



# **SÖZLEŞME UYGULAMALARI YÜKSEK FEN KURULU/İNTEŞ KONFERANSI**

İNTEŞ YAYINLARI  
978-605-60244-9-8  
YAYIN NO 29/2018-2

**İNTES****Türkiye İnşaat Sanayicileri İşveren Sendikası**

4. Cadde 719. Sokak No:3 Yıldız-Çankaya/ANKARA

T: 0 312 441 43 50 F: 0 312 441 36 43

[www.intes.org.tr](http://www.intes.org.tr)

[intes@intes.org.tr](mailto:intes@intes.org.tr)

**TASARIM****Reta Reklamcılık ve Tanıtım Ltd. Şti.**

Ziaurrahman Cad. 285. Sok. No: 26/19 Çankaya, Ankara

T: 0 312 440 20 56 • F: 0312 440 53 69

[www.reta.com.tr](http://www.reta.com.tr)

[info@reta.com.tr](mailto:info@reta.com.tr)

**BASKI****Desen Ofset San. ve Tic. A.Ş.**

Birlik Mah. 448. Cad. 476. Sok. No:2 Çankaya, Ankara

T: 0 312 496 43 43 • F: 0312 496 43 47

[www.desenofset.com.tr](http://www.desenofset.com.tr)

[info@desenofset.com.tr](mailto:info@desenofset.com.tr)

Yayın No: 28 2018/2

978-605-60244-9-8

**ANKARA**

# GİRİŞ

İnşaat sektörü ülke ekonomisinin lokomotif gücüdür. İnşa ettiğimiz barajlar, enerji santralleri, ulaştırma yapıları ülke kalkınması için kritik öneme sahip olup bunların büyüklükleri dikkate alındığında yasalarla disipline edilmesi büyük önem arz etmektedir. Bu nedenle bu yasaların değişen şartlara uygun, şeffaf, eşitlik ilkelerine uygun, rekabetçi şekilde disipline edilmesi gerekmektedir.

Sektörümüzün anayasası olarak kabul ettiğimiz Kamu İhale Yasası da bu ilkeler üzerine kurulmuştur. Yasanın kanunlaşmasından bugüne geçen sürede çok sayıda değişikliğe uğramış, ancak hala uygulamadan kaynaklı sıkıntılar devam etmiştir.

Yaşanan sorunlar Sendikamız tarafından ilgili kuruluşlar nezdinde paylaşılmış, görüş ve çözüm önerilerimiz ifade edilmiştir. Sorunların çözümü uyumsuzlukları asgari düzeye indirilmesi, işlerin planlanan sürede tamamlanması ve gereksiz zaman kayıplarını önlemesini temin edecektir. Zira işlerin gecikmesi ülkemiz için milli gelir kaybı anlamını taşımaktadır.

Bu kapsamda kamu ihale mevzuatından kaynaklanan sorunlara çözüm üretmek amacıyla toplantılar düzenlemeye devam ediyoruz. Bu amaçla son olarak düzenlediğimiz konferanslardan birisi 12 Aralık 2017 tarihinde Yüksek Fen Kuruluyla-YFK ortak gerçekleştirdiğimiz Konferans olmuştur.

Sendikamız kuruluşundan bugüne YFK ile güçlü bir diyaloga sahiptir. Kurul 1934 yılından bu yana hayat kalitesi yüksek şehirler ve sürdürülebilir çevreyi temin etmek üzere; planlama, yapım, dönüşüm ve çevre yönetimine ilişkin uygulamaları düzenleyici, denetleyici, katılımcı ve çözüm odaklı bir anlayışla ülkemiz için çok önemli hizmetler yürütmektedir.

Bugün Yüksek Fen Kurulumuz sahip olduğu bu tecrübeler ile güçlü bir kadroya sahiptir. Yüksek Fen Kurulunun teknik şartname, yapı yaklaşık birim maliyeti ve proje artış katsayıları tespit etme, kamu denetimi ve maliyet hesaplamasında kullanılmak üzere her yıl güncelleyerek yıllık birim fiyat kitabı yayınlama görevleri arasındadır. Bu

kurulun tecrübelerinden daha fazla yararlanması gerekmektedir.

Düzenlediğimiz Konferansta da bu konuyu gündeme aldık. Kamu yatırımlarının gerçekleşmesine yönelik Kamu İhale Kanunu ve mevzuatının sözleşme sonrası uygulanması sırasında karşılaşılan sorunları gündeme getirdik.

Yüksek Fen Kurulu sözleşmenin uygulanması sırasında meydana gelen anlaşmazlıklar konusunda taraflara yol gösterici tavsiye niteliğinde görüş ve kararlar vermektedir. Bu kararlar güçlü bir tavsiye kararı niteliğindedir. Bu kararların bağlayıcı nitelik de olması tarafların uyumsuzluklar nedeniyle uğradığı zaman ve maliyet kaybı göz önüne alındığında büyük önem arz etmektedir.

Konferansımızda sözleşme sonrası yaşanan anlaşmazlıklara ilişkin konular gündeme geldi. Oturum başkanlıklarını hem mühendis hem hukukçu kimliğiyle konu hakkında derin bilgi sahibi olan Ali Rıza Yücel tarafından yönetildiği konferansın birinci oturumunda Yüksek Fen Kurulu Üyesi Levent Tüzün Sözleşmede Bulunmayan İşlerin Fiyatının Tespiti, İş Artış ve Eksilişi, Yüksek Fen Kurulu Üyesi Hüseyin Çelik Eserin Teslimi, Geçici ve Kesin Kabul ve Kesin Hesap, Kamu İhale Kurumu Hukuk İşleri Dairesi Başkanı İbrahim Baylan 'Kamu İhale Sözleşmeleri Uygulamaları konularında sunum gerçekleştirirken ikinci oturumda Yüksek Fen Kurulu Üyesi Hayrettin Yılmaz Süre Uzatımı, Ödenek Aktarılması, Fiyat Farkı, Hakedişin Geç Ödenmesi Nedeniyle Süre Uzatımı Verilmesi, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Doç. Dr. Ferhat Canbolat Kamu İhale Sözleşmelerinde Cezai Şart ve Uygulaması, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Doç. Dr. Seçkin Topuz Aşırı Fiyat Artışları Sebebiyle Kamu İhale Sözleşmelerinin Uyarlanması ve Feshi konusunda sunumlar gerçekleştirdi.

Eğitici, bilgilendirici, yorumların yer aldığı Konferanslarımızda gerçekleşen sunumları kalıcı bir eser olması adına yayın olarak sunmaya devam ediyor, konunun ilgililerine faydalar sağlamlasını diliyoruz.



# İÇİNDEKİLER

<b>AÇIŞ KONUŞMALARI</b>	<b>6</b>
<b>Deha Emral</b> - <i>Yönetim Kurulu Başkan Vekili</i>	<b>7</b>
<b>Mehmet Özkan</b> - <i>Yüksek Fen Kurulu Başkanı</i>	<b>9</b>
<b>BİRİNCİ OTURUM</b>	<b>12</b>
<b>Oturum Başkanı - Ali Rıza Yücel</b> - <i>Avukat - İnşaat Mühendisi</i>	<b>14</b>
<b>Levent Tüzün</b> - <i>Yüksek Fen Kurulu Üyesi</i>	<b>15</b>
<i>Sözleşmede Bulunmayan İşlerin Fiyatının Tespiti, İş Artış ve Eksilişi</i>	
<b>Hüseyin Çelik</b> - <i>Yüksek Fen Kurulu Üyesi</i>	<b>20</b>
<i>Eserin Teslimi, Geçici ve Kesin Kabul ve Kesin Hesap</i>	
<b>İbrahim Baylan</b> - <i>Kamu İhale Kurumu Hukuk İşleri Dairesi Başkanı</i>	<b>28</b>
<i>Kamu İhale Sözleşmeleri Uygulamaları</i>	
<b>Soru Cevap Bölümü</b>	<b>32</b>
<b>İKİNCİ OTURUM</b>	<b>40</b>
<b>Hayrettin Yılmaz</b> - <i>Yüksek Fen Kurulu Üyesi</i>	<b>42</b>
<i>Süre Uzatımı, Ödenek Aktarılması, Fiyat Farkı, Hakedişin Geç Ödenmesi Nedeniyle Süre Uzatımı Verilmesi</i>	
<b>Doç. Dr. Ferhat Canbolat</b> - <i>Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi</i>	<b>47</b>
<i>Kamu İhale Sözleşmelerinde Cezai Şart ve Uygulaması</i>	
<b>Doç. Dr. Seçkin Topuz</b> - <i>Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi</i>	<b>53</b>
<i>Aşırı Fiyat Artışları Sebebiyle Kamu İhale Sözleşmelerinin Uyarlanması ve Feshi</i>	
<b>Soru Cevap Bölümü</b>	<b>58</b>

# AÇIŞ KONUŞMALARI



**DEHA EMRAL**  
Yönetim Kurulu Başkan Vekili



**MEHMET ÖZKAN**  
Yüksek Fen Kurulu Başkanı



## DEHA EMRAL

Sayın Başkanım, Sayın Genel Müdürlerim, Sayın Bürokratlarımız, Çok Kıymetli Meslektaşlarımız; Konferansımıza hoş geldiniz. Sizleri, Yönetim Kurulumuzun adına saygıyla selamlıyorum.

Konferansımızı Yüksek Fen Kurulu ile birlikte düzenliyoruz. Değerli Başkan Mehmet Özkan ve Kurul üyelerimizin bu organizasyonu için teşekkür ediyoruz. Yüksek Fen Kurulumuzun her fırsatta görüşlerini alıyoruz. Kendilerine katılımları ve bizlere destekleri için şükranlarımı sunuyorum.

Kamu ihale mevzuatına ilişkin konuları gündeme taşımaya devam ediyoruz. Mayıs ayındaki Konferansımızda, Kamu İhale Kurumumuz ve yatırımcı kuruluşlarımızla ihale mevzuatından kaynaklanan sorunları konuşmuştuk. Bugün, kamu ihalelerinde sözleşme konusunu gündeme taşıdık.

Sektörümüzün gerçekleştirdiği kamu işlerinin ihale ve sözleşme aşamasında, mevzuat ve uygulamalarından kaynaklanan birçok sorunla karşılaşmaktayız. Sözleşmelerde çıkan bu uyuşmazlıklarda Yüksek Fen Kurulu, bir danışmanlık görevi üstlenmektedir. Yatırımcı

idarelerimiz, uyuşmazlıkların çözümü adına, Yüksek Fen Kurulumuza başvuruyor. İdarelerimiz, Yüksek Fen Kurulu kararlarına göre uyuşmazlıkların çözümlerine yön vermektedirler. Bugün, Yüksek Fen Kurulu üyelerimizin tecrübelerini dinleyeceğiz. Kamu İhale Kurumu uzmanımız ve akademisyenlerimizin anlatacaklarıyla da konunun teknik ayrıntılarını öğreneceğiz.

Bilindiği gibi, Kamu İhale Kanunu kapsamında sözleşme tarafları arasındaki uyuşmazlıklarda, mahkemeye ya da tahkim yoluna gidilmektedir. FDIC sözleşmelerinde ise bu uyuşmazlıklar ancak üçüncü aşamada tahkime gitmektedir. İlk aşamada, Uyuşmazlıklar Çözüm Kurulu; ikinci aşamada ise sulh yoluyla çözüm yer almaktadır. Kamu İhale Yasası'na tabi olarak ihale edilen işlerin sözleşme uyuşmazlıklarında birinci ve ikinci aşama yer almamaktadır. Eksik kalan bu iki aşamanın yerinin doldurulması gerektiği, hatta uygulama birliği açısından zorunludur.

Bu husus, aynı zamanda yargının iş yükünü azaltacak ve yıllarca süren mahkemeler nedeniyle yüklenicinin umutsuzluklarını da ortadan kaldıracaktır.

Bu husus, usul ekonomisi yönünden de önemlidir. Yani bizim de uyuşmazlık çözümü gibi ilk aşamada başvurulacak bir kurula gereksinimimiz vardır. Bu konuda ülkemizin şanslı olduğu kanısındayım. Çünkü Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Yüksek Fen Kurulu bu anlamda etkin ve deneyimli bir kurulumuzdur. Yaklaşık bir asırlık geçmiş ve birikimi olan bu kurumumuzun deneyimleri, icraatları ülkemiz için önemli bir kazançtır. Yüksek Fen Kurulu bünyesinde oluşturulacak bir uzman heyetinin Uyuşmazlık Çözüm Kurulu görevini layığıyla yapacağından kuşku yoktur. Yüksek Fen Kuruluna bağımsız, özerk bir yapı kazandırılarak Uyuşmazlık Çözüm Kurulu görevini üstlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Değerli Katılımcılar,

Yüksek Fen Kurulunun diğer önemli bir görevi, bilindiği üzere her yıl yayınlanan inşaat tesisat iş kalemlerine ait birim fiyatlardır. Bu, son derece önemli bir çalışma ve kaynak oluşturmaktadır. Ancak bu önemli çalışmanın daha kapsamlı bir şekilde piyasadaki reel fiyatlarla uyumlu olması ve gerçek değerleri yansıtması adına geliştirilmesinde

fayda olacaktır. Bu konuda İNTES olarak gerekli desteği vermeye hazır olduğumuzu belirtmek isterim. Nitekim Yüksek Fen Kurulu tarafından yayınlanan işçilik ücretleri, iş mahkemelerinde emsal ücretin belirlenmesinde dahi son derece önemli bir kaynak oluşturmaktadır.

Değerli katılımcılar, konuşmacılarımız bizlere görüşlerini aktaracaktır. Katılımcılarımızın görüşlerini ve sorunlarını yapıcı ve samimi bir şekilde aktarmalarını rica ediyorum. Sizlerin katkılarıyla toplantımız zenginleşecektir. Toplantımızın güzel sonuçlara ulaşmasını diliyor, katılım ve katkıları için kurum, kuruluş ve sektör mensuplarına şükranlarımı sunuyorum.

Saygılarımla.





## MEHMET ÖZKAN

Sayın Sayıştay 4. Daire Başkanım, Sayın Sayıştay Üyeleri, Sayın Genel Müdürlerim, Genel Müdür Yardımcılarım, Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Saygıdeğer Temsilcileri ve Sayın Katılımcılar, hanımefendiler, beyefendiler; hepinizi Bakanlığım adına saygıyla selamlıyorum. Bu Konferansın ülkemize ve milletimize hayırlı olmasını temenni ediyorum.

Aslında bu konuşmayla anlatılacak çok şey var ama ben kapalı ya da dar bir alanda konuşma yapacağım çünkü arkadaşlarıma daha fazla vakit bırakıp sizin kafanızdaki sorulara cevap vermesini sağlamaya çalışacağım.

Bir sivil toplum kuruluşu olan ve inşaat sektöründe önemli bir sorunun çözümüne katkıda bulunduğu inandığım Türkiye İnşaat Sanayicileri İşverenler Sendikası, kısa adıyla İNTES, Kamu İhale Kurumu ve mevzuatının uygulanması sırasında karşılaşılan sorunlara dikkat çekmek ve bu sorunlara kamu yararına çözümler üretmek amacıyla bundan önce de birçok defa, böyle bir konferans düzenledi.

Bilindiği üzere, kamu işleri, kamuyla ilgili yatırımlar, ihale yoluyla yapılmakta, ihale yoluyla

yapıldığı için de olayın bir tarafında kamu, bir tarafında da yüklenici bulunmaktadır. Dolayısıyla yapılan yatırımların büyüklüğünü dikkate aldığımızda, bu alanın disipline edilmesi, bir kuruluş tarafından disipline edilmesi, önemi ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple kamu yatırımlarının gerçekleşmesine yönelik yapılacak ihaleler ile ihale sonrası sözleşmeye bağlanan işlerin hedeflenen sürede ikmal edilebilmesi için tarafların eşitlik ilkesini ön planda tutan, değişen dünya şartlarına duyarlı, rekabetçi, uygulanabilir ve şeffaf kanun ve mevzuatının hazırlanıp yürürlüğe konulması büyük önem arz etmektedir.

Bugünkü konumuz da kamu yatırımlarının gerçekleşmesine yönelik Kamu İhale Kanunu ve mevzuatının sözleşme sonrası uygulanması sırasında karşılaşılan sorunlar olup, Yüksek Fen Kurulu üyesi arkadaşlar, belirlenmiş başlıklar hâlinde, sorunlar hakkında görüşlerini sizlerle paylaşacaktır. Bu bakımdan, ben çok ayrıntıya girmek istemiyorum. Ancak mevcut kanun ve mevzuatın uygulanmasıyla ilgili gerek Başkanlığımıza yapılan başvurulardan ve gerekse bu kanun ve mevzuatının uygulanmasında bir taraf ve paydaş olarak bir iki hususa değinmek istiyorum.

Bilindiği üzere, ülkemizdeki Kamu İhale Kanunu ve mevzuatının altyapısı, 2002 yılından beri Kamu İhale Kurumu tarafından düzenlenmektedir. Karşılaşılan sorunları; sözleşme öncesi, ihale süreci ile sözleşme sonrası da uygulama süreci olarak ikiye ayırarak olursak Kamu İhale Kurumu, kamu ihalelerinin mevzuat altyapısını yapma görevini yerine getirirken, bu görevin yanı sıra, sözleşme öncesi ihale sürecindeki anlaşmazlıklara da çözüm üretmektedir. Yüksek Fen Kurulu ise sözleşmenin uygulanması sırasında meydana gelen yeni birim fiyat tespitine yönelik anlaşmazlıklarla mevzuatın verdiği yetkiyle tarafları bağlayıcı şekilde karar verilmesinde görev almakta ve sözleşmenin uygulanması sırasında taraflar arasında meydana gelen anlaşmazlıklar konusunda taraflara yol gösterici tavsiye niteliğinde görüş ve kararlar vererek kamu adına bir çeşit ombudsmanlık veya arabuluculuk görevini yerine getirmektedir.

Bu tür uyuşmazlıkların intikal ettirildiği yargı süreci ve bu süreçteki tarafların uğradığı zararlar ve zaman kaybı dikkate alındığında, Yüksek Fen Kurulunun verdiği kararlar, tarafların uyduğu güçlü bir tavsiye kararı olarak ön plana çıkmaktadır. Birçok sivil toplum kuruluşu, Yüksek Fen

Kurulunun tavsiye niteliğindeki kararlarının da bağlayıcı olması için yasal düzenleme yapmasını talep etmektedir. İNTES de bu kuruluşlar arasındadır.

Üstlendiği görevler ile bir kez daha önemi anlaşılan Yüksek Fen Kurulu, aslında 1934 yılında kurulmuş olup o yıldan 2002 yılına kadar bugün Kamu İhale Kurumunun üstlenmiş olduğu kanun, mevzuat ve uygulamalara yönelik her türlü yönetmelik ve şartnameyi yılların vermiş olduğu tecrübe ve birikimle hazırlıyorken, bugün görev sınırı, Çevre ve Şehircilik Bakanlığının kuruluş kanunu olan 644 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 16. maddesine göre çizilmiştir.

Sözleşme sonrası uygulama anlaşmazlıkları hususlarındaki görev dışında, Yüksek Fen Kurulunun teknik şartname, yapı yaklaşık birim maliyeti ve proje artış katsayıları tespit etme görevleri bulunduğu gibi kamu denetimi ve maliyet hesaplamasında kullanılmak üzere, her yıl güncelleyerek yıllık birim fiyat kitabı yayınlama görevi de bulunmaktadır.

Ayrıca bunu yatırımcı kuruluşların kullanımına sunmayı ve analizleri de yine Yüksek Fen Kurulu Başkanlığı yapmaktadır.

Biraz evvel Sayın Başkan Yardımcım, yapılan bu birim fiyatın güncel olması talebinde bulunmuştu. Zaten biz her yıl, üreticilerden fiyatları alarak ortalama bir değer olarak kitaplara geçmekteyiz. Eğer bu yüzden bir sıkıntı varsa bu sıkıntıyı gidermek tabii ki önemli. Ama bize verilen bilgiler, piyasadaki gelen bilgiler, onu da ben arz edeyim. Bizim gönlümüz, güncel olmasını sağlamaktan yanadır.

Yüksek Fen Kurulu, çevre ve imar konularındaki anlaşmazlıklar ile yargının talebine istinaden yargı süreci devam eden işlere görüş verdiği gibi yapı kooperatiflerinden gelen taleplere de yine görüş vermektedir. Başkanlığımızın görevleriyle ilgili bu kısa hatırlatmadan sonra, kamu kaynaklarıyla gerçekleştirilen yapım ihalelerinin uygulama alanındaki problemlerin çözümü şeklindeki bugünkü toplantının gündemine dönecek olursak, öncelikle problemlerin neler olduğunu ortaya koymamız gerekir.

Yüksek Fen Kuruluna yapılan başvurularda, anlaşmazlıkların hangi hususları içerdiği ve uygulama alanında sözleşme sonrası yaşanan anlaşmazlıkların neler olduğu konusunda bizlere

bir fikir vermektedir. Bu anlaşmazlıkları şu şekilde sıralayabiliriz:

1-İhale öncesi idarece hazırlanan uygulama projesinin isteklilerin tam ve eksiksiz olarak teklif vermelerine uygun nitelikte olmadığından dolayı uygulama sürecinde meydana gelen anlaşmazlıklar.

2-İdarelerin KİK mevzuatına ve tip sözleşmelere uygun olmayan genelge başlığı adı altında uygulamaya yönelik birtakım mevzuat hazırlamalarından kaynaklanan anlaşmazlıklar.

Biliyorsunuz, Kamu İhale Kurumu mevzuatı, "Bu alandaki disipline edici tüm hükümleri ben koyarım." mantığını taşımaktadır. Bu yüzden idareler, bu mantığa aykırı herhangi bir yazı ya da mevzuat kaleme aldığı anda ve bu itirazlar önümüze geldiğinde, biz öncelikle KİK'in mevzuatına bakmak zorundayız. Karşılaştığımız zaman eğer bir uyumsuzluk varsa KİK mevzuatına göre karar vermekteyiz. Burada; idarelerin mevzuatın yetkilendirmediği bir hususta uygulama sürecinde yetkileri varmış gibi genelge hazırlayarak ihalenin uygulamasına müdahale etmelerinden kaynaklanan anlaşmazlıklar kastedilmektedir.

3-İş yeri tesliminde idareden kaynaklanan gecikmeler nedeniyle işin iş bitim tarihinde revizeler oluşmakta ve bu durumda çalışılmayan günler, ötelenen süre, yıllara sâri olmayan durum, ödenek durumu, revize iş programı, fiyat farkı gibi konularda idareler ile yükleniciler arasında meydana gelen anlaşmazlıklar.

4-Uygulama sürecinde, idarelerce projelerin yükleniciye geç teslim edildiği, proje değişikliği gerektiren durumlarda, bu değişikliği yaparak veya yapım koşullarını belirleyerek yükleniciye yapım talimatı verilmesi gerekirken, "Sen yap sonra bakarız" talimatının geliştiği, bu hususlardan kaynaklı ilave süre verilmesi ve yapımından vazgeçilen iş kalemleri ile sonradan yapımına karar verilen iş kalemlerine yeni fiyat tespit edilmesinde yaşanan aksaklıklar.

5-Yine, uygulama sürecinde önemli bir yere sahip iş programının yükleniciler veya idarelerce düzenlenmemesi, hatalı düzenlenmesi ya da iş programının geç hazırlanması veya hiç hazırlanmaması ile teknik personel bildirimiminin geç verilmesi durumunda ne tür bir işlem yapılacağına dair kanun, sözleşme ve eklerinde herhangi bir düzenleme mevcut olmadığından, bununla ilgili yaşanan aksaklıklar.

6-İhale yapılmadan önce idarelerin ihale sonrası için öngörüldüğü sözleşme uygulama sürecinin öngörülen şekilde gerçekleşmemesi hâlinde sözleşmedeki örneğin, fiyat farkı verilecek ya da verilmeyecek gibi ihale öncesi idarelerin tercihine bırakılan ve uygulama sürecine göre hatalı olarak tevcih edilen hükümlerin taraflardan birinin mağduriyetine neden olması hususunun yarattığı anlaşmazlıklar.

Evet, bu şekilde gruplandırılabilir bu anlaşmazlıklar ama bir başka sorun daha var, bu hem denetimde hem de işin işleyişinde ve kontrolünde hem de idare denetimde çok önemli olan bir husus. İşlerin denetim ve kontrolünde; 2886 sayılı Yasa ve Mevzuatında, "Kontrol teşkilatı" tanımı yapılmış ayrıca bu teşkilatın kim veya kimlerden oluştuğu (Sürveyan, Kontrol Mühendisi, Kontrol Şefi, Kontrol Amiri) ile görev, yetki ve sorumlulukların tanımlandığı Bayındırlık İşleri Kontrol Yönetmeliği hazırlanmıştı.

Ancak 4734 ve 4735 sayılı Kanun ve Mevzuatında, "yapı denetim görevlisi" tanımlaması yapılmış ancak bu görevlilerin kim veya kimlerden oluşacağı ile bunların görev, yetki ve sorumluluğunun neler olduğuna dair bir ikincil mevzuat (Kamu Yapıları Denetim Yönetmeliği) henüz hazırlanmış değildir.

Bu eksiklik, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetim Kanunu ile birlikte ele alındığında, harcama belgelerinde (örneğin, hakedişlerde), yetki ve sorumluluğu kanun ve mevzuatında tanımlanmamıştır.

İdarelerce, birçok teknik ve idari elemana bu belgelerde imzalar attırılmakta gerek yapım işlerinde yapılan mali ve teknik denetimlerde gerekse bu denetim sonrası ortaya çıkan raporların yargıya intikal etmesi durumunda bu kişiler, sorumlular hiyerarşisine dahil edilmektedirler.

Yani burada anlatmak istediğimiz, aslında hiyerarşinin içinde olmayan ama tanımlama olmadığı için sorumluluk hiyerarşisine dahil edilen birçok arkadaş, gereksiz yere yargılanmaktadır veya ceza almaktadır. Bunun önüne geçmek için de kamu yapıları denetim yönetmeliğinin bir an önce çıkması gerekir, bunu vurgulamak istiyoruz.

Görev, yetki ve sorumluluklarının tanımlandığı kamu yapıları denetim mevzuatı, önemli bir konu olduğundan, acilen 5018 sayılı Kanun göz önünde bulundurularak bir kamu yapıları denetim yönetmeliği çıkarılmalıdır.

Söz konusu yönetmeliğin acilen düzenlenerek yayımlanması konusunda, ilgili kuruma, başkanlığımızca yazı yazılmasına rağmen henüz düzenleyici kurum tarafından bir düzenleme yapılmamıştır.

Biz Yüksek Fen Kurulu olarak böyle bir yönetmelik hazırladık ve bakanlığımız görev alanı ile sınırlı olmak üzere yayınlamayı düşünüyoruz.

Hiç kuşkusuz bu alanı disipline etmek için yürürlüğe konulan mevzuat, en mükemmeli olsa dahi yine de taraflar arasında anlaşmazlık olasıdır. Ancak Yüksek Fen Kuruluna gelen görüş ve taleplerin ve anlaşmazlık konularının bizde yarattığı intiba, yukarıda ana başlıklar hâlinde verdiğimiz anlaşmazlık konularıyla ilgili kanun ve mevzuatının ilgili maddelerinde gerekli açık ve net düzenlemelerin yapılması gerektiği yönündedir.

Kamu İhale Kurumu tarafından yapılan her düzenleme, tespit ettikleri bir uygulama boşluğunu doldurmak için olduğu muhakkaktır. Ancak yeni düzenlemeler, yeni yorumları beraberinde getirdiğinden başka sorunları da yaratmaktadır. Bunu önlemek için bazı çözümleri sorumluluğu ile birlikte ilgili idareye bırakmak veya uygulama alanındaki sorunları çözmekle yetili diğer kuruluşlara bırakmak, bazı durumlarda kamu zararının oluşmaması açısından daha yararlı olacağı görüş ve temennisi ile sözlerime son verirken beni dinleme nezaketinde bulunduğunuz için hepinize teşekkür ediyor ve saygılarımı sunuyorum.

# 1. OTURUM



Oturum Başkanı

**ALİ RIZA YÜCEL**

Avukat- İnşaat Mühendisi



**LEVENT TÜZÜN**  
Yüksek Fen Kurulu Üyesi



**HÜSEYİN ÇELİK**  
Yüksek Fen Kurulu Üyesi



**İBRAHİM BAYLAN**  
Kamu İhale Kurumu  
Hukuk İşleri Dairesi Başkanı



## ALİ RIZA YÜCEL

Yargımızın Değerli Mensupları, Kamu Kurumlarının Değerli Başkanları, İNTES'in Değerli Üyeleri, Sayın Konuklar, Sayın Bayanlar ve Baylar; hepinizi saygıyla selamlıyorum

Hatırlarsanız, bir önceki toplantımızda yapım işlerinde-sözleşmelere konu olan uyuşmazlıkları, yine böyle bir konferansta ele almıştık.

Bugünkü konumuz da geçen defa ele alamadığımız konuları gözden geçirmek olacak. Toplantımız, İNTES ve Yüksek Fen Kurulu'nun iş birliği ile tertiplenmiştir.

Yüksek Fen Kurulu Başkanı Sayın Mehmet Özkan ve İNTES Başkan Vekili Sayın Deha Emral'ın da bulunduğu gibi Yüksek Fen Kurulu, yüz yıla yakın bir süredir bu konudaki bilgi ve deneyimi ile inşaat dünyasına ışık tutmaktadır. Öyle ki görüşleri bağlayıcı olmasa bile kamu idareleri, yargı ve yükleniciler, YFK görüşlerini benimsemekte ve böylece birçok uyuşmazlık çözüme kavuşmaktadır.

Sayın Deha Emral'ın dediği gibi, uyuşmazlıklar ortaya çıkar çıkmaz direkt yargıya gitmek gibi bir durumla karşı karşıyayız. Oysa, sözleşmelerin uygulanması sürecinde doğan uyuşmazlıkların

çözümü için yargıdan önce de başvurulacak bir merciinin olması gerekir. FDIC'den de söz edildi, FDIC'de zaten bu anlamda, böyle bir merci var. DAB (Dispute Adjudication Board) denilen bu Uyuşmazlık Çözüm Kurulu (UÇK), uyuşmazlık halinde ilk başvurulacak yerdir. Anılan Kurul kararının taraflarca uygun bulunmaması halinde, hakeme gidilmeden önce taraflar, uyuşmazlığı sulh yoluyla çözmek için çaba gösterir. Sulh Yolu ile Çözüm (Amicable Settlement) denilen bu yolla da uyuşmazlık çözülemezse son aşama olarak tahkime gidilir. Yani uyuşmazlık halinde doğrudan tahkime gidilmemektedir.

Kaldı ki biz bu konuda şanslıyız. Yüksek Fen Kurulu gibi engin bilgisi ve deneyimi olan bir kurula sahibiz. Bu kurulumuzdan yararlanmamak, gerçekten bir talihsizlik olur. O nedenle sözleşme uyuşmazlıklarımızı yargıya iletmeden önce Yüksek Fen Kurulunun görüşünü almak, onların çözüm önerilerini sağlamak mevzuatımızda yer almalıdır. Eğer o çözüm önerileri taraflarca uygun görülmezse o zaman yargıya başvurulmalıdır.

Yüksek Fen Kurulu Başkanının bulunduğu bir husus daha var ki çok önemli olduğunu düşünüyorum. O da ikincil mevzuatın düzenlenmesi hususudur. Kuşkusuz ikincil mevzuatın düzenlenmesi konusu, Kamu İhale Kurumunun görev ve yetkisi dâhilindedir. Kamu İhale Kurumunun bu konudaki önemli çalışmalarını takdirle karşılıyoruz ancak eksik olduğu yönlerini de belirtmekte yarar vardır. Örneğin, işlerin denetimi konusu; Bayındırlık İşleri Kontrol Yönetmeliği ile hâlâ işlerin denetimi yapılmaktadır. Ancak Bayındırlık İşleri Kontrol Yönetmeliği'nin yürürlükteki ihale mevzuatımızda yeri yoktur. Olmayan bir mevzuat ihya edilerek Bayındırlık İşleri Kontrol Yönetmeliği ile işler denetlenmektedir.

