

Sözleşmenin feshi üzerine kesin teminatın güncellenmeden gelir kaydedilmesi ve ödenen asgari ücret fiyat farklarından ek kesin teminat alınmaması

Kamu İdaresi Türü
yazdır

Belediyeler ve Bağlı İdarelerkararı

Yılı 2017

Dairesi 5

Karar No 311

İlam No 20

Tutanak Tarihi 2.10.2018

Kararın Konusu İhale Mevzuatı ile İlgili Kararlar

Sözleşmenin fesh edilmesi üzerine kesin teminatın güncellenmeden gelir kaydedilmesi ve ödenen asgari ücret fiyat farklarından ek kesin teminat alınmaması

.....Belediyesi tarafından MüteahhitLtd. Şti. yüklenimindeki “.....İşi” için İçişleri Bakanlığı Mülkiye Müfettişlerince düzenlenentarih ve.....sayılı Teftiş

Layihasının 38 inci maddesine istinaden müteahhit kusurlu bulunarak sözleşmenin fesh edilmesi üzerine kesin teminatın güncellenmeden gelir kaydedildiği, ayrıca ödenen asgari ücret fiyat farklarından ek kesin teminat alınmaması neticesindeTL kamu zararına sebebiyet verildiği hususu ile ilgili olarak,

İçişleri Bakanlığı Mülkiye Müfettişlerince düzenlenentarih vesayılı Teftiş Layihasının 38 inci maddesinde; İhale Kayıt Numaralı KDV dahilTL sözleşme bedelli 3 aylıkBelediyesinden alınantemizlik işi ve bunun ardından İhale Kayıt Numaralı KDV dahilTL sözleşme bedelli 36 aylık BelediyeSinden alınan temizlik işinin sözleşme ve şartnameye uygun olarak yapılmadığı incelenmiştir.

..... Limited ŞirketiBelediyesinden geçici 3 aylık ve daimi 36 aylık olmak üzere aldığı iki ihale sonucu 2 adethizmet sözleşmeleri kapsamındatarihinde geçici 3 aylık sözleşmeyle kent temizliğine başlanıldığı ve bu sözleşmenin akabinde de 36 aylık sözleşmenin yürürlüğe girdiği,

Geçici sözleşmenin başladığı tarihten bitiş tarihi olan’e kadar ve sonrasında yürürlüğe giren 36 aylık kent temizliği iş sözleşmelerinde İl merkezindeki 15 mahallenin katı atık ve çöp toplama işinin 8 adet sıkıştırırmalı çöp kamyonu vasıtasıyla yapılacağı,

Bunun yanında 36 aylık kent temizliği sözleşmesinin başlamasından yaklaşık 12 gün sonratarihindeşirketi yöneticileri ile Belediyesi yetkilileri arasında iş artışına gidilmek suretiyle İl merkezindeki çöp ve katı atık

toplama işinde.....tarihinden itibaren 1 araç daha istihdam edilmek suretiyle katı atık ve çöp toplama işinin 9 adet sıkıştırırmalı çöp kamyonu ile yapılacağı,

Kent temizliği ihalesinin bir hizmet akdi olduğu, Yani bir yapım, onarım 'vb. iş ve işlemi ihtiva etmediği, bu nedenle de yapılan veyahut yapılmakta olan işin mahallinde yapılacak tespitler neticesinde elde edilen materyallerin laboratuvar ortamında tetkikiyle ihale sözleşmesi ve şartnamesine uygun olup olmadığının tespitinin olanaksız olduğu,

Bu nedenle Müfettişliğimizce 3 ay geçici ve 36 ay daimi olmak üzere toplam 39 aylık kent temizliği ihalelerinin şartname ve ihale sözleşmelerinde yer alan hususlara uygun olarak ifa edilip edilmediğinin tespitinde en somut yolun, şehir içi mobese ve Plaka Tanıma Sistemi kameralarından elde edilecek verilerle olacağının mütalaa edildiği,

.....İl Emniyet Müdürlüğü hizmeti olarak sunulan Plaka Tanıma Sisteminin İl merkezine yaklaşık 5-6 km mesafedeki Polis Noktası olarak adlandırılan noktada bulunduğu ve bu sistemdeki kayıtların yaklaşık 2 yıla yakın olarak muhafaza edilebildiği ancak şehir içi mobeselerin ise son 20 gün gibi sınırlı bir süreyle geçmiş kayıtlara ulaşılabileceğinin anlaşıldığı,

