

# İhale konusu malzemenin pahalı alınması

|                   |                                    |                                                                                     |
|-------------------|------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------|
| Kamu İdaresi Türü | Belediyeler ve Bağlı İdareler      |  |
| Yılı              | 2009                               |                                                                                     |
| Dairesi           | 2                                  |                                                                                     |
| Dosya No          | 40678                              |                                                                                     |
| Tutanak No        | 42439                              |                                                                                     |
| Tutanak Tarihi    | 7.12.2016                          |                                                                                     |
| Kararın Konusu    | İhale Mevzuatı ile İlgili Kararlar |                                                                                     |

Konu: İhale konusu malzemenin pahalı alınması

1-) 1574 sayılı Ek İlam'ın 1'inci maddesi ile, ... Otomotiv San. Tic. Ltd. Şti.'den 18.08.2009 tarihli "Toplu Taşıma Araçları İçin Oto Elektrik Malzemesi Alımı İşine Ait Birim Fiyat Mal Alımı Sözleşmesi" ve 18.10.2009 tarihli "Toplu Taşıma Araçları İçin Hava-Kompresör Malzemesi Alımı İşine Ait Birim Fiyat Mal Alımı Sözleşmesi" kapsamında alınan yedek parçaların fiyatlarının ... Anonim Şirketi ile 3 yıl süreli imzalanan "2006-2007 Model SL-283 ... Marka Diesel ve CNG'li Otobüslere Ait Yedek Parça Temini İşİ"ne ait sözleşme kapsamında belirlenen fiyatlardan yüksek olması nedeniyle ...-TL'ye tazmin hükmü verilmiştir.

... Büyükşehir Belediyesi ... Genel Müdürlüğü adına temyiz başvurusunda bulunan ... ve ... göndermiş oldukları dilekçede özetle,

İlam'da tazmine konu edilen ... Anonim Şirketi ile 3 yıl süreli imzalanan "2006-2007 Model SL-283 ... Marka Diesel ve CNG'li

Otobüslere Ait Yedek Parça Temini İşi"ne ait sözleşme ile ... Oto. San. ve Tic. Ltd. Şti.'ye ait sözleşmeler farklı iki sözleşme farklı araçlar ve farklı zamanlara yönelik malzeme alımına ilişkin olduğunu; bu nedenle iki sözleşmenin kıyaslanmasının hukuken mümkün olmadığını;

Kurum ile ... A.Ş ile arasında 17.06.2005 tarihinde imzalanan sözleşme ile "kent içi toplu taşımacılığı için 3 kapılı solo (sınıf-1)... Classic Doğalgazlı Araçtan 400 Adet ve kent içi toplu taşımacılığı için 3 kapılı solo (sınıf-1)... Classic Dizel (SL 283) Motorlu Araçtan 50 Adet olmak üzere toplam 450 adet araç alımına ilişkin olarak sözleşme imzalandığını; Bu sözleşmenin 11.3. maddesinde yer alan teslim programına göre 17.06.2005-17.06.2007 tarihleri arasında araçların tesliminin yapıldığını; bu sözleşme ile alımı yapılan dolayısıyla 2006 ve 2007 model olan araçların 4734 sayılı Kanunun 22. maddesinin c bendinde yer alan "Mevcut mal, ekipman, teknoloji veya hizmetlerle uyumun ve standardizasyonun sağlanması için zorunlu olan mal ve hizmetlerin, asıl sözleşmeye dayalı olarak düzenlenecek ve toplam süreleri üç yıl geçmeyecek sözleşmelerle ilk alım yapılan gerçek veya tüzel kişiden alınması" hükmü uyarınca Kurum ile ... Anonim Şirketi arasında 3 yıl süreli "2006-2007 Model SL-283 ... Marka Dizel ve CNG'li Otobüslere Ait Yedek Parça Temini İşi" sözleşmesinin imzalandığını;

