

İhale Sözleşmeleri Kanunu çerçevesinde fesih ve tasfiye edilmiş olup anılan Kanunun 'Sözleşmenin feshine ilişkin düzenlemeler' maddesinde yer alan ve aynı Kanunun maddelerine göre sözleşmenin feshedilmesi hallerinde gelir kaydedilen teminatların yüklenicinin borcuna mahsup edilemeyeceği hükmü çerçevesinde sorumluların savunmalarının kabulünün mümkün görülmediği ve sözleşme bedelinde meydana gelen *TL iş artışından ek kesin teminat alınmaması ve sözleşme damga vergisi

kesilmemesi sonucu meydana gelen ve ayrıntısı aşağıda gösterilen toplam* TL kamu zararınının müştereken ve müteselsilen Sayıştay Kanunu maddesi gereği işleyecek faizleri ile sorumlulara ödettirilmesi

Kamu İdaresi Türü

Diğer Özel Bütçeli İdareler

Yılı

2013

Dairesi

3

Karar No

222

İlam No

27

Tutanak Tarihi

25.9.2014

Kararın Konusu

İhale Mevzuatı ile İlgili Kararlar

Gecikme Cezası, Eksik İmalat ve İş Artışına İlişkin Ek Kesin Teminat ve Damga Vergisi

..... Ltd. Şti. yükleniminde bulunan bedelli “..... Yapım İşi”nde,

A- İşi süresinde bitirmemesi nedeniyle yükleniciye verilen 35 günlük cezalı çalışma tutarının yükleniciden tahsil edilmemesi sonucu oluşan TL tutarındaki kamu zararı hususunda;

..... Yapım işine ilişkin sözleşmenin idare ile yüklenici Ltd. Şti. arasında 22.02.2013 tarihinde imzalandığı ve yer tesliminin 26.02.2013 tarihinde yapıldığı, sözleşmeye göre işin bitirilmesi gereken süresinin 90 gün olduğu, önceden öngörülemeyen ve iş artışından kaynaklanan nedenlerden dolayı verilen 56 gün ek süre sonunda sözleşmenin bitim tarihinin 22.07.2013 olarak tespit edildiği,

23.07.2013 tarihinde idare tarafından işin süresi içerisinde yapılmadığının belirlendiği, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 20 inci maddesinin “Yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi üzerine, ihale dokümanında belirlenen oranda gecikme cezası uygulanmak üzere, idarenin en az on gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen” hükmü gereğince yükleniciye 15 gün cezalı süre verildiği, verilen sürenin sonunda işin bitirilmemiş olması nedeniyle 1. Durum Tespit Tutanağı düzenlendiği, 1. Durum Tespit Tutanağında yüklenicinin TL tutarında iş yapmış olduğunun tespit edildiği, üst yöneticinin oluruyla yükleniciye cezalı olarak 20 gün ek süre daha verilerek toplamda 35 günlük toplam TL tutarında gecikme cezası uygulandığı,

görülmüştür.

Sorumluların savunmalarında ise, Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 47 nci maddesinin 14 üncü fıkrası hükmü çerçevesinde ceza tutarının gelir kaydedilen kesin teminat tutarı üzerinden mahsuben tahsil edildiği belirtilmiştir.

Ancak Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 47 nci maddesinin 14 üncü fıkrasında yer alan, '...son hakedişindeki veya yapılmışsa bu kısmın kesin hakediş raporundaki tutarına göre hesaplanacak kesin teminat tutarından fazlası, tasfiye protokolünün imzasından sonra yükleniciye geri verilir.' hükmü, Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 47 nci maddesinin 13 üncü fıkrasıyla bağlantılı olup, anılan fıkra 4735 sayılı Kanunun 17 nci maddesinde yer alan "Yüklenicinin ölümü, iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu veya mahkumiyeti" halleri ile 18 nci maddesinde yer alan "Yüklenicinin ortak girişim olması halinde ölüm, iflas, ağır hastalık, tutukluluk veya mahkumiyet" hallerinde gerçekleştirilecek tasfiye işlemlerini düzenlemektedir. Nitekim sorumluların savunmalarında da belirtildiği üzere, '.....Yapım İşleri' 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 20 inci maddesi çerçevesinde fesih ve tasfiye edilmiştir.

