

Eksik alıştırılan temizlik personeli için Yükleniciye denen hakedişlerden kesinti yapılmamasına bağlı olarak alınmayan hizmet karşılığı ödemede bulunulması ve bazı hakedişlerde ödenen fiyat farkı hesabının da hatalı yapılması sonucunda toplam-TL tutarında kamu zararına neden olunduğu,

Yılı 2014 Dairesi 5 Karar No 173 İlam No 171 Tutanak Tarihi 21.04.2016 Kararın Konusu İhale Mevzuatı ile İlgili Kararlar

Fiyat farkı , ceza kesintisi Belediyesi tarafındanykleniminde yaptırılan “.....”nde; A-) Eksik alıştırılan temizlik personeli için Yükleniciye denen hakedişlerden kesinti yapılmamasına bağlı olarak alınmayan hizmet karşılığı ödemede bulunulması ve bazı hakedişlerde ödenen fiyat farkı hesabının da hatalı yapılması sonucunda toplam-TL tutarında kamu zararına neden olunduğu, B-) Eksik alıştırılan temizlik personeli için İş’in Teknik şartname ve Sözleşmesinde ngrlen ceza kesintisinin uygulanarak hakedişlerden kesinti yapılmaması sonucunda-TL tutarında kamu zararına neden olunduğu, C-) Temizlik personeli maaşlarının geç yatırılması nedeniyle, İş’in Teknik şartname ve Sözleşmesinde ngrlen

ceza kesintisinin Yükleniciye denen hakedişlerden eksik kesilmesi sonucunda-TL tutarında kamu zararına neden olduğu, Hususlarının sorgu konusu yapıldığı grlmştir. Konularıyla ilgili olarak; A-)şirketi yükleniminde bulunan alımı işine ilişkin hakedişlere ekli bulunan sosyal güvenlik prim bildirimlerinde yer alan prim gün sayıları incelenmiştir. Yapılan inceleme sonucunda; hakediş ödemesi yapılan ilgili ay içerisinde çalıştırılan temizlik personelinin eksik prim günlerinin olmasına veya hiç prim bildiriminde bulunulmamasına yani eksik işçi alıştırılmasına rağmen, bu kişiler karşılığında Yükleniciye sözleşmede öngörülen birim fiyatın tam olarak ödendiği ve alınmayan hizmet karşılığı bu bedelin Yüklenici hakedişinden de kesilmediği tespit edilmiştir. Dolayısıyla, eksik temizlik personeli çalıştırılması sebebiyle hizmet alınmadığı halde ödeme yapılmıştır. Ayrıca, kümülatif fiyat farkı hesaplamaları da bazı aylarda hatalı yapılmıştır. Bu nedenlere bağlı olarak ta, Yükleniciye-TL tutarında fazla ödemede bulunulmuştur. 5018 sayılı Kanunun 71 inci maddesinde, kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmali sonucunda hizmet karşılığı belirlenen tutardan fazla ödeme yapılmasının veya hizmet alınmadan ödeme yapılmasının kamu zararı olarak belirlendiği ve böyle bir işlemin kamu kaynağında eksilmeye sebep olduğu dikkata alındığında,-TL tutarındaki bu fazla ödeme dolayısıyla kamu zararına neden olduğu anlaşılmaktadır. Sorumlular tarafından yapılan ortak nitelikteki savunmalarda, öncelikle,-TL tutarındaki kamu zararınıntarih ve ... no'lu muhasebe işlem fişiyle, yasal faizi birrlkte tahsil edildiği bildirilmiş olmakla birlikte, aynı savunmada, konuya ilişkin olarak bazı itirazlarda da bulumak suretiyle, eksik çalıştırılan temizlik personeli için Yükleniciye denen hakedişlerden kesinti yapılmamasının kamu zararı olarak değerlendirilmeyecek unsurları da içerisinde barındırdığı belrtilmiştir. Sorumlular bu itirazlarında; çalışan personellerinin okur yazarlık seviyesinin minimum seviyede olduğunu ve genel manada farklı bir iş bulamayıp p toplama işini yapmak zorunda kalmış kişilerden olduğunu, bu durumun bazı personellerde işe yoğun sahiplenme duygusu oluştursa da, bazı personellerde işi savsamanın yoğun olarak yaşandığı bir duruma sebep olduğunu ve bunun sonucu olarakta, personelin çok fazla rapor aldığını, bazı personelin ardı ardına 2 gün işe habersiz gelmediklerini,

