

ihalede yeni iş kalemlerinin sözleşme yılı birim fiyatlarının da benzer poz uygulaması yapılarak 1 no.lu iş kalemi teklif birim fiyatının, aynı iş kaleminin yaklaşık maliyet birim fiyatına bölünmesiyle bulunan oranı ile çarpılarak hesaplanması gerekirken, sözleşme bedelinin yaklaşık maliyet bedeline bölünmesiyle bulunan oran ile çarpılması suretiyle tespit edilmesi ve uygulanması sonucunda, sözleşme ayı birim fiyatlarının, hesaplanması gerekenden daha yüksek

belirlendiği, bu uygulamanın ...’nün ... konulu ... tarihli ve ... sayılı iç genelgesine aykırı olduğu belirtilerek kamu zararı hesaplanmış olması

Kamu İdaresi Türü	Diğer Özel Bütçeli İdareler
Yılı	2021
Dairesi	1
Karar No	10899
İlam No	68
Tutanak Tarihi	9.3.2023
Kararın Konusu	İhale Mevzuatı ile İlgili Kararlar

Yeni birim fiyat

... tarihinde ihalesi gerçekleştirilen ve ... ile ... tarihinde sözleşmesi imzalanan ... TL sözleşme bedelli ... İşinde;

A) Sözleşme eki birim fiyat cetvelinde yer almayan, tünel iş grubundaki;

... no.lu ...,

... no.lu ...,

...no.lu ...,

... no.lu ...,

... no.lu ...

Yeni iş kalemlerinin birim fiyatlarının, yüklenicinin teklifinde yer alan ve yeni iş kalemleri ile benzerlik gösteren ... no.lu ... iş kalemi için teklif edilen birim fiyatın, idarece aynı iş kaleminin yaklaşık maliyet birim fiyatına oranı ile yeni iş kalemlerine ait hesaplanan birim fiyatın çarpılması sonucunda elde edilen tutarı geçmeyecek şekilde hesaplanması gerekirken,

1- ... ve ... no.lu yeni iş kalemleri için, sözleşme bedelinin, toplam yaklaşık maliyete bölünmesi suretiyle bulunan oran ile hesaplanan birim fiyatın çarpılması,

2- ..., ..., ... ve ... no.lu iş kalemleri için ise herhangi bir benzerlik kıyaslaması yapılmaması

sonucu yeni birim fiyatların olması gereken değerden daha yüksek belirlenmesi ve uygulanması suretiyle kamu zararı olduğu iddia edilmektedir.

... tarihinde imzalanan işe ait sözleşmenin ...'inci maddesinin birinci fıkrasında, "Sözleşme ve eklerinde birim fiyatı bulunmayan yeni iş kalemlerinin bedeli, Yapım İşleri Genel Şartnamesi hükümlerine hesaplanır" denilmektedir.

Yapım İşleri Genel Şartnamesinin "Sözleşmede bulunmayan işlerin fiyatının tespiti" başlıklı 22'nci maddesinin;

İkinci fıkrasında; "Yeni fiyatın tespitinde iş kalemi veya iş grubunun niteliğine göre aşağıdaki sıralamaya uyularak oluşturulan analizlerden biri kullanılır:

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.

b) İdarede veya diğer idarelerde mevcut olan ve yeni iş

kalemine/grubuna benzerlik gösteren analizlerle kıyaslanarak bulunacak analizler.

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.”

Üçüncü fıkrasında; “İş kalemi veya iş grubunun niteliğine uygun olarak yukarıdaki analizlere, kaynakların verimli kullanılması gözetilerek aşağıdaki rayiçlerden biri, birkaçı veya tamamı uygulanabilir:

a) Varsa yüklenicinin teklifinin ekinde idareye verdiği teklif rayiçler.

b) İdarede veya diğer idarelerde mevcut rayiçler.

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.”

Dördüncü fıkrasında; “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 uyuşulamaz 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.”

Beşinci fıkrasında; “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.”

hükümleri yer almaktadır.

...’nün ... konulu ... tarihli ve ... sayılı İç Genelgesinin ...’nci maddesinde,

“2.Merkez ve taşra teşkilatlarımızda uygulamada birlikteliğin sağlanmasına yönelik olarak, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa göre ihalesi yapılan/yapılacak işlerde yeni fiyat tutanakları aşağıdaki açıklamalar doğrultusunda hazırlanacaktır.

2.1 İşin yürütülmesi aşamasında idarenin gerekli görerek yapılmasını istediği ve ihale dokümanında fiyatı bulunmayan, ancak Teklif Birim Fiyat Cetvelinde yer alan iş kalemiyle nicelik ve/veya nitelik olarak benzerlik gösteren iş kalemi olması [yerine ikame edilen imalatlarda boyut- kalınlık değişikliği olarak vuku bulan veya aynı kesimde tünel kaya sınıfı değişikliği olarak ortaya çıkan durumlarda (üstyapı tabaka kalınlığı değişimi, hidrolik sanat yapısı boyut değişimi, tünel kaya sınıfı değişimi, üstyapı tabakalarında cins değişiklikleri, fore kazık ebatlarındaki değişiklikler vb.)] durumunda, Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 22 nci maddesinin 3 üncü fıkrasının (b) bendinde belirtilen “İdarede veya diğer idarelerde mevcut rayiçler’ in kullanılması suretiyle yapılacak yeni fiyat; ilgili poz için İdarenin yaklaşık maliyet hesabında kullandığı fiyat ile Yüklenicinin teklif fiyatı kıyaslanarak tespit edilecek tutarı aşmayacaktır.

