

SAYIŞTAY KARARLARI

DECISIONS OF TURKISH COURT OF ACCOUNTS

- **Temyiz Kurulu Kararları**
Decisions of Board of Appeal

TEMYİZ KURULU KARARI

Tarih : 16.10.2019

No : 46740

Konu: *Çeşitli dernek üyelerinin Belediye dışına yaptıkları ziyaretler (piknik gezisi, doğa gezisi vs.) ile ilgili olarak araç kiralınması ve bedelinin belediye bütçesinden karşılanması mümkün bulunmadığı hk.*

Dosyada mevcut belgelerin okunup incelenmesinden sonra;

GEREĞİ GÖRÜŞÜLDÜ

323 sayılı Ek İlamın 4. maddesi ile, çeşitli dernek üyelerinin Belediyesi dışına yaptıkları ziyaretler (piknik gezisi, doğa gezisi vs.) ile ilgili olarak araç kiralınması ve bedelinin belediye bütçesinden karşılanması sonucu TL'ye tazmin hükmü verilmiştir.

5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun Bütçelerden Yardım Yapılması başlıklı 29'uncu maddesinde,

"Gerçek veya tüzel kişilere kanuni dayanağı olmadan kamu kaynağı kullandırılmaz, yardımda bulunulamaz veya menfaat sağlanamaz. Ancak, genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin bütçelerinde öngörülmüş olmak kaydıyla; kamu yararı gözetilerek dernek, vakıf, birlik, kurum, kuruluş, sandık ve benzeri teşekküllere yardım yapılabilir.

Bu yardımların yapılması, kullanılması, izlenmesi, denetlenmesi ve kamuoyuna açıklanmasına ilişkin esas ve usuller Maliye Bakanlığınca hazırlanarak Bakanlar Kurulunca çıkarılacak yönetmelikle belirlenir."

denilmiştir.

5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun "Yardım ve İşbirliği" başlıklı 10'uncu maddesinde;

"Dernekler, tüzüklerinde gösterilen amaçları gerçekleştirmek üzere, benzer amaçlı derneklerden, siyasi partilerden, işçi ve işveren sendikalarından ve meslekî kuruluşlardan maddî yardım alabilir ve adı geçen kurumlara maddî yardımda bulunabilirler.

5072 sayılı Dernek ve Vakıfların Kamu Kurum ve Kuruluşları ile İlişkilerine Dair Kanun hükümleri saklı kalmak üzere, dernekler kamu kurum ve kuruluşları ile görev alanlarına giren konularda ortak projeler yürütebilirler. Bu projelerde kamu kurum ve kuruluşları, proje maliyetlerinin en fazla yüzde ellisi oranında aynı veya nakdî katkı sağlayabilirler. (Ek cümle: 18/2/2009 – 5838/7 md.) 4857 sayılı İş Kanununun 30 uncu maddesi çerçevesinde engellilerin ve eski hükümlülerin mesleki eğitim ve mesleki rehabilitasyonu, kendi işlerini kurmaları, engellilerin iş bulmasını sağlayacak destek teknolojilerine ilişkin projeler ile benzeri projelerde bu oran aranmaz” hükmüne yer verilmiştir.” denilmektedir.

5393 sayılı Belediye Kanunu’nun 75’inci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde (Değişik: 12/11/2012-6360/19 md.)

“Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu yararına çalışan dernekler, Bakanlar Kurulunca vergi muafiyeti tanınmış vakıflar ve 7/6/2005 tarihli ve 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanunu kapsamına giren meslek odaları ile ortak hizmet projeleri gerçekleştirebilir. Diğer dernek ve vakıflar ile gerçekleştirilecek ortak hizmet projeleri için mahallin en büyük mülki idare amirinin izninin alınması gerekir.”

Aynı Kanunun 6360 sayılı Kanun ile eklenen son fıkrasında (Ek fıkra: 12/11/2012-6360/19 md.);

“5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 29’uncu maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi ile 5253 sayılı Dernekler Kanununun 10 uncu maddesi; belediyeler, il özel idareleri, bağlı kuruluşları ve bunların üyesi oldukları birlikler ile ortağı oldukları Sayıştay denetimine tabi şirketler için uygulanmaz.”

hükümlerine yer verilmiştir.

