

Doğrudan temin usulü ile yapılmış olmasına ve onay belgesinde fiyat farkı ödenmemesi belirtilmesine rağmen yükleniciye mevzuata aykırı olarak fiyat farkı ödenmesi

Kamu İdaresi Türü Belediyeler ve Bağlı İdareler

Yılı 2009

Dairesi 6

Dosya No 41638

Tutanak No 42831

Tutanak Tarihi 8.3.2017

Kararın Konusu İhale Mevzuatı ile İlgili Kararlar

Konu: Doğrudan temin usulü ile yapılmış olmasına ve onay belgesinde fiyat farkı ödenmemesi belirtilmesine rağmen yükleniciye mevzuata aykırı olarak fiyat farkı ödenmesi.

... Belediyesi Muhasebe Biriminin 2009 yılına ait 103 sayılı İlamın 6'ncı maddesi hükmüne ilişkin olarak sorumlular

tarafından Sayıştay Temyiz Kuruluna yapılan temyiz başvurusu üzerine Kurulumuzun 17.02.2015 tarihli ve 40026, 40027 ve 40028 tutanak numaralı kararları ile, yapılan ödemenin mevzuata aykırı olduğu açıklandıktan sonra rapor dosyası ve eki belgelerin incelenmesinde, fiyat farkı verilmeyeceği belirtilen ihale onay belgesini imzalayan üst yöneticinin, aynı zamanda fiyat farkı verileceğine dair hüküm ihtiva eden sözleşmeyi idare adına imzaladığının görüldüğü, giderin gerçekleştirilmesi aşamasında, ödeme emri belgesi üzerindeki imzası dolayısıyla harcama yetkilisinin sorumlu tutulmasının hukuken mümkün olamayacağı, harcama talimatının iş, mal veya hizmetin alınması, gerçekleştirilmesi, görevlendirilmiş kişi veya komisyonlarca onaylanması ve gerçekleştirme belgelerinin düzenlenmesinden önceki aşamada gerçekleşmekte olduğu gerekçesiyle, ihale onay belgesini ve sözleşmeyi imzalayan üst yöneticinin harcama yetkilisi olarak sorumlu tutulması gerektiği,

Bunun yanı sıra, tazmin miktarı (2005-2009 yıllarına ilişkin fiyat farkları toplamı) ...-TL iken; tazmin hükmüne dayanak teşkil eden 2242 no.lu ödeme emri belgesi ile 9 ve son no.lu hakediş bedeli olarak ödenen tutarın ...-TL olduğu, 2242 sayılı ödeme emri belgesine dayanılarak sorumluluk tevcih edildiğinden, bu ödeme emri ile ödenen hakediş tutarının üstünde bir miktar için fazla ödeme hesaplanması ve sorumluluk tevcihinin yerinde olmadığı belirtilerek sorumlulukların ve tazmin miktarının yeniden belirlenmesi için 103 sayılı İlamın 6'ncı maddesiyle verilen-TL'ye ilişkin tazmin hükmü bozularak dosyanın Dairesine tevdiine karar verilmiş;

Dairesince, Temyiz Kurulunca, anılan ilam hükmünün sorumluluk ve tazmin miktarı ile sınırlı olarak bozulduğu, bunun üzerine ilam hükmünün esastan görüşülüp görüşülemeyeceği hususu üzerinde yapılan müzakere sonucunda, her ne kadar usuli

kazanılmış hak ilkesi gereğince dava konusu olayın sadece bozma kararıyla sınırlı olarak incelenmesi gerektiği kanaatine varılmış ise de; Temyiz Kurulu kararında sorumlu tutulması gerektiği belirtilen ihale onay belgesi ve işe ilişkin sözleşmeyi imzalayan Belediye Başkanının savunması ilk yargılamada alınmamış olup yargılamanın temel ilkesi olan adil yargılama ilkesi gereğince de savunmaları alınmadan sorumlular hakkında hüküm verilmeyeceğinden, konunun esasın görüşülmesine karar verildikten sonra;

Ödeme emri belgesini imzalayan Harcama Yetkilisi ve hakediş belgelerini düzenleyen Gerçekleştirme Görevlileri;, ... ve ... ile Muhasebe Yetkilisi' in; oluşmasında kusurları bulunmadığından kamu zararından sorumlu tutulmamalarına, mevzuata aykırı fiyat farkı ödenmesi sonucunda yargılamaya konu hesap yılında neden olunan kamu zararı tutarı ...TL'nin alıma ilişkin Onay Belgesini ve Sözleşmeyi imzalayan Belediye Başkanı' dan münferiden 832 sayılı Sayıştay Kanunu'nun 64'üncü maddesi gereğince işleyecek faizleri ile birlikte tazminen tahsiline hükmolunmuştur.

