

İhale edilen bir yapım işinde herhangi bir imalat yapılmayarak, işin yüklenicisi ile anlaşma yoluyla, iş programı ve ödenekler revize edilerek ve sözleşme hükümleri değiştirilerek % 10 iş artışıyla birlikte başka yerlerde yapılan imalat bedellerinin ödenmesi

Kamu İdaresi Türü	Belediyeler ve Bağlı İdareler	
Yılı	2008	
Dairesi	3	
Dosya No	38387	
Tutanak No	42095	
Tutanak Tarihi	21.6.2016	
Kararın Konusu	İhale Mevzuatı ile İlgili Kararlar	

İhale edilen bir yapım işinde herhangi bir imalat yapılmayarak, işin yüklenicisi ile anlaşma yoluyla, iş

programı ve ödenekler revize edilerek ve sözleşme hükümleri değiştirilerek % 10 iş artışıyla birlikte başka yerlerde yapılan imalat bedellerinin ödenmesi;

2- 1737 sayılı Ek İlam'ın 2. maddesiyle; ... yüklenimindeki ... TL sözleşme bedelli "... Rekreasyon Alanı İnşaatı" işinde; anılan işe ilişkin olarak herhangi bir imalat yapılmadığı halde, adı geçen yüklenici ile anlaşma sağlanarak, iş programı ve ödenekler revize edilerek ve sözleşme hükümleri değiştirilerek % 10 iş artışıyla birlikte başka yerlerde yapılan imalat bedellerinin ödendiği gerekçesiyle ... TL'nin tazminine ilişkin hüküm tesis edilmiştir.

(*1375 sayılı Asıl İlamla; "Denetçi raporunun 19 uncu maddesinde konu edildiği üzere, Yüklenici ...'nin taahhüdü altındaki "... Rekreasyon Alanı İnşaatı" işine ilişkin olarak, yüklenici ile yapılan anlaşma sonucu iş programı ve ödenekler revize edilerek ve sözleşme hükümleri değiştirilerek % 10'luk iş artışıyla başka yerlerde yapılan imalatların bedellerinin ödenmesi nedeniyle konunun İçişleri Bakanlığı'na yazılmasına ve sonrasında gerekli inceleme yapılarak düzenlenecek ek raporun kanunda öngörülen süre içinde yargılanmasına değin, ayrıntısı ilamda gösterilen 2 adet ödeme emri toplamı ... TL'nin 832 sayılı Sayıştay Kanunu'nun 61. maddesi hükmü uyarınca hüküm dışı bırakılmasına" hükmolunmuş, temyize konu işbu ek ilamla tazmin hükmü verilmiştir.)

Aynı sorumlular, (ek) ilamın bu maddesi ile ilgili olarak ise temyiz dilekçelerinde özetle;

DETAYLI AÇIKLAMA olarak; ...'de Valilik Makamı'nın 2011 Kış Oyunları gerekçesini içeren talimatı ile iş durdurulduktan sonra, büyükşehir belediyesi yapı denetim görevlileri tarafından hazırlanan 24.08.2007 tarihli teknik gerekçe raporunda belirtilen 17 maddelik imalattan oluşan, ...'te devam etmekte olan rekreasyon alanı inşaatında su deposu, binlik kanal ve kaldırım döşeme işlerinin, ... İş'i üzerinden bu firmaya verilerek yapımının istendiğini, ... İnşaatının ... İnşaatından

ayrı olarak yürütüldüğünü, ... Rekreasyon İnşaatı işinden tamamen bağımsız yürütülen bu işler için ... bütçesi üzerinden yükleniciye ödeme yapıldığını, iki ihaleyi alan yükleniciler arasında baba oğul ilişkisi de bulunduğundan herhangi bir ihtilaf oluşmadığını, alanda herkesin kendi işini yaptığını, ayrıca, ...'de % 40,75 kırımla işi alan ...'nin, iş durdurulup, kendisine ... inşaat alanında yapılması gerekli işleri yapma emri verildikten sonra bu işi % 40,75 kırımla yapmayı kabul ettiğini ve yaptığını, dolayısıyla ...-... alanında yapılan ilave işlerin hem yüksek tenzilatla ...'ne yaptırıldığını, hem de ...'de Valilik Makamının 2011 Kış Oyunları gerekçesi ile durdurduğu iş için yüklenicinin 4734 sayılı Yasa'nın ilgili hükümleri gereği tazminat hakkı doğmaması sağlanarak kamu yararı gözetildiğini, ... Rekreasyon Alanında 16.08.2007 tarihinde işe başlama emri verilen yüklenici inşaatla başladığında, bölgede 2011 Kış Olimpiyatları kapsamında yapılması gereken sosyal donatılarla, yapılan işlerin kesiştiği yönündeki ... Valiliği emri alınınca inşaatın durdurulduğunu, 24.08.2007 tarihli gerekçe raporunun incelenmesi halinde uygulamadan vazgeçilmediği; aksine ... Rekreasyon Alanı uygulama projesinin kapsamının değiştirilerek daralan alana uygun hale getirileceğinden bahsedildiğinin görüleceğini, ayrıca gerekçe raporunda idarenin, bu gelişmelere riayet ederek ... Rekreasyon Alanı projesinin revizyonunu uygun bularak beklemeye aldığını ve işin yüklenicisine 23.08.2007 tarih 911 sayılı talimat yazısı ile bu alanda hiçbir inşaat yapmaması yönünde uyarıda bulunduğunu, projede değişiklik talebi Gençlik Spor Genel Müdürlüğünce kabul edilmeyince de büyükşehir belediyesi meclisinin 14.11.2007 tarih 201 sayılı Kararı ile kalan ödeneğin 2008 yılına aktarıldığını, bu arada ... Rekreasyon Alanı uygulama projesi bekletilirken yükleniciye, ...-... Rekreasyon Alanında bazı ilave imalatları yapmak üzere 28.08.2007 tarih 967 sayılı yazı ile işe başlama emri verildiğini, ayrıca büyükşehir belediye meclis kararının da zaten bu yönde alındığını, kaldı ki, büyükşehir belediye meclisinin herhangi bir işi yatırım programına aldıktan sonra icrasını encümen ile ihale ve harcama yetkilisine bırakmakta

