

yükleniciye yapılan ödemelerde imalatların teklif birin fiyat listesinde bulunması gerekçe gösterilerek (ilişilecek husus bulunmadığına) beraat kararı verilmesi

Kamu İdaresi Türü	Diğer Özel Bütçeli İdareler	
Yılı	2014	
Dairesi	8	
Dosya No	40869	
Tutanak No	44279	
Tutanak Tarihi	4.4.2018	
Kararın Konusu	İhale Mevzuatı ile İlgili Kararlar	

Uygulama işinde; “galvanizli sac ile inşaat mahallinin çevrilmesi” yahut “branda tedbiri ile koruma tedbiri alınması” gibi imalatlar için yükleniciye yapılan ödemelerde imalatların teklif birin fiyat listesinde bulunması gerekçe gösterilerek (ilişilecek husus bulunmadığına) beraat kararı verilmesi;

1- 64 sayılı İlamın 5. maddesinin A) bendiyle; ... yüklenimindeki ... İşinde; YFKMC.28 poz nolu “Ahşap taşıyıcılı çalışma platformu yapılması” imalatı, YFKMC.29 poz nolu “Ahşap taşıyıcılı çalışma platformu korkuluğu yapılması” imalatı,

Özel-16 poz nolu “Hava geçişini sağlayan, file dokulu, düze renk ithal branda bezi ile bina cephesinde fon (ekranlama) yapılması” imalatı ve Özel-17 poz nolu “Hava geçişini sağlayan, file dokulu, binanın restore edilmiş resminin basıldığı ithal branda bezi ile bina cephesinde fon (ekranlama) yapılması” imalatı için yükleniciye ödemede bulunulması sonucu (YFKMC.28 ve YFKMC.29 pozları zorunlu olarak yapılması gereken imalatlardan olduklarından ve Özel-16 ve Özel-17 pozları teklif cetvelinde yer aldıklarından ötürü) kamu zararı oluşmadığı gerekçesiyle ... TL’nin beraatine (ilişilecek husus bulunmadığına) ilişkin hüküm tesis edilmiştir.

Sayıştay Başsavcılığı adına temyiz talep eden Savcı ..., temyiz dilekçesinde özetle; ... Genel Müdürlüğü 2014 yılı hesabının incelenmesinde, “galvanizli sac ile inşaat mahallinin çevrilmesi” yahut “branda ile koruma tedbiri alınması” gibi bazı uygulamalar için yüklenicilere ödeme yapıldığının tespit edildiğini ve sorgu konusu yapıldığını, Vakıf Kültür Varlıkları Uygulama İşleri Genel Şartnamesinin 9 uncu maddesinde yer alan “uygulanan koruma ve güvenlik önlemlerine ilişkin giderlerin tümü yükleniciye aittir” hükmü, ihale safhasında da, ihale dokümanları arasında yer almakta olduğundan, inşaat mahallini ve bu mevzuat hükmünü bilen yüklenicilerin tekliflerini bu şartlar altında verdiğinin, bu açık hükümler ışığında koruma ve güvenlik önlemleri için yapılan harcamalar nedeniyle ücret talebinin yasal olmayacağının, bu nedenle de oluşan kamu zararının sorumlular adına tazmin hükmolunması gerektiğinin Yargılamaya Esas Raporda Denetçi Görüşü olarak ifade edildiğini, Dairece yapılan yargılama sonucunda düzenlenen ilamda ise yükleniciye ait ve idarece ödenmesi mümkün olmayan, iş ve işyerinin korunmasına ait giderlerin kamu zararı olarak kabul edilmesi hususunda bir ayrıma gidildiğini, mevcut giderler yeni birim fiyat yapılması suretiyle ödendiğinde kamu zararının meydana geldiği kabul edilmekle beraber; sözleşme dosyasına ekli teklif birim fiyat cetvelinde ya da mahal listesinde yer

aldığında kamu zararının meydana gelmediğinin ifade edildiğini, ancak söz konusu yaklaşımın, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun uygulanması anlamında son derece riskli ve geri dönüşü olmayan sonuçlar doğurur nitelikte olduğunu, ... Genel Müdürlüğünün de tabi bulunduğu 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun kamu ihaleleri sonucu bağitlanan sözleşmelere uygulamak üzere özel nitelikli bazı ilkeler getirdiğinin görölmekte olduğunu, söz konusu Kanunun 4. maddesinde hüküm altına alınan bu temel ilkelerin, aynı zamanda madde gerekçesi ve konuyla ilgili uygulamaya yön veren yönetmelik, şartname gibi tüm mevzuatın yorumlanması ve uygulanmasında ve hatta bu mevzuata dayanarak tespit edilen ve hükme bağlanan kamu zararının hesaplanmasında da yol gösterici olması sebebiyle önem arz ettiğini, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun “İlkeler” başlıklı 4 üncü maddesinin aşağıdaki şekilde olduğunu;

“Bu Kanuna göre düzenlenecek sözleşmelerde, ihale dokümanında yer alan şartlara aykırı hükümlere yer verilemez.

Bu Kanunda belirtilen haller dışında sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılamaz ve ek sözleşme düzenlenemez.”