Sorumlu dilekçesinde, sözleşmedeki imzanın Belediye tüzel kişiliğini temsilen üst yönetici sıfatıyla atıldığını, harcama yetkilisi sıfatıyla imza atıldığı kabul edilse bile; tek başına sorumlu tutulmasının işin gereğine ve doğasına aykırı olduğunu, Belediye başkanının önüne gelen sözleşmeleri satır satır şartname ile karşılaştırmasının imkânsız olduğunu, Sayıştay Genel Kurulu'nun; sorumluluğa ilişkin 2007 tarih 5189/1 sayılı kararında üst yöneticinin sorumlu olmayacağını belirtildiğini,

Doğrudan teminin de bir ihale yöntemi olduğunu, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda doğrudan teminin; ihtiyaçların

karşılanmasında kullanılabilen bir yöntem olarak tanımlandığını, fiyat farkına ilişkin Bakanlar Kurulu kararlarında doğrudan temin ile yapılmış işlerde fiyat farkı ödenmeyeceğine ilişkin açık bir düzenleme mevcut olmadığını, daha sonra Bakanlar Kurulu'nca yapılan düzenlemelerde doğrudan temin ile yapılan işlerde de fiyat farkı ödenmesine imkân sağlandığını,

Söz konusu olayda üst yönetici olarak gözetim ve kontrol yetkisini kasten veya ihmalen hatalı kullanıldığını ispatlayan herhangi bir bilgi ve belge mevcut olmadığını, 5018 sayılı kanunun 71. maddesinde kamu zararının tespitinde; kasıt, kusur, ihmal ve illiyet bağı aradığını, üst yönetici sıfatıyla bu anlamda sorumlu olmadığını,

5018 sayılı Kanunun 11. Maddesinde "Üst yöneticiler, idarelerinin stratejik planlarının ve bütçelerinin kalkınma planına, yıllık programlara, kurumun stratejik plan ve performans hedefleri ile hizmet gereklerine uygun olarak hazırlanması ve uygulanmasından, sorumlulukları altındaki kaynakların etkili, ekonomik ve verimli şekilde elde edilmesi ve kullanımını sağlamaktan, kayıp ve kötüye kullanımının önlenmesinden, malî yönetim ve kontrol sisteminin işleyişinin gözetilmesi, izlenmesi ve bu Kanunda belirtilen görev ve sorumlulukların yerine getirilmesinden Bakana; mahallî idarelerde ise meclislerine karşı sorumludurlar.

Üst yöneticiler bu sorumluluklarının gereklerini harcama yetkilileri, mali hizmetler birimi ve iç denetçiler aracılığıyla yerine getirirler" denilmek suretiyle, üst yöneticilerin sorumluluklarının gereklerini, harcama yetkilileri, mali hizmetler birimi ve iç denetçiler aracılığıyla yerine getireceklerinin belirtildiğini ve mahalli

idarelerde Kanunda belirtilen görev ve sorumlulukların yerine getirilmesinden meclislerine karşı sorumlu olduklarının hükme bağlandığını, bu bağlamda, verdiği karar ve talimatlar, doğrudan iş ve işlem sürecine dayanak oluşturmadığı sürece, üst yönetici olan Belediye Başkanının sorumluluğunun idari/siyasi nitelikli olup, mali sorumluluğu bulunmadığını,