olduğunu, büyükşehir belediyesi yapı denetim görevlileri tarafından yapılan acil toplantı sonucu hazırlanan 17 maddelik teknik gerekçe raporunda belirlenen benzer imalatların, aynı yüklenici tarafından, devam etmekte olan ... Rekreasyon Alanında yapılmasının öngörüldüğünü, şöyle ki, ... Rekreasyon Alanı ihale projesinde su deposu bulunmadığını, ihaleye esas proje hazırlanırken ... Su ve Kanalizasyon İdaresi'nin (...) bütün alana su vereceği anlayışı ile hareket edildiğini, inşaat başladıktan sonra ... tarafından kendilerine günün her saatinde su verilemeyeceği bildirilince bölgeye su deposu konma ihtiyacının ortaya çıktığını, ... projesinde de su deposu olduğundan, bu bölge sorumluluk alanından da çıktığı için bu imalatın aynen ... alanında yapılmasının yükleniciden istendiğini, aynı zamanda bölgede her yıl problem olan sel ve taşkın suyun zararlarını önlemek için açık derenin ıslah edilmesi amacı ile ... ilçesi üst yoldan başlayan ve ... yoluna kadar devam eden yaklaşık 2 km'lik rekreasyon alanında yağış sularının yol açtığı sel ve taşkınları önlemeye yönelik buhar kürlü beton büzlerden binlik (Ø1000) kanal öngörüldüğünü, .. Rekreasyon Alanı uygulama projesinde bu imalatın da bulunmadığını, daha önce DSİ tarafından ... dağı eteklerine yapılmış olan güney koruma kuşağı projesinin yeterli olacağı düşünüldüğü için binlik hattın projeye konmadığını, ancak aynı yıl aşırı yağışlardan dolayı tarım arazilerinin zarar görmemesi için söz konusu güney koruma kuşağı kanalının ... tarafından kırılarak ... Rekreasyon Alanının üzerinde yapıldığı doğal dereye serbest akışa bırakıldığını ve bu olayda yolların ve konut bahçelerinin zarar gördüğü tespit edildiğinden, ...Rekreasyon Alanında yapılan bütün üst ve alt yapı işlerinin tehlikeye atılması istenmeyerek yükleniciden ... İnşaat Alanı ihalesi kapsamında bu işi de yapmasının istendiğini, ... Rekreasyon Alanı projesinde 300 ve 400'lük kanal hatları öngörüldüğünden bunun fezeyan durumunda yeterli olamayacağı görülerek kapasitesi artırılarak 1000'lik kanal hattının ...'te uygulanmak üzere projeye konduğunu, ayrıca ... Rekreasyon Alanı İnşaatı projesinde yapılacak imalatların hepsinin rekreasyon alanı içerisindeki imalatlar olduğunu, rekreasyon alanı

çevresinde ve dışındaki kaldırımların büyükşehir belediyesinin Fen İşleri Dairesi Başkanlığı tarafından yapılmasının öngörüldüğünü, Fen İşleri Dairesi Başkanlığının da bu işleri zaten ihale ederek yaptırmakta olduğunu, ... İnşaatı durdurulunca bu imalatın da Fen İşleri Dairesi Başkanlığı tarafından değil de yüklenici tarafından yapılmasının istendiğini, yani ... Rekreasyon Alanı ihalesi kapsamında gerekli olduğu halde bulunmayan su deposu, binlik hat ve çevre kaldırımlarının oluşturulması işlerinin, ... Rekreasyon Alanı ihale kapsamında bulunması sebebi ile bu iş kapsamında yaptırılması öngörüldüğünden hakedişlerinin de bu bütçeden ödendiğini, ... Rekreasyon İnşaatı durdurulduktan sonra ihalenin iptal edilmediği; burada yapılacak işlerin yeniden yapılmasının gündeme gelebileceği, Valilik tarafından bu işlerin yapılmasının istenebileceği ve ayrıca Valilik emirleri doğrultusunda proje küçültülse de bütçe belli olduğundan bu ödeneğin diğer alanlarda kullanılmasında sakınca olmayacağı düşüncesinin oluştuğunu, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu Açık Tip İdari Şartnamesinin 52. maddesi, 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 15'inci ve 24'üncü ve Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 22. maddelerinde (ihaleye esas olan imalatlarda yer değişikliklerine gidilebilir) hükümleri ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 23'üncü maddesinde yer alan (birim fiyat tespiti yapılma şartları) doğrultusunda yerlerin ve fiyatların tespiti hüküm altına alınarak işlem tesis edilme yoluna gidildiğini, halihazırda yürürlükte yapılmış bir ihale varken; ...'da iklim şartlarından doğan zaman sınırlılığı söz konusu iken ve yüklenici ile yapılan fiyat anlaşmasında ... İnşaatında % 32,90 indirim söz konusu iken ... ihalesine bağlı olarak yapılacak işlerde % 40,75 gibi daha fazla indirim yapılmasının öngörülmesi ve kamu yararının gözetilmesi nedenleri ile ihalenin feshedilmesi yerine bu ihale üzerinden ... İnşaatında öngörülen ek işlerin yapılmasının kararlaştırıldığını, imalat yerinin değiştirilmesi işlemine örnek olarak ...nın verilebileceğini; 2007 yılında Karayolları ... yolu üzerinde ... Kavşağı, projede SSK Hastanesi Lojmanları önünde bulunmasına rağmen çeşitli

gerekçelerle 150 metre kadar doğuya alınarak ... Camii hizasına getirilip burada yapıldığını, yukarıda da izah edildiği üzere ...-... alanında yapılan alt yapı işleri bitirilmeden üst yapı işlerinin yapılmasının zaten mümkün olmadığını, idarenin, ...-... alanında 24.08.2007 tarihli gerekçe raporunda yapılmasını öngördüğü alt yapı imalatları yerine işin projesinde yapılması gereken imalat sırasına göre son imalatları yaptırmayabileceği kabulü ile hareket ettiğini, ancak burada 24.08.2007 tarihli gerekçe raporuna alınan imalatlara dikkat edilirse; ... Rekreasyon Alanı uygulama işinin işyeri tesliminin 16.08.2007 tarihinden sonraki bir tarih olduğunu, yani 4735 sayılı Kamu İhaleleri Sözleşmeleri Kanunu'nun götürü bedel anahtar teslimi sözleşmesinin 25. maddesi ile 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun Genel Şartnamesinin 6. maddesi hükümlerine göre, ... alanında yapılacak bazı imalatların yerinin değiştirilerek ...-... alanında yapılmasının mümkün görüldüğünü ve uygulandığını, işe başlama emrinin ayrıca yükleniciye 27.08.2007 tarihinde resmi yazı ile bildirildiğini, 4735 sayılı Yasa'nın 15'inci maddesi gereği sözleşmeye esas işin yerinin, 4734 sayılı Kamu ihale Kanunu'nun açık tip idari şartnamesinin 52., Genel Şartnamenin 22. ve 4735 Kamu Sözleşmeleri Kanunu'nun 24'üncü maddelerine istinaden sözleşmeye esas işin kapsamının ve 4735 Kamu İhaleleri Sözleşmeleri Kanunu'nun 23'üncü maddesine istinaden de sözleşmeye esas işin birim fiyat tespiti yapıldığını, yapılan bütün işlerin kanuna dayandırılarak ve idarenin ortak kanaati dikkate alınarak gerçekleştirildiğini, kanuna dayanmayan hiçbir iş ve işlemin söz konusu olmadığını, ... Rekreasyon Alanında yer bulunamadığından uygulamadan vazgeçilmediğini, 2011 Kış Oyunları münasebeti ile tepeden atlama kuleleri ve sosyal donatı alanlarının uygulanabilmesi için Valilik Makamı'nın talebi dikkate alınarak başka bir alanda imalatlara devam edildiğini, idarenin, yüklenici uhdesinde yaptırdığı bütün imalatlarda Bayındırlık resmi birim fiyatlarından hareket ederek hazırladığı yaklaşık maliyetler üzerinden ihale yapmakta; ihalede en uygun teklif, geçerli tekliflerden en düşüğü (en yüksek tenzilatlı) kuralına göre ihaleyi sonuçlandırmakta olduğunu; dolayısıyla ... Rekreasyon

