

**iş ortaklığı yüklenimindeki
ihale İnşaatı işinde
kullanımından vazgeçilen
analizlerden çıkarılması
işleminde Yapım İşleri Genel
Şartnamesine aykırı olarak,
eski ihale tenzilatı
uygulanarak bulunan yeni
fiyatlarının hatalı
hesaplanması sonucu oluşan
kamu zararının Harcama
Yetkilisi Gerçekleştirme
Görevlisi Diğer Sorumlulara
işleyecek faizleriyle
birlikte ödettirilmesi**

Kamu İdaresi Türü	Diğer Özel Bütçeli İdareler
Yılı	2018
Dairesi	2
Karar No	35718
İlam No	242
Tutanak Tarihi	2.6.2022

Kararın Konusu	İhale Mevzuatı ile İlgili Kararlar
---------------------------	------------------------------------

Vazgeçilen imalatların hakedişten düşülmesi

... iş ortaklığı yüklenimindeki “... İnşaatı” işinde ... işlerinde kullanılacak ... değişen teknik şartnameye göre oluşturulan yeni birim fiyat analizlerine dahil edilmesi sırasında, kullanımından vazgeçilen ... analizlerden çıkarılması işleminde, Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 22 nci maddesine aykırı şekilde uygulama yapıldığı görülmüştür.

Yapım İşleri Genel Şartnamesinin “Sözleşmede bulunmayan işlerin fiyatının tespiti” başlıklı 22 nci maddesinde aynen;

“ (1) 12 nci 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:

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 kalemler i/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:

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.

...”

Denilmektedir.

Söz konusu maddede, sözleşme kapsamında bulunmayıp sonradan yapılması zaruri hale gelen imalatların fiyatının nasıl hesaplanacağı hükme bağlanmıştır. Maddenin ikinci fıkrasında fiyat oluşturulurken hangi analizlerin kullanılacağı, üçüncü fıkrasında da bu analizlerdeki girdiler için hangi

rayiçlerin kullanılması gerektiği belirtilmiştir. İlgili maddede ve Genel Şartnamenin genelinde; yapımından vazgeçilen bir iş kalemi, grubu veya girdinin fiyatının nasıl bulunacağına ilişkin hüküm ise bulunmamaktadır.

Proje değişiklikleri sonucu yapımından vazgeçilen imalat bedelinin nasıl tespit edileceği ihale mevzuatında açık şekilde düzenlenmemiş olmakla birlikte, 644 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile bu konularda görüş verme yetkisi kendisine tanınmış olan Yüksek Fen Kurulu Başkanlığının, fiyatların belirlenmesinde usul ve yöntem paralelliği ilkesini benimsediği görülmektedir.

Yüksek Fen Kurulunun 20.06.2012 tarihli 2012/40 sayılı kararında;

“Kumlama ve antipas boya imalatlarının, yüklenici tarafından tekniğine uygun olarak yapılmış ise, bunlara ilişkin bedelin düşülmesinin uygun olmayacağına, ancak yapılmamış ise, bunlara ilişkin birim fiyatların sözleşmesi eki Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 22 nci maddesini kıyasen kullanmak suretiyle tespit edilmesi ve buradan hareketle bulunacak bedelin sözleşme bedelinden düşülmesinin yerinde olacağına,”

karar verilmiştir. Usul ve yöntem paralelliği ilkesi Yüksek Fen Kurulunun 22.01.2014 tarih ve 2014/10 sayılı kararı ve 09.01.2014 tarih ve 2014/04 sayılı diğer bir kararlarında da yinelenmiştir. Sayıştay Temyiz Kurulunca verilen kararlar da bu minvaldedir.