işin habersiz bırakıldığı bu durumlarda ise noterden yapılan tebliğ sürelerinin dolmasına kadar işten çıkışının verilememesi gibi nedenlerden dolayı sürekli personel eksiği yaşandığını, işten çıkan personelin dahi yerine personel alımı yapıldığında minimum 2 gün sağlık raporlarının ve işe giriş evraklarının hazırlaması sürdüğünden toplam çalışan personellerin SGK gününün tam olamadığını, nitekim Şubat ayında 1 gün işe gelmeyen bir personel için kanuni zorunluluktan dolayı 3 gün sigorta günü kesilmekte olduğunu, bu gibi durumlardan kaynaklı olarak çalışan personel sayısının SGK gününün tam olarak elde edilemediğini, İdareleri tarafından çalışan personellerin denetimleri günlük olarak yapıldığını ve puantajların tutulduğunu çalışmanın, vardiyalı olarak 06:00-02:00 arası devam ettiği, yüzlerce personelin ve 73 aracın (vardiyalı sistemde) çalıştığı söz konusu İş'te denetimin her daim memur personeller ile sağlıklı bir şekilde yapılmasının mümkün olmadığını, İşin devamı içerisinde, söz konusu ihale konusu İş'in denetim ve kontrolünün Çevre Koruma ve Kontrol Müdürlüğü'ne devredildiğini ve bütçesinin Temizlik İşleri Müdürlüğü'nde olması sebebiyle hak edişlerin Temizlik İşleri Müdürlüğü'nce yapıldığını ifade etmiş olmakla birlikte bu savunmalarının kamu zararı zararını ortadan kaldıracak bir yönü bulunmamaktadır. Şöyleki; Sosyal güvenlik prim bildirimleri, işçinin o ay içerisinde çalıştığı günlere dayalı olarak ve otuz gün üzerinden bildirilmektedir. Sorumlularca iddia edildiği gibi Şubat ayı içerisinde 1 gün işe gelinmese dahi üç gün prim yatırılmaması gibi bir durumun söz konusu olması mümkün değildir. Şubat ayı içerisinde bir işçinin sigorta bildiriminde üç gün eksik görünmesi ancak işçinin Şubat ayı veya herhangi bir ayda o günlerde çalışmaması ile açıklanabilir. Esasen Rapor konusu sorguda vurgu yapılan husus, işçilere çalışmadıkları bu günler için Yüklenici tarafından herhangi bir ödeme yapılmadığı halde İdare tarafından, söz konusu işçilerin ücretlerinin tam olarak Yükleniciye ödenmiş olması ve Yüklenicinin herhangi bir maliyete katlanmamasının yanı sıra İdarenin, bu işçilerce yapılması icab eden temizlik hizmeti karşılığını alamaması konusudur. Ayrıca, bazı aylarda fiyat farkı hesaplamaları da hatalı yapılmıştır. Bu hususların varlığı da, kamu zararının oluşumuna yol açmaktadır. Ancak, yapılan savunmalardan anlaşılabacağı üzere, -TL tutarında kamu zararı tahsil

edilmiştir. Bu itibarla, Eksik çalıştırılan temizlik personeli için Yükleniciye ödenen hakedişlerden kesinti yapılmamasına bağlı olarak, alınmayan hizmet karşılığında ödemede bulunulmuş olması ve bu hakedişlerde ödenen fiyat farkı hesabının da hatalı yapılması sonucunu neden olunan TL tutarındaki kamu zararınıntarih ve ...no'lu muhasebe işlem fişiyle, yasal faizi dahil olarak (.... TL olarak) ahizŞirketi'nden tahsil edildiğinden ilişilecek husus kalmadığına oybirliğiyle, B-) Şirketi yükleniminde bulunanişine ait Sözleşmenin 16.1.3.B maddesinde ve Teknik Şartnamenin 9.2 maddesinde; Yüklenicinin kanuni süre dışında izin kullandığı ya da eksik çalıştırdığı herbir personel başına uygulanacak günlük ceza sözleşme bedelinin yüzbinde biri olarak belirlenmiştir. Söz konusu Temizlik İşinde, hakediş ödenen bazı aylarda süpürgeci çavuşu olarak görev yapması gereken 1 adet personelin çalıştırılmadığı tespit edilmiş olmakla birlikte, ilişkili ödeme emri ve eki belgelerinin incelenmesinde, sorumlular tarafından yapılan savunmalarda da belirtildiği üzere, çavuşlar ile isimli personellerin Fen İşleri Müdürlüğü bünyesinde görevlendirildiği ve böylelikle bir kişi fazla olan denetim çavuşu kadrosunun bir kişi azaltıldığı, eksik olan personel için ise, Yükleniciye herhangi bir ödeme yapılmadığı, dolayısıyla, eksik personel çalıştırılmasına bağlı olarak ödenen hakedişlerden herhangi bir kesinti yapılmasına gerek olmadığı ve herhangi bir kamu zararına da neden olunmadığı anlaşılmıştır. Bu itibarla, ihale konusu Temizlik İşinde eksik temizlik personeli çalıştırılmasının ve buna bağlı olarakta hakedişlerden ceza kesintisi yapılmasının söz konusu olmadığı, dolayısıyla da, yapılan işlemlerin mevzuatına uygun olduğu anlaşıldığından, ceza kesintisi ile ilgiliTL hakkında ilişilecek husus bulunmadığına oybirliğiyle, C-) İhale konusu İşin Teknik Şartname ve Sözleşmesinde, işçi ücretlerinin geç ödenmesi durumunda gecikilen hergün için sözleşme bedelinin onbinde beşi nispetinde ceza kesilmesi öngörülmüş, işçi ücretlerinin de 4857 sayılı İş Kanunu'nun 32 nci ve 34 üncü maddelerine göre ödenmesi hüküm altına alınmıştır. 4857 sayılı Kanun'un 34 üncü maddesinde işçi ücretlerinin 20 gün içerisinde ödenmemesi halinde işçinin çalışma borcunu yerine getirmekten kaçınabileceği belirtilmiş, buna istinaden işçi ve işveren arasında imzalanan İş Sözleşmesinin 8 inci maddesinde de işçi

cretlerinin ayın 20 gününe kadar ödeneceği hüküm altına alınmıştır. Yapılan incelemede, ceza uygulamasının, asgari ücret ile yol ve yemek yardımından oluşan işçi ücretlerine kısmi olarak uygulandığı görülmüştür. İşçilerin asgari ücretten oluşan ücret kısmı geç denmiş; bu kısım için Sözleşmedeki ceza uygulanmıştır. Geç yatırılan yol ve yemek yardımından oluşan ücret unsuru için ise, işçilere ödenen yol ve yemek yardımının toplam ücrete oranlanması suretiyle yüzde hesabı yapılmış, bu yüzde oranı günlük gecikme cezasına uygulanmak suretiyle geç ödenen yol ve yemek yardımına uygulanacak gecikme cezasının bir günlük tutarı hesaplanmıştır. Dolayısıyla, yol ve yemek yardımı için gecikme cezası sözleşmede öngörülenden farklı bir şekilde uygulanmıştır. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun konuyla ilgili 4 nc maddesinin 2 inci fıkrasındaki; "Bu Kanunda belirtilen haller dışında sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılamaz ve ek sözleşme düzenlenemez. " hükmü ile, aynı Kanunun15 inci maddesindeki; "Sözleşme imzalandıktan sonra, sözleşme bedelinin aşılmaması ve idare ile yüklenicinin karşılıklı olarak anlaşması kaydıyla, aşağıda belirtilen hususlarda sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılabilir: a) İşin yapılma veya teslim yeri. b) İşin sresinden önce yapılması veya teslim edilmesi kaydıyla işin süresi ve bu sreye uygun olarak ödeme şartları" hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, sözleşmelerdeki ceza hükmünün değiştirilmesi mümkün olmadığı, bu nedenle, kıst ceza uygulaması söz konusu Sözleşmenin ilk halinde mevcut olmadığı için sonradan bu uygulamanın yapılması Sözleşme hükmünün değiştirilmesi sonucunu doğuracağı anlamına geleceği, bu hususun ise, Kanunda yasaklanmış olduğu, dolayısıyla, ceza uygulamasının her durumda sözleşme bedelinin onbinde beşi üzerinden yapılmamasının mevzuata aykırı olduğu anlaşılmakla birlikte, yapılan bu uygulama neticesinde herhangi bir kamu zararına yol açılmamıştır. şyleki; İşlikli deme emri eki belgelerin yeniden incelenmesi sonucunda, sorumlular tarafından konuyla ilgili olarak gönderilen savunmalar ve savunma eki belgelerden de anlaşılacağı üzere; 2012 yılı Aralık ayı itibariyle başlayan alımı işi kapsamında personel maaşları asgari ücretin % fazlası ile yol ve yemek creti olarak tespit edilmiş ve personel maaşlarının geç yatırılması halinde uygulanacak cezai şart ise sözleşme

