

SAYIŞTAY KARARLARI

DECISIONS OF TURKISH COURT OF ACCOUNTS

Temyiz Kurulu Kararları

Decisions of Board of Appeal



TEMYİZ KURULU KARARI

Tarih : 20.01.2021

No : 48684

Konu: Yasal koşulları sağlayan ortak hizmet projesi bulunmaksızın derneklere yardım yapılmasının ve temsil, ağırlama ve tören hizmetleri kapsamına girmeyen harcamalarda bulunulmasının mümkün olmayacağı hk.

Dosyada mevcut belgelerin okunup incelenmesinden sonra,

GEREĞİ GÖRÜŞÜLDÜ

..... Belediyesinde Tüm Konfederasyonu, Yardımlaşma ve Dayanışma Derneği, Yardımlaşma ve Dayanışma Derneği, Kültür ve Dayanışma Derneği, Esnafı Yardımlaşma Koruma ve Dayanışma Derneği ve Yerel Yönetimler Derneğine çeşitli yardımlarda bulunulması sonucu TL'lik kamu zararının tazminine ilişkin hüküm tesis edilmiştir.

5018 sayılı Kanun'un 29'uncu maddesinde; genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin bütçelerinde öngörülmüş olmak kaydıyla; kamu yararı gözetilerek dernek, vakıf, birlik, kurum, kuruluş, sandık ve benzeri teşekküllere yardım yapabileceğine ilişkin bir hüküm bulunmakta ise de; bu hükmün belediyeler için uygulanmayacağı ve belediyelerin, belediye meclislerinin kararı üzerine yapacağı anlaşmaya uygun olarak yalnızca kendi görev ve sorumluluk alanına giren konularda kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu yararına çalışan dernekler, Cumhurbaşkanınca vergi muafiyeti tanınmış vakıflar ve 7/6/2005 tarihli ve 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar Meslek Kuruluşları Kanunu kapsamına giren meslek odaları ile ortak hizmet projeleri gerçekleştirebileceği, diğer dernek ve vakıflar ile gerçekleştirilecek ortak hizmet projeleri için ise mahallin en büyük mülki idare amirinin izninin alınması gerektiği, 5393 sayılı Kanun'un 75'inci maddesine 12.11.2012 tarih ve 6360 sayılı Kanun'un 19'uncu maddesiyle eklenmiştir.

Belirtilen mevzuat hükümlerine göre, belediyelerin derneklerle ortak hizmet projesi yürütebilmesi için, kamu yararına çalışan derneklerle ortak hizmet projesi kapsamında yapılacak işin belediyenin görev ve sorumluluk alanlarına giren konularda olması, belediye meclis kararı alınması ve taraflar arasında bir protokol imzalanması, diğer derneklerle gerçekleştirilecek ortak hizmet projeleri için ise, mahallin en büyük mülki idare amirinden izin alınması gerekmektedir.

Bunun yanı sıra, bazı yardımların da temsil tanıtma giderleri kapsamında ödendiği görülmüş olup, belediye başkanına temsil ve ağırlama giderleri için ayrılan ödeneği kullanma yetkisi 5393 sayılı Belediye Kanunu ile verilmiş ve bu ödeneğin hangi durumlarda kullanılacağı İçişleri Bakanlığı tarafından yayımlanan Belediye Bütçesinden Yapılacak Temsil, Ağırlama ve Tören Giderleri Yönergesi'nde belirtilmiştir.

Anılan Yönergenin 4'üncü maddesinde; temsil giderlerinin görevle ilgili olmak şartıyla; beldede başarılı çalışmalarını görülenler için toplantılar düzenlemek, kupa ve benzeri teşvik uygulamalarında bulunmak, gerçek ve tüzel kişilere plaket, ödül ve hediye vermek, çiçek göndermek, beldede göreve başlayan veya ayrılan protokole dahil kişiler için toplantılar düzenlemek ve hediye vermek,

10'uncu maddesinde ise; diğer maddelerde sayılan giderler dışında kalan ve yapılması belde için de gerekli olan veya mahalli örf, adet ve sosyal yaşantı için de gerekli sayılan etkinlik ve törenler için (nişan, nikah, ölüm gibi) harcama yapmak, şeklinde ifade edilmiştir.

Tüm Konfederasyonunun katılacağı Turizm Fuarı için konaklama ve yemek hizmeti alınması; Yerel Yönetimler Derneğinin talebi üzerine'yı anma ve yardım malzemelerinin dağıtılması programı için organizasyon hizmeti alınması; iyilik okulu projesi kapsamında yapılan yarışmalarda dereceye giren projelerin danışmanlarına verilmek üzere laptop bilgisayar alınması gibi giderlerin temsil tanıtma giderleri kapsamında değerlendirilmesi mümkün bulunmamaktadır.

Bu itibarla, 29 sayılı ilamın 4. maddesiyle mevzuat hükümlerine aykırı olarak ortak hizmet projesi bulunmayan derneklere yardım yapılması ve temsil, tören hizmetleri kapsamına girmeyen harcamalarda bulunulması gerekçesiyle verilen tazmin hükmünün TASDİKİNE;

TEMYİZ KURULU KARARI

Tarih : 16.12.2020

No : 48551

Konu: Belediyece Asfalt Hazırlanması, Serim Yerine Nakli ve Yollara Serilip Sıkıştırılması işinde yüklenici firmaya hakediş ödemeleri yapılırken fiyat farkı hesaplamasında mal alımlarına ilişkin fiyat farkı esaslarının kullanılmasının mümkün bulunmadığı hk.

