

Teknik şartname gereği yapılması öngörülen imalatın eksik yapılmasına karşın bedelinin tam olarak ödenmesi.

Temyiz Kurulu, 41304/44006, T. 24.1.2018

Konu: Teknik şartname gereği yapılması öngörülen imalatın eksik yapılmasına karşın bedelinin tam olarak ödenmesi.

167 sayılı ilamın 9(A) maddesi ile; ... Mobilya Ticaret yükleniminde bulunan "... Uygulama Oteli İçin Özel İmalat Mobilya Malzemeleri Alımı" işi bünyesinde yaptırılması gereken 75 m2 lambri kaplamanın 42 m2 olarak yapılmasına karşın bedelinin tam olarak ödenmesi nedeniyle ... TL'ye tazmin hükmü verilmiştir.

Sorumlu ... (Diğer sor.- Muayene ve Kabul Komisyonu Başkanı) temyiz dilekçesinde özetle;

I- EKSİK İNCELEME YAPILDIĞINI;

1-... Uygulama Oteli İçin Demirbaş Malzeme Alım İşi açısından:

Duruşma sırasında savcının dile getirdiği gibi eksik inceleme yapıldığını, mütalaasında; “Duruşma sırasında savunmaların dinlenmesi sonucunda havalandırma kanalının ölçümünde yanlışlık olduğu ifade edildiğinden ve yapılan işin binanın tarihi mekân olması nedeniyle özellikli iş olmasından dolayı ölçümlerin yapılması için bilirkişi görevlendirilmesi” dediğini,

Öte yandan Daire Başkanı ...'in de aynı nedenden dolayı karara şerh koyduğunu, karşı oy gerekçesinde; “Savunmalar karşısında havalandırma kanalının ölçümünün yeniden yapılması ve imalat yapıldıktan sonra sökülen kısmın olup olmadığının tespiti gerektiğinden bu aşamada hüküm tesisine imkân bulunmamaktadır” dediğini, ortada eksik bir incelemenin söz konusu olduğunu, kararın öncelikle bu yönden bozulmasını talep ettiğini,

2-Özel İmalat Mobilya Malzemeleri Alımı İşi açısından:

a)Söz konusu işle ilgili olarak Daire Başkanı ... ile Üye ...'ın şerh koyduğu şekilde bilirkişi incelemesi yapılması için eksik inceleme ile verilen kararın bozulmasını istediğini,

b)Öte yandan hükmün bazı mal ve malzemelerin piyasa rayicinden daha yüksek fiyatla satın alınması işiyle ilgili olarak Dairenin oy çokluğuyla ek rapor alınmasına karar verdiğini, aynı kararın burada da alınması gerektiğini,

II-OY ÇOKLUĞUYLA VERİLEN HÜKÜMDE ÇOK SAYIDA USULE VE ESASA İLİŞKİN ÇELİŞKİ BULUNDUĞUNU, KANUNA VE HESAP YARGILAMA USULLERİNE AYKIRI BU HUSUSLARIN BOZMA NEDENİ OLDUĞUNU:

Mahkeme kararındaki çelişkilerin aşağıda sıralandığını;

1-4734 sayılı Kamu İhale Kanununun Temel İlkeler (madde 5) başlıklı maddesinde aynen:

“İdareler, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur. Aralarında kabul edilebilir doğal bir bağlantı olmadığı sürece mal alımı, hizmet alımı ve yapım işleri bir arada ihale edilemez.” denildiğini,

Yapılan ihale içeriğine bakıldığında idarenin ihale ilanına çıkarken havalandırma kanalı, lambri kaplama gibi bir yapım işi ve masa örtüsü, menü, ocak gibi mal alım işini aralarında bağlantı olmayan işleri bir arada ihale ettiğini, havalandırma kanalı muayenesini yapacak kişiler ile masa örtüsü muayenesini yapacak kişilerin aynı teknik bilgiye sahip olamayacağını,

Bununla ilgili yaptığı araştırmada emsal karar olabilecek Kamu İhale Kurulunun 2008/UH.Z-324 nolu kararında; “birden çok ihaleye konu edilebilecek hizmetler bir arada İhale edilemez” diye karar verdiğini ve söz konusu ihaleyi iptal ettiğini (Kaynak: <https://www.kamuihalemevzuati.com/birden~cok-ihaleye-konu-edilebilecek-hizmetler-bir-arada-ihale-edilebilir-mi.html>),

Sonuç olarak, İhale konusu işin kapsamı incelendiğinde birden çok ihaleye konu olabilecek işlerden ibaret olduğu, söz konusu ihale konularının bir arada ihale edilmesinin yukarıda belirttiği kanun hükmüne aykırı olduğunu,

Bu durumun tamamen Muayene ve Kabul Komisyonu dışında idari bir hata ve sorumlularının da yine dönemin idarecileri olduğunu,

Buna rağmen Sayıştay'ın karar verirken yapılan işlemi mal alımı olarak gördüğünün anlaşıldığını, nitekim eksik görülen baca için plaka hesabı açıklanarak (Ek. Plaka hesap) imalat esnasında kullanılan sac tabakaların hesaplanamayacağını anlatıldığını,

Ancak Sayıştay baca ve lambriyi de masa sandalye vs ile beraber mal alımı kapsamında değerlendirip, lambri ve bacanın eksik teslim aldığına karar vererek kendilerini sorumlu tuttuğunu,

Öyle ise; bu malzemeyi tam ve eksiksiz olarak teslim aldıklarını daha sonra teslim ettikleri Ambar Memuru ...'in imzasını taşıyan 20.02.2014 tarihli taşınır işlem fişlerinden de anlaşılacağını (Ek-1-a,b),

Yine bacanın 457 adet olarak denetim dönemine kadar birkaç farklı kişiye zimmet fişleri ile teslim edildiğinin sabit olduğunu (Ek.2),

Lambri kaplamanın da “diğer asma ve muhafaza amaçlı mobilyalar” olarak teslim edildiğini (Ek.2),

Bu süreçten sonra kendisinin ... Üniversitesindeki görevlerinden istifa ederek Dicle Üniversitesine geçtiğini (Ek.3),

Ayrılışından yaklaşık bir yıl sonra üniversitede başlatılan soruşturmalardan söz konusu malların alındığı ... gayri resmi olarak kiraya verildiğini ve bu durumun ekte sunulan muhasebe fişleri ile ... Cumhuriyet Başsavcılığının tespit tutanakları ile belgelendiğini (Ek.4-a-b-c),

Konak bir süre işletildikten sonrada içindeki mal ve malzeme ile teslim edildiğini, devirlerde kullanılan bütün zimmet fişlerinde de baca, adet plaka olarak geçtiğini, aynı şekilde lambri kaplamanın da zimmet fişlerinde ?’diğer muhafaza amaçlı mobilyalar” olarak geçtiğini,

Eğer Sayıştay’ın kararına temel teşkil ettiği şekilde m2 bazında mal alımı söz konusu ise, tam ve eksiz olarak teslim ettiği, bu mal ve malzemenin birkaç kez el değiştirdikten sonra hala sorumlu tutulmasının adalete ve hukuka uygun olmadığını,

Esasen bir kamu zararından da söz edilemeyeceğini çünkü yaklaşık iki yıldır kullanılmakta olan baca ve lambri kaplamaların hali hazırda da işlevini gördüğünü,

2-Eğer yapılan iş bir imalat olarak kabul edilecekse yukarıda

da belirtildiği üzere komisyonda teknik bilgi sahibi ve işin imalatını takip eden birinin olmamasının idari sorumluluk olduğunu, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 53 üncü maddesine dayanılarak hazırlanan Yapım işleri Muayene ve Kabul Yönetmeliğinin muayene ve kabul komisyonlarının kurulması başlıklı maddesinin (madde 3) ikinci bendinde aynen;

“Bu komisyonlarda görevlendirilecek olanların tamamının teknik eleman olması zorunludur. Ancak, ilgili idarede yeterli sayıda veya işin özelliğine uygun nitelikte teknik eleman bulunmaması durumunda, 4734 sayılı Kanun kapsamındaki kamu kurum ve kuruluşlarından teknik eleman görevlendirilebilir” denildiğini,

İhalenin, muayenesi konusunda uzman makine mühendisleri tarafından gerçekleştirilmesi gereken bir iş iken mal alımı ihalesi olarak gerçekleştirildiğini,

Yine 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 53 üncü maddesine dayanılarak hazırlanan Mal Alımı İşleri Muayene ve Kabul Yönetmeliğinin ‘Muayene ve Kabul Komisyonlarının Kurulması’ başlıklı maddesinde (madde 6) aynen;

“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 Kanuna tabi idarelerden uzman personel görevlendirilebilir.” denildiğini,

Söz konusu ihale sırasında üniversitede yeterli sayıda uzman (mühendis, tekniker, teknisyen) bulunduğunu (ek.5),

Sonuç olarak görevlendirme idare tarafından yapıldığına göre bu yanlışın sorumlusunun da dönemin idarecileri olması gerektiğini,

3.1050 sayılı Muhasebe-i Umumiye Kanununun 22. maddesi E bendinde; "adı ne olursa olsun bir komisyon veya kurul gibi bir organ ya da uzman bir görevli tarafından düzenlenen keşif, hakediş, tutanak, rapor, karar ve benzeri belgelere dayanılarak yapılan ödemelerde Sayıştay'ca saptanacak sorumluluğa/tahakkuk memuru... ile birlikte, söz konusu belgeleri düzenleyen ve onaylayan kişilerde katılır." hükmünün bulunduğunu,

Sayıştay dergilerinde bu kanun maddesine atıfta bulunularak harcama yetkilisi ve gerçekleştirme görevlisinin de kamu zararından sorumlu olduğunun belirtildiğini,

İlamda ise sadece akademisyenlere sorumluluk yüklendiğini, Sayıştay Kanununu ile ilgili makalelerde: "Gerek taahhüt aşamasında, gerekse tahakkuk ve ödeme emrine bağlama aşamasında işler, görevli memurlar (gerçekleştirme görevlileri) eliyle yapılmakta ve kâğıtlar bunlar eliyle düzenlenmekte ise de görevin asıl sahibi ve sorumlusu harcama yetkilisidir. Diğerleri (sanırım bizden bahsediyor ki biz akademisyeniz işle alakamız da yok), yetkileri kadro unvanları ile görevleri bu kanun ve talimatlarla belirlenmiş, sorumlulukları sınırlı elemanlardır. Bunlar kendi başlarına ve kendi inisiyatifleri ile iş yapmaları mümkün olmadığı gibi,

doğrudan ve tek başlarına Sayıştay'ca muhatap alınmaları da söz konusu değildir. Bunlar yaptıkları veya yapmaları gereken iş ve işlemlerden dolayı amirlerinin sorumluluğuna katılırlar.” denildiğini yani bir kamu zararı mevcut ise bundan birinci derecede harcama yetkilisi ve ihale yetkilisinin de sorumlu tutulması gerektiğini,

4.5018 sayılı Kanununun 71 inci maddesi son fıkrasında kamu zararının, bu zarara neden olan kamu görevlisinden veya diğer gerçek ve tüzel kişilerden tahsilinden bahsedildiğini,

Bu hükme istinaden hazırlanan Yönetmelikte (Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik), kamu zararının oluşmasına sebep olan kamu görevlisinin sorumlu olarak tanımlandığını ancak Yönetmeliğin 4 üncü maddesi ile “kendisine yersiz veya fazla ödeme yapılan gerçek ve/veya tüzel kişiyi ifade eden ilgili” tanımı da yapılarak, kamu zararının tahsilinde bu kişilerin de muhatap kabul edildiğini, yani müteahhit firma eksik ve hatalı iş yaptığından dolayı kamu zararı oluşmuşsa öncelikle zararın ondan tahsil edilmesi gerektiğini,

Bu konu ile ilgili olarak eski bir Sayıştay Daire Başkanının makalesinde aynen;

“Sayıştay yargı dairelerinin kabul etmediği işlem aynı zamanda bir kamu zararına da yol açmış ise, zararın faili, ahizi veya müsebbibi kimdir diye bakılır: Eğer, zarara sorumlular dışında üçüncü kişiler tarafından yol açılmış ise, bu takdirde sorumlular hakkında verilen zimmet hükmü yeterlidir. Bu hüküm sorumluların gerçek borçluyu takip ederek kamu zararının

tazmin ve telafisini sağlamalarını da içerir. Hükmün daha açık yazılması düşünülürse; 1,- TL kamu zararının ilgilisi müteahhit ... ya ödetilmesine ve bu hususta harcama yetkilisi ile muhasebe yetkilisinin sorumluluklarının üzerlerinde bırakılmasına karar verildi, şeklinde bir formül olabilir. Ama asla üçüncü kişilerin verdiği zararı temin maksadıyla, sorumlular hakkında tazmin hükmü verilemez. Zarar doğrudan sorumlulardan birinin/ bir kaçının kusurunun sonucu ortaya çıkmış ise kusurlu sorumlu/ sorumlular hakkında, zarar ile ilgileri de ortaya konulmak suretiyle tazmin hükmü verilebilir. Objektif sorumlulukta bu ilgi yasa maddeleriyle (Mülga 1050 sayılı kanunun yukarıya alınan maddelerinde yazıldığı gibi) ortaya konulur ve hüküm, işlem ile kanun maddesinin unsurları arasındaki uyarlık üzerine kurulur, Hesap yargısı bunu yapabilir. Sübjektif sorumlulukta ise failin kastı; kusuru veya ihmali ile zararın oluşumu arasındaki ilişkinin kişiye bağlı olarak ve tahkikat yoluyla saptanması gerekir. Burada kanunun bir sorumlu göstermesine de gerek yoktur. Zarar verenin kim olduğunu adli yargı bulacaktır. 5018/71 de bu yöntemi öngörmektedir. Yeni Kanunumuzun kamu zararının (faili/ahizi/müsebbibi kim olursa olsun) sorumlulardan tazminine hükmedileceğine ilişkin ifadesi (6085/50.1), acelenin yol açtığı bir tedvin hatası gibi görünüyor. Kamu zararı raporu yazmak durumunda olan meslektaşlarımızın, bütün bu noktaları göz önünde bulundurmalarında gereklilik ve zorunluluk vardır.” denildiğini,

Söz konusu ihalede Üniversite ile ... ve ... arasında imzalanan sözleşme incelendiğinde;

“Madde 41 (Yüklenicinin ceza sorumluluğu): İş tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra tespit edilmiş olsa dahi, 4735 sayılı Kanunun 25. maddesinde belirtilen fiil veya

davranışlardan, 26/09/2004 tarihli ve 5237 sayılı TCK'ya göre suç teşkil eden fiil ve davranışlarda bulunan Yüklenici ile o işteki ortak veya vekilleri hakkında 5237 sayılı TCK hükümlerine göre ceza kovuşturması yapılmak üzere yetkili Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulur. Bu kişiler hakkında bir cezaya hükmedilmesi halinde, 4735 sayılı kanunun 27. maddesi hükmü uygulanır." denildiğini,

Bu durumda eğer hala kamu zararı olduğu düşünülüyorsa üniversitenin mevcut yönetiminden iki firmaya zararın tazmini için dava açmasının isteneceğini, kararın bu yönden de bozulmasını gerektiğini,

III- KARARA EMSAL TEŞKİL EDEN BİLİRKİŞİ RAPORUNUN TARAFLI OLDUĞUNU:

Üniversite bünyesinde çeşitli zamanlarda yapılan ihalelerde usulsüzlük olduğunu iddia edip, ... Cumhuriyet Savcılığına aldıkları ses kayıtları ile üniversite yönetimi hakkında suç duyurusunda bulunan ve dönemin Genel Sekreteri, Rektörü ve Yapı İşleri Daire Başkanlığındaki diğer arkadaşlarını şikâyet eden ve böylece husumetini ortaya koyanlardan birinin Makine Mühendisi ... olduğunu, aynı kişinin daha sonra Sayıştay'ın esas aldığı ve baca ile lambri kaplamada eksik tespitinde bulunduğu raporu hazırladığını, Sayıştay'ın da bu teknik inceleme raporunu esas alarak zimmet çıkardığını,

Çıkarılan teknik raporda bacanın ... TL'ye mal edilmesi gerektiğinin iddia edildiğini, oysa üç katlı bir binaya yapılan iki ayrı havalandırma bir kenara, sıradan bir lokantaya bile bu fiyatla baca yapılamayacağını,

Dolayısıyla yolsuzluk gerekçesi ile şikâyetçi olan bu şahsın aynı zamanda tespitinde bulunamayacağını, çünkü iddialarını doğru çıkarmak adına tarafsız olmayacağını, bu anlamda dosyanın tarafsız bir bilirkişiye gönderilmesi gerektiğini belirterek kararın bozulmasını istemiştir.

İlamda Muayene Kabul ve Komisyonu üyeleri olarak sorumlu tutulan ve 41305 nolu dosya ile temyiz talebinde bulunan ... (...) ile 41306 nolu dosya ile temyiz talebinde bulunan ...'un dilekçeleri aynı olup dilekçelerinde özetle;

... Mobilya Ticaret yükleniminde “... Oteli İçin Özel İmalat Mobilya Malzemeleri Alımı” işinde; ödeme emri belgesine ekli belgelerden fatura, 10.02.2014 tarihli muayene ve kabul komisyonu tutanağı ve 20.02.2014 tarihli taşınır işlem fişinin incelenmesi sonucunda, birim fiyatı ... TL bedelle ihale edilen 75 m2 özel ladin lambri kaplama yapılması imalatının tam ve hatasız olarak yapıldığı ve teslim alındığının belirtildiğinin görüldüğünü,

Ancak Üniversite Yapı İşleri Daire Başkanlığının yapmış olduğu fiili inceleme neticesinde hazırladığı 26.12.2014 tarihli Teknik İnceleme Raporunda fiilen yaptırılan lambri kaplamanın 42 m2 olarak tespit edildiğini,

Temyiz Gerekçelerinin ise aşağıda sıralandığını;

1- 24.11.2015 tarih ve 2014/473885/1877 sayılı Sayıştay

Başkanlığı'nın yazı ve eklerine istinaden hakkında belirtilen iddialara karşı yaptığı savunmada;

– söz konusu teknik incelemenin muayene ve kabul tarihinden yaklaşık bir yıl kadar sonra yapıldığını belirterek, bu süre zarfında söz konusu binanın (... Uygulama Oteli) malzemeleri ile birlikte işletilmek üzere özel şahsa kiraya verildiğini,

– bu kiralamanın idare dışında gerçekleşmiş olup otelin denetiminin yapılmasının taraflarınca talep edilmediğini,

– binayı bu süre zarfında kimlerin kullandığına dair bilgiye sahip olmadığını belirttiğini,

Sayıştay Daire Başkanlığınca tarafına tebliğ edilen söz konusu ilamdaki Denetçi görüşünde;

“...konağın içindeki müstemilatıyla birlikte eksiksiz olarak özel şahsa devredildiğine ilişkin düzenlenen tutanak ve/veya konağı kiralayan özel şahsın konaktan tahliyesinden sonra eksik olan lambri kaplamasının yerinde olmadığına ilişkin bir belgenin ibraz edilmemesi nedeniyle bu kişilerin sorumlulukları bulunduğu belirtilerek 33 m2 yapılmayan lambri kaplama imalat bedelinin ödenmesi sonucunda oluşan toplam ... TL'nin tazmin hükmolünmasının uygun olacağı düşünülüyor” ifade edildiğini,

... Uygulama Otelinin Üniversite İdari Mali İşler Daire Başkanlığınca usulsüz olarak kiraya verilmesinden dolayı

Denetçinin talep ettiği konağın içindeki müstemilatıyla birlikte eksiksiz olarak devredildiğine dair düzenlenen tutanak ve/veya belgenin ibrazının mümkün olamayacağını,

Nitekim ... Cumhuriyet Başsavcılığının ... Soruşturma nolu evrakı ile ilgili olarak KOM Şube Müdürlüğü tarafından yürütülmekte olan soruşturma kapsamında, ... Üniversitesi İdari Mali İşler Daire Başkanlığınca PTT Genel Müdürlüğünden kiralanan ve kullanımında bulunan Eski PTT Binasının (... usulsüz bir şekilde ihale yapılarak ... İnş. Ltd. Şti unvanlı firmanın kullanımına açıldığı ve daha sonra 03.07.2014 tarihinde usulsüz yapılan ihalenin iptal edildiği, bu amaçla PTT binasının kimler tarafından işletildiğini tespit etmek için 10.07.2014 günü saat 19.45 civarında KOM Şube Müdürlüğü personeline gidilip, bununla ilgili -Sayın Cumhuriyet Savcısının da imzasının bulunduğu- tespit tutanağı hazırlandığını (EK-1),

Buna ilaveten 09.07.2014 tarihi saat 16.30 civarında yine ... Cumhuriyet Başsavcılığı ... soruşturma nolu evrakı ile ilgili olarak KOM Şube Müdürlüğünce düzenlenmiş olan tespit tutanağının da ek olarak sunulduğunu (EK-2),

Ayrıca ... söz konusu usulsüz ihaleyle kiralandığına ilişkin Muhasebe İşlem Fişlerinin de eklerde sunulduğunu (EK-3-4-5),

... Uygulama Oteli için özel imalat mobilya malzemeleri alımı işinin Muayene ve Kabul işlemlerinin 10.02.2014 tarihinde gerçekleştiği,

Üniversite Yapı İşleri Daire Başkanlığınca yapılan fiili

inceleme neticesine göre hazırlanan teknik raporun 26.12.2014 tarihinde düzenlendiğini,

Yukarıda belirten ... Uygulama Otelinin (Eski PTT binası) usulsüz olarak ihale edilip kiraya verilmesinin bu tarihler arasına denk geldiğini,

Ayrıca Muayene ve Kabul tarihi ile Üniversite Yapı İşleri Daire Başkanlığınca yapılan fiili inceleme tarihleri arasında ... Uygulama Otelinin yaklaşık 4-5 kez içindeki malzemeleriyle birlikte el değiştirdiğinin sunmuş olduğu "Zimmet Fişlerinde" de görüleceğini (EK-6-7-8- 9-10-11),

Yukarıda belirtmiş olduğu nedenlerle; bu süre zarfında bazı parçaların sökülmüş, götürülmüş, çalınmış veya başka bir amaçla kullanılmış olma ihtimalinin olabileceğini, kendisinin yapılmış görevlendirmeye istinaden, kurumun menfaat ve çıkarları doğrultusunda iş ve işlemlerin aksamaması için muayene ve kabul komisyonunda yer aldığını,

Malların teslimatından sonraki süreçte malların korunmasından sorumlu olmadığını, yaklaşık bir yıl kadar sonra yapılan incelemeye göre ortaya çıkmış olan bir eksiklikten sorumlu tutulmaması gerektiğini,

Sözleşmeye göre yaptırılması gereken 75 m2 özel imalat ladin lambri imalatının eksik yapılmasına rağmen fiyatının tamamının ödenmesi işiyle ilgili olarak Yargılama Heyeti Başkanı Sayın ... ile Üye Sayın ...'ın şerh koyduğunu,

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun Temel İlkeler (madde 5) başlıklı maddesinde aynen:

“İdareler, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenirliliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur. Aralarında kabul edilebilir doğal bir bağlantı olmadığı sürece mal alımı, hizmet alımı ve yapım işleri bir arada ihale edilemez.” denildiğini,

Yapılan ihale içeriğine bakıldığında idarenin ihale ilanına çıkarken lambri kaplama gibi bir yapım işini diğer malzemelerle birlikte “MAL ALIM” ihalesi olarak gerçekleştirdiğini, bu durumun tamamen Muayene ve Kabul komisyonu dışında idari bir hata olduğunu, İlamda tamamı mal alımı olarak değerlendirildiğinden komisyon üyelerinin sorumlu tutulduğunu, ancak bu malzemeyi tam ve eksiksiz olarak teslim aldıklarının ve daha sonra teslim ettiklerinin Ambar Memurunun imzasını taşıyan 20.02.2014 tarihli taşınır işlem fişlerinden de anlaşılacağını (EK-12),

Eğer yapılan iş bir imalat olarak kabul edilecekse komisyonda teknik bilgi sahibi ve işin imalatını takip eden birinin olmamasının idari sorumluluk olduğunu, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 53 üncü maddesine göre işin muayenesi konusunda uzman komisyonun kurulabileceğini,

Üniversite Personel İşleri Daire Başkanlığınca Ocak 2014 ile Mart 2014 tarihleri arasında üniversite bünyesinde 12 (on iki)

mühendis, 13 (on üç) tekniker ve 10 (on) teknisyenin görev yaptığının belirtildiğini (Ek-13), üniversitede yeterli sayıda teknik personel çalıştırılmasına rağmen; Muayene ve Kabul Komisyonu üyesi olarak tamamı akademik personelden oluşan bir komisyona bu görev verildiğini belirterek kararın bozulmasını istemiştir.

Başsavcılık mütalaasında;

“Adı geçenin dilekçesinde ilamın 9 uncu maddesine ilişkin olarak; Üniversite bünyesindeki ... Uygulama Oteli İçin Demirbaş Malzeme Alımının mevzuatına uygun olarak yapıldığı, konu hakkında bilirkişi incelemesi yapılmaksızın hüküm tesis edildiği sözü edilen harcamaların yapılmadığı yönünde bir tespit de bulunmadığı belirtilerek, verilen tazmin hükmünün kaldırılmasına karar verilmesi talep edilmektedir.

Ortaya konulanlar karşısında adı geçenin temyiz talebinin kabulü ile kamu zararının ve sorumluların yeniden tespiti maksadıyla, Dairesine tevdiine karar verilmesinin uygun olacağı mütalâa olunmaktadır.” denilmiştir.

Duruşma talep eden sorumlular ..., ... ve ... ile Sayıştay Savcısının sözlü açıklamalarının dinlenmesinden ve dosyada mevcut belgelerin okunup incelenmesinden sonra,

GEREĞİ GÖRÜŞÜLDÜ:

... Mobilya Ticaret yükleniminde bulunan “... Uygulama Oteli İçin

“Özel İmalat Mobilya Malzemeleri Alımı” işinde yüklenici ile idare arasında imzalanan birim fiyatlı sözleşmeye ek teknik şartnamenin dördüncü sırasında;

“Ahşap malzeme 1.sınıf ladin kereste olacaktır. Ahşap malzeme için proje ölçüleri esas alınacak olup +/- 5mm tolerans dahilindedir.

Ahşap düzgün biçilmiş olup kesit daralma ve genişlemesi olmayacaktır.

Ahşap malzemedede $\frac{1}{4}$ den büyük boyuna çatlak olmayacaktır.

Yapılacak lambrilerde idarenin belirleyeceği bölümlere yine idarenin belirleyeceği şekilde tarihi dokuyu yansıtan oymalar yapılacaktır.” şeklinde tarif edilen ve 75 m2 olarak yapılması öngörülen lambri kaplamanın teknik özelliklerinin sıralandığı, tekliflerin bu ölçü üzerinden alındığı ve ihalenin bu ölçü üzerinden sonuçlandırılmış olduğu görülmüştür. Bu nedenle lambri kaplama yapılması işinin 75 m2 olarak tamamlanması, aksi halde yapılmayan imalata ait birim fiyatla tespit edilen bedelin ödenmemesi gerekmektedir.