bedelinin on binde beşi olarak (günlük maaş gecikme cezası 20-25 bin TL arası) belirlenmiştir. Belirlenen bu yüksek cezai şartın amacının Belediye gelir getirmek değil tamamen Yüklenici Firma tarafından işçilerin maaşlarını zamanında yatırmasını sağlayarak geçmiş dönemlerde oluşan işçi mağduriyetinin önüne geçmek olduğu anlaşılmaktadır. Sözleşmede yer alan cezai şartın ise uygulandığı tespit edilmiştir. Şöyleki; Yüklenici Firmanın 2012 yılı aralık ayında (20 aylık ihalenin ilk hak edişi) tüm personel ücretlerini (asgari ücret+% fazlası+yol+yemek) 2 gün geç yatırmış olmasından dolayı İdare tarafından Yükleniciye Sözleşmenin ilgili maddesi gereği olduğundan sözleşme bedelinin on binde beşi (iki günlükTL) kadar cezai işlem uygulanmıştır. Aynı İşin ikinci hakedişinde ise, Firma Şartnamede belirtilen personel ücretlerinden yol ve yemek ücreti haricindeki maaş ve asgari ücret fazlası kısmını gününde yatırmış ve çalışan işçilerini kısmen de olsa mağdur etmemiştir. Şöyle ki; Firma toplam işçi maaşı olan-TL'lik ödemenin yüzde 80'ine tekabül edenTL'lik kısmını yatırmış sadece-TL'lik yol ve yemek ücreti tutarını 34 gün gecikme sonrasında ödemiştir. Bu durum karşısında Belediye İdaresi, ihale dokümanlarında maaşların kısmi yatması durumunda uygulanacak ceza tutarı belirtilmemesine rağmen, Yüklenici Firmaya, işçi maaşlarının %80'nini yatırmamasından dolayı, yatırılmayan kısım üzerinden oranlama yapmak suretiyle Firmanın hakedişinden kesinti yapılmak şeklinde bir kısmi ceza kesintisi uygulamıştır. İlk bakışta, bu kısmi ceza uygulamasının İşin sözleşmesine aykırı olduğu, dolayısıyla, Sözleşme hükmü gereğince, işçi ücretlerinin tamamının yatmaması sonucu uygulanması gereken sözleşme bedelinin onbinde beşi tutarında ceza kesintisi uygulanması gerektiği şeklinde bir değerlendirilme yapılması mümkün görülebilirse de, aşağıda sunulan hesaplamalar değerlendirildiğinde, İdarenin orantı yaparak yapmış olduğu kısmi cezai kesinti uygulamasının, Anayasanın ikinci maddesi çerçevesince, yasama organı tarafından konulacak kurallarda adalet ve hakkaniyet ölçülerinin göz önünde tutulmasının gerekliliği ilkesine ve vicdani kanaate daha uygun olduğu anlaşılmaktadır. Şöyle ki; yukarıda belirtildiği üzere ikinci hakedişte firmanın işçilerine ödeyemediği toplam yol ve yemek ücreti olan-TL ye karşılık maaş gecikme cezası yatırılan kısım dahil olarak uygulansaydı 34 günlük ceza bedeli toplamı

.....-TL olacaktı.YaniTL ceza kesintisi uygulanması durumunda Firmaya yatıramadığı tutarın % 600'ü fazlasında cezai işlem uygulanmış olacaktı. Hatta bu durum toplam yatırılması gereken asgari ücret+asgari ücret fazlası+yol+yemek bedeli olanTL'nin bile %120 fazlası olarak ceza kesilmesine sebebiyet vermiş olacaktı. Bu durumda, Belediye İdaresi tarafından hakkaniyet ilkesi çerçevesinde değerlendirilme yapılarak, 34 günlük gecikme için kısmi ceza uygulamasının tercih edildiğini ve firmaya yatıramadığı yol ve yemek ücreti olan-TL ye karşılık kesilen-TL cezai tutarının yeterli ve hakkaniyet ölçülerine daha uygun olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Benzer olay, sorgu metninde de belirtildiği üzere, 2824 ve 4377 yevmiye nolu hakediş ödemelerinde de yaşanmıştır. 2824 nolu ödem emri belgesine ekli 2013 yılı Aralık ayı hakedişi ile firma tarafından çalışan işçilere toplam-TL maaş ödenmiş fakat ...TL'lik yol ve yemek ücreti ödemesi yapılamamıştır. Belediye, firma tarafından ödenmesi gereken-TL'lik maaş toplamının %84'üne tekabül eden kısmı olan-TL'yi işçi hesaplarına yatırdığından yine hakkaniyet ilkesi çerçevesince kısmi ceza uygulaması yapmış veTL'ye karşılık-TL cezai işlem uygulamıştır. Aksi durumda, Firmanın ödemediği-TL ye karşılıkTL ceza kesilmesi gerekecek idi. 4377 yevmiye nolu hakediş ödemesinde de, 2014 yılı Şubat ayı hakedişi ile Firma tarafından çalışan işçilere toplam-TL maaş ödenmiş fakat-TL'lik yol ve yemek ücreti ödemesi yapılamamıştır. Yine hakkaniyet ilkesi çerçevesince kısmi ceza uygulaması yaparak yatırılmayan-TL'ye karşılık-TL cezai işlem uygulamıştır. Aksi durumda, Firmanın ödemediğiTL ye karşılık-TL ceza kesilmesi gererekecek idi. Sonuç olarak; işçi ücretlerinin bir kısmının ödenip kalan bakiyenin (yol+yemek) geç ödenmesinden dolayı ceza uygulandığında; geciken kısma ilişkin ceza kesintisinin kısmi olarak uygulanması hakkaniyet gereğidir. Diğer taraftan, 5631 yevmiye nolu ödeme emri belgesindeki hakediş ödemesinde, işçi maaşlarının 1 günlük geç yatma cezası 20.04.2014 tarihinin resmi tatil gününe (Pazar günü) denk gelmesi ve banka işlemlerinin bu sebeple yapılamamasından kaynaklanmış olup bu duruma Yüklenici sebebiyet vermediğinden dolayı herhangi bir cezai işlem uygulanmasına gerek bulunmadığı anlaşılmıştır. Firma ilk iş gününde tüm personelin maaşlarını yatırmıştır.

