

**Hizmet Alımlarına İlişkin
Fiyat Farkı Hesabında
Uygulanacak Esaslar maddesine
göre asgari ücret fiyat farkı
ödendiği halde Esaslar
maddesine göre hesaplanıp
ödenen fiyat farkı hesabında
asgari ücrete dayalı
işçiliklerin oranını temsil
eden a1 katsayısının
belirlenip dikkate alınmadığı
ve bu suretle de toplam *TL
tutarında kamu zararı hk**

Kamu İdaresi Türü

Belediyeler ve Bağlı İdareler

Yılı

2012

Dairesi 6

Karar No

570

İlam No

554

Tutanak Tarihi

16.10.2018

Kararın Konusu İhale Mevzuatı ile İlgili Kararlar

.... tarih ve ... sayılı Ek İlam hükmü ile ilgili olarak Temyiz Kurulunun tarihli ve tutanak numaralı bozma kararı üzerine 6085 sayılı Sayıştay Kanunu'nun 55'inci maddesinin yedinci fıkrası hükmü gereğince konunun görüşülmesine karar verildi.

.... tarih ve sayılı İlamın 11'inci maddesi ile Ltd. Şti.- ... Tic. Ltd. Şti. Ortak Girişimi arasında ... tarihinde yapılan " Hizmet Alım İşİ"ne ilişkin ödenen fiyat farklarında 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhalesi Yapılacak Olan Hizmet Alımlarına İlişkin Fiyat Farkı Hesabında Uygulanacak Esaslar'ın 8'inci maddesine göre asgari ücret fiyat farkı ödendiği halde, Esaslar'ın 7'nci maddesine göre hesaplanıp ödenen fiyat farkı hesabında, asgari ücrete dayalı işçiliklerin oranını temsil eden al katsayısının belirlenip dikkate alınmadığı ve bu suretle de toplam ... TL tutarında kamu zararına neden olduğu gerekçesi ile bu tutarın tazminine karar verilmişti.

Bu tazmin hükmünün Sayıştay Temyiz Kurulunca tarih ve tutanak numaralı İlamıyla bozulması üzerine konu 6085 sayılı Sayıştay Kanunu'nun 55'inci maddesinin yedinci fıkrası hükmü gereğince yeniden hükme bağlanmak üzere görüşülmüş ve bu görüşme sonucunda düzenlenen tarihli ve sayılı Ek İlamın 2'nci maddesinde, söz konusu İş kapsamında bulunan 0,73 oranındaki işçiliğin tamamı a2 olarak kabul edilerek yapılan yeniden hesaplama sonucunda kamu zararı ... TL olarak tespit

edilip sorgu konusu toplam ... TL'nin ... TL'si tahsil edildiğinden ilişilecek husus kalmadığına geriye kalan ... TL'si için ise ilişilecek husus bulunmadığına karar verilmişti.

... tarihli ve ... sayılı bu Ek İlam hükmüne karşı sorumlulardan ..., ..., ... ve ... adlarına Avukat ... tarafından Sayıştay Temyiz Kuruluna yapılan temyiz başvurusu üzerine ise anılan Kurulca ... tarihli ve ... tutanak sayılı İlamla;

“...

... 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun “Fiyat Farkı Verilebilmesi” başlıklı “Sözleşmelerde yer alan fiyat farkına ilişkin esas ve usullerde sözleşme imzalandıktan sonra değişiklik yapılamaz” şeklindeki 8 inci maddesi ile Esasların 7 nci maddesinde yer alan ihaleden önce idarece belirlenerek ihale dokümanında gösterilen sabit katsayıların sözleşmenin uygulanması sırasında hiçbir gerekçeyle değiştirilemeyeceği hükmü yine Esasların sözleşmede yer alan fiyat farkına ilişkin esas ve usullerde sözleşme imzalandıktan sonra değişiklik yapılamaz yönündeki 9 uncu maddesi hükmü gereği;

İhaleden önce idarece tespit edilip sözleşmenin 14 üncü, idari şartnamenin 47 nci maddesinde belirlenmiş olan (b1:0,40 d:0,60 = 1) katsayıların sözleşmenin uygulanması sırasında değiştirilemeyeceğinin kabulü ile konu yeniden değerlendirildiğinde ;

Sözleşme ve şartnamede 7 ve 8 inci maddelere göre fiyat farkı

verileceği belirtildikten sonra uygulamada, Esasların 7 nci maddesine göre yapılan fiyat farkı hesabında b1 ve d sabit katsayılarına toplamı bire eşit olacak şekilde oran tespit edilip işşiliğe ilişkin ağırlık oranını içeren bir katsayı belirlenmediği için akaryakıt ile makine ve ekipmana dayalı bir fiyat farkı ödendiği dolayısıyla 7 nci maddenin kendi içinde b1 ve d katsayıları toplamı ile “1’e eşit olma” koşulu sağlandığı için 7 ve 8 inci maddelerle verilen toplam fiyat farkına bakıldığında ayrıca 8 inci maddeye göre yapılan fiyat farkı ödemesi ile “1’e eşit olma” sınırı aşılmış olmaktadır. Bu durumda 8 inci maddeye göre asgari ücrete dayalı işşilik için fiyat farkı ödenmesi mevzuata aykırılık teşkil etmektedir.

Ayrıca sözleşme ve eki idari şartnamede, fiyat farkının yürürlükteki Fiyat Farkı Kararnamesi hükümlerine göre ödeneceği hükme bağlandığı halde, fiyat farkının yürürlükteki Fiyat Farkı Kararnamesi hükümlerine aykırı hesaplanıp ödenmesi, sözleşme ve eki ihale dokümanının mevzuata uygun düzenlenmemiş olmasından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla,  deme aşamasındaki işlemleri yapan kamu görevlilerinin sorumluluğu bulunmamaktadır.”

denilerek yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde kamu zararının yeniden hesaplanması ve mevzuata aykırı ödemede ihale dokümanını hazırlayanların sorumlu tutulmasının temini için ... sayılı Ek İlam ile verilen hükmün bozulmasına ve dosyanın Dairemize gönderilmesine karar verilmiştir.