Söz konusu işin piyasa fiyatının belirlenmesinde belediye başkanın üstlendiği bir görev bulunmadığını, konuyla yetkilendirilmiş ve konunun uzmanı olan görevlilerin bu tespiti yaptığını ve onay belgesinin işlemin tamamlanması için usulen onayladığını, buradaki sorumluluğun idari sorumluluk olduğunu, mali sorumluluğun belgeye konu işlemi gerçekleştirenler için ait olduğunu, işin esasıyla ilgili olarak ta bir kamu zararına sebep olunmadığını, Söz konusu Belediye Hizmet Binası Mimari Mesleki Kontrollük Hizmet Alım İşinin belediye için istisnai nitelikte, özelliği olan bir iş olduğunu, süresi 4 (Dört) yıl olup rutin olarak yapılan doğrudan temin işlerinden farklı olduğunu, rutin işlemlerde "fiyat farkı verilmeyecektir" ibaresi yer aldığından, bu işe ait onay belgesinde de unutulmuş aynı ifadeye yer verildiğini, işin süresinin uzun olmasının, fiyat farkı ödenmesi için karine olarak kabul edilmesinin doğru olacağını, karşılıklı hak ve alacak doğuran sözleşmenin ödemeye esas olduğunu, İlamın gerekçesinin; onay belgesinde fiyat farkı verilmeyeceği belirtilmişken, sonradan düzenlenen sözleşmeye fiyat farkı konularak yükleniciye haksız kazanç sağlandığı iddiasına dayandığını, adı geçen işin doğrudan temin usulüyle yapılmasının gerekçesinin KİK 22. maddesindeki;

"a) İhtiyacın sadece gerçek veya tüzel tek kişi tarafından karşılanabileceğinin tespit edilmesi.

1. b) Sadece gerçek veya tüzel tek kişinin ihtiyaç ile ilgili özel bir hakka sahip olması” hükümlerine dayandığını, Belediye hizmet binasının projesini yapan firmaya kontrollük hizmetinin verilmesinin zorunlu olduğunu, ihtiyacın karşılanacağı tek yüklenici konumunda bulunduğundan, sözleşmeye konulan fiyat farkı hükmüyle ihalede rekabetin önlenmesi ya da kendisine haksız kazanç sağlanmasının mümkün bulunmadığını,

Sayıştay Temyiz Kurulunun idari şartnamede fiyat farkı verilemeyeceği, sözleşmede verileceği şeklinde yer alan ifadelere dayalı olarak verilen tazmin hükümlerini kaldırdığı 32879, 36846, 37062, 39240, 41400 sayılı kararlarının emsal olabilecek nitelikte olduğunu, sonuç olarak tazmin hükmünün kaldırılmasını, tazmin hükmünün tasdikine karar verilmesi durumunda ise sorumluluk yönünden kararın bozulmasını talep etmiştir.

Sayıştay Başsavcılığı, aynen;

“ ...

Dairesince; ... Mimarlık Taşeron Ltd. Şti.’nin yükleniminde olan Belediye Hizmet Binası Mimari Mesleki Kontrollük Hizmet Alımı işi doğrudan temin usulü ile yapılmış olmasına ve onay belgesinde fiyat farkı ödenmemesi belirtilmesine rağmen yükleniciye mevzuata aykırı olarak fiyat farkı ödenmesi sonucunda kamu zararına sebebiyet verildiği görülmüştür.

Sorumlu savunmasında; sözleşmenin 14. Maddesinde fiyat farkı

ödeneceğine ilişkin kaydın bulunduğunu, ilama konu kontrollük işinin uygulanması sonucu, belediyenin mimari değere sahip örnek bir binaya kavuştuğunu, üst yönetici olduğu için sorumlu tutulmamasının gerektiğini ileri sürerek dairece verilen tazmin hükmünün kaldırılmasını talep etmiştir.

Sorumlunun, tazmin hükmünün kaldırılmasına yönelik savunmaları yargılama öncesinde dile getirilmiş olup karar aşamasında değerlendirilmiştir.

Buna göre dilekçede ileri sürülen dairece verilen kararın gerekçelerinin karşılanmaktan uzak olduğundan verilen tazmin hükmünün tasdikinin uygun olacağı” şeklinde görüşünü dosyanın duruşmalı görüşülmesi esnasında; “yapılan sözleşme gereği, idare tarafından fiyat farkı ödenmesi zorunlu olduğundan tazmin hükmünün kaldırılmasına karar verilmesinin uygun olacağı” şeklinde değiştirmiştir.

Dosyada mevcut belgelerin okunup incelenmesinden ve sorumlu H. ... ve Sayıştay Başsavcılığının sözlü açıklamaları dinlendikten sonra gereği görüldü.