Bu itibarla 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 'Sözleşmenin feshine ilişkin düzenlemeler' başlıklı 22 nci maddesinde yer alan ve aynı Kanunun 19, 20 ve 21 inci maddelerine göre sözleşmenin feshedilmesi hallerinde, gelir kaydedilen teminatların, yüklenicinin borcuna mahsup edilemeyeceği hükmü çerçevesinde sorumluların savunmalarının kabulünün mümkün görülmediği ve işi süresinde bitirmemesi

nedeniyle yükleniciye verilen 35 günlük cezalı çalışma tutarının yükleniciden tahsil edilmemesi sonucu oluşan ve ayrıntısı ilamda gösterilen TL kamu zararının, müştereken ve müteselsilen 6085 sayılı Sayıştay Kanununun 53 üncü maddesi gereği işleyecek faizleri ile sorumlulara ödettirilmesine,

Üye`ın “Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 47 nci maddesinin 14 üncü bendinde yer alan;

“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 nci 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.” hükmü çerçevesinde gecikme ceza tutarı gelir kaydedilen kesin teminat tutarı üzerinden mahsuben tahsil edilmiştir.

Bu itibarla, sorumluların savunmaları doğrultusunda ilişilecek bir husus bulunmadığına karar verilmesi gerekir.” şeklindeki ayrışık görüşüne karşı, 6085 sayılı Sayıştay Kanununun 55 ve 56 ncı maddelerinde yer alan kanun yolları açık olmak üzere oy çokluğuyla,

B- 30.09.2013 tarihli 2. Durum Tespit Tutanağında tamamlanan

iş miktarı TL olduğu halde, daha önce düzenlenen 19.06.2013 tarih ve 3 nolu hakedişte yapılan iş miktarı tutarının TL olarak ödenmesi sonucu meydana gelen TL hususunda;

Yüklenici firmaya verilen toplamda 35 gün cezalı sürenin sonunda 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 20 inci maddesinin ve Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 47 inci maddesi hükmü gereğince sözleşmenin feshedildiği,

Yapım işleri Genel Şartnamesinin 47 inci maddesinin 11 inci fıkrası hükmü gereğince 30.09.2013 tarihinde 2. Durum Tespit Tutanağı düzenlendiği ve 2. Durum Tespit Tutanağında yüklenici firmanın TL tutarında iş yapmış olduğunun saptandığı, ancak 3 No`lu Hakedişte yüklenici firmanın TL iş yapmış olduğunun tespit edildiği, söz konusu işe ait hakedişlerden %3 oranında yapılan kesin hesap emanet kesintisinin TL tutarında olduğu ve bu tutarın yükleniciye iade edilmediği, nitekim Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 40 ıncı maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin "... işin geçici kabulü yapıldıktan sonra, kesin hakediş raporunun düzenlenmesine esas olacak kesin metraj ve hesapların tamamlanmasına başlanır. Bunlar biri asıl olmak üzere en az üç suret halinde düzenlenir. Yüklenicinin kesin hakediş raporunun düzenlenmesinde geçici hakediş raporlarındaki rakamlara itibar edilmez ve kesin metraj ve hesaplar sonucunda bulunan miktarlar esas alınır." şeklindeki hükmü gereğince 1 ve 2. Durum Tespit Tutanağlarında geçici hak ediş raporlarındaki rakamlara itibar edilmeyerek mevcut durum tespiti yapıldığı buna göre firmanın yaptığı iş miktarının TL olup, firmaya yapılan ödeme miktarının TL olduğu,

Ayrıca söz konusu işe ait hakedişlerden %3 oranında yapılan

kesin hesap emanet kesintisinin tutarında olduğu ve yükleniciye iade edilmediği,

görölmüştür.