İhale konusu işte yeni birim fiyatlar oluşturulurken yüklenicinin teklif birim fiyatından hareketle fark analiz şeklinde bir yöntem tercih edilmiş ve analize;

- Eski şartnameye göre yapılan ... bedeli resmi kamu fiyatı üzerinden indirim uygulanarak minha edilmiş, (-)
- Eski şartnameye göre ... imalatı ile ilgili kazı, dolgu, ...

nakliyeleri metraj azalışı resmi kamu fiyatları üzerinden indirim uygulanarak minha edilmiş, (-)

- Yeni şartnameye göre ... imalatı ile ilgili kazı, dolgu, ... nakliyeleri metraj artışı resmi kamu fiyatları üzerinden indirim uygulanarak eklenmiş, (+)

- Yeni şartnameye göre yapılan ... bedelinde ise; proforma faturadan gelen değer aynen alınmış, bu değer % 25 yüklenici karıyla fiyat farkı katsayısına (P_n) bölünerek ihale tarihine indirgenmiş, bu değer de herhangi bir indirim uygulanmadan eklenmiş (+)

- Sözleşme tarihindeki yeni ... bedeli, eski şartnameye göre kamu fiyatlarıyla minha edilen ... ve diğer unsurları ile kamu fiyatlarıyla eklenen yeni şartnameye göre ... unsurlarının toplamı ile kıyas edilmiş ve bu kıyas sonucu bulunan fark imalat tutarı son olarak eski tip ... imalatı için verilen teklif fiyata eklenmiş,

Bu suretle ödemeye esas yeni birim fiyatlar oluşturulmuştur.

İdarece yeni fiyat yapımında kullanılan yöntem ihale mevzuatında bulunmamakla beraber oluşturulan yeni birim fiyat, YİĞŞ'nin 22 nci maddesi kapsamında ve yapılan açıklamalar doğrultusunda değerlendirilecek olursa; imalatın yeni fiyat yapılmasını gerektiren kısmı yalnızca, yeni ... fiyatı ve unsurları ile eski ... fiyatı ve unsurlarının kıyaslanması sonucu bulunan "fark imalat fiyatı"dır. Bu fiyatın belirlenmesinde son derece önemli rol oynayan söz konusu kıyaslamamanın doğru olarak yapılabilmesi için öncelikle kıyas düzleminin aynı olması gerekmektedir. Ancak İdarece gerçekleştirilen fark imalat fiyatı tespitinde; bu hususa dikkat edilmeyerek, (yüklenicinin analiz verme mecburiyetinin bulunmamasından ötürü) eski ... fiyatının teklif fiyatın ne kadarına tekabül ettiği bilinmeden sözleşme bedeli ve yaklaşık maliyet arasındaki farktan hareketle "itibarı indirim oranı (bilinen adıyla ihale

tenzilatı)” uygulanarak eski ... fiyatı ve azalan unsurları eksi (-) değerle; yeni ... fiyatı ise herhangi bir tenzilat uygulanmaksızın piyasa rayici olduğu gerekçesiyle proforma fatura üzerinden (% 25 karlı ve ihale gününe indirgenmiş olarak) artı (+) değerle kıyaslamaya dâhil edilmiştir. Diğer bir anlatımla, yapımından vazgeçilen imalata esas ... bedeli ihale tenzilatıyla (düşük bedelle) hakedişlerden çıkarken, diğer yandan yeni imalata esas ... bedeli herhangi bir tenzilat uygulanmaksızın (yüksek bedelle) hakedişlere girmiştir. Böyle bir uygulamanın hakkaniyet ölçütleriyle bağdaşmaması bir yana, yüklenici lehine sebepsiz bir zenginleşme doğuracağı açıktır. Bu durum 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun “İlkeler” başlıklı 4 üncü maddesindeki; “Bu Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülöklere sahiptir. İhale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemez. Kanunun yorum ve uygulanmasında bu prensip göz önünde bulundurulur.” hükmüne açıkça aykırılık teşkil etmektedir.

Kaldı ki, söz konusu yapım işlerinde iş bedelinin büyük bir kısmını ... maliyetlerinin oluşturduğu ve yüklenicilerin verdikleri yüksek kırımlı teklif bedeli sayesinde işin ihalesini aldıkları gerçeğı karşısında, sonradan tüm maliyet girdilerinin herhangi bir indirim tabi tutulmaksızın yeni fiyat kapsamında aynı yükleniciye yaptırılması, eski tip ... imalatlarının yer aldığı ilk ihale aşamasını da tamamen işlevsiz duruma getirmektedir.

