

Yapım işinde kullanılan malzemenin sözleşme eki teknik şartnamede belirtilen özellikleri taşımaması ve fesihten sonra teminatın yüklenicinin borcuna mahsup edilmesi suretiyle yapılan tahsilatın kabul görmemesi

Kamu İdaresi Türü

Özel İdareler

kararı yazdır

Yılı

2013

Dairesi 1

Dosya No

41627

Tutanak No

45199

Tutanak Tarihi

17.10.2018

Kararın Konusu

İhale Mevzuatı ile İlgili Kararlar

Yapım işinde kullanılan malzemenin sözleşme eki teknik şartnamede belirtilen özellikleri taşımaması ve fesihten sonra teminatın yüklenicinin borcuna mahsup edilmesi suretiyle yapılan tahsilatın kabul görmemesi;

278 sayılı Ek İlamın 2. maddesiyle; ... yüklenimindeki, ... TL ihale bedelli, ... işinde; ... saha betonu yapılan yerlere uygulanan çelik tel ile beton takviyesi imalatında kullanılan çelik telin, sözleşme eki teknık şartnamede belirtilen özellikleri taşımadığı ve birim fiyatı daha düşük olan bu telin kullanıldığı gerekçesiyle [207 sayılı (Asıl) İlamın 7 nci maddesiyle tazminine hükmolunan ... TL'den hükümden önce hakediştten kesilmek suretiyle tahsil edilen ... TL düşölerek] ... TL'nin tazminine (tazmin hükmünün devamına] ilişkin hüküm tesis edilmiştir. (**Tazmin hükmünün devamına hükmedilen ... TL hakkında da sorumlularca kesin teminat mektubunun nakde çevrilerek alacağa mahsup edilmesi suretiyle tahsilat gerçekleştirildiği bildirilmişse de; bu bildirim yargılamanın iadesi yoluyla yapılan yargılamada sonucunda düzenlenen temyize konu işbu Ek İlamda kabul görmemiştir.**)

Sorumlular (Harcama Yetkilisi sıfatıyla temyiz talep eden ... ile Gerçekleştirme Görevlisi sıfatıyla temyiz talep eden ..., ... ve ...), ortaklaşa gönderdikleri temyiz dilekçesinde özetle (ve aşağıda kendim gündem sırasında dosyası görüşülen ...'ın gönderdiği iki dilekçedeki tamamen aynı nitelikteki iddiaları da içerecek şekilde); önceki savunmaları ile sorguya (sonrasında İlama) konu olan 19.104/C1 pozlu iki ucu kıvrımlı çelik tel imalatına ait kesintiler ve mahsupların KDV ve fiyat farkı dâhil olmak üzere, fesih öncesinde firmanın teminatları ve kalan alacaklarına mahsup edilerek tahsil edildiği ve herhangi bir kamu zararına sebebiyet verilmediği, ayrıca kesin hesap fişinde belirtilen ve sorgu konusu dışında kalan gecikme cezası ve tamamlanmayan imalat bedeli ile ilgili ise, yükleniciden İdarelerince dava yolu ile tahsiline gidildiği hususlarının sunulduğunu, ancak sözlü izahat talepleri üzerine 18.02.2016 tarihinde anılan raporun görüşüldüğü 1. Daire yargılama duruşması sırasında, söz konusu işin yapım süreci ve imalatlar ile ilgili gerekli kesinti ve mahsupları yapmış oldukları kanaati ile, daha önce sorgu aşamasında

belirtmedikleri, fakat sürecin boyutunu etkileyecek bazı önemli hususların aktarılması ihtiyacının hâsıl olduğunu, bu ihtiyaca binaen işin yapım sürecini kapsayan savunmalarının özetinin aşağıdaki şekilde olduğunu;

5. ... İşinin İdarelerince ihale edilerek davalı ile 05.07.2013 tarihinde ...-TL ihale bedeli üzerinden sözleşmeye bağlandığını, 12.07.2013 tarihinde yer teslimi yapılarak işe başlandığını ve iş bitim tarihinin süre uzatımları dâhil 09.03.2014 olarak öngörüldüğünü,

1. Yer teslimi ve işe başlama çalışmaları kapsamında, işin proje, teknik şartname ve sözleşme eklerine göre tarifini yapmak üzere işyerinde bulunduğu sırada, yüklenici firmaya altyapının akabinde beton saha imalatları tarif edilirken betona takviye olarak kullanılacak çelik tel imalatı ile ilgili anlaşmazlık meydana geldiğini,

III. Firmanın itirazının, bu imalatın ihale dokümanları olan proje, şartname ve mahal listelerinde bulunmadığı ve bu nedenle bu imalatı yapmakla yükümlü olmadıkları yönünde olduğunu, yapı denetim komisyonunca ihale uygulama dosyası ve dokümanlarında yapılan incelemede, proje, teknik şartnameler ve mahal listelerinde çelik tel imalatına dair hiçbir detayın bulunmadığının ancak işin yaklaşık maliyetinde bu imalatın hesaplandığının ve işin yaklaşık maliyetinin % 37'sine yakın bir oranına tekabül ettiğinin tespit edildiğini,