Bu itibarla sorgu konusu edilen TL tutarındaki kamu zararına ilişkin hesap ve işlemlerin yasal düzenlemelere uygun olduğuna ve ilişilecek husus bulunmadığına, 6085 sayılı Sayıştay Kanununun 55 ve 56 ncı maddelerinde yer alan kanun yolları açık olmak üzere oybirliğiyle,

C- Sözleşme bedelinde meydana gelen TL iş artışından ek kesin teminat ve sözleşme damga vergisi kesilmemesi sonucu sebebiyet verildiği iddia edilen TL tutarındaki kamu zararı, 3. Dairece yapılan yeniden hesaplama sonucu TL olarak tespit edilmiş olup, bu tutar hakkında;

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 'Ek kesin teminat' başlıklı 10 uncu maddesinde;

"Fiyat farkı ödenmesi öngörölerek ihale edilen işlerde fiyat farkı olarak ödenecek bedelin, sözleşme bedelinde artış meydana gelmesi halinde bu artış tutarınının % 6 'sı oranında teminat olarak kabul edilen değerler üzerinden ek kesin teminat alınır. Fiyat farkı olarak ödenecek bedel üzerinden hesaplanan ek kesin teminat hakedişlerden kesinti yapılmak suretiyle de karşılanabilir." hükmü bulunmaktadır.

Ayrıca iş artışı taraflar arasında bir akit niteliği

taşıdığından, 488 sayılı Damga Vergisi Kanununa ekli 1 sayılı Tablonun I-Akitlerle ilgili Kağıtlar bölümünün A-1 sırasına göre, binde 9,48 oranında damga vergisine tabi olması gerekmektedir.

Sorumlular savunmalarında Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 47 nci maddesinin 14 üncü fıkrası hükmü çerçevesinde, TL iş artışı için kesilmeyen TL`lik ek kesin teminat ve TL`lik damga vergisinin yükleniciye iade edilmesi gereken miktardan mahsup edilerek tahsil edildiğini bildirmiş iseler de;

‘‘.....Yapım İşi’ yukarıda (A) bölümünde yer alan, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 20 inci maddesi çerçevesinde fesih ve tasfiye edilmiş olup, anılan Kanunun ‘Sözleşmenin feshine ilişkin düzenlemeler’ başlıklı 22 nci maddesinde yer alan ve aynı Kanunun 19, 20 ve 21 inci maddelerine göre sözleşmenin feshedilmesi hallerinde, gelir kaydedilen teminatların, yüklenicinin borcuna mahsup edilemeyeceği hükmü çerçevesinde sorumluların savunmalarının kabulünün mümkün görülmediği ve sözleşme bedelinde meydana gelen TL iş artışından ek kesin teminat alınmaması ve sözleşme damga vergisi kesilmemesi sonucu meydana gelen ve ayrıntısı aşağıda gösterilen toplam TL kamu zararının, müştereken ve müteselsilen 6085 sayılı Sayıştay Kanununun 53 üncü maddesi gereği işleyecek faizleri ile sorumlulara ödettirilmesine,

Üye`ın “Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 47 nci maddesinin 14 üncü bendinde yer alan; “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 nci 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.” hükmü çerçevesinde TL iş artışı için kesilmeyenTL`lik ek kesin teminat ve TL`lik damga vergisi yükleniciye iade edilmesi gereken miktardan mahsuben tahsil edilmiştir.

Bu itibarla, sorumluların savunmaları doğrultusunda ilişilecek bir husus bulunmadığına karar verilmesi gerekir.” şeklindeki ayrışık görüşüne karşı,

6085 sayılı Sayıştay Kanununun 55 ve 56 nci maddelerinde yer alan kanun yolları açık olmak üzere oy çokluğuyla, karar verildi.

KARŞIOY GEREKÇESİ

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62. maddesinin (h) bendindeki

“Bu bent kapsamında elde edilen deneyim mühendis ve mimarın beş yıldır en az % 51 hissesine sahip olduğu veya her iki ortağın da mühendis olup % 50-% 50 ortak olduğu tüzel kişiler tarafından kullanılabilir” cümlesinin Anayasaya aykırılığı itirazında bulunulması üzerine Anayasa Mahkemesi, anılan cümlede yer alan “...veya her iki ortağın da mühendis olup % 50-% 50 ortak olduğu...” ibaresini Anayasanın 2. ve 10. maddelerine aykırı bularak iptaline karar vermiştir.