Bu bağlamda, işin anahtar teslim götürü bedel ya da birim fiyat usulü ihale edilmiş olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Dolayısıyla, yeni birim fiyat yapılan imalatın eskisiyle kıyasa tabi tutulan bir girdisinde “usulde paralellik” ilkesinin göz önünde tutularak hareket edilmesi gerekmektedir.

Son olarak sorumlularca somut olayda yapımına karar verilen

... imalatları için bütün girdileri eksiksiz şekilde barındıran özel ve müstakil bir analiz ve bu analize dayalı yeni birim fiyat yapılması durumunda fiilen uygulanan birim fiyatlardan da daha yüksek fiyatlara ulaşılacağı ve bunun da İdarenin aleyhine olacağı ileri sürülmekte ise de; yukarıda değinilen usulde paralellik ilkesi gereği vazgeçilen imalatların da aynı şekilde hakedişlerden çıkarılması gerektiği gözden kaçırılmamalıdır. Bu bağlamda ise; bu analizlere göre vazgeçilen imalatların fiyatlarının hakedişlerden çıkarılması halinde de tazmine konu kamu zararının ortaya çıkacağı konusunda tereddüt bulunmamaktadır.

Bu itibarla, İdarenin uyguladığı bu hesaplama yöntemi ile herhangi bir indirim uygulanmamış yeni fiyattan, indirim uygulanmış eski fiyatın çıkarılması yoluyla işlemde paralellik ilkesi ihlal edilmiş olup kamu zararına sebebiyet verilmiştir.

Sorumluluk bakımından ise,

Üst Yönetici (...) ... göndermiş olduğu savunmasında özetle; sorguya konu ödeme evraklarının düzenlendiği tarihlerde, ... tarihinden itibaren kurumdaki tüm görevlerinin sona ermiş olması nedeniyle bahse konu maddelerdeki ödeme evrakları ile ilgili hukuki olarak sorumluluğunun bulunmadığını iddia etmekte ise de, 14.06.2007 tarih ve 5189/1 sayılı Sayıştay Genel Kurulu kararının "III – SORUMLULAR" başlıklı bölümünün "2- Üst Yöneticiler" kısmında

"...

Üst yöneticiler, idarelerinin stratejik planlarının ve bütçelerinin kalkınma planına, yıllık programlara, kurumun stratejik plan ve performans hedefleri ile hizmet gereklerine uygun olarak hazırlanması ve uygulanmasından, sorumlulukları altındaki kaynakların etkili, ekonomik ve verimli şekilde elde edilmesi ve kullanımını sağlamaktan,

kayıp ve kötüye kullanımının önlenmesinden, malî yönetim ve kontrol sisteminin işleyişinin gözetilmesi, izlenmesi ve bu Kanunda belirtilen görev ve sorumlulukların yerine getirilmesinden Bakana; mahallî idarelerde ise meclislerine karşı sorumludurlar.

Üst yöneticiler, bu sorumluluğun gereklerini harcama yetkilileri, malî hizmetler birimi ve iç denetçiler aracılığıyla yerine getirirler.” denilmek suretiyle üst yöneticilerin sorumlulukları düzenlenmiştir.

Üst yöneticiler işlerin gidişatından harcama yetkililerinin ve diğer görevlilerin bilgilendirmeleri ve raporları ile bilgi sahibi olmaktadırlar. Bununla birlikte üst yöneticilerin özel kanunlardan doğan Sayıştay’a karşı mali sorumlulukları olabileceği gibi, münferit bir olayda sorumluluklarına hükmedilmeleri de gerekebilir. Bu husus, meselenin Sayıştay yargısında görüşülmesi sırasında hükme bağlanacak bir konudur..”

denilerek üst yöneticilerin sadece Bakana karşı sorumlu olmayıp, özel kanunlarda yapılan düzenlemeler ve somut olayın Sayıştay tarafından yargılanması esnasında ortaya çıkan durumlar çerçevesinde sorumluluklarına hükmedilebileceği belirtilmiştir. Söz konusu olayda ... Genel Müdürlüğü’nün ... tarih ve ... sayılı yazısı ile Bölge Müdürlüklerine “Üst Yönetici” olarak talimat verilmesi sebebiyle ... sorumlu tutulmuş olsa da ilgili yazıda yeni birim fiyat analizlerinin oluşturulmasında herhangi bir talimat ve dahlinin olmadığı görüldüğünden Üst Yönetici (...) ...’nun oluşan kamu zararından sorumluluğunun bulunmadığı değerlendirilmiştir.

