi toptan ve perakende satıcıları ile gıda maddesi imalatçılarının müracaat edebileceği,...aynı işyerinde fiilen meslek icra etmeyi gerektirmeyen küçük işletmelerin 3’ten fazla olmamak şartı ile birden fazla yer işletebileceği

14.2) “İşletici seçiminde değerlendirme” başlıklı 9 uncu maddesinde, işletici seçimi değerlendirmesinde; a) ticaret odası veya ilgili meslek kuruluşuna kayıtlı olduğu sürenin her 6 aylık dilimi için +5 puan (2 yıldan fazla süreler değerlendirilmeyecektir.), b) ödenen her brüt asgari tutar vergi için +2 puan, c) Lise ve dengi okul mezunları için +1 puan, Fakülte ve yüksekokul mezunlarına +3 puan, d) kesin teminatı yatıracağını taahhüt edenlere +10 puan, e) ustalık belgeli aşçılarla, üniversitelerin fakülte ve yüksekokullarının aşçılık bölümünden mezun aşçı çalıştırmayı taahhüt edenlere + 10 puan, f) ceza almayanlara +2 puan ve g) uygun görülen adaylara Genel Müdür tarafından **+10 puana kadar takdir hakkının kullanılacağı,** j) Değerlendirme...2) İşletici inceleme değerlendirme komisyonu tarafından işletici adaylarının işyerinin mahallinde inceleneceği, her adayın durumunu ayrıntıları ile tespit eden bir rapor hazırlanacağı, **puanlama ile ilgili her hususun mutlaka belgelendirileceği,**

14.3) 10 uncu maddesinde; işletme yerleri için yapılan işletici seçimine ait işlemlerin bir ihale niteliği taşımadığı, Genel Müdürlüğün işletici seçimini yapıp yapmamakta serbest olduğu,

14.4) 19 uncu maddesinin (d) bendinde; bir işleticiye verilecek işletme sayısının üçü geçmemek üzere birden fazla lokanta-kantin işletmesinin verilebileceği, Düzenlemelerine yer verilmiştir.

B. Şikâyet Konusuna İlişkin Uygulamalar

15) Anayasa Mahkemesi'nin 07/02/2008 tarih ve E:2004/30, K:2008/55 sayılı Kararı

15.1) Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen “hukuk devleti”nin, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da uyması gereken temel hukuk ilkelerinin ve Anayasa'nın bulunduğu bilincinde olan devlet olduğu,

15.2) Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen “yasa önünde eşitlik ilkesi”nin amacının, aynı durumda bulunan kişilerin yasalara aynı işlemlerle bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasalar karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemek olduğu, bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesinin yasaklandığı, bu yasağın, ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasını engellediği, durum ve konumlarındaki özelliklerin, kimi kişiler ve topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabileceği, ancak kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanların farklı kurallara tabi tutulmalarının Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğu, hükmü tesis edilmiştir.

16) Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 11/05/1980 tarihinde kabul edilen İ”dari Takdir Yetkisinin Kullanılmasına İlişkin R(80)2 Sayılı Tavsiye Kararı”na Ek “Takdir Yetkisinin Kullanılmasında Uygulanacak Temel İlkeler” bölümünde,

Takdir yetkisini kullanan bir idari makamın; (1) Yetkinin veriliş amacından başka amaç güdemeyeceği, (2) Yalnızca olaya ilişkin öğeleri hesaba katarak nesnellığe ve tarafsızlığa uyacağı, (3) Hakkaniyete uymayan ayrımcılığı önleyerek yasa önünde eşitlik ilkesini gözeticeği, (4) İşlemin amacıyla, kişilerin hakları, özgürlükleri veya menfaatleri üzerindeki olumsuz etkileri arasında uygun bir denge sağlayacağı, kuralına yer verilmiştir.

17) Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 21/03/2013 tarih ve 2012/614 YD İtiraz No. lu Kararı

Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğü Küçük İşlemeler Statüsü’nün 10. maddesi ile bu maddeye dayalı olarak yapılan lokanta/kantin işletmeciliği seçimine yönelik işlemin iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılan davada Danıştay 13. Dairesi 22/3/2011 günlü ve E: 2011/175 sayılı kararıyla, davalı idarenin kamu kurumu olması ve kamu kaynağını kullanması nedeniyle, küçük işletmeci seçiminin ihale usulüne tabi olması gerektiği gerekçesiyle ve bu düzenlemeye dayalı olarak tesis edilen işlemde hukuka uyarlık görülmediğinden bahisle yürütmenin durdurulması isteminin kabulüne karar vermiştir. Davalı idare bu karara itiraz etmiş ve kararın kaldırılmasını talep etmiştir. Mahkemece yürütmenin durdurulmasına ilişkin yapılan itiraz hakkında, özetle;

17.1) İşletici ve Kurum arasında, küçük işletmelerin işletilmesi ile ilgili arttırma veya eksiltmeye tabi bir işlem bulunmadığı, amacın çoğunluğu dar gelirli ailelerin mensubu olan öğrencilere en ucuza, en iyi ve güvenli hizmet verecek olan kişinin belirlenmesi olduğu, diğer bir ifade ile Kurum’a bağlı olan yurtlarda barınan ve büyük bir kısmı dar gelirli olan yüksek öğrenim seviyesindeki öğrencilerin ihtiyaçlarının, güvenli, kaliteli, hijyenik ve en ucuz şekilde karşılanması olduğu, Kurum’un bu işletmelerden herhangi bir kar elde etmesi de söz konusu olmadığı, bu durumda, **hizmetin özelliği ve sosyal boyutu göz önüne alındığında küçük işletmelerin işleticilerinin seçiminin ihaleye tabi olmamasında kamu yararına ve hukuka aykırılık görülmediği,**

17.2) Ancak, Statü’nün 7. 8. ve 9. maddelerinde, adayların, talip oldukları işletmeyi yürütecek bilgiye, beceriye ve yeterliliğe sahip olup olmadıkları hususlarında, bilgi ve belgeler doğrultusunda objektif bir puanlama ve seçim yapılmasına imkân veren kriterlere yer verilmiş olmasına rağmen, bu düzenlemelerle çelişir bir şekilde Kurum’un işletmeyi dilediğine vermekte serbest olduğuna ilişkin olarak getirilen düzenleme yönünden 10. maddede hukuka uyarlık bulunmadığı,

17.3) Öte yandan, adayların seçimi konusunda belirsizliğe ve keyfilığe yol açabilecek nitelikte olan söz konusu düzenlemenin, işletici seçimine katılmak için gereken şartlara sahip olan isteklilerin katılımını, dolayısıyla, en ucuz ve kaliteli hizmet verebilecek yeterliliğe sahip bir adayın seçilmesini engelleyebileceğinden, bu düzenlemeye dayanılarak yapılan işletici seçiminde, Statü’nün genel amacının yanı sıra, kamu yararına ve hukuka uyarlık görülmediğine karar verilmiş ve davalı idarenin itirazı belirtilen gerekçeyle reddedilmiştir.

18) Ankara Bölge İdare Mahkemesi 1. Kurulu'nun 26/02/2015 tarih ve 2015/1213 Y.D. İtiraz sayılı Kararı

Davacı tarafından, Öğrenci Yurdu'nda konaklayan öğrencilerin beslenme ihtiyacının karşılanması amacıyla 20..-20.. yılı işletmeci seçimine ilişkin Gençlik ve Spor Bakanlığı Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğü'nün .. tarih ve .. sayılı işleminin iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılan davada, yürütmenin durdurulması isteminin reddi yönünde Ankara 6. İdare Mahkemesi'nce verilen 15/1/2015 gün ve E:2014/1839 sayılı kararın hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek kaldırılması ve yürütmenin durdurulması talep edilmiştir. Yapılan yargılama neticesinde özetle;

Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Yurt İdare ve İşletme Yönetmeliği ve Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğü Küçük İşletmeler Statüsü'nde yapılan düzenlemeler ile; küçük işletmelerin, işletmecilerinin seçimi konusunda idareye takdir yetkisi tanındığı, ancak bu yetkinin mutlak ve sınırsız olmayıp kamu yararı ve hizmet gerekleri ile sınırlı olduğunun yerleşmiş yargı içtihatları ile kabul edildiği, öte yandan Genel Müdürün +10 puan tercih hakkını hangi gerekçelerle kullandığına dair somut bir hususun ortaya konulmadığı belirtilerek, söz konusu işlemde hukuka uygunluk bulunmadığı tespitiyle, dava konusu işlemin yürütmesinin durdurulmasına karar verilmiştir.