Bir başka husus ise, belirtildiği üzere, 2824 nolu ödem emri belgesine ekli 2013 yılı Aralık ayı hakedişi ile firma tarafından çalışan işçilere toplam TL maaş ödenmiş,-TL'lik yol ve yemek ücreti ödemesi ise yapılamamıştır. Belediye,-TL tutarında cezai işlem uygulamıştır. Bu kısmi ceza uygulaması hakkaniyete uygun olmakla birlikte, 2824 nolu ödem emri belgesine ekli ceza kesintisi belgesi incelendiğinde görüleceği üzere,-TL tutarındaki maaş ödemesinin,-TL'sinin 22.12.2013 tarihinde, kalan TL'lik kısmı ise 14.01.2014 tarihinde yatırılmıştır. İşin Sözleşmesine göre, işçi maaşları en geç ayın 20 sinde yatırılması gerektiğinden, uygulanması gereken ceza kesintisinin, öncelikle işçi ücretlerinin tamamı için iki günlük ve-TL için ise 23 günlük kısmı ceza kesintisi olarak yapılması gerekmektedir. Uygulamada ise, işçi ücretlerinin yatırılma tarihi 22.12.2013 tarihi olarak kabul edilmek suretiyle ceza kesintisi yapılmış olduğundan, işçi ücretlerinin tamamına uygulanması gereken iki günlük ve-TL'ye uygulanması gereken iki günlük kısmi ceza kesintisinin eksik yapıldığı görülmüştür. Dolayısıyla,-TL yerine-TL tutarında ceza kesintisi yapılmak suretiyle-TL tutarında kamu zararına yol açılmıştır. Bu itibarla,-TL tutarındaki eksik ceza kesintisi hususunda; 1-) 5631 yevmiye nolu ödeme emri belgesine ekli hakediş ödemesinde, personel maaşlarının geç yatırılması gibi bir durumun söz konusu olmadığıнын tespit edilmiş olması sebebiyle, yapılan uygulamanın mevzuatına uygun olduğu anlaşıldığındanTL hakkında ilişilecek husus bulunmadığına, 2-) 2824 nolu ödem emri belgesinde yapılması gereken ceza kesintisinin eksik yapılması sonucu neden olunanTL tutarında kamu zararının Gerçekleştirme Görevlileri,ve ile Harcama Yetkilisi'ne müstereken ve müteselsilen 6085 sayılı Sayıştay Kanununun 53 üncü maddesi gereğince işleyecek faizleri ile birlikte ödettirilmesine, 3-) Kısmi ceza uygulaması sonucunda kamu zararı oluşmadığından ceza kesintisi ile ilgiliTL hakkında ilişilecek husus bulunmadığına, İş bu ilamın tebliğ tarihinden itibaren 6085 sayılı Kanunun 55 inci maddesi gereğince altmış gün içerisinde Sayıştay Temyiz Kurulu nezdinde temyiz yolu ve 56 ncı maddesi gereğince beş yıl içinde Sayıştay Daireleri nezdinde yargılamanın iadesi yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi.]]>