

SAYIŐTAY KARARLARI

•Temyiz Kurulu Kararları

TEMYİZ KURULU KARARI

Tarih : 09.05.2018

No : 44478

Konu: Yurtdışında görevlendirilen Belediye Başkanı ile Meclis Üyelerinin yol masrafı, gündelik ve konaklama bedellerinin bir kısmı yerine; konaklama bedellerinin tamamı ile ödenmemesi gereken transfer bedellerinin ödenmesi.

248 sayılı İlamın 13'üncü maddesinde, Karşılaştırılmalı Belediyecilik ve Turizm Toplantı ve Araştırma Gezisine katılmak üzere görevlendirilen Belediye Başkanı ile 16 meclis üyesi ve zabıta memuruna yol masrafı, gündelik ve konaklama bedellerinin bir kısmı yerine; konaklama bedellerinin tamamı ile ödenmemesi gereken'daki transfer bedellerinin ödenmesi sonucu-TL kamu zararına neden olduğu gerekçesiyle tazmin hükmolunmuştur.

İlamda Harcama Yetkilisi olarak sorumlu tutulan ile Gerçekleştirme Görevlisi olarak sorumlu tutulan ... aynı mahiyetteki dilekçelerinde,

İnceleme-Tetkik gezisine katılacak kişilerin şahsına yapılan ödemelerin, 6245 sayılı Devlet Memurları Harcırah Kanunları hükümlerince ön avans olarak yapılmış olup, imza karşılığında verildiğini, İlamda'da gerçekleştirilen gezinin transfer ücretlerinin çok yüksek olduğu ve tren ile transferlerin yapılmasının belirtildiğini, ... bir Akdeniz ülkesi olduğundan, gezinin düzenlendiği ay, ...'ya en fazla turistin gittiği aylardan biri olup, fiyatlar hesaplanırken bu durumun da dikkate alınması gerektiğini, Gezinin düzenleneceği zaman İdarece bir araştırma yapılmış olup, yapılan araştırma sonucu, gezinin kişi başı maliyetinin TL civarında olduğunun görüldüğünü, kamu zararına sebep olmamak adına birden fazla tur şirketi ile görüşüldüğünü ve en uygun transfer teklifi veren tur şirketi ... Turizm Organizasyon firması ile de anlaşma sağlandığını,

Hiçbir genelge ve tebliğde transfer miktarlarına ilişkin bir sınırlandırma belirtilmediğini, İlamda, ...'da ödenmesi gereken yol masrafı olarak, sadece iki adet tren seferinin bedelinin hesaplandığını, 7 günlük bir gezide, heyetin sadece iki kez hızlı tren kullanması ve başka hiçbir vasıta kullanmamasının hayatın olağan akışına aykırı olduğunu, sefer fiyatlarının ... demiryolları sitesinden alındığının belirtildiğini, ancak, hangi tarih ve hangi saate ait olduğunun belirtilmediğini,

Yukarıda da bahsedildiği gibi ...'nın en fazla turist aldığı ve en pahalı olduğu tarihlerde tüm ulaşım fiyatlarının, normal ulaşım fiyatlarının 2 katına

çıkabildiğini, 7 günlük bir ... gezisinde, Tur şirketi tarafından ayarlanan araçlar değil de toplu kullanım taşıtları kullanılsa dahi sadece iki kez hızlı tren kullanılması ve başka hiçbir araç kullanılmamasının mümkün olmadığını,

Gidilecek yerlerin birbirine uzak olması, gezi güzergâhının önceden bilinmemesi, gezi grubunun kalabalık olması ve zaman kısıtlılığı nedenleri ile tur şirketi ile anlaşılmasının daha az maliyetli olduğunu ortaya koyduğunu, tüm transferler ve rehberlik hizmetinin çok cüzi miktarlarla tur şirketi tarafından sağlandığını,

Kabul anlamına gelmemekle birlikte, Sayın Daire tarafından verilen karara dayanak raporda ağır hesap hataları bulunduğunu belirterek Daire tarafından verilen kararın bozulmasını talep etmişlerdir.

Başsavcılık mütalaasında;

“... ”

Sorumlular savunmalarında;

Taraflarınca fiyat araştırması yapılarak en uygun teklifi veren firma ile anlaşma yapıldığını, dayanak raporda belirtilen hesaplamaların usul ve yasaya aykırı olduğunu ve gerçeği yansıtmadığını, transfer miktarını sınırlamaya yönelik herhangi bir düzenlemenin olmadığını, günde iki kez hızlı tren kullanmanın hayatın aksına aykırı olduğunu, gerçek fiyatının nasıl alındığının tartışma konusu olduğunu, gidilecek yerlerin birbirinden uzak olduğunu, gezi güzergâhının önceden bilinmemesi, kalabalık olması ve zaman kısıtlılığı nedeniyle tur şirketi ile anlaşıldığını ve daha az maliyetli olduğunu, kamuyu zarara uğratmadıklarını, bu nedenle verilen tazmin hükmünün kaldırılmasını talep etmiştir.

Talep yerinde görülmüştür.

Toplantı ve araştırma gezisinin hizmet alımı yolu ile yapılmasının mevzuata aykırı olmadığı ve hizmetin gereklerine uygun olduğu ve 5018 sayılı Kanun’un Kamu Zararı Başlıklı 71’inci maddesi “Kamu zararı; kamu görevlilerinin kasıt, kusur, veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır” hükmü gereği, yukarıda belirtilen hususlar birlikte değerlendirildiğinde, yapılan harcamaların kamu zararı oluşturduğunda ilişkin illiyet bağı kurulamamıştır.

Bu nedenle sorumlu talebinin kabul edilerek sorumlu uhdesinden tazmin hükmünün kaldırılmasının yerinde olacağı düşüncesi ile,

Arz olunur” denilmiştir.

Dosyada mevcut belgelerin okunup incelenmesinden sonra,

GEREĞİ GÖRÜŞÜLDÜ.

... Rapor dosyası ve eki belgelerin incelenmesi sonucunda;

Belediye Meclisi'nin 05.09.2014 tarih 418 sayılı Kararında; ...'dan(Tour Operatör) firmasının davetlisi olarak 19-25 Eylül 2014 tarihleri arasında ...'nın şehirlerinde gerçekleştirilecek olan "... - Türkiye Karşılaştırılmalı Belediyecilik Ve Turizm Toplantı ve Araştırma Gezisi"ne katılmak üzere Belediye Başkanı ile 16 meclis üyesinin katılmaları uygun bulunmuş ve kendilerine 6245 sayılı Harcırah Kanunu'na göre yol ve yevmiyelerinin Belediye Bütçesinden ödenmesi kararlaştırılmıştır.

Söz konusu gezinin giderlerinin karşılanabilmesi için Zabıta Memuru'ya TL kredi (Temsil ve tanıtma giderleri kodundan) açılmış, kredinin mahsup edildiği ödeme emri ve eki gerçekleştirme belgeleri incelendiğinde ise, yurtdışına geçici görevlendirilenlere ait "Yurtdışı geçici görev yolluğu bildirimleri"nin yer aldığı, bu bildirimlerde;

- a) ...'ya gidiş-dönüş yol masraflarının (uçak biletleri tutarı),
- b) ...'da otel konaklama ücretlerinin (6 gece),
- c)...'daki transfer bedellerinin yer aldığı,

Geziye katılanların vermiş oldukları bildirimlerin hepsinde aynı şekilde a ve b'de zikredilen tutarların yanı sıra, "Hotel + yeme içme + taksi + ara transferler + resmi ziyaretler için transferler" olarak belirtilen transferlerin yer aldığı, buna karşılık görevlendirilenlere gündelik ödenmediği,

Ödeme emri ile açılan TL kredinin borç ve alacak artışı olmadan, ibraz edilen harcama belgeleriyle aynen kapatıldığı görülmüştür.

Görev Yolluğu bildirimlerine bakıldığında, görevlendirilenlere yurtdışı gündeliği ödenmediği (bildirimlerde beyan edilmemiş), ...'da yapılan "transfer bedeli" ödemelerinin kişi başına, konaklama bedelinin tamamının TL olarak beyan edildiği ve söz konusu gezi ile ilgili konaklama bedeli ile ...'daki transfer bedelleri faturalarının ve uçak bileti tahsilat makbuzunun ... Turizm Organizasyon tarafından düzenlenmiş olduğu görülmektedir.

6245 sayılı Harcırah Kanunu'nun 3'üncü ve 7'nci maddelerinde, memurlar ile kurumlarında ödenek mukabilinde çalışanlara (Belediye başkanları, meclis üyeleri vs.) bu Kanun'a göre harcırah verileceği belirtilmiş, aynı Kanun'un 14'üncü maddesinde de Kanun'un 1'nci maddesinde yazılı kurumlara ait bir görevin yerine getirilmesi amacıyla geçici görevle yurt içinde veya dışında başka bir yere gönderilen memur ve hizmetlilere, geçici görev yolluğu olarak yol masrafı ve yevmiye ödenmesi gerektiği hükme bağlanmıştır.

Aynı Kanun'un "Yurtdışında yol masrafı" başlıklı 29'uncu maddesinde, yurtdışında geçici görev yolculuklarında, uçak bilet bedelinin yol masrafı olarak ödenebileceği, ayrıca buna terminal ile ikamet yeri arasındaki taşıt ve hamal ücretinin ilave olunacağı ifade edilmiştir.

"Yurtdışında verilecek gündeliklerin miktarı" başlıklı 34'üncü maddesinde ise, bu Kanun gereğince verilecek yurtdışı gündeliklerinin miktarı, gidilecek ülkeye, memur ve hizmetlilerin aylık veya ücret tutarları ile görevin mahiyetine göre, mali yıl itibariyle ve Maliye Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca tayin olunacağı belirtilmiştir.

25.12.2014 tarih 28893 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Bakanlar Kurulu Kararının eki "Yurt Dışı Gündeliklerine Dair Karar" ın 4' üncü maddesinin 1'inci fıkrasında, Türkiye'den başka ülkelere geçici görevle gönderilenlere, seyahat süresinin ilk on günü için ödenecek gündeliklerin ekli cetveldeki miktarın %50 artırılması suretiyle hesaplanacağı, 2'nci fıkrasında, Türkiye'den yurtdışına geçici görevle gönderilenlerden, seyahat ve ikamet süresinin ilk on günü ile sınırlı olmak kaydıyla, yurtdışında yatacak yer temini için ödedikleri ücretleri fatura ile belgelendirenlere, faturada gösterilen günlük yatak ücretinin birinci fıkrada belirtildiği şekilde artırımlı olarak hesaplanan gündeliklerinin % 40'ına kadar olan miktar için bir ödeme yapılmayacağı, %40'ını aşması halinde ise aşan kısmın sadece %70'inin ayrıca ödeneceği belirtilmiştir.

İçişleri Bakanlığı Mahalli İdareler Genel Müdürlüğünün 20.06.2005 tarih 2005/62 sayılı Genelgesinde ise, Belediyelerin seçilmiş ve atanmış personelinin yurtdışı görevlendirilmelerinde;

"Görevlendirilmeler için belediye meclisinden karar alınacağı,

Kamu kurum ve kuruluşları, Belediye birlikleri ve "kamuya yararlı dernek" statüsünde bulunan mahalli idare dernekleri dışındaki kişi, dernek, şirket, vakıf vb. kuruluşlar tarafından kurs, seminer, inceleme gezisi vb. adlarla yurtdışında

düzenlenen programlar için personel görevlendirilmeyeceği ve harcırah ödenmeyeceği,

Görevlendirilen personele 6245 sayılı Harcırah Kanunu hükümlerine göre harcırah giderleri dışında herhangi bir ödeme yapılmayacağı,

Organizasyonu düzenleyen kuruluşa (var ise) herhangi bir ad altında (eğitim giderleri, hizmet satın alınması, konaklama ücreti, rehberlik ücreti vb.) ödeme yapılmasının mümkün olmadığı,

Belediye bütçesinden ödeme gerektiren veya gerektirmeyen her türlü yurtdışı görevlendirilmelerde sayılan usul ve esaslara uyulması ve uygulamanın bu esaslara göre yürütülmesi gerektiği” belirtilmiştir.

... Belediye Meclisi'nin 05.09.2014 tarih ve 418 sayılı Kararında da; söz konusu geziye Belediye Başkanı ile 16 meclis üyesinin katılmalarına ve geziye katılanların 6245 sayılı Harcırah Kanununa göre yol ve yevmiyelerinin Belediye bütçesinden ödenmesine karar verilmiştir.

Bahsedilen mevzuat hükümleri gereğince, yurtdışında görevlendirilen personele sadece yol masrafı ve yevmiye ile konaklama bedelinin yukarıda belirtilen bir kısmı ödenebilecektir. Bunun dışında organizatör kuruluşa herhangi bir ad altında ödeme yapılması mümkün değildir. Yurt dışı görevlendirmelerde organizasyon değil personel ekseni ödeme öngörülmüştür.

Yine Genelgede, Kamu kurum ve kuruluşları, Belediye birlikleri ve “kamuya yararlı demek” statüsünde bulunan mahalli idare dernekleri dışındaki kişi, demek, şirket, vakıf vb. kuruluşlar tarafından kurs, seminer, inceleme gezisi vb. adlarla yurtdışında düzenlenen programlar için personel görevlendirilmeyeceği ve harcırah ödenmeyeceği belirtilmesine rağmen, belirtilen kuruluşlardan olmayan ...'dan “...” adındaki tur operatörü bir firmanın düzenlediği program için görevlendirme yapılmıştır.

Yapılan görevlendirme için, yukarıda bahsedilen mevzuat ve meclis kararında da belirtildiği üzere sadece yol masrafı ve yevmiye ile konaklama bedelinin bir kısmının, “03.3.3.01 Yurtdışı Geçici Görev Yollukları” kodundan ödenmesi gerekirken, “03.6.1.01 Temsil, Ağırlama, Tören, Fuar, Organizasyon Giderleri” kodundan ödenmiştir ki, bu mümkün değildir.

Ayrıca, Zabıta Memuru, meclis kararında görevlendirilenler arasında ismi olmamasına rağmen geziye katılmıştır.

Bütün bahsedilenlerden hareketle, kişiler bazında ...'da yapılan görevlendirilmeler için Harcırah Kanunu'na göre ödenmesi gereken (gündelik, yol masrafı ve konaklama bedelinin ödenmesi öngörülen kısmı) tutar İlamda kamu zararı tablosunda ayrıntılı olarak gösterilmiş olup, bunun üzerinde yapılan ödeme kamu zararı oluşturmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, sorumluların iddialarının reddi ile 248 sayılı İlamın 13'üncü maddesiyle TL'ye verilen tazmin hükmünün TASDİKİNE,

TEMYİZ KURULU KARARI

Tarih : 14.03.2018

No : 44206

Konu: Doğrudan temin yöntemi ile yapılan alımlarda piyasa liste fiyatının üzerinde ödeme yapılması.

149 sayılı ilamın 2 nci maddesi ile; ... Festivali kapsamında doğrudan temin ile satın alınan üç adet 48.000 BTU salon tipi ... Klima için piyasadaki ... Liste Fiyatlarının üzerinde ödeme yapılması nedeniyle ... TL'ye tazmin hükmü verilmiştir.

41255 nolu dosya ile temyiz talebinde bulunan sorumlu ... (gerçekleştirme görevlisi-Levazım Şb.Müd.) adına Av. ... temyiz dilekçesinde özetle;

12.11.2014 tarihli 460 numara ile ... Festivali kapsamında doğrudan temin ile KDV hariç ... TL'ye üç adet 48.000 BTU salon tipi ... marka klima satın alındığını,

Bu tür alımların; daha önceden öngörülemeyen ve ani ortaya çıkan ihtiyacın giderilmesine yönelik olduğunu, satın alma işleminin ivedilikle gerçekleştirilmesi gerekliliği, satın alınan yapılabacağı yerdeki yetersiz piyasa koşulları ve ürünü satan iş yeri sayısının azlığı, yaz sezonu olması ve sadece klima alımı değil bunun montajı ve söküm işlerinin de satın alma kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini,

Ayrıca piyasa araştırmasına konu edilen sadece bu ürünlerin olmadığını, aynı anda çadır alınması ve kurulması, seyyar WC kiralınması, salon tipi klima alınması, split klima kiralınması vs. gibi iş ve işlemlerin de aynı kişi yani müvekkil tarafından aynı dar zaman dilimi içinde gerçekleştirildiğini,

Piyasa araştırmasının sadece bulunulan lokasyonda değil, çevre il ve ilçelerde de yürütüldüğünü ancak mevsimin yaz olması, turizm nedeniyle aşırı kalabalıklaşan bölgede esnafın "TALEBİ FIRSATA ÇEVİRME GAYRETİ" ve sadece ürünün satın alınmasıyla işin bitmemesi montaj ve söküm için de servis hizmetinin istenilen sınırlı süre içinde sunulamamasının müvekkilin işini etkileyen faktörler arasında olduğunu, bütün bu hususların kamunun zarara uğratılıp uğratılmadığı yönünde karar verilirken göz ardı edilmemesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir.

Başsavcılık mütalaasında;

“Dilekçede; ilamın 2 nci maddesine ilişkin olarak, klima alımının önceden öngörülemeyen ve ani olarak ortaya çıkan bir ihtiyacın giderilmesine yönelik olduğu ve klimaların temini için ... ve ilçelerinde yapılan araştırmalarda yaz sezonu olması nedeniyle temin sıkıntısı yaşandığı, bu nedenle de piyasa araştırmasının İstanbul’daki firmalardan yapıldığı ve en avantajlı teklifi sunan yerden alımın yapıldığı ayrıca klimanın montaj ve söküm işlerinin de satın alma kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmekte ve tazmin hükmünün kaldırılması istenilmektedir.

İlamda da belirtildiği üzere ... Festivali her yıl geleneksel olarak düzenlenen bir festival olup, kurulan çadırlara klima gerekli ise bunun önceden araştırılıp satın alınması gerekirdi. Klimaların Antalya ve çevresinde bulunmadığı yönündeki iddiayı kanıtlayıcı bir belge sunulmadığı gibi, ... bayilerinde olmayan salon tipi klimaların İstanbul’dan reklam, ses ve görüntü üzerine çalışan firmalardan temin edilebilmesi düşündürücüdür. ... tarafından yayınlanan listede fiyatı ...-TL olan klimalar, ...-TL den satın alınmıştır. Fiyat araştırma tutanağında sadece ses, ışık, sahne, görüntü, reklam şirketlerinden teklif alındığı anlaşılmaktadır. Diğer taraftan satın alınan İstanbul’dan yapılmış olması nedeniyle fiyata taşıma ve montaj giderlerinin de dahil edildiği iddia edilmekte ise de alımla ilgili böyle bir ayrıntı bulunmamaktadır. Kaldı ki ... marka ürünlerin kurulumunun yetkisiz kişiler tarafından yapılması durumunda ... tarafından verilen garanti geçerli olmayacaktır.

5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu’nun 8 inci maddesinde, her türlü kamu kaynağının elde edilmesi ve kullanılmasında görevli ve yetkili olanların kaynakların etkili, ekonomik, verimli ve hukuka uygun olarak elde edilmesinden, kullanılmasından sorumlu oldukları hükmü yer almaktadır. Klimaların temininde bu hükme uyulmamıştır. Bu nedenle talebin reddedilerek Daire kararının onanmasına” denilmiştir.

Dosyada mevcut belgelerin okunup incelenmesinden sonra,

GEREĞİ GÖRÜŞÜLDÜ:

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun “Kişisel sorumluluk ve zarar” başlıklı 12 nci maddesinde;

“Devlet memurları, görevlerini dikkat ve itina ile yerine getirmek ve kendilerine teslim edilen Devlet malını korumak ve her an hizmete hazır halde bulundurmak için gerekli tedbirleri almak zorundadırlar.

Devlet memurunun kasıt, kusur, ihmal veya tedbirsizliği sonucu idare zarara uğratılmışsa, bu zararın ilgili memur tarafından rayiç bedeli üzerinden ödenmesi esastır.

Zararların ödettirilmesinde bu konudaki genel hükümler uygulanır. Ancak fiilin meydana geldiği tarihte en alt derecenin birinci kademesinde bulunan memurun brüt aylığının yarısını geçmeyen zararlar, kabul etmesi halinde disiplin amiri veya yetkili disiplin kurulu kararına göre ilgili memurca ödenir.” denilmiş,

5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu’nun “Hesap Verme Sorumluluğu” başlıklı 8 inci maddesinde;

“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.” hükmü yer almıştır.

Aynı Kanun’un “Kamu Zararı” başlıklı 71 inci maddesinde ise;

“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;

- a) İş, mal veya hizmet karşılığı olarak belirlenen tutardan fazla ödeme yapılması,
- b) Mal alınmadan, iş veya hizmet yaptırılmadan ödeme yapılması,
- c) Transfer niteliğindeki giderlerde, fazla veya yersiz ödemede bulunulması,
- d) İş, mal veya hizmetin rayiç bedelinden daha yüksek fiyatla alınması veya yaptırılması,
- e) İdare gelirlerinin tarh, tahakkuk veya tahsil işlemlerinin mevzuata uygun bir şekilde yapılmaması,
- f) (Mülga)
- g) Mevzuatında öngörülmediği halde ödeme yapılması,

Esas alınır.

Kontrol, denetim, inceleme, kesin hükme bağlama veya yargılama sonucunda tespit edilen kamu zararı, zararın oluştuğu tarihten itibaren ilgili mevzuatına göre hesaplanacak faiziyle birlikte ilgililerden tahsil edilir...” denilmiştir.

Temyiz dilekçesinde klimaların temini için ... ve ilçelerinde yapılan araştırmalarda yaz sezonu olmasından dolayı klimaların zamanında temin edilemediği, bu nedenle piyasa araştırmasının ...'daki firmalardan yapıldığı, yapılan araştırma sonucunda en avantajlı teklifi sunan ... Ses Işık Sistemleri San. Ltd. Şti.'nden klimaların temin edildiği, nakliye- montaj gibi giderlerin de fiyata dâhil edildiği belirtilmişse de;

... Festivalinin her yıl geleneksel olarak düzenlenen bir festival olduğu, klima alımının festival kapsamında gerçekleştirilen olağan bir gider olduğu ve önceden öngörülebildiği, kurulan çadırlara klima gerekli ise bunun daha önceden araştırılıp satın alınması gerektiği, sorumlular tarafından klimanın ... ve çevresindeki satış bayilerinde bulunmadığı iddialarının yazılı belge ile ispat edilemediği, fiyat araştırma tutanağına bakıldığında sadece ses, ışık, sahne, görüntü, reklam şirketlerinden teklif alındığı, ayrıca satın alınan İstanbul'dan yapılmış olması nedeniyle fiyata taşıma ve montaj giderlerinin de dahil edildiği iddia edilmekle birlikte buna ilişkin bir bilginin alımla ilgili belgeler içerisinde yer almadığı anlaşıldığından; satın alınan 3 adet 48.000 BTU salon tipi klima için piyasadaki liste fiyatlarının üzerinde ödeme yapılması mevzuata aykırıdır.

149 sayılı ilamın 2 nci maddesi ile ... TL'ye ilişkin olarak verilen tazmin hükmünün TASDİKİNE,

TEMYİZ KURULU KARARI

Tarih : 14.03.2018

No : 44228

Konu: Yapım işinin projelerin kusurlu olmasından dolayı feshedilmesine rağmen uygulanamayan projeleri hazırlayan firmaya yaptırım uygulanmamış olması.

200-293 sayılı ek ilamın 1 inci maddesi ile; ... Ltd. ile ... iş ortaklığı yüklenimindeki "Prof. Dr. ...Parkı İnşaatı" yapım işinde, sözleşmenin feshedilmesi ve fesih nedeni olarak projelerin kusurlu olması ve bu nedenle önemli oranda değişikliğe gidilmesi gerektiği belirtilmesine rağmen, hizmet alımı yolu ile alınmış uygulama projesini hazırlayan firmaya (... Mimari Tasarım) herhangi bir yaptırım işlemi uygulanmaması nedeniyle ... TL'ye tazmin hükmü verilmiştir.

Sorumlu temyiz dilekçesinde özetle; ilamda, "... firma tarafından hazırlanan projelerin hatalı olduğu, bu hatalı projelerin neden kabul edildiği ve söz konusu kusurların fark edilmiş olmasına rağmen neden işlem yapılmadığı, projelerin başka alanda kullanıldığının belirtilmesine rağmen nerde ve nasıl kullanıldığının belirtilmediği" hususları belirtilerek kamu zararının ilgililerden tazminine karar verildiğini,

Daha önceki savunmalarda da belirttiği üzere; ... Büyükşehir Belediyesi Fen İşleri Daire Başkanlığınca 2012/198378 kayıt numarası ile ihale edilen "Prof. Dr. ...Parkı İnşaatı" işi ile ilgili olarak;

Mülkiyeti belediyeye ait olan ...Parkının, 08.11.1994 tarihinde yapılan ihalede 1994/51 sayılı Encümen kararıyla, imar planına göre yeşil alan olarak düzenlenen alanda kafeterya, çay bahçesi, spor tesisleri, WC ile zemin altındaki otoparkın 17 yıllığına, market bölümünün ise 32 yıllığına intifalı olarak yapı-ışlet-devret modeliyle ihale edildiğini, ...Parkının olduğu alandaki kafeterya, çay bahçesi, spor tesisleri, WC ile zemin altındaki otoparkın 17 yıllık intifa süresi dolduğunda müstecir tarafından bu yerlerin belediyeye teslim edildiğini, parkın altında bulunan market bölümünün intifa süresinin ise devam ettiğini,

Şehir merkezinde uzun yıllardır park olarak kullanılan ve fakat eskiyen bu parkın yeniden düzenlenerek halkın kullanımına sunma ihtiyacının doğduğunu bu nedenle öncelikle bu yerle ilgili bir proje alımı ve akabinde uygulama yapılması için çalışmaların başlatıldığını,

Yapılan ihalede ...Parkı Kentsel Uygulama Projesi İşinin ... Mimari Tasarım firması tarafından yapıldığını, proje uygulama aşamasında ise projenin hatalı olmasından değil, idare tarafından bazı revizelerin öngörülmesi ve bu revizelerin yapılmasıyla projenin önemli oranda değişeceğinin fark edildiği, yer teslimi yapılmadan işin tasfiyesinin yapıldığını, iddia edildiği gibi projenin hatalı olması nedeniyle değil, idareden kaynaklanan sebeplerle tasfiye işleminin yapıldığını, şöyle ki;

Yüklenicinin statik projelerin uygulanması aşamasındaki talebi üzerine zemin etüd çalışmaları ve statik performans analizleri yapıldığını, yapılan değerlendirme sonucunda, mülkiyeti belediyeye ait olup yap-işlet-devret modeli ile yapılan ve parkın altında bulunan market içinde, belediyenin bilgi ve onayı olmadan statik dayanımı etkileyen revizyonların yapıldığının görüldüğünü,

Dolayısıyla proje performansının (taşıma gücünün) değiştiğinin tespit edildiğini,

Bu nedenle uygulama projesinde yapılması istenilen kafeterya ve WC binalarının uygulamasının yapılabilmesi için mevcut binada (market alanında) güçlendirme yapılmasının öngörüldüğünü,

Güçlendirmenin, uygulama maliyetlerinin yüksek olması nedeniyle bu binaların yapımından vazgeçildiğini, park içerisinde mevcutta yer alan ve projede yeni önerisi bulunduğu için kaldırılması öngörülen kafeteryanın tadilat maliyeti daha düşük olduğundan tadilat yapılarak kullanılmasının gündeme geldiğini,

Dolayısıyla ... Mimari Tasarım firmasından hizmet alımı yoluyla alınan projenin kusurlu olduğundan bahsedilemeyeceğini,

Yapılan analiz sonuçlarına göre; alana ait genel vaziyet planında yer alan sadece kafeterya ve WC projelerinin uygulanmasının iptalinin gündeme geldiğini, genel çevreye ait projelerin (mimari, statik, elektrik ve mekanik) aynen uygulandığını,

Söz konusu ihaleye ait sözleşmenin 27 nci maddesinde;

“Sözleşme Kapsamında Yaptırılacak İlave İşler, İş Eksilişi ve İşin Tasfiyesi” başlığı altında idarenin uygulama projesi üzerinde değişiklik yapma hakkının saklı tutulduğunu dolayısıyla, işin sahibi idarenin proje üzerindeki bir takım imalatlarda iş eksilişi yapmak metodu ile ihale edilen iş üzerinde değişiklik yapabildiğini,

Park içerisinde mevcutta yer alan ve projede yeni önerisi bulunduğu için kaldırılması öngörülen kafeteryanın tadil edilerek kullanılabilir hale getirildiğini,

Ayrıca ilgili işin uygulama projelerinin temin edildiği ... Mimari Tasarım firmasının hazırlamış olduğu projelerin tip proje olduğu, idare tarafından farklı alanlarda değerlendirilebileceği ve projenin kusurlu olmadığını,

Dolayısıyla; projeleri hazırlayan firmaya herhangi bir yaptırım uygulanmadığını, ayrıca ... mimari tasarım firmasının hazırlamış olduğu projeler farklı alanlarda değerlendirilebileceğinden fazla ödemenin söz konusu olmadığını,

Projenin bir kısmının genel çevreye ait projelerin (mimari, statik, elektrik ve mekanik) aynen uygulandığını,

Yine kararda karşı oy kullanan üyeler ... ve ... karşı oy gerekçelerinde belirtildiği üzere, idarenin 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 475 inci maddesinde belirtilen seçimlik haklarını kullanma muhtariyetinin olduğu ve bu hakkın her zaman kullanabileceğini, zeminin market olduğunun anlaşılması üzerine de projelerin önemli oranda değiştirilmesinin zorunlu olduğunu, yer teslimi yapılmamış işin tasfiye edilmesinin gerektiğini, yüklenicinin kusurundan bahsedilmeyeceğini ve idarenin işin tasfiyesine karar vermesinin yerinde olduğunu,

Yine Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 09.11.1991 tarih ve E:1991/15-340, K: 1991/467 sayılı kararında da belirtildiği üzere; "alacaklı borcun yerine getirilmemesi halinde BK 106/2 deki haklarını her zaman kullanabilir, ancak kullanmak zorunda da değildir," denilerek iş sahibinin seçimlik haklarını kullanmak zorunda olmadığını belirtildiğini,

İdarenin de bu yetkiyi kullanmadığını ve sonuca etkili olmayan, kararda belirtilen eksiklikleri gerekçe göstererek işin tasfiyesine karar vermediğini, bu sebeple yükleniciye yapılan ödemede bir usulsüzlük ve fazla ödeme bulunmadığını belirterek verilen hükmün kaldırılmasını istemiştir.

Başsavcılık mütalaasında;

"... Dairesince, Büyükşehir Belediyesince sözleşmesi feshedilen yapım işinde, sözleşmenin fesih nedeni olarak projelerin kusurlu olması ve bu nedenle önemli oranda değişikliğe gidilmesi gerektiği belirtilmesine rağmen hizmet alımı yolu ile uygulama projesi hazırlayan firmaya herhangi bir yaptırım uygulanmadığı gerekçesine dayalı tazmin hükmü verildiği görülmüştür.

Sorumlular; yeşil alan olarak düzenlenen alanda, 32 yıllığına intifalı olarak yap-işlet- devlet modelle ihale edilen muhtelif tesisler bulunduğu, bunların intifa süresi dolanların belediyeye teslim edildiği ve parkın altında bulunan market bölümünün intifa süresi devam ettiği, uygulama aşamasında projenin hatalı olmasından değil, idare tarafından bazı revizelerin istenmesi ile projenin değişmesi gerektiğinin görülmesi üzerine tasfiye işleminin yapıldığı, dolayısı ile projeyi hazırlayan firmaya bu nedenle yaptırım uygulanmadığı, dolayısı ile kamu zararı oluşmadığından dolayı kararın bozularak tazmin hükmünün kaldırılmasını talep etmiştir.

Sorumluların savunmaları yargılama sırasında dile getirilmiş olup karar aşamasında değerlendirilmiştir. Buna göre savunmalar Dairece verilen kararın gerekçelerini karşılamaktan uzak olup verilen kararın tasdikinin uygun olacağı düşünülmektedir.” denilmiştir.

Dosyada mevcut belgelerin okunup incelenmesinden sonra,

GEREĞİ GÖRÜŞÜLDÜ:

Mülkiyeti belediyeye ait olan ...Parkının, 08.11.1994 tarihinde yapılan ihalede 1994/51 sayılı Encümen kararıyla, imar planına göre yeşil alan olarak düzenlenen alanda kafeterya, çay bahçesi, spor tesisleri, WC ile zemin altındaki otoparkın 17 yıllığına, market bölümünün ise 32 yıllığına intifalı olarak yap-işlet-devret modeliyle ihale edildiği, ...Parkının olduğu alandaki kafeterya, çay bahçesi, spor tesisleri, WC ile zemin altındaki otoparkın 17 yıllık intifa süresi dolduğunda müstecir tarafından bu yerlerin belediyeye teslim edildiği, parkın altında bulunan market bölümünün intifa süresinin ise devam ettiği,

Parkın yeniden düzenlenerek halkın kullanımına sunulması amacıyla öncelikle uygulama projelerinin hazırlanması sonrasında da yapımına geçilmesinin düşünüldüğü bu kapsamda;

...Parkı Kentsel Tasarım Projesi Yaklaşık Maliyet Belirleme Analizinin idare tarafından;

Mimari uygulama projeleri oda en az bedeli: ... TL

Statik uygulama projeleri oda en az bedeli: ... TL

Mekanik uygulama projeleri oda en az bedeli: ... TL

Elektrik uygulama projeleri oda en az bedeli:... TL

Animasyon yapımı: ... TL

Metraj ve maliyet hesapları, teknik şartnameler: .. TL

Toplam: ... TL,

şeklinde tespit edildiği,

... Mimar Tasarımın; Mimari uygulama projeleri bedeli, Statik uygulama projeleri bedeli, Mekanik uygulama projeleri bedeli, Elektrik uygulama projeleri bedeli, Animasyon yapımı, Metraj ve maliyet hesapları, teknik şartnameler toplamı: ...TL (+KDV) olarak verdiği teklifin, idarece en uygun teklif kabul edilerek 4734 sayılı Kanun'un 22/d maddesine göre adı geçen firmaya yaptırılmasına 07.09.2012 tarihinde karar verildiği anlaşılmaktadır.

...Parkı Kentsel Tasarım Projesi teknik şartnamesinde projenin konusu; "İmar planı kararları doğrultusunda alana ilişkin kentsel tasarım projelerinin hazırlanması, umumi wc, büfe, kafeterya ve kent mobilyalarının tasarlanması, aydınlatma projelerinin yapılması ve alanın ihtiyaçlarına cevap vermek üzere sağlıklı, yaşanabilir, ergonomik, sürdürülebilir ve estetik bir çevre elde edilmesi konulu, alanın doğal, kültürel ve tarihi özellikleri göz önüne alınarak ekonomik ve uygulanabilir, uygulanması, bakım ve temizliği kolay mekanlar yaratan bir tasarım için kesin proje ve uygulama projelerinin hazırlanması. İdare tarafından yükleniciye mimariye ait taslak proje verilecektir. Yüklenici teknik çizim ve detaylarını verilen taslak doğrultusunda tamamlayacaktır. Mimari proje müelliflik hakları idareye ait olacaktır. Sözleşme çerçevesinde, yüklenici bu ihale/sözleşme dokümanlarında tanımlı hizmetlerin temininden sorumlu olacaktır." şeklinde belirtilmiştir.

Teknik şartnamede "Mühendislik hizmetleri uygulama projesi" başlığı altında taşıyıcı elemanların betonarme projesindeki ölçülere göre belirtilmesi, binanın taşıyıcı sistemi ile kullanılacak malzeme tespitinde sırasıyla; mimari, mühendislik (mukavemet, stabilite), ekonomi hususlarının göz önüne alınması, bunun için mukayese ve tahkik hesaplarının yapılması, mimari uygulama proje ve ölçeklerine uygun olarak hazırlanan statik hesap ve proje ve detayların çizim tekniğine uygun olması, ihale hazırlığı için demir, beton, ahşap ...vb. malzemelere ait keşif özeti ve metrajlar, fenni şartnameler, varsa özel imalatların yapımı için teknik şartnamelerin düzenlenmesi istenilmiştir.

Şartnamenin “Çeşitli hususlar” başlığı altında da;

“Yüklenici firma işe başlamadan önce projesi hazırlanacak araziye yerinde görecek ve ilerde bu hususta bir mazeret sunmayacaktır. Yapılacak projeler ölçeklerine uygun teknikte yapılacak ve idarenin istediği tüm detaylar proje üzerine işlenecektir. (Gerekirse idare ilgili projenin teknik şartnamesinde belirtilen detaylar dışında ek proje detayları talep edebilir. Yüklenici firma bununla ilgili olarak ek bir ücret talebinde bulunamaz.)

...

İdare isterse projeler üzerinde izin almaksızın kendisi de değişiklik yapabilir.

Yüklenici yaptığı ve/veya yapacağı projelerin ve raporların eksiklik ve yanlışlıklarından olabilecek olumsuz sonuçlardan direk sorumludur. Projelerin idare tarafından görülmüş ve onaylanmış olması yükleniciyi bu sorumluluktan kurtaramaz.

...” denilmiştir.

Yukarıda kısaca teknik şartname hükümlerine yer verilen ...Parkı Kentsel Uygulama Projesi İşi anahtar teslimi götürü bedel olarak yaptırıldıktan sonra;

28.01.2013 tarihinde Fen İşleri Daire Başkanlığı tarafından “...Parkı İnşaatı” için ihale yapıldığı, ihalenin ... TL teklifi veren ... Tur İnş. Turz. Petrol Paz. San. ve Tic. Ltd. Şti. ... İş Ortaklığı yüklemine kaldığı,

Söz konusu işin 25.02.2013 tarihinde sözleşmesinin imzalandığı,

Sözleşmenin imzalanmasının ardından yüklenici iş ortaklığının; ihale konusu işin uygulama alanının altının market olarak kullanılması nedeniyle uygulanacak proje ve statik raporlarına göre arazi ve zemin etüd çalışmalarının yapılmasını talep ettiği,

Bu arada ihale kapsamında yer alamayan ve idare tarafından yaptırılmasına karar verilen yıkım ve söküm ile ilgili işlemler o tarihte tamamlanmadığından yer tesliminin yapılamadığı,

Aradan geçen süre zarfında yıkım ve söküm işlerinin tamamlandığı, yüklenicinin talebi üzerine sonradan yapılan etüd çalışmalarının, statik performans analizlerinin ve raporlarının değerlendirilmesinin yapıldığı,

Yapılan değerlendirme sonucunda proje üzerinde ciddi oranda değişiklik yapılmasının gündeme geldiği, uygulamaya esas revize projeler hazırlandığı,

Ancak yüklenici iş ortaklığının, 26.06.2013 tarihinde idareye gönderdiği noter ihtarında yer tesliminin yapılamamasından dolayı yaşanan gecikmelerin idareden kaynaklandığı ve gecikme boyunca firmanın zarara uğradığı dolayısıyla sözleşmeyi tek taraflı fesih etme haklarının saklı olduğunun ileri sürüldüğü, fesih edildiği takdirde yaptığı masrafların ve zararın talep edileceğinin belirtildiği,

Bu nedenle sözleşme hükümlerine göre söz konusu alana ait revize projelerin inşaat çalışmalarının devam etmesi gereğinin aynı yüklenici iş ortaklığı ile çalışılmasının mümkün olmayacağı ve tasfiyenin idare lehine olacağı anlaşılması üzerine Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 47 nci maddesi uyarınca sözleşmenin tasfiye edilmesine gidildiği,

Yukarıda yer verilen sürecin Fen İşleri Daire Başkanlığının Başkanlık Makamına yazdığı tasfiye konulu 29.07.2013 tarih ve 4905 sayılı Olur arz yazısında belirtildiği,

29.07.2013 tarihinde Belediye ile iş ortaklığı arasında yapılan mutabakat zaptı ile " ...Parkı İnşaatı" sözleşmesinin karşılıklı anlaşma yolu ile tasfiye edildiği, tasfiye işlemlerini gerçekleştirmek üzere komisyon oluşturulduğu ve komisyon tarafından hazırlanan 21.08.2013 tarihli "Durum Tespit Tutanağı"nda;

"...

