

Hizmet Alımı İhalesi ile ilgili olarak bir kısım personel için (yedi adet) Sözleşme eki Teknik Şartnamede belirlenen nitelikleri taşımadığı halde ödeme yapılması sonucu * TL kamu zararına sebebiyet verilmesi ile ilgili

Kamu İdaresi Türü
kararı

Belediyeler ve Bağlı İdareler

Yılı 2016

Dairesi 5

Karar No 285

İlam No 101

Tutanak Tarihi 21.12.2017

Kararın Konusu İhale Mevzuatı ile İlgili Kararlar

Sözleşmede yazılı nitelikleri taşımayan personel

..... Hizmet Alımı İŒi ile ilgili olarak; bir kısım personel için (yedi adet) Sözleşme eki Teknik Şartnamede belirlenen nitelikleri taşımadığı halde ödeme yapılması sonucuTL kamu zararına sebebiyet verilmesi ile ilgili olarak yapılan incelemede,

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 20 nci maddesinde; "Yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi" sözleşmeyi fesih nedeni olarak kabul edilmiş, aynı Kanunun 25inci maddesinde; "Mücbir sebepler dışında, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmemek." yasak fiil ve davranışlar arasında sayılmıştır.

Hizmet İşleri Genel Şartnamesinin 11 inci maddesinin birinci fıkrasında; "İdare ve kontrol teşkilatı, yükleniciden çalıştırılmasında veya işyerinde bulunmasında engel durumu olduğunu tespit ettiği, uygunsuz davrandığı veya görevlerini yerine getirmekte yetersiz olduğu kanısında olduğu veya işyerinde çalıştırılmasında sakınca gördüğü her kademe ve nitelikteki elemanların (teknik ve idareci personel, hizmetli, işçi ve diğerleri) ve alt yüklenicilerin iş başından veya işyerinden uzaklaştırılmasını talep etme hakkına sahiptir. Yüklenici, bu talebi idare veya kontrol teşkilatı tarafından yapılacak tebligat üzerine ve verilen süre içinde yerine getirmek zorundadır. Yüklenicinin bu yükümlülüğü verilen süre içinde yerine getirmemesi halinde, söz konusu kişiler idare veya kontrol teşkilatı tarafından uzaklaştırılır veya uzaklaştırılmaları sağlanır. Uzaklaştırılmaları istenilenler, idarenin veya kontrol teşkilatının izni ve onayı alınmaksızın bir daha işlerde görev alamaz. Yüklenici, uzaklaştırılan kişilerin yerine en kısa zamanda uygun nitelikli başkalarını getirmek zorundadır." denilmektedir.

İşe ait Sözleşmenin 18inci maddesinde; “İşin, sözleşme ve eklerine uygun olarak yürütölüp yürütölmediği idare tarafından görevlendirilen Kontrol Teşkilatı aracılığıyla denetlenir. Kontrol Teşkilatı Genel Şartnamenin Dördüncü bölümünde belirtilen yetkileri kullanır ve görevleri yerine getirir.”

Sözleşmenin “İşin yürütölmesine ilişkin kayıt ve tutanaklar” başlıklı 19.1. maddesinde ise; “İşin yürütölmesine ilişkin tutulacak tüm kayıt ve tutanaklar idarenin kontrol teşkilatı ve yüklenici tarafından müştereken tutulacaktır.” hükmü yer almaktadır.

Hizmet İşleri Genel Şartnamesinin “Kontrol teşkilatı ve yetkileri” başlıklı 26ncı maddesinin ilk iki fıkrasında; “Sözleşmeye bağlanan her türlü iş, idare tarafından görevlendirilen kontrol teşkilatının denetimi altında, yüklenici tarafından yönetilir ve gerçekleştirilir. Yüklenici, bütün işleri kontrol teşkilatının sözleşme ve eklerindeki hükümlere aykırı olmamak şartı ile vereceği talimata göre yapmak zorundadır.

