

ihale dokümanı ve sözleşmesinde asgari ücrette meydana gelen artış nedeniyle ödenecek fiyat farkı hesabında sadece yeni asgari ücretle ihale tarihindeki asgari ücret arasında meydana gelecek farkın hesap edilerek ödeneceğine ilişkin hüküm yer almasına rağmen, işin devamı sırasında herhangi bir hukuki dayanağı bulunmaksızın, brüt asgari ücretin belli bir yüzde fazlası olarak belirlenen ücretlerin asgari ücreti aşan kısımları için de fiyat farkı hesap edilerek ödendiğinin tespiti hk

Kamu İdaresi Türü
kararı

Genel Bütçe Kapsamındaki İdareler

Yılı 2016

Dairesi 4

Karar No 173

İlam No

Tutanak Tarihi 16.1.2018

Kararın Konusu İhale Mevzuatı ile İlgili Kararlar

SÖZLEŞME HÜKÜMLERİNE AYKIRI OLACAK ŞEKİLDE FİYAT FARKI
ÖDEMESİNDE BULUNULMASI

30.05.2014 tarihinde Ltd. Şti.'ye ihale edilen
TL sözleşme bedelli işinde, sözleşme hükümlerine aykırı
olacak şekilde fiyat farkı ödemesinde bulunulduğu görülmüştür.

Söz konusu işin ihale dokümanı ve sözleşmesinde, asgari
ücrette meydana gelen artış nedeniyle ödenecek fiyat farkı
hesabında, sadece yeni asgari ücretle ihale tarihindeki asgari
ücret arasında meydana gelecek farkın hesap edilerek
ödeneyeğine ilişkin hüküm yer almasına rağmen, işin devamı
sırasında, herhangi bir hukuki dayanağı bulunmaksızın, brüt
asgari ücretin belli bir yüzde fazlası olarak belirlenen
ücretlerin asgari ücreti aşan kısımları için de fiyat farkı
hesap edilerek ödendiği tespit edilmiştir.

İhale tarihinde yürürlükte bulunan ve 31.08.2013 tarih ve 28751 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak "29.11.2013" tarihinde yürürlüğe giren 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhale Edilen Hizmet Alımlarında Uygulanacak Fiyat Farkına İlişkin Esasların "İşçilik maliyetindeki değişiklik" başlıklı 6'ncı maddesinin ikinci fıkrasında yer alan;

"(2) İhale dokümanında sözleşme kapsamında çalıştırılacak personele brüt asgari ücretin belli bir yüzde fazlası oranında ücret ödenmesi öngörülmüş ise, uygulama ayında fiilen ödenen ücret üzerinden fiyat farkına esas olacak brüt maliyet bulunur ve fiyat farkı, bu maliyete asgari ücretteki brüt artış oranı uygulanarak hesaplanır. Ulusal bayram ve genel tatil günleri ile fazla çalışma ücretiyle ilgili olarak bu fıkra göre belirlenen ücret esas alınarak fiyat farkı hesaplanır" düzenlemesi uyarınca, asgari ücretin belli bir yüzde fazlası olarak belirlenen ücretlerde, asgari ücreti aşan kısım için, asgari ücrette meydana gelen artış nedeniyle fiyat farkı hesap edilerek ödenmesi mümkün olmakla birlikte, yine aynı Esasların "Uygulama esasları" başlıklı 7 nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan;

"Bu Esaslara tabi hizmet alımı ihalelerinde fiyat farkı uygulanabilmesi için, söz konusu işlerin ihalelerine ilişkin idari şartname ve sözleşmelerde, bu Esaslara göre fiyat farkı hesaplanacağına belirtilmiş olması gerekir. Sözleşmelerde yer alan fiyat farkına ilişkin usul ve esaslarda sözleşme imzalandıktan sonra değişiklik yapılamaz." hükmü uyarınca, Esasların 6'ncı maddesi ikinci fıkrasına göre fiyat farkı ödenebilmesi, ihale edilen işin idari şartname ve sözleşmesinde bu Esaslara göre fiyat farkı hesaplanacağına belirtilmiş olması kaydıyla mümkündür.

