

**Kamu İhale Sözleşmeleri
Kanunu maddesi çerçevesinde
fesih ve tasfiye edilmiş olup
Sözleşmenin feshine ilişkin
düzenlemeler maddesinde yer
alan ve aynı Kanun
maddelerine göre sözleşmenin
feshedilmesi hallerinde gelir
kaydedilen teminatlar
yüklenicinin borcuna mahsup
edilemeyeceği hükmü
çerçevesinde, sorumlu
itirazlarının reddi ile
sözleşme bedelinde meydana
gelen ... TL iş artışından ek
kesin teminat alınmaması ve
sözleşme damga vergisi
kesilmemesi mevzuata uygun**

değildir

Kamu İdaresi Türü	Diğer Özel Bütçeli İdareler	
Yılı	2013	
Dairesi	3	
Dosya No	39844	
Tutanak No	42197	
Tutanak Tarihi	4.10.2016	
Kararın Konusu	İhale Mevzuatı ile İlgili Kararlar	

KONU:Cezalı çalışma tutarının tahsil edilmemesi-Sözleşme bedelinde meydana gelen artıştan ek kesin teminat ve sözleşme damga vergisi kesilmemesi.

2-27 sayılı ilamın 2 nci maddesi ile;

... yükleniminde bulunan ... TL. bedelli “... Jimnastik Salonu Yapım İşinde;

A-İşi süresinde bitirmemesi nedeniyle yükleniciye verilen 35 günlük cezalı çalışma tutarının yükleniciden tahsil edilmemesi nedeniyle oluşan ... TL.ye tazmin hükmü verilmiştir.

B-30.09.2013 tarihli 2. Durum Tespit Tutanağında tamamlanan iş miktarı ... TL olduğu halde, daha önce düzenlenen 19.06.2013 tarih ve 3 nolu hakedişte yapılan iş miktarı tutarının ... TL olarak ödenmesi sonucu meydana gelen ve sorgu konusu edilen ... TL. hakkında ilişilecek husus bulunmadığına karar verilmiştir.

C-Sözleşme bedelinde meydana gelen ... TL. iş artışından ek kesin teminat ve sözleşme damga vergisi kesilmemesi nedeniyle ... TL.ye tazmin hükmü verilmiştir.

Sorumlular ortak olarak vermiş oldukları temyiz dilekçelerinde özetle;

... yükleniminde bulunan ... TL. bedelli ... Jimnastik Salonu Yapım İşinde;

A- İş süresinde bitirmemesi nedeniyle yükleniciye verilen 35 günlük cezalı çalışma tutarının yükleniciden tahsil edilmemesi sonucu oluşan ... TL kamu zararına sebebiyet verildiğine ilişkin iddia ile ilgili olarak;

Jimnastik Salonu Yapım işine ilişkin sözleşmenin idare ile yüklenici arasında 22.02.2013 tarihinde imzalandığını ve yer tesliminin 26.02.2013 tarihinde yapıldığını, Sözleşmeye göre işin bitirilmesi gereken süre 90 gün olup, önceden öngörülemeyen ve iş artışından kaynaklanan nedenlerden dolayı verilen 56 gün ek süre sonunda sözleşmenin bitim tarihinin 22.07.2013 olarak tespit edildiğini,

Yüklenici firmanın işi süresi içerisinde tamamlayamadığını, idare tarafından 23.07.2013 tarihinde işin süresi içerisinde yapılmadığının tespit edildiğini, idare ile yüklenici arasında imzalanan sözleşmenin 25 inci maddesinde yer alan;

“Bu sözleşmede belirtilen süre uzatımı halleri hariç, yüklenicinin sözleşmeye uygun olarak işi süresinde bitirmediği takdirde en az 10 gün süreli yazılı ihtar yapılarak gecikme cezası uygulanır.”,

Ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 20 inci maddesinde yer alan;

“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”

Hükümleri gereğince yükleniciye 15 gün cezalı süre

verildiğini, verilen sürenin sonunda işin bitirilmemiş olması nedeniyle 1. Durum Tespit Tutanağı düzenlendiğini,

1.Durum Tespit Tutanağında yüklenicinin ... TL. tutarında iş yapmış olduğunun tespit edildiğini, üst yöneticinin oluruyla yükleniciye cezalı olarak 20 gün ek süre daha verilerek toplamda 35 gün ceza uygulandığını ve ceza miktarı olan ... TL.nin yüklenicinin hak edişte kendisine ödenmeyen ... TL. hak edişi ile yükleniciye iade edilmesi gereken teminat miktarından mahsup edilerek tahsil edildiğini, kamu zararına yol açılmadığını,

Yüklenici firmaya verilen toplamda 35 gün cezalı sürenin sonunda 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 20 inci maddesinin;

“Aşağıda belirtilen hallerde idare sözleşmeyi fesheder:

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,

...

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

Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 47 inci maddesinin;

“...

(2) İdare aşağıda belirtilen hallerde sözleşmeyi fesheder;

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,

...

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

Hükümleri gereğince sözleşmenin feshedildiğini,

İdare ile yüklenici firma arasında yapılan sözleşme feshedildikten sonra Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 47 inci maddesinin 10 uncu fıkrasının;

“(10) Sözleşmenin feshedilmesi halinde 4735 sayılı Kanunun 20 nci maddesine göre yüklenicinin kesin teminatı;

a) Tedavüldeki Türk parası ise doğrudan doğruya,

b) Teminat mektubu ise tahsil edilerek,

c) Hazine Müsteşarlığınca ihraç edilen Devlet İç Borçlanma Senetleri ve bu senetler yerine düzenlenen belgeler ise paraya çevrilmek suretiyle gelir kaydedilir.

...”

Hükmü gereğince firmanın ... TL. teminatının gelir olarak kaydedildiğini, Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 47 inci maddesinin;

“(11) Feshedilen sözleşme konusu işlerin hesabı genel hükümlere göre yapılır ve böylece yüklenicinin idare ile ilişkisi kesilmiş olur. Bunun için de sözleşmenin feshedilmesine ait onay tarihinde işlerin mevcut durumu, idarece görevlendirilecek bir heyet tarafından yüklenici veya

vekili ile birlikte tespit edilerek bir “Durum Tespit Tutanağı” düzenlenir. Yüklenici veya vekili hazır bulunmadığı takdirde bu husus tutanakta belirtilir.

...

(13) 4735 sayılı Kanunun 17 nci ve 18 inci maddelerinde açıklandığı üzere, yüklenicinin ölümü durumunda da sözleşmenin feshi ve hesabın tasfiyesi söz konusu olabilir.

(14) Tasfiye halinde; işin yüklenici tarafından yapılmış kısımları için, tasfiye onay tarihi geçici kabul tarihi sayılmak üzere, geçici kabul, teminat süresi ve bu süredeki bakım sorumluluğu, kesin kabul ve teminatın geri verilmesi hakkında sözleşmesinde bulunan hükümlerle bu Şartnamenin 41, 42, 43, 44 ve 45 inci maddeleri hükümleri, normal şekilde bitirilmiş işlerde olduğu gibi aynen uygulanır. Ancak işin yapılmış kısmının son hakedişindeki veya yapılmışsa bu kısmın kesin hakediş raporundaki tutarına göre hesaplanacak kesin teminat tutarından fazlası, tasfiye protokolünün imzasından sonra yükleniciye geri verilir. Teminatın kalan kısmının geri verilmesi ise 45 inci madde esaslarına göre yapılır.

...

