

Yapım ihalesinde Stabilize malzeme temini pozu için yıllık olarak ilan edilen “Alt temel malzemesi kalker (mıcır)” ocak başı fiyatlarına göre yapılması gerektiği yönünde yeni bir iddiada bulunularak kamu zararı tutarının yeniden hesap edilmesi

Kamu İdaresi Türü	Genel Bütçe Kapsamındaki İdareler
Yılı	2017
Dairesi	8
Karar No	180
İlam No	261
Tutanak Tarihi	23.6.2020
Kararın Konusu	İhale Mevzuatı ile İlgili Kararlar

1- Yeni birim fiyat

... tarih ve ... sayılı İlamın ...'ncı maddesine ilişkin düzenlenen ... tarihli ilk sorguda, ... no.lu “Stabilize malzeme temini” pozu için belirlenen ... TL/m³'lük birim fiyatın,

sadece ... tarihli yeni birim fiyat tutanağında yazılı olan ... m3'lük miktar için geçerli olduğu, bu sebeple de bahsedilen fiyatın tutanakta yazılı olan miktarı aşan kısma (... – ...) ... m3'e uygulanamayacağı iddiasına dayandırıldığı ve sorumlulardan bu gerekçe doğrultusunda oluşan kamu zararına yönelik savunma alındığı, Yargı Raporunun sonuç bölümünde ise stabilize malzeme teminine ilişkin yeni birim fiyat tespitinin Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı Mülga Maden İşleri Genel Müdürlüğü (MİGEM) tarafından yıllık olarak ilan edilen "Alt temel malzemesi kalker (mıcır)" ocak başı fiyatlarına göre yapılması gerektiği yönünde yeni bir iddiada bulunularak kamu zararı tutarının yeniden hesap edildiği ancak söz konusu iddiaya ilişkin olarak sorumluların savunmalarının alınmadığı anlaşıldığından, Raporun sonuç kısmında ileri sürülen söz konusu iddiaya ilişkin olarak ek sorgu yazılarak sorumluların savunmalarının alınması suretiyle düzenlenecek ek raporun yargılanmasına değin konunun hüküm dışı bırakılmasına karar verilmişti.

Bu karar üzerine, Denetçi tarafından ek sorgu yazılarak ve sorumluların savunmaları alınarak ek rapor düzenlendiği görüldüğünden 6085 sayılı Sayıştay Kanununun 50'nci maddesinin üçüncü fıkrası hükmü uyarınca konunun görüşülmesinin devamına karar verildi.

... İş Ortaklığının yükleniminde bulunan ... ve ... işinde; ihale dokümanı muhteviyatında bulunan birim fiyat teklif cetvelinin ...'üncü sırasında yer alan "Stabilize malzeme temini" pozunda belirtilen malzemenin tarla içi yolların yapımında kullanılması, ancak işin devamı sırasında köy içi yolların yapımı için de stabilize malzemeye ihtiyaç duyulması ve köy içi yolların yapımında kullanılan stabilize malzeme ile tarla içi yolların yapımında kullanılan stabilize malzemenin aynı vasıfta olmaması nedeniyle birim teklif cetvelinde bulunmayan ancak uygulamada yapılması gerekli görülen stabilize malzeme (0,50 mm alt temel

malzemesi) için Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 22'nci maddesi hükmü çerçevesinde Tarım Reformu Genel Müdürlüğü'nden alınan ... tarih ve ... sayılı Olura istinaden yeni birim fiyat yapılmasına karar verildiği ve alım miktarının ... m3 olarak hesaplandığı, söz konusu stabilize malzemenin yeni birim fiyatının tespiti amacıyla projenin uygulandığı yerde faaliyet gösteren ... (...), ... İnş. San. Tic. ve Ltd. Şti. ve ... İnş. Temz. Pet. Özel Güv. Sis. Yem. İth. İhrc. San. ve Tic. Ltd. Şti. adlı üç farklı firmadan proforma fatura ile teklif alındığı, yapılan karşılaştırmalı birim fiyat çalışması sonucunda, stabilize malzeme fiyatı için en uygun teklifin (nakliye unsuru da göz önünde bulundurularak) ... TL/ton ile ... İnş. San. Tic. ve Ltd. Şti.'ye ait olduğuna karar verildiği ve bu fiyatın yeni birim fiyat analizlerinde kullanılması neticesinde, YBF-45 no.lu "Stabilize malzeme temini" pozunun yeni birim fiyatının ... TL/m3 olarak belirlendiği görülmüştür.