Dava, 21/10/2015 tarihinde davacı yönünden tam kabul ile sonuçlanmıştır.

19) Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğü hakkında 2012 Yılına ait Sayıştay Denetim Raporunun “Vurgulanacak Hususlar” bölümünde;

“Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumuna bağlı yurtların bünyesinde bulunan küçük işletmelerin işleticilerinin belirlenmesine ilişkin mevzuatın, işletici seçim ihalesinin gerekçe gösterilmeden iptal edilmesi, en yüksek puana sahip olan istekli yerine puanı daha düşük isteklinin seçimi ile yurt, bölge ve genel müdüre istediği istekliden kullanmak üzere puan ekleme gibi uygulamalara neden olduğu anlaşılmıştır. Söz konusu uygulamalara sebep olan mevzuatın ise Anayasanın 10. maddesinde belirtilen “eşitlik” ilkesi ile 5018 sayılı Kamu Mali Yönetim ve Kontrol Kanununun da yer alan “kaynakların etkili, ekonomik, verimli kullanılması” ilkelerine aykırılık teşkil ettiği görülmektedir. Kurum tarafından bulguda belirtilen hususlara iştirak edilmekte ve 2013 yılından itibaren gereğinin yapılacağı belirtilmektedir.” ifadesine yer verilmiştir.

C. Kamu Denetçisi Abdullah Cengiz MAKAS'ın Kamu Başdenetçisi'ne Önerisi

Kamu Denetçisi, şikayetçinin, ... Bölge Müdürlüğüne bağlı Öğrenci Yurdu bünyesinde bulunan lokanta kantin işletmesi işletmeci seçimi işleminin iptali ve şirketlerinin haklarının iadesi talebinin Reddini, Küçük İşletmeler Statüsünün 9. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendinde yer alan ve Genel Müdüre takdir hakkı tanıyan düzenlemenin eşitlik ilkesine uygun, işletici seçimine katılan adaylar açısından önceden belirlenmiş somut ve objektif kurallara bağlı ve öngörülebilirlik ilkesine uygun, nesnel ve tarafsızlık ilkeleri ile kamu yararı ve hizmet gerekleri ile sınırlı olmak üzere, hak ihlallerinin ortadan kaldırarak şekilde yeniden düzenlenmesi hususunda Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğüne Tavsiyede Bulunulmasını önermiştir.

D. Hukuka ve Hakkaniyete Uygunluk Yönünden Değerlendirme

20) Şikayetçi başvurusunda (bkz. par. 4), ... Bölge Müdürlüğüne bağlı ... Öğrenci Yurdu bünyesinde bulunan lokanta/kantin işletmesi 2014-2017 yılları arası işletici seçimine ilişkin Gençlik ve Spor Bakanlığı Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğü'nün işleminin, mevzuata ve Anayasada yer alan eşitlik ilkesine uygun olmadığı gerekçesiyle iptalini ve şirketlerinin haklarının iadesini Kurumumuzdan talep etmektedir.

21) Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Yurt İdare ve İşletme Yönetmeliğinin "Küçük İşletmeler" başlıklı 33 üncü maddesinde, yurtlarda öğrencilerin çeşitli ihtiyaçlarını karşılamak maksadıyla küçük işletmeler açılabilmesi belirtilmiş, 34. maddesinde işletici seçiminde aranacak genel şartlara yer verilmiş (bkz. par.13/2) Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğü Küçük İşletmeler Statüsü'nün 8 inci maddesinde ise işletici adaylarında aranacak özel şartlar (bkz. par.14/1) sıralanmıştır "

22) Bahse konu Statünün "İşletici seçiminde değerlendirme" başlıklı 9 uncu maddesinin (a) ve (f) bentleri arasında işletici seçimi değerlendirmesinde gözetilecek temel kriterlere yer verilmiş (Bkz. par.14/2), (g) bendinde "**Genel müdürün müracaat eden işletici adaylarında uygun gördüklerine +10 puana kadar takdir hakkını kullanabileceği**", "Değerlendirme" başlıklı j) bendinin (2) numaralı alt bendinde, "**puanlama ile ilgili her hususun mutlaka belgelendirileceği**", 10 uncu maddesinde; işletme yerleri için yapılan işletici seçimine ait işlemlerin bir ihale niteliği taşımadığı, "**Genel Müdürlüğün işletici seçimini yapıp yapmamakta serbest olduğu**", 19 uncu maddesinin (d) bendinde ise, **bir işleticiye verilecek işletme sayısının üçü geçmemek üzere birden fazla lokanta-kantin işletmesinin verilebileceği**, düzenlemelerine yer verilmiştir.

23) Bilindiği üzere İdareler, kendi görev alanlarını ilgilendiren yasa ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, her zaman yönetmelik, tebliğ, genelge çıkarabilme ve diğer düzenleyici işlemleri tesis etme yetkisine sahiptir. İdarenin bireysel işlem yapma yetkisine sahip olduğu yerde düzenleme yetkisine de sahip olduğu, düzenleyici işlemin idarenin takdir yetkisinin doğal bir sonucu olduğu, bu yetkinin aynı zamanda hizmetin yürütülmesi ve devamının sağlanması açısından da bir gereklilik olduğu kabul edilmektedir. Düzenleyici işlem yapma yetkisine sahip idarî makamların, düzenleyici işlem ile getirdiği kuralların ise öngörülebilir, hukuka ve haklı beklentilere uygun olması, bireyin kanunî hakları ile hukukî istikrarı ve Anayasanın 10 uncu maddesindeki kanun önünde eşitlik ilkesini gözetmesi gerekmektedir.

24) İdarenin takdir yetkisi ve bu yetkisinin denetimi konuları doktrinde ve yargı kararlarında ayrıntılı incelenmiştir. **Takdir yetkisi, belirli olguların varlığı halinde, İdarenin serbestçe ya da mevcut seçeneklerinden birini uygun gördüğünce tercih ederek karar alabilme imkânı olup, İdare takdir yetkisini kullanırken bazı ilkelere uymak zorundadır** (<http://www.ozerdemir.com/idari-islemlerin-tesisinde-takdir-yetkisi-sebep-ve-keyfilik/>). **İdarenin takdir yetkisinin söz konusu olması halinde dahi, keyfi olarak hareket edebileceği anlamına gelmez. İdarenin takdir yetkisini kullanırken de kanunun koyduğu sınırlar içinde kalması, eşitlik ilkesine önem vermesi, kanunlar özel koşullar öngörmüşse bunlara uyması, bu yetkiyi kamu yararı için ve gerekçeli olarak kullanması gerekmektedir.** (Prof. Dr. Ş.G., "Yönetmelik Yargısı", Ekim/19.. s. 264)

25) Yukarıdan bu yana anlatılanlar kapsamında somut olayımıza konu ... Yurdu lokanta/kantin işletmesi için 20..-20.. işletici seçimi dönemine ait 2014 tarihli “Aday İşletici Puan Sıralı Döküm Tablosu” incelendiğinde; şikayetçi firmanın mevzuatta yer verilen kriterler üzerinden yapılan değerlendirmede 65 puan aldığı (bkz. par. 7.1), “... Ltd. Şti.”nin puanının ise 61 olduğu, öte yandan aynı tabloda “Komisyon raporu” sütununda bu firma için “Gıda ile bir iştigali tespit edilememiştir.” şeklinde not düşüldüğü, bununla birlikte Genel Müdüre verilen +10 tercih puanının bu işletici lehine kullanılarak puanının 71’e yükseldiği ve işletmeyi almaya hak kazandığı (bkz. par. 7.2) görülmektedir.

26) 17 numaralı paragrafta yer verilen Danıştay İDDK kararı incelendiğinde, Statü’nün 7. 8. ve 9. maddelerinde adayların, talip oldukları işletmeyi yürütecek bilgiye, beceriye ve yeterliliğe sahip olup olmadıkları hususlarında, bilgi ve belgeler doğrultusunda objektif bir puanlama ve seçim yapılmasına imkân veren kriterlere yer verildiği ancak Kurum'un işletmeyi dilediğine vermekte serbest olduğuna ilişkin olarak getirilen düzenleme yönünden 10. maddenin bu kriterlerle çeliştiği yönünde bir tespit yapıldığı görülmektedir. Bir başka anlatımla Mahkeme, Statünün 7., 8. ve 9. maddeleri ile objektif bir puanlama ve seçim yöntemi benimsenirken 10. madde ile getirilen düzenleme ile bu kriterleri göz ardı edercesine idareye sınırsız bir takdir hakkının tanındığını kabul etmiştir.

