

SAYIŞTAY KARARLARI

- Temyiz Kurulu Kararları
- Daireler Kurulu Kararları

TEMYİZ KURULU KARARI

Tarih : 26.4.2004
No : 27074

9 0/1216 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı kapsamına girmeyen Bilgisayar Veri İşleme Ve Müşavirlik Hizmetlerine İlişkin olarak düzenlenen sözleşme ve şartnamelere, asgari ücret artışı nedeniyle meydana gelecek eski ve yeni asgari saat ücretleri arasındaki fark ile bu farktan doğan ve işverence karşılanması gereken sosyal sigortalar primlerinin ödenmesi hususunda hüküm konulmasının mümkün olmadığı hakkında...

Dosyada mevcut belgelerin okunup incelenmesinden sonra gereği görüldü;

“585 sayılı ilamın 2. maddesinde, Üniversitesi Vakfı İşletmesine TL bedelle ihale edilen Bilgisayar Veri İşlem ve Müşavirlik Hizmet Alımı İşine ilişkin fiyat farkı ödendiği gerekçesiyle TL’na tazmin hükmü verilmiştir.

Dilekçi dilekçesinde, sözleşmenin Sayıştay tarafından tescil edildiğini, şartnamedeki hükme istinaden fiyat farkı ödendiğini ve bunun iş kanunu gereğince işverenin yükümlülüğü olduğunu ifade etmektedir.

2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 7. maddesinde, ihale konusu işlerin her türlü özelliğini belirten şartname ve varsa eklerinin idarelerce hazırlanacağı ve bu şartnamelerde, işin mahiyetine göre konulacak özel ve teknik şartların gösterilmesinin zorunlu olduğu belirtilmiştir.

Aynı kanunun 8. maddesinde de, tip şartnamelerin genel ve ortak esaslarını belirlemeye ve şartnamelere konulacak hususlarla bunlar dışındaki genel esasları belirlemeye Bakanlar Kurulunun yetkili olduğu ifade edilmiştir.

Bakanlar Kurulu bu yetkisine istinaden 28.11.1990 tarih ve 90/1216 sayılı (Devlet İhale Kanunu kapsamına giren idarelerin inşaat ve imalat işlerine dair fiyat farkı kararlameleri dışında kalan işlerine ait şartname ve sözleşmelere fiyat farkı ile ilgili hükümler eklenmesi hakkındaki) Kararı yayımlamıştır. Söz konusu Bakanlar Kurulu Kararının 1. maddesinin (c) fıkrasında aynen; “Yardımcı hizmetler sınıfı personel tarafından yerine getirilmesi gereken hizmet yerlerinin ve tedavi kurumlarının temizlenmesi işleri ile ilgili şartname ve sözleşmelerde, çalıştırılacak Sosyal Sigortalar Kanununa tabi personel sayısı ve günlük çalışma

saatinin belirlenmesi kaydıyla, asgari ücret tespit komisyonlarınca ihalenin yapıldığı tarihte mevcut olan asgari ücretin artırılması halinde eski ve yeni asgari saat ücretleri arasındaki fark ayrıca bu farktan doğan ve işverence karşılanması gereken sosyal sigortalar primleri ve tasarrufu teşvik kesintisinde meydana gelecek artış farkının ödenmesi hususlarında hüküm konulabilir .” denilmektedir.

Bu hükme göre, fiyat farkı ödenebilmesi, üç koşulun birlikte gerçekleşmesi şartına bağlıdır.

a) Taahhüt konusunun yardımcı hizmetler sınıfı personel tarafından yerine getirilmesi gereken hizmet yerlerinin ve tedavi kurumlarının temizlenmesi işi olması.

b) Asgari ücret tespit komisyonlarınca asgari ücretin artırılmış olması.

c) Şartname ve sözleşmelere asgari ücret artışı nedeniyle meydana gelecek eski ve yeni asgari ücretleri arasındaki fark ile bu farktan doğan ve işverence karşılanması gereken sosyal sigortalar primlerinin ödenmesi hususlarında hüküm konulmuş olması.

Ayrıca, Bakanlar Kurulunca 2886 sayılı Kanununun 8. maddesine istinaden hazırlanan ve 84/7958 sayılı Kararname eki olarak 27.5.1984 tarih ve 18413 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan “2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu Kapsamındaki İdarelerin Her Türlü Alım İhalelerinde Uygulayacakları Genel ve Ortak Esasları Belirleyen Eksiltme Tip Şartnamesi”nin 14. maddesinde de, müteahhidin gerek esas taahhüt süresi içinde gerekse mücbir sebeplerden dolayı uzatılan süre içinde taahhüdün tamamen ifasına kadar vergi artışları veya yeni vergi ve resimler konulması, fiyatların yükselmesi, taşıma ve işçi ücretlerinin artması ve sair sebeplere dayanarak fazla para verilmesi isteğinde bulunamayacağı, ancak gerekli görülen hallerde, yürürlükte bulunan Bakanlar Kurulu Kararnamesi esaslarına göre ve kararname kapsamındaki işler için fiyat farkı verilecekse, şartnamenin bu maddesinde gösterileceği belirtilmiştir.

Bu düzenlemelere göre, yalnızca temizlik işleri ile ilgili şartname ve sözleşmelere asgari ücret artışı nedeniyle meydana gelecek eski ve yeni asgari saat ücretleri arasındaki fark ile bu farktan doğan ve işverence karşılanması gereken sosyal sigortalar primlerinin ödenmesi hususlarında hüküm konulabilecek, şartname ve sözleşmelerde bu hüküm bulunmak kaydıyla asgari ücret artış farkı ile bu farktan doğan sosyal sigorta primleri müteahhide ödenebilecektir.