Alanı ihalesinin de bu kurallar çerçevesinde gerçekleşmiş olup % 40,75 tenzilatla ihale verildiğini, fiyatların yüksek olmadığını; kaldı ki, yapılan bütün imalatların yüksek tenzilatla gerçekleştirildiğinin aşıkâr olduğunu, aynı tarihlerde ... Çok Katlı Otopark İnşaatının da devam etmekte olduğunu, inşaat devam ederken kazık ve hafriyat sisteminde birtakım zorunlu değişikliklere gidilmesi gereğinin ortaya çıktığını, belediyenin yapı denetim görevlileri tarafından hazırlanan 20.10.2008 tarihli teknik gerekçe raporunda atıfta bulunulan, 1- Çelik tonoz ve temperli lamine cam imalatı, 2- Klima ve havalandırma imalatlarının ... bütçesinden yapılması için Riyaset Makamının da onayının alındığını, raporda bulunan çelik tonoz ve temperli lamine cam imalatının otopark inşaatı projesinde bulunmadığını, proje hazırlanırken iniş çıkış rampalarının elektrikle ısıtılması düşünüldüğü için projeye konmadığını, ancak daha sonra yapılan araştırmada çok fazla elektrik sarfiyatının olacağı, bölgede TEDAŞ tarafından bu büyüklükte (130 KWh) elektriğin de verilemeyeceğinin ortaya konması nedeni ile bu imalattan vazgeçildiğini, yükleniciye de bu işlemten dolayı herhangi bir ödeme yapılmadığını, bu imalatın iptal edildiğini, bu imalatın yerine otoparkın girişinin dıştan gelecek yağmur, kar, buzlanma karşısında korunmasına yönelik temperli camdan imal edilmiş çelik tonoz örtü yapıldığını, ...'de yapılacak ... Restaurant ve Kafeler projede kısmen cam giydirme olduğundan bu imalatın Otopark'ta değiştirilerek uygulanmasının öngörüldüğünü, meblağ otoparkın keşfini aştığı için bunun ödemesinin de ... bütçesinden yapıldığını, otopark inşaatı başladıktan sonra uygulama projesinde öngörülen havalandırma ve klima projesinin yeterli olamayacağını anlaşıldığını, sistemi daha yeterli ve LPG'li araçların park edilmesine imkan verebilmesi için, uygun şekilde düzenleme gereği ortaya çıkınca proje geliştirilerek uygulamaya konduğunu, ...'de ... Restaurant ve Kafeler için projede öngörülen klima ve havalandırma imalatları orada yapılmayınca, Otopark'ta yapılan havalandırma ve klima imalatlarının hakedişlerinin ... bütçesinden ödendiğini, yani imalatların yerinin değiştirildiğini, Otopark projesinde

havalandırma ve klimalar için öngörülen tutarların iptal edilerek projeye yeni konan havalandırma ve klima sistemi için belirlenen meblağın yükleniciye ödendiğini, ... İnşaatı için büyükşehir belediyesi adına yüklenici ... tarafından kesilen 11.02.2008 tarihli, 58398 nolu 2.529.916.02 TL'lik ve 01.12.2008 tarihli, 58462 nolu 1.204.856,05 TL'lik faturaların yükleniciye yukarıda sayılan imalatlar karşılığı ... bütçesinden ödendiğini, faturalara ekli imalat cetvellerinde hangi imalatlar için ödendiğinin görülmekte olduğunu, Kamu İhale Kanununda hakedişlerin düzenlenmesi uygulamaları ile ilgili olarak en son ödenen kesin hakedişin imalat miktarlarının gerçek uygulanan imalat miktarlarına ulaşılarak, total olarak düzenlenmesinin esas kılındığını; dolayısıyla, ilk ve daha sonraki ara hakedişlerin ödenmesinde inşaat faaliyetlerinin imalat miktarlarında da sürekli değişkenlik gerektirdiğinden kesin imalat miktarlarındaki bütün eksiklik veya fazlalıkların işin sonunda kesin hesapta ortaya çıkacağı bilinerek hareket edildiğini, bu nedenle ihalelerde 1. ve ara hakedişlerin de imalat miktarlarının kesin miktarlar üzerinden değil de gelişen yaklaşık miktarlar üzerinden ödendiğini, burada da 1. hakedişin düzenlendiği tarihte henüz imalat yeri ve miktarları belli olmadığından, kesin hesaplar için de zaman erken olduğundan imalat cetvelinde ... imalatları için gösterilen imalatların, işin sonunda düzenlenen kesin hakediş bedeli karşılığında düzenlenen faturaya ekli imalat cetvelinde son halini aldığını, kesin hakedişe bağlı imalat cetvelinde ... İnşaatı üzerinden herhangi bir imalat yapılmadığı; ödemelerin ... Rekreasyon Alanı için yapısal adı altında ve ... Otoparkı'nda da havalandırma ve inşaat adı altında yapıldığının görülmekte olduğunu, ... Yer Altı Çok Katlı İkmal İnşaatının ... İnşaatından ayrı olarak yürütüldüğünü, ... Yer Altı Çok Katlı İkmal İnşaatı'nın ihaleye esas yaklaşık maliyeti incelendiği zaman havalandırma tesisatının ikmal işin kapsamında olduğu, ancak çelik tonoz ve temperli cam imalatının kapsam dışı olduğu yani sonradan düşünüldüğünün görüleceğini, burada esas olanın, havalandırma tesisatının işin kapsamından çıkartılarak ... Rekreasyon Alanı İş'i kapsamına alınma sebebi olduğunu, ...

