

**Ceket Rüzgar Müflonlu  
Kamuflejli Dik Yakalı Körüklü  
Alımı İşi"ne ait ihalenin 3.  
iş kaleminin 1. ve 2  
taksitlerinin geç yerine  
getirilmesinden dolayı  
yükleniciden kesilen gecikme  
cezasının hatalı hesaplanması  
nedeniyle 48,933 YTL. ye  
tazmin hükmü verilmiştir**

**Temyiz Kurulu Kararı**

Saymanlık Adı : İstanbul M.S.B. İç Tedarik Bölge Başkanlığı Yılı : 2006 Dairesi : 6 İlam No : 776 Dosya No : 31743 Tutanak No : 34045 Tutanak Tarihi : 13.12.2011 TEMYİZ KURULU KARARI Dosyada mevcut belgeler okunup incelendikten ve duruşmada hazır bulunan muraafaacı ile Sayıştay Savcısının sözlü açıklamaları dinlendikten sonra gereği görüldü: 776 sayılı ilaman 8.maddesi ile; "K-İST.05/31 Ceket Rüzgar Muftonlu Kamufajlı Dik Yakalı Körüklü Alımı İşi"ne ait ihalenin 3. iş kaleminin 1. ve 2 taksitlerinin geç yerine getirilmesinden dolayı yükleniciden kesilen gecikme cezasının hatalı hesaplanması nedeniyle 48,933 YTL'ye tazmin hükmü verilmiştir. Dilekçi dilekçesinde özetle;bahse konu ceza uygulamalarının, 4734 sayılı Kanunda yer almadığını, Ayrıca İhale Yönetmelikleri eki olan tip idari şartname ve sözleşme metinlerindeki bu doğrultudaki hükümlerin açık ve anlaşılır olmadığı gibi sözleşme metni ve tip idari şartnamedeki hükümlerde farklılıkların olduğunu, Söz konusu dönemde uygulanan matbu sözleşmenin 17. maddesinde; "İdare tarafından sözleşmenin 18. maddesinde belirtilen süre uzatımından ve sözleşme kapsamından yaptırılacak iş artışlarından kaynaklanan haller hariç, iş zamanında bitirilmemiş / mal teslim edilmediği takdirde geçen her takvim günü için yükleniciye yapılacak ödemelerden sözleşme bedeli üzerinden ... oranında gecikme cezası kesilecektir." hükmünün yer aldığını, Yine söz konusu dönemde uygulanan matbu tip idari şartnamenin 52. maddesinde ise; "Yüklenici sözleşmeye uygun olarak mal süresinde teslim etmediği / işi bitirmediği takdirde idarece ... süreli gecikme ihtarı verilecek olup gecikilen her takvim günü için sözleşme bedelinin ... oranında gecikme cezası uygulanır ve bu gecikme ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi halinde ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminatı gelir kaydedilir ve sözleşmesi feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir." denildiğini, Aynı ihale İşlem dosyası içinde yer alan aynı konudaki bu iki maddenin farklı yorumlara neden olabildiğini, Tip İdari Şartnamede yer alan hükme göre, ihtarname çekildikten sonra ceza kesileceği sonucuna varıldığını, sözleşmede yer alan hükme göre ise işin sözleşmedeki son teslim tarihinin önem kazandığını, Ayrıca; Milli Savunma Bakanlığı'nın bu kapsamdaki emrinin 2. maddesinin son paragrafında; "Bu nedenle sözleşme öngörülen ceza teslim tarihinden Tip İdari Şartnamenin 24. maddesi gereğince çekilen ihtarnamenin müteahhide tebliğ edileceği tarihe kadar geçecek süre için ceza uygulanması mümkün bulunmamaktadır." denildiğini, MSB İstanbul Tedarik Bölge Başkanlığınca; 4734 Sayılı Kanunun uygulanmaya başladığı 2002 yılı ile 2005 yılı arasında sözleşme ve Tip İdari şartname hükümlerine göre gecikme halinde cezanın, ilama hükmeden Kurul ve Sayıştay Denetçisinin yorumu paralelinde malın son teslim tarihinin ertesi gününden itibaren kesildiğini, o dönemde yüklenicinin MSB İstanbul Ted.Blg.Bşk.lığına geç teslim ettiği mal ile ilgili olarak son teslim tarihinin ertesi gününden itibaren, malın teslim tarihine kadar olan süre için kesilen cezayı fazla bulduğunu