

pazarlık usulü ile ihale edilen ve yüklenici ile (KDV hariç) sözleşmeye bağlanan iş kapsamında muayene ve kabul komisyonu oluşturulmadığı ve yüklenici tarafından sözleşme yükümlülüğü yerine getirilmediği halde ödeme yapılması hk (Sayıştay K)

Kamu İdaresi Türü	Belediyeler ve Bağlı İdareler 🗑️
Yılı	2019
Dairesi	3
Karar No	366
İlam No	11
Tutanak Tarihi	8.12.2020
Kararın Konusu	İhale Mevzuatı ile İlgili Kararlar

Mal Alım İşi

..... tarihinde ihale kayıt numarası ile 4734 sayılı

Kamu İhale Kanununun 21 inci maddesinin (f) bendi uyarınca pazarlık usulü ile ihale edilen ve yüklenicisi ile (KDV hariç) TL üzerinden sözleşmeye bağlanan “..... Alınması (.....) İşi” kapsamında; muayene ve kabul komisyonu oluşturulmadığı ve yüklenici tarafından sözleşme yükümlülüğü yerine getirilmediği halde ödeme yapılması sonucu TL tutarında kamu zararına sebebiyet verildiği iddialarıyla ilgili olarak dosyada mevcut bilgi ve belgeler değerlendirilmiştir.

05.01.2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun “Denetim, muayene ve kabul işlemleri” başlıklı 11 inci maddesinin birinci fıkrasında; “Teslim edilen mal, hizmet, yapım veya yapılan işin muayene ve kabul işlemleri, idarelerce kurulacak en az üç kişilik muayene ve kabul komisyonları tarafından yapılır. Mal veya yapılan iş yüklenici tarafından idareye teslim edilmedikçe muayene ve kabul işlemleri yapılamaz” hükmü yer almaktadır.

19.12.2002 tarihli ve 24968 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Mal Alımları Denetim Muayene ve Kabul İşlemlerine Dair Yönetmeliğin;

“Muayene ve kabul komisyonlarının kurulması” başlıklı 6 ncı maddesinde; “Yetkili makam tarafından biri başkan, biri işin uzmanı olmak üzere en az üç veya daha fazla tek sayıda kişi ile yedek üyelerden oluşan muayene ve kabul komisyonları kurulur. Ancak, ilgili idarede yeterli sayıda veya işin özelliğine uygun nitelikte uzman personel bulunmaması durumunda, 4734 sayılı Kanıma tabi idarelerden uzman personel görevlendirilebilir.

Ara denetimi gerçekleştiren personel, muayene kabul komisyonlarında görevlendirilebilir. Ancak, muayene ve kabul komisyonlarında görevlendirilen personelin tamamı ara denetimi gerçekleştiren personelden oluşturulamaz.

Özellikleri dolayısıyla kısa sürede nitelikleri değişebilen

veya günlük teslimat konulu malların muayene ve kabul işlemlerinin etkin bir şekilde yürütülebilmesi için idareler, muayene ve kabul komisyonunu öncelikle bu malı kullanacak birimlerde çalışan görevlilerden kurarlar.”,

“Komisyonun görev ve sorumlulukları” başlıklı 7 nci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde; “Yüklenici tarafından idareye teslim edilen malın veya yapılan işin ihale dokümanında belirtilen şartlara uygun olup olmadığının inceler.”, (b) bendinde; “Komisyon üyelerinin her muayenede hazır bulunmak zorundadır.”,

“Muayene işlemleri” başlıklı 11 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde;

“Yüklenicinin malı ihale dokümanına uygun şekilde teslim etmesi veya dokümana uygun olarak teslimat hazır hale getirildiğini idareye bildirmesinden itibaren en geç beş işgünü içinde idarece muayene ve kabul işlemlerine başlanır.” ,

“Sorumluluk” başlıklı 27 nci maddesinde;

“Muayene ve kabul komisyonlarının başkan ve üyeleri ile ihtiyacın karşılanması sürecindeki her aşamada görev alan diğer ilgililerin görevlerini kanuni gereklere uygun veya tarafsızlıkla yapmadıklarının taraflardan birinin zararına yol açacak ihmalde veya kusurlu hareketlerde bulduklarının tespiti halinde haklarında ilgili mevzuatları gereğince disiplin cezası uygulanır.

Ayrıca, fiil veya davranışlarının özelliğine göre haklarında ceza kovuşturması da yapılır ve hükmolunacak ceza ile birlikte tarafların uğradıkları zarar ve ziyan genel hükümlere göre kendilerine tazmin ettirilir.”

hükümlerine yer verilmiştir.