Bu defa Temiyiz Kurulunun anılan kararlarına istinaden Dairemize havale edilen söz konusu dosya ile bu dosyaya ilişkin olarak Denetçi tarafından yazılan ... tarihli Ek Raporun okunup incelenmesinden ve sorumlulardan ,, ve

....'ı temsilen Av., yine sorumlulardan ... ve fer'i müdahil olan Ortak Girişim adına ... (... Şti. Yetkilisi.) ve ... (... Ltd. Şti. Yetkilisi.) ile Sayıştay Savcısının sözlü açıklamalarının dinlenmesinden sonra gereği düşünüldü:

... Şti.- ... Ltd. Şti. Ortak Girişimi arasında ... tarihinde yapılan " ... Hizmet Alım İşi"ne ilişkin ödenen fiyat farklarında 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhalesi Yapılacak Olan Hizmet Alımlarına İlişkin Fiyat Farkı Hesabında Uygulanacak Esasların 8'inci maddesine göre asgari ücret fiyat farkı ödendiği halde, Esasların 7'nci maddesine göre hesaplanıp ödenen fiyat farkı hesabında, asgari ücrete dayalı işçiliklerin oranını temsil eden al katsayısının belirlenip dikkate alınmadığı görülmüştür.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhalesi Yapılacak Olan Hizmet Alımlarına İlişkin Fiyat Farkı Hesabında Uygulanacak Esaslar'ın 7'nci maddesinde ise aynen,

"Fiyat farkı aşağıdaki formüle göre hesaplanır:

$$F = A_n \times B \times (P_n - 1)$$

$\dot{I}_n$ Y_n G_n K_n M_n

$$P_n = [a_1 + a_2 \text{ — } + b_1 \text{ — } + b_2 \text{ — } + c \text{ — } + d \text{ — }]$$

İo Yo Go Ko Mo

Formülde ;

F: Fiyat farkını (TL),

An: İlk geçici hakedişte (n=1) olmak üzere (n) inci hakedişte, teklif birim fiyatlı işlerde uygulama ayında gerçekleşen iş kalemlerinin sözleşme fiyatlarıyla çarpılması sonucu bulunan tutarı (TL); götürü bedel işlerde ise, uygulama ayı ilerleme yüzdesine göre gerçekleşen iş grubu ve/veya iş kalemi imalat miktarlarının sözleşme fiyatlarıyla çarpılması sonucu bulunan tutarı (TL),

B : 0,90 katsayısını,

Pn : İlk geçici hakedişte (n=1) olmak üzere (n) inci hakedişte, fiyat farkı hesabında kullanılan temel indeksler ve güncel indeksler ile a1, a2, b1, b2, c ve d değerlerinin ağırlık oranları temsil katsayılarının yukarıdaki formüle uygulanması sonucu bulunan fiyat farkı katsayısını,

a1: Sözleşme kapsamındaki işlerin yapılmasında kullanılacak ve bu Esasların 8 inci maddesine göre artış farkı ödenecek olan asgari ücrete dayalı işçiliklerin oranını temsil eden ve yukarıdaki formülde artış öngörülme-yen sabit bir katsayıyı,

a2: Sözleşme kapsamındaki işlerin yapılmasında kullanılacak olan ve a1 katsayısının dışındaki işçiliklerin ağırlık oranını temsil eden sabit bir katsayıyı,

b1: Sözleşme kapsamındaki işlerin yapılmasında kullanılacak akaryakıtın ağırlık oranını temsil eden sabit bir katsayıyı,

b2: (Değişik: 07.05.2004- 25455/ 2 md.) Sözleşme kapsamındaki işlerin yapılmasında kullanılacak diğer malzeme veya diğer hizmet girdilerini temsil eden sabit bir katsayıyı,

c: Sözleşme kapsamındaki işlerin mühendislik ve müşavirlik oranını temsil eden sabit bir katsayıyı,

d: Sözleşme kapsamındaki işlerin yapılmasında kullanılacak makine ve ekipmanın amortismanına ilişkin ağırlık oranını temsil eden sabit bir katsayıyı,

İfade eder.

a1, a2, b1, b2, c ve d sabit katsayılarından biri, birkaçı veya tamamının, ihale konusu hizmetteki oranı dikkate alınmak suretiyle ve toplamı bire (1.00) eşit olacak şekilde ihaleden önce idarece belirlenerek ihale dokümanında gösterilmesi zorunludur. Bu sabit katsayılar, sözleşmenin uygulanması sırasında hiçbir gerekçeyle değiştirilemez.

Formüldeki temel indeksler (o) ve güncel indeksler (n) ise;

I_o , I_n : İşçilikle ilgili temel asgari ücreti ve güncel asgari ücreti,

Y_o , Y_n : Akaryakıt temel indeksleri ve güncel indeksleri; Başbakanlık Devlet İstatistik Enstitüsü tarafından aylık yayımlanan (1994=100) bazlı Tablo-2: Toptan Eşya Fiyatları İndeks Sayıları Tablosunun “Kok Kömürü, Rafine Edilmiş Petrol Ürünleri” satırındaki sayıyı,

G_o , G_n : Akaryakıt dışındaki malzemelerin temel indeksleri ve güncel indeksleri; Başbakanlık Devlet İstatistik Enstitüsü tarafından aylık yayımlanan (1994=100) bazlı Tablo-2: Toptan Eşya Fiyatları İndeks Sayıları Tablosunun “Genel” satırındaki sayıyı,

K_o , K_n : Mühendislik ve müşavirlikle ilgili temel aylık katsayısı ve güncel aylık katsayısını,

M_o , M_n : Makine ve ekipmana ait amortismanın temel indeksleri ve güncel indeksleri; Başbakanlık Devlet İstatistik Enstitüsü tarafından aylık yayımlanan (1994=100) bazlı Tablo 2: Toptan Eşya Fiyatları İndeks Sayıları Tablosunun “Makine ve Teçhizat İmalatı” satırındaki sayıyı,

İfade eder.

Yukarıda yer alan indekslerden biri veya birkaçının sözleşmenin uygulanması sırasında Başbakanlık Devlet İstatistik Enstitüsü tarafından değiştirilmesi halinde değiştirilen indekse eşdeğer yeni bir indeks belirlenir ise bu indeks; yeni bir indeks belirlenmez ise Başbakanlık Devlet İstatistik Enstitüsü tarafından aylık yayımlanan (1994=100) bazlı Tablo- 2: Toptan Eşya Fiyatları İndeks Sayıları Tablosunun “Genel” satırındaki sayı esas alınarak fiyat farkı hesaplanır.”

denilerek fiyat farkı formülünde yer alan ve ihaleden önce idarece belirlenerek ihale dokümanında gösterilmesi zorunlu olan a_1 , a_2 , b_1 , b_2 , c ve d sabit katsayılarının ihale konusu hizmetteki oranları dikkate alınmak suretiyle tespit edilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır.

Yine aynı Esasların 8’inci maddesinde,

“İhale konusu hizmetin gerçekleştirilebilmesi için çalıştırılacak 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa tabi personelin, sayı ve günlük çalışma saatinin belirtilmesi kaydıyla;

1. a) Asgari ücret tespit komisyonunca ihale (son teklif verme) tarihinde 16 yaşını doldurmuş işçiler için belirlenmiş asgari ücretin değiştirilmesi halinde eski ve yeni asgari ücret arasındaki fark,

1. b) İhale (son teklif verme) tarihi itibarıyla işveren tarafından karşılanacak olan sosyal sigorta primi ve

işsizlik sigortası primine ilişkin toplam tutarda; asgari ücret değişikliği veya sigorta primi alt sınır değişikliği ile prim oranları değişikliği gibi sebeplerle meydana gelecek fark,

1. c) 506 sayılı Kanunun 77 nci maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde sözleşmede öngörülen ücret ekleri nedeniyle, işveren tarafından karşılanmakta olan sosyal sigorta primi ve işsizlik sigorta primine ilişkin toplam tutarda meydana gelecek fark,

toplamı (a), (b) ve (c) bentleri toplamı), 506 sayılı Kanun gereğince işveren nâm ve hesabına Hazinece yapılacak olan ödemeler de dikkate alınmak suretiyle bu Esasların 7 nci maddesi uygulanmaksızın ödenir veya kesilir.”

denilerek ihale tarihi itibarıyla geçerli olan asgari ücret ve diğer işçilik maliyetlerindeki değişiklikten kaynaklanan fiyat farkı ödemesinin esasları açıklanmıştır.