Ayrıca PTS' nin bulunduğu..... polis noktasının aynı zamanda teknik şartnamede de yer aldığı üzere katı atık ve çöp toplama araçlarının her gün kent merkezinde topladıkları çöpleri boşaltmaları gereken yolunda ki vahşi depolama alanına giderken günlük olarak geçilmesi gereken zorunlu bir nokta

olduğu, Bunun yanı sıra katı atık alanına gidiş için karayolu olarak kullanılan başka bir güzergahında bulunmadığı,

Toplanan katı atıkların herhangi bir transfer merkezi kullanmak suretiyle önce buraya sonra da vahşi depolama yerine taşınmayıp doğrudan her aracın kendi çöplerini vahşi depolama alanına döktükleri,

..... tarihinden başlayarak toplamda 39 aylık kent temizliği ihalesinde istihdam edilen,,,.....,.....,,....veplakalı araçlar için denetime başlama tarihimiz olantarihine kadar temizlik firmasında kesilen faturalar karşılığında...gün çalışma günü,plakalı araç içindentarihinden denetime başlama tarihimize kadar kesilen faturalarla....çalışma günü karşılığında Belediyeden hizmet bedeli tahsil ve tahakkuku gerçekleştiği,

Ancak PTS kayıtlarına bakıldığında ise,,,,....,e ait toplam geçiş sayısının 397 günden daha az olduğu,

Bunun yanı sıra....veplakalı araçlara ait ise hiçbir geçişin olmadığı,

Öncelikli olarak kent temizliği işinde istihdam edilen personelin imza föy v.b. dosyaları, araç park yeri kamera kayıtları ile birlikte istendiği, bu iki veri incelenerek araçların garaja giriş çıkış saatleriyle personellerin imza föyünde ki zaman dilimlerinin birbirlerini teyit edip etmediğini değerlendirmek suretiyle araçların çalışma

verimliliğinin ölçülmeye çalışıldığı,

Ancak imza föylerinin son 2 aydır ve araç garaj kamera kayıtlarının da son 20 günlük olarak mevcut olması nedeniyle sıhhatli bir analizin gerçekleştirilemediği,

Bunun yanı sıra firma araçlarının yakıt kullanım durumlarının ne kadar olduğuna bakılarak yakıt kullanım miktarlarının PTS geçiş gününden daha fazla çalışma gününe eşdeğer gelip gelmeyeceği anlaşılmaya çalışıldığı ancak bu verilerin de çok az ve sadece belirli bir tarih periyoduna rastlamasından dolayı objektif bir değerlendirme yapılacak veriye ulaşılamadığı,

Daha sonral temizlik ve alt yüklenici.....temizlik şirketlerinin yetkilileri ile temizlik araçlarının garaj sorumlularına kaç adet araçla temizlik işlerini ifa ettiklerini sorulduğunda 7 araçla vardiyalı olarak çalıştıklarını ifade ettikleri,

Temizlik firması yetkilisinin beyanında.....plakalı araçlaplakalı aracın ise hiç temizlik işinde çalışmadığını, Bu araçların da bulunan şirketiyle aralarında kiralama kontratı yapıldığı ve bu araçlar içinde herhangi bir bedel ödemediğini ve hiçbir şekilde uhdesine geçmediğini ifade ettiği,

Müfettişliğimizce bu açıklamanın asıl izah şeklinin ise, araç kiralaması ile temizlik şartnamesinde ilk haliyle 8 araçla daha sonra iş artışıyla 9 araçla hizmet sunulması koşulunu

kağıt üzerinde gerçekleştirmek amacıyla hileli bir işlem yapıldığı,

Öte yandan yetkililer hiç çalışmayan 2 araç haricinde ki diğer 7 aracın vardiyalı çalışmak suretiyle diğer günlük olarak daha fazla çalıştığını ve bu şekilde hiç çalışmayan 2 aracın açığını kapattıkları açıklaması Müfettişliğimizde gerçeklikten oldukça uzak bir olasılık olarak değerlendirildiği,

Bu nedenle de durumun somutlaştırılıp kanaatlerimizi olgunlaştırılması amacıyla, öncelikli olarak, Müfettişliğimizceİl Emniyet Müdürlüğü Elektronik Muhabere Şubesinden Plaka Tanıma Sisteminin güvenilirliğini test etmek amacıyla o noktadan düzenli geçiş yapan il ilçe taşımacılığı görevini ifa eden araçlardan birkaçının örneklem olarak seçilerek PTS durum bilgilerinin sorgulanmasının istenildiği,