ve bu hususta dava açacağını belirttiğini, Yükleniciye dilekçe ekinde yer alan yazılar ile kesilen cezadan sözleşme hükümlerine uygun olduğunun bildirildiğini ve aynı zamanda Milli Savunma Bakanlığında da bilgi verildiğini, Bu yazıya istinaden Milli Savunma Bakanlığı'na (Ek-E) de yer alan emirle, ihtarnamenin yükleniciye tebliğ edilmediği dönem için ceza uygulamasının mümkün olmayacağına bildirildiğini, Milli Savunma Bakanlığının emrine istinaden MSB İstanbul Tedarik Bölge Bşk.lığına; "(1) Normal teslim süresinden sonraki (taahhüdün yerine getirilmesine yada sözleşmenin feshine kadar olan) ek süresinin sözleşme bedeli olarak addedilmesi, (2) Dolayısı ile gecikmenin 10 günü geçmeyeceği ifadesinin cezanın kesilmesine devam edilmeyeceği anlamına gelmediği; söz konusu sürenin, taahhüdü sözleşme hükümlerine göre yerine getirilmemesi halinde gerçekleşerek ihtarname çekilmesi aşamasına geçişi belirlemek üzere konulduğu, (3) Söz konusu 10 günlük sürenin bitiminden itibaren ceza kesilmesine dair bir hüküm de yer almadığı, (4) Normal teslim süresinin bitiminden itibaren mal teslimine kadar geçen her gün boyunca yüklenici tarafından idarenin işinin aksatılması anlamına geldiği, (5) Aksi takdirde; cezalı süre uygulamasına ara verirken, yükleniciye bir ödül niteliği taşıyabilecek ek cezasız süre tanınması durumunda sözleşmenin, malın geç getirildiği tüm süre zarfında ceza kesilmesi gerektiği düşünülmekte olduğu, (6) Ayrıca EK-E'de yer alan görüş doğrultusunda cezanın, cezalı sürenin bitiminden ihtarnamenin tebliğine kadar geçen süreyle kapsayan bölüme ait kısmının iade edilmesi durumunda, (a) Gecikme cezasını düzenleyen hükümlerin; daha sonra yukarıda arz edilen şekilde uygulanması gerektiği hükmüne varılması halinde hazine zararı olarak addedilebileceği, (b) Benzer durumlarda sık sık karşılaşılmakta olduğu düşünüldüğünde; firmalarca emsal olarak gösterilerek geçmiş dönem de kapsayacak şekilde hak talebinde bulunabileceği değerlendirilerek, bu güne kadar yapılan uygulamalardan farklı olan sadece ihartlı sürede ceza kesilmesi hususunun yukarıdakiler ışığında yeniden değerlendirilerek, diğer sözleşmeler içinde uygulanan uygulamayaçağının bildirilmesi hususlarını kapsayan" yazı ile görüş sorulduğuna (EK-F), Milli Savunma Bakanlığı'na verilen emirlerin MSB Hukuk Müşavirliği ve Davalar Dairesi Başkanlığı ile koordine edilerek hazırlandığını ve söz konusu emre göre işlem yapılmasının emredildiğini, Ancak Bursa Tedarik Bölge Başkanlığının da aynı kapsamda görüş sorması üzerine Milli Savunma Bakanlığınca daha önceki emirleri doğrultusunda mütalaa bildirilerek, Kamu İhale Kurumundan görüş sorulduğuna, Milli Savunma Bakanlığınca daha sonra KİK görüşü ve MSB Hukuk Müşavirliği ve Davalar Dairesi Başkanlığının görüşleri doğrultusunda işlem yapılması için emir verildiğini, İstanbul, Ankara ve Bursa Tedarik Bölge Başkanlıklarınca yaşanan sıkıntılar ile ilgili sorulan görüşe istinaden de, Milli Savunma Bakanlığınca 28 Ağustos 2006 tarihli emir gönderildiğini, Bu emirde özetle; Mevcut sözleşmelerde "... gecikme halinde uygulanacak ceza idarece verilecek ihartlı sürenin yükleniciye tebliğini takip eden günden başlatılacaktır." hükmü ile "... teslim süresi sonundan ihtarnamenin tebliğ gününe kadar geçen süreden mal teslim alınmayacak ve bu süre için gecikme cezası uygulanmayacaktır..." hükümlerinin aynen uygulanacağı, bu hükmün yazılmadığı sözleşmeler ile bundan sonra düzenlenecek