Kontrol teşkilatının yetkileri sözleşmede belirtilir. Sözleşmede aksine bir hüküm yoksa kontrol teşkilatı; işlerin yürütölmesiyle ilgili olarak her türlü denetim, malzeme, işlerin ve sözleşmesinde onaya sunulması gerektiği belirtilen yüklenici personelinin onay veya reddi, ödeme miktarlarının tespiti, işlerin düzeltilmesi ve sözleşmenin gereklerinin yerine getirilmesi konusunda talimat vermeye ve uygulamaya yetkili olup, fesih, tasfiye, süre uzatımı, iş artışı, iş eksilişi, kabul, yüklenici nam ve hesabına iş yaptırma ve alt yüklenicileri onaylama hususlarında ise idareye görüş

bildirir.” hükmü amirdir.

Hizmet İşleri Genel Şartnamesinin “İlgili kayıtlar” başlıklı 34üncü maddesinde ise; “İşyerinde, işin sözleşme ve eklerine ve iş programına uygun olarak yapılmasını temin ve bunun kontrolü için idarenin sözleşmesinde belirlediği kayıtlar, yüklenici ile birlikte kontrol teşkilatı tarafından tutulur. Yüklenici bu kayıtları ve ilgili belgeleri imzalamak zorundadır. Bunlardan imzalı birer kopya yükleniciye verilir.” düzenlemesi yer almaktadır.

Anılan İşe ait Sözleşme eki Teknik Şartnamenin 5 inci maddesinde yerine getirilecek hizmetin ve bu hizmeti sunacak kişilerin nitelikleri ve çalışma yöntemleri;

“MADDE. 5

YÜRÜTÜLECEK ÇALIŞMALAR:

Sosyolog: 5 kişi,.....Merkezine başvuran çeşitli sorunlar yaşayan kadınlara sosyal danışmanlık yapmak. Ayrıca yaşam merkezimize bağlı çalışacak olan kadın konuk evi, ilk adım istasyonları ve geçiş istasyonlarında İnsanların birbirleriyle ilişkileri, bu ilişkileri belirleyen ilke ve kurallar ile toplumsal sorunlar ve çözüm yolları konularında araştırmalar yapan, araştırma sonucunda edinilen bulgular doğrultusunda insanlara yardımcı olacak.

Psikolog: 2 kişi;Merkezi ve bağlı kuruluşu olan kadın

konuk evi ayrıca gerçekleştirilecek olan ilk adım ve geçiş istasyonlarında verilecek hizmetler doğrultusunda ; ilgilendiği bireylere test, envanter gibi psikolojik ölçme araçları uygular, bireylerle görüşme yapar, sorunları anlamaya ve çözüm bulunmasına yardımcı olmaya çalışır.

Kütüphaneci: 1 Kişi Kütüphaneci: kütüphane dizaynı, uygun kullanım ortamının oluşmasını sağlayacaktır. Kitap takibi ve salonunun çalışmasını takip edecektir.

Bilgisayar eğitmeni:1.kişiYaşam merkezimizde açacağımız bilgisayar atölyesinde kadın kursiyerlere bilgisayar okuma yazma ve çeşitli programların kullanımını eğitimlerini verimli bir şekilde yürütülmesini sağlayacak.

Peyzaj teknikeri: 1 kişi(çim alanlarının oluşturulmasını sağlar, – Çevreye uygun süs bitkilerini seçer, bunların mevsime göre ekimi, gübrelenmesi, budanması, sulanması gibi işlerin planlanması ve yürütülmesinde çalışacak.

Beden eğitimi eğitmeni: 2 kişi Kadınların fizyolojik ve psikolojik kapasitesini sporda en yüksek verim elde edebilmek üzere yönlendirecek ve kapasitelerini geliştirecek teknikleri uygulayacak

Çocuk Gelişimcisi:2 kişi üniversite mezunu olacaktır. Çocukların sosyal ve duygusal gelişim alanlarını destekleyici programlar geliştirecekbu çocukların gelişim takibi ve değerlendirmesini yapan, gerektiğinde ebeveynlere danışmanlık yapacak, toplum tarafından kabul gören normlar doğrultusunda

çocuklardaki bedensel, zihinsel, duygusal, sosyal gelişimlerini inceleyerek, buralarda meydana gelen sapmaların düzeltilmesinde yardımcı olacak.

