

Doğrudan temin yöntemi ile temin edilen muhtelif hizmet alımlarında, fiyat farkı ödenmesi.

Kamu İdaresi Türü	Özel İdareler	
Yılı	2012	
Dairesi	1	
Dosya No	42784	
Tutanak No	44459	
Tutanak Tarihi	9.5.2018	
Kararın Konusu	İhale Mevzuatı ile İlgili Kararlar	İlgili Daire Kararı için tıklayın

Konu: Doğrudan temin yöntemi ile temin edilen muhtelif hizmet alımlarında, fiyat farkı ödenmesi.

54 sayılı ilamın 10 uncu maddesinde, doğrudan temin yöntemi ile temin edilen muhtelif hizmet alımlarında, fiyat farkı ödenmesi nedeniyle ... TL. ye tazmin hükmolünmüş, bu hüküm için yapılan temyiz başvurusu üzerine Temyiz Kurulu'nun 30.11.2016 tarih ve 42414 tutanak sayılı Kararının 8'inci maddesi ile;

...

kamu zararına yer verilmediği anlaşılmaktadır.

Buna göre, 6085 sayılı Sayıştay Kanununun 55 inci maddesinin 7 nci fıkrası uyarınca, yukarıda belirtilen hususların tekrar değerlendirilmesini teminen 54 sayılı İlamın 10'uncu

maddesiyle verilen ... TL'nin tazminine ilişkin hükmün Bozularak, dosyanın ilgili Daireye Gönderilmesine karar verilmiş;

Dairesince yeniden yapılan yargılama sonucu 501 sayılı Ek İlamın 2'nci maddesi ile;

"...

yürürlükte bulunan mevzuat hükümlerine aykırı olarak doğrudan temin yöntemi ile temin edilen muhtelif hizmet alımlarında fiyat farkı ödenmesi nedeniyle daha önce verilen ... TL tazmin hükmünün;

... TL'sinin; Harcama Yetkilisi ... ile Gerçekleştirme Görevlisi ...'nin,

... TL' sinin ise Harcama Yetkilisi ... ile Gerçekleştirme Görevlisi'ın uhdelerinde bırakılmasına karar verilmiştir.

İlamda Harcama Yetkilisi olarak sorumlu tutulan ... ile Gerçekleştirme Görevlisi olarak sorumlu tutulan ... aynı mahiyetteki dilekçelerinde;

Aralık 2011 tarihinde, 2011 yılının ikinci yarısı için tespit edilen asgari ücret miktarı esas alınarak tespit edilen bedele göre doğrudan temin yöntemi ile hizmet alımı yapıldığını, 2011 yılının ikinci yarısı ile 2012 yılının birinci yarısında ki asgari ücret farkının, fiyat farkı olarak hesaplanıp yükleniciye ödendiğini, fiyat farkı ödenmeyeceği hususunda sözleşmede hiçbir hükmün bulunmadığını, asgari ücret fiyat farkı ödenmesinin 4857 sayılı kanunun 32, 37, ve 41 inci maddelerine uygun olduğunu, ayrıca söz konusu fiyat farkının ödenmemesi halinde 4857 sayılı Kanun'un 102. maddesi gereği haklarında ceza tatbik edileceğini ileri sürerek tazmin kararının kaldırılmasını talep etmişlerdir.

Başsavcılık mütalaasında;

"...

4734 sayılı Kamu İhale Kanun'unun 22. maddesi gereği doğrudan temin usulü ile yapılan hizmet alımları için 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa göre düzenlenen sözleşmede fiyat farkı verilebilmesi için ihalenin 4734 sayılı Kanun'unun 18. maddesinde belirtilen ihale usullerinden birine göre yapılması gerekmektedir. Doğrudan temin bir ihale usulü olmayıp, bir alım yöntemidir. Fiyat farkı verilmez. Fiyat farkı verilmesi doğrudan temin yönteminin yapısına da terstir. Asgari ücret artışı meydana gelmiş ise 4857 sayılı İş Kanununun 102. maddesinde belirtilen yaptırımlar yüklenici ile kendi işçileri arasındaki bir yükümlülüktür. İdareyi bağlamaz.

Bu nedenlerle tazmin hükmünün tasdikine karar düşünülmektedir" denilmiştir.

