

Sözleşmesinden farklı yapılan imalatın hakedişlerden kesilmesi;projeye göre full poliuretan sistem olması gereken pist imalatının sandviç sistem olarak gerçekleştirilmesi nedeniyle yapılan kesintinin (iş artışında esas alınan “itibari indirim katsayısı”nın, iş eksilişinde de esas alınmaması sonucu) eksik hesaplandığı

Kamu İdaresi Türü	Yüksek Öğretim Kurumları
Yılı	2013
Dairesi	2
Karar No	35289
İlam No	133
Tutanak Tarihi	5.2.2015
Kararın Konusu	İhale Mevzuatı ile İlgili Kararlar

İş eksilişinde itibari indirim katsayısı

..... Ltd. Şti. yüklenimindeki TL sözleşme bedelli anahtar teslim götürü bedel “..... Yerleşkesi Sentetik Atletizm Pistli Futbol Sahası Yapılması” işinde, projeye göre full poliüretan sistem olması gereken pist imalatının sandviç sistem olarak gerçekleştirilmesi nedeniyle yapılan kesintinin eksik hesaplandığı görülmüştür.

Yapılan incelemede, tarihli Geçici Kabul Tutanağının 32 nci maddesinde, yapılan imalatın “Sandviç Sistem” olduğu, oysa projeye göre “Full Poliüretan Sistem” yapılması gerektiği belirtilerek; iki sistem arasındaki fiyat farkının piyasadan alınan tekliflere göre belirlendiği ve bu farkla; yaklaşık maliyet ile ihale bedeli kıyaslanmak suretiyle bulunan 0,3372 oranında bir “itibari indirim katsayısı” uygulanarak kesinti miktarının hesaplandığı, aynı iş kapsamında %10 iş artışı yapıldığı ve iş artışına konu yeni birim fiyatların Çevre ve Şehircilik Bakanlığı 2010 yılı (ihalenin yapıldığı yıl) birim fiyatlarına başka bir “itibari indirim katsayısı” uygulanmak suretiyle tespit edildiği, ancak iş artışına konu yeni birim fiyatlara ihale bedeli ile yaklaşık maliyet kıyaslanarak bulunan orandan daha düşük oranlarda “itibari indirim katsayısı” uygulandığı görülmüştür. Söz konusu oranlar aşağıda gösterilmiştir.

Poz No 2010 BF Alınan Fark

15.001/1A 2,51 2,36 %6

15.006/1A 3,89 3,66 %6

15.010/2A 5,70 5,37 %6

15.140/1A 19,95 16,54 %17

16.013 109,04 102,73 %6

16.058/1A 108,81 99,21 %9

16.059/1A 125,06 113,99 %9

18.071/1 13,38 12,32 %8

19.023/3A* 29,14 27,45 %6

21.011 16,99 15,38 %9,5

21.054 2,79 2,63 %6

21.057 6,01 5,66 %6

21.059 7,50 7,07 %6

21.061 12,96 12,21 %6

21.062 16,86 15,88 %6

23.014 1.591,75 1.499,68 %6

23.015 1.494,19 1.408,35 %6

Ortalama %7,3

* İş artışı birim fiyat tespit tutanağında 19.023/3A poz numarası yazılmakla birlikte pozun tanımında 3 mm kalınlıkta plastomer esaslı polyester keçe taşıyıcılı örtü ifadesine yer verilmiş olduğundan bu tanıma uygun olan 18.466/3 pozunun birim fiyatı alınmıştır

Görüldüğü üzere yüklenicinin projeye nazaran daha az nitelikli yaptığı imalat nedeniyle yapılan kesintide % 33,72 oranında "itibari indirim katsayısı" uygulanmışken; bu oran iş artışına konu birim fiyatların tespitinde ortalama % 7,3 olarak uygulanmıştır.

Yüksek Fen Kurulunun 08.08.2011 tarih ve 2011/18 ve 23.03.2011 tarih ve 2011/5 sayılı kararlarında, yapımından vazgeçilen imalatların birim fiyatının Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 22 nci maddesinin kıyasen uygulanmasıyla, bu maddedeki usul ve esaslara göre tespit edilebileceğine karar verilmiştir.

Bu kararlara göre, iş eksilişi durumunda vazgeçilen imalatların birim fiyat tespitlerinin, iş artışına konu imalatların birim fiyat tespitlerindeki yöntemle yapılması gerekmektedir. Dolayısıyla nasıl ki iş artışına konu imalatların yeni birim fiyatlarının yaklaşık maliyet ile sözleşme bedeli arasındaki farktan hareketle bulunacak bir oranda tenzilata tabi tutulması mümkün değilse, aynı şekilde iş eksilişine konu imalatların yeni birim fiyatlarının da herhangi bir tenzilata tabi tutulması mümkün değildir.

