

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na aykırı olarak, % 20 oranından fazla iş artışı verilme suretiyle iş artışı limiti dışında yapılan *TL tutarındaki imalat için, yüklenici karı ödenmemesi gerekirken ödenmesi sonucu *TL tutarında kamu zararına sebebiyet verildiği iddiasına

Kamu İdaresi Türü

Diğer Özel Bütçeli İdarelerkararı

Yılı 2015

Dairesi 4

Karar No 160

İlam No 199

Tutanak Tarihi 2.3.2017

Kararın Konusu İhale Mevzuatı ile İlgili Kararlar

Hakediş Ödemesi

..... yüklenimindeki “..... İş”nde;

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’na aykırı olarak, % 20 oranından fazla iş artışı verilmek suretiyle iş artışı limiti dışında yapılan *TL tutarındaki imalat için, yüklenici karı ödenmemesi gerekirken ödenmesi sonucu *TL tutarında kamu zararına sebebiyet verildiği iddiasına ilişkin olarak yapılan incelemede;

Adı geçen işte, sözleşme bedeli TL olup, tarih ve sayılı kararla oranında iş artışı yapılarak sözleşme bedelinin TL ye yükseltildiği; ayrıca, fiyat farkı ve KDV dahil toplam TL iş artış sınırının üzerinde imalat yapıldığı görülmüştür.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 24 üncü maddesinde;

“Mal ve hizmet alımlarıyla yapım sözleşmelerinde, öngörülemeyen durumlar nedeniyle bir iş artışının zorunlu olması halinde, artışa konu olan iş;

1. a) Sözleşmeye esas proje içinde kalması,

1. 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, birim fiyat teklif almak suretiyle ihale edilen mal ve hizmet alımlarıyla yapım işleri sözleşmelerinde ise % 20 'sine kadar oran dahilinde, süre hariç sözleşme ve ihale dokümanındaki hükümler çerçevesinde aynı yükleniciye yaptırılabilir.”

Denilmektedir.

Sorumlular, konuya ilişkin olarak yaptıkları savunmalarda; “İşe ait proje ve detaylarında tespit edilemeyen ve işe ait ihale keşfinde öngörülmeven, ancak işin yapımı sırasında karşılaşılan farklı derinlik ve değişkenlikte zayıf zemin tabakalarının ortaya çıktığını; imalatların teknik açıdan bütünlük içerisinde kesintisiz yapılması gerektiğini, yolun tamamlanması ve trafiğe açılması için kalan imalatların birbirinden bağımsız olarak yapılmasının mümkün olmaması nedeniyle iş artışının zorunlu olarak gerçekleştirildiğini, bunun için Karayolları Genel Müdürlüğü'nden tarih ve sayılı “Olur” alındığını,

6001 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü'nün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 26 ncı maddesi hükmü doğrultusunda yüklenici ile yapılan sulh anlaşması çerçevesinde söz konusu iş artışlarının gerçekleştirildiğini; ayrıca bu iş bedelinin revize birim fiyatlardan ödenmesi suretiyle de, 818 sayılı Borçlar Kanununun 413 üncü maddesi gereğince yükleniciye (yüklenici karı hariç) yapmış olduğu işlerin bedeli ve zaruri masrafların ödenmiş olduğunu,” ifade etmişlerdir.

Savunmada belirtilen, Karayolları Genel Müdürlüğü "Olur"u incelendiğinde;

"

Anılan iş; su içersinde dikişsiz geosentetik kazıklar ile zemin iyileştirilmesi olup ilk defa kurumumuzda uygulanan özgün bir iştir. Bu işte imalatların teknik açıdan bütünlük içerisinde kesintisiz yapılması gerektiği, dolayısıyla birbirinden bağımsız yapılamaması nedeniyle işin sözleşme bedelinde TL (..... oranında) ilave artış meydana gelmiştir.

Sözleşme fiyatlarıyla 1 inci keşfe göre TL tutarındaki artışın geçici kabul tarihi itibariyle hazırlanan kesin hesap karşılığının TL olmaktadır.

....." Denildiği görülmüştür.

Öncelikle, söz konusu iş artışı gerekliliği tamamen idareden kaynaklı nedenlerle ortaya çıkmıştır. ZEMİN-1 poz numarası ile ifade edilen ve savunmalarda oranındaki ilave iş artışının

nedeni olarak gösterilen, "Batak-balçık zeminin su altında dikişsiz geosentetik kazıklarla güçlendirilmesi" iş kalemine ilişkin olarak yüklenicinin teklifi mevcuttur. Yüklenici firmanın, Poz No: ZEMİN-1 "Taşıma Gücü Düşük Zeminlerde 800 mm lik Geosentetik Kazık Yapılması" iş kalemi için teklif birim fiyatı (yapmış olduğu işler ve zaruri masraflar ve yüklenici karı dahil): TL/metre'dir.