Ödeme emri belgesine ekli belgelerden fatura, 10.02.2014 tarihli muayene ve kabul komisyonu tutanağı ve 20.02.2014 tarihli taşınır işlem fişinin incelenmesi sonucunda, birim fiyatı ... TL bedelle ihale edilen 75 m2 özel ladin lambri kaplama yapılması imalatının tam ve hatasız olarak yapıldığı ve teslim alındığının belirtiltiği görülmüştür. Ancak Üniversite Yapı İşleri Daire Başkanlığının yapmış olduğu fiili

inceleme neticesinde hazırladığı 26.12.2014 tarihli Teknik İnceleme Raporunda fiilen yaptırılan lambri kaplamanın 42 m2 olduğu tespit edilmiştir.

5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun "Kamu zararı" başlıklı 71 inci maddesinde aynen;

"Kamu zararı; kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır.

Kamu zararının belirlenmesinde;

1. a) İş, mal veya hizmet karşılığı olarak belirlenen tutardan fazla ödeme yapılması,
1. b) Mal alınmadan, iş veya hizmet yaptırılmadan ödeme yapılması,
1. c) Transfer niteliğindeki giderlerde, fazla veya yersiz ödemede bulunulması,
1. d) İş, mal veya hizmetin rayiç bedelinden daha yüksek fiyatla alınması veya yaptırılması,

1. e) İdare gelirlerinin tarh, tahakkuk veya tahsil işlemlerinin mevzuata uygun bir şekilde yapılmaması,

1. f) ...

1. g) Mevzuatında öngörülmediği halde ödeme yapılması,

Esas alınır.

...” denilmiştir.

Söz konusu işte teknik şartname gereği yapılması öngörülen 75 m2 lambri kaplama imalatının 42 m2 olarak yapılmasına karşın bedelinin tam olarak ödenmesi sonucu kamu zararına sebep olunmuştur.

İlam maddesinin konusu, yapım işi olarak ihale edilmesi gereken bir işin mal alım işi olarak ihale edilmesi değil sözleşmeye göre yapılması gereken imalatın eksik yapılmasına rağmen fiyatının tam ödenmesidir. Söz konusu iş 4734 sayılı Kanunun 21/f maddesine göre “... Özel İmalat Mobilya Malzemeleri Alımı” işi olarak ihale edilmiş aynı Kanunun 53 üncü maddesine dayanılarak çıkarılan Mal Alımı İşleri Muayene ve Kabul Yönetmeliğine göre komisyon oluşturulmuş, işe konu malların denetim, muayene ve testleri tamamlandığında komisyonun olumlu raporu idarece kabul edilip ödemeye esas alınmış olduğundan önceki aşamalara ilişkin bir sorumluluk itirazı yerinde olmayacaktır.

Ayrıca teyviz dilekçesinde yüklenicinin eksik veya hatalı iş yapmasından dolayı bir kamu zararı oluşmuşsa öncelikle zararın ondan tahsil edilmesi gerektiği ileri sürülmüşse de; Sayıştay'a hesap vermekle yükümlü oldukları kanunda belirtilen ve sorumlu sıfatını taşıyan kamu görevlileri muhatap kabul edildiğinden ahizden tahsil edilmesine ilişkin süreçteki görev idareye düşmektedir.

5018 sayılı Kanunun "Harcama yetkisi ve yetkilisi" başlıklı 31 inci maddesinin üçüncü fıkrasında ise, Kanunların verdiği yetkiye istinaden yönetim kurulu, icra komitesi, komisyon ve benzeri kurul veya komite kararıyla yapılan harcamalarda, harcama yetkisinden doğan sorumluluğun kurul, komite veya komisyona ait olacağı hüküm altına alınmıştır.

Mal Alımları Denetim Muayene ve Kabul İşlemlerine Dair Yönetmeliğin "Komisyonun görev ve sorumlulukları" başlıklı 7 nci maddesinde;

"Komisyonun görev ve sorumlulukları aşağıda belirtilmiştir:

1. a) Yüklenici tarafından idareye teslim edilen malın veya yapılan işin ihale dokümanında belirtilen şartlara uygun olup olmadığını inceler.
1. b) Komisyon üyeleri her muayenede hazır bulunmak zorundadır.

1. c) Kısa sürede bozulabilen maddelerin muayenesine öncelik verir.

1. d) Komisyon, ihale dokümanında belirlenen şekilde kabul işlemlerinde esas alınacak işlemleri yürütür.” denilmiştir.

Yönetmeliğin “Muayenede aranacak hususlar” başlıklı 13 üncü maddesinde muayenede aranacak hususların ihale dokümanında yazılı şartlar olduğu; “Muayene raporlarının düzenlenmesi” başlıklı 20 nci maddesinde muayene raporlarına, ihale dokümanında yazılı niteliklerle, muayenede bulunan niteliklerin ayrı ayrı yazılıp karşılaştırılacağı ve sonucun “niteliklerine uygundur” veya “niteliklerine uygun değildir” şeklinde kesin olarak belirtilerek komisyon üyeleri tarafından imzalanacağı; “Kabul” başlıklı 25 inci maddesinde ise, sözleşme konusu malların denetim, muayene ve testleri tamamlandığında, komisyonun olumlu raporu idarece kabul edilerek, ödemeye ilişkin belgenin düzenlenmesinde esas alınacağı hüküm altına alınmıştır.