2.4 Ticaret ve/veya Sanayi Odasınca tasdikli faturalara göre yeni fiyat tutanağı düzenlenmesi halinde, en az üç firmadan tekliflerin alınması ve bu tekliflerin ilgili yapı denetim görevlilerince incelenip değerlendirildiğine ilişkin tutanakların da yeni fiyat tutanaklarıyla birlikte gönderilmesi zorunludur.

2.5 Ticaret ve/veya Sanayi Odasınca onaylanmış fatura kullanılarak yeni fiyat yapılması durumunda, kar ve genel masrafın % ... olarak uygulanacağına dair ihale dokümanında düzenleme yapılacaktır.

denilmektedir.

Söz konusu işin yapımı sırasında Sözleşme eki birim fiyat teklif cetvelinde yer almayan;

... ve ... no.lu yeni iş kalemlerinin yeni birim fiyatları, söz konusu iş kalemlerinin sözleşme yılı birim fiyatlarının sözleşme bedelinin yaklaşık maliyet bedeline bölünmesiyle bulunan oran ile çarpılması suretiyle,

..., ..., ... ve ... no.lu iş kalemlerinin yeni birim fiyatları, uygulama (...) ayı birim fiyatı malzeme rayiç fiyatı esas alınarak ve %... oranında yüklenici karı ve genel gider ilave edilerek hesaplanan tutarın ... ayı Pn katsayısına bölünerek sözleşme yılı birim fiyatının elde edilmesi suretiyle

tespit edilmiş ve uygulanmıştır.

Bununla birlikte, söz konusu iş kalemlerinin yeni birim fiyatlarının, yukarıda yer verilen ...nün ... sayılı İç Genelgesinin ...'inci maddesinde belirtilen benzer poz uygulaması yapılarak; söz konusu iş kalemleri ile benzerlik gösteren ve yüklenicinin teklif mektubu eki birim fiyat cetvelinde yer alan ... no.lu ... iş kalemi teklif birim fiyatının, aynı iş kaleminin yaklaşık maliyet birim fiyatına bölünmesiyle bulunan oran ile çarpılarak hesaplanmaması rapor konusu yapılmıştır.

...nce yayımlanan iç genelgeler, Kanunlarının uygulanmasında yol gösterici niteliğe sahip olup, yeni birim fiyatın 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar ile ikincil mevzuat hükümlerine göre ve yüklenici ile karşılıklı anlaşma yoluyla tespit edilmesi gerekmektedir. ... tarafından yayımlanan İç Genelgelerin yüklenici açısından bağlayıcı olması için işin sözleşmesinde söz konusu İç Genelgeye atıf yapılarak, yeni birim fiyatların tespitinde İç Genelge hükümlerinin uygulanacağını açıkça belirtilmesi gerekir. İşe ait sözleşmede söz konusu İç Genelgenin uygulanacağına dair bir hüküm bulunmadığından, Genelgede belirtilen hususların yüklenici açısından bağlayıcılığı bulunmamaktadır.

Yeni birim fiyat düzenlenmesine ilişkin olarak yukarıda yer verilen Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 22'nci maddesinde, yeni birim fiyatın tespitinde kullanılacak analizlerle ilgili olarak öncelik sıralaması zorunlu tutulmakta, rayiçlerle ilgili olarak ise herhangi bir öncelik sıralaması bulunmamakla birlikte kaynakların verimli kullanılmasının gözetileceği belirtilmektedir. Söz konusu hükümde yeni birim fiyat tespitinde herhangi bir indirim uygulama zorunluluğu da bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle ... no.lu ... ve ... no.lu ... yeni birim fiyatlarının tespitinde, sözleşme bedelinin, toplam yaklaşık maliyete bölünmesi suretiyle bulunan oran ile çarpılarak belirlenmesinin mevzuata aykırı olmadığı anlaşılmıştır.

Bunun yanı sıra sorguda, ..., ..., ... ve ... no.lu iş kalemlerinin yeni birim fiyatlarının tespitinde herhangi bir benzerlik kıyaslaması yapılmadığı belirtilmektedir.

Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 22. maddesinin üçüncü fıkrasının (ç) bendinde; "İdarece kabul edilmek şartıyla, ticaret ve/veya sanayi odasınca onaylanmış uygulama ayına ait yerel rayiçler" ifadesi yer almaktadır.

Şartname'nin "Sözleşme kapsamında yaptırılabilir ilave

işler, iş eksilişi ve işin tasfiyesi" başlıklı maddesinin altıncı fıkrasında; "Sözleşmede bulunmayan ve ihale tarihi itibarıyla fiyatı tespit edilemeyen işlerin yaptırılması suretiyle iş artışı yapılmasının öngörülmesi halinde, iş artışının yasal sınırlar içerisinde olup olmadığının tespiti için, iş artışının uygulandığı aya ait rayiçler/fiyatlar üzerinden 22 nci maddeye göre belirlenen yeni birim fiyat ile hesaplanan toplam iş artış tutarı, 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhale Edilen Yapım İşlerinde Uygulanacak Fiyat Farkına İlişkin Esaslara göre uygulama ayı fiyat farkı katsayısına (P_n) bölünerek ihale tarihi itibarıyla hesaplanır "

hükmü ve,

2013/5217 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının eki olan 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'na Göre İhale Edilen Yapım İşlerinde Uygulanacak Fiyat Farkına İlişkin Esasların 6. maddesinin sekizinci fıkrasında ise; "Sözleşmede birim fiyatı bulunmayan ve Yapım İşleri Genel Şartnamesine göre sözleşme yılı fiyatı tespit edilemeyen iş kalemi için yeni birim fiyat yapılması halinde, bu fiyat, uygulama ayının rayiçlerine ve şartlarına göre tespit edilir. Belirlenen bu yeni birim fiyat, uygulama ayı fiyat farkı katsayısına (P_n) bölünerek iş kaleminin sözleşme yılı fiyatı tespit edilir ve fiyat farkı hesabı bu fiyat esas alınarak yapılır.",

Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin 11 inci maddesinde; "İş kalemi ve/veya iş grubu şeklinde tespit edilen imalat miktarlarının, Yönetmeliğin 10 uncu maddesine göre belirlenen ve yüklenici karı ve genel gider ihtiva etmeyen fiyatlarla çarpımı sonucu bulunan tutar KDV hariç olarak hesaplanır ve bulunan bu tutara %25 oranında yüklenici kar ve genel gider karşılığı eklenmek suretiyle yaklaşık maliyet tespit edilir."

hükümleri yer almaktadır.

Anılan mevzuat hükümlerinden, yeni birim fiyatın tespitinde idarece kabul edilmek şartıyla ticaret ve/veya sanayi odasınca onaylanmış uygulama ayına ait yerel rayiçlerin kullanılması durumunda, belirlenen yeni birim fiyatın uygulama ayı fiyat farkı katsayısına (P_n) bölünerek yeni iş kalemine ait sözleşme yılı birim fiyatının tespit edilmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

Yapım İşleri Uygulama Yönetmeliği'nin anılan 11'inci maddesi uyarınca idare, yaklaşık maliyet tutarına sabit bir değer olarak %25 oranında yüklenici karı ve genel gider karşılığı eklemek suretiyle yaklaşık maliyeti tespit etmektedir. İşin yürütülmesi sırasında düzenlenen yeni birim fiyatlar da yüklenici karı ve genel gider karşılığı içermek durumundadır. Yukarıda yer verilen ... sayılı İç Genelgenin ...'üncü maddesine göre Ticaret ve/veya Sanayi Odasınca onaylanmış fatura kullanılarak yeni fiyat yapılması durumunda karsız fiyata %... "kar ve genel masraf" eklenerek yeni birim fiyat tespit edileceği belirtilmektedir.

İdare tarafından onaylı fatura ve rayiçler kullanılarak oluşturulan ..., ..., ... ve ... no.lu yeni iş kalemlerine ait yeni birim fiyatların, mevzuata ve iç genelge hükümlerine uygun şekilde %... sabit bir kar ve genel gider oranı uygulanarak tespit edildiği anlaşılmıştır.

Bu nedenle rapor konusu yapılan;

... ve ... no.lu yeni iş kalemlerinin yeni birim fiyatlarının, söz konusu iş kalemlerinin sözleşme yılı birim fiyatlarının sözleşme bedelinin yaklaşık maliyet bedeline bölünmesiyle bulunan oran ile çarpılması suretiyle,

..., ..., ... ve ... no.lu iş kalemlerinin yeni birim fiyatlarının, uygulama (...) ayı birim fiyatı malzeme rayiç fiyatı esas alınarak ve %... oranında yüklenici karı ve genel gider ilave edilerek hesaplanan tutarın ... ayı P_n katsayısına bölünerek sözleşme yılı birim fiyatının elde edilmesi suretiyle

tespit edilip uygulanmasının mevzuata uygun olduğu anlaşılmıştır.

Bu itibarla, raporda hesaplanan ... TL ile ilgili ilişilecek husus bulunmadığına,

6085 sayılı Sayıştay Kanunu'nun 55'inci maddesi uyarınca işbu ilamın tebliğ tarihinden itibaren altmış gün içerisinde Sayıştay Temyiz Kurulu nezdinde temyiz yolu açık olmak üzere, oy birliğiyle karar verildi.

İlave Görüş:

Başkan ...'nın ilave görüşü:

Raporda, sözleşme eki birim fiyat cetvelinde yer almayan, tünel iş grubundaki bazı yeni iş kalemlerinin birim fiyatlarının tespitinde; yüklenicinin teklifinde yer alan ve yeni iş kalemleri ile benzerlik gösteren iş kalemi için teklif edilen birim fiyatın, idarece aynı iş kalemi için ... pozu esas alınarak hesaplanan (Yaklaşık maliyet) birim fiyata oranı ile yeni iş kalemlerine ait hesaplanan birim fiyatın çarpılması sonucunda elde edilen tutarı geçmeyecek şekilde hesaplanması gerektiği,

... ve ... no.lu yeni iş kalemlerinin sözleşme yılı birim fiyatlarının da benzer poz uygulaması yapılarak ... no.lu iş kalemi teklif birim fiyatının,

aynı iş kaleminin yaklaşık maliyet birim fiyatına bölünmesiyle bulunan oranı ile çarpılarak hesaplanması gerekirken, sözleşme bedelinin yaklaşık maliyet bedeline bölünmesiyle bulunan oran ile çarpılması suretiyle tespit edilmesi ve uygulanması sonucunda, sözleşme ayı birim fiyatlarının, hesaplanması gerekenden daha yüksek belirlendiği, bu uygulamanın ...'nın ... konulu ... tarihli ve ... sayılı iç genelgesine aykırı olduğu belirtilerek kamu zararı hesaplanmıştır.