Buna göre, Ltd. Şti. yüklenimindeki TL sözleşme bedelli anahtar teslim götürü bedel “..... Yerleşkesi Sentetik Atletizm Pistli Futbol Sahası Yapılması” işinde, iş artışında esas alınan “itibari indirim katsayısı”nın; iş eksilişinde de esas alınmaması sonucu oluşan ve aşağıda hesabı gösterilen toplam TL’lik kamu zararının Harcama Yetkilisi (Yapı İşleri ve Teknik Daire Başkan V.) ile Gerçekleştirme Görevlileri (İnşaat Mühendisi-Geçici Kabul Komisyonu Üyesi), (İnşaat Teknisyeni), (Yapım Şube Müdürü), (İnşaat Mühendisi), (İnşaat Teknisyeni-Geçici Kabul Komisyonu Üyesi), (İnşaat Mühendisi-Geçici Kabulü Onaylayan)’den müştereken ve mütesesilen,

6085 sayılı Sayıştay Kanununun 53 üncü maddesi gereği işleyecek faizi ile ödettirilmesine oybirliğiyle,

Kamu İdaresi Türü	Yüksek Öğretim Kurumları	
Yılı	2013	
Dairesi	2	
Dosya No	40197	
Tutanak No	42488	

Tutanak Tarihi	14.12.2016	
Kararın Konusu	İhale Mevzuatı ile İlgili Kararlar	

Sözleşmesinden farklı yapılan imalatın hakedişlerden kesilmesi;

2- 133 sayılı İlamın 2. maddesiyle; ... yüklenimindeki ... TL sözleşme bedelli anahtar teslim götürü bedel "... Yerleşkesi Sentetik Atletizm Pistli Futbol Sahası Yapılması" işinde; projeye göre full poliüretan sistem olması gereken pist imalatının sandviç sistem olarak gerçekleştirilmesi nedeniyle yapılan kesintinin (iş artışında esas alınan "itibari indirim katsayısı"nın, iş eksilişinde de esas alınmaması sonucu) eksik hesaplandığı gerekçesiyle ... TL'nin tazminine ilişkin hüküm tesis edilmiştir.

Sorumlu, ilamın bu maddesi ile ilgili olarak ise; temyiz dilekçesinde özetle; ... yüklemdeki ...-TL sözleşme bedelli anahtar teslim götürü bedel olarak ihalesi yapılan "... Yerleşkesi Sentetik Atletizm Pistli Futbol Sahası Yapılması" işinde uygulama projelerine göre full poliüretan sistem olması gereken pist imalatlarının sandviç sistem olarak gerçekleştirilmesi nedeniyle 27.12.2012 tarihli Geçici Kabul Tutanağının 32. maddesinde belirtildiği üzere; sözleşme eki uygulama projelerine göre full poliüretan sistem olması gereken atletizm pistinin sandviç sistem olarak yapılması sonucu Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 41.12 maddesi hükmü uyarınca Geçici Kabul Heyetince ...-TL kesinti yapılarak işin geçici kabulünün uygun görüldüğünü, iki sistem arasındaki fiyat farkının piyasalardan bu işi yapan uzman firmalardan alınan güncel tekliflere göre belirlendiğini ve bu farka itibari indirim katsayısı (sözleşme bedeli/yaklaşık maliyet=0,3372) uygulandığını ve fiyat farkının da kesinti

hesabına dâhil edildiğini, yapılan kesinti hesabında; bu iş kalemlerinin yüklenici firma tarafından yapılması halinde yapılacak ödeme şartları değiştirilmeden aynı şartların uygulandığını, ayrıca, 29.04.2011 tarihinde % 10 iş artışı kararı alındığını, söz konusu 20 adet iş kaleminin full poliüretan ve sandviç sistem imalatları ile ilgili olmayıp, yapılması zorunlu olan çevre tanzim projeleri ve arazi kot farklılıklarından kaynaklanan betonarme istinat perde imalatları ve çevre tanzimi ile ilgili imalatları kapsamakta olduğunu, iş artışına konu olan imalatlara ait yeni fiyatların tespitinin Yapım İşleri Genel Şartnamesi 22 nci maddesi hükmü uyarınca işin yapım zamanı, yapım şartları ve piyasa fiyatları dikkate alınarak, her iş kalemi için en ekonomik fiyatlar yüklenici ile mutabakat sağlanarak ve tutanak düzenlenerek tespit edildiğini, yeni fiyatlar oluşturulurken bütün iş kalemlerinin ayrı ayrı YFA (Yeni Fiyat Analizi) alınarak özel iş kalemi pozu olarak düzenlendiğini, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı pozları kullanılmadığını; sadece, poz tanımları ve yapım şartlarının dikkate alındığını ve bu durumu ifade etmek için de örneğin YFA 15.001/1A şeklinde gösterildiğini, 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar ile ikincil mevzuatta; anahtar teslim götürü bedel sözleşme hükümlerinde, sözleşmede yer almayan ve sonradan yapılmasına gerek duyulan yeni iş kalemlerine ait birim fiyatların tespitinde, yaklaşık maliyet ile sözleşme bedeli arasındaki farktan hareketle bulunacak bir oranda tenzilatı tabi tutulacağına dair bir husus bulunmadığını belirtir Yüksek Fen Kurulu Kararlarının göz önünde bulundurulduğunu, 5018 sayılı Kanunda yer alan kamu zararı tarifine uyan bir kamu zararı oluşmadığını, sonuç olarak, yukarıda belirtilen gerekçelerle kamu zararının oluşmadığından hareketle tazmin hükmünün kaldırılması gerektiğini dile getirmiştir.

