

ihale konusu işinde iksa yapılması pozundan yapılan ödemelerin birim fiyat tariflerine uygun olmaması, yükleniciye yapılan ödemeleri sözleşmeye aykırı hale getirmekte ve kamu zararına sebebiyet vermesi hk(Sayıştay K30)

**Sayıştay Kararı – 4. Daire,
267/242, T. 10.11.2020**

HAKEDİŞ

1. A) ortaklığı taahhüdü altında yapımına devam edilen “..... İnşaat ve Elektromekanik Sistemleri ve Temin Montaj ve İşletmeye Alma İşi”nde; “019- İksa yapılması” pozundan yapılan ödemelerin ilgili pozun birim fiyat tarifine uygun olmaması hususunun sorgu konusu edildiği görülmüştür.

“Sözleşme eki birim fiyat tarifleri”nde bulunan “019- İksa yapılması” pozunun birim fiyat tarifinde;

“Proje ve teknik şartnameye göre her yükseklik ve genişlikte

kazı duvarlarındaki iksa sistemlerinin (Mini kazık, kazık, kesişen kazık, kazık başlık kirişi, diyafram duvarı, püskürtme beton, kalıcı ve geçici zemin öngermeli zemin ankrajları, beton ve betonarme çeliği, içten çelik destek vs. gibi her türlü sağlamlaştırma ve iyileştirme önlemleri) İdare ve Mühendisçe onaylanacak projesine göre yapılması için her türlü malzeme ile işçilik, yapım sırasında kullanılacak ekipmanların temini, alet, edevat ve ekipman gideri, kusurlu yetersiz kalan iksa sistemlerinin ilave tahkimi ve düzeltilmesi, yükleme boşaltma ve nakliyeler, bu iş için gerekebilecek her türlü ek masraf dahil, Madde 1.1 şartlarında 1 m2 nin fiyatıdır.

Ölçü: İksa yapılan kesimde, yapının plandaki dış kontur çevresi ile iksa sisteminin yapı temeli alt kotundan itibaren yüksekliği çarpılarak m2 cinsinden ölçülür. (...)

Şevli kazılar ve her ne kadar dik yüzeylerde olsa dahi (istasyon yapıları, NATM tünel inşaat şaftları vb.) mini kazık, kazık, kesişen kazık, diyafram duvarı, kalıcı ve geçici öngermeli zemin ankrajları ve çelik destek gibi sistemlerin kullanılmasına gerek duyulmadığı püskürtme beton, zemin çivisi ve çelik hasır gibi imalatlar kullanılarak kazı desteklemesi yapılması durumunda bu poz geçerli olmayıp, imalatlar kendi pozlarından ödenecektir. (...)

NATM Tünel İnşaat Şaftlarında ödemeler (kazık başlık kirişi alt kotundan geçerli olmak üzere) tünel pozundan yapılacaktır. Şaft kazıları sırasında uygun zemin koşulları nedeniyle mini kazık, kazık, kesişen kazık vb. kullanılmasına gerek duyulmayıp hasır çelik, püskürtme beton uygulanarak kazı desteklemenin yapılması durumunda NATM Tünel İnşaat Şaftlarında İksa Yapılması pozu geçerli olmayıp, imalatların kendi pozlarından ödenecektir.

NATM Tünel İnşaat Şaftlarında İksa Yapılması ödemelerinde; iksa elemanlarının (mini kazık, kazık, kesişen kazık) iç kontur çevresi ile iksa sisteminin şaft tabanından itibaren yüksekliği ile çarpılarak m2 cinsinden ölçülür. Şaft tabanı

altında kalan bölümler ödemede dikkate alınmaz.” Denilmiştir.

Sözleşme eki birim fiyat tariflerine göre; istasyon mahallerinde iksa sisteminin mini kazık, kazık, kesişen kazık, diyafram duvarı, kalıcı ve geçici öngermeli zemin ankrajları ve çelik destek gibi sitemler kullanılarak, NATM tünel İnşaat Şaftlarında da mini kazık, kazık, kesişen kazık vb. kullanılarak yapılması halinde bu pozdan ödenmesi; iksa imalatlarında diğer iksa elemanlarının kullanılması durumunda ise, iksa pozundan değil, kullanılan imalatın kendi pozundan ödenmesi öngörülmüştür. Bir başka deyişle, birim fiyat tariflerinde, “019- İksa yapılması” pozundan ödemelerin sadece kazıklı iksa elemanı kullanılarak iksa yapılması halinde bu kısım için mümkün olduğu ve püskürtme beton zemin çivisi/çelik hasır/kaya bulonlu iksa sistemlerinde olduğu gibi kazıklı iksa elemanı haricinde bir eleman kullanılması halinde ise, bu kısım için ödemenin iksa pozundan değil, iksa elemanlarının her birinin kendi pozlarından yapılacağı belirtilmişken, uygulamada bu düzenlemenin dikkate alınmadığı görülmüştür.

İksa yapılması ödemeleri 3’üncü hakedişe kadar kazıklı destek elemanları için yukarıda tariflenen iksa yapılması pozundan, kazık dışındaki imalatlarda kendi pozlarından ödenmek suretiyle gerçekleştirilmiş, 4’üncü hakedişten itibaren hesaplama metodu İdare, Yüklenici ve Müşavir arasında yapılan yazılı mutabakatla değiştirilmiştir. Yeni benimsenen yöntemde iksa yapılan mahalde kullanılan iksa elemanından bağımsız olarak mahallin tamamı için iksa yapılması pozunda geçerli olan fiyat üzerinden ödemeler yapılmaya başlanmış ve izleyen hakedişlerde bu metotla ödeme yapılmaya devam edilmiştir.

Birim fiyat tarifleri dikkatle incelenecek olursa, ilk olarak iksa sisteminin hangi elemanlarla yapılabileceği belirlenmiştir.

Yapılan iksa sisteminin ödemeye dönüşmesinde ise iki farklı yöntem belirlenmiştir. Birincisi iksa yapılması pozundan yapılan ödeme; bu durumda iksa yapılan alan nazara alınarak

ödeme yapılmaktadır. İkincisi birim fiyat tariflerinde tek tek sayılan kazı destek elemanları kullanılmamışsa imalatların iksa elemanlarının kendi pozlarından ödeme yapılması.

Birim fiyat tariflerinde bir mahalde iksa sisteminin yukarıdaki iki ödeme yöntemini de gerektirmesi durumunda nasıl bir yol izleneceği ayrıca açıklanmıştır. Kaldı ki ilk üç hakedişte idare tarafından parçalı ya da kısım kısım ödeme benimsenmiştir.

Sorumlular savunmalarında;

“NATM şaftlarda iksa ödemelerinde 3 no.lu hakedişe kadar İdarenin, iksa elemanı olarak kazık sistemlerini benimsediğini, iksa olarak ödenen kısım için kazık boyunun esas alındığını; kazık alt kotundan şaft tabanına kadar yapılan uygulamalar için ise hesabın imalat unsurlarının ilgili pozundan gerçekleştirildiğini, Yüklenici firmanın her üç hakedişi de “ihtirazı kayıtlı” imzaladığını ve yapılan hesaplara itirazlarını yazılı olarak İdareye ilettiğini,

Yüklenicinin;

– “019 iksa yapılması” pozuna ait birim fiyat tarifinden hareketle; “019- İksa yapılması” pozunun hem aç-kapa olarak inşa edilen İstasyonlarda hem de NATM Tünel Şaftlarında geçerli olduğu,

– “019- İksa yapılması” poz tarifindeki iksa sisteminden kastın poz tarifinin birinci paragrafındaki parantez içerisinde yer alan (Mini kazık, kazık, kesişen kazık, kazık başlık kirişi, diyafram duvarı, püskürtme beton, kalıcı ve geçici zemin öngermeli zemin ankrajları, beton ve betonarme çeliği, içten çelik destek vs. gibi her türlü sağlamlaştırma ve iyileştirme önlemleri) ifadesinden ve Kazı Güvenliği ve Alınacak Önlemler için Çevre ve Şehircilik Bakanlığının 31/08/2018 tarihli ve 84122464-755.01.-E.150340 sayılı Genelgesinin 1.4.3 maddesinde yer alan düzenlemeden anlaşılacağı üzere zemin çivisi ve öngermeli

beton da dahil olmak üzere her türlü sağlamlaştırma ve iyileştirme önlemlerini kapsadığı,

– “019- İksa yapılması” pozunun ölçü kısmında hiçbir suretle iksa elemanın boyuna ilişkin bir atıf yapılmadığı, aksine ölçünün iksa sisteminin tipi ve boyundan bağımsız olarak, istasyonlarda yapının plandaki dış kontur çevresi ile iksa sisteminin yapı temeli alt kotundan itibaren yüksekliği çarpılmak suretiyle, NATM Tünel Şaftlarında ise iksa elemanlarının iç kontur çevresi ile iksa sisteminin shaft tabanından itibaren yüksekliği çarpılmak suretiyle bulunacak m2 alan cinsinden ölçünün tespit edilmesi gerektiği,

– İdarenin hakedişlerde iksa elemanı olarak yalnızca fore kazık imalatlarını kabul etmesinin ve fore kazık kesimine ilişkin iksa ölçümünde poz tarifinde yer almamasına rağmen kazık boyunu ölçüye esas olarak almasının yanlış olduğu,

– Poz tarifinde geçen “Şaft kazıları sırasında uygun zemin koşulları nedeniyle mini kazık, kazık, kesişen kazık vb. kullanılmasına gerek duyulmayıp hasır çelik, püskürtme beton uygulanarak kazı desteklemenin yapılması durumunda NATM Tünel İnşaat Şaftlarında İksa Yapılması pozu geçerli olmayıp, imalatların kendi pozlarından ödenecektir.” ifadesinin yanlış yorumlandığı,

– Bu ifadenin Şaft 6A’da olduğu şekilde, shaft kazı için herhangi bir iksa sistemi teşkil edilmesine gerek bulunmayıp doğrudan hasır çelik ve püskürtme beton uygulanarak NATM Şaft kazılarının veya istasyon Aç-Kapa kazılarının gerçekleştirildiği durumlarda geçerli olacağı,

– Ayrıca poz tarifinde geçen “NATM Tünel İnşaat Şaftlarında İksa Yapılması pozu geçerli olmayıp” ifadesinde shaftın bir kısmı için iksa pozunun, bir kısmı için ise başkaca pozların kullanılmasının mümkün olamayacağının anlaşıldığı,

– Dolayısıyla, NATM shaftlarda İksa pozu uygulanacaksa ölçü hesabının birim fiyat tarifinde belirtildiği şekilde iksa

elemanlarının iç kontur çevresi ile iksa sisteminin şaft tabanından itibaren yüksekliği çarpılmak suretiyle bulunacak m² alan cinsinden hesaplanması, şaft 6A'da olduğu şekilde İksa pozunun uygulanmayacağı durumlarda "imalatların kendi pozlarından ödenecektir" hükmü uyarınca işlem yapılması gerektiği"

Şeklinde itirazlarını belirttiğini,

Yüklenicinin bu itirazlarının değerlendirildiğini;

Tarif gereği, "mini kazık, kazık, kesişen kazık, kazık başlık kirişi, diyafram duvar, püskürtme beton, kalıcı ve geçici öngermeli zemin ankrajları, beton ve betonarme çeliği, içten çelik destek vs. gibi her türlü destekleme, sağlamlaştırma ve iyileştirme önlemlerinin "İKSA SİSTEMİ" olarak tanımlandığını; ödemeye esas ölçünün ise, istasyon yapılarında yapı dış çevresi $[2 \cdot (a+b)]$ ile iksa sisteminin yapı alt temeli üst kotundan yüksekliği (h) çarpılarak bulunan m² alan üzerinden yapılacağının $[2 \cdot (a+b) \cdot h]$; NATM şaft yapılarında ise iksa elemanının iç kontur çevresi $[\pi \cdot D]$ ile iksa sisteminin şaft tabanından yüksekliği (h) ile çarpılarak bulunan m² alan üzerinden yapılacağının $[\pi \cdot D \cdot h]$ açıkça ifade edildiğini,

Tarifte geçen "NATM Tünel İnşaat Şaftlarında ödemeler (kazık başlık kirişi alt kotundan geçerli olmak üzere) tünel pozundan yapılacaktır. Şaft kazıları sırasında uygun zemin koşulları nedeniyle mini kazık, kazık, kesişen kazık vb. kullanılmasına gerek duyulmayıp hasır çelik, püskürtme beton uygulanarak kazı desteklemenin yapılması durumunda NATM Tünel İnşaat Şaftlarında İksa Yapılması pozu geçerli olmayıp, imalatların kendi pozlarından ödenecektir." ifadesine ilişkin olarak da; bir şaft için iksa sistemi çözümüne gidilmeksizin (hiçbir iksa elemanı kullanılmaksızın) serbest kazı yapılması veya kazı malzemesinin kazı alanına koparak dökülmesini önlemek için hasır çelik ve 'shotcrete' (püskürtme beton) uygulanması durumunda 'iksa' yapıldığının kabul edilemeyeceğini (Örnek olarak, proje kapsamında yapılan şaft 6A imalatlarının sadece

püskürtme beton ve hasır çelikten oluştuğunu); dolayısıyla, "019.E- NATM Tünel İnşaat Şaftlarında İksa Yapılması" pozunun geçerli olmayacağını, gerekli hesap ve ödemenin ilgili pozundan yapılmasının uygun olacağı açıklamasını getirmek için birim fiyat tarifinde yer aldığını; diğer bir deyişle, bir shaft için iksa çözümü yapılmaz ve hiçbir iksa elemanı kullanılmaz ise birim fiyat tarifinde yer alan ölçü elemanlarından başlık giriş alt kotu ve iksa sistemi iç kontur çevresi mevcut olmayacağından hiçbir ölçü yapılamayacağını,

İdarece yapılan incelemelerde, idarenin benzer hükümleri içeren tüm sözleşmelerinde ve belediyelerin uyguladığı tüm sözleşmelerinde uygulamanın yukarıda anlatıldığı şekilde olduğunu; ayrıca "..... İşi" ihale metraj hesabında ve yaklaşık maliyet hesabında keşif hazırlığı aşamasında da gerçekleştirilen uygulamanın yukarıda bahsedildiği şekilde olduğunu,

Belirtmişlerdir.

Savunmalarda, kazıklı iksa sisteminin ödemesinde kazık boyunun, kazık boyu eksi soketleme boyunun, kazık sisteminin en son göğüsleme girişi üstünde kalan kısmının ödemeye esas ölçü olarak alınabileceği gibi bir hükmün birim fiyat tarifinde bulunmadığı, bu hükümlerin tamamen yoruma dayalı olduğu, sözleşmesel ve hukuki hiçbir bağlayıcılığı olmadığı ifade edilmişse de; yukarıda etraflıca açıklandığı üzere bir mahalde birim fiyat tariflerinin açıkladığı şekilde iki farklı ödeme yöntemi gerektiren iksa sistemi kurulması durumunda ödemenin iki farklı yöntemle tespit edilmesi gerekmektedir. Birim fiyat tarifleri bu konuda yeterince açık hükümler içermektedir.

Yaklaşık maliyet hesabının, idarenin doğru uygulama olarak kabul ettiği şekilde yapılmış olması, idarenin yaptığı uygulamanın doğruluğuna karine teşkil etmez. Yaklaşık maliyet idarece yapılan bir öngörüdür. Dolayısıyla yaklaşık maliyetin hazırlanması sırasında sahada ne tür bir uygulama yapılacağı

bilinemez veya yaklaşık maliyet hesabının sadece tariflerde zikredilen ve iksa pozundan ödenmesi gerektiği belirtilen iksa elemanı kullanılarak yapılacağının varsayılmış olması da muhtemeldir. Nitekim iksa sistemlerinin seçimine esas teşkil eden zemin parametrelerinin yapılan sondaj, laboratuvar, jeolojik ve geoteknik çalışmalarının ileride yapım sırasında büyük farklılıklar göstermeyeceği ve zayıf zemin/sağlam zemin formasyon geçişlerinin karmaşık, iç içe girmiş bir iksa sistemi gerektirmeyeceği kabulü ile kazı işlerine başlandığı bilinmektedir.

İdarenin diğer işleri veya Büyükşehir Belediyesinin uygulamalarının da bulguda açıklanan konularla ilişkisi bulunmamaktadır. İnşaat işlerinde işin sözleşmesi ve ekleri bağlayıcıdır. Her işin sözleşme koşulları farklıdır.

Mutabakat Tutanağı'nın imzalanmasından sonra iksa ödemelerinin farklı bir yöntemle hesaplanmaya başlandığı görüldüğünden, İdare tarafından yürütülen yapım işinde yüklenici ile karşılıklı imzalanan mutabakatla sözleşmenin yürütülmesine ilişkin hususların düzenlenmesinin Kamu İhale Mevzuatı karşısındaki durumunun irdelenmesi konuya açıklık getirmek bakımından büyük önem arz etmektedir.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 4'üncü maddesinde;

"Bu Kanuna göre düzenlenecek sözleşmelerde, ihale dokümanında yer alan şartlara aykırı hükümlere yer verilemez.

Bu Kanunda belirtilen haller dışında sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılamaz ve ek sözleşme düzenlenemez...",

15'inci maddesinde;

"Sözleşme imzalandıktan sonra, sözleşme bedelinin aşılması ve idare ile yüklenicinin karşılıklı olarak anlaşması kaydıyla, aşağıda belirtilen hususlarda sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılabilir:

1. a) İşin yapılma veya teslim yeri
2. b) İşin süresinden önce yapılması veya teslim edilmesi kaydıyla işin süresi ve bu süreye uygun olarak ödeme şartları”,

24’üncü maddesinde;

“Mal ve hizmet alımlarıyla yapım sözleşmelerinde, öngörülemeyen durumlar nedeniyle bir iş artışının zorunlu olması halinde, artışa konu olan iş;

1. a) Sözleşmeye esas proje içinde kalması,
2. b) İdareyi külfete sokmaksızın asıl işten ayrılmasının teknik veya ekonomik olarak mümkün olmaması,

Şartlarıyla, anahtar teslimi götürü bedel ihale edilen yapım işlerinde sözleşme bedelinin % 10’una, birim fiyat teklif almak suretiyle ihale edilen mal ve hizmet alımlarıyla yapım işleri sözleşmelerinde ise % 20 ‘sine kadar oran dahilinde, süre hariç sözleşme ve ihale dokümanındaki hükümler çerçevesinde aynı yükleniciye yaptırılabilir.