Söz konusu iç genelgenin ... ve ... maddelerinde;

“... Merkez ve taşra teşkilatlarımızda uygulamada birlikteliğin sağlanmasına yönelik olarak, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’na göre ihalesi yapılan/yapılacak işlerde yeni fiyat tutanakları aşağıdaki açıklamalar doğrultusunda hazırlanacaktır.

... İşin yürütülmesi aşamasında idarenin gerekli görerek yapılmasını istediği ve ihale dokümanında fiyatı bulunmayan, ancak Teklif Birim Fiyat Cetvelinde yer alan iş kalemiyle nicelik ve/veya nitelik olarak benzerlik gösteren iş kalemi olması [yerine ikame edilen imalatlarda boyutkalınlık değişikliği olarak vuku bulan veya aynı kesimde tünel kaya sınıfı değişikliği olarak ortaya çıkan durumlarda (üstyapı tabaka kalınlığı değişimi, hidrolik sanat yapısı boyut değişimi, tünel kaya sınıfı değişimi, üstyapı tabakalarında cins değişiklikleri, fore kazık ebatlarındaki değişiklikler vb.)] durumunda, Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 22 nci maddesinin 3 üncü fıkrasının (b) bendinde belirtilen “İdarede veya diğer idarelerde mevcut rayiçleri’ in kullanılması suretiyle yapılacak yeni fiyat; ilgili poz için İdarenin yaklaşık maliyet hesabında kullandığı fiyat ile Yüklenicinin teklif fiyatı kıyaslanarak tespit edilecek tutarı aşmayacaktır.”

denildiği görülmektedir.

Sorumlular ise gerek Yüksek Fen Kurulu Başkanlığının gerekse Sayıştay Başkanlığının Temyiz Kurulu Kararları incelendiğinde; 4734 ve 4735 sayılı kanunlar ve ikincil mevzuatı hükümlerinde, yeni birim fiyatın tespitinde, sözleşme bedeli ve yaklaşık maliyet arasındaki farktan hareketle bulunacak bir oranda fiyatların tenzilatı tabi tutulacağına dair bir husus yer almadığını belirterek kendilerini savunmuşlardır.

Genelgeler, mevzuat hükümlerinin yorumlanması ve uygulanması

konusunda amirlerin, kendi personeline verdikleri talimatları içerir. Bu yönüyle genelgelerin, o kurumun iç işleyişi ile ilgili kuralları içerdiği söylenebilir. İdareler genelgelerle kendi takdir yetkilerinin herkes için eşit bir şekilde uygulanmasına ve böylece ülke çapında hukuki belirliliğin sağlanmasına katkı sağlar, personelin keyfi uygulamalarını önlemiş olurlar. Kamu ihalelerinde rekabetçi bir ortamın oluşturulması ve ihaleye katılanlar arasında fırsat eşitliğinin sağlanması doğrultusunda hazırlanmış bir genelge, kamuya ait parasal kaynakların kullanılması hususu göz önünde bulundurulduğunda ayrı bir önem kazanmaktadır. İdarelerin, kanunlarla verilen görevleri yerine getirirken ne tür kararlar almaları gerektiğinin, her türlü olay ve olgu göz önünde bulundurulurken önceden hukuk kurallarıyla belirlenmesi mümkün olmadığı gibi kamu hizmetlerinin ve toplumsal ihtiyaçların değişkenliği dikkate alındığında uygun bir yöntem de değildir. Bu nedenle, idarelerin karşılaştıkları farklı durumlar karşısında en uygun çözümü üretebilmeleri için takdir yetkisiyle donatılmaları zorunludur. Takdir yetkisinin amacı, idareye farklı çözümler arasından uygun ve yerinde olanı seçme serbestisi tanımaktır. Bu açıdan kamu yararının sağlanması amacına yönelik, genel, objektif, adil kurallar içeren ve hakkaniyet ölçütlerini gözetten genelgeler, gerektiği gibi uygulandığında hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak da kabul edilebilir. İdarenin de bu çerçevede merkez ve taşra teşkilatlarında uygulamada birlikteliğin sağlanmasına yönelik olarak genelge çıkarttığı anlaşılmaktadır.

Ancak yasama organı tarafından çıkartılan kanunlarla, yürütme organı tarafından çıkartılan diğer üst düzenlemelerin genelge ile aynı hiyerarşide kabul edilmelerini gerektiren ya da bunu haklı gösteren bir neden olmadığı gibi, hukuk devleti ilkesi göz önünde bulundurulduğunda üst hukuk normlarıyla tanınmış bir hakkın genelge ile kısıtlanmış olması, Sayıştay yargısı ve yapılan harcamaya kamu zararı diyebilmek için yeterli sayılamaz.

Yargı organlarının ve işlemleri hukuksal sonuç doğuran dış denetim organlarının, idarece bulunan çözümün yerinde olup olmadığını denetlemesi de düşünülemez. Bu anlamda üst hukuki düzenlemeler göz önünde bulundurulularak alınan, kamu zararı bulunmadığı yönündeki karara katılıyorum.