Başsavcılık karşılamaında özetle; dilekçede; ... Yerleşkesi Sentetik Atletizm Pistli Futbol Sahası Yapılması işinin mevzuatına uygun olarak yapıldığı, iş artışında hatalı bir uygulama bulunmadığı ve yapılan işle ilgili olarak bir kamu

zararının olmadığı belirtilerek, verilen tazmin hükmünün kaldırılmasının istenildiği ifade edildikten sonra, ortaya konulanların Daire yargılaması aşamasında değerlendirildiği gerekçesiyle temyiz talebinin reddi ile verilen tazmin hükmünün tasdikine karar verilmesinin uygun olacağı mütalaa edilmiştir.

Sorumlu, Başsavcılık karşılmasına yanıt olarak gönderdiği ikinci temyiz dilekçesinde özetle; birinci savunmasında da belirtildiği üzere; ... Yerleşkesi Sentetik Atletizm Pistli Futbol Sahası Yapılması işinin mevzuatlara uygun olarak yapıldığını, iş artışında hatalı bir uygulama bulunmadığını ve yapılan iş ile ilgili olarak bir kamu zararı olmadığını söylemek suretiyle tazmin hükmünün kaldırılması isteminde bulunmuştur.

Başsavcılık ikinci karşılamasında özetle; dilekçede adı geçen tarafından ileri sürülen hususların önceki mütalaada belirtilen görüşlerin değiştirilmesini sağlayacak bir mahiyet taşımaması hasebiyle yargılamanın söz konusu mütalaaya göre karara bağlanmasının uygun olacağı mütalaa edilmiştir.

Dosyada mevcut belgelerin okunup incelenmesinden sonra gereği görüşüldü:

Sorumlular sunmuş oldukları temyiz dilekçelerinde; sözleşme eki uygulama projelerine göre full poliüretan sistem olması gereken atletizm pistinin sandviç sistem olarak yapılması sonucu Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 41.12 nci maddesi hükmü uyarınca Geçici Kabul Heyetince ...-TL kesinti yapılarak işin geçici kabulünün uygun görüldüğünü, iki sistem arasındaki fiyat farkının piyasalardan bu işi yapan uzman firmalardan alınan güncel tekliflere göre belirlendiğini ve bu farka itibari indirim katsayısı (sözleşme bedeli/yaklaşık maliyet=0,3372) uygulandığını ve fiyat farkının da kesinti hesabına dâhil edildiğini, yapılan kesinti hesabında; bu iş kalemlerinin yüklenici firma tarafından yapılması halinde yapılacak ödeme şartları değiştirilmeden aynı şartların

uygulandığını, yapılan nefaset kesintisinin mevzuata aykırı olmadığını ileri sürmüşlerdir.

Gerçekten de 27.12.2012 tarihli Geçici Kabul Tutanağına ekli eksiklikler listesinin 32. sırasında; full poliüretan sistem malzemesi ile sandviç sistem malzemesi arasındaki fark hesaplanırken; öncelikle bu iki malzeme için dikkate alınacak birim fiyatlar piyasadan alınan tekliflere göre belirlenmiş, ardından bu iki malzeme arasındaki fiyat farkı, yapılacak kesintinin ana unsuru olarak belirlenmiştir. Ayrıca hesaplama yapılırken kesinti tutarına yüklenici karı ile fiyat farkı ilave edilmiş; buna karşılık bu farka; yaklaşık maliyet ile ihale bedeli kıyaslanmak suretiyle bulunan 0,3372 oranında bir "itibari indirim katsayısı" uygulanarak yapılması gereken kesinti miktarı hesaplanmıştır. İlamda ise itibari ihale tenzilatının, olması gerekenden daha yüksek oranda uygulanmış olması nedeniyle, yükleniciden kesilecek olan tutarın eksik hesaplandığı ve bu nedenle kamu zararına yol açıldığı ileri sürülmüştür.

Dolayısıyla, yukarıda açıklanan teknik nedenlerle yükleniciden kesinti yapılırken itibari ihale tenzilatı uygulanıp uygulanamayacağının incelenmesi gerekecektir.

"Nefaset kesintisi" konusu Yapım İşleri Genel Şartnamesinin (eski Bayındırlık İşleri Şartnamesinin) 41 inci maddesinde Borçlar Kanunu hükümlerine paralel biçimde düzenlenmiştir. Söz konusu maddede:

"...