Otopark İşinin özgün ve karmaşık olmasından dolayı iş devam ederken mukayeseli keşif hazırlandığını, bir yandan inşaat hızla ilerlerken diğer yandan mukayeseli keşfin hazırlandığını, ikmal işin ihalesine yaklaşık maliyet hazırlanırken zaruri olarak henüz kesinleşmemiş miktar ve imalatlar üzerinden rakamlar yazıldığını, işin bitimine doğru gerçek miktarlar belirlendikçe mukayeseli keşif tutarının sözleşme bedelini aştığının anlaşıldığını, yukarıda da açıklandığı üzere iş artışı kapsamında değerlendirme imkanının olabileceğinin göz önünde tutulduğunu, yani yapılacak imalatın yeri ve vasfının kanuna dayalı olarak idarenin inisiyatifinde değiştirilebilmekte olduğunu, işin ihalesi kapsamında mevcut olan bir imalatın yapımından vazgeçilerek dolayısıyla ödenmeyerek, özellikle 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşme Kanunu'nun 23'üncü maddesi çerçevesinde yüklenici ve idarenin karşılıklı anlaşmasına dayalı olarak birim fiyatının usulüne göre belirlenip yeni bir imalat yaptırılmasının her zaman mümkün olduğunu ve bu hususun çok açık olduğunu, idarenin de yaptığının bundan ibaret olduğunu, yeni birim fiyat tespitinin bu kurallar çerçevesinde yapıldığını, birim fiyatların belirlenirken, ihtiyatlı hareket benimsenerek % 40,75 tenzilatlı işin yeni belirlenen birim fiyatlarına da aynen yansıtılarak onaylandığını, geriye dönük olarak miktarı belirlenerek sözleşme bedeli aşıl原因an imalatlar ihaleye konu edilemeyeceğinden ve kanunda kalan işin ödenmesi hususunda başkaca bir hüküm olmadığından havalandırma tesisatı ile sonradan yapımına karar verilen çelik tonoz ve temperli cam imalatlarının ... Rekreasyon İş i kapsamında ödendiğini, ikmal projesinde bulunan havalandırma tesisatının ödemesinin kesin hakediş cetvelleri incelendiğinde görüleceği üzere ... Otopark İkmal İhalesi bütçesinden değil, ...'den ödendiğini, yani ... Rekreasyon İş i kapsamında yapılması gereken imalatların tamamından vazgeçilerek yaptırılmayıp, bunların yerine benzer imalatlar yaptırıldığını ve bedelinin de yüklenici ve idarenin karşılıklı anlaşmasına dayalı olarak belirlediği birim fiyatlar üzerinden belirlendiğini, yani 1. hakediş karşılığı yapılan ödemeye ekli hakediş cetvelinde imalat olarak

gösterilen işlerin gerçekte yapılmadığını, ilgili ödemeye esas 2 nolu hakedişin dilekçe ekinde olduğunu, hakediş incelemesinde görüleceği gibi toplam ödeme tutarının 1 nolu hakediş dahil bulunan tutar olduğunu, bu tutarın içinde hem imalat hem de fiyat farkı bedellerinin toplam olarak zikredildiğini, son hakedişte gerçek tablo ortaya çıktığından ödemelerin bu imalat cetveli doğrultusunda yapıldığını, Otopark İnşaatı ilk projesinde yere çakılı düşey kazıkların içe dönük düşmelerini önlemeye yönelik yatay ankraj (çapa, tutma) sistemi öngörüldüğünü, inşaat başladıktan sonra zemindeki artezyen yapıdan dolayı gerekli proje yüklerini çekemeyeceği anlaşılnca bu imalatın yapımından vazgeçilerek yerine bu görevi daha iyi karşılayabilecek çelik iksa sistemi düşünüldüğünü ve uygulama projesine atasman olarak işlenerek uygulanmasına karar verildiğini, ilk projede öngörülen yatay ankrajın maliyeti ile çelik iksanın maliyeti arasında ... TL'lik fark bulunduğunu; yani, uygulanmasına karar verilen çelik iksanın maliyetinin daha düşük olduğunu, yüklenicinin kazı derinliğini göz önüne alarak teklifini verdiğini, zira işin yaklaşık maliyetinde YFA-İNŞ-06 poz nolu ankraj yapılması imalatının kazı ile birlikte zaten işin keşfinde ayrıca bulunduğunu, yani ayrıca yatay fore kazık (diğer adıyla yatay ankraj) yapılması imalatının sonradan öngörülmediğini, idarenin, işin yaklaşık maliyetine esas olmak üzere fore kazık imalatları adı altında imalat yapılmasını öngörmüş olup ihaleye iştirak eden isteklilerin de buna istinaden kazı ile birlikte hem düşey fore kazık hem de yatay ankraj yapılması gerektiğini işin başından bilerek tekliflerini verdiklerini, yatay ankraj imalatına fiilen başladıktan sonra yapılan hassas ölçümler sonucunda olması gereken hesap yüklerinin karşılanamadığı gerekçe raporu ve tutanakla tespit edildikten sonra 23.298 metre toplam boya sahip yatay ankraj boyunun azaltılarak tecrübe için yapılan 4.200 metrede bitirilmesinin sağlandığını ve ödemesinin de buna göre gerçekleştirildiğini, kalan imalat miktarının, $23.298 \text{ m} - 4.200 \text{ m} = 19.098 \text{ metre}$ olup maliyetinin ise: $19.098 \text{ m} * (\dots \text{ TL/m} + \dots \text{ TL/m}) = \dots \text{ TL}$ olduğunu, bunun yerine ... Otoparkın ilk iş kapsamında ihaleye