Söz konusu maddenin gerekçe metninin de aşağıdaki biçimde olduğunu;

“Kanunun hazırlanma amacının gerçekleştirilebilmesi için, taraflar arasında ihtilaflara neden olunmaması açısından düzenlenecek sözleşmelerde ihale dokümanında bulunan şartlara aykırı hükümlere yer verilmemesi, Kanunda belirtilen haller dışında sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılmaması ve ek sözleşme düzenlenmemesi ilke olarak benimsenmiştir.”

4734 ve 4735 sayılı Kanunların konuyla ilgili hükümleri incelendiğinde; 4734 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinde ihale dokümanının; “İhale dokümanı: İhale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinde; isteklilere talimatları da içeren idari şartnameler ile yaptırılacak işin projesini de

kapsayan teknik şartnameler, sözleşme tasarısı ve gerekli diğer belge ve bilgileri, ... ifade eder.” şeklinde tanımlandığını, 27 nci maddesinde; “İhale dokümanında; isteklilere talimatları da içeren idari şartnameler ile yaptırılacak işin projesini de kapsayan teknik şartnameler, sözleşme tasarısı ve gerekli diğer belge ve bilgiler bulunur. Ön yeterlik dokümanında ise adaylarda aranılan şartlara, Ön yeterlik kriterlerine ve gerekli diğer belge ve bilgilere yer verilir.” denildiğini ve aynı maddede idari şartnamede yer alması zorunlu hususların tadat edildiğini ve bu hususlardan bir kısmının (işin süresi, gecikme cezası, avans verilip verilmeyeceği, fiyat farkı verilip verilmeyeceği, süre uzatımı, iş artış veya eksilişi, yapı denetimi, denetim, muayene ve kabul şartları gibi) sözleşmenin uygulanması aşamasına ilişkin olduğunu; 4735 sayılı Kanunun 5 inci maddesinde; “Bu Kanunun uygulanmasında uygulama birliğini sağlamak üzere mal veya hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin Tip Sözleşmeler Resmi Gazetede yayımlanır. İdarelerce yapılacak sözleşmeler Tip Sözleşme hükümleri esas alınarak düzenlenir.” hükmünün öngörüldüğünü, 7 nci maddede ise, sözleşmede yer alması zorunlu hususların düzenlendiğini ve bu çerçevede 4734 sayılı Kanunun 27 nci maddesinde sayılan idari şartnamede bulunması zorunlu hususlardan sözleşmenin uygulanması aşamasına ilişkin olanlara aynen bu maddede de yer verilmiş olduğunun, görüleceğini, söz konusu hükümler bir bütün olarak değerlendirildiğinde, getirilen düzenlemelerin;

– İhale dokümanını oluşturan belgelerin (idari şartname, teknik şartname, sözleşme tasarısı vd.) kendi aralarındaki uyumu,

– İhale dokümanını oluşturan belgeler ile sözleşme arasındaki uyumu,

Sağlamayı amaçladığının anlaşılmakta olduğunu, tanımda da ifade edildiği üzere, ihale dokümanının; ihale konusu işin her türlü teknik özelliklerini açıklayan, ihalenin ve işin gerçekleştirilmesiyle ilgili olarak idarece öngörülen bütün

kayıt, kural ve şartları belirleyen belgeler manzumesi olduğunu, isteklilerin ihale dokümanını incelemek suretiyle yapılacak işin mahiyeti, teknik özellikleri konusunda bilgi sahibi olurlar ve neyi, nasıl ve hangi şartlarla yapmayı yükümlendiklerini ihale dokümanı üzerinden tespit ettiklerini, işin yürütülmesiyle ilgili olarak tarafların hak ve yükümlülüklerinin ihale dokümanında gösterildiğini, bu nedenle isteklilerin tekliflerini ihale dokümanındaki bilgi ve belgelere göre hazırladıklarını ve ihale dokümanı üzerinden tespit ettikleri olumlu veya olumsuz beklentilerini tekliflerine yansıttıklarını, ihaleden sonra ise, ihale üzerinde kalan istekli ile sözleşme imzalanmasının gerekli olduğunu, 4734 sayılı Kanunun 46 ncı maddesine göre, sözleşmenin idarece hazırlandığını ve ihale yetkilisi ile yüklenici tarafından imzalandığını, ihale dokümanındaki öncelik sıralamasının, ... Genel Müdürlüğü'nün sözleşmelerin imzalandığı tarihte yürürlükte olan ve hala ilgili hükümleri gereği düzenlemeler sonrasında da ayıllı hükümleri ihtiva eden "Uygulama İşlerine Ait Tip Sözleşme (Teklif Birim Fiyatlı İşler İçin)" 9 uncu maddesinde açıkça yer almakta olduğunu, ilgili madde hükmünün şu şekilde olduğunu,

"Sözleşmenin Ekleri

Madde 9 –

9.1. İhale dokümanı, sözleşmenin eki ve ayrılmaz parçası olup, idareyi ve yükleniciyi bağlar. Ancak, sözleşme hükümleri ile ihale dokümanını oluşturan belgelerdeki hükümler arasında çelişki ya da farklılık olması halinde, ihale dokümanında yer alan hükümler esas alınır.

9.2. İhale dokümanını oluşturan belgeler arasındaki öncelik sıralaması aşağıdaki gibidir:

1- Vakıf Kültür Varlıkları İhale Yönetmeliği

2- Genel Şartname,

- 3- İdari Şartname,
- 4- Sözleşme Tasarısı,
- 5- Birim Fiyat Tarifleri,
- 6- Mahal Listeleri,
- 7- Özel Teknik Şartname,
- 8- Genel Teknik Şartname,
- 9- Ön / Kesin Projeler,
- 10- Açıklamalar (varsa),
- 11- Diğer Ekler.
- 12 –

9.3. Yüklenici ayrıca, işin yapımı sırasında yürürlükteki kanun, tüzük, yönetmelik ve benzeri diğer mevzuat hükümlerine de uymakla yükümlüdür.”