4734 sayılı Kanun’un 22’nci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine göre, sadece gerçek veya tüzel tek kişinin ihtiyaç ile ilgili özel bir hakka sahip olması halinde söz konusu ihtiyaç doğrudan temin usulü ile karşılanabilmektedir. Alıma konu işte de yüklenici özel bir hakka sahip olup; söz konusu hizmet bu nedenle adı geçen yükleniciden alınmıştır. Alımın belirtilen nedenle tek kişiden yapılması zorunluluğu karşısında, fiyat farkının, onay belgesinde ödenmeyeceğinin öngörülüp sonrasında İşe ilişkin Sözleşmede ödeneceğinin öngörülmüş olması

nedeniyle diğer hizmet sunucularının aleyhine hukukun eşitlik ilkesine aykırı davranıldığından bahsedilemez.

Sorumlu tarafından da, onay belgesindeki “fiyat farkı ödenecekse dayanağı Bakanlar Kurulu Kararı” satırı karşına “verilecektir” ifadesi yerine sehven “verilmeyecektir” ifadesin yazıldığı belirtilmiştir. Alıma ilişkin Onayın ve İşe ilişkin Sözleşmenin tarihlerinin aynı tarih olması (11.05.2005), işin başlangıçtaki süresinin 18 ay olarak öngörölmesi, daha sonra verilen süre uzatımlarıyla bu sürenin daha da uzaması, fiyat farkının ödenmesi veya kesilmesindeki amacın ihale tarihindeki şartların işin süresi boyunca korunması ve böylece değişen maliyetler karşısında tarafların zarara uğramalarının önlenmesinin olması, fiyat farkının işin sözleşmeye bağlandığı tarihten üç – dört sene sonra ödenmesi hususları bir bütün olarak dikkate alındığında, sorumlunun da savunmasında belirttiği üzere onay belgesindeki ifadenin sehven yazıldığının kabulü gerektiği kanaatine varılmıştır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nda ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nda doğrudan temin suretiyle yapılacak işlerde fiyat farkı ödenip ödenmeyeceğine ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Bilindiği üzere doğrudan temin yöntemi ile yapılan alımlarda sözleşme düzenlenmesi idarelerin takdirindedir. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nun 36’ncı maddesinde, bu Kanun’da hüküm bulunmayan hâllerde Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Ödemenin yapıldığı tarihte yürürlükte olan 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 19’uncu maddesinde, “Bir akdin mevzuu, kanunun gösterdiği hudutlar dairesinde, serbestçe tayin olunabilir” denilerek Kanun’a aykırı olmamak kaydı ile sözleşmelerin konusunun taraflarca

serbestçe tayin edilebileceđi hűkme bađlanmıřtır.

Bu itibarla, dođrudan temin suretiyle yapılan alımlarla ilgili olarak taraflar arasında dűzenlenen sűzleřmelerde, fiyat farkı űdeneceđinin belirtilip bunun hesaplanma yűntemine yer verilmesi hâlinde fiyat farkının belirtilen yűnteme gűre hesaplanıp űdenmesi gerekmektedir.

Her ne kadar 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na gűre ihalesi yapılacak mal ve hizmet alımları ile yapım iřlerine iliřkin fiyat farkı hesabında uygulanacak esaslarda, bu Esasların 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na gűre yapılan ihalelerde uygulanacađı belirtilmekte ise de; taraflar arasında dűzenlenecek sűzleřmelerde belirtilmesi kaydıyla anılan Esasların dođrudan temin usulű ile yapılan alımlarda da uygulanabileceđi deđerlendirilmektedir. űnkű anılan hűkűmler idarelerin, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na gűre ihale edecekleri mal ve hizmet alımları ile yapım iřlerinde uygulayacakları fiyat farkı hesabına ait iřlemlerin hangi esaslara gűre yűrűtűleceđini belirtmektedir. Bu Esasların dođrudan temin usulű ile yapılan alımlarda uygulanmasını yasaklamamaktadır.

Sonuç olarak, dođrudan temin suretiyle yapılan iřlere iliřkin sűzleřmelerde fiyat farkının 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na gűre ihalesi yapılacak iřlere (ilgisine gűre mal, hizmet veya yapım iřlerine) iliřkin fiyat farkı hesabında uygulanacak esaslara gűre hesaplanacađının belirtilmesi hâlinde fiyat farkının bu Esaslara gűre hesaplanıp űdenmesi gerektiđi açıktır. İře iliřkin sűzleřme de de fiyat farkının űdeneceđi ve űdemeye iliřkin usul ve esaslar belirlenip űdeme de bu esaslara gűre yapıldıđından yapılan űdemede mevzuata aykırılık bulunmamaktadır.