Büro Elemanı: 4 adet En az Lise mezunu olacak; sekreterlik, danışma, kütüphane işleri vb. görevlerde yardımcı eleman olarak görev alacaklardır.

Aşçı: 2 kişi.....Merkezi yemekhanesinde idarece kendilerine verilen programa göre yemek yapacaklardır.

Temizlik Elemanı: 10 Adet temizlik elemanıMerkezinin temizlik işlerini yapacaktır.

Arşiv görevlisi: 1 kişi;Merkezinin, faaliyetleri sonucunda meydana gelen, idari, hukuksal, tanıklık, kurumsal değeri olan ya da tekrar kullanılmak üzere üretilen her türlü görsel, yazılı ve data bilgilerini muhafaza edecek bir arşiv oluşturacak

Çocuk bakıcısı: 1 kişi; Kreşteki çocukların temizliği ve bakımı ile ilgilenecektir.

Fotoğrafçı:1 kişi fotoğraf kursu eğitmenliği yapacaktır.

Sosyal hizmet uzmanı: 1 kişi;Yaşam merkezimize bağlı kadın konuk evinde koruma altına alınan kişi yada kişilere etkin bir

şekilde yararlanması amacı ile ekonomik, sosyal, eğitsel ve destekleyici hizmetler veren, kişinin ailesi ve yakın çevresi ile ilişkilerini düzenleyen, konuk evindeki kişilerin beklentilerine uygun hizmet planlanması faaliyetlerini yürüten nitelikli kişidir.

Seramik: 1 kişi.....Merkezinde bulunan seramik atölyesinde açılacak kurslarda ilgili eğitimleri vermek çalışma yapmak.

Hemşire: 1 kişi tıbbi sekreter1.Kadın Yaşam Merkezine bağlı kadın konuk evinde bulunan, çocuk ve yetişkin kişilerin sağlık sorunları ile ilgilenmek, Kadın ve çocuklara yönelik sağlık konulu eğitim toplantıları düzenlemek.

İktisatçı, Muhasebeci, Bayan Terzi, Halk Oyunları Eğitmeni, El Sanatları Eğitmenleri, Dikiş nakış eğitmeni, Halı-Kilim Eğitmenleri: Merkezinde bulunan çalışanlara Çocuk ve yetişkin kadın kursiyerlere kendi branşlarında ve kültürel konularda eğitim vermek.

Teknisyen:1 kişi.....Merkezinde her türlü tamir, bakım, onarım, elektrik, su, doğalgaz işlerinde çalışma yapacak."

Şeklinde sıralanmıştır.

Anılan mevzuat hükümleri birlikte değerlendirildiğinde; hizmetin ihale dokümanı ve eki sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesi ve ihale kapsamında çalıştırılan kişilerin gerekli şartları taşıması konusunda yüklenici,

kontrol teşkilatı ve idare birlikte sorumlu tutulmuştur. Ancak, Yükleniciye yapılan hakediş ödemelerinin incelenmesinden; yukarda belirtilen şartları taşımayan kişilerin hizmet işi kapsamında çalıştırıldığı, 08.04.2016 tarih 5156 numaralı ödeme emri belgesi ekinde yer alan hakediş raporlarının kontrol teşkilatı görevlileri tarafından imzalandığı, diğer hakediş ödemelerinin ise kontrol teşkilatı tarafından herhangi bir kabul ve inceleme yapılmadan idare görevlileri tarafından imzalanıp onaylandığı ve ödemenin yapıldığı anlaşılmaktadır.

Savunmada özetle;Hizmet Alım İşinin Teknik Şartnamesinin “Çalıştırılacak personel sayısı” başlıklı 4üncü maddesinin 5 inci bendinde; “Yüklenici çalıştıracığı personellerin kimlik bilgileri ve öğrenim durumlarına ait belgeleri idareye sunacaktır”, “Genel hükümler” başlıklı 10uncu maddesinde; “Bu şartnamede yazılı işlemlerin denetleme komisyon ve komisyonlarınca yapılan tespitlere dayalı olarak hiç yapılmaması, eksik yapılması veya gereği gibi yapılmaması halinde bu Şartnamenin 11inci maddesine göre kesilen cezaları itirazsız aynen kabul eder...” şeklinde düzenlemelerin bulunduğu, söz konusu 7 personele ilişkin tespitin yükleniciyle yapılan Sözleşme ve Teknik Şartname gereğince cezai şarta tabi olduğu, Konunun Sayıştay ... Dairesinin ...tarih ve Karar no: ... İlam no: kararıyla aynı içeriğe sahip olduğu, bu kararın emsal alınması gerektiği; böylece Teknik Şartnamede belirtilen şartları taşımayanların iş akdinin feshedilme imkanının kalmadığı, dolayısıyla yükleniciye Şartname gereği cezai yaptırımların uygulanması gerektiğini bildirmişlerdir.

