

ihale komisyonununun yaklaşık maliyeti, teknik ve idari şartname ile diğer ihale dokümanlarınının mevzuata uygunluğu noktasında incelemek ve mevzuata aykırılık varsa zeyilname veya düzeltme ilanı ile ihale sürecinin sekteye uğramadan sürmesini sağlamaktır. Dolayısıyla ihale komisyonu yaklaşık maliyeti ve işe ilişkin şartnameleri incelemek suretiyle süreci sahiplenmiş olduğundan ihale dokümanınının mevzuata aykırılığından sorumludur.

Kamu İdaresi Türü	Belediyeler ve Bağlı İdareler
Yılı	2011

Dairesi	6
Karar No	254
İlam No	186
Tutanak Tarihi	14.7.2015
Kararın Konusu	İhale Mevzuatı ile İlgili Kararlar

Fiyat farkı

..... tarih ve sayılı Ek İlamın'inci maddesi ile tazminine hükmolunan konu ile ilgili olarak Temyiz Kurulununtarih ve tutanak numaralı bozma kararı üzerine 6085 sayılı Sayıştay Kanunu'nun 55'inci maddesinin yedinci fıkrası hükmü gereğince konunun görüşülmesine karar verildikten sonra duruşmada hazır bulunanlar ile Sayıştay Savcısının sözlü açıklamaları dinlendikten ve dosyada mevcut belgeler okunup incelendikten sonra gereği düşünüldü:

... sayılı ek ilamın'inci maddesi ile; Genel Müdürlüğü ile Ltd. Şti.- Ltd. Şti. Ortak Girişimi arasındatarihinde yapılan ".....İşi"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 a1 katsayısının belirlenip dikkate alınmadığı ve bu suretle de toplam-TL tutarında kamu zararına neden olduğu gerekçesi ile bu tutarın tazminine karar verilmişti.

Bu tazmin hükmüne karşı sorumlulardanvetarafından Sayıştay Temyiz Kuruluna yapılan temyiz başvurusu üzerine anılan Kurulca verilentarih ve tutanak numaralı kararında, söz konusu ek ilam hükmüne, sorumluların itirazlarının özetine, Sayıştay Savcısının görüşüne ve olaya ilişkin mevzuat hükümlerine yer verildikten sonra aynen,

“... ”

..... Genel Müdürlüğü ile Ortak Girişim arasındatarihinde yapılan hizmet alımına ilişkin sözleşmenin “Fiyat Farkı” başlıklı 14. maddesinde, anılan Esasların 7 ve 8. maddeleri hükümlerine göre fiyat farkı ödenmesi öngörülmüş buna karşılık, a_1 , a_2 , c katsayılarına bir değer verilmemiş, b_1 ve d sabit katsayılarına toplamları bire eşit olacak şekilde oran tespit edilmiştir.

İşe ait İdari Şartnamenin fiyat farkına ilişkin 47. maddesinde de; a_1 , a_2 , b_2 ve c katsayıları 0 (Sıfır), akaryakıtla ilişkin olan b_1 katsayısı 0,40, makine ve ekipmana ilişkin olan d katsayısı ise 0,60 olarak belirlenmiştir.

Bahse konu işin tip idari şartnamesi ve sözleşmesine dayanılarak düzenlenen hakkeşlerde, 7 ve 8.maddelere göre fiyat farkı verileceği belirtildikten sonra uygulamada, Esasların 8.maddesine göre asgari ücrete dayalı işçiliklere ilişkin fiyat farkı hesaplanıp ödendiği halde 7. maddeye göre yapılan fiyat farkı hesabında işçiliğe ilişkin ağırlık oranını içeren bir katsayı belirlenmediği için akaryakıt ile makine ve ekipmana dayalı bir fiyat farkı ödendiği dolayısıyla 7 ve 8.maddeler birlikte düşünüldüğünde, sözleşme aşamasında tespit edilmediği için hesaplamada dikkate alınmayan işçilik ağırlık oranı kadar bir fazla ödemeye neden olduğu görülmektedir.

Başka bir ifade ile 7 ve 8.maddeler birlikte uygulandığından ve 7.maddeye göre ödenen fiyat farkında da işçiliğe ilişkin ağırlık oranı göz ardı edildiğinden her ne kadar 7.maddenin kendi içinde b_1 ve d katsayıları toplamı ile “1’e eşit olma” koşulu sağlanmış olsa da 7 ve 8.maddelerle verilen toplam fiyat farkına bakıldığında “1’e eşit olma” sınırı aşılmış olmaktadır.

