

..., ..., ... ve Harcama Yetkilisi sıfatıyla sorumlu tutulan ...'in aynı mahiyetteki temyiz dilekçelerinde özetle;

Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 23. maddesinde belirtildiği üzere; İdarenin gerekli görerek yapılmasını istediği, ancak fiyat teklif cetvellerinde bulunmayan yeni iş kalemlerinin bedelleri yüklenici ile birlikte tespit edildiğini, burada iş artışından bahsedildiğini, ancak iş eksilişi ile ilgili bir hükmün bulunmadığını, dolayısı ile artan imalatların birim fiyatları anlaşmaya tabii olduğunu, ancak azalan imalatlarla ilgili bir hüküm bulunmadığından azalan iş kalemlerinin birim fiyatları YİĞŞ'nin 23. maddesine göre hesaplanmasının mümkün olmadığını,

Zira 25.09.2012 tarihli 35477 Tutanak nolu Sayıştay Temyiz Kurulu Kararı (A) ile işaretlenen bölümde "Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 23. maddesinde, anahtar teslimi götürü bedel işleri de kapsayacak biçimde, iş artışı sebebiyle ortaya çıkan ilave işlerin bedellerinin tespit yöntemi düzenlenmiş, ancak azalan işlerin fiyatlandırılması konusunda bir açıklık getirilmemiştir." denildiğini,

... .. Anadolu Lisesi Yapım İşİ götürü bedel teklif alınarak ihale edildiğinden teklif ekinde herhangi bir teklif cetveli bulunmadığını, dolayısı ile yüklenicinin hangi iş kalemine ne teklif ettiğinin belli olmadığını,

Bu durumda 25.09.2012 tarih ve 35477 tutanak nolu Sayıştay Temyiz Kurulu kararına bakıldığında; (B) ile işaretlenen bölümde "bu çerçevede bakıldığında, bahse konu olan imalatların sözleşmede bulunmayan bir iş olmadığı ve anahtar

teslimi götürü bedelli olarak ihale edilmiş işin, iş artışından kaynaklanmadığı nedeniyle YİĞŞ'nin 23 .maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceği açıktır.

Bu durumda yapımından vazgeçilen işlerin bedeli işe ait sözleşme ve ekleri dahilinde kalınarak tespit edilmelidir.

İşin yaklaşık maliyetine esas miktar hesaplamaları ve pursantaj değeri esas alınarak, yapımından vazgeçilen işlerin pursantaj cetvelinde yer alan ağırlıklarını toplam sözleşme bedeli ile mukayese etmek suretiyle fiyatlandırma yapılması gerekir." denildiğini,

Yüklenicinin İdareye teklif ekinde sunduğu teklif cetveli bulunmadığından bu işin iş artışında azalan imalatların bu şekilde hesap edildiğini,

Zira 25.09.2012 tarihli 35477 Tutanak nolu Sayıştay Temyiz Kurulu Kararınının (C) işaretli bölümünde, "Anahtar teslimi götürü bedel işleri de kapsayacak biçimde iş artışı sebebiyle ortaya çıkan ilave işlerin bedellerinin tespiti yöntemi düzenlenmiş, ancak azalan işlerin fiyatlandırılması konusuna bir açıklık getirilmemiştir. Söz konusu olayda iş eksikliği olduğu, dolayısı ile kanunun, YİĞŞ'nin 23. maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceği açıktır. Bu durum da yapımından vazgeçilen işlerin bedeli işe ait sözleşme ve ekleri dahilinde kalınarak tespit edilmiştir. Söz konusu anahtar teslimi götürü bedel işinde, İdare tarafından yüklenicinin teklif bedelini gösteren hesap cetveli istenildiğinden ve yüklenici tarafından da İdareye sunulduğundan yukarıda belirtilen doğrultuda yapımından vazgeçilen imalat kalemlerinin fiyatl

andırılmasında, yüklenicinin teklif kapsamında sunduğu fiyatların esas alınması gerekir.” denildiğini,

Yüklenici Anadolu Lisesi Yapım İşinde götürü bedel teklif verdiğini ve teklif ekinde teklif cetveli sunmamış olduğundan bu işte azalan imalatlar 25.09.2012 tarihli 35477 Tutanak nolu Sayıştay temyiz kurulu kararı (B) ile işaretlenen kısmında belirtildiği şekilde pursantaj cetvelinde yer alan ağırlıkların toplam sözleşme bedeliyle mukayese etmek sureti ile fiyatlandırıldığını, fiyat anlaşması da bu şekilde yapıldığını,

Kaldı ki YİĞŞ'nin 23. maddesi gereği her bir iş kalemi için ayrı ayrı anlaşma yapılabileceğini, burada anlaşma tutanağında artan ve azalan birim fiyatlar gösterildiğini, dolayısı ile İdarece yapılan uygulamanın doğru olduğunu,