Ancak, 5393 sayılı Belediye Kanununun “Belediyenin görev ve sorumlulukları” başlıklı 14üncü maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde; “Büyükşehir belediyeleri ile nüfusu 100.000’in

üzerindeki belediyeler, kadınlar ve çocuklar için konukevleri açmak zorundadır. Diğer belediyeler de mali durumları ve hizmet önceliklerini değerlendirerek kadınlar ve çocuklar için konukevleri açabilirler.” düzenlemesine yer verilmiştir. Bu hükümden anlaşılacağı üzere, Büyükşehir belediyelerinin kadınlar ve çocuklar için konukevleri açması zorunlu tutulmuştur. Bu çerçevede büyükşehir belediyelerinin zorunlu tutulan bu hizmeti mevzuatla belirlenen hususlara uygun olarak yerine getirmek zorundadır. Aksi durumda kanunla öngörülen zorunlu bir hizmetin gereği gibi yerine getirilmesi mümkün olmayacaktır.Merkezi ve Konukevinde çalıştırılacak personelin nitelikleri ise, Kadın Konukevlerinin Açılması ve İşletilmesi Hakkında Yönetmelikte düzenlenmiştir.

Bu Yönetmeliğin “Çalışanların işe alınması” başlıklı 32 nci maddesinin birinci fıkrasında;

“Çalışanların, Bakanlığa bağlı olarak açılan konukevlerinde 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 üncü maddesinin (A) fıkrası kapsamında çalıştırılan memur veya (B) fıkrası kapsamında çalıştırılan sözleşmeli personelden, büyükşehir belediyeleri, belediyeler ve il özel idarelerine bağlı olarak açılanlarda 657 sayılı Kanuna tabî memur veya 5393 sayılı Belediye Kanununun 49 uncu maddesi kapsamında istihdam edilen sözleşmeli personelden istihdamı esastır. Ancak bunun mümkün olmaması halinde 657 sayılı Kanun ve diğer ilgili mevzuat çerçevesinde hizmetin gerektirdiği nitelikleri taşıyan personel istihdam edilir.”denilmektedir.

Yönetmelik hükmü uyarınca, 5393 sayılı Belediye Kanunu ile Büyükşehir belediyeleri tarafından zorunlu hizmet olarak yerine getirilmesi gereken kadın konukevi hizmetinin memurlar veya sözleşmeli personel eliyle yerine getirileceği, bunun

mümkün olmaması halinde 657 sayılı Kanun ve diğer ilgili mevzuat çerçevesinde "hizmetin gerektirdiği nitelikleri taşıyan" personel istihdam edilerek hizmetin ifa edilmesi gerekmektedir.

Yönetmeliğin "Çalışanların niteliği" başlıklı 33üncü maddesinde ise; "(1) Konukevinde, hizmet sunumuna yetecek sayı ve nitelikte, tercihen kadın çalışanlar arasından, psikoloji, çocuk gelişimi, öğretmenlik ve sosyal hizmet alanlarında eğitim veren kurumlardan mezun sosyal çalışma görevlileri ile hemşire, çocuk eğiticisi, memur, aşçı ve bakım elemanı istihdam edilir. İşin niteliğine göre dış güvenlik personeli ve şoför olarak erkek çalışan istihdam edilebilir.

(2) Müdür, birinci fıkrada belirtilen sosyal çalışma görevlilerinin alanlarında eğitim veren en az dört yıllık lisans eğitimi veren fakültelerin ilgili bölümlerinin birinden mezun olanlar arasından atanır. Bunlardan kadın çalışmalarında yer almış olanlar tercih edilir.

(3) Rehabilitasyon ve güçlendirme sürecinde farklı hizmet modellerine ihtiyaç duyan kadınlar için kurulacak konukevlerinde ihtiyaca göre tam veya yarım zamanlı olarak hizmet alımı yolu ile psikiyatrist, pedagog, özel eğitim öğretmeni ya da ihtiyaç duyulan diğer meslek elemanları istihdam edilebilir." hükmü yer almaktadır.

Yönetmeliğin 33 üncü maddesinin birinci fıkrasına göre; psikoloji, çocuk gelişimi, öğretmenlik ve sosyal hizmet alanlarında eğitim veren kurumlardan mezun sosyal çalışma görevlileri ile hemşire, çocuk eğiticisi, memur, aşçı ve bakım

elemanı istihdam edileceği düzenlenmiş olup, üçüncü fıkrasında ise, rehabilitasyon ve güçlendirme sürecinde farklı hizmet modellerine ihtiyaç duyan kadınlar için kurulacak konukevlerinde ihtiyaca göre tam veya yarım zamanlı olarak hizmet alımı yolu ile psikiyatrist, pedagog, özel eğitim öğretmeni ya da ihtiyaç duyulan diğer meslek elemanlarının istihdam edilebileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler ile zorunlu olarak öngörülen hizmeti yerine getirecek personellerin unvan ve nitelikleri açık bir şekilde belirlenmiştir. Büyükşehir belediyeleri tarafından yerine getirilmesi zorunlu olan hizmetin Yönetmelikle belirlenen şartları taşımayan kişilerce yerine getirilmesi mümkün değildir.

Savunmada ayrıca; işçilerden'nın1. İş Mahkemesine.....Büyükşehir Belediyesi aleyhine açmış olduğu işe iade davasında, mahkeme tarafından ilgilinin işe iadesi yönünde karar verildiği, bu karara göre yapılan işlemlerin hukuka uygun olduğu ve kamu zararının oluşmadığı ifade edilmiştir. Ancak.....1. İş Mahkemesinin vermiş olduğu kararda feshin geçersizliği ve işe iade yükümlülüğün alt işverene (..... Şti.) ait olduğu, asıl işverenin (..... Büyükşehir Belediyesi) işe iade yönünde bir yükümlülüğünden bahsedilemeyeceğinden savunmayı bu yönüyle kabul etme imkanı bulunmamaktadır.

..... Merkezinde ihale kapsamında çalıştırılan işçilerden;

1-.....'ın Kültür- Sanat Eğitmeni olarak çalıştırıldığı halde teknik şartnamede öngörülen üniversite veya lise mezunu olma şartını taşımadığı, Açık Öğretim Lisesi öğrencisi olduğu,

2-.....'ın Hemşire olarak çalıştırıldığı halde Tıbbi Laboratuar teknikeri Önlisans diplomasına sahip olduğu,

3-.....'nın Teknik sorumlu olarak istihdam edilmesine rağmen lise mezunu olmadığı, lise öğrencisi olduğu,

4-'nın Kültür Sanat Eğitmeni olarak çalıştırıldığı halde Açık Öğretim Lisesi öğrencisi olduğu,

5-'nın en az lise mezunu olma şartını taşımadığı, ortaokul mezunu olduğu,

6-.....' nun eğitim ve yeterlilik belgelerinin bulunmadığı,

7-.....' in büro yönetimi ve yönetici asistanlığı bölümü mezunu olduğu halde muhasebeci olarak çalıştırıldığı tespit edilmiştir.

Açıklanan nedenlerle;Hizmet Alımı İşi ile ilgili olarak; bir kısım personel için (yedi adet) Sözleşme eki Teknik Şartnamede belirlenen nitelikleri taşımadığı halde ödeme yapılması sonucu oluşanTL kamu zararının;

.....TL'sinin; Harcama Yetkilisi, Gerçekleştirme Görevlisi....., Diğer Sorumlular;,, ' dan,

.....TL'sinin; Harcama Yetkilisi, Gerçekleştirme Görevlisi
....., Diğer Sorumlular;,ve’ 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.