Bu nedenle, 90/1216 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı kapsamına girmeyen Bilgisayar Veri İşleme ve Müşavirlik Hizmetlerine ilişkin olarak düzenlenen

Temyiz Kurulu Kararı

sözleşme ve şartnamelere bu yönden hüküm konulamaz ve buna istinaden ödeme yapılamaz.

Yukarıda ifade edilen gerekçelerle, 585 sayılı ilamın 2. maddesiyle verilen toplam liraya ilişkin tazmin hükmünün tasdikine;
26.04.2004 tarihinde karar verildi.

TEMYİZ KURULU KARARI

Tarih : 21.06.2004

No : 27219

Belediye meclis üyelerine olağan ve olağanüstü toplantılar ile bu toplantıların yapıldığı sürelerdeki encümen ve komisyon çalışmaları için huzur hakkı verilmesi gerekmekte olup, azami toplantı süresi dikkate alınmadan huzur ücretinin yıl boyunca verilmesinin mümkün olmadığı hakkında...

Dosyada mevcut belgelerin okunup incelenmesinden sonra gereği görüldü;

“1194 sayılı ilamın 1. maddesinde, Belediyesi meclis üyelerine huzur hakkı verilirken, azami toplantı süreleri dikkate alınmayarak yıl boyunca verildiği gerekçesiyle TL’na tazmin hükmü verilmiştir.

Dilekçi dilekçesinde; komisyonların bir yılığına meclisten seçildiğine göre çalışma sürelerinin de bir yıl olup, bu süre zarfında fiilen toplanılan her gün için huzur ücreti ödenebileceğini ifade etmektedir.

1580 sayılı Belediye Kanununun “Meclisin adi ve olağanüstü toplantısı” başlıklı 54. maddesinde (Değişik: 29/4/1946-4878/13 md.); “Meclisin adi toplantısı Ekim, Şubat, ve Haziran ayları başlarında olmak üzere yılda üç defadır.

Bütçe görüşmesine rastlayan toplantı süresi en çok 30 gün olup, diğer toplantıların süresi en çok 15 gündür. Bu sürelerden önce iş bitmezse vali 15 günü aşmamak üzere görüşme sürelerini uzatarak sebeplerini İçişleri Bakanlığına bildirir. Önemli ve acele bir iş çıkarsa belediye başkanının yazılı çağrısı veya üyeden üçte birinin gerekçeli teklifi veyahut valinin doğrudan doğruya çağırması üzerine meclisler olağanüstü toplanırlar. Olağanüstü toplantılarda çağrıyı gerektiren konudan başka bir iş görüşülemez.” denilmektedir.

Aynı Kanunun 62. maddesinde; “Belediye meclisi her içtima müddeti için ruznamelerdeki meseleleri tetkik etmek üzere encümenler teşkil edebilir. Encümenler mütalaalarını o içtima müddeti içinde meclise bildirirler.” denilmektedir.

Belediye Kanununun Belediye Meclis Üyelerine Huzur Hakkı Verilmesi İle İlgili 156. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Esasların 2. maddesinde aynen;

“.....üyelere meclisin olağan ve olağanüstü toplantıları sırasında katıldıkları oturumlar için gün hesabı ile huzur hakkı verilir.

Bu olağan ve olağanüstü toplantılar sırasında, Belediye Kanununun 62 ve 63. maddeleri uyarınca kurulacak encümenlerde görevlendirilecek üyelere de, meclisin toplantı süresini aşmamak kaydıyla huzur hakkı verilebilir.” denilmektedir.

Görüldüğü üzere, Belediye Meclisinin olağan ve olağanüstü toplantı süreleri kanunla tespit edilmiş ve yine meseleleri tetkik etmek amacıyla encümenler kurulması ve kurulacak encümenlerin mütalaalarını toplantı müddeti içerisinde meclise bildirmesi de kanunla tespit edilmiştir. Yine adı geçen Kanuna dayanılarak çıkarılan esaslarda da görevlendirilecek üyelere, meclisin toplantı süresini aşmamak kaydıyla huzur hakkı verilebileceği tespit edilmiştir.

Buna göre, 1580 sayılı Belediye Kanununun 54 ve 55. maddelerindeki şartlara uymayan toplantılar, hukuki açıdan geçerlilik taşımadığı gibi, aynı zamanda adı geçen Kanunun 62. maddesine göre ve adı geçen esasların 2. maddesine göre huzur hakkı ödenmesine de imkan bulunmamaktadır.

Yukarıda ifade edilen sebeplerle, ilamın 1. maddesi ile verilen tazmin hükmünün tasdikine;

21.06.2004 tarihinde karar verildi.

TEMYİZ KURULU KARARI

Tarih : 22.6.2004

No : 27230

*Y*azı işleri müdürü unvanlı ikinci derece kadro görevine vekalet eden veri hazırlama kontrol işletmenine; asilde aranan “yüksek öğrenim görmüş bulunması” şartını taşımaması nedeniyle vekalet ettiği göreve ilişkin özel hizmet tazminatının ödenmesinin mümkün olmadığı hakkında...

Dosyada mevcut belgelerin okunup incelenmesinden sonra gereği görüldü;

911 sayılı ilamın 1. maddesi ile,

Lise mezunu olup Kaymakamlığın “Yazı işleri Müdürü” unvanlı ikinci derece kadro görevine vekalet eden veri hazırlama kontrol işletmeni; asilde aranan “yüksek öğrenim görmüş bulunması” şartını taşımadığı halde vekalet ettiği göreve ilişkin özel hizmet tazminatının ödendiği gerekçesiyle TL.’na tazmin hükmü verilmiştir.

Dilekçi dilekçesinde, Anayasanın 18. maddesine göre angaryanın yasak olduğunu bu nedenle 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa göre de vekalet ettiği göreve vekalet ücreti ödenmesi gerektiğini ayrıca Danıştay kararında da memura yapılan hatalı ödemelerde ancak 60 günlük dava açma süresi içinde geri istenebileceğine karar verildiği ifade etmektedir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 68. maddesi (B) fıkrasında:

“B) (Değişik: 4/5/1984 -KHK- 199/1 md.) Eğitim ve öğretim hizmetleri sınıfı hariç, sınıfların 1, 2, 3, ve 4. derecelerindeki kadrolarına, derece yükselmesindeki süre kaydı aranmaksızın, atanmasındaki usule göre daha aşağıdaki derecelerden atama yapılabilir.

Ancak, bu şekilde bir atanmanın yapılabilmesi için ilgilinin;

- a) 1. dereceli görevlerden ek göstergesi 650 ve daha yukarı olanlar için en az 12 yıl,
- b) 1 ve 2. derece görevlerden ek göstergesi 650’den az olanlar için en az 10 yıl,
- c) 3 ve 4. dereceli görevler için en az 8 yıl,

(Ek fıkra: 26/8/1993 –KHK- 501/1 md.; İptal Anayasa Mahkemesinin 6/10/1993 tarihli ve E.1993/32 sayılı kararı ile) (Değişik: 27/6/1989 KHK 375/7 md.) 8.6.1984 tarih ve 217 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 2. maddesi kapsamına dahil kurumlarda fiilen çalışmış olması ve yüksek öğrenim görmüş bulunması şarttır.” denilmektedir.

2000 yılında da uygulanmasına devam edilen hangi görevler için ne miktarda zam ve tazminat ödeneceğine ilişkin 98/10548 sayılı B.K.K nın 6. maddesinin H/b fıkrasında aynen:

“Kurumlarınca bir göreve kurum içinden veya diğer kurumlardan vekalet ettirilenlerle, bu kararnamede asli kadroları için öngörülen zam ve tazminatlarının toplamı ile vekalet ettikleri kadro için öngörülen zam ve tazminatlarının net tutarları mukayese edilerek fazla olanı, 657 sayılı Kanunun 175. maddesindeki oranlar dikkate alınmaksızın, vekalet görevine başlanıldığı tarihten itibaren ve bu görevin fiilen yapıldığı sürece ödenir.

Ancak, bu ödemenin yapılabilmesi için vekalet eden personelin 99 Seri No’lu Devlet Memurları Kanunu Genel Tebliğinde açıklandığı üzere asilde aranan şartları haiz olması gerekmektedir.” denilmektedir.

Dilekçi her ne kadar 99 Seri No’lu Tebliğin 657 sayılı Kanunun 86. maddesine aykırı olduğunu bu nedenle Kanunda bir sınırlama olmadığından tebliğin Kanunu sınırlayamayacağını iddia etse de 2000 yılında da uygulanmasına devam edilen hangi görevler için ne miktarda zam ve tazminat ödeneceğine ilişkin 98/10548 sayılı B.K.K. nın 6. maddesinin H/b fıkrası bu ödemenin yapılabilmesini vekalet eden personelin 99 Seri No’lu Devlet Memurları Kanunu Genel Tebliğinde açıklandığı üzere asilde aranan şartları haiz olması şartına bağlamıştır.

Yine dilekçede iddia edilenin aksine; 27.10.1999 tarih ve 23859 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren İçişleri Bakanlığı Memurlarının Nitelikleri ve Atama Yönetmeliğinin 15. maddesinin (c) fıkrasında ilçe yazı işleri müdürlüğüne atanmak için fakülte veya dört yıllık yüksek okul mezunu personel olmadığı takdirde iki yıllık yüksek okul mezunlarının bu göreve atanmalarına imkan verilmemektedir.

99 Seri No’lu Devlet Memurları Kanunu Genel Tebliğinde aynen:

“1- Bir görevin vekaleten yürütülmesi halinde görevin gerekleri ve nitelikleri değişmeyeceğinden bu görevi vekaleten yürütecek olanların asil memurda aranacak şartlara sahip olmaları gerekmektedir.

Bu sebeple;

1-4. dereceli kadrolara vekalet edeceklerin 657 sayılı Kanununun 68. maddesinde belirtilen şartları haiz olmaları

.....

gerekmektedir.

2- Asil memurda aranan şartları haiz vekil memur bulunmadığı takdirde, hizmetin aksamadan yürütülebilmesi bakımından herhangi bir şekilde boşalmış veya boş bulunan görevin öncelikle varsa yardımcıları, yoksa asilde aranan şartlara en yakın personel tarafından tedviren gördürülmesi mümkün görülmektedir.

3- 657 sayılı Kanunun vekalet ücreti ödenmesine ilişkin 175. maddesine göre tedvir dolayısıyla herhangi bir ödeme yapılması mümkün bulunmamaktadır.” denilmektedir.

Yukarıdaki Genel Tebliğde sözü edilen 657 sayılı Kanununun 68. maddesinin (B) fıkrasında ise 1, 2, 3 ve 4. dereceli kadrolara derece yükselmesindeki süre kaydı aranmaksızın atama yapılabilmesi için maddede belirtilen diğer şartlarla birlikte atanacak personelin yüksek okul mezunu olması şartı getirilmiştir. Halbuki söz konusu kişi atanmanın yapıldığı tarihte lise mezunudur. Bu nedenle de asilde aranan şartları taşımamaktadır.

Yukarıda ifade edilen sebeplerle, 911 sayılı ilamın 1. maddesiyle verilen tazmin hükmünün tasdikine;

22.06.2004 tarihinde karar verildi.

DAİRELER KURULU KARARI

Tarih : 9.4.2004

No : 1141/1

Yaklaşık maliyetin gizliliği ilkesinin zedelenmemesi amacıyla idari şartnamede, çalışan personele ödenecek olan yemek ve giyecek bedellerine yer verilmediği, bu giderlerin işi alan müteahhit tarafından karşılanacağına taahhüt edildiği ve şartnamenin bu hükmünün tüm isteklilere uygulanacağı anlaşıldığından, ihalelerde bulunması gerekli olan eşit muamele, güvenilirlik, gizlilik ve rekabetin sağlanması ilkelerinin gerçekleşmiş olduğu hakkında...

Belediye Başkanlığı ile Ltd. Şti. arasında bağtlanan “..... merkez ve 39 mahallenin temizlik işine” ilişkin sözleşmenin tescilinde hasıl olan tereddüt üzerine 2. Dairede görüşülüp red kararı verilmiş olup, Dairesince bu karara itiraz edilerek konunun Daireler Kurulunda görüşülerek sözleşmenin tescili talep edilmiştir.

Sözleşme dosyası üzerinde yapılan incelemede;

..... Belediye Başkanlığınca, yaklaşık maliyeti lira olan “..... merkez ve 39 mahallenin temizlik işinin” 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 19 uncu maddesine göre açık ihale usulü ile ihaleye çıkarıldığı, ihaleye bir isteklinin başvurduğu, işin, en avantajlı teklif olarak Ltd. Şti'nelira bedelle ihale edildiği tespit edilmiştir.

Bu konuda 2 nci Dairece verilip red işlemine esas olan Kararda özet olarak;

1- Yaklaşık maliyeti 2.177.591.848.290.- lira olan ihale konusu işin, kullanılabilir ödenek miktarının 1.500.000.000.000.- TL olduğunun tespit edilmesi üzerine ihale tarihi olan 28.01.2004 tarihinden önce Belediye Encümen kararı ile 1.100.000.000.000.- TL yedek ödenekten aktarılmak suretiyle eksik olan ödenek tamamlanmış olduğundan, ihaleye katılanların mağdur edilmesi söz konusu değildir ve sözleşmenin reddini gerektirecek bir eksiklik de sayılmayacağından, sözleşmenin bu yönden tescilinin uygun olacağı,

2- Hizmet Alım İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin 9 uncu maddesinin istekli tarafından personele verilecek yemek ve giyecek bedellerinin İdari Şartnamede açıkça gösterilmesi gerektiği hükmüne karşılık, bahsi geçen işe ait İdari Şartnamede personelin yemek ve giyecek bedellerinin tutarının belirtilmemiş olmasının ihaleye katılacak firmalar arasında maliyet eşitliğini

ortadan kaldırarak rekabeti engellediği, 4734 sayılı kanunun 5 inci maddesinde yer alan “saydamlık ve güvenilirlik” ilkelerine aykırılık teşkil ettiği,

Ayrıca ilgili İdare ile işi alan istekli arasında yapılan sözleşmeden daha sonra, İdari Şartnamenin 26 ncı maddesine yemek ve giyecek gideri tutarını belirten hükmün eklenmesinin, 4734 sayılı kanunun 29 uncu maddesindeki ihale yapılmadan önce belirli şartlarda ihale dokümanında değişiklik yapılabilmesine imkan veren hükmüne de aykırılık teşkil ettiğinden bu nedenlerle sözleşmenin tescil edilmemesi gerektiği,

Belirtilmiştir.

Bu tespitlerden sonra konunun esasına geçilerek yapılan görüşmeler sonucunda;

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 4964 sayılı Kanunla değişik “Yaklaşık Maliyet” başlıklı 9 uncu maddesinde,

“Mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesi yapılmadan önce idarece, her türlü fiyat araştırması yapılarak katma değer vergisi hariç olmak üzere yaklaşık maliyet belirlenir ve dayanaklarıyla birlikte bir hesap cetvelinde gösterilir. Yaklaşık maliyete ihale ve ön yeterlik ilanlarında yer verilmez, isteklilere veya ihale süreci ile resmi ilişkisi olmayan diğer kişilere açıklanmaz.” denilmek suretiyle idarece belirlenen yaklaşık maliyete ihale ve ön yeterlik ilanlarında yer verilmeyeceği, isteklilere veya ihale süreci ile resmi ilişkisi olmayan diğer kişilere açıklanamayacağı hükme bağlanmış ve aynı Kanunun “Temel İlkeler” başlıklı 5 inci maddesinde yer alan ve idarelerin bu Kanuna göre yapılacak olan ihalelerde uymak mecburiyetinde oldukları temel ilkelerden olan gizlilik ilkesinin “yaklaşık maliyet” konusunda da uygulanmasının zorunlu olduğu belirtilmiş bulunmaktadır.

Zira 4734 sayılı Kanunun hazırlanış amaçlarından biri de, yaklaşık maliyetin gizliliğinin sağlanması yolu ile isteklilerin işin gerçek maliyetiyle ilgili çalışmaya sevk edilmesi ve bu çalışma sonucu ulaştıkları kendi bağımsız tekliflerini sunma imkanının sağlanması olup bu yolla ihalede güvenilirliğin, saydamlığın ve gerçek rekabetin gerçekleştirilmesidir.

Öte yandan Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin “Personel istihdam edilerek yapılacak hizmet alımlarına ilişkin ihalelerde yaklaşık maliyet” başlıklı 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrasında;

“İstekli tarafından personele yemek, yol ve giyecek gibi giderlerin ödenmesi idarelerce öngörülür ise yukarıda yapılan hesaplamalara; yol, yemek ve

giyecek gibi giderlere ilişkin bedeller de eklenir ve bu giderlerin bedeli idari şartnamede açıkça gösterilir.” denilmektedir.

Anılan Yönetmeliğin ekinde yer alan “Açık İhale Usulü ile İhale Edilen Hizmet Alımlarında Uygulanacak Tıp İdari Şartname”nin “Teklif Fiyata Dahil Olan Masraflar” başlığını taşıyan 26 ncı maddesinin 26.3 üncü fıkrasına ait 15 nolu dipnotta da; idarelerce personele, yol, yemek ve giyecek gibi giderlerin istekli tarafından ödenmesinin öngörüldüğü işlerde, bu giderlerin asgari tutarının bu maddede açıkça belirtileceği; idarelerin bu yönde bir öngörülerini yoksa o zaman 26.3 nolu fıkranın çıkarılacağı ifade edilmiştir.

Bu hükümler çerçevesinde konu ele alındığında yaklaşık Maliyet Hesap Cetvelinde, yaklaşık maliyeti oluşturan unsurlardan “işçi maliyeti”nin işçi ücretleri, yemek bedeli ve giyecek bedelinden ibaret olduğu görülmektedir. İşe ait İdari Şartnamenin 26.3 üncü maddesinde de yemek ve giyecek bedeli öngörülmüş olmakla birlikte sadece bunun asgari tutarları belirtilmemiştir.

Her ne kadar Daire Kararında yaklaşık maliyet hesabında çalışan personele yemek ve giyecek bedeli ödeneceği belirtilmiş olmasına rağmen yukarıya alınan Yönetmelik hükümlerinin gereği olarak İdari Şartnamenin 26.3 üncü maddesinde bu giderlerin asgari tutarlarının yazılmadığı, bunun 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 5 inci maddesinde sözü edilen saydamlık, rekabet, eşit muamele ve güvenilirlik ilkelerine aykırılık teşkil ettiği iddia edilmekte ise de;

Bahse konu iş genel temizlik işidir ve maliyeti belirleyen en önemli unsur olan asgari ücret herkes tarafından bilinmektedir, diğer maliyet kalemlerini oluşturan yemek ve giyecek bedellerine Şartnamede ayrıntılı olarak yer verildiği takdirde yaklaşık maliyet tutarına ulaşılacağından, yaklaşık maliyetin gizliliği zedelenmiş olacaktır. Bu sebepten İdari Şartnamede yemek ve giyecek bedeli olarak belirli bir tutar belirtilmemiştir. Ancak İdari Şartnamede yiyecek ve giyecek bedelinin çalışan personele ödeneceği belirtilmekle, bu giderlerin işi alan müteahhit tarafından karşılanacağı taahhüt edilmiş olmaktadır. Bu durumda işçiler için yemek ve giyecek bedeli ile ilgili herhangi bir hak ihlali söz konusu değildir.

Kaldı ki Şartnamenin bu hükmü açık olup ihaleye katılmak isteyen tüm isteklilere uygulanacağından ihalelerde bulunması gerekli olan eşit muamele, güvenilirlik, gizlilik ve rekabetin sağlanması ilkeleri gerçekleşmiş olmaktadır. Bu gerekçelerle bahse konu sözleşmenin tescilinin uygun olacağına, karar verildi.

DAİRELER KURULU KARARI

Tarih : 26.5.2004

No : 1148/1

4 734 sayılı Kanun hükümlerine göre ihale edilen işin idari şartnamesinde ihalenin yabancı isteklilere açık olduğu belirtilmiş, anılan Kanununun 13 üncü maddesi hükmü uyarınca ihale ilanı Avrupa Birliği Resmi Gazetesinde yayımlanmış ve Dış Ticaret Müsteşarlığından muafiyet belgesi alınmış olduğu anlaşıldığından, yabancı para ile finanse edilmemiş olsa dahi damga vergisinden muaf tutulması gerekeceği hakkında...

..... Büyükşehir Belediye Başkanlığı ile..... A.Ş. arasında bağtlanan “Banliyö Sisteminin Geliştirilmesi Projesi 1. Etap Yapımı” işine ait sözleşmenin tescilinde hasıl olan tereddüt üzerine 2. Dairede görüşülüp red kararı verilmiş olup, Dairesince bu karara itiraz edilerek konunun Daireler Kurulunda görüşülerek sözleşmenin tescili talep edilmiştir.

Sözleşme dosyası üzerinde yapılan incelemede;

..... Büyükşehir Belediye Başkanlığınca “..... Banliyö Sisteminin Geliştirilmesi Projesi 1. Etap Yapımı” işinin 20.964.000.000.000.- TL yaklaşık maliyet üzerinden 4734 sayılı Kanununun 18/a maddesi uyarınca açık ihale usulü ile ihaleye çıkarıldığı; ihaleye 3 isteklinin katıldığı, verilen tüm tekliflerin geçerli olduğu, söz konusu ihaleye ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren A.Ş.’ ye anılan işin 17.998.633.557.000.- TL bedelle ihale edildiği dosya eki belgelerden anlaşılmaktadır.

Bu konuda 2 nci Dairece verilip red işlemine esas tutulan Kararda özetle;

Finansmanı belediyenin öz kaynaklarından karşılanan, uluslar arası niteliğe sahip bir ihale olmayan, dolayısıyla döviz kazandırıcı bir yönü de bulunmayan söz konusu iş için, ihaleyi kazanan firmaya vergi istisnası belgesi verilmesi ve vergi istisnası uygulanması mümkün görülmediğinden, 488 sayılı Damga Vergisi Kanununun eki 1 sayılı Tabloda yazıldığı üzere, %07,5 oranında sözleşme pulu ve %04,5 oranında karar pulu kesintisi mükellefiyeti yerine getirilmedikçe anılan sözleşmenin tescilinin mümkün olmadığına karar verilmiştir.

Bu tespitlerden sonra yapılan görüşmeler sonucunda;

02 Ocak 2004 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 5035 sayılı Bazı

Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkındaki Kanununun 28 inci maddesi ile 488 sayılı Damga Vergisi Kanununa eklenen Ek Madde 2 de “Döviz Kazandırıcı Faaliyetlere ilişkin işlemlerle ilgili olarak düzenlenen kağıtlar Damga vergisinden müstesnadır” hükmü yer almaktadır. Aynı maddenin son bendinde ise bu maddenin uygulanması bakımından döviz kazandırıcı faaliyetlerin neler olduğu ve bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasların Maliye Bakanlığı ile Dış Ticaret Müsteşarlığı tarafından birlikte tespit edileceği belirtilmiştir.

Her ne kadar her iki kurum bu usul ve esasları birlikte düzenlememişlerse de; kendi alanlarıyla ilgili düzenlemelere de yer vermek suretiyle Maliye Bakanlığı 27.02.2004 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 1 seri No’lu “Döviz Kazandırıcı Faaliyetlerde Damga Vergisi ve Harç İstisnası Uygulaması Hakkında Tebliğ”i, Dış Ticaret Müsteşarlığı ise 16.03.2004 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 2004/1 seri nolu “İhracat, İhracat Sayılan Satış ve Teslimler ile Döviz Kazandırıcı Hizmet ve Faaliyetlerde Vergi Resim ve Harç İstisnası Hakkında Tebliğde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ”i çıkarmışlar ve bu tebliğlerde vergi, resim ve harç istisnasına konu döviz kazandırıcı faaliyetler tanımlarken tanım birliği içerisinde; Maliye Bakanlığı kendi tebliğinin 3.2.1 maddesinde, Dış Ticaret Müsteşarlığı ise kendi tebliğinin 2/a maddesinde, “Yatırım programında yer alan Kamu yatırımlarından uluslararası ihaleye çıkarılanların (Yerli ve yabancı firmaların ayrı ayrı veya birlikte iştirakine açık olmak üzere) ihalesini kazanan veya yabancı para ile finanse edilen faaliyetler”i döviz kazandırıcı faaliyet olarak tanımlamışlar ve devamında da bu faaliyetleri üstlenen firmaların, yerli firma olması halinde, uluslar arası ihalelerde tamamı üzerinden, yabancı para ile finanse edilenlerde ise yabancı paraya isabet eden oranda yapılacak hizmet ve faaliyetler ile yerli imalatçı firmalar tarafından üretilerek bu firmalara yapılan satış ve teslimleri vergi resim ve harçtan muaf tutmuşlardır.

Bu bağlamda kamu yatırıma konu faaliyetin Damga vergisinden muaf tutulabilmesi için genel şart, faaliyetin yatırım programında yer alması, bundan sonra ise ya uluslar arası ihaleye çıkarılması ya da yabancı para ile finanse edilmesi gerekmektedir.

Bu şartlar göz önüne alınarak Banliyö Sisteminin Geliştirilmesi Projesi 1. Etap Yapım İş i irdelendiğinde, iş 11 Ocak 2004 tarih ve mükerrer 25343 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Yıllık Yatırım Programında 2001 E060490 Proje No’su ile yer alan Banliyö Sisteminin Geliştirilmesi Projesi kapsamında olduğundan söz konusu muafiyet açısından genel şart

sağlanmış olmaktadır.

Anılan iş için daha önce dış kredi sağlamak amacıyla Hazine Müsteşarlığından uluslar arası kredili ihale izni istenmiş ve bu izin Müsteşarlıkça verilmiş ise de; izin süresinin ihaleye başlanmadan dolması; daha sonra da İdarece bir kez daha izin istenmekle birlikte Hazinece buna bir cevap verilmemiş olması nedeniyle anılan işin dış kredili bir iş olduğunu söylemek mümkün değildir. Nitekim sözleşme tescil aşamasında gönderilen savunmalarda işin tamamen Büyükşehir Belediyesi öz kaynakları ile karşılanacağına karar verildiği belirtilmektedir.

Bu durumda ihalenin vergi muafiyeti açısından uluslar arası ihale olup olmadığı önem kazandığından yürürlükteki mevzuata göre ihalenin kapsamının belirlenmesi gerekmektedir.

Söz konusu iş 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve eki mevzuatına göre ihaleye çıkarılmış olup anılan Kanunda ihalelerin uluslar arası niteliğiyle ilgili olarak doğrudan bir düzenleme bulunmamasıyla birlikte, Kanunun “Yerli İstekliler ile İlgili Düzenlemeler” başlıklı 63 üncü maddesinde,

“Yaklaşık maliyeti eşik değerlerin altında kalan ihalelere sadece yerli isteklilerin katılması, yaklaşık maliyeti eşik değerlerin üzerindeki ihalelerde; hizmet alımları ve yapım işlerinde bütün yerli istekliler lehine, mal alımlarında ise Sanayi ve Ticaret Bakanlığı ile diğer ilgili kurum ve kuruluşların görüşleri alınarak Kurum tarafından yerli malı olarak belirlenen malları teklif eden yerli istekliler lehine, % 15 oranına kadar fiyat avantajı sağlanması hususlarında idarelerce ihale dokümanına hükümler konulabilir. Ancak, yabancı istekliler ile ortak girişim yapmak suretiyle ihalelere katılan yerli istekliler bu hükümden yararlanamaz.”

denilmek suretiyle Kanunun 8 inci maddesi uyarınca belirlenen ve her yıl güncellenen eşik değerlerin üzerindeki ihalelerin tamamı yerli isteklilerin yanı sıra yabancı isteklilerin katılımına da açık hale getirilerek, genel olarak ihaleler uluslar arası ihale niteliğine dönüştürülmüştür. Nitekim Kanunla ilgili mevzuat arasında yer alan yönetmelik eki tip şartnamelere uygun olarak hazırlanan söz konusu ihaleye ait İdari Şartnamenin 8 inci maddesinde de “ihale bu şartnamedeki katılma koşullarını taşıyan bütün yerli ve yabancı isteklilere açıktır” denilmek suretiyle ihalenin uluslar arası ihale niteliğinde olduğu vurgulanmıştır.

Her ne kadar döviz kazandırıcı faaliyetlerde Damga Vergisi ve Harç istisnası uygulamasının 4734 sayılı Kanundan önceki koşullara göre düzenlendiği, bu koşullara göre söz konusu ihalenin uluslar arası ihale olmadığı ileri sürülse de; daha önce kamu ihalelerinin yasal dayanağı niteliğindeki 2886 sayılı Kanun ile bu

Kanuna göre çıkarılan ikincil derecedeki mevzuatın uluslar arası ihaleler için getirmiş olduğu koşullar, 4734 sayılı Kanunla kaldırılmıştır. Bu meyanda yeni mevzuatın uluslar arası ihaleler için ön gördüğü tüm koşullara uygun olarak gerçekleştirilmiş ihaleyi uluslar arası ihale olarak kabul etmek gerekmektedir.

Bu şekilde yabancı firmalara açık bir ihaleyi yerli firmanın kazanmasının ya da ihalenin Türk parası üzerinden düzenlenmesinin ya da dış finansmansız bir ihale olmasının, uluslar arası ihale olma özelliğiyle bir ilgisi de bulunmamaktadır.

Ancak burada önemli bir diğer husus ihaleyi kazanan firmaya Dış Ticaret Müsteşarlığı İhracat Genel Müdürlüğü tarafından “Vergi Resim Harç İstisnası Belgesi” verilmiş olmasıdır ki; yukarıda sözü edilen Maliye Bakanlığının 1 seri No’lu “Döviz Kazandırıcı Faaliyetlerde Damga Vergisi ve Harç İstisnası Uygulaması Hakkında Tebliğ”inin “Uygulamaya İlişkin Esaslar” başlığını taşıyan 4 üncü maddesinde “3.2 de belirtilen diğer döviz kazandırıcı faaliyetler için uygulanacak damga vergisi ve harç istisnası; ilgili kuruluşlarca, bu konuda düzenlenmiş bulunan “Vergi Resim Harç İstisnası Belgesi”nin ibrazı üzerine, aşağıda açıklanan usul ve esaslar çerçevesinde başka bir belge aranmaksızın re’sen uygulanacaktır.” denilmek suretiyle istisnanın uygulanabilmesi için söz konusu belgenin bulunması yeterli görülmüştür. Dış Ticaret Müsteşarlığı ise söz konusu Firmanın almış olduğu ihaleyi vergi muafiyetine konu olarak görmüş ve bu belgeyi de vermiş olduğundan istisnanın uygulanmaması bakımından her hangi bir engel de bulunmamaktadır.

Sonuç olarak işin ihalesi 4734 sayılı Kanun hükümlerine göre yürütülmüş, İdari Şartnamesine bu Kanun uyarınca çıkarılan yönetmeliklerin eki şartnamelerine uygun olarak ihalenin yabancı isteklilere açık olduğu belirtilmiş, anılan Kanununun 13 üncü maddesi hükmüne uygun olarak yabancı firmaların dikkatine sunmak üzere ilanı bir kez de Avrupa Birliği Resmi Gazetesinde yayımlanmış, yine bu Kanunun yürürlükte bulunduğu dönemde Maliye Bakanlığı ve Dış Ticaret Müsteşarlığının uluslar arası ihalelere ilişkin usul ve esasları düzenleyen tebliğlerine uygun olarak hareket edilmiş ve bunun sonucu olarak Dış Ticaret Müsteşarlığından gerekli muafiyet Belgesi alınmış olduğundan, yabancı para ile finanse edilmese dahi, yani tamamen öz kaynaklarla finanse edilse bile, yatırım programında da yer alan “..... Banliyö Siteminin Geliştirilmesi Projesi 1. Etap Yapımı” işine ilişkin işlemlerin Damga Vergisinden muaf tutulması gerekeceğinden sözleşmenin tescilinin gerekeceğine,

karar verildi.

DAİRELER KURULU KARARI

Tarih : 2.6.2004

No : 1149/1

4 734 sayılı Kanunun 5 inci maddesine göre açık ihale usulü ile belli istekliler arasında ihale usulü temel usuller iken, bot alımı işinin önceden öngörülemeyen ve idarece beklenmeyen olaylar kapsamında değerlendirilerek 4734 sayılı Kanunun 21/b maddesine göre pazarlıkla ihalesinin yapılması mümkün görülmediğinden sözleşmenin tescil edilmemesi gerektiği hakkında...

..... Bakanlığı Ankara İç Tedarik Bölge Başkanlığı ile Ltd. Şirketi arasında bağtlanan “15.000 çift k-1 Müflonlu Lastik Bot Alımı”na ilişkin sözleşmenin tescilinde hasıl olan tereddüt üzerine konu 8. Dairede görüşülüp red kararı verilmiş olup, Dairesince bu karara itiraz edilerek konunun Daireler Kurulunda görüşülerek sözleşmenin tescili talep edilmiştir.

Sözleşme dosyası üzerinde yapılan incelemede;

.....nın ihtiyacı olan 15.000 adet müflonlu lastik bot alımı işinin 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 21/b maddesi uyarınca 975.000.000.000.- TL yaklaşık maliyet üzerinden pazarlık usulü ile ihaleye çıkarıldığı; 19.01.2004 tarihinde yapılan ihaleye, ilan yoluyla duyurulmadan davet usulüyle çağrılan yedi firmadan, tek teklif veren Ltd. Şirketinin teklifinin değerlendirilmesi sonucunda, şartnameye uygun belge vermesi nedeniyle bu firmanın teknik yeterlik aldığı ve işin 1.016.250.000.000.- lira tutarında fiyat teklif eden anılan firmaya ihale edildiği anlaşılmıştır.

Bu konuda 8 inci Dairece verilip red işlemine esas tutulan kararda özetle;

4734 sayılı Kanunun 5 inci maddesine göre, açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulü bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde temel usuller iken teslimatlarda gecikme yaşanması gerekçe gösterilerek anılan Kanunun 21/b maddesi kapsamına girmediği halde 15.000 çift (K-1) lastik müflonlu bot alımının pazarlık usulü ile yapılması nedeniyle sözleşmenin tescilinin mümkün olmadığına karar verilmiştir.

Bu tespitlerden sonra yapılan görüşmeler sonucunda;

Daire Kararına karşı 20.05.2004 tarih ve 6048.265-04/İÇ TED.D (GİYYKU) sayılı yazı ile yapılan itirazda açıklanan gerekçelerle sözleşme dosyasının tescili istenilmiş ise de;

.....nın ihtiyacı olan 15.000 çift lastik müflonlu bot alımı işinin 4734 Kanununun pazarlık usulünün düzenlendiği 21/b maddesi kapsamına girmediği halde ilan yapılmadan pazarlık usulü ile ihale edilmesinin, aynı Kanununun 5 inci maddesine aykırılık teşkil ettiği görülmüştür.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun “Temel İlkeler” başlıklı 5 inci maddesinde;

“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.

Aralarında kabul edilebilir doğal bir bağlantı olmadığı sürece mal alımı, hizmet alımı ve yapım işleri bir arada ihale edilemez.

Eşik değerlerin altında kalmak amacıyla mal veya hizmet alımları ile yapım işleri kısımlara bölünemez.

Bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulü temel usullerdir. Diğer ihale usulleri Kanunda belirtilen özel hallerde kullanılabilir.

“Ödeneği bulunmayan hiçbir iş için ihaleye çıkılmaz.....” denilmek suretiyle, dördüncü fıkrasında açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulünün bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde temel usuller olduğu belirtilmiş, diğer ihale usullerinin ise Kanunda belirtilen özel hallerde kullanılabileceği hükme bağlanmıştır.

Anılan Kanununun 5 inci maddesinde sözü edilen özel hallerde uygulanabilecek ihale usullerinden biri de pazarlık usulü olup, aynı Kanununun “Pazarlık usulü” başlıklı 21 inci maddesinde;

“Aşağıda belirtilen hallerde pazarlık usulü ile ihale yapılabilir:

a)

b) Doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması.

c)

d)

e)

f)

(b) (c) ve (f) bentlerinde belirtilen hallerde ilan yapılması zorunlu değildir. Ancak bu bentlere göre yapılacak ihalelere en az üç istekli davet edilmelidir.

.....

.....

.....” hükmü yer almaktadır.

Görüldüğü üzere pazarlık usulünün hangi durumlarda uygulanabileceği beş fıkra halinde sayılmış olup; maddenin (b) fıkrasında; doğal afet, salgın hastalık can ve mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen olayların ortaya çıkması durumunda ihalenin pazarlık usulü ile yaptırılabilmesi belirtilmiştir gibi, aynı fıkroda idare tarafından önceden öngörülmemiş olayların varlığı halinde de aynı usulün uygulanabileceği ifade edilmiştir.

Anılan maddenin (b) fıkrasında işaret edilen “önceden öngörülemeyen olaylar”ın neler olabileceği hususunda fıkra metninde açıklık bulunmamakla birlikte, fıkroda sayılan diğer haller dikkate alındığında bu ifadeden, birdenbire ortaya çıkan, zaman kaybına tahammülü olmayan ve idarelerce önceden planlanamayan acil olaylar anlaşılmaktadır. Yani sadece idare tarafından öngörülmemiş olunması yetmemekte, ayrıca acil olması da gerekmektedir..

Her ne kadar idarece gönderilen savunmada;
.....nın acil tedarik edilmesini istediği 38 kalem malzemenin birinci sırasında yer alan söz konusu bot alımının teknik özelliklerinin her an görev alabilecek durumda olan özel birliklerin görev özelliğine göre planlandığı, dolayısıyla ilân ve teslim sürelerinde geçecek zorunlu yasal sürenin beklenmemesi açısından, söz konusu acil alım usulünü kullandıkları ifade edilmişse de;

İhalenin konusununın ihtiyacı olan 15.000 adet lastik müflonlu bot alımı oluşturmaktadır.

Bot, askeri personele miadlı olarak verilen giyecek eşyaları arasında olduğu için,ca mutat olarak alınması gereken mallar arasındadır. Bu botlar askerlere miadlı olarak verildiğinden, idare açısından önceden tahmin edilememesi gibi bir durum söz konusu olmadığı gibi, ordunun

demirbaş malzemeleri stoklu olarak bulundurması nedeniyle aciliyetten söz edilmesi de mümkün değildir.

Bu nedenle bot alımı, 4734 sayılı Kanununun 21/b maddesinde belirtilen ani ve beklenmeyen veya idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasını zorunlu kılacak bir durum değildir.

Öte yandan itiraz yazısında, pazarlıkla alımın, Bakanlıkça gönderilen 2003 yılı Giyim Kuşam Malzemeleri Alım Emri üzerine yapıldığı belirtilmişse de, pazarlıkla alımın yapılabilmesi için 21 nci maddede belirtilen koşulların oluşması gerekmektedir.

Bot alımı ise yukarıda kapsamı belirlenen 21 nci maddedeki koşullara uymamaktadır. Ayrıca ilânda geçecek süre ve teslimatlarda gecikme yaşanması pazarlık usulü ile ihale yapılmasına yeterli gerekçe oluşturmamaktadır.

Bu itibarla 4734 sayılı Kanununun 5 inci maddesine göre açık ihale usulü ile belli istekliler arasında ihale usulü temel usuller iken, bahse konu bot alım işinin önceden öngörülemeyen ve idarece beklenmeyen olaylar kapsamında değerlendirilerek 4734 sayılı Kanununun 21/b maddesine göre pazarlıkla ihalesinin yapılması mümkün görülmediğinden sözleşmenin tescil edilmemesi gerekeceğine, karar verildi.