Daha fazla sözü uzatmadan hepinize saygılarımı sunuyorum, oturumu başlatıyorum.



## LEVENT TÜZÜN

### Sözleşmede Bulunmayan İşlerin Fiyatının Tespiti, İş Artış ve Eksilişi

Değerli katılımcılar, konuşmama başlamadan önce ben de hepinizi saygıyla selamlıyorum. Ayrıca sizlerle birlikte bu toplantıyı gerçekleştirme fırsatını verdiği için başta İNTES Yönetim Kuruluna teşekkür ediyorum.

Konumuz, “İş artışları ve yeni fiyattır”. Ama oraya geçmeden önce kanunumuzun bize verdiği bir görevden bahsedeceğim.

Bakanlığımız Teşkilat ve Görevleri Hakkındaki 644 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 16’ncı maddesinin 1’inci fıkrasının (a) bendinde; **“Kamu kurum ve kuruluşlarının yapım ve yapım ile ilgili danışmanlık hizmet işlerine ilişkin olarak akdedilen sözleşmelerin yürütülmesinden doğan yeni fiyat tespiti anlaşmazlıkları hariç olmak üzere diğer anlaşmazlıkları ilgili idarenin talebine istinaden inceleyip karara bağlamak ve yeni fiyat tespiti anlaşmazlıklarında ise tarafları bağlayacak şekilde fiyatı kesin olarak tespit etmek.”** görevi yer almaktadır.

Yani, yeni fiyatın tespiti dışında, anlaşmazlıklarla ilgili olarak Yüksek Fen Kurulu Başkanlığı görüş vermektedir. Eğer bir fiyat anlaşmazlığı var ise

buradaki kararı da tarafları bağlayacak şekilde oluyor. Maddenin özeti budur.

Şimdi esas konumuza geçmek istiyorum. Biliyorsunuz, 2886 sayılı Kanun’da ilk keşfe göre yapılan işlerde, sözleşmelerde birtakım keşif artışları, ikmal inşaatları ile sürelerin uzaması, inşaat süreçlerindeki belirsizlikler söz konusuydu. Bu belirsizliği ortadan kaldırmak için alternatif olarak getirilen 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’na uygun hareket etmek istiyorsan mümkün olduğunca iş artışı ve yeni fiyat tespiti gibi uygulamalardan kaçınmamız gerekiyor ama tabii ki mümkün olduğunca. Bazen bunlardan kaçınılmak da imkânsız hâle gelebiliyor.

Yapım işlerinde proje ve imalatların çok sık değişmesi, iş artışı-azalışı hesabının yapılması sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Söz konusu değişiklikler projelerdeki hata veya eksikliklere bağlı olabildiği gibi işler devam ederken imalat/ malzeme konularında ortaya çıkan (bazen de gelişen teknolojiye dayalı olarak) fikir değişikliğinden de kaynaklanmaktadır.

Esasen teklif birim fiyatlı işlerde, ön veya kesin projelerde bulunan her bir iş kalemi birim fiyatının, teklif cetveline yansıtılması ve işin tamamlanması, anahtar teslimi götürü bedel işlerde ise uygulama projesi ve buna ilişkin mahal listesine göre işin tamamının yapılması hedeflenmelidir.

Ayrıca idareler tarafından ihale dokümanlarının ve bu dokümanlar arasında yer alan uygulama projeleri ile bunlara dayalı olan mahal listelerinin, varsa teknik şartnamenin eksiksiz bir şekilde ve birbirleri ile uyumlu olarak hazırlanması mevzuat gereğidir.

Bilindiği üzere, teklif birim fiyatlı işlerde Kamu İhale Kanunu’nun 62. maddesi hükümleri doğrultusunda ihaleler, ön veya kesin projeler üzerinden gerçekleştirilmektedir. Sözleşmenin uygulanması sırasında ön projeden, kesin projeden, uygulama projelerine geçiş esnasında birtakım zorunlu imalat değişikliklerine gidilebiliyor. Bu durumda, artan ve azalan imalatlar ve yeni birim fiyatı yapılması ihtiyacı ortaya çıkıyor.

**Anahtar teslimi götürü bedel işlerde** ise proje değişikliklerine bağlı olarak ilk projede yer almayan bir kısım ilave işlerin yapılması, bir kısım imalatların yapımından vazgeçilmesi ve ilk projede yer alan iş kalemlerinin miktarlarında artış olması sonuçları da ortaya çıkabiliyor. Bu durumda, artan veya azalan imalatlar için yeni birim fiyat yapılması gündeme geliyor.

Şimdi buraya kadar, yeni iş kalem birim fiyatının hangi durumlarda ihtiyaç duyulduğundan bahsettik. Şimdi idarelerin yetkilerini ve bu yetkilerin sınırlarını biraz inceleyeceğiz. Yapım İşleri Genel

Şartnamesi'nin 12. maddesinin 2005 yılından önceki hâli: "İdare, sözleşme konusu işlerle ilgili proje ve benzeri teknik belgelerde gerekli göreceği her türlü değişikliği yapmaya yetkilidir. 2005 yılına kadar yüklenici, işlerin devamı sırasında gerekli görülecek bu değişikliklere uygun olarak işe devam etmek zorundadır." şeklinde bir düzenleme vardı. Daha sonra Şartname'nin 12'inci maddesinin 4'üncü fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir; «İdare, sözleşme konusu işlerle ilgili proje vb. teknik belgelerde, değişiklik yapılmaksızın işin tamamlanmasının fiilen imkânsız olduğu hallerde, işin sözleşmede belirtilen niteliğine uygun bir şekilde tamamlanmasını sağlayacak şekilde gerekli değişiklikleri yapmaya yetkilidir.»

Yukarıdaki madde değişikliğinden de anlaşılacağı gibi, ihaleye esas uygulama projelerinde değişiklik yapılmasında, idarenin yetkisi sınırsız değildir. 12. maddede öngörüldüğü üzere, ihaleye esas projede değişiklik yapılmaksızın işin tamamlanmasının fiilen imkânsız olması ve bu değişikliğin de ihale öncesinde öngörülmez olması hususu, proje değişikliklerinde dikkate alınmalıdır.

İş artışıyla ilgili diğer bir şart ise Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 21. maddesinde belirtilen sınırlar içerisinde kalmasıdır.

Yapım sözleşmelerinde, öngörülemeyen durumlar nedeniyle bir iş artışının zorunlu olması halinde, artışa konu olan işin;

a) Sözleşmeye esas proje içinde kalması,

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

Anahtar teslimi götürü bedel ihale edilen yapım işlerinde sözleşme bedelinin %10'una, birim fiyat teklif almak suretiyle ihale edilen yapım işleri sözleşmelerinde ise %20'sine kadar oran dahilinde, süre hariç, sözleşme ve ihale dokümanındaki hükümler çerçevesinde aynı yükleniciye yaptırılabilir.

Bakanlar Kurulu, birim fiyat sözleşme ile yürütülen yapım işlerinde bu oranı, sözleşme bazında %40'a kadar artırmaya yetkilidir.

Şimdi, tekrar edersek: İlave işlerin aynı sözleşme kapsamında, aynı yükleniciye yaptırılabilmesi için aşağıdaki koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir:

- İş artışının projede öngörülmeyen nedenlere dayalı olarak ortaya çıkması,
- Artışa konu işlerin yapılmasında zorunluluk olması,
- İlave işlerin idareyi külfete sokmaksızın, asıl işten ayrılmasının teknik veya ekonomik olarak mümkün olmaması,

- Yasal sınırlar dâhilinde iş artışlarının işin tamamlanması amacına yönelik yapılması, gerekmektedir.

Burada, çok kısa bir örnek vereyim: Bir kamu kurumu bir idari hizmet binası yaptırıyor, anahtar teslimi götürü bedel. "Hazır elimizde %10 gibi bir imkân varken bu idari binanın bahçesine 2 tane kamelya, 1 tane de süs havuzu yaptırılım, bunu da %10 dahilinde yaptırılım." gibi bir tasarrufla bulunması doğru bir uygulama değil. Yani iş artışının asıl işten ayrılmaz olması ve işin tamamlanmasına yönelik olması lazımdır.

Her ne kadar proje revizyonuna bağlı olarak artan imalatlarla birlikte azalan imalatlar da olabileceği ihtimal dahilinde olsa da iş artışının idareye artı bir maliyeti olacağı, iş birim miktarındaki her bir artışın aynı zamanda sözleşme bedelini de artıracığı bilinen bir husustur. Hani dedik ya, "İdareyi külfete sokmaksızın..." Burada biraz külfeti detaylandırmak istiyorum. Evet, bu maliyet artışı bir külfet ama bununla birlikte yapım işinin bitirilmesinin gecikmesi, artan işlerin yeni bir ihaleyle başka bir yükleniciye yaptırılması, ilave ihale süreçleri gibi işlemler de maddi artış getireceği hususu birlikte değerlendirilmelidir, külfet kapsamında. Başka bir bakış açısıyla külfeti işin süresinin uzamasına bağlı olarak kamu hizmetinin gecikmesine neden olan idarenin katlanması gereken fazladan maliyet olarak da değerlendirmek mümkündür. Yani külfeti sadece maddi olarak, iş artışı olarak değerlendirmemek lazım.

İş artışıyla ilgili başka bir konuya geçiyorum. Kamu İhale Kanunu'nun 5. maddesinde, "Aralarında kabul edilebilir doğal bir bağlantı olmadığı sürece mal alımı, hizmet alımı ve yapım işleri bir arada ihale edilemez." denilmektedir. Bu nedenle idarelerin satın alma yoluyla temin edilebileceği hareketli mobilya, perde, TV ünitesi ve benzeri ihtiyaçları için iş artışına gidilmesi ve yeni birim fiyat düzenlemesi de doğru bir uygulama değildir.

"Yapım İşleri Geçici Hak Ediş Raporları" başlıklı 39. maddesi gereği, idarelerin bir kısım imalatların yapımından vazgeçebilme hakkı da bulunmaktadır. Fıkra şöyle: "Sözleşme eki birim fiyat teklif cetvelinde herhangi bir iş kaleminin öngörülmuş veya birim fiyatının gösterilmiş olması, yükleniciye mutlaka o nevi işi yapma hakkı vermez." Aynı şartnamenin 22. maddesinin altıncı fıkrası, idarelere iş artışı konu imalatları başka bir yükleniciye yaptırabilme imkânı da vermektedir.

Fıkra aşağıdaki gibidir;

"İdare istediği taktirde; bir işte, sözleşmeye esas proje içinde kalan ancak öngörülemeyen durumlar nedeniyle bir iş artışının zorunlu olduğu hallerde, ayrıca bir yükleniciye yaptırılması mümkün olan bir



*İşi başkasına da yaptırabilir, bundan dolayı yüklenici herhangi bir hak talebinde bulunamaz.”*

Şimdi, idarelerin hangi şartlar altında iş artışı yapılabileceklerini inceledik. İş artışına karar verdik, gerekli onaylar ihale yetkilisinden alındı. Artık yeni iş kalemine ait birim fiyatları belirleme pozisyonuna geldik.

Proje değişikliklerine bağlı olarak yapılacak her yeni birim fiyatın tespitinde, mutlaka Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 22. maddesindeki açıklamalara riayet etmemiz gerekmektedir.

Burada şartname gereği kullanılacak analizler için madde sıralamasına uymak önemlidir ve zorunludur. Kullanılacak rayiçlerde ise sıralama şartı, 2005 yılında yapılan bir değişiklikte kaldırılmıştır.

22. maddenin belirttiği diğer bir önemli husus ise yeni birim fiyatın idare ve yüklenicinin mutabakatıyla birlikte tespit edilmesi gerekliliğidir. Bu durum 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 4. maddesinde yer alan, “Sözleşmenin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklerle sahiptir.” ilkesine de uygundur.

Rayiçler belirlenirken mümkün olan tahkik ve karşılaştırmalar yapılmalı ve kamu menfaati de gözetilerek en uygun olanlar seçilmelidir. Uygulanan rayiçlerin neden tercih edildiği açık ve detaylı olarak gerekçeleriyle birlikte ortaya konulmalıdır. Yeni birim fiyatın analiz ve rayiç belirleme safhasında yapı denetim görevlileri ve yüklenici birlikte çalışmalıdır. İdarelerin Yüksek Fen Kurulundan yeni birim fiyat tespitini istemeleri hâlinde, kendi hazırladıkları fiyat tutanağını **onaylamadan** görüş sormaları önemlidir. Zira onaylı evrak geçerli hâle gelmiş olabilir.

Şimdi, rayiçlerle ilgili çok kısa bir şey söylemek istiyorum. Rayiçlerde 2005'ten sonra bir sıralama yoktur. Dolayısıyla siz ticaret odasından da bir faturayı alabilirsiniz veya idarelerdekini de kullanabilirsiniz ama burada sıralamaya göre bir önceki sıradaki ucuz da siz örneğin, dördüncü sıradaki pahalı rayici tercih etmişseniz –ki bunu da edebilirsiniz ama- muhakkak gerekçesini ve tahkikini ortaya koymak durumundasınız, yarin, “Neden bunu kullandın?” diye bir soruyla karşılaşmamak için.

Revize proje gereği, birtakım imalatların yapımından vazgeçilmesi durumu da ortaya çıkabilmektedir. Bu durumda, yapımından vazgeçilen imalatların fiyatlarının nasıl hesaplanacağı hususu gündeme gelmektedir. Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 22. maddesinde bu konuda bir açıklık getirilmemiştir.

Sözleşmesinde aksi bir hüküm bulunmuyor ise değerlendirmemiz, yapımından vazgeçilen iş kalemlerinin de iş artışı kalemlerine kıyasen aynı yöntemle fiyat tespitinin yapılması yönünde bulunmaktadır; Kurumumuza gelen sorulara bu yönde cevap veriyoruz. Ancak Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 22. maddesine mevzuat düzenleyici kurum olan Kamu İhale Kurumu tarafından yapılabilecek bir ilave ile bu konudaki boşluğun ortadan kaldırılabilceğini düşünüyoruz.

**Teklif birim fiyat sözleşmelerde** ise iş azalışı olması durumunda, yapımından vazgeçilen imalatların hesaplanmasında, yüklenicinin idaresine sunduğu sözleşme eki birim fiyat teklif cetvelindeki birim fiyatlar esas alınır. Vazgeçilen imalatın miktarı tespit edilir ve sözleşmesinde yazılı teklif birim fiyat ile çarpılarak iş azalış tutarı bulunur.

Şimdi, önemli bir ayrıntı değerli katılımcılar, iş artış-azalış hesabı yapılırken kesin metrajlara dayalı olarak tespiti yapmamız ve proje revizyonları neticesinde anahtar teslimi götürü bedel işlerde (%10), teklif birim fiyatlarda da (%20) iş artışı durumunda işin tamamlanabileceğini muhakkak hesap etmemiz gereklidir. Aksi durumda, yani bu oranları aşan bir artışla işin tamamlanabilmesi söz konusu olursa, o zaman genel hükümlere göre tasfiye konusu gündeme gelir.

YİĞŞ Madde 2- (4)

*«İşin yukarıdaki şartlar dahilinde tamamlanamayacağına ilişkin 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.»*

Biraz önce verdiğim örnekle tamamlayayım isterseniz. Siz iki tane kamelya ve bir yüzme havuzu yaptırdınız diyelim yani mevzuata uygun olmasa da. Sonra devam ederken statik projede veya ısıtma tesisatında çok vahim bir hatayla karşılaştınız, bunu düzeltmeden işi bitiremiyorsunuz. Ama bunun da oranı %6. Daha öncesinde %6'yı kamelya ve süs havuzunda kullanmıştınız, bunu da kullanırsanız %12'lik bir artış olacak anahtar tesliminde, %10'u geçiyorsunuz. Bu durumda genel hükümlere göre, tasfiye gibi bir sonuç ortaya çıkıyor ve sıkıntı yaratıyor. O, mevzuata uygun olmayarak yaptırdığımız kamelya ve havuz.

Diğer taraftan, yeni iş kalemine ait birim fiyatın tespiti haricinde, Yüksek Fen Kurulu tarafından oluşturulan görüş ve kararların ihtiyarî olduğu, idaresinin kesin uymak zorunda olmadığı veya yüklenicinin hakkını yargıda aramasının önünde bir engel bulunmadığı da unutulmamalıdır. Bununla beraber, Başkan Bey ve Sayın Emral da izah etti, yeni birim fiyat tespiti için yargıdan önce Yüksek Fen

Kuruluna başvurulması, birtakım süreçleri kısaltıyor ve uzlaşma yolunu açabiliyor.

Yeni iş kalemi birim fiyat tespitinde, zaman zaman ilave işin mahiyeti analizin içeriği de anlaşmazlık konusu olabilmektedir. Aslında bunun anlaşmazlık konusu olmaması lazım. Burada yetki tamamen idarededir. Eğer bir iş artışı ve yeni bir iş yaptırılacaksa idare, ne yapmak istediğini en iyi bilecek kurumdur. Dolayısıyla ne yaptırmak istediğini çok açık ve net bir şekilde ortaya koymalıdır. Yüklenici ile bu işin fiyatı üzerinden bir anlaşmaya gitmelidir. Yüklenicinin işin mahiyetine müdahale etme şansı yoktur.

Kurulumuza intikal eden birtakım fiyat anlaşmazlıklarında, idarelerin yeni birim fiyat tespitinde sözleşme bedelinin yaklaşık maliyete bölünmesiyle bulunan bir orandan hareketle tenzilat uyguladığı ve bu konuda anlaşmazlıkların ortaya çıktığı sıklıkla görülmektedir. Bilindiği üzere, 4734 ve 4735 sayılı Yasalar ve ikincil mevzuatlarının anahtar teslimi götürü bedel ve birim fiyat tip sözleşmeleri hükümlerine göre, sözleşmesinde özel bir hüküm yok ise ihalelerde bir indirim oranından bahsedilmesi mümkün değildir.

Yaklaşık maliyet, ihale öncesinde piyasa şartları da dikkate alınarak oluşturulmuş bir hesaba dayalı gizliliği olan bir işlem olup ihale dokümanı ekinde yer alan belgelerden de değildir. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'na dayalı olarak birim fiyat esasına göre düzenlenen keşif üzerinden yapılan ihalelerdeki keşif cetveli, sözleşmenin eki olup, keşif bedeli ile teklif edilen bedel arasındaki orana indirim/eksiltme oranı denilmektedir. Ancak 4734 ve 4735 sayılı Yasalar uyarınca ihalesi gerçekleştirilen bir işte böyle bir orandan söz edilmesi mümkün bulunmamaktadır.

Sonuç olarak, sözleşmesinde yer almayan ve sonradan yapılması gereken imalat kalemleriyle ilgili birim fiyatların belirlenmesinde ve uygulamasında, yaklaşık maliyet ile sözleşme bedeli arasındaki farktan hareketle yapılacak bir oranda fiyatların tenzilatı tabi tutulacağına ilişkin sözleşme ve eklerinde bir hüküm yok ise bu şekilde uygulama yapılmasının doğru olmayacağı değerlendirilmektedir.

Diğer idarelerdeki birim fiyatlarında üzerinde anlaşma sağlanmadıkça aynen alınması doğru değildir. Bu itibarla müteahhit kârı ve genel gider oranını da içeren birim fiyatların yapılabirlik şartları da dikkate alınarak sözleşmesi eki Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 22. maddesinde öngörülen usul ve esaslar doğrultusunda, taraflarca birlikte üzerinde anlaşma sağlanarak tespit edilmesi esastır.

Gene çok küçük bir örnek vereyim: Bir iş artışında, bir kazan imalatı var. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı

birim fiyat kitabında da poz ve tarifi var, fiyatı da var. Şimdi, bunu direkt almak yerine bizim önerimiz, bu kazanı gene bir analiz hâlinde yeni fiyat tespitinde kullanmak daha sağlıklı olacaktır. Çünkü o kitaptaki birim fiyatın içerisinde %25 dediğimiz müteahhit kârı ve genel giderler var, montaj bedeli var. Ama siz eğer bunu bir analiz hâline getirirseniz, işte bir şantiye yeri kurulmuş, belki genel giderlerde daha düşük bir oran üzerinde anlaşabilirsiniz. Yüklenici kârı üzerinde de bir anlaşma yapabilirsiniz. Ayrıca montajı da gerekli aletlerle birlikte fiyatlandırabilirsiniz, bir analiz hâlinde diye düşünüyoruz. Daha sağlıklı olacaktır.

Tarafların yeni iş kalemi birim fiyatının tespitinde anlaşamamaları ve anlaşmazlık tutanağı düzenleyerek Yüksek Fen Kuruluna görüş sormaları hâlinde, başvuru dosyasına, anlaşmazlık tutanağı ve her iki tarafın analiz çalışmaları ile idare ve yüklenicinin konuya ilişkin görüşleri eklenmeli, konuyla ilgili gerekli bütün evrak ve bilgiler, (ihale evrakları) gönderilmeli.

Anlaşmazlık tutanağının imzalanmasını müteakiben on günlük müracaat süresine de dikkat edilmelidir.

Başvuru dosyasına ihale evraklarının (idari şartname, sözleşme, projeler vb.) eklenmesi önemlidir. Yüksek Fen Kurulu, bu evrakları inceleyerek öncelikle anlaşmazlığın 22'nci madde kapsamında bir fiyat anlaşmazlığı olup olmadığına ve yeni birim fiyatın yapılmasındaki şartların gerek idare ve gerekse yüklenici taraflarının yerine getirip getirmediği hususunu inceleyerek yeni birim fiyatın yapılmasına karar verebilecektir.

Çok önemli bir husus, bu küçük bir not: Yüklenicinin görüşünü muhakkak dosyaya eklememiz lazım. Eğer bu gelmezse Kurul olarak tekrar geri gönderiyoruz ve bu görüşleri istiyoruz. Çünkü Kanun'da denildiği gibi her iki taraf da eşit haklara sahiptir.

Yüksek Fen Kurulunun fiyata ilişkin kararını her iki tarafın da kabulü zorunlu ancak yargı yolu açıktır.

### **Yasal Artış Oranının Üzerinde Gerçekleşen İş Bedellerinin Ödenmesi**

İdarenin yasal iş artışlarını aşan biçimde iş yaptırmayı ve bedelini mevcut sözleşme kapsamında yükleniciye ödemesi mümkün değildir.

Ayrıca yüklenicinin idare talimatı olmaksızın yaptığı fazla işlerin bedeli ödenmez. Bu durumda yüklenici, Borçlar Kanunu hükümlerine göre alacağını talep edebilir. Vekaletsiz iş görme hükümlerine göre bu alacak ödenebilir.

Ancak bu kısımlar ile ilgili olarak rekabet şartlarının ihlal edildiği ve kusuru bulunan kamu görevlilerinin sorumluluğu olduğu hususu da ayrıca gündeme gelebilir.

Dinlediğiniz için hepinize teşekkür ediyorum.

## Ali Rıza Yücel

Yüksek Fen Kurulu Üyesi Levent Bey'e, bu açıklamalarından dolayı teşekkür ediyoruz.

Yalnız bir iki konuyu vurgulamak gerektiğini düşünüyorum. İş artışı ya da azalışı konusunda işin tamamlanması koşulu var. Oysa 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde iş artışı vardı ama işin tamamlanması koşulu yoktu. Ancak şu andaki mevzuatımızda işin tamamlanması koşulu olduğu için bir iş artışının söz konusu olabilmesi için işin tamamlanması koşuldur. Örneğin %20 iş artışı alınıp işin tamamlanması sözelimi, %28 ile bitiyorsa bu doğru değildir, mevzuata uygun değildir, bir bakıma mevzuatı kenara koymaktır. Bu husus, tarafların sorumluluğunu gerektirir. Dolayısıyla, idareler %20 artış ile işin tamamlanamayacağını tespit etmeleri durumunda, işi tasfiye etmek zorundadırlar.

Bir de yeni fiyat yapılması konusunda bir hususa değinmem gerekiyor. Yapım İşleri Genel Şartnamesi sözleşmenin ekleri arasında olup birinci sırada yer almaktadır. Yani öncelik Yapım İşleri Genel Şartnamesindedir. Sonra sıralamada idari şartname ve sözleşme tasarısı yer almaktadır. Bu sıralama, birim fiyatlı işlerde ve anahtar teslimi götürü bedel işlerde aynıdır. Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 22. maddesinde yeni fiyatın tespiti açık ve seçik yazılmıştır. Burada bir eksiklik varsa bu eksikliğı gidermek, Kamu İhale Kurumu'nun görevidir. Anılan sıralamaya uymak gerekliliktir. Uygulamada sıralamaya uyulmadan yapılan işlerle karşılaşılmaktadır. Nitekim, bazı idarelerimiz, yeni fiyat konusunda birtakım usuller ihdas etmişlerdir. Yaklaşık maliyetle sözleşme bedeli arasındaki oran baz alınarak tespit edilen yeni fiyat, bu oran dahilinde bir tenzilata tabi tutulmaktadır. Kuşkusuz ihale mevzuatında böyle bir düzenleme yer almamaktadır. Kaldı ki yaklaşık maliyet idaresince ihale öncesinden tespit edilmekte ve sadece sınırlı sayıda idare yetkililerince bilinmektedir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda; "Yaklaşık Maliyet "şöyle yer almaktadır.

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

Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde; "İhale komisyonu tarafından yaklaşık maliyet teklif fiyatları ile birlikte açıklanır. Bu aşamadan önce yaklaşık maliyet açıklanamaz ve ilan edilemez.

Pazarlık usulü ile yapılan ihalede ise yaklaşık maliyet, son yazılı teklifler ile birlikte açıklanır. " denilmektedir.

İlave olarak, Yapım İşlerine Ait Tip Sözleşmede Sözleşmenin ekleri arasında yaklaşık maliyet yer almamaktadır.

Yani ihaleden önce, istekliler tarafından bilinmeyen ve esasen mevzuat gereği gizliliğı esas olan yaklaşık maliyetle sözleşme bedeli arasında bir orantı kurmanın hiçbir haklı gerekçesi olamaz.

Değirmek istediğim ikinci husus ise bazı idarelerimizin Tip Sözleşmede yer alan "Diğer Hususlar" başlığı altındaki bölüme yeni fiyatın oluşturulması sürecinde, müteahhit karı ve genel giderler için bir oran belirlemeleri durumudur. Bu husus da mevzuatımızda yer almamaktadır. Nitekim az önce açıklandığı üzere yeni fiyat, YİGŞ'nin 22. maddesi hükmü doğrultusunda taraflarca birlikte hazırlanmaktadır. Anılan maddede ve tip sözleşmede ihale öncesi idarelere tanınan ne böyle bir hak ne de böyle bir düzenleme söz konusudur. Diğer Hususlar bölümü, idarelerin istedikleri şeyi koyabilecekleri bir bölüm değildir. Nitekim Tip Sözleşme'nin 33. maddesinde; "Diğer Hususlardan" ne anlaşılması gerektiğı şöyle belirlenmiştir:

" İdarelerce, bu Tip Sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde, ihale dokümanına, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu hükümlerine ve bunlara ilişkin Kamu İhale Kurumu tarafından yayınlanan Yapım İşleri Genel Şartnamesi ile diğer düzenleyici mevzuata ve emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak ve bu Tip Sözleşme hükümlerinde değişiklik yapmamak veya sonuçlarını ortadan kaldırmamak üzere, işin özelliğine göre sözleşmelerde bu başlık altında bir veya birden fazla maddeyi içerecek şekilde madde numaraları teselsül ettirilerek başka düzenlemelere yer verilebilir." denilmektedir.

Görüldüğü üzere, Diğer Hususlar bölümü, Tip Sözleşmede hüküm bulunmaması durumunda yukarıda tanımlanan sınırlar çerçevesinde gereksinim duyulan konunun yer aldığı bir bölümdür. Oysa Tip Sözleşmede, yeni fiyatın nasıl belirleneceğı hususu kayıt altına alınmıştır. Tip Sözleşmede madde 28'de şöyle denilmektedir;

"Sözleşme ve eklerinde birim fiyatı bulunmayan yeni iş kalemlerinin bedeli, Yapım İşleri Genel Şartnamesi hükümlerine göre hesaplanır." denilmektedir. Tamamen YİGŞ'ne bırakılan bir hususta tek taraflı yeni kurallar ihdas etmenin, ihale mevzuatına aykırı olduğu açıktır. Doğru değildir.



## HÜSEYİN ÇELİK

### **Eserin Teslimi, Geçici ve Kesin Kabul ve Kesin Hesap**

Sayın Başkan, Değerli Katılımcılar; hepinizi saygıyla selamlıyorum.

Bilindiği üzere, kamu kurum ve kuruluşu idareler, kamu hizmetlerini yürütmek amacıyla ihtiyaç duyduğu inşaatları 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu hükümleri çerçevesinde gerçekleştirmektedir. 4734 ve 4735 sayılı Kanunlara göre; ihale edilen yapım işlerine ait sözleşmelerin uygulamalarında birliktelik sağlamak, uyumsuzlukları asgari düzeye indirmek, işlerin planlanan sürede ikmalini temin etmek ve gereksiz zaman kayıplarını önlemek maksadıyla Türkiye İnşaat Sanayicileri İşveren Sendikası (İNTES) ve Bakanlığımız Yüksek Fen Kurulu Başkanlığı tarafından düzenlenen kamu kurum ve kuruluşları ile yapım sektörünün diğer paydaşlarının katılımıyla yapılan bu Çözüm Arama Konferansı'nın yapım işlerinde istenen kaliteyi ve şartları temin ederek yüklenicilerden teslim alınmasının temininin yanı sıra yatırımcı kamu kurum ve kuruluşlarının da denetim sorumluluklarını daha etkin bir şekilde yerine getirmelerine yönelik faydalar sağlanmasını diliyorum.

Sunumumda eserin teslimi, geçici kabul, kesin kabul, kesin hesap ve kesin teminatlar başlığı altında konular yer almaktadır.

### **Eserin Teslimi**

4734 ve 4735 sayılı Kanunlar ile ikincil mevzuatlarında, "Eserin Teslimi" başlığı adı altında bir husus yer almamaktadır. Bu, Borçlar Kanunu'nda ilişkilendirilen bir tanımdır. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 27'nci maddesinde, işin teslim şartlarının idari şartnamede yer almasının zorunlu hususlar arasında sayıldığı, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 7'inci maddesinde, sözleşmede yer alması zorunlu hususlar arasında sayılan teslim etme, teslim alma, şekil ve şartlarına Tip Sözleşme tasarısının 19'uncu maddesinde, "İşin teslim etme ve teslim alma şekil ve şartları ile kısmi kabul, geçici ve kesin kabul işlemleri Yapım İşleri Genel Şartnamesi hükümlerine göre yürütülür." hükmüne yer verilmiştir.

Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nde ise işin teslim etme ve teslim alma şekil ve şartları hususunda, özel bir düzenlemeye yer verilmemiş olup bu konuda yapılacak uygulamalara yönelik kesin hakediş raporu ve hesap kesilmesi, geçici kabul, kesin kabul, kesin hesap, kesin teminatlar, teminat süresi, teminat süresindeki bakım ve giderler, kesin teminatların iadesi ile sözleşmenin feshi ve tasfiye işlemlerine ilişkin düzenlemeler yapılmıştır.