Ancak, işin başında ... m3 olarak öngörülen stabilize malzeme miktarının yetmemesi üzerine İdarece ilave olarak satın alınan (... m3 - ... m3) ... m3 stabilize malzeme için de Yükleniciye ... TL/m3 fiyatı üzerinden ödemede bulunulması hususu denetçi tarafından ... tarihinde sorgu konusu edilmiş, söz konusu sorguda, ... TL/m3 lük birim fiyatın ... m3'lük miktar için geçerli olduğu, dolayısıyla da, İdarece yeni bir olur alınmaksızın bu fiyatın imalatın tamamı olan ... m3'e uygulanamayacağı belirtilerek (... m3 x... TL)= ... TL kamu zararına yol açıldığı iddia edilmiştir.

İlk sorgu üzerine, sorumlular tarafından gönderilen savunmada, ... tarihi itibarıyla, ... ton stabilize malzemenin birim fiyatının tespiti amacıyla ... Belediye Başkanlığı, ... Ticaret ve Sanayi Odası ile faaliyet konuları stabilize malzeme satışı olan ve daha önce proforma faturaların alındığı ... (...), ... İnş. San. Tic. ve Ltd. Şti. ve ... İnş. Temz. Pet. Özel Güv. Sis. Yem. İth. İhrc. San. ve Tic. Ltd. Şti.'den teklifi alındığı, teklif yazısının istenildiği

tarihte yani 2018 yılı Temmuz ayındaki Yİ-ÜFE katsayısının 365,60 olduğu, bu katsayıya karşılık ihalenin yapıldığı tarih olan 2012 Şubat ayı Yİ-ÜFE katsayısının 0,55501 olduğu, bu katsayılar üzerinden fiyatların geriye dönüşüm çalışması yapıldığında, başka bir deyişle 2018 yılı Temmuz ayında alınan birim fiyat rayici 2012 yılı Şubat ayına dönüştürüldüğünde; alınan beş fiyat teklifinden dördünün, ödenen birim fiyat tutarından daha yüksek olduğu, yine beş teklifin ortalamasının da ... TL/m³ olduğu göz önüne alındığında, herhangi bir fazla ödemenin söz konusu olmadığı belirtilmiştir.

Bu savunmalar üzerine, Denetçi tarafından “0,50 mm alt temel malzemesi” birim fiyatının tespiti amacıyla ... ili dahilinde faaliyette bulunan ve işin başında proforma teklif alınan ... (Sürücü Elektrik ve Madencilik), ... İnş. San. Tic. ve Ltd. Şti. ve ... İnş. Temz. Pet. Özel Güv. Sis. Yem. İth. İhrc. San. ve Tic. Ltd. Şti.’ne ait 2012-2017 yılı alt temel malzemesi kalker (mıcır) ocak başı satış fiyatları, Sayıştay Başkanlığının ... tarih ve ... sayılı yazısı ile Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı Mülga Maden İşleri Genel Müdürlüğünden (MİGEM) istenilmiş, MİGEM tarafından gönderilen ... tarih ve ... sayılı cevabi yazıda, ... ili için Genel Müdürlük tarafından oluşturulan komisyonlar tarafından belirlenen ortalama ocak başı satış fiyatları ve işletme izni olup üretim faaliyetinde bulunan firmaların MİGEM’e vermiş oldukları satış bilgi formlarında yapmış oldukları devlet hakkına esas ocak başı satış beyanları bildirilmiştir. Gönderilen bu bilgi üzerine, denetçi tarafından, “0,50 mm stabilize (alt temel) malzemesi” yeni birim fiyat tespitinin MİGEM tarafından gönderilen ocak başı satış fiyatları dikkate alınarak yapılması gerektiği gerekçesiyle kamu zararı tutarı yeniden ... TL olarak hesap edilmiş ve sorumlulara bu husus ek sorgu ile bildirilmiştir.

İhale tarihinde geçerli olan Yapım İşleri Genel Şartnamesinin “Sözleşmede bulunmayan işlerin fiyatının

tespiti" başlıklı 22'nci maddesinde yer alan;

"(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 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 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.”

hükmü ile işin yürütülmesi aşamasında proje değişikliği nedeniyle 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 tespit edilirken, iş kalemi veya iş grubunun niteliğine göre maddede belirtilen sıralamaya uyularak oluşturulan analizlerden birinin kullanılacağı, rayiçlerde ise yine iş kalemi veya iş grubunun niteliğine göre kaynakların verimli kullanılması ilkesi gözetileceği belirtilmiştir.

Oda Muamelat Yönetmeliğinin "Faturaların rayice uygunluğunun onayı" başlıklı 38'inci maddesinin üçüncü fıkrasında,

"Proforma faturalar ile birim fiyatı belirlemek için düzenlenen faturalar alım satım akdi hukuken gerçekleşmediğinden onaylanmaz. Ancak, birim fiyatı belirlemek için düzenlenen faturalarda işin tamamının belirtilmesi halinde bu faturaların onaylanması mümkündür." denilmiştir.