Aldıkları keşif artışı kararı ile ilgili olarak gerek Sayıştay denetçisi, gerekse yargı kararında, “Her ne kadar mevzuatta iş eksilişinin ne şekilde fiyatlandırılacağına ilişkin düzenleme bulunmasa da hakkaniyet gereği iş artışının fiyatlandırılması için izlenen yöntemin işin eksilişinin fiyatlandırılmasında da aynen uygulanmasının işin tabiatına uygun düşeceği düşünülmektedir.” denildiğini, şimdi burada “Her ne kadar mevzuatta iş eksilişinin ne şekilde fiyatlandırılacağına ilişkin düzenleme bulunmasa da” cümlesini iyi değerlendirmek gerektiğini, zira bu idarenin yaptığı işlemin aslında kanun, yönetmelik ve mevzuat hükümlerine uygun olduğunun itirafı olduğunu, ancak buna rağmen kanun, yönetmelik ve mevzuata uygun olan aldıkları kararın hakkaniyet kurallarına uymadığını söylemenin hangi hakkaniyet anlayışı olduğunu, hakkaniyet ve adalet anlayışı kişilerin kişisel kanaatleri ve düşünceleri ile oluşturacağı kavramlar olmadığını, ancak kanun ve

yönetmeliklerle belirlenecek kavramlar olduğunu, eğer herkes kendi hakkaniyet ve adalet anlayışı ile karar vermeye kalkarsa, orada kanun, hak ve adaletten söz edilebilir mi sorusunun doğduğunu, kendilerine çıkartılan bu haksız fahiş zimmelerin hangi kanun, hangi yönetmelik ve şartnamenin, hangi maddelerine göre çıkartıldığını, cevap vermek gerekirse sadece kişisel görüşe dayanan hakkaniyet ve adalet anlayışına göre olduğunu, Kanunlar adalet ve hakkaniyeti sağlamak için var olduğunu, eğer herkes kendi kişisel anlayışına göre adalet ve hakkaniyeti oluşturmaya kalkarsa orada adalet ve hakkaniyet olamayacağını,

Ayrıca burada Yüksek fen kurulu kararlarından bahsedildiğini, oysa YİĞŞ'nin 22. maddesi de yüksek fen kurulu kararı da bu şekilde olmadığı gibi, eksilen işler o madde dikkate alınarak yapılırsa bile her iş kalemi için aynı tenzilatla anlaşma zorunluluğu bulunmadığını, kaldı ki burada tenzilat diye bir olayın da bulunmadığını, fiyat anlaşması bulunduğunu, bu sebeple her bir iş kalemi için ayrı anlaşma sağlanabileceğini, bu anlaşma yetkisinin de idarelere verildiğini,

İdarenin ayrıca burada kurum menfaatlerini de gözettiğini, zira idarenin kanunların, şartnamelerin ve yönetmeliklerin (4735 Kamu İhaleleri Sözleşme Kanunu ve Yapım İşleri Genel Şartnamesi) kendilerine verdiği yetki ile yüklenici ile pazarlık yaptığını ve Bayındırlık rayicine göre belirlenen iş artış kalemlerinden %18 tenzilat yapılarak kurum menfaatini de gözettiğini, kaldı ki mevzuata göre %1 tenzilat da yapabileceklerini, işte hakkaniyet anlayışını idarenin kanun, şartname ve yönetmeliklerin verdiği yetkiye dayanarak burada uyguladığını, kaldı ki ortada yapılan bir iş ve bu işin ödenen hak edilmiş bir bedeli bulunduğunu,

Bu şekilde kendilerine ödettirilmeye çalışılan hiçbir kanun, yönetmelik ve şartnameye dayandırılmayan haksız kamu zararına sebebiyet verildiğini kabul etmediklerini, temyiz kurulunun alacağı düzeltme kararı ile hakkaniyeti ve adaleti sağlayacağına inandıklarını belirterek kararın düzeltilmesini ve üzerlerine çıkartılan zimmetin kaldırılmasını talep etmişlerdir.

Başsavcılık mütalaasında;

“Anahtar teslimi götürü bedel üzerinden yapılan dava konusu işle ilgili düzenlenen sözleşmede iş artışı, eksilişi ve işin tasfiyesi konularında sözleşme ve eklerinde birim fiyatları bulunmayan yeni iş kalemlerinin bedelinin hesabı konusunda Yapım İşleri Genel Şartnamesi Hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Mevcut işte iş artışı gerekli olduğundan artışa isabet eden iş kalemlerinin miktar ve birim fiyatlarının hesaplanması Yapım İşleri Genel Şartnamesi 22. maddesine göre yapılacağı açık olarak belirtilmiş olup eksilen iş kalemlerinin de miktar ve birim fiyatlarının hesaplanmasının aynı maddeye göre hesaplanması gerekmektedir. Nitekim Yüksek Fen Kurulunun anahtar teslimi götürü bedel yapım işlerinde yapımından vazgeçilen iş kalemlerine ait birim fiyatlarının sözleşme eki YİĞŞ'nin 22. maddesinin kıyasen uygulanması ilişkin 23.03.2011 tarih ve 2011/5 ve 08.08.2011 tarih ve 2011/8 sayılı kararları bulunmaktadır.