(17) Gerek sözleşmenin feshedilmesi, gerekse tasfiye halinde kesin hesabın yapılabilmesi için işlerin ve ihzaratın ölçülebilir duruma getirilmesi, teknik zorunluluklar nedeniyle veya yapılmış iş kısımlarının korunmasını sağlamak üzere işlerin belli bir aşamaya kadar yapılması gerekiyorsa, bu husus ayrıntılı olarak tasfiye geçici kabul tutanağında veya sözleşmenin feshedilmesi hali için “Durum Tespit Tutanağı”nda belirtilir. İdare, belirli bir süre vererek bu işlerin yapılmasını yükleniciden isteyebilir. Yüklenici bu hususları yerine getirmediği takdirde idare, bu belirli işleri yüklenici hesabına yapar veya yaptırır. Bu işlerin yaptırılması bedeli, sözleşmeye göre yükleniciye ödenecek bedelden fazla olursa aradaki fark yüklenicinin alacaklarından düşülür, alacağı

kalmamışsa tasfiye halinde teminatından kesilir, fesih halinde ise genel hükümlere göre işlem yapılır.”

Hükümleri gereğince 2. Durum Tespit Tutanağının düzenlendiğini ve yüklenicinin toplamda ... TL’lik iş yaptığını, yükleniciye ise toplamda ... TL. ödeme yapıldığını, yüklenicinin hala ... TL. alacağını olduğunu,

Yapım İşleri Genel Şartnamesinin “Sözleşmenin Feshi ve Tasfiye Durumları” başlıklı 47 inci maddesinin 14 üncü fıkrası gereğince tasfiye işlemine başlandığını, yüklenicinin tamamladığı iş oranına karşılık gelen ... TL. teminatın alıkonularak, tamamlamadığı iş oranına karşılık gelen ... TL. miktarın ise firmaya iade edilmek üzere ayrıldığını ve firmanın ödemesi gereken miktarların ise kendisine iade edilmesi gereken söz konusu miktardan mahsup edildiğini ve kamu zararına yol açılmadığını,

Sayıştay ilamında;

“Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 47 inci maddesinin 14 üncü fıkrasında yer alan;

“...son hak edişindeki veya yapılmış ise bu kısmın kesin hak ediş raporundaki tutarına göre hesaplanacak kesin teminat tutarından fazlası, tasfiye protokolünün imzasından sonra yükleniciye geri verilir,” hükmünün, Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 13 üncü fıkrasıyla bağlantılı olduğu, buna göre 13 üncü maddenin atıf yaptığı 4735 sayılı Kanunun 17 inci maddesinde yer alan “Yüklenicinin ölümü, iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu veya mahkumiyeti” halleri ile 18 nci maddesinde yer alan “Yüklenicinin ortak girişim olması halinde ölüm, iflas, ağır hastalık, tutukluluk veya mahkumiyet” hallerinde gerçekleştirilecek tasfiye işlemlerini düzenlediği”,

belirtilmiş ise de;

Yapım İşleri Genel Şartnamesinin “Sözleşmenin Feshi ve Tasfiye

Durumları” başlıklı 47 inci maddesindeki tasfiye işlemlerini içerir düzenlemelerin şartnamede belirtilen tüm fesih nedenleri için uygulanacağı ve bunun yanında; Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 13 üncü bendinde belirtilen ve atıf yapılan 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 17 ve 18 nci maddelerinde açıklanan “yüklenicinin ölümü durumunda” oluşan fesih ve tasfiye durumlarında da uygulanacağını belirtildiğini,

Başka bir ifade ile Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 47 inci maddesindeki “sözleşmenin feshi ve tasfiyeye ilişkin düzenlemeler”in firma ile yapılan sözleşmenin, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nun 17, 18, 19, 20 ve 21 inci maddelerine göre feshedilmesi hallerinde uygulanacak olduğunu, özel olarak 17 ve 18 inci maddelere ilişkin bir düzenleme içermediğini,

Olayda sözleşmenin, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 20 inci maddesine göre feshedildiğini,

Sayıştay ilamında üye ...’ın da yukarıdaki işlem süreçlerinin usulüne uygun olarak yapıldığını beyan ettiğini,

Ayrıca; “Kanunların lehe uygulanması” ilkesi gereğince, mevzuattaki düzenlemelerden lehe olanların kamu görevlilerine uygulanması gerektiğini,

Durum tespit tutanağına göre firmaya ödenmesi gereken miktarın ... TL., tüm hak edişler kapsamında firmaya ödenen miktarın ... TL. olduğunu, aradaki fark olan ... TL.nin firmaya ödenmediğini ve firmanın ödemesi gereken cezadan mahsup edildiğini,

Firmaya ödenmesi gereken ve borcundan mahsup edilen ... TL.nin Sayıştay ilamında dikkate alınmadığını,

Buna göre;

Yaptığı iş karşılığı firmaya ödenmesi gereken miktar: ... TL

Firmaya iade edilmesi gereken teminat farkı tutarı : ... TL

Firmaya toplam ödenmesi gereken miktar : ... TL

Firmadan tahsil edilmesi gereken 35 günlük ceza miktarı : ... TL

Bakiye kalan ve hala firmaya ödenmesi gereken miktar : ... TL.
olduğunu,

Tüm bunların yanında, iddia edilen kamu zararının Akademi bütçesinden fazla ödeme v.b yapılarak bütçeden çıkmış bir para değil, ilgili firmadan tahsil edilmesi gereken ceza miktarı olduğunu,

Kasıt, kusur ve ihmal bulunmadığını ve bütçeden fazla ödemeye sebebiyet verilmediğini,

Neticede iki ihtimal bulunduğunu, firmanın işi tamamlayabileceğini ya da tamamlayamayacağını,

Tüm şartların değerlendirildiğini ve idarede firmanın işi tamamlayabileceğine ilişkin kanaat oluştuğundan cezalı olarak süre verildiğini ancak ikinci ihtimal olan “firmanın işi tamamlayamaması” ihtimalinin gerçekleşmiş olduğunu,

İdarenin tedbirli davrandığını, 1. süre olan 15 günden sonra olayı gözlemleyerek 2. süre olan 20 günlük süre verildiğini,

Netice olarak firmanın işi tamamlayamadığını, cezasının kesildiğini kendisine iade edilmesi gereken teminat miktarından ceza mahsup edildiğini ve kamu zararına neden olunmadığını,

Kaldı ki firmanın tamamladığı kısma ilişkin olarak içerde hala ... TL teminat miktarı bulunduğunu, Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 14 üncü fıkrasının;

“(14) Tasfiye halinde; işin yüklenici tarafından yapılmış kısımları için, tasfiye onay tarihi geçici kabul tarihi sayılmak üzere, geçici kabul, teminat süresi ve bu süredeki bakım sorumluluğu, kesin kabul ve teminatın geri verilmesi hakkında sözleşmesinde bulunan hükümlerle bu Şartnamenin 41,

42, 43, 44 ve 45 nci maddeleri hükümleri, normal şekilde bitirilmiş işlerde olduğu gibi aynen uygulanır. Ancak işin yapılmış kısmının son hakedişindeki veya yapılmışsa bu kısmın kesin hakediş raporundaki tutarına göre hesaplanacak kesin teminat tutarından fazlası, tasfiye protokolünün imzasından sonra yükleniciye geri verilir. Teminatın kalan kısmının geri verilmesi ise 45 inci madde esaslarına göre yapılır.”

Hükmü gereğince kesin kabulden sonra mevzuatı çerçevesinde yüklenici firmaya iade edilmesi durumunun mümkün olabileceğini, yani firmanın hala alacağını bulundugunu,

5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi Kontrol Kanununun “Kamu Zararı” başlıklı 71 inci maddesinde kamu zararının;

“Kamu zararı, mevzuata aykırı karar, işlem, eylem veya ihmal sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır.

