



TEMYİZ KURULU KARARI

Tarih : 01.12.2021

No : 50051

Konu: 4857 sayılı İş Kanunu ve toplu iş sözleşmesi hükümlerine aykırı olarak işçilere yıllık izinlerinde yemek yardımı ödenemeyeceği hk.

Dosyada mevcut belgelerin okunup incelenmesinden sonra,

GEREĞİ GÖRÜŞÜLDÜ:

30 sayılı İlamın 2. Maddesi ile; 4857 sayılı İş Kanunu ve toplu iş sözleşmesi hükümlerine aykırı olarak işçilere yıllık izinlerinde de yemek yardımı ödenmesi suretiyle oluşan TL kamu zararının tazminine hükmedilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun "Tatil Ücretine Girmeyen Kısımlar" başlıklı 50'nci maddesinde; "Fazla çalışma karşılığı olarak alınan ücretler, primler, işyerinin temelli işçisi olarak normal çalışma saatleri dışında hazırlama, tamamlama, temizleme işlerinde çalışan işçilerin bu işler için aldıkları ücretler ve sosyal yardımlar, ulusal bayram, hafta tatili ve genel tatil günleri için verilen ücretlerin tespitinde hesaba katılmaz." denilmiştir.

Anılan Kanun'un "Yıllık İzin Ücreti" başlıklı 57'nci maddesinde ise yıllık izin ücretinin hesabında İş Kanunu'nun 50'nci maddesinin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

03.03.2004 tarihli ve 25391 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği'nin "Yıllık Ücretli İzinlere İlişkin İşverenin Yükümlülükleri" başlıklı dördüncü bölümünde yer alan "Ücretin Ödenmesi" başlıklı 21'inci maddesinde;

“İzin ücretinin belirlenmesinde; fazla çalışma karşılığı alınacak ücretler, primler, sosyal yardımlar ve işyerinin devamlı işçisi olup, normal saatler dışında hazırlama, tamamlama, temizleme işlerinde çalışan işçilerin bu işler için aldıkları ücretler hesaba katılmaz.

.....” denilmektedir.

..... Belediyesi ile Sendikası arasında imzalanan ve 01.01.2015-31.12.2017 tarihlerini kapsayan toplu iş sözleşmesinin yemek yardımı başlıklı 38’inci maddesinde “İşverence, sendika üyesi işçilere sözleşme süresince fiilen çalıştıkları beher gün için, net 11,00 TL yemek yardımı yapılır....” denilmiştir.

Rapor dosyası ve eklerinin incelenmesi sonucu, işçilere yıllık izinlerinde de yemek yardımı ödemesi yapıldığı görülmüştür.

Sorumlular tarafından her ne kadar toplu iş sözleşmesinin 31’inci maddesinin (e) fıkrasında “Yıllık ücretli iznini kullananlar ücret ve tüm haklardan çalışanlar gibi aynen yararlanırlar” denildiği ve bu hükme göre işçilerin yıllık izinli olduğu günlerde de yemek yardımı yapıldığı savunmalarda ifade edilmiş olsa da; aynı sözleşmede birbiriyle çelişen iki maddenin bulunduğunu varsaymak mümkün değildir. Sözleşmenin tarafları irade beyanlarını ortaya koyarken açıkça yemek yardımı yapılmasını fiilen çalışmaya bağlamışlardır. 31’inci maddenin (e) fıkrasındaki hüküm, diğer maddelerde açıkça belirtilmeyen ve fiili çalışmayla ilişkilendirilmeyen ücret ve hakların yıllık izinli olunan günlerde de alınabileceğini ifade etmektedir.

Söz konusu toplu iş sözleşmesinin 38’inci maddesinde açıkça yemek yardımının fiilen çalışılan günlerde ödeneceği belirtildiğinden ve yukarıda yer alan 4857 sayılı Kanun hükümleri uyarınca işçilere ödenen yıllık izin ücretlerine yemek yardımlarının dahil edilmemesi gerekmektedir.

Ancak Belediyesinde işçilerin izinli oldukları süre boyunca almış oldukları izin ücretlerine sosyal yardım olan yemek yardımlarının dahil edilmesi sonucu kamu zararına neden olunmuştur.

Bu itibarla 30 sayılı ilamın 2. maddesiyle verilen tazmin hükmünün TASDİKİNE,

TEMYİZ KURULU KARARI

Tarih : 03.11.2021

No : 50376

Konu: Belediye Özel Kalem Müdürlüğünde çalışan personel için muhtelif giyim eşyası satın alınarak bedelinin Belediye bütçesinden karşılanmasının mümkün bulunmadığı hk.

Dosyada mevcut belgelerin okunup incelenmesinden sonra,

GEREĞİ GÖRÜŞÜLDÜ:

33 sayılı İlamın 3. Maddesiyle; Belediye Özel Kalem Müdürlüğünde çalışan personele, Mağazacılık Tic. A.Ş.'den muhtelif giyim eşyası satın alınarak bedelinin Belediye bütçesinden karşılanması neticesinde TL'ye verilen tazmin hükmünün 17.06.2020 tarih ve 47399 sayılı Temyiz Kurulu Kararının 2. Maddesi ile tasdikine karar verilmiştir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun "Giyecek yardımı" başlıklı 211 inci maddesinde; "Devlet memurlarından hangilerinin ne şekilde giyecek yardımından faydalanacakları Maliye Bakanlığı ile Başbakanlık Devlet Personel Başkanlığının birlikte hazırlayacakları bir yönetmelik ile tesbit olunur" hükmüne yer verilmiştir. Mezkûr hüküm doğrultusunda 09.10.1991 tarih ve 21016 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Devlet Memurları Giyecek Yardımı Yönetmeliğinin "Giyecek yardımından yararlanacak kişiler" başlıklı 3 üncü maddesinde; "2 nci maddede belirtilen personelden giyecek eşyası verilecek olanlar, kadro unvanları ve hizmet sınıfları itibarıyla ekli I ve II sayılı cetvellerde gösterilmiştir" hükmü yer almaktadır. Yönetmeliğe ekli I sayılı cetvelde giyecek yardımından yararlanacak personel unvan itibarıyla, II sayılı cetvelde ise hizmet sınıfları itibarıyla sınırlı olarak sayılmıştır. Söz konusu Yönetmelikte Özel Kalem Müdürlüğü personelinin giyim yardımından yararlanacağına dair herhangi bir hüküm yer almamaktadır.

