

ihale şartnamesi ve sözleşmesine dayanılarak düzenlenen hakedişlerde *maddelere göre fiyat farkı verileceği belirtildikten sonra uygulamada, Esasların maddesine göre asgari ücrete dayalı işçiliklere ilişkin fiyat farkı hesaplanıp ödendiği halde *maddeye göre yapılan fiyat farkı hesabında işçiliğe ilişkin ağırlık oranını içeren bir katsayı belirlenmediği için akaryakıt ile makine ve ekipmana dayalı fiyat farkı ödendiği, dolayısıyla *maddeler birlikte düşünüldüğünde,

hesaplamada dikkate alınmayan işçilik ağırlık oranı kadar bir fazla ödemeye neden olunması hk(Sayıştay29)

Sayıştay Kararı – Temyiz Kurulu, 44559/46919, T. 20.11.2019

Konu: Hizmet Alım İşinde Fiyat Farkı.

... Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü'nün 2012 yılı Hesabı'nın 6. Daire'de yargılaması sonucu çıkarılan 08.09.2014 tarih ve 250 sayılı İlamın 11. maddesi ile ... TL'ye ilişkin tazmin hükmü verilmiştir. Söz konusu Daire kararı, Temyiz Kurulunun 09.02.2016 tarih ve 41456 tutanak nolu kararı ile esastan bozularak ilgili daireye gönderilmiştir.

Sayıştay 6. Dairesince Temyiz Kurulu kararı sonrası yapılan yargılama neticesinde düzenlenen 12.01.2017 tarih ve 471 sayılı Ek İlam ile daha önce tazmin hükmü verilen ... TL'nin Temyiz Kurulu kararı doğrultusunda ... TL si için ilişilecek husus bulunmadığına, kalan ... TL kamu zararıyla ilgili olarak da, ... tarih ve ... no'lu muhasebe işlem fişi ile tahsilat yapıldığından, denecek kalmadığına hükmedilmiştir.

471 sayılı söz konusu Ek İlam'ın 1. maddesi ile verilen tazmin hükmüne karşı sorumlularca yapılan temyiz başvurusu üzerine, Temyiz Kurulunun 06.12.2017 tarih ve 43834

tutanak sayılı kararında, kamu zararının yeniden hesaplanması ve mevzuata aykırı ödemede ihale dokümanını hazırlayanların sorumlu tutulmasını teminen 471 sayılı ek ilam ile verilen hükmün Bozularak dosyanın ilgili Daireye gönderilmesine, karar verilmiştir.

Söz konusu bozma kararı üzerine 6. Dairede yapılan yeniden yargılama sonucu düzenlenen 15.11.2018 tarih ve 554 sayılı Ek İlam'ın 1. maddesiyle, ... Genel Müdürlüğü ile ... San. Tic. Paz. Ltd. Şti.- ... San. ve Tic. Ltd. Şti. Ortak Girişimi arasında ... tarihinde yapılan "... Hizmet Alım İşİ" sözleşmesine ilişkin ödenen fiyat farklarında, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhalesi Yapılacak Olan Hizmet Alımlarına İlişkin Fiyat Farkı Hesabında Uygulanacak Esasların 8'inci maddesine göre asgari ücret fiyat farkı ödendiği halde, Esasların 7'nci maddesine göre hesaplanıp ödenen fiyat farkı hesabında, asgari ücrete dayalı işçiliklerin oranını temsil eden al katsayısının belirlenip dikkate alınmaması suretiyle oluşan toplam ... TL tutarında kamu zararının ... TL'si ... tarih ve ... nolu muhasebe işlem fişi ile tahsil edildiğinden ilişilecek husus kalmadığına, kalan ... TL'nin ise sorumlulardan tazminine hükmedilmiştir.

TEMYİZ DİLEKÇESİ

Sorumlulardan İhale Yetkilisi (Genel Müd. Yrd.) ... ad. Av. ... , İhale Komisyon Üyeleri (Şube Müdürü) ... ve (Mali Hizmetler Daire Bşk.V.) ... temyiz dilekçelerinde özetle;

Ödenen fiyat farklarında 4734 Sayılı Kamu İhale Kanuna Göre İhalesi Yapılacak Olan Hizmet Alımlarına ilişkin Fiyat Farkı Hesabında Uygulanacak Esasların 8.Maddesine göre asgari ücret farkı ödendiği halde Esasların 7. maddesine göre yapılan fiyat farkı hesabında, asgari ücret fiyat farkı hiç ödenmemiş gibi asgari ücrete dayalı işçiliklerin oranını temsil eden al katsayısının belirlenmediği ve bu şekilde esaslara aykırı mükerrer ödemede bulunulması nedeni ile toplam ...

TL kamu zararına yol açıldığı ve bu tutarın sorumlulardan tazminine hükmedildiği,

İlama esas kabul edilen hususların gerek Kamu İhale mevzuatına, gerek Kamu İhale Kurulunun vermiş olduğu kararlara, gerekse Kamu İhale Kanununa Göre İhalesi Yapılacak Olan Hizmet Alımlarına İlişkin Fiyat Farkı Hesabında Uygulanacak Esaslara açıkça aykırı olup, ilamda gösterildiği gibi bir kamu zararı da bulunmadığını, 6085 sayılı Kanunun 56.maddesi uyarınca ilam ekindeki hesapta hesap hatası bulunduğunu,

Şöyle ki;

-Fiyat farkı hesabında kullanılacak olan a_1 , a_2 , b_1 , b_2 , c ve d katsayılarının biri, birkaçı veya tamamının ihale konusu hizmetteki oranı dikkate alınmak suretiyle bire (1.00) eşit olacak şekilde ihaleden önce idarece ihale dokümanında gösterilmesinin zorunlu olduğu, sözleşmede yer alan fiyat farkına ilişkin esas ve usullerde sözleşme imzalandıktan sonra değişiklik yapılamayacağı nitekim bu husus dikkate alınarak sorguya konu olayda İdare ile yüklenici firma arasında bağitlanan hizmet alımı sözleşmesinin Fiyat Farkı başlıklı 14'üncü maddesinin 2'nci bendinde açıkça hüküm altına alındığı ve sözleşmenin 14.2.1'inci maddesinde akaryakıt ağırlık oranı ($b_1=0,4$) ve makine ve ekipmanın amortisman oranının ($d=0,6$) olarak belirlendiğini,

-Fiyat Farkı Hesabında Uygulanacak Esasların 7'nci maddesindeki hükmün doğru yorumlanmasının sorguya konu olayın daha doğru, hukuka ve hakkaniyete uygun olarak değerlendirilmesi yönünden önemli olacağını,

-Fiyat farkı formülündeki değişkenler (asgari ücret, akaryakıt temel ve güncel indeks gibi) sözleşmenin tarafları olan idare ve yüklenicinin inisiyatifi dışında serbest piyasa koşulları ve asgari ücreti yeniden belirleyen Bakanlar Kurulu Kararları ile belirlendiğinden hem yüklenicinin hem de İdarenin bu

oranları değiştirme hak ve yetkisi bulunmadığı, örneğin sorguya konu işin gerçekleştiği dñnemde asgari ücretteki artış, akaryakıt fiyatlarındaki artıştan oransal olarak daha fazla olsaydı, bu durumda yapılan fiyat farkı ödemesinin idarenin lehine, yüklenicinin aleyhine bir sonuç doğuracağı bu kez de sorgudaki hüküm doğru kabul edildiğinde yüklenicinin de oranların değiştirilmesini talep etme hakkının var olduğunun kabul edilmiş olacağı ki bu sonucun bu yönü ile kabulünün hukuken mümkün olmadığını,

-31.08.2013 gün ve 28751 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanuna göre İhale Edilen Hizmet Alımlarında Uygulanacak Fiyat Farkı Esaslarına ilişkin Bakanlar Kurulu Kararının “Fiyat Farkı” başlıklı 5’inci maddesinin 3’üncü bendinde “ağırlık oranına ilişkin katsayılar, işin niteliğine ve kullanılan girdilere uygun biçimde belirlenen a_1 , a_2 , b_1 , b_2 , c katsayıları toplamı (1.00) eşit olacak şekilde belirlenir ve ihale dokümanında gösterilir.” denildikten sonra yürürlükten kalkan bir önceki Fiyat Farkı Kararnamesine ilişkin esaslarda gösterilen düzenlemeden farklı olarak “katsayıların belirlenmesinde öncelikle a_2 , b_1 , b_2 ve c katsayıları belirlendikten sonra bunların toplamı 1’den çıkarılarak bulunan sayı a_1 katsayısı olarak alınır.” şeklinde yeni bir düzenleme getirildiğini, yani bu yeni düzenleme ile katsayıların ihale konusu hizmetteki oranının birebir aynı olmasının öngörölmediğini, Bakanlar Kurulunca yapılan bu yeni düzenleme ile bu konudaki tereddütlerin ortadan kaldırıldığını,

Her ne kadar temyiz başvurusuna konu İlâmda Kamu İhale Genel Tebliği’nin 83.5’inci maddesine atıf yapılarak fiyat farkı esaslarının 7 ve 8’inci maddeleri gereği ayrı ayrı hesaplanacak tutarların toplamının ödenecek toplam fiyat farkını oluşturacağı, 7’nci maddeye göre hesaplama yapılırken de a_1 katsayısının (0) olarak belirlenmesi sebebiyle hiç işçilik fiyat farkı ödenmemiş gibi idare aleyhine sonuç doğurduğundan bahsedilmişse de, söz konusu işte tebliğin

83.5'inci maddesinin uygulanmasının hatalı olduğu, sözleşme kapsamında çalıştırılacak işçilerin vasıflı işçiler olduğu, bu işçilere ödenecek ücretin de asgari ücretin belli bir katı (yüzde) olarak idari şartnamede belirtildiğinden esaslara göre fiyat farkı hesabında al olarak belirlenen bir işçilik bulunmadığı, a2 katsayısının uygulanacağı bir işçilik bulunduğunu,

İhale konusu işe ait teknik şartnamenin 2.11.12'nci maddesinde çalıştırılacak personellerin niteliklerinin ayrıntılı olarak belirtildiğini ve bu personelin vasıflı personel olduğunu; İdari şartnamenin 25.3'üncü maddesinde ise ihale konusu işte çalışacak personellere ödenecek ücretin personelin unvanına göre belli bir yüzde oranında asgari ücretten fazla ödeneceğinin çok açık bir şekilde belirtildiğini,

Buna göre; ihale konusu işte çalışacak tüm personelin vasıflı işçi olup bu sebeple asgari ücrete dayalı işçilik bulunmadığını diğer bir ifadeyle fiyat farkına ilişkin Bakanlar Kurulu Esaslarında al olarak belirtilen asgari ücrete dayalı işçiliklerin oranını temsil eden al katsayısı bulunmadığını, kararnamede al dışındaki işçiliklerin ağırlık oranını temsil eden katsayı olarak sadece a2 katsayısı bulunduğunu, bu tespitten sonra ihale konusu işte işçiliğın a2 olarak belirlendiğinin açık olduğu, Esasların 7'nci maddesi uyarınca hesaplanan fiyat farkı hesabının içinde asgari ücretteki artış da hesaplandığından esasların 8'inci maddesine göre asgari ücret farkı için ayrı bir hesaplama yapılmasının mümkün olmadığını,

İlamda atıf yapılan Kamu İhale Genel Tebliğı'nin 83.2'nci maddesinde Fiyat Farkı Esaslarının bütün olarak uygulandığı ve işçiliğın al olarak belirlendiğı hizmet alımı ihalelerinde Esasların 7'nci maddesi gereğı ihale tarihi itibarıyla geçerli brüt asgari ücretteki artış oranı kadar fiyat farkı hesaplanacağı öngörölmüş olup, esasların 8'inci maddesine göre asgari ücret ve sigorta primi alt sınır artışından kaynaklanan fark için ayrıca bir hesaplama yapılmasının mümkün olmadığını

zira esasların 7'nci maddesine göre yapılan fiyat farkı hesabının içerisinde asgari ücretteki artışın da bulunduğunu,

Bu açıklamalar ışığında fiyat farkı hesabında uygulanacak esasların 7'nci maddesindeki fiyat farkı formülünde yer alan al katsayısı için bir değer belirlenmemesi ve sabit katsayıların ihale konusu hizmetteki oranın yaklaşık maliyete göre belirlenmesi durumunda katsayıların

$A_1=0$, $a_2=0,73$, $b_1=0,16$ ve $d_1=0,11$ olacağını,

Bu katsayılara göre ise fiyat farkı formülünün,

$$P_n = (a_1 + a_2 (I_n/I_o) + b_1 (Y_n/Y_o) + d_1 (M_n/M_o))$$

$$P_n = (0 + 0,73 (I_n/I_o) + 0,16 (Y_n/Y_o) + 0,11 (M_n/M_o))$$

Bu formüle göre 2012 yılında ödemesi yapılan 2011 Aralık ayı fiyat farkı hesabında işçilik için ödenecek fiyat farkının ... TL olması gerekirken Temyiz başvurusuna konu ilam ek'indeki tabloda aynı ay için ... TL fazla fiyat farkı hesaplandığını,

2012 yılı içinde yapılan diğer aylara ilişkin tüm fiyat farklarının da aynı şekilde ilam ek'indeki tablo ile farklılık arz ettiğini, ayrıntılı hesap tablosunun dilekçe ekinde sunulduğunu, buna göre ödenmesi gereken fiyat farkı ile ilamda fazla ödendiğine hükmedilen miktar arasında fark bulunduğunu,

Bir an için al katsayısının a_2 katsayısı olarak alınması, katsayılar da değişiklik yapılamaz hükmüne aykırı gibi görünse de fiyat farkı formülündeki sabit katsayıların yaklaşık maliyete göre yeniden belirlenip buna göre kamu zararı tespit edilebiliyor ise ihale konusu işe ait teknik şartnamenin 2.11.12'nci maddesinde çalıştırılacak personelin niteliklerinin ayrıntılı olarak belirtildiği ve bu personelin vasıflı personel olduğu; idari şartnamenin 25.3'üncü maddesinde ise ihale konusu işte çalışacak personele ödenecek ücretin personelin unvanına göre belli bir yüzde oranında asgari ücretten fazla ödeneceğinin çok açık bir şekilde

belirtildiği, bu nedenle de katsayının a2 olarak belirlenmesi gerektiğini,

Esasların 7'inci maddesine göre ödenecek fiyat farkı bu katsayılar esas alınarak hesaplanırken al sıfır kabul edileceğinden, ayrıca esasların 8'inci maddesine göre fiyat farkı ödenmeyeceği, dolayısıyla 8'inci maddeye göre hesaplanıp ödenen fiyat farkının tamamının kamu zararı olarak kabul edilmesi gerektiği, buna göre hesaplama yapıldığında ise 471 sayılı Ek ilamda kabul edilen ... TL'nin kamu zararı oluşturduğu, bu bedelin de tahsil edilmesi nedeniyle tazmin kararının kaldırılması gerektiğini,

Bu durumda (Kabul Anlamına Gelmemekle Birlikte) İdarece yükleniciye fazla ödendiğinden bahisle 0,73 oranında işçilik bulunduğu halde, 7'nci maddeye göre ödenen fiyat farkında a2 niteliğindeki bu İşçiliğe ilişkin ağırlık oranının göz ardı edilmesi sonucunda neden olunan kamu zararının ... TL olması gerekirken fazla hesaplama ile ... TL tazmin hükmü kurulmasının mevzuata aykırı olduğunu belirterek,

Sayıştay 6. Dairesinin 554 sayılı ilamında tazminine hükmedilen ... TL'lik kararın bozularak daha önce aynı Daire tarafından verilen 471 sayılı İlama bağlı kalınarak 0,73 oranında İşçilik bulunduğu halde, 7'nci maddeye göre ödenen fiyat farkında a2 niteliğindeki bu işçiliğe ilişkin ağırlık oranının göz ardı edilmesi sonucunda toplam ... TL tutarında kamu zararına neden olunduğu şeklinde hüküm verilmesi gerektiği ve bu kamu zararı tutarının da ... tarih ve ... yevmiye no.lu muhasebe işlem fişiyle tahsil edildiğinden bu mahiyetteki kamu zararına dair ilişilecek husus bulunmadığına karar verilmesini, talep etmişlerdir.

Sorumlulardan İhale Yetkilisi (Genel Müd. Yrd.) ... vekili Av. ... , ayrıca, temyiz dilekçesinde özetle;

... Genel Mdrlğu ile ... San. Tic. Paz. Ltd. şti. – ... San. ve Tic. Ltd. şti. Ortak Girişimi arasında “... Hizmet Alım İşi

ile ilgili ... tarihinde yapılan Sözleşmenin “Fiyat Farkı” başlıklı 14 üncü maddesinde, anılan Esasların 7 ve 8 inci maddeleri hükümlerine göre fiyat farkı ödenmesinin öngörüldüğünü,

Esaslara göre a1, a2, b1, b2, c ve d sabit katsayılarından biri, birkaçı veya tamamının, ihale konusu hizmetteki oranı dikkate alınmak suretiyle ve toplamı bire (1.00) eşit olacak şekilde ihaleden önce idarece belirlenerek ihale dokümanında gösterildiğini,

Fiyat farkına ilişkin katsayıların toplamının 1 (bir)’e eşit olarak tespit edilmesinin Esasların kesin hükmü olduğunu, ancak bu tespitlerin nasıl yapılacağına ilişkin herhangi bir formüle yer verilmediğini, yaklaşık maliyete esas unsurların yani katsayı karşılıklarının, ihale dokümanına yani idari şartnameye aynen konulma şartı bulunmadığını, esaslarda bu oranların, ihale konusu hizmetteki oranı dikkate alınmak sureti ile belirleneceğinin belirtildiğini, bu oranlarla, ihale konusu hizmetteki oranının bire bir aynı olmasının öngörülmediğini,

Kanun koyucunun “ihale konusu hizmetteki oranı dikkate alınmak suretiyle” demek suretiyle idarelere oranların belirlenmesinde bir yetki verdiğini, Sayıştay 5 inci Dairesinin 16.07.2013 tarih 88 No’lu kararı ve 2005/UH.Z-782 sayılı Kamu İhale Kurulu Kararının da bu yönde olduğunu ve sözleşmenin uygulanması sırasında da hiçbir gerekçe ile bu oranların değiştirilemeyeceğini hüküm altına aldığını,

31.08.2013 tarih 28751 sayılı Resmi Gazete de yayımlanan Kamu İhale Kanununa Göre İhale Edilen Hizmet Alımlarında Uygulanacak Fiyat Farkına İlişkin Esaslar ile fiyat farkı hesaplamasına ait uygulamada değişikliğe gidilerek, fiyat farkında uygulanacak katsayıların belirleme önceliklerinde özetle; idare katsayıları belirlerken a2, b1, b2 ve c katsayılarını belirleyip 1 (bir) den çıkararak bulunan

sonucu al olarak belirleyecek dediğini, katsayılar belirlenirken yaklaşık maliyet içerisinde katsayı oranlarından hiç bahsedilmediğini, aktarılan bu durumun göz ardı edilip, sözleşme imzalandıktan sonra yaklaşık maliyete göre katsayıları belirlemek ve buradan hareketle kamu zararından bahsetmenin kabul edilemeyeceğini,

Yaklaşık maliyet içinde a2 (nitelikli personel katsayısı bulunmasına karşın (kaldı ki tüm personel nitelikli personel konumundadır) Denetçi tarafından katsayıların belirlenmesinde a2 katsayısının dikkate alınmamasının, katsayı belirlemesinde önceliğin yaklaşık maliyet olmadığının çok somut göstergesi olduğunu,

Çünkü bir tarafta yaklaşık maliyete göre katsayılar belirlenmediği gerekçesi ile kamu zararı denilirken, diğer tarafta katsayıları belirlerken yaklaşık maliyetin içindeki bir katsayı değerini dikkate almamanın yaklaşık maliyetteki oranlara uyma zorunluluğu olmadığını da gösterdiğini,

Yaklaşık maliyette yer alan katsayıların aynen konulması durumunda gizliliği bulunan yaklaşık maliyet hakkında ipucu verilmiş olacağından bunun arzu edilen bir durum olmadığını,

Nihayetinde katsayıları belirleme yetkisinin idarelere verilmiş olup, bu unsurların oranlarında idarece ayarlama yapılabileceğini,

Katsayıları belirleme yetkisinin İdarelerde olduğunu, buna rağmen katsayıları belirleyerek ihale dokümanında yer veren İdarenin belirlediği katsayıların yanlışlığından bahsedip, yeni katsayı belirleyerek kamu zararına karar vermenin hukuka aykırı olduğunu,

Söz konusu işin idari şartnamesinin fiyat farkına ilişkin 47 nci maddesinde; al, a2, b2 ve c katsayılarının 0 (Sıfır), akaryakıtla ilişkin olan bl katsayısının 0,40 ve makine ve ekipmana ilişkin olan d katsayısının ise 0,60 olduğunu,

Söz konusu İlamda, ihale dokümanında yer alan akaryakıtla ilişkin b1 katsayısı 0,40 ve makine ve ekipmana ilişkin d katsayısı 0,60 tamamen bir tarafa bırakılarak; a1, b1 ve d sabit katsayılarının yaklaşık maliyette yer alan oranları 0.73, 0.16 ve 0.11 esas alınarak hesaplama yapıldığını, bunun mevzuata aykırı olduğunu,

1) İlamda fiyat farkı ödemesine dayanak teşkil eden a1, b1 ve d sabit katsayılarının yaklaşık maliyetteki oranların, ihale dokümanında yer almadığını,

2) İlam ile, ihale dokümanında yer alıp fiyat farkı hesaplanmasına dayanak teşkil eden katsayıların değiştirildiğini,

3) İlamda idarenin takdir yetkisinin kaldırıldığını, yerindelik denetimi yapılamayacağını,

sonuç olarak,

– Fiyat farkı hesaplamasının, ihale dokümanı ve sözleşme gereği yapıldığını, mevzuata aykırı olarak, fiyat farkı hesaplamasının söz konusu olmadığını,

– İsteklilerin dolayısıyla yüklenicinin, ihale dokümanındaki katsayıları esas alarak teklifini verdiğini,

– Sayıştay Dairesinin yetki aşımı yaparak, İdarenin takdir yetkisini ortadan kaldırdığını,

– Daire kararıyla; 4735 sayılı Kanunun 4'üncü maddesinde yer alan, kamu sözleşmelerinin taraflarının, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülöklere sahip olduğu, kanunun yorum ve uygulanmasında bu prensibin göz önünde bulundurulacağı hükmüne uygun hareket edilmediğini,

– Her ne kadar yargılamalar sonrasında kararlarında değışik olsa da ilk sorgu konusu ilama başlangıç teşkil eden Denetçi raporunda iddia olunan ve bazı Daire üyelerince de benimsenen katsayı toplamının 1,73 olması gibi bir durumun söz konusu

olmadığını, katsayıların İdare tarafından bire (1.00) eşit olacak şekilde ihaleden önce belirlendiğini, belirterek tazmin hükmünün kaldırılmasını talep etmiştir.