Gerçekleştirme Görevlileri (Şube Müdürü) ..., (İnşaat Mühendisi) ... ita amirinin tasdik etmiş olduğu yeni fiyatlara göre hakedişlerin incelendiğini dolayısıyla yeni fiyatların doğru veya yanlışlığından kendilerinin değil talimatı gönderen ita amirinin sorumlu tutulması gerektiğini iddia

etmekte iseler de;

14.06.2007 tarih ve 5189/1 sayılı Sayıştay Genel Kurulu kararının "III – SORUMLULAR" başlıklı bölümünün "4-Gerçekleştirme Görevlileri" kısmında "a) Ödeme Emri Belgesini Düzenlemekle Görevlendirilen Gerçekleştirme Görevlisinin Sorumluluğu"na ilişkin olarak;

"5018 sayılı Kanunun 33'üncü maddesinin birinci fıkrası hükmü uyarınca ödeme emri belgesi, harcama yetkilisi tarafından belirlenen bir görevli tarafından düzenlenecektir. Ödeme emri belgesi tek başına mali bir işlem sayılmamakla birlikte taahhüt ve tahakkuk aşamalarından sonra ödeme aşamasına geçilmesine esas teşkil etmektedir. 31.12.2005 tarihli ve 26040 sayılı 3. mükerrer Resmî Gazete'de yayımlanan İç Kontrol ve Ön Mali Kontrole İlişkin Usul ve Esasların 12 ve 13'üncü maddelerinde ödeme emri belgesi düzenleme görevi, ön mali kontrol kapsamında ele alınmakta ve "kontrol edilmiş ve uygun görülmüştür" şerhi çerçevesinde değerlendirilmektedir...

Ödeme emri belgesini düzenleyen görevli, gerçekleştirme belgelerinin ödeme emri belgesine doğru aktarılması yanında, düzenlediği belge ile birlikte harcama sürecindeki diğer belgelerin doğruluğundan ve mevzuata uygunluğundan da sorumludur. Yapılan bu açıklamalara göre, aslî bir gerçekleştirme belgesi olan ödeme emri belgesini düzenleyen sıfatıyla imzalayan gerçekleştirme görevlisinin, düzenlediği belge ile birlikte harcama sürecindeki diğer belgelerin doğruluğundan ve mevzuata uygunluğundan harcama yetkilisi ile birlikte sorumlu tutulması gerektiğine"

karar verilmiş olup buna göre, Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 22 nci maddesine aykırı şekilde uygulama yapılması sonucu sebebiyet verilen kamu zararından ödeme emri belgesini imzalayan gerçekleştirme görevlilerinin de sorumlulukları bulunmaktadır. Bu itibarla, Gerçekleştirme Görevlileri (Şube Müdürü) ... ile (İnşaat Mühendisi) ...'nin

sorumluluk yönünden itirazları yerinde bulunmamıştır.

(Şube Müdürü) ... ve (İnşaat Teknikeri) ... son hakedişlerde imzalarının bulunduğu halde daha önce ödenen hakedişlerdeki fazla ödemelerden sorumlu tutuldukları gerektiğini iddia etmekte iseler de;

4.06.2007 tarih ve 5189/1 sayılı Sayıştay Genel Kurulu kararının "III – SORUMLULAR" başlıklı bölümünün "4-Gerçekleştirme Görevlileri" kısmında "b) Ödeme Emri Belgesine Eklenmesi Gereken Taahhüt ve Tahakkuk Belgelerine İlişkin Sorumluluk" a ilişkin olarak;