22.08.2009 tarih ve 27327 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Kamu İhale Genel Tebliği'nin “Personel ücretleri ile ilgili fiyat farkı hesabı” başlıklı 83'üncü maddesinde de;

“83.1. Çalışan personele asgari ücretin üzerinde bir ödeme öngörülmekle birlikte hizmet alımlarına ilişkin fiyat farkı esaslarının sadece 8 inci maddesinin uygulanacağı hizmet alımı ihalelerinde, ihale tarihi itibarıyla geçerli brüt asgari ücretin artması halinde anılan madde gereği asgari ücretteki artış miktarı kadar fiyat farkı hesaplanacaktır.

83.2. Fiyat Farkı Esaslarının bütün olarak uygulandığı ve işçiliğin a2 olarak belirlendiği hizmet alımı ihalelerinde ise Esasların 7 nci maddesi gereği ihale tarihi itibarıyla geçerli brüt asgari ücretteki artış oranı kadar fiyat farkı hesaplanacaktır. Esaslar bütün olarak uygulanmakla birlikte asgari ücretin üzerinde bir ödeme öngörülen işçilik a1 olarak belirlenmişse 8 inci madde gereği asgari ücretteki artış miktarı kadar hesaplama yapılacaktır.

83.3. Asgari ücretin üzerinde bir ödeme öngörülen personelin çalıştırıldığı işlerde Fiyat Farkı Esaslarının sadece 8 inci maddesi uygulandığında asgari ücretteki değişiklik sonrasında yüklenici bu personelin ücretini asgari ücretteki artış miktarı kadar, Esasların tümü uygulanarak işçiliğin a2 olarak belirlendiği hallerde ise asgari ücretteki artış oranı kadar artırabileceğinden ücret bordrosu da buna göre düzenlenecektir.

83.4. Esasların 7 nci maddesine göre fiyat farkı hesaplanmakla birlikte asgari ücretin üzerinde bir ödeme öngörülen işçilik a1 olarak belirlenmişse a1 için 8 inci madde gereği yüklenici, bu personelin ücretini asgari ücret artış miktarı kadar artırmak zorunda olacak, asgari ücretteki artış oranını uygulama zorunluluğu olmayacaktır.

83.5. Esasların 7 nci maddesinin uygulandığı işlerde, a1 olarak belirlenen işçiliğin fiyat farkı 8 inci maddeye göre hesaplanacak, 7 nci maddeye göre hesaplanan fiyat farkı formülünde a1'e yer verilmekle birlikte formül gereği a1 için herhangi bir artış katsayısı uygulanmayacağından fiyat farkı hesabına herhangi bir etkisi olmayacak, sonuçta 7 ve 8 inci

maddeler gereği ayrı ayrı hesaplanacak tutarların toplamı, ödenecek veya kesilecek toplam fiyat farkını oluşturacaktır.

83.6. İdari şartnamede hem a1 hem de a2 için katsayı belirlenmişse bu durumda toplam fiyat farkı 7 ve 8 inci maddeye göre hesaplanan fiyat farklarının toplamından oluşacaktır.”

hükmüne yer verilmiştir.

Görüldüğü üzere anılan mevzuat hükümlerine göre a1, a2, b1, b2, c ve d sabit katsayılarından biri, birkaçı veya tamamının, ihale konusu hizmetteki oranı dikkate alınmak suretiyle ve toplamı bire (1.00) eşit olacak şekilde ihaleden önce idarece belirlenerek ihale dokümanında gösterilmesi zorunludur. Dolayısı ile anılan Esaslar'ın 7 ve 8'inci maddeleri hükümlerine göre fiyat farkı verilmesinin öngörüldüğü durumlarda, a1 katsayısının ihale konusu hizmetteki oranı dikkate alınmak suretiyle ihaleden önce idarece belirlenerek ihale dokümanında gösterilmesi gerekmektedir.

.... ile Ltd. Şti.- Ltd. Şti. Ortak Girişimi arasında tarihinde yapılan “.... Hizmet Alım İşi”nde yaklaşık maliyet ...TL olup sabit katsayıların yaklaşık maliyetteki oranı ise aşağıdaki gibidir:

SABİT KATSAYILAR YAKLAŞIK MALİYETTEKİ TUTARI (a)

(TL)

YAKLAŞIK MALİYETTEKİ ORANI

(a) / (b)

a1 Sözleşme kapsamındaki işlerin yapılmasında kullanılacak ve bu Esasların 8 inci maddesine göre artış farkı ödenecek olan asgari ücrete dayalı işçiliklerin oranını temsil eden ve yukarıdaki formülde artış öngörülmeyen sabit bir katsayıyı ... 0,73

b1 Sözleşme kapsamındaki işlerin yapılmasında kullanılacak akaryakıtın ağırlık oranını temsil eden sabit bir katsayıyı, ... 0,16

d Sözleşme kapsamındaki işlerin yapılmasında kullanılacak makine ve ekipmanın amortismanına ilişkin ağırlık oranını temsil eden sabit bir katsayıyı 0,11

TOPLAM (b) ... 1,00

Söz konusu İşin yaklaşık maliyetine bakıldığında da işin bedelinin üç unsurdan oluştuğu, bu unsurlardan birinin de işçilik olduğu ve işçilik unsurunun yaklaşık maliyet bedeli içindeki ağırlığının 0,73 oranında olduğu, diğer iki unsurun ağırlığının; b1 katsayısıyla temsil edilenin 0,16, d sabit katsayısıyla temsil edilenin ise 0,11 oranında olduğu açıkça gözükmemektedir. Buna rağmen ihale dokümanında, işçiliği temsil eden a1 katsayısı için her hangi bir oran belirlenmeyip, işin tamamı diğer iki unsurdan oluşuyormuş gibi sadece bu iki unsuru temsil eden b1 ve d sabit katsayıları için toplamaları bire eşit olacak şekilde sırasıyla 0,40 ve 0,60 şeklinde oran belirlenmesi anılan mevzuat hükümlerine aykırılık oluşturur.