(12) Geçici kabul için yapılan incelemede, teknik olarak kabulünde sakınca görülmeyen ve işin idareye teslimini ve kullanılmasını ve/veya işletilmesini engellemeyen, giderilmesi de mümkün olmayan veya fazla harcama ve zaman kaybını gerektiren, kusur ve eksiklikler görülecek olursa yüklenicinin varsa hakediş veya teminatından uygun görülecek bir bedel kesilmek şartı ile, iş idare tarafından bu hali ile kabul

edilebilir. Bu gibi kusur ve eksikliklerin niteliğinin ve kesilecek bedelin kabul tutanağında gösterilmesi gereklidir. Yüklenici bu işleme razı olmazsa, her türlü gideri kendisine ait olmak üzere, kusur ve eksiklikleri verilen sürede düzeltmek ve gidermek zorundadır.”

Denilmekte olup, anılan madde hükmü çerçevesinde, geçici kabulde tespit edilen kusurlu ve eksik işler dolayısıyla nefaset kesintisi yapılabilmesi için aşağıdaki koşulların oluşması gereklidir:

- Kusurlu ve eksik işler kabulü engellemeyecek nitelikte (işin tamamına ait bedelin % 5 inden fazla olmayan ve aynı zamanda işin idareye teslimine ve kullanılmasına engel teşkil etmeyen ve herhangi bir tehlikeye de meydan vermeyen) olmalıdır.
- Nefaset kesintisine konu kusurlu ve eksik işler, teknik olarak giderilmesi mümkün olmayan veya fazla harcama ve zaman kaybı gerektiren işlerden olmalıdır.

(Eski) Borçlar Kanununun 360 ıncı maddesinde “büyük masraf”, Yapım İşleri Genel Şartnamesinin (Eski Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinin) 41 inci maddesinde ise “fazla harcama” olarak geçen kusur ve eksikliklerin müteahhide tamir ve ıslah ettirilmesi yerine nefaset kesintisi yapılmasının kriterini oluşturan ifadede ne anlaşılması gerektiği hususunda ise; ayıbın giderilmesi için öngörülen masrafların, bu gidermenin iş sahibi için taşıdığı yararlarla orantısız olduğu durumlarda, aşırı bir harcamadan söz edilebilecektir.

Bu çerçevede örneğin, yapılmış olan sıva, boya, zemin ve duvar kaplama (seramik, fayans, mozaik, parke vb.) veya doğrama imalatlarında tespit edilen; işin projesine, özel ve genel teknik şartnamelere, teknik ve sanat kurallarına uygun düşmeyen vasıf ve kalite eksiklikleri nefaset kesintisine konu edilebilir.

Ancak, mevcut kusur ve eksiklikler teknik olarak ikmal edilebilecek nitelikte ise ve aşırı bir harcamayı

gerektirmiyorsa nefaset kesintisi değil, müteahhide tamir ve ıslah ettirilmelidir. Bu anlamda vasıf ve kalite eksikliğinden ziyade, hiç yapılmamış durumdaki noksan işlerin nefaset kesintisine konu edilmemesi, müteahhide ıslah ve ikmal ettirilmesi gerekmektedir.

İlama konu yapım işinde de, -yukarıda belirtilen açıklamalar dahilinde- projeye göre full poliuretan sistem şeklinde yapılması gereken pist imalatının sandviç sistem olarak gerçekleştirilmesi ve bunun geçici kabul aşamasında farkına varılması nedeniyle, 27.12.2012 tarihli Geçici Kabul Tutanağının 32. maddesiyle; iki sistem arasındaki fiyat farkı; piyasadan bu imalatları yapan uzman firmalardan alınan tekliflere göre belirlenmiş ve ayrıca bu hesaba fiyat farkı eklenmiş, ve bu farka itibari indirim katsayısı (Sözleşme bedeli/Yaklaşık Maliyet=0,3372) uygulanması suretiyle "nefaset kesintisi" yapılmıştır.

Mevzuatta nefaset kesintisinin nasıl yapılması gerekeceği konusunda herhangi bir yöntem öngörülmemiş; sadece "Bu gibi kusur ve eksikliklerin niteliğinin ve kesilecek bedelin kabul tutanağında gösterilmesi gereklidir. Yüklenici bu işleme razı olmazsa, her türlü gideri kendisine ait olmak üzere, kusur ve eksiklikleri verilen sürede düzeltmek ve gidermek zorundadır." denilmek suretiyle, yüklenicinin kabulü şartı olmaksızın tüm yetki idareye bırakılmış ve eksikliğin niteliği ile orantılı bir kesintinin yapılması öngörülmüştür.

