

Piyasa rayicinin üstünde fiyatlarla mal ve malzeme alınması.

Temyiz Kurulu, 41907/44012, T. 24.1.2018

Konu: Piyasa rayicinin üstünde fiyatlarla mal ve malzeme alınması.

167 sayılı ilamın hüküm dışı bırakılan 9/B maddesi 255 sayılı ek ilam ile karara bağlanmış olup ilam hükmü ile; ... Mobilya Ticaret yükleniminde bulunan "... Uygulama Oteli İçin Özel İmalat Mobilya Malzemeleri Alımı" işinde ihale kapsamında yer alan bazı mal ve malzemelerin ihale fiyatlarının piyasa rayicinden daha yüksek fiyatla alınması nedeniyle ... TL'ye tazmin hükmü verilmiştir.

Sorumlular ... (harcama yet.-Fakülte sek.) ve ... (ger.gör.- ihale kom.baş.-şube müdürü) adlarına temyiz talebinde bulunan Av... dilekçede özetle; 27.05.2016 tarih ve 167 sayılı ilamın 9/B maddesinin yeniden yargılanması sonucunda düzenlenen ek ilamın temyiz edildiğini,

2014/4588 İhale kayıt numaralı "... Uygulama Oteli İçin Özel İmalat Mobilya Malzemeleri Alım İşini"nin pazarlıkla (mad 21/f) İhale usulüne göre sonuçlandırıldıktan sonra imzalanan sözleşmeyle satın alınan 8 kalem maldan 3 kalem mal ve

malzemenin piyasa rayicinden daha yüksek fiyatla satın alınması gerekçesiyle verilen ... TL'lik tazmin hükmünün Kanuna aykırı olması ve yargılama usullerine riayet edilmemesi sebebiyle kaldırılmasını isteyerek gerekçelerini sıralamıştır.

TEMYİZ TALEBİNİN İZAHİ VE YASAL DAYANAKLARI :

1-) 2014/4588 İhale kayıt numaralı "... Uygulama Oteli İçin Özel İmalat Mobilya Malzemeleri Alım İşi" ihalesi kapsamında imzalanan sözleşmeyle toplam 8 (sekiz) kalem malın ihale dokümanı içerisinde yer alan teknik şartnameye göre belirlenmiş özellikler çerçevesinde satın alındığını,

-Turizm İşletmeciliği ve Otelcilik Yüksek Okulu Müdürlüğünün; Rektörlük Makamına yazdığı 06.12.2013 tarih ve 158 sayılı talep yazısıyla ... hızla faaliyete geçirilebilmesi için yazı ekinde yer alan 8 kalem mobilya malzemelerine ihtiyaçları olduğunu ve bu ihtiyaçların ivedilikle karşılanması gerektiğinin bildirildiğini (Ek-1/a-b-c-d-e),

-“Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin 8 inci maddesinin (3) bendi (b) bölümünde “İdare, piyasada alım konusu malı üreten veya pazarlayan gerçek veya tüzel kişilerden de fiyat bildirimini veya proforma fatura isteyerek yaklaşık maliyeti hesaplayabilir.” hükmü gereğince yaklaşık maliyet çalışmalarında kullanılmak üzere piyasa araştırması yapıldığını ve;

1. a) ... (Ek-3),

1. b) ... (Ek-4),

1. c) ... (Ek-5)

26. d) ... (Ek-6) olmak üzere toplam dört firmadan fax (Ek-15-a/b, Ek-16 telefon/fax numaralarımız) ile yaklaşık maliyet çalışmalarında kullanılmak üzere teklifleri alınarak, 26.12.2013 tarihinde yaklaşık maliyet hesap cetveli düzenlendiğini (Ek-6),

Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin “Yaklaşık maliyetin hesaplanması” başlıklı 8 inci maddesinin 3 üncü fıkrasında; “İdare, alımın niteliğini ve piyasa koşullarını göz önünde bulundurmak suretiyle, aşağıdaki (a), (b), (c), (ç) ve (d) bentleri çerçevesinde elde ettiği fiyatların birini, birkaçını veya tamamını kullanmak suretiyle yaklaşık maliyeti hesaplar.”,