Gerçekleştirilen çalışmalar neticesindeseyahate ait 3 aracın geçişleri denetim dönemimizde sorgulanarak geçişlerine bakıldığında bu anlamda PTS kayıtlarının güvenilir olduğuna kanaat getirildiği,

Belirli tarih dilimlerinde 3 adet araca ait geçiş kayıtlarının bulunmadığı, sistemin bu sürede 46 günlük arıza nedeniyle kayıt tutmadığının anlaşıldığı dolayısıyla PTS sisteminin çalıştığı günlerde güvenilir olduğu,

Kiralama akdine konu olan 2 araç haricinde ki diğer 7 aracın çalışma gününün hesaplanmasına geçildiği ve bu şekilde araçların vardiya usulü çalışarak birbirlerinin yerine

istihdam hususu rakamlar üzerinde raporumuzda netleştirilmesi aşamasında ilk olarak tablo 2' de yer alan katı atık araçlarının (tgg) takvim günü geçişlerine ek yapılmak üzere aynı tabloda ki 15' er dakikalık periyotlar halinde araçların (mg) mükerrer geçişleri bile ayrı birer çalışma günü olarak temizlik araçlarının lehine değerlendirildiği,

İkinci aşamada toplam 46 günlük arızalı PTS gününün de araçların lehinde çalışma günü kabul edildiği, yanı sıra üçüncü aşamada da kötü hava koşulları ve araç arıza durumlarında katı atık ve çöp toplama araçlarının çalışmamış olmuş olabileceği durumlar içinde Müfettişliğimizce her bir araca tahminen +30 gün ekstra bir çalışma günü de tanımlandığı,

Takvim günü geçişleri ile kısa süreli mükerrer geçişlere 46 gün PTS arızası ile Müfettişliğimizce verilen +30 gün ekstra geçişlerde ayrı birer çalışma gününden sayılarak araçların toplam çalışma günü hesaplandığında bile,,....,,.....,plakalı araçların yine de hiçbirisi kendileri için olması gereken 397 hak ediş çalışma gününe ulaşamadığı,

Temizlik firması yetkilileri ve çalışanlarının Müfettişliğimize 7 aracın çift vardiyalı çalışarak kiralanıp kent temizliği işine iştirak etmeyen 2 aracın yerine de hizmet sunduğunu ifade etmiş olmalarının bu göstergeler ışığında geçerli olmadığı;

Müfettişliğimizce temizlik firması lehine takdir olunan ekstra çalışma günlerine rağmen hiçbir araç kendisi için hazırlanan hak ediş gün sayısını kadar bile çalışmamışken çift vardiya

yapmak suretiyle.....veplakalı araçlar yerine hizmet sunulması oldukça zor ve imkansız olduğu,

Tüm bu veriler neticesinde, hiç çalışmayan 2 adet sıkıştırılmalı çöp kamyonu (.....veplakalı) için işe başlama tarihlerinden denetim tarihimize kadar temizlik firmasınca kesilen faturalar karşılığındaTL, hak ediş tanzim edildiği,

Kendileri için tanzim edilen hak ediş günü kadar hizmet sunmayan 7 araca (.....) hizmet sunmadıkları günler karşılığında temizlik firmasınca fatura kesilmek suretiyle fazladanTL' lik ödemeye birlikte,

ToplamdaTL' nin temizlik firmalarınca çalıştırılmayan ve eksik çalıştırılan araçları için tahsil ve tahakkuka konu edildiği,

Hal böyle iken, Hizmet niteliğindeki edimin, ihale teknik şartnamesine ve sözleşmede hükümlerine göre sunulmamasına rağmen hileli davranışlarla bilerek ve isteyerek kağıt üzerinde araç kiralaması yapılarak fiili olarak sahada görev almayıp edimin ifasına katılmayan araçlara ve edimin ifasına eksik katılan araçlara tam kapasiteyle hizmet sunmuş gibi Nefel temizlik firmasınca fatura kesilmek suretiyle şartnameye uygun hizmet verilmiş gibi gösterme eyleminin icra edildiği anlaşılmıştır.

Hizmet alımları Tip Sözleşme Taslağının 26. Maddesi uyarınca sözleşmenin feshedilmesi ve kesin teminatın gelir kaydedilmesi kalan miktar hesabının genel hükümlere göre tasfiye edilmesi

sağlamalıdır," denilmektedir.