Kanunun 22/c maddesi hükmü uyarınca doğrudan temin kapsamında ... yedek parça sözleşmesine konu olan 450 adet aracın dışında, 2008 yılında 90 adet, 2009 yılında 350 adet farklı modellerde CNG'li ... otobüsün Kurumun mevcut otobüs filosuna katıldığını ve 2009 yılında Kurumda hizmete sunulan 1958 adet farklı modellerde otobüs bulunduğunu;

Bu sözleşmenin kapsamına, sadece Kurumca alımı yapılan 450 adet (50 adet dizel 400 adet CNG'li ...) otobüsün girdiğini ve bu model araçlar için anılan sözleşme kapsamında yedek parça temininin de gerçekleştirilmiş olduğunu; ... A.Ş. ile yapılan yedek parça sözleşmesinin kapsamına girmeyen araçlar için

yapılan alım işlemlerinin 22/c sözleşmesi ile kıyaslanmasının mümkün olmadığını; böyle bir kıyaslama yapılmasının hukuka aykırı olduğunu ve hukuka aykırı bir kıyaslama ile de kamu zararı çıkartılamayacağını;

Kurumun otobüs filosuna yeni katılan 2008 ve 2009 model CNG'li ... otobüslerin, ... A.Ş. ile yapılan yedek parça sözleşmesinin kapsamına girmeyen otobüsler olduğunu; bu durumda otobüslerin hizmete faal bir durumda tutulabilmesi ve toplu taşıma hizmetinin aksatılmadan sürdürülebilmesi için 2009 yılı itibariyle söz konusu otobüslere ait yedek parçaların, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun temel ilkeler başlıklı 5'inci maddesi kapsamında rekabeti, eşitliği sağlamak ve ihtiyaçların uygun şartlarda ve zamanında karşılanması ilkesinden hareketle, açık ihale usulü ile tedarikinin gerektiğini;

22/c yedek parça sözleşmesi kapsamında Kuruma ait diğer araçlara yedek parça almanın mümkün olmadığını; zira böyle bir alımın yapılmasının ihalesiz mal alımı nedeniyle kabul edilmeyerek kamu zararından bahsedileceğini; nitekim 2011 mali yılı hesaplarının incelemesi sırasında hazırlanan sorguda "...kamu ihale kanunundaki ihale usullerinden biri ile yapılması gereken bu işin 'ihtiyacın sadece gerçek veya tüzel kişi tarafından karşılanması' şeklinde doğrudan temin yöntemi kapsamına sokularak herhangi bir ihale prosedürüne uyulmaması 4734 sayılı kanunun 5. maddesinde yer alan ilkelere aykırı olup, 60.maddede yer alan yaptırımlara tabidir." denilerek bu husustaki görüşünü ortaya koyduğunu;

İdarece yapılan açık ihalelerde, yürürlükte olan mevzuatlara uygun olarak her dosyanın kendi kapsamında değerlendirildiğini ve verilen tekliflerin değerlendirilmesi sonucunda da yaklaşık maliyete uygun ve en ucuz birim fiyat teklifi veren isteklinin tekliflerinin dikkate alındığını; özetle, araçların yedek parçalarının 4734 sayılı Kanunun temel ihale usulü olan açık ihale suretiyle temin edilerek hukuka uygun olan işlemin yapıldığını;

İlama konu ... Anonim Şirketi ile 3 yıl süreli “2006-2007 Model SL-283 ... Marka Diesel ve CNG’li Otobüslere Ait Yedek Parça Temini İşi” sözleşmesinin, 15’inci maddesinde;

“15.1. Yüklenici tarafından idareye teslim edilen yedek parça fiyat listesi sözleşme süresince geçerli olup ayrıca fiyat farkı hesap edilmeyecektir. Fiyat değişiklikleri yüklenici tarafından yazılı olarak idareye bildirilecek olup, İdare ile mutabakat sağlanması halinde liste fiyatlarında değişiklik yapılabilecektir.

15.2. 15.1. maddesi dışında sözleşmede yer alan fiyat farkına ilişkin esas ve usullerde sözleşme imzalandıktan sonra değişiklik yapılamaz.” denildiğini; maddede açıkça firmanın fiyat değişikliği talebinde bulunabileceğinin belirtildiğini; nitekim ... Anonim Şirketi’nin İdareye vermiş olduğu yazılarla sözleşmedeki bir kısım malzemelerin fiyatının değiştirmek istediğini bildirdiğini; dolayısıyla söz konusu malzemelerin açık ihale tarihlerinde ... Anonim Şirketten, kamu zararı tablosunda belirtilen rakamlardan alınabileceği de bir varsayım olup, varsayıma dayalı kamu zararı çıkartılmasının mümkün olmadığını;

Zira, 5018 sayılı Yasanın 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.

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,

f) (Mülga:22/12/2005-5436/10md.)

g) Mevzuatında öngörülmediği halde ödeme yapılması, esas alınır." hükmünün yer aldığını;

Ayrıca buna ilave olarak, 6085 sayılı Sayıştay Kanununa dayalı olarak çıkarılan Sayıştay Denetim Yönetmeliğinin Kamu Zararının Tespiti başlıklı 43/ç maddesinde de "Kamu zararının, belirlenen kamu görevlilerinin mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemlerinden kaynaklandığına ilişkin illiyet bağının kurulması." hükmüne yer verilmiş olup, İlam konusu olayda bu şartların hiç birisi bulunmadan kamu zararından bahsedildiğini;

İlamda, kamu zararının belirlenmesinde 5018 sayılı Kamu Mali Yönetim ve Kontrol Kanununun 71'inci maddesinin, d) İş mal ve hizmetin rayiç bedelden daha yüksek fiyatla alınması veya yaptırılması, esas alınarak tazminen tahsiline karar verilmiş ise de; bu hususun yerinde olmadığını;

Piyasada alım konusu malı üreten veya pazarlayan, gerçek veya tüzel kişilerden alınan fiyat bildirimleri doğrultusunda, İdarece hazırlanan yaklaşık maliyetlerin rayiç bedel olarak alınmasının gerekli olduğunu;

İlama konu malzemelerin tamamına ait İdarece hazırlanan yaklaşık maliyet ile alımı gerçekleştirilen tutar kıyaslandığında, yaklaşık maliyetten ...-TL daha düşük fiyatla satın alındığını;

İlam konusu aynı hususun, 2010 yılı Sayıştay denetimi sırasında da tespit edildiğini ancak, Sayıştay Temyiz Kurulunun 29.09.2015 tarih ve

40793 sayılı Kararı ile kaldırılmasına karar verildiğini;

Yukarıda belirtilen açıklamalara dayalı olarak usul ve yasaya uygun olarak açık ihaleler sonrası yapılan işlemler hakkında 6085 sayılı Kanunun 35'inci maddesine, 5018 sayılı Kanunun 71'inci maddesine ve Sayıştay Denetim Yönetmeliğinin 43'üncü maddesine tamamen aykırı olarak tazmin hükmü çıkartıldığını belirterek tazmin hükmünün kaldırılmasını talep etmişlerdir.

Başsavcılık karşılama yazısında;

“Dilekçede ilamın 1'inci maddesine ilişkin olarak; yeni alınan otobüsler için KİK'nun 22/c maddesi kapsamında yapılan alımlarla değişik modeldeki araçlar için yapılan alımların farklı olduğu, aynı yönde 2010 yılı için verilen tazmin hükmünün de Başkanlığımız Temyiz Kurulunun 20.9.2015 tarihli ve 40793 sayılı kararı ile kaldırıldığı belirtilerek, verilen tazmin hükmünün kaldırılması talep edilmektedir.

Ortaya konulanlar karşısında, ilgililerin temyiz taleplerinin kabulü ile verilen tazmin hükmünün kaldırılmasına karar verilmesinin uygun olacağı mütalâa olunmaktadır.” denilmiştir.