5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun kamu zararı başlıklı 71'inci maddesinde;

"Kamu zararı; kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır.

Kamu zararının belirlenmesinde;

...

g) Mevzuatında öngörülmediği halde ödeme yapılması

Esas alınır.

..." hükümleri yer almaktadır.

Yukarıda belirtilen mevzuat hükümleri çerçevesinde, Belediyenin Özel Kalem Müdürlüğü'nde görevli memurların giyim eşyalarının Belediye Bütçesinden yapılabileceğine dair herhangi bir hüküm veya buna imkân veren bir ifade yer almamaktadır. Dolayısıyla mevzuatında öngörülmediği halde ödeme niteliğinde olan harcama kamu zararı oluşturmaktadır.

Bu itibarla, 17.06.2020 tarih ve 47399 sayılı Temyiz Kurulu Kararının 2. Maddesinde KARAR DÜZELTİLMESİNE MAHAL OLMADIĞINA,

TEMYİZ KURULU KARARI

Tarih : 29.12.2021

No : 50741

Konu: Sözleşme kapsamında alınması öngörülen malzemeler yüklenici tarafından teslim edilmemesine rağmen bunlara ilişkin tutarların yükleniciye ödenmesinin mümkün bulunmadığı hk.

İşbu dosyayla duruşma talebinde bulunan sorumlu ile Sayıştay Savcısının sözlü açıklamalarının dinlenmesinden ve dosyada mevcut belgelerin okunup incelenmesinden sonra,

GEREĞİ GÖRÜŞÜLDÜ:

İlamda tazmin hükmü, Üniversitesi ile Limited Şirketi arasında düzenlenen sözleşmeye göre yürütülen “Diş Hekimliği Fakültesi ve Deney Hayvanları Binası Klima ve Havalandırma Tesisatı Malzemeleri Alımı İşİ” kapsamında alınması öngörülen 24 adet malzemenin yüklenici tarafından teslim edilmediği gerekçesiyle ihale bedelinin tamamına ilişkin tutara verilmiştir. Teslimin gerçekleştirilmediğine ilişkin tespit ise; Denetim Ekibi ve onlara eşlik eden Üniversite personelinden (Makine Mühendisi), (Makine Mühendisi), (sorumlular arasında da yer alan) (Makine Teknikeri), (Diş Hekimliği Fakültesi Sekreteri) ve (Diş Hekimliği Fakültesi Teknik Atölyesi Sorumlusu) tarafından imzalanan 28.02.2018 tarihli tutanağa dayandırılmıştır.

İşe ait sözleşmenin 5 inci maddesinin birinci fıkrasında; “Sözleşmenin konusu; İdarenin ihtiyacı olan ve aşağıda miktarı belirtilen ve teknik özellikleri teknik şartnamede düzenlenen Diş Hekimliği Fakültesi ve Deney Hayvanları Binası Klima ve Havalandırma Tesisatı Malzemeleri Alımı İşİ, ihale dokümanı ile bu sözleşmede belirlenen şartlar dahilinde Yüklenici tarafından temini ve İdareye teslimi işidir.” denilmekte, ikinci fıkrasında sözleşme kapsamında alımı yapılacak malların çeşidi, birimi ve miktarı belirtilmekte, üçüncü fıkrasında “Bu Sözleşme ile temin edilecek mal/mallar, sözleşme ve eklerinde yer alan düzenlemelere uygun teslim edilecektir.” denilmekte; 10 uncu maddesinde malların sözleşme imzalandıktan sonra en geç 90 gün içinde montajlarının yapılması ve çalışır durumda teslim edilmesi gerektiği ifade edilmektedir.

Bu hükümlere göre, söz konusu iş kapsamında alınması öngörülen malların sözleşmede belirtilen süre içerisinde teslim edilmesi, teslim gerçekleştiğinde teslim edilen miktarlar ile bunların birim fiyatlarının çarpımı sonucu bulunacak tutarın yükleniciye ödenmesi gerekmektedir.

Yargılamaya esas rapor ve eki belgelerden; 04.10.2017 tarihli yazı doğrultusunda işin muayene ve kabulünün yapılması amacıyla bir başkan ve iki üye ile Muayene ve Kabul Komisyonu oluşturulduğu, bu Komisyon tarafından tutulan ve imzalanan 02.10.2017 tarihli muayene ve kabul komisyonu tutanağında "..... Tic. Ltd. Şti.'den alınan ve yukarıda cinsi ve miktarı yazılı 24 kalemden ibaret malzeme/malzemeler komisyonumuzca muayene edilerek, şartnameye uygun olduğu tespit edilmiştir" denildiği, bu malzemeler için 11.10.2017 tarihinde taşınır işlem fişi düzenlendiği, ayrıca firma tarafından düzenlenen faturaların da belgeler arasında yer aldığı görülmüştür.