Rapor dosyası ve eki belgelerin incelenmesi neticesinde; İlçesindeki Derneklerin talepleri doğrultusunda ilçe dışına gezi (piknik, doğa gezisi vs.) düzenlenerek bu amaçla araç kiralandığı ve bedellerinin belediye bütçesinden ödendiği görülmüştür. Ancak, yukarıdaki mevzuat hükümlerine göre, belediyelerin derneklere 5018 sayılı Kanun’un 29’uncu ve 5253 sayılı Kanun’un 10’uncu maddesi kapsamında yardım yapabilmesi mümkün değildir. Belediyeler derneklere sadece ortak hizmet projeleri kapsamında katkı sağlayabilecektir.

Sorumlular temyiz dilekçesinde; ... Belediyesi sınırları içerisinde ikamet edip de maddi imkânları olmayan, sadece gönül bağıyla bir araya gelen vatandaşların kısmen de olsa Belediyenin mali imkânları ölçüsünde bu kültürel iletişimi gerçekleştirebilmek için mahalli müşterek nitelikteki hizmet ve kaynaşmayı oluşturmak için 5393 sayılı Kanununun 14/a maddesi uyarınca Sosyal ve Kültürel Hizmetler kapsamında nakdi yardım niteliğinde olmayıp sadece araç kiralama yönünden yardımda bulunulduğunu belirtmişlerse de; 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 14'üncü maddesinde Belediyenin görev ve sorumlulukları, 15'inci maddesinde ise yetki ve imtiyazları tek tek sayılmış, amatör spor kulüplerine yapılacak yardım dışında dernek gezilerinin masraflarının Belediyeler tarafından karşılanmasına cevaz veren bir hükme yer verilmemiştir.

Bu itibarla, 323 sayılı EK ilamın 4. Maddesiyle verilen tazmin hükmünün TASDİKİNE,

TEMYİZ KURULU KARARI

Tarih : 19.06.2019

No : 46488

Konu: *Belediyede işyeri hekimi olarak görev yapan ve başka kurumda kamu görevlisi olarak çalışmakta doktora, işyeri hekimliğinden dolayı ödenmesi gereken ilave ödeneğe ilave olarak sözleşme ile ayrıca bir ödemede bulunulmasının mümkün olamayacağı hk.*

Dosyada mevcut belgelerin okunup incelenmesinden sonra;

GEREĞİ GÖRÜŞÜLDÜ

Dosya kapsamındaki bilgi ve belgelerin incelenmesi sonucunda; Belediyede işyeri hekimi olarak görev yapmakta olan 'a işyeri hekimliğinden dolayı ödenmesi gereken ilave ödeneğin olması gerekenden fazla verildiği görülmüştür.

22/05/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun "İş sağlığı ve güvenliği hizmetleri" başlıklı mülga 81. maddesinde;

"İşverenler, devamlı olarak en az elli işçi çalıştırdıkları işyerlerinde alınması gereken iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin belirlenmesi ve uygulanmasının izlenmesi, iş kazası ve meslek hastalıklarının önlenmesi, işçilerin ilk yardım ve acil tedavi ile koruyucu sağlık ve güvenlik hizmetlerinin yürütülmesi amacıyla, işyerindeki işçi sayısı, işyerinin niteliği ve işin tehlike sınıf ve derecesine göre;

a) İşyeri sağlık ve güvenlik birimi oluşturmakla,

b) Bir veya birden fazla işyeri hekimi ile gereğinde diğer sağlık personelini görevlendirmekle,

yükümlüdürler.

İşverenler, bu yükümlülüklerinin tamamını veya bir kısmını, bünyesinde çalıştırdığı ve bu maddeye dayanılarak çıkarılacak yönetmelikte belirtilen vasıflara sahip personel ile yerine getirebileceği gibi, işletme dışında kurulu ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden hizmet alarak da yerine getirebilir. Bu şekilde hizmet alınması işverenin sorumluklarını ortadan kaldırmaz

İşyeri hekimlerinin, işyeri sağlık ve güvenlik birimleri ile ortak sağlık ve güvenlik birimlerinde görevlendirilmeleri ve hizmet verilen işyerlerinde çalışan işçilerle sınırlı olmak üzere görevlerini yerine getirmeleri hususunda diğer kanunların kısıtlayıcı hükümleri uygulanmaz.

