

ihale konusu işin Sulama Göleti Derivasyon Kanalı Yapım İşinden vaz geçilerek bunun yerine Sulama tesisinin yaptırılması işinde, mevzuata aykırı bir şekilde iş artışına gidilmesi

Kamu İdaresi Türü	Belediyeler ve Bağlı İdareler
Yılı	2018
Dairesi	8
Karar No	177
İlam No	128
Tutanak Tarihi	3.3.2020
Kararın Konusu	Çeşitli Konuları İlgilendiren Kararlar

5- İhale mevzuatı ile ilgili işlemler, sözleşme damga vergisi ve ek kesin teminat

... İnşaat Taah. Nak. Ltd. Şti. Adi Ortaklığı'nın yükleniminde bulunan "... ili ... ilçesi ..., ... ve ... Mahalleleri Sulama Göleti Derivasyon Kanalı Yapımı İşİ"ne ilişkin olarak yapılan incelemede;

A) ...

B) İşin yapılma yerinde değişikliğe gidilmek suretiyle sözleşme bedelinin mevzuat hükümlerine aykırı bir şekilde aşılması sonucu kamu zararına sebebiyet verildiği iddiasına ilişkin olarak;

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun;

“Sözleşmede değişiklik yapılması” başlıklı 15’inci maddesinde;

“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 süresinden önce yapılması veya teslim edilmesi kaydıyla işin süresi ve bu süreye uygun olarak ödeme şartları.”

“Sözleşme Kapsamında Yaptırılabilir İlave İşler, İş Eksilişi ve İşin Tasfiyesi” başlıklı 24’üncü maddesinde;

“Mal ve hizmet alımlarıyla yapım sözleşmelerinde, öngörülemeyen durumlar nedeniyle bir iş artışının zorunlu olması halinde, artışa konu olan iş;

a) Sözleşmeye esas proje içinde kalması,

b) İdareyi külfete sokmaksızın asıl işten ayrılmasının teknik veya ekonomik olarak mümkün olmaması,

Şartlarıyla, anahtar teslimi götürü bedel ihale edilen yapım işlerinde sözleşme bedelinin % 10’una, birim fiyat teklif almak suretiyle ihale edilen mal ve hizmet alımlarıyla yapım işleri sözleşmelerinde ise % 20 ‘sine kadar oran dahilinde, süre hariç sözleşme ve ihale dokümanındaki hükümler çerçevesinde aynı yükleniciye yaptırılabilir.

...”

Hükümlerine yer verilmiştir.

Yapım İşleri Genel Şartnamesinin “İşyerinin Yükleniciye Teslimi” başlıklı 6’ncı maddesinin (7) numaralı fıkrasında; “Zorunluluk halinde, sözleşme bedelinin aşılmaması ve idare ile yüklenicinin karşılıklı olarak anlaşması kaydıyla yükleniciye teslim edilmiş olan işyerlerinde değişiklik yapılabilir. Bu durumda, iş başına getirilmiş olan malzeme, araç ve makinelerin yeni iş yerine taşınması giderleri ile eski iş yerinde (kurulmuş ise) şantiye bina ve tesislerin yeni iş yerine taşınma ve kurulma giderleri yükleniciye aittir. Bu durumda işin süresi, işin bir kısmı veya tamamı için gecikmeyi karşılayacak kadar uzatılır.” denilmektedir.

... ili ... İlçesi ..., ... ve ... Mahalleleri Sulama Göleti Derivasyon Kanalı Yapımı işine ilişkin olarak İdarece alınan ... tarih ve ... sayılı yer değişikliğine ilişkin karar incelendiğinde; kamulaştırma işlemleri yapılmadan İdarece ihaleye çıkıldığı, ancak imalatın yapıldığı güzergahın şahıs arazilerine denk gelmesi nedeniyle arazi sahiplerinin mahkemeye müracaat ederek yüklenicinin yapmış olduğu çalışmayı durdurduğu, bu durum karşısında, İdarece ihale konusu olan ... İlçesi ..., ... ve ... Mahalleleri Sulama Göleti Derivasyon Kanalı yapım işinden vazgeçilerek ... İlçesi ... Mahallesi Sulama Tesisinin yapılmasına karar verildiği, sonrasında ise ... tarihli gerekçe raporunda ifade edildiği üzere yeni imalat yeri olan İlçesi ... Mahallesi Sulama Tesisinin yapım işinde 1300 mt’lik yeni bir sulama hattına ihtiyaç duyulması nedeniyle % 20 oranında iş artışına gidildiği anlaşılmıştır.