Bu iddialar üzerine söz konusu ihale, Belediyesinde ilgili firmaya yazılantarih ve sayılı yazı ile feshedilmiştir. Layihada geçenTL. kamu zararı,tarih venolu,TL. kesin teminatın isetarih ve no.lu Muhasebe İşlem Fişleriyle gelir kaydedildiği görülmüştür.

Tarafımızca yapılan incelemede ise, kesin teminatın güncellenmeden gelir kaydedildiği ve ödenen asgari ücret fiyat farklarından ek kesin teminatın alınmadığı tespit edilmiştir.

A).....Belediyesi tarafından MüteahhitLtd. Şti. yüklenimindeki "..... İş" için İçişleri Bakanlığı Mülkiye Müfettişlerince düzenlenen.....tarih ve sayılı Teftiş Layihasının 38 inci maddesine istinaden müteahhit kusurlu bulunarak sözleşmenin fesh edilmesi üzerine kesin teminatın güncellenmeden gelir kaydedilmesi sonucuTL kamu zararına sebebiyet verildiği hususu ile ilgili olarak;

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun,

"İdarenin Sözleşmeyi Feshetmesi" başlıklı 20 nci maddesinde;

"Aşağıda belirtilen hallerde idare sözleşmeyi fesheder:

1. a) Yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme

hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi üzerine, ihale dokümanında belirlenen oranda gecikme cezası uygulanmak üzere, idarenin en az on gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi,

1. b) Sözleşmenin uygulanması sırasında yüklenicinin 25 inci maddede sayılan yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu tespit edilmesi,

Hallerinde, ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir.

“Sözleşmeden Önceki Yasak Fiil veya Davranışlar Nedeniyle Fesih” başlıklı 21 inci maddesinde;

“Yüklenicinin, ihale sürecinde Kamu İhale Kanununa göre yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilmesi halinde, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir.

Ancak, taahhüdün en az % 80’inin tamamlanmış olması ve taahhüdün tamamlattırılmasında kamu yararı bulunması kaydıyla;

1. a) İvediliği nedeniyle taahhüdün kalan kısmının yeniden ihale edilmesi için yeterli sürenin bulunmaması,

1. b) Taahhüdün başka bir yükleniciye yaptırılmasının mümkün olmaması,

1. c) Yüklenicinin yasak fiil veya davranışının taahhüdünü tamamlamasını engelleyecek nitelikte olmaması,

Hallerinde, idare sözleşmeyi feshetmeksizin yükleniciden taahhüdünü tamamlamasını isteyebilir ve bu takdirde yüklenici taahhüdünü tamamlamak zorundadır. Ancak bu durumda, yüklenici hakkında 26 ncı madde hükmüne göre işlem yapılır ve yükleniciden kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların tutarı kadar ceza tahsil edilir. Bu ceza hak edişlerden kesinti yapılmak suretiyle de tahsil edilebilir.

“Sözleşmenin Feshine İlişkin Düzenlemeler” başlıklı 22 nci maddesinde;

19 uncu maddeye göre yüklenicinin fesih talebinin idareye intikali, 20 nci maddenin (a) bendine göre belirlenen sürenin bitimi, 20 nci maddenin (b) bendi ile 21 inci maddeye göre ise tespit tarihi itibarıyla sözleşme feshedilmiş sayılır. Bu tarihleri izleyen yedi gün içinde idare tarafından fesih kararı alınır. Bu karar, karar tarihini izleyen beş gün içinde yükleniciye bildirilir.

19, 20 ve 21 inci maddelere göre sözleşmenin feshedilmesi halinde, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar alındığı tarihten gelir kaydedileceği tarihe kadar Devlet İstatistik

Enstitüsünce yayımlanan aylık toptan eşya fiyat endeksine göre güncellenir. Güncellenen tutar ile kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların tutarı arasındaki fark yükleniciden tahsil edilir.

Hakedişlerden kesinti yapılmak suretiyle teminat alınan hallerde, alıkonulan tutar gelir kaydedileceği gibi, sözleşmenin fesh edildiği tarihten sonra yapılamayan iş miktarına isabet eden teminat tutarı da birinci fıkra hükmüne göre güncellenerek yükleniciden tahsil edilir.

Gelir kaydedilen teminatlar, yüklenicinin borcuna mahsup edilemez.

