

sözleşme ve eklerinde yer alan hükümlere aykırı olarak yüklenici personeline fazla çalışma ücreti ve idare şartnamede düzenlenen kapsamda olmayan iş gruplarına ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışma ücreti ödendiği gerekçesiyle *TL tutarında kamu zararına neden olduğu gerekçesiyle bu tutarın tazmini

Kamu İdaresi Türü	Belediyeler ve Bağlı İdareler
Yılı	2015
Dairesi	6
Karar No	611
İlam No	313
Tutanak Tarihi	15.1.2019
Kararın Konusu	İhale Mevzuatı ile İlgili Kararlar

Fazla Çalışma Ücreti

... tarih ve ... sayılı asıl İlamın ...'inci maddesi ile tazmin hükmolunan konu ile ilgili olarak Temyiz Kurulunun ... tarihli ve ... tutanak numaralı bozma kararı üzerine 6085 sayılı Sayıştay Kanunu'nun 55'inci maddesinin yedinci fıkrası hükmü gereğince konunun görüşülmesine karar verildi.

Asıl İlamın ...'inci maddesiyle, ... Belediyesi tarafından ihale edilen “...”nde sözleşme ve eklerinde yer alan hükümlere aykırı olarak yüklenici personeline fazla çalışma ücreti ve idare şartnamede düzenlenen kapsamda olmayan iş gruplarına ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışma ücreti ödendiği gerekçesiyle ...-TL tutarında kamu zararına neden olduğu gerekçesiyle bu tutarın tazminine karar verilmişti.

Bu tazmin hükmüne karşı sorumlular adına vekil sıfatıyla Avukat ... tarafından Sayıştay Temyiz Kuruluna yapılan temyiz başvurusu üzerine anılan Kurul ... tarih ve ... tutanak sayılı İlamıyla, söz konusu tazmin hükmünü bozarak dosyayı yeniden karara bağlanmak üzere Dairemize gönderilmesine karar vermiştir.

Temyiz Kurulunun anılan kararlarına istinaden Dairemize havale edilen dosya kapsamındaki bilgi ve belgelerin incelenmesi sonucunda;

“...”nde ihale dokümanında ve sözleşmede yer almamasına rağmen kamu ihale mevzuatına aykırı olarak işçilere fazla çalışma ücreti ile ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışma ücreti ödendiği görülmüştür.

Kamu İhale Genel Tebliğinin “Personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımlarında teklif fiyata dahil olacak giderler” başlıklı 78'inci maddesinde;

“ ...

78.8. Ulusal bayram ve genel tatil günlerinde (ulusal bayram, resmi ve dini bayram günleri ile 1 Mayıs Emek ve Dayanışma günü ve yılbaşı günü) yaptırılacak çalışma için 4857 sayılı İş Kanununun 47 nci maddesi, fazla çalışmalar için ise aynı Kanunun 41 inci maddesi uyarınca hesaplanacak ücret, brüt asgari ücret üzerinden; idari şartnamede brüt asgari ücretin yüzde (%) fazlası öngörülmüş ise bu tutar üzerinden hesaplanacaktır. Bu durumda, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde yaptırılacak çalışma için 4857 sayılı İş Kanununun 47 nci maddesi uyarınca belirlenecek ücretin hesaplanabilmesi açısından çalışılacak gün ve personel sayısı ile fazla çalışma yapılacak hallerde toplam fazla çalışma saati ihale dokümanında belirtilecektir.

78.22. (Değişik:RG-9/2/2011-27841)(4) (Değişik cümle:RG-7/6/2014-29023) Brüt asgari ücret veya üzerinde ücret ödenmesi öngörülen personelin varsa nakdi yol ve yemek bedeli dahil aylık (78.12 nci maddeye göre gün üzerinden teklif alınan hallerde günlük) ücreti, fazla çalışma, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde (ulusal bayram, resmi ve dini bayram günleri ile 1 Mayıs Emek ve Dayanışma günü ve yılbaşı günü) yapılacak çalışmalara ilişkin ücretler (Ek ibare:RG-16/8/2014-29090)(11) ile engelli işçi ücreti gibi ayrı ayrı hesaplanması gereken her bir işçilik maliyeti için birim fiyat teklif cetvelinde ayrı satır açılması, malzeme giderlerinin de ayrı iş kalemleri şeklinde düzenlenmesi zorunludur.

...

Bununla birlikte, söz konusu personelin fazla çalışma yapması ve/veya ulusal bayram ve/veya genel tatil günlerinde çalıştırılması öngörülmüyor ise, 78.8. maddesine göre çalışılacak gün ve personel sayısı ile toplam fazla çalışma saati belirlenirken, bu personel de dikkate alınmak suretiyle maliyet hesaplaması yapılarak ulusal bayram ve genel tatil

günleri iş kalemi ile fazla çalışma iş kalemine dahil edilecektir...” düzenlemesi bulunmaktadır.

