

**Cezai şartın uygulanmaması
yüklenimindekiİşİ ile
ilgili olarak, ihale
dokümanında çalıştırılması
gerektiği belirtilen asgari
zorunlu ekiplerin eksik
çalıştırıldığı halde ihale
dokümanı uyarınca kesilmesi
gereken cezanın uygulanmaması
sonucu TL kamu zararına
sebebiyet verilmesi ile
ilgili olarak yapılan
inceleme**

Kamu İdaresi Türü	Belediyeler ve Bağlı İdareler
Yılı	2016
Dairesi	5
Karar No	305
İlam No	129
Tutanak Tarihi	19.4.2018
Kararın Konusu	İhale Mevzuatı ile İlgili Kararlar

Cezai şartın uygulanmaması

..... yüklenimindekiİşi ile ilgili olarak, ihale dokümanında çalıştırılması gerektiği belirtilen asgari zorunlu ekiplerin eksik çalıştırıldığı halde ihale dokümanı uyarınca kesilmesi gereken cezanın uygulanmaması sonucu TL kamu zararına sebebiyet verilmesi ile ilgili olarak yapılan incelemede,

Söz konusu işe ilişkin Teknik Şartnamenin “Yapılacak İşler” başlıklı 2’nci maddesinin “Ekip Bulundurulması” başlıklı dokuzuncu fıkrasında:

“Yüklenici, iş yaptığı bölgede bulunan her bir su kanal ve ruhsat şefliği için gerekli ekip ve ekipman bulundurmak mecburiyetindedir. İdare yükleniciden işi az olan bölgedeki ekiplerden bir kısmını işi yoğun olan su kanal ve ruhsat şefliğine kaydırmamasını veya ilave ekipler koymasını isteyebilecektir. Atıksu şebeke hatları, Parsel Bağlantıları, İçmesuyu Şebeke ve Şube Yollarında bulundurulması zorunlu ekip ve ekipmanlar aşağıda belirtilmiştir.”denildikten sonra aşağıdaki tabloda verilen ekipler sayılmıştır.

Zorunlu Ekip Sayısı Teknik Şartnamenin İlgili Maddesi Ekipteki Kişi Sayısı Toplam

6 İçmeyusu ve Şube yolu arıza ekibi Gündüz(2.9.2. maddesi) 3 18

1 İçmeyusu ve Şube yolu arıza ekibi Gece (2.9.2. maddesi) 3 3

5 Atıksu arıza ekibi Gündüz (2.9.1). maddesi) 3 15

1 Atıksu arıza ekibi Gece (2.9.1). maddesi) 3 3

3 Atıksu kanal açma ekibi Gündüz (2.9.3. maddesi) 3 9

1 Atıksu kanal açma ekibi Gece (2.9.3. maddesi) 3 3

1 Kayıp Muayene Bacası ve Parsel Bacası Arama Ekibi (2.9.4. maddesi) 3 3

1 Kayıp Vana ve Priz Buşakle Arama Ekibi (2.9.5. maddesi) 3 3

Görüldüğü üzere ihale kapsamında 19 adet ekibin çalıştırılması zorunlu tutulmuştur. Bu ise toplamda en az 57 kişinin ihale kapsamında çalışması gerektiği ve SGK'ya da her ay en az 1710 gün prim yatırılması gerektiği manasına gelmektedir. Bu rakama teknik personel olarak çalıştırılması gereken kişiler de dâhil değildir.

Mezkur işe ilişkin sözleşme tasarısının "Diğer Hususlar" başlıklı 33'üncü maddesinin "Arızaların Giderilmesi ile İlgili Hususlar" başlıklı sekizinci fıkrasının (1) numaralı bendinin;

(a) alt bendinde içmesuyu şebeke hatlarında ve şube yollarında meydana gelebilecek arızaları zamanında gidermek için mesai saatleri içinde asgari 6 ekip bulundurulacağı, bulundurulmadığı takdirde günlük 350,00 TL ceza kesileceği,

(b) alt bendinde içmesuyu şebeke hatlarında ve şube yollarında meydana gelebilecek arızaları zamanında gidermek için asgari 1 ekibin mesai saatleri dışında (gece) bulundurulacağı bulundurulmadığı takdirde günlük 350,00 TL ceza kesileceği,

(c) alt bendinde kayıp vana ve priz buşaklelerinin bulunarak yol üste seviyesine getirilmesinde kullanılacak olan asgari 1 ekibi mesai saatleri içinde bulundurmak zorunda olduğu bulundurmadığı takdirde, ekip için günlük 350,00- TL ceza kesileceği belirtilmiştir.