Söz konusu öncelik sıralamasının yargılama esnasında kanunen de gözetilmesi gereken bir normlar hiyerarşisini ihtiva ettiğini, yukarıdaki ihale dokümanlarını oluşturan belgeler arasında amir mevzuatı ihtiva etmekte olan ve Yapım İşleri Genel Şartnamesinin ilgili düzenlemesinin aynen uygulanması gerektiğini ifade eden Genel Şartname hükmünün, Daire yargılamasında da zikredildiğini, Yapım İşleri Genel Şartnamesinin “Yüklenicinin iş ve iş yerinin korunması ve sigortalanması” başlıklı 9 uncu maddesinin 11 inci fıkrasında da “İş ve işyerlerinin korunması konusunda gerek yapı denetimi görevlileri tarafından istenen ve gerekse yüklenicinin kendi arzusu ile uyguladığı güvenlik ve koruma önlemlerine ilişkin giderlerin tümü yükleniciye aittir.” hükmüne muhalif bir uygulamanın yapıldığının ifade edildiğini, dokümanlar arasında öncelik sıralamasının açık olduğunu ve bu öncelik sıralamasının “teklif birim fiyat cetvelinde yer alan

imalatlar için" ya da "yeni birim fiyat yapımında uygulanmak üzere" herhangi bir ayrımda bulunmadığını, birim fiyat teklif cetvelinde "galvanizli sac ile çevrilme" yahut branda ile koruma" gibi yer alan iş kalemlerinin, sorumluların aksi yöndeki ifadelerine rağmen "koruma ve güvenlik önlemi" olduğu ve güvenlik ve koruma önlemlerinin yükleniciye ait olduğu konusunda Daire kararında da herhangi bir görüş ayrılığı bulunmadığını, "Birim Fiyat Tarifleri" ya da "Mahal Listeleri" Genel Şartname hükümlerine aykırı hüküm ve uygulamalar içeriyorsa, bunlara dayalı ödeme yapıldığında, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 71 inci maddesi uyarınca mevzuatında öngörülmeeyen bir ödeme nedeniyle kamu zararı meydana geleceğinin açık olduğunu, benzer biçimde Genel Şartname ya da diğer amir mevzuat hükümlerine aykırı "fiyat farkı verilmesi" ya da "süre uzatımı" konusunda oluşan kamu zararlarında tazmin hükmü verilmesi yönünde Sayıştay yargılamasında olagelen bir içtihadın da mevcut olduğunu, aynı hususun iş kalemleri ya da birim fiyatlar için uygulanması konusunda herhangi bir farklılık bulunmadığını, ihale dokümanında yer alan düzenlemelerdeki hiyerarşi uyarınca, yüklenici lehine ya da aleyhine sonuç doğuracak ya da ona ilave külfet getirecek hükümler konulamayacağını ve uygulamalar da yapılamayacağını, hem ihale dokümanının ayrılmaz bir parçası hem de yüklenicinin imzalamakla beraber kendisi için bağlayıcı olduğu şüphe götürmeyen bu sözleşmenin uygulanmasında işin tamamı için geçerli olan ilkeler ışığında değerlendirildiğinde, idarelerin uygulamasına yön veren Sayıştay yargılamasının, bu mevzuat hükümlerine aykırı biçimde ihale dokümanları arasındaki hiyerarşi hilafına hüküm vermesinin, aynı zamanda idarelerin birim fiyat listelerinde kanun hilafına yer alan iş kalemlerine yer vermesi ve ödeme yoluna gitmesi uygulamasını doğurması riskini de barındırdığını, ihale dokümanları arasındaki hiyerarşinin gözetilmemesinin, ihale aşamasında isteklilerin bazılarının "iyiniyet karinesi" uyarınca mevzuatın idarece uygulanacağını öngörerek, Genel Şartname hükmünü göz önünde bulunduran teklifler verdiği, bazılarının da sadece birim fiyat cetvelini

göz önünde bulundurduğu bir ihale ortamında rekabeti bozucu etki de yaratmış olacağını, bu nedenlerle, ihale dokümanındaki amir hükümlere aykırı biçimde yapılan ödemelerin gerek yeni birim fiyat yapılması gerekse birim fiyat cetveli ya da mahal listesinde yer alması konusunda herhangi bir ayırım gözetilmeksizin kamu zararı oluşturduğu değerlendirildiğinden, ... Genel Müdürlüğünün 2014 Yılı Hesabının 8. Dairece yargılanması sonucu düzenlenen 15.02.2016 tarih ve 64 sayılı İlamın 5/A, 9/A, 10, 11/A, 12/A, 13/B, 16/B, 18/A, 20, 21/A-B, 22/A, 24/A ve 26/A maddelerine ilişkin olarak verilmiş olan “ilişilecek husus bulunmadığı” yönündeki kararın bozularak, dosyanın Dairesine iadesine karar verilmesinin uygun olacağını arz etmiştir.