Esasen ilama konu imalatlara bakıldığında ortada bir nefaset eksikliği değil, bir imalat yada malzeme değişikliği olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Çünkü yapılan nihai imalatın (yani fiilen uygulanan sandviç sistem imalatının) nefasetinde herhangi bir eksiklik bulunmamış, idarece kalite olarak herhangi bir eksiklik ortaya konulmamıştır. Ortada; projede öngörülenden (full poliuretan sistem) farklı bir malzeme (sandviç sistem) kullanımı söz konusudur, ancak bu yeni malzeme kendi koşullarında eksiksiz olarak monte edilmiş ve uygulanmıştır. İdare, yüklenici tarafından kullanılan bu yeni

malzemeye/yeni imalata sonradan da olsa olsa geçici kabul aşamasında bir OLUR vermiştir. Dolayısıyla yapılan işlem aslında bir imalat değişikliğine binaen, vazgeçilen imalat (full poliüretan sistem) ile yeni imalatın (sandviç sistem) birim fiyatlarının tespiti ibarettir. Yani işin devamı sırasında yapılması gereken imalat değişikliği ve yeni birim fiyat (YBF) tespiti işleminin, geçici kabul aşamasında yapılması zorunluluğu doğmuştur. Bu nedenle, normalde YBF tespit edilirken nasıl hareket edilecek ise, burada da aynı usulün uygulanması gerekecektir.

Olaya bir başka açıdan bakmak gerekirse; fiilen kullanılan malzeme konusunda işler henüz devam ederken idarenin talimatı, bilgisi ve oluru çerçevesinde poliüretan malzemeden vazgeçilerek, yerine sandviç sistem malzemenin kullanılması öngörülmüş olsaydı, bunun için YBF tespiti gerekecek idi. Bundan dolayı, eşitlik, hakkaniyet, sebepsiz zenginleşme, kamu zararı vb. ilkeler çerçevesinde, aynı işlem geçici kabul aşamasında yapılırken de aynı usulün kullanılması gerekir.

Bir başka ifadeyle; işin kabulü sırasında projede ve sözleşmede öngörülmemiş yeni bir imalatın yüklenici tarafından yapıldığının geçici kabul aşamasında tespit edildiğinin ve bunun da idare tarafından kabul edildiğinin varsayıldığı bir durumda elbette yukarıda belirtilen ilkeler çerçevesinde bu yeni imalatın birim fiyatının hesaplanarak yükleniciye ödenmesi gerekecektir. Dolayısıyla temyiz konu imalat da nefaset kesintisi söz konusu olmayıp, imalat değişikliği idare tarafından sonradan onaylanan bir imalata ilişkin YBF tespitidir.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında, temyiz başvurusunun değerlendirilebilmesi için gerek iptal edilen, gerekse yerine ikame edilen yeni imalatın birim fiyatları belirlenirken, bu fiyatlara ihale tenzilatının uygulanıp uygulanmayacağının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Öncelikle, şu hususun net bir şekilde vurgulanması

gerekmektedir. Temyiz dilekçesinde de vurgulandığı üzere mevzuatımıza, Yüksek Fen Kurulu kararlarına ve Sayıştay kararlarına göre; iş artışı ve azalışlarına konu olabilecek YBF'lerin belirlenmesi sırasında itibari ihale tenzilatının uygulanması mümkün değildir. Nitekim Yapım İşleri Genel Şartnamesinin Sözleşmede bulunmayan işlerin fiyatının tespiti başlıklı 22 nci maddesinde;

“(1) 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 fıkra da 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 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:

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.

(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 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.

(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.”

Düzenlemesi yer almış olup anılan düzenlemede veya bir başka mevzuat hükmünde, herhangi bir nedenle YBF tespiti yapılırken yaklaşık maliyet ile teklif bedeli arasındaki farkın, itibari ihale tenzilatı olarak kabul edilerek tespit edilen YBF’den düşülmesi gerektiği şeklinde bir hüküm bulunmamaktadır. Yukarıdaki düzenlemede ayrıca; “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.” hükmü yer almıştır.

Bu hükme paralel olarak; Çevre ve Şehircilik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında 644 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin “Yüksek Fen Kurulu Başkanlığı” başlıklı 16 ncı maddesinde ise; “a) Kamu kurum ve kuruluşlarınca yapım ve yapım ile ilgili danışmanlık hizmet işlerine ilişkin olarak akdedilen sözleşmelerin yürütülmesinden doğan yeni fiyat tespiti anlaşmazlıkları hariç olmak üzere diğer anlaşmazlıkları ilgili idarenin talebine istinaden inceleyip karara bağlamak ve yeni fiyat tespiti anlaşmazlıklarında ise tarafları bağlayacak şekilde fiyatı kesin olarak tespit etmek.” görevi ve yetkisi Yüksek Fen Kurulu Başkanlığına verilmiştir. (644 sayılı KHK ile Bayındırlık Kurulu kaldırılmış ve KHK’nın 37 nci maddesi ile; mevzuatta Bayındırlık Kuruluna yapılmış olan atıflar Yüksek Fen Kurulu Başkanlığına yapılmış sayılacağı hükme bağlanmış olup, Bayındırlık Kuruluna verilen görevler Yüksek Fen Kurulu tarafından yürütülmektedir.) Dolayısıyla, yukarıdaki mevzuat düzenlemelerinde YBF tespiti sırasında itibari indirim oranı

uygulanacağı yönünde hiçbir hüküm bulunmamaktadır. Bu konuda, Yüksek Fen Kurulu tarafından bugüne kadar alınan bütün kararlarda; YBF tespiti yapılırken yaklaşık maliyet ile teklif bedeli arasındaki farkın, itibari ihale tenzilatı olarak kabul edilerek tespit edilen YBF'den düşülmesi uygulamasının yasal dayanağının bulunmadığı ifade edilmiş ve bu karar tamamen müstakar hale gelmiştir.