Birim fiyat sözleşme ile yürütülen yapım işlerinde, Bakanlar Kurulu bu oranı sözleşme bazında % 40 ‘a kadar artırmaya yetkilidir.

İşin bu şartlar dahilinde tamamlanamayacağının anlaşılması durumunda ise artış yapılmaksızın hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir. Ancak bu durumda, işin tamamının ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesi zorunludur.

Sözleşme bedelinin % 80’inden daha düşük bedelle tamamlanacağı anlaşılan işlerde, yüklenici işi bitirmek zorundadır. Bu durumda yükleniciye, yapmış olduğu gerçek giderleri ve yüklenici kârına karşılık olarak, sözleşme bedelinin % 80’i ile sözleşme fiyatlarıyla yaptığı işin tutarı arasındaki bedel farkının % 5’i geçici kabul tarihindeki fiyatlar üzerinden ödenir”,

Hükümlerine yer verilmiştir.

Yukarıda aktarılan hükümlere göre, Kamu ihale sözleşmesinin yürütülmesi sırasında yukarıda sayılan haller dışında sözleşme hükümlerinin değiştirilmesi veya ek sözleşme düzenlenmesi mümkün bulunmamaktadır. Yapım sözleşmelerin yürütülmesine ilişkin temel düzenlemeler 4735 sayılı Kanun, bu Kanunun ikincil mevzuatı, işin sözleşmesi ve eki şartnamelerdir. Dolayısıyla, işin yürütülmesi aşamasında söz konusu düzenlemelere uyulması, bu düzenlemelerde yer alan yöntemlerden başka bir yöntem belirlenmemesi gerekmektedir.

Sorumlular konunun iddia edildiği şekilde; "019E "NATM Tünel İnşaat Şaftlarında İksa Yapılması" pozuna göre ödemede, Sözleşme eki birim fiyat tarifinde açıklandığı gibi kazık başlık kirişi alt kotundan şaft tabanına mesafe ile iksa çevresi çarpımı ile bulunacak alan üzerinden işlem yapılacağı, Genel Müdürlük talimatına uyulacağı" ifadelerinin yer aldığı Mutabakat metni ile değil, Genel Müdürlüğün sayılı yazısında belirttiği "NATM Tünel Şaftlarında kazı destekleme (iksa) ödemelerinin Sözleşme eki Birim Fiyat Tarifleri ve Birim Fiyat Teklif Cetveline uygun olacak şekilde yapılması" şeklindeki uygulamaya esas İdare görüşünün taraflara bildirilmesi ile sonuçlandırıldığını,

Anılan yazıda idarenin, konuya sözleşme özelinde açıklık getirdiğini ve "Kazı destekleme sistemlerinde istasyon iksa ödemelerinde olduğu gibi iksa elemanlarının (mini kazık, kazık, kesişen kazık) kullanılması durumunda şaft iç kontur çevresi ile iksa sisteminin şaft tabanından itibaren yüksekliği çarpılarak bulunacak metrekare alan üzerinden 019E İksa Yapılması pozundan ödeme yapılması, NATM Tünel Şaft imalatlarında uygun zemin koşulları sebebiyle mini kazık, kazık, kesişen kazık vb. iksa elemanlarının kullanılmasına gerek duyulmayıp hasır çelik, püskürtme beton uygulanarak kazı desteklemesinin yapılması durumunda (Şaft 6A'da olduğu gibi) NATM Tünel İnşaat Şaftı İksa Yapılması pozu geçerli olmayıp imalatların ödemesinin tünel pozlarından yapılması uygun

görülmüştür.” denildiğini,

İşin ikmale kalmadan ve yasal iş artışları dahilinde tamamlanabilmesi için mutabakat yapıldığını ve mutabakat metninin sözleşme hükümlerinin uygulanmasını açıklamaktan öte sözleşme ve eki ihale dokümanının hiç bir maddesini değiştirmediğini ifade etmiş iseler de; birim fiyat tariflerinde açık ve anlaşılır düzenlemeler olmasına rağmen, Yüklenici ile yapılan Mutabakatta, 4735 sayılı Kanunun 4’üncü maddesine aykırı olarak, birim fiyat tariflerinde belirlenen ödeme yönteminin işin başında belirlenenden farklı bir şekilde yeniden yorumlandığı ve dolayısıyla, istasyon mahalli ve NATM Tünel İnşaat Şaftlarında iksa yapılması pozundan yapılan ödemelerin hesap yönteminin değiştirildiği görülmüştür.

Ayrıca; savunmalarda yer alan; “Dolayısıyla, 1-3 nolu hakedişlerde sehven uygulandığı ve denetçi tarafından kamu zararı isnadında temel alınan hesap yöntemi Sözleşme ve eki birim fiyat tariflerine uymamaktadır. Sözleşmenin veya birim fiyat tarifinin hiçbir yerinde iksa elemanının boyuna atıf yapılmamaktadır. Bilakis ödemeye esas ölçü alınırken birim fiyat tarifi açıkça “şaft tabanından itibaren yükseklik” veya “yapı temeli alt kotundan itibaren yükseklik” ifadelerini kullanmaktadır.”

Şeklindeki ifadelere bakıldığında da, “019- İksa yapılması” pozunun birim fiyat tarifinin belirtilen şekilde yorumlandığı anlaşılmaktadır.

Nitekim, sorumlular savunmalarında belirttikleri hususları, duruşma sırasında da tekrarlamışlar ve;

“Hiçbir iksa elemanı kullanılmaksızın serbest kazı yapılması veya kazı malzemesinin kazı alanına koparak dökülmemesini temin için hasır çelik ve shotcrete uygulaması durumunda □iksa’ yapıldığının kabul edilemeyeceği; dolayısıyla, “019.E- NATM Tünel İnşaat Şaftlarında İksa Yapılması” pozunun geçerli olmayacağı, gerekli hesap ve ödemenin ilgili pozundan

yapılmasının uygun olacağı, açıklamasını getirmek için birim fiyat tarifinde yer aldığını; diğer bir deyişle, bir shaft için iksa çözümü yapılmaz ve hiçbir iksa elemanı kullanılmaz ise, birim fiyat tarifinde yer alan ölçü elemanlarından başlık kiriş alt kotu ve iksa sistemi iç kontur çevresi mevcut olmayacağından hiçbir ölçünün de yapılamayacağını” ifade etmişlerdir.

Bir anlamda, aynı tünel shaftında, bir kısım imalatların iksa pozundan; püskürtme beton veya hasır çelik gibi destekleme yöntemleri uygulanan imalatların da bunlara ilişkin ayrı pozlardan ödenmesi gibi ikili bir uygulama yapılmasının tarife uygun olmadığını, ifade edilen ölçümleme usulünden de bunun anlaşıldığını, kastetmişlerdir.

Konuya ilişkin olarak Denetçi iddiaları ile savunmalarda yer alan açıklamaların birlikte değerlendirilmesinde;

Dört istasyondan oluşan, yaklaşık 7.5 km uzunluğunda, çift hatlı olarak projelendirilen söz konusu metro inşaatı işinde kullanılan NATM tünel yöntemi; klasik usulde kazı yapılmasının yanı sıra metro hattı boyunca büyük kuyular açılmasını da içermektedir. Bu kuyulara verilen ad NATM tünel inşaat shaftıdır. Bu kuyulardan hem pasa çıkartılmakta hem de malzeme, araç, ekipman vs. indirilmekte, sonuçta kazı daha hızlı yapılabilmektedir. Duvarlarda yükü tutan iksa elemanları kazı desteklemesi, sağlamlaştırma, iyileştirme için yapılmaktadır. İstasyonlar zeminden aşağı doğru prizmatik kazı yapılan alan içine yapılan dikdörtgen prizması şeklinde yapılardır. Bütün istasyonlarda aç-kapa yöntemi uygulanmaktadır. İksa bu prizmanın duvarlarına yapılmaktadır. NATM tünel inşaat shaftlarında ise eliptik bir kuyu dışında 12m çapında dairesel, zeminden aşağıya doğru 25-60 m derinliğinde silindirik kuyular açılmaktadır. İksa kuyunun iç kenarına yapılmaktadır. Söz konusu projede NATM tünel inşaat shaftlarına ilave olarak, asansör, merdiven, havalandırma gibi yine silindirik yapıları daha küçük boyutlu shaftlar da bulunmakta olup, iksa yine aynı poz tarifine göre ödenmektedir.

Birim fiyat tariflerinde iksa yapılması pozu hem istasyon hem de NATM tünel inşaat aftı mahalleri için 019 pozunda düzenlenmiştir. Birim fiyat tariflerinde önce iksa elemanları tanımlanmakta, sonra da ölçü birimi verilmektedir. Sonraki paragrafta zemin koşullarına göre tadaden sayılan elemanların kullanılmaması halinde ödemelerin kendi pozundan yapılacağına ilişkin ayrıık düzenleme yer almakta, devam eden paragraflarda NATM tünel inşaat aftlarına ilişkin ödeme hesap yöntemi özel olarak açıklanmakta ve bir kez daha tadaden sayılan iksa elemanlarının kullanılmaması halinde ödemenin kendi pozundan yapılacağına dair ayrıık düzenlemeye yer verilmekte ve birim fiyat tariflerinin iksa pozu açıklamaları son bulmaktadır.

“019- İksa yapılması” poz tarifine bakıldığında, “Proje ve teknik şartnameye göre her yükseklik ve genişlikte kazı duvarlarındaki iksa sistemlerinin İdare ve Mühendisçe onaylanacak projesine göre yapılması” işlemlerinin imalatın konusu olduğu, parantez içerisindeki ifadeden; “mini kazık, kazık, kesişen kazık, kazık başlık kirişi, diyafram duvarı, kalıcı ve geçici zemin öngermeli zemin ankrajları” gibi “sağlamlaştırma ve iyileştirme önlemlerinin” yanı sıra, “püskürtme beton, beton ve betonarme çeliği, içten elik destek” gibi sağlamlaştırma ve iyileştirme önlemlerinin” de bu kapsam dahilinde olduğu anlaşılmaktadır. Buraya kadar olan ifadelerden, her türlü “sağlamlaştırma ve iyileştirme önlemlerinin” iksa kapsamında olduğu ve ödemeye esas imalat miktarının istasyon mahallerinde; “İksa yapılan kesimde, yapının plandaki dış kontur çevresi ile iksa sisteminin yapı temeli alt kotundan itibaren yüksekliği çarpılarak m2 cinsinden ölçülür.”, NATM Tünel İnşaat aftlarında İksa Yapılması demelerinde ise; “İksa elemanlarının i kontur çevresi ile iksa sisteminin şaft tabanından itibaren yüksekliği ile çarpılarak m2 cinsinden ölçülür. aft tabanı altında kalan bölümler ödemede dikkate alınmaz.” ifadelerinde açıklık kazanan genel ereve esas alınarak tespit edileceği,

Takip eden paragraflarda yer alan ifadelerden de; uygun zemin

koşulları nedeniyle mini kazık, kazık, kesişen kazık, diyafram duvarı, kalıcı ve geçici öngermeli zemin ankrajları ve çelik destek gibi sistemlerin kullanılmasına gerek duyulmayan şevli kazılar ile; aynı şekilde, mini kazık, kazık, kesişen kazık, diyafram duvarı, kalıcı ve geçici öngermeli zemin ankrajları ve çelik destek gibi sistemlerin kullanılmasına gerek duyulmayan istasyon yapıları, NATM tünel inşaat şaftları gibi yapılarda, çelik hasır, püskürtme beton, zemin çivisi uygulanarak kazı desteklemenin yapılması durumunda ödemelerin, bu imalatlara ilişkin pozlardan yapılacağı,

NATM Tünel İnşaat Şaftlarında ödemelerin (kazık başlık kirişi alt kotundan geçerli olmak üzere) tünel pozundan yapılacağı, şaft kazıları sırasında uygun zemin koşulları nedeniyle mini kazık, kazık, kesişen kazık vb. kullanılmasına gerek duyulmayıp hasır çelik, püskürtme beton uygulanarak kazı desteklemenin yapılması durumunda NATM Tünel İnşaat Şaftlarında İksa Yapılması pozu geçerli olmayıp, imalatların kendi pozlarından ödeneceği,

Anlaşılmaktadır.

Sorumlularca yüklenicinin ihtirazi kayıtlarda idarenin sadece kazıklı sistemleri iksa sistemi olarak değerlendirmesini haksız bulduğu ifade edilmektedir. Savunma metnindeki teknik açıklamalarda da görüldüğü üzere püskürtme beton ve zemin çivisi kullanılarak yapılan sistemler de iksa sistemi olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla birim fiyat tariflerinin iksa pozunu tariflediği ilk paragrafta iksa sisteminin hangi elemanlarla yapılabileceği tadaden sayılmış ve aralarında herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Dolayısıyla birim fiyat tarifi püskürtme beton ve zemin çivisi/çelik hasır (Birim fiyatlarda açıkça belirtilmemesine rağmen sahada püskürtme betonlu sistemde kaya bulunuşu da kullanılmıştır.) kullanılarak yapılan sistemleri iksa olarak tanımlamışken idarenin bu sistemleri iksa sistemi olarak kabul etmemesine yönelik yüklenici itirazları yersizdir. İdareyi de bağlayan birim fiyat tariflerinin açıkça iksa olarak kabul ettiği bir kazı

destekleme sistemini, idarenin iksa sistemi olarak kabul etmemesi mümkün değildir.

Yüklenici itirazları anlaşılabacağı üzere hangi kazı desteklemesinin iksa olarak kabul edileceğine yönelik olmaktan ziyade iksa sistemleri karşılığında yükleniciye ödenecek bedele ilişkindir.

Birim fiyat tariflerinde; “Şevli kazılar ve her ne kadar dik yüzeylerde olsa dahi (istasyon yapıları, NATM tünel inşaat şaftları vb.) mini kazık, kazık, kesişen kazık, diyafram duvarı, kalıcı ve geçici öngermeli zemin ankrajları ve çelik destek gibi sistemlerin kullanılmasına gerek duyulmadığı püskürtme beton, zemin çivisi ve çelik hasır gibi imalatlar kullanılarak kazı desteklemesi yapılması durumunda bu poz geçerli olmayıp, imalatlar kendi pozlarından ödenecektir.” denilmiştir. Bu tarifte, iksa sistemi yapılan mahallerde şevli kazı veya dik yüzeylerde kazı yapılsa dahi mini kazık, kazık, kesişen kazık, diyafram duvarı, kalıcı ve geçici öngermeli zemin ankrajları ve çelik destek gibi sistemlerin kullanılmaması durumunda imalatların kendi pozundan ödenmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Parantez içi hükümde istasyon ve NATM tünel inşaat şaftları belirtilerek kazı yapılan mahallin bu mahalleri içermesi ve şevli veya dik yüzey kazısı da olsa; eğer iksa sisteminde mini kazık, kazık, kesişen kazık, diyafram duvarı, kalıcı ve geçici öngermeli zemin ankrajları ve çelik destek kullanılmamışsa imalatların iksa pozundan değil kendi pozundan ödeneceği hüküm altına alınmıştır.

Tariflerin NATM tünel şaftlarına ilişkin açıklamalarında ayrıca; “NATM Tünel İnşaat Şaftlarında ödemeler (kazık başlık kirişi alt kotundan geçerli olmak üzere) tünel pozundan yapılacaktır.” denilmiştir. Bu hüküm birim fiyat tariflerinde yer alan tünel işleri kısmına gönderme yapmaktadır. Buradan, NATM tünel inşaat şaftı kazısının tünel işleri pozundan yapılacağı anlaşılmaktadır. Tarifin devamında; “Şaft kazıları sırasında uygun zemin koşulları nedeniyle mini kazık, kazık, kesişen kazık vb. kullanılmasına gerek duyulmayıp hasır çelik,

püskürtme beton uygulanarak kazı desteklemenin yapılması durumunda NATM Tünel İnşaat Şaftlarında İksa Yapılması pozu geçerli olmayıp, imalatların kendi pozlarından ödenecektir." denilmiştir. Bu hükümde de bir kez daha uygun zemin koşulları sebebiyle mini kazık, kazık, kesişen kazık vb. kullanılmasına gerek duyulmayan ve hasır çelik, püskürtme beton uygulanarak iksa sistemi kullanılması durumunda bu pozun geçerli olmayacağı ve imalatların kendi pozundan ödeneceği belirtilmiştir.

Aynı mahalde kazıklı iksa sistemi ve püskürtme beton zemin çivisi/çelik hasır/kaya bulonlu iksa sistemi birlikte uygulanmışsa birim fiyat tarifinde hesaplamanın nasıl yapılacağını dair yeterli düzenlemeler bulunmaktadır.

Birim fiyat tariflerinin yukarıda yer verilen parantez içi hükmünde NATM tünel inşaat şaftlarını da kapsama dahil eden ilgili paragrafı ile NATM tünel inşaat şaftlarına özel olarak açıklama yapan paragraf birlikte değerlendirildiğinde iksa yapılan mahallerde (istasyon veya NATM tünel inşaat şaftı) mini kazık, kazık, kesişen kazık, diyafram duvarı, kalıcı ve geçici öngermeli zemin ankrajları ve çelik destek kullanılarak iksa yapılması halinde ödemeler bu pozdan yapılacak; püskürtme beton, zemin çivisi ve çelik hasır gibi imalatlar kullanılarak iksa yapılması durumunda imalatlar kendi pozlarından ödenecektir.