sözleşmeler için ihale dokümanlarında Tip İdari Şartname emrin ekinde yer alan bu metnin ilave edilmesi ve uygulanmanın bu doğrultuda yürütülmesinin emredildiğini, Yukarıda yapılan açıklamalar ve eklerde yer alan belgelerden de anlaşılacağı üzere sözleşme ve ihale dokümanı tarihleri, emrin MSB İstanbul Tedarik Bölge Başkanlığınca alındığı 31 Ağustos 2006 tarihinden önce olan söz konusu ilama konu ceza uygulamalarının, Milli Savunma Bakanlığının emrinde yer alan "Mevcut sözleşmelerde ..." gecikme halinde uygulanacak ceza; idarece verilecek ihartlı sürenin yükleniciye tebliğini takip eden günden başlatılacaktır..." hükmü ile "... teslim süresi sonundan, ihtarnamenin tebliğ gününe kadar geçen sürede mal teslim alınmayacak ve bu süre için gecikme cezası uygulanmayacaktır..." hükümleri aynen uygulanacaktır." emri doğrultusunda yapıldığını, İlanın 8.maddesinde yer alan işe ait sözleşmenin 10.11.2005 tarihinde yapıldığını, bu dönemde yer alan Tip İdari Şartnamelere söz konusu hükmün komnadığını ancak şartnamelerde böyle bir hüküm aranmamasına gerek olmadan dilekçe ekinde de konmuş olan emirler doğrultusunda ceza uygulaması yapıldığını, 5018 sayılı Kanunun 71. maddesinde; "Kamu Zararı; kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağına artışı engel veya eksiltmeye neden olunanlardır." şeklinde kamu zararının tarif edildiğini, Ayrıca Sayıştay Genel Kurulunun 14.06.2007 tarih ve 5189/1 sayılı Kararında da bu hususa yer verildiğini, bu kararda özellikle; 5018 sayılı Kanundan önceki mevzuatta mali sorumluluk için yegane şartın, mevzuata aykırılık olup buna ilaveten zarar, kusur gibi başkaca bir şartın öngörülmediği, sorumlulukta sadece mevzuata aykırılığın yeterli sayıldığı vurgulanarak eski sistem 5018 sayılı Kanunla değiştirildiği belirtilerek Kamu zararı oluşabilmesi için aşağıdaki üç şartın sıralandığını, a. Kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem, eylem bulunmalıdır. b. Ortada kamu zararı olmalıdır. c. Mevzuata aykırı karar, işlem ve eylemde zarar arasında bir illiyet olmalıdır, denildiğini, Ayrıca yeni sorumluluk sisteminde objektif (kusursuz) sorumluluk anlayışından vazgeçildiğini, 18.10.1982 tarih ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 137. maddesinde; "Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emir, yönetmelik, tüzük, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmeye ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak, üstü emrinde ısrar eder ve bu emrin yazılı yenilerine, emir yerine getirilir; bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz.Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez, emir getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz." hükmünün yer aldığını, Ayrıca 211 Sayılı TSK İç Hizmet Kanununun 14. maddesinde; "Ast; amir üstüne umumi adap ve askeri usullere uygun tam bir hürmet göstermeye, amirlerine mutlak surette itaate ve kanun ve nizamlarda gösterilen hallerde de üstlerine mutlak itaate mecburdur.Ast muayyen olan vazifeleri, aldığı emir vaktinde yapar ve değiştiremez, haddini aşamaz. İcradan doğacak mesuliyetler emri verene aittir.