Kanuna veya kanunun verdiği yetkiye dayanılarak kurulan kamu kurum ve kuruluşlarında ilgili mevzuatına göre çalıştırılmakta olan hekimlere, üçüncü fıkrada öngörülen eğitimler aldırılmak suretiyle ve aslî görevleri kapsamında, çalışmakta oldukları kurum ve kuruluşların asıl işveren olarak çalıştırdıkları işçilerin işyeri hekimliği hizmetleri gördürülür. Bu kurum ve kuruluşların diğer personel için oluşturulmuş olan sağlık birimleri, işyeri sağlık ve güvenlik birimi olarak da kullanılabilir.”

hükmüne yer verilmek suretiyle, en az 50 işçi çalıştıran işverenler (en az 50 işçi çalıştıran kamu kurumları dahil), işyerlerinde en az bir işyeri hekimi görevlendirmekle yükümlü tutulmuş iken, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 37. maddesinin (ç) bendi ile mezkur 81. madde yürürlükten kaldırılmıştır.

30/6/2012 tarihli ve 28339 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun “İş sağlığı ve güvenliği hizmetleri” başlıklı 6. maddesinde;

“(1) Mesleki risklerin önlenmesi ve bu risklerden korunulmasına yönelik çalışmaları da kapsayacak, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin sunulması için işveren;

a) Çalışanları arasından iş güvenliği uzmanı, işyeri hekimi ve diğer sağlık personeli görevlendirir. Çalışanları arasında belirlenen niteliklere sahip personel bulunmaması hâlinde, bu hizmetin tamamını veya bir kısmını ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden hizmet alarak yerine getirebilir. Ancak belirlenen niteliklere ve gerekli belgeye sahip olması hâlinde, tehlike sınıfı ve çalışan sayısı dikkate alınarak, bu hizmetin yerine getirilmesini kendisi üstlenebilir.

(2) 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.

(3) Tam süreli işyeri hekimi görevlendirilen işyerlerinde, diğer sağlık personeli görevlendirilmesi zorunlu değildir.”

hükmüne yer verilmek suretiyle, çalışan sayısına bakılmaksızın işyerlerinin (kamu kurumları dahil) kendi kuruluşlarına yönelik olarak iş sağlığı ve güvenliği hizmeti sunma zorunluluğu getirilmiş, bu kapsamda kamu kurumlarının kendi

çalışanları arasından iş güvenliği uzmanı, işyeri hekimi ve diğer sağlık personeli görevlendirebileceği gibi, ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden hizmet satın alarak da bu yükümlülüğü yerine getirebilecekleri ifade edilmiştir.

Öte yandan 6331 sayılı Kanunun, 12/7/2013 tarihli ve 6495 sayılı Kanunla değişik, "Yürürlük" başlıklı 38. maddesinde;

"(1) Bu Kanunun;

a) 6 ve 7 nci maddeleri;

1) 1) 4857 sayılı İş Kanununun mülga 81 inci maddesi kapsamında çalışanlar hariç kamu kurumları ile 50'den az çalışanı olan ve az tehlikeli sınıfta yer alan işyerleri için 1/7/2020 tarihinde, (1) (2),

(1) 20/8/2016 tarihli ve 6745 sayılı Kanunun 71 inci maddesi ile bu maddenin birinci fıkrasının (a) bendinin (1) numaralı alt bendinde yer alan "1/7/2016" ibaresi "1/7/2017" şeklinde değiştirilmiştir.

(2) 18/6/2017 tarihli ve 7033 sayılı Kanunun 86 ncı maddesi ile bu maddenin birinci fıkrasının (a) bendinin (1) numaralı alt bendinde yer alan "1/7/2017" ibaresi "1/7/2020" şeklinde değiştirilmiştir.

2) 50'den az çalışanı olan tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerleri için 1/1/2014 tarihinde,

3) Diğer işyerleri için yayımı tarihinden itibaren altı ay sonra,

b) 9, 31, 33, 34, 35, 36 ve 38 inci maddeleri ile geçici 4, geçici 5, geçici 6, geçici 7 ve geçici 8inci maddeleri yayımı tarihinde,

c) Diğer maddeleri yayımı tarihinden itibaren altı ay sonra, yürürlüğe girer."

hükmüne yer verilerek, işverenlere iş sağlığı ve güvenliği hizmeti sunma yükümlülüğü getiren 6. maddenin, kamu kurumları (4857 sayılı İş Kanununun mülga 81. maddesi kapsamında çalışanlar hariç) için 01/07/2016 tarihinde yürürlüğe girmesi öngörülmüştür. Bu çerçevede, 4857 sayılı İş Kanunu'nun mülga 81. maddesi kapsamında iş sağlığı ve güvenliği hizmeti sunmakla mükellef olan kamu kurumları hariç olmak üzere, kamu kurumları için söz konusu tarihe kadar iş sağlığı ve güvenliği hizmeti sunma yükümlülüğü bulunmamaktadır.