Esaslar'ın 7'nci maddesinde yer alan fiyat farkı formülü incelendiğinde görüleceği üzere, Pn değerinden 1 rakamı düşülmektedir. Toplamları 1'e eşit olmak durumunda olan a1, a2, b1, b2, c ve d katsayılarının kullanıldığı Pn değerinin bulunmasına ilişkin formülde de a1 katsayısının yanında herhangi bir çarpan bulunmamaktadır. Dolayısıyla ihale konusu hizmet kapsamında Esaslar'ın 8'inci maddesine göre artış farkı ödenecek olan asgari ücrete dayalı işçiliğin olduğu durumlarda, a1 için mutlaka bir oran belirlenmesi gerekir. Aksi takdirde a1 katsayısıyla temsil edilen işçilik için Esaslar'ın 8'inci maddesinin yanında ayrıca ihale kapsamındaki diğer unsurlar üzerinden fiyat farkı ödenmesine yol açılır.

Söz konusu İşte de ihale dokümanında Esaslar'ın 7 ve 8'inci maddelerine göre fiyat farkı verilmesi öngörüldüğünden a1 katsayısı için bir oran mutlaka belirlenmiş olması gerekir idi. Esaslar'ın 8'inci maddesine göre fiyat farkı verildiği halde, a1 için bir oran belirlenmemesi, işçiliğin ihale konusu hizmetteki oranı $(1 - 0,27 (0,16 + 0,11 = 0,27) = 0,73)$ kadar 7'inci madde kapsamında ayrıca fiyat farkı ödemesine sebebiyet vermiştir. Bir anlamda a1 katsayısının hizmetteki ağırlık

oranı olan 0.73'ün dikkate alınmamasıyla 7'nci maddeye göre hesaplanan fiyat farkının hesabında sabit katsayılar toplamının 1.73 olmasına sebebiyet verilmiştir.

Konuya ilişkin sayılı İlamın 11'inci maddesinde de İşin İdari Şartnamesinin 47'nci maddesi ile Sözleşmenin 14'üncü maddesinde Esaslar'ın 8'inci maddesine göre fiyat farkının hesaplanmasının öngörülmesi ve fiilen de bu madde hükmüne göre fiyat farkının hesaplanıp ödenmesi hususları dikkate alınarak söz konusu iş kapsamındaki işçiliğin tamamının al niteliğindeki işçilik olduğu kabul edilmiş ve buna göre yapılan hesap sonucunda tespit edilen ... TL kamu zararının tazminine karar verilmişti.

Her ne kadar anılan İlam hükmünün Temyiz Kurulunca ... tarih ve ... tutanak nolu İlamla bozulması üzerine Dairemizce, konunun 6085 sayılı Sayıştay Kanunu'nun 55'inci maddesinin yedinci fıkrası hükmü kapsamında yeniden hükme bağlanması üzerine düzenlenen ... tarihli ve ... sayılı Ek İlamda,

“... Söz konusu İşe ilişkin Sözleşme kapsamında çalıştırılan işçilerin tamamının vasıflı işçiler olması ve bu işçilere ödenecek ücretlerin asgari ücretin belli bir katı (yüzdesi) olarak İdari Şartnamede belirtilmesi hususları dikkate alındığında, bu İş kapsamındaki işçiliğin tamamının a2 olarak nitelendirilen işçilik olduğu kanaatine varılmıştır. Bu durumda sorumluların da savunmalarında belirttiği gibi söz konusu işin yaklaşık maliyeti dikkate alındığında a1'in sıfır, a2'nin 0,73, b1'in 0,16, d'nin de 0,11 olduğunun kabulü gerekir.

Fakat bu halde Esaslar'ın 7'inci maddesine göre ödenecek fiyat farkı bu katsayılar esas alınarak hesaplanırken, a1 sıfır kabul edileceğinden, ayrıca Esasların 8'inci maddesine göre fiyat farkı ödenemez. Dolayısıyla 8'inci maddeye göre hesaplanıp ödenen fiyat farkının tamamı kamu zararı olarak kabul edilir. Bu esasa göre konu incelendiğinde toplam TL tutarında kamu zararına neden olduğu görülmektedir.”

denilerek söz konusu İşe ilişkin Sözleşme kapsamında çalıştırılan işçilerin tamamının vasıflı işçiler olduğu ve bu işçilere ödenecek ücretlerin asgari ücretin belli bir katı (yüzdesi) olarak İdari Şartname'de belirtildiği gerekçesiyle, bu İş kapsamındaki işçiliğin tamamının a2 olarak nitelendirilen işçilik olduğu belirtilmişse de; sözleşme kapsamında çalıştırılan işçilerin vasıflı işçi olması ve ücretlerinin asgari ücretin belli bir katı olarak hesaplanması bu işçiliklerin ihale konusu hizmetteki oranının a2 değeri olarak alınması sonucunu doğurmaz.

Çünkü anılan Esasların 7'nci maddesinde, a1'in sözleşme kapsamındaki işlerin yapılmasında kullanılacak ve bu Esasların 8'inci maddesine göre artış farkı ödenecek olan asgari ücrete dayalı işçiliklerin oranını temsil eden sabit bir katsayıyı ifade ettiği belirtildikten sonra a2'nin sözleşme kapsamındaki işlerin yapılmasında kullanılacak olan ve a1 katsayısının dışındaki işçiliklerin ağırlık oranını temsil eden sabit bir katsayıyı ifade ettiği hükme bağlanmıştır.

Yine Esasların 8'inci maddesinin birinci fıkrasında da, “İhale konusu hizmetin gerçekleştirilebilmesi için çalıştırılacak 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa tabi personelin, sayı ve günlük çalışma saatinin belirtilmesi kaydıyla;” ifadesine yer verilerek günlük çalışma saatinin tamamı idarede kullanılan

işçiliklere bu madde hükmüne göre fiyat farkı verileceği açıklanmıştır

Bu hükümlerden de anlaşılacağı üzere haftalık çalışma zamanının tamamı sözleşme kapsamındaki işlerin yapılmasında kullanılan ve Esasların 8'inci maddesine göre fiyat farkı ödenen işçiliklerin a2 katsayısı olarak alınması mümkün değildir. Bu işçiliklerin a1 katsayısının değeri olarak alınması zorunludur. İhale konusu hizmet kapsamında çalıştırılan işçilerin vasıflı işçi olması ve ücretlerinin asgari ücretin belli bir katı olarak ödenmesi bu işçiliklerin a1 veya a2 değeri olarak alınmasında belirleyici kriter değildir. Belirleyici olan bu işçiliklerin haftalık çalışma saatlerinin tamamının sözleşme kapsamında kullanılıp kullanılmadığı ve fiyat farkının 8'inci maddeye göre ödenip ödenmediğidir. Şayet haftalık çalışma süresinin tamamı sözleşme kapsamında yapılan işte kullanılmakta ve bunlara da 8'inci maddeye göre fiyat farkı ödenmekte ise bu işçiliklerin a1 değeri olarak alınması zorunludur.