... Belediyesi ... İşine Ait Teknik Şartnamenin “Görevlendirilen Personelin Ücretleri” başlıklı 5.8 no.lu bölümünde;

“... ”

5.8.1-Çalışma Saatleri

Genel olarak; işçiler Pazartesi, Salı, Çarşamba, Perşembe, Cuma günleri: 08.00-12.00, 13.00 – 17.00 saatleri arasında 1 saatlik öğlen yemek paydosu hariç günlük toplam 8 saat çalışacaklardır. Cumartesi günü 08.00 – 13.00 saatleri arasında 5 saat çalışacaklardır. Yukarıda belirttiğimiz çalışma saatlerini topladığımızda bir işçi haftada 45 saat çalışacaktır...

b) Fazla Mesai (saat):

Hizmet süresi içerisinde (saat) fazla mesai öngörülmemiştir. (İhale konusu iş ile ilgili eğitim seminerleri verilecek olması halinde ise, gerekli planlama yapılarak işler aksatılmadan mesai saatleri içinde idaremize ait toplantı salonlarında eğitimler verilecek olup, eğitimler ile ilgili her türlü giderler idaremiz tarafından karşılanacaktır.)

c)Fazla Mesai (gün):

Resmi tatil, dini bayram ve yılbaşı günü yevmiyesi verilecektir. Resmi tatil ve bayram günleri çalışmış olan işçilerin ücretleri bordroda gösterilecek ve sosyal güvenlik primleri buna göre yatırılacaktır. Resmi tatil, dini bayram ve yılbaşı günleri, çalıştırılacak personel ve sayısı ile çalıştırıp çalıştırılmama hususu idarenin takdirindedir.” denilmektedir.

Aynı işe ait İdari Şartnamenin “Teklif fiyata dahil olan giderler” başlıklı 25’inci maddesinde;

“25.1. Sözleşmenin uygulanması sırasında, ilgili mevzuat gereğince yapılacak her türlü vergi, resim ve harç giderleri ile teknik -İdari şartnamedeki giderler, isteklilerce teklif edilecek fiyata dahil edilecektir.

25.2. 25.1. maddesinde yer alan gider kalemlerinde artış olması ya da benzeri yeni gider kalemlerinin oluşması hallerinde, teklif edilen fiyatın bu tür artış ya da farkları karşılayacak payı içerdiği kabul edilir. Yüklenici, bu artış ve farkları ileri sürerek herhangi bir hak talebinde bulunamaz.

25.3. Teklif fiyata dahil olan diğer giderler aşağıda belirtilmiştir:

25.3.1. İşin süresi ve personel sayısı dikkate alınarak ilgili mevzuatına göre hesaplanacak işçilik ücreti:

1.Grup (Vasıfsız işçi – Temizlik Elemanı- Lise Büro Elemanı):
184 kişi Asgari Ücretin % 15 fazlası

2.Grup (Önlisans Büro Elemanı- Lisans Büro Elemanı ,Operatör, Ağır Vasıta şoför):100 kişi Asgari Ücretin % 40 fazlası

3.Grup (Usta):50 kişi Asgari Ücretin % 30 fazlası

4.Grup (Yönetici): 30 kişi Asgari Ücretin % 100 fazlası

5.Grup(Uzman): 5 kişi Asgari Ücretin % 300 fazlası

6.Grup(Engelli) :11 kişi Asgari Ücretin % 15 fazlası

Ulusal Bayram ve Genel Tatil Günleri

1.Grup Resmi Tatil Günleri Çalışma: 8.004 gün

2.Grup Resmi Tatil Günleri Çalışma: 4.350 gün

3.Grup Resmi Tatil Günleri Çalışma: 2.175 gün

...”

denilmektedir.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun;

"İlkeler" başlıklı 4'üncü maddesinde;

"Bu Kanunda belirtilen haller dışında sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılamaz ve ek sözleşme düzenlenemez."

"Sözleşmede değişiklik yapılması" başlıklı 15'inci maddesinde;

"Sözleşme imzalandıktan sonra, sözleşme bedelinin aşılması ve idare ile yüklenicinin karşılıklı olarak anlaşması kaydıyla, aşağıda belirtilen hususlarda sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılabilir:

a) İşin yapılma veya teslim yeri.

b) İşin süresinden önce yapılması veya teslim edilmesi kaydıyla işin süresi ve bu süreye uygun olarak ödeme şartları."

hükmü bulunmaktadır.

Hizmet Alımlarına Ait Tip Sözleşmenin, "Sözleşmenin ekleri" başlıklı 8'inci maddesinde ise, "İhale dokümanı, bu sözleşmenin eki ve ayrılmaz parçası olup, İdareyi ve Yükleniciyi bağlar..." denilmektedir.