İksa yapılan mahallerde (istasyon ve NATM tünel inşaat şaftları) genelde üst kottan kayaç zemine kadar keşisen kazıkla kazı desteklemesi (iksa) yapılmakta; daha alt kotlara püskürtme beton, kaya bulonu, zemin çivisi ya da çelik hasırla kazı destekleme (iksa) yapılmaktadır. Dolayısıyla bir mahalde iki farklı iksa sistemi kurulmaktadır. Ödemelerin de birim fiyat tariflerine uygun olarak iksa sisteminin mini kazık, kazık, kesişen kazık, diyafram duvarı, kalıcı ve geçici öngermeli zemin ankrajları ve çelik destek kullanılarak yapılan kısmına iksa pozundan; püskürtme beton, kaya bulonu, zemin çivisi ya da çelik hasırla yapılması durumunda

imalatların kendi pozundan yapılması gerekmektedir. Böyle bir uygulama aynı zamanda hakkaniyete de uygun düşmektedir.

İdarenin iddia ettiği gibi birim fiyat tarifi iksa sistemi (hangi eleman kullanılarak yapılırsa yapılsın) için tek bir ödeme usulü öngörmüş olsaydı yukarıda detaylı olarak açıklanan paragraflardaki düzenlemelere yer verilmiş olmazdı.

Nitekim Yüklenici itirazlarına görüş verilen sayılı Müşavir yazısının bir bütün olarak değerlendirilmesinde;

Şaft kuyusunun yukarıdan aşağıya doğru ilerletilen bir yapım sistemi ile açıldığı, bu kuyunun stabilitesi için gerekli iksa sistemine hem ihale öncesi hem de ihale sonrası yapılmış sondajlardan elde edilen bulguların önce jeolojik, bilahare jeoteknik değerlendirmeleri sonunda hazırlanan raporlarla karar verildiği, iksa sistemlerinin seçimine esas teşkil eden zemin parametrelerinin yapılan sondaj, laboratuvar, jeolojik ve geoteknik çalışmalarının ileride yapım sırasında büyük farklılıklar göstermeyeceği ve zayıf zemin/sağlam zemin formasyon geçişlerinin karmaşık, iç içe girmiş bir iksa sistemi gerektirmeyeceği kabulü ile kazı işlerine başlandığı, seçilen shaft geometrisine uygun olarak ve statik hesaplarla tespit edilen kazık çapları dikkate alınarak kazık eksenlerinin çakılarak kazıkların ardışık düzende numaralandırıldığı, öngörülen kazık boyuna uygun donatı kafesi hazırlandığı, kazık makineleri sahaya getirilerek mobilizasyonun tamamlandığı ve çalışmalara başlandığı, kazık çakma paterninin genelde saha çalışma şartları, araç hareketi ve manevra imkanları, kazık beton işlerinin priz süreleri gibi kriterler dikkate alındığında bir aritmetiksel sıralamadan ziyade, sporadik bir düzende oluştuğu, bu nedenle de zayıf zemin/sağlam zemin formasyon çizgisinin projelere uygunluğunun saptanmasının hemen işin başında mümkün olmadığı, Şaft 3-4A'da zayıf zemin/sağlam zemin geçişinin beklenenin aksine değişkenlik gösteren bir yapıda ortaya çıktığı, bunun üzerine, bahse konu yapının ve uygulanan yapım sisteminin

özelliklerinin göz önünde bulundurulması sonucunda söz konusu işte bahsi geçen şaftlarda, zemin koşuluna göre iksa yapılmaya kazık ile başlandığı, kazık imalatına değişen zemin yapısına uygun şekilde devam edildiği, ancak alt kotlarda kaya zeminle karşılaşınca kazıkların kayaya soketlenip, püskürtme betonlu çelik hasır-zemin çivisi-kaya bulonu sisteme dönüldüğü, sonuç itibariyle Şaft 3-4A gibi şaftlarda karma iksa sisteminin bir başka deyişle kazıklı iksa/püskürtme beton-hasır çelik-kaya bulonlu iksa sisteminin uygulandığı anlaşılmaktadır.

Duruşma esnasında sorumlular, mutabakata varılan söz konusu hususta Müşavirliğin de imzası bulunduğunu ve Müşavirlik görüşlerinin aynı doğrultuda olduğunu; ilgili görüşlerin kendilerinde saklı olduğunu belirtmişlerdir. Bununla beraber; Genel Müdürlük yazısında da atıfta bulunulmuş olan söz konusu Müşavirlik Görüşünde, Denetçinin bahsettiği “iksa sistemi karma uygulanan şaftlar” ifadesi yer almamakta olduğu, iksa sistemi elemanlarının kazıktan oluştuğu NATM tünel inşaat şaftı imalatları ile bunların dışında kalan kaya bulonlu iksa sistemi elemanlarının uygulandığı NATM tünel inşaat şaftı imalatları şeklinde ikili bir ayırmadan bahsedildiği ileri sürülebilir ise de;

Söz konusu Müşavir yazısında özetle, birim fiyat tariflerinde yer alan hükümler çerçevesinde, Şaft 4A ve Şaft 3 için çakılan kazık boyu ile Şaft (kuyu) iç yüzüne bakan çevre uzunluğunun çarpılmasıyla bulunan alanın iksa pozundan ödenmesi; kazıklı iksanın olmadığı yerde “püskürtme beton+hasır çelik+ kaya bulonundan oluşturulan iksa sisteminin şaft çevresel alanına “cross” metodu uygulanarak hesaplanması, kazıkların üstüne denk gelen bulonların ise minha edilmesi ve bu uygulamaya esas pozlardan ödenmesi; ödemenin kazık boylarından 1 mt soketlenme boyu minha edilerek yapılması; iksa sistemi elemanlarının kazıktan oluştuğu NATM tünel inşaat şaftı imalatlarında ödemelerin 019 E No.lu pozdan, kazı imalatlarının ise 107 nolu pozdan; bunların dışında kalan kaya bulonlu iksa sistemi elemanlarının uygulandığı NATM tünel inşaat şaftı

imalatlarında ödemelerin kendi pozlarından yani; hasır çelik (113 A Pozu)-kaya bulonu (101 Pozu) -püskürtme betonu (108 Pozu) pozlarının tünel pozundan ödenmesi uygun görülmüştür.

Söz konusu Müşavir yazısında ayrıca; söz konusu işte bahsi geçen Şaft 4A ve Şaft 3'te, zemin koşuluna göre iksa yapılmaya kazık ile başlandığı, kazık imalatına değişen zemin yapısına uygun şekilde devam edildiği, ancak alt kotlarda kaya zeminle karşılaşınca kazıkların kayaya soketlenip, püskürtme betonlu çelik hasır-zemin çivisi-kaya bulonu sisteme dönüldüğü ifade edildiğinden, sonuç itibarıyla Şaft 3-4A gibi shaftlarda karma iksa sisteminin bir başka deyişle kazıklı iksa/püskürtme beton-hasır çelik-kaya bulonlu iksa sisteminin uygulandığı anlaşılmaktadır.

Dolayısıyla kazıklı iksa sistemiyle beraber karma olarak püskürtme beton zemin çivisi/çelik hasır/kaya bulonlu iksa sistemi yapılması ve kazıklar yapı temeli alt kodu ya da NATM tünel inşaat shaftlarında shaft tabanına kadar inmediği durumlarda kazıklı iksa sistemi için alan hesap edilirken yükseklik olarak yapı temeli alt kodu yada shaft tabanı yerine kazık boyunun ödemeye esas alınması gerekecektir. Kazıklı iksa sistemiyle karma olarak yapılan püskürtme beton zemin çivisi/çelik hasır/kaya bulonlu iksa sisteminde kazıklı iksa sistemi için kazık boyuyla yapının dış kontur çevresi çarpılarak bulunan alan üzerinden, NATM tünel inşaat shaftlarında da kazık boyu ile Şaft (kuyu) iç yüzüne bakan çevre uzunluğunun çarpılmasıyla bulunan alan üzerinden ödeme yapılacaktır; püskürtme beton zemin çivisi/çelik hasır/kaya bulonlu iksa sistemi uygulanan alanlar için iksa elemanının herbiri için kendi pozundan ödeme yapılması gerekecektir.

Hal böyleyken, idare ilk üç hakedişte teknik bir kurum olan Müşavir yorumuna benzer bir yorum yaparak iksa ödemelerini hesaplamıştır. Açıkça görülmektedir ki savunmalarda eleştirilen hususların sözleşmesel dayanağı bulunmakta, yukarıda da detaylı olarak açıklandığı üzere, birim fiyat tarifleri bu konuda yeterince açık hükümler içermektedir.

Ayrıca işin Müşavirinin itiraz konusu hususları teknik açıdan değerlendirmeye ehil olduğunu dile getirmeye gerek yoktur.

Bu nedenle, iksa yapılması pozundan yapılan ödemelerin birim fiyat tariflerine uygun olmaması, yükleniciye yapılan ödemeleri sözleşmeye aykırı hale getirmekte ve kamu zararına sebebiyet vermektedir.

Diğer bir husus olarak; İnşaatında 019 iksa yapılması pozu tarifinin incelenmesinde sorgu konusu İnşaatının iksa yapılması poz tarifi ile birebir aynı olduğu görülmektedir. İnşaatında da kazıklı iksa sistemi ve püskürtme beton zemin çivisi/çelik hasır/kaya bulonlu iksa sisteminin birlikte uygulandığı karma sistem kullanıldığı birkaç NATM Tünel İnşaat Şaftı bulunmaktadır; ancak hakediş metrajı sorguda kaleme alındığı şekilde kazıklı iksa sistemi için ayrı, püskürtme beton zemin çivisi/çelik hasır/kaya bulonlu iksa sistemi ayrı çıkartılmış ve ödemeler kazıklı iksa kısmı için 019 pozundan, diğer kısım için kendi pozlarından yapılmıştır. Düzenlenmiş son hakediş itibariyle bu ödemelere ilişkin yüklenici itirazı da bulunmamaktadır.

Son olarak sorumlularca iksa ödemelerinde yöntem değişikliğinin Mutabakat Tutanağı'na dayanmadığı sayılı yazıya dayandığı ifade edilmiştir. İlgili yazının ikinci paragrafında Mutabakat Tutanağı yazı da ilgi tutulmuş ve "Natm Tünel Şaftlarında iksa ödemeleri mutabakat tutanağı çerçevesinde yeniden değerlendirilmiştir" denildikten sonra iksa ödemelerinde yöntem açıklanmıştır. Dolayısıyla iksa ödemeleri hesap yöntemi değişikliğinde dayanak olarak Mutabakat Tutanağı esas alınmıştır.

Burada dikkat çekilmesi gereken bir husus da hem Mutabakat Tutanağı'nın hem de sayılı yazının iksa ödemeleri için 019E pozu hakkında açıklama getirmesine rağmen ilgili yazılar sonrasında 019A, C ve D pozlarının ödeme yönteminin de değiştirildiği görülmektedir. Buradan hareketle Mutabakat Tutanağı ve sayılı yazıların "019E NATM Tünel İnşaat

Şaftlarında İksa Yapılması” pozuna ilişkin olmasına rağmen idarece genel olarak “019- İksa Yapılması” pozuna yönelik olarak düzenlendiği söylenebilir; çünkü söz konusu yazılardan sonra iksa ödemelerinde yöntem değişikliğinin istasyon mahallerindeki iksa ödemelerine de teşmil ettirildiği görülmektedir. Nitekim Mutabakat Tutanağı ve sayılı yazı akabinde düzenlenen dördüncü hakediş metraj icmalinde 019A, 019D ve 019E için hesaplama yapılırken ilgili sayfalara sayılı genel müdürlük yazısına istinaden metraj yapıldığı şerhi düşülmüştür.

Açıklanan gerekçelerle, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 71’inci maddesi kamu zararının meydana gelmesinde kusur sorumluluğu esasını benimsemiştir. Buna göre, kamu zararından Mutabakat Tutanağında imzası bulunan ve sayılı Genel Müdürlük Olur’unu imzalayan kamu görevlilerinin sorumluluğu bulunmaktadır. Zira iksa ödemeleri bu yazılar sonrası değiştirilmiş ve bu tutanak doğrultusunda onaylanmış; sorguda sorumlu tutulan diğer kamu görevlilerinin idarenin karar alma sürecine tesirleri olmamıştır. Dolayısıyla kusur sorumluluğu iksa ödeme yönteminin değiştirilmesine esas olan belgelerde imzası bulunan kişilerindir. Bu nedenle diğer kamu görevlilerine sorumluluk tevcih edilmesi mümkün görülmemektedir.

Bu itibarla, ortaklığı taahhüdü altında yapımına devam edilen “..... İnşaat ve Elektromekanik Sistemleri ve Temin Montaj ve İşletmeye Alma İşİ”nde; “019- İksa yapılması” pozundan yapılan ödemelerin ilgili pozun birim fiyat tarifine uygun olmaması sonucu neden olunan Avro kamu zararının Genel Müdürlüğün sayılı yazısını imza eden Harcama Yetkilisi ve Mutabakat Tutanağını imza eden Gerçekleştirme Görevlisi ile Diğer Sorumlular’a ortaklaşa ve zincirleme,

6085 sayılı Sayıştay Kanununun 53’üncü maddesi gereği işleyecek faizleri ile ödettirilmesine, anılan Kanunun 55’inci maddesi uyarınca işbu İlamın tebliğ tarihinden itibaren altmış

gün içerisinde Sayıştay Temyiz Kurulu nezdinde temyiz yolu açık olmak üzere oy çokluğuyla,

Azınlık Görüşü

Üye ile Üye’ın karşı oy gerekçesi;

“..... Bakanlığının 2017 yılı hesap ve işlemlerinin incelenmesi sonucu düzenlenen Yargılamaya Esas Raporda; “.....İnşaatı ve Elektromekanik Sistemler Temin, Montaj ve İşletmeye Alma İşİ”ne ilişkin ödeme emirleri ve eki hakediş belgelerinde yer alan 019- İksa yapılması’ pozundan yapılan ödemelerin, bu pozun birim fiyat tarifine uygun olmadığı ve bu suretle kamu zararına sebebiyet verildiği iddiasına ilişkin tespit ve değerlendirmeler yer almıştır.

“Sözleşme eki birim fiyat tarifleri”nde bulunan “019- İksa yapılması” pozunun birim fiyat tarifi;

“Proje ve teknik şartnameye göre her yükseklik ve genişlikte kazı duvarlarındaki iksa sistemlerinin (Mini kazık, kazık, kesişen kazık, kazık başlık kirişi, diyafram duvarı, püskürtme beton, kalıcı ve geçici zemin öngermeli zemin ankrajları, beton ve betonarme çeliği, içten çelik destek vs. gibi her türlü sağlamlaştırma ve iyileştirme önlemleri) İdare ve Mühendisçe onaylanacak projesine göre yapılması için her türlü malzeme ile işçilik, yapım sırasında kullanılacak ekipmanların temini, alet, edevat ve ekipman gideri, kusurlu yetersiz kalan iksa sistemlerinin ilave tahkimi ve düzeltilmesi, yükleme boşaltma ve nakliyeler, bu iş için gerekebilecek her türlü ek masraf dahil, Madde 1.1 şartlarında 1 m2 nin fiyatıdır.

Ölçü: İksa yapılan kesimde, yapının plandaki dış kontur çevresi ile iksa sisteminin yapı temeli alt kotundan itibaren yüksekliği çarpılarak m2 cinsinden ölçülür.(...)

Şevli kazılar ve her ne kadar dik yüzeylerde olsa dahi (istasyon yapıları, NATM tünel inşaat şaftları vb.) mini kazık, kazık, kesişen kazık, diyafram duvarı, kalıcı ve geçici

öngermeli zemin ankrajları ve çelik destek gibi sistemlerin kullanılmasına gerek duyulmadığı püskürtme beton, zemin çivisi ve çelik hasır gibi imalatlar kullanılarak kazı desteklemesi yapılması durumunda bu poz geçerli olmayıp, imalatlar kendi pozlarından ödenecektir.(...)

NATM Tünel İnşaat Şaftlarında ödemeler (kazık başlık kirişi alt kotundan geçerli olmak üzere) tünel pozundan yapılacaktır. Şaft kazıları sırasında uygun zemin koşulları nedeniyle mini kazık, kazık, kesişen kazık vb. kullanılmasına gerek duyulmayıp hasır çelik, püskürtme beton uygulanarak kazı desteklemenin yapılması durumunda NATM Tünel İnşaat Şaftlarında İksa Yapılması pozu geçerli olmayıp, imalatların kendi pozlarından ödenecektir.

NATM Tünel İnşaat Şaftlarında İksa Yapılması ödemelerinde; iksa elemanlarının (mini kazık, kazık, kesişen kazık) iç kontur çevresi ile iksa siteminin şaft tabanından itibaren yüksekliği ile çarpılarak m2 cinsinden ölçülür. Şaft tabanı altında kalan bölümler ödemedede dikkate alınmaz.”

Şeklinde düzenlenmiştir.

Yargılamaya Esas Raporda;

“Birim fiyat tariflerinin yukarıda yer verilen parantez içi hükmünde NATM tünel inşaat şaftlarını da kapsama dahil eden ilgili paragrafı ile NATM tünel inşaat şaftlarına özel olarak açıklama yapan paragraf birlikte değerlendirildiğinde, iksa yapılan mahallerde (istasyon veya NATM tünel inşaat şaftı) mini kazık, kazık, kesişen kazık, diyafram duvarı, kalıcı ve geçici öngermeli zemin ankrajları ve çelik destek kullanılarak iksa yapılması halinde ödemeler bu pozdan yapılacak; püskürtme beton, zemin çivisi ve çelik hasır gibi imalatlar kullanılarak iksa yapılması durumunda imalatlar kendi pozlarından ödenecektir.” Denilmek suretiyle, aynı mahalde (istasyon veya NATM tünel inşaat şaftı) ikili bir ölçme ve hesaplama sisteminin ayrı ayrı kullanılması gerektiği ileri sürülmüş;

“...İksa yapılması ödemeleri 3üncü Hakedişe kadar kazıklı destek elemanları için yukarıda tariflenen iksa yapılması pozundan, kazık dışındaki imalatlarda kendi pozlarından ödenmek suretiyle gerçekleştirilmiş; 4üncü Hakedişten itibaren hesaplama metodu İdare, Yüklenici ve Müşavir arasında yapılan yazılı mutabakatla değiştirilmiştir. Yeni benimsenen yöntemde iksa yapılan mahalde kullanılan iksa elemanından bağımsız olarak mahallin tamamı için iksa yapılması pozunda geçerli olan fiyat üzerinden ödemeler yapılmaya başlanmış ve izleyen hakedişlerde bu metotla ödeme yapılmaya devam edilmiştir.” Denilmek suretiyle; “019 iksa yapılması” birim fiyat tarifine aykırı olarak, iksa yapılacak mahallin tamamı için “019 iksa yapılması” pozu birim fiyatı üzerinden ödeme yapılmış olması sebebiyle kamu zararına yol açıldığı ifade edilmiştir.