Yukarıda belirtilen hususlar karşısında Anahtar teslimi götürü bedel üzerinden yapılan işle ilgili olarak artan ve eksilen imalat kalemlerinin her ikisine de Yapım İşleri Genel Şartnamesi 22. maddesi esas alınarak aynı birim fiyatı yöntemiyle hesaplanması gerektiğinden ihtilaf konusu olay hakkında verilen tazmin kararına yer verilmelidir.

Arz ederim.”

denilmiştir.

Dosyada mevcut belgelerin okunup incelenmesinden sonra,

GEREĞİ GÖRÜŞÜLDÜ:

... Tic. Ltd. Şti İş Ortaklığı yüklenimindeki ... Anadolu Lisesi Yapım İşi 21/08/2013 tarihinde anahtar teslimi götürü bedel üzerinden akdedilmiştir. Bu işe ilişkin olarak 13/02/2015 tarih ve 30934976-000-953 sayılı onayla ... TL tutarında iş artışı yapıldığı görülmüştür. İş artış onayı ve eki belgelerin incelemesi neticesinde; iş artışının tutarı hesap edilirken, artan ve eksilen imalat tutarınının her ikisinin de Çevre ve Şehircilik Bakanlığı 2012 yılı birim fiyatları esas alınarak belirlendiği, iş artış kalemleri için belirlenen bu tutarlar üzerinden yüzde 18 tenzilat yapıldığı, ancak eksilen imalat tutarınının, sözleşme bedelinin yaklaşık maliyete oranlanması ile bulunan oranın, eksilen imalat tutarıyla çarpılması suretiyle hesap edildiği, dolayısıyla iş eksiliş tutarınının Çevre ve Şehircilik Bakanlığı 2012 Yılı birim fiyatları üzerinden yüzde 32,6 tenzilatla hesaplandığı anlaşılmıştır.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 24. 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.

İşe ait sözleşmenin 27. maddesinde iş artışı, eksilişi ve işin tasfiyesi konularında ve 28. maddesinde sözleşme ve eklerinde birim fiyatı bulunmayan yeni iş kalemlerinin bedelinin hesabı konusunda Yapım İşleri Genel Şartnamesi hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 22. Maddesinde ise iş artışı dolayısıyla ortaya çıkan iş kalemlerinin fiyatlarının yeni birim fiyat yapılması sistemi içerisinde tespit edilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır.

İş artışı gerekli olduğunda, artışa isabet eden iş kalemlerinin miktar ve birim fiyatlarının hesaplanması, aynı şekilde mezkur 22. madde uyarınca hesaplama paralelliği

sağlanması açısından eksilen iş kalemlerinin de miktar ve birim fiyatlarının belirlenmesi gerekmektedir.

Nitekim Yüksek Fen Kurulunun, anahtar teslimi götürü bedel yapım işlerinde ortaya çıkan fiyat anlaşmazlığına ilişkin olarak, 23/03/2011 tarih ve 2011/5 sayılı ve 08/08/2011 tarih ve 2011/8 sayılı Kararlarında; yapımından vazgeçilen iş kalemlerine ait birim fiyatların, sözleşme eki YİĞŞ'nin 22. maddesinin kıyasen uygulanması suretiyle, bu maddede öngörülen usul ve esaslar doğrultusunda tespit edilmesine karar verilmiştir.

Yukarıda yer verilen mevzuat ve açıklamalar değerlendirildiğinde, anahtar teslimi götürü bedel işlerde bir iş artışı yapılmasına lüzum görüldüğünde, artan ve eksilen imalatların Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 22. maddesi hükmü çerçevesinde aynı yöntemle hesaplanması gerektiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle artan ve eksilen imalat kalemlerinin her ikisinin de aynı birim fiyat yöntemiyle hesaplanması, dolayısıyla artan ve eksilen imalatların her ikisine de aynı tenzilatın uygulanması gerekmektedir.

Bu itibarla, sorumlu iddialarının reddedilerek 53 sayılı İlamın 3. maddesiyle ... TL'ye ilişkin olarak verilen tazmin hükmünün TASDİKİNE, (Temyiz Kurulu Başkanı ve . Daire Başkanı ..., . Daire Başkanı ..., Üyeler ..., ..., ... ve ...'in aşağıda yazılı karşı oy gerekçelerine karşı) oyçokluğuyla Karar verildiği 07.11.2018 tarih ve 45311 sayılı tutanakta yazılı olmakla işbu ilam tanzim kılındı.