Sorumlular ... , ... , ... , ... adlarına Vekil Av. ... 'in temyiz dilekçesinde özetle;

Sayıştay 6.Dairesince verilen kararın usul ve yasaya aykırı olup, bozulması gerektiğini, şöyle ki;

06.12.2017 tarih ve 43834 tutanak no'lu Temyiz Kurulu Kararında, ihaleden önce idarece tespit edilip Sözleşmenin 14'üncü ve İdari Şartname'nin 47'inci maddelerinde belirlenmiş olan (b1:o,40 d:o,60 =1) katsayıların; 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 8'inci maddesindeki, "Sözleşmelerde yer alan fiyat farkına ilişkin esas ve usullerde sözleşme imzalandıktan sonra değişiklik yapılamaz" şeklindeki ve Esaslar'ın 7'inci maddesinde yer alan; ihaleden önce idarece belirlenerek ihale dokümanında gösterilen sabit katsayıların sözleşmenin uygulanması sırasında hiçbir gerekçeyle değiştirilemeyeceği şeklindeki ve Esasların 9'uncu maddesinde yer verilen, sözleşmede yer alan fiyat farkına ilişkin esas ve usullerde sözleşme imzalandıktan sonra değişiklik yapılamaz yönündeki hükümleri gereğince sözleşmenin uygulanması sırasında değiştirilemeyeceğinin kabul edilip, idari şartnamenin 14'üncü ile Sözleşmenin 47'nci maddelerinde yer alan, Esasların 8'inci maddesine göre fiyat farkı ödenmesinin öngörüldüğü hükümlerinin uygulanmayacağıının belirtilmesinin çelişki olup, bu değerlendirmeye Temyiz Kurulunun İdari Şartname ve Sözleşme'nin anılan maddelerinin bir hükmünü uygulayıp diğer bir hükmünü uygulamamasının hukuka aykırı olduğunu,

Karara konu sözleşmeye ilişkin olarak Sayın Dairenin kararı ile birlikte, denetçi raporları, muhalefet şerhleri, bozma kararı aynı sözleşmenin uygulanmasına ilişkin diğer dairelerin vermiş olduğu kararlarla birlikte 6-7 farklı formülün ortaya çıktığını, onlarca parametrenin bulunduğu sözleşmeye ilişkin

olarak süreç içerisinde çok daha fazla formülün ortaya çıkmasının mümkün olduğunu,

Bu formüllerin tartışılmasını yasanın hukuki güvenliği esas alarak yasaklamış ve bütün kamu ihalelerinde istikrarı esas alarak sözleşmelerdeki fiyat farkı esas ve usullerinin sözleşme imzalandıktan sonra değiştirilmeyeceğini kesin bir dille mevzuata aldığını,

Sayıştay denetimi açısından da hiçbir istisna getirmediğini, aksi uygulama ile yasanın mevzuata aykırılık varsa uygulanmayacağı yönündeki gerekçeye dayanılarak hüküm verilmesinin haklı ve hukuki dayanağı bulunmadığını,

belirterek tazmin hükmünün kaldırılmasını talep etmiştir.

İhale Komisyonu üyesi ... (Bilgi İşlem Daire Başkanı) Vekili Av. ... tarafından verilen temyiz dilekçesinde özetle;

4735 sayılı Kanunun “Fiyat Farkı Verilebilmesi” başlıklı 8. maddesinin (d) fıkrasına göre; “a1, a2, b1, b2, c ve d sabit katsayılarından biri, birkaçı ve tamamının ihale konusu hizmetteki oranı dikkate alınmak suretiyle toplamı bire (1.00) eşit olacak şekilde ihaleden önce idarece belirlenerek ihale dokümanında gösterilmesi zorunludur. Bu sabit katsayılar sözleşmenin uygulanması sırasında hiçbir gerekçeyle değiştirilemez” denildiğini,

31/12/2009 tarihinde yapılan sözleşmenin “Fiyat Farkı” başlıklı 14.maddesinde, Esaslar’ın 7. ve 8. maddeleri hükümlerine göre fiyat farkı ödeneceğinin belirtildiğini,

Söz konusu işin İdari Şartnamesinin fiyat farkına ilişkin 47. maddesinde ise; “a1, a2, b2 ve c katsayıları 0 (sıfır) akaryakıtla ilişkin olan b1 katsayısı 0.40, makine ve ekipmana ilişkin olan d katsayısı ise 0.60 olarak belirlendiğini, bunların toplamı 1’e eşit olduğundan esaslara aykırı bir durum mevcut olmadığını,

İlamda ise a2, b1 ve d sabit katsayılarının yaklaşık maliyette yer alan oranları 0,73; 0,16 ve 0,11 esas alınarak hesaplama yapılmasının mevzuata ve 06/12/2017 tarih ve 43834 tutanak no.lu bozma kararının gerekçesine, ilgili Sayıştay Kararlarına ve KİK Kararlarına aykırı olduğunu,

4735 Sayılı Kanunun 8. maddesinin 2. fıkrasına göre; “... Sözleşmelerde yer alan fiyat farkına ilişkin esas ve usullerde sözleşme imzalandıktan sonra değişiklik yapılamaz...” denildiğini,

Esasların 7. maddesinde yer alan ihaleden önce idarece belirlenerek ihale dokümanında gösterilen sabit katsayıların sözleşmenin uygulanması sırasında hiçbir gerekçeyle değiştirilemeyeceği; 9. maddesinde sözleşmede yer alan fiyat farkına ilişkin esas ve usullerde sözleşme imzalandıktan sonra değişiklik yapılamayacağını belirlendiğini,

Temyiz Kurulunun 06/12/2017 tarih ve 43834 no.lu BOZMA ilamının da, Sözleşmenin 14., İdari Şartnamenin 47. maddelerinde belirlenmiş olan (b1: 0,40 d:0,60= 1) katsayıların sözleşmenin uygulanması sırasında değiştirilemeyeceğini kabul ettiğini, Sayıştay 6. Dairesinin ise; “Temyiz Kurulunun bu değerlendirmesine uyulmasının mümkün olamayacağı...” şeklinde karar verdiğini,

Sayıştay 6. Dairesinin, Temyiz Kurulu’nun BOZMA kararından sonra (kararın gerekçesine aykırı olarak), sözleşmede yer alan farklı formüllere göre yeniden hesaplama yaptığını, mevzuata ve sözleşmeye aykırı karar aldığını, Sayıştay 6. Dairesinin yaklaşık maliyetteki hizmet oranlarına göre yeniden b1 katsayısı 0,16 (akaryakıt ağırlık oranı), a1 0,73 (asgari ücrete dayalı işçilik oranı), d 0,11 (makine ve ekipmana ilişkin işçilik oranı) ... şeklinde yeni katsayıları esas alarak kamu zararı hesapladığını, bu durumun, 4735 sayılı Kanuna, 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununa göre İhalesi Yapılacak Olan Hizmet Alımlarına İlişkin Fiyat Farkı Hesabında Uygulanacak Esaslara, Sayıştay ve KİK

Kararları ile Temyiz Kurulu Kararına aykırı olduğunu, şöyle ki;

1. a) Sözleşmeden önce belirlenen sabit katsayıların hiçbir gerekçe ile değiştirilemeyeceğini,
2. b) Sabit katsayıların (ve oranlarının) belirlenmesinde idarenin yetkili olduğunu, yaklaşık maliyeti tespitteki oranların, fiyat farkı hesabında esas alınamayacağını, istekliler İhale dokümanlarındaki bilgileri esas alarak tekliflerini tespit ettiklerini, yaklaşık maliyetin ise 4734 sayılı Kamu İhale Kanunun 9. maddesine göre gizli olduğunu, ayrıca yaklaşık maliyetin İhale dokümanı olmadığını,
3. c) Fiyat farkı ödemesinde önemli olanın katsayı oranları toplamının 1.00'e eşit olarak tespit edilmesi olduğunu, katsayıların belirlenmesinde İdarenin yetkili olduğunu ve biri (1'i) geçmemek koşulu ile katsayı oranlarında İdarece ayarlama yapılabileceğini, Sayıştay 5. Dairesinin 16/07/2013 Tarih ve 88 no.lu Kararı ile 2005/UH.Z-782 Sayılı Kararının da bu yönde olduğunu,
4. d) Esasların 8. maddesinde "a1, a2, b1, b2, c ve d sabit katsayılarından biri, birkaçı veya tamamının toplamının 1'e eşit olacak şekilde ihaleden önce İdarece belirleneceğinin..." düzenlendiğini, bu maddede "biri birkaçı veya tamamı..." denilerek, tüm katsayıların alınmasının zorunlu olmadığına net olarak ifade edildiğini, idarenin de bu madde paralelinde uygulama yaptığını, ilamda İdarenin bu konudaki takdir yetkisinin yok sayıldığını, Sayıştay 6. Dairesinin kendisini İdare yerine koyarak, sözleşmeden sonra şartnamede olmayan katsayılara ve oranlara göre yeniden hesaplama yaptığını, bu durumun 4735 sayılı Kanunun 8. maddesi ile Esasların 9. maddesine açıkça aykırı olduğunu,
5. e) Sayıştay Temyiz Kurulu'nun, Sayıştay 6. Dairesinin 250 no.lu İlâmının Temyiz incelemesine ilişkin Bozma Kararında, yeni katsayı ve formül ihdas edilmesi yönündeki görüşleri kabul etmediğini, 4735 sayılı Kanunun

8. ve Esasların 9. maddesi, Sözleşme ve Eki Şartname hükümlerini esas alarak inceleme yapılması gerektiğine hükmettiğini,
6. f) Yaklaşık maliyete ilişkin belgelerin gizli belge olması nedeniyle; isteklilerin bu belgeleri görmesi ve hizmetlere ilişkin oranlara göre teklif vermelerinin hukuken mümkün olmadığını, isteklilerin birim fiyat teklif mektuplarında "İhale dokümanında yer alan tüm düzenlemeleri dikkate alarak teklif verdiklerini" belirttiklerini, yaklaşık maliyete ilişkin belgelerin ise; ihale dokümanı olmadığını,
7. g) Adı geçen işe ait; 31/12/2009 tarihli sözleşmenin " Fiyat Farkı" başlıklı 14.2. maddesinde " ... Fiyat farkı verilecektir. Yürürlükteki fiyat farkı kararname hükümlerine göre uygulama yapılacaktır" denildiğini, Sözleşmenin bu maddesine göre, fiyat farkı hesabında uygulanacak kat sayılar akaryakıt ağırlık oranı bl katsayısı için 0,40 makine ve ekipman amortismanı katsayısı için d 0,60 olmak üzere toplam 1.00 geçmeyecek şekilde tespit edildiğini, sözleşmeye yazılmış olduğundan esaslara aykırı bir durum bulunmadığını, Esasların 9. maddesine göre sözleşme imzalandıktan sonra mevcut fiyat farkına ilişkin esas ve usullerde bir değişiklik yapılamayacağını,

Bu nedenle yapılan uygulamada mevzuata aykırı herhangi bir durum ve kamu zararının söz konusu olmadığını,

4) Sayıştay 6. Daire kararında; 20/06/2002 tarihli ve 5030/2 sayılı Sayıştay Genel Kurulu kararının gerekçe olarak gösterildiğini, oysa bu kararın 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerinin esas alınarak verildiğini, bu olayda ise 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa göre çıkarılan esaslar ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun yürürlükte olduğunu, bu nedenle; Sayıştay Genel Kurulu kararının, bu davaya emsal alınamayacağını, kaldı ki; bu kararın müşavirlik sözleşmesine ilişkin olup, bu davadan

farklı bir konuya ilişkin olduğunu, belirterek,

554 Sayılı Ek İlamının 1. maddesiyle verilen ... TL tutarındaki tazmin hükmünün kaldırılmasını talep etmiştir.

Aynı sorumlu tarafından verilen ek dilekçede özetle;

471 sayılı ek ilamın 2. maddesinde, söz konusu iş kapsamında bulunan 0,73 orandaki işçiliğin tamamı a2 olarak kabul edilerek yapılan yeniden hesaplama sonucunda kamu zararının ... TL olarak tespit edildiğini, sorgu konusu toplam ... TL'si tahsil edildiğinden; ... TL ile ... TL'si için ilişilecek husus kalmadığına karar verildiğinden, müvekkilinin söz konusu tazmin konusu miktar açısından ilişığının kalmadığını,

Kamu zararı gerekçesiyle tahsili yapılmış olan tutardan, ilgili firmanın ... Genel Müdürlüğü'ne vermiş olduğu ... ve ... tarihli dilekçelerine istinaden; müvekkilinin herhangi bir dahili ve haberi olmaksızın; ... İhale Komisyon Üyesi ve Strateji Geliştirme Dairesi Başkanı ... ile ... İhale Yetkilisi ve Genel Müdür Yardımcısı ... 'ün ... tarih ve ... sayılı kendi Makam Olurları ile ... TL'nin %10 faizi ile birlikte ... TL olarak ilgili firmaya ödendiğini,

Müvekkilinin, ... Genel Müdürlüğünden Mart 2015 yılında emekli olarak, ayrılmış olması, firmaya yapılan ödemedan haberi, bilgisi, rıza olmaması nedeniyle; hakkında verilen tazmin hükmünün kaldırılması gerektiğini,

Yukarıda açıklanan nedenlerle; tespit edilen Kamu Zararının, ilgili firmadan ... Tarih ve ... numaralı muhasebe işlem fişi ile tahsil edilmiş olması, ancak ilgili firmanın müracaatı üzerine temyiz kurulu kararı beklenmeden ... tarihinde ... no.lu muhasebe işlem fişi ile firmaya ödeme yapılmış olması, müvekkilinin bu ödemedede onayı, rızası ve haberinin bulunmaması, firmaya ödemenin yapıldığı tarihte müvekkilinin ilgili kurumdan emekli olarak ayrılmış olması, 15/11/2018 tarih ve 554 sayılı Ek İlamda kamu zararı olarak hükmedilen ... TL tutarın İlam tarihinden önce tahsil edilmiş olması nedeniyle; müvekkili ...

hakkında verilen tazmin hükmünün kaldırılmasını talep etmiştir.

İhale Komisyonu üyesi ... (Abone İşleri Daire Başkan V.) tarafından verilen temyiz dilekçesi özetle İhale Komisyonu üyesi ... (Bilgi İşlem Daire Başkanı) Vekili Av. ... tarafından verilen temyiz dilekçesiyle benzer mahiyette olup ilave olarak;

554 Sayılı Ek İlamının 1. maddesiyle hükmedilen ... TL tutarındaki tazmin hükmünün kaldırılmasını,

Bu talebin kabul edilmemesi halinde, Sayıştay 6. Dairesinin 554 sayılı ilamında tazminine hükmedilen ... TL'lik kararın bozularak daha önce aynı Daire tarafından verilen 471 sayılı İlama bağlı kalınarak 0,73 oranında işçilik bulunduğu halde, 7'nci maddeye göre ödenen fiyat farkında a2 niteliğindeki bu işçiliğe ilişkin ağırlık oranının göz ardı edilmesi sonucunda toplam ... TL tutarında kamu zararına neden olduğu şeklinde hüküm verilmesinin gerektiğini ve bu kamu zararı tutarının da ... tarih ve ... yevmiye no.lu muhasebe işlem fişiyle tahsil edildiğinden bu mahiyetteki kamu zararına dair ilişilecek husus bulunmaması doğrultusunda karar verilmesini talep etmiştir.

Ayrıca aynı sorumlu ikinci temyiz dilekçesinde;

Sayıştay denetçileri tarafından 2011 ve 2012 hesap yılları denetiminde fiyat farkı hesaplamasında al katsayısı belirlenmediği gerekçesi ile yükleniciye 2011 yılında ... TL. 2012 yılında ... TL. ve 2013 yılı için ise henüz denetimi yapılmadığından aynı formül üzerinden hesaplanan (Mayıs 2013 dahil) ... TL olmak üzere toplam ... TL fiyat farkının fazla ödendiği varsayımı ile Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik hükmünce Harcama Yetkilisi ve Abone İşleri Dairesi Başkanı olması hasebiyle ... tarih ve ... sayılı ilişikte sunulan Makam OLUR'u alınarak Sayıştay Kanununa göre %10 faiz eklenerek aylık ... TL taksitler halinde

yönetici hakedişlerinden emanete alınmak suretiyle Strateji Geliştirme Dairesi Başkanlığınca tahsil edilerek Sayıştay denetçilerince tespit edilen kamu zararının giderilmesinin sağlandığını, bu kesintilere yüklenici tarafından herhangi bir itiraz da yapılmadığını, ... tarihinde bulunduğu görevden alınarak Tesisler Dairesi Başkanlığına Uzman olarak naklen atandığından konu ile ilgili iş ve işlemlerde her hangi bir dahli olmadığını,

Bu nedenle hem harcama yetkilisi olarak ve hem de dava konusu ihalede komisyon üyesi olarak diğer üyelerle birlikte tazminle yükümlü olma sorumluluğu nedeni ile (EK-1) OLUR ile denetçilerce tespit edilen kamu zararının varsayımı ile Sayıştay sorgu sürecinde tazminin tahakkuk etmesi sonucu emanete alınan kısımdan muhasebe fişleri ile tediyesini sağladığını, ancak kendisi görevden ayrıldıktan sonra anılan ilamda sorumlu kapsamında olan idari yetkililer tarafından (EK-2) ve (EK-3) sonradan tesis edilen idari işlemlerle sürecin değişmesi ile sorumluluğunun kalktığını,

Kendisi görevden ayrıldıktan sonra; 471 sayılı Ek İlam ile ... TL kamu zararına karar verildiğini, bu kere kamu zararına hükmedilen tutardan ... TL si için ilişilecek bir husus bulunmadığına karar verildiğini, Harcama birimi olan Abone İşleri Dairesi Başkanlığı ... tarih ve ... sayılı yazısı ile Makam OLUR'u (EK-2); Muhasebe Birimi olan Strateji Geliştirme Dairesi Başkanlığı da ... tarih ve ... sayılı Makam OLUR'u (EK-3) almak suretiyle devam eden ve henüz kesinleşmemiş dava konusu fiyat farkını yükleniciye ödediklerini, belirterek,

Görevde olduğu zaman tazmin sorumluluğunu yerine getirdiği için Sayıştay 6. Dairesinin 15.11.2018 Tarih ve 554 Sayılı İlamda belirtilen sorumluluğunun kaldırılmasını talep etmiştir.