esas yatay ankraj sistemi uygulamasından vazgeçilip, çelik iksa sistemi benimsendikten sonra A-B-C-D adlı dört bloktan oluşan otopark inşaatının ilk iki A-B derin blok iksaları (üst üste iki sıra) için ödenen toplam bedel ... TL + 338.531,03 TL + ... TL = ... TL olup çelik iksa imalatının da buna göre yapıldığını, Otoparkın ikinci ikmal ihalesi kapsamına ise kalan C-D blokları için çelik iksa sistemi (o tarih itibariyle artık miktarı ve bedeli bilindiğinden) yaklaşık maliyete konduğunu ve yüklenicinin bunu görerek teklifini verdiğini ve bedeli olan ... TL'nin ikinci ikmal iş kapsamında ödendiğini, yani çelik iksa sisteminin tamamının birinci iş kapsamında ödenmediği gibi, tamamının ikinci iş kapsamında da ödenmediğini, her ihale konusu işin kendi içinde yapılacak çelik iksa miktarı kadar ödendiğini; diğer ifade ile, ... TL bedel karşılığı iksa işi birinci iş süresi içinde yapılamadığı için doğal olarak ikinci ikmal iş bünyesinde kaldığını ve bu kapsamda yapılarak ödendiğini, çelik iksalar için herhangi bir usulsüz ve mükerrer ödeme söz konusu olmadığını, ayrıca birinci iş ile ikmal iş kapsamında öngörülen çelik iksaya ödenen toplam tutarın ise ... TL + ... TL = ... TL olduğunu, dolayısıyla, projesinde önceden öngörülen fakat yapımından vazgeçilen yatay ankraj için fazla ödeme yapılmayıp, aksine; çelik iksa yapılması sayesinde ... TL - ... TL = ... TL tasarruf sağlandığını, ayrıca izah edilen fore kazık yatay ankraj imalatının keşiflerde ankraj yapılması olarak, fore kazık imalatlarının da düşey kazık olarak zikredildiğinin göz önüne alınması gerektiğini, burada yapılan bütün işlemlerde kamunun yararı gözetildiğini, yüklenicinin de projede öngörülen bütün işlemleri göz önüne alarak teklifini verdiğini, bu teklife yatay ankraj, kazı, fore kazık imalatlarının dahil olduğunu, kazı derinliğinin de milimetrik olarak hesaplanarak keşif bedeline dahil edildiğini, yatay ankraj sisteminden vazgeçilmesinin sebebinin daha öncede belirtildiği gibi kazı sürerken ortaya çıkan artezyen durum olduğunu, yükleniciye çelik iksalar için ek bedel ödenmediğini aksine daha düşük bedel ödendiğini, ihalelerin son derece şeffaf, kamunun gözü önünde, kanun ve yönetmeliklere uygun olarak yapıldığını,

Otopark'ın ikmal ihalesini birinci ihaleyi alan firmanın alacağını önceden belirlenmesinin mümkün olmadığını, böylesine karmaşık ve özgün yapının ikmal ihalesine her firmanın girmeyebileceği, rağbetin az olabileceği, dolayısıyla yüklenici açısından sıkıntılı ve riskleri olan bir iş olması nedeni ile tenzilat oranının düşük verilebileceği göz önünde alındığında, ikmal işi kazanan aynı firmanın tenzilatı düşürmeyerek tam aksine yükseltmesinin (birinci iş tenzilatı % 23,80, ikinci ikmal iş tenzilatı % 32,62) idare için bir avantaj olduğunu, diğer taraftan yukarıda bahsedilen değişikliklerle birlikte ayrık fore kazık yerine kesişen fore kazık ve betonarme projelerinde gelişen duruma göre yanıl yükler altında kalacak yapıda alınması mecburi olan bu değişiklikler yapılmadan ilk projeye göre imalat yapılsaydı hiç kuşku yok ki bugün bu yapının ayakta kalamayacağını, her gün yeni bir problemle (kesme, çatlama, kırılma, kopma vs.) karşılarına çıkacağını, çevre yapılar ile üst trafik yolunun güvenliğinin kalmayacağını ve o bölgede can ve mal kaybının en büyük sorumlusunun bu inşaat ve inşaatı yapan bütün sorumlular olacağını, yukarıda ekleri ile birlikte açıklanan hususlarda; idare adına yapı denetim görevlileri, harcama ve ihale yetkilisi, genel sekreter yardımcısı ve riyaset makamı olarak, yapılan bütün işlerde kamu menfaatinin üst seviyede korunması ve kollanması, yüksek tenzilatla yapılan imalatların tamamında devamlılığın sağlanması, şehrin menfaati doğrultusunda Valilik Makamı'nın taleplerine itiraz edilmemesi, sürelerin dikkate alınarak işin yürümesinin önünün açılması, duyarlılık ve özveri ile hareket edilmesi, kamu malına zarar vermeden, akıbetinde söz konusu güzel ve yararlı eserlerin insanların kullanımına sunulmasının sağlandığını,

ÖZET AÇIKLAMA olarak; ... ilinde bu güne kadar görülmemiş ölçekte yıllara yaygın ve ilin ekonomisine olumlu etkilerinin süreceği tahmin edilen ilk organizasyon hükmündeki 2011 Dünya Üniversiteler Arası Kış Oyunları Kapsamında yapılacak yatırımlar için ... elemanlarının master planı çerçevesinde saha çalışması sonucu atlama kuleleri için belirlenen ...'de yaklaşık

bir yıl önce henüz atlama kulelerinin yapılacağı bilinmezken kurumlarınca (büyükşehir belediyesince) rekreasyon alan tanzimi projelendirilerek ihalesinin yapıldığını; ancak, daha sonra atlama kulelerinin buraya düşünüldüğü bildirilince kurumlarının ısrarlı olmadığını ve sürece olumlu katkı yapmak üzere ortak alanda uyumlu iki projenin uygulanması gerektiğini benimsediğini ve inşaat ihalesini de bu düşünce ile yaptığını, kurumun buradaki maksadının; bütün dünya milletlerinin akın edeceği ...'de Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünce yapılacak atlama kuleleri dışındaki alanın çevre tanzimlerini yaparak özellikle yeşil alan, su yapıları, piknik için oturma terasları ve restaurantın bulunduğu ve etraftaki eskimiş yapıların da yıkılarak düzgün bir çevre oluşturmak olduğunu, 2011 organizasyonu içerisinde ildeki bütün kurumların seferber olduğunu ve zamana karşı yarışın başladığını, kurumların yapacakları işlerde eserlerin vücuda getiriliş sırasının kaybolduğu ve bölgede inşaat sezonunun da darlığı gözetilerek birbirlerini beklemeksizin, süratle işlerini görme zorunluluğu doğduğunu, kurumlarınca yapılması planlanan işlerin alan içerisindeki yerlerinin duruma göre serbestçe değiştirilebileceği kanaatiyle atlama kulelerinin henüz devam eden ve ... firması tarafından yapılan uygulama projelerinin sonuçlanması beklenirken kurumlarınca henüz yeni başlatılmış iş olan restaurant temel inşaatı durdurulmuş olup Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğüne bildirilerek yapacakları proje tadilatı için sayısal verilerin talep edildiğini, ne var ki, atlama kuleleri ile rekreasyon alanı projesinin aynı alan içerisinde uygulanacağı o güne kadar mümkün görülürken ... tarafından bu alanda atlama kuleleri dışında başka bir projenin mümkün olamayacağını bildirildiğini, Kurumlarının ...'de uygulanacak atlama kuleleri ve müstemilatı projesini gördükten sonra rekreasyon projesinden vazgeçerek bu tepenin güney batı yamaçlarından başlayan ve o anda da inşaatı devam eden ...-... rekreasyon parkında, taşkın suyu kuşak hattının taşarak bu bölgede sel oluşması, imalatların bitirildikten sonra böyle bir taşkınının bütün emeği ve eseri ortadan kaldıracığının öngörülmesi ve ... Genel Müdürlüğünce sulama suyunun ana