Beraatlerine hükmedilen Sorumlular (Harcama Yetkilisi sıfatıyla temyiz talep eden Bölge Müdür Yardımcısı ... Gerçekleştirme Görevlisi sıfatıyla temyiz talep eden Şube Müdürü ..., İnşaat Mühendisi ..., Yüksek Mimar ..., İnşaat Mühendisi ..., Yüksek Mimar ..., Mimar ..., İnşaat Mühendisi ..., Mimar ..., Yüksek Mimar ..., Mimar ..., Yüksek Mimar ..., İnşaat Mühendisi ..., Mimar ..., İnşaat Teknikeri ..., Yüksek Mimar ..., Yüksek Mimar ...), Başsavcılığın temyiz talebine yanıt olarak ortaklaşa gönderdikleri karşılama dilekçesinde özetle; temyiz başvuru dilekçelerinde; söz konusu “Galvanizli sac ile şantiye etrafının çevrilmesi”, “branda ile koruma altına alınması imalatlarının; güvenlik tedbiri olarak değil restorasyonun kaliteli, hızlı ve sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesine yönelik imalatlar olduğunun, dolayısıyla kapatma işleminin aslında restorasyon imalatının başlamasında önemli bir aşama oluşturduğunun sıklıkla vurgulandığını, bahse konu imalatların; “Genel Giderler” kapsamında da yer almadığını, (dilekçeye ekli) ... Bakanlığı Bayındırlık Kurulu 06.04.1955 tarih 60 sayılı Kararı ile birim fiyatlara % 15 genel gider (Şantiye tesis masrafları, gelir vergisi, kurum vergisi, işçi ve ihtiyarlık sigortaları, noter harcı, mukavele masrafları, sermaye ve teminat mektubu masrafları yekunu % 15 haddini aşmakta olduğu) belirlendiğini, yine, 1997 yılında “Teknik

Yayınevi" tarafından yayınlanan "İnşaat İhaleleri, Teklif Hazırlığı '97" isimli kitapta; yapım işleri genel giderlerinin ayrıntılarıyla ortaya koyulduğunu, genel giderlerin; personel giderleri, işveren istekleri giderleri, şantiye tesisleri giderleri (tefriş), iş güvenliği nedeniyle yapılan giderler vb. giderler olarak sıralanmakta olduğunu, kitabın (dilekçeye ekli) ilgili kısmında yer alan tablolarda görüleceği gibi; % 15 genel giderler içerisinde; iş güvenliği nedeniyle yapılacak giderler tablosunda 6 sıra numaralı "yapı iskelelerinde alınacak güvenlik tedbirleri için yapılan harcamalar" olarak sadece a. İskele taşıma kapasitesini gösterir levhaların giderlerinin öngörüldüğünü, ayrıca tabloda görüleceği gibi diğer giderler olarak; temel malzemeler olan baret, kep, gözlük, yangın tüpleri gibi malzemeler öngörüldüğünü, görüleceği üzere, bahse konu işte yapılan ilgili sorguda sorulan imalatların; genel giderler içerisinde yer almadığını, kaldı ki (dilekçeye ekli) Sayıştay 7. Dairesinin 02.11.2015 tarih 182 ilam nolu kararının 30 Nisan 2015 tarih 37 nolu ek ilamında; 17 sıra nolu maddede konu edilen "... yükleniminde gerçekleştirilen ... İşinde, iş ve işyerinin korunması konusunda gerek yapı denetim görevlileri tarafından istenen ve gerekse yüklenicinin kendi arzusu ile uyguladığı güvenlik ve koruma önlemlerine ilişkin giderlerin İdare tarafından ödendiği hususu" değerlendirilerek "Denetçi tarafından sorguya dayanak olarak gösterilen sözleşme hükmü iş yerinin korunmasına yönelik olarak düzenlenen genel bir hükümdür. Denetçi tarafından kamu zararı olarak ileri sürülen koruma önlemleri ise restorasyonun doğru şekilde yürütülmesini sağlamak amacıyla, dışarıdan gelen müdahaleler ve ziyaretçi akınını önlemek için İdare tarafından ayrıca sağlanan önlemler kapsamındadır. Bu sebeple herhangi bir kamu zararı oluşmamıştır." hükmü ile denetçi ve savcının talep ettiği hususların Sayıştay 7. Dairesi tarafından kabul edilmediğini, bu Kararın; taraflarınca yapılan ödemelerin de kamu zararı oluşturmadığı gibi bir zorunluluğu ortaya koyduğunu, Sayıştay 7. Dairesi Kararındaki; "Denetçi tarafından kamu zararı olarak ileri sürülen koruma önlemleri ise restorasyonun doğru şekilde

yürütülmesini sağlamak amacıyla, dışarıdan gelen müdahaleler ve ziyaretçi akınım önlemek için idare tarafından ayrıca sağlanan önlemler kapsamındadır.” ile yazılı savunmada sundukları “Şantiye etrafının galvanizli sac ile çevrilmesi ise güvenlik tedbiri olarak değil restorasyonun kaliteli, hızlı ve sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesine yöneliktir.” ifadelerinin birbirleriyle uyum gösterdiğini, Sayıştay 7. Dairesi ilamındaki ifadenin, söz konusu imalatın Uygulama İşleri Genel Şartnamesinin 9 uncu maddesiyle değerlendirilemeyeceğini ortaya koymakta olduğunu, ayrıca “şantiye etrafının galvaniz sac ile çevrilmesi” imalatının, ... Genel Müdürlüğü tarafından 2016 yılı birim fiyatlarında (dilekçe ekindeki) “V.0613 Şantiye Etrafının Galvanizli Sac İle Çevrilmesi” poz nosu ile yerini aldığını, Sayıştay 8. Dairesi ilamında her ne kadar fazla ödeme olarak hükmedilse de; bundan sonra yapılan benzer işlerde sac ile şantiye etrafının kapatılması imalatının Genel Müdürlük birim fiyatlarına girmesi nedeniyle, V.0613 nolu pozdan ödemesinin yapılacağını, bu durumun bile fazla ödeme hükmünün kaldırılması için yeterli gerekçe oluşturduğunu, Bölge Müdürlüğünün bünyesinde yürütülen restorasyon uygulamalarının çoğunluğunun; turist ve yaya akışının yoğun olduğu şehir merkezlerinde olması nedeniyle; kırsalda yapılan restorasyon uygulamalarından farklılık gösterdiğinin açık olduğunu, her gün milyonlarca insanın geçiş sağladığı bu alanlarda, restorasyon uygulamalarının sağlıklı ve hızlı bir şekilde yürütülebilmesi için bir zorunluluk olan ve İdare tarafından yaptırılan bahse konu imalatların; devlet birim fiyatlarında yer alması (... Genel Müdürlüğü – V.0613 poz nolu birim fiyat ile ... 3019 poz nolu birim fiyat) bile; bahse konu ödemelerin Uygulama İşleri Genel Şartnamesinin 9 uncu maddesinde yer alan “güvenlik ve koruma önlemlerine ilişkin giderler” kapsamında yüklenici uhdesinde olmadığını göstermekte olduğunu, yüklenici uhdesinde olan; genel güvenlik ve koruma önlemleri kapsamında değerlendirilen imalatlara (iş güvenliği önlemleri, kamera sistemleri, bekçi, iş yerinin sigortalı olması vb.) yönelik herhangi bir ödeme yapılamayacağını da açık olduğunu, tüm bu

gerekçeler doğrultusunda; “5-A, 9-A, 10, 11-B, 12-A, 13-B, 16-B, 18-A, 20, 21-A/B, 22-A, 24-A ve 26-A” bentleri kapsamında “Şantiye etrafının galvaniz saç ile çevrilmesi” imalatlarının; sözleşme eki teklif cetvelinde olsa da, olmasa da; Uygulama İşleri Genel Şartnamesinin 9 uncu maddesinde yer alan “güvenlik ve koruma önlemlerine ilişkin giderler” kapsamında değil, restorasyonun kaliteli hızlı ve sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesine yönelik imalatlar olarak değerlendirilmesinin gerektiğini, sonuç olarak, bahse konu ihtilafın; “Galvaniz Saç ile Şantiye Etrafının Çevrilmesi” imalatının yüklenicinin uhdesinde mi; yoksa idare tarafından ödenecek bir imalat mı olduğu üzerine yoğunlaştığını, (dilekçe ekindeki) Sayıştay 7. Dairesi ilamındaki; “Denetçi tarafından kamu zararı olarak ileri sürülen koruma önlemleri ise restorasyonun doğru şekilde yürütülmesini sağlamak amacıyla, dışarıdan gelen müdahaleler ve ziyaretçi akınım önlemek için idare tarafından ayrıca sağlanan önlemler kapsamındadır.” ifadesinin, bu ihtilaflı konuya açıklık getirmekte olduğu, nitekim Uygulama İşleri Genel Şartnamesinin 9 uncu maddesinde yer alan “güvenlik ve koruma önlemlerine ilişkin giderler” maddesi mevcutken; ... Genel Müdürlüğü birim fiyatlarında bahse konu imalata (V.0613 Şantiye Etrafının Galvanizli Saç ile Çevrilmesi) yer verilmesinin, taraflarınca yapılan ödemenin doğruluğunu ortaya koymakta olduğunu, 2016 yılı sonrasında ... Genel Müdürlüğü tarafından yapılan restorasyon uygulamalarında, “Şantiye Etrafının Galvanizli Saç ile Çevrilmesi” imalatı ilgili birim fiyatından da ödemelerinin gerçekleştirileceğini söylemek suretiyle sözleşme eki teklif cetvelinde olan veya daha sonra imalat oluru ile ödemesi yapılan “Şantiye etrafının galvaniz saç ile çevrilmesi” imalatlarına ilişkin ödeme hükümlerinin kaldırılmasını arz ve teklif etmişlerdir.

Başsavcılık mütalaasında özetle; Başsavcılığın temyiz talebine karşı ilgililerce verilen cevapların incelenmiş olup; ileri sürülen hususların temyiz talebinde belirttikleri görüşlerin değiştirilmesini sağlayacak bir mahiyet taşımadığı

anlaşıldığından; yargılamanın söz konusu talebe göre karara bağlanmasının uygun olacağı belirtilmiştir.

Dosyada mevcut belgelerin okunup incelenmesinden sonra,

GEREĞİ GÖRÜŞÜLDÜ:

İşe ait sözleşmenin “İşin ve İş Yerinin Korunması ve Sigortalanması” başlıklı 18 inci maddesinin 18.2. numaralı fıkrasında; “Yüklenicinin iş ve iş yerinin korunması ve sigortalanması ile ilgili sorumlulukları konusunda Genel Şartnamede yer alan hükümler uygulanır.” denilerek (vakıf kültür varlıklarının rölöve, restorasyon, restitüsyon projeleri kapsamında yapılan yapım işlerinde dikkate alınacak temel düzenleme olan) Uygulama İşleri Genel Şartnamesi hükümlerine atıf yapılmıştır. Bu Şartnamenin “İş ve işyerlerinin korunması ve sigortalanması” başlıklı 9 uncu maddesinin 11 inci fıkrasında ise; “İş ve işyerlerinin korunması konusunda gerek yapı denetimi görevlileri tarafından istenen ve gerekse yüklenicinin kendi arzusu ile uyguladığı güvenlik ve koruma önlemlerine ilişkin giderlerin tümü yükleniciye aittir.” hükmü yer almaktadır.

İlamda, ““galvanizli sac ile inşaat mahallinin çevrilmesi” yahut “branda tedbiri ile koruma tedbiri alınması” gibi uygulamaların Uygulama İşleri Genel Şartnamesinin yukarıda belirtilen maddesi gereğince iş ve iş yerlerinin korunmasına yönelik güvenlik ve koruma önlemleri olarak nitelendirilmesi gerektiğinden hareketle bunlar için yapılan harcamalardan dolayı sözleşme yapıldıktan sonra herhangi bir ücret talep edilemeyeceği” ana gerekçesi üzerine yeni birim fiyat yapılan (güvenlik ve koruma niteliğinde görülen) imalatlar için tazmin hükmü verilirken, diğer taraftan, her ne kadar mevzuatta güvenlik ve koruma önlemlerine ilişkin giderlerin yükleniciye ait olduğu ifade edilmiş ise de; ihale aşamasında teklif birim fiyat cetvelinde iş kalemi olarak yer verilerek isteklilerden teklif alınan (güvenlik ve koruma niteliğindeki) imalatlar, idare tarafından yapılacak iş kapsamında değerlendirilmiş ve

bedelinin ödeneceği öngörölerek, bu imalatlar için yapılan ödemeler kamu zararı hesabına dâhil edilmeyerek beraat (ilişilecek husus bulunamadığı) hükmü verilmiş ve hüküm(ler) Başsavcılık tarafından tazmin(ler)inin sağlanmasını teminen temyiz konusu edilmiştir.

İhale dokümanı; ihale konusu işin her türlü teknik özelliklerini açıklayan, ihalenin ve işin gerçekleştirilmesiyle ilgili olarak idarece öngörülen bütün kayıt, kural ve şartları belirleyen belgeler manzumesidir.

İstekliler ihale dokümanını incelemek suretiyle yapılacak işin mahiyeti, teknik özellikleri konusunda bilgi sahibi olurlar ve neyi, nasıl ve hangi şartlarla yapmayı yükümlendiklerini ihale dokümanı üzerinden tespit ederler. İşin yürütülmesiyle ilgili olarak tarafların hak ve yükümlölükleri ihale dokümanında gösterilir. Bu nedenle istekliler tekliflerini ihale dokümanındaki bilgi ve belgelere göre hazırlarlar ve ihale dokümanı üzerinden tespit ettikleri olumlu veya olumsuz beklentilerini tekliflerine yansıtırlar.

Dolayısıyla, teklif cetvelinde yer alan her bir imalat için istekliler bu imalatlar için ödeme yapılacağını bilerek teklif verdiklerinden; (ilamda güvenlik ve koruma önlemi olarak nitelendirilen) temyize konu imalatlara ait giderlerin “sözleşme dosyasına ekli teklif birim fiyat cetvelinde ya da mahal listesinde yer aldığında kamu zararının meydana gelmediğine” yönelik ilam değerlendirmesi yerinde olmakla beraber hakkaniyete de uygun düşmektedir.

Tüm bu açıklamalar çerçevesinde, teklif birim fiyat cetvelinde yer alan ve ödemesi gerçekleştirilen imalatlar (güvenlik ve koruma önlemi olarak nitelendirilse dahi) kamu zararına sebebiyet vermediğinden; Başsavcılık talebinin reddedilerek 64 sayılı İlâmın 5. maddesinin A) bendiyle verilen ... TL’nin beraatine (ilişilecek husus bulunamadığına) ilişkin hükmün TASDİKİNE (ONANMASINA), (Üyeler; ..., ..., ... ve ...’ın aşağıda yazılı azınlık görüşlerine karşı) oy çokluğuyla,

Karşı oy gerekçesi/Azınlık görüşü

Üyeler; ..., ..., ... ve ...'ın;

İşe ait sözleşmenin “İşin ve İş Yerinin Korunması ve Sigortalanması” başlıklı 18 inci maddesinin 18.2. numaralı fıkrasında; “Yüklenicinin iş ve iş yerinin korunması ve sigortalanması ile ilgili sorumlulukları konusunda Genel Şartnamede yer alan hükümler uygulanır.” denilerek (vakıf kültür varlıklarının rölöve, restorasyon, restitüsyon projeleri kapsamında yapılan yapım işlerinde dikkate alınacak temel düzenleme olan) Uygulama İşleri Genel Şartnamesi hükümlerine atıf yapılmıştır. Bu Şartnamenin “İş ve işyerlerinin korunması ve sigortalanması” başlıklı 9 uncu maddesinin 11 inci fıkrasında ise; “İş ve işyerlerinin korunması konusunda gerek yapı denetimi görevlileri tarafından istenen ve gerekse yüklenicinin kendi arzusu ile uyguladığı güvenlik ve koruma önlemlerine ilişkin giderlerin tümü yükleniciye aittir.” hükmü yer almaktadır.