Görüldüğü üzere, Muayene ve Kabul Komisyonu üyelerinin belirlenmesine ilişkin evrak 04.10.2017 tarihli olmasına rağmen, Muayene ve Kabul Komisyonu sözleşmede belirtilen malzemelerin şartnameye uygun olarak alındığına ilişkin olarak 02.10.2017 tarihinde tutanak tutmuştur. Bu şekilde söz konusu malzemelerin tesliminden önce tutanak tutulması, hayatın olağan akışına aykırı oldu gibi, bunların Üniversiteye teslim edildiğine ilişkin evrakın sıhhatini de etkilemektedir.

Bu bağlamda, alınmamış malzemelerin alınmış gibi değerlendirilerek bunlar için yükleniciye ödeme yapılması 5018 sayılı Kanununun 71 inci maddesi kapsamında kamu kaynağında eksilmeye neden olması bakımından kamu zararı oluşturmaktadır.

Ayrıca, sorumluların ihale kapsamındaki teslim alınmayan diğer malzemelerin yerine 2 birim haricindeki 12 birime başka (dilekçelerin ekinde fotoğrafları gösterilen) malzemeler alındığı/başka imalatlar yapıldığı/bu malzemelerin bu 12 farklı birimdeki mahallere takıldığı ve bütün bunların mevcut ihale bedeli dâhilinde (bila bedel) yapıldığı iddiasına gelince; bir ihale kapsamında ihtiyaca binaen alınan malzemelerin yerine ihale kapsamında olmayan malzemelerin alınması, imalatların yapılması ya da başka birimlerin ihtiyacı olan malzemelerin temin edilmesi ya da imalatların yaptırılmasının hukuken mümkün olmaması bir yana, böyle bir durum fiilen gerçekleştirilse bile bu durum kamu görevlilerinin Sayıştay nezdinde sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır.

Kaldı ki, yüklenicinin yaptığı (ek) teslimlerden/işlerden dolayı bir alacağı varsa dahi bu husus, yüklenici ile İdareyi bağlamakta olup, alacak hakkında çıkacak anlaşmazlıkların çözüm mercii, sulh yolu ya da adli yargı makamlarıdır ve bu konuda açılan dava adli makamlarda kendi mecrasında devam edecektir. Diğer bir anlatımla, yüklenici alacağı bulursa bile bunu Borçlar Kanununun 526 ncı ve devamı maddeleriyle düzenlenen "vekaletsiz iş görme" hükümlerine göre talep edecek ve Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarında da zikredildiği üzere sözleşme dışında teslim edildiği/yapıldığı iddia edilen malzemelerin/imalatların bedeli yapıldıkları tarihteki serbest piyasa rayıçlarıyla kendisine ödenecek olup; 6085 sayılı Sayıştay Kanununun 81 inci maddesi gereğince buna ilişkin süreçler, Sayıştay yargısına verilecek hüküm ve kararlara engel teşkil etmeyecektir.

Son olarak, sorumlularca Üniversitenin komisyon raporu ve bilirkişi raporları (duruşma sırasında da bilirkişi raporuna dayalı bir mahkeme kararı) kanıt olarak gösterilerek bazı malzemelerin yerinde olduğu iddia edilmekte ise de; yerinde olduğu belirtilen bazıları marka, model, cins, güç, boyut vb. teknik özellikleri açısından ihale kapsamında teslim alınması gereken malzemeler olmadığı Denetim Ekibi ve onlara eşlik eden (aralarında sorumluların da yer aldığı) Üniversite personeli ile birlikte düzenlenen tutanağın incelenmesinden anlaşılmaktadır. Ayrıca duruşma sırasında sunulan bu raporlar (ve mahkeme kararlarında), var olduğu tespiti yapılan malzemelerin kamu zararına konu edilen ihale kapsamında alındığına dair bir değerlendirme yapılmamakta veya bu yönde bir hüküm kurulmamaktadır.

Bu itibarla, kamu zararına konu edilen malzemelerin Üniversiteye teslim edilmediği hususu mevcut bilgiler ışığında sabit olup; konunun esası yönünden ilam maddesinde yapılan değerlendirmeler yerindedir.

.....

Tüm bu açıklamalar çerçevesinde, Üniversiteye teslim edilmeyen malzemeler için yükleniciye ödeme yapılması, 5018 sayılı Kanunun 71 inci maddesi kapsamında kamu zararına sebebiyet verdiğiinden ve sorumluluk tevcihinin haliyle kabulünde herhangi bir hukuki isabetsizlik görülmediğinden; sorumluların temyiz dilekçelerindeki iddialarının reddedilerek 218 sayılı İlamın 5. maddesiyle verilen TL'nin tazminine ilişkin hükmün TASDİKİNE,

TEMYİZ KURULU KARARI

Tarih : 13.10.2021

No : 50246

Konu: 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4'üncü maddesinin (B) fıkrası uyarınca sözleşmeli olarak çalıştırılan personele, mevzuatında ve sözleşmelerinde öngörülmediği halde nakdi yemek yardımı ödenmesinin mümkün bulunmadığı hk.

Dosyada mevcut belgelerin okunup incelenmesinden sonra,

GEREĞİ GÖRÜŞÜLDÜ:

116 sayılı İlamın 2. Maddesi ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4'üncü maddesinin (B) fıkrası uyarınca sözleşmeli olarak çalıştırılan personellere, mevzuatında ve personellerle yapılan sözleşmelerde öngörülmediği halde nakdi yemek yardımı ödenmesi suretiyle oluşan toplam TL kamu zararının tazminine ilişkin hüküm tesis edilmiştir.

Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esaslar'ın 3'üncü maddesinde aynen;

"Sözleşme ile çalıştırılacak personele sözleşme ücreti dışında herhangi bir ad altında ödeme yapılamaz ve sözleşmelere bu yolda hüküm konulamaz.

..." denilmektedir.