Aynı maddenin "Arızaların Giderilmesi ile İlgili Hususlar" başlıklı sekizinci fıkrasının (2) numaralı bendinin;

(a) alt bendinde atıksu arıza ekibi olarak asgari 4 ekibi mesai saatleri içinde, Atıksukanal açma ekibi olarak asgari 3 ekibi mesai saatleri içinde bulundurmak zorunda olduğu aksi halde takdirde her ekip için günlük 500,00- TL ceza kesileceği,

(b) alt bendinde Şebeke hatlarında ve Parsel Bağlantılarında meydana gelebilecek arızaları zamanında gidermek için asgari 1 ekibi mesai saatleri dışında (gece) hazır bulundurmak zorundadır. Bulundurmadığı takdirde ekip için günlük 500,00-TL ceza kesileceği,

(c) alt bendinde Kayıp muayene bacaları ve kayıp parsel bacalarının bulunarak yol üste seviyesine getirilmesinde kullanılacak olan asgari 1 ekibi mesai saatleri içinde olarak her an iŐyerinde hazır bulundurmak zorundadır. Bulundurmadığı takdirde her ekip için günlük 500,00- TL ceza kesileceği hüküm altına alınmıŐtır.

alıŐtırılması zorunlu tutulan kiŐilerin ihale kapsamında çalıŐtırılıp alıŐtırılmadıęının sorgulanması için Sosyal Güvenlik Kurumundan ilgili dökümler alınmıŐ, ilgili dönemlerde SGK'ya kaç gün çalıŐma bildirildiği incelenmiŐtir. Bu inceleme sırasında yüklenicinin birçok dönemde eksik personel çalıştırdığı tespit edilmiştir. SGK'yabildirilmesi gereken gün sayısı hesaplanırken teknik personel dıŐarıda tutulmuŐ, yalnızca sürekli bulundurulması gereken ekipler esas alınmıŐtır.

Savunmada zetle;

İŞin birim fiyatlı yapım işi olduğu, yapılan iş miktarı kadar ödeme yapıldığı, ekipler için yükleniciye ayrıca bir ödemede bulunulmadığı,

Arıza miktarlarının mevsimsel Őartlar doğrultusunda değişiklik gösterebileceği, AYKOME kararı ile 15 Kasım- 15 Mart döneminde kazı ruhsatlarının onaylanmadığı, yalnızca acil kazılara müsaade edildiği, ihale kapsamındaki işlerin projeli imalatlar olmadığı bu nedenle ihtiyaç duyulan ekip sayılarının dönemden döneme değişiklik gösterebileceği,

Yüklenici firmanın doküman gereği yeter miktarda ekibi hizmet sahası içinde bulundurması ve belirtilen süreler içerisinde duruma müdahale etmesi gerektiği, aksi halde ceza kesileceği,

Sorguda belirtilen tarihler arasında gerçekleşen kümülatif iş miktarının, iş programının önünde olduğu, işlerin gecikmeye mahal verilmeden tamamlandığı,

Kurumca ihale konusu iş sahasında yapılan anket sonucunda bölgede oturan kişilerden yaklaşık %89'unun Kurum hizmetlerinden memnuniyetinin bildirildiği,

Söz konusu ceza hükümlerinin dokümana eklenme amacının işlere ait imalatların zamanında yapılması olduğu,Tarih ...numaralı Kamu İhale Kurulu Kararında da belirtildiği üzere bunların da caydırıcılığı artırmak ve işleri hızlandırmak amacıyla dokümana eklendiği,

Belirtilmiştir.

Öncelikle işin birim fiyatlı olması ve personel çalıştırılmasına ilişkin ödeme yapılmaması, dokümanda açıkça belirtilen ve cezai müeyyide öngörülen bir hususun uygulanmasına engel teşkil etmez. Her ne kadar söz konusu iş personel çalışmasına dayalı olmasa da, ihale dokümanında asgari çalıştırılacak ekip ve personel sayıları ayrıntılı bir şekilde belirtilmiş, personelin bulundurulmaması durumunda kesilecek cezalar tereddüte mahal vermeyecek katiyette açıklanmıştır.

Kaldı ki ihale aşamasında istekliler asgari bulundurulması gereken ekip ve personel sayısı ile bu personellerin çalıştırılmaması halinde uygulanacak yaptırımları dikkate alarak birim fiyat tekliflerini oluşturmaktadır. Bu nedenle birim fiyatlar üzerinden ödeme yapılması, eksik personel ile iş yapılması hususu için gerekçe olmaması gerekir.