Fakat kamu ihalelerinde rekabetçi bir ortamın oluşturulması ve ihaleye katılanlar arasında fırsat eşitliğinin sağlanması, personelin keyfi uygulamalarının önlenmesi, bazı yükleniciler için genelge uygulanırken bazıları için uygulanmaması gibi bir durumun oluşup oluşmadığının da araştırılması gerekir. Genelge ile yapılan idari düzenleme ve buna uyma zorunluluğunun yaptırımını yargısal değil yine idari olmalıdır. Bu nedenle merkez ve taşra teşkilatlarında uygulamada birlikteliğin sağlanmasına yönelik olarak idarece çıkartılan genelgenin bu işte uygulanmamış olmasının nedenlerinin araştırılması için konunun ... bildirilmesi uygun olur.

B) Sözleşme eki birim fiyat cetvelinde yer almayan, tünel iş grubundaki;

... no.lu ...,

... no.lu ...,

... no.lu ...,

... no.lu ...,

... no.lu ..."

yeni iş kalemlerinin birim fiyatlarının tespitinde; yüklenicinin teklifinde yer alan ve yeni iş kalemleri ile benzerlik gösteren ... no.lu ... iş kalemi için teklif edilen birim fiyatın, idarece aynı iş kaleminin yaklaşık maliyet birim fiyatına oranı ile yeni iş kalemlerine ait hesaplanan birim fiyatın çarpılması sonucunda elde edilen tutarı geçmeyecek şekilde hesaplanması gerekirken,

1-... ve ... no.lu yeni iş kalemleri için, sözleşme bedelinin, toplam yaklaşık maliyete bölünmesi suretiyle bulunan oran ile hesaplanan birim fiyatın çarpılması,

2-..., ..., ... no.lu iş kalemleri için ise herhangi bir benzerlik kıyaslaması yapılmaması

sonucu yeni birim fiyatların olması gereken değerden daha yüksek belirlenmesi ve uygulanması sonucu yeni birim fiyatların olması gereken değerden daha yüksek belirlenmesi ve uygulanması suretiyle kamu zararı olduğu iddia edilmektedir.

... tarihinde imzalanan işe ait sözleşmenin ...'inci maddesinin birinci fıkrasında, "Sözleşme ve eklerinde birim fiyatı bulunmayan yeni iş kalemlerinin bedeli, Yapım İşleri Genel Şartnamesi hükümlerine hesaplanır" denilmektedir.

Yapım İşleri Genel Şartnamesinin "Sözleşmede bulunmayan işlerin fiyatının tespiti" başlıklı 22'nci maddesinin;

İkinci fıkrasında; "Yeni fiyatın tespitinde iş kalemi veya iş grubunun niteliğine göre aşağıdaki sıralamaya uyularak oluşturulan analizlerden biri kullanılır:

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.

b) İdarede veya diğer idarelerde mevcut olan ve yeni iş kalemine/grubuna benzerlik gösteren analizlerle kıyaslanarak bulunacak analizler.

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.”

Üçüncü fıkrasında; “İş kalemi veya iş grubunun niteliğine uygun olarak yukarıdaki analizlere, kaynakların verimli kullanılması gözetilerek aşağıdaki rayiçlerden biri, birkaçı veya tamamı uygulanabilir:

a) Varsa yüklenicinin teklifinin ekinde idareye verdiği teklif rayiçler.

b) İdarede veya diğer idarelerde mevcut rayiçler.

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.”

Dördüncü fıkrasında; “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 uyuşulamaz 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.”

Beşinci fıkrasında; “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.”

hükümleri yer almaktadır.

...’nün ... konulu ... tarihli ve ... sayılı İç Genelgesinin ...’nci maddesinde,

“...Merkez ve taşra teşkilatlarımızda uygulamada birlikteliğin sağlanmasına yönelik olarak, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa göre ihalesi yapılan/yapılacak işlerde yeni fiyat tutanakları aşağıdaki açıklamalar doğrultusunda hazırlanacaktır.

... İşin yürütülmesi aşamasında idarenin gerekli görerek yapılmasını istediği ve ihale dokümanında fiyatı bulunmayan, ancak Teklif Birim Fiyat Cetvelinde yer alan iş kalemiyle nicelik ve/veya nitelik olarak benzerlik gösteren iş kalemi olması [yerine ikame edilen imalatlarda boyut- kalınlık değişikliği olarak vuku bulan veya aynı kesimde tünel kaya sınıfı değişikliği olarak ortaya çıkan durumlarda (üstyapı tabaka kalınlığı değişimi, hidrolik sanat yapısı boyut değişimi, tünel kaya sınıfı değişimi, üstyapı tabakalarında cins değişiklikleri, fore kazık ebatlarındaki değişiklikler vb.)] durumunda, Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 22 nci maddesinin 3 üncü fıkrasının (b) bendinde belirtilen “İdarede veya diğer idarelerde mevcut rayiçler’ in kullanılması suretiyle yapılacak yeni fiyat; ilgili poz için İdarenin yaklaşık maliyet hesabında kullandığı fiyat ile Yüklenicinin teklif fiyatı kıyaslanarak tespit edilecek tutarı aşmayacaktır.

2.4 Ticaret ve/veya Sanayi Odasınca tasdikli faturalara göre yeni fiyat tutanağı düzenlenmesi halinde, en az üç firmadan tekliflerin alınması ve bu tekliflerin ilgili yapı denetim görevlilerince incelenip değerlendirildiğine ilişkin tutanakların da yeni fiyat tutanaklarıyla birlikte gönderilmesi zorunludur.