Nitekim 31.08.2013 tarihli ve 28751 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 27.06.2013 tarihli ve 2013/5215 karar sayılı 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhale Edilen Hizmet Alımlarında Uygulanacak Fiyat Farkına İlişkin Esaslar'ın 5'inci maddesinin ikinci fıkrasında, söz konusu fiyat farkı formülünde yer alan a1 ve a2 katsayıları ile ilgili olarak yaşanan tereddütler dikkate alınarak, bu katsayılar yeniden tanımlanmış ve yapılan bu tanımda a1'in haftalık çalışma saatinin tamamı idarede kullanılan işçiliklerin ağırlık oranını, a2'nin ise haftalık çalışma saatinin tamamı idarede kullanılmayan işçiliklerin ağırlık oranını temsil eden sabit katsayıları ifade ettiği hükme bağlanmıştır.

Söz konusu İş bünyesinde çalışanların da haftalık çalışma süresinin tamamının sözleşme kapsamında yapılan işte kullanılması ve İşin İdari Şartnamesinin 47'nci maddesi ile Sözleşmesinin 14'üncü maddesinde, Esaslar'ın 8'inci maddesine göre fiyat farkının hesaplanıp ödenmesinin öngörülmesi ve fiilen de bu madde hükmüne göre fiyat farkının hesaplanıp ödenmesi hususları dikkate alındığında söz konusu iş kapsamındaki işçiliğin tamamının al niteliğindeki işçilik olduğu kabul edilmelidir.

Kaldı ki söz konusu İşe ilişkin ödemelerin bir kısmının aynı Kamu İdaresinin 2010 yılı hesabı kapsamında da ödenmesi nedeniyle somut olay bu yıl hesabı ile ilgili olarak Sayıştay'nci Dairesinde yapılan yargılamaya da konu edilmiş ve anılan Dairece yapılan yargılama sonucunda düzenlenen tarihli ve sayılı Ek İlamda, söz konusu iş kapsamındaki işçiliğin tamamı al niteliğindeki işçilik olarak kabul edilmiş ve buna göre yapılan hesaplama sonucunda ... TL tutarında kamu zararı çıkarılmış ve çıkarılan bu kamu zararı tarih ve yevmiye numaralı belgeyle tahsil edildiği gerekçesiyle konu hakkında ilişilecek husus kalmadığına karar verildiği halde, sorumlularca bu hükme karşı temyiz başvurusunda bulunulmamış ve anılan İlam kesinleşmiştir.

Bu tespitten sonra konu Esaslar'ın 7'nci maddesinde yer alan ihaleden önce idarece belirlenerek ihale dokümanında gösterilen sabit katsayıların sözleşmenin uygulanması sırasında hiçbir gerekçeyle değiştirilemeyeceği hükmü, yine Esaslar'ın sözleşmede yer alan fiyat farkına ilişkin esas ve usullerde sözleşme imzalandıktan sonra değişiklik yapılamaz yönündeki 9'uncu maddesi hükmü ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun "Fiyat Farkı Verilebilmesi" başlıklı "Sözleşmelerde yer alan fiyat farkına ilişkin esas ve usullerde sözleşme imzalandıktan sonra değişiklik yapılamaz"

yönündeki 8'inci maddesi hükümleri çerçevesinde incelenecek olunursa;

Öncelikle belirtmek gerekir ki; uyuşmazlığa konu işe ilişkin Sözleşme'de ve eki İdari Şartname'de, fiyat farkının yürürlükteki Fiyat Farkı Kararnamesi hükümlerine göre ödeneceği hükme bağlandığı halde, fiyat farkı yürürlükteki Fiyat Farkı Kararnamesi hükümlerine aykırı hesaplanıp ödenmiştir.

Ayrıca Esaslar'ın 7'nci maddesinde yer alan; sabit katsayıların sözleşmenin uygulanması sırasında hiçbir gerekçeyle değiştirilemeyeceği yönündeki ve 9'uncu maddesinde yer alan; sözleşme imzalandıktan sonra değişiklik yapılamaz yönündeki hükümler idarelere sınırsız bir yetki vermemektedir. Bu hükümlerden amaçlanan sözleşme süresince idarenin ve yüklenicinin taahhüdüne bağlı kalması ve keyfi uygulamaların engellenmesidir. Sözleşme ve eki ihale dokümanı yasal ve idari düzenlemelere aykırı olduğunda ise normlar hiyerarşisi anlayışı gereğince idarenin düzenleyici işlemlere uygun olarak hareket etmesi gerekir. Bu konu sözleşme hürriyeti kapsamında değerlendirilemez. Çünkü idare iş ve işlemlerini yaparken çerçevesi genel düzenleyici işlemlerle çizilmiş sınırlar dahilinde hareket etmek zorundadır.

20.06.2002 tarihli ve 5030/2 sayılı Sayıştay Genel Kurul Kararında da şartname ve sözleşmelere fiyat farkı kararnamesine aykırı hüküm konulması ve bu hükümlere istinaden ödeme yapılmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir. Söz konusu kararda, 2886 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde yürütülen işlerle ilgili sözleşmeler açısından 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun özel bir kanun, Borçlar Kanunu'nun ise genel bir kanun niteliği taşıdığı, bu nedenle de taraflar arasında

imzalanan sözleşmelerin, 2886 sayılı Kanun hükümlerinden bağımsız olarak Borçlar Kanunu hükümlerine göre değerlendirilemeyeceği ifade edilmiştir.

Söz konusu Sayıştay Genel Kurulu Kararı 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'na göre ihalesi yapılan işlerle ilgili olmakla birlikte, ödenecek fiyat farkının tamamen fiyat farkı verilmesinin esaslarını düzenleyen mevzuat hükümleriyle sınırlı olduğunu, bunun dışında hangi gerekçeyle olursa olsun sözleşme ve şartnameye hüküm konulmuş olsa bile, fiyat farkı verilmesinin mümkün olmadığını ortaya koymaktadır.

Söz konusu katsayıların bağlayıcılığı ve değiştirilememesi, diğer bir ifadeyle hukuksal bir değerinin olması, bu katsayıların Esaslar'ın 7'nci maddesinde belirtilen özellikleri taşıması halinde söz konusudur. Esaslar'da bu katsayıların bağlayıcı olması için üç şart öngörülmüştür. Bu şartlardan birincisi; katsayıların ihaleden önce tespit edilerek ihale dokümanında gösterilmeleri şartıdır. İkinci şart; bu katsayıların toplamlarının 1'e eşit olmaları şartıdır. Üçüncü ve son şart ise; bunların ihale konusu hizmetteki oranı yansıtmaları şartıdır. Dolayısıyla ihaleden önce tespit edilip ihale dokümanında gösterilmiş olsalar da ihale konusu hizmetteki oranı yansıtmayan katsayıların hukuksal bir değeri bulunamaz.