Ekip ihtiyacının dönemsel ihtiyaca göre arttırılıp azaltılması savunması tarafımızca yerinde görülmemiştir. Bunun sebebi; ihale dokümanlarında belirtilen ve tarafımızca da eksikliği sorgu konusu edilen ekiplerin, yüklenicilerce çalıştırılması gereken "asgari" ekipler olmasıdır. Dolayısıyla işlerin yoğunluğu ne kadar düşerse düşsün yüklenici, asgari ekip

sayısının altına inemeyecektir. Ayrıca işlerin yetişmediği durumlarda yüklenici tarafından daha çok ekip çalıştırılması gerekmektedir. Zira işlerin belirlenen sürelerde yetiştirilememesi durumu dokümanda ayrıca ceza konusu edilmiştir.

15 Kasım-15 Mart döneminde kazı ruhsatlarının AYKOME tarafından onaylanmaması hususu yıllardan beri devam eden bir uygulamadır. Bu husus gerek Kurum gerekse istekliler tarafından bilinmektedir. Ayrıca yukarıda defaatle zikredildiği gibi dokümanda belirtilen ekipler asgari ekipler olup iş yükü ve dönemsel farklılıklara bakılmaksızın her an hazır bulundurulması gereken sayıları ifade etmektedir. İdarenin kazı yasağını bilmeden dokümanı hazırladığı ise düşünülemez. Şayet ilgili dönemde daha az personel ve ekip çalışması öngörülse idi dokümanda söz konusu düzenlemenin yapılması gerekirdi. Yine'nin aynı dönemde yürütmüş olduğu aynı konudaki diğer ihalelerin çoğunda yüklenicilerin söz konusu dönemde çalıştırması gereken asgari ekibi çalıştırdığı ve bu konuda söz konusu ihalelerde kamu zararı oluşmadığı da belirlenmiştir.

Arızalara zamanında müdahale edilmemesi durumunda ceza kesilmesi ile asgari ekip ve personel sayısının bulundurulmaması durumunda ceza kesilmesi ihale dokümanında ayrı ayrı düzenlenmiş hususlardır. Yüklenici tarafından her iki kurala da uyulması gerektiği açıktır. Sadece cezaya sebebiyet verilmeden işin bitirilmesine bakılarak eksik ekip ve personeli mazur görmek ihale dokümanına aykırı olduğu gibi asgari ekip sayısına göre maliyet ve tekliflerini hazırlayan tüm isteklilere karşı da bir haksızlık olacaktır. Böyle bir düşünce "yeterli ekip" kriterinin yüklenici tarafından belirleneceği gibi bir imayı taşımaktadır. Hâlbuki bu konu Kurum tarafından düzenlenen ihale dokümanında yüklenicinin takdirine bırakılmamış, asgari kaç ekip çalıştırılacağı ve bu ekiplerin kaçar kişiden oluşacağı şüpheye mahal vermeyecek şekilde düzenlenmiştir.

Yapılan iş miktarının iş programının önünde olduğundan bahsedilerek mevcut ekibin yeterli olduğu iddia edilmiş ise de, bizatihi dokümanı hazırlayıp asgari ekip sayısını ve dolayısıyla asgari çalıştırılması gereken personel sayısını belirleyen İdare yetkililerinin, kendi belirledikleri zorunlu ekip sayısının daha azıyla da bu işin yapılmasını haklı görmeleri hiçbir hukuki gerekçeyle açıklanamaz. Ayrıca böyle bir kabul ile yapılan hatayı mazur görmek yukarıda bahsedilen ve ihaleye istekli olanlar arasında gözetilmesi gereken adalet ve eşitlik ilkesiyle de bağdaşmamaktadır. Kaldı ki dokümanda belirtilen asgari ekipler iş programı hiç ilerlemese bile acil durumlarda müdahale amacıyla hazır bulundurulması gereken ekiplerdir. Dolayısıyla iş programının ilerlemesi ile söz konusu ekiplerin bir bağlantısı varsa da tamamen ona bağlı olduğu da iddia edilemez.

Sorumlular tarafından yapılan savunmadaTarih ve sayılı Kamu İhale Kararı'na yer verilmiş, söz konusu Karar'da ilgili dokümanda belirtilen cezai işlemlerin, işlerin zamanında yapılması, arıza müdahale süreçlerinde gecikmeye mahal verilmemesi, muhtemel arızalarda vatandaş mağduriyetinin oluşmaması maksadıyla tedbir amaçlı olarak caydırıcı mahiyette sözleşmeye eklendiğinin belirtildiği ifade edilmiştir. Bundan dolayı zamanında yerine getirilen işler için Kurum tarafından ceza kesilmediği belirtilmiştir.

Öncelikle Kurul Kararı incelenirken istekli tarafından neye itiraz edildiğinin ve Kurulun ne yönde Karar aldığının iyi anlaşılması gerekir. Kurul Kararında yer alan spesifik bir cümlenin alınarak dokümanda açıkça belirtilen cezai işlemin uygulanmaması doğru bir yaklaşım değildir.