1. Komisyonca yapılan değerlendirme neticesinde, kamu yararı düşünülerek, hem yaklaşık maliyetin ciddi bir

kısmını ihtiva etmesi hem de beton saha imalatında oluşacak çatlamları engelleyerek çekme kuvvetine çalışacak bir imalatın kullanılması zorunluluğu hususları göz önüne alınarak, firmadan bu imalatı kullanması şartıyla yer teslimi yapılacağı hususunun paylaşıldığını, kaldı ki; ...nın 1. Etap yapımında da aynı malzeme proje revizyonunun yapılmak suretiyle kullanıldığını,

12. Daha sonra yüklenici firmanın projede olmamasına karşın bu imalatı betona takviye olarak kullanmayı kabul ederek 12.07.2013 tarihinde yer teslimi tutanağı düzenlendiğini, ayrıca çelik tel takviyesini de içeren teknik tarif protokolünün imza altına alındığını, işin yapımı esnasında, sahada işin keşif ve maliyetinde 19.104/B (Tutkallı Bütün uzunluğunca deforme olmuş üzeri çentikli boyunca kıvrımlı, dalgalı) çelik tel ile takviye yapılması pozunun hesaplandığının görüldüğünü, yapılan teknik araştırma sonucunda; çelik tellerin çekme dayanımı, tokluk değeri, eşdeğer bükülme dayanımı, malzemelerin yük altındaki şekil değiştirme, yer değiştirme ve gerilmeleri, geometrik dağılım gibi kriterler göz önüne alınarak her iki çelik telin teknik özelliklerinin karşılaştırılması sonucunda; teknik olarak hem avantajlı olması hem de beton saha imalatlarında yaygın olarak tercih edilmesinden dolayı 19.104/C1 (Tutkallı bir veya iki ucu kıvrımlı) çelik tel pozunun kullanılmasının uygun görüldüğünü ve kullandırıldığını, böylece işin % 98'ini ihtiva eden 151.000 m2 beton sahanın tamamlandığını ve 3 yıl geçmesine rağmen hiçbir deformasyon oluşmaksızın hâlihazırda faal olarak kullanılmakta olduğunu,

21. Ancak yapım çalışmaları esnasında, Sayıştay

Denetçilerinin iş yerini ziyareti sonrasında, firmadan kullanılan çelik tel takviyesi miktarına ait proforma fatura talep etmelerinin istendiğini, Denetçiye işin anahtar teslimi götürü bedel olduğunu, birim fiyat usulü olmadığı için miktar sorgulaması yapamayacaklarını beyan etmelerine rağmen, bu konuda kendilerini ikna edemediklerini, yine Denetçi tarafından; işin uygulamasında kullanılan çelik tel pozu imalatının doğru imalat olduğunun, ancak yaklaşık maliyette verilen pozun farklı olduğu gerekçesiyle pozlar arası farkın mukayese edilerek kesilmesi gerektiğinin kendilerine söylendiğini, Denetçiye tekrar bu işin anahtar teslimi götürü bedel olduğunu ve söz konusu çelik tel imalatının proje, şartname ve mahal listelerinde bulunmamasına rağmen firmaya yaptırdıklarını, ancak böyle bir kesintinin yapılmasının doğru olmayacağını belirttiklerini, ancak bu konuyu sorguya dâhil edeceğini belirtmesi üzerine, Komisyonca henüz iş devam ederken ve ortada fesih yokken bu imalatı da içeren 21.02.2014 tarihli mukayeseli bir keşif yapmak mecburiyetinde kaldıklarını,

VII. Bu hususlar ile ilgili Yapım İşleri Genel Şartnamesinin; "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" denilmekte olduğunu, nitekim Sayıştay Başkanlığı 6. Dairesinin 2014 yılı 303 sayılı Kararında da "ihale ve sözleşme mevzuatı gereği anahtar teslimi götürü bedel sözleşmelerde işin, uygulama projeleri ve bunlara ilişkin mahal listelerine davalı olarak yapılması gerektiği, bu durumda da yüklenicinin işe esas uygulama projeleri ve mahal listelerinden yükümlü olduğu" hükmünün mevcut olduğunu, yine Sayıştay 2. Dairesinin 14.04.2015 tarihli 35314 sayılı Kararı

ile uygulama projesi ve mahal listesinde yer almayan iş kalemlerinden yüklenicinin sorumlu olmayacağı kararlarının mevcut olduğunu,

VIII. Söz konusu çelik tel imalatının proje şartname ve mahal listelerinde bulunmamasına rağmen hem firmaya yaptırıldığını, hem de işin devamı sırasında, üstelik henüz işin fesih edilmesi durumu söz konusu değilken 21.02.2014 tarih ve 1798 sayılı mukayeseli keşif oluru ile sorguya konu olan çelik tele ait ... TL imalat farkı bedelinin kesildiğini ve alacaklarına mahsup edilmesinin kararlaştırıldığını, bu imalata ilişkin kesintinin tamamı yapılmış olmasına rağmen, Sayıştay Başkanlığının 18.08.2016 tarihinde tebliğ edilen 278 sayılı (Ek) İlamında 11.03.2015 hüküm tarihinde önce ... TL'nin tahsil edildiğinin belirtildiğini, oysa bu kesinti ve mahsupların tamamının hüküm tarihinden ve iş fesih edilmeden, yani henüz ortada bir fesih durumu yokken yapıldığını, yani 21.02.2014 tarihinde yapılan mukayeseli keşif kararı ile teminata mahsubunun yapıldığını, nitekim Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 25 inci maddesinde "Sorumluluğu yükleniciye ait olduğu anlaşılan hatalı, kusurlu ve malzemesi şartnameye uymayan işlerin bedelleri, geçici hakedislere girmiş olsa bile, yüklenicinin daha sonraki hakedişlerinden veya kesin hakedişinden veyahut teminatından kesilir." denilmekte olduğunu, yine Sayıştay Başkanlığı 7. Dairesinin 2014 yılı 85 nolu Kararı ile de bu hususun teyit edildiğini, ayrıca yine firmanın tüm bu çalışmaların haricinde yapmış olduğu fazla imalatlar (betonun kürlenmesi, derz kesme, pahlama vs.) dahi göz önüne alınmadan bu mahsupların yapıldığını ve daha sonra gelişen fesih sürecinde kesin hesabı yapılarak İdarelerince firmadan tahsili için hukuki süreçlerin başlatıldığını,

Netice itibariyle yukarıda izah ettikleri üzere; İlama konu olan çelik tel takviyesi imalatının, işin ihale dokümanları

olan proje, şartname ve mahal listelerinde bulunmamasına rağmen ve yüklenicinin bu konudaki itirazlarına rağmen, Komisyonca söz konusu imalatın yaklaşık maliyette hesaplanmış olması ve kamu yararı düşünülerek, çelik tel imalatının firmaya yaptırıldığını ve beton sahanın tamamlandığını, ayrıca yine Komisyonca proje ve mahal listelerinde bulunmamasına rağmen, sorgu incelemesine dâhil olduğu için pozlar arası maliyet farkına dair kesinti ve mahsupların işin devamı sırasında, yani hem fesih hem de hüküm tarihinden önce yapıldığını, tüm bu açıklamaların göz önüne alınarak, anahtar teslimi götürü bedel yöntemiyle ihale edilen işe ait İlama konu olan imalatların proje, şartname ve mahal listelerinde bulunmamasına karşın yükleniciye hem yaptırıldığı hem de mukayesesi hesaplanarak hüküm ve fesih tarihinden önce kesilmiş olduğundan, beton sahanın fen sanat kurallarına uygun olarak ve çelik tel kullanılmak suretiyle eksiksiz olarak tamamlanmış olduğu ve bu nedenle herhangi bir kamu zararına sebebiyet söz konusu olmadığından, konunun tekrar esastan değerlendirilmesi gerektiği görüş ve kanaati ile tazmin hükmünün temyizden incelenerek kaldırılmasına/bozulmasına karar verilmesini arz etmişlerdir.

Yukarıda adı geçen sorumlular, sonradan gönderdikleri ek dilekçede ise; tazmin hükmüne gerekçe belgenin ihale dokümanları arasında bulunmaması nedeniyle ve aşağıda izah edilen sebeplerle verilmiş olan tazmin hükmünün doğru olmadığını değerlendirildiğini,

– Kamu Zararına Dayanak “Teknik Şartname”nin İhale Dokümanının Parçası Olmadığını:

İlamdaki kamu zararının gerekçesinin, teknik şartnamede ... İş Grubu kısmında yer aldığı belirtilen 19.104/B pozu olduğunu,

19.104/B pozunun "TEKNİK ŞARTNAME (İş Kalemleri) adlı belgede yer almakta olduğunu, ancak söz konusu belgenin yaklaşık maliyet, pursantaj ve metraj cetvellerinin eki olarak hazırlanmış olup, isteklilere ihale dokümanı kapsamında verilmediğini, ihale dokümanı kapsamında isteklilere verilen teknik şartnamelerin EKAP'A yüklendiğini, EKAP üzerinden 2013/3861 İKN nosu ile bizlerin de sorgulama yapması halinde görüleceği üzere; ihale dokümanı kapsamında teknik şartname olarak;

- Derz dolgu teknik şartnamesi,
- Elektrik teknik şartnamesi,
- ... İNŞAAT İŞLERİ TEKNİK ŞARTNAMESİ,
- Yüzey sertleştirici teknik şartnamesi,

Adlı teknik şartnamelerin yer aldığı,

"... İNŞAAT İŞLERİ TEKNİK ŞARTNAMESİ" ile diğer teknik şartnamelerin hiçbirinde 19.104/B pozunun bulunmadığını, aynı şekilde 19.104/B pozunun proje ve mahal listesinde de yer almadığını, söz konusu pozun yaklaşık maliyet, pursantaj ve metraj cetvellerinin eki olarak hazırlanıp "TEKNİK ŞARTNAME (İş Kalemleri)" olarak adlandırılan, ancak EKAP'ta yer almayan ve isteklilere verilmeyen belgede yer aldığını, kamu zararına konu ihalenin yapıldığı dönemde yürürlükte bulunan Elektronik İhale Uygulama Yönetmeliğinin "Doküman hazırlanması" başlıklı

11 inci maddesinde:

“(1) İdare tarafından, ihale ve/veya ön yeterlik dokümanı EKAP üzerinden hazırlanır ve kayıt altına alınır. ”

Aynı Yönetmeliğin 16 ncı maddesinde de:

“(5) İdarece satışı yapılan dokümanın EKAP'ta hazırlanan dokümana uygun olması zorunludur. Dokümanlar arasında farklılık bulunması halinde EKAP'ta hazırlanan doküman esas alınır. ”

Denilmekte olduğunu, bu hükümlere göre EKAP'a yüklenen ve isteklilere satılan ihale dokümanı arasında 19.104/B pozunun yer aldığı “TEKNİK ŞARTNAME (İŞ KALEMLERİ)” adlı belgenin bulunmadığını,

Standart form olarak isteklilere verilen Anahtar Teslim Götürü Bedel Teklif Mektubunda da:

“1) Yukarıda ihale kayıt numarası ve adı yer alan ihaleye ilişkin ihale dokümanını oluşturan tüm belgeler tarafımızdan okunmuş, anlaşılmış ve kabul edilmiştir. Teklif fiyata dahil olduğu belirtilen tüm masraflar ve teklif geçerlilik süresi de dahil olmak üzere ihale dokümanında yer alan tüm düzenlemeleri dikkate alarak teklif verdiğimizizi, dokümanda yer alan yükümlülükleri yerine getirmememiz durumunda uygulanacak yaptırımları kabul ettiğimizi beyan ediyoruz.”

Denilmekte olduğunu, isteklilerin EKAP'a yüklenen ve kendilerine satılan ihale dokümanı üzerinden tekliflerini oluşturmakta olduklarını, yükümlüklerinin de dokümanda yer alan hususlarla sınırlı olduğunu, dolayısıyla, yüklenicinin teklifini oluşturmasına esas olan belgeler arasında yer almayan bir belgeye istinaden kamu zararına hükmedilmesinin hukuken mümkün olmadığını,

– Kamu Zararına Konu Edilen İmalatın Uygulama Projesi ve Mahal Listesinde Olmadığını:

Yapım İşleri Genel Şartnamesine göre; Anahtar teslimi götürü bedel sözleşmenin; uygulama projeleri ve bunlara ilişkin mahal listelerine dayalı olarak, işin tamamı için yüklenicinin teklif ettiği toplam bedel üzerinden yapılan sözleşme olarak tanımlandığını, yani anahtar teslimi götürü bedel üzerinden gerçekleştirilen ihalelerde, yüklenici teklifinin dayanağının uygulama projesi ve mahal listesi olduğunu, bu iki dokümanda olmayan imalatların yüklenicinin anahtar teslim götürü bedel teklifine dâhil olmadığını,

– Yaklaşık Maliyet ve Pursantajda Yer Alan İmalatların Kamu Zararına Dayanak Olamayacağını:

Kamu zararına dayanak teşkil eden 19.104/B pozunun yaklaşık maliyet ve pursantajda yer aldığını,

4734 sayılı Kamu İhale Kanununda yaklaşık maliyetin:

“Yaklaşık maliyet

Madde 9- (Değişik: 30/7/2003-4964/6 md.)

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 ilânlarında yer verilmez, isteklilere veya ihale süreci ile resmî ilişkisi olmayan diğer kişilere açıklanmaz. ”

Şeklinde hüküm altına alındığını, ihale mevzuatı uygulamalarına ve ikincil mevzuata da bakıldığı zaman yaklaşık maliyet idarenin kendisi için hazırladığı, yeterlik kriterleri ile ihale şartlarının belirlenmesinde kullanılan, kesinlikle yüklenicilere açıklanmayan bir belge olduğunun görüleceğini, idarelerin yaklaşık maliyette ne yazdığının, hangi imalat kalemlerine yer verdiğinin ihalelere katılan firmalar tarafından anlam ifade etmediğini, çünkü yaklaşık maliyetin gizli olduğunu ve isteklilerce bilinmediğini, bu sebeple, yaklaşık maliyette yer alan bir imalatın yapılmadığı gerekçesi ile yükleniciden kesinti yapılmasının hukuki olmadığını, porsantajların ise yaklaşık maliyet esas alınarak hazırlanan ve anahtar teslim götürü bedel işlerde yükleniciye işin ilerleyişine göre yapılacak ödemeleri gösteren bir belge olduğunu ve aynı yaklaşık maliyet gibi ihale dokümanının bir parçası olmadığından, yüklenicinin teklifini oluşturmasına esas bir belge olmadığını, nitekim Yüksek Fen Kurulu'nun 17.12.2013 tarih ve 2013/63 sayılı Kararında da:

“Diğer taraftan; yaklaşık maliyetin ihale öncesi idaresi tarafından hazırlanan ve gizliliği olan bir belge olduğu, yüklenicinin bu belgeden bilgi sahibi olmasının hukuken mümkün olmadığı, dolayısıyla yaklaşık maliyetin sözleşmesi ve ekleri gibi yükleniciyi bağlayıcı bir yönünün bulunmadığı isteklilerin tekliflerini yaklaşık maliyete dayalı olarak vermedikleri hususu açıktır.

Ayrıca, pürşantaj oranlarının (İlerleme yüzdeleri), birim fiyat sözleşmelerde olduğu gibi birim fiyat mahiyetinde bir ödeme kalemi olmadığı, sadece inşaatın hangi seviyede hangi oranda ödemenin yapılacağını öngören bir ihale dokümanı olduğu ve işin yapılmasına veya isteklilerin teklif bedel tespitine ilişkin bir dayanak niteliğinde olmadığı bilinmektedir. Bununla birlikte, idaresi yazısı ekinde gönderilen pürşantaj tabloları incelendiğinde, binanın çevresinde çevre duvarı ve üzerinde demir korkuluk yapılması yönünde net bir belirlemenin olmadığı değerlendirilmektedir.

Tüm bu hususlar birlikte dikkate alınıp değerlendirildiğinde, ihaleye esas projeler ve bunlara ilişkin mahal listelerinde çevre duvarı ve üzerine demir korkuluk yapılması imalatlarının yer almadığı, dolayısıyla da yapım bedellerinin sözleşme bedeline dahil olmadığı görüşüne varılmıştır.”

Denilerek, proje ve mahal listesinde olmayan ancak yaklaşık maliyet ile pürşantaj da yer alan imalatların sözleşme bedeline dahil olmadığına karar verildiğini,

– Sözleşme Bedeline Dahil Olmadığı Halde Yükleniciye ... TL

Tutarında 19.104/C1 Pozuna Uygun Çelik Tel İmalatı Yaptırıldığını:

İlamda da yer aldığı üzere yerinde fiilen 19.104/C1 pozunda yer alan 04.279/3C1 poz rayiçli iki ucu kıvrımlı 0,9 mm çapında 6 cm boyunda tutkallı, sonu kancalı beton takviyelerinde kullanılan çelik tel imalatı yaptırıldığını, bu imalatın tutarının yine ilamda da yer aldığı üzere ... TL olduğunu, yükleniciye bu imalatı yaptırmak istemelerinin gerekçesinin; beton saha imalatında oluşacak olası çatlamları engellemek olduğunu, bu amaçla işyeri teslimi esnasında 12.07.2013 tarihinde bir "Protokol" düzenlendiğini ve söz konusu protokolün 4. maddesinde, betona çelik tel takviyesinin yapılacağını belirtildiğini, diğer taraftan bu protokolda de çelik telin niteliğine dair hiçbir belirleme bulunmadığını, bu sebeple proje ve mahal listesinde olmamasına rağmen, işyeri teslimi sırasında düzenlenen protokol ile yükleniciye beton saha imalatında ... TL tutarında çelik tel yaptırıldığını ve bedelinin ödenmediğini, hal böyleyken, ihale dokümanı kapsamında olmayan bir belgeye istinaden daha pahalı bir çelik tel kullanılmadığı gerekçesiyle tazmin hükmü verilmesinin hukuka ve hakkaniyete aykırı olduğunu,

– Sonuç Olarak:

- Çelik tel takviyesi imalatının, EKAP'ta yer alan ve isteklilere satılan ihale dokümanları arasında bulunmaması,
- Tekliflerin EKAP'a yüklenen ve isteklilere satılan ihale dokümanlarına göre verilmiş olması,

- Uygulama projeleri ve mahal listelerinde olmayan bir imalattan dolayı kamu zararına hükmedilemeyecek olması,
- Yaklaşık maliyette ve porsantajda yer aldığı gerekçesiyle bir imalatın yaptırılmasının yükleniciden istenemeyecek olması,

Nedenleriyle, haklarında verilen tazmin hükmünün kaldırılması gerektiği yönündeki düşüncelerini yinelemişlerdir.

Başsavcılık mütalaasında özetle; temyiz talebinde bulunan sorumluların dilekçesinde; ... yükleniminde bulunan ... İşinde: ... Saha Betonu yapılan yerlerde uygulanan çelik tel ile beton takviye imalatından kullanılan çelik telin imalatının ihale dokümanları olan proje, şartname ve mahal listesinde hiç olmamasına rağmen kamu yararı gözetilerek çelik tel imalatı işi kapsamında firmaya yaptırılmış olduğu, yapılan imalatlarla ilgili pozlar arasındaki fiyat farklılıklarından kaynaklandığı belirtilen fazla ödemelerin gerekli kesinti ve mahsup işlemlerinin yapıldığı, benzeri olayla ilgili dilekçesinde belirtilen 6. Dairenin 2014 yılına ait 303 sayılı Kararı ile 2. Dairenin 14.04.2015 tarih ve 35314 sayılı Kararını örnek göstererek tazmin kararının kaldırılmasını istedikleri ifade edildikten sonra;

Usul Yönünden; adı geçen dava dilekçesinde ... İşinde: ... Saha Betonu yapılan yerlerde uygulanan çelik tel ile beton takviye imalatından işinde kullanılan çelik telin ait ödemenin yasal olduğuna ilişkin iddialarının Dairesince değerlendirilerek 207 sayılı İlamın 7. maddesi ile sorumlular hakkında tazmin kararı

verildiği, sorumluların bahse konu ilamın tazmine konu tutarının tahsil edildiği gerekçesi ile 6085 sayılı Kanunun 56 ncı maddesinin (ç) bendi hükmü gereği yargılamanın iadesini istemesi sonucu Dairesi 278 sayılı Ek İlamin 2. maddesi ile ...-TL tazmin tutarının ...-TL'lik mahsuben tahsilatını kabul ettiğini ancak ...-TL kesin teminatın nakde çevrilmesi ve alacağa mahsup edilmesini kabul etmeyerek ...-TL hakkında tazmin kararının devamına karar verildiği, Őimdi ise davacının temyiz dilekçesinde Ek İlama ilişkin ilamın kapsamında temyiz talebinde bulunması gerektiği halde 207 sayılı ilamın 7. maddesinin kapsadığı olayın tamamına konu olay hakkında temyiz talebinde bulunulmasının mümkün olmadığı, bu durumda iddiaların tazmine konu Ek İlam kapsamında değerlendirmesi gerektiğinden esas hakkındaki iddialarının yasal olmadığı,

Esas yönünden; ...yükleniminde ... İşinde imalatta sözleşme eki idari ve teknik şartname gereği kullanılması gereken 19.104/B pozu analizindeki 04.279/3B çelik tel yerine imalatta kullanılan 19.104/C1 pozu analizindeki 04.279/3C1 çelik tel kullanılması ve ödemenin 19.104/B poz prim fiyatına göre yapılması sonucu ...-TL kamu Zararına neden olduğundan olay hakkındaki 207 sayılı (Asıl) İlamin 7. maddesi ile tazminine hükmedilmiş ise de söz konusu tazmine konu tutarın ilam tarihinden önce ...-TL kısmı hakediŐten mahsup edilerek, ...-TL kısmı ise teminatın nakde çevrilerek alacağa mahsup edildiği gerekçesi ile 6085 sayılı Kanunun 56/ç maddesi gereği yargılamanın iadesi talep edilmesi üzerine Dairesinin 278 sayılı İlamin 2. maddesi ile ...-TL kısmı hakediŐten mahsup yoluyla kaldırılmasına, bakiye ...-TL kısmın ise kesin teminatın mektubunun nakde çevrilerek alacağa mahsup edilmesinin 4735 sayılı Kamu İhalesi Sözleşmesi Kanununun 20 inci maddesinin dördüncü fıkrası gereği mümkün olmadığı görüşü ile tazmin hükmünün devamı yönündeki kararının yasal olduğu,

Bu durum karşısında ileri sürülen iddiaların reddi ile 278 sayılı ilamın 2. maddesi ile verilen tazmin hükmünün tasdikine hükmedilmesinin uygun olacağı belirtilmiştir.

İşbu dosyayla duruşma talebinde bulunan ..., ..., ... ve ... ve aynı ilam maddesinde sorumluluğu bulunan ve 41202 sayılı dosya ile duruşma talebinde bulunan ... ile Sayıştay Savcısının sözlü açıklamalarının dinlenmesinden ve dosyada mevcut belgelerin okunup incelenmesinden sonra,

GEREĞİ GÖRÜŞÜLDÜ:

Öncelikle, işin yapım sürecinden tazmin hükmü verilmesine kadarki süreç şu şekilde gerçekleşmiştir:

– ... İş i ihale edilerek yüklenici ile 05.07.2013 tarihinde ... TL ihale bedeli üzerinden sözleşmeye bağlanmıştır. 12.07.2013 tarihinde yer teslimi yapılarak işe başlanmış ve iş bitim tarihi süre uzatımları dâhil 09.03.2014 olarak öngörülmüştür.

– Yer teslimi ve işe başlama çalışmaları kapsamında, işin proje, teknik şartname ve sözleşme eklerine göre tarifini yapmak üzere işyerinde bulunduğu sırada, yüklenici firmaya altyapının akabinde beton saha imalatları tarif edilirken betona takviye olarak kullanılacak çelik tel imalatı yapılacağı bildirilmiştir. (Sorumluların iddiasına göre; bu bildirimden sonra söz konusu imalatın ihale dokümanları olan proje, şartname ve mahal listelerinde bulunmadığını ve bu nedenle bu imalatı yapmakla yükümlü olmadığını gerekçe gösteren yüklenici ile imalatın yapımı konusunda anlaşmazlık

meydana gelmiştir.)

– Yapı Denetim Komisyonunca ihale uygulama dosyası ve dokümanlarında yapılan incelemede, proje, teknik şartnameler ve mahal listelerinde çelik tel imalatına dair hiçbir detayın bulunmadığı ancak işin yaklaşık maliyetinde bu imalatın hesaplandığı ve işin yaklaşık maliyetinin % 37'sine yakın bir oranına tekabül ettiği tespit edilerek, hem yaklaşık maliyetin ciddi bir kısmını ihtiva etmesi hem de beton saha imalatında oluşacak çatlamları engelleyerek çekme kuvvetine çalışacak bir imalatın kullanılması zorunluluğu hususları göz önüne alınarak, firmadan (...nın 1. Etap yapımında da proje revizyonu yapılmak suretiyle kullanılmış olan) bu imalatı kullanması şartıyla yer teslimi yapılacağı hususu paylaşılmıştır.

– Daha sonra yüklenici firma, projede olmadığını belirttiği bu imalatı betona takviye olarak kullanmayı kabul ederek 12.07.2013 tarihinde yer teslimi tutanağı düzenlenmiş, ayrıca çelik tel takviyesini de içeren Teknik Tarif Protokolü imza altına alınmıştır. İşin yapımı esnasında, sahada işin keşif ve maliyetinde 19.104/B (Tutkallı bütün uzunluğunca deforme olmuş üzeri çentikli boyunca kıvrımlı, dalgalı) çelik tel ile takviye yapılması pozu üzerinden hesaplama yapılırken, yapılan teknik araştırma sonucunda; çelik tellerin çekme dayanımı, tokluk değeri, eşdeğer bükülme dayanımı, malzemelerin yük altındaki şekil değiştirme, yer değiştirme ve gerilmeleri, geometrik dağılım gibi kriterlere göz önüne alınarak her iki çelik telin teknik özelliklerinin karşılaştırılması sonucunda; teknik olarak hem avantajlı olması hem de beton saha imalatlarında yaygın olarak tercih edilmesinden dolayı 19.104/C1 (Tutkallı bir veya iki ucu kıvrımlı) çelik tel ile takviye yapılması pozunun kullanılması uygun görülmüş ve kullanılmıştır.

– Yapım alışmaları esnasında, Sayıştay Denetilerince yerinde yapılan denetim sonucunda da yukarıda belirtilen pozlar arası farkın mukayese edilerek kesilmesi gerektiği dūřüncesiyle sorgu dūzenleneceđinin sorumlulara belirtilmesi üzerine Yapı Denetim Komisyonunca henüz iř devam ederken bu imalatı da içeren 21.02.2014 tarihli mukayeseli keşif yapılmıştır.

– Sayıştay Denetilerince kamu zararına sebep olduğu dūřünülen malzeme farkı (... TL) sorguya (ve sonrasında yargılamaya esas rapora) konu edilmiş, sorguya verilen cevapta mukayeseli keşif sonucu yapılacak kesintilerin Başkanlığımıza bildirileceği ifade edilmiş, ancak herhangi bir kesinti bildirilmediğinden 207 sayılı (Asıl) İlamın 7. maddesiyle ... TL'nin tazminine hükmedilmiştir.

– Sorumluların tazmine konu tutarın tahsil edildiği gerekçesi ile 6085 sayılı Sayıştay Kanununun 56 ncı maddesinin () bendi hükmü gereği yargılamanın iadesi istemesi sonucu Dairesince 278 sayılı Ek İlamın 2. maddesi ile ... TL tazmin tutarından ... TL olarak yapılan mahsuben tahsilat kabul edilmiş; ancak ... TL olarak yapılan kesin teminatın nakde çevrilerek alacağa mahsup edilmesi işlemi ise “feshi yapılan sözleşmelerde gelir kaydedilen teminatların yüklenicinin borcuna mahsup edilemeyeceği” gerekçesiyle kabul edilmeyerek ... TL hakkında tazmin hükmünün devamına karar verilmiştir.

Tüm bu süreçten anlaşılacağı üzere konunun esası yönünden tazmin hükmünün ana gerekçesi; sorumlularca uygulama projesi ve mahal listesinde yer almadığı ancak yükleniciye yapımının kabul ettirildiği belirtilen elik tel ile beton takviye yapılması imalatında kullanılan malzeme farklılığından

kaynaklanmaktadır. Ancak sorumlular, temyiz dilekçelerinde, ihtilafa sebebiyet veren hususun; “malzeme farklılığı” değil, kamu zararına konu edilen “imalatın yapılıp yapılmayacağı” noktasında değerlendirilmesi gerektiğini, bu değerlendirme sonucunda da zaten yapılmayacak olan bir imalatın İdarenin isteğine binaen farklı malzeme kullanılarak yapılmasından dolayı kamu zararına sebebiyet verildiğinden söz edilemeyeceğini iddia etmişlerdir.

Bu doğrultuda, ilk olarak EKAP üzerinden 2013/3861 İKN nosu ile ihale dosyası incelendiğinde; ihale dosyası içinde yer alan Teknik Şartnamelerin (Derz Dolgu Teknik Şartnamesi ve İnşaat İşleri Teknik Şartnamesinin), İlama esas alınan “Teknik Şartname (İş Kalemleri)” tablolarından tamamen farklı olduğu, 19.104/B veya başka bir pozdan betona çelik tel takviyesi karışımı yapılmasına dair bir hüküm içermediği görülmüştür. EKAP'ta yer alan ihale dosyasında uygulama projesi ve mahal listesi de bulunmamaktadır.

Dilekçe ekindeki ... İşinin ... Sahası kısmına ilişkin mahal listesinin ise tek sayfadan oluştuğu ve bu mahal listesinde sadece “İtfaiye binası, restoran-cafe binası ile 3 adet güvenlik kulübesine ilişkin işlerin gösterildiği, ihale konusu işin (yaklaşık maliyette belirlendiği üzere) % 70,66'sını oluşturan tır sahasına beton dökülmesi işine ait herhangi bir kalemin yer almadığı anlaşılmıştır.

Yine Yargılamaya Esas Rapor ekinde yer alan uygulama projesine ilişkin çizimler (CD içinde) incelendiğinde; tır sahasına beton imalatı yapılmasına ilişkin kısımlarda imalatın nasıl yapılacağı detaylı şekilde belirtilmiş olup, yüklenici tarafından şantiye sahasında bulunan santralde üretilecek betona çelik tel takviyesi karışımı yapılacağına dair bir

bilgi görülmemiştir.

Öte yandan, sorumluların iddialarından 19.104/B nolu pozdan betona çelik tel takviyesi karışımı yapılmasının uygulama projelerine ve mahal listelerinde konulmadığı anlaşılmakta olup, yüklenici firma bu minvalde söz konusu imalatı gerçekleştirmekten imtina etmiş, fakat yer teslimi yapılması karşılığında yüklenici ile idare "Teknik Tarif Protokolü" imzalayarak betona çelik tel takviyesi karışımı yapılması konusunda mutabakata varmıştır.

Söz konusu Teknik Tarif Protokolünün 4. ve 5. maddelerinde:

"4. Yüklenici tarafından şantiye sahasında bulunan santralde üretilecek betona, şartnamesine uygun çelik tel takviyesi (CE ve İSO ilgili standartlarına uygun) karışımı yapılmak suretiyle, C30/35 dozajda dökülecektir.

5. Dökülen betondan TS EN 12350-1 standartlarına uygun olarak ve ilgili laboratuvar tarafından çelik tel takviyeli ve takviyesiz olmak üzere ayrı ayrı alınarak, deney sonuçları idareye teslim edilecektir."

Denilmiştir.

Görüleceği üzere, Teknik Tarif Protokolünün ilgili maddelerinde de betona çelik tel takviyesi karışımı yapılması işinin 19.104/B nolu pozdan yapılacağı belirtilmemiştir.

Buna karşılık, yargılama raporuna ait ekler incelendiğinde 19.104/B pozunun; sorguya (sonrasında İlama) temel alınan ama EKAP'taki Teknik Şartnameden tamamen farklı olan Teknik Şartname (İş Kalemleri) Tablosunda, Metraj Cetvellerinde, Sıralı İş Kalemleri Tablolarında, İş Kalemleri Pursantajında, Sıralı Analiz Girdileri Tablolarında ve hakediş ödemelerinde yer alan Yapılan İşler Listesinde yer aldığı görülmüştür.

Bu tespitler doğrultusunda bir değerlendirme yapılacak olursa; isteklilere verilen ihale dosyasında ve uygulama projesi ile buna ilişkin mahal listesinde "betona çelik tel takviyesi karışımı yapılması işi" yer almadığından; yükleniciden böyle bir imalatın yapılmasını istemek de hakkaniyete uygun düşmeyecektir.

Öte yandan, kamu zararına dayanak teşkil eden 19.104/B pozu yaklaşık maliyet ve pursantajda yer almaktadır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununda yaklaşık maliyet şu şekilde hüküm altına alınmıştır:

"Yaklaşık maliyet

Madde 9- (Değişik: 30/7/2003-4964/6 md.)

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 n yeterlik ilânlarında yer verilmez, isteklilere veya ihale süreci ile resmî ilişkisi olmayan diğer kişilere açıklanmaz. ”

İhale mevzuatı uygulamalarına ve ikincil mevzuata da bakıldığı zaman; yaklaşık maliyetin, idarenin kendisi için hazırladığı, yeterlik kriterleri ile ihale şartlarının belirlenmesinde kullanılan, kesinlikle yüklenicilere açıklanmayan bir belge olduğu görülecektir. İdarenin yaklaşık maliyette ne yazdığı, hangi imalat kalemlerine yer verdiği ihalelere katılan firmalar tarafından anlam ifade etmez. Çünkü yaklaşık maliyet gizlidir ve isteklilerce bilinmez.

Bu sebeple, yaklaşık maliyette yer alan bir imalatın yapılmadığı gerekçesi ile de yükleniciden kesinti yapılması hukuki değildir.

Pursantajlar ise, yaklaşık maliyet esas alınarak hazırlanan ve anahtar teslim götürü bedel işlerde yükleniciye işin ilerleyişine göre yapılacak ödemeleri gösteren bir belge olup, aynı yaklaşık maliyet gibi ihale dokümanının bir parçası olmadığından yüklenicinin teklifini oluşturmaya esas bir belge değildir.

Nitekim Yüksek Fen Kurulunun da buna ilişkin çok sayıda kararı bulunmaktadır.

Tüm bu açıklamalar çerçevesinde, ihale dokümanı kapsamında

olmayan bir belgeye istinaden daha pahalı bir elik tel kullanılmadığı gerekçesiyle verilen tazmin hükmünde hukuki isabet görülmediğinden; işin tamamen yapılmış olduğu hususu da gözetilerek, yüklenici tarafından teklif edilen bedelin içinde söz konusu imalat kaleminin bulunmadığının kabulüyle, 278 sayılı Ek İlamın 2. maddesiyle verilen ... TL'nin tazminine (tazmin hükmünün devamına) ilişkin hükmün KALDIRILMASINA, oy birliğiyle,

Karar verildiği 17.10.2018 tarih ve 45199 sayılı tutanakta yazılı olmakla işbu ilam tanzim kılındı.