01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 470 ile 486. maddeleri arasında düzenlenen eser sözleşmesine ait 470'inci maddede eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi ve idarenin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmış, "Eserin Kabulü" başlıklı 477'inci maddesinde, "Eserin kabulünden sonra yüklenicinin sorumluluktan kurtulacağı ancak kasten gizlenen ve usulüne göre gözden geçirme sırasında fark edilemeyen ayıplar için sorumluluğun devam ettiği, idarenin gözden geçirmeyi ve bildirimde bulunmayı ihmal etmesi hâlinde eseri kabul etmiş sayılacağı, eserdeki ayıp sonradan ortaya çıkarsa idarenin gecikmeksizin durumu yükleniciye bildirmek zorunda olduğu, bildirmezse eseri kabul etmiş sayılacağı hükümleri yer almaktadır.

Bu sorumlulukla ilgili Borçlar Kanunu'nda zaman aşımı süresinin on yılla ilişkilendirildiği ancak 4735 sayılı Kanun'un 30'uncu maddesinde ise yüklenici ve alt yüklenicilerin on beş yıllık süre içerisinde sorumlu olduklarının bilinmesinde fayda mütalaa ediyorum.

## Geçici Kabul

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 27'inci maddesinde; idari şartnamede yer alması zorunlu hususlar arasında sayılan denetim, muayene ve kabul işlemlerine ilişkin şartlara Tip İdari Şartname'nin 45'inci maddesinde,

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 7'inci maddesinde; sözleşmede yer alması zorunlu hususlar arasında sayılan denetim, muayene ve kabul işlemlerine ilişkin şartlara Tip Sözleşme Tasarısı'nın 19'uncu maddesinde, "Teslim, Muayene ve Kabul İşlemlerine İlişkin Şartlar" başlığı altında "İşin teslim etme ve teslim alma şekil ve şartları ile kısmi kabul, geçici ve kesin kabul işlemleri Yapım İşleri Genel Şartnamesi hükümlerine göre yürütülür." hükmü ile kısmi kabul yapılıp yapılmamasına yönelik hükme,

Aynı Kanun'un 30'uncu maddesinde de geçici kabul noksanları hükümlerine, yer verilmiş olup

Tip Sözleşme Tasarısında atıf yapılan Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 41'inci maddesinde yer verilen geçici kabul işlemlerine ait hükümlerin de geçici kabul işlemlerinin idarelerce kurulacak komisyonlar tarafından gerçekleştirileceği belirtilmektedir.

Ayrıca 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 7'inci maddesinde; denetim, muayene ve kabul işlemleri hükümlerine yer verilmiştir. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 11'inci maddesi uyarınca, idarelerin kuracakları muayene ve kabul komisyonlarının kuruluş ve çalışma esasları ile muayene ve kabul işlemlerinde uygulanacak usul ve esaslar Yapım İşleri Muayene ve Kabul Yönetmeliği ile düzenlenmiştir.

Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin "Geçici Kabul" başlıklı 41'inci maddesinde, yapı denetim ile muayene ve kabul komisyonu görevlilerinin idare adına yapım işinin muayene ve kabul işlemlerini gerçekleştirerek tamamlanan işin teslim alınmasına ait iş ve işlemler sırasıyla belirtilmektedir.

Tabii uzun bir süreç, bu mevzuatta yer almaktadır. Ancak dipnot olarak bir açıklama yapmam gerekirse Kurulumuza intikal eden hususlarda, geçici kabul işlemleriyle ilgili genellikle süreçlerin sağlıklı işletilmediği, işlerin zamanında bitirilmemesi hâlinde yüklenicinin ve denetim görevlilerinin işlem yapmadıkları, geçici kabul komisyonun görev aldıktan sonra işin cezalı çalışılarak bitirildiği durumlarda, kısmi gecikme cezalarının nasıl kesileceği, geçici kabul

tutanakları onaylandıktan sonra yüklenici ile idareler arasında bazı anlaşmazlıkların gündeme getirildiği görülmektedir.

Bu genel değerlendirmeden sonra, geçici kabul işlemlerinde -özellikle kesin kabulde de bu var- taahhüt edilen iş, sözleşme ve eklerinde yer alan hükümlere uygun olarak tamamlandığında yüklenici idareye geçici kabulün yapılması için yazılı olarak başvuruda bulunur. Ancak yüklenici yazılı olarak müracaat etmezse yapı denetim görevlilerinin sorumluluğu ne olacak, idarelerin sorumluluğu ne olacak, bu konuda net bir hüküm yoktur. Fakat yapı denetim görevlileri işin sözleşmesinde belirtilen süreye göre bitim tarihi veya uzatılan süreye göre bitim tarihinde iş yerine gitmeleri ve işin bitip bitmediğinin tespiti gerekmektedir. Bundan sonra geçici kabul işlemleri sırasıyla devam etmektedir.

1. Yapılan işler, yapı denetim görevlisi tarafından ön incelemeden geçirilir ve yapılan tespitler bir tutanağa bağlanır. Bu inceleme sırasında, yüklenicinin veya vekilinin de hazır bulunması gereklidir. Yükleniciye yapılacak tebligata rağmen kendisi veya vekili gelmezse yapı denetim görevlisi bu incelemeyi tek taraflı olarak yapar ve düzenlenen tutanakta bu husus belirtilir. Yapılan ön inceleme sonucunda;

- İşin sözleşme ve eklerine uygun olarak tamamlandığı ve kabul işlemlerinin yapılmasında bir engel bulunmadığı anlaşılırsa idare tarafından geçici kabul komisyonu oluşturulur,
- İş kabule hazır değilse, eksik ve kusurlu işleri gösteren ön inceleme tutanağı, yapı denetim görevlisinin işin kabule hazır hale gelmesi bakımından yaklaşık bitim tarihini tespit eden görüşleriyle birlikte en geç üç gün içerisinde idareye gönderilir.

2. Yüklenici geçici kabul başvurusunda gecikmiş olursa veyahut işi süresinde kabule elverişli duruma getirememişse; sözleşmeye göre işin bitmesi gereken tarihte yapı denetim görevlisi veya idarece görevlendirilecek iki eleman tarafından iş yerinde incelenerek o günkü durum bir tutanakla tespit edilir. Bu inceleme sırasında yüklenicinin veya vekilinin de hazır bulunması gereklidir. Yükleniciye yapılacak tebligata rağmen kendisi veya vekili gelmezse yapı denetim görevlisi veya idare, bu incelemeyi tek taraflı olarak yapar ve düzenlenen tutanakta bu husus belirtilir. İşte kusur ve eksikliklerin varlığı halinde, bunların giderilmesi için belirlenen sürenin sonunda, yüklenici bulunsun veya bulunmasın, aynı şekilde durum,

yapı denetim görevlisi tarafından düzenlenecek bir tutanakla tespit edilir.

3. Kabul komisyonunun oluşturulması ve iş yerine gönderilebilmesi, yapılan işin kusurlu ve eksik kısımlarının bedelleri toplamının işin sözleşme bedelinin yüzde beşinden fazla olmamasına bağlıdır. Bu oranı geçmeyen kusur ve eksiklikler, aynı zamanda işin idareye teslimine ve kullanılmasına ve/veya işletilmesine engel olmayacak ve herhangi bir tehlikeye meydan vermeyecek nitelikte olmalıdır.

4. Kabul komisyonu, gerçekleştirilen işlerin nev'ini, niteliğini, sözleşme ve ekleri ile teknik gereklere ve iş sırasında onaylanan değişikliklere uygunluğunu ve kabule hazır olup olmadığını, yüklenici veya vekili ile birlikte inceler. Yapılan inceleme neticesinde;

a. Kabul komisyonu, kabule engel nitelikte olmamakla birlikte yapılan işte kusur ve eksiklikler tespit ederse; gördüğü kusur ve eksikliklerin ayrıntısını gösterir bir liste düzenler ve bunların giderilmesi için gerekli olan süreyi tespit eder. Belirlenen sürenin sonunda, yüklenici bulunsun veya bulunmasın, işin son durumu, yapı denetim görevlisi tarafından düzenlenecek bir tutanakla tespit edilir ve idareye iletilir.

b. Kabul komisyonunun tespit ettiği eksiklikler, belirlenen sürede yüklenici tarafından giderilmezse bu sürenin bitiminden sonra eksikliklerin giderilmesine kadar geçecek her gün için, giderilecek eksikliklerin durumuna göre, sözleşmesinde günlük gecikme cezası olarak yazılan miktarın belli bir oranında günlük ceza uygulanır ve geçici kabul tarihi kusur ve eksikliklerin giderilmesi tarihine ertelenir. Ancak bu gecikme otuz günü geçtiği takdirde idare, yüklenici hesabına eksiklerin giderilmesini kendisi yaptırabilir. Bu takdirde de eksikler tamamlanıncaya kadar ceza uygulaması devam eder ve kabul tarihi ertelenir.

c. Kabul komisyonu işi kabule uygun gördüğü takdirde, geçici kabul tutanağı düzenlenir ve bu tutanağı komisyon üyeleri ile birlikte yüklenici veya vekili de imzalar.

5. Yüklenici veya vekili, yazı ile yapılacak çağrıya rağmen kabulde hazır bulunmazsa veya kabul tutanağını imzalamak istemezse tutanakta bu husus ayrıca belirtilir.

6. Geçici kabul tutanağı, ihale makamı veya yetkilendirdiği kişilerce onaylandıktan sonra geçerli olur. Geçici kabulün yapılmasını müteakip işin kullanılması ve/veya işletilmesi, işin kesin kabulünün yapıldığı anlamına gelmez.

7. Geçici kabul itibar tarihi olarak esas alınacak tarih, işin geçici kabule elverişli bir halde tamamlandığı tarih olup bunu geçici kabul komisyonu tespit ederek tutanağa geçirir. Ancak yüklenici tarafından tamamlanması ve düzeltilmesi gereken eksik ve kusurlardan, teknik bakımdan tamamlandıktan sonra bir deneme süresi geçirmesi gerekenler varsa, bu kusur ve eksikliklerin giderilmesi tarihinden başlayarak kesin kabule kadar geçmesi gereken süreyi de kabul heyeti belirleyerek tutanağa yazar.

8. Yüklenicinin yaptığı işin, süresinde tamamlandığı yapı denetim görevlisi tarafından tespit edilmiş ve idareye bildirilmiş ancak kabul komisyonunun iş yerine gitmesi ve kabulü yapması herhangi bir nedenle gecikmiş ise kabul tutanağında işin gerçek bitiş tarihi belirtilir ve bu tarih, işin geçici kabul tarihi olur.

9. Kabul komisyonu, yüklenicinin yaptığı işte tereddüt doğuran durumlar görürse, durumun tahkiki için, sözleşmede yazılı olmasa bile, her türlü giderleri yükleniciye ait olmak üzere gerekli teknik deneylerin yapılmasını isteyebilir.

10. Yapım işlerinin kabul işlemlerinde, varsa sözleşmelerindeki özel hükümler de göz önünde bulundurulur.

11. Geçici kabul için yapılan incelemede, teknik olarak kabulünde sakınca görülmeyen ve işin idareye teslimini ve kullanılmasını ve/veya işletilmesini engellemeyen, giderilmesi de mümkün olmayan veya fazla harcama ve zaman kaybını gerektiren kusur ve eksiklikler görülecek olursa yüklenicinin varsa hakediş veya teminatından uygun görülecek bir bedel kesilmek şartı ile iş, idare tarafından bu hali ile kabul edilebilir. Bu gibi kusur ve eksikliklerin niteliğinin ve kesilecek bedelin kabul tutanağında gösterilmesi gereklidir. Yüklenici bu işleme razı olmazsa, her türlü gideri kendisine ait olmak üzere, kusur ve eksiklikleri verilen sürede düzeltmek ve gidermek zorundadır.

12. Sözleşmesinde taahhüdün tamamlanan ve müstakil kullanıma elverişli bu kısımları için kısmi kabul yapılacağı belirtilen işlerde veya sözleşmesinde kısmi kabul yapılması öngörülmemekle birlikte, işin yürütülmesi sırasında önceden öngörülemeyen zorunlu nedenlerle ihtiyaç görülmesi durumunda; yukarıdaki usullere uygun olarak kısmi geçici kabul veya kabuller yapılabilir. İşin kısmi kabulünün yapılmış olması, işin bütününe geçici kabulü yapıldığı anlamına gelmez.

14. İşin süresinden önce bitirilmesi halinde, yüklenicinin isteği üzerine idare, sözleşmedeki iş

bitim tarihini beklemezsiniz yukarıdaki usullere uygun olarak işin kabulünü yapabilir.

Dolayısıyla, teslimin, yani "geçici kabulün" gerçekleşmesi ile birlikte yüklenici yükümlülüğünü yerine getirmiş olur.

Özetle kabul komisyonu, şayet işi kabule şayan bulmazsa, tabii ki sorumluluk tekrar yapı denetim görevlilerine geçiyor. Ancak bunlarla çok fazla karşılaşmıyoruz. Kabul komisyonları, eksik ve kusurlu işler varsa bunu tutanağa bağladıktan sonra da süreç, yapı denetim görevlilerine geçiyor. Yapı denetim görevlilerinin de bu eksik ve kusurlu işleri tamamladığını beyan etmesi üzerine, idareye sunulan tutanak ihale makamının onayından sonra geçici kabul işlemleri tamamlanmış oluyor.

Şöyle bir değerlendirmede buldum: Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin "Geçici Kabul" başlığını taşıyan 41. madde hükmü, "İş sahibi idarenin sözleşmeye, kanuna ve diğer düzenleyici işlemlere uygun surette davranmayıp işi teslim almasına ilişkin usuller düzenlenmiş olup, idarenin buna uygun surette davranmaması yani yüklenicinin yazılı başvurusuna rağmen geçici kabul komisyonunun oluşturulmaması veya tüm süreçlerin tamamlanmış olmasına rağmen işi teslim almamakta imtina etmesi hâlinde yüklenici ne yapmalıdır? Bu konuda süreçler uzamakta ve bazen yargıya intikal etmektedir.

Kamu ihale mevzuatına tabi bir inşaat sözleşmesinde, inşaatı tamamlayan yüklenicinin işin tamamlandığına yönelik bildirim üzerine, idarenin eserin teslimi için işlem tesis etmesi ve yapıyı kullanmaya başlaması hâlinde eserin teslimi olarak kabul edilmelidir. Yapının kullanıma başlanmış olmasına rağmen idarenin şartnamenin 41'inci maddesindeki uygulamayı işletmeye başlamaması ve eserin teslim almadığını iddia etmesi, sözleşmeye aykırılık teşkil ettiği gibi, sözleşmenin eki şartnamenin 41'inci maddesinden doğan hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilir.

Ayrıca Tip Sözleşme Tasarısı'nın 19/2'inci maddesinin, "Sözleşme konusu işin tamamlanan ve kullanıma elverişli kısımları için Yapım İşleri Genel Şartnamesi hükümlerine göre kısmi kabul yapılması öngörülmektedir." şeklinde düzenlenmesine rağmen, şartnamenin 41/13'üncü maddesinde ve Genel Tebliğ'in 50'inci maddesinde belirtilen, "İdarelerce işin yürütülmesi sırasında önceden öngörülme zorunlu nedenlerle ihtiyaç görülmesi durumunda, kısmi geçici kabul yapılabilir." hükmüne göre, kısmi kabul yapılabilmektedir. Ancak sözleşmesi ve ihale dokümanlarında kısmi kabulün yapılabileceğinin öngörülmediği ve buna ilişkin düzenlemelerin

yer almadığı işlerde kısmi kabulün yapılması, sözleşmede değişiklik yapılması anlamına geleceği ve bunun da 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun "Sözleşmede Değişiklik Yapılması" başlıklı 15'inci maddesinde belirtilen değişiklik yapılabilecek şartlar ile örtüşmediği, idarenin zorunlu bir nedene dayalı olarak talep etmesi ve yüklenicinin herhangi bir talepte bulunmayacağını kabul ve taahhüt etmesi durumunda ancak kısmi kabul yapılabileceği düşünülmektedir. Bu konuda Muayene ve Kabul Yönetmeliği'nde de "Sözleşmesinde bir düzenleme var ise" şeklinde özellikle atıf yapılmaktadır.

Kısmi kabul öngörülme bir sözleşme akdetmiş yükleniciye idaresinin sonradan, "2 blok inşaat var, bir tanesini bana erken teslim et..." şeklinde, bütün iş programını ve işin süresini de etkileyebilecek unsurlar taşıyan bir talepte bulunması hâlinde, bunun sözleşme hukukuna uygun olmayacağını değerlendirmekteyim.

### **Kesin Kabul**

Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin "Kesin Kabul" başlıklı 44'üncü maddesinde, geçici kabuldeki esas ve usuller ile kesin kabul yapılmasına yönelik iş ve işlemler sırasıyla belirtilmektedir.

Kesin kabulün ne zaman yapılacağı konusunda da burada açık hükümler yer almaktadır. En çok, "kesin kabul ne zaman başlatılacak?" sorusuna muhatap olunmaktadır. Ayrıca teminat süreleri vardır. Mevzuatta, geçici kabul ile kesin kabul arasındaki sürenin teminat süresi olduğu ve bu teminat süresinin bitiminde, yüklenicinin kesin kabul için başvuruda bulunacağı, kesin kabul işlemlerine bu şekilde başlanacağı belirtiliyor. Yüklenici başvurmasa bile idarenin yapı denetim görevlilerinin sorumluluklarının da idraki gerekmektedir. Tabii ki aradan geçen süre içerisinde yapı denetim görevlileri, aynı idarede bulunuyorlar mı, aynı görevde bulunuyorlar mı, bu ayrı bir konu. Bu konuda idarenin gerekli tedbirleri alması gerekmektedir.

1. Kesin kabul için belirlenen tarihte, yüklenicinin yazılı müracaatı üzerine, kesin kabul komisyonu oluşturularak geçici kabuldeki esas ve usullerle kesin kabul yapılır.

2. Geçici ve kesin kabuller arasında, yüklenici tarafından yapılması gereken, sürekli bakım niteliğindeki işlerin sözleşme uyarınca yapıp yapılmadığı kabul komisyonu tarafından incelenerek tespit olunur.

3. Devamlı bakım hususunda yüklenicinin herhangi bir yükümlülüğü yoksa kesin kabul komisyonu, geçici kabul sırasında iyi durumda ve kabule elverişli olduğu tespit edilmiş olan işlerde teminat

süresince kullanılmaya sonucunda meydana gelen normal aşınma ve eksilmeden doğan durumlar haricinde, işin fen ve sanat kurallarına uygun yapılmamasından kaynaklanabilecek herhangi bir bozukluğun veya geçici kabulden sonra ortaya çıkan bir kusurun olup olmadığını inceler.

4. Teminat süresi içinde yüklenicinin, bütün yükümlülüklerini yerine getirmiş olduğu ve kendisine yüklenebilecek kesin kabulü engelleyecek bir kusur ve eksiklik görülmediği takdirde, kesin kabul tutanağı düzenlenir. Eğer bu süre içinde, sorumluluğu yükleniciye atfedilmeyecek bir kusur veya eksiklik tespit edilmişse bu da tutanakta ayrıca belirtilir.

5. İşin kesin kabulüne engel herhangi bir durum görüldüğü takdirde, kabulü engelleyen kusur ve eksikler kabul komisyonu tarafından bir tutanakla tespit edilir ve kesin kabul işlemi yapılmaksızın kusur ve eksiklerin giderilmesi için bir süre belirlenerek durum idareye bildirilir. İdare, bu kusur ve eksiklerin tutanakta belirlenen süre içerisinde giderilmesi hususunu yükleniciye tebliğ eder. Kusur ve eksiklerin yüklenici tarafından giderildiği idarece tespit edildiğinde kabul işlemi sonuçlandırılır.

6. Yüklenici teminat süresi veya yukarıdaki fıkrada söz konusu edilen süre sonunda, idarenin kabul edebileceği gecikmeler dışında, sözleşme ve şartname hükümlerine göre işi kesin kabule elverişli duruma getirmeyerek bir gecikmeye yol açmış ise idare ya yükleniciye 41'inci maddede belirtilen şekilde ceza uygulayarak eksik ve kusurların giderilmesini bekler ya da gecikme otuz günü geçerse ceza uygulamasına devam etmekle birlikte kusur ve eksiklikleri yüklenici hesabına kendisi giderir.

7. İdare, gerek kusur ve eksikliklerin yüklenici hesabına giderilmesi bedellerini gerekse vukuunda belirtilen bekleme cezalarını yüklenicinin varsa hakedişinden, hakedişi kalmamışsa teminatından kesmeye yetkilidir.

8. Kesin kabul tutanağının yetkili makam tarafından onaylanması ile kesin kabul işlemi tamamlanmış olur.

9. Yüklenicinin yazılı müracaatı ve idarenin de uygun görüşü olmak kaydıyla kısmi geçici kabulü yapılmış kısımların, sözleşmede belirtilen teminat süresi dikkate alınarak, yukarıdaki esaslara göre, işin bütününe kesin kabulünün yapılmış anlamına gelmemek şartıyla kısmi kesin kabulü yapılabilir.

Kesin kabule ait uygulamadaki sıkıntılar Kurulumuza çok fazla intikal etmemektedir. Ancak kesin hesapların yapılması, teminatların iadesi gibi hususlarda zaman zaman sorular gelmektedir. Konuya ilişkin ilave bir hususu paylaşmak istiyorum.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamındaki idarelerin, bu Kanun hükümlerine göre yaptıkları ihaleler sonucunda teslim edilen yapım işlerinin muayene ve kabul işlemleri için 5/1/2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 11'inci maddesi uyarınca kuracakları muayene ve kabul komisyonlarının kuruluş ve çalışma esasları ile muayene ve kabul işlemlerinde uygulanacak usul ve esasları düzenlemek amacı ile yayımlanan 'Yapım İşleri Muayene ve Kabul Yönetmeliği'nde:

Muayene ve kabul komisyonlarının kuruluşu, görevleri, kararları.

Geçici kabul başvurusu, tutanağının düzenlenmesi, itibar tarihi, onayı.

Kesin kabul başvurusu, tutanağının düzenlenmesi, kabulde görülecek kusur ve noksanlar, onayı.

Kısmi geçici ve kesin kabul hükümlerine yer verilmiştir.

### **Kesin Hesaplar**

Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin, "Kesin hakediş raporu ve hesap kesilmesi" başlıklı 40'inci maddesinde, birim fiyat, anahtar teslimi götürü bedel ve karma esaslı sözleşmelerde uygulanacak kesin hesap esaslarda;

1. Birim fiyat esaslı sözleşmelerde kesin hesaplar aşağıdaki esaslara göre yapılır:

a. İşin geçici kabulü yapıldıktan sonra, kesin hakediş raporunun düzenlenmesine esas olacak kesin metraj ve hesapların tamamlanmasına başlanır. Bunlar, biri asıl olmak üzere en az üç suret halinde düzenlenir. Yüklenicinin kesin hakediş raporunun düzenlenmesinde geçici hakediş raporlarındaki rakamlara itibar edilmez ve kesin metraj ve hesaplar sonucunda bulunan miktarlar esas alınır.

b. Kesin metraj ve hesaplarının yapıldığı sürece yüklenici veya vekili, hesapların yapıldığı yerde bulunmak zorundadır.

c. Yapı denetim görevlisi, yüklenici veya vekili ile birlikte işin gidişine paralel olarak daha önce hazırlanıp karşılıklı imzalanmış bulunan kesin metraj ve hesaplar ile işin gidişine paralel hazır olmayanları, birlikte tamamlayıp imzalayarak geçici kabul tarihinden başlamak üzere en çok altı ay içinde idareye teslim etmek zorundadır. Bu hesapların yapılması sırasında yüklenici veya vekili tarafından yapılmış fakat yapı denetim görevlisince çözüme bağlanamamış itirazlar varsa bunlar da incelenmek üzere hesaplarla birlikte idareye verilecektir.

ç. Kesin metraj ve hesapların düzenlenmesi sırasında yüklenici veya vekili, yapı denetim görevlisinin yazılı tebliğine rağmen hazır



bulunmadığı takdirde, yapı denetim görevlisi, hesapları tek taraflı olarak hazırlar ve geçici kabul tarihinden başlamak üzere en çok altı ay içinde idareye teslim eder. Bu aşamada yükleniciye, hazırlanmış bu kesin metraj ve hesapları altmış gün içinde incelemesi için tebligat yapılır. Yüklenici incelemesini daire dışında yapmak isterse kesin metraj ve hesapların asıl olmayan suretlerinden bir takımı kendisine verilir. Yüklenici, kesin metraj ve hesapları inceleyip itirazsız imzalarsa hesapların idarece incelenmesine başlanır.

2. Anahtar teslimi götürü bedel sözleşmelerde; kesin hakediş raporu düzenlenmesine işin geçici kabulü yapıldıktan sonra başlanır ve sözleşme ve eklerinde öngörülen hükümler çerçevesinde kesin hesap işlemleri gerçekleştirilir.
3. Karma sözleşmelerde, işin götürü bedel ve birim fiyat teklif alınan kısımlarında, ilgisine göre birinci ve ikinci fıkradaki hükümler uygulanır.
4. Yüklenicinin kesin hesaplara itirazı varsa altmış günlük inceleme süresi içinde idareye yazılı olarak bildirmek zorundadır. Böyle yapmadığı takdirde, kesin hesaplara ilgili bütün belgeleri kayıtsız kabul etmiş sayılır ve bundan sonra bu hususta yapılacak herhangi bir itiraz, dikkate alınmaz.
5. Yapı denetim görevlisi, belirtilen süre içinde kesin hesapları idareye teslim etmediği takdirde yüklenici, kendi hazırladığı kesin hesapları idareye vererek incelenmesini ve onaylanmasını isteyebilir.
6. İdareler teslim aldıkları kesin hesapları, teslim tarihinden başlamak üzere en çok altı ay içinde inceleyip onaylarlar. Aksi halde yüklenici, varsa, itirazlarında haklı sayılacağı gibi işin kesin kabulü yapılmış olmak şartı ile kesin hakediş raporunun düzenlenmesini de isteyebilir.
7. Yüklenicinin kesin hesapların yapılışında hazır bulunmayıp sonradan altmış günlük sürede hesapları incelemesi halinde, idarenin altı aylık inceleme süresi, yüklenicinin incelemeyi bitirdiğini idareye yazılı olarak bildirdiği tarihten başlar.
8. Kesin hesapların ve kesin kabul tutanağının idarece onaylanmasından sonra, bunlara ilişkin onay tarihlerinin sonucundan başlamak üzere en çok otuz gün içinde, idarece onaylanmış kesin hesaplara dayalı olarak, yapı denetim görevlisi tarafından kesin hakediş raporu düzenlenir.
9. Kesin hesapların idareye tesliminden sonra, idarece incelenmesi sırasında yapılabilecek değişikliklere yüklenicinin bir itirazı olursa, itirazlarının yerlerini de açık seçik belirtmek suretiyle, bu husustaki karşı görüşlerinin neler olduğunu ve dayandığı gerekçeleri 39'uncu

maddedeki usuller çerçevesinde dilekçe ile idareye bildirir.

10. Hesap kesme işleminde, gerçekleştirilen bütün işlerin kesin hakediş raporuna geçirilen bedelinden iş sırasında geçici hakediş raporları ile ödenen miktarlar düşülür. Daha sonra 39'uncu maddede açıklanan geçici hakediş ödeme usulleri çerçevesinde, hakedişe yapılan ek ve kesintilerden sonra kalan tutar yükleniciye veya vekiline ödenir.

11. Hesap kesme işlemi sonucunda yüklenici, idareye borçlu kaldığı takdirde, borcu genel hükümlere göre tasfiye edilir. Kesin metraj ve hesapların yapılıp onaylanmasına ve kesin hakedişin düzenlenmesine ait yukarıdaki süreler, ancak mücbir sebeplerle, ihale yetkilisinin onayı ile yeteri kadar uzatılabilir. Bu onay yetkisi, alt kademelere verilmez.

Hükümleri yer almaktadır.

Bütün sözleşmelerde, geçici kabul yapıldıktan sonra bu işlemlerin yapılacağı aslında beyan ediliyor. Ancak tabii birim fiyatlı sözleşmelerde, işin yürütülmesi sırasında yüklenici ile idare yetkilileri denetim görevlerini müşterek yaptıkları kesin hesaplara yönelik metrajlar işleme konuluyor ve eğer arada anlaşmazlıklar varsa bu süreç içerisinde karşılıklı müzakerelerle sonuçlandırılıyor.

Sonuçta, anahtar teslimi götürü bedel işlerde de 40/2. maddesinde kesin hakediş raporu düzenlenmesine, "Geçici kabul yapıldıktan sonra başlanır." diye yine aynı şekilde düzenlemeler var.

Karma sözleşmelerde de her iki teklif alınan kısımlar için diğer maddelerde belirtilenlere gönderme yapılmıştır.

### **Kesin Teminat ve İade Şartları**

Şimdi, eserin teslimi ve kesin hesaplar birbiriyle ilintili olduğu için bunları madde başlığı hâlinde sizlere arz etmek ihtiyacı duydum.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 43'üncü maddesinde, sözleşme bedelinin %6'sından az olmamak, %15'inden çok olmamak üzere kesin teminat alınabileceği, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 7'inci maddesinde, sözleşmede kesin teminat miktarının yer almasının zorunlu olduğu, 13'üncü maddesinde kesin teminat ve ek kesin teminatların geri verilmesi, 14'üncü maddesinde ise iade edilemeyen teminatlar hakkında hükümler yer almaktadır.

Ayrıca Yapım İşleri Genel Şartnamesi 45'inci maddesinde,

1. Taahhüdün, sözleşme ve ihale dokümanı hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesinden

ve varsa işe ait eksik ve kusurların giderilerek geçici kabul tutanağının onaylanmasından ve yüklenicinin bu işten dolayı idareye herhangi bir borcunun olmadığı tespit edildikten sonra, alınmış olan kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların yarısının, kesin kabul tutanağının onaylanmasından sonra ise kalanının, yükleniciye iade edilebilmesi için Sosyal Güvenlik Kurumundan ilişiksizlik belgesi getirilmesi zorunludur.

Bu, "idareye herhangi bir borcu olmadığı" hususları zaman zaman idarelerce tam isabetli olarak değerlendirilememekte ve bazen Kurulumuza sorular yöneltilmektedir. Kesin teminat ve varsa kesin teminatların yarısı, kesin kabul tutanağının onaylanmasından sonra ise geri kalanı iade edilir denilmektedir.

2. Yüklenicinin ilişiksizlik belgesini sunmaması halinde durum, Sosyal Güvenlik Kurumundan yazı ile sorularak yüklenicinin ihale konusu işle ilgili borcunun bulunmadığının anlaşılması durumunda, geçici kabul tutanağının onaylanmasından sonra kesin teminat ve varsa ek kesin teminatın yarısı; kesin kabul tutanağının onaylanmasından sonra ise kalanı, yükleniciye iade edilir.

3. Yüklenicinin sözleşme konusu iş nedeniyle idareye ve Sosyal Güvenlik Kurumuna olan borçları ile ücret ve ücret sayılan ödemelerden yapılan kanuni vergi kesintilerinin kesin kabul tarihine kadar ödenmemesi halinde, protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın kesin teminatlar 4735 sayılı Kanununun 13'üncü maddesi hükmüne göre paraya çevrilerek borçlarına karşılık mahsup edilir, varsa kalanı, yükleniciye geri verilir.

4. Yukarıdaki hükümlere göre mahsup işlemi yapılmasına gerek bulunmayan hallerde; kesin hesap ve kesin kabul tutanağının onaylanmasından itibaren iki yıl içinde idarenin yazılı uyarısına rağmen talep edilmemesi nedeniyle iade edilemeyen kesin teminat mektupları, hükümsüz kalır ve bankasına iade edilir. Teminat mektubu dışındaki teminatlar, sürenin bitiminde hazineye gelir kaydedilir.

Hükümlerinin yanı sıra 47, 49 ve 50'nci maddelerinde de sözleşmenin tasfiye edilmesi ve yüklenicinin ölümü hallerinde kesin teminatların iade şartları düzenlenmiştir.

Ayrıca Genel Tebliğ'in 18/4'üncü maddesinde teminat mektuplarının iadesi hakkında açıklamalara yer verilmiştir.

### **Teminat Süreleri**

Tip Sözleşme Tasarısı'nın 20'inci maddesinde, Yapım İşleri Genel Şartnamesi hükümlerine göre, idarece ay olarak belirlenecek sürenin bu maddeye

yazılacağı ve bu sürenin geçici kabul itibar tarihinden başlayacağı hükmü yer almaktadır.

Söz konusu şartnamenin 42'inci maddesinde, teminat süreleri hakkında;

1. Geçici kabul ile kesin kabul tarihi arasında geçecek süre, teminat süresidir. Yapım işlerinde teminat süresi, sözleşmesinde aksine bir hüküm yoksa on iki aydan az olamaz. Ancak sözleşme kapsamında yapım işiyle birlikte ifası istenen montaj, işletmeye alma, eğitim, bakım-onarım, yedek parça gibi destek hizmetlerine ait teminat ve/veya garanti süreleri işlerin özelliğine göre arttırılabilir veya eksiltilebilir. Bu süreler, sözleşme veya eklerinde belirtilir.

2. İşin sözleşmede öngörülen bitim tarihinden önce bitirilmesi ve iş bitim tarihini beklemeksizin işin kabulünün yapılması halinde, teminat süresi, geçici kabul itibar tarihinden itibaren başlar.

3. Kısmi geçici kabulü yapılan müstakil kullanıma elverişli bölümlerin teminat süresi, kısmi geçici kabul tarihinden itibaren başlar ve teminat süresi sonunda işin tümünün kesin kabulünün yapılması için şartlar oluşmamış ise kısmi geçici kabulü yapılmış iş kısmının teminat süresi sona erer.

Hükümleri yer almaktadır.

Bu hükümlere göre, kesin kabul ve tasfiye kabul işlemlerinde, bu teminat süresi içinde yüklenicinin bakım sorumluluğunu yerine getirmesi gerekmektedir. Ancak teminat sürelerinin hesabında idarelere tanınan yetkinin on iki aydan az olamayacağı belirtilmiş, işlerin özelliğine göre olabilecek üst sınır belirtilmemiştir.

Ayrıca idarelerce sözleşme kapsamında yaptıracağı montaj, işletmeye alma, eğitim, bakım- onarım, yedek parça gibi destek hizmetlerine ait teminat ve/veya garanti sürelerinin teminat süresiyle ilişkilendirildiği, kesin teminat iadelerinde sorunlar yaşandığı da bilinmektedir.

### **Kesin Hesap Kesintisi ve Hesap Teminatı**

Biliyorsunuz, en son düzenleyici kurumun, Kamu İhale Kurumunun, yaptığı düzenlemelerden bir tanesi de budur. Tip Sözleşme Tasarısı'nın 30. maddesi geçici kabul noksanları başlığının, işe ait sözleşmenin anahtar teslimi götürü bedel, birim fiyat veya karma olması dikkate alınarak,

Geçici kabul noksanları işin devamı sırasında kesin hesapların yapılması veya işin devamı sırasında kesin hesapların yapılması ve geçici kabul noksanları;

Madde içeriğinin ise anahtar teslimi götürü bedel işlerin hakedişlerin %3'ünün, birim fiyatlı işlerde %5'inin tutulacağı,

Anahtar teslimi götürü bedel işlerde bu bedelin geçici kabulün, birim fiyatlı işlerde ise kesin hesapların onayından sonra iade edileceğine yönelik düzenleme yapılması hâlinde, kesin hesapların zamanında yapılmasıyla kesin teminat ve ek kesin teminatların iadesi işlemlerinde de kolaylık sağlanacağı değerlendirilerek bir düzenleme yapıldığını düşünmekteyim.

### **Kesin Hesap Fazlasının Ödenmesi**

Sözleşme imzalanmasından sonraki süreç, adli yargının görev alanında sayılmaktadır. Ancak adli uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce sulh yolunun tüketilmesi zorunlu bir başvuru yolu olduğu, ilgililerin öncelikle bu süreci işletmesi gerekecektir.

8.1.1943 tarihli ve 4353 sayılı "Maliye Vekâleti Baş Hukuk Müşavirliğinin ve Muhakemat Umum Müdürlüğünün Vazifelerine, Devlet Dâvalarının Takibi Usullerine ve Merkez ve Vilâyetler Kadrolarında Bazı Değişiklikler Yapılmasına Dair Kanun" ve bu Kanun'un "Davaya veya İcraya İntikal Etmemiş Olan İhtilafların Sulh Yoluyla Halli" başlıklı 31'inci maddesinde yer alan hükümler, "2/11/2011 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 26/9/2011 tarihli ve 659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu idareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname" hükümleri gereğince, yürürlükten kaldırılmış ancak 659 sayılı KHK'nın 'Adli uyuşmazlıklarda sulh' maddesi hükmüne göre, kesin hesap fazlasının ödenebileceği, değerlendirilmektedir.

Tabii ki kesin hesaplar iş artışlarına yönelik de olsa sonuçta, işin yürütülmesi sırasında çok hassas bir hesap yapılamayacağı, bir hesap kesmede sözleşme bedeline tam uyulamayacağı bilinmektedir. Bu değerlendirmenin faydalı olacağını düşündüm.

Katılımcılara saygılarımı sunarım.

### **Ali Rıza Yücel**

Hüseyin Bey gayet güzel açıkladılar, yalnız yine bir konuya değinmek istiyorum, o da şu: Kesin hesap kesintisi adı altında, (anahtar teslimi götürü bedel işlerde) geçici kabul için %3 tutuluyor. Buna herhangi bir itirazım yok. Çünkü düzenleme bu şekilde. Peki, birim fiyatlı işlerde kesin hesap kesintisi olarak hakedişlerde %5'in tutulmasının nedeni ne? Bu konuda Tıp Sözleşmede şöyle denilmektedir: "Yüklenici, kesin hesapların zamanında tamamlanmasını teminen işin devamı süresince gerekli elemanı iş başında bulundurmaya ve her kalem imalatın tamamlanmasını takiben yapı denetim görevlisiyle birlikte hesaplarını hazırlatarak peyderpey tetkik

için idareye vermeye mecburdur.

Düzenlenen hakedişlerde; tamamlanmış ancak kesin hesabı idareye verilmemiş imalatlara ait tutarların %5'i tutulur ve kesin hesaplar idare tarafından onaylanmadıkça bu tutarlar ödenmez..."

İfade çok açık. Anılan kesintinin yapılabilmesi için hakedişe giren imalatın tamamlanmış olması ancak tamamlanan bu imalata ait kesin hesabının idareye verilmemiş olması gerekir. Yani kesinti için gerekli şart, bahse konu imalatın tamamlanmış olması, yeter şart ise kesin hesabının idareye verilmemiş olmasıdır. Oysa, uygulamada idareler, daha ilk hakedişten bu kesintiyi yapmaktadırlar. İlk hakedişte hangi imalat tamamlanmış olabilir ki? Örneğin, bir karayolu inşaatında ilk hakedişe konu olabilecek imalat ancak kazı (serbest kazı, derin kazı, dolgu, reglaj vs.) olabilir. Ve bu imalatların tamamlanması ise söz konusu olamaz. Aksi halde işin 30 günlük bir iş olması gerekir. Bu da olanaklı değildir. Çünkü o takdirde ara hakedişe gerek yoktur, işin kesin hakedişi yapılacaktır. Dolayısıyla anahtar teslimi götürü bedel işler için geçici kabule kadar hakedişlerde yapılan %3 oranındaki kesintiyi, %5 oranında birim fiyatlı işlerde uygularsınız ki bu doğru değildir. Tıp Sözleşmede yer alan ifade ile hiçbir bağı ve ilişkisi yoktur. Anahtar teslimi götürü bedel işlerde yapılan ara hakedişler, gerçekleştirilen işlerin miktarını göstermez. Yani bu hakedişler, bir metraj ve sonrasında bir yeşil deftere dayalı değildir. Sadece anahtar teslimi olarak kararlaştırılan bedelin ödemesinin, tanımlanan iş grupları için tespit edilen ilerleme yüzdeleri üzerinden ödenmesini sağlar. Bu tür işlerde, işin devamı sırasında kesin hesapların yapılması söz konusu değildir. O nedenle birim fiyatlı işler ile anahtar teslimi götürü bedel işleri birbirine karıştırmamak gerekir. Kaldı ki her iki sözleşme türünde hakedişlerde yapılması istenen kesintilerin gerekçeleri tamamen birbirinden farklıdır. Anahtar teslimi götürü bedel işlerde kesinti gerekçesi, geçici kabul noksanları için bir bedelin alıkonmasıdır. Birim fiyatlı işlerde kesinti gerekçesi ise kesin hesapların zamanında tamamlanmasını sağlamak amacıyla bir bedelin tutulmasıdır. Bunun için de o kalem imalatın tamamlanmış olması koşulu vardır ki bu husus az önce ifade edildi. Birim fiyatlı işlerde ancak bahse konu işin bağımsız ünitelerden oluşması ve bu üniteler için ayrı ayrı hesap yapma (metraj çıkarma) olanağının olması halinde mümkün olacağı kanısındayım. Bunun için de hakedişe konu olacak ünitenin tamamlanmış olması koşuldur. Bütün bunlardan sonra yani yukarıda anımsatılan koşullar gerçekleşmeden ara hakedişlerde yapılacak bu tür bir kesintinin hiçbir gerekçesi olamaz. Ayrıca yasal da değildir.



## İBRAHİM BAYLAN

### Kamu İhale Sözleşmeleri Uygulamaları

Sayın Başkan, Kamunun ve Özel Sektörün Değerli Temsilcileri, Değerli Katılımcılar; sözlerime başlamadan önce şahsım ve kurumum adına hepinizi saygıyla selamlıyorum.

Bilindiği üzere, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na göre gerçekleştirilen ihaleler sonucu düzenlenen sözleşmeler, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na tabidir.

Yapım işlerine ilişkin olarak Kurum tarafından 4735 sayılı Kanun'un uygulanmasına yönelik olarak;

- Tip Sözleşme Tasarıları,
- Yapım İşleri Genel Şartnamesi,
- Muayene ve Kabul Yönetmeliği, hazırlanmış ve Kanun ile birlikte 2003 yılının başında yürürlüğe girmiştir.

Yine Kurum tarafından alım türlerine göre hazırlanan Fiyat Farkı Kararnameleri Bakanlar Kurulu kararı ile aynı tarihte yürürlüğe girmiştir.

Sözleşme tasarıları, başlangıçta birim fiyatlı sözleşme tasarısı ve götürü bedel sözleşme tasarısı olmak üzere iki ayrı metin olarak yürürlüğe

konulmuş ve bu uygulama 2009 yılının başına kadar devam ettirilmiştir. 2009 yılında yapılan değişikliklerle sözleşme tasarısı, tek metne indirilmiş ancak idarelerin daha fazla tercihte bulunabilmeleri için dip notlar artırılmış ayrıca metnin sonuna, "Diğer Hususlar" başlığı altında işin mahiyetine uygun ilave düzenleme yapma imkânı getirilmiştir.

Yapım İşleri Genel Şartnamesi ise 2003 yılında yürürlüğe konulmuş olup, Şartnamede birkaç istisnanın dışında, bugüne kadar önemli bir değişiklik yapılmamıştır. Şartnamenin, her işe göre farklılık arz etmeyen yapım işi sözleşmeleri için geçerli ortak kuralları düzenlediği göz önüne alındığında, bugüne kadar önemli değişiklik yapılmaması anlaşılabilir bir durumdur.

Aynı şekilde Muayene ve Kabul Yönetmeliği'nde de önemli bir değişiklik yapılmamıştır. Buna karşılık Fiyat Farkı Kararnamesi, 2013 yılında tamamen yenilenmiştir.

Göz önünde tutulması gereken bir diğer konu ise ihale ve sözleşme sürecinin bir bütün olarak değerlendirilmesi ihtiyacıdır. Esasında kamu alımı dediğimiz husus, ihtiyacın doğması ile başlayan ve sözleşmenin ifası ile tamamlanan bir ihtiyaç döngüsünü ifade etmektedir.

Bilindiği üzere, ihale yapmaktan amaç, idarenin ihtiyacının karşılanmasıdır. Günümüzde geline nokta itibarıyla yüklenicinin seçim süreci olan ihale sürecine daha fazla odaklanmış durumdayız ancak yüklenicinin seçimi önemli olmakla birlikte, en az onun kadar hatta belki de daha önemli olan sözleşmenin uygulanması bir başka ifade ile sözleşme yönetim sürecidir. Yapım işi sözleşmeleri idare ile yükleniciye karşılıklı hak ve yükümlülükler içeren belgelerdir. İdare sözleşmede yer alan bedelle, sözleşme konusu işin zamanında teslimini beklerken yüklenici de yaptığı işin karşılığını tam ve zamanında almayı beklemektedir.

Her iki tarafın ortak beklentisi ise sözleşme sürecinde meydana gelebilecek değişikliklerden en az seviyede etkilenmek, sözleşmenin devamında da karşılıklı hak ve yükümlülüklerinin korunmasıdır.

İdare ve yüklenicinin sözleşmeden beklentilerini karşılayabilmeleri için iyi bir sözleşme yönetimine ihtiyaç duydukları açıktır.

İyi bir sözleşme yönetimi için öncelikle imzalanan sözleşmenin ve sözleşme eklerinin iki tarafın hak ve yükümlülüklerini dengelemesi, fiyat değişim mekanizmalarını içermesi ve ortaya çıkması muhtemel sorunlara çözüm üretecek şekilde tasarlanması önem arz etmektedir.

Bu amaçla Kurumumuz ve Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği tarafından ortaklaşa gerçekleştirilen Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu uygulamalarının değerlendirilmesi sempozyumunda taraflarca, yani idareler, yükleniciler ve denetim sonucu elde edilen bulguları bizimle paylaşan Sayıştay tarafından, bu sözleşmelerin yürütümüne ilişkin ne tür sorunlarla karşılaştığı oldukça detaylı olarak tartışılmıştır ve bu sempozyumda taraflar kendi pozisyonları açısından konuyu değerlendirmiştir.

Şimdi, sizlerle bu sempozyumda tarafların ileri sürdüğü görüşleri ve bunun sonucunda Kurum olarak yaptığımız değerlendirmeleri paylaşmak istiyorum.

Kamu idareleri tarafından;

- Düşük fiyatların işin kalitesine olumsuz etkisi,
- Sigorta poliçelerinin yeterli teminatı sağlamadığı,
- Bir sözleşmeden çok sayıda iş deneyim belgesinin üretilmesi,
- İş artışı ve iş eksilişinden kaynaklanan sorunlar,
- Sözleşmenin feshi ve tasfiyesinden kaynaklanan sorunlar,
- İş programlarında karşılaşılan sorunlar,
- Sözleşmede bulunmayan işlerin fiyatının tespiti,
- Fiyat farkı hesaplamasından ve ödemesinden kaynaklanan sorunlar,
- Ödenek yetersizliği nedeniyle süre uzatımı verilmesi halinde yaşanan sorunlar,
- Sözleşme kapsamında çalıştırılan teknik personelin yetersizliği, görüşleri dile getirilmiştir.

Buna karşılık, özel sektör tarafından ise;

- Teklif türüne göre ayrı ayrı sözleşme tasarısı ve şartname hazırlanmasının gerekli olduğu,
- YİĞŞ'nin sorunları çözmekte yetersiz olduğu,
- Sözleşmelerin tek taraflı olduğu, kamu ile özel sektör dengesinin gözetilmediği,
- Projelerin ve teknik tariflerin yetersiz olduğu,
- Bina tasarımlarında, çevre ve enerji verimliliği gibi konulara önem verilmesi gerektiği,
- Fiyat farkı uygulamalarından kaynaklı sorunların olduğu,
- Sözleşme yürütümü aşamasında fiyatı etkileyen değişimlerin döviz artışı vb. yeterli düzeyde karşılanamadığı,

- Hakedişlerin geç ödendiği,
- Ödenek yetersizliği nedeniyle süre uzatımı verilmesi halinde ortaya çıkan sorunlarla ilgili çözüm mekanizmasının bulunmadığı,
- Karşılıklı anlaşma yoluyla işin tasfiye edilebilmesi imkanının getirilmesi gerektiği,
- İyi iş yapan yüklenicilere pozitif ayrımcılık yapılmasının uygun olacağı, görüşleri dile getirilmiştir.

Sayıştay denetimlerinde ise;

- Proje ve teknik şartnamelerin yeterli düzeyde hazırlanmadığı, ikmal inşaatlarının arttığı
- Yeni birim fiyatlara, revize fiyat uygulanmamasının sorunlara yol açtığı,
- Yeni birim fiyat talepleri ve bundan kaynaklı uygulama sorunlarının bulunduğu,
- Muayene ve kabul sürecinin sağlıklı yürütülmediği,
- Yapı denetim sürecine ilişkin yönetmeliğin hazırlanmadığı,
- Çalışılmayan dönemin revize edilmesi gerektiği,
- Kamu birim fiyatlarının güncellenmesi gerektiği,
- YİĞŞ'nin sözleşme ayrımı dikkate alınarak düzenlenmesi gerektiği,
- Süre uzatımı kararlarının gerekçelendirilmediği,
- İş yeri tesliminde sorunlar yaşandığı,
- Yasal sınırın üzerinde iş artışları yapıldığı ancak bu şekilde yapılan iş artışlarının nasıl ödeneceğinin mevzuatta düzenlenmediği,
- Sözleşme uygulamalarının sağlıklı takip edilmediği, tespit edilmiştir.

Şimdi, Sayıştay'ın tespitleri ile idare ile özel sektörün taleplerini kıyasladığımızda, karşımıza şöyle bir tablo çıkıyor: Malum, 4734 sayılı Kanun'un getirdiği en önemli değer, idarelerin tam ve eksiksiz doküman ile ihaleye çıkması, ödeneğin zamanında temin edilmesi, isteklilerin ihale dokümanını ve eki projeleri ilan süresi içerisinde incelemesi, varsa eksik ve hataları 4734 sayılı Yasa'nın 29'uncu maddesine göre idareye iletmesi ve ihale süreci içerisinde teklif almadan önce eksik ve hataların giderilmesi, eksiklik ve hatalar giderildikten sonra teklif alınması kurala bağlanmıştır. Söz konusu kurallar ile işin yapımını veya teklifi dolayısıyla sözleşme bedelini etkileyebilecek eksik ve hataların ihale

aşamasında yani teklif alınmadan önce çözülmesi hedeflenmişti. Ancak gelinen noktada görüyoruz ki Kanun'un getirdiği bu hedefin yeteri kadar uygulanmadığı, ihale sürecinde çözülmesi gereken sorunların sözleşme sürecine ötelendiği, bunun da sözleşmelerin uygulanması aşamasında daha derin sorunlarla karşılaşmamıza neden olduğunu göstermektedir.

Nitekim, taraflarca dile getirilen ön proje üzerinden ihaleye çıkılması, uygulama projesi hazırlanmadan anahtar teslim götürü bedel teklif alınması, ihale dokümanı ve tekliflerin hazırlanması için yeterli süre ayrılmaması ve Kanunlardaki sürelerin işi geciktirici unsur olarak görülmesi, ihale dokümanı kapsamında isteklilere verilen projede sözleşme imzalandıktan sonra esaslı değişiklikler yapılması, idarelerce proje ve teknik şartnamelerin sağlıklı hazırlanmaması nedeniyle isteklilerin dengesiz ve art niyetli teklif vermesi, idarelerin de bu nitelikteki tekliflere karşı iş programlarında tedbir almaması nedeniyle isteklilerin bazı iş kalemlerine fahiş teklif vermeye devam etmesi ve ikmal ihalelerinin yaygınlaşması, birim fiyatlara tekrar önem verilmeye başlanması gibi sonuçlar, ihale dokümanının Kanun'da belirtilen ilke ve kurallara uygun olarak hazırlanmadığını başka bir ifade ile ihale dokümanı hazırlık aşamasının yeterli düzeyde olmadığı göstermektedir. Oysa ihale sürecinde bu hazırlıklar eksiksiz yapılmış olsa, sözleşme aşamasına bahsi geçen sorunları aktarmamış oluruz.

Yine, kamu tarafı ve özel sektör tarafı da ödenek yetersizliğinden ve bu nedenle verilen süre uzatımından bahsetti. Oysa Kamu İhale Kanunu'nun 5'inci maddesinde ödeneksiz ihaleye çıkılamayacağı, 62'inci maddesinde yıllara sâri işlerde başlangıç yılı ödeneğinin %10 olacağı, takip eden yıllar için ise başlangıçta belirlenen ödenek dilimlerinin azaltılamayacağı kurala bağlanmıştır. Söz konusu açık düzenlemelere rağmen, sözleşme aşamasında, ödenek yetersizliğinden yaygın olarak bahsedilmesini takdir ve değerlendirmenize arz ediyorum.

Belirtilen hususlar göstermektedir ki burada temel sorunun sözleşme metinlerinden ziyade, ihale hazırlık işlemlerinin yeterli düzeyde yapılmamasından kaynaklandığı görülüyor. Diğer taraftan, sözleşme aşamasında hiç sorun çıkmayacak şekilde bir yaklaşım da doğru olmayacaktır. Ancak önemli olan bu sorunları, kendi aşamasında yani hazırlık aşamasında çözümlememiz esas problemlerin kaynağının orada olduğunu da bilmemiz gerektiği hususudur.

Üzerinde durmak istediğim bir konu da kamu ihale sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin olarak yeni bir düzenleme ihtiyacının bulunup bulunmadığı hususudur.

Konuya ilişkin olarak açılış konuşmasında Sayın Deha Emral ve Yüksek Fen Kurulu Başkanı Sayın Mehmet Özkan da konuya ilişkin değerlendirmelerini ifade ettiler.

Bilindiği üzere, anlaşmazlıkların çözümüne ilişkin olarak sözleşme tasarılarının ilgili maddesinde genel kural, adli yargı mercilerinin sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde genel yetkili mahkemeler olduğu, istisnaen de 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 2'inci maddesinde sayılan iki unsurun varlığı hâlinde ise tahkim usulüne başvurulabileceği hususudur. Bunun haricinde, Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nde idare ile yüklenicinin anlaşamaması halinde, Bayındırlık Kurulu'nun yeni birim fiyatın tespitinde yetkili olduğu düzenlemesi bulunmaktadır. Dolayısıyla yeni birim fiyat tespiti hariç, anlaşmazlıkların dava veya tahkim yoluyla çözülmesi gerekmektedir. Ancak yargı veya tahkimden önce bir ara çözüm mekanizmasına ihtiyaç bulunduğu görülmektedir.

Bu noktada, yargı veya tahkimden önce nasıl bir uyuşmazlık mekanizmasının öngörülmesi gerektiği, üzerinde durulması gereken bir hususudur. Zira son dönemde yargı dışı alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine tüketici hakem heyeti, arabuluculuk, uzlaştırmacılık, sulhen çözüm gibi düzenlemelere baktığımızda devlet dışı yapıların yani sivil alanın tercih edildiği görülmektedir.

Konuyu kamu ihale sözleşmeleri yönünden ele alacak olursak, İstanbul Tahkim Merkezinin uygun çözüm yeri olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira İstanbul Tahkim Merkezi, kamu veya özel sektör ayrımı olmaksızın ticari anlaşmazlıklardan doğan uyuşmazlıkları, arabulucu veya tahkim yeri olarak çözmek üzere kuruldu. Dolayısıyla kamu ihale sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklara ilişkin olarak arabulucu veya tahkim yeri olarak İstanbul Tahkim Merkezinin seçilebilmesine yönelik olarak sözleşme tasarılarında değişiklik yapılmasına ihtiyaç bulunduğu görülmektedir.

Sözlerime son vermeden önce, Yüksek Fen Kurulu Başkanı Sayın Özkan'ın değindiği konulardan iki hususa ilişkin olarak değerlendirmede bulunacağım;

Sayın Başkan konuşmasında, yapı denetimine ilişkin mevzuatın hazırlanmamış olduğunu ve Çevre ve Şehircilik Bakanlığı olarak kendi hazırladıkları mevzuatı yürürlüğe koymak istediklerini belirttiler. Konuya ilişkin olarak 4735 sayılı Kanun'daki düzenlemeler göz önünde tutularak Yapım İşleri Genel Şartnamesi ve Muayene ve Kabul Yönetmeliğinde düzenlemeler yapılmıştır. Söz konusu düzenlemelerde yer almayan ve ilave düzenleme ihtiyacının bulunması halinde, Kamu İhale Kurumu düzenleme yapmaya yetkili Kurumdur. İhale ve sözleşme uygulamalarına ilişkin olarak her kurumun kendi ihtiyacına göre düzenleme yetkisi bulunmamaktadır.

Sayın Başkan konuşmasında, ayrıca Kamu İhale Kurumu tarafından yapılan sorunların detaylı olduğu, bu şekilde yapılan düzenlemelerin sorunlara yol açtığı ve detaylı düzenleme yapılmadan alana bırakılması gerektiğini ifade ettiler. Sayın Başkan, somut birkaç örnek verseydi konuyu izah etmek daha kolay olurdu ama ben Kurum olarak yaptığımız düzenlemelerde göz önünde tuttuğumuz hususları sizlerle paylaşmak istiyorum.

Kamu İhale Kurumu tarafından gerek ihale gerekse sözleşme sürecine ilişkin olarak alandan gelen talepler dikkate alınarak düzenleme yapılmaktadır. Düzenleyici işlemlerde, genel ve ortak alanlar düzenlenmekte bunun haricinde, somut bir soruna ilişkin görüş ve talepleri de her olayın somut özellikleri göz önünde tutularak değerlendirilmektedir.

Düzenleyici işlem yaparken sözleşme alanından örnek verecek olursak örneğin, sözleşme tasarısı veya genel şartnamenin oluşturulması aşamasında eskilerin tabiriyle *efradını cami ayyarını mâni* olacak başka bir ifade ile öyle bir düzenleme yapmanız gerekir ki ne çok detaylı olmalı ne de bir şeyi açıkta bırakmamalı şeklinde bir yaklaşım göstermeye çalışıyoruz. Ancak burada karşılaşılan bir sorun da bir sözleşme veya bir idare için uygun olan çözümün başka bir sözleşme veya idare için kısıtlayıcı olabileceğidir. Yapılan düzenlemeler, idarelerin hareket alanını kısıtlamaması ancak karşılaştıkları sorunlara da çözüm üretmesi gerekmektedir.

Burada ayrıca idarelerin kapasitelerinin yeterli olup olmadığının da göz önünde tutulması gerekmektedir. Yılda en az bir kez sözleşme imzalayan yaklaşık 25.000 adet idare var, bunların içinde okullar, birkaç görevli ile çalışan belediyeler, üniversiteler gibi az sayıda ihale yapan idareler

de var, bunların sorun çözme kapasiteleri ile Karayolları, DSİ gibi yatırımcı kuruluşların sorun çözme kapasitelerinin aynı olmayabileceğini sanırım sizler de takdir edersiniz.

Son olarak 2016 yılı verilerine göre, yaklaşık 160.000 ihale yapılmış ve 177.000 adet sözleşme imzalanmıştır. Yapım işlerine ilişkin olarak ise 19.674 ihale yapılmış ve bu sayı kadar da sözleşme imzalanmıştır. Yapım sözleşmelerinin doğası gereği, bazı riskleri barındırması nedeniyle sözleşme sürecinde birtakım sorunlarla karşılaşmaktadır. Konuşmamın ilk kısmında da belirttiğim gibi bu sorunların temelini sözleşme, genel şartname ve muayene ve kabul süreçlerine ilişkin düzenlemeleri içeren metinlerden değil, ihale hazırlık işlemlerinin tam ve eksiksiz yapılmaması ile sonradan yapılan değişikliklerden kaynaklandığı görülmektedir. Kurum olarak düzenleme yaparken genel ve ortak kuralları koymak, idarelerin hareket alanlarını kısıtlamamak ve en önemlisi de sözleşme imzalandıktan sonra tarafların hareket alanlarına müdahil olmamak, göz önünde tuttuğumuz hususlardır. Dolayısıyla Kurum tarafından detaylı düzenlemeler yapıldığı ve bunun da alanda soruna yol açtığı şeklinde yapılan değerlendirmenin haklı ve yerinde olmadığı görülmektedir.

Beni dinlediğiniz için hepinize teşekkür ediyorum.

SORU CEVAP  
**BÖLÜMÜ**



### **SEMİH VURAL (DSİ Barajlar HES Daire Başkanlığı, Daire Başkan Yrd.)**

Sayın Başkanım, bu %5'le ilgili sizin yapmış olduğunuz yoruma bir ekleme yapmak istiyorum.

Evet, birim fiyatlı işlerde sözleşmesinde, "Tamamlanmış iş kalemlerine ait işler kesin hesapları yapılmadıkça yüzde 5'leri tutulur." diye bir ibare vardır. Bununla ilgili biz de sizin gibi anladık ve kurum olarak biz, Daire Başkanlığı olarak da bu şekilde bir uygulamaya girdik yani biz iş kalemi dediğimiz zaman bizim barajlar poz olarak açıkta kazı pozumuz var. İşin başında başlıyor, üç -yıl dört yıl boyunca sonuna kadar da devam eden bir poz bu. Daha ilk gelen hakedişte de biz, kesilmemesi mantığında devam ettik. Ödemelerimizi de bu şekilde yaptık. Ne yaptık? Gelen hakedişte %95'e kadar o iş kalemine ait total metraji, keşifte yer alan metrajın ödemesini yaptık. Yani bende 1 milyon metreküp açıkta kazı varsa, %5'ine kadar 950 bin metreküpünü biz ödeyene kadar devam ettik, daha sonra %5'ini tutmuş olduk biz, mantık olarak, %5'ini tuttuk ve kesin hesapları getirmesini istedik. Kesin hesapları getirdikten sonra, onaylandıktan sonra da kalan %5'i ödedik.

Bunun üzerine biz, bu şekilde işlemlere devam ederken Sayıştay incelemesi geldi ve tamamlanmış iş kalemine kendisi bir yorum getirerek dedi ki "Tamamlanmış iş kaleminden, hakedişe giren miktar olarak anlayacaksınız." O yorumu kapattı o şekliyle. Ve dedi ki, "Bunu hakedişten kesmeniz lazım." Sorğu gönderildi, neredeyse ilama dönüşecekti ama bir fazla ödeme olmadığını biz anlattık. Zaten bu kesin hesapların tamamlanmasını temin için konulan bir madde, zaten ödemeyle alakalı olan bir madde değil. Adam yapmış olduğu imalatın parasını önce ya da sonra... Burada bile bir faiz hesabı yapan denetçilerimiz oldu. Yani devletin tacir olmadığına, verilen paranın zamanında verilmesi gerektiğini de anlatarak... Ama bütün bunlara rağmen Sayıştay'ın buradaki kararı, "Tamamlanmış iş kalemlerinden hakedişe giren miktar olarak anlaşılın." dendi.

Şimdi, kurumlardaki uygulamacıların genel olarak sorunları şu: Yoruma açık olan konuları denetçiler bu şekilde yorumlayıp bunu da karar hâline getirip kamudaki çalışanlar üzerine de ilama ve cezai şarta dönüştürebilecek bir pozisyon oluşturduğu sürece biz, sürekli ikircikli hareket etmekte zorunda kalıyoruz. Yeni fiyatla ilgili hükümler çok açık ama bizim bütün yeni fiyatlarımız Sayıştay sorgusuna tabi oluyor. Niye? Çünkü başka bir konu yok aslına bakarsanız, 4734'te süre uzatımı ve yeni fiyat haricinde Sayıştay'ın konu edebileceği fazla bir şey

yok. Bütün bu olaylar bunun üzerine.

Şimdi, benimle birlikte çalışan alt gruptaki arkadaşların derdi şu: Yeni fiyatla ilgili bir tane madde olsun. Siz de bahsettiniz Başkanım, sözleşmeye bununla ilgili bir madde konulamaz ama herkes artık bundan o kadar çok sıdırdı sınırlanmış ki, "Ben sözleşmeye bir madde koyayım, yeni fiyata bir formülüne getireyim, yeni fiyat bu olsun hem yüklenici ile bu konuda da tartışma yaşamamış olurum hem de bununla ilgili Sayıştay'dan bir sıkıntı çekmeyeyim." diyor.

Bir de benim anladığım, Yüksek Fen Kurulu Başkanımız söyledi, şöyle bir şey demek istedi: "Sorumlulukla ilgili bir sıkıntı var." Ben Daire Başkan Yardımcısı olarak arazide yapılan bir ölçümle ilgili hakedişe bağlandıktan sonra, sırf hakedişte imzam var diye kontrol mühendisinin ya da bir tane topografin ölçümüyle ilgili sorumlu tutulabiliyorum. Neden? Hakedişteki silsile olarak benim imzam var diye. Oysa benim oradaki arazide ölçümleme şansım yok, o ölçümü kontrol etme şansım yok. Bununla ilgili zannedersen Yüksek Fen Kurulu Başkanımız bir sorumlulukla ilgili bir şey olsun dedi. Öbür türlü biz şöyle de bir endişe duyuyoruz: En alt birimdeki yapılan hatayı, en üst birimdekilerine eşit olarak dağıtıp da paylaştığımız zaman üst birimler de alt birimleri denetlemek yerine, onlarla birlikte iş aklama gibi bir yanlıya düşebiliyor. Bu da bir sorun olarak kalıyor.

### **Ali Rıza Yücel**

Şimdi, bu soruyu bana yönelttiğiniz için söylüyorum. Aslında aynı şeyi düşünüyoruz. Anladığım kadarıyla Sayıştay'ın düşünce tarzındaki farklılık nedeniyle hakedişlerde %5 kesiyorsunuz. Peki, Sayıştay'ın bu konuda herhangi bir genelgesi, tebliği ya da herhangi bir resmî yazısı var mı? Sayıştay'ın değerli üyeleri de buradalar, bu tip sözleşmeyi nasıl yorumlayabiliyorlar anlamış değilim. Çünkü hakediş, öncelikle idareler açısından bağlayıcı değil, zaten ara hakedişler, avans niteliğindedir. Bu konuda Yargıtay'ın kararları var. Yani buradaki miktarları ve bedelleri sizin, kesin hesaba dayalı bir bedel gibi düşünmeniz olanaklı değil. İş de tamamlanmadığına göre böyle bir kesintinin, hiçbir hukuki dayanağı olamaz.

Hatta şöyle bir önerim var: Sayın Sayıştay'ımızın bu konu ile ilgili değerli temsilcileriyle İNTES ve Yüksek Fen Kurulu bir araya gelip bunu birlikte yorumlasalar iyi olur diye düşünüyorum. Cevabım bu. Yani cevabımda bir dönüş yok, aksine kararlılık var.

Buyurun Sayın Başkanım.

### **Mehmet Özkan**

Arkadaş, kısmi olarak açıkladı demin söylemek istediğimi ama ben yetki alanına girmek için söylemedim. KİK'in Kontrol Yönetmeliği ile ilgili söylemim tamamen denetlemeyle ilgili, sorumlulukla ilgili noktadaydı. "Kendi Bakanlığımızla sınırlı kalmak kaydıyla yayınlamak istiyoruz." derken Bakanlığımızdaki sorumlulukları belirleme açısından onu izah ettim. Çünkü eğer konuşmamın bütününe hukuk müşaviri arkadaşımız dikkate almışsa bu konudaki mevzuatı çıkardığını ve Yüksek Fen Kurulunun da KİK'in mevzuatına göre hareket ettiğini söylemiştim. Onun için denetim açısından çok ciddi boşluklar var. Bu boşluğun kapanması için görevlerin tanımlanmış şekilde bir yönetmeliğin çıkması esastır. Bu konuda KİK yetkilidir, KİK'in yönetmeliği çıkarması hâlinde önemli bir boşluğu tamamlayacağını düşünüyorum. Bunu vurgulamak istemişim, teşekkür ederim.

### **Katılımcı**

Kesin hesap fazlası iş deneyim belgesine dahil edilebilir mi?

### **Hüseyin Çelik**

Biliyorsunuz, iş deneyim belgelerinin düzenlenmesinde, sözleşme bedelinin esas alınacağı düzenlemelerde yer almaktadır. Bu kapsamda konunun ele alınması gerekir yani kesin hesap fazlası zaten sözleşmelerde öngörülme bir husustur. Böyle bir değerlendirmenin uygun olmayacağını ifade etmek istiyorum.

### **Katılımcı**

Ara hakedişlerde tahakkuka bağlanan yani geçici hakedişlerde tahakkuka bağlandıktan sonra ilgili mali hizmetler servisine gönderilen hakediş ödemelerinde gecikme olduğu takdirde süre uzatımı talep edilebilir mi?

### **Hüseyin Çelik**

Bilindiği üzere, Yapım İşleri Genel Şartnamesinde ve sözleşmede on beş günlük süreden bahsedilmektedir. Bu konuyla ilgili öğleden sonraki sunumunda diğer değerli katılımcı, Kurul Üyemiz Hayrettin Yılmaz Bey değinecekler ama ben kısaca şunu söyleyeyim: Hakediş ödemelerinin geç yapılmasından dolayı işe tesir oranında bir artıştan söz edilebileceği yönünde bizim Kurul olarak değerlendirmemiz var.

### **Katılımcı**

Kesin hesap aşamasında, yüklenicinin ihale bedelinden fazla iş yaptığı ortaya çıkarsa ne yapabilir?

### **Hüseyin Çelik**

Onu da sunumumda arz ettim. Öncelikle sulh yoluyla idare ile çözüme kavuşturması lazım. Eğer idare sulha yanaşmıyorsa yargıya gidecek, Borçlar Kanunu'na göre sorunu çözme yoluna gitmesi gerekir.

### **Katılımcı**

Sözleşmenin 30/2'inci maddesi gereğince yapılan kesinti veya teminat, iş devam ederken kesin hesaplar idareye verildiği ve idareci onayladığı takdirde kesin hesap dönemini beklemeden yükleniciye iade edilir mi?

### **Hüseyin Çelik**

Kanaatimce, bu kesin hesapların daha kolay yapılması, yüklenici ve yapı denetim görevlilerinin müştereken yapması gereken iş ve işlemlerde kolaylık sağlamak, hız kazandırmak amacıyla düzenlenen iyi niyetle yapılan, hakkaniyet çerçevesinde yapılan bu düzenlemenin daha başka bir sorun doğurduğu görülmektedir. Bu düzenleyici kurumun ve Sayıştay yetkililerinin bu konuda yorumlarını bilemiyorum ama benim kanaatimce, anahtar teslimi götürü bedel işlerde geçici kabul onay tarihinden sonraya atıfta bulunulmuş. Teklif birim fiyatlı işlerde de kesin hesapların yapılmasına yönelik metrajları ilgili belgeleri yüklenicinin teslim etmesi ve idare tarafından onaylanmasından sonra bu tutulan miktarların ödenebileceğini değerlendirmekteyim.

Ayrıca bu maddede zaten hem miktarların tutulmasına yönelik hem de bu miktarların karşılığının teminat alınmasına yönelik farklı düzenlemeler vardır. Yani hem anahtar teslimi götürü bedelde hem teklif birim fiyatta hem de karma sözleşmelerde madde başlığıyla beraber iki farklı düzenleme yapılması öngörülmektedir. Eğer idareler baştan bunu öngörüyorlarsa bu hususlara göre işlem yapılmasının doğru olacağını düşünüyorum.

### **Katılımcı**

Sözleşmesinde yeni birim fiyat yapılması hâlinde yaklaşık maliyet sözleşme fiyatı oranının uygulanacağını belirtildiği bir işte, bu yöndeki bir uygulamanın mevzuata aykırı olduğu tespitiniz dikkate alındığında, idarece nasıl hareket edilmesi gerekir? Yapım İşleri Genel Şartnamesi'ndeki

düzenleme çerçevesinde hareket edildiğinde ve yeni birim fiyatın daha yüksek belirlenmesi hâlinde bu farkın kamu zararı olarak yorumlanması ihtimali karşısında idarelere ne gibi çözüm önerirsiniz?

### **Ali Rıza Yücel**

Şimdi, sözleşmesinde böyle bir şeyin yazılmayacağını ben dile getirdim. Çünkü böyle bir hüküm yok. Nerede yok? Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nde yok. Yapım İşleri Genel Şartnamesi, sözleşme dokümanlarında öncelik sıralamasına baktığımızda birinci sırada. Ardından idari şartname, onun ardından da sözleşme tasarısı geliyor. Şimdi, sözleşmeye geldiğimizde, sözleşme tasarısı da yeni fiyat yapılması konusunda, "Yapım İşleri Genel Şartnamesi'ndeki hükümlere uyulur." diye bir hüküm koymuş. O hâlde Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nde böyle bir şey yazılmadığına göre yani yaklaşık maliyet sözleşme fiyatı oranı şeklinde bir genelleme daha doğrusu böyle bir düzenleme olmadığına göre zaten böyle bir yola başvurmak doğru değil, baştan sakat, baştan yanlış. Onu, o şekilde dile getiriyorum ve böyle bir şeyin yazılmayacağını söylüyorum. Niye yazılmayacağını söylüyorum? Çünkü yaklaşık maliyet zaten hukuki anlamda baktığımızda, ihale öncesi idaresi tarafından hazırlanan, gizliliği bulunan, sözleşme eki olmayan ve yükleniciyi hiçbir şekilde bağlamayan bir belge olduğu, ihale sürecinde ihale dokümanı olmayan ve yüklenicinin teklifini oluşturmasında herhangi bir unsur içermeyen bir belgenin sözleşmenin uygulanması aşamasında yüklenicinin kabulü dışında kullanılmayacağı açıktır. Yani bunun başka bir izahı olduğunu düşünmüyorum. Sadece ve sadece, diğer hususlara gelince... İbrahim Bey de değindi, sözleşmede idarelere, "Diğer hususlar" kısmında bir serbestlik tanınıyor, özgürlük tanınıyor ama onun da kuralı var. Ne deniyor mesela, tip sözleşmenin "diğer hususlar" başlıklı 33. maddesinde, dipnotta: "İdarelerce bu Tip Sözleşmede hüküm bulunmayan hâllerde ihale dokümanınca 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu hükümlerine ve bunlara ilişkin Kamu İhale Kurumu tarafından yayınlanan Yapım İşleri Genel Şartnamesi ile diğer düzenleyici mevzuata ve emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak ve bu Tip Sözleşme hükümlerinde değişiklik yapmamak veya sonuçlarını ortadan kaldırmamak üzere işin özelliğine göre sözleşmelere de bu başlık altında bir veya birden fazla madde içerecek şekilde madde numaraları teselsül ettirilerek başka

düzenlemelere yer verilebilir." denmektedir. Yani düzenleme var, olmayan bir düzenleme değil. Dolayısıyla sizin yeni bir düzenleme adı altında, "diğer hususlar" altında, mevcut düzenlemeye aykırı bir düzenleme yapma ne hakkınız ne de yetkiniz var. Olmayan bir yetkiye dayanılarak böyle bir şey yapılabilir mi? Bunun sadece, "Ben yaptım, doğrusu budur." mantığından başka bir şey olduğunu düşünmüyorum, öyle olduğu kanaatindeyim.

### **Katılımcı**

Sayıştay'ın tespitleri çerçevesinde yer alan çalışılmayan dönemin revize edilmesi konusundaki görüşlerinize açıklık getirir misiniz?

### **İbrahim Baylan**

Sayıştay'ın tespitinde şu deniyordu: 1982 yılında bir genelgeye dayanılarak yapılan bu çalışılmayan sürelerle ilişkin düzenlemenin günümüzdeki teknik gelişmeler ve hava koşullarındaki değişiklikler ve bölgesel farklılıklar dikkate alınarak yeniden değerlendirilmesi gerektiği şeklinde bir tespiti vardı. Biz de onu sizinle paylaştık. Bu konu tabii ki Yüksek Fen Kurulu veya ilgili kurumlar tarafından da değerlendirildikten sonra, bu dokümanda eğer gerçekten iş bazlı veya iş imalatın türüne göre farklılık arz edecek noktalara taşınabiliyorsa, o çeşit düzenleme yapılabilir diye düşünüyorum.

### **Katılımcı**

Kesin teminat bedelinin %6'dan fazla yatırılmış olduğu durumlarda %6'yı aşan kısmı, iş fesih olduğunda yükleniciye iade mi olur, yoksa irat mı kaydedilir?

### **İbrahim Baylan**

Bilindiği üzere, kesin teminat, kural olarak %6 oranında alınmaktadır. Ancak ihalenin aşırı düşük teklif sahibi istekli üzerinde bırakılması halinde yaklaşık maliyetin %9'u oranında kesin teminat alınmaktadır.

4735 sayılı Kanun'a göre kesin teminatın gelir kaydedilmesi gereken bir durumun ortaya çıkması halinde, kesin teminatın ve varsa ek kesin teminatın, alındığı tarihten gelir kaydedileceği tarihe kadar ÜFE üzerinden güncellenmesi, güncellenen tutar ile kesin teminat ile ve varsa ek kesin teminatların tutarı arasındaki fark ile birlikte gelir kaydedilmesi gerekmektedir.

Bu duruma göre, belirtilen oranların üzerinde kesin teminat ve alınmış ise ek kesin teminat ile belirtilen usule göre yapılan güncellenme sonucu ortaya çıkan farkın, gelir kaydedilmesi ve

bakiye kısmın kalması halinde ise iade edilmesi gerekmektedir.

Aynı şekilde ihale sürecinde geçici teminatın gelir kaydedilmesi gereken durumun ortaya çıkması halinde de %3'ü aşan oranının iade edilmesi gerekmektedir.

#### **Katılımcı**

Aşırı düşük teklif açıklaması kapsamında sunulan rayiçler (analiz fiyatları), genellikle diğer fiyatlara (Ticaret Odası Fiyatları, Bakanlık Fiyatları) göre daha düşük olmaktadır. Yüksek Fen Kurulunun yeni birim fiyat tespitinde, aşırı düşük teklif açıklaması kapsamında sunulan fiyatların bağlayıcı olmayacağı yönünde kararları vardır. Bu durum, aşırı düşük açıklamasının gerçekçi olmayan ve sorumsuz bir şekilde yapılmasına yol açmaz mı?

#### **Levent Tüzün**

Arkadaşlar, belki de ilk baştan açıklamamız gereken bir şeydi, Yüksek Fen Kurulu olarak bizim karar ve görüşlerimiz tamamen –sunumumda da belirttim- gelen dosya üzerindeki bütün açıklamalar, dipnotlar, Ali Rıza Bey'in katılıp katılmadığı konusunda emin değilim ama diğer hususlar dahil, her türlü ihale evrakındaki ayrıntılara göre verilebiliyor. Onun için Yüksek Fen Kurulunun daha önce verdiği karar ve görüşlerin emsal olarak gösterilmesi doğru bir uygulama değildir. Çünkü her karar kendi ihale belgesi ve kendi dosyası içerisindeki verilere göre oluşturuluyor. Kaldı ki Yüksek Fen Kurulu kararlarının, daha önce de söylediğim gibi, sadece yeni fiyatın belirlenmesi kısmında bir bağlayıcılığı var, onun dışında istişare mahiyette kararlardır. Bu karar ve görüşlerin uygulamasındaki sorumluluk idarelerine aittir.

Şimdi, dolayısıyla bu sorunun cevabı da... Burada bir haklılık payı var ama yani ben Yüksek Fen Kurulu adına hiçbir zaman -ne Hüseyin Bey ne ben- karar veremeyiz. Çünkü Kurul 18 kişiden oluşan bir heyet, ortak bir toplantıyla karar veriyor. Buradaki açıklamalarımız sadece şahsi tecrübelerimizle sınırlıdır diyebilirim.

#### **Ali Rıza Yücel**

Ve genel mahiyettedir.

#### **Levent Tüzün**

Evet, genel mahiyettedir.

Şimdi, biliyorsunuz daha önceki ihalelerde istekliler analizlerini de tekliflere ekliyorlardı ama daha sonra bu uygulama kaldırıldı, Kamu İhale

Kurumu tarafından. Dolayısıyla 22'inci maddenin birinci sırasının çok fazla da geçertiliği kalmadı. Bu aşırı düşük teklifi sorgulaması kısmında da gerçekten şöyle bir şey var: Bu bir savunma mekanizması yani işi alabilmek için, "Evet, ben şu imalatı şu şartlarda yapacağım"ın savunması şeklinde geçtiği için de nasıl söyleyeyim, çok kesin ve çok da inandırıcı olamayabiliyor ama bu konuda, dediğim gibi, kesin bir şey söylememiz mümkün değil. Çünkü genel konularda ancak bunu yapabiliyoruz. Belki Kurum, buna, bu sıralamaya, daha net bir açıklık getirebilir diye söylüyorum. Bunu arada da konuşabiliriz değerli katılımcıyla.

#### **Katılımcı**

Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nde iş azalışıyla ilgili net bir ifade olmadığı tarafınızdan da belirtilmiştir. Bu bakımdan porsantaj değerlerinin esas olması mümkün müdür?

#### **Levent Tüzün**

Gene şahsi kanaatim, böyle bir şey mümkün değildir çünkü porsantaj, sadece sözleşme sırasında ilerleme yüzdelerini gösteren bir belgedir.

Bir de ifade ettik, kanun önünde her iki taraf da eşittir, dolayısıyla siz eğer yüklenici ile birlikte bir iş artışını hesaplıyorsanız hangi yöntemi uyguluyorsanız, azalışı da aynı şekilde yapmanız lazım ki bu eşitlik ilkesine zarar gelmesin. Dolayısıyla böyle bir uygulama mümkün değil, diye düşünüyorum.

#### **Katılımcı**

Kesin kabul komisyonu kurulup kesin kabul yapılmadan önce iş artışı yapılabilir mi?

#### **Levent Tüzün**

Geçici kabulden sonra herhangi bir iş artışı yapılması mümkün değildir. Tabii şimdi, süre çok kısıtlı ve birtakım istisnalar bulunmaktadır. Yani çok detaya girmek istemiyorum ama bu iş artışının idarenin bilgisinde hangi sürede yaptığı gibi bir yan etken var ama mevzuat anlamında direkt cevabımız geçici kabulden sonra böyle bir şeyin yapılmayacağıdır.

#### **Katılımcı**

Yapım işlerinde iş artışına gidilebilmesi için fiziksel gerçekleşmenin hangi seviyede olması lazım? Başka bir deyişle işin başlarında öngörülemeyen ve asıl işten ayrılması mümkün olmayan durum ortaya çıktığında iş artışına gidilebilir mi?

#### **Levent Tüzün**

Şimdi, esas şu: Sözleşmeyi imzaladıktan sonra süreç içerisinde, o gün başlar, iş artışı

yapabilirsiniz ama işte realite nedir? İş artışını bölüm bölüm yapmamak lazım. Daha doğrusu idarenin veya yapı denetim teşkilatının projeye hâkim olması lazım. Bahsettiğim, işte, süs havuzu ve kamelya örneğinde olduğu gibi. Yani hemen işin daha su basman kısmında bir iş artışı yapmaya kalktınız ama ileride neler geleceğini, projenin kanalıyla işi tamamlayıp tamamlayamayacağınızı çok iyi hesap etmeniz lazım. Onun için burada, bir süre kısıtlaması söz konusu değil. Ama çok iyi bir yönetim planlaması gerekiyor bence.

#### **Katılımcı**

Yapılan mukayeseli keşifte işin tamamlanmayacağı anlaşıldığında, işin tasfiye edilmesi için idarenin yetkisi nedir?

#### **Levent Tüzün**

İdarenin yetkisi, Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin verdiği hükümdür. Eğer işin artışlarla tamamlanmayacağı tespit edilmişse yükleniciye, sözleşme bedeli kadar iş yaptırıldıktan sonra genel hükümlere göre tasfiye yapılır.

#### **Katılımcı**

Yükleniciden yazılı rıza almak gerekli mi?

#### **Levent Tüzün**

Benim bildiğim kadarıyla böyle bir gerekliliğe ihtiyaç yok.

#### **Katılımcı**

Sözleşmede işin tanımında net olmayan bir imalat kaleminin iş kapsamında olup olmadığının tahkikinin yaklaşık maliyet içeriğinden bakılarak netleştirilmesi doğru bir yaklaşım olur mu?

#### **Levent Tüzün**

Söyledik daha önce de yaklaşık maliyet bir ihale belgesi, bir ihale eki değildir. Dolayısıyla oraya bakarak böyle bir şeyi netleştirmek mümkün olmaz. Çünkü netleştirmeniz için iki tarafın konuya hâkim olması lazım ama yaklaşık maliyet ihale öncesinde isteklilerin bildiği bir evrak değil. Dolayısıyla ihale eki değildir.

#### **Katılımcı**

Mimari uygulama projesinde görülen bir kolonun, statik projede verilmediği bir durumda, yapılacak olan kolon ilave imalat olarak değerlendirilebilir mi?

#### **Levent Tüzün**

Bu genel bir soru değil, onun için çok net olarak bir cevap vermem mümkün değil. Ama şunu

söyleyeyim: Sözleşmenin 6. maddesini biz hep şöyle okuyoruz "Projesi ve mahal listesine göre..." Hâlbuki orada öyle yazmıyor, Projelerine ve projeye dayalı olarak mahal listesine göre verilen bir tekliften bahsediliyor orada. Dolayısıyla proje, birinci sırada öncelikli, o projelere uygun olarak bir mahal listesi oluşturmamız lazım. Projelerde teknik olarak gösterilemeyen birtakım imalatların ise özel ve genel şartnamelerle tanımlanması lazım. Bütün bunlarla birlikte gene 8'inci sıradaki öncelik sıralaması değerlendirilerek – genel anlamda söylüyorum- böyle bir konuyla karşılaştırıldığında öncelik sıralamasını dikkate alarak bir karar verebilmek mümkündür.

#### **Katılımcı**

İş artışı olan bir işte, yapılacak olan ilave imalat birim fiyat kitabında fiyatı belli olan bir poz ise burada uygulanacak müteahhit kârı nasıl hesaplanır?

#### **Levent Tüzün**

Bunu da sunumda açıklamaya çalıştım, bu, birim fiyat kitabında yer alsa bile birim fiyat kitaplarındaki genel olarak %25 yüklenici kârı ve genel giderler şeklindedir. Ama siz yeni birim fiyat yaptığınızda bir kurulu şantiyeniz var, dolayısıyla oraya birtakım hizmetleri götürmüşsünüz yani genel giderlerinize etki eden kısımlardan bir kısmını karşılamışsınız. Dolayısıyla gene burada yüklenici ile oradaki rayiçleri kullanarak bir analiz oluşturabilirsiniz. Ama bu yüklenici kârı ve genel giderler kısmında da bir anlaşma yoluna gidilmesinin daha sağlıklı olacağını değerlendiriyorum.

#### **Katılımcı**

2013/38 sayılı Genelge 15 Kasım 2013 tarihli yeni fiyat tespitinde yüklenici karı ve genel giderler oranının ne alınacağına ilişkin düzenlemenin yapılması uygun olacaktır. Diğer hususların belirtilmesinde sakınca olmayacağı görüşündeyim. Yeni birim fiyat tespitinde sadece ticaret ve sanayi odası ile fiyatı belirleyeceğimiz noktaya geldiğimizde, sanayi ve ticaret odalarında fiyat bulunamamıştır diye bir cevap geldiğinde fiyatı nasıl tespit edeceğiz?

#### **Levent Tüzün**

Şimdi, sıralamada oraya nasıl geldiniz onu bilemiyorum ama dediğim gibi fiyatın tespiti, birtakım rayiçlerin önce tespit edilmesiyle oluşturuluyor. Önce bir analiz oluşturmanız lazım. Yoksa ticaret ve sanayi odasından bir iş kalemi için, "Bunun fiyatı şudur." şeklinde bir fiyat almak

da doğru bir uygulama değil. Yerel rayiçlerin orada onaylanması lazım.

Bir de bu odaların kendi çalışma mevzuatına göre proforma fatura üzerinden bir onay yapmaları da mümkün değil. Bunların resmî fatura üzerinden uygunluk belirlenmesi lazım. Bütün bunlara dikkat edildiğinde hâlâ bir sonuç alınamamışsa biliyorsunuz, öncelik yerel rayiçlerdedir. Daha sonra memleket rayiçlerine gidebilir. En kötü ihtimalde hiçbir şey yapamazsanız sonuçta Yüksek Fen Kuruluna sorabilirsiniz diye belirtiyim.

### **İbrahim Baylan**

Levent Bey'e ilk soru olarak yöneltilen sorulardan birinde, aşırı düşük teklif açıklamalarının yeni birim fiyat tespitinde isteklinin teklifi ekinde sunduğu analiz kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği noktasında bir soru yöneltilmişti. Levent Bey, görüşlerini açıkladı. Ben burada bir ilave yapmak istiyorum.

Bildiğiniz üzere, teklif sadece ilk aşamada sunduğu belgelerden oluşmaz. Teklif, sonra eğer bilgi eksikliği kapsamında ilave bir belge, bilgi sunulmuşsa bu da teklifi oluşturur. Aynı kapsamda, aşırı düşük teklif sorgulamasına tabi tutulan isteklinin yaptığı açıklamalar da isteklinin teklifini oluşturur. Her ne kadar sözleşme tasarısının eki 2'inci maddesinde, sözleşme eki sıralamasında teklif yer almasa dahi diğer istekli tarafından teklifle birlikte sunulan diğer belgelerin isteklinin teklifini oluşturduğu açık. Bu nedenle analizde ilk sırada yer alan teklifin de esas alınabileceği yani bu kapsamda aşırı düşük teklif açıklamalarında analiz oluşturmada değerlendirilmesi gerektiği noktasında düşünüyorum.

### **Ali Rıza Yücel**

Demin bir soru aklımda kaldı da sanıyorum, katılımcılardan biri tarafından projeye kolon ilavesinden söz edildi, "ilave iş olarak değerlendirilir mi?" diye. Şimdi, uygulama projesine bakmak gerekir. Zaten iş, neye göre yapılır? Uygulama projesine göre yapılır. Eğer uygulama projesinde o kolon yer almışsa zaten o ilave iş değildir, uygulama projesinin gereğidir.

### **Rafet Doğan, Sayıştay 7. Daire Üyesi**

Ben soru sormaktan ziyade, DSİ Barajlar Dairesi Başkan Yardımcısı Sayın Vural bu hakediş ödemelerinden kesilen teminatlarla ilgili olarak Sayıştay'ın sorumlu olduğundan söz etti. Denetçilerimiz sorgu yazabiliyor olabilirler, sonuç itibarıyla mevzuatı onlar da okuyorlar, değerlendiriyorlar. Ama sonuçta, dairelerce bu konuda karar veriliyor. Kendileri de belirttiler, kamu

zararı olmadığı anlaşıldığında böyle bir karar verildi. Dediğim gibi, daireye gelmişler, dairesi de bunun mevzuata aykırılık teşkil etmediğini, kamu zararı oluşturmadığı sonucunu verildikten sonra, Sayıştay burada bir uygulama hatasına sebebiyet veriyor olmaktan çıkmış gibi düşünüyorum. Sonuç itibarıyla denetçilerimiz, soru soruyorlar ama sorulan soruların bir kısmı dairelerce ilişik edilmemesi şeklinde kararlarla neticeleniyor. Dolayısıyla uzun süre DSİ ve Karayolları Genel Müdürlüğünde raportörlük de yapmış bir üye olarak şunu ifade ederim ki sözleşmelerin düzgün düzenlenmemesi ve uygulayıcıların yeterli açıklamalarla görevlerini yapmalarının çözüm yeri olarak genellikle Sayıştay görülüyor. Mesela, DSİ'deki bu kaya kazı işlerinde dolguda kullanılmayan kaya kazılarıyla ilgili olarak yıllarca Sayıştay Temyiz Kurulu uğraştı ama hiçbir zaman Yüksek Fen Kuruluna gidip de Barajlar Dairesi Başkanı olarak; bizim böyle bir sorunumuz var, dolguda kullanılmayan bu kaya kazılarının, depoya konulan kazı kayaların nakliye birim fiyatları ne olacağıyla ilgili hiç sormadılar. Ama hep "tazmin" dendi, temyize geldiler ama Yüksek Fen Kuruluna gitmediler. Dolayısıyla Sayıştay'ın işi, Kamu İhale Kurumu Daire Başkanı Sayın İbrahim Baylan'ın belirttiği gibi, sözleşmelerin uygulanmasıyla ilgili kısmıdır. Eğer siz, sözleşmenize nelerin ödeneceğini, nelerin ödenmeyeceğini açık ve net şekilde yazdığınız sürece Sayıştay'ın o anlamda sıkıntı çıkaran bir kurum olmadığını düşünüyorum. Sözleşmelerin detaylandırılarak, anlaşılabilir şekilde düzenlenmemesi ve takibinden kaynaklanmaması gerekiyor.

Ben size bir örnek vereyim: Ankara Büyükşehir Belediyesi iki tane arıtma tesisi ihalesi yaptı. İş yeri teslimi yapıldı. Bu aşama içerisinde ne idare ne yüklenici için yapılacağı yerlere gidip baktı. Gittiler, birisi Sincan'da bu tesisin yapılacağı yerde daha önce Sincan Belediyesince yapılmış idare ile yüklenici arasında mahkemelik olmuş, yıkılmasına karar verilmiş bir tesis var, dokunulamıyor. Görev mahalline gidildiği zaman bu anlaşılıyor.

İkinci yere gidiliyor, üzerinde 5 bin tane ağaç kesilmesi gerekiyor. Dolayısıyla her iki işte, iş yeri teslim edilemediğinden dolayı süre uzatımları veriliyor. Ondan sonra bu süre uzatımlarıyla biz uğraşyoruz. Eğer idareler ve yükleniciler, bu Kanun'un öngördüğü incelemeleri, tahkikleri yapıp görevlerini bihakkin yapmış olsalardı bu süre uzatımıyla ilgili olarak Sayıştay'ın önüne hiç gelmeyeceklerdi. Dolayısıyla benim tavsiyem, temennim hem raportörlükte uzun süre çalışmış hem de altı sene Temyiz Kurulunda çalışmış, üstelik dediğim gibi DSİ, Karayolları raportörlüğü yapmış biri olarak kendilerinden istihramım,

mevzuata uygun düzenlemeler ve mevzuatın takibini yapmalarınıdır.

### **Ali Rıza Yücel**

Yani sizin konuşmanızdan; kurumlarımız, dairelerimiz ellerini taşın altına koysunlar, öyle hareket etsinler gibi anladım.

### **Katılımcı**

Analizden faydalanma imkânı yok mu?

### **Levent Tüzün**

Aslında böyle bir üslup yok ama ben son olarak bir sözlü soruya cevap vereyim. Çünkü bakın biz şunu açıkladık, biz Kurul olarak 18 kişiyle bütün dosya üzerinden karar veriyoruz, karşılıklı bu şekilde açıklama pek usulümüz değil. Ama lütfetiniz, sordunuz, ben sorunuza cevap vereceğim hanımefendi, anladım.

### **Katılımcı**

Şunu söylemek istiyorum: Biz ticaret ve sanayi odasına gönderirken diyelim ki bir işte yapılmayacak. Onun fiyatına gidip porsantaj oranından alamayacağım için çıkartmam gerekiyor. Böyle bir şeyde örneğin, doğal gazla ilgili, doğal gaz işte yangın, deprem sensörlü vanası. Gönderiyoruz ticaret odasına. Çünkü bununla ilgili yüklenici böyle bir imalat yapmayacağı için fatura kestirme imkânı da yok. Yani proforma dışında gerçek fatura kestirip "Yaklaşık şu kadar" deyip onun da onayını alabiliriz. Ama ticaret odası ve sanayi odasından amacımız bu fiyatı belirleyip bizim normal anahtar teslim işten düşürmek, amacım bu. Ama oradan da fiyat gelmeyince bunu belirlemeyle ilgili sıkıntı yaşıyorum.

Benim sormak istediğim buydu.

### **Levent Tüzün**

Biz Yüksek Fen Kurulu Başkanlığı olarak yaklaşık iki seneden beri bir çalışma yaptık ve devam ediyoruz. Bunu henüz yayınlamadık ama biz tesisat ve elektrik birim fiyat tarifinde bulunan bütün pozların da analizlerini yapmaya gayret ediyoruz. Şu ana kadar 1.500 civarında da analiz yaptık. Bir kazan örneği vermiştim konuşmamda, gene onun için söylüyorum. Yer süzgeci dahil, yer süzgeci, böyle havaya atıp da yere düşmüyor, neticede onu en kötü ihtimalle bir düz işçinin yerine yerleştirmesi lazım, etrafına sıvasıydı, şapıydı falan gibi. Dolayısıyla elektrik ve tesisat malzemelerini de rayiçleri kullanarak ayrıca montajda kullanacağınız her türlü işçilik ve teçhizatı da kullanarak analiz hâline getirmeniz mümkün.

Diğer konuda da dediğim gibi en son çare, bize de başvurabilirsiniz, Yüksek Fen Kuruluna.

Teşekkür ederim sorunuz için.

### **Katılımcı**

Kesin hesaptaki iş artışlarıyla ilgili mevzuat çok net değildir. Mukayeseli iş artışı gibi mi yapılacak, azalışı gibi mi yapılacak, fiyatlar nasıl tespit edilecek? Şimdi, aynı mukayeseli iş artışı gibi yapıldığı durumda, normalde geçici kabulden sonra iş artışı yapılmıyor. E, yaptık diyelim, %10'u geçecek bir durum ortaya çıktı, iş bitmiş, tasfiye mi edilecek, ne yapılacak belli değil. %10'un altında tutalım diye, müteahhit kendi bildiği gibi yaptı, biz bunu kabul ettik ama parasını ödemiyoruz, diyorsunuz, o durumda müteahhidin parası ödenmemiş oluyor. Bu çok net bir durum değil. Normalde olmayacak bir durum ama örneğin, 100 kapı artışı, iş artışı verilmiş ama yerinde 150 yapılmış. Kesin hesapta çıkıyor ki 150 çıktı. E, yüzde 10 dolmuş tamamı?

### **Ali Rıza Yücel**

%10 keşif artışını herhâlde anahtar teslim işler için söylüyorsunuz.

### **Katılımcı**

Evet, anahtar teslim işlerde.

### **Ali Rıza Yücel**

Şimdi, olay şu: %10 keşif artışı ile iş bitmiyorsa zaten keşif artışı vermeyeceksiniz.

### **Katılımcı**

Hayır, iş bitmiş, kesin hesap yapılırken ortaya çıkıyor.

### **Ali Rıza Yücel**

Kesin hesapta ortaya çıkmışsa tabii ki o zaman da ödemeniz gerekir. Sebepsiz zenginleşmeden dolayı ödemeniz gerekir.

Geçici kabul tutanağının itibar tarihi ile ilgili bir soru yöneltildi. Geçici kabul ne zaman yapılmış olur? İtibar tarihi itibarıyla yapılmış sayılır. Ama onay tarihi, daha geç olabilir. Fakat kesin kabulde, kesin kabul işleminin tamamlanması yetkili makamın onayıyla başlar. Yani geçici kabulden farkı bu, Tıp Sözleşmede de şöyle yazar: "Garanti süresi yani teminat süresi, geçici kabul itibar tarihinden başlar." Yani sizin onay tarihiniz altı ay, bir yıl sonra dahi olsa fark etmez. İtibar tarihine kim karar verir? Geçici kabul komisyonu karar verir. Geçici kabul tutanağının yetkili makamca onaylanması nedir? Onun geçerlilik şartıdır, yoksa onay tarihi, kabul tarihi değildir.

## 2. OTURUM



Oturum Başkanı

**ALİ RIZA YÜCEL**

Avukat- İnşaat Mühendisi





**HAYRETTİN YILMAZ**

Yüksek Fen Kurulu Üyesi



**DOÇ. DR.  
FERHAT CANBOLAT**

Hacettepe Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi



**DOÇ. DR.  
SEÇKİN TOPUZ**

Gazi Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi



## HAYRETTİN YILMAZ

### **Süre Uzatımı, Ödenek Aktarılması, Fiyat Farkı, Hakedişin Geç Ödenmesi Nedeniyle Süre Uzatımı Verilmesi**

Sayın Başkan, Değerli Katılımcılar; hepinizi saygıyla selamlıyorum.

Süre konusu, bildiğiniz üzere, sözleşme taraflarınca ihtilaf konusu olan konulardan bir tanesidir. İhale dokümanlarının hazırlanışında sözleşme tasarısı içine işin toplam süresini derç ederken toplam sürenin belirlenmesinde ihaleye esas uygulama projesindeki her bir iş kaleminin teknik olarak fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapım sürelerinin tam ve doğru olarak tespit edilmesi ve bu süreye yöredeki çalışmaya uygun olmayan devrenin ilavesi, akabinde eğer denk geliyorsa resmî tatil günlerinin de ilavesiyle birlikte toplam iş süresinin hesap edilmesi önemlidir. Bu sürenin eksik olarak tespit edilmesi halinde, uygulama projesine esas imalatların zamana göre sıkıştırılarak yapılması söz konusu olacağından kaliteli, iyi bir imalatın yapımı ve yapı denetim görevlilerince iş takibinin yapılması da bir hayli zorlaşacaktır.

Diğer taraftan, toplam iş süresinin gereğinden fazla tespiti halinde yatırımın gecikmesine, fiyat

farkı verilmesi öngörülen işlerde de gereksiz fiyat farkı ödemelerine sebep olacağı için bu duruma önemle dikkat edilmesi lazım.

Süre uzatım hesaplarında esas olan, yüklenicinin sözleşmedeki toplam iş süresindeki kayıplarını telafi etmektir. İlaveten yükleniciye süre uzatımı verilmesi söz konusu değildir.

4734 sayılı Kanun, 2003'te yürürlüğe girdikten sonra, süre uzatımı verilmesi hususundaki mevzuat 2886 sayılı Kanun'da belirtilen usul ve esaslar korunarak 4734'e uyumlu hâle getirilmiş olup Yapım İşleri Genel Şartnamesi (YİGŞ)'nde bu usul ve esaslara 29'uncu maddede yer verilmiştir. Bu bakımdan, YİGŞ'nin 29'uncu maddesinde belirtilen hükümler önem arz etmektedir.

Mücbir sebep nedeniyle süre uzatımı verilebilecek haller; 29'uncu maddenin 2'nci fıkrasında belirtildiği üzere:

- Doğal afetler,
- Kanuni grev,
- Genel salgın hastalık,
- Kısmi veya genel seferberlik ilanı,
- Gerektiğinde Kamu İhale Kurumu tarafından belirlenecek benzeri diğer haller olarak belirlenmiştir.

2'nci fıkrada belirtilen hallerin mücbir sebep olarak kabul edilmesi ve yükleniciye süre uzatımı verilebilmesi için mücbir sebep olarak kabul edilecek durumun;

- a. Yüklenicinin kusurundan kaynaklanmamış olması,
- b. Taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması,
- c. Yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemesi,
- ç. Mücbir sebebin meydana geldiği tarihi izleyen yirmi gün içinde yüklenicinin idareye yazılı olarak bildirimde bulunması,
- d. Yetkili merciler tarafından belgelendirilmesi zorunludur.

İdarenin sözleşmenin ifasına ilişkin yükümlülüklerini, yüklenicinin kusuru olmaksızın yerine getirmemesi, örneğin; yer teslimi, projelerin onaylanması, iş programının onaylanması, ödenek yetersizliği gibi sebeplerle sorumluluğu yükleniciye ait olmayan gecikmelerin meydana gelmesi, bu durumun taahhüdün yerine getirilmesine engel

nitelikte olması ve yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemiş olması halinde, işi engelleyici sebeplere ve yapılacak işin niteliğine göre, işin bir kısmına veya tamamına ait süre, en az gecikilen süre kadar uzatılır.

Öngörülemeyen durumlar nedeniyle bir iş artışının zorunlu olduğu hâllerde ilave işin gerektirdiği ek süre, yükleniciye verilir.

Mücbir sebepleri ve/veya idarenin sebep olduğu hallerden dolayı işte sorumluluğu yükleniciye ait olmayan gecikmelerin meydana gelmesi halinde durum, idarece incelenerek işi engelleyici sebeplere ve yapılacak işin niteliğine göre işin bir kısmına veya tamamına ait süre uzatılır.

Yüklenicinin sürenin uzatılmasını gerektiren hallerin meydana geldiği tarihi izleyen yirmi gün içinde idareye yazılı olarak bildirimde bulunması ve yetkili merciler tarafından usulüne göre düzenlenmiş belgeler ile mücbir sebebin meydana geldiğini tevsik etmesi zorunludur. Yüklenici, bildiriminde iş üzerinde gecikmeye yol açtığını düşündüğü sebeplerin ayrıntılarını ve işin süresinin ne kadar uzatılması gerektiğini belirtecektir. Uzatılan sürenin tespiti o anda mümkün değilse, bunun da sebeplerini ayrıca belirtecek, durumun netlik kazanmasından sonra istediği süre uzatımını da ayrı bir yazıyla derhal bildirecektir. Ancak idarenin sebep olduğu süre uzatımını gerektiren gecikmelerde yüklenicinin yirmi gün içinde yazılı bildirimde bulunma şartı aranmaz.

Zamanında yapılmayan yazılı bildirimler dikkate alınmaz ve yüklenici, müracaat süresini geçirdikten sonra süre uzatımı talebinde bulunamaz. Mücbir sebeplerin devamı sırasında yapılacak bildirim, yirmi gün öncesinden geçerli olmak üzere dikkate alınabilir.

İşin tamamlanması için sözleşmesinde tespit edilen tarih veya süre haricinde başkaca kayıt bulunmayan işlerde, havanın fen noktasında çalışılmaya uygun olmayan devresi ile resmî tatil günleri göz önünde tutularak iş bitim tarihi veya süresi belirlenmiş sayılacağından yüklenici, çalışmadığı bu gibi günleri öne sürerek süre uzatım isteminde bulunamaz. Ancak süre uzatımlarında, yapılacak işin özelliğine göre çalışılmayacak günler de dikkate alınarak verilecek süre belirlenir, hükümleri yer almakta olup bu hükümler çerçevesinde taahhüt konusu işlerde sözleşme süresinin uzatılması ve buna bağlı olarak da ödenek aktarma işlemlerinin yapılması gerekmektedir.

Yer tesliminin sözleşmenin imzalandığı tarihten itibaren beş gün içinde yapılmasına dikkat edilmelidir. Eğer işe başlanılmasında bir sorun varsa tutanakla tespit edilerek sorun giderildikten sonra işe başlama tutanağı düzenlemesiyle işe devam edilmelidir. Bu durumda, aradan geçen süre kayıpları yüklenicinin talebi halinde YİĞŞ'nin "İşin Süresi ve Süresinin Uzatılması" başlıklı 29'uncu maddesindeki esaslara göre süre uzatımı verilmesi hususu dikkate alınır.

Bu şekilde genel girişi yaptıktan sonra, gündemdeki konu başlıklarını aktaracağım.

### **Süre Uzatımı**

İlave işlerin yapılması söz konusu olduğunda, süre uzatımı belirlenirken gerekli sürenin yalnız sözleşme süresi ve bedelinden hareketle hesaplanması her zaman doğru sonuç vermemektedir. Bu itibarla süre uzatımını ilgilendiren sözleşme kapsamındaki imalatlar ile ilave işlere ait imalatların teknik ve standartlarına uygun olarak asgari yapılabirlik süreleri ile kullanılacak malzemenin temininde siparişe veya diğer unsurlara bağlı olarak özel bir süre gerektiriyorsa bununla ilgili sürelerin de süre uzatımı belirlemesi sırasında göz önünde bulundurulması gerekli olmaktadır.

### **Ödenek Aktarması**

İş artışı nedeniyle verilecek süre uzatımları: Artış dâhilindeki işler, çalışılmayan dönemde yapılamayacak cinsten ise çalışılabilir günler (sözleşme süresinden çalışılmayan günler düşülerek) dikkate alınarak günlük harcama miktarı bulunur. İş artış bedelinin günlük harcama miktarına oranı ile de süre uzatımına esas gün sayısı bulunur. Bu şekilde bulunacak süre, taahhüt süresine ilave edilir, varsa çalışılmayan dönem atlatılır.

İş artışı dâhilindeki işler, çalışılmayan dönemde de yapılabilecek cinsten ise: Bütün günler, (sözleşme süresinin tamamı) dikkate alınarak günlük harcama miktarı bulunur, ilave iş artış bedelinin bu günlük harcama miktarına oranı ile de süre uzatımına esas gün sayısı bulunur. Bu şekilde bulunacak süre, taahhüt süresine ilave edilir. Varsa çalışılmayan dönem atlatılmaz.

Süre uzatım tarihi dikkate alınmak suretiyle ödenek aktarma işlemleri de gerçekleştirilerek verilecek süre kararında ödenek dilimleri de yeniden belirlenmelidir.

### **Fiyat Farkı Verilmesi veya Verilmemesi Hususu**

İşe ait ihale dokümanları ve sözleşmesinde yer alan hükümler çerçevesinde yapılmakta olup bu

hususun sözleşme süresinin uzatılmasıyla bir ilgisi bulunmamaktadır.

### **Hakedişin Geç Ödenmesi**

Hakediş ödemeleri yapılırken tahakkuka bağlama süresinin, hakedişin idare tarafından onaylandığı tarihten itibaren mi yoksa yüklenici veya vekili tarafından imzalandığı tarihten itibaren mi başlayacağı hususunda tereddütler bulunmaktadır.

Yapım işlerine ait tip sözleşmenin 11'inci maddesinde, hakediş raporunun idarece onaylandıktan sonra 30 (otuz) gün içinde tahakkuka bağlanacağı hüküm altına alınmış olup anılan düzenlemelerden hakedişin tahakkuka bağlanacağı tarihin, idarenin onayından itibaren başlanması gerektiği anlaşılmaktadır.

Hakediş raporları tahakkuka bağlandıktan sonra da on beş gün içinde ödenmesi gerekmektedir.

Tahakkuka bağlama süresi konusunda; YİĞŞ'nin 39'uncu maddesinde; hakedişin yüklenici veya vekili tarafından imzalanmasından itibaren tahakkuka bağlanacağı ancak Yapım İşlerine Ait Tip Sözleşmenin 11'inci maddesine; hakedişin idarece onayından sonra tahakkuka bağlanacağı ifadesi yer aldığından, bu konuda tereddütlerin yaşanmakta olduğu, ancak Kamu İhale Kurumunun bu konudaki, "anılan düzenlemelerden hakedişin tahakkuka bağlanacağı tarihin idarenin onayından itibaren başlatılması gerektiği" hususundaki görüşü bulunması nedeniyle bu görüşe itibar edilmektedir.

Bu konu ile ilgili süre uzatımı konusunu incelediğimizde; İhale mevzuatında hakedişlerin geç ödenmesinden dolayı yükleniciye süre uzatımı verileceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak yüklenicinin idareye verdiği hakedişin bedelini, sözleşmesinde belirtilen süre içerisinde alarak yeni işler meydana getireceği, hakediş bedelinin gecikmeli olarak ödenmesi halinde ise bu işleri yapamayacağı ve böylece işte bir gecikmeye neden olunacağı kabul edilerek idarenin sebebiyet verdiği bu hâl dolayısıyla da yükleniciye süre uzatımı verilmesinin gerekeceği uygulamada kabul edilmiştir.

Sözleşme hükümlerine göre yüklenici, idareye verdiği hakedişin bedelini ancak idare onayından sonra kırk beş gün içinde alabilecektir.

Hakediş bedelinin 45 gün sonra ödenmesi durumunda, yükleniciye mutlaka süre uzatımı verilmesi gerekecek midir?

Bu soruya mevcut mevzuat çerçevesinde, "Evet" demek mümkün değildir. Zira YİĞŞ'nin 29'uncu maddesi 3'üncü ve 4'üncü fıkralarında, yükleniciye

süre uzatımı verilebilmesi için bu fıkralarda sayılan sebeplerin olması gerekir. Ayrıca idareye verilen hakediş, 45 gün sonra ödense dahi yüklenici, bu süre zarfında kendi olanaklarıyla işe devam edebilmiş ise yani iş durmamış veya yavaşlamamış ise bu takdirde yükleniciye bu nedenle süre uzatımı verilmemesi gerekir.

### **Verilecek Sürenin Tespit Şekli**

Yukarıda belirtildiği şekilde 45 gün sonra iş tamamen durmuş ise 45 günü geçen günler aynı miktarda süre uzatımı olarak yükleniciye verilir. Eğer iş tamamen durmamış, yavaşlamış ise yavaşlama oranında süre uzatımı verilir. Örneğin, hakediş, idare onayından 75 gün sonra ödenmiş ve yüklenici, idare onayından 45 gün gecikmeye kadar iş programına uygun olarak çalışmasını sürdürmüş iken bu tarihten itibaren hakediş ödenmediği için işi, %50 oranında yavaşlatmış ise bu takdirde yükleniciye 30 değil, 15 günlük süre uzatımı verilmesi gerekir.

Örnek olarak: Gecikmenin söz konusu olduğu hakedişler, meblağları ve gecikmeye karşılık verilecek süre uzatım gün sayıları aşağıda çıkarılmıştır.

Hakedişin tahakkuka bağlandığı tarih: 01.06.2017 ve bu tarihten itibaren 15 gün ilavesiyle en geç ödeneceği tarih, 15.06.2017. Hakediş tutarı da: 500.000,00 TL olsun.

- 10.06.2017 tarihinde 100.000,00 TL süresi içerisinde ödendiğinden süre uzatımı söz konusu değildir.
- 20.06.2017 tarihinde ödenen 200.000,00 TL için; (20.06.2017-15.06.2017=5 gün) için  $200.000,00 \times 5 / 500.000,00 = 2$  gün gecikme,
- 30.06.2017 tarihinde ödenen 200.000,00 TL için; (30.06.2017-15.06.2017=15 gün) için  $200.000,00 \times 15 / 500.000,00 = 6$  gün gecikme meydana geldiğinden, geciken meblağlara tekabül eden toplam gün sayısı (2+6=8) 8 gün olmaktadır.

Gecikilen hakediş ödemeleri için tespit edilen günlere karşılık harcanamayan ödenek miktarı tespiti ise; haziran ayında meydana gelen gecikme 8 gün olup, aktarılması gereken tutar onaylı iş programına göre; 8 gün ile iş programındaki haziran ayı ödeneğinin çarpımının 30 güne bölümüyle harcanamayan ödenek miktarı bulunmuş olacaktır.  $(8 \times \text{İş Programı Haziran ayı ödeneği}) / 30 = \text{Harcanamayan ödenek miktarı}$

Gecikilen hakediş ödenekleri için tespit edilen 8 günlük sürenin, iş bitim tarihine ilave edilmek suretiyle yeni iş bitim tarihinin yeniden

belirlenmesi ve harcanamayan ödenek miktarının da en son ödenek dilimine ilave edilmesi uygun olacaktır.

### Ali Rıza Yücel

Şimdi, Hayrettin Bey, eğer yanlış anlamadıysam konuşmanızda, hakedişin geç ödenmesi nedeniyle süre uzatımı verilebilir gibi bir anlam çıktı, doğru düşünüyorum değil mi?

### Hayrettin Yılmaz

Evet.

### Ali Rıza Yücel

Bu husus, Yüksek Fen Kurulunun görüşü müdür, daha doğrusu YİGŞ'nin bir hükmü müdür, bu konudaki görüşünüz nedir?

### Hayrettin Yılmaz

Kesin bir hüküm yok ancak şunu söyleyebiliriz: YİGŞ 29'uncu maddesi 4'üncü fıkrasındaki ödenek yetersizliğinden dolayı, idarenin sebebiyet verdiği hâller kapsamında iş programına göre bir yavaşlama olmuşsa bu gecikme nedeniyle ilave süre uzatımı verilmesinin uygun olacağı hususu, yukarıdaki sunum içerisinde belirtilen örnekle izah edilmeye çalışılmıştır.

Hakediş ödemelerinde meydana gelen gecikmelerin, yüklenicinin ekonomik gücü yetmeyip işin yavaşlamasına veya durmasına neden olabileceği açıktır. Bu bakımdan, idarenin sebebiyet verdiği haller kapsamında süre uzatımı vermek mümkündür. Bu konudaki mevzuat eksikliği hususu, 4-5 Aralık'ta TOBB'da düzenlenen toplantıda yükleniciler tarafından dile getirilerek, "*Gerektiğinde Kamu İhale Kurumu tarafından belirlenecek benzeri diğer hâller, daha somut bir şekilde açıklansa iyi olur.*" denilmiştir. Ancak bu konunun geniş olması nedeniyle bu kavramı netleştirmek bir hayli zor olacaktır, diye düşünüyorum. Çünkü birçok benzeri diğer hâllerin ortaya çıkması mümkün görülmektedir. Burada sadece işin idaresi yanı sıra diğer kamu idarelerinin de işin yavaşlamasına veya durmasına sebebiyet verebileceği olasıdır. Örneğin; TEDAŞ, Telekom, Belediye vb. idareler altyapılarıyla ihale konusu yapım işlerinde işin yürütülmesi sırasında müdahil olabilmektedirler.

Sonuç olarak, diğer konularda olduğu gibi süre uzatımı konusunda da 4734 sayılı Kanun'un 53'üncü maddesi gereğince; "Kamu İhale Kurumu, bu Kanun'da belirtilen esas, usul ve işlemlerin doğru olarak uygulanması konusunda görevli ve yetkilidir." hükmünden hareketle süre uzatımı

konusundaki benzeri diğer hallerin somut olarak ortaya konulması hususundaki çalışmaların KİK tarafından yürütülmesi icap etmektedir.

### Ali Rıza Yücel

Ancak hakedişin geç ödenmesinden dolayı, dediğiniz gibi, süre uzatımı verilmesi öyle çok kolay bir konu değil. Niye çok kolay değil? Bir kere, özellikle zaten süre uzatımı verilebilmesi için gecikmeye neden olan olayın; yüklenicinin kusurundan kaynaklanmamış olması, bu durumun taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması, üçüncüsü de yüklenicinin bu engeli kaldırmaya gücünün yetmemesi. Bütün bunların gerçekleşmesi lazımdır.

Ayrıca hakedişler 30 gün içerisinde tahakkuka bağlanır, 15 gün içinde ödenir. Yani hakediş, bu 45 gün içinde ödeniyor. Siz, süre uzatımı konusunun galiba bu 45 gün geçtikten sonra dikkate alınabileceğini mi ifade ediyorsunuz. Öyle mi?

### Hayrettin Yılmaz

Evet, hakedişin idare onayından itibaren 45 gün geçtikten sonra, ödenememesi halinde geç ödenmesinden dolayı süre uzatımı verilmesinin söz konusu olabileceğini ifade ediyorum. Bu konuda farklı değerlendirmeler de yapılabilmektedir. Hakediş idare onayından sonra, 30 gün içinde tahakkuka bağlanmasını kendi arasında, tahakkuka bağlandıktan sonra 15 günlük süre içinde ödenmesini de kendi arasında ayrı ayrı değerlendirilmesi yapılabilmektedir. Hâlbuki yükleniciler istekli durumunda teklif verirken hakedişlerin idare onayından sonra 45 günlük bir gecikmesinin olabileceğini kabul etmişlerdir. Dolayısıyla bu süreyi parçalayıp ayrı ayrı değerlendirmek doğru bir yaklaşım olmaz.

### Ali Rıza Yücel

Tip sözleşmede, 30 günlük sürenin başlangıcı idare onayından sonra değil mi? Tip sözleşmede, 30 gün içinde tahakkuka bağlanır ve 15 gün içerisinde de ödenir denilmektedir.

Bu işin bir yönü, kırk beş gün bir kere tartışmalı bir konudur. İkincisi, kırk beş günlük süre hakedişin muaccel hâle gelmesini sağlar. İdare henüz temerrüt durumuna düşmemiştir, idarenin temerrüt durumuna düşmesi, ona yapılacak ihtarla olanaklı hale gelir. Onun için idareye ihtar verilmesi gerekir. Bunu hukukçu arkadaşlar iyi bilir. Temerrüt durumundan sonra gecikme söz konusu olur. Çünkü idareye siz bir ihtar verirseniz, iharda dersiniz ki "Şu kadar süre içerisinde hakedişimi öde." İdare kanıtlayıcı belgelerle, "Şu tarihte

ödeme yapacağım.” derse zaten yapacağınız bir şey yok. O nedenle hakedişin geç ödenmesi nedeniyle süre uzatımı verilmesi çok tartışılması gereken bir konudur.

İkincisi, işin tamamen durması ya da kısmen durması, bu hususu FDIC sözleşmeleri gibi dikkate aldınız sanıyorum, FIDIC sözleşmelerinde yüklenici tarafından işin askıya alınması hususu var. Ama o sözleşmenin bir hükmüdür. Bizim sözleşmelerde yüklenicinin işi askıya alması diye bir hüküm yoktur. O zaman, eğer gerekiyorsa bu hükmün düzenleyici kurum tarafından tip sözleşmeye konulması lazım. İşin askıya alınması söz konusu olmadığına göre ve ayrıca idare de temerrüt durumuna düşürülmemiş ise 45 günlük bir süre verilir gibi bir tespitin, biraz iddialı olacağı, tartışma gerektirdiği, epey tartışma götüreceği kanaatindeyim.

### **Hayrettin Yılmaz**

Öyle bir hüküm yok ancak şunu sayabiliriz: İdarenin sebebiyet verdiği hâller kapsamına sokarak iş programına göre bir yavaşlama olmuşsa bunun idarenin verdiği bir gecikme nedeniyle verilmesinin uygun olacağını, bunun da genel teamüllerde hakediş gecikmelerinde süre uzatımına neden olabileceği belli olan bir şey. Yani idarenin sebebiyet verdiği hallere sokmak mümkündür. Bunu da esasında baştan söylediğim mücbir sebeplerde doğal afet vb. gerektiğinde Kamu İhale Kurumu tarafından belirlenecek benzeri diğer hâller. Bunlar tamamen açıklığa kavuşmadı. Esasında, daha evvelki TOBB’da düzenlenen toplantıda bunu yüklenici tarafı dile getirdi. “Bu hâller daha somut bir şekilde açıklansa iyi olur.” denildi. Ancak bu hadise o kadar geniş ki bunu düşünüp de bu kavramı netleştirmek bir hayli zor olacak. Çünkü bir sürü hâl ortaya çıkabilir. Dolayısıyla bunun kapsamına girmeyen bir işte de eğer idarenin sebebiyet verdiği hâl ise burada idare derken, sadece işin idaresi diye anlamamak gerekir, kamudaki diğer idareler de bu işin tarafıdır. Diyelim ki TEDAŞ, TELEKOM, Belediye... Çünkü onlar da bu altyapılarla bilmem nelerle bu yapım işinde dolaylı olarak yer alıyor. Onların da sebebiyet verdiği hâller olabilir. O bakımdan, bunu yasa Kamu İhale Kurumunun inisiyatifine bırakmış.

### **Hayrettin Yılmaz**

Tabii tabii, kırk beş gün ihtilafı. Özür dilerim, araya girdim. Yani bazı değerlendirmelerde şu da olabiliyor: Efendim, hakedişi, idare onayından sonra otuz gün içinde tahakkuka bağlanmasını kendi arasında değerlendirip de tahakkuka

bağlandıktan sonra on beş günlük süre içinde ödemesini ayrı ayrı değerlendiriyorlar. Hâlbuki yüklenici, bu işe teklif verirken toplam kırk beş günlük bir gecikme, idarenin kırk beş günlük bir gecikmesinin olabileceğini kabul etti. Dolayısıyla bunu parçalayıp da ayrı ayrı düşünmek, hesaba katmak bana göre doğru bir yaklaşım olmaz. Kırk beş günü alamayabileceğini yüklenici kabul etti. Dolayısıyla toplam kırk beş gün üzerinden gitmenin daha doğru bir yaklaşım olacağını düşünüyorum. Biraz tartışmalı olacağını, tartışma gerektirdiğini, epey tartışma götüreceği kanaatindeyim.



## DOÇ. DR. FERHAT CANBOLAT

### Kamu İhale Sözleşmelerinde Cezai Şart ve Uygulaması

Sayın Başkan, Değerli Katılımcılar; şahsım ve kurumum adına sizleri saygıyla selamlıyorum.

Sunumuma başlamadan önce siz uygulayıcılarla bizi bir araya getiren, başta Ali Rıza Yücel Bey olmak üzere, İNTES'in değerli yöneticilerine ve Yüksek Fen Kurulunun değerli yöneticilerine teşekkürlerimi sunuyorum.

Benim sunum konum, "Kamu İhale Sözleşmelerinde Cezai Şart ve Uygulaması." Sunum planı olarak da öncelikle genel olarak inşaat sözleşmesini, cezai şartı ve hemen ardından da kamu ihale inşaat sözleşmelerinde cezai şartı inceleyeceğiz.

**Kamu ihale mevzuatına tabi inşaat sözleşmeleri,** kamu kurum ve kuruluşlarının taraf olduğu, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na göre ihalesi sonuçlandırılan ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu çerçevesinde imzalanan sözleşmeleri ifade eder.

**İnşaat sözleşmesi** ise yüklenicinin taşınmaz bir yapı eseri meydana getirip teslim etmeyi, karşılığında da iş sahibine bir bedel ödemeyi

borçlandığı sözleşmedir. İnşaat sözleşmesi, esasında doğrudan kanuni düzenlemelere konu olmayan, eser sözleşmesinin uygulamada en çok karşılaşılan bir türünü oluşturur. Eser sözleşmesi de Türk Borçlar Kanunu'nun 470. ve devamı maddelerinde düzenlenmektedir.

Sözleşmenin taraflarına baktığımızda, bir tarafta kamu kurumu yer almakta, diğer tarafta ise özel hukuk tüzel kişisi şeklinde müteahhidin, yeni adıyla yüklenicinin yer aldığını görebiliyoruz.

Sözleşmenin unsurlarına baktığımız zaman, taşınmaz bir yapı eserin meydana getirilmesi ve teslim edilmesi, bedelin kararlaştırılmış olması ve tarafların anlaşması olarak karşımıza çıkıyor.

Taşınmaz yapı eseri nedir dediğimizde, karşımıza köprüler, barajlar, yollar, demir yolları, binalar çıkıyor.

**Meydana getirme** kavramından ne anlamamız gerektiğini sorduğumuzda, yeni bir eser ortaya çıkarma yani binanın yapılması, mevcut bir eserin değiştirilmesi, yani tadilatının veya tamiratının yapılması ve yine mevcut bir eserin ortadan kaldırılması meydana getirme kavramı içerisinde değerlendirilebiliyor. Peki, karşılığında unsur olarak ne olacak? Kamu ihale inşaat sözleşmeleri açısından bir bedelin kararlaştırılması gerekir.

Ve son olarak da tarafların anlaşması gerekiyor. Kamu İhale Kanunu'na göre, yürütülen süreçten sonra Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na tabi olarak bir sözleşmenin yapılması gerekiyor.

Eser sözleşmeleri, esasında herhangi bir şekle tabi değil. Ancak 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na tabi bir sözleşme yapılıyorsa bunun resmî şekilde yapılması gerekiyor bu şekil, geçerlilik şekli olarak öngörülüyor.

### Yüklenicinin Borçları

Yüklenicinin öncelikle eseri meydana getirme borcu vardır ki,

- Şahsen meydana getirme veya kendi idaresi altında yaptırma,
- Araç- gereçleri sağlama,
- Malzeme sağlama,
- Özen ve sadakat borcu,
- İş zamanında başlama ve devam etme borçlarıdır.

Eseri meydana getirmesi yetmiyor, aynı zamanda eseri teslim etme borcu ve yine borçlar sona ermiyor. Aynı zamanda ayıba karşı tekeffülden

de sorumluluğu/borcu olacaktır. Buna karşılık iş sahibinin borcu ise bir miktar paranın ödenmesi şeklinde karşımıza çıkıyor.

### **Cezai Şart, Yeni Adıyla da Ceza Koşulu**

**Cezai şart**, borçlunun alacaklıya karşı mevcut bir borcu hiç ifa etmemesi, gereği gibi ifa etmemesi ki özellikle zamanında ifa etmemesi hâlinde ödemeyi üstlendiği ekonomik bir değer olarak karşımıza çıkıyor. Kamu ihale inşaat sözleşmelerinde bu değer para olarak karşılaştırıldığını söyleyebiliriz.

Temel özellik olarak, asıl borca bağımlı yani fer'i bir borçtan söz edebiliyoruz ki asıl borç var olduğu ve geçerli olduğu sürece geçerli olacak. Asıl borcun sona ermesi veyahut da geçersiz olması hâlinde cezai şart da doğmayacaktır.

Cezai şartın karşılaştırılması götürü miktar şeklinde olabileceği gibi zamana bağlı artış gösteren bir miktar şeklinde de olabilir. İnşaatın vadede teslim edilmemesi hâlinde belirli bir miktarın ödeneceğinin karşılaştırılması örneğin, 100 bin TL'nin ödeneceğinin karşılaştırılması götürü miktarla belirleme veya gecikilen her gün, her hafta için bir miktarın ödeneceğinin karşılaştırılması ise zamana bağlı artış gösteren bir miktar karşılaştırması şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

### **Cezai Şartın Türleri**

Borçlar Kanunu sisteminde seçimlik cezai şart, ifaya eklenen cezai şart ve dönme cezai şart şeklinde üçlü bir ayırım karşımıza çıkıyor.

Şayet alacaklı ya edimin ifasını istemeye veya cezai şartın ödenmesini talep etmeye yetkili ise böyle bir durumda **seçimlik cezai şarttan** bahsedilir. Buna karşılık, alacaklı yani bizim sözleşmelerimiz bakımından iş sahibi devlet, hem asli edim yükümlünün ifasını talep etmeye yetkiliyse hem de cezai şartı isteyebiliyorsa, talep edebiliyorsa **ifaya eklenen cezai şarttan** söz edilebilir. Buna karşılık, bu sefer borçluya tanınan bir imkân olarak dönme cezai şartını ödemek suretiyle sözleşmeyi sona erdirmeye yetkisinin verilmesi hâlinde de **dönme cezai şartı** vardır.

Kamu ihale inşaat sözleşmelerinde karşılaşılan cezai şart türü ekseriyetle ifaya eklenen cezai şarttır. Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nde ve Tip Sözleşmelerde de bu şekilde bir cezai şart türü öngörülmektedir.

### **Cezai Şartın Talep Edilebilmesi**

Cezai şartın talep edilebilmesi için bazı şartların, bazı unsurların gerçekleşmesi gerekecektir. **İlk**

olarak asıl borcun var olması ve sözleşmenin geçerli olması gerekir. **İkinci** olarak asıl borcun muaccel olması yani vadesinin gelmiş olması gerekir. **Üçüncü** olarak en önemli unsur, belki de bizim sözleşme tiplerimiz açısından, asıl borcun ihlal edilmiş olması yani borcun hiç ifa edilmemesi, gereği gibi ifa edilmemesi ve özellikle de zamanında ifa edilmemiş olması gerekir.

Yine, uygulamada atlanılan bir **dördüncü** husus olarak cezai şart alacağına ilişkin talep hakkından vazgeçilmemiş olması gerekir. Yani burada ifa aşamasında çekincenin, bir ihtiraz kaydının ileri sürülmesi gerekir. Aksi takdirde hak saklı tutulmadığı zaman, hak saklı tutulmaksızın eser teslim alınırsa eğer, böyle bir durumda cezai şart talep etme imkânı ortadan kalkacaktır. Bu da cezai şartın bağımlı, fer'i bir borç olmasından kaynaklanan bir özelliktir.

**Cezai şart ile zarar arasındaki ilişkiye** değinecek olursak: Alacaklının zarara uğraması şart değildir. Tazminatta muhakkak bir zararın bulunması gerekir ama cezai şartta zarar bulunmasa dahi sözleşmede karşılaştırılan miktarın talep edilebilme imkânı vardır. Dolayısıyla alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile karşılaştırılan cezanın ifasını isteyebilecektir. Şayet alacaklının cezai şartı aşan miktarda bir zararı varsa böyle bir durumda da alacaklı, borçlunun kusurlu olduğunu ispat ederek yine bu aşan kısmı talep edebilecektir.

Burada da Borçlar Kanunu'nun 112. maddesindeki kusurun ispatına yönelik borçluya yüklenen bir husus vardır, ispat yükü açısından. Onun istisnasını teşkil eden bir düzenleme yer alıyor, zararı aşan cezai şart bakımından.

### **Kamu İhale Mevzuatına Tabi İnşaat Sözleşmelerinde Cezai Şart**

Bu noktada, yapım işlerine ait Tip Sözleşmede özel bir düzenlemenin yer aldığını görebiliyoruz. 25/2'de özellikle, "*Yüklenicinin sözleşmeye uygun olarak işi süresinde bitirmediği takdirde gecikilen her gün için sözleşme bedelinin belirli bir oranında gecikme cezası uygulanır.*" diyor ki ifaya eklenen bir cezai şart söz konusudur.

Burada ne kadar bir oran uygulanacağı yine Tip Sözleşmede açıkça düzenleniyor. "*Sözleşme bedelinin on binde 3'ünden az, on binde 6'sından fazla olmamak üzere gecikme cezası oranı belirlenir.*" diyor. Bizim sözleşme tiplerine baktığımız zaman, çoğunlukla en yüksek rayıçten yani on binde 6'dan düzenlemelerin getirildiğini görebiliyoruz.

Yine cezai şart konusunda Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 41'inci maddesinde, geçici kabule



ilişkin düzenlemede bir hüküm görebiliyoruz. Burada da cezai şartın ne şekilde tahsil edilebileceğine, talep edilebileceğine ilişkin ayrıntılı bir hüküm yer almaktadır.

### **Kamu İhale Mevzuatına Tabi İnşaat Sözleşmelerinde Cezai Şart Nasıl Uygulanacaktır?**

Burada biraz önce başlıklarını vermiştik tek tek, dört şartın bir arada gerçekleşmesi gerekir. Bunlar içerisinden kamu ihale inşaat sözleşmeleri bakımından önem taşıyan bir noktaya özellikle işaret etmek istiyorum ki **asil borcun ihlal edilmiş olması gerekir**. Dolayısıyla burada borcun ne olduğunun belirlenmesi büyük önem taşıyacaktır. Cezai şarta ilişkin düzenlemede cezai şartın hangi durumda uygulanacağını ne şekilde düzenlendiği önem taşıyacaktır. Dolayısıyla hangi borca aykırılık hâlleri için cezai şart öngörüldüğünün tespit edilmesinde büyük önem vardır. Ve yine somut olayda, cezai şart yaptırımını ne şekilde uygulanmıştır, hangi düzenlemeye dayanılarak cezai şart uygulanmıştır, bunun değerlendirilmesi faydalı olacaktır.

Bu noktada, tekrar Tip Sözleşmedeki düzenlemeye dönecek olursak: *“İş süresinde bitirmediği takdirde gecikilen her gün için sözleşme bedelinin belirli bir oranı cezai şart olarak uygulanacaktır.”* deniliyor. Özel ve farklı bir düzenleme getirilmediği takdirde genellikle de bu düzenlemenin sözleşmede yer aldığını görebiliyoruz.

Burada cezai şartın uygulanmasının yani borca aykırılık halinin varlığı, özellikle işin süresinde bitirilmemesi halidir. Peki “iş”ten ne anlaşılması gerekir, sözleşmenin içeriğine dahil edilen işten ne anlamamız gerekiyor? İş, ne zaman tamamlanmış sayılacaktır ki cezai şart uygulanmasın? Baktığımızda, bu noktada, “iş” konusunda Yapım İşleri Genel Şartnamesi’nin 4’üncü maddesinde bir tanımlama var, *“Sözleşmeye bağlanan her türlü yapım işini ifade eder.”* deniyor. Peki, yapım işi nedir dediğimizde, burada da 4734 sayılı “Tanımlar” kenar başlığını taşıyan Kamu İhale Kanunu’nun 4’üncü maddesinde ayrıntılı bir hüküm var ki hepsini tek tek sayma yöntemiyle ortaya koyuyor. Tabii benzer işleri de buna dahil ediyor; *“Bina, kara yolu, demir yolu, otoyol, havalimanı, rıhtım, liman, tersane, köprü, tünel, büyük onarım, restorasyon, çevre düzenlemesi, sondaj, yıkma, güçlendirme ve montaj işleri... ile benzeri yapım işlerini ifade eder.”* diyor. Dolayısıyla işten anlaşılması gereken esasında, sözleşmede kararlaştırılan **yapım işidir**. Ancak uygulamada, bazı sözleşme tiplerinde, yapım işinin yanı sıra başka bazı edim yükümlülüklerinin

de kararlaştırıldığını görebiliyoruz. Yapım işiyle doğrudan ilgili olabiliyor veya dolaylı ilgili olabiliyor. Ama iş tanımının dışında bazı unsurların da edim yükümlülüğü olarak sözleşmeye konulduğunu görebiliyoruz. Bunların da sözleşme metninden ziyade, genel teknik şartname ya da idari teknik şartnameye diğer bazı “edim yükümlülükleri” veya “edim yükümlülüğü” olarak değerlendirilemeyecek hususlar konularak yüklenicinin sorumluluğu daha fazla artırılmakta ve yine uygulamada bu hükümlerine yerine getirilmediği gerekçesiyle geçici kabul yapılmamakta ve geçici kabul yapılmadığından dolayı da cezai şart uygulamasına gidilmektedir.

Burada iş tanımının nasıl yapıldığını gördük, gerek Yapım İşleri Genel Şartnamesi ve gerekse Kamu İhale Kanunu’nda, “yapım işi” kastedilmektedir. Yapım işi dışında kalan diğer işler bakımından eğer Tip Sözleşmedeki hüküm cezai şartın unsuru olarak kararlaştırılmışsa ancak yapım işinin işte geçici kabule elverişlilik bakımından sağlanması hâlinde cezai şartın uygulanmaması gerekecektir, diye düşünüyorum.

### **İşin Tamamlanması**

İşin tamamlanmasından ne anlamamız gerekiyor: İşin tamamlanması, esasında eserin meydana getirilmesi ve eserin teslim edilmesidir. **Eserin teslimi**, sözleşmeden doğan borcun ifası amacıyla eserin iş sahibinin emrine verilmesi ve zilyetliğinin sağlanarak doğrudan hakimiyet alanına sokulması, yani onun kullanımına bırakılmasıdır.

Yapım İşleri Genel Şartnamesi 41’inci maddede, **“Geçici Kabul”** başlığı altında esasında, bizim “eseri teslim” olarak nitelendirdiğimiz durum düzenlenmektedir. Burada nasıl gerçekleştirileceği, geçici kabul komisyonunun oluşturulması, ne kadarlık bir oranın sağlanması hâlinde, tamamlanması hâlinde geçici kabulün yapılabileceğine ilişkin açıkça düzenlemeler yer almaktadır. Özellikle 41’inci maddenin dördüncü fıkrasında yer alan, yapılan işin kusurlu ve eksik kısımlarının bedelleri toplamının işin sözleşme bedelinin %5’inden fazla olması hâlinde ve diğer unsurlar da sağlanabiliyorsa böyle bir durumda geçici kabulün sağlanması gerekecektir.

Biz hep “Geçici Kabul” kenar başlığı taşıyan hükmün, idarenin sözleşmeye, kanuna ve diğer düzenleyici işlemlere uygun suretle davranıp işi teslim alacağı varsayımına dayalı olarak düzenlendiğini görebiliyoruz. Ama bazen idareler, kurum değişikliklerinin, devirlerinin olması sebebiyle veya kurum yöneticilerinin

değişmesi sebebiyle geçici kabul yapmaktan imtina edebiliyorlar. Kamu Mali Kontrol Yönetimi Kanun'undaki kamu zararına ilişkin sorumluluk altına girmemek adına geçici kabulden imtina etmekte ve geçici kabul sağlanmadığı için de yine sözleşme gereğince cezai şartın uygulanması gibi durumlar ortaya çıkabilmektedir. Böyle bir durumda yani idarenin Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 41'inci maddesine uygun davranmaması hâlinde, yani yüklenicinin yazılı başvurusuna rağmen geçici kabul komisyonunu oluşturulmaması, tüm prosedürlerin tamamlanmış olmasına rağmen işi teslim almaktan imtina etmesi ve tüm bunlara rağmen cezai şart işletmesi hâlinde yüklenici ne yapabilecektir?

Böyle bir durumda iş, 41'inci madde çerçevesinde belirli oranda yani %95'i aşar oranda tamamlanmışsa, esasında geçici kabule elverişlidir. İdarenin burada geçici kabulü sağlamaması, hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir. Eser sözleşmelerinde ve özellikle de iş sahibinin arazisi üzerine bir binanın, fabrikanın yapıldığı sözleşme tipleri bakımından yüklenicinin işi tamamlayarak elini inşaattan çekmesi ve idareye bildirimde bulunması, idarenin de bu fabrika üzerinde ya da yapı üzerinde fiilî hakimiyetini yani zilyetliği tesis etmesi hâlinde eserin teslimi gerçekleşmiştir. 41'inci maddede öngörülen şey, bir prosedürden ibarettir. O prosedürün sağlanmamış olması, eserin geçici kabule elverişli olmadığı anlamına gelmeyecektir.

Bazı sözleşme tiplerinde ve uygulamada görüyoruz ki idareler, binaları teslim almasına ve hatta yıllardır kullanmasına rağmen geçici kabulden imtina etmektedirler; beş yıl, on yıl, on beş yıldır binayı kullanmasına rağmen hâlâ geçici kabulü sağlamamakta ve dolayısıyla bu da âdeta cezai şartın katlanarak büyümesine sebep olmaktadır. Böyle bir davranış, idare açısından, bunun bir sınırını oluşturması bakımından, hakkın kötüye kullanılması niteliğinden başka bir şey değildir. Dolayısıyla geçici kabulü sağlamadan, aynı zamanda cezai şartı işletmeye devam etmesi, idare bakımından hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir. Bu durumda, bir dava açmak suretiyle bir tespitin yapılması, geçici kabule elverişliliğin sağlandığının tespit edilmesi, ileride görülecek büyük davada cezai şartın bulunmadığının tespitine ilişkin dava bakımından kolaylık sağlayacaktır. Böyle bir yöntem izlenebilecektir. Sadece idarenin insafına kalmak yeterli olmayacaktır diye düşünüyorum.

### **Cezai Şartın Uygulanmasında Ortaya Çıkan Bazı Sorunları**

Uygulamada olarak karşılaşılan temel sorunlara, özellikle de yargı uygulamasına intikal eden

bazı sorunlara çok kısa, Yargıtay kararlarından örneklerle de bakacak olursak:

### **Cezai Şart Ne Kadar Süre İşleyecektir? Ne Kadar Süre İşletilebilir?**

Cezai şartın işlemeye başlaması, iş sahibinin ihtarda bulunmasıyla olacaktır. Tabii ihtarı gerektirmeyen hâllerde ayrıca ihtarla gerek olmayacaktır.

Aynen ifanın gerçekleştirildiği ana kadar cezai şart işlemeye devam edecektir. Aynen ifa, yüklenici tarafından gerçekleştirilebileceği gibi yüklenicinin bunu gerçekleştirmemesi hâlinde iş sahibinin kendisi veya belirlediği üçüncü kişi tarafından, tabii ki masrafları yükleniciye ait olmak üzere, gerçekleştirildiği ana kadar cezai şart işleyecektir.

Bu noktada, iki husus dikkati çekmekte; Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 29'uncu maddesinde, **öngörülemez hâllerde süre uzatılması** düzenlenmiştir ki bu süre uzatma hallerinde cezai şartın işlemesi mümkün olmayacaktır. Yine, Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 41'inci maddesinde, geçici kabul sırasında tespit edilen eksiklerin giderilmesine yönelik olarak yükleniciye bir süre tayin edilebilecektir. Böyle bir durumda da cezai şartın işlememesi gerekir.

Mühendis bakış açısıyla baktığımız zaman, bir somut olayda karşılaştığımız, "Hocam, cezai şartı iki yıldır işletiyorlar. Bir- iki yıl daha işletirlerse sözleşme bedeline ulaşacağız. Tüm aldığımız parayı geri iade etmek zorunda kalacağız. Yaptığımız eserle, ortaya koyduğumuz eserle, biz baş başa kalacağız. Dolayısıyla bu nasıl hukuk anlayışı, nasıl böyle bir yaklaşım olabilir?" şeklinde bir yakınma. Bu miktarlara ulaşmaması gerekir, cezai şartın. İdarenin bekleyerek sadece ihtarlarla bulunarak, cezai şartın işlediğini bildirerek ve geçici kabule hazır olmadığını bildirerek yetinmesi doğru olmayacaktır. Yapım İşleri Genel Şartnamesi'ndeki düzenlemeler çerçevesinde idarenin, belirli bir süre sonra artık sözleşmeyi feshetme yolunu tercih etmesi gerekir. Dolayısıyla artık işin yapılmayacağı belli ise cezai şartın bu miktarlara ulaştırılmaması gerekir diye düşünüyorum.

### **Cezai Şart, Temerrüt Hâlinde Seçimlik Haklardan Hangisiyle Birlikte Kullanılabilir?**

TBK. m.179/2 uyarınca **ifaya ekli cezai şart** ancak aynen ifa ile birlikte talep edilebilecektir. Eğer iş sahibi aynen ifadan vazgeçip müspet zararını veya sözleşmeden dönüp menfi zararını talep ederse ifaya ekli cezai şartın istenmesi mümkün

olmayacaktır. Ancak iş sahibi idare, sözleşmeyi feshederse böyle bir durumda, fesih ileriye etkili sonuçlar doğuracağından, belirlenen süre kadar cezai şartın uygulanması mümkün olacaktır. Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 2001 yılında vermiş olduğu bir kararda, bu tür bir fesihden önceki kısım için belirlenen süre bakımından cezai şartın talep edilebileceğini hüküm altına almıştır.

### **Yüklenicinin Temerrütte Yani Gecikmede Kusurunun Bulunmaması Hâlinde, Onun Cezai Şart Ödememesine Sebep Olabilecek midir?**

Cezai şartla yüklenicinin kusuru arasında bir ilişki var mı? dediğimizde, bu konu esasında, hukukçular arasında biraz tartışmalıdır. Burada bir görüş, "Kusura dayanmayan bir sorumluluk vardır." yaklaşımı benimserken bir başka görüş, "TBK. m.182/2'deki düzenlemeden hareketle yani borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hâle gelmişse cezanın ifası istenemez." düzenlemesinden hareketle burada bir kusur sorumluluğu olduğunu kabul etmekte ve bu çerçevede, borçlu eğer kusurlu değilse ve kusurlu olmadığını da ispat ederse cezai şartı ödemekten kurtulabileceğini öngörmektedir.

Burada dikkat çekici bir Yargıtay kararı var. 2001 krizi sonrasında dava konusu olmuş bir hususa ilişkin olarak kusur bakımından değerlendirme içeren bir Yargıtay kararına konu olayda, santral yapım sözleşmesi var. Dokuz aylık bir süre öngörülmüş santralin yapılması, tamamlanması ve teslimine ilişkin olarak. Ancak 203 günlük bir süre gecikme gerçekleşmiş ve dolayısıyla bu süre içinde gecikme cezası uygulanmak istenmiş. Olayı incelediğimizde, santral yapımında kullanılacak olan makinelerin özellikle sözleşmede konulan şartname sebebiyle Almanya'dan ithal edilmesi gerekiyor.

Söz konusu makinelerin ithaline yönelik olarak sipariş verilmiş ancak yurt dışından sağlanabilecek olduğu için bedeli çok yüksek, bu yüzden ücret İngiltere'den sağlanabilecek bir krediyle ödenecek. Kredi kuruluşuyla görüşmeler yapılıyor, kredi kuruluşu ödeme yapmayı kabul ediyor başlangıçta. Ancak ülkedeki kriz sebebiyle Türkiye'ye ilişkin risk değerlendirmesini gözden geçireceği kararını veriyor ve krediyi veremeyeceğini ifade ediyor. İşte böyle bir durumda, 203 günlük de bir gecikme gerçekleşiyor. Yargıtay değerlendirmesini yaparken şunu ifade ediyor, diyor ki: "İhracat kredileri garanti kuruluşu nezdinde yaşanan gecikme yüklenicinin edimlerini ifa etmemesinden değil, ülkemizde yaşanan 2001 yılı Şubat ekonomik

krizinden kaynaklanmaktadır. İşte bu nedenle yüklenici konsorsiyumun gecikme nedeniyle kusurunun bulunmadığı dairemizce kabul ve takdir edilmiştir." İşte bu kararıyla birlikte Yargıtay, yüklenicinin kusuru olmaksızın gerçekleşecek ifa gecikmelerinde kusuru bulunmayan gecikme süreleri boyunca cezai şartın işletilemeyeceğine karar veriyor. Bu da örnek oluşturması bakımından önemli. Hangi görüşün benimseneceği noktasında, Yargıtay'ın biraz da ince eleyip sık dokuduktan sonra kusur hususunu cezai şart bakımından dikkate aldığını gösteriyor.

### **Fahiş Cezai Şartın İndirilmesi Mümkün müdür?**

Öncelikle TBK uygulamasından kısaca bir bahsetmek, en önemlisi de Türk Ticaret Kanunu uygulamasına değinmek gerekir. Burada sözleşme serbestisi çerçevesinde taraflar, tüm sözleşmenin içeriğini düzenleyebilecekleri gibi cezai şartı da serbestçe kararlaştırabileceklerdir. Ancak bir sınırı vardır, o da Türk Borçlar Kanunu'nun 182/3. maddesinde öngörülmüştür ki hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirebilecektir. Tarafların talep etmesine gerek olmaksızın kendiliğinden fahiş görüyorsa eğer, bu cezai şartı indirebilecektir.

Tabii fahiş olmasından bahsediyor kanun koyucu ama belirli ölçüler getirmiyor. Ölçülerin yargı uygulamalarından çıktığını görebiliyoruz.

TTK uygulamasına bakacak olursak, Türk Ticaret Kanunu'nun, hepimizin bildiği üzere, 22'inci maddesinde özel bir düzenleme var. Burada da borçlunun tacir olması, borcun da ticari işletmeyle ilgili olması hâlinde cezai şartta indirim yapılamayacağını düzenliyor 22'inci madde. Açık bir düzenleme getiriyor, emredici nitelikteki düzenleme. Bu durumda, ticari işlerde fahiş olduğu iddiasıyla cezai şartın tenkis edilemeyeceği açıkça hükme bağlanmaktadır. Burada tabii bir yaklaşım olarak hem Türk Ticaret Kanunu'nun 22'inci maddesindeki düzenlemenin hem de Türk Borçlar Kanunu'ndaki fahiş cezai şartın indirime tabi tutulacağına ilişkin düzenlemenin her ikisinin de emredici nitelikte olduğu, dolayısıyla hâkimin Türk Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemeyi uygulayabileceğini söyleyenler bulunmakla birlikte, bu görüşü kabul etmek çok da mümkün değil. Neden? Türk Borçlar Kanunu daha genel nitelikte, Türk Ticaret Kanunu doğrudan ticari işlere, tacirlere ve ticari işlemlerine uygulanan bir düzenleme olması sebebiyle, ki genel hükme atıfta bulunmak suretiyle, sınırlama getiren bir düzenleme olarak karşımıza çıktığı için uygulamak zorundayız.

Peki, "Bu emredici nitelikteki TTK hükmüne bir sınırlama getirilecek midir? Bir sınır uygulanacak mıdır?" dediğimizde, kanaatimizce, bunun bir sınırının olması gerekir. Nitekim, Yargıtay kararlarında bu sınırlamaları görebiliyoruz. Burada özellikle Yargıtay, cezai şartın tacirler bakımından indirilmesi yasağının bir sınırlaması olması gerektiğini, eğer cezai şartın uygulanması müteahhidin ekonomik bakımdan mahvına sebep olacak derecede ağır ve yüksek olması durumunda, Türk Borçlar Kanunu'nun kesin hükümsüzlüğe ilişkin düzenlemesinin ahlaka ve adaba aykırılık bağlamında devreye girebileceği ve o hüküm çerçevesinde burada cezai şartın indirilebileceği sonucuna ulaşıyor.

Bu konuda özellikle 20 Mart 1974 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bir kararı dikkat çekicidir. Bu kararda, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, "*Ahlak ve adaba ve emredici hükümlerinin koyduğu kurallara aykırı olan cezai şartın geçerli olmasını kabul etmemiştir. Maddede bu sonucu veren bir hüküm de yoktur.*" demektedir. "*Fahiş cezai şartın tenkisini önleyen bir hüküm ister bulunsun isterse bulunmasın, cezai şartın ahlaka ve adaba emredici hükümlere aykırılığı sebebiyle iptal edilmesine bu durumun bir etkisi olmaz.*" diyor. 1974 tarihli olmakla birlikte bu karara atıfta bulunmak suretiyle güncel bazı kararların da verildiğini görebiliyoruz. Nitekim, 15. Hukuk Dairesinin 1999'da vermiş olduğu bir kararda, TTK'nin 24'üncü madde hükmünün her sözleşme için uygulama imkânı bulan Borçlar Kanunu'nun 20'inci madde hükmüyle sınırlı olduğu düşünülerek ve şunların yapılarak bu seviyedeki cezai şartın ahlaka ve adaba aykırı olacağından indirim tabii tutulması gerektiği sonucuna ulaşmaktadır.

Bununla sınırlı değil, Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlar. Yine, 15. Hukuk Dairesinin 23 Mart 2010 tarihli bir kararında, "*Davalıların, varsa ticaret sicil dosyaları celp edilip toplam sermaye miktarı tespit edilerek söz konusu cezai şartın tahsili yoluna gidilmesi hâlinde -burası önemli- borçlunun eskisi gibi ticari hayatını sürdürmesinin mümkün olup olmayacağı, mümkün olmayacak ise bu durumun onun iktisaden mahvına neden olup olmayacağı hususlarında uzman bilirkişi kuruluna inceleme yaptırması gerekir.*" diyor. Bu inceleme sonucunda cezai şarttan indirim kararı verilebileceğini öngörüyor.

Yine bir başka kararında 19. Hukuk Dairesi, burada ticari işletmenin yıllık cirosunun tazminat miktarından az olduğunu ve talep edilen tazminatı ödeme gücü bulunmadığını ileri sürmesi üzerine,

161'inci maddenin üçüncü fıkrasındaki hüküm bakımından cezai şartın indirilebileceğini öngörüyor. Yine bir başka kararında 3. Hukuk Dairesi bu tür bir tespitte bulunuyor.

Bu Yargıtay kararlarından ve kanuni düzenlemelerden hareketle şu tespiti yapmak mümkün olacaktır:

Taraflar, cezai şartı serbestçe düzenleyebileceklerdir. Zira bu sözleşme özgürlüğünün bir sonucudur. Hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirebilecektir ki bu Türk Borçlar Kanunu'na tabi sözleşmeler bakımından TBK. m.182/3'te öngörülmüştür. Buna karşılık TTK hükmü gereğince tacir, sıfatını haiz borçlu cezai şartın indirilmesini isteyemeyecektir. Ancak cezai şartın uygulanması borçlunun eskisi gibi ticari hayatını sürdürmesini imkânsız kılıyorsa ve bu durum onun ekonomik mahvına sebep oluyorsa cezai şart makul bir miktarda indirilebilecektir.

Demek ki hâkim karar verirken yükleniciye ait tüm ticari defterleri ve kayıtlarıyla belgeleri getirterek, ticari defter ve kayıtları, bilançosu ve ekonomik durumunu etkileyen diğer unsurlar üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırarak ve toplam sermaye tutarı tespit edilerek söz konusu cezanın tahsili hâlinde yüklenicinin eskiden olduğu gibi ticari hayatını sürdürüp sürdürmeyeceği araştırılmalı, cezai şartın uygulanması yüklenicinin ekonomik mahvına sebep oluyorsa cezai şartın makul bir miktarda indirilmesi gerekir diye düşünüyorum.



## DOÇ. DR. SEÇKİN TOPUZ

### Aşırı Fiyat Artışları Sebebiyle Kamu İhale Sözleşmelerinin Uyarlanması ve Feshi

Sayın Başkan, Değerli Katılımcılar; herkesi saygıyla selamlıyorum.

İşbu güzide toplantıyı düzenleyen İNTES'e ve Yüksek Fen Kurulumuza da şükranlarımı sunuyorum bu nazik davetleri için.

Tabii son oturum, son oturumun da son konuşmacısı olduğum için aranızda da hukukçuların olmadığını farkında olarak fazla mevzuatın derinliklerine girmeden konumu genel bir bakış açısı ile sunmaya gayret göstereceğim.

Konumuz nedir? Konumuz, kamu ihale sözleşmelerinde aşırı fiyat artışları sebebiyle sözleşmenin uyarlanması yahut da gerekiyorsa feshi. Tabii, kamu ihale sözleşmeleri denildiği zaman, biraz önce Hocam çok güzel bir şekilde ifade etti, bir tarafta yüklenici var, bir tarafta idare var. Sözleşmelerin konusu mal alımına, hizmet alımına yahut da yapım işine ilişkin olabilmektedir. Buradaki toplantı temelinde yapım işine ilişkin sözleşmelerin uyarlanması üzerinde asıl duracağız. Hocam, yine yapım işinden ne

anlaşılması gerektiğini, bunun hangi çerçevede olması gerektiğini, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Yapım İşleri Genel Şartnamesi ve tip sözleşmeler çerçevesinde belirtirler.

Burada ne vardır? Bu yapım işinde, esasında Türk Borçlar Kanunu anlamında bir eser sözleşmesi vardır. Eser sözleşmesinde de ne olmaktadır? Yüklenici idareye taahhüt ettiği işi, edimi vaktinde sözleşmede kararlaştırılan hususlara göre tamamlayacaktır. Tamamlarken neye dikkat edecektir? Dediğim gibi bir Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na, ikincisi sözleşmedeki tek tek belirtilen taahhütlere ve Yapım İşleri Genel Şartnamesi'ne diğer ihale dokümanlarına göre bu taahhütlerini yerine getirmek durumundadır.

Sözleşmenin içeriğinde neler olacaktır?

Taraflar anlaşacaklardır. Bir sözleşmenin süresi, sözleşmede kararlaştırılan işin konusu, miktarı, bunun karşılığında idarenin yükleniciye ödeyeceği bedel, tarafların sözleşmenin altına imza etmiş olduğu hususlardır.

Bu çerçeve içerisinde eğer ki zaman içerisinde sözleşmenin içeriğine herhangi bir katkı yapılırsa, ilave bir şey eklenirse, biz işte bunların tamamına sözleşmenin uyarlanması diyoruz. Demek ki sözleşmenin uyarlanması denildiğinde, teknik anlamda ne anlaşılması gerekiyormuş? Tarafların başlangıçta kararlaştırdıkları sözleşmenin içeriğinde daha sonra yaptıkları her türlü değişiklik. Süre konusundaki değişiklik, işin miktarı konusundaki değişiklik ve tabii ki sözleşmenin bedeli konusundaki değişiklikler de buraya girmektedir.

Sözleşme yapıldığı zaman idare ile yüklenici arasında, çoğunlukla anahtar teslimi götürü bedel üzerinden sözleşmeler akdedilmektedir.

Böyle bir durumda yüklenici sözleşmenin yapılmasıyla alakalı tüm riskleri yani sonradan ortaya çıkacak her türlü riski, her türlü maliyet artışını üstlenmiş olmaktadır. Yani bunların tamamının rizikosu kime aittir? Yükleniciye aittir. Ama acaba sözleşmenin imzalanmasından sonra maliyetlerdeki, malzeme fiyatlarındaki işçilik giderlerinde artışlar, 2, 3, 4 kat veya daha fazla artışlar olması hâlinde buradaki rizikonun tamamına acaba yüklenici katlanması gerekir mi gerekmez mi? Yani asıl üzerinde duracağımız, bu sunumda da cevabını aradığımız soru bu. Sonradan

ortaya çıkan her türlü riske yüklenici katlanmak zorunda mıdır?

Buna ilişkin sözleşmelere hüküm konulabilir. Nitekim Kamu İhale Sözleşmesi Kanunu'nun 7'inci maddesinde, sözleşmelerde fiyat farkına ilişkin hükümler getirileceğini ve 8'inci maddede bunun esaslarını ve usullerini belirlemeye de yetkilinin Bakanlar Kurulu olduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla ne yapıyormuş? Şayet sözleşmede buna ilişkin, fiyat artışına ilişkin bir düzenleme varsa, bu düzenleme doğrultusunda sözleşme uyarlanabilecektir.

Peki, bu şekildeki fiyat farkı ödemeleri, günümüzde müteahhitlerimizin yahut da yüklenicilerimizin karşılaştıkları sorunları aşırı fiyat artışlarını karşılayacak nitelikte midir? Çoğunlukla değildir, olmadığından ötürü, özellikle malzeme fiyatlarında, tedarik masraflarında aşırı miktarda fiyat artışları gerçekleştiği dönemlerde, kanun koyucumuz belli dönemlerde kararname çıkarmıştır. Bu kapsamda 1974'te, 1981'de, 2008'de kararname çıkartmıştır. Ne yapmıştır bu kararnamele?

Getirilen şudur: Sözleşmenin imzalanmasından sonra aşırı fiyat artışları sebebiyle yükleniciye ek fiyat ödemesi yapılması gerekiyorsa bunun kapsamı, işte, bu fiyat farkı kararnameleyle düzenlemiştir.

Bugün için yine müteahhitlerin **kararname çıkarılması yönünde** benzer beklentileri vardır ama henüz gerçekleşmiş değildir.

Peki, böyle bir kararnamenin çıkmaması hâlinde ne olacaktır? Yani tekrar sorumuzu soruyoruz: Tüm bu riskler, ortaya çıkan her türlü maliyet artışı sözleşmenin kurulduğu zaman hiçbir şekilde, hiçbir müteahhidin öngöremediği bu riskler için yine, "Evet, sen yüklenicisin, sen altına imzanı attın, buna sen katlanmak zorundasın." denilebilecek midir?

Tabii, rizikoya kimin katlanacağı ile alakalı olarak biraz önce bahsettiğim sözleşmeyle hüküm konulması, uyarlamanın türlerinden biridir. İkincisi, yasa koyucunun bir uyarlamasıydı; üçüncü bir yol daha vardır, yargısal uyarlamadır.

Yargısal uyarlamayla alakalı şunu söyleyelim: Biliyorsunuz, Kamu İhale Sözleşmesi Kanunumuzun 4'üncü maddesinde, "İlkeler" başlığında. "Bu Kanun'da belirtilen hâller dışında sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılamaz,

ek sözleşme düzenlenemez." denilmektedir. Demek ki bu hükmü esas aldığımız zaman; eğer ki yüklenici ile idare, ihalenin yapılmasından sonra sözleşmesinde yok ise fiyatların artırılması yönünde ek bir sözleşme yapamayacaktır. O zaman ne olacaktır? 4'üncü maddemizin yanında, yine o 4'üncü maddenin içeriğinde bir başka hüküm daha var, diyor ki: "Bu Kanun'un uygulanmasında sözleşmenin yorumlanmasında taraflar eşit hak ve yükümlülüklerle sahiptir ve ihale dokümanlarında ve sözleşmesinde buna aykırı düzenlemeler getirilemez." hükmü düzenlenmiştir. Bu ne anlama geliyor? Bu, şu anlama geliyor, diyor ki: Bu, her ne kadar bir tarafında idare olsa öbür tarafında bir özel hukuk kişisi de olsa aralarında yapılmış olan sözleşme, bir özel hukuk sözleşmesidir. Dolayısıyla taraflar eşit hak ve yükümlülüklerle sahiptir. Özel hukuk sözleşmesi nasıl ki uyarlanıyorsa, aynı şekilde kamu ihale sözleşmeleri de benzer şekilde uyarlanabilecektir. Nitekim, Kamu İhale Sözleşmesi Kanunumuzun 36'ıncı maddesinde, burada hüküm olmayan hâllerde Türk Borçlar Kanunu'nun genel nitelikteki hükümleri uygulanacaktır, denilmektedir.

Peki, Türk Borçlar Kanunu'muza baktığımızda, uyarlamaya imkân veren düzenleme var mı? Bundan önceki 818 sayılı Borçlar Kanunu'muzda bu konuda genel nitelikte bir düzenleme yoktu. Ama 2012 yılında yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda uyarlamaya ilişkin bir hüküm getirilmiştir, o da nedir? Aşırı ifa güçlüğü. Bu madde altında sözleşmenin uyarlanmasının şartları düzenlenmiştir.

Yine, önceki 818 sayılı Borçlar Kanunu'muzun 365'inci maddesinin ikinci fıkrası, şimdiki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'muzda da 480'inci maddesinin ikinci fıkrasında, sözleşmenin uyarlanmasına imkân veren yine bir mevcut düzenleme vardır. Gerçi 480'inci maddede götürü bedel üzerinden akdedilen sözleşmelere ilişkin bir düzenleme ise de Yargıtay'ımızın bugüne kadarki uygulamasında sadece götürü bedel üzerinden değil, birim fiyatlara göre belirlenen sabit ücretler üzerinden akdedilen sözleşmelerin de bu hüküm kapsamında uyarlanabileceğini kabul ettiği görülmektedir.

Peki, burada ne anlatılmaktadır yani gerek Türk Borçlar Kanunu'muzun 138'inci maddesinde gerekse 480'inci maddeye göre sözleşmenin

uyarlanması için ne olması gerekir? Evet, ortada geçerli bir sözleşme olması gerekir; evet, anahtar teslimi götürü bedel üzerinden karşılaştırılan bir sözleşme olması gerekir. Bu konularda çok tereddüt yok.

İkinci bir unsur daha gerekli; önceden öngörülme-yen yahut da her iki taraf bakımından öngörülse dahi gerçekleşmeyeceklerini düşündükleri bir olayın olması gerekir. Bu olaylar neler olabilir? Mücbir sebepler, bu öngörülmez olaylar içerisinde. Mücbir sebepler denildiği zaman, Kamu İhale Sözleşmesi Kanunu'nun 10'uncu maddesinde belirtilen doğal afetler, kanuni grevler, genel sağlık vesaire, bu tür durumlar yani yüklenicinin organizasyon sahası dışında işletme alanının dışında gerçekleşen olaylar, olağanüstü olaylar anlaşılır. Kamu İhale Sözleşmesi Kanunu'nun 10'uncu maddesine göre ne yapılabilir? Süre verilebilir yahut da sözleşmenin feshi gündeme gelebilir. Peki, sözleşmenin uyarlanması, hele hele de 10'uncu maddedeki o yirmi günlük süre içerisinde idareye başvuramıyorsanız, o süreyi kaçırmıyorsanız sözleşme artık bedel unsuru bakımından uyarlanmayacak mıdır? İşte buna ilişkin olarak Kamu İhale Kurumunun görüşünde de belirtildiği gibi artık yine sorunun çözümü Türk Borçlar Kanunu'nun 138'inci maddesi ve 480'inci maddesi kapsamındadır. Yani bir mücbir sebep olabilir yahut da öngörülme-yen başka durumlar olabilir. Örneğin, olağanüstü fiyat artışlarına sebep olan ekonomik krizler bunlar arasındadır. Bu tür bir öngörülmezlik durumunun yaşanması gerekir.

Tabii öngörülmezlik denildiği zaman şöyle bir soru akla gelmektedir: Kim tarafından öngörülmezlik? Bir yüklenici tarafından mı yoksa tüm yükleniciler bakımından mı bir öngörülmezlik? Buradaki öngörülmezliğin ölçüsü kimdir? Hocamızın da biraz önce ifade ettiği gibi yüklenicinin basiretli tacir gibi davranma yükümlülüğü vardır. Ama basiretli tacir gibi davranmak ile karıştırılan husus şudur: Nedir o da? Bir basiretli tacir, tanrı değildir. Tanrı olmadığı için tanrının öğörebileceklerini de görmek zorunda değildir. Dürüst, makul, o iş kolunda faaliyet gösteren bir yüklenici sözleşmenin akdedildiği sırada diyelim ki dolar kurunun ne ölçüde artabileceğini, malzeme fiyatlarında ne ölçüde bir artış gerçekleşeceğini öğörebiliyor ise işte somut olarak uyuşmazlıktaki yüklenicinin de öngörülmezlik ölçüsü bu kadardır. Ondan ötesi yani

onun öğöremediklerinden de sorumlu olacağına ilişkin olarak kanunlarımızda bir düzenleme var mıdır yahut Kamu İhale Sözleşmesi'nde bir hüküm yoktur. Velez ki sözleşmede böyle bir hüküm olsa dahi yani öğördüklerinden de öğörmediklerinden de sorumludur şeklinde bir hüküm olsa dahi bu durum, söz konusu kanun hükümlerinin uygulanmasına engel teşkil etmeyecektir.

Sözleşmenin uyarlanması koşulları bakımından bir başka unsur, öngörülmez olayların gerçekleşmesinde yani sözleşmeye olumsuz etki etmesinde yüklenicinin bir kusurunun olmaması gerekir. Evet, bir mücbir sebebin, bir depremin, bir doğal felaketin ortaya çıkmasında zaten yüklenicinin kusuru olmaz ama diyelim ki fiyat artışlarının gerçekleşmeden önce zamanında malzemeleri alıp bir köşeye koyma imkânı varken bunu yapmamış ise, işi geciktirmiş ise, ondan sonra fiyatlar artmış ise o zaman müteahhidin, yüklenicinin kusuru olacaktır. Dolayısıyla bu hükümler çerçevesinde sözleşme uyarlanması imkânı olmayacaktır. Ama şayet yine yüklenicinin bu bahsetmiş olduğum kapsam içerisinde bir sorumluluğu da yok ise evet, sözleşmenin uyarlanmasının o zaman üç tane unsuru gerçekleşmiştir.

Dördüncü bir unsur, burada öngörülme-yen olayların karşılaştırılan bedelle işin ifasını aşırı şekilde güçleştirmesi gerekir. Yani, denebiliyorsa ki: "Dürüst, makul, orta zekâlı hiçbir kimse böyle şartlarda sonradan şartların bu ölçüde ağırlaşacağını bilseydi böyle bir sözleşmeyi yapmazdı yahut da daha farklı içerikli bir sözleşme yapardı." denilebiliyorsa, sözleşmenin uyarlanmasıyla alakalı bu unsur da gerçekleşmiş demektir. Bu unsurun gerçekleşip gerçekleşmediğini Yargıtay uygulamamızda ne yapmaktadır? Bilirkişiye dosyayı vermektedir, bilirkişi yapılan işin maliyeti ile yani sözleşmede başlangıçta karşılaştırılan bedel ile daha sonra fiyat artışları yaşanması hâlinde ikisinin arasındaki mukayeseye bakmaktadır. Bu aşamada yüklenici, kâr edip etmeyeceğinin değerlendirmesini yapmıyor. Neyin değerlendirmesini yapıyor? Başlangıçtaki fiyat ile sonradan ortaya çıkan maliyet arasındaki ikisinin farkını mukayese ediyor, aşırı bir oransızlık, aşırı bir dengesizlik gördüğü zaman, "Evet, bu unsur da gerçekleşmiştir." deniyor.

Son bir unsur: Yüklenici, öngörülme bu olağanüstü şartlar altında borcunu hiç ifa etmemiş yahut da ihtiraz kayıtlarını ifa etmiş olması gerekir. Bakın, Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin eser sözleşmesine ilişkin kararlarında kamu ihale sözleşmesi mevzuatına tabi yapım işlerinde sözleşme uyarlanmaz, “bu hükümler burada uygulanmaz” yönünde bir-içtihadı ile karşılaşmış değiliz. Aksine, tamamında, eski 365, yeni 480’inci maddesinin uygulanma şartlarının olup olmadığı tartışılmıştır. Ama ne olmuş? Taleplerin tamamına yakını şu gerekçeyle reddedilmiş, hangi gerekçe? Yüklenicinin borcunu ihtiraz kayıtları ileri sürmeksizin ifa ettiği, bu sebeple artık sözleşmenin uyarlanamayacağı gerekçesidir. Bu sebeple davasının reddolunmasını istemeyen yüklenici, ifa güçlüğünün ortaya çıktığı anda ne yapması gerekiyor? Bunu doğrudan doğruya idareye bildirmesi gerekiyor. Nasıl bildirecek? Hakedişlerle bildirecek, öncesinde dilekçe vermek suretiyle bildirecek ama idareye kesinlikle söyleyecek. Zira yüksek Yargıtay’ımızın da belirttiği üzere yüklenici, uyarlamaya ilişkin hükümlerden yararlanması için bu şartlar olsa dahi ya borcunu hiç ifa etmemiş olacak yahut da ihtiraz kayıtları borcunu ifa etmesi gerekir. Gerçi yüklenici borcunu ifa etmediği zaman idare sözleşmeyi feshedebilir, teminatları gelir kaydedebilir. E, ben müteahhit olarak bununla karşılaşmayayım diyerek ne yapabilir? Evet, yine borcunu ifa edecek ama ihtiraz kayıtları ifa edecek. İşte bunların tamamı var ise artık hâkimin sözleşmeyi uyarlaması gündeme gelecektir.

Şunu ilave edelim: Önceki Türk Borçlar Kanunu’muzun 365’inci maddesinin ikinci fıkrasında, sözleşmenin uyarlanması ve feshi konusundaki nihai takdir hakkı hâkime aittir. Yeni düzenlemede ise iş biraz karmaşık hâle getirilmiştir, öyle ki başlangıçta doğrudan doğruya dava açılırken yükleniciye sözleşmenin uyarlanmasını mı istiyor yoksa sözleşmeden dönmek mi istiyor, bunu açıkça belirtmesi gerektiği neticesi çıkmaktadır. Tabii böyle olduğu zaman ne olacaktır? Eğer ki yüklenici, “Sözleşmeden döndüm” derse, sözleşme bir anlamda kendi iradesiyle sona erdirdiğinden idarenin teminat mektuplarına dönme ve iki yıl ihalelerden yasaklılık gündeme getirme ihtimali vardır. Onun için, bizim bu aşamada tavsiyemiz, Yargıtay yine muhtemelen aynı şekilde uygulayacaktır. Bu konuda davacı olan yüklenicilerin sözleşmenin uyarlanması, bu

mümkün değilse tasfiyesine karar verilmesini, terditli olarak hâkimden talep etmesi gerekir.





SORU CEVAP  
**BÖLÜMÜ**

**Ali Rıza Yücel**

Sorulara geçmeden önce aslında Seçkin Bey'in ifade ettiği herkesin çekindiği sözleşmenin uyarlanma davası. Aslında açılma koşulları çok kolay ama sonuçları acaba o kadar kolay mı bilemiyoruz. Zaten Hocamız da onlara vurgu yaptı. Çünkü öncelikle ahde vefa ilkesinin, basiretli bir tacir olmanın gereklerinin göz önünde tutulması gerekmektedir. Ayrıca, ifanın ya yapılmamış olması ya da ihtirazi kayıtla yapılmış olması bu hususları da göz önünde tutmak gerekiyor.

**Katılımcı**

Yeni birim fiyat yapımında kullanılacak kamu kurumlarına ait cari yıl birim fiyatları, mutlaka fiyat farkı endeksleriyle güncellenerek yüklenici ile uygulama ayı birim fiyatı konusunda anlaşılmalı mıdır? Yıllık birim fiyatları, yıl sonunda da aynen kullanılabilir mi? Matbu birim fiyatlar güncellenmeden yılı içinde kullanılabilir mi?

**Hayrettin Yılmaz**

Bu soru, yeni iş kalemi birim fiyatının tespitiyle ilgilidir. Bildiğiniz üzere, daha evvelki konuşmalarda da bahsi geçtiği üzere, YİĞŞ'nin 22'inci maddesinde buna ait hüküm var. Bu maddenin 2'nci fıkrasında; bir iş kaleminin idarede veya diğer idarelerdeki en son güncel analizleri kullanılmak suretiyle yapılabileceği; 3'üncü bendinde de bu analize ait girdilerin fiyatlandırılmasının nasıl yapılacağı belirtilmektedir.

22. maddesinin esası, yüklenici ile idarenin yeni iş kalemi birim fiyat tespitini birlikte yapmasıdır. Burada taraflar eğer idarelerin çıkardığı birim fiyatlar konusunda anlaşmışlarsa aynen kullanabilecekleri değerlendirilmektedir. Bilindiği üzere, idarelerin çıkardığı birim fiyatlar, sene başından sene sonuna kadar geçerlidir. Dolayısıyla birim fiyatlar üzerinde anlaşma sağlandıktan sonra, bu fiyatın güncellenmesi gibi bir durum söz konusu olamaz diye değerlendirebiliriz.

Yılı içinde kullanılabilir mi? Sorusunun cevabı taraflar uygun gördükten, kabul ettikten sonra kullanılması mümkün görülmektedir. Birim fiyatın güncellenmesi, uygun görülmemektedir. Zira sene sonuna kadar geçerli kılınmıştır.

**Katılımcı**

Anahtar teslimi işlerin porsantaj listesinde diğer kalemler, müteferrik işler, bilinmeyen kalemler diye ifadelerle yer verilebilir mi? Bu kalemler

üzerinden yükleniciye ödeme yapılabilir mi? Bu kalemlerin yapıldığı nasıl tespit edilir?

**Hayrettin Yılmaz**

Bilindiği üzere, porsantaj oranları yani ilerleme yüzdeleri, yaklaşık maliyet hesaplarından aynen çıkarılmış olup işin devamında yüklenicinin ilerleme yüzdeleri üzerinden geçici olmak kaydıyla hakediş ödemelerine esas teşkil etmek üzere kullanılmaktadır. Yani işin ihaleye esas uygulama projelerine göre yapılması hususunda belirleyici olamaz. Dolayısıyla porsantaj listesinde bir iş kaleminin olması veya olmaması işin yapımını etkilemez. İhale konusu iş, sözleşmenin 6'ncı maddesindeki amir hükmüne göre, uygulama projesi ve ona ilişkin mahal listesi dikkate alınarak yapılmaktadır. Dolayısıyla porsantaj oranları da yaklaşık maliyet hesapları dikkate alınarak belirlendiğine göre, yaklaşık maliyete usule uygun olmayacak şekilde dâhil edilen "*Diğer kalemler*," "*Bilinmeyen kalemler*" adı altındaki girdilerin işin yapımında dikkate alınmasının doğru olmayacağı bilinmelidir. Yaklaşık maliyete konulduğu ifade edilen "*Bilinmeyen kalemler*" ve "*Diğer kalemler*"in işin yapımı ile ilgisinin olamayacağı, porsantaj oranları arasına konulmuş ise porsantaj oranlarının sadece geçici hakedişlerde ilerleme yüzdeleri üzerinden yapılan ödeme şekli olduğu, işin yapımının ancak uygulama projeleri üzerinden gerçekleştirilmesi gerektiği açıktır. İş tamamen bitirilip geçici kabulü yapıldıktan sonra kesin hesap aşamasında porsantaj oranlarındaki hatalardan dolayı herhangi bir kesintiye gidilemeyeceği, aksi halde işteki %100'lük bütünlüğün bozulacağı, dolayısı ile işe ait sözleşmenin 6.2.nci maddesindeki, "*Yapılan işlerin bedellerinin ödenmesinde, yüklenicinin teklif ettiği toplam bedel esas alınır.*" hükmüne aykırı davranılmış olacaktır.

**Katılımcı**

Teknik personel bildiriminin kontrolü için ulusal seviyede, özellikle şantiye şefi için bir sorgulama yapılması gerekli midir? Altyapı işlerinde şantiye şefinin görev sınırları nasıl belirlenir?

**Hayrettin Yılmaz**

Teknik personel bildiriminin sözleşmedeki süresi içinde idareye yüklenici tarafından verilmesi esastır. İdarenin yüklenicinin bildirdiği teknik personeli kabul edip etmeme hakkı bulunmaktadır. Dolayısıyla şantiye şefliği pozisyonunda bildirilen teknik elemanı, idare istediği işin niteliğine, özelliğine göre yeterli olup olmadığını araştırma, kabul etme hakkına sahiptir.

*Şantiye şefinin görev sınırları nasıl belirlenir?*  
Sorusunun cevabı işin özelliğine göre idare tarafından belirlenecektir. Şantiye şefinin diğer teknik personele göre özelliği farklıdır. Yani işin tamamından sorumludur. Dolayısıyla şantiye şefinin her zaman işin başında bulunma mecburiyeti vardır. Şantiye mühendislerinin iş programındaki kendi branşlarına göre imalatların yapılma süreleri içinde iş başında bulunma zorunluluğu vardır.

#### **Katılımcı**

Yükleniciye cezalı çalıştığı dönemde idareden kaynaklanan nedenlerden dolayı süre uzatımı verilebilir mi?

#### **Hayrettin Yılmaz**

Süre uzatımları; sözleşmeye esas toplam iş süresinde YİĞŞ'ndeki 29'uncu maddesine belirtilen sebeplerle bir gecikme olduğunda, gecikilen sürenin telafisi anlamında, ilave süre uzatımı verilebilir. Dolayısıyla yüklenicinin cezalı çalışma durumu olduğu dönemde, artık işin toplam süresi bitmiştir, ondan sonra cezalı duruma geçiyor. Hâlbuki yüklenici; işi, iş programı seviyesinde fen ve sanat kurallarına göre yapıp bitirmekle yükümlüdür. Bırakın işin süresinin bitiminden sonra cezalı çalışma durumuna geçmesi, işin devamında bile idare eğer yüklenici işi iş programı seviyesinde yürütemiyorsa, buna gerekli ihtarları yapmış olmasına rağmen halen yürütemediği ortada ise ve bu gidişatla da işin süresinde bitirilemeyeceğini idare tespit etmişse işe ait sözleşmeyi feshedebilir. Yani işin bitim süresini de beklemeyebilir. Bunun yanı sıra işin bitim süresi dolduktan sonra cezalı çalışmanın da idarece belirlenen süre içinde olabilecektir. Dolayısıyla iş bittiği zaman idare, gerekli ihtarları yaparak işi her an feshetme hakkına sahiptir.

Daha evvelki konuşmalarda ifade edildiği üzere; aşırı gecikme cezası olması durumunda, cezanın işin sözleşme bedeline yaklaştığından bahsedilmiştir. Böyle bir durumun olması söz konusu değildir. Sözleşme hükümlerine göre yüklenicinin işi süresinde bitirme mecburiyeti vardır. Yüklenicinin işi yavaşlatması veya işi, iş programı seviyesinde yürütmüyorsa, gerekli ihtarlar yapıldıktan sonra her an idarenin müdahale etme hakkı bulunmaktadır. Edilmemesi halinde idare, kusurlu sayılmaktadır. 4735 sayılı Kanun'un amir hükmüne göre de sözleşme tarafları eşit hak ve yükümlülüğe sahiptir yani idarenin de görevini yapması icap etmektedir. Yani idarenin bir aydan fazla yükleniciye cezalı

durumda çalıştırması uygun olmayacaktır. Özetle, cezalı çalışma durumunda, idareden kaynaklanan nedenle süre uzatımı verilmesi söz konusu olamayacaktır, diye değerlendiriyorum.

#### **Katılımcı**

İdareden kaynaklanan nedenlerden dolayı verilen süre uzatımları için yüklenici firmanın başvuru süresi var mıdır? İşin süresi gününden geride kalsa da süre uzatımı verilebilir mi?

#### **Hayrettin Yılmaz**

İşin süresi gününden geride kalsa da süre uzatımı verilebilir mi? Sorusunun cevabı, yapılan sunumda arz edilmişti, idareden kaynaklanan sebeplerle yüklenicinin 20 gün içinde dilekçeyle idareye başvurma durumu bulunmamaktadır. Yükleniciden kaynaklanan nedenler olması hâlinde, bu süre içinde, dilekçeyle süre uzatımı talebi konusunda başvuru yapması söz konusu olmaktadır.

Sorunun ikinci bölümü olan "İşin bitim süresi dolduktan sonra işin devamında süre verilmesi söz konusu olduğu durumlarda idare, bu süreyi vermediği zaman işin bitim tarihinden sonra bu süreyi verebilir mi?" şeklinde anlaşılmaktadır. Bir işin kesin hesabı yapılmadığı sürece, sözleşme süresi içinde verilmeyen bir hak varsa bu hakkın sözleşme kurallarına göre kesin hesap aşamasına kadar her zaman idarece değerlendirip verilmesi mümkündür.

Bunun yanı sıra işin devamında idarece yapılan işlemlerde bir hata veya yanlışlık tespit edilmesi veya kesin hesap aşamasında fark edilmesi halinde, işin idaresince hatalı veya yanlış düzenlenmiş evrakı sözleşme hukukuna göre düzeltme hakkına da sahiptir. Çünkü esas olan kesin hesap düzenlemesindeki yapım işlerinin kuralına göre, sözleşme hükümlerine göre kesin hesabın yapılması esastır.

#### **Ali Rıza Yücel**

Süre uzatımıyla ilgili. Bir de şeyden daha bahsedildi, cezalı çalışmayla ilgili. Zaten Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 47'inci maddesinin 2'inci fıkrasına baktığımızda, "Yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi üzerine ihale dokümanında belirlenen oranda gecikme cezası uygulanmak üzere idarenin en az on gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen aynı

durumun devam etmesi hallerinde, ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir...” Yani şimdi, siz en az on gün süreli bir ihtarname vereceksiniz ama ihtarnameden herhangi bir sonuç alınamazsa, “Efendim, bu bir ay, iki ay cezalı çalışsın...” Öyle bir şey olamaz çünkü burada zaten makul bir süre olması lazım. Aksi hâlde yükleniciyi fazladan gecikmeli çalıştırmak suretiyle rekabet ilkesine dahi aykırı davranılmış olur. Böyle bir durum yok, böyle bir şey de düzenlenmemiş. Sözleşmeyi fesheder yani.

Mesela, demin Ferhat Bey’in örneğinde ifade ettiği gibi, iki yıl gecikme cezalı çalıştırılmaz yani böyle bir şey mümkün değil, sözleşmeyi feshetmesi lazım. Buyurun, size söz hakkı doğdu!

#### **Doç. Dr. Ferhat Canbolat**

Hem sağımdan hem solumdan eleştiri gelince söz hakkı doğdu. Tabii bir izah getirmek gerekiyor. Mevzuat hükümlerine göre, evet, cezalı süre bu kadar işletilecektir ama sözleşmeye bir hüküm koymak suretiyle idarenin yükleniciye bir süre vereceği ve bu sürenin de cezalı bir süre olacağı öngörülmüşse ki somut sözleşme örneklerinde bunu görebiliyoruz, yüz yirmi günlük bir süre uzatımı verilebileceği kararlaştırılabilir, sözleşmede böyle bir hüküm vardır. İdare, bu süre boyunca cezayı da uygulamaya devam etmektedir. Yüz yirmi günlük süre veriyor, yine aynı sözleşme hükmünden hareketle bir yüz yirmi gün daha süre, topladığınızda yaklaşık dört yüz günlük bir süreye ulaşıyorsunuz. Yani dört yüz günlük de cezai şartı işlettiğinizde çok yüksek bir meblağ çıkıyor karşınıza.

Evet, söylediğiniz hükümler çerçevesinde bu olmalı ama sözleşmeye bu tür bir hüküm koyduğunuzda idarenin bu süreyi verme yetkisi doğmaktadır. İdare de bu süreyi vermekte, aynı zamanda cezayı da işletmeye devam etmektedir. Açıklayıcı olmuştur umarım.

#### **Ali Rıza Yücel**

Açıklayıcı kuşkusuz ama olay pek mantıklı değil, siz mantıklısınız.

#### **Doç. Dr. Ferhat Canbolat**

Biz de mantıklı bulmuyoruz, bu kadar uzun bir sürenin tanınması ve bu kadar yüksek bir cezai şartın uygulanması tabii ki makul değildir.

#### **Ali Rıza Yücel**

Hayrettin Bey, buyurun.

#### **Hayrettin Yılmaz**

Ben bir katkı yapayım. Daha evvelki konuşmacılar da bu konudan bahsetti. Sözleşme hükümlerine kanundan ve mevzuattan farklı bir şekilde aykırı şekilde maddelerin koyulması mümkün değildir. Sözleşmelerin 33’üncü maddesindeki diğer hususları sözleşmede yer almayan ancak 4734 ve 4735 sayılı Kanunlara da aykırı olmamak kaydıyla ilave maddelere ihtiyaç duyulduğunda bunun koyulması durumu söz konusu olabilir. Sözleşmelerde yer almayan kanunlara aykırı bir hüküm de buraya koyulmaz. Dolayısıyla bahsedilen bu fazladan gecikmenin sözleşmelere koyulamayacağı esasında dikkate alınması icap eder. Yani sözleşmede böyle bir şey var ama yani kanuna uymayan sözleşme hükümlerinin de geçerliliği olamaz. Tabii hukukçular onu daha iyi değerlendirebilirler.

#### **Katılımcı**

İhale Kanunu’nda temel endeks ihale tarihinin bulunduğu ay ifadesinde, ihale tarihinde ifade edilmek istenen tarih nedir?

#### **Ali Rıza Yücel**

İhale ayının bulunduğu aydaki, ihalenin yapıldığı aydaki temel endeks ifadesindeki ihale tarihiyle ne kastediliyor? Herhâlde bu kastediliyor.

#### **Hayrettin Yılmaz**

İhale tarihinin yapıldığı ay içinde bulunan ay kastediliyorsa, evet, bulunduğu aydır.

#### **Ali Rıza Yücel**

İhale tarihinin içinde bulunduğu aydaki aya ait endeks, doğru mu?

#### **Hayrettin Yılmaz**

Evet.

#### **Ali Rıza Yücel**

Efendim, hepimize katılımınızdan ve sabrınızdan dolayı teşekkür ediyor, saygılar sunuyorum.





