

Yüklenici tarafından süresinde bitirilemeyen * işinde sözleşmede belirtilen gecikme cezasının uygulanmaması neticesinde *TL kamu zararına sebebiyet verildiği

5. Daire, 62/291, T. 25.1.2018

Gecikme cezası

Yüklenici tarafından süresinde bitirilemeyen işinde sözleşmede belirtilen gecikme cezasının uygulanmaması neticesindeTL kamu zararına sebebiyet verildiği hususu ile ilgili olarak,

Yapılan incelemede, Belediye Park ve Bahçeler Müdürlüğü tarafından ihalesi gerçekleştirilen veLtd. Şti. yükleniminde kalan “.....İşi” ne ilişkin sözleşmenin 01.12.2014 tarihinde akdedildiği, sözleşmeye göre işin süresinin 180 takvim günü olarak belirlendiği ve işin bitiş tarihinin 29.05.2015 tarihi olarak belirlendiği görülmüştür. Sonrasında işin süresinin, çalışılan yerin fiziki şartlarının, yüklenicinin imalatı gerçekleştirmesine engel olması sebebiyle, 28.05.2015 tarihinde 31.07.2015 tarihine kadar

uzatıldığı ve ayrıca aynı tarihte Belediye Başkanlığı oluru ile 4735 sayılı Kanunun 24 üncü maddesinin (b) fıkrası uyarınca % 20 lik iş artışına karar verildiği; devamında 03.08.2015 tarihinde, yüklenicinin ithalatçı firma ile gerçekleştirmiş olduğu sözleşmenin gereklerinin ithalatçı firma tarafından yerine getirilmemesi ve bu suretle ithali gereken ekipmanların getirilememesi sonucu sürenin 14.09.2015 tarihine kadar uzatıldığı; son olarak 14.09.2015 tarihinde yüklenicinin yeni anlaştığı ithalatçı firmanın çeşitli gerekçelerle teslimatı geciktirmesi sebebiyle işin süresinin 31.1.2015 tarihine kadar uzatıldığı görülmüştür.

Yapım İşleri Genel Şartnamesinin “İşin Süresi ve Sürenin Uzatılması” başlıklı 29 uncu maddesinde;

“(1) İşin, sözleşmesinde belirlenen zamanda tamamlanıp geçici kabule hazır hale getirilmemesi durumunda, gecikilen her gün için sözleşmesinde öngörülen günlük gecikme cezası uygulanır.

(2) Mücbir sebepler nedeniyle süre uzatımı verilebilecek haller aşağıda sayılmıştır:

1. a) Doğal afetler.

1. b) Kanuni grev.

1. c) Genel salgın hastalık.

ç) Kısmi veya genel seferberlik ilanı.

1. d) Gerektiğinde Kamu İhale Kurumu tarafından belirlenecek benzeri diğer haller.

(3) İkinci fıkrada belirtilen hallerin mücbir sebep olarak kabul edilmesi ve Yükleniciye süre uzatımı verilebilmesi için, mücbir sebep olarak kabul edilecek durumun;

1. a) Yüklenicinin kusurundan kaynaklanmamış olması,

1. b) Taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması,

1. c) Yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemesi,

ç) Mücbir sebebin meydana geldiği tarihi izleyen yirmi gün içinde Yüklenicinin İdareye yazılı olarak bildirimde bulunması,

1. d) Yetkili merciler tarafından belgelendirilmesi,

zorunludur.

(4) İdarenin, sözleşmenin ifasına ilişkin yükümlölüklerini Yüklenicinin kusuru olmaksızın yerine getirmemesi (yer teslimi, projelerin onaylanması, iş programının onaylanması, ödenek yetersizliği gibi) ve bu sebeple sorumluluğu Yükleniciye ait olmayan gecikmelerin meydana gelmesi, bu durumun taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması ve Yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemiş olması halinde, işi engelleyici sebeplere ve yapılacak işin niteliğine göre, işin bir kısmına veya tamamına ait süre en az gecikilen süre kadar uzatılır” hükümlerine yer verilmiştir.

Yapım İşleri Genel Şartnamesinde, yükleniciye süre uzatımı verilebilecek haller sınırlı olarak sayılmakla birlikte, söz konusu hallerin mücbir sebep olarak kabul edilebilmesinin şartlarının başında, söz konusu durumun yüklenicinin kusurundan kaynaklanmaması sayılmıştır. İdare tarafından 28.05.2015 tarihinde verilen süre uzatımı kararının, idarenin ön etüd çalışmaları gerçekleştirmek suretiyle fizibilitesini yaptırmasına rağmen, yapım işinin gerçekleştirileceği yerdeki fiziki şartların imalata müsait olmadığı gerekçesi ile yüklenicinin herhangi bir kusuru bulunmaksızın verildiğinden, mevzuata aykırı olmadığı değerlendirilmiştir. Diğer taraftan aynı tarihte idare tarafından % 20’lik iş artışı kararı verildiği ancak söz konusu iş artışının süre uzatımında hesaba katılmadığı görülmüştür. Dolayısıyla, 28.05.2015 tarihinde verilen süre uzatımı kararı ile 31.07.2015 tarihine kadar uzatılan iş süresinin, % 20’lik iş artışı da hesaba katılarak 36 gün daha tehir edilmesi hususunda mevzuata aykırılık görülmemiştir.

Diğer taraftan idarece 03.08.2015 ve 14.09.2015 tarihinde verilen süre uzatımı kararlarına ilişkin sorumlular tarafından ifade edilen mücbir sebeplerin Yapım İşleri Genel Şartnamesi hükümlerine paralellik arz etmediği değerlendirilmiştir. Zira,

yüklenicinin anlaştığı firmanın, yüklenici ile imzaladığı sözleşme hükümlerini yerine getirmemesinin idare tarafından yaptırılacak işin gecikmesine neden olmasında, sorumlularca ifade edildiği üzere yüklenicinin bir kusurunun olup olmasının idareyi bağlayıcı bir yanı bulunmamaktadır.

Yukarıda belirtilen 29 uncu maddenin (1) inci fıkrası doğrultusunda, Belediye ile yüklenici arasında imzalanan sözleşmenin 25 inci maddesinde ““Yüklenicinin sözleşmeye uygun olarak işi süresinde bitirmediği takdirde, gecikilen her gün için sözleşme bedelinin %0,06 (onbinde altı) oranında gecikme cezası uygulanır” ifadesine yer verilmiştir. Sorumlular tarafından yüklenici ile yapılan sözleşmenin feshedilmesi ile yeniden ihaleye çıkılması durumunda, kur farkı dolayısıyla idarenin zarara uğrayacak olması, mevzuata aykırı olarak süre uzatımı kararı verilmesini gerektirmemekle birlikte, süresinde bitirilmeyen iş için mevzuatın öngördüğü cezanın kesilmesi mecburiyetini de ortadan kaldırmamaktadır.

5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 71 inci maddesinde kamu zararı “kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır” şeklinde tanımlanmıştır. Yüklenicinin dolandırılması veya kendi kusurundan kaynaklanmayan bir zarara uğramasının, yukarıda belirtilen mevzuat hükümleri ve yapılan açıklamalar çerçevesinde mevzuatın öngördüğü gecikme cezası uygulanması zorunluluğuna bir etkisi yoktur. Zira gecikme cezası kesilmemesi 5018 sayılı Kanunun 71 inci maddesinde belirtilen “kamu kaynağında artışa engel olunması” anlamına gelmektedir. Burada yüklenici sorumluların ifadesi ile bir kusuru olmaksızın zarar ederken, Devlet de bir kusuru olmaksızın zarar etmektedir.

Bu itibarla, yüklenici tarafından süresinde bitirilemeyen işinde sözleşmede belirtilen gecikme cezasının uygulanmaması konusunda;

28.05.2015 tarihinde verilen süre uzatımı kararı ile % 20 lik iş artışına ilişkin sürenin gecikme cezası kesilmesini gerektirmediği değerlendirildiğinden 99 günlük gecikme cezasına tekabül eden ve kamu zararı oluşmayanTL ile ilgili olarak ilişilecek husus bulunmadığına,

03.08.2015 ve 14.09.2015 tarihinde mevzuata aykırı olarak yüklenici lehine süre uzatımı verilmesi sonucunda, idare tarafından yükleniciden gecikme cezası tahsil edilmemesi neticesinde oluşan ve 117 günlük cezaya tekabül eden TL kamu zararının Harcama Yetkilisi, Gerçekleştirme Görevlisive süre uzatımı kararında imzası olan Diğer Sorumlu (Başkan Yardımcısı)’a müştereken ve müteselsilen 6085 sayılı Sayıştay Kanununun 53 üncü maddesi gereği işleyecek faizleriyle ödettirilmesine, anılan Kanunun 55 inci maddesi uyarınca işbu İlamın tebliğ tarihinden itibaren altmış gün içerisinde Sayıştay Temyiz Kurulu nezdinde temyiz yolu açık olmak üzere oyçokluğuyla karar verildi.

Azınlık Görüşü:

Üye’in karşı oy gerekçesi:

“Yüklenici tarafından süresinde bitirilmeyen iş için idare

tarafından verilen 2 ve 3 üncü süre uzatımı kararının mevzuata aykırı olduğu görüşüne katılınmakla birlikte 1 inci süre uzatımı kararının gerekçesinin Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 30 uncu maddesinde yer alan mücbir sebep hallerinden hiçbirini teşkil etmediği değerlendirilmiştir. Söz konusu iş, daha önceden inşaatı tamamlanmış bir yapının içinde buz pisti ve bowling alanı yapım işidir. Yüklenicinin ihaleye katılmadan önce teklifini hazırlarken, söz konusu yerdeki fiziki şartları da göz önünde bulundurduğunu kabul etmek gerektiğinden, Raporda belirtilen kamu zararının tamamının sorumlulara ödettirilmesine karar verilmesi gerekir”

Üye’in karşı oy gerekçesi:

“İdare tarafından yüklenici lehine verilen 1 inci süre uzatımı kararının mevzuata aykırı olmadığı görüşüne katılınmakla birlikte, 2 ve 3 üncü süre uzatımı kararları ile ilgili olarak, yüklenici tarafından objektif iyiniyet kaidelerine bağlı olarak ithalatçı firma ile sözleşme imzalandığı, ancak ithalatçı firmanın yükleniciyi dolandırdığı görüldüğünden; yükleniciye bir kusur atfedilmesi uygun değildir. Dolayısıyla, Yapım İşleri Şartnamesinin 29 uncu maddesinin (3) üncü fıkrası uyarınca, ortaya çıkan mücbir sebebin yüklenicinin kusurundan kaynaklanmadığı anlaşıldığından, sorumluların beraatine karar verilmesi gerekir”