Dosyada mevcut belgelerin okunup incelenmesinden sonra,

GEREĞİ GÖRÜŞÜLDÜ:

..... Belediyesi 2009 yılı hesabının 6. Dairede yargılanması sonucunda 1284 sayılı ilamın 3'üncü maddesiyle; Belediyesi tarafından A.Ş.'ne ihale edilen "50.000 Ton Binder Asfalt Hazırlanması, Serim Yerine Nakli ve Yollara Serilip Sıkıştırılması" işinde yüklenici firmaya hakediş ödemeleri yapılırken fiyat farkı hesaplamasında mal alımlarına ilişkin fiyat farkı esaslarının kullanılması sonucu oluşan toplam TL'nin Harcama Yetkilileri ve Gerçekleştirme Görevlilerinden tazminine karar verilmiştir.

Sorumluların Temyiz Kuruluna yapmış oldukları başvuru sonucunda verilen 20.05.2015 gün ve 40521 tutanak nolu Temyiz Kurulu Kararında, ilam konusunda mevzuata aykırı durumun idari şartname ve sözleşmelerin hatalı düzenlenmesinden kaynaklandığı, dolayısıyla idari şartnameyi ve sözleşmeyi hatalı düzenleyenlerin sorumlu olması gerektiği gerekçesiyle, verilen tazmin hükmünün bozularak Daireye gönderilmesine karar verilmiştir.

Bunun üzerine, 1641 sayılı Ek İlamın 2'nci maddesinde, şartname ve sözleşmeyi hazırlayanların tespiti mümkün olmadığından ihale komisyon başkanı ve üyelerinin tespit edilip savunmalarının alınması sonucu düzenlenecek ek raporun Daireye bildirilmesi için konunun hüküm dışı bırakılmasına karar verilmiştir.

Son olarak, 1652 sayılı Ek İlamın 1'inci maddesi ile de kamu zararı tutarı TL'nin'e ödettirilmesine karar verilmiştir.

Esas Yönünden İnceleme

İhaleye ilişkin idari şartnamenin ihale konusu işe ilişkin bilgiler başlıklı 2'nci maddesinde iş yapım işi olarak nitelendirilmiş ancak fiyat farkı ödenmesi ve

hesaplama şartları başlıklı 48'nci maddesinde fiyat farkının 05.02.2003 tarih ve 25015 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren "4734 Sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhalesi Yapılacak Olan Mal Alımlarına İlişkin Fiyat Farkı Hesabında Uygulanacak Esaslar"a göre yapılacağı belirtilmiştir.

İdari şartnamenin 48 inci maddesinde "Sözleşmenin yürütülmesi sırasında yükleniciye fiyat farkı verilecektir." düzenlemesi yer almaktadır. 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa göre ihalesi yapılacak olan yapım işlerine ilişkin fiyat farkı hesabında uygulanacak esaslarda anahtar teslimi götürü bedel veya birim fiyat teklif alınmak suretiyle ihale edilen yapım işlerinde bu esasların uygulanacağı, idari şartname ve sözleşmesinde fiyat farkı verileceği düzenlemesi yapılmış yapım işi için katsayıların belirlenmemesi halinde fiyat farkının temel ve güncel indeksler alınarak hesaplanacağı düzenlemesi yapılmıştır.

İdare ile yüklenici arasında imza edilen sözleşmede fiyat farkının mal alımları esaslarına göre yapılacağı hüküm altına alınmış, EPDK'nın internet sitesinde yer almayan bitüm asfalt için fiyat farkı hesabı yapılmıştır. Oysa ki iş yapım işi olduğundan yapım işine ilişkin esas ve usullere göre fiyat farkı hesap edilmesi gerekmektedir. Ancak sözleşmede fiyat farkı hesabında uygulanacak katsayılar belirlenmemiştir. Bu durumda yapım işine ilişkin fiyat farkı hesabı, temel ve güncel indeksler esas alınarak yapılmalıdır.

50.000 ton binder asfalt (kırılmış ve elenmiş ocak taşı ile) hazırlanması, serim yerine nakli ve yollara serilip sıkıştırılması işi idari şartnamede yapım işi olarak nitelendirilmesine rağmen mal alımlarına ilişkin fiyat farkı hesabında uygulanacak esaslara göre fiyat farkı hesaplanmıştır.

Fiyat farkının hatalı hesaplanması sonucu kamu zararı olduğu, dolayısıyla esas yönünden 1652 sayılı Ek İlamın 1'inci maddesi ile verilen tazmin hükmünün yerinde olduğu görülmektedir.

Bu itibarla, yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde, 1652 sayılı Ek İlamın 1'inci maddesi ile TL'ye verilen tazmin hükmünün TASDİKİNE;

TEMYİZ KURULU KARARI

Tarih : 04.11.2020

No : 48492

Konu: Yurtdışı eğitim seminerine katılan İnsan Kaynakları ve Eğitim Daire Başkanına, seyahat giderleri için Belediyeler Birliğine yapılan ödemeye ilave olarak mükerreren harcırah ödenemeyeceği hk.