Uygulamada, İdarece ... poz numaralı 0,50 mm stabilize malzemenin yeni birim fiyatının tespiti sürecinde, projenin uygulandığı yerde faaliyet gösteren ... (...), ... İnş. San. Tic. ve Ltd. Şti. ve ... İnş. Temz. Pet. Özel Güv. Sis. Yem. İth. İhrc. San. ve Tic. Ltd. Şti. adlı üç farklı firmadan 2014 yılı içinde proforma fatura ile teklif alındığı, yapılan karşılaştırmalı birim fiyat çalışması sonucunda, stabilize malzeme temini için en uygun teklifin ... TL/ton (nakliye unsuru da göz önünde bulundurularak) ile ... İnş. San. Tic. ve Ltd. Şti.'ye ait olduğuna karar verilerek bu teklifin ... poz numaralı imalat kaleminin yeni birim fiyatının tespitinde kullanıldığı, ancak yapılan incelemede, üç firmadan alınan teklifin, ticaret /sanayi odasına tasdik ettirilmediği, nitekim bu hususun denetçi tarafından düzenlenen ilk sorguda da eleştiri konusu yapıldığı görülmüştür. Her ne kadar, İdarenin bu uygulaması, YİĞŞ'nin 22'nci maddesinin 3'üncü

fıkrasının (ç) bendine aykırılık teşkil etmekteyse de, gönderilen savunmalardan, proforma faturaların alındığı tarihte, işin miktarının tamamının belirlenememesi nedeniyle faturalarda miktar bilgisine yer verilemediği, bu sebeple de söz konusu proforma faturaların Oda tarafından rayiç tasdikinin alınamadığı anlaşılmıştır. Diğer taraftan, İdarece işin danışmanı olan ... Mühendislik Müşavirlik ve Müteahhitlik A.Ş. aracılığıyla ... tarihinde ... Ticaret ve Sanayi Odası'ndan 0,50 mm stabilize malzemenin 1 ton fiyatının tespit edilmesinin istenildiği ve Oda tarafından yapılan inceleme neticesinde rayiç fiyatın ... TL/ton olarak belirlendiği, dolayısıyla da bu fiyatın İdarece yeni birim fiyatın tespit edilmesinde esas alınan (...'ya ait) teklif fiyatla uyumlu olduğu görüldüğünden, yapılan işlem nedeniyle herhangi bir kamu zararına yol açılmadığı anlaşılmış bulunmaktadır. Ayrıca, savunmalar ekinde gönderilen ... tarih ve ... sayılı Olur'un incelenmesinde; ... İş'i'nde; sözleşme bedelinin % 19,99'u oranında bir iş artışına gidildiği ve bu kapsamda düzenlenen mukayeseli keşifte, ... poz numaralı imalat kaleminde, birim fiyat ... TL/m3 olmak üzere ... m3'e kadar iş artışına izin verildiği görüldüğünden, sorgu konusu edilen (...-...)=... m3 stabilize malzeme temini imalat kaleminin hem fiyat hem de miktar yönünden onaylandığı anlaşılmıştır.

Yine, denetçi tarafından düzenlenen ek sorguda "0,50 mm stabilize alt temel malzemesi" yeni birim fiyatı tespit edilirken MİGEM tarafından ilan edilen ocak başı satış fiyatları dikkate alınması gerektiği halde buna uyulmaması nedeniyle kamu zararına yol açıldığı iddia edilmişse de, YİĞŞ'nde yeni birim fiyatın nasıl oluşturulacağı gerek analizler gerekse de rayiçler yönünden çok açık bir biçimde düzenlenmiş olup, bu düzenleme içinde MİGEM'in ilan ettiği ocak başı satış fiyatlarının esas alınacağına ilişkin herhangi bir hükme ya da açıklamaya yer verilmemiştir. Nitekim, MİGEM tarafından her yıl yayımlanan ocak başı satış fiyatı, Devletin madenlerden aldığı devlet hakkına esas teşkil eden fiyat olup, 3213 sayılı Maden Kanununun 14'üncü

maddesinin ikinci fıkrasında; üretilen madenin hammadde olarak kullanılması veya satılması halinde, aynı pazar ortamında madenin işletmelerdeki tüvenan olarak ocak başı satışında uygulanan fiyat olarak tanımlanmıştır. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında; tüvenan madenin, herhangi bir zenginleştirme işlemine tabi tutulduktan veya bir prosesten geçirildikten sonra satış fiyatının olduğu durumlarda, ocak başı satış fiyatının, madenin ocakta üretiminden ilk satışının yapıldığı aşamaya kadar oluşan nakliye, zenginleştirme ve varsa farklı prosese ait kullanılan tesis ve ekipmanın amortismanı dahil giderler çıkarıldıktan sonra oluşan fiyat olduğu belirtilmiş olup, 21.09.2017 tarih ve 30187 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Maden Yönetmeliğinin “Devlet hakkına ilişkin genel hükümler” başlıklı 87’nci maddesinde benzer açıklamalara yer verilmiştir.