İdare adına başvuruda bulunan ... ve ...'ın, İdare adına göndermiş oldukları ikinci dilekçede aynen;

“Kuruluşumuzun 2009 yılı hesabı hakkında Sayıştay Başkanlığı 2. Daire'since yapılan yargılama sonucunda çıkarılan 03.11.2015 tarih ve 1574 sayılı ek ilamın 1 ve 2'nci maddelerinde verilen tazmin hükümlerinin kaldırılması amacıyla Kuruluşumuz tarafından, 28.01.2016 tarih ve 2415 sayılı yazımızla temyiz talebinde bulunulmuştur. Bahse konu temyiz talebimiz hakkında ilgide kayıtlı Başsavcılık Birinci Karşılması ile; 1574 sayılı ek ilamın 1 ve 2'nci maddelerinde çıkarılan tazmin hükümlerinin kaldırılmasına yönelik temyiz dilekçemizde belirtilen sebeplerin yerinde olduğu ve tazmin hükümlerinin kaldırılmasının uygun olacağı belirtilmiş olup, Sayın Savcının da görüşü doğrultusunda 1574 Sayılı Ek İlamın 1 ve 2'nci maddelerinde yer alan tazmin hükümlerinin

kaldırılması gerektiğini bir kez daha arz ve talep ederiz.

Ayrıca; İlgide kayıtlı yazınızın ekinde gönderilen tebliğ belgesi, tebellüğ etmesi istenilen ...'nun ... Genel Müdürlüğüne atanmış olması nedeniyle, ... Genel Müdürü ... ve Genel Müdür Yardımcısı ... tarafından imzalanarak, yazımızın ekinde sunulmuştur." denilmiştir.

... Büyükşehir Belediyesi ... Genel Müdürlüğü adına duruşma talebinde bulunan ... , ... ve ... ile Sayıştay Savcısının sözlü açıklamalarının dinlenmesinden ve dosyada mevcut belgelerin okunup incelenmesinden sonra gereği görüldü;

... Büyükşehir Belediyesi ... Genel Müdürlüğü Otobüs İşletme Dairesi Başkanlığı ile ... A.Ş. arasında 4734 sayılı Kanunun 22/c maddesi uyarınca 06.11.2007 tarihinde imzalanan yedek parça alımı sözleşmesinin;

"Sözleşmenin Konusu" başlıklı 5'inci maddesinde;

"5.1. İdarenin ihtiyacına binaen, idarece sipariş olarak verilecek olan ve listedeki miktar, tip, özellik ve sair detayları belirtilen 2006-2007 Model SL-283 ... marka Diesel ve CNG'li otobüslere ait yedek parçaların temininin bu şartname ve sözleşmedeki şartlar dahilinde Yüklenici tarafından sağlanması işidir.

5.2. Bu sözleşme ile temin edilecek mal, Sözleşme ve eklerinde belirtilmiş bulunan her türlü ayrıntıya uygun ve teknik şartnamede belirtildiği şekilde teslim edilecektir."

"Sözleşmenin Türü ve Bedeli" başlıklı 6'ncı maddesinde;

"İdarenin ihtiyacı olan 2006-2007 Model SL-283 ... marka Diesel ve CNG'li otobüslere ait yedek parçaların, yüklenicinin taahhüt etmiş olduğu fiyat listesinde bulunan brüt satış fiyatlarından gruplara göre indirimler uygulanmak suretiyle yedek parça listesindeki birim fiyatlar esas alınarak, İdare tarafından sipariş verilen malzeme birim fiyatlarının çarpımı

sonucu bulunan toplam bedel üzerinden Birim Fiyat Sözleşme Esasına göre verilecek olan kısmi sipariş doğrultusunda belirlenir.”

“Sözleşmenin Süresi” başlıklı 10’uncu maddesinde;

“Sözleşmenin süresi, imzalandığı tarihten itibaren 3 (üç) yıldır.”