Kamu zararının belirlenmesinde;

a) İş, mal veya hizmet karşılığı olarak belirlenen tutardan fazla ödeme yapılması,

b) Mal alınmadan, iş veya hizmet yaptırılmadan ödeme yapılması,

c) Transfer niteliğindeki giderlerde, fazla veya yersiz ödemede bulunulması,

d) İş, mal veya hizmetin rayiç bedelinden daha yüksek fiyatla alınması veya yaptırılması,

e) İdare gelirlerinin tarh, tahakkuk veya tahsil işlemlerinin mevzuata uygun bir şekilde yapılmaması.

f) (Mülga: 22/12/2005-5436/10 md.)

g) Mevzuatında öngörülmediği halde ödeme yapılması,

Esas alınır.” şeklinde tanımlandığını,

İlamdaki konunun gecikme cezası olduğunu, yukarıdaki tanımda belirtilen anlamda, mevzuata aykırı karar, işlem, eylem veya ihmal bulunmadığını,

Kaldı ki gecikme cezasının kamu zararı şeklinde kamu görevlilerinden tahsil edilmemesini genel hükümler çerçevesinde yüklenici firmadan tahsil edilme yoluna gidilmesi gerektiğini, yüklenicinin yükümlülüğünü yerine getirememesinden dolayı önce 15 gün yasal süre verildiğini ve sürenin sonunda fesih işleminin 02/09/2013 tarihinde gerçekleştirildiğini, cezalı süre içerisinde yükümlülüğünü yerine getiremeyen firmanın talebi doğrultusunda üst yöneticinin onayı ile tekrar 20 gün ikinci defa süre verilmesinin yok hükmünde olduğunu, bu yok hükmünde olan işlem sonucu ceza işleminin söz konusu olmaması gerektiğini,

B-İddianın bu maddeye ilişkin hükmü için ilamda “incelenecek husus bulunmadığı” yönünde karar verildiğini,

C-Söz konusu iş kapsamında ... TL. iş artışı için kesilmeyen ... TL’lik ek kesin teminat ve ... TL’lik damga vergisinin alınmadığına ilişkin iddia ile ilgili olarak;

Söz konusu iş kapsamında verilen iş artış miktarının ... TL, sehven alınmayan ek kesin teminat miktarının ... TL., ayrıca sehven alınmayan damga vergisi miktarının ise ... TL.,

Ek kesin teminat ve damga vergisi toplamı ... TL. olduğunu,

Yapım işleri Genel Şartnamesinin 47 inci maddesinin;

“(11) Feshedilen sözleşme konusu işlerin hesabı genel hükümlere göre yapılır ve böylece yüklenicinin idare ile ilişkisi kesilmiş olur. Bunun için de sözleşmenin feshedilmesine ait onay tarihinde işlerin mevcut durumu, idarece görevlendirilecek bir heyet tarafından yüklenici veya vekili ile birlikte tespit edilerek bir “Durum Tespit Tutanağı” düzenlenir. Yüklenici veya vekili hazır bulunmadığı takdirde bu husus tutanakta belirtilir.

...

(13) 4735 sayılı Kanunun 17 nci ve 18 inci maddelerinde açıklandığı üzere, yüklenicinin ölümü durumunda da sözleşmenin feshi ve hesabın tasfiyesi söz konusu olabilir.

(14) Tasfiye halinde; işin yüklenici tarafından yapılmış kısımları için, tasfiye onay tarihi geçici kabul tarihi sayılmak üzere, geçici kabul, teminat süresi ve bu süredeki bakım sorumluluğu, kesin kabul ve teminatın geri verilmesi hakkında sözleşmesinde bulunan hükümlerle bu Şartnamenin 41, 42, 43, 44 ve 45 net maddeleri hükümleri, normal şekilde bitirilmiş işlerde olduğu gibi aynen uygulanır. Ancak işin yapılmış kısmının son hak edişinde ki veya yapılmışsa bu kısmın kesin hakediş raporundaki tutarına göre hesaplanacak kesin teminat tutarından fazlası, tasfiye protokolünün imzasından sonra yükleniciye geri verilir. Teminatın kalan kısmının geri verilmesi ise 45 inci madde esaslarına göre yapılır.

...

(17) Gerek sözleşmenin feshedilmesi, gerekse tasfiye halinde kesin hesabın yapılabilmesi için işlerin ve ihzaratın ölçülebilir duruma getirilmesi, teknik zorunluluklar nedeniyle veya yapılmış iş kısımlarının korunmasını sağlamak üzere işlerin belli bir aşamaya kadar yapılması gerekiyorsa, bu husus ayrıntılı olarak tasfiye geçici kabul tutanağında veya sözleşmenin feshedilmesi hali için "Durum Tespit Tutanağı" nda belirtilir. İdare, belirli bir süre vererek bu işlerin yapılmasını yükleniciden isteyebilir. Yüklenici bu hususları yerine getirmediği takdirde idare, bu belirli işleri yüklenici hesabına yapar veya yaptırır. Bu işlerin yaptırılması bedeli, sözleşmeye göre yükleniciye ödenecek bedelden fazla olursa aradaki fark yüklenicinin alacaklarından düşülür, alacağı kalmamışsa tasfiye halinde teminatından kesilir, fesih halinde ise genel hükümlere göre işlem yapılır."

Hükümleri gereğince, sehven alınmayan kesin teminat ve damga vergisi miktarının yüklenici firmaya iade edilmesi gereken teminat miktarından mahsup edildiğini, kamu zararı oluşmadığını,

Buna göre;

Yükleniciye iade edilmesi gereken bakiye miktar: ... TL

Yükleniciden alınması gereken kesin teminat ve damga vergisi miktarı: ... TL

Yükleniciye hala iade edilmesi gereken bakiye miktar: ... TL. olduğunu,

“Kanunların lehe uygulanması” ilkesi gereğince, mevzuattaki düzenlemelerden lehe olanların kamu görevlilerine uygulanması gerektiğini,

Yapım İşleri Genel Şartnamesinin “Sözleşmenin Feshi ve Tasfiye Durumları” başlıklı 47 inci maddesindeki düzenlemenin, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun sadece 17 ve 18 inci maddeleri gereğince yapılan fesih ve tasfiye hallerine değil, aynı Kanunun 19, 20 ve 21 inci maddeleri gereğince yapılan fesih ve tasfiye durumlarında da aynen uygulanacağını

İlama konu olayda sözleşmenin, 4735 sayı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 20 inci maddesi gereğince feshedildiğini,

Tüm bunların yanında, iddia edilen kamu zararının Akademi bütçesinden fazla ödeme v.b yapılarak bütçeden çıkmış bir para olmadığını, ilgili firmadan tahsil edilmesi gereken ceza miktarı olduğunu,

Kasıt, kusur ve ihmal bulunmadığını,

Sonuç olarak firmanın işi tamamlayamadığını, kendisine iade edilmesi gereken teminat miktarından cezanın mahsup edildiğini,

Kaldı ki firmanın tamamladığı kısma ilişkin olarak içerde hala ... TL teminat miktarı bulunduğunu, Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 14 üncü fıkrasının;

“(14) Tasfiye halinde; işin yüklenici tarafından yapılmış kısımları için, tasfiye onay tarihi geçici kabul tarihi sayılmak üzere, geçici kabul, teminat süresi ve bu süredeki bakım sorumluluğu, kesin kabul ve teminatın geri verilmesi hakkında sözleşmesinde bulunan hükümlerle bu Şartnamenin 41, 42, 43, 44 ve 45 nci maddeleri hükümleri, normal şekilde bitirilmiş işlerde olduğu gibi aynen uygulanır. Ancak işin yapılmış kısmının son hakedişindeki veya yapılmışsa bu kısmın kesin hakediş raporundaki tutarına göre hesaplanacak kesin teminat tutarından fazlası, tasfiye protokolünün imzasından sonra yükleniciye geri verilir. Teminatın kalan kısmının geri verilmesi ise 45 inci madde esaslarına göre yapılır.”

Hükmü gereğince kesin kabulden sonra mevzuatı çerçevesinde yüklenici firmaya iade edilmesi durumunun mümkün olduğunu,

5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi Kontrol Kanunu’nun “Kamu Zararı” başlıklı 71 inci maddesinde kamu zararının;

“Kamu zararı, mevzuata aykırı karar, işlem, eylem veya ihmal sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır.