Diğer taraftan İşe ilişkin sözleşme ve şartnamede sadece b_1 ve d katsayıları için bir oran tespit edilmişken ilamda, fiyat farkı ile ilgili kamu zararı hesap edilirken sözleşmede

belirlenmiş olan b1 ve d katsayıları, yaklaşık maliyetteki ağırlık oranına göre yeniden belirlenmiş, geriye kalan oran, asgari ücrete dayalı işçilik oranı olan a1 katsayısı olarak esas alınmıştır.

Bu noktada; yukarıda yer verilen 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhalesi Yapılacak Olan Hizmet Alımlarına İlişkin Fiyat Farkı Hesabında Uygulanacak Esasların "fiyat farkı hesabına" ilişkin 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 gerektiğini ve bu sabit katsayıların, sözleşmenin uygulanması sırasında hiçbir gerekçeyle değiştirilemeyeceğini hükme bağlayan 7.maddesi,

İhale tarihi itibarıyla geçerli olan asgari ücret ve diğer işçilik maliyetlerindeki değişiklikten kaynaklanan fiyat farkı ödemesine ilişkin esasların açıklandığı 8.maddesi,

İlamda b ve d katsayıları için ağırlık oranına göre yeni değerler bulunmuş, kalan tutar a1 olarak alınmışken bütün işçiler asgari ücretin üzerinde ücret aldığından a2 katsayısının hesaba katılmamış olması,

Yine Esasların "Sözleşmede yer alan fiyat farkına ilişkin esas ve usullerde sözleşme imzalandıktan sonra değişiklik yapılamaz." şeklindeki 9.maddesi,

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.maddesi,

Kamu İhale Tebliğinin "Personel ücretleri ile ilgili fiyat farkı hesabı" başlıklı 83.maddesi,

İlama konu işe ilişkin sözleşmenin "Fiyat farkı verilecektir. Yürürlükteki fiyat farkı kararname hükümlerine göre uygulama

yapılacaktır.” şeklindeki 14.2. maddesi,

Sözleşme eki şartnamenin a1, a2, b2 ve c katsayılarının 0 (Sıfır), akaryakıtla ilişkin olan b1 katsayısının 0,40, makine ve ekipmana ilişkin olan d katsayısının 0,60 olarak belirlenmesine ilişkin 47.maddesi çerçevesinde, sorumluluk konusunda yapılan itirazlar da dikkate alınmak suretiyle fiyat farkı hesabına ilişkin konunun yeniden değerlendirilmesi için 83 sayılı ek ilamın 1.maddesi ile verilen tazmin hükmünün Bozularak dosyanın ilgili Daireye gönderilmesine,”

karar verilmiştir.

Diğer sorumlulardan vetarafından aynı İlam hükmüne karşı yapılan temyiz başvurusu üzerine ise Sayıştay Temyiz Kuruluncatarih ve vetutanak numaralı kararlarında aynen;

“83 sayılı ek İlamın maddesi ile-TL.nin tazminine dair hüküm, aynı tazmin hükmüne ihale yetkilisi ve ihale komisyon üyeleri olarak iştiraki bulunan’nin başvurusu üzerine düzenlenentarih ve tutanak sayılı Temyiz Kurulu ilamı ile bozulmuş bulunduğundan dilekçinin işbu madde ile ilgili itirazı üzerine Kurulumuzca yapılacak işlem olmadığına ancak aynı mahiyette olan bu dosyanın sözü edilen dosya ile birleştirilerek gereği yapılmak üzere kararı veren Daireye gönderilmesine,” karar verilmiştir.

Bu defa Temyiz Kurulunun anılan kararları üzerine dosya kapsamındaki bütün bilgi ve belgelerin incelenmesi sonucunda;

..... Genel Müdürlüğü ile Ltd. Şti.- Ltd. Şti. Ortak Girişimi arasındatarihinde yapılan “.....İşi” kapsamında işçilik bulunduğu halde, 7’nci maddeye göre ödenen fiyat farkında işçiliğe ilişkin ağırlık oranının göz ardı edilmesi sonucunda kamu zararına neden olduğu görülmüştür.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhalesi Yapılacak Olan Hizmet Alımlarına İlişkin Fiyat Farkı Hesabında Uygulanacak

Esaslar'ın 7'nci maddesinde aynen,

“Fiyat farkı aşağıdaki formüle göre hesaplanır:

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

I_n Y_n G_n K_n M_n

$$P_n = [a_1 + a_2 \frac{I_n}{I_0} + b_1 \frac{Y_n}{Y_0} + b_2 \frac{G_n}{G_0} + c \frac{K_n}{K_0} + d \frac{M_n}{M_0}]$$

I_0 Y_0 G_0 K_0 M_0

Formülde ;

F: Fiyat farkını (TL),

A_n : 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,

P_n : İlk geçici hakedişte ($n=1$) olmak üzere (n) inci hakedişte, fiyat farkı hesabında kullanılan temel indeksler ve güncel indeksler ile a_1 , a_2 , b_1 , b_2 , c ve d değerlerinin ağırlık oranları temsil katsayılarının yukarıdaki formüle uygulanması sonucu bulunan fiyat farkı katsayısını,

a_1 : 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,

a_2 : Sözleşme kapsamındaki işlerin yapılmasında kullanılacak olan ve a_1 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;

İo, İn : İşçilikle ilgili temel asgari ücreti ve güncel asgari ücreti,

Yo, Yn: 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,

Go, Gn: 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,

Ko, Kn: Mühendislik ve müşavirlikle ilgili temel aylık katsayısı ve güncel aylık katsayısını,

Mo, Mn: 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 a1, a2, b1, b2, c ve d sabit katsayılarının ihale konusu hizmetteki oranları dikkate alınmak suretiyle tespit edilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır.

Yine aynı Esaslar'ın 8'inci maddesinde,

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

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,

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,

c) 506 sayılı Kanununun 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.

.....tarih ve 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 öngörülmeyle 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 alı 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 Esaslar'ın 7'nci maddesine göre fiyat farkının ödenmesinin öngörüldüğü hallerde 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 yapılan işin kapsamında işçiliğin bulunduğu ve bunun sonucu olarak anılan Esasların 7 ve 8'inci maddeleri hükümlerine göre fiyat farkı verilmesinin öngörüldüğü durumlarda, a1 ve a2 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; b1 katsayısıyla temsil edilenin 0,16, d sabit katsayısıyla temsil edilenin ise 0,11 oranında olduğu açıkça gözükmektedir. Buna rağmen ihale dokümanında, işçiliği temsil eden a1 ve a2 sabit katsayıları 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 toplamları 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 gerekirdi. Esaslar'ın 8'inci maddesine göre fiyat farkı verildiği halde, al için bir oran belirlenmemesi, işçiliğin ihale konusu hizmetteki oranı $(1 - 0,27) = 0,73$ kadar 7'inci madde kapsamında ayrıca fiyat farkı ödemesine sebebiyet vermiştir. Bir anlamda al 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.

Nitekim Temyiz Kurulunun 23.12.2014 tarih ve 39810 tutanak numaralı bozma kararında da aynen; "Bahse konu işin tip idari şartnamesi ve sözleşmesine dayanılarak düzenlenen hakedişlerde, 7 ve 8.maddelere göre fiyat farkı verileceği belirtildikten sonra uygulamada, Esasların 8.maddesine göre asgari ücrete dayalı işçiliklere ilişkin fiyat farkı hesaplanıp ödendiği halde 7. maddeye göre yapılan fiyat farkı hesabında işçiliğe ilişkin ağırlık oranını içeren bir katsayı belirlenmediği için akaryakıt ile makine ve ekipmana dayalı bir fiyat farkı ödendiği dolayısıyla 7 ve 8.maddeler birlikte düşünüldüğünde, sözleşme aşamasında tespit edilmediği için hesaplamada dikkate alınmayan işçilik ağırlık oranı kadar bir fazla ödemeye neden olduğu görülmektedir

Başka bir ifade ile 7 ve 8.maddeler birlikte uygulandığından ve 7.maddeye göre ödenen fiyat farkında da işçiliğe ilişkin ağırlık oranı göz ardı edildiğinden her ne kadar 7.maddenin kendi içinde b1 ve d katsayıları toplamı ile "1'e eşit olma" koşulu sağlanmış olsa da 7 ve 8.maddelerle verilen toplam fiyat farkına bakıldığında "1'e eşit olma" sınırı aşılmış olmaktadır."

denilerek bu tespitimiz kabul edilmiştir.

83 sayılı Ek İlamın 1'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 a1 niteliğindeki işçilik olduğu kabul edilmiş ve buna göre kamu zararı hesaplanıp tespit edilen kamu zararının tazminine karar verilmişti.

Ancak anılan İlam hükmünün Temyiz Kurulunca bozulması üzerine konu yeniden değerlendirildiğinde sorumluların yukarıda özetlenen savunmalarının "DİĞER TEMYİZ NEDENLERİ VE YARGILAMANIN İADESİ TALEBİ (TEKNİK OLARAK)" başlığı altında da belirtildiği üzere söz konusu İşe ilişkin Sözleşme kapsamında çalıştırılan işçilerin tamamının vasıflı işçiler olması ve bu işçilere ödenecek ücretlerin asgari ücretin belli bir katı (yüzde) 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 ayrıntısı aşağıdaki tabloda da görüleceği üzere toplam-TL tutarında kamu zararına neden olduğu görülmektedir. Sorumlular da itiraz dilekçelerinin bu bölümünde "kabul anlamına gelmemekle birlikte" ifadesiyle bu esasa göre hesaplanan kamu zararı tutarını kabul edebileceklerini ifade etmişlerdir. Nitekim sorumluların dilekçelerinde anılan Ek İlam ile tazminine karar verilen tutardan-TL'sinin yüklenicinin hakedişinden kesildiği belirtilmiştir. Ancak söz konusu kesintiler emanetler hesabına kaydedildiğinden bu kesintilerin tahsilat olarak kabulü mümkün değildir.

Bu tespitten sonra konu sorumluların 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;

Uyuşmazlığa konu işe ilişkin Sözleşmede ve eki İdari Şartnamede, fiyat farkının yürürlükteki Fiyat Farkı Kararnamesi hükümlerine göre ödeneceği hükmüne 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.

.....tarih vesayılı 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. Sayıştay Temyiz Kurulu'nuntarih ve sayılı Kararında da;sayılı Bakanlar Kurulu Kararı kapsamına girmeyen Bilgisayar Veri İşleme ve Müşavirlik Hizmetlerine ilişkin olarak düzenlenen sözleşme ve şartnamelere bu yönde hüküm konulamayacağını ve buna istinaden ödeme yapılamayacağına karar vermiştir.

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 toplamlarınının 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.

Denetçi görüşünde de belirtildiği üzere konuyu daha da açıklayıcı hale getirmek 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? Tabi ki yukarıda açıklanan gerekçelerle kabul edilemez.

Nitekim bu durum duruşma sırasında müvekkilleri adına savunma yapan Avukat'e sorulmuş olup adı geçeninin 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.

Sorumluların savunmalarına dayanak olarak gösterilen Kamu İhale Kurulu kararları ise uyuşmazlık 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.

İhale Komisyon Üyelerinin itirazlarında, kamu zararının oluşmadığı, kamu zararı oluşsa bile sorumlu tutulamayacakları belirtilmekte ise de; 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 yaklaşık maliyeti ve işe ilişkin şartnameleri incelemek suretiyle süreci sahiplenmiş olduğundan ihale dokümanının mevzuata aykırılığında sorumludur.

Diğer taraftan 4734 sayılı Kanun'un 60'ncü 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 bulduklarının tespiti halinde, haklarında ilgili mevzuatları gereğince disiplin cezası uygulanacağı, ayrıca, fiil veya davranışlarının özelliğine göre haklarında ceza kovuşturması da yapılacağı ve hükmolünacak ceza ile birlikte tarafların uğradıkları zarar ve ziyanın genel hükümlere göre kendilerine tazmin ettirileceği

hükme bağlanmıştır.

Öte yandan 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 ihale dokümanı ve ihale kararının mevzuata aykırılığından sorumludurlar. Belirtilen nedenlerle ihale yetkilisi ve ihale komisyon üyelerinin sorumluluğa ilişkin itirazlarının da kabulü mümkün değildir.