Yukarıda belirtilen mevzuat hükümlerine göre;

İdarelerin yükleniciler ile yapacakları sözleşmeler her iki tarafı da bağlayıcı niteliktedir. Sözleşmelerde değişiklik yapılması ise sadece 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda belirtilen hallerde mümkün olmaktadır. Dolayısıyla sözleşme ve eklerinde yer alan hükümlere aykırı işlem yapılması mümkün değildir.

Diğer yandan, ihale kapsamında çalıştırılacak personel için gerek ulusal bayram ve genel tatil günlerinde yaptırılacak çalışma gerekse de fazla çalışma öngörülmesi halinde, bu

kapsamda ücret ödenebilmesi için toplam fazla çalışma saati ihale dokümanında belirtilmeli/yaklaşık maliyet cetvelinde yer almalı ve söz konusu kalemler birim fiyat teklif cetvelinde ayrı satır açılmak suretiyle gösterilmelidir. Diğer bir ifade ile, söz konusu personelin fazla çalışma yapması ve/veya ulusal bayram ve/veya genel tatil günlerinde çalıştırılması öngörülen işlerde, çalışılacak gün ve personel sayısı ile toplam fazla çalışma saati ihale dokümanlarında belirlenmeli ve maliyet hesaplaması yapılmalıdır.

İlişkili ödeme emri belgeleri ve eki belgeler incelendiğinde; ... Belediyesi, ... İşinin ihale dokümanı ile sözleşmesinde, istihdam edilecek personele hiç bir şekilde fazla çalışma ücreti ödenmeyeceği ile ulusal bayram ve genel tatil günlerinde toplam 6 iş grubundan 3 iş grubu için çalışma ücreti ödenmeyeceğinin öngörüldüğü ve birim fiyat teklif cetvelinin de bu doğrultuda düzenlendiği, ancak, belirtilen düzenlemeye rağmen söz konusu ücretlerin idare bütçesinden ödendiği görülmüştür. Bu durumda bahsedilen işin sözleşmesinde ve ihale dokümanında yer almayan ücretler ödenmiş olmaktadır.

Sorumluların savunmalarında özetle; öngörülen hizmetin kapsamının genişlemesiyle, ilave hizmetin fazla işçi çalıştırılmasını gerektirdiği, mevcut işçi sayısının İdarenin çeşitli alanlardaki ihtiyacını karşılamamasından dolayı zorunlu ve sürekli hizmetlerin aksamadan yerine getirilmesi için, ihtiyaç duyulan sayıda ilave personelin sözleşme birim fiyatlarıyla çalıştırılması ve fazla mesai yaptırılmasına gerek duyulduğu, yaz aylarına gelinmesiyle birlikte düğün salonlarında çalışan işçiler tarafından uzun süren mesailer yapıldığı ve sokak, park, bahçe ve camilerde yürütülen temizlik faaliyetlerinin ise Belediyece aksatılmadan görülmesi gerektiği, semt pazarı kurulan günlerde, Ramazan ayı boyunca kurulan iftar programlarında, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde işlerin daha da yoğunlaştığı, idarenin bir kamu hizmeti yaptığı ve özellikle ulusal bayram ve genel tatillerinde bu kamu hizmetlerine duyulan ihtiyacın daha da

arttığı dikkate alındığında, ulusal bayram ve genel tatillerde işçilerin çalıştırılmasının bir zorunluluk olduğu, tüm bu durumların ihaleden önce öngörülemediği, daha sonra ortaya çıkan ihtiyaçlardan dolayı iş artışına gidildiği belirtilmekte ise de;

Hizmet alımı sözleşmesi ... tarihinde yapılmış olup işe başlama tarihi ... tarihidir. ... tarih ve ... sayılı olur yazısıyla da yukarıda sorumluların savunmalarında belirttikleri ihtiyaçlar gerekçe gösterilerek %20 iş artışına gidilmiştir. İdarenin savunmasında belirtilen ihtiyaçların sözleşme öncesi ihale sürecinde tespit edilememesi, sözleşme tarihinden 1 gün sonra ortaya çıkması ve bu tarih itibariyle iş artışına gidilmesi kamu ihale mevzuatı açısından kabul edilebilir değildir. Üstelik ilk çalışma günü itibariyle, işçi puantajlarına sözleşmeye göre ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışma yaptırılmaması gereken iş grupları da dahil edilmiş ve pek çok işçiye fazla mesai yaptırılmıştır. Halbuki 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun iş artışını düzenleyen 24'üncü maddesinde iş artışına gidilebilmesi için öncelikle öngörülemeyen durumların ortaya çıkması gerektiğinden bahsedilmektedir. Dolayısıyla savunmada belirtilen "kamu hizmetlerinin aksatılmadan yürütülmesinin sağlanması için zorunlu olarak işçilere fazla mesai veya ulusal bayram ve genel tatil çalışması yaptırılması gerektiği" gerekçesini kabul etmek mümkün değildir. Savunmada belirtilen "düğün salonları ile ilgili faaliyetlerin, sokak ve caddelerle ilgili temizlik çalışmalarının, iftar programlarının vb" hepsinin İdarenin geçen yıllar tecrübesi ve bilgi birikimi ile stratejik plan ve performans programına istinaden biliyor olması, ihale dokümanını buna göre hazırlaması ve ihaleyi de bu doğrultuda yapması gerekmektedir. Diğer yandan, sözleşme imzalanma tarihi ile işe başlama tarihi arasında 1 gün olmasına rağmen, savunmada belirtilen zorunlu durumların nasıl ve neden ortaya çıktığına ve tespitine ilişkin herhangi bir bilgi veya belge sunulmamıştır. Sözleşmenin yapılmasından 1 gün sonra artış olduğunun ifade edildiği sosyal yardım