Kamu zararının belirlenmesinde;

- a) İş, mal veya hizmet karşılığı olarak belirlenen tutardan fazla ödeme yapılması,
- b) Mal alınmadan, iş veya hizmet yaptırılmadan ödeme yapılması,
- c) Transfer niteliğindeki giderlerde, fazla veya yersiz ödemede bulunulması,
- d) İş, mal veya hizmetin rayiç bedelinden daha yüksek fiyatla alınması veya yaptırılması,

e) İdare gelirlerinin tarh, tahakkuk veya tahsil işlemlerinin mevzuata uygun bir şekilde yapılmaması,

f) (Mülga: 22/12/2005-5436/10 md.)

g) Mevzuatında öngörülmediği halde ödeme yapılması.

Esas alınır.” şeklinde tanımlandığını,

İlamda bahsi geçen miktarın gecikme cezası olduğunu yukarıdaki tanımda belirtilen anlamda, mevzuata aykırı karar, işlem, eylem veya ihmâl bulunmadığını, aksine idare son dere özverili tedbirli ve dikkatli davranarak işlem süreçlerini devam ettirdiğini, kamu bütçesinde bir zarar oluşturulmadığını belirterek verilen tazmin hükümlerinin kaldırılmasını istemişlerdir.

Başsavcılık;

“..... Başkanlığının 2013 yılı hesabıyla ilgili olarak 3. Dairenin 3.12.2014 tarih ve 27 İlamının 2/A ve C maddeleri hakkında harcama yetkilisi ve gerçekleştirme görevlisi tarafından temyiz talebinde bulunulmuştur.

Temyiz olunan maddeler; yüklenicinin taahhüdünü tamamlayamadığı için sözleşmenin İdarece feshedildiği halde hesaplanan gecikme cezasının gelir kaydedilen teminat tutarından mahsup edilmesi ile iş artışı yapılmasına rağmen buna ilişkin ek kesin teminat ve sözleşme damga vergisinin alınmamasına dayanmaktadır.

İlgili dilekçesinde, sözleşmenin feshedilmesinden sonra işin tasfiye edildiğini, tasfiyenin Yapım İşleri Genel Şartnamesine göre yapıldığını ve hesaplanan gecikme cezasının yine Yapım İşleri Genel Şartnamesine göre tasfiye sonucunda ortaya çıkan yüklenici alacağından, yetmemesi üzerine yüklenicinin yaptığı işle orantılı olarak hesaplanan ve kendisine iade edilmesi gereken teminattan mahsup edildiğini, ek kesin teminat ve alınmayan damga vergisi dahil hesaplanan bütün alacakların

tahsil edildiğini, hatta firmaya (226,20) TL iade edilmesi gereken tutar olduğunu, bir kamu zararı söz konusu olmadığını ileri sürmüştür.

Öncelikle sözleşmenin yüklenicinin kusuru nedeniyle 4735 sayılı Kanunun 20 nci maddesine göre feshedildiği anlaşılmaktadır. Bu maddeye göre feshedilen bir yapım işine ait sözleşmenin, yüklenicinin kusurundan kaynaklamayan ve yüklenicinin ölümü, ağır hastalığı, tutukluluğu veya mahkumiyeti hallerine ilişkin fesihleri düzenleyen 17 ve 18 inci maddelerle mahiyet ve sonuçları itibariyle tamamen farklıdır. İlamın konusu bakımından teminatlar yönüyle yüklenicinin kusuru nedeniyle sözleşmenin feshi halinde ön koşulsuz teminatın gelir kaydedilmesi ve yüklenicinin borcuna mahsup edilememesi hükmüne karşılık, yüklenicinin kusurlu olmadığı durumlarda şartlarına göre yüklenicinin teminatının geri verilmesi veya aynen 20 nci maddedeki gibi gelir kaydedilmesi yönünde hükümler yer almaktadır. Zaten tasfiye süreci kurallarına göre işletilmiş olmakla birlikte, gecikme cezası 4735 sayılı Kanunun emredici hükümleri hilafına gelir kaydedilen teminattan mahsup edilmiş, temyiz gerekçelerinde daha da ileri gidilerek bu mahsup işlemi alınmayan ek kesin teminat ile sözleşme damga vergisine de teşmil edilmeye çalışılmıştır.

Gerek 17 ve 18 inci maddeler ve gerekse 20 inci maddeye göre sözleşmenin feshedilmesi halinde hükme konu hususu Yapım İşleri Genel Şartnamesinin tasfiyeye ilişkin hükümler çerçevesinde değerlendirmek yerinde değildir. Çünkü 4735 sayılı Kanunun idarenin sözleşmeyi feshetmesi başlıklı 20 nci maddesinde;

“Aşağıda belirtilen hallerde idare sözleşmeyi fesheder:

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,

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.”

hükmü ile yine aynı Kanunun sözleşmenin feshine ilişkin 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 feshedildiği tarihten sonra yapılmayan 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 nci madde hükümlerine göre işlem yapılır. Ayrıca, sözleşmenin feshi nedeniyle idarenin uğradığı zarar ve ziyan yükleniciye tazmin ettirilir.” hükmü yer almaktadır.

Bu hükümlere göre, verilen cezalı süreler sonunda da yüklenicinin taahhüdünü tamamlayamayacağı anlaşıldığında, sözleşmesi feshedilen yüklenicinin mevcut teminatı protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin ve varsa ek kesin teminatlarının gelir kaydedilmesi, bununla beraber bu teminatların güncellemesi yapılarak hesaplara alınması, bu güncelleme nedeniyle ortaya çıkan bir alacak tutarı varsa bununda Kanun ve Yapım İşleri Genel Şartnamesi çerçevesinde yapılacak hesaba göre çıkan alacağından mahsup edilmesi veya böyle bir alacak çıkmaması halinde ise genel hükümlere göre takip ve tahsil edilmesi gerekmektedir.

Oysa bu işlemde, öncelikle doğru bir şekilde mevcut teminat gelir kaydedilmiş, bilahare hesaplanan gecikme cezası Kanunun açık “Gelir kaydedilen teminatlar, yüklenicinin borcuna mahsup edilemez.” hükmü hilafına ve muhasebe tekniği ve kurallarına aykırı olarak gelirden düşülerek yeniden ve hesaben mahsup edilmiştir. Böylece mevzuatın teminattan ve gecikme cezasından ayrı ayrı gelir kaydedilmesini emrettiği tutar, gelirin gelirden düşülerek mahsuben tahsili yoluna gidilerek tek bir unsura indirgenmiştir. Diğer bir ifadeyle İdare gelirlerinde azalmaya yol açılmıştır.

Diğer taraftan, yukarıdaki mahsuben tahsilatın Kanuna açıkça aykırılığı yanında Kanun sözleşmenin yüklenicinin kusuruyla idare tarafından feshedilmesi halinde mevcut ve paraya çevrilebilir teminatların hemen, hemen paraya çevrilme imkanı olmayan ve sözleşmenin feshedildiği tarihten sonra yapılmayan iş miktarına isabet eden teminat tutarı da dahil güncellenerek yükleniciden tahsilini emrettiği halde bu güncellemeler yapılmadığı gibi, iş artışından kaynaklanan ek kesin teminat (hiç alınmadığı için devamı işlem olan güncellemesi de

yapılmamıştır) ve sözleşme damga vergisi de hiç alınmamıştır.

Sonuç itibariyle; mevzuata aykırı işlemlerle 5018/71-2) e maddesinde ifade edilen “İdare gelirlerinin tarh, tahakkuk veya tahsil işlemlerinin mevzuata uygun bir şekilde yapılması” suretiyle kamu zararına sebep olunmuştur. Bu nedenlerle;

-İlamın 2/A maddesine ilişkin olarak; gecikme cezasının gelir yazılan teminattan mahsubu mevzuata açıkça aykırı olduğundan hükmün onanması gerekmele birlikte, teminat güncellemesi yapılmadığından, güncellemeden kaynaklanan noksan teminat tutarının hesaplanması, tasfiye sonucu ortaya çıkan yüklenici alacağı (8.597,13 TL’nin gecikme cezasından mahsup edildiği iddiasının açıklığa kavuşturulması, ayrıca muhasebe mevzuatına aykırı olarak yasal bir gelirden düşme yapılarak bir alacağın (gecikme cezası) tahsili işleminde açıkça mevzuata aykırı muhasebeleştirme kaydını yol açtığı anlaşılan muhasebe yetkilisinin sorumluluğunun da değerlendirilmesi için hükmün bozularak dosyanın Dairesine iadesine karar verilmesi,

– İlamın 2/C maddesine ilişkin olarak; esas itibariyle tasdiki uygun olmakla birlikte, ek kesin teminat tutarına ilişkin güncelleme tutarının hesaplanması bakımından hükmün bozularak dosyanın Dairesine iadesine karar verilmesi, uygun olur.” şeklinde görüş bildirmiştir.

Dosyada mevcut belgeler okunup incelendikten, duruşma talebinde bulunan sorumlular ... (Harcama Yetkilisi) ve ... (Gerçekleştirme Görevlisi) ile Sayıştay Savcısı dinlendikten sonra gereği görüldü:

... yükleniminde bulunan ... lira bedelli “... Jimnastik Salonu Yapım İşinde;

A-İşi süresinde bitirmemesi nedeniyle yükleniciye verilen 35 günlük cezalı çalışma tutarının yükleniciden tahsil edilmemesi nedeniyle ... TL.ye tazmin hükmü verilmiştir.

... Jimnastik Salonu Yapım İşine ait Sözleşmenin “Gecikme

halinde uygulanacak cezalar ve sözleşmenin feshi" başlıklı 25.2. maddesinde;

"Yüklenicinin sözleşmeye uygun olarak işi süresinde bitirmediği takdirde, gecikilen her gün için sözleşme bedelinin %0,06 (on binde altısı) oranında gecikme cezası uygulanır." denilmiştir.

04.03.2009 tarihli ve 27159 mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği eki Yapım İşleri Genel Şartnamesinin "Sözleşmenin feshi ve tasfiye durumları" başlıklı 47 nci maddesinde;

"...

(2) İdare aşağıda belirtilen hallerde sözleşmeyi fesheder;

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,

b) Sözleşmenin uygulanması sırasında yüklenicinin 4735 sayılı Kanununun 25 inci maddesinde 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.

...

(4) 4735 sayılı Kanunun 19 uncu maddesine 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.

(5) 4735 sayılı Kanunun 19, 20 ve 21 inci maddelerine 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.

(6) Hakedişlerden kesinti yapılmak suretiyle teminat alınan hallerde, alıkonulan tutar gelir kaydedileceği gibi, sözleşmenin feshedildiği tarihten sonra yapılmayan iş miktarına isabet eden teminat tutarı da birinci fıkra hükmüne göre güncellenerek yükleniciden tahsil edilir.

(7) Gelir kaydedilen teminatlar, yüklenicinin borcuna mahsup edilemez.

(8) 4735 sayılı Kanunun 19, 20 ve 21 inci maddelerine göre sözleşmenin feshedilmesi halinde, yükleniciler hakkında 4735 sayılı Kanunun 26 ncı madde hükümlerine göre işlem yapılır. Ayrıca, sözleşmenin feshi nedeniyle idarenin uğradığı zarar ve ziyan yükleniciye tazmin ettirilir.

...

(11) Feshedilen sözleşme konusu işlerin hesabı genel hükümlere göre yapılır ve böylece yüklenicinin idare ile ilişkisi kesilmiş olur. Bunun için de sözleşmenin feshedilmesine ait onay tarihinde işlerin mevcut durumu, idarece görevlendirilecek bir heyet tarafından yüklenici veya vekili ile birlikte tespit edilerek bir "Durum Tespit Tutanağı" düzenlenir. Yüklenici veya vekili hazır bulunmadığı takdirde bu husus tutanakta belirtilir.

(12) İdare fesih işleminden sonra işi 4734 sayılı Kanunda öngörülen usullerden herhangi biri ile ihale etmekte

serbesttir. Geri kalan işlerin başka bir yükleniciye ihalesinden dolayı, yüklenici hiçbir hak iddiasında bulunamaz. Bundan başka işin durmaması için, idare yüklenicinin tesisleri, malzeme ocakları, ihzaratı, araç ve makinelerinden gerekli gördüklerine el koymak yetkisine de sahiptir. Bu durumda 48 inci madde hükümleri uygulanır.

(13) 4735 sayılı Kanunun 17 nci ve 18 inci maddelerinde açıklandığı üzere, yüklenicinin ölümü durumunda da sözleşmenin feshi ve hesabın tasfiyesi söz konusu olabilir.

(14) Tasfiye halinde; işin yüklenici tarafından yapılmış kısımları için, tasfiye onay tarihi geçici kabul tarihi sayılmak üzere, geçici kabul, teminat süresi ve bu süredeki bakım sorumluluğu, kesin kabul ve teminatın geri verilmesi hakkında sözleşmesinde bulunan hükümlerle bu Şartnamenin 41, 42, 43, 44 ve 45 nci maddeleri hükümleri, normal şekilde bitirilmiş işlerde olduğu gibi aynen uygulanır. Ancak işin yapılmış kısmının son hakedişindeki veya yapılmışsa bu kısmın kesin hakediş raporundaki tutarına göre hesaplanacak kesin teminat tutarından fazlası, tasfiye protokolünün imzasından sonra yükleniciye geri verilir. Teminatın kalan kısmının geri verilmesi ise 45 inci madde esaslarına göre yapılır...” hükümlerine yer verilmiştir.

Rapor dosyası ve eki belgeler incelendiğinde; Jimnastik Salonu Yapım işine ilişkin sözleşmenin idare ile yüklenici ... arasında 22.02.2013 tarihinde imzalandığı ve yer tesliminin 26.02.2013 tarihinde yapıldığı, sözleşmeye göre işin bitirilmesi gereken süresinin 90 gün olduğu, önceden öngörülemeyen ve iş artışından kaynaklanan nedenlerden dolayı verilen 56 gün ek süre sonunda sözleşmenin bitim tarihinin 22.07.2013 olarak tespit edildiği,

23.07.2013 tarihinde idare tarafından işin süresi içerisinde yapılmadığının belirlendiği, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 20 inci maddesinde yer alan; “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” hükmü gereğince yükleniciye 15 gün cezalı süre verildiği, verilen sürenin sonunda işin bitirilmemiş olması nedeniyle 1.Durum Tespit Tutanağı düzenlendiği, 1.Durum Tespit Tutanağında yüklenicinin ... TL. tutarında iş yapmış olduğunun tespit edildiği, üst yöneticinin oluruyla yükleniciye cezalı olarak 20 gün ek süre daha verilerek toplamda 35 günlük gecikme cezası uygulandığı görülmüştür.

Sorumlular, Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 47 nci maddesinin 14 üncü fıkrasında yer alan;

“(14) Tasfiye halinde; işin yüklenici tarafından yapılmış kısımları için, tasfiye onay tarihi geçici kabul tarihi sayılmak üzere, geçici kabul, teminat süresi ve bu süredeki bakım sorumluluğu, kesin kabul ve teminatın geri verilmesi hakkında sözleşmesinde bulunan hükümlerle bu Şartnamenin 41, 42, 43, 44 ve 45 nci maddeleri hükümleri, normal şekilde bitirilmiş işlerde olduğu gibi aynen uygulanır. Ancak işin yapılmış kısmının son hakedişindeki veya yapılmışsa bu kısmın kesin hakediş raporundaki tutarına göre hesaplanacak kesin teminat tutarından fazlası, tasfiye protokolünün imzasından sonra yükleniciye geri verilir. Teminatın kalan kısmının geri verilmesi ise 45 inci madde esaslarına göre yapılır.” hükmü çerçevesinde ceza tutarının gelir kaydedilen kesin teminat tutarı üzerinden mahsuben tahsil edildiğini ileri sürmüşlerdir.

Ancak Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 47 nci maddesinin 14 üncü fıkrasında yer alan;

“...son hakedişindeki veya yapılmışsa bu kısmın kesin hakediş raporundaki tutarına göre hesaplanacak kesin teminat tutarından fazlası, tasfiye protokolünün imzasından sonra yükleniciye geri verilir.” hükmü Yapım İşleri Genel

Şartnamesinin 47 nci maddesinin 13 üncü fıkrasıyla bağlantılı olup, anılan fıkra 4735 sayılı Kanunun 17 nci maddesinde yer alan “Yüklenicinin ölümü, iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu veya mahkumiyeti” halleri ile 18 nci maddesinde yer alan Yüklenicinin ortak girişim olması halinde ölüm, iflas, ağır hastalık, tutukluluk veya mahkumiyet” hallerinde gerçekleştirilecek tasfiye işlemlerini düzenlemektedir.

... Jimnastik Salonu Yapım İşi 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 20 inci maddesi çerçevesinde fesih ve tasfiye edilmiştir.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun “İdarenin sözleşmeyi feshetmesi” başlıklı 20 nci maddesinde ise;

“Aşağıda belirtilen hallerde idare sözleşmeyi fesheder:

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,

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.” denilmiştir.

Aynı Kanunun “Sözleşmenin feshine ilişkin düzenlemeler” başlıklı 22 nci maddesinde ise aynen;

“...

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 feshedildiği tarihten sonra yapılmayan 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.” denilmiştir.

Bu itibarla 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun “Sözleşmenin feshine ilişkin düzenlemeler” başlıklı 22 nci maddesinde yer alan ve aynı Kanunun 19, 20 ve 21 inci maddelerine göre sözleşmenin feshedilmesi hallerinde, gelir kaydedilen teminatların, yüklenicinin borcuna mahsup edilemeyeceği hükmü çerçevesinde işi süresinde bitirmemesi nedeniyle yükleniciye verilen 35 günlük cezalı çalışma tutarının yükleniciden tahsil edilmemesi mevzuata uygun değildir.

Bu nedenle 27 sayılı ilamın 2(A) maddesi ile ... TL.ye ilişkin olarak verilen tazmin hükmünün TASDİKİNE,

(5.Daire Başkanı ... ile Üyeler ..., ..., ..., ...;

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun “İdarenin sözleşmeyi feshetmesi” başlıklı 20 nci maddesinde ise;

“Aşağıda belirtilen hallerde idare sözleşmeyi fesheder:

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,

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.” denilmiştir.

Aynı Kanunun “Sözleşmenin feshine ilişkin düzenlemeler” başlıklı 22 nci maddesinde ise aynen;

“...

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 feshedildiği tarihten sonra yapılmayan 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.” denilmiştir.

İlama konu Yapım İşi 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 20 inci maddesi çerçevesinde fesih ve tasfiye edilmiştir.

... İhale ve Satın Alma Bürosunun 10.09.2013 tarih 85038816/1650 sayılı Jimnastik Salonu Yapımı hk. Başkanlık Makamına yazılan yazıda;

“... ile yüklenici Tüver İnş.San. ve Tic.Ltd.Şti.arasında imzalanan Jimnastik Salonu Yapımı İşi Sözleşmesi ile ilgili olarak; yüklenici firmanın kalan işi 20 (yirmi) günde tamamlayacağına ilişkin 10.09.2013 tarihli dilekçe ile taahhüt etmesi, sözleşmenin feshinden sonraki tüm süreç değerlendirildiğinde yeni bir ihale sürecinin zaman alacak olması, proje maliyetinin özel pozların fazla olması ve güncellendiğinde kur artışlarından dolayı artacak olması, haricen yapılan piyasa araştırmasında maliyetin artacak olması, kalan işin yapımının hava şartları yönünden ivedilik arzemesi, 2013-2014 eğitim döneminin 01.10.2013 tarihi itibari ile başlayacak olması gibi nedenlerle yüklenici firmaya ek süre verilmesi konusunda kamu yararının olduğu değerlendirilmiştir.

Bu itibarla;

Yüklenici firmanın 10.09.2013 tarihli dilekçesinde kalan işi 20 (yirmi) gün sürede tamamlayacağına ilişkin beyanın kabulüne, 02.09.2013 tarihli fesih oluru ile teminatın gelir kaydedilmesi için ilgili bankaya yazılan müzekkerenin iptaline, yüklenici firmaya 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 20 nci maddesi gereğince sözleşme bedelinin on binde altı oranında cezalı olarak 20 (yirmi) gün

ek süre verilmesine, sürenin ilk 7 günü işin takip edilmesine, yapım işinde istenilen düzeyde gelişme olmadığında süre sonunu beklemeden idarenin takdir edeceği bir günde sözleşmenin feshedilebileceğine karar verilmesi hususunu,

Olurlarınıza arz ederim.” denilmiştir.

Yukarıda yer alan “Olur” yazısından ilk fesih işleminin üst yöneticinin oluru ile geri alındığı ve 20 günlük ek sürenin yine üst yöneticinin oluru ile verildiği dolayısıyla 4735 sayılı Kanunun 20 nci maddesine göre bir tasfiye işlemine başlanmışken üst yöneticinin olur yazısı ile ilk fesih işleminin iptal edildiği ve yükleniciye ek süre tanındığı anlaşılmaktadır.Bu nedenle sorumluluğa üst yöneticinin de dahil edilmesi için ilam hükmünün bozulması ve dosyanın ilgili Daireye gönderilmesi gerekir, şeklindeki ayrışık görüşlerine karşı,

Üye ...’ın;

İlamda; yükleniciye verilen 35 günlük cezalı çalışma karşılığı tahsil edilmesi gereken gecikme cezasının tahsil edilmemesi nedeniyle, tazmin hükmü verilmiştir.

Oysa söz konusu işin sözleşmesi, verilen cezalı çalışma süresi sonunda da yüklenicinin işi zamanında bitirmediği gerekçesiyle, 4735 sayılı Kanun’un 20.maddesine göre fesih ve tasfiye edilmiştir.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun “İdarenin sözleşmeyi feshetmesi” başlıklı 20 nci maddesinde;

“Aşağıda belirtilen hallerde idare sözleşmeyi fesheder:

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,

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.”

Aynı Kanunun “Sözleşmenin feshine ilişkin düzenlemeler” başlıklı 22 nci maddesinde ise aynen;

“...

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 feshedildiği tarihten sonra yapılmayan 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.” denilmiştir.

Yukarıda yer verilen mevzuat hükümlerine göre, Kanun’un 20

inci maddesine göre sözleşmesi feshedilen işin, kesin teminatının, alındığı tarihten gelir kaydedileceği tarihe kadar Devlet İstatistik Enstitüsünce yayımlanan aylık toptan eşya fiyat endeksine göre güncellenip gelir kaydedilmesi ve yüklenicinin borcuna mahsup edilmemesi gerekirken, ilamda, bu hususla ilgili bir kamu tespiti/zararı konu edilmeksizin, yalnızca işte meydana gelen gecikmeden kaynaklanan ceza geliri ile ilgili tazmin hükmü verilmiştir.

Söz konusu bu eksikliğin giderilmesi için hükmün bozulmasına karar verilmesi gerekir, şeklindeki ayrışık görüşüne karşı)

Oy çokluğu ile,

C-İlamın 2(C) maddesi ile; sözleşme bedelinde meydana gelen ... TL iş artışından ek kesin teminat ve sözleşme damga vergisi kesilmemesi nedeniyle ... TL'ye tazmin hükmü verilmiştir.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun "Ek kesin teminat" başlıklı 10 uncu 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 hakedişlerden kesinti yapılmak suretiyle de karşılanabilir." denilmiştir.

Ayrıca iş artışı taraflar arasında bir akit niteliği taşıdığından, 488 sayılı Damga Vergisi Kanununa ekli 1 sayılı Tablonun I-Akitlerle ilgili Kağıtlar bölümünün A-1 sırasına göre, binde 9,48 oranında damga vergisine tabi olması gerekmektedir.

Sorumlular Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 47 nci maddesinin 14 üncü fıkrası hükmü çerçevesinde, ... TL iş artışı için kesilmeyen ...'lik ek kesin teminat ve ... TL'lik damga vergisinin yükleniciye iade edilmesi gereken miktardan mahsup edilerek

tahsil edildiğini bildirmiş iseler de;

“... Jimnastik Salonu Yapım İşi” yukarıda (A) bölümünde yer alan, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 20 inci maddesi çerçevesinde fesih ve tasfiye edilmiş olup, anılan Kanunun “Sözleşmenin feshine ilişkin düzenlemeler” başlıklı 22 nci maddesinde yer alan ve aynı Kanunun 19, 20 ve 21 inci maddelerine göre sözleşmenin feshedilmesi hallerinde, gelir kaydedilen teminatlar, yüklenicinin borcuna mahsup edilemeyeceği hükmü çerçevesinde, sorumlu itirazlarının reddi ile sözleşme bedelinde meydana gelen ... TL iş artışından ek kesin teminat alınmaması ve sözleşme damga vergisi kesilmemesi mevzuata uygun değildir.

Bu nedenle 27 sayılı ilamın 2(C) maddesi ile ... TL.ye ilişkin olarak verilen tazmin hükmünün TASDİKİNE,

(Üyeler ..., ..., ..., ...;

İlamın 2(C) maddesi ile; sözleşme bedelinde meydana gelen ... TL iş artışından ek kesin teminat ve sözleşme damga vergisi kesilmemesi nedeniyle ... TL.ye tazmin hükmü verilmiştir.

Oysa söz konusu işin sözleşmesi, verilen cezalı çalışma süresi sonunda da yüklenicinin işi zamanında bitirmediği gerekçesiyle, 4735 sayılı Kanun’un 20.maddesine göre fesih ve tasfiye edilmiştir.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun “İdarenin sözleşmeyi feshetmesi” başlıklı 20 nci maddesinde;

“Aşağıda belirtilen hallerde idare sözleşmeyi fesheder:

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,

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.”

Aynı Kanunun “Sözleşmenin feshine ilişkin düzenlemeler” başlıklı 22 nci maddesinde ise aynen;

“...

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 feshedildiği tarihten sonra yapılmayan 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.” denilmiştir.

Yukarıda yer verilen mevzuat hükümlerine göre, Kanunun 20 inci maddesine göre sözleşmesi feshedilen işin, ek kesin teminatın,

alındığı tarihten gelir kaydedileceği tarihe kadar Devlet İstatistik Enstitüsünce yayımlanan aylık toptan eşya fiyat endeksine göre güncellenip gelir kaydedilmesi ve yüklenicinin borcuna mahsup edilmemesi gerekirken, ilamda, bu husus konu edilmeksizin, yalnızca işte meydana gelen artıştan kaynaklanan ek kesin teminat ve damga vergisinden kaynaklanan kamu zararı ile ilgili tazmin hükmü verilmiştir.

Söz konusu bu eksikliğin giderilmesi için hükmün bozulmasına karar verilmesi gerekir, şeklindeki ayrışık görüşlerine karşı)

Oy çokluğu ile,

04.10.2016 tarihinde karar verildi.

Kamu İdaresi Türü	Diğer Özel Bütçeli İdareler
Yılı	2013
Dairesi	3
Karar No	222
İlam No	27
Tutanak Tarihi	25.9.2014
Kararın Konusu	İhale Mevzuatı ile İlgili Kararlar

Gecikme Cezası, Eksik İmalat ve İş Artışına İlişkin Ek Kesin Teminat ve Damga Vergisi

..... Ltd. Şti. yükleniminde bulunan bedelli “..... Yapım İşİ”nde,

A- İşİ süresinde bitirmemesi nedeniyle yükleniciye verilen 35 günlük cezalı çalışma tutarının yükleniciden tahsil edilmemesi

sonucu oluşan TL tutarındaki kamu zararı hususunda;

..... Yapım işine ilişkin sۆzleřmenin idare ile yۆklenici Ltd. şti. arasında 22.02.2013 tarihinde imzalandığı ve yer tesliminin 26.02.2013 tarihinde yapıldığı, sۆzleřmeye gۆre işin bitirilmesi gereken sۆresinin 90 gۆn olduğu, ۆnceden ۆngۆrۆlemeyen ve iş artışından kaynaklanan nedenlerden dolayı verilen 56 gۆn ek sۆre sonunda sۆzleřmenin bitim tarihinin 22.07.2013 olarak tespit edildiği,

23.07.2013 tarihinde idare tarafından işin sۆresi içerisinde yapılmadığının belirlendiği, 4735 sayılı Kamu İhale Sۆzleřmeleri Kanununun 20 inci maddesinin “Yۆklenicinin taahhۆdۆnۆ ihale dokۆmanı ve sۆzleřme hۆkۆmlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi sۆresinde bitirmemesi ۆzerine, ihale dokۆmanında belirlenen oranda gecikme cezası uygulanmak ۆzere, idarenin en az on gۆn sۆreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen” hۆkmۆ gereğince yۆkleniciye 15 gۆn cezalı sۆre verildiği, verilen sۆrenin sonunda işin bitirilmemiş olması nedeniyle 1. Durum Tespit Tutanağı dۆzenlendiėi, 1. Durum Tespit Tutanağında yۆklenicinin TL tutarında iş yapmış olduğunun tespit edildiği, ۆst yۆneticinin oluruyla yۆkleniciye cezalı olarak 20 gۆn ek sۆre daha verilerek toplamda 35 gۆnlۆk toplam TL tutarında gecikme cezası uygulandığı,

gۆrۆlmüştür.

Sorumluların savunmalarında ise, Yapım İşleri Genel şartnamesinin 47 nci maddesinin 14 ۆncۆ fıkrası hۆkmۆ çerçevesinde ceza tutarının gelir kaydedilen kesin teminat tutarı ۆzerinden mahsuben tahsil edildiği belirtilmiştir.

Ancak Yapım İşleri Genel şartnamesinin 47 nci maddesinin 14 ۆncۆ fıkrasında yer alan, ‘...son hakedişindeki veya yapılmışsa bu kısmın kesin hakediş raporundaki tutarına gۆre hesaplanacak kesin teminat tutarından fazlası, tasfiye protokolۆnۆn imzasından sonra yۆkleniciye geri verilir.’ hۆkmۆ, Yapım

İşleri Genel Şartnamesinin 47 nci maddesinin 13 üncü fıkrasıyla bağlantılı olup, anılan fıkra 4735 sayılı Kanunun 17 nci maddesinde yer alan “Yüklenicinin ölümü, iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu veya mahkumiyeti” halleri ile 18 nci maddesinde yer alan Yüklenicinin ortak girişim olması halinde ölüm, iflas, ağır hastalık, tutukluluk veya mahkumiyet” hallerinde gerçekleştirilecek tasfiye işlemlerini düzenlemektedir. Nitekim sorumluların savunmalarında da belirtildiği üzere, ‘.....Yapım İşi’ 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 20 inci maddesi çerçevesinde fesih ve tasfiye edilmiştir.