19, 20 ve 21 inci maddelere göre sözleşmenin feshedilmesi halinde, yükleniciler hakkında 26 ncı madde hükümlerine göre işlem yapılır. Ayrıca, sözleşmenin feshi nedeniyle idarenin uğradığı zarar ve ziyan yükleniciye tazmin ettirilir," hükümleri yer almaktadır.

Buna göre, feshedilen ihale sonucunda kesin teminatın güncellememesi nedeniyle..... TL kamu zararı oluşmuştur.

B)..... Belediyesi tarafından Müteahhit Ltd. Şti. yüklenimindeki "..... İş" için İçişleri Bakanlığı Mülkiye Müfettişlerince düzenlenentarih vesayılı Teftiş Layihasının 38 inci maddesine istinaden müteahhit kusurlu bulunarak sözleşmenin fesh edilmesi üzerine ödenen asgari ücret fiyat farklarından ek kesin teminat alınmaması neticesindeTL kamu zararına sebebiyet verildiği hususu ile

ilgili olarak;

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunun 12 nci maddesinde; "Fiyat farkı ödenmesi öngörülerek ihale edilen işlerde fiyat farkı olarak ödenecek bedelin, sözleşme bedelinde artış meydana gelmesi halinde bu artış tutarının % 6 'sı oranında teminat olarak kabul edilen değerler üzerinden ek kesin teminat alınır. Fiyat farkı olarak ödenecek bedel üzerinden hesaplanan ek kesin teminat hak edişlerden kesinti yapılmak suretiyle de karşılanabilir." hükmü yer almaktadır.

Bu çerçevede fiyat farkı olarak ödenen tutarının % 6 'sı oranında teminat olarak kabul edilen değerler üzerinden ek kesin teminat alınması gerekmektedir. Kanun maddesinde fiyat farkı olarak ödenecek bedel üzerinden hesaplanan ek kesin teminatın hak edişlerden kesinti yapılmak suretiyle karşılanabilmesine de imkan tanınmıştır.

Söz konusu ek kesin teminat, teminat olarak kabul edilecek değerler üzerinden alınabileceği gibi, hak edişlerden kesinti yapılmak suretiyle de karşılanabilir. Bu durumda fiyat farkı olarak ödenen tutar üzerinden alınması gereken ek kesin teminatın nasıl karşılanacağına yüklenici karar verecektir. Söz konusu ek kesin teminatın KDV hariç ödenen fiyat farkı tutarı üzerinden hesaplanması gerekmektedir.

Buna göre müteahhide ödenen asgari ücret fiyat farkından teminat kesintisi yapılmaması ve ihalenin feshedilmesi nedeniyle ek kesin teminatın gelir kaydedilmemesi neticesinde toplamTL kamu zararına sebebiyet verilmiştir.

Yukarıda (A) ve (B) şıklarında açıklandığı üzere feshedilen ihale sonucunda kesin teminatın güncellememesi ile.....TL, müteahhide ödenen asgari ücret fiyat farkından teminat kesintisi yapılmaması nedeniyleTL olmak üzere toplamTL kamu zararına yol açıldığı görülmüştür.

Bu itibarla, Belediyesi tarafından Müteahhit Ltd. Şti. yüklenimindeki “..... İşi” için İçişleri Bakanlığı Mülkiye Müfettişlerince düzenlenen.....tarih ve.....sayılı Teftiş Layihasının 38 inci maddesine istinaden müteahhit kusurlu bulunarak sözleşmenin fesh edilmesi üzerine kesin teminatın güncellenmeden gelir kaydedildiği, ayrıca ödenen asgari ücret fiyat farklarından ek kesin teminat alınmaması neticesinde oluşan.....TL kamu zararının;

..... TL’sitarih ve no.lu,

.....TL’si.....tarih ve no.lu muhasebe işlem fişleriyle Bankaca teminat mektuplarının gelir kaydedildiği görüldüğünden;

Toplam.....TL ile ilgili olarak ilişilecek husus kalmadığına;

Geriye kalanTL kamu zararının Harcama Yetkilisi (Temizlik İşl. Müd. V.)ile Gerçekleştirme Görevlisi (Özel Kalem Müd.).....’a;

Müştereken ve müteselsilen,

6085 sayılı Sayıştay Kanununun 53 üncü maddesi gereği işleyecek faizleri ile ödettirilmesine anılan Kanunun 55 inci maddesi uyarınca iş bu ilamın tebliğ tarihinden itibaren altmış gün içerisinde Sayıştay Temyiz Kurulu nezdinde temyiz yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi.