

TEMYİZ KURULU KARARI

Tarih : 04.06.2013

No : 37310

Anahtar teknik personel olarak gösterilen kişinin aynı zamanda işyerinde bulundurulması zorunlu teknik personel olarak görevlendirilmesinin mümkün olmadığı hk.

467 sayılı ilamın 3. maddesiyle tarafından firmasına ihale edilen İnşaatı işinde, anahtar teknik personel olarak gösterilen kişinin aynı zamanda işyerinde bulundurulması zorunlu teknik personel olarak da gösterildiği gerekçesiyle TL'ye tazmin hükmü verilmiştir.

Dilekçiler dilekçelerinde özetle;

Anahtar teknik personel olarak atanan kişinin zorunlu teknik personel olarak da atanamayacağının doğru olduğu,

Ancak işe ait ihale kararı tarihinde olan ve büyük hasarlara yol açan sel nedeniyle, ilgili Bakanlar ve Valiliği tarafından oluşturulmuş kriz masasında acilen uygulanması amacıyla verildiğini, sele maruz kalan cadde dar olup etrafında ve bünyesinde yoğun yerleşim ve alt yapı tesisleri (içme suyu, kanalizasyon, yağmursuyu, elektrik, doğalgaz ve PTT hatları) barındırdığını,

Projesi gereği geniş ve derin kazılar gerektiren çalışmalar sırasında oluşacak göçüklerle çevre binaların çökme tehlikesi, yerine konan 13-14 tonluk prefabrik menfezlerin montajı sırasında olası bir iş kazası gibi büyük riskler taşıyan, hassas ve özel deneyim gerektiren çalışmalar sırasında, hem firma sahibi olarak hem de deneyimlerinden sahada istifade ettiğimiz teknik eleman olarak işi yürütmesinde vicdanen ve herhangi bir kaza sonucu doğabilecek kanuni sorumlulukları paylaşmak açısından, bir sakınca görmediklerini belirterek tazmin hükmünün kaldırılmasını istemişlerdir.

Savcılık Daire kararının onanması yönünde görüş bildirmiştir.

Kamu İhale Kanunu'nun İhaleye Katılımda Yeterlilik Kuralları başlıklı 10. maddesinin (b) fıkrasına göre, isteklinin, ihale konusu işi yerine getirmek için yeterli sayıda ve nitelikte yönetici ve teknik personel istihdam etmesi gerekmektedir. Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin 41. maddesinde bu personelin nasıl tevsik edileceği düzenlenmiş, ayrıca, idarenin ihale dokümanında istediği "teknik personel taahhünamesinin" bu kapsamda değerlendirilemeyeceği, yani anahtar teknik personelin aynı zamanda teknik personel olarak ihale konusu işte istihdam edilemeyeceği de hüküm altına alınmıştır. İhale konusu işte çalıştırılması öngörülen teknik personelin nitelik ve sayısı ilan ve ihale dokümanında belirtilir. Bu aşamada teknik personel taahhünamesi verilmesi yeterlidir. İhale üzerinde kalan istekli,

teknik personelle ilgili idarece istenen tevsik edici belgeleri beş gün içinde idareye vermekle yükümlüdür. Bu hükümlerle isteklilerin hem ihale aşamasında hem de işin gerçekleştirilmesi aşamasında gereken niteliklere sahip olması amaçlanmaktadır.

Sözleşmenin 24. maddesinde de, teknik personelin işyerinde devamlı olarak bulundurulması, bulundurulmayan teknik personel için de günlük öngörülen cezanın kesilmesi hüküm altına alınmıştır.

Anahtar teknik personelin teknik personel olarak görevlendirilmesi Yapım İşleri Uygulama Yönetmeliğinin 41. maddesi ve işe ait idari şartnamenin 7. maddesinde yasaklanmıştır.

Açıklanan nedenlerle 467 sayılı ilamın 3. maddesi ile verilen TL tazmin hükmünün TASDİKİNE,

TEMYİZ KURULU KARARI

Tarih : 28.05.2013
No : 37250

Devlet mallarının sigorta edilmemesi esas olduğundan ve kasa sigortası ve veznedarlara ilişkin suistimal sigortaları zorunlu sigortalar kapsamında yer almadığından, bu bedellerin kurum bütçesinden ödenmesinin mümkün olmadığı hk.

1123 sayılı ilamın 2'nci maddesinde, kurum bünyesinde bulunan 40 adet kasa ile 45 veznedarın "Hırsızlık gasp ve emniyeti suistimal sigortalarına" ilişkin giderlerin Genel Müdürlüğü bütçesinden ödenmesi nedeniyle toplam TL'ye tazmin hükmolünmüştür.

Dilekçi dilekçesinde, 2560 sayılı İSKİ Kanunu'nun 1. maddesinde, İSKİ' nin ve dolayısıyla 'nin Büyükşehir Belediyesine bağlı müstakil bütçeli ve kamu tüzel kişiliğini haiz bir kuruluş olduğu belirtilmiş olup, madde metninde "resmi kuruluştur" deyiimi geçmediğini, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 13.07.2005 gün ve E.2005/13-414, K.2005/464 sayılı ilamında "..... Genel Müdürlüğü'nün genel, katma veya özel bütçelerle idare edilen dairelerden olmadığı, başka bir deyimle nin hukuksal statüsünün diğer resmi dairelerden farklı olduğu"nun hüküm altına alındığını,

.... Genel Müdürlüğü'nün bütçesi ve görevlerinin 2560 sayılı Kanun'da gösterilmiş olup, belediye niteliğinde veya belediye kanuna tabi bir kuruluş olmadığını, dolayısıyla belediye mevzuatında açıkça belirtilen hususlar dışında Genel Müdürlüğü hakkında bu mevzuat hükümleri uygulanmadığını, diğer taraftan sorguda atfı yapılan Mülga 7397 sayılı Sigorta Murakabe Kanunu'nun 29. maddesinde yurt dışında yaptırılabilir sigortalar ve zorunlu sigortalar başlığı altında kamu menfaati açısından gerekli görüldüğü hallerde belli branşlarda Bakanlar Kurulunca sigorta ihdas etme ve buna ilişkin tarifleri belirleme yetkisini içermekte olup ilgili maddenin konuluş amacı kamu menfaatinin ağırlıklı olduğu alanlarda sigorta mevzuatının kamu yararı açısından eksik kalmış düzenleme boşluklarını ve bu boşluklardan doğacak kamu zararını gidermeyi amaçladığını, dolayısıyla madde metninden ilgili Kanun'un (29. maddesinin) konuluş amacından yola çıkıldığında kasa sigortasının Bakanlar Kurulu Kararıyla ihdas edilmesi zorunlu sigortalar kapsamında ve 29. madde içeriğine aykırı olduğu şeklinde bir yorum çıkarılmasının hukuken mümkün olmadığını, aksinin kabulünün kamu tüzel kişilerinin ve kamu görevi gören tüm birimlerin yaptırmış olduğu mal ve teminat sigorta giderlerinin zikredilen madde kapsamında yer almadığı gerekçesiyle kamu zararı olarak kabulü sonucunu doğuracağını, söz konusu sigortanın ihtiyari sigorta olarak kabulü durumunda sigortalama amacının dışarıdan gelebilecek risklere ve muhtemel suistimal olasılıklarına karşı ihdas edilmiş olduğunu ve bununla kamu yararı gözetildiğini, Kurumun sigorta ettirilen kasalarındaki günlük tahsilât miktarı ve sigorta ettirilen riskin ödenen ve sorguya konu olan sigorta

primine nazaran kıyaslanamayacak derecede yüksek olduğu göz önüne alındığında sigorta yaptırılmasında çok büyük bir kamu menfaatinin olduğunu belirterek tazmin hükmünün kaldırılmasını talep etmektedir.

Sayıştay Savcılığı, "... Genel Müdürlüğü Büyükşehir Belediyesine bağlı bir kamu kuruluşudur. Devlette ana kural kamu mallarının sigorta ettirilmemesidir. Aksi takdirde çok büyük mal varlığına sahip olan Devlet aşırı tutarda sigorta ücreti ödemek zorunda kalır. Kaldı ki kasa ile ilgili işlemleri yapan kamu görevlilerinin üstlenmiş oldukları sorumluluk sigorta ile teminat altına alınan hususları da kapsamaktadır. Görev esnasında meydana gelecek zararı sorumluluk kusurları oranında tazmin etmek mecburiyetindedirler. Sigorta yapılması halinde meydana gelecek zarar ikinci kez teminat altına alınmış olmaktadır. Bu durumda ödenecek olan sigorta ücreti kamu kaynağından eksilmeye neden olacaktır. Bu bakımdan temyiz itirazlarının reddi ile Daire Kararının onanmasına karar verilmesi uygun olur" şeklinde görüş bildirmiştir.

5393sayılı Belediye Kanunu'nun 60. maddesinin (h) bendinde "faiz, borçlanmaya ilişkin diğer ödemeler ile sigorta giderleri" denilerek sigorta giderleri, belediyenin giderleri arasında sayılmıştır. Ancak burada ifade edilen sigorta giderleri mevzuatın izin verdiği sigorta giderlerini kapsamaktadır. İl özel idaresi, belediye, bağlı idare ve mahalli idare birliklerinin bütçe ve muhasebe kayıt ve işlemlerini kapsayan Mahalli İdareler Bütçe ve Muhasebe Yönetmeliği 10.03.2006 tarih ve 26104 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak 01.01.2006 tarihinden geçerli olmak üzere yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir. Söz konusu yönetmeliğin "Hüküm Bulunmayan Haller" başlıklı 464. maddesinde; "Bütçeye ilişkin olarak bu Yönetmelikte hüküm bulunmayan ve ihtiyaç duyulan hallerde, Maliye Bakanlığınca Genel Bütçe için yapılan düzenlemeler esas alınır." denilmektedir. Buradan hareketle 2006 yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanununa bakıldığında Bütçe Kanununa bağlı (E) cetvelinin 26. sırasında;

"Bütçelerin diğer tertiplerinin esas giderlerine ilişkin olarak ödenen sigorta giderleri dışında Devlet mallarının sigorta edilmemesi esastır. Ancak;

a) Yanıcı, patlayıcı maddeler, gemi, uçak ve ilaç depolama yerlerinin sigorta giderleri,

b) Dış ülkelerdeki Devlete ait temsilcilik binaları ile Devlete ait eşyanın ve kira ile tutulan bina için yapılan kontratta sigorta zorunluluğu varsa kiralık binanın, Türk mülkiyetinde olan veya kira ile tutulan yerlerde organizatör şirket tarafından sigorta zorunluluğu konulmuşsa söz konusu yerlerin sigorta giderleri,

c) Sağlık Bakanlığına ait 112 acil ambulanslarının kasko sigortası ile dış kuruluşlarla ilgili olarak taşıt sigortası (misyon şefinin uygun gördüğü hallerde tam kasko) giderleri,

d) Belgelerine göre ayrılması mümkün olmayan sigorta ve navlun giderleri, bütçelerin ilgili tertiplerinden ödenir." hükmüne yer verildiği görülmektedir.

Buna göre, Merkezi Yönetim kapsamındaki idarelere ait devlet mallarının bazı istisnalar hariç ilke olarak sigorta ettirilmemesi esası benimsenmiştir.

.... Genel Müdürlüğü ... Büyükşehir Belediyesine bağlı müstakil bütçeli bir kamu kuruluşu mahiyetini haiz olduğundan sahip olduğu malları da “Devlet Malı” niteliğindedir. Nitekim bu husus 2560 sayılı Kanun’un 27 nci maddesinde de “ İSKİ’ye ait taşınır ve taşınmaz mallar Devlet malı sayılır....”denilerek açıkça belirtilmiştir.

Diğer yandan, 7397 sayılı (Mülga) Sigorta Murakabe Kanunu’nun “Yurtdışında Yaptırılabilecek Sigortalar ve Zorunlu Sigortalar” başlıklı 29’uncu maddesi hükmüne göre; Bakanlar Kurulu kamu yararı açısından zorunlu sorumluluk sigortaları ihdas edebilir ve bu sigortaların tarife ve talimatlarını tespit etmeye yetkilidir.” hükmüne göre; gerek kasa sigortası gerekse veznedarlara ilişkin suiistimal sigortalarının zorunlu sigortalar kapsamına alındığına ilişkin Bakanlar Kurulu Kararı da mevcut değildir.

Dilekçiler taraftan, sigortalama amacının dışarıdan gelebilecek risklere ve muhtemel suistimal olasılıklarına karşı ihdas edilmiş olduğu belirtilmekte ise de, kamu görevlileri üstlenmiş oldukları yetki ve görev sorumluluğu kapsamında sigorta ile teminat altına alınan hususları görevlerini ifa ederken yerine getirmekle zaten yükümlü bulunduklarından, ortaya çıkabilecek olan zararların, 657 sayılı Kanun 12’nci maddesine göre sorumluluk ilkesi gereği kusurlu olduğu tespit edilen personel tarafından tazmin edilmesi gerekmektedir.

Bütün bu nedenlerle, 40 (kırk) adet kasa ile 45 (kırk beş) veznedarın hırsızlık gasp ve emniyeti suistimal sigortalarına ait giderlerin yukarıda belirtilen mevzuat hükümlerine aykırı olarak kurum bütçesinden ödenmesi mümkün olmadığından, dilekçilerin iddialarının reddi ile 1123 sayılı ilamın 2’nci maddesi ile toplamTL’ye ilişkin tazmin hükmünün TASDİKİNE,

TEMYİZ KURULU KARARI

Tarih : 30.04.2013

No : 37082

Mahalli perakende azami satış fiyatı veya ücret tarifeleri düzenlenmeyen mallar için şartname ve sözleşmelere fiyat farkı ödeneceğine dair hüküm konularak fiyat farkı ödenmesinin mümkün olmadığı hk.

1352 sayılı ilamın 1. maddesi ile yüklenimindeki “Ekmek İmalinde Kullanılmak Üzere Un Ve Kepek Unu Alımı İşi” kapsamında satın alınan un için fiyat farkı ödenmesi nedeniyleTL’ye tazmin hükmü verilmiştir.

Dilekçi dilekçesinde özetle;

Alım konusu ürünlerin serbest piyasa koşullarındaki ekonomik dalgalanmalar ve mevsimsel yağış rejimlerinin, özellikle alımların gerçekleştiği yıl ve öncesindeki yaklaşık 5 yıllık dönemde düzensizleşmesi ve küresel ısınma gibi faktörler nedeniyle buğday rekoltelelerinde ve tarımsal ürünlere dayalı olarak şekillenen süt hammaddesi üretici fiyatlarında, ekseriyetle yükseliş eğilimli istikrarsızlıklara neden olduğunu, bu serbest piyasa koşullarında, 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu hükümleri çerçevesinde gerçekleştirilen ve fiyat farkı öngörülme ihalelerde, rekabet ortamını sağlayacak katılımların oluşmadığını, hatta hiç katılımın sağlanamadığının görüldüğünü, katılımın gerçekleştiği durumlarda ise idarece belirlenen yaklaşık maliyetin üzerinde, hatta yıllık enflasyon öngörülerinin üzerinde teklif fiyatlarıyla karşılaşıldığını, katılımcı olabilecek kişilerin, yılın tamamını kapsayan sabit fiyat teklif etmede kendilerini risk içerisinde gördüklerini ifade ettiklerini,

İdarece karşılaşılan bu zor durumun sadece ilam konusu ürünlere ait olmayıp, neredeyse fiyat farkı öngörülemeyecek, yıl içerisinde parça parça teslimi öngörülen ve bir bütün içerisinde ihale edilen tüm mal alımlarında da görüldüğünü, (Örn. İnşaat demiri, hazır beton, LPG, çimento, gıda grubu yağlar, çay, şeker v.b.)

Fiyat farkı verilmesinin yasal olarak mümkün olduğu alımların uygulamalarında ise hem ihaleye katılımın sağlandığını ve beraberinde rekabetin oluştuğunu, verilen tekliflerde de yaklaşık maliyet ve piyasa rayıçlarının altında teklifler verildiğinin görüldüğünü, bu durumunun kamu yararı sağladığını düşündüklerini, hizmetin sürdürülebilirliği ve kamu yararının gözetilerek uygulamanın gerçekleştirildiğini,

Anılan açıklamalar çerçevesinde 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu hükümlerince adına fiyat farkı düzenlenebilecek ürünlerin sadece petrol ürünü ya da 507 Sayılı Esnaf ve Küçük Sanatkarlar Kanununa tabi esnaf ve sanatkarlarca üretilmiş ve adına fiyat tarifi düzenlenmiş mallarla sınırlı bırakılmasının uygulamada kamu görevlilerini zor durumda bıraktığını belirterek verilen tazmin hükmünün kaldırılmasını istemiştir.

Sayıştay Savcılığı daire kararının onanması yönünde görüş bildirmiştir.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 8. maddesinde sözleşme türlerine göre fiyat farkı verilebilmesine ilişkin esas ve usulleri tespiti Kamu İhale Kurumunun teklifi üzerine Bakanlar Kurulunun yetkili olduğu belirtilmiştir.

Bu çerçevede düzenlenen "4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na Göre İhalesi Yapılacak Olan Mal Alımlarına İlişkin Fiyat Farkı Hesabında Uygulanacak Esaslar"ın 4 üncü maddesinde,

"4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında yapılan mal alım ihalelerinde fiyat farkı uygulanabilmesi için, söz konusu işlerin ihalelerine ilişkin idari şartname ve sözleşmelerde, bu Esaslara göre fiyat farkı hesaplanacağına belirtilmiş olması gerekir."

Aynı Esasların "Kapsam" başlıklı 2 nci maddesinde,

"4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na tabi idarelerin, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na göre sözleşmeye bağladıkları petrol ürünleri ile 507 sayılı Esnaf ve Küçük Sanatkarlar Kanunu'na tabi esnaf ve sanatkarlarca üretilen malların alımlarına ait götürü bedel sözleşmeleri ile birim fiyat sözleşmelerinde uygulanacak fiyat farkı hesabına ait işlemler, bu Esaslara göre yürütülür." denilmiş,

6 ncı maddesinin (f) bendinde de,

"Mahalli perakende azami satış fiyatı veya ücret tarifeleri düzenlenmeyen mallar için şartname ve sözleşmelere fiyat farkı ödeneceğine dair hüküm konulamaz." hükmüne yer verilmiştir.

İhalede kullanılan Tıp Sözleşmenin 15.2. maddesi ile ilgili 26 nolu dip notta da;

"İdari Şartnamede fiyat farkının öngörüldüğü durumlarda ise, bu maddeye yürürlükteki fiyat farkı esaslarına göre fiyat farkı hesaplanacağı belirtilerek ilgili fiyat farkı esasları yazılacaktır. Fiyat farkı ödenmesi veya kesilmesinde, fiyat farkı ödenmesi mümkün olan malların fiyat farkı hesabında yürürlükteki Fiyat Farkı Hesabında Uygulanacak Esaslar çerçevesinde dayanak olarak alınan değerlere ilişkin belgelerin veya ücret tarifelerini gösteren ve yüklenici tarafından yetkili kurumlardan alınan belgelerin yine yüklenici tarafından idareye sunulması zorunludur." denilmektedir.

Yani alınan bir mala fiyat farkı verilebilmesi için bu malın:

-Petrol ürünü ya da 507 sayılı Esnaf ve Küçük Sanatkarlar Kanununa tabi esnaf ve sanatkarlarca üretilen bir mal olması,

-İdari şartname ve sözleşmelerde, bu Esaslara göre fiyat farkı hesaplanacağına belirtilmiş olması gerekir.

Ancak satın almaya konu olan un, bu kapsamda fiyat farkı verilebilecek bir mal değildir.

Ayrıca, ihaleye ilişkin şartname ve sözleşmede sadece “Bu iş için fiyat farkı verilecektir.” ifadesine yer verildiği, Esaslara bir atıf yapılmadığı, yetkili kurumlarca onaylı ücret tarifelerine de yer verilmediği görülmektedir.

Dilekçi dilekçesinde; fiyat farkı öngörülmediği durumlarda ihalelerde rekabet ortamını sağlayacak katılımların olmadığını, katılımın sağlandığı hallerde ise yaklaşık maliyetin üzerinde hatta yıllık enflasyon öngörülerinin üzerinde teklif fiyatlarıyla karşılaşıldığını belirtmiş olsa da, perakende azami satış fiyatı veya ücret tarifeleri düzenlenmeyen mallar için şartname ve sözleşmelere fiyat farkı ödeneceğine dair bir hüküm konulması ve bu ürünlere fiyat farkı ödenmesi mümkün değildir.

Bu itibarla dilekçi iddialarının reddedilerek 1352 sayılı İlam’ın 1. maddesi ile verilen tazmin hükmünün TASDİKİNE,

Karar verildi.