şebekeden verilemeyeceğinin anlaşılması üzerine ...'de yapılacak imalatların uygun olanlarının aynen, farklı olması gerekenlerin de Bayındırlık fiyatları üzerinden ancak, ... Rekreasyon Alanı inşaat ihalesi tenzilatından (% 40,75) ödenmesinde kamu zararının oluşmayacağına kanaat getirildiğini, zira ...-... Rekreasyon Parkı ihale tenzilatı % 32,90 ... Çok Katlı Otopark ihale tenzilatı ise % 23,80 iken imalatların ödendiği iş olan ... Rekreasyon Alanı ihale tenzilatının bunlardan büyük olup % 40,75 olduğunu, Sayıştay Başkanlığının yaptığı tespitin elbette doğru olduğunu, sözleşme fesih maddeleri işletilip bu ihale fesh edilmeliyken daha karmaşık ve zor olan bu işe Uluslararası 2011 Üniversiteler Arası Kış Oyunlarına yetiştirerek hizmete açılmasını sağlamak üzere girişildiğini, ancak usul bakımından eksik olan bu işin ödemelerinin yüksek tenzilat üzerinden yapıldığından kamu zararının oluşmadığını, zira ... üzerinden ödenmeyip yeni ikmal iş ihalesine girilseydi 2011 yılı hazırlıkları kapsamında buna bağlı diğer iş ve işlemlerde de gecikmeler yaşanabileceğini, ikmal işin ihalesinin yeni yıla kalacağını ve yeni yıl birim fiyatları üzerinden ihaleye çıkılacağını, bütün kurumların nezdinde aynı durumun 2011 yılına hazırlık ile ilgili aceleci ve program karmaşası içerisinde bulunduklarından yaşanmış bir gerçek olduğunu, dilekçeye ekli uydu resimlerinden de görüleceği üzere; 1) İnşaat öncesinde iki inşaatın henüz başlamadığının, 2) ...'de inşaatın başlandığının, 3) ... Rekreasyon Alanı İnşaatının son haline kavuşmuşken ...'de idarece yapılmakta olan inşaatın iptal edilerek atlama kulelerinin yapıldığının görüleceğini, ...'de atlama kulelerinin yapılmasının Valilik Makamı'nın inisiyatifinde gelişmiş olup bölgede başka uygun bir alan bulunamayışı sebebi ile idarece başlatılmış olan inşaatın vazgeçme durumunun meydana geldiğini, idarece imalat yeri değiştirilerek uygulanan ... Rekreasyon Alanı ile ... Rekreasyon Alanlarının birbirine 630 metre uzaklıkta olup ... yamaçlarından başlayarak güney-batı istikametinde uzanan alanda yapılmış olduklarını,

BİLİRKİŞİ İNCELEME SONUCU olarak; konunun bir kere de Bayındırlık İl Müdürlüğü'nden (şimdiki adı Çevre ve Şehircilik İl Müdürlüğü) talep edilen inşaat, mekanik ve elektrik branşlarındaki heyet marifeti ile incelenerek ön inceleme raporu tanzim edildiğini, bu raporda özetle; uygulamalarda teknik gerekçelere dayanılarak ve yüklenici ile anlaşma yapılarak idarenin de aleyhine olmamak kaydı ile imalatların yeri ve cinsinin değiştirilebildiği, söz konusu ihalelerin incelendiği ve 4734 sayılı Kamu ihale Kanunu ile 4735 sayılı Kamu Sözleşmeleri Kanununa aykırı bir hususa rastlanmadığının görüldüğünün belirtildiğini,

İfade ederek yukarıda yapılan detaylı açıklama doğrultusunda, bölgede Üniversitelerarası 2011 Kış Oyunları ve Olimpiyatları çerçevesinde gelişen ve bütün kurumların seferber olması ile bölgeyi kalkındırmaya yönelik süratli hareket edilerek ve ilin yatırım kapasitelerine kıyasla büyük sayılacak yatırımların derhal başlamasını sağlamak üzere rekreasyon projesi uygulama yerinin değiştirilmesi ve bu doğrultuda da imalatların bir kısmından vazgeçilerek önceden öngörülmemiş yeni bazı imalatların yapılarak projenin atıl bırakılmadan, o güne kadar yapılmış imalatların bozulmalarına meydan vermeden, idarece gerekli kararlar süratle alınarak ve yetkililerince uygun bulunarak, ülkenin yüz akı 2011 Olimpiyatlarının ön hazırlığı niteliğinde işlemin tesis edilmesi bilinciyle müsaade edildiğini; dolayısıyla, yapılan harcamaların yerinde olduğu; zira ikmal işin bünyesinde de yine aynı imalatların yapılması gerektiği ancak bu durumun zaman açısından imkânsız olduğu hususunun dikkate alınarak, tehiri icra talebi ile duruşmalı görüşülerek karara bağlanmasını ve tazmin hükmünün kaldırılmasını talep etmişlerdir.