Dosyada mevcut belgelerin okunup incelenmesinden sonra,

GEREĞİ GÖRÜŞÜLDÜ.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun "Kapsam" başlıklı 2'nci maddesinde;

"Bu Kanun, Kamu İhale Kanununa tabi kurum ve kuruluşlar tarafından söz konusu Kanun hükümlerine göre yapılan ihaleler sonucunda düzenlenen sözleşmeleri kapsar." denildikten sonra "Fiyat Farkı Verilebilmesi" başlıklı 8 inci maddesinin birinci fıkrasında;

"Sözleşme türlerine göre fiyat farkı verilebilmesine ilişkin esas ve usulleri tespiti Kamu İhale Kurumunun teklifi üzerine Bakanlar Kurulu yetkilidir." denilmektedir.

Anılan Kanundaki bu yetkiye istinaden Bakanlar Kurulunca hizmet alımlarına ilişkin 2002 yılında ve 2013 yılında iki defa Fiyat Farkı Kararnamesi yayımlanmıştır.

2002 yılında çıkarılan "4734 sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhalesi Yapılacak Olan Hizmet Alımlarına İlişkin Fiyat Farkı Hesabında Uygulanacak Esaslar"ın Kapsam başlıklı 2'nci

maddesinde;

“İdarelerin, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa göre götürü bedel veya birim fiyat teklif almak suretiyle ihale edecekleri hizmet alımlarında uygulanacak fiyat farkı hesabına ait işlemler, bu Esaslara göre yürütülür.” denilerek bu esasların ihale suretiyle yapılan işlerde uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

2013 yılında yayımlanan Kararnamede, kapsam maddelerinde ilave olarak, dökümanlarında açık düzenleme yapılması şartıyla, 4734 sayılı Kanunun 22. Maddesine göre doğrudan temin yöntemiyle yapılan işlerde de bu Kararnamelerin uygulanmasına izin verilmiştir.

Rapor dosyası ve eki belgelerin incelenmesinde, doğrudan temin usulü ile yapılan hizmet alımlarında, İhale Onay Belgelerinde fiyat farkı ödenmeyeceği belirtildiği halde, sözleşmelerin 37’nci maddesine “31.12.2002 tarih ve 24980/3. Mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren Bakanlar Kurulu Kararına ve yürürlükteki Esaslara göre fiyat farkı ödenecektir ” hükmüne yer verilerek asgari ücret fiyat farkı ödendiği anlaşılmaktadır.

Ancak, ilama konu alımların 2011 yılı aralık ayında yapıldığı ve söz konu doğrudan temin gerçekleşmeden önce 2012 yılı işçilik ücretlerinin belirlenmemiş olduğu anlaşılmaktadır. Alıma konu hizmetler ise 2012 yılında gerçekleşmiş olup, 4857 sayılı İş Kanununa göre çalışanlara asgari ücretin altında ödeme yapılması mümkün değildir. Ödenen fiyat farklarının da, sadece asgari ücrete konu farklar olduğu dikkate alındığında, haksız kazanca ve kamu zararına verilmediği anlaşılmaktadır.

Buna göre, 6085 sayılı Sayıştay Kanununun 55 inci maddesinin 7 nci fıkrası uyarınca, yukarıda belirtilen hususların tekrar değerlendirilmesini teminen 54-501 sayılı Ek İlamın 2’nci maddesi ile TL’ye verilen tazmin hükmünün 30.11.2016 tarih ve 42414 tutanak sayılı Temyiz Kurulu Kararında da

belirtildiği üzere tekrardan BOZULARAK dosyanın ilgili Daireye Gönderilmesine, Oyçokluğu ile (yeler ..., .. ile ...' in aşağıda yazılı azınlık görüşlerine karşı)

09.05.2018 tarihinde karar verildi.

Karşı oy gerekçesi

Üyeler ..., .. ile ...' in karşı oy gerekçesi:

“Mahalli İdareler Harcama Belgeleri Yönetmeliğinin “Tanımlar” başlıklı 3 üncü maddesinin (đ) bendinde; “Onay Belgesi: İhale usulüyle yapılacak alımlarda, kamu ihale mevzuatında standart form olarak belirlenen ihale onay belgelerini; doğrudan temin suretiyle veya kamu ihale mevzuatında belirtilen istisnai alımlarda ise alım konusu için nev'i, niteliği, varsa proje numarası, miktarı, gereken hallerde yaklaşık maliyeti, kullanılabilir deneği ve tertibi, alımda uygulanacak usulü, avans ve fiyat farkı verilecekse şartlarını gösteren ve harcama yetkilisinin imzasını taşıyan belgeyi ifade eder ” denilerek onay belgesinin tanımı yapılmıştır.