Adı geçen yol yapım işinin ihalesi 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun 19 uncu maddesine göre yapılmış olup, 4735 Sayılı Kamu İhaleleri Sözleşmeleri Kanunu ve ilgili mevzuatı gereği iş artış sınırı olan sözleşme bedelinin %20'sinin kesin hesap sonucunda aşılması halinde nasıl bir yol izleneceğine dair bir düzenleme mevzuatta bulunmamaktadır.

Diğer taraftan; 6001 sayılı Kanunun "Sulh yoluyla çözüm yetkisi" başlıklı 26 ıncı maddesine göre:

"(1) Genel Müdürlüğün görev alanına giren işlerin yürütülmesi ile ilgili olarak, Genel Müdürlük ile kamu kurum ve kuruluşları, gerçek veya tüzel kişiler arasında ortaya çıkabilecek, ivedilikle çözülmesinde yarar görülen, bir sözleşme bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, henüz yargı mercilerine, hakeme veya icraya intikal etmemiş olan uyuşmazlıklarda; kovuşturulmasında veya yüksek dereceli merci ve mahkemelerce incelenmesini istemekte fayda umulmayan dava ve icra takiplerinden vazgeçilmesinde; anlaşma veya sözleşmelerin değiştirilmesinde veya bozulmasında; tanınacak veya terkin edilecek hak ve işe karşılık gelen menfaatlerden;

1. a) 1.000.000 Türk Lirasına kadar olanların sulh yolu ile

hallinde Genel Müdür,

1. b) 1.000.001 Türk Lirasından 10.000.000 Türk Lirasına kadar olanların sulh yolu ile hallinde Genel Müdürün teklifi üzerine Bakan,

10. c) 10.000.001 Türk Lirasından fazla olanların sulh yolu ile hallinde ise Bakanlar Kurulu,

yetkilidir.

(2) Bu maddede belirtilen parasal sınırların karşılığı her yıl merkezî yönetim bütçe kanununda gösterilir. Bu madde kapsamında yapılan işlemler, Genel Müdürlüğün ilgili yıla ait faaliyet raporunda gösterilir.”

Denilmektedir.

Bu durumda, sözleşme bedelinin %20'sini aşan iş kalemi miktarlarının “sözleşme dışı işler” olarak kabul edilmesi gerekmekte ise de, İdare tarafından “asıl işten ayrılması mümkün görülmeyen” bu işlerin, yüklenici tarafından gerçekleştirilmesi hususunda karar alınmış bulunduğu, yüklenicinin oranındaki ilave artış konusunda bir dahli, kusuru bulunmamaktadır. İş artış sınırı aşılarak sözleşme dışı iş yapıldığı takdirde, yükleniciye, yüklenici karı hariç yapmış olduğu işler ile zaruri masrafları karşılığının ödenmesi; sözleşme dışı fazla imalâtların bedelinin ise, Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere yapıldığı yıl

mahalli piyasa rayiçleriyle hesaplanması gerekmektedir.

Bununla birlikte; Denetçi sorgusunda, piyasa rayiçleri araştırılmadan, yükleniciye ilave iş artışı karşılığı yapılan ödemeler tutarının %10'nun yüklenici karı olduğu varsayımı ile kamu zararı hesaplandığı görülmektedir. Yükleniciye ilave iş artışı karşılığı yapılan ödemeler, ZEMİN-1 poz nolu birim fiyatın yüklenici teklifi olan TL/metre üzerinden hesaplanmış olsaydı, piyasa rayiçlerine göre yapılacak maliyet hesaplamasında %10 oranındaki yüklenici karının düşülmesi gerekeceğinden yükleniciye yapılan ödemelerden, denetçi tarafından yapılan hesaplama yöntemine göre, idarenin lehine kesinti yapılması gerekirdi.

Ancak savunma ekinde gönderilen yüklenici teklifi incelendiğinde, yaklaşık maliyeti TL olan yol yapım işine, yüklenicinin oranında itibari tenzilat uygulayarak TL teklif verdiği, ayrıca, ZEMİN-1 poz nolu birim fiyatın İdarece revize edilerek yüklenici teklifi olan TL/metre yerine, nolu kesin hakedişte TL/metre üzerinden ödendiği anlaşılmaktadır. Yapılan ödeme, yüklenicinin ZEMİN-1 poz nolu imalata ilişkin (yüklenici karı hariç) teklif birim fiyatının da altındadır.

Söz konusu uygulamanın, 6001 sayılı Kanununun 26 ncı maddesindeki özel düzenleme doğrultusunda yapılması ve ilave işlerin karşılığının revize birim fiyatlardan ödenmesi nedeniyle, idarenin lehine olduğu ve kamu zararı oluşmadığı görülmektedir.

Bu itibarla, yukarıda belirtilen mevzuat hükümleri ve yapılan

açıklamalar doğrultusunda, ilave işlerin karşılığının yüklenici ile sulh ve uzlaşma yoluna gidilerek belirlenmiş fiyatlarla ödenmesi sonucunda kamu zararı oluşmadığı anlaşıldığından tazmini talep edilen TL için ilişilecek bir husus bulunmadığına,

Oy birliğiyle karar verildi.