6331 sayılı Kanunun "İşyeri hekimleri ve işyeri uzmanları" başlıklı 8. maddesinde ise;

“(6) Belirlenen çalışma süresi nedeniyle işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanının tam süreli görevlendirilmesi gereken durumlarda; işveren, işyeri sağlık ve güvenlik birimi kurar. Bu durumda, çalışanların tabi olduğu kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla, 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununa göre belirlenen haftalık çalışma süresi dikkate alınır.

(7) Kamu kurum ve kuruluşlarında ilgili mevzuata göre çalıştırılan işyeri hekimi veya iş güvenliği uzmanı olma niteliğini haiz personel, gerekli belgeye sahip olmaları şartıyla asli görevlerinin yanında, belirlenen çalışma süresine riayet ederek çalışmakta oldukları kurumda veya ilgili personelin muvafakati ve üst yöneticinin onayı ile diğer kamu kurum ve kuruluşlarında görevlendirilebilir. Bu şekilde görevlendirilecek personele, görev yaptığı her saat için (200) gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımı tutarında ilave ödeme, hizmet alan kurum tarafından yapılır. Bu ödemeden damga vergisi hariç herhangi bir kesinti yapılmaz. Bu durumdaki görevlendirmeye ilişkin ilave ödemelerde, günlük mesai saatlerine bağlı kalmak kaydıyla, aylık toplam seksen saatten fazla olan görevlendirmeler dikkate alınmaz.

(8) Kamu sağlık hizmetlerinde tam süreli çalışmaya ilişkin mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla, işyeri hekimlerinin ve diğer sağlık personelinin işyeri sağlık ve güvenlik birimi ile ortak sağlık ve güvenlik birimlerinde görevlendirilmelerinde ve hizmet verilen işyerlerinde çalışanlarla sınırlı olmak üzere görevlerini yerine getirmelerinde, diğer kanunların kısıtlayıcı hükümleri uygulanmaz.”

hükümlerine yer verilmek suretiyle, kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan personelin asli görevlerinin yanında çalışmakta oldukları kurumda veya diğer kamu kurum ve kuruluşlarında ilave ödeme yapılmak suretiyle işyeri hekimi veya iş güvenliği uzmanı olarak görevlendirilebilecekleri belirtilmiştir.

Yapılan incelemede Belediyesi ile Dr. ... arasında Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı onaylı sözleşme yapılmak suretiyle Türk Tabipler Birliği tarafından belirlenen ücret tarifesi doğrultusunda işyeri hekimliği hizmeti satın alındığı tespit edilmiştir. Ancak Dr.'ın, ili Eğitim ve Araştırma Hastanesinde çalışan bir kamu personeli olduğu anlaşılmıştır. Dolayısıyla söz konusu doktora, ifa ettiği hizmet karşılığında yapılacak ödemenin, yukarıda zikredilen Kanun'un 8. madde hükmü doğrultusunda ödenmesi gerekmektedir. Kanunun ilgili maddesinde belirlenen katsayı üzerinden yapılacak ödemenin üzerinde bir ücret ödemesi yapılması da bu doğrultuda kamu zararı oluşturacaktır.

Bu itibarla, sorumlu iddialarının reddedilerek 88 sayılı İlamın 5. maddesiyle TL'ye ilişkin olarak verilen tazmin hükmünün TASDİKİNE,

TEMYİZ KURULU KARARI

Tarih : 11.09.2019

No : 46594

Konu: *Üniversite Hastane Binası İkmal İnşaatı İşinde, Hastane Başhekimliğinin talebi doğrultusunda uygulama projesindeki ölçülerden farklı olarak yapılan imalat kalemlerinin bedelinin ödenmesi hk.*

Dosyada mevcut belgelerin okunup incelenmesinden sonra,

GEREĞİ GÖRÜŞÜLDÜ

Sorumluluk Yönünden İnceleme:

Kamu Zararı ile ilgili olarak verilen Sayıştay Genel Kurulunun 14.6.2007 tarih 5189/1 sayılı Kararında sorumluluk hukuku bakımından kamu görevlileri için 5018 sayılı Kanundan önce kusursuz sorumluluk (objektif) ilkesinin geçerli olduğu, 5018 sayılı kanunla bu ilkeden vazgeçilip kusur sorumluluğu (sübjektif) ilkesinin benimsendiği, işlemlerin tek başına mevzuata aykırı olmasının, bu işlemleri yapan kamu görevlilerinin sorumlu tutulmaları için yeterli olmadığı belirtilmiştir. Başka bir ifadeyle, eskiden bir işlemin mevzuata aykırı olması tazmin hükmü vermek için yeterli iken, 5018 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra, mevzuata aykırılığın yanı sıra kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinin varlığının da ispatlanmasının gerekli olacağı ifade edilmiştir.

Bu doğrultuda, 5018 sayılı Kanuna göre mali sorumluluğun oluşabilmesi için;

- Kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem, eylem bulunmalıdır.
- Ortada bir kamu zararı olmalıdır.
- Mevzuata aykırı karar, işlem ve eylemle zarar arasında bir illiyet olmalıdır.

Bu bağlamda, yüklenicinin inşaat işleriyle ilgili bir taahhüdünü yerine getirmemesi üzerine illiyet bağı kurulan kamu zararından dolayı inşaat mühendisi unvanlı bir teknik personele kontrol mühendisi sıfatıyla sorumluluk yüklenmesinde mevzuata aykırılık bulunmamaktadır.

Konunun Esası Yönünden İnceleme:

(Ek) İlamda tazmin hükmü, Sayıştay Başkanlığınca görevlendirilen bilirkişilerce hazırlanan 18.05.2015 tarihli Bilirkişi Raporunun İnşaat Bölümü 5 numaralı inceleme konusundaki "K8 ve Y2 bloklarda bulunan banyo pencere imalatlarının Hastane Başhekimliğinin talebi doğrultusunda uygulama projesindeki ölçülerden farklı yapıldığı (K8 ve Y2 Bloklarında projede öngörülen 130x130 ebadındaki pencereler yerine yeniden projelendirilmiş 122x72 ebatlı ve ayrıca 160x180 proje ebadı olan pencereler yerine yeniden projelendirilmiş 54x68 ebatlı pencereler takıldığı)" tespiti üzerine değişen imalatlara ilişkin ataşman, metraj ve mukayeseli keşif icmalı hazırlanarak yükleniciye yapılan fazla ödemenin hesaplanması suretiyle verilmiştir.

Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği eki Yapım İşleri Genel Şartnamesinin "Sözleşme ve eklerine uymayan işler" başlıklı 23 üncü maddesinde:

"(1) Yüklenici projelerde kendiliğinden hiç bir değişiklik yapamaz. Proje ve şartnamelere uymayan, eksik ve kusurlu oldukları tespit edilen işleri yüklenici, yapı denetim görevlisinin talimatı ile belirlenen süre içinde bedelsiz olarak değiştirmek veya yıkıp yeniden yapmak zorundadır. Bundan dolayı bir gecikme olursa sorumluluğu yükleniciye aittir. Bununla birlikte, yüklenici tarafından proje ve şartnameden farklı olarak yapılmış olan işlerin, fen ve sanat kurallarına ve istenen özelliklere uygun oldukları idarece tespit edilirse, bu işler yeni durumları ile de kabul edilebilir. Ancak bu takdirde yüklenici, daha büyük boyutta veya fazla miktarda malzeme kullandığını ve daha fazla emek harcadığını öne sürerek fazla bedel isteyemez. Bu gibi hallerde hakediş raporlarına, proje ve şartnamelerde gösterilen veya yazılı talimatla bildirilen boyutlara göre hesaplanmış miktarlar yazılır. Bu şekilde yapılan işlerin boyutları, emeğin değeri ve malzemesi daha az ise bedeli de ona göre ödenir."