İhale Dokümanını Düzenleyen ... (Sayaç Sökme Takma Merkez Şefi) tarafından verilen temyiz dilekçesinde özetle;

Kamu İhale Kanunu'nun "İhale Komisyonu" başlıklı 6. maddesinde "ihale yetkilisi biri Başkan olmak üzere ikisinin ihale konusu işin uzmanı olması şartıyla, ilgili İdare personelinen en az 4 kişinin ve muhasebe veya mali işlerden sorumlu bir personelin katılımıyla kurulacak en az 5 ve tek sayıda kişiden oluşacak komisyonun yedek üyeler de dahil olmak üzere görevlendirilir" denildiğini,

4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "İhale Komisyonu" başlıklı 6. Maddesinin 3. Fıkrasında, gerekli incelemeyi yapmalarını sağlamak amacıyla, ihale işlem dosyasının birer örneğinin ilan veya daveti izleyen 3 gün içinde İhale komisyonu üyelerine verileceğinin hükme bağlandığını,

Bu hükümle amaçlananın, İhale Komisyonunun yaklaşık maliyeti, teknik ve idari şartname ile diğer ihale dokümanlarının mevzuata uygunluğu noktasında incelemek ve mevzuata aykırılık varsa zeyilname veya düzeltme ilamı ile ihale sürecinin sekteye uğramadan sürmesini sağlamak olduğunu,

Dolayısıyla İhale Komisyonu da yaklaşık maliyeti ve işe ilişkin şartnameleri incelemek suretiyle süreci sahiplenmiş olacağından, ihale dokümanının mevzuata aykırılığından sorumlu olduğunu,

4734 Sayılı Kanunun 'İhale Komisyonunda görev yapan üyelerin sorumlulukları" başlıklı bölümde ihale sürecinde etkin rol oynayan İhale Komisyon Başkan ve Üyelerinin iş ve işlemlerinde dikkatli olmaları hem kendileri hem de idareleri için önemlidir, 17. Maddesinde belirtilen '... .yasak fiil ve davranışlarda bulunmaları, görevlerini tarafsız bir şekilde yapmaları, taraflardan birisini zarara uğratacak şekilde ihmalde ve kusurlu davranışta bulunmaları halinde..." sorumluluk yükleyen ifade ve ibareler bulunduğunu,

Kamu İhale Kanunu'nun 6. maddesinin 3. fıkrası gereği, söz konusu ihale dokümanlarının, kurumu veya istekliyi zarara uğratabilecek, diğer bir deyişle kamu zararı oluşabilecek

herhangi bir hata, kusur, eksiklik veya fazlalık, yanlış bir ifade veya ibare olup olmadığının, mevzuata aykırı bir yazım hatası varsa tespit edilmesi, olası bir kamu zararı oluşmadan en başta önüne geçilmesi amacıyla incelenmek üzere ihale tarihinden önce komisyon üyelerine teslim edildiğini,

Yani, İhale Yetkilisinin ... tarih ve ... Sayılı komisyon üyelerinin belirlendiği Olur yazısının (Ek: 1),
□'İhale Komisyon üyesinin savunmasında belirttiği gibi ihaleden birkaç saat önce değil, ihaleden 20 gün önce ... tarihinde bir tutanak ile (Ek:2) ihale komisyon üyelerine imza karşılığı teslim edildiğini,

Teslim tutanağının son satırında "ihale dokümanı aşağıda isimleri yazılı ihale komisyonuna incelenmek üzere teslim edilmiştir" denilmekte olup, kendilerine teslim edilmiş olan dokümanları incelemiş olsalardı söz konusu mevzuata aykırılığı tespit edip zeyilname veya düzeltme ilanı ile ihaleyi yapmaları ya da her ikisinin de mümkün olmadığı durumda, Kamu İhale Kanunu'nun 16. maddesine istinaden ihaleyi iptal etseler kamu zararı oluşmayacağını,

Kurum personeline hazırlatılmış olan ihale dokümanının altında her ne kadar imzası olsa da, söz konusu dokümana herhangi bir katkısının olmadığını,

Müdürlüğün şefliğine vekâleten görev yaptığını, Şube Müdürümün geçici görevle başka bir birimde görevli olduğu, yerine müdür atanmadığı bir dönemde, bu tür ihaleler ile ilgili herhangi bir eğitim almadığından ve de teknik personel olmadığından söz konusu ihale dokümanlarının hatalı veya kusurlu, mevzuata aykırılık olup olmadığı tespit etmek gibi bilgi ve donanıma sahip olmadığından, gerek ihale kapsamında yapılacak müdürlüğe ait işlerin birikmesi baskısıyla ve gerek üst makamların baskısıyla iyi niyet besleyerek kerhen ihale dokümanına imza atmak zorunda kaldığını,

İhale dokümanını hazırlayanların eğer hata yapmayacakları ve hazırlanan belgelerle dokümanların eksiksiz olacağı, İlgili Kanunda öngörülmüş olsaydı o zaman ihale komisyon üyelerine ihaleden önce teslim edilmesi emredilmeyeceğini,

Ayrıca, 4734 Sayılı Kanun maddelerinde, İhale Komisyonu Başkan ve Üyelerinin görev, sorumluluk ve yükümlülükleri açık bir ifade ile belirtilirken, İhale dokümanı hazırlayanlar ile ilgili sorumluluk hakkında belirgin herhangi bir ifade bulunmadığını, belirterek, kendi üzerindeki sorumluluğun kaldırılmasını talep etmiştir.

Fer'i Müdahil ... ve ... 'IN tarafından verilen temyiz dilekçesinde özetle;

Denetim ve yargılama sürecinde 20'nin üzerinde farklı katsayı formülünün ortaya çıktığını, sözleşmelerdeki fiyat farkı esas ve usullerinin sözleşme imzalandıktan sonra değiştirilemeyeceğini,

Fiyat farkına ilişkin katsayıların toplamının 1 (bir)'e eşit olarak tespit edilmesinin Esasların kesin hükmü olduğunu, ancak bu tespitlerin nasıl yapılacağına ilişkin herhangi bir formüle yer verilmediğini,

Yaklaşık maliyete esas unsurların yani katsayı karşılıklarının, ihale dokümanına yani idari şartnameye aynen konulma şartının bulunmadığını,

Sayıştay 5 inci Dairesinin 16.07.2013 tarih 88 No'lu kararı ve 2005/UH.Z-782 (EK: 4) sayılı Kamu İhale Kurulu Kararının da bu yönde olduğunu,

Söz konusu ihalede, ihale dokümanındaki en önemli unsurun, fiyat farkı ile ilgili katsayılar olduğunu, çünkü ihale yıllara sari olup, süresinin 1700 gün olduğunu, dolayısıyla fiyat farkı ile ilgili katsayıların isteklilerin teklifini doğrudan etkilediğini,

Fiyat Farkı hesaplamasının İhale dokümanı ve sözleşme gereği yapıldığını, mevzuata aykırı olarak fiyat farkı hesaplanmasının söz konusu olmadığını,

Ortak Girişim Şirketi ve İsteklilerin ihale dokümanındaki katsayıları esas alarak tekliflerini verdiğini,

Daire kararıyla; 4735 sayılı Kanunun 4'üncü maddesinde yer alan, kamu sözleşmelerinin taraflarının, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülöklere sahip olduğu, kanunun yorum ve uygulanmasında bu prensibin göz önünde bulundurulacağı hükmüne uygun hareket edilmediğini,

Her ne kadar yargılamalar sonrasında kararlarında değışik olsa da ilk sorgu konusu ilama başlangıç teşkil eden Denetçi raporunda iddia olunan ve bazı Daire üyelerince de benimsenen katsayı toplamının 1,73 olması gibi bir durumun söz konusu olmadığını,

Aynı sorgu konusu ihale dokümanı ile ilgili 20'nin üzerinde farklı kararların olduğu, bu kadar değışen kararlar var iken, kamu zararından bahsetmenin hakkaniyet ve hukuka aykırı olduğunu,

Oysa, Fiyat Farkı formülünde ihale dokümanında yer alan akaryakıtla ilişkin b1 katsayısı 0,40 ve makine ve ekipmana ilişkin d katsayısı 0,60 yer almakta olup, akaryakıt fiyatlarının düşmesi ile deflasyon veya resesyona bağı konjonktürel dalgalanmalarda asgari ücretin düşmesi hallerinde, sözleşme eki hatalı olduğu varsayılan fiyat farkı formülasyonuna göre her halükârda ve mutlak surette bu faktör fiyatlarının düşmesine paralel olarak yüklenicinin hakkeğişlerinden fiyat farkı kesilmesi gerekeceğini,

Tersi durumda da yükleniciye fiyat farkı ödeneceğini,

Zaten Fiyat Farkı formülündeki $F = A_n \times B \times (P_n - 1)$ eksi (- 1) bir İhale dokümanı İdari Şartnamede belirtilmesi zorunlu olan ve toplamı (1) bire eşit olmak üzere İdarece tespit

edilen sabit katsayılar toplamının nötrlenmesini sağladığını, Şayet günün koşullarına göre TUIK tarafından fiyat artışı tespit edilmiş ise (+) artı yönde, fiyatlarda düşüş olmuş ise (-) eksi yönde bir fiyat farkı hesaplanacağını, kaldı ki burada piyasa fiyatlarını belirleyen ne İdare, ne de yüklenici olduğunu, dolayısı ile gelecekteki fiyat değişkenlerinden dolayı oluşan ve (+) artı yönde Ödenen Fiyat Farkından dolayı kamu zararından bahsetmenin mümkün olmadığını,

Bu itibarla, yukarıdaki örneklerle anlatılmaya çalışılan hatalı olduğu varsayılan fiyat farkı formülasyonuna göre asgari ücret ile akaryakıt fiyatlarının artıp azalmasına bağlı olarak yükleniciye fiyat farkı ödemesi veya kesilmesi söz konusu olacağından, fiyat farkı ödemelerinin fazla ödemeye veya idare zararına neden olması hukuken mümkün olmadığı gibi, tersi durumda fiyat farkı kesintilerinin yapılmamasının ise kamu zararına neden olacağı, belirterek tazmin hükmünün kaldırılmasını talep etmiştir.

İhale Dokümanını Düzenleyen ... (Sayaç Okuma ve Kontrol Müdür V.) ve ... 'in (Bilgi İşlem Şube Müdür V.) ortak mahiyetteki temyiz dilekçesinde özetle;

Kendisinin 471 sayılı ek ilam hükmüne karşı her hangi bir itirazının olmamasına rağmen ve Müteahhit firmanın Sayıştay Temyiz Kuruluna itiraz gibi bir hakkı olmamasına karşın, sorumlulardan ... İhale Yetkilisi ... , İhale Komisyon Üyeleri ... , ... ve ... adları adına Avukat ... ' in; hem İdarenin hem de sorumluların lehine olan 471'nolu ilama karşı Sayıştay Temyiz Kuruluna itiraz başvurusunu yaptığı ve anılan Kurulca 06.12.2017 tarih ve 43834 tutanak sayılı İlamla, Kamu zararı olduğu gerekçesiyle ... TL tazmin hükmü verildiğini,

Kamu Zararı gerekçesiyle tahsili yapılmış olan tutardan, İlgili firmanın ... Genel Müdürlüğüne vermiş olduğu ... ve ... tarihli Dilekçelerine istinaden; şahsının herhangi bir dahil ve haberi olmaksızın; ... İhale Komisyon Üyesi ve Strateji Geliştirme Dairesi Başkanı ... ile ... İhale Yetkilisi ve Genel

Müdür Yardımcısı ... ' ün ... tarih ve ... sayılı kendi Makam Olurları ile ... TL nin de dahil olduğu toplam ... TL yi ilgili firmaya ödediğini,

... Bilgi İşlem Müdür V. görevinden Nisan 2013 yılından itibaren ayrılmış olması ve ... nin diğer bölge müdürlüklerinde çeşitli görevler verilmişken 2009 yılında yapılmış ihale için 2011-2012 yılında Sayıştay tarafından yapılan denetim ve itirazlar sonucu birçok ilam çıktığını,

Kamu zararının ilgili firmadan ... tarih ve ... numaralı muhasebe işlem fişi ile ... TL tahsil edildiğini,

Ancak ilgili firmanın müracaatı üzerine temyiz kurulu kararı beklenmeden ... tarihinde ... nolu Muhasebe işlem fişi (ek-2) ile firmaya ödeme yapıldığını ve sorumlulardan bazılarının Avukatları vasıtasıyla, temyiz kuruluna yapılan itiraz sonucu; kamu zararı olduğu gerekçesi ile dosya 6. Daireye iade edildiğini, 6. Dairece yapılan gerekli incelemelerden sonra 554 numaralı Sayıştay Ek ilamında Temyiz Kurulu kararına uyulup bir nevi yeniden başa döndüğünü,

Yapılan yersiz ödemeden dolayı 554 sayılı ek ilam neticesince şahsının da sorumlu tutulmasının hem hukuka hem de hakkaniyete uygun olmadığını,

Şahsının her hangi bir sorumluluğu bulunmadığını ve tarafına tazmin olunan hükmün kaldırılmasını talep etmiştir.

İhale Komisyonu Üyesi ... (Hukuk Müşaviri) adına Av. ... tarafından verilen temyiz dilekçesinde özetle;

Müvekkilinin savunma hakkının kısıtlandığını,

471 numaralı ilâm ile bu ilâmın bozulmasına ilişkin Temyiz Kurulu'nun 06.12.2017 tarihli ve 27995 sayılı, 43834 tutanak numaralı ilâmın tarafına tebliğ edilmediğini, ayrıca 6. Daire tarafından 471 sayılı ilamda ve temyiz başvurusuna konu 554 sayılı ilâmda duruşma yapıldığı belirtilmesine rağmen,

kendisinin duruşmalara davet edilmeyerek savunma hakkının kısıtlandığını, bu durumun usule aykırı olup, temyiz başvurusuna konu kararın bu sebeple bozulması gerektiğini,

554 sayılı Ek İlâmın 43' üncü sayfasında Temyiz Kurulu'nun 06.12.2017 tarihli ve 43834 tutanak no.lu bozma kararında belirtilen sorumluluk değerlendirmesine uyulması gerektiği sonucuna varılarak,

oluşan kamu zararından ihale yetkilisi, ihale komisyon başkan ve üyeleri ile ihale dokümanını hazırlayanların sorumlu olduğu kanaatine varıldığı belirtilmişse de; 06.12.2017 tarihli Temyiz Kurulu kararında ihale komisyonu üyelerinin sorumlu olduklarına dair bir tespit ve hüküm bulunmadığını,

Dolayısıyla 554 numaralı ek ilâmın, 06.12.2017 tarihli Temyiz Kurulu kararına aykırı olduğunu,

Müvekkilin kasıt, kusur veya ihmali ile mevzuata aykırı bir işleminin bulunmadığını,

İhale komisyonu üyesi olan müvekkile, sorumluluk tevcihinin sebebinin ihale dokümanının mevzuata uygun düzenlenmemesi olduğunu,

İhale dokümanının hazırlanmasında ihale komisyonunun dahli bulunmayıp; mevzuata göre ihale komisyonunun görevinin, daha önce idarece hazırlanmış olan idari şartname ve sözleşme tasarısı uyarınca ihaleye teklif veren firmaların tekliflerini, Kamu İhale Kanunu uyarınca değerlendirip ihaleyi sonuçlandırmak olduğunu, dolayısıyla komisyon üyeleri tarafından hazırlanmayan ihale dokümanındaki varlığı iddia olunan hata sebebiyle, komisyon üyelerin sorumlu tutulmasının hakkaniyete aykırı olduğunu,

554 numaralı ilâmda hesaplanan ve tazminine hükmedilen kamu zararı miktarının hatalı olduğunu,

Yargılamanın en başında 250 sayılı ilâmda kamu zararı ... TL olarak hesaplandığı, 250 sayılı ilâmın bozulması üzerine

verilen 471 sayılı ilâm ile bu kez ... TL kamu zararına neden olduğu belirtilerek sözü edilen tutarın tahsil edildiğinden ilişilecek bir husus kalmadığına hükmedildiğini,

471 sayılı ilâmın da bozulması üzerine bu kez temyiz başvurusuna konu 554 sayılı ilâmda, ilk ilâmda yapılan hesaplama dönülerek ... TL kamu zararına neden olduğu, bu tutarın ... TL'sinin tahsil edildiğinden ilişilecek bir husus kalmadığına, kalan ... TL'sinin ise ihale yetkilisi, İhale komisyonu üyeleri ile ihale dokümanını hazırlayanlara ödettirilmesine hükmedildiğini,

Temyiz başvurusuna konu 554 numaralı ilâmda hesaplanan ... TL kamu zararı tespit edilirken, sözü edilen iş kapsamındaki işçiliğin tamamının al niteliğindeki, işçilik olduğu kabul edilmişse de, sözü edilen işte çalıştırılan işçilerin tümünün vasıflı işçiler olup buna göre hesaplamada işçiliğin a2 olarak kabul edilmesi gerektiğini, bu durumda Esasların 7 nci maddesine göre ödenecek fiyat farkı hesabında al (0) olarak kabul edilip, buna göre fiyat farkı hesaplanırken, Esaslar'ın 8' nci maddesine göre ayrıca fiyat farkı hesabı yapılamayacağı, bu şekilde (471 sayılı ilâmda da olduğu gibi) hesaplama yapıldığında ortaya çıkan tutarın ... TL olup, bu tutarın da ... tarih ve ... nolu muhasebe işlem fişi ile tahsil edildiğinden ilişilecek bir husus kalmadığına karar verilmesi gerekirken, sözü edilen iş kapsamındaki işçiliğin tamamının al olduğu kabul edilerek hesaplanan kamu zararı miktarı (... TL) ve buna göre kurulan tazmin hükmü hatalı olduğunu,

Temyize konu fiyat farkına ilişkin verilen tazmin kararı ile birebir örtüşen Sayıştay Temyiz Kurulunun 16.04.2013 tarihli ve 36964 sayılı kararı da aynı yönde olup, Sayıştay 3. Dairesince verilen tazmin hükmünün kaldırılmasına karar verildiğini, buna göre; idarece yapılan uygulamalarda herhangi bir mevzuata aykırılığın bulunmadığını,

Sonuç olarak temyiz başvurusuna konu kararın hukuka aykırı

olduğu, yargılama sırasında yargılama usullerine uyulmadığı ve ilamda hesap hatası yapıldığını, belirterek verilen tazmin hükmünün kaldırılmasını talep etmiştir.

BAŞSAVCILIK MÜTALAASI

Başsavcılık mütalaasında;

Sorumlular ... , ... ve ... 'nin temyiz dilekçelerine ilişkin Başsavcılık mütalaasında;

“Dairesince ... Genel Müdürlüğü ile ... San. Tic. Paz. Ltd. Şti. – ... İnş. Doğalgaz Sis. San. ve Ortak girişimi arasında ... tarihinde yapılan “... Hizmet Alım İşi” ne ilişkin ödenen fiyat farklarında 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhalesi Yapılacak Olan Hizmet Alımlarına İlişkin Fiyat Farkı Hesabında Uygulanacak Esasların 8 inci maddesine göre asgari ücret fiyat farkı ödendiği halde, Esasların 7 nci maddesine göre hesaplanıp ödenen fiyat farkı hesabında, işçiliklerin oranını temsil eden al katsayısının belirlenip dikkate alınmaması nedeniyle kamu zararına hükmedilmiştir.

Temyiz dilekçesinde; İlgili İlamda karar verildiği şekliyle kamu zararının olmadığı hesap hatası yapıldığı Kamu İhale Genel Tebliğinin 83.2 nci fıkrasına göre hesaplama yapıldığı oysa çalıştırılan işçilerin tamamının nitelikli ve vasıflı işçiler olduğu bu nedenle Hizmet Alımlarına İlişkin Fiyat Farkı Hesabında Uygulanacak Esasların 8 inci maddesine göre a2 katsayısına göre ödeme yapılması gerektiği 7 inci maddeye göre al katsayısının vasıfsız işçi çalıştırılmadığı için uygulanmasının mümkün olmadığı, kamu zararı belirlenen hakediş ödemelerinde de hesaplama hatası yapıldığı, kabul etmemelerine rağmen 6. Dairenin önceki Kararı olan 25.10.2016 tarihli 471 sayılı İlamda hükme bağlanan kamu zararı miktarı ... TL nin Kamu zararı olarak kabul edilmesini ve bu tutarında ... tarih ve ... nolu yevmiye ile tahsil edildiği için ilişilecek husus bulunmadığına karar verilmesini talep etmektedirler.