Buna karşılık Daire ilamında; işin önceki safhalarında toplam 20 kalem imalat için YBF belirlendiği, bu işlem yapılırken idarece ortalama % 7,3 oranında itibari ihale tenzilatının birim fiyatlardan düşüldüğü, dolayısıyla Geçici Kabul Tutanağında kesinti yapılması yönünde hesaplama yapılan sandviç sistem pist imalatı birim fiyatından % 33,72 oranında indirim yapılmasının doğru olmadığı ve iki oran arasındaki fark kadar kamu zararı olduğu yönünde karar verilerek, bu karar doğrultusunda kamu zararı hesaplanmıştır. Ancak temyiz dilekçesinde de belirtildiği üzere; ilamda hesabı gösterilen ortalama %7,3 tutarındaki fiyat farkı; aslında idare tarafından uygulanan bir itibari ihale tenzilatı olmayıp, idarece piyasa rayiçleri üzerinden yeni birim fiyatı tespit edilen 20 adet imalat ile bu imalatların ilgili yılı resmi birim fiyatlarının arasındaki farkların ağırlıklı ortalamasından ibarettir. Bu nedenle ilamda hesaplanan ortalama %7,3 oranındaki fiyat farkının, itibari ihale tenzilatı olarak yeni birim fiyatların tespitinde kullanılması hiçbir şekilde mümkün bulunmamaktadır.

Tüm bu gerekçelerle, ilamdaki şekliyle tazmin hükmü kurulmasında hukuki isabet bulunmadığından; 6085 sayılı Sayıştay Kanununun 55 inci maddesinin 7 nci fıkrası uyarınca 133 sayılı İlâmın 2. maddesi ile verilen ... TL'nin tazminine ilişkin hükmün BOZULMASINA ve full poliüretan malzeme ile yapılması gereken pist imalatının sandviç sistem olarak gerçekleştirilmesi nedeniyle; öncelikle, yukarıda belirtilen Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 22 nci maddesi doğrultusunda her iki malzemenin birim fiyatlarının herhangi bir itibari

ihale tenzilatı uygulanmaksızın tespit edilmesini; sonrasında ise, bu birim fiyatlar arasında oluşacak farka, % 25 müteahhit karı ve ilgili mevzuatınca ödenen fiyat farkının (ve KDV tutarının) ilave edilmesi suretiyle yapılması gereken kesinti miktarının ve dolayısıyla kamu zararının yeniden hesaplanmasını teminen yeni hüküm tesisi için dosyanın hükmü veren DAİREYE GÖNDERİLMESİNE;

(Üyeler ..., ... ve ...'nun; "İlama konu yapım işinde, projeye göre full poliüretan sistem olması gereken pist imalatının sandviç sistem olarak gerçekleştirilmesi nedeniyle 27.12.2012 tarihli Geçici Kabul Tutanağının 32. maddesiyle; iki sistem arasındaki fiyat farkının piyasadan bu imalatları yapan uzman firmalardan alınan tekliflere göre belirlenmesi ve bu farka itibari indirim katsayısı (Sözleşme bedeli/Yaklaşık Maliyet=0,3372) uygulanması ve ayrıca bu hesaba fiyat farkı eklenmesi suretiyle "nefaset kesintisi" yapılmış, işte temyize esas ihtilaf da tam bu noktada ortaya çıkmıştır.

Şöyle ki; ilamda, aynı iş kapsamında % 10 iş artışı yapıldığı ve iş artışına konu yeni birim fiyatların Çevre ve Şehircilik Bakanlığı 2010 yılı (ihalenin yapıldığı yıl) birim fiyatlarına başka bir "itibari indirim katsayısı" uygulanmak suretiyle tespit edildiği; daha açık bir ifadeyle, iş artışına konu yeni birim fiyatlara ihale bedeli ile yaklaşık maliyet kıyaslanarak bulunan orandan daha düşük oranlarda "itibari indirim katsayısı" uygulandığı, ancak, iş eksilişi durumunda vazgeçilen imalatların birim fiyat tespitlerinin, iş artışına konu imalatların birim fiyat tespitlerindeki yöntemle yapılması gerektiği ifade edilerek tazmin hükmü verilmiş, bazı sorumlularca bu uygulamada mevzuata aykırı bir husus bulunmadığı gerekçesiyle temyiz talebinde bulunulmuştur.

Öncelikle, nefaset kesintisinin hesap tarzı konusunda Yapım İşleri Genel Şartnamesinde herhangi bir hüküm bulunmamakta, kabul komisyonunca uygun görülecek bir bedelin kesilmesinden söz edilmektedir.