Anılan Yönetmelik hükmünde doğrudan temin usulü ile yapılan alımlarda fiyat farkının verilip verilmeyeceği ve verilecekse şartlarının onay belgesinde belirtileceği ifade edilmiştir. Nitekim söz konusu işe ilişkin onay belgesinde de fiyat farkının ödenmeyeceği hükme bağlanmıştır.

Alınan bu onaya istinaden yapılan piyasa araştırması sonucunda belirlenen yükleniciye, sonradan düzenlenen szleşe ile fiyat farkı ödenmesinin ngrlmesi hukukun eşitlik ilkesine de aykırıdır. Zira, fiyat araştırması yapılırken fiyat farkı ödeneceğinin belirtilmemesi durumunda, szleşe imzalanan yüklenici lehine bir durum yaratılmış olmaktadır. Kaldı ki işe ait sözleşmede fiyat farkı ödenmesine ilişkin bir düzenleme de bulunmamaktadır.

Öte yandan 4734 sayılı Kamu İhale Kanun'un 22. maddesi gereği doğrudan temin usulü ile yapılan hizmet alımları için 4735

Sayıllı Kamu İhale Sözlüşmeleri Kanununa göre düzenlenen sözlüşmede fiyat farkı verilebilmesi için ihalenin 4734 sayıllı Kanun'un 18. maddesinde belirtilen ihale usullerinden birine göre yapılması gerekmektedir. Doğrudan temin bir ihale usulü olmayıp, farklı bir alım yöntemidir; bunlar için fiyat farkı verilebilmesi için özel bir düzenleme bulunması gerekir. 31 Ağustos 2013 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan ve doğrudan temin alımları için fiyat farkı ödenmesine imkan tanıyan 2013/5215 sayıllı fiyat farkı kararnamesinin yürürlük tarihi, yayımlandığı tarihin 90. Günü olan 29.11.2013 olarak belirlenmiştir. Bu nedenle söz konusu Kararname, ilanı veya duyurusu bu tarihten sonra olan ihalelerde uygulanacağından geçmiş tarihlerde düzenlenen sözlüşmeler için uygulanması mümkün değildir. Dolayısıyla ilam konusu iş için bu Kararnamenin uygulanması mümkün değildir.

Her ne kadar yukarıda yer alan çoğunluk görüşünde; "ilama konu alımların 2011 yılı aralık ayında yapıldığı ve söz konu doğrudan temin gerçekleşmeden önce 2012 yılı işçilik ücretlerinin belirlenmemiş olduğu anlaşılmakta olup, alıma konu hizmetler ise 2012 yılında gerçekleşmiş olup, 4857 sayıllı iş Kanununa göre çalışanlara asgari ücretin altında ödeme yapılması mümkün değildir. Ödenen fiyat farklarının da, sadece asgari ücrete konu farklar olduğu dikkate alındığında, haksız kazanca ve kamu zararına verilmediği anlaşılmaktadır." gerekçesiyle kamu zararının oluşmadığına kara verilmiş ise de; 4857 sayıllı Yasa ile getirilen asgari ücretin altında ödeme yapılmaması yükümlülüğü, esas olarak hizmetin yüklenicisi olan işverene aittir. Asgari ücret artışı meydana gelmiş ise 4857 sayıllı İş Kanununun 102. maddesinde belirtilen yaptırımlar yüklenici ile kendi işçileri arasındaki bir yükümlülüktür; idareyi bağlamaz.

Dolayısıyla; işe ilişkin onay belgesinde fiyat farkının ödenmeyeceğinin hükme bağlandığı, fiyat araştırma belgesinde de asgari ücret için fiyat farkı ödeneceğine ilişkin bir ibarenin bulunmadığı ve 2002 yılında yayımlanan Fiyat Farkı

kararnamesinin geçerli olduğu 2012 yılında, ilama konu hizmet alımları, ihale usulü ile yapılmayıp doğrudan temin usulü ile yapıldığı için, anılan Esaslara dayanılarak fiyat farkı fiyat farkı ödenmesinin öngörölmesi mevzuata aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle, tazmin hükmünün TASDİKİNE karar verilmesi gerekir.”