Başsavcılık karşılamasında özetle; (konunun asıl raporun hükme bağlandığı tutanakta İçişleri Bakanlığına yazılmasına karar verildiği, ancak bazı yazışmalar yapıldığı ve Bakanlıkça konunun henüz raporlanmadığı hususlarına da dikkat çekilerek) ilgililerin dilekçelerinde; ... Rekreasyon Alanı inşaatı olarak

yapılan ihalenin, Valilik tarafından Kış Olimpiyatları nedeniyle gerçekleştirilmesine izin verilmediğini, bu ihale tutarının başta ... Rekreasyon Alanı ve diğer projelerde değerlendirildiğini, üstelik daha yüksek oranlı ihale tenzilatı içeren ... ihalesi üzerinden ödemeler yapıldığından kamu zararı değil kamu menfaati olduğunu ileri sürdükleri ifade edildikten sonra yapılan uygulamanın açıkça mevzuata aykırı olduğu, yapılan izahların geçerliliği olmadığı gibi, idari ve cezai yönden de sorumluluğu gerektirdiği; mali yönden ise, yapılan ödemeler de ilgililerin kusuru söz konusu olmakla birlikte, ödemeler karşılığında yapılan başka imalatlar da olduğu göz önünde bulundurulduğunda ödemelerin tamamının kamu zararı olarak değerlendirilmesinin yerinde olmadığı, usulsüz ihale işlemlerine dayalı olarak kamu kaynağında ne miktarda artışa engel veya azalmaya neden olunduğunun tespit edilmesi için, yapılan ihale bedeli ile bu ihale üzerinden gerçekleştirilen başka işlere ilişkin imalatların karşılıklı olarak değerlendirilerek kamu zararının buna göre hesaplanması ve ayrıca konunun İçişleri Bakanlığı tarafından idari ve cezai yönden incelenip değerlendirilmesi de sağlanmak suretiyle kararının bozularak dosyanın Dairesine iadesinin uygun olacağı mütalaa edilmiştir.

Duruşmalı temyiz talebinde bulunan ve yukarıda işbu Temyiz Kurulu İlamı'nın 1. maddesinde adı geçen sorumlular ile Sayıştay Başsavcı Vekilinin sözlü açıklamalarının dinlenmesinden ve dosyada mevcut belgelerin okunup incelenmesinden sonra gereği görüldü:

Konu ile ilgili olarak;

4734 sayılı Kamu İhale Kanunun;

'İdarelerce uyulması gereken diğer kurallar' başlıklı 62'nci maddesinde:

"Yapım işlerinde arsa temin edilmeden, mülkiyet, kamulaştırma ve gerekli hallerde imar işlemleri tamamlanmadan ve uygulama

projeleri yapılmadan ihaleye çıkılamaz. ...”

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nun;

‘Sözleşmede yer alması zorunlu hususlar’ başlıklı 7’nci maddesinde:

“...

m) İşin yapılma yeri, teslim etme ve teslim alma şekil ve şartları.

...”

‘Sözleşmede değişiklik yapılması’ başlıklı 15’inci maddesinde:

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

a) İşin yapılma veya teslim yeri,

b) İşin süresinden önce yapılması veya teslim edilmesi kaydıyla işin süresi ve bu süreye uygun olarak ödeme şartları.”

‘Sözleşme kapsamında yaptırılacak ilave işler, iş eksilişi ve işin tasfiyesi başlıklı’ 24’üncü maddesinde:

“... yapım Sözleşmelerinde, ön görülemeyen durumlar nedeniyle bir iş artışının zorunlu olması halinde, artışa konu olan iş;

a) Sözleşmeye esas proje içinde kalması,

b) İdareyi külfete sokmaksızın asıl işten ayrılmasının teknik veya ekonomik olarak mümkün olmaması,

Şartlarıyla, anahtar teslimi götürü bedel ihale edilen yapım işlerinde sözleşme bedelinin % 10’una, ... kadar oran dahilinde, süre hariç sözleşme ve ihale dokümanındaki hükümler

çerçevesinde aynı yükleniciye yaptırılabilir.

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

Yapım İşleri Genel Şartnamesi’nin;

“Tanımlar” başlıklı 4’üncü maddesinde:

“İşyeri: Yapım işinin meydana getirildiği yerler ile iş süresince geçici veya sürekli olarak kullanılan bina, arazi, arsa, malzeme ocakları vb. yerleri,”

‘İşyerinin yükleniciye teslimi’ başlıklı 7’nci maddesinde:

“...

Zorunluluk halinde, sözleşme bedelinin aşılmaması ve idare ile yüklenicinin karşılıklı olarak anlaşması kaydıyla yükleniciye teslim edilmiş olan işyerlerinde değişiklik yapılabilir. Bu durumda, iş başına getirilmiş olan malzeme, araç ve makinelerin yeni iş yerine taşınması giderleri ile eski iş yerinde (kurulmuş ise) şantiye bina ve tesislerin yeni iş yerine taşınma ve kurulma giderleri yükleniciye aittir. Bu durumda işin süresi, işin bir kısmı veya tamamı için gecikmeyi karşılayacak kadar uzatılır.”

‘Projelerin uygulanması’ başlıklı 13’üncü maddesinde:

“Sözleşme konusu işler, idare tarafından yükleniciye verilen veya yüklenici tarafından hazırlanıp idarece onaylanan uygulama projelerine uygun olarak yapılır.

İdare, sözleşme konusu işlerle ilgili proje vb. teknik belgelerde gerekli göreceği her türlü değişikliği yapmaya yetkilidir. Yüklenici, işlerin devamı sırasında gerekli görülecek bu değişikliklere uygun olarak işe devam etmek

zorundadır. Proje değişiklikleri, ilk projeye göre hazırlanmış malzemenin terk edilmesini veya değiştirilmesini veya başka yerde kullanılmasını gerektirirse, bu yüzden doğacak fazla işçilik ve giderleri idare yükleniciye öder. Proje değişiklikleri işin süresini etkileyecek nitelikte ise yüklenicinin bu husustaki süre talebi de idare tarafından dikkate alınır.”

Hükümleri yer almaktadır.

Öncelikle, yukarıda yer alan hükümlerden açıkça görüleceği üzere; Kamu İhaleleri Sözleşmeleri Kanunu’nun 15’inci maddesine göre, sözleşmelerde işyeri değişikliği yapılabilmesi için sözleşme bedelinin aşılmaması ve karşılıklı anlaşma yeterliyken, işyeri tesliminden sonra bu konuda değişiklik yapılması Yapım İşleri Genel Şartnamesi’nin 7’inci maddesine göre, “zorunluluk hali”nin gerçekleşmesine bağlı tutulmuştur.

Zorunluluk hali, mücbir sebep kavramından daha kapsamlı bir ifade biçimi olup örnek olarak mahkeme kararıyla yapım yapılacak arsanın el değiştirmesi, sonradan söz konusu yerde imar sorunları çıkması, asayiş ve güvenlik sorunları nedeniyle, sözleşmeyle belirlenen yerde yapımın sürdürülmesinin imkânsız hale gelmesi veya zorlaşması, o işyerinde yapım için zorunlu olan malzeme temin imkânlarının ortadan kalkması, arsa veya arazinin niteliğinin gerek fiziki gerek toprak yapısı gerekse hukuksal açıdan sözleşme konusu yapım işinin gerçekleştirilmesine uygun olmadığının gösterilmesi mümkündür.