Sonuç itibariyle, somut olayda, büyük sulama projeleri için zorunlu tutulmayan kamulaştırma işlemleri yapılmadan ihaleye çıkılması sonucunda işin yapılma yerinde değişikliğe gidilmek zorunda kalındığı ve sonrasında da İdarece iş artışına gidilmek suretiyle sözleşme bedelinin aşıldığı görülmüş olmakla beraber, söz konusu iş artışı kapsamında yaptırılan imalatlar için ödenen bedelin tamamının kamu zararı oluşturduğunu ileri sürmek mümkün değildir. Zira, fiilen

yapılan birtakım imalatlar söz konusu olup yapılan bu imalatlar karşılığında İdarece Yükleniciye bir ödeme yapılması tabiidir. Bu tür durumlarda kamu zararından söz edebilmek için iş artışı suretiyle yaptırılan imalatların yeni bir ihale kapsamında yaptırılması halinde bu imalatlar için ödenecek tutarın daha az olduğunun ispat edilmesi gerekmektedir ki yargılamaya esas raporda bu tür bir inceleme yapılmamıştır.

Bu itibarla, uyuşmazlık konusu ... ili ... İlçesi ..., ... ve ... Mahalleleri Sulama Göleti Derivasyon Kanalı Yapım İşinden vaz geçilerek bunun yerine ... İlçesi ... Mahallesi Sulama tesisinin yaptırılması işinde, mevzuata aykırı bir şekilde iş artışına gidildiği tespit edilmekle birlikte, yapılan işlem nedeniyle somut bir kamu zararına sebebiyet verilmediği anlaşıldığından, uyuşmazlık konusu edilen ... TL hakkında ilişilecek husus bulunmadığına, oybirliğiyle karar verildi.

C) İş artış kararına ilişkin kesilmesi gereken damga vergisinin kesilmemesi sonucu kamu zararına sebebiyet verildiği iddiasına ilişkin olarak;

488 sayılı Damga Vergisi Kanununun 1'inci maddesinde, bu Kanuna ekli (1) sayılı tabloda yazılı kağıtların damga vergisine tabi olduğu; 2'nci maddesinde, vergiye tabi kağıtlar mahiyetinde bulunan veya onların yerini alan mektup ve şerhlerle, bu kağıtların hükümlerinin yenilenmesine, uzatılmasına, değiştirilmesine, devrine veya bozulmasına ilişkin mektup ve şerhlerin damga vergisine tabi olacağı; 3'üncü maddesinde, damga vergisinin mükellefinin kağıtları imza edenler olduğu, resmi dairelerle kişiler arasındaki işlemlere ait kağıtların damga vergisini kişilerin ödeyeceği; 4'üncü maddesinde, bir kağıdın tabi olacağı verginin tayini için o kağıdın mahiyetine bakılacağı ve buna göre tabloda yazılı verginin bulunacağı, kağıtların mahiyetlerinin tayininde, şekli kanunlarda belirtilmiş olanlarda kanunlardaki adlarına, belirtilmemiş olanlarda ise üzerlerindeki yazının tazammun ettiği hüküm ve manaya bakılacağı; 6'ncı maddesinin ikinci fıkrasında, bir kağıtta toplanan akit ve işlemler

birbirine bağlı ve bir asıldan doğma oldukları takdirde damga vergisinin en yüksek vergi alınmasını gerektiren akit ve işlemler üzerinden alınacağı; 8'inci maddesinde, bu Kanunda yazılı resmi daireden maksadın, genel ve özel bütçeli idarelerle, il özel idareleri, belediyeler ve köyler olduğu, bu dairelere bağlı olup ayrı tüzel kişiliği bulunan iktisadi işletmelerin resmi daire sayılmayacağı; 14'üncü maddesinin ikinci fıkrasında, belli parayı ihtiva eden mukavelenamelerin değiştirilmesi halinde artan miktarın aynı nispette vergiye tabi olacağı, üçüncü fıkrasında ise, mukavelenamelerin müddetinin uzatılması halinde aynı miktar veya nispette vergi alınacağı hükümlerine yer verilmiş bulunmaktadır.