Dosyadaki mevcut belgelerin okunup incelenmesinden sonra,

GEREĞİ GÖRÜŞÜLDÜ

326 sayılı EK ilam ile, Belediyeler Birliğince düzenlenen yurtdışı eğitim seminerine katılan İnsan Kaynakları ve Eğitim Daire Başkanı'a, mükerrer harcırah ödenmesi neticesinde TL'ye tazmin hükmü verildiği görülmüştür.

6245 sayılı Harcırah Kanunu'nun 3'üncü maddesinde; "Bu Kanunda geçen; Harcırah: Bu Kanuna göre ödenmesi gereken yol masrafı, gündelik, aile masrafı ve yer değiştirme masrafından birini, birkaçını veya tamamını ifade eder",

5'inci maddesinde; "Harcırah; yol masrafı, yevmiye, aile masrafı ve yer değiştirme masrafını ihtiva eder",

14'üncü maddesinde; "Birinci maddede yazılı kurumlara ait bir vazifenin ifası maksadiyle muvakkaten yurt içinde veya dışında başka bir yere gönderilenlere yol masrafı ile yevmiye verilir ve hamal (Cins ve adedi beyannamede gösterilmek suretiyle) bagaj ve ikametgah veya vazife mahalli ile istasyon, iskele veya durak arasındaki nakil vasıtası masrafları da ayrıca tediye olunur",

34'üncü maddesinde ise; "Geçici görev ile yabancı ülkelere gönderilenlere, özel anlaşmaları gereğince yabancı devlet, uluslararası kuruluş veya resmi diğer kuruluşlar tarafından ödeme yapıldığı takdirde bu ödemeler gündeliklerinden indirilir." hükümleri yer almaktadır.

Yukarıdaki mevzuat hükümleri birlikte değerlendirildiğinde; yurtdışı geçici görev harcırahının, yol masrafı ve yevmiyeden oluştuğu anlaşılmaktadır. Ancak geçici görev ile yurtdışına gönderilenlere diğer kuruluşlar tarafından ödeme yapıldığı takdirde; geçici görev harcırahının bu ödemelerden düşülmesi gerekmektedir.

Rapor dosyası ve eki belgelerin incelenmesi neticesinde; Belediyeler Birliği tarafından düzenlenen program için bu birliğe 8472 no'lu ödeme emri

belgesi ile yapılan TL tutarındaki ödemeye gidiş-dönüş uçak bileti ve uluslararası uçuşlar, konaklama, yemek, teknik inceleme programları, havaalanı-otel transferleri, alan vergileri, seyahat sigortası ve rehberlik ücretlerinin dahil olduğu anlaşılmıştır. Buna göre söz konusu kişiye geçici görev harcırahı olarak sadece 2 günlük yol süresi için yurtdışı gündelik ve ikametgahı ile havaalanı arası için yol masrafı ödenmesi gerekirken, yurtdışında bulunduğu 3 gün için de ayrıca gündelik ödendiğinden mükerrer ödeme sebebiyle kamu zararına neden olunmuştur.

Sorumlular, temyiz dilekçelerinde; ödenen harcırahın meri mevzuata uygun olduğunu, 6245 sayılı Harcırah Kanunu ve 2016/8363 sayılı Yurt Dışı Gündeliklerine Dair Bakanlar Kurulu Kararının 3. maddesinin 2. fıkrasına aykırı davranılmadığını, anılan Bakanlar Kurulu Kararında "Kurumlar, hizmetin özellikleri, mevcut ödenek miktarı, yabancı devlet, uluslararası kuruluş, resmi veya özel diğer kurum ve kuruluşlar tarafından ödeme yapılması, görev yerinde ücretsiz veya düşük ücretli yatacak yer temin edilmesi, yemek ihtiyaçlarının kısmen veya tamamen karşılanması gibi hususları dikkate almak suretiyle, ekli cetvelde gösterilen miktarlardan daha aşağı miktarda gündelik ödeyebilirler. Ancak, bu şekilde ödenecek gündeliklerin ilgililerce kabul edildiğinin görev mahallinden ayrılmadan önce idarelerine yazılı olarak bildirilmesi gerekir" hükmüne yer verildiğini ve idarece ilgiliden alınan bu içerikte bir kabul ve yazılı irade beyanı bulunmadığından mükerrer bir ödemenin varlığından söz edilemeyeceğinin açık olduğunu iddia etmişlerse de anılan ikinci fıkra hükmü yabancı devlet, uluslararası kuruluş, resmi veya özel diğer kurum ve kuruluşlar tarafından yapılan ödemeye ilişkin olup, bizzat personelin istihdam edildiği Belediye bütçesinden yapılan ödemeyi kapsamamaktadır. Bunun yanında, anılan Kanununun 14 üncü maddesi uyarınca geçici görev esnasında verilmesi gereken yevmiyenin amacı memurların memuriyet merkezlerinden ayrılmaları dolayısıyla geçici memuriyet mahallerinin hayat şartlarına intibakı için yapmış oldukları iaşe ve ibate (yemek ve konaklama) giderlerini karşılamaktır. Bahsi geçen eğitim programında iaşe ve ibate giderleri ile programla ilgili diğer tüm harcamaların Birlik tarafında karşılanacağı belirtildiğinden yurtdışındaki geçici görev süresince ek olarak muvakkat vazife harcırahının da ödenmesi mevzuata aykırılık teşkil etmektedir.

Bu itibarla, 326 sayılı EK İlam ile verilen tazmin hükmünün TASDİKİNE,

TEMYİZ KURULU KARARI

Tarih : 02.12.2020

No : 48540

Konu: Sağlık Uygulama ve Araştırma Merkezinde görevli öğretim üyelerine nöbet ücreti ödenmesinin mevzuata uygun olmadığı hk.

Dosyada mevcut belgelerin okunup incelenmesinden sonra,

GEREĞİ GÖRÜŞÜLDÜ:

Anayasanın 128 inci maddesinin ikinci fıkrasında; "Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir. ..." hükmü yer almaktadır.

Bu bağlamda, 657 sayılı Kanunun Ek 33 üncü maddesinde:

"Yataklı tedavi kurumları, seyyar hastaneler, ağız ve diş sağlığı merkezleri, aile sağlığı merkezleri, toplum sağlığı merkezleri ve 112 acil sağlık hizmetlerinde haftalık çalışma süresi dışında normal, acil veya branş nöbeti tutarak, bu nöbet karşılığında kurumunca izin kullanmasına müsaade edilmeyen memurlar ile sözleşmeli personele, izin suretiyle karşılanamayan her bir nöbet saati için (nöbet süresi kesintisiz 6 saatten az olmamak üzere), aşağıda gösterilen gösterge rakamlarının aylık katsayısı ile çarpılması sonucu hesaplanacak tutarda nöbet ücreti ödenir. (Ek cümle:2/1/2014-6514/10 md.) Bu ücret yoğun bakım, acil servis ve 112 acil sağlık hizmetlerinde tutulan söz konusu nöbetler için yüzde elli oranında artırımlı ödenir. Ancak ayda aile sağlığı ve toplum sağlığı merkezlerinde 60 saatten, diğer yerlerde ve hiçbir şekilde 130 saatten fazlası için ödeme yapılmaz. Bu ücret damga vergisi hariç herhangi bir vergi ve kesintiye tabi tutulmaz.

Gösterge (hesap yılı olan 2014'teki haliyle)

a) Klinik şefi, şef yardımcısı, başasistan, uzman tabip 100

b) Tabip, tıpta uzmanlık mevzuatında belirtilen dallarda, bu mevzuat hükümlerine göre uzmanlık belgesi alan tabip dışı personel, aynı dallarda doktora belgesi alanlar 90

c) Diş tabibi ve eczacılar 80

- ç) Mesleki yüksek öğrenim görmüş sağlık personeli 60
- d) Lise dengi mesleki öğrenim görmüş sağlık personeli 50
- e) Diğer personel 35

Bu madde hükmü, üniversitelerin yataklı tedavi kurumlarında çalışan ve 4/11/1981 tarihli ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 50 nci maddesinin (e) bendi kapsamında bulunanlar ile yataklı tedavi kurumlarında çalışan ve 11/4/1928 tarihli ve 1219 sayılı Kanunun ek 14 üncü maddesinin dördüncü fıkrası kapsamında bulunanlar hakkında da uygulanır.

İcap nöbeti tutan ve bu nöbet karşılığında kurumunca izin kullanmasına müsaade edilmeyen memurlar ile sözleşmeli personele, izin suretiyle karşılanamayan her bir icap nöbeti saati için, icap nöbeti süresi kesintisiz 12 saatten az olmamak üzere, yukarıda nöbet ücreti için belirlenen ücretin yüzde 40'ı tutarında icap nöbet ücreti ödenir. Bu şekilde ücretlendirilebilecek toplam icap nöbeti süresi aylık 120 saati geçemez.

Bu madde uyarınca yapılacak ödemeler, döner sermayesi bulunan kurumlarda döner sermaye bütçesinden karşılanır.”

2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 50/(e) maddesinde ise:

“Tıpta uzmanlık öğrenimi yapanlara verilecek aylık veya ödeneklerin tespitinde, aynı durumda bulunan Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığındaki personelin aylık ve ödenekleri göz önünde tutulur.”

denilmektedir.

Görüreceği üzere, 657 sayılı Kanunun Ek 33 üncü maddesinde memurlar ve sözleşmeli personele ödenecek nöbet ücreti ile icap nöbeti ücreti düzenlenmiş, maddenin ikinci fıkrasında ise anılan madde hükmünün üniversitelerin yataklı tedavi kurumlarında çalışan ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 50 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi kapsamında bulunanlar hakkında da uygulanacağı belirtilmiştir.

Dolayısıyla, 657 sayılı Kanunun Ek 33 üncü maddesi çerçevesinde nöbet ücreti ile icap nöbeti ücreti ödemelerinden memurlar, sözleşmeli personel ve 2914 sayılı Kanuna tabi olanlardan yalnızca 2547 sayılı Kanunun 50 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi kapsamında sayılanlar yararlanabilmektedir.

Buna göre, 2547 sayılı Kanunun 50 nci maddesinin birinci fıkrasının (e)

bendi kapsamında sayılanlar hariç olmak üzere 2914 sayılı Kanuna tabi öğretim elemanlarının 657 sayılı Kanunun ek 33 üncü maddesinde düzenlenen nöbet ücreti ile icap nöbeti ücretinden yararlanmalarına imkân bulunmamaktadır. Nitekim YÖK'ün görüş sorduğu Maliye Bakanlığı Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğünün 14/05/2015 tarihli ve 64314391-110.01.18-[4539] sayılı "Nöbet Ücreti" yazısı da tamamen bu yöndedir.