faaliyetleri, iftar programları, kültürel faaliyetler, cenaze hizmetleri, vergi tahsilatı, düğün programları, sokak, park bahçe, cami temizliği faaliyetleri idarenin önceden öngörebileceği, stratejik plan ve programlarında yer alması gereken belediye hizmetlerindendir. Dolayısı ile ihtiyacın önceden tespit edilip ihaleye ona göre çıkılması gerekir. Kaldı ki, söz konusu ihtiyaçlar, ihale kapsamındaki hizmetin gördürülmesi sırasında, süreç içerisinde artış gösterdiği tespit edilebilecek nitelikte hizmetlerdir. Bahse konu hizmetlerin sözleşme imzalanmasından yalnızca 1 gün sonra toplu olarak artış gösterdiğinin tespit edilmesi, hayatın olağan akışı ile de bağdaşmamaktadır.

Öte yandan İdarenin söz konusu uygulaması, ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi ve güvenilirliği ihlal etmektedir. Şöyle ki:

İşe ait Teknik Şartnamenin "Görevlendirilen Personelin Ücretleri" başlıklı 5.8 no.lu bölümünde yer alan; "Hizmet süresi içerisinde (saat) fazla mesai öngörülmemiştir. Resmi tatil, dini bayram ve yılbaşı günü yevmiyesi verilecektir." hükmü ve İdari Şartnamenin "Teklif fiyata dahil olan giderler" başlıklı 25'inci maddesinde, 6 iş grubundan sadece 3 iş grubu için ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışma düzenlenmesi diğer gruplar için düzenlenmemesi birlikte değerlendirildiğinde; idare açısından "fazla mesai yaptırılmasına gerek olmadığı" taahhüdünün, yüklenici açısından ise "idare tarafından verilen işlerin personelin mesai saatleri içerisinde yaptırılacağı, ihale dokümanında belirtilen işçi gruplarının dışında ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışma talep edilmeyeceği ve yaptırılmayacağı, sözleşmede belirtilenin dışında ücret istenmeyeceği" taahhüdünün ihale dokümanında kayıt altına alınması anlamına gelmektedir. Bütün bu taahhütler imzalanan sözleşme ile tarafları bağlamaktadır.

Diğer yandan, idarelerin ihale dokümanını önceden yapılan çalışmalar ve edinilen tecrübeler ışığında hazırladıklarını;

isteklilerin ise ihale dokümanını okuyarak, anlayarak ve kabul ederek tekliflerini verdiklerini kabul etmek gerekmektedir. Nitekim istekliler tarafından teklif zarfı içerisine konulan teklif mektuplarında, ihale dokümanının tamamen okunup kabul edildiğine dair ifadeye yer verilmektedir. Teklif mektubundaki ifade ihale dokümanının kabulü anlamına gelmekte olup başlangıçta ihale dokümanında var olan ve tarafların eşit rekabetini sağladığı düşünülen şartların sözleşme imzalandıktan sonra değiştirilemeyeceği bilgisini de içermektedir. Bu durum ise İdarenin güvenilirliği demektir.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 4 ve 15'inci maddeleri kapsamında getirilen "sözleşmenin imzalanmasından sonra değiştirilemeyeceği" ilkesi hem ihale öncesi rekabetin ve eşitliğin sağlanması hem de sözleşme süreci içerisinde idare ve yükleniciye güvenin tesisi için önem taşımaktadır. İhale dokümanında fazla mesai düzenlemesi olmaması nedeniyle bazı isteklilerin teklif vermediği/vermeyebileceği de düşünüldüğünde, sözleşme hükümlerinde sonradan fiilen veya yazılı olarak yüklenici lehine değişiklik yapılması, tam anlamıyla 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "Temel ilkeler" başlıklı 5'inci maddesinde yer alan "İdareler, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur." hükmünün ihlal edilmesi anlamına gelmektedir.

Yukarıda belirtilen mevzuat hükümlerine riayet edilmemesi, yani sözleşmede sonradan fiilen veya yazılı olarak değişiklik yapılması halinde; ihaleyi alan yüklenici lehine veya aleyhine sonuçlar oluşabileceği gibi ihaleyi alamayan istekliler tarafından yargısal süreçler başlatılabilecektir. Dolayısıyla, bahsedilen uygulamanın İdare aleyhine hukuki sonuçlar doğurması mümkündür.

Sorumlular savunmalarında, yüklenici personeline yaptırılan fazla çalışma karşılığında ödenen tutara yüklenici karının

eklenmediğini, gerek yüklenici gerekse de sorumluların herhangi bir kişisel hak ve menfaat temin etmesinin söz konusu olmadığını ifade etmekteyse de; sorguda kişisel hak ve menfaatle ilgili bir tespit yapılmamış olup fazla mesai ödemesine yüklenici karının ilave edilmemesinin de kamu zararı değerlendirmesinde bir önemi yoktur. Temyiz Kurulu Kararında “alınan hizmet karşılığı İş Kanunu’nda öngörülen miktar kadar ödeme yapıldığı” gerekçesiyle söz konusu tutarın kamu zararı olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığı belirtilmişse de; ihale dokümanı, sözleşme ve eki belgelerde herhangi bir düzenleme yer almadığı halde taraflar için bağlayıcı nitelikte olan bu hükümlere aykırı olarak fazla çalışma ücreti ile ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışma ücreti ödenmesi mevzuata aykırı işlem olmasının yanı sıra kamu kaynağında eksilmeye neden olması nedeniyle kamu zararıdır. Zira 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu’nun “Kamu Zararı” başlıklı 71’inci maddesinde kamu zararı; “Kamu zararı; kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır.” şeklinde tanımlanmıştır. Dolayısıyla yapılan ödemelere yüklenici karının eklenmemesi, yüklenici ve sorumluların herhangi bir kişisel hak ve menfaat temin etmemiş olması veya yapılan ödemenin 4857 sayılı İş Kanunu’nda öngörülen miktar kadar ödeme yapılmış olması fazla mesai ödemelerinde ihale mevzuatı hükümlerine aykırı işlem tesis edilmiş olmasından doğan kamu zararından doğan sorumluluğu ortadan kaldırmayacaktır.

Sorumluların savunmalarında ileri sürdükleri bir diğer husus; sorgu konusu işin sözleşmesinin bitiş tarihinin ... olduğu, fazla mesai ve ulusal bayram ve genel tatil ücreti ödemeleri neticesinde sözleşme bedelinin aşılp aşılmadığının 2015 yılı sonu itibariyle bilinmediği, asgari ücretin 2016 yılı itibariyle öngörüleemeyen oranda artışı sebebiyle ücret artışlarının daha düşük seviyeye çekilmesi amacıyla uyarlama davasının açıldığı, bu durumun bile ihale sözleşmesinin

bedelinin aşılmaması konusunda göstermiş olunan hassasiyeti çok net bir şekilde ortaya koyduğudur. Ancak kamu zararına konu olan husus; yüklenici personeline ihale dokümanına aykırı olarak fazla mesai ödemesi yapılmış olması olup sözleşme bedelinin aşılp aşılmadığının konuyla ilgisi bulunmamaktadır.

Temyiz Kuruluna sunulan temyiz dilekçesinde, Sayıştay'ın yerindelik denetimi yapamayacağı, idarenin takdir yetkisini sınırlandıran veya ortadan kaldıran kararlar alamayacağı belirtilmiştir. Bu noktada, sorgu konusu olayda idare için sınırlayıcı olan çerçevenin Kanunla çizildiği, sorgunun ise yalnızca Kanunla çizilen bu sınıra uyulup uyulmadığı hususunda düzenlenmiş olduğunun altını çizmek gerekir. Bir başka deyişle, idarenin takdir yetkisi ve bu yetkinin kullanım biçimi doğrudan kanun koyucunun amacı ile sınırlanmıştır. Dolayısı ile Sayıştay tarafından yerine getirilen görev doğrudan mevzuata aykırı olan işlem, eylem ve kararlar sonucunda kamu zararı oluşup oluşmadığının ortaya konmasından ibarettir.

Sonuç olarak İdarenin yüklenici ile yaptığı sözleşmenin her iki tarafı da bağlayıcı nitelikte olduğu, sözleşmede değişiklik yapılmasının ise sadece Kanun'da belirtilen hallerde mümkün olduğu, sözleşme ve eklerinde yer alan hükümlere aykırı işlem yapılmasının mümkün olmadığı, dolayısıyla işin sözleşmesinde yer almayan fazla çalışma ücretlerinin ödenmesinin yasal düzenlemelere aykırı olduğu değerlendirilmiştir. Bu nedenle, Sayıştay Temyiz Kurulunca ... tarihli ve ... tutanak numaralı ilam ile verilen bozma kararına uyulmayarak, ... tarih ve ... sayılı asıl İlâmın ...'inci maddesi ile tazmin kararında ısrar edilmiştir.

Bu itibarla, ...'na yersiz ödenen ve ayrıntısı aşağıda yer alan kamu zararı tablosunda gösterilen ... TL kamu zararının;

... TL'sinin Harcama Yetkilisi ... ve Gerçekleştirme Görevlisi ... ile Diğer Sorumlular ... ve ...'na,

... TL'sinin Harcama Yetkilisi ... ve Gerçekleştirme Görevlisi ...
ile Diğer Sorumlular ... ve ...'na,

... TL'sinin Harcama Yetkilisi ... ve Gerçekleştirme Görevlisi ...
ile Diğer Sorumlular, ... ve ...'na,

... TL'sinin Harcama Yetkilisi ... ve Gerçekleştirme Görevlisi ...
ile Diğer Sorumlular ... ve ...'na,

... TL'sinin Harcama Yetkilisi ... ve Gerçekleştirme Görevlisi ...
ile Diğer Sorumlular ... ve ...'na,

... TL'sinin Harcama Yetkilisi ... ve Gerçekleştirme Görevlisi ...
ile Diğer Sorumlular ... ve ...'na,

... TL'sinin Harcama Yetkilisi ... ve Gerçekleştirme Görevlisi ...
ile Diğer Sorumlu ...'na,

... TL'nin Harcama Yetkilisi ... ve Gerçekleştirme Görevlisi ... ile
Diğer Sorumlular ... ve ...'e,

... TL'sinin Harcama Yetkilisi ... ve Gerçekleştirme Görevlisi ...
ile Diğer Sorumlular ... ve ...'na,

... TL'sinin Harcama Yetkilisi ... ve Gerçekleştirme Görevlisi ...
ile Diğer Sorumlular ... ve ...'e,

... TL'sinin Harcama Yetkilisi ... ve Gerçekleştirme Görevlisi ...
ile Diğer Sorumlular ... ve ...'e,

... TL'sinin Harcama Yetkilisi ... ve Gerçekleştirme Görevlisi ...
ile Diğer Sorumlular ... ve ...'a,

... TL'sinin Harcama Yetkilisi ... ve Gerçekleştirme Görevlisi ...
ile Diğer Sorumlular ... ve ...'a ,

... TL'sinin Harcama Yetkilisi ... ve Gerçekleştirme Görevlisi ...
ile Diğer Sorumlu ...'a ,

... TL'sinin Harcama yetkilisi ... ve Gerçekleştirme Görevlisi ...
ile Diğer sorumlu ...,

... TL'nin Harcama Yetkilisi (... ve Gerçekleştirme Görevlisi ...
ile Diğer Sorumlu ...'a ,

... TL'sinin Harcama Yetkilisi ... ve Gerçekleştirme Görevlisi ...
ile Diğer Sorumlular ... ve ...'e,

... TL'sinin Harcama Yetkilisi ... ve Gerçekleştirme Görevlisi ...
ile Diğer Sorumlular ... ve ...,

... TL'sinin Harcama Yetkilisi ... ve Gerçekleştirme Görevlisi ...
ile Diğer Sorumlular ... ve ...'a,

... TL'sinin Harcama Yetkilisi ... ve Gerçekleştirme Görevlisi ...
ile Diğer Sorumlular ... ve ...'a,

... TL'sinin Harcama Yetkilisi ... ve Gerçekleştirme Görevlisi ...
ile Diğer Sorumlular ... ve ...'na,

... TL'sinin Harcama Yetkilisi ... ve Gerçekleştirme Görevlisi ...
ile Diğer Sorumlular ... ve ...'e,

... TL'sinin Harcama Yetkilisi ... ve Gerçekleştirme Görevlisi ...
ile Diğer Sorumlular ... ve ...'e,

... TL'sinin Harcama Yetkilisi ... ve Gerçekleştirme Görevlisi ...
ile Diğer Sorumlular ... ve ...'na,

... TL'sinin Harcama Yetkilisi ... ve Gerçekleştirme Görevlisi ...
ile Diğer Sorumlular ... ve ...'na,

... TL'sinin Harcama Yetkilisi ... ve Gerçekleştirme Görevlisi ...
ile Diğer Sorumlular ... ve ...'na,

... TL'sinin Harcama Yetkilisi ... ve Gerçekleştirme Görevlisi ...
ile Diğer Sorumlular ... ve ...'na,

... TL'sinin Harcama Yetkilisi ... ve Gerçekleştirme Görevlisi ...
ile Diğer Sorumlular ... ve ...'e,

... TL'sinin Harcama Yetkilisi ... ve Gerçekleştirme Görevlisi ...
ile Diğer Sorumlular ... ve ...'e,

... TL'sinin Harcama Yetkilisi ... ve Gerçekleştirme Görevlisi ...
ile Diğer Sorumlular ... ve ...'e,

... TL'sinin Harcama Yetkilisi ... ve Gerçekleştirme Görevlisi ...
ile Diğer Sorumlular ... ve ...'e ,

... TL'sinin Harcama Yetkilisi ... ve Gerçekleştirme Görevlisi ...
ile Diğer Sorumlular ... ve ...'e,

... TL'nin Harcama Yetkilisi ... ve Gerçekleştirme Görevlisi ... ile
Diğer Sorumlular ... ve ...'na,

... TL'sinin Harcama Yetkilisi ... ve Gerçekleştirme Görevlisi ...
ile Diğer Sorumlular ... ve ...'na,

... TL'sinin Harcama Yetkilisi ... ve Gerçekleştirme Görevlisi ...
ile Diğer Sorumlular ... ve ...'a,

... TL'sinin Harcama Yetkilisi ... ve Gerçekleştirme Görevlisi ...
ile Diğer Sorumlular ... ve ...'e,

... TL'sinin Harcama Yetkilisi ... ve Gerçekleştirme Görevlisi ...
ile Diğer Sorumlular ... ve ...'e,

... TL'sinin Harcama Yetkilisi ... ve Gerçekleştirme Görevlisi ...
ile Diğer Sorumlular ... ve ...'a,

... TL'sinin Harcama Yetkilisi ... ve Gerçekleştirme Görevlisi ...
ile Diğer Sorumlular ... ve ...'e,

... TL'sinin Harcama Yetkilisi ... ve Gerçekleştirme Görevlisi ...
... 'a,

müştereken ve müteselsilen, 6085 sayılı Sayıştay Kanunu'nun
53'üncü maddesi gereğince hüküm tarihinden itibaren işleyecek
faizleri ile ödettirilmesine ek İlâmın tebliğ tarihinden
itibaren altmış gün içerisinde Sayıştay Temyiz Kurulu nezdinde
temyiz yolu açık olmak üzere oy çokluğuyla karar verildi.

Karşı Oy:

Üye ... ve Üye ...'in karşı oy gerekçesi:

Sayıştay Temyiz Kurulunun ... tarih ve ... tutanak sayılı ilamında; "İlamda da söz konusu işin asıl sözleşmesinde, fazla çalışma yaptırılması ve ücret ödenmesi öngörülmemiştir. Ancak; ... tarih ve ... Sayılı İş Artışı Oluru ile "ihtiyaç duyulan sayıda ilave personelin sözleşme fiyatlarıyla çalıştırılması ve fazla mesai yaptırılması amacıyla taraflar arasında imzalanan sözleşmenin 29 ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 24. Maddesine istinaden, sözleşme bedelinin %20'sine kadar oran dahilinde iş artışı yapılmıştır. Dolayısıyla sözleşme imzalandıktan bir gün sonra olsa da (4735 sayılı Kanunda bu konuda bir süre bulunmamaktadır) söz konusu işte, iş artışı yapılmak suretiyle, bu sözleşme kapsamında fazla çalışma yapılmasına ve fazla çalışma ücreti ödenmesine imkan sağlanmıştır. Her ne kadar birim fiyat teklif cetvelinde fazla çalışma karşılığı yapılacak ödeme belirlenmemişse de, fazla çalışma karşılığı olarak, İş Kanununun 41. Maddesi ikinci fıkrasında öngörülen miktar kadar bir ödeme yapılmıştır. Yani sözleşmeye göre ödenen 1 saatlik ücreti, %50 artırımlı olarak (mevzuat gereği ödenmesi gereken asgari tutar) ödenmiştir. Dolayısıyla bu açıdan da bir sorun yoktur. Bu gerekçelerle birlikte, yasal zorunluluk gereği fazla çalışma ücreti ödenmesinin, alınan bir hizmetin karşılığı olması nedenleriyle, zarar veya kamu zararı olarak değerlendirilmesi de hukuken mümkün değildir.

Ulusal Bayram ve Genel Tatil Ücreti ile ilgili olarak;

"Resmi tatil, dini bayram ve yılbaşı günü yevmiyesi verilecektir. Resmi tatil veya bayram günleri çalışmış olan işçilerin ücretleri bordroda gösterilecek ve sosyal güvenlik primleri buna göre yatırılacaktır. Resmi tatil, dini bayram ve yılbaşı günleri, çalıştırılacak personel ve sayısı ile çalıştırılıp çalıştırılmama hususu idarenin takdirindedir." Şeklinde düzenlenmiştir. İlamda da yer verildiği üzere, Birim Fiyat Teklif Cetvelinde ilk üç grup personel için, Ulusal Bayram ve Genel Tatil Günlerinde toplam 14529 gün çalışma

süresi öngörülmüştür.

4857 sayılı İş Kanunun genel tatil ücreti başlıklı 47.Maddesinde, işçilere; ulusal bayram ve genel tatil (UBGT) günlerinde çalışmazlarsa, bir iş karşılığı olmaksızın o günün ücretleri tam olarak, tatil yapmayarak çalışırlarsa ayrıca çalışılan her gün için bir günlük ücret ödeneceği hükme bağlanmıştır.

