

Fazla hakediş ödemelerinde kamu zararının tespiti ve ödettirilmesi

Karar Veren Mahkeme: Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin

Karar Tarihi: 10.5.2011

Karar Sayısı : E.2010/5088 K. 2011/2837

Olay Özeti Karar ve Sonuç :

Dava, P ... E ... A. .. Lisesi İnşaatı işine ait 19.01.2001 tarihli sözleşme ile aynı okulun ikmal inşaatı işine ait 17.12.2003 tarihli sözleşmeden kaynaklanmıştır. Davada, her iki işten dolayı davalı şirkete 2002 yılı fiyatlarıyla Dosya kapsamından; P ... E ... Lisesi İnşaatı işinin 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 35/a maddesi uyarınca kapalı teklif usulüyle ihaleye çıkarıldığı; İl Özel İdaresi adına ...Valiliği ile yüklenici M... İnş. Turz. Mob. ve İhr. Ltd. Şti. arasında Ankara Otuzbeşinci Noterliği'nin 19.01.2001 günlü 3066 sayılı sözleşmesinin imzalandığı; bu sözleşmeyle davalı şirketin 800.000,00 TL keşif bedelli yapım işini %10,12 tenzilatla üstlendiği; sözleşmede bitiş tarihinin 30.11.2001 olarak kararlaştırıldığı; ...Valiliği İl Daimi Encümeni'nin 31.07.2002 tarihli 637 esas ve karar sayılı kararı ile %30 oranında keşif artışı verilmesine ve %30 artışa tekabül eden işler tamamlandıktan sonra işin tasfiye edilmesine karar verildiği; Encümenin 11.09.2002 tarih 800 esas ve karar sayılı kararıyla ödenek diliminin 2001 yılı için 364.382,01 TL, 2002 yılı için 675.617,98 TL olarak revize edildiği, 63 gün süre uzatımı verilerek işin bitiş tarihinin 4.10.2002 olarak belirlendiği; Encümenin 20.11.2002 tarih 1130 esas ve karar sayılı kararı ile de ödenek yetersizliğinden 39 gün süre uzatımı verildiği ve işin bitiş tarihinin 22.11.2002 olarak belirlendiği; işin

verilen ek sürede bitirilerek 21. 11.2002 tarihinden itibaren tasfiye kabulünün yapıldığı ve tasfiye kabul tutanağının 28.11.2002 tarihinde onaylandığı; sözleşme konusu işlerle ilgili 9 adet ara hakediş ile 09.12.2002 tarihli ve 10 nolu bir adet kesin hakediş düzenlendiği, %30 keşif artışının dışında işler de yapılmış olduğundan bu işlerle ilgili ek sözleşme (sulhname) imzalandığı ve 09.12.2002 tarihli ve 10 nolu bir adet sulhname hakedişi düzenlendiği; davacı şirkete kesin hakedişle 5.157,65 TL (KDV dahil), sulhname hakedişiyle 53.487,41 TL (KDV dahil) ödeme yapılmasının kararlaştırıldığı; hakedişlerin itirazsız imzalanarak onaylandığı, kesin hesap fişinin de 27.12.2002 tarihinde onaylandığı ve bu şekilde kesin hesabın kapatıldığı, İkmal inşaatı işinin ise; 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 19'uncu maddesi uyarınca açık ihale usulüyle ihaleye çıkarıldığı; Bayındırlık ve İskan Müdürlüğü adına ...Valiliği ile yüklenici M ... İnş. Turz. Mob. ve İhr, Ltd. Şti. arasında Ankara Otuzbeşinci Noterliği'nin 17.12.2003 günlü 26488 sayılı sözleşmesinin imzalandığı; sözleşmeyle davalı şirketin ikmal inşaatını anahtar teslimi götürü bedel esasıyla 590.000,00 TL + KDV'ye üstlendiği; sözleşmede işin bitiş tarihinin 29.12.2003 olarak kararlaştırıldığı; ...ili Bayındırlık ve İskan Müdürlüğü Süre Uzatım Komisyonu'nun 09.01.2004 tarihli kararıyla 01.04.2004 tarihinden itibaren 4 gün süre uzatımı verilerek işin bitiş tarihinin 04.04.2004 olarak belirlendiği; verilen ek sürede işin tamamlanarak 04.04.2004 tarihinden itibaren tasfiye kabulünün yapıldığı ve geçici kabul tutanağının 14.04.2004 tarihinde onaylandığı; işle ilgili 2 adet ara hakediş düzenlendiği, kesin hakediş düzenlenmediği anlaşılmaktadır.

Dava dilekçesinde fazla ödeme iddiası Bayındırlık ve İskân Bakanlığı müfettişlerince düzenlenen 17.09.2004 tarihli ön inceleme raporuna dayandırılmıştır.

Müfettişe sunulan 17.05.2004 tarihli bilirkişi kurulu raporunda; P ... E... Lisesi inşaatı işinde 2003 yılı fiyatlarıyla

462.285,70 TL + KDV, 2004 yılı fiyatlarıyla 536.251,42 TL + KDV, ikmal inşaatı işinde de 2003 yılı fiyatlarıyla 71.899,50 TL + KDV, 2004 yılı fiyatlarıyla 83.403,42 TL + KDV fazla ödeme bulunduğu bildirilmiştir.

Müfettişlerce düzenlenen ön inceleme raporunda ise; değerlendirme geçici kabulün yapıldığı 2002 ve 2004 yılları birim fiyatlarıyla yapılmış, P ... E ... Lisesi inşaatı işinde 2002 yılı fiyatlarıyla 265.923,71 TL (KDV dahil), ikmal inşaatı işinde ise 2004 yılı fiyatlarıyla 70.547.04 TL (KDV dahil) fazla ödeme bulunduğu bildirilmiştir. Müfettişlerce 19.01.2001 tarihli sözleşmeye konu işte; yüklenici şirkete verilen süre uzatımlarının usulsüz olup akdi ve yasal dayanağının bulunmadığı, seviye tespit tutanaklarının yasalara uygun yapılmadığı, tartı tutanağına dayalı imalat miktarlarının gerçeği yansıtmadığı, okul bahçesi ve çevre tanzimine ilişkin imalatların projesine uygun yapılmadığı, yapılan işlerin hileli, eksik, hatalı ve kusurlu olduğu, sahte belgeler düzenlenerek yapılmayan işlerin yapılmış gibi gösterildiği, hakedişlerdeki metrajın abartılı olup gerçeği yansıtmadığı, birim fiyatı bulunan imalatlar için gereksiz yere yüksek bedelli yeni fiyat tutanakları tanzim edildiği, analizlerin yapılan imalata uymadığı ve piyasa fiyatlarına göre çok yüksek olduğu, ödemelerin hatalı pozdan yapıldığı, projesine uygun yapılmayan işlerin uygun yapılmış gibi gösterildiği belirtildikten sonra, hakedişlerde ödemelere esas alınan metrajlarla müfettişlikçe saptanan metrajlar karşılaştırılarak her bir pozdan ve imalat kaleminden ne miktar fazla ve eksik ödeme yapıldığı 49 kalem halinde sayılmış, fazla ödeme sebepleri de her bir hakediş bakımından tek tek açıklanmış ve sorumlular gösterilmiştir. Müfettişlerce 17.12.2003 tarihli sözleşmeye konu işte ise; inşaatın çevre tanzimi ve inşaat imalatlarından kazı, grebeton, demirsiz beton, betonarme betonu, blokaj, kalıp, kalıp iskelesi, demir döşenmesi, çeşitli demir işleri, harpušta, bordür, taraklı mozaik imalatlarının projesine uygun yapılmadığı belirtilerek fazla ödeme nedenleri her bir hakediş yönünden ayrı ayrı

açıklanmış ve sorumlular gösterilmiştir.

Dava dilekçesindeki ve müfettiş raporundaki iddialar dikkate alındığında taraflar arasındaki uyuşmazlık konularının; yapılan işlerin metrajına, ödemelerin doğru pozdan yapılıp yapılmadığına, sözleşme eki BİGŞ'nin 20. maddesine göre saptanan birim fiyatların yerinde olup olmadığına, işlerin proje, şartname ve mahal listesine uygun yapılıp yapılmadığına, eksik ve kusurlu olup olmadığına, fazla ödeme bulunup bulunmadığına ilişkin olduğu anlaşılmaktadır.

Dava dilekçesinde geri ödenmesi istenen alacağın hangi sözleşmeden kaynaklandığı açıklanmamıştır. Uyuşmazlık farklı imalatları ihtiva eden ve farklı tarihlerde geçici kabulü yapılan iki ayrı sözleşmeden ve sulh protokolünden kaynaklandığından iddia olunan 287.364,00 TL fazla ödemenin ne miktarınının 19.01.2001 tarihli sözleşmeden, ne miktarınının %130 dışı işlerle ilgili sulh protokolünden, ne miktarınının da 17.12.2003 tarihli sözleşmeden kaynaklandığınının davacıya açıklattırılması ve iddiaların her üç sözleşme konusu iş yönünden ayrı ayrı incelenmesi gerekir.

Davalı idare elemanları ile yüklenici şirket yetkilileri hakkında gerçek dışı hakediş raporları ve ödeme belgeleri düzenlemek, görevi ihmal ve kurumun zararına neden olmak, kamu kurumuna karşı dolandırıcılık suçlarından kamu davası açılmış, yapılan yargılama sonunda Ankara Üçüncü Ağır Ceza Mahkemesi'nin 18.03.2010 tarih 2005/139 E.-2010/66 K. sayılı ilamı delil yetersizliğinden sanıkların beraatine karar verilmiştir. Dosya kapsamından kararın kesinleşip kesinleşmediği tarafından düzenlenip ceza mahkemesine sunulan 08.06.2009 tarihli raporda; dava konusu P ... E ... Lisesi İnşaatı ve ikmal inşaatı ile ilgili olarak müfettiş raporundaki ve bu raporun dayanağı olan 17.05.2004 tarihli bilirkişi kurulu raporundaki iddialar tartışılmış, inşaatın projesine, şartnamesine ve mahal listesine uygun yapıldığı, hakedişlerle bedeli ödenen imalat poz ve metrajlarınının doğru olduğu, müfettişlerce metrajın eksik ve hatalı hesaplandığı, eksik ve

fazla ödeme bulunmadığı bildirilmiştir.

Eldeki davada alınan 30.03.2007 tarihli raporda; müfettiş raporu genel olarak benimsenmiş, metrajlardaki ölçü ve katsayı fazlalıkları düzeltilerek 2002 yılı fiyatlarıyla 140.128,98 TL (KDV dahil) fazla ödeme bulunduğu belirtilmiş, tarafların itirazı üzerine alınan 26.03.2008 tarihli ek raporda ise; yeniden düzeltmeler yapılarak fazla ödeme tutarı 155.902,21 TL'ye (KDV dahil) çıkarılmıştır.

Mahkemece ek rapor esas alınarak hüküm tesis edilmiş ise de, hükmün dayanağı olan rapor, ceza yargılamasında alınan raporla önemli derecede çelişkili olduğundan hüküm tesisi için yeterli bulunmamaktadır. BK'nın 53. maddesi uyarınca ceza yargılamasında verilen beraat kararları hukuk hakimini bağlamaz ise de, ceza mahkemesinin maddi olguların tespitine ilişkin kararları hukuk hakimini bağlamaktadır. Uyuşmazlık konuları hakkında sağlıklı bir sonuca varılması keşif yapılmasını da zorunlu kılmaktadır.

0 halde mahkemece ceza yargılaması sonucu verilen kararın kesinleşmesi beklenmeli; uzman ve deneyimli kişilerden oluşturulacak bilirkişi kurulu ile mahallinde keşif yapılarak ceza dosyasındaki deliller ve kesinleşen maddi olgular da değerlendirilmek suretiyle rapor alınmalı; her bir sözleşme konusu işte ödemelere esas alınan metrajlarla müfettişlikçe saptanan metrajlar karşılaştırılarak ihtilaflı olanlar mahallinde fiilen ölçüm yapılmak, fiilen ölçümü mümkün olmayanlar ise tasdikli projeler ile aksi kanıtlanamayan röleve, ataşman, tutanak vs. belgeler değerlendirilmek suretiyle belirlenmeli; birim fiyatlı sözleşmeler yönünden BİGŞ'nin 20. maddesi uyarınca oluşturulmuş yeni birim fiyatların sözü edilen maddedeki sıralama izlenerek usulüne uygun şekilde oluşturulup oluşturulmadığı denetlenmeli, usulsüz görülenler için yöntemine uygun şekilde yeniden birim fiyat tespiti yapılmalı; projesine aykırı ya da eksik-kusurlu imalat bulunup bulunmadığı, açık ayıplar yönünden talep hakkının düşüp düşmediği araştırılmalı; götürü bedelli ikmal

inşaatı anlaşılammamaktadır. Üç kişilik bilirkişi kurulu yönünden işin gerçekleşme seviyesi belirlenmeli; şayet varsa projesine aykırı ya da eksik-kusurlu işler nedeniyle ne miktar fazla ödeme yapılmış olduğu her sözleşme bakımından ayrı ayrı belirlenmeli; saptanan metraj, birim fiyat ve diğer verilere göre 19.01.2001 tarihli sözleşmeye konu %130 dahilindeki işlerin bedeli sözleşmesindeki fiyata, götürü bedelli ise fiziki orana, sulh protokolüne konu %130'u aşan işlerin bedeli imalatın gerçekleştirildiği tarihteki mahalli rayiçlerine göre belirlenerek, 17.12.2003 tarihli sözleşmeye konu ikmal inşaatının sözleşme fiyatlarıyla ayrı ayrı kesin hesabı çıkarılmalı; alınan rapor denetlenerek sonucuna göre karar verilmelidir.

...

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 86. maddesinde "İhale, muayene ve kabul komisyon veya heyetlerinin başkan ve üyeleri ile diğer ilgililer, görevlerini kanuni gereklere göre tarafsızlıkla yapmadıkları ve taraflardan birisinin zararına yol açacak ihmal ve kusurlu hareketlerde bulduklarının tespiti halinde haklarında disiplin cezası uygulanacağı gibi ... ceza kovuşturması da yapılır. Ayrıca tarafların bu yüzden uğradıkları zarar ve ziyan da kendilerine ödettirilir." 87. maddenin 3. bendinde ise "işin nezareti kendisine tevdi edilen mühendis, mimar ve memurlar hakkında da ayrıca bu Kanun'un 86. maddesi uygulanır."

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 28. maddesinde "Muayene ve kabul komisyonlarının başkan ve üyeleri, yapı denetim görevlileri ve ihtiyacın karşılanma sürecindeki her aşamada görev alan diğer ilgililerin, görevlerini kanuni gereklere uygun ve tarafsızlıkla yapmadıklarının, taraflardan birinin zararına yol açacak ihmalde veya kusurlu hareketlerde bulduklarının tespiti halinde, haklarında ilgili mevzuatları gereğince disiplin cezası uygulanır. Ayrıca, tarafların uğradıkları zarar ve ziyan genel hükümlere göre kendilerine tazmin ettirilir ... ", 31. maddesinde de "Yapı denetimini

yerine getiren idare görevlileri, denetim eksikliği nedeniyle işin fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapılmamasından ortaya çıkan zarar ziyandan ... yüklenici ile birlikte müteselsilen sorumludur ... ”

Emanet İşleri Yönetmeliği'nin 6. maddesinde de “Emanet komisyonu uhdesine tevdi edilen işin fenni ve hukuki esaslara uygun olarak yürütülmesinden ve işin proje ve şartnamelere uygun olarak yapılmasından sorumludur” hükümlerine yer verilmiştir.

Bayındırlık İşleri Kontrol Yönetmeliği'nde; kontrol örgütünün kontrol amiri, kontrol şefi, kontrol mühendisi, kontrol yardımcısı ve sürveyandan oluştuğu belirtilerek görev, yetki ve sorumlulukları açıklanmış, bu kişilerin imzaladıkları evrakların içeriğinden ve sonuçlarından sorumlu oldukları belirtilmiştir.

Yukarıda belirtilen yasa ve yönetmelik hükümlerine göre; fazla ödeme yapılmasına sebebiyet veren belgeleri imzalayanlar, ihmal ve kusurlarının bulunması halinde yapılan fazla ödemeden sorumlu olacaklardır. Sorumluluğun tespiti için; öncelikle imzalanan belgelerin fazla ödemeye sebebiyet veren belgelerden olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Kaynaklanma sebebine göre fazla ödemeye sebebiyet veren belgelerin neler olduğu değişebilecektir. Örneğin fazla ödeme birim fiyatlardan veya hatalı poz uygulamasından kaynaklanmışsa yeni birim fiyat tutanakları ve analizleri; metrajdan kaynaklanmışsa röleve, ataşman, yeşil defter, metraj listeleri, tartı tutanakları; işin eksik ve kusurlu yapılmasından kaynaklanmışsa geçici kabul tutanakları ve sair belgeler ara ve kesin hakedişler ile kesin hesap fişi yanında fazla ödemeye sebebiyet veren belgeler olabilecektir. İkinci olarak bu belgeleri imzalayanların hangi unvan ve sıfatla imzaladıklarının belirlenmesi, o unvan ve sıfattaki kişilerin yetki, görev ve sorumlulukların neler olduğunun da kuruluş kanunları, tüzük, yönetmelik ve yönerge hükümlerine göre açıklığa kavuşturulması, bundan sonra her bir görevli tarafından

yapılması gereken işlemlerle yapılan işlemlerin karşılaştırılarak fazla ödemenin yapılmasında ve idarenin zarara uğratılmasında ihmal ve kusurlarının bulunup bulunmadığının, ihmal ve kusurları varsa sorumlu oldukları miktarın tespiti gerekir. Mahkemece hakkında ret kararı verilenler yönünden yapılan inceleme eksiz ve yetersizdir. Açıklanan nedenlerle kararın bozulması uygun bulunmuştur.