İhale konusu hizmetteki ağırlık oranını yansıtmayan katsayılara hukuksal değer atfetmek fiyat farkına ilişkin Esaslar'ın amacına da aykırıdır. Çünkü fiyat farkının ödenmesi veya kesilmesindeki amaç ihale tarihindeki şartları işin süresi boyunca korumak ve böylece değişen maliyetler karşısında tarafların zarara uğramalarını önlemektir. Oysa bu katsayılar ihale konusu hizmetteki oranı yansıtmayan hayali

katsayılar olursa fiyat farkında beklenen amaç gerçekleşmez. Çünkü bu hayali katsayılarla göre hesaplanacak fiyat farkı gerçeği yansıtmaz.

Konunun daha da açıklayıcı hale getirilmesi için uç bir örnek verilecek olunursa; 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhalesi Yapılacak Olan Hizmet Alımlarına İlişkin Fiyat Farkı Hesabında Uygulanacak Esaslar'ın 7'nci maddesinde, fiyat farkı hesabında uygulanacak katsayıların toplamı biri (1,00) geçmeyeceği belirtilmesine rağmen, yapılan bir sözleşmede fiyat farkına esas katsayılar toplamının iki (2,00) olarak tespit edildiğini farz edelim, o zaman Esaslar'ın 7'nci maddesinde yer alan fiyat farkı hesabında kullanılan bu sabit katsayıların sözleşmenin uygulanması sırasında hiçbir gerekçeyle değiştirilemez hükmü ile Esaslar'ın 9'uncu maddesinde yer alan sözleşme imzalandıktan sonra değişiklik yapılamaz hükmüne binaen bu katsayı kabul edilecek mi? Yukarıda açıklanan gerekçelerle doğal olarak kabul edilemez.

Nitekim bu uç örnek aynı kamu idaresinin 2011 yılı hesabına ait tarih ve ...sayılı Ek İlam'a ilişkin duruşma sırasında müvekkilleri adına savunma yapan Avukat'e sorulması üzerine adı geçen Avukatın verdiği cevap; bu durumda sözleşmenin feshedilmesi gerektiği yönünde olmuştur. Bu ifadeyle adı geçen Avukat da söz konusu Sözleşme hükmünün uygulanamayacağını kabul etmiştir.

Özetle, Esaslar'ın 7'nci maddesinde yer alan fiyat farkı hesabında kullanılan bu sabit katsayıların sözleşmenin uygulanması sırasında hiçbir gerekçeyle değiştirilemez hükmü ile Esaslar'ın 9'uncu maddesinde yer alan sözleşme imzalandıktan sonra değişiklik yapılamaz hükmü, mevzuata aykırı olan sözleşme ve şartname hükümlerini uygulanabilir

hale getiremez.

Bu nedenle, Temyiz Kurulunun tarih ve ... tutanak nolu bozma Kararında yer alan; ihaleden önce idarece tespit edilip Sözleşme'nin 14'üncü ve İdari Şartname'nin 47'nci maddelerinde belirlenmiş olan ($b1:0,40$ $d:0,60 = 1$) katsayıların; sözleşmenin uygulanması sırasında değiştirilemeyeceği yönündeki değerlendirmenin kabulü mümkün değildir.

Kaldı ki Temyiz Kurulu Kararında, bir yandan söz konusu sabit katsayılar ihaleden önce belirlenip İdari Şartname ve Sözleşme'de yer aldığı gerekçesiyle kabul edilmesi gerektiği belirtilerek, bu katsayılar esas alınarak ödenen fiyat farkı mevzuata uygun bulunmuşken, diğer yandan yine ihaleden önce düzenlenen İdari Şartname ve ihaleden sonra düzenlenen Sözleşmede yer verilen hükümler gereğince Esaslar'ın 8'inci maddesine göre hesaplanıp ödenen fiyat farkı ödemesi mevzuata aykırı bulunmuştur. Diğer bir ifadeyle Temyiz Kurulu mevzuata aykırı olarak tespit edilen sabit katsayıları sırf ihaleden önce belirlendiği ve İdari Şartname ve Sözleşme'de yer aldığı gerekçesiyle kabul edilmesi gerektiğini belirtmişken, yine ihaleden önce düzenlenen İdari Şartname ve ihaleden sonra düzenlenen Sözleşme'de yer verilen asgari ücrete dayalı fiyat farkı ödemesini ise kabul edilemez bulmuştur. Dolayısıyla anılan Temyiz Kurulu kararı bu yönüyle de çelişkili olup uyulmasının mümkün olamayacağı değerlendirilmiştir.

Diğer taraftan yapılan duruşmaya fer'i müdahil olarak katılan ahiz Ortak Girişim adına ... Ltd. Şti'nin Yetkilisi ... ve ...Ltd. Şti'nin Yetkilisi ...; işe ilişkin İdari Şartnamenin 47'nci maddesinde $a1$, $a2$ ve c katsayıların sıfır, $b1$ katsayısının $0,40$, d katsayısının $0,60$ olarak tespit edildiğini görerek teklif verdiklerini, bu nedenle bu

katsayılar esas alınarak 6denen fiyat farkının haliyle kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmüşlerse de; bu sav bahse konu katsayıların ihale dokümanında hatalı tespit edildiğinin adı geçen ahizler tarafından görüldüğünün ikrarı anlamına gelir.

Bilindiğı üzere 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 2'nci maddesinde; "Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz." denilerek herkesin haklarını kullanırken dürüst davranması gerektiğı, kötüye kullanılan hakların hukuk düzenince korunmayacağı hükme bağlanmıştır. 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhalesi Yapılacak Olan Hizmet Alımlarına İlişkin Fiyat Farkı Hesabında Uygulanacak Esaslar'ın 7'nci maddesi hükmüne açıkça aykırı olarak tespit edildiğı yüklenici tarafında ihale aşamasında bilindiğı halde, söz konusu katsayıların idari şartname ve sözleşmede yer aldığı gerekçesiyle hak iddiasında bulunması hakkın kötüye kullanılması kapsamına girer.

Yine fer'i müdahil Ortak Girişim adına duruşmaya katılan adı geçen Yetkililer tarafından; fiyat farkı formülünde yer alan güncel indekslerde temel indekslere göre meydana gelecek değışime göre fiyat farkı verilebileceğı gibi fiyat farkı kesintisi de yapılabileceğı, şayet güncel indekslerde temel indekslere göre düşüş gerçekleşmiş olsa idi al katsayısının belirlenmemesi durumunun bu kez idare lehine sonuç doğurmuş olacağı, bu nedenle başlangıçta idare ile yüklenici arasında şartların eşit olduğu ileri sürülmüş ise de; varsayımlara dayalı olarak yapılan bu savunmaların da yukarıda ayrıntılı olarak açıklanan mevzuat hükümleri karşısında kabulü mümkün değildir.

Savunmalarda dayanak olarak gösterilen Kamu İhale Kurulu kararları ise uyumsuzluk konusu ile ilgili değildir. Kaldı ki Kamu İhale Kurulu kararları genel geçer bağlayıcı kararlar değildir. Olaya özgü olup yetkili idare mahkemesince iptal edilmedikçe sadece tarafları bağlayan idari nitelikteki kararlardır.