..... Belediyesinin 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 49'uncu maddesi üçüncü fıkrası gereğince tam zamanlı olarak çalıştırılacak sözleşmeli personele ilişkin yapmış olduğu Hizmet Sözleşmelerinin 6'ncı maddesinde aynen;

Sözleşmeli personele, sözleşme ücreti dışında herhangi bir ad altında aynı veya nakdi ödeme yapılamaz." denilmektedir.

Yukarıda ifade edilen mevzuat ve sözleşme hükmüne göre, Esaslar'ın kapsamına dahil kamu kurum ve kuruluşlarında çalıştırılan sözleşmeli personele sözleşme ücreti dışında herhangi bir ad altında aynı veya nakdi ödeme yapılamayacağı anlaşılmaktadır.

Rapor dosyası ve eklerinin incelenmesi sonucunda, 14.12.2015 tarihinde imzalanan 31.12.2019 tarihine kadar uzatılan Sosyal Denge sözleşmesinin yemek yardımını düzenleyen 35. Maddesinde Belediyesinde çalışan

Memur Personel ile seçilmiş ve atanmış yöneticilere yemek yardımı verileceği düzenlenmiş olmasına rağmen sözleşmeli personele nakdi yemek yardımı verildiği görüldüştür.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4'üncü maddesinin (B) fıkrası uyarınca sözleşmeli olarak çalıştırılan personellere, mevzuatında ve personellerle yapılan sözleşmelerde ve sosyal denge sözleşmesinde öngörülmediği halde nakdi yemek yardımı ödenmesi suretiyle toplam TL kamu zararına sebep olunmuştur.

Bu itibarla 116 sayılı İlamın 2. Maddesi ile verilen tazmin hükmünün TASDİKİNE,

TEMYİZ KURULU KARARI

Tarih : 13.10.2021

No : 50239

Konu: Yer teslimi yapılmış olmakla birlikte herhangi bir imalatı gerçekleştirilmeyen yapım işinde, mücbir sebeplerle sözleşmenin idarece feshi nedeniyle yükleniciye 4735 sayılı Kanununun 24 üncü maddesinin son fıkrası kapsamında tazminat ödenmesinin mümkün bulunmadığı hk.

Dosyada mevcut belgelerin okunup incelenmesinden sonra,

GEREĞİ GÖRÜŞÜLDÜ:

64 sayılı İlamın 13. Maddesiyle yer teslimi yapılmış olmakla birlikte herhangi bir imalatı gerçekleştirilmeyen ve yapımı tamamlanmayan Deresi Menfez Yapım İşinde, mücbir sebeplerle sözleşmenin idarece feshi nedeniyle yükleniciye 4735 sayılı Kanununun 24 üncü maddesinin son fıkrası kapsamında tazminat ödenmesi sonucu oluşan kamu zararı tutarı TL'ye tazmin hükmü verilmiştir.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun "Sözleşme kapsamında yaptırılacak ilave işler, iş eksilişi ve işin tasfiyesi" başlıklı 24 üncü maddesi;

"Mal ve hizmet alımlarıyla yapım sözleşmelerinde, öngörülemez durumlar nedeniyle bir iş artışının zorunlu olması halinde, artışa konu olan iş;

a) Sözleşmeye esas proje içinde kalması,

b) İdareyi külfete sokmaksızın asıl işten ayrılmasının teknik veya ekonomik olarak mümkün olmaması,

Şartlarıyla, anahtar teslimi götürü bedel ihale edilen yapım işlerinde sözleşme bedelinin % 10'una, birim fiyat teklif almak suretiyle ihale edilen mal ve hizmet alımlarıyla yapım işleri sözleşmelerinde ise % 20 'sine kadar oran dahilinde, süre hariç sözleşme ve ihale dokümanındaki hükümler çerçevesinde aynı yükleniciye yaptırılabilir.

Birim fiyat sözleşme ile yürütülen yapım işlerinde, Cumhurbaşkanı bu oranı sözleşme bazında %40'a kadar artırmaya yetkilidir.

İşin bu şartlar dahilinde tamamlanamayacağına anlaşılması durumunda ise artış yapılmaksızın hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir. Ancak bu durumda, işin tamamının ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesi zorunludur.

Sözleşme bedelinin % 80'inden daha düşük bedelle tamamlanacağı anlaşılan işlerde, yüklenici işi bitirmek zorundadır. Bu durumda yükleniciye, yapmış olduğu gerçek giderleri ve yüklenici kârına karşılık olarak, sözleşme bedelinin % 80'i ile sözleşme fiyatlarıyla yaptığı işin tutarı arasındaki bedel farkının % 5'i geçici kabul tarihindeki fiyatlar üzerinden ödenir." şeklindedir.

Kanun'un 24 üncü maddesine göre bir ek ödeme yapılabilmesi için, işin %80 inden daha düşük bedelle tamamlanmış olması gerekmekte olup anılan işte, yer teslimi yapıldığı halde yüklenici tarafından herhangi bir imalat yapılmamış olup tamamlanma veya işin bitirilmesi durumu söz konusu değildir.

4735 sayılı Kanun'un 10 uncu maddesinde mücbir sebepler belirtilmiş ve " Süre uzatımı verilmesi, sözleşmenin feshi gibi durumlar da dahil olmak üzere, idare tarafından yukarıda belirtilen hallerin mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi için; yükleniciden kaynaklanan bir kusurdan ileri gelmemiş olması, taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması, yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemiş bulunması, mücbir sebebin meydana geldiği tarihi izleyen yirmi gün içinde yüklenicinin idareye yazılı olarak bildirimde bulunması ve yetkili merciler tarafından belgelendirilmesi zorunludur." Denilmiştir.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanun'unun "Mücbir sebeplerden dolayı sözleşmenin feshi" başlıklı 23 üncü maddesinde;

"Mücbir sebeplerden dolayı sözleşmenin feshedilmesi halinde, hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilerek, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar iade edilir." Hükmüne yer verilmiştir.