Mal alımlarına ilişkin muayene ve kontrolün yukarıda yer verilen Yönetmelik hükümlerine göre yapılması, teslim edilen mal ve yapılan işlerin teknik şartnamede belirlenen niteliklerde ve miktarda olduğunun araştırılması Muayene ve Kabul Komisyonu görevleri arasında olup, Komisyonun eksik teslim edilen mal ve hizmetlerin bedelinin ödenmesi nedeniyle oluşan kamu zararında sorumluluğu bulunmaktadır.

Bu nedenle sorumluluk itirazının reddiyle 167 sayılı ilamın 9(A) maddesi ile ... TL'ye ilişkin olarak verilen tazmin

hükmünün TASDİKİNE,

(Üyeler'ın aşağıda yazılı azınlık görüşlerine karşı)

6085 sayılı Kanununun 26 ncı maddesi hükmü gereğince Başkanın bulunduğu taraf çoğunluğu sağlamış olması suretiyle,

Karar verildiği 24.01.2018 tarih ve 44006 sayılı tutanakta yazılı olmakla işbu ilam tanzim kılındı.

(KARŞI OY GEREKÇESİ:

(Üyeler'ın;

10.02.2014 tarihli muayene ve kabul komisyonu tutanağı ile 20.02.2014 tarihli taşınır işlem fişi incelendiğinde, birim fiyatı ... TL bedelle ihale edilen 75 m2 özel ladin lambri kaplama yapılması imalatının tam ve hatasız olarak yapıldığı ve teslim alındığının belirtildiği görülmüştür. Üniversite Yapı İşleri Daire Başkanlığının yapmış olduğu fiili inceleme neticesinde hazırladığı 26.12.2014 tarihli Teknik İnceleme Raporunda ise fiilen yaptırılan lambri kaplamanın 42 m2 olduğu tespiti yapılmıştır.

Mal Alımları Denetim Muayene ve Kabul İşlemlerine Dair Yönetmeliğin "Komisyonun görev ve sorumlulukları" başlıklı 7 nci maddesinde yer alan;

“Komisyonun görev ve sorumlulukları aşağıda belirtilmiştir:

1. a) Yüklenici tarafından idareye teslim edilen malın veya yapılan işin ihale dokümanında belirtilen şartlara uygun olup olmadığını inceler.
1. b) Komisyon üyeleri her muayenede hazır bulunmak zorundadır.
1. c) Kısa sürede bozulabilen maddelerin muayenesine öncelik verir.
10. d) Komisyon, ihale dokümanında belirlenen şekilde kabul işlemlerinde esas alınacak işlemleri yürütür.” şeklindeki hükmün gereği olarak 10.02.2014 tarihinde malzemelerin tam ve eksiksiz olarak teslim alındığına ilişkin muayene ve kabul işleminden sonra 20.02.2014 tarihli taşınır işlem fişi ile ambar memuru tarafından teslim alındığı ve kaydının yapıldığı başka bir deyişle malzemelerin ambara girdiği ve taşınır fişinin ambar memuru tarafından hazırlandığı, Üniversite Yapı İşleri Daire Başkanlığınca hazırlanan teknik inceleme raporunun ise 26.12.2014 tarihli olduğu dolayısıyla Muayene ve Kabul Komisyonunca söz konusu malzeme teslim aldıktan 10 ay sonra teknik incelemenin yapıldığı,

Muayene ve Kabul tarihi ile Yapı İşleri Daire Başkanlığınca hazırlanan teknik inceleme tarihi arasında geçen sürede iş mahalli olan ... Uygulama Otelinin idarece ihale usullerine

uyulmadan bir firmaya kiraya verildiği, tüm malzeme, makine ve demirbaşların bu firmaya teslim edildiği bunun da ... Cumhuriyet Savcılığında bulunan belgelerde sabit olduğu, sorumlu tarafından verilen temyiz dilekçesinde ise muayene ve kabul raporu düzenlendiği sırada iş yerinde malzemenin tam olduğunun ileri sürüldüğü görülmektedir.

İlam maddesinde tazmin hükmünün; muayene ve kabul raporunun düzenlenmesinden on ay sonra ve bir kiralama işlemi süreci sonrasında niversite Yapı İşleri Daire Başkanlığının hazırlamış olduğu teknik inceleme raporuna dayanılarak verildiği ve yukarıda yer verilen hususların dikkate alınmadığı düşünüldüğünde tazmin hükmünün kaldırılması gerekir.)