Sorumlular savunmalarında;

“NATM şaftlarda iksa ödemelerinde 3 nolu hakedişe kadar İdarenin, iksa elemanı olarak kazık sistemlerini benimsediğini, iksa olarak ödenen kısım için kazık boyunun esas alındığını; kazık alt kotundan şaft tabanına kadar yapılan uygulamalar için ise hesabın imalat unsurlarının ilgili pozundan gerçekleştirildiğini, Yüklenici firmanın her üç hakedişi de “ihtirazı kayıtlı” imzaladığını ve yapılan hesaplara itirazlarını yazılı olarak İdareye ilettiğini,

Yüklenicinin;

– “019 iksa yapılması” pozuna ait birim fiyat tarifinden hareketle; “019 iksa yapılması” pozunun hem aç-kapa olarak inşa edilen İstasyonlarda hem de NATM Tünel Şaftlarında geçerli olduğu,

– “019 iksa yapılması” poz tarifindeki iksa sisteminden kastın poz tarifinin birinci paragrafındaki parantez içerisinde yer alan (Mini kazık, kazık, kesişen kazık, kazık başlık kirişi, diyafram duvarı, püskürtme beton, kalıcı ve geçici zemin öngermeli zemin ankrajları, beton ve betonarme çeliği, içten

çelik destek vs. gibi her türlü sağlamlaştırma ve iyileştirme önlemleri) ifadesinden ve Kazı Güvenliği ve Alınacak Önlemler için Çevre ve Şehircilik Bakanlığının 31/08/2018 tarihli ve 84122464-755.01.-E.150340 sayılı Genelgesinin 1.4.3 maddesinde yer alan düzenlemeden anlaşılabacağı üzere zemin çivisi ve öngermeli beton da dahil olmak üzere her türlü sağlamlaştırma ve iyileştirme önlemlerini kapsadığı,

– “019 iksa yapılması” pozunun ölçü kısmında hiçbir suretle iksa elemanın boyuna ilişkin bir atıf yapılmadığı, aksine ölçünün iksa sisteminin tipi ve boyundan bağımsız olarak, İstasyonlarda yapının plandaki dış kontur çevresi ile iksa sisteminin yapı temeli alt kotundan itibaren yüksekliği çarpılmak suretiyle, NATM Tünel Şaftlarında ise iksa elemanlarının iç kontur çevresi ile iksa sisteminin shaft tabanından itibaren yüksekliği çarpılmak suretiyle bulunacak m2 alan cinsinden ölçünün tespit edilmesi gerektiği,

– İdarenin hakedişlerde iksa elemanı olarak yalnızca fore kazık imalatlarını kabul etmesinin ve fore kazık kesimine ilişkin iksa ölçümünde poz tarifinde yer almamasına rağmen kazık boyunu ölçüye esas olarak almasının yanlış olduğu,

– Poz tarifinde geçen “Şaft kazıları sırasında uygun zemin koşulları nedeniyle mini kazık, kazık, kesişen kazık vb. kullanılmasına gerek duyulmayıp hasır çelik, püskürtme beton uygulanarak kazı desteklemenin yapılması durumunda NATM Tünel İnşaat Şaftlarında İksa Yapılması pozu geçerli olmayıp, imalatların kendi pozlarından ödenecektir.” ifadesinin yanlış yorumlandığı,

– Bu ifadenin Şaft 6A’da olduğu şekilde, shaft kazı için herhangi bir iksa sistemi teşkil edilmesi gerek bulunmayıp doğrudan hasır çelik ve püskürtme beton uygulanarak NATM Şaft kazılarının veya istasyon Aç-Kapa kazılarının gerçekleştirildiği durumlarda geçerli olacağı,

– Ayrıca poz tarifinde geçen “NATM Tünel İnşaat Şaftlarında

İksa Yapılması pozu geçerli olmayıp” ifadesinde şaftın bir kısmı için iksa pozunun, bir kısmı için ise başkaca pozların kullanılmasının mümkün olamayacağını anlaşıldığı,

– Dolayısıyla, NATM şaftlarda İksa pozu uygulanacaksa ölçü hesabının birim fiyat tarifinde belirtildiği şekilde iksa elemanlarının iç kontur çevresi ile iksa sisteminin şaft tabanından itibaren yüksekliği çarpılmak suretiyle bulunacak m² alan cinsinden hesaplanması, şaft 6A’da olduğu şekilde İksa pozunun uygulanmayacağı durumlarda imalatların kendi pozlarından ödenecektir hükmü uyarınca işlem yapılması gerektiği”

Şeklinde itirazlarını belirttiğini,

Yüklenicinin bu itirazlarının değerlendirildiğini;

Tarif gereği, “mini kazık, kazık, kesişen kazık, kazık başlık kirişi, diyafram duvar, püskürtme beton, kalıcı ve geçici öngermeli zemin ankrajları, beton ve betonarme çeliği, içten çelik destek vs. gibi her türlü destekleme, sağlamlaştırma ve iyileştirme önlemlerinin “İKSA SİSTEMİ’ olarak tanımlandığını; ödemeye esas ölçünün ise, istasyon yapılarında yapı dış çevresi $[2*(a+b)]$ ile iksa sisteminin yapı alt temeli üst kotundan yüksekliği (h) çarpılarak bulunan m² alan üzerinden yapılacağını $[2*(a+b)*h]$; NATM şaft yapılarında ise iksa elemanının iç kontur çevresi $[\pi*D]$ ile iksa sisteminin şaft tabanından yüksekliği (h) ile çarpılarak bulunan m² alan üzerinden yapılacağını $[\pi*D*h]$ açıkça ifade edildiğini,

Tarifte geçen “NATM Tünel İnşaat Şaftlarında ödemeler (kazık başlık kirişi alt kotundan geçerli olmak üzere) tünel pozundan yapılacaktır. Şaft kazıları sırasında uygun zemin koşulları nedeniyle mini kazık, kazık, kesişen kazık vb. kullanılmasına gerek duyulmayıp hasır çelik, püskürtme beton uygulanarak kazı desteklemenin yapılması durumunda NATM Tünel İnşaat Şaftlarında İksa Yapılması pozu geçerli olmayıp, imalatların kendi pozlarından ödenecektir.” ifadesine ilişkin olarak da;

bir şaft için iksa sistemi çözümüne gidilmeksizin (hiçbir iksa elemanı kullanılmaksızın) serbest kazı yapılması veya kazı malzemesinin kazı alanına koparak dökülmesini önlemek için hasır çelik ve 'shotcrete' (püskürtme beton) uygulanması durumunda 'iksa' yapıldığının kabul edilemeyeceğini (Örnek olarak, proje kapsamında yapılan şaft 6A imalatlarının sadece püskürtme beton ve hasır çelikten oluştuğunu); dolayısıyla, "019.E- NATM Tünel İnşaat Şaftlarında İksa Yapılması" pozunun geçerli olmayacağını, gerekli hesap ve ödemenin ilgili pozundan yapılmasının uygun olacağı açıklamasını getirmek için birim fiyat tarifinde yer aldığını; diğer bir deyişle, bir şaft için iksa çözümü yapılmaz ve hiçbir iksa elemanı kullanılmaz ise birim fiyat tarifinde yer alan ölçü elemanlarından başlık giriş alt kotu ve iksa sistemi iç kontur çevresi mevcut olmayacağından hiçbir ölçü yapılamayacağını,

İdarece yapılan incelemelerde, idarenin benzer hükümleri içeren tüm sözleşmelerinde ve belediyelerin uyguladığı tüm sözleşmelerinde uygulamanın yukarıda anlatıldığı şekilde olduğunu; ayrıca "Sabiha Gökçen Havalimanı Raylı Sistem Bağlantısı işi" ihale metraj hesabında ve yaklaşık maliyet hesabında keşif hazırlığı aşamasında da gerçekleştirilen uygulamanın yukarıda bahsedildiği şekilde olduğunu,

Belirtmişler;

Konunun iddia edildiği şekilde Mutabakat metni ile değil, İdarenin sayılı yazısında belirttiği "NATM Tünel Şaftlarında kazı destekleme (iksa) ödemelerinin Sözleşme eki Birim Fiyat Tarifleri ve Birim Fiyat Teklif Cetveline uygun olacak şekilde yapılması" şeklindeki uygulamaya esas İdare görüşünün taraflara bildirilmesi ile sonuçlandırıldığını,

İfade etmişlerdir.

Konuya ilişkin olarak Denetçi iddiaları ve savunmalarda yer alan hususlar birlikte değerlendirilmiştir:

Yüklenicinin teklif ekindeki söz konusu poz tarifine

bakıldığında, ilk paragrafta; “Proje ve teknik şartnameye göre her yükseklik ve genişlikte kazı duvarlarındaki iksa sistemlerinin İdare ve Mühendisçe onaylanacak projesine göre yapılması” işlemlerinin imalatın konusu olduğu, parantez içerisindeki ifadeden; “mini kazık, kazık, kesişen kazık, kazık başlık kirişi, diyafram duvarı, kalıcı ve geçici zemin öngermeli zemin ankrajları” gibi “sağlamlaştırma ve iyileştirme önlemlerinin” yanı sıra, “püskürtme beton, beton ve betonarme çeliği, içten çelik destek” gibi sağlamlaştırma ve iyileştirme önlemlerinin” de bu kapsam dahilinde olduğu anlaşılmaktadır. Bu paragrafı takiben, tanımlanan imalatın ölçü şekli belirtilmiş; “İksa yapılan kesimde, yapının plandaki dış kontur çevresi ile iksa sisteminin yapı temeli alt kotundan itibaren yüksekliği çarpılarak m2 cinsinden ölçülür.” Denilmiştir.

Buraya kadar olan ifadelerden, her türlü “sağlamlaştırma ve iyileştirme önlemlerinin” kapsam dahilinde olduğu ve yapılan imalat miktarının; “İksa yapılan kesimde, yapının plandaki dış kontur çevresi ile iksa sisteminin yapı temeli alt kotundan itibaren yüksekliği çarpılarak m2 cinsinden ölçülür.” ifadesi esas alınarak tespit edileceği anlamı çıkmaktadır.

Takip eden paragraflarda ise;

Şevli kazılar ve her ne kadar dik yüzeylerde olsa dahi (istasyon yapıları, NATM tünel inşaat şaftları vb.) mini kazık, kazık, kesişen kazık, diyafram duvarı, kalıcı ve geçici öngermeli zemin ankrajları ve çelik destek gibi sistemlerin kullanılmasına gerek duyulmadığı püskürtme beton, zemin çivisi ve çelik hasır gibi imalatlar kullanılarak kazı desteklemesi yapılması durumunda bu poz geçerli olmayıp, imalatlar kendi pozlarından ödenecektir.

NATM Tünel İnşaat Şaftlarında ödemeler (kazık başlık kirişi alt kotundan geçerli olmak üzere) tünel pozundan yapılacaktır. Şaft kazıları sırasında uygun zemin koşulları nedeniyle mini kazık, kazık, kesişen kazık vb. kullanılmasına gerek

duyulmayıp hasır elik, püskürtme beton uygulanarak kazı desteklemenin yapılması durumunda NATM Tünel İnaaat Şaftlarında İksa Yapılması pozu geçerli olmayıp, imalatların kendi pozlarından ödenecektir.”

Denilmektedir.

Bu ifadelerden anlaşılan; uygun zemin koşulları nedeniyle mini kazık, kazık, kesişen kazık, diyafram duvarı, kalıcı ve geçici öngermeli zemin ankrajları ve elik destek gibi sistemlerin kullanılmasına gerek duyulmayan Şevli kazılar ile; aynı Şekilde, mini kazık, kazık, kesişen kazık, diyafram duvarı, kalıcı ve geçici öngermeli zemin ankrajları ve elik destek gibi sistemlerin kullanılmasına gerek duyulmayan istasyon yapıları, NATM tünel inaaat Şaftları gibi yapılarda, elik hasır, püskürtme beton, zemin çivisi uygulanarak kazı desteklemenin yapılması durumunda ödemelerin, bu imalatlara ilişkin pozlardan yapılacağı hususudur.

Nitekim, sorumlular savunmalarında belirttikleri hususları, duruşma sırasında da tekrarlamışlar ve;

“Hiçbir iksa elemanı kullanılmaksızın serbest kazı yapılması veya kazı malzemesinin kazı alanına koparak dklmemesini temin için hasır elik ve shotcrete uygulaması durumunda [İksa’ yapıldığının kabul edilemeyeceğı; dolayısıyla, “019.E-NATM Tünel İnaaat Şaftlarında İksa Yapılması” pozunun geçerli olmayacağı, gerekli hesap ve ödemenin ilgili pozundan yapılmasının uygun olacağı, açıklamasını getirmek için birim fiyat tarifinde yer aldığı; diğerk bir deyişle, bir Şaft için iksa çözümü yapılmaz ve hiçbir iksa elemanı kullanılmaz ise, birim fiyat tarifinde yer alan ölçü elemanlarından başlık kiriş alt kotu ve iksa sistemi i kontur çevresi mevcut olmayacağından hiçbir ölçünün de yapılamayacağını” ifade etmişlerdir.

Bir anlamda, aynı tünel Őaftında, bir kısım imalatların iksa pozundan; püskürtme beton veya hasır elik gibi destekleme

yöntemleri uygulanan imalatların da bunlara ilişkin ayrı pozlardan ödenmesi gibi ikili bir uygulama yapılmasının tarife uygun olmadığını, ifade edilen ölçüleme usulünden de bunun anlaşıldığını, kastetmişlerdir.

Nitekim; poz tanımının başlangıcında, “her yükseklik ve genişlikte kazı duvarlarındaki iksa sistemleri” için düzenleme yapılmış; ödemelerde ölçü olarak yapının plandaki dış kontur çevresi ile yüksekliğinin esas alınacağı belirtilmiş; alt paragrafta, “NATM Tünel İnşaat Şaftlarında İksa Yapılması” ödemelerinde ise, ölçü olarak iksa elemanlarının (mini kazık, kazık, kesişen kazık) iç kontur çevresi ile iksa sisteminin shaft tabanından itibaren yüksekliğinin esas alınacağı belirtilmiş olduğundan, bütüncül bir hesaplamanın amaçlandığı söylenebilir.

Diğer taraftan; “NATM Tünel İnşaat Şaftlarında ödemeler (kazık başlık kirişi alt kotundan geçerli olmak üzere) tünel pozundan yapılacaktır.” ifadesine bakıldığında da, bütüncül bir hesaplamanın kastedildiği söylenebilir.

Ayrıca; savunmalarda yer alan;

“Yüklenicinin itirazlarının değerlendirilmesi neticesinde konu iddia edildiği şekilde Mutabakat metni ile değil, İdarenin sayılı yazısında belirttiği “NATM Tünel Şaftlarında kazı destekleme (iksa) ödemelerinin Sözleşme eki Birim Fiyat Tarifleri ve Birim Fiyat Teklif Cetveline uygun olacak şekilde yapılması” şeklindeki uygulamaya esas idare görüşünün taraflara bildirilmesiyle sonuçlandırılmıştır. Anılan yazıda idare, konuya sözleşme özelinde açıklık getirmekte ve;

□Kazı destekleme sistemlerinde istasyon iksa ödemelerinde olduğu gibi iksa elemanlarının kullanılması durumunda shaft iç kontör çevresi ile iksa sisteminin shaft tabanından itibaren yüksekliği çarpılarak bulunacak metrekare alan üzerinden 019E İksa Yapılması pozundan ödeme yapılması, NATM Tünel Shaft imalatlarında uygun zemin koşulları sebebiyle mini kazık,

kazık, kesişen kazık vb. iksa elemanlarının kullanılmasına gerek duyulmayıp hasır çelik, püskürtme beton uygulanarak kazı desteklemesinin yapılması durumunda (Şaft 6A'da olduğu gibi) NATM Tünel İnşaat Şaftı İksa Yapılması pozu geçerli olmayıp imalatların ödemesinin tünel pozlarından yapılması uygun görülmüştür.'

Denilmektedir.

Dolayısıyla, 1-3 nolu hakedişlerde sehven uygulandığı ve denetçi tarafından kamu zararı isnadında temel alınan hesap yöntemi Sözleşme ve eki birim fiyat tariflerine uymamaktadır. Sözleşmenin veya birim fiyat tarifinin hiçbir yerinde iksa elemanının boyuna atıf yapılmamaktadır. Bilakis ödemeye esas ölçü alınırken birim fiyat tarifi açıkça "şaft tabanından itibaren yükseklik" veya "yapı temeli alt kotundan itibaren yükseklik" ifadelerini kullanmaktadır."

Şeklindeki ifadelere bakıldığında da, "019- İksa yapılması" pozunun birim fiyat tarifinin belirtilen şekilde yorumlandığı anlaşılmaktadır.

Diğer bir husus olarak;

Yargılamaya Esas Raporda Denetçi;

"Yüklenici itirazlarına görüş verilen sayılı Müşavir yazısında Şaft 4A ve Şaft 3 için çakılan kazık boyu ile Şaft (kuyu) iç yüzüne bakan çevre uzunluğunun çarpılmasıyla bulunan alanın iksa pozundan ödenmesinin uygun olduğu belirtilmiştir.

...

Son olarak yine aynı yazıda, kazıklı iksa ve püskürtme beton zemin çivisi/çelik hasır/kaya bulonlu iksa sistemi karma uygulanan şaftların (4A ve 3) kazıklı iksa sisteminin 019E pozundan yapılması, püskürtme beton zemin çivisi/çelik hasır/kaya bulonlu iksa sistemi için iksa elemanlarının herbiri kendi pozlarından ödenme yapılması uygun görülmüştür.