(b) bendinde ise; “İdare, piyasada alım konusu malı üreten veya pazarlayan gerçek veya tüzel kişilerden de fiyat bildirimini veya proforma fatura isteyerek yaklaşık maliyeti hesaplayabilir.” düzenlemesinin bulunduğunu,

Yönetmelik İdareye (a), (b), (e), (ç) ve (d) bentleri çerçevesinde elde ettiği fiyatların birini, birkaçını veya tamamını kullanmak üzere yetki verdiğine göre idarenin bunlardan en az birisine uymuş olmasının yeterli olduğunu, idarenin taktir yetkisini (b) bendini tercih ederek kullandığını,

- Yaklaşık maliyet hesap cetvelinin 26.12.2013 tarihinde ihale onay belgesi ekinde ihale yetkilisinin onayına sunulduğunu ve ihale yetkilisi tarafından onaylandığını (Ek-7),

- Genel Sekreter Yardımcısı ...'un teklifi ve Rektör Yardımcısı Prof. Dr. ...'ın uygun bulması ile 27.12.2013 tarih ve 1491 sayılı Harcama Ön İzin Onayı verildiğini (Ek-8),

-14.01.2014 tarih ve 29 sayılı yazı ile ihale komisyonu oluşturulduğunu (Ek-9-a/b),

-4734 sayılı Kanununun 21/f maddesi gereğince yapılacak ihalelerde en az üç isteklinin davet edilmesi zorunlu olduğundan ihale konusu işi teknik şartnameye göre yapabileceği öngörülen Ankara Sitelerde faaliyet gösteren 4 firmanın, doküman satın alarak pazarlık usulü ihaleye teklif vermeye davet edildiğini,

14. a) 14.01.2014 tarih ve 31 sayılı yazıyla ... Mobilya (Ek -10)

14. b) 14.01.2014 tarih ve 32 sayılı yazıyla ... Ticaret(Ek -11)

14. c) 14.01.2014 tarih ve 33 sayılı yazıyla ... Mobilya Ticaret(Ek -12)

14. d) 14.01.2014 tarih ve 34 sayılı yazıyla ... Döşeme Atölyesi (Ek -13)

-Söz konusu işin pazarlık usulüyle ihalesinin 22.01.2014 tarihinde toplanan ihale komisyonunca gerçekleştirildiğini, İhale Komisyonunun oy birliği ile almış olduğu kararın ihale yetkilisi tarafında onaylandığını (Ek-14/a-b),

-Üzerinde ihale kalan istekli ile sözleşmenin imzalandığını, işin teknik şartnamesine uygun şekilde idareye teslim edildiğini ve bedelinin ödendiğini,

Bu sürecin 4734 sayılı Kanuna, Mal Alımı ihaleleri Uygulama Yönetmeliğine, Kamu İhale Genel Tebliğine ve İhale dokümanına uygun olarak gerçekleştirildiğini, kamu zararından söz edilemeyeceğini,

4734 sayılı Kanununun 21/f maddesine istinaden pazarlık usulüyle gerçekleştirilen bu ihale süreciyle ilgili olarak gerek Kamu İhale Kurumu gerek Sayıştay Denetçisi gerekse yargılamayı yapan Sayıştay 2. Dairesi tarafından mevzuata aykırılık yönünden yorumlamalar dışında somut olarak tespit edilmiş bir husus bulunmadığını,

Diğer taraftan 8 kalem malzemenin şartnamesine aykırılığıyla ve/veya teslimiyle ilgili de bir ihtilaf olmadığını, ihaleye katılan isteklilerin 8 kalem malın tamamına teklif verdiğini, ihalede rekabet ve fiyatın bu 8 kalem malın tamamı için gerçekleştiğini,