(Karşı oy gerekçesi

Temyiz Kurulu Başkanı ve . Daire Başkanı ..., . Daire Başkanı ...'nin karşı oy gerekçesi;

... Tic. Ltd. Şti İş Ortaklığı yüklenimindeki ... Anadolu Lisesi Yapım İşİ 21/08/2013 tarihinde anahtar teslimi götürü bedel üzerinden akdedilmiştir. Bu işe ilişkin olarak 13/02/2015 tarih ve 30934976-000-953 sayılı onayla ... TL tutarında iş artışı yapıldığı görülmüştür. İş artış onayı ve eki belgelerin incelemesi neticesinde; iş artışının tutarı hesap edilirken, artan ve eksilen imalat tutarının her ikisinin de Çevre ve Şehircilik Bakanlığı 2012 yılı birim fiyatları esas alınarak belirlendiği, iş artış kalemleri için belirlenen bu tutarlar üzerinden yüzde 18 tenzilat yapıldığı, ancak eksilen imalat tutarının, sözleşme bedelinin yaklaşık maliyete oranlanması ile bulunan oranın, eksilen imalat tutarıyla çarpılması suretiyle hesap edildiği, dolayısıyla iş eksiliş tutarının Çevre ve Şehircilik Bakanlığı 2012 Yılı birim fiyatları üzerinden yüzde 32,6 tenzilatla hesaplandığı anlaşılmıştır.

Anılan ihalenin yapıldığı tarihte yürürlükte olan ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa dayanılarak çıkartılan Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği eki Yapım İşleri Genel Şartnamesinin "Sözleşmede bulunmayan işlerin fiyatının tespiti" başlıklı 22. maddesinde aynen;

"(1) 12 nci maddenin 4 üncü fıkrasında belirtilen proje değişikliği şartlarının gerçekleştiği hallerde, işin yürütülmesi aşamasında idarenin gerekli görerek yapılmasını istediği ve ihale dokümanında ve/veya teklif kapsamında fiyatı verilmemiş yeni iş kalemlerinin ve/veya iş gruplarının bedelleri ile 21 inci maddeye göre sözleşme kapsamında

yaptırılacak ilave işlerin bedelleri, ikinci fıkrada 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:

1. 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.

1. b) İdarede veya diğer idarelerde mevcut olan ve yeni iş kalemine/grubuna benzerlik gösteren analizlerle kıyaslanarak bulunacak analizler.

1. 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:

1. a) Varsa yüklenicinin teklifinin ekinde idareye verdiği teklif rayiçler.

1. b) İdarede veya diğer idarelerde mevcut rayiçler.

1. 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 odasınınca 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 uyuşmazlık 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 takdirde; 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.”

Denilmektedir.

Yapım İşleri Genel Şartnamesinin bu hükmünde; sözleşmelere konu işlerin 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 Şartnamenin 21. maddesine göre sözleşme kapsamında yaptırılacak ilave işlerin bedellerinin, yine hükümde belirtilen usuller çerçevesinde yüklenici ile birlikte tespit edilen yeni birim fiyatlar üzerinden yükleniciye ödeneceği ifade edilmiştir. Buradaki düzenleme, iş kapsamında yapılacak yeni veya ilave işlerin yeni birim fiyatlarının tespitine yöneliktir.

Buna karşılık, Yapım İşleri Genel Şartnamesinde veya diğer düzenlemelerde yapımından vazgeçilen (veya eksiltelen) imalatların birim fiyatlarının nasıl belirleneceğine yönelik bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 4. maddesinde yer alan “Bu Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme

hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklerle sahiptir.” düzenlemesine ve yerleşik içtihatlarla göre, hem hakkaniyetin, hem de uygulamalar arasında eşitliğin sağlanması bakımından, bir işte iş eksilişinin olduğu durumlarda da azalan imalatların birim fiyatlarının, Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 22. maddesi kıyasen uygulanmak suretiyle tespit edilmesi gerekmektedir.

Nitekim Yüksek Fen Kurulunun, anahtar teslimi götürü bedel yapım işlerinde ortaya çıkan fiyat anlaşmazlığına ilişkin olarak, 23/03/2011 tarih ve 2011/5 sayılı ve 08/08/2011 tarih ve 2011/8 sayılı Kararlarında; yapımından vazgeçilen iş kalemlerine ait birim fiyatların, sözleşme eki YİĞŞ'nin 22. maddesinin kıyasen uygulanması suretiyle, bu maddede öngörülen usul ve esaslar doğrultusunda tespit edilmesine karar verilmiştir.

