



SAYI : 2019/10266-S.15790

BAŞVURU NO : 2019/7717

KARAR TARİHİ : 16/10/2019

TAVSİYE KARARI

BAŞVURAN :

BAŞVURUYA KONU İDARE : BÜYÜKÇEKMECE BELEDİYE BAŞKANLIĞI

BAŞVURUNUN KONUSU : İhale teminatının Büyükçekmece Belediye Başkanlığı tarafından iade edilmesi talebi hakkındadır.

BAŞVURU TARİHİ : 09/04/2019

I.BAŞVURUNUN İDDİA VE TALEPLERİ

1.Başvuran özetle; vekili olduğu şirketin ihale kapsamında iadesi gereken teminatın iade edilmediğini, idare tarafından harcandığını, hukuki süreçlerden sonra bir bölümünün iade edildiğini, görevlilerin şirketi zarara uğrattığını, Haziran/2019’da Büyükçekmece Belediyesi tarafından kısmi ödeme yapılmışsa da hali hazırda gecikme faizi, masraflar ve asıl alacağın fer’ileri kapsamında olan sair alacaklarının ödenmemiş olduğunu belirterek borcun ödenmesinin sağlanmasını ve ilgililer hakkında idari yaptırım uygulanmasını talep etmektedir.

II.İDARENİN BAŞVURUYA İLİŞKİN AÇIKLAMALARI

2.Kurumumuzun 21/06/2019 tarihli ve ... sayılı bilgi-belge isteme yazısına istinaden Büyükçekmece Belediye Başkanlığından alınan 26/07/2019 tarih ve E.2019-60681-4 ...sayılı cevabi yazıda özetle;

2.1.Başvuranın teminatın iadesi talebinde bulunduğu, ödeme hazırlığı aşamasında Büyükçekmece 1. İcra Müdürlüğü ... esas sayılı dosya ile icra takibi yaptığı, bu takibe yapılan itiraz üzerine bir işlem yapılmadığı, itiraz doğrultusunda 03/06/2019 tarihinde 548.950.40 TL teminat alacağının ilgili icra dosyasına ödendiği,

2.2.Başvuranın Belediyeye 2014-2019 yılları arasında yaptığı 12.986.890.87 TL'lik işin 9.910.032.40 TL'lik kısmının ödendiği, ayrıca belediyeye yatırmış olduğu 1.059.950.40 TL'lik teminatın tamamının ödendiği, 10/05/2019 tarihinde 876.581,66 TL'lik temlik iadesinin tarafına ulaştığı, 25/07/2019 tarihi itibariyle belediyeden 3.953.440,13 TL alacağı bulunduğu, ilgili firmaya bugüne kadar toplamda 10.969.982,80 TL ödeme yapıldığı,

2.3.Başvuranın belediyede bulunan kalan alacaklarına ilişkin Büyükçekmece 1. İcra Müdürlüğünde ... esas sayılı dosyalarla icra takibi başlattığı, fazlaya ilişkin miktarlar nedeniyle itirazda bulunulduğu, bu itirazların kaldırılması yönünde başvuranın yasal yollara başvurmamış olmasının itirazın yerinde olduğunu açıkça gösterdiği,

2.4.Başvuranın, ... İnşaat A.Ş.'ye olağandışı ödemeler yapıldığı iddiasına ilişkin; .. İnşaat A.Ş.'ye yapılan ödemelerin İller Bankasından proje karşılığı yapılan ödemeler olduğu ve bu tutarların ilgisinden başka bir kimseye yapılamayacak ödemeler olduğu, ... İnşaat A.Ş. adına yapılan bir kısım ödemelerin de firmanın alacaklarını temlik etmesiyle ilgili tutarlar olduğu, anılan şirkete Büyükçekmece genelinde yol yapımı, tamiri, tadilatı işleri yaptırılmış olduğundan bu acil işler için ödeme yapıldığı, ödeme yapılmaması halinde kamu hizmetinin aksayacağı, başvuranın bu husustaki iddialarının yersiz, dayanaksız olduğu,

2.5.Başvuranın katıldığı ihale için de İller Bankasından proje karşılığı kredi alındığı, ayrıca bankaya temlik ettiği alacaklarının bulunduğu, başvuranın ... İnşaat A.Ş. ile aynı konumda olduğu,

2.6.Belediye gelirlerinin mahdut ve eski tarihlerde belirlenmiş miktarlar olması nedeniyle tüm belediyelerin mali sıkıntıda ve borç içinde olduğunun bir gerçek olduğu, Belediyenin gelişmekte olan bölgeye daha iyi hizmet götürebilmek için zorunlu harcamalar yaptığı, Anayasa Mahkemesinin iptal kararı sonrası 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu uygulamasından doğan çok eski işlemler sonucu büyük miktarlarda kamulaştırmaz el atma tazminatı ödemek zorunda kaldığından ödemelerin geciktiği, başvuranın taleplerinin bütçe imkanları dahilinde yerine getirilmekte olduğu, kalan alacak bakiyelerinin de bütçe imkanları dahilinde ilgili icra dosyalarına yapılacağı ifade edilmiştir.

III.İLGİLİ MEVZUAT

3.2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının;

3.1.“Cumhuriyetin nitelikleri” başlıklı 2 nci maddesinde; *“Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir”*,

3.2.“Devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırları” başlıklı 65 inci maddesinde; *“Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.”*,

3.3.“Dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı” başlıklı 74 üncü maddesinde; *“Vatandaşlar... kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir... Herkes, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkına sahiptir.”*,

4.6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun “Kurumun görevi” başlıklı 5 inci maddesinde; *“Kurum, idarenin işleyişi ile ilgili şikâyet üzerine, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve idareye önerilerde bulunmakla görevlidir”*,

5.4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun “Kesin teminat ve ek kesin teminatların geri verilmesi” başlıklı 13 üncü maddesinde; *“Taahhüdün, sözleşme ve ihale dokümanı hükümlerine uygun olarak yerine getirildiği ve yüklenicinin bu işten dolayı idareye herhangi*

bir borcunun olmadığı tespit edildikten sonra alınmış olan kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların;

a)Yapım işlerinde; varsa eksik ve kusurların giderilerek geçici kabul tutanağının onaylanmasından sonra yarısı, Sosyal Sigortalar Kurumundan ilişiksiz belgesi getirilmesi ve kesin kabul tutanağının onaylanmasından sonra kalanı,

b)Yapım işleri dışındaki işlerde Sosyal Sigortalar Kurumundan ilişiksiz belgesinin getirildiği saptandıktan sonra; alınan mal veya yapılan iş için bir garanti süresi öngörülmesi halinde yarısı, garanti süresi dolduktan sonra kalanı, garanti süresi öngörülme hallerde ise tamamı,

Yükleniciye iade edilir.

Yüklenicinin bu iş nedeniyle idareye ve Sosyal Sigortalar Kurumuna olan borçları ile ücret ve ücret sayılan ödemelerden yapılan kanunî vergi kesintilerinin yapım işlerinde kesin kabul tarihine, diğer işlerde kabul tarihine veya varsa garanti süresinin bitimine kadar ödenmemesi halinde, protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın kesin teminatlar paraya çevrilerek borçlarına karşılık mahsup edilir, varsa kalanı yükleniciye geri verilir.

İşin konusunun piyasadan hazır halde alınıp satılan mal alımı olması halinde, Sosyal Sigortalar Kurumundan ilişiksiz belgesi getirilmesi şartı aranmaz.”

hükümlerine amirdir.