İdare tarafından yapılan değerlendirmeler sonucu 08.03.2013 tarih ve 476.1500 sayılı tutanak ile eksiklikler (etüd, analiz, yıkım-söküm işleri) giderildikten sonra yer tesliminin ilgili firmaya yazılı bir şekilde bildirileceği onaylanarak belirtilmiştir. İhale konusu işin uygulama alanı altının market olarak kullanılması nedeniyle uygulanacak projedeki yapıların taşınıp- taşınamayacağını belirlenmesi için performans analizi yaptırılmıştır. Analiz ve raporlar neticesinde projenin bu haliyle uygulanabilir olmadığı tespit edilmiştir. 29.07.2013 tarih ve 15824 sayılı yüklenici dilekçesi üzerine 29.07.2013 tarihinde yapılan mutabakat zaptı neticesinde 29.07.2013 tarih ve 940.4905 sayılı Başkanlık Oluru ile tasfiye kararı alınmıştır.

..." denildiği rapor dosyası ve eki belgelerden anlaşılmaktadır.

... Büyükşehir Belediyesi tarafından sözleşmesi feshedilen "...Parkı İnşaatı" yapım işinde, sözleşmenin fesih nedeni olarak projelerin eksik ve kusurlu olması

(projelerin, zemine ilişkin sağlıklı etüd ve analizler yapılmaksızın hazırlanması ve bu haliyle idare tarafından kabul edilmesi) ve bu nedenle önemli oranda değişikliğe gidilmesi gerektiği belirtilmesine rağmen, hizmet alımı ile yolu ile uygulama projesi hazırlayan firmaya (... Mimarlık) herhangi bir yaptırım işlemi uygulanmaması sonucu kamu zararına neden olduğu gerekçesiyle tazmin hükmü verilmiştir.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun "Hüküm Bulunmayan Haller" başlıklı 36 ncı maddesinde;

"Bu Kanun'da hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır." denilmiş,

6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun "İş sahibinin seçimlik hakları" başlıklı 475 inci maddesinde;

"Eserdeki ayıp sebebiyle yüklenicinin sorumlu olduğu hâllerde iş sahibi, aşağıdaki seçimlik haklardan birini kullanabilir:

1. Eser iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa sözleşmeden dönme.
2. Eseri alıkoyup ayıp oranında bedelden indirim isteme.
3. Aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları yükleniciye ait olmak üzere, eserin ücretsiz onarılmasını isteme.
4. İş sahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır....."

hükmüne yer verilmiştir.

Söz konusu hüküm gereğince iş sahibi (idare), kusurlu bir eser gerçekleştirildiği takdirde, sözleşmeden dönme, süre verilerek düzeltilmesi, bedelden indirim isteme ve zarar ziyanının ödenmesi seçimlik haklarına sahiptir.

... Büyükşehir Belediyesi Fen İşleri Daire Başkanlığınca alınan 29.07.2013 tarih ve 940-4905 nolu olur yazısında, inşaat işini yüklenen ortaklığın talebi üzerine yeniden proje ve statik raporları hazırlandığı, revize edilen projelere göre işin önemli oranda değiştirilmesi gerektiğinin fark edildiği, sonuç olarak henüz yer teslimi yapılmamış işin tasfiye edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca, yüklenici firma ile Belediye arasında imzalanan 29.07.2013 tarihli mutabakat zaptında da uygulama yapılacak zeminin market olması nedeniyle istenen işin yapılması için

ciddi oranda proje değişikliği gerektiği hususuna yer verilmiştir.

İlgili işin uygulama projesi “...Parkı Kentsel Uygulama Projesi” adı altında doğrudan temin yöntemi ile ... Mimari Tasarım firmasından alınmıştır. Yukarıda da belirtildiği üzere “...Park İnşaatı” işine ilişkin sözleşmenin fesih nedeni ilgili firma tarafından hazırlanan uygulama projelerinin hatalı olmasıdır. Zira, söz konusu işte herhangi bir çalışmaya başlanmadan, zeminin market olması nedeniyle hazırlanmış olan uygulama projelerinin önemli oranda değiştirilmesi zorunluluğunun bulunması, uygulama projelerinin kusurlu olmasından kaynaklanmaktadır.

Yukarıda da açıklandığı üzere kusurlu bir eser gerçekleştirildiği takdirde, iş sahibi sözleşmeden dönme, süre verilerek düzeltilmesi, bedelden indirim isteme ve zarar ziyanının ödenmesi, seçimlik haklarına sahiptir. Sözleşmenin fesih nedeni ise projelerin kusurlu olması, önemli oranda değişikliğe gidilmesi gerektiğinin idare tarafından tespit edilmesi ve söz konusu projenin başka bir alanda kullanılabilirliğinin belgelendirilmemiş olmasıdır. Bu nedenle ilgili firmaya herhangi bir yaptırım uygulanmamış olmasından dolayı kamu zararı oluştuğu anlaşılmıştır.

Bu nedenle 200-293 sayılı ek ilamın 1 inci maddesi ile ... TL'ye ilişkin olarak verilen tazmin hükmünün TASDİKİNE,

Karar verildi.