Söz konusu bu hüküm, ister idarenin talebi üzerine olsun isterse yüklenicinin kendi arzusu ile yapılmış olsun, işin ve işyerinin korunması amacıyla uygulanan güvenlik ve koruma önlemlerine ilişkin giderlerin tümünün yükleniciye ait olduğunu, bu amaçla idare bütçesinden herhangi bir ödeme yapılamayacağını ortaya koymaktadır.

Öncelikle, gerek 02.07.1974 tarih ve 7/8602 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla çıkarılan ve 12.09.1974 tarih ve 15004 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Yapı İşlerinde İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü'nün Kazı İşlerinde Alınacak Güvenlik Tedbirleri başlıklı Üçüncü Kısımında yer alan 18 inci maddedeki;

“Belediye sınırları içinde meskûn bölgelerde, yapı kazılarına başlamadan önce yapı alanının çevresi ortalama 2 metre yükseklikte tahta perde ile çevrilecek, payandaları içten vurulacak ve bunlar yapının bitimine kadar bu şekilde

korunacaktır.

Yapının oturacağı alanın çevresinin açık ve geniş olması halinde tahta perde yerine kazı sınırı gerisinden başlamak üzere 90 – 100 santimetre yükseklikte bir korkuluk yapılacaktır.” ve

Yıkım İşlerinde Alınacak Güvenlik Tedbirleri başlıklı Beşinci Kısımında yer alan 131 inci maddedeki;

“Yıkılacak kısmın etrafında, en az yapı yüksekliğinin iki katına eşit güvenlik alanı bırakılacak ve bu alan korkulukla çevrilecektir.

Boş alan bulunmaması gibi nedenlerle bu yükümün yerine getirilmesi olanağı yoksa, yıkım sırasında fırlayacak parçaların etrafa zarar vermesini, önlemek için, yapı etrafı gerekli yükseklik ve dayanıklılıkta bir perde ile çevrilecektir.”

Hükümleri, gerekse ... Bakanlığı tarafından çıkarılan ve 05.10.2013 tarih ve 28786 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Yapı İşlerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliğinin “Kazı işleri, kuyular, yeraltı işleri, tünel ve kanal işleri” başlıklı 62 nci maddesinin (c) fıkrasındaki;

“Meskûn mahallerde, yapı alanının çevresi yeterli yükseklik ve sağlamlıkta uygun malzemedan yapılmış perde ile çevrilerek ikaz ve uyarı için gerekli düzenlemeler yapılır, bunlar yapının bitimine kadar bu şekilde korunur.”

Hükmü karşısında bu mevzuat maddelerinde sayılan imalatlara benzer imalatlar olarak “galvanizli sac ile inşaat mahallinin çevrilmesi” yahut “branda tedbiri ile koruma tedbiri alınması” gibi imalatların güvenlik ve koruma önlemi olarak yapıldığı hususu tereddüde yer vermeyecek şekilde açıktır.

Ayrıca, “galvanizli sac ile inşaat mahallinin çevrilmesi” imalatının, ... Genel Müdürlüğü tarafından 2016 yılı Birim

fiyatlarında “V.0613 Şantiye Çevresinin Galvanizli Sac İle Çevrilmesi” poz nosu ile yerini almış olması ve tarifinde;

“Cami dışında bina çevresinde yaya trafiğine yön vermek, ziyaretçilerin ve yayaların herhangi bir üzücü olayla karşılaşmaması, can ve mal güvenliği içerisinde şantiye çevresinde gidiş gelişlerinin sağlanabilmesi için, idare ve cami yetkililerinin belirlediği yerlerde, 40/40/2 kutu profillerle karkas oluşturulması, karkasın 2 kat antipas, 2 kat yağlı boya ile boyanması, üzerine 0,7 mm kalınlığında sıcak daldırma galvanizli trapez kesitli sac kaplanması işine ait her türlü işçilik, malzeme, işyerindeki yatay-düşey taşıma, yüklenici karı ve genel giderler dâhil 1 m² bedeli:

NOT: Çıkan malzeme yükleniciye aittir.”

Denilmiş olması, bu imalatın güvenlik ve koruma önlemi olarak yapılmış olma niteliğini değiştirmemektedir.

Anılan imalatların teklif cetvelinde yer alıp almamaları hususuna gelince; Dairece yapılan yargılama sonucunda düzenlenen 64 sayılı ilamda ise yükleniciye ait ve idarece ödenmesi mümkün olmayan, iş ve işyerinin korunmasına ait giderlerin kamu zararı olarak kabul edilmesi hususunda bir ayrıma gidilmiş, mevcut giderler yeni birim fiyat yapılması suretiyle ödendiğinde kamu zararının meydana geldiği kabul edilmekle beraber; sözleşme dosyasına ekli teklif birim fiyat cetvelinde ya da mahal listesinde yer aldığı anda kamu zararının meydana gelmediği ifade edilmiştir.