İtaat hissini tehdit eden her türlü tezahürler, sözler, yazılar ve fiil ve hareketler ceza müeyyidelerle men olunur." hükmünün bulunduğu, Yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda; ilama konu olan mali işlemde, kamu zararının tanınması yer alan kasıt, kusur veya ihmal unsurunun oluşmadığını, yaptığı işlemin Kanunlarda açık ve anlaşılır biçimde yer almayan ve ceza kanunlarına göre suç teşkil etmeyen bir hususta bağlı bulunduğu Milli Savunma Bakanlığının ve amirlerinin emirlerini yerine getirdiği belirtilerek verilen tazmin hükmünün kaldırılmasını istemiştir. Dairesi tarafından verilen dilekçe; Bakanlıkta verilen temyiz dilekçesinin ayrıntılı olarak belirtildiği üzere, ilama konu sözleşmelerin, Kamu İhale Kurumu tarafından belirlenen standart dokümanlar esas alınarak hazırlandığını ve gecikme cezalarının da alımlara ait sözleşmelere göre hesaplandığı, İdari Şartnamenin 52. maddesi kapsamında teslim süresinin bitimi üzerine gecikme ihtarı çekilerek, ihtarnamenin tebliğ edildiği tarihe kadar geçen sürenin gecikme cezasına tabi tutulmamasında hukuka aykırılık bulunmadığını, İdari Şartnamenin 52. maddesi varken, Borçlar Kanununda öngörülen genel hükümler esas alınarak karar verilmesinin mümkün olmadığı, Ayrıca 4735 sayılı Kanunun 20/a maddesinin, sözleşmenin feshine esas ihtarnamenin aşgari süresi ve bu sürenin gecikme cezasına tabi olacağına düzenleyen bir madde olduğu, Söz konusu maddede işin süresinde bitirilmemesi halinde, teslim süresinin bitiminden ihtarnamenin tebliğ edildiği tarihe kadar geçecek sürenin de cezaya tabi olacağı hususunu belirtildiği, Yine Tip Sözleşmenin 17.3 maddesinde açıkça bir "gecikme ihtarından" söz edildiğini, dolayısıyla, 4735 sayılı Kanunun 20/a maddesi ile Tip Sözleşmenin 17. maddesinde de, malın teslim süresi içinde teslim edilmemesi halinde, teslim süresinin bitiminden gecikme ihtarının çekilmesine kadar geçen sürenin cezaya tabi olacağı konusunda açık bir düzenleme bulunmadığını belirttikten Dairesi olarak ilamdaki tazmin hükmünün kaldırılması ve sorumluluğun aklanması istenilmiştir. Savcılık görüşü, "İstanbul M.S.B. İç Tedarik Bölge Başkanlığı 2006 yılı hesabının 6.Dairece varılmasına sonucu çıkarılan 21.04.2009 tarih ve 776 sayılı ilamla ilgili tazmin hükmünün kaldırılması için dilekçi tarafından verilen temyiz dilekçesi incelenmiş olup, ileri sürülen nedenler yerinde görülmemiştir. Çünkü;Yüklenici ile yapılan sözleşmenin 17 nci maddesi;"... iş zamanında bitirilmemiş/mal teslim edilmediği..." hükmü yer almaktadır. Zamanında teslim/bitirme'nin anlamı sözleşmenin sona erdiği tarihe kadar işin bitirilmesi veya mal teslimatının yapılması demektir. Tip İdari Şartnamenin 52 nci maddesinde geçen "gecikme ihtarı" ibaresi bir uyarı niteliğinde olup geçen sürenin cezalı olduğunu ve günlük ceza oranını yükleniciye bildirmektedir. Zaten yüklenici sözleşmenin bittiği tarihi ve bitim tarihinden itibaren de cezalı duruma düştüğünü bilmektedir. Bu bakımdan idarece eksik ceza kesilmiştir. Yukarıda izah ettiğimiz nedenlerden dolayı temyiz itirazlarının reddi ile Daire Kararının onanmasına karar verilmesi mütalaa olunur" şeklindedir. Dilekçi tarafından uygulanan Milli Savunma Bakanlığınca'nın emir yazıları doğrultusunda yapıldığı belirtilmekte ise de söz konusu yazı kurumun idari işleyişi ile ilgili bir yazı olup, 5189 sayılı Sayıştay Genel Kurul Kararı'nda da belirtildiği üzere her biri farklı bir sözleşmeye dayanan ödemelerde; fazla ödemenin dayanağı olan ödemeni yapan harcama yetkilileri ve gerçekleştirme görevlilerinin harcamaların bütçe ilke ve esaslarına, kanun, tüzük ve yönetmelikler ile diğer mevzuata uygunluğundan, birlikte sorumlulukları söz konusudur. Bu nedenle dilekçilerin sorumlulukla ilgili iddiaları yerinde değildir. 