"Hatalı, kusurlu ve eksik işler" başlıklı 24. maddesinde ise:

"(1) Yapı denetim görevlisi, yüklenici tarafından yapılmış olan işin eksik, hatalı ve kusurlu olduğunu veya malzemenin şartnamesine uygun olmadığını gösteren delil ve emareler gördüğü takdirde, gerek işin yapımı sırasında ve gerekse kesin kabule kadar olan sürede bu gibi eksiklerin, hataların ve kusurların incelenmesi ve tespiti için gerekli görülen yerlerin kazılmasını ve/veya yıkılıp yeniden yapılmasını yükleniciye tebliğ eder. Bu incelemeler yüklenici veya vekili ile birlikte yapılır. Yüklenici veya vekili bu konuda yapılacak tebliğe uymazsa,

incelemeler yapı denetim görevlisince tek taraflı olarak yapılp durum bir tutanakla tespit edilir. Bu gibi inceleme ve araştırmaların giderleri, işlerin eksik, hatalı ve kusurlu olduğunun anlaşılması halinde yükleniciye ait olur. Aksi anlaşılırsa genel hükümlere göre işlem yapılır.

(2) Sorumluluğu yükleniciye ait olduğu anlaşılan hatalı, kusurlu ve malzemesi şartnameye uymayan işlerin bedelleri, geçici hakedişlere girmiş olsa bile, yüklenicinin daha sonraki hakedişlerinden veya kesin hakedişinden ya da teminatından kesilir.”

Denilmekte olup, bu hükümler karşısında proje değişikliği, iş eksilişi vb. sebeplerle yapımından vazgeçilen, hiç yapılmayan veyahut eksik yapılan iş/ imalatlar için kesinti yapılmamasının (diğer bir ifadeyle tam ödeme yapılmasının) 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 71. maddesi kapsamında kamu zararına sebebiyet vereceği konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır.

Bu kesintinin nasıl yapılacağı hususuna gelince; anahtar teslim götürü bedel ile ihale edilen işlerde yükleniciler işi uygulama projelerine göre yürütmektedirler. Nitekim Yapım İşleri Genel Şartnamesinin “Projelerin uygulanması” başlıklı 12. maddesinin birinci fıkrasında sözleşme konusu işlerin, idare tarafından yükleniciye verilen veya yüklenici tarafından hazırlanıp idarece onaylanan uygulama projelerine uygun olarak yapılacağı hüküm altına alınmıştır. Zira yüklenici ile İdare arasında 15.07.2011 tarihinde imzalanan sözleşmenin “Sözleşmenin ekleri” başlıklı 8 inci maddesinde sözleşmenin ekindeki ihale dokümanı ve diğer belgelerle bir bütün olduğu, sözleşme hükümleri ile ihale dokümanını oluşturan belgelerdeki hükümler arasında çelişi veya farklılık olması halinde ihale dokümanındaki hükümlerin esas alınacağı belirtilmiş, ihale dokümanını oluşturan belgeler öncelik sırasına göre tek tek sayılmıştır. Buna göre uygulama projeleri, mahal listesi, teknik ve idari şartnameler gibi belgeler ihale dokümanını oluşturur. Dolayısıyla, miktar yönünden; ihale dokümanı arasında bulunmayan ve yaklaşık maliyetin belirlenmesi için yapılan keşifte belirlenen miktarların (ve bu miktarlara bağlı olarak oluşturulan porsantajların) değil ihale dokümanındaki belgelerde belirlenen miktarların ve yapılan açıklamaların esas alınması gerekmektedir.

Diğer taraftan, anahtar teslim götürü bedel sözleşmelerde; sözleşmesinde bulunmayan (ve proje değişikliği veya iş artışı sebebiyle yaptırılan) imalatların birim fiyatlarının hangi yöntem ile belirleneceği meri mevzuatta ayrıntılı bir

biçimde açıklanmakta iken, yapımından (proje değişikliği, iş eksilişi vb. sebeplerle) vazgeçilen veya eksiltilen imalatların bedellerinin nasıl tespit edileceğine yönelik açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna rağmen, uygulamada yaygın şekilde pursantaj oranları (veya bunların sözleşme bedeli üzerinden temsil ettiği değer) bu tespit için kullanılmaktadır.