Dolayısıyla idare ilk üç hakedişte teknik bir kurum olan Müşavir yorumuna benzer bir yorum yaparak iksa ödemelerini hesaplamıştır.”

Demektedir. Oysa, duruşma esnasında sorumlular, mutabakata varılan söz konusu hususta Müşavirliğin de imzası bulunduğunu ve Müşavirlik görüşlerinin aynı doğrultuda olduğunu; ilgili görüşlerin kendilerinde saklı olduğunu belirtmişlerdir. Bununla beraber; Denetçinin belirttiği ve Mutabakat Tutanağında da atıfta bulunulmuş olan söz konusu Müşavirlik Görüşünün sonuç bölümünde aynen;

“NATM tünel inşaat şaftı imalatlarında ödemelerin, tünel pozlarından yapılacağı çok açık yazılmakta olup, eğer iksa sistemi elemanlarının projemizde olduğu gibi kazıktan oluşması halinde kazıklı iksa (ince işler kapsamındaki 019/E no.lu pozdan)pozundan, kazı imalatlarının ise 107 no.lu pozdan ödeneceği ayrıca belirtilmiş durumdadır. Dolayısı ile bunların dışında kalan kaya bulonlu iksa sistemi elemanlarının kendi pozlarından, yani; hasır çelik (113/A pozu), kaya bulonu (101 pozu), püskürtme betonu (108 pozu) pozlarının tünel pozundan ödenmesi danışmanlığımızca uygun görülmektedir.”

Denildiği görülmektedir.

Burada görüldüğü üzere, Denetçinin bahsettiği “kazıklı iksa ve püskürtme beton/zemin çivisi/çelik hasır/kaya bulonlu iksa sistemi karma uygulanan şaftlar” ifadesi yer almamakta olup; iksa sistemi elemanlarının kazıktan oluştuğu NATM tünel inşaat şaftı imalatları ile, bunların dışında kalan kaya bulonlu iksa sistemi elemanlarının uygulandığı NATM tünel inşaat şaftı imalatları şeklinde ikili bir ayırmadan bahsedilmektedir.

Diğer taraftan, gerek savunmalardan, gerekse duruşmacıların ifadelerinden; İdarenin, varılan mutabakat sonrasında, Müşavirliğin bu yazısındaki görüşünü de esas alarak son bir değerlendirme yaptığı ve uygulamaya esas görüşünü sayılı yazısı ile taraflara bildirdiği, anlaşılmıştır.

Bu meyanda; hem Denetçinin hem de İdarenin, Müşavirliğin görüşünü kendi iddialarına mesnet teşkil ettikleri görülmektedir. Dolayısıyla, Müşavirlik görüşünün de açık ve net olmadığı, farklı yorumlanabilecek şekilde ifade edilmiş olduğu anlaşılmaktadır.

Sözleşme eki birim fiyat tariflerinde yer alan hükümler ayrı ayrı değerlendirildiğinde, söz konusu şaft imalatlarında, kazıklı iksa sistemi için 019 pozundan ödeme yapılması; püskürtme beton zemin çivisi/çelik hasır/kaya bulonlu iksa sistemleri için ise iksa elemanlarının her birinin kendi pozlarından ödeme yapılması uygulamasının hakkaniyete daha uygun olduğu; poz tariflerinde öngörülenin de bu olduğu söylenebilir. Ancak; sözleşme eki olan birim fiyat tariflerinde yer alan hükümler bir bütün olarak değerlendirildiğinde; özellikle, ödemede esas alınan "Ölçü" kısmında yer alan hükümlere bakıldığında, uygulamanın ne şekilde yapılacağı hususunda, ihtilafa sebep olmayacak biçimde açık ve net bir yoruma varmanın mümkün olmadığı anlaşılmaktadır.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun " Hüküm bulunmayan haller" başlıklı 36'ncı maddesinde; " Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır." Denilmektedir. Atıfta bulunulan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun "Sözleşmelerin yorumu, muvazaalı işlemler" başlıklı 19'uncu maddesinde; "Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır." Denilmektedir.

Yüklenicinin, söz konusu birim fiyat tariflerinin düzenleyicisi olduğu, bu birim fiyat tarifleri ve eki birim fiyat cetvelinin sözleşmenin eki olduğu düşünüldüğünde; ayrıca, Yüklenici, İdare ve Müşavirliğin Denetçinin iddia ettiğinden farklı yöndeki uygulamayı öngören ortak mutabakatı karşısında; uygulamanın hangi yönde olması gerektiği hususunda

kesin bir kanaate varmak mümkün görülmemiştir.

Diğer taraftan;

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun “Yüksek Fen Kurulu Başkanlığı” başlıklı Ek Madde 1’de yer alan;

“(Ek:14/2/2020-7221/30 md.) “Bu Kanuna göre düzenlenecek yapım ve yapım ile ilgili danışmanlık hizmet işlerine ilişkin sözleşmelerin uygulanmasında; sözleşmede bulunmayan veya fiyatı belirli olmayan işlerin fiyatının tespiti, ihale dokümanını oluşturan belgeler arasındaki uyumsuzluk, iş programı ihtilafları, fiyat farkı ödenmesi ve hesaplanması, sürenin uzatılması ve ödenek aktarılması, geçici ve kesin kabul işlemleri, gecikme halinde uygulanacak cezalar, yaptırılabilen ilave işler ve iş eksilişlerinde sözleşme anlaşmazlıklarını incelemeye Çevre ve Şehircilik Bakanlığı bünyesinde yer alan Yüksek Fen Kurulu Başkanlığı görevli ve yetkilidir.” Şeklindeki hüküm ile;

Aynı Kanunun “Sözleşme uygulamalarına yönelik itiraz başvuruları ve anlaşmazlıkların çözümü” başlıklı Ek Madde 2’de de yer alan;

“(Ek:14/2/2020-7221/31 md.) Yüklenici veya idareler, sözleşmenin uygulanmasından kaynaklanan anlaşmazlıklar nedeniyle yargılama veya Sayıştay incelemesine konu edilmemiş olmak şartıyla anlaşmazlığın çözümü için Yüksek Fen Kuruluna başvurabilirler.

.... Yüksek Fen Kurulu, itirazları en geç altmış gün içinde bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine göre inceleyerek karara bağlar ve bu kararlar ilgili idarece uygulanır.”

Şeklindeki hüküm uyarınca, tarafların, sözleşmenin uygulanmasından kaynaklanan bu anlaşmazlık nedeniyle ihtilafın başlangıcında Yüksek Fen Kuruluna başvurarak görüş istemeleri mümkün iken, bu yapılmamış; daha sonra Sayıştay incelemesine konu edilmiş olması nedeniyle de bu imkan ortadan kalkmıştır.

Bununla birlikte;

Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkına 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin (RG:10/7/2018 30474) “Yüksek Fen Kurulu Başkanlığı” başlıklı 112’nci maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendinde Yüksek Fen Kurulu Başkanlığının görev ve yetkileri arasında sayılmış bulunan;

“ç) Plan, çevre, yapım ve yapımla ilgili hizmet işlerine ilişkin konularda kamu kurum ve kuruluşları ile yapı kooperatiflerine görüş vermek,” hükmüne istinaden, bu konuda Yüksek Fen Kurulu Başkanlığından görüş talep etmek mümkün bulunduğundan;

Yukarıda bahsedilen durum karşısında; özellikle de hem Denetçinin hem de İdarenin Müşavirliğin görüşünü kendi iddialarına mesnet teşkil etmeleri durumu karşısında, Sayıştay Başkanlığı olarak Yüksek Fen Kurulu Başkanlığından görüş talep etmek ve bu görüş doğrultusunda değerlendirme yaparak karar vermenin daha uygun olacağı kanaatine varılmıştır.

Bu itibarla, konunun Yüksek Fen Kurulu Başkanlığına yazılmasına ve gelecek cevaba göre yapılacak değerlendirme ve yargılama sonucunda hüküm tesis edilene kadar, iddia olunan kamu zararı tutarının hüküm dışı bırakılmasına karar verilmesi gerekir.”

B-) ortaklığı taahhüdü altında yapımına devam edilen “..... İnşaat ve Elektromekanik Sistemleri ve Temin Montaj ve İşletmeye Alma İş”inde; birim fiyat teklif cetvelinde 110E pozunda yer alan 1,5” 4 metre süren iş kalemine revize birim fiyat uygulanmaması hususunun sorgu konusu edildiği görülmüştür.

İşin yürütülmesi sırasında 4’üncü hakediş itibariyle 110E 1,5” 4 metre süren iş kalemi miktarında yüzde 20’yi aşan artış meydana geldiği ve toplam artışın aynı zamanda sözleşme bedelinin yüzde 1’ini geçtiği halde; söz konusu iş kaleminin yüzde yirmi artışı aşan kısmına Sözleşmenin 28.2.1’inci

maddesi uyarınca revize birim fiyat üzerinden ödeme yapılmadığı ileri sürülmekte ise de; savunmalarda söz konusu iş kalemindeki artış miktarının sözleşme keşfindeki miktarın yüzde 20'sini aşmasına rağmen, toplam artış tutarının sözleşme bedelinin yüzde 1'inin altında kalması nedeniyle anılan iş kalemine revize birim fiyat uygulanmadığı ifade edilmiştir.

Bu itibarla, ortaklığı taahhüdü altında yapımına devam edilen "..... İnşaat ve Elektromekanik Sistemleri ve Temin Montaj ve İşletmeye Alma İş"inde; birim fiyat teklif cetvelinde 110E pozunda yer alan 1,5" 4 metre süren iş kalemine revize birim fiyat uygulanmaması sonucu Avro kamu zararına sebebiyet verildiği ileri sürülmekte ise de; 4 no'lu hakediş ekinde yer alan revize birim fiyat hesaplarının incelenmesinde; sözleşme keşfinde 8.440 adet olan iş kalemi miktarının, 4 no'lu hakediş itibarıyla 16.167 adet olarak gerçekleştiği ve sözleşme keşfindeki 928.400 ₺'luk iş kalemi tutarının, 849.970 ₺ artarak 1.778.370 ₺'ya yükseldiği, artış tutarı olan 849.970 ₺'nin, sözleşme bedeline oranlanması sonucu bulunan yüzdenin %0,5014 olduğu, diğer bir ifadeyle 849.970 ₺'luk toplam artış tutarının, sözleşme bedelinin yüzde 1'inin altında kaldığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle, anılan iş kalemine revize birim fiyat uygulanmamasında mevzuata aykırılık bulunmadığından konu hakkında ilişilecek bir husus bulunmadığına,

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

C-) ortaklığı taahhüdü altında yapımına devam edilen "..... İnşaat ve Elektromekanik Sistemleri ve Temin Montaj ve İşletmeye Alma İş"inde; Takım/Set Fiyatı olarak tespit edilen tasarım bedellerinin sözleşme, idari şartname ve birim fiyat tariflerine aykırı olarak fiyatlarının artırılarak ödenmesi hususunun sorgu konusu edildiği görülmüştür.

Mutabakat tutanağının 7'nci maddesinde; iş kapsamındaki toplam tünel boylarının uzamasına ve istasyon metrekare artış/azalışlarına bağlı olarak sözleşme keşfinde yer alan set/grup/takım pozlara ait fiyatların artış/azalış oranında karşılıklı mutabık kalınarak revize edileceği belirtilmiştir.

Mutabakat tutanağı doğrultusunda tasarım bedellerini de içerecek şekilde set/grup/takım fiyatı olarak tespit edilen iş kalemlerinin fiyatları tünel boyundaki uzama ya da istasyon alanında artış oranında artırılmak suretiyle mezkur iş kalemlerinin fiyatları yeniden tespit edilmiş ve 99 kalem işin Yeni Birim Fiyat Tutanaklarının onaylanması sayılı Genel Müdürlük Oluru ile uygun görülmüştür.

İşin Sözleşmesinin "Yüklenicinin Tasarım Çalışmaları" başlıklı 32.2'nci maddesinin ikinci ve üçüncü paragraflarında;

"Yüklenici, uygulamaya esas kesin projelerini, Sözleşme'nin yürürlüğe girmesinden itibaren en geç 4 (dört) ay içinde gerekirse ön projelerini de yeniden hazırlamak suretiyle, Birim Fiyat Tarifleri ile Teknik Şartnameleri esas alarak ve sistemin performansı, güvenilirliği, emniyeti, güvenliği ile işletme ve bakım kolaylığını göz önünde bulundurarak hazırlayacak ve İdare'nin onayına sunacaktır. Bununla birlikte, söz konusu süreç içinde iş programındaki imalat önceliklerine uygun olarak ve İdare'nin zaman hedeflerinde aksama ve gecikme yaratmayacak şekilde uygulama projelerini, İdare tarafından belirtilecek düzeltme ve düzenlemeler ile elektro-mekanik sistem ihtiyaçlarını göz önünde bulundurarak hazırlayacaktır.

Yüklenici, uygulama aşamasında gerekebilecek ve/veya İdare tarafından gerekli görülecek ve/veya yapım çalışmaları esnasında ortaya çıkacak sebeplerden ötürü gerekebilecek her türlü değişiklik, revizyon, ilave projelerin ve iş sonu projelerin yapılmasından sorumludur. Yukarıda tarif edilen tüm tasarım çalışmalarının bedelinin, tasarım hizmetleri ile ilgili iş kalemlerinin fiyatlarına dahil olduğu kabul edilecek

olup, Yüklenici'ye ayrıca bir bedel ödenmeyecektir.”,

İdari Şartnamenin 46.6'ncı maddesinde;

“İstekliler, birim fiyat cetvelinde set, grup, takım ibaresi ile tanımlı işlere ait fiyat tekliflerini hazırlarken idari şartname, sözleşme tasarısı, teknik şartnameler, birim fiyat tarifleri ve tekliflerinde “bilgi amaçlı” olarak yararlanacakları proje ve raporları, entegrasyon yapılacak olan işletme altındaki mevcut Kadıköy-Kartal sistemini, bu ihale konusu sistemin yer alacağı koridordaki arazi koşullarını inceleyerek ve söz konusu iş kaleminin kapsamı doğrultusunda uygulanabilecek sistemler ile ilgili mühendislik yaklaşımlarını oluşturacak, ihtiyaç duyması halinde fiyatlandırmaya esas mühendislik çalışmalarını yapacak ve risklerini de dikkate alarak fiyat tekliflerini oluşturacaktır.

İstekliler tarafından yukarıda bahsedilen şekilde oluşturulacak set, grup, takım ibaresi ile tanımlı iş kalemleri fiyat tekliflerinin, ilgili iş kalemine ait, kapsamı idari ve teknik şartnameler ile birim fiyat tariflerinde belirtilen koşullarda eksiksiz olarak ve işletmeye alma için gereken tüm fonksiyonları karşılamak için gereken her türlü masrafı içerdiği kabul edilecektir. İstekliler tekliflerini idari ve teknik şartnameler ile birim fiyat tariflerini eksiksiz olarak karşılayacaktır.”

“Sözleşme eki birim fiyat tarifleri”nin 1. Genel kısmında;

“Proje ve kesitlerde değişiklik olması ve/veya ilave işlerin çıkması halinde, iş miktarında oluşabilecek artma ve eksilmeler nedeni ile birim fiyatlarda değişiklik yapılmaz. İmalatlara uzunluk, zorluk, vantilasyon vb. gibi nedenlerle zam ödenmez.”,

2.2 Tasarım İşleri kısmında;

“Yüklenici, bu ihale kapsamındaki işlerin fennine uygun

şekilde bitirilip işletmeye katılmasını sağlayacak her türlü projeyi grup, set veya takım fiyatlı işlerin kapsamına ve Teknik Şartnameler'e dayalı olarak hazırlayacaktır.

Projelendirmede, İhale Dosyası eki kesin projeler ve Teknik Şartnameler dikkate alınacak ve Yüklenici projeleri bunlara göre hazırlayacaktır. Projeler mutlaka, tüm imalat kalemlerinin ve tüm sistemlerin uyumu ile metro sistemin bir bütün olarak aksaksız işlemlerini sağlama esasına dayandırılacaktır.