4735 sayılı Kanunun 20. maddesi (a) bendinde; "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 yirmi gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi,"ve Açık İhale Usulü İle İhale Edilen Mal Alımlarında Uygulanacak Tip İdari Şartname'nin 52. maddesinde; "Yüklenici sözleşmeye uygun olarak malı süresinde teslim etmediği/işi bitirmediği takdirde idarece 30 gün süreli gecikme ihtarı verilecek olup gecikilen her takvim günü için sözleşme bedelinin 0,0002 oranında gecikme cezası uygulanır ve bu gecikme ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi halinde ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminatı gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir." denilmektedir. Yüklenici ile yapılan 10.11.2005 tarih ve 2-088519-0223 no'lu sözleşmenin 17. maddesinde ise; "İdare tarafından sözleşmenin 18 inci maddesinde belirtilen süre uzatımından ve sözleşme kapsamından yaptırılacak iş artışlarından kaynaklanan haller hariç, iş zamanında bitirilmemiş/mal teslim edilmediği takdirde geçen her takvim günü için yükleniciye yapılacak ödemelerden sözleşme bedeli üzerinden 0,0002 oranında gecikme cezası kesilecektir. Kesilecek toplam ceza tutarı hiçbir şekilde ihale bedelini aşamaz. Gecikme cezası Yükleniciye ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın ödemelerden kesilir. Bu cezadan ödemelerden karılanmaması halinde Yükleniciden ayrıca tahsil edilir. Bu gecikme ihtarının yükleniciye tebliğinden itibaren 30 günü geçtiği takdirde İdare Sözleşmeyi feshedecektir." hükmü yer almaktadır. Sözleşmenin 11. maddesinin 4. bendinde yüklenicinin kendisine veya tebliğat için gösterdiği adrese yapılacak işe başlama talimatının tebliğinden itibaren 3. iş kalemi 1.taksit için teslimat programı sözleşmenin yürürlükte olduğu gününden itibaren 1-60 gün, 2.taksit için 61-120 gün olarak belirlenmiştir. Bu çerçevede, yükleniciye verilen teslimat aralığı 1.taksit için 14.11.2005-10.01.2006, 2.taksit için teslimat aralığı da 13.01.2006-13.03.2006 tarihleridir. Yüklenici 1. taksidi süresi içerisinde getirmemiş ve 07.02.2006 tarihinde idare yükleniciye ihtarname göndermiş ve ihtarnamenin tebliğinden itibaren 30 gün içerisinde taahhüdün yerine getirilmesi istenilmiştir. Yüklenici taahhüdünü 08.03.2006 tarihinde getirmiş ve yükleniciye (07.02.2006-08.03.2006) 30 günlük gecikme cezası kesilmiştir. Oysa 1. taksidi yerine getirmeme 12.01.2006 tarihi itibarıyla gerçekleşmiş olmakta ve bu tarih ile ihartlı sürenin başlangıcı olan 07.02.2006 tarihleri arasındaki 25 gün için de gecikme cezası kesilmesi gerekmektedir. Yüklenici 2. taksidi de süresi içerisinde yerine getirmemiş ve idare 07.04.2006 tarihinde ihtarname göndermiş ve 30 gün içerisinde taahhüdün yerine getirilmesi istenilmiştir. Yüklenici 2. taksidi 08.05.2006 (ihartlı sürenin son günü 06.05.2006 tarihi hafta sonuna denk gelmektedir) tarihinde yerine getirmiş ve 07.04.2006-06.05.2006 tarihleri arası 30 günlük gecikme cezası kesilmiştir. Oysa 2. taksidi yerine getirmeme 14.03.2006 tarihinde gerçekleşmiş olmakta ve bu tarih ile ihartlı sürenin başlangıcı olan 07.04.2006 tarihleri arasındaki 24 gün için de gecikme cezası kesilmesi gerekmektedir. Bu nedenle yukarıda belirtilen Kanun ve sözleşme hükümlerine aykırı uygulama yapılması nedeniyle ilaman 8.maddesi ile 48.933,30 YTL'ye ilişkin olarak verilen tazmin hükmünün TASDİKINE, Karar verildiği 13.12.2011 tarih ve 34045 sayılı tutanakta yazılı olmakla işbu ilam tanzim kalmadı.