

**yüklenici firmanın işi
süresinde bitirmemesine
rağmen sözleşmesinin fesih
edilmemesi ve kesin
teminatının irat
kaydedilmemesi ile oluşan
kamu zararı**

**Yapım İşine ilişkin olarak
yüklenici firmanın işi
süresinde bitirmemesi**

Kamu İdaresi Türü	Belediyeler ve Bağlı İdareler
Yılı	2018
Dairesi	5
Karar No	425
İlam No	151
Tutanak Tarihi	23.7.2020
Kararın Konusu	İhale Mevzuatı ile İlgili Kararlar

Kesin teminat

..... San. ve Tic. A.Ş. yükleniminde olan toplam
TL sözleşme bedelli Spor Kompleksi Yapım İşine
ilişkin olarak yüklenici firmanın işi süresinde bitirmemesine
rağmen sözleşmesinin fesih edilmemesi ve kesin teminatının

irat kaydedilmemesi suretiyle TL kamu zararına sebebiyet verildiği hususu ile ilgili olarak,

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun "İdarenin sözleşmeyi feshetmesi" başlıklı 20 nci maddesinde; "Aşağıda belirtilen hallerde idare sözleşmeyi fesheder:

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 yer almaktadır.

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 ncı madde hükümlerine göre işlem yapılır. Ayrıca, sözleşmenin feshi nedeniyle idarenin uğradığı zarar ve ziyan yükleniciye tazmin ettirilir”

denilmektedir.

Mezkur kanunun “İhalelere katılmaktan yasaklanma” başlıklı 26 ncı maddesinde ise; “25 inci maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar, 4734 sayılı Kanunun 2 nci ve 3 üncü maddeleri ile istisna edilenler dahil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilir. Katılma yasakları, sözleşmeyi uygulayan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunan bakanlık, herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise İçişleri Bakanlığı tarafından verilir.

Haklarında yasaklama kararı verilen tüzel kişilerin şahıs şirketi olması halinde şirket ortaklarının tamamı hakkında, sermaye şirketi olması halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan gerçek veya tüzel kişi ortaklar hakkında birinci fıkra hükmüne göre yasaklama kararı verilir. Haklarında yasaklama kararı verilenlerin gerçek veya tüzel kişi olması durumuna göre; ayrıca bir şahıs şirketinde ortak olmaları halinde bu şahıs şirketi hakkında da, sermaye

şirketinde ortak olmaları halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmaları kaydıyla bu sermaye şirketi hakkında da aynı şekilde yasaklama kararı verilir.

Bu fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilenler, yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar aynı idare tarafından yapılacak ihalelere de iştirak ettirilmezler.

Yasaklama kararları, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen en geç kırk beş gün içinde verilir. Verilen bu karar Resmi Gazetede yayımlanmak üzere en geç on beş gün içinde gönderilir ve yayımı tarihinde yürürlüğe girer. Bu kararlar Kamu İhale Kurumunca izlenerek, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olanlara ilişkin siciller tutulur.

İdareler, 25 inci maddede belirtilen yasaklamayı gerektirir bir durumla karşılaştıkları takdirde, gereğinin yapılması için bu durumu ilgili veya bağlı bulunan bakanlığa bildirmekle yükümlüdür”

hükmü yer almaktadır.

Yukarıda sıralanan maddelerde sözleşmenin uygulanması sırasında sözleşmenin feshedilmesi ve fesih halinde yükleniciler hakkında hangi işlemlerin yapılması gerektiğine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.

Dosya kapsamındaki bilgi ve belgelerin incelenmesi sonucunda;
..... San ve Tic A.Ş. yükleniminde olan Spor Kompleksi işinin yer tesliminin tarihinde yapıldığı ve işin süresinin gün olarak belirlendiği, işin süresi dikkate alındığında iş bitim tarihinin olarak belirlendiği ancak daha sonra tarihinde gün, tarihinde gün ve tarihinde gün süre uzatımı verildiği ve işin süresinin tarihine kadar uzatıldığı, bu süreçte idare tarafından yüklenici firmaya iş programının gerisinde kaldığı ve işi süresinde yetiştiremeyeceğine ilişkin tarih ve

..... sayılı, tarih ve sayılı, tarih ve sayılı yazılarla uyarılarda bulunulduğu, süre uzatımlarının da bitmesinden sonra tarih ve sayılı yazı ile imalatların yavaş ilerlediği, iş programının gerisinde kalındığı ve bu durumun devam etmesi durumunda sözleşmenin fesih edileceğinin yüklenici firmaya bildirildiği, ancak yüklenici firma tarafından işin hala bitirilmediği, tamamlanma yüzdelerini gösteren ve sorumlular tarafından imzalanan tutanaklarla da bu durumun tespit edildiği anlaşılmıştır.

Diğer taraftan sorumlular savunmalarında;

İhale tarihi itibarıyla gün olan işin süresinin, proje revizyonlarından kaynaklı nedenlerle takvim günü uzayarak tarihine güncellendiğini, bu tarih itibarıyla işin sözleşmesinin 25 inci maddesi gereğince, gecikilen her gün için işin sözleşme bedelinin %0,06'sı (onbindealtı) oranında ceza uygulanarak çalışılmaya devam edildiğini,

Yapım İşleri Genel Şartnamesinin, Sözleşmenin feshi ve tasfiye durumları konulu 47 nci maddesinin (2) Bendi a) fıkrasında; "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," hükmünün bulunduğunu, bu doğrultuda fesih öncesinde en az on gün süreli ihtar şartı verilmiş olmakla beraber, gecikme cezası uygulanarak devam eden işlerde, ceza süresine dair üst sınır verilmediğini,

18.01.2019 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 7161 sayılı Vergi Kanunları İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 32 nci maddesi ile 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanuna Geçici 4 üncü madde eklendiğini, bu düzenlemeyle yaşanan

olağanüstü ekonomik gelişmeler gözetilerek, bir defaya mahsus uygulamaya konulan tasfiye ve süre uzatımı seçeneklerinin, konu ile ilgili idarelerince verilmiş kararı destekler nitelikte olduğunu, anılan kararname kapsamında yapılmış olan süre uzatımı talebinin, ilgili komisyonlarca incelenerek olumlu neticelendirilmesi, işe devam noktasında idarelerince alınan kararın doğruluğunu destekler nitelikte olduğunu,

Yüklenicinin süre uzatımı talebi ve Hazine ve Maliye Bakanlığının uygun görüşleri ile işin süresine takvim günü eklendiğini, iş bitim tarihinin olarak güncellendiğini, bu tarih itibariyle işe, günlük gecikme cezası uygulanarak devam edildiğini,

Bahse konu iş için “fesih” seçeneğinin, işin tamamlanması için herhangi bir sebep kalmaması durumunda mevcut zararı minimize etme yönünde uygulanması gereken bir yürütme kararı olduğunu, fesih seçeneği uygulandığında, mevcut işin tamamlanması için yeni bir ihale sürecinin yenilenen maliyetlerle başlatılması gerektiğini, böylece işin tamamlanması için gerekli kamu kaynağı harcamasının artacağına öngörüldüğünü, nitekim söz konusu artış için yapılan hesaplamalar neticesinde, işin 2019 yılı içerisinde kalan miktarları üzerinden yapılacak yeni ihalenin, mevcut ihaleye göre % 40 ile % 70 arasında bir miktarda, ilave kamu kaynağı harcamasına sebep olacağına öngörüldüğünü, bu sebeple fesih seçeneğinin, kamu yararı gözetme noktasında uygulanacak bir seçenek olarak düşünülmendiğini, yapılan hesaplamalarda işe ait 11 ara hakediş ödemesi yapıldığını, 11 inci hakediş itibariyle (.....) hakedişe esas nakdi gerçekleşme oranının %60,5686 olduğunu, tahakkuka bağlanan 11 inci hakediş itibariyle; sözleşme Fiyatı İle Yapılan İş/Hizmet Tutarının; TL, toplam gecikme cezasına esas gün sayısının; gün (.....), toplam gecikme cezasının; TL olduğunu,

Temmuz 2017 tarihinde yapılmış ihalenin, 2019 Ocak tarihine güncellenmesi amacıyla iki ayrı çalışmanın sunulduğunu, bunlardan ilkinin Devlet İstatistik Enstitüsünce yayınlanan

“aylık toptan eşya fiyat endeksi” kullanılarak, diğerinin ise Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca her yıl yayınlanan “Birim Fiyatlar” kullanılarak hazırlandığını, ilk güncelleme çalışması sonucunda, ihalenin yenilenmesi halinde bütçelerine TL ve ikinci güncelleme çalışması sonucunda, ihalenin yenilenmesi halinde bütçelerine; TL ilave ödeme kaleminin doğacağıının hesaplandığını, sonuç olarak işin feshedilerek 2019 yılı maliyetleriyle çok daha yüksek bedeller ödenerek ve ucu açık belirsizliklerle dolu yeni bir ihale açma seçeneği ve yüksek kamu zararı oluşturma riski nedeniyle, işin gecikmeli olarak devam etmesine yönelik idari yürütme kararı alındığını,

Yapım İşleri Genel Şartnamesinin, Sözleşmenin feshi ve tasfiye durumları konulu 47 nci maddesinin (2) bendi a) fıkrası; “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,” hükmü gereği günlük gecikme cezası uygulanarak işe devam edilmesi halinde uygulanacak bir üst sınır verilmediğinden fesih kararının verilmediğini ve kamu zararına yol açacak bir işlem tesis etmediklerini ifade etmişlerdir.

Kamu zararı kavramı, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu’nun 71 inci maddesinde “kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem ve eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır.”

şeklinde tanımlanmıştır.

Aynı madde uyarınca, “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,

g) Mevzuatında öngörülmediği halde ödeme yapılması,

... esas alınır.”

denilmektedir.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nun “İdarenin sözleşmeyi feshetmesi” başlıklı 20 nci maddesi, “Sözleşmenin feshine ilişkin düzenlemeler” başlıklı 22 nci maddesi ve “İhalelere katılmaktan yasaklanma” başlıklı 26 ıncı maddesine ilişkin hükümlerin uygulanması için San. ve Tic. A.Ş. yüklenimindeSpor Kompleksi Yapım İşine ilişkin sözleşmenin fesih edilmesi gerekmektedir. Nitekim gerek denetçi raporu gerekse sorumluların yapmış oldukları savunmalardan mezkur işe ilişkin sözleşmenin fesh edilmediği, işin ceza uygulanmak suretiyle devam ettirildiği ve bu kapsamda 5018 sayılı Kanunun 71 inci maddesi doğrultusunda da kamu zararının oluşmadığı anlaşılmıştır.

Bu itibarla, San. ve Tic. A.Ş. yükleniminde olan toplam TL sözleşme bedelli Spor Kompleksi Yapım İşine ilişkin olarak yüklenici firmanın işi süresinde bitirmemesine rağmen sözleşmesinin fesih edilmemesi ve kesin teminatının irat kaydedilmemesi hususu ile ilgili olarak gerek mezkur sözleşmenin feshedilmemesi ve sorumlular tarafından yapılan savunmalara itibar edilmesi, gerekse 5018 sayılı Kanunun 71 inci maddesi kapsamında kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmadığı anlaşıldığından;

konuyla ilgili olarak idari soruşturma açılması için bakanlığına yazılmasına gerek olmadığına ve kamu zararı oluşmayan TL ile ilgili olarak ilişilecek husus bulunmadığına,

6085 sayılı Sayıştay Kanununun 55 inci maddesi uyarınca işbu İlamın tebliğ tarihinden itibaren altmış gün içerisinde Sayıştay Temyiz Kurulu nezdinde temyiz yolu açık olmak üzere oybirliğiyle,

karar verildi.