Tasarım işleri fiyatı

1. a) Ön projelerin veya revize kesin projelerin ve detayların,
2. b) Uygulama projelerinin ve detaylarının
3. c) İşin yapılması esnasında gerekebilecek ek projelerin,
4. d) İş bitiminde, İş Sonu (as-built) projelerinin

hazırlama, onay, revizyon işleri ve ilişkili diğer işlerle (uygulama projeleri için gereken mühendislik hizmetleri; harita alımı, vs.) ilgili her türlü masrafı ve karı kapsayan grup fiyattır.”,

20. İnşaat İşleri Tasarım Hizmetleri kısmında;

“İhale eki projelerin incelenerek ihale kapsamındaki işlere ait inşaat uygulama projelerinin statik, mimari, kazı iksa, altyapı aktarımı, trafik düzenleme, drenaj, sulama sistemi, kaçak akım toplama, istasyon topraklama ağı projeleri ve bahsi geçen işlerin tüm detayları ile birlikte hazırlanması, uygulama projeleri için gerekecek her türlü harita, röleve, tespit, zemin etüdü, yere özel deprem etüdü çalışmalarının yapılması ve İdare ve Mühendisin onayının alınması, uygulama aşamasında gerekebilecek ve/veya İdare tarafından gerekli görülecek ve/veya yapım çalışmaları esnasında ortaya çıkacak sebeplerden ötürü gerekebilecek her türlü değişiklik, revizyonun ve ilave projelerin yapılması, İdare ve Mühendis'in onayından geçirilmesi, gerektiği kadar çoğaltılması, iş sonu

as-builtlerinin yapılması, gerekmesi halinde yeni projelerin üretilmesi dahil, Madde 2.2 şartlarında set fiyatıdır.”,

91. İstasyon İnce İşler Tasarım Hizmetleri kısmında;

“İstasyonların, giriş-çıkış yapıları ile asansörlerin çevre düzenlemesi de dahil mimari ve inşaat ince işleri ile ilgili tüm projelerinin hazırlanmasının, ihale eki projelerin incelenerek, uygulama aşamasında gerekebilecek ve/veya İdare tarafından gerekli görülecek ve/veya yapım çalışmaları esnasında ortaya çıkacak sebeplerden ötürü gerekebilecek her türlü değişiklik, revizyonun ve ilave projelerin yapılması dahil, Madde 2.2 şartlarında set fiyatıdır.”,

201. Güç Temini ve Cer Gücü Tasarımı kısmında;

“İşletmeye alma etapları doğrultusunda sistemin işletmesinin Esenkent Kontrol Merkezi vasıtasıyla yapılmasına imkan verecek şekilde güç temini ve cer gücü sisteminin, her türlü detayı ile birlikte projelerinin ve tanımlamalarının hazırlanmasının, Madde 2.2 şartlarında set fiyatıdır.”,

401. Kontrol ve Haberleşme Sistemleri Tasarımı kısmında;

“Kontrol ve Haberleşme Sistemleri’nin; Esenkent OCC Kumanda Merkezi’nden denetimi ve yönetimi mümkün olacak şekilde, başta istasyonlarda, hat boyunda ve mevcut Kadıköy-Kartal hattında yapılacak diğer işlerde olmak üzere, iş kapsamındaki tüm bölgelerde Teknik Şartname’nin ilgili maddelerinde tarif edilen şekilde tasarlanması, halihazırdaki Kadıköy-Kartal hattındaki mevcut sistemlere ve yapılmakta olan Kartal Kaynarca hat uzatması sistemlere tam entegrasyon sağlanması dahil, her türlü detayı ve arayüzleri ile birlikte projelerinin, dokümantasyonunun ve tasarım el kitaplarının hazırlanmasının, Madde 2.2 şartlarında grup fiyatıdır.”,

501. Çevresel Kontrol Sistemi Tasarımı kısmında;

“Çevresel kontrol sisteminin her türlü detayı ile birlikte projelerinin ve tanımlamalarının hazırlanmasının, Madde 2.2

şartlarında grup fiyatıdır.”,

601. Yangından Korunma ve Yangınla Mücadele Sistemi Tasarımı kısmında;

“İstasyonlarda, bağlantı yapılarında ve tünellerde yangından korunma ve yangınla mücadele sisteminin her türlü detayı ile birlikte projelerinin ve tanımlamalarının hazırlanmasının, Madde 2.2 şartlarında grup fiyatıdır.”,

602. Yangın İhbar ve Kontrol Sistemi Tasarımı kısmında;

“Yangın İhbar ve Kontrol Sistemi’nin; tüm istasyonlarda Teknik Şartname’nin ilgili maddelerinde tarif edilen şekilde her türlü detayı ve diğer sistemlere arayüzleri dahil tasarlanmasının, , projelerinin, dokümantasyonunun ve tasarım el kitaplarının hazırlanmasının, Madde 2.2 şartlarında grup fiyatıdır.”,

603. Alçak Gerilim Tesisatı ve Aydınlatma Sistemi Tasarımı kısmında;

“Alçak gerilim sisteminin (otopark katları da dahil olmak üzere) her türlü detayı ile birlikte projelerinin, hesap raporlarının ve tanımlamalarının hazırlanmasının, Madde 2.2 şartlarında grup fiyatıdır.”,

604. Kullanım Suyu ve Sıhhi Tesisat Sistemi Tasarımı kısmında;

“İstasyonlarda ve bağlantı yapılarında sıhhi tesisat sisteminin, her türlü detayı ile birlikte projelerinin ve tanımlamalarının hazırlanmasının, Madde 2.2 şartlarında grup fiyatıdır.”,

605. Kanalizasyon Sistemi Tasarımı kısmında;

“İstasyonlarda ve diğer yapılarda pis su şebekesinin, şehir kanalizasyon şebekesine bağlantılarını da kapsayacak şekilde, her türlü detayı ile birlikte projelerinin ve tanımlamalarının

hazırlanmasının Madde 2.2 şartlarında grup fiyatıdır.”,

606. Drenaj Sistemi Tasarımı kısmında;

“İstasyonlarda, bağlantı yapılarında ve tünellerde yağmur sularının ve yer altı sızıntı sularının toplanması ve şehir yağmur suyu şebekesine akıtılmasının, her türlü detayı ile birlikte projelerinin ve tanımlamalarının hazırlanmasının, Madde 2.2 şartlarında grup fiyatıdır.”,

607. Otomatik İnert Gazlı Yangın Söndürme Sistemi Tasarımı kısmında;

“İstasyonlarda ve bağlantı yapılarında otomatik inert gazlı yangın söndürme sisteminin, her türlü detayı ile birlikte projelerinin ve tanımlamalarının hazırlanmasının Madde 2.2 şartlarında grup fiyatıdır.”,

801. Demiryolu Tasarım kısmında;

“Demiryolu işlerinin her türlü detayı ile birlikte projelerinin ve şartnamelerinin hazırlanmasının, Madde 2.2. şartlarında grup fiyatıdır.”,

Hükümleri yer almaktadır.

Mutabakat Tutanağı'nın imzalanmasından sonra Takım/Set Fiyatı olarak tespit edilen tasarım bedellerinin fiyatlarının iş kapsamındaki toplam tünel boylarının uzamasına ve istasyon metrekare artış/azalışlarına bağlı olarak Yeni Birim Fiyat Tutanakları düzenlenmek suretiyle artırıldığı görüldüğünden, İdare tarafından yürütülen yapım işinde yüklenici ile karşılıklı imzalanan mutabakatla sözleşmenin yürütülmesine ilişkin hususların düzenlenmesinin Kamu İhale Mevzuatı karşısındaki durumunun irdelenmesi konuya açıklık getirmek bakımından büyük önem arz etmektedir.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 4'üncü maddesinde;

“Bu Kanuna göre düzenlenecek sözleşmelerde, ihale dokümanında yer alan şartlara aykırı hükümlere yer verilemez.

Bu Kanunda belirtilen haller dışında sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılamaz ve ek sözleşme düzenlenemez...”,

15’inci maddesinde;

“Sözleşme imzalandıktan sonra, sözleşme bedelinin aşılmaması ve idare ile yüklenicinin karşılıklı olarak anlaşması kaydıyla, aşağıda belirtilen hususlarda sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılabilir:

1. a) İşin yapılma veya teslim yeri
2. b) İşin süresinden önce yapılması veya teslim edilmesi kaydıyla işin süresi ve bu süreye uygun olarak ödeme şartları”,

24’üncü maddesinde;

“Mal ve hizmet alımlarıyla yapım sözleşmelerinde, öngörülemeyen durumlar nedeniyle bir iş artışının zorunlu olması halinde, artışa konu olan iş;

1. a) Sözleşmeye esas proje içinde kalması,
2. b) İdareyi külfete sokmaksızın asıl işten ayrılmasının teknik veya ekonomik olarak mümkün olmaması,

Şartlarıyla, anahtar teslimi götürü bedel ihale edilen yapım işlerinde sözleşme bedelinin % 10’una, birim fiyat teklif almak suretiyle ihale edilen mal ve hizmet alımlarıyla yapım iş leri sözleşmelerinde ise % 20 ‘sine kadar oran dahilinde, süre hariç sözleşme ve ihale dokümanındaki hükümler çerçevesinde aynı yükleniciye yaptırılabilir.

Birim fiyat sözleşme ile yürütülen yapım işlerinde, Bakanlar Kurulu bu oranı sözleşme bazında % 40 ‘a kadar artırmaya yetkilidir.

İşin bu şartlar dahilinde tamamlanamayacağının anlaşılması

durumunda ise artış yapılmaksızın hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir. Ancak bu durumda, işin tamamının ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesi zorunludur.

Sözleşme bedelinin % 80'inden daha düşük bedelle tamamlanacağı anlaşılan işlerde, yüklenici işi bitirmek zorundadır. Bu durumda yükleniciye, yapmış olduğu gerçek giderleri ve yüklenici kârına karşılık olarak, sözleşme bedelinin % 80'i ile sözleşme fiyatlarıyla yaptığı işin tutarı arasındaki bedel farkının % 5'i geçici kabul tarihindeki fiyatlar üzerinden ödenir",

Hükümlerine yer verilmiştir.

Yukarıda aktarılan hükümlere göre, Kamu ihale sözleşmesinin yürütülmesi sırasında yukarıda sayılan haller dışında sözleşme hükümlerinin değiştirilmesi veya ek sözleşme düzenlenmesi mümkün bulunmamaktadır. Yapım sözleşmelerin yürütülmesine ilişkin temel düzenlemeler 4735 sayılı Kanun, bu Kanunun ikincil mevzuatı, işin sözleşmesi ve eki şartnamelerdir. Dolayısıyla, işin yürütülmesi aşamasında söz konusu düzenlemelere uyulması, bu düzenlemelerde yer alan yöntemlerden başka bir yöntem belirlenmemesi gerekmektedir.

Sorumlular konunun iddia edildiği şekilde Mutabakat metni ile değil, sayılı Genel Müdürlük Olurunda belirttiği "Mutabakat tutanağı doğrultusunda 99 kalem işin ekli Yeni Birim Fiyat Tutanağının onaylanması uygun görülmektedir." şeklindeki uygulamaya esas Olurun taraflara bildirilmesi ile sonuçlandırıldığını, işin ikmale kalmadan ve yasal iş artışları dahilinde tamamlanabilmesi için mutabakat yapıldığını ve mutabakat metninin sözleşme hükümlerinin uygulanmasını açıklamaktan öte sözleşme ve eki ihale dokümanının hiç bir maddesini değiştirmediğini ifade etmiş iseler de; Yüklenici ile yapılan Mutabakatta, 4735 sayılı Kanunun 4'üncü maddesine aykırı olarak, paçal fiyat olarak belirlenen tasarım bedellerinin iş

artışına konu edilmemesi ve fiyatının artırılmaması gerektiği Müşavirce tavsiye edilmesine rağmen mutabakat metninde bu konuda da anlaşmaya varılarak yeni birim fiyat oluşturulduğu görülmüştür.

Savunmalarda yapılan işlemin ilave işlere ilişkin yeni birim fiyat oluşturulması değil, Sözleşmede mevcut birim fiyatların sözleşme kapsamında yapılan işlerde meydana gelen değişikliklere (artış/azalış) uyarlanmasından ibaret olduğu ve sözleşme ve YİĞŞ'ye uygun olduğu ifade edilmiş ise de; sayılı Genel Müdürlük Olur'unda; mutabakat tutanağı doğrultusunda 99 kalem işin Yeni Birim Fiyat Tutanağının onaylanmasının uygun görüldüğünden bahsedilmekte olup;

Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 22'nci maddesinde;

"12 üncü maddenin 4 üncü fıkrasında belirtilen proje değişikliği şartlarının gerçekleştiği hallerde, işin yürütülmesi aşamasında idarenin gerekli görerek yapılmasını istediği ve ihale dokümanında ve/veya teklif kapsamında fiyatı verilmemiş yeni iş kalemlerinin ve/veya iş gruplarının bedelleri ile 21 inci maddeye göre sözleşme kapsamında yaptırılacak ilave işlerin bedelleri, ikinci fıkroda belirtilen usuller çerçevesinde yüklenici ile birlikte tespit edilen yeni birim fiyatlar üzerinden yükleniciye ödenir.

(2) Yeni fiyatın tespitinde iş kalemi veya iş grubunun niteliğine göre aşağıdaki sıralamaya uyularak oluşturulan analizlerden biri kullanılır:

1. a) Yüklenicinin birim fiyatlarının/teklifinin tespitinde kullanarak teklifi ekinde idareye sunduğu ve yeni iş kalemi/grubu ile benzerlik gösteren iş kalemlerine/gruplarına ait analizlerle kıyaslanarak bulunacak analizler.
2. b) İdarede veya diğer idarelerde mevcut olan ve yeni iş kalemine/grubuna benzerlik gösteren analizlerle kıyaslanarak bulunacak analizler.

3. c) İhaleyi yapan idarenin daha önce gerçekleştirdiği ve ihale konusu işe benzer nitelikteki yapım işlerinin sözleşmelerinde ortaya çıkan iş kalemleri/gruplarına ait maliyet analizleriyle kıyaslanarak bulunacak analizler.

ç) Yeni iş kaleminin/grubunun yapılması sırasında tutulacak puantajla tespit edilecek malzeme miktarları, işçi ve makinelerin çalışma saatleri ile diğer tüm girdiler esas alınarak oluşturulacak analizler.

(3) İş kalemi veya iş grubunun niteliğine uygun olarak yukarıdaki analizlere, kaynakların verimli kullanılması gözetilerek aşağıdaki rayiçlerden biri, birkaçı veya tamamı uygulanabilir:

1. a) Varsa yüklenicinin teklifinin ekinde idareye verdiği teklif rayiçler.
2. b) İdarede veya diğer idarelerde mevcut rayiçler.
3. c) İhaleyi yapan idarenin daha önce gerçekleştirdiği ve ihale konusu işe benzer nitelikteki yapım işlerinin sözleşmelerinde ortaya çıkan fiyatlar.

ç) İdarece kabul edilmek şartıyla, ticaret ve/veya sanayi odasınca onaylanmış uygulama ayına ait yerel rayiçleri.

(4) Yeni fiyat yüklenici ile birlikte yukarıda belirtilen usullerden biri ile tespit edilerek düzenlenen tutanak idarenin onayına sunulur ve otuz gün zarfında idarece onaylanarak geçerli olur. Yeni fiyat tespitinde yüklenici ile uyuşmazlık ise, taraflarca anlaşmazlık tutanağı düzenlenir ve anlaşmazlık idare tarafından on gün içerisinde Bayındırlık Kuruluna intikal ettirilir. Bayındırlık Kurulu tarafından tespit edilen fiyatın iki tarafça kabulü zorunludur. Yüklenici, fiyat uyuşmazlığı hakkındaki Bayındırlık Kurulunun kararını beklemeden idare tarafından tespit edilmiş fiyat üzerinden işe devam etmek zorundadır.

(5) Yeni fiyatın hesabında, ikinci fıkranın (a) bendine göre, teklif analiz ile kıyaslanarak bulunan analizin kullanılması

halinde, bu analizin temsil ettiği iş kalemi miktarı ile yeni tespit edilecek iş kalemi miktarının rayiçlere ve genel giderlere tesiri dikkate alınır.

6) İdare istediği taktirde; bir işte, sözleşmeye esas proje içinde kalan ancak öngörülemeyen durumlar nedeniyle bir iş artışının zorunlu olduğu hallerde, ayrıca bir yükleniciye yaptırılması mümkün olan bir işi başkasına da yaptırabilir, bundan dolayı yüklenici herhangi bir hak talebinde bulunamaz”

Denilmektedir.

Yukarıda anılan mevzuat hükümlerine göre; birim fiyat teklif cetvelinde yer alan imalat kalemleri için; herbir imalat kaleminin ne miktarda arttığı tespit edilmek şartıyla sözleşme bedelinin yüzde yirmisine kadar (Bakanlar Kurulu Kararıyla yüzde kırka kadar) iş artışı yapılması; birim fiyat teklif cetvelinde yer almayan imalat kalemleri için ise 4735 sayılı Kanunun 24’üncü maddesindeki sınırlar içinde kalmak kaydıyla YİĞŞ’nin 22’nci maddesi hükmünde açıklanan yöntem kullanılarak yeni birim fiyat tespit edilmek suretiyle iş artışı yapılması gerekmektedir.

“.....İnşaatı ve Elektromekanik Sistemler Temin, Montaj ve İşletmeye Alma İşİ”ne ilişkin dokümanlar incelendiğinde; istasyon alanlarının genişlediği ve tünel boylarının uzadığından bahisle, istasyon alanlarının artışına veya tünel boylarındaki uzama oranına göre bu mahallerde kullanılan söz konusu imalatlar için ödenmesi gereken birim fiyatların revize edilmek suretiyle sözleşme bedelinin artırıldığı görülmüştür.

Birim fiyat teklif cetvelinde set/grup/takım fiyatı olarak tespit edilen imalat kalemlerinde yeni birim fiyat yapma yoluna gidilmiş; ancak, Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 22’nci maddesinde tespit edilen yöntem dışında bir yol izlenerek, iş artışına ilişkin imalatların metraj tespiti yapılmadan bu imalatların yapıldığı mahalde oluşan boyut artışı oranında fiyatlarının arttırılması suretiyle yeni fiyat

yapılmıştır. Diğer bir ifadeyle, birim fiyat teklif cetvelinde set/grup/takım fiyatı olarak tespit edilen pozların fiyatları, bu pozların kullanıldıkları mahallerdeki alan ya da boy uzunluğundaki yüzdesel artış oranı kadar artırılmak suretiyle birim fiyatlar yeniden belirlenmiştir.

Mahallerdeki artış tespit edilirken ihale eki projeler ve uygulama projeleri mukayese edilmiş ve iki proje arasındaki farklılık esas alınmıştır. Dolayısıyla işin sözleşmesi ve YİĞŞ'de öngörülme­yen bir usulle analizler yapılmadan ve rayiç tespiti yapılmadan yeni birim fiyat yapılmış ve iş artışı fiyatı tespit edilmiştir. Eğer proje değişikliği nedeniyle birim fiyat teklif cetvelinde olmayan bir imalat için yeni birim fiyat yapılacaksa YİĞŞ'nin öngördüğü usule göre analizlerin yapılması ve bu analizlere rayiç uygulanarak yeni birim fiyat yapılması gerekmektedir.