İlamda her ne kadar 4, 5 ve 6. Gruptaki personele, sözleşmede UBGT günlerinde çalışma yaptırılmasının düzenlenmediği gerekçesiyle, bu günlerde tatil yapmayıp çalışan personele, bu çalışmaları karşılığı olarak ayrıca ödenen bir günlük yevmiyeleri, kamu zararı olarak değerlendirilmiş ise de İlamda, idari işlemlerin mevzuata aykırılığı üzerinde durulmuş, bu işlemler neticesi bir zararın doğup doğmadığı hususu değerlendirilmeksizin kamu zararına karar verilmiştir. Oysa her mevzuata aykırı olan her işlem neticesi kamu zararı doğmayabilir.

Bu açıdan konuya bakıldığında, UBGT günlerinde çalışma yaptırılıp yaptırılmayacağı, çalıştırılacak personel sayısı ve saatini belirleme yetkisinin idarenin takdirinde olması, sözleşmenin 3 yıllık süresi içinde bu günler için 14529 saat çalışma yaptırılacağına yukarıya alınan teknik şartnamede düzenlenmesi, 4, 5 ve 6.Gruptakilere birim fiyat teklif ekinde UBGT günlerindeki bu çalışmaları için bir ücret belirlemesi yapılmamış ise de, bu gruptan olup UBGT günlerinde çalışan personele, bu çalışmaları karşılığı olarak, birim fiyat teklif cetvelinde teklif edilen aylık ücretinin bir günlüğünün (4857 sayılı İş Kanunu'nun 47. Maddesinde öngörülen tutarın/asgari tutarın) ödenmesi ve bu ödemenin, alınan bir hizmetin karşılığı olarak yapılması nedenleriyle, yapılan bu ödemenin zarar veya kamu zararı olarak değerlendirilmesi hukuken mümkün değildir.

Yukarıda açıklanan yasal gerekçelerle, ... sayılı İlamın ...'nci maddesiyle, ...-TL'ye verilen tazmin hükmünün; 6085 sayılı

Sayıştay Kanunu'nun 55'inci maddesinin 7'nci fıkrası uyarınca, yukarıda belirtilen hususların değerlendirilmesi için BOZULARAK dosyanın ilgili Dairesine TEVDİİNE;" karar verilmiştir.

Sorgu konusu edilen işte fazla çalışma yaptırılması ve buna ilişkin ücret ödemesi öngörülmemekle birlikte, ... tarihli İş artışı ile sözleşme bedelinin %20'si oranında iş artışı gerçekleştirilerek personele fazla mesai yaptırılmasına karar verilmiştir. 4735 sayılı Kanun'da iş artışının sözleşme imzalanmasından ne kadar süre sonra yapılabileceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu çerçevede, sözleşme imzalandıktan yalnızca 1 gün sonra iş artışı verilmesi sebebiyle yapılan işlemin mevzuata aykırı olduğunu savunmak kabul edilebilir değildir.

Birim fiyat cetvelinde fazla çalışma karşılığı yapılacak ödeme belirtilmemişse de, yapılan ödeme 4857 sayılı İş Kanunu'nun 41'inci maddesinin ikinci fıkrasında belirtildiği üzere bir saatlik ücretin %50 artırımlı tutarına eşittir. Ayrıca yapılan ödeme, yasal bir zorunluluğun gereği olarak ve alınan bir hizmet karşılığı gerçekleşmiştir. Söz konusu işçiler belediyede çalışmış ve karşılığında bir hizmet alınmıştır. Anayasamız gereğince kimse angarya usulü çalıştırılamaz. Fazla çalışma yaptırılması karşılığında işçiye ödenmesi gereken fazla çalışma ücretinin sözleşmede bahse konu iş kaleminin birim fiyat teklif cetvelinde yer almadığı gerekçesiyle ödenmemesi durumunda, Belediyenin asıl işveren sıfatıyla ödemelerden sorumlu olacağı açıktır. Bu çerçevede, işçilerin asıl işveren sıfatına haiz olan belediyeden yargısal süreçlerin sonunda fazla çalışma ücretini tahsil edebileceği gerçeğini kabul etmek gerekir.

Sorumluların savunmalarında da görüleceği üzere söz konusu işçilerin çalıştırılması zorunluluktan kaynaklanmaktadır.

Bu itibarla, fazla çalışma karşılığı ödenmesi gereken ücretin yasal bir zorunluluk olması, belediyenin asıl işveren sıfatı

ile söz konusu fazla çalışma ücretlerinden sorumlu olması ve yapılan ödemelerin alınan bir hizmet karşılığında gerçekleşmesi nedeniyle konu hakkında ilişilecek husus bulunmadığına karar verilmesi gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.