IV.KAMU DENETÇİSİ HÜSEYİN YÜRÜK'ÜN KAMU BAŞDENETÇİSİ'NE ÖNERİSİ

6.Başvuranın iddiaları, idarenin konu ile ilgili açıklamaları, ilgili mevzuat ve tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirilerek, başvuru konusuna ilişkin hazırlanan “Tavsiye Karar Önerisi” Kamu Başdenetçisi'ne sunulmuştur.

V. DEĞERLENDİRME VE GEREKÇE

A. Hukuka ve Hakkaniyete Uygunluk Yönünden Değerlendirme

7.Başvuran vekili özetle, vekili olduğu şirketin ihale kapsamında iadesi gereken teminatına ilişkin asıl alacağın fer'ileri kapsamında olan sair alacakların ödenmemiş olduğunu belirtmiş olup ilgililer hakkında gerekli işlemler yapılarak teminatın iade edilmeyen kısmının ödenmesini talep etmektedir.

8.Büyükçekmece Belediye Başkanlığı tarafından; başvuranın teminata ilişkin Büyükçekmece 1. İcra Müdürlüğü ... esas sayılı dosya ile yaptığı icra takibine yapılan itiraz üzerine bir işlem yapılmadığından itiraz doğrultusunda 03/06/2019 tarihinde 548.950.40 TL teminat alacağının ilgili icra dosyasına ödendiği, 25/07/2019 tarihi itibarıyla Belediyeden 3.953.440,13 TL alacağının bulunduğu, başvuranın ... İnşaat A.Ş.'ye olağandışı ödemeler yapıldığını iddiasına ilişkin; ... İnşaat A.Ş.'ye yapılan ödemelerin İller Bankasından proje karşılığı yapılan ödemeler olduğu ve bu tutarların ilgisinden başkasına ödenemeyeceği, bir kısım ödemelerin firmanın alacaklarını temlik etmesiyle ilgili tutarlar olduğu, ... İnşaat A.Ş.'ye acil işler için ödeme yapıldığı, ödemenin yapılmaması halinde kamu hizmetinin aksayacağı, başvuranın ... İnşaat A.Ş. ile aynı konumda olduğu ve bütçe imkanları dahilinde başvuranın kalan alacağının ilgili icra dosyalarına ödeneceği belirtilmiştir.

9.4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda, taahhüdün, sözleşme ve ihale dokümanı hükümlerine uygun olarak yerine getirildiği ve yüklenicinin bu işten dolayı idareye herhangi bir borcunun olmadığı tespit edildikten sonra alınmış olan kesin teminat ve varsa ek kesin

Adres : Kavaklıdere Mah. Zeytindalı Caddesi No:4 Çankaya/ANKARA

Telefon : 0 (312) 465 22 00 Faks : 0 (312) 465 22 65

e-Posta : iletisim@ombudsman.gov.tr İnternet Adresi : www.ombudsman.gov.tr

teminatların, yapım işlerinde; varsa eksik ve kusurların giderilerek geçici kabul tutanağının onaylanmasından sonra yarısı, Sosyal Sigortalar Kurumundan ilişiksiz belgesi getirilmesi ve kesin kabul tutanağının onaylanmasından sonra kalanı; yapım işleri dışındaki işlerde Sosyal Sigortalar Kurumundan ilişiksiz belgesinin getirildiği saptandıktan sonra; alınan mal veya yapılan iş için bir garanti süresi öngörülmesi halinde yarısı, garanti süresi dolduktan sonra kalanı, garanti süresi öngörülme hallerde ise tamamının yükleniciye iade edileceği düzenlemelerine yer verilmiştir.

10.Yine 4735 sayılı Kanunda, yüklenicinin bu iş nedeniyle idareye ve Sosyal Sigortalar Kurumuna olan borçları ile ücret ve ücret sayılan ödemelerden yapılan kanunî vergi kesintilerinin yapım işlerinde kesin kabul tarihine, diğer işlerde kabul tarihine veya varsa garanti süresinin bitimine kadar ödenmemesi halinde, protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın kesin teminatlar paraya çevrilerak borçlarına karşılık mahsup edileceği, varsa kalanı yükleniciye geri verileceği, işin konusunun piyasadan hazır halde alınıp satılan mal alımı olması halinde, Sosyal Sigortalar Kurumundan ilişiksiz belgesi getirilmesi şartı aranmayacağı hüküm altına alınmıştır.

11.Kamu hizmetlerinin vatandaşlar için yaşamsal bir önemi bulunmaktadır. Kamu hizmetinin, halkın beklentileri doğrultusunda sunulması ve hizmet alıcılarının maddi ve manevi bakımdan tatmin edilmeleri, kamu idarelerinin hızlı hareket edebilmelerine ve isabetli kararlar alabilmelerine bağlıdır. Kamu hizmetlerinin sunulmasında belirli standartların yakalanması için tüm kamu görevlilerinin uyması gereken kurallar belirlenmiştir.

12.Anayasa Mahkemesi'nin 07/04/2016 tarihli ve 2015/94 Esas, 2016/27 Karar sayılı Kararında; *“Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri “belirlilik”tir... Belirlilik ilkesi, hukuki güvenlikle bağlantılı olup birey hangi somut eylem ve olguya hangi hukuki müeyyidenin veya neticenin bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını belirler. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. (Anayasa Mahkemesi 26.12.2013 gün ve E.2013/67, K2013/164) ...Anayasada öngörülen temel ve hürriyetlerin kullanılması ve insan haklarının insan hayatına egemen kılması için Devlet, bireylerin hukuka olan inançlarını ve güvenlerini korumakla yükümlüdür. Doktrinde hukuki güvenlik ilkesinin gerekleri de şu şekilde sıralanmıştır.*

1- Devlet faaliyetleri, önceden öngörülebilir, tahmin edilebilir olmalıdır.

2- Devlet faaliyeti, önceden hukuk kurallarıyla düzenlenmiştir.

3- Hukuk düzeninde mümkün olduğunca hukuki istikrar sağlanmalıdır.

4- İdarenin tek yanlı işlem yapma üstünlüğüne karşı, güvence niteliğindeki kurullarla (bireylere katılma, dinleme ve savunma hakkı gibi haklar tanınarak) birey ile idare arasında denge sağlanmalıdır.

5- İdare, bireyin haklı beklentilerine uygun davranmalıdır.

6- Yasal düzenlemelerde hukuka ve devlete olan güveni zedeleyici hususlardan kaçınılmalıdır.

7- Devlet kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirilebilmesi için hukuk güvenliğinin sağlandığı bir hukuk devleti yaratmalıdır. (Prof Dr. Bahtiyar Akyılmaz, Prof. Dr. Murat Sezginer, Doç. Dr. Cemil Kaya- Türk İdare Hukuku - Ankara 2009, 5.130.131)

Buna göre ve Anayasa Mahkemesi kararında da ifade edildiği gibi, hukuk devletinin unsurlarından olan “hukuki güvenlik” ilkesi gereği devlet faaliyetlerinin önceden tahmin edilebilir, öngörülebilir olması gerekmekte olup, takdir yetkisini zorlayan ve keyfiliğe yol

Adres : Kavaklıdere Mah. Zeytinli Caddesi No:4 Çankaya/ANKARA

Telefon : 0 (312) 465 22 00 Faks : 0 (312) 465 22 65

e-Posta : iletisim@ombudsman.gov.tr İnternet Adresi : www.ombudsman.gov.tr

açacak kurallara yer vermemelidir. “Belirlilik” ilkesinin gereği ise, maddi hukuk ve usul kurallarının önceden öngörülebilir bir açıklıkta ve kişilerin haklı beklentilerini bariz şekilde berteraf etmeyecek düzenlemeler yapılmasını gerektirir. Aksi takdirde, verilen yetkilerin sınırlan belirsiz olup takdir keyfiliğe dönüşmesine neden olur ve yasanın verdiği ucu açık yetki kullanımıyla tesis edilen işlemlerin hukuki denetimi de yasa engeli sebebiyle gereği gibi yapılamaz...” yönünde değerlendirmelerde bulunulmuştur.