Nitekim, 2914 sayılı Kanuna tabi öğretim elemanlarının sağlıklı ilgili döner sermaye biriminde gerçekleştirdikleri mesai içi ve mesai dışı faaliyetler 2547 sayılı Kanunun 58 inci maddesinin (c) fıkrası ve Yükseköğretim Kurumlarında Döner Sermaye Gelirlerinden Yapılacak Ek Ödemelerin Dağıtılmasında Uygulanacak Usul ve Esaslara İlişkin Yönetmeliğin ilgili maddeleri kapsamında karşılıklılandırılmakta olup, doçent ve yardımcı doçentlerin tuttıkları nöbetlere döner sermaye biriminden ayrıca ödeme yapılacağına dair hiçbir yasal düzenleme de yer almamaktadır.

Bu hususlara karşın, sorumlu tarafından bu defa karar düzeltilmesine konu olan uyuşmazlıkla ilgili olarak; Üniversitesi Tıp Fakültesi Kadın Doğum Anabilim Dalında görevli 22/2/2018 tarihli ve 7100 sayılı Kanunun 2 nci 13 üncü ve 29 uncu maddeleri uyarınca yükseköğretim kurumlarına tahsis edilen okutman, uzman, çevirici, eğitim-öğretim planlamacısı kadroları kaldırılarak bunların yerine öğretim görevlisi kadrosu ihdas edilmesi dolayısıyla kadrosu da öğretim görevlisi kadrosuna dönüşen) kadın doğum uzmanları tarafından İdare Mahkemesine davaların açıldığını ve bu davaların Danıştaya gitmesi üzerine Danıştay 8. Dairesi'nce uzman hekimlerin haklı bulunduğunu (Danıştay 8. Dairesinin 2012/9336 Esas ve 2015/7813 Karar numaralı Kararı) ve Üniversitesinde "2547 sayılı yasaya tâbi olan doktorlara da nöbet ücreti ödemesi gerektiğine" karar verildiğini iddia etmekte ise de; söz konusu Karar "yükseköğretim kurumlarında 2547 sayılı Kanunun 50 inci maddesine göre görev süresi dolan ve hizmetine gerek görülerek aynı Kanunun 33 üncü maddesine çekilmek suretiyle görev süresi uzatılan uzman hekimler" ile ilgili olup, yükseköğretim kurumlarında çalışan öğretim elemanlarını (karar düzeltilmesine konu olayda doçent ve yardımcı doçent) ilgilendirmemektedir. Ayrıca Anayasa Mahkemesinin 02.08.2019 tarihli ve 30850 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 03.07.2019 tarihli ve 2018/9074 başvuru numaralı Üniversitesi Tıp Fakültesi Göğüs Cerrahisi Kliniğinde çalışan bir uzman doktorun bireysel başvurusu üzerine verdiği Kararda da Anayasanın 35 inci maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkıyla bağlantılı olarak

Anayasanın 10 uncu maddesinde güvence altına alınan “ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine” karar verilmiş olup, buradan gerek Danıştay gerekse Anayasa Mahkemesinin konu hakkındaki iradesinin “uzman doktor” olarak çalışan ilgililerin Sağlık Bakanlığı hastanesinde veya üniversite hastanesinde çalışması yönünden ayırım yapılamayacağı yönünde olduğu, diğer bir ifadeyle, nöbet ücreti alabilecek olan uzman hekimleri sadece çalıştıkları yer bakımından değerlendirerek bir karara ulaştığı anlaşılmaktadır.

Kaldı ki, 6085 sayılı Sayıştay Kanununun 78 inci maddesi gereğince adli, idari ve askeri mahkemelerce verilen hükümler, Sayıştay’ın denetim yapmasına ve hükme bağlamasına engel teşkil etmemektedir.

Bu itibarla, sorumlu tarafından ileri sürülen iddia ve itirazların tamamının Temyiz Kurulu Kararında karşılandığı ve Kararın Kanuna aykırı bir yönünün bulunmadığı anlaşıldığından ve ayrıca Kararın düzeltilmesini icap ettiren başka bir husus da ileri sürülmediğinden; (182 sayılı İlamın 41. maddesiyle verilen TL’lik tazmin hükmünü tasdik eden) söz konusu 11.10.2017 tarihli ve 43437 tutanak (27881 ilam) sayılı Temyiz Kurulu Kararında KARAR DÜZELTİLMESİNE MAHAL OLMADIĞINA,

TEMYİZ KURULU KARARI

Tarih : 02.12.2020

No : 48534

Konu: Sulama şebekesi yapım işinde; ihale tarihinde sözleşmeye dâhil olan eski tip boruların ihtiyacı karşılamadığı gerekçe gösterilerek iş kapsamına yeni tip boruların alınması sonucu oluşturulan yeni iş kalemlerinin yeni birim fiyatlarında yapımından vazgeçilen unsurların tutarlarına ihale tenzilatı uygulanması hk.