2.5 Ticaret ve/veya Sanayi Odasınca onaylanmış fatura

kullanılarak yeni fiyat yapılması durumunda, kar ve genel masrafın % ... olarak uygulanacağına dair ihale dokümanında düzenleme yapılacaktır.”

denilmektedir.

Söz konusu işin yapımı sırasında Sözleşme eki birim fiyat teklif cetvelinde yer almayan;

... ve ... no.lu yeni iş kalemlerinin yeni birim fiyatları, söz konusu iş kalemlerinin sözleşme yılı birim fiyatlarının sözleşme bedelinin yaklaşık maliyet bedeline bölünmesiyle bulunan oran ile çarpılması suretiyle,

..., ... ve ... no.lu iş kalemlerinin yeni birim fiyatları, uygulama (...) ayı birim fiyatı malzeme rayiç fiyatı esas alınarak ve %... oranında yüklenici karı ve genel gider ilave edilerek hesaplanan tutarın ... ayı Pn katsayısına bölünerek sözleşme yılı birim fiyatının elde edilmesi suretiyle

tespit edilmiş ve uygulanmıştır.

Bununla birlikte, söz konusu iş kalemlerinin yeni birim fiyatlarının, yukarıda yer verilen ...nün ... sayılı İç Genelgesinin ...'nci maddesinde belirtilen benzer poz uygulaması yapılarak; söz konusu iş kalemleri ile benzerlik gösteren ve yüklenicinin teklif mektubu eki birim fiyat cetvelinde yer alan ... no.lu ... iş kalemi teklif birim fiyatının, aynı iş kaleminin yaklaşık maliyet birim fiyatına bölünmesiyle bulunan oran ile çarpılarak hesaplanmaması sorgu konusu yapılmıştır.

...nce yayımlanan iç genelgeler, Kanunlarının uygulanmasında yol gösterici niteliğe sahip olup, yeni birim fiyatın 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar ile ikincil mevzuat hükümlerine göre ve yüklenici ile karşılıklı anlaşma yoluyla tespit edilmesi gerekmektedir. Genel Müdürlük tarafından yayımlanan İç Genelgelerin yüklenici açısından bağlayıcı olması için işin sözleşmesinde söz konusu İç Genelgeye atıf yapılarak, yeni

birim fiyatların tespitinde İç Genelge hükümlerinin uygulanacağına açıkça belirtilmesi gerekir. İşe ait sözleşmede söz konusu İç Genelgenin uygulanacağına dair bir hüküm bulunmadığından, Genelgede belirtilen hususların yüklenici açısından bağlayıcılığı bulunmamaktadır.

Yeni birim fiyat düzenlenmesine ilişkin olarak yukarıda yer verilen Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 22'nci maddesinde, yeni birim fiyatın tespitinde kullanılacak analizlerle ilgili olarak öncelik sıralaması zorunlu tutulmakta, rayiçlerle ilgili olarak ise herhangi bir öncelik sıralaması bulunmamakla birlikte kaynakların verimli kullanılmasının gözetileceği belirtilmektedir. Söz konusu hükümde yeni birim fiyat tespitinde herhangi bir indirim uygulama zorunluluğu bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle ... no.lu ... ve ... no.lu ... yeni birim fiyatlarının, sözleşme bedelinin, toplam yaklaşık maliyete bölünmesi suretiyle bulunan oran ile çarpılarak belirlenmesinin mevzuata aykırı olmadığı anlaşılmıştır.

Bunun yanı sıra sorguda, ..., ... ve ... no.lu iş kalemlerinin yeni birim fiyatlarının tespitinde herhangi bir benzerlik kıyaslaması yapılmadığı belirtilmektedir.

Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 22. maddesinin üçüncü fıkrasının (ç) bendinde; "İdarece kabul edilmek şartıyla, ticaret ve/veya sanayi odasınca onaylanmış uygulama ayına ait yerel rayiçler" ifadesi yer almaktadır.

Şartname'nin "Sözleşme kapsamında yaptırılabilir ilave işler, iş eksilişi ve işin tasfiyesi" başlıklı maddesinin altıncı fıkrasında; "Sözleşmede bulunmayan ve ihale tarihi itibarıyla fiyatı tespit edilemeyen işlerin yaptırılması suretiyle iş artışı yapılmasının öngörülmesi halinde, iş artışının yasal sınırlar içerisinde olup olmadığının tespiti için, iş artışının uygulandığı aya ait rayiçler/fiyatlar üzerinden 22 nci maddeye göre belirlenen yeni birim fiyat

ile hesaplanan toplam iş artış tutarı, 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhale Edilen Yapım İşlerinde Uygulanacak Fiyat Farkına İlişkin Esaslara göre uygulama ayı fiyat farkı katsayısına (P_n) bölünerek ihale tarihi itibarıyla hesaplanır "

ve 2013/5217 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının eki olan 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'na Göre İhale Edilen Yapım İşlerinde Uygulanacak Fiyat Farkına İlişkin Esasların 6. maddesinin sekizinci fıkrasında ise; "Sözleşmede birim fiyatı bulunmayan ve Yapım İşleri Genel Şartnamesine göre sözleşme yılı fiyatı tespit edilemeyen iş kalemi için yeni birim fiyat yapılması halinde, bu fiyat, uygulama ayının rayiçlerine ve şartlarına göre tespit edilir. Belirlenen bu yeni birim fiyat, uygulama ayı fiyat farkı katsayısına (P_n) bölünerek iş kaleminin sözleşme yılı fiyatı tespit edilir ve fiyat farkı hesabı bu fiyat esas alınarak yapılır.",

Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin 11 inci maddesinde; "İş kalemi ve/veya iş grubu şeklinde tespit edilen imalat miktarlarının, Yönetmeliğin 10 uncu maddesine göre belirlenen ve yüklenici karı ve genel gider ihtiva etmeyen fiyatlarla çarpımı sonucu bulunan tutar KDV hariç olarak hesaplanır ve bulunan bu tutara %25 oranında yüklenici kar ve genel gider karşılığı eklenmek suretiyle yaklaşık maliyet tespit edilir."

hükümleri yer almaktadır.