Ancak, işin idari şartnamesi ve sözleşmesinde Esasların 6'ncı maddesi ikinci fıkrasına göre fiyat farkı hesap edileceğine ilişkin düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, sorgu konusu işte anılan düzenlemeye göre fiyat farkı hesap edilerek ücretlerin asgari ücreti aşan kısımları için fiyat farkı ödenmesi mümkün değildir.

İşe ait idari şartnamenin 46.1.1 maddesi ile sözleşmenin 14.2'nci maddelerinde asgari ücrette artış olması halinde hesap edilecek fiyat farkına ilişkin yapılan düzenlemede;

“Asgari ücret ve diğer işçilik maliyetlerindeki değişiklikten kaynaklanan fark hesabına ilişkin detaylar:

İhale konusu hizmetin gerçekleştirilebilmesi için çalıştırılacak 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa tabi personelin, sayı ve günlük çalışma saatinin belirtilmesi kaydıyla;

1. a) Asgari ücret tespit komisyonunca ihale (son teklif verme) tarihinde 16 yaşını doldurmuş işçiler için belirlenmiş asgari ücretin değiştirilmesi halinde eski ve yeni asgari ücret arasındaki fark,
1. b) İhale (son teklif verme) tarihi itibarıyla işveren tarafından karşılanacak olan sosyal sigorta primi ve işsizlik sigortası primine ilişkin toplam tutarda; asgari ücret değişikliği veya sigorta primi alt sınır değişikliği ile prim oranları değişikliği gibi sebeplerle meydana gelecek fark,

1. c) 506 sayılı Kanunun 77 nci maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde sözleşmede öngörülen ücret ekleri nedeniyle, işveren tarafından karşılanmakta olan sosyal sigorta primi ve işsizlik sigorta primine ilişkin toplam tutarda meydana gelecek fark,

toplamı (a), (b) ve (c) bentleri toplamı, 506 sayılı Kanun gereğince işveren nâm ve hesabına Hazinece yapılacak olan ödemeler de dikkate alınmak suretiyle bu Esasların 7 nci maddesi uygulanmaksızın ödenir veya kesilir” denilmektedir.

Söz konusu düzenleme 29.11.2013 tarihinden önce yürürlükte bulunan Esasların 8’inci maddesinde yer alan düzenlemeyle aynı olduğundan, anılan düzenleme uyarınca, sorgu konusu işte - istihdam edilenlere ödenen ücret asgari ücret veya asgari ücretin üzerinde bir ücret olsun- asgari ücrette artış olması halinde, fiyat farkı olarak sadece brüt asgari ücrette meydana gelen artış ve bu artışın işverene maliyeti kadar fiyat farkı hesap edilerek ödenmesi gerekmektedir. Anılan düzenlemeye göre, brüt asgari ücretin belli bir yüzde fazlası ücret alanların ücretlerinin asgari ücreti aşan kısımları için fiyat farkı hesap edilmesi mümkün değildir.

Diğer taraftan, 4735 sayılı Kanunun “Fiyat farkı verilebilmesi” başlıklı 8’inci maddesinin ikinci fıkrasında;

“Sözleşmelerde yer alan fiyat farkına ilişkin esas ve usullerde sözleşme imzalandıktan sonra değişiklik yapılamaz.” hükmü yer almaktadır.

Aynı hüküm, 29.11.2013 tarihinden önce yürürlükte bulunan Esasların 9'uncu maddesinin (a) bendinde ve anılan tarihten sonra yürürlükte bulunan Esasların 7'nci maddesinin birinci fıkrasında; "Sözleşmelerde yer alan fiyat farkına ilişkin esas ve usullerde sözleşme imzalandıktan sonra değişiklik yapılamaz." şeklinde düzenlenmiştir. Ayrıca, işe ait idari şartnamenin 46.1.1'inci maddesi ile sözleşmenin 14.3'üncü maddesinde de aynı hükümler yer almaktadır.