Duruşmaya katılan ilgililer ile Sayıştay Savcısının sözlü açıklamalarının dinlenmesinden ve dosyada mevcut belgelerin okunup incelenmesinden sonra,

GEREĞİ GÖRÜŞÜLDÜ:

Konunun Esası Yönünden İnceleme:

İlamda; bahse konu sulama şebekesi yapım işinde; ihale tarihinde sözleşmeye dâhil olan eski tip boruların ihtiyacı karşılamadığı gerekçe gösterilerek iş kapsamına yeni tip boruların alınması sonucu eski iş kalemlerinin sonuna YF ibaresi eklenerek oluşturulan yeni iş kalemlerinin yeni birim fiyatlarında yapımından vazgeçilen unsurların (boru ve diğer) tutarlarına ihale tenzilatı uygulandığı gerekçesiyle tazmin hükmü verilmiştir.

Söz konusu yeni iş kalemlerinin (yeni) fiyat tutanaklarından anlaşılacağı üzere; (paçal analizle oluşturulan) yeni birim fiyatlar oluşturulurken yüklenicinin teklif birim fiyatından hareketle fark analiz şeklinde bir yöntem (metot) tercih edilmiş ve analize;

• Eski şartnameye göre yapılan boru bedeli resmi kamu fiyatı üzerinden indirim uygulanarak minha edilmiş, (-)

• Eski şartnameye göre boru imalatı ile ilgili kazı, dolgu, boru nakliyeleri metraj azalışı resmi kamu fiyatları üzerinden indirim uygulanarak minha edilmiş, (-)

• Yeni şartnameye göre boru imalatı ile ilgili kazı, dolgu, boru nakliyeleri metraj artışı resmi kamu fiyatları üzerinden indirim uygulanarak eklenmiş, (+)

• Yeni şartnameye göre yapılan boru bedelinde ise; proforma faturadan gelen değer aynen alınmış, bu değer % 25 yüklenici karıyla fiyat farkı katsayısına (Pn) bölünerek ihale tarihinde indirgenmiş, bu değer de herhangi bir indirim uygulanmadan eklenmiş (+)

• Sözleşme tarihindeki yeni boru bedeli, eski şartnameye göre kamu fiyatlarıyla minha edilen boru ve diğer unsurları ile kamu fiyatlarıyla eklenen yeni şartnameye göre boru unsurlarının toplamı ile kıyas edilmiş ve bu kıyas sonucu bulunan fark imalat tutarı son olarak eski tip boru imalatı için verilen teklif fiyata eklenmiş

Bu suretle ödemeye esas yeni birim fiyatlar oluşturulmuştur.

Anılan ihalenin yapıldığı tarihte yürürlükte olan ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa dayanılarak çıkartılan Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği eki Yapım İşleri Genel Şartnamesinin "Sözleşmede bulunmayan işlerin fiyatının tespiti" başlıklı 22 nci maddesinde aynen:

"(1) 12 nci maddenin 4 üncü fıkrasında belirtilen proje değişikliği şartlarının gerçekleştiği hallerde, işin yürütülmesi aşamasında idarenin gerekli görerek yapılmasını istediği ve ihale dokümanında ve/veya teklif kapsamında fiyatı verilmemiş yeni iş kalemlerinin ve/veya iş gruplarının bedelleri ile 21 inci maddeye göre sözleşme kapsamında yaptırılacak ilave işlerin bedelleri, ikinci fıkrada belirtilen usuller çerçevesinde yüklenici ile birlikte tespit edilen yeni birim fiyatlar üzerinden yükleniciye ödenir.

(2) Yeni fiyatın tespitinde iş kalemi veya iş grubunun niteliğine göre aşağıdaki sıralamaya uyularak oluşturulan analizlerden biri kullanılır:

a) Yüklenicinin birim fiyatlarının/teklifinin tespitinde kullanarak teklifi ekinde idareye sunduğu ve yeni iş kalemi/grubu ile benzerlik gösteren iş kalemlerine/gruplarına ait analizlerle kıyaslanarak bulunacak analizler.

b) İdarede veya diğer idarelerde mevcut olan ve yeni iş kalemine/grubuna benzerlik gösteren analizlerle kıyaslanarak bulunacak analizler.

c) İhaleyi yapan idarenin daha önce gerçekleştirdiği ve ihale konusu işe benzer nitelikteki yapım işlerinin sözleşmelerinde ortaya çıkan iş kalemleri/gruplarına ait maliyet analizleriyle kıyaslanarak bulunacak analizler.

ç) Yeni iş kaleminin/grubunun yapılması sırasında tutulacak puantajla tespit edilecek malzeme miktarları, işçi ve makinelerin çalışma saatleri ile diğer tüm girdiler esas alınarak oluşturulacak analizler.

(3) İş kalemi veya iş grubunun niteliğine uygun olarak yukarıdaki analizlere, kaynakların verimli kullanılması gözetilerek aşağıdaki rayiçlerden biri, birkaçı veya tamamı uygulanabilir:

a) Varsa yüklenicinin teklifinin ekinde idareye verdiği teklif rayıçlar.

b) İdarede veya diğer idarelerde mevcut rayıçlar.

c) İhaleyi yapan idarenin daha önce gerçekleştirdiği ve ihale konusu işe benzer nitelikteki yapım işlerinin sözleşmelerinde ortaya çıkan fiyatlar.

ç) İdarece kabul edilmek şartıyla, ticaret ve/veya sanayi odasınca onaylanmış uygulama ayına ait yerel rayıçları.