13.Somut olayda; Belediye tarafından başvuranın 25/07/2019 tarihi itibarıyla Belediyeden 3.953.440,13 TL alacağının bulunduğu, kalan alacak bakiyelerinin bütçe imkanları dahilinde ilgili icra dosyalarına ödeneceğinin belirtildiği, başvuran vekili tarafından da teminata ilişkin asıl alacağın fer’ileri kapsamında olan sair alacakların ödenmemiş olduğunun ifade edildiği hususları dikkate alındığında, kişilerin alacaklarının tahsilinin gecikmesinin, hukuk güvenliği ile bağdaşmayacağı ve Devlete olan güven duygusunu zedeleyebileceği açıktır.

14.Kurumumuzca yapılan değerlendirme neticesinde; Belediye tarafından, kamu hizmeti verilirken “saydamlık”, “hesap verilebilirlik”, “öngörülebilirlik” ve “belirlilik” gibi ilkelerin göz önünde bulundurulması ve başvuranın alacağının mümkün olan en kısa sürede ödenmesi için işlem tesis edilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

B.İyi Yönetim İlkeleri Yönünden Değerlendirme

15. İyi yönetim ilkelerine 28/03/2013 tarihli ve 28601 mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin "İyi yönetim ilkeleri" başlıklı 6 ncı maddesinde yer verilmiş olup söz konusu ilkeler yönünden yapılan değerlendirmede; başvurana verdiği cevapta idari işleme karşı hangi sürede hangi mercie başvurabileceğini göstermediği, bu nedenle de “karara karşı başvuru yollarının gösterilmesi” ilkesine uymadığı tespit edildiğinden idarenin bahse konu ilkeye uygun davranması önerilmektedir.

VI.HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜNE İLİŞKİN AÇIKLAMA

16.6328 sayılı Kanunun “Dava açma süresinin yeniden işlemeye başlaması” başlıklı 21 inci maddesinde, Kamu Denetçiliği Kurumunun inceleme ve araştırmasını, başvuru tarihinden itibaren altı ay içinde sonuçlandıramaması hâlinde durmuş olan dava açma süresinin kaldığı yerden işlemeye başlayacağı belirtilmiştir. Bu kapsamda incelemenin altı ayda bitirilememesi gerekçesi, dava açma süresinin kaldığı yerden yeniden işlemeye başlayacağı hususu başvurana 08/10/2019 tarihli ve 14849 sayılı yazı ile bildirilmiştir.

VII. KARAR

Açıklanan gerekçelerle **BAŞVURUNUN KABULÜNE;**

Başvuruya konu ödemenin mümkün olan en kısa sürede yapılması için gerekli işlemlerin tesis edilmesi hususunda **BÜYÜKÇEKMECE BELEDİYE BAŞKANLIĞI’NA TAVSİYEDE BULUNULMASINA,**

6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun 20 nci maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, Büyükçekmece Belediye Başkanlığı tarafından bu karar üzerine **tesis edilecek işlemin otuz gün içinde Kurumumuza bildirilmesinin zorunlu olduğuna,**

Adres : Kavaklıdere Mah. Zeytindalı Caddesi No:4 Çankaya/ANKARA
Telefon : 0 (312) 465 22 00 Faks : 0 (312) 465 22 65
e-Posta : iletisim@ombudsman.gov.tr İnternet Adresi : www.ombudsman.gov.tr

Kararın BAŞVURANA ve BÜYÜKÇEKMECE BELEDİYE BAŞKANLIĞI'NA tebliğine,
Türkiye Cumhuriyeti Kamu Başdenetçisince karar verildi.

e-imzalıdır
Şeref MALKOÇ
Kamu Başdenetçisi