Konunun sorumluluk yönüyle incelemesine gelince;

Temyiz Kurulunun tarihli ve ... tutanak no.lu bozma Kararında da belirtildiği üzere İşin Sözleşme ve eki İdari Şartname'sinde, fiyat farkının yürürlükteki Fiyat Farkı Kararnamesi hükümlerine göre ödeneceği hükme bağlandığı halde, fiyat farkının yürürlükteki Fiyat Farkı Kararnamesi hükümlerine aykırı hesaplanıp ödenmesi, sözleşme ve eki ihale dokümanının mevzuata uygun düzenlenmemiş olmasından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla ihale dokümanını düzenleyenlerin oluşan kamu zararından sorumlu oldukları tartışmasızdır.

Öte yandan 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "İhale Komisyonu" başlıklı 6'ncı maddesinin 3'üncü fıkrasında, gerekli incelemeyi yapmalarını sağlamak amacıyla ihale işlem dosyasının birer örneğinin ilân veya daveti izleyen üç gün içinde ihale komisyonu üyelerine verileceği hükme bağlanmıştır.

Bu hükümle amaçlanan, ihale komisyonunun yaklaşık maliyeti, teknik ve idari şartname ile diğer ihale dokümanlarının mevzuata uygunluğu noktasında incelemek ve mevzuata aykırılık varsa zeyilname veya düzeltme ilanı ile ihale sürecinin

sekteye uğramadan sürmesini sağlamaktır. Dolayısıyla ihale komisyonu da yaklaşık maliyeti ve işe ilişkin şartnameleri incelemek suretiyle süreci sahiplenmiş olacağından ihale dokümanının mevzuata aykırılığından sorumludur.

Diğer taraftan 4734 sayılı Kanun'un 60'ncı maddesinde, ihale yetkilisi ile ihale komisyonlarının başkan ve üyeleri ile ihale işlemlerinden sözleşme yapılmasına kadar ihale sürecindeki her aşamada görev alan diğer ilgililerin; görevlerini kanuni gereklere uygun veya tarafsızlıkla yapmadıklarının, taraflardan birinin zararına yol açacak ihmalde veya kusurlu hareketlerde bulunduklarının tespiti halinde, haklarında ilgili mevzuatları gereğince disiplin cezası uygulanacağı, ayrıca, fiil veya davranışlarının özelliğine göre haklarında ceza kovuşturması da yapılacağı ve hükmolunacak ceza ile birlikte tarafların uğradıkları zarar ve ziyanın genel hükümlere göre kendilerine tazmin ettirileceği hükme bağlanmıştır.

Ayrıca 5018 sayılı Kanun'un 71'inci maddesinde; "Kamu zararı; kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır..." denilmektedir. Bu hüküm gereğince de ihale komisyon üyeleri ve ihale yetkilisi ihale dokümanı ve ihale kararının mevzuata aykırılığından sorumludurlar.

Bu nedenle de Temyiz Kurulunun tarihli ve ... tutanak no.lu bozma Kararında belirtilen sorumluluk değerlendirmesine uyulması gerektiği sonucuna varılarak oluşan kamu zararından; ihale yetkilisi, ihale komisyon başkan ve üyeleri ile ihale dokümanını hazırlayanların sorumlu olduğu, ödeme aşamasındaki işlemleri yapan kamu görevlilerinin ise sorumluluklarının

bulunmadığı kanaatine varılmıştır.

Sonuç olarak;

Açıklanan gerekçelerle;ile ... Ltd. Şti.- ... Ltd. Şti. Ortak Girişimi arasında tarihinde yapılan “ ... Hizmet Alım İşi”ne ilişkin ödenen fiyat farklarında 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhalesi Yapılacak Olan Hizmet Alımlarına İlişkin Fiyat Farkı Hesabında Uygulanacak Esasların 8’inci maddesine göre asgari ücret fiyat farkı ödendiği halde, Esasların 7’nci maddesine göre hesaplanıp ödenen fiyat farkı hesabında, asgari ücrete dayalı işçiliklerin oranını temsil eden al katsayısının belirlenip dikkate alınmaması suretiyle toplam TL tutarında kamu zararına neden olunmuştur.

Ancak, kamu zararı tutarı TL’nin TL’si tarih ve nolu muhasebe işlem fişi ile tahsil edildiğinden ilişilecek husus kalmadığına,

Kalan kamu zararı tutarı ... TL’nin İhale Yetkilisi (Genel Müd. Yrd.), İhale Komisyon Üyeleri (Şube Müdürü), (Mali Hizmetler Daire Bşk.V.), (Abone İşleri Daire Başkan V.), (Bilgi İşlem Daire Başkanı) ve (Hukuk Müşaviri) ... ile İhale Dokümanını Düzenleyenler: (Sayaç Okuma ve Kontrol Müdür V.), (Bilgi İşlem Şube Müdür V.) ... ve (Sayaç Sökme Takma Merkez Şefi) ...’ya müştereken ve müteselsilen ödettirilmesine,

Gerçekleştirme Görevlisi ve Fiyat Farkı Tablosunu Düzenleyenler: (Sayaç Sökme Takma Kontrol Şube Müd. V.) ... ve (Kontrol Şube Müd.) ... ile Fiyat Farkı Tablosunu

Düzenleyenler: (Sayaç Atölyesi Ustabaşı) ..., (Teknisyen) ..., (İşçi) ..., (Okuma Kontrol Şefi) ..., (Memur) ..., (Mühendis) ..., (Kaçak Su Şube Müd. V.) ..., (Memur) ..., (Memur) ..., ..., (Teknisyen), (Teknisyen) ... ve ...'ın ise kamu zararının oluşmasında dahilleri olmadığından sorumluluklarının bulunmadığına,

oy çokluğuyla karar verildi.

Karşı Oy:

Daire Başkanı'in karşı oy gerekçesi:

Esasların 7'nci maddesinde, fiyat farkı hesabında kullanılacak olan a1, a2, b1, b2, c ve d sabit katsayılardan biri, birkaçı veya tamamının toplamının bire (1.00) eşit olacak şekilde ihaleden önce idarece belirlenerek ihale dokümanında gösterilmesinin zorunlu olduğu ve bu sabit katsayıların sözleşmenin uygulanması sırasında hiçbir gerekçeyle değiştirilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Adı geçen İşe ait ... tarihli sözleşmenin "fiyat farkı" başlıklı 14.2'nci maddesinde de, "Fiyat farkı verilecektir. Yürürlükteki fiyat farkı kararnamesi hükümlerine göre uygulama yapılacaktır." hükmüne yer verildikten sonra Kararnamenin ilgili hükmüne ve fiyat farkı hesabına ayrıntılı olarak yer verilmiştir. Sözleşmenin bu maddesi incelendiğinde fiyat farkı hesabında uygulanacak katsayılar akaryakıt ağırlık oranını temsil eden b1 katsayısı için 0.40, makine ve ekipman amortisman oranını temsil eden d katsayısı için ise 0.60 olmak üzere toplamı biri (1.00) geçmeyecek şekilde belirlenmiş ve sözleşmeye yazılmış olup, bu yönüyle de Esaslar'a aykırı bir durum bulunmamaktadır.