Sorgu konusu işte sözleşme imzalandıktan sonra sözleşmede yer alan fiyat farkına ilişkin düzenlemeler uyarınca fiyat farkı hesap edilmesi gerekmekte iken, anılan hükme aykırı olarak işin sözleşmesinde yer almayan, ancak yürürlükte bulunan fiyat farkına ilişkin Esaslara dayanılarak fiyat farkı hesap edilerek ödenmiştir. Bu uygulama, sözleşmede yer alan fiyat farkına ilişkin esas ve usullerde sözleşme imzalandıktan sonra fiilen değişiklik yapılması anlamına gelmektedir. Anılan Kanun, Esaslar ve işin sözleşmesinde yer alan düzenlemeler uyarınca da sözleşme tasarısında yer alan fiyat farkına ilişkin esas ve usuller üzerinde sözleşme imzalandıktan sonra değişiklik yapılması mümkün değildir.

Dolayısıyla, ihale konusu işin sözleşmesinde yer alan fiyat farkına ilişkin esas ve usullerde sözleşme imzalandıktan sonra değişiklik yapılamayacağından, söz konusu işte, asgari ücrette meydana gelecek artış nedeniyle oluşacak fiyat farkının işin sözleşmesinde yer alan düzenlemelere göre hesap edilmesi ve asgari ücretin üstünde ücret alanlara ücretin asgari ücreti aşan kısmı için ise fiyat farkı ödenmemesi gerekmektedir.

Diğer taraftan, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol

Kanunun 71'inci maddesinin birinci fıkrasında, Kamu Zararı; "Kamu görevlilerinin kasti, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır" şeklinde tanımlanmış, üçüncü fıkrasında da: kontrol, denetim, inceleme, kesin hükme bağlama veya yargılama sonucunda tespit edilen kamu zararının, zararın olduğu tarihten itibaren ilgili mevzuatına göre hesaplanacak faiziyle birlikte ilgililerden tahsil edileceği hükme bağlanmıştır.

Anılan maddeye istinaden çıkarılmış olan Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 6'ncı maddesi (ğ) bendinde, mevzuatında öngörülmediği halde ödeme yapılmasının kamu zararının belirlenmesinde esas alınacağı belirtilmiştir.

Söz konusu işte hatalı fiyat farkı hesap edilerek ödemesine ilişkin belge ve eklerini düzenleyen ve onaylayan kişilerin yukarıda açıklanan hükümler doğrultusunda sorumluluğu bulunmaktadır.

Sorumluların savunmalarında yürürlükte olmayan Kararname hükmünün sehven ihale dokümanına konulduğu, söz konusu Kararnamenin yürürlükten kaldırılmış ve hiçbir hukuki geçerliği bulunmayan bir metin olduğu, bu itibarla yürürlükte bulunan ancak, işin sözleşme ve şartnamesinde yer almayan hükümlere göre fiyat farkı ödendiği belirtilmiş ise de; 4734 sayılı Kanun ve ikincil mevzuatı ile fiyat farkına ilişkin Kararnameler incelendiğinde, herhangi bir işte fiyat farkının yürürlükte bulunan Kararname hükümlerine göre değil, işin sözleşmesinde yer alan hükümlere göre ödenmesi gerekmektedir. Bu nedenle, işin sözleşme ve şartnamesinde, yürürlükte bulunan Kararnameye göre fiyat farkı ödeneceğinin belirtilmesi yeterli

bulunmayıp, ayrıca hangi Esaslara göre ve ne şekilde fiyat farkı hesaplanacağını da belirtilmesi gerekmektedir.