Bu itibarla 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun ‘Sözleşmenin feshine ilişkin düzenlemeler’ başlıklı 22 nci maddesinde yer alan ve aynı Kanunun 19, 20 ve 21 inci maddelerine göre sözleşmenin feshedilmesi hallerinde, gelir kaydedilen teminatların, yüklenicinin borcuna mahsup edilemeyeceği hükmü çerçevesinde sorumluların savunmalarının kabulünün mümkün görülmediği ve işi süresinde bitirmemesi nedeniyle yükleniciye verilen 35 günlük cezalı çalışma tutarının yükleniciden tahsil edilmemesi sonucu oluşan ve ayrıntısı ilamda gösterilen TL kamu zararının, müştereken ve müteselsilen 6085 sayılı Sayıştay Kanununun 53 üncü maddesi gereği işleyecek faizleri ile sorumlulara ödettirilmesine,

Üye’ın “Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 47 nci maddesinin 14 üncü bendinde yer alan;

“Tasfiye halinde; işin yüklenici tarafından yapılmış kısımları için, tasfiye onay tarihi geçici kabul tarihi sayılmak üzere, geçici kabul, teminat süresi ve bu süredeki bakım sorumluluğu, kesin kabul ve teminatın geri verilmesi hakkında sözleşmesinde bulunan hükümlerle bu Şartnamenin 41, 42, 43, 44 ve 45 nci maddeleri hükümleri, normal şekilde bitirilmiş işlerde olduğu gibi aynen uygulanır. Ancak işin yapılmış kısmının son hakedişindeki veya yapılmışsa bu kısmın kesin hakediş raporundaki tutarına göre hesaplanacak kesin teminat tutarından fazlası, tasfiye protokolünün imzasından sonra

yükleniciye geri verilir. Teminatın kalan kısmının geri verilmesi ise 45 inci madde esaslarına göre yapılır.” hükmü çerçevesinde gecikme ceza tutarı gelir kaydedilen kesin teminat tutarı üzerinden mahsuben tahsil edilmiştir.

Bu itibarla, sorumluların savunmaları doğrultusunda ilişilecek bir husus bulunmadığına karar verilmesi gerekir.” şeklindeki ayrışık görüşüne karşı, 6085 sayılı Sayıştay Kanununun 55 ve 56 ncı maddelerinde yer alan kanun yolları açık olmak üzere oy çokluğuyla,

B- 30.09.2013 tarihli 2. Durum Tespit Tutanağında tamamlanan iş miktarı TL olduğu halde, daha önce düzenlenen 19.06.2013 tarih ve 3 nolu hakedişte yapılan iş miktarı tutarının TL olarak ödenmesi sonucu meydana gelen TL hususunda;

Yüklenici firmaya verilen toplamda 35 gün cezalı sürenin sonunda 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 20 inci maddesinin ve Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 47 inci maddesi hükmü gereğince sözleşmenin feshedildiği,

Yapım işleri Genel Şartnamesinin 47 inci maddesinin 11 inci fıkrası hükmü gereğince 30.09.2013 tarihinde 2. Durum Tespit Tutanağı düzenlendiği ve 2. Durum Tespit Tutanağında yüklenici firmanın TL tutarında iş yapmış olduğunun saptandığı, ancak 3 No`lu Hakedişte yüklenici firmanın TL iş yapmış olduğunun tespit edildiği, söz konusu işe ait hakedişlerden %3 oranında yapılan kesin hesap emanet kesintisinin TL tutarında olduğu ve bu tutarın yükleniciye iade edilmediği, nitekim Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 40 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin “... işin geçici kabulü yapıldıktan sonra, kesin hakediş raporunun düzenlenmesine esas olacak kesin metraj ve hesapların tamamlanmasına başlanır. Bunlar biri asıl olmak üzere en az üç suret halinde düzenlenir. Yüklenicinin kesin hakediş raporunun düzenlenmesinde geçici hakediş raporlarındaki rakamlara itibar edilmez ve kesin metraj ve hesaplar sonucunda bulunan

miktarlar esas alınır.” şeklindeki hükmü gereğince 1 ve 2. Durum Tespit Tutanaklarında geçici hak ediş raporlarındaki rakamlara itibar edilmeyerek mevcut durum tespiti yapıldığı buna göre firmanın yaptığı iş miktarının TL olup, firmaya yapılan ödeme miktarının TL olduğu,

Ayrıca söz konusu işe ait hakedişlerden %3 oranında yapılan kesin hesap emanet kesintisinin tutarında olduğu ve yükleniciye iade edilmediği,

görülmüştür.

Bu itibarla sorgu konusu edilen TL tutarındaki kamu zararına ilişkin hesap ve işlemlerin yasal düzenlemelere uygun olduğuna ve ilişilecek husus bulunmadığına, 6085 sayılı Sayıştay Kanununun 55 ve 56 ncı maddelerinde yer alan kanun yolları açık olmak üzere oybirliğiyle,

C- Sözleşme bedelinde meydana gelen TL iş artışından ek kesin teminat ve sözleşme damga vergisi kesilmemesi sonucu sebebiyet verildiği iddia edilen TL tutarındaki kamu zararı, 3. Dairece yapılan yeniden hesaplama sonucu TL olarak tespit edilmiş olup, bu tutar hakkında;

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun ‘Ek kesin teminat’ başlıklı 10 uncu 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 hakedişlerden kesinti yapılmak suretiyle de karşılanabilir.” hükmü bulunmaktadır.

Ayrıca iş artışı taraflar arasında bir akit niteliği taşıdığından, 488 sayılı Damga Vergisi Kanununa ekli 1 sayılı Tablonun I-Akitlerle ilgili Kağıtlar bölümünün A-1 sırasına göre, binde 9,48 oranında damga vergisine tabi olması

gerekmektedir.

Sorumlular savunmalarında Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 47 nci maddesinin 14 üncü fıkrası hükmü çerçevesinde, TL iş artışı için kesilmeyen TL`lik ek kesin teminat ve ..... TL`lik damga vergisinin yükleniciye iade edilmesi gereken miktardan mahsup edilerek tahsil edildiğini bildirmiş iseler de;

‘‘.....Yapım İşi’ yukarıda (A) bölümünde yer alan, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 20 inci maddesi çerçevesinde fesih ve tasfiye edilmiş olup, anılan Kanunun ‘Sözleşmenin feshine ilişkin düzenlemeler’ başlıklı 22 nci maddesinde yer alan ve aynı Kanunun 19, 20 ve 21 inci maddelerine göre sözleşmenin feshedilmesi hallerinde, gelir kaydedilen teminatların, yüklenicinin borcuna mahsup edilemeyeceği hükmü çerçevesinde sorumluların savunmalarının kabulünün mümkün görülmediği ve sözleşme bedelinde meydana gelen TL iş artışından ek kesin teminat alınmaması ve sözleşme damga vergisi kesilmemesi sonucu meydana gelen ve ayrıntısı aşağıda gösterilen toplam TL kamu zararının,

müştereken ve müteselsilen 6085 sayılı Sayıştay Kanununun 53 üncü maddesi gereği işleyecek faizleri ile sorumlulara ödettirilmesine,

Üye`ın “Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 47 nci maddesinin 14 üncü bendinde yer alan; “Tasfiye halinde; işin yüklenici tarafından yapılmış kısımları için, tasfiye onay tarihi geçici kabul tarihi sayılmak üzere, geçici kabul, teminat süresi ve bu süredeki bakım sorumluluğu, kesin kabul ve teminatın geri verilmesi hakkında sözleşmesinde bulunan hükümlerle bu Şartnamenin 41, 42, 43, 44 ve 45 nci maddeleri hükümleri, normal şekilde bitirilmiş işlerde olduğu gibi aynen uygulanır. Ancak işin yapılmış kısmının son hakedişindeki veya yapılmışsa bu kısmın kesin hakediş raporundaki tutarına göre hesaplanacak kesin teminat tutarından fazlası, tasfiye protokolünün imzasından sonra yükleniciye geri verilir.

Teminatın kalan kısmının geri verilmesi ise 45 inci madde esaslarına göre yapılır.” hükmü çerçevesinde TL iş artışı için kesilmeyenTL`lik ek kesin teminat ve ..... TL`lik damga vergisi yükleniciye iade edilmesi gereken miktardan mahsuben tahsil edilmiştir.

Bu itibarla, sorumluların savunmaları doğrultusunda ilişilecek bir husus bulunmadığına karar verilmesi gerekir.” şeklindeki ayrışık görüşüne karşı,

6085 sayılı Sayıştay Kanununun 55 ve 56 ncı maddelerinde yer alan kanun yolları açık olmak üzere oy çokluğuyla, karar verildi.