

Sözleşme kapsamında yapılamayacağı anlaşılan, ve bu nedenle tasfiye edilmesi gereken bir işte iş artışı yapılarak iş artış bedelinin fiyat farkı dâhil ödenmesi;

Kamu İdaresi Türü	Belediyeler ve Bağlı İdareler	
Yılı	2008	
Dairesi	3	
Dosya No	38387	
Tutanak No	42095	
Tutanak Tarihi	21.6.2016	
Kararın Konusu	İhale Mevzuatı ile İlgili Kararlar	

Sözleşme kapsamında yapılamayacağı anlaşılan, ve bu nedenle tasfiye edilmesi gereken bir işte iş artışı yapılarak iş artış bedelinin fiyat farkı dâhil ödenmesi;

1- 1737 sayılı Ek İlam'ın 1. maddesiyle; ... yüklenimindeki anahtar teslim götürü bedelli "... Caddesi Çok Katlı Yer Altı Otopark İnşaatı" işinde;

a) Söz konusu yapım işinin proje değişikliği nedeniyle meydana gelen iş artışı sebebiyle mevcut sözleşme kapsamında yapılamayacağı anlaşılmasına ve bu nedenle tasfiye edilmesi gerekmesine rağmen iş artışı yapılarak artış bedelinin ödendiği,

b) Söz konusu iş artışına isabet eden fiyat farkının ayrıca

ödendiği,

gerekçeleriyle ... TL'nin tazminine ilişkin hüküm tesis edilmiştir.

(*1375 sayılı Asıl İlamla; "Denetçi raporunun 18 inci maddesinde konu edildiği üzere, Yüklenici ...'nin taahhüdü altındaki "... Caddesi Çok Katlı Yer Altı Otopark İnşaatı" işine ilişkin olarak, proje değişikliği nedeniyle meydana gelen iş artışının mevcut sözleşme kapsamında yapılamayacağı anlaşılmasına rağmen iş artışı kararı verilerek iş artış bedeli ve buna ilişkin fiyat farkının anılan yükleniciye ödenmesi nedeniyle, konunun İçişleri Bakanlığı'na yazılmasına ve sonrasında gerekli inceleme yapılarak düzenlenecek ek raporun kanunda öngörülen süre içinde yargılanmasına değin, ayrıntısı ilamda gösterilen 3 adet ödeme emri toplamı ... TL'nin, 832 sayılı Sayıştay Kanunu'nun 61. maddesi hükmü uyarınca hüküm dışı bırakılmasına" hükmolünmüş, temyize konu işbu ek ilamla tazmin hükmü verilmiştir.)

Sorumlular, ortaklaşa gönderdikleri temyiz dilekçesinde özetle;

DETAYLI AÇIKLAMA olarak; yüklenici firmaya 24.04.2007 tarihinde yer teslimi yapıldığını, şantiye kurulması için yol verilerek hazırlıkların yapılmasının istendiğini, 18.05.2007 tarihinde fiilen inşaatın başladığını, inşaat devam ederken önceden öngörülmeven çevredeki tarihi çeşme sularının azaldığını; hafriyatın ilerledikçe de azalmaya devam edeceğinin ... Genel Müdürlüğünce taraflarına bildirildiğini, bu iş kapsamında projede öngörülen ve devam eden kazık ve hafriyat sisteminde birtakım zaruri şümüllü ve teknik değişiklikler yapılması gereği tespit edilerek gerekçe raporları ile ortaya çıktığını ve ikmal inşaatı ihalesine gidilmeden önce büyükşehir belediyesi yapı denetim görevlileri tarafından hazırlanan ikmal inşaatı gerekçe raporuna bağlı olarak uygulama projesi ana unsurları (fore kazık, yatay ankraj, bina betonarmesi) ile ilgili yeniden değerlendirme

yapılarak ikmal işi ihalesine gidildiğini, 03.12.2007 tarihinde yapılan ölçümlemede (mukayeseli keşifte) genel teknik şartnamenin 22. maddesinde yer alan; "İşin bu şartlar dâhilinde tamamlanamayacağını anlaşılmaması durumunda ise artış yapılmaksızın hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir." hükmüne ve sözleşme bedeli ile tamamlanamayacağını anlaşılmış olmasına rağmen her ne kadar tasfiye edilmesi gerekli ise de yakın çevre binalarının güvenliği ön planda tutularak hareket edildiğini, şöyle ki; ... ile ... ait bina arasında kalan meyilli ara caddenin tam karşısına rastlayan Otopark B Blokun bodrum kat ikinci katının betonarmesinin tamamlanmasının hayati öneme haiz olduğunu, zira söz konusu yolun, tarihi camii ve çevre binaların önünde bulunan derin kazı sebebi ile fore kazık soket boyu hali hazır durumu itibari ile 8,50 metre olup (17,50 metresi zemin dışında 8,50 metresi toprak altında çakıllı) bu boydaki fore kazık soket boyu konsol çalışamayacağından ve C blokun temel hafriyatı zorunlu olarak taban su deşarjı için alınmış bulunduğundan, kazıkların eğilmeye karşı çelik iksa ile güçlendirilmesi mümkün olmadığından ve hafriyatı düşey fore kazıklar, yatay ankraj kazıkları ve inşaat betonarmesinde meydana gelen zorunlu değişiklikler ve ayrıca fore kazık soketlerinin bulunduğu toprak zeminin kar ve yağış suları ile yumuşaması sonucunda kazık diplerinin zeminde hareketine sebebiyet verebileceği kanaati ile yapıyı güvenliğe almak üzere keşfin % 10'u nispetinde iş artışına bilerek ve razı olunarak izin verildiğini, buna binaen de işin tasfiye edilerek tasfiye kabulünün yapıldığını, ancak tasfiye kabulü yapılırken yukarıda izah edilen tehlikeli durumu ortadan kaldırmak üzere % 10 iş artış yapılmak mecburiyetinde kalındığını,

ÖZET AÇIKLAMA olarak; idarenin, lüzumsuz bir imalatın yapılarak kamu malına zarar verilmesine ve fazla ödeme yapılmasına sebep olmadığını, ... Çok Katlı Otopark İnşaatının hafriyat derinliğinin 18,50 m olup, 5 m uzaklıkta bulunan ve yüksek binalarla çevrili alanda özellikle binaların birisinde hafriyat alanına doğru tek taraflı oturmaların başlaması,

başka bir binada dilatasyon derzinden ayrılarak farklı oturumların gözlenmesi ayrıca Tarihi ... Konağı ile Tarihi ... Camiinin yer altı su dengesinin bozulmasından mütevellit zemin stabilitesini kaybetmesi ile oluşabilecek felaketin önüne geçmek üzere kafes iksa uygulamasının azami derecede önem kazandığını, öyle ki, başlanmış olan işte ilerlemiş hafriyat ve düşey kazık imalatlarının hiç ara vermeden çevreyi emniyete alacak dereceye getirilmesinin idarenin birinci hedefi haline geldiğini, aslında bu durumun elbette inşaat öncesi sondaj verileri ile tespiti çalışıldığını, alınan sondaj verilerine göre yatay kazık (ankraj) sistemi benimsendiğini ve projelendirildiğini; dolayısıyla, ihaleye de bu proje ile çıkıldığını, ancak 24 metre uzunluğundaki yatay kazık (ankraj) sisteminin zemin içerisinde kayarak sıyrılmaların, betonarme kazık hesaplarını tasarlayan proje müelliflerince de anlaşılamadığını ve bu işte sorumlu bütün teknik kadro ile doğru hesap yüklerini çekemeyen (zemin yapısından dolayı) yatay kazık sisteminden derhal vazgeçilerek riski azaltmak adına çelik kafes kirişlerle iksa imalatına başlandığını, bu imalatın yatay kazık imalatından kuşkusuz ucuz olduğunu, Sayıştay Başkanlığının sorgulamasında da, ilamında da vurgulananın; ihale konusu işin bitmeyeceğinin anlaşılması üzerine neden tasfiye edilmediği ve fiyat farkının ödendiği konusu olduğunu, ne yazık ki inşaatın çevresinde baş gösteren tehlike devam ederken ve inşaatın yaklaşan kış mevsimine bu hali ile girileceğinin kaçınılmaz olduğu anlaşıldıktan sonra işin tasfiye edilerek ikmal iş için ihale sürecinin beklenmesinin burada mümkün olmadığını ve yağış sularının hafriyat alanında birikerek fore kazıkların taşıdığı toprak zemini ağırlaştırarak geri dönülemez bir felaketi tetikleyeceğinden korkularak tasfiye edilmeden önce tehlikeyi en aza indirecek imalatları yaparak iş artışına mecbur kalındığını, kontrol heyeti ve harcama yetkilisinin, iş artışı yapmadan söz konusu işin tasfiye edilerek tasfiye kabulünü yapması gerektiğini bilmekle beraber, can ve mal emniyetini ortadan kaldıracak şantiye sahasında gelişen bu durumun insanların kalabalık olarak yaşadığı en işlek caddede doğal

afet vb. olayların meydana gelmesine sebep olmamak için tasfiye yapmaktan imtina edildiğini, ikmal iş olarak gereken bütün işlerde tasfiye kuralına uyulmasına rağmen sadece burada zorunlu olarak uyulamadığını; ancak, ...-TL sözleşme bedelli birinci kısım iş kapsamında inşaat tehlikesiz bir aşamaya getirilebilseydi ilave iş artışına gerek duyulmadan ikmal işin ihale sürecine girileceğini, tehlike henüz bertaraf edilmemişken ve artarak devam ederken inşaatın eksik bırakılarak sezonunun kapatılması halinde hayati tehlikenin devam edeceğini, zira tedbir alınmadan kış sezonuna girilmesi ve kar yağışları ile birlikte yükselecek yer altı sularının riski daha da artırmasından; böylece can ve mal kayıplarının yaşanmasından korkulduğunu, diğer taraftan iş artışına sebep olan iksa miktarı lüzumu kadar uygulandığından birinci iş kapsamında yapılmasaydı ikmal işin bünyesinde yer alacağını, yani aynı masrafın yine yapılacağını, burada birinci iş kapsamında ele alınmasının israf olmadığı gibi sadece zaman meselesi olup acilen birinci iş kapsamında uygulanmak zorunluluğunun hâsıl olduğunu, dolayısıyla, fiyat farkı öngörülen işlerde artışa giren kısmı için de ödeneceğinin muhakkak olduğunu, işin sözleşmesi ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu çerçevesinde, yapım işlerinde fiyat farkı uygulama yönetmeliği gereği iş artışı olan kısma da fiyat farkı ödendiğini, fazla ödemede bulunulmadığını,

Belirterek meydana gelen iş artışının, tehlike arz etmeye başlayan inşaat alanı çevresinde tedbirlerin artırılması anlamına geldiği, iş artışı kapsamında yapılan imalatların fiilen inşaatta icra edildikleri, kamu malını korumaya ve can güvenliğini sağlamaya yönelik tercih yapılmak zorunda kalındığı, yapılan harcamaların yerinde olduğu; zira ikmal işin bünyesinde de yine aynı imalatların yapılması gerektiği ve ikmal işe konu edilebilmesi için bile inşaat durumunun ölçülebilir bir safhaya eriştirilmesi zorunluluğunun bulunduğu; ancak, bu durumun zaman açısından imkânsız olduğu hususlarının tehiri icra talebi ile duruşmalı görüşülerek karara bağlanmasını ve tazmin hükmünün kaldırılmasını talep

etmişlerdir.

Başsavcılık karşılmasında özetle; ilgililerin dilekçelerinde; yapılan iş artışı ile işin bitmeyeceğini ve tasfiyeye gideceğini bildiklerini, ancak önceden öngörülemeyen zemin durumu ve buna bağlı imalatlar ortaya çıktığını, bunların hemen yapılmaması halinde mevcut durumun can ve mal emniyeti bakımından ciddi tehdit ve tehlike oluşturacağı görülerek bu yola gidildiğini ve yapılan imalatlar karşılığı ödeme yapıldığını ve sonra işin tasfiye edildiğini belirttikleri ifade edildikten sonra iş artışının can ve mal güvenliği açısından zorunlu hale geldiğinin ve bu oran dâhil yapılan imalatlarla tehlike arz eden durumun ortadan kaldırıldığının anlaşılması, yapılan ödemelerin imalatlar karşılığı olup, iş artışı kapsamında yapılan işlerin bedelinin kamu zararı olarak hesaplanmasının yerinde olmadığını düşünülmesi gerekçeleriyle talebin kabulü ile tazmin hükmünün kaldırılmasının uygun olacağı mütalaa edilmiştir.

Duruşmalı temyiz talebinde bulunan sorumlular; ... ve ... ile Sayıştay Başsavcı Vekilinin sözlü açıklamalarının dinlenmesinden ve dosyada mevcut belgelerin okunup incelenmesinden sonra gereği görüşüldü:

Konu ile ilgili olarak;

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun;

'Sözleşme türleri' başlıklı 6'ncı maddesinde:

"a) Yapım İşlerinde; uygulama projeleri ve bunlara ilişkin mahal listelerine dayalı olarak, işin tamamı için isteklinin teklif ettiği toplam bedel üzerinden anahtar teslimi götürü bedel sözleşme,

...

düzenlenir."

'Fiyat farkı verilebilmesi başlıklı' 8'inci maddesinde:

“... sözleşmelerde yer alan fiyat farkına ilişkin esas ve usullerde sözleşme imzalandıktan sonra değişiklik yapılamaz.”

‘Sözleşmede değişiklik yapılması’ başlıklı 15’inci maddesinde:

“Sözleşme imzalandıktan sonra, sözleşme bedelinin aşılması ve idare ile yüklenicinin karşılıklı olarak anlaşması kaydıyla, aşağıda belirtilen hususlarda sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılabilir.

a) İşin yapılma veya teslim yeri,

b) İşin süresinden önce yapılması veya teslim edilmesi kaydıyla işin süresi ve bu süreye uygun olarak ödeme şartları.”

Mücbir sebeplerden dolayı sözleşmenin feshi başlıklı 23. maddede; “Mücbir sebeplerden dolayı sözleşmenin feshedilmesi halinde, hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilerek, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar iade edilir.”

‘Sözleşme kapsamında yaptırılacak ilave işler, iş eksilişi ve işin tasfiyesi başlıklı’ 24’üncü maddesinde:

“...Yapım Sözleşmelerinde, ön görülemeyen durumlar nedeniyle bir iş artışının zorunlu olması halinde, artışa konu olan iş;

a) Sözleşmeye esas proje içinde kalması,

b) İdareyi külfete sokmaksızın asıl işten ayrılmasının teknik veya ekonomik olarak mümkün olmaması,

Şartlarıyla, anahtar teslimi götürü bedel ihale edilen yapım işlerinde sözleşme bedelinin % 10’una, ... kadar oran dahilinde, süre hariç sözleşme ve ihale dokümanındaki hükümler çerçevesinde aynı yükleniciye yaptırılabilir.

İşin bu şartlar dahilinde tamamlanamayacağını anlaşılması durumunda ise artış yapılmaksızın hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir. Ancak bu durumda, işin tamamının ihale

dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesi zorunludur.”

Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin;

'Tanımlar' başlıklı 4'üncü maddesinde:

“...

Anahtar Teslimi Götürü Bedel sözleşme: Uygulama projeleri ve bunlara ilişkin mahal listelerine dayalı olarak, işin tamamı için yüklenicinin teklif ettiği toplam bedel üzerinden yapılan sözleşmeyi ...

ifade eder.”

'Anahtar teslimi götürü bedel işlerde uygulama projelerinin yükleniciye teslimi' başlıklı 11'inci maddesinde:

“Anahtar Teslimi Götürü Bedel Sözleşmelerde, yapılacak işlerin uygulama projeleri, şartnameler ve diğer teknik belgelerle, sözleşmenin imzalanması sırasında yükleniciye verilir.”

'Projelerin uygulanması' başlıklı 13'üncü maddesinde:

“Sözleşme konusu işler, idare tarafından yükleniciye verilen veya yüklenici tarafından hazırlanıp idarece onaylanan uygulama projelerine uygun olarak yapılır.

İdare, sözleşme konusu işlerle ilgili proje vb. teknik belgelerde gerekli göreceği her türlü değişikliği yapmaya yetkilidir. Yüklenici, işlerin devamı sırasında gerekli görülecek bu değişikliklere uygun olarak işe devam etmek zorundadır. Proje değişiklikleri, ilk projeye göre hazırlanmış malzemenin terk edilmesini veya değiştirilmesini veya başka yerde kullanılmasını gerektirirse, bu yüzden doğacak fazla işçilik ve giderleri idare yükleniciye öder. Proje değişiklikleri işin süresini etkileyecek nitelikte ise yüklenicinin bu husustaki süre talebi de idare tarafından dikkate alınır.”

Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin;

'Yaklaşık maliyet hesabına esas miktarların tespiti' başlıklı 8'inci maddesinde;

"Yaklaşık maliyet hesabına esas miktarların tespiti için öncelikle aşağıda yer alan çalışmaların yapılması gereklidir.

a) Arazi ve zemin etütlerinin yapılması; uygulama projesi üzerinden anahtar teslimi götürü bedel teklif almak suretiyle ihale edilecek yapım işlerinde arazi ve zemin etüt çalışmalarının yapılmış olması zorunludur. ..."

Hükümleri yer almaktadır.

Bu hükümler karşısında; anahtar teslimi götürü bedel ihalelerin, gerekli arazi ve zemin etütlerine dayalı olarak hazırlanan uygulama projeleri ve bunlara ilişkin hazırlanan mahal listelerine göre yapılması gerektiği, sözleşmelerdeki iş artışlarınının 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 24'üncü ve Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 22'nci maddelerine göre zorunlu durumlar nedeniyle ancak sözleşme bedelinin % 10'una kadar olan miktarlarınının aynı sözleşme dokümanındaki hükümler çerçevesinde aynı yükleniciye yaptırılabilceği, işin bu şartlar dâhilinde tamamlanamayacağıının anlaşılması durumunda ise iş artışı yapılmaksızın hesabı genel hükümlere göre tasfiye edileceği ifadesine göre işlem yapılmasınının gerekeceği, bu hükümlerin ihale yöntemi ile ilgili vazgeçilmez şartlar olduğu bilinmesi gereken durumlardır.

Kanun, sözleşme, şartname ve yönetmelikte yer alan ve yukarıda verilen madde hükümleri kapsamında ve gönderilen bilgi ve belgeler ışığında konu incelendiğinde; öncelikle, sözleşme kapsamına dâhil olan temel sistemi dışındaki bazı imalatlardan vazgeçilerek yerine fore kazıklı temel sistemi imalatlarınının yaptırılmasınının % 10'un üzerinde iş artışı meydana getireceğinin belli olması sebebiyle, bu iş artışınının anahtar teslimi götürü bedel sözleşme şartlarına uygun olmadığı ve sözleşme kapsamında bulunmayan ve işin başlaması safhasında

projenin temel sistemindeki değişiklik gereği ortaya çıkan ve yeniden projelendirilen temel sisteminin, işin anahtar teslimi götürü bedelinde % 10'un üzerinde iş artışı meydana getireceğinin belirlenmesi ve temel sisteminin yeni projeye göre yapılmadan işe devam edilemeyeceğinin anlaşılması nedeniyle, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 24'üncü maddesine istinaden genel hükümlere göre tasfiye edilmesi gerektiği konularında herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır.

Ayrıca, yapılan uygulama, anahtar teslimi götürü bedel esasından yapılan ihalenin, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 6'ncı maddesinde ve Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 4'üncü maddesinde ifadesini bulan; anahtar teslimi götürü bedel ihalelerinin uygulama projeleri ve bunlara ilişkin mahal listelerine dayalı olarak yapılması gerektiği ve Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin 8'nci maddesinde uygulama projesi üzerinden anahtar teslimi götürü bedel teklif almak suretiyle ihale edilecek yapım işlerinde "arazi ve zemin etüt çalışmalarının yapılmış olması zorunluluğu" yer almış olmasına rağmen, idarece hazırlanan uygulama projelerinin gerekli ve yeterli arazi ve zemin etüdüne dayalı olarak yapılmamış olduğu sonucunu da ortaya çıkarmaktadır.

Bu yönleriyle ilama konu olayda idarece yapılan uygulamanın mevzuata hükümleriyle bağdaşmadığı açık bir şekilde görölmektedir. Ancak mevzuata aykırılık yönünden bu durum, idarece de bilinen bir husus olup, idareyi söz konusu uygulamaya iten birtakım zorunlu (mücbir) sebepler ortaya çıkmıştır. İnşaat devam ederken ... Genel Müdürlüğünce (çevredeki tarihi çeşme sularının azaldığı; hafriyatın ilerledikçe de azalmaya devam edeceği şeklinde) bildirimde bulunulduğundan, daha öncesinde de bilindiği anlaşılan bu sebepler, (Harcama Yetkilisi dahil) Yapı Denetim Görevlileri ve Genel Sekreter Yardımcısı tarafından imzalanarak Belediye Başkanlığı'na sunulan ve Belediye Başkanınca uygun görölen

(onaylanan) 24.03.2008 tarihli ... sayılı ve '... otopark iş artışı' konulu yazıda aynen;

"03.12.2007 tarihinde yapılan ölçümlemede Genel teknik şartnamenin 22 nci maddesi "İşin bu şartlar dahilinde tamamlanamayacağına ilişkin anlaşılması durumunda ise artış yapılmaksızın hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir." hükmü gereğince her ne kadar tasfiye edilmesi gerekli ise de ... ile ... ait bina arasında kalan meyilli ara caddenin tam karşısına rastlayan Otopark B blokun bodrum kat ikinci katının betonarmesinin tamamlanması hayati öneme sahiptir. Zira söz konusu yol ve çevre binaların önünde bulunan derin kazı sebebi ile fore kazık soket boyu hali hazır durumu itibari ile 8,50 metre olup bu boydaki fore kazık soket boyu konsol çalışamayacağından ve C blokun temel taban su deşarjı için alınmış bulunduğu kazıkların eğilmeye karşı çelik iksa ile güçlendirilmesi mümkün olmadığından ve hafriyatı düşey fore kazıklar, yatay ankraj kazıkları ve inşaat betonarmesinde meydana gelen zorunlu değişiklikler sebebi ile birinci sözleşme bedeli ile tamamlanamayacağı anlaşılmış olup aşağıda açıklaması verilen inşaat imalatlarının yakın çevre yapıları ve zemin yapısında güvenlik gerekçeleri ile % 9,9978 iş artışı yapılarak 2007 yılı Bayındırlık birim fiyatları ile ikinci keşfin ... YTL olması mecburiyeti hasıl olmuştur. Söz konusu iş artışı, zemin yapısı bakımından işin yaklaşık maliyetinde bulunmayıp yapılması zorunlu olan imalatlar ile yine yaklaşık maliyetinde bulunup da yapılmasından vazgeçilen imatlardan oluşmaktadır.

..."

Denilmek suretiyle ifade edilmiş, yazının devamında 'Birinci Keşifte Bulunup Yapımından Vazgeçilen İmalat Listesi (A)' ve 'Birinci Keşifte Bulunmayıp Yapılması Zorunlu Olan İlave İmalatlar Listesi (B)' belirtilmiş, sonrasında ana (birinci) ihaledeki tenzilat (sözleşme bedeli/yaklaşık maliyet) oranı üzerinden ilave işlerin birim fiyatları tespit edilmiştir.

Dolayısıyla, olay, bu yönleriyle değerlendirildiğinde ise; yukarıda belirtilen 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 24'üncü maddesinin devamında yer alan; "Ancak bu durumda, işin tamamının ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesi zorunludur." ifadesinin, ihale kapsamı işin yapımını etkilemeyen, ilave işi yapmadan sözleşme kapsamındaki işlerin gerçekleştirilebilmesi durumunda dikkate alınabilecek bir husus olarak değerlendirilmesi gerekmekte olup, bu ihalede olduğu gibi daha işin başlangıcında, temel sisteminden kaynaklanan ilave işler nedeniyle ihale kapsamında bulunan diğer (bazı) imalatların yapılamaması sonucunu doğuracak durumlarda uygulanamayacağı açıktır. Bir başka ifadeyle, işin projesi en baştan işe uygun olmayıp, bu şartlar dâhilinde işin tamamlanması zaten mümkün değildir.

Diğer taraftan, Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 13'üncü maddesinde sözleşme konusu işler, idare tarafından yükleniciye verilen veya yüklenici tarafından hazırlanıp idarece onaylanan uygulama projelerine uygun olarak yapılacağı ifade edilmekte ve devamında, "İdare sözleşme konusu işlerle ilgili proje vb. teknik belgelerle gerekli göreceği her türlü değişikliği yapmaya yetkilidir." denilmektedir. Bu hükümle, sözleşme kapsamındaki işin herhangi bir bölümünün sözleşme kapsamı dışına çıkarılarak daha sonra yapılması gibi bir değişiklik öngörülmediği anlaşılmakta olup, bu hükmün anahtar teslimi götürü bedel sözleşme kapsamındaki işin tamamının bitirilmesi koşulu ile kullanılan malzemenin veya sistemin işin tamamlanmasına yönelik olarak değiştirilmesi şeklinde yorumlanması gerekmektedir.

Nitekim söz konusu işte de; inşaatın çevresinde baş gösteren tehlike devam ederken ve inşaatın yaklaşan kış mevsimine bu hali ile girileceğinin kaçınılmaz olduğu anlaşıldıktan sonra işin tasfiye edilerek ikmal iş için ihale sürecinin beklenmesinin mümkün olamamasından ötürü yağış sularının hafriyat alanında birikerek fore kazıkların taşıdığı toprak zemini ağırlaştırarak geri dönülemez bir felaketi

tetikleyeceğinden korkularak tasfiye edilmeden önce tehlikeyi en aza indirecek imalatları yaparak iş artışına mecbur kalınmak suretiyle işin tamamlanmasına yönelik birtakım imalat değişiklikleri ve artışları meydana geldiği görülmekte olup aynı işin ikmal inşaatının da yapılmış olduğu dikkate alındığında iş artışına konu imalatların birinci iş kapsamında yapılmasaydı ikmal inşaatının bünyesinde yer alacağı da gözden kaçırılmaması gereken bir diğer husustur.

Tüm bu açıklamalar çerçevesinde, her ne kadar salt kanun hükmünden hareketle kontrol heyeti ve harcama yetkilisince işin tasfiyesi yapılmayarak iş artışına gidilmesi, kamu ihale mevzuatına aykırılık teşkil etmekte ise de; can ve mal emniyetini ortadan kaldıracak nitelikteki şantiye sahasında gelişen durum sonucunda insanların kalabalık olarak yaşadığı en işlek caddede doğal afet vb. olayların meydana gelmesine sebep olmamak adına mevzuata aykırılık hususunun en başından beri biliniyor olmasına rağmen asıl işten ayrılması mümkün olmayan iş artışının yapılmak zorunda kalındığı, (zorunlu) iş artışına konu ödemenin birinci sözleşmedeki fiyat şartları (ihale tenzilatı) dâhilinde fiilen yapılan çeşitli imalatlar karşılığı olduğu ve işin ancak ikmal inşaatı ile tamamlanabildiği hususları birlikte ele alındığında söz konusu mevzuata aykırılığın 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 71'inci maddesinde belirtilen kamu zararı tanımı açısından iş artışı ve bu artışa ilişkin fiyat farkı ödemesinde kamu zararına sebebiyet vermediği değerlendirilmektedir.

Bu itibarla, sorumlunun temyiz savunmasındaki iddialarının kabul edilerek 1737 sayılı Ek İlam'ın 1. maddesiyle verilen ... TL'nin tazminine ilişkin hükmün KALDIRILMASINA,