Her şeyden önce anahtar teslimi götürü bedel ihale edilerek belirli bir uygulama projesine göre yürütülüp tamamlanması gereken bir yapım işinde, yapımından vazgeçilen (eksiltilen) imalat kalemleri nedeniyle sözleşme bedelinden yapılacak kesinti tutarının tespitinde pursantaj oranlarının kullanılması pursantaj oranlarının ifade ettiği mana itibari ile hakkaniyete uygun düşmemektedir. Bilindiği üzere pursantaj oranları, idarenin ihaleye hazırlık aşamasında hazırladığı yaklaşık maliyet cetvelinde gösterilen iş kalemi ve/veya iş gruplarının, işin tamamı için hesaplanan toplam yaklaşık maliyet bedeli içerisindeki yüzdesel ağırlığını gösterir bir orandır ve yaklaşık maliyetin gizliliği ilkesi gereğince isteklilerin tekliflerini sunarken bihaber oldukları ve dolayısıyla teklif edilen bedel ile herhangi bir bağlantısı veya teklif edilen bedel üstünde herhangi bir etkisi olan bir değer değildir.

Konuya ilişkin Yüksek Fen Kurulunun 23.03.2011 tarihli ve 2011/5 sayılı ile vermiş olduğu Kararında:

"3-İNCELEME

...

4735 sayılı Kanun ve sözleşmesinin yukarıda belirtilen hükümleri uyarınca; anahtar teslimi götürü bedel teklif alınan ihalelerde, isteklilerin işin tamamı için teklif verdikleri ve sözleşmenin de işin tamamı için yapıldığı ile işlerin bedellerinin ödenmesinde yüklenicilerin teklif ettikleri toplam bedelin esas alındığı, ilerleme yüzdelerinin (pursantaj oranlarının) işin yapılmasına ilişkin bir dayanak oluşturma niteliğinin bulunmadığı, proje ve mahal listelerine dayalı olarak hangi imalat seviyesinde sözleşme bedelinin hangi oranında ödeme yapılacağı gösteren bir belgeden ibaret olduğu ve birim fiyat niteliğinde bulunmadığı dolayısıyla, ilerleme yüzdelerinden (pursantaj oranlarından) hareketle yapımından vazgeçilen iş kalemlerine ait birim fiyatların da tespit edilemeyeceği hususları açıktır.

Ayrıca, sözleşmesi eki YİĞŞ'nin "Sözleşmede bulunmayan işlerin birim fiyatların tespiti" başlıklı 22 nci maddesinde bu konuda nasıl hareket edilmesi gerektiğine ilişkin hususlar ayrıca belirtilmiş bulunmaktadır.

4 - KARAR

Konuyla ilgili olarak inceleme bölümünde yapılan detaylı açıklamalar dikkate alındığında; yapımından vazgeçilen iş kalemlerine ait birim fiyatların, sözleşmesi eki YİĞŞ'nin 22 nci maddesinin kıyasen uygulanması suretiyle, bu maddede ön görülen usul ve esaslar doğrultusunda tespit edilebileceğine 23/03/2011 tarihinde yapılan toplantıda oybirliği ile karar verilmiştir."

ifadelerine yer vermesi, bu hususu teyit etmektedir.

Bu haliyle, "anahtar teslim götürü bedel ihale edilen bir yapım işinde proje değişiklikleri sonucu yapımından vazgeçilen (eksiltelen) imalatların fiyatlarının nasıl tespit edileceği" noktasında yukarıda da ifade edildiği üzere bu husus ihale mevzuatında açık bir şekilde düzenlenmemiş olmakla birlikte konuya ilişkin gerek Sayıştay yargısı tarafından verilen emsal kararlarda ve gerekse de bu konularda görüş verme yetkisi kendisine 644 sayılı KHK ile tanınmış olan Yüksek Fen Kurulu Başkanlığı kararlarında, usul ve yöntem paralelliği ilkesi benimsenmiş olup, buna göre iş eksilişine konu olan imalatların fiyatlarının tespitinin aynı iş artışına konu imalatların fiyatlarının tespitinde uygulanan yöntem ile gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Yukarıda belirtilen mevzuat hükümleri ve kararlar ile yapılan açıklamalar bağlamında ihtilaf konusu olay değerlendirilecek olursa;

Sayıştay tarafından görevlendirilen heyetin düzenlediği yukarıda sözü edilen rapor sonucunda Sayıştay tarafından suç duyurusunda bulunulması üzerine Cumhuriyet Başsavcılığının teşkil ettirdiği bilirkişi heyetinin ve yüklenicinin talebi üzerine Teknik Üniversitesinden görevlendirilen bilirkişi heyetinin tespitleri de fiiliyatta yapılan imalat ölçülerinin uygulama projesinden daha küçük olduğu yönündedir. Müşterek bu üç tespit karşısında, işte proje değişikliği olduğu konusu mutlak olup; yeni imalatın ödemeleri değişen projedeki ölçüler üzerinden yapılması gerekirken, İdarece fiili duruma itibar edilmeyerek uygulama projesindeki ölçüler üzerinden imalat için (sanki ilk projedeki imalat yapılmış gibi) tam ödeme yapılmış ve herhangi bir kesintiye gidilmemiştir.