Esaslar'ın 9'uncu maddesi hükmü gereğince, idare ile Ortak Girişim arasında imzalanan sözleşmede mevcut fiyat farkına ilişkin esas ve usullerde bir değişiklik yapılamaz. Diğer bir ifadeyle a1 ve a2 katsayılarına bir değer yazılarak halen sözleşmede yazılı b1 ve d katsayılarının değerlerinin değiştirilmesi Bakanlar Kurulunca belirlenen Esaslar çerçevesinde yasaklanmıştır. Bu nedenle sözleşmede mevcut fiyat farkına ilişkin esas ve usullerde bir değişiklik yapılması mümkün değildir.

Esaslar'ın 9'uncu maddesi emredici nitelikte bir hüküm olup, asıl sözleşmede yer alan fiyat farkına ilişkin esas ve usulün değiştirilmesi yönünde bir işlem tesis edilmesi halinde Esaslar'a aykırı bir işlem yapılmış olunur. Şayet Bakanlar Kurulu Kararı ile belirlenen Esaslar'da, sözleşmelerde yer alan fiyat farkına ilişkin esas ve usullerde sözleşme imzalandıktan sonra değişiklik yapılabileceği hükme bağlanmış olsa idi, o zaman idare ile Ortak Girişim arasında imzalanan sözleşmede, sözleşme imzalandıktan sonra, sözleşmede yer alan fiyat farkına ilişkin esas ve usullerde değişiklik yapılabilme imkanı olabilirdi.

Belirtilen gerekçelerle, Bakanlar Kurulu Kararı ile belirlenen Esaslar yönünden idarenin iş ve işlemlerinde herhangi bir mevzuata aykırı durum bulunmadığından sorgu konusu hakkında ilişilecek husus bulunmadığına karar verilmesi gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye'nın karşı oy gerekçesi:

Mevzuata aykırı tespit edilen sabit katsayıların hukuksal değeri, sorumluluk ve Temyiz Kurulunun bozma kararına uyulmaması hususlarına ilişkin çoğunluk görüşüne katılmakla birlikte;

4734 sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhalesi Yapılacak Olan Hizmet Alımlarına İlişkin Fiyat Farkı Hesabında Uygulanacak Esaslar'ın 7 ve 8'inci maddeleri ile 22.08.2009 tarihli ve 27327 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Kamu İhale Genel Tebliği'nin "Personel ücretleri ile ilgili fiyat farkı hesabı" başlıklı 83'üncü maddesi hükümlerine göre Esaslar'ın 7'nci maddesine göre fiyat farkının ödenmesinin öngörüldüğü hallerde a_1 , a_2 , b_1 , b_2 , c ve d sabit katsayılarından biri, birkaçı veya tamamının, ihale konusu hizmetteki oranı dikkate alınmak suretiyle ve toplamı bire (1.00) eşit olacak şekilde ihaleden önce idarece belirlenerek ihale dokümanında gösterilmesi zorunludur. Dolayısı ile yapılan işin kapsamında işçiliğin bulunduğu ve bunun sonucu olarak anılan Esasların 7 ve 8'inci maddeleri hükümlerine göre fiyat farkı verilmesinin öngörüldüğü durumlarda, a_1 ve a_2 katsayılarının ihale konusu hizmetteki oranı dikkate alınmak suretiyle ihaleden önce idarece belirlenerek ihale dokümanında gösterilmesi gerekmektedir.

Söz konusu İşin yaklaşık maliyetine bakıldığında da işin bedelinin üç unsurdan oluştuğu, bu unsurlardan birinin de işçilik olduğu ve işçilik unsurunun yaklaşık maliyet bedeli içindeki ağırlığının 0,73 oranında olduğu, diğer iki unsurun ağırlığının; b_1 katsayısıyla temsil edilenin 0,16, d sabit katsayısıyla temsil edilenin ise 0,11 oranında olduğu açıkça gözükmektedir. Buna rağmen ihale dokümanında, işçiliği temsil eden a_1 ve a_2 sabit katsayıları için her hangi bir oran belirlenmeyip, işin tamamı diğer iki unsurdan oluşuyormuş gibi sadece bu iki unsuru temsil eden b_1 ve d sabit katsayıları

için toplamı bir eşit olacak şekilde sırasıyla 0,40 ve 0,60 şeklinde oran belirlenmesi anılan mevzuat hükümlerine aykırılık oluşturur.

Her ne kadar çoğunluk görüşünde, İşin İdari şartnamesinin 47'nci maddesi ile Sözleşmenin 14'üncü maddesinde Esaslar'ın 8'inci maddesine göre fiyat farkının hesaplanmasının öngörülmesi ve fiilen de bu madde hükmüne göre fiyat farkının hesaplanıp ödenmesi hususları dikkate alınarak söz konusu iş kapsamındaki işçiliğinin tamamının a1 niteliğindeki işçilik olduğu kabul edilmiş ve buna göre kamu zararı tespit edilmişse de;

Söz konusu İşe ilişkin Sözleşme kapsamında çalıştırılan işçilerin vasıflı işçiler olması ve bu işçilere ödenecek ücretlerin asgari ücretin belli bir katı (yüzdesi) olarak İdari şartnamede belirtilmesi hususları dikkate alındığında, bu İş kapsamındaki işçiliğinin tamamının a2 olarak nitelendirilen işçilik olduğu kanaatine varılmıştır. Bu durumda da söz konusu işin yaklaşık maliyeti dikkate alındığında a1'in sıfır, a2'nin 0,73, b1'in 0,16, d'nin de 0,11 olduğunun kabulü gerekir.

Fakat bu halde Esaslar'ın 7'nci maddesine göre ödenecek fiyat farkı bu katsayılar esas alınarak hesaplanırken, a1 sıfır kabul edileceğinden, ayrıca Esasların 8'inci maddesine göre fiyat farkı ödenemez. Dolayısıyla 8'inci maddeye göre hesaplanıp ödenen fiyat farkının tamamı kamu zararı olarak kabul edilir.

Bu esasa göre hesaplama yapıldığında ise ayrıntısı tarih

ve ... sayılı Ek İlamda yer alan tabloda da görüleceği üzere neden olunan kamu zararı tutarı ... TL'dir.

Açıklanan gerekçeyle, söz konusu İş kapsamında 0,73 oranında işçilik bulunduğu halde, 7'nci maddeye göre ödenen fiyat farkında a2 niteliğindeki bu işçiliğe ilişkin ağırlık oranının göz ardı edilmesi sonucunda neden olunan kamu zararı tutarı ... TL olup, bu kamu zararı tutarı da ... tarih ve yevmiye no.lu muhasebe işlem fişiyle tahsil edildiğinden bu mahiyetteki kamu zararına ilişilecek husus bulunmadığına karar verilmesi gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.