Proje değişikliği yapılmış fakat birim fiyat teklif cetvelinde yer alan bir işin miktarı artmışsa, tasarım işlerinin fiyatı birim fiyat teklif cetvelinde belli olup iş artışına ilişkin hükümlerin izlenmesi gerekeceğinden bu durumda yeni birim fiyat yapmaya gerek bulunmayacaktır. Bu şekilde paçal olarak belirlenen işlerin analizlerine dayalı olarak kullanılan malzeme, ekipman, işçilik vb. tespit edilerek iş artışı bedeli tespit edilmelidir. İdare uygulaması her bir iş, türdeş malzeme ve ekipman içermediği için sağlıklı değildir. Diğer bir ifadeyle set/grup/takım fiyatı olarak tespit edilen işlerin her birinde, iş kalemine dahil olan ve işlerin yapılması sırasında kullanılacak malzeme ve ekipman birbirinden farklı olacağından, maliyeti de farklı olacaktır. İdare uygulamasında bu malzeme ve ekipmanların birbirinin aynı olduğu, kullanım miktarı ve fiyatının eşit olduğu varsayılmıştır. Bu durumun ise mümkün olamayacağı ortadadır. Dolayısıyla miktar tespiti yapılmadan iş artışına ilişkin mevzuat hükümleri izlenmeksizin ilave işlerin bedelinin tespit edilmesi mevzuatına aykırılık oluşturmaktadır.

Diğer taraftan set/grup/takım fiyatı olarak tespit edilen

tasarım bedellerinin iş artışı olarak yükleniciye ödenmesine ilişkin Müşavirin görüş yazısında böyle bir uygulamanın birim fiyat tariflerine uygun olmadığı; iş artışı kapsamında yükleniciye ilave bir bedel ödenmemesi gerektiği ifade edilmiştir.

Kamu ihale mevzuatında iş artışının nasıl yapılacağı açık bir şekilde belirlenmiştir. Bu hükümlerin belirlediği kurallar çerçevesinde hareket edilmesi gerekmektedir. İdarenin yukarıda açıklanan yöntemi izlemesi durumunda hangi imalat kaleminde ne miktarda değişme olduğunun net olarak ortaya konulamaması iş artışı fiyatlandırmasının sağlıklı yapılmasına engel teşkil etmektedir.

İdarenin, tasarım işleri fiyatının yeniden tespit edilmesine yönelik gerekçesi incelendiğinde; ihale eki projelere göre tünel boylarının uzadığı ve istasyon alanlarının arttığından bahisle artış ya da uzama oranı kadar tasarım işleri fiyatının da aynı oranda arttırıldığı görülmektedir.

Sözleşmenin 32.2'nci maddesinin ikinci ve üçüncü paragraflarında açıklandığı üzere; Sözleşme'nin yürürlüğe girmesinden itibaren en geç 4 (dört) ay içinde gerekirse ön projelerini de yeniden hazırlamak suretiyle, Birim Fiyat Tarifleri ile Teknik Şartnameleri esas alarak; uygulama aşamasında gerekebilecek ve/veya İdare tarafından gerekli görülecek ve/veya yapım çalışmaları esnasında ortaya çıkacak sebeplerden ötürü gerekebilecek her türlü değişiklik, revizyon, ilave projelerin ve iş sonu projelerin yapılması tasarım işlerinin kapsamında yüklenicinin sorumluluğunda olup madde metninde tanımlanan işlerin tamamının tasarım bedeli kapsamında değerlendirileceği ve tasarım hizmetleri için belirlenen bedel dışında herhangi bir bedel ödenmeyeceği hüküm altına alınmıştır. Birim fiyat tariflerinin "İnşaat İşleri Tasarım Hizmetleri" ve "İstasyon İnce İşler Tasarım Hizmetleri" bölümleri de yapılacak işlerin tarifinde aynen sözleşmenin 32.2'nci maddesinin ikinci paragrafında tespit edilen kriterleri tekrar etmektedir.

Bu meyanda, Sözleşmenin tasarım işlerini düzenleyen 33.2'nci maddesinde tasarım işleri konusunda yükleniciyi bağlayan temel kurallar belirlenmektedir. Tasarım işlerinin sözleşmenin imzalanmasını müteakip dört ay içinde bitirilmesi talimatlandırılmaktadır. Yüklenici tamamen kendi tasarrufu ile tasarım işlerini yapamayacağına göre tasarım işlerinin Birim Fiyat Tarifleri ve Teknik Şartnamenin esas alınarak hazırlanacağı belirtilmiş ve devam eden üçüncü paragrafta tasarım işlerinin muhteviyatı ve bedeli konusunda düzenleme yapılmıştır.

Birim fiyat tariflerinin Genel kısmında yer alan açıklamalarda proje ve kesitlerde değişiklik olması durumunda birim fiyatlarda değişiklik yapılamayacağı belirtilmiştir.

Tariflerin Tasarım İşlerini açıklayan kısmında ise projelendirmede, İhale Dosyası eki kesin projeler ve Teknik Şartnameler dikkate alınacağı ve Yüklenicinin projeleri bunlara göre hazırlayacağı, Projelerin mutlaka, tüm imalat kalemlerinin ve tüm sistemlerin uyumu ile metro sistemin bir bütün olarak aksaksız işlemlerini sağlama esasına dayandırılacağı ifade edildikten sonra tasarım işleri fiyatının; ön projelerin veya revize kesin projelerin ve detayların, uygulama projelerinin ve detaylarının, işin yapılması esnasında gerekebilecek ek projelerin ve iş bitiminde, İş Sonu (as-built) projelerinin hazırlaması, onayı, revizyon işleri ve ilişkili diğer işlerle (uygulama projeleri için gereken mühendislik hizmetleri; harita alımı, vs.) ilgili her türlü masrafı ve karı kapsayan grup fiyatı olarak tanımlandığı görülmektedir.

Ayrıca, İdari Şartnamenin 46.6'ncı maddesinin ikinci paragrafında; isteklilerin set/grup/takım olarak belirlenen iş kalemleri fiyat tekliflerinin, ilgili iş kalemine ait kapsamı idari ve teknik şartnameler ile birim fiyat tariflerinde belirtilen koşullarda eksiksiz olarak ve işletmeye alma için gereken tüm fonksiyonları karşılamak için gereken her türlü masrafı içerdiği kabul edileceği ifade edilmiştir.

Tasarım işlerinin kapsamını ve fiyatını belirleyen hükümler birlikte değerlendirildiğinde; tasarım işleri fiyatının esas itibariyle sözleşme konusu işin yapılması esnasında ihtiyaç duyulan tüm projelendirme işlerini kapsadığı görülmektedir. Sözleşmenin 32.2'nci maddesinden de tasarım işleri bedelinin işin yürütülmesi aşamasında ihtiyaç duyulan tüm projelendirme işlerini içerdiği anlaşılmaktadır.

Birim fiyat tariflerinin Tasarım İşlerini açıklayan kısmında projelendirmede ihale eki projelerin ve Teknik şartnamelerin esas alınacağı ifade edilmişse de; sözleşmenin 32.2'nci maddesi de dikkate alındığında esas itibariyle bu hükümlerin ölçülendirme (projelendirilecek mahallin boyu ya da alanı) ile ilgili olmaktan ziyade, ihale eki projeler ve Teknik Şartnamelerde ifade edilen yapım tekniği ve kullanılacak malzemenin niteliği ile ilgili olduğu anlaşılmaktadır. Zira yukarıda ifade edilen Sözleşmenin 32.2'nci maddesinde tasarım işleri uygulama aşamasında gerekebilecek ve/veya İdare tarafından gerekli görülecek ve/veya yapım çalışmaları esnasında ortaya çıkacak sebeplerden ötürü gerekebilecek her türlü değişiklik, revizyon, ilave projelerin ve iş sonu projelerin yapılması olarak tanımlanmış ve tüm işlerin bedelinin tasarım işleri bedeline dahil olduğu zikredilmiştir. Dolayısıyla sözleşmenin mezkur hükmünün tasarım işlerine getirdiği tanım ve tasarım bedellerinin ödeme yöntemine yönelik kurallar, tasarım bedellerinin fiyatının artırılmasına ya da değiştirilmesine engel teşkil etmektedir.

Birim Fiyat Tariflerinin Tasarım İşlerine ilişkin 2.2 maddesi dikkatle incelenirse (a) bendinde "Ön projelerin veya revize kesin projelerin ve detayların" hazırlanması tasarım işleri fiyatına dahil edilmiş ve fiyat her türlü masrafı ve karı kapsayan grup fiyat olarak tanımlanmıştır. Bu hükümden de görüleceği üzere idare, ihale eki kesin projelerin değiştirilebileceğini öngörmüş ve hem yükleniciyi hem de idareyi bağlayan birim fiyat tariflerinin bu kısmında gerek görülmesi halinde revize kesin projelerin hazırlanmasını

tasarım işleri fiyatına dahil etmiştir. Dolayısıyla işlerin sahada yürütülmesi esnasında sahaya uygun revize kesin projelerin hazırlanması teklif fiyatın içinde mütalaa ediliyorken, ihale eki projelere göre alan ya da boydaki uzama gerekçe gösterilerek tasarım işleri fiyatının artırılması en başta Birim Fiyat Tariflerine aykırılık oluşturmaktadır. Sahadaki uygulamada herhangi bir istasyon alanı 100 metrekareden 125 metrekareye çıkartılacak olsa idare bu konuda revize kesin proje hazırlatmaya yetkilidir. (ki bu husus Birim Fiyat Tariflerinin yukarıdaki bendinde hüküm altına alınmıştır) Bu durumda revize kesin projeye göre uygulamaya esas kesin projeler hazırlanacak ve yükleniciye herhangi bir ödeme yapılmaması gerekecektir. Bu konuda birim fiyat tariflerinin 2.2'nci maddesine paralel olarak sözleşmenin 33.2'nci maddesinin son fıkrasında da net olarak "uygulamada gerekli olabilecek yada idarenin lüzum göreceği veya yapım çalışmaları sırasında ortaya çıkan sebeplerden ötürü gerekebilecek her türlü değişiklik, revizyon, ilave projelerin hazırlanması ve iş sonu projelerin yapılması yüklenicinin uhdesine verilmiş, tarif edilen tüm tasarım çalışmalarının bedelinin tasarım hizmetleri ile ilgili iş kalemlerinin fiyatlarına dahil olduğu kabul edilecek olup, Yükleniciye ayrıca bir bedel ödenmeyecektir." denilmiştir.

Dolayısıyla idare ihale eki projelerdeki ölçekle kendisini bağlı tutmak isteseydi, Tariflerin 2.2'nci kısmında ön proje ve revize kesin projelerin hazırlanmasının tasarım işleri fiyatına dahil olduğuna ilişkin bir düzenleme getirmezdi. Sözleşmenin 33.2'nci maddesinde de gerekmesi halinde ön projelerin hazırlanması da uygulamaya esas kesin projelerle beraber yüklenici uhdesine bırakılmış ve yukarıda aynen nakledildiği üzere tasarım işleri, her türlü değişiklik ve revizyonu kapsayacak şekilde tanımlanmış ve Yükleniciye ilave bir bedel ödenmeyeceği hüküm altına alınmıştır. İhaleye teklif verilmesi aşamasında Yüklenicinin basiretli bir işadamı gibi davranması ve bu koşulları göz önüne alarak teklif vermesi beklenmelidir.

Sorumluların öne sürdüğü üzere ihale eki projelerde yapımı planlanan bir mahallin adının değişmesi veya yapılacağı yerin değişmesinin tasarım bedelinin fiyatının değişmesine gerekçe gösterilemeyeceği açıktır.

Açık bir şekilde Tarifler ve Sözleşme tasarım işlerini işin icabına göre yaptırma konusunda idareye yetki vermekte; Tasarım İşleri Fiyatının bu değişiklikleri kapsadığını ifade etmekte ve Yükleniciye ilave bedel ödenmesini yasaklamaktadır.

Sorumlularca Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 22 ve 12/4'üncü maddelerine göre yeni birim fiyat yapıldığı ifade edilmekte ise de;

Her şeyden öte, işe ait sözleşmenin 8.2.1'inci maddesinde belirtilen ihale dokümanını oluşturan belgeler arasındaki öncelik sıralaması;

1. Yapım İşleri Genel Şartnamesi
2. İdari Şartname
3. Sözleşme Tasarısı
4. Birim Fiyat Tarifleri ve Cetveli
5. Mahal listesi
6. Özel Teknik Şartname
7. Genel Teknik Şartname
8. Ön/Kesin Projeler
9. Açıklamalar (varsa)
10. Diğer Ekler,

Şeklinde olup, görüldüğü üzere; Yapım İşleri Genel Şartnamesi sözleşme tasarısının önünde gelmektedir ve hüküm çatışması halinde Şartname hükmünün uygulanması gerekmektedir. Şu halde Sözleşme hükümleriyle Şartname ve Tarifler arasında çatışma veya hüküm ayrılığı olup olmadığının tahlili gerekmektedir.

Şartnamenin 4'üncü maddesinde iş kalemi; "Birim fiyat sözleşme ile yapılacak işler ile karma sözleşmelerin birim fiyat teklif alınan kısımlarında, teknik ve özel yapım şartları belirtilen, birim fiyat tarifleri bulunan ve sözleşmelerinde bedeli

gösterilen veya sonradan yeni birim fiyatı yapılan ödemeye esas birimler” olarak tanımlanmıştır.

İş kalemi bazında tariflere bakıldığında; yapılacak işin kapsamı detaylı olarak açıklandıktan sonra Tariflerin 2.2’nci maddesine atıf yapılarak maddede açıklanan şartlarda set ya da grup fiyat olarak işin bedeli tanımlanmıştır. Birim fiyat tariflerinin 2.2’nci maddesinde projelendirmede ihale dosyası eki kesin projeler ve teknik şartnamelerin dikkate alınacağı ifade edilmiş ve Yüklenicinin projeleri bunlara göre hazırlayacağı belirtilmiştir. Sözleşmenin 33.2’nci maddesinin ikinci paragrafında; tasarım işlerinin birim fiyat tarifleri ve teknik şartnameler esas alınarak hazırlanacağı belirtilmiştir. Tasarım işlerinin ihale eki projelere uygun olarak hazırlanması gerekliliği açıkça bu hükümde yer almamaktadır.

Sorumlular tasarım işlerinin ihale eki kesin projelere göre yapılmasını birim fiyat tariflerinin şart koştuğunu öne sürmekte iseler de;

Bu noktada Sözleşmenin 33.2’nci maddesinin ikinci paragrafındaki projelendirmenin birim fiyat tarifleri ile teknik şartnameler esas alınarak yapılacağına yönelik hükmü ile Birim fiyat tariflerinin ihale eki projelere göre projelendirme yapılacağına dair hükmünü Sözleşmenin 33.2’nci maddesinin üçüncü paragrafıyla birlikte değerlendirmek gerekecektir. Sözleşmenin bu hükmü ile birim fiyat tariflerinde yer alan hususlara ilave açıklamalar getirilmekte ve idareye her türlü değişiklik ve revizyonları yaptırma hakkını da kapsayacak şekilde tasarım iş kaleminin kapsamı ve sözleşme bedeli tayin edilmektedir.

Tip sözleşmenin 8.2.1’inci maddesine göre sözleşme hükmünün öncelikli olduğu açıktır. Birim fiyat tarifleri ile sözleşme hükmünün çatışması halinde sözleşme hükmü esas alınacaktır.

Ayrıca her ne kadar Birim Fiyat Tariflerinin tasarım işlerini

düzenleyen 2.2'nci maddesinin ikinci paragrafında ihale eki projelere gönderme yapılmışsa da devam eden paragrafta tasarım işlerinin, ön projelerin veya revize kesin projelerin hazırlanmasını da kapsadığına yönelik hüküm bulunmaktadır. Sözleşmenin 33.2'nci maddesinde de gerekirse ön projeleri de yeniden hazırlamak tasarım işlerinin kapsamına alınmıştır. Dolayısıyla idare ihale eki projelere göre ya da bu projelerden farklı tasarım işleri yaptırma hakkına sahiptir.

Kaldı ki sorumluların iddiası kabul edilirse, sözleşmenin 33.2'nci maddesinin üçüncü fıkrasına istinaden idare tasarım işleriyle ilgili her türlü değişikliği yapmaya yetkili iken tasarım yapılacak mahallin ölçeğini değiştirmeye yetkili olmadığı sonucu ortaya çıkacaktır. O halde sorguya dayanak olarak alınan üçüncü fıkra hükmünün sözleşmeye dercedilmesinin manası kalmayacak, ihale eki projeleri tadil eden her değişiklik yükleniciye ilave bedel talep etme hakkı tanıyacaktır.

Etraflıca açıklandığı üzere sözleşmenin 33.2'nci maddesinin üçüncü paragrafı bu konuda net olarak tasarım işinin evsafını her türlü değişiklik ve revizyonu içerecek şekilde geniş olarak tarif etmiş ve yükleniciye ilave bir bedel ödenmeyeceğini hüküm altına almıştır.

Her ne kadar kapsam konusunda sözleşme, birim fiyat tariflerine göre daha geniş hükümler içermişse de Tip Sözleşmenin 8.2.1'inci maddesinde sözleşme tasarısı birim fiyat tarifleri ve cetvelinin önünde yer aldığından sözleşme hükmü önceliklidir ve sözleşme hükmünün esas alınması gerekmektedir.

Dolayısıyla birim fiyat tarifi ve sözleşmedeki hükümler birlikte değerlendirildiğinde tasarım iş kaleminin; uygulamaya esas kesin projelerin hazırlanmasını, gerekmesi halinde ön projelerin hazırlanmasını ve uygulamada gerekli olabilecek yada idarenin lüzum göreceği veya yapım çalışmaları sırasında ortaya çıkan sebeplerden ötürü gerekebilecek her türlü

değişiklik, revizyon, ilave projelerin hazırlanması ve iş sonu projelerin yapılmasını ihtiva ettiği ve tasarım işleri bedelinin tarif edilen tüm tasarım çalışmalarının hizmetleri ile ilgili iş kalemlerinin fiyatlarına dahil olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

İş kalemi “uygulamada gerekli olabilecek, idare tarafından lüzum görülecek veya yapım çalışmaları sırasında ortaya çıkan nedenlerden ötürü gerekebilecek her türlü değişiklik ve revizyonu içerdiği” şeklinde tanımlanmış olmakla; tasarımı yapılacak mahallin büyüklüğü artsa da iş kalemi miktarı değişmeyeceğinden (ki iş kalemi 1 set/grup tasarım yapılmasıdır) Sözleşmenin 27’nci maddesi ve Şartnamenin 21’inci maddesinde hüküm altına alınan ilave iş söz konusu olmayacak; idarenin göreceği lüzum üzerinde kesin projelere kıyasla ölçek değişse/mahallin boyu ya da alanı artsa dahi (ki Şartnamenin 12/4’üncü maddesi işin uygulama projelerine uygun olarak yürütülmesi gerekliliğinden bahsetmektedir, henüz ortada bir proje bulunmamaktadır, işin kendisi projenin yapılmasıdır) sözleşmede birim fiyatı bulunmayan/teklif fiyatı olmayan bir işten bahsedilemeyeceği için Sözleşmenin 28’inci ve Şartnamenin 22’nci maddesindeki hükümler uyarınca yeni birim fiyat yapılması gerekmeyecektir. Kaldı ki yukarıda açıklandığı üzere birim fiyat tariflerine göre revize kesin projelerin yapılması ve sözleşmeye göre gerekirse ön projelerin yapılması tasarım işlerine dahildir. Tadil edilen ihale eki proje ölçeğinde de uygulama projelerinin hazırlanmasının tasarım işlerine dahil olduğu açıktır.