Diğer taraftan, gerek YİĞŞ'nin 22. maddesinde ve gerekse 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar ile ikincil mevzuatta; yeni iş kalemlerine ait birim fiyatların tespiti sırasında sözleşme bedeli ve yaklaşık maliyet arasındaki farktan hareketle bulunacak bir orandaki indirim girdisinin yer aldığına veya yeni fiyatların bu oranda tenzilatı tabi tutulacağına ilişkin bir hüküm de bulunmamaktadır. Bu konuda, Sayıştay Temyiz Kurulu tarafından alınan kararlarda; yeni birim fiyat tespiti yapılırken yaklaşık maliyet ile teklif bedeli arasındaki farkın, itibari ihale tenzilatı olarak kabul edilerek tespit edilen yeni birim fiyattan düşülmesi uygulamasının yasal dayanağının bulunmadığı ifade edilmiş ve bu karar tamamen müstakar hale gelmiştir.

İlama konu anahtar teslimi götürü bedel üzerinden sözleşmesi imzalanan işte; iş artışının tutarı hesap edilirken, artan ve

eksilen imalat tutarının her ikisinin de Çevre ve Şehircilik Bakanlığı 2012 yılı birim fiyatları esas alınarak belirlendiği, iş artış kalemleri için belirlenen bu tutarlar üzerinden yüzde 18 tenzilat yapıldığı, ancak eksilen imalat tutarının, sözleşme bedelinin yaklaşık maliyete oranlanması ile bulunan oranın, eksilen imalat tutarıyla çarpılması suretiyle hesap edildiği, dolayısıyla iş eksiliş tutarının Çevre ve Şehircilik Bakanlığı 2012 Yılı birim fiyatları üzerinden yüzde 32,6 tenzilatla hesaplandığı anlaşılmıştır.

İlamda ise; anahtar teslimi götürü bedel işlerde bir iş artışı yapılmasına lüzum görüldüğünde, artan ve eksilen imalatların Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 22. maddesi hükmü çerçevesinde aynı yöntemle hesaplanması gerektiği, bu nedenle artan ve eksilen imalat kalemlerinin her ikisinin de aynı birim fiyat yöntemiyle hesaplanması, dolayısıyla artan ve eksilen imalatların her ikisine de aynı tenzilatın uygulanması gerektiği gerekçesiyle tazmin hükmü kurulmuştur.

Ancak, İlama konu anahtar teslimi götürü bedel üzerinden sözleşmesi imzalanan işte, hem işin projesinde yer almadığı ifade edilen iş artışına konu yeni imalatlar için hem de iş azalışına konu olan (yapımından vazgeçilen) imalatlar için YİĞŞ hükümleri çerçevesinde yeni birim fiyatlar tespit edilmiştir. Dolayısıyla yeni birim fiyatların tespiti YİĞŞ hükümlerine uygun olarak gerçekleştirildiğinden bu aşamada mevzuata aykırı bir husus bulunmamaktadır. Buna karşılık, YİĞŞ'nin 22. maddesi ya da bir başka mevzuat hükmünde yeni birim fiyat tespiti yapılırken yaklaşık maliyet ile ihale bedeli arasındaki farkın itibari ihale tenzilatı olarak kabul edilerek (ya da başka bir tenzilat oranının) tespit edilen yeni birim fiyattan düşülmesi gerektiği şeklinde bir hüküm bulunmadığından; hem iş eksilişine konu (yapımından vazgeçilen) tüm imalatların hem de ilave işler nedeniyle iş

artışına konu tüm imalatların fiyatlarının, YİĞŞ'nin 22. maddesi doğrultusunda herhangi bir tenzilat uygulanmaksızın tespit edilmesi (ve bunun sonucunda olması gereken iş artışı ve eksiliş tutarlarının İdarece belirlenen tutarlarla mukayese edilmesi sonucu kamu zararı oluşacak olursa bunun hesabının yapılması) gerekmektedir.

Buna göre, artan ve eksilen imalatların birim fiyatlarının YİĞŞ'nin 22. maddesi doğrultusunda herhangi bir tenzilat uygulanmaksızın tespit edilmesi gerektiği gerekçesiyle olması gereken iş artışı ve eksiliş tutarlarının İdarece belirlenen tutarlarla mukayese edilerek yeniden yapılan hesaplama sonucu kamu zararı tutarı ... TL olarak belirlenmiştir.

Bu itibarla, 53 sayılı İlamın 3. maddesi ile tazmin hükmolunan ... TL'den mevzuata uygun olarak ödenen ... TL'nin düşülerek kalan ... TL'nin Harcama Yetkilisi ... ile Gerçekleştirme Görevlileri ... ve ...'nin uhdelerinde bırakılmak suretiyle ilam hükmünün ... TL olarak Düzeltilerek Tasdikine karar verilmesi gerekir.

Üyeler ..., ..., ... ve ...'in karşı oy gerekçesi;

... Tic. Ltd. Şti İş Ortaklığı yüklenimindeki ... Anadolu Lisesi Yapım İşİ 21/08/2013 tarihinde anahtar teslimi götürü bedel üzerinden akdedilmiştir. Bu işe ilişkin olarak 13/02/2015 tarih ve 30934976-000-953 sayılı onayla ... TL tutarında iş artışı yapıldığı görülmüştür. İş artışı onayı ve eki belgelerin incelemesi neticesinde; iş artışının tutarı hesap edilirken,

artan ve eksilen imalat tutarının her ikisinin de Çevre ve Şehircilik Bakanlığı 2012 yılı birim fiyatları esas alınarak belirlendiği, iş artış kalemleri için belirlenen bu tutarlar üzerinden yüzde 18 tenzilat yapıldığı, ancak eksilen imalat tutarının, sözleşme bedelinin yaklaşık maliyete oranlanması ile bulunan oranın, eksilen imalat tutarıyla çarpılması suretiyle hesap edildiği, dolayısıyla iş eksiliş tutarının Çevre ve Şehircilik Bakanlığı 2012 Yılı birim fiyatları üzerinden yüzde 32,6 tenzilatla hesaplandığı anlaşılmıştır.

Anılan ihalenin yapıldığı tarihte yürürlükte olan ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa dayanılarak çıkartılan Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği eki Yapım İşleri Genel Şartnamesinin "Sözleşmede bulunmayan işlerin fiyatının tespiti" başlıklı 22. maddesinde aynen;

"(1) 12 nci maddenin 4 üncü fıkrasında belirtilen proje değişikliği şartlarının gerçekleştiği hallerde, işin yürütülmesi aşamasında idarenin gerekli görerek yapılmasını istediği ve ihale dokümanında ve/veya teklif kapsamında fiyatı verilmemiş yeni iş kalemlerinin ve/veya iş gruplarının bedelleri ile 21 inci maddeye göre sözleşme kapsamında yaptırılacak ilave işlerin bedelleri, ikinci fıkrada 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:

1. 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.

1. b) İdarede veya diğer idarelerde mevcut olan ve yeni iş kalemine/grubuna benzerlik gösteren analizlerle kıyaslanarak bulunacak analizler.

1. 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 aşığıdaki rayiçlerden biri, birkaçı veya tamamı uygulanabilir:

1. a) Varsa yüklenicinin teklifinin ekinde idareye verdiği teklif rayiçler.

1. b) İdarede veya diğer idarelerde mevcut rayiçler.

1. 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 odasınınca 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 uyuşmazlık 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 takdirde; 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.”

Denilmektedir.

Yapım İşleri Genel Şartnamesinin bu hükmünde; sözleşmelere konu işlerin 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 Şartnamenin 21. maddesine göre sözleşme kapsamında yaptırılacak ilave işlerin bedellerinin, yine hükümde belirtilen usuller çerçevesinde yüklenici ile birlikte tespit edilen yeni birim fiyatlar üzerinden yükleniciye ödeneceği ifade edilmiştir. Buradaki düzenleme, iş kapsamında yapılacak yeni veya ilave işlerin yeni birim fiyatlarının tespitine yöneliktir.

Buna karşılık, Yapım İşleri Genel Şartnamesinde veya diğer düzenlemelerde yapımından vazgeçilen (veya eksiltilen) imalatların birim fiyatlarının nasıl belirleneceğine yönelik bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 4. maddesinde yer alan "Bu Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülükler sahiptir." düzenlemesine ve yerleşik içtihatlarla göre, hem hakkaniyetin, hem de uygulamalar arasında eşitliğin sağlanması bakımından, bir işte iş eksilişinin olduğu durumlarda da azalan imalatların birim fiyatlarının, Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 22. maddesi kıyasen uygulanmak suretiyle tespit edilmesi gerekmektedir.

Nitekim Yüksek Fen Kurulunun, anahtar teslimi götürü bedel yapım işlerinde ortaya çıkan fiyat anlaşmazlığına ilişkin olarak, 23/03/2011 tarih ve 2011/5 sayılı ve 08/08/2011 tarih

ve 2011/8 sayılı Kararlarında; yapımından vazgeçilen iş kalemlerine ait birim fiyatların, sözleşme eki YİĞŞ'nin 22. maddesinin kıyasen uygulanması suretiyle, bu maddede öngörülen usul ve esaslar doğrultusunda tespit edilmesine karar verilmiştir.

Diğer taraftan, gerek YİĞŞ'nin 22. maddesinde ve gerekse 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar ile ikincil mevzuatta; yeni iş kalemlerine ait birim fiyatların tespiti sırasında sözleşme bedeli ve yaklaşık maliyet arasındaki farktan hareketle bulunacak bir orandaki indirim girdisinin yer aldığına veya yeni fiyatların bu oranda tenzilatı tabi tutulacağına ilişkin bir hüküm de bulunmamaktadır. Bu konuda, Sayıştay Temyiz Kurulu tarafından alınan kararlarda; yeni birim fiyat tespiti yapılırken yaklaşık maliyet ile teklif bedeli arasındaki farkın, itibari ihale tenzilatı olarak kabul edilerek tespit edilen yeni birim fiyattan düşülmesi uygulamasının yasal dayanağının bulunmadığı ifade edilmiş ve bu karar tamamen müstakar hale gelmiştir.