Ancak, İdarece yapılan bu uygulama mevzuata aykırı olduğundan; mukayeseli kefe göre belirlenen tutarın kesilmesi gerektiği gerekçesi üzerine kurulan tazmin hükmü hukuken yerindedir.

Konunun esası itibariyle uygulama projesindeki ölçülerden farklı yapılan imalatlar için yükleniciye fazla ödeme yapıldığı hususunu, sorumlu ve ahiz vekilleri de kabul etmekle birlikte Ek İlamda mevzuata aykırı olarak belirlenen hususların kesin kabul aşamasında değerlendirilebileceğinden ve buna göre düzeltmelerin ve (tahsilat gerektiren durumlarda) tahsilat işlemlerinin gerçekleştirilebileceğinden hareketle (..... Cumhuriyet Başsavcılığı ve bilirkişi raporlarından atıflarda bulunarak) kesin kabulü ve kesin hesabı yapılmamış işlerde kamu zararından bahsedilemeyeceğini ifade etmişler ve bu iddialarını (emsal olarak gösterilen ancak sadece temyiz dilekçelerindeki sorumlu savunmaları kısmının esas alındığı) Sayıştay Temyiz Kurulu Kararlarına ve Yargıtay içtihatlarına dayandırmışlardır. Ancak, Sayıştay yargısında kamu zararının tespitinde kesin hesap veya kesin kabul yapıp yapılmadığının önemi yoktur. Kaldı ki, yapılacak düzeltme ve tahsilatlar (Sayıştayca verilen hükümden sonra yapılanlar ilamın infazı mahiyetinde olmakla beraber), Sayıştay yargılamalarının her aşamasında dikkate alınabilecek olup, Ek İlama konu hususta düzeltme veya tahsilat yapıldığına ilişkin herhangi bir bilgilendirme de yapılmamıştır. (Yüklenici tarafından kesin hesap dosyasında kamu zararına esas pozların minha edildiği ifade edilmişse de kesin hesap hâlihazırda onaylanmadığından düzeltme ve tahsilat niteliğinde değildir.)

Son olarak, usul ve yöntem paralelliği ilkesini gereğince iş eksilişine konu olan imalatların fiyatlarının tespitinin aynı iş artışına konu imalatların fiyatlarının tespitinde (Y.İ.G.Ş.'nin 22'nci maddesi doğrultusunda) uygulanan yöntem ile gerçekleştirilmesi gerekmele birlikte gerek bu maddede ve gerekse 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar ile ikincil mevzuatta söz konusu fiyatların tespiti sırasında sözleşme bedeli ve yaklaşık maliyet arasındaki farktan hareketle bulunacak bir orandaki indirim girdisinin yer aldığına veya fiyatların bu oranda tenzilatı tabi tutulacağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Buna rağmen Ek. İlamdaki kamu zararı hesabında da imalat birim fiyatlarına (bilinen adıyla) itibari ihale tenzilatı uygulanmış olduğu görülmektedir. Her ne kadar mevzuatımızda böyle bir yöntem bulunmasa da kamu zararı hesabında hem artan hem azalan imalatlara tenzilat uygulandığı, bu hesabın İdarece kabul edildiği ve tenzilat uygulanmaması durumunda kamu zararı tutarının artacağı anlaşıldığından; söz konusu yöntemin Kurulumuzca da kabul edilmesi uygun ve makul olacaktır.

Tüm bu açıklamalar çerçevesinde, kamu zararı tutarının haliyle kabulüyle temyiz dilekçesindeki iddiaların reddedilerek 359 sayılı Ek İlamın 1. maddesinin (C) bendiyle verilen TL'nin tazminine ilişkin hükmün TASDİKİNE, karar verildi.