Buna göre, madenin, herhangi bir zenginleştirme işlemine tabi tutulduktan veya bir prosesten geçirildikten sonra satış fiyatının olduğu durumlarda, ocak başı satış fiyatı; madenin ocakta üretiminden ilk satışının yapıldığı aşamaya kadar oluşan nakliye, zenginleştirme ve varsa farklı prosese ait kullanılan tesis ve ekipmanın amortisman vb. giderler çıkarılarak oluşan fiyat olduğundan, ocak başı satış fiyatından yola çıkılarak bir madenin piyasa satış fiyatına ulaşmak mümkün değildir. Kaldı ki, 0,50 mm stabilize (alt temel) malzeme ile MİGEM tarafından her yıl ocak başı satış fiyatları yayımlanan kalkerin (mıcır) teknik anlamda aynı mahiyette malzeme olduğuna ilişkin olarak da kesin bir hükme varılamayacağından, ... numaralı 0,50 mm stabilize malzeme temini pozunun yeni birim fiyatı oluşturulurken MİGEM tarafından ilan edilen ocak başı satış fiyatlarının dikkate alınmadığı gerekçesiyle ek sorguda iddia edildiği gibi kamu zararına sebebiyet verildiğinden söz etmek mümkün bulunmamaktadır.

Ancak, ... tarihli ilk sorgu üzerine ... tarihinde İdarece ...’dan stabilize malzeme birim fiyat tespit talebinde bulunulması

üzerine ... tarafından 1 ton stabilize malzemenin 2018 yılı birim fiyatının ... TL/ton olarak tespit edildiği, daha sonra 2019 yılı içinde ... tarafından aynı konuda yeniden değerlendirme yapılmak üzere farklı bir bilirkişi görevlendirildiği ve bu kişi tarafından düzenlenen ... tarihli tutanakta, stabilize malzeme temini bedelinin bu defa 2018 yılı için ... TL/ton olarak saptandığı, dolayısıyla da ... tarafından 0,50 mm stabilize malzemeye 2018 yılı için ... TL ve ... TL olmak üzere iki farklı fiyat tespit edildiği görülmüştür.

5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanununun 4'üncü maddesinde, odalar, üyelerinin müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, mensuplarının birbirleri ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak üzere mesleki disiplin, ahlak ve dayanışmayı korumak ve bu Kanunda yazılı hizmetler ile mevzuatla odalara verilen görevleri yerine getirmek amacıyla kurulan, tüzel kişiliğe sahip kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları olarak tanımlanmıştır.

Anılan Kanunun;

12'nci maddesinde; ilgili kanunlar çerçevesinde resmi makamlarca istenecek bilgileri vermenin odaların görevleri arasında yer aldığı,

76'ncı maddesinde; odalar, borsalar ve Birliğin organ üyeleri ile personelinin, görevlerini yerine getirirken görevleriyle ilgili suç teşkil eden fiil ve hareketlerinden, bu kuruluşların paralarıyla para hükmündeki evrak, senet ve sair varlıkları ile muhasebe ve muamelata ilişkin her çeşit defter ve evrak ile ilgili olarak işledikleri suçlardan dolayı kamu görevlisi olarak cezalandırılacakları;

100'üncü maddesinde ise; odaların ilgili Bakanlığın denetimine tabi oldukları hükme bağlanmıştır.

Yukarıda yer verilen mevzuat hükümleri ve açıklamalar doğrultusunda, ... numaralı "0,50 mm stabilize malzeme temini" pozunun yeni birim fiyatı tespit edilirken, yeni birim fiyat olurunda yazılı ... m3'ü aşan (... - ...)= ... m3 stabilize malzeme için MİGEM tarafından ilan edilen ocak başı satış fiyatlarının esas alınmaması sonucu oluşan ... TL ile ilgili olarak;

6085 sayılı Sayıştay Kanununun 50'nci maddesinin üçüncü fıkrası hükmü uyarınca ... tarih ve ... sayılı İlamın ...'ncı maddesine ilişkin hüküm dışı kaydının kaldırılmasına,

Kamu zararı oluşmadığından, konu hakkında ilişilecek bir husus bulunmadığına, Üye ...'nun karşı oyu ile ve oy çokluğuyla,

... karar verildi.

Üye ...'nun Azınlık Görüşü:

"0,50 mm stabilize alt temel malzemesi" yeni birim fiyatı tespit edilirken, işin başında proforma fatura ile teklif alınan firmaların MİGEM'e beyan ettiği ocak başı satış fiyatları dikkate alınarak yapılması gerekirken buna uyulmaması nedeniyle oluşan ... TL kamu zararının raporda adları geçen sorumlulara ortaklaşa ve zincirleme ödettirilmesi gerekir."