Kararda, kamu ihalelerine katılabilme şartları açısından aynı konumda bulunan iki meslek grubundan birinin düzenlemede ismen yer alması ve diğerine yer verilmemesinin mühendisler lehine ayrıcalıklı bir durum oluşturması ve nicelik, nitelik ve haklı neden ölçütü getirilmeden mimarların dışarıda bırakılması sebebiyle düzenlemenin hukuk devleti ve eşitlik ilkelerine aykırı olduğu belirtilmiştir.

1- Kararda da belirtildiği gibi, hukuk devleti ilkesinin gereği olarak, kanunların genel nitelikte olması, nesnel hukukî durumlar oluşturması ve aynı hukukî durumda bulunan kişilere ayırım gözetilmeksizin uygulanabilir olması gerekmektedir.

Yine, kararda da açıklandığı üzere, eşitlik ilkesi hukukî durumları aynı olanlar için söz konusudur. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı statüde bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamaktır. Aynı hukukî durumlar aynı, ayrı hukukî durumlar farklı kurallara tâbi tutulduğunda Anayasada öngörülen eşitlik ilkesinin ihlal edilmiş sayılmayacağı tartışmasızdır.

Mevzuatta mimar ve mühendislerle ilgili kuralların genellikle birlikte düzenlenmesi ve bazı haklarla sorumlulukların her iki meslek için de benzer şekilde öngörülmesi, bu iki mesleği tek bir mesleğe dönüştürmemekte; bu mesleklerin mensuplarını da aynı statüye sokmamaktadır.

İtiraz konusu kuralın belirli bir meslek grubunu ilgilendirmesi ve bu meslek grubuna mensup olanların düzenlemeden etkilenmesi kuralın genel ve soyut niteliğini ortadan kaldırmadığı gibi nesnel hukukî durumlar oluşturmadığı da söylenemez. Yine yukarıda belirtildiği üzere, mühendisler ve mimarlar her yönden aynı hukukî durumda olmadıklarından kuralda hukuk devleti ve eşitlik ilkelerine aykırılık bulunmamaktadır.

2- İtiraz konusu kuralda mühendislere tanınan bir hakkın mimarlara da tanınmamış olması sebebiyle Anayasaya aykırılık itirazında bulunulmasının temelini eksik yasal düzenleme oluşturmaktadır.

Kanun koyucunun bir konuyu düzenlerken, aynı işi yapan bazı kişileri düzenleme kapsamına almamasının ve bunlar arasında farklı uygulamalara sebep olabilecek bir düzenleme eksikliği bırakmasının veya isterse getirebileceği bir kuralı getirmemesinin iptal nedeni sayılamayacağı yönündeki Anayasa Mahkemesi kararlarında da (24/11/1987 tarihli ve E.1987/24, K.1987/32 sayılı Karar; 18/1/1989 tarihli ve E.1988/3, K.1989/4 sayılı Karar) belirtildiği üzere, bu hususlar kanun koyucunun takdir yetkisi içindedir.

Anayasa Mahkemesi örneğin bu kararlardan ilkinde, özde

Anayasaya aykırı dűşmeyen bir kuralın uygulama alanının genişletilmesi amacı ile iptal isteminde bulunulamayacağını belirterek, aynı meslek mensupları arasında farklı uygulamaya sebep olduğu ileri sürűlen eksik düzenlemenin, hükmű iptal ederek değil, diğerlerine de aynı hakkı tanıyan yasama tasarruflarıyla düzeltilmesinin Anayasaya uygun olacağı gerekçesiyle düzenlemeyi Anayasaya aykırı bulmamıştır.

Bu sebeplerle, itiraz konusu kurala yönelik iptal talebinin reddine karar verilmesi gerektiđini düşündüğűmden, iptal yönűndeki çođunluk görüşűne katılmıyorum.

Üye

1. Emin KUZ