Temyiz talebinde yer alan hususlar duruşma esnasında ileri sürülen hususlar olup Daire Kararında itiraz edilen esasa yönelik tüm hususlar değerlendirildiğinden görüşümüzü değiştirecek nitelikte olmadığı, bu nedenle talebin reddolunarak Daire kararının korunmasının uygun olacağı düşünülmektedir.” denilmiştir.

Sorumlu ... adına Av. ... ‘ın temyiz dilekçelerine ilişkin Başsavcılık mütalaasında;

“Temyiz dilekçesinde: maddeler halinde ilam hükmüne itiraz edilmiştir, buna göre maddeler itibariyle itiraz edilen hususlar aşağıda karşılanmıştır.

1) Şartnamenin 47’nci maddesine göre b1 akaryakıt ve d makine ekipman katsayılarının belirlendiği ve toplamlarının 1 e eşit olduğu ve bu oranların değiştirilemeyeceği buna rağmen Karara bağlanan İlamda 0,73 oranında işçilik katsayısı ile sırasıyla 0,16 ve 0,11 katsayılarının belirlenerek hesaplama yapılmasının hukuken mümkün olmadığı iddia edilmiştir.

Oysa; 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhalesi Yapılacak Olan Hizmet Alımlarına İlişkin Fiyat Farkı Hesabında Uygulanacak Esasların “fiyat farkı hesabına” ilişkin a1, a2, b1, b2, c ve d sabit katsayılarından biri, birkaçı veya tamamının, ihale konusu hizmetteki oran dikkate alınmak suretiyle ve toplamı bire (1.00) eşit olacak şekilde idarece belirlenerek ihale dokümanında gösterilmesi gerektiğini ve bu sabit katsayıların, sözleşmenin uygulanması sırasında hiçbir gerekçeyle değiştirilemeyeceğini hükme bağlayan 7.maddesine göre kamu zararı miktarının mevzuata göre belirlenmesi için zorunlu olup, fazla ödemeye konu olan ihale konusu hizmetteki işçilik oranını ifade eden 0,73 katsayısının hesaplamalarda yer almamasından kaynaklanmaktadır.

Bu şekilde bahse konu işin tip idari şartnamesi ve sözleşmesine dayanılarak düzenlenen hakedişlerde, 7 ve 8. maddelere göre fiyat farkı verileceği belirtildikten sonra

uygulamada, Esasların 8.maddesine göre asgari ücrete dayalı işçiliklere ilişkin fiyat farkı hesaplanıp ödendiği halde 7. maddeye göre yapılan fiyat farkı hesabında işçiliğe ilişkin ağırlık oranını içeren bir katsayı belirlenmediği için akaryakıt ile makine ve ekipmana dayalı fiyat farkı ödendiği, dolayısıyla 7 ve 8.maddeler birlikte düşünüldüğünde, hesaplamada dikkate alınmayan işçilik ağırlık oranı kadar bir fazla ödemeye neden olduğu görülmektedir.

Bu nedenle savunmayı kabul etmek hukuken mümkün değildir.

2) 4735 sayılı Kamu İhaleleri Sözleşme Kanunun 8 inci maddesine göre belirlenen katsayıların hiçbir şekilde sözleşme bitene kadar değiştirilemeyeceği bu nedenle mevzuata uygun hareket edildiği iddia edilmiştir.

Oysa, kamu zararına konu husus, belirlenen katsayıların 7. Madde hükümlerinin hilafına katsayı hesaplamasında işin 0,73 ünü oluşturan işçilik unsurunun dikkate alınmamasından kaynaklanmaktadır, yani sorumluların hazırlamış olduğu yaklaşık maliyete konu ve sözleşme eki hesaplama tablosu nedeniyle kurum zarara uğratılmıştır.

Bu maddeye ilişkin savunmadan katsayıların yanlış hesaplandığı zımnen kabul edilmekle birlikte sözleşme bitene kadar katsayıların değiştirilemeyeceğine dair kısıtlayıcı hüküm nedeniyle değiştirilmediği anlamı çıkmaktadır.

Bu durumda idare sözleşmeyi feshetmesi gerekirken kamu zararının artarak devam etmesine neden olmuştur.

3) Yukarıda ifade edilen savunmalar tekrar edilmiş olup ilave olarak;

- sabit katsayıların belirlenmesinde idarenin yetkili olduğu, 6. Dairenin idarenin yerine geçerek katsayı oranı belirlediği,
- yaklaşık maliyetin gizli olduğu ve ihale dokümanının eki

olmadığı,

hususları ifade edilmiştir.

Oysa 6. Daire Kararında idarenin yerine geçerek oran belirlememiştir, idarenin mevzuata göre oranları tespit ettirerek ödemesi gereken tutar ile mevzuata aykırı olarak ödemiş olduğu tutar arasındaki kamu zararını miktarını hükme bağlamıştır.

Yaklaşık maliyetin gizliliği konusunda ifade edilen hüküm açık olmakla birlikte idare tarafından belirlenen hatalı katsayılar ihale dokümanında da yer almaktadır.

4) 20.06.2002 tarih ve 5030/2 sayılı Sayıştay Genel Kurulu Kararının 2886 sayılı Kanun hükümlerine göre verildiği, İlama konu olayın 4734 ve 4735 sayılı Kanun hükümlerine tabi olduğu gerekçesiyle emsal teşkil etmediği iddia edilmiştir.

Oysa ilgili Genel Kurul Kararı sözleşme ve şartnamelere fiyat farkı kararnamesinin hilafına hüküm konulamayacağına ilişkindir. Bu ilke karar 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar ile bu Kanunlara dayanılarak çıkarılan ikincil ve üçüncül mevzuatın varlık sebeplerinden biridir.

Sonuç olarak; yukarıda açıklanan nedenlerle talebin reddolunarak Daire kararının korunmasının uygun olacağı değerlendirilmektedir.” denilmiştir.

Aynı sorumlunun ek savunmasına ilişkin Başsavcılık karşılamasında;

“Dosya münderecatının incelenmesi neticesinde; Abone İşleri Daire Başkanı ... imzası ile hazırlanan ve Genel Müdür Yardımcısı ... tarafından Genel Müdür ... ‘nın onayına sunulan ... sayılı ve ... tarihli Olur ile 2011, 2012 ve 2013 yılının Mayıs ayına kadar kamu zararı hesaplama yöntemine göre tespit ettikleri toplamda ... TL nin her ay ... TL ahizden kesinti yapılmak suretiyle tahsil edildiği anlaşılmaktadır.

Bu çerçevede 6. Dairenin 15.11.2018 tarih ve 554 sayılı Ek İlâmın 1. Maddesine göre tazminine hükmedilen ... TL tutarında ki kamu zararı da hakedişten kesinti yoluyla tahsil edilmiş ve Belediye kasasına girmiştir. Bu tahsilata ilişkin olarak ilgili Firmanın herhangi bir itirazda da bulunmadığı anlaşılmaktadır.

6. Dairenin 12.01.2017 tarih ve 471 sayılı Ek İlâmının 1. maddesi ile karara bağlanan kamuzararı ile 06.12.2017 tarih ve 43834 sayılı Temyiz Kurulunun Bozma Kararı akabinde aynı Dairenin yeniden yargılaması sonucu düzenlenen 15.11.2018 tarih ve 554 sayılı Ek İlâmın 1. maddesi hükmüne göre tazminine Hükmetmiş olduğu kamu zararının tamamının tahsil edilmiş olduğu ve ilamların infazının gerçekleştiği anlaşılmaktadır.

Bu nedenle, 15.11.2018 tarih ve 554 sayılı Ek İlâm'ın 1. Maddesi ile tazminine hükmedilen kamu zararından sorumlu olan tüm sorumluların sorumluluğunun kalktığı değerlendirilmektedir.

Ancak, tahsil yapıldığı halde ... tarihinde ... 'ın sunduğu ve Genel Müdür adına Genel Müdür Yardımcısı ... ÜN'ün imzaladığı Olur ile tahsil edilen tutardan ... TL. İlgili firmaya iade yapılmıştır. Yapılan iadenin 12.01.2017 tarih ve 471 sayılı Ek İlâm ile hükmedilen kamu zararı tutarının üzerinde yapılan kesintinin iadesi olduğu anlaşılmaktadır.

Bu ödemenin dışında hukuki dayanaktan yoksun bir şekilde Sayıştay Kanunu gerekçe gösterilerek (832 Sayılı Sayıştay Kanununun 64 üncü Maddesi dayanak olarak alındığı değerlendirilmektedir) %10 fazlası olan ... TL ile birlikte toplamda ... TL firmaya ödeme yapıldığı anlaşılmaktadır.

Kamu zararı tahsilatından firmaya iade edilen ... TL ile mevzuata aykırı olarak %10 fazlasıyla ödenen ... TL nin 2017 yılı Hesap Yargılamasının konusu olduğu için dosyanın 6. Daireye iadesinin gerektiği,

15.11.2018 tarih ve 554 sayılı Ek İlamda kamu zararı olarak hükmedilen ... TL tutarın İlam tarihinden önce tahsil edilmesi nedeniyle ... 'ın sorumluluğunun ortadan kalktığı değerlendirilmekte olup, temyiz dilekçesi kabul edilerek Bozma kararı ile dosyasının Dairesine iadesinin gerektiği düşünülmektedir." denilmiştir.

Sorumlu ... 'nin temyiz dilekçelerine ilişkin Başsavcılık mütalaasında;

"1) a-Şartnamenin 47'nci maddesine göre b1 akaryakıt ve d makine ekipman katsayılarının belirlendiği ve toplamlarının 1 e eşit olduğu ve bu oranların değiştirilemeyeceği buna rağmen Karara bağlanan İlamda 0,73 oranında işçilik katsayısı ile sırasıyla 0,16 ve 0,11 katsayılarının belirlenerek hesaplama yapılmasının hukuken mümkün olmadığı iddia edilmiştir.

b-Esasların 7'inci maddesine göre ödenecek fiyat farkı bu katsayılar esas alınarak hesaplanırken a1 sıfır (0) kabul edileceğinden, ayrıca esasların 8'inci maddesine göre fiyat farkı ödenmeyeceği, dolayısıyla 8'inci maddeye göre hesaplanıp ödenen fiyat farkının tamamını kamu zararı olarak kabul edilmesi gerektiği, bununda 471 sayılı İlam da belirlenen tazmin hükmü ile aynı olacağı iddia edilmiştir.

c-Fiyat farkı formülüne göre 2012 yılında ödemesi yapılan 2011 Aralık ayı (Tabloda 1.satır) fiyat farkı hesabında işçilik için ödenecek fiyat farkının ... TL olması gerekirken Temyiz başvurusuna konu ilam ekindeki tabloda aynı ay için ... TL fiyat farkı hesaplandığı bunun nedeninin ise formülde Pn rakamının bulunmasında (İn/İo) kesrinin 0,73 işçilik katsayısının çarpanı olduğu halde bu çarpanın kullanılmadan 0,73 katsayısının yalın olarak alındığı, formül tam olarak uygulansaydı 471 sayılı ilamda yer alan ... TL. kamu zararı tutarını vereceği iddia edilmiştir.

Karşılama;

1) a- 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhalesi Yapılacak

Olan Hizmet Alımlarına İlişkin Fiyat Farkı Hesabında Uygulanacak Esasların “fiyat farkı hesabına” ilişkin a_1 , a_2 , b_1 , b_2 , c ve d sabit katsayılarından biri, birkaçı veya tamamının, ihale konusu hizmetteki oran dikkate alınmak suretiyle ve toplamı bire (1.00) eşit olacak şekilde idarece belirlenerek ihale dokümanında gösterilmesi gerektiğini ve bu sabit katsayıların, sözleşmenin uygulanması sırasında hiçbir gerekçeyle değiştirilemeyeceğini hükme bağlayan 7.maddesine göre kamu zararı miktarının mevzuata göre belirlenmesi için zorunlu olup, fazla ödemeye konu olan ihale konusu hizmetteki işçilik oranını ifade eden 0,73 katsayısının hesaplamalarda yer almamasından kaynaklanmaktadır.

Bu şekilde bahse konu işin tip idari şartnamesi ve sözleşmesine dayanılarak düzenlenen hakedişlerde, 7 ve 8. maddelere göre fiyat farkı verileceği belirtildikten sonra uygulamada, Esasların 8.maddesine göre asgari ücrete dayalı işçiliklere ilişkin fiyat farkı hesaplanıp ödendiği halde 7. maddeye göre yapılan fiyat farkı hesabında işçiliğe ilişkin ağırlık oranını içeren bir katsayı belirlenmediği için akaryakıt ile makine ve ekipmana dayalı fiyat farkı ödendiği, dolayısıyla 7 ve 8.maddeler birlikte düşünüldüğünde, hesaplamada dikkate alınmayan işçilik ağırlık oranı kadar bir fazla ödemeye neden olduğu görülmektedir.

Bu nedenle savunmayı kabul etmek Fiyat Farkı Kararnamesine göre mümkün değildir.

b- Esasların 8 inci maddesine göre fiyat farkı verildiği için a_1 katsayısı için bir değer mutlaka belirlenmiş olması gerekmektedir. a_1 için bir değer belirlenmediğinden, işçiliğin ihale konusu hizmetteki oranı kadar mükerrer fiyat farkı ödemesine sebebiyet verilmiştir. Bir anlamda a_1 katsayısının hizmetteki ağırlık oranı olan 0.73’ün dikkate alınmamasıyla 7 nci maddeye göre hesaplanan fiyat farkının hesabında sabit katsayılar toplamının 1.73 olmasına sebebiyet vermiştir.

15. c) 15.11.2018 tarih ve 554 sayılı Ek İlam'ın 1. maddesi eki hesaplama tablosunun Pn katsayısında ($\dot{I}n/\dot{I}o$) kesrinin dikkate alınmaması nedeniyle hatalı olarak hesaplandığı iddia edilmiştir. Pn: İlk geçici hakedişte (n=1) olmak üzere (n) inci hakedişte, fiyat farkı hesabında kullanılan temel indeksler ve güncel indeksler ile a1, a2, b1, b2, c ve d değerlerinin ağırlık oranları temsil katsayılarının yukarıdaki formüle uygulanması sonucu bulunan fiyat farkı katsayısını ifade etmektedir ve ($\dot{I}n/\dot{I}o$) kesiri ise $\dot{I}n$ =Asgari Ücret Güncel Değeri, $\dot{I}o$ =Asgari ücret temel değeri ifade etmektedir. Kamuzararı hesaplama tablosunda bahse konu değerlerin tamamı Pn değerinin bulunmasında formüle edildiği anlaşılmakta ve Temyiz dilekçesinde misal verilen Aralık ayı ilk hakedişinde bu katsayı 1.1313 olarak tespit edilmiştir.

2) 4735 sayılı Kamu İhaleleri Sözleşme Kanunun 8 inci maddesine göre belirlenen katsayıların hiçbir şekilde sözleşme bitene kadar değiştirilemeyeceği bu nedenle mevzuata uygun hareket edildiği iddia edilmiştir.

Karşılama;

Kamu zararına konu husus, belirlenen katsayıların 7. Madde hükümlerinin hilafına katsayı hesaplamasında işin 0,73 ünü oluşturan işçilik unsurunun dikkate alınmamasından kaynaklanmaktadır, yani sorumluların hazırlamış olduğu yaklaşık maliyete konu ve sözleşme eki hesaplama tablosu nedeniyle kurum zarara uğratılmıştır.

Bu maddeye ilişkin savunmadan katsayıların yanlış hesaplandığı zımnen kabul edilmekle birlikte sözleşme bitene kadar katsayıların değiştirilemeyeceğine dair kısıtlayıcı hüküm nedeniyle değiştirilmediği anlamı çıkmaktadır.

Bu durumda idare sözleşmeyi feshetmesi gerekirken kamu zararının artarak devam etmesine neden

olmuştur.

3) Yukarıda ifade edilen savunmalar tekrar edilmiş olup ilave olarak;

- sabit katsayıların belirlenmesinde idarenin yetkili olduğu,
- 6. Dairenin idarenin yerine geçerek katsayı oranı belirlediği,
- yaklaşık maliyetin gizli olduğu ve ihale dokümanının eki olmadığı,

hususları ifade edilmiştir.

Karşılama;

6. Daire Kararında idarenin yerine geçerek oran belirlememiştir, idarenin mevzuata göre tespit etmesi gereken işe ilişkin oranları tespit ettirerek ödemesi gereken tutar ile mevzuata aykırı olarak ödemiş olduğu tutar arasındaki kamuzararını miktarını hükme bağlamıştır.

Yaklaşık maliyetin gizliliği konusunda ifade edilen hüküm açık olmakla birlikte idare tarafından belirlenen hatalı katsayılar ihale dokümanında da yer almaktadır.

4) 20.06.2002 tarih ve 5030/2 sayılı Sayıştay Genel Kurulu Kararının 2886 sayılı Kanun hükümlerine göre verildiği, İlama konu olayın 4734 ve 4735 sayılı Kanun hükümlerine tabi olduğu gerekçesiyle emsal teşkil etmediği iddia edilmiştir.

Karşılama;

İlgili Genel Kurul Kararı sözleşme ve şartnamelere fiyat farkı kararnamesinin hilafına hüküm konulamayacağına ilişkindir. Bu ilke karar 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar ile bu Kanunlara dayanılarak çıkarılan ikincil ve üçüncül mevzuatın varlık sebeplerinden biridir.

Sonuç olarak; yukarıda açıklanan nedenlerle talebin

reddolunarak Daire kararının korunmasının uygun olacağı değerlendirilmektedir.” denilmiştir.

Başsavcılığın ikinci karşılamasında;

“2011 ve 2012 hesap yılları denetiminde fiyat farkı hesaplamasında al katsayısı belirlenmediği gerekçesi ile yükleniciye muhtemel 2013 yılı fazla ödemesi de hesap edilerek ... TL fiyat farkının ödenmemesi gerektiği varsayımı ile tahsilat Olur’u hazırladığını ve aylık ... TL hakkedişlerden kesinti yapmak suretiyle tahsil işleminin gerçekleştirildiği, kendisinin görevden alınmasından sonra, müteahhit firmanın tahsil edilen fazla ödemeyi talep etmesi üzerine harcama birimi olan Abone İşleri Dairesi Başkanlığı ... tarih ve ... sayılı yazısı ile Makam OLUR’u, Muhasebe Birimi olan Strateji Geliştirme Dairesi Başkanlığı da ... tarih ve ... sayılı Makam OLUR’u almak suretiyle devam eden ve henüz kesinleşmemiş dava konusu fiyat farkını yükleniciye ödedikleri anlaşılmıştır.

Yetkili ve görevde bulunduğu süre içerisinde kamu zararının tahsili konusunda gerekli çabayı sarf etmesi sonucunda tahsilatın yapıldığı daha sonra bu tutarın o günkü yetkililer tarafından ilgili firmaya iade edildiğinden bahisle sorumluluğunun; kamu zararı tutarını tahsil ettirmesi ile kalktığını, tahsil edilen tutarların iade işlemini yapan görevlilerin sorumlu olması gerektiğini ifade ederek sorumluluğunun kaldırılmasını talep etmektedir.

Dosya içeriğinin incelenmesi neticesinde 6. Dairenin 15.11.2018 tarih ve 554 sayılı Ek İlâmın 1. Maddesine göre tazminine hükmedilen ... TL tutarında ki kamu zararı da hakedişten kesinti yoluyla tahsil edilmiş ve Belediye kasasına girmiştir. Bu tahsilata ilişkin olarak ilgili Firmanın herhangi bir itirazı da olmadığı anlaşılmaktadır.

6. Dairenin 12.01.2017 tarih ve 471 sayılı Ek İlâmının 1. maddesi ile karara bağlanan kamu zararı ile 06.12.2017

tarikh ve 43834 sayılı Temyiz Kurulunun Bozma Kararı akabinde aynı Dairenin yeniden yargılaması sonucu düzenlenen 15.11.2018 tarih ve 554 sayılı Ek İlamın 1. maddesi hükmüne göre tazminine Hükmetmiş olduğu kamu zararının tamamının tahsil edilmiş olduğu ve ilamların infazının gerçekleştiği sorumluların ifadelerinden anlaşılmaktadır.

Bu durumun tespiti halinde; 15.11.2018 tarih ve 554 sayılı Ek İlam'ın 1. Maddesi ile tazminine hükmedilen kamu zararından sorumlu olan tüm sorumluların sorumluluğunun kalktığı değerlendirilmektedir.

Ancak, tahsil yapıldığı halde temyiz dilekçesinde sunulan Ek 3 nolu belge ile ... tarihinde ... 'ın sunduğu ve Genel Müdür adına Genel Müdür Yardımcısı ... ÜN'ün imzaladığı Olur ile tahsil edilen tutardan ... TL. İlgili Firmaya iade yapılmıştır. Yapılan iadenin 12.01.2017 tarih ve 471 sayılı Ek İlam ile Hükmedilen kamu zararı tutarının üzerinde yapılan kesintinin iadesi olduğu anlaşılmaktadır.