27) Somut olayımızdaki uyuşmazlık ise, şikâyetçi firmanın 65 puanla birinci sırada iken, 61 puan alan 4A şirketinin Statünün 9 (g) bendinde yer verilen düzenleme uyarınca +10 Genel Müdür takdir puanı ile puanının 71’e yükselmesi sonucu işletici seçilmesinden kaynaklanmaktadır.

Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğü Küçük İşletmeler Statüsü’nün 9 (g) maddesinde küçük işletmelerin, işletmecilerinin seçimi konusunda idareye +10 puan takdir yetkisi tanındığı görülmekle, idarenin genel düzenleyici işlemlerinde takdir hakkını kullanmasına imkan veren kurallara yer verebileceği hususunda şüphe bulunmamaktadır. Ancak, yerleşmiş yargı içtihatlarında ve doktrinde kabul edildiği üzere, bu yetki mutlak ve sınırsız olmayıp kamu yararı ve hizmet gerekleri ile sınırlı olduğu gibi, idare hangi gerekçelerle takdir hakkını kullandığını ortaya koymak zorundadır.

28) Şikayete konu somut olayımıza ilişkin dosya kapsamında sunulan bilgi ve belgelerin incelenmesinden; idarenin takdir hakkını 4A firması lehine kullandığı görülmekle, Statüde “*puanlama ile ilgili her hususun mutlaka belgelendirileceği*” kuralına yer verilmiş olmasına karşın, Genel Müdürün +10 puan tercih hakkını hangi gerekçelerle kullandığına dair somut bir bilgi ve belge sunulmadığından, söz konusu takdir yetkisinin kamu yararı ve kamu hizmeti gereği ölçütlerine uygun ve gerekçeli olarak ayrıca aynı durumda bulunanlar açısından eşit davranma, objektif ve somut kurallara bağlı, adalet, hakkaniyet ve nesafet ilkelerini de gözetecek şekilde, kullanıldığına dair bir bilgiye de ulaşılamadığından bu yönden idareye tavsiye kararı vermek gerekmiştir.

Öte yandan şikayetçinin aynı işleticiye birden fazla işletmecilik hakkı verilmesi işleminde idarenin hukuka aykırı olarak davrandığı yönündeki iddiası değerlendirildiğinde, Statünün 19 uncu maddesinin (d) bendinde yer alan “bir işleticiye verilecek işletme sayısının üçü geçmemek üzere, birden fazla lokanta-kantin işletmesinin verilebileceği” hükmü karşısında idarenin işleminin hukuka ve hakkaniyete uygun olduğu kanaati ve sonucuna varılmıştır.

D. İnsan Hakları Yönünden Değerlendirme

29) 2709 sayılı T.C. Anayasasının "Kanun Önünde Eşitlik" başlıklı 10 uncu maddesinde ifadesini bulan kanun önünde eşitlik ilkesinin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 13 üncü maddesindeki etkili başvuru hakkının, 17 inci maddesindeki hakları kötüye kullanma yasağının ihlal edildiğine dair herhangi bir bulgu ve bilgiye rastlanmadığı gibi şikayete konu olayda, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ile İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde yazılı ve güvence altına alınmış olan haklara da aykırı bir durum tespit edilememiştir.

E. İyi Yönetim İlkeleri Yönünden Değerlendirme

30) Günümüzde demokratik, modern ve katılımcı yönetim anlayışında idarelerden sadece hukuka uygun olarak hareket etmeleri değil aynı zamanda iyi yönetim ilkelerine de uygun işlem ve eylem tesis etmeleri beklenmektedir.