Nitekim yürürlükte bulunan Fiyat Farkına İlişkin Esaslar'ın "Uygulama Esasları" başlıklı 7'nci maddesinin birinci fıkrası uyarınca, bu Esaslara göre fiyat farkı hesaplanabilmesi için, söz konusu işlerin ihalelerine ilişkin idari şartname ve sözleşmelerinde bu Esaslara göre fiyat farkı hesaplanacağını belirtilmiş olması gerektiği, 29.11.2013 tarihinden önce yürürlükte bulunan Esasların "Uygulama Esasları" başlıklı 9'uncu maddesinin (1) bendi uyarınca da, İdari şartname ve sözleşmelere bu Esasların sadece 8'inci maddesinin uygulanacağına dair hüküm konulabileceği ifade edilmiştir. Sorgu konusu işin şartname ve sözleşmesinde ise, yürürlükte bulunan Esaslara göre fiyat farkı ödeneceği belirtilmediğinden, işin sözleşme ve şartnamesinde yer almayan Esaslara dayanarak fiyat farkı ödenmesi ve yine anılan hükmün ikinci cümlesine göre de sözleşmede yer alan fiyat farkına ilişkin usul ve esaslarda sözleşme imzalandıktan sonra değişiklik yapılamayacağından işin sözleşmesinde yer alan fiyat farkı esaslarından başka hükümlere dayanılarak fiyat farkı ödenmesi mümkün görülmemektedir.

Savunmada yer verilen Türk Borçlar Kanununun "Kesin Hükümsüzlük" başlıklı 27'nci maddesinin "Kanunun Emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür" hükmünün sorgu konusu tespitle bir ilgisi bulunmamaktadır. İdarece işin sözleşmesinde sehven yer aldığı iddia edilen fiyat farkına ilişkin düzenleme, Kanunun emredici hükümlerine aykırı olmadığı gibi ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına da aykırı olmayıp konusu da imkânsız değildir. Söz konusu düzenleme, sadece genel düzenleyici bir işlem olan Fiyat Farkına İlişkin Esaslara aykırı olup,

sözleşmede fiyat farkına ilişkin yapılan düzenlemelerin kesin hükümsüzlük halini oluşturduğunun iddia edilmesi de mümkün bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, mevzuatı gereğince, işin sözleşmesinde yer alan Esaslara göre fiyat farkı hesaplanması sonucunda çalışanlara asgari ücrette meydana gelen artışın yansıtılmaması gibi bir durum da söz konusu değildir.

Son olarak, savunmalarda sorgu konusu tespitin sözleşmenin tarafları arasında “aşırı ifa güçlüğü”nün ileri sürülmesine yol açacağı belirtilmekte ise de; Türk Borçlar Kanununun “Aşırı ifa güçlüğü” başlıklı 138’inci maddesi uyarınca, sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülme ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum bulunması halinde aşırı ifa güçlüğü’nün ileri sürülebilmesi mümkün iken, sorguda yapılan tespitin sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülme ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durumla ilgisi bulunmadığı gibi söz konusu tespit idareye fazla hesap edilen asgari ücret fiyat farkının işin sözleşmesi uyarınca daha düşük miktarlarda hesap edilmesini öngörmektedir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun “Temel İlkeler” başlıklı 5’inci maddesinin birinci fıkrası hükmü uyarınca; İdareler, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur. Bu itibarla, İdareler ihale dokümanını hazırlarken gereken özen ve hassasiyeti göstererek ilgili mevzuatında herhangi bir değişiklik yapıp yapılmadığını kontrol etmekle yükümlüdür. Kaldı ki, istekliler ihale dokümanında yer alan düzenlemeleri

bilerek ve bu düzenlemelere uygun olarak tekliflerini vermektedirler. Aksi halde fiyat farkına ilişkin esas ve usuller üzerinde sözleşme imzalandıktan sonra değişiklik yapılmasının saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi ve güvenirliği zedeleyeceği de tabidir.

Yukarıda anılan mevzuat hükümleri ile yapılan açıklamalar uyarınca, Ltd. Şti.'ye ihale edilen TL sözleşme bedelli işinde, sözleşme hükümlerine aykırı olacak şekilde fiyat farkı ödemesinde bulunulması sonucu neden olunan TL kamu zararının sorumlularına ortaklaşa ve zincirleme,

6085 sayılı Sayıştay Kanununun 53'üncü maddesi gereği işleyecek faizleri ile ödettirilmesine,

6085 sayılı Sayıştay Kanununun 55'inci maddesi uyarınca İşbu İlamın tebliğ tarihinden itibaren altmış gün içerisinde Sayıştay Temyiz Kurulu nezdinde temyiz yolu açık olmak üzere,

Oybirliğiyle,

Karar verildi.