Yapım İşleri Genel Şartnamesi bu konuda bir yöntem getirmemiş olmakla birlikte, hesaplanacak nefaset farkının somut verilere dayanması gerekmektedir. Bunun için, nefaset kesintisine konu kusur ve eksiklikler nitelik ve nicelik olarak ayrıntılı belirlenmeli ve kabul tutanağına yazılmalı; nefaset kesintisi de belirlenen bu kusur ve eksikliklerin eserde meydana getirdiği değer azalmasını karşılayacak şekilde tespit edilmelidir.

Bu açıklamalar karşısında, yapılan hesaplamada mevzuata aykırı bir husustan bahsetmek mümkün görünmemektedir.

Diğer taraftan, ilam, “nefaset kesintisi” üzerine kurulmuş olup, ilamda bu kesintinin “iş eksilişi” olarak değerlendirilmesi de hatalıdır. Bu iki kavram birbirinden farklı kavramlar olup, farklı hususları nitelendirmektedir. Bu minvalde, “iş eksilişi durumunda vazgeçilen imalatların birim fiyat tespitlerinin, iş artışına konu imalatların birim fiyat tespitlerindeki yöntemle yapılması gerektiği” şeklindeki ilam gerekçesi, doğru bir gerekçe olmasına rağmen ilama konu olaya uyarlanabilecek bir gerekçe değildir. Çünkü, iş eksilişi olarak nitelendirilen ve teknik şartnameye uygun olarak yapılmayan imalat, iş artışına konu imalatlarla aynı değildir. İş artışına konu 20 adet iş kalemi full poliüretan ve sandviç sistem imalatları ile ilgili olmayıp, yapılması zorunlu olan çevre tanzim projeleri ve arazi kot farklılıklarından kaynaklanan betonarme istinat perde imalatları ve çevre tanzimi ile ilgili imalatları kapsamaktadır. Kaldı ki, sorumluların temyiz dilekçesi ve eklerinden de anlaşılaacağı üzere; iş artışına konu olan imalatlara ait yeni fiyatların tespiti Yapım İşleri Genel Şartnamesi 22 nci maddesi hükmü uyarınca işin yapım zamanı, yapım şartları ve piyasa fiyatları dikkate alınarak, her iş kalemi için en ekonomik fiyatlar yüklenici ile mutabakat sağlanarak ve tutanak düzenlenerek tespit edilmiş, sözleşmede yer almayan ve sonradan yapılmasına gerek duyulan yeni iş kalemlerine ait birim fiyatların tespitinde, yaklaşık maliyet ile sözleşme bedeli arasındaki

farktan hareketle bulunacak bir oranda tenzilata tabi tutulacağına dair bir husus bulunmadığını belirtir Yüksek Fen Kurulu kararları göz önünde bulundurulmuş, yeni fiyatlar oluşturulurken bütün iş kalemlerinin ayrı ayrı YFA (Yeni Fiyat Analizi) alınarak özel iş kalemi pozu olarak düzenlenmiş, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı pozları kullanılmamıştır. Sadece, poz tanımları ve yapım şartlarının dikkate alındığını ifade etmek için Çevre ve Şehircilik Bakanlığı pozlarındaki kodlar kullanılmıştır.

Dolayısıyla, iş artışında itibari indirim katsayısı uygulandığından dahi söz etmek mümkün olmadığından; “iş artışındaki (nefaset kesintisine konu imalatlardan farklı olan) imalatlarda, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı birim fiyatlardan yapılan indirimlerin ortalamalarından çıkarılan bir oranın nefaset kesintisinde de kıyasen uygulanması gerektiği”ne yönelik bir yaklaşım da makul görünmemektedir.

Son olarak, mevzuatta uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin bir hüküm bulunmamasına rağmen, nefaset kesintisinde itibari indirim katsayısı (sözleşme bedeli/yaklaşık maliyet) uygulanması hususuna gelince; ilama konu olayda, iki sistem arasındaki fiyat farkının piyasadan bu imalatları yapan uzman firmalardan alınan tekliflere göre belirlendiği dikkate alınacak olursa, yapılan işler listesine giren ve çıkan imalatların sözleşme fiyatlarının kıyasen tespit edilmesi noktasında kullanılan bu yöntemin makul olduğu değerlendirilmektedir.

Bu itibarla, söz konusu yapım işinde gerçekleştirilen nefaset kesintisi uygulamasında mevzuata bir aykırılık görülmediğinden ve kamu zararına sebebiyet verilmediği anlaşıldığından; temyiz savunmasındaki iddiaların kabul edilerek tazmin hükmünün kaldırılması gerekir.” ve