Bu ödemenin dışında hukuki dayanaktan yoksun bir şekilde Sayıştay Kanunu gerekçe gösterilerek (832 Sayılı Sayıştay Kanununun 64 üncü Maddesi dayanak olarak alındığı değerlendirilmektedir) %10 fazlası olan ... TL ile birlikte toplamda ... TL Firmaya Ek 3 de sunulan Olur ile ödeme yapıldığı belge üzerinden anlaşılmaktadır.

Kamu zararı tahsilatından Firmaya iade edilen ... TL ile mevzuata aykırı olarak %10 fazlasıyla ödenen ... TL nin 2017 yılı Hesap Yargılamasının konusu olduğu için dosyanın 6. Daireye iadesinin gerektiği,

15.11.2018 tarih ve 554 sayılı Ek İlam da kamu zararı olarak hükmedilen ... TL tutarın İlam tarihinden önce tahsil edilmesi nedeniyle ... 'nin sorumluluğunun ortadan kalktığı,

değerlendirilmekte olup, sorumluluk yönüyle Bozularak dosyasının Dairesine iadesinin gerektiği düşünülmektedir."

denilmiştir.

... .. (Sayaç Sökme Takma Merkez Şefi)'nin temyiz dilekçesine ilişkin Başsavcılık mütalaasında;

“Sorumlu ihale dokümanını hazırlanmasında herhangi bir dahlinin olmadığını iyi niyetle kerhen dokümanı imzaladığını ifade etmektedir. İhale dokümanının hazırlanması önemli bir süreçtir. Bu nedenle rekabeti artırıcı veya azaltıcı rol oynayabileceği gibi, yükleniciye fazla ödeme yapılmasında neden olabilir. İhale dokümanının gerekli araştırma yapılarak hatasız düzenlenmesi esastır.

Dokümanı hazırlayan ve onaylayanlar, dokümanda yapılan hatalardan birinci derece sorumludur. Bu nedenle İhale dokümanını hazırlayan veya onayı bulunan sorumlu hakkında Daire Kararının tasdikinin uygun olacağı değerlendirilmektedir.” denilmiştir.

Sorumlu ... 'in temyiz dilekçesine ilişkin Başsavcılık mütalaasında;

“Dosya münderecatının incelenmesi neticesinde; Sorumlunun temyiz dilekçesi ile birlikte göndermiş olduğu Abone İşleri Daire Başkanı ... imzası ile hazırlanan ve Genel Müdür Yardımcısı ... tarafından Genel Müdür ... 'nın onayına sunulan ... sayılı ve ... tarihli Olur ile 2011, 2012 ve 2013 yılının Mayıs ayına kadar kamu zararı hesaplama yöntemine göre tespit ettikleri toplamda ... TL nin her ay ... TL ahizden kesinti yapılmak suretiyle tahsil edildiği anlaşılmaktadır.

Bu çerçevede 6. Dairenin 15.11.2018 tarih ve 554 sayılı Ek İlâmın 1. Maddesine göre tazminine hükmedilen ... TL tutarında ki kamu zararı da hakkeğışten kesinti yoluyla tahsil edilmiş ve Belediye kasasına girmiştir. Bu tahsilata ilişkin olarak ilgili Firmanın herhangi bir itirazda da bulunmadığı anlaşılmaktadır.

6. Dairenin 12.01.2017 tarih ve 471 sayılı Ek İlâmının 1.

maddesi ile karara bağlanan kamuzararı ile 06.12.2017 tarih ve 43834 sayılı Temyiz Kurulunun Bozma Kararı akabinde aynı Dairenin yeniden yargılaması sonucu düzenlenen 15.11.2018 tarih ve 554 sayılı Ek İlamın 1. maddesi hükmüne göre tazminine hükmetmiş olduğu kamu zararının tamamının tahsil edilmiş olduğu ve ilamların infazının gerçekleştiği anlaşılmaktadır.

Bu nedenle, 15.11.2018 tarih ve 554 sayılı Ek İlam'ın 1. Maddesi ile tazminine hükmedilen kamu zararından sorumlu olan tüm sorumluların sorumluluğunun kalktığı değerlendirilmektedir.

Ancak, tahsil yapıldığı halde temyiz dilekçesinde sunulan Ek 2 nolu belge ile ... tarihinde ... 'ın sunduğu ve Genel Müdür adına Genel Müdür Yardımcısı ... ÜN'ün imzaladığı Olur ile tahsil edilen tutardan ... TL. ilgili firmaya iade yapılmıştır. Yapılan iadenin 12.01.2017 tarih ve 471 sayılı Ek İlam ile hükmedilen kamu zararı tutarının üzerinde yapılan kesintinin iadesi olduğu anlaşılmaktadır.

Bu ödemenin dışında hukuki dayanaktan yoksun bir şekilde Sayıştay Kanunu gerekçe gösterilerek (832 Sayılı Sayıştay Kanununun 64 üncü Maddesi dayanak olarak alındığı değerlendirilmektedir) %10 fazlası olan ... TL ile birlikte toplamda ... TL Firmaya Ek 2 de sunulan Olur ile ödeme yapıldığı belge üzerinden anlaşılmaktadır.

Kamu zararı tahsilatından Firmaya iade edilen ... TL ile mevzuata aykırı olarak %10 fazlasıyla ödenen ... TL'nin 2017 yılı Hesap Yargılamasının konusu olduğu için dosyanın 6. Daireye iadesinin gerektiği,

15.11.2018 tarih ve 554 sayılı Ek İlam da kamu zararı olarak hükmedilen ... TL tutarın İlam tarihinden önce tahsil edilmesi nedeniyle ... 'in sorumluluğunun ortadan kalktığı,

değerlendirilmekte olup, temyiz dilekçesi kabul edilerek Bozma kararı ile dosyasının Dairesine iadesinin gerektiği

düşünülmektedir.” denilmiştir.

Sorumlu ... 'nin temyiz dilekçesine ilişkin Başsavcılık mütalaasında;

Dosya münderecatının incelenmesi neticesinde; Sorumlunun temyiz dilekçesi ile birlikte göndermiş olduğu Abone İşleri Daire Başkanı ... imzası ile hazırlanan ve Genel Müdür Yardımcısı ... tarafından Genel Müdür ... 'nın onayına sunulan ... sayılı ve ... tarihli Olur ile 2011, 2012 ve 2013 yılının Mayıs ayına kadar kamu zararı hesaplama yöntemine göre tespit ettikleri toplamda ... TL nin her ay ... TL ahizden kesinti yapılmak suretiyle tahsil edildiği anlaşılmaktadır.

Bu çerçevede 6. Dairenin 15.11.2018 tarih ve 554 sayılı Ek İlâmın 1. Maddesine göre tazminine hükmedilen ... TL tutarında ki kamu zararı da hakkeğışten kesinti yoluyla tahsil edilmiş ve Belediye kasasına girmiştir. Bu tahsilata ilişkin olarak ilgili Firmanın herhangi bir itirazda da bulunmadığı anlaşılmaktadır.

6. Dairenin 12.01.2017 tarih ve 471 sayılı Ek İlâmının 1. maddesi ile karara bağlanan kamu zararı ile 06.12.2017 tarih ve 43834 sayılı Temyiz Kurulunun Bozma Kararı akabinde aynı Dairenin yeniden yargılaması sonucu düzenlenen 15.11.2018 tarih ve 554 sayılı Ek İlâmın 1. maddesi hükmüne göre tazminine hükmetmiş olduğu kamu zararının tamamının tahsil edilmiş olduğu ve ilamların infazının gerçekleştiğı anlaşılmaktadır.

Bu nedenle, 15.11.2018 tarih ve 554 sayılı Ek İlâm'ın 1. Maddesi ile tazminine hükmedilen kamu zararından sorumlu olan tüm sorumluların sorumluluğunun kalktığı değerlendirilmektedir.

Ancak, tahsil yapıldığı halde temyiz dilekçesinde sunulan Ek 2 nolu belge ile ... tarihinde ... 'ın sunduğı ve Genel Müdür adına Genel Müdür Yardımcısı ... ÜN'ün imzaladığı Olur ile tahsil edilen tutardan ... TL. İlgili Firmaya iade yapılmıştır. Yapılan

iadenin 12.01.2017 tarih ve 471 sayılı Ek İlam ile hükmedilen kamu zararı tutarının üzerinde yapılan kesintinin iadesi olduğu anlaşılmaktadır.

Bu ödemenin dışında hukuki dayanaktan yoksun bir şekilde Sayıştay Kanunu gerekçe gösterilerek (832 Sayılı Sayıştay Kanununun 64 üncü Maddesi dayanak olarak alındığı değerlendirilmektedir) %10 fazlası olan ... TL ile birlikte toplamda ... TL Firmaya Ek 2 de sunulan Olur ile ödeme yapıldığı belge üzerinden anlaşılmaktadır.

Kamu zararı tahsilatından Firmaya iade edilen ... TL ile mevzuata aykırı olarak %10 fazlasıyla ödenen ... TL nin 2017 yılı Hesap Yargılamasının konusu olduğu için dosyanın 6. Daireye iadesinin gerektiği,

15.11.2018 tarih ve 554 sayılı Ek İlam da kamu zararı olarak hükmedilen ... TL tutarın İlam tarihinden önce tahsil edilmesi nedeniyle ... 'nin sorumluluğunun ortadan kalktığı, değerlendirilmekte olup, temyiz dilekçesi kabul edilerek Bozma kararı ile dosyasının Dairesine iadesinin gerektiği düşünülmektedir." denilmiştir.

Sorumlu ... Vekili Av. ... 'ın temyiz dilekçesine ilişkin Başsavcılık mütalaasında;

"Temyiz dilekçesinde: maddeler halinde ilam hükmüne itiraz edilmiştir, buna göre maddeler itibariyle itiraz edilen hususlar aşağıda karşılanmıştır.

-12.01.2017 tarih ve 471 sayılı ilâmın yapıldığı duruşmaya davet edilmediğini yokluğunda verilen karar nedeniyle savunma hakkının engellendiğini ve çıkan bu ilamında tarafına tebliğ edilmediğini bu nedenle müvekkil tarafından temyiz hakkı kullanılamadığını,

-Temyiz Kurulu'nun 06.12.2017 tarihli ve 27995 sayılı, 43834 tutanak numaralı 471 sayılı ilamın Bozma Kararından sonra 6. Dairece tarafından duruşma daveti gönderilmediğini bu nedenle

katılamadıklarını ve duruşmalı olarak yapılan yargılama sonucu 15.11.2018 tarih ve 554 numaralı ilâmda, Temyiz Kurulu tarafından bozulan 471 numaralı ilâmla aynı gerekçelerle ihale komisyonunun yaklaşık maliyetin tespitine ilişkin şartnameleri incelemek suretiyle süreci sahiplenmiş olacağından bahisle ihale dokümanının mevzuata aykırılığından sorumlu olduğu belirtilerek Temyiz Kurulu'nun 06.12.2017 tarihli ve 43834 tutanak no.lu bozma Kararında belirtilen sorumluluk değerlendirmesine uyulmaması sonucunda İttihaz olunan bu kararın usule ve hukuka aykırı oluşu sebebiyle kararı temyiz zarureti doğduğu belirtilerek,

1- 6085 sayılı Sayıştay Kanunu'nun 'ilamların tebliği, tavzihi ve düzeltilmesi " başlıklı 52'nci maddesinde "Sayıştay ilamları; sorumlulara, sorumluların bağlı olduğu kamu idarelerine, genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri için Maliye Bakanlığına, ilgili muhasebe birimine ve başsavcılığa tebliğ edilir" hükmünün yer aldığı, buna göre;

– 250 sayılı ilamın bozulmasına ilişkin 09.02.2016 tarihli Temyiz Kurulu kararı 08.06.2016 tarihinde tebliğ edildiğini, ancak 6. Daire'nin 12.01.2017 tarih ve 471 numaralı ilâmı ile bu ilâmın bozulmasına ilişkin Temyiz Kurulu'nun 06.12.2017 tarihli ve 27995 sayılı, 43834 tutanak numaralı Kararın taraflarına tebliğ edilmediği,

– 6. Daire tarafından 471 sayılı ilâmı ve temyiz başvurusuna konu 554 sayılı ilâmda duruşma yapıldığı belirtilmesine rağmen, müvekkil yapılan duruşmalara davet edilmeyerek savunma hakkının engellendiği,

Bununda Anayasanın 36 ncı maddesine göre yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilerek, 6085 sayılı Kanun'un 55 maddesinin 6 ncı fıkrasında taraflar dilekçelerinde duruşma istediklerini belirtmişlerse veya Temyiz Kurulu'nun lüzum görürse tarafları davet ederek

savunmalarını dinleyeceği ve açıklama isteyebileceği, sorumluların diğer ilgililer ile birlikte açıklamalarda bulunabileceğinin düzenlendiği, yargılama usulünün uygulanacağı 6100 sayılı Kanun'un duruşmaya ilişkin 147' nci maddesindeki tarafların duruşmaya davet edileceğine dair emredici düzenleme gereği müvekkilin duruşmalara davet edilmesi gerekirken, sözü edilen hükümlere aykırı şekilde müvekkilin yokluğunda yargılama yapılarak karar verilmesi usule aykırı olduğu bu nedenle temyize konu kararın bozulmasını talep etmiştir.

2- 06.12.2017 tarihli 43834 tutanak numaralı sorumluluk yönünden Bozma Kararı verilen Temyiz Kurulu Kararında ihale komisyonu üyelerinin sorumlu olduklarına dair bir tespit veya hüküm bulunmadığı buna rağmen 15.11.2018 tarih ve 554 numaralı ilâmda ihale komisyonu üyelerinin de sorumlu tutulmasının Temyiz Kurulu Kararına aykırılık oluşturduğunu,

250 sayılı ilâmın Temyiz Kurulu'nun 09.02.2016 tarih ve 41456 tutanak numaralı sorumluluk yönünden ilk Bozma Kararı verilmiş daha sonra 471 sayılı İlam ile önceki kararda ısrar edilerek ihale komisyon üyelerini tekraren sorumlu tutulduğu bununda 6085 sayılı Kanunun 55 inci maddesine aykırılık oluşturduğunu ifade etmiştir.

3- Diğer bir itiraz sebebi ise; 554 sayılı ilamda 4734 Sayılı Kanun'un 6 ncı maddesi ile amaçlanan ihale komisyonunun yaklaşık maliyeti, teknik ve idari şartname ile diğer ihale dokümanlarının mevzuata uygunluğu noktasında incelemek ve mevzuata aykırılık varsa zeyilname veya düzeltme ilanı ile ihale sürecinin sekteye uğramadan sürmesini sağlamak olduğu belirtilmişse de, Kanun Koyucu tarafından ihale komisyonuna şartname ve sözleşme tasarılarını kontrol ederek hataları düzeltme gibi bir görevin verilmediği şeklindedir.

Hesaplamanın çok teknik ve karmaşık olduğu bu sebeple yargılamanın başından beri ittifakla alınmış bir kararın

bulunmadığı gibi, tazminine hükmedilen miktar da her seferinde değiştiği, dolayısıyla, asli görevi hukuk müşavirliği olan müvekkilin olaydaki karmaşıklığı çözebilecek düzeyde bir teknik bilgisi bulunmadığını, böyle bir beklenti hayatın olağan akışına da aykırı olduğu, ifade edilmiştir.

4- Temyize konu edilen fiyat farkına ilişkin verilen tazmin kararı ile birebir örtüşen Sayıştay Temyiz Kurulumun 16.04.2013 tarihli ve 36964 sayılı kararı da tazmin hükmünün kaldırılmasına yönünde gerçekleştiği ve bu karara göre idarece yapılan uygulamalarda herhangi bir mevzuata aykırılığın bulunmadığının anlaşıldığı ifade edilmiştir.

Sonuç olarak;

-6. Daire'nin 15.11.2018 Tarih ve 554 Numaralı İlâmı ile verilen tazmin hükmünün temyizen incelenerek bozulmasına,

-Bilahare müvekkil hakkında verilen tazmin hükmünün kaldırılmasına.

-Temyiz incelemesinin duruşmalı olarak yapılmasına

karar verilmesini vekâleten arz ve talep etmektedir.

Dosya üzerinde yapılan incelemede;

1- 12.01.2017 tarih ve 471 numaralı ilâm ile bu ilâmın bozulmasına ilişkin Temyiz Kurulu'nun 06.12.2017 tarih ve 43834 tutanak numaralı müvekkiline tebliğ edilmediği ve savunma hakkının engellendiğine ilişkin iddia ile ilgili olarak; Sayıştay İlâm Müdürlüğü kayıtlarına göre Ek: 1 de yer alan ... tarihli Tebliği Tebellüğ belgesinde, sorumlu ... ın bizzat kendisinin 471 sayılı İlâmı imzalayarak teslim aldığı anlaşılmıştır.

Ancak, Temyiz Kurulu'nun 06.12.2017 tarih ve 43834 tutanak numaralı Bozma Kararının ilgiliye veya avukatına temyiz talebinde bulunmadığı için yapılmadığı anlaşılmıştır. Aynı konuda çıkan ek ilam ile önceki ek ilamların hükümsüz kalması

nedeniyle mevcut temyiz başvurusu dikkate alındığında savunmasına engel bir durum olmadığı değerlendirilmektedir.

6. Dairece tarafımıza duruşma daveti gönderilmeksizin, müvekkilinin yokluğunda duruşmalı olarak yargılama yapıldığı ve bununda 6100 sayılı Kanuna aykırı olarak savunma hakkının engellendiğine ilişkin de olarak; " 6085 sayılı Kanunun Daireler" başlıklı 23 üncü maddenin 4 üncü fıkrasında "Yargılamaya esas raporların görüşülmesi sırasında açıklamalarda bulunmak üzere ilgili grup başkanı, raporu düzenleyen denetçi, sorumlular ve ahizler çağrılabilir." hükmü ile sorumluların duruşmaya katılma konusunda Sayıştay Daire yargılamasında takdir hakkını Daireye vermiştir. 6085 Sayılı Sayıştay Kanununun "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun uygulanacağı haller" başlıklı 61 inci Maddesinde ise bu Kanunda yargılama usulüne ve kanun yollarına ilişkin hüküm bulunmayan hallerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun ilgili hükümlerinin uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Sayıştay Kanununun 23 üncü maddesi ile bu konuda hüküm tesisi edildiği anlaşılmaktadır.

Bu nedenle; 6100 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 147 inci maddesine aykırı olarak duruşmalara Daire tarafından davet edilme zorunluluğunun olmadığından Kanuna aykırı bir durum olmadığı düşünülmektedir.

2- 06.12.2017 tarihli 43834 tutanak numaralı sorumluluk yönünden Bozma Kararı verilen Temyiz Kurulu Kararında ihale komisyonu üyelerinin sorumlu olduklarına dair bir tespit veya hüküm bulunmadığı buna rağmen 15.11.2018 tarih ve 554 numaralı ilâmda ihale komisyonu üyelerinin de sorumlu tutulmasının Temyiz Kurulu Kararına aykırılık oluşturduğuna ilişkin savunma ile ilgili olarak;

Mezkur Temyiz Kurulu Kararı değerlendirildiği 6. Daire'nin 12.01.2017 tarih ve 471 numaralı ilâmında sorumlular arasında ihale komisyon üyelerinin de sayıldığı buna rağmen

Bozma Kararında sadece ödeme aşamasındaki işlemleri yapan kamu görevlilerinin sorumluluğu bulunmadığını değerlendirerek ihale dokümanını hazırlayanlarında sorumluğa dahil edilmesine ilişkin hüküm tesis etmiştir.

Bu nedenle ihale komisyon üyeleri hakkında Daire kararının Temyiz Kurulu hilafına olduğu sonucunu çıkartmanın mümkün olmadığı düşünülmektedir.

3- Teknik şartnamede fiyat farkı uygulamasının Fiyat Farkı Kararnamesine aykırı hükümlerin yer alması nedeniyle gerçekleşen kamu zararına ilişkin ihale komisyonu üyelerinin sorumluluğu konusunda ise;

İhale komisyonlarının sorumlulukları kural olarak almış oldukları kararlarla bağlantılı olarak doğmaktadır. 4734 sayılı yasanın 6 ncı maddesine göre ihale komisyonlarının başkan ve üyeleri verdikleri oylar ile almış oldukları karar ve düzenledikleri tutanaklardan sorumludurlar.

Diğer taraftan Yasanın 60 ıncı maddesinde de, ihale yetkilisi ile ihale işlemlerinden sözleşme yapılmasına kadar ihale sürecindeki her aşamada görev alan diğer ilgililer de dahil ihale komisyonlarının başkan ve üyeleri 17 nci maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulunduklarının, görevlerini kanuni gereklere uygun veya tarafsızlıkla yapmadıklarının, taraflardan birinin zararına yol açacak ihmalde veya kusurlu hareketlerde bulunduklarının tespiti halinde, haklarında ilgili mevzuatları gereğince disiplin cezası uygulanır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "İhale Komisyonu" başlıklı 6'ncı maddesinin 3'üncü fıkrasında, gerekli incelemeyi yapmalarını sağlamak amacıyla ihale işlem dosyasının birer örneğinin ilân veya daveti izleyen üç gün içinde ihale komisyonu üyelerine verileceği hükme bağlanmıştır.

Bu hükümle amaçlanan, ihale komisyonunun yaklaşık maliyeti,

teknik ve idari şartname ile diğ er ihale dok umanlarının mevzuata uygunluğu noktasında incelemek ve mevzuata aykırılık varsa zeyilname veya düzeltme ilanı ile ihale sürecinin sekteye uğramadan sürmesini sağlamaktır. Dolayısıyla ihale komisyonu da yaklaşık maliyeti ve işe ilişkin şartnameleri incelemek suretiyle süreci sahiplenmiş olacağından ihale dok umanının mevzuata aykırılığından sorumludur.

Diğ er taraftan 4734 sayılı Kanun'un 60'ncı maddesinde, ihale yetkilisi ile ihale komisyonlarının başkan ve  yeleri ile ihale işlemlerinden sözleşme yapılmasına kadar ihale sürecindeki her aşamada görev alan diğ er ilgililerin; görevlerini kanuni gereklere uygun veya tarafsızlıkla yapmadıklarının, taraflardan birinin zararına yol açacak ihmalde veya kusurlu hareketlerde bulunduklarının tespiti halinde, haklarında ilgili mevzuatları gereğince disiplin cezası uygulanacağı, ayrıca, fiil veya davranışlarının özelliğine göre haklarında ceza kovuşturması da yapılacağı ve hükmolunacak ceza ile birlikte tarafların uğradıkları zarar ve ziyanın genel hükümlere göre kendilerine tazmin ettirileceği hükme bağlanmıştır.

Ayrıca 5018 sayılı Kanun'un 71'inci maddesinde; "Kamu zararı; kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır..." denilmektedir. Bu hüküm gereğince de ihale komisyon  yeleri ve ihale yetkilisi ihale dok umanı ve ihale kararının mevzuata aykırılığından sorumlu olduğu değerlendirilmektedir..

4- Temyize konu edilen fiyat farkına ilişkin verilen tazmin kararı ile birebir örtüşen Sayıştay Temyiz Kurulumun 16.04.2013 tarihli ve 36964 sayılı kararı da tazmin hükmünün kaldırılmasına yönünde gerçekleştiği bu nedenle tazmin Hükmünün kaldırılması gerektiğine ilişkin değerlendirme ile ilgili olarak;

06.12.2017 tarihli 43834 tutanak numaralı sorumluluk ve kamu zararının yeniden hesaplanması yönünden Bozma Kararı verilen Temyiz Kurulu Kararında " Sözleşme ve şartnamede 7 ve 8 inci maddelere göre fiyat farkı verileceği belirtildikten sonra uygulamada, Esasların 7 nci maddesine göre yapılan fiyat farkı hesabında b1 ve d sabit katsayılarına toplamaları bire eşit olacak şekilde oran tespit edilip işçiliğe ilişkin ağırlık oranını içeren bir katsayı belirlenmediği için akaryakıt ile makine ve ekipmana dayalı bir fiyat farkı ödendiği dolayısıyla 7 nci maddenin kendi içinde b1 ve d katsayıları toplamı ile "1'e eşit olma" koşulu sağlandığı için 7 ve 8 inci maddelerle verilen toplam fiyat farkına bakıldığında ayrıca 8 inci maddeye göre yapılan fiyat farkı ödemesi ile "1'e eşit olma" sınırı aşılmış olmaktadır. Bu durumda 8 inci maddeye göre asgari ücrete dayalı işçilik için fiyat farkı ödenmesi mevzuata aykırılık teşkil etmektedir.

Yapılan açıklamalar çerçevesinde kamu zararının yeniden hesaplanması .." şeklinde hüküm tesis etmiştir.

Sonuç olarak; Yukarıda usul yönünden arz edilen fiili durumun Temyiz Kurulunun görüşüne sunulmakla birlikte esas yönünden temyiz talebinin reddedilerek Daire Kararının korunması yönünde hüküm verilmesinin uygun olacağı değerlendirilmektedir." denilmiştir.

Duruşma talebinde bulunan ... Vekili Av. ... , ... , ... , ... Vekili Av. ... , ... , ... , ... , ... , ... , ... adına Av. ... ile Sayıştay Savcısının sözlü açıklamalarının dinlenmesinden ve dosyada mevcut belgelerin okunup incelenmesinden sonra,

GEREĞİ GÖRÜŞÜLDÜ:

Esas Yönünden İnceleme:

4734 sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhalesi Yapılacak Olan Hizmet Alımlarına İlişkin Fiyat Farkı Hesabında Uygulanacak Esasların 7 nci maddesinde aynen;

“Fiyat farkı aşağıdaki formüle göre hesaplanır:

$$F = A_n \times B \times (P_n - 1)$$

I_n Y_n G_n K_n M_n

$$P_n = [a_1 + a_2 \frac{I_n}{I_o} + b_1 \frac{Y_n}{Y_o} + b_2 \frac{G_n}{G_o} + c \frac{K_n}{K_o} + d \frac{M_n}{M_o}]$$

I_o Y_o G_o K_o M_o

Formülde ;

F: Fiyat farkını (TL),

A_n : İlk geçici hakedişte ($n=1$) olmak üzere (n) inci hakedişte, teklif birim fiyatlı işlerde uygulama ayında gerçekleşen iş kalemlerinin sözleşme fiyatlarıyla çarpılması sonucu bulunan tutarı (TL); götürü bedel işlerde ise, uygulama ayı ilerleme yüzdesine göre gerçekleşen iş grubu ve/veya iş kalemi imalat miktarlarının sözleşme fiyatlarıyla çarpılması sonucu bulunan tutarı (TL),

B : 0,90 katsayısını,

P_n : İlk geçici hakedişte ($n=1$) olmak üzere (n) inci hakedişte, fiyat farkı hesabında kullanılan temel indeksler ve güncel indeksler ile a_1 , a_2 , b_1 , b_2 , c ve d değerlerinin ağırlık oranları temsil katsayılarının yukarıdaki formüle uygulanması sonucu bulunan fiyat farkı katsayısını,

a_1 : Sözleşme kapsamındaki işlerin yapılmasında kullanılacak ve bu Esasların 8 inci maddesine göre artış farkı ödenecek olan asgari ücrete dayalı işçiliklerin oranını temsil eden ve yukarıdaki formülde artış öngörülme-yen sabit bir katsayıyı,

a_2 : Sözleşme kapsamındaki işlerin yapılmasında kullanılacak olan ve a_1 katsayısının dışındaki işçiliklerin ağırlık oranını temsil eden sabit bir katsayıyı,

b_1 : Sözleşme kapsamındaki işlerin yapılmasında kullanılacak akaryakıtın ağırlık oranını temsil eden sabit bir katsayıyı,

b2: (Değişik: 07.05.2004- 25455/ 2 md.) Sözleşme kapsamındaki işlerin yapılmasında kullanılacak diğer malzeme veya diğer hizmet girdilerini temsil eden sabit bir katsayıyı,

c: Sözleşme kapsamındaki işlerin mühendislik ve müşavirlik oranını temsil eden sabit bir katsayıyı,

d: Sözleşme kapsamındaki işlerin yapılmasında kullanılacak makine ve ekipmanın amortismanına ilişkin ağırlık oranını temsil eden sabit bir katsayıyı,

ifade eder.

a1, a2, b1, b2, c ve d sabit katsayılarından biri, birkaçı veya tamamının, ihale konusu hizmetteki oranı dikkate alınmak suretiyle ve toplamı bire (1.00) eşit olacak şekilde ihaleden önce idarece belirlenerek ihale dokümanında gösterilmesi zorunludur. Bu sabit katsayılar, sözleşmenin uygulanması sırasında hiçbir gerekçeyle değiştirilemez.

Formüldeki temel indeksler (o) ve güncel indeksler (n) ise;

İo, İn: İşçilikle ilgili temel asgari ücreti ve güncel asgari ücreti,

Yo, Yn: Akaryakıt temel indeksleri ve güncel indeksleri; Başbakanlık Devlet İstatistik Enstitüsü tarafından aylık yayımlanan (1994=100) bazlı Tablo-2: Toptan Eşya Fiyatları İndeks Sayıları Tablosunun "Kok Kömürü, Rafine Edilmiş Petrol Ürünleri" satırındaki sayıyı,

Go, Gn: Akaryakıt dışındaki malzemelerin temel indeksleri ve güncel indeksleri; Başbakanlık Devlet İstatistik Enstitüsü tarafından aylık yayımlanan (1994=100) bazlı Tablo-2: Toptan Eşya Fiyatları İndeks Sayıları Tablosunun "Genel" satırındaki sayıyı,

Ko, Kn: Mühendislik ve müşavirlikle ilgili temel aylık katsayısı ve güncel aylık katsayısını,

Mo, Mn: Makine ve ekipmana ait amortismanın temel indeksleri ve güncel indeksleri; Başbakanlık Devlet İstatistik Enstitüsü tarafından aylık yayımlanan (1994=100) bazlı Tablo 2: Toptan Eşya Fiyatları İndeks Sayıları Tablosunun "Makine ve Teçhizat İmalatı" satırındaki sayıyı,

ifade eder.

Yukarıda yer alan indekslerden biri veya birkaçının sözleşmenin uygulanması sırasında Başbakanlık Devlet İstatistik Enstitüsü tarafından değiştirilmesi halinde değiştirilen indekse eşdeğer yeni bir indeks belirlenir ise bu indeks; yeni bir indeks belirlenmez ise Başbakanlık Devlet İstatistik Enstitüsü tarafından aylık yayımlanan (1994=100) bazlı Tablo- 2: Toptan Eşya Fiyatları İndeks Sayıları Tablosunun "Genel" satırındaki sayı esas alınarak fiyat farkı hesaplanır."

denilerek fiyat farkı formülünde yer alan ve ihaleden önce idarece belirlenerek ihale dokümanında gösterilmesi zorunlu olan a_1 , a_2 , b_1 , b_2 , c ve d sabit katsayılarının ihale konusu hizmetteki oranları dikkate alınmak suretiyle tespit edilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır.

Yine aynı Esasların 8 inci maddesinde,

"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,
2. 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,

3. c) 506 sayılı Kanunun 77nci 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.”

denilerek ihale tarihi itibarıyla geçerli olan asgari ücret ve diğer işçilik maliyetlerindeki değişiklikten kaynaklanan fiyat farkı ödemesinin esasları açıklanmıştır.

22.08.2009 tarih ve 27327 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Kamu İhale Genel Tebliğinin “Personel ücretleri ile ilgili fiyat farkı hesabı” başlıklı 83 üncü maddesinde de;

“83.1. Çalışan personele asgari ücretin üzerinde bir ödeme öngörülmekle birlikte hizmet alımlarına ilişkin fiyat farkı esaslarının sadece 8 inci maddesinin uygulanacağı hizmet alımı ihalelerinde, ihale tarihi itibarıyla geçerli brüt asgari ücretin artması halinde anılan madde gereği asgari ücretteki artış miktarı kadar fiyat farkı hesaplanacaktır.

83.2. Fiyat Farkı Esaslarının bütün olarak uygulandığı ve işçiliğin a2 olarak belirlendiği hizmet alımı ihalelerinde ise Esasların 7 nci maddesi gereği ihale tarihi itibarıyla geçerli brüt asgari ücretteki artış oranı kadar fiyat farkı hesaplanacaktır. Esaslar bütün olarak uygulanmakla birlikte asgari ücretin üzerinde bir ödeme öngörülen işçilik alı olarak belirlenmişse 8 inci madde gereği asgari ücretteki artış miktarı kadar hesaplama yapılacaktır.

83.3. Asgari ücretin üzerinde bir ödeme öngörülen personelin çalıştırıldığı işlerde Fiyat Farkı Esaslarının sadece 8 inci

maddesi uygulandığında asgari ücretteki değişiklik sonrasında yüklenici bu personelin ücretini asgari ücretteki artış miktarı kadar, Esasların tümü uygulanarak işçiliğin a2 olarak belirlendiği hallerde ise asgari ücretteki artış oranı kadar arttırılabileceğinden ücret bordrosu da buna göre düzenlenecektir.

83.4. Esasların 7 nci maddesine göre fiyat farkı hesaplanmakla birlikte asgari ücretin üzerinde bir ödeme öngörülen işçilik a1 olarak belirlenmişse a1 için 8 inci madde gereği yüklenici, bu personelin ücretini asgari ücret artış miktarı kadar arttırmak zorunda olacak, asgari ücretteki artış oranını uygulama zorunluluğu olmayacaktır.

83.5. Esasların 7 nci maddesinin uygulandığı işlerde, a1 olarak belirlenen işçiliğin fiyat farkı 8 inci maddeye göre hesaplanacak, 7 nci maddeye göre hesaplanan fiyat farkı formülünde a1'e yer verilmekle birlikte formül gereği a1 için herhangi bir artış katsayısı uygulanmayacağından fiyat farkı hesabına herhangi bir etkisi olmayacak, sonuçta 7 ve 8 inci maddeler gereği ayrı ayrı hesaplanacak tutarların toplamı, ödenecek veya kesilecek toplam fiyat farkını oluşturacaktır.

83.6. İdari şartnamede hem a1 hem de a2 için katsayı belirlenmişse bu durumda toplam fiyat farkı 7 ve 8 inci maddeye göre hesaplanan fiyat farklarının toplamından oluşacaktır.”

hükmüne yer verilmiştir.

Görüldüğü üzere anılan mevzuat hükümlerine göre Esaslar'ın 7'nci maddesi çerçevesinde fiyat farkının ödenmesinin öngörüldüğü hallerde a1, a2, b1, b2, c ve d sabit katsayılarından biri, birkaçı veya tamamının, ihale konusu hizmetteki oranı dikkate alınmak suretiyle ve toplamı bire (1.00) eşit olacak şekilde ihaleden önce idarece belirlenerek ihale dokümanında gösterilmesi zorunludur. Dolayısıyla yapılan işin kapsamında işçiliğin bulunduğu ve

bunun sonucu olarak anılan Esasların 7 ve 8'inci maddeleri hükümlerine göre fiyat farkı verilmesinin öngörüldüğü durumlarda, a1 ve a2 katsayılarının ihale konusu hizmetteki oranı dikkate alınmak suretiyle ihaleden önce idarece belirlenerek ihale dokümanında gösterilmesi gerekmektedir.

Yapılan incelemelerde; işe ait ... tarihli sözleşmenin "fiyat farkı" başlıklı 14.2 nci maddesinde;

"Fiyat farkı verilecektir. Yürürlükteki fiyat farkı kararnamesi hükümlerine göre uygulama yapılacaktır." denildikten sonra Kararnamenin ilgili hükmüne ve fiyat farkı hesabına yer verildiği,

14.2.1 inci maddesinde ise;

"Fiyat Farkı Hesabında Uygulanacak Katsayılar:

Akaryakıt ağırlık oranı: ($b_1=0,4$)

Makine ve ekipmanın amortisman oranı: ($d=0,6$)"

düzenlemesinin yer aldığı görülmektedir.

İdari şartnamenin fiyat farkına ilişkin 47 nci maddesinde de; personele asgari ücret, araçlara fiyat farkı verilecektir denildikten sonra, Kamu İhale Kanununa Göre İhalesi Yapılacak Olan Hizmet Alımlarına İlişkin Fiyat Farkı Hesabında Uyulacak Esasların 8 inci maddesine göre, asgari ücret ve diğer işçilik maliyetlerindeki değişiklikten kaynaklanan farkın ödeneceği belirtilmiştir.

Aynı maddenin 47.1.2 nci maddesinde; a1, a2, b2 ve c katsayıları sıfır (0), akaryakıtla ilişkin olan b1 katsayısı 0,40, makine ve ekipmana ilişkin olan d katsayısı ise 0,60 olarak tespit edilmiştir.

Söz konusu işin yaklaşık maliyetine bakıldığında işin bedelinin üç unsurdan oluştuğu, bu unsurlardan birinin de işçilik olduğu, buna rağmen ihale dokümanında, işçiliği temsil

eden a_1 ve a_2 sabit katsayıları için her hangi bir oran belirlenmeyip, sadece b_1 ve d sabit katsayıları için toplamları bire eşit olacak şekilde sırasıyla 0,40 ve 0,60 şeklinde oran belirlendiği; ihaleden önce istekliler tarafından bu duruma ilişkin idareye yönelik herhangi bir soru veya itiraz yöneltilmediği, ihale sürecinin söz konusu veriler üzerinden tamamlandığı; dolayısıyla sözleşmenin ihalede oluşan bu rekabet şartları ardından imzalanmasından sonra bu oranlara göre Esasların 7 nci maddesine fiyat farkı hesaplanarak ödeme yapıldığı, ancak Esasların 8 inci maddesi kapsamında işçiliğe ilişkin de ayrıca bir fiyat farkı ödendiği görülmektedir.

İhaleden önce idarece tespit edilip sözleşmenin 14 üncü, idari şartnamenin 47 nci maddesinde belirlenmiş olan katsayıların ($b_1:0,40$ ve $d:0,60$) sözleşmenin uygulanması sırasında değiştirilemeyeceğinin kabulü ile konu yeniden değerlendirildiğinde;

Esaslar'ın 7'nci maddesinde yer alan fiyat farkı formülü incelendiğinde görüleceği üzere, P_n değerinden 1 rakamı düşülmektedir. Toplamları 1'e eşit olmak durumunda olan a_1 , a_2 , b_1 , b_2 , c ve d katsayılarının kullanıldığı P_n değerinin bulunmasına ilişkin formülde de, a_1 katsayısının yanında herhangi bir çarpan bulunmamaktadır. Dolayısıyla ihale konusu hizmet kapsamında Esaslar'ın 8'inci maddesine göre artış farkı ödenecek olan asgari ücrete dayalı işçiliğin olduğu durumlarda, a_1 için mutlaka bir oran belirlenmesi gerekir. Aksi takdirde a_1 katsayısıyla temsil edilen işçilik için Esaslar'ın 8'inci maddesinin yanında ayrıca ihale kapsamındaki diğer unsurlar üzerinden fiyat farkı ödenmesine yol açılır.

Ancak, Esasların 7'nci maddesinde yer alan ihaleden önce idarece belirlenerek ihale dokümanında gösterilen sabit katsayıların sözleşmenin uygulanması sırasında hiçbir gerekçeyle değiştirilemeyeceği hükmü, yine Esasların sözleşmede yer alan fiyat farkına ilişkin esas ve usullerde sözleşme imzalandıktan sonra değişiklik yapılamaz yönündeki 9'uncu maddesi hükmü ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri

Kanunu'nun "Fiyat Farkı Verilebilmesi" başlıklı "Sözleşmelerde yer alan fiyat farkına ilişkin esas ve usullerde sözleşme imzalandıktan sonra değişiklik yapılamaz" yönündeki 8'inci maddesi hükümleri çerçevesinde, ilam konusu sözleşmede işçiliğe ilişkin katsayılardan a1 ve a2'nin de 0 olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

Bu durumda, Sözleşme ve şartnamede 7 ve 8 inci maddelere göre fiyat farkı verileceği belirtildikten sonra uygulamada, Esasların 7 nci maddesine göre yapılan fiyat farkı hesabında b1 ve d sabit katsayıları, toplamaları bire eşit olacak şekilde tespit edilip işçiliğe ilişkin ağırlık oranını içeren bir katsayı belirlenmediği için, 7 ve 8 inci maddelerle verilen toplam fiyat farkına bakıldığında, ayrıca 8 inci madde kapsamında yapılan fiyat farkı ödemesi ile "1'e eşit olma" sınırının aşılması olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır.

Bu durumda a1 katsayısı belirlenmediğinden Esaslar'ın 8'inci maddesine göre ödenen fiyat farkı kamu zararı oluşturmaktadır.

Sonuç olarak açıklanan gerekçelerle, ... Genel Müdürlüğü ile ... San. Tic. Paz. Ltd. Şti.- ... San. ve Tic. Ltd. Şti. Ortak Girişimi arasında ... tarihinde yapılan "... Hizmet Alım İş'i" kapsamında, 7'nci maddeye göre ödenen fiyat farkında a1 katsayısı için herhangi bir değer belirlenmemesine rağmen, işçilikler için Esaslar'ın 8'inci maddesine göre asgari ücret fiyat farkı ödenmesi sonucunda kamu zararına neden olunmuştur.

Kamu zararı olarak Esaslar'ın 8'inci maddesine göre ödenen asgari ücret fiyat farkı tutarının esas alınması gerekmektedir.

Sorumluluk Yönünden İnceleme

5018 sayılı Kanun'un 71'inci maddesinde; "Kamu zararı; kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır..." denilmektedir. Bu hüküm

gereğince ihale yetkilisi, harcama yetkilisi, ihale dokümanını hazırlayanların ihale dokümanının mevzuata aykırılığından sorumludurlar.

554 sayılı ilamda da belirtildiği üzere İşin Sözleşme ve eki İdari Şartname'sinde, fiyat farkının yürürlükteki Fiyat Farkı Kararnamesi hükümlerine göre ödeneceği hükme bağlandığı halde, fiyat farkının yürürlükteki Fiyat Farkı Kararnamesi hükümlerine aykırı hesaplanıp ödenmesi, sözleşme ve eki ihale dokümanının mevzuata uygun düzenlenmemiş olmasından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla ihale dokümanını düzenleyenlerin oluşan kamu zararından sorumlu oldukları tartışmasızdır.

Ayrıca ihale dokümanının hatalı hazırlanmasında genel gözetim görevi ve ihalenin her aşamasında onayı bulunması nedeniyle ihale yetkilisinin sorumluluğu bulunmaktadır.

5018 Sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 31 ve 32'nci maddeleri gereği kamu kaynağının kullanımındaki genel gözetim sorumluluğu nedeniyle kamu zararının oluşumundan sorumludur.

Öte yandan 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "İhale Komisyonu" başlıklı 6'ncı maddesinin 3'üncü fıkrasında, gerekli incelemeyi yapmalarını sağlamak amacıyla ihale işlem dosyasının birer örneğinin ilân veya daveti izleyen üç gün içinde ihale komisyonu üyelerine verileceği hükme bağlanmıştır.

Hernekadar kanun hükmünde ihale komisyonu üyelerinin ihale dokümanında gerekli incelemeyi yapacakları ifade edilse de ihale dokümanının hazırlanmasında yapılan hata nedeniyle oluşacak kamu zararından ihale komisyonu üyelerinin doğrudan sorumluluğu bulunmamaktadır. Bu bakımdan kamu zararından komisyon üyelerinin sorumlu tutulmamaları gerekmektedir.

Ayrıca, ödeme emrini onaylayan gerçekleştirme

görevlilerinin kamu zararının oluşumunda kusurları bulunmadığından sorumlu tutulmaları mümkün görünmemektedir.

Bu nedenle de 554 sayılı ilamda belirtilen sorumluluk değerlendirmesine kısmen uyulması gerektiği sonucuna varılarak oluşan kamu zararından; ihale yetkilisi, harcama yetkilisi ile ihale dokümanını hazırlayanların sorumlu olduğu, ödeme aşamasındaki işlemleri yapan kamu görevlilerinin ve ihale komisyonu üyelerinin ise sorumluluklarının bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Bu itibarla, 554 sayılı Ek İlam'ın 1. maddesiyle verilen tazmin hükmünün bu açılardan bozularak, yukarıdaki hususlar göz önüne alınmak suretiyle yeniden hüküm tesisinin temini için dosyanın hükmü veren DAİREYE GÖNDERİLMESİNE;

(Konunun esası yönünden, ... Daire Başkanı ... , Üye ... , Üye ... , Üye ... , Üye ... , Üye ... ve Üye ... ' ın aşağıda yazılı ayrışık görüşlerine karşı,

Sorumluluk yönünden;

İhale Komisyonu Üyelerinin Sorumluluğuna İlişkin olarak; ... Daire Başkanı ... , ... Daire Başkanı ... , ... Daire Başkanı ... , Üye ... , Üye ... , Üye ... ve Üye ... ' ın aşağıda yazılı ayrışık görüşlerine karşı,

Harcama Yetkilisinin Sorumluluğuna İlişkin olarak; ... Daire Başkanı ... ve Üye ... , Üye ... , Üye ... ve Üye ... ' ın aşağıda yazılı ayrışık görüşlerine karşı,

İhale yetkilisinin sorumluluğuna İlişkin olarak; ... Daire Başkanı ... ve Üye ... ' nün aşağıda yazılı ayrışık görüşlerine karşı,

Ödeme emrini onaylayan gerçekleştirme görevlilerinin sorumluluğuna İlişkin olarak ... Daire Başkanı ... , ... Daire Başkanı ... , ... Daire Başkanı ... , Üye ... ve Üye ... ' ün aşağıda yazılı ayrışık görüşlerine karşı) oyçokluğuyla,

Karar verildiği 20.11.2019 tarih ve 46919 sayılı tutanakta yazılı olmakla işbu ilam tanzim kılındı.

Karşı oy gerekçesi

Esas Yönünden Karşı Oy Gerekçesi:

... Daire Başkanı ... , Üye ... , Üye ... , Üye ... , Üye ... ve Üye ... 'ın karşı oy gerekçesi:

Esasların 7 nci maddesine göre fiyat farkının ödenmesinin öngörüldüğü hallerde a1, a2, b1, b2, c ve d sabit katsayılarından biri, birkaçı veya tamamının, ihale konusu hizmetteki oranı dikkate alınmak suretiyle ve toplamı bire (1.00) eşit olacak şekilde ihaleden önce idarece belirlenerek ihale dokümanında gösterilmesi zorunludur. Dolayısıyla yapılan işin kapsamında işçiliğin bulunduğu ve bunun sonucu olarak anılan Esasların 7 ve 8 inci maddeleri hükümlerine göre fiyat farkı verilmesinin öngörüldüğü durumlarda, a1 ve a2 katsayılarının ihale konusu hizmetteki oranı dikkate alınmak suretiyle ihaleden önce idarece belirlenerek ihale dokümanında gösterilmesi gerekmektedir.

Söz konusu işte, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhalesi Yapılacak Olan Hizmet Alımlarına İlişkin Fiyat Farkı Hesabında Uygulanacak Esasların 8'inci maddesine göre asgari ücret fiyat farkı ödendiği halde, Esasların 7'nci maddesine göre hesaplanıp ödenen fiyat farkı hesabında, asgari ücrete dayalı işçiliklerin oranını temsil eden a1 katsayısının belirlenip dikkate alınmaması suretiyle toplam ... TL tutarında kamu zararına neden olunmuştur.

Söz konusu işin yaklaşık maliyetine bakıldığında da işin bedelinin üç unsurdan oluştuğu, bu unsurlardan birinin de işçilik olduğu ve işçilik unsurunun yaklaşık maliyet bedeli içindeki ağırlığının 0,73 oranında olduğu, diğer iki unsurun ağırlığının; b1 katsayısıyla temsil edilenin 0,16, d sabit katsayısıyla temsil edilenin ise 0,11 oranında olduğu açıkça görülmektedir. Buna rağmen ihale dokümanında, işçiliği temsil

eden a_1 ve a_2 sabit katsayıları için her hangi bir oran belirlenmeyip, işin tamamı diğer iki unsurdan oluşuyormuş gibi sadece bu iki unsuru temsil eden b_1 ve d sabit katsayıları için toplamaları bire eşit olacak şekilde sırasıyla 0,40 ve 0,60 şeklinde oran belirlenmesi anılan mevzuat hükümlerine aykırılık teşkil etmektedir.

Esasların 7 nci maddesinde yer alan fiyat farkı formülü incelendiğinde görüleceği üzere, P_n değerinden 1 rakamı düşülmektedir. Toplamaları 1'e eşit olmak durumunda olan a_1 , a_2 , b_1 , b_2 , c ve d katsayılarının kullanıldığı P_n değerinin bulunmasına ilişkin formülde de a_1 katsayısının yanında herhangi bir çarpan bulunmamaktadır. Dolayısıyla ihale konusu hizmet kapsamında Esasların 8 inci maddesine göre artış farkı ödenecek olan asgari ücrete dayalı işçiliğin olduğu durumlarda, a_1 için mutlaka bir oran belirlenmesi gerekir. Aksi takdirde a_1 katsayısıyla temsil edilen işçilik için Esasların 8 inci maddesinin yanında ayrıca ihale kapsamındaki diğer unsurlar üzerinden fiyat farkı ödenmesine yol açılmaktadır.

Bahsedilen işte de ihale dokümanında Esasların 7 ve 8 inci maddelerine göre fiyat farkı verilmesi öngörüldüğünden a_1 katsayısı için bir oran mutlaka belirlenmiş olması gerekirken bu oranın belirlenmediği görülmüştür. Esasların 8 inci maddesine göre fiyat farkı verildiği halde, a_1 için bir oran belirlenmemesi, işçiliğin ihale konusu hizmetteki oranı $(1 - 0,27) = 0,73$ (0,16 + 0,11 = 0,27) kadar 7 inci madde kapsamında ayrıca fiyat farkı ödemesine sebebiyet vermiştir. Bir anlamda a_1 katsayısının hizmetteki ağırlık oranı olan 0.73'ün dikkate alınmamasıyla 7'nci maddeye göre hesaplanan fiyat farkının hesabında sabit katsayılar toplamının 1.73 olmasına sebebiyet verilmiş ve bu durum kamu zararına neden olmuştur.

Bu itibarla, 554 sayılı ilamın 1. maddesiyle ile verilen tazmin hükmünün TASDİKİNE karar verilmesi gerekir.

Üye ... 'nün karşı oy gerekçesi:

... Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü'nün 2012 yılı Hesabı'nın 6. Daire'de yargılaması sonucu çıkarılan 08.09.2014 tarih ve 250 sayılı İlamın 11. maddesi ile ... TL'ye ilişkin tazmin hükmü verilmiştir. Söz konusu Daire kararı, Temyiz Kurulunun 09.02.2016 tarih ve 41456 tutanak nolu kararı ile "... fiyat farkı hesabına ilişkin konunun yeniden değerlendirilmesi" gerekçesiyle esastan bozularak ilgili daireye gönderilmiştir. 6. Dairece daha önce tazmin hükmü verilen ... TL'nin Temyiz Kurulu kararı doğrultusunda ... TL si için ilişilecek husus bulunmadığına, kalan ... TL kamu zararıyla ilgili olarak da tahsilat yapıldığından, denecek kalmadığına hükmedilmiştir. Bu karara karşı bazı sorumlularca yapılan temyiz başvurusu üzerine, Temyiz Kurulu "...kamu zararının yeniden hesaplanması ve mevzuata aykırı ödemede ihale dokümanını hazırlayanların sorumlu tutulmasını temin için .." gerekçesiyle verilen hükmün Bozularak tekrar dosyanın ilgili Daireye gönderilmesine, karar verilmiştir. 6. Dairede yapılan yeniden yargılama sonucu toplam ... TL tutarında kamu zararının ... TL'si tahsil edildiğinden ilişilecek husus kalmadığına, kalan ... TL'nin ise sorumlulardan tazminine hükmedilmiş, bir anlamda 250 sayılı ilk ilamdaki hükme dönmüştür.

Temyiz Kurulu çoğunluğu bu defa kamu zararı yönünden; hakedişlerde 7'nci maddeye göre fiyat farkı hesaplanırken formülde al katsayısına yer verilmemesi gerekçesine dayanılarak kurulan hükmün hatalı olduğu; Kamu zararı olarak sadece hakedişlerde Esaslar'ın 8'inci maddesine göre ödenen asgari ücret fiyat farkı tutarının (KDV hariç ... TL, % 18 KDV dahil ... TL'nin) esas alınması gerektiği gerekçesiyle daire ilamını üçüncü defa bozmaktadır.

6085 sayılı Sayıştay Kanununun 61'inci maddesinde "Bu Kanunda yargılama usulüne ve kanun yollarına ilişkin hüküm bulunmayan hallerde 18/6/1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun ilgili hükümleri uygulanır"

denilmektedir. 6100 sayılı Kanunun 447'nci maddesinde de "Mevzuatta, yürürlükten kaldırılan 18/6/1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa yapılan yollamalar, Hukuk Muhakemeleri Kanununun bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelerine yapılmış sayılır." Denilmektedir.

6085 sayılı Sayıştay Kanununun atıf yaptığı 6100 sayılı HMK'da açık bir düzenleme bulunmamasına rağmen, taraflardan yalnız birinin müracaatı üzerine bozulan hükmün ilk derece mahkemesinde yeniden hükme bağlanması esnasında, bozulan hükümde tayin edilen yaptırımdan daha ağır bir yaptırıma hükmedilememesi ilkesi hukuk literatüründe de kabul gören bir yaklaşımdır. Ancak Sayıştay 6. Dairesince Temyiz Kurulu kararı sonrası yapılan yargılama neticesinde düzenlenen 12.01.2017 tarih ve 471 sayılı Ek İlam ile daha önce tazmin hükmü verilen ... TL'nin Temyiz Kurulu kararı doğrultusunda ... TL si için ilişilecek husus bulunmadığına, kalan ... TL kamu zararıyla ilgili olarak da, ... tarih ve ... no'lu muhasebe işlem fişi ile tahsilat yapıldığından, denecek kalmadığına hükmetmiş olmasına karşın son kararında tazmin tutarını tekrar ... TL olarak belirlemiştir. Her ne kadar 6085 sayılı Kanunda bu tür bir düzenleme bulunmasa da □aleyhe hüküm verme yasağı'na uyulmaması Sayıştay yargısına olan güveni sarsabilir.

Diğer bir husus aynı idarenin 2011 yılı hesabı ile ilgili olarak aynı dairenin 186 sayılı ek ilamında, 2012 yılına dair 471 sayılı ek ilam paralelinde karar verilmiş ve ilişiksiz bulunduğu ... TL ile ilgili olarak hüküm kesinleştiği gerekçesiyle temyizcinin bozma kararı sonrası da hüküm verilmemiş olmasıdır. Sorumluların temyiz müracaatından vazgeçmiş olmaları nedeniyle 2011 yılına dair bu hüküm de kesinleşmiştir. Diğer bir ifade ile aynı idare hakkında tarafları, dava konusu ve sebebi aynı olan iki dava sonunda iki farklı karar ortaya çıkmış bulunmaktadır.

6085 sayılı Kanunun 61. maddesi ile yargılama usulü ve kanun yollarına ilişkin olarak hüküm bulunmayan haller için atıf

yapılan HUMUK'un 303 üncü (1086 sK 237.) maddesine göre tarafları, dava konusu ve sebebi aynı olan iki davanın bulunması halinde, iki davadan biri kesinleşmiş ise aynı konuda kesin hükmün varlığından söz edilmekte olup 114. madde gereği de kesin hüküm bir dava şartı- sayıldığından ilk hüküm muhafaza edilmektedir. Şayet iki hüküm de kesinleşmişse bu 375. madde gereği yargılamanın iadesi sebebi sayılmaktadır. Zira hüküm kesinleştikten sonra, aynı davanın tekrar yargı önüne geti-rilmesi, toplumda sonu gelmeyen çekişmelere, huzursuzluklara, istikrarsızlıklara, kaza-nılmış hakların her zaman ortadan kaldırılabilceği endişesine neden olur. Ayrıca çelişkili ka-rarların çıkmasına da yol açar. Bu itibarla, her ne kadar 6085 sayılı Kanunda bu yönde bir düzenleme bulunmamakta ise de tarafları, mevzuu ve sebebi aynı olan ve kesinleşen hükmün korunmasında yargıya olan güven açısından kamunun yararı bulunmaktadır. Dolayısıyla temyize konu hüküm henüz kesinleşmediğinden, dairenin 2011 yılı hesabı ile ilgili olarak verdiği ve kesinleşen beraat kararının da göz önünde bulundurulması uygun olur.

Tüm bu nedenlerle Sayıştay 6. Dairesince 471 sayılı Ek İlam ile daha önce tazmin hükmü verilen ... TL'nin Temyiz Kurulu kararı doğrultusunda ... TL si için ilişilecek husus bulunmadığına, kalan ... TL kamu zararıyla ilgili olarak da, ... tarih ve ... no'lu muhasebe işlem fişi ile tahsilat yapıldığından, denecek kalmadığına dair hükmü esas alınarak, Anayasanın "Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir" hükmü ve sorumluların makul sürede yargılanma hakkı da göz önünde bulundurularak, daire ilamını üçüncü kez bozmak yerine düzelterek tasdik kararı verilmesi uygun olur.

Sorumluluk Yönünden Karşı Oy Gerekçesi:

İhale Komisyonu Üyelerinin Sorumluluğuna İlişkin Karşı Oy Gerekçesi

... Daire Başkanı ... , ... Daire Başkanı ... , ... Daire Başkanı ... ,

Üye ... , Üye ... , Üye ... ve Üye ... 'ın karşı oy gerekçesi:

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "İhale Komisyonu" başlıklı 6'ncı maddesinin 3'üncü fıkrasında, gerekli incelemeyi yapmalarını sağlamak amacıyla ihale işlem dosyasının birer örneğinin ilân veya daveti izleyen üç gün içinde ihale komisyonu üyelerine verileceği hükme bağlanmıştır.

Bu hükümle amaçlanan, ihale komisyonunun yaklaşık maliyeti, teknik ve idari şartname ile diğer ihale dokümanlarının mevzuata uygunluğu noktasında incelemek ve mevzuata aykırılık varsa zeyilname veya düzeltme ilanı ile ihale sürecinin sekteye uğramadan sürmesini sağlamaktır. Dolayısıyla ihale komisyonu da yaklaşık maliyeti ve işe ilişkin şartnameleri incelemek suretiyle süreci sahiplenmiş olacağından ihale dokümanının mevzuata aykırılığından sorumludur.

Ayrıca 5018 sayılı Kanun'un 71'inci maddesinde; "Kamu zararı; kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır..." denilmektedir. Bu hüküm gereğince de ihale komisyon üyeleri, ihale dokümanı ve ihale kararının mevzuata aykırılığından sorumludurlar. Çünkü söz konusu işte, yapılan fazla ödemenin temeli, ihale dokümanında fiyat farkına ilişkin katsayıların hatalı belirlenmesine dayanmaktadır.

Bu nedenle de Temyiz Kurulunun 06.12.2017 tarihli ve 43834 tutanak no.lu bozma Kararında belirtildiği ve 554 sayılı ilamda da yer aldığı üzere, kamu zararından ihale dokümanının oluşturulmasında ve kontrolünde sorumluluğu bulunan; ihale komisyon başkan ve üyelerinin sorumlu olduğu düşünülmektedir.

İhale Yetkilisinin Sorumluluğuna İlişkin Karşı Oy Gerekçesi

... Daire Başkanı ... 'IN karşı oy gerekçesi:

5018 sayılı Kanun'un 71'inci maddesinde; "Kamu zararı; kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır..." denilmektedir.

Söz konusu işte, yapılan fazla ödemenin temeli, ihale dokümanında fiyat farkına ilişkin katsayıların hatalı belirlenmesi ve bu belirlemeye aykırı olarak Esaslar'ın 8'inci maddesine göre fiyat farkı ödemesi yapılmasıdır. Bu durumda yapılan fazla ödemede ihale yetkilisinin kasıt kusur veya ihmali bulunmamaktadır, dolayısıyla kamu zararından sorumlu tutulmaması gerekir.

Üye ... 'nün karşı oy gerekçesi:

... Hizmet Alım İşi"nde 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhalesi Yapılacak Olan Hizmet Alımlarına İlişkin Fiyat Farkı Hesabında Uygulanacak Esasların 8'inci maddesine göre asgari ücret fiyat farkı ödendiği halde, Esasların 7'nci maddesine göre hesaplanıp ödenen fiyat farkı hesabında, asgari ücrete dayalı işçiliklerin oranını temsil eden al katsayısının belirlenip dikkate alınmaması nedeniyle tazmin hükmü verildiği anlaşılmaktadır.

... Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü'nün 2012 yılı Hesabı'nın 6. Daire'de yargılaması sonucu çıkarılan 08.09.2014 tarih ve 250 sayılı İlamın 11. maddesi ile ... TL'ye ilişkin tazmin hükmü verilmiştir. Söz konusu Daire kararı, Temyiz Kurulunun 09.02.2016 tarih ve 41456 tutanak nolu kararı ile "şartnameyi hazırlayanların da sorumluluğunun irdelenerek fiyat farkı hesabına ilişkin konunun yeniden değerlendirilmesi" gerekçesiyle esastan bozularak ilgili daireye gönderilmiştir.

Sayıştay 6. Dairesince Temyiz Kurulu kararı sonrası yapılan yargılama neticesinde düzenlenen 12.01.2017 tarih ve

471 sayılı Ek İlam ile daha önce tazmin hükmü verilen ... TL'nin Temyiz Kurulu kararı doğrultusunda ... TL si için ilişilecek husus bulunmadığına, kalan ... TL kamu zararıyla ilgili olarak da, ... tarih ve ... no'lu muhasebe işlem fişi ile tahsilat yapıldığından, denecek kalmadığına hükmedilmiştir.

471 sayılı söz konusu Ek İlam'ın 1. maddesi ile verilen tazmin hükmüne karşı bazı sorumlularca yapılan temyiz başvurusu üzerine, Temyiz Kurulunun 06.12.2017 tarih ve 43834 tutanak sayılı kararında, "... ödeme aşamasındaki işlemleri yapan kamu görevlilerinin sorumluluğu bulunmamaktadır. Yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde kamu zararının yeniden hesaplanması ve mevzuata aykırı ödemede ihale dokümanını hazırlayanların sorumlu tutulmasını temin için .." 471 sayılı ek ilam ile verilen hükmün Bozularak dosyanın ilgili Daireye gönderilmesine, karar verilmiştir.

Söz konusu bozma kararı üzerine 6. Dairede yapılan yeniden yargılama sonucu düzenlenen 15.11.2018 tarih ve 554 sayılı Ek İlam'ın 1. maddesiyle, bu defa, Esasların 8'inci maddesine göre asgari ücret fiyat farkı ödendiği halde, Esasların 7'nci maddesine göre hesaplanıp ödenen fiyat farkı hesabında, asgari ücrete dayalı işçiliklerin oranını temsil eden al katsayısının belirlenip dikkate alınmaması suretiyle oluşan toplam ... TL tutarında kamu zararının ... TL'si ... tarih ve ... nolu muhasebe işlem fişi ile tahsil edildiğinden ilişilecek husus kalmadığına, kalan ... TL'nin ise sorumlulardan tazminine hükmedilmiş, bir anlamda 250 sayılı ilk ilamdaki hükme dönmüştür. Sorumluluk konusunda da Temyiz Kurulu kararı doğrultusunda ihale dokümanını hazırlayanlar sorumlu tutulmuş, ödeme aşamasındaki işlemleri yapan kamu görevlileri sorumlu tutulmamıştır.

Temyiz Kurulu çoğunluğu bu defa 7'nci maddeye göre ödenen fiyat farkında al katsayısı için herhangi bir değer belirlenmemesine rağmen, işçilikler için Esaslar'ın 8'inci maddesine göre ödenen fiyat farkının kamu zararı oluşturduğu, ilamda belirtilen sorumluluk değerlendirmesine kısmen uyulması

gerektiği sonucuna varılarak
oluşan kamu zararından; ihale yetkilisi, harcama yetkilisi
ile ihale dokümanını hazırlayanların sorumlu olduğu, ödeme
aşamasındaki işlemleri yapan kamu görevlilerinin
ve ihale komisyonu üyelerinin ise sorumluluklarının
bulunmadığı gerekçesiyle kararı bozmaktadır. Bir anlamda Kurul
ile Daire arasında sorumluluk açısından
sadece ihale komisyonunun sorumluluğu konusunda ihtilaf
kalmaktadır.

6085 sayılı Sayıştay Kanununun 61'inci maddesinde "Bu Kanunda
yargılama usulüne ve kanun yollarına ilişkin hüküm bulunmayan
hallerde 18/6/1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü
Muhakemeleri Kanununun ilgili hükümleri uygulanır"
denilmektedir. 6100 sayılı Kanunun 447'nci maddesinde de
"Mevzuatta, yürürlükten kaldırılan 18/6/1927 tarihli ve
1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa yapılan
yollamalar, Hukuk Muhakemeleri Kanununun bu hükümlerin
karşılığını oluşturan maddelerine yapılmış sayılır."
Denilmektedir. Bu anlamda sorumluların 6100 sayılı Kanun
bağlamındaki durumlarını da irdelemek gerekir.

Örneğin Dairenin 471 sayılı ek ilamında
belirlenen kamu zararından müteselsil sorumlu tutulan ... ,
kararı temyiz etmemiştir. Müteselsil borçluların borçları
birbirinden bağımsız olduğu için, borçlulardan her birinin
fiilinin yalnız kendisi hakkında hüküm ve sonuç doğurması
gerekir. Sorumlulardan birinin davranışıyla diğer sorumluların
durumlarını ağırlaştırmaması gerekir. Bu anlamda temyiz talebi
sonrası verilen daire kararındaki miktar artışının yalnız
temyiz edenler için sonuç doğurduğunu kabul etmek ve oluşan
yeni durumun sonuçlarına katlanmasını onlardan istemek
gerekir. Nitekim 6085 sayılı kanunun 55. Maddesinin son
fıkrasında, "Temyiz Kurulunun tazmin hükmünün kaldırılmasına
ilişkin kararları, temyiz konusu ilam maddesindeki bütün
sorumluları kapsar" denilerek sorumlular lehine bir durumda
temyiz müracaat şartı aranmaksızın, kaldırma kararının tüm

sorumluları kapsayacağı açıkça zikredilmiştir.

Somut olayda Temyiz Kurulu dairenin ... TL lik ilk kararını bozmuş, bozma üzerine Daire tazmin miktarını 471 sayılı ek ilamda ... TL ye indirmiştir. Bu hüküm sorumluların bazısı tarafından temyiz edilmemiştir. Müteselsil borç ilişkisinde, borçluların sorumluluğu birbirlerinden ayrı olup, her bir borçlu borcun tamamından ayrı ayrı sorumlu olduğuna göre, 471 sayılı ek ilamdaki hüküm örneğin ... tarafından temyiz edilmemekle artık bu sorumlu yönünden kesinleşmiş sayılmalıdır.

Yine gerek daire ilamında gerek savcı görüşünde gerek savunmalarda gerekse azınlıkta kalan üye görüşlerinde ihale komisyonu üyelerinin sorumluluğuna değinilmiş olmasına karşın Temyiz Kurulu 43834 sayılı bozma kararında "... ödeme aşamasındaki işlemleri yapan kamu görevlilerinin sorumluluğu bulunmamaktadır.

Yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde kamu zararının yeniden hesaplanması ve mevzuata aykırı ödemede ihale dokümanını hazırlayanların sorumlu tutulmasını temin için ..." diyerek sorumlu olanları ve sorumlu olmayanları belirlemiş ancak ihale komisyonu üyelerinin sorumluluğu konusunu meskut geçmiştir. Bu bağlamda esasen hesap mahkemesi Temyiz Kurulunun bozma kararına sorumluluk konusunda uymuş, sadece kurul kararından farklı olarak kararda haklarında bir değerlendirme yapılmamış olan ihale komisyonu üyelerini de sorumluluğa dahil etmiştir. Temyiz Kurulu bu defa da sorumluluk açısından "ihale yetkilisi, harcama yetkilisi ile ihale dokümanını hazırlayanların sorumlu olduğu, ödeme aşamasındaki işlemleri yapan kamu görevlilerinin ve ihale komisyonu üyelerinin ise sorumluluklarının bulunmadığı.." gerekçesiyle bir anlamda ihale komisyonu üyelerinin de sorumluluktan çıkartılması gerektiği gerekçesiyle kararı üçüncü defa bozmaktadır.

Temyiz Kurulunun önceki bozma kararıyla benimsemiş olduğu

kanuna veya usule ait hükümlere aykırı şekilde ikinci bir bozma kararı vermesi, usul hükümleriyle hedef tutulan istikrarı zedeler ve hatta kararlara karşı umumi güveni sarsar. Bu nedenle bozma kararları sonrası verilen daire kararlarına karşı yapılan temyiz başvurularının artık sadece bozma kararına uygunluk yönünden incelenmesi gerekir. Aksi durumda verilen son karar önceki bozma kararının bozulması gibi bir anlam ifade edecek, adeta son temyiz heyetini bir önceki temyiz heyetinin temyiz mercii konumuna getirecektir. Bilindiği gibi Temyiz Kurul üyelerinin dörtte biri her yıl yenilenmekte, üyeliği sona erenler dört yıl geçmeden tekrar seçilememektedir. Temyiz Kurulunun kendini bir önceki bozma kararıyla bağlı hissetmeden, bozma kararı ile sınırlı bir inceleme yapmak yerine konuyu tümüyle tekrar inceleyerek yeni bir gerekçeyle farklı karar vermesi, kendisinin önceki kararını bozması gibi bir anlam ifade edebilecek, bu uygulama, yargılama sürecinin sonu gelmez bir şekilde uzamasına da yol açabilecektir. Bu durum sorumlular açısından öngörülebilirlik ilkesi yönünden adil yargılanma ilkesine aykırılık teşkil edebileceği gibi, davaların en az giderle ve mümkün olan süratte sonuçlandırılması görevine de aykırılık teşkil eder.

Bu nedenlerle 554 sayılı Ek İlam'ın 1. maddesiyle verilen tazmin hükmünün sorumluluk yönünden tekrar bozulmasına gerek bulunmamaktadır.

Harcama Yetkilisinin Sorumluluğuna İlişkin Karşı Oy Gerekçesi

... Daire Başkanı ... , Üye ... , Üye ... ve Üye ... 'ın karşı oy gerekçesi:

5018 sayılı Kanun'un 71'inci maddesinde; "Kamu zararı; kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır..." denilmektedir.

Söz konusu işte, yapılan fazla ödemenin

temeli, ihale dokümanında fiyat farkına ilişkin katsayıların hatalı belirlenmesi ve bu belirlemeye aykırı olarak Esaslar'ın 8'inci maddesine göre fiyat farkı ödemesi yapılmasıdır. Bu durumda yapılan fazla ödemede harcama yetkilisinin kasıt kusur veya ihmali bulunmamaktadır, dolayısıyla kamu zararından sorumlu tutulmaması gerekir.

Üye ... 'nün karşı oy gerekçesi:

... .. Hizmet Alım İşi"nde 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhalesi Yapılacak Olan Hizmet Alımlarına İlişkin Fiyat Farkı Hesabında Uygulanacak Esasların 8'inci maddesine göre asgari ücret fiyat farkı ödendiği halde, Esasların 7'nci maddesine göre hesaplanıp ödenen fiyat farkı hesabında, asgari ücrete dayalı işçiliklerin oranını temsil eden al katsayısının belirlenip dikkate alınmaması nedeniyle tazmin hükmü verildiği anlaşılmaktadır.

... Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü'nün 2012 yılı Hesabı'nın 6. Daire'de yargılaması sonucu çıkarılan 08.09.2014 tarih ve 250 sayılı İlâmın 11. maddesi ile ... TL'ye ilişkin tazmin hükmü verilmiştir. Söz konusu Daire kararı, Temyiz Kurulunun 09.02.2016 tarih ve 41456 tutanak nolu kararı ile "şartnameyi hazırlayanların da sorumluluğunun irdelenerek fiyat farkı hesabına ilişkin konunun yeniden değerlendirilmesi" gerekçesiyle esastan bozularak ilgili daireye gönderilmiştir.

Sayıştay 6. Dairesince Temyiz Kurulu kararı sonrası yapılan yargılama neticesinde düzenlenen 12.01.2017 tarih ve 471 sayılı Ek İlâm ile daha önce tazmin hükmü verilen ... TL'nin Temyiz Kurulu kararı doğrultusunda ... TL si için ilişilecek husus bulunmadığına, kalan ... TL kamu zararıyla ilgili olarak da, ... tarih ve ... no'lu muhasebe işlem fişi ile tahsilat yapıldığından, denecek kalmadığına hükmedilmiştir.

471 sayılı söz konusu Ek İlâm'ın 1. maddesi ile verilen tazmin hükmüne karşı bazı sorumlularca yapılan temyiz başvurusu

üzerine, Temyiz Kurulunun 06.12.2017 tarih ve 43834 tutanak sayılı kararında, "... ödeme aşamasındaki işlemleri yapan kamu görevlilerinin sorumluluğu bulunmamaktadır. Yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde kamu zararının yeniden hesaplanması ve mevzuata aykırı ödemede ihale dokümanını hazırlayanların sorumlu tutulmasını temin için .." 471 sayılı ek ilam ile verilen hükmün Bozularak dosyanın ilgili Daireye gönderilmesine, karar verilmiştir.

Söz konusu bozma kararı üzerine 6. Dairede yapılan yeniden yargılama sonucu düzenlenen 15.11.2018 tarih ve 554 sayılı Ek İlam'ın 1. maddesiyle, bu defa, Esasların 8'inci maddesine göre asgari ücret fiyat farkı ödendiği halde, Esasların 7'nci maddesine göre hesaplanıp ödenen fiyat farkı hesabında, asgari ücrete dayalı işçiliklerin oranını temsil eden al katsayısının belirlenip dikkate alınmaması suretiyle oluşan toplam ... TL tutarında kamu zararının ... TL'si ... tarih ve ... nolu muhasebe işlem fişi ile tahsil edildiğinden ilişilecek husus kalmadığına, kalan ... TL'nin ise sorumlulardan tazminine hükmedilmiş, bir anlamda 250 sayılı ilk ilamdaki hükme dönmüştür. Sorumluluk konusunda da Temyiz Kurulu kararı doğrultusunda ihale dokümanını hazırlayanlar sorumlu tutulmuş, ödeme aşamasındaki işlemleri yapan kamu görevlileri sorumlu tutulmamıştır.

Temyiz Kurulu çoğunluğu bu defa 7'nci maddeye göre ödenen fiyat farkında al katsayısı için herhangi bir değer belirlenmemesine rağmen, işçilikler için Esaslar'ın 8'inci maddesine göre ödenen fiyat farkının kamu zararı oluşturduğu, ilamda belirtilen sorumluluk değerlendirmesine kısmen uyulması gerektiği sonucuna varılarak oluşan kamu zararından; ihale yetkilisi, harcama yetkilisi ile ihale dokümanını hazırlayanların sorumlu olduğu, ödeme aşamasındaki işlemleri yapan kamu görevlilerinin ve ihale komisyonu üyelerinin ise sorumluluklarının bulunmadığı gerekçesiyle kararı bozmaktadır. Bir anlamda Kurul ile Daire arasında sorumluluk açısından

sadece ihale komisyonunun sorumluluğu konusunda ihtilaf kalmaktadır.

6085 sayılı Sayıştay Kanununun 61'inci maddesinde "Bu Kanunda yargılama usulüne ve kanun yollarına ilişkin hüküm bulunmayan hallerde 18/6/1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun ilgili hükümleri uygulanır" denilmektedir. 6100 sayılı Kanunun 447'nci maddesinde de "Mevzuatta, yürürlükten kaldırılan 18/6/1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa yapılan yollamalar, Hukuk Muhakemeleri Kanununun bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelerine yapılmış sayılır." Denilmektedir. Bu anlamda sorumluların 6100 sayılı Kanun bağlamındaki durumlarını da irdelemek gerekir.

Örneğin Dairenin 471 sayılı ek ilamında belirlenen kamu zararından müteselsil sorumlu tutulan ... , kararı temyiz etmemiştir. Müteselsil borçluların borçları birbirinden bağımsız olduğu için, borçlulardan her birinin fiilinin yalnız kendisi hakkında hüküm ve sonuç doğurması gerekir. Sorumlulardan birinin davranışıyla diğer sorumluların durumlarını ağırlaştırmaması gerekir. Bu anlamda temyiz talebi sonrası verilen daire kararındaki miktar artışının yalnız temyiz edenler için sonuç doğurduğunu kabul etmek ve oluşan yeni durumun sonuçlarına katlanmasını onlardan istemek gerekir. Nitekim 6085 sayılı kanunun 55. Maddesinin son fıkrasında, "Temyiz Kurulunun tazmin hükmünün kaldırılmasına ilişkin kararları, temyiz konusu ilam maddesindeki bütün sorumluları kapsar" denilerek sorumlular lehine bir durumda temyiz müracaat şartı aranmaksızın, kaldırma kararının tüm sorumluları kapsayacağı açıkça zikredilmiştir.

Somut olayda Temyiz Kurulu dairenin ... TL lik ilk kararını bozmuş, bozma üzerine Daire tazmin miktarını 471 sayılı ek ilamda ... TL ye indirmiştir. Bu hüküm sorumluların bazısı tarafından temyiz edilmemiştir. Müteselsil borç ilişkisinde, borçluların sorumluluğu birbirlerinden ayrı olup, her bir borçlu borcun tamamından ayrı ayrı sorumlu olduğuna göre,

471 sayılı ek ilamdaki hüküm örneğın ... tarafından temyiz edilmemekle artık bu sorumlu yönünden kesinleşmiş sayılmalıdır.

Yine gerek daire ilamında gerek savcı görüşünde gerek savunmalarda gerekse azınlıkta kalan üye görüşlerinde ihale komisyonu üyelerinin sorumluluğuna değinilmiş olmasına karşın Temyiz Kurulu 43834 sayılı bozma kararında “... ödeme aşamasındaki işlemleri yapan kamu görevlilerinin sorumluluğı bulunmamaktadır.

Yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde kamu zararının yeniden hesaplanması ve mevzuata aykırı ödemede ihale dokümanını hazırlayanların sorumlu tutulmasını temin için ...” diyerek sorumlu olanları ve sorumlu olmayanları belirlemiş ancak ihale komisyonu üyelerinin sorumluluğı konusunu meskut geçmiştir. Bu bağlamda esasen hesap mahkemesi Temyiz Kurulunun bozma kararına sorumluluk konusunda uymuş, sadece kurul kararından farklı olarak kararda haklarında bir değerdendirme yapılmamış olan ihale komisyonu üyelerini de sorumluluğı dahil etmiştir. Temyiz Kurulu bu defa da sorumluluk açısından “ihale yetkilisi, harcama yetkilisi ile ihale dokümanını hazırlayanların sorumlu olduğu, ödeme aşamasındaki işlemleri yapan kamu görevlilerinin ve ihale komisyonu üyelerinin ise sorumluluklarının bulunmadığı..” gerekçesiyle bir anlamda ihale komisyonu üyelerinin de sorumluluktan çıkartılması gerektiğı gerekçesiyle kararı üçüncü defa bozmaktadır.

Temyiz Kurulunun önceki bozma kararıyla benimsemiş olduğu kanuna veya usule ait hükümlere aykırı şekilde ikinci bir bozma kararı vermesi, usul hükümleriyle hedef tutulan istikrarı zedeler ve hatta kararlara karşı umumi güveni sarsar. Bu nedenle bozma kararları sonrası verilen daire kararlarına karşı yapılan temyiz başvurularının artık sadece bozma kararına uygunluk yönünden incelenmesi gerekir. Aksi durumda verilen son karar önceki bozma kararının bozulması gibi bir anlam ifade edecek, adeta son temyiz heyetini bir

önceki temyiz heyetinin temyiz mercii konumuna getirecektir. Bilindiği gibi Temyiz Kurul üyelerinin dörtte biri her yıl yenilenmekte, üyeliği sona erenler dört yıl geçmeden tekrar seçilememektedir. Temyiz Kurulunun kendini bir önceki bozma kararıyla bağlı hissetmeden, bozma kararı ile sınırlı bir inceleme yapmak yerine konuyu tümüyle tekrar inceleyerek yeni bir gerekçeyle farklı karar vermesi, kendisinin önceki kararını bozması gibi bir anlam ifade edebilecek, bu uygulama, yargılama sürecinin sonu gelmez bir şekilde uzamasına da yol açabilecektir. Bu durum sorumlular açısından öngörülebilirlik ilkesi yönünden adil yargılanma ilkesine aykırılık teşkil edebileceği gibi, davaların en az giderle ve mümkün olan süratte sonuçlandırılması görevine de aykırılık teşkil eder.

Bu nedenlerle 554 sayılı Ek İlam'ın 1. maddesiyle verilen tazmin hükmünün sorumluluk yönünden tekrar bozulmasına gerek bulunmamaktadır.

Ödeme Emrini Onaylayan Gerçekleştirme Görevlilerinin Sorumluluğuna İlişkin Karşı Oy Gerekçesi

... Daire Başkanı ... , ... Daire Başkanı ... , ... Daire Başkanı ... , Üye ... ve Üye ... 'ün karşı oy gerekçesi:

Ayrıca 5018 sayılı Kanun'un 71'inci maddesinde; "Kamu zararı; kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır..." denilmektedir.

Ödeme emrini onaylayan gerçekleştirme görevlilerinin hakediş ödemesinin bir unsuru olan fiyat farkı ödemesini kontrol etme yükümlülüğü bulunmakta ve verilen onayın da ödemenin sorumluluğunu kabul etme anlamına gelmektedir. Dolayısıyla fiyat farkıyla yapılan fazla ödemede ödeme emrini onaylayan gerçekleştirme görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmali bulunduğu değerlendirilmektedir.