Ancak, ihale dokümanındaki öncelik sıralaması, ... Genel Müdürlüğü’nün sözleşmelerin imzalandığı tarihte yürürlükte olan ve hala ilgili hükümleri gereği düzenlemeler sonrasında da aynı hükümleri ihtiva eden “Uygulama İşlerine Ait Tip Sözleşme (Teklif Birim Fiyatlı İşler İçin)” 9. maddesinde açıkça yer almaktadır, ilgili madde hükmü şu şekildedir:

“Sözleşmenin Ekleri

Madde 9 –

9.1. İhale dokümanı, sözleşmenin eki ve ayrılmaz parçası olup, idareyi ve yükleniciyi bağlar. Ancak, sözleşme hükümleri ile ihale dokümanını oluşturan belgelerdeki hükümler arasında çelişki ya da farklılık olması halinde, ihale dokümanında yer alan hükümler esas alınır.

9.2. İhale dokümanını oluşturan belgeler arasındaki öncelik sıralaması aşağıdaki gibidir:

- 1- Vakıf Kültür Varlıkları İhale Yönetmeliği
- 2- Genel Şartname,
- 3- İdari Şartname,
- 4- Sözleşme Tasarısı,
- 5- Birim Fiyat Tarifleri,
- 6- Mahal Listeleri,
- 7- Özel Teknik Şartname,
- 8- Genel Teknik Şartname,
- 9- Ön / Kesin Projeler,
- 10- Açıklamalar (varsa),
- 11- Diğer Ekler.
- 12 –

9.3. Yüklenici ayrıca, işin yapımı sırasında yürürlükteki kanun, tüzük, yönetmelik ve benzeri diğer mevzuat hükümlerine de uymakla yükümlüdür. ”

Denilmektedir. Söz konusu öncelik sıralaması yargılama esnasında kanunen de gözetilmesi gereken bir normlar hiyerarşisini ihtiva eder.

Yukarıdaki ihale dokümanlarını oluşturan belgeler arasında amir mevzuatı ihtiva etmekte olan ve Uygulama İşleri Genel Şartnamesinin ilgili düzenlemesinin aynen uygulanması gerektiğini ifade eden Genel Şartname hükmü, Daire yargılamasında da zikredilmiş, Uygulama İşleri Genel Şartnamesi'nin "Yüklenicinin iş ve iş yerinin korunması ve sigortalanması" başlıklı 9. maddesinin 11. fıkrasında da "İş ve işyerlerinin korunması konusunda gerek yapı denetimi görevlileri tarafından istenen ve gerekse yüklenicinin kendi arzusu ile uyguladığı güvenlik ve koruma önlemlerine ilişkin giderlerin tümü yükleniciye aittir." hükmüne muhalif bir uygulamanın yapıldığı ifade edilmiştir.

Dokümanlar arasında öncelik sıralaması açıktır ve bu öncelik sıralaması "teklif birim fiyat cetvelinde yer alan imalatlar için" ya da "yeni birim fiyat yapımında uygulanmak üzere" herhangi bir ayırımda bulunmamaktadır.

Birim fiyat teklif cetvelinde galvanizli sac ile çevrilme" yahut branda ile koruma" gibi yer alan iş kalemlerinin, sorumluların aksi yöndeki ifadelerine rağmen "koruma ve güvenlik önlemi" olduğu ve güvenlik ve koruma önlemlerinin yükleniciye ait olduğu konusunda (yukarıda detaylı olarak yapılan açıklamalar karşısında) Daire kararında da herhangi bir görüş ayrılığı yoktur.

"Birim fiyat tarifleri" ya da "Mahal listeleri" Genel Şartname hükümlerine aykırı hüküm ve uygulamalar içeriyorsa, bunlara dayalı ödeme yapıldığında, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 71 inci maddesi uyarınca mevzuatında öngörülme­yen bir ödeme nedeniyle kamu zararı meydana geleceği açıktır.

Hem ihale dokümanının ayrılmaz bir parçası hem de yüklenicinin imzalamakla beraber kendisi için bağlayıcı olduğu şüphe götürmeyen bu sözleşmenin uygulanmasında işin tamamı için geçerli olan ilkeler ışığında değerlendirildiğinde, idarelerin uygulamasına yön veren Sayıştay yargılamasının, bu mevzuat

hükümlerine aykırı biçimde ihale dokümanları arasındaki hiyerarşi hilafına hüküm vermesi, aynı zamanda idarelerin birim fiyat listelerinde kanun hilafına yer alan iş kalemlerine yer vermesi ve ödeme yoluna gitmesi uygulamasını doğurması riskini de barındırır.

İhale dokümanları arasındaki hiyerarşinin gözetilmemesi, ihale aşamasında isteklilerin bazılarının “iyiniyet karinesi” uyarınca mevzuatın idarece uygulanacağı öngörerek, Genel Şartname hükmünü göz önünde bulunduran teklifler verdiği, bazılarının da sadece Birim fiyat cetvelini göz önünde bulundurduğu bir ihale ortamında rekabeti bozucu etki de yaratmış olur.

Bu nedenlerle, ihale dokümanındaki amir hükümlere aykırı biçimde yapılan ödemelerin gerek yeni birim fiyat yapılması gerekse birim fiyat cetveli ya da mahal listesinde yer alması konusunda herhangi bir ayırım gözetilmeksizin kamu zararı oluşturduğu değerlendirildiğinden; 8. Dairece verilmiş olan “ilişilecek husus bulunmadığı” yönündeki hükmün (tazmin hükmü kurulmasını teminen) bozulması gerekir.