Üye ...’nün; “Anahtar teslim götürü bedel usulüyle yapılan söz konusu işte, projeye göre full poliüretan sistem olması gereken pist imalatının sandviç sistem olarak

gerçekleştirilmesi nedeniyle yapılan kesintinin (iş artışında esas alınan "itibari indirim katsayısı"nın, iş eksilişinde de esas alınmaması sonucu) eksik hesaplandığı, diğer bir ifadeyle, iş artışına konu yeni birim fiyatlara ihale bedeli ile yaklaşık maliyet kıyaslanarak bulunan orandan daha düşük oranlarda "itibari indirim katsayısı" uygulandığı, ancak, iş eksilişi durumunda vazgeçilen imalatların birim fiyat tespitlerinin, iş artışına konu imalatların birim fiyat tespitlerindeki yöntemle yapılması gerektiği ifade edilerek tazmin hükmü verilmiştir. Oysa yeni iş kalemlerine ait birim fiyatların belirlenmesi sırasında, teklif bedelinin yaklaşık maliyete oranı gibi bir tenzilata tabi tutulacağına dair mevzuatta bir hüküm bulunmamaktadır. Esasen iş artışı ve iş eksilişinin birlikte gerçekleştiği böyle durumlarda yapımından vazgeçilen iş kalemleri ile yapımına karar verilen yeni iş kalemlerine ait birim fiyatların, YİĞŞ'nin 22 nci maddesinde ön görülen usul ve esaslar doğrultusunda tespit edilmesi gerekmektedir. Ancak bu usulle hesap yapıldığında dairece verilen tazmin miktarının temyiz eden aleyhine artacağı görülmektedir.

Bilindiği gibi 6085 sayılı Sayıştay Kanununun atıf yaptığı 6100 sayılı HMK'da açık bir düzenleme bulunmamasına rağmen, bozulan hükmün ilk derece mahkemesinde yeniden hükme bağlanması esnasında, bozulan hükümde tayin edilen yaptırımdan daha ağır bir yaptırıma hükmedilememesi ilkesi hukuk literatüründe de kabul gören bir yaklaşımdır. Her ne kadar kamu düzenine aykırılığın söz konusu olduğu durumlarda bu kuralın geçerli olmayacağı genel kabul görmüş ise de bu hususun Sayıştay yargısı açısından ayrıca irdelenmesi gerekir. Bu aşamada 'kamu düzeni' ile 'kamu yararı' kavramlarının karıştırılmaması gerekir. Zira Sayıştayda görülen hesap yargılaması, sorumluların hesap ve işlemlerinin kanuna aykırı olduğu ve bu nedenle kamunun zarara uğratıldığı iddiasını içeren yargılamaya esas rapor üzerinden yürütüldüğünden, bunun karşıtı kamu yararı olarak algılanıp Sayıştay yargısının, 'aleyhe bozma yasağının' bir istisnası olacağı genellemesine

gitmek doğru olmaz. Bu kuralın kamu düzenine olumsuz etkisinden de bahsedilemez. Aksine, sorumluların kanun yollarına başvuru sırasında, sorumlu tutuldukları miktarın daha da artabileceği korkusu yaşamaması gerçeğin bulunmasına, dolayısıyla kamu düzenine de katkı sağlar.

Temyiz değerlendirmesinde doğaldır ki, görüşülmekte olan hususta olduğu gibi daire kararı uygun bulunmayabilir, olması gereken kamu zararı miktarı değişebilir ya da iddianın niteliği değişebilir. Ancak, dairenin temyiz müracaatçısı hakkında verdiği tazmin miktarının temyiz sonrası, sorumlu aleyhine artmaması gerekir. Böyle bir kaygı sorumluların temyiz hakkını kullanmaması sonucunu doğurur. Temyiz başvurusunun sınırlanması devlet açısından adil yargılama, sorumlular açısından da adil yargılanma hakkını zedeleyebilir. Adalet, gerçeğe ulaşmada sıkıntı doğurabilir. Örneğin belirtilen kaygı ile görüşülmekte olan daire kararı temyiz edilmeden kesinleşmiş olsa, Temyiz Kurulunun katılmadığı, iş artışında esas alınan "itibari indirim katsayısı"nın, iş eksilişinde de esas alınması gerektiği yönündeki daire kararı emsal karar niteliği kazanacak bu da kamu düzenini olumsuz etkileyecekti. Oysa ilgilinin müracaatı nedeniyle Temyiz Kurulu daire kararının uygun olmadığını tespit edebilmiş bu yolla kamu düzeninin sağlanmasına katkı vermiş olacaktır. Temyiz başvurusuyla böyle bir katkının sağlanmasına da sebep olmuş olan sorumlunun, daha yüksek bir tazmin tutarı ile karşı karşıya bırakılması hakkaniyetle bağdaşmaz. 'Bozma' kararında Daireden, yeniden hükme bağlanma esnasında, bozulan hükümde tayin edilen miktardan daha fazla bir miktar için hüküm vermemesi istenemeyeceğine göre, temyize konu olan ilamda nefaset kesintisi değerlendirmesi üzerinden kamu zararı hesabı yapıldığı da dikkate alınmak suretiyle tazmin miktarının olduğu şekliyle tasdiki uygun olacaktır."

Şeklindeki ayrışık görüşlerine karşı) oy çokluğuyla,

Karar verildiği 14.12.2016 tarih ve 42488 sayılı tutanakta yazılı olmakla işbu ilam tanzim kılındı.