“Fiyat Farkı” başlıklı 15’inci maddesinde;

“15.1. Yüklenici tarafından idareye teslim edilen yedek parça fiyat listesi sözleşme süresince geçerli olup ayrıca fiyat farkı hesap edilmeyecektir. Fiyat değişiklikleri yüklenici tarafından yazılı olarak idareye bildirilecek olup, İdare ile mutabakat sağlanması halinde liste fiyatlarında değişiklik yapılabilecektir.

15.2. 15.1. maddesi dışında sözleşmede yer alan fiyat farkına ilişkin esas ve usullerde sözleşme imzalandıktan sonra değişiklik yapılamaz.”

“Diğer Hususlar” başlıklı 50’nci maddesinde;

“50.1. Bu şartname ... Genel Müdürlüğü bünyesinde çalıştırılan, 2006-2007 Model SL-283 ... marka Diesel ve CNG’li otobüslere ait yedek parça alımına esas teşkil etmekte olup orijinal yedek parçanın yüklenici tarafından İdareye teslimini sağlamak amacıyla hazırlanmıştır.

50.2. Yüklenici teklif ettiği malzemelerin yukarıda belirtilen araçlarımıza uyacağına ve malzeme ihtiyaç listesinde belirtilen özelliklere (katalog numarası, parça numarası, (ölçü vs.) uygun olduğunu kabul ve taahhüt eder.

50.3. İdare ile Yüklenici arasında yapılacak olan sözleşme ekindeki yedek parça listesinde mevcut olmayan ancak, sözleşmeden sonra bu konuda idarenin ihtiyacı olacak malzemeler olduğu takdirde yüklenici ile idarenin karşılıklı mutabakatı sonucu sözleşme eki olan yedek parça listesine

ilave edilecektir.

50.4. İdare ile istekli arasında yapılacak olan mal alımı sözleşme birim fiyatlarından; İdarece piyasadan daha ucuza (aynı kalitede ve özellikte) temin edileceği anlaşılan veya tespit edilen malın piyasadan alımında idare tamamen serbest olacaktır.” hükümleri yer almaktadır.

Yukarıda yer verilen sözleşme hükümlerinden, ... Büyükşehir Belediyesi ... Genel Müdürlüğü Otobüs İşletme Dairesi Başkanlığı ile ... A.Ş. arasında 4734 sayılı Kanunun 22/c maddesi uyarınca yapılan alım nedeniyle 06.11.2007 tarihinde imzalanan sözleşmenin 3 yıl süreli olduğu ve bu sözleşmenin sadece 400 adet CNG’li, 50 adet dizel olmak üzere toplam 450 adet 2006 ve 2007 model otobüs alımına ilişkin sözleşme kapsamındaki araçların yedek parçalarının teminine ilişkin olduğu anlaşılmaktadır.

Söz konusu 450 adet 2006 ve 2007 model araçlar yanında, sonraki yıllarda alınan araçlarla birlikte 2009 yılı itibariyle İdarenin farklı modellerde toplam 1958 adet otobüsünün bulunduğu ve İlam’da bahsi geçen firmadan alınan yedek parçaların, ... A.Ş. ile yapılan 06.11.2007 tarihli yedek parça teminine ilişkin sözleşme kapsamı dışındaki farklı model otobüslerde kullanıldığı dikkate alındığında; birbirinden bağımsız, farklı ihale ve alım şekilleri ile farklı zamanlarda yapılan alımları ilgilendiren sözleşmelerin ve yapılan alımların birbirleri ile kıyaslanarak kamu zararı hesabı yapılması mümkün değildir. Kaldı ki İlamda, alınan yedek parçaların sadece adı ve parça numarası belirtilmiş, fakat hangi model araçlara alındığına ilişkin bir tespit yapılmamıştır.

Bu itibarla, dilekçede öne sürülen hususların kabul edilerek 1574 sayılı Ek İlam’ın 1’inci maddesi ile verilen tazmin hükmünün KALDIRILMASINA,