

Keşif Artışında Birim Fiyat Anlaşmazlığına Dair Yüksek Fen Kurulu Kararı

Karar Konusu : Görüş Talebi

Karar No : 2014/04

Karar Tarihi : 09/01/2014

YÜKSEK FEN KURULU KARARI

I – GİRİŞ

..... İl Özel İdaresi tarafından ihale edilerek, anahtar teslimi götürü bedel sözleşmeye bağlanan, “..... Merkez Mustafa Özden İlköğretim Okulu Yapımı” işi ile ilgili görüş istemidir.

II – KONU

İdaresinin 10.12.2013 tarih ve 8788 sayılı yazısında özetle; 4734 sayılı Kanuna göre ihale edilerek 26.2.2/12 tarihinde anahtar teslimi götürü bedel sözleşmeye bağlanan bahis konusu işin yürütülmesi sırasında, % 10 ilave iş artışı kapsamında gerçekleştirilen ihata duvarı, dalgıç pompa ve 630 kg’lık asansör imalatına ait birim fiyatlar konusunda anlaşma sağlanamadığından bahisle, konuya ilişkin görüşümüzün bildirilmesi talep edilmektedir.

III – İNCELEME

Konu, gönderilen bilgi ve belgeler ile ilgili mevzuatı çerçevesinde Kurulumuzca inceleme ve değerlendirmeye tabi tutulmuştur.

Talebe ilişkin konu hakkındaki,

Yüklenicinin görüş ve talebi;

% 10 iş artışı kapsamında yapılan işlerle ilgili olarak idaresince hesaplanan fiyatlara itiraz ettiğini, fiyatların Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 22 nci maddesindeki usul ve esaslara göre belirlenmesini talep etmekte olup, aşırı düşük bedel sorgulamasında verilen fiyatların baz alınarak hazırlanan maliyet raporuna 2011-2012 yılı TÜFE farkının ilave edilerek belirlenecek tutarın talep edildiğine,

İdarenin görüş ve değerlendirmesi;

Yüklenicinin % 10 iş artışı kapsamında yapmış olduğu bahse konu ihata duvarı, dalgıç pompa ve 630 kg’lık asansör için Çevre ve Şehircilik Bakanlığı birim fiyatlarına göre imalatın yapıldığı yılın fiyatlarıyla yaklaşık maliyet hazırlandığı, bu hazırlanmış fiyatlardan sözleşme bedeli ve yaklaşık maliyetten hareketle bulunan tenzilata tabi tutulduğu, daha önce 4 nolu hakedişte ödenmiş olan 400 kg asansörün porsantaja göre ödenen bedelinin de düşülerek geriye kalan miktarın ödenmesi gerektiğine,

İlişkin bulunmaktadır.

Tarafların talebe ilişkin görüşleri belirtildikten sonra, konunun inceleme ve değerlendirilmesine geçilmiştir.

İşe ait sözleşme eki Yapım İşleri Genel Şartnamesi (YİGŞ)'nin, Sözleşmede bulunmayan işlerin fiyatının tespiti başlıklı 22 nci maddesinde; "(1) 12 nci maddenin 4 üncü fıkrasında belirtilen proje değişikliği şartlarının gerçekleştiği hallerde, işin yürütülmesi aşamasında idarenin gerekli görerek yapılmasını istediği ve ihale dokümanında ve/veya teklif kapsamında fiyatı verilmemiş yeni iş kalemlerinin ve/veya iş gruplarının bedelleri ile 21 inci maddeye göre sözleşme kapsamında yaptırılacak ilave işlerin bedelleri, ikinci fıkrada belirtilen usuller çerçevesinde yüklenici ile birlikte tespit edilen yeni birim fiyatlar üzerinden yükleniciye ödenir.

(2) Yeni fiyatın tespitinde iş kalemi veya iş grubunun niteliğine göre aşağıdaki sıralamaya uyularak oluşturulan analizlerden biri kullanılır:

- a) Yüklenicinin birim fiyatlarının teklifinin tespitinde kullanarak teklifi ekinde idareye sunduğu ve yeni iş kalemi/grubu ile benzerlik gösteren iş kalemlerine/gruplarına ait analizlerle kıyaslanarak bulunacak analizler.
- b) İdarede veya diğer idarelerde mevcut olan ve yeni iş kalemine/grubuna benzerlik gösteren analizlerle kıyaslanarak bulunacak analizler.
- c) İhaleyi yapan idarenin daha önce gerçekleştirdiği ve ihale konusu işe benzer nitelikteki yapım işlerinin sözleşmelerinde ortaya çıkan iş kalemleri/gruplarına ait maliyet analizleriyle kıyaslanarak bulunacak analizler.
- ç) Yeni iş kaleminin/grubunun yapılması sırasında tutulacak puantaj la tespit edilecek malzeme miktarları, işçi ve makinelerin çalışma saatleri ile diğer tüm girdiler esas alınarak oluşturulacak analizler.

(3) İş kalemi veya iş grubunun niteliğine uygun olarak yukarıdaki analizlere, kaynakların verimli kullanılması gözetilerek aşağıdaki rayiçlerden biri, birkaçı veya tamamı uygulanabilir.

.....

ç) İdarece kabul edilmek şartıyla, ticaret ve/veya sanayi odasınca onaylanmış uygulama ayına ait yerel rayiçleri.

.....”

hükümleri yer almaktadır.

Bu hükme göre, yeni birim fiyatların, maddede ön görülen usul ve esaslar doğrultusunda oluşturulacak analize dayalı olarak tespit edilmesi ayrıca, analizlerle ilgili olarak da öncelik sırasında yer alan bir bentteki hüküm tüketilmeden bir alt bende geçilmemesi gerekmektedir.

Ancak, bahse konu işde yeni birim fiyatların, analize dayalı olarak tespit edilmediği idaresi yazısı ve eklerinden anlaşılmaktadır.

Yeni birim fiyatların, sözleşme bedeli ve yaklaşık maliyetten hareketle bulunacak bir oranda indirime tabi tutulması ile ilgili olarak;

Bilindiği üzere;

4734 sayılı Kanuna göre ihale edilmeyen ve sözleşmesi ekinde Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinin (BİGŞ) yer aldığı yapım işlerinde, fiyatları belli olmayan işlerin fiyat tespitlerinin yapılmasına ilişkin usul ve esasların belirtildiği Şartnamenin 20 nci maddesinde, “Bu maddede belirtilen usullerle tespit edilen birim fiyatlara, sözleşmesi veya eklerindeki esaslara göre, varsa ihale indirimi uygulanır.”Hükmü yer almaktadır.

Ayrıca, aynı Şartname'nin 39 ve 40'ncü maddelerinden anlaşılacağı üzere, birim fiyat esasına göre yaptırılan işlerde sözleşme eki birim fiyat cetvelinde veya keşif özetinde yazılı veya sonradan düzenlenen onaylı yeni fiyatlar üzerinden hesaplanan hakediş tutarından varsa yüklenicinin yaptığı indirimde isabet eden tutarın ayrıca düşülmesi gerekmekte, götürü bedel işlerde ise zaten mevzuatının gereği olarak ihale indirimi bulunmamaktadır.

Bu hükümler çerçevesinde yapılan uygulama sırasında sözleşmesinde ihale indirimi yer alsa dahi fiyatlar indirimde tabi tutulmadan tespit edilmekte, ancak, bu fiyatlara dayalı olarak ara veya kesin hakediş raporları düzenlenmesi sırasında varsa ihale indirimi, hakedişlerde dikkate alınmakta, işe ait sözleşmede ihale indirimi yok ise, tabii olarak ihale indiriminin uygulanması söz konusu olmamaktadır. Buradan anlaşılacağı üzere, sözleşmesinde bir indirim olsa bile, BİGŞ'ne göre yeni fiyatların taraflarca tespiti sırasında bir indirim girdisine yer verilmemektedir.

Keza, YİGŞ'nin ödemelerle ilgili geçici hakediş raporları başlıklı 39 ve kesin hakediş raporu ve hesap kesilmesi başlıklı 40'ncü maddeleri incelendiğinde görüleceği üzere, gerek teklif birim fiyat ve gerekse anahtar teslimi götürü bedel esasına göre yapılan yapım işlerine ait hakedişlerin düzenlenmesine ilişkin usul ve esaslar içerisinde de, bir indirim oranının uygulanacağına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.

Bunun yanı sıra, birim fiyatlara ait girdiler esas itibarıyla malzeme, işçilik, makine ve yüklenici kârı ve genel giderlerden oluşmakta olup bu girdiler arasında, gerek YİGŞ'nin 22'nci maddesi hükmünde ve gerekse, 4734 ve 4735 sayılı kanunlar ile ikincil mevzuatlarında, yeni iş kalemlerine ait birim fiyatların tespiti sırasında sözleşme bedeli ve yaklaşık maliyet arasındaki farktan hareketle bulunacak bir orandaki indirim girdisinin yer aldığına veya yeni fiyatların bu oranda tenzilata tabi tutulacağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, YİGŞ'ne göre fiyat tespit tutanakları; hakediş raporları gibi bir ödeme evrakı olmayıp, o iş kalemine ait fiyatın bahis konusu şartnameye göre maliyet girdileri dikkate alınarak hesaplanan bedelin ne olduğunu ortaya koyan bir belgeden ibarettir. Dolayısıyla, bu yeni birim fiyata dayalı olarak sözleşme ve ekleri hükümlerine uygun şekilde geçici ve kesin hakediş raporlarıyla ödeme yapılması halinin, birim fiyat tespitinden ayrı bir uygulama olduğu hususu açıktır.

Yaklaşık maliyet hesap cetvelinin, ihale öncesinde idare tarafından hazırlanan ve isteklilerin hukuken bilgi sahibi olması mümkün olmayan gizli bir belge olmasının yanı sıra, istekliler tekliflerini, yaklaşık maliyete göre değil, 4735 sayılı Kanunun Sözleşme türleri başlıklı 6'ncı maddesinde belirtildiği üzere götürü bedel işlerde, uygulama projeleri ve bunlara ilişkin mahal listelerine dayalı olarak işin tamamı için teklif ettikleri toplam bedel üzerinden; teklif fiyatlı işlerde ise, ön veya kesin projelere ve bunlara ilişkin mahal listeleri ile birim fiyat tariflerine dayalı olarak idarece hazırlanmış cetvelde yer alan her bir iş kaleminin miktarı ile bu iş kalemleri için teklif edilen birim fiyatların çarpımı sonucu bulunan toplam bedel üzerinden, vermekte, üzerinde ihale kalan istekli ile de bu teklifine dayalı olarak sözleşme imzalanmaktadır.

4734 ve 4735 sayılı kanunlar ile ikincil mevzuatlarına göre hazırlanan yaklaşık maliyet hesap cetvelinin, 2886 sayılı Kanun kapsamında yapılan ihalelerde hazırlanan keşif özeti gibi ihale dokümanları arasına konularak sözleşme ekinde yer verilmesi gereken bir belge olmadığı da dikkate alındığında, yükleniciyi bağlayıcı bir yönünün olmadığı konusunda herhangi bir duraksamaya mahal bulunmamaktadır.

2886 sayılı Kanuna göre ihale edilen birim fiyat sözleşmelerde istekliler, idare tarafından hazırlanan keşif özeti üzerinden indirim yapmak suretiyle ihale bedelini oluşturmakta ve yapılan bu tenzilat oranı aynı zamanda ihale dokümanları arasında yer alan birim fiyatlar için de geçerli olmakta, bir başka ifade ile, keşif özeti olmadan teklif verilmesi

söz konusu olmamaktadır. 4734 sayılı Kanuna göre ihale edilen birim fiyat sözleşmelerde ise; 2886 sayılı Kanundan farklı olarak istekliler tekliflerini yaklaşık maliyetten bağımsız olarak oluşturmakta olup, birinde

keşif bedeli ve ihale bedeli ayrı ayrı yer almakta iken, diğerinde sadece ihale bedeli söz konusu olmaktadır. Bu itibarla, her iki sistemin hukuki durumu ve sonuçları tabii olarak farklılık oluşturmaktadır.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun İlkeler başlıklı 4 üncü maddesinde; “.....Bu Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklerle sahiptir. İhale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensiplere aykırı maddelere yer verilemez. Kanunun yorum ve uygulanmasında bu prensip göz önünde bulundurulur.” hükmü mevcut olup, yürürlükteki ihale mevzuatı ile sözleşme ve eklerinde belirtilmemiş bir hususun, varmış gibi kabul edilmek suretiyle bir yorumlama ve uygulama yapılması, bu hüküm ile de bağdaşmamaktadır.

Bütün bu hususlar birlikte dikkate alındığında; YİĞŞ'nin 22 nci maddesine göre yeni birim fiyatların tespiti sırasında, sözleşmeden gelen ve yüklenicinin kabulünü içeren durumlar hariç, sözleşme bedeli ve yaklaşık maliyetten hareketle bulunacak bir oranda fiyatların tenzilatı tabi tutulmasının 4734 ve 4735 sayılı kanunlar ile ikincil mevzuatlarına uygun düşmemektedir.

Yüklenici kârı ve genel gider oranı ile ilgili olarak;

Yeni birim fiyatların tespitinde, yüklenici kârı ve genel giderlerin de bir girdi olarak yer alması gerekmekte olup, bu girdi kalemine ilişkin oran; sözleşmesinde özel bir düzenleme yok ise, maksimum % 25 oranını aşmamak şartıyla, sözleşmesi ve ekleri hükümlerine uygun olarak bulunacak bir oranda taraflarca müştereken tespit edilmesi gerekmektedir.

Aşırı düşük sorgulaması sırasında yüklenicinin sunduğu analizlerle ilgili olarak;

Sözleşmesi eki YİĞŞ'nin 22 nci maddesinde, yeni birim fiyatlara esas olacak analizlerin oluşturulmasında uyulması gerekli usul ve esaslar belirtilmiş olup, bunlar arasında, aşırı düşük teklif sorgulaması sırasında açıklama istenilen hususlarla ilgili olarak, isteklilerin sunduğu analizlerle kıyaslanarak bulunacak analizlerin, yeni birim fiyatlara esas olacak analiz olarak alınması gerektiğine ilişkin bir husus yer almamaktadır.

Ayrıca, 4734 sayılı Kanunun aşırı düşük tekliflerin sorgulanması başlıklı 38 inci maddesinde;

“İhale komisyonu verilen teklifleri 37'nci maddeye göre değerlendirdikten sonra, diğer tekliflere veya idarenin tespit ettiği yaklaşık maliyete göre teklif fiyatı aşırı düşük olanları tespit eder. Bu teklifleri reddetmeden önce, belirlediği süre içinde teklif sahiplerinden teklifte önemli olduğunu tespit ettiği bileşenler ile ilgili ayrıntıları yazılı olarak ister.

İhale komisyonu;

- İmalat sürecinin, verilen hizmetin ve yapım yönteminin ekonomik olması,
 - Seçilen teknik çözümler ve teklif sahibinin mal ve hizmetlerin temini veya yapım işinin yerine getirilmesinde kullanacağı avantajlı koşullar,
 - Teklif edilen mal, hizmet veya yapım işinin özgünlüğü,
- Hususlarında belgelendirilmek suretiyle yapılan yazılı açıklamaları dikkate alarak, aşırı düşük teklifleri değerlendirilir. Bu değerlendirme sonucunda, açıklamaları yeterli görülmeyen veya yazılı açıklamada bulunmayan isteklilerin teklifleri reddedilir....” hükmü ile,

İşe ait İdari Şartnamenin Aşırı düşük teklifler başlıklı 33 üncü maddesinde;

“33.1. İhale komisyonu, verilen teklifleri değerlendirdikten sonra, diğer tekliflere veya yaklaşık maliyete göre teklif fiyatı aşırı düşük olanları tespit eder. Bu teklifleri reddetmeden önce, belirlediği süre içinde teklif sahiplerinden, teklifte önemli olduğunu tespit ettiği bileşenler ile ilgili ayrıntıları yazılı olarak ister.

33.2. İhale komisyonu tarafından;

- Yapım yönteminin ekonomik olması,
- Seçilen teknik çözümler ve teklif sahibinin işin yerine getirilmesinde kullanacağı avantajlı koşullar,
- Teklif edilen işin özgünlüğü,

hususlarında belgelendirilmek suretiyle yapılan yazılı açıklamalar dikkate alınarak, Kamu İhale Kurumu tarafından belirlenen kriterler çerçevesinde aşırı düşük teklifler değerlendirilir. Bu değerlendirme sonucunda açıklamaları yeterli görülmeyen veya yazılı açıklamada bulunmayan isteklilerin teklifleri reddedilir.

33.3. İhale komisyonu tarafından, aşırı düşük tekliflerin tespiti, değerlendirilmesi ve ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesinde, sınır değer veya sorgulama kriterleri ya da ortalamalara ilişkin olarak Kamu İhale Kurum tarafından belirlenen kriterler esas alınacaktır.” hükmü, Yer almaktadır.

Bu hükümlerden de anlaşılacağı üzere, aşırı düşük teklif sorgulamasının amacı, idarenin tespit ettiği yaklaşık maliyete göre teklif fiyatı aşırı düşük olarak tespit edilen isteklilerin teklifleri reddedilmeden önce, teklif sahiplerinden teklifte önemli olduğu tespit edilen bileşenler ile ilgili ayrıntılı açıklama yapılmasına matuf olup, bunun dışında, aşırı düşük sorgulaması sırasında isteklinin verdiği açıklamaların yeni birim fiyatların tespiti sırasında dikkate alınması gerektiği yönünde ayrıca bir düzenleme yer almamaktadır.