(4) Yeni fiyat yüklenici ile birlikte yukarıda belirtilen usullerden biri ile tespit edilerek düzenlenen tutanak idarenin onayına sunulur ve otuz gün zarfında idarece onaylanarak geçerli olur. Yeni fiyat tespitinde yüklenici ile uyuşmazlık ise, taraflarca anlaşmazlık tutanağı düzenlenir ve anlaşmazlık idare tarafından on gün içerisinde Bayındırlık Kuruluna intikal ettirilir. Bayındırlık Kurulu tarafından tespit edilen fiyatın iki tarafça kabulü zorunludur. Yüklenici, fiyat uyuşmazlığı hakkındaki Bayındırlık Kurulunun kararını beklemeden idare tarafından tespit edilmiş fiyat üzerinden işe devam etmek zorundadır.

(5) Yeni fiyatın hesabında, ikinci fıkranın (a) bendine göre, teklif analiz ile kıyaslanarak bulunan analizin kullanılması halinde, bu analizin temsil ettiği iş kalemi miktarı ile yeni tespit edilecek iş kalemi miktarının rayıçlara ve genel giderlere tesiri dikkate alınır.

6) İdare istediği takdirde; bir işte, sözleşmeye esas proje içinde kalan ancak öngörülemeyen durumlar nedeniyle bir iş artışının zorunlu olduğu hallerde, ayrıca bir yükleniciye yaptırılması mümkün olan bir işi başkasına da yaptırabilir, bundan dolayı yüklenici herhangi bir hak talebinde bulunamaz.”

hükümleri yer almaktadır.

Diğer taraftan, İlamda da belirtildiği üzere; gerek YİĞŞ'nin 22 nci maddesinde, gerekse 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar ile ikincil mevzuatta; yeni iş kalemlerine ait fiyatların tespiti sırasında idarenin müteahhitle anlaşmasının esas olduğu belirtilmiş olup, sözleşme bedeli ve yaklaşık maliyet arasındaki farktan hareketle bulunacak bir orandaki indirim girdisinin yer aldığına veya yeni fiyatların bu oranda tenzilata tabi tutulacağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu konuda, Yüksek Fen Kurulu ve Sayıştay Temyiz Kurulu tarafından alınan kararlarda da; yeni fiyat tespiti yapılırken yaklaşık maliyet ile teklif bedeli arasındaki farkın (oransal olarak), -taraflar arasında yapılan sözleşmede indirim konusunda açık bir düzenleme yapılmadığı takdirde- indirim oranı uygulanmasının hukuki

olmadığı itibari ihale tenzilatı olarak kabul edilerek tespit edilen yeni fiyattan düşülmesi uygulamasının yasal dayanağının bulunmadığı ifade edilmiş ve bu kararlar tamamen müstakar hale gelmiştir. Bu nedenle, yeni fiyata ihale tenzilatı uygulanması sözleşmede öngörülmüş olması ya da yüklenicinin kabulü dışında mümkün bulunmamaktadır.

-İdarece yeni fiyat yapımında kullanılan yöntem ihale mevzuatında bulunmamakla beraber- Oluşturulan yeni birim fiyat, YİĞŞ'nin 22 nci maddesi kapsamında ve yapılan açıklamalar doğrultusunda değerlendirilecek olursa; imalatın yeni fiyat yapılmasını gerektiren kısmı yalnızca, yeni boru fiyatı ve unsurları ile eski boru fiyatı ve unsurlarının kıyaslanması sonucu bulunan "fark imalat fiyatı"dır. Temyize konu olay özelinde bu fiyatın belirlenmesinde son derece önemli rol oynayan söz konusu kıyaslamanın doğru olarak yapılabilmesi için öncelikle kıyas düzleminin aynı olması gerekmektedir. Ancak İdarece gerçekleştirilen fark imalat fiyatı tespitinde; bu hususa dikkat edilmeyerek, (yüklenicinin analiz verme mecburiyetinin bulunmamasından ötürü) eski boru fiyatının teklif fiyatın ne kadarına tekabül ettiği bilinmeden eski boru fiyatı ve azalan unsurları eksi (-) değerle [yeni borunun artan unsurları da burada artı (+) değerle yer alarak] sözleşme bedeli ve yaklaşık maliyet arasındaki farktan hareketle "itibari indirim oranı (bilinen adıyla ihale tenzilatı)" uygulanarak; yeni boru fiyatı ise herhangi bir tenzilat uygulanmaksızın piyasa rayici olduğu gerçeğiyle proforma fatura üzerinden (% 25 karlı ve ihale gününe indirgenmiş olarak) (+) değerle kıyaslamaya dâhil edilmiştir. Diğer bir anlatımla, yapımından vazgeçilen imalata esas boru bedeli ihale tenzilatıyla (düşük bedelle) hakedişlerden çıkarken, diğer yandan yeni imalata esas boru bedeli herhangi bir tenzilat uygulanmaksızın (yüksek bedelle) hakedişlere girmiştir. Böyle bir uygulamanın hakkaniyet ölçütleriyle bağdaşmaması bir yana, yüklenici lehine sebepsiz bir zenginleşme doğuracağı da açıktır. Bu durum da 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun "İlkeler" başlıklı 4'üncü maddesindeki; "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." hükmüne açıkça aykırılık teşkil etmektedir.

Kaldı ki, söz konusu şebeke yapım işlerinde iş bedelinin büyük bir kısmını boru maliyetlerinin oluşturduğu ve yüklenicilerin verdikleri yüksek kırımlı teklif bedeli sayesinde işin ihalesini aldıkları (kazandıkları) gerçeği karşısında, sonradan

tüm maliyet girdilerinin herhangi bir indirim tabi tutulmaksızın yeni fiyat kapsamında aynı yükleniciye yaptırılması, (eski tip boru imalatlarının yer aldığı) ilk ihale aşamasını da tamamen işlevsiz duruma getirmekte; bir anlamda işin ihalesiz gerçekleştirilmesi gibi bir durumu ortaya çıkarmaktadır.

Bu bağlamda, işin anahtar teslim götürü bedel ya da birim fiyat usulü ihale edilmiş olmasının bir önemi olmadığından; sorumluların "tazmin hükmünde teklif birim fiyatlı mevcut işte anahtar teslimi götürü bedel işler için geçerli kural ve içtihatların esas alındığı ve bu yaklaşımın hatalı olduğu" şeklindeki iddialarının hukuki bir geçerliliği bulunmamaktadır. Dolayısıyla, yeni birim fiyat yapılan imalatın eskisiyle kıyasa tabi tutulan bir girdisinde "usulde paralellik" ilkesinin göz önünde tutularak hareket edilmesi gerekmektedir.

Son olarak sorumlularca; sözleşmenin 14.2.2.4/f hükmü ile YİĞŞ'nin "Sözleşmede bulunmayan işlerin fiyatının tespiti" başlıklı 22 nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan; "... proje değişikliği şartlarının gerçekleştiği hallerde, işin yürütülmesi aşamasında idarenin gerekli görerek yapılmasını istediği ve ihale dokümanında ve/veya teklif kapsamında fiyatı verilmemiş yeni iş kalemlerinin ve/veya iş gruplarının bedelleri ile 21 inci maddeye göre sözleşme kapsamında yaptırılacak ilave işlerin bedelleri, ikinci fıkrada belirtilen usuller çerçevesinde yüklenici ile birlikte tespit edilen yeni birim fiyatlar üzerinden yükleniciye ödenir." hükmünün bir gereği olarak, esasen somut olayda yapımına karar verilen boru imatları için bütün girdileri eksiksiz şekilde barındıran özel ve müstakil bir analiz ve bu analize dayalı yeni birim fiyat yapılması gerektiği ileri sürülmekte ve bu doğrultuda temyiz dilekçelerinin ekinde çeşitli yöntemlerle İdarece hazırlanmış birtakım müstakil analizler Kurulumuzun bilgisine sunulmakta ve bu analizlere göre (tenzilatsız) yeni fiyat yapılması durumunda fiilen uygulanan birim fiyatlardan da daha yüksek fiyatlara ulaşılabileceği ve bunun da İdarenin daha da aleyhine olacağı ileri sürülmekte ise de; yukarıda değinilen usulde paralellik ilkesi gereği vazgeçilen imalatların da aynı şekilde hakedişlerden çıkarılması gerektiği gözden kaçırılmamalıdır. Bu bağlamda ise; -İlamda, "vazgeçilen tüm imalat kalemleri için İdarece böyle bir analiz yapılmadığı" gerekçe gösterilerek savunma kabul edilmemekle beraber- aslında İdarenin elinde bu analizler yaklaşık maliyete esas (tenzilatsız) fiyatlar dâhilinde mevcut olup, bu analizlere göre vazgeçilen imalatların fiyatlarının hakedişlerden çıkarılması halinde de tazmine konu kamu zararının ortaya çıkacağı konusunda tereddüt bulunmamaktadır.

Bu hususların dışında, şartname değişikliğine, değişikliğin devam eden projelere de uygulanmasına ve yeni birim fiyat analizinin ne şekilde yapılacağına dair idari kararlar ve yazılar tüm ülkede benzer tüm iş ve durumlarda uygulanması gereken genel ve soyut norm niteliğinde metinler olduğu için genelge ve yönerge gibi idare hukukundaki "düzenleyici işlemler" den olduğu ve bu işlemlerin tazmine konu edilemeyeceği iddiasına gelince; normlar hiyerarşisinde bir alt normun kaynağının bir üst norm olması nedeniyle "alt normun üst norma aykırı olamayacağı ve üst normun kendisine verdiği hukuki sınırların dışına çıkamayacağı" kuralı karşısında düzenleyici işlemlerin yapım işlerine ilişkin ihale mevzuatı düzenlemeleri ve ikincil mevzuat düzenlemeleri ile Yüksek Fen Kurulu Kararlarına aykırılık teşkil edemeyeceği bilinmesi gereken bir husustur.

Tüm bu açıklamalar çerçevesinde, konunun esası yönünden tazmin hükmünde hukuken bir isabetsizlik görülmemektedir.

Sonuç itibarıyla, gerek konunun esası gerekse de sorumluluk yönünden verilen tazmin hükmünde hukuken bir isabetsizlik bulunmadığından; temyiz dilekçelerindeki iddiaların reddedilerek 233 sayılı İlamın 5. maddesiyle verilen TL'nin tazminine ilişkin hükmün TASDİKİNE,

Karar verildi.