Anılan mevzuat hükümlerinden, yeni birim fiyatın tespitinde idarece kabul edilmek şartıyla ticaret ve/veya sanayi odasınca onaylanmış uygulama ayına ait yerel rayiçlerin kullanılması durumunda, belirlenen yeni birim fiyatın uygulama ayı fiyat farkı katsayısına (P_n) bölünerek yeni iş kalemine ait sözleşme yılı birim fiyatının tespit edilmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

Yapım İşleri Uygulama Yönetmeliği'nin anılan 11'inci maddesi

uyarınca idare, yaklaşık maliyet tutarına sabit bir değer olarak %25 oranında yüklenici karı ve genel gider karşılığı eklemek suretiyle yaklaşık maliyeti tespit etmektedir. İşin yürütülmesi sırasında düzenlenen yeni birim fiyatlar da yüklenici karı ve genel gider karşılığı içermek durumundadır. Yukarıda yer verilen ... sayılı İç Genelgenin ...'üncü maddesine göre Ticaret ve/veya Sanayi Odasınca onaylanmış fatura kullanılarak yeni fiyat yapılması durumunda karsız fiyata %... "kar ve genel masraf" eklenerek yeni birim fiyat tespit edileceği belirtilmektedir.

İdare tarafından onaylı fatura ve rayiçler kullanılarak oluşturulan ..., ... ve ... no.lu yeni iş kalemlerine ait yeni birim fiyatların, mevzuata ve iç genelge hükümlerine uygun şekilde %... sabit bir kar ve genel gider oranı uygulanarak tespit edildiği anlaşılmıştır.

Bu nedenle sorgu konusu yapılan;

... ve ... no.lu yeni iş kalemlerinin yeni birim fiyatlarının, söz konusu iş kalemlerinin sözleşme yılı birim fiyatlarının sözleşme bedelinin yaklaşık maliyet bedeline bölünmesiyle bulunan oran ile çarpılması suretiyle,

..., ... ve ... no.lu iş kalemlerinin yeni birim fiyatlarının, uygulama (...) ayı birim fiyatı malzeme rayiç fiyatı esas alınarak ve %... oranında yüklenici karı ve genel gider ilave edilerek hesaplanan tutarın ... ayı Pn katsayısına bölünerek sözleşme yılı birim fiyatının elde edilmesi suretiyle

tespit edilip uygulanmasının mevzuata uygun olduğu anlaşılmıştır.

Bu itibarla, sorguda hesaplanan ve mevzuata uygun olan ... TL ile ilgili ilişilecek husus bulunmadığına,

6085 sayılı Sayıştay Kanunu'nun 55'inci maddesi uyarınca işbu ilamın tebliğ tarihinden itibaren altmış gün içerisinde Sayıştay Temyiz Kurulu nezdinde temyiz yolu açık olmak

üzere, oy birliğiyle karar verildi.

İlave Görüş:

Başkan ...'nın ilave görüşü:

Raporda, sözleşme eki birim fiyat cetvelinde yer almayan, tünel iş grubundaki bazı yeni iş kalemlerinin birim fiyatlarının tespitinde; yüklenicinin teklifinde yer alan ve yeni iş kalemleri ile benzerlik gösteren iş kalemi için teklif edilen birim fiyatın, idarece aynı iş kalemi için ... pozu esas alınarak hesaplanan (Yaklaşık maliyet) birim fiyata oranı ile yeni iş kalemlerine ait hesaplanan birim fiyatın çarpılması sonucunda elde edilen tutarı geçmeyecek şekilde hesaplanması gerektiği,

... ve ... no.lu yeni iş kalemlerinin sözleşme yılı birim fiyatlarının da benzer poz uygulaması yapılarak ... no.lu iş kalemi teklif birim fiyatının,

aynı iş kaleminin yaklaşık maliyet birim fiyatına bölünmesiyle bulunan oranı ile çarpılarak hesaplanması gerekirken, sözleşme bedelinin yaklaşık maliyet bedeline bölünmesiyle bulunan oran ile çarpılması suretiyle tespit edilmesi ve uygulanması sonucunda, sözleşme ayı birim fiyatlarının, hesaplanması gerekenden daha yüksek belirlendiği, bu uygulamanın ...'nın ... konulu ... tarihli ve ... sayılı iç genelgesine aykırı olduğu belirtilerek kamu zararı hesaplanmıştır.

Söz konusu iç genelgenin ... ve ... maddelerinde;

“... Merkez ve taşra teşkilatlarımızda uygulamada birlikteliğin sağlanmasına yönelik olarak, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na göre ihalesi yapılan/yapılacak işlerde yeni fiyat tutanakları aşağıdaki açıklamalar doğrultusunda hazırlanacaktır.