İlama konu anahtar teslimi götürü bedel üzerinden sözleşmesi imzalanan işte; iş artışının tutarı hesap edilirken, artan ve eksilen imalat tutarının her ikisinin de Çevre ve Şehircilik Bakanlığı 2012 yılı birim fiyatları esas alınarak belirlendiği, iş artış kalemleri için belirlenen bu tutarlar üzerinden yüzde 18 tenzilat yapıldığı, ancak eksilen imalat tutarının, sözleşme bedelinin yaklaşık maliyete oranlanması ile bulunan oranın, eksilen imalat tutarıyla çarpılması suretiyle hesap edildiği, dolayısıyla iş eksiliş tutarının Çevre ve Şehircilik Bakanlığı 2012 Yılı birim fiyatları üzerinden yüzde 32,6 tenzilatla hesaplandığı anlaşılmıştır.

İlamda ise; anahtar teslimi götürü bedel işlerde bir iş artışı

yapılmasına lüzum görüldüğünde, artan ve eksilen imalatların Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 22. maddesi hükmü çerçevesinde aynı yöntemle hesaplanması gerektiği, bu nedenle artan ve eksilen imalat kalemlerinin her ikisinin de aynı birim fiyat yöntemiyle hesaplanması, dolayısıyla artan ve eksilen imalatların her ikisine de aynı tenzilatın uygulanması gerektiği gerekçesiyle tazmin hükmü kurulmuştur.

Ancak, İlama konu anahtar teslimi götürü bedel üzerinden sözleşmesi imzalanan işte, hem işin projesinde yer almadığı ifade edilen iş artışına konu yeni imalatlar için hem de iş azalışına konu olan (yapımından vazgeçilen) imalatlar için YİĞŞ hükümleri çerçevesinde yeni birim fiyatlar tespit edilmiştir. Dolayısıyla yeni birim fiyatların tespiti YİĞŞ hükümlerine uygun olarak gerçekleştirildiğinden bu aşamada mevzuata aykırı bir husus bulunmamaktadır. Buna karşılık, YİĞŞ'nin 22. maddesi ya da bir başka mevzuat hükmünde yeni birim fiyat tespiti yapılırken yaklaşık maliyet ile ihale bedeli arasındaki farkın itibari ihale tenzilatı olarak kabul edilerek (ya da başka bir şekilde tespit edilen tenzilat oranının) tespit edilen yeni birim fiyattan düşülmesi gerektiği şeklinde bir hüküm bulunmadığından; hem iş eksilişine konu (yapımından vazgeçilen) tüm imalatların hem de ilave işler nedeniyle iş artışına konu tüm imalatların fiyatlarının, YİĞŞ'nin 22. maddesi doğrultusunda herhangi bir tenzilat uygulanmaksızın tespit edilmesi ve bunun sonucunda olması gereken iş artışı ve eksiliş tutarlarının İdarece belirlenen tutarlarla mukayese edilmesi sonucu kamu zararı oluşacak olursa bunun hesabının yapılması gerekmektedir.

Öte yandan bilindiği üzere, Yüksek Fen Kurulu (YFK) ilgili mevzuat ile kendisine verilen görev ve yetkiler çerçevesinde, kamu kurum ve kuruluşlarınca yapım işlerine ilişkin olarak akdedilen sözleşmelerin yürütülmesinde ortaya çıkan

anlaşmazlıkların giderilmesine yönelik karar ve görüşler üretmektedir. Bu çerçevede, Çevre Ve Şehircilik Bakanlığı Yüksek Fen Kurulu Başkanlığının Çalışma Usûl Ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin "Başkanlığın görevleri" başlıklı 5 inci maddesinin (1/a) bendinde;

"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."

denilmek suretiyle, YİĞŞ hükümleri uyarınca idareler ile yükleniciler arasında ortaya çıkan yeni fiyat tespitine ilişkin anlaşmazlıklarda nihai karar mercii olarak yetkilendirilmiştir. Bu çerçevede YFK, 4735 sayılı Kanun çerçevesinde yürütülen yapım işlerinde, yeni fiyatların tespiti konusunda ortaya çıkan anlaşmazlıklara ilişkin olarak, yeni fiyatların tespiti sırasında herhangi bir tenzilat uygulamasına gidilmemesi gerektiği yönünde çok sayıda kararlar vermiştir. Nihayet YFK, 15 Kasım 2013 tarihinde yayımlanmış olduğu 2013/38 sayılı Genelgede yapmış olduğu;

"1.Sözleşmesinde fiyatı bulunmayan işlerin fiyatının tespitine ilişkin olarak:

1.1.(...)