Sözleşmenin uygulanması sırasında yeni fiyat tespiti yapılmadığını, sözleşmedeki birim fiyatların uygulanmasıyla ilgili bir ihtilaf olmadığını, bu aşamadan itibaren idarenin tercih etmediği bir yöntemle göre örneğin (a) bendini niçin tercih etmediği sorgulanamayacağı gibi bu tercihleri sebebiyle müvekkillerinin sorumlu tutulmasının da mevzuata aykırı olduğunu,

2-)Üniversitede şifahen görevlendirilen personelin satın alma biriminde ve kullanımındaki faks ile kendi belirledikleri firmalarla iletişime geçerek fiyat istediklerinin görüldüğünü (Ek-18/a-b),

Resmi Yazışmalarda Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 15 inci maddesinin (3) üncü fıkrasında "Belgeyi imzalayacak olan makam, belgeyi hazırlayan idarenin imza yetkileri yönergesine veya yetkili makamlarca verilen imza yetkisine uygun olarak belirlenir." hükmünün bulunduğunu, kurum yetkilisi sıfatıyla müvekkili ... tarafından piyasa araştırmaları yazılarının imzalandığını (Ek-17),

İlamda piyasa fiyat araştırmasını harcama yetkilisinin imzaladığı için hakkındaki suçlamanın anılan yönetmelik hükmüne aykırı olduğunu, bu tür yazışmaların memur imzasıyla gönderilmeleri halinde yazışma kurallarına uygun olmayacağını (Ek-18/a-b),

3-) 2014 yılı hesabının denetlenmesi sırasında Sayıştay denetçisinin toplam 8 kalem maldan 3 kalemi için İhale Mevzuatında hiçbir şekilde öngörülme ve lafzı dahi geçmeyen

sadece AT0 yönetmeliğinde bulunan 'rayiç fiyat' kavramından hareketle AT0'dan geçmiş döneme ilişkin fiyat alınmak suretiyle fazla ödeme yapıldığı iddiasında bulunulduğunu ve son aşamada tazmine hükmedildiğini,

Müvekkillerinden ... İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Sekreteri olarak görev yapmakta iken 30.10.2013 tarihinde İdari ve Mali İşler Dairesi Başkanlığı görevine vekaleten başladığını (Ek-21), müvekkilin bu birime başlamadan önce 13.09.2013 tarihinde açık ihale usulüyle yapılan ihalede aynı teknik şartları (Ek-19/a-b-c) taşıyan ahşap oymalı klasik sandalyeler faturasından anlaşılacağı üzere bir kısmının tanesi ... TL., bir kısmı ... TL, bir kısmı ... TL ve Seperatör tanesi ... TL'den temin edildiğini (Ek- 20/a-b), bunun da gerçek piyasa fiyatlarını ortaya çıkardığını,

Nitekim Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin "Yaklaşık maliyetin hesaplanması" başlıklı 8 inci maddesinin 3 üncü fıkrasının (ç) bendinde;

"İdare, alım konusu mal ile ilgili daha önceki dönemlerde alım yapmış ise bu alımlarda ortaya çıkan sözleşme bedelleri, endeks veya Türkiye İstatistik Kurumu tarafından yayımlanan ilgili endekslerden uygun olanı kullanmak suretiyle güncelleyerek yaklaşık maliyeti hesaplayabilir. Döviz ile yapılmış olan alımlarda ise Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası döviz alış kuru veya çapraz kur üzerinden fiyatlar güncellenerek yaklaşık maliyet hesaplanabilir." düzenlemesinin bulunduğunu, bu anlamda kamu zararı oluşturacak bir fiyat farkının olmadığını,

Müvekkillerin, ödeme emri belgesinin mevzuata uygun olması ve Merkezi Yönetim Harcama Belgeleri Yönetmeliğinde öngörülen belgelerinin tamam olduğunun anlaşılması üzerine ödeme emirlerini imzaladıklarını, daha önce açık ihale usulüyle tüm yerli ve yabancı isteklilerin katılabileceği ihale sonucunda ortaya çıkan gerçek piyasa fiyatı emsal alındığında yaklaşık maliyetin piyasa fiyatına uygun olarak tespit edildiğinin anlaşıldığını, bu nedenle tazmin hükmünün hukuka uygun olmadığını belirtmiştir.

Başsavcılık mütalaasında;

“... Ortaya konulanlar karşısında adı geçenlerin temyiz talebinin kabulü ile sorumluluğun yeniden tespiti maksadıyla Dairesine tevdiine karar verilmesinin uygun olacağı mütalâa olunmaktadır.” denilmiştir.

Duruşma talep eden sorumlular ..., ile Sayıştay Savcısının sözlü açıklamalarının dinlenmesinden ve dosyada mevcut belgelerin okunup incelenmesinden sonra,

GEREĞİ GÖRÜŞÜLDÜ:

İlamda ... Mobilya Ticaret yükleniminde bulunan “... Uygulama Oteli İçin Özel İmalat Mobilya Malzemeleri Alımı” işinde ihale kapsamında yer alan bazı mal ve malzemelerin ihale fiyatlarının Ankara Ticaret Odasından ihale tarihi itibarıyla alınan rayiç fiyatlar ile karşılaştırılması sonucunda bu mal ve malzemelerin piyasa rayicinden daha yüksek fiyatla alındığı gerekçesi ile tazmin hükmü verilmiş ve harcama yetkilisi,

gerçekleştirme görevlisi (ihale komisyon başkanı), ihale yetkilisi ve ihale komisyon üyelerinin sorumluluğuna hükmedilmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 9 uncu maddesinde;

“Mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesi yapılmadan önce idarece, her türlü fiyat araştırması yapılarak katma değer vergisi hariç olmak üzere yaklaşık maliyet belirlenir ve dayanaklarıyla birlikte bir hesap cetvelinde gösterilir. Yaklaşık maliyete ihale ve ön yeterlik ilanlarında yer verilmez, isteklilere veya ihale süreci ile resmi ilişkisi olmayan diğer kişilere açıklanmaz.” denilmiş,

Adı geçen Kanuna dayanılarak çıkarılan Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin “Yaklaşık maliyetin hesaplanması” başlıklı 8 inci maddesinde;

“(1) İdare yaklaşık maliyetin hesaplanmasında; alım konusu malın niteliğini, miktarını, teslim süresini, nakliyesini, sigortasını ve diğer özel şartlarını belirterek KDV hariç fiyat bildirilmesini ister. Ancak, idare, gerçek piyasa fiyatlarını yansıtmayan ve yaklaşık maliyetin hesaplanmasında hatalara sebep olabilecek fiyat bildirimlerini ve proforma faturaları değerlendirmeye almaz.

(2) Yaklaşık maliyetin hesaplanmasında kullanılan her tür bilgi ve belgeye hesap cetveli ekinde yer verilir. Değerlendirmeye alınmayan fiyat bildirimleri ile proforma faturaların değerlendirmeye alınmama gerekçeleri de hesap

cetvelinde belirtilir.

(3) İdare, alımın niteliğini ve piyasa koşullarını göz önünde bulundurmak suretiyle, aşağıdaki (a), (b), (c), (ç) ve (d) bentleri çerçevesinde elde ettiği fiyatların birini, birkaçını veya tamamını kullanmak suretiyle yaklaşık maliyeti hesaplar:

1. a) İdare, alım konusu malın özelliğine göre kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarından fiyat isteyerek yaklaşık maliyeti hesaplayabilir.

1. b) İdare, piyasada alım konusu malı üreten veya pazarlayan gerçek veya tüzel kişilerden de fiyat bildirimini veya proforma fatura isteyerek yaklaşık maliyeti hesaplayabilir.

1. c) İdare, alım konusu mala ilişkin olarak Bütçe Uygulama Talimatlarında ve/veya Sağlık Uygulama Tebliğlerinde yer alan fiyatları kullanarak yaklaşık maliyeti hesaplayabilir. Bu fiyatlarda KDV veya farklı nitelikte giderler bulunması durumunda bu giderler fiyatlardan indirilerek yaklaşık maliyet hesaplanır.

ç) İdare, alım konusu mal ile ilgili daha önceki dönemlerde alım yapmış ise Türkiye İstatistik Kurumu tarafından yayımlanan uygun endeksten yararlanmak suretiyle bu alımlara ilişkin fiyatları güncelleyerek yaklaşık maliyeti hesaplayabilir. Döviz ile yapılmış olan alımlarda ise Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası döviz alış kuru veya çapraz kur

üzerinden fiyatlar güncellenerek yaklaşık maliyet hesaplanabilir.

1. d) İdare, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının internet sayfalarında yayımlanan fiyatları kullanarak yaklaşık maliyeti hesaplayabilir.”,

Yönetmeliğin “İhale onayının alınması” başlıklı 16 ncı maddesinde;

“(1) İhale konusu işe ilişkin yaklaşık maliyet hesap cetveli, şartnameler, sözleşme tasarısı, teknik şartname ve diğer doküman ihale onay belgesine eklenir ve bu belge ihale yetkilisinin onayına sunulur.

(2) Ön ilan yapılması durumunda bu ilandan önce ihale onay belgesi ihale yetkilisinin onayına sunulur. Bu belgeye sadece yaklaşık maliyet hesap cetvelinin eklenmesi yeterlidir. İhale veya ön yeterlik ilanı yayımlanmadan önce, yeniden ihale onay belgesi hazırlanarak ihale yetkilisinin onayına sunulur.

(3) Ön ilan, ihale ilanı veya ön yeterlik ilanı yayımlanmadan, ilan yapılmaksızın gerçekleştirilen ihalelerde ise davet yazısı gönderilmeden önce Kurumdan ihale kayıt numarası alınır.

(4) İhale kayıt numarası, ön ilan yapılan haller dahil, her ihale için bir kez alınır.”

Yine Yönetmeliğin “İhale komisyonunun kurulması ve çalışma esasları” başlıklı 17 nci maddesinde de;

“(1) İhale yetkilisi, ihaleyi gerçekleştirmek üzere Kanunun 6 ncı maddesi gereğince, ihale ilanı veya ön yeterlik ilanı ya da davet tarihini izleyen en geç üç gün içinde ihale komisyonunu oluşturur.

(2) İhale komisyonu, tek sayıda olmak üzere başkan dahil en az beş kişiden oluşur. Üyelerden en az ikisinin ihale konusu işin uzmanı ve diğer bir üyenin muhasebe veya mali işlerden sorumlu personel olması zorunludur. İhale komisyonunun görevlendirilmesi sırasında komisyonun eksiksiz toplanacağı dikkate alınarak, asıl üyeler ile bu üyelerin yerine geçecek aynı niteliklere sahip yeterli sayıda yedek üyenin isimleri ve bu üyelerin komisyonda hangi sıfatla yer alacakları belirtilir.

(3) İhale komisyonunun idarenin personelinden oluşturulması esastır. Ancak, ihaleyi yapan idarede yeterli sayıda veya nitelikte personel bulunmaması halinde Kanun kapsamındaki idarelerden komisyona üye alınabilir.

(4) İhale sürecindeki değerlendirmeleri yapmak üzere oluşturulan ihale komisyonu dışında başka adlar altında komisyonlar kurulamaz.

(5) İhale komisyonu eksiksiz olarak toplanır ve kararlar

çoğunlukla alınır. Komisyon üyeleri, kararlarda çekimser kalamaz. Komisyon başkanı ve üyeleri oy ve kararlardan sorumlu olup; karşı oy kullanan komisyon üyeleri, gerekçelerini komisyon kararına yazmak ve imzalamak zorundadır. İhale komisyonunca alınan kararlar ve düzenlenen tutanaklar, komisyon başkan ve üyelerinin adları ve soyadları, unvanları ve komisyondaki sıfatları belirtilerek imzalanır.

(6) İhale komisyonu, teklif veya başvuru kapsamında yer alan belgelerin doğruluğunu teyit için gerekli gördüğü belge ve bilgileri isteyebilir. Komisyon tarafından bu doğrultuda yapılan talepler, ilgililerce ivedilikle yerine getirilir.”

hükümlerine yer verilmiştir.

Yukarıda belirtilen hükümlere göre ihale hazırlık aşaması, ihale yetkilisinin onay vermesi ile tamamlanmakta, sonrasında ihalenin ilanı ve davet yazılarına istinaden ihale komisyonu teşkil etmekte ve komisyonun görevleri bu aşamadan sonra başlamaktadır. İhale komisyonuna ihale onay belgesinde belirlenen ihale usul ve yöntemine göre ihaleyi yapma ve sonuçlandırma talimatı verilmektedir.

Söz konusu işte ihale yetkilisi tarafından onaylanan ihale onay belgesinde işin tanımı, niteliği, miktarı, yaklaşık maliyeti, kullanılabilir ödeneği, ihale usulü belirlenmiş olup ihale komisyonu bu verilere uygun olarak ihaleyi gerçekleştirmiştir.

Sözleşmenin konusu; idarenin ihtiyacı ve özellikleri teknik

şartnamede belirtilen ... Uygulama Oteli için özel imalat mobilya malzemeleri alım işidir. 4734 sayılı Kanununun 21/f maddesine göre ihale edilen ve 10.02.2014 tarihinde ... TL (KDV hariç) bedel üzerinden imzalanan (KDV hariç) sözleşmeyle satın alınan 8 kalem maldan 3 kalem mal ve malzemenin piyasa rayicinden daha yüksek fiyatla satın alındığı gerekçesiyle AT0 rayiç fiyatları ile ihale fiyatları arasındaki farka kamu zararı denilmiştir.

Pazarlık usulü ile gerçekleştirilen ihalede, 8 kalem malzemenin şartnamesine aykırılığıyla veya teslimiyle ilgili bir ihtilafın olmadığı, ihaleye katılan isteklilerin 8 kalem malın tamamına teklif verdiği, ihalede rekabet ve fiyatın bu şekilde 8 kalem mal için gerçekleştiği, sözleşmedeki fiyatların uygulanmasıyla ilgili bir ihtilafın da söz konusu olmadığı dikkate alındığında; ilgili mevzuat hükümlerine göre yaklaşık maliyet tespiti ile başlayan ihale sürecinin ihale komisyonunun kurulması, tekliflerin değerlendirilmesi, ihalenin en uygun teklifi veren istekli üzerinde bırakılıp onaylanmasından sonra sözleşmenin imzalanması ile sona erdiği, bahsedilen sürecin de mevzuata uygun yerine getirildiği ve gerek rapor gerekse ilamda söz konusu sürecin hatalı veya eksik yürütüldüğüne ilişkin bir tespit bulunmadığı görülmüştür.

Kaldı ki mevzuatımızda, mevzuata uygun şekilde sonuçlandırılan bir ihalede ortaya çıkan teklif fiyatlarının veya toplam teklif bedelinin, bir başka kaynaktan teyit ettirilmesi gerektiğine ilişkin bir zorunluluk da bulunmamaktadır. Böyle bir bakış açısı kabul edildiği takdirde, ihale yapmanın mantığı ortadan kalkacak ve ülkemizdeki bütün idarelerin yaptıkları tüm ihalelerde ortaya çıkan teklif fiyatları, ilgili ticaret odalarına teyit ettirilmesi gerektiği gibi bir yaklaşım dayatılmış olacaktır. Dolayısıyla ortada herhangi bir

ihtilaf yokken, ihalede ortaya çıkan ve sözleşmeye bağlanan teklif fiyatların ticaret odasına sorulmak suretiyle teyit edilmesi ve arada çıkan fiyat farklarına dayanılarak kamu zararı iddiasında bulunulması yasal düzenlemelere uygun düşmemektedir.

Bu nedenle 167-255 sayılı ek ilamın 1 inci maddesi ile ... TL'ye ilişkin olarak verilen tazmin hükmünün KALDIRILMASINA, oy birliği ile,

Karar verildiği 24.01.2018 tarih ve 44012 sayılı tutanakta yazılı olmakla işbu ilam tanzim kılındı.