Aynı Kanuna ekli (1) sayılı tablonun "I. Akitlerle ilgili kağıtlar" başlıklı bölümünün A/1 fıkrasında, belli parayı ihtiva eden mukavelenameler, taahhütnameler ve temliknamelerin binde 9,48 nispetinde vergiye tabi olduğu belirtilmiştir.

Yapılan incelemede, ... İlçesi ..., ... ve ... Mahalleleri Sulama Göleti Derivasyon Kanalı yapım işine ilişkin olarak ... tarihinde İdarece alınan iş artış kararına bağlı olarak sözleşme bedelinde gerçekleşen ... TL tutarındaki artışın da aynı nispette damga vergisine tabi tutulması gerekirken, bunun yapılmadığı görülmüş olmakla beraber,

Sorumlular tarafından gönderilen savunmalardan, sorgu konusu edilen ... TL'nin ... tarih ve ... no'lu, ... tarih ve ... no'lu vergi dairesi alındıları ile tahsil edildiği anlaşıldığından, konu hakkında ilişilecek bir husus bulunmadığına, oy birliğiyle karar verildi.

D) ... tarihli iş artış kararı ile toplam ... TL tutarında iş artışına gidilmesine rağmen mevzuatın öngörmüş olduğu ek kesin teminatın yükleniciden alınmaması sonucu kamu zararına sebebiyet verildiği iddiasına ilişkin olarak;

Yüklenici ile İdare arasında düzenlenen ... tarihli sözleşmenin 6'ncı maddesinde; sözleşmenin bedelinin ... TL olduğu, aynı

sözleşmenin 10'uncu maddesinde ise, Yüklenicinin bu sözleşme kapsamında ... TL kesin teminat verdiği ve iş artışı olması halinde bu artış tutarının % 6'sı oranında teminat olarak kabul edilen değerler üzerinden ek kesin teminat alınacağı hükme bağlanmıştır.

Yapılan incelemede, İdare ile yüklenici arasında düzenlenen ... tarihli ilk sözleşme kapsamında yüklenici tarafından İdareye sunulan ... tarihli teminat mektubunda, kesin teminat miktarının ... TL olduğu, sonrasında yine Yüklenici tarafından ... tarihinde İdareye sunulan ilave teminat mektubunda da kesin teminat miktarının ... TL olduğu, böylelikle bu iş kapsamında Yükleniciden toplamda (... TL +... TL=) ... TL tutarında kesin teminat alındığı tespit edilmiştir.

Dolayısıyla, ilk sözleşme bedeli olan ... TL'ye ilişkin olarak alınması gereken kesin teminat tutarı ... TL olması gerektiği halde Yüklenici tarafından İdareye ... TL tutarında teminat mektubu verilmek suretiyle ... TL tutarında bir teminat fazlası olduğu ve daha sonra ... tarihinde yüklenici tarafından İdareye ... TL tutarında yeni bir teminat mektubu sunulması sonucunda yükleniciden fazladan alınan teminat tutarının (... +... =) ... TL olduğu ve bu tutarın iş artışı nedeniyle sözleşme bedelinde gerçekleşen ... TL'ye ilişkin olarak alınması gereken ek kesin teminat tutarı olan (... x 0,06 =) ... TL'yi karşıladığı göz önüne alındığında, bu iş kapsamında herhangi bir şekilde ek kesin teminat eksiğinin bulunmadığı anlaşıldığından, mevzuata uygun olduğu anlaşılan ... TL hakkında ilişilecek bir husus bulunmadığına, oy birliğiyle karar verildi.