Diğer taraftan, ön bölümde belirtilen 4735 sayılı Kanunun İlkeler başlıklı 4 üncü maddesindeki hüküm dikkate alındığında, 4734 ve 4735 sayılı kanunlar ve ikincil mevzuatı ile sözleşme ve ekleri hükümlerinde belirtilmemiş bir hususun varmış gibi bir kabulden hareketle yorum ve uygulama yapılmasının belirtilen yasa hükmüne uygun düşmeyeceği hususu açıktır.

Belirtilen tüm bu hususlar karşısında, yeni birim fiyatların tespiti esnasında aşırı düşük sorgulaması sırasında yüklenicinin sunduğu analizlerden yararlanılmasısicahetine gidilebilmesi için öncelikle, hakkaniyet ilkelerinin gözetilmesi ile birlikte, bu analizlere ait birim fiyatların yeni iş kalemi ile benzerlik göstermesi ve analizlerdeki ortak girdilerden olan yüklenici kârı ve genel gider girdilerin bir denge ve eşitlik içerisinde olup olmadıkları önem arz etmektedir.

Yeni birim fiyatların tespiti sırasında esas alınacak rayiç ve analizle ilgili olarak;

Bilindiği üzere, bahis konusu işin ihale tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 24.12.2002 tarih ve 5039 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı eki 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhalesi Yapılacak Olan Yapım İşlerine İlişkin Fiyat Farkı Hesabında Uygulanacak Esaslar'ın 7 nci maddesinin (h) bendinde; “Birim fiyat sözleşmelerde, sözleşmede birim fiyatı bulunmayan ve yapılması idarece istenen iş kalemi için işin devamı sırasında yeni birim fiyat yapılması halinde, bu fiyat hazırlandığı uygulama ayının rayiçlerine ve şartlarına göre tespit edilir. ...” hükmü yer almaktadır.

Anahtar teslimi götürü bedel sözleşmeler için mevzuatında bu açıklıkta bir hüküm yer almamakta ise de, bu tür sözleşmelerde yeni birim fiyatların yapılması zorunluluğunun ortaya çıkması durumunda, yeni iş kalemine ait ödemelerin birim fiyat sözleşmelerde olduğu gibi yapılacağı dikkate alındığında, anahtar teslimi götürü bedel sözleşmelerde yeni birim fiyatın tespiti sırasında bu maddenin de kıyasen uygulanmasının mevzuatına ve sözleşmesine uygun düşeceği açıktır.

Bu itibarla, bahis konusu işde yeni iş kalemine ait fiyatların tespiti sırasında rayiç olarak uygulama ayı rayiçleri, analiz olarak ise yine ay itibarıyla en son güncellenmiş analizin alınması gerekmektedir.

Yapımından vazgeçilen iş kalemlerinin fiyatlarının tespiti ile ilgili olarak;

Bahis konusu işde, yapımından vaz geçilmesi nedeniyle sözleşme bedelinden tutarları düşülecek işlere ait birim fiyatların, YİĞŞ'nin 22 nci maddesinin kıyasen uygulanmak suretiyle bu maddede belirtilen usul ve esaslara göre tespit edilmesi ve bu şekilde bulunacak fiyatlardan hareketle, yapımından vaz geçilen işlerin tutarının tespit edilmesi gerekmektedir.

IV- KARAR

“..... Merkez Mustafa Özden İlköğretim Okulu Yapımı” işi ile ilgili idaresinin talebine ilişkin konu, ön bölümde belirtildiği üzere incelenmiş ve değerlendirilmiş olup, buna göre;

Yapımından vaz geçilen iş kalemleri ile yapımına karar verilen yeni iş kalemlerine ait birim fiyatların, ön bölümde belirtilen hususlar da göz önünde bulundurularak, Sözleşmesi eki YİĞŞ'nin 22 nci maddesinde ön görülen usul ve esaslar doğrultusunda Sözleşmenin taraflarınca müştereken tespit edilmesinin gerektiği ve bunun da mümkün bulunduğu,

Çevre ve Şehircilik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkındaki 644 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 16 ncı maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine istinaden, 09/01/2014 tarihinde yapılan toplantıda, katılanların oy birliğiyle karar verilmiştir.