Mezkûr Karar'da istekli; araç, gereç, makine ve işçi sayısının dokümanda tespit edilmesi, devamlı iş başında bulundurulması ve buna ilişkin cezai hüküm belirlenmesi hususlarının mevzuata aykırı olduğunu iddia etmiş, Sözleşme Tasarısı'nın bu haliyle bir yapım işi sözleşmesi yerine araç ve personel çalıştırma esaslı hizmet sözleşmesi gibi hazırlandığını, yapım işlerinde

cezai müeyyidenin ancak işin gecikmesi halinde uygulanması gerektiğini belirtmiştir.

Kurul tarafından yapılan değerlendirme neticesinde İhale konusu işin hem yapım hem de hizmet işi unsurları barındırdığı, hizmet işlerinin ihale konusu işin toplam yaklaşık maliyeti içerisindeki payı düşük olduğundan söz konusu işin yapım işi olarak ihaleye çıkıldığı belirtilmiştir. Bu nedenle yapım işi için öngörülen gecikme cezasının yanında hizmet işlerinin de tam ve eksiksiz yerine getirilmesi amacıyla "asgari sayı" ve "her an hazır bulundurma" şartları ile bunlara ilişkin cezai hükümlerin konulabileceği ifade edilmiştir. Bir başka deyişle Kurul isteklinin itirazını reddetmiş ve asgari personel sayısı ve buna ilişkin ceza hükümlerinin dokümanda bulunmasının hatalı olmadığına karar vermiştir.

İhale dokümanında her işin tamamlanma süresi ve buna ilişkin ceza hükümleri de ayrıca belirlenmiştir. Kurul, Kararında gerek bu gerekse diğer maddeleri nazara alarak "yükümlülüklerin kusursuz olarak öngörülen süreler içinde yerine getirmesi halinde ceza uygulanmayacağı görülmektedir." ifadesine yer vermiştir. Salt bu maddeden yola çıkılarak asgari personele ilişkin ceza hükümlerinin uygulanmaması mümkün değildir.

Kaldı ki Kurul'un İdare yerine karar verip söz konusu cezaların kesilmesine veya kesilmemesine karar vermesi de mümkün değildir. Kurul söz konusu maddelerin dokümanda yer alıp alamayacağına ilişkin değerlendirme yapmış ve asgari personel sayısı ile ceza maddelerinin dokümanda bulunmasında bir sıkıntı görmemiştir Kurulun söz konusu kararından sonra, ne zaman uygulanacağı dokümanda şüpheye mahal bırakmayacak şekilde düzenlenen bir cezanın İdarece keyfi olarak uygulanmamasının herhangi bir açıklamasının olmaması gerekir. Bu nedenle, savunmanın kabul edilme imkanı bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, ihale dokümanında çalıştırılması

gerektiği belirtilen asgari zorunlu ekiplerin eksik çalıştırıldığı halde ihale dokümanı uyarınca kesilmesi gereken cezanın uygulanmaması sonucu kamu zararı olarak hesaplananTL ile ilgili olarak;

Diğer Sorumlu’nin 01.08. 2016 tarihinde işten ayrılmış olması nedeniyletarih ve sayılı ödeme emrine ilişkin sorumluluğunun bulunmadığına,

.... yılı Ağustos ayına ilişkin SGK’ya bildirilen prim gün sayısı 1705 gün olması gerekirken sehven 1603 gün esas alınmıştır. Söz konusu husus dikkate alınarak yeniden yapılan hesaplamaya göre kamu zararı tutarınınTL olduğu anlaşıldığından (.....-.....)=TL ile ilgili olarak kamu zararı oluşmadığından ilişilecek bir husus bulunmadığına,

Kamu zararı tutarıTL’nin;

.....TL’sinin, Harcama yetkilisi, Gerçekleştirme görevlisi, Diğer Sorumlular’dan,

.....TL’sinin, Harcama yetkilisi, Gerçekleştirme görevlisi, Diğer Sorumlular’dan,

.....TL’sinin, Harcama yetkilisi, Gerçekleştirme görevlisi, Diğer Sorumlular’dan,

.....TL’sinin, Harcama yetkilisi, Gerçekleştirme görevlisi, Diğer Sorumlular’dan,

Müştereken ve müteselsilen, 6085 sayılı Sayıştay Kanununun 53 üncü maddesi gereği işleyecek faizleriyle ödettirilmesine,

İş bu ilamın tebliğ tarihinden itibaren 6085 sayılı Sayıştay Kanununun 55 inci maddesi gereğince altmış gün içerisinde Sayıştay Temyiz Kurulu nezdinde temyiz yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi.