

Geçici kabul sonrası eksikliklerin giderilmesinde gecikilen süre için eksik gecikme cezası kesilmesi.

Kamu İdaresi Türü	Özel İdareler	
Yılı	2013	
Dairesi	1	
Dosya No	41623	
Tutanak No	44474	
Tutanak Tarihi	9.5.2018	
Kararın Konusu	İhale Mevzuatı ile İlgili Kararlar	

Konu: Geçici kabul sonrası eksikliklerin giderilmesinde gecikilen süre için eksik gecikme cezası kesilmesi.

186 ilamın 9 uncu maddesinin (B) fıkrasıyla; Kasrı Hamamı Restorasyonu işinde geçici kabul sonrası eksikliklerin giderilmesinde gecikilen süre için eksik gecikme cezası kesilmesi sonucu oluşan ... TL kamu zararı için tazmin hükmü için Sayıştay Temyiz Kurulunca verilen 29.12.2015 tarih ve 41243 tutanak numaralı kararda;

“Giderilecek olan eksiklerin durumu (kalan işlerin bedeli)x günlük gecikme cezası 1/2 (0,0003) x gecikilen gün sayısı” şeklinde yapılan ceza kesintisi uygulamasının doğru olduğu anlaşılmaktadır.

...Bu itibarla, 6085 sayılı Sayıştay Kanunu'nun 55'inci

maddesinin yedinci fıkrası uyarınca, yukarıda belirtilen hususların tekrar değerlendirilmesini teminen 186 sayılı İlamın 9(B) maddesi ile ... TL'ye verilen tazmin hükmünün Bozularak Dairesine Tevdiine" denilmesi üzerine Dairesince yeniden yapılan yargılamada 299 sayılı Ek İlamın 2'nci maddesi ile;

Uygulanacak ceza miktarı tespit edilirken eksik kalan işlerin bedelinin değil, toplam sözleşme bedelinin esas alınması gerektiği belirtilerek, ... Kasrı Restorasyonu İşinde geçici kabul sonrası eksikliklerin giderilmesinde gecikilen süre için eksik gecikme cezası kesilmesi nedeniyle (Asıl İlamda belirtilen gerekçelerle) TL kamu zararı için tekrar tazmin hükmü verilmiştir.

299 sayılı Ek İlamın 2' nci maddesi ile verilen tazmin hükmüne karşı sorumluların temyiz müracaatı üzerine Kurulumuzun 14.06.2017 tarihli, 43206 tutanak sayılı Kararı ile de; TL'nin tazminine dair hükmün TASDİKİNE karar verilmiştir.

Bu defa, İlamda Diğer Sorumlu sıfatıyla sorumlu tutulan ..., ... ile ... karar düzeltilmesi talebi ile vermiş oldukları ortak ortak nitelikteki dilekçelerinde özetle;

Temyiz Kurulunun 14.06.2017 tarihli ve 43206 sayılı kararında, 29.12.2015 tarihli ve 41262 sayılı kurul kararının aksine hüküm verildiğini, temyiz başvurusunda yapmış olduğu savunmalarında itiraz etmiş olduğu (idari şartnamedeki diğer hususlar maddesiyle ilgili) hususların karşılanmadığını, 13.10.2016 tarihli Temyiz dilekçesinde sunulan, ancak karşılanmayan itirazlarının değerlendirilerek, 1. Daire tarafından adına hükmedilmiş olan ..÷.TL kamu zararı ilamına ilişkin verilen 14.06.2017 tarihli ve 43203 sayılı Temyiz Kurulu İlamının düzeltilerek, kamu zararı hükmünün kaldırılması gerektiğini,

14.06.2017 tarihli ve 43206 sayılı Temyiz Kurulu İlamında; "... Kasrı Hamamı Restorasyonu İşinin İdari Şartnamesinin "Diğer

Hususlar " başlıklı kısmında, bu ihalede ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç 4734 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağı belirtilerek ceza hükümleri için 4734 sayılı Kanunun uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. " denilmekte ve buradan hareketle 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile Yapım İşleri Genel Şartnamesi ilişkilendirilerek, Kasrı Hamamı Restorasyonu İşinin ihale dokümanı içerisinde dahi yer almayan Yapım İşleri Genel Şartnamesinin Geçici kabul başlıklı 41 inci maddesinin beşinci fıkrasının (b) bendi hükmünün uygulanması gerektiği kanaatine varıldığını,

Oysa ki, 13.10.2016 tarihli temyiz başvuru dilekçesinde belirttiği üzere, Kasrı Hamamı Restorasyonu İşinin İdari Şartnamesinin "Diğer Hususlar" başlıklı kısmında, bu ihalede ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç 4734 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağını belirtilerek ceza hükümleri için 4734 sayılı Kanunun uygulanacağını hüküm altına alındığını,

Ancak burada 4734 sayılı Kanunun uygulanacak olan hükümleri 17. maddesindeki belirtilen haller için 59. maddesindeki ceza hükümleri olduğunu, İdari şartnamenin "Diğer Hususlar " başlıklı kısmının, işin ihale süreci ile ilgili olduğunu, İhale süreci biten sözleşmeye bağlanmış bir işin sözleşmesinin uygulaması sırasında yükleniciye uygulanacak para cezasının hesaplanmasıyla ilgili bir madde olmadığını,

Uygulanması gereken hükümlerin ihale dokümanları İçerisinde dahi yer almayan Yapım İşleri Şartnamesi hükümleri değil, ihale dokümanları arasında ilk sırada yer alan Uygulama İşleri Genel Şartnamesi hükümleri olduğunu, aksi bir uygulamanın 4734 ve 4735 sayılı Kanun hükümlerine aykırılık teşkil ettiğini,

04.01.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa 14.07.2004 tarihli ve 5226 sayılı kanunla eklenen "istisnalar" başlıklı 3 üncü maddesinin (i) bendi ile geçici 4 üncü maddesine dayanılarak Kültür Ve Turizm Bakanlığı tarafından çıkarılan İhale Yönetmeliği kapsamında ihale edilen Kasrı

Hamamı Restorasyonu işinin, yine aynı İhale Yönetmeliğın 41 inci maddesine dayanılarak hazırlanmış olan Uygulama İşleri Şartnamesinin 41 inci maddesinde;

“Kabul komisyonunun tespit ettiği eksiklikler, belirlenen sürede yüklenici tarafından giderilmezse bu sürenin bitiminden sonra eksikliklerin giderilmesine kadar geçecek her gün için, giderilecek eksikliklerin durumuna göre sözleşmesinde günlük gecikme cezası olarak yazılan miktarın 1/2 oranında günlük ceza uygulanır ve geçici kabul tarihi kusur ve eksikliklerin giderilmesi tarihine ertelenir” hükmünde belirtilen şekilde işlem yapıldığını,

Uygulama İşleri Genel Şartnamesi 41 inci maddesi hükümlerinin; 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 3 üncü maddesi, (i) bendi doğrultusunda istisnalar kapsamında olduğunu,

Geçici kabulde eksik olduğu tespit edilen iş kalemlerine kesilen cezanın, Giderilecek olan eksiklerin durumu (eksik olan her bir iş kalemi toplam bedeli) üzerinden hesap edilip, kısmi ceza uygulanmadığını,

Geçici kabul sonrası uygulanan cezanın kısmi bir ceza olmadığını, yapılan hesaplamanın doğru olduğunu Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 16.12.2004 tarihli ve E: 2004/2559 K:2004/6436 sayılı kararında yer alan “Cezai şartın BİĞŞ gereğince noksan kalan işler miktarınca sözleşmedeki oranda uygulanması (geçici kabulün yapılmış olması nedeniyle) zorunludur. ” ifadesinin de doğruladığını,

Yükleniciye gönderilen yazılarda ve durum tespit tutanaklarında şartnamenin adına sehven uygulama yerine yapım işleri genel şartnamesi yazılmışsa da, yazışmalardan ve tutanaklardan da anlaşılacağı üzere içerikte uygulama işleri genel şartnamesi hükümlerine yer verildiğini,

Ayrıca Durum Tespit Tutanakları ve idari yazışmalar içerisinde geçen hatalı ifadeler ilama dayanak olacak kanunsal bir hüküm olmamakla beraber, İlamda mevzuat hükmü yerine Durum Tespit

Tutanaklarında ve yazışmalarda şartnamenin adının hatalı yazılmış olmasının dayanak kabul edilmesinin genel hukuka aykırılık teşkil ettiğini,

Kültür Ve Turizm Bakanlığı tarafından çıkarılan İhale Yönetmeliği kapsamında ihale edilen bir işte; ihale edildiği yönetmeliğin ilgili hükmü doğrultusunda çıkartılan ve aynı zamanda ihale konusu olan işin sözleşme eki ve öncelikli ihale dokümanı olan Uygulama İşleri Genel Şartnamesi hükümlerine uyulması, bu hükümler doğrultusunda gecikme cezasının hesap edilmesi ve uygulanmasının mevzuatın gereği olduğunu ve kati suretle bir kamu zararı oluşturmadığını ifade ederek, tazmin hükmünün kaldırılmasını talep etmişlerdir.

Başsavcılık mütalaasında;

“ ...

Söz konusu işin idari şartnamesinin “Diğer Hususlar “ başlıklı kısmında;

“Bu ihalede 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu hükümlerinin uygulanmayıp 04.01.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa 14.07.2004 tarihli ve 5226 sayılı kanunla eklenen 3. Maddesinin (i) bendi ile geçici 4. Maddesine dayanılarak hazırlanan 10.08.2009 tarih ve 27315 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan “ Kültür ve Turizm Bakanlığının Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu Kapsamındaki Kültür Varlıklarının Röleve, Restorasyon, Restitüsyon Projeleri, Sokak Sağlıklaştırma Çevre Düzenleme Projeleri ve Bunların Uygulanmaları ile Değerlendirme, Muhafaza, Nakil İşleri ve Kazı Çalışmalarına İlişkin Olarak Mal ve Hizmet Alımlarına Dair Yönetmelik” hükümleri uygulanacaktır. ” denilerek ceza hükümleri için 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

Yapım İşleri Genel Şartnamesinin “Geçici kabul” başlıklı 41 inci maddesinin 5 inci fıkrasının “b” bendinde;

“b) Kabul komisyonunun tespit ettiği eksiklikler, belirlenen sürede yüklenici tarafından giderilmezse bu sürenin bitiminden sonra eksikliklerin giderilmesine kadar geçecek her gün için, giderilecek eksikliklerin durumuna göre sözleşmesinde günlük gecikme cezası olarak yazılan miktarın belli bir oranında, günlük ceza uygulanır ve geçici kabul tarihi kusur ve eksikliklerin giderilmesi tarihine ertelenir. Ancak bu gecikme otuz günü geçtiği takdirde idare, yüklenici hesabına eksiklerin giderilmesini kendisi yaptırabilir. Bu takdirde de eksikler tamamlanıncaya kadar ceza uygulaması devam eder ve kabul tarihi ertelenir” denilmektedir.

Söz konusu iş için düzenlenen Yapım İşleri Geçici Kabul Tutanağında; işin süre uzatımı dahil bitirilmesi gereken tarih 14.07.2011; geçici kabul itibar tarihi 19.07.2011 olarak belirtilmiştir. Tutanakta geçici kabule engel teşkil etmeyen eksiklikler belirtilmiş ve bu eksikliklerin giderilmesi için 45 gün süre verilmiştir. 18.06.2012 tarihli Durum Tespit Tutanağında, Yapım İşleri Geçici Kabul Tutanağının yükleniciye 20.10.2012 tarihinde tebliğ edildiği; 45 günlük sürenin 04.12.2012 tarihinde dolduğu; kusur ve eksikliklerin giderilmesine kadar geçecek her gün için sözleşmesinde günlük gecikme cezası olarak yazılan miktarın 1/2 oranında günlük ceza uygulanacağıının yükleniciye 03.01.2012/56 ve 21.02.2012/175 sayılı yazılar ile tebliğ edildiği belirtilmiştir.

Ayrıca kusur ve eksikliklerin giderilmediği anlaşıldığından yükleniciye Vali adına Genel Sekreter Ahmet ÇETİN imzalı ihbarname çekilmiş ve bu İhbarnamede de aynı hesaplama gösterilmiştir

Dolayısıyla İdare, Yapım İşleri Genel Şartnamesinin yukarıya da alınan hükmü doğrultusunda yetkisinde bulunan günlük gecikme cezası oranı tespitini 1/2 olarak belirlemiş ve bu hususu yükleniciye tebliğ etmiştir.

Bu nedenle geçici kabule engel teşkil etmeyen eksikliklerin

tamamlanmasına kadar geçen süre için gecikme cezasının, eksikliklerin giderilmesine kadar geçecek her gün için sözleşmede günlük gecikme cezası olarak yazılan miktarın 1/2 si oranında hesaplanması ve uygulanacak ceza miktarı tespit edilirken eksik kalan işlerin bedeli değil, toplam sözleşme bedelinin esas alınması gerekmektedir.

Ayrıca dilekçe de iddia edilen hususlar, gerek Dairesince yapılan yargılama sırasında, gerekse Temyiz Kurulunda yapılan yargılama sırasında değerlendirilmiştir.

Bu nedenlerle, adı geçen karar düzeltme talebinin reddedilmesine karar verilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir" denilmiştir.

Dosyada mevcut belgelerin okunup incelenmesinden sonra,

GEREĞİ GÖRÜŞÜLDÜ.

Sorumlular tarafından mezkur işe ait Sözleşmenin "Sözleşme Ekleri" başlıklı 8 inci maddesine göre gecikme cezası hesaplamasında sözleşme hükümleri ile İhale dokümanını oluşturan belgeler arasındaki öncelik sıralamasında ilk sırada yer alan Uygulama İşleri Genel Şartnamesinin esas alınması gerektiği,

Bahse konu gecikme bedeli hesabının tüm sözleşme bedeli üzerinden hesap edilmesi hususunun ancak işin tümünün süresinde tamamlanmaması halinde uygulandığı, dolayısıyla geçici kabul sırasında saptanan eksiklikler ve kusurlar işin süresinde bitirilmemesi anlamına gelmediğinden bu eksikliklerin verilen sürede giderilmemesi durumunda sözleşmede öngörülen gecikme cezasının belli bir oranı kadar ceza uygulanmasının esas olduğu, Uygulama İşleri Genel Şartnamesinin 41 inci maddesinde de bu cezanın giderilecek eksikliklerin durumuna göre sözleşmesinde günlük gecikme cezası olarak yazılan miktarın 1/2 oranında kesilmesi gerektiğinin açıkça ifade edildiği belirtilmekte ise de;

Kültür Ve Turizm Bakanlığı tarafından çıkarılan İhale Yönetmeliğinin 41. maddesine dayanılarak hazırlanmış olan Uygulama İşleri Genel Şartnamesinin 41 inci maddesinde;

“Kabul komisyonunun tespit ettiği eksiklikler, belirlenen sürede yüklenici tarafından giderilmezse bu sürenin bitiminden sonra eksikliklerin giderilmesine kadar geçecek her gün için, giderilecek eksikliklerin durumuna göre sözleşmesinde günlük gecikme cezası olarak yazılan miktarın 1/2 oranında günlük ceza uygulanır ve geçici kabul tarihi kusur ve eksikliklerin giderilmesi tarihine ertelenir.” hükmüne yer verilmiştir.

Bu kapsamda, kusur ve eksikliklerin giderilmesine kadar geçecek her gün için sözleşmesinde günlük gecikme cezası olarak yazılan “miktarın” 1/2 oranında günlük ceza uygulanacağına kuşku bulunmamaktadır. Sözleşmede yazılı günlük gecikme cezası da toplam sözleşme bedeli üzerinden hesaplanacağına göre, geçici kabul sırasında saptanan eksiklikler ve kusurların süresinde tamamlanamaması nedeniyle kesilecek cezanın matrahı da, toplam sözleşme bedeli olacaktır.

Nitekim sözleşmesinde günlük gecikme cezası olarak yazılan “miktarın” 1/2 oranında günlük ceza uygulanacağı, yükleniciye 03.01.2012/56 ve 21.02.2012/1735 sayılı yazılar ile tebliğ edilmiştir. Ayrıca kusur ve eksikliklerin giderilmediği anlaşıldığından yükleniciye M.22.0.İÖİ.0.13.00.00-754-5425 sayılı Vali adına imzalı ihbarname çekilmiş ve bu ihbarnamede de ceza için aynı hesaplama gösterilmiştir. Yine 18.06.2012 tarihli Durum Tespit Tutanağında da aynı ceza hesaplama yöntemi belirtilmiştir.

Bu nedenlerle, 14.06.2017 tarih ve 43206 tutanak sayılı Temyiz Kurulu İlamının DÜZELTİLMESİNE MAHAL OLMADIĞINA, Oyçokluğu ile (Üyeler ile’ ın aşağıda yazılı azınlık görüşlerine karşı)

09.05.2018 tarihinde karar verildi.

Karşı oy gerekçesi

Üyeler ... ile'ın karşı oy gerekçesi:

"... .. Kasrı Hamamı Restorasyonu İşi için, 19/07/2011 tarihinde işin tamamlanmış olması gerekçesiyle sunulan geçici kabul teklifine istinaden düzenlenen Geçici Kabul Tutanağında; yapıların işin sözleşme ve eklerine uygun olduğu ve geçici kabule engel olabilecek eksik, kusur ve arızaların bulunmadığı, ancak 9 madde halinde sıralanan eksik ve kusurların tebliğ tarihinden itibaren 45 gün süre içinde tamamlanması şartıyla geçici kabulünün uygun olduğuna karar verildiği, ancak burada verilen sürenin yapımın kullanıma engel olmayan geçici kabul esnasında kabul komisyonunca tespit edilen işlerin, yapım ve teknik nitelikleri göz önünde bulundurularak tamamlanması için gerekli olan süre olarak verildiği görülmektedir.

Geçici kabul sırasında saptanan eksiklikler ve kusurlar, işin süresinde bitirilmemesi anlamına gelmediğinden ve Uygulama İşleri Genel Şartnamesinin 41 inci maddesinde de bu cezanın giderilecek eksikliklerin durumuna göre sözleşmesinde günlük gecikme cezası olarak yazılan miktarın 1/2 oranında kesilmesi gerektiği açıkça ifade edildiğinden "Giderilecek olan eksiklerin durumu (kalan işlerin bedeli)x günlük gecikme cezası 1/2 (0,0003) x gecikilen gün sayısı" şeklinde yapılan ceza kesintisi uygulamasının doğru olduğu anlaşılmaktadır.

Bu itibarla, Temyiz Kurulu kararının düzeltilerek, 1. Daire tarafından 299 sayılı Ek İlam ile 14.471,46 TL'ye ilişkin verilen tazmin hükmünün, 29.12.2015 tarih ve 41243 tutanak sayılı Temyiz Kurulu Kararında belirtildiği üzere 6085 sayılı Sayıştay Kanunu'nun 55'inci maddesinin 7'nci fıkrası uyarınca, yukarıda belirtilen hususların değerlendirilmesini teminen tekrardan BOZULARAK DAİRESİNE TEVDİİNE karar verilmesi gerekir."

Karar verildiği 09.05.2018 ve 44474 sayılı tutanakta yazılı

olmakla işbu ilam tanzim kılındı.