Yüklenici ile İdare arasında imzalanan Sözleşmenin;

“Malın/İşin teslim alma şekil ve şartları ile teslim programı” başlıklı 10 uncu maddesinde; malın Belediyesi şantiye şefliği ambarı veya idarece istenecek yerlere tesliminin yapılacağı, sözleşme imzalandıktan sonra 3 gün içerisinde söz konusu mal alımına başlanacağı ve 2 ay içerisinde söz konusu mal alımının tamamlanacağı,

“Ödeme yeri ve şartları” başlıklı 12 nci maddesinde; yüklenici tarafından alım konusu malın sözleşme ve ihale dokümanına uygun şekilde teslim edilmesi koşuluyla, muayene ve kabul komisyonunca kabul raporu düzenlenmesinden itibaren 30 gün içinde yükleniciye ödeme yapılacağı,

“Denetim, muayene ve kabul işlemleri” başlıklı 30 uncu maddesinde; mal alımlarına ilişkin muayene ve kabul işlemlerinde Kamu İhale Kurumu tarafından yayımlanan Mal Alımları Denetim Muayene ve Kabul İşlemlerine Dair Yönetmeliğin esas alınacağı,

belirtilmiştir.

Buna göre, mal alımına ilişkin ödeme yapılabilmesi için;

– Sözleşme konusu malın sözleşme ve ihale dokümanına uygun olarak teslim edilmesi,

– Yüklenici tarafından teslim edilen malın sözleşme ve ihale dokümanına uygunluğunun da, muayene ve kabul komisyonu tarafından incelenerek sonucunun muayene ve kabul komisyonu raporunda gösterilmesi,

gerekmektedir.

Ancak, Alınması (.....) işi kapsamında yukarıda yer verilen mevzuat hükümlerine aykırı olarak muayene ve kabul komisyonu oluşturulmamış, böylelikle de muayene ve kabul komisyonunca yapılması gerekli işlemler gerçekleştirilmeden yalnızca işin uzmanı olmayan (.....) tarafından düzenlenen ve teslim edilmeyen malları teslim alınmış gibi

gösteren tutanağa dayanılarak ödeme yapılmıştır.

..... Alınması (.....) İşine ait 1 nolu kesin hakediş ekinde yer alan ve tarih belirtilmemiş olan Tutanakta;nun, teslim alındığı (.....) tarafından ifade edilmiş ve tarafından uygun görülmüş olup; 1 nolu hakediş ile de bu mallar yapılan işler listesinde belirtilerek ödeme emrine bağlanmıştır.

Diğer taraftan, Belediyesi 2019 yılı hesap ve işlemlerinin incelenmesi ile görevli Sayıştay denetçilerinden oluşan Denetim Ekibince-..... tarihleri arasında yerinde yapılan incelemelerde, (.....) ve tarafından,nun, yevmiye numaralı 1 nolu kesin hakediş belgeleri arasında yer alan Tutanağın aksine teslim alınmadığı ve sözleşme konusunun nerede olduğu hakkında hiçbir bilgilerinin olmadığı belirtilerek bu husus tarihli Tutanak ile imza altına alınmıştır.

Söz konusu durum,-..... tarihleri arasında yapılan yerinde denetim sırasında Denetim Ekibi tarafından ilgililere bir kez daha sorulmuş olup, yukarıda adı geçen iki personel ile tarafından aynı ifadeler tekrar edilerek tarihli Tutanak düzenlenmiş ve imzalanmıştır.

Dolayısıyla, Sorumlular tarafından her ne kadar, ve tarihlerinde düzenlenerek imzalanan tutanakların, denetim sırasında teftişin bir an önce bitmesi için kendilerine yapılan baskı sonucunda imzalandığı, tutanak içeriklerinin sorgu evrakı okunduktan sonra öğrenildiği, içerikleri ile ilgili yanlış bilgilendirildikleri için bahse konu tutanakların imzalandığı, tutanak içeriklerinde yer alan ihale konusu malların teslim edilmemesine rağmen ödeme yapıldığı şeklindeki ifadelerin doğru olmadığı iddia edilmişse de, söz konusu iddialar ispata muhtaç olup kabule şayan nitelikte değildir.

10.12.2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve

Kontrol Kanununun 71 inci maddesinin birinci fıkrasında kamu zararı; "kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunması" şeklinde tanımlandıktan sonra devamındaki ikinci fıkranın (b) bendinde de; "Mal alınmadan, iş veya hizmet yaptırılmadan ödeme yapılması" kamu zararının belirlenmesinde esas alınacak durumlar arasında sayılmıştır. Dolayısıyla, ihale konusu iş kapsamında bulunan malların, İdareye teslim edilmediği halde işin uzmanı olmayan personel tarafından düzenlenen tutanakla teslim alınmış gibi gösterilmesi ve söz konusu mallar için ödeme yapılması kamu zararına sebebiyet vermektedir.