Diğer taraftan, sözleşmenin 33.2’nci maddesinin hukuki tahlilinin yapılması gerekmektedir. Tip sözleşmenin 33’üncü maddesinin dip notunda aynen; “İdarelerce bu Tip sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde ihale dokümanına, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu hükümlerine ve bunlara ilişkin Kamu İhale Kurumunca yayınlanan Yapım İşleri Genel Şartnamesi ile diğer düzenleyici mevzuata ve emredici hukuk

kurallarına aykırı olmamak ve bu Tip sözleşme hükümlerinde değişiklik yapmamak veya sonuçlarını ortadan kaldırmak üzere, işin özelliğine göre sözleşmelerde bu başlık altında bir veya birden fazla maddeyi içerecek şekilde madde numaraları teselsül ettirilerek başka düzenlemelere yer verebilir.” denilmektedir.

İdarenin böyle bir düzenlemeyi, tasarım işlerinde değişikliğe gidilmesi durumunda maliyet baskılarını bertaraf etmek için getirmesi muhtemeldir. Ancak bu hükmün işletilmediği anlaşılmaktadır.

Birim fiyat tarifleri set/grup/takım fiyatları “İmalat ve Hizmet Kalemleri” ve “Tasarım İşleri” olmak üzere iki grupta düzenlemiştir. Tasarım bedelleri dışındaki paçal fiyatların bedeli konusunda sözleşmede hüküm bulunmamaktadır. Ancak tasarım bedelleri için sözleşmede özel hükümlere yer verilmiştir.

Bu nedenle, ihale eki projelere göre tünel boylarının uzaması ve istasyon alanlarının artmasından bahisle mahaldeki uzunluk ya da alan artışı oranında tasarım işleri fiyatının artırılarak yükleniciye ödeme yapılması Sözleşmenin 32.2’nci maddesine aykırılık teşkil etmekte olup kamu zararına sebebiyet vermektedir.

Sorguda ifade edildiği ve sorumlularca gönderilen savunmalarda da açıklandığı üzere; tasarım işlerinin fiyatı Mutabakat Tutanağı’nın 7’nci maddesinde benimsenen hüküm ve idarenin sayılı olur yazısıyla yeniden tespit edilmiştir.

Açıklanan gerekçelerle, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 71’inci maddesi kamu zararının meydana gelmesinde kusur sorumluluğu esasını benimsemiştir. Buna göre, kamu zararından Mutabakat Tutanağında imzası bulunan ve sayılı Genel Müdürlük Olur’unu imzalayan kamu görevlilerinin sorumluluğu bulunmaktadır. Zira kamu zararına sebebiyet veren işleme dayanak mevzuata

aykırı karara ilk olarak bu dokümanda yer verilmiş ve bu tutanak doğrultusunda onaylanmış; sorguda sorumlu tutulan diğer kamu görevlilerinin idarenin karar alma sürecine tesirleri olmamıştır. Dolayısıyla kusur sorumluluğu Takım/Set Fiyatı olarak tespit edilen tasarım bedellerinin artırılarak ödenmesine esas olan belgelerde imzası bulunan kişilerindir. Bu nedenle diğer kamu görevlilerine sorumluluk tevcih edilmesi mümkün görülmemektedir.

Sorumluluğa itiraz eden bir kısım sorumluların savunmalarında belirttikleri sayılı görüş sorma yazısı ve Genel Müdürlüğün sayılı cevap yazısı Metro İstasyonu ile Havaalanı arasında yapılması planlanan terminal bağlantısının tasarım işlerinin ilave iş kapsamında olup olmadığının tespitine yönelik olup sorgu konusu edilen hususlarla ilgisi bulunmamaktadır.

Bu itibarla, ortaklığı taahhüdü altında yapımına devam edilen “..... İnşaat ve Elektromekanik Sistemleri ve Temin Montaj ve İşletmeye Alma İşi”nde; Takım/Set Fiyatı olarak tespit edilen tasarım bedellerinin sözleşme, idari şartname ve birim fiyat tariflerine aykırı olarak fiyatlarının artırılarak ödenmesi sonucu neden olunan Avro kamu zararının sayılı Genel Müdürlük Olur’unu imza eden Harcama Yetkilisi ve Mutabakat Tutanağını imza eden Gerçekleştirme Görevlisi ile Diğer Sorumlular’a ortaklaşa ve zincirleme,

6085 sayılı Sayıştay Kanununun 53’üncü maddesi gereği işleyecek faizleri ile ödettirilmesine, anılan Kanunun 55’inci maddesi uyarınca işbu İlamın tebliğ tarihinden itibaren altmış gün içerisinde Sayıştay Temyiz Kurulu nezdinde temyiz yolu açık olmak üzere oy birliğiyle,

D-) ortaklığı taahhüdü altında yapımına devam edilen “..... İnşaat ve Elektromekanik Sistemleri ve Temin Montaj ve İşletmeye Alma İşi”nde; Sözleşmenin 23’üncü maddesine göre iş programına uygun olarak çalıştırılması gereken teknik

personelin iş programına uygun olarak istihdam edilmemesi hususunun sorgu konusu edildiği görülmüştür.

Sözleşmenin 23'üncü maddesinde; "Yüklenici, 23.3 maddesi uyarınca İdareye bildirdiği teknik personelin onaylandığının kendisine bildirildiği tarihten aşağıda adet ve unvanları belirtilen teknik personeli iş programına göre iş yerinde bulundurmak zorundadır:

(...)

Yüklenici, yukarıda adet ve mesleki unvanı belirtilen teknik personeli iş programına göre iş başında bulundurmadığı takdirde; proje müdürü için Avro/Gün, Diğerleri için Avro/Gün ceza müteakiben düzenlenen ilk hakedişten kesilir." denilmektedir.

Sözleşmenin imzalanmasını müteakip istihdam edilmesi planlanan teknik personel listesi ve iş programı idarece 13.05.2015 tarihinde onaylanmıştır.

İşin yürütülmesi esnasında kontrol işlerini yürütmekle görevli olan Bölge Müdürlüğünün 07.03.2016 tarih ve sayılı yazısında elektrik mühendisi kadrosunda görev yapan teknik personelin İdarece onaylandığı 13.05.2015 tarihinden, yazının düzenlenme tarihi olan 07.03.2016 tarihine kadar görev başında bulunmadığının tespit edildiği belirtilmiştir.

Söz konusu yazı sonrasında Müşavir tarafından konunun cezai işlem yönünden gereği yapılmak üzere incelenmesi sağlanmıştır. Müşavir tarafından 16/08/2016 tarihinde sayılı yazı düzenlenmiştir.

Yapılan incelemeyi müteakip, Bölge Müdürlüğünün 24/10/2016 tarih ve sayılı görüş yazısına istinaden Yükleniciye ödenen ilk hakedişten İSG ve Çevre Şefi için 85 gün karşılığı Avro, İnşaat Mühendisi 1 için 30 gün karşılığı Avro ve İnşaat Mühendisi 2 için 125 gün

karşılığı Avro olmak üzere teknik personelin iş başında bulundurulmamasından dolayı toplam Avro ceza kesilmiştir.

Ceza uygulaması Müşavir tarafından yapılan ve Bölge Müdürlüğünce de – inşaat mühendisi kadrolarına uygulanacak ceza dışında – tamamıyla kabul gören görüşe göre yapılmıştır.

Bayındırlık İşleri Kontrol Yönetmeliğinin Kontrol Mühendisinin görev, yetki ve sorumluluğunu düzenleyen 10.18.1 maddesine göre; teknik personelin göreve devamının izlenmesinin kontrol mühendisi tarafından tutulacak şantiye defterinde kayıt altına alınacağı ve ceza uygulamasında bu kayıtların esas alınması gerekeceği, dolayısıyla teknik personelin görev yazıları veya sosyal güvenlik girişlerinin bu kişilerin şantiye alanında bulunduklarına dair yeterli kanıt oluşturmadığı, Bölge Müdürlüğünün 07.03.2016 tarih ve sayılı yazısında da bu durumun ortaya konulduğu, İdari Şartnamenin 2'nci ve Sözleşmenin 33.2'nci maddesinde zikredildiği üzere sözleşme konusu yapım işinin tasarım işlerinin de yüklenicinin sorumluluğunda olduğu, doğal olarak işin tasarım çalışmalarına başlandığı andan itibaren teknik personelin göreve devamı aranacağı, teknik personelin uzmanlık alanları itibariyle işe devamının tespitinde ilk hakediş kapsamına dahil edilen işler ve yukarıda yer verilen İdare ve Müşavir yazıları esas alınarak değerlendirme yapılması gerektiği, ilk hakediş ödemesinde kazı yapılması, iksa yapılması ve tünel inşaat işleri, istasyon tasarım işleri, güç temini ve cer gücü tasarımı, kontrol ve haberleşme sistemleri tasarımı, çevre kontrol sistemi tasarımı, yangından korunma ve yangınla mücadele sistemi tasarımı işlerinin istihkaka dahil edildiği, buna göre ilk hakedişte inşaat ve tünel işlerinin yapımı ve istasyonların tasarım hizmetleri ile elektronik mekanik işler tasarımı karşılığında ödeme yapılmış olması nedeniyle bu işlerde çalıştırılması planlanan şef, mühendisler ve mimarın onaylı iş programına göre tasarım çalışmaları başladığı andan itibaren iş yerinde bulundurulması gerektiği, İdarece

13.05.2015 tarihinde onaylanan iş programına göre 03/08/2015 tarihi itibarıyla elektro-mekanik işlerin tasarım işlerinin başladığı, bu nedenle bu tarihten itibaren elektrik mühendisinin çalıştırılmaya başlanması gerektiği, yukarıda açıklanan gerekçelerle Yükleniciye yapılan hakediş ödemesinden eksik teknik personel cezası kesildiği ileri sürülmekte ise de;

..... Bölge Müdürlüğünün 07.03.2016 tarih ve sayılı yazısı ile bazı teknik personelin görev başında bulunmadığı yönündeki tespiti üzerine konu Müşavir tarafından incelenerek 16/08/2016 tarihli ve sayılı yazı düzenlendiği, bunun üzerine yapılan incelemeyi müteakip, Bölge Müdürlüğünün 24/10/2016 tarih ve sayılı görüş yazısına istinaden Yükleniciye ödenen ilk hakedişten İSG ve Çevre Şefi için 85 gün karşılığı Avro, İnşaat Mühendisi 1 için 30 gün karşılığı Avro ve İnşaat Mühendisi 2 için 125 gün karşılığı Avro olmak üzere teknik personelin iş başında bulundurulmamasından dolayı toplam Avro ceza kesildiği anlaşılmaktadır.

Müşavirin yukarıda bahsi geçen görüş yazısında teknik personelin işe alınması ve göreve devamı konularında tespit yapılırken ana hatları itibarıyla;

- Sözleşme ve eki dokümanlarda teknik personelin görev yeri tespiti yapılmadığı ve ne zaman işe alınacağı belirlenmediği halde; personelin iş başında bulunup bulunmadığı tespit edilirken personelin çalıştırılması planlanan mahalle ve o mahalde işlerin başlangıç tarihine göre mevcudiyetinin arandığı,
- Personelin iş başında bulunması gereken zamandan şantiye alanının kurulması için tanımlanan mobilizasyon süresinin düşüldüğü,
- Tasarım alt yüklenicisi çalıştırılması dolayısıyla tüm teknik personelin projelerin uygulanması aşamasında saha

elemanı olarak dikkate alındığı, dolayısıyla iş programındaki tasarım müddetinin hariç tutulduğu,

– Yer tesliminde yaşanan gecikmelerden dolayı iş programının fiilen sahaya yansıdığı tarihin esas alındığı,

– Teknik personelin göreve devamının tespitinde Ortaklık bünyesindeki şirketler tarafından yazılan görevlendirme yazıları ile teknik personelin sosyal güvenlik girişlerinin esas alındığı,

Hususlarının dikkate alındığı görülmüştür.

Kamu İhale Tebliğinin 48.2'nci maddesinde; "Yapım işlerine ait tip sözleşmenin "Teknik personel, makine, teçhizat ve ekipman bulundurulması" başlıklı 23 üncü maddesine göre; teknik personelin iş programına göre, işin kendi mesleğine ilişkin kısmının gerçekleştirilmesi sırasında işyerinde bulundurulması gerekmekte olup teknik personelin tamamının işin başlangıcından sonuna kadar iş yerinde devamlı olarak bulundurulma zorunluluğu bulunmamaktadır." hükmü yer almaktadır.

Tebliğ'in bu hükmüne istinaden her bir teknik personelin kendi uzmanlığıyla alakalı tasarım veya yapım çalışmaları başladığı vakit iş başında bulundurulması zorunlu olup, teknik personelin tamamının işin başlangıcından sonuna kadar iş yerinde devamlı olarak bulundurulma zorunluluğu bulunmamaktadır.

Sözleşmenin 23'üncü maddesi ile Kamu İhale Tebliğinin 48.2'nci maddesinin birlikte değerlendirilmesinde, teknik personel çalıştırılmasında esas olan; Yüklenicinin süresi zarfında Teknik Personel Listesini idareye bildirmesi ve İş Programına uygun olarak ilgili personelin projede çalışmasını sağlamasıdır. Söz konusu işte de Yüklenici süresi zarfında Teknik Personel Listesini idareye sunmuş olup, İdarece ilgili personelin iş programına uygun olarak sahada çalışmasının izlendiği görülmektedir. Sözleşme Madde 23.1'de verilen teknik

personel listesinde elektrik disiplini için 3 personele (E&M İşler Şefi, Elektrik Mühendisi, Elektronik Mühendisi) yer verilmiş durumdadır. Raporda personel cezası uygulanması öngörülen dönemde bu 3 personelden 2'sinin (E&M İşler Şefi ile Elektronik Mühendisi) işyerinde hazır bulunduğu, Müşavirlik, Kontrollük ve İdare tarafından bu personelin elektrik tasarım işleri koordinasyonu için yeterli olduğunun değerlendirildiği anlaşılmaktadır. Nitekim Bölge Müdürlüğünce İSG ve Çevre Şefi ile iki adet inşaat mühendisi için teknik personelin iş başında bulundurulmamasından dolayı toplam Avro ceza kesilmiştir. Ayrıca savunmalarda İdarece onaylı bulunan tasarım alt yüklenicisi bünyesinde de elektrik tasarım işleri koordinasyonu ve tasarım işlerinin yürütülmesinden sorumlu elektrik mühendisleri istihdam edilmiş olduğu belirtilmiştir. Kaldı ki, projede mevzuat gereği yükleniciye atfedilemeyecek bir dizi nedenle büyük gecikmeler ve aksaklıklar yaşanması nedeniyle yüklenicinin süre uzatımı ve iş programını revize etme hakkını haiz olduğu, halen dahi sahada inşai faaliyetler tamamlanıp, elektromekanik imalatlara başlanılamadığı anlaşılmaktadır.

Bu nedenle, teknik personel çalıştırılması hususunun sahadaki mevcut iş ilerlemelerine ve iş programına uygunluk açısından değerlendirilmesi gerektiği dikkate alındığında, işin fiilen yapıldığı dönemlerde ilgili teknik personelin iş yerinde bulunmadığı yönünde yapı denetim görevlilerince düzenlenmiş hiçbir tespit ve tutanak mevcut değildir. Bu nedenle, Yükleniciye teknik personel cezası uygulanması mümkün bulunmamaktadır.

Bu itibarla, ortaklığı taahhüdü altında yapımına devam edilen "..... İnşaat ve Elektromekanik Sistemleri ve Temin Montaj ve İşletmeye Alma İşi"nde; Sözleşmenin 23'üncü maddesine göre iş programına uygun olarak çalıştırılması gereken teknik personelin iş programına uygun olarak istihdam edilmemesi nedeniyle Yükleniciye yapılan hakediş ödemesinden eksik teknik personel cezası kesilmesi sonucu

Avro kamu zararına neden olunduğu ileri sürülmekte ise de; söz konusu yapım işinin sözleşme ve eki şartnamelerinde hangi teknik personelin ne zaman iş başı yaptırılması gerektiği belli edilmediğinden, ihale dokümanında teknik personel listesindeki hangi pozisyonun tasarım, hangi pozisyonun imalata dönük personel için olduğuna dair hükümler de bulunmadığından, İdare tarafından onaylanan proje alt yüklenicisinin teknik personellerinin, sözleşmesel olarak yüklenicinin sorumluluğundaki tüm tasarım ve proje faaliyetlerini yürüttükleri, E&M İşler Şefi olarak ve Elektronik Mühendisi pozisyonu için de’in iş programına uygun olarak iş başı yapmış olup tasarım çalışmaları için de destek verdikleri, anahtar teknik personel listesindeki Elektrik Mühendisi pozisyonunun ise imalata dönük bir pozisyon olup, istasyon elektrik işlerinin başlamasıyla birlikte iş başı yaptırılması planlandığı, dolayısıyla iş başında bulunması gereken teknik personelin fiili gerçekleşme durumuna göre bulundurulduğu anlaşıldığından, Kamu İhale Tebliğinin 48.2’nci maddesi uyarınca konu hakkında ilişilecek bir 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 oy birliğiyle,

Karar verildi.