İlama konu olayda da işyeri değişikliğine ilişkin yukarıda yapılan açıklamalar ve mevzuat hükümlerinden hareketle; Uluslararası 2011 Üniversiteler Arası Kış Oyunları kapsamında yapılması gereken atlama kuleleri ve sosyal donatılarla, büyükşehir belediyesi tarafından rekreasyon alanı olarak yapılmak istenen işlerin kesiştiği (çakıştığı) yönündeki Valilik talimatı ile 02.07.2007 tarihinde ihalesi, 14.08.2007 tarihinde sözleşmesi, 16.08.2007 tarihinde yer teslimi yapılan

... Rekreasyon Alanı İnşaatı durdurulmuş; bunun üzerine büyükşehir belediyesince 14.11.2007 tarih ve 2007/201 sayılı Meclis Kararı ile işin yapımının bekletilmesine ve ödeneğinin 2008 yılına aktarılmasına karar verilmiş, gerekçe raporlarına istinaden de söz konusu ihalenin bedeli ve bu bedele ilişkin iş artışı tutarı, diğer projelerinde (... Rekreasyon Alanı İnşaatı ve ... Çok Katlı Otopark İnşaatı) değerlendirilmek istenmiştir.

Bu kapsamda ilk olarak, ... Rekreasyon Alanı İnşaatı ihalesi kapsamında gerekli olduğu halde bulunmayan su deposu, binlik hat ve çevre kaldırımlarının oluşturulması işleri, 24.08.2007 tarihli teknik gerekçe raporunda belirtilen 17 maddelik imalat doğrultusunda ... Rekreasyon Alanı İnşaatı ihale kapsamında bulunması sebebi ile hakedişleri bu ihalenin bütçesi üzerinden ödenmek üzere işi yapacak olan firmaya verilmiş, iki ihaleyi alan yükleniciler arasında baba oğul ilişkisi de bulunduğundan herhangi bir ihtilaf oluşmadığı, alanda herkesin kendi işini yaptığı, ayrıca, ... de % 40,75 kırımla işi alan yüklenicinin iş durdurulup, kendisine ... inşaat alanında yapılması gerekli işleri yapma emri verildikten sonra bu işi % 40,75 kırımla yapmayı kabul ettiği ve yaptığı, dolayısıyla ...-...alanında yapılan ilave işlerin hem yüksek tenzilatla aynı yükleniciye yaptırıldığı, hem de ... Valilik Makamının 2011 Kış Oyunları gerekçesi ile durdurduğu iş için yüklenicinin 4734 sayılı yasanın ilgili hükümleri gereği tazminat hakkı doğmaması sağlanarak kamu yararı gözetildiği hususları yapılan uygulamaya gerekçe olarak gösterilmiştir.

İkinci olarak, aynı tarihlerde ... Çok Katlı Otopark İnşaatı da devam etmekte olduğundan, inşaat devam ederken kazık ve hafriyat sisteminde birtakım zorunlu değişikliklere gidilmesi gereği ortaya çıkmış, büyükşehir belediyesi yapı denetim görevlileri tarafından hazırlanan 20.10.2008 tarihli teknik gerekçe raporunda atıfta bulunulan, 1- Çelik tonoz ve temperli lamine cam imalatı (...’de yapılacak ... Restaurant ve Kafeler projede kısmen cam giydirme olduğundan bu imalatın Otoparkta

değiştirilerek uygulanması suretiyle), 2- Klima ve havalandırma imalatlarının (... .. Restaurant ve Kafeler için projede öngörülen klima ve havalandırma imalatları orada yapılmayınca Otopark'ta yapılmak suretiyle) da ... bütçesinden yapılması için Başkanlık Makamından onay alınmıştır.

Tüm bu açıklamalar çerçevesinde, her ne kadar sorumlular, işyeri değişikliğine ilişkin kamu ihale mevzuatı hükümlerine göre söz konusu uygulamaya girişildiğini iddia etmekte iseler de; anılan mevzuat hükümlerinin idarece yapılan uygulamayı işaret etmediği; bu uygulamanın Kamu İhale Hukukunun temel ilkelerinden olan rekabet ve kaynakların verimli kullanılması ilkesine zarar vermeyecek bir çözüm olmadığı; diğer bir ifadeyle, başka bir ihale açılarak, yapılması gereken bir işin, sözleşmesi tasfiye edilmesi gereken bir yükleniciye yaptırmanın, ihale hukukunun amaçlarıyla hiçbir şekilde bağdaşmadığı açık bir şekilde gözükmektedir. Ayrıca, rekreasyon alanı yapılmak istenen alanın bir kısmının Gençlik Spor Genel Müdürlüğüne avam projesi yaptırılan atlama kulesi projesi için ayrılması gerekliliği Haziran 2007 tarihinde Valilik Makamınca Büyükşehir Belediyesine bildirilmiş olmasına rağmen büyükşehir belediyesi tarafından ... Rekreasyon Alanı İnşaatı işiyle ilgili ihaleye başlanması ve bu konuda hiçbir önlem alınmamış olması 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 62'nci maddesinin (c) fıkrasında yer alan "yapım işlerinde arsa temin edilmeden, mülkiyet, kamulaştırma ve gerekli hallerde imar işlemleri tamamlanmadan ve uygulama projeleri yapılmadan ihaleye çıkılamayacağı" yönündeki hükme de açıkça aykırılığını göstermektedir. Bu yönleriyle, yapılan işin geçerliliği olmadığı gibi, idari ve cezai yönden sorumluluk gerektirdiği şüphe götürmez bir gerçektir.

Buna karşın, mali yönden ise, yapılan ödemelerde ilgililerin kusuru söz konusu olmakla birlikte; ödemeler karşılığında ... ihalesi kapsamında yapılması gereken işleri geçmeyecek şekilde ve buradaki fiyat şartları (ihale tenzilatı) dâhilinde ... ihalesi kapsamında fiilen (yukarıda detayları belirtilen)

imalatlar yapıldığı göz önünde bulundurulduğunda bahsi geçen kusurun 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 71'inci maddesinde belirtilen kamu zararı tanımı açısından kamu zararına sebebiyet vermediği değerlendirilmektedir.

Bu itibarla, sorumlunun temyiz savunmasındaki iddialarının kabul edilerek 1737 sayılı Ek İlam'ın 2. maddesiyle verilen ... TL'nin tazminine ilişkin hükmün KALDIRILMASINA,

Karar verildiği 21.06.2016 tarih ve 42095 sayılı tutanakta yazılı olmakla işbu ilam tanzim kılındı.