"5018 sayılı Kanunun 33'üncü maddesi uyarınca bütçeden bir giderin yapılabilmesi için iş, mal veya hizmetin belirlenmiş usul ve esaslara uygun olarak alındığının veya gerçekleştirildiğinin görevlendirilmiş kişi veya komisyonlarca onaylanmış ve gerçekleştirme belgelerinin düzenlenmiş olması gerekmektedir. Öte yandan anılan maddede, bir mali işlemin gerçekleştirilmesinde görevli olanların sorumluluğunun belirlenmesinde, bu görevlilerin yetkili ve görevli olması ve yapılan giderin de bu görevlilerce düzenlenen belgeye dayanıyor olması hususlarına bakılması gerekmektedir. Yani mali işlemin gerçekleştirilmesinde, görevli olanların imzası olmadan ödeme belgesinin tamamlanmış sayılmaması gerekmektedir. Bu nedenle, ödeme emri belgesine eklenmesi gereken taahhüt ve tahakkuk işlemlerine ilişkin fatura, beyanname, tutanak gibi gerçekleştirme belgelerini düzenleyen veya bu belgeleri kabul eden gerçekleştirme görevlilerinin, bu görevleriyle ilgili olarak yapmaları gereken iş ve işlemlerle sınırlı olarak harcama yetkilisiyle birlikte sorumlu tutulmaları gerektiğine"

karar verilmiştir. Buna göre; geçici hakediş ödemeleri kümülatif yapılmaktadır ve kendi dönemlerinde ödenen hakedişleri herhangi bir ihtirazi kayıt koymadan imzalayan gerçekleştirme görevlileri geçmiş hakedişlerde yapılan fazla

ödemelerden sorumludurlar. Bu itibarla, Gerçekleştirme Görevlileri (Şube Müdürü) ... ve (İnşaat Teknikeri) ...'ın sorumluluk yönünden itirazları yerinde bulunmamıştır.

Bu itibarla; ... iş ortaklığı yüklenimindeki ... İnşaatı işinde kullanımından vazgeçilen ... analizlerden çıkarılması işleminde, Yapım İşleri Genel Şartnamesine aykırı olarak, eski ... ihale tenzilatı uygulanarak bulunan yeni ... fiyatlarının hatalı hesaplanması sonucu oluşan ... TL kamu zararının Harcama Yetkilisi (...) ..., Gerçekleştirme Görevlisi (...) ..., Diğer Sorumlular (İnş. Müh) ..., (...) ..., (...) ..., (...) ..., (İnş. Tekn.) ..., (Şube Müdürü) ..., (İnş. Müh.) ...'ye müştereken ve müteselsilen 6085 sayılı Sayıştay Kanununun 53 üncü maddesi gereği işleyecek faizleriyle birlikte ödettirilmesine,

İşbu ilamın tebliğ tarihinden itibaren altmış gün içerisinde 6085 sayılı Sayıştay Kanununun 55 inci maddesi uyarınca Sayıştay Temyiz Kurulu nezdinde temyiz yolu açık olmak üzere oy çokluğuyla,

Azınlık Görüşü:

Üye ... ve Üye ...'ın azınlık görüşü:

“Söz konusu olayda, sözleşmede bulunmayan yeni imalatın fiyatının Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 22 nci maddesine uygun olarak belirlendiği ve işe ilave edildiği; diğer taraftan piyasa şartlarına göre birim fiyatı belirlenmiş olan ve yapımından vazgeçilen imalatın da söz konusu fiyattan indirim konusu yapıldığı görülmektedir. Yeni işlerin fiyat tespiti ile vazgeçilen imalatın fiyatının belirlenmesi, bütünüyle birbirinden bağımsız olarak ele alınması gereken hususlardır. Kaldı ki, idarenin isteği üzerine imalat değişikliği yapılmıştır.

Dolayısıyla, piyasa şartlarına göre oluşturulan yeni fiyattan iş artışı yapılması ve yine piyasa şartlarına göre oluşmuş olan sözleşme birim fiyatından iş eksilişi

yapılmasının hem mevzuata hem de hakkaniyete uygun olduğu değerlendirildiğinden, sorgu konusu olayda ilişilecek husus bulunmadığına karar verilmesi uygun olur.”