Keza, YİĞŞ'nin ödemelerle ilgili geçici hakediş raporları başlıklı 39 ve kesin hakediş raporu ve hesap kesilmesi başlıklı 40 ıncı maddeleri incelendiğinde görüleceği üzere, gerek teklif birim fiyat ve gerekse anahtar teslimi götürü bedel esasına göre yapılan yapım işlerine ait hakedişlerin düzenlenmesine ilişkin usûl ve esaslar içerisinde de, bir indirim oranının uygulanacağına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.

Bunun yanı sıra, birim fiyatlara ait girdiler esas itibarıyla malzeme, işçilik, makine ve yüklenici kârı ve genel giderlerden oluşmakta olup bu girdiler arasında, gerek YİĞŞ'nin 22 nci maddesi hükmünde ve gerekse, 4734 ve 4735 sayılı kanunlar ile ikincil mevzuatlarında, yeni iş kalemlerine ait birim fiyatların tespiti sırasında sözleşme bedeli ve yaklaşık maliyet arasındaki farktan hareketle bulunacak bir orandaki indirim girdisinin yer aldığına veya yeni fiyatların bu oranda tenzilatı tabi tutulacağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır.

(...)

4734 ve 4735 sayılı kanunlar ile ikincil mevzuatlarına göre hazırlanan yaklaşık maliyet hesap cetvelinin, 2886 sayılı Kanun kapsamında yapılan ihalelerde hazırlanan keşif özeti gibi ihale dokümanları arasına konularak sözleşme ekinde yer verilmesi gereken bir belge olmadığı da dikkate alındığında, yükleniciyi bağlayıcı bir yönünün olmadığı konusunda herhangi bir duraksamaya mahal bulunmamaktadır.

2886 sayılı Kanuna göre ihale edilen birim fiyat sözleşmelerde

istekliler, idare tarafından hazırlanan keşif özeti üzerinden indirim yapmak suretiyle ihale bedelini oluşturmakta ve yapılan bu tenzilat oranı aynı zamanda ihale dokümanları arasında yer alan birim fiyatlar için de geçerli olmakta, bir başka ifade ile, keşif özeti olmadan teklif verilmesi söz konusu olmamaktadır. 4734 sayılı Kanuna göre ihale edilen birim fiyat sözleşmelerde ise; 2886 sayılı Kanundan farklı olarak istekliler tekliflerini yaklaşık maliyetten bağımsız olarak oluşturmakta olup, birinde keşif bedeli ve ihale bedeli ayrı ayrı yer almakta iken, diğesinde sadece ihale bedeli söz konusu olmaktadır. Bu itibarla, her iki sistemin hukuki durumu ve sonuçları tabii olarak farklılık oluşturmaktadır. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun İlkeler başlıklı 4 üncü maddesinde; "...Bu Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülöklere sahiptir. İhale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensiplere aykırı maddelere yer verilemez. Kanunun yorum ve uygulanmasında bu prensip göz önünde bulundurulur." hükmü mevcut olup, yürürlükteki ihale mevzuatı ile sözleşme ve eklerinde belirtilmemiş bir hususun, varmış gibi kabul edilmek suretiyle bir yorumlama ve uygulama yapılması, bu hüküm ile de bağdaşmamaktadır.

Bütün bu hususlar birlikte dikkate alındığında; YİĞŞ'ne göre yeni birim fiyatların tespiti sırasında, sözleşme bedeli ve yaklaşık maliyetten hareketle bulunacak bir oranda fiyatların tenzilatı tabii tutulmasına ilişkin hüküm bulunan sözleşmelerde, bu doğrultuda uygulama yapılması, ancak, bu Genelgeden sonra ihale edilecek işlerde, bu mahiyette düzenlemelerin yapılmaması, bunun yerine, ihale dokümanları arasında yer alan sözleşme tasarısı ve idari şartnamesinin diğere hususlar bölümünde, yeni fiyat tespitinde yüklenici kârı ve genel gider oranının ne alınacağına ilişkin düzenlemenin yapılması uygun olacaktır. Bu şekilde yapılacak uygulamalar

ile muhtemel ihtilaflar da önlenmiş olacaktır.”

Şeklindeki düzenlemeler ile bu görüşünü müstakar hale getirmiş.

Bu itibarla, iş artışı ve eksiliş tutarlarının, tenzilatsız rakamlar üzerinden yeniden hesaplanarak, İdarece belirlenen tutarlarla mukayese edilmesi sonucu kamu zararı oluşacak olursa bunun hesabının yapılması, konunun bu yönden tekrar değerlendirilmesini ve İlamda tazmin hükmedilen kamu zararı tutarının yeniden belirlenmesini teminen hüküm tesisi için 53 sayılı İlamın 3. maddesiyle verilen tazmin hükmünün Bozularak dosyanın ilgili Dairesine Tevdiine karar verilmesi gerekir.)