31) 28/03/2013 tarihli ve 28601 mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin "İyi Yönetim İlkeleri" başlıklı 6 ncı maddesinde *"Kurum, inceleme ve araştırma yaparken idarenin, insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde; kanunlara uygunluk, ayrımcılığın önlenmesi, ölçülülük, yetkinin kötüye kullanılmaması, eşitlik, tarafsızlık, dürüstlük, nezaket, şeffaflık, hesap verilebilirlik, haklı beklentiye uygunluk, kazanılmış hakların korunması, dinlenilme hakkı, savunma hakkı, bilgi edinme hakkı, makul sürede karar verme, kararların gerekçeli olması, karara karşı başvuru yollarının gösterilmesi, kararın geciktirilmeksizin bildirilmesi, kişisel verilerin korunması gibi iyi yönetim ilkelerine uygun işlem ve eylem ile tutum ve davranışta bulunup bulunmadığını gözetir ve iyi yönetim ilkelerine uyar."* hükmü yer almaktadır. Söz konusu Yönetmelik hükmünde yer alan ilkelerin kaynağını teşkil eden Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının 41 inci maddesinde de iyi yönetim hakkından bahsedilmekte olup, benzer ilkelere Avrupa Parlamentosu tarafından kabul edilen "Avrupa Doğru İdari Davranış Yasasında da yer verilmiştir.

32) Şikâyet konusunun çözümüne dayanak teşkil etmek üzere ilgili idareden talep edilen bilgi ve belgelerin süresi içinde Kurumumuza gönderildiği ve yeterli cevapların verildiği görülmüş, ancak idarenin "Gönderme Kararı"mıza cevaben şikayetçiye ilettiği cevabi yazıda idarece tesis edilen işlemin ilgili mevzuatına uygun olarak yapıldığı belirtildiğinden, idarenin "**şeffaflık**", "**hesap verilebilirlik**", "**kararların gerekçeli olması**", **ilkelerine uygun hareket etmediği gibi "karara karşı başvuru yolları ve sürelerinin"** de gösterilmediği tespit edilmiştir. **İdareden bundan böyle işlemlerinde bu ilkelere uygun olarak davranması beklenmektedir.**

IV-HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜNE İLİŞKİN YASAL MEVZUAT

A. Dava Açma Süresinin Yeniden Başlaması

33) 14/06/2012 tarihli ve 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun 17 nci maddesinin sekizinci fıkrasına göre Kamu Denetçiliği Kurumu'na, dava açma süresi içinde yapılan başvuru, işlemeye başlamış olan dava açma süresini durdurmakta olup, 21 inci maddenin ikinci fıkrası uyarınca tavsiye kararı üzerine otuz gün içinde herhangi bir işlem tesis edilmez veya eylemde bulunulmaz ise durmuş olan dava açma süresi kaldığı yerden işlemeye başlamaktadır.

B. Yargı Yolu

34) 2709 sayılı 1982 Anayasasının “Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunması” başlıklı 40 ıncı maddesinin ikinci fıkrasında, “Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.” hükmü yer almakta olup, 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun 20 nci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, ilgili idarenin işlemine karşı dava açma süresinden arta kalan süre içinde Ankara İdare Mahkemesine yargı yolu açıktır.

V. KARAR

Yukarıda açıklanan gerekçe ve dosya kapsamına göre, **ŞİKAYETİN KABULÜNE,**

İdarenin, ... Bölge Müdürlüğüne bağlı ... Yurdu lokanta/kantin işletmesi için 20..-20.. işletici seçimine ilişkin işlemde takdir yetkisini kamu hizmeti gerekleri ile kamu yararı için gerekçeli olarak kullanmadığı tespit edildiğinden, bahse konu işlemi geri alması ve yukarıda izah edilen hususları gözeterek yeni bir işlem tesis etmesi yönünde **YÜKSEK ÖĞRENİM KREDİ VE YURTLAR KURUMU GENEL MÜDÜRLÜĞÜ'NE TAVSİYEDE BULUNULMASINA,**

Yukarıda anılan kanunun 20 inci maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, merciince bu karar üzerine tesis edilecek işlem veya eylemin ya da tavsiye edilen çözümün uygulanabilir nitelikte görülmediği takdirde gerekçesinin otuz gün içinde Kurumumuza bildirilmesinin zorunlu olduğuna,

Bu kararın **ŞİKAYETÇİYE, GENÇLİK VE SPOR BAKANLIĞI'NA** ve **YÜKSEK ÖĞRENİM KREDİ VE YURTLAR KURUMU GENEL MÜDÜRLÜĞÜ'NE** tebliğine,

Türkiye Cumhuriyeti Kamu Başdenetçisi'nce karar verildi.

M.Nihat ÖMEROĞLU
Kamu Başdenetçisi