... İşin yürütülmesi aşamasında idarenin gerekli görerek

yapılmasını istediği ve ihale dokümanında fiyatı bulunmayan, ancak Teklif Birim Fiyat Cetvelinde yer alan iş kalemiyle nicelik ve/veya nitelik olarak benzerlik gösteren iş kalemi olması [yerine ikame edilen imalatlarda boyutkalınlık değişikliği olarak vuku bulan veya aynı kesimde tünel kaya sınıfı değişikliği olarak ortaya çıkan durumlarda (üstyapı tabaka kalınlığı değişimi, hidrolik sanat yapısı boyut değişimi, tünel kaya sınıfı değişimi, üstyapı tabakalarında cins değişiklikleri, fore kazık ebatlarındaki değişiklikler vb.)] durumunda, Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 22 nci maddesinin 3 üncü fıkrasının (b) bendinde belirtilen “İdarede veya diğer idarelerde mevcut rayiçleri” in kullanılması suretiyle yapılacak yeni fiyat; ilgili poz için İdarenin yaklaşık maliyet hesabında kullandığı fiyat ile Yüklenicinin teklif fiyatı kıyaslanarak tespit edilecek tutarı aşmayacaktır.”

denildiği görölmektedir.

Sorumlular ise gerek Yüksek Fen Kurulu Başkanlığının gerekse Sayıştay Başkanlığının Temyiz Kurulu Kararları incelendiğinde; 4734 ve 4735 sayılı kanunlar ve ikincil mevzuatı hükümlerinde, yeni birim fiyatın tespitinde, sözleşme bedeli ve yaklaşık maliyet arasındaki farktan hareketle bulunacak bir oranda fiyatların tenzilatı tabi tutulacağına dair bir husus yer almadığını belirterek kendilerini savunmuşlardır.

Genelgeler, mevzuat hükümlerinin yorumlanması ve uygulanması konusunda amirlerin, kendi personeline verdikleri talimatları içerir. Bu yönüyle genelgelerin, o kurumun iç işleyişi ile ilgili kuralları içerdiği söylenebilir. İdareler genelgelerle kendi takdir yetkilerinin herkes için eşit bir şekilde uygulanmasına ve böylece ülke çapında hukuki belirliliğin sağlamasına katkı sağlar, personelin keyfi uygulamalarını önlemiş olurlar. Kamu ihalelerinde rekabetçi bir ortamın oluşturulması ve ihaleye katılanlar arasında fırsat eşitliğinin sağlanması doğrultusunda

hazırlanmış bir genelge, kamuya ait parasal kaynakların kullanılması hususu göz önünde bulundurulduğunda ayrı bir önem kazanmaktadır.

İdarelerin, kanunlarla verilen görevleri yerine getirirken ne tür kararlar almaları gerektiğinin, her türlü olay ve olgu göz önünde bulundurularak önceden hukuk kurallarıyla belirlenmesi mümkün olmadığı gibi kamu hizmetlerinin ve toplumsal ihtiyaçların değişkenliği dikkate alındığında uygun bir yöntem de değildir. Bu nedenle, idarelerin karşılaştıkları farklı durumlar karşısında en uygun çözümü üretebilmeleri için takdir yetkisiyle donatılmaları zorunludur. Takdir yetkisinin amacı, idareye farklı çözümler arasından uygun ve yerinde olanı seçme serbestisi tanımaktır. Bu açıdan kamu yararının sağlanması amacına yönelik, genel, objektif, adil kurallar içeren ve hakkaniyet ölçütlerini gözeten genelgeler, gerektiği gibi uygulandığında hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak da kabul edilebilir. İdarenin de bu çerçevede merkez ve taşra teşkilatlarında uygulamada birlikteliğin sağlanmasına yönelik olarak genelge çıkarttığı anlaşılmaktadır.

Ancak yasama organı tarafından çıkartılan kanunlarla, yürütme organı tarafından çıkartılan diğer üst düzenlemelerin genelge ile aynı hiyerarşide kabul edilmelerini gerektiren ya da bunu haklı gösteren bir neden olmadığı gibi, hukuk devleti ilkesi göz önünde bulundurulduğunda üst hukuk normlarıyla tanınmış bir hakkın genelge ile kısıtlanmış olması, Sayıştay yargısı ve yapılan harcamaya kamu zararı diyebilmek için yeterli sayılamaz. Yargı organlarının ve işlemleri hukuksal sonuç doğuran dış denetim organlarının, idarece bulunan çözümün yerinde olup olmadığını denetlemesi de düşünülemez. Bu anlamda üst hukuki düzenlemeler göz önünde bulundurularak alınan, kamu zararı bulunmadığı yönündeki karara katılıyorum.

Fakat kamu ihalelerinde rekabetçi bir ortamın oluşturulması ve ihaleye katılanlar arasında fırsat eşitliğinin

sağlanması, personelin keyfi uygulamalarının önlenmesi, bazı yükleniciler için genelge uygulanırken bazıları için uygulanmaması gibi bir durumun oluşup oluşmadığının da araştırılması gerekir. Genelge ile yapılan idari düzenleme ve buna uyma zorunluluğunun yaptırımını yargısal değil yine idari olmalıdır. Bu nedenle merkez ve taşra teşkilatlarında uygulamada birlikteliğin sağlanmasına yönelik olarak idarece çıkartılan genelgenin bu işte uygulanmamış olmasının nedenlerinin araştırılması için konunun ..na bildirilmesi uygun olur.