Bu hükümlerden anlaşılacağı gibi mücbir sebep hallerinde sözleşmenin fesh edilmesi halinde, yüklenici hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilecektir. Kanunda geçen genel hükümler ile kastedilenin Borçlar Kanunu'nun ilgili maddeleri olduğu düşünülmektedir. 4735 sayılı Kanun'un 36 ncı maddesinde, hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacağından, mücbir sebeplerle ifanın imkânsız hâle gelmesi durumunda, diğer bir ifadeyle, yüklenicinin ediminin mücbir sebep sayılan bir olay neticesinde tümüyle ve sürekli olarak imkânsız hale gelmesi durumunda, yüklenici borcu olan aynen ifa yükümünden kurtulmaktadır. Bunun sonucunda da, tazminat gerektirmeksizin yüklenici borcundan kurtulmakta ve teminatları iade edilmekte, idarenin ücret ödeme borcu da aynı şekilde sona ermektedir.

Aksi halde, yani mücbir sebep halleri bulunmadan, Kanun'un 19, 20 ve 21 inci maddeleri gereğince yapılan fesihlerde, Kanununun 22 inci maddesine göre, yükleniciden idarenin bu sebeple uğradığı zarar ve ziyan talep edilebildiği gibi, gecikme cezası da kesilmekte ve teminatlar gelir kaydedilmektedir.

Sözleşme eki Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 47 nci maddesinde de;

“(9) Doğal afet, kanuni grev, genel salgın hastalık, kısmi veya genel seferberlik ilanı ve gerektiğinde Kamu İhale Kurumu tarafından belirlenecek benzeri diğer hallerin idare tarafından mücbir sebep olarak kabul edilerek sözleşmenin feshedilmesi için; yükleniciden kaynaklanan bir kusurdan ileri gelmemiş olması, taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması, yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemiş bulunması, mücbir sebebin meydana geldiği tarihi izleyen yirmi gün içinde yüklenicinin idareye yazılı olarak bildirimde bulunması ve yetkili merciler tarafından belgelendirilmesi zorunludur. Bu durumda hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilerek, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar iade edilir.

(11) Feshedilen sözleşme konusu işlerin hesabı genel hükümlere göre yapılır ve böylece yüklenicinin idare ile ilişkisi kesilmiş olur. Bunun için de sözleşmenin feshedilmesine ait onay tarihinde işlerin mevcut durumu, idarece görevlendirilecek bir heyet tarafından yüklenici veya vekili ile birlikte tespit edilerek bir “Durum Tespit Tutanağı” düzenlenir. Yüklenici veya vekili hazır bulunmadığı takdirde bu husus tutanakta belirtilir.

(12) İdare fesih işleminden sonra işi 4734 sayılı Kanunda öngörülen usullerden herhangi biri ile ihale etmekte serbesttir. Geri kalan işlerin başka bir yükleniciye ihalesinden dolayı, yüklenici hiçbir hak iddiasında bulunamaz. Bundan başka işin durmaması için, idare yüklenicinin tesisleri, malzeme ocakları, ihzaratı, araç ve makinelerinden gerekli gördüklerine ...

(14) Tasfiye halinde; işin yüklenici tarafından yapılmış kısımları için, tasfiye onay tarihi geçici kabul tarihi sayılmak üzere, geçici kabul, teminat süresi ve bu süredeki bakım sorumluluğu, kesin kabul ve teminatın geri verilmesi hakkında sözleşmesinde bulunan hükümlerle bu Şartnamenin 41, 42, 43, 44 ve 45 inci maddeleri hükümleri, normal şekilde bitirilmiş işlerde olduğu gibi aynen uygulanır. Ancak işin yapılmış kısmının son hakedişindeki veya yapılmışsa bu kısmın kesin hakediş raporundaki tutarına göre hesaplanacak kesin teminat tutarından fazlası, tasfiye protokolünün imzasından sonra yükleniciye geri verilir. Teminatın kalan kısmının geri verilmesi ise 45 inci madde esaslarına göre yapılır.

(15) Tasfiye edilmiş işin, kendi teminat süresi içinde veya daha sonra ortaya çıkabilecek kusur ve hataları idarece görevlendirilecek bir komisyon tarafından, yapılacak tebligat üzerine, hazır bulunması halinde yüklenici veya vekili ile birlikte tespit edilir.

(16) Sözleşmenin tasfiyesi halinde yüklenicinin tesis, araç ve makineleri idarece satın alınmak istendiği takdirde yüklenicinin buna razı olması şartı aranır.

(17) Gerek sözleşmenin feshedilmesi, gerekse tasfiye halinde kesin hesabın yapılabilmesi için işlerin ve ihzaratın ölçülebilir duruma getirilmesi, teknik zorunluluklar nedeniyle veya yapılmış iş kısımlarının korunmasını sağlamak üzere işlerin belli bir aşamaya kadar yapılması gerekiyorsa, bu husus ayrıntılı olarak tasfiye geçici kabul tutanağında veya sözleşmenin feshedilmesi hali için "Durum Tespit Tutanağında belirtilir, idare, belirli bir süre vererek bu işlerin yapılmasını yükleniciden isteyebilir. Yüklenici bu hususları yerine getirmede takdirde idare, bu belirli işleri yüklenici hesabına yapar veya yaptırır. Bu işlerin yaptırılması bedeli, sözleşmeye göre yükleniciye ödenecek bedelden fazla olursa aradaki fark yüklenicinin alacaklarından düşülür, alacağı kalmamışsa tasfiye halinde teminatından kesilir, fesih halinde ise genel hükümlere göre işlem yapılır.

(18) Sözleşmenin feshedilmesinden veya tasfiyesinden sonra "hesap kesme hakedişi" idarece belirlenecek bir süre içinde yüklenici ile birlikte 40 ıncı maddesindeki esaslara göre yapılır. Yüklenici gelmediği veya yetkili bir vekil göndermediği takdirde, idare bu hakedişi tek taraflı olarak yapar ve yüklenicinin bu hususta hiç bir itiraz hakkı olamaz el koymak yetkisine de sahiptir. Bu durumda 48'inci madde hükümleri uygulanır." Düzenlemesi yapılmıştır.

Bu hükümlere göre, idare tarafından mücbir sebepler gerekçe gösterilerek sözleşmenin fesih edilebilmesi için, işin süresinin uzatılması dahil diğer imkanlar kullanıldığında dahi işin yürütülmesi imkanının kalmaması, mücbir sebeplerin süresinde bildirilip belgelendirilmesi ve yüklenicinin talebi gibi şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Mücbir sebepler nedeniyle sözleşmenin fesih edilmesi durumunda ise, yükleniciye herhangi bir ilave bedel ödenmeyeceği gibi, yükleniciden de herhangi bir zarar ve ziyan talep edilmeyecek, teminatları iade edilecektir.

Rapor dosyası ve eklerinin incelenmesi sonucu; anılan işte, iş yeri tesliminin 17.05.2018 tarihinde yapıldığı, işin süresinin 120 gün olduğu, fen noktasından çalışmaya uygun olmayan dönemin 15.12-01.04 tarihleri arası

olduğu, Fen İşleri Müdürlüğü'nün 18.06.2018 tarih ve 28647339-971359 sayılı yazılarında; aşırı yağmur suları sonucu menfezin yapılacağı yerdeki dolgu malzemelerinin yerinden oynaması ve dolgu malzemelerinin sel suları ile birlikte kaybolması nedeniyle, işin devam etmesinin tehlikeli olacağı değerlendirildiği bu sebeple 07.06.2018 tarihi itibarıyla sözleşmenin idare tarafından fesh edildiği, yüklenici ve idarece müştereken düzenlenen tutanakta; Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 47 nci maddesinin 9 uncu bendine yer verildiği, yapılan iş tutarının bulunmadığı, 4735 sayılı Kanun'un 24 üncü maddesi gereğince sözleşme bedelinin %80 esas alınarak bu tutardan %5'inin yükleniciye ödenmesi gerektiğinin belirtildiği ayrıca yetkili merciler tarafından düzenlenmiş mücbir sebebe ilişkin herhangi bir belge bulunmadığı, tüm bu hususlarla birlikte işyerinin İnşaat All risk sigortası ile sigortalandığı ancak sigortadan herhangi bir bedel talep edilmediği anlaşılmaktadır.

Yukarıda yer alan mevzuat doğrultusunda, yüklenicinin kusuru olmaksızın meydana gelen doğal afet gibi hallerde, idarenin sözleşmeyi feshetmesi idarenin hakkı olmakla birlikte, yapımına başlanmamış bir işin tamamlamış gibi değerlendirilerek 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun "Sözleşme kapsamında yaptırılacak ilave işler, iş eksilişi ve işin tasfiyesi" başlıklı 24 üncü maddesinin son fıkrası; "Sözleşme bedelinin %80'inden daha düşük bedelle tamamlanacağı anlaşılan işlerde, yüklenici işi bitirmek zorundadır. Bu durumda yükleniciye, yapmış olduğu gerçek giderleri ve yüklenici kârına karşılık olarak, sözleşme bedelinin % 80'i ile sözleşme fiyatlarıyla yaptığı işin tutarı arasındaki bedel farkının % 5'i geçici kabul tarihindeki fiyatlar üzerinden ödenir." hükmü kapsamında yüklenici firmaya ödemedede bulunulmasında mevzuata uyarlık bulunmamaktadır.

Sorumlular, tarafından İdarenin inşaat tekniği açısından sakıncalı gördüğü ve imalatı yapmanın zorunluluğunun kamu yararı açısından uygun olmadığı, ileride telafisi mümkün olmayan can ve mal kayıplarına neden olacağı değerlendirilip, hükmü bulunmayan hallerde yapılan uygulamanın farklı yöntemler üzerinden hesaplanmasıyla aynı bedele ulaşıldığı, böylelikle kamu zararının oluşmadığını ifade etmişlerse de; sözleşme eki yapım işleri Genel Şartnamesinin 9 uncu maddesinde, "... Bu durumda hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilerek, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar iade edilir." denilmiş; aynı maddenin 11'inci bendinde de; "Feshedilen sözleşme konusu işlerin hesabı genel hükümlere göre yapılır ve böylece yüklenicinin idare ile ilişkisi kesilmiş

olur." düzenlemesi yapılmıştır. Gerek bu düzenlemeler, gerekse, sözleşmenin diğer maddelerinde, yükleniciye fesih nedeniyle tazminat ödeneceğine ilişkin bir hüküm bulunmamakta, teminatların iade edilmesi gerektiği düzenlemesi ile yetinilmektedir.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanun'unun "Sözleşme kapsamında yaptırılacak ilave işler, iş eksilişi ve işin tasfiyesi" başlıklı 24 üncü maddesinde de, doğal afet vb. hallerde fesih edilen sözleşmelerde yükleniciye tazminat türünden bir bedel ödeneceğine ilişkin bir düzenleme yer almamakta; sözleşme bedelinden daha düşük bedelle tamamlanan işlerde, yapmış olduğu gerçek giderleri ve yüklenici kârına karşılık olarak bir bedel öngörülmektedir. Kanun'un 23 üncü maddesinde ise, "Mücbir sebeplerden dolayı sözleşmenin feshedilmesi halinde, hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilerek, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar iade edilir." düzenlemesi ile tazminat türünden bir bedel öngörülmeksizin kesin teminatın iade edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bahse konu işte; yapılan herhangi bir iş ve imalat bulunmadığı gibi, yüklenicinin yapmış olduğu herhangi bir gerçek giderden de bahsedilmemektedir. Bu nedenle anılan madde gereğince fesih nedeniyle yükleniciye herhangi bir bedel ödenmesi mümkün görülmemektedir.

Bu itibarla, 64 sayılı İlamın 13. maddesiyle verilen tazmin hükmünün TASDİKİNE,

TEMYİZ KURULU KARARI

Tarih : 27.10.2021

No : 50354

Konu: Danışmanlık hizmeti kapsamında Harcama Belgelerinin İncelenmesi, Değerlendirilmesi ve Raporlanması Hizmeti alınmasının mevzuata uygun olmadığı hk.

Dosya ve eki belgelerin incelenmesi neticesinde;

GEREĞİ GÖRÜŞÜLDÜ:

Maddi Olay

Muhakeme süreci özetle şu şekildedir;

04.04.2019 tarih ve 129 sayılı ilamın 4'üncü maddesiyle tazminine hükümlenen konuyla ilgili olarak Temyiz Kurulunun 08.01.2020 tarih ve 47127 tutanak sayılı bozma kararı üzerine 6085 sayılı Sayıştay Kanunu'nun 55'inci maddesinin yedinci fıkrası hükmü gereğince konunun görüşülmesine karar verildi.

Anılan İlamın 4'üncü maddesiyle, Danışmanlık hizmeti kapsamında "2016 Yılı Harcama Belgelerinin İncelenmesi, Değerlendirilmesi ve Raporlanması Hizmeti" alımının yapılması sonucu neden olunan kamu zararı tutarı TL'nin tazminine karar verilmişti.

Bu tazmin hükmüne karşı sorumlularca Sayıştay Temyiz Kuruluna yapılan temyiz başvurusu üzerine anılan Kurulca;

Kamu ihale Genel Tebliği'nin "4734 sayılı Kanunun 4'üncü maddesinde yer alan hizmet tanımında ismen sayılmayan işler" başlıklı 85'inci maddesinde; "85.1. 4734 sayılı Kanunun 4'üncü maddesinde "Hizmet: Bakım ve onarım, taşıma, haberleşme, sigorta, araştırma ve geliştirme, muhasebe, piyasa araştırması ve anket, danışmanlık, tanıtım, basım ve yayım, temizlik, yemek hazırlama ve dağıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, koruma ve güvenlik, meslekî eğitim, fotoğraf, film, fıkri ve güzel sanat, bilgisayar sistemlerine yönelik hizmetler ile yazılım hizmetlerini, taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanmasını ve benzeri diğer hizmetleri... ifade eder" hükmüne yer verildiği, anılan maddede "ismen sayılmayan ve mal alımı veya yapım işi niteliği taşımayan işlerin "benzeri diğer hizmetler" kapsamında ihale yoluyla alınıp alınamayacağı; alım konusunun idarenin görev alanında olup olmadığı, söz konusu işin ihale yoluyla yaptırılmasına engel olan bir düzenleme bulunup bulunmadığı hususlarının değerlendirilmesi suretiyle

belirlenmesi gerekmektedir” denilmek suretiyle geniş yorum metodunun tercih edildiği,

Bu çerçevede, Danışmanlık Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin 7’nci maddesine uygun bir şekilde hazırlanmış ihale dokümanlarında hizmetin içeriğinin genel kapsamlı mali danışmanlık hizmeti ve idarece yapılması gereken asli ve sürekli görevlerden olması hasebiyle Kanunun öngörmediği bir alımın gerçekleştirildiği gerekçe gösterilerek kamunun zarara uğratıldığı yönünde bir hükme varılmasının mümkün olmadığı,

Diğer taraftan, Anayasanın 128’inci maddesinde yer alan; “Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.” hükmünün emredici bir hüküm olmakla beraber, İdarece gerçekleştirilen danışmanlık hizmet alımının söz konusu bu düzenlemeye aykırı bir yönü de bulunmadığı esası üzerinde Daire Kararının BOZULMASINA karar verilmiştir.

Temyiz Kurulunun anılan kararına istinaden Dairesince yapılan görüşme neticesinde temyize konu 264 sayılı Ek İlamın 1. Maddesi ile Dairece ilk kararında direnilmek suretiyle;

Kamu idarelerince danışmanlık hizmeti alınabilecek konular tahdidi olarak sayılmış olup bunlar arasında mali denetim hizmeti sayılmadığı,

4734 sayılı Kanun’un 48’inci maddesinde yer alan; “denetim ve kontrolörlük gibi teknik” ifadesiyle sadece yapım işlerinin denetim ve kontrolünü ilgilendiren diğer bir ifadeyle teknik konularda denetim ve kontrollük hizmetinin danışmanlık hizmeti kapsamında alınabileceğinin öngörüldüğü,

Yine aynı maddede yer verilen, “... gibi teknik, mali, hukuki veya benzeri alanlarda ...” ifadesinden anlaşılması gereken de bu maddede sayılmamış olup, niteliği itibarıyla kapsamlı, karışık ve özel uzmanlık ve deneyim gerektiren başka spesifik işler için de danışmanlık hizmeti alınabileceği hususu olduğu,

Ayrıca idarenin harcama belgelerinin üçüncü şahıslara incelettirilmesi idarenin sırlarının ifşası anlamına geleceğinden de kabul edilemeyeceği belirtilerek mevzuata aykırı olarak danışmanlık hizmeti kapsamında A.Ş.’den “2016 Yılı Harcama Belgelerinin İncelenmesi, Değerlendirilmesi ve Raporlanması Hizmeti”nin alınması sonucunda neden olunan kamu zararı tutarı TL’nin sorumlulardan tazminine hükmedilmiştir.