Kendisine sorgu tebliğ edilen Belediye Başkanı tarafından her ne kadar sorumluluğa itiraz edilse de;

5018 sayılı Kanunun "Hesap verme sorumluluğu" başlıklı 8 inci maddesinde yer alan; "Her türlü kamu kaynağının elde edilmesi ve kullanılmasında görevli ve yetkili olanlar, kaynakların etkili, ekonomik, verimli ve hukuka uygun olarak elde edilmesinden, kullanılmasından, muhasebeleştirilmesinden, raporlanmasından ve kötüye kullanılmaması için gerekli önlemlerin alınmasından sorumludur ve yetkili kılınmış mercilere hesap vermek zorundadır." hükmünden de anlaşılacağı üzere kamu kaynağından dolayı hesap verecek kişilerde unvan ayrımına gidilmemiş, genel olarak kamu kaynağının elde edilmesi ve kullanılmasında görevli ve yetkili olanların, söz konusu yetkinin karşılığı sorumluluğu taşıyacağı öngörülerek idare hukukunda geçerli olan yetki-sorumluluk dengesi prensibine uygun bir düzenleme getirilmiştir.

5018 sayılı Kanunun "Üst yöneticiler" başlıklı 11 inci maddesinde;

"... belediyelerde belediye başkanı üst yöneticidir. ...

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, mali yönetim ve kontrol sisteminin işleyişinin gözetilmesi, izlenmesi ve kanunlar ile Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde belirtilen görev ve sorumlulukların yerine getirilmesinden Bakana; mahalli idarelerde ise meclislerine karşı sorumludurlar.

Üst yöneticiler, bu sorumluluğun gereklerini harcama yetkilileri, mali hizmetler birimi ve iç denetçiler aracılığıyla yerine getirirler.” denilmiş,

03.07.2005 tarihli ve 5393 sayılı Belediye Kanununun;

37 nci maddesinde; belediye başkanının belediye idaresinin başı ve belediye tüzel kişiliğinin temsilcisi olduğu,

38 inci maddesinde; belediyenin taşınır ve taşınmaz mallarını idare etmenin, belediyenin hak ve menfaatlerini korumanın belediye başkanının görev ve yetkisinde olduğu,

61 inci maddesinde de; belediye başkanı ve harcama yetkisi verilen diğer görevlilerin, bütçe ödeneklerinin verimli, tutumlu ve yerinde harcanmasından sorumlu olduğu,

belirtilmiştir.

19.10.2006 tarih ve 26324 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin “Sorumluluk” başlıklı 5 inci maddesinde;

“Kanunun ilgili maddeleri gereğince, kamu görevlileri; kamu kaynaklarının etkili, ekonomik, verimli ve hukuka uygun olarak elde edilmesinden, yönetilmesinden, kullanılmasından, korunmasından, kötüye kullanılmaması ve her an hizmete hazır

bulundurulması için gerekli önlemlerin alınmasından sorumludurlar.” hükmü yer almaktadır.

Dolayısıyla, temsilcisi olduğu İdarenin taşınır ve taşınmaz mallarını idare etmek, hak ve menfaatlerini korumak görev ve yetkisini haiz olan Belediye Başkanının da Harcama Yetkilisi ve Gerçekleştirme Görevlileri ile birlikte yukarıda belirtilen mevzuat doğrultusunda kamu zararından sorumluluğu bulunmaktadır.

Bu itibarla, Rapora konu iş kapsamında bulunannun İdareye teslim edilmediği halde işin uzmanı olmayan kişi tarafından düzenlenen tutanak ile teslim alınmış gibi gösterilmesi suretiyle ödeme yapılması sonucunda oluşan toplam TL kamu zararının, Üst Yönetici (Eski Belediye Başkanı), Harcama Yetkilisi (.....) ile Gerçekleştirme Görevlileri (.....) ve (...../.....)’a müştereken ve müteselsilen, 6085 sayılı Sayıştay Kanununun 53 üncü maddesi gereği işleyecek faiziyle birlikte ödettirilmesine, anılan Kanunun 55 inci maddesi uyarınca ilamın tebliğ tarihinden itibaren altmış gün içerisinde Sayıştay Temyiz Kurulu nezdinde temyiz yolu açık olmak üzere oy çokluğuyla,

.....

karar verildi.

Azınlık Görüşü:

Üye’ın karşı oy gerekçesi;

“5018 sayılı Kanunun 71 inci maddesinde kamu zararı; “mevzuata aykırı karar, işlem, eylem veya ihmal sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır.” şeklinde tanımlanmış olup, söz konusu tanımdan da anlaşılacağı üzere kamu zararının oluşmasında illiyet bağı şartı aranmaktadır.

Dolayısıyla, Rapora konu mal alımı işine ilişkin ödemelere ait belgelerde imzası bulunmayan Belediye Başkanı nezdinde 5018 sayılı Kanununun 71 inci maddesi gereği aranan illiyet bağı şartının kurulması ve oluşan kamu zararı için kendisine sorumluluk yüklenmesi mümkün değildir.

Bu itibarla, Rapora konu kamu zararının Belediye Başkanı dışındaki sorumlulara müştereken ve müteselsilen ödettirilmesi gerekmektedir.”