Yapılan duruşmaya fer'i müdahil olarak katılan ahizlerdenLtd. Şti'nin Ltd. Şti'nin Yetkilisitarafında ise; 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 ödenen fiyat farkının haliyle kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüş ise de; bu sav bahse konu katsayıların ihale dokümanında hatalı tespit edildiğinin adı geçen ahizler tarafından görüldüğünün ikrarı anlamına gelir.

Bilindiği 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 gerektiği, 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 edildiği yüklenici tarafında ihale aşamasında bilindiği halde, söz konusu katsayıların idari şartname ve sözleşmede yer aldığı gerekçesiyle hak iddiasında bulunması hakkın kötüye

kullanılması kapsamına girer.

Sonuç olarak açıklanan gerekçelerle, Genel Müdürlüğü ile Paz. Ltd. Şti.- Ltd. Şti. Ortak Girişimi arasında tarihinde yapılan “.....İşi” 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 ayrıntılı hesabı aşağıdaki tabloda gösterilen toplam-TL tutarında kamu zararına neden olunmuştur.

Bu nedenle, Denetçi tarafından sorgu konusu edilen toplam-TL’nin

....’e

Müştereken ve müteselsilen 6085 sayılı Sayıştay Kanunu’nun 53’üncü maddesi gereğince hüküm tarihinden itibaren işleyecek faizleriyle ödettirilmesine,

Geriye kalan-TL’si için ise ilişilecek husus bulunmadığına,

İşbu İlamın tebliğ tarihinden itibaren altmış gün içerisinde Sayıştay Temyiz Kurulu nezdinde temyiz yolu açık olmak üzere,

(Daire Başkanı’in; “Esasların 7’nci maddesinde, fiyat farkı hesabında kullanılacak olan a1, a2, b1, b2, c ve d sabit katsayılarından 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 31.12.2009 tarihli sözleşmenin “fiyat farkı” başlıklı 14.2’nci maddesinde de, “Fiyat farkı verilecektir. Yürürlükteki fiyat farkı kararnameyi 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 toplamları biri (1.00) geçmeyecek şekilde belirlenmiş ve sözleşmeye yazılmış olup, bu yönüyle de Esaslar'a aykırı bir durumun 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 gerekir”,

Üye’un; “Esaslar'ın 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 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 hükmü dikkate alındığından ihaleden önce idarece tespit edilip idari şartnamede gösterilen sabit katsayıların değiştirilemeyeceği açıktır.

Bu nedenle, söz konusu sabit katsayı oranları yerine ihale konusu hizmetteki ağırlıkları esas alınarak da olsa Denetçi tarafından tespit edilen yeni katsayı oranları esas alınarak hesaplanan kamu zararı iddiası hakkında ilişilecek husus bulunmadığına,

Ancak olayda Esaslar'ın 7 ve 8'inci maddeleri hükümlerine göre fiyat farkı ödenmesi öngörüldüğü halde, a1, a2, katsayılarına bir değer verilmeyip, b1 ve d sabit katsayılarına toplamları bire eşit olacak şekilde oran tespit edilmesi ve 8'inci madde ile asgari ücrete dayalı işçilik için fiyat farkı verildiği halde 7'nci maddeye göre fiyat farkı verilirken işçiliğe ilişkin ağırlık oranı belirlenmemiş olduğundan bu oran kadar fazla ödemeye sebep olunduğu da aşikardır.

Bu nedenle, sözleşme ve idari şartnamede belirlenmiş olan b1 ve d katsayılarını değiştirmeden hakedişin toplam bedelinden işçiliğe ilişkin tutarın düşülerek fiyat farkı formülündeki An değeri için sadece akaryakıt ile makine ve ekipman amortismanına ilişkin tutarın esas alınması ve b1 ile d sabit katsayılarının bu tutara uygulanması sonucu bulunacak tutarın ödenmesi gereken fiyat farkı olarak hesaplanması ve bunun üzerindeki fiyat farkının kamu zararı olarak değerlendirilip, konu ile ilgili olarak sorumluların savunmalarının alınması ve sonucun Sayıştay Denetim Yönetmeliği'nin 48'inci maddesi hükmüne uygun olarak ek raporla Dairemize intikalinin sağlanması için söz konusu ek raporun ekleriyle birlikte Denetçisine iadesine,

karar verilmesinin uygun olacağı” şeklindeki ayrışık görüşlerine karşı)

oy çokluğuyla karar verildi.