Anayasanın 128'inci maddesinde; "Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslı ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür." denilerek Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin asli ve sürekli nitelikteki görevlerinin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği hükme bağlanmıştır.

5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 55'inci maddesinde iç kontrolün tanımı, 56'ncı maddesinde iç kontrolün amacı, 57'nci maddesinde kontrolün yapısı ve işleyişi, 58'inci maddesinde ön mali kontrol, 60'uncü maddesinde mali hizmetler birimi, 63'üncü maddesinde iç denetim, 64'üncü maddesinde ise iç denetçinin görevleri ayrıntılı olarak açıklanmıştır.

Anılan Kanun hükümleri incelendiğinde görüleceği üzere danışmanlık hizmeti kapsamında alınan "... harcama belgelerinin incelenmesi, değerlendirilmesi ve raporlanması hizmeti" ön mali kontrol süreci içerisinde idarece yapılması gereken asli ve sürekli görevlerdendir. Bu bağlamda, söz konusu hizmetin 4734 sayılı Kanun'un 22'nci maddesi hükmüne dayanarak doğrudan temin usulü ile üçüncü kişilere yaptırılması Anayasanın ve 5018 sayılı Kanun'un zikredilen maddelerine aykırılık teşkil edilmektedir.

Öte yandan, 5018 sayılı Kanun'un 8'inci maddesinde, "Her türlü kamu kaynağının elde edilmesi ve kullanılmasında görevli ve yetkili olanlar, kaynakların etkili, ekonomik, verimli ve hukuka uygun olarak elde edilmesinden, kullanılmasından, muhasebeleştirilmesinden, raporlanmasından ve kötüye kullanılmaması için gerekli önlemlerin alınmasından sorumludur ve yetkili kılınmış mercilere hesap vermek zorundadır." denilmektedir.

5018 sayılı Kanun'un bu hükmü ile belediye hesaplarının iç denetiminin idare tarafından, dış denetimin ise Sayıştay tarafından yapıldığı hususu birlikte değerlendirildiğinde, harcama belgelerinin incelenmesinin hizmet alımı yoluyla üçüncü kişilere yaptırılması anılan Kanun hükmüne de aykırılık oluşturmaktadır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun;

"Tanımlar" başlıklı 4'üncü maddesinde,"...

Hizmet: (Değişik: 30/7/2003-4964/3 md.) Bakım ve onarım, taşıma, haberleşme, sigorta, araştırma ve geliştirme, muhasebe, piyasa araştırması ve anket, danışmanlık, (...), tanıtım, basım ve yayım, temizlik, yemek hazırlama ve dağıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, koruma ve güvenlik, meslekî eğitim, fotoğraf, film, fıkırî ve güzel sanat, bilgisayar sistemlerine yönelik hizmetler ile yazılım hizmetlerini, taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanmasını ve benzeri diğer hizmetleri,

...

Danışman: Danışmanlık yapan, bilgi ve deneyimini idarenin yararı için kullanan, danışmanlığını yaptığı işin yüklenicileri ile hiçbir organik bağ içinde bulunmayan, idareden danışmanlık hizmeti karşılığı dışında hiçbir kazanç sağlamayan ve danışmanlık hizmetlerini veren hizmet sunucularını,”

“Danışmanlık hizmetleri” başlıklı 48’inci maddesinde ise “Mimarlık ve mühendislik, etüt ve proje, harita ve kadastro, her ölçekte imar planı, imar uygulama, ÇED raporu hazırlanması, plan, yazılım geliştirme, tasarım, teknik şartname hazırlanması, denetim ve kontrolörlük gibi teknik, mali, hukuki veya benzeri alanlardaki hizmetler, danışmanlık hizmet sunucularından alınır.

...”

hükümlerine yer verilmiştir.

Yukarıda belirtilen Kanun hükümlerden görüleceği üzere kamu idarelerince danışmanlık hizmeti alınabilecek konular tahdidi olarak sayılmış olup bunlar arasında mali denetim hizmeti sayılmamıştır. 4734 sayılı Kanun’un 48’inci maddesinde yer alan; “denetim ve kontrolörlük gibi teknik” ifadesiyle sadece yapım işlerinin denetim ve kontrolünü ilgilendiren diğer bir ifadeyle teknik konularda denetim ve kontrolörlük hizmetinin danışmanlık hizmeti kapsamında alınabileceği öngörülmüştür. Yine aynı maddede yer verilen, “... gibi teknik, mali, hukuki veya benzeri alanlarda ...” ifadesinden anlaşılması gereken de bu maddede sayılmamış olup, niteliği itibarıyla kapsamlı, karışık ve özel uzmanlık ve deneyim gerektiren başka spesifik işler için de danışmanlık hizmeti alınabileceği hususudur.

Açıklanan gerekçelerle Danışmanlık hizmeti kapsamında “2016 Yılı Harcama Belgelerinin İncelenmesi, Değerlendirilmesi ve Raporlanması Hizmeti” alımının yapılması sonucu kamu zararına neden olduğu anlaşılmaktadır.

HÜKÜM

Yukarıda yer verilen mevzuat hükümleri ve açıklamalar çerçevesinde, Dilekçiler iddia ve itirazların REDDİNE ve 6. Dairenin 264 sayılı Ek İlâmın 1